国际公法目录

国际海洋争端解决中的“不到庭”危机与化解路径.....5
论信息主权的国际法限制.....18
食品安全监管国际软法体系探析.....28
五、结语.....78
“一带一路”战略模式的国际法思考.....79
“冲之鸟礁”归属的国际法思考.....106
“平等者之间无管辖权”相关问题的再思考.....111
后冷战国际法律秩序中的国际刑法.....117
《联合国海洋法公约》视角下海洋遗传资源的管理.....129
《联合国海洋法公约》视角下海洋遗传资源的管理.....142
《罗马规约》被害人救济制度的反思与回应.....155
全球森林治理：理念、机制、机构.....191
中国海外撤离行动的“领事保护”属性探析.....201
论近世琉球的历史和国际法地位——.....215
兼议钓鱼岛主权归属.....215
人权保护对国际民商事判决承认与执行的影响.....234
从卢旺达到也门：保护的责任与人道主义干涉之反思.....253
我国科考船北极航行的国际法问题研究.....268
俄罗斯涉北极东北航道的法律制度及其与国际法的冲突.....277
国际法上的次级集体承认问题研究.....297
新形势下的国际法治——以中国为视角.....309
安理会决议效力与施行之考量.....315
试论网络战争的国际法规制（初稿）.....322
国际法残余效果原则与我国的南海利益.....332
从国际司法判决看预警原则的适用.....342
——兼议国际法院“南极捕鲸案”.....342
惩治网络恐怖主义国际法对策研究.....351
Reseach countermeasures in international law about punishing cyber terrorism365
国际人权公约中初等教育受教育权在我国的实施.....367
从中美新型大国关系看联合国集体安全体制面临的挑战和机遇.....382
中日海岛争端视野下美国对《开罗宣言》的态度评析及再解读.....393
战后秩序和钓鱼岛争端.....403
钓鱼岛主权若干国际法问题研究.....423
彰显正义的东京国际审判.....432
东京审判的国际法意义.....447
——世界反法西斯战争胜利 70 周年的的反思与警示.....447
独立、分离与民族自决的法律困局.....454
二战后有关琉球问题的处置.....463
非缔约国国民被国际刑事法院管辖路径的问题研究.....476
菲推南海仲裁案的前置程序背离剖析.....487

西北航道的国际法律地位分析.....497
论日本政府架空、废弃和平宪法的法理缺陷.....536
南沙油气资源开发的法律困境与对策研究.....553
“一带一路”对国际法发展的影响与挑战.....579
网络恐怖主义的防治路径研究.....594
国际海运温室气体减排基本原则的冲突与协调.....604
论国家豁免制度及对我国的启示.....619
争议海域内海上交通安全执法的冲突与协调.....626
国际人权法视野下我国海员社会保障机制研究.....636
国际法上“保护的责任”理论体系评析.....645
国际法上的三种干涉形态：发展与挑战.....656
国际法体系的全景梳理与方法指引.....663
国际法院海洋划界实践中的“三步划界法”研究.....672
国际法治与法治中国的交叉互构.....681
国际非政府组织在国际法治中的角色及对中国的启示.....692
国际海底区域生物遗传资源的法律保护.....703
国际海底生物资源保护问题研究.....708
国际海洋法法庭“分区域渔业委员会案”评析.....715
国际海洋法仲裁法庭对菲律宾诉中国案的管辖权问题.....725
国际人道法如何规制网络军事行动？.....741
国际司法实践中个人刑事责任的归责.....744
国际网络恐怖主义犯罪的界定与防控.....754
国际刑法上的法人责任溯源：纽伦堡后续对德国企业家的审判.....760
国际刑事审判组织运用普遍性管辖权的问题研究.....774
国际政治视野下的私人部门在国际法规范形成和发展中的作用.....787
国家安全观视角下航行自由制度的再审视.....803
Title: Re-examination of the Freedom of Navigation Principle from the Perspective of National Security Theory.....819
国家豁免中的“商业交易”.....820
国际海洋法规则对于使用武力的限制.....830
韩国法院对民间战争受害者权益的救济与对我国的启示.....862
论韩国海警对中国渔民的粗暴执法问题及其对策.....875
生命科技时代国际法的新发展.....885
从国际司法实践看历史性捕鱼权的构成要件.....897
网络主权：开启网络空间的“威斯特伐利亚时代”？.....906
跨国公司国际刑事责任的国际司法实践.....919
境外追逃追赃中阻碍性问题研究.....971
论国家跨境环境损害的防治义务.....1028
论“救济性分离”的行使条件及国际法地位.....1054
论冲绳海槽在东海大陆架划界中的意义.....1072
论法治中国建设背景下的中国国际法研究.....1082
论菲律宾诉中国南海争端仲裁案中的管辖权问题.....1090
论国际法律秩序中的“三易”原则.....1105
论国际引渡制度发展新趋势.....1110

论后殖民化时代的民族自决权.....1120
论欧盟法对法的国际化进程的贡献.....1145
再论中菲南海争端仲裁案的管辖权和可受理性问题.....1161
中菲南海仲裁的可行性探讨.....1184
马里北部危机后的被害人救济问题浅议.....1195
毛里求斯仲裁案与南海仲裁案管辖权之比较研究.....1208
美国“星座计划” 变更后的若干思考.....1218
南海人工岛礁建设中的三个国际法维度.....1226
南海人工岛礁建设中的三个国际法维度.....1231
南海海疆地图的绘制、功能以及意蕴(1933-1948 年).....1236
南海环境保护引入特别区域制度研究.....1256
南海渔业合作协定的模式选择.....1264
南海争端对我国南海渔业经济发展的影响及对策*.....1279
南海仲裁案管辖权立场文件的法律地位.....1290
南沙群岛的专属经济区和大陆架问题初论.....1297
尼加拉瓜诉哥伦比亚哥案中的有效控制与岛屿划界.....1311
有效控制原则在钓鱼岛领土争端上适用的国际法基础.....1325
气候变化对“世界遗产”可持续发展的影响及法律应对措施.....1359
联合国安理会反恐决议实施问题研究.....1368
人工固岛的国际法分析.....1377
网络恐怖主义对国家主权的挑战及对策*.....1398
气候变化诉讼对国际气候变化治理的作用.....1411
气候变化制度引入边境措施的现实困境与未来发展.....1422
浅析境外追逃追赃与国际执法合作.....1430
权利义务相一致视角下的国家主权与人权关系新论.....1438
全球森林治理：局面、理念、机制、机构.....1447
日本修改宪法第九条解释的国际法问题评述.....1456
如何看待 1648 年之前的和平与安全.....1464
商船无害通过权的新挑战.....1472
少数民族刑事服刑人员特殊权益保护的民众认知状况调查.....1478
公海海洋保护区的法律地位探究.....1485
湿地资源保护的国际法思考.....1515
试析中国设立防空识别区的法理依据.....1523
水下文化遗产的国际法保护理念探究.....1528
探析争议海域相关国家责任.....1534
从绝对豁免到限制豁免：国家身份到国家职能的转变.....1547
国际仲裁法庭对中菲南海争端的管辖权问题研究.....1570
网络攻击行为的国际刑法规制.....1578
国际视域下中国少数民族权利保护论纲.....1587
从民族自决原则探析克里米亚公投及其对中国的影响.....1595
论邪教非法活动的国际法治理.....1605
新形势下民族自决的效力.....1613
北极地区法律制度构建探析.....1618
论 21 世纪海上丝绸之路建设对南海争端解决的影响*.....1635

应对恐怖活动犯罪的国际做法与中国路径.....1636
应对气候变化的环境技术转移困境及克服.....1642
我国南海权益的国际习惯法依据：以历史性权利为视角.....1652
论国际法与国际秩序的“包容性”—— 基于《联合国宪章》的视角.....1674
世界秩序与文明崛起——纪念联合国 70 周年.....1688
国际恐怖主义行为犯罪化的困境.....1696
——以基地组织应对立法之碎片化为例.....1696
中菲南海仲裁案之前景.....1706
The Prospects for the Sino-Philippine Arbitration.....1707
中国法律中有关酷刑犯罪规定的分析和研究.....1743
国际法语境中的核安保与核恐怖主义：兼论中国的应对.....1760
“中国威胁论”与布什主义的本质：文化、宗教、历史和法律的视角.....1772
中国与南海争端仲裁庭的非正式合作及其效果.....1794
主权内容分野下的中菲南海仲裁案.....1806
作为规则和作为决策过程的历史性权利.....1817
International Law, Domestic Courts, and the Rise of China.....1846
Tokyo Trial’s Negative Legacy for International Criminal Law.....1866

国际海洋争端解决中的“不到庭”危机与化解路径

张华*

内容摘要：争端当事国在国际诉讼中采取“不到庭”策略并非“离经叛道”之举，而是有着更深层次的战略考量。国际法院化解“不到庭”危机的经验表明，争端当事国并无到庭的法律义务，且并不必然导致不利判决。相反，国际法院仍应恪守当事方程序平等原则，在确定存在管辖权的前提下，对案件的事实和法律问题作出令人信服的裁决。中国和俄罗斯近期选择不参与“南海仲裁案”和“北极日出号案”的事例表明，海洋争端解决机制的强制性与例外规定之间的矛盾极易导致“不到庭”现象。在“不到庭”的尴尬情境下，国际仲裁庭的正当性、独立性、公正性和实效性面临考验。为避免“不到庭”危机的加深，国际仲裁庭宜采取“司法自限”这一路径，在案件的管辖权问题和实体问题方面作出更为谨慎的裁决。

关键词：国际法院；不到庭；司法自限；海洋争端解决机制；中菲南海仲裁案

一、危机的产生

2013 年 9 月 19 日，正当个别国家还在为中国拒绝参与“南海仲裁案”耿耿于怀的时候，荷兰与俄罗斯之间因为“北极日出号”（“Arctic Sunrise”，又译“极地曙光号”）而产生的争端一定程度地转移了国际社会的注意力。针对俄罗斯在专属经济区内登临、调查、拘捕“北极日出号”及其船员的执法措施，荷兰在外交沟通未能奏效的情况下，于 2013 年 10 月 4 日将争端诉诸《联合国海洋法公约》（以下简称 UNCLOS）附件 7 中的强制仲裁程序。在等待国际仲裁庭组成的同时，荷兰依据 UNCLOS 第 290 条第 5 款向国际海洋法法庭（以下简称 ITLOS）申请发布临时保全措施。对于荷兰发起的国际仲裁程序和 ITLOS 临时保全措施程序，俄罗斯采取了“不到庭”（non-appearance）的态度，其理由和中国抵制“南海仲裁案”的理由类似——即依据《联合国海洋法公约》（以下简称 UNCLOS）第 298 条做出的例外声明。

中国和俄罗斯的“不到庭”策略引起了国际社会的高度关注。原因有三：首先，中国和俄罗斯均为联合国安理会常任理事国，在国际关系中具有举足轻重的地位；其次，UNCLOS 的争端解决机制具有强制性，一直被视为国际司法机制的成功典型，但在同一年却首度，且接连出现了“不到庭”的现象；第三，中国和俄罗斯的“不到庭”唤醒了国际社会对国际法院“不到庭”危机尘封已久的记忆。在国际法院将近 70 年的司法实践中，“不到庭”现象时有发生。以美国缺席“尼加拉瓜军事行动和准军事行动案”实体问题阶段为标志，当事国拒绝参与国际法院诉讼程序的现象在上世纪 70 至 80 年代达到高潮。不过，在 1995 年巴林临时缺席国际法院部分程序之后，“不到庭”现象在国际司法争端解决中似乎已成历史遗迹。[1]但是，2013 年中国拒绝参与“南海仲裁案”和俄罗斯拒绝参与“北极

* 张华，男，江苏溧阳人，法学博士（武汉大学法学院）。主要研究兴趣为：国际公法原理、国际海洋法、国际争端解决。现任教于南京大学法学院。**Email:** fxyzhanghua@nju.edu.cn，手机：13813385331。

[1] 有学者总结，自 20 世纪 70 年代和 80 年代频繁出现“不到庭”的现象后，国际法院近年来的记录表明，“不到庭”问题已经失去了其重要性。但考虑到“不到庭”大多出现于政治上较为敏感的案件，不能完全排除该现象再次出现的可能。See Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of International Court*

日出号案”，再度将“不到庭”问题拉回国际社会的视野。在国际法院经历了“不到庭”的反复考验后，似乎 UNCLOS 争端解决机制正成为下一个“重灾区”。

面对国际社会的质疑，我们有必要深入探讨国际海洋争端解决中的“不到庭”问题。文章将首先回顾国际法院实践中的“不到庭”现象，揭示“不到庭”对于国际法院司法程序和当事国的影响；其次，阐述“不到庭”与 UNCLOS 争端解决机制之强制性特征的内在联系；在此基础上，深入分析当事国不到庭之于国际仲裁庭正当性、独立性、公正性和实效性的考验；最终，从前瞻性角度论证国际仲裁庭宜采取“司法自限”这一路径，并结合国际法院的经验剖析国际仲裁庭在程序方面需履行的义务。

二、国际法院实践中的“不到庭”现象

无论是《常设国际法院规约》，抑或作为其继承者的《国际法院规约》，都以第 53 条明文规定了当事一方“不到庭”的情形。早在常设国际法院时期，就曾出现过当事一方“不到庭”的现象。[2]国际法院成立后，“不到庭”的现象时有发生，并在国际法院权威受到质疑的 20 世纪 70 年代至 80 年代[3]最为集中。

当事国“不到庭”基本上可以归纳为两种类型：第一类，当事国完全“不到庭”，即拒绝参与国际法院的全部诉讼程序，包括临时措施阶段，初步反对阶段，案件实体问题阶段；第二类，当事国部分“不到庭”——通常表现为三种形式：（1）初期拒绝参加诉讼，后期参加（2）初期参加诉讼，后期退出；（3）总体参加，但诉讼期间缺席部分程序。具体表现如下：

国际法院“不到庭”情况统计表[4]

案件名	缺席方	缺席情况	判决情况
1947 年科孚海峡案（英国诉阿尔巴尼亚）	阿尔巴尼亚	缺席确定赔偿数额阶段	阿尔巴尼亚败诉国际法院确定赔偿数额
1951 年英国-伊朗石油公司案（英国诉伊朗）	伊朗	缺席临时措施阶段，后参与初步反对阶段	无管辖权
1951 年诺特鲍姆案（列支敦士登诉瓜地马拉）	瓜地马拉	缺席初步反对第一阶段，参与第二阶段	缺乏可受理性
1972 年渔业管辖权案(英国诉冰岛/联邦德国诉冰岛）	冰岛	完全缺席	冰岛败诉
1973 年核试验案(澳大利亚诉法国/新西兰诉法国）	法国	缺席临时措施和初步反对阶段	案件终止（法国单方承诺，诉讼目的已实现）

of Justice: A Commentary, Oxford University Press, 2012, p.1353.

[2] 常设国际法院时期出现“不应诉”的案件为：“废除 1865 年《中国-比利时条约》案（比利时诉中国）”，“波兰土地改革案（德国诉波兰）”，“索菲亚电力公司案（比利时诉保加利亚）”。在“废除 1865 年《中国-比利时条约》案”中，中国认为 1865 年条约属于不平等条约，采取了“不到庭”的策略。最终，中国和比利时于 1928 年谈判达成新的条约，终止了该案。

[3] 国际法院在 1966 年“西南非洲案（第二阶段）”作出的拒绝实施管辖权的判决，被视为助长了南非在纳米比亚的种族隔离制度，因此遭到国际社会的强烈质疑。此后，国际法院受理案件的数量出现下降趋势。直至 1986 年国际法院在“尼加拉瓜军事行动和准军事行动案”中作出美国违反国际法的判决，才一定程度地结束了国际法院的信任危机。

[4] 该表系作者依据国际法院网站相关案例信息自行整理。参见国际法院网站：www.icj-cij.org。

1973 年审判巴基斯坦战俘案（巴基斯坦诉印度）	印度	缺席临时措施阶段	案件终止(谈判解决)
1976 年亚琴海大陆架案(希腊诉土耳其)	土耳其	缺席临时措施和管辖权阶段	无管辖权
1979 年德黑兰美国外交与领事人员案（美国诉伊朗）	伊朗	完全缺席	伊朗败诉
1984 年尼加拉瓜军事行动和准军事行动案（尼加拉瓜诉美国）	美国	参与临时措施和初步反对阶段，缺席案件实质审理阶段	美国败诉
1991 年卡塔尔与巴林海洋划界与领土问题案(卡塔尔诉巴林)	巴林	参与初步反对阶段，缺席其后部分程序，后参与案件实质审理	双方各有胜负

从上述案件的判决可以看出：第一，当事一方拒绝参与国际法院的诉讼程序虽然给国际法院的审判工作带来了一定的困难，但并不妨碍法院程序的正常运行；[5]第二，“不到庭”并不影响判决本身的效力，以及对缺席一方的约束力；[6]第三，“不到庭”并不意味着参与诉讼一方自然胜诉，国际法院有义务确定对案件是否具有管辖权，并且保证裁决具有充分的法律和事实依据。在“英伊石油公司案”、“诺特鲍姆案”、“核试验案”、“审判巴基斯坦战俘案”、“亚琴海大陆架案”中，尽管被告缺席，国际法院或者以缺乏管辖权和可受理性为由，或者以诉讼目的已经实现为由，终止了诉讼程序。

至于争端当事国是否有到庭的义务，国际法院的判决并没有提供可资借鉴的答案。大多数学者认为，争端当事国并无到庭的义务。既然《国际法院规约》第53条明文规定了“不到庭”的情形，就意味着国际法院的程序法预测到了“不到庭”的可能。[7]供职国际法院多年的前书记官长 Hugh Thirlway 在系统研究国际法院的“不出庭”现象时也不无遗憾地指出，“如果当事国不愿意，那也不能强行将之拉至法院，拒不出庭即使不构成当事国的权利，但也不能被谴责为非法或不恰当。”[8]有学者在总结国际法院的“不到庭”问题时明确指出，《国际法院规约》第53条无意谴责不到庭一方的行为，因此很难说“不到庭”违法。关于当事国是否存在到庭的义务，或者当事国是否享有“不到庭”之权利的争论属于理论层面的问题，实践中意义不大。[9]

既然国际法上不存在到庭的义务， 那么“不到庭”一方自然不能受到惩罚。不过，“不到庭”一方应认识到，其拒绝参与国际法院诉讼程序的行为将面临一

[5] See Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.14, paras.26-31.

[6] 有学者认为，缺席一方不能以“不到庭”作为其不遵守判决的理由。See Andreas Zimmermann et al.(eds.), *The Statute of International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2012, p.1353; also H.W.A. Thirlway, *Non-appearance before the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1985, pp.146-163.

[7] Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, p.691.

[8] H.W.A. Thirlway, *Non-appearance before the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1985, p.177.

[9] See Stanimir A. Alexandrov, “Non-Appearance before the International Court of Justice”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.33, 1995, pp.44-45.

定的风险。有学者将这些风险总结为以下方面：第一，缺席一方失去了通过对抗性程序来确定法律和事实的机会，无论通过何种非正式的渠道与法院沟通，缺席方不可能享有和参与诉讼一方同等的地位；第二，法院没有详细调查事实的义务，缺席方因此失去了陈述不同事实的机会，参加诉讼一方证明事实成立的障碍更小；第三，如果有特别协议承诺应诉诸法院，缺席一方的行为构成对承诺的违反，并应对违反协议负责；第四，规约并无缺席一方可以重开审判的规定，同时缺席一方也无法依据规约第 61 条请求法院修改判决——因为法院作出判决时，缺席一方知晓该事实问题。[10]由此可见，国际法院虽然没有强迫出庭或惩罚“不出庭”国家的能力，但当事国会损失一些程序方面的权利。尽管如此，国家仍然会作出“不出庭”的决定，这一诉讼策略通常是权衡多方面因素的结果。[11]研究国际法院的权威沙卜泰·罗森（Shabtai Rosenne）在评价国际法院“不到庭”现象时也指出：“诉讼当事方有权采取适合其所处情势的诉讼策略，决定不到庭就是策略之一。这一决定并非异想天开或轻率之举，而是有着更深层次的政治考虑”。[12]

三、UNCLOS 争端解决机制的强制性与“不到庭”之关联

有学者在总结国际法院的“不到庭”现象时认为：“不到庭”与拒绝接受国际法院的强制管辖权实际上是同一问题的两个方面。[13]瑞士国际法专家罗伯特·科博（Robert Kolb）也认为，在事先接受了国际法院强制管辖权的情况下，争端当事国选择不到庭的可能性较大，因为争端一方可以单方面提起诉讼，而被告方对强制管辖权的支持自然减退，并会尽量逃避案件。相反，对于依据特别协议提交的案件，“不到庭”的可能性较小。[14]

UNCLOS 争端解决机制的典型特征在于其强制性。ITLOS 前法官特里欧·崔维斯（Tullio Treves）认为强制管辖权和选择性管辖权的区别在于：前者是指国际司法机构裁决案件的权能源自先于争端存在的协定；后者是指管辖权源自争端发生之后的协定。相应地，在强制性管辖权的情况下，争端一方即可启动国际司法程序，在选择性管辖权的情况下，国际司法程序必须由双方共同启动。[15]

UNCLOS 争端解决机制的强制性集中体现为公约第 15 部分第 2 节中“导致有拘束力裁判的强制程序”。根据 UNCLOS 第 287 条第 1 款的规定，一国在签署、批准、加入公约时，或在其后的任何时间，都可以书面声明的形式在以下四种方式中选择一种或若干种作为争端解决方式，这些方式包括：ITLOS，国际法院，按照公约附件 7 组成的国际仲裁庭，按照公约附件 8 组成的特别国际仲裁庭。

表面上看来，公约缔约方在选择争端解决方法上具有灵活性。但由于第 287

---

[10] Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, p.693.

[11] 例如：出庭导致有利判决的可能性，拒绝出庭可能带来的恶名，主张案件不适合司法裁决的可行性，以及参与案件有可能削弱其将来拒绝遵守判决的合理性。See Jerome B. Elkind, *Non-appearance before the International Court of Justice: Functional and Comparative Analysis*, Martinus Nijhoof Publishers, 1984, p.172.

[12] Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court (1920-2005)*, Vol.3, Martinus Nijhoof Publishers, 2005, p.1360.

[13] Jerome B. Elkind, *Non-appearance before the International Court of Justice: Functional and Comparative Analysis*, Martinus Nijhoof Publishers, 1984, p.187.

[14] Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, p.681.

[15] Tullio Treves, “The Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea”, in P. Chandrasekhara Rao and Rahmatullah Khan (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001, p.111.

条第 3 款至第 5 款规定公约附件 7 仲裁庭作为“兜底”程序，对于那些没有提交声明，或虽然提交声明，但选择方式不同的缔约国而言，公约附件 7 仲裁庭的组成具有自动性。UNCLOS 争端解决机制因此在本质上具有 Treves 所界定的强制性。[16]

值得注意的是，公约在规定“导致有拘束力裁判的强制程序”的同时，还规定了若干限制和例外。其中，第 297 条规定的限制情况构成一般性例外，亦即自动适用于所有公约缔约国；第 298 条中的例外构成选择性例外，仅适用于哪些做出声明的国家。

根据公约第 297 条第 1 款，沿海国与其他国家之间在专属经济区内因航行、飞越、铺设海底电缆和管道的自由和权利问题而发生的争端，或者沿海国违反海洋环境保护国际规则的争端，原则上仍应适用公约第 15 部分第 2 节中的强制程序。但对于海洋科研和渔业方面的争端，公约的规定略显费解。[17]根据该条第 2 款和第 3 款的规定，公约中有关海洋科研和渔业的规定在解释和适用方面的争端原则上也应适用第 15 部分第 2 节的强制机制。但是，对于那些因为沿海国依据公约第 246 条行使权利或斟酌权，或依据第 253 条做出暂停或终止一项研究计划的决定，或者因为专属经济区内生物资源的主权权利或行使该权利发生的争端，沿海国并无义务将争端提交强制程序，但在特定的情况下应提交公约附件 5 中的强制调解程序。这一限制性规定反应了沿海国对专属经济区内捕鱼和海洋研究的敏感性，沿海国实际上希望在这两个方面保持广泛的自由裁量权。[18]

根据公约第 298 条第 1 款，一国可以在签署、批准或加入公约时，或在其后任何时间，以书面声明的形式将下述争端排除在第 15 部分第 2 节强制性程序之外：(a)关于海洋划界的第 15 条、第 74 条、第 83 条在解释或适用上的争端，或涉及历史性海湾或所有权的争端；(b) 关于军事活动，包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端，以及根据第 297 条第 2 款和第 3 款不属法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端；(c)正由联合国安全理事会执行《联合国宪章》所赋予的职务的争端。截至目前，共有 35 个国家提交了此类声明。[19]

2006 年 8 月 25 日，中国依据 UNCLOS 第 298 条第 1 款的规定，声明该条款 a, b, c 三项中的争端不适用公约第 15 部分第二节中的强制性争端解决机制。这就意味着，所有涉及领土主权，海洋划界，历史性所有权，军事行动和专属经济区内部分的(即海洋科研和渔业)执法行动，以及安理会履行职能的争端均在排除之列。由于菲律宾仲裁请求涉及的问题本质上属于声明排除的争端，所以中国始终坚持以“不出庭”来应对菲律宾单方面推动的仲裁程序。

俄罗斯拒绝参与“北极日出号案”临时保全措施程序和仲裁程序的理由在于其批准 UNCLOS 时依据第 298 条所作的声明。根据俄罗斯 1997 年 3 月 12 日的声明，俄罗斯在以下三个方面的争端不受公约第 15 部分第 2 节程序的约束：第一，涉及公约第 15 条，第 74 条，第 83 条解释或适用的争端，亦即海洋划界方面的

---

[16] UNCLOS 争端解决机制的强制性还体现在公约第 290 条和第 292 条规定的临时措施程序和迅速释放程序，ITLOS 对这两类案件享有强制管辖权。

[17] Robin Churchill, “Some Reflections on the Operation of the Dispute Settlement System of the UN Convention on the Law of the Sea During the First Decade”, in David Freestone et al.(eds.), *The Law of the Sea: Progress and Prospects*, Oxford University Press, 2006, p.407.

[18] Yushifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012, p.401.

[19] 最新提交声明的国家为沙特阿拉伯（2014 年 1 月 10 日），详细信息，参见联合国官方网站：http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm。

争端，或者是涉及历史性海湾或所有权的争端；第二，涉及军事活动的争端，包括政府船只和航空器军事活动的争端，以及与行使主权权利和管辖权相关的执法活动争端；第三，与安理会行使《联合国宪章》职能相关的争端。[20]按照俄罗斯的主张，由于“北极日出号”事件属于俄罗斯当局的执法活动，因此自然被排除在 UNCLOS 强制性争端解决机制之外。问题是，UNCLOS 第 298 条第 1 款 b 项并未排除所有执法活动争端，而只限于海洋科研或海洋捕鱼执法引起的争端。对此，无论是 2013 年 11 月 22 日 ITLOS 的临时保全措施命令，抑或 2014 年 11 月 26 日国际仲裁庭关于管辖权问题的裁决都确认了这一点。[21]

UNCLOS 强制程序在启动之前除应考虑公约第 297 条和第 298 条中的例外情形外，还必须满足公约第 15 部分第 1 节中的一些前提条件。[22]从公约第 280 条和第 281 条的规定来看，公约并不妨碍争端当事国协议以其他和平方式解决争端，在争端未能按照协定规定的方式获得解决，且协议并不排斥的情况下，才能适用公约中的强制程序。根据第 282 条的规定，在争端当事国存在一般性、区域性或双边协定的情况下，争端应首先交由此类协定规定的争端解决程序裁决。这些规定表明，公约本质上鼓励争端双方通过协议方式解决争端，只有在协议解决无法奏效的情况下，才会考虑诉诸强制程序。此外，根据第 283 条的规定，争端当事国在谈判或其他和平方法解决争端方面有迅速交换意见的义务。总体而言，公约的强制程序不仅在实体层面上存在限制，而且也受到程序层面上的限制。[23]所以，UNCLOS 争端解决机制的强制性不可绝对化。

早在公约生效十周年之际，有学者曾经质疑，是否有许多争端会因为公约第 297 条和第 298 条中例外的存在而未能被提交第 15 部分第 2 节中的强制程序？[24]公约生效将近二十周年之际发生的“南海仲裁案”和“北极日出号案”表明：即便公约缔约国提交了排除性声明，并不意味着与强制程序“绝缘”。这或者是由于争端一方巧妙“包装”法律诉求，或者是因为争端本质上不完全属于排除性声明的范畴。就此意义而言，公约第 297 条和第 298 条中的例外并非有效的“防火墙”。当争端一方无视例外声明的存在，仍然坚持诉诸 UNCLOS 中的强制性争端解决机制时，做出例外声明的国家自然会强烈抵制国际司法机构的管辖权。这种抵制不外乎两种方式：或者“逆来顺受式”地参加国际司法程序，通过法律途径裁定对案件缺乏管辖权；或者以“不到庭”的姿态表明抵制对方滥用国际司法程序的决心。无论如何，“不到庭”本身就是一种诉讼策略。在国际法上不存在强制出庭义务的情况下，当事国的缺席固然给国际司法机构的工作带来了一定的压力，但考虑到“滥诉”一方无视管辖权缺失的现实，“不到庭”策略应当做更加包容的理解。

---

[20] See “UNCLOS: Declarations made upon signature, ratification, accession or succession or anytime thereafter”, available at: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm.

[21] See *“Arctic Sunrise” Case (Netherlands v. Russia)*, Provisional Measures, ITLOS Case No.22, Judgment of 22 November 2013; also *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, Award on Jurisdiction, 26 November 2014.

[22] UNCLOS 第 286 条（“本节规定程序的适用”）规定：“在第三节限制下，有关本公约的解释或适用的任何争端，如已诉诸第一节而仍未得到解决，经争端任何一方请求，应提交根据本节具有管辖权的法院或法庭。”

[23] Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2005, p.30.

[24] Robin Churchill, “Some Reflections on the Operation of the Dispute Settlement System of the UN Convention on the Law of the Sea During the First Decade”, in David Freestone et al.(eds.), *The Law of the Sea: Progress and Prospects*, Oxford University Press, 2006, p.409.

四、当事国“不到庭”之于国际仲裁庭的考验

在出现“不到庭”的尴尬情况下，国际仲裁庭的工作负担并不会因此减轻。总体上，国际仲裁庭应当在两个方面竭力保持平衡：一方面，仲裁庭应尽量了解争端双方的观点，而无论其来源渠道为何；另一方面，仲裁庭应坚持争端双方程序平等原则。究其原因，当事国“不到庭”考验着国际仲裁庭的正当性、独立性、公正性和实效性。

（一）正当性

正当性是一种合法化的权威，源于公平和正义理念。按照尤瓦·沙尼（Yuwal Shany）的观点，国际司法机构的正当性是指，该机构的权威已经被国家，国内的公共舆论，潜在的诉诸方，以及其他利益相关方所接受，因而在支持者眼中具有正当性。[25]当有关管辖权和可受理性的裁决，或有关实体问题的裁决结果与正义观念发生剧烈冲突时，国际司法机构的正当性就会遭到挑战。一般而言，当国际司法机构习惯性地作出不公正的判决时，其正当性将受到损害。[26]

管辖权构成司法判决正当性的来源。这是因为，实施组织章程条约赋予之管辖权的国际司法机构是以一种授权者普遍接受的方式实施其法律权威，因而自然具有正当性。同时，管辖权规则对国际司法机构判决结果的合法性具有重要影响。过度行使管辖权将有损判决结果的正当性，也会被外界视为不公平或不公正。可受理性与正当性的关系则应视具体情境而定。当国际司法机构适用可受理性规则的目的在于保障其司法功能、司法节制、程序的公平性，或基本的司法原则时，可受理性有利于提升正当性。但是，由于可受理性规则具有自由裁量的性质，国际司法机构能否以此拒绝授权者赋予的法律任务值得探究。例如，国际法院在1966年“西南非洲案（第二阶段）”做出缺乏可受理性的判决明显存在正当性问题。[27]

在“中菲南海仲裁案”中，菲律宾的仲裁请求在管辖权和可受理性方面存在明显的缺陷。根据《中国关于菲律宾所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，这些缺陷主要表现三个方面：第一，菲律宾提请仲裁事项的实质是南海部分岛礁的领土主权问题，超出《公约》的调整范围，不涉及《公约》的解释或适用；第二，以谈判方式解决有关争端是中菲两国通过双边文件和《南海各方行为宣言》所达成的协议，菲律宾单方面将中菲有关争端提交强制仲裁违反国际法；第三，即使菲律宾提出的仲裁事项涉及有关《公约》解释或适用的问题，也构成中菲两国海域划界不可分割的组成部分，而中国已根据《公约》的规定于2006年作出声明，将涉及海域划界等事项的争端排除适用仲裁等强制争端解决程序。因此，仲裁庭对菲律宾提起的仲裁明显没有管辖权。[28]

在“北极日出号案”中，尽管ITLOS裁决对该案享有初步管辖权，并且发布了临时保全措施，但其有关案件管辖权和可受理性问题的推理显得过于简短。尤其是俄罗斯籍ITLOS法官格莱茨恩（Golitsyn）在反对意见中指出，荷兰并没有

---

[25] Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2014, p.139.

[26] Ibid., p.144.

[27] South West Africa (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6.

[28] 《中国人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，2014年12月7日，第3段。

尽到UNCLOS第283条中“交换意见”的义务，ITLOS应裁决该案缺乏可受理性。[29]2014年11月26日，国际仲裁庭就俄罗斯主张1997年声明是否排除管辖权的问题做出了裁决。虽然俄罗斯的这一主张未获得支持，但仲裁庭仍然在裁决中表示，需要进一步就案件的管辖权、可受理性和实体问题做出裁决。[30]这表明，虽然国际仲裁庭确定了俄罗斯1997年声明与公约第298条内容的一致性，因而否定了俄罗斯以“执法例外”作为排除国际仲裁庭管辖权的理由，但在其他方面，“北极日出号案”的管辖权问题仍然存在一定的争论空间。

从正当性的角度而言，国际仲裁庭应当在“南海仲裁案”和“北极日出号”的管辖权和可受理性问题上持较为谨慎的态度。

（二）独立性和公正性

独立性（independence）和公正性（impartiality）事关司法道德。[31]独立性表现为国际司法机构的组成和运作不受外部控制或干涉，公正性则表现为法官在裁案时不受预先存在的偏见的影响。[32]常设性的国际司法机构通常在独立性和公正性方面存在较少问题。但对于国际仲裁庭而言，由于其仲裁员的组成较大程度地受到当事方的影响，且属于临时性质，独立性和公正性问题往往更为突出。有学者因此建议，对临时性国际仲裁庭独立性的衡量标准应当低于常设性的国际司法机构的衡量标准。[33]

在“南海仲裁案”中，“中菲南海仲裁庭”面临着独立性和公正性的考验。菲律宾首先提名ITLOS德国籍法官Rudiger Wolfrum担任菲方仲裁员。在中国明确表示拒绝参与仲裁程序的情况下，2013年2月22日，时任ITLOS庭长的日本籍法官柳井俊二指定ITLOS波兰籍法官Stanislaw Pawlak担任中方仲裁员。由于中国坚持“不到庭”，争端双方显然无法就其余三名仲裁员的提名达成协议，因此最终仍由柳井俊二指定仲裁员。2013年4月24日，ITLOS法国籍法官Jean-Pierre Cot，荷兰籍的Alfred H. Soons教授，斯里兰卡籍的Chris Pinto被任命为仲裁员，其中Pinto被指定为仲裁庭庭长。2013年5月6日，Pinto因为其妻子为菲律宾国籍，出于公正性的考虑，宣布辞职。最终，ITLOS庭长在5月30日提名ITLOS加纳籍前法官Thomas A. Mensah填补这一空缺。但是，有学者质疑，Mensha仅仅是在5月底刚刚经加纳提名而被纳入UNCLOS附件7中的仲裁员名单，这一巧合似乎意味着Mensha的提名正是为了能够填补“中菲南海仲裁庭”的空缺。[34]

在“北极日出号案”中，荷兰提名Alfred H. Soons教授担任仲裁员。在俄罗斯明确表示拒绝参与仲裁的情况下，ITLOS庭长指定墨西哥籍的Alberto Székely担任俄方仲裁员。2014年1月10日，ITLOS庭长应荷兰的请求指定了其余三名仲裁员，分别为：波兰籍的Janusz Symonides教授，澳大利亚籍的Henry Burmester，加纳籍的Thomas Mensah法官，其中Mensah法官担任仲裁庭庭长。

---

[29] Dissenting Opinion of Judge Golitsyn, in Arctic Sunrise case (Provisional Measures), para.5.

[30] Arctic Sunrise Arbitration(Netherlands v Russia), Award on Jurisdiction, 26 November 2014, para.79.

[31] Anja Seibert-Fohr, “International Judicial Ethics”, in Cesare Romano et al.(eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014, p.761.

[32] Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2014, p.102.

[33] Yuval Shany, “Squaring the Circle? Independence and Impartiality of Party-appointed Adjudicators in International Legal Proceedings”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol.30, 2008, p.490.*

[34] Stefan Talmon and Bingbing Jia, *South China Sea Arbitration*, Hart Publishing, 2014, p.12.

值得注意的是，在“北极日出号案”中，Wolfrum 法官和 Kelly 法官曾联名发布单独意见，对俄罗斯“不到庭”提出了强烈的批评，认为“不到庭”违背公约第 15 部分的目的和宗旨，导致 UNCLOS 争端解决机制有名无实。[35]这种带有强烈个人倾向的意见是否会影响 Wolfrum 法官在“南海仲裁案”中有关管辖权和可受理性问题的裁决？另外，来自荷兰的 Alfred H. Soons 教授同时参与了这两个“不到庭”案件，来自加纳的 Mensah 法官也同时担任了这两个案件的庭长。这些仲裁员均来自西方国家，或在西方国家接受的法学教育，在同样出现“不到庭”的情况下，仲裁员是否能够保证公正性仍然是中国和俄罗斯的关注点。尤其是目前的国际舆论都有同情弱者的倾向，大国反而“动辄得咎”。就此角度而言，国际仲裁庭如何避免受到国际舆论的干扰也是确保其独立性和公正性的关键点。

（三）实效性

判决能否得到遵守和执行是衡量国际司法机构实效性的重要标准，有学者甚至将之视为“主导性指标”（dominant proxy）。[36]一般而言，国际司法机构缺乏类似于国内法院那样的执行机关，在出现败诉方不遵守判决的情况下，胜诉方只能诉诸司法以外的渠道获得权利救济。从国际司法实践来看，争端当事国基本上都能够较好地遵守国际司法裁决。尽管有多种解释原因，但其中最重要的莫过于善意原则的作用。

对于 UNCLOS 争端解决机制而言，国际仲裁庭在“南海仲裁案”和“北极日出号案”中的裁决稍有不慎，其实效性将受到极大程度的削弱。中国和俄罗斯坚持 “不到庭”的立场注定了国际仲裁庭的不利裁决无法得到遵守和执行。尤其是作为联合国安理会的常任理事国，中俄两国的反应具有象征性意义。如果国际仲裁庭一味为了追求案件的数量而无视管辖权缺失的现实，不仅有违司法节制原则，而且在法律和事实的认定上将会产生错误。诚如尤瓦·沙尼（Yuval Shany）在总结管辖权和实效性的关系时所言：“国际司法机构的管辖权与实效性之间并不必然存在线性联系（linear）。的确，具有广泛管辖权的国际司法机构对世界的影响意义较大，但也存在管辖权过大因而损害其实效性的情况。例如，当国际司法机构积案过多，或者面临政治上的强烈反对而不适合处理原本具有管辖权的案件”。[37]

从短期来看，国际仲裁庭做出不利于大国的裁决也许表面上可以增强其威信。但从长远来看，国际仲裁庭的不利裁决将会促使更多的公约缔约国提交 UNCLOS 第 298 条第 1 款意义上的排除强制管辖声明，更多类型的争端将因此被排除，这也会冲击 UNCLOS 争端解决机制的实效性。实际上，早在 10 年前，著名海洋法学者 Robin Churchill 就质疑附件 7 强制仲裁机制的实效性。他认为大多数的争端都归于附件 7 中的仲裁机制并非幸事，理由是：第一，国际仲裁庭的组成因个案而异，不利于对 UNCLOS 的统一解释；第二，国际仲裁庭对于 UNCLOS 的机构忠诚度难及常设性的 ITLOS；第三，大多数案件归于国际仲裁庭的现实削弱 ITLOS 的存在意义。[38]

---

[35] See “Arctic Sunrise” Case (Netherlands v. Russia), Provisional Measures, ITLOS No.22, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Kelly, para.6.

[36] Andrew T. Guzman, “International Tribunals: A Rational Choice Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, 2008, p.171.

[37] Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2014, p.95.

[38] Robin Churchill, “Some Reflections on the Operation of the Dispute Settlement System of the UN Convention on the Law of the Sea During the First Decade”, in David Freestone et al.(eds.), *The Law of the Sea: Progress and Prospects*, Oxford University Press, 2006, pp.397-398.

五、国际仲裁庭化解“不到庭”危机的路径

在中俄两国坚持“不到庭”的尴尬情况下，国际仲裁庭究竟应当选择何种司法路径呢？Kolb 在总结国际法院将近 70 年的司法经验时认为：司法能动性和司法自限属于国际法院司法政策的范畴，选择何种路径取决于不同的因素。[39]这一理性认识同样适用于 UNCLOS 争端解决机制。无论是基于正当性、独立性、公正性和实效性之类的结构性因素，还是从“南海仲裁案”和“北极日出号案”涉及的复杂关系来看，国际仲裁庭理应采取司法自限的立场。

《国际法院规约》第 53 条规定了“不到庭条款”，其中明确规定了国际法院应当承担两方面的法律义务。《ITLOS 规约》第 28 条和 UNCLOS 附件 7 第 9 条也规定了类似的条款：

当事一方不出庭或对其案件不进行辩论时,他方可请求法庭继续进行程序并作出裁判。当事一方缺席或对其案件不进行辩护,应不妨碍程序的进行。法庭在作出裁判前,必须不但查明对该争端确有管辖权,而且查明所提要求在事实上和法律上均确有根据。

显而易见，在出现“不到庭”的情况下，国际仲裁庭仍需恪守两项义务：第一，确保对案件享有管辖权；第二，确保仲裁请求在法律上和事实上具有充分依据。尤其需要指出的是，和《国际法院规约》第 53 条相比，《ITLOS 规约》第 28 条和 UNCLOS 附件 7 第 9 条并没有规定出庭一方可以请求国际仲裁庭作出有利于其自身的裁决。这实际上也暗示着：国际仲裁庭在正常情况下的程序性义务并不会由于“不到庭”的发生而有所减轻。“中菲南海仲裁庭”和“北极日出号仲裁庭”的程序规则第 25 条第 1 款也重申了类似的程序性义务。

（一）确保管辖权成立的义务

根据国际法院化解“不到庭”危机的经验，有 5 个案件因为管辖权和可受理性问题，或者是其他原因而被国际法院终止审理：即英国-伊朗石油公司案、诺特鲍姆案、核试验案、审判巴基斯坦战俘案、亚琴海大陆架案。这表明“不到庭”一方并不会因为其消极行为而自然招致不利判决。相反，国际法院的判决显示出较为谨慎和保守的特征。诚如赫希·劳特派特爵士（Sir Hersch Lauterpacht）在探讨国际法院的司法能动和司法自限问题时所强调的那样：“在国际法院的管辖权遭到当事国质疑时，并不意味着国际法院应当让步……但毫无疑问，当存在令人信服的管辖权障碍时，国际法院不应该将当事国起初的管辖权声明转化为它们明显不希望看到的结果”。[40]

在“中菲南海仲裁案”中，尽管中国一直拒绝参加由菲律宾单方面启动的仲裁程序，但也通过各种渠道发布了中国有关该案管辖权问题的立场。例如，早在 2014 年初，Stefan Talmon 和贾兵兵教授主编的《南海仲裁案》一书由英国 Hart 出版社出版，其中汇聚了两岸和国际学者有关“中菲南海仲裁案”管辖权问题的

---

[39] Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, p.1175.

[40] Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1982, pp.95-96.

理性分析。进一步地， 2014 年 12 月 7 日， 中国外交部受权发布的《中国关于菲律宾所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》。在中国坚持以“不到庭”策略抵制菲律宾单方行径的情势下，从确保司法公正的考虑，国际仲裁庭也应当重视上述论著和文件中有关管辖权问题的理性分析。

至于“北极日出号案”， 尽管 ITLOS 在发布临时保全措施命令时认为国际仲裁庭对该案享有初步的管辖权， 而且国际仲裁庭于 2014 年 11 月 26 日也裁决俄罗斯基于 1997 年声明排除管辖权的主张不成立， 但该案的管辖权和可受理性问题仍存在争论空间。在实践中也的确存在国际司法机构在临时保全措施阶段裁决对案件享有初步的管辖权，但在稍后的管辖权和可受理性阶段裁决对案件不具有管辖权的实例。典型例如 ITLOS 于 2013 年作出裁决的“Louisa 号案”，国际法院于 2011 年作出裁决的“格鲁吉亚诉俄罗斯案”，以及 2000 年国际仲裁庭作出裁决的“南方蓝鳍金枪鱼案”。国际仲裁庭自身在裁决中也强调，虽然俄罗斯基于公约第 298 条声明排除管辖权的主张不成立，但仲裁庭仍需进一步就管辖权、可受理性和实体问题作出裁决。尤其是格莱慈恩法官在“北极日出号案”（临时保全措施）中质疑荷兰是否履行了“交换意见”之义务，这一关切是否成立，仍然是国际仲裁庭在确定行使管辖权之前需要认真考虑的问题。

（二）确保法律和事实上具有充分依据的义务

就“确保法律上具有充分依据”这一义务而言， 当事方“不到庭” 并不会给国际仲裁庭的工作带来太大的影响。在“尼加拉瓜军事行动和准军事行动案”中，国际法院指出：“法官知法”原则（principle *jura novit curia*）意味着在适用法律时，法院并不单单依赖争端当事方的主张。[41]类似地，国际仲裁庭在“不到庭”的情况下仍应该按照正常的标准来识别案件适用的法律规则。在此方面，并不存在当事方举证责任的问题。

就“确保事实上具有充分证据”这一义务而言，国际法院处理“不到庭”的案件并没有体现出明显的标准。国际法院只是表明，“法院无法通过自身的调查来完全弥补由于争端当事方之一缺席所造成（事实上的缺漏）……法院应尽量保证拥有可获取的所有文件”。国际法院同时也指出：“法院并不局限于只考虑争端当事方正式提交的材料”。根据国际法院的判决，在面临“不出庭”危机时，法院为了避免由于“不出庭”所导致的事实方面的不对称问题，还可以考虑以下几种材料：专家调查意见，[42]公开报道的信息，[43]官方声明，[44]以及不出庭一方提交的非正式的通讯材料。[45]此外，“不到庭”并意味着到庭一方所提交的证据会被自然采纳。在正常案件中争端双方所应承担的举证责任并不会因为出现“不到庭”危机而有所减轻。国际法院的裁决表明，在“不出庭”案件中，出庭一方需要提供更多的证据材料来支持自己的主张，举证责任不仅没有减轻，反而有加重的嫌疑。[46]对此，有学者强烈批评，国际法院的做法有利于“不出庭”一方，出庭一方反而处于不利地位。[47]

实事求是而言，“不到庭”考验着国际法院的司法智慧——如何在努力填补

---

[41] *Nicaragua Military Activities Case*, paras.29-30.

[42] *Corfu Channel case*, Order of 17 December 1948, ICJ Reports (1948), p.124.

[43] *Tehran Hostages case*, ICJ Reports (1980), para.12.

[44] *Nicaragua Military Activities Case*, para.64.

[45] *Aegean Sea Continental Shelf Case*, para.47; *Tehran Hostages Case*, para.33.

[46] H.W.A. Thirlway, *Non-appearance before the International Court of Justic*e, Cambridge University Press, 1985, pp.128-130.

[47] Gerald Fitzmaurice, “The Problem of the ‘Non-appearing’ Defendant Government”, *British Yearbook of International Law*, Vol.51, 1980, pp.116-118.

“不出庭”所导致的事实缺漏的同时，又能有效地保障争端双方程序平等原则呢？争端当事国对国际法院的期盼不同，自然使法院的每一个举动都有“如履薄冰”之感。 答案也许正如 Thirlway 所言，如果不考虑不出庭一方的非正式通讯材料，国际法院固然可以保证程序上的公平，但又难免产生实体上的不公平（substantive injustice）。[48]在没有可替代方案的情况下，国际法院不得不做出妥协之举，以确保司法良治。总体而言，国际法院接受不出庭一方提交的非正式的通讯材料意在保持两方面的平衡：一方面，判决在管辖权和实体问题上具备充分依据之期待；另一方面，在“不出庭”的非常状态下，国际法院必然会遭遇之困难。[49]

从国际法院的经验来看，国际仲裁庭在“中菲南海仲裁案”和“北极日出号案”中应该认真对待来自中国和俄罗斯方面的非正式材料。这一点，实际上在仲裁庭程序规则第 25 条中已经有所体现。该条第 2 款规定：

若争端一方不出庭或对案件不进行辩护，仲裁庭将邀请出庭一方就仲裁庭认为其提交的诉状中尚未被阐述或阐述不充分的具体问题提交书面论证，或由仲裁庭就这些问题提问。出庭一方应在邀请之日起三个月内就仲裁庭指定的问题提交补充书面陈述。出庭一方的补充陈述应传达给缺席一方供其评论，该评论应在补充陈述传达之日起三个月内作出。在公约及其附件七以及本规则授权范围内，仲裁庭可以采取其认为必要的任何其他措施赋予争端各方提出其主张的充分机会。[50]

2014年12月16日，“中菲南海仲裁庭”发布第3号程序令，在表示收到中国提交的《中国关于菲律宾所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》的同时，要求菲律宾在2015年3月15日前就管辖权和实体问题提交补充性的书面陈述，中国则应在2015年6月16日之前提交其对菲律宾补充书面陈述的评论。[51]国际仲裁庭依据程序规则第25条第2款发布程序命令，显示出对该案件的管辖权和实体问题持较为谨慎的态度。中国的程序性权利至少在形式上得到了尊重。

无论“中菲南海仲裁案”和“北极日出号案”未来走向如何，这两个案件绝非国际仲裁庭发挥司法能动性的理想场域。仲裁庭在解释和适用UNCLOS相关条款时应该持较为谨慎的态度。尤其在确定事实问题时，国际仲裁庭不仅应适当考虑中国和俄罗斯提交的非正式材料，而且应该参照国际法院的工作经验，适当通过专家调查、公开报道信息，以及官方声明等渠道，以确定出庭一方的主张在事实

---

[48] H.W.A. Thirlway, *Non-appearance before the International Court of Justic*e, Cambridge University Press, 1985, p.150.

[49] Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Second edn., Oxford University Press,2012,p.1348.

[50] *Philippines v China Arbitration*, Rules of Procedure, 27 August 2013, Art.25; *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v Russia)*, Rules of Procedure, 17 March 2014, Art.25.

[51] Third Press Release on *Philippines v China Arbitration*, 17 December 2014, available at: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1529.

方面真正具有充分的依据。

六、结论

“不到庭”现象在国际法院的司法实践中沉寂了将近 20 多年。这段时间恰巧是冷战结束后国际法院的权威性获得越来越多认同的时期。由此可以看出，“不到庭”的发生频率与争端当事国对国际法院权威的认同程度密切相关。尽管争端当事国对管辖权的质疑并不必然导致“不到庭”，但通常是主要原因。UNCLOS 争端解决机制由于其突出的强制性，极容易刺激当事国选择“不到庭”的诉讼策略。考虑到公约第 297 条和第 298 条中的例外规定，以及公约第 15 部分第 1 节中设置的前提条件，当事国选择“不到庭”的策略无须苛责——毕竟国家一般没有到庭的法律义务。

对于中国和俄罗斯而言，以“不到庭”的强硬姿态来抵制争端一方单方面启动的国际仲裁程序，实属对“滥诉”一方的无奈反应——毕竟不出庭会损失一定的抗辩机会。至于外媒将之解读为挑战 UNCLOS 争端解决机制的权威，或者是缺乏对国际法治的尊重，则有不明事理、夸大其辞之嫌。况且中国和俄罗斯拒绝参加国际司法程序并不妨碍国际仲裁庭的运作，只是对国际仲裁庭的工作提出了更高的要求。

对于国际仲裁庭而言，由于中国和俄罗斯“不到庭”所带来的正当性、独立性、公正性和实效性方面的挑战不容小觑。尤其是两个联合国安理会常任理事国对待 UNCLOS 争端解决机制的态度具有一定的示范效应。可以想象，仲裁庭裁决的公正与否很大程度上将促使 UNCLOS 其他缔约国考虑是否应提交公约第 298 条意义上的声明，以明确排除 UNCLOS 强制性争端解决机制的拘束。为了避免沦为个别国家“滥诉”的牺牲品，国际仲裁庭唯有采取司法自限的立场，如此方能挽回其他缔约国对公约强制性争端解决机制的信心。从国际法院化解“不到庭”危机的经验来看，仲裁庭应严格恪守 UNCLOS 和仲裁庭程序规则中所规定的程序性义务，亦即确保对案件具有确定无疑的管辖权，并在此基础上，确保法律上和事实上具有充分的依据。在案件审理过程中，仲裁庭应在确保争端双方程序平等原则的同时，努力修补由于争端一方不到庭所导致的事实方面的不对称性。

论信息主权的国际法限制

林 婧

（重庆大学法学院，重庆，400045）

［摘　要］现有信息主权相关国际规范在敦促尊重、保障各国信息主权前提下，也没有忽略特殊情况下对信息主权予以适当限制。国际法之所以要限制信息主权，是因为绝对的信息主权未必能让国家获益，国际法限制信息主权也有益于信息领域的国际合作与发展，信息主权被滥用可能对他国、他人产生严重的损害后果，国际法对信息主权的限制与保障相辅相成。现行国际法中对于信息主权的限制性规范大致可以分为三类：第一类是通过对一些信息主权的限制来实现另一些信息主权保障的规范；第二类是限制信息主权以促进信息领域国际合作的规范；第三类是协调信息主权与个人信息权之间关系的规范。可以预见在短期内，国际法对于信息主权的限制，更多的仍是以倡导性规范的形式，且对于信息主权的限制程度和范围大多是弹性的、留有余地的。

［关键词］ 信息主权；主权相对性；国际法限制

现有信息主权保障国际规范在敦促尊重各国信息主权前提下，也没有忽略特殊情况下对信息主权予以适当限制。信息主权的行使可以成为发展中国家捍卫本国信息权益的“盾牌”，也可能成为某些发达国家设置贸易壁垒、拒绝正当的国际合作的手段，故而既要认识到信息主权对于国家独立、安全与发展的重要意义，亦须认识到信息主权并非可以无限膨胀，信息主权的行使并非可以不受任何约束，其必须以合乎国际正义与一定的国际法规则为前提，换言之，一国有独立的、不受不合法、不合理干扰地行使信息主权的权力，同时负有不得非法侵犯他国信息主权的义务。国际法对于信息主权的限制是防止信息主权演化为信息霸权、对业已存在的信息霸权加以制约的重要手段。

一、国际法限制信息主权的缘由

国际法之所以要限制信息主权，首先在于绝对的信息主权未必能让国家获益，其次国际法限制信息主权也有益于信息领域的国际合作与发展，再者信息主权被滥用可能对他国、他人产生严重的损害后果，复者信息主权的国际法限制与保障相辅相成。

（一）绝对的信息主权未必能让国家获益

权力并不必然流向能够扣留信息的人，通俗来讲这好比：相对好车车主而言，坏车的所有者更愿意出售旧车；意识到这种情势的存在，潜在的买主对其想要购

作者简介：林婧（1986—），女，福建福州人，重庆大学法学院国际法专业博士研究生，主要研究方向为国际公法、国际经济法。

基金项目：2013 年度国家社科基金重大项目《国家网络空间安全法律保障机制研究》（项目批准号：13&ZD181）。

买的车砍价，以便为自己所不知道的缺陷进行价格调整；尽管卖主在信息方面占有优势，反而无法按照旧车的真实价值出售。由此审视信息主权的相对性，并不是将信息控制得愈彻底愈能够从中获益。[52] 只专注于控制信息的传递往往容易让民众对所能获取到的信息的真实性失去信任，进而习惯性怀疑政府，不利于国家稳定与团结。在国与国关系日趋紧密、牵一发而动全身的今时今日，单方面强调竞争及权利背后利益的获取，极可能在并不能给相对国带来收益甚至损害相对国利益的同时增加本国的发展成本进而提升国家信息安全的难度，从而使国际合作的总成本增加，产生近似负和博弈[53]的效应。

（二）限制信息主权有益于国际合作与发展

无论是客观上全球化导致国家实施信息防御与管理难度攀升，还是主观上只有各国放下偏见才能精诚合作，都需要国际法对信息主权加以一定限制。

一则，全球化背景下国家实施信息防御与管理难度攀升，要求各国做出一定让步，以牺牲各自行动自由为代价换得多赢的局面。鉴于合作抵御信息通信技术安全领域威胁、打击犯罪性滥用信息技术行为的需要，也为了防止对与国家利用信通技术有关的国际准则缺乏共识进而降低重大事故时危机处理能力，需要国际法对信息主权施加一定限制以促成国际信息合作，这是由主权国家面临着来自国家内部和外部的挑战的情势所决定的。信息主权的限制，既需要权利主张国的力争在国际话语权，积极伸张自己合法合理的权利，还需要权利相对国的理解、认可与配合。近现代社会的权利理念是为适应资产阶级革命的需要而构建的，它深受斗争哲学的影响，实践中滋长了偏重于以斗争的方式取得和保有权利的倾向，从而忽视了合作在权利实现中的价值与功用。[54]对话与合作仍应是各国维护信息主权的根柢。

二则，某些情况下信息主权对全球信息化构成不利的制约，需要对信息主权施加一定限制以确保世界各国的共同发展。这是由于信息主权的封闭性与全球信息化的开放性存在不可避免的矛盾导致的：一方面，全球信息化的开放性意味着信息自由流动与融通，它“以传播科技的发展为推动力，要求在世界范围内消除壁障，实现信息的自由流动和传播的无障碍化，同时要求各国政府减少对信息的控制，弱化政治倾向性和意识形态色彩”[55]；另一方面，信息主权的封闭性却意味着一定程度上的隔离可控。于是，信息主权本身可能对全球信息化构成一定程度的制约，这需要对信息主权施加限制来降低信息主权封闭性的副作用，也就是限制信息主权行使中无益于本国长远发展或有损别国发展的行为。

（三）信息主权滥用产生损害后果

信息主权被滥用，可能对其他的国家，或者对本国、外国的私人主体都产生严重的损害后果。

---

[52] 【美】罗伯特·基欧汉、约瑟夫·奈著，门洪华译.权力与相互依赖[M].北京：北京大学出版社，2002：267.

[53] 非零和博弈中的一种情况，指博弈双方都有损失，整体的利益有所减少。与正和博弈相反。

[54] 李拥军，郑智航.从斗争到合作：权利实现的理念更新与方式转换[J].社会科学，2008（10）：105.

[55] 程曼丽.信息全球化时代的国际传播[J].国际新闻界，2000（4）：19.

国际法限制信息主权能够防范信息强势国滥用信息主权损害信息弱势国的利益。不可否认的现状是，全球信息化所携带的利益已经不仅仅属于信息强势国，但信息强势国同信息弱势国在信息主权实际掌控力上存在差异，为免信息强势国信息主权的过分膨胀损害全球信息化过程中信息弱势国的权益，故对其应加以限制。在信息主权同全球信息化的关系问题上，发展中国家的政治家或学者们讨论的焦点通常在于全球信息化对信息主权的挑战，这是因为绝大多数发展中国家都是信息弱势国，并且全球信息化最初是携带着信息强势国的利益而来，信息弱势国必须将信息主权作为其防御全球信息化所携带着的信息强势国利益渗透的盾牌，这是合情合理的。但是全球信息化的现实发展慢慢变得有些复杂，典型反映在信息领域国际贸易中，信息弱势国逐渐开始向信息强势国输出信息设备和产品，而不乏某些拥有信息科技优势的既得利益者以维护本国国家安全为由，实际上就是以信息主权为由，打压他国信息产品或服务的事例，阻拦进口一些国家的信息设备和产品，这是由于其不愿将业已占据的信息优势以及借此产生经济利益与政治利益拱手相让，于是变相阻碍他国对技术进步的渴求以及对合理利益的获取。也就是说，从更为宏观的角度来看，在全球信息化所携带的利益开始多元化，不仅携带信息强势国的利益，也渐渐携带信息弱势国利益的情形下，由于信息强势国对信息主权的掌控力通常高于信息弱势国，信息强势国对于信息主权的滥用可能对公平的、非歧视性的全球信息化造成更大的不良影响，进而影响信息弱势国的利益，需要国际法对信息强势国的信息主权进行一定限制以推动信息领域贸易自由化、弥合数字鸿沟。

国际法限制信息主权能够防范国家滥用信息主权损害个人信息权利。无法回避的问题是，非必要情形下、必要限度内，信息主权不应侵犯个人信息权利，为此也需要限制信息主权。信息主权与个人信息权利关系的协调是国际社会一再强调的。信息主权的性质是公权，与此相对的，个人信息权利的性质是私权。对于公权与私权的关系，长久以来，政界、学界都做了诸多有益的探讨，同样适用于信息主权与个人信息权利的关系。信息主权与个人信息权利没有绝对的优先顺序，都必须放在具体的情境中去考察，总体来说：信息主权的稳固与否直接关系个人信息权利能否得到充分的保护，在涉及国家信息安全之时，个人信息权利需让位于信息主权的行使，个人行使自身所拥有的信息权利不得侵犯信息主权；与此同时，保护个人信息权利也是信息主权的题中之意，信息主权非不得已不应侵犯个人的信息权利。从这个角度来看，信息主权受限也是必然。

上述两种情况，都需要国际法对信息主权加以限制，要求“所有国家必须接受国际法一些最低要求的约束，而不能以主权为由拒绝基本的国际规则”[56]，这是出于信息弱势国国权保护的目的，也是出于对人权保护的目的。

（四）国际法对信息主权的限制与保障相辅相成

独立性和相对性几乎是无可争议的国家主权的基本特性，作为国家主权子面相的信息主权，同样兼具独立性和相对性。于是信息主权的限制与保障从字面上看似自相矛盾，实质上却二者却能够辩证统一于全球信息化背景下信息主权独立性和相对性的调和：国际法保障信息主权有利于提升信息主权限制的有效性，反

[56] Henry Schermers. Different aspects of sovereignty, *Oxford University Press*, 2002: http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199245383.001.0001/acprof-9780199245383-chapter-7.

过来国际法对于信息主权的合理限制最终又将有助于信息主权的保障。

一方面，国际法保障信息主权有利于提升信息主权限制的有效性。国际法对信息主权的保障背后的关键问题其实是在全球信息化背景下应对信息自由架设怎样的制度收敛，一国信息主权的稳固才能够增强其对抗信息霸权的实力，形成对所有国家自愿限制其信息主权的压力，以此提升信息主权限制的有效性发展中国家的信息主权应如何保障。信息主权的实现除了需要采取技术措施以外，还需要借助于法律手段。此基础上，由于主权的实现依赖于国家之间相互支持与彼此合作，基于信息主权的相对性对其限制亦是如此，由此产生的国际法制的重要性是不言而喻的。

另一方面，国际法限制信息主权有助于信息主权的保障。从国际法限制信息主权的最终结果上来看，国际法对于信息主权进行有效限制，尤其是对信息优势国其信息主权的限制，能够防止其滥用科技优势，无限制扩张自己的主权边界，进而侵害其他行为体合法权益。如此一来即相当于加大了对信息弱势国信息主权的保障力度，能够在一定程度上缓解其安全焦虑。

在国际法的具体规定当中，信息主权国际法限制与保障的辩证统一致使信息主权限制与保障的国际规范出现部分交叉或重叠，也就是说某一些国际规范既可以说是对信息主权的限制，又可谓之是对信息主权的保障，二者无法截然区分开。

二、限制信息主权的国际规范分类

全球信息化背景下，各国对信息主权的控制欲空前强烈，但这并不意味着信息主权可以无限膨胀，也不代表信息主权的行使可以不受任何限制。国际法中对于信息主权的限制性规范，依照限制目的划分，大致可以分为三类：第一类是通过对一些信息主权的限制来实现另一些信息主权保障的规范；第二类是限制信息主权以促进信息领域国际合作的规范；第三类是协调信息主权与个人信息权之间关系的规范。

（一）限制本国信息主权以免侵犯他国信息主权的规范

在特定情形下，国际法对信息主权的限制，是为了促使一国在行使信息主权应同时顾全他国的信息主权，也可以说是一国通过限制本国的信息主权以便利或配合他国信息主权的行使。当然被限制的国家并非总是固定，每个国家的信息主权都有受限的时候，每个国家的信息主权也都应享有保障。相关措施主要包括对管理本国电信设施运行、管理信息传播活动、管理卫星遥感活动、外交通讯、信息战等主权权利的限制。

第一，国际法对于电信设施运行管理的限制，包括确保本国电信设施运行不妨碍它国相关事务。国际电信联盟《组织法》第 38 条强调一国务必确保本国各种电信设施的运行不妨碍其他成员国管辖权限内电信设施的运行。

第二，国际法对于信息传播活动管理的限制，以国际电视广播为例，利用卫星进行国际直接电视广播活动是各国的信息主权，但一国在行使该主权权利之时应遵守国际法，不应侵犯他国的信息主权。11972 年联合国教育、科学及文化组织（UNESCO）《利用卫星无线电广播促进情报自由流通、扩大教育和发展文化交

流的指导原则宣言》（*Declaration of Guiding Principles on the Use of Satellite Broadcasting for the Free Flow of Information, the Spread of Education and Greater Cultural Exchange*，以下简称《卫星无线电广播宣言》）第 2 条第 2 款更是指明卫星无线电广播必须尊重他国主权和平等；第 10 条又规定对他国的直接广播，应考虑收听国的国内法。这都是在信息通信技术向前发展的情形下，尤其是卫星成为信息传播重要工具之后，国际法通过对广播国信息主权的限制来实现对于收听国、收视国信息主权保障的明令，但该原则没有法律约束力。

第三，国际法对卫星遥感活动的限制，既包括对遥感国信息主权的限制，也包括对被遥感国信息主权的限制。1986 年《关于从外层空间遥感地球的原则》（*Principles relating to Remote Sensing of the Earth from Space*）原则四就指出“遥感活动应尊重所有国家和人民对其财富和自然资源享有完全和永久主权的原则，不得损及被感测国家的合法权利和利益”，这也是对遥感国信息主权的限制——卫星遥感活动应以不损害他国主权为限。这都说明，遥感国虽有卫星遥感的权利，但有义务同被遥感国共享遥感所得数据和资料，并尊重被遥感国的信息主权和意见，这同样是对遥感国信息主权的限制。对被遥感国来讲，其信息主权也必须承受一定限制，主要是允许遥感国对其领土的卫星遥感。

第四，国际法对外交通讯的限制方面，国际法对使领馆派遣国在接受国领土上信息主权的行使施加了一定限制。例如 1964 年《维也纳外交关系公约》 就规定使领馆的通讯自由必须符合外交职务目的且尊重所在国法律法规。该公约对于国家秘密通信自由的保护与限制，折射出了国际法对信息主权行使的保护与限制。

第五，国际法对信息战的限制方面，国际法对以信息手段开展的军事行动施加一定限制。这些规定不仅涉及和平法，也涉及战争法，信息干扰、信息战对传统的战争规则产生了极为重要的挑战，是信息化背景下国际法巨大变革的时代。《福塔莱萨宣言》第 50 条强调有必要将信息通信技术特别是互联网作为和平和发展的手段，避免作为武器。北约卓越合作网络防御中心 2013 年制定的《适用于网络战争的塔林国际法手册》（*Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*，以下简称《塔林手册》）在允许通过常规打击来反击造成人员死亡和重大财产损失的网络攻击行为的同时，强调由国家发起的网络攻击行为必须避免敏感的民用目标。在信息化战争中，国家可以通过各类信息化武器装备实时获取敌我双方的有效讯息，确保己方信息传输安全以及破坏敌方的信息传递通道等，以此获得战场主导权。上文提到的信息武器使用、网络战以及信息情报战、舆论战、心理战模式，都是具有更强攻击性的信息战的具体模式。如何避免运用愈加广泛的信息武器造成非必要伤亡与损害，这是当前国际法正在试图解决的问题。

（二）限制信息主权以促进信息领域国际合作的规范

国际法对信息主权的限制规范也包括限制信息主权以促进信息领域国际合作的规范。在这个方面，国际法对信息主权的限制涵盖对对本国电信设施运行管理权、信息保密权、无线电频谱利用权等信息主权权利的限制。

第一，国际法要求各国对本国电信设施运行管理权施加一定限制，以配合、满足它国特殊、紧急行动或需要。国际电信联盟《组织法》第 38 条强调一国务必确保本国各种电信设施的运行不妨碍其他成员国管辖权限内电信设施的运行；1998 年《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》（*Tampere*

Convention on the Provision of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations，2005 年生效，简称《坦佩雷公约》）第 9 条“消除监管障碍”则倡导缔约国应在符合本国国内法的情况下，为减灾救灾之需要，尽可能减少或消除在使用电信资源、提供电信援助方面的监管障碍，比如修订或豁免适用限制限制电信资源入境、出境和过境等条例，又或是给予特别许可。当然上述限制的前提首先是尊重信息系统所有国的信息主权。

第二，国际法对国家在信息保密方面的主权的限制，主要表现为存在救灾减灾需求的情形下，鼓励国家将所拥有的同灾害相关的空间信息共享，保证一定的信息透明度。如《坦佩雷公约》第 8 条“电信援助信息库”规定各国有关部门应将与减灾救灾有关的信息资料通知业务协调员。

第三，国际法对无线电频谱利用的限制，要求各国服从频段频率指配，确保无线电频谱资源的共享。国际电信联盟《无线电规则——决议和建议》之第 2 号决议《关于各国以平等权利公平地使用空间无线电通信业务的对地静止卫星轨道和频段》（2003 年）的规定就体现了两点：一方面，并不是说一国建造了相关通信设施，就可以不受限制地独占某些有限的信息资源；另一方面，尽可能尊重他国建设信息系统的权利。

（三）限制信息主权以保障个人信息权利的规范

国际电信联盟《组织法》第 33 条便赋予了公众“使用国际公众通信业务进行通信的权利”。国家对信息的必要控制不等于信息不法干预，换言之，国家鉴于个人利益服从于集体利益的考量对私人信息的控制不代表国家能够随意侵犯私人主体的信息隐私权、信息财产权等，此外向公众传递信息应尽可能做到真实、准确。故而出于保障个人信息权利的目的，国际法也做了比较多限制信息主权的规定。

早在 1996 年，《关于国家安全、言论自由和使用信息的约翰内斯堡原则》（*The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Freedom of Expression and Access to Information*，以下简称《约翰内斯堡原则》）就试图确认为国家安全的利益而可能对信息自由加以限制的范围限度，强调通常情况下信息主权的行使不应干预信息自由，除非满足特定的条件。该原则主要强调了四点内容：一则政府通过限制信息自由所要保护的国家安全利益必须是合法的；二则政府所采取的限制信息自由的措施是必要的；三则政府有义务证明有关信息对合法的国家安全利益构成严重的威胁，并且施加的限制是保护这种利益的限制性最小的手段；四则应将行使信息主权予以禁止使用的对象控制在尽可能小的范围之内。该原则可以说是一群国际法、国家安全和人权方面专家学者的理论共识，但不时为各地民间及政府援引甚至得到联合国的认可，以审视现行法律或立法建议。无论如何，各国都应认识到，信息主权的行使须张弛有度。

在联合国就反恐、国家安全等议题讨论成果中，也有不少映射国际法对信息主权进行限制以保障个人信息权利的内容。《执行安全理事会第 1373(2001)号决议的技术指南》提出执行国家战略时应考虑是否充分尊重个人权利，尤其是包括结社自由、言论自由、宗教自由和隐私权；同时国家应考虑做出安排，确保所获情报的获取方式不违反发送国或接收国的人权义务。联合国安理会第 2178(2014)号决议《恐怖主义对国际和平与安全的威胁》强调成员国协力防止恐怖分子通信

技术实施恐怖行为的同时，也须尊重人权和基本自由。联合国安理会《维护国际和平与安全：安全部门改革：挑战和机遇》决议中，在确认有关国家拥有决定本国安全部门改革方式和轻重缓急自主权的基础上，还重申了“没有歧视和充分尊重人权与法治的有效、专业和负责的安全部门是和平与可持续发展的基石”，更强调了“安全部门改革对于解决安全部门人员侵犯和践踏人权和违反有关国际法的行为未受惩罚的问题至关重要，并有助于实现法治”。这都表明，各国对于安全部门的建设与改革，包括对本国信息安全在内的各项安全事务的处理，毫无疑问是各国的主权，但与此同时还应当尊重人权与法治，此处的“人权”不仅指本国民众的人权，也包括可能受本国安全部门职权行使影响的他国民众的人权；而“法治”也不仅指本国国内法也应包括国际法规则。

向公众传递信息方面，《卫星无线电广播宣言》第 5 条第 2 款规定利用卫星无线电广播向公众传递信息，应尽可能保证信息的真实性和准确性。这其实也蕴含着对信息主权的内部限制，反对国家肆意操纵舆论或对于向公众公开传递信息的真实准确毫不负责。

三、信息主权国际法限制的未来发展

虽然当前国际社会均认同应当对信息主权施加一定的限制，且国际法也对此做出了不少规定，然而针对信息领域具体问题的限制，各国的分歧依然较多，这种情况在短时间内会一直存在。这是因为一方面确实合理行使本国信息主权与侵犯他国信息主权在某些时候仅是一线之隔，从客观上较难界分；另一方面各利益集团之间在信息领域的分歧也很大。

（一）国际法对信息主权的限制将持续呈现弱约束力

现行国际法中对于信息主权的限制措施，并不完全是强制性的规则，更多的仍是倡导性的规范。部分国际法文件虽然用意是设置强制性措施，但由于国家间的博弈，相关方面还有很多问题悬而未决，规范本身多采用软法形式或并未生效，导致相关规范无法拥有严格的法律强制力。上述《卫星无线电广播宣言》、《塔林手册》、《约翰内斯堡原则》等国际规范均没有强制约束力。所以国际法对信息主权的限制还将持续呈现弱约束力。

就有关信息主权限制的国际软法同相关国际硬法的互动而言，在当前信息领域国际硬法尚不发达的情形下，有关信息主权限制的国际软法能够突破硬法在适用范围、修改程序、执行方式等方面的局限，利用其生长机制的灵活性及时对新的国际性问题形成法制对策，在出现新情况和新问题可进行更好的自我创造与自我修补；又正因其效力的弱质化与条约法、习惯法规则并行不悖，能够暂时淡化一些短时间内无法完全调和的矛盾，并且弱强制性能减轻各国、国际组织在进行软法制定中的警惕程度，以柔性的方式对各国施加影响，可在更多的信息主权议题、更大的调整范围内形成国际规范。

但也应该看到，对于信息问题，“过去属于国家内务的事情，诸如国外恐怖组织在互联网上的活动、言论自由的标准等，现在都会对他国产生影响，因而越

来越多地受到国际准则以及双边和多边关系的制约”[57]。由此，通过国际法对信息主权进行限制是情理之中也是时代发展的趋势，在信息主权国际法限制问题上国家间的合作与博弈仍将并存，相关国际规范的制定也将向前推进。

（二）国际法对信息主权的限制程度将保持弹性

信息主权的限制程度问题是当前国际社会较难达成共识的问题之一，分别包括国际直接电视广播活动、情报信息共享、卫星遥感数据获取等对信息主权行使的限制程度。

首先，就国际直接电视广播活动的限制程度，1982 年《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》（*Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting*）强调利用卫星进行国际直接电视广播活动不得侵犯各国主权，但发达国家同发展中国家还是在直接电视广播是否需要经过相对国事先同意（Prior consent）的问题上争执不下。这是在信息通信技术向前发展尤其是卫星成为信息传播重要工具的情形下，国际法试图对信息强势国的信息主权施加的又一具体限制，但没有使用强制性的法律规范形式，留下了一定的弹性空间。

其次，出于反恐需要的情报信息共享究竟可以对信息主权形成多大的限制尚不明朗。联合国安理会早在第 1373(2001)号决议就提出所有国家应在涉及资助或支持恐怖主义行为的刑事调查或诉讼中互相协助，包括协助证据取得、加速情报交流。后又在《执行安全理事会第 1373(2001)号决议的技术指南》中进一步倡导成员国进行司法互助，如向申请国提供信息或作证，通过电子或其他电信手段递交资料，还应设立鼓励适当情报交流的程序和机制。但这两个国际法文件并不能视为命令成员国共享有关反恐情报的国际强行法。实践中以 2015 年 1 月 7 日法国巴黎《查理周刊》总部遇袭事件为例，“圣战”分子从叙利亚或伊拉克返回欧盟国家造成的威胁促使后者寻求在更大范围内情报信息的共享。但情报信息共享是关涉国家最高利益的敏感问题，必然无法回避信息主权。从政治意愿上来看，来自恐怖主义的威胁引发了欧盟成员国的集体性回应，其在反恐方面扩大合作的愿意合作较之以前强烈。但在实际操作中，由于信息主权涉及的利害关系，情报信息合作又必然存在节制，也就是必须在保障信息主权的前提下确定合作框架，该合作框架或进一步的合作规范对欧盟成员国的信息主权施以多大限制才能赢得后者的许可和信任仍是一个未知数。将类似的反恐信息合作扩大至世界范围去审视，要求各国让渡多少信息主权，方能得到各国情报部门的积极、有效率响应，目前并没有先例可循。

第三，对于卫星遥感数据获取所应支取的费用、卫星遥感活动协商不成的后果均无详尽规定。《遥感原则》的原则十三复提出，遥感国经请求应同被遥感国就卫星遥感活动进行协商。这相当于将同卫星遥感活动的具体细节交由相关方自主协商。

[57] 【美】门罗•E•普莱斯著，麻争旗等译.媒介与主权：全球信息革命及其对国家权力的挑战[M].北京：中国传媒大学出版社，2008：203.

（三）国际法对信息主权的限制范围短期无法确定

出于淡化各利益集团之间在信息领域的分歧，促进信息领域的国际交流与合作，国际法对于信息主权的限制范围短期内无法强行确定。

第一，在政府对互联网企业监管可以涉及哪些方面，国际法未作明确框定。例如 2012 年《国际电信规则》设定了确保世界范围内信息自由流动的总原则，但由于在是否应支持政府对互联网企业的监管、是否应涉及网络安全和允许对垃圾邮件进行监控等条款上存在分歧，美国以及英国、德国等部分欧洲国家在内的 25 个国家拒绝签署 2012 年《国际电信规则》（对 1988 年版本进行修订，简称 ITR），中俄等 89 个国家签署了该规则，但尚未达到生效所需的 160 个国家签字。这主要是许多信息强势国一方面考虑到贸易自由化与集团化的利益，不愿对本国企业加以过多限制；另一方面也是为确保向信息弱势国输出意识形态的空间。

第二，一国对于他国信息的何种控制属于侵犯他国信息主权的行为。众所周知，若是美国“棱镜”计划对于他国政要的窃听行为不仅仅是对个人隐私权的侵犯，更有可能是对他国国家秘密的窃取，这毫无疑问侵犯了他国的信息主权。然而进行卫星遥感，本是一国利用本国信息系统的行为，国际法需要对卫星遥感他国以获得数据的行为施以怎样的限制，并无定论。发达国家凭借其先进的卫星遥感技术对世界地理范围进行遥感探测。不乏是出于预防与监测重大灾害的需要或者遏制破坏国际和平行为的需要，甚至愿意共享与防灾减灾、环境保护等公共利益有关的卫星遥感数据，如此一来虽然相当于未经受感国允许而获取了其领土范围内的信息资源，自然不应被武断认定为侵犯了受感国的信息主权。但是每个国家必然都存在须防止他国卫星遥感的涉密信息，事关国防建设的信息更是其中典型。比如测绘地理信息，其涉及卫星遥感图像处理与信息提取，是信息主权中管辖权和自保权行使重点针对的对象。以中国为例，中国《国家地理信息产业发展规划（2014－2020）》中就又提到“提高涉密地理信息的监督管理水平，制定实施遥感数据使用和国产卫星遥感数据出口服务政策，完善地理信息共建共享政策与标准”，说明中国对包括卫星遥感数据在内的地理信息不但存在涉密与不涉密之分，还区分了可出口与不可出口，对于共建共享的卫星遥感数据同样也行使信息主权，反映出中国虽然没有也不可能全范围地放开他国对本国领土实施卫星遥感的管控，但对于本国在卫星遥感领域的信息主权行使也自觉施加了一定限制，不完全抗拒他国使用卫星遥感获取不涉密的地理信息，且在符合我国相关政策与标准的前提下对于卫星遥感数据实行共建共享。故而对于遥感国究竟应当在怎样的范围内对受感国进行卫星遥感活动是合理的，在怎样的范围内可以自由处理遥感所获得的信息，不构成对受感国信息主权侵犯的，国际法应对遥感活动的范围施加多大限制等问题，都是国际社会需要进一步深入研究的问题。除了卫星遥感问题以外，还有收集和散布关于他国战略核计划项目方面情报的行为，是否侵犯了他国信息主权，国际法是否有必要对此进行限制。例如美国第一智库兰德公司 2011 年的报告《与中国的冲突——前景、后果和威慑战略》就显示，美国将中国人民解放军可能寻求并获准干扰美国收集和散布关于中国战略核计划项目方面情报的行为视为网络攻击[58]，认为此类干扰可能会破坏美国的关键情报收集系统，但这对中国来说，显然是对本国有关国家安全的信息的保护，是对本国信息

[58] 共识网（转发）.兰德报告：与中国的冲突——前景、后果和威慑战略[EB/OL].(2011-11-3)[2014-10-21]. http://www.21ccom.net/articles/qqsw/zlwj/article_2011110348135.html.

主权的正当捍卫。

结论与应对

信息主权的行使须张弛有度。诚然，无论是信息强势国抑或是信息弱势国都拥有信息主权，出于国家主权的独立性与相对性，国际法对任何国家的信息主权都应当是保障与限制并重的。在当前信息强权的国际环境下，国际法对信息弱势国应更加注重对其信息主权的保障，而对于信息强势国则应更加重视对其信息主权的限制，并且国际法对信息强势国信息主权的限制最终也将有利于信息弱势国的信息主权的保障，有助于抵制某些信息强势国所奉行的“宽于待己、严于律人”双重标准。与此同时，国家对信息的必要控制应顾全个人信息权利的保障。

中国对待限制信息主权问题的基本立场明确且坚定：中国在维护本国信息主权的过程中，秉承积极防御思想，遵守相关国际法，对本国信息主权进行适当限制，不但自己不走“国强必霸”的老路，不挑战任何信息强势国，也反对信息霸权主义、强权政治。未来，中国应进一步加强与世界各国在信息领域的合作与交流，保障世界的信息安全和各国的信息主权，并且也致力于从立法层面协调信息主权同个人信息权利的关系，为全球信息安全的实现与维护贡献自己的力量。为此，中国必须结合国际趋势以及本国国情，着重协调好以下五个关系：强化国家信息主权与全球信息化之间矛盾统一的关系；强化国家信息主权与信息安全全球治理之间的互补平衡关系；有关国家信息主权的国际硬法与国际软法之间的互动并重关系；保障国家信息主权与保障个人信息权利之间的适当折衷关系；强化国家信息主权中政府与非政府组织之间的协同共治关系。

Information Sovereignty Restriction by International law

Lin Jing

(*Chongqing University, School of Law, Chongqing 400045, China*)

Abstract: Existing international norms pay attention to the restriction on information sovereignty except the protection of information sovereignty. There are many reasons for why need to restrict information sovereignty. Firstly, the absolute sovereignty for the information may not be beneficial. Secondly, limiting information sovereignty may be advantageous to international cooperation. Thirdly, the abuse of information sovereignty may damage others. Consequently, there are three categories of regulations on information sovereignty restricted by international law. The first is about restricting some state information sovereignty in order to protect others. The second is about promoting international cooperation in the field of the information. The third is about coordinating the relationship between information sovereignty and the right of personal information. In the short term, most international norms regarding restrictions of information sovereignty is soft rather than mandatory. The extent and scope of information sovereignty restriction is elastic.

Keywords: Information Sovereignty, the Relativity of Sovereignty, Sovereignty Restriction by International law

食品安全监管国际软法体系探析

林 婧，曾文革

（重庆大学法学院，重庆，400045）

［摘　要］ 具备了形成动因、资源以及进路，食品安全监管国际软法渐成体系。该体系由政府间国际组织制定的食品安全监管国际软法、非政府间国际组织制定的食品安全监管国际软法与双边或诸边食品安全监管国际软法三类构成，虽非层次分明，但却仍构成一个内容相对完整、存在基础性规范与专门性规范之分并拥有私营软法规范作为重要组成部分的国际法次级体系，相对独立并具备一定内部秩序，以食物权为其保障的核心权利，并呈现出极强的技术性，同时体系外延存在拓展性。未来，食品安全监管国际软法体系的影响力将在硬法规则的支撑与监督下持续扩大，但在食品安全监管权配置规范方面的完善仍步履维艰。面对食品安全监管国际软法体系的现状与未来，我国应当抱着开放接纳、选择性实施、积极参与构建的态度；与此同时，也应高度关注食品安全监管国际软法体系中某些规范是否潜在对贸易限制与扭曲。

［关键词］ 食品安全监管；国际软法；体系

迄今为止，“软法亦法”与“软法非法”的论争仍甚嚣尘上，然从法律现象角度将“软法”视为在社会生活中公权力强制力不达之处调和矛盾实质作用的规范束以及主体间不存在共同遵守规则时的分配利益行为模式，此种规范确已大量存在于食品安全监管[59]的国际法实践中。就食品安全问题来说，碍于各国社会利益、贸易利益以及科技水平不同导致的国内食品安全监管措施差异较大且在目前很难采取硬法方式进行调整的状况，推行食品安全监管国际软法是退而求其次的提高食品安全度、降低国际食品贸易阻滞的重要手段。现今已有一些论著研究食品安全监管中的国际软法现象，却未曾从体系观的高度对纷繁复杂的食品安全监管国际软法群做一个系统的梳理。

“体系”在汉语中泛指一定范围内或同类的事物按照一定的秩序和内部联系组合而成的整体，其英文“system”的意思同汉语类似。诚然，法学界对于法律体系的含义往往是从国内法体系亦或是法系（大陆法系、英美法系等区分）的角度加以界定，国际法学界对国际法体系也仍未能形成统一而权威的定义，更甚者国际法的碎片化及其不成体系性的观点得到众多学者的认同，但这并不妨碍用“体系”的本义对食品安全监管国际软法体系这一既存实体进行解读，原因在于以系统观、全局观来把握食品安全监管国际软法整体的形成与结构极为必要，如此才能深刻透析其隐含的各国利益的对立与妥协，觅得其合理性依托，有利于国

作者简介：林婧（1986—），女，福建福州人，重庆大学法学院国际法专业博士研究生，主要研究方向为国际经济法、国际环境法；曾文革（1966—），男，重庆人，重庆大学法学院教授、博士生导师，武汉大学博士后，主要研究方向为国际经济法、国际环境法。

基金项目：中国法学会 2012 年度部级法学研究课题一般课题《食品安全监管国际软法的国内实施研究》（编号 CLS(2012)C82）；2012 年国家社科基金一般课题《我国农业贸易生态化转型的法律保障研究》（编号 12BFX143）；重庆大学 2012 年“研究生科技创新基金”优秀新生科研培育项目《多边贸易体制下食品安全争端的国际软法考量》（编号 CDJXS12 08 11 02）。

[59] “监管”一词在国内法意义上通常是指享有执法权力的机关对相对人的监督管理，从国际法层面来看，由于国际软法中很大一部分规范旨在对国内食品安全监管提供指导，且不仅针对政府监管机制，还针对第三方监管机构监管，以及食品经营者内部自我控制与检查方，故而本文所言之“监管”需要从国际法意义以及广义上加以理解。

际社会对这个愈显分量的规范体系今后发展的统筹规划，有利于食品安全监管国际软法在全球范围内的推广，也有利于国家在国际软法间不一致情况下的取舍判断，否则国际法主体在创设和履行食品安全监管国际软法时就容易忽视整个体系的协调性，进而导致相关国际软法的碎片化。

一、食品安全监管国际软法体系的形成

之所以食品安全监管国际软法体系能够得以形成，缘由在于其具备了自身的形成动因、资源与进路，具体来说，即是于食品安全风险跨国分布且分散于每一个食品安全监管环节的情势下，该体系由基本资源和具体资源发端，通过国际组织决策、国际判例、国际协同执法以及商业竞争四种途径演进而来。

（一）食品安全监管国际软法体系形成的动因

食品安全监管国际软法体系形成的动因指的是该体系形成的动力源，主要表现为一种强烈的外在需求，是现实问题对国际法制供给的需求。市场经济的发展以及科学技术的进步锐化了食品安全问题，食品安全问题国际化又催生了相关领域的全球治理，引发了对国际法供给的巨大需求。然而食品安全风险点分散于不同国家管辖且各国公权力的设置与运用难以强行统一，国际硬法供给就显得捉襟见肘。正是在这种形势之下，食品安全监管国际软法的价值被发掘。软法具备一种与硬法并行的功能（Para-law function），它能够突破硬法在适用范围、修改程序、执行方式等方面的局限，及时对新的国际性问题形成法制对策，又正因其效力的弱质化与条约法、习惯法规则并行不悖，能够暂时淡化一些短期无法完全调和的国家间矛盾。这样一来，硬法功能无法灵活施展的区域就成了软法滋长的空间。

在此基础上，食品生命周期性又要求国际软法涉足种植养殖、加工、流通、消费等每一个食品安全监管环节，于是由点及面，国际社会试图构建起防控食品安全所有风险的系统性规范，以“国际组织、多边外交会议通过的包括决议、宣言、声明、指南或者行为守则等在内的一些能产生重要法律效果的非条约协议”[60]为载体的食品安全监管国际软法几乎遍布食品安全监管的各个环节且越来越重视体系的完整性与协调性，逐步形成了包涵基础性、战略性规范以及食品安全监管各环节专门规范的软法体系。故而食品安全监管软法体系有其深刻的形成动因与存在价值，并非国际硬法体系之附庸。

（二）食品安全监管国际软法体系形成的资源

食品安全监管国际软法体系形成的资源主要指的是该软法体系中规范具体内容及其合理性依据的来源。诚然，食品安全监管国际软法体系形成的资源性规范文件几乎不可穷尽，国际法、国内法、硬法、软法又或是 WTO 争端解决机构（DSB）的裁决等都可被视为该软法体系的资源。

食品安全监管国际软法体系的形成从具备基本资源即基础性规范肇始，主要是涉及人类生存权、健康权、食物权的人权国际规范，如 1948 年《世界人权宣言》、1966 年《经济、社会、文化权利国际公约》、1996 年《世界粮食安全罗马宣言》、2008 年联合国人权理事会（UNHRC）第 A/HRC/RES/7/14 号决议《食物权》、2009 年《世界粮食安全首脑会议宣言》等，虽然它们基本不做食品安全监管的具体操作指示，但却是国际社会在食品安全监管问题上产生合意的开端，是一般适用性规范的本源。

除了基本资源，食品安全监管国际软法体系形成还依仗具体资源，其主要来自各成员国的合意或某些国家的国内法，部分涉及食品安全监管的具体操作，经

[60] 陈海明.国际软法在国际法律秩序中的作用[J].新疆社科论坛，2010（1）：41.

演化后有些资源便构成了食品安全监管国际软法体系的一部分，比如美国食品药品监督管理局（FDA）1973 年制定的第一个基于 HACCP 原理的食品安全法规（21CFRpart 113-114）便是国际食品法典委员会（CAC）《HACCP 体系及其应用指南》的蓝本；良好生产规范（GMP）也诞生于美国，后为 CAC 采纳；良好农业规范（GAP）则起源于欧洲。这些规范后来都成为了食品安全监管国际软法体系的主干。

（三）食品安全监管国际软法体系形成的进路

食品安全监管国际软法体系形成的进路是指该体系形成的途径，可以被划分为国际组织决策、国际判例、国际协同执法以及商业竞争四种途径。

从国际组织决策途径来看，参与食品安全监管国际软法体系构建的国际组织有许多：联合国粮农组织（FAO）在其《章程》第 1 条、世界卫生组织（WHO）在其《组织法》第 2 条第 11 款以及第 21 条至第 23 条、CAC 在其《章程》第 1 条均指明了各自对食品安全相关事项提出建议或通过国际通用标准的职能；国际标准化组织（ISO）之建立本就专门旨在制定国际标准；WTO 下属机构也拥有食品安全监管国际软法准立法权，例如根据《实施动植物卫生检疫措施的协议》（简称 SPS 协定）第 12 条等条款规定 SPS 委员会有权制定一系列规范以实现“有关协调一致的目标”。诸如此类的国际组织所制定的大量软法促成了食品安全监管国际软法体系化。

从国际判例途径来看，DSB 所裁决的欧共体沙丁鱼案、欧共体牛肉荷尔蒙案、中美禽肉案等都直接或间接扩大了食品安全监管国际软法的影响力，使其在更广的范围以及更深的程度中被认可，这也是该软法体系形成的途径之一。

从国际协同执法途径来看，一国不同的监管机构均能与它国对应机构直接形成软法规范，作为各自行使监管权参照执行的法律文件，于是在双边磋商、多边会议等场合中发布的食品安全监管相关非约束性法律文件也可能是日后食品安全监管国际软法体系发展的前期准备。

从商业竞争途径来看，食品安全监管国际软法体系中的私营性软法可能出自私营企业商业竞争的结果。一些具备市场优势地位的食品企业或企业联盟出台某些标准，令不具备市场优势地位却想要进入或维持相关市场的企业较少或无选择地遵从它们，其对“小规模的生产商具有更大的排斥性”[61]。以上途径所“自愿达成共识的标准（Voluntary consensus standards）源自一个正式的协商过程，该过程可以有或没有政府的参与”。[62]

这样，国际组织的准立法、DSB 的准司法、国际协同执法以及商业竞争为食品安全监管国际软法体系的生成与发展构建了资源输送渠道。

我们应当明确的是，考察国际法发展的七个主要新趋势：适用国际法的法庭多样化；法律规范的增加及潜在的冲突；非政府实体参与国际争端解决的途径增加；国际法庭中管辖权和适用法的划分；跨司法体系对话的加强；不同法庭和法律体系间程序和传统的融合；同时纳入国内和国际因素的混合法庭的发展，前三个表现出了国际法碎片化的倾向，而后四个则指向国内与国际行为者间新型的交互作用方式和国际法律多元化的发展。[63]不可否认，国际法碎片化现象确实存在，相较国内法，国际法体系不够成熟，但将碎片化现象作为国际法不成体系的证明，未免对“体系”的释义过于严苛，不利于以整体观的视角来研究国际法，也容易

[61] 王殿华.私有食品安全及质量标准功能及趋势简析[J].食品安全导刊，2010（12）：57.

[62] Spencer Henson. The Role of Public and Private Standards in Regulating International Food Markets[J]. Journal of International Agricultural Trade and Development, 2009（4）：65.

[63] 侯幼萍.论国际法律体系的多元化与协调发展[J].法学杂志，2007（1）：158.

忽视国际法具体规范之间的紧密联系。由此推观食品安全监管国际软法体系之形成，具备了意图、材料、行为三者，食品安全监管国际软法体系即可告粗成。上述动因即是食品安全监管国际软法体系形成的精神要素，资源是物质要素，进路是程序要素。

二、食品安全监管国际软法体系的结构

食品安全监管国际软法体系经过动态的发展羽翼渐丰，根据不同的制定主体加以划分，现阶段该体系由政府间国际组织（Inter-government Organization，简称 IGO）制定的食品安全监管国际软法、非政府间国际组织（International Non-Governmental Organization，简称 INGO）制定的食品安全监管国际软法以及双边或诸边食品安全监管国际软法这三类软法规范构成。

（一）政府间国际组织制定的食品安全监管国际软法

IGO 制定的食品安全监管国际软法具有最强的实际效力以及最广泛的影响力，包括联合国及其下属专门机构 FAO、WHO，FAO 与 WHO 共同建立的 CAC，WTO 等制定的综合性软法与专门性软法。

食品安全监管综合性国际软法下辖两类规范：一是从人权高度关涉食品安全监管的软法规范，如 2004 年 FAO《支持在国家粮食保障范围内逐步实现充足食物权的自愿导则》准则 8“食品安全与消费者保护”。二是食品安全监管框架、战略性质的软法如 FAO2013 年《经审查的战略框架》（*Reviewed Strategic Framework*）。就 FAO 与 WHO 被全世界广泛认可的权威性和影响力而言，其制定的软法规范应当居于食品安全监管国际软法体系的顶层，是基础性规范，亦是为同其存在隶属关系的机构如 CAC 制定标准提供指导。

食品安全监管专门性国际软法则涉及指导对象为食品链中组织的具体监管标准、监管程序与监管系统设计规范方面的软法。需要指出的是，作为 FAO 与 WHO 共同建立的下属工作机构，CAC 制定的专门性软法规范可谓在 FAO 与 WHO 规范框架下就具体问题的细化，但它的影响力不逊于 FAO 与 WHO，只是就其同 FAO 与 WHO 的隶属关系来分析，FAO、WHO 软法同 CAC 软法当是母法与子法的关系，后者一般不违背前者。例如 FAO 与 WHO 合编的 2007 年《安全制备、贮存和操作婴儿配方奶粉指导原则》（*Guidelines for the safe preparation, storage and handling of powdered infant formula*）即是应 CAC 下食品卫生法典委员会（CCFH）的要求为修订 1979 年《国际婴幼儿食品卫生规范法典》草案而出台的咨询建议，后者的修订自然应依照前者。这是食品安全监管国际软法体系具备内部秩序的典型表现。截止目前为止，CAC 的软法规范数量总共为 334 个[64]，横向通用标准与纵向特定商品标准并行，“该国际标准已经成为国际间技术法规、标准和国际标准合格评定以及人类、动植物健康和安全保护措施的协调基础”[65]。

上述组织还依据章程授权范围来制定的内部规范，虽不要求成员国强制遵守，但能就监管特定环节或事项、监管权与社会监督的关系等设计一定的行为模式，代表着 IGO 通过组织规则在一定程度上统一各国食品安全监管共同诉求，或者广泛吸纳全球食品安全风险信息、防控经验和教训，形成具有示范价值或代表成员国最大可接受程度的指导规范、建议、决议等。

除此之外，WTO 下辖机构制定的食品安全监管相关软法常常被忽略。如 SPS 委员会同食品安全问题有着最直接关联，其在职权范围内制定的指导建议或决议

---

[64] CAC. Codex Standards[EB/OL]. http://www.codexalimentarius.org/standards/en/,2014-05-16.

[65] 涂永前，张庆庆.食品安全国际标准在我国食品安全立法中的地位及其立法完善[J].社会科学研究，2013（3）：79.

理应对于解决 WTO 食品贸易争端具有指导性，诸如 2000 年《推进 SPS 协定第 5.5 条实施的指南》（*Guidelines to Further the Practical Implementation of Article 5.5*）等，即便它们对 WTO 成员国不存在直接的法律约束力，但并不能低估其对 DSB 裁决的影响力，一旦 DSB 在裁决过程中适用了此类软法，其便被间接赋予了强制力。

较之上述全球性 IGO 制定的食品安全监管国际软法，区域性 IGO 制定的有关软法影响力一般局限于特定地区，但更能够代表区域国家的合意，例如亚太经济合作组织（APEC）食品安全合作论坛（Food Safety Cooperation Forum，简称 FSCF）2011 年发布的《大天空之州声明》（*Big Shy Statement 2011*），旨在强化食品安全体系，确保安全的食品供给以及食品国际标准的协调。

（二）非政府间国际组织制定的食品安全监管国际软法

INGO 制定的食品安全监管国际软法是食品安全监管国际软法体系的重要组成部分。由 ISO 就特定专业事项形成的私营标准（Private standards），其一般不直接指导政府监管（政府对于食品安全监管的手段通常是直接监管与产品责任），而是指导食品经营者自我监管（Self-regulation）与认证的私人监管方式。[66]一方面 ISO9000 质量管理、ISO31000 风险管理等普适性标准自然可以适用于食品，另一方面有 ISO22000 食品安全管理项下的一系列专门针对食品安全管理的软法。据 ISO 官方统计，在超过 19500 项 ISO 国际标准中，有大约 1000 项是专门针对食品的，并且还有多种多样的有关农业机械、物流、交通、制造、标签、包装和贮存的标准。[67]多数 ISO 食品标准出自于 ISO 食品技术委员会（ISO/TC 34）、精油技术委员会（ISO/TC 54）、淀粉及其副食品技术委员会（ISO/TC 93）以及渔业和水产养殖技术委员会（ISO/TC 234）。虽然是 INGO 制定的私营标准，但其制定主体是世界上最大的标准化专门机构，ISO 食品安全监管标准在全球范围内都具有相当强的权威性和通用性。

除 ISO 以外，由全球食品安全倡议（Global Food Safety Initiative，简称 GFSI）、安全食品国际（SFI）以及食品安全质量机构（Safe Quality Food (SQF) Institute）等 INGO 又或者说是私营性组织也制定了诸多自治性软法，可下分为单个公司规范、全国性集体规范以及国际性集体规范三种类型。INGO 虽然不以主权国家为成员国，但其在环保、食品等专业性领域、食品零售等重要行业领域以及保护消费者国际联合方面数量规模巨大、作用日渐突出。它们发挥其专业特长，形成某领域内国际先进的治理理念与典型做法，是 INGO 与主权国家、IGO 共同参与全球治理的重要体现；又或是制定和实施优于国内监管标准或严于国内监管程序的自治性规范，通过跨国性经营者（如零售商）联盟、消费者权益保护组织等食品价值链中利益相关人的国际结合，降低食品生命周期中对政府监管的制度依赖，提高社会监督对监管者制衡水平。

（三）双边或诸边食品安全监管国际软法

各国政府自行签订、发布的联合声明、合作备忘录、宣言等双边或诸边软法文件也是食品安全监管国际软法体系的构成之一，如 2013 年《中土食品安全谅解备忘录》、2009 年《中日韩三国关于食品安全合作备忘录》等。它们之间并不存在隶属或对抗关系，都在为各国监管机构就监管内容、权力配置、程序规范、安全标准、信息披露、能力建设等方面提供指引和参照，只是在发挥效力的食品

---

[66] Spencer Henson, J. Caswell. Food safety regulation an overview of contemporary issues[J]. Food Policy, 1999（24）：593.

[67] ISO.ISO standards and food[EB/OL]. http://www.iso.org/iso/home/news_index/iso-in-action/food.htm.

安全节点、范围宽狭等方面有一定差异。

双边或诸边食品安全监管国际软法制定的特点在于：一方面，这是主权国家根据食品安全国际形势在自发的、非定期的国际场所创设的规范，其产生的时空条件具有非常规性，其制定主体和程序与国际硬法相似。另一方面，这类软法对国家缔约权的要求不像缔结条约那般严格，具有食品安全监管职能的国内机构可与它国对等机构在职权范围内以软法形式开展业务合作。

双边或诸边食品安全监管国际软法内容及其实施的特点在于：通常情况下规定都比较笼统，主要表达各方合作意愿，可操作性较弱，且稳定性不足，常随情势变化而为新的双边、诸边软法性文件所取代，广泛实施兴许不太可能，但由于它们多为一国食品安全主管部门签订，在相关政府体制内的执行力可能也比较高，在未来可能转化为国内硬法加以实施。

诚然体系中不同规范实际影响力的广度与深度并不依靠单一的划分标准来衡量，但着实同软法制定主体的权威性及其成员的多寡、成员自身影响力密不可分，这也是笔者以不同的软法制定主体为切入点剖解食品安全监管国际软法体系结构的原因所在。

至于食品安全监管国际软法体系的总体定位，从内部关系来看，一个相对完整的、具备一定的内部秩序的、存在基础性规范与特殊性规范之分的整体。诚然，作为软法集合体，食品安全监管国际软法体系自然不存在传统意义上的法律等级，有学者就认为，“国际软法缺乏系统的立法机关和强制执行机关，缺乏统一的形式和修改程序，相互间缺乏效力位阶序列，不构成层次分明的体系而形成以问题解决为中心的错综网络”[68]，笔者对此观点基本表示赞同。在此基础上通过上述解析，笔者又认为虽然食品安全监管国际软法群并非层次分明，但并不代表其没有体系化。相关国际组织也制定了一些规划促进食品安全监管国际软法体系中规范的一致性。例如 CAC 先后制定了三个阶段性的战略规划，分别是 2003-2007 年战略框架（Strategic Framework 2003-2007）、2008-2013 年战略规划（Strategic Plan 2008–2013）以及 2014-2019 年战略规划（Strategic Plan 2014-2019），均将促进 CAC 同相关国际组织的合作以避免重复并防止制定矛盾的软法作为其重要目标之一。从外部关系来看，食品安全监管国际软法体系是一个国际法体系下的次级软法体系，它是相对独立、自足，它同国际人权法体系等其他国际法次级体系之间也不存在明显的等级关系，只是各自有着不同的立法目的，针对不同的调整事项，代表着国际社会不同的利益诉求。

三、食品安全监管国际软法体系的特征

食品安全监管国际软法体系从历史的角度具备较为完整的源起脉络，从现实的角度具备较为清晰的实体构成，发展至今初具雏形的体系分别在所保障的核心权利、内容、外延等方面表现出自己的特点。

（一）体系保障的核心权利是食物权

一般来说，国际环境法体系保障环境权，国际海洋法体系保障国家的海洋权益，前者在主要围绕人权，后者主要围绕主权。食品安全监管国际软法体系则以食物权作为其旨在保障的特定权利。

从 2001 年至 2013 年（除 2007、2009、2010 三年外），每一届的联合国大会第三委员会均发布一项涉及食物权（The right to food）的决议[69]，重申了“根据适足食物权和人人免于饥饿的基本权利，每个人都有权得到安全、充足和有营

[68] 韩永红.论食品安全国际法律规制中的软法[J].河北法学，2010（10）：147.

[69] UN.联合国大会决议[EB/OL]. http://www.un.org/zh/ga/documents/gares.shtml,2014-05-16.

养的食物”，2012 年决议更新增了“营养安全”（Nutrition security）的表述，由此“食物权”、“安全的食物”、“营养安全”等措辞愈发频繁地进入人们的视野。

同侧重食品从数量上满足人类生存与发展需要的早期国际人权规范不同，21 世纪以来国际法相关文件愈发强调对食品质量安全甚至是食物营养的关注，并出现了食物权的提法，集粮食安全、食品安全与营养安全三个层面的含义于一身，逐渐形成了更具针对性的内容，令食品安全监管国际软法体系拥有了人权理论的积淀，具备了人权高度的依托。需要区分的是，同食物权保障相对的，食品安全监管国际软法体系所规定的食品经营者义务并不是像传统国际法规则上由国家义务分解而来，而是由软法规范直接加以规定。

（二）体系内容呈现出极强的技术性

食品安全监管国际软法体系中规范的种类已颇为齐全，其内容基本能够覆盖食品安全监管各环节，这不但是体系本身完整性的表现，更重要的是显示出该体系相当专业的技术性特征。

食品安全监管国际软法体系中规范大致可以分为两类：第一类食品安全监管国际软法是食品经营者（包括原料提供者、生产者和销售者）内部自我控制与检查方面的实体标准与程序规范，旨在直接约束食品经营者行为，包括饲料生产者、初级生产者，食品生产制造者、运输和仓储经营者，零售分包商、餐饮服务与经营者（包括与其有内在关联的其他组织，如设备、包装材料、清洁剂、添加剂和辅料的生产者），以及服务提供者等的行为。此类软法数量非常庞大，是食品安全监管国际软法体系的重要组成部分，内容含摄食品的具体安全标准、风险预防与检测方法、内部管理体系设计等。第二类食品安全监管国际软法是政府以及第三方监管机制方面的共通性规则，指导对象主要是政府监管部门与第三方监管机构（专业监管机构、同业自律性组织、社会公益性组织等），其根据食品生产与经营各个环节的特征形成监管合力，包括监管权配置（中央与地方、各政府部门之间的科学分工与各自权能），具体监管职责，风险分析措施、食品进出口认证与检验、食品溯源、食品安全事故预防与处理、信息交流、监管能力建设的操作规范等。当然也不乏一些食品安全监管国际软法汇集了上述几种类型的规范。

不同类型的食品安全监管国际软法重心各异，从其各自的调整内容我们也可发现，除了监管权配置与具体监管职责之外，其他内容的软法中存在大量技术指标，这是因为食品安全监管原本就需要强大的技术后盾，CAC、ISO 也是应此需要而成立的极为重要的技术性组织，因而相较于其他国际法次级体系，食品安全监管国际软法体系拥有相当大比重的技术性规范。

（三）体系外延存在拓展性

食品安全监管国际软法体系外延并非完全固定，而是存在一定的拓展性，这也为体系影响力的扩大保留余地。例如原只由单个国家、单个企业或国内非政府组织制定的食品安全监管软法，虽然其制定主体本身不具有国际性与权威性，但若其在今后的发展中被他国或他国的企业广泛采纳，适用范围超出了一国国界，在影响力达到一定程度后也可能成为食品安全监管国际软法。

由德国零售商联盟（German retail federation – Handelsverband Deutschland ，简称 HDE）与法国零售商和批发商联盟（Fédération des Entreprises du Commerce et de la Distribution，简称 FCD）共同制订的食品供应商质量与食品安全审核标准——2014 年《国际食品标准第六版》（*International Food Standard*，简称 IFS）即是如此，这套标准包含了对食品供应商的品质与安全保证能力的考核要求，固然其并不是由国际组织或多国联合制定，但其得到了欧洲还有 GFSI

的广泛认可，就可以被视作食品安全监管国际软法，这种情况下食品安全监管国际软法体系的外延与影响力均得以进一步扩大。

四、食品安全监管国际软法体系的前瞻

从食品安全监管国际软法体系的历史与现状中可以对该体系未来的发展做出合理预测：软硬法互动的层面，体系将继续受硬法体系的支撑与监督；体系本身发展层面，其在食品安全监管领域的影响力将持续扩大，但对食品安全监管权配置规范的完善将步履维艰。

（一）体系将继续受硬法体系的支撑与监督

由于食品本身是经济价值与保障人类生存价值的共同载体，国际贸易法体系和国际人权法体系便形成了对食品安全监管国际软法体系的硬法支撑。

食品的经济价值实现方面，作为国际贸易对象的食品当然受到 WTO 规则体系及区域性贸易制度的调整，其中卫生检验检疫措施及公共健康关注是国际贸易法的重要组成部分，一国食品不符合它国食品安全法则可能面临退回、销毁、禁止进口等贸易限制措施，这其中的强制性制度约束对食品安全监管国际软法的援引对各国政府监管规则形成倒逼机制，迫使它根据食品安全监管国际软法的内容改造国内法。

食品保障人类安全的价值方面，食品存在目的在于供人类消费，上文也已提到国际人权法体系业已将推进充足而无害于健康的食物供给保障视为其重要内容，保障本国公民基本人权也已成为各国政府的国际法义务，保障消费者免受食源性损害更是这一义务的有机组成部分，如果一国食品安全监管者未能防控安全风险流向消费者且达到较严重程度就可能被视作国际人权法上的可责行为。

由此可见，虽然食品安全国际软法体系本身不具有强制约束力，但调整食品经济价值的国际贸易法体系和调整食品保障人类生存价值的国际人权法体系却间接赋予其一定的规范效果，使其未流于道德规范的境地。

硬法体系支撑食品安全国际软法体系发展的同时，也对其进行监督。依赖先进科技作为制定基础、技术性规范（具体监管标准等）占据相当大比重的食品安全监管国际软法体系现实地发挥了实效，但它终究不能取代硬法体系的主导地位，原因在于：虽然一定的革命性技术或者风险分析方法必然直接影响硬法，甚至衍生出新的硬法，但硬法规则不仅仅是技术参数，它必然带有人类社会的道德维度，是综合权衡个人基本权利、社会公共利益、国家长治久安以及国际贸易利益后的产物。食品安全监管国际软法体系的缔造在某些情况下是由强势方决定的，尤其是体系中私人性质的国际标准，其好坏依赖于“技术专家”，而非正义与公共利益。故而食品安全监管国际软法体系及其实施的合法性终究应当由硬法来评判，如《技术性贸易壁垒协定》（简称 TBT 协定）附件 3《关于标准的制定、采用和实施的良好行为守则》（*Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards*）便要求标准化机构（包括中央政府机构，地方政府机构或非政府机构）应“确保标准的制订、采用或实施不是为了或在实际上给国际贸易制造不必要的障碍”；更有学者（Michael A. Livermore，2006）就建议 DSB 对 CAC 决策程序的公正性进行审查[70]。这是防范技术强权行为之必须。

（二）体系在食品安全监管领域的影响力将持续扩大

食品安全监管国际软法体系不仅有着较为稳固而特别的现状，也一直受到外部力量的加持，种种迹象更表明该体系的影响力将持续扩大。

---

[70] Michael A. Livermore. Authority and Legitimacy in Global Governance Deliberation, Institutional Differentiation, and the Codex Alimentarius[J]. New York University Law Review, 2006（81）：766.

其一，FAO、WHO、CAC、WTO 等 IGO 制定的食品安全监管国际软法的影响力不言而喻，其以世界先进的科学技术为依托，加之通常是考量食品安全监管全球趋势并在对各国监管信息充分分析基础上形成的，代表了世界先进水平的监管经验，体现了特定监管问题上的国际共识，制定主体权威，立法质量较高，对各国国内硬法有着良好的借鉴价值，食品安全监管的各参与主体或基于兼顾国内立法成本节约和保障内国法制国际竞争力的需要、或出于消费者利益保护、国际贸易竞争的需要，将该体系所涵盖的各类软法规范视为便利的移植对象，由此该体系为各国遵从、实施的可能性将稳步提升，甚至可能成为国际习惯法的前置状态。

其二，INGO 制定的自治性食品安全监管国际软法在相关专业领域、行业领域以及保护消费者国际联合方面的影响力亦不容小觑，它代表着一种新的发展方向，体现了国内社会治理和国际社会治理的软法对话。更重要的是，貌似任凭自愿采用的食品安全监管私营性软法往往通过国际贸易的途径携带了强制性，不符合相关软法的食品经营者常被拒于相关市场之外。又由于在商业竞争胜出才是自治性软法形成的最终目的，所以应警惕可能随之而来的贸易壁垒。总的来说，基于“消费者需求的提高、全球贸易市场的竞争、供应链中零售商力量的增强以及食品质量安全管理的转变”[71]等一系列因素，私营食品安全与质量标准在决定企业的农业和食品领域行动方面将扮演越来越重要的角色。

其三，体系中部分软法规范有硬法化的倾向，这也是其效力将持续强化的佐证。例如 SPS 协定规定各国的食品安全保障措施必须以相关国际标准为依据，因而在减少食品贸易摩擦层面，大多数国家都将提高本国食品安全保障措施与相关国际软法的一致性作为降低本国食品出口阻力的途径之一；在 WTO 争端解决层面，若相关争议方不能证明其国内的食品安全保障措施具备国际软法的基础，则可能如 2009 年中美禽肉贸易争端中美国那样承担的不利后果。如此一来，部分食品安全监管国际软法事实上（de facto）的拘束力通过 WTO 规则的援引得以增强，这无疑又提升了食品安全监管国际软法体系的影响力。

（三）体系对食品安全监管权配置规范的完善将步履维艰

就当前的发展情况而言，食品安全监管国际软法体系的总体规范数量大幅增长，唯监管权配置方面的软法无明显增加，换句话说，食品安全监管国际软法体系中的非技术性规范尚较为薄弱，这可能有损该体系的完备性。

对监管权配置以外的软法规范来说，监管者愿意将其纳入内国法体系中，从形成制度共通性入手保障本国食品的安全性为它国所承认，同时衡量它国食品的安全性以避免其损害本国消费者。但在属于行政权的食品安全监管权的设置与协同上，各国却很难达成共识。这是因为一国公权力的设置与制衡是最为困难的，其同国家主权紧密相关，又触及既得利益集团的政治与经济利益分配，各国充其量只能本着国际礼让或者应特定食品安全形势所需为它国提供必要的信息与协作，国家间在食品安全监管行政权行使上难以建立传统国际法意义上的权利义务关系，相关改革往往都必须破除重重阻碍。

即便如此，我们也应当认识到，食品安全监管国际软法体系中关于食品安全监管权配置的内容指导着国家实践，国家实践又可能反哺推动相关国际软法更深入的进展，有必要追踪这样的轨迹以推动食品安全监管国际软法体系的发展。

结论及应对

食品安全监管国际软法体系的形成有其自身的历史背景与渠道，现已初具规模，拥有较清晰的结构与一定的内部秩序，是表现出极强技术性特征、以保障食

[71] 戚亚梅.私营标准与国际食品贸易发展[J].标准科学，2009（5）：64.

物权为己任的软法集成的国际法次级体系，相对独立而自治，外延存在拓展性，又不乏与其他国际法体系的交互影响。是以未来虽然该体系在食品安全监管权配置规范完善方面将步履维艰，但仍将在硬法规则的支撑与监督下呈现持续扩张之势。

对此我国应抱着开放接纳、选择性实施、积极参与构建的态度。一则，进一步加强对该体系中 FAO、WHO、CAC 以及 ISO 所制定软法规范的研究，并根据我国国情选择性实施，因为它们代表着先进的科技成果和广泛的国际共识。二则，在采纳相关国际软法时必然需要考虑食品安全监管国际软法体系中每一个规范所代表的产业利益是否能为中国国情、中国法律法规以及中国的社会利益与贸易利益所容。如我国 China GAP 系列国家标准参照了《全球良好农业操作规范》（Global GAP），后者却起源于《欧洲良好农业操作规范》（Eurep GAP），更准确地说是起源于代表欧洲零售商行业利益的欧洲零售商农产品工作组（Eurep）。类似情况之下，须知悉其是否潜在对贸易限制与扭曲的可能，对私营标准尤为需要加大研究与评审力度。三则，给予逐渐引发各国争夺的食品安全监管国际软法体系构造权以充分重视。对于初步形成的食品安全监管国际软法体系，我国正积极试图施加自己的影响；未来，我国更需要从国家安全战略与发展战略的高度，加快扭转被动实施为主动引领，无论是对于我国食品安全保障水平的提升还是我国国际食品贸易的顺利开展均大有裨益。

The System of International Soft Law on Food Safety Supervision

Lin Jing　Zeng Wen'ge

Abstract: International soft law in food safety supervision had become a system because of the motivation, resources, and pathes of its formation. The system consists of international soft law in food safety supervision formulated by inter-governmental international organizations, international inter-governmental organizations or bilateral or plurilateral soft law in food safety supervision. The system has relatively complete content, fundamental norms and specifical norms as well as private soft standards as an important part of the system though it has not a distinct structure. The nature of the system is a secondary system belonged to the system of the international law, and the core right to protect is the right to food. In addition, the system shows a strong technical characteristic. In the future, the system of international soft law in food safety supervision will continue to expand in the support and supervision of hard law, but it is extremely difficult to improve those rules about the power distribution of food safety regulation. Be confronted with the status and future of the system, China should keep an open attitude to accept, implement selectively and participate in the construction actively. At the same time, we must pay high attention to the possibility of trade restriction and distortion with the development of the system.

Keywords: Food Safety Supervision; International Soft Law; System

美国外交档案中有关东京审判的国际法问题研究

张郭
（武汉大学　国际法研究所　湖北武汉　430072）

摘要：追究日本战犯的法律责任是反法西斯盟国在对战争犯罪事实有着巨大共识基础上的共同主张、一致决定，对于维护战后和平、构建战后秩序起到了重要作用。东京审判不同于纽伦堡审判的突出之处是战后美国单独占领日本，致使东京审判的各个环节如战犯的甄别与抓捕、战犯名单的确定、天皇的处置、法庭成员的选派、法庭审判规则与程序以及日本战争犯罪的起算时间等方面都受到美国的影响，甚至美国在某些方面发挥了决定性的作用。东京审判是反法西斯盟国有关处置日本的政策主张在日本无条件投降之后的具体落实，是国际社会对日本发动的侵略战争性质在法律上的确认，也是美国战后独占日本的合法性的一个具体要求。

关键词：美国　外交档案　日本　东京审判　国际法

日本的无条件投降为落实反法西斯盟国有关处置日本的政策主张提供了前提条件，追究日本的战争责任、惩罚日本战犯也是盟国有关处置日本政策发展的逻辑必然，《波茨坦公告》明确宣布“应该对所有战争罪犯实施严厉法律制裁”[72]。通过审判战犯这种法律手段来巩固来之不易的和平局面，则进一步明确了人们对于发动战争、破坏和平的后果的预期，这对于维护战后和平、构建亚太秩序发挥了重要作用。

东京审判一直以来都是国内外学术界重要的研究对象，特别是近年来由于日本领导人参拜靖国神社、进行错误的历史观教育，以及日本右倾化日趋严重，加上日本某些人企图对东京审判进行翻案，致使有关东京审判的研究成果更加丰富。这些有关东京审判的学术成果研究视觉也非常多样化，或者法学的，或者历史的，或者国际关系的。考虑到东京审判时美国独占日本的特定背景，因此对东京审判中美国因素的研究不仅必要而且很重要。我们批判美国言行前后不一、违反国际法、违背肩负的国际责任，但是美国对现实纷争所应负有的国际法律责任和义务究竟如何形成的？这种历史形成的美国应负的国际法律责任到底是什么？体现在哪些文件中？如果我们用美国人自己的材料分析是不是说服力更强？是不是更能加强我们主张的公信度？是不是更有利于我们坚持自己的立场、发掘更多有利于支撑我们主张的证据材料？美国相关的档案资料和外交文件已经公布，但国内利用这些资料进行相关研究的成果还没出现。鉴于学术界研究现状，本文根据美国国务院公布的外交档案文件，对东京审判中有关国际法的几个问题进行分析论述，以求教于学界。

一、确定溯及既往日本战争犯罪的时间

法不溯及既往是一个基本的法治原则，毋庸讳言二战后对战犯的法律制裁打破了这一法律原则，如同波斯纳（Richard A Posner）曾如此评述法律中的“溯及既往”：“法律很少有纯粹的溯及既往，而不纯粹的溯及既往的法律是人们可以容忍的。”[73]如果现在还有人利用所谓“法不溯及既往原则”来争论、怀疑甚至否定二战后对战犯的审判，那只能说这些人是别有用心了。阿库斯特也曾此述评道：“即使《纽伦堡法庭规约》的某些规定确实是溯及既往

[作者简介] 张郭（1978- ），男，安徽定远人，武汉大学国际法研究所博士，副教授，主要研究方向为国际关系、国际法

[72] PROCLAMATION BY THE HEADS OF GOVERNMENTS, UNITED STATES, CHINA AND THE UNITED KINGDOM, FRUS, the Conference of Berlin (the Potsdam Conference), FRUS, 1945, the Potsdam Conference , Volume II. pp.1476.

[73] 理查德•A•波斯纳（Richard A Posner）著：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 416 页。

的立法，国际法上也没有反对溯及既往的立法的一般规则。的确，溯及既往的立法在某些情况下可能导致不公平，但是，谁要是以为正义竟然要求在纽伦堡的人应该无罪释放，那么，这个人的正义观念实在太古怪了。不管怎么说，在将来的案件中，再也不可能抱怨立法的溯及既往了，因为，纽伦堡法庭的判决已为未来树立了先例，而且《法庭规约》所规定的原则和法庭的判决后来都经联合国大会和国际法委员会批准了。”[74]

日本战争犯罪起算时间直接关系到之后东京审判中所适用法律的溯及既往多长时间，是之后拟定战犯名单并实施抓捕的一个前提性和基础性工作，也是讨论审判日本战犯过程中首先要解决的一个问题。二战结束前盟国在准备审判日本战犯的过程中这一问题已经被提起，1944 年 11 月 28 日在重庆召开了联合国家战争罪行委员会（United Nations War Crimes Commission）远东与太平洋分委员会（Far Eastern and Pacific Sub-commission）的组建会议，王庞惠被选为分委员会主席。在这次会议上由荷兰和澳大利亚提出了以在中国开始的那场战争为时间起算点问题，这一问题并被提交至在伦敦的联合国家战争罪行委员会[75]。美国非常重视重庆分委员会的工作，时任驻华大使赫尔利（Hurley）提议艾奇逊（George Atcheson, 时任驻华使馆参赞）出任分委员会的候补代表（alternative representative），在赫尔利不能出席会议时代表其出席。赫尔利认为虽然重庆的分委员会仍然处在组建中，还没有涉及特别重大的问题，但美国必须维持其有常任代表出席的地位[76]。

1945 年 1 月 5 日重庆分委员会会议上关于在中国开始的哪场战争作为时间起点的问题再次被提出。伦敦的联合国家战争罪行委员会还没有最终确定，但赫斯特（Cecil Hurst, 伦敦联合国家战争罪行委员会英方主席）在给王庞惠私人信件中建议对此问题作“初步讨论”，当时只有战争罪行中国委员会（crimes Chinese Commission）已经考虑将 1937 年作为起算时间。澳大利亚人认为绝对不能让那些自 1937 年 7 月之后对在中国发生的极端残忍、无法用言语表述的暴行负责的日本战争罪犯逃脱法律制裁，虽然在中国的战争是一种“没有宣战”的。这种暴行不仅针对中国人，更波及到美国人、英国人和其他外国人。认为除非将 1937 年 7 月 8 日作为战争开始的时间，否则分委员会的作用将被极大削弱。我们应该支持中国人的在这方面的观点，并作为一种一般政策（general policy）[77]。

1 月 16 日代理国务卿格鲁（Grew）致电赫尔利，表示美国的立场是远东战争起始自 1937 月 7 月 7 日，美国将会推动联合国家战争罪行委员会尽快做出决定[78]。2 月 5 日举行的重庆分委员会会议决定向联合国家战争罪行委员会作出建议：重庆分委员会将中日战争的开始时间固定在一个确切的时间点是没有必要的，应该充分考虑每件事件的性质。澳大利亚代表宣称其政府认为分委员会没有权力将战争犯罪时间延伸到 1941 年 12 月之前。鉴于中国的反对和伦敦委员会的程序，伦敦委员会决定将 1937 年 7 月 7 日作为战争开始的时间是不明智的，显然美国人又支持了伦敦委员会的这一立场[79]。鉴于澳大利亚代表发表声明称其政府不反对分委员会处置 1941 年 12 月之前的日本战争罪行，伦敦委员会在 2 月 7 日的会议上决定建议重庆分委员会不要将其工作局限于某个时间点之后的战争犯罪，应该根据案件的性质进行工

---

[74] M. 阿库斯特著：《现代国际法概论》，汪瑄、朱奇武、余叔通、周仁译，中国社会科学出版社 1981 年版，第 317-318 页。

[75] The Chargé in China (Atcheson) to the Secretary of State, CHUNGKING, December 9, 1944 . FRUS, 1944, Volume I, pp.1399.

[76] The Ambassador in China(Hurley) to the Secretary of State,CHUNGKING, January 6,1945—9 a.m. . FRUS, 1945, Volume VI. pp.898.

[77] The Ambassador in China(Hurley) to the Secretary of State, CHUNGKING, January 6,1945—2 p.m. . FRUS, 1945, Volume VI. pp.898-899.

[78] The Acting Secretary of State to the Ambassador in China(Hurley), WASHINGTON, January 16,1945—4 p.m. .FRUS, 1945, Volume VI. pp.899.

[79] The Ambassador in the United Kingdom (Winant) to the Secretary of State, London, February 6,1945—2 p.m. .FRUS, 1945, Volume VI. pp.900.

作[80]。

美国国务院-陆军部-海军部协调委员会（The State-War-Navy Coordinating Committee, SWNCC）太平洋与远东分委员会（SWNCC's Subcommittee for the Pacific and Far East）1945年9月12日提交了一份报告，该报告10月2日得到协调委员会的批准。其中“参谋长联席会议关于甄别、逮捕和审判战争罪犯嫌疑人的草案”明确规定“追究战争犯罪没有必要被限制在某一个特定时间之后，以使有关责任方受到应有的惩罚。但是，一般情况下，案件的追溯时间应该自1931年9月18日奉天事件，或者在此前的一段时间。考虑到战争犯罪案件发生的集中程度，要求自1937年7月7日卢沟桥事件算起。（The preponderance of cases may be expected to relate to the years since the Lukouchiao incident of July 7, 1937.）”[81]

二、战犯名单

战后对日本发动侵略战争的责任者进行法律追究，这是反法西斯盟国的共识。反法西斯盟国受到日本侵略的程度是不相同的，所以对战争责任的认识也会出现差异。东京审判中日本战犯名单的确定实际上也是盟国之间互相协调统一的过程。作为反抗日本法西斯的两支主要力量中国和美国，在日本战犯甄别的问题上配合协调对于东京审判的最后成功非常关键。

（一）中国提交的日本战犯名单

在日本还没正式投降，遭受日本侵略巨大苦难的中国在制订日本战犯名单方面就已经行动起来，重庆分委员会1945年7月27日提出了一份大约包含100名日本军人的战犯名单，这是分委员会提供的第一份日本战犯名单。而且中国国家办公室（Chinese National Office）已经组建并有效运作，战犯的甄别工作被期待将加速进行[82]。重庆分委员会8月3日再次罗列了另外的30名日本军人作为战犯[83]。赫尔利就此评价道，在中国国家办公室6月成立之前，重庆分委员会的工作是缓慢的，但自从国办有效运作以来，分委员会迅速提交了一份战犯名单，7月27日拟订了第一份战犯名单，至今已经形成了342名的战犯名单。9月7日重庆分委员会第11次会议上罗列了82名具有显赫地位的日本主要战犯，包括这些臭名昭著的人如山下奉文（Yamashita）、本间雅晴（Homma）、土肥原（Doihara）、寺内正毅（Terauchi）、松井石根（Matsui）和本庄繁（Honjo）。犯罪事实和证据材料已经国办提交给了分委员会。[84]。这是首次在战犯名单中列出具体的战犯姓名，显然是以举例方式列出，而不是完整战犯姓名的列举。

1945年10月20日中国向美国驻华使馆递交一份经蒋介石批准认可的包含12人的日本主要战犯名单，名单包括：(1) 本庄繁〔Honjo, Shigeru〕, (2) 土肥原〔Doihara, Kenji〕, (3) 谷寿夫〔Tani, Hisao〕, (4) 桥本欣五郎〔Hashimoto, Kingoro〕,(5)板垣征四郎〔Itagaki, Seishiro〕,(6)羽田孜〔Hata,Rokujin（Shunroku）〕,(7)东条英机〔Tojo,Aiki （Hideki）〕,(8)和知鹰二〔Wachi, Takaji〕,(9)影佐禎昭〔Kagesa, Sadaaki〕,(10)酒井隆〔Sakai,Takashi〕,(11)磯谷廉介〔Isogaya (Isogai),Rensuke〕,(12)喜多誠一〔Kita,Seiichi〕。中国询问美国政府对这份日本主要战犯名单是否有异议，如果没有，中国政府将请麦克阿瑟逮捕拘留这些日本主要战犯[85]。

1946年2月11日中国外交部再次向美国驻中国使馆转交一份包含21名战犯的名单，

---

[80] The Ambassador in the United Kingdom (Winant) to the Secretary of State, London, February 6,1945—8 p.m. .FRUS, 1945, Volume VI. pp.900.

[81] Report by the State-War-Navy Coordinating Subcommittee For East, Washington, September 12, 1945. FRUS, 1945,Volume VI. pp.933.

[82] The Ambassador in China(Hurley) to the Secretary of State, ChungKing, July 28,1945—11 a.m. . FRUS, 1945, Volume VI. pp.901.

[83] The Ambassador in China(Hurley) to the Secretary of State, ChungKing, August 4,1945—9 a.m. . FRUS, 1945, Volume VI. pp.902.

[84] The Ambassador in China(Hurley) to the Secretary of State, ChungKing, September 9,1945—8 a.m. . FRUS, 1945, Volume VI. pp.923-924.

[85] The Chargé in China (Robertson) to the Secretary of State, CHUNGKING, October 20, 1945—5 p.m.. FRUS, 1945, Volume VI. pp.948.

这是第二批日本主要战犯名单。他们是：（1）南次郎 General Jiro Minami,（2）荒木貞夫 General Sadao Araki,（3）平沼骐一郎 Baron Kichiro Hiranuma,（4）阿部信行 General Nobuyuki Abe,（5）米内光政 Admiral Mitsumasa Yonai,（6）小磯國昭(General) Kuniaki Koiso,（7）岛田繁太郎 Admiral Shigetaro Shimada,（8）广田弘毅 Koki Hirota,（9）松冈洋右 Yosuke Matsuoka,(10) 東郷茂徳 Shigenori Togo, (11) 梅津美治郎 General Yoshijiro Umezu, (12) 松井石根 General Iwane Matsui, (13) 寺内寿一 Marshal Juichi Terauchi, (14) Lieutenant General Kadoya Mudakuchi, (15) 谷正之 Masayuki Tani, (16) 山田乙三 General Otozo Yamada, (17)有田八郎 Hachiro Arita, (18)青木一男 Kazui Aoki, (19) 末次信正 Admiral Nobumasa Suetsugu, (20) 西尾寿造 General Juzo Nishio, (21) (General Masazo) Kawanabe。

中国了解到除了谷正之（Masayuki Tani）已经向中国投降，小磯國昭（Kuniaki Koiso）被报道已经自杀（美国档案中注：其人并没有自杀）外，其他罪犯大部分已经被逮捕，中国外交部将此名单递交司令部以调查每个案件，抓捕那些还没有被逮捕的罪犯，依法对他们进行处理[86]。

（二）美国的日本战犯名单

如果说中国在甄别遴选日本战犯问题上动作迅捷的话，那是因为中国深受日本法西斯侵略苦难的深重。但美国在提名日本战犯名单上也是毫不延迟，个中原因当然有美国也是日本侵略的受害国之一的因素，但一个根本重要的原因就是美国战后独占日本，试想如果不通过法律途径审判这些战犯，宣告这些人的罪行，宣布这些人也是使日本自身处于深重灾难的罪人，那么美国独占日本的合法性从何而来？当然美国战后独占日本，也必然担负重要职责，其中之一就是提名日本战犯名单。表现在美国外交文件中，美国人提交了多批次的战犯名单。

1945 年 8 月 16 日参谋长马歇尔（Marshall）向麦克阿瑟（MacArthur）发出指示，其中讲到战争罪犯名单正在准备中，会尽快提交给你。战犯的甄别和逮捕暂时执行盟国在德国战败后的做法[87]。8 月 23 日国务卿贝尔纳斯（Byrnes）给驻英大使怀南特(Winant)发电，其中说主要日本战犯名单正在由国务院-陆军部-海军部协调委员会准备中，将发给麦克阿瑟。这份名单仅限于国际军事法庭宪章（即 1945 年 8 月 8 日签订的《伦敦协定》）第 6 条所表述的 A 级战犯[88]。1945 年 9 月 14 日由美国国家战争罪行办公室发给驻日盟军最高司令的战犯名单包括了 45 名日本主要战犯嫌疑人，并且特别说明这份名单不是完全的而是可以增减的[89]。9 月 14 日发往东京的日本战犯名单，实际上包括二份，一份是日本战犯总名单，一份是日本主要战犯的特别名单。这些名单已经陆军部、海军部和国务院批准认可[90]。虽然这份战犯名单具体姓名没有在外交档案中公布，但美国在准备日本战犯名单方面是毫不迟疑的。而且随着美国全面占领日本的完成，战犯名单的甄别遴选工作已经转至驻日盟军司令部。

1945 年 10 月 5 日盟军最高司令的政治顾问艾奇逊（Atcheson）在给国务卿的电报中，提及由麦克阿瑟司令部提供的二份日本战犯名单，一份上面注有时间 9 月 28 日，另一份上有时间 10 月 2 日的调整名单（这份名单包含有不同国籍的 56 名战犯名单），二份战犯名单的具体姓名档案中都没有公布。1945 年 10 月 11 日艾奇逊在致国务卿的电函中又附录了另外 15 人的战犯名单[91]。

---

[86] The Counselor of Embassy in China (Smyth) to the Secretary of State, CHUNGKING, February 14, 1946—2 p.m. . FRUS, 1946, Volume III. pp.410.

[87] The Chief of Staff (Marshall) to the Commander in Chief, Army Forces, Pacific (McArthur) , at Manila,WASHINGTON, 16 August,1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.909.

[88] The Secretary of State to the Ambassador in the United Kingdom(Winant), WASHINGTON, August 23,1945—1 p.m. .FRUS, 1945, Volume VI. pp.910.

[89] The Acting Secretary of State to the United States Commissioner, United Nations War Crimes Commission (Hodgson), Washington, September 27,1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.937-938.

[90] The Secretary of State to the Acing Political Adviser in Japan (Atcheson)，Washington, October 15,1945—3 p.m. .FRUS, 1945, Volume VI. pp.944.

[91] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, October 5, 1945. FRUS, 1945,

如果说这几批美国拟订的日本战犯名单都没有列举出具体姓名的话，那么 1945 年 11 月 12 日艾奇逊提交给麦克阿瑟的备忘录就包含有 13 人的战犯名单并附有每个人简介，这是美国国家战争罪行办公室在国务院的帮助下拟定的。这 13 名战犯分别是 Sadao Araki, Honjo Shigeru, Itagaki Seishiro, Kanokogi Kazunobu, Kuniaki Koiso, Fusanosuke Kuhara, Kuzuu Yoshihisa, Matsuoka Yosuke, Matsui Iwane, Mazaki Jinzaburo, Minami Jiro, Shiratori Toshio, Yamada Otozo[92]。11 月 15 日艾奇逊再次转交麦克阿瑟第二份含有 22 名日本主要战犯嫌疑人的名单，并附有简介。艾奇逊认为这些都是日本的显赫人物，美国已经掌握了可用的证据，这些人应该被立即逮捕。这 22 名主要战犯是 Aikawa Yoshisuke, Amau Eiji, Ando Kisaburo, Aoki Kazuo, Goto Fumio, Hata Shunroku, Hiranuma Kiichiro, Hirota Koki, Honda Kumataro, Hoshino Naoki, Konoye Fumimaro, Nishio Toshizo, Oshima Hiroshi, Shioten Nabutaka, Shoriki Matsutaro, Suma Yakichiro, Tada Hayao, Takahashi Sankichi, Tani Masayuki, Toyoda Soemu, Umezu Yoshijiro, Ushiroku Atsushi[93]。

1945 年 12 月 11 日艾奇逊向麦克阿瑟提交一份备忘录，其中建议可以口头告知日本首相或者其他日本政府适当官员，但不做具体承诺，就驻日美军当局来说，以反和平罪指控主要战犯嫌疑人的工作大体上已经完成[94]。

三、抓捕战犯

抓捕战犯是东京审判前所必需的准备工作，但日本战犯的抓捕是在二个前提下进行的，一是美国独自占领日本，二是根据波茨坦公告，所有日本武装力量及其民事机构必须撤出北纬 30^0 线以南地区即撤回其本土。所以如果说战犯的甄别遴选除美国之外其他盟国还可以积极提名的话，那么抓捕日本战犯至少是大部分战犯只能由美国完成了。美国独占日本是以反法西斯盟国的名义进行的，因为只有如此美国的这种独占日本的行为才能获得足够的合法性，但美国在享有这种权利的同时，负责为盟国抓捕战犯则是其肩负的重要义务之一。

（一）美国有关抓捕战犯的考量

应该说抓捕战犯是一项复杂的工作，因为看似一种法律执行行动，但实施抓捕时必须充分考虑时机的把握、局势的预判和政治后果的评估等这些因素。

战犯的抓捕面临的主要问题就是如何确定谁是战犯，必须要有个确切的“战犯”定义。1945 年 11 月 6 日艾奇逊向麦克阿瑟提交一份备忘录，其中就谈到美国当局在给麦克阿瑟的指示中言词宽泛，概括而不具体，以致他无法确定谁是美国政府或是盟国政府想要起诉的。以致美国驻日当局抱怨道，如果我们以不明确的“战犯”的名义去抓捕或监禁了一些人，结果发现我们没有事实材料对抗他们，最后是不经审判而加以释放。如此的举动会为将来树立一个危险的先例，因为它违背了现有的法律和国际法规则。除了一些概括性的指示外麦克阿瑟没有任何行动的基础，而这些指示却不能为整个抓捕工作提供充备的指南[95]。虽然如此抱怨，但美国人对于直接侵害过美国利益的那些战犯嫌疑人，则是没有这些顾忌的，如抓捕木户幸一（Marquis Kido），美国认为作为天皇玉玺的管理者在推选东条为首相时所处的立场，以及在珍珠港事件后其仍然任职于政府，这些已经足以使其承担发动对美国、英国、荷兰战争的责任[96]。

Volume VI. pp.940.

[92] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, November 13, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.961-966.

[93] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, November 16, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.967-970.

[94] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, December 18, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.985.

[95] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, November 13, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.961-966.

[96] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, November 19, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.973.

美国认为抓捕战犯的行动应该很快进行，其原因美国人时如此分析的：第一，美国占领日本和日本的非武装化已经完成，建议可以考虑对战争罪犯嫌疑人实施抓捕。日本人民直到目前还没有严重不利于占领当局的反应，民众已经接受了被认为会对其造成很大心理冲击的事件，如天皇屈服从属于盟军最高司令官；前首相东条英机（Hideki Tojo）的被捕；天皇最近造访麦克阿瑟；指示日本政府要求言论自由包括讨论天皇等。第二，日本民众已经表现出寻求改革和变化的动向了，他们现在不再抱有幻想，民众对那些误导他们并给国家带来灾难的那些人进行了广泛的公开的批评，日本人民期待美国当局逮捕更多的嫌疑人，大多数民众不反对这种逮捕。但这种态度不会无限期第拖延下去，由于民众经济上苦难的加重，特别是快要到来的冬春季节，一部分对抗不可避免地转向美国占领当局，因此从日本民众的角度对大部分日本战犯嫌疑人实施抓捕越快进行越好。第三，美国人已经觉察到，许多日本政府内外的温和的政治领导人处于犹豫状态中，因为他们不知道自己是否被列为战犯嫌疑人。同时还有一种可能，即如果逮捕时间拖延过久，被列为嫌疑的人会重新进入政治领域，等到他们走向公职或建立了自己的政治基础，那时再进行逮捕，我们必然会遭受批评[97]。抓捕战犯行动越早完成，那些担心自身是否与战犯相牵连的高官要人会越快地平稳下来，这有利于他们对战后日本的改革做出贡献。

美国制订了具体的抓捕策略，认为抓捕战犯方面慎重行动也是必要的，制定一个抓捕被列为战犯的高官的具体方案是可取的，在短时间内完成抓捕工作，在抓捕行动之间留有充足时间以观察民众反应，视情况再决定加快还是推迟这一行动。东久迩稔彦（Higashi Kuni）是天皇之下最高级别的官员，他的逮捕也为其他日本高官的逮捕铺平了道路[98]。另外美国一般不直接进行抓捕战犯的行动，而是指令并监督日本政府行动，这样既避免了与日本人的正面直接冲撞，也为自己的抓捕行动留下回旋余地。如麦克阿瑟命令日本政府逮捕 11 月 13 日提交给他的 13 名战犯嫌疑人，除 Itagaki 和 Yamada, 据认为它们不在日本国内[99]。

对日本一些位居要职的战犯嫌疑人的抓捕，美国给予了充分的政治评估。虽然还有争论说逮捕近衛文麿（Hidemaro Konoye）会对现政府造成什么影响，但是媒体上对他和其过去政策的广泛批评已经表明这种影响不会是负面的。他的身份问题以及他与天皇的紧密联系，以致他的逮捕是否会引起天皇的战争罪责的问题，正如现在日本媒体所表明的那样，政治责任在于天皇的顾问们，而不在天皇，因为天皇仅仅是在按照顾问们的建议行事。如果像近卫这种政治经历的人可以逃避战犯嫌疑人的正式审查，而且还在继续参加政府性质的重要活动，是安全不合适的[100]。

美国抓捕战犯另外一个重要特点就是对那些挑起对美战争的日本高官，即使没有参与，哪怕仅仅当时在政府中任职，也必须绳之以法，严厉惩罚。除了后文提到的麦克阿瑟下令逮捕东条英机时期内阁的所有成员外，艾奇逊作为驻日美军司令部重要成员曾经向国务卿辩解，因为驻日当局由于没有逮捕已经建议应当逮捕的东条英机内阁的 6 名成员八田嘉明（Hatta Yoshiaki）、湯沢三千男（Yuzawa Michio）、Ishiwata Sotaro、野村直邦（Nomura Naokuni）、重光葵（Shigemitsu Mamoru）和山崎达之辅（Yamazaki Tatsunosuke）而遭到批评，但实际情况是，要起诉整个东条内阁成员，除了野村直邦（Nomura Naokuni）外，仍然没有足够的证据支撑对他们的逮捕和起诉[101]。

---

[97] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, November 6, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.952-953.
[98] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, October 5, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.941-942.
[99] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, November 19, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.972.
[100] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, November 17, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.971-972.
[101] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, December 19, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.985-986.

（二）逮捕战犯

1945 年 9 月 11 日麦克阿瑟下令逮捕以东条为首的包括珍珠港事件时整个内阁成员的 39 名战犯嫌疑人，包括本间雅晴（Masaharu Homma）、黑田重德（Shigenori Kuroda）、铃木启久（Colonel Suzuki）、桥本欣五郎（Colonel Kingoro Hashimoto）。10 月 15 日遭逮捕的包括沢田研二（Kenji Sawada）、畑俊六（Major Hata）、Lt. Wamitsu，因为他们与处决上海附近杜立特飞行中队（James H. Doolittle,詹姆斯•杜立特陆军准将，以他为首的飞行中队曾于 1942 年 4 月 18 日轰炸包括东京在内的日本本土）三名飞行员有关。10 月 22 日逮捕铃木内阁的内政大臣 Genki Abe。盟军驻日司令部法律部发言人 10 月 22 日宣称太平洋地区要被审判的战犯嫌疑人总数达到 4000 人。11 月 17 日日本政府被命令逮捕并移交下列日本主要战犯嫌疑人：荒木貞夫（Sadao Araki），本庄繁（Shigeru Honjo）, Kazunobu Kanokogi, Kuniaki Koiso, Fusanosuke Kuhara, Yoshihisa Kuzuu, Yosuke Matasuoka, Iwane Matsui, Jinzaburo Mazaki, Jiro Minami 和 Toshio Shiratori。这些人被认为是对 1931、1937、1941 年侵略事件负主要责任，他们将和之前已被捕的以及将来被抓捕的那些人将受到国际法庭的审判[102]。

作为驻日司令麦克阿瑟的政治顾问艾奇逊在向国务卿汇报战犯抓捕情况时这样说道：“1945 年 11 月 13 日向司令官建议逮捕 13 名战争罪犯嫌疑人，11 月 16 日再次建议司令官逮捕 22 名嫌疑人，11 月 27 日再转给司令官二份主要战犯嫌疑人名单，并分别有嫌疑人简介，其中一份名单包括二人即 Fujiwara 和 Nakajima，建议现在即进行抓捕，第二份名单只含一个人即 Yonai，其应该因为反和平罪而受到审判，因为 1937 年他是海军部长，而正是在那时中国被攻击，日本的海军飞机轰炸了南京和其它中国城市，因为违反战争法和战时习惯法特别是海牙公约第 1 条而应该受到起诉，建议在将来合适的时间再进行逮捕。我们的前三份名单包括了美国战争罪行办公室所列举的所有嫌疑人，这些人还没有被逮捕，所有不利于他们的证据都掌握在我们手中，然而我们得知，被战犯办公室列为战犯嫌疑人的伏见宫博王子（Prince Fushimi Hiroyasu），报道称其去世了，但仍然活着，虽然病了。关于阿部信行（Abe Nobuyuki），我们被告知其已经被逮捕，但实际上是逍遥法外。根据可靠消息，Kimura Heitaro、Itagaki Seishiro 和 Terauchi Hisaichi 在缅甸或马来亚的英国人手中，Otozo Yamada 在满洲（Manchuria，中国东北）俄国人手中，Tatekawa Yoshitsuga、Anami Korechika、Suetsugu Nobumasa 和 Sugiyama Gen 已死亡。Doihara Kenji 已于 9 月 23 日在日本被捕，Muto Akira 已宾被控制在菲律，Togo Shigenori 在东京被软禁。”[103]

虽然在美国外交档案中没有公布名单，驻日美军当局分别在 1945 年 12 月 1 日、11 日拘捕了二批日本战犯嫌疑人，计 57 人。同年 12 月 3 日、15 日又分别指示日本政府逮捕 8 名和 69 名战犯嫌疑人并移送巢鸭拘留所（Sugamo Prison）。这些人都被指控对联合国家的国民实施了残暴和攻击行为[104]。

驻日美军当局于 1946 年 1 月 17 日指令日本政府逮捕并移交 110 名战犯嫌疑人，包括 7 个将军。需要注意的是这些将军中的 5 个人，即 Wachi Takaji、Isogai Rensuke、Sakai Takashi、Kagesa Sadaaki 和 Tani Hisao，包括在去年 10 月由驻中国大使馆转交给美国政府的中国外交部所列的 12 名日本主要战犯嫌疑人名单中。中国的 12 名战犯名单，其中 9 人已经由美国驻日部队逮捕或命令逮捕，Honjo Shigeru 去年 11 月在被命令逮捕后自杀，Itagaki Seishiro 和 Kita Seiichi 分别被英国人控制在新加坡和被俄国人控制在满洲（中国东北）[105]。

---

[102] Report by Mr. Robert A. Fearey, of the Office of the Political Adviser in Japan. FRUS, 1945, Volume VI. pp.974.

[103] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, November 30, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.976-978.

[104] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, December 20, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.986.

[105] The Acing Political Adviser in Japan (Atcheson) to the Secretary of State, Tokyo, January 22, 1946. FRUS, 1946, Volume VIII. pp.393.

四、天皇的处置

如果说确定日本战争犯罪的起算时间、甄别遴选战犯以及实施抓捕，其中虽然有着政治方面的考量，但总体上应该还是法律属性的事情。而天皇的处置则更多的是政治利益的盘算，虽然其中也夹杂着法律与政治的冲突，但最终还是独占日本的美国在政治上的权衡决定了天皇的处置。

作为深受日本法西斯侵略之害的中国人民在天皇的态度上是非常明确的，也迫使美国尽快明确其立场。人民政治协商会议（The People's Political Council）1945 年 7 月 17 日通过一份决议，将日本天皇列为战犯。过去一段时间中国当地媒体中出现一种舆论，支持拥护将天皇作为战犯的立场，所以在重庆分委员会中将天皇列为战犯的问题可能会被提出，美国驻中国使馆需要了解国务院在此问题上的立场，以为美国代表的采纳[106]。8 月 4 日驻华大使赫尔利再次询问国务卿在天皇问题上美国的立场[107]。

如果说中国的立场是深受其害者作出的，那么美国非政治人物如何看待天皇的呢？哈克沃斯（Green H. Hackworth, 法律顾问）认为如果国务院采取回避或者没有清晰的政策思路将会遭受广发批评，国务院应该现在或者稍后就做出决定，他承认关于天皇的处置问题上需要考虑一些政治因素，但是他感觉在实施正义问题上不应该受到权宜之计的影响。

同一个问题，作为代理国务卿的格鲁则是另一番分析，也充分体现了美国政治人物思维上的实用主义习惯与特质。格鲁表示自己“倾向于如果日本拒绝遵守波茨坦公告，拒绝无条件投降，迫使我们使用武力进入日本本土并因而造成了美国包括盟国在内人员的伤亡，这种情况下天皇应该被列为战犯，以实现完全正义。将天皇列为战犯并不意味着他会被判有罪，这将取决于证据，取决于天皇是否参与了谋划实施了战争残暴行为，还是仅仅是一个傀儡而无法控制或者影响那些军方领导人。在这一特殊问题上，我不认为我们能够忽略一些政治因素的考量。我们应该利用日本国内的和平力量，利用他们来说服天皇发出圣谕，命令日本军人为了他们国家的未来放下武器停止抵抗，而不是顽强抗争到最后一刻。没有天皇的批评认可，日本在海外的军队是不会遵循其政府命令的。如果我们将天皇列为战犯，在日本国内会产生将会使任何可能迈向无条件投降与和平的努力行动前功尽弃，结果可能是加强了日本人的团结而抗争到底，所以国务院的立场非常重要，以致影响到数以万计的美国人的生命。”格鲁还不忘提醒说，虽然我没有和史汀生（Henry L. Stimson, Secretary of War, 美国时任陆军部长）、福里斯特尔（James V. Forrestal, Secretary of the Navy, 美国时任海军部长）交流过这一问题，但从我所知的情况看，他们可能与我是相同或相似的观点。我建议去电赫尔利，告知远东与太平洋分委员会的美国代表，在是否将天皇列为战犯的问题上，美国不要主动提出这一问题[108]。

如果说格鲁的立场是“以拖待变”的话，那么在美国独占日本的过程还没有完全结束的情况下，不管是国务院还是美国军方都不会在如此关键的时间节点就这一重要问题明确态度或表达立场。国务卿贝尔纳斯 8 月 8 日致电赫尔利，表示重庆分委员会提出将天皇列为战犯的建议很遗憾，期待赫尔利能够想尽各种办法阻止这种企图，万一这一问题被提出，请电告国务院以便作出指示[109]。1945 年 9 月 12 日国务院-陆军部-海军部协调委员会远东事务分会提交的一份备忘录中，要求驻日美军最高司令不能采取将日本天皇列为战犯的任何行动，在

---

[106] The Ambassador in China(Hurley) to the Secretary of State, ChungKing, July 28,1945—11 a.m. . FRUS, 1945, Volume VI. pp.901-902.

[107] The Ambassador in China(Hurley) to the Secretary of State, ChungKing, August 4,1945—9 a.m. . FRUS, 1945, Volume VI. pp.902.

[108] The Under Secretary of State(Grew) to the Secretary of State, WASHINGTON, August 7,1945 .FRUS, 1945, Volume VI. pp.905-906.

[109] The Secretary of State to the Ambassador in China (Hurley), WASHINGTON, August 8,1945 .FRUS, 1945, Volume VI. pp.907.

收到处置天皇的特别指示之前[110]。

随着时间的推移，美国人的立场越来越清晰。1946 年 1 月 25 日麦克阿瑟在给参谋长艾森豪威尔（Eisenhower）的电函中如此分析道："将天皇的确切活动和过去日本帝国的政治决定在不同程度上联系起来的具体确凿的证据还没有被发现，我已获得明确信息，直到战争结束天皇与国家事务之间的联系主要是臣属性的以及是对他的顾问的意见的自动反应。天皇任何企图阻挠由处于支配地位的军事集团所控制和代表的社会舆论的行为都将使他处于一种危险境地。如果天皇受审，占领日本的计划必须作很大调整，而且在具体行动之前必要的准备工作必须完成。天皇的被诉毫无疑问会在日本民众中引发巨大的震动。天皇是日本联合的象征，实际上所有日本人都尊崇天皇作为国家的社会领袖，而且相信波茨坦公告是维持他日本天皇地位的。日本民众会将盟国的行动看作是对他们历史的背叛，由此引发的仇恨敌意和对抗不满会毫无疑问地持续到可预见的将来，由此开始的循环报复的仇恨可能持续几个世纪而不能结束。"[111]

既然美国的倾向越来越明显，那么美国必须要有一些将天皇排除于战犯之列的事实材料以作佐证，1946 年 2 月 16 日驻日美军当局政治顾问办公室的一份电函则显得恰逢其时。其中迫水久常（Hisatsune Sakomizu，曾任日本内阁书记官长）讲述了一些事实，这些事实证明了天皇本人是反对战争的，但是受限于官方行动而没有阻止战争，因为理论上天皇是不能单独做出决定的，而是应该接受大臣的建议，这些大臣则应该对采取的行为负责。迫水久常讲道，1941 年 12 月 4 日或 5 日，天皇通过面部表情（facial expression）表示同意战争不是保护日本利益的唯一方式。在宣战的帝国法令中，天皇自己加入了一段话，揭示了与美国、英国的战争并没有得到天皇本人的支持。在签订德意日三国协议时，天皇告知近衛文麿这个条约可能给日本带来重大不幸。并且迫水久常将会继续提供能够开脱天皇战争责任的证据材料[112]。

五、**美国审判战犯政策**

必须将日本战争罪犯嫌疑人绳之以法，这是反法西斯盟国包括美国的共同意志、决心和政策。但在美国独占日本的情况下，为审判日本战犯而建立的司法机构与美国驻日当局之间的关系怎样？审判机构的规模如何控制？其他盟国选派的司法人员地位如何？这是美国审判战犯政策需要考虑并要予以解决的。实际上美国的远东审判政策首先是从协调统一自身立场开始的。

（一）驻日美军当局主导战犯审判工作

在国务院-陆军部-海军部协调委员会特别分会 9 月 6 日的会议上，关于审判战犯应遵循的政策已经被提出来了。国务院同意经参谋长联席会议同意，建议向盟军最高司令发出指令，以建立一个针对主要战犯的准备案件的检查起诉机构，以及一个由美国和其他盟国军官或文官组成的国际军事法庭以审判主要战争罪犯。这样有利于消除之前在欧洲建立并运作这种起诉机构和军事法庭时遇到的拖延和困难。这种程序也有利于建立盟军最高司令处理各种事务的权威。另一方面我们的盟国可能会感觉到在处理这些国际重大问题的时候，对盟军最高司令的指令应该得到他所代表的所有主要盟国的认同。而且审判战犯的法庭如果能够直接在国际性的权力机构下运作将更有利。这样的法庭在建立先例和争取日本人民方面会赢得尊重，也利于分担美国的责任。

鉴于此在协调委员会特别分会的国务院代表应采取如下立场：除非我们主要盟国态度立

---

[110] Report by the State-War-Navy Coordinating Subcommittee For East, Washington, September 12, 1945, FRUS, 1945, Volume VI. pp.936.

[111] General of the Army Douglas MacArthur to the Chief of Staff, United States Army (Eisenhower), Tokyo, 25 January 1946—1:45 p.m. .FRUS, 1946, Volume III. pp.395-397.

[112] Mr. Max W. Bishop, of the office of the Political Adviser in Japan, to the Secretary of State, Tokyo, February 16, 1946. FRUS, 1946, Volume III. pp.412-415.

场清晰的情况下，有关国际检查起诉机构和审判战犯的国际法庭事务的指令不得向最高司令官作出；应该采取在最高司令官之下设立联合起诉机构的政策以起诉战争罪犯，另一方面审判战犯的法庭应通过主要盟国之间的协议建立，并在他们的权威之下运作；这样的立场应通知给英国、中国、苏联和其他盟国，以得到他们对这些政策的同意；一旦得到盟国的批准，应该立即向最高司令官发出指示，以组建起诉机构，并采取必要步骤建立审判庭[113]。

显然国务院的代表已经意识到在美国已经单独占领日本的前提下，驻日美军当局的地位不可动摇，日本战犯的审判必须有利于加强其地位，提高其权威，但同时又将驻日美军当局置于盟国之间协调的权威之下，显然有点“不合时宜”。所以副国务卿艾奇逊（Dean Gooderham Acheson）代表国务院对此进行了答复，认为最重要的是拥有一支统一的起诉职员，他们依据一套单一的关于案件准备和报告的指示运作，因此我认为麦克阿瑟应该建立这种职员队伍，向他们发出指示，在他认为有必要的情况下，邀请其他有关盟国参与。最重要的是法庭的程序和原则，包括战争罪行定义，必须和起诉德国战犯相协调。由麦克阿瑟建立一个法庭，有关战争罪行的鉴定、适用规则和程序都依照在德国的先例，并且宣告这已成事实，再邀请有关的主要盟国任命法官。德国的实践已经表明，与其他国家（中国没有参与欧洲有关问题的协商谈判，他也无法了解来自中国方面可能的麻烦）就战争罪行的鉴定、审判规则和程序达成协议不会很顺利或者是一个很耗时的过程，尽管麦克阿瑟如果采取了上述步骤可能更耗时。艾奇逊倾向于让麦克阿瑟承揽整个工作，特别是因为这样可以维持其权威[114]。

9 月 7 日助理陆军部长麦克洛伊（McCloy）致电代理国务卿艾奇逊表示，他理解在远东战犯问题上国务院和陆军部、海军部之间产生了分歧，陆军部、海军部方面认为麦克阿瑟应该被赋予权力（1）建立远东军事法庭来审判所有远东战争罪犯，包括主要和次要战犯。（2）制定颁布程序规则和适用于所建立法庭的大量可行的法律规则，这些程序和规则必须与适用于欧洲的相关程序和规则相协调。（3）根据参与方的提名任命法庭成员。

陆军部和海军部都认为，依据有关国家政府的提名进行任命审判法庭成员的权力应属于麦克阿瑟，而不是将任命权交由有关国家政府。而国务院似乎倾向于法庭成员直接由各自国家任命。希望国务院和陆军部、海军部的立场统一起来，这样有利于避免许多在德国遇到的拖延和麻烦。

作为盟军最高司令有权任命特别国际军事法庭成员，有权颁布或批准法庭的程序规则。盟军最高司令有责任执行国际军事法庭或裁判庭作出的判决，也有权力批准、减少或者改变法庭或裁判庭作出的判决，却不能增加判决的严重性。最高司令官可以授权参与占领日本的任何一个盟国的军事长官来组建一个特别法庭来审判没有被国际军事法庭或裁判庭处置的战争罪犯[115]。这个政策立场 1945 年 10 月 2 日被国务院-陆军部-海军部协调委员会批准，10 月 18 日国务卿将包含这些内容的美国有关远东战犯的逮捕审判政策发给了中国驻美大使魏道明[116]。

（二）法庭的组建

美国认为在组建远东国际军事法庭过程中，仔细借鉴德国纽伦堡国际军事法庭的经验是非常必要的，因此远东国际军事法庭的规模应该控制在最小，建议法庭只能由接受日本投降的四个国家（美国、中国、苏联和英国）的法官组成。根据美国逮捕惩罚日本战犯政策，美军驻日最高司令有权任命来自 2 个及以上联合国家的军官和文官组成特别军事法庭，以审判

[113] Memorandum by the Director of the Office of Far Eastern Affairs (Ballantine), WASHINGTON, September 6, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.919-921.
[114] The Under Secretary of State(Acheson) to the Director of the Office of Far Eastern Affairs (Ballantine) , Washington, September 6, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.921.
[115] Report by the State-War-Navy Coordinating Subcommittee For East, Washington, September 12, 1945, FRUS, 1945, Volume VI. pp.926-936.
[116] The Secretary of State to the Chinese Ambassador (Wei), Washington, October 18,1945, FRUS, 1945, Volume VI. pp.947.

日本战犯。美国国务院将邀请中国、苏联、英国每个国家指派 5 个军事法庭的合适成员（如果国务院需要，还可要求荷兰、澳大利亚、加拿大、法国、菲律宾、新西兰每个国家指派 3 个合适成员），指派（不管是军官还是文官）工作必须尽早进行，以便最高司令从这些指派人选中选出合适成员组成国际军事法庭。国务院在请这些国家指派人员时，为了管理和实际的需要，选派的军官和文官能够使用英文，以尽量减少在欧洲遇到过的语言上的困难。军事法庭应该有文官代表，所以联合国家政府指派代表时军官和文官应予一同考虑[117]。

1945 年 11 月 21 日国务卿致电中国大使魏道明，询问提名法官以建立远东国际军事法庭的人选问题，同样的信息在同一时间发给了澳大利亚、加拿大、法国、荷兰、新西兰、苏联和英国驻华盛顿的外交使节[118]。这是美国第一次将有关远东国际军事法庭的规模和联合国家需要指派的法官人数通知有关国家。

但是 11 月 27 日运东事务处主任文森特（Vincent）与中国大使魏道明谈话时，提及指派法官以组成法庭审判日本 A 级战犯问题，文森特作了不同于之前要求的表示，他说盟国政府仅仅指派一名法官和一名候补法官而不是一组法官，对于达到我们的目标就已足够。文森特解释道美国开始要求盟国政府指派一组法官的请求，其意图是建立不同的法庭以审判 A 级、B 级、C 级战犯，但是现在我们紧迫地要审判 A 级战犯，所以指派一名法官及其候补即可达到我们的目的[119]。

不仅如此，原来设计由 4 个接受日本投降的国家指派法官和检察官，后来扩大至日本投降协议的签字国。代理国务卿艾奇逊 1946 年 1 月 8 日致电美国驻苏联使馆代办凯南（Kennan），其中表示，1946 年 2 月初盟军驻日最高司令将在东京组建国际军事法庭以审判那些被指控为反和平罪的日本主要战犯，也正在任命由日本投降协议签字国所提名的法官和副检察官。国务院已经发出电函要求盟国提名人选，目前中国和新西兰已经进行了提名，英国、澳大利亚、法国、荷兰和加拿大已经表示他们期待参与审判，并很快进行提名工作[120]。艾奇逊在 1946 年 1 月 18 日所发的电函中再次明确了有权提名法官和检察官的国家范围，“9 个日本投降协议的签字国已经被请求提名法官和副检察官以由盟国驻日最高司令任命组成法庭和国际检查起诉部门，中国、加拿大、新西兰和澳大利亚已经完成了提名，英国已经提名了副助理检察官，法国、荷兰和苏联已经表示他们会很快作出提名。印度和菲律宾不会被要求提名法官，但考虑到发生在它们各自国家的战争罪行和残暴行为，它们应该被邀请提名助理检察官。”[121]

1946 年 1 月 4 日印度提出其有权提名 1 名法官参与远东国际军事法庭对日本战犯的审判。代理国务卿艾奇逊 1 月 23 日代表美国答复称，希望印度和菲律宾政府各提名 1 名助理检察官，以由盟军驻日最高司令任命组成国际检查起诉机构。澳大利亚、加拿大、中国、英国和新西兰检察官的提名已经收到，并转交给了最高司令。国务院已经通知法国、荷兰和苏联，希望它们能在不久的将来完成提名工作[122]。印度政府对国务院 1 月 23 日对于印度要求选派法官到国际法庭的答复是不满意的，虽然印度政府还没有新的指示，但任命助理检察官可能被阻止[123]。1946 年 3 月 1 日国务院近东与非洲事务处建议美国在远东委员会的代表积

---

[117] Memorandum by the Acting Chairman of the State-War-Navy Coordinating Committee (Matthews) to Secretary of State, Washington, 3 October, 1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.938-939.
[118] The Secretary of State to the Chinese Ambassador (Wei), Washington, November 21,1945. Volume VI. pp.975.
[119] The Director of the Office of Far Eastern Affairs (Vincent) to the Under Secretary of State (Acheson), Washington, November 27,1945. FRUS, 1945, Volume VI. pp.975-976.
[120] The Acting Secretary of State to the Chargé in the Soviet Union (Kennan), Washington, January 8, 1946—4 p.m. .FRUS, 1946, Volume III. pp.386.
[121] The Acting Secretary of State to the Consul General at Manila (Steintorf), Washington, January 18, 1946—1 p.m. .FRUS, 1946, Volume III. pp.390.
[122] The Acting Secretary of State to the Indian Agent General (Bajpai), Washington, January 23, 1946 .FRUS, 1946, Volume III. pp.393-394.
[123] Memorandum of Conversation, by Mr. Albert H. Garretson, Assistant to the Legal Adviser (Hackworth),

极投票支持印度任命 1 名法官参与军事法庭，得到国务卿的批准，并通告了陆军部。4 月 29 日国务院被告知印度政府已经提名巴尔（Radha Binod Pal）为法庭法官。菲律宾法官哈那尼拉（Delfin Jaranilla）也被任命为远东军事法庭法官[124]。

六、结论

法律带给人们的是一种稳定的预期，在规范人类行为的基础上而形成一种平稳的秩序，所以人们应当服从法律规则。但当现有的法律规范不能有效地规制人类行为，不能有效地实现公平正义，则有必要也必须突破原先的法律思维模式。战后对战犯的审判应该说在很多方面突破了原有的不管是国内法还是国际法的法律框架和原则，这种突破显然源自于对之前残酷的战争现实的反思，结果是人类法律思维的大跨越。事实也有效证明了，战犯审判活动推动了现当代国际法理念的提升、规则的创新和结构体系的完善。

近年来日本在右倾化道路上越走越远，不断出现美化侵略历史的错误言行，也不断挑衅周边邻国。而美国又总是以旁观者的姿态立场模糊，态度暧昧。通过前文我们看到，美国于战后初期不管是战犯的甄别逮捕还是组建审判法庭，都表明了美国与受到日本侵略的国家一样，对日本侵略历史的认识是清楚的，处置战犯的立场是明确的，这些认识和立场通过东京审判法律化了，是国际社会对日本发动的战争的侵略性质在法律上的确认，而且是在突破人类原有的法律原则和制度的基础上形成的法律成果，每个国家都有责任和义务去维护这样的认识，坚持这样的立场。

从美国的角度看，东京审判是美国战后独占日本合法性的基础。试想那些战犯如果没有受到正义审判，那么他们统治日本这个国家的正当性和合法性就将继续维持，而恰恰是他们发动了侵略战争，不仅祸害了邻国，也给自己的国家带来灾难，遭到自己人民的唾弃，才致使他们陷于非正义、不合法的地位。这种不义和非法正是美国当局在日本地位合法性的源泉，也是维持战后日本社会秩序的正义基础。从国际社会的角度看，通过审判日本战犯，国际社会否定了日本的侵略历史，宣告了日本侵略所造成的非正常、不合理和无正义的亚太秩序的非法，这是战后亚太秩序建立的法理基础。

Washington, February 4, 1946. FRUS, 1946, Volume III. pp.399-400.

[124] Memorandum by the Director of the Office of Near Eastern and African Affairs (Henderson) to the Secretary of State, Washington, March 1, 1946. FRUS, 1946, Volume III. pp.418-420.

中国与东盟国家缔结睦邻友好合作条约的法律问题

张　亮* 熊继博**

摘要：近年来中国与东盟国家在经济领域出现富有潜力的合作，双方在政治领域的合作也受到重视。为配合中国倡导建立的“海上丝绸之路”计划，中国领导人在不同场合发出缔结《中国—东盟睦邻友好合作条约》的倡议。在探究国际法上睦邻友好合作条约的原理、性质、实践的基础上，分析我国在此方面的历史可行性、政治可行性、法律必要性，中国有必要通过“两个阶段”的推进方式与东盟就缔结此类睦邻条约的形式、内容方面进行谈判，最终确立双边的睦邻友好关系，为中国的“丝绸之路”计划提供国际法律指引。

关键词：中国—东盟，睦邻友好合作条约，法律对策

一、睦邻友好合作条约的原理与性质

理论上对“条约”的概念存在多种理解，德国国际法学家菲德罗斯认为“条约是指两个或几个国家之间根据国际法明示成立的或通过推断性行为成立的合意，这些国家在这种合意中承担一定的给付、不作为或容忍的义务，不论这种义务是单方的或相应的，同样的不同的，一次的或反复的。”[125]英国国际法学家奥本海则将条约定义为：“国家间或国家组成的国际组织间订立的在缔约各方之间创设法律权利和义务的契约性规定。”[126]我国我国际法学者王铁崖教授将条约表述为“两个或两个以上国际法主体依据国际法确定其相互间权利义务的一致的意思表示。”[127]尽管观点各异，但条约所必备的几个要素是为各国所公认的。从上述各种表述可以概括，条约其实是国际法主体（尤其主权国家）在共同参与国际事务时，为确定有关事项或彼此设立权利、义务，或履行责任所做出的共同法律约定。广义上的条约有多种名称，包括各类双边或多边协定、宣言、公约、议定书、规约等。类似于“睦邻友好合作条约”中的“条约”一词，则是狭义上的条

张亮：中山大学法学院副院长、教授、博士生导师；熊继博：中山大学法学院 2014 级国际法学硕士研究生。

[125] 菲德罗斯：《普遍国际法渊源》，1973 年德文版，第 40 页，转引自万鄂湘、石磊、杨成铭、邓洪武：《国际条约法》，武汉大学出版社 1998 年第 1 版，第 1 页。

[126] 劳特派特修订：《奥本海国际法》上卷第二分册，王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1981 年版，第 310 页。

[127] 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 401 页。

约，是众多广义条约中最为正式的一种，但“由于使用这个名称（treaty）的条约需要经过繁琐的程序，”[128]除非国际法主体间为了解决最基本的或最主要的政治性问题或限制性多边问题，如和平条约、友好条约、同盟条约、防御条约、人口条约、领土条约等等，[129]才会考虑采用这种严肃性名称。考虑到国家之间的睦邻友好双边关系所涉事项的广泛性，所表达立场的严肃性，所设定权利义务的约束性，以及所具有的特殊政治性，使得国家间处理睦邻友好关系时，更倾向于选择“条约”这种方式。

（一）《中朝友好合作互助条约》与睦邻条约的差异

《中朝友好合作互助条约》全称为《中华人民共和国和朝鲜民主主义人民共和国友好合作互助条约》，是中国和朝鲜于 1961 年 7 月 11 日签订的确定双边关系的根本性条约，有效期二十年。继 1981 年、2001 年两次自动续期后，现在有效期至 2021 年。那么中朝之间订立的这种条约与睦邻友好合作条约（以下简称“睦邻条约”）有何不同呢？

第一，该条约具有浓厚的历史色彩。这种历史特性是就双方订约时所处的国际环境和双方的政治关系而言的。该约订于 20 世纪 60 年代，正是第三世界国家取得民族独立、国际共产主义事业在全球，尤其是东欧和亚洲，如火如荼地开展的年代。受此历史环境影响，该条约充满了理想主义的色彩。例如，该约第一条规定：“缔约双方将继续为维护亚洲和世界的和平和各国人民的安全而尽一切努力。”明显带有为非缔约第三方设定权利和义务的国际共产主义主观倾向。因此，这与睦邻条约所坚持的“条约不针对任何第三方”这一根本原则是不同的。也就决定了《中朝友好合作互助条约》的性质不属于睦邻友好合作条约的类型。

第二，该条约遗留有军事同盟的性质。考虑到中朝之间签订该条约时中国所处的独特国际环境，因此该条约第二条规定：“缔约双方保证共同采取一切措施，防止任何国家对缔约双方的任何一方的侵略。一旦缔约一方受到任何一个国家的或者几个国家联合的武装进攻，因而处于战争状态时，缔约另一方应立即尽其全力给予军事及其他援助。”这一约定在中朝之间设立了一个“自动军事介入条款”，这与双边睦邻条约中的“军事互信与合作”是不同层级和性质的。但需要指出的

[128] 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 1987 年第 1 版，第 25 页。
[129] 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 1987 年第 1 版，第 24 页。

是，与《苏朝友好条约》中只要一方提出异议就可以修改或废除条约的规定方式不同，《中朝友好合作互助条约》明确规定必须要双方达成协议才能修改或废除。因此即使中方希望废除，只要朝鲜方面坚持，该条约作废的可能性也微乎其微。但就当下的睦邻友好合作而言，睦邻友好合作关系中是不包含军事结盟色彩的，这也是确立双边睦邻关系的前提。而中朝条约具有的特殊军事结盟性，使得无法将其归属于双边睦邻条约范围内。

（二）《法德友好合作条约》与睦邻条约的差异

《法德友好合作条约》全称为《法兰西共和国和德意志联邦共和国关于法德合作的条约》，又被称为《爱丽舍条约》，是法国和德国之间于 1963 年签订的双边友好条约。从该条约的内容来看，其既包括经济范围内的农林政策、能源政策、工业发展、出口信贷政策等内容的规定，还专门设立两国国家元首和其他行政首脑定期会晤的制度，以及两国外交、国防、武装和教育等多个部门部长定期会见的制度。除此之外还为此各自设立了部际委员会，以协调各部的后续行动。因此法国和德国这种双边睦邻条约，基于欧盟共同体的依托，实际上是超出睦邻条约的范围和性质的。就该条约的组织部分，它确立了两国首脑和部长定期会晤的制度；就计划部分，涉及到两国在外交、防务、教育和青年工作领域的具体合作方案；就最后条款部分，则对条约的一些重要事项作出补充说明。这些规定使得依此而订立的条约具备了这样的性质：法德两国在国家议会表决通过的形式下，结成紧密的政治联盟关系。[130]

因此，与睦邻条约相比，“《法德友好合作条约》的性质是一个关于法德双边政治同盟性质的条约，不具备开放性，旨在将法德两国一劳永逸地捆绑在一起，形成共同体内的‘特殊关系’，”[131]从而为两国内政外交的战略政策服务。但相比于上述中朝条约，法德两国间的这一条约实际上是与国家间的双边睦邻条约具有很多相似性的，尤其是其涵盖内容的广泛性、概括性，以及其通过建立不同层级的沟通机制方式，来达到两国间利益协调与争端解决的目的。只是比睦邻条约多出政治联盟色彩，或者说是更紧密政治关系。

[130] 毕欣欣：硕士论文《论<法德友好合作条约>的性质》，第 1 页。
[131] 毕欣欣：硕士论文《论<法德友好合作条约>的性质》，第 1 页。

（三）从《中俄睦邻友好合作条约》谈睦邻条约的性质

中国和俄罗斯之间于2001年签订了《双边睦邻友好合作条约》，“对（条约中的）中俄战略协作伙伴关系这一概念，许多人把它的含义与冷战时期的战略伙伴概念相等同，赋予它联盟性、排他性、对抗性性质。”[132]但我们不赞同之一看法。

首先，历史上诸如《北大西洋公约》和《华沙条约》等十分典型的军事结盟条约的名称，即便在地理上具有“睦邻”这一多边关系，如华约，他们采用的也都不是“睦邻友好”这样的表述，而是采用了以某一地域范围或缔约地来命名该条约的方式。而且“睦邻”这种双边国家关系的限定，本身就很难形成的具有军事结盟对抗性的因素。

第二，从中俄睦邻条约的实质内容上看，以及中国与其他的邻国已经签订的双边睦邻友好条约中，既无结盟性的表述或约束，也无结盟机制和机构的设立，而是建立在主权完全平等的基础上的。例如中俄条约第一条规定：“缔约双方根据公认的国际法原则和准则……长期全面地发展两国睦邻、友好、合作和平等信任的战略协作伙伴关系。”不仅如此，条约中还会明确做出否定条约的结盟性质的约束性规定。例如，该约第二十二条规定“本条约不影响缔约双方作为其它国际条约参加国的权利和义务，也不针对任何第三国。”

第三，从中国自身情况看，中国作为世界上最大的发展中国家，始终坚持独立自主的外交原则，坚守“不结盟”政策。我国拒绝任何域外国家对我国内政事务指手画脚。当然，更不会像某些大国那样，强大以后就为了一己私利去随意干涉别国内政，甚至制造混乱、颠覆他国政权。由于我国的这一政策立场，使得我国无法接受，也不会再与任何国家签订“军事结盟”性质的双边或多边条约。那么，我国所签订的睦邻友好条约的性质到底是什么？

中俄“两国关系的长期稳定需有坚实可靠的基础来支撑，这个基础由相互支持的‘软’和‘硬’两方面的材料组成。软的方面是指两国之间友好和信任的愿望，硬的方面是指具有法律效力的指导两国关系的规范和确定两国利益的尺度。中俄睦邻友好合作条约即是这样一个具有法律效力的指导两国国家关系规范和

[132] 赵华胜：《中俄睦邻友好合作条约与中俄关系》，《俄罗斯研究》2001年第3期(总第4期)，第4页。

确定两国国家利益的尺度。”[133]因此，基于主权和平等的原则，诸如中俄、中塔、中哈等国之间签订的睦邻友好合作条约，是具有睦邻的地理关系国家之间，在承认彼此的差异性、独立性、平等性的前提下，寻找并确认各方同时存在着的战略性共同利益，避免战略利益误判和冲突的非结盟性、非排他性、非对抗性的法律关系。[134]这种法律关系具有以下特征：第一，内容的广泛性。睦邻条约的目的是发展缔约国之间包括政治往来、经济流通、文化传播、军事合作、共同打击跨国犯罪等诸多领域的关系，凡是涉及到双边合作或者具有双边因素的事务，都可以通过睦邻条约做出约定。第二，内容的概括性。睦邻条约更多的具有政治立场与政治态度的宣誓性色彩。其目的是确认或建立两国之间的这种睦邻关系，并利用条约的法律效力维持这种关系，而不是对具体的事务做出详细的权利义务设定。因此从现有的各种睦邻条约来看，都会在条约中明确规定允许后续的补充性协议对具体事项再行协商。第三，政治立场的宣誓性。睦邻关系是缔约国之间基于国家交往的现状或者是为了改变现状，在谈判的基础上寻求双边的共同政治立场和共同战略利益，并通过条约向对方和国际社会表明这种关系。因此尽管其内容具有很大的概括性，但仍具有宣誓睦邻关系的意义。第四，法律的约束性。缔结条约是为了在国际法主体之间创立、改变或废除某种权利义务关系。条约生效后，有关缔约方就应遵守条约的规定。“约定必须遵守”是一项古老的习惯法规则，源于古罗马法的“对契约的遵守”的原则，后来移植到国际法上并得到公认。[135]因此睦邻条约所具有的法律效力，并不因主权国家的豁免或强权就可以任意订立或抛弃。由于缔结条约所产生的法律义务，将使得缔约国在国际社会背负着承担国家责任的风险，而且对一国的信任与形象具有莫大的影响。

二、睦邻友好合作条约的实践

国际上以双边条约的形式对睦邻友好关系的确定受到部分国家的重视，东西欧国家也存在类似的条约，如德、波间的《睦邻友好合作条约》、德捷间的《睦邻友好合作条约》，以及罗马尼亚和匈牙利之间的《睦邻友好合作条约》等。而就我国而言，也存在大量可供参考的实践。现以我国为视角，探究睦邻友好合作

[133] 赵华胜：《中俄睦邻友好合作条约与中俄关系》，《俄罗斯研究》2001 年第 3 期(总第 4 期)，第 4 页。
[134] 赵华胜：《中俄睦郊友好合作条约与中俄关系》，《俄罗斯研究》2001 年第 3 期(总第 4 期)，第 4 页。
[135] 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 423 页。

条约的签订与实施情况。

目前为止，中国已经在 2001 年至 2007 年之间，先后与俄罗斯联邦、阿富汗伊斯兰共和国、吉尔吉斯共和国、巴基斯坦伊斯兰共和国、哈萨克斯坦共和国、塔吉克斯坦共和国六个国家订立了睦邻条约。需要指出的一点是，以上六个国家与中国目前也并不存在实际的领土争端。当然，是否存在领土争端与能否缔结双边或多边的睦邻条约并没有必然关系，一个很明显的例证就是中国和俄罗斯之间的《睦邻友好合作条约》是在 2001 年签订的，但直到 2005 年 6 月 2 日中国和俄罗斯在符拉迪沃斯托克签定《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于中俄国界东段的补充协定》之前，中俄之间实际上仍然存在着黑龙江和乌苏里江汇合处的两个岛屿之间的争端悬而未决，但这并没有影响双边睦邻关系的发展和条约的签订。

除此之外，中国目前还以上海合作组织（以下简称“上合组织”）为平台，促成了上合组织内的所有成员国于 2007 年 8 月 16 日共同签订了《上海合作组织成员国长期睦邻友好合作条约》。[136]上合组织的成员国包括中国、哈萨克斯、吉尔吉斯、俄罗斯、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦六国。比较发现，上合组织的六个成员国中只有乌兹别克斯坦与中国没有签署双边的睦邻条约，这是由于双方不存在共同的领土或领海边界，因此没有单独的双边条约安排。

（一）中国已订睦邻条约的方式与程序

我国已经签订的睦邻友好条约，主要是采用了双边分别签订、多边共同签订这两种方式。

1. 双边睦邻条约的订立程序

双边条约的签订因成员数量少，双边沟通充分，冲突便于协调，其订立会更为迅速和简单。就中国与上述邻国分别签订的睦邻条约来看，都是经过大体一致的流程：谈判条约内容——达成一致意见——即行签署——随后在各国国内立法机关批准后生效适用。例如，《中华人民共和国和俄罗斯联邦睦邻友好合作条约》第二十四条、《中华人民共和国和哈萨克斯坦共和国睦邻友好合作条约》第十九条、《中华人民共和国和塔吉克斯坦共和国睦邻友好合作条约》第十八条、《中华人民共和国和巴基斯坦伊斯兰共和国睦邻友好合作条约》第十四条、《中华人民

[136] 注：该约在我国已由第十一届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过。

共和国和吉尔吉斯共和国睦邻友好合作条约》第十四条、《中华人民共和国和阿富汗伊斯兰共和国睦邻友好合作条约》第十四条均做出一致的规定，“本条约需经批准，并自互换批准书之日起生效。”总体而言，这种双边条约的签署和批准相对迅速。

2. 多边睦邻友好条约的订立方式

多边订立睦邻条约的方式主要是2007年上合组织成员国共同签署的《上海合作组织成员国长期睦邻友好合作条约》（以下简称“《上合睦邻条约》”）。以下分别从这种多边类型的睦邻友好合作条约的加入、退出、生效三个方面对其订立问题加以介绍。

首先，加入多边条约的方式。根据《上合睦邻条约》第二十三条规定“任何缔约方只要为本组织成员国，本条约即对其有效。”按照这一规定，意味着在上合组织现有的成员国范围内，加入组织即自动加入该约，因此也就不存在需要各国履行其他的附加程序的情况，而是一致默认各成员国已正式加入该公约，即默认强制加入制。第二，关于多边条约生效方式。《上合睦邻条约》第二十三条第一、二款规定：“本条约需经缔约各方批准。”由于在国际关系中，双边或多边条约的订立存在多个程序性要求，加入、签署、同意或接受某一条约只是完成了在国际层面的沟通和谈判过程，并不意味着该条约就已经对缔约国正式适用，而是还存在一个国内立法机关的批准程序。历史上也存在这一类乌龙事件，例如在1919年凡尔赛和平会议上，美国总统威尔逊作为美国的代表“以其自己的名义和自己的权力”，亲自出席会议进行谈判，并于同年缔结《凡尔赛和约》。但后来由于该条约没有得到美国国会的认可，导致美国迟迟无法加入该条约。[137]这样就会造成因条约在国际层面手续已履行完毕而在国内无法通过的矛盾情况，导致当事国对其他缔约国家承担缔约责任的尴尬境地。[138]因此，即便是上合组织的所有成员国已经强制加入了《上合睦邻条约》，也并不意味着条约开始发挥其对缔约国的调节和规范作用。根据上合组织官方报道，该约于2007年被各成员国签署，直至2012年底，该组织的所有成员国内立法机构才先后完成对该公约的批准，自此才意味着该条约对该组织内的所有成员正式生效适用。

---

[137] 李浩培：《条约法概论》，法律出版社1987年第1版，第65页。

[138] 1937 A.C.326,347-348(Judicial Committee of the privy Council).quoted from Mark Weston Janis , *International Law* , Six Edition, Wolters Kluwer, p.102.

第三，关于退出该约的方式。由于《上合睦邻条约》在成员国加入条约方式采用了一致的“加入组织即加入条约”的强制性约束，因此只要一国仍然属于上合成员国，该约就一直对其适用。那么，假如某一成员国退出了上合组织，该睦邻条约对该国是否还有效呢？根据《上合睦邻条约》第二十三条第三款的规定：“任何缔约方如退出本组织，本条约自其退出之日起自动对其失效。”这就意味着一旦该成员国退出上合多边组织，该国之前所加入和批准的睦邻条约将对其不再适用，即默认强制退出。这一点与加入条约的方式是一致的。

另外，在对待新加入上合组织的成员国加入和订立《上合睦邻条约》的问题上，该约根据“主权国家平等原则”，对其作出了与条约原始成员国一样的程序性要求。由于该约第二十三条第三款已经就加入该约作出了原则性的规定，即“任何缔约方只要为本组织成员国，本条约即对其有效。”也就不存在是否需要履行加入条约的程序，而是默认加入组织即加入该约。至于加入该约后对新成员的生效问题，《上合睦邻条约》第二十三条第四款规定：“对新加入的国家，本条约自保存机关收到有关加入书之日起第 30 天对其生效。”这一规定与创始会员国的生效采用的也是一致的规定。

（二）中国已订睦邻条约的内容

1. 双边订立睦邻友好条约的内容

（1）共同声明，或曰序言

共同声明（序言）是用来介绍条约的缔约成员、缔约基础、缔约依据，以及缔约目的等总领性的说明。严格来说此一部分并不算是条约的正式内容，它甚至都无法作为一个实质性的约束条款在条文主体中出现。例如《中华人民共和国和俄罗斯联邦睦邻友好合作条约》的序言为：“中华人民共和国和俄罗斯联邦（以下简称“缔约双方”），基于中俄两国人民睦邻友好的历史传统，为一九九二年至二０００年期间两国元首签署和通过的中俄联合宣言和声明对发展双边关系具有重要意义，坚信巩固两国间各个领域的友好、睦邻与互利合作符合两国人民的根本利益，有利于维护亚洲乃至世界的和平、安全与稳定，重申各自根据《联合国宪章》及其参加的其它国际条约所承担的义务，希望促进建立以恪守公认的国际法原则与准则为基础的公正合理的国际新秩序，致力于将两国关系提高到崭新

的水平，决心使两国人民间的友谊世代相传，兹达成协议。”但鉴于共同宣言本身占据在整个条约的首位，因此也起到了一定的背景说明或政治声明的作用。比较中国已经签订的几个条约，都有类似这种表述和文字安排。

（2）实质性内容：

就上述六个双边睦邻友好条约的内容来看，除了各约适用主体不同外，大部分内容是相似的，部分内容的表述甚至完全一致。概括起来包括下列九大方面：第一，遵守和平共处五项原则；第二，尊重彼此核心利益（特别是“反对台独”）；第三，引渡、禁毒、反恐、反分裂、打击非法移民领域的合作；第四，科、教、文、卫、体、农的多方位合作；第五，环保、防灾、资源利用的合作；第六，保护彼此自然人和法人在本国领域内的利益；第七，加强军事合作与互信；第八，维护并加强共同参加的国际组织的作用。此处对部分具有普遍共识性和重点突出的问题详细介绍。

第一，关于和平共处五项原则。

和平共处五项原则尽管产生于中国与东南亚印度、缅甸等国家上世纪五十年代的双边交往中，但鉴于中国对该原则的一贯奉行和适用，已经在半个多世纪的双边和多边的国际交往中被广泛认可，甚至上升为国际习惯法或国际交往的一般原则的地位。此次在中国与上述六国双边睦邻友好条约中的出现也证明这一点，这与中国奉行的外交政策和立场是一致的。但在具体的规定中分为两种形式，一种是对和平共处五项原则内容的具体表述或与之类似的表述的方式，比如《中塔睦邻友好合作条约》第一条、《中哈睦邻友好合作条约》第一条、《中俄睦邻友好合作条约》第一条、《中吉睦邻友好合作条约》第一条均规定：“本着相互尊重主权和领土完整、不使用武力或以武力相威胁、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的原则，长期全面地巩固和发展两国睦邻友好合作关系。”另一种是直接以“和平共处五项原则”八个字概而述之，如《中巴睦邻友好合作条约》第一条、《中阿睦邻友好合作条约》第一条的规定：“缔约双方根据公认的国际法原则和准则，本着和平共处五项原则积极发展和巩固两国睦邻友好、互利合作的战略合作伙作关系。”该原则作为国家之间和平且合法交往的指导精神，在尊重彼此根本的国家利益、杜绝武力冲突、建立和平相处关系方面做出的规定，与睦邻友好合作关系的精神和本质是完全等同的，只是将适用范围限定在“睦邻”关

系内，但这并不影响该原则的精神，反而是各国间平等自愿地发展彼此间的睦邻关系的大前提和共同价值观。因此值得在各类国际性条约中，尤其是睦邻友好条约中加以特别适用。

第二，关于尊重彼此核心利益（反对台独）。

在有关尊重国家核心利益条款的规定中，一般包括了两个方面的内容：一个是重申缔约方对我国在台湾问题这一核心立场上的态度，在上述六个条约中无一例外地做出了规定。例如《中巴睦邻友好合作条约》第三条第一款规定："巴方重申，世界上只有一个中国，中华人民共和国政府是代表全中国的唯一合法政府，台湾是中国领土不可分割的一部分。巴方支持中国统一大业，支持中国政府为维护国家主权和领土完整所作的努力，反对台湾当局任何制造'两个中国'或'一中一台'的图谋，反对'台湾独立'"；另一个方面是表达中国对部分缔约方在事关领土主权问题上的态度。上述同条约第三条第二款继续规定："中方重申尊重巴基斯坦的独立、主权和领土完整，赞赏并支持巴基斯坦与邻国和平解决所有问题，以及为捍卫国家主权、领土完整和独立所作出的一切努力。"之所以在类似上述"和平共处五项原则"等的前提下又专门做出这样的规定，主要是对缔约国间重大的敏感事务的具体化，为确定重大事实问题创造政治性的国际舆论和法律性的行为约束，以便于通过多个双边条约行为逐渐达成普遍的国际共识，从而根本性的解决争端。

第三，关于拒绝针对彼此的结盟或引入外界威胁。

该条规定可以看做是对中国一贯坚持的"不结盟"的外交政策在处理双边国家关系中的延伸适用。当然，这并不是要求缔约相对方与中国一样采用"不结盟"的外交政策，而是不与其他第三国家或组织缔结针对中国的结盟。例如，《中华人民共和国和塔吉克斯坦共和国睦邻友好合作条约》第五条规定："缔约一方不参加任何损害缔约另一方主权、安全和领土完整的联盟或集团，不采取任何此类行动，包括不同第三国缔结此类条约。缔约一方不得允许第三国利用本国领土从事任何损害缔约另一方利益的活动，包括利用其领土损害缔约另一方的国家主权、安全和领土完整。缔约一方不得允许在本国领土上成立损害缔约另一方主权、安全和领土完整的组织或团伙，并禁止其活动。"上文已经阐述，中国历来奉行"不结盟"政策，也就更不存在中国与第三国缔结针对缔约相对方的结盟。因此，本

条的规定实质上是对上述六国的约束，从而间接地为我国减少了来自外部政治或军事集团的对抗风险，尤其是“不得允许第三国利用本国领土从事任何损害缔约另一方利益的活动，包括利用其领土损害缔约另一方的国家主权、安全和领土完整。”这一约束与我国当前的周边安全挑战是有密切关系的，下文将细述。

除了上述各条约共有内容之外，中国与相关国家在根据双边的具体情况做出了特别的规定。例如，考虑到在中苏对立时期，两国曾在边境部署大量部队，其规模达到百万人之多，由此引发的严峻对立问题，[139]在考虑中俄同为核武器持有国的基础上，中俄在双边条约中还特别约定：“缔约双方重申，承诺互不首先使用核武器和互不将战略核导弹瞄准对方。”这类规定必定是针对个别情况的约束，基于缔约国的不同而可能会对不同的问题给予特别的关注，因此不具有普遍适用性。实际上就上述六个条约而言，此类规定也比较少见。

（3）程序性内容

上述六个条约的程序性内容并不像实质性内容那样丰富，概括起来主要包括四个方面：第一，允许通过后续的单独议定书的方式对条约内容加以细化、补充和修改；第二，生效方式和时间；第三，条约文本采用的语言；第四，条约适用期限。

特别需要注意的是，我国在与有关邻国协商条约适用期限的问题上，采取了两种不同的做法。第一种做法是先规定一个固定的适用期限，然后再附加以到期后无特别情形则再行自动延长一定的期限的方式。而且，这种方式在我国的缔约中也被大量适用。例如，《中俄睦邻友好合作条约》第二十五条、《中哈睦邻友好合作条约》第十九条、《中塔睦邻友好合作条约》第十八条、《中吉睦邻友好合作条约》第十四条第三款、《中巴睦邻友好合作条约》第十四条第二款均规定：“本条约有效期为二十年。如缔约任何一方均未在条约期满前一年以书面形式通知缔约另一方要求终止本条约，则本条约将自动延长五年，并依此法顺延。”[140]目前在上述与我国订立睦邻友好条约的六个国家中，五个条约是采用了这种方式。

第二种做法则是相对于第一种更进一步，直接规定无特殊情况则无期限适用，即持久性条约，而不需要一个“依法顺延”的过渡性规定。但这种方式采用的情况就比较少，例如《中吉睦邻友好合作条约》第十四条规定：“本条约自互换批

[139] 王韶兴：《关于中俄睦邻友好合作关系的几点思考》，《社科经纬》2004 年第二期，第 1 页。
[140] 注：其中中塔睦邻条约有效期为二十五年。

准书之日起生效，并无限期有效，直至缔约一方至少提前六个月以书面形式通知缔约另一方要求终止本条约效力为止。”目前为止，我国也仅仅与吉尔吉斯这一个国家做出这种规定。至于为什么要采用这两种截然不同的方式，并没有一个官方的解释。我们认为，这主要是要衡量或预估缔约国之间历史上的关系、现存的未决争端，以及潜在的冲突风险等方面的实际情况来确定的。例如，中俄之间尽管已经于 2005 年签订的双边划界协定解决了所谓的全部领土边界确认问题，但在部分中俄学术界和民间，对当年清政府与沙俄缔结的《瑷军条约》等不平等条约所划定的疆界仍存在某些忧虑。再如，阿富汗国内大量西方势力的存在，以及基地组织等恐怖主义，使得我国不得不考虑当前所确立的两国睦邻友好关系面临的巨大挑战和风险，因而签订“持久性条约”的可能性也就不是很大。

2. 多边睦邻友好条约的内容

（1） 实质性内容

除了“遵守公认的国际法”、“以和平方式解决争端”等原则性规定外，[141]《上合睦邻条约》的主要实质内容包括以下几个方面：第一，尊重各国政治和社会制度的选择；第二，拒绝针对彼此的结盟或引入外界威胁；第三，加强军事互信与合作；第四，推进国际军控进程与防止大规模杀伤性武器及其运载工具扩散等方面的协调与合作；第五，反恐、反分裂、禁毒、打击非法贩卖武器等跨国犯罪活动；第六，加强缔约国立法机关、执法部门、司法部门的合作；第七，促进人权实现与维护本国内缔约国自然人法人的权益；第八，加强经济、科技、教育等领域的合作；第九，加强环保、防灾、自然资源利用方面的合作。可以看出，《上海合作组织成员国长期睦邻友好合作条约》大部分的内容与上述六个双边睦邻友好条约的内容差别不大，主要在于两者的缔约国存在着大量的重合。另外，在反恐等军事合作方面，鉴于上合组织成员国内部成员中共同面临着“东突组织”、“基地组织”等极端恐怖势力的存在，因此也成为该公约的重点关注对象。

需要指出的是，在 2012 年上合组织北京峰会通过《上海合作组织中期发展战略规划》之后，2013 年 9 月 13 日，上合组织比什凯克峰会又通过了《长期睦邻友好合作条约实施纲要》（以下简称“《实施纲要》”）。该纲要的主要任务就是为落实和执行上述九大方面原则性规定的具体化。“此次通过的《纲要》无疑将

[141] 《上海合作组织成员国长期睦邻友好合作条约》第一条、第二条规定。

有助于条约落实到实处。从这个意义上说，睦邻友好合作条约实施纲要，将极大的推动上合组织双边政治信任与合作关系”。[142]

（2）程序性内容[143]

《上合睦邻条约》中的程序性事项与双边睦邻条约在此方面的规定大同小异。主要包括下列内容：第一，条约生效方式、时间，以及适用期限；第二，适用对象、退约，以及对新成员国的适用；第三，允许通过后续的单独议定书的方式对条约内容加以细化、补充和修改。这一点与上述六个双边睦邻条约的规定相一致，而且上述 2013 年 9 月 13 日通过的《实施纲要》也正是据此依规定而做出的；第四，其他。

同样值得关注的是该多边性睦邻条约的适用期限问题。《上合睦邻条约》采取了类似中吉睦邻条约使用期限的方式，其第二十三条第二款规定：“本条约无限期有效，自保存机关收到最后一份批准书之日起生效。”对比中国与上述六国单独签署的双边睦邻条约普遍采用的规定年限的表述，该约采用了截然不同的“无期限有效”的约束方式。可以说，这种无期限的法律约束力就使得以上合为平台维系的多边睦邻友好关系，将会在未来相当长的时间内，得到国际法层面的持久保障和各国的长期遵守，为缔约国之间多边的和平关系的发展解除了极大的后顾之忧。

三、中国东盟订立《睦邻友好合作条约》的形势与意义

当前，尤其是近几年来中越、中菲岛屿争端持续发酵的矛盾下，我国有无必要、能不能与有关国家或东盟签订类似的睦邻友好条约，存在着各种质疑。对于这种质疑，我们将从下面多个角度予以解答，并主张我国有必要且可以签订中国与东盟之间的睦邻条约。

（一）中国—东盟成员国的争端现状

上述对签订双边（或称多边）的睦邻友好合作条约的质疑，很大一部分是基

---

[142] “《长期睦邻友好合作条约实施纲要》为上合组织奠定法律基石”，http：//fangtan.people.com.cn/n/2013/0913/c147550-22917693.html，人民网，2014 年 10 月 20 日访问。

[143] 《上海合作组织成员国长期睦邻友好合作条约》第二十三至第二十六条。

于以南海为中心的多国岛屿争端的视角来分析的。根据官方信息，目前为止中国与东盟部分国家在陆地边界的争端已经全部解决，因此当前的主要争端均来自于海上。而与中国有岛屿争端的东盟国家有越南、菲律宾、文莱、马来西亚四国。其中越南的胃口最大，对中国的南沙群岛、西沙群岛提出全部的主权要求，并私自将其改称为黄沙群岛、长沙群岛；菲律宾则是最为活跃的国家。[144]这两个国家是目前中国与东盟关系发展中的最为重大的障碍。而文莱、[145]马来西亚[146]两国在南海岛屿的声索问题上较为理性，与中国不存在重大的直接冲突，而且文莱和马来西亚两国均一贯支持中国提出对的“搁置争议、共同开发”倡议。在 2013 年 12 月菲律宾主办“东盟内部南海声索国四方会议”时，文、马两国即表示拒绝参加。除此之外，所谓的南海岛屿争端，并不是仅仅局限于中国与相关国家之间，实际上在上述五国之间对南海主权的声索要求也存在大量的重叠。但这并没有阻止东盟成员国的合作。

岛屿争端是个现实问题，但绝不是无法逾越的问题。以存在岛屿主权争端为由断然否定签订睦邻友好条约的可能，即无法回避问题，更不能为争端的解决提供更好的平台。而睦邻友好合作条约的内容之一就是为这一问题的协商解决提供一个平台与和平机制。因此，岛屿主权争端的存在并不构成签订双边签订睦邻友好合作条约的现实障碍。在中俄睦邻友好合作条约签定之前，俄罗斯国内的部分主流报刊刊登了俄罗斯政治和军事分析研究所所长沙拉文的一篇文章，并对中俄关系提出了极其尖锐的看法，认为中国对俄罗斯有领土要求，中国对俄罗斯构成军事威胁，中国与俄罗斯会因地理、经济、政治、历史和人口原因发生冲突。[147]但中俄仍在存在边界划界问题尚未彻底解决的背景下签订了双边睦邻条约，而且在根据两国现实发展的需要，在 2009 年根据条约作出了更为详细的实施方案。

另外，2012 年东盟外长会议由于菲律宾所提出的南海问题议题没有获得认可，导致东盟成立 45 年以来第一次在会议结束的时候未发表联合声明，这说明东盟内部就相关的议题，特别是南海议题方面有相当大的分歧，很多国家支持中国的立场，例如在 2013 年的东盟外长系列峰会上，菲律宾批评时任东盟轮值主

[144]注：20 世纪 70 年代以前，菲律宾政府不断地对南沙岛礁提出领土要求，但未占领中国南沙岛礁；20 世纪 70 年代后，菲律宾先后占领了马欢岛、费信岛、中业岛等 9 个南沙岛礁。
[145]注：文莱占领南沙群岛 1 个岛礁，并宣称对我国南沙群岛中的南通礁拥有主权。
[146]注：马来西亚占领弹丸礁、安渡礁、南海礁、星仔礁、榆亚暗沙等 9 个岛礁，其划定的专属经济区和大陆架侵入我国传统疆界线内达 27 万平方公里。
[147] 赵华胜：《中俄睦邻友好合作条约与中俄关系》，《俄罗斯研究》2001 年第 3 期(总第 4 期)，第 8 页。

席国柬埔寨反对将“黄岩岛问题”写入联合公报，柬埔寨副首相则驳斥称：“南海问题是东盟内部一些国家与中国的问题，并不是整个东盟的问题。”因此，中国选择以东盟为突破点作为排除菲、越两国障碍的方案是具有政治可行性的。

（二）中国—东盟的关系发展与条约基础

中国与东盟之间的关系发展主要集中于冷战结束之后，具体表现为：

1991 年，中国与东盟开启对话进程，时任中国外长钱其琛出席了第 24 届东盟外长会议开幕式，标志着中国开始成为东盟的“磋商伙伴”；

1996 年，我国与东盟成为“全面对话伙伴国”；

1997 年 12 月时任国家主席江泽民首次出席“中国—东盟领导人会议”，并与东盟领导人发表了《联合宣言》，确定了面向 21 世纪的“睦邻互信伙伴关系”；

2001 年 7 月，时任外交部长唐家璇在河内举行的东盟与中国 10+1 对话会上提出了全面启动自由贸易区谈判、湄公河流域开发和非传统安全领域合作等 3 点建议；

2003 年 10 月 8 日，中国在印尼巴厘岛第七次“中国—东盟领导人会议”上宣布加入《东南亚友好合作条约》，成为第一个加入该条约的非东盟成员国家；同时还签署了宣布建立面向和平与繁荣的“战略协作伙伴关系”的联合宣言；

2004 年 11 月 29 日，时任国务院总理温家宝出席第八次“中国－东盟领导人会议”，并提出了加强双方合作的十点新倡议，并签署了《中国与东盟争端解决机制协议》；

2011 年确立为“中国－东盟友好交流年”，也是中国与东盟建立对话关系 20 周年；同年 11 月，时任国务院总理温家宝在“中国－东盟建立对话关系 20 周年纪念峰会”上宣布，中方将于 2012 年在雅加达设立常驻东盟使团。

中国与东盟从冷战结束后的“磋商伙伴关系”到成为“全面对话伙伴国”，再从“睦邻互信伙伴关系”到形成“战略协作伙伴关系”并设立常驻东盟使团，在短短的二十多年的时间里，抛弃几十年的冷战对立状态，政治关系和双边交往不断升温，且并不因为部分成员国与中国的南海问题而受影响，足以表明在中国—东盟这个层面，具有强大的合作动力和潜力。而以这个平台为基础构建中国与东盟之间的睦邻友好合作关系是存在历史可行性的。

除此之外，就东盟内部的重要法律文件、东盟的任务与宗旨，以及中国与东盟之间存在的条约关系而言，双方签订睦邻友好条约也具有法律可行性。具体表现在以下几个方面。

第一，1976 年 2 月东盟第一次东盟首脑会议签署的《东南亚友好合作条约》，以及强调东盟国家之间协调一致的《巴厘宣言》的宗旨和目标就是“本着平等与合作精神，为建立一个繁荣、和平的东南亚国家共同体奠定基础，以促进本地区的和平与稳定。”这一追求建立和平的地区环境的目标与我国倡导的和平发展模式和政策是完全一致的。而且中国向来提倡“睦邻、安邻、富邻”的周边外交方针，尽管中国并不属于东盟内部成员，但中国作为东南亚地区的政治大国、经济大国、军事大国，如果阻碍甚至是排除中国在东南亚地区和平发展的加入与合作，和平的地区环境是一种空谈。

第二，2008 年 12 月 15 日《东盟宪章》正式生效，该宪章对东盟各成员国有法律约束力，并赋予了东盟法人的地位。最为值得关注的是，该宪章也确立了“不干涉内政”的对外交往的原则，而不干涉内政的方针和政策，向来是中国政府一贯奉行的根本原则。在这一政治立场上，中国与东盟之间存在着不谋而合的统一。另外，该宪章还设立了解决成员国分歧的机制，对东盟内部成员国之间在南海岛屿主权争端问题上的协调，将为我国在《中国—东盟睦邻友好合作条约》中搭建争端解决机制提供有益的借鉴。另外，在利用多边组织解决条约内部成员国之间的分歧方面，也存在可以借鉴的国际实践。欧洲国家罗马尼亚和匈牙利就是借助于共同加入欧盟的契机，解决了两国之间长达几百年的民族问题和领土问题，从而为稳定周边关系、妥善处理国家间争端提供了很好的指引，[148]因为“两国都迫切要求加入北约和欧盟，而加入的重要条件之一是两国必须签订睦邻关系条约，防止以后在两个组织内部惹是生非。”

第三，中国于 2003 年宣布加入《东南亚友好合作条约》，成为第一个加入该条约的非东盟成员国家。中国与东盟之间基于该条约而建立共同的政治立场和政治共识。在此之后，美国、日本、韩国、澳大利亚、欧盟等十多个国家先后模仿中国的这一做法，纷纷加入这一条约，使得东盟基于《东南亚友好合作条约》召开的成员国会议不断扩大。这一创新之举表明在中国与东盟之间通过建立睦邻友

[148] 王学军、刘东方：《罗马尼亚和匈牙利签署睦都友好条约》，第 30 页。

好关系来间接解决问题的方式是值得期待的。而中国与东盟成员国所发表的《南海各方行为宣言》也无疑为缓解中国与部分成员之间的冲突，落实“主权归我，共同开发”的倡议，避免武装冲突乃至战争的发生起到了可行的约束机制。

（三）各国对《中国—东盟睦邻友好条约》的态度及进展

尽管南海范围内的岛屿争端仍然影响着中国与少数几个东盟国家的关系，中国和东盟成员国对话与合作的步伐却并没有因此减慢。

第一，作为缔结中国—东盟睦邻友好条约的积极倡导国，中国领导人多次在不同场合倡导和呼吁与东盟国家缔结睦邻条约。2013 年 10 月 3 日中国国家主席习近平在印度尼西亚国会发表演讲中国领导人首次讲到“中国愿同东盟国家商谈缔结睦邻友好合作条约，共同绘就睦邻友好的美好蓝图。”[149]中国国务院总理李克强总理在 2013 年 10 月 8 日接受东盟国家媒体联合采访时也做出的相关表示，并于次日，即 2013 年 10 月 9 日，李克强在第 1 6 次中国－东盟领导人会议上指出，“睦邻友好乃中国与东盟合作之宝，愿与东盟国家积极探讨签署睦邻友好合作条约，为中国－东盟战略合作提供法律和制度保障，引领双方关系发展。”这也是中国领导人首次在正式的中国—东盟官方场合明确提出缔结《中国—东盟睦邻友好合作条约》的构想和倡议。[150]最近的一次是，2014 年 9 月 16 日中共中央政治局常委、国务院副总理张高丽在出席“第十一届中国—东盟博览会”和“中国—东盟商务与投资峰会”上的致辞《携手共建 21 世纪海上丝绸之路 共创中国—东盟友好合作美好未来》，再次明确表示“在东盟的对话伙伴中，中国也愿第一个同东盟国家商签‘睦邻友好合作条约’”。[151]足见中国方面对确定双边的睦邻关系之重视态度。

第二，就东盟各国对缔结睦邻条约的态度而言，2013 年中国国家元首和政府首脑首次在国际场合提出构建双边睦邻友好合作关系这一倡议，立即获得东盟

---

[149] 《习近平：中国愿同东盟国家共建 21 世纪"海上丝绸之路"》，http：//www.china.com.cn/news/politics/2013-10/03/content_30196129.htm，中国网，2014 年 10 月 29 日访问。

[150]《李克强：积极探讨签署中国－东盟国家睦邻友好合作条约》，http：//news.xinhuanet.com/politics/2013-10/09/c_117641842.htm， 新华网，2014 年 10 月 27 日访问。

[151] 《张高丽：携手共建 21 世纪海上丝绸之路 共创中国—东盟友好合作美好未来》http：//finance.people.com.cn/n/2014/0917/c1004-25674200.html，人民网，2014 年 10 月 27 日访问。

国家领导人积极响应和赞赏。[152]例如，2013 年 10 月 10 日，新加坡总理李显龙在中国总理李克强提出中国-东盟“2+7”合作框架后，就肯定了李克强总理有关中国与东盟签署《中国—东盟国家睦邻友好合作条约》的提议。[153]2014 年 11 月 7 日，文莱国家元首苏丹哈桑纳尔在出席 2014 年北京 APEC 领导人非正式会议之前就表示“中国提倡和平与合作的政策，为维护世界和平与安全发挥了重要作用。这种合作双赢关系，极大地推动本地区乃至世界的共同繁荣与发展。”[154]另外，东盟多国外长对于 2014 年 8 月 9 日美国务卿克里在出席东盟合作系列外长会议期间推动的所谓“自愿冻结激化南海争端行为”的提议反应冷淡，东盟各国外长“没有讨论”美国提出的提案，因为已经有一个中国与东盟在 2002 年签署的《南海各方行为宣言》的现有机制，东盟秘书长黎良明如是说，点名了问题的实质，美菲的面子连同里子一起丢尽。[155]东盟整体的这一态度，表明各方仍然坚持以条约为基础搭建的争端解决机制。

第三，关于签署该条约的进展，在 2013 年 10 月经由中国领导人提出后，在 2014 年 8 月 8 日召开的“东亚合作系列外长会议”上，中国向东盟成员国提出的新一轮建议，推进商签“中国－东盟国家睦邻友好合作条约”，表明缔结该条约的进程正处在商签条约的可行性探讨阶段，至于条约的实体内容和缔结则有待后续谈判。[156]

（四）《中国—东盟睦邻友好条约》的现实意义

第一，为中国继续走和平崛起之路创造条件。

中国是世界上陆海邻国最多的海陆兼备的东方大国，与我国有共同边界的陆上邻国有 14 个，同时还有 6 个与我国隔海相望的国家。历史经验和教训一再表明，中国进行社会主义现代化建设，走和平发展之路，需要一个长期的和平国际

---

[152] 《睦邻友好合作条约将助力打造中国－东盟关系升级版》，http：//www.dongnanyanet.com/cms/a/ynnydny/yhwl/2013/1015/7354.html，大公网，2014 年 10 月 26 日访问。

[153] 《中国-东盟国家睦邻友好合作条约》，http：//www.sunbridge88.com/news/content.asp?id=502，新加坡新侨咨询有限公司官方网站，2014 年 10 月 29 日访问。

[154] 文莱国家元首苏丹哈桑纳尔，出席 2014 年 APEC 领导人非正式会议前接受新华网专访，《支持中国在 APEC 上提交的议题》，新华网，2014 年 11 月 6 日访问。

[155] 《中国－东盟新黄金期即将到来》，http：//www.cafta.org.cn/show.php?contentid=72695，中国东盟自由贸易区官方网站，2014 年 11 月 2 日访问。

[156] 《中国－东盟新黄金期即将到来》，http：//www.cafta.org.cn/show.php?contentid=72695，中国东盟自由贸易区官方网站，2014 年 10 月 28 日访问。

环境，特别是良好的周边环境。例如中苏 20 世纪 60、70 年代在漫长的边界线上长期武装对峙，导致中国共产党工作重心长期不能转移到经济建设上来；外部大国侵略中国的邻国并作为反华桥头堡则直接威胁到中国的安全，中国因此而卷人抗美援朝和援越抗美战争。[157]

到目前为止，中国已经先后与俄罗斯等北方边界的国家达成双边睦邻友好合作条约、与哈萨克斯坦、吉尔吉斯坦等西部边界确立双边睦邻关系，并以上合组织为平台构建了地区性的睦邻友好关系，这一切为我国的快速发展提供了稳定的后方安全保障。而作为中国南大门的东南亚地区，不仅仅是我国经济发展的重点对象，建立和平的睦邻关系和地区环境同样重要。在政治安全上，东盟不仅是中国的好邻居、好伙伴，更是与中国一道维护地区和平、繁荣与稳定的重要利益攸关方，[158]中国与东盟之间缔结类似的睦邻条约也正是为我国发展创造和平稳定的东南亚地区环境，重走郑和下西洋的友好合作之旅，但中国从未萌发任何试图殖民东南亚国家的“征服欲”，也不是征服和统治当地人，而是贡献东南亚社会。[159]中国与东盟的平等合作以确定同东盟的睦邻友好关系，“只是希望作为朋友共同发展。中国向世界表明，中国不是威胁，而是一个值得信赖的国家。”[160]

第二，确立中国东盟睦邻友好的法律关系。

常言道“有好篱笆才有好邻居”，尽管中国已经开创新地首次以域外国家身份加入东盟的《东南亚友好合作条约》，但从中国和东盟双边层面来说，还没有真正的双边条约的安排。而签署这一睦邻条约，就可以将中国与东盟关系提高到一个更高的层次奠定坚实的法律基础，就使双边高层次的合作关系有了法律基础和法律框架。“从安全的角度来讲，条约的作用是非常巨大的。首先，以睦邻友好合作条约为基础，中国和东盟可以更加稳妥、积极地推进‘南海行为准则’的协商。第二，在此基础上，可以更好地深化和拓展中国与东盟达成的‘落实《南

---

[157] 熊坤新:《从中国传统文化的视角看中国与周边国家的睦邻友好政策》,《国际政治研究》2004 年第 2 期(总第 92 期)，第 25 页。

[158] 《中国—东盟合作渐入佳境》http：//epaper.gmw.cn/gmrb/html/2013-10/13/nw.D110000gmrb_20131013_3-08.htm?div=-1，光明网，2013 年 10 月 13 日 08 版，2014 年 10 月 26 日访问。

[159] 马来西亚前首相马哈蒂尔，2014 年 10 月 24 日演讲《中国不是东盟的敌人 美国黩武会遭反噬》，国际在线，http：//gb.cri.cn/42071/2014/10/25/6891s4740831_1.htm，2014 年 11 月 3 日访问。

[160] 日本《朝日新闻》2003 年 12 月 7 日，转引自尹承德：《东盟外交新走向—兼论中国与东盟关系》,《国际问题研究》2004 年第 3 期，第 24 页。

海各方行为宣言》后续行动指针’的工作”。[161]以《中国—东盟睦邻友好合作条约》为核心的，包含《东南亚友好合作条约》等中国—东盟系列条约足以“减轻甚至消除东盟各国对中国崛起的担忧，使它们放下包袱，大胆地与中国发展各个领域的合作，共同促进本地区的稳定与繁荣。”[162]

中国国际问题研究所所长曲星认为“我们提出签署睦邻友好合作条约，其中的‘睦邻’是非常重要的。就是把双边建立友好的睦邻关系用法律的形式固定下来，排除用武力解决争端的选项。”[163]同时，该条约的签订“使中国一东盟关系的健康发展增加了国际法的基础，无疑将使双边关系更加具有稳定性与连续，不会因为某个国家领导人的去世而受到不良影响，也不会因为某个突发事件而影响双边的长远合作。”[164]

第三，为南海争端的解决搭建协调平台，减少乃至消除第三方的介入。

中国近三十年来以经济建设为中心，大力发展与东盟的经贸往来，认为只要搞好经济，就可以创造稳固的基础，而忽略了安全与互信的关系发展。菲律宾与越南绑架东盟、邀请美日等外部第三方力量介入，使得南海问题恶性复杂化、国际化，更不利于问题的解决。另一方面，2014 年 5 月 16 日东盟现任秘书长、越南人黎良明声称：“东盟下一步有必要让中国撤出越南领海，这是当务之急。”东盟的这一最新动向直接触动了中国一贯坚持“岛屿问题双边解决”的立场。这番表态随即遭到中国外交部的强烈反对。该事件背后所反映的严重问题，则是东盟整体潜在的被个别国家所控制和利用的危险倾向，而一旦放纵这种行为，对中国的南海争端的解决将极为不利。因此，我们面对的压力不仅是美日等国对东南亚关系的挑拨，还有来自东南亚内部步伐的混乱风险。

通过中国与东盟的双边睦邻条约以法律形式将南海问题的解决内部化，建立中国与东盟一致的对外立场和态度，首先就是排除外部势力对东南亚问题的恶性制造混乱的第一步，防止和消除内部成员引狼入室。另一方面，在双边睦邻条约框架下，建立只有争端方参加的争端协调委员会机制，贯彻条约奉行的“不干涉

---

[161] http：//gb.cri.cn/42071/2013/10/14/7211s4283729.htm

[162] 曹云华：《远亲不如近邻——中国加入<东南亚友好合作条约>的意义》，《世界知识》2003 年第 20 期，第 29 页。

[163] 《中方建议签署中国—东盟国家睦邻友好合作条约是让邻居更加放心》http：//gb.cri.cn/42071/2013/10/14/7211s4283729.htm，“国际在线”，2014 年 10 月 26 日访问。

[164] 曹云华：《建立面向 21 世纪的睦邻互信伙伴关系—评中国加入<东南亚友好合作条约>》，《东南亚研究》2003 年第 6 期，第 7 页。

成员国内政”的原则和精神，避免将东盟整体引向与中国对立的恶性局面。正如东西欧国家已经签署的德波《睦邻友好合作条约》、德捷《睦邻友好合作条约》等双边条约那样，参考西欧力图以这种双边“条约网络”来笼住东欧，加快吸收东欧国家加入西方国家组织的方式，打造团结一致的东南亚国家关系，[165]从而有助于保障南海问题通过和平方式寻求解决，共同使南海成为和平之海、友谊之海、合作之海。

第四，睦邻条约具有政治和经济的外部效益。

就政治外部效益而言，奥巴马上台以来积极推行其所谓的“亚太再平衡战略”重返东南亚地区，通过拉拢日本、韩国、澳大利亚等传统盟友对中国进行战略堵截，将中国在周边事务中的作用和政治空间不断压缩，导致我国的向东出击的步伐迟迟不前。同时美国等又极尽挑拨之能事，打着为东南亚小国家提供保护伞的幌子，利用南中国海上的历史问题试图搅乱整个东南亚地区的稳定秩序，造成的东南亚国家关系的复杂化和扩大化。而中国与东盟成员国缔结双边睦邻友好合作条约，自觉将争议问题内部化解，建立一致的团结合作的睦邻关系，排斥域外大国的干涉，从而对外界发出“东南亚人解决东南亚自己的问题”的统一政治声音。不仅是为我国以东南亚为“走出去”的突破口，更是中国与东盟国家创造属于本地区实实在在的和平稳定环境的共同目标。

就经济外部效益而言，当前的 WTO 机制在新一轮的多边贸易谈判中，以多哈回合谈判的失败为标志，逐渐被以美国为首的经济大国刻意忽视。同时以美国为主导的 TPP[166]和 TTIP[167]跨越太平洋和大西洋的两大自贸区计划，在 WTO 体制之外巧立名目，明目张胆地将中国这一世界第二大经济体孤立出去，[168]试图重演 20 世纪 90 年代美国强迫当时同为世界第二大经济体——日本的日元升值，导致日本出现了近 20 年的经济泡沫悲剧。对中国而言，在经济上，东盟不仅是第三大贸易伙伴，更是齐心推动区域经济一体化的同路人。而中国与东盟以条约方式确立双边的睦邻友好合作关系，为双方在经济上的相互合作提供可靠的法律平台和政治环境，以建立中国—东盟自贸区等多种经济合作方式，实现经济上的互利共

---

[165] 吕耀坤，《西欧对东欧政策的调整》，《欧洲论坛》，第 36 页。

[166] 即“跨太平洋战略经济伙伴关系协定”，其目前的谈判成员主要有美国、日本、韩国、澳大利亚等亚洲国家，没有中国。

[167] 即“跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定”，其目前的谈判成员主要有美国及欧盟成员国，没有中国。

[168] 广西社会科学院东南亚研究所、中华人民共和国公安部东南研究所课题组《中国与东盟关系 2012～2013 年回顾与展望》，《东南亚纵横》2013 年 1 月，第 17 页。

赢。将 20 世纪 70 年代出现在东南亚的经济繁盛局面重新拉回东南亚地区，重塑“亚洲四小龙”的经济奇迹。[169]

四、中国与东盟订立《睦邻友好合作条约》的方案与内容

（一）《中国—东盟睦邻友好条约》的推进方式

鉴于中国首次提出缔结该条约的倡议不过一年的时间，各项工作没有完全展开，为防止这一呼声被淡忘，有必要通过以下方式推进该工作的继续。

第一，作为条约倡议方的中国，尤其在中国与东盟官方互动场合上，国家领导人反复多次的重申和提议极为必要。在出席有关中国和东盟的多边会议或中国与东盟某一成员国的双边会面上，发出这样的声音，向各方表明中国对缔结该条约的积极态度，逐渐积累更多的支持声音和立场，为我国在后续的条约谈判中争取更多的主动权。另外，发挥中国与东盟的双边商业经济、学术技术论坛的作用，为推动签订条约创造理论指导和舆论氛围，不排除各方积极提出各种版本的方案以供借鉴。

第二，进一步利用非争端国的作用。对中国这一倡议较为积极的新加坡、印尼等国家，可以作为深入东盟内部推行此倡议的切入口。中国应与其内外通力合作，逐个说服态度消极的个别国家，使得签订条约更具有可信度和说服力。尤其在 2011 年的柏威夏寺泰柬冲突中，印尼外长马蒂亲自前往两国督促两国谈判解决冲突。正如新加坡南洋理工大学学者胡逸山所言，由于印尼并非南海主权争端当事方，未来印尼有充当中国和菲越沟通桥梁的可能。2014 年 10 月 20 日印尼新任总统佐科在就职仪式上也表示“印尼作为东南亚最大的国家，将继续致力于参与到创建一个独立、和平和公正的国际秩序中。”[170]除此以外，甚至在实质步入缔结条约的阶段，仍可以利用此类非争端中间国的作用，下文详述。

---

[169] 熊坤新：《从中国传统文化的视角看中国与周边国家的睦邻友好政策》，载《国际政治研究》2004 年第 2 期(总第 92 期)，第 27 页。

[170] 《印尼跻身世界十大经济体 愿当地区争端调停人》，http：//wap.huanqiu.com/viewTouTiao.html?newId=5226965&f=jrtt&qq-pf-to=pcqq.c2c，环球网，2014 年 11 月 3 日访问。

（二）《中国—东盟睦邻友好条约》的订立方式

在中国与东盟签订条约的方式选择上，应当采取先易后难的“两个阶段”推进的方式。

第一个阶段：选择特定国家单独订立双边《睦邻条约》。

该阶段所缔结的特定双边条约具有示范性和引导性。考虑到菲、越等国家当前与中国对立冲突态度明显，会阻碍中国推进与东盟整体订立双边睦邻条约，因此可以首先选择难度更小、利益交集更大的单个国家来推进双边条约的缔结。与各该国就缔结《睦邻条约》的内容、方式等做出具有示范性和引导性的约定，并在后续睦邻关系的发展中不断通过补充议定书等方式进一步完善。首选的缔约对象应是与中国存在传统友谊或对中国依赖性较大的邻国，包括柬埔寨、缅甸。由于其自身政治声音的弱小以及经济发展的落后，同时对中国的经济依赖极强，因此选取这几个国家缔结双边睦邻条约不会存在复杂的障碍，因为没有他们与中国不存在主权利益冲突。其次选取对中国缔结睦邻条约的倡议表现积极、且在协调东盟成员国之间的争端事务中较为活跃的的非争端中间国。这类国家包括上述的新加坡、印尼两国。再次，要尽可能促成与文莱、马来两国与我国缔结睦邻条约。因为这两国与中国在南海范围存在事实的岛屿争端和诉求，但实际上对中国没有采取对立行动，且对中国的“搁置争议，共同开发”原则持支持态度。以这两国作为缔约对象，可以尝试设计以和平合作的方式解决岛屿争端的机制，积累为解决中越、中菲岛屿争端的有效、可行经验和典型，并以此向东盟整体和各个成员国表明：中国与少数东盟国的争端完全可以通过睦邻条约的方式友好解决。

第二个阶段：提取第一阶段缔结的睦邻条约中达成共识性、可资借鉴的条约内容作为一个范本，推动签订中国与东盟之间的双边整体的睦邻条约。

通过第一阶段缔约中国分别与单个国家缔约的有益尝试，可以在东盟内部争取到大多数的意见，并为未缔约的成员国提供客观的参考。这一阶段的缔结方式则不在是中国分别与各个成员国双边之间的谈判，而是中国作为一方、东盟整体作为另一方的谈判，所缔结的最终是中国与东盟这个大伙伴两个主体间的《中国—东盟睦邻友好合作条约》。2014 年 10 月 24 日，马来西亚前首相马哈蒂尔在香港发表的主题为《东盟在中美之地缘政治》演讲也表明，“东盟并不愿意视中国为敌手，即使东盟内部某些国家为了一己私利、愿意顺从美国重返亚洲的对外政

策，但东盟整体上不愿成为美国围堵中国的桥头堡。”该阶段采用“中国—东盟”两主体签署双边的睦邻友好条约，就是利用东盟的力量将菲、越两国纳入到中国—东盟睦邻关系中。中国总理李克强在 2013 年出席中国东盟峰会上也明确提议与东盟“整体签订睦邻友好合作条约”，该阶段所要实现的也正是这个总目标。

至于该阶段缔约的谈判机构，中国一方仍由外交部牵头，东盟一方则由作为东盟磋商和决策机构外长会议作为领导和监督，并由负责筹备、主持召开外长会议的常务委员会共同组成联合工作组就缔结条约开展具体磋商和谈判工作。实际上，在中国与东盟为落实《南海各方行为宣言》而展开的“南海行为准则”的谈判工作也是采取这种方式。

（三）《中国—东盟睦邻友好条约》的实体内容

在总结我国已经签订的上述双边睦邻友好条约以及以上合组织为平台签订的多边睦邻友好合作条约的基础上，结合中国与东盟关系的特殊情况和重要关注点，我们认为《中国—东盟睦邻友好合作条约》应当考虑下列内容。

第一：“遵守和坚持和平共处五项原则，以和平共处五项原则作为调整和处理本条约内成员国的关系与争端；尊重和支持缔约国彼此的核心利益。”

“中国实施与周边国家睦邻友好的政策，概括来讲，主要是以‘和平共处五项原则’为核心。‘和平共处五项原则’后来虽成为具有国际法意义的国际关系准则，但它首先是针对周边国家而提出的。”[171]正如上文所指出的那样，“和平共处五项原则”的丰富内涵是中国和东盟成员国之间本着真诚的态度，平等自愿地建立和平稳定的东南亚发展环境的的前提。在中国与周边国家签订的睦邻友好合作条约中也反复强调，以此表明中国的积极态度。从历史情感讲，该原则原本就是东盟成员国中诸如缅甸、柬埔寨等国家在与中国发展双边关系中提出并逐渐被遵守的，东南亚国家之间存在这一共同呼声，是《中国—东盟睦邻友好合作条约》必然纳入这一原则的最有利解释。当然，1954 年所提倡的“和平共处五项原则”是基于当时国际形势与环境，更多的是关注是国家与国家之间的尊重，而在政治制度和社会制度都不相同的情况下，无法实现国家间的取长补短，尤其是在睦邻友好合作这种内容更为全面广泛的双边关系领域。而在当前新的环境下，该原则

[171] 熊坤新:《从中国传统文化的视角看中国与周边国家的睦邻友好政策》,《国际政治研究》2004 年第 2 期(总第 92 期)，第 19 页。

同时还突出了对不同国家的不同历史文化、不同社会制度、不同发展模式的包容性，[172]尤其是在东南亚这个小国众多，历史纠葛复杂的多边关系中。另外，鉴于东盟各国与我国均已建立外交关系，也就承认了中华人共和国政府是中国唯一合法政府，即否认了我国“台独”的合法性，那么在睦邻友好条约之中对这一事关中国国家核心利益的政治立场上做出约束，在中国与东盟之间彻底消除对彼此内政指手画脚的可能，同时中国也承诺对东盟成员国内部争端保持公正客观立场，以此达到相互尊重彼此重大利益的平等地位。

第二，在缔结睦邻条约中（尤其是第一阶段的条约）设定一定的利益让渡，特别是配合建立“海上丝绸之路”经济带的考虑，为吸引条约国利用条约框架内的争端解决制度提供更多的有益筹码。

经济利益让渡是将缔结睦邻条约与发展以中国东盟自贸区为基础的经济关系进行捆绑。在条约框架下，利益让渡包括在发展双边关系中提供资金、技术等的援助与支持，给予更优惠的投资、贸易待遇等。另一方面，鉴于中国的强大军事、经济力量，在不损害我国核心利益的前提下，我国可作出政治利益让渡，包括保证中国与东盟之间对加入“中国—东盟”睦邻条约框架内的成员不主动采取武力手段、不主动采取经济制裁手段。

第三，条约不强求即刻解决少数几国对中国岛屿及南海主权的声索，但应将因此引发的争端约束在本条约设置的双边框架内解决。

当初德国和捷克斯洛伐克为签署《德捷睦邻友好合作条约》，不得不使得双方在焦点问题上做出过大让步，导致捷克斯洛伐克国内社会民主党、捷克一摩拉维亚共产党、农民党、绿党等群体一致反对捷克官方出卖民族利益。[173]而在目前争端比较突出，争端实质解决的条件尚不成熟的时候，尤其是中越、中菲之间的国内敌视态度和民族情绪高涨的特殊时期，并不能一味的为了地区合作而牺牲我国核心利益。《中国—东盟睦邻友好合作条约》作为地区性条约，是对本地区内重大事项和原则问题作出总领性规范的条约，是要求缔约方在该条约框架下追求利益交集最大化的方案，以寻求开展进一步的合作。因此绝不是奢求仅凭一纸条约就可以立即、彻底解决问题，而是以睦邻条约搭建一个框架，将争端各方行动

[172] 潘光、周国建：《和平共处五项原则的成功实践和创新发展——上海合作组织及“上海精神”》，《毛泽东邓小平理论研究》2004 年第 12 期，第 47 页。
[173] 陶书：《德捷睦邻友好合作条约》，载《世界知识》 1992 年 07 期，第 9 页。

限定在条约设定的范围之内，属于不妨害到最终解决主权声索和划界协议的“实际性质的临时安排”。[174]这个框架就是在中国和东盟的条约平台上建立限于争端国之间的争端协调委员会。[175]

之所以要强调以中国—东盟条约为基础建立争端解决的程序平台，主要是中国与东盟之间既存的《东南亚友好合作条约》以及《中国与东盟争端解决机制协议》条件和优势，利用东盟为建立地区和平与稳定的发展环境的目的对其成员国的约束力，强制要求其争端成员国采取对话和协商的方式解决问题，并为此提供争端解决机制，强制性促成当事国进入争端协商程序，避免各成员方的武力冲突或战争。在这一方面，《东盟宪章》所设立的解决其成员国内部分歧的加强磋商机制正是可以参考的。

之所以排除东盟以独立身份介入实质争端的解决，主要在于南海岛屿主权争端问题，是个别国家之间的问题，而绝非东盟与某一国家的争端。拒绝东盟对实质问题的介入，是为了避免东盟被个别国家控制而出现以东盟名义，对部分成员国与中国或其成员国的争端无端干涉的情况。这是与东盟在《东盟宪章》中所奉行“不干涉内政”的对外交往的原则相一致的，也为了避免将东盟整体引向与中国双边对立的局面。

在这一和平条约的框架下，中国一贯主张的“共同开发”的原则可以实现争端双方利益的互利共赢。至于“主权归我”的前提，中国可以适当做出经济利益让渡，例如以具有法律效力的条约方式，承诺为争端各国在南海范围内航行自由和贸易往来提供安全保障，消除争端方的顾虑。

第四，“在睦邻条约基础上设立非争端方的斡旋监督机制，以及仅限于争端方的双边谈判和解机制；拒绝引入条约之外的第三方势力介入到成员国的争端中”。

“用和平谈判的方式解决南沙问题事实上是惟一现实的方案，其它方案如诉诸武力、国际仲裁都行不通。”[176]因此有必要在中国与东盟的睦邻条约框架下，建立中菲、中越和平解决争端的制度。它包括两个内容。一方面，上文所说新加

---

[174] Robert Beckman:*South China Sea Dispute: How China can clarify its claims*，新加坡《海峡时报》2010 年 9 月 25 日，星期六 A36 版。罗伯特贝克曼，新加坡国立大学法律系副教授、国际法中心的主任，南洋理工大学拉惹勒南国际研究学院（RSIS）高级研究员。

[175] 注：此处不是中国与东盟间的争端协调委员会，区别于中国与东盟条约的统一体形式。

[176] 熊坤新：《从中国传统文化的视角看中国与周边国家的睦邻友好政策》，《国际政治研究》2004 年第 2 期(总第 92 期)，第 24 页。

坡、印尼等非争端当事方近年来在东南亚各国争端解决中积极扮演的调停人方式，具有进一步利用和发展的价值。在此机制下，其作为争端的中立第三方，利用东盟约束力建立约束性的争端解决程序，通过斡旋将争端纳入睦邻条约下的和平谈判，监督和杜绝武力冲突的发生，阻止条约框架下任一成员国引入东盟之外的第三方势力介入到成员国的争端中，尤其是“不得允许第三国利用本国领土从事任何损害缔约另一方利益的活动，包括利用其领土损害缔约另一方的国家主权、安全和领土完整。”实质上就是作为睦邻条约关于解决争端的看门人，将条约成员之间的争端限定在条约框架内予以协调，同时拒绝外界的介入。另一方面，争端当事国必要时可以组成临时的双边争端谈判委员会，但组成中不涉及东盟官方成员。该设计符合中国一贯倡导的以“双轨思路”处理南海问题的立场。[177]一是避免东盟以整体姿态介入造成中国与东盟集体的对立，二是为争端当事国之间对彼此核心利益和政治考虑提供协商与谈判的通道。

第五，保护彼此自然人和法人在本国领域内的利益。

通过比较上文中对其他国家之间缔结的睦邻友好合作条约可以发现，所有条约都会涉及到缔约国对在其范围内的另一缔约国公民或法人等的实体利益予以尊重和保护的承诺。睦邻友好关系不仅仅是国家之间的事情，所有的条约利益最终都会落实在缔约国的每一个国民身上。通过保护彼此自然人和法人在本国的固有合法利益，是对条约落实效果的检验，并为遵守条约争取更广泛的国民支持基础。中国与东盟之间不仅在政治交流方面相互牵涉的因素越来越多，在经济方面的利益联结更为复杂和紧密。尤其是 2013 年和 2014 年间，中国与越南在南海主权争端过程中，发生在越南的伤害中国等华人企业人身和财产安全的悲剧事件，不得不让我们重新考虑东盟部分成员国对外国国民利益的保护程度，以及如何要求各国做到对我国国民利益的切实保护。

通过缔结中国—东盟之间的睦邻友好条约，为各个缔约国设定保护各成员国国民利益的条约义务，承诺不因为政治争端恶意在国内掀起民族对立情绪，在必要时候宣布给予特殊保护，以杜绝并严惩对无辜群体的伤害。而在条约之下成立的争端协调委员会对这一条约义务的遵守情况予以及时的监督和反馈，强制违反

[177] 即有关争议由直接当事国通过友好协商谈判寻求和平解决，而南海的和平与稳定则由中国与东盟国家共同维护。《中国－东盟新黄金期即将到来》，http：//www.cafta.org.cn/show.php?contentid=72695，中国东盟自由贸易区官方网站，2014 年 10 月 28 日访问。

条约义务的行为应当承当相应的国家责任。

第六，条约允许采用后续补充性协定，对部分具体事务做出实质性补充协定。

考虑到“条约”的严肃性和稳定性，以及批准程序的复杂性，任何一个条约都不可能详尽无遗地对所涉事项进行全面的确定，尤其是睦邻友好合作条约这种涵盖了双边或多边经济、文化、政治、军事、社会、自然等各领域问题的综合性条约，牵涉的利益和问题更是广泛，因此采用后续的补充性规定对条约具体事项加以扩充和完善是很好的解决方式。例如，在中俄双方于 2001 年签订睦邻友好合作条约之后，双方又于 2009 年签订“《中华人民共和国和俄罗斯联邦睦邻友好合作条约》实施纲要”，借此对条约所涉内容进行了一次极为细致和全面的补充，其内容涵盖了政治领域、经济领域（细分为贸易合作、投资合作、能源合作、核能合作、科技合作、交通运输合作、民用航空材料和航空技术合作、航天合作、通信与信息技术合作、金融和银行信贷合作、环保合作、林业和木材工业合作、农业合作、地方和边境地区合作等共计十四个方面）、人文领域（细分为教育合作、文化合作、卫生合作、体育合作、劳动和社会保障合作、中俄主要宗教教派间开展对话与合作等六大方面）、国防、救灾、司法和执法领域（细分为军事合作、执法合作、司法合作、救灾合作四大方面），以及国际领域等五大领域的几十个大大小小方面的内容。该“实施纲要”也是对中俄订立双边睦邻友好条约后八年关系发展考研的全面反馈。这种灵活的订约方式为睦邻友好合作条约缔约方之间扩大和深化在各领域的互利合作，充实了新的内容。同时在中国与东盟之间签订的睦邻友好条约框架内的暂时无法解决的争端提供了再行协商的空间。

第七，关于条约适用期限应采用何种方式的问题。

在条约适用期限问题上，中国与东盟睦邻条约可以采用中国与俄罗斯、巴基斯坦等国的“过渡性”适用期限的制度，而暂不采用上合组织的“无期限”持久适用制度。这种方式方式会比较现实和可行，因为中国与东盟内部成员国之间毕竟存在着较多的领土争端。采用这种灵活的方式，一方面既可以在适用期内维持共同的睦邻关系与和平环境，又可以在有限的时间之外为双边关系和地区情况的变化留存一定的调整空间。另一方面，也不至于因为采用“无期限适用”的方式使得领土争端被认为是刻意的悬而不决，毕竟领土或岛屿事关我国主权和核心利益，总有解决条件成熟的时候。何况“长期拖延将使邻国占据南沙岛礁的格局固

定化，加之区域外大国的介人，将在国际上给我国造成越来越大的麻烦。”[178]

另外，条约的退出方式上，并不需要采用在《上合睦邻条约》的默认强制退出机制。退出组织并不退出条约，除非该国明确表示或提出该多边睦邻条约对本国不再具有约束力，方得承认其推出条约。这样的规定可以方便那些不再是组织成员的国家仍然与该多边组织及其成员之间，基于对既存的多边睦邻友好条约的共同遵守，可以持续维持多边或双边关系的睦邻友好关系。

五、结语

鉴于睦邻友好合作条约这一法律形式表达立场的严肃性，所设定权利义务的约束性，以及所具有的特殊政治性，在中国与东盟国家现存的双边发展和条约关系的基础上，中国与东盟之间是存在签署睦邻条约的法律可行性和必要性的。通过“两个阶段”的推进方式，在中国与东盟之间推行睦邻条约的缔结，并以中国与东盟关系中的重点关注问题做出法律约定，能够实现中国与东盟国家之间的经济外部效益和政治外部效益，这对于我国推行的“海上丝绸之路”计划是有百利而无一害的国际法律保障。

[178] 熊坤新：《从中国传统文化的视角看中国与周边国家的睦邻友好政策》，载《国际政治研究》2004 年第 2 期(总第 92 期)，第 24 页。

“一带一路”战略模式的国际法思考

王 筝[179]

【摘要】 当下“一带一路”战略已确定为我国构筑全方位对外开放新局面的重要支柱,同时该战略也得到了全球范围尤其是沿线多个国家和地区的极大关注。由于涵盖面积巨大、参与国家众多、区域中产业特殊且经济活跃,“一带一路”战略被视为对以美国为主导的“跨太平洋伙伴关系协议”的最强回应。“一带一路”战略体量巨大，涉及学科种类较多,实践中不同学界多从宏观角度对战略进行评价和展望。本文认为“一带一路”战略的国际法律地位与现在既有国际合作形式有明显差异，同时该战略分版块、分步骤推进过程也涉及国际法方面诸多的具体领域。对这一系列问题的研究具有重要的理论和现实意义。。

【关键词】 “一带一路”战略；区域合作模式；法律基础；推进路径

2013 年 9 月和 10 月，习近平同志在访问中亚、东盟期间，先后

[179] 王筝，女，西南政法大学应用法学院讲师；西南政法大学国际公法在读博士生。

提出共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的战略（以下简称“一带一路”战略）倡议，得到沿线多个国家的积极响应与支持。它与传统的区域合作形式相较主要集中于跨境地区的合作，以点带面、从线到片，继承古丝绸之路开放传统,吸纳新地缘经济学的区位理论，秉持开放包容精神，同时将李克强总理在2014年《政府工作报告》中指出的孟中印缅经济走廊、中巴经济走廊等跨境区域合作结合起来，构成“井”字型的一揽子合作，争取获得“ 一加一大于二”的整合效应。

“一带一路”战略合作区域被称为世界上跨度最长的经济区域，发端于中国，贯通中亚、东南亚、南亚、西亚乃至欧洲部分区域，东牵亚太经济圈，西系欧洲经济圈，覆盖约44亿人口，经济总量约21万亿美元，分别占全球的63%和29%。这也是世界上最具发展潜力的经济合作带，因为“一带一路”战略沿线大多是新兴经济体和发展中国家，普遍处于政治和经济上升期。中国现为不少沿线国家的最大贸易伙伴、最大出口市场和主要投资来源地。近10年来，中国与这些国家贸易额年均增长19%，对其直接投资年均增长46%，均明显高于同期全国总量的年均增速。“一带一路”战略作为全球最大、最具潜力的综合性合作带不仅覆盖面积巨大且区域内政治、经济、军事形势复杂，如何有序、紧凑、合理地推进战略既无法复制成功案例，同时其他区域以及次区域合作模式参考意义不大，因此构建全新的、具有特点的发展模式具有实际意义且时间紧迫。

一、 “一带一路”战略的组织形式的定位

（一）“一带一路”战略覆盖区域的特点

“一带一路”战略从提出伊始便得到区域内以及全球的关注，不但因为其体量巨大，同时该战略表现出的特点也比较突出。

1. 区域特殊

“一带”是指“丝绸之路经济带”，包括我国西北五省区陕西、甘肃、青海、宁夏、新疆；西南四省区市重庆、四川、云南、广西。东边牵着活跃的亚太经济圈，西边系着发达的欧洲经济圈，被认为是“世界上最长、最具有发展潜力的经济大走廊”。丝绸之路经济带地域辽阔，覆盖区域拥有丰富的自然资源、矿产资源、能源资源、土地资源和宝贵的旅游资源，被称为21世纪的战略能源和资源基地。但该区域最大的“先天缺陷”在于区域中有多个国家缺少出海口，交通不够便利，自然环境较恶劣，其经济发展水平与经济带两端的经济圈存在巨大落差，整个“一带”区域存在“两边高、中间低”的现象。

“一路”主要指“21世纪海上丝绸之路”，区域内覆盖了东盟多国，粤港澳经济带，上海自贸区，连云港、宁波、泉州等重点海运城市。涉及国家和城市多、人口数量大、范围宽广，各国资源禀赋和发展水平参差不齐，政治体制千差万别，利益诉求和宗教信仰各有差异。目前，东亚、南亚、中亚及西亚各国围绕通道建设已呈现出复杂的竞合格局，“21世纪海上丝绸之路”将面临更加复杂的外部环境与国际竞争。此外，很多竞争还将来自我国国内。海上丝绸之路区域内不同城市之间拥有相似的区位条件、趋同的资源，造成地方很多发展项目

类似，不仅会带来同质竞争，而且会导致资源浪费。因此在 2015 年 3 月 28 日于我国海南召开的博鳌论坛上，国家发展改革委、外交部、商务部联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，在其中发布了参与“一带一路”的重点省份和城市，引导国内各省市之间的错位发展，并彰显以中国为主导的“一带一路”战略发展的决心。

2.产业特殊

根据《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》所提到的，“丝绸之路经济带”主要产业涉及能源合作、互联互通、经济贸易、金融合作，再到区域一体化发展。而“海上丝绸之路”则重点着力打造海洋经济带，更新升级海洋伙伴关系，拓展海洋产业的发展，并不断促进以“东盟”为基础的自由贸易区的升级以及其中重点城市的发展。

由此可以看出“一带一路”战略区域覆盖面积大，所涉国家众多且国家发展水平较悬殊，明显区分为“陆上”与“海上”两个板块，域内产业呈现出明显特点，所以侧重不同，发展方向亦不尽相同。

（二）国际法背景下的区域合作参考模式

在全球一体化进程中，出现的另一股影响深远的势力即为区域合作，并且区域合作在全球多边体系处于进退维谷中不断取得阶段性成果，因此在国家间关系不断整合调整的过程中，区域合作的方式越

来越多样化，迎合了不同概念的区域内部成员之间多层次、多种类的合作要求。

1. 区域一体化组织

区域合作的理论基础源于新古典贸易理论和一体化理论。以瑞典经济学家赫克歇尔、俄林为代表的新古典贸易理论对国际贸易的解释是假定市场是完全竞争的。贸易结构是生产要素、资本占有、自然资源的相对供给决定的。因此，对于具有不同资源特点的国家进行合作，降低国家之间关卡对贸易的阻碍作用，是促进各国经济福利增长的关键。为适应二战以后广泛出现的区域经济集团现象，世纪经济一体化理论开始出现并在欧美地区大行其道，此后传入亚洲。林德特指出：经济一体化是指“通过相同的产品市场协同的生产要素市场，或两者的结合，获得生产要素价格的均等”。经济学家利普赛根据生产要素的流动程度、等级递增的状态，将经济一体化划分为六种：特惠关税区、自由贸易区（商品自由流动）、关税同盟 （统一对外关税）、共同市场、 经济同盟与完全经济一体化。总之，新古典贸易理论从自由贸易的角度，主张区域合作有利于贸易参与国各自发挥其比较优势获取经济福利与市场收益经济一体化理论从促进不同国家生产要素流动的视角主张各国参与，区域合作有利于经济资源的跨国自由流通，提升有限资源配置效率和降低成本。【1】

而将区域合作进行最大程度优化的组织形式即区域一体化组织。区域一体化组织一般具有国际法主体地位，是主要以特定的封闭的地理区域为主要范围局限的国际组织。目前一体化程度比较高的区域一

体化组织有欧洲联盟、东南亚国家联盟、美洲国家组织等。在区域一体化的实现过程中出现的这些集团或组织以国际条约为依据,以“国际组织”为组织依托,以区域内成员国认同的标志贸易自由化程度的规则、组织结构、争端解决制度等为内容,形成具有不同法律特征的区域一体化组织模式。其中,既有以硬法为主的组织模式,也有以软法为主的组织模式,还有混合软硬法特征的组织模式。由于各种模式产生的特定条件和存在的基础不同,其模式借鉴价值有很大差异。具体而言,以硬法为主的组织模式有助于强化组织的纪律性和法制性,混合软硬法特征的组织模式则兼具法制性与灵活性优势,两者均能保障区域一体化组织的有效运作,因此,具有较强的模式借鉴价值。而以软法为主的模式是一种松散的、缺乏约束力的组织形式,其自身尚需完善,可资借鉴的价值不大。

2. TPP 和 APEC[180]是目前广域一体化的典型代表

随着全球经济步入后危机时代，多边区域经贸合作呈现出跨区域、跨大洲合作的新动态，如今的多边区域经贸合作已经不再局限于洲际或一定封闭的局部区域的限制,即便在地理位置上并不接壤、相邻的国家和地区之间也开始了较深层次的区域合作探讨。【2】因此研究今后的地区区域合作,在空间范围上需要一种广域一体化的新视角。目前涉及东亚地区的广域一体化组织主要有不断壮大中的“跨太平洋战略经济伙伴协定”(Trans-Pacific Strategic Economic

[180] APEC 是指亚太经济合作组织（Asia-Pacific Economic Cooperation，简称 APEC），是亚太地区最具影响的经济合作官方论坛。

Partnership Agreement,简称 TPP[181])、已开启谈判的“区域全面经济伙伴关系”(Regional Comprehensive Economic Partnership,简称RCEP[182]),以及遥不可及的亚太自由贸易协定(Free Trade Agreement of the Asia Pacific,简称 FTAAP)。

TPP和APEC作为目前广域一体化的典型代表，两者的建设目标都是致力于进一步开放成员国内市场,降低关税,提高贸易自由化，并且都能意识到成员数目的扩大是增强自身实力和影响力的关键因素,因此两者表示将在现有成员数量的基础上,吸收新成员的加盟。同时，两者内部均存在“轮轴国”,即主导经济体，并且在参与方构成和地域分布上存在重叠,对亚太自贸区的发展都有着重大影响。但从不同点的角度来讲，TPP和APEC的差异又是明显的：（1）前者要求的自由化程度极高,即使是针对内部成员国内的敏感、关键部门或产业亦秉持“无例外”原则；后者坚持的自由化程度低于前者的水平,而且对各成员国内的敏感、关键部门或产业尽量回避,或者设置一定时间段的“缓冲期”[3]。（2）前者内部主要成员间的经济结构相似,互补性较差;后者各成员之间的不同产业结构更易互补。（3）前者多数成员的经济发展水平高,约占 2/3 的成员属于发达经济体或者富裕国家;后者多数仍是欠发达经济体。众所周知，前者的“轮轴国 ”是美国;后者的“驾驶员”则是东盟 。（4）加盟前者的参与方在地域分布上表现出分散性强、不集中的特点；后者除澳大利亚、新西兰外,其他成员均是亚洲经济体,地域相对集中。（5）前者谈判议题覆盖面广,

181 以下简称 TPP
182 以下简称 RCEP

远超一般 FTA[183] 谈判的内容;后者主要磋商内容以经贸问题为主。(6)前者的主要经济体是老牌经济强国;后者囊括当今世界经济发展潜力和活力最大的中国、东盟、 印度等经济体。(7)前者涉及政治问题,有遏制和打压某些经济体崛起的政治企图;后者当下回避政治议题,重点落在经贸领域。

3. 上海合作组织[184]

上海合作组织(简称上合组织,英文全称The Shanghai Cooperation Organization,简称SCO)是中国、俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦和乌兹别克斯坦六国组成的一个区域性国际组织。该组织另有五个观察员国:伊朗、巴基斯坦、阿富汗、蒙古和印度。“上合组织成立以来,最突出的成就便体现在安全领域。”中国现代国际关系研究院副院长季志业说,“各成员国以合作方式而不是加强各自军事实力来实现军事安全,这是冷战之后谋求安全的新方式、新思路,很有创见。”因此上合组织致力于维护中亚地区和平、安全与稳定,尽一切必要努力保障地区安全,并加强成员国家在地区和国际事务中的磋商与协调行动,在重大国际和地区问题上互相支持和密切合作,联合促进和巩固本地区及世界的和平与稳定。上合组织直面应对世界大环境层出不穷的新危机与挑战,也是发展成员国间经济、文化与人文合作的重要平台。

4.跨境次区域合作

[183] FTA 一般是指自由贸易协定,英文全称 Free Trade Agreement
[184] 以下简称“上合组织”或 SCO

跨境次区域经济合作是指若干国家接壤地区之间跨国界的经济人或法人，基于平等互利的原则，通过各种生产要素的流动，在不同国家地理上相邻的边界间展开的协作活动″。亚洲的跨境次区域合作又被称为“自然经济领土”或“扩展性城市区域″,强调“跨境”,尤其是边境地区。[4]“一带一路”区域以及我国提出的“跨国经济走廊”均有部分显著特征是使生产要素在在次区域范围内达到自由流通，从而推动生产资源的有效配置与生产效率的提升，最终通过国家间的优势互补实现共同发展。构建次区域合作需要具备一些主要优势：一是自然、人文领域的地缘优势。跨界区两侧山水相连，具有地缘整体性和延展性。二是经济梯度转移的互补优势。地缘空间作用理论认为，区域合作的强度随空间距离的扩展而逐渐衰减，跨境次区域强调边境地区，具有空间上的邻近性，相互合作的强度往往较大，合作受到的干扰因素相对单纯且较小。三是过境要素流动优势。边境地区通常是各国经济联系的相交点，各国间的联系往往要借助边境地区的地利优势，因此在当前各国经济文化联系日益紧密的形势下，经济资源过境需求的增长也推动了跨境次区域合作的发展。

（三）我国“一带一路”的组织形式定位

纵观现有的区域合作模式，“一带一路”战略首先短时间内并不适合以组织结构严密完善的国际组织结构来规划发展，即以政府间区域组织形式定位有较大难度并可能压缩战略对外扩展的空间；同时也没有形成 TPP 一类高标准的国际协议关系的内在与外部基础条件；而

不难看出“一带一路”战略覆盖区域内国家、经济体之间关系较为复杂，产业品种较多且颇具特色，“一带”和“一路”发展触角的延伸方向有明显区分，因此专项类区域合作组织或国际会议形式也无法承载“一带一路”的发展重负；跨境次区域合作的地缘特征则主要集中在边境地区，这与“一带一路”战略涵盖的地理区域并不完全相符。因此，我们可以作出大胆假设，“一带一路”战略所形成的国家之间的关系应是一种全新区域合作体，不同与之前任何一种区域合作模式，我们可暂且称之为“一带一路合作体”。

二、 “一带一路”战略模式与现有区域合作形式的比较

（一）与区域一体化组织相比较

区域一体化组织首先具有国际法主体资格，能以组织的名义在国际关系中享受权利承担义务，并独立的参与国际事务。一般区域组织还设有固定的常设机构并建立独立的财政系统，具有完善的组织功能。但现阶段的区域组织仍以同一封闭区域的地理特征为显著要素，只能局限于特定范围内的国家，且具有共同的利益和政治背景，在民族、历史、文化、语言、宗教等方面有着密切的联系，在政治、军事、经济和社会上有共同关心的问题，从而形成一种相互依存的关系。区域组织一体化程度较高，成员之间的合作领域较为广泛，具有促进和调整区域内社会、经济及其他领域的关系的职能。

对应区域组织的基本特点，“一带一路”带有明显的“广域”特

征，范围内的国家涉及到亚洲、欧洲、非洲等大洲，空间跨度巨大，不带有传统区域一体化组织的区域特征。同时“一带一路”战略在构思、推进过程中，现阶段并未涉及明确的机构和制度的构建，不具备国际组织的内在结构要求。“一体化”虽是现在区域合作的重要目标，但“一带一路”战略的“一体化”还属于中长期计划，并且在战略涉及的国家之间实现各领域全面一体化并非易事。因此，从现阶段以及可以预见的未来一段时间，“一带一路”战略的阶段性目标不应是建成一个区域一体化组织，因为区域一体化组织的封闭性和结构性很可能使一些希望参与“战略”推进的国家有所顾忌或因区域条件不具备而被“拒之门外”。

（二）与 TPP 模式相比较

跨太平洋伙伴关系协议（Trans-Pacific Partnership Agreement，英文缩写 TPP）可以说是在现今广域一体化发展中最闪耀的一颗“明星”，因为美国的加入以及和 APEC 有着千丝万缕的联系，使亚太地区这一目前全球经济因素最为活跃的区域再一次收获关注，而 TPP 甚至被有的学者称为“经济北约”。作为突破传统 FTA 的先行者，TPP 突破之前的 FTA 所涉领域有限的桎梏，涵盖了包括农业、政府采购、投资、环境、知识产权等敏感领域。同时 TPP 的贸易自由化程度非常高，所有协议下产品实现 100%自由化，争取将传统的贸易“例外”的影响降至最小，对贸易便利化、通关速度、关税水平等提出了非常高的要求。而加入 TPP 的协议国家包括目前正在谈判中的日本、韩国，

虽然位于不同的大洲，地理空间跨度较大，但国家之间的经济发展水平比较统一，利益诉求差异不大，因此也为 TPP 的推进提供了稳定的平台。

“一带一路”战略发展至今并没有起草一部“宪章”式的多边条约文本，同时因为不同于区域组织所以亦不存在成型的国际组织结构。而虽然到目前为止表示参与“一带一路”战略意愿的国家数量较多，但这些国家处于不同的区域，经济发展水平参差不齐，政治体制、宗教信仰、文化传统等差异较大，利益诉求不尽相同，一蹴而就的建立一体化组织或形成自由贸易区等高层次统一合作模式缺乏现实条件。最关键的是“一带一路”区域不仅具有广域特点，区域内产业也呈现出明显的特点，现阶段着力发展的产业主要集中在交通运输、能源开发的基础设施建设，其后会并行加入贸易自由化和金融一体化，再者实现区域内的全面一体化以及军事互信等，因此，这也与 TPP 一直持有的高标准贸易自由化的单一目标有着较大区别。

（三）与其他国家类似的“战略”部署相区别

地区贸易自由化总伴随着某一个或几个贸易大国的推动，正如 TPP 的轴心是美国，APEC 的动力是东盟，“一带一路”战略则是由中国主导。而事实上，世界上一些重要的贸易大国和区域内的重要国家也已提出和“一带一路”战略部分重合的相应计划，了解这些计划也是战略推进的重要参考之一。

1. 美国“新丝绸之路计划”

美国 2005 年提出“新丝绸之路”构想，2011 年 7 月，美国时任

国务卿希拉里正式向国际社会阐述该计划，“新丝绸之路计划”的重点是建立一个以阿富汗为中心，连接中亚、南亚的区域性交通和经济联系网络。“软件”是通过贸易便利化减少贸易壁垒，完善管理制度，简化过境手续，加快通关速度，改善投资环境等。“硬件”则是修建连接中亚、阿富汗和南亚的铁路、公路、电网、油气管道等基础设施。美国推行该计划的意图非常明显，除了巩固阿富汗战果，确保美国继续主导该地区局势的走向，另一目的则是以经济合作为手段，加大对中亚地区的渗透，削弱俄罗斯对中亚的影响。再来就是遏制伊朗，围困中国，防止中国“西进”。

2. 日本“丝绸之路外交”

日本的“丝绸之路外交”则是在 1997 年由当时的首相桥本龙太郎提出，主要包括了着眼于地缘政治形势的高层互访和对话增强与中亚国家的政治互信；同时突出经济和能源合作，通过经济渗透争取该地区能源开发和贸易主动权；然后通过推进核不扩散协议，帮助地区国家实现所谓民主化改革，扩大日本在地区事务中的“政治”发言权。在丝路外交推进过程中，日本对该地区国家的援助金额大幅度上升，在一定程度上获取了与中亚地区国家的对话机会。

3. 俄罗斯“欧亚联盟”

俄罗斯在 2011 年由普京提出在独联体国家内，建立高水平的内容广阔的一体化组织——欧亚联盟。政治上建立一个以俄为主导的超国家联合体集团，经济上，则以“俄白哈关税同盟”为基础，加快推进独联体自贸区和欧亚经济联盟，甚至在军事上以“集体安全条约组

织”及其快反部队为基础，形成以俄为主的军事集团。

4. 韩国“欧亚倡议”

2013 年韩国提出“欧亚倡议”，主要是加强与中亚国家的合作，发挥中亚连接欧洲和东亚地区的桥梁作用，推动欧亚经济合作。包括建设“丝路快车”，构建起复合型物流网络；构建“欧亚能源网”，推动连接区域内的油气管道的铺设等；加强“区域经济统合”，“如将其与 RCEP 及 TPP 等贸易协定连接起来，将会形成一个巨大的统一市场”，韩国总统朴槿惠说。【5】

通过分析比较不难发现，几个典型国家的类似计划或战略从区域上与“一带一路”战略有所重合，并且规划和目标都有所相似，从多国惊人雷同的选择聚焦焦点可以看出，亚洲大部分、以及非洲、欧洲部分的经济活力为全球瞩目，同时战略意义重大，很可能影响未来国际格局质的变化，因此包括中国在内的多国先后制定该区域的区域合作发展构想。但是中国为主导的“一带一路”战略明显更为宏大和包容力更强，作为两条传统古丝绸之路起点，中国对于沿线国家情感上拥有更浓厚的认同感和历史传承性，因此中国在“一带一路”战略中扮演的角色至关重要，而未来的具体发展计划和步骤也尤为关键。

三、“一带一路”战略模式在国际法上的法律基础

（一）以国际组织法为视角

国际组织法角度最重要的是探讨目标实体是否具有统一的、独立

的国际法律人格，以及组织章程、内部成员、机构设置、表决方式等。就“一带一路”首先需要关注的是国际法主体地位问题。就目前来看，“一带一路”的区域合作形态现阶段既不是全球性国际组织也不属于区域性国际组织，并不符合国际法关于国际组织的条件。但作为一个统一战略的快速推进要求，将战略涵盖的国家以一种特有的规则加以约束确是有必要的。

1. 规则构架可参考 WTO 模式

可以确定的是，为了更好更迅速推进“一带一路”战略并使战略在短时间内获取一些高质量效果，将战略范围内的国家或地区形成一个有机整体势在必行。一个“整体”更有利于建立统一推进目标，统筹安排，协调各国、各领域之间的关系，包括争端解决等会有统一的规则适用。

在国际组织中对涉及的领域有所区分并得到有效执行的典型是 WTO[185]。WTO 将组织和规则按照组织调整的范围划分为“货物贸易”、“服务贸易”和“与贸易有关的知识产权”，根据这三大领域 WTO 设置了相应的理事会并将分别属于这三大领域的协议分门别类归入代表领域的附件中。而通过 WTO 要求对所有多边协议“一揽子”接受，因此 WTO 成员方对各领域的协议都必须善意适用。而“一带一路”战略的重要特点之一同样是涉及多领域合作，包括了能源开发、互联互通、贸易、金融、安全等，建议参考 WTO 模式（参见表 1）：一是由

[185] WTO 这里是指世界贸易组织，是当代最重要的国际经济组织之一。

于各领域有专门对应的机构和专项协议进行调整，各领域的发展一目了然、高下立现；二是由于“一带一路”领域间发展的步骤有先后之分，按领域来设置机构和签署协议不会因推进速度不一而互相影响、有所制约；三是“一带一路”推进过程中，不同领域或不同国家（地区）之间出现各类争端是可以预见的，建立一套便于操作并收效明显的争端解决机制也是将 WTO 体制中的重要优势加以延续的体现。

<table>
<tr><td colspan="7">“一带一路”合作总协定</td></tr>
<tr><td colspan="5">（战略内）多边协定</td><td>争端解决机制</td><td>双边条约汇总</td></tr>
<tr><td>互联互通</td><td>能源开发</td><td>贸易</td><td>金融</td><td>安全、军事合作</td><td rowspan="3">（建立争端解决中心）
（建立专门仲裁机构）</td><td rowspan="3"></td></tr>
<tr><td>框架协议</td><td>框架协议</td><td>框架协议</td><td>框架协议</td><td>框架协议</td></tr>
<tr><td>具体协议</td><td>具体协议</td><td>具体协议</td><td>具体协议</td><td>具体协议</td></tr>
</table>

（表 1）

需要注意的是，“一带一路”合作模式也不可能完全复制或照搬 WTO 模式。 第一，“一带一路”战略的加入程序应秉承开放、协商、合作、共赢的理念，加入条件主要是意在合作与发展、愿意善意完整

履行“一带一路合作总协定”的国家或地区都能参与和加入。“一带一路”战略从创始之初都不是严格的区域组织定位，且为了顺应跨区域合作浪潮，理应扩大影响、不断吸纳更多国家或地区加入。第二，WTO 内要求所有缔约方对框架内全部多边协定作出“一揽子”承诺，除诸边贸易协定以外，而这样的要求对现阶段“一带一路”框架下的国家或地区并不完全适宜。“一带一路”战略带有明显的宏观性和分阶段性，对于框架内多个领域的合作进程没有办法完全统一步调，因此“一揽子”承诺全部多边协定存在较大难度，但应要求“一带一路”成员方若签署某领域的“框架协定”、则该“框架协定”下的具体多边协定应该一并承诺。第三，也是“一带一路”规则构建中重点与难点所在，即“争端解决机制”的设立。WTO 在调整国际贸易关系中取得明显效果，其中一大要因应归因于 WTO 争端解决机制发挥作用，既使贸易过程透明、有预见性同时给予其成员方较大信心。但“一带一路”战略在推进过程中不可能一蹴而就建立起“一揽子”接受的多边协定体系（WTO 也是经过多年积累），因此若建立争端解决机制，其机制的统一适用将成为一大难点。但笔者认为，在“一带一路”战略发展中，需要一并启动的首先应包括一个“争端解决中心”，而对于战略推进中出现的各类争端先尝试分领域进行裁决，若同一领域的框架协议和具体协议无法为争端解决提供完全依据时，可参考“一带一路战略合作总协定”及战略宗旨、基本原则等。并且，为了避免战略的“争端解决中心”构建中存在滞后，还可同时设立一个仲裁机构，既为战略内成员提供解决争端的多种选择同时弥补争端解决中心发

展中可能存在的不足或暂时的滞后。

第四，双边条约应在“一带一路”战略合作框架内体现并责成各成员缔结后尽速公布，这也符合“一带一路”战略的发展特征。因为本战略体量巨大，可能在一段时间内合作方式更为灵活的是体现在两个国际法主体之间，因此可以预见双边条约会大量出现，既是完善战略协定体系的要求，同时也为其他战略内成员提供参考并体现透明度，因此将战略内成员之间的双边条约纳入“一带一路”战略合作框架内具有现实意义。

2.组织类型可参考 APEC

APEC 其实并非严格意义上的国际组织，准确来讲应该是世界经济合作的官方论坛，不能具体组织实施区域经济一体化、贸易自由化。而就内部组织而言 APEC 没有 WTO 那样的严密和精妙，起到实际效用的其实是多次领导人非正式、会议部长级会议、高官会等。所以 APEC 不具有国际组织的形式要件和实质要件，带有浓厚的论坛性质。而就“一带一路”战略而言，成为国际组织取得国际法主体地位并不是目前的近景目标，而就组织类型而言就应该定义为一种全新的组织形式，并且更接近 APEC 的开放性和包容性。

但值得关注的是 APEC 仍有一些部分制度要求是“一带一路”战略应该注意的：1.“一带一路”涉及领域应更为广泛，除了 APEC 的建立加强开放的多边贸易体制，减少区域贸易和投资壁垒，维护本地区人民的共同利益，“一带一路”还涉及交通、能源等基础设施建设，

包括安全、军事互信体系的构建，这才能实现“一带一路”的远景目标；2.在“一带一路”战略框架内，无论是双边协议还是多边协议，签署并批准后应按一定方式对缔约国具有法律约束力而不仅是指导、建议作用。APEC 的协议就没有强制执行力，这也是 TPP 风头强劲的原因之一，并与 APEC 已成相当之势。

（二）以国际条约法为视角

1. 双边条约

“一带一路”战略发展的现阶段，我国应通过主动充分协商并与尽量多的国家或地区签署双边条约，条约适用的范围可涵盖高铁修建、航空直航的航线约定、交通基础设施的建设、能源互助开采与运输、FTA、各类投资协议等。可以看到，双边条约相对灵活、内容具体，缔约程序简便，更易取得谈判成果，并且耗时不会太长，容易以“短频快”打开局面、稳定战略发展的效果。

而能源交通、FTA、投资协议、司法互助、环境保护等领域在利益诉求差异较大的国家之间不容易达成共识，短时间内难以形成区域整体的一体化效果，因此现阶段我国可以依靠双边协议的签署“一对一”谈判、打开突破口，尽可能多的和战略中涵盖的多个国家构建起各领域的协议关系，为以后的进一步深入、扩大合作打下基础。

2. 多边条约

多边条约的优势在于覆盖面广、获利面宽、形成区域效应、利于

提升区域整体实力，通过整合国家间的实力而形成强大的区域竞争力。国际实践证明多边条约在区域合作与发展中是必不可少的，但“一带一路”现阶段形成大规模的自由贸易区或是出现一体化局面并不现实而战略区域内已形成“区域效应”的包括“上合组织”、“东盟”等。“上合组织”主要以国家间安全作为重要基础职能同时辐射经贸等领域，这与“一带一路”目前的发展状态有一定差距；而“东盟”在贸易等方面的成就已经比较突出，“10+3”[186]、“10+6”[187]到 RCEP 已举步维艰，在这些领域达成进一步深化关系的多边条约的可能性暂时不太大；但其他领域正处于上升期，国家之间正在不断的磨合、探讨、协商中向前。因此，“一带一路”战略在贸易、金融、投资以及安全等方面最终都需要多边条约来固定多边体制并加以完善。

3.条约谈判中应注意的问题

双边条约是目前直接而有效巩固战略区域内国家之间关系的方式，由于“一带一路”战略所涉领域较多容易出现发展进程的差异，因此双边条约的签署比较符合这个阶段的战略推进特征。由此可见双边条约在多领域的实现也是迅速打开局面之关键。而多边条约的形式和内容的选择上力求多样化，不能拘泥于旧有形式或观念。首先对于已成型的多边合作机制可继续深化，如“上合组织”打造的集体安全格局可纳入“一带一路”框架，并在框架下进一步扩展合作领域、增加符合条件的成员方；又如“东盟”牵头的 RCEP 是在“海上丝绸之

[186] 10+3 是指东盟十国与中、日、韩三国合作机制。
[187] 10+6 东盟十国与中国、日本、韩国、印度、澳大利亚、新西兰合作机制。

路”发展中重要的区域合作基础，“一带一路”可借助 RCEP 在国际贸易方面乃至国际经济方面的深厚基础和长远构想，加快“海上丝绸之路”区域内全方位贸易一体化速度。其次“一带一路”战略所涉的其他领域合作应力争尽快进入多边谈判，建立统一的多边体制。但多边合作的模式在国际实践中有丰富的参考，笔者建议不能固守某一种类型，包括区域组织、经济论坛、自由贸易区、国际会议等多种形式都可考虑选择适用。

综上，“一带一路”战略推进中的条约谈判应强调“双轨制”推进，双边条约与多边条约的展开并行不悖，互相促进。两种方式不应作出阶段的划分，而应视情势和发展需要而定。

四、“一带一路”战略模式推进路径的思考

（一）陆上版块：“丝绸之路经济带”分版块、分步骤推进

“一带一路”战略覆盖区域内国家之间禀赋差异明显，经济互补性强，在战略推进中首先应从加强政府间合作入手,通过缔结双边条约、创办新的国际会议或共同参与既有的论坛等沟通机制，积极构建多层次政府间宏观政策沟通交流机制,促进政治互信,不断达成合作新共识。[9]

其次，战略区域内尤其是陆上“丝绸之路经济带”互联互通成先行之势。中国已与泰国就铁路合作达成协议；中国与老挝的双边铁路协议已到签署阶段；在与印度签署的政府间合作文件中，确定了中印

铁路合作的领域和行动计划；中巴经济走廊、孟中印缅经济走廊也在规划之中……在陆上丝绸之路西端的欧洲，中国企业在海外参与修建的第一条时速 250 公里高铁——土耳其安卡拉至伊斯坦布尔高速铁路二期目前已顺利通车；中俄高铁合作已达成初步共识，签署了合作文件；中东欧、中吉乌等国铁路合作项目正在积极推进。除此之外，中国同战略区域内部分国家关于民用航空直航的双边协议正在有条不紊推进，国内包括厦门、大连、哈尔滨、乌鲁木齐等城市积极助力新航线拓展。同时，在与“丝绸之路经济带”沿线国家已建立起的跨国公路网络基础之上，进一步深入合作，将公路网络和铁路网络并行发展、互为补充，借助公路修建的相对灵活性，深入区域腹地并增加枢纽城市的数量。“丝绸之路经济带”颇具特色的是能源基础设施的互联互通合作。由于经济带沿线涵盖一些著名的内陆国家，部分国家虽然资源丰富、能源储备量惊人，但因为出海口等原因导致与外界沟通不畅，因此中国牵头与这些国家共同维护输油、输气管道等运输通道安全,推进跨境电力与输电通道建设,积极开展区域电网升级改造合作成为“一带一路”战略中“互联互通”的一项重要且非常具有特点的合作领域。综上，互联互通各个子领域的快速推进是打开“一带一路”战略局面、向世界彰显战略优越性的重要一步，中国可以借助“上合组织”平台、实务外交等方式巩固并扩大合作，以历史传承性、地域性、合作先行等优势，固定“一带一路”战略第一阶段成果。

再次，在互联互通的基础之上迫切需要得到平行发展的即为发展

中国家基础设施的投入与建设，而亚洲基础设施投资银行(Asian Infrastructure Investment Bank，简称亚投行，AIIB)的设立即为这个领域尤其重要的第一步。2014 年 10 月 24 日，包括中国、印度、新加坡等在内 21 个首批意向创始成员国的财长和授权代表在北京签约，共同决定成立亚洲基础设施投资银行；截至 2015 年 4 月 15 日，亚投行意向创始成员国确定为 57 个，其中域内国家 37 个、域外国家 20 个。涵盖了除美国、加拿大、日本之外的主要经济发达国家，以及亚欧区域的大部分国家，成员遍及五大洲。其他国家和地区今后仍可以作为普通成员加入亚投行。各方商定将于 2015 年年中完成亚投行章程谈判并签署，年底前完成章程生效程序，正式成立亚投行。亚投行的设立宗旨就是促进本地区[188]互联互通建设和经济一体化进程，向包括东盟国家在内的本地区发展中国家基础设施建设提供资金支持。同时亚投行还将同域外现有多边开发银行合作，相互补充，共同促进亚洲经济持续稳定发展。牢牢抓住亚投行主导权、以亚投行作为平台与组织内成员方建立基础设施建设合作，是中国在“一带一路”战略发展中的重要方式之一。

最后，在上述步骤发展一定时间后，应通过双边乃至多边的形式，在文化交流、人才流通、技术支持、司法协助等多领域积极展开合作，拓展更为广阔的互信基础。国之交在于民相亲，丝绸之路沿线国家的民意基础深厚，而这也是“一带一路”战略发展后期实现一体化的重要条件。

188 “本区域”这里主要指的亚洲地区

（二）海上版块：21 世纪海上丝绸之路建设的推进

1.依托 RCEP 平台

区域全面经济伙伴关系协定（RCEP）是以东盟为主导，包括东盟十国与中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰、印度共 16 个成员的**区域自由贸易协定机制**，其建设目标是消除内部贸易壁垒、创造和完善自由的投资环境、扩大服务贸易，还将涉及知识产权、竞争政策、争端解决等多个领域。可以看出该协定大部分成员方都位于“海上丝绸之路”沿线，且这个协定的实施将是在亚洲区域合作中一大亮点，尤其在贸易、投资领域的一体化水平较高。因此“一带一路”战略分版块推进，则在“海上丝绸之路”区域不但无法迈过 RCEP 并且应依托 RCEP 为平台，不断加强和深化这一区域的贸易、投资等一体化进程，建立起较为完善的多边体制，争取将 RCEP 实现并构成“一带一路”的有机组成部分。

但在“海上丝绸之路”构建贸易投资一体化的多边规则时应注意的是：第一，谈判面临的主要障碍。RCEP 成员中还有一些国家间没有建立 FTA，如中—印、中—日、日—韩等，这些国家间能否达成开放市场承诺，决定了 RCEP 乃至经济一体化谈判的成败。成员国在发展程度上的差异性可能导致各国在关注焦点上的分歧，增加谈判难度。迫于国内政治压力和改革难度，之前的许多自贸协议都忽视或回避了一些敏感领域的开放，以及服务和投资自由化。因此促成国家间的协商沟通机制，设置一定的过渡期或明确一些贸易投资保障措施的使用

条件， 一定程度上可能会缓解部分国家开放市场的反弹情绪，有利于谈判进行。第二，加强成员间政治互信是 RCEP 乃至“海上丝绸之路”贸易、投资一体化成功的前提。政治互信一直是困扰亚太经济合作能否顺利推进的重要因素，中日韩自贸协定就因政治因素牵制在相当一段长时间内进展缓慢。RCEP 成员多达 16 个，“海上丝绸之路”覆盖国家更多，“成员间因历史认知、现实领土领海争议而造成的隔膜，近年来有增无减，已经极大地影响到了政治互信和民间观感。”[10] 南海局势的不时紧张、中日、韩日持续的岛屿争端，甚至东盟内部一直存在的分歧，都可能对 RCEP 谈判和“海上丝绸之路”的建设带来干扰。各方必须为共同长远利益着想，克服政治障碍才能推动经济合作。第三，尽力排除其他区域合作机制对海上丝绸之路建设可能产生的影响。RCEP 是以东盟为中心建立的，以美国为主导的 TTP，同样带有跨区域性质的 APEC 以及其他区域组织重复覆盖了亚洲多国，各种利益关系网交错、组织之间设立标准高低不等、各领域优惠待遇差异较大，而海上丝绸之路作为“一带一路”重要组成部分应在这样的局面中，摒弃冲突、“为我所用”、“求同存异”地错位发展，保持特色但应有鲜明的发展步骤。

2.建立新型海洋伙伴关系

纵观整个亚洲地区，国家之间缺乏一定的政治互信，经济利益各异，文化形式多样，尤为突出的表现在东亚地区。近年来南海国际法地位界定、部分国家之间的岛屿之争、防空识别区的划定、专属经济

区尤其是渔区的重叠导致“越界捕捞”纠纷、海洋环境保护等，在海上丝绸之路沿线国家之间呈现出与陆上丝绸之路经济带不太相同的国际关系格局。因此开拓海上丝绸之路区域首先应厘清沿线国家之间的关系。由于大部分国家与中国都是沿海国家，因此构建新型的海洋伙伴关系很有必要也非常紧迫。

在中国南海问题、钓鱼岛问题等领土纠纷中，中国应主动出示相关法律依据和历史证据，畅通协商渠道，合情、合理、合法的面对争议、解决争议，掌握主动不回避问题，坚决不放弃和平与对话的方针。与此同时在区域经济一体化建设中，不应有政治、领土争端的情感带入，而应该积极投入 RCEP 以及海上丝绸之路区域建设，在贸易、投资、基础设施建设、互联互通等领域积极参与并与相关国家充分协商。树立双赢、多赢、共赢的新理念,进一步提高区域合作水平。区域内各方应坚持守望相助，树立综合安全、共同安全、合作安全、可持续安全的新理念。而在亚洲“群雄并起”的局面中，中国更应凭借政治声望、经济实力以及历史地位等因素，尽可能起主导作用，展现大国风范，引导亚洲“求同存异”提高区域整体实力。

参考书目：

【1】柳思思：《“一带一路”：跨境次区域合作理论研究的新进路》，《南亚研究》，2014 年第 2 期，第 4 页。
【2】陈淑梅，赵亮：《广域一体化新视角下东亚区域合作为何选择 RCEP 而非 TPP？》，《东北亚论坛》，2014 年第 2 期，第 50 页。
【3】 李铁立：《边界效应与跨境合作研究》，《东北师范大学学报》2004 年底 1 期，第 20 页。
【4】肖洋：《跨境次区域合作与丝绸之路经济带——基于地缘经济学的视角》，《和平与发展》2014 年第 4 期，第 28 页。

【5】梁恒柱:《国际经验对建设“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的启示》,《中外企业文化》2014 年 8 月 27 日，第 86 页
【6】 孟捷:《经济人假设与马克思主义经济学》,《中国社会科学》2007 年第 1 期
【7】龚雯，田俊荣，王珂:《“一带一路”跨越时空的宏伟构想》,《人民日报》（2014 年 06 月 30 日 06 版）
【8】申现杰，肖金成:《国际区域经济合作新形势与我国“一带一路”合作战略》,《宏观经济研究》2014 年第 11 期。
【9】 《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》， 国家发展改革委、外交部、商务部(经国务院授权发布)，2015 年 3月。
【10】王君:《RCEP 的构建及中国应对策略研究》,《东南亚纵横》2013 年第 4 期，第 5 页。

“冲之鸟礁”归属的国际法思考

贺锦芳[189]

摘要

“冲之鸟礁”的国际法地位取决于如下三个问题的解决：1.其到底是岩礁还是岛屿？2.冲之鸟礁是否属于日本领土？3.改建后的“冲之鸟礁”是否属于人工岛屿？笔者分别解答了这三个问题，得出：冲之鸟礁属于国际法上的岩礁，不属于岛屿，不能享有专属经济区或大陆架。冲之鸟礁不属于日本领土，日本对于冲之鸟礁的占有不属于主权占有。即使通过人工改造，也不能改变冲之鸟礁作为“岩礁”的性质，依然不能享有专属经济区或大陆架。

关键词“冲之鸟礁”、岩礁、岛屿、人工岛屿

冲之鸟礁是位于日本南部、西太平洋海域、菲律宾海当中的一组珊瑚环礁。位于东经136度05分，北纬20度25分，在东京南偏西约1730公里、冲绳东南约1070公里、关岛西北约1200公里。

近年来日本开始一方面不断推动扩大管辖海域，拓展自身利益。另一方面，加紧争夺争议岛礁，损害其他国家主权和海洋权益。[190]具体在“冲之鸟礁”上，日本积极保护“冲之鸟礁”避免风化和潮水腐蚀，斥巨资利用技术手段围礁造岛，向联合国大陆架委员会提交申请主张大陆架权利，同时在国内制造舆论，还于2007年通过《海洋基本法》，于2008年发布首份《海洋基本计划》并在2013年发布了新修订的《海洋基本计划》。日本针对“冲之鸟礁”的种种举措表明了日本试图成为海洋大国的迫切愿望。

“冲之鸟礁”问题虽不如“钓鱼岛”问题那般广受关注，但处理不慎会损害我国固有的海洋权益，还会导致新一轮的冲突。早在2009年9月11日，联合国大陆架界限委员会就宣布，工作组已着手处理日本2008年11月提交的申请—审理其延伸南太平洋大陆架的议案。如果申请获批，日本将凭借面积不足10平方米的“冲之鸟礁”获得1550平方公里的领海以及43万平方公里的专属经济区和大陆架。[191]据此，日本海域的管辖面积将会比现在扩大一倍，达到42万平方公里，比日本现有的37.8万平方公里地国土面积还要大。[192]日本“变礁为岛”的行为遭到我国政府的反对，也引起国际社会的关注和不满。对于其中的争议，有必要从法理上予以厘清。

争议点一：“冲之鸟礁”是岩礁还是岛屿？

对于“冲之鸟礁”的性质，中日之间存在严重分歧。日本的立场为，海洋法并未对岛屿的要件作出明确规定，冲之鸟就是岛屿，所以，冲之鸟可按照《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）规定的岛屿制度主张专属经济区和大陆架。[193]而我国政府的立场为不认可“冲之鸟礁”岛屿的地位。日本向委员会提出外大陆架划界案后，中国和韩国多次照会联合国秘书长，强调根据国际法，不适合人类居住的“冲之鸟礁”不应有专属经济区和大陆架，要求委员会不认可日本依据“冲之鸟礁”主张的外大陆架。[194]

在现有的国际法框架中，《联合国海洋法公约》在第八部分第121条规定了岛屿制度：

---

[189]作者系武汉大学法学院国际法研究所2013级博士研究生，联系方式：847908592@qq.com。

[190]张扬，白蕾：《日本新<海洋基本计划>评析及其借鉴意义》，载《社会观察》2010年第10期，第102页。

[191]http://www.time-weekly.com/story/2011-01-13/1976.html.

[192]http://mil.news.sina.com.cn/2012-05-24/1345691352.html

[193]金永明：《岛屿与岩礁的法律要件论析———以冲之鸟问题为研究视角》，载《政治与法律》2010年第12期，第99页。

[194]http://www.gov.cn/gzdt/2012-05/16/content_2138870.htm

第 121 条

1. 岛屿是四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域。

2. 除第 3 款另有规定外,岛屿的领海、毗连区、专属经济区和大陆架应按照本公约适用于其他陆地领土的规定加以确定。

3. 不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架。

中日的分歧点在于对第 121 条的不同解释。日方据第 121 条第一款的规定认为"冲之鸟礁"理所当然为"岛屿",日本政府认为,冲之鸟礁在高潮时仍有两块岩石高于海面,因此该两块岩石就符合岛屿的概念,它不是《公约》第 121 条所指的岩礁(Rock);其次,虽然该"岛屿"不能维持人类居住或本身的经济生活,尚不能就该"岛屿"主张专属经济区或大陆架,但是日本方面认为,只要在该岩礁上创造条件适合人类居住或方便从事经济生活的话,就可以主张该岩礁为"岛屿",并获得专属经济区和大陆架海域的利益。为此,日本执意要在该岩礁上建造码头等人工设施。[195]

而中方坚持认为"冲之鸟礁"应属于第 121 条第 3 款中的"岩礁"。"冲之鸟礁"不能供人类居住,也无法维持经济生活,设定大陆架没有任何根据。[196]

对于第 121 条的不同理解导致的分歧,应回归到维也纳《条约法公约》上来。中日两国均为《条约法公约》的缔约国,对于条约的解释不能任性而为,而应当严格遵守《条约法公约》的标准,据第 31 条条约解释之通则:条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。

从《海洋法公约》第 121 条第 2 款"除第 3 款另有规定外,岛屿的领海、毗连区、专属经济区和大陆架应按照本公约适用于其他陆地领土的规定加以确定"的表述可知,公约暗含了将岩礁包含于岛屿之中的倾向。从《海洋法公约》第 121 条第 3 款"不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架"的表述中更加可以看出,公约有意限制"岛屿"的范围,将符合第 121 条第 1 款"四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域"要求的岩礁排除在外,也即岩礁本身符合岛屿的定义,但由于"不能维持人类居住或其本身经济生活"而不宜认定为本公约下的"岛屿"从而不能享有"岛屿"所享有的专属经济区和大陆架。"冲之鸟礁"既没有淡水,也没有种植植物,既不能维持人类生活,更不能维持人类的居住条件,当然不能享有"岛屿"的法律地位。

此外,学术界在"岛屿"和"岩礁"的关系上存在分歧,一种观点认为"岛屿"和"岩礁"是并列关系,二者重合的部分在于"能够维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁"。另一种观点认为"岩礁"完全被"岛屿"包含,"能够维持人类居住或其本身的经济生活的"部分享有"岛屿"的法律地位,反之就是"岩礁"。

笔者认同"包容关系说",原因在于:第一,海洋法公约无意创造出一种新的领土类型,规定岩礁的目的在于限缩岛屿的范围。如果是并列关系,那么不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁的法律地位尚不明确,海洋法公约仅仅规定了其不享有专属经济区或大陆架,是否享有领海及毗连区,仍然没有明确的答案。如果是包含关系,这个问题就简单了,本质上岩礁还是岛屿,只是限制了岩礁的权利范围,第 121 条第 3 款是对其享有专属经济区和大陆架的权利的明确排除,除此之外,可以推断,岩礁仍享有领海和毗连区的权利。

有人会对于这种包含关系提出质疑,认为如果按照这种理解,第 3 款的表述应为"岛屿"而非"岩礁",但有学者清晰地指出了其中的关键。回归到条约英文版原文,第三款为

---

[195]管建强:《日本"变礁为岛"严重违背海洋法公约》,载《法治》2010 年 12 月(下)总第 314 期,第 42 页。

[196]http://www.chinanews.com/gn/news/2009/08-28/1838401.shtml

rocks,而没有实用 rock 一词，说明公约并无意将岛屿与岩礁并列。

进一步分析可知，这种分歧的根源在于对《海洋法公约》第 121 条第 3 款中“岩礁”前的定语“不能维持人类居住或其本身的经济生活的”的作用的不同理解。将“不能维持人类居住或其本身的经济生活的”作为岩礁的修饰语，那么以是否能够维持人类居住或其本身的经济生活为标准，岩礁可分为两类：能够维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁和不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁。

将“不能维持人类居住或其本身的经济生活的”作为岩礁的定义，那么能否维持人类居住或其本身的经济生活就成了划分岛屿和岩礁的标准，即：在满足《海洋法公约》第 121 条第 1 款的构成要件的前提下，能够维持人类居住或其本身的经济生活的就是享有《海洋法公约》岛屿地位的岛屿，反之就是岩礁，不能享有专属经济区和大陆架。

日方的观点中有意避开《海洋法公约》第 121 条第 3 款的排除规定，没有结合第 121 条三款内容的上下文，断章取义只选择对自己有利的第 121 条第 1 款就认定“冲之鸟礁”是“岛屿”是难以自圆其说的。即使依第 1 款的规定，岛屿是四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域，可知，要构成《海洋法公约》中认定的“岛屿”，需具备四个要件：1.四面环水；2.在高潮时高于水面；3.自然形成；4.陆地区域。具体到“冲之鸟礁”，符合前两个构成要件已无疑问，但“自然形成”就存在质疑，因为日本不惜重金围礁造岛就表明了“自然形成”站不住脚，将“岩礁”建为符合海洋法公约要求的“岛屿”恰恰说明了自然形成的“冲之鸟礁”是岩礁而不是岛屿。第四个要件“陆地区域”的英文表述为 area of land，有学者指出“所谓的陆地区域（Area of land）就意味着该区域必须包含着相当的地面面积构成，而仅仅浮出水面的一小块岩礁（Spot）一定是不符合“陆地区域”条件的。”[197]不管是在语言学还是地理学抑或海洋法中，“岛屿”都应该是由“一片陆地区域”形成,而陆地也必须是“形成区域的成片的土地”,上面至少应该具备土壤、植被和河流等人类赖以生存的条件。

由此可见，认为“冲之鸟礁”是“岛屿”而不是“岩礁”的说法是站不住脚的，联合国大陆架界限委员会没有同意日本提出的以“冲之鸟礁”为基点划分专属经济区和大陆架的态度也没有支持日本“指礁为岛”的立场。

争议点二：“冲之鸟礁”是否属于日本领土？

日本意欲以“冲之鸟礁”为基点划取专属经济区和大陆架的做法遭到了中韩等国的反对，日本在 1949 年的无条件投降书中提到“我们谨奉日皇、日本政府与其帝国大本营的命令，并代表日皇、日本政府与其帝国大本营，接受美、中、英三国政府元首 7 月 26 日在波茨坦宣布的，及以后由苏联附署的公告各条款。……我们兹担承日皇、日本政府及其继承者忠实实行波茨坦公告的各项条文，并颁布盟国最高统帅所需要的任何命令及采取盟国最高统帅所需要的任何行动，或者实行盟国代表为实行波茨坦公告的任何其他指令。”这表明日本在投降时明确接受了《波茨坦公告》，其国际法效力不容质疑。中、美、英三国的《波茨坦公告》第 8 条明确声明：“开罗宣言之条件必将实施，而日本之主权必将限于本州、北海道、九州、四国及吾人所决定其他小岛之内。”其中 1943 年 12 月 1 日公布的《开罗宣言》中提到“三国之宗旨，在剥夺日本自一九一四年第一次世界大战开始后，在太平洋上所夺得或占领之一切岛屿…”通过考察“冲之鸟礁”的历史[198]不难得知，“冲之鸟礁”正是日本“在第一次世界大战

[197]管建强：《日本“变礁为岛”严重违背海洋法公约》，载《法治》2010 年 12 月（下）总第 314 期，第 43 页。

[198]19 世纪时，冲之鸟礁所属区域为西班牙的势力范围（从菲律宾到马紹尔群岛），在 1898～1999 年的美西战争后，美国夺得菲律宾和关岛，但却对其他一切岛屿不感兴趣。西班牙将包括冲之鸟礁在内的一系列岛屿售予德国。第一次世界大战期间，日本参与对德宣战，并攻占德国太平洋的属地（包括冲之鸟礁）并在后来的凡尔赛条约中确认把其转移给日本。第二次世界大战后，1946 年，小笠原群岛的行政权力被盟军

开始后在太平洋上所夺得的岛屿”。此处有必要指出，“岛屿”一词的表述当然包括“岩礁”在内，正如上文所言，“岩礁”是“岛屿”的一种特殊形态，是不能享有专属经济区和大陆架的“岛屿”。《开罗宣言》中使用的“岛屿”一词是一种广义上的“岛屿”的概念，强调是在海洋上的一块区域，不局限于《联合国海洋法公约》中的“岛屿”的定义。

而日本所依据的《旧金山和约》订于 1951 年 9 月 8 日，没有中国的参加，加之违反了 1942 年《联合国家宣言》中的“各国政府保证与本宣言签署国政府合作，并且不同敌国缔结单独的停战协定或和约”而对中国无效。并且中国历来不认可《旧金山和约》的合法性，即使依据国际强行法和国际习惯法理论，也不对中国产生国际法上的效力。

据此，“冲之鸟礁”并不能理所当然视为是日本的领土。1968 年，美国政府将包括“冲之鸟礁”在内的小笠原群岛放置在东京都政府的管辖之下，美国此前仅仅是受联合国委托对这些岛屿进行托管，并无充分权力处分这些领土。根据《波茨坦公告》第 8 条“日本之主权必将限于本州、北海道、九州、四国及吾人所决定其他小岛之内”，“冲之鸟礁”并不属于本州、北海道、九州、四国的范围之内，也没有得到《波茨坦公告》的签字国的一致授权，日本并没有取得“冲之鸟礁”的主权。

争议点三：改建后的“冲之鸟礁”是否属于“人工岛屿”？

日方认为，只要在该岩礁上创造条件适合人类居住或方便从事经济生活的话，就可以主张该岩礁为“岛屿”，并获得专属经济区和大陆架海域的利益。为此，日本执意要在该岩礁上建造码头等人工设施。[199]这里涉及到“人工岛屿”的问题。

《联合国海洋法公约》在岛屿的定义上明确排除了任何人工岛屿。第 60 条规定，“人工岛屿、设施和结构不具有岛屿的地位。它们没有自己的领海，它们的存在对领海、专属经济区或大陆架的划界没有影响。虽然人工岛屿不产生任何海洋区域，但允许沿海国在其周围设置安全区，但不应超过 500 米的距离，“从它们的外缘各点开始测量，除非经公认的国际标准或主管国际组织所授权的”。

在国家实践中存在一种情况一些沿海国在一些礁盘之上建造了人造设施，对于这样一半是人工，一半是自然的混合岛礁，应当如何界定？如果没有建造人工设施这样的礁盘或岩礁也无法维持人类的居住或者使用。这种混合岛礁的界定问题是海洋法中的一个困境。冲之鸟礁正是这样一个例子。而在南海这样的情况也非常普遍。目前国际上对混合岛屿有三种观点。第一种认为如果人工设施大于自然形成的部分就要将其界定为人工岛屿而一旦如此界定，则连领海也不能享有。第二种观点则认为，由于这一地物本身的基础是自然的，因此无论人工设施多大都不改变这一岛礁的性质。虽然这样也不能主张专属经济区或大陆架，但可以享有领海。第三种观点认为，如果将岛礁的性质改变而形成一个岛，就可以享有专属经济区和大陆架。

笔者赞同第二种观点，因为这种观点比较客观，也不会造成恶劣后果。如果按照第一种观点来处理，原本享有的主权权力可能随着人工扩大而变为虚无，这不符合常理和国际法实践。如果按照第三种观点，会极大刺激沿海国建造人工设施争夺海洋领土，进而引发新一轮的冲突，这显然不符合海洋法公约的立法目的。

从现在的实践来看在岛礁之上建造人工设施有多种目的。例如冲之鸟的目的就是要将其变成一个岛屿。尽管大陆架界限委员会没有审议冲之鸟这部分外大陆架的申请但这并不代表

移交给美国政府。1968 年，美国政府又将小笠原群岛行政权归还日本，包括冲之鸟礁在内的小笠原群岛被放置于东京都政府的管辖之下。引自管建强：《日本“变礁为岛”严重违背海洋法公约》，载《法治》2010 年 12 月（下）总第 314 期，第 43 页。

[199]管建强：《日本“变礁为岛”严重违背海洋法公约》，载《法治》2010 年 12 月（下）总第 314 期，第 42 页。

日本放弃了以冲之鸟为基础主张的专属经济区和大陆架权利。这是国家实践中的现实。[200]公害六大自由包括建设人工岛屿的自由，但并没有更加明确的规定，有必要予以完善。就冲之鸟礁而言，其性质更接近于公海，其利用与管理应参照国际法有关公海的制度，不能由一国任意置于主权范围之下。

[200]邹克渊：《<联合国海洋法公约>实施中的新问题》，载《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 7-8 页。

“平等者之间无管辖权”相关问题的再思考[201]

［**摘要**］“平等者之间无管辖权”是国家豁免的理论基础，意为国家主权的平等导致国家之间相互没有管辖权。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 10 条根据国家从事商业交易的对象，对国家援引豁免的情形进行了分类。本文从该条条文出发，尝试论证“平等者之间无管辖权”中的“平等”应当区分情形具体看待，并在此基础上对国家能否援引豁免的判断标准问题提出改善意见。

［**关键词**］平等者之间无管辖权 国家豁免 平等 判断标准

[Abstract] *Par In Parem Non Habet Jurisdictionem* is the theoretical basis of State Immunity Theory. It means that sovereign equality leads to jurisdictional deficiency among states. According to the objects which states do commercial transaction with, article 10 of *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*classifies conditions of using state immunity. This thesis demonstrates that *equity* in this proverb should be interpret individually in specific circumstance, and on this basis it proposes suggestions on improvement for the criterion of judgement to state immunity.

[Keywords] *Par In Parem Non Habet Jurisdictionem,* State Immunity, Equity, Criterion of Judgement

“平等者之间无管辖权”这一法谚最早可追溯到公元三世纪罗马帝国元老院的决议，其本义是法务官之间和执政官之间无支配权。15 世纪以后，此法谚被英国法院援引来表示同一等级的法官之间和同一等级的法院之间相互没有统治权[202]。从 19 世纪开始，“平等者之间无管辖权”多被学者援引作为国家豁免的理论基础，意为国家主权的平等导致国家之间相互没有管辖权。但是，这里的“平等”仅指国家层面上的相互平等，并未考虑国家与自然人或法人进行活动的情形。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（以下简称《公约》）第 10 条根据国家从事商业交易的对象，对国家援引豁免的情形进行了分类：如果一国与外国自然人或法人从事商业交易，则该国不得在该商业交易引起的诉讼中援引国家豁免，反

[201]李国维，中山大学法学院在读研究生。

[202]龚韧刃：《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》（第二版），北京大学出版社，第 25 页。

之，如果一国与另一国从事商业交易，则该国可以援引国家豁免。本条规定为“平等者之间无管辖权”的解释提供了一个新的视角。

一、对《公约》第 10 条的解读

《公约》第三节“不得享有国家豁免的诉讼”规定了 8 种国家不得援引豁免的情形，其中第 10 条“商业交易”是不得援引豁免的情形之一。《公约》第 10 条第 1 款规定：“一国如与外国一自然人或法人进行一项商业交易，而根据国际私法适用的规则，有关该商业交易的争议应由另一国法院管辖，则该国不得在该商业交易引起的诉讼中援引管辖豁免。”第 2 款规定：“第一款不适用于下列情况：（一）国家之间进行的商业交易；或（二）该商业交易的当事方另有明确协议。”综合第 10 条前两款规定来看，可以得出结论：如果国家从事商业交易的对象是外国的自然人或法人，那么该国不能享有国家豁免；反之，如果国家从事商业交易的对象是另一国家，包括能够代表国家的政府机关和国有企业[203]，那么该国仍然拥有援引国家豁免的权利。

《公约》第 10 条为什么要对国家从事商业交易的对象做出区分，并相应地赋予或剥夺国家援引国家豁免的权利呢？其法理在于，当国家与外国的自然人或法人进行商业交易时，其以一般民事主体的身份出现，与外国自然人或法人的地位平等，依据“平等者之间无管辖权”，该国与外国自然人或法人之间相互没有管辖权，但是由于外国自然人或法人受到外国法院的管辖，因此该国也相应地受到外国法院的管辖。相反，当国家从事商业交易的对象是另一国家时，该国与外国的主权平等，由于“平等者之间无管辖权”，因而该国与外国之间相互没有管辖权。同样是“平等者之间无管辖权”这一法谚，为何在不同的情况下适用的效果完全不同？下文将对此问题作进一步探究。

二、对“平等者之间无管辖权”的再思考

（一）传统观点：“平等者之间无管辖权”是绝对豁免论的理论基础

绝对豁免论强调国家的主权、独立、平等和尊严绝对不可侵犯，主张国家的

[203]《公约》第 2 条第 1 款第 2 项对“国家”的概念进行了解释：“‘国家’是指：1. 国家及其政府的各种机关；2. 有权行使主权权利并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位；3. 国家机构、部门或其他实体，但须它们有权行使并且实际在行使国家的主权权力；4. 以国家代表身份行事的国家代表。”本条中有权行使并且实际在行使国家主权权力的“其他实体”应当包含能够代表国家的国有企业。

一切行为和财产不论性质如何均应享有豁免[204]。国家主权平等原则是国际法的一项基本原则，意为各个国家“作为国际社会的成员，它们在原则上是平等的，尽管它们可以有任何的差异”[205]。既然国家之间是平等的，这就直接导致这样两种结果：内国与外国相互之间享有对对方的管辖权，或者内国与外国相互之间不享有管辖权。显然现行的国际法理论排除了前一种结果，原因在于，国家主权既表现为国家对内的最高统治权，又表现为国家对外的独立权，而国家对外的独立权则要求国家不受任何别国的管辖和支配[206]。概言之，国家主权平等的基本原则产生国家之间相互享有管辖权或不享有管辖权的结果，而国家主权的对外独立性则要求国家之间相互没有管辖权。上述推演过程可简练的概括为“平等者之间无管辖权”。由于“平等者之间无管辖权”可以直接推出国家之间无管辖权的结论，因此“平等者之间无管辖权”通常被认为是绝对豁免论的理论基础。

（二）国家具有双重身份的属性

事实上，国家并不总以“国家”的身份从事活动。当一国与另一国从事相关活动时，无论从事的是商业交易行为还是非商业交易行为，该国是以国际法的主体——国家的身份出现。而如果一国与另一国的自然人或法人从事商业交易时，该国则是以平等民事主体的身份出现，此时国家的身份更倾向于“个人”。国家的身份发生变化的主要原因在于，国家管辖豁免赋予国家不得在外国法院被诉的特权，它使国家与个人在司法管辖方面处于不平等的地位。如果在国家与外国企业或私人发生经济或商业纠纷时，国家不得在外国法院被诉，有关企业或私人的合法权益就难以得到保护，这就直接违反了经济活动中主体平等的基本原则[207]。

（三）国家的双重身份属性要求“平等”应当具体看待

从字面意义上看，“平等者之间无管辖权”是指地位平等的主体之间相互没有管辖权。按此意义，根据国家的双重身份属性，当一国与另一国从事商业交易行为或非商业交易行为时，两国之间的平等地位导致两国之间相互没有管辖权，

---

[204] 周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社，2004 年版，第 202 页。
[205][英]詹宁斯·瓦茨修订：《奥本海国际法》，第一卷第一分册，中国大百科全书出版社，第 275 页。
[206] 源于国家主权理论。参见周鲠生著：《国际法大纲》，商务印书馆，2013 年版，第 29 页；邵津主编：《国际法》，北京大学出版社、高等教育出版社，2000 年版，第 36 页；梁西主编：《国际法（第二版）》，武汉大学出版社，2002 年版，第 64 页。
[207] 周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社，2004 年版，第 204 页。

即两国之间对等地享有国家豁免。当一国与外国的自然人或法人从事商业交易时，本国与外国自然人或法人的平等地位导致它们之间相互不享有管辖权，但是并不意味着本国不受外国自然人或法人所属国法院的管辖。相反，由于外国自然人或法人处于所属国领土范围内，受到所属国法院的管辖，所以本国也相应地受到外国法院的管辖，即此时本国不得援引国家豁免来逃避外国法院的管辖。

上述论证最好的法律依据就是《公约》第 10 条。《公约》第 10 条前两款把国家从事商业交易的对象进行划分，如果一国与外国的自然人或法人进行商业交易，则该国不得在该商业交易引起的诉讼中援引国家豁免；反之，如果一国与另一国进行商业交易，则该国在由该商业交易引起的诉讼中可以继续援引国家豁免。

另外需要指出的是，“一国与外国自然人或法人从事商业交易”是指一国与处于外国领土范围内的外国自然人或法人从事商业交易，并非指一国与处于本国领土范围内的外国自然人或法人从事商业交易。一国与本国领土范围内的外国自然人或法人从事的无论是商业交易还是非商业交易行为，其仅是本国的国内事务，由此引起的纠纷只会受到本国法院的管辖，并不会出现本国在外国法院被诉的情形，更加不会有本国在外国法院援引国家豁免的情况发生。

三、对限制豁免论判断标准的再思考

（一）传统观点：“主体标准”与“行为标准”相互对立且无适用顺序

在限制豁免论的范畴之内，为了判断在何种情况下国家有权援引国家豁免，主要存在“主体标准”和“行为标准”两种判断标准。“主体标准”是指根据从事相关活动的主体来判断国家是否享有援引国家豁免的权利。具体而言，如果从事相关活动的主体是国家与国家，则根据国家主权平等原则，国家与国家相互之间享有国家豁免。如果从事相关活动的主体是国家与个人，由上述论证可知，此时国家不享有国家豁免。

“行为标准”是指根据国家从事的行为来判断国家是否享有援引豁免的权利。其中，“行为标准”又分为“行为性质标准”和“行为目的标准”。“行为性质标准”是目前实行限制豁免主义立场的国家中应用最广泛的标准，是指根据国家行为的性质来区分主权行为和非主权行为。法国学者韦斯对“行为性质标准”的表述十分经典：如果诉讼所涉及的行为依其性质只有国家或以国家名义才能从事，

就是公共权利行为和政治行为，不得使其服从外国法院管辖；反之，如果国家从事了私人也能从事的行为，无论其目的如何，都是私法行为[208]。“行为目的标准”是许多发展中国家为了维护本国利益仍然坚持的标准，是指根据国家行为的目的或者动机来区分主权行为和非主权行为。根据此标准，如果国家从事某行为以公共利益为目的，则该行为被划归为主权行为而享有国家豁免；反之，如果某行为不以公共利益为目的，则被分类为非主权行为而不享有国家豁免。

对于国家豁免应当适用何种判断标准的问题，目前较多学者接受的标准是“以性质为主以目的为辅”的判断标准。我国学者郭玉军对此标准做出明确的解释：“虽然‘性质’标准为限制豁免主义提供了一个一般的标准，但并非所有的国家行为依此都能作明确的划分……如果仅依性质标准就将其认定为是主权行为或非主权行为，就显得有些粗率武断而不能令人心悦诚服，这时就需要借助目的标准来权衡，如果这个非典型性行为是以公共利益为目的，就把它识别为主权行为，否则，就把它识别为非主权行为”[209]。

显然，大多数学者仅仅讨论国家豁免应当适用“主体标准”还是“行为标准”，即把“主体标准”和“行为标准”当作完全对立的两个标准。这也是学者在国家豁免判断标准的讨论过程中存在的普遍错误。事实上，“主体标准”和“行为标准”并不能截然分开。如果仅仅以“主体标准”来判断国家行为能否享有国家豁免，则忽略了国家行为的内容这一核心要素，容易对国家与外国民事主体之间的非主权行为产生误判而剥夺国家援引豁免的权利。如果仅仅以“行为标准”来判断国家是否拥有援引豁免的权利，则容易把国与国之间的商业交易误判为非主权行为，而相应地剥夺国家援引豁免的权利。因此，“主体标准”和“行为标准”都有其适用上的合理性，应当予以综合考虑。

（二）《公约》第 10 条提供的新思路

《公约》第 10 条规定国家在与外国自然人或法人进行的商业交易所引起的诉讼中不得援引国家豁免，但是如果国家进行商业交易的对象是另一国时，则可以援引国家豁免。《公约》第 10 条对商业交易的针对对象做了重点强调，与笔者

---

[208] 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》（第二版），北京大学出版社，第 321 页。

[209]郭玉军：《论国家豁免的相对性》，载于《武大国际法评论》，2003 年第 00 期。

的想要提出的主张不谋而合：在判断国家从事某行为是否享有国家豁免的问题上，应当设置判断标准的顺位，首先适用“主体标准”，然后适用“行为标准”。

具体而言，判断国家从事的某行为是否享有国家豁免时，首先适用“主体标准”：如果国家从事某行为的针对对象是另一国时，根据“国家主权平等”的国际法基本原则，无论其行为是主权行为还是非主权行为，一律享有国家豁免。如果国家从事某行为的针对对象是另一国的自然人或法人，则接着适用“行为标准”：根据国家行为的性质或目的，如果该国家行为构成非主权行为，则相应地享有国家豁免，否则，不享有国家豁免。

在国家豁免判断标准的问题上设置判断标准的适用顺位，有其必要性和合理性。首先，根据“国家主权平等”的国际法基本原则，国与国之间的法律地位平等，这将导致无论国家之间进行何种行为，一律享有国家豁免。其次，当国家从事某行为的对象是外国自然人或法人时，如果该行为构成如商业交易等形式的非主权行为，则此时国家与外国自然人或法人处于平等地位，同样接受外国法院的管辖；如果该行为构成主权行为，则根据限制豁免的一般理论，该行为不应享有国家豁免。

四、结论

传统观点认为“平等者之间无管辖权”是绝对豁免论的理论基础。但是，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 10 条对国家援引豁免的情形进行了分类，如果一国与外国自然人或法人从事商业交易，则该国不得在该商业交易引起的诉讼中援引国家豁免，反之，如果一国与另一国从事商业交易，则该国可以援引国家豁免。根据国家具有双重身份的属性，只要对“平等”的情况具体看待，“平等者之间无管辖权”也能为限制豁免论提供合理的解释。

在判断国家是否有权援引豁免的标准上，传统观点认为，“主体标准”和“行为标准”之间相互对立且无先后适用顺序。由于“主体标准”和“行为标准”都有其适用的合理性，因此判断国家是否有权援引豁免时，两种标准应当同时考虑。具体而言，在判断国家从事的某行为是否享有国家豁免时，应当首先适用“主体标准”，然后适用“行为标准”。

后冷战国际法律秩序中的国际刑法[210]

International Criminal Justice v. International Legal Order in Post-Cold War Era

盛红生[211]

［内容提要］冷战结束后，沉寂了近半个世纪的国际刑法异军突起，发展迅速，引起了国际社会的普遍关注。毋庸置疑，国际刑法的复苏与勃兴在减少“有罪不罚”和促进保护人权等方面产生了重要的积极作用。但是，在国际社会中一般都是由“强势力量”主导引领着国际秩序发展和变化的方向，而国际政治力量对比中存在的“非对称性”状态又导致国际刑法中出现了严重的“国际司法干涉”和“选择性司法”现象，从实质上妨碍了构建公正、平等和合理的后冷战时期国际法律秩序的努力。过度扩张的国际刑法在一定程度上侵蚀了国家主权和司法独立，甚至在国家集团之间造成“撕裂”和对立。与此同时，国际刑法也进一步加剧了国际法本已存在的不成体系的缺陷，国际刑法与国际法其他部门之间由于冲突而形成的强大张力则在很大程度上削弱了国际法作为一个整体调整国际关系的作用。

［关键词］国际刑法；国际刑事法院；国内法；普遍管辖权；国际法律秩序

[Abstract] When the Cold War came to its end in early 90’s last century, after “dormancy” for half a century, international criminal justice has undergone a prompt emergence and rapid development， and become a widespread concern by international community. It goes without saying that the recovery and booming of international criminal law has imposed a significant positive effect by reducing "impunity" and promoting human rights protection. In international community in general, however, it is always the "powerful group" dominates and leads the direction and development of the international order. Nevertheless, "asymmetry" in international politics led to grave "international judicial intervention" and “"selective justice" which in return have impeded pursuit for a just, equitable and rational international legal order after Cold War. On the hand, excessive expansion of international criminal law, to some extent, constituted an erosion of State sovereignty and judicial independence, and furthermore caused "tearing" and confrontation between groups of States. Moreover, international criminal law has further exacerbated fragmentation of international law, and conducive effects of international law as a whole for regulating international relations have been affected by the tension between international criminal law and some other departments of international law.

Key Words: International Criminal Law; International Criminal Court; Municipal Law; Universal Jurisdiction; International Legal Order

上个世纪 90 年代初冷战结束后，国际刑法从“冬眠”中苏醒，进入了快速发展的阶段，并对后冷战国际法律秩序的演变产生了极为深远的影响。作为当前全球治理的重大尝试，国际刑法在加强保护人权和推动国际法治建设方面产生了重要的积极作用，但是不可否认的是国际刑法的过度发展也产生了一定的消极后果。全面回顾最近 20 年来国际刑法理论的变化，

[210]本文系上海政法学院项目《上海合作组织联合反恐法律问题研究》（13NDJC031YB）的阶段性成果。
[211]上海政法学院教授、“中国-上海合作组织国际司法交流合作培训基地”上海合作组织研究院研究员。

从国际刑事司法机构的实践出发对这些影响进行系统评估，显然十分必要。

近年来，国内学者对国际法律秩序和国际刑法进行了较为系统的研究，比较有代表性的著述主要包括梁西：《世界情势与国际法律秩序的危机》（2004）、王翰：《和谐世界构建与当代的国际法律秩序——我国外交实践中的若干国际法问题》（2010）、冯玉军：《全球法律秩序面临的新问题及其挑战》（2012）、李寿平：《"保护的责任"与现代国际法律秩序》、李杰豪：《论中国和平发展与国际法律秩序的交互影响》（2008）和宋杰：《国际关系中的司法干涉》（2011）等。

国外学者研究国际法律秩序和国际刑法的专著主要有辛普森：《大国与法外国家——国际法律秩序中不平等的主权》（2008）、托姆查等主编：《国际法律秩序的基本规则》（2006）、考克勒：《全球正义还是全球报复？》（2003）和韦勒：《国际刑法学原理》（2005）等；论文则包括 A. Gattini, The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law? *Leiden Journal of International Law,* No.1, 2011;N.Croquet, The International Criminal Court and the Treatment of Defense Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence *Human Rights Law Review*, No.1, 2011;P.McAuliffe, UN Peace-building, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions *Netherlands International Law Review,* No.1,2011;Y.Shany, No Longer a Weak Department of Power? Reflections of the Emergency of a New International Judiciary *European Journal of International Law*,No.1,2009 和 D.French, Global Justice and the (Ir)relevance of Indeterminacy *Chinese Journal of International Law*, No.3,2009 等。相比之下，国外学者的研究比较深入和全面，有些学者的观点还非常深刻独到。但是，他们更多地是将其国内法理论和实践向国际法领域"推介"，甚至主张存在"国际宪法"，忽视了国际社会结构自身的特点和国际法本身的弱点。这种研究思路和方法在一定程度上影响了其学术观点的客观性和可信度。

一、国际刑法的发展对后冷战国际法律秩序产生了重要的多重影响

（一）国际刑法对后冷战国际法律秩序施加的积极影响

回顾最近 20 多年来国际刑法的发展过程，我们不难发现，作为当前全球治理的重大尝试，国际刑法在加强保护人权和推动国际法治建设方面至少产生了以下几个方面的积极影响。

第一，通过惩治犯罪行为，国际刑法在一定程度上减少了"有罪不罚"(impunity)现象。国际刑法起到了震慑潜在的犯罪和严重侵犯人权行为的作用，为国际人权法和国际人道法

实施提供了强有力的支持与保障。1998 年 10 月 16 日，智利前总统、终身参议员皮诺切特在伦敦治病期间被拘留。西班牙方面以皮诺切特在执政期间在智利迫害甚至杀害西班牙公民，犯有酷刑罪、灭绝种族罪和劫持人质罪为由，要求英国将皮诺切特引渡到西班牙受审。另外，提出引渡皮诺切特要求的还有瑞士、德国、比利时、法国和美国等国。智利政府对英国警方拘捕享有外交豁免权的皮诺切特提出抗议，反对将皮诺切特引渡到西班牙。智利主张如果皮诺切特一案处理不当，英国和智利之间的关系将会受到影响。在近两年的时间里，此案一波三折，多次反复，最终时任英国内政大臣的斯特劳以“皮诺切特年事已高、不适合接受审判”为由驳回了有关国家引渡皮诺切特的请求，决定将皮诺切特遣返智利而不是引渡到西班牙接受反人类罪的审判。皮诺切特虽然没有被引渡和审判，但是皮诺切特一案对国际刑法以至于整个国际法的影响可谓极为深远，有西方学者甚至将皮诺切特案视为“有罪不罚”状态已经“终结”的标志性事件。以皮诺切特案为教训和警醒，现在的国家军政领导人在决策时，特别是决定使用武力时都会将是否违反国际人道法和国际人权法加以考量。近年来国际刑法的发展速度明显加快，针对这种局面，有意大利学者认为，关于国际刑事各种责任方式的原则已得到很大发展，各种罪行的定义也得到逐步发展。例如危害人类罪目前明确包括“广泛或系统地袭击平民人口”这一要件（《国际刑事法院规约》第七条）。《国际刑事法院规约》载有新增的四种应予惩罚的危害人类罪行为：酷刑、性犯罪、强迫失踪和种族隔离罪。[212]尼泊尔在 1996 到 2006 年的内战期间出现了大量严重侵犯人权行为，内战期间至少有 13000 多人被杀害，此外还有 1300 多人失踪。为了调查十年内战期间的侵犯人权行为，尼泊尔政府在 2013 年 3 月通过了一项法令，组建了一个“真相与和解委员会”，但这项法令规定委员会有权赦免严重侵犯人权行为。这种做法遭到了受害者团体和人权活动家的反对。为回应他们发起的法律程序，尼泊尔最高法院于 2014 年 1 月 2 日作出裁决，明确规定不可以赦免十年内战期间犯下的严重侵犯人权行为。联合国人权高级专员皮莱对此表示欢迎。[213]

第二，国际刑法正在不断影响国内法，并形成两者之间的双向互动。在对待国际刑法的立场和态度上，以往各国都是借助加入条约或者发表声明表示接受国际刑法的原则，但是很少有通过国内立法的方式将其通过参加国际刑法条约承担的具体义务在国内法规定下来。然而，冷战结束后这种局面发生了很大变化，国际刑法异军突起并在国际政治中发挥了非常明显的作用。在这个大背景下，有些国家甚至通过专门立法，规定了和国际刑事法院的关系，

[212] 参见[意]安东尼奥·卡塞塞：《<纽伦堡法庭宪章>所确认的国际法原则》，载“联合国国际法视听图书馆”（United Nations Audiovisual Library of International Law）中文网页，<http://www.un.org/law/avl>，2013 年 12 月 21 日访问。

[213]联合国新闻网 2014 年 1 月 6 日新闻：《尼泊尔最高法院不允许对严重罪行适用特赦 人权高专表示欢迎》，<http://www.un.org/chinese/News/story.asp?newsID=21119>，2014 年 1 月 9 日访问。

有的国家就通过制定或者修改国内法，将国际刑事法院管辖的四种“核心罪行”和其他严重违反国际人道法的行为规定为国内法上的犯罪，并将普遍管辖权作为与国际刑事法院等国际刑事司法机构进行合作的法律基础。日本制定了《对严重破坏国际人道法行为的处罚法》，[214]《（德国）违反国际法的犯罪法典》第一条“适用范围”规定：“本法适用于所有违反本法指明的刑事犯罪和在其中指明的重罪，即使这种重罪是在国外实施的，并且与德国没有关系”。[215]以往国家对某种犯罪行为实施管辖必须首先具备四种条件之一，包括属人管辖、属地管辖、保护性管辖和所谓普遍管辖，而德国国内法上“并且与德国没有关系”的这种规定，无疑是对国际法的重大突破，值得我们密切关注。

第三，在更加广阔的范围内，国际刑法极大地促进了实现国际法治的进程。从积极方面来看，国际刑法可以通过司法审判惩治被告人和安抚被害人，借助于过渡司法等路径实现正义并在冲突对立各方之间重新建立谅解和信任，通过在战后进行司法审判实现正义也可以在一定程度上威慑潜在的犯罪并“摄止”新的战争爆发。因此，国际刑法将引领后冷战国际法律秩序的构建或者说重构，在这个过程中发挥无法替代的作用。[216]

2004 年 8 月 23 日，时任联合国秘书长的科菲·安南在联合国安全理事会所做的《关于冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法的报告》指出：“对联合国而言，法治概念指的是这样一个治理原则：所有人、机构和实体，无论属于公营部门还是私营部门，包括国家本身，都对公开发布、平等实施和独立裁断，并与国际人权规范和标准保持一致的法律负责。这个概念还要求采取措施来保证遵守以下原则：法律至高无上、法律面前人人平等、对法律负责、公正适用法律、三权分立、参与性决策、法律上的可靠性、避免任意性以及程序和法律透明。”[217]通过惩治被告人和救济被害人，国际法得以实施，其调整国际社会关系的功能得以发挥，而国际社会向法治状态的努力都会取得点滴进步。换言之，如果国际刑法缺位，要实现国际法治显然是不可想象的。

（二）国际刑法给后冷战国际法律秩序带来的消极影响

然而，不可否认的是，国际刑法对国际法律秩序的影响是多重的，因此在充分肯定国际刑法的积极作用的同时也必须清醒认识到其负面影响。在国际刑法对国际法律秩序的消极影响方面，主要包括以下几个方面。

---

214 《国際人道法の重大な違反行為の処罰に関する法律案》。

215 参见[德]格哈德·韦勒：《国际刑法学原理》，王世洲译，商务印书馆 2009 年版，第 498-506 页。

216 International court chiefs brief UN Assembly on progress, challenges, UN News Centre, October 31,2013,<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=46389&Cr=international&Cr1=court#.UnbDnY2BTn4>.

217 See *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies——Report of the Secretary-General*, 23 August 2004, United Nations (S/2004/616), p.4.

第一，国际刑事司法机构强行介入国内管辖事务，对国家司法主权造成了销蚀，引起有关当事国的强烈反弹。2008 年 7 月 14 日，国际刑事法院检察官路易斯·莫雷诺－奥坎波指控苏丹在任总统巴希尔在苏丹达尔富尔地区犯有战争罪行，并请求法庭向巴希尔发出逮捕令。莫雷诺－奥坎波当天向国际刑事法院的一个预审分庭提交了相关证据，指控巴希尔在达尔富尔地区犯下了种族灭绝罪、反人类罪和战争罪等 10 项罪行。苏丹政府一直以“本国不是建立国际刑事法院的《罗马规约》的缔约国”为由，对逮捕令予以拒绝。逮捕令发出后，联合国秘书长表示对苏丹总统巴希尔被起诉感到“非常担心”，称这将给在苏丹的维持和平行动和政治进程带来极为严重的后果。此外，非洲联盟、阿拉伯国家联盟和伊斯兰大会也对奥坎波的言论表示担忧。2010 年 7 月 12 日，国际刑事法院第一预审分庭又向现任苏丹总统巴希尔发出第二份逮捕令，认为有合理理由相信其应当对苏丹南部达尔富尔地区的富尔人、马萨里特人和扎哈瓦人等少数民族实施的灭绝种族罪承担责任，这些灭绝种族罪行包括杀害、造成严重身体或精神伤害以及故意破坏他们的生活以致摧毁他们。2013 年 7 月 15 日，国际刑事法院（ICC）第二预审分庭要求尼日利亚联邦共和国在苏丹总统巴希尔访问首都阿布贾时将其逮捕，并送交国际刑事法院。奥马尔·阿·巴希尔面临着据称发生在苏丹达尔富尔的战争罪，危害人类罪和灭绝种族罪。预审分庭强调尼日利亚自 2001 年起就是《罗马规约》的缔约国，因此，有义务执行法院的命令。法庭同时指出，发生在达尔富尔的情势是由联合国安理会第 1593 号决议提交法院的，而根据《罗马规约》第 87 条第 7 款的规定，“如果缔约国未按本规约的规定行事,不执行本法院的合作请求,致使本法院无法行使本规约规定的职能和权力,本法院可以在认定存在这一情况后将此事项提交缔约国大会,或在有关情势系由安全理事会提交本法院的情况下，提交安全理事会。”法庭要求书记官立即将这一决定送交尼日利亚政府，并向法庭提交一份关于巴希尔访问尼日利亚相关情况的报告。[218]2014 年 4 月 9 日，国际刑事法院第二预审分庭知会联合国安全理事会和《罗马国际刑事法院规约》缔约国大会，称“刚果民主共和国未能与国际刑事法院合作，将 2014 年 2 月 26-27 日对刚果民主共和国进行访问的苏丹总统巴希尔逮捕并移送国际刑事法院”。[219]

第二，国际刑法原则规则逾越国际法一般原则，与其他部门法之间相冲突产生的巨大张力进一步加重了国际法“碎片化”的缺陷。2000年4月11日，比利时布鲁塞尔初审法院法

---

[218] Pre-Trial Chamber II requests Nigeria to immediately arrest Omar Al Bashir,< http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr932.aspx>,2013 年 12 月 28 日访问。

[219] International Criminal Court, Press Release,<http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr994.aspx>,2014 年 4 月 11 日访问。

官对时任刚果民主共和国的外交部长阿布杜拉耶·耶罗迪亚·恩多贝西发出“缺席国际逮捕令”（an international arrest *in absentia*），指控他作为主犯或共犯，犯有严重违反《1949 年日内瓦四公约》及其《附加议定书》的罪行，并犯有危害人类罪。逮捕令通过国际刑警组织在国际上散发。比利时主张根据经1999年2月19日《关于惩治严重违反国际人道主义法的行为》的法律修正的、1993年6月16日《关于惩治严重违反1949年8月12日日内瓦国际公约及其1977年6月8日的第一和第二附加议定书的行为》的法律，对叶罗迪亚先生所指控的罪行应在比利时受到处罚。2000年10月17日，刚果民主共和国向国际法院书记处提起诉讼，请求法院“宣布比利时王国应当撤销2000年4月11日国际逮捕令”。2002 年2 月14 日，国际法院就“2000年4月11日逮捕令”一案作出判决。法院以13票对3票判定：对阿布杜拉耶·耶罗迪亚·恩多贝西先生发布的署期为2000年4月11日的逮捕令以及逮捕令在国际上的散发，构成比利时王国违反了对刚果民主共和国的法律义务，因为它们未能尊重刚果民主共和国现任外交部长依国际法享有的刑事管辖豁免权和不可侵犯性。

第三，国际刑事司法中存在比较严重的“选择性司法”现象在一定程度上消解了国际刑法的正当性，妨碍各国在如何构建国际法律秩序问题上达成共识。受国际政治因素制约，国际刑法从产生之时处于政治因素的限制掣肘之中，生存空间颇为有限。在国际刑事司法实践中一直存在着严重的“选择性司法”，具体形式包括但并不仅限于国际刑事司法机构对“当事国”的选择、对“属事”的选择、对“属人”的选择、对“证人”的选择和对“罪名”及“属时”的选择，等等。2013 年 10 月 31 日，国际刑事法院院长宋现相法官在向联合国大会作工作汇报时称，目前国际刑事法院处理的 9 项“情势”（Situations）所涉及的 8 个国家全部来自非洲，包括乌干达、刚果民主共和国、中非共和国、马里、肯尼亚、科特迪瓦、苏丹达尔富尔地区和利比亚。[220]在 2013 年 10 月 21-22 日于北京举行的“中非智库论坛第三届会议”上，就有非洲国家代表在大会上发言，直言不讳地质疑国际刑事法院为何仅仅管辖涉及非洲国家的案件。毋庸讳言，“选择性司法”和“国际司法干预”等消极现象长期存在严重消解了后冷战时期国际法律秩序的正当性，因为它经不起更高层面国际政治伦理的拷问。如果无法做到所有国家和每个人在法律面前都一律平等，法律对同样的案件同一适用，那么这种国际法律秩序的正当性是大可质疑的。

---

[220] International court chiefs brief UN Assembly on progress, challenges,UN News Centre, October 31,2013,<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=46389&Cr=international&Cr1=court#.UnbDnY2BTn4>.

二、国际刑法影响后冷战国际法律秩序的几个特点

建立特设国际刑事司法机构的宗旨在于追究发生在特定国家或者地区的严重侵犯人权和严重违反国际人道法的行为，这些当事国主要为小国（如南斯拉夫）或者弱国（如卢旺达），不涉及大国利益，因此相对而言障碍较少，阻力较小。但在建立常设性国际刑事法院这一重大问题上，就遇到了来自某些大国一定程度的阻力。

如果说国际法律秩序是在国际社会中由不同领域里的法律原则规则及其遵守和执行所形成的一种有序状态，那么涉及世界和平与国际安全领域里的国际刑法在国际法律秩序形成中具有突出的重要地位。有学者认为，“世界的政治法律秩序集中体现于联合国的集体安全体制”，[221]而国际刑法就发端于战争。从实质上看，国际刑法的范围在缩小，现在仅限于通过国际刑事司法机构和国际合作惩治与战争有关的犯罪行为。2013 年 10 月 31 日，国际刑事法院院长宋现相法官在向联合国大会作工作汇报时称，在未来的五年间，现有的许多国际刑事法院或者法庭将停止运作，而国际刑事法院在促进和平、安全和防止大规模暴行方面的作用将进一步加强。

另一方面，从进入二十一世纪的十年左右国际关系的发展来观察，受国际刑法强势“外溢”的影响，在“人权本位”理念主导下，国际刑法的作用日益凸显，在后冷战国际法律秩序重构的过程中，已经出现了以下几种较为明显的趋势，值得我们密切关注。

第一，国际刑法使国际法“硬法化”或者说“刚性化”，出现了从“弱法”逐步向“强法”转变的势头，其结果是国际刑法加强了国际法的实效，在一定程度上改变了国际法的“弱法性”，并促使国际法体系不断丰富和完善。以往学者批评国际法是“弱法”，主要是因为在法律规范的逻辑结构中，国际法只有“假定”和“处理”两个部分，缺乏“制裁”。国际刑法的介入使这种状况发生了重大变化。

第二，国际刑法穿透国家主权的坚硬“铠甲”直接为个人创设权利与义务，个人刑事责任制度进一步确立，使严重侵犯人权的行为受到了限制和制裁。有意大利学者认为，“个人在国际层面承担刑事责任原则现已成为公认的国际刑法原则，而这一原则在当时标志着只有国家拥有权利和义务（即拥有国际法上的法律人格）的陈旧理论已不复存在”。[222]联合国前秘书长安南曾经指出，“十五年以前，任何领导人都不用担心会受到国际刑事起诉，今天，

---

[221] 李罗胜：《论大国的崛起对国际法律秩序的影响》，《知识经济》2008 年第 10 期，第 61 页。

[222] [意]安东尼奥·卡塞塞：《<纽伦堡法庭宪章>所确认的国际法原则》，载“联合国国际法视听图书馆”（United Nations Audiovisual Library of International Law）中文网页，<http://www.un.org/law/avl>，2013 年 12 月 21 日访问。

任何领导人都没把握可逃避罪责。这是在十分短暂的人类历史期间内取得的令人惊讶的进展”。[223]2011 年 10 月 3 日，国际刑事法院第三预审分庭批准了检察官办公室 2011 年 6 月提出的请求，对科特迪瓦总统大选后发生的所指战争罪和危害人类罪展开调查。检察官办公室当天发表声明表示，将秉持公正和独立性，开始案件的证据收集等调查工作，为受害者伸张正义，以防止今后侵权事件的发生。科特迪瓦前总统巴博在 2010 年 11 月底的第二轮总统选举中失败后，拒绝下台，导致该国陷入动荡和冲突长达四个多月，直到 2011 年 4 月初效忠巴博的军队被支持当选总统瓦塔拉的部队击败，巴博本人也遭到逮捕，这场危机才宣告结束。据检察官办公室初步调查显示，这次危机共导致至少 3000 人丧生，72 人失踪，520 人遭到任意逮捕和拘禁，此外还报告有 100 多起强奸案。2011 年 6 月，应科特迪瓦总统瓦塔拉的要求，奥坎波向法院法官提出请求，要求法院授权对科特迪瓦选举后危机期间被指侵权行为进行调查。科特迪瓦不是《罗马规约》的缔约国。这将是首例非国际刑事法院《罗马规约》缔约国主动接受该法院司法管辖的案例，也是国际刑事法院在非洲大陆开展的第 7 项调查。另一方面，马里情势是由马里于 2012 年 7 月 13 日自我主动向国际刑事法院提交的，主要涉及 2012 年初发生在马里北部的叛乱问题，特别是其间发生在马里境内的严重违反国际人道法的行为。国际刑事法院检察官办公室从 2013 年 1 月 16 日起开始对马里情势进行调查。马里情势被指定交由国际刑事法庭第二初审庭审理。[224]

第三，大量国际刑法原则成为国际习惯法，而且某些国际刑法原则甚至有向“强行法”发展的势头。联合国黎巴嫩特别法庭前庭长、意大利籍大法官卡塞西教授指出，“在‘*Eichman*’一案[225]中，以色列最高法院主张，大会第九十五（一）号决议证明，纽伦堡原则构成国际习惯法的组成部分”。[226]卡塞西大法官还主张，鉴于所有国家以及国际性法院和法庭均普遍承认“被告人获得公平审判”这一权利极为重要，而且不允许国家、国内和国际性法院克减或偏离这一权利，该权利获得了国际强行法的地位。[227]

---

[223] 2005 年 8 月 5 日联合国大会第六十届会议《秘书长关于联合国工作的报告》，大会，正式记录，第六十届会议，补编第 1 号（A/60/1），“第四章：国际法律秩序与人权”，第 39 页，<http://www.un.org/chinese/ga/60/docs/1/ch4.htm#4>.2013 年 11 月 27 日访问。

[224] International Criminal Court, Situations and Cases.<http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx>, 2014 年 4 月 12 日访问。

[225] *Attorney General of Israel v. Eichman*, Supreme Court of Israel (1962) 36 ILR 277.

[226] [意]安东尼奥·卡塞塞：《<纽伦堡法庭宪章>所确认的国际法原则》，载“联合国国际法视听图书馆”（United Nations Audiovisual Library of International Law）< http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_c.pdf>，2013 年 12 月 21 日访问。

227 [意]安东尼奥·卡塞塞：《<纽伦堡法庭宪章>所确认的国际法原则》，载“联合国国际法视听图书馆”（United Nations Audiovisual Library of International Law）< http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_c.pdf>，2013 年 12 月 21 日访问。

第四，国际刑法注重从全方位保护人权，在保护被害人和保护被告人之间尽量保持平衡。在国际人权法的作用下，今天的国际刑法在维护被害人和被告人权利之间尽量保持平衡。关于这一点，卡塞西法官指出，“《前南问题国际法庭规约》第二十一条、《卢旺达问题国际法庭规约》第二十条和《国际刑事法院规约》第六十七条规定了获得公平审判的权利”。[228]这个现象可视为国际人权法通过国际刑法对国际法律秩序施加影响的结果。2013 年 10 月 25 日，国际刑事法院上诉分庭第一次对《罗马规约》第 63 条第一款做出解释，法庭认为如果被告人明确表示放弃庭审时到场的权利，那么法院可以进行缺席审判。同时，上诉分庭认为，审判分庭基于《罗马规约》第 63 条第一款“审判时被告人应当在场”的规定，享有自行判断的权力。但该项权力是有限制的，而且在行使该项权力时应当慎重。[229]

第五，国际刑法涉及各国重大利益，而各国之间在国际刑法问题上的分歧在某种程度上导致了国际社会的对立和分裂。2014 年 5 月 22 日，联合国安理会就将叙利亚问题提交国际刑事法院的有关决议草案举行投票，俄罗斯和中国投否决票，草案未获通过。这份由法国起草的决议草案谴责叙利亚当局及反政府武装践踏人权、违反国际人道主义法的行为，要求将叙利亚 2011 年 3 月爆发冲突后的局势提交国际刑事法院检察官审理。这是叙利亚内战爆发后，有关叙利亚问题的决议草案第四次在安理会被否决。2015 年 1 月，巴勒斯坦政府加入《国际刑事法院罗马规约》，成为国际刑事法院规约当事国，国际刑事法院对其提出的调查请求有司法管辖权。以色列总理内塔尼亚胡曾多次呼吁国际刑事法院拒绝巴方加入申请，并表示将保护以军官兵免于遭到国际刑事法院起诉。国际刑事法院 2015 年 1 月 16 日发表公告称，将应巴勒斯坦要求启动对以色列可能存在的“战争罪行”的初步调查。以色列总理内塔尼亚胡 2015 年 1 月 17 日发表声明，称根据国际法和国际条约，“巴勒斯坦人根本没有国家”，巴勒斯坦人只能通过与以色列直接谈判来实现建国目标，而国际刑事法院却不顾这一事实，违反了自己制定的“不是国家就没有身份，也就不能立案”的原则，这是“荒谬的”。各国在国际刑法问题上的分歧和对立呈现出分散式分布状态，在某些问题上一致，而在另外一些问题上对立，其结果是国际社会被国际刑法分裂成若干国家集团。从国际司法机构的国际刑法理论与实践入手系统分析国际刑法的演变过程，特别是借助于实证分析的方法剖析各

---

[228] [意]安东尼奥·卡塞塞：《<纽伦堡法庭宪章>所确认的国际法原则》，载“联合国国际法视听图书馆”（United Nations Audiovisual Library of International Law）< http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_c.pdf>，2013 年 12 月 21 日访问。

[229] “国际刑事法院”2013 年 10 月 25 日新闻： Ruto and Sang case: ICC Appeals Chamber sets criteria for the absence of an accused from trial,<http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr956.aspx>2014 年 1 月 8 日访问。

国对国际刑法的不同立场、观点及其产生原因（例如美国、俄罗斯、中国和以色列在是否参加国际刑事法院问题上的态度），就会看到国际刑法影响后冷战时期“人权导向”国际法律秩序生成的模式和特点。

三、应冷静审慎地因应国际刑法快速发展的势头

受国际刑法的强力推动，后冷战时期国际法律秩序重构过程中已经出现从“同意本位”模式向“制裁导向”模式过渡的端倪。从维护国家主权和促进国际法治等价值追求的角度确立立场并提出对策无疑将具有十分重要的理论价值和实践意义。

第一，在“普遍管辖权”问题上仍应持谨慎的保留态度，不宜推动太快，因为它与实在国际法尚有一定距离。国际法院 2002 年就“逮捕令案”所作的判决表明，按照目前的国际法，各国均有权对公海上发生的海盗行为行使普遍管辖权，但是除此之外各国对其他情形下是否可行使普遍管辖权存在明显分歧和争议，目前还没有形成普遍接受的习惯国际法规则。值得注意的是，前些年特别积极地推动扩大“普遍管辖权”适用范围的一些国家（例如比利时和西班牙）的立场也都有所后退，在“普遍管辖权”问题出现了倾向于更加保守和审慎的变化。2009 年 10 月 15 日，西班牙议会批准一项法令，决定缩小跨国起诉范围，规定只有被害人是西班牙本国居民或者被通缉的罪犯处于西班牙境内时，西班牙法官才能对行为人进行起诉。比利时于 2003 年 4 月修改法律，限制了普遍管辖原则在比利时的适用。新法规定，如果犯罪行为没有发生在比利时境内，或者被指控的犯罪者不是比利时公民或不在比利时领土上，或者被害人不是比利时公民或没有在比利时居住至少 3 年，则须由比利时的联邦检察官加以“斟酌”决定是否起诉。[230]坦桑尼亚联合共和国常驻联合国代表致函（A/63/237/Rev.1），请求在联合国大会第 63 届会议议程上增列一个题为“普遍管辖权原则的范围和适用”的项目。第 63 届联合国大会于 2009 年 9 月 14 日通过了第 63//568 号决议，首次将“普遍管辖权”问题列入联合国大会议程。10 月，在第 64 届联合国大会法律委员会框架下，各国就普遍管辖权的含义、法律地位（在国际法中是否已经确定）、范围和适用条件以及其与主权豁免的关系等问题展开激烈辩论，无法达成一致意见，最终仅通过简短的程序性决议，请秘书长就“普遍管辖权的范围和适用”进一步征求各国意见和信息，在此基础上撰写报告向下届联合国大会提交。[231]然而，“普遍管辖权原则的范围和适用”仍然保留在 2013 年第 68 届联

[230] 参见王秀梅：《冲突与限制——论普遍管辖豁免》，《盐城师范学院学报》（人文社会科学版）2008 年第 4 期。

[231] 参见胡斌：《普遍管辖权和主权豁免的国际争议及中国的立场》，《中国在变动的国际法律秩序中的角色——中国国际法学会 2010 年学术年会论文资料汇编》，中国国际法学会 2010 年 7 月印行，第 138 页。

合国大会的议程单上。[232]在这个问题上，中方的观点是：引渡或起诉的义务仍是基于具体条约的义务，没有普遍的国际实践和法律确信证明其已经形成一项习惯国际法规则。起诉或引渡的义务与普遍管辖权没有必然联系。[233]

第二，应当避免过分夸大国际刑法的功能，充分发挥“过渡司法”对于建设“积极和平”和化解民族种族冲突的重要作用。冲突之后如何使国家恢复到战前状态，是构建正常国际法律秩序的一大挑战。很多国家在武装冲突结束后，都面临紧迫的一系列任务，包括恢复社会秩序、恢复军警制度、恢复司法系统、追究个人刑事责任、惩治战争犯罪、追究领导人政治道义责任、对被害人进行救济、使权利得以回复、实现正义。在这个过程中，通过国际和国内两个层面进行刑事审判是重要的环节。然而，近几十年的实践表明，以往那种重在惩治和“冤冤相报”的模式存在不少缺陷，在冲突结束后的国家启动过渡司法机制，成立“真相与和解委员会”或者“真相委员会”或许更能够起到弥补和强化刑法调整社会关系的作用和效力，有助于营造良好的国内社会和解氛围。正如有的外国学者指出的那样，加害者“缄默就是言说”（silence is speech），这至少表明加害者不愿反思在以往的武装冲突和国内暴乱中所犯下的罪错和缺乏承担责任的勇气。从被害人角度来看，设立真相与和解委员会的宗旨和指导思想是“了解真相不在于报复而意在与给予宽恕”，它拓展甚至超越了刑法的惩治、威慑和救济功能，其目的是在加害者和被害人之间实现真正的谅解与和解，在人际、族际、地区乃至国际层面实现和平，构建安全，从而防止冲突再次爆发并实现相对持久的和平与安全。

第三，应当倡导国际社会各国在接受采纳国际刑法合理内核的前提下作出努力来消解其过分超前于国际社会关系现实的负面作用，尤其是应该妥善解决国际刑法与现行国际法其他部门法之间的冲突和龃龉。从目前国际社会的现实来看，通过国际条约来解决这个问题似乎比较困难，比较可行的仍是通过国际司法判决或者国际法院的咨询意见来处理。针对是否可以起诉国家官员的争议，中国代表在联合国大会上指出：正如国际法院在“逮捕令案”中所提，可通过本国起诉、放弃豁免、卸任后起诉、国际刑事司法机构起诉等措施，在遵循豁免规则的前提下追究官员的刑事责任，因此豁免与有罪不罚没有必然联系。另外，当前国际社会虽将种族灭绝、种族清洗、危害人类罪等确定为严重国际罪行，但没有形成排除官员

[232]联合国大会“大会第六十八届议程”（A/68/251），联合国大会主页，<http://www.un.org/zh/ga/68/agenda/index.shtml>2013 年 11 月 24 日访问。

[233]参见外交部网站：《中国代表在第 69 届联大六委关于“国际法委员会第 66 届会议工作报告”议题的发言》，<http://www.fmprc.gov.cn/ce/ceun/chn/lhghywj/fyywj/2014/t1207043.htm> 2015 年 1 月 22 日访问。

享有豁免的习惯国际法规则。[234]

第四，各国应当拿出切实措施，尽力减少国际刑事司法中的“选择性司法”现象，以增强国际法律秩序的正当性。正如有的学者指出的那样，“在人定法无法再从‘一种更高的法中获得自身的正当性’的今天，严格区分合法性与正当性至关重要”。[235]

四、结论

国际社会是多元的，因而法律思想也应该或者至少可以是多元的。然而正如英国学者指出的那样，“反多元主义的思想决定着‘法外国家’的存在。这种思想是根据主权国家的国内特性进行分类。国内特性包括宗教、政治、道德或法治等。最早期的标准是采取‘基督教’的标准，把非基督教国家视为‘法外国家’。到了 19 世纪中后期则采用‘文明’的标准，把不文明的国家视为‘法外国家’”。[236]欧洲国家一向以废除死刑来标榜自己在人权保护方面领先于世界其他地区国家。但是对死刑的态度涉及较为复杂的刑法哲学问题，如“刑法的功能”和“刑罚的目的”和“刑法的价值取向”，等等，恐怕不能简单地归纳出“保留死刑就证明人权保护不够充分”的结论。然而，令人担忧的是，国际社会已经出现了这样一种现象，即以“文明”、“人权”、“法治”和“民主”等标准，甚至是以是否参加国际刑事法院为分野，人为地将国际社会分割成相互对立的国家或者国家集团。从本质上讲，世界是多元的，价值是多元的，法律理念也可以是多元的，这个所谓“欧洲标准”恐怕已经到了必须改变的时候了，否则实现全球治理和国际法治状态的理想仍将遥遥无期。

---

[234]外交部网站：《中国代表徐宏在第 69 届联大六委关于“国际法委员会第 66 届会议工作报告”议题的发言》，<http://www.fmprc.gov.cn/ce/ceun/chn/lhghywj/fyywj/2014/t1207043.htm> 2015 年 1 月 22 日访问。

[235]周濂：《正当性与合法性之辩》，《读书》2014 年第 5 期。

[236] [澳]杰里·辛普森：《大国与法外国家:国际法律秩序中不平等的主权》，朱利江译，北京大学出版社 2008 年版，译者序，第 2 页。

《联合国海洋法公约》视角下海洋遗传资源的管理

胡长顺[237]

【摘要】近年来，国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源受到国际社会越来越多的关注。海洋遗传资源通常是指源自深海底生物群落的具有实际或潜在价值的遗传材料。科学探究表明，“公海”和“区域”中均存在此类资源。由于不同海域的法律制度并不相同，因此，区分“公海”和“区域”中的海洋遗传资源显得尤为重要。《联合国海洋法公约》被视为调整所有海洋活动的法律框架，然而，“区域”海洋遗传资源的开发制度却存在法律空白。为填补该法律空白，发达国家和发展中国家从不同的国家利益出发，分别主张以“公海自由原则”和“人类共同继承遗产原则”作为管理“区域”海洋遗传资源的法律原则。管理原则的确立将有助于“区域”海洋遗传资源具体开发制度的设计。

【关键词】海洋遗传资源　人类共同继承遗产　公海自由　《联合国海洋法公约》

虽然深海底（Deep seabed）的生存环境极其恶劣（酷寒、无光、高压），但深海底并不是荒漠。深海底的热液喷口（Hydrothermal vents）、海隆(Seamounts)、冷水和深水珊瑚(Cold and Deep water corals)是一些独特生物群落的栖息地。值得注意的是，生活在深海底的这些生物群落往往有一些特殊的遗传特性。这些生物群落在极端条件下的生存能力使得它们的遗传资源对科学研究和工业来说具有巨大的潜在价值。[238]

目前并没有任何相关的国际协议对国家管辖范围以外区域[239]的海洋遗传资源做出专门调整。然而，随着技术的进步，这些遗传资源在科研、生态保护、医疗、生物工程等领域的应用前景越来越广阔。[240]因此，与海洋遗传资源（Maritime Genetic Resources）的生物勘探（Bio-prospecting）和商业开发相关的法律问题引发了国际社会的广泛讨论。尤其在联合国大会设立不限成员名额非正式特设工作组（以下简称“工作组”）之后，该问题成为各国争论的焦点。[241]各国在此问题上存在较大的分歧，其中主要争议的内容包括：如何确定海洋遗

---

[237]胡长顺，中山大学法学院国际法硕士研究生。

[238]Scovazzi T. Open Questions on the Exploitation of Genetic Resources in AreasBeyond National Jurisdiction[C]//ASIL Annual Meeting Proceedings. American Society for International Law, 2013, 107: 119.

[239]Areas Beyond National Jurisdiction (ABNJ) including the water column of the sea outside areas of national jurisdiction and the seabed beyond the continental shelves of coastal States.

[240] Pfirter F A. The management of seabed living resources in" the Area" under UNCLOS[J]. Revista electrónica de estudios internacionales, 2006 (11): 17.

[241]Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction (the Working Group).The Working Group was established under UN General Assembly Resolution 60/30.

传资源的定义？是否需要区分“区域”和“公海”的海洋遗传资源？如何区分上述不同海域的海洋遗传资源？管理海洋遗传资源的法律原则是什么？怎样建立公平获取和惠益分享机制？[242]

1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称“《公约》”）被公认为所有海洋活动的法律框架。[243]本文拟在《公约》视角下对上述问题进行探讨，其中重点阐述管理海洋遗传资源的法律原则之争。具体而言，本文的第一部分将探讨海洋遗传资源的定义及范围；第二部分将指出：在《公约》中，“区域”海洋遗传资源的开发制度存在法律空白；第三部分将分别阐述主张将“人类共同继承遗产”原则和“公海自由”原则适用于“区域”海洋遗传资源的观点；第四部分将在前面讨论的基础上进行总结，并指出将“人类共同继承遗产”原则适用于“区域”海洋遗传资源时需要考虑的问题。

一、海洋遗传资源的定义和范围

（一）什么是海洋遗传资源？

《公约》并没有使用遗传资源（Genetic Resources）这一术语。[244]因此，目前在海洋法领域，关于海洋遗传资源并没有明确的定义。事实上，在 2014 年工作组的会议上，有代表就建议，制定与海洋遗传资源有关的定义，即便是暂行定义，也有助于建立共同立场和达成谅解。[245]而在海洋法学界，学者们对海洋遗传资源的定义也有分歧。Treves 教授认为，这些遗传资源是有特殊性质的生物体。[246]而 Matz 教授则认为，严格来说，遗传资源指的并不是生物体，而是指遗传材料（Genetic Material），也就是来自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料。[247]

我们应当注意到，“海洋遗传资源”一词的出现是有特定背景的。许多深海底的生物体能够适应酷寒、无光、高压等极端环境，具有独特的遗传天性。这些生物体通常被我们称为

---

[242]See Letter Dated 5 May 2014 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the president of the General Assembly, doc. A/69/82 of 5 May 2014, paras 49-57.

[243]Scovazzi T. The conservation and sustainable use of marine biodiversity, Including genetic resources, in areas beyond national jurisdiction: A legal perspective[J]. 2013-08-30].http://www.un.org/Depts/los/consultative_process/ICP12_Presenta-tions/Scovazzi_Presentation, pdf, 2011：10.

[244]Drankier P, Elferink A G O, Visser B, et al. Marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: access and benefit-sharing[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2012, 27(2): 399.

[245]See Letter Dated 25 July 2014 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the president of the General Assembly,, doc. A/69/177 of 25 July 2014,para 57.

[246]Treves T. UNCLOS at Thirty: Open Challenges[J]. Ocean Yearbook Online, 2013, 27(1): 64.

[247] Matz-Lück N. The concept of the common heritage of mankind: its viability as a management tool for deep-sea genetic resources[J]. The international legal regime of areas beyond national jurisdiction: current and future developments, 2010: 61.

“遗传资源”，以此将它们与那些用于食用的海洋生物资源相区分。因此，当人们谈论“海洋遗传资源”的时候，我们关注的焦点并不是生物体本身，而是它们所包含的遗传材料。[248]

（二）如何区分 “公海”和“区域”中的海洋遗传资源？

随着人类对深海底生物群落的进一步研究，我们发现热液喷口周围的生物生存境况是不一样的。在远离热液喷口的深海，只有非常稀少的海洋生物。而在热液喷口附近却有大量的生物群落。[249]此外，该事实表明，在“公海”和“区域”都存在海洋遗传资源。于是，在 2014 年工作组的讨论会上，另外一个争议的焦点是如何区分“公海”和“区域”的海洋遗传资源？

区分不同海域的海洋遗传资源与其管理原则的确定息息相关。根据《公约》，海洋被划分为不同的海域，并以海域的划分为基础对不同的海洋活动进行管理。这样一种分海域的管理方式意味着特定的法律制度适用于特定的海洋区域。[250]其中，国家管辖范围以外区域包括两个不同的海域：“公海”和“区域”，他们有自己独特的法律地位。[251]鉴于 “公海”和“区域”都存在海洋遗传资源，如果无法明确区分“公海”和“区域”的地理范围，将无法对不同海域的海洋遗传资源的管理原则做出判断。[252]然而，“公海”和“区域”的地理划分并没有看起来那么简单。[253]《公约》也并没有对“公海”和“区域”中的生物资源划定明确界线。在两个海域的交界面处，具有什么特征的物质归入“公海”或者“区域”，不同角度有不同的观点。[254]

实际上，“公海”和“区域”的生物资源的区分与“大陆架”和“专属经济区”的生物资源的区分是类似的。根据《公约》第 77 条（4）款，在国家管辖范围内，对于在海床发现的生物资源，到底是适用专属经济区还是大陆架的法律制度，取决于这些生物资源是否符合大陆架定居种（Sedentary species）的定义。[255]对于深海底的生物群落来说，根据他们的不同生活规律，同样可能属于定居种，也可能不属于定居种。[256]我们可以参照大陆架定居种的规定，根据深海底生物的自然属性确定其应归入“公海”抑或“区域”。[257]

---

[248] Ibid.

[249]See Spura note 3, p.15-16.

[250] Armas-Pfirter F M. How Can Life in the Deep Sea Be Protected?[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2009, 24(2): 281.

[251]Spura note 3, p.2.

[252]Spura note 7, p.401.

[253]Ibid, p.406.

[254]Ibid, p.408.

[255] UNU-IAS Report.Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scientific, Legal and Policy Aspects [R].Tokyo, Japan：United Nations University，2005: 30.

[256]Ibid, p.12.

[257] Elferink A G O. The regime of the area: Delineating the scope of application of the common heritage principle and freedom of the high seas[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2007, 22(1): 151.

以热液喷口为例，我们可以根据热液喷口周围生物群落的自然属性来区分其属于“公海”还是“区域”。在热液喷口生态系统中，处于食物链较高级的鱼类、章鱼毫无疑问是属于公海的生物资源。热液喷口的生物仅为它们提供一部分食物，在需要的时候，它们可以游到上层有阳光的水域。它们虽然分享热液喷口的生态系统，但是它们独立于热液喷口的生态系统。因此，它们是公海的生物资源。但是，另外一些生物资源则不同。比如生活在热液喷口富含硫化物的高温液体中的微生物、蠕虫、蚌、蛤、虾，这些生物不能离开富含矿物质的热液而生存。它们要么不能移动，要么在海床下无法移动，除非与海床和底土保持接触。事实上，如果没有持续的接触，没有热液喷口提供的热量和硫化液体，它们不能生存。从这个层面看，它们是属于“区域”的生物资源（类似于大陆架上的定居种）。实际上，与大陆架上的定居种相比，它们与海床和底土的联系更紧密。[258]

（三）小结

综上所述，当我们在讨论海洋遗传资源的时候，我们关注的主要是深海底生物群落的遗传材料，而不是作为其载体的生物体本身。因此，应当从概念上对“海洋生物资源”和“海洋遗传资源”进行区分。《生物多样性公约》第 2 条关于“生物资源”、“遗传材料”、“遗传资源”的定义值得我们借鉴。[259]然而，虽然我们关注的焦点是生物体所包含的遗传资源，但遗传资源本身也是生物体的一部分。因此，管理海洋遗传资源的法律原则与管理作为其载体的生物体的法律原则是一致的。

此外，根据《公约》，管理“公海”和“区域”生物资源的法律原则是不一样的。因此，有必要区分“公海”生物资源和“区域”生物资源。《公约》关于大陆架定居种的定义可以为此提供参考。我们可以根据深海底生物群落的自然属性来判断它们是属于“公海”还是属于“区域”，进而讨论其适用的法律原则。根据《公约》[260]，在国家管辖范围以外区域的水体部分（公海），相关的海洋活动遵循传统的“公海自由”原则。[261]在这一问题上国际社会争议较少。然而，由于《公约》在“区域”海洋遗传资源的管理原则及具体开发制度上存在法律空白，该问题引发了国际社会的广泛争议。

二、海洋遗传资源的管理存在法律空白

虽然有一部分国际条约与“区域”海洋遗传资源相关，但是，到目前为止，没有任何特

[258]Supra note 3, p. 19.
[259] Supra note 18, p.16.
[260]See UNCLOS(United Nation Convention on the Law of the Sea) part VII.
[261]Supra note 18, p. 30.

定的国际法律制度调整“区域”海洋遗传资源的生物勘探活动。[262]在这部分，我们将分析《公约》中与“区域”海洋遗传资源相关的法律规定。

（一）《公约》没有明确“区域”海洋遗传资源的法律地位

《公约》第十一部分专门调整“区域”内的相关活动。《公约》第136条规定，“区域”及其资源是人类的共同继承遗产。因此，在国际海底区域的海洋活动应遵循“人类共同继承遗产”原则。但《公约》第133条（a）款把第十一部分的“资源”限定为“区域”内在海床及其下原来位置的一切固体、液体或气体矿物资源，其中包括多金属结核。[263]可见，《公约》第十一部分中的“区域”资源并不包括“区域”的非矿产资源（海洋遗传资源）。除此之外，《公约》的其他规定均未明确“区域”海洋遗传资源的法律地位。因此，在《公约》下，“区域”海洋遗传资源是否也属于人类共同继承遗产是不明确的。

（二）《公约》缺乏海洋遗传资源的获取和利益分享机制

虽然《公约》第十一部分没有把“区域”海洋遗传资源列入其调整范围，但并非《公约》第十一部分的所有规定都不适用于“区域”海洋遗传资源。

有学者就指出，《公约》中关于生物资源的规定适用于海洋遗传资源。[264]例如，就海洋环境保护而言，《公约》第145条（b）款在总体上要求各缔约国保护和养护“区域”的自然资源，并防止对海洋环境中动植物的损害。[265]此处的自然资源应当包括“区域”的海洋遗传资源。此外，就海洋科学研究而言，根据《公约》第143条和第256条，所有国家和主管国际组织有权在“区域”内进行海洋科学研究，并且“区域”内的海洋科学研究必须专为和平目的并为谋全人类的利益进行。结合《公约》第246条[266]，第143条所包含的是各种类型的海洋科学研究，并不限于“区域”矿产资源的研究。[267]

然而，由于与发达国家之间在资金和技术上的差距，发展中国家最关心的还是“区域”海洋遗传资源的公平获取和惠益分享法律制度，而《公约》在此问题上存在法律空白。

（三）小结

综上所述，《公约》并未明确“区域”海洋遗传资源的法律地位。虽然《公约》第十一

[262]Ibid.
[263]Supra note 10, p.62.
[264]Supra note 18 , p. 30.
[265]SeeUNCLOS Article 145.
[266]See UNCLOS Article 246
[267]Scovazzi T. Mining, protection of the environment, scientific research and bioprospecting: some considerations on the role of the International Sea-Bed Authority[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2004, 19(4): 397.

部分中关于海洋科学研究和海洋环境保护的规定可以适用于海洋遗传资源，但《公约》并未提供具体的勘探和开发“区域”海洋遗传资源的法律制度。实际上，在 2015 年工作组的会议上，几个代表团强调，在获取国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源并分享其惠益方面存在法律空白。[268]

在工作组会议上，有国家曾提议借鉴《生物多样性公约》中遗传资源的获取和利益分享机制。然而，《生物多样性公约》的获取和利益分享机制依靠的是不同缔约国之间特定的双边协定。显然，这样一种以互惠为基础的双边机制并不适用于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源。正如 Matz 指出的，只有在各国依据全球性的条约把管理遗传资源的权力转移到一个国际机构时，一个有效的获取和利益分享多边机制才有可能实现。[269]然而，国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源并不在任何一个国家的管辖范围内，目前也没有一个专门的国际组织对这些资源进行管理。因此，亟需建立管理海洋遗传资源的具体法律制度，尤其是确定管理“区域”海洋遗传资源的法律原则。在工作组会议上，各国就此问题也展开了激烈的争论。

三、管理海洋遗传资源的法律原则之争

在 2014 年工作组的会议上，各代表团继续就适用于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源的法律制度表达了不同的看法。

（一）主张适用人类共同继承遗产原则的观点

若干代表团重申了如下的观点，即依据《公约》及联合国大会第 2749（XXV）号决议，“区域”的资源是人类的共同遗产，“区域”中的各类活动应该造福全人类，并尤其考虑到发展中国家的利益和需求。因此，他们认为，适用于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源的原则是人类共同继承遗产原则，需依据该原则制定具体的法律制度。[270]其中，77 国集团和中国是该观点的坚定支持者，在 2006 年至 2015 年工作组的会议上，77 团集团和中国反复强调人类共同继承遗产原则应当适用于“区域”的海洋遗传资源。[271]在学术界，持此观点

---

[268]See Letter Dated 13 February 2015 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the president of the General Assembly,, doc. A/69/780 of 13 February 2015, para 18.

[269]Supra note 10, p.62-63.

[270]See Letter Dated 25 July 2014 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the president of the General Assembly,, doc. A/69/177 of 25 July 2014,para 47.

[271]The Chair of the Group 77.Statement, On Behalf of the Group of 77 and China at the Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction［EB/OL］.http://www.g77.org/statement/ , 29 April 2015.

的学者从不同方面提出了自己的看法。总结如下：

1.《公约》并未排除人类共同继承遗产原则的适用；

《公约》第 133 条[272]把“区域”的“资源”限定为：“区域”内在海床及其下原来位置的一切固体、液体或气体矿物资源，其中包括多金属结核。据此，Scovazzi 教授认为，《公约》中的人类共同继承遗产原则并不适用于“区域”的非矿物资源（non-mineral）。[273]然而，应当注意的是，《公约》第 133 条也明确指出，该条关于资源的定义是为本部分（第十一部分）目的而做出的。事实上，《公约》第十一部分的其它具体制度都是专门为“区域”矿产资源的开发而制定的，该部分“资源”的范围当然要与具体制度相一致。[274]但是，《公约》第十一部分没有对“区域”的其它资源做出规定并不意味着其它资源就不属于“区域”。[275]因此，我们还应当分析《公约》的其它相关内容。

首先，《公约》第 136 条规定，“区域”及其资源是人类的共同继承遗产。该条文不仅把“区域”的资源视为人类的共同继承遗产，而且“区域”本身也是人类的共同继承遗产。那么，作为“区域”内的资源，无论是生物资源还是非生物资源，自然都应该是人类的共同继承遗产。事实上，正如前文所述，从《公约》的文本结构来看，其基本上遵循着以海域的划分为基础解决不同海域的不同问题。位于某一海域的所有资源自然都是该海域的一部分。[276]因此，“区域”的海洋遗传资源，就应该适用管理“区域”资源的法律原则，也就人类共同继承遗产原则。

其次，《公约》的前言中指出，“希望以本公约发展第 2749（XXV）号决议所载各项原则”。而上述决议明确宣布：国家管辖范围以外的海床和洋底区域及其底土以及该区域的资源为人类的共同继承遗产。该决定并未将“资源”限定为“矿产资源”。[277]实际上，在帕多的提交的议案中，所有的自然资源，无论是生物还是非生物，只要存在于 200 海里大陆架以外就应该由国际机构统一管理，确保所有国家都能从这些资源的开发中平等分享利益，并且特别考虑穷国的利益和需要。[278]既然《公约》是对第 2749（XXV）号决议的发展，那么，在《公约》下管理“区域”海洋遗传资源的原则就应该是人类共同继承遗产原则。

---

[272]See UNCLOS Article 133.

[273]Supra note 1, p. 120-121.

[274]Supra note 3, p.8.

[275]Elferink A G O. The regime of the area: Delineating the scope of application of the common heritage principle and freedom of the high seas[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2007, 22(1): 150.

[276]Ibid.

[277]Supra note 3, p.4-5.

[278] Scovazzi T. The seabed beyond the limits of national jurisdiction: general and institutional aspects[J]. 2010：45.

最后，再来看看第三次海洋法会议的会议文件。该会议文件显示，会议开始的时候，海洋遗传资源并没有被发现，更谈不上开发利用这些资源。与之相反，矿产资源的开发在当时被认为具有广阔前景。因此，制定“区域”矿产资源的勘探和开发制度才是有实际意义的事。于是，在 1975 年，《公约》第十一部分的资源就被限定为矿产资源，该部分相应的制度也仅仅涉及矿产资源的勘探和开发活动。以至于当深海底的生物资源被发现时（1977 年），与会各国已经普遍接受了《公约》第十一部分关于“资源”的定义。尽管会议还没有结束，但修改“资源”的定义面临巨大的困难，重新协商 “资源”的定义变得不太现实。[279]因此，《公约》第 133 条的规定并不意味着《公约》将海洋遗传资源排除在人类共同继承遗产原则的适用范围之外。

2. 人类共同继承遗产原则体现了人类作为一个整体的利益；

目前，只有一小部分国家和私人企业拥有资金和技术能力获取和开发位于深海底的海洋遗传资源。[280]而缺乏资金和技术的发展中国家希望共享开发海洋遗传资源带来的利益。此外，为了有效地养护和可持续利用海洋遗传资源，这些国家纷纷表示海洋遗传资源属于人类的共同继承遗产。[281]

Scovazzi 教授曾指出，《公约》的其中一个基本目标是实现公正公平的国际经济秩序，这种秩序将照顾到全人类的利益和需要，特别是发展中国家的特殊利益和需要，不论其为沿海国或内陆国。在海洋遗传资源的领域，如果适用公海自由原则，或者说先到先得原则（the “first-come-first-served” approach），会导致不公平和不可接受的结果。因此，在将来制定关于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源的国际条约中应纳入以平等获取和利益分享为基础的合作机制。[282]Scovazzi 教授虽然没有明确主张将人类共同继承遗产原则适用于“区域”海洋遗传资源。但是，人类共同继承遗产原则的其中一个具体要求恰好就是利益共享。因此，若以该原则为基础建立获取和利益分享机制，发展中国家就可以从海洋遗传资源的开发中获取利益。

此外，养护和可持续利用国家管辖以外区域的海洋生物多样性是各国普遍认同的发展目

---

[279] Supra note 3, p.7-9.

[280]Supra note 1, p. 119.

[281]The Chair of the Group 77.Statement, On Behalf of the Group of 77 and China at the Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction.(New York, 20 January 2015)［EB/OL］.http://www.g77.org/statement/ , 29 April 2015.

[282]Supra note 1, p. 121.

标，而人类共同继承遗产原则符合这一要求。Wolfrum 法官就曾明确指出，“人类”以及“遗产”的术语意味着在开发利用国际海底的资源时，必须兼顾下一代人的利益。具体的说，要避免过度开发深海底的资源。同时，还应该兼顾海洋环境的保护。可持续发展理念是内含于人类的共同继承遗产原则的一个关键要素。[283]

综上，人类共同继承遗产原则反映了同代与代际间的平等，能够实现人类作为一个整体的共同利益。

3. 现存的国际海底管理局可以将海洋遗传资源纳入其管理范围；

在 2006 年工作组的会议上，有代表就提出，针对“区域”内遗传资源的问题，国际海底管理局是一个现成机制，因此应该考虑扩大其职权。[284]有许多学者也认为，扩大国际海底管理局的职权将使得区域的矿产资源和海洋遗传资源得到统一管理。

在热液喷口和海隆附近，矿产资源（例如多金属硫化矿、钴结壳）及海洋遗传资源同时存在。由于采矿活动可能破坏含有特殊遗传资源的海底生物群落，因此，对矿产资源和海洋遗传资源进行统一管理似乎是最合适的。[285]此外，国际海底管理局积累了与深海生物多样性相关的诸多信息与专业知识。国际海底管理局在与海洋科学家合作的基础上建立了自己的数据库。该数据库涉及未来矿区的生物种类、物种分布、物种基因等相关信息，此外还提供了标准的海洋环境数据和信息。[286]国际海底管理局法律和技术委员会的官员 Pfirter 女士也认为，《公约》中涉及区域环境保护和海洋科学研究的规定，以及国际海底管理局明示或默示的权力和职责使得管理局在海洋遗传资源的保护问题上起到积极的作用。[287]当然，扩大适用的不仅仅是海底管理局的管理范围，更是其代表的人类共同继承遗产原则。

综上所述，当各国决定填补勘探和开发区域海洋遗传资源的法律空白时，需要充分考虑国际海底管理局及其代表的原则。[288]

（二）主张适用公海自由原则的观点

---

[283]Rudiger Wolfrum, ‘Common Heritage of Mankind’, in Rudolf Bernhardt, Max Planck Institute forComparative Law, Encyclopedia of Public International Law, (Netherlands, Elsevier Science Publishing Company 2009) p. 22.

[284]Report of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction, doc .A/61/65 of 9 March 2006, para.71.

[285] Supra note 10, p.71.

[286]König D. Genetic Resources of the Deep Sea—How Can They Be Preserved?[M]//International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?. Springer Berlin Heidelberg, 2008: 141-160.

[287]SeeSupra note 13, p. 285.

[288] Supra note 41, p.59.

在工作组 2014 年的会议上，其他一些代表团重申了相反的观点，即人类共同继承遗产原则并不适用于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源，反而是公海自由原则适用于此类资源。[289]在学术界，持此观点的学者也从不同方面提出了自己的看法。总结如下：

1.《公约》第七部分的公海自由包括获取海洋遗传资源的自由；

有学者指出，虽然公海自由原则的适用范围被《公约》削减了，但公海自由依然具有广阔的适用空间。Chuichill 和 lowe 教授曾指出，《公约》第七部分公海自由原则的适用具有灵活性。他们认为，鉴于新的海洋技术不断发展，公海自由所包含的内容是无法穷尽列举的。他们进一步说到，应当通过以下方式确定《公约》第 87 条没有明确列举的海洋活动的管理原则：探究这种海洋的利用方式是否与公海的法律地位相冲突。如果这种利用海洋的方式并不会导致对公海的占有，也不会干涉公海上的其他国家的权利以及该活动没有明确被《公约》排除，那么，这样的海洋活动就应该被承认为公海自由的一部分。因此，Allen 认为，在“区域”或其附近水体的生物勘探活动是公海自由的一部分。

此外，在生物勘探方面，超过二十年的国家实践证实上述公约解释的合理性。海洋科学家至少从 1979 年开始从“区域”的热液喷口及其附近水体处采集生物标本，但没有任何国家明确反对。甚至在这些标本被应用于工业后，仍然没有证据显示任何国家或国际组织反对这样的海洋活动或认为其违反国际法。[290]

2. 公海自由原则能促进海洋遗传资源的有效利用；

主张将公海自由原则适用于海洋遗传资源的大部分是拥有资金和相应技术的发达国家。在资源的获取方面，公海自由意味着不受限制的自由获取和利用生物资源，尤其是海洋遗传资源。这些国家反对任何限制获取海洋生物资源的国际制度。此外，他们认为，就算是海洋科学研究领域，科学家们自发形成的自律守则就足够了，不需要对海洋科学研究活动做出限制。在他们眼中，任何对生物勘探活动的管理都是累赘，是对科学研究的妨碍。而在海洋遗传资源的利益分享方面，这些国家均保护源于海洋遗传资源的知识产权。这就意味着，除了勘探和开发海洋遗传资源的私人企业，其他任何人都无权在未经许可的情况下从中获得经济利益或其他利益。在他们看来，私人不受限制的以市场为导向的活动可以促进海洋遗传资源的商业应用（例如抗癌药物的研发），而全人类都将从中获益。[291]

---

[289]Supra note 8, para.48.

[290] SeeAllen C H. Protecting the oceanic gardens of Eden: international law issues in deep-sea vent resource conservation and management[J]. Geo. Int'l Envtl. L. Rev., 2000, 13: 634-635.

[291]See de La Fayette L A. A new regime for the conservation and sustainable use of marine biodiversity and genetic resources beyond the limits of national jurisdiction[J]. The international journal of marine and coastal law, 2009,

3. 公海自由原则下各国平等享有利用海洋遗传资源的机会；

与发展中国家的担忧相反，发达国家普遍认为，就算存在资金和技术方面的差距，各国也可以平等享有利用海洋遗传资源的机会。Matz 教授就指出，发达国家和发展中国家之间在资金和技术能力上的差距并不能充分论证国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源及其商业应用所得利益需要被分享。在公海渔业领域，发达国家在技术方面的领先地位同样造成了发达国家和发展中国家之间在捕鱼活动上的不平等。发达国家的公司拥有现代化的捕鱼船，而发展中国家只能依靠传统的近海渔业。然而，到目前为止，在公海渔业领域，国际社会并没有通过利益分享或国际管理机制来弥补不同国家之间在能力上的差距。[292]换言之，对于公海渔业资源，即便不赋予人类共同继承遗产的法律地位，各国也可以平等利用公海渔业资源。

但是，对于国际海底的矿产资源，不同的国家在资金和技术能力上同样存在差距，该资源却被赋予了人类共同继承遗产的法律地位。Allen 解释到，这是因为在《公约》生效之前，支持人类共同继承遗产原则适用于海底矿产资源的国家认为矿产资源是不可再生的。因为深海底的矿物资源是可用尽的，如果它们可以合法地被任何实体占有，那么，技术先进的国家将毫无节制地开发这些资源，而发展中国家则无法利用这些资源。然而，Allen 最后指出，虽然并非所有国家都有能力获取深海热液喷口的海洋生物资源（LMRs），但是，热液喷口的生物资源似乎是可再生的。[293]换言之，由于海洋遗传资源是可再生资源，适用公海自由原则也可以保住各国平等获取该资源。

（三）小结

正如 Scovazzi 教授所言，主张上述两种不同观点的国家都是从相同的假设出发，即《公约》是所有海洋活动的法律框架，但是，关于管理海洋遗传资源的法律原则，他们却得出了完全不同的结论。[294]双方基于不同的立场提出了不同的论据，然而，上述论据均存在片面之处。

Matz 教授曾指出，基于人类共同继承遗产概念建立的资源管理制度是否切实可行，有三个因素可以作为衡量指标：人类共同继承遗产原则的内容、采取该原则的法律后果以及管理资源的国际机构。[295]他进一步分析指出，虽然“共同遗产”理念被不同的条约援引，但我们依然会质疑其作为法律原则的地位。“人类共同继承遗产”从产生开始就被贴上“原则

24(2): 260-261.

[292]Supra note 10, p.73-74.

[293]See Supra note 53, p. 169.

[294] Supra note 6, p.10.

[295]Supra note 10, p. 65.

（principle）”、“概念（concept）”、“观念（notion）”、“学说（doctrine）”、“管理体制（regime）”、“思想（ideal）”、“理论（theory）”、“权利（right）”、“文科的法律术语（legal term of art）”等不同的标签。可见，在学术界，“人类共同继承遗产”的法律内容和地位都是不确定的。《公约》中的“人类共同继承遗产”原则是各国妥协的结果，其并没有被普遍接受的和可以信赖的法律内容可以作为标准模式参考。Matz 教授最后尖锐地指出，没有明确的法律内容，以“人类共同继承遗产”为基础起草一个新的协议是不太可行的。[296]

而在国际机构方面，主张适用人类共同继承遗产原则的国家普遍认为国际海底管理局是现成的国际机构。然而，实践中，扩大国际海底管理局的托管权也不太可行。目前国际海底管理局的制度框架是为保证海底采矿活动利益相关国的充分参与，如果要扩大国际海底管理局的职权使其覆盖海洋遗传资源，则要改变已经形成的制度框架，而这是非常困难的。因此，国际海底管理局若要增加新的管理使命，除了托管权和资源管理制度外，其制度框架和决策程序都需要调整。[297]可见，海洋遗传资源的管理机构设计也是困难重重。此外，国际海底管理局的机构优势并不能充分地论证“人类共同继承遗产原则”应当适用于海洋遗传资源。

而对于那些反对将人类共同继承遗产原则适用于海洋遗传资源的国家，他们主要依据对《公约》第 133 条的严格解释。他们认为公海自由原则才是管理海洋遗传资源最合适的原则。支持这种观点的国家其实并不急于参与协商。他们担心这样的协商将使得“共同遗产”理念的扩张适用，并导致新机制的创设，进而妨碍私人企业。[298]

然而，公海自由原则的适用却并非那么绝对。正如 Scovazzi 教授所言，17 世纪，当航海自由原则被格劳秀斯（Hugo Grotius）详尽阐述时，没有人想到超级油轮、核动力轮船、离岸钻井平台、海底多金属硫化物开矿、流网捕鱼、生物勘探和其它一些全新的海洋活动所带来的问题。我们今天不能套用格劳秀斯在 17 世纪提出的概念并赋予它们同样的内涵和法律效力。[299]绝对遵守公海自由原则可能在过去是正当合理的。但是，现在的情况已经完全不同了。今天，我们不会仅仅基于“公海自由原则”认可一个国家从事一项特定海洋活动的权利，我们必须对具体情况做出进一步的分析，此外，还可能需要考虑其他利益相关国家的相反的观点。[300]

公海自由原则并不是一成不变的理论信条，在其发展中也不断被削弱。在国际海洋法的

---

[296] Ibid, p. 66.
[297]Ibid, p.67-73.
[298] Supra note 7, p.430-431.
[299]Supra note 6, p.1-2.
[300]Ibid, p.2.

发展历程中，新的利益和海洋活动需要新的管理原则。在海洋法的发展进程中，对公海自由原则的侵蚀已经成为主要的趋势。例如大陆架、专属经济区、人类共同继承遗产原则等创新的法律制度都证明了以下事实："先到先得"（first-come-first-served）的制度（以船旗国的专属管辖为基础）并不足以管理不同种类的自然资源（油气、渔业、多金属硫化矿）。[301]现如今，我们面临如何确定管理海洋遗传资源的难题，并不能直接套用公海自由原则。新形势下，对海洋遗传资源的管理需要考虑更多的现实因素。

四、结论

经过近十年的讨论，2015 年 2 月 13 日，工作组以协商一致的方式建议联合国大会做出以下决定：根据《联合国海洋法公约》的规定拟定一份具有法律拘束力的养护和可持续利用国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的国际文书。并且强调，在该份国际文书中，应当特别关注作为一个整体的全部海洋遗传资源的养护和可持续利用问题。[302]这充分显示了大多数国家向前推进海洋遗传资源法律制度建设的政治意愿。而当各国的政治意愿达成时，所有的法律、技术和机制障碍在理论上都可以得到解决。那么，接下来最棘手的问题将是如何协商确定管理海洋遗传资源的法律原则，并以此为基础设计具体的勘探和开发海洋遗传资源的法律制度。人类共同继承遗产原则和公海自由原则的争论还将持续。77 国集团和中国等发展中国家若坚持将"人类共同继承遗产原则"适用于区域海洋遗传资源，下列问题是必须明确解答的："人类共同继承遗产"是否为最有效的管理海洋遗传资源的原则？适用"人类共同继承遗产"原则管理海洋遗传资源是否更有利于该资源的养护和可持续利用？公平获取和平等分享海洋遗传资源及相关利益的法理基础是什么？对上述问题的解答可以帮助发展中国家进一步论证以"人类共同继承遗产"原则管理海洋遗传资源的正当性。

[301]Scovazzi T. The concept of common heritage of mankind and the genetic resources of the seabed beyond the limits of national jurisdiction[J]. Agenda Internacional, 2013, 14(25): 22.
[302]Supra note 31, para.1.

《联合国海洋法公约》视角下海洋遗传资源的管理

胡长顺[303]

【摘要】近年来，国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源受到国际社会越来越多的关注。海洋遗传资源通常是指源自深海底生物群落的具有实际或潜在价值的遗传材料。科学探究表明，“公海”和“区域”中均存在此类资源。由于不同海域的法律制度并不相同，因此，区分“公海”和“区域”中的海洋遗传资源显得尤为重要。《联合国海洋法公约》被视为调整所有海洋活动的法律框架，然而，“区域”海洋遗传资源的开发制度却存在法律空白。为填补该法律空白，发达国家和发展中国家从不同的国家利益出发，分别主张以“公海自由原则”和“人类共同继承遗产原则”作为管理“区域”海洋遗传资源的法律原则。管理原则的确立将有助于“区域”海洋遗传资源具体开发制度的设计。

【关键词】海洋遗传资源　人类共同继承遗产　公海自由　《联合国海洋法公约》

虽然深海底（Deep seabed）的生存环境极其恶劣（酷寒、无光、高压），但深海底并不是荒漠。深海底的热液喷口（Hydrothermal vents）、海隆(Seamounts)、冷水和深水珊瑚(Cold and Deep water corals)是一些独特生物群落的栖息地。值得注意的是，生活在深海底的这些生物群落往往有一些特殊的遗传特性。这些生物群落在极端条件下的生存能力使得它们的遗传资源对科学研究和工业来说具有巨大的潜在价值。[304]

目前并没有任何相关的国际协议对国家管辖范围以外区域[305]的海洋遗传资源做出专门调整。然而，随着技术的进步，这些遗传资源在科研、生态保护、医疗、生物工程等领域的应用前景越来越广阔。[306]因此，与海洋遗传资源（Maritime Genetic Resources）的生物勘探（Bio-prospecting）和商业开发相关的法律问题引发了国际社会的广泛讨论。尤其在联合国大会设立不限成员名额非正式特设工作组（以下简称“工作组”）之后，该问题成为各国争论的焦点。[307]各国在此问题上存在较大的分歧，其中主要争议的内容包括：如何确定海洋遗

---

[303]胡长顺，中山大学法学院国际法硕士研究生。

[304]Scovazzi T. Open Questions on the Exploitation of Genetic Resources in AreasBeyond National Jurisdiction[C]//ASIL Annual Meeting Proceedings. American Society for International Law, 2013, 107: 119.

[305]Areas Beyond National Jurisdiction (ABNJ) including the water column of the sea outside areas of national jurisdiction and the seabed beyond the continental shelves of coastal States.

[306] Pfirter F A. The management of seabed living resources in" the Area" under UNCLOS[J]. Revista electrónica de estudios internacionales, 2006 (11): 17.

[307]Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction (the Working Group).The Working Group was established under UN General Assembly Resolution 60/30.

传资源的定义？是否需要区分“区域”和“公海”的海洋遗传资源？如何区分上述不同海域的海洋遗传资源？管理海洋遗传资源的法律原则是什么？怎样建立公平获取和惠益分享机制？[308]

1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称“《公约》”）被公认为所有海洋活动的法律框架。[309]本文拟在《公约》视角下对上述问题进行探讨，其中重点阐述管理海洋遗传资源的法律原则之争。具体而言，本文的第一部分将探讨海洋遗传资源的定义及范围；第二部分将指出：在《公约》中，“区域”海洋遗传资源的开发制度存在法律空白；第三部分将分别阐述主张将“人类共同继承遗产”原则和“公海自由”原则适用于“区域”海洋遗传资源的观点；第四部分将在前面讨论的基础上进行总结，并指出将“人类共同继承遗产”原则适用于“区域”海洋遗传资源时需要考虑的问题。

一、海洋遗传资源的定义和范围

（一）什么是海洋遗传资源？

《公约》并没有使用遗传资源（Genetic Resources）这一术语。[310]因此，目前在海洋法领域，关于海洋遗传资源并没有明确的定义。事实上，在 2014 年工作组的会议上，有代表就建议，制定与海洋遗传资源有关的定义，即便是暂行定义，也有助于建立共同立场和达成谅解。[311]而在海洋法学界，学者们对海洋遗传资源的定义也有分歧。Treves 教授认为，这些遗传资源是有特殊性质的生物体。[312]而 Matz 教授则认为，严格来说，遗传资源指的并不是生物体，而是指遗传材料（Genetic Material），也就是来自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料。[313]

我们应当注意到，“海洋遗传资源”一词的出现是有特定背景的。许多深海底的生物体能够适应酷寒、无光、高压等极端环境，具有独特的遗传天性。这些生物体通常被我们称为

---

[308]See Letter Dated 5 May 2014 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the president of the General Assembly, doc. A/69/82 of 5 May 2014, paras 49-57.

[309]Scovazzi T. The conservation and sustainable use of marine biodiversity, Including genetic resources, in areas beyond national jurisdiction: A legal perspective[J]. 2013-08-30].http://www.un.org/Depts/los/consultative_process/ICP12_Presenta-tions/Scovazzi_Presentation, pdf, 2011：10.

[310]Drankier P, Elferink A G O, Visser B, et al. Marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: access and benefit-sharing[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2012, 27(2): 399.

[311]See Letter Dated 25 July 2014 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the president of the General Assembly,, doc. A/69/177 of 25 July 2014,para 57.

[312]Treves T. UNCLOS at Thirty: Open Challenges[J]. Ocean Yearbook Online, 2013, 27(1): 64.

[313] Matz-Lück N. The concept of the common heritage of mankind: its viability as a management tool for deep-sea genetic resources[J]. The international legal regime of areas beyond national jurisdiction: current and future developments, 2010: 61.

“遗传资源”，以此将它们与那些用于食用的海洋生物资源相区分。因此，当人们谈论“海洋遗传资源”的时候，我们关注的焦点并不是生物体本身，而是它们所包含的遗传材料。[314]

（二）如何区分 “公海”和“区域”中的海洋遗传资源？

随着人类对深海底生物群落的进一步研究，我们发现热液喷口周围的生物生存境况是不一样的。在远离热液喷口的深海，只有非常稀少的海洋生物。而在热液喷口附近却有大量的生物群落。[315]此外，该事实表明，在“公海”和“区域”都存在海洋遗传资源。于是，在 2014 年工作组的讨论会上，另外一个争议的焦点是如何区分“公海”和“区域”的海洋遗传资源？

区分不同海域的海洋遗传资源与其管理原则的确定息息相关。根据《公约》，海洋被划分为不同的海域，并以海域的划分为基础对不同的海洋活动进行管理。这样一种分海域的管理方式意味着特定的法律制度适用于特定的海洋区域。[316]其中，国家管辖范围以外区域包括两个不同的海域：“公海”和“区域”，他们有自己独特的法律地位。[317]鉴于 “公海”和“区域”都存在海洋遗传资源，如果无法明确区分“公海”和“区域”的地理范围，将无法对不同海域的海洋遗传资源的管理原则做出判断。[318]然而，“公海”和“区域”的地理划分并没有看起来那么简单。[319]《公约》也并没有对“公海”和“区域”中的生物资源划定明确界线。在两个海域的交界面处，具有什么特征的物质归入“公海”或者“区域”，不同角度有不同的观点。[320]

实际上，“公海”和“区域”的生物资源的区分与“大陆架”和“专属经济区”的生物资源的区分是类似的。根据《公约》第 77 条（4）款，在国家管辖范围内，对于在海床发现的生物资源，到底是适用专属经济区还是大陆架的法律制度，取决于这些生物资源是否符合大陆架定居种（Sedentary species）的定义。[321]对于深海底的生物群落来说，根据他们的不同生活规律，同样可能属于定居种，也可能不属于定居种。[322]我们可以参照大陆架定居种的规定，根据深海底生物的自然属性确定其应归入“公海”抑或“区域”。[323]

---

[314] Ibid.

[315] See Spura note 3, p.15-16.

[316] Armas-Pfirter F M. How Can Life in the Deep Sea Be Protected?[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2009, 24(2): 281.

[317] Spura note 3, p.2.

[318] Spura note 7, p.401.

[319] Ibid, p.406.

[320] Ibid, p.408.

[321] UNU-IAS Report.Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scientific, Legal and Policy Aspects [R].Tokyo, Japan：United Nations University，2005: 30.

[322] Ibid, p.12.

[323] Elferink A G O. The regime of the area: Delineating the scope of application of the common heritage principle and freedom of the high seas[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2007, 22(1): 151.

以热液喷口为例，我们可以根据热液喷口周围生物群落的自然属性来区分其属于“公海”还是“区域”。在热液喷口生态系统中，处于食物链较高级的鱼类、章鱼毫无疑问是属于公海的生物资源。热液喷口的生物仅为它们提供一部分食物，在需要的时候，它们可以游到上层有阳光的水域。它们虽然分享热液喷口的生态系统，但是它们独立于热液喷口的生态系统。因此，它们是公海的生物资源。但是，另外一些生物资源则不同。比如生活在热液喷口富含硫化物的高温液体中的微生物、蠕虫、蚌、蛤、虾，这些生物不能离开富含矿物质的热液而生存。它们要么不能移动，要么在海床下无法移动，除非与海床和底土保持接触。事实上，如果没有持续的接触，没有热液喷口提供的热量和硫化液体，它们不能生存。从这个层面看，它们是属于“区域”的生物资源（类似于大陆架上的定居种）。实际上，与大陆架上的定居种相比，它们与海床和底土的联系更紧密。[324]

（三）小结

综上所述，当我们在讨论海洋遗传资源的时候，我们关注的主要是深海底生物群落的遗传材料，而不是作为其载体的生物体本身。因此，应当从概念上对“海洋生物资源”和“海洋遗传资源”进行区分。《生物多样性公约》第 2 条关于“生物资源”、“遗传材料”、“遗传资源”的定义值得我们借鉴。[325]然而，虽然我们关注的焦点是生物体所包含的遗传资源，但遗传资源本身也是生物体的一部分。因此，管理海洋遗传资源的法律原则与管理作为其载体的生物体的法律原则是一致的。

此外，根据《公约》，管理“公海”和“区域”生物资源的法律原则是不一样的。因此，有必要区分“公海”生物资源和“区域”生物资源。《公约》关于大陆架定居种的定义可以为此提供参考。我们可以根据深海底生物群落的自然属性来判断它们是属于“公海”还是属于“区域”，进而讨论其适用的法律原则。根据《公约》[326]，在国家管辖范围以外区域的水体部分（公海），相关的海洋活动遵循传统的“公海自由”原则。[327]在这一问题上国际社会争议较少。然而，由于《公约》在“区域”海洋遗传资源的管理原则及具体开发制度上存在法律空白，该问题引发了国际社会的广泛争议。

二、海洋遗传资源的管理存在法律空白

虽然有一部分国际条约与“区域”海洋遗传资源相关，但是，到目前为止，没有任何特

[324]Supra note 3, p. 19.
[325] Supra note 18, p.16.
[326]See UNCLOS(United Nation Convention on the Law of the Sea) part VII.
[327]Supra note 18, p. 30.

定的国际法律制度调整“区域”海洋遗传资源的生物勘探活动。[328]在这部分，我们将分析《公约》中与“区域”海洋遗传资源相关的法律规定。

（一）《公约》没有明确“区域”海洋遗传资源的法律地位

《公约》第十一部分专门调整“区域”内的相关活动。《公约》第136条规定，“区域”及其资源是人类的共同继承遗产。因此，在国际海底区域的海洋活动应遵循“人类共同继承遗产”原则。但《公约》第133条（a）款把第十一部分的“资源”限定为“区域”内在海床及其下原来位置的一切固体、液体或气体矿物资源，其中包括多金属结核。[329]可见，《公约》第十一部分中的“区域”资源并不包括“区域”的非矿产资源（海洋遗传资源）。除此之外，《公约》的其他规定均未明确“区域”海洋遗传资源的法律地位。因此，在《公约》下，“区域”海洋遗传资源是否也属于人类共同继承遗产是不明确的。

（二）《公约》缺乏海洋遗传资源的获取和利益分享机制

虽然《公约》第十一部分没有把“区域”海洋遗传资源列入其调整范围，但并非《公约》第十一部分的所有规定都不适用于“区域”海洋遗传资源。

有学者就指出，《公约》中关于生物资源的规定适用于海洋遗传资源。[330]例如，就海洋环境保护而言，《公约》第145条（b）款在总体上要求各缔约国保护和养护“区域”的自然资源，并防止对海洋环境中动植物的损害。[331]此处的自然资源应当包括“区域”的海洋遗传资源。此外，就海洋科学研究而言，根据《公约》第143条和第256条，所有国家和主管国际组织有权在“区域”内进行海洋科学研究，并且“区域”内的海洋科学研究必须专为和平目的并为谋全人类的利益进行。结合《公约》第246条[332]，第143条所包含的是各种类型的海洋科学研究，并不限于“区域”矿产资源的研究。[333]

然而，由于与发达国家之间在资金和技术上的差距，发展中国家最关心的还是“区域”海洋遗传资源的公平获取和惠益分享法律制度，而《公约》在此问题上存在法律空白。

（三）小结

综上所述，《公约》并未明确“区域”海洋遗传资源的法律地位。虽然《公约》第十一

[328]Ibid.
[329]Supra note 10, p.62.
[330]Supra note 18 , p. 30.
[331]SeeUNCLOS Article 145.
[332]See UNCLOS Article 246
[333]Scovazzi T. Mining, protection of the environment, scientific research and bioprospecting: some considerations on the role of the International Sea-Bed Authority[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2004, 19(4): 397.

部分中关于海洋科学研究和海洋环境保护的规定可以适用于海洋遗传资源，但《公约》并未提供具体的勘探和开发“区域”海洋遗传资源的法律制度。实际上，在 2015 年工作组的会议上，几个代表团强调，在获取国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源并分享其惠益方面存在法律空白。[334]

在工作组会议上，有国家曾提议借鉴《生物多样性公约》中遗传资源的获取和利益分享机制。然而，《生物多样性公约》的获取和利益分享机制依靠的是不同缔约国之间特定的双边协定。显然，这样一种以互惠为基础的双边机制并不适用于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源。正如 Matz 指出的，只有在各国依据全球性的条约把管理遗传资源的权力转移到一个国际机构时，一个有效的获取和利益分享多边机制才有可能实现。[335]然而，国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源并不在任何一个国家的管辖范围内，目前也没有一个专门的国际组织对这些资源进行管理。因此，亟需建立管理海洋遗传资源的具体法律制度，尤其是确定管理“区域”海洋遗传资源的法律原则。在工作组会议上，各国就此问题也展开了激烈的争论。

三、管理海洋遗传资源的法律原则之争

在 2014 年工作组的会议上，各代表团继续就适用于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源的法律制度表达了不同的看法。

（一）主张适用人类共同继承遗产原则的观点

若干代表团重申了如下的观点，即依据《公约》及联合国大会第 2749（XXV）号决议，“区域”的资源是人类的共同遗产，“区域”中的各类活动应该造福全人类，并尤其考虑到发展中国家的利益和需求。因此，他们认为，适用于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源的原则是人类共同继承遗产原则，需依据该原则制定具体的法律制度。[336]其中，77 国集团和中国是该观点的坚定支持者，在 2006 年至 2015 年工作组的会议上，77 团集团和中国反复强调人类共同继承遗产原则应当适用于“区域”的海洋遗传资源。[337]在学术界，持此观点

---

[334]See Letter Dated 13 February 2015 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the president of the General Assembly,, doc. A/69/780 of 13 February 2015, para 18.

[335]Supra note 10, p.62-63.

[336]See Letter Dated 25 July 2014 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to the president of the General Assembly,, doc. A/69/177 of 25 July 2014,para 47.

[337]The Chair of the Group 77.Statement, On Behalf of the Group of 77 and China at the Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction［EB/OL］.http://www.g77.org/statement/ , 29 April 2015.

的学者从不同方面提出了自己的看法。总结如下：

1.《公约》并未排除人类共同继承遗产原则的适用；

《公约》第 133 条[338]把“区域”的“资源”限定为：“区域”内在海床及其下原来位置的一切固体、液体或气体矿物资源，其中包括多金属结核。据此，Scovazzi 教授认为，《公约》中的人类共同继承遗产原则并不适用于“区域”的非矿物资源（non-mineral）。[339]然而，应当注意的是，《公约》第 133 条也明确指出，该条关于资源的定义是为本部分（第十一部分）目的而做出的。事实上，《公约》第十一部分的其它具体制度都是专门为“区域”矿产资源的开发而制定的，该部分“资源”的范围当然要与具体制度相一致。[340]但是，《公约》第十一部分没有对“区域”的其它资源做出规定并不意味着其它资源就不属于“区域”。[341]因此，我们还应当分析《公约》的其它相关内容。

首先，《公约》第 136 条规定，“区域”及其资源是人类的共同继承遗产。该条文不仅把“区域”的资源视为人类的共同继承遗产，而且“区域”本身也是人类的共同继承遗产。那么，作为“区域”内的资源，无论是生物资源还是非生物资源，自然都应该是人类的共同继承遗产。事实上，正如前文所述，从《公约》的文本结构来看，其基本上遵循着以海域的划分为基础解决不同海域的不同问题。位于某一海域的所有资源自然都是该海域的一部分。[342]因此，“区域”的海洋遗传资源，就应该适用管理“区域”资源的法律原则，也就人类共同继承遗产原则。

其次，《公约》的前言中指出，“希望以本公约发展第 2749（XXV）号决议所载各项原则”。而上述决议明确宣布：国家管辖范围以外的海床和洋底区域及其底土以及该区域的资源为人类的共同继承遗产。该决定并未将“资源”限定为“矿产资源”。[343]实际上，在帕多的提交的议案中，所有的自然资源，无论是生物还是非生物，只要存在于 200 海里大陆架以外就应该由国际机构统一管理，确保所有国家都能从这些资源的开发中平等分享利益，并且特别考虑穷国的利益和需要。[344]既然《公约》是对第 2749（XXV）号决议的发展，那么，在《公约》下管理“区域”海洋遗传资源的原则就应该是人类共同继承遗产原则。

---

[338]See UNCLOS Article 133.

[339]Supra note 1, p. 120-121.

[340]Supra note 3, p.8.

[341]Elferink A G O. The regime of the area: Delineating the scope of application of the common heritage principle and freedom of the high seas[J]. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2007, 22(1): 150.

[342]Ibid.

[343]Supra note 3, p.4-5.

[344] Scovazzi T. The seabed beyond the limits of national jurisdiction: general and institutional aspects[J]. 2010：45.

最后，再来看看第三次海洋法会议的会议文件。该会议文件显示，会议开始的时候，海洋遗传资源并没有被发现，更谈不上开发利用这些资源。与之相反，矿产资源的开发在当时被认为具有广阔前景。因此，制定“区域”矿产资源的勘探和开发制度才是有实际意义的事。于是，在 1975 年，《公约》第十一部分的资源就被限定为矿产资源，该部分相应的制度也仅仅涉及矿产资源的勘探和开发活动。以至于当深海底的生物资源被发现时（1977 年），与会各国已经普遍接受了《公约》第十一部分关于“资源”的定义。尽管会议还没有结束，但修改“资源”的定义面临巨大的困难，重新协商 “资源”的定义变得不太现实。[345]因此，《公约》第 133 条的规定并不意味着《公约》将海洋遗传资源排除在人类共同继承遗产原则的适用范围之外。

2. 人类共同继承遗产原则体现了人类作为一个整体的利益；

目前，只有一小部分国家和私人企业拥有资金和技术能力获取和开发位于深海底的海洋遗传资源。[346]而缺乏资金和技术的发展中国家希望共享开发海洋遗传资源带来的利益。此外，为了有效地养护和可持续利用海洋遗传资源，这些国家纷纷表示海洋遗传资源属于人类的共同继承遗产。[347]

Scovazzi 教授曾指出，《公约》的其中一个基本目标是实现公正公平的国际经济秩序，这种秩序将照顾到全人类的利益和需要，特别是发展中国家的特殊利益和需要，不论其为沿海国或内陆国。在海洋遗传资源的领域，如果适用公海自由原则，或者说先到先得原则（the “first-come-first-served” approach），会导致不公平和不可接受的结果。因此，在将来制定关于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源的国际条约中应纳入以平等获取和利益分享为基础的合作机制。[348]Scovazzi 教授虽然没有明确主张将人类共同继承遗产原则适用于“区域”海洋遗传资源。但是，人类共同继承遗产原则的其中一个具体要求恰好就是利益共享。因此，若以该原则为基础建立获取和利益分享机制，发展中国家就可以从海洋遗传资源的开发中获取利益。

此外，养护和可持续利用国家管辖以外区域的海洋生物多样性是各国普遍认同的发展目

---

[345] Supra note 3, p.7-9.

[346]Supra note 1, p. 119.

[347]The Chair of the Group 77.Statement, On Behalf of the Group of 77 and China at the Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction.(New York, 20 January 2015)［EB/OL］.http://www.g77.org/statement/ , 29 April 2015.

[348]Supra note 1, p. 121.

标，而人类共同继承遗产原则符合这一要求。Wolfrum 法官就曾明确指出，“人类”以及“遗产”的术语意味着在开发利用国际海底的资源时，必须兼顾下一代人的利益。具体的说，要避免过度开发深海底的资源。同时，还应该兼顾海洋环境的保护。可持续发展理念是内含于人类的共同继承遗产原则的一个关键要素。[349]

综上，人类共同继承遗产原则反映了同代与代际间的平等，能够实现人类作为一个整体的共同利益。

3. 现存的国际海底管理局可以将海洋遗传资源纳入其管理范围；

在 2006 年工作组的会议上，有代表就提出，针对“区域”内遗传资源的问题，国际海底管理局是一个现成机制，因此应该考虑扩大其职权。[350]有许多学者也认为，扩大国际海底管理局的职权将使得区域的矿产资源和海洋遗传资源得到统一管理。

在热液喷口和海隆附近，矿产资源（例如多金属硫化矿、钴结壳）及海洋遗传资源同时存在。由于采矿活动可能破坏含有特殊遗传资源的海底生物群落，因此，对矿产资源和海洋遗传资源进行统一管理似乎是最合适的。[351]此外，国际海底管理局积累了与深海生物多样性相关的诸多信息与专业知识。国际海底管理局在与海洋科学家合作的基础上建立了自己的数据库。该数据库涉及未来矿区的生物种类、物种分布、物种基因等相关信息，此外还提供了标准的海洋环境数据和信息。[352]国际海底管理局法律和技术委员会的官员 Pfirter 女士也认为，《公约》中涉及区域环境保护和海洋科学研究的规定，以及国际海底管理局明示或默示的权力和职责使得管理局在海洋遗传资源的保护问题上起到积极的作用。[353]当然，扩大适用的不仅仅是海底管理局的管理范围，更是其代表的人类共同继承遗产原则。

综上所述，当各国决定填补勘探和开发区域海洋遗传资源的法律空白时，需要充分考虑国际海底管理局及其代表的原则。[354]

（二）主张适用公海自由原则的观点

---

[349]Rudiger Wolfrum, ‘Common Heritage of Mankind’, in Rudolf Bernhardt, Max Planck Institute forComparative Law, Encyclopedia of Public International Law, (Netherlands, Elsevier Science Publishing Company 2009) p. 22.

[350]Report of the Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group to Study Issues Relating to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction, doc .A/61/65 of 9 March 2006, para.71.

[351] Supra note 10, p.71.

[352]König D. Genetic Resources of the Deep Sea—How Can They Be Preserved?[M]//International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?. Springer Berlin Heidelberg, 2008: 141-160.

[353]SeeSupra note 13, p. 285.

[354] Supra note 41, p.59.

在工作组 2014 年的会议上，其他一些代表团重申了相反的观点，即人类共同继承遗产原则并不适用于国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源，反而是公海自由原则适用于此类资源。[355]在学术界，持此观点的学者也从不同方面提出了自己的看法。总结如下：

1. 《公约》第七部分的公海自由包括获取海洋遗传资源的自由；

有学者指出，虽然公海自由原则的适用范围被《公约》削减了，但公海自由依然具有广阔的适用空间。Chuichill 和 lowe 教授曾指出，《公约》第七部分公海自由原则的适用具有灵活性。他们认为，鉴于新的海洋技术不断发展，公海自由所包含的内容是无法穷尽列举的。他们进一步说到，应当通过以下方式确定《公约》第 87 条没有明确列举的海洋活动的管理原则：探究这种海洋的利用方式是否与公海的法律地位相冲突。如果这种利用海洋的方式并不会导致对公海的占有，也不会干涉公海上的其他国家的权利以及该活动没有明确被《公约》排除，那么，这样的海洋活动就应该被承认为公海自由的一部分。因此，Allen 认为，在“区域”或其附近水体的生物勘探活动是公海自由的一部分。

此外，在生物勘探方面，超过二十年的国家实践证实上述公约解释的合理性。海洋科学家至少从 1979 年开始从“区域”的热液喷口及其附近水体处采集生物标本，但没有任何国家明确反对。甚至在这些标本被应用于工业后，仍然没有证据显示任何国家或国际组织反对这样的海洋活动或认为其违反国际法。[356]

2. 公海自由原则能促进海洋遗传资源的有效利用；

主张将公海自由原则适用于海洋遗传资源的大部分是拥有资金和相应技术的发达国家。在资源的获取方面，公海自由意味着不受限制的自由获取和利用生物资源，尤其是海洋遗传资源。这些国家反对任何限制获取海洋生物资源的国际制度。此外，他们认为，就算是海洋科学研究领域，科学家们自发形成的自律守则就足够了，不需要对海洋科学研究活动做出限制。在他们眼中，任何对生物勘探活动的管理都是累赘，是对科学研究的妨碍。而在海洋遗传资源的利益分享方面，这些国家均保护源于海洋遗传资源的知识产权。这就意味着，除了勘探和开发海洋遗传资源的私人企业，其他任何人都无权在未经许可的情况下从中获得经济利益或其他利益。在他们看来，私人不受限制的以市场为导向的活动可以促进海洋遗传资源的商业应用（例如抗癌药物的研发），而全人类都将从中获益。[357]

---

[355]Supra note 8, para.48.

[356] SeeAllen C H. Protecting the oceanic gardens of Eden: international law issues in deep-sea vent resource conservation and management[J]. Geo. Int'l Envtl. L. Rev., 2000, 13: 634-635.

[357]See de La Fayette L A. A new regime for the conservation and sustainable use of marine biodiversity and genetic resources beyond the limits of national jurisdiction[J]. The international journal of marine and coastal law, 2009,

3. 公海自由原则下各国平等享有利用海洋遗传资源的机会；

与发展中国家的担忧相反，发达国家普遍认为，就算存在资金和技术方面的差距，各国也可以平等享有利用海洋遗传资源的机会。Matz 教授就指出，发达国家和发展中国家之间在资金和技术能力上的差距并不能充分论证国家管辖范围以外区域的海洋遗传资源及其商业应用所得利益需要被分享。在公海渔业领域，发达国家在技术方面的领先地位同样造成了发达国家和发展中国家之间在捕鱼活动上的不平等。发达国家的公司拥有现代化的捕鱼船，而发展中国家只能依靠传统的近海渔业。然而，到目前为止，在公海渔业领域，国际社会并没有通过利益分享或国际管理机制来弥补不同国家之间在能力上的差距。[358]换言之，对于公海渔业资源，即便不赋予人类共同继承遗产的法律地位，各国也可以平等利用公海渔业资源。

但是，对于国际海底的矿产资源，不同的国家在资金和技术能力上同样存在差距，该资源却被赋予了人类共同继承遗产的法律地位。Allen 解释到，这是因为在《公约》生效之前，支持人类共同继承遗产原则适用于海底矿产资源的国家认为矿产资源是不可再生的。因为深海底的矿物资源是可用尽的，如果它们可以合法地被任何实体占有，那么，技术先进的国家将毫无节制地开发这些资源，而发展中国家则无法利用这些资源。然而，Allen 最后指出，虽然并非所有国家都有能力获取深海热液喷口的海洋生物资源（LMRs），但是，热液喷口的生物资源似乎是可再生的。[359]换言之，由于海洋遗传资源是可再生资源，适用公海自由原则也可以保住各国平等获取该资源。

（三）小结

正如 Scovazzi 教授所言，主张上述两种不同观点的国家都是从相同的假设出发，即《公约》是所有海洋活动的法律框架，但是，关于管理海洋遗传资源的法律原则，他们却得出了完全不同的结论。[360]双方基于不同的立场提出了不同的论据，然而，上述论据均存在片面之处。

Matz 教授曾指出，基于人类共同继承遗产概念建立的资源管理制度是否切实可行，有三个因素可以作为衡量指标：人类共同继承遗产原则的内容、采取该原则的法律后果以及管理资源的国际机构。[361]他进一步分析指出，虽然“共同遗产”理念被不同的条约援引，但我们依然会质疑其作为法律原则的地位。“人类共同继承遗产”从产生开始就被贴上“原则

24(2): 260-261.

[358]Supra note 10, p.73-74.

[359]See Supra note 53, p. 169.

[360] Supra note 6, p.10.

[361]Supra note 10, p. 65.

（principle）”、“概念（concept）”、“观念（notion）”、“学说（doctrine）”、“管理体制（regime）”、“思想（ideal）”、“理论（theory）”、“权利（right）”、“文科的法律术语（legal term of art）”等不同的标签。可见，在学术界，“人类共同继承遗产”的法律内容和地位都是不确定的。《公约》中的“人类共同继承遗产”原则是各国妥协的结果，其并没有被普遍接受的和可以信赖的法律内容可以作为标准模式参考。Matz 教授最后尖锐地指出，没有明确的法律内容，以“人类共同继承遗产”为基础起草一个新的协议是不太可行的。[362]

而在国际机构方面，主张适用人类共同继承遗产原则的国家普遍认为国际海底管理局是现成的国际机构。然而，实践中，扩大国际海底管理局的托管权也不太可行。目前国际海底管理局的制度框架是为保证海底采矿活动利益相关国的充分参与，如果要扩大国际海底管理局的职权使其覆盖海洋遗传资源，则要改变已经形成的制度框架，而这是非常困难的。因此，国际海底管理局若要增加新的管理使命，除了托管权和资源管理制度外，其制度框架和决策程序都需要调整。[363]可见，海洋遗传资源的管理机构设计也是困难重重。此外，国际海底管理局的机构优势并不能充分地论证“人类共同继承遗产原则”应当适用于海洋遗传资源。

而对于那些反对将人类共同继承遗产原则适用于海洋遗传资源的国家，他们主要依据对《公约》第 133 条的严格解释。他们认为公海自由原则才是管理海洋遗传资源最合适的原则。支持这种观点的国家其实并不急于参与协商。他们担心这样的协商将使得“共同遗产”理念的扩张适用，并导致新机制的创设，进而妨碍私人企业。[364]

然而，公海自由原则的适用却并非那么绝对。正如 Scovazzi 教授所言，17 世纪，当航海自由原则被格劳秀斯（Hugo Grotius）详尽阐述时，没有人想到超级油轮、核动力轮船、离岸钻井平台、海底多金属硫化物开矿、流网捕鱼、生物勘探和其它一些全新的海洋活动所带来的问题。我们今天不能套用格劳秀斯在 17 世纪提出的概念并赋予它们同样的内涵和法律效力。[365]绝对遵守公海自由原则可能在过去是正当合理的。但是，现在的情况已经完全不同了。今天，我们不会仅仅基于“公海自由原则”认可一个国家从事一项特定海洋活动的权利，我们必须对具体情况做出进一步的分析，此外，还可能需要考虑其他利益相关国家的相反的观点。[366]

公海自由原则并不是一成不变的理论信条，在其发展中也不断被削弱。在国际海洋法的

---

[362] Ibid, p. 66.
[363]Ibid, p.67-73.
[364] Supra note 7, p.430-431.
[365]Supra note 6, p.1-2.
[366]Ibid, p.2.

发展历程中，新的利益和海洋活动需要新的管理原则。在海洋法的发展进程中，对公海自由原则的侵蚀已经成为主要的趋势。例如大陆架、专属经济区、人类共同继承遗产原则等创新的法律制度都证明了以下事实："先到先得"（first-come-first-served）的制度（以船旗国的专属管辖为基础）并不足以管理不同种类的自然资源（油气、渔业、多金属硫化矿）。[367]现如今，我们面临如何确定管理海洋遗传资源的难题，并不能直接套用公海自由原则。新形势下，对海洋遗传资源的管理需要考虑更多的现实因素。

四、结论

经过近十年的讨论，2015 年 2 月 13 日，工作组以协商一致的方式建议联合国大会做出以下决定：根据《联合国海洋法公约》的规定拟定一份具有法律拘束力的养护和可持续利用国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的国际文书。并且强调，在该份国际文书中，应当特别关注作为一个整体的全部海洋遗传资源的养护和可持续利用问题。[368]这充分显示了大多数国家向前推进海洋遗传资源法律制度建设的政治意愿。而当各国的政治意愿达成时，所有的法律、技术和机制障碍在理论上都可以得到解决。那么，接下来最棘手的问题将是如何协商确定管理海洋遗传资源的法律原则，并以此为基础设计具体的勘探和开发海洋遗传资源的法律制度。人类共同继承遗产原则和公海自由原则的争论还将持续。77 国集团和中国等发展中国家若坚持将"人类共同继承遗产原则"适用于区域海洋遗传资源，下列问题是必须明确解答的："人类共同继承遗产"是否为最有效的管理海洋遗传资源的原则？适用"人类共同继承遗产"原则管理海洋遗传资源是否更有利于该资源的养护和可持续利用？公平获取和平等分享海洋遗传资源及相关利益的法理基础是什么？对上述问题的解答可以帮助发展中国家进一步论证以"人类共同继承遗产"原则管理海洋遗传资源的正当性。

[367]Scovazzi T. The concept of common heritage of mankind and the genetic resources of the seabed beyond the limits of national jurisdiction[J]. Agenda Internacional, 2013, 14(25): 22.
[368]Supra note 31, para.1.

《罗马规约》被害人救济制度的反思与回应*

——以“公共纪念”为视角

Rethinking and Responding to Victims Redress under Rome Statute

——from the Perspective of "Public Memorials"

内容摘要：犯罪人赔偿诚意的缺乏，诉讼周期的漫长，法定赔偿形式的有限及“物质”性质使得即使有机会参与诉讼程序的一小部分被害人也时常无法获得有效赔偿。虽然信托基金的援助对象为法院管辖内犯罪的所有被害人，但资源的稀缺性、功能定位的模糊性及被害人的大量存在导致不可避免的会出现“选择性支持”。以铭记历史、实现转型正义、维护被害人尊严为内容的“公共纪念”不仅能反映大规模暴行的集体属性，缓减当前各国尤其是非洲国家对法院施加的压力，而且作为一种赔偿/援助方式客观上也不存在现实障碍。

关键词：大规模暴行　罗马规约　赔偿　援助　公共纪念

Abstract：These factors, which the lack of sincerity for reparations of perpetrator, the long time of litigation cycle, the limit of legal reparation forms and the nature of “material”,lead to Sa fraction of victims also don't achieve effective reparations at times,though participating the proceeding. While aid recipients of trust fund include all victims of crimes within the jurisdiction of the court, the existence of the limited resource, the vague function orientation and a large number of victims result in “selective support” inevitably. Memorials" including remembering history, achieving transitional justice and protecting victims dignity not only reflect collective nature of international crimes and alleviate pressure from states, especially Africa, but also become a new form of reparation/assistance.

Key words：mass atrocities；Rome Statute；reparation；assistance；public memorials

相对于国家而言，直到“二战”为止，个人的权利和义务依然是国家法的专属内容。纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭对战犯的首次审判，表明国际

* 作者简介：陈嘉（1983-），男，四川警察学院法学系老师。研究方向：国际人权法和国际人道法。本文是四川省教育厅一般项目“恢复性司法视域下的刑事被害人国家救助体系之建构”（项目编号：13SB0171）成果之一。联系电话：18989127577，邮箱：119844821@qq.com

社会已清醒的意识到，大规模暴行所引发的巨大灾难给无辜民众带来难以治愈的长期心理创伤，严重影响到国际和平、安全与社会的转型。为了解决该问题，许多国际法文件都对个人人权进行了法典化，但很少涉及个人获得救济或接受补偿的权利内容。欣喜的是，2002 年成立的以惩治犯罪为己任的国际刑事法院设立了被害人救济制度，《国际刑事法院罗马规约》（以下简称“规约”）和《国际刑事法院程序与证据规则》（以下简称“规则”）对被害人赔偿程序作了详实具体的规定。《信托基金条例》（以下简称“条例”）赋予了信托基金对援助项目的自行决定权。例如，《规约》75 条要求法院应确立有关赔偿原则，确定被害人所受损害、损失和伤害的范围和程度。其中第 2 款规定，法院可以直接向被定罪人发布命令，具体列明应向被害人或向被害人方面作出的适当赔偿，包括归还、补偿和康复。在此之前，特设国际刑事法庭规约中的“赔偿”仅指资产、财产或其他实物的归还。即便如此也从未发布过任何赔偿命令，这就意味着只有当被告被定罪且已向国内司法机构交付送达判决书时，被害人才有机会申请赔偿。此外，《规约》似乎考虑到并不是所有被害人都能“幸运”的参与诉讼获得经法院直接命令的赔偿、被告人经常借口贫困，或在他们被移交给国际刑事法院前就已将资产转移、隐匿甚至挥霍的现实，规定信托基金可利用自愿捐款，[369]为法院管辖内的任何犯罪被害人及其家属提供身心康复或物质支持。基于此，不少被害人宁愿放弃其他替代性机制，纷纷将希望寄托于国际刑事法院或信托基金。

然而，令人遗憾的是，救济制度的双重性、混合性，甚至“分裂”性特征使得国际刑事法院和信托基金各自定位以及相互间关系并不明确，一方面法院以“回顾”的方式鼓励被害个体参与审判程序，陈述被害经过，获得基于法院命令而由被告交付的赔偿金，但另一方面信托基金基于人道主义与社会福利考量又可自行决定援助对象、援助项目等事宜。例如，很多援助资金并不依赖于特定罪行的调查、起诉、审判，而是由第三方以“其他资源”的方式提供。

本文无意于讨论国际刑事法院赔偿与信托基金援助两者间的紧张关系，而是为了说明因它们都未考虑社会转型时期被害人的实际需求，而可能丧失其存在的价值。因此笔者试图摄入“公共纪念”[370]这种象征性元素，强调在那些价值和社

[369] 《被害人信托基金条例》第 22 条.

[370] 是指针对过去发生的事件或残酷暴行所设计的各种历史纪念物和开展各项纪念活动的总称。如建造纪念碑、修建博物馆、设立纪念日等.

会结构正在崩溃、面临分裂威胁的国家，为避免暴力和复仇进一步升级及重构法治常态文化，应将赔偿的法律权利、援助的人道理念与广泛意义上的转型社会置于同一层面整体考量。

一、《规约》被害人救济制度的问题梳理

以确立个人赔偿体系为主要目标的《规约》被害人救济制度的运作须以对主体身份判别和对损失反复比较为前提，其中毫无疑问离不开法官的个人癖好、审判经验、职业操守、对正义的认知等。即便国际刑事法院或信托基金能构建出一套识别和量化被害人损失的模式，但被害人的大量存在及糟糕的经济状况、赔偿形式的有限及“物质”性质、损失和赔偿金额的机械对应却仍然可能引起民众对不公平的愤怒或反感，甚至将其“怪罪”于法院的专断。

（一）被害人界定及人数

由于《规约》背景下的国家并无赔偿义务，加之国际刑事法院只可能对实施大规模暴行活动最负责任主体进行起诉，所以需要法院筹划好来自恢复原状、罚金、资产收益没收等财物流向以达到效益的最大化。但即便如此，绝大多数被害人损失仍不能通过法院判决获得弥补，这种不公平分配迟早会引起那些甚至无法从国内相关机构获得赔偿的被害人的不满。

虽然信托基金一再声称将通过自愿捐款获取充足资金满足被害人需求，但稀缺的资源和源源不断的被害人使得它在“信誓旦旦”的同时不得不“精打细算”，结果必然出现 “选择性支持”。所以，从一开始，信托基金就应对被害人广泛宣传，以与需求相适应的方式分配资金，合理控制潜在接受者心理预期，否则若让被害人感觉到援助仅是一种虚假承诺时，伤害的不仅是被害人，其自身影响力也将大打折扣。

（二）赔偿性质

《规约》75条第二款规定，国际刑事法院可以直接向被定罪人发布命令，具体列明应向被害人或向被害人方面作出的适当赔偿，包括归还、补偿和康复，其中归还是指资产、财产或其他实物的返还；补偿是对损害、损失及伤害进行经济上的评估。《规约》79条第二款以及《规则》98条第二款又规定，根据法院指令可将通过罚金或没收取得的财物“转入”信托基金，赔偿金“交付”给被害人等，这些都表明赔偿本质上属于“物质”性质。

尽管不少被害人并不排斥金钱赔偿，因为在特定文化、社会和政治环境下，其确能改善他们的生活状况，甚至缓减了因孤立无援所带来的痛苦。但金钱给付的短暂性及过去指向的单一性可能会使民众很快忘却了那段历史，或感觉这是以赦免为交换条件的灵魂出让而无法接受。

因此，在罗马大会预备会议上，大多数与会代表支持对“赔偿”作宽泛解释，如 1997 年法国提交的修正案提到的“……恰当的赔偿形式，如归还、补偿、恢复原状等”，[371]表明采用哪种赔偿，应由法院结合特定情境具体认知，而不应仅局限于这三类。此外，国际人权法的相关文件和美洲人权法院的实践也证明了还可提供诸如“满足”的方式，但令人费解的是，国际刑事法院宁愿依职权发布引起剧烈化学反应的金钱赔偿命令，也不愿就相对温和的象征性赔偿做出任何指示。

虽然以医疗救助或心理护理为内容的“康复”超越了单纯的物质和非物质赔偿的划分，[372]但其主要基于社会福利/诊所方法帮助个人和社区的共同恢复，很少考虑社会转型这个宏大命题。例如，《条例》提到身体、精神康复或物质支持，[373]包括受损村庄的重建，或为面部毁容的被害人进行整容手术等，却丝毫不能看出其为促进民族和解，缅怀受难者以及叙述历史真相而做的任何努力。

此外，虽然被害人通过参与的方式可使法官了解案件的真相，但固定且有限的赔偿形式又不得不要求其发挥聪明才智，构建良好信用品质让法官相信所受损害属于赔偿范围，或至少保证其对赔偿的期待能被法院了解。信托基金同样欢迎被害人参与，乐意与相关群体交流，倾听他们的意见，如理事会“在进行活动和项目时可与被害人（如是自然人还有他们的家属）以及他们的法律代理人进行磋商”。[374]但无论法律还是非正式参与都无法保证被害人需求得到充分考虑，导致被害人期望时常变成失望。而且，这种“迎合”被害人需求的救济制度有时也可能成为一种束缚，使他们无法传递自己内心最真实的声音。

（三）适用范围

首先，从理论上讲，国际刑事法院可为被害人个人或集体利益而要求被定罪人赔偿，但当被害人被要求以个人名义填写由书记官长设计的详细信息表时，[375]

---

371 A/AC.249/1997/WG.4/DP.3.

372 以乌干达北部地区和刚果民主共和国情势为例，信托基金在向预审分庭提交的申请中，获批的 42 个项目无一例外都包含有为特殊群体如儿童兵、残疾人而设立的心理辅导、身体康复和物质支持等条款。

373 《被害人信托基金条例》第 50 条。

374 《被害人信托基金条例》第 49 条.

375 《国际刑事法院程序和证据规则》第 89 条.

他们理所当然的认为“将来的赔偿也是针对个人的”，因此，在“谁为受益人”问题上被害人存在一定的冲突。同时某些犯罪的特殊性质使得一味强调赔偿个体化存在现实危险。如种族灭绝罪，犯罪人并不是以单个的、具体的个人为主要杀戮目的，而是为了消灭他们所属的种族、政治、宗教信仰等的群体或社会团体。

其次，为了精确计算出每个被害人损失而将本为完整的体系人为切割为支离破碎的若干部分的做法忽视了同样遭受严重暴行侵害的集体和社会利益，尽管个人也牵涉其中，但却无法由其各自分担。

再次，个人赔偿也会进一步影响到被害人间的和谐共处，如有些被害人被通知参加诉讼，但很多个体受社会、地理环境和经济状况等方面制约无法通过个人赔偿体系主张权利。所以，尽管从国际人权公约视角下看，个人赔偿为适当的救济方式，但对于应对大规模、系统性国际犯罪的国际刑事法院而言，由于被害人的大量存在以及由此带来的不易识别性，弱化个人赔偿体系无疑是一种明智的选择。

最后，赔偿只是基于过去发生的严重暴力事件而对被害人所受的可评估的经济损失给予补救，并未包括对未来可预期利益的丧失。而信托基金援助功能定位也模糊不清，一方面源于对过去的补偿，一方面又着眼于当前和未来被害人生活质量，随着援助人数的增多和需求的多元化，它更难以做出合理、恰当的选择。

（四）基于上下文的理解

国际刑事法院赔偿制度并未认真思考个人犯罪和国家或集体责任之间的关系。整个国际刑事审判程序仅仅围绕被告人是否实施了法院管辖内的四种犯罪展开，不考虑与之关联的其他任何罪行。若被告被认定有罪，法院也只是直接向被定罪人发布赔偿命令，或认为集体赔偿更为恰当时，命令被定罪人通过信托基金交付赔偿金，[376]即使现实是绝大多数国际罪行都是由各机构、各团体“分工配合”共谋的结果，但从《规约》的谈判代表们强烈反对对国家判处罚金的态度中，我们并不奢望以追究个人刑事责任为目标的国际刑事法院能理解集体性和系统性活动。

尽管从一般国际法理论分析，犯罪人给予个人的赔偿并不排除国家责任，但为了避免因将赔偿嵌入国际刑法而带来的“拥挤效应”，我们不应纠结于单个主

[376] 《国际刑事法院罗马规约》第 75 条、《国际刑事法院程序和证据规则》第 98 条.

体实施的轻微犯罪，而在尽可能的情况下，持续关注并正视由集体共同参与完成的国际罪行。当被定罪人为国家元首、政府首脑或其他高级别官员时，为了不由被害人承担个人实施和国家或集体意志人为分离的后果，《规约》需要代表“共同体利益”的信托基金介入以及提供更广意义上的援助来弥补个人罪行与国家责任之间的鸿沟。

此外，如何充分区分《规约》复杂、多层次的被害人救济制度与伴随冲突而来的其他相关政策间的差异？其和国家责任、真相与和解委员会、民事诉讼等赔偿制度到底是什么样的关系？有学者认为，赔偿应表现为与惩罚、说出真相、机构改革等为内容的过渡司法机制相协调的“外部一致性”。[377]为了完成这一使命，其离不开信托基金的支持，例如当被害人无法从其他途径得到救济时，信托基金应将稀缺的资源用于优先考虑这部分主体的利益。

信托基金同样面临如何将其和一般意义上的重建加以区分的问题，如果说法院最大的局限是过于偏重司法审判，那么信托基金看上去更像是一个不重视转型正义目标的单纯性的为修复社会而作出的政治上、经济上或文化上努力的发展机构，长此以往，其很可能脱离于过渡司法[378]的整体范式而沦为只是起着“中介作用”的救济分发者。

综上，由于信托基金抑或国际刑事法院都未严格区分集体和个人赔偿，这就会出现哪类被害人应接受何种赔偿的困惑。而主体识别的不确定、个人赔偿金分配的现实障碍、国际犯罪实施和侵害主体集体属性认识的缺乏，使得曾经和正处暴行下的国家选择“公共纪念”这一方式更合时宜。

二、“公共纪念”的功能呈现

与包括上述赔偿在内的其他过渡司法机制相比，作为说出真相或记录侵犯人权的特殊方式，作为反映社区或国家对诸如民主和人权的庄严承诺，具有珍贵历史文化价值的“公共纪念”不仅为家人或更广范围民众悼念死难者、倾诉或发泄情绪提供场所，还向子孙后代复述历史搭建平台，而且通过重铸国家认同或修复

---

[377] See Mark Freeman, Transitional Justice: Fundamental Goals and Unavoidable Complications, 28 MANITOBA L.J. 113 (2000):42-44,59.

[378]根据安南在《冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法：秘书长的报告》中的界定，过渡司法包含与一个社会为抚平过去的大规模暴行所遗留的伤痛，确保责任追究、声张正义、实现和解而进行的努力的所有相关进程和机制。据此，其涵盖了恢复性司法和刑事司法两类，如赔偿、真相与和解委员会、机构改革、刑事诉讼等。Louis Bickford 认为，公共纪念与过渡性司法是两种虽有交叉但本质不同的范式。笔者以为，作为象征性赔偿的公共纪念可纳入赔偿的范畴。

族群裂痕促进社会和解。

（一）铭记历史

国际社会普遍通过公共纪念方式来铭记历史，记住伤痛，庆祝胜利，如对第一次世界大战死难者的悼念。国内社会也常常以此记录本国曾经遭遇的灾难，如柬埔寨、卢旺达种族灭绝，前苏联、阿根廷政治清洗，美国内战，智利军事政变，爱尔兰宗派屠杀，塞尔维亚民族分裂等。

含有象征性内容的“公共纪念”既可能被建造，也可能被 “故意”毁坏，还可能将代表犯罪的的历史遗迹完整保存以从反面告诫我们不忘历史。作为穿越时空隧道的载体，这些形式多样的历史纪念物真实记录了事件发生的时间、地点及伤亡人数等具体信息，有利于后人对逝者保持鲜活的记忆，促使我们时刻警惕着给身心带来巨大创伤的暴行再次发生。

而且，它还起到了对被迫失踪者的纪念作用。犯罪分子为了达到政治目的，常常将被害人秘密转移并遗弃在荒山野岭，生死不明，公共纪念活动的开展有助于亲属和社会各界人士知晓被害人死亡情况和尸体下落等细节，从而排解了心中的痛苦。例如，智利圣地亚哥公墓醒目的矗立着一座刻有在皮诺切特军事政变中所有被谋杀和失踪人员姓名的纪念碑。[379]

此外，“公共纪念”较好的诠释了社会需求。从长远看，一件新的具有纪念意义的作品的诞生与作为暴行目标的建筑物被破坏的事实有着深刻关联，例如科索沃战争期间，为了重构“民族未来”，战争者鼓吹记忆地图必须被统一改写为标准模式。为此博物馆、清真寺以及其他含有集体记忆的作品慢慢逝去，随着而来的是，人们的记忆也逐渐发生转变。为了扭转此种局面，有必要通过纪念物的建造和各项纪念活动的开展来还原那段特殊的历史，让那些双手沾满鲜血的施暴者自觉表达忏悔之意。

（二）实现转型正义

正如有学者指出，争取对民族或“集体”记忆的控制从来都是冲突后或独裁后责任政策的核心。[380]并非以打击或报复犯罪人为目的的“公共纪念”为了把人们带到那段充满悲痛和创伤的年代，唤起他们的集体归属感，其仍会明确或间接

[379] See Emilie M. Hafner-Burton, Sticks and Stones: Naming and Shaming the Human Rights Enforcement Problem, 62 INT'L ORG. 689 (2008):103.

[380] See Mark J.Osiel, Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre,144 U.PA L.REV.493(1995):213.

地书写那段历史（甚至扮演着“反讽”角色，如对民族侵略表示极度的赞美），详细或精要地向后人传达暴行发生时间、原因以及后果等信息。

需要注意的的是，“公共纪念”不仅是一种静态的“结果”，更是一系列动态的“过程”。当专用于宗教、慈善事业等历史建筑物在冲突中作为目标遭到袭击时，为了宽恕犯罪人，避免仇恨升级，防止被害人成为犯罪人或受到二次伤害，以不同方式展现“公共纪念”的象征性活动选择了对过去的接受和妥协，将主要精力投入到对合适的建筑物挑选过程中。虽然“公共纪念”不能代替“处理过去”这种复杂问题的全部，但若绘出一件符合当地风俗文化的作品将有利于帮助被害人在众多程式化困境中明晰焦点，确保他们尽快重新融入到市民社会中。

除了对“过去”的总结，“公共纪念”还以“向前看、面前未来”的维度向普通民众传输“平等协商”理念，而那些经历了长期的暴力和压迫，身心受到严重创伤的被害人也十分渴望建设持久和平、稳定的民主社会，因此，各种纪念方式成为构建和谐社会的催化剂，制止和预防正在出现或将来可能出现的侵犯人权行为的发生。

（三）维护被害人尊严

如上所述，被害人不仅仅只是为了追求纯粹的金钱赔偿或援助，除了道德上无法接受罪行可通过支付对价减免这样的原因外，从历史上看，大多数被害人十分担心作为社会和政治主体身份能否融入到更广泛意义上的转型正义浪潮中。[381] 正是因为这些象征性活动在满足亲人对逝者的缅怀及恢复被害人名誉上提供了作出了有益探索，因此其构成了救济进程中不可或缺的一部分。

虽然不少幸存者担心，外化的哀悼方式使他们彻底释放完悲痛后，逐渐将死难者遗忘或使其再次回忆起过去的悲惨遭遇而造成严重的心理问题，但作为诺贝尔和平奖得主与犹太人大屠杀的幸存者，埃利·维瑟尔写道，“暴行的被害人没有墓地，我们就是他们的墓地”，从这句话我们不难推断出纪念物无论对于幸存者还是整个世界而言，都起着传承历史文明的作用，采取某种传统的悼念方式既是对逝者最大的尊重，也在一定程度防止了潜在犯罪人对后人的侵害危险。

既然这种集私人与公共，个人与集体为一体的混合方式旨在为被害人（包括虽未受暴行直接侵害但受其影响的主体）及其家属提供回忆和祷告的场所，那么

[381] Elizabeth B. Ludwin, Trials and Truth Commissions in Argentina and El Salvador,in ACCOUNTABILITY FOR ATROCITIES: NATIONAL AND INTERNATIONAL RESPONSES 273, 275(JaneStromseth ed., 2003).

就存储反映严重践踏人类良知和尊严的记忆信息也应有他们参与，这不仅利于其尽快走出悲伤，而且每一种决定都体现了向往和平的社会团体的创造性活动和一份承诺。

三、“公共纪念”作为赔偿/援助方式：以相关国际组织实践为例

（一）联合国有关赔偿的努力

根据联合国大会《严重违反国际人权法和国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和指南》的相关规定，被害人赔偿形式除涉及恢复原状、补偿、康复外，还包括具有象征性赔偿性质的“满足”，[382]如通过研究、教育和广泛的互动、探讨唤醒社会公众对暴行的意识，进而促使相关主体正式道歉，或为设立纪念日或建造纪念碑等各种纪念活动的开展提供资金支持。

显然，“满足”措施已被纳入“公共纪念”的实际构造中，Louis Joinet在“侵犯人权的被定罪人是否得以豁免问题”的报告中写到，“以'集体性'基础，象征性措施旨在实现道德赔偿，例如举行纪念仪式、命名公共大道、设计纪念作品等”，[383]Bassiouni在“大规模侵犯人权和基本自由有关被害人恢复原状、补偿及康复的权利”的报告提到了“对被害人的纪念和悼念”。[384]联合国所做的这些努力也对很多国内或区域组织产生积极影响，如“欧盟恐怖主义活动被害人援助”建议稿鼓励成员国考虑包括纪念和悼念在内的其他赔偿措施。

（二）美洲人权法院有关赔偿的尝试

一直以来，美洲人权法院不仅坚信“公共纪念”能构成适当的赔偿形式，而且经常通过判决的方式生动展示如何合理设计一种符合被害人心理预期的历史纪念物。由于法院的考虑早已超出了“精神痛苦”而扩展至“其他有损被害人尊严和幸福”的范畴，因此该份赔偿无法用金钱衡量，哪怕是名义上的。

为了体现被害人意图和明确国家义务，法院批准了将“公共纪念”的设计作为由国家和受害方共同决定的承诺协议中“回顾”的一部分。但有时建造纪念物的想法确是来自国家自愿行为，虽然这种自愿并不排除作为避免国内或国际相关机构对其采取进一步行动而进行的交易。

鉴于很多国际犯罪都存在对生命连同自由、身体完整及人道待遇等基本人权

---

[382] Adopted and Proclaimed by General Assembly Resolution 60/147 of 16 December 2005.

[383] Mr Louis Joinet：The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees：Question of the impunity of perpetrators of human rights violations，U.N Doc.E/CN.4/SUB.2/1997/20(Oct2,1997).

[384] Mr. M. Cherif Bassiouni: The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, U.N. Doc. E/CN.4/2000/62 (Jan. 18, 2000).

的大规模或系统性侵犯，法院很少反对有关“纪念物的建造作为赔偿方式”的提议，尽管有时以被害人名义“命名”一所学校或举行开学典礼就已足够。就赔偿对象而言，除了为纪念在抵制人权践踏或反对政府压迫等方面做出杰出贡献的个人，大多数场合，历史建筑物是以集体方式纪念被害人群体，例如，哥伦比亚政府为了纪念大屠杀中无辜丧生的儿童，在国家公园建造了一座挂有牌匾的纪念碑让犯罪人试图修复自己的良心以及向被害人家属赎罪。

除了上述以赔偿和修复为指向的“向后看”实践外，历史纪念物更多的是以社会整体为视角、以面向未来为基点的筹划。例如，在Moiwana Village 一案中，法院指出，苏里南共和国同意建造的纪念碑既提示整个民族之前所遭受的灾难，又起到预防未来这种惨无人道的行为再次发生的目的。[385]再以玻利维亚当局杀害儿童后的举措为例，该政府为了让下一代真实了解玻利维亚的这段历史，以及为了被拘留者或被迫失踪者的近亲属有权以某种方式使那些因不同意当局政治体制而惨遭杀害的年轻人在其记忆中永存，决定精心打造一件作品以铭记未成年人。这是一起基于个体而发布的赔偿命令，但其家人却将部分赔偿捐赠给社会和子孙后代。

值得注意的是，法院还特别关注“公共纪念”建造的时间、地点、方式等细节，即并非仅在判决书中抽象的提出“修建博物馆、建造纪念碑等”，还需考虑它的建筑风格、涵设内容是否符合相关主体心目中的正义。所以，被害人家属希望通过自主控制而非由国家单方面干预的方式决定“公共纪念”的设计，以免中断或破坏了对逝者的完整记忆路径。

为了解决该问题，法院常常花费大量精力确定“公共纪念”的各种形态、批准及监督各参与方艰难达成的复杂协议，其中既涉及到某种纪念物应在什么条件下修建等程序内容，又包括成品的尺寸、形状、体现的本质等实体内容。如法院要求“纪念物的设计必须与幸存者或死者的家庭成员协商，并充分考虑他们的意愿”，“设计的方式、地理位置的选定应向被害人的代理人进行咨询”，或“纪念物的特征应由参与方一致同意”等。[386]

法院自身也愿就纪念物相关问题给予阐述。首先，关于纪念物位置的确定。为了禁止政府单方面确定某个减损被害人群体和社会共同利益的地点，其一般都

[385] I/A Court H.R., Moiwana Village case, Judgment of June 15, 2005, Series C, No. 124.
[386] 同上.

需对“何为合适的公共地点”作出说明。有时，依据纪念物和死者生前的关系设立，如经常居所地、侵权行为地；有时，为了对广大社会公众的宣传教育而在川流不息的交通要道设立；有时，在给定的几处地点中由参与方共同选择其中一处。[387]

其次，为了防止政府无故拖延修建时间，法院对工期进度也作了安排。如要求特定纪念物的建造应在收到判决书之日起一年内完成，或对相关职能部门因履行协议而办理许可证等材料设置最后期限。[388]不仅如此，为了使高级别官员和申请人直接对话，倾听他们的诉求，以及接受国际监督，其也具体指出负责该项目的相关主体以及他们所要完成的事项。

最后，法院一般会尊重申请人意愿来确定纪念物的实际形态、样式和风格。以Villatina大屠杀为例，其认为申请人的下列请求应予考虑：“（1）艺术作品由青铜铸造，（2）艺术作品应包含分别代表九名被害人的九个要素，（3）保证公共空间得到重塑，（4）帮助人们理解事件来龙去脉的含有所有被害人姓名、死亡时的年龄等信息的各种牌匾的设立”。[389]

有意思的是，法院甚至明确了项目开工仪式的具体条件，如Villatina大屠杀案的判决书中，其强调纪念物只有在国家和当地政府代表、死难者家属及申请人的共同见证下方可动工。为了让建设进程朝着被害人满意的方向发展,不惜动用司法权迫使政府对现存纪念物进行改造。例如，秘鲁政府曾对“建造完工的纪念物仍要修缮”的行为表示不满，而法院坚持认为既有纪念物虽能证明秘鲁曾发生侵犯人权的事实，但政府仍应在一年内完成将判决书中所有死者的姓名体现在该建筑中。[390]

（三）真相与和解委员会有关援助的体现

虽然真相与和解委员会没有强制性权力，提出的建议未必一定得到采纳，但以社会的整体运行为视角来解决过渡时期的紧急事件，表明它们已成为过渡司法体系中不可或缺的一部分。如智利、洪都拉斯、萨尔瓦多等国的真相与和解委员会都支持建造一座刻有所有被害人姓名的国家纪念碑以示对死者的尊重和永久

---

[387]如I/A Court H.R.,Villatina Massacre v. Colombia,相关主体达成一致选择麦德林市的其中一处公园作为纪念点.

[388] 同注释 15..

[389] See Villatina Massacre v. Colombia, Case 11.141, Inter-Am. C.H.R., Report No. 105/05, OEA/Ser.L./V/II.124, doc. 5.

[390] I/A Court H.R., Miguel Castro-Castro Prison case, Judgment of Nov. 25, 2006, Series C., No. 160.

保留对他们的回忆。南非真相与和解委员会认为，公共纪念方式是对整个南非社会的一种象征性赔偿。

塞拉利昂真相与和解委员会也对历史纪念物的设立表现出浓厚兴趣，提出在任何需要的情况下，该委员会都愿和相关团体就纪念方式进行探讨。它们重申了铭记历史的重要性，并将“公共纪念”视为一套具有“回顾过去、珍视现在、展望未来”多棱角的独特的综合机制。他们欣喜的发现，经过多次不断的陈述，塞拉利昂民众、社会团体及政府都对其表现出极大的热情。尽管不能马上促使项目的新建,但确实使一些纪念物名称得到更新。而也正是因该委员会的长期呼吁，塞拉利昂政府于2002年成立了国家战争纪念委员会。

除了以上惯常性的委员会外，有些国家还自发组建具有类似功能的非政府组织。例如，名为“为善意治理而战”的塞拉利昂民间机构经常召集社会各界民主人士商讨社会转型中的问题及了解真相与和解委员会关于象征性赔偿建议的落实情况。

综上，我们清楚的看到，在刑事司法程序外，由于联合国的支持，美洲人权法院和国内真相与和解委员会、民间组织的践行，“公共纪念”正以全新的理念确保被害人参与及提供更广泛意义上的康复。

四、“公共纪念”对《规约》被害人救济制度的回应

（一）对“被害人界定及人数”问题的回应

首先，无论给予绝对或相对的赔偿，资源都显得十分有限，而公共纪念方式并不需要花费太多资金，且他们在恢复被害人尊严、促进社会转型、提供历史档案编写资料以及预防未来暴行等方面有着巨大复原潜力。

其次，“公共纪念”降低了个人赔偿评估因根据损害、损失及伤害的范围和程度做出个别赔偿而带来的“平等关注”理念的破坏风险的发生。即使纪念物的建造来自法院基于对被告的有罪判决而发布的赔偿命令，但也不意味着其只对参与诉讼程序的一小部分被害人产生影响。进一步说，纪念物通过保障所有被害人从过程到结果的获益，弥合了参与诉讼与非参与诉讼被害人之间的差异。其中既包括犯罪人已被国际刑事法院起诉，但被害人可能因某些原因不愿参加诉讼，或因路途遥远无法参加诉讼抑或担心不能证明自己为适格当事人而放弃诉讼的情形，也包括犯罪人因罪行未被发现，或因“有能力也有意愿”的国内法院已对他

们进行审判而未被国际刑事法院起诉，而使被害人真正无法参与诉讼的情形。

最后，“公共纪念”也从侧面提醒我们不要对国际社会能充分补偿因国际犯罪而产生的所有损失抱有盲目的期待。当大量索赔者蜂拥而至时，无论国际刑事法院还是信托基金都只提供零零散散的小部分救济的做法终究会使民众感到沮丧甚至厌恶。

因此，笔者以为，通过“象征性方式”弥补被害人损失而非仅寻求犯罪人数字上的变化，“公共纪念”不仅为国际刑事法院就如何具体的帮助被害人重燃生活希望提供了一条现实路径，而且还为社会各界呈现了有形的、最大透明化的结果。

（二）对“赔偿性质”问题的回应

国际刑事法院/信托基金将“公共纪念”的建设纳入赔偿或援助体系，将有力的推动其超越物质赔偿和严格意义上的康复范畴，而达致更广程度上的“满足”。

首先，作为独立机构的信托基金对于“自愿捐款”享有很大程度上的自主决定权，因此，将资金投入到以被害人为导向的“公共纪念”这样的项目客观上不存在现实障碍。其次，就“赔偿”而言，“公共纪念”赋予损害特殊涵义并试图将其转化为对社会的积极贡献而非仅补偿个人损失的做法，既具有必要性也具有可行性。不仅因为从被害人长远角度考虑，对防止类似罪行再次发生的关注才能更为彻底的恢复他们的尊严，而且配备“筛选装置”的信托基金可将由法院命令被定罪人缴纳的罚金、资产收益等的没收转化为援助。同时对已有赔偿形式“康复”应作扩大解释，将其放到象征性赔偿本质的视野中，而非仅关注传统意义上个人医疗或心理护理。最后，“公共纪念”还能提高广大被害人参与性。《规约》在客观上能够保证纪念物以最大化发挥其潜力的方式推动集体化进程。既然美洲人权法院用心制作地赔偿指令既指明了方向，又有意留下某些具体问题由政府，被害人，甚至被定罪人共同参与决定,那么我们没有理由认为当信托基金可对用于赔偿或援助的资金支出，“公共纪念”设计的条件，甚至具体清单予以监督的前提下，类似的行为在同样为保障人权的国际刑事法院不会发生。

（三）对“适用范围”问题的回应

首先，“公共纪念”对集体赔偿的完美展现及《规约》对集体赔偿、集体援助的明确规定使得纪念物作为一种赔偿形式成为期待的可能。它向国际刑事法院

/信托基金传递了一种态度，希望其将更多精力投入到社会、国家政体和社区共同康复的进程中。 其次，“公共纪念”在如何有效解决当前赔偿和援助之间所面临的困境搭建了一座连接过去和未来间的桥梁，独特的建筑样式既是对过去损害的回应，也是对目前和解与叙述真相的促进和对未来和平的向往。最后，由于“公共纪念”的持久性而带来的传承性，也给国际刑事司法创造了一笔珍贵财富。可以想象，在相当长的一段时间内，它们都将提醒民众勿忘历史，警告潜在犯罪人不要重蹈覆辙。

（四）对“基于上下文的理解”的回应

首先，国际犯罪主要由国家和核心机构实施，因此犯罪的结构性和组织性使得国际刑事法院作出突出集体犯罪本质的命令更有意义。即使对个人启动了调查、起诉机制，反映暴行参与者集体错误行为的纪念物也被看作是对所有被害人的救济。它不以分割的方式纠缠于犯罪、责任种类和性质、原因力等法律概念及相互间关系，而是将个人罪行，政府失灵和国际社会疏忽等因素混合向后人整体呈现。

其次，聚焦推动过渡司法进程的被害人援助政策也能将自身和类似的重建和发展政策更好的区分。以往实践表明，信托基金在项目援助方案中都无一例外的强调，“促进共同体和解，人与人之间相互接纳，重建社会安全网络”。此种背景下，纪念活动的开展不仅依赖于国际刑事法院的良性运行，还依赖于缔约国对国际犯罪责任整体承诺的信托基金自主政策。就这点而言，其援助建造的纪念物已和未体现任何变化的重建和发展等一般性工作区分开来。

五、结论

虽然《规约》、《规则》及《条例》都未提及象征性赔偿、满足或“公共纪念”，但其作为一种成熟的专注于被害人的政策，通过信托基金的具体实施能维持国际刑事法院在国际社会上的声誉。从文本上看，《条例》赋予信托基金广泛的自行决定权，虽然没有明显证据表明这是朝着象征性方向转变，但不仅仅作为法院赔偿命令中间人的信托基金理应成为这项政策的主导者。在可预见的未来，这也将是法院乐于接受的一种专业分工，尤其当行政手段获批项目的时间、精力等成本远低于司法手段的赔偿或法院的独立性、公平性受到普遍质疑时。

和物质赔偿或一般意义上的康复相比，建筑和艺术完美融合的“公共纪念”更能生动、细致、具体的从历史学、美学、政治学维度向我们立体呈现过去事件，

更为丰富的传达出人类经历创伤的过程，同时它也很好的将一份针对个人的单一的、静态的判决“翻译”成无论从广度、时间抑或文化都被普通民众和社会认同的作品，因此，其同时满足了作为个体的被害人和作为整体的社会政治需求。

根据不同主题理论的非单一性以及相互间的交融性，可将国际刑事司法和赔偿、援助、“公共纪念”等语词放在同一层面进行研究。国际刑事司法不应仅定位于依法起诉、审判角色，还应被看作为社会结构正在崩溃的国家和急需宣泄的民众提供一条动态的、面向未来的进路。在此前提下，“赔偿权”既应逐渐和单纯的刑事审判程序分离而融入到以推进“社会重建”或“康复”为中心的社会、政治和司法改革浪潮中，又应注意和那些不仅仅以处置暴行为目标的宽泛的援助项目相区分。

总之，针对国际犯罪被害人所处的真实情境，应根据不同国家在过渡时期的实际需求制定不同的的救济政策，而不能妄图通过演绎推理的方式一劳永逸的建构出“完美”的救济机制。就目前而言，也许，刑事责任的影响、记忆与艺术的结合能唤醒我们对国际刑事正义的再认识，并可能使这种认识保持的更加久远！

参考文献：

【1】巴西奥尼《国际刑法导论》，赵秉志等译，法律出版社2006年版.

【2】李世光，刘大群，凌岩.《国际刑事法院罗马规约评释》（下册）北京大学出版社2006年版.

【3】[美] 安德鲁·卡曼.《犯罪被害人学导论》（第六版）. 李伟等译. 北京大学出版社2010年版.

【4】[英] 安德鲁·瑞格比:《暴力之后的正义与和解》,刘成译,译林出版社2003年版.

【5】[南非] 德斯蒙德•图图:《没有宽恕就没有未来》,江红译,上海文艺出版社2002年版.

【6】T.Govier, Taking Wrongs Seriously:Acknowledgement ,Reconciliation, and the Politics of Sustainable Peace , New York :Humanity Books , 2006.

【7】Eric Blumenson, The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism and Punishment at the International Criminal Court, 44 COLUM. J. TRANSNAT'L L.

(2006).

【8】Kofi.Annan，The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Society :Report of the Secretary-General ,2004 08 03, http://www.un.org/zh/ documents/view doc.asp? symbol=S/2004/616.

【9】Heather Strang，Lawrence W.Sherman．THE PRACTICE OF RESTORATIVE JUSTICE: Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice.

【10】Darryl Robinson, Serving the Interests of Justice：Amnesties，Truth Commissions and the International Criminal Court, 14 EUR. J. INT'L L. (2003).

【11】Emilie M. Hafner-Burton, Sticks and Stones: Naming and Shaming the Human Rights Enforcement Problem, 62 INT'L ORG.(2008).

【12】Alexander K.A. Greenwalt, Justice Without Politics: Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court (2007)，available athttp://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=awfaculty.

【13】PRISCILLA B. HAYNER, UNSPEAKABLE TRUTHS: CONFRONTING STATE TERROR AND ATROCITY (2001).

【14】Mark Freeman, Transitional justice: Fundamental Goals and Unavoidable Complications, 28 MANITOBA L.J. (2000).

【15】Jessica Sinclair, The International Criminal Court in Uganda: A Detriment to the Peace Process, 1 UNDERGRADUATE TRANSITIONAL JUST. REv. (2010).

“一带一路”倡议下海上搜救务实合作的国际法思考

——以中国与东盟的海上搜救协作为视角

黄伟凤[391]

【摘　要】“一带一路”倡议的成功实施，有赖于沿线或周边国家和地区稳定的社会基础。近年来的沉痛经历彰显了各国加强海上搜救协作的重要性。目前中国与东盟对此有一定的合作，但仍存在很大不足，缺乏坚实的搜救协作基础和稳固的搜救协作保障。在高敏感领域问题一时难以解决的情况下，各国应当采用双轨制思路，就海上搜救协作这一低敏感领域问题加强务实合作。《南方各方行为宣言》无法满足各方的搜救协作需求，中国应当与东盟签订搜救协作条约，并建立行之有效的搜救协作机制。只有充分实现对海上人命安全的保护，才能促进21世纪海上丝绸之路的和平与发展，从而为“一带一路”倡议的实施奠定牢固的国际社会基础。

【关键词】一带一路；东盟；低敏感；海上搜救；务实合作

2013年9月和10月，习近平主席出访中亚和东南亚国家期间，先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”（以下简称“一带一路”）的重大倡议，提倡在充分依靠既有双多边机制的基础上，带动整个地区乃至全球经济的复苏和发展。2015年3月博鳌亚洲论坛期间，《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》发布，对一带一路的原则、框架思路、合作重点与合作机制等内容都进行了规定。

“一带一路”是促进共同发展、实现共同繁荣的合作共赢之路，是增进理解信任、加强全方位交流的和平友谊之路。21世纪海上丝绸之路作为“一带一路”的重要部分，它的和平与发展非常重要。近年来，自然灾害和海难频繁，对海上人命安全的保护逐渐得到各国的重视。各国海上搜救协作对于遇难人员、船只和飞行器等的救助效率和质量尤为重要。海上人命救助对于沿海和周边国家和地区的社会稳定具有积极意义。各国社会的稳定发展，对相互之间的政策沟通、设施联通、贸易畅通和民心相通等都产生重要的影响，这些都是“一带一路”的重点合作领域。“一带一路”倡议的成功实施，无法脱离各国对人道主义的关怀、对人们生命安全的关切以及对社会安全与稳定的关注。中国作为“一带一路”倡议的提出者，承担着时代所赋予的使命，应当积极推动与东盟间的海上搜救协作。

[391] 作者简介：黄伟凤（1990-），女。广东湛江人，中山大学法学院硕士研究生，研究方向：国际法学。

一、 搜救协作概述

“一带一路”倡议各国积极利用现有双多边合作机制，促进区域合作蓬勃发展。目前，中国与东盟积极推进区域合作，在海上搜救领域取得了一定成效，构建了磋商机制平台。中国与东盟之间就搜救事宜也相互学习与交流。但是，目前的搜救协作仍存在不少问题，缺乏有效的协作依据和协作保障。

（一） 中国与东盟的协作现状

1. 中国与东盟推进区域协作

2002 年，中国与东盟签署《南海各方行为宣言》，强调在和平解决领土与管辖权争端之前，在合作和理解的基础上上，进行海上务实合作，其中包括航行安全与搜救。

2011 年，中国与东盟签署了《落实中国—东盟面向和平与繁荣的战略伙伴关系联合宣言的行动计划（2011—2015）》，强调在海上航行与交通安全、海上搜救、海上遇险人员的人道待遇等领域加强对话与合作。[392]

2012 年，在“落实《南海各方行为宣言》第四次高官会”上，各方讨论了成立航行安全与搜救专门技术委员会等问题。[393]

2013 年，“落实《南海各方行为宣言》”上，中国提出建立中国与东盟国家海上紧急救助热线、举行中国与东盟国家海上联合搜救沙盘推演等合作倡议，泰国、印尼等国家也提出了海上相关合作倡议。[394]

2014 年 8 月 10 日，东盟地区论坛发表《关于加强海空搜救协调与合作声明》。基于对马航与韩国“世越号”遇难事件的沉痛经历，东盟地区论坛各方认识到海空事故给地区人民生命和财产安全带来风险，认识到地区国家搜救能力以及搜救合作的有效性和效率需要进一步加强。各方成员重申在地区海空搜救协调与合作

---

392 《落实中国—东盟面向和平与繁荣的战略伙伴关系联合宣言的行动计划（2011—2015）》，http://www.asean-china-center.org/2012-02/27/c_131433868.htm，中国-东盟中心网站，2015 年 4 月 6 日访问。

393 《落实南海各方行为宣言高官会举行获系列共识》，http://www.chinanews.com/gn/2012/01-14/3605263.shtml，中国新闻网，2014 年 11 月 6 日访问。

394 《落实南海各方行为宣言第六次高官会举行》，http://www.chinanews.com/gn/2013/09-15/5286577.shtml，中国新闻网，2014 年 11 月 5 日访问。

中应当遵循的原则及应当采取的合作措施。[395]东盟地区这一声明，为中国与东盟加强海上航行安全与搜救协作奠定了基础。

2014 年 10 月，在“落实《南海各方行为宣言》高官会”上，各方就《南海行为准则》的磋商达成第一份共识文件，分别设立中国－东盟国家技术部门之间的“海上联合搜救热线平台”及中国－东盟国家外交部之间的“应对海上紧急事态高官热线”，举行中国－东盟国家海上联合搜救沙盘推演，推广卫星系统在南海导航和搜救中的应用等。这是中国与东盟协作的一大进步。[396]

2. 中国与东盟海事磋商机制

中华人民共和国交通部原部长张春贤 2003 年在中国—东盟“10+1”交通部长会议上建议召开中国—东盟海事磋商机制会议。2004 年，中国向东盟提交了“中国—东盟海事机构磋商机制概念文件”，得到东盟各国的积极响应。[397]从 2005 年开始至今，中国—东盟海事磋商机制会议已举行了十届。中国与东盟在海事磋商机制方面存在一定的合作基础，在信息交流和经验分享等方面有坚固的重要平台。各方应当在这一平台上，建立并完善海上搜救的沟通和协商机制，密切双边交流，加强海上安全合作，促进中国与东盟的海上搜救协作，推动海上务实合作的可持续发展。

3. 中国与东盟的交流学习

（1）海上联合搜救演习

近年来，中国为了锻炼海上搜救队伍，提高海上人命救助的组织、协调和指挥能力，经常与南海周边国家和地区的搜救队伍举行形式多样的海上搜救联合演习。

2004 年 10 月中国海事局与菲律宾海岸警备队分别在北京和马尼拉举行了代号为“中菲合作 2004”沙盘联合搜救演习。尽管在南沙部分岛礁归属问题上存在争议，双方仍然就搜救协作等问题共同努力。[398]

---

395 《关于加强海空搜救协调与合作声明》，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/1179_611310/t1181699.shtml，中华人民共和国外交部网站，2014 年 11 月 5 日访问。

396 《落实南海各方行为宣言第八次高官会在泰国举行》，http://news.xinhuanet.com/world/2014-10/29/c_1113028991.htm，新华网，2014 年 11 月 5 日访问。

397 《中国—东盟海事磋商机制正式启动》，http://www.chinahighway.com/news/2005/123403.php，中国交通新闻网，2014 年 11 月 15 日访问。

398 《菲律宾概况及与中国双边关系》，http://www.chinanews.com/gn/2010/10-26/2614372.shtml，中国新闻网 2014 年 11 月 5 日访问。

2012 年 8 月 28 日，中越两国成功举行首次海上搜救应急通信联合演习，演习设置了险情报告、信息收集、搜救力量协调、医疗远程救助、信息通报等七个场景。中越双方认为，此次演习为今后探索中越海上搜救合作新形式、更好地服务东盟海上交通安全奠定了基础。[399]

我国与周边国家的交流合作不断取得突破，积极推进中国—东盟和中国—印尼海上搜救热线和联合沙盘演习两个合作项目。[400]

（2）专业人员与船舶的相互交流

2005 年，东盟各国代表和东盟秘书处出席了在中国举办的国际海事论坛，并观摩了“2005 年东海联合搜救演习”。此次演习是中国政府加强与东盟各国合作，特别是履行 2004 年签订的《中国—东盟交通合作备忘录》中有关海事合作的一项重要活动。[401]

2008 年，我国最大的专业救助船“南海救 101”出访新加坡，这是中国救助船首次出镜访问，展示了中国救捞装备的实力，也促进了中国与新加坡在救助方面的经验交流。[402]

4. 中国与东盟探讨搜救协作的实践

目前而言，中国与越南在北部湾搜救合作机制的建立和运行具有成功的经验。

2002 年，广西防城港海事局着手开展中越海上搜救合作机制课题。2003 年 11 月，中国广西防城港市海上搜救中心与越南广宁省 1 号航海搜救小区建立了搜救合作机制。截至 2013 年，中越海上搜救合作机制发挥了积极作用，共开展联合搜救行动 15 次。[403]这一系列协作行动，加强了两地海上搜救机构的联系。中越海上搜救合作机制发挥了很好的作用，有效化解了一次次海上险情，为北部湾海上运输、作业船舶提供了安全保障。[404]这些实践经验表明，中国有能力与东

---

399 《中越海上搜救机构举行海上搜救应急通信联合演习》，http://www.gov.cn/gzdt/2012-09/04/content_2216326.htm，中华人民共和国中央人民政府网站，2014 年 11 月 5 日访问；《中越首次举行跨国界海上搜救联合演习》，http://news.xinhuanet.com/2012-08/29/c_112883006.htm，新华网，2014 年 11 月 5 日访问。

400 《2013 年海上搜救工作新闻发布会》，http://www.scio.gov.cn/xwfbh/gbwxwfbh/fbh/Document/1358738/1358738.htm，中华人民共和国国务院新闻办公室网站，2014 年 11 月 6 日。

401 《目击 2005 年东海联合搜救演习》，http://www.people.com.cn/GB/paper2515/15873/1403324.html，人民网，2014 年 11 月 5 日访问。

402 《“感动中国”救捞大事推荐名单》，http://www.nh-rescue.cn/ztzl/info_36_itemid_3671_lcid_17.html，中华人民共和国交通运输部南海救助局网站，2014 年 11 月 5 日访问。

403 《海上搜救为中国东盟海上互联互通保驾护航》，http://news.xinhuanet.com/politics/2013-09/04/c_117227782.htm，新华网，2014 年 11 月 5 日访问。

404 江慧楷：《中越海域船舶安全的“保护神”》，载《中国水运》，2009 年 06 期第 19 页

盟就海上搜救问题进行良好的合作。

（二） 中国与东盟协作存在的问题

1. 缺乏坚实的搜救协作基础

中国与东盟之间没有签订搜救协议。中国与东盟搜救协作最主要的依据是《南海各方行为宣言》。该宣言没有法律约束力，对中国与东盟无法设定国家义务。同时，宣言均为纲领性的内容，还需各国进一步磋商以形成具有拘束力的协议。目前，中国与东盟各国正在磋商南海行为准则，以期形成对各国具有拘束力的协议。

我国与东盟各个国家之间没有签订双边搜救协议。我国与其他国家在签订搜救协议方面的合作较少，只与韩国和美国签订了双边搜救协议。2007 年，我国与韩国签署了《中华人民共和国政府与大韩民国政府海上搜寻救助合作协定》，这是我国与周边国家在海上搜寻救助合作领域签署的第一个政府间协定。协定的签署标志着中韩两国进入海上搜救全面合作的新阶段，将对提高海上搜救效率、保障海上人命和财产安全、稳定两国及本地区海运经济繁荣产生积极的影响。[405]

此外，有关海上航行安全与搜救的国际公约，东盟各成员国的缔结情况不相同，相关公约不能同时对东盟各国产生拘束力。例如，《国际海上搜寻救助公约》未能涵盖东盟的全部国家，各国承担的国际义务不同，影响了海上搜救区域合作的发展。

2. 缺乏稳固的搜救协作保障

中国与东盟在航行安全与搜救方面，没有建立全面的沟通和协调机制，通讯信息沟通不畅通。如果船舶或飞行器受自然影响遇难而进入别国管辖海域，本国难以立即调动救助力量进入该国海域开展搜救工作，“往往需要经过多部门和繁琐的程序，严重制约了搜救行为的及时性与协调性，并可能因搜救链的脱节而延误救助时机”。[406]“马航事件”便是典型的例子。

（三） 中国与东盟协作的必要性

---

[405] 《中韩两国正式签署海上搜救协定》，http://www.moc.gov.cn/zizhan/siju/soujiuzhongxin/hezuojiaoliu/guojijiaoliu/gongzuodongtai/200709/t20070919_396241.html，中国海上搜救中心网站，2014 年 11 月 6 日。

[406] 史春林：《中国参与南海搜救区域合作问题研究》，载《新东方》，2013 年 02 期，第 25 页。

1. 国际社会的趋势

为应对区域内发生的应急事件，国际上开展海上搜救合作已成为时代发展的趋势。加强区域合作，可有效提高区域搜救能力。例如，北极理事会成员国在2011年签署了《北极搜救协定》，这是北极理事会成立以来首个正式协议，划分了各成员国承担的北极地区搜救区域和责任，是北极理事会第一个具有法律拘束力的协议。[407]

2. 自然环境的需要

南海海域范围极广，海上搜救的最大特色在于无国界救助。任何一个国家都难以凭借自身力量独立开展搜救工作。南海周边国家必须加强沟通与协调。海上搜救应不分国界与地区，互相合作与支援，就近、及时和有效地实施救助。[408]

3. 经济交往的需要

近年来，中国与东盟间的经济活动日益繁盛，海上贸易发达。南海的船舶密度较大，可能会发生遇难事故。遇难人员是否能得到及时有效的救助，长远上来讲会影响中国与东盟的经济贸易往来。经济上的紧密联系使得区域合作变得日益重要。各国应当加强合作，保证航运安全。

二、 搜救协作的思路：双轨制

“一带一路”倡议全方位推进务实合作，体现了双轨制思路。“21世纪海上丝绸之路”中，所涉海域有相当一部分涉及领土和主权争议，例如南海问题。长期以来，南海问题高度的复杂性与敏感性，导致与之相关的很多问题都没有妥善解决。

根据复杂性和敏感性，可将与南海相关的问题分成四个层面的问题：一是海洋环保、科学考察、防灾减灾、打击海上犯罪、海上救助以及航行安全等低敏感领域；二是资源方面，包括渔业、油气、海底矿产以及旅游资源的开发、利用和保护；三是海域管辖权主张的重叠问题；四是南沙岛礁领土争议。[409]

在2014年10月举行的“落实《南海各方行为宣言》第八次高官会”上，各

[407] 《北极理事会签署成立以来首个正式协议》，http://news.eastday.com/w/20110513/u1a5888772.html，东方网，2014年11月5日访问。
[408] 汤忠法：《南海救助工作如何适应人民救助的思考》，载《珠江水运》，2006年07期，第77页。
[409] 海民、张爱朱：《国际法框架下的南海合作》，载《国际问题研究》，2014年01期，第71-页。

方确认了处理南海问题的“双轨制”。“双轨制”，指领土争议相关问题由当事国通过友好协商与谈判等方式寻求和平解决，而南海的和平与稳定则由中国与东盟国家共同维护。

这表明，各方达成共识：低敏感问题的解决，不依赖于领土争议的解决。低敏感领域问题与国计民生有直接联系，在双轨制的倡议下，各国在低敏感领域的务实合作，能为周边国家的人民提供基本安全保障，提高海洋资源的可持续利用，促进南海的和平与稳定发展。以下将阐述双轨制思路的法理基础、双轨制下务实合作的可行性和意义。

（一）法理依据

1. 人道主义

管辖权争议与领土争议是历史遗留问题，相当长一段时间内难以完满解决。而如今非传统安全却日趋严重：海盗问题猖獗，环境保护事不宜迟，资源开发有待控制，卫生问题的国际规制日益重要。这些非传统安全问题对 21 世纪海上丝绸之路沿岸国家和周边国家都产生不容忽视的影响，各国不可能在解决了领土争议问题后才予以才考虑。现实的需求逼迫所有利益攸关的国家另辟蹊径，在解决核心问题的同时，提高对低敏感领域问题的关注。

法律终将落实到对个体的保护。人的生命安全不应受国家间政治矛盾的影响，这是人道主义的体现。海上搜救问题，与人最基本的生命利益息息相关，各国各自为政的做法，难以确保搜救效率，无益于人命安全。将南海问题按其敏感性和复杂性进行分类，不意味着低敏感领域问题与领土争议问题毫无争议，我们不能割裂两者之间的联系；但是，低敏感领域问题与人道主义问题具有更紧密的联系。基于人道主义的要求，各国应当就领土问题暂时搁置争议，进行海上搜救协作。

2. 国际合作原则

就国际法基本原则的范畴，目前尚无统一定论。但是，长期的国家实践逐步形成了文明国家普遍接受的基本原则，其中包括国际合作原则。

国际社会是所有国家和地区形成的统一整体。各个国家和地区间的有效合作，使国际社会不仅仅是所有国家和地区的相加之和。缺失了国际合作，各个国家和地区将相互割裂，国际社会将一盘散沙，这不利于国际关系的稳定发展，不利于

经济、政治与社会的和谐。

根据《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则宣言》，“各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作，以期维持国际和平与安全，并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利、及不受此种差异所生歧视之国际合作”。国际合作原则已成为联合国成员国公认的国际法基本原则，各国与其他国家友好合作以维持国际和平与安全。

非传统安全领域的现状和问题，更加彰显了国际合作的重要性。非传统安全的危害性极强，任何一个国家或地区都难以单独依靠自己的力量与之对抗；非传统安全的跨国性极强，即使某一国家或地区自身的力量足够强大，也不可避免需要他国的协作以顺利应对。关涉人命安全的海上搜救，更是需要国际社会的协作，以实现对公民生命安全最充分的保护。

3. 文本依据

（1）《南海各方行为宣言》

《南海各方行为宣言》由中国与东盟十国共同签署，旨在促进南海地区的和平、稳定、经济发展和繁荣。《宣言》第六条表明了各方进行务实合作的决心，愿意在全面和永久解决争议之前，就海洋环保、海洋科学研究、海上航行和交通安全、搜寻与救助、打击跨国犯罪等领域，探讨或开展合作。

《宣言》为中国与东盟十国展开务实合作提供了文本依据，但由于内容的概括性，各方还须就搜救合作的模式、范围和地点达成更为细致的一致意见。同时，《宣言》本身不具有法律效力，是否能真正发挥文本依据的作用，目前还是一个有争议的问题。

（2）《国际海上搜寻救助公约》

《国际海上搜寻救助公约》第二条第一款规定，“本公约的任何规定，不得损害根据联合国大会（XXV）第 2750 号决议召开的联合国海洋法会议对海洋法的编纂和发展，也不得损害任何国家目前和今后就海洋法以及沿海国和船旗国的管辖权的性质和范围所提出的要求和法律上的意见。”这表明了该条约所调整的事项，与国家领土主权事项并无直接联系。成员方就海上搜寻救助所做的协调与妥协，不视为对目前和今后就海洋法以及沿海国和船旗国的管辖权的协调或妥协。该条约从文本上提供了双轨制的思路，但由于成员方并未涵盖东盟的全部国家，

因此不能完全作为文本依据。

（二） 可行性

1. 闭海、半闭海的实践

与南海一样，世界上的不少闭海、半闭海也存在着领土争议问题，但是并不妨碍沿岸国在相应海域内进行务实合作，这些合作领域包括海洋环保、海洋科研、打击跨国犯罪等。国际上成功的合作实践经验表明，低敏感领域的务实合作不依赖于高敏感领域事项的解决。因此，各国完全可以运用双轨制领域，就海上搜救这一与人命安全息息相关的问题进行务实合作。

1990 年 10 月，西地中海十国（葡萄要、西班牙、法国、意大利、马耳五个欧洲国家，毛里塔尼亚、摩洛哥、阿尔及利亚、突尼斯和利比亚五个北非国家），创立了“5+5”对话机制。该机制推动了各国在环境、海洋污染、清洁能源、打击非法移民等方面的合作，所涉及的领域不断扩大，成为西地中海合作的有效机制。[410]

1992 年，黑海沿岸流国（保加利亚、格鲁吉亚、罗马利亚、俄罗斯、土耳其和乌克兰）签署了黑海防污染公约，以共同解决海洋污染问题。为了全面实施这一公约，还建立了黑海委员会和常设秘书处。

2009 年，西印度洋、亚丁湾、红海沿岸国召开了高级别会议，通过了共同合作打击海盗的行为守则，各方就打击海盗和海上武装抢劫展开全面合作。[411]

2. 经济基础与政策基础的支持

2011 年，中华人民共和国前任国务院总理温家宝在第十四次中国与东盟领导人会议上发表讲话时，称中方将设立 30 亿元人民币的中国—东盟海上合作基金，支持和推动在海洋科研与环保、互联互通、航行安全与搜救、打击跨国犯罪等领域的务实合作，形成中国—东盟多层次、全方位的海上合作格局。他建议双方成立相应机制对此加以研究，制定合作规划。[412]2013 年，国务院总理李克强

---

[410] 《西地中海国家加强环保合作 “5+5”对话成合作机制》，http://www.chinaenvironment.com/view/viewnews.aspx?k=20100428100450182，中国环保网，2015 年 4 月 3 日访问；《西地中海 10 国首脑会议强调加强地区合作》，http://news.xinhuanet.com/2012-10/06/c_123790667.htm，新华网，2015 年 4 月 3 日访问。

[411] 《国际海事组织通过共同合作打击海盗的行为守则》，http://www.chinanews.com/gj/qqjs/news/2009/01-31/1543387.shtml，中国新闻网，2015 年 4 月 3 日访问，

[412] 《温家宝在第十四次中国－东盟领导人会议上的讲话》，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/zyjh_611308/t878623.shtml，中华人民共和国外交部网站，

在出席第十六次东盟与中日韩领导人会议发表讲话时，称“欢迎各国积极申报项目，第一批落实的 17 个项目将用于支持海洋经济、海上互联互通、海上环保和科研、海上搜救等合作”。[413]目前，中方已提供 30 亿人民币作为该项目的启动资金，中国与东盟的海上搜救因而具有了雄厚的经济基础。[414]中国—东盟海上合作基金第一批入围项目中，外交部报送的《落实〈南海各方行为宣言〉框架下的务实合作》、交通部报送的《建立中国—东盟国家海上紧急救助热线》和国家海洋局报送的《东南亚海洋环境预报与灾害预警系统建设》等项目成功入围。[415]

2014 年 10 月，在“落实《南海各方行为宣言》高官会”上，各方就《南海行为准则》的磋商达成第一份共识文件，并将设立中国－东盟国家技术部门之间的“海上联合搜救热线平台”与中国－东盟国家外交部之间的“应对海上紧急事态高官热线”，举行中国—东盟国家海上联合搜救沙盘推演，推广卫星系统在南海导航和搜救中的应用等。这是中国与东盟在海上搜救协作的一大进步。[416]

（三） 意义

我国与东盟部分国家在南海问题方面存在海域划界争议和岛屿争端。南海争端问题历史悠久，涉及各国的主权与核心利益，需要经过多轮谈判，每一轮谈判也将耗费大量时间成本。因此，相关国家在短期内无法解决高敏感领域问题。目前，对于亚洲而言，传统安全和非传统安全挑战相互交织。对于普通民众来说，非传统安全威胁的影响更为直接。沿岸各国应当基于海洋法公约谅解与合作的精神，在领土和海洋争议问题解决之前，就其他低敏感领域问题达成共识，进行务实合作。

高敏感领域的未决问题，不影响各国推进低敏感领域的合作。在有关南海领土和海洋管辖权主张争议解决前，加强低敏感领域的务实合作，可缓解矛盾，促进南海和平稳定，有利于南海的长治久安，并为我国与南海周边国家将来就高敏

2015 年 4 月 11 日访问。

413 《李克强在第 16 次中国－东盟（10+1）领导人会议上的讲话》 http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/zyjh_611308/t1086491.shtml，中华人民共和国外交部网站，2015 年 4 月 11 日访问。

414 目前，该基金的信息披露较少，在公开渠道未能查询到相关的合作指南。因此，本文退而求其次，以新闻报道作为资料来源。

415 转引自康霖、罗亮：《中国-东盟海上合作基金的发展及前景》，载《国际问题研究》，2014 年第 5 期，第 27 页。作者指称“资料由中国外交部提供”。

416 《落实南海各方行为宣言第八次高官会在泰国举行》， http://news.xinhuanet.com/world/2014-10/29/c_1113028991.htm，新华网，2014 年 11 月 5 日访问。

感领域问题的谈判与协商奠定基础。低敏感领域的合作，不影响领土纠纷的解决。“这样的低敏度领域合作有助于化解或淡化南沙议题的敏感度，并可能为各方南沙合作探索出新出路。”[417]

三、 搜救协作的基础：缔结中国—东盟海上搜救条约

（一） 缔结条约的必要性

目前，世界上其他地区纷纷缔结了区域性的搜救合作协议。例如，北极理事会成员国签署了应急救援合作协议，黑海沿岸国签署了海上应急救援合作的安可拉协议，波罗的海周边国家签订了双方或多方海上应急救援合作协议。这些应急救援合作协作，有效提高了区域内的应急救援能力。搜救合作协议，对于海上搜救协作至关重要，单纯的政治性宣言难以解决搜救协作的效率问题和正当性问题，而现有的国际条约难以为中国与东盟的海上搜救协作提供有效的行动依据。因此，中国与东盟应当就搜救协作问题签订条约。

1. 选择条约[418]还是非法律性协定？

2002 年，中国与东盟十国共同签署了《南海各方行为宣言》。《南海各方行为宣言》（以下简称《宣言》）并非条约，它列明了各方承诺将做的事情，但没有明确各方的义务。例如，第六条规定，在全面和永久解决争议之前，有关各方“可”在低敏感领域探讨或开展合作，在具体实施前需就合作问题达成一致意见。这表明了各方进行务实合作的决心，但是没有对各方施加任何义务与责任。《宣言》体现了中国与东盟十国在政治上的承诺，本身不具有法律拘束力，承诺的落实依赖于有关国家的道德水准和各国之间的政治博弈。[419]《宣言》对于务实合作只作了倡导性的规定，不能为各方行动提供有效的指引和准则。这是《宣言》一直受到学者诟病的重要原因。

条约的意义在于明确规定各缔约方的权力义务和法律责任，为各个国家和地区的行动提供法律依据。除了条约外，国际实践中还存在大量名为“宣言”、“声

[417]汤忠法：《南海救助工作如何适应人民救助的思考》，载《珠江水运》，2006 年 07 期，第 77 页。
[418] 这里的条约指的是广义上的条约，即两个或两个以上国际法主体依据国际法确定相互间权利和义务的一致的意思表示，而不仅仅是以“条约”术语命名的各国一致的意思表示。
[419] 罗国强：《多边路径在解决南海争端中的作用及其构建—兼评〈南海各方行为宣言〉》，载《法学论坛》，2010 年第 4 期，第 93 页。

明”和“联合公报”等的文件，这些文件有的具有国际法上的效力，有的不具有；后者统称为非法律性协定。

条约依据国际法创设、更改或终止缔约方之间的权力义务关系，这是条约与非法律性协定的本质性区别。条约强调义务和与义务相关的责任，非法律性协定是国家间政治协商的产物，强调国家在道义、政治和外交上的责任。条约所传达的国家承诺相比于非法律性协定更为“严肃”。缔结条约的成本通常较高，例如，不同国家国内法对于条约的批准有不同的规定，有的条约需要经过国内立法机关或其他相关部门的批准才能生效。

满足下列条件时，（当所缔结的条约需要经过国内立法机关或其他相关部门的批准时）一国行政长官更倾向于有立法机关或其他相关部门参与的法律性协定：另一国要求一项牢固或持久的承诺；行政长官和立法机关或其他相关部门的外交政策目标充分一致，协定能够获得批准；不需要立即采取行动。[420]

中国与东盟应当缔结海上搜救协作条约，将各自权力义务置于法律框架下。就中国与东盟的海上搜救协作，单纯的非法律性协定难以解决问题。海上搜救协作具有高度的重要性，需要各国做出严肃而持久的承诺，需要明确各国的权力义务和与权力义务相关的其他重要事项，例如，沿海国许可其他国家进入本国领土开展搜救工作的条件和程序等。单纯的政治性承诺，难以达到这一效果，难以保证搜救工作的正当与效率。

订立条约，还有利于国际搜救体系的完善。搜救涉及公民最基本的生命安全，世界各国对此应当达成共识。各国根据国内法所采取的搜救措施和各国的搜救协作，必须朝着国际化与法治化的方向发展。各国通过缔结条约，可共享其中的先进经验，发现各自的缺陷，从而促进国际搜救体系的完善。

近年来，根据《南海各方行为宣言》中的规定，中国与东盟致力于推动制定具有法律拘束力的《南海各方行为准则》。2014 年 10 月“落实《南海各方行为宣言》高官会”上，各方就准则的磋商达成了第一份共识文件，但该共识文件在性质上并不是准则本身，同时，准则不限于务实合作，涵盖南海合作的方方面面。中国与东盟各方有必要就海上搜救协作进一步协商，推动搜救协作条约早日诞生。

但是，条约的缔约需要大量的时间成本，海上灾难和遇险事件却不可能在条

[420] [美]杰克·戈德史密斯、埃里克·波斯纳著，龚宇译：《国际法的局限性》，法律出版社 2010 年第 1 版，第 89 页。

约缔结并生效后才发生，在这之前的搜救协作，应当如何确保效率和质量？目前可行的办法是，在缔结条约的过程中，另行就相关问题制定非法律性协定。该非法律性协定固然无法具备条约的优势，只是权宜之计。

2. 现行国际公约的不足

无论是飞行器遇难还是船舶遇难，都有可能严重危及人命安全，尤其当遇难地点是在海洋中时。海上搜救的紧急性与必要性在于此。有鉴于此，各大国际组织订立了国际条约以规制相应情况。以下对这些条约进行简述和评价。

（1）《国际民用航空公约》

1944 年《国际民用航空公约》旨在促进国际民用航空安全与秩序发展，以建立和保持世界人民之间的友谊，利于世界和平。[421]该公约的条款主要涉及如何确保航空安全，并规定国际民用航空组织的成立事宜与运作事宜。其中，与海上搜救有关的是第四章第二十五条“航空器遇难”条款。缔约方对于在其本国领土内遇险的航空器，在“其认为可行”的情况下采取援助措施，并在“本国当局管制下”准许航空器所有人或航空器登记国当局采取援助措施。缔约方在搜寻失踪航空器时应当在协同措施方面进行合作。

公约附件 12《搜寻与救助》规定了缔约方在其领土之内和公海上的搜寻和救助服务的设立、维持和运作，规定了有效开展搜救工作的组织与合作原则，要求各国在其领土之内和地区航行协议规定的并经国际民航组织理事会批准的公海或主权尚未确定的区域提供搜救服务。公约要求缔约方公布和散发所有必要资料，以便其他国家的援救单位迅速进入其领土。

（2）《国际海上避碰规则公约》及其所附《国际海上避碰规则》

1972 年《国际海上避碰规则公约》及其所附《国际海上避碰规则》旨在促进海上航行的安全。该规则内容经过数次修改，主要是有关避免碰撞的技术性规定，例如驾驶和航行规则，号灯和号型，声响和灯光信号（包括遇险信号等）。该规则没有规定发生碰撞事件后的处理方法与协调机制。

（3）《国际海上人命安全公约》

1974 年《国际海上人命安全公约》及其修正案，旨在保证船舶适合其预定的用途，确保和增进海上人命安全。公约规定了对各种类型船舶的检验要求，规

[421] 参见《国际民用航空公约》序言。

定了有关防火安全、救生设备、无线通讯设备的要求。就谷物装运、危险货物载运和核动力船舶等问题也做了相应的规定。

航行安全领域，设置了许多操作性的条款，例如对船舶的气象服务、冰区巡逻服务、船舶定线、雷达和其他助航设备要求等。

（4）《国际海上搜寻救助公约》

1979 年《国际海上搜寻救助公约》与其后 1988 年修正案，旨在发展和促进救援活动，增加各国政府和参与海上搜救活动者之间的搜寻救助合作。

公约适用于对海运中海上遇难人员的救助。公约规定，当事国须单独或与其他国家合作确定搜救服务的要点，其中包括协调和操作职能、改进国际间合作关系的方法等，[422]各当事国必须单独或与其他国家合作建立搜救服务的救助协调中心。[423]

公约还规定当事国须对其搜救组织作出协调，必要时与邻国协调行动；当事国在本国制度的约束下，应当批准其他当事国救助单位以搜寻和救助为目的，立刻进入或越过其领海；当事国应与邻国协议，对以搜救为目的进入或越过彼此领海或领土的条件和程序作出规定。[424]

该公约对于当事国之间、当事国与邻国之间的搜寻协作做出了原则性的规定，由于各当事国与各海域的实际情况不相同，公约难以对具体事项做统一规定，而要求当事国在遵循公约义务的前提下进行自由裁量。由于该公约的缔约方有限，这些原则性的规定难以在海运搜救中得到普遍适用。以东盟为例，十个国家中有七个没有加入该公约，包括马来西亚、菲律宾、泰国、文莱、老挝、柬埔寨和缅甸。[425]

（5）《国际救助公约》

1989 年《国际救助公约》适用于在一缔约方提起的有关公约所辖事项的诉讼或仲裁。[426]公约的规定多是微观层面的，例如救助人、船舶所有人和船长的义务，救助人的权利（包括请求支付报酬等），另外还规定了有关索赔和诉讼的实体要求和程序要求。

---

[422] 参见《国际海上搜寻救助公约》1988 年修正案第 2.1.2 条。
[423] 参见《国际海上搜寻救助公约》1988 年修正案第 2.3.1 条。
[424] 参见《国际海上搜寻救助公约》第 3.1 条“国家间的合作”。
[425] 数据截至 2015 年 4 月 22 日，详见国际海事组织官方网站 http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx，*Status of Convention* 部分。
[426] 参见《国际救助公约》第二条“适用范围”。

在救助协作层面，公约只在第十一条作了规定，要求缔约方在对救助作业事项做出规定或决定时，应当考虑救助人、其他利益方同当局之间合作的需要，以保证救助作业的实施。[427]该条款只要求缔约方在做出规定或决定时“考虑”（take into account）协作需要，并没有对缔约方施加搜救协作的义务和责任。

现行国际公约仍有不少值得借鉴的地方，例如，它们均倡导缔约方之间、缔约方与邻国之间就搜救问题再行订立协议。公约缔约方众多，所涉海域的历史发展、自然景观、人文情况可能存在巨大差异，基于协商成本与效率的考虑，公约不可能对所有问题做出细致规定。因此，公约尊重各国的主权和意思自治，尊重不同海域的特殊情况。

但这些与海上搜救相关的国际公约，不能满足中国与东盟海上搜救协作的需求。中国与东盟应当就搜救协作另行订立条约，以适应海上人命救助的需求。

第一，公约的针对性不强，没有针对各国的搜救协作问题作出明确的规定。例如，《国际海上避碰规则公约》多为技术性的规定，公约旨在事前预防碰撞，没有对发生碰撞之后的搜救活动作出规定，更没有规定各国之间的搜救协作机制。《国际海上人命安全公约》就船舶航运过程中所涉及的问题作出操作性的规定，以促进对海上人命安全的保护，该公约没有关注各国搜救遇难船只和人员时的搜救协作问题。《国际救助公约》主要目的不是用于规制各国间的搜救协作，有关搜救协作的相关条款只存在倡议性的规定，并且着眼于某一缔约方的角度，而不是着眼于搜救协作本身。

第二，公约的调整范围有限。例如，《国际民用航空公约》，对遇险航空器的搜救协作做出了具体规定，但是，公约只适用于民用航空，而无法调整船舶等海运交通工具的搜救事宜。

第三，公约的适用范围有限。例如，和《国际海上搜寻救助公约》，适用范围未完全普及，不能约束非缔约方。

现行公约受其本身的目的和宗旨的影响，在内容上有所侧重。第一类和第二类公约，远远不能满足搜救协作需求。而第三类公约，即使适用范围普及，也难以用于调整中国和东盟之间的搜救协作问题，因为这类公约的内容倡议性规定较

[427] 原文：“在对诸如允许遇难船舶进港或向救助人提供便利等有关救助作业的事项作出规定或决定时，缔约方应考虑救助人、其他利益方同当局之间合作的需要，以保证为拯救处于危险中的生命或财产及为防止对总体环境造成损害而进行的救助作业得以有效、成功的实施。”

多，剩余大量自由裁量空间交由各缔约方根据各海域特殊情况和各国实际情况再行协议。

（二） 如何缔结：整体谈判

就海上搜救协作问题，中国应与东盟采取“整体谈判”的方式缔约，即中国与东盟秘书处直接就海上搜寻与救助的协作问题谈判，无须分别与东盟各个国家订立协作条约。

采用整体谈判的方式，较之“分别谈判”更具合理性。

第一，分别谈判的方式，适用于东盟各国在某一事项上产生严重利益冲突的情况。海上搜救属于低敏感领域问题，各国利益之间没有产生实质性的冲突。搜救协作中，各国权力义务，不会因需要予以协作的对方国家国别的不同而产生差异。

第二，分别谈判的方式，适用于各国海域状况存在差异的情况，而中国与东盟十国均属于南海沿海国家或周边国家，各国在搜救领域的合作，整体上具有相同的自然基础和水文基础。

第三，采用整体谈判的方式，有利于降低缔约成本。如前所述，中国与东盟十国就搜救协作问题，并无实质性的利益冲突；各国的自然基础在整体上相同，中国无须就相同问题与东盟十国分别谈判，耗费时间成本与人力资源。

第四，采用整体谈判的方式，可以防止条约的平行问题。条约的平行，指的是相同类型的条约并存，某些情况下可能产生冲突。如果中国与东盟十国分别谈判，将缔结十份搜救协作条约。尽管各国就搜救协作问题没有实质性的利益冲突，但条约数量过多，仍可能产生条约的平行问题。中国与东盟整体谈判，中国与东盟十国同时适用同一条约，可以防止这一问题的产生。

（三） 条约的内容

搜救协作条约的关键在于“协作”，重点内容包括以下几方面。

1. 各缔约方搜救当局的权力义务

缔约方的救助单位，应当有权向其他缔约方的救助单位请求协助，包括船舶、航空器、人员或设备等方面的协助，并对此类船舶、航空器、人员或设备进入或

穿过本国领土予以必要的批准。

缔约方的救助单位，有权在接收其他救助单位的救援请求时提供协助，包括船舶、航空器、人员或设备等方面的协助。

2. 搜救协调中心[428]

中国与东盟应当建立统一的搜救协调中心和适当的搜救协调分中心。

3. 搜救区域

确定各方的搜救区域。各方如果就搜救区域的具体范围不能达成一致意见，应当就在该区域如何进行搜救协作做出相应安排。

4. 允许其他缔约方进入或越过本国领土的条件和程序

条约应规定各缔约方救助单位进入或越过相互间领土的条件，还应当规定最简化的程序，以利于救助单位工作的顺利开展。

其他缔约方的救助单位，只是为了搜寻发生海难的地点和救助遇险人员而必须立即进入或越过某一缔约方的领土时，该缔约方应当许可。只要可行，搜寻救助工作须由该被请求缔约方的救助单位或该缔约方指定的其他单位加以协调。

条约还应规定申请进入或越过其他缔约方领土所应遵循的程序要求，包括发出请求，详细说明接下来的行动以及该行动的必要性，等等。对于接收申请的缔约方的权力义务，也应当予以规定，例如，在收到申请后，应立即向对方回复已收到请求；如对申请单位有任何疑问或要求，应当立即提出或说明。

5. 其他重要事项

其他重要事项，包括但不限于：基础设施的合办（例如，救助基地的建设与维护）；联合训练及演习；定期检查国家间的通信电路；救助人员的联络性访问；搜救情报与信息的交流与共享。

四、 搜救协作的保障：建立协作机制

搜救各方之间的协作机制，是搜救协作顺利开展的基础。目前，中国与东盟在海上搜救领域并没有统一的协作机制。若发生重大灾难或事故，在前期，各国往往各自为政，信息流通不顺畅，信息不对称，导致各国救助行动不协调；在后

[428] 详见本文第四部分“搜救协作的保障：协作机制”。

期，各国开始协作，但由于缺乏协作经验，不一定能对遇难人员提供最充分的保护。因此，各国需要建立统一的协作机制，防止灾难或事故发生时信息流通的速度过慢和质量低下，避免各国在协作中行动的不协调而产生割裂的局面。

（一） 国际范例

在应急救援体制方面，联合国与欧盟提供了成功的范例。

1. 联合国人道主义事务协调办公室[429]

目前，联合国人道主义事务协调办公室是国际上灾害应急救援协调的主要枢纽，是联合国秘书处的一部分，旨在协调联合国在人道主义危机方面的援助，满足那些置身于痛苦中的人们和灾难中物质被破坏以及紧急状况的需要。人道主义事务协调办公室在紧急救济协调员的领导下开展工作。紧急救济协调员负责督察所有需要联合国人道主义援助的紧急情况，并承担所有政府部门、政府间机构、非政府组织参与的救济活动的总联络人角色。紧急救济协调员可指定人道主义协调员，与受灾国家政府、有关国际组织、非政府组织和受灾地区充分合作，确保最大限度地调动各类资源。

发生灾害时，先由联合国灾害评估与协调队对灾害进行评估，然后根据联合国国际搜索与救援咨询团（INSARAG）指导方针开展搜寻和救援，视必要动员受灾国家民事—军队部门配合和后勤支持，同时充分利用各类涉及人道主义应对机构的信息渠道开展计划、应对协调和宣传工作。

INSARAG 是人道主义事务协调办公室下的分支，主要协调各国城市搜索救援以及有关灾害反应的事务，为国际救援队信息交换提供平台、制定搜索救援标准、促进救援国际合作、创建救援理论和方法。INSARAG 由三个地区组组成：欧洲/非洲组、亚太组及美洲组。

2. 欧盟人道主义援助与民防总局[430]

欧盟把共同应对重特大突发事件作为国际合作的重要议题。其前身欧共体于 1992 年成立了欧共体人道主义援助办公室（ECHO），2010 年 2 月更名为人道主义

---

429 《联合国人道主义事务协调办公室》，http://wss.mca.gov.cn/article/gjzz/201307/20130700481563.shtml，中华人民共和国民政部网站，2015 年 4 月 21 日访问。

430 《突发事件的国际合作》，http://www.mfb.sh.cn/mfbinfoplat/platformData/infoplat/pub/shmf_104/docs/201204/d_82945.html，上海民防网站，2015 年 4 月 21 日访问。

援助与民防总局，专门负责欧盟的重特大突发事件的预警监测、应急响应协调、信息共享、人员培训等，并向重特大突发事件的受害者提供人道主义援助。

2003 年，欧盟建立了共同的应急沟通和信息系统（CECIS），该机制负责动员和协调欧盟成员国及邻国的应急支持和救援工作，其常设机构——监测和信息中心（MIC）机制，能够保证无间断的信息交换和共享，能够迅速为专家、应急救援组织等提供支持和服务，还能够保证每天 24 小时连续响应。

2009 年 11 月，欧盟理事会通过《关于建立欧盟内部灾害防范共同框架的决议》，强调灾害和风险的识别与分析、影响分析、风险评估与风险矩阵、情景发展、风险管理方法以及定期检查是欧盟重特大突发事件防范的共同框架和成员国政府的突发事件防范政策的主要组成部分。

2013 年 5 月，欧盟启用了应急响应中心，该应急响应中心取代和升级了以前的监测和信息中心的功能，能够对全球不同时区、多个区域的应急救援进行快速响应。[431]

（二） 中国与东盟搜救协作机制的基本思路

中国与东盟间的搜救协作，可以借鉴联合国与欧盟的经验，结合中国与东盟“10+1”多边合作机制的良好合作现状，建立“中国—东盟（10+1）搜救协调中心”；在协调中心之下成立应急搜救行动小组；划分不同区域，建立搜救协调分中心。

其中，应急搜救行动小组，在突发事件发生时，前往遇难地点协助当地搜救单位开展搜救工作，提供救援支持与技术指导；根据不同区域的划分所建立的搜救协调分中心，作为“中国—东盟（10+1）搜救协调中心”与当地搜救单位之间信息交流的枢纽，协调所负责区域的搜救工作，对发生在其搜救区域内的遇险报警做出安排，对与遇险人员之间的通信、与搜救设施之间的通讯、与当地搜救单位之间的通信、与其他搜救协调分中心之间的通信等作出安排。

联合国与欧盟的搜救协作机制，是在原有政府间国际组织的架构内设立的，各国政府的角色、各国政府与该搜救协作机制的关系，在组织章程中可见一斑。而中国与东盟并没有建立国际组织，没有相应的组织章程。可将中国与东盟的搜

431 《欧盟的全球应急响应能力建设》，http://www.gmw.cn/sixiang/2013-11/25/content_9596647_2.htm，光明网，2015 年 4 月 21 日访问。

救协作条约作为该搜救协调中心的“章程”，在其中规定中国—东盟（10+1）搜救协调中心与各缔约方的搜救单位的权力义务、组织架构、运作流程等，规定该搜救协调中心与各缔约方的搜救单位之间的关系。

中国与东盟的海上搜救协作，体现了各方的人道主义关怀，有利于保障海上搜救的效率，保障中国与东盟的经济发展与社会稳定，增进中国与东盟国家之间的政治、经济和社会往来。只有实现各国之间对海上人命救助的良好协作，才能促进 21 世纪海上丝绸之路的稳定与和谐发展，为共建 21 世纪海上丝绸之路乃至“一带一路”倡议的成功实施奠定坚实的国际社会基础，迎接以和平、发展、合作与共赢为主题的新时代。

全球森林治理：理念、机制、机构

那力 荆珍

摘要 森林问题因其全球性的多方面影响引起了全世界的广泛关注。是否重启全球森林谈判，是否构建未来的全球森林治理体系和战略规划，目前的森林市场机制，认证机制，气候变化下体制下的机制如何改革创建，国际森林机构如何分工、整合，如何应对全球森林治理的新趋向，都是需要亟待探讨和解决的问题。本文对这些问题一一做了探讨。

关键词： 全球森林治理、 机制、机构、理念

一，全球森林治理的局面

全球化发展迅速，气候变化问题日益严峻，生物多样性越来越受到重视，可持续发展理念深入人心，在这种大背景下，全球森林治理越来越受到国际社会的关注。但是，在森林问题上，由于各国利益冲突巨大，森林又处于各国领土上，因而是在各国主权的绝对控制之下，使得森林领域成为最缺乏国际法律调控的领域，这从 1992 年联合国环境与发展里约会议可见一斑。会上，气候变化和生物多样性问题都达成了国际公约，之后又有许多后续国际法律文件，唯独森林领域只是达成了没有法律拘束力的原则声明。

全球森林问题是目前国际社会关注的热点之一，森林问题因其全球性的影响引起了全世界的广泛关注。是否重启全球森林谈判，以及是否构建未来的全球森林治理体系和战略规划，一系列的问题，引起了各国的强烈关注与激烈争论。该领域实践不发达，成型的东西少，未来全球森林治理的机制如何改革创建，国际森林机构如何分工、整合，如何应对全球森林治理的新趋向，都是需要亟待探讨和解决的问题。

从某种角度看，人类的文明史既是利用森林来提高人类生活质量的历史，也是一部毁林史。[432]现行的国际森林安排在法律、机构、资金、多利益群体参与和运作机制等方面存在着诸多弱点和局限性，无法全面有效地应对全球森林问题的

[432] FAO, State of the World's forest 2012,Rome,(2012),内容提要.

那力 吉林大学法学院教授 博士生导师， 法学博士 nalijd@hotmail.com

荆珍 吉林大学法学院博士研究生，哈尔滨林业大学人文学院教师

新挑战，已不完全适应全球可持续发展的时代趋势。国际社会强烈呼吁重启国际森林谈判，探讨构建未来的全球森林治理体系。而构建完善高效的未来国际森林安排，需要我们的智慧和创新性思维。

在全球森林问题上，国际社会取得的最重要成就，首先是对森林的价值估量与重要性的评价达成了共识。森林不仅有经济价值，同样重要的是森林的生态、环境价值，以及它的社会、文化价值。森林已成为目前应对气候变化、保护生物多样性、涵养水源、减轻贫困等环境与发展问题的交汇点与重要解决途径。这是人们认识上的一个重大变革。没有这种价值观的、理念上的转变，今天的全球森林治理就没有根基，没有出发点，也不会有达到今天的规模与程度。

但是，人们对森林的各种需求及需求之间的冲突，使森林承受着巨大的压力，管理部门的协调难度加大。林业规制中至关重要的治理机制的缺乏，森林规制机构的庞杂重复，都加剧了这种冲突与难度，迫切需要进行与时代要求相适应的全球森林治理改革。

近年来比较突出的问题是，全球原始森林破坏严重，残存的原始森林只占地球陆地面积的 7%。在过去 10 年里全球毁林的速度有所下降，但在一些地方依然高得令人担忧，联合国千年发展目标中与森林相关的指标还不达标。全球森林面积减少的趋势尚未得到根本扭转，[433]世界林业发展依然面临着严峻挑战，全球森林治理体系和机制仍不健全。

从制度、体制因素来看，非法木材贸易对全球森林治理的影响尤为严重。资金也是一个关键问题，目前各国，尤其是广大发展中国家在林业融资方面面临较大的资金缺口，国际上也缺乏一个专门的资金机制支持林业的发展和解决负面的森林问题。与森林资源保护和利用密切相关的制度问题，还有国家主权、林权、原住民的权益保护、森林管理机构的作用和改革等，而这些问题还不明朗或悬而未决。发展绿色经济、实现可持续发展现已成为国际社会的共识，实施森林可持续经营，发展现代林业是全球可持续发展的客观需求。

[433] 据估计，全球森林损失面积由上世纪 90 年代的每年 1600 万公顷降到了 2000-2010 年期间的每年 1300 万公顷，与此同时，算上森林更新和人工林，森林面积的年净减少量也由约 600 万公顷降到了 500 万公顷。参见 FAO, State of the World's forest 2011,Rome,(2011).

但是，因国际森林问题的复杂性，国际森林谈判迟滞、长期无果，一直未达成具有法律约束力的国际森林公约。在这种情况下，将森林问题纳入《联合国气候变化框架公约》、《联合国防治荒漠化公约》、《联合国生物多样性公约》及《湿地公约》等国际条约框架下，使全球森林治理的规则、制度只有一部分有国际法的制约，而主体部分仍旧游离于国际法之外。

当前的全球森林治理，适用的国际标准、规则或国际森林规制目标纷纷出台，出现了重复、重叠、零散、碎片化、甚至混乱等情况。全球森林治理体系面临挑战，亟需构建，如建立全球森林治理机构、制定可持续森林管理的国际标准，将环境正义原则纳入全球森林治理中。

全球森林治理的挑战。近来全球森林治理中出现了新现象、新问题、新趋势，主要有非法木材贸易形势严峻，急需国际社会采取措施遏制，否则危害极大；国际气候变化制度对国际森林政策的影响越来越大；非国家治理在全球森林治理中越来越重要。

展望全球森林治理的形势与前景，应该明确全球森林治理的目标与挑战，重启全球森林谈判，补充和完善现有的国际森林文件，推行全球森林治理的善治，采取切实可行的全球森林治理改革举措。

二，全球森林治理的理论与理念 全球治理与国际法治

在全球森林治理中，国际法本应该发挥重要作用，但当前国际法对全球森林资源的规制是非常贫弱的。国际社会没有达成统一的《国际森林法》，涉林国际文件以《适用于所有类型森林不具法律约束力的国际文件》(Non-Legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Globe Consensus on the Management,Conservation and Sustainable Development of all types of Forests,UN Doc a/conf 15/126(1992，简称国际森林文件)为主。其他涉及森林的文件相当分散，多为宣示性的软法，缺乏有效的协调能力。

自从 1992 年联合国环境与发展大会之后，国际社会一直试图通过谈判达成一个具有法律拘束力的国际森林公约，但由于国际森林问题的复杂性及国家之间利益与立场的巨大分歧，最终未能达成。

对国际森林公约的制定，学界既有支持的，也有反对的。支持制定一部具有法律约束力的国际森林公约的学者认为，现有的国际森林文书已基本无效，范围极其有限，国际森林公约可解决现有公约重叠和不一致的问题。[434]还有学者主张各国可以使用国际森林公约展示森林问题的进展，对国内相关问题与立法可能造成一定的压力，从而有促进作用。[435]而反对的学者认为，当前还缺乏对国际森林公约关键问题的实质性全球共识，因此侈谈这样一个国际公约是不现实的。[436]

现在全球森林治理，其规则、制度、机构还未形成具有法律约束力的全球性规范。有关森林问题的国际谈判都以政治为主基调。各国在森林生态、经济和社会价值方面的分歧与竞争，妨碍、阻止了各方达成森林使用和管理的国际标准和协议，迄今为止，并没有出现对森林活动进行规制的国际法律体制，

当前，关于包括森林资源在内的全球资源与环境，应该如何被使用、被管理，国际社会还未就此达成全球共识。但是，存在着全球森林治理的有关文献，可以而且实际上直接影响着，或者间接地影响着各国国内的森林政策与法律。这里有国际法的成分与意味，但是大部分仍然不具备法的形式与效力，而是停留于政策、自愿的行为准则的层面。已有的国际森林法律规则基本都是“软法”，并不具有法律约束力。各国可以选择是否遵守。此外，对相当一部分人（包括国家、私人团体，个人等）来说，能否遵循自愿的国际规则，依赖于履行这种义务能否得到好处，能够得到多大好处。

因此，用国际法规制全球森林保护问题是不现实的。由于森林的国际法规制缺乏进展，国际上逐渐形成了一些进行国际森林监管的替代性办法，即进行全球森林治理。

然而，国际森林治理也是存在很多问题的。国际上缺乏专门的资金机制来支持森林可持续经营。很多国家尚未将林业纳入国家的总体发展战略，国内森林政策不能与国际森林规制同步，导致林业的国际合作进展迟缓，全球森林治理法律机制推行受阻。

法律上不具约束力的，自愿执行的国际森林规则确实存在，但是很少在实践中得到执行，因为主权国家认为履行这些义务并不能获得真正的好处。从成本收

---

[434] D Vanderzwagg and D Mackinlay, Towards a Global Forest Convention: Getting out of the woods and barking up the right tree' in S Johnson (ed) *Global Forests and International Environmental Law*, (1996), 1-4.

[435] David Humphreys, Logjam: Deforestation and the Crisis of Global Governance (2006),42.

[436] Richard Tarasofsky, Assessing the International Forest Regime, ICUN–The World Conservation Union (1999), 4.

益的角度来分析，其实施成本远远超过了国际政治利益和环境效益等此类举措的经济和政治利益。负责森林规制的联合国机构缺乏权威和政治支持。许多规范森林的国际机构的存在，使森林制度支离破碎。没有国际司法机构解决履行国际森林义务产生的冲突，也是阻碍实行森林法治的一个大问题。

这种状态与情况，并不符合一般公认的法治标准，与“法治”相去甚远。

一般而言，人们将法治问题分类为发达国家的法治问题和发展中国家的法治问题。即使是发达国家，在森林规制方面也同样面临一些法治的挑战。例如，澳大利亚在森林管理方面是比较先进的发达国家，然而，对生产性森林实践的规制是由具有法律约束力的规则以及咨询政策来进行的，咨询政策起着重要作用。在森林保护区，对保护森林价值没有形成充分的管理责任，则是很多国家的普遍现象。

发展中国家面临另外类型的森林规制问题。一般来说，发展中国家森林法文本和实践之间存在很大的差距。[437]这与许多问题相关，如，发展中国家的一般森林实践中，缺少有法律约束力的规则。发展中国家普遍治理能力薄弱，政府机构和官员腐败，缺乏公正的司法等。森林居民或社区也缺乏理解和执行林权的能力。因此，森林规制的透明性和可行性，更多的公众参与，都是发展中国家存在的问题和需要付出努力的领域。

现在，森林的可持续管理还未形成全球性的、有系统的规范，有关森林问题的国际谈判主要是政治性的，各国在森林生态、经济和社会价值方面的竞争、博弈，阻碍了各方达成森林使用和管理的国际标准和协议，所以用法律进行规制全球森林保护，其进展是相当迟缓的，而且其进展是不可预期的。对全球森林实行国际法管理与控制，施行国际法治，条件并不具备，在目前缺少国际森林法的前提下，全球森林治理起着重要作用。

法治与治理（包括国际法治与全球治理）的根本区别有两个，一是治理的主体不同，二是治理的手段不同。国际法主体才有资格成为国际法治的治理主体，显而易见，只能包括国家和政府间国际组织；而治理的主体则广泛得多，为多元主体参与治理，特别是非政府组织与国际民间社会的参与。（国际）法治的治理手段单一，以法律形式和司法机构为主，而全球治理的手段是多元化的，法律、

[437] Tom Blomley and Acacia Consulting, Evaluation of the work of the Forest Governance Learning Group 2005-2009, International Institute for Environment and Development (IIED), 2009.

经济、社会、道德、文化的，都在各显身手。

法治，要求在法律规则的创建和实施方式上满足一定的条件。国际发展法律组织（IDLO）列举了一些对法治的要求，包括：一系列事先已知的具有法律约束力的规则；这些规则能够在实践中得到执行；可以确保规则通过适当运作的机构得到正确运用；在规则的运用中，通过独立的司法机关或仲裁机构作出具有法律约束力的决定，从而解决冲突；规则不能达到其目的时，用已知的程序修改这些规则。[438]可见，在森林问题上实行国际法治，这样的想法就脱离了森林问题的实际，太高、大、上了。

三，全球森林治理的机制

全球森林治理的机制和机构已经端倪初现，蔚然成型。森林市场机制、森林认证机制和国际气候变化制度下的森林机制是其三个主要机制，联合国森林论坛和世界银行是全球森林治理中最重要的机构，此外，世界粮农组织与欧盟的作用也很突出。

以市场为基础的机制，都需要使用经济工具，提供经济激励，使用经济奖励或惩罚措施，这可以促进更符合成本效益原则的决策，并使跨国经济活动更公平，更活跃。

市场机制在广义上有两种形式。首先，根据“污染者付费原则”，设置一种费用，以反映污染者对环境损害的成本价值， 把负面的环境成本和结果转嫁给消耗或破坏环境资源的人。第二种形式是创建市场，允许信用贸易或许可证贸易。这种活动只能在一个特定的部门内进行。分配给参与者一定数量的信用，可以出售配额给另一个参与者。这种交易已经为人们所逐渐熟悉。

任何类型市场的运作成功，必须有市场需求，可以说这是市场经济的先决条件，在林业背景下，创建对森林服务的需求非常有挑战性。森林提供的服务缺乏经济价值，普遍认为森林服务是公共性质，因此，森林服务的用户不用对森林服务付款。在两种情况下人们才愿意支付森林服务：或在私人自愿投资下，或者是政府干预的结果。私人自愿投资的前提通常是商品或服务具有经济价值，如植树

[438] International Development Legal Organization, How does IDLO define the Rule of Law, http://www.idlo.int/English/External/IPXfaqs.asp at 28 January 2010.

造林和绿化。

经济激励工具可以分为以下几种：一是以财产权为基础的体系，包括建立清晰的产权环境服务；二是创建市场，这需要创建产权，承认信用的形式或资格，可以在市场参与者之间进行交易；三是财政费用工具体系，通过消费或生产的全部或部分成本定价，鼓励负责任的行为；四是金融工具，使用绿色基金、优惠的利率和贷款，旨在保证财政收入和环境保护；五是责任工具，通过经济处罚，来惩罚未能符合监管标准的行为;六是履约保证和存退款体系，需要先有存款证明、押金等，只有当当事人遵守环境义务时才能退还。[439]

森林市场机制要扩大适用，首先要创建森林生态服务的市场，其次要解决土地使用权、可持续、渗漏和重复计算等问题。还应该明确森林市场机制的环境目标，澄清该机制保护的森林价值，设计简单明了的程序。

森林认证机制对合规的森林产品贴标签。来实施可持续森林管理。非政府组织“地球之友”1985 年利用森林认证和标签，进行过早期试验。

森林认证机制承认并促进所有的森林价值。森林认证有潜在的经济效益，其区分和支持认证的森林产品，为产品进入市场提供了经济激励，例如，认证的木材可能有价格优势。认证被用来促进社会目标和环境目标、公共健康目标的实现，如公平贸易、保护消费者权益、推广有机食品等。这一机制能够改变森林产品的使用、管理及消费模式，运用森林认证机制，必须使木材生产商国家看到参与森林认证计划的价值，使木材消费国的消费者者在提高环保意识的基础上，做出有利于森林可持续发展的绿色购买行为。认证必须有足够的消费者需求，并且消费者愿意支付认证商品的价格，即使认证后的价格高于未认证的价格。认证增强了环保主义者、木材生产商、消费者和政府之间的对话与合作。由此，森林认证满足了许多不同行业各自的利益。森林认证机制必须克服多种障碍，增加对认证木材的需求，提供激励，确保森林认证机构在国际森林政策中的地位。

国际气候变化制度下的森林机制包括 LULUCF、CDM、REDD 等，与其他机制相比，其能提供更强大的政治支持，有法律拘束力，也能提供融资来实施森林项目。

四，全球森林治理的机构

[439] T Panayotou, Economic Instruments for Environmental Management and Sustainable Development, (1994).

国际组织在全球森林治理中发挥着极为重要的作用，其对解决全球森林治理中出现的各种问题所起的作用，主要表现在三个方面：第一，通过调研世界森林状况、出具报告，为全球森林治理研究提供基本的信息资料，如FAO《世界森林状况》的报告；第二，为全球森林治理中的各国际机构、主权国家或地区之间的合作提供平台，如UN-REDD[440]、PROFOR[441]等；第三，为具体国家进行全球森林治理提供技术支持和研究支撑，如全球林冠组织的《REDD+手册》等。

国际组织与机构正通过全球森林治理来体现森林的价值，规制森林的使用与管理。如，联合国政府间气候变化谈判委员会的国际气候变化制度，体现了森林的碳汇价值；生物多样性公约秘书处制定的文件，体现了森林的生态公益林价值；国际热带木材机构体现了森林的生产、经济价值。

全球森林治理中两个最重要的机构是联合国森林论坛和世界银行。

联合国森林论坛是联合国内唯一专注于森林问题的机构，1992 年里约谈判使国际森林机构成立，当时称为林业专门委员会。论坛的目的是提供政府间政策协商平台，以促进森林管理。它保护所有类型的森林所有类型的森林和生物群落，如热带、寒带、土生自然林和人工林，并关注其生产。它促进森林的可持续发展，并着眼于加强长期的政治承诺。它组织成员进行森林谈判，制定了全球森林治理最全面、最重要的《国际森林文件》，是未来国际森林法的基础。论坛亟需进行重大改革，吸引运营资金，成为国际和政府间森林项目的协调员，重新赢得成员和利益相关者的尊重。

联合国森林论坛有以下功能来实现既定目标：促进森林的管理、保护和可持续发展，监督会员国政府长期政策关注；促进可持续森林管理的全球共识；促进政府之间的对话；用一种全面的和综合的方式解决森林问题和新兴领域的问题；加强与森林相关问题的合作与协调；促进国际合作；监测、评估和报告以上功能和目标的进度；对管理、保护和可持续发展所有类型的森林加强政治承诺；提高森林的贡献，实现国际商定的发展目标，例如千禧年发展目标。鼓励和帮助各国制定和实施森林保护和恢复策略，提高区域森林的可持续管理，为了原住民的利益和依赖森林为生的社区居民的生计，减少森林退化；加强联合国森林论坛与相关区域及分区域森林有关的机制、机构和工具、组织和流程的互动。

[440] 指联合国 REDD 计划，具体请参见 http://www.un-redd.org.
[441] 指森林项目，具体请参见 http://www.profor.info.

世界银行在森林治理领域在国际上是领先的。世界银行的森林政策一是减少贫困，改善森林居民生活条件，二是扩大森林认证计划的实施，促进可持续森林管理原则的广泛运用。世界银行2004年作出了《可持续森林：发展策略》报告。2013年通过了《国际森林安排独立评估报告》，又制定了《2007-2015年多年工作计划》，2015的会议将决定未来全球森林治理体系。世界银行与其他一些国际组织及机构已形成战略合作伙伴关系，开始了旨在整合全球森林治理安排的国际进程。

世界粮农组织（FAO）一直关注全球森林问题。早在 1978 年，就做了“森林造福于人民”为主题的报告，对全球林业发展产生了深远的影响。FAO 每两年出版一本《世界森林状况》报告，到现在已出版了十一本。2014 年《世界森林状况》报告的主题是“提高森林的社会经济效益”，报告汇集并分析了森林的社会经济效益数据，弥补了这一关键的知识缺口。

2003 年欧盟发布并启动了《森林执法、治理和贸易行动计划》（FLEGT），打击非法采伐，打击木制林产品的非法贸易。之后，又发布了一系列的报告和文件。[442]为推广该行动计划，欧盟作了许多工作，如欧盟与中国于 2009 年就森林执法与施政达成了双边调解机制。2010 年 10 月欧盟颁布《欧盟木材条例》，欧盟就此全面禁止了非法采伐的木材及相关产品进入欧盟市场。纵观国际社会，欧盟及其成员国依然是支持缔结具有法律约束力的森林公约的最重要力量。

世界粮农组织在全球森林治理中也很重要。它归纳了渗透在所有国际森林政策的共同理念，提出了可持续森林管理和多元森林管理的概念，建议纳入国际森林政策中，以此开辟全球森林治理的新路径。这两个理念虽然有些抽象，也缺乏机制支持，实践起来有困难，已经获得了相当的认可，在一定程度上为国际社会所遵循，

---

442 European Commission, “Public Consultation on Additional Options to Combat Illegal Logging Analysis and Report”,European Commission, Forest Law Enforcement, Governance and Trade Programm, 2006; European Commission, “What is FLEGT?” ,FLEGT Briefing Note Number 01, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007,1; European Commission, ‘What is Legal Timber?’ (FLEGT Briefing Note Number 02, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007, 1;European Commission, ‘A timber legality assurance system’ (FLEGT Briefing Note Number 03, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007,1;European Commission, “Legality assurance systems: Requirements for verification”,FLEGT Briefing Note Number 05, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007,1;European Commission, “Voluntary Partnership Agreement”,FLEGT Briefing Note Number 06, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007,1;European Commission Directorate-General for Environment, Potential Benefits of Integration of Environmental and Economic Policies: An incentive-based approach to policy integration, (1994), 7;European Union, Forest Law Governance (2007) Europa, viewed 24 September 2008, http://ec.europa.eu/environment/forests/flegt.htm,最后访问时间：2014年12月15日。

可持续森林管理承认而且试图平衡森林的生态环境、社会文化、贸易和发展等不同的、有内在冲突的价值，以确保森林的所有价值得以实现，森林经济与服务能够平衡、可持续、永续发展。 实施可持续森林管理的困难，在于要求不统一，没有执行机制，人们感到这个理念有些抽象。然而，尽管这个概念不够清晰，也不够确切，与“可持续发展”这样的国际话语有差距，但它至少达成了一定的共识，全球森林管理的总体目标应该是实现可持续的森林管理。。

多元森林管理为一个以上的目的管理土地或森林，如生产的木材或木材衍生产品，饲料和保护国内野生动物，景观维护，保护家畜，适当的环境条件，娱乐及保护水源等。这意味着森林用途的多样化，并替代以往单一关注木材生产的热带森林管理方式。多元森林管理受到很多限制，产品市场有限，非木制林产品因为规模不够阻碍了其商业化。由于市场不好，通常主要是通过中间人，以非常低的价格非法出售，而不是进入正规市场。这不仅大大减少了林业从业者的利润，也降低了多元森林管理的竞争力。

目前的问题是，治理机构之间需要进一步合作与整合，机制要更好发挥作用，还需要各方面的许多努力。

Global Forest Governance:
Situation, Doctrines, Mechanism and Institutions

Na Li　　Jing Zhen

Abstract: Forest issue has aroused wide concerns since its much global impacts. Whether global forest negotiation should be restarted, whether forest strategy and system should be constructed, how present market mechanism, verify mechanism and mechanisms under climate change should be improved, how functions of international forest institutes should be integrated, how to deal with new tendencies in forest governance, all these questions are explored in this article.

Key words: global forest governance, mechanism, institutes, doctrines

中国海外撤离行动的“领事保护”属性探析

许育红*

摘要：领事保护是指一国驻外国的外交或领事机构、外交或领事官员、外交或领事代表，在国际法许可的限度内，应接受国主管当局通知或相关方面请求且当事人未明示不同意，根据派遣国法律规章及对外政策，在领事辖区内或接受国同意的范围内，保护派遣国及其国民（个人、法人或其他组织）的权利和利益的行为。领事保护属于国际惯例。海外撤离行动，作为领事保护的一种做法，有时称作“撤侨”。近年来，骚乱、战乱或自然灾害等突发事件频繁发生，为保护中国公民生命财产安全，中国驻外使领馆代表中国政府多次成功地实施了海外撤离行动。鉴此，为落实“积极推动国际法治”的指导思想，文章从领事保护的实施主体、对象和内容以及领事保护的国籍原则、当事人自愿原则和用尽当地救济原则的角度，分析和探讨中国海外撤离行动的“领事保护”属性，以期对中国领事保护立法研究乃至构建国际法治新秩序有所裨益。

关键词：中国驻外使领馆　海外撤离行动　撤侨　领事保护　护侨

目 次

一、引言

（一）领事保护属于国际惯例

（二）海外撤离行动系领事保护的一种做法

二、领事保护的基本含义

（一）领事保护的实施主体是一国驻外使领馆

（二）领事保护的对象和内容是派遣国及其国民在海外的权益

三、以三大原则辨析中国海外撤离行动的“领事保护”属性

（一）领事保护的国籍原则--中国海外撤离行动的首要原则

（二）领事保护的当事人自愿原则--中国海外撤离行动的重要原则

（三）领事保护的用尽当地救济原则--中国海外撤离行动的核心原则

*外交部领事司工作人员，结稿日期2015年5月1日。

四、结语

一、引言

2015 年 4 月 25 日，尼泊尔发生 8.1 级强烈地震，造成重大人员伤亡和财产损失。中国外交部第一时间启动应急机制，与相关部门紧急协调，指导中国驻尼泊尔使馆迅速开展撤离中国公民及救灾援助等相关工作。28 日和 30 日，外交部发言人洪磊在例行记者会上表示：中方继续加紧对尼泊尔提供抗震救灾支持，并对中国公民做好“领事保护”工作，从 26 日起中国已安排 30 架次民航班机接回 3700 多名中国公民……[443]

（一）领事保护属于国际惯例[444]

迄今，国际社会虽尚未形成统一的“领事保护”概念，但这一词语已引起中外官方和学界的广泛关注与应用，并形成惯例。如：美国国务院的《外交手册》（Foreign Affairs Manual）第 7 章第 2 节明确使用了“条约授权的领事保护”（Treaty Authority for Consular Protection）的表述；[445]印度学者 B.森对“领事保护”也有相关表述。[446]

以《新中国领事实践》[447]一书为分水岭，20 世纪 90 年代初之前，新中国的领事保护工作一直被称作“护侨”，即“保护华侨”的意思。[448]2003 年，中国外

---

[443] 参见中华人民共和国外交部官方网站 http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/。

[444] 参见新华网 http://news.xinhuanet.com/world/2011-03/01/c_121132473.Htm:《国际法专家：中国海外公民获领事保护将有法可依》。

[445] 参见美国国务院领事事务局官方网站 http://traval.state.gov/traval/cis_pa_tw/cis/cis_1765.Html。

[446] 参见[印度]B.森:《外交人员国际法与实践指南》，周晓林等译，中国对外翻译出版公司1987年版，第203-208页。

[447] 参见《新中国领事实践》编写组:《新中国领事实践》，世界知识出版社1991年版，第130-137页。在第十章“保护中国公民在外国的正当权益”中，第一节为“保护中国公民正当权益的法律依据”，第二节为“护侨工作的内容”，第三节为“维护台胞、港澳同胞的正当权益”，第四节为“护侨的方法”。

[448] 1990 年 9 月 7 日由第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过、自 1991 年 1 月 1 日起施行、2000 年 10 月 31 日由第九届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议修正的《中华人民共和国归侨侨眷权益保护法》第 2 条规定：“归侨是指回国定居的华侨。华侨是指定居在国外的中国公民。”

交部首次对外公布《中国境外领事保护和服务指南》，[449]中国政府正式宣布采用“领事保护”一词。2006 年 5 月 29 日，外交部领事司增设领事保护处；2007 年 8 月 23 日，该处升格为外交部领事保护中心。[450]2011 年，领事保护中心使用蒙古文、藏文、维吾尔文及朝鲜文等中国少数民族文字发布《中国领事保护和协助指南》。[451]2014 年出版的《中国领事工作》[452]一书，通过对新中国成立以来中外领事关系发展脉络、中外领事制度演变过程以及中国领事业务各种类别的梳理，凸显了中国领事保护工作“以人为本”的实质和“依法保护”的内涵。

（二）海外撤离行动系领事保护的一种做法

海外撤离行动，作为一国驻外使领馆执行领事保护职务的一种方式和途径，有时称作“撤侨”，如新中国首次从印度尼西亚大规模的撤侨行动。[453]撤侨或撤离的目的，是一国政府为了避开某个国家或地区正在遭遇战争或自然灾害等重大险情，从而保护本国公民的生命和财产安全，属于领事保护的一种做法。[454]近年来，骚乱、战乱或自然灾害等海外突发事件频繁发生，为保护中国公民生命财产安全，中国驻外使领馆代表中国政府多次成功地实施了海外撤离行动。

有鉴于此，为落实“积极推动国际法治”的指导思想，本文试着从领事保护的实施主体、对象和内容以及领事保护的国籍原则、当事人自愿原则和用尽当地救济原则的角度，就中国海外撤离行动的“领事保护”属性进行分析与探讨，以期为中国领事保护立法研究乃至构建国际法治新秩序提供有益参考。

---

[449] 参见中国新闻网 http://news.china.com/zh_cn/domestic/945/20030512/11467014.html。

[450] 参见新华网 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2007-08/23/content_6593134.Htm：《外交部领事司司长：领事保护中心将加大公众宣传》。

[451] 参见中国领事服务网 http://cs.mfa.gov.cn/lsbh/lbsc/t873386.Htm。

[452] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版。本书分为3编36章、66条注释、附录及主要参考文献和资料。其中，“领事关系编”侧重回顾和介绍中外领事关系发展的历史和现状；“领事制度编”侧重介绍领事制度的形成、发展和主要内容；“领事业务编”侧重介绍各种具体领事业务知识和政策，附录部分收录了48个中外双边领事条约（协定）、外国在中国领事机构、中国在外国领事机构、中外互免签证协议、未建交国事务代管机构、《维也纳领事关系公约》当事国及中外双边贸易总值等一览表。本书主要资料载至2012年底，有的地方采用了2013年的最新资料。

[453] 参见任正红：《新中国首次大撤侨曾历尽曲折》，载《环球时报》2015 年 4 月 7 日“史海回眸”版。“撤侨”，系指被撤离人员多为定居在国外的本国侨民；“撤离行动”，则指被撤离人员多为在国外学习、工作、经商或旅游探亲的本国公民。

[454] 参见任正红：《中国也门撤离行动的“领事保护”属性》，载《世界知识》2015 年第 9 期，第 64-65 页。

二、领事保护的基本含义

《维也纳外交关系公约》[455]第 3 条第 2 款规定：“本公约任何规定不得解释为禁止使馆执行领事职务。”《维也纳领事关系公约》[456]第 3 条“领事职务之行使”规定:“领事职务由领馆行使之。此项职务亦得由使馆依照本公约之规定行使之。”第 5 条“领事职务”第 1 款规定：领事职务包括“于国际法许可的限度内，在接受国内保护派遣国及其国民--个人与法人--之利益”。49 个中外双边领事条约（协定）[457]中均有类似条款规定。《中华人民共和国驻外外交人员法》[458]第 5 条第 5 款规定：驻外外交人员应当根据职务和工作分工，履行“维护中国公民和法人在国外的正当权益”的职责。

由此，概括而言，领事保护是指一国驻外国的外交或领事机构、外交或领事官员、外交或领事代表，在国际法许可的限度内，应接受国主管当局通知或相关方面请求且当事人未明示不同意，根据派遣国法律规章及对外政策，在领事辖区内或接受国同意的范围内，保护派遣国及其国民（个人、法人或其他组织）的权利和利益的行为。[459]其基本含义可分析和探讨如下：

（一）领事保护的实施主体是一国驻外使领馆

根据前述公约和国际实践，“使馆”是指国与国间建立外交关系并在对方国家首都常设的外交机构，“领馆”是指一国设立在另一国的总领事馆、领事馆、副领事馆或领事代理处等领事机构，统称“一国驻外使领馆”。而新近中外实践

---

[455] 参见法律教育网 http://www.chinalawedu.com/news/1200/23155/23156/23159/2006/4:《维也纳外交关系公约》（Vienna Convention on Diplomatic Relations）于1961年4月18日在维也纳签订，自1964年4月24日起生效；1975年11月25日，中华人民共和国政府向联合国交存加入书， 同时声明，台湾当局盗用中国名义对该公约的"签字"、"批准"是非法的、无效的，并对公约第十四条、十六条以及三十七条（二）、（三）、（四）款持有保留；1980年9月15日，中国政府决定撤回对第三十七条（二）、（三）、（四）款的保留。该公约自1975年12月25日起对中国生效。

[456] 参见中华人民共和国外交部领事司编:《中华人民共和国领事条约集》(第1集),世界知识出版社1989年版，第318页。《维也纳领事关系公约》（Vienna Convention on Consular Relations）于1963年4月24日在维也纳签订，自1967年3月19日起生效；1979年7月3日，中华人民共和国政府向联合国交存加入书，该公约自1979年8月1日起对中国生效。

[457] 参见任正红:《中国领事网推出“公民登记”，您将迅速获得领事协助》，载《人民日报（海外版）》2014 年 12 月 5 日“读者桥”版。

[458] 参见中国政府门户网站 http://www.gov.cn/flfg/2009-10/31/content_1454301.htm。

[459] 参见许育红:《领事保护华侨海外权益若干问题的实证研究》，载《武大国际法评论》第17卷第2期，第318页。

表明，中国领事保护的实施主体包括中国驻外国的使馆、总领事馆、领事馆、领事办公室或贸易代表处及其全体人员（有时包括家属），统称“中国驻外使领馆”。现以2011年日本地震和2010年海地地震后中国实施撤离行动为例：

1．中国驻日本使领馆依法协助日本地震灾区中国公民安全撤离。2011年3月11日，日本东北地区发生里氏9.0级地震并引发海啸和核泄漏，造成重大人员伤亡和财产损失，灾区中国公民安全受到严重威胁。中国领导人作出指示，外交部立即启动应急机制，协调有关部门连续奋战，通过中国驻日本使领馆千方百计了解灾区中国公民情况并进行救助。中国驻日本使领馆组织派遣多个工作组深入重灾区，帮助受困公民约7600人有序安全撤离至东京、新潟等安全地点，并协助9500名在日本中国公民回国。[460]

中国和日本均为《维也纳领事关系公约》当事国，两国领事协定自2010年2月16日起生效。以下情形，可具体说明中国驻日本使领馆在撤离行动中实施领事保护职务的主体性。[461]

情形之一：中国驻日本使领馆开启了协同作战、应对灾情、保护中国侨民安全撤离的大规模行动的序幕。3月11日下午，中国驻日本大使程永华欲赴东京新大谷饭店参加山东省的一个投资说明会。当他准备下楼时，突然感觉使馆的大楼好像在跳动，于是迅速返回办公室，只见墙壁上的挂钟已经抛甩在地，钟表的指针停留在当地时间14时46分。

“震区在哪儿？受灾程度怎样？我们的侨民又怎样？”一连串的问号瞬时冲积在程大使的脑际，他立即指示使馆人员在第一时间调查基本灾情。但是，此时使馆所有的电话既打不出去也打不进来。使馆通过报话器与日本警方联系，得到的回复是：东京的公共活动已经停止，交通和通讯也暂时中断……震情非常严重。程大使当机立断，决定立即启动应急机制，并向国内外交部报告情况。

这场“东日本大地震”的重灾区在日本东北部的宫城县、茨城县、福岛县、岩手县。根据领区划分，宫城县和茨城县属于中国驻日本使馆领事部的领区，福岛县属于中国驻新潟总领事馆的领区，岩手县属于中国驻札幌总领事馆的领区。几乎与使馆同时，中国驻新潟总领事馆成立了应急小组，中国驻札幌总领事馆也

[460] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版，第344页。

[461] 参见中国新闻网 http://www.chinanews.com/hr/2011/03-28/2934023.shtml：《驻日外交官救助侨民始末：诠释“外交为民”新理念》。

进入了应急状态，其他几个总领事馆则准备提供人员和物质支援。

由此，中国驻日本使领馆拉开了协同作战、应对灾情、保护中国侨民安全撤离的大规模行动的序幕。

情形之二：中国驻日本使领馆全体人员及其家属投入了一场“24 小时无休”的救助和确认侨民讯息的“战斗”。使馆领导商议决定，打破部门界限、集中联署办公，尽最大量开通求助热线。在人手不足的情况下，使馆人员的随任配偶也全部上阵，24 小时全天候工作。截至 3 月 21 日，使馆发布了 102 期平安讯息，其中包含 15035 名中国侨民的安全消息。这些消息，链接着中国驻日本使领馆人员在 10 天内接打的 8 万多个、平均每天 8000 多个、每小时 300 多个的热线电话。

“接听电话的同志平均每两小时换班一次”，程大使事后对记者说，“两小时说下来以后，她们的嗓子都哑了……即使是换班，她们也不能完全休息，只能在中厅的椅子上坐一会儿，同时还要干一些其他的工作。我看着她们，就像拿着冲锋枪往战场上冲的战士一样，一拨换着一拨地上……”。

记者还亲眼看到，中国驻新潟总领事馆一位又一位领事在接听 24 小时值班电话。他们不仅要在馆内接，还要在开车奔赴灾区的途中接。有位年轻的领事随员幽默地说，“估计福岛核电站的核辐射不会影响到我，但手机的辐射会在我身上产生效果的。”

情形之三：中国驻日本使馆食堂蒸出的成千上万的馒头使受灾中国侨民直接感受到领事保护的实惠。2004 年 10 月，日本新潟中越发生大地震时，程永华时任中国驻日本使馆公使。震后，程公使召集会议组织救灾，发现许多中国留学生、研修生等同胞被困在山里，没吃没喝。于是，他让使馆立即准备馒头和榨菜，并派工作组前往看望救助，很受欢迎。凭此经验，这次地震发生后，使馆食堂就马不停蹄地蒸馒头、擀面条。由于蒸好的馒头须放凉后才能装进口袋，一时间使馆的走廊里放满了馒头。每批工作组出发时，都带上 1000 个馒头以及方便面、榨菜、矿泉水等，一方面沿途自用，另一方面发给急需食品的中国侨民，使受灾侨民直接感受到领事保护的实惠。

2．中国驻海地、多米尼加贸易发展办事处依法协助海地地震灾区中国公民安全撤离。中国同海地、多米尼加虽尚无外交关系，但三国均为《维也纳领事关系公约》当事国。

2010 年 1 月 12 日，海地发生里氏 7.3 级强烈地震，造成严重的人员伤亡和财产损失。中国领导人十分关心在海地的包括中国维和人员在内的中方人员、港澳台同胞和侨胞的安全，批示要求全力救助当地中国公民，确保他们的安全。外交部在第一时间启动应急机制，昼夜接听求助电话，通过各种渠道反复核实了解包括港澳台同胞在内的中国公民的安全情况。在派出国际救援队并提供紧急物资援助的同时，中国政府向受困当地的中国公民提供有力救助。外交部派出工作组随国际救援队参与营救。

与此同时，在中国主管部门的指导下，中国驻海地、多米尼加贸易发展办事处及其全体人员密切配合，组织 60 名中国公民安全离开海地，并妥善安置其余自愿留在当地的中国公民。[462]

以上表明，根据国际领事理论与实践，中国驻外使领馆属于领事保护的实施主体，从而也是中国海外撤离行动的实施主体。那么，领事保护的对象是谁？保护的内容又是什么？

（二）领事保护的对象和内容是派遣国及其国民在海外的权益

随着中国改革开放的深化及中国公民出国目的的多样化，中国领事保护对象中的“个人”，自然而然地从“华侨”扩展为“所有出国人员”。[463]新中国历届领导人十分重视保护中国公民在海外的正当权益。如，胡锦涛指出：“中国有十三亿人口，我们珍惜每一位同胞的生命”、“中国政府将尽最大努力确保境外中国公民的安全”。习近平指出：“党和政府十分关心在海外工作的中国公民，不断加大工作力度，健全各种机制，力争及时有效地保护大家的生命财产安全，维护大家合法权益；今后会继续把这项工作作为大事来抓，使大家能够安心安全地生活和工作。”[464]根据《维也纳领事关系公约》及国际领事实践，领事保护的对象是派遣国及其国民（包括个人、法人和其他组织）；领事保护的内容是派遣国及其国民在领事辖区内或接受国同意的范围内的权利和利益。总的说来，中国领事保护的对象和内容是国家以及中国公民、法人和其他组织在海外的权利和利益。

就中国海外撤离行动而言，中国驻外使领馆实施保护的主要对象和内容是海

---

[462] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版，第343页。

[463] 参见许育红：《领事保护华侨海外权益若干问题的实证研究》，载《武大国际法评论》第17卷第2期，第315页。

[464] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版，第330页。

外中国公民（包括港澳台同胞和少数民族同胞）的生命财产安全。中国同泰国、吉尔吉斯斯坦均为《维也纳领事关系公约》当事国，中吉两国还缔结了双边领事条约。例如：

1、中国驻泰国使馆紧急撤离滞留泰国的中国游客。2008年11月，泰国曼谷国际机场因反政府示威活动被迫关闭，造成包括中国公民在内的大量游客滞留。中国领导人作出指示，外交部、国家旅游局、国家民用航空局及中国驻泰国使馆立即启动应急机制，协调中国国际航空公司、南方航空公司、东方航空公司和上海航空公司连续派出12架次商业航班飞机赴曼谷，安全接回3346名滞泰中国公民，其中包括18名香港、澳门和台湾同胞。[465]

2、中国驻吉尔吉斯斯坦使馆实施撤侨行动。2010年4月，吉尔吉斯斯坦政局突变，政府更迭，社会持续动荡。6月，吉南部奥什地区局势急剧恶化，发生大规模骚乱，当地1500多名中国公民人身和财产安全受到严重威胁。中国领导人作出指示，外交部立即启动应急机制，迅速做出行动部署，派出工作组会同公安部、新疆外事侨务办公室和驻吉使馆分别赶赴奥什地区和乌鲁木齐组织实施撤侨行动。经中央有关部门、中国驻外使领馆、地方政府以及有关企业5个昼夜的通力合作和连续作战，中国政府共派出9架包机安全接回1299名中国公民，其中包括210名维吾尔族同胞。[466]

勿庸置疑，中国驻泰国使馆和中国驻吉尔吉斯斯坦使馆依法均可执行领事保护职务，也就是说，两使馆依法可实施包括港澳台同胞和少数民族同胞在内的中国公民撤离行动，以保护他们的生命财产安全。

在以上梳理领事保护的实施主体、对象和内容的基础上，我们同时可从领事保护基本原则的角度出发，进一步分析和探讨中国海外撤离行动的“领事保护”属性。

三、以三大原则辨析中国海外撤离行动的“领事保护”属性

广义上领事保护的基本原则包括：主权原则、国籍原则、用尽当地救济原则、公正原则、当事人自愿原则、属地管辖优先原则及属人管辖重要原则。[467]这里仅

---

[465] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版，第342-343页。

[466] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版，第343页。

[467] 参见许育红：《领事保护华侨海外权益若干问题的实证研究》，载《武大国际法评论》第17卷第2期，第323页。说明：其中的“当事人意思自治原则”似应调整为“当事人自愿原则”。

从国籍原则、当事人自愿原则和用尽当地救济原则的角度，就可辨析中国海外撤离行动的“领事保护”属性。具体分析和探讨如下：

（一）领事保护的国籍原则--中国海外撤离行动的首要原则

国籍是指一个个人作为一个特定国家的成员而隶属于这个国家的一种法律上的身份。国籍问题原则上属于每个国家主权的事项，换句话说，原则上属于每个国家国内管辖的保留范围之内，因此，每个国家有权以自己的法律决定谁是它的国民。[468]领事保护的国籍原则，是指领事保护的对象必须具有派遣国国籍。[469]当事人的国籍问题是领事保护实施之前必须首先确认的问题，也是中国驻外使领馆实施海外撤离行动的先决问题。可以说，领事保护的国籍原则就是中国海外撤离行动的首要原则。

1.领事保护的国籍原则。此原则要求领事保护的对象必须符合两个条件：

第一，必须符合实际国籍原则。即当事人的国籍必须反映其与派遣国的真实联系，表示他（她）与派遣国之间的真实的权利和义务关系。这种真实的联系，一般通过当事人在派遣国拥有惯常住所、利益中心、家庭关系、参加公共生活，以及对该派遣国的贡献和对子女的教育等方面表现出来。

第二，必须符合国籍持续原则。即当事人自请求领事保护时起至接受领事保护时持续具有派遣国的国籍。[470]

2.国籍原则是中国海外撤离行动的首要原则。如前所述，中国领事保护的对象和内容是国家以及中国公民、法人和其他组织在海外的权利和利益。就中国海外撤离行动而言，中国驻外使领馆实施保护的主要对象和内容是海外中国公民的生命财产安全。由此，确认当事人是否具有中国国籍，属于中国驻外使领馆实施海外撤离行动的先决问题。

（1）确认当事人国籍的中国国内法律依据。在中国海外撤离行动中，确认当事人国籍的主要依据包括：1980 年 9 月 10 日第五届全国人民代表大会第三次会议通过、同日全国人民代表大会常务委员会委员长令第八号公布施行的《中华人民共和国国籍法》，[471]是确认当事人国籍的主要依据；在“一国两制”的条件

---

[468] 参见李浩培著：《国籍问题的比较研究》，商务印书馆1979年版，第5页和第20页。

[469] 参见许育红：《领事保护华侨海外权益若干问题的实证研究》，载《武大国际法评论》第17卷第2期，第323页。

[470] 参见何立总、冯税主编：《现代法律词典》，学苑出版社 1999 年版，第 457-458 页。

[471] 参见中国政府门户网站 http://www.gov.cn/banshi/2005-05/25/content_843.htm。

下，《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国国籍法>在香港特别行政区实施的几个问题的解释》[472]和《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国国籍法>在澳门特别行政区实施的几个问题的解释》[473]是确认当事人国籍的相应依据。

（2）确认当事人国籍的方法途径。中国海外撤离行动，是中国驻外使领馆在特殊情况下所实施的一种领事保护。为此，确认当事人国籍的方法途径有时也比较特殊。以2011年利比亚大撤离为例：

2011年2月，利比亚发生严重骚乱并迅速蔓延升级，当地3万多名中国公民的生命财产安全受到严重威胁。中国领导人作出指示，要求立即成立应急指挥部，协调组织党政军各单位和相关企业，做好应对利比亚安全局势有关工作。国务院成立应急指挥部，迅速做出行动部署。中央有关部门、中国驻外使领馆、地方政府以及有关企业通力合作和连续奋战，中国政府共调派182架次中国民航包机、24架次军机、5艘货轮、1艘护卫舰，并租用70架次外航包机、22艘次外籍邮轮、1000班次客车，从海陆空三路实施全方位、大规模撤离行动，在12天内安全撤回35860名中国公民。[474]

其中，有一个确认当事人国籍身份的重要环节。2011年2月27日下午，中国赴利比亚协助使馆撤侨的联合工作组第一组组长费明星参赞等人，等候在利比亚与突尼斯边境，准备协助同时抵达边境的3500名中国工人出境利比亚入境突尼斯。然而，当2000多名中国工人到达边境后，该集团公司一位负责人焦急地告诉费参赞：“先前出发的几十人至今未到，肯定出问题了。”费参赞当即决定由一名来自公安部的同志与使馆工作人员一起，开着面包车沿途找了回去。在距离边境大约3公里的地方，终于找到了这几十名同胞。他们因在撤离途中丢失了护照，已被当地检查站扣留。使馆工作人员立即亮明身份，并向检查站值守人员一遍遍解释，但无论如何，他们就是不放人，理由是“如何证明他们是中国人？”

就在同胞们无计可施之时，中方工作人员突然对着队伍高声喊道：“全体都有：立正，向左转，齐唱国歌！”一时间，绝望的情绪突然找到了一个爆发点，汇聚成整齐激昂的歌声：“起来，不愿做奴隶的人们……”值守人员放行了。数

[472] 参见中国人大网 http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5003558.htm。

[473] 参见中国人大网 http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1998-12/29/content_1480047.htm。

[474] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版，第343-344页。

十名中国同胞就这么唱着中华人民共和国国歌，走了3公里的路，赶到边境与大部队会合。[475]这虽然不符合确认当事人是否具有中国国籍的常规程序，但它仍然体现了领事保护的国籍原则，体现了领事保护的国籍原则在中国海外撤离行动中的首要作用。

（二）领事保护的当事人自愿原则--中国海外撤离行动的重要原则

领事保护的当事人自愿原则，是指领事实施保护应当基于当事人请求或者当事人没有明确表示反对。[476]如《中华人民共和国和澳大利亚领事协定》[477]第 11 条规定："与派遣国国民通讯及联系"第 1 款第 5 项中规定："遇有领区内派遣国国民被逮捕、监禁、羁押候审或被以其他方式拘留时，除非该国民明示请求不通知派遣国领馆，接受国主管当局应于 3 日内通知领馆"。可以说，个人有权决定是否放弃其所享有的国籍国的领事保护。而中国海外撤离行动，也以不同形式体现了当事人的自愿原则。例如：

1．中国从印度尼西亚大规模撤侨时所坚持的"当事人自愿原则"。1959 年 5 月 14 日，印尼颁布总统第十号法令，规定年底前取缔县以下外侨小商贩。12 月 12 日，印尼政府又发布接管外侨零售商资产的条例。1960 年，印尼掀起排华浪潮。此前，为保护华侨生命财产安全，中国驻印尼使领馆做了许多工作，其中包括传递陈毅副总理兼外长致印尼外长苏班德里约的信。信中强调华侨问题的严重性和解决问题的迫切性，阐述了中国关于全面解决华侨问题的三点建议，其中第三点是"对于无法谋生或不愿继续留在印尼的华侨，中国政府准备根据自愿原则，分期分批接回中国"。[478]此建议体现了领事保护的当事人自愿原则，同时也体现了当事人自愿原则在中国海外撤离行动中的重要作用。

2．中国从利比里亚撤侨时所遵循的"当事人自愿原则"。2003 年 6 月，利比里亚反政府武装与政府军在距离利的首都蒙罗维亚附近展开激战，利局势急剧

---

[475] 参见人民网 http://www.people.com.cn/GB/32306/33232/17340330.Html：《谁看谁动容：用唱国歌辨别中国人》。

[476] 参见许育红：《领事保护华侨海外权益若干问题的实证研究》，载《武大国际法评论》第17卷第2期，第325页。

[477] 参见中国人大网 http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-11/29/content_5008988.htm。

[478] 参见唐家璇主编：《中国外交辞典》，世界知识出版社2000年版，第404页。

恶化。中国在利约有 50 名侨民，其中部分侨民希望政府协助尽快撤离。当时中国与利比里亚无外交关系，在当地也无中方机构和人员，利的通讯和电力设施遭到严重破坏，中方与侨胞联络十分困难。中国外交部迅速启动应急机制，中国驻尼日利亚、科特迪瓦、塞拉利昂和几内亚使馆密切合作展开撤侨行动。经多方努力，36 名侨胞最终平安撤离至周边国家。与此同时，中国政府千方百计与自愿留在当地的侨胞保持联系，关注其安全情况。[479]这是中国驻外使领馆在实施海外撤离行动中遵循“当事人自愿原则”的常规做法。

3. 中国从战火中的科威特撤离台湾同胞所体现的“当事人自愿原则”。1990年，海湾战争爆发，在科威特的100多名来自台湾的劳务人员陷入危难之中。8月7日，这些台湾同胞向中国驻科威特使馆求助。使馆毫不犹豫地伸出援手，不仅向在科威特的台湾同胞颁发了《中华人民共和国旅行证》，还安排他们与大陆同胞一起撤离科威特，安全抵达约旦。中国驻外使领馆及时协助两岸同胞撤离科威特，在海内外引起强烈反响，为全世界中国人广为称颂。[480]台湾同胞在这次大撤离中，切身体会到中国在国际社会中享有的重要地位。当事人的求助，是同胞发自内心认同“一个中国”并自愿获得中国领事保护的真实表现。

（三）领事保护的用尽当地救济原则--中国海外撤离行动的核心原则

用尽当地救济原则（exhaustion of local remedies），又称用尽国内救济原则，一般是指用尽所在国的行政和司法的全部实质性保护办法，以及充分正确地使用所在国法律规定的一切可利用的办法。[481]对一国驻外使领馆而言，其行使领事保护职责时必须坚持用尽当地救济原则。从中国海外撤离行动的实践看，用尽当地救济原则属于核心原则，主要表现为如下几种情况：

1.用尽接受国主管当局提供的一切保障。2015 年 3 月 29 日至 4 月 6 日，根据中国政府统一部署，通过中国驻也门使领馆的具体协调和召集，中国派出在亚丁湾、索马里海域执行护航任务的临沂舰、潍坊舰和微山湖舰，快速从也门撤出 613 名中国公民，确保中国公民远离战乱地区，从而保护了有关当事人的生命财产安全。[482]其间，根据“用尽当地救济原则”，中国驻也门使馆事先做好也门政

[479] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版，第341页。

[480] 参见《中国领事工作》编写组：《中国领事工作》，世界知识出版社2014年版，第611页。

[481] 参见何立总、冯税主编：《现代法律词典》，学苑出版社 1999 年版，第 457-458 页。

[482] 参见人民网 http://world.people.com.cn/n/2015/0410/c1002-26822448.html：《也门撤侨见证大国能力与担当》。

府部门的相关工作，并在此后的撤离过程中得到了也门政府军方、内政部等的积极配合，他们为中国公民和中国使馆人员安全撤离提供了安全保障。[483]

2.用尽当地友好力量所提供的可能支持。2011年3月15日，考虑到福岛核电站事故的严重性和不确定性，本着对中国公民人身安全高度负责的态度，中国驻日本使馆工作组根据馆领导指示，决定租用车辆协助宫城县、福岛县、岩手县、茨城县等四个重灾区自愿离开的中国公民前往新潟或成田机场，做好撤离工作。

撤离的关键在于车辆。根据第一天撤离情况，使馆和新潟总领事馆尽最大可能调拨了 7-9 辆大巴，但仍满足不了实际需求。关键时刻，旅居仙台 20 多年的日籍华人张女士在协助筹车方面发挥了重要作用。张是瀛华中文学校的教师，也是仙台国际中心的志愿者。当天晚上，她联系上了一家山形县的汽车公司，筹措到 15 辆大巴。从 3 月 15 日至 18 日下午 4 时撤离点暂时关闭，张女士一直协助使馆工作组连撤 4 天，共动用了 35 辆大巴，成功撤离了 1800 多人。张女士自愿为此放弃一切工作，甚至放弃亲自陪同两个孩子撤离的机会，令人感动。[484]在日本，这样的民间友好人士有不少。

3.用尽第三国依约提供的全部协助。《维也纳领事关系公约》第 8 条“代表第三国执行领事职务”规定：“经适当通知接受国后，派遣国之一领馆得代表第三国在接受国内执行领事职务，但以接受国不表反对为限。”由此，根据中国公民实际需要，且在有关国家不表示反对的情况下，中国政府有权请求第三国驻外使领馆代表中国政府执行领事保护职务并实施撤离行动。如：

2006年4月下旬，所罗门群岛发生骚乱，致使旅居该国的数百名侨胞流离失所，安全堪忧。中国政府与所未建立外交关系。中国外交部紧急约见所罗门群岛周边国家巴布亚新几内亚、澳大利亚、新西兰驻华使馆负责人，请三国政府协助采取措施保护中国侨民安全。中国驻巴布亚新几内亚使馆代管所罗门群岛侨务工作，该馆第一时间派领事官员赴所与当地主管当局和侨胞直接取得联系。4月20日至21日，在中国驻上述国家使领馆协助下，20多名侨胞搭乘澳大利亚、新西兰军用或商业飞机撤离所罗门群岛。4月21日，所局势恶化，仍在所的300多名侨胞

[483] 参见任正红：《中国也门撤离行动的“领事保护”属性》，载《世界知识》2015 年第 9 期，第 64-65 页。

[484] 参见中国新闻网 http://www.chinanews.com/gn/2011/03-31/2941951.Shtml：《中国外交官讲述日本大地震撤离工作:关键是车辆》。

要求回国。中国驻巴布亚新几内亚使馆租用所商业飞机，将300名侨胞先撤至巴布亚新几内亚妥善安置，颁发旅行证件后安排转乘中国政府包机安全回国。

反之，如相关国家请求，在中国政府统一部署及有关国家不表示反对的情况下，中国驻外使领馆亦可代表第三国执行领事保护职务并实施撤离行动。如：

2015年4月2日，应有关国家和当事人的请求，中国驻也门使领馆及时组织了巴基斯坦（176人）、埃塞俄比亚（29人）、新加坡（5人）、意大利（3人）、德国（3人）、波兰（4人）、爱尔兰（1人）、英国（2人）、加拿大（1人）、也门（1人）等10个国家的225名公民搭乘临沂舰，为中国海军顺利接应上述人员登舰并送达既定安全目的地提供了前提。据报道，外国公民登乘中国军舰的时候，炮弹还在不停轰炸，其中一发炮弹落到舰艇不远处。正如中国驻也门大使田琦向澎湃新闻表示：“这一工作难度非常大，因为中国军舰在港口停留的时间非常有限，需要做到军舰靠港与人员集结登舰紧密衔接。”而中国驻吉布提大使、吉布提外交部长、巴基斯坦驻埃塞俄比亚大使、埃塞俄比亚驻吉布提大使、德国驻吉布提大使等到吉布提码头迎接，恰恰说明了中国驻也门使领馆代表巴基斯坦等10个国家组织第三国公民撤离也门的上述做法符合有关各方意愿，符合国际法原则。[485]

四、结语

综上所述，领事保护属于一种国际惯例，国际社会尚未形成统一的概念。尽管如此，根据《维也纳外交关系公约》、《维也纳领事关系公约》、中外双边领事条约（协定）及中国国内法律规章，中国驻外使领馆履行领事保护职责并实施海外撤离行动的理论与实践正在逐步丰富和发展。

当今世界，和平与发展仍然是时代主题，合作共赢是大势所趋，推进国际法治是人心所向。2015 年，是纪念万隆会议精神 60 周年之年，也是纪念世界反法西斯战争胜利和联合国成立 70 周年之年。纵观古今中外，新形势下，随着中国改革开放的不断深化及“一带一路”构想的具体实施，包括海外撤离行动在内的领事保护理论与实践必将产生历史性的飞跃发展。本文如是浅析，希望得到各位专家学者的批评和指导。

[485] 参见任正红：《中国也门撤离行动的“领事保护”属性》，载《世界知识》2015 年第 9 期，第 64-65 页。

论近世琉球的历史和国际法地位——

兼议钓鱼岛主权归属

刘 丹 *

（上海交通大学凯原法学院/极地与深海发展战略研究中心，上海，200240）

摘要：中日钓鱼岛争端中，日方极力撇开《马关条约》和其取得钓鱼岛所谓“主权”之间的关联，并认为钓鱼岛列屿的行政编制隶属琉球、琉球是日本的领土，所以钓鱼岛的主权应归日本，即日方主张包含着“钓鱼岛属于琉球、琉球属于日本，所以钓鱼岛属于日本”的荒谬逻辑。本文着重对琉球地位问题“去伪”，即通过探究近世琉球（1609-1879）在历史和国际法上的地位、中琉历史上的海上自然疆界，从而进一步印证钓鱼岛属于中国的历史和国际法依据，从而为我国钓鱼岛主权主张提供有力论据。

关键词：琉球地位；钓鱼岛争端；国际法

2012 年日本政府“购岛”闹剧后，中日钓鱼岛[486]争端使两国的对立状态持续发酵，至今仍僵持不下。我国学界尤其是大陆的相关研究中，对日本钓鱼岛“主权主张”中琉球因素的关注相对较少；由钓鱼岛争端引发的“琉球热”[487]是在 2012 年因“购岛事件”导致中日关系紧张期间凸显出来。钓鱼岛主权问题和琉球地位问题盘根错节，对琉球地位问题“去伪”，即“琉球主权是否属于日本”[488]这个

---

* **作者简介**：刘丹，上海交通大学凯原法学院/极地与深海发展战略研究中心，副研究员。研究方向：海洋法、国际公法、国际环境法。邮件：albanyliudan@163.com。本文是笔者特为 2015 中国国际法年会写作、尚未发表的初稿，如需引用请联系作者，取得书面同意。

基金项目：论文为本人主持的国家社科基金青年项目“钓鱼岛争端视角下琉球法律地位问题研究”（13CFX123）、中国博士后科学基金第 53 批面上资助“琉球国际法地位研究”(2013M531152)的阶段性成果。

[486] 钓鱼岛：我国称“钓鱼岛列屿”、“钓鱼台”等，日本称“尖阁列岛”。如无特殊说明，本文用“钓鱼岛”或“钓鱼岛列屿”指代钓鱼岛及其附属岛屿。

[487] 近年来，我国民间对琉球主权的关切越来越高，网络上还出现了“还我琉球”的声音，学术界如徐勇、唐淳风等人也发表了“琉球地位未定”的观点。其实“琉球地位未定论”早期见于台湾，2012 年左右才开始在大陆舆论中凸显，进而引发日本和冲绳舆论界的关注。日本政府“国有化”钓鱼岛并导致中日关系紧张化后，2012 年 5 月 8 日，《人民日报》刊登学者张海鹏、李国强署名文章《论马关条约与钓鱼岛问题》，文末提出“历史上悬而未决的琉球问题也到了可以再议的时候”。就中国政府对琉球的立场，我国外交部发言人作出回应:“中国政府在有关问题上的立场没有变化。冲绳和琉球的历史是学术界长期关注的一个问题。该问题近来再度突出，背景是日方在钓鱼岛问题上不断采取挑衅行动，侵犯中国领土主权。学者的署名文章反映了中国民众和学术界对钓鱼岛及相关历史问题的关注和研究”。

[488] 本文侧重于从 1879 年以前琉球的历史和国际法地位进行论证。对于琉球在二战后的地位，请参阅笔者拙作《琉球托管的国际法研究——兼论钓鱼岛的主权归属问题》，载于《太平洋学报》2012 年第 12 期。

命题，除了从历史、地理和国际法加强论证我国钓鱼岛主权主张外，如再对日本结合琉球和钓鱼岛隶属关系的相关主张[489]进行有理、有力、有据的驳斥，将起到“以子之矛，攻子之盾”的效果。

一、琉球的历史及中日琉三角关系

琉球是有着悠久历史文化传统的古老王国。琉球王国曾以东北亚和东南亚贸易的中转站而著称，贸易发达，有“万国之津梁”的美誉，其疆界的地理范围也和现在的日本冲绳县存在较大差别。然而，随着时间的推移，历史上琉球和中国在的朝贡册封关系并不为现代人所熟知。1879 年日本明治政府正式吞并琉球之前，琉球是有着独特历史的王国。琉球历史分为“先史时代”、“古琉球”和“近世琉球”三个时代。“先史时代”包括十二世纪以前的旧石器时代和贝冢时代；“古琉球”是指从十二世纪初到萨摩藩主岛津氏入侵琉球的 1609 年，约 500 年的时间；“近世琉球”则从 1609 年萨摩入侵琉球岛，到 1879 年日本明治政府宣布琉球废藩置县为止，历时 270 年。[490]

（一）琉球王国历史及中琉宗藩关系

自 1429 年琉球统一到 1879 年琉球王国被日本吞并，琉球王国横跨了“古琉球”和“近世琉球”两个时代。自 1372 年明朝先后封赐琉球三山王后，直至清光绪五年（1879）年琉球被日本吞并、改为冲绳县为止，中国在明清两代和琉球保持了五百多年的封贡关系，中国遣册封使共 24 次，[491] 琉球来贡者则更多。琉球按司察度于明朝洪武五年（1372 年）入贡，受册封为中山王，[492] 此后贡使往来，历明清两朝而不绝，开始了琉球作为中国藩属国长达 500 余年的历史。自中琉建立外交关系后，凡是琉球国王病故，其世子承袭王位，必须经过明清两朝皇帝册封，才能正式对外称王。[493] 自 1372 年明朝昭告琉球建立中琉封贡关系，至 1879 年日本在琉球“废藩置县”为止，琉球一直都是中国的藩属国。我国有关钓鱼岛列屿的记载，多见于明清两代册封使归国回朝复命的“述职报告”即册封使录中。

（二）中日琉多边关系下的琉球“两属”问题

自 1609 年（明朝万历三十七年，日本江户幕府庆长十四年）萨摩藩攻破琉球，直到 1879 年明治政府在琉球废藩置县，这段时期被史学家称为琉球的“两

---

[489] 参见日本外务省. 关于“尖阁诸岛”所有权问题的基本见解（中译本）。参见“The Basic View on the Sovereignty over the Senkaku Islands,” 资料来源于http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/senkaku.html，2015年1月30日访问；日本外务省. “尖阁诸岛”问答（中译本），资料来源于http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/qa_1010.html，2015年1月30日访问。

[490] 何慈毅. 明清时期琉球日本关系史. 江苏古籍出版社，2002：3-5.

[491] 对于清代册封琉球的次数，中日学者不存在争议，一般认为清册封琉球 8 次，册封使 16 名。但是对于明明清两代中国朝册封琉球的总次数，历史学界的看法各异，一般认为是 24 次，但也有 23 次的说法，主要原因是对明朝册封次数的不同看法。谢必震、武尚清和赤岭诚纪一致认为明朝册封琉球 15 次，册使 27 人；方宝川则认为明朝册封琉球 14 次，册封使 26 人。有的学者以中央政府是否在琉球本地为琉球国王进行册封仪式作为标准，没有把杨载出使琉球统计在列，从该角度看，明清两代共为琉球国王举行的册封典礼就一共是 23 次而不是 24 次。参见谢必震，胡新. 中琉关系史料与研究. 北京：海洋出版社，2010：125-126；徐斌. 明清士大夫与琉球. 北京：海洋出版社，2011：83.

[492] 《明太祖实录》卷七十一记载，当年明太祖洪武帝遣杨载携带诏谕中山王的诏书中写到：“惟尔琉球，在中国东南远处海外，未及报知，兹特遣使往谕，尔其知之。” 参见《太祖实录》卷 71，洪武五年春正月甲子条。

[493] 徐斌. 明清士大夫与琉球. 北京：海洋出版社，2011：36.

属”时期。1609 年，日本萨摩藩的岛津氏发兵入侵琉球，掳走国王尚宁和主要大臣，史称“庆长之役”。翌年幕府将军德川忠秀下令将琉球以领地的方式赐给萨摩岛津氏，同意在其年俸中包含琉球纳贡份额，但要求萨摩不得更易琉球王室。琉球这种“明属中国、暗属日本”[494]的状态一直持续到日本明治维新初年。入清后，琉球进入第二尚氏王朝后期，琉球请求清政府予以册封。世子尚丰分别于天启五年（1625 年）、天启六年和七年上表，请求中国给予册封。琉球天启年间的请封是在前述“庆长之役”后，王国受到萨摩暗中掌控下进行的。[495] “庆长之役”后，崇祯六年（1633 年），在萨摩藩的不断催促下，琉球恢复和中国的封贡关系、恢复随贡互市。1872 年 9 月，明治天皇下诏将琉球王室“升为琉球藩王，叙列华族”[496]，为吞并琉球做好了形式上的准备，1879 年正式吞并琉球，这就是琉球为中日“两属”的由来。

萨摩藩入侵琉球后便从政治、经济等方面控制琉球。但为维持中琉朝贡贸易并从中牟利，就萨琉关系，萨摩藩全面贯彻了对中国的隐瞒策略，具体包括：1.不准琉球改行日本制度及日本名姓，以免为中国天使（册封使）所发现。例如，《纪考》称，“宽永元年”（天启四年，1624 年）八月二十日，国相（萨摩藩对内自称“国”）承旨，命于琉球，自后官秩刑罚，宜王自制，勿称倭名，为倭服制”。[497] 2.册封使驻琉球期间，萨摩藩为欺瞒耳目所安排的措施为所有日本官员如在番奉行、大和横目以及部署，非妥善伪装混入册封者，一律迁居琉球东海岸偏僻之地，以远离中国人活动之西海岸；又如，取缔一切日文招贴、招牌；再如，一切典籍、记录、报告，均讳言庆长之役的日琉关系，等等。[498] 3.琉球官方出版和汇编了《唐琉球问答属》、《旅行人心得》等文件。《唐琉球问答属》是由首里王府制作的，为避免 “琉球漂流事件”[499]透露出萨摩藩控制琉球的内幕、以应对中国官府的问答卷。其中第一条回答琉球王国统治疆域时，答案为“统治的疆域有中山府、南山府、北山府，南面的八重山、与那国岛，北面的大岛、喜界岛，西面的久米岛、东面的伊计岛、津坚岛等 36 岛”，而当时（奄美）大岛、喜界岛已经在萨摩藩的管辖范围内，这显然在向清朝刻意隐瞒[500]；《旅行人心得》出版于乾隆二十四年（1759 年），是印有中琉“标准答案”的小手册，为琉球华裔政治家蔡温所撰，目的是教育琉球入华的官员、官生和一般商人如何答复中国人可能提出的问题，最重要的是有关萨琉关系的问题。[501]

二、《万国公法》视野下藩属国的国际法地位

亚洲的“宗藩/朝贡体系”是以中国为中心、以中国之周边各邻国与中国形

---

[494] 郑海麟. 钓鱼岛列屿之历史与法理研究（增订本）. 香港：明报出版社有限公司,2011:124.
[495] 徐斌. 明清士大夫与琉球. 北京：海洋出版社，2011：4.
[496] 米庆余. 琉球历史研究. 天津：天津人民出版社,1998:112-114.
[497] 杨仲揆. 琉球古今谈——兼论钓鱼台问题. 台北：台湾商务印书馆，1990：64-65.
[498] 杨仲揆. 琉球古今谈——兼论钓鱼台问题. 台北：台湾商务印书馆，1990：64-65.
[499] 琉球漂流事件：明代中琉交往后，琉球船只或贡船失事飘到中国沿海的有 12 起。明清两朝对包括琉球在内的漂风难民均有救助、安置和抚恤遣返的做法，形成以中国为中心，参与国包括朝贡国和非朝贡国（如日本）在内的海难救助机制。由于导致船舶漂流的原因是搞错了季风期，在“两属”时期，首里王府下达了严格遵守出港、归港期的命令，但即使这样，也不免有漂流事件的发生。参见赖正维. 清代中琉关系研究. 北京：海洋出版社，2011：56-60；[日]村田忠禧,著. 从历史档案看钓鱼岛问题. 韦平和,译. 社会科学文献出版社，2013：52.
[500] [日]村田忠禧,著. 从历史档案看钓鱼岛问题. 韦平和,译. 社会科学文献出版社，2013：52-53.
[501] 杨仲揆. 琉球古今谈——兼论钓鱼台问题. 台北：台湾商务印书馆，1990：64-65.

成的双边“封贡关系”为结构的国际体系。“万国公法体系”又称“条约体系”（Treaty System），则指伴随近代殖民扩张形成的，西方殖民列强主导的以“条约关系”为结构、以“万国公法”世界的国际秩序为基础的国际体系。[502] 近代西方国际法正式和有系统的传入中国是从 18 世纪 60 年代开始的。然而，19 世纪后期,清廷的藩属国如越南、缅甸、朝鲜等相继沦为欧美列强和日本的殖民地或保护国，宗藩/朝贡体制分崩离析。

（一）《万国公法》的传入及其对清政府外交的影响

近代西方国际法正式和系统的传入中国是由1860年代开始的。美国传教士丁韪良(William M.P. Martin, 1827-1916)翻译的《万国公法》[503]是中国历史上第一本西方法学著作。《万国公法》在中国一经出版，在东亚世界引起很大震撼，翌年在日本便有翻刻本和训点本出版，在很短的时间内成为日本的畅销书，后陆续在朝鲜和越南相继翻刻刊行。[504] 19世纪初，中国逐渐成为西方列强在东亚的殖民目标，其间历经两次鸦片战争，到1900年《辛丑条约》的签订，中国彻底沦为半殖民地半封建社会。[505] 在这样的时代背景下，中国社会各阶层对西方国际法的传入的态度是矛盾的。一方面，清政府的确有应用国际法与西方国家外交交涉成功的案例，例如1839年林则徐禁止销售鸦片[506]和办理“林维喜案”[507]，又如普鲁士在中国领海拿捕丹麦船只事件[508]等，这些外交纠纷的顺利解决促成清政府较快地批准《万国公法》的刊印；另一方面，清政府及其官员对国际法则倾向于从器用的层面做工具性的利用，追求对外交涉时可以援引相关规则以制夷。

甲午战争爆发前后那段时期的“国际社会”是有特定涵义的，它是以欧洲为中心、由主权独立的欧洲国家组成，进而形成一套体现西方价值观、有约束力的近代国际法规则体系，又被称为“国际法共同体”或“文明共同体”。琉球大学历史学者西里喜行指出，“东亚的近代是东亚各国、各民族与欧美列强间的相关关系的主客颠倒时代，也是东亚传统的国际制度即册封进贡体制，被欧美列强主导的近代国际秩序即万国公法所取代的时代”。[509] 我国汪晖教授也认为，清朝与

---

[502] 费正清提出了晚清时期与朝贡体制并存的“条约体系”一词。参见 J.K.Fairbank, *The Early Treaty System in the Chinese World Order*, in J.K. Fairbank eds, *The Chinese World Order: Traditional China's Foreign Relations*, Havard University Press, 1969, pp.257-275.

[503] 该书译自美国国际法学家亨利·惠顿（Henry Wheaton, 1785-1848）于 1836 年出版的《国际法原理》（Elements of International Law）一书。

[504] 邹振环. 丁韪良译述《万国公法》在中日韩传播的比较研究. 复旦大学韩国研究中心，编. 韩国学研究第七辑，北京：中国社会科学出版社：2000. 9：258-278.

[505] “半殖民地半封建”是一个用来概括中国近代社会性质的完整概念。就这一概念的内涵,史学界认识基本上趋于一致。而关于该概念在中国首次出现的时间，陈金龙考证后认为，1929 年 2 月,中共中央在《中央通告第二十八号—农民运动的策略》中,首次使用了“半殖民地半封建”这一完整概念。1934 年 6 月,吕振羽在《史前期中国社会研究》中也明确断定,鸦片战争后,中国社会为“半殖民地半封建社会”。参见陈金龙. “半殖民地半封建”概念形成过程考析. 近代史研究，1996,（4）：227-231.

[506] 参见茅海建. 天朝的崩溃——鸦片战争再研究. 北京：三联书店，1995：104-112。

[507] 1839 年 7 月，九龙尖沙嘴村发生中国村民林维喜被英国水手所杀的案件。对该案的研究，参见林启彦、林锦源. 论中英两国政府处理林维喜事件的手法和态度. 历史研究，2002,（2）：97-113.

[508] 1864 年 4 月，普鲁士公使李福斯(H.Von Rehfues)乘坐“羚羊号”(Gazelle)军舰来华,在天津大沽口海面上无端拿获了三艘丹麦商船。总理各国事务衙门当即提出抗议,指出公使拿获丹麦商船的水域是中国的“内洋”(领水),按照国际法的原则,应属中国政府管辖,并以如普鲁士公使不释放丹麦商船清廷将不予以接待相威胁。在这种情况下，普鲁士释放了两艘丹麦商船,并对第 3 艘商船赔偿 1500 元，事件最终和平解决。关于此案及清政府援引《万国公法》的经过，参见王维俭. 普丹大沽口船舶事件和西方国际法传入中国. 学术研究,1985,（5）.

[509] [日]西里喜行，著. 清末中琉日关系史研究（上）. 胡连成，等译. 北京：社会科学文化出版社，2010：17.

欧洲列强之间的冲突不是一般的国与国之间的冲突，而是两种世界体系及其规范的冲突，即两种国际体系及其规范的冲突，[510] 这两种国际体系就是“朝贡体系”和近代“万国公法体系”。“万国公法体系”中，世界各国被分为“文明”、“不完全文明”、“野蛮”和“未开化”多个领域（见表二），中国等亚洲国家被视为“野蛮国”，只能适用国际法的部分原则，不能享有国家主体的完全人格。最能反映这种秩序架构上的国家权利的差异，莫过于以片面最惠国待遇、领事裁判权、协定关税为核心内容的诸多不平等条约。这种国际秩序是不折不扣的“西方中心主义”，而19世纪末20世纪初的政治现实却是在这种偏见下展开的。[511]

表二、19世纪末的“万国公法”世界的国际秩序[512]

文明人(civilized humanity)的国家	不完全“文明人”的国家	野蛮人（barbarous humanity）的国家	未开化人（savage humanity）的国家
欧洲、北美	中南美各国	土耳其、波斯、中东、暹罗、日本等	地球上其余所有地域
1）具备文明国的国内法； 2）适用国际法 3）完全的政治承认（plenary political recognition）	1）还未完备文明国的国内法； 2）有义务以文明国的标准对待外国人	1）还未具备文明国的国内法； 2）部分的政治承认（partial political recognition） 3）不平等条约（如领事裁判权）的实践对象； 4）国际法的适用需要“文明国”的承认	1)自然的或是单纯的人类承认(natural or mere human recognition)； 2)可成为国际法先占原则下的文明国的领土.

（二）《万国公法》中的“藩属国”

比较19世纪《万国公法》[513]和20世纪《奥本海国际法》[514]这两部国际法经典著作不难发现，“殖民地”其实是现代国际法所称“国际人格者”中的一种类型。而与“宗藩/朝贡体制”联系最密切的“被保护国”、“半主全国”、“藩属国”等国际法概念，在《万国公法》中被纳入“邦国自治、自主之权”专章论述。现代国际意义上的“国际人格者”是指享有法律人格的国际法的主体，“国际人格者”享有国际法上所确定的权利、义务和权力。[515] 分析近现代国际法“国际人格者”的内涵和法律概念的变化与演进，对于分析琉球近现代国际法地位具

---

[510] 汪晖.中国现代思想的兴起（上卷）.北京：三联书店，2004：680.

[511] 林学忠. 从万国公法到公法外交：晚清国际法的传入、诠释与应用. 上海古籍出版社，2009：243.

[512] James Lorimer, *The Institute of the Law of Nations: A Treaties on the Jural Relations of Separate Political Communities*, Edinburgh: W. Blackwood & Sons, 1883-1884, Vol. 1, pp. 102-103.

[513] [美]惠顿. 万国公法. [美]丁韪良,译. 何勤华, 点校. 中国政法大学出版社,2003：点校者前言. 丁韪良翻译的《万国公法》由北京崇实馆1865年出版，该中文版译自Element of International Law: With a Sketch of the History of the Science的第六版。第六版是William Beach Lawrence (1800-1881)编辑的注释版（Boston: Little, Brown and Company, 1855）。参见林学忠. 从万国公法到公法外交：晚清国际法的传入、诠释与应用. 上海古籍出版社，2009：113.

[514] 进入二十世纪，《奥本海国际法》则可谓对《万国公法》起到承前启后作用的巨著。《奥本海国际法》的雏形是奥本海（1858-1919）在1905年-1906年出版的《国际法》两卷集。奥本海因此书当选剑桥大学惠威尔国际法讲座教授。此后第二版由奥本海本人修订。此后《奥本海国际法》经过罗纳德·罗克斯伯勒、阿诺德·麦克奈尔,以及赫希·劳特派特等多位国际法知名学者多次修订并出版，被称为“剑桥书”。[英]詹宁斯·瓦茨（修订）. 奥本海国际法（第一卷，第一分册）.王铁崖(等),译. 中国大百科全书出版社,1998:III-V.

[515] [英]詹宁斯·瓦茨（修订）. 奥本海国际法（第一卷，第一分册）.王铁崖(等),译. 中国大百科全书出版社,1998:90.

有重要启示。围绕着琉球地位问题，中日琉三方的官方都曾援引并运用《万国公法》的原则、规则和理论。

了解19世纪语境下“国际人格者”的类型和内涵，就要从《万国公法》中寻找初始的轨迹。参照丁韪良的中译本[516]和1866年波士顿由Little, Brown and Company出版的英文第八版[517]这两个版本，惠顿所著的《万国公法》[518]在第一卷第二章中提到了“国”、“半主之国”、“被保护国”、“藩属”等具有或部分具有“国际人格者”资格的类型，尤以对“藩属”主权问题的论述值得关注：

《万国公法》对“国”的定义为：“所谓国者，惟人众相合，协力相助，以同立者也。”为说明“国家”的构成要件，惠顿特别提到，“盖为国之正义，无他，庶人行事，常服君上，居住必有定所，且有领土、疆界，归其自主。此三者缺一，即不为国矣，”[519] 19世纪的国际法中，“国家”的要件主要是定居的居民、领土和疆界[520]，这和现代国际法对国家的认定标准相比明显宽松不少。国又分为“自主之国”和“半主之国”。“自主之国”是“无论何等国法，若能自治其事，而不听命于它国，则可谓自主者矣”；[521] 而半主之国则因“恃他国以行其权者……盖无此全权，即不能全然自主也”被称为“半主之国”[522]。在《万国公法》中，除依据条约的阿尼合邦、戈拉告属于“半主之国”外，保护国、附庸国也被归入“半主之国”之列。[523] 主权又分为对内主权和对外主权，“主权行于内，则依各国之法度，或寓于民，或归于君；主权行于外，即本国自主，而不听命于他国也。各国平战、交际，皆凭此权”。[524]

《万国公法》中单列一节论及藩属国（或藩邦）。[525]“进贡之国并藩邦，公法就其所存主权多寡而定其自主之分”。[526] 即藩属国的主权，并不因为其进贡于宗主国的事实而必然受到减损，而是取决于其自主性而定。《万国公法》列举了三类“藩邦”：第一，“欧罗巴滨海诸国，前进贡于巴巴里（Barbary，埃及以西的北非伊斯兰教地区）时，于其自立、自主之权，并无所碍”，[527] 即欧洲主要海洋国

---

[516] 应注意的是，《万国公法》（中国政法大学出版社2003版）的点校人何勤华教授指出，丁韪良在翻译时，不仅对原书的结构、体系、章节有过调整，也对其中的内容作了大量删节。如第一卷第二章第二十三节“日耳曼系众邦会盟”，原文有近90%的内容被丁韪良所删，翻译出来的只是几点摘要。此外，由于受历史条件和译者中文水平的局限，还存在较多不成功的翻译之处。参见[美]惠顿，著. 万国公法. [美]丁韪良，译. 何勤华，点校. 中国政法大学出版社，2003：点校前言.

[517] 国家图书馆外文馆藏有Element of International Law的多个版本，该书自1836年第一版问世后就多次再版，书的主体并无大的改动，而是由不同的编辑者加以注释，或添加国际公约作为附录。笔者参阅的是1866年在波士顿出版的第八版。该版本由Richard Henry Dana编辑并注释。 参见Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Richard Henry Dana (edied, with notes), Boston: Little, Brown and Company, 1866, p.viii.

[518] 丁韪良翻译的《万国公法》由北京崇实馆1865年出版，该中文版译自Element of International Law: With a Sketch of the History of the Science的第六版，即由William Beach Lawrence (1800-1881)编辑的注释版（Boston: Little, Brown and Company, 1855）。参见林学忠. 从万国公法到公法外交：晚清国际法的传入、诠释与应用. 上海古籍出版社，2009：113.

[519] [美]惠顿. 万国公法. [美]丁韪良，译. 何勤华，点校. 中国政法大学出版社，2003：25-26.

[520] Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Richard Henry Dana (edied, with notes), Boston: Little, Brown and Company, 1866, p.22.

[521] [美]惠顿. 万国公法. [美]丁韪良，译. 何勤华，点校. 中国政法大学出版社，2003：37.

[522] Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Richard Henry Dana (edied, with notes), Boston: Little, Brown and Company, 1866, p.45.

[523] Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Richard Henry Dana (edied, with notes), Boston: Little, Brown and Company, 1866, p.45-46.

[524] [美]惠顿. 万国公法. [美]丁韪良，译. 何勤华，点校. 中国政法大学出版社，2003：35-36.

[525] 惠顿的Elements of International Law Henry第二章第37节题目就是“tributary states”，参见Wheaton, *Elements of International Law*, Richard Henry Dana (edied, with notes), Boston: Little, Brown and Company, 1866, pp.48-49.

[526] [美]惠顿. 万国公法. [美]丁韪良，译. 何勤华，点校. 中国政法大学出版社，2003：41.

[527] 参见[美]惠顿. 万国公法. [美]丁韪良，译. 何勤华，点校. 中国政法大学出版社，2003：42；Wheaton,

家并不因向巴巴里的进贡行为而失去独立自主的主权国家地位；第二，“七百年来，那不勒斯王尚有屏藩罗马教皇之名，至四十年前始绝其进贡。然不因其屏藩罗马，遂谓非自立、自主之国也。”[528] 即，那不勒斯自 17 世纪至 18181 年期间一直向罗马教皇进贡，但这并不会对那不勒斯王国的主权造成损害[529]。

（三）清朝维护藩属国朝鲜、缅甸、越南的“公法外交”

宗藩（或藩属）制度作为中国古代国家政体的重要内容之一，早在汉朝时就已经产生。沿袭汉代，唐代的藩属制度又有所创新，是以边疆少数民族聚居区广设羁縻府州为藩属主要实体的创新阶段。明沿袭唐代、元代的藩属制度亦有新的举措。清王朝集历代藩属制度之大成。[530] 宗主国和藩邦之间的经济交流主要是通过“朝贡”、“赏赐”及朝贡附载贸易来实现的。费正清[531] (John King Fairbank) 认为，朝贡体制是以中国为中心形成的圈层结构：第一层是汉字圈，有几个最邻近且文化相同的“属国”构成，包括朝鲜、越南、琉球和一段时期的日本；第二层是亚洲内陆圈，由亚洲内陆游牧和半游牧的“属国”和从属部落构成；第三层是外圈，一般由关山阻隔、远隔重洋的“外夷”组成，包括日本、东南亚和南亚一些国家以及欧洲。[532] 清王朝将海外各国大致分两类：一是“朝贡国”（见表一），即正式建立外交关系的国家。这七个藩属国包括朝鲜、琉球、安南(今越南)、暹罗(今泰国)、缅甸、南掌(今老挝)和苏禄(今菲律宾苏禄群岛)；二是无正式外交关系，而有贸易往来的国家，包括葡萄牙、西班牙、荷兰、英国、法国等西方国家。[533]

表一、清代主要朝贡国的贡封时间一览表[534]

国别	始贡时间	受封时间
朝鲜	崇德二年（1637）	崇德二年（1637）
琉球	顺治八年（1651）	顺治十一年（1654）
安南	顺治十七年（1660）	康熙五年（1666）
暹罗	康熙三年（1664）	康熙十二年（1673）
苏禄	雍正四年（1726）	
南掌	雍正八年（1730）	乾隆六十年（1795）
缅甸	乾隆十五年（1750）	乾隆五十五年（1790）

Elements of International Law, Richard Henry Dana (edied, with notes), Boston: Little, Brown and Company, 1866, p.48.

528 [美]惠顿. 万国公法. [美]丁韪良, 译. 何勤华, 点校. 中国政法大学出版社, 2003：41-42.

529 Wheaton, *Elements of International Law*, Richard Henry Dana (edied, with notes), Boston: Little, Brown and Company, 1866, p.49.

530 黄松筠. 中国藩属制度研究的理论问题. 社会科学战线, 2004, (6)：121.

531 费正清对朝贡体制的理论基础——华夏中心主义意识，以及朝贡关系融政治、贸易、外交于一体的特征，都有开创性研究。他还以“冲击——反应”模式为框架，来研究近代中国的走势。此后许多学者分别提出“华夷秩序”、“天朝礼治体系”、“中国的世界秩序”、“东亚的国际秩序”等，被视为古代中国的中外关系、外交制度、外交观念等，但都与朝贡体制有关。费正清的上述观点虽可概括朝贡体制的结构，但仍应注意，亚洲内陆游牧部落与华夏文化圈内的“朝贡国”虽然同处在“朝贡体系”之中，但仍存在很大的差异；暹罗、缅甸等“朝贡国”与欧洲国家也存在差异，因为这些“朝贡国”与中国保持着正式的“封贡关系”，所以不能和欧洲国家划归一类。参见王培培. “朝贡体系”与“条约体系”. 社科纵横, 2011, 26(8)：115-117.

532 John King Fairbank, *Trade and Diplomacy on the China Coast:The Opening of the Treaty Ports，1842-1854*, Stanford University Press, 1953.

533 李云泉. 朝贡制度史论——中国古代对外关系体制研究. 北京：新华出版社，2004：134-148.

534 李云泉. 朝贡制度史论——中国古代对外关系体制研究. 北京：新华出版社，2004：137.

清政府处理涉及藩属国的外交事务时，并不仅限于藩属国地位问题，往往还关联到国际条约、交战规则和中立法、国际习惯法、国家领土边界等复杂问题，实非本文篇幅可以囊括，不过藩属国的地位仍是清政府外交交涉中绕不开的议题。在对待朝鲜、越南、缅甸这几个藩属国自身是否为“自立之国”，以及如何对藩属国的安全提供保护或支援的问题上，清政府的外交政策和处理方法有所不同。

朝鲜在中国众多藩属国有“小中华”之称。清政府维护中朝宗藩关系是全方位的，不仅派出军队，更不惜改变传统的方式直接介入朝鲜的内政与外交实行直接统治，并应用国际法和条约体制以巩固宗主国地位，即使1885年《天津会议专条》签订后也并不承认朝鲜具有“自主之国”的国际地位。1876年日本制造“江华岛事件”后，清政府采用了均势外交，鼓励朝鲜对欧美开国，以图用势力均衡的局面保住朝鲜。当中国明白传统中华世界秩序原理已无法维持中朝关系时，开始改变外交策略，甚至应用国际法的规则试图维持中朝藩属关系，除了1882年“壬午兵变”后在形式上保留朝鲜自主、实质开始介入朝鲜内政外交之外，1882年10月还和朝鲜缔结《中国朝鲜商民水陆章程》，用条约体制将传统中朝宗藩关系明文化。[535]

清政府出兵援越是基于“保藩固圉”[536]的边防思路，意图御敌于国门之外，起初并不想和法国直接冲突。法国在吞并越南的进程中，以外交交涉和缔结条约为主，以销毁中越宗藩关系证据为辅：首先，法国认为，按西方国际法的属国制度，“如作某国之主，则该国一切政事吏治皆为之作主，代其治理”，中国没有真正管辖越南。[537] 随后法国要求中国在法越战争期间作为第三国，必须中立。[538] 其次，法国运用《中法简明条约》（1884.5.11）、法越《第二次顺化条约》（1884.6.6）等系列条约，逐步做实从越南为“自主之国”到越南为法国被保护国的国际地位。尤为甚者，在《第二次顺化条约》签约换文前，法国全权公使巴德诺逼迫阮朝交出清封敕的镀金驼钮印玺，熔铸为银块，[539] 借以永久销毁中越宗藩关系的证据。对中法就越南藩属国地位展开的交涉，有评价称，“从一开始就像中日在朝鲜属国地位问题上的交涉一样，注定是一场无果而终的拉锯战”。[540]

中缅官方关系迟至18世纪中期后建立。面对英国就缅甸藩属地位的质疑，驻英公使曾纪泽断然否认并寻找缅甸为中国属国的论据和实物证据。曾纪泽反驳英国提出的乾隆35年中缅条款为两国平等条约的说法，指出它只是缅甸对华的“降表”而已。[541] 总理衙门把清政府颁给缅甸国王封印的尺寸、封印上的字体及内容说明[542]。至于英方所提缅甸在英缅冲突中没有向中国提出保护请求这一说法，清政府从缅甸违反属国义务这一角度作了解释：“夫缅甸，既已臣服我朝，而此数十年间与英人私让地方，与法人私立条约，从未入告疆臣，奏达天听，是其罔知

---

[535] 林学忠. 从万国公法到公法外交：晚清国际法的传入、诠释与应用. 上海古籍出版社，2009：276-278.

[536] 马大正，主编. 中国边疆通史丛书·中国边疆经略史. 郑州：中州古籍出版社，2000：398.

[537] 郭廷以，等编. 中法越南交涉档（二）. 台北：“中央研究院”近代史研究所，1962：927.

[538] 例如 1883 年 6 月，李鸿章收到法国来函称：“法越现已交兵，按照公法，局外之国不得从旁扰与，似须法越战事少定乃可就议”参见郭廷以，等编. 中法越南交涉档（二）. 台北：“中央研究院”近代史研究所，1962：910.

[539] 张登桂，等编. 大南实录（正编第五纪，卷 4）. 东京：庆应义塾大学，1961-1981：4. 转引自李云泉. 中法战争前的中法越南问题交涉与中越关系的变化. 社会科学辑刊，2010，190(5)：155.

[540] 李云泉. 中法战争前的中法越南问题交涉与中越关系的变化. 社会科学辑刊，2010，190（5）：151.

[541] 电文内容为：“缅王印，乾隆五十五年颁给，系清汉文尚方大篆，银质饰金驼纽平台方三寸五分，厚一寸，其文曰‘阿瓦缅甸国王之印’。特电。”参见何新华. 试析清代缅甸的藩属国地位问题. 历史档案，2006，（1）：75.

[542] 王彦威. 清季外交史料（卷 61）. 故宫博物院，1932 年刊本：29.

大体,自外生成,致遭祸变,咎由自取”，[543] 但清政府对英国侵占缅甸并没有采取实质性的干预，对缅外交多体现实用主义色彩。另一方面，缅甸把朝贡中国仅当作是外交手段,采取了机会主义的策略。18世纪末至19世纪初，缅甸的南方邻国暹罗开始强大并对缅甸造成巨大威胁,其后英国进入缅甸南部和西部,缅甸正是在这一时期频繁进贡中国的。缅甸对其藩属国的身份实际是“暧昧态度”[544]，它既不把中国作为天朝上国,也从未主动承认是中国的藩属国。[545]

纵观19世纪中后期,“英之于缅,法之于越,倭之于球,皆自彼发难。中国多事之秋,兴灭继绝,力有未逮”。[546] 19世纪末，甲午一战、清国败北。当“宗藩/朝贡体制”崩溃后，中国不得不彻底地放弃天朝观念，接受了以“万国公法体制”为基础的西方世界观。

三、从中日“琉球交涉”看近世琉球的历史和国际法地位

19 世纪，日本明治政府用近 10 年的时间，以武力强行将琉球王国划入日本的版图，这在历史上称为“琉球处分”。围绕着“琉球处分”，伴随着同时期欧美列强在亚洲推行的殖民主义，中日两国展开了漫长的磋商谈判，直到 1880 年“分岛改约案”琉球问题搁置，以致成为中日之间的“悬案”。

（一）1871-1880 年中日之间的“琉球交涉”

近代中日琉球交涉是由 1871 年所谓的“生番事件”[547]引起的，最后两国于 1874 年 11 月签订《北京专条》而结束争端。在《北京专条》中，清廷竟承认日本侵台是“为保民义举起见”，并由中国代为赔偿抚恤银两。[548] 在攫取“保民义举”名义前后，日本丝毫没有放松全面吞并琉球的步伐：1872 年日本以明治天皇亲政，示意琉球朝贺并借此封琉球国王为藩主；[549] 1874 年日本派军到台湾“讨伐生番”，屠杀民众；1879 年日本废掉琉球藩改名为日本领属的冲绳县，县官改由日本国委派。[550] 被激怒的清政府于 1879 年 5 月 10 日照会日本新驻华公使，对日本单方面处分琉球的举动提出了强烈抗议。

经美国卸任总统格兰特的调停,中日两国在北京举行“分岛加约案”谈判，日方主张平分琉球，清政府主张三分方案。由于中俄伊犁边界问题爆发，清政府当时提出从速解决琉球问题并同意日本提案。[551] 1880 年 10 月 21 日，双方正式拟定了分割琉球条约稿,约文规定:“大清国大日本国公同商议，除冲绳岛以北,

---

[543] 何新华. 试析清代缅甸的藩属国地位问题.历史档案，2006，（1）：75.

[544] 这种暧昧态度，表现在缅甸国王对待 1790 年乾隆赐给的封印态度上。当“使臣携归华文大印，其状如驼，缅王恐受制于清，初不愿接受，顾又不愿舍此重达三缅斤(十磅)之真金，乃决意接受而使史官免志其事。”参见［英］哈维. 缅甸史（下册）. 商务印书馆，1973：453.

[545] 何新华. 试析清代缅甸的藩属国地位问题.历史档案，2006，（1）：72.

[546] 路凤石. 德宗实录：卷 232(光绪十二年九月). 北京：中华书局，1987.

[547] 生番事件：又称“牡丹社事件”。同治10年（1871年）11月，琉球国太平山岛一艘海船69人遇到飓风，船只倾覆。幸存的66人岛水登山，11月初7日，误入台湾高山族牡丹社生番乡内，和当地居民发生武装冲突，54人被杀死，幸存的12人在当地汉人杨友旺等帮助下，从台湾护送到福建。同治11年(1872 年)2月25日，福州将军兼署闽浙总督文煜等人将此事向北京奏报，京城邸报对此作了转载。参见米庆余. 琉球漂民事件与日军入侵台湾(1871—1874).历史研究，1999，(1)；张植荣，王俊峰.东海油争——钓鱼岛争端的历史、法理与未来.黑龙江人民出版社，2011，(9).

[548] 参见米庆余. 琉球漂民事件与日军入侵台湾(1871—1874).历史研究，1999，(1)；“日清兩國間互換條款及互換憑單”,资料来源于 http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/pw/18741117.T1J.html，访问日期：2015 年 1 月 30 日。

[549] 王芸生. 六十年来中国与日本（第 1 卷）. 三联书店，1979：148.

[550] 鞠德源. 评析 30 年前日本政府《关于尖阁诸岛所有权问题的基本见解》. 抗日战争研究，2002，（4）.

[551] [日]井上清，著.钓鱼岛等岛屿的历史和归属问题（中译本）.生活·读书·新知三联出版社，1973：16.

属大日本国管理外，其宫古八重山二岛，属大清国管辖，以清两国疆界，各听自治，彼此永远不相干预。”[552] 由于内部分歧，清政府采纳李鸿章“支展延宕”之拖延政策决定不批准协议草案，初衷是保存琉球社稷和避免“失我内地之利”，[553] 但最终 1895 年中国在甲午战争中战败，被迫签署《马关条约》[554]并割让台湾、澎湖、辽东半岛给日本，在琉球群岛问题就更失去了发言权。直至甲午战争爆发之前，中日双方仍认知琉球的地位悬而未决。日本吞并琉球后，不满日本统治的琉球人流亡清朝、以求复国，被称为“脱清人”。

（二）近世琉球的历史和国际法地位

历史学者西里喜行观察到，围绕着琉球的归属即主权问题，不仅中日在不同阶段的外交谈判中大量运用《万国公法》，而且 1875-1879 年琉球王国陈情特使在东京的请愿活动也曾引用《万国公法》来对抗琉球乃日本专属的主张。[555] 从时际法[556]视角看，对待 19 世纪后半叶琉球国际法地位这样的议题，运用当时的国际法即《万国公法》并结合殖民入侵背景下亚洲的政治格局，才能得出相对客观的结论。当然，现代国际法理论尤其是有关国家和主权以及领土争端理论和实践，对于现代人更好的理解琉球的国际法地位是有辅助作用的。近世琉球的历史和法律地位应从以下几个方面予以论证：

第一，“琉球专属日本论”不符合历史和国际法。中日琉球交涉过程中，清政府认为琉球自成一国,世代受中国册封,奉中国为正朔，“琉球既服中国,而又服于贵国”；日本以寺岛外务卿《说略》为代表的 “琉球专属日本”论则坚持认为，琉球系日本的“内政’,既非“自为一国”,也非“服属两国”[557]，双方交涉的核心是琉球的国际地位问题。日本的说辞无论从历史还是国际法都有很大的漏洞。1609 年萨摩藩入侵琉球后，萨摩藩为从中琉贸易中获利，不但没有斩断中琉之间的宗藩/朝贡关系，萨摩藩和琉球都还向包括中国在内的国际社会刻意隐瞒琉萨之间的关系。琉球不仅保有自己的政权和年号，还与包括日本幕府在内的亚洲周边国家展开外交和贸易交往，19 世纪中期琉球以现代国际法意义上国家的名义与美国、法国、荷兰三国签订通商条约。从史实和中日琉外交关系史看，1609 至 1879 年间琉球为中日“两属”符合历史，但同时期琉球为独立王国也是事实，该时期琉球地位绝不是明治政府所称的“内政”问题。1879 年日本出兵琉球并改为冲绳县的行为，用国际法上较为相近的概念概括就是“征服”。征服

---

[552] 鞠德源. 评析 30 年前日本政府《关于尖阁诸岛所有权问题的基本见解》. 抗日战争研究，2002，（4）.

[553] 米庆余. 琉球历史研究. 天津人民出版社, 1998：226.

[554] 《马关条约》：又称《下関条約》，甲午战争清朝战败后，清政府和日本政府于 1895 年 4 月 17 日（光绪二十一年三月二十三日）在日本马关（今下关市）签署的条约，原名《马关新约》，日本称为《下关条约》或《日清讲和条约》。清朝代表为李鸿章和李经芳，日方代表为伊藤博文和陆奥宗光。

[555] 东京的琉球陈情使以波兰曾经附属于普鲁士、奥利利和俄罗斯三国为例，指出《万国公法》也同样允许两属国家的存在。参见[日]西里喜行. 清末中琉日关系史研究（上）. 胡连成（等），译. 北京：社会科学文化出版社，2010：29-32.

[556] 时际法在领土争端中是需要考虑的重要因素。时际法(Intertemporal Law),或称过渡法(Transitory Law)是指解决法律时间抵触的法律，也就是决定法律时间适用范围的法律。国际法上的“时际法”是国际常设仲裁法院 “帕尔马斯岛案”由仲裁员胡伯首先提出,并逐步在领土争端解决实践和条约法中得到吸收和发展。他所表述的时际国际法是：“一个法律事实应当按照与之同时的法律，而不是按照因该事实发生争端时所实行的法律或解决这个争端时所实行的法律予以判断”。参见 The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands (1928), Permanent Court of Arbitration, pp.4-6, p.37.

[557] 以寺岛外务卿《说略》为代表的 “琉球专属日本”论中，明治政府除了强调 1609 年萨摩藩入侵琉球王国前日本和琉球在地缘、地理、文化、种族等相通性外，还提到琉球对日本的进贡早于中国，日本特设太宰府对琉球进行管理。日本还强调 1609 年后日本幕府已把琉球赐给萨摩藩，萨摩藩对琉球实施了包括军事、税收、法律制定等多方面的政治统治。米庆余. 琉球历史研究. 天津人民出版社，1998：199.

是一国不经过他国同意，以武力将其领土置于统治之下，为古代国际法承认的领土转移方式，但晚近国际法已经不再承认这是取得领土主权的合法方式。[558] 现代国际法禁止以侵略战争和武力解决国际争端，这使得征服不再被认为是领土取得的有效权源。但日本是在晚近国际法禁止以武力或其他强制方式取得领土等规定之前用征服的方式占领琉球，因此难以用现代国际法主张日本征服琉球行为本身的非法性。由于琉球问题和钓鱼岛争端联系紧密，这也就使得中日间的钓鱼岛争端更显复杂。[559]

第二，历史上琉球既“中日两属”又为“独立之国”符合国际法。中日就琉球问题进行外交交涉期间，清政府主张琉球“既服中国，又服贵国”，同时又是自主之国。日本对此反驳，“既是一国，则非所属之邦土；既是所属之邦土，则非自成一国，”并用万国公法指出清国的“逻辑矛盾”，因此坚持琉球乃日本属邦之主张。[560] 西里喜行认为，“从传统的册封进贡体制的逻辑来说，内政上的自主国与对外关系上的属国这二者之间并无矛盾，但对于不承认册封进贡体制的日本来说，并没有什么说服力，因此中日两国的争论陷入胶着状态”。[561] 清政府主张琉球既“中日两属”又“自成一国”是否有国际法依据？这就涉及《万国公法》有关国家构成的相关理论[562]。《万国公法》把现代国际法意义上的“国际人格者”分为“国”、“半主之国”、“被保护国”、“藩属”等类型。作为区别于“主权之国”或“半主之国”的藩属国，“进贡之国并藩邦，公法就其所存主权多寡而定其自主之分”，也就是说，藩属国的主权，并不因为其进贡于宗主国的事实而必然受到减损，而是取决于其自主性而定，1609 年萨摩藩入侵，琉球从此成为明属中国、暗属日本的事实上的“两属”状态，一直持续到日本明治维新初年。作为藩属国，琉球有国内事务自主权，宗主国中国不干涉琉球内政，只是琉球国王即位的时候派出使者进行象征性的册封。[563] 宗主国中国并不企图通过朝贡贸易获取利益，更多的是以赏赐的形式对藩属国进行经济资助，主要通过强大的政治、经济、文化号召力，保持对藩属国的影响，绝非靠武力征讨和吞并。期间，琉球对内仍维持其政治统治架构、对外则以国家的身份和法国、美国、荷兰缔结双边条约；琉球的内政虽受制于萨摩藩，民间风俗也逐渐日化，但只有当清使将到达琉球时，在琉球的日本人才事先走避。本文认为，结合历史和国际法看，1609-1879 年琉球既是中日“两属”又是独立自主的国家，二者并不矛盾。当然，自 1879 年被日本吞并、列入版图后，琉球则沦为日本的殖民地，从此琉球的主权遭到减损，这也是不争的事实。

第三，琉球的自我认知及欧美列强态度均视琉球王国为“自成一国”。琉球

---

[558] 苏义雄. 平时国际法. 台北：三民书局，1993：178.

[559] 陈龙腾.战后台湾与琉球关系研究. 高雄：高雄复文图书出版社，2012：110-112.

[560] 日本外务省，编. 日本外交文书（第 12 卷）. 世界文库，1973. 转引自[日]西里喜行，著.清末中琉日关系史研究（上）. 胡连成，等译. 北京：社会科学文化出版社，2010：30.

[561] [日]西里喜行，著. 清末中琉日关系史研究（上）. 胡连成，等译. 北京：社会科学文化出版社，2010：30.

[562] 对琉球地位进行国际法分析的文献中，已有用《万国公法》提到的欧罗巴滨海诸国和罗马教廷之间关系进行类比的初步尝试。参见王鑫.从国际法的角度分析琉球法律地位的历史变迁. 研究生法学，2009，84（2）；王鑫. 从琉球法律地位历史变迁的角度透析钓鱼岛争端. 中国政法大学硕士论文，中国政法大学研究生院，2010.3：8；张毅. 琉球国际法地位之国际法分析. 中国政法大学博士论文，2013.10：63-64.历史上也曾有类似解读，例如，为对抗明治政府提出的琉球“专属日本”主张，东京的琉球陈情使以波兰曾经附属于普鲁士、奥利利和俄罗斯三国为例，指出《万国公法》也同样允许两属国家的存在。参见[日]西里喜行，编. 琉球救国请愿书集成. 法政大学冲绳文化研究所，1992.

[563] 修斌，姜秉国. 琉球亡国与东亚封贡体制功能的丧失. 日本学刊，2007，(6).

末代国王尚泰将琉球定位为“属于皇国、支那……两国乃父母之国。”[564] 1867年巴黎万国博览会时，琉球岩下佐次右卫门出席开幕式，自称是代表琉球王的使节。日本江户幕府虽向大会抗议称“琉球系江户幕府命令萨摩藩加以征服，因而成为萨摩藩的属国，不是独立于日本之外的国家”，但大会并未接受日本的抗议。[565] 1875年到1879年，琉球陈情使以东京为中心进行请愿活动，反复强调要遵守“以信义行事”，表明了不愿放弃本国的政治独立，也不愿断绝中琉关系的意愿。[566] 1879年，向清政府求救的琉球紫巾官向德宏撰文对寺岛外务卿的《说略》逐条进行反驳。[567] 从当时国际社会的态度看，1840年-1879年间欧美列强不仅知道琉球两属的现状，还怀着要求琉球开国的目的，秉持实用主义的外交政策在中日间周旋。美国卸任总统格兰特曾调停过中日间琉球问题。1879年在与李鸿章商讨调解琉球问题时，格兰特曾表示，“琉球自为一国，日本乃欲吞灭以自广，中国所争者土地，不专为朝贡，此甚有理，将来能另立专条才好”，[568] 此后积极协调中日“分岛改约”的外交谈判。琉球以国家的身份和法国、美国、荷兰缔结了双边条约（参见表三），对外交往和对外缔约能力是当时的国际法对国家身份认定的重要指标，琉球“自成一国”因而也是当时国际社会所公认的。

表二、鸦片战争后欧美舰船来琉以及缔结条约一览[569]

来航年次	国籍 船名	船长 人数	来航地	来航 目的	缔约情况
1854.7.1-1854.7.17	美国舰队	佩里提督	那霸港	开国交涉	1854.7.11缔结《琉美修好条约》
1855.11.6-1855.11.28	法国船维豪基乌内号等三艘	格冉船长等700名	那霸港	条约交涉	1855.11.24缔结《琉法条约》
1859.5.29	荷兰阿兰陀船	昉．卡佩莱尔	那霸港	条约交涉	1859.7.6缔结《琉荷条约》

第四，同时期的藩属国均以条约解决藩属国地位问题并最终取得独立。在中国的册封朝贡体系中，琉球和朝鲜、越南、缅甸等是同一类型的“外藩”，其中以琉球最为恭顺。然而，自从1879年日本在琉球“废藩置县”后，琉球沦为日

---

[564] [日]喜舍场朝贤．琉球见闻录．东京：至言社，1977：卷之一二．转引自[日]西里喜行．清末中琉日关系史研究（上册）.胡连成，等译.社会科学文献出版社，2010：31.

[565] 李明峻．从国际法角度看琉球群岛主权归属．台湾国际研究季刊，2005，1（2）：56.

[566] [日]西里喜行，编.琉球救国请愿书集成.冲绳：法政大学冲绳文化研究所，1992.

[567] 向德宏称，“日本谓敝国国体、国政，皆伊所立，敝国无自主之权。夫国体、国政之大者，莫如膺封爵、赐国号、受姓、奉朔、律令、礼制诸巨典。敝国自洪武五年入贡，册封中山王，改琉求国号曰琉球。永乐年间赐国主尚姓，历奉中朝正朔，遵中朝礼典，用中朝律例，至今无异。至于国中官守之职名，人员之进退，号令之出入，服制之法度，无非敝国主及大臣主之，从无日本干预其间者。且前经与法、美、荷三国互立约言，敝国书中皆用天朝年月，并写敝国官员名。事属自主，各国所深知。敝国非日本附属，岂待辩论而明哉？”参见王芸生．六十年来中国与日本(第一卷)，天津：大公报社，1932：127-129.

[569] ［日]西里喜行，著．清末中琉日关系史研究（上册）.胡连成，等译．社会科学文献出版社，2010：154-155.

本的殖民地。同属中华宗藩/朝贡体制内的还有越南、朝鲜、缅甸等藩属国。与琉球情况不同的是，越南、朝鲜和缅甸脱离中国都有条约可循：1885 年中法战争后，法国迫使中国签署《中法新约》，取代中国的宗主国地位，成为越南的保护国；1886 年中英签订《中英缅甸条约》，英国以缅甸维持“十年一贡”换取中国对英国在缅权利的承认，逐步把缅甸变为自己的殖民地；1894 年甲午战争后，日本迫使中国签订《马关条约》，明确中国放弃对朝鲜的宗主国地位。可见，清末中国周边藩属国法律地位的变更，不仅以条约予以确认，而且经过宗主国中国的确认，这在当时成为常例。然而从 1879 年日本以武力吞并琉球国到二战结束，中日之间除了协商过 1880 年分割琉球条约稿之外，既没有就琉球主权之变更，也没有对琉球疆域的安排达成正式协议。时过境迁，19-20 世纪，上述原属中华朝贡体系的藩属国命运多舛，但都摆脱了殖民统治，如今在联合国框架下都是独立的国家。

19 世纪中后期，中日之间的“琉球交涉”是在“宗藩/朝贡体制”和“万国公法体制”之间“文明的冲突”背景下展开的。事实证明,面对列强的入侵和国际格局的巨大冲击，国力、军力衰落的清政府完全寄希望于国际公法并以“据理访问为正办”[570],却对西方国际法只知其“器用”不知其“巧用”，教训惨重。晚清维新运动著名活动家唐才常指出,对外交涉挫败的原因在于“虽由中国积弱使然，亦以未列公法之故，又无深谙公法之人据理力争。”[571] 中日关于琉案交涉的结局，正好证明了这个道理。

四、琉球地位问题与钓鱼岛主权争端

日本外务省对钓鱼岛的“主权主张”与琉球因素密不可分。为了证明将钓鱼岛并入版图的行为符合国际法上的“先占”，日本不仅称“‘尖阁诸岛’在历史上始终都是日本领土的‘南西诸岛’的一部分”，还用冲绳县在 19 世纪末对钓鱼岛所谓的“实地调查”作为“历史证据”。[572] 日本官方主张中，历史与国际法的领土争端理论和条约法结合十分明显。此外日本学者不仅否认中国对钓鱼岛的“原始发现”和“最先主权持有人的地位”，还提出对日本有利的钓鱼岛“主权主张”。[573] 本文认为，考察琉球王国的地理范围以及中琉疆界分界，对于进一步从历史和地理角度论证钓鱼岛主权归属具有重要的意义；而 1429 年至 1879 年间的中日琉史料更是佐证我国钓鱼岛主权主张的重要历史证据。总的来看，钓

---

[570] 1877 年 4 月 12 日，琉球紫巾官向德宏乘船到闽向清朝求助，面见闽浙总督何璟和福建巡抚丁日昌，呈递琉王陈情书,乞求代纾其国之难。面对驻日公使何如璋“阻贡不已，必灭琉球，琉球既灭,行及朝鲜”的警告和应对建议，李鸿章却主张:“（何如璋）所陈上、中、下三策，遣兵舶责问及约琉人以必救,似皆小题大作,转涉张皇。惟言之不听时复言之,日人自知理绌，或不敢遽废藩制改郡县,俾球人得保其土,亦不藉寇以兵。此虽似下策，实为今日一定办法。” 参见《李鸿章全集》,译署函稿，卷八，第 1 页。

[571] 唐才常. 拟开中西条例馆条例.湖南省哲学社会科学研究所，编. 唐才常集.北京：中华书局, 1980: 27.

[572] 参见日本外务省.“尖阁诸岛”问答（中译本）；日本外务省.关于尖阁诸岛的基本见解（中译本）.

[573] 日本学者对钓鱼岛国际法研究中的代表性论著，参见入江启四郎.尖阁列岛海洋开发の基盘. 季刊・冲绳，1971.3，56；入江启四郎.日清讲和と尖阁列岛の地位.季刊・冲绳，1972.12，63；奥原敏雄. 尖阁列岛の领有权问题. 季刊・冲绳，1971.3，56；尾崎重义.关于尖阁列岛的归属. 参考,1972，260—263；胜沼致一. 尖阁列岛领土问题的历史与法理. 法学志林，1973，71（2）；绿间荣.尖阁列岛.那霸：ひるぎ社，1984；Unryu Suganuma, *Sovereign Rights and Territorial Space in Sino-Japanese Relations-Irredentism and the Diaoyu/Senkaku Islands*, published jointly by the University of Hawai'i press and the association for Asian studies, 2000.US；Shigeyoshi Ozaki, *Territorial Issues on the East China Sea A Japanese Position*, 3 J. E. Asia & Int'l L. 151 2010；[日]尾崎重义. 尖阁诸岛与日本的领有权. 外交，2012,（12）；上奏文に‘尖阁は琉球’と明记中国主张の根拠崩れる. 産経新闻，2012.7.17；[日]石井望. 尖阁前史(ぜんし)、无主地(むしゅち)の一角に领有史料有り.八重山日报，2013.8.3（平成二十五年八月三日）.

鱼岛自古属于中国而不属于琉球，这不仅有来自中日琉三方的史料佐证，还有社会文化和地理水文等方面的依据。

（一）钓鱼岛由中国人而非琉球人先发现具有社会文化和地理水文等原因

钓鱼岛自明朝初年以来一直是中国的领土，并被用作航海的航标，从未成为琉球的领土，根本原因是琉球人未能在中国人之前发现钓鱼岛。[574] 而中国人能先发现钓鱼岛，除了社会文化因素外，还有地理地质水文等多重因素，具体如下：1.琉球人的造铁造船以及航船技术较之中国落后。琉球自古缺乏铁砂以供炼制熟铁，市面上甚至缺乏作为日用品的铁器，[575] 历史上琉球“地无货殖”“商贾不通”，琉球人“缚竹为筏，不驾舟楫”[576]，14-15世纪琉球的航海事业还处于低级阶段。由于琉球造船和航海技术落后，1392年朱元璋除了赐海舟给琉球外，还赐“闵人三十六姓善操舟者，令往来朝贡。”[577] 这些因素决定琉球人不可能先发现钓鱼岛，而同时期的中国人具备造船、航海技术等条件，还发明了航海必需的指南针，中国先发现钓鱼岛则在情理之中；2.从针路距离远近与指标岛屿多少而言，古代中国人发现钓鱼岛更具优势。据中国史料的针路和距离记载，从闽江口到钓鱼岛共约330公里，在基隆以西，有白犬屿、东沙山（岛）等小岛为（针路的）指标岛十分便利。而基隆到钓鱼岛之间，只有200公里，又有花瓶屿和彭佳屿为指标岛屿。反之从琉球的那霸到钓鱼岛有460公里，由古米山到钓鱼岛也有410公里，比基隆到钓鱼岛的距离长了一倍有余。尤其重要的是，古米山和钓鱼岛之间，只有一个面积很小的赤尾屿作为指标岛。仅考虑到赤尾屿到古米山之间需要“过海”280公里之远，对于航海技术和造船工程很落后的琉球人，已经是不容易克服的困难；即使此后赤尾屿到钓鱼岛的距离仅130公里，但因远离那霸和古米山，联络十分不便，“过海”更加不容易克服；[578] 3.从黑潮流向、钓鱼岛海域的水文状况和册封使路线看，中国人较琉球人更容易“发现”钓鱼岛，日本的“无主地论”缺乏依据。自古以来，中国人航行琉球与日本，均靠信风及洋流，洋流即为黑潮[579]（也称为“日本洋流”）。我国古代海船，由闽江经台湾北部前往琉球，正是顺着黑潮支流、乘东南季风前进。中国海船由闽江口经台湾北方前往钓鱼岛，因为是顺着黑潮支流前进、速度加快，容易到达钓鱼岛，故容易发现钓鱼岛。琉球海船欲过琉球海沟前往钓鱼岛，须逆黑潮前进，因受到阻力而速度减少，航行困难，使琉球“先发现”钓鱼岛更为不可能；[580] 4.从海底地形看，中琉存在自然疆界。从对马海峡到钓鱼岛及赤尾屿南侧，经台湾北部沿海及全部台湾海峡，以及广东沿海，都是200公尺以内的大陆礁层，这是中国领土的自然延伸。另一方面，琉球群岛东南方的短距离以内，海深达到3000公尺以上，最深处深达7000多公尺。在琉球群岛与钓鱼岛之间存在的海沟叫“琉球海沟”(Ryukyu Trench)，大部分深1000-2000公尺，由北东北向南西南延长，其南部介于八重山列岛与台湾之间。上述黑潮就在琉球海沟之中，由南向北推进。黑潮和

---

574 沙学骏. 钓鱼岛属中国不属琉球之史地根据. 台北：学萃杂志社，1972：16.

575 沙学骏. 钓鱼岛属中国不属琉球之史地根据. 台北：学萃杂志社，1972：16.

576 明经世文编（卷460）. 李文节公文集，中华书局影印本.

577 龙文彬. 明会要（卷77，外藩1，琉球）.中华书局，1956.

578 沙学骏. 钓鱼岛属中国不属琉球之史地根据. 台北：学萃杂志社，1972：17.

579 黑潮是太平洋北赤道洋流遇大陆后的向北分支，自菲律宾经台湾海峡及台湾东部，过八重山、宫古岛、钓鱼岛列屿、再往日本、韩国。黑潮时速平均为四、五海里，经过八重山、宫古岛、琉球诸岛和钓鱼岛列屿时，因风向和海岸冲击，又形成西侧向南洄流现象。参见杨仲揆. 中国·琉球·钓鱼岛.香港：友联研究所，1972：26，135.

580 沙学骏. 钓鱼岛属中国不属琉球之史地根据. 台北：学萃杂志社，1972：17.

琉球海沟共同成为中国和琉球王国领土的自然疆界。[581] 自古以来，琉球人在此地带以东生活，中国人在此地带以西生活。综上，由于社会文化因素和地理地质水文等多重因素制约，琉球人无法早于中国先发现钓鱼岛。

（二）中琉之间自古存在天然疆界并有各国史料佐证

中琉之间存在疆界、钓鱼岛属于中国的事实，早已成为中琉两国的共识。从1372年（明洪武五年）至1866年(清同治五年)近500年间，明清两代朝廷先后24次派遣使臣前往琉球王国册封，钓鱼岛是册封使前往琉球的途经之地，有关钓鱼岛的记载大量出现在中国使臣陈侃、谢杰、夏子阳、汪辑、周煌等所撰写的册封使录中。1650年，琉球国相向象贤监修的琉球国第一部正史《中山世鉴》记载，古米山（亦称“姑米山”，今久米岛）是琉球的领土，而赤屿（今赤尾屿）及其以西则非琉球领土。1708年，琉球学者、紫金大夫程顺则所著《指南广义》记载，姑米山为“琉球西南界上之镇山”。以上史料清楚记载着钓鱼岛、赤尾屿属于中国，久米岛属于琉球，分界线在赤尾屿和久米岛间的黑水沟(今冲绳海槽)。[582] 日本方面所记载的琉球范围，典型例证如日本林子平（1783-1793）所绘《三国通览图说》（“三国”指虾夷地、朝鲜、琉球)附图中的《琉球三省并三十六岛之图》；[583] 琉球方面的历史文献如蔡铎编纂，由其子蔡温年改订的《中山世谱》等都明确记载了琉球的范围。[584] 中日琉三国的史料和地图看，属于琉球的岛屿中，并不包括钓鱼屿、黄尾屿、赤尾屿，这是当时中日琉共同的认识。

（三）所谓钓鱼岛多次实地调查后为“无主地”既不合史实也不合国际法

日本宣称：“自1885年以来曾多次对尖阁诸岛进行彻底的实地调查，慎重确认尖阁诸岛不仅为无人岛，而且也没有受到清朝统治的痕迹”。[585] 日本政府多年来宣称钓鱼台是依“无主地先占”原则，透过合法程序编入。然而，日本所称的“多次实地调查”是历史问题，“无主地先占”则是国际法问题。

日本声称自1885年至甲午战争以来，对钓鱼岛“多次”进行“实地调查”，但是这却并非事实。明治时期的官方文件证实，日本仅在1885年10月间对钓鱼岛列屿进行过一次实地调查，而且只登陆钓鱼岛调查，对黄尾屿、赤尾屿均未登岛调查。[586] 当时外务大臣井上馨了解到，钓鱼岛列屿是“接近清国国境、台湾近傍之清国所属岛屿”。外务省“亲展第三十八号”文件表明，井上馨对内文卿山县有朋表达了对建国标事项的反对，称“此时倘公开建立国标，无疑将招致清国猜疑”[587]；同年11月24日冲绳县令西村舍三也在公文

---

581 沙学骏. 钓鱼岛属中国不属琉球之史地根据. 台北：学萃杂志社，1972：17.

582 中华人民共和国国务院新闻办公室. 钓鱼岛是中国的固有领土. 北京：人民出版社，2012.9：3-4.

583 林子平所绘《三国通览图说》出版于日本天明五年，即中国乾隆五十年（1785年）秋。《三国通览图说》共有五幅《附图》，分别是：《三国通览舆地路程全图》、《虾夷国全图》、《朝鲜八道之图》、《无人岛大小之八十余之图》、《琉球三省并三十六岛之图》。参见[日]村田忠禧. 钓鱼岛争议. 百年潮，2004，（6）；

584 据其记载,琉球本岛由“三府五州十五郡”应为二十五郡组成。所谓“三府”是中头的中山府五州十郡,“岛尾”的山南府十五郡,“国头”的山北府九郡,另外有三十六岛。参见[日]村田忠禧. 钓鱼岛争议. 百年潮，2004，（6）.

585 日本外务省. 关于尖阁诸岛所有权问题的基本见解（中译本）.

586 此次调查的结果，体现在石泽兵吾的《鱼钓岛及另外二岛调查概略》和“出云丸号”船长林鹤松的《鱼钓岛、久场、久米赤岛回航报告书》中。二人的报告提交给了代理冲绳县令西村舍三之职的冲绳县大书记官森长义。参见 [日]村田忠禧,著. 从历史档案看钓鱼岛问题. 韦平和,译. 社会科学文献出版社，2013:166-169；李理. 近代日本对钓鱼岛的非法调查及窃取. 北京：社会科学文献出版社 2013：12-14.

587“沖縄県久米赤島、久場島、魚釣島へ国標建設ノ件”，JCAHR（亚洲历史资料中心）：B03041152300，日

中证实：“此事与清国不无关系，万一发生矛盾冲突，如何处理至关重要，请予以指示。”[588] 1885年11月30日，大政大臣三条实美给和外务大臣井上馨的指令书“秘第二一八号之二”中，最终决定暂缓建设国标。[589] 佐证上述结论的证据包括：第一，日本海军省文件表明，1892年1月27日冲绳县县令丸冈莞尔(Maruoka Kanji)致函海军大臣桦山资纪(Kabayama Sukenori)，鉴于钓鱼岛列屿为“调查未完成”之岛屿，要求海军派遣“海门舰”前往实地调查，但海军省以“季节险恶”为由并未派遣。[590] 第二，1894年5月间，冲绳县县令奈良原繁(Narahara Shigeru)致函内务省，确认从1885年首次实地调查以来没有再实地调查。[591] 至1894年8月中日甲午战争爆发、清国战败之际，1894年12月，日本内务省内务大臣野村靖向外务大臣陆奥宗光发出“密别一三三号”秘密文件，对如何答复一年前冲绳县知事第三次申请建立管辖航标一事进行磋商并称：兼并案“业经与贵省磋商后，以指令下达……唯因今昔情况已殊”[592]。这句“唯因今昔情况已殊”充分暴露日本政府趁甲午战争窃我领土的密谋过程，更使日本试图将钓鱼岛和《马关条约》分离的主张难以自圆其说。与冲绳县花费一天时间调查大东岛并设立国标[593]相比，日本所称自1885年以来经由冲绳当局等多次对钓鱼台列屿进行实地调查，以及自称钓鱼台列屿是“无主地”等完全不是事实。另外，根据1885年冲绳县钓鱼岛调查报告——《鱼钓岛及另外二岛调查概略》，[594] 其中反复提到英国海图中的Hoa Pin Su，Tia u su，也都均为中国对钓鱼岛列屿的命名。[595]

国际法领土取得的“先占”（occupation），是一个国家意图将不属于任何国家主权下的土地，即无主地置于其主权之下的据为己有的行为。[596] 先

本外交文书（第 18 卷）：572.

[588] B03041152300 の 17，日本外交文书（第 18 卷）：576.

[589] “沖縄県久米赤島、久場島、魚釣島ヘ国標建設ノ件”，JCAHR：B03041152300，日本外交文书第 18 卷：572.

[590] 参见 Han-yi Shaw, *The Inconvenient Truth Behind the Diaoyu/Senkaku Islands*, The New York Times, September 19, 2012；台湾“外交部”.对日本外务省网站有关钓鱼台列屿十六题问与答逐题驳斥全文.资料来源于 http://www.mofa.gov.tw/cp.aspx?n=FBFB7416EA72736F&s=FAA8620A0EE72A91，访问日期：2015 年 1 月 30 日。

[591] 参见“沖縄県久米赤島、久場島、魚釣島ヘ国標建設ノ件”，JCAHR: B03041152300；Han-yi Shaw, *The Inconvenient Truth Behind the Diaoyu/Senkaku Islands*, The New York Times, September 19, 2012；台湾“外交部”.对日本外务省网站有关钓鱼台列屿十六题问与答逐题驳斥全文.资料来源于 http://www.mofa.gov.tw/cp.aspx?n=FBFB7416EA72736F&s=FAA8620A0EE72A91，访问日期：2015 年 1 月 30 日。

[592] B03041152300 の 29，日本外交文书（第 18 卷）.

[593] 1885 年 6-7 月，内务省发出密令给冲绳县令西村舍三，指示其调查位于冲绳本岛东部的无人岛大东岛。在西村舍三的命令下，当年 8 月 29 日石泽兵吾等人乘“出云丸号”登陆南大东岛，31 日登上北大东岛，遵照指令进行实地调查，并建立名为“冲绳县管辖”的国家标志。船长林鹤松建立了题为“奉大日本帝国冲绳县之命东京共同运输公司出云丸创开汽船航路”的航标。“出云丸号”于 9 月 1 日返回那霸港。参见[日]村田忠禧,著. 从历史档案看钓鱼岛问题. 韦平和,译. 社会科学文献出版社，2013：150-152.

[594] 《鱼钓岛及另外二岛调查概略》记载：“此岛与英国出版之日本台湾间海图下相对照，相当于 Hoa Pin su……海图上以 Tia u su 标记，实有所误。久米赤岛相当于 Raleigh Rock，唯一礁石尔……海图上以 Pinnacle 为久场岛，亦有所误。Pinnacle 一语为顶点之意……故勘其误，鱼钓岛应为 Hoa Pin Su，久场岛应为 Tia u su，久米赤岛应为 Raleigh Rock。”村田忠禧指出，报告的提交者石泽兵吾实际上是误将钓鱼屿认作花瓶屿。参见[日]村田忠禧,著. 从历史档案看钓鱼岛问题. 韦平和，译. 社会科学文献出版社，2013：169.

[595] 郑海麟. 钓鱼岛列屿之历史与法理研究. 北京：中华书局，2007：75.

[596] 英文 occupation 一字，大陆国际法学家王铁崖领衔翻译的《奥本海国际法》（第 9 版）中被译为“占领”，台湾国际法学家邱宏达的《现代国际法》（陈纯一修订）在引用《奥本海国际法》同一版本涉及领土争端的部分时，将 occupation 翻译为“先占”。邱宏达认为，occupation 的翻译在领土取得方面中文译为先占，但在战争法上译为占领，两者涵义不同。军事占领（millitary occupation）不能取

占的成立必须确认是以“无主地”（terra nullius）[597]为前提，即先占的客体只限于不属于任何国家的土地，这种土地或者完全没有人居住，或者虽然有土著居民，但该土著社会不被认为是一个国家。[598] 虽然此原则在现代国际法还被应用，但国际公认的无主地越来越少，其影响力与认可度也渐渐衰落。先占取得的方式还必须是有效的（effective）而不能仅是拟制的（fictitious）。[599] 早期国际法并未规定先占必须具备占有和行政管理两个条件，而认为发现就可以主张主权，但19世纪的国际法理论和国家实践均支持先占必须有效才能取得领土主权。[600]

1972年日本外务省《关于尖阁诸岛所有权问题的基本见解》[601]表明，日本政府宣称对钓鱼岛拥有“主权”的“法律依据”不仅有“无主地先占”原则，还声称通过合法程序即1895年1月14日内阁会议决议正式编入日本领土。然而 “无人岛”是否即为国际法意义上的“无主地”？日本将钓鱼岛并入其领土的程序是否符合国际法呢？

首先，钓鱼岛列屿虽未为无人岛，但是明代起就被中国官方列入军事海防区域，列入福建的行政管辖范围，这就是一种“有效”占领的方式。冲绳县在19世纪末对包括大东岛在内的无人岛调查研究表明，日本有很多无人岛，无人并不意味着没有主人或所有者，必须寻找无人岛的所有者。然而，1885年日本政府便放弃了在钓鱼岛列岛建设国标，是因为已经知道这些岛屿与清国存在关系。如果不向清国询问这些无人岛的主权，并从清国那里得到“不属于清国领土”的答复，日本政府就无法申领所谓的无人岛。[602] 事实上日本当时并非不了解国际法“无主地”的确认与占领的宣告的原则，例如明治政府于1891年编入硫磺岛时，在1891年8月19日内阁决议后，曾于同年9月9日以勅令第190号公布；之后，明治政府1898年编入南鸟岛时，在1898年7月1日内阁决议后，也于同年7月24日以东京府告示第58号公布。可见日本秘密先占钓鱼台列屿不但与国际法与国际惯例不符，亦和它自己的国内实践不一致。[603]

得主权。本文采用丘宏达的译法。参见邱宏达，著. 现代国际法（修订第 3 版）. 陈纯一，修订，台北：三民书局，2013：514-515；[英] 詹宁斯 • 瓦茨，修订. 奥本海国际法（第一卷，第二分册）. 王铁崖，等译. 中国大百科全书出版社, 1998：74-79.

[597] “无主地”的概念一度在十八世纪的国际法中流行，被欧洲各国用来为殖民行为辩护。十八世纪著名国际法学家瓦特尔（Emmerich De Vattel）的《国家间的法律》（Le Droit des Gens）中阐述了国际法上的“无主地”。他对英国占有大洋洲，或欧洲各国占有整个北　美洲的行为进行合理化，将原住民的土地区别为“已垦殖”（cultivated）与“未垦殖”（uncultivated）两类。瓦特尔认为，欧美主导的国际法应当确认人类对于所栖身、使用的土地负有开发、垦殖的义务。那些居无定所的游牧部落失于开发、垦殖土地的义务本身，即意味着可以视他们从未“真正而合法地”占有这些土地；因为这些部落没有成型昭彰的社会组织者，其与土地二者间不得认作国际法上之占有关系，因而其土地为“无主地”，根据发现与先占原则，无主地向所有殖民者敞开。参见 De Vattel, *Les droit des Gens, ou Principles de la Loi naturelle, appliqués a la conduit at aux affaires des Nations et des Souverains* (1758), translated by Charles Ghequiere Fenwick, Carnegie institution of Washington, 1916, p. 194.

[598] [英] 詹宁斯 • 瓦茨，修订. 奥本海国际法（第一卷，第二分册）. 王铁崖，等译. 中国大百科全书出版社, 1998：74.

[599] [英] 詹宁斯 • 瓦茨，修订. 奥本海国际法（第一卷，第二分册）. 王铁崖，等译. 中国大百科全书出版社, 1998：75.

[600] Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, Vol. I, 9th ed., Part 2-4, Longmans Group UK Limited, 1992, pp. 689-690.

[601] 日本外务省. 关于尖阁诸岛所有权问题的基本见解（中译本）.

[602] [日]村田忠禧, 著. 从历史档案看钓鱼岛问题. 韦平和, 译. 社会科学文献出版社，2013：150-177.

[603] 台湾“外交部”. 对日本外务省网站有关钓鱼台列屿十六题问与答逐题驳斥全文. 资料来源于 http://www.mofa.gov.tw/cp.aspx?n=FBFB7416EA72736F&s=FAA8620A0EE72A91，访问日期：2015 年 1 月 30 日。

其次，日本称，1896 年由冲绳县郡编制的敕令第 13 号将冲绳县编制成五郡。然而编制中没有提及钓鱼岛及其附属岛屿，也并未将钓鱼岛、黄尾屿等与八重山诸岛并列在一块。也就是说，钓鱼岛、黄尾屿并未被纳入敕令第 13 号的编制对象。即使在甲午中日战争结束后，日本政府也未对钓鱼岛列岛正式办理领有手续。[604] 被内阁会议批准设置的标桩，实际上冲绳县此后并没有设置。1968 年联合国亚洲远东经济委员会发布了对周边海底资源调查的结论性报告。1969 年 5 月 9 日，石垣市才匆匆在钓鱼岛上设置了界标。[605] 再次，合法的权利，不能源自非法的行为，还有两点证明日方主张自始无效：其一是夏威夷大学东亚图书馆寻得“冲绳县”水产技师（官名）1913 年编纂的《宫古郡八重山郡渔业调查书》。其中，关于“尖阁群岛”，文中提到日本人古贺辰四郎想向日本政府租借，然而由于当时“不无清国所属之说，因此迟迟不见（日本）政府处置。适逢日清战役，依其结果台湾新入我国领土、该岛（尖阁群岛）之领域亦随之明朗。”这透露出明治政府在编入钓鱼台之前，已知并非“无主地”。其二是 1920 年 12 月 9 日《官报》第 2507 号。其中有“所属未定地之编入”与“字名设定”记载二则。“所属未定地”指的是赤尾屿，而新设名称是“大正岛”。这表示 1895 年 1 月 14 日秘密内阁决议，既未合乎日本国内法或国际法，并再编入范围有重大疏漏，以至于日本于甲午战争结束 25 年后，才将赤尾屿片面编入，改名大正岛。[606]

综上，先占成立必须确认是以“无主地”为前提。其次，依据文明国家所承认的一般国际法原则，无主地的确认与占领的宣告都是国际法上“无主地”有效先占原则不可或缺的要件。再次，国际法“一国不得以违法作为或不作为取得合法权利或资格”的原则，更充分说明日本窃取钓鱼岛的违法行为不得作为取得合法权利的基础。大量事实证明，日本援引“无主地先占”原则以主张钓鱼岛主权，其依据并不充分。

五、结论

本文认为，即使在中日“两属”时期，综合考察琉球“近世”时期的历史，并结合19世纪以《万国公法》为代表的近代国际法，琉球仍可以定性为一个主权国家，具体为：

第一，从琉球自身纵向的历史，以及横向与琉球类似的藩属国来考察琉球的历史地位。首先，以时间轴为维度的琉球三个阶段的历史地位，第一阶段即1609年萨摩藩入侵“庆长之役”前，琉球为独立的王国各国史家争议不大。第二阶段即1609年-1872年琉球“两属”时期，琉球王国是否为独立的王国则有争议。这一时期琉球不仅保有自己的政权和年号，与包括日本幕府在内的亚洲周边家国展开外交和贸易交往，1854至1859年间还以现代国际法意义上主权国家的名义与美、法、荷兰三国签订过通商条约，更重要的是，为便于萨摩从中琉贸易中获利，萨摩藩和琉球向包括中国在内的国际社会刻意隐瞒琉萨之间的关系。从史实和中日琉外交关系史看，不仅琉球“两属”的说法成立，琉球为独立王国也成立。第三阶段，1872年-1880年中日琉球交涉时期琉球的地位。该时期中日之间就琉球所属问题频繁的外交交涉、第三国对中日间琉球问题的斡旋，以及1880年中日“分

---

[604] [日]村田忠禧,著. 从历史档案看钓鱼岛问题. 韦平和,译. 社会科学文献出版社，2013：222-223.

[605] [日]村田忠禧,著. 从历史档案看钓鱼岛问题. 韦平和,译. 社会科学文献出版社，2013：201-202.

[606] Han-yi Shaw, *The Inconvenient Truth Behind the Diaoyu/Senkaku Islands*, The New York Times, September 19, 2012.

岛改约案”（清政府没有签署），都印证1872年-1880年该时期琉球地位为“悬案”的历史事实。其次，在“琉球交涉”前后，清廷和西方列强展开针对另外三个藩属国（朝鲜、越南、缅甸）的外交交涉。与琉球不同的是，清末中国的藩属国越南、朝鲜和缅甸之法律地位的变更，不仅以条约予以确认，而且经过宗主国中国的确认。然而从1879年日本以武力吞并琉球国到二战结束，中日之间除进行过1880年分割琉球条约稿的磋商外，既没有就琉球主权变更、更没有对琉球疆域的安排达成正式协议。更重要的是，上述原为中华朝贡体系的藩属国如今都已摆脱殖民统治，是联合国框架下的独立国家。

第二，基于“时际法”，从近、现代国际法考察琉球的国际法地位。首先，近代国际法的代表著作为美国人惠顿的《万国公法》。日清围绕琉球问题进行外交交涉时，“琉球两属”期间的地位问题曾成为双方争议的焦点，《万国公法》成为中日琉三方都曾援引的法律依据。根据《万国公法》的主权“国际人格者”理论， 1609年-1879年琉球既为中日“两属”又是独立自主的国家，二者并不矛盾。当然，自1879年被日本吞并、列入版图后，琉球则沦为日本的殖民地，从此琉球的主权遭到减损，这也是不争的事实。1879年，日本以武力吞并琉球后，遭到琉球人民的反抗，琉球的宗主国——中国也从未公开承认吞并的合法性。日本自1879年到二战期间对琉球的占领状态，是根据“征服”而非“时效”得到琉球的“不完全主权”，并不能掩盖“琉球法律地位未定”的事实。其次，根据现代国际托管制度，开罗会议中美会谈时曾达成共同托管琉球之共识，而二战后琉球被美国单独事实托管。此后，美国无视琉球人民独立的意愿，通过《琉球移交协议》把琉球的施政权“返还”给日本更违反了“国际托管四原则”和托管制度的信托法法理。同时，按照“剩余主权”理论，日本取得琉球的仅为施政权而非主权。按照国际托管制度的宗旨趋势，琉球本应走向独立之路，现实却与琉球社会的愿望背道而驰，如今美军军事基地遍布冲绳本岛。

总之，从1372年到1879年，作为中国外藩的琉球是国际法意义上的主权国家。1879年日本以武力吞并琉球，遭到琉球人民的反抗，琉球的宗主国——中国也从未公开承认吞并的合法性。日本此后到二战期间对琉球的占领不能构成对琉球的取得时效，琉球的法律地位实为未定。历届中国政府从未承认放弃过对琉球的固有权利，开罗会议中美会谈时还达成共同托管琉球之共识，根据国际托管制度的宗旨趋势，琉球本应走向独立之路。日本以钓鱼岛隶属于“法律地位未定”的琉球来主张钓鱼岛主权本身就是站不住脚的。

人权保护对国际民商事判决承认与执行的影响

——以《欧洲人权公约》之适用为视角*

刘仁山**

内容提要：作为国际私法制度的重要组成部分，国际民商事判决的承认与执行机制在便利国际民商事交往与稳定国际民事秩序方面，发挥着重要作用。为促进欧盟市场的一体化及有效运作，《布鲁塞尔条例Ⅰ》将确立欧盟内民商事判决承认与执行的自由流动机制，作为其最高目标。《布鲁塞尔条例Ⅰ》也因此已成为欧盟内部市场有效运作的重要保障。但欧盟内民商事判决并非完全是“自由流动”的。欧洲人权法院的实践表明，《欧洲人权公约》中相关程序性与实体性人权保护规则，会对欧盟内判决的承认与执行产生直接影响。因而，如何协调欧盟市场一体化之保障与基本人权之保护之间的冲突，在民商事判决的自由流动与基本人权的保护之间取得适当平衡，已成为欧盟国际私法上不可回避之课题。

主题词：判决的承认与执行；基本人权；“布鲁塞尔机制”；《欧洲人权公约》

作为一个以国际民商事关系为对象独立部门法，国际私法的价值取向一直被认为具有中立性。但 20 世纪后半叶以来，该观点面临日益严峻的挑战。其主要原因在于，宪法和人权法对包括国际私法在内的各部门法的理论与实践之影响，逐渐明显；国际私法与宪法、人权法等法律部门的交叉，已呈常态。[607]

而国际民商事判决的承认与执行，因直接关涉到案件当事人民商事权利的实现，既是国际民商事争议解决的最终环节，也是国际民商事秩序得以维护和健全的必要保障。民商事判决的承认与执行制度，也因此成为国际私法的重要组成部分。[608]但国际民商事判决的承认与执行，仍应受到相关因素或条件的影响与制约。其中，人权法中所蕴涵的基本人权价值，往往会成为审查相关判决时主要考虑的因素。在欧盟的实践中，这一点尤为明显。为此，本文拟以欧盟的实践为据，检

* 本文系 2014 年度国家社科基金重大项目《中国涉外民事关系法体系完善研究》（批准号：14ZDC032）及 2011 年度国家社科基金重点项目《<涉外民事关系法律适用法>实施问题研究》（编号：11AFX016）阶段性成果之一。同时，本文还受到霍英东基金会“第九届高等院校青年教师科研奖”项目《国际民商管辖权立法问题研究》（项目号 91093）的资助。本文的压缩版已为《法学评论》2015 第 3 期刊用。

** 法学博士、中南财经政法大学法学院教授。

607 See G. Weick, Human Rights and Private International Law, in J. MacEldowney & G. Weick. eds., Human Rights in Transition, Frankfurt am Main, 2003, pp. 193-200.

608 刘仁山：《国际民商事判决承认与执行中的司法礼让原则——对英国与加拿大相关理论及实践的考察》，载《中国法学》2010 年第 5 期。

视人权保护对国际民商事判决承认与执行的影响。

一、问题：“布鲁塞尔机制”在人权保护方面的局限性

自 1997 年《阿姆斯特丹条约》（Treaty of Amsterdam）签署后，欧盟成员国之间的司法和内务合作事项，从由成员国之间的协商解决，转变为由欧盟通过统一立法的方式来进行规制。欧共体 1968 年《关于民商事问题的管辖权及判决执行的公约》（以下简称“《布鲁塞尔公约》”）也因此被转化为欧盟 2001 年《关于民商事问题的管辖权及判决承认与执行的条例》（以下简称“《布鲁塞尔条例Ⅰ》”）。以《布鲁塞尔条例Ⅰ》为基础所构建的欧盟成员国之间民商事判决的自由流动机制，通常又被称为“布鲁塞尔机制”（Brussels system），不仅使判决的承认与执行本身得到简化，而且也为欧盟市场的一体化及其顺畅运行从法律制度上提供了相应保障。[609]

在促进其成员国之间的司法和内务合作方面，欧盟首先从解决欧盟内判决的承认与执行问题着手，并努力构建判决的自由流动机制，不仅仅是出于对判决债权人保护的需要，更大程度上是鉴于成员国之间民商事判决相互承认与执行的高效与便捷机制，会直接影响到欧盟统一化市场的形成和顺畅运行。因为，统一国际私法规则，尤其是民商事判决的承认与执行规则，是欧盟内部市场形成及有效运作的必要条件。[610]这也正是《阿姆斯特丹条约》赋予欧盟在民事问题的司法合作领域采取上述措施的原因及初衷所在。从理论讲，这种判决的自由流动机制，实际上正是国际私法上确定性和可预见性目标在判决的承认与执行领域的具体表现。因此，就国际私法所追求的目标而言，在判决承认与执行问题上，欧盟将会不断有新的举措。

但是，为了欧盟内部市场之利益，过分强调判决承认与执行领域中法律确定性和可预见性目标，以及废除审查程序等追求判决自由流动的措施，在具体个案中，可能会与《欧洲人权公约》赋予当事人的基本人权相悖。《布鲁塞尔条例Ⅰ》虽然有拒绝承认与执行判决之条件的规定，但其对于相关当事人，尤其是判决债务人基本人权的保护问题，则并未特别涉及。亦即《布鲁塞尔条例Ⅰ》有关拒绝承认与执行判决之规定，在更大程度上同样也是基于共同市场之利益考量，却忽略了对当事人相关基本人权的保护。[611]

尽管市场一体化是欧盟努力的方向，但建立一个自由、安全、公正的法域，

---

609 “布鲁塞尔机制”是伴随《布鲁塞尔条例Ⅰ》的实施以及欧盟成员国对判决在欧盟内的自由流动不断提高要求基础上而逐步完善的。一个明显的表现就是，欧洲议会于 2012 年 12 月 30 日通过《关于民商事案件管辖权和判决执行的第 1215 /2012 号条例（重订）》，最终取消了判决承认与执行中审查程序（abolition of exequatur）。根据该条例，成员国作出的判决在另一成员国可以得到立即执行，而不再需要审查程序。See Article 39 of Regulation < EU >No.1215 /2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters <Recast>.

610 J. Basedow, The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, 37 Common Market Law Review 705 (2000).

611 Jan-Jaap Kuipers, The Right to a Fair Trial and the Free Movement of Civil Judgments, 6 Croatian Yearbook of European Law & Policy 32 (2010).

同样也是欧盟所追求重要目标之一。[612]这就决定了欧盟国际私法不仅只是促进市场一体化的工具，在基本人权的保护方面，欧盟国际私法同样也必须发挥重要作用。事实上，欧盟国际私法一直在这方面扮演着重要角色。例如，尽管从 1997 年以来，欧盟委员会一直致力于取消公共秩序例外，构建判决的相互信任与相互承认的原则，以促进欧盟内判决的自由流动。但与此同时，欧洲人权法院（European Court of Human Rights）等司法机构的实践也表明，《欧洲人权公约》所规定的基本人权，作为当事人所享有最为重要之权利，在欧盟内判决的承认与执行中，也具有重要影响力。[613]

但由此出现问题是，在“布鲁塞尔机制”下，欧盟内部市场所要求的判决自由流动与基本人权的保护之间，就不可避免会发生冲突。一方面，如果在实践中欧盟成员国法院过于追求“布鲁塞尔机制”的判决自由流动目标之实现，则其极有可能忽略个案中基本人权之保护。[614]由此可能导致欧盟国际私法更像是政治学及国际关系科学，因为在这种情形下，欧盟国际私法规则最终目的只是为了服务欧盟的统合而已；[615]另一方面，如果欧盟成员国以《欧洲人权公约》所规定的人权法规则为依据审查其他成员国所作出的判决，则可能会与“布鲁塞尔机制”的判决自由流动之目标相悖。这样，“布鲁塞尔机制”下的所谓判决自由流动之“欧洲关注”（European concerns）与基本人权保护之间冲突的协调问题，就成为欧盟国际私法上不可回避之课题。

而传统上对于这类冲突的协调与解决，公共政策常常被法院地国家作为拒绝承认与执行违反人权法的外国民商事判决之工具。《布鲁塞尔条例Ⅰ》也是如此。但在欧盟成员国之间，公共政策作为一国对外国判决承认与执行的防御机制之地位，却在日趋衰落，其原因如下：

第一，由于公共政策本身存在界定上的困难，为防止其被滥用，成员国法院必须对其适用予以限制。这一方面是由于公共政策会减损成员国之间的相互信任，另一方面则是由于欧盟成员国有权来决定其公共政策的内涵，公共政策在各成员国国内法的差异无可避免。[616]因此，为限制公共政策被滥用，该制度往往是成员国法院最后迫不得已所倚仗的工具。

第二，欧盟成员国法律体系之间并不存在根本性差异，公共政策通常难以被

---

612 例如，欧盟《马斯特里赫特条约》第 6 条明确将“自由、民主、尊重人权及基本自由和法治”作为欧盟得以建立的原则。参见曾令良：《欧洲联盟法总论——以<欧洲宪法条约>为新视角》，武汉大学出版社 2007 年版，第 15-16 页。

613 See Horatia Muir Watt, Fundamental Rights and Recognition in Private International Law, 13 European Journal of Human Rights 411-435 (2013); Dean Spielmann, Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview, 1 Cyprus Human Rights Law Review 4-24 (2012).

614 See Trevor C. Hartley, The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws, 54 Int'l & Comp. L. Q. 813, 813-821 (2005).

615 See Ralf Michaels, The New European Choice-of-Law Revolution, 82 Tul. L. Rev. 1607 (2008).

616 See R. Moura Ramos, Public Policy in the Framework of the Brussels Convention, 2 Yearbook of Private International Law 25-39 (2000).

正当援引。公共政策作为拒绝判决的承认与执行之理由，其援引必须存在充分正当性，一般而言，其要求外国判决的实体或程序方面必须明显违反判决执行国国内法律的基本原则。[617]仅仅是成员国法律体系之间的差异，并不足以成为公共政策适用的理由。因而，从《海德堡报告》（Heidelberg Report）来看，在欧盟内，公共政策作为一种抗辩机制能够被判决债务人成功地援用，只是出现在甚为有限的判例中。[618]

因此，在基本人权的保护方面，国际私法上的公共政策在欧盟内所能够发挥的作用，显然是有限的。这也就决定了欧盟成员国法院必须减少对公共政策的依赖。[619]“布鲁塞尔机制”在人权保护方面的局限，也由此显现。

也正是在这样的背景下，在欧盟内民商事判决的承认与执行领域，《欧洲人权公约》就有了用武之地。为实现欧盟的多重目标，《欧洲人权公约》的相关法律制度，必然会介入欧盟内民商事判决的承认与执行问题。实践表明，欧洲人权法院正是通过《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款（以下简称“第 6（1）条”）所规定的公正审判权，以及第 8 条所规定的家庭生活权之介入，既减少了对公共政策的依赖，也弥补了“布鲁塞尔机制”本身的缺陷。

二、《欧洲人权公约》第 6（1）条的介入：程序性基本人权之影响

《欧洲人权公约》对基本人权的保护，既表现在实体性权利上，也表现在程序性权利上。特别是公约第 6（1）条之规定表明，公正审判权（right to fair trial）是被公约作为一项基本人权而予以对待的。欧洲人权法院的实践也表明，在国际民事判决的承认与执行问题上，该项权利不仅对欧盟成员国之间的司法协助具有效力，而且对《欧洲人权公约》缔约方向非公约缔约方提供的司法协助同样具有效力。

（一） 公约规定的“公正审判权”

从文义上来看，《欧洲人权公约》第 6（1）条所规定的当事人获得公正审判的权利，是指有关公民权利与义务，应在合理期限内由依法设立的独立和公正的法庭进行公正和公开的审判。[620]但从欧洲人权法院关于适用公约第 6（1）条的判例来看，该条还蕴含有当事人为获得司法救济而诉诸法院的权利（right to access to court）。[621]在实践中，欧洲人权法院经常将“诉诸法院”（access to court）

---

[617] 例如，德国联邦宪法法院曾经认为，一个外国判决要求被告给予原告个人损害赔偿，但被告依据《德国社会法典》(German Social Code)第 7 章第 105 条之规定是免责的，则该外国判决被视为与德国的公共政策不符。See Mag. Miha Žebre, The Revision of Brussels I Regulation and the Abolition of Exequatur, LeXonomica. Letnik II (2010), p. 429.

[618] B. Hess, T. Pfeiffer & P. Schlosser, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States (Study JLS/C4/2005/03 Heidelberg Report)*, para. 559.

[619] Krombach v. Bamberski, Case C-7/98 [2000] ECR I-1395; Marco Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc., Case C-394/07 [2009] ECR I-2563.

[620] 《欧洲人权公约》第 6（1）条第 1 款规定：“在决定某人的公民权利和义务或者在对某人确定任何刑事罪名时，任何人均有理由在合理时间内受到依法设立的独立且公正的法院的公平且公开的审判。”

[621] 李庆明：《国家豁免与诉诸法院之权利——以欧洲人权法院的实践为中心》，载《环球法律评论》2012 年第 6 期，第 151 页。

与“获得司法正义”（access to justice）之概念交替使用。公约第 6（1）条所蕴含的诉诸法院的权利，尽管通常会对缔约方国内法院管辖权的行使产生影响，但其在特定情况下也会对判决的承认与执行问题发生作用。[622]

从内容上讲，公约第 6（1）条所规定的公正审判权，作为一项受法律保护的基本人权，是庭审的基石。根据欧洲人权法院的解释，该项权利主要包含这样四个方面的内容：（1）确保当事人能够有效参与诉讼程序的权利。从欧洲人权法院的实践来看，公正审判权的核心是，为确保当事人有效地参与诉讼程序，判决作出国法院必须为当事人提供充分时间以准备其抗辩，确保每个当事人能够了解和评论诉讼中由当事人提交的所有证据或意见并能因此影响法院的判决；[623]同时，还应确保当事人或其法律代表依法享有的出庭权利。在与刑事诉讼相关的民事诉讼中，法院也不得禁止当事人或者其律师代表有效参加诉讼；[624]（2）期限的合理性。即诉讼程序本身应在合理期限内完成。一般而言，诉讼的合理期限应根据案件的复杂性、当事人以及法院的行为来评估；[625]（3）案件审理的公正与公开性。公约第 6（1）条所规定的公正审判权的内涵，还包括案件公开的审理和判决的公开宣告；[626]（4）法庭本身的合法性与独立性。依据公约第 6（1）条之要求，裁判当事人民事权利义务的法院，应是依据该国法律设立的具有独立裁判权限之机构。至于何为独立法院之问题，则应交由缔约方国内法解释。[627]

就适用范围来讲，公约第 6（1）条所规定的公正审判权，通常并不适用于特定争议中的实体权利义务关系，而只适用于相关诉讼中的程序问题。虽然实践中公约第 6（1）条多适用于刑事程序问题，但也同样适用于涉及民事权利与义务的诉讼程序。

在具体实施上，公约第 6（1）条允许欧洲人权法院审查缔约方国内法院的法律程序。在公正审判权的标准问题上，实践中欧洲人权法院采取的是依个案方法来审查公正审判权之要求是否已得到遵循。当然，在该过程中，欧洲人权法院往往还要对相关诉讼程序从整体上予以综合考量。

（二） 第 6（1）条之适用：以 Pellegrini v. Italy 案为中心

判决承认与执行应受到公约第 6（1）条规定的公正审判权制约，是欧洲人

---

[622] 欧洲人权法院先后在 Jovanoski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia 案与 Vrbica v. Croatia 案中讨论了欧洲人权公约第 6（1）条中的诉诸法院权对外国判决承认与执行之影响问题。分别参见：ECtHR, Jovanovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Application No. 31731/03, 7 January 2010; ECtHR, Vrbica v. Croatia, Application No. 32540/05, 1 April 2010.

[623] See ECtHR, Lobo Machado v. Portugal (1996); ECtHR, Vermeulen v. Belgium (1996); ECtHR, Mantovanelli v. France (1997).

[624] See EctHR, X v. Sweden (1959); EctHR, X v. Federal Republic of Germany (1963); EctHR, X v. Switzerland (1977); ECtHR, Feldbrugge v. The Netherlands (1986); ECtHR, Muldermans v. Belgium (1991); ECtHR, Krombach v. France (2001).

[625] E. Dinjens & W. Henning, Undue Delay in the Case-Law of the European Court of Human Rights, Amsterdam International Law Clinic 9-13 (2001).

[626] ECtHR, Werner v. Austria (1997); ECtHR, Szucs v. Austria (1997); ECtHR, Jussila v. Finland (2006).

[627] ECtHR, Van de Hurk v. The Netherlands, Decision of 19 April 1994, Application No. 16034/90 (1994).

权法院在涉及国内判决承认与执行的 Hornsby v. Greece 案中确立的。该案中，欧洲法院认为，如果一项由缔约方国内法院作出的终局性判决不能在该国得到承认和执行，那么为公约第 6（1）条所确立的权利就将毫无意义。因此，为使公约第 6（1）条的目的得以实现，就必须将判决的执行视为“审判”的内在组成部分。[628]尽管欧洲人权法院的这一逻辑结论是关于国内判决的执行问题，但也可以扩展适用于外国判决的承认与执行问题。[629]这一点在欧洲人权法院 2001 年裁判的 Pellegrini v. Italy 案（以下简称“Pellegrini 案”）中得到印证，该案也是在程序公正方面存在瑕疵的民商事判决承认与执行问题的代表性判例，因而也受到理论与实践界的广泛关注。但客观地讲，民商事判决承认与执行应受到人权保护的制约，是欧洲人权法院及欧洲法院在一系列判例的实践基础上而逐步形成的。因而，研究“Pellegrini 案”之前的相关判例，是充分认识“Pellegrini 案”意义的前提。

1.“Pellegrini 案”之前的相关实践

欧洲人权法院于 1992 年裁判的 Drozd and Janousek v. France and Spain 案（以下简称“Drozd 案”），[630]是其确认外国民商事判决的承认与执行应受人权保护制约的最早案例。该案主要涉及安道尔法院作出的刑事判决在法国和西班牙的执行问题。安道尔当时并非《欧洲人权公约》的缔约方，在决定法国与西班牙是否应对执行非公正程序作出的外国判决而负有承认和执行义务时，欧洲人权法院认为，原则上《欧洲人权公约》缔约方并无义务将公约的规定适用于作为非公约缔约方的第三国，安道尔作出判决的程序是否与《欧洲人权公约》第 6（1）条相符之问题，公约缔约方并无义务对其予以审查。而且，对公约缔约方施加这种义务也会严重损害国家之间在司法行政方面的国际合作。但是，欧洲人权法院在援引其于 1989 年裁判的 Soering v. the United Kingdom 案（以下简称“Soering 案”）后认为，[631]如果执行外国判决会导致对“正义的明显违反”，那么，缔约方有义务拒绝与其他国家之间的司法行政合作。[632]

继“Drozd 案”之后，欧洲法院于 2000 年作出的一项裁决，则是人权保护制约外国民商事判决承认与执行的具有较大影响的案件，该裁决涉及的是法国法院作出的刑事及附带民事判决需要在德国执行的 Krombach v. Bamberski 案（以下简称“Krombach 案”）。该案的特殊性在于，当事人基于同样的事实分别在欧洲法院和欧洲人权法院进行相关诉讼程序。该案中，被告人 Krombach 被法国法院要求出庭，但其拒绝亲自出庭而要求其律师代为出庭应诉，其请求遭到法国法院

---

628 ECtHR, Hornsby v. Greece, 19 March 1997, para 40, Reports of Judgments and Decisions 1997-II.

629 L. R. Kiestra, The Impact of the ECHR on Private International Law: An Analysis of Strasbourg and Selected National Case Law, Springer, 2014, p. 203.

630 ECtHR, Drozd and Janousek v. France and Spain, 26 June 1992, Series A no. 240.

631 该案主要涉及英国将申请人引渡至美国弗吉尼亚州，而可能使得申请人在该州被处以死刑判决之后将会遭遇“死刑等待现象”（death row phenomenon），其是否会违反《欧洲人权公约》第 6（1）条之问题。See Soering v. United Kingdom, Decision of 7 July 1989, Application No. 14038/88, para. 113.

632 ECtHR, Drozd and Janousek v. France and Spain, 26 June 1992, para 110, Series A, no. 240.

的拒绝。最终，被告人被判处 15 年监禁，且被要求应对原告 Bamberski 作出民事赔偿，原告随后依据《布鲁塞尔公约》寻求法国作出判决的民事裁判部分在德国之执行。[633]该案执行所涉及的关键问题是，德国若执行法国法院的判决，是否会违反《布鲁塞尔公约》第 27 条第 1 款（现《布鲁塞尔条例Ⅰ》第 34 条第 1 款）规定的公共政策条款，尤其是在该案中被告人未能进行充分抗辩的情况下。为此，就能否根据《布鲁塞尔公约》中公共政策的规定来拒绝执行法国判决之问题，德国提请欧洲法院裁决。欧洲法院认为，《欧洲人权公约》以及欧洲人权法院的判例法对判决承认与执行所涉及的基本人权作了一定诠释，而基本人权是一般法律原则的内在组成部分。基于此，欧洲法院认为，对于该案中被告人依据《欧洲人权公约》第 6（1）条所享有的公正审判权受到侵害之事实，成员国法院应予考虑。因此，德国法院可以援引公正政策拒绝法国判决的执行。需要提及的是，欧洲法院针对“Krombach 案”的裁判，在其随后关于外国破产程序令认可的“Eurofood 案”中得到遵循。该案中，欧洲法院认为，如果启动破产程序的决定明显违反了《欧洲人权公约》第 6（1）条所规定的公正审判权，则成员国可以拒绝承认和执行该破产程序。[634]

在欧洲法院针对“Krombach 案”作出上述裁判后，Krombach 以法国法院所作出的针对其本人的判决违反了公约第 6（1）条为由，申请欧洲人权法院作出裁决。欧洲人权法院支持了 Krombach 的主张。[635]

由此可见，在“Krombach 案”中，欧洲法院认为，当外国判决的承认与执行将明显侵害一国法律秩序的基础时，成员国可以援引“布鲁塞尔机制” 下的公共政策例外，拒绝外国判决的承认与执行。同时，欧洲法院在该案中也强调，《欧洲人权公约》第 6（1）条所规定的公正审判权，作为基本人权的重要内容，也是欧洲法院所认可的法律原则的内在重要组成部分。因此，将公约所规定的人权作为确定《布鲁塞尔公约》中公共政策的内涵，无疑是可行的。

欧洲法院对“Krombach 案”的裁决，虽然对于明确人权保护于判决承认与执行问题具有重要意义，但是该案所凸显出的两个重要问题，仍然有待于进一步讨论：第一，《欧洲人权公约》第 6（1）条规定的公正审判权的适用条件问题。亦即在何种情况下，公约第 6（1）的公正审判权应介入外国判决的承认与执行；第二，《欧洲人权公约》第 6（1）条规定的公正审判权的适用范围问题。在国际民商事判决的承认与执行领域，公约第 6（1）的公正审判权是否也适用于来源于非公约缔约方第三国的判决之审查。在欧洲人权法院裁决的“Pellegrini 案”中，这两个问题得以明确。

2．“Pellegrini 案”与欧洲人权法院的裁决

---

633 ECJ, 28 March 2000, Case C-7/98, Krombach v. Bamberski, [2000] ECR, I-1935.

634 ECJ, 2 May 2006, Case C-341/04, Eurofood IFSC, ECR 2006, I-3813, paras 60–68.

635 ECtHR, Krombach v. France, Decision of 13 February 2001, Application No.29731/96.

“Pellegrini 案”中，申请人 Pellegrini 与其丈夫 Gigliozzi 依据宗教仪式结婚，之后其夫在罗马教会法庭以当事人之间存在血亲关系为由，要求宣告婚姻无效，教会法庭支持了其夫的请求。[636]根据 1929 年意大利与梵蒂冈教廷缔结的相关协定，该教会法庭所作出的宣告婚姻无效之判决，可在意大利法院通过宣告令方式得到承认。但根据 1984 年关于该协定的修订案的要求，意大利法院在颁发宣告令承认教会法庭的判决之前，法院必须确保在教会法庭所进行的原始程序中，当事人的辩护权得到尊重和行使，且教会法庭的程序符合意大利法律的基本原则。[637] Pellegrini 向佛罗伦萨上诉法院提出，教会法庭并未说明其丈夫提出婚姻无效之理由，也未告知其享有寻求法律帮助的权利。而且，申请人既没有从法庭获得其丈夫所提交的文件或证人证言，也没能委托相关人员对其丈夫的诉求进行答辩。在判决作出之后，申请人只是被送达了部分判决书而并未获得判决书的完整副本。[638]因而，Pellegrini 主张，该判决不应在意大利得到承认。

佛罗伦萨上诉法院依据 1984 年的协定，认定梵蒂冈教会法庭作出的判决可以在意大利得到承认。对申请人提出的其程序性权利在教会法庭的诉讼程序中受到侵害之主张，法院也未予支持。法院认为，所谓该程序性权利的受损问题，只是由于该教会法庭的程序性规则与意大利法律不同所致。于是，Pellegrini 申请将该问题提交欧洲人权法院裁决。

欧洲人权法院对 Pellegrini 的申请给予了支持。欧洲人权法院认为，从该案事实来看，在梵蒂冈教会法庭作出的宣告婚姻无效判决之诉讼程序中，申请人既未获得充分时间以便有效准备其抗辩，亦未得到律师的法律帮助。因此，作出该判决的诉讼程序构成“对正义的明显违反”。不少学者主张，应将“Pellegrini 案”与欧洲人权法院在前述“Drozd 案”的裁判一并进行解读。而对于来源于非《欧洲人权公约》缔约方的第三国判决之承认与执行，欧洲人权法院倾向于对此类判决进行一种“明显违反正义标准”的审查。[639]

欧洲人权法院对“Pellegrini 案”的裁决所涉及的另一个重要问题就是，梵蒂冈并非《欧洲人权公约》的缔约方，对涉及非公约缔约方法院的判决程序问题，公约第 6（1）条之规定能否介入？对此，欧洲人权法院认为，尽管梵蒂冈并未批准《欧洲人权公约》，但是申请人是针对作为公约缔约方的意大利提出申请的。欧洲人权法院的任务虽然不在于审查教会法庭审判程序是否与《欧洲人权公约》第 6（1）条相符，但法院有必要审查意大利法院在承认该宣告婚姻无效的判决之前，是否使《欧洲人权公约》第 6（1）条所规定的相关程序性基本人权得到保障。即使相关判决来源于一个并不受公约约束的法域，也必须实施这种性质的

---

[636] EctHR, Pellegrini v. Italy, Decision of 20 July 2001, Application No. 30882/96, paras.14-18.
[637] EctHR, Pellegrini v. Italy, Decision of 20 July 2001, Application No. 30882/96, paras. 31-32.
[638] EctHR, Pellegrini v. Italy, Decision of 20 July 2001, Application No. 30882/96, paras. 20-21, 35.
[639] See L. R. Kiestra, The Impact of the ECHR on Private International Law: An Analysis of Strasbourg and Selected National Case Law, Springer, 2014, p. 252.

审查。欧洲人权法院还指出，尤其在承认判决的宣告令事关当事人切身利益的情况下，更应如此。[640]而且，欧洲法院还认为，意大利法院依据梵蒂冈的法律，认为教会法庭的诉讼程序基本公正，该主张是不能被接受的。[641]因为在判决的承认与执行中，《欧洲人权公约》的标准具有完全适用性。如果《欧洲人权公约》缔约方未依据公约标准审查外国判决，则应对在判决作出国内的任何违反公约的行为承担责任。这即表明，在公约缔约方关于程序公正之国内立法标准各异的情况下，公约要求必须以公约之规定为准。

该案表明，欧盟成员国承认和执行民商事判决，不可避免地会受到《欧洲人权公约》第 6（1）条规定之制约。这种制约，不是依据公共秩序制度在程序公正性方面所进行的审查，而是直接涉及对判决债务人所享有的程序性基本人权之保护。

3．关于公约第 6（1）条的适用问题

从欧洲人权法院对“Pellegrini 案”的裁决看，在公约第 6（1）条的适用问题上，我们至少应关注如下两个问题：

第一，公约第 6（1）条介入的前提问题。

如前所述，为进一步实现判决自由流动之目标，关于《布鲁塞尔条例Ⅰ》修订的绿皮书中，欧盟委员会提议彻底取消欧盟内判决承认与执行中的审查程序，以便通过减少中间程序来提高判决承认与执行的效率，该提议最终得到采纳。[642]但这并不意味着，为追求判决的自由流动，欧盟不再重视作出判决的成员国法院的诉讼程序，尤其是被告相关抗辩权的实现问题。正如欧洲法院在其实践中所坚持的：不应为了判决承认与执行中的效率而牺牲程序的公正性。[643]这就决定了《布鲁塞尔条例Ⅰ》的实施，必须在判决的自由流动和判决债务人抗辩权的保护之间取得适当平衡。而该平衡点的确定，在为《欧洲人权公约》第 6（1）条的介入创造机会之同时，也提出了该条款在何种情况下才得以适用的问题。

客观而言，逐渐简化判决承认与执行的程序，以强化判决在欧盟内的自由流动，既是顺应欧盟的一体化需求，也是对欧盟一体化的促进。但在国际民事诉讼中，判决债务人的抗辩权，也受到欧盟法的一般原则之保护——即人人有权享有公正法律程序之权利。而欧盟法中的这种一般法律原则，是较为抽象的，其实施无疑应遵从《欧洲人权公约》第 6（1）条的规定，亦即作为保护程序性基本人权的具体依据，这一点已得到欧洲法院的相关实践所确认。因而，公约第 6（1）条介入判决的承认与执行问题，其正当性是无疑的。

但随之而来的问题是，在何种情况下，《欧洲人权公约》第 6（1）条应当介

---

[640] EctHR, Pellegrini v. Italy, Decision of 20 July 2001, Application No. 30882/96, para. 40.

[641] EctHR, Pellegrini v. Italy, Decision of 20 July 2001, Application No. 30882/96, paras. 46-47.

[642] See Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) no 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters COM (2009) 175 final.

[643] See Case 49/84 Debaecker v. Plouvier [1985] ECR 1779.

入缔约方国内法院判决的承认与执行问题？换言之，公约第 6（1）条所规定的程序性公正权利之要求，是“最佳标准”（the optimal standard），还是“最低标准”（the minimal standard）？对该标准的违反到达何种程度的情况下，公约第 6（1）条之介入方为适当？对这些问题，包括“Pellegrini 案”在内的相关判例法中，欧洲人权法院并未明确回答。亦即在决定是否应该依据公约第 6（1）条之规定介入判决的承认与执行问题上，欧洲人权法院赋予了缔约方国内法院一定的自由裁量权。因而，有学者认为，《欧洲人权公约》第 6（1）条只是成员国就程序性基本权利的保护，规定了“最低标准”而已。[644] 这意味着，公约第 6（1）条关于程序性公正之权利，虽然应得到全面保护，但在程序是否公正的认定问题上，各成员国法院在实施公约相关规定方面，并无一致实践。这就不免会进一步使得缔约方所负有的保障程序公正的义务，与《布鲁塞尔条例Ⅰ》所追求的判决自由流动之目标相冲突。为适当调和这种人权法与国际民事司法协助之间的价值冲突，欧洲人权法院在其判例法中通常要求，只有在作出判决的诉讼程序达到一定程度——即“明显违反正义”（a flagrant denial of justice）时，《欧洲人权公约》第 6（1）条之规定才会介入。[645]

第二，公约适用的边界与人权保护的边界问题。

条约不对第三国产生效力，这一条约法上的基本原则，也为条约的适用设定了边界。但欧洲法院对“Pellegrini 案”的裁决似乎表明，“Pelligrini 案”规则实际上对这一原则提出了挑战——人权保护似乎可以突破这一原则的界限。欧洲人权法院在“Pellegrini 案”中的基本逻辑推理是，尽管《欧洲人权公约》不能拘束非缔约方，但公约缔约方在提供司法协助的过程中，必须遵从公约要求承担的义务。这样，“Pellegrini 案”规则使得《欧洲人权公约》所要保护的程序性基本人权，得以进一步强化。因而，在“Pelligrini 案”规则实际上已经对“条约不对第三国产生效力”这一原则提出挑战的情况下，也意味着非《欧洲人权公约》缔约方国内法院作出的判决，若要在公约缔约方领域内生效的话，该判决就应在程序上符合公约第 6（1）条之规定。从这个意义上讲，《欧洲人权公约》第 6（1）条已经间接对非公约缔约方法院施加了确保程序公正的义务。因此，有学者认为，从《欧洲人权公约》本身的效力范围而言，“Pelligrini 案”事实上扩展了其地域效力。[646]

长期以来，对于《欧洲人权公约》效力范围问题，存在两种代表性的解读：其一是，英国政府针对前述“Soering 案”所提出之意见，即无论在国外可能或

---

[644] L. R. Kiestra, The Impact of the ECHR on Private International Law: An Analysis of Strasbourg and Selected National Case Law, Springer, 2014, pp. 256, 258-259.

[645] 除了“Pellegrini 案”， 欧洲人权法院在其关于刑事诉讼程序问题的具有代表性之 Soering v. The United Kingdom 案和 Drozd and Janousek v. France and Spain 案中均使用了“明显违反正义”之测试。

[646] See J. J. Fawcett, The Impact of Art.6 (1) of the ECHR on Private International Law, 56 Int'l & Comp. L. Q. 1, 23 (2007).

已经发生何种违反《欧洲人权公约》之事实，如果该国不是公约缔约方，那么，公约不适用于在该国所进行之程序。这即意味着，在国际私法语境下，《欧洲人权公约》仅适用于审查公约缔约方境内的法律程序，而不能适用于非缔约方境内的司法程序；其二是，在“Soering 案”中，欧洲人权法院认为，《欧洲人权公约》的缔约方，应该依据公约第 6（1）条规定的公正审判权，对外国判决的承认与执行进行审查，而不论该外国判决是来源于公约缔约方还是非公约缔约方的第三国。显然，在“Pelligrini 案”中，欧洲人权法院延袭了这一规则。该实践的积极意义无疑是应充分肯定的。在面临外国判决的承认与执行问题时，缔约方国内法院可因此在最大程度上保障公约不可减损的效力。[647]

总之，在欧盟构建判决自由流动的背景之下，为强化判决债务人程序性基本人权保护之需要，《欧洲人权公约》第 6（1）条介入判决的承认与执行问题，有其正当性。但基于欧盟判决自由流动目标之考量，在确定是否适用《欧洲人权公约》第 6（1）时，公约缔约方应以“明显违反正义”之标准，来审查判决法院的诉讼程序，而且该判决法院国既包括公约缔约方也包括非公约缔约方的第三国，从而在民商事案件判决的自由流动和程序性基本人权的保护之间取得适当平衡。

三、《欧洲人权公约》第 8 条的介入：实体性基本人权之影响

从欧洲人权法院的实践看，《欧洲人权公约》关于基本人权的实体性规定对于判决承认与执行问题的影响，主要表现在有关“尊重私人和家庭生活的权利”（right to respect for private and family life，以下简称“家庭生活权”）之规定，对涉及当事人身份关系判决的效力上。[648]

（一）公约规定的“家庭生活权”

《欧洲人权公约》第 8 条所规定的家庭生活权，在欧盟内被视为是缔约方必须予以尊重和保护的基本人权。[649]一般认为，除了对私生活的尊重以外，家庭生活权要保护的重点，包括对“家”的尊重、承认家庭成员间的法律关系及其相互之间权利义务关系等。该权利既属于基本人权，也是自然人享有其他人权的基本条件之一。因此，自然人因家庭关系而产生的身份问题，与《欧洲人权公约》第 8 条规定的家庭生活权直接相关。[650]

由于各国法律关于当事人婚姻家庭权的内容和实现程度之规定各异，必然会

---

[647] R.A. Lawson & H.G. Schermers (eds), Leading Cases of the European Court of Human Rights, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1999, p. 324.

[648] 参见朱国斌：《法国关于私生活受尊重权利的法律与司法实践》，载《法学评论》1999 年第 3 期。

[649] 《欧洲人权公约》第 8 条规定：“（1）人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利；（2）公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此限。”

[650] 需要特别说明的是，就欧洲人权法院的已有实践来看，《欧洲人权公约》下的其他实体性基本人权，如公约第一议定书第 1 条规定之财产权、公约第 10 条规定的表达自由权、公约第 13 条规定的有效救济权也会对判决的承认与执行问题产生影响。但是相对于公约第 8 条规定的家庭生活权，一方面，前述相关权利介入判决的承认与执行问题的判例数量较为有限；另一方面，欧洲人权法院的解释仍然缺乏一致性。

导致所谓“跛脚家庭法律关系”（limping family law relationships）。为避免可能由此导致对当事人不利的影响，尤其是保障家庭法律关系中弱势方当事人利益，维护家庭法律关系的稳定性，以促进和保障自然人在欧盟内的自由流动，公约第 8 条所规定的家庭生活权介入相关判决的承认与执行，就成为必要。这样，在欧盟内，若对当事人为外国司法或非司法方式所确认的家庭身份关系，简单地予以承认或不承认，可能就会与公约的规定相冲突。[651]

对于公约第 8 条规定的家庭生活权如何介入判决的承认与执行问题，欧洲人权法院所裁决的 Hussin v. Belgium 案（以下简称“Hussin 案”）[652]和 Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg 案（以下简称“Wagner 案”），[653]具有相当的代表性。

（二）公约第 8 条之适用：以“Hussin 案”与“Wagner 案”为中心

1.“Hussin 案”与欧洲人权法院的裁决

2004 年的“Hussin 案”，是《欧洲人权公约》下家庭生活权影响外国判决承认与执行的第一个案件。在该案之前，关于《欧洲人权公约》第 8 条对判决承认与执行的影响问题，仅限于理论上的探讨。

“Hussin 案”中，Hussin 夫人是居住于德国的比利时人，为保护 Hussin 夫人的两个未成年子女的利益，当地的青少年保护委员会（Youth Protection Board）从德国锡格堡初审法院（Siegburg First Instance Court）获得一项判决，该判决宣告居住在比利时的比利时人 G 先生为该儿童的生父，并命令其为儿童支付抚养费。在案件审理中，锡格堡法院依据 1968 年《布鲁塞尔公约》第 5 条第 2 款，确定对案件拥有管辖权。法院认为，尽管关于身份问题的管辖权被《布鲁塞尔公约》第 1 条第 1 款所排除，但是该案属于公约第 1 条规定的例外情形，即身份地位问题与扶养命令请求存在关联，[654]故法院能够对该案行使管辖权。德国锡格堡法院作出判决后，Hussin 夫人申请该判决在比利时得到执行。但比利时法院对《布鲁塞尔公约》相关规定的解释不同于德国锡格堡法院，该法院认为，对 G 先生的生父身份问题之裁判，德国法院并无管辖权。对该身份问题的管辖权，不能以《布鲁塞尔公约》的相关规定为据，而应以比利时和德国于 1958 年缔结的双边条约为据。依据该条约，比利时法院对该案享有专属管辖权。至于本案的抚养命令问题，显然属于宣告生父身份判决的“纯粹的逻辑结果”。[655]由于德国法院对 G 先生的身份问题并无管辖权，自然也对 G 先生支付抚养费问题无管辖权。因此，涉及这两项内容的德国法院的判决不能在比利时得到承认与执行。

---

[651] See Patrick Kinsch, Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law, Eleven International Publishing Printed in the Netherlands, 2010, pp. 260-261.

[652] EctHR, Hussin v. Belgium, Decision of 6 May 2004, Application No. 70807/01.

[653] EctHR, Wagner & J. M. W.L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01.

[654] See Article 1(1) of Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968.

[655] Patrick Kinsch, Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law, Eleven International Publishing Printed in the Netherlands, 2010, p. 262.

针对比利时法院的裁定，Hussin 夫人及其子女随后就该判决的承认与执行问题，依据《欧洲人权公约》第 8 条之规定申请欧洲人权法院予以裁决。对于比利时法院以德国法院缺乏管辖权为由拒绝执行德国法院作出的判决，是否正当？对此，欧洲人权法院首先明确，欧洲人权法院主要目的并非要对该问题作出裁决。而且，对《布鲁塞尔公约》相关规定进行准确的解释，并不是欧洲人权法院的任务。[656]但对 Hussin 夫人的申请，欧洲法院根据《欧洲人权公约》第 8 条关于尊重家庭生活权的规定，以及该公约第一议定书第 1 条关于财产权的规定，认为拒绝执行德国法院的判决，可能会有碍于申请人的家庭生活权（right to family life）及其享有的财产权（right to enjoy property）。[657] 但最终，欧洲人权法院认为，依据《欧洲人权公约》第 35 条第 3 款，Hussin 夫人的申请由于“明显无根据”（manifestly ill-founded）而不予准许，并裁定比利时法院不认可德国所作出的判决并未违反《欧洲人权公约》第 8 条之规定。理由是该案的判决法院无管辖权，故比利时当局不应对其拒绝执行德国判决而承担违反《欧洲人权公约》第 8 条之责任。

尽管 Hussin 夫人依据《欧洲人权公约》中实体性基本人权之申请并未得到欧洲人权法院的支持，但欧洲人权法院在该案中援引公约第 8 条的事实，其开创性意义是不可忽视的。

事实上，欧洲人权法院认定比利时法院可不予执行德国法院的判决，其正当性在于德国法院对该案无管辖权。欧洲人权法院认为，拒绝执行德国判决以及当事人权利丧失的后果，是因为该案从开始就不是在有管辖权的法院审理的，而这一事实正是申请人不能在比利时法院获得执行命令之原因。因此，比利时法院不应当因拒绝执行德国法院的判决而受到指责，因为作出判决的德国法院，违反了比利时关于专属管辖权规则之规定。[658]

但欧洲人权法院对该案的裁决理由，并非是无可质疑的。原因在于，依据《布鲁塞尔公约》第 28 条第 3 款之规定，作出判决的成员国法院如果存在管辖权方面的瑕疵，并不当然能够成为另一成员国法院的拒绝承认和执行判决的合法理由。因此，欧洲人权法院在“Hussin 案”中的逻辑推理所存在的缺陷，已使该裁决的说服力受到影响。此外，依据欧洲人权法院的裁判，无疑会导致申请人的子女与其生父之间在德国和比利时的法律关系陷于“跛脚状态”。这显然并不符合欧洲人权法院在此类案件中所秉持的儿童利益最大化原则。

2．“Wagner 案”与欧洲人权法院的裁决

与“Hussin 案”相比，在欧洲人权法院 2007 年裁决的“Wagner 案”中，申请人则成功援引《欧洲人权公约》第 8 条之规定并使请求得到法院的支持。

---

656 EctHR, Hussin v. Belgium, Decision of 6 May 2004, Application No. 70807/01, para. 14.
657 EctHR, Hussin v. Belgium, Decision of 6 May 2004, Application No. 70807/01, para. 17.
658 EctHR, Hussin v. Belgium, Decision of 6 May 2004, Application No. 70807/01, para. 23.

“Wagner 案”中，拥有卢森堡国籍的单身妇女 Wagner 在秘鲁依据秘鲁法律完成对一儿童的司法收养（judicial adoption）。该收养在 1970 年到 1990 年期间是有效的，但之后因被秘鲁国家检察官（Procureur d’Etat）宣布为非法而中断。后 Wagner 申请在卢森堡就其在秘鲁的收养获得登记但未获准许，卢森堡当局要求 Wagner 将秘鲁的收养判决提交卢森堡地区法院（Luxembourg District Court）审查。[659] 在卢森堡法院的审查阶段，卢森堡关于收养的法律适用规则得以适用于该收养问题。原因是，在此时期内，卢森堡法律遵循法国的判例，其对于外国判决的认可，仍然存在一限制性要求，即作出判决的外国法院应该适用与卢森堡冲突法规则援引的相同法律或者是同样内容的法律（这种要求后来被取消）。依据卢森堡的冲突法规则，收养儿童的条件受收养人的国籍国法律之支配。而依据卢森堡的收养法，完整的收养（a full adoption）只能限于已婚夫妇双方间完成才得以成立。该案中由于 Wagner 是单身的卢森堡人，其在秘鲁的收养不能在卢森堡得到承认。[660]针对卢森堡法院的判决，Wagner 遂依《欧洲人权公约》第 8 条规定之家庭生活权，向欧洲人权法院申请裁决。欧洲人权法院在裁决过程中认为，法院唯一需要考虑的事实是，由卢森堡单身妇女完成的对秘鲁儿童的收养未被卢森堡法院认可。而依据《欧洲人权公约》第 8 条，Wagner 与被收养儿童之间因在秘鲁的司法收养，至少产生了事实上的“家庭生活”（family life）关系。加之，Wagner 相信她在秘鲁的收养能够在卢森堡获得登记，其合理性是存在的。尤其是卢森堡法院晚近以来在实践中也承认了秘鲁的相关收养判决。因此，申请人能够合理地期望秘鲁判决能够在卢森堡得到认可。这些事实，当足以使得该收养关系在申请人的居住地卢森堡获得保护。然而，“Wagner 案”中，卢森堡法院根据卢森堡法律，拒绝认可该收养关系的成立，尽管尊重了卢森堡法律的政策与利益，但并没有对该案中儿童的最佳利益予以适当考量，而这恰恰是欧洲人权法院在此类案件中多次重申应予优先考虑的。正因如此，欧洲人权法院指出，为确保与《欧洲人权公约》第 8 条所规定的家庭生活权相符，在判决的承认与执行过程中，卢森堡法院不能无视申请人在秘鲁依据合法基础所确立的法律身份。[661]

此外，欧洲人权法院通过对该案的调查还发现，当申请人在秘鲁实施收养行为时，曾预期该收养将会自动和无条件地得到卢森堡的民事登记官的承认。[662]因此，要求卢森堡法院承认秘鲁的收养判决，不仅是对申请人依据其业已存在多年的家庭生活关系而享有的家庭生活权之保障，也符合对申请人合法预期予以保护的一般法律原则。

基于以上考量，欧洲人权法院将申请人享有的上述利益一并依据《欧洲人权

---

[659] EctHR, Wagner & J.M.W.L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01, paras. 5-8.

[660] EctHR, Wagner & J. M. W. L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01, paras. 11-12.

[661] EctHR, Wagner & J. M. W. L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01, para.133.

[662] Patrick Kinsch, Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law, Eleven International Publishing Printed in the Netherlands, 2010, pp. 264-265

公约》第 8 条之规定纳入考量，并最终认为，卢森堡法院不承认秘鲁法院的判决，将会违反公约第 8 条之规定，从而构成对申请人所享有的家庭生活权之侵害。

当然，欧洲人权法院特别指出，《欧洲人权公约》第 8 条规定的家庭生活权并非具有绝对效力。但对于申请人家庭生活权的限制，不仅需要与该限制所追求的正当目的之间符合比例原则要求，同时，对于民主社会而言，这种限制应是必要的。欧洲人权法院认为，就“Wagner 案”而言，在《欧洲人权公约》的 47 个缔约方中，绝大多数缔约方并未禁止未婚者收养儿童。[663]而且，基于申请人对秘鲁判决在卢森堡得到承认的正当期望之考量，拒绝认可秘鲁判决，是对该案“社会现实”（social reality）忽略所致。[664]也就是说，卢森堡法院拒绝认可秘鲁的收养判决所导致的“跛脚家庭关系”，不仅会对申请人的日常生活造成种种不便，而且还违反了欧洲人权法院在此类案件中所极力倡导的儿童利益最大化原则。[665]因此，该案中，卢森堡法院无疑是干预了申请人依据《欧洲人权公约》第 8 条所享有的家庭生活权，而且这种干预的正当性是存疑的。

鉴于上述，欧洲人权法院认为，该收养已经在秘鲁生效，而且卢森堡法院拒绝承认事实上已经在申请人之间形成的家庭联系，是不合理的。[666]欧洲人权法院在裁决的附带意见中（obiter dictum）进一步指出，如果申请人在秘鲁的收养是由于儿童的“非法交易”（child trafficking）而取得的，则卢森堡法院可拒绝承认秘鲁法院的判决，[667]但“Wagner 案”显然不属于这种情形。

因此，在外国收养的认可问题上，欧洲法院关于“Wagner 案”的裁决并未创设所谓自动性和无条件性的规则。因为，依据《欧洲人权公约》第 8 条之规定，对相关判决的承认与执行进行干预，必须符合比例性原则（principle of proportionality）。具体在“Wagner 案”中，只有在当事人于外国取得地位（如收养）的稳定性足以构成《欧洲人权公约》第 8 条所规定的“家庭生活权”时，依据公约所进行的干预，才具有正当性。反过来讲，如果在外国建立的法律关系存在法律欺诈（*fraus legis*）的，则《欧洲人权公约》第 8 条之规定就不会发生干预之效力。

就《欧洲人权公约》中实体性基本人权对判决承认与执行的规制问题而言，欧洲人权法院关于“Wagner 案”的裁判，具有重要意义：一方面，欧洲法院对“Wagner 案”的裁决，不仅反映出欧盟家庭法发展的趋向，而且也是对传统国际私法相关规则的突破——形成了一种基于对基本人权的保障而得以影响或制约外国判决承认与执行的新方法；[668]另一方面，从欧洲人权法院的实践来看，除

---

[663] EctHR, Wagner & J. M. W. L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01, paras.126-129.

[664] EctHR, Wagner & J. M. W. L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01, para.132.

[665] EctHR, Wagner & J. M. W. L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01, para.133.

[666] EctHR, Wagner & J. M. W. L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01, para.135.

[667] EctHR, Wagner & J. M. W. L. v. Luxembourg, Decision of 28 June 2007, Application no. 70807/01, para.126.

[668] See H. Muir Watt, European Federalism and the ‘‘New Unilateralism’’, 82 Tulane Law Review 1983–1998

了上述扶养关系和收养关系之外，《欧洲人权公约》第 8 条之规定还会介入有关婚姻关系[669]以及父母子女关系[670]的判决承认与执行问题。而且，欧洲人权法院在这类案件中的实践中，基本上遵循了“Wagner 案”的裁决。

3．关于公约第 8 条的适用问题

从本质上讲，前述“Hussin 案”与“Wagner 案”均涉及《欧洲人权公约》第 8 条规定的家庭生活权对当事人在外国获得的身份关系或地位进行司法干预（judicial intervention）之可能，如下两点应值得特别关注：

第一，依据《欧洲人权公约》第 8 条规定的家庭生活权介入判决的承认与执行问题，对于促进社会的多元化和文化的多样性，有着重要意义。

对于当事人依据外国法在外国获得的身份关系或地位，依据公约第 8 条规定的家庭生活权予以干预是必要的。因为在多样文化和多元社会中，伴随家庭组建的多样与多元性，家庭生活关系亦会呈现出丰富多样的形态。为尊重文化的多样性与社会的多元性，充分保护当事人在国外获得身份关系或地位的稳定性，进而依据《欧洲人权公约》第 8 条规定的家庭生活权，介入外国判决的承认与执行问题，对相关当事人而言，无疑是必要的。为承认当事人依据外国法律体系所获得的身份关系或地位，可以预见的是，《欧洲人权公约》第 8 条之规定，将在很大程度上潜在地促使公约缔约方开放其国际私法体系，以便依据法院地冲突规则所指引的准据法，使这类家庭关系之稳定性得到应有保障。

第二，为维系欧盟所建立的判决自由流动机制，依据《欧洲人权公约》第 8 条规定的家庭生活权，介入缔约方国内法院对当事人在外国取得的身份关系或地位之认可问题，也有必要予以适当限制。

前述欧洲法院的实践表明，当事人在外国合法获取的身份或地位，应该受到相关人权法规则的保护。但与此同时，鉴于以《布鲁塞尔条例Ⅰ》为基石所建立的判决的自由流动机制对于欧盟内部市场之重要性，适用《欧洲人权公约》第 8 条之规定，干预在外国获得的身份关系或地位之认可，必须持谨慎态度。特别是在欧盟的语境下，依据公约第 8 条所规定的家庭生活权，保障欧盟内当事人跨国身份关系稳定性的同时，必须进一步明确认可依据外国法律体系获得的身份关系之条件：一方面，依据外国国际私法制度，当事人身份关系的取得，必须是善意的。而且当事人对其身份关系的稳定性之期望，必须是合法的。这种期望的合法性，一般应依据当事人所获得的身份关系与该身份关系所依据的外国法律体系之间联系的紧密性来决定，亦即当事人身份关系的稳定性，已经构成了《欧洲人权公约》第 8 条意义上的家庭生活关系；另一方面，当事人身份关系的稳定性，以及由此产生的当事人期望受到保护的权利，并不意味着其绝对不受干预。但依据

(2008).

669 EctHR, Mary Green and Ajad Farhat v. Malta, Decision of 6 July 2010, Application No. 38797/07.

670 EctHR, X v. Latvia, Decision of 26 November 2013, Application No. 27853/09; EctHR, Šneersone and Kampanella v. Italy, Decision of 12 July 2011, Application No. 14737/09.

《欧洲人权公约》第 8 条之规定所进行的干预，必须针对当事人身份稳定性的利益，依据比例原则来予以衡量。[671]

第三，除了前述考察的收养及扶养关系之外，《欧洲人权公约》第 8 条规定的家庭生活权还可能介入依据外国法律体系创设的姓名关系、婚姻关系及父母子女关系在缔约方国内的认可问题。

就欧盟理事会组织学者所撰写的《尊重私人和家庭生活权：<欧洲人权公约>第 8 条实施指导》[672]来看，《欧洲人权公约》第 8 条所保护的家庭生活权之范围甚为广泛，其不仅包括婚姻关系，也包括由婚姻关系而可能衍生之扶养关系、收养关系以及父母子女关系。[673]而且，公约第 8 条所规定的家庭生活关系涵盖之范围也比通常所理解的含义广泛。例如，在婚姻关系方面，也包括同性婚姻或伴侣关系；在父母子女关系方面，叔侄关系等非直系亲属关系也在其涵盖范围之内。[674]因此，家庭生活权作为《欧洲人权公约》规定的一项基本人权，其所保护的范围是相当广泛的。在实践中，欧洲人权法院在其裁判的一系列案件中，明确了公约第 8 条规定的家庭生活权可以介入在外国创设的姓名关系、婚姻关系及父母子女关系在缔约方国内的认可问题。[675]而且，在上述家庭关系上，欧洲人权法院秉持了与前述“Wagner 案”一致的立场，即综合考虑案件事实，对当事人依据公约享有的家庭生活权的保护依据比例原则进行考量。

四、结语：判决的自由流动与基本人权的保护之平衡

出于内部市场有效运作之考量，以《布鲁塞尔条例Ⅰ》为基石所构建的欧盟内判决承认与执行机制，设定判决的自由流动之目标。与此同时，《欧洲人权公约》作为对所有欧盟成员国生效的基本人权保护之法律，其所规定的程序性与实体性基本人权，对欧盟内判决的承认与执行已产生直接影响。欧洲人权法院的实践表明，为确保国际民商事判决中当事人基本人权之保护，在判决的承认与执行中，欧盟成员国法院必须依据《欧洲人权公约》之相关规定对外国作出的判决进行审查，以确定判决的承认与执行是否符合公约标准。因而，在欧盟内，人权法与国际私法在判决的承认与执行问题上的交叉，使人权法和国际私法方法进行结合(hybrid)，并进而形成解决判决承认与执行问题的新的方法。这种新的方法其

---

671 Patrick Kinsch, Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law, Eleven International Publishing Printed in the Netherlands, 2010, p. 259.

672 See Ursula Kilkelly, The Right to Respect for Private and Family Life: A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 1, 2001.

673 See Ursula Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life: A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, No. 1, 2001, pp. 16-19.

674 See Ursula Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life: A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, No. 1, 2001, pp. 18-19.

675 在姓名关系方面的代表性判例如 Burghartz v. Switzerland 案（Decision of 22 February 1994, Application No. 16213/90.）、Mentzen alias Mencena v. Latvia 案（Decision of 7 December 2004, Application No. 71074/01.）；在婚姻关系方面的代表性判例如 Mary Green and Ajad Farhat v. Malta 案（Decision of 6 July 2010, Application No. 38797/07.）；在父母子女关系方面的代表性判例如 X v. Latvia 案（Decision of 26 November 2013, Application No. 27853/09.）、Šneersone and Kampanella v. Italy 案（Decision of 12 July 2011, Application No. 14737/09.），等等。

实是欧盟国际民商事判决承认与执行机制之现代化的具体表现。[676]

鉴于人权保护对国际私法理论与实践之影响的上述事实，加之欧盟内人权保护日益强化之影响，无论是在判决作出国所进行的诉讼程序，或者判决本身所承载的当事人的实体权利义务关系，抑或在判决的承认与执行环节，均必须接受基本人权法规则之检视或制约，已成必然趋势。但同时，对依据人权法规则介入判决的承认与执行，又必须持慎重态度。欧洲人权法院的实践表明，对于程序性基本人权，只有在判决作出国进行的诉讼程序，明显违反《欧洲人权公约》第6条规定之程序公正性标准时，才能依据公约拒绝认可该外国判决；对于当事人已经获得的身份关系或地位，依据《欧洲人权公约》第8条规定的实体性基本人权介入的前提是，当事人在外国获得身份关系必须是合法取得，且该身份关系具有充分的稳定性以符合保护当事人合法预期之需要。

总之，尽管一致性一直是国际私法追求的目标，但在判决的承认与执行问题上，必须充分考虑人权保护与个案公正性之需要。因此，有学者将国际私法视为欧盟内提升人权的“催化剂”。[677]但人权法规则过度介入判决的承认与执行问题，又势必损害欧盟国际私法所追求的确定性与可预见性之目标；另一方面，作为当今世界区域一体化程度最高的国际组织，日益强化对人权的保护，成为欧盟发展中最为重要的基石与关注事项之一。因此，如何在人权的保护与判决的自由流动之间取得适当平衡，仍有待于学界与实务界的继续努力。

Impact of the Protection of Human Rights on Recognition and Enforcement of International Commercial and Civil Judgments: Focus on the Application of *ECHR*

Abstract: As an important component of private international law regime, the recognition and enforcement of international civil judgments plays an important role in facilitating the international civil exchanges and stabilizing the international civil order. As an institutional guarantee for the effective functioning of the EU’s internal market, the regime of the recognition and enforcement of judgments which based on Brussels Ⅰ Regulation has placed the goal of free movement of judgments within the EU at the highest position. However, the movement of judgments is not absolutely free in EU. The practices of ECtHR have demonstrated that the member states should examine the judgments originating from other countries according to the relevant rules in ECHR in consideration of the protection for parties’ human

[676] See J. J. Fawcett, The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, 56 Int’l & Comp. L. Q. 1, 47 (2007).

[677] See Veerle Van Den Eeckhout, The Promotion of Fundamental Rights by the Union as a contribution to the European legal space: the Role of European Private International Law, Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1259363

rights in international civil judgments. As a result, the relevant procedural and substantive provisions for protection of human rights which stipulated in ECHR have a direct impact on recognition and enforcement of judgments within the EU. Therefore, how to deal with the conflicts between the security of integration of EU's internal market and the protection of human rights, and further to achieve a proper balance between the free movement of judgments and the protection of fundamental human rights, which has become an unavoidable subject in EU private international law.

Keywords: recognition and enforcement of judgments; fundamental human rights; *Brussels* system; *European Convention of Human Rights*

从卢旺达到也门：保护的责任与人道主义干涉之反思

王国锋

（河南财经政法大学法学院，河南 郑州 450046）

[摘　要] “保护的责任”概念的提出就是为了消弭不干涉内政原则、禁止使用武力原则与保护和尊重人权义务之间的张力。对利比亚的干涉不能被视同标志着人道主义干涉理论和保护责任学说得到巩固和加强的“宪法时刻”。人道主义干涉和“保护的责任”并没有演进成为国际习惯法规范，以人道主义名义使用武力合法化的努力并没有取得任何实质性进展。根据当前和未来的国际国内形势，在国内层面中国应当将“互补干涉内政原则”调整为“保护性干预”；在国际层面在推动《国家责任条款草案》和《国际组织责任条款草》制定的同时，应积极推动“保护的责任”的法制化和规范化，通过“保护的责任”在少数特定情形下的法律义务化和追责，消除国际社会履行“保护的责任”之“政治意愿” 不足和“保护的责任”被滥用的担忧，保障联合国安理会在面对急迫的人道灾难时能够做出及时果断的反应。

[关键词] 保护的责任；人道主义干涉；人权保护；法制化

“保护的责任”做为目前国际社会持续争论的主题，可以追溯至 19 世纪下半叶欧洲列强对土耳其帝国的“人道主义干涉”以及使用武力对身处国外的基督徒的生命和经济利益的保护。[678]随着 1990 年代早期人道主义危机的严峻，尤其是卢旺达种族灭绝和前南斯拉夫族裔清洗的发生，国际社会应对这些灾难的惊人失败导致了“保护的责任”概念的形成，即国家有责任保护其居民的基本人权，当国家没有能力或不愿这样做时国际社会有责任介入。该概念第二层面的含义在新的标签之下拓展了人道主义干涉的古老理念，即当一个主权国家不愿或不能阻止发生在其境内的灭绝种族、战争罪、族裔清洗和反人类罪等人道主义灾难，国际社会可以通过集体或单个国家的行动强制性的进行干预。由于“保护的责任”之概念包括预防、阻止和重建的义务，其比人道主义干涉的古老原则内涵更为宽泛，很显然前者涵盖了后者。二战后，人道主义干涉已成为一个备受争议和关注的话题。该争论的核心根植于三个基本的国际法原则：一是不干涉内政原则，二是禁止使用武力原则，另一个是保护和尊重人权的义务。保护责任概念的提出就是为了消弭前二者与第三者之间的张力。

2011 年对利比亚的人道主义干涉以及与国际社会面对叙利亚危机的持续的迟钝，引发了保护责任是否正在成为一项国际法原则或规则的争论，尤其是基于国家的实践和法律确信其是否正在发展成为一项习惯国际法规范。国际社会对发生于叙利亚的暴行的反应失败，最终证实作为一个规范性原则的保护责任还存在挥之不去的歧义。本文旨在借助国际实践，包括美国和欧洲国家摇摆不定的实践，探究这些歧义，为日益崛起并终将成为全球领导者之一的中国就保护责任的演进和发展探寻一条理性的进路。2011 年至今叙利亚境内持续不断的人道灾难、2014 年年初至今愈演愈烈的极端组织“伊拉克和叙利亚伊斯兰国”(ISIS)所实施的单个国家难以应对的暴行、2015 年 3 月 26 日以沙特阿拉伯等国对也门的军事介入等，更彰显了该问题研究的理论意义和现实意义。

作者简介: 王国锋(1967－), 男, 河南许昌人, 河南财经政法大学副教授，法学博士，贸易与人权法研究中心主任。

[678] Gareth Evans, The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and for All, Irish Studies in International Affairs, Vol. 20 (2009), p.7.

一、“保护的责任”产生的国际法背景与演进

（一）“保护的责任”产生的国际法背景

为了理解“保护的责任”产生的国际法框架，首先需要澄清人道主义干涉的概念。人道主义干涉是指，为了终止领土所属国不能或不愿阻止的大规模侵犯人权的行为，另一个国家或国家集团在该国主权范围内采取包括军事手段在内的强制性干涉。在理论和实践中其又分为两类：一是由全球性或区域性国际组织实施的或者由其授权而进行的集体干涉；一是没有授权的单方面的或由多国进行的干涉，即狭义的人道主义干涉。无论哪一类人道主义干涉均不以目标国同意为前提。[679]本文中的人道主义干涉是指狭义的人道主义干涉。

与此直接相关的三个国际法规则是不干涉内政原则[680]、禁止使用武力原则[681]和人权保护原则。[682]三项原则均由《联合国宪章》第一章所确立并已经包含在了相应的习惯国际法规范中。其中禁止使用武力原则已被国际法院数个判决所确认[683]且该原则在国际实践和文献中已经被视为一个国际法强行规范或强制性规范。[684]

就人权而言，国际社会普遍认为，所有国家均有义务尊重全体人类之人权和基本自由并禁止从事诸如种族灭绝、酷刑、奴役、系统性的种族歧视或严重、广泛的剥夺其国民的权利和自由等严重侵犯人权的行为。国际法院已在不同场合确认该一般性义务是对一切的义务。[685]该义务亦被国际性和区域性人权条约所确认和具体化，并且被这些条约的监督机构进一步澄清。然而，这些国际性和区域性的人权条约不允许，甚至没有提及为强制尊重人权一个国家对另一个国家使用武力的可能性，同样没有提及区域性组织或联合国出于同样目的而使用武力的可能性。国际法委员会在 2001 年二读通过的《国际法委员会有关国家对国际不法行为责任草案》（下文简称“国家责任条款草案”）中也坚持，各国对包括大规模侵犯人权在内的严重违反对作为整体的国际社会所负的国际义务的行为的反应必须合法且与联合国宪章相一致。[686]

在法律原则和各国实践的层面，就如何协调这三个看似矛盾的规范已形成三种有代表性的观点。根据第一种观点——国际法律实证主义，人道主义干涉只有获得安理会根据《联合宪章》第 7 章的授权才是容许的。该结论的依据是对《联合国宪章》文本的解读以及对法律确信和国际实践的限制性解释。与此相对的观点是，自然法理论认为，当一个国家崩溃或自己沦为大规模侵犯人权的凶手时，其他国家有权利、或许有义务进行干涉。根据此种观点，人道主义干涉即使没有获得安理会的授权也是合法的。[687]介于二者之间的第三种观点——

---

[679] 参见杨泽伟：《国际法析论》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 21-22 页。

[680] 参见《联合国宪章》第 2 条第 7 款。

[681] 参见《联合国宪章》第 2 条第 4 款。

[682] 参见《联合国宪章》第 1 条第 3 款。

[683] See ICJ, Judgment on the Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), 9 April, 1949；ICJ, Judgment on the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 27 June, 1986；ICJ, Judgment on the case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), 6 November , 2003.

[684] See ICJ, Judgment on the Corfu Channel case; Ronzitti, Natalino, Use of Force, Jus Cogens and State Consent, in Antonio Cassese, ed., The Current Legal Regulation of the Use of Force, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 147-166; Hannikainen, Lauri, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1998.

[685] See ICJ, Judgment on the Avena and Other Mexican Nationals case (Mexico v. United States of America), 31 March, 2004; ICJ , Judgment on the case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26 February, 2007; ICJ (2012), Judgment on the Ahmadou Sadio Diallo case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo), 19 June, 2012.

[686] 参见 2001 年《国际法委员会有关国家对国际不法行为责任草案》第 41 条第 1 款、第 50 条和第 59 条。

[687] See Tesón, Fernando , The Liberal Case for Humanitarian Intervention, in J.L. Holzgrefe and Robert O. Keohane, eds. Humanitarian Intervention. Ethical, Legal and Political Dilemmas , Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp.93-129.

“现实主义-建构主义（realist-constructivist）”理论认为，在国际法充满活力的演进过程中，为人道主义目的对《联合国宪章》对不干涉内政和禁止使用武力原则的正式突破可能引发一种新的实践，该实践可以使人道主义干涉作为“一般利益受托人(trustees of the general interest)”的国际社会各成员的一种集体反应而合法化。[688]到那时，如果其目的是履行对一切的义务和阻止国际犯罪，即使没有获得安理会的授权，人道主义干涉在法律上也是允许的。[689]第二种观点和第三种观点的区别是，第二种观点依赖于一个道德政治理论的证成，第三种观点依据的是一个法律论证。

总之，对人道主义干涉根据国际法是否是允许的这个问题，没有被广泛接受的明确答案。出于历史的原因，发展中国和发达国家的观点针锋相对；即使是在发达国家之间，尤其是美国和欧洲各国的实践和法律意见亦没有产生任何对该问题的共同理解。

欧盟及其成员国一般支持与美国合作，通过多边途径处理人道主义危机。从 2005 年世界峰会前夕，欧盟成员国已经在联合国层面成为“保护的责任”最狂热的拥护者。此后，欧盟成员国在不同的场合重申了它们对“保护的责任”的承诺，并且“保护的责任”已被列入《欧洲安全战略》。[690]欧洲议会亦已成为实施“保护的责任”的最积极的支持者，并在诸如事关海盗、发生在刚果民主共和国和利比亚的暴行的几个决定中援引了这个概念。然而，欧盟就如何在实践中实施“保护的责任”并没有制定明确的战略，它也没有在该领域承担起领导作用的意愿。这主要是因为在对外关系领域，欧盟的程序规则仍然要求，重要政策性决定须经全体一致方能作出。德国在安理会对利比亚进行干涉的投票中的弃权清楚的表明在这方面欧盟内部缺乏共识。另外，2013 年初法国在马里的军事行动更是彰显了，在对欧洲存在潜在负面影响的危机中欧盟缺乏共同的目标，致使在通过武力面对非洲国家的激进伊斯兰主义者造成的暴行和安全威胁时，无法形成统一欧洲阵线。在马里之前，个别欧盟成员在非洲偶尔进行的干涉，均与领土所属国的同意和/或联合国的授权有关，如 2000 年英国在塞拉利昂的干涉和 2003 年法国在科特迪瓦的干涉。

就此而言，至少直到最近，美国严重依赖于人道主义干涉理论来证明其在另一国家领土内诉诸武力的正当性。从 1965 年入侵多米尼亚共和国到 1982 年干涉格林纳达、1989 年在巴拿马的军事行动和 1994 年的海地，美国单独利用人道主义干涉理论或者与其他法律依据一起作为促进对《联合国宪章》第 2.4 条进行灵活解释的法律理由，这些依据中最具代表性的是在海外保护国民生命和区域安全条约中的集体自卫。其对宪章进行工具性解释的最高代表是 2003 年入侵伊拉克。该先例清楚的证实了人道主义干涉理论变质的风险以及其在权力政治的地缘政治博弈中被滥用的可能性。

从干涉利比亚开始，到马里的军事行动，更为清楚的昭示了欧洲国家的态度转变，最显著的是法国，英国也在一定程度上更为倾向于充当军事干涉的领导，美国作为幕后领导依然坚守着自己的路线。然而，此种复兴的军事激进主义只与个别欧盟成员有关，并且通常出于特殊的国家利益和前殖民关系。尽管如此，在支持 1999 年北约在科索沃实施人道主义干涉中以及在更为广泛的联合国的努力中，欧盟发挥着积极的作用。另外，欧盟在这些国家冲突后重建工作中表现的尤为积极。在这个与“干涉和国家主权国际委员会”(ICISS)提出的重建的责任相符的领域，欧盟可以起到更为重要的领导作用。

总之，鉴于国际实践的不确定性以及国际社会对国际法形成的不同观点的持续存在，尤其是对国家实践的规范作用和解释的不同理解，我们不得不承认国际社会对人道主义干涉

---

[688] See Francioni, Francesco, Balancing the Prohibition of Force with the Need to Protect Human Rights: A Methodological Approach, in Enzo Cannizzaro and Paolo Pacchetti, eds., Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach , Leiden and Boston, Nijhoff, 2005.

[689] See Powell, Catherine , Libya: A Multilateral Constitutional Moment?, American Journal of International Law, Vol. 106, No. 2 (April), 2012, pp.298-316.

[690] See EU Council, Report on the Implementation of the European Security Strategy. Providing Security in a Changing World (S/407/08), 11 December, 2008.

的合法性没有形成共识。然而，由于国际法持续的被援引以证明国际决议的合法性，尤其是证明关涉使用武力的决定的合法性，从国际法层面消弭不干涉内政、禁止使用武力原则与人权保护原则之间的张力是非常值得和必要的。“保护的责任”的提出正是此种努力的结果。

（二）“保护的责任”之演进

冷战结束后，此前为冷战两极格局所掩盖或压抑的一些新问题陆续出现。由资源之争、种族矛盾、民族矛盾、恐怖主义等问题所导致地区局势、国内动荡此起彼伏，因此而引发的人道主义灾难无疑成为冲击世界和平与安全更直接、更频繁的原因。如何在饱受争议的人道主义干涉之外，构建能够凝聚国际社会共识的应对人道主义灾难的新理论成为当务之急。1990 年代发生的几个震撼人类良知的人道主义灾难及国际社会的不同反应直接影响了保护责任的产生和发展。

首先，1994 年发生在卢旺达的种族灭绝及国际社会的无所作为揭示了各国进行干预的政治意愿的缺失以及进行干预的法律义务意识的缺乏；其次，1993 年联合国在索马里维和行动的半途而废以及 1995 年联合国维和部队所代表的联合国保护力量在阻止发生在波斯尼亚斯雷布雷尼察大屠杀的无能，清楚的表明联合国干涉的不足；第三，1999 年北约绕过联合国对科索沃的干涉则留下了一个未经授权且充满争议的区域干涉的典型。

危机孕育创新。作为对时任联合国秘书长的安南在第 54 界联大和千年大会上的呼吁[691]之回应，2000 年加拿大政府成立“干涉和国家主权国际委员会” (ICISS)，旨在为应对大规模系统侵犯人权提供方法。ICISS 的报告提出并概述了“保护的责任”的内涵，即“主权国家有责任保护本国公民免遭可以避免的灾难——免遭大规模屠杀和强奸，免遭饥饿，但是当它们不愿或者无力这样做的时候，必须由更广泛的国际社会来承担这一责任”[692]，具体包括三个方面的责任：预防的责任、做出反应的责任和重建的责任。在授权干预的程序上，尽管 ICISS 认为安理会应当是决定人道主义干涉的主要机关，它也提出了联合国大会作出此种决定的可能性，并且区域性组织在某些情况下也可以进行干涉并在事后从安理会获得此种行动的合法性。同时提出安理会如不作为，有关国家可能不排除采取其它方式来应付此种严重和紧迫的局势。该报告受到了联合国秘书长科菲·安南的欢迎，他敦促世界拥抱和践行“保护的责任”。

2004 年，联合国秘书长安南任命组成的“威胁、挑战和改革问题高级别小组”（名人小组）发表的《一个更安全的世界——我们的共同责任》报告中，第一次采纳了“国际社会提供保护的集体责任”的概念。2005 年联合国秘书长在联大的报告《大自由 ：实现人人共享的发展、安全与人权》中再次提出“主权国家有责任保护公民的权利，保护公民免受犯罪、暴力和侵略的危害”及“集体负有提供保护的责任”。

在 2005 年 9 月举行的纪念联合国成立 60 周年的世界首脑峰会上，“保护的责任”之概念获得了支持，尽管其最终接受需要克服许多国家的反对或保留。峰会在其最后通过的《世界首脑会议成果》（第 60/1 号决议）第 138 段和 139 段专门对“保护的责任”做出规定，首次限定了“保护的责任”的适用范围和责任主体，明确了联合国的责任，并设定了国际社会的协助义务，这无疑具有重要的政治和法律意义。但最后成果文件中的该概念及其适用范围比 ICISS 的建议要严格的得多。世界峰会表示其准备根据联合国宪章第 7 章采取措施，但是它既不承认在宪章体系之外存在一个人道主义干涉的权利，也不承认在宪章体系之内存在一

---

691 1999 年安南在第 54 届联大发言时警告说：“如果人类的共同良知不能在联合国找到它最大的讲台，那么人们可能就会以其他手段寻找和平和正义。” See ICISS, The Responsibility to Protect，p.2; 2000 年安南在《千年报告》中直截了当地指出：“如果人道干涉真的是对主权的一种令人无法接受的侵犯，那么我们应该怎样对卢旺达，对斯雷布雷尼察作出反应呢？对影响我们共同人性的各项规则的人权的粗暴和系统的侵犯，我们又该怎样作出反应呢？” See Kofi Annan, We, the Peoples-the Role of the United Nations in the 21st Century, p.4.

692 See ICISS, The Responsibility to Protect，p.8.

个这样做的义务。安理会随后也支持成果文件。[693]

2009 年 1 月，联合国秘书长潘基文做了题为《履行保护的责任》的报告，力挺“保护的责任”概念。2009 年 7 月，第 63 届联合国大会举办了关于保护责任的互动式专题对话并对《履行保护的责任》进行了全体讨论，与会各国分歧非常大。尽管如此，大会还是一致通过了第一个专门针对“保护的责任”的文件《保护的责任的决议》（第 63/308 号决议），要求继续对“保护的责任”进行探讨，尽快兑现承诺，落实责任。2010 年 7 月，在第 64 届联合国大会上联合国秘书长作了题为《预警、评估及保护的责任》的报告，专门探讨“保护的责任”的“预警和评估”机制。2011 年 6 月联合国秘书长在《区域和次区域安排对履行保护的责任的作用》的报告中，强调了全球-区域层面（global-regional collaboration）的有效合作对“保护的责任”所包含的承诺的实现至关重要。[694]2012 年 7 月联合国秘书长提出了《保护的责任：及时果断的反应》的报告，着重分析了“及时果断反应”的问题，评估了做出及时反应可资利用的工具、可以合作的伙伴，以及预防和反应之间的紧密联系。2013 年联合国秘书长提出了《保护的责任问题：国家责任与预防》的报告，探讨了残暴罪行的成因和动态，阐明了国家预防暴行和构建对暴行及时反应的社会可采取的措施，并列举了一些国家在这方面所采取的主动行动。2014 年 9 月联合国秘书长向大会提交了他的第六份报告：《实现我们的集体责任：国际援助和保护的责任》， 报告确认了通过鼓励、能力建设和保护援助的方式帮助各国的行为者、帮助的途径以及指引该种努力的原则。

由此可见，“保护的责任”的概念已从民间研究报告发展为联合国法律文件的重要内容，并已成为国际社会对话和谈判的基准。[695]然而，联合国辩论中出现的保留以及各国在义务意义上接受存在保护个人免受大规模人权侵犯的责任的持续犹豫，清楚的表明，时至今日有关这个新原则的法律基础还存在太多的不确定性。2011 年安理会关于利比亚问题的第 1970 号决议和第 1973 号决议均重申了利比亚当局对其人民具有“保护的责任”，其就“保护的责任”的实施和规范内容为我们提供了可资借鉴的实例。

二、“保护的责任”与对利比亚的人道主义干涉

（一）安理会第 1973 号决议和“保护的责任”

国际社会对利比亚人权状况的关注已持续多年。由于利比亚政府军对反政府抗议活动进行残酷镇压，导致暴力活动迅速升级，2011 年 2 月 26 日安理会通过了第 1970 号决议，决定对利比亚实施武器禁运、冻结利比亚的海外资产、将卡扎菲的政府成员和他的几个家庭成员所犯罪行提交国际刑事法院。[696]同月，叛军宣布利比亚国家过渡委员会作为他们共同代表机构。随后几周内，暴力进一步升级，卡扎菲在国家电视台公开宣布要杀死所有已经拿起武器或将要拿起武器反抗政府的利比亚人。[697]为应对此人道主义危及，2011 年 3 月 17 日安理会通过了 1973 号决议，[698]宣布在利比亚建立一个禁飞区并授权使用包括根据联合国宪章第七章使用武力在内的一切措施，保护平民。根据这个决议，在美国、法国和英国实施初步行动之后，统一保护者行动（Operation Unified Protector）在北约的保护下开始实施。这些干涉行动的法律依据主要是安理会通过 1973 号决议的授权，该决议在序言中声明联合国宪章第七章是采取行动的依据。

---

693 See UN, Resolution on the Protection of civilians in armed conflict (S/RES/1674), 28 April, 2006, para.4.

694 Report of the Secretary-General, he Role of Regional and Subregional Arrangement in Implementing the Responsibility to Protect, A/65/877-S/2011/393(2011).

695 参见郭丹《“保护的责任”的新发展及中国的对策》,《太原理工大学学报》（社会科学版）2012 年第 5 期。

696 See UN, Resolution on Peace and security in Africa (S/RES/1970), 26 February, 2011.

697 See‘Defiant Gaddafi issues chilling call’, ABC Australia (23 February 2011).

698 See UN, Resolution on Libya (S/RES/1973), 17 March, 2011. 该决议的通过，中国和俄罗斯两个安理会常人理事国和包括巴西、印度和德国在内其他会员国投了弃权票。

授权使用武力保护利比亚人民免遭其本国政府实施的人权侵犯行为，被一些国家做为接受“保护的责任“的证据而受到欢迎。联合国秘书长潘基文亦指出：“1973 号决议清楚和明确的肯定了国际社会履行其保护平民免遭他们自己的政府对他们实施的暴力行为的责任的决心。”[699]然而，许多学者得出了更为谨慎的结论。他们指出，一方面，利比亚情势的极端特殊性驱使安理会采取了行动；[700]另一方面，安理会本身没有做出任何声明表明其行动是根据作为规范概念的国际社会的“保护的责任”做出的。[701]

就极端情势而言，利比亚危及的确包含了一些在另外的环境下不可能再次同时发生的因素。首先，实施针对平民的大规模暴行的威胁是卡扎菲本人明确发出的，致使该威胁迫在眉睫且非常明确。其次，从暴力开始到其升级为一场完全的内战的时间间隔非常短，没有留给安理会广泛讨论的时间。第三，区域性组织起了重要的作用。阿拉伯国家联盟（LAS），伊斯兰会议组织（OIC）和海湾合作委员会（GCC）均要求建立“禁飞区”。几个区域行动者所持的明确立场可能为俄罗斯和中国不否决该决议铺平了道路。这些实际情况显然促进了安全理事会决策过程。

另外，1973 号决议的确提及了“保护的责任”，但仅仅提及了其第一层含义，即国家保护其自己民众的的责任。[702]这是一个敷衍的声明，因为根据联合国宪章和国际法该责任已经是国家义务的一部分。该决议并没有提及该原则的第二层含义，即国际社会保护这些平民的责任，这表明该层含义并没有被视为干涉的协商一致的规范基础。

另外一个需要考虑的事实是弃权。除中国和俄罗斯之外，德国、巴西和印度也投了弃权票。鉴于几个国家尤其是俄罗斯和中国赋予主权原则和不干涉内政原则极端重要性，决定弃权而不是投票反对 1973 号决议可以视为朝向接受使用武力阻止人道主义危及迈出了具有重要意义的一步。在 2011 年当安理会通过 1973 号决议时，这此种看法可能是正确。但是随着叙利亚危机的爆发，该观点失去了其原有的分量。尽管叙利亚危机产生的巨大的持续不断的人道主义灾难在许多方面比利比亚危及更为糟糕，俄罗斯和中国却坚决的拒绝默许另一个授权武力干涉的安理会决定的通过。今天存在一个普遍的共识，即安理会的无所作为，尤其中国和俄罗斯不同意授权武力干涉叙利亚危机，至少部分原因是军事行动的不稳定影响以及在利比亚显而易见的越权使用武力，而且此种越权是以保护平民的生命和促使停火为由，行导致政府更迭之实。

上述事实说明，围绕利比亚干涉的人道主义理由仍然存在许多模糊之处，所有这些都使我们无法同意将利比亚干涉视同标志着人道主义干涉理论和“保护的责任”学说得到巩固和加强的“宪法时刻”且非常成功的观点。即使是以美国为首的极力支持干涉的国家也没有明确的援引规范义务来证明他们支持干涉的决定的正当性，而规范义务恰恰是保护责任的精髓。这就引发另一个需要回答的问题：即使利比亚先例不能被视为保护责任的真正实施，其是否表明武力干涉已经成为在应对紧迫的人道主义危及时禁止使用武力的一个可接受的例外。

（二）安理会第 1973 号决议和人道主义干涉的国家实践

---

699 See UN, Statement the Secretary-General on Libya, 17 March, 2011.

700 See Bellamy, Alex J., “Libya and the Responsibility to Protect: The Exception and the Norm”, Ethics & International Affairs, Vol. 25, No. 3 (September), 2011, pp. 263-269.

701 Hehir, Aidan, The Responsibility to Protect. Rhetoric, Reality and the Future of Humanitarian Intervention, Basingstoke and New York, Palgrave Macmillan, 2012.

702 联合国安理会1973号决议序言第三段：“Reiterating the responsibility of the Libyan authorities to protect the Libyanpopulation and reaffirming that parties to armed conflicts bear the primary responsibility to take all feasible steps to ensure the protection of civilians”，
http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973 (2011). 2015-3-30.

从 1990 年代初开始，安理会已经在不同的情况下，为了保护平民而授权使用武力干涉人道主义危机。其中有些军事干涉的决定是根据相关国家或临时政府的同意作出的，如 1999 年对东帝汶的干涉和 2006 年因达尔富尔问题对苏丹的干涉。其他一些干涉是未经目标国政府同意而实施的，如 1992 年对索马里的干涉、1994 年对卢旺达的干涉、1992 年至 1993 年对波斯尼亚的干涉以及对利比亚的干涉。此种干涉的实施，除当时没有政府的索马里外，均违背了被干涉国政权的意志。尽管根据联合国宪章第七章进行授权时政府的同意并不具有重要的法律意义，但此种同意的存在在实践中极大促进了安理会的决策。

北约在利比亚经安理会授权的人道主义干涉的确是国家国际实践的一个范例。这是一个以保护人权为目的而接受减损禁止使用武力原则以支持通过人道主义干涉的例证。此种国家实践可以从两个不同的规范视角进行评估：一个是，有关使用武力的正当性的宪章规范的动态演进；一个是，关于该主题的习惯国际法的逐步发展。

就第一种视角而言，利比亚先例巩固了联合国安理会在第一次海湾战争中开启的一种实践。在此种实践中，联合国机构在处理国际危机时承担的是规范角色，而不是纯粹的执行角色。这表明安理会成为立法者或法律的解释者，正如在利比亚范例中展示的那样，它通过解释法律来证明卡扎菲屠杀平民的行为构成了《联合国宪章》第七章项下的和平之破坏。因而，即使对国际和平没有实质性负面影响的国内冲突或人道主义灾难，对和平之威胁和破坏的解释的演进和扩张也可以为根据宪章第七章授权集体干涉提供合法性依据。从长远看，此种扩张的趋势可能催生这样的理解：甚至对具有突出普遍价值的文化和自然遗产的破坏也可能成为授权使用武力保护它们的一个因素。在马里持续不断的冲突中军阀故意破坏通布图（Timbuctu）宗教圣地的行为震惊了国际社会[703]。这是一个对人类整体具有突出的普遍价值的联合国科教文卫组织认定的世界级遗产。这导致联合国科教文卫组织总干事伊琳娜·博科娃呼吁对此野蛮行径进行强烈应对。

由此可见，宪章解释演进的趋势是，安理会在决定可以触发根据宪章第七章诉诸武力以保护平民免遭大规模人权侵犯的条件时拥有更为广泛的权力。有学者认为，一项允许安理会为保护一国境内的平民就军事强制措施作出决定的权利已经开始形成。“此项法律权利是通过解释的演进和通过安理会的后续实践对联合国宪章的非正式修改而形成的，安理会的实践主要是对联合国宪章第七章和平之威胁的扩大解释和适用。”[704]

就第二种视角而言，允许未经安理会授权的人道主义干涉的习惯国际法规则是否正在出现，从法律角度更具争议性和紧迫性。

三、保护责任与人道主义干涉习惯法演进之现状

从北约未经安理会授权对科索沃诉诸武力至今已过去 16 个春秋。在这场具有争议的军事行动之后，该事件是否构成人道主义干涉法的一个转折点以及对联合国宪章所规定的在国际关系中允许使用武力的严格条件的违反，成为争论的焦点。一种观点认为，尽管干涉表面上具有令人信服的道德和政治上的正当依据，其背后真正的驱动力是西方国家在巴尔干地区重大的战略利益，单边人道主义干涉不仅违反《联合国宪章》，而且有悖于法律以及政治、道德原则，[705]武力干涉科索沃不应被视为侵蚀禁止使用武力的国际法规范和宪章所规定的原则的先例。与此相反，另外有学者认为，尽管北约未经授权的干涉违反了联合国宪章，此种

---

[703] 参见国际在线专稿：《马里极端组织破坏濒危世界遗产通布图古城》，http://www.chinadaily.com.cn/hqjs/jsyw /2012-07-03/content_ 6342536.html，2013-8-27。

[704] Amnéus, Diana, “Has Humanitarian Intervention Become Part of International Law under the Responsibility to Protect Doctrine?”, in Julia Hoffmann and André Nollkaemper, eds., Responsibility to Protect. From Principle to Practice, Amsterdam, Pallas Publications and Amsterdam University Press, 2012, p.157-171.

[705] 徐崇利：“人道主义干涉：道德与政治‘合法婚姻的产儿’？——以北约空袭利比亚为例的分析”，《法商研究》2011 年第四期，第 99 页。

违反可以被看做一个新的人道主义干涉原则出现的例证。当安理会因应对危机的决议被否决而无能为力时，该原则可以使使用武力阻止一国实施或允许实施暴行的行为合法化[706]。其他学者认为，在原则上，对现存的禁止使用武力的国际法规则的违反可能导致法律的变革，使之与联合国宪章对人权的基本承诺更为一致。但他们得出结论是，从事实和法律依据的层面看，北约的干涉缺乏一个新的国际法规范出现所应具有的法律确信这个基本条件。[707]

从法律技术的角度看，在解决这个问题时两个因素必须考虑。第一个因素是《国家责任条款草案》第 48 条第 1 款规定，在不法行为构成对国际社会整体的国际义务的违反的情况下，受害国以外的国家有采取反制措施的权利。第二个因素是已经讨论过的保护责任学说。

第一个因素在为数众多的有关人道主义干涉的文献中通常被忽略，但其与正在探讨的这问题具有密切联系。任何需要采用人道主义干涉进行回应的国际不法行为均构成诸如种族灭绝、族裔清洗、屠杀平民、大规模的饥荒和反人类罪等严重侵犯人权的行为。根据定义这些行为违反了“对作为整体的国际社会”的义务。国际法委员会对国家责任法的编纂明确规定，此类违反国际法的行为不是直接受害国的排他性关注。相反，它是作为整体的国际社会的集体关注，因而受害国以外的任何国家都可以作为代理人来追究因违反这类义务所产生的国际责任。该条款赋予了对一切的义务的观点以实质性内容。对一切的义务由国际法院在 1970 年巴塞罗那牵引案判决中首次提出，后来国际犯罪的加重责任的观点对其进行了巩固。大会报告起草人阿戈（Ago）在其影响深远的报告中对国际犯罪进行了详细的论述，并最终以“严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务”这个较为委婉的标题被纳入了《国家责任条款草案》之中。[708]然而，第 48 条规定不是一个完整的规范性建构：它授权受害国以外的任何国家均可针对一国在其领土内实施或允许实施的暴行援引国际责任，但是它并没有确认通过使用包括武力在内的强制措施强制实施该责任的权利，更不要说义务了。

第 48 条第 2 段规定受害国以外的任何国家可以要求责任国：a）停止国际不法行为，并提供不重复的承诺和保证；和 b）按照前几条中的规定履行赔偿的义务。 其根本没有提对责任国实施强制措施。相反，第 50 条重申针对责任国采取的反措施不得影响“《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务”。由于《国家责任条款草案》是在北约干涉科索沃后不久通过的，且是在由此引起的有关联合国安理会不能或不愿干涉时其他国家和国家集团使用武力阻止大屠杀的容许性的广泛辩论之后通过的，我们不能不得出这样的结论：正如在 2001 年国际法委员会所看到，习惯国际法并没有将使用或威胁使用武力视为阻止一个国家实施大规模暴行的合法的反措施。8 年后的 2009 年 7 月 6 日联合国国际委员会一读通过的《国际组织的责任条款草案》第 52 条第 1 款同样重申了对国际组织的国际不法行为采取反措施不得影响“《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务。该草案再次为上述结论提供了强有力的支撑。

接下来我们来探讨第二个因素：保护责任学说。该学说是国际社会针对类似索马里、卢旺达、波黑、科索沃、达尔富尔等地的种族灭绝和种族清洗事件而对国际法既有制度和观念进行反思而出现的理论。[709]其在是冒着让暴行继续的风险严格遵守禁止使用武力的戒律，还是接受对禁止使用武力原则和国家主权原则的违反，承认国际社会有保护民众免遭大规模人权侵犯的资格和义务的抉择中选择了后者。就像上文提到的《国家责任条款草案》第 48 条，

---

[706] Cassese, Antonio, “Ex iniuria ius oritur: Are we Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, European Journal of International Law, Vol. 10, No. 1(1999), p. 23-30.

[707] Francioni, Francesco,“Of War, Humanity and Justice: International Law after Kosovo”, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 4 (2000), p. 107-126.

[708] See ILC 2001: Art. 40-41.

[709] Gareth Evans, “From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect”, Wisconsin International Law Journal, Vol.24(2006), p.703.

“保护的责任”也揭示了一个未完成的课题。除了联合国秘书长有关强制实施“保护的责任”的方式的相当模糊和不确定的声明外，非常清楚，无论是在峰会成果文件还是随后的联合国大会的辩论中，在宪章体制之外或未经安理会授权使用强制措施制止人道主义灾难均不被视为一种合法的选择。更不像国内有的学者所认为的那样“保护的责任”已经成为国际习惯法规范。[710]准确的说，“保护的责任”只是一项正在形成中的国际法规范。美国即明确反对 2005 年《成果文件》草案第 118 段第 5、6 句中有关国际社会在履行“保护的责任”方面负有“义务”(obligation)的规定。 美国认为“我们不能同意作为整体的联合国，或者安理会，或者具体国家有义务根据国际法进行干涉。我们也认为，联合国在特定情形下采取何种行动应该根据具体情况而定。”[711]根据美国的建议，2005 年《成果文件》第 138 段规定，国际社会“应酌情鼓励并帮助”各国履行这一责任。第 139 段规定，有关国家当局显然无法保护其人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害，联合国“准备”根据《宪章》采取行动，从而改变了《成果文件》草案第 118 段规定联合国负有“义务”履行“保护的责任”的内容。

在此种国际法背景之下，由于联合国安理会不能或不愿干涉可能催生两种截然不同的结果：一是叙利亚的情势，即恪守联合国宪章所确立的基本原则，因安理会常任理事国否决权的行使无法采取行动，只能采取有限的援助措施帮助持续不断的人道主义灾难影响着数以千万计的平民。一是北约干涉南联盟和当下的也门情势，[712]即绕开联合国安理会，由一国或数国对另一国发起武力干涉。这两种情势都有违国际社会日益法治化和民主化的趋势。

四、“保护的责任”与人道主义干涉困境破解之中国路径

尽管作为联合国宪章的基本原则人权拥有卓越的地位，禁止使用武力的规则和宪章第七章赋予安理会的使用和授权使用武力的垄断权力并没有受到呼吁人道主义干涉的道德和政治主张以及“保护的责任”的影响。然而，冷战后频繁发生的震撼人类良知的人道主义灾难对应对此种人道灾难的新的国际规则的需求明确而强烈。如果联合国固守传统的法律理念而不做出积极有效的回应，放任人道主义灾难发生和持续，联合国本身的合理性和合法性将会受到质疑；另一方面，很可能会催生基于国家利益和诉求的单边人道主义干涉规则的形成，1999 年北约对南联盟的干涉以及今天以沙特为首的海湾国家对也门的干涉明确的昭示了此种趋势。此种游离于联合国规则之外的惯例的形成，将会使国际和平和安全置于更为危险的境地。作为正在强劲崛起的中国，在为世界经济繁荣做出贡献的同事，亦应拿出当年提出和平共处五项原则的睿智和勇气为新的国际规则的形成做出自己的贡献。

（一）对和平共处五项原则进行修正

和平共处五项原则自 1953 年提出至今作为中国对外交往的基石，为中国的和平发展做出的卓越的贡献。然而，62 年后的今天国际国内形势都发生了沧海桑田般的变化，我们理应对和平共处五项原则进行检视，做出与时俱进的修正。就和平共处五项原则的当下国际实践而言，可以说其总体上对中国和平崛起仍然发挥着不同替代的作用，是我今后仍要坚持的外交方针。然而，对和平共处五项基本原则之“互不干涉内政原则”的机械坚守，使中国在诸多外交事务中处于相对被动地位，不符合国际社会的主流价值观和中国的国家利益。

首先，不干涉内政原则在国际层面面临着诸多挑战。所谓内政是指“国家可以不受依国际法而产生的那些义务的限制而能自由处理的那些事项”。[713]也就是说，“保留给国家国内管

---

[710] 参见郭冉：“‘保护的责任’的新发展及中国的对策”，《太原理工大学学报(社会科学版)》2012 年第 5 期；李杰豪，龚新：“‘保护的责任’法理基础析论”，《湖南科技大学学报(社会科学版)》2007 年第 5 期。

[711] 蔡从燕：“联合国履行 R2P 的责任性质:从政治责任迈向法律义务”，《法学家》，2011 年第 4 期，第 145 页。

[712] 2015 年 3 月 26 日应也门政府请求，沙特阿拉伯等国 26 日凌晨对也门首都萨那等地什叶派胡塞武装控制的目标发动空袭。

[713] 梁西：《国际组织法(第六版))》， 杨泽伟修订，武汉: 武汉大学出版社 2011 年版，第 79 页。

辖的领域是指国家的活动不受国际法约束的领域，其范围取决于国际法并依国际法的发展而变化”。[714]随着国际社会的组织化程度的增强和国际法的发展，内政的范围在呈逐渐缩小的趋势″。“国家安全观”向“人的安全观”的嬗变以及联合国安理会对“和平之威胁、和平之破坏”的扩大解释所导致的“国际和平与安全”之外延的扩大，有可能导致联合国安理会采取更多的强制干预行动。“作为权力的主权观”向“作为责任的主权观”的嬗变以及“保护的责任”理论的出现亦对不干涉内政原则构成了挑战。

其次，中国国际地位的提升，使中国坚持不干涉内政原则承受着越来越大的国际压力。经过 30 多年的改革开放和快速发展，中国经济于 2010 年赶超日本成为世界第二大经济体。随着发达国家经济实力的相对衰落，新兴经济体的力量逐步上升，中国在国家事务中的影响力日益争强。随着中国经济实力和影响力的增强，国际社会更加期待作为联合国安理会五大常任理事国之一的中国，能在全球治理和区域合作以及国际国内冲突等各个方面发挥更大的作用。然而，中国因坚持不干涉内政原则，往往不愿意或不能够扮演很多国家预期或希望的全球领导者的角色。“不干涉内政原则让中国政府在战略和公关方面受到束缚，增加了外交政策言行不一的风险，加剧了中国在地区和全球层面上不受信任的情况”。[715]例如，国际社会对中国“不附加任何条件”援助和贷款提出质疑，认为中国的政策可能阻碍美国、欧盟、世界银行和国际货币基金组织等援助方“以外援为杠杆，促进受援国改善人权、进行改革”的努力。[716]

第三，随着“走出去”和“一带一路”国家战略的实施以及海外利益的日益扩展，中国很难置身国际事务之外，始终坚持不干涉内政原则。中国作为最大的发展中国家，在“走出去”战略的推动下，近年对外直接投资规模呈现迅速增长的态势，到 2014 年中国的对外直接投资流量连续两年列世界第三位，仅次于美国和德国；对外直接投资存量超过 6600 亿美元，列世界第十一位。[717]中国 1.53 万家境内投资者在国（境）外设立 2.54 万家对外直接投资企业，分布在全球 184 个国家（地区）。从而使中国保护海外公民和海外投资的问题变得更加紧迫和复杂。“一带一路”沿线国家大多为发展中国家且有的国家和地区时局动荡，如何保证这些国家和地区政局的稳定和政策的延续，保障“一带一路”战略的顺利实施，亦使中国奉行的不干涉内政原则面临严峻的挑战。

第四，中国要在未来成为负责任的的全球领导者，亦应对不干涉内政原则进行调整。2015 年 4 月 4 日人民日报海外版撰文指出：“各国应该平等，但世界需要领导。领导的合法性只能来自提供服务，而非自封，更非谋私。偌大世界，只有美国提供服务恐怕不够。只要美国寻求从全球化中最快增值，它就只能通过共赢，其后果必然是他国崛起，并与美国分享服务世界的机会。”[718]也就是说中国要崛起成为负责任的全球领导者，必须与美国分享服务世界的机会，亦应担负起向国际社会提供公共服务的责任，此种服务最核心的内容是维护世界和平和安全，维护公平正义。如果中国继续机械的固守不干涉内政原则，就无法很好承担为国际社会提供服务的责任，也就很难崛起为负责任的全球大国或领导者。诚如有学者所指出的：“中国的体量、与外部世界的对接度，已经使得我们越来越难以搭便车，中国不能不去主动提议、下先手棋，从而进行‘创造性介入’。”[719]

综上所述，随着国际和国内环境的变化，中国应以“保护的责任”的提出契机，反思和重新定位不干涉内政原则，实现从“互不干涉内政原则”向“保护性干预”的转变，为在国

---

[714] 白桂梅等：《国际法上的人权》 北京: 北京大学出版社 1996 年版，第 284 页。
[715] [美]伊恩·米尔斯：“中国应该放弃不干涉政策吗？”， 参考消息，2102 年 2 月 10 日，第 14 页。
[716] 王冲：中国对外援助 66 年：那些年，我们的钱去哪了？http://t.ifeng.com/article/35239060.html. 2015-4-5.
[717] “今年我国对外非金融类对外投资有望突破 1000 亿美元”，http://finance.sina.com.cn/china/20141229/0740 21185103.shtml.2015-1-13.
[718] 沈丁立：“美国心态确实需要调整了”，《人民日报（海外版）》，2015 年 4 月 4 日第 1 版。
[719] 王逸舟：“创造性介入: 我心目中的中国新外交”，《世界知识》，2012 年第 1 期，第 17-19 页。

际层面推动“保护的责任”的法制化和规范化奠定国内外交政策的基础。所谓“‘保护性干预’是指在国际关系中出现严重的人道主义灾难的情况下，或是中国的国家利益面临严重的威胁或破坏的情况下，中国政府为践行国际法治与民主价值、保护中国的国家利益而进行的干预。其实施主要有两个前提条件：一是出现违反种族灭绝、战争罪、种族清洗和危害人类罪等国际罪行的行为；二是中国的国家利益受到威胁。”[720]

（二）促进“保护的责任”法制化规范化

在2001年加拿大非政府组织“干涉与国家主权国际委员会”发布《保护的责任》后的短短的几年间，其能被联合国一系列文件和众多国家的政策声明所广泛接受,这表明国际社会对于保护责任已经有了一定的共识。然而，联合国安理会应对利比亚危机和叙利亚危机的不同措施，表明成员国对“保护的责任”实施仍存在较大的分歧。

纵观联合国的一系列文件，我们可以发现，主权国家是履行“保护的责任”的“首要主体”，而以联合国为代表的国际社会“最多只能发挥补充作用”，[721]已成国际社会的基本共识。虽然国际社会在“保护的责任”实施中承担补充性的作用，但国际社会真正发挥作用却是有效履行“保护的责任”的关键所在。换言之，“确认主权国家在履行‘保护的责任’中的‘首要主体’地位，绝不意味着国际社会的作用是不重要的。恰恰相反，‘保护的责任’之概念提出的主要或者真正的意义在于国际社会,尤其普遍被认为是国际社会代表的联合国被要求在履行‘保护的责任’方面应该承担相应‘责任’。”[722]国际社会履行“保护的责任”之规则的构建最终决定着“保护的责任”整体实施的成败。然而履行保护责任所遇到困境和障碍恰恰主要集中于国际社会之“保护的责任”的履行方面。

国际社会履行“保护的责任”的首要困境是缺乏履行“保护的责任”的政治意愿或者各国分歧过大无法形成履行“保护的责任”一致决定。正如《调查联合国在1994年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的报告》尖锐地指出,联合国会员国缺乏政治意愿是联合国未能阻止卢旺达大屠杀发生的重要原因之一,而政治意愿缺乏的原因被认为可能是卢旺达对于别的国家没有战略利益。[723] 印度在2009年7月举行的联大辩论会上指出,联合国尤其安理会在一系列举世皆见的悲剧中不采取行动的原因“并不是因为缺乏预警、资源或者国家主权障碍,而是因为政治或经济方面的考虑”，因而印度认为关键在于解决“行动意愿”(willingness to act)问题。[724]瑞士也认为，“问题通常并不在于缺乏信息。在一个关键性的时刻缺乏政治意愿是以前我们屡次失败的核心所在。”[725]

国际社会履行“保护的责任”的第二困境是担心其被滥用，而成为武力干涉别国内政的借口。此种滥用有两种情况：一种是经联合国安理会授权的国家，在履行“保护的责任”的过程中，超越授权或滥用授权追求其国家利益。对利比亚干涉就是一个鲜活的例证；二是无法获得安理会授权时，绕开联合国，以履行“保护的责任”为借口，对另一个主权国家进行武力干涉。科所沃战争、伊拉克战争以及以沙特为首的国家对也门的武装干涉就是例证。

中国作为联合国五大常任理事国之一，在不同场合表达了对保护责任理念的支持，也表达了同样的担忧。2005年6月7日,中国外交部发布的《中国关于联合国改革问题的立场文件》明确指出，“各国负有保护本国公民的首要责任。一国内乱往往起因复杂，对判定一国政府是否有能力和意愿保护其国民应慎重，不应动辄加以干预。在出现大规模人道危机时，

---

720 杨泽伟：“国际社会的民主和法治价值与保护性干预——不干涉内政原则面临的挑战与应对”， 《法律科学》，2012年第5期，第45页。

721 Report of the Secretary-General, Implementing the Responsibility to Protect, A/63/677(2009), para.14.

722 蔡从燕：“联合国履行R2P的责任性质:从政治责任迈向法律义务”,《法学家》，2011年第4期，第143页。

723 参见秘书长给安理会主席的信之附件: 《调查联合国在1994年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的报告》，S/1999/1257，第47、48页。

724 See General Assembly, Sixty-third session, 99th plenary meeting, Official Records, A/63/PV.99, p.26.

725 General Assembly, Sixty-third session, 98th plenary meeting, Official Records, A/63/PV.98, p.5.

缓和和制止危机是国际社会的正当关切。有关行动须严格遵守《宪章》的有关规定，尊重有关当事国及其所在地区组织的意见，在联合国框架下由安理会根据具体情况判断和处置，尽可能使用和平方式。在涉及强制性行动时，更应慎重行事，逐案处理。”[726]2009 年 7 月 24 日，中国常驻联合国副代表刘振民在联大为通过有关“保护的责任”决议而举行的辩论会上的发言，进一步阐述了中国对于保责任的理解。该发言，一方面继续重申各国政府负有保护本国公民的首要责任,保护责任的履行不应违背主权原则和不干涉内政原则。另一方面明确指出,在出现种族灭绝、战争罪、种族清洗和危害人类罪等四种国际罪行时,缓解和制止危机是“国际社会的普遍期待和正当要求”。 各国均不应对该概念作扩大或任意解释，更要避免滥用。要防止将“保护的责任”用作“人道主义干涉”的另一种翻版。[727]

中国对“保护的责任”支持可以说顺应了国际社会应对人道主义灾难的呼声和国际法人本化的潮流，中国的担忧也反应了绝大数发展中国家的心声。迅速崛起的中国，要想未来成为受人尊重的负责任的全球领导者，不能仅仅止步于表示支持和担忧，而是应当拿出切实可行的消除担忧的建设性的意见，构建务实高效的规则，使“保护的责任”之履行既能有效的预防和阻止人道灾难，又能维护维护世界和平和安全。其实 2005 年《中国关于联合国改革问题的立场文件》已经为该问题的解决指明了反向。该文件指出：“我们赞成秘书长关于采取集体行动应对各种安全威胁和挑战的主张……。建立一个有效力、效率和公平的集体安全机制，关键是坚持多边主义，推动实现国际关系民主化和法治化，坚持《联合国宪章》的宗旨和原则，加强联合国的权威与能力，维护安理会作为集体安全体系核心的地位。”[728]因而“保护责任”之履行规则的构建应遵循国际关系民主化和法治化的路径，坚持多边主义，维护安理会的权威和地位。

履行“保护的责任”所面临的两大困境虽然与大国政治的国际现实有关，但其最直接的原因是“保护的责任”目前仅仅是一个理念，一种主张，而没有充分的法制化和规范化。在现有的国际法框架内，两大困境解决的关键是在联合国层面全面订立保护责任实施的战略、标准、程序和工具同时，通过多边民主协商逐步使“保护的责任”成为以联合国为代表的国际社会的义务，实现从政治责任、道德义务向法律责任、法律义务的转变。

国际社会履行“保护的责任”的政治意愿不足和安理会就履行保护责任所呈现的选择性在政治框架内很难解决，因为在大国政治背景下，面对人道主义灾难，每个国家更倾向于根据与之相关的国家利益作出决定，尤其是联合国五大常任理事国更是如此，在有关叙利亚的安理会决议的表决中俄罗斯坚决投反对票就是最鲜明的例证。要想尽量降低大国政治的负面影响，当面对紧迫的人道主义灾难，联合国安理会能够出于公平正义做出及时果断的反应，并形成有效、合理、一致的“保护的责任”的实施机制，法制化和规范化是一条最有效的路径。一旦“保护的责任”成为一种法律义务而不仅仅是政治责任，就意味着面对人道主义灾难联合国安理会必须做出反应，否则期就要承担相应的法律责任。这样常任理事国无疑会因其行使否决权导致联合国未能有效履行“保护的责任”而受到更大的压力。相反,在当前联合国并不负有法律义务履行“保护的责任”的情况下,常任理事国因为选择性地投票受到的压力会小得多。[729]事实上,早在 2004 年,威胁、挑战和改革问题高级别小组即在其《一个更

---

726 “中国关于联合国改革问题的立场文件（2005 年 6 月 7 月）”，《北大国际法与比较法评论》2005 年第 6 期，第 212 页。

727 “常驻联合国副代表刘振民大使在联大关于‘保护的责任’问题全会上的发言”（2009 年年 7 月 24 日），http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/dszlsjt_602260/t575180.shtml. 2015-4-7.

728 “中国关于联合国改革问题的立场文件（2005 年 6 月 7 月）”，《北大国际法与比较法评论》2005 年第 6 期，第 212 页。

729 蔡从燕：“联合国履行 R2P 的责任性质:从政治责任迈向法律义务”,《法学家》，2011 年第 4 期，第 147 页。

安全的世界：我们的共同责任》的报告中指出“总的来说，否决权制度似乎与时代不符，在民主日益盛行的时代，对安理会并不适合”。[730]在“看不到有什么实际可行的办法来改变现有成员的否决权”的情况下，该报告呼吁常任理事国“以个别的名义，承诺在发生灭绝种族和大规模侵犯人权情况时，不使用否决权”。此种呼吁具有积极意义，然而并不可靠。通过“保护的责任”的法制化和规范化，如果联合国安理会因个别常任理事国行使否决权而使安理会无法做出及时果断的反应而造成重大的损失，联合国应当承担法律责任；安理会承担法律责任后，可根据《防止及惩治灭绝种族罪公约》等人权条约和未来可能生效《国家责任条款草案》让行使否决权的常任理事国承担国际责任。

《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 1 条规定了各缔约国防止和惩治灭种罪的法律义务，由于防止和惩治灭绝种族罪已成为公认的国际强行法规范，其对国家社会的所有成员均具有约束力。以《国际人权宪章》为代表的众多人权条约亦规定了国家保护人权的义务。《国家责任条款草案》第 41 条规定了各国合作以制止严重违反一般国际强行法规范的行为的义务。作为多国行为体的联合国之决策机构的安理会理应受其成员国所承担的国际法义务的约束。《国家责任条款草案》第 50 条重申针对责任国采取的反措施不得影响“《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务”。也就是《联合国宪章》禁止在宪章所确立的“宪政”体制之外实施强制性措施，联合国是唯一的可以授权合法使用武力机构。当发生“灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪”等违反一般国际法强行规范的行为时，各国有义务合作采取合法手段进行制止。然而，当用尽各种和平手段仍不能阻止灾难发生，武力介入成为唯一手段时，联合国安理会应作出及时果断的反应。如果因安理会不作为而导致像卢旺达那样的严重人道灾难的发生，联合国只承担道义责任和政治责任，显然有违法治的基本理念。正如国际法院在“损害赔偿”（Reparation for Injuries）一案中认为，联合国作为国际法主体地位意味着它在获得某些职能或权力的同时，也要承担相应的义务与责任。[731] 国际法委员一读通过的《国际组织责任条款草案》表明了国际社会通过制定或明确国际组织的责任规则以促进国际组织有效地发挥职能的努力。既然根据《联合国宪章》安理会拥有使用或授权武力的垄断权力，就不能排除它应当承担相应的法律义务，并在未能履行此等法律义务的情况下承担相应的法律责任。

为了抑制安理会常任理事国轻率的行使否决权，联合国因安理会不作为而承担责任后，可以追究行使否绝权而使安理会无法作为的国家的法律责任。此种责任追究可以通过《国家责任条款草案》第 16 条“援助或协助实施一国际不法行为”的扩大解释得以实现。安理会常任理事国明知一国发生了“灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪”等违反一般国际法强行规范的严重国际不法行为，不及时果断的介入将会发生不可挽回的震撼人类良知的严重后果，却出于一己之私利不惜违反《国家责任条款草案》第 41 条的合作义务行使否决权，致使国际社会无所作为而最终导致严重后果的发生，可以将之视为“援助或协助实施一国际不法行为”，承当国际法律责任。

通过这两种层次的责任追究，可以有效的抑制安理会常任理事国滥用否决权的冲动，保证联合国安理会在发生急迫的人道灾难时能够做出及时果断的反应。如果安理会每遇到急迫的人道灾难都能做出及时果断的有效反应，就可以有效的防止“保护的责任”之第二种滥用，即绕开联合国而发起单边的人道主义干涉。因为国际实践中绝大多数单边的人道主义干涉，都是在无法获得联合国授权情况下的无奈选择。

有关“保护的责任”第一种滥用，即获得授权后，为追求私利，而滥用授权或超越授权的防范，首要方式是应当授权利益中立的国家进行干预以避免国家利益的干扰；其次就是建

---

[730] Report of High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, A/59/565(2004)，para.256.

[731] See Reparation for Injuries, Advisory Opinion of April 11th, 1949, para.255.

立相应的责任追究机制。此种责任追究亦可在《国家责任条款草案》的框架内实现。联合国安理会之所以授权进行干预，是因为一国发生了“灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪”等违反一般国际法强行规范的严重国际不法行为，该国政府不能或不愿履行其保护本国民众的责任，而行使国际社会的补充保护责任，也就是说联合国安理会是代表国际社会授权某一个或几个国家履行此种保护的责任，接受授权进行干涉的国家对整个国际社会承担了严格按照授权履行保责任的法律义务，如果超越授权或滥用授权追求其国家利益，可以将之视为《国家责任条款草案》第 42 条第 1 款第 2 项规定的行为而追究其国际责任。该条规定：“……一国有权在下列情况下作为受害国援引另一国的责任：……(b) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团或对整个国际社会承担的义务；而……(二) 彻底改变了由于该项义务被违背而受到影响的所有其他国家对进一步履行该项义务的立场。”根据该条规定以美国和法国为首的国家在利比亚对联合国安理会授权的超越和滥用，完全符合追其国际责任的要件。

联合国理会授权对利亚干涉的依据和 1973 号决议的目的是“保护受攻击威胁的平民和平民聚居区”，其手段是“为了保护平民禁止阿拉伯利比亚民众国上空的所有飞行”。北约联军之武力使用超越了这个狭隘的目的。其已不仅仅局限于谋求停火：其对地面目标进行了广泛的轰炸，甚至这些地面目标并没有对平民的生命构成实际的或潜在的危险。更为严重的是，战争的总体目标很快成为推翻利比亚政权，北约联军向利比亚叛军提供了大量的援助，并以利比亚领导人被草率的处决达到高潮。此种对联合国安理会的授权的肆无忌惮地超越和滥用违反了其对国际社会所承担的严格按照安理会授权履行“保护的责任”的义务，并且此种义务的违反严重影响了国际社会对继续履行“保护的责任”的立场。面对叙利亚持续近五年的人道主义灾难，联合国安理会没有基于“保护的责任”的圣洁理念提出任何应对方案，即是此种超越和滥用授权的恶果。

总之，通过此种法制化和规范化，可以解决有关履行“保护的责任”之政治意愿不足和被滥用的双重困境，将“保护的责任”的履行纳入联合国的多边框架内，避免单边人道主义干涉习惯法化的倾向，维护世界和平和安全。

五、结语

虽然自然法理论认为，当一个国家崩溃或自己沦为大规模侵犯人权的凶手时，其他国家有权利、或许有义务进行干涉，此种情形下的人道主义干涉即使没有获得安理会的授权也是合法的。但从国际法律实证主义的角度看，目前只有《非洲联盟宪章》在其 2003 年通过的第四条的修正案中规定：在非盟成员国发生战争罪、灭种罪、反人道罪以及严重威胁合法秩序的严峻情势时，根据非盟和平与安全理事会的建议，为了恢复该成员国和平与稳定，非盟有权（the right of Union）根据非盟大会的决议对成员国进行干预。[732]亦即《非洲联盟宪章》在区域层面使“保护的责任”之中进行“干预”的权利成为一种真正意义上的法律权利，然而它仅仅是一种区域层面进行干预的法律权利，而不是“干预”的法律义务。也就是说，在全球和区域层面，人道主义干涉或“保护的责任”迄今并没有成为一种法律义务。联合国安理会仍然是唯一拥有使用武力和授权会员国使用武力进行干涉机构，在现有的国际法框架下，并没有形成所谓的人道主义干涉和“保护的责任”的习惯法国际法规范，绕开安理会进行所谓的人道主义干涉仍然是国际违法行为。

“保护的责任”的提出打破了饱受争议的人道主义干涉的魔咒。在现有的国际法框架下，要想解决“禁止使用武力原则”、“不干涉内政原则”和“保护人权原则”之间冲突，“保护

[732] See PROTOCOL ON AMENDMENTS TO THE CONSTITUTIVE ACT OF THE AFRICAN UNION, http://au.int/en/sites/default/files/PROTOCOL_AMENDMENTS_CONSTITUTIVE_ACT_OF_THE_AFRICAN_UNION.pdf. 2015-4-26.

的责任”法制化和规范化是一个理性的选择。将 “灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪”四种严重国际犯罪行为发生时，以联合国安理会为代表的国际社会履行“保护的责任”的义务上升为国际法上的法律义务，结合《国家责任条款草案》和《国际组织责任条款草案》制定和最终的生效，从理论上讲，可以有效的解决履行“保护的责任”的政治意愿不足和“保护的责任”被滥用的双重困境，形成合法、有效、一致的实施机制。

虽然要求以联合国为代表的国际社会在履行“保护的责任”方面承担法律义务对传统的联合国实践及国际法理论均构成重大挑战，因而此种正当诉求要成为现实绝非易事，但此种诉求的内在正当性决定了它最终成为现实只是时间问题。[733]历时五年且仍在继续的叙利亚人道主义灾难所造成的 22 万人的被杀、一百多万人的受伤、760 万人流离失所，四百万人避难邻国，[734]与卢旺达大屠杀近百万亡灵昭示着此种法制化和规范化演进的正当性和必要性。某些不法行为构成对作为整体的国际社会的义务的违反的理念表达了对仅仅作为共存的国际法古老结构的根本背离，标志着国际法律秩序向着一种相互依存、道德和智慧团结的法律的演进。很难想象，这样的演进在当今全球化的社会、经济和文化背景下会被阻断。

[733] 蔡从燕：“联合国履行 R2P 的责任性质:从政治责任迈向法律义务”，《法学家》，2011 年第 4 期，第 143 页。

[734] See Security Council must match scale of Syria crisis with 'bold response' – UN relief officials，http://www.un. org/apps/news/story.asp?NewsID=50678#.VTyjW9JAVhB. 2015-4-26.

我国科考船北极航行的国际法问题研究

白佳玉

摘要：我国北极科学考察丰富了国家对极寒冰区的认识，科考船北极航行为科考活动顺利完成提供便利。非商业用途的政府公务船“雪龙”穿越北方海航道从事科考活动，因行为的可归因性而暗含是否会对北极航道沿岸国有关航道所在水域及航道本身法律地位主张构成默认的争议。“雪龙”船的科学考察目的使得航行活动难以构成对海上领土的默认，更不符合禁止反言的条件。航道法律地位与航道水域法律地位的剥离使得北极航道在满足用于国际航行海峡的条件后即应赋予外国船舶过境通行的权利。科考船北极航行有利于促进北极航道的国际化，其多层面的国际法意义更成为我国经略海洋的有益尝试。

关键词：科考船；北极航行；北极航道；默认

Research on the Legal Issues about Arctic Shipping of Scientific Research Vessel of China from International Law Perspective

Jiayu Bai , Huirong Liu

Abstract: Arctic scientific research enriched China’s acknowledge about the Arctic region, and the Arctic shipping by the scientific research vessel provided convenience for successful completion of scientific research. Transit navigation through the Northern Sea Route by non-commercial use government vessel “Xue Long” may result in some potential debates because of its attributable feature. Coastal State of Arctic straits may wonder the acquiescence of legal status of waters forming Arctic straits and the legal status of Arctic straits themselves. The scientific research purpose of “Xue Long” made it impossible to recognize the maritime sovereignty of the waters forming Arctic straits and fail to apply for the estoppel theory. Legal status of Arctic straits separates from the legal status of waters forming Arctic straits. Since the requirements about the straits used for international navigation are fulfilled, transit passage rights should be enjoyed by foreign vessels. The Arctic shipping of scientific research vessel will enhance the internationalization of Arctic shipping routes, and China’s Ocean management will benefit thereof.

Keywords: scientific research vessel, Arctic shipping, Arctic shipping routes, acquiescence

北极地区因其气候终年寒冷而较少引起关注，很长时间以来仅有个别国家在北极地区进行零星的科学考察及探险活动。二战后，北极地区的军事战略地位及冷战格局使之成为美苏对抗的前沿。这样的政治环境与自然环境冰封地带随着美苏冷战的结束和气候变暖而成为北极国家和非北极国家关注的热点地区。北极之“热”不仅在于北冰洋底土蕴藏着丰富的油气资源，[735][1]更在于气候变暖对北极海冰消融的影响及其对气候反馈的物理机制和未来海冰演变趋势的科学认知。北极地区的科学考察是人类分析和认识气候变暖及北极冰融化造成极端天气的重要手段。联合国政府间应对气候变化委员会（IPCC）第四次报告将中国列为最容易

作者简介：白佳玉，法学博士，中国海洋大学副教授，硕士生导师。本文为国家社科基金项目“我国权益视角下的北极航行法律问题研究”（12CFX094）和国家社科基金重点项目“国际法视角下的中国北极航线战略研究”（13AZD084）的阶段性成果。

[1] 根据 2008 年美国地质勘探局公布的数据显示，北极地区拥有全球未探明石油储量的 13%，未开采天然气储量的 30%和未开采液化气储量的 20%。

遭受气候变化负面影响的国家之一。通过进行北极科学考察研究海洋、冰雪、大气环境可以更好地了解气候变化对中国乃至全球的负面作用。我国科考船北极科学考察任务的顺利完成有赖于畅通的航行环境。2012 年 7 月 22 日至 9 月 7 日，我国科考船“雪龙”完成了穿越北极东北航道，以及从北极高纬航线向东穿越北冰洋的考察之旅。此次科考也是我国首次利用北极新航道（东北航道）的历史之旅。[2]在欣慰于我国海洋科学考察发展之余，有必要深入探讨“雪龙”船北极航行中的相关国际法问题和蕴含的国际法意义。

一、我国科考船的北极科学考察实践

我国极地方面的科学考察由南极科考引领，已进行了 28 次南极科学考察。有关北极地区分别在 1999 年、2004 年、2008 年、2010 年和 2012 年进行了五次科学考察。我国极地科考总数已超过 30 余次，但科考任务主要由科考船“雪龙”完成。我国南极科考比较成熟，北极科考任务主要集中在海洋、冰雪、大气环境的考察，水下机器人遥控实验的进行。自 1999 年 7 月 1 日我国派出首支北极科考队，科考船的航行海域逐渐扩大。2008 年 7 月“雪龙”船行驶到北纬 85°25′，创造了当时我国航海史上的新纪录。2010 年 7 月至 9 月“雪龙”船首次将海洋综合考察和对北极海冰的考察延伸至北极点。2012 年 7 月至 9 月“雪龙”船首次穿越东北航道，并在返航时二度穿越北冰洋。

2012 年，我国科考船“雪龙”北极科考中穿越东北航道得益于北极海冰的大面积融化。美国国家冰雪数据中心卫星云图显示，2012 年 9 月的北极冰范围创 1979 年以来新低。甚至有专家预测，北冰洋将在 2020 年前后出现夏季无冰年。北极冰的融化开通了北极新航路，使得科考船穿行更为便利。2012 年 7 月 22 日，“雪龙”船与其它三艘芬兰、巴拿马和俄罗斯船旗的商船组成混合编队，在俄罗斯核动力破冰船 Vaygach 的破冰引航下穿越了楚科奇海、东西伯利亚海、拉普捷夫海、喀拉海，7 月 29 日离开维利基茨基海峡后“雪龙”船离开编队单独在巴伦支海航行，于 8 月 2 日抵达挪威海，完成东北航道的首次穿行任务。此间，“雪龙”船穿越两处位于俄罗斯北方海航道水域的海峡，分别为德朗海峡和维利基茨基海峡。完成冰岛访问及周边海洋调查后，“雪龙”船在 8 月 23 日沿斯瓦尔巴群岛西侧北上，进入高纬航线，沿斯瓦尔巴群岛和法兰士约瑟夫群岛北侧与海冰边缘线之间向东航行。8 月 28 日从俄罗斯北极群岛 12 海里外通过，之后在北冰洋中心区执行了冰站和海洋站考察任务。9 月 7 日，“雪龙”船完成高纬航线航行任务回到东北航道起点。“雪龙”船在高纬度航线航程中未要求俄罗斯提供破冰和引航服务，高纬度航线航程 2160 海里中全程独立航行。往返全程实际航程共 5940 海里，返程中的高纬度航行比东北航道航行缩短约 1/3 航程。

二、我国科考船北极航行的国际法问题源起

我国海洋科考事业发展迅速，南北极科学考察均以海洋科学考察为重要内容。成功完成海洋科考任务依靠科考船顺利无阻的海上航行活动。以往科考船北极航行的主要阻力包括自然障碍和冷战之政治障碍，如今这两项障碍已如前文所述不复存在。[3]然而，北极航道沿岸国对航道所在水域法律地位和航道法律地位的主张，使得科考船北极航行中有关国际法问题的分析和探讨尤为必要。

（一）北极航道沿岸国对航道所在水域法律地位的主张

北极航道沿岸国包括毗邻北方海航道的俄罗斯和西北航道的加拿大。两国对其航道所在

[2] 目前，可穿越北极的航道包括东北航道（Northeast Passage）、西北航道（Northwest Passage）和穿极航道（Trans-polar Passage）。本文讨论的北极航道主要指东北航道和西北航道。

[3] 此处所述的自然障碍的消除主要指：夏季北极冰雪融化面积逐年扩大，夏季北极航行已成为可能。

水域的法律地位有类似的主权主张。

1、俄罗斯对北方海航道所在水域法律地位的主张

1932 年苏联政府首次在官方文件中使用“北方海航道”的称呼。根据《2013 北方海航道水域商船航行相关俄罗斯联邦法案修正案》（以下简称《2013 修正案》）修正的《1999 俄罗斯联邦商船法》5.1 条对“北方海航道”的定义，该航道属于俄罗斯联邦管辖水域。《2013 修正案》对《1998 俄罗斯联邦内水、领海及毗连区法》亦做出修正，尽管不再特殊强调维利基茨基海峡、绍卡利斯基海峡、德米特里.拉普捷夫海峡和桑尼科夫海峡，却概括性确定北方海航道水域是历史上形成的俄罗斯国家交通干线。北方海航道构成东北航道的一部分。俄罗斯在 1997 年批准了《联合国海洋法公约》，但其对北方海航道属性的主张主要以“历史性水域”和“直线基线法”为理论依据。以“历史性水域”为理论依据，《苏联国家边疆法》（1960/1982）、《苏联海军国际法手册》（1966）及其它法令规定北冰洋海峡这些历史以来属于苏联的海峡为其内水。[4]以“直线基线法”为理论依据，苏联两项关于直线基线的法令（1984、1985）和《1998 俄罗斯联邦的内水、领海及毗连区法》通过划定直线基线将基线内的北方海航道所在水域划定为内水。[5]美国官方对俄罗斯有关北方海航道所在水域的历史性水域主张及直线基线划定为内水的主张均明确予以反对。

2、加拿大对西北航道所在水域法律地位的主张

西北航道位于加拿大北极群岛水域，自西向东从楚科奇海出发，穿过波弗特海，通向加拿大北极群岛，最后抵达大西洋。西北航道并非一条孤立的航道，主要由七条航道组成，航道间存在微小差异。1880 年，加拿大从英国继承了北极群岛的主权。加拿大拥有北极群岛的主权是不存在争议的，异议在于北极群岛水域的法律地位。曾领队进行北极群岛内水域探险的船长 J.E.Bernier 认为，1880 年加拿大继承范围包括了岛屿及岛屿内的水域。此后，《1970 加拿大领海和捕鱼区法案》、《1970 北极水域污染防治法》分别强调了加拿大对“北极水域”的管辖，遭到美国的反对。《1970 北极水域污染防治法》规定加拿大“北极水域”（Arctic Waters）为陆地领土向波弗特海方向 100 海里，西经 141 度到西经 60 度之间的北极水域，但加拿大确定“北极水域”的目的是管辖该水域内的污染事故并制定防治标准，不属于主权宣示。1973 年，加拿大法律事务局签发了首个明确将北极群岛水域确定为内水的官方声明，称“加拿大基于历史性原因，主张加拿大北极群岛水域为内水。” 1985 年 9 月 10 日，加拿大以内阁命令的形式将北极群岛水域确定为历史性内水，并在北极群岛外延周边划定了直线基线。此举招致美国和欧盟的极力反对，美国认为加拿大的做法缺乏国际法依据，欧盟则强调欧盟成员国不认可加拿大将历史性权利作为划定直线基线的合法依据。加拿大的立场未因此发生变化，但顾及该水域的和平利用和各方利益，加拿大与美国在 1988 年签署了《北极合作协定》。协定同意双方在不改变各自立场的情况下利用北极水域（包括北极群岛水域），意味着美国经加拿大批准通过西北航道的行为不等同于认可了加拿大有关北极群岛内水域的内水主张。

（二）北极航道沿岸国对航道法律地位的主张

北极航道所在水域的法律地位并不必然决定北极航道的法律地位。若北极航道满足“用于国际航行的海峡”的条件，作为《联合国海洋法公约》缔约国的俄罗斯和加拿大应赋予外国船舶过境通行的航行权。[6]国际法院在 1949 年科孚海峡案中认为，构成国际航行海峡需满足地理标准与功能标准。地理标准为海峡两端连接公海或专属经济区，功能标准方面却有实际使用和潜在使用的争议。[7]目前，俄罗斯、加拿大分别否认北方海航道、西北航道为“用

[4] 1951 年国际法院 “英挪渔业案”的判决认为，历史性水域通常指具有历史性所有权（historic title）的内水（1951 ICJ Fisheries Case, United Kingdom v. Norway, p130）。

[5] “直线基线法”亦源于“英挪渔业案”，国际法院认为按照海岸线的一般走势、陆地组成部分间的靠近程度及特殊经济利益，可以将挪威沿岸岛屿、石垒和暗礁的外缘连线确定为直线基线。

[6] 《联合国海洋法公约》第 38 条。

[7] 《联合国海洋法公约》确定了专属经济区制度。根据《联合国海洋法公约》的规定，两端连接公海或专

于国际航行的海峡”，对外国船舶通过航道设置了特殊条件。

1、俄罗斯对北方海航道法律地位的主张

俄罗斯认为构成北方海航道的维利基茨基海峡、绍卡利斯基海峡、德米特里.拉普捷夫海峡和桑尼科夫海峡不属用于国际航行的海峡。俄罗斯拒绝认可这些海峡为国际航行海峡的理由在于它们不符合实际用于国际航行的功能标准。美国签署外交声明称其在俄罗斯北极海峡航行时享有自由航行或不间断的无害通过的权利，认为海峡满足地理标准和潜在使用的功能标准，是用于国际航行的海峡。俄罗斯却通过一系列立法夯实了其对北方海航道法律地位的主张。《1990 北方海航道海路航行规章》（以下简称《1990 规章》）要求船舶在经过维利基茨基海峡、绍卡利斯基海峡、德米特里.拉普捷夫海峡、圣尼科娃海峡时，必须由引航员引水及破冰船强制引航。[8]《2013 北方海航道水域航行规则》（以下简称《2013 规则》）取消了强制引航的规定，仅在过往船舶提出引航申请并获得批准时方提供引航服务。但是，如果过往船舶的船长在北方海航道冰区航行经验不足三个月，必须由冰区引航员引水。[9]破冰船引航收费的法律依据为《联邦费率服务指令》，[10]商船按照船载货物种类和吨位收费，科考船、拖船、技术船等按照穿越北方海航道或抵达俄沿岸港口的不同被收费。此外，俄罗斯对船舶在北方海航道航行的防污标准明显高于《73/78 防止船舶污染国际公约》中的规定。

2、加拿大对西北航道法律地位的主张

加拿大官方认可西北航道两端连接大西洋和太平洋符合地理标准，但认为西北航道未长期实际用于国际航行，不满足功能标准。美国官方则认为，国际航行海峡的地理标准比功能标准更重要，功能标准方面符合“潜在使用”的要求即可。因此，美国国务院多次声明，认为西北航道属于国际航行海峡，外国船舶应享有过境通行权。[11]美国的抗议未阻碍加拿大控制西北航道的决心。自 1970 年开始，加拿大通过丰富的立法对西北航道进行管理。《北极水域污染防治法》采取零排放原则，禁止船舶在北极水域倾倒污染物。该法将北极水域划分为 16 个航行安全控制区，对这些区域内航行船舶的建造、装备、人员配备、航行时间等进行控制，污染防治官员有权登临和检查在航行安全控制区航行的任何船舶，出于安全考虑引导船舶在安全区以外靠泊。基于《加拿大航运法》制定的《加拿大北方船舶交通服务区规定》要求 300 总吨以上的船舶、拖船与被拖船吨位之和 500 总吨以上的船舶、携带污染物或危险品的所有船舶进入船舶交通服务区后，必须向海上通讯和交通服务中心提交报告。[12]

三、我国科考船北极航行的可归因性

“雪龙”船是我国自首次南极科考直至首次穿越北方海航道进行北极科考的唯一极地科考船。我国于 1993 年从乌克兰进口“雪龙”船，之后按南北极科考需要进行改造。国家海洋局局属单位——中国极地研究中心为“雪龙”船的登记船东。研究我国科考船北极航行是否构成对北极航道沿岸国之航道所在水域法律地位确认，或对北极航道沿岸国之航道法律地位确认，需要判断我国科考船北极航行是否属于可归因于国家的行为。下文将依次在国家责任理论和国家管辖豁免理论视阈中分析我国科考船北极航行的可归因性。

（一）国家责任理论视阈

国际关系中，某一法律主体的法律利益受到另一个法律人格者的侵犯，就会产生法律制度确定的各种不同形式的责任。[13]国家是国际法和国际责任的一般主体。国际责任的承担与

属经济区的海峡即满足了地理标准。

[8] 《1990 北方海航道海路航行规章》第 7 条第 4 款。

[9] 《2013 北方海航道水域航行规则》第 43 条。

[10] 《联邦费率服务指令》第 122-T/1 号。

[11] U.S. Department of State, Geographic Note, no.2, Jan.31, 1986, p8.

[12] 《2010 年加拿大北方船舶交通服务区规定》第 3 条、第 6 条、第 7 条、第 8 条、第 9 条。

[13] （英）伊恩.布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友译，法律出版社 2007 年版，页 385。

法律主体行为的可归因性密切相关。因此，在国家责任理论视阈探讨我国科考船北极航行的可归因性是合理的。国家责任法的编撰可追溯到1930年国际联盟主持召开的海牙国际法编撰会议，此后国际法委员会将国家责任作为编撰专题之一。2001年，国际法委员会完成《国家对国际不法行为的责任条款草案》（简称《草案》）二读。尽管该草案未生效，但其中的规定代表了国家责任法的发展方向。《草案》第8条规定，如果一人或一群人实际上按照一国的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法所指的该国行为。《草案》第4条规定，任何国家机关在行使立法、行政、司法职能或其它职能应被视为国际法所指出的国家行为。综合分析，如果赋予“雪龙”船以拟制人格，“雪龙”船的北极航行完全在中国极地研究中心及其所属的国家海洋局指挥与控制之下，中国极地研究中心及其所属的国家海洋局对“雪龙”船的指挥与控制的行政管理行为属于国家行为，最终可推导出“雪龙”船的北极航行属于可归因于国家的行为。

（二）国家管辖豁免理论视阈

《联合国海洋法公约》将船舶分为商船、用于商业目的的政府船舶、用于非商业目的的政府船舶和军舰四类。军舰和用于非商业目的的政府船舶享有豁免权，[14]用于商业目的的政府船舶无豁免权。可见，《联合国海洋法公约》采纳了限制豁免理论。在该公约之前，1926年《关于统一国有船舶豁免的某些规定的公约》、1958年《领海与毗连区公约》和《公海公约》、1969年《国际油污损害民事责任公约》均对船舶采纳了类似的限制豁免理论。行使限制豁免的国家实践与诸多公约共同促进其发展为一项国际习惯规则。一艘船舶享有管辖豁免的权利往往不单纯由于某国对这艘船舶拥有所有权，更源于某国对船舶的控制和船舶提供的公共服务。有权行使并实际行使了国家主权权力的国家机构、部门或其它实体属于国家管辖豁免中所指称的“国家”。[15]也就是说，那些享有了国家豁免权的机构在其权力范围内所从事的行为属于可归因于国家的行为。同理，享有豁免权的军舰和非用于商业目的的政府船舶在被授权范围内所从事的行为属于可归因于国家的行为。“雪龙”船为国家所有，用于从事我国海洋科学考察的公共服务，是典型的非用于商业目的的政府船舶，其在国家机构——国家海洋局授权范围内所从事的北极航行和科考活动属于可归因于国家的行为。

四、一国对他国海上领土主张的默认

“雪龙”船北极航行是否会对北极航道所在水域法律地位及航道本身法律地位产生国际法意义上的影响是科学考察活动之外，国际法学者尤其关心的问题。由于航道所在水域的法律地位及航道本身法律地位是两类不同的法律问题，前者关乎航道沿岸国对海上领土的取得，后者属于航道是否满足用于国际航行条件以及可对外国船舶赋予相应航行权的制度内容，因此本文将逐一探讨一国对他国海上领土主张的默认以及一国对他国航道法律地位的默认。前文已充分分析了“雪龙”船北极航行的可归因性，即我国历次科考船的极地科考活动——包括穿越北方海航道的北极科考活动均具备可归因于国家行为的特点，关键在于探讨该国家行为是否构成了对他国海上领土和航道法律地位的默认。

传统国际法较为关注陆地领土的取得，当陆地领土主权存在争议时，“失去”领土的国家通过默认的态度来表达对它国拥有领土主权的接受，而第三国可通过单方面承认或签订条约的形式接受。海上领土取得中需采取默认表达接受的国家更多。格老秀斯时代，海洋由领海和公海构成，沿海国拥有主权的领海范围较窄，领海以外的广阔公海海域原则上为共有物。现代国际海洋法的发展使得作为共有物的公海范围大为缩水，比如根据历史性权利或直线基线划定的内水及领海在扩大了沿海国海上领土范围的同时却缩减了全球公海范围，因此需要

[14]《联合国海洋法公约》第32条。

[15]《联合国国家及其财产管辖豁免公约草案》第1（b）条。

取得其它国家的普遍默认。俄罗斯、加拿大主张根据历史性权利及划定直线基线，分别将北方海航道和西北航道置于其所主张的领海基线向陆地一侧的内水，缩减了北冰洋公海海域的范围。那么，我国科考船“雪龙”已完成的穿越北方海航道的航行及未来可能穿越西北航道的航行是否会构成对俄罗斯及加拿大海上领土主张的默认？默认的证据有哪些？默认的缺乏是否会延滞沿海国对海上领土所有权的形成？默认是否会必然造成禁止反言的法律后果？下文将依次分析和解答这些问题。

默认通常指一国在其权益受到威胁或侵犯时未采取行动，在抗议原本可以预料的情况下未采取抗议的行为，这种消极的不作为往往被解读为对不利情况的接受。“英挪渔业案”中，法院认为众所周知的事实、国际社会的普遍容忍、英国一直以来在北海的态度，以及长期放弃表达抗议的做法使得英国不可再对挪威有关直线基线的划定持异议。[16]判决中所表述的国际社会“普遍容忍”可同解为“普遍默认”，而包括英国在内的国际社会的“普遍默认”是挪威直线基线合法性的重要依据。由此可见默认在海上领土取得中的重要作用。那么，我国科考船“雪龙”穿越北方海航道的航行是否构成对俄罗斯北方海航道所在水域之内水主张的默认呢？这就需要考察默认的证据和效力。2012 年 “雪龙”船穿越北方海航道前的四个月已根据当时有效的俄罗斯《1990 规章》向北方海航道管理局提交了穿越申请，鉴于当时冰清等客观情况，要求俄方提供了破冰和引航服务并给付了服务费用。俄罗斯《1990 规章》亦要求穿越北方海航道的船舶需事先申请，并在通过维利基茨基海峡、绍卡利斯基海峡、拉普捷夫海峡和圣尼科娃海峡时进行强制破冰和引航。问题的关键在于“雪龙”船申请穿越和要求提供破冰引航服务的目的是什么。“雪龙”船穿越北方海航道的目是进行有效的北极科学考察，不是对任何海上领土主张的默认。同时，破冰和引航服务是在“雪龙”船的要求下进行的，并非源自对俄罗斯《1990 规章》的主动遵守。“雪龙”船穿越北方海航道的航行不构成对俄罗斯内水主张的默认。2013 年俄罗斯出台新规章取缔了强制破冰和引航的规定，未来科考船穿越北方海航道可依客观需要决定是否提出破冰引航的要求。尽管如此，外国船舶穿越北方海航道仍需经过北方海航道管理局的许可。为避免俄罗斯、加拿大通过对外国船舶利用航道的管理加强航道所在水域主权的强化，日后我国科考船北极航行的同时可强调航行的科考目的，明确科考动因的航行活动不构成对任何海上领土主张的默认。缺乏其它国家默认的海上领土主张很难完成历史性逐渐强化，无法将本质上最初相对的所有权演变为绝对的对世权。[17]此外，默认也不必然产生禁止反言的法律后果。国际法院在 1951 年“英挪渔业案”和 1962 年“隆端寺案”表述了长期默认在领土取得中的决定性作用。也有学者持不同观点，认为长期默认在一些具体案件中没有决定性质，而仅是对事实和法律权利进行辅助性的解释。[18]鲍威尔教授提出禁止反言的要素包括：第一，有关方面对相关事实进行了清清楚楚、毫不含糊的陈述；第二，做出这一陈述必须是自愿的、无条件的，而且是经过授权的；第三，相关各方的确真心实意地相信该陈述，并使得相信该陈述的一方遭受损害，或做出该陈述一方获得了好处。[19]我国科考船北极航行不属于对海上领土主张的默认，更不满足长期性的要求，难以推断出我国对北极航道所在水域的主权存在毫不含糊的、自愿的、无条件的默认，随着我国日后科考船北极航行中非主权默认态度的明朗化，俄罗斯不能仅根据 2012 年我国穿越北方海航道的航行适用禁止反言制度。

五、一国对他国航道法律地位的默认

[16] 参见 1951 ICJ Fisheries Case, United Kingdom v. Norway, p139.

[17] 参见 Schwarzenberger. *Title to Territorial: Response to a Challenge*.51 American Journal of International Law. 1957:311.

[18] 参见张卫彬：“论海洋划界中的禁止反言原则”，《常熟理工学院学报（哲学社会科学）》.2008 年底 1 期，页 69.

[19] 参见 Martin, *L'Estoppel en droit international public*(1979); Thirlway, 60 BY(1989), p29-49.

1930 年海牙国际法编撰会议上未就海峡的通过制度达成任何协议，但学者却认识到海峡、特别是用于国际航行的海峡应具有独立的法律地位。1949 年国际法院在科孚海峡案中探讨了用于国际航行的海峡的构成条件和通过制度。国际法院认为，“两端连接公海的地理条件和正在用于国际航行的事实”是构成用于国际航行的海峡的决定性因素。[20]国际法院有关国际航行海峡构成的表述存在解释上的争议，即地理条件（地理标准）是否比航行事实（功能标准）更重要，或两者应给予同等的考虑。美国政府在判断海峡是否属于国际航行海峡时更侧重地理标准的考量，航行事实达到潜在使用的要求就符合功能标准。加拿大政府和代表性学者认为：地理标准和功能标准需要被同等考虑，国际法院判决中国际航行海峡构成的“决定性”因素包括了地理标准和功能标准，判决原文使用连词“和”来表达两个标准的同等重要性，功能标准的证实需要依靠海峡被用于国际海上运输的历史证据。科孚海峡案之后，国际法委员会在公海和领海的公约草案编撰中制定了用于国际航行海峡的内容，赋予外国船舶在两端连接公海的用于“正常”国际航行的海峡中拥有不受中止的无害通过的权利。[21]1958 年《领海及毗连区公约》取消了“正常”国际航行的表述，规定“在用于国际航行的、位于公海的一部分和另一部分之间，或公海与一外国领海之间的海峡上，不得停止外国船舶的无害通过。”[22] 第三次联合国海洋法大会扩张了领海宽度，创制了专属经济区制度，同时顾及了用于国际航行海峡的沿岸国和使用国利益，在《联合国海洋法公约》中规定外国船舶在两端连接公海和专属经济区的用于国际航行的海峡享有过境通行的权利。[23]由此不难发现，无论追溯回科孚海峡案判决所体现的国际习惯法规则，还是之后的条约法规则，有关国际航行海峡的功能标准似乎莫衷一是。但是，如果仔细研读国际法院科孚海峡案判决及其后的条约法规定，不难得出以下结论：用于国际航行海峡的功能标准更侧重对目前海峡是否可用于国际航行的评价，那些目前较难进行国际航行但满足地理标准的国际海峡在日后满足了用于国际航行的条件后可自动成为用于国际航行的海峡。国际法院科孚海峡案判决规定功能标准时的英文表述为“its being used for international navigation”，《领海及毗连区公约》和《联合国海洋法公约》表述为“straits which are used for international navigation”，系动词使用的均为现在时态，强调了海峡目前正在用于国际航行的状态。

北方海航道和西北航道显然满足上述用于国际航行海峡的条件，科考船通过北方海航道更印证了该航道满足目前用于国际航行的功能标准。那么，公务船是否会因其行为与海峡沿岸国的国内法管理制度相吻合而构成对海峡法律地位的默认呢？前文第二部分阐释了俄罗斯和加拿大对北方海航道和西北航道的管理制度，外国船舶通过航道前的通知和提供破冰引航服务后的收费制度备受诟病。国内立法管理沿岸海峡属海峡沿岸国的主权范围，取决于海峡所在水域的法律地位，而非海峡自身的法律地位。[24]因划定直线基线使得未被认为是内水的区域被包围在基线以内成为内水的主张亦不影响处于该水域的海峡的法律地位。[25]因此，我国科考船“雪龙”通过北方海航道前通知北方海航道管理局，及后来要求的破冰服务和给付费用不构成对北方海航道法律地位的默认。更何况“雪龙”船的通知和破冰要求并非出于俄罗斯国内法规定，而是基于自身航行安全的需要。进而论之，俄罗斯和加拿大有关北方海航道和西北航道管理的特殊制度是否超出了《联合国海洋法公约》海峡沿岸国的权利范

---

[20] 国际法院判决的原文措辞是，“the decisive criterion is rather its geographical situation as connecting two parts of the high seas and the fact of its being used for international navigation.”

[21] 参见 United Nations, General Assembly, International Law Commission, Report, 8th Session, A/3159(New York: 1956), art.17. “There must be no suspension of the innocent passage of foreign vessels through straits ***normally*** used for international navigation between two parts of the high seas.”

[22] 《领海及毗连区公约》第 16 条第 4 款。

[23] 《联合国海洋法公约》第 37 条。

[24] 《联合国海洋法公约》第 34 条第 1 款。

[25] 《联合国海洋法公约》第 35（a）条。

围？或者俄罗斯和加拿大的管理规定在逐步靠近《联合国海洋法公约》有关海峡沿岸国的义务要求？首先，海峡沿岸国有防止、减少和控制来自船舶污染的权利；其次，这类权利行使的形式是使得国际规章有效；[26]再次，如果顾及了航行和现有最可靠的科学证据、出于海洋环境保护和保全的需要，为避免对海峡的海洋环境造成重大损害或有造成重大损害的威胁，[27]海峡沿岸国可以制定和执行非歧视性的法律和规章来防止、减少和控制船舶污染；[28]最后，这类规定应比照《联合国海洋法公约》第十二部分第七节，尊重一般接受的国际规则和标准。俄罗斯和加拿大分别有防止、减少和控制外国船舶污染北方海航道和西北航道环境的义务，出于环境保护的需要在不影响正常航行和充分科学证据的前提下，可为使相关公约有效实施通过国内法并对外国船舶无歧视的适用。俄罗斯、加拿大防止船舶污染的国内法规定严格于《73/78 防止船舶造成污染国际公约》，但也应看到北极航道沿岸国，如俄罗斯，已在《2013 规则》中取消了强制引航的要求，其规定在逐渐向国际法律规制靠拢。至于“雪龙”船穿越北方海航道过程中要求提供破冰服务后给付费用更类似外国船舶通过沿海国领海时，要求沿岸国提供特定服务后的付费。[29]为更有效地保护北极航道环境，相关环境保护制度和因此而发生的收费标准应由航道沿岸国与使用国以双边协议的形式达成共识，以期促进北极航道的可持续利用。

六、我国科考船北极航行的国际法意义

我国科考船“雪龙”穿越北方海航道及日后可能穿越西北航道的诸多国际法问题已得到一一剖析和阐释，这些问题回答的同时，应认识到具有公务船性质的科考船北极航行蕴含的多层面国际法意义。其一，科考船北极航行可促进北极航道用于国际海上运输的趋势；其二，北极航道利用为我国参与北极航行规则的制定提供了实践经验；其三，科考船北极航行为中国与俄罗斯、加拿大及其它北极国家的双边合作和交流开拓道路；最后，科考船北极航行也成为我国北极实质性存在的有效证明。

从我国科考船“雪龙”穿越北方海航道从事海洋科考活动，后又经穿极航道返航的航行活动评价，其国际法视阈中的核心意义在于对北方海航道未来法律地位的影响。现有国际法框架下，具备明确科考目的的科考船北极航行不会对航道所在水域及航道本身的法律地位产生默认的法律效果，却通过国家实践加快了航道用于国际海上运输的步伐。2013 年 8 月 27 日至 9 月 5 日，中远集团商船“永盛”顺利通过北方海航道所在的东北航道。[30]科考船穿越北极航道所引领的商船利用北极航道的趋势逐步显现。国际法院科孚海峡案判决中未将穿越海峡的船舶数量作为海峡是否可成为国际航行海峡的决定性因素，却统计了一年零九个月内，靠泊或经过科孚港的船舶数量，这无疑成为海峡用于国际海上运输的佐证。[31]因冰雪覆盖等原因而不满足实际使用标准的两端连接公海的北方海航道和西北航道在外国船舶穿越后而满足实际使用的要求，将逐步发展为用于国际航行的海峡。

北极航道通航后需要完善的国际法律规制来确保船舶安全、船员安全和环境安全。1996 年国际海事组织发布了《北极有冰覆盖水域营运船舶导则》,[32]该导则属非强制性法律文件。2009 年，国际海事组织正式启动强制性极地规则的制定，旨在现有国际海事组织文件基础上，采用基于风险的目标功能方法，制定针对特定极地水域风险的船舶安全和环境保护补充要求。极地航行规则的涉及面较广，存在不同利益集团的立场分歧。我国作为国际海事组织

[26] 《联合国海洋法公约》第 42 条第 1（b）款。
[27] 《联合国海洋法公约》第 233 条。
[28] 《联合国海洋法公约》第 234 条。
[29] 《联合国海洋法公约》第 26 条。
[30] 仲元：“中远集团永盛轮首航北极东北航道”，载《中国远洋报》2013 年 8 月 9 日 第 A01 版。
[31] 国际法院科孚海峡案判决中描述，1936 年 4 月 1 日至 1937 年 12 月 1 日，靠泊或经过科孚港的船舶总数为 2884 艘。参见 1951 ICJ Fisheries Case, United Kingdom v. Norway, p29.
[32] 参见 MSC/Circ.1056-MEPC/Circ.399.

的 A 类理事国，科考利益和商船的北极航行利益是主要考虑因素。因此，科考船北极航行及其所带动的商船航行为我国参与强制性极地航行规则的制定增加了实务经验。

我国北极权益包括航行权益、资源开发权益、科学考察权益和环境保护权益。[33]航行权益的维护有助于其它北极权益的有效实施：北极资源开发和科学考察依赖畅通无阻的北极航行，船源污染的控制更需要船旗国的努力。北极地缘政治领域，我国属近北极国家，北极权益的实现应以国际合作为桥梁。科考船北极航行为我国与北极航道沿岸国的双边合作提供了机遇，如航道环境保护和提供破冰、引航服务的收费事项等即可成为双边合作协商的内容。

我国海洋强国战略涵盖了航运强国的内容，维护我国北极权益、参与北极治理、强化在北极地区的实质性存在是新时期战略用海的重要组成部分。科考船北极航行具有重大的战略意义，是我国在北极实质性存在的体现，有利于获取在北极事务上的“话语权”。科考船探路后的商船北极航行迈出了我国海运公司利用北极航道的关键一步，是我国实质性参与北极地缘经济的具体表现。

七、结论

北冰洋联系着亚洲、欧洲和北美洲大陆，千百年来因冰雪覆盖而鲜有人类问津。气候变暖、北极冰雪融化开通了北极航道，为人类亲近神秘的冰雪世界、探索未知科学奥秘、了解气候变化对人类的影响带来便利。我国科考船“雪龙”，两次抵达北极点——奏响海洋科学考察的新篇章，首次穿越俄罗斯北方海航道——开辟了中俄两国交流的海上丝绸之路。北极航道沿岸国存在航道所在水域及航道本身法律地位的主张，以海洋科学考察为根本目的的科考船北极航行不构成对航道所在水域主权主张的默认，亦不构成对航道位于用于国际航行海峡的否定。北极航道沿岸国无法就科考船北极航行提出禁止反言，国际航行海峡的法律地位也不会因海峡所在水域的法律地位而撼动。科考船北极航行及其所带动的商船航行可促进北极航道的国际化，使得北极航道日益满足国际习惯法和条约法针对用于国际航行海峡的功能标准要求。同时，科考船北极航行具有其它多层面的国际法意义，其为我国参与强制性国际航行规则的制定提供了第一手资料，为我国与北极国家合作、更好地履行负责任大国的义务提供了出路，更是我国经略海洋、实现海洋强国战略、强化北极地区实质性存在的有益途径。

本文发表于《政法论坛》2014 年第 5 期。

[33] 参见 白佳玉：“中国北极权益及其实现的合作机制研究”，《学习与探索》2013 年第 12 期，页 87。

俄罗斯涉北极东北航道的法律制度及其与国际法的冲突

葛勇平[736]

摘要：前苏联和俄罗斯对北极东北航道（包括北部海航道）的航行制度进行了多次专门立法，其中，最重要的是1991年的《北部海航道航行规则》和2013年正式生效的《关于北部海航道水域商业航运的俄罗斯联邦特别法修正案》。俄罗斯涉北极东北航道法律制度与现行国际法存在诸多冲突，例如俄罗斯国内法律违背无害通过制度、过境通行制度、责任承担制度和沿海国限制性原则等，亟待解决。
关键词：北极东北航道 《NSR航行规则》 《2013修正案》

一、俄罗斯涉北极东北航道的主要立法
二、《NSR航行规则》的主要内容
三、《2013修正案》介评
四、俄罗斯涉北极东北航道法律制度与国际法的冲突

一、俄罗斯涉北极东北航道的主要立法

关于北极东北航道（包括北部海航道）的航行制度，前苏联和之后的俄罗斯进行了多次专门立法。1971年，前苏联海运部颁布了《前苏联海运部北方航道管理局法令》。1984 年，前苏联颁布《保护前苏联经济区法》，并正式宣布，苏联的海岸及临近的岛屿将采用直线基线的做法，基线内的水域既不适用“无害通过制”，也不适用“过境通行制”。1991年，前苏联颁布了《北部海航道航行规则》[737](以下简称《NSR航行规则》)，规定了俄罗斯在北极地区领海、专属经济区以内以及这些水域以外公海上各国船舶(包括俄罗斯本国船舶)的航行规则。[738]《NSR航行规则》是适用于“北部海航道”的主要法规。1993年，俄罗斯颁布了《船只在海港及其附近航行和抛锚的一般规则》。1996年，俄罗斯发布了《北部海航道航行指南》、《北部海航道破冰船领航和引航员引航规章》和《航行北部海航道的船只的设计、装备和补给要求》。[739]1998年，俄罗斯通过了《俄罗斯联邦内水、领海和毗连区法》（On internal seas, territorial seas and contiguous zone of the Russian Federation），其中再次要求通过北方海运航道的外国船只遵守俄罗斯联邦法律、国际条约和《NSR航行规则》等法律法规。2013年正式生效的《关于北方海航道水域商业航运的俄罗斯联邦特别法修正案》（简称《2013修正案》）是最新法规，涉及北部海航道定义和破冰船强制领航两个重要的争议问题，可以看出，俄罗斯北方海航道政策出现了较大变化，有进

---

[736]葛勇平，法学博士，河海大学法学院教授，中国国际法学会理事。电子信箱：geyongping2005@163.com。
2015年中国国际法学会学术年会参会论文。“国际河流及海洋区域权益维护和争端解决”的阶段性成果，中央高校基本科研业务费专项资金资助（项目编号：2015B04014）；“北极东北航道的法律性质和管辖权及中国的法律应对”的阶段性成果，中央高校基本科研业务费专项资金资助（项目编号：HIT.HSS.201513）。
[737] Northern Sea Route Administration. Regulations for Navigation on the Seaways of the Northern Sea Route, 1991. http://www. arctic-lio. com/nsr_legislation.
[738]阎铁毅、李冬：《美、俄关于北极航道的行政管理法律体系研究》，《社会科学辑刊》2011年第2期，第75页。
[739]刘惠荣、董跃：《海洋法视角下的北极法律问题研究》，中国政法大学出版社2012年版，第141页。

一步向国际开放的政策倾向。[740]

从上述法律法规可以看出，对于船舶在北部海航道的安全航行、船舶航行引起的北部海海洋环境污染及相关处罚，在前苏联时期已经开始了管制。前苏联解体后，俄罗斯继承了前苏联对于航行于北部海航道船只的要求、如何对外国船舶在冰封地区进行引水、这些船舶违反前苏联法律应该承受的法律后果等方面的法律制度，这些制度的主要规定已被 1990 年颁布的《NSR 航行规则》吸收。

二、《NSR 航行规则》的主要内容

《NSR 航行规则》由前苏联制定和颁布于 1990 年，正式实施于 1991 年。该规则专门界定了“北部海航道”，从中可看出，前苏联已将这条航线从内水延伸到了领海或专属经济区。俄罗斯政府继续适用《NSR 航行规则》，它是俄罗斯政府关于北部海航道船舶航行的专门性规定，据此，在非歧视的基础上，俄罗斯向所有国家开放北部海航道。

俄罗斯航运管制所是俄罗斯的航运服务机关，隶属于俄罗斯北冰洋航路局。《NSR 航行规则》规定了包括俄罗斯船舶在内的各国船舶在俄罗斯北极地区领海、专属经济区以内以及这些水域以外公海上的航行规则。根据该规则，俄罗斯的航运管制所对航行于北部海航道上的本国和外国船舶进行管制。主要管制措施包括以下几个方面。

第一，对船舶、船长、船员的要求。在北部海航道航行的船舶必须拥有适合于北极航行的特别技术条件，至少在破冰这一点上其对船舶的要求是较高的。除了对船舶本身的要求外，最为重要的是对航行于该航线上船舶的船长或承担船长责任、相当于船长地位的船员的要求。对船长而言，除了具备一般的航海知识和技能外，他们必须具有在冰封海域航行的经验和技术。否则，该船舶必须接受俄罗斯当局提供的冰封海域船舶驾驶员围棋领航、引水。

第二，对船舶航行的事先报备要求。俄罗斯政府要求在北部海航道上航行的船舶或者船长必须在该船舶通行于该航线之前告知俄罗斯当局，并按照要求提供必要的文件。只有在俄罗斯当局对这些文件进行审查批准后，该船舶才能在北部海航道航行。未经批准而依然进行航行的，俄罗斯当局会以危害国家安全和利益为由，禁止该船舶的航行，并视情况对其采取强制措施。

第三，对船舶航行收费的要求。《NSR 航行规则》规定，外国船只不仅在俄罗斯领海中通行时要向俄罗斯政府缴纳通行费，而且，在其专属经济区内也需要缴纳通行费；除了通行水域收费范围的扩大以外，这种通行费针对的船舶范围也有所扩大，其收费制度针对的是所有的通行船舶，不论该船舶是否需要并接受俄罗斯政府提供的航行帮助。有关要求在《2013 修正案》中有所修改。

第四，对船舶航行所产生的责任承担要求。《NSR 航行规则》规定，外国船舶必须能够保证其有能力支付由其自身原因所导致的海洋污染而引起的民事赔偿，除此之外，还将在专属经济区内航行的外国船舶作为刑事处罚的对象。[741]

综上，与国际立法相比，《NSR 航行规则》是比较严格的。

三、《2013 修正案》介评

[740]张侠等：《从破冰船强制领航到许可证制度——俄罗斯北方海航道法律新变化分析》，《极地研究》2014 年第 2 期，第 268 页。

[741]刘惠荣、董跃：《海洋法视角下的北极法律问题研究》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 140-142 页。

《关于北部海航道水域商业航运的俄罗斯联邦特别法修正案》[742](以下简称《2013修正案》)于2013年1月28日正式生效，据此，俄罗斯重新制订了《北部海航道水域航行规则》[743](简称《2013航行规则》)，以替代1991年的《NSR航行规则》。重点涉及北部海航道定义和破冰船强制领航规则两个争议问题。

（一）北方海航道定义的变化

直到《2013 修正案》生效前，涉及北部海航道定义和定位的法律主要是 1991 年的《NSR 航行规则》。在该次修改中，《2013 修正案》实际上拆分了 1991 年的《NSR 航行规则》，把该规则中涉及法律层面的内容放入 1999 年的《俄罗斯联邦商船航运法》，形成新的《俄罗斯联邦商船航运法》；据此，在实施层面，北方海航道管理局制订新的航运规则，即《2013 航行规则》。[744]

根据1991年的《NSR航行规则》,俄罗斯提出了关于东北航道的正式官方定义，即“北部海航道——位于苏联内海、领海（领水）或者毗连苏联北部沿海的专属经济区内的苏联国家交通干线，它包括适宜船舶破冰航行的航段，西端是新地岛海峡的西部入口和沿子午线向北航行绕过新地岛北端的热拉尼亚角，东到白令海峡北纬66° 与西经168° 58′ 37”处。”[745]经过《2013修正案》增补的1999年《俄罗斯联邦商船航运法》第5条第1款的规定是：“1. 北部海航道水域的概念是指毗邻俄联邦北方沿岸的水域，由内水、领海、毗连区和专属经济区构成，东起与美国的海上划界线及其到杰日尼奥夫角的纬线，西至热拉尼亚角的经线，新地岛东海岸线和马托什金海峡、喀拉海峡和尤戈尔海峡西部边线。”[746]

另外，关于北部海航道的定位，1998年《俄罗斯联邦内水、领海和毗连区法》第14条规定，“…北部海航道，历史形成的俄联邦在北极的统一国家交通干线，其中包括维利基茨基海峡、绍卡利斯基海峡、德米特里·拉普捷夫海峡和桑尼科夫海峡。”[747]经过《2013修正案》修订的1998年《俄罗斯联邦内水、领海和毗连

---

[742] Federation Council of Russia. The Russian Federation Federal Law on Amendments to Specific Legislative Acts of the Russian Federation Related to Governmental Regulation of Merchant Shipping in the Water Area of the Northern Sea Route，2012. http:∥www. arctic-lio. com/nsr_legislation.该法案对《俄罗斯联邦商船航运法》、《俄罗斯联邦自然垄断法》、《俄罗斯联邦内水、领海和毗连区法》做了重要增补或修订。

[743] Northern Sea Route Administration. Rules of navigation in the Northern Sea Route water area，2013. http:∥www. arctic-lio. com/nsr_legislation.

[744]张侠等:《从破冰船强制领航到许可证制度——俄罗斯北方海航道法律新变化分析》,《极地研究》2014 年第 2 期，第 269 页。

[745] 1991年的《NSR航行规则》第1条第2款，英文为：Northern Sea Route-national transportation route of the USSR，which is situated within the inland waters，territorial sea (territorial waters)，or exclusive economic zone adjoining the USSR northern coast，and includes seaways suitable for guiding ships in ice. the extreme points of which in the west are the western entrances to the Novaya Zemlya straits and the meridian running from Mys Zhelaniya northward. and in the east，in the Bering Strait，by the parallel 66° N and the meridian 168° 58’37″ W.

[746]新1999年《俄罗斯联邦商船航运法》第5条第1款，英文为：The water area of the Northern Sea Route shall be considered as the water area adjacent to the Northern coast of the Russian Federation，comprising the internal sea waters，the territorial sea，the adjacent zone and the exclusive economic zone of the Russian Federation and confined in the East with the Line of Maritime Demarcation with the United States of America and Cape Dezhnev parallel in Bering Strait，with the meridian of Cape Mys Zhelania to the Novaya Zemlya Archipelago in the West，with the eastern coastline of the Novaya Zemlya Archipelago and the western borders of Matochkin Strait，Kara Strait and Yugorski Shar.

[747]1998年《俄罗斯联邦内水、领海和毗连区法》第14条，英文为：…the Northrn Sea Route，the historical national unified transport line of communication of the Russian Federation in the Arctic，including the Vilkitsky，Shokalshy，Dmitry Laptev and Sannikov straits.

区法》第14条则规定，“…北部海航道水域，历史形成的俄联邦国家交通干线。”[748]相比之下，省略了一些具体列举。

对比分析可知，《NSR航行规则》与经过《2013修正案》增补的1999年《俄罗斯联邦商船航运法》都将北部海航道定性为俄罗斯“历史上形成的国家交通干线”，没有任何变化。“航道”变成“航道水域”没有增加任何引起争议的内容。但在范围的定义上，后者更加清晰，明确划分了北部边界，统一到200海里专属经济区边界上。

（二）破冰船强制领航规则的变化

直到《2013 修正案》生效前，涉及北极航道破冰船强制引航问题的法律主要是 1991 年的《NSR 航行规则》。在实施层面上，《2013 航行规则》第 2 条规定，“在北部海航道水域中实施基于许可的船舶航行规则”，该表述意味着实行许可证制度。

关于俄罗斯破冰船强制领航，1991年的《NSR航行规则》第7条第4款规定，“在维利基茨基海峡、绍卡利斯基海峡、德米特里·拉普捷夫海峡和桑尼科夫海峡，航行条件和冰情复杂，为确保航行安全规定强制破冰领航。在其他区域，为确保航行安全和提供最佳航行条件，海上作业指挥部根据情况规定以下类型引航服务，包括：(1)沿建议航线航行至某个地理点的引航；(2)飞机或直升机引航；(3)引航员引航；(4)破冰船领航；(5)破冰船领航和引航员引航并行。海上作业指挥部有权更换引航类型。”《2013航行规则》中无《NSR航行规则》中强制性破冰船领航的表述。

关于俄罗斯籍引航员登船引航，《NSR航行规则》第4条第2款规定，“如缺乏冰区航行经验，管理局(海上作业指挥部)可根据船长的请求派遣一名国家引航员登船协助航行。”《2013航行规则》中无《NSR航行规则》中有条件提供冰区引航员引航服务的表述。

《2013航行规则》中有关破冰船领航和引航员引航部分的规定，由其中的“北部海航道水域破冰船服务规则”和“北部海航道水域船舶冰区引航服务规则”构成，去掉了强制性的规定，代之以按照“船舶载重、船舶冰级、引航距离、航时”(《2013航行规则》第24条和第32条)具体服务内容收取差别化费用。[749]《2013航行规则》第10条第6款规定，北部海航道管理局在发放许可证时，在认为需要破冰船护航服务的情况下，须给出根据本规则附件2列出服务的必要性信息(北部海航道水域不同航区、航季、冰情信息)。根据这一条款，结合具体申请内容、程序分析，船东向该管理局申请通过北方海航道水域时，并无是否申请相关领航服务的内容选择，服务的选择权仍然属于许可证发放方(即该管理局)，带有一定程度的强制性痕迹，但服务的选择必须依据规则中公开明示的许可条件，因此，发放方的许可权受到了很大限制。[750]此外，发放许可证的等待时间大大缩短，从《NSR航行规则》规定的至少4个月缩短到《2013航行规则》规定的25天，审批过程也因规定必须上网公示而更加透明。

综上所述，俄罗斯仍然坚持北部海航道属于俄罗斯国家历史性交通干线的立场，范围更加清晰，与内水、领海及毗连区200海里专属经济区水域相一致，消除了北部海航道可能延伸到公海的疑议。从破冰船强制领航制度改变为许可证制

[748]1998年《俄罗斯联邦内水、领海和毗连区法》第14条，英文为：…the water area of the Northern Sea Route, the historically emerged national transportation route of the Russian Federation.

[749] 参见张侠等：《从破冰船强制领航到许可证制度——俄罗斯北方海航道法律新变化分析》，《极地研究》2014 年第 2 期，第 272 页。

[750] 同上。

度，给出了具体的、可操作和可预期的独立航行许可条件，使得外国船只独立航行成为可能。发放许可证过程更加透明，等待时间缩短。

四、俄罗斯涉北极东北航道法律制度与国际法的冲突

1982 年，联合国第三次海洋法会议通过了《联合国海洋法公约》，它除了关于内水、领海、毗连区、群岛水域、用于国际航行的海峡、专属经济区、大陆架、公海、国际海底区域这九大水域的规定外，还规定了一些水域通行制度，例如无害通过制度、过境通行制度，同时，对于海域通行所引发的法律责任也有较为具体的规定。然而，作为该公约的缔约国，俄罗斯关于北部海航道的许多国内法律制度与《联合国海洋法公约》规定相悖，这些俄罗斯国内法的效力受到质疑。

（一）俄罗斯国内法律违背无害通过制度的有关规定

伊恩·布朗利认为，作为一个政策问题，无害通过权是海洋交通必要性和沿海国利益之间融合的一种合理形式。[751]《联合国海洋法公约》第 3 节第 17-32 条——特别是第 19 条——规定，无害通过权包含“无害”和“通过”两个方面。“无害”是指外国船舶通过一国领海时，不得损害沿海国的和平、良好秩序或安全，如果船舶在通过领海时从事《联合国海洋法公约》中所列明的任何一种与通过无直接联系的活动，都会被认为是非无害的。“通过”是指船舶为了穿过领海但不进入内水，或者为了驶往或驶出内水而经过领海时应该继续不停迅速地进行。作为北极域内国家，俄罗斯北部海航道水域中有部分水域属于其领海范围，因此，《联合国海洋法公约》的无害通过制度适用于俄罗斯。

第一，俄罗斯国内法对于船舶无害通过的收费制度违反了《联合国海洋公约》在适用范围和对象上的规定。《联合国海洋法公约》第 26 条规定：“对外国船舶不得仅以其通过领海为由而征收任何费用；对通过领海的外国船舶，仅可作为对该船舶提供特定服务的报酬而征收费用。征收上述费用不应有任何歧视。”由此可见，《联合国海洋法公约》所规定的无害通过权征收通行费的对象仅仅是沿海国提供特定服务的船舶，而且收费所针对的水域也仅仅是领海。根据俄罗斯现行的国内法《NSR 航行规则》，只要外国船舶经过其北部海航道的领海，俄罗斯就对其强制性地征收费用，而不论是否为外国船舶提供了特定的服务；即使提供特定服务，其征收费用的范围也已不仅仅是领海，而是扩张到了其北部海航道的专属经济区内，俄罗斯在专属经济区内为外国船舶提供破冰和引水等服务也要收取由此而产生的服务费用。由此可见，俄罗斯关于收费的现行法规定已经在对象和范围上违反了《联合国海洋法公约》第 26 条的规定。[752]《2013 修正案》及相关法律推行许可证制度，但未涉及收费制度的修改。

第二，俄罗斯国内法对于船舶无害通过的限制已经超出了《联合国海洋法公约》所赋予沿海国的保护权。为防止领海内的非无害通过，《联合国海洋法公约》第 25 条（1）规定：“沿海国可在其领海内采取必要的步骤以防止非无害的通过”。《联合国海洋法公约》该条规定的立法宗旨在于弥补《联合国海洋法公约》第 21 条（1）所列举情形的不足，旨在赋予沿海国“更大范围的管辖权”，从而更好地保护沿海国对领海的专属管辖权，维护沿海国的主权。但是，《联合国海洋法公约》所规定的“更大范围的管辖权”不是没有限制的。这种限制一方面体现在必须是在沿海国主权受到威胁而《联合国海洋法公约》第 21 条没有明确规定

[751]伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2003 年版，第 209 页。
[752]刘惠荣、董跃：《海洋法视角下的北极法律问题研究》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 143 页。

的时候才能加以适用，另一方面在适用的时候沿海国应该在形式上或事实上不加歧视地对待外国船舶，在其领海的特定区域内暂时停止外国船舶的无害通过，这种停止仅应在正式公布后方能发生效力。《联合国海洋法公约》第 25 条的规定仅仅是一种个案的保护，而并没有形成一种普遍的政策。[753]在领海领域，俄罗斯国内法在对待外国船舶时，已将《联合国海洋法公约》所赋予的“更大范围的管辖权”作为“一般的标准”加以适用，无视《联合国海洋法公约》将该管辖权作为一种个案保护的手段，对他国合法航行产生不利影响。

（二）俄罗斯国内法律违背过境通行制度的有关规定

过境通行是指专门为在连接公海或者专属经济区一个部分与公海或者专属经济区另一部分之间的海峡继续不停和迅速过境的目的而行使航行和飞越自由。[754]这种通行制度适用于《联合国海洋法公约》创设的“用于国际航行的海峡”和“群岛水域”这两个新海域。沿海国不应妨碍和停止外国船舶和飞机的过境通行。[755]目前，俄罗斯国内法相关相悖的规定主要体现在以下几个方面：

第一，根据《联合国海洋法公约》第 41 条，分道航行制度应当符合一般接受的国际规章，这些措施不能由一国单独制定，应当在妥为公布前提交国际海事组织。目前，俄罗斯国内法的一些针对外国船舶的分道航行制度仅仅是该国单独制定的，未得到国际海事组织的批准。

第二，《联合国海洋法公约》第 42 条明确规定了海峡沿岸国关于过境通行的法律和规章应如何制定的问题，沿海国只可以在出现《联合国海洋法公约》该条规定的情况下才可以制定过境通行的制度。而俄罗斯目前国内法中却有允许暂停、妨害、拒绝《联合国海洋法公约》过境制度的规定。[756]

（三）俄罗斯国内法律违背责任承担制度的有关规定

在责任承担制度方面，俄罗斯国内法要求外国船舶承担刑事责任，例如《NSR 航行规则》将在专属经济区内航行的外国船舶作为刑事处罚的对象，明显与《联合国海洋法公约》第 230 条（1）和（2）的规定相悖，《联合国海洋法公约》对违反海洋环境的外国船舶仅规定了罚款这一民事责任，而没有刑事责任的规定。

（四）俄罗斯国内法律违背沿海国限制性原则的有关规定

最后，俄罗斯2013年开始生效的有关北部海航道的新法并不能完全消除国际争议。根据新法规则，外国船只在北部海航道水域上的商业航行仍然需要事先得到俄罗斯有关主管当局的批准。在世界其他海洋中的专属经济区均执行自由航行制度，但在北冰洋，俄罗斯却执行类似基于内水法律制度的通行制度，此举尽管出于“航行安全和环境保护目的”，但忽视“适当顾及航行”和“可靠科学证据”的限制性原则，[757]仍与现行国际法向冲突。

俄罗斯北部海航道法律制度与《联合国海洋法公约》的冲突本质上是国内法与国际法的冲突，一方面，依据《维也纳条约法公约》第 19 条、第 26 条和第 27 条分析，俄罗斯国内法与《联合国海洋法公约》相违背的规定应被视为无效。另一方面，现实是，国内法与国际法的关系尚无明确统一的规定，国际法不必然优于国内法而适用。因此，虽与国际条约有诸多冲突之处，一些俄罗斯国内法仍

---

[753]刘惠荣、董跃：《海洋法视角下的北极法律问题研究》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 143-144 页。
[754]邵津主编：《国际法》（第三版），北京大学出版社 2008 年版，第 135 页。
[755]见《联合国海洋法公约》第 44 条。
[756]刘惠荣、董跃：《海洋法视角下的北极法律问题研究》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 145 页。
[757]《联合国海洋法公约》第 234 条规定，沿海国出于航行安全和环境保护目的，对 200 海里专属经济区中的冰封区域有权制定和执行非歧视性的法律和规章，但对沿海国这一权利有“适当顾及航行和以现有最可靠的科学证据为基础”的限制。

然限制着各国船舶在北部海航道航行。

《联合国宪章》与国际反恐法的发展

罗刚

（云南大学法学院昆明 650091）

摘要：维护国际和平与安全是联合国的首要目标，也是《联合国宪章》的宗旨。联合国各会员国将维持国际和平与安全的主要责任授予安理会，安理会在打击国际恐怖主义犯罪的行动中应发挥主导作用。《联合国宪章》及安理会决议作为国际反恐法的重要组成部分，对反恐国际法发展将起到重要的规范及指引作用。《联合国宪章的》条文中没有关于通过安理会打击国际恐怖主义犯罪的规定，但从安理会隐含权能的角度来看，安理会完全可以根据《联合国宪章》第七章的规定采取强制行动包括授权动用武力打击国际恐怖主义犯罪。美国反恐行动不能说没有国际法依据，但存在滥用国际法的情况，也没有严格遵守包括《联合国宪章》在内的国际法基本原则。

关键词：联合国宪章；安理会；国际反恐法.

引言

国际反恐法(international law of terrorism)是“反国际恐怖主义法”的简称。有学者认为，国际反恐法分为广义和狭义两种。广义的国际反恐法是指所有可适用于防止和惩治恐怖主义的国际法原则、规则和制度；狭义的国际反恐法则专指有关恐怖主义的国际造法（“国际立法”）。换言之，狭义的国际反恐法是指专门有关恐怖主义的国际法律文件，包括普遍性和区域性的国际反恐条约和联合国安理会有关反恐的决议；广义的国际反恐法还包括可适用于反恐的一般国际法。[758]由于国内法在反恐中发挥着极为重要的作用，因此似有必要把关于反恐的国内法纳入国际反恐法的范围，即应该认为国际反恐法包括国际法、国内法两个部分。详言之，国际反恐法包括关于反恐的一般国际法（如《联合国宪章》）；联合国安理会作出的关于反恐的决议；关于反恐的普遍性、区域性和双边条约及关于反恐的各国国内法。本文以安理会为研究视角，以《联合国宪章》、安理会决议及美国反恐实践为研究对象，分析《联合国宪章》对反恐国际法发展的规范及指引作用。

一、安理会打击国际恐怖主义的法律依据

维护国际和平与安全是联合国的首要目标，它有权采取有效的集体措施，依正义及国际法原则，防止和消除对和平的威胁，制止侵略或其它破坏和平的行为。《联合国宪章》规定了

基金项目：国家社科基金项目“西南边境民族地区非法移民问题及其治理调查研究”（13BFX149）的阶段性成果。

作者简介：罗刚，云南大学法学院教授，法学博士，研究方向为国际法学、国家安全法治问题、民族地区法治建设。通信地址:云南省昆明市翠湖北路 2 号，云南大学法学院，邮编：650091；E-mail:ynfxbjb@126.com.

[758]黄瑶等著：《联合国全面反恐公约研究——基于国际法的视角》，法律出版社 2010 年版，第 1 页。

各会员国主权平等,不干涉内政,和平解决争端,禁止使用武力相威胁或使用武力等国际法原则。在维护国际和平与安全,打击恐怖主义时,各国不得违背这些原则。“9. 11”事件以后，联合国安理会迅速做出反应，9 月 12 日即通过 1368 号决议，“最强烈地断然谴责 2001 年 9 月 11 日在纽约、华盛顿特区和宾夕法尼亚州发生的令人发指的恐怖主义攻击，认为这种行为，如同任何国际恐怖主义行为，是对国际和平与安全的威胁”。9 月 28 日和 11 月 12 日，安理会又相继通过 1373 号和 1377 号决议。1373 号决议呼吁和决定采取有关行动打击恐怖主义，1377 号决议通过了一个“全球努力打击恐怖主义的宣言”。以 1373（2001）号决议为例，该决议呼吁会员国采取一系列措施，其目的是为了加强会员国打击恐怖主义活动的法律和机构能力，包括采取行动：将资助恐怖主义行为定罪 ；立即冻结同涉嫌恐怖主义行为的人员有关的任何资金； 拒绝为恐怖主义集团提供一切形式的资金支持 ；禁止为恐怖分子提供庇护、帮助或支持 ；与其他国家政府分享关于实施或策划恐怖主义行为的任何集团的信息 ；同其他国家政府合作调查、侦查、逮捕、驱逐并起诉参与此类行为的此类集团；以及 在国内法中将主动或被动为恐怖主义提供援助的行为定为犯罪，并将违法者绳之以法。该决议还呼吁各国尽快成为相关国际反恐怖主义法律文书的缔约方。[759]

作为在维护国际和平与安全负有重要责任的全球最大的国际组织,联合国特别是安理会在打击国际恐怖主义犯罪的行动中应发挥主导作用。正如联合国前秘书长安南所言，恐怖主义直接冲击联合国所捍卫的各项核心价值观，这就是：法制、保护平民、不同信仰和文化的人之间相互尊重以及和平解决冲突。因此，联合国必然要站在反恐斗争的最前列，并首先明确大声疾呼，无论出于何种理由，都决不能认可恐怖主义或为之辩护。[760]

根据《联合国宪章》第 24 条的规定，联合国各会员国将维持国际和平与安全的主要责任授予安理会，安理会应确认任何对和平的威胁、破坏或侵略行为是否存在，据此作出建议或抉择以维持或恢复国际和平与安全（第 39 条）；安理会有权采取的维持或恢复国际和平的强制措施包括不涉及使用武力的办法（第 41 条）和武力行动（第 42 条）。

虽然在《联合国宪章的》条文中找不出关于通过安理会打击国际恐怖主义犯罪的字眼,并且迄今尚无安理会直接授权采取军事行动打击国际恐怖主义犯罪的先例，但我们可以换个角度即从安理会隐含权能的角度来看，安理会完全可以根据《联合国宪章》第七章采取强

[759]资料来源：联合国网站（中文版）http://www.un.org/zh/sc/ctc/.访问时间：2015 年 4 月 17 日。

[760]安南：“秘书长在民主、恐怖主义和安全问题国际首脑会议全体闭幕式上的主旨讲话”，资料来源：联合国网站（中文版）http://www.un.org/chinese/aboutun/sg/sg_madrid.htm.访问时间：2015 年 4 月 17 日。

制行动包括授权动用武力打击国际恐怖主义犯罪，也就是说联合国宪章为安理会采取包括授权动用武力在内的强制行动打击国际恐怖主义提供了隐含的法律依据。安理会是维持国际和平与安全的行动机关，为了维持国际和平与安全，《联合国宪章》第七章对其职能有明确规定：（一） 由安理会断定任何对和平的威胁、破坏和平的行为或侵略行为是否存在；（二）为了防止情势恶化，安理会可以促请有关当事国遵行安理会认为必要或适当的临时措施，可以通过决议建议或决定采取不牵涉到使用武力的措施(包括经济制裁、停止交通电信和断绝外交关系）；（三） 如认为上述措施不够，可以通过决议采取必要的武力行动以维持国际和平与安全。可见， 联合国各会员国已把遵照联合国宗旨及原则来维持国际和平与安全的主要职能授予安理会，并同意依照宪章的规定接受并执行安理会决议，这就是人们常说的集体安全机制。由此，安理会采取包括动用武力在内的强制行动的前提条件是国际和平与安全遭到破坏或可能遭到破坏。只要这一条件成立，安理会就有权介入，并根据联合国宪章第七章采取包括授权动用武力在内的强制行动。换言之，如果国际恐怖主义达到危及国际和平与安全的程度，安理会就可以采取包括授权动武在内的强制行动来介入。

恐怖主义犯罪是否达到了危及国际和平与安全的程度?由于国际恐怖主义犯罪早已成为危及国际和平与安全的罪恶根源，因此，回答是肯定的。冷战结束后，世界格局发生了重大变化，虽然世界局部地区还存在战争，但和平与发展已成为国际关系发展的主旋律。战争等传统安全问题仍然对国际和平与安全构成威胁，但非传统安全问题逐步凸显，成为对国际和平与安全构成重大威胁的现实问题。[761]有人把国际恐怖主义称为“新世纪的政治瘟疫”、“一场永无休止的地下世界大战”。也有人把它和政治腐败、环境污染并称为二十一世纪人类面临的三大威胁。仅以国际恐怖主义的活动范围看，恐怖袭击的攻击目标趋于多元化、广泛化。恐怖主义组织正在无限扩展自己的活动范围,几乎世界各地都留下了恐怖主义活动的印迹。现阶段,中东、美国、西欧、拉美、东南亚和前苏联地区是恐怖主义活动的六大热点地区。恐怖主义组织袭击的对象已不只是本国政府,而更多地指向别国政府、一些国际组织和跨国公司,不仅选取政府首脑、外交官员、新闻记者等重要的政治、军事和经济目标,也将黑手伸向无辜群众。[762]“9·11”事件发生后，安理会通过的第 1368 号和 1373 号决议均确认，任何国际恐怖主义行为都是“对国际和平与安全的威胁”，并据此同意使用武力打击恐怖主义行

761“非传统安全”是近年来逐渐在学界和国际关系实践中被广为使用的一个概念,也被称为“国际公共安全”、“非军事安全”、“新安全”等。它是相对传统安全而言的,是指除军事、政治和外交冲突以外的其他对主权国家及人类整体生存与发展构成重大威胁的安全问题,主要包括经济安全、金融安全、生态环境安全、信息安全、资源安全、恐怖主义、宗教渗透、武器扩散、疾病蔓延、跨国犯罪、走私贩毒、非法移民、海盗、洗钱等。参见罗刚：《法学视野下的非传统安全问题》,《前沿》，2010 年第 5 期。

762参见时刚、刘诚：《国内外关于恐怖主义研究综述》,《军事历史研究》2009 年专刊，第 240 页。

为。

二、安理会打击国际恐怖主义的主要实践

安理会打击恐怖主义的相关措施包括：通过有关反恐决议；谴责恐怖主义事件及其肇事者、组织者、资助者和支持者；向各国施加预防和制止恐怖主义的义务，并将有关恐怖主义行为视为对国际和平的威胁，由此对有关的国家、个人和实体采取制裁等非武力措施乃至军事打击行动。[763]事实上，安理会已多次采取强制行动来打击国际恐怖主义犯罪。如 1992 年，安理会通过 748 号决议，断定利比亚包庇涉嫌洛克比空难的恐怖分子，构成对国际和平与安全的威胁，并对利比亚采取经济制裁、断绝航空交通的强制行动；1993 年 11 月 11 日，安理会再一次通过 883 号决议，加重对利比亚的制裁；1999 年 9 月 12 日通过 1368 号决议，明确地阐述了在国际反恐问题方面的原则性立场；1999 年 9 月 28 日通过 1373 号决议是打击国际恐怖主义的一个重要里程碑。该决议第一次确立了联合国安理会对各国遵守联合国各项反恐怖决议情况进行国际监督的机制，体现了绝对不允许恐怖分子和他们的支持者在各国领土上活动的政策；[764] 2000 年，安理会作出 1333 号决议，要求塔利班政府交出本·拉登，并加大对阿富汗的经济制裁；2001 年 10 月 5 日，联合国大会就恐怖主义问题进行了联大历史上参与国家数最多的一次辩论会，安理会反恐怖主义委员会随后正式成立，以监督各国对安理会有关反恐决议的执行情况。[765]2004 年，为了振兴委员会的工作，安全理事会通过了第 1535（2004）号决议，成立反恐怖主义委员会执行局（反恐执行局），以便就第 1373（2001）号决议涉及的所有领域向反恐委员会提供专家咨询意见。成立反恐执行局的目的还有：便利向各国提供技术援助，促使联合国系统各组织内部以及区域和政府间机构相互之间开展更紧密的合作与协调。 在 2005 年 9 月联合国世界首脑会议期间，安全理事会有史以来第三次召开国家元首或政府首脑一级会议，通过关于煽动恐怖行为行径的第 1624（2005）号决议。该决议着重指出，各国有义务遵守国际人权法。

虽然到目前为止，安理会还没有因打击恐怖主义而对某一国家直接授权采取过军事行动，但可以肯定地说，根据联合国宪章第七章的有关规定，只要恐怖主义危及到国际和平与安全，安理会完全有权这样做，也应该这样做。安理会在 1373 号决议中呼吁各国避免为恐怖主义提供支持和庇护，确保采取措施将恐怖主义绳之以法，并特别声明，安理会有权对违背决议的有关国家进行制裁，甚至动用武力。需要特别注意的是，安理会的反恐决议对会

---

[763]参见黄瑶等著：《联合国全面反恐公约研究——基于国际法的视角》，法律出版社 2010 年版，第 10 页。
[764]中国现代国际关系研究所反恐怖研究中心：《世界主要国家和地区反恐怖政策与措施》，时事出版社 2002 年版，第 123 页。
[765]杨洁勉等著：《国际反恐合作——超越地缘政治的思考》，时事出版社 2003 年版，第 53 页。

员国有法律约束力，会员国有法律义务遵守安理会的反恐决定。因为依据《联合国宪章》第25条和第48条的规定，联合国会员国有义务接受和履行安理会根据宪章第七章尤其是第41条和第42条作出的实施强制或军事措施的决定。[766]安理会“建议“的行动和“决定”的行动在法律层面的含义是不同的，安理会的“建议”是任意性的，由会员自愿遵守。明确这一区别对于准确评价会议决议的意义非常重要。

三、安理会打击国际恐怖主义行动中存在的问题

安理会对打击国际恐怖主义做出了重要的贡献，并将继续在促进反恐国际合作、引导、协调反恐斗争方面发挥不可替代的作用。同时，安理会在打击国际恐怖主义行动中也存在一些有争议的问题，应该引起重视并寻求解决方法。

（一）安理会授权武力打击恐怖主义

该问题的焦点有两个，一是安理会能否授权以武力打击恐怖主义（法理依据），二是安理会在实践中是否已经授权以武力打击恐怖主义（实践依据）。该问题是由“9·11”事件发生后安理会的两个决议以及安理会对美国要求联合国授权其在伊拉克进行反恐军事行动遭到拒绝而引起。

“9·11”事件发生后的第二天，安理会全体一致通过了第1368号决议，谴责这一恐怖袭击，并声明“愿意采取一切必要手段应对恐怖行为对国际和平与安全带来的威胁。确认依宪章所享有的单独或集体自卫的固有权利”。该决议第3段指出，“安理会要求各国……合作、防止和镇压恐怖主义行为并对实施恐怖行为者采取措施”。美国政府对此立即做出了反应。9月14日，美国国会授权对那些卷入这次袭击的国家使用武力，以便防止任何未来的国际恐怖行为；10月7日，美英军队开始了对基地组织在阿富汗的训练营和军事设施的空中打击。2001年9月28日，安理会又通过了1373号决议。该决议重申了“采取一切必要手段应对恐怖主义行为对国际和平与安全所带来的威胁”的必要性。决议要求各国禁止为恐怖主义提供资助，将恐怖分子的募集活动确定为犯罪行为，冻结恐怖分子和恐怖组织的资金及其他财产。据此，有学者认为该决议证明安理会有权采取一切手段包括授权使用武力打击恐怖主义行为，有些学者认为这是对美国在阿富汗反恐军事行动的“事后授权”且怀疑这种“事后授权”的合法性。反对者、支持者均从不同的角度陈述了不同的理由。[767]

---

[766]黄瑶等著：《联合国全面反恐公约研究——基于国际法的视角》，法律出版社2010年版，第12页。

[767]反对者认为：1.自卫只能针对国家发动的攻击才可以适用，基地组织不是国家，其发动的袭击不构成武力攻击；2.自卫权只对实际攻击者才可行使，塔利班不是攻击者；3.自卫权只有在安理会采取必要的维持国际和平与安全的措施前才可以行使，既然安理会在2001年9月28日第1373号决议中采取了这样的措施，美国行使自卫权的条件就不复存在；4.只有在有确凿证据证明是针对实际袭击者的情况下才产生援引自卫权的条件，在美国未能提供这样的证据证明塔利班政权参与了这一袭击的情况下不得对其发起攻击；5.

20世纪90年代初的伊拉克战争后,联合国安理会做出决议,要求伊拉克销毁大规模杀伤性武器并对科威特予以赔偿,但伊拉克没有采取积极措施与国际社会合作。美国表明了以武力解决伊拉克问题的意愿，2003 年美英两国发动伊拉克战争之前，曾多次试图得到联合国的授权。在安理会通过武力打击伊拉克决议无望的情况下,美英于2003年3月20日绕开联合国，直接对伊拉克开始武力打击，在安理会没有授权的情况下直接对伊采取了军事行动。

因此，从“9·11”事件发生后安理会的两个决议以及安理会对美国要求联合国授权其在伊拉克进行反恐军事行动遭到拒绝的反恐实践分析,安理会并没有直接授权以武力打击国际恐怖主义。在其他涉及安理会的反恐实践中，也没有相关案例能够证明安理会直接授权以武力打击国际恐怖主义。那么，从法理角度分析，安理会能否授权以武力打击恐怖主义？所谓安理会的授权,根据《宪章》第7章的规定,意味着首先断定威胁和平、破坏和平和侵略行为的存在与否的权力属于安理会；其次,判断是否采取武力措施的决定必须由安理会做出；最后,在安理会做出采取维持国际和平所必要的武力行动决定后,应当根据联合国安理会与会员国或会员国集体的特别协议,联合国会员国或会员国集体提供军队,以协助执行安理会的决议。[768]

“授权”一词在《联合国宪章》关于安理会的规定中没有明确出现，在这些规定中更找不到“授权使用武力”的字样。“授权”是安理会决议中开始使用的措辞。安理会在涉及武力上第一次使用“授权”一词，是1950年7月7日的决议。该决议“授权”美国指挥的军事力量使用联合国旗帜。[769]有学者认为，“授权”的性质属于建议，授权是安理会建议会员国使用武力恢复国际和平与安全的一种方式。将授权视为建议性质，并不否定授权或建议的法律意义。无论是“建议”还是“决定”，都表示安理会对有关行动的认可或同意。在这一点上，两者是统一的。考虑到安理会在维和方面的权威性，安理会建议性质(包括授权)的决议，同样构成有关行动合法性的基础。[770]该学者进一步认为，授权是联合国安理会在发生威胁和平或破坏和平的情况下，建议联合国会员国使用武力恢复国际和平与安全的方式。从宪

即使“9·11”恐怖袭击构成对美国的武力攻击,美国也只能在袭击的同时行使自卫权,在袭击结束后(即2001年9月11日后)自卫是不允许的；6.只有在获得安理会授权的前提下才能使用武力,美国自卫权理论违反了《联合国宪章》第2条第4款禁止使用武力的规定。支持者(大多是美国学者)对此进行了反驳。他们认为虽然基地组织不是国家,但是安理会认定其对国际和平与安全构成威胁,它发动的“9·11”袭击是针对美国的国际战争的一部分,并且它还在不断发动对美国的攻击,因此,美国行使自卫权是针对正在进行的武力攻击,是正当的；塔利班政权是支持和庇护犯罪者,也应承担责任；自卫不需要安理会的授权,也不需要提供证据。余敏友等:《武力打击国际恐怖主义的合法性问题》,《法学研究》，2003年第6期，第131页。

[768]余敏友等:《武力打击国际恐怖主义的合法性问题》，载于《法学研究》2003年第6期，第140页。

[769] 李鸣:《联合国安理会授权使用武力问题探究》，载于《法学评论》2002年第3期，第67页。

[770]李鸣:《联合国安理会授权使用武力问题探究》，载于《法学评论》2002年第3期，第69页。

章来看，授权的依据主要是《联合国宪章》第 39 条和第 42 条。[771]安理会根据第 39 条有权建议为恢复国际和平与安全而采取的行动，并根据第 42 条有权建议包括授权会员国采取武力行动恢复国际和平与安全。[772]

实际上，第 39 条是宪章第七章里的一个关键性条款，它既是以和平方法解决国际争端到以强制手段维持或恢复和平之间的连结条款，又是宪章关于和平之威胁、和平之破坏及侵略行为的应付办法的各项规定的基础条款，因而被认为是联合国集体强制行动的法律基础。[773]根据第 39 条的规定，关于和平的威胁或破坏或侵略行为是否存在，不是由各会员国分别自行确定，应由安理会确定。因此，如果确实存在 “威胁和平、破坏和平或侵略的行为”时，安理会将有权按照第七章决定采取武力(即采取安理会授权的军事行动，第 42 条)或非武力(即敦促会员国采取部分或全部地断绝经济关系，禁运以及断交，第 41 条)的办法“以维持或恢复国际和平与安全”。可见，从法理方面分析，安理会可以授权以武力打击恐怖主义。[774]

（二）安理会打击国际恐怖主义与人权的国际保护

所谓人权的国际保护是指国家按照国际法，通过条约，承担国际义务，对实现基本人权的某些方面进行合作与保障，并对侵犯这种权利的行为加以防止与惩治。目前对人权的国际保护主要是通过国际人权法和国际人道法实现的。前者是在和平时期促进和保障人权，后者则强调在武装冲突期间保护平民、战斗人员和受难者。国际人权法的渊源由国际公约和国际习惯法构成。国际法层面讨论的人权所包含的具体的权利和基本自由都规定在《世界人权宣言》、《公民权利与政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》、其他人权公约以及联合国和区域组织制定的有关人权的宣言和准则中。

由于人权公约中规定的具体权利各异，人们对人权究竟应包含哪些具体权利并未达成普

---

[771]根据《宪章》第 39、41、42 条的规定，若要“采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全”，应遵照的程序如下：a.安全理事会应断定任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为之是否存在（第 39 条）；b.决定采取武力以外之办法，以实施其决议。包括经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝（第 41 条）；c.如认定以上规定之办法不足或证明为不足时，得采取必要之军事行动以维持或恢复国际和平及安全，包括示威、封锁及其他军事行动（宪章第 42 条）。资料来源：联合国网站（中文版）.http://www.un.org/zh/documents/charter/访问时间：2015 年 4 月 18 日。

[772]李鸣：《联合国安理会授权使用武力问题探究》，载于《法学评论》2002 年第 3 期，第 73 页。

[773]许光建主编：《.联合国宪章诠释》，山西教育出版社 1999 年版，第 282 页。

[774]实际上，安理会也只能授权以武力打击恐怖主义。联合国成立至今，没有一项安理会决定使用武力的决议是完全适用《联合国宪章》第 42 条的，没有一次军事行动是真正意义上的安理会的执行行动。因为适用第 42 条的规定，必然涉及第 43 条至第 48 条的程序规定，而迄今为止，没有一个会员国与联合国安理会缔结第 43 条所称的 “特别协定”，将必需的武装部队交由安理会支配；没有适用《联合国宪章》第七章的规定设立过军事参谋团，协助安理会的执行行动。因此，虽然安理会由于缺乏供它支配的联合国部队而不能适用《联合国宪章》第 42 条，但是，安理会能够授权侵略的受害国和其他国家使用武力反对侵略者。联合国的实践的确如此，安理会更多的是采用授权会员国或区域组织代表联合国使用武力的方法。参见王忠宝：《论国际法上的禁止使用武力原则》，中国政法大学 2004 年博士学位论文，第 88~89 页。

遍共识。一般认为，人的生命权、自由权、人身安全权、公正审判权，免受酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚，隐私、家庭、住宅或通信不受任意干预等人们对于有尊严的生活的最低必要的权利，是人之所以为人应予保护的基本权利和自由。

安理会在打击国际恐怖主义时，一直强调人权的国际保护。安全理事会第 1373（2001）号决议有一处明确提到人权问题，呼吁会员国“在给予难民地位前，依照本国法律和国际法的有关规定、包括国际人权标准采取适当措施，以确保寻求庇护者没有计划、协助或参与犯下恐怖主义行为。”决议还在序言部分重申必须“根据《联合国宪章》，以一切手段打击恐怖主义行为对国际和平与安全造成的威胁”。自 2001 年成立反恐怖主义委员会以来，反恐与人权的主题就一直受到广泛关注。在安全理事会第 1456(2003)号决议及随后各项决议中，安理会指出，各国必须确保为打击恐怖主义而采取的任何措施符合国际法规定的全部义务，并应按照国际法，尤其是国际人权、难民和人道主义法采取这些措施。[775]

前联合国秘书长科菲·安南曾说，“从长远来看，保护人权与实现民主及社会公正是预防恐怖主义的最好的方式之一。只有使各国人民真正拥有通过和平手段实现自尊及过上体面生活的希望，恐怖组织就更加难以招募成员，并在社会上更难获得广泛的同情与支持。国际社会需要保持警惕以防范恐怖主义行径，也需要用坚强的意志来谴责和惩罚恐怖主义分子，但如果在打击恐怖主义的过程中以牺牲人权为代价，那么全球打击恐怖主义的斗争就将难以为继。”[776]安南曾告诉安理会，“我们大家都应明确认识到，在有效打击恐怖主义和保护人权之间绝不能顾此失彼。相反，我认为从长期看，我们会发现人权同民主和社会正义一起，都是预防恐怖主义的最佳办法之一。当然，保护人权不是安理会的主要责任——它属于联合国其它机构的职权范围，安理会不必重复它们的工作。但我们必须顾及这些机构的专长，确保安理会采取的措施没有不适当地剥夺人权或使别人有借口这样做。”[777]

然而，部分国家在打击国际恐怖主义的过程中，却存在侵犯人权的情况。[778]其借口是联合国相关反恐决议，尤其是安理会第 1373 号决议赋予其此项权力。该决议重申各国“必须根据《联合国宪章》以一切手段打击恐怖主义行为对国际和平和安全造成的威胁”，并未提

---

[775]资料来源：联合国网站（中文版）http://www.un.org/zh/sc/ctc/rights.html.访问时间：2015 年 4 月 18 日。

[776]参见：《安南强调在全球反恐行动中不能忽视保护人权》，http://news.sohu.com/77/71/news147697177.shtml。访问时间：2015 年 4 月 18 日。

[777]资料来源：联合国网站（中文版）http://www.un.org/zh/sc/ctc/rights.html.访问时间：2015 年 4 月 18 日。

[778]前联合国秘书长安南在 2005 年西班牙马德里举行的“民主、恐怖主义和安全问题国际首脑会议”全体闭幕式上发表主旨讲话时曾指出，“国际人权专家，包括联合国系统的人权专家，都一致认为，各国目前采取的许多反恐措施均侵犯了人权和基本自由。即便在最特殊的情况下，人权法也留有足够的空间来采取强有力的反恐行动。但是，牺牲人权并不能促进反恐斗争。恰恰相反，它有助于实现恐怖分子的目标，因为它在道义上输给了恐怖分子，在恐怖分子最有可能去招兵买马的那些人中造成紧张，并使他们仇视和不相信政府。反恐战略要取得成功，不仅应该维护人权，而且必须维护人权。”参见赵永琛、李建主编：《联合国反对恐怖主义文献汇编》，群众出版社 2006 年版，第 249 页。

及国家的国际人权法和人道法义务。这种主张还以《联合国宪章》第103条为依据。该条内容为：“联合国会员国在本宪章下之义务与其任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”好像第103条为这些国家凭借联合国安理会决议进行反恐行动提供了法律依据，因为有约束力的安理会决议既然属于宪章义务，因此国家所承担的相关人权公约中的义务必须让位于宪章义务。

这种推论不能成立。首先，《联合国宪章》第一章中载明的宗旨是维持国际和平与安全，尊重并保护人权。第24条授予安理会代表各会员国履行维持国际和平及安全这一主要责任下的职务，同时也强调“安理会于履行此项职务时，应遵照联合国之宗旨及原则”。执行安理会决议时应当负有尊重和保护人权的义务。并且安理会在其多项决议中均反复强调各国在惩治恐怖主义犯罪中应遵守国际法，特别是国际人道主义法和人权法。其次，第103条清楚地说明宪章义务仅优先于“其他国际协定所负之义务”，这就意味着宪章义务并非优先于国家的习惯国际法义务，更不要说国际法中的强制性规范（即国际强行法）。而许多国际人权法和人道法的义务都被普遍认为是习惯国际法或是强行法的一部分，比如保护战争受难者，禁止酷刑等。[779]最后，第 1373 号决议虽然没有直接提及国家的国际人权法和人道法义务，但其有一个非常明确的前提，即各国采取一切措施打击国际恐怖主义犯罪时，必须“根据《联合国宪章》”；如前所述，《联合国宪章》的宗旨就是维持国际和平与安全，尊重并保护人权。因此，打击国际恐怖主义犯罪时必须尊重并保护人权就必然成为安理会一切行动的指南。

国际人道主义法和人权法都是以任何人均系独立的个体，有权不受任意处罚和虐待为前提，以保护人们的生命、健康和尊严为其宗旨。国际人道主义法主要是保护武装冲突期间的个人、尤其是那些处于敌方控制之下的个人；而人权法则主要是调整国家与个人之间的关系。更为重要的是，国际人道法和人权法毕竟是“软法”，其法律效力的切实发挥尚需各缔约国将这些法律规范国内化，即批准国在本国宪法或者刑法中制定相应的规定，使这些法律更能直接约束国家惩治恐怖主义犯罪的行动。中国于1952年签署了1949年的四个《日内瓦公约》，并于1956年和1957年分别批准加入了该公约；然后，中国政府于1997年10月27日签署了《经济、政治、文化权利国际公约》，1998年10月5日签署了《公民权利和政治权利国际公约》，并于2001年2月28日批准了《经济、政治、文化权利国际公约》，成为国际人道主义法的坚决捍卫者。因此，我们在结合国际反恐公约和我国《刑法》及其修正案的相关规定打击恐怖主义犯罪时，有义务遵守国际人道主义法和人权法的基本原则。[780]

---

[779]参见万鄂湘主编：《国际条约法》，武汉大学出版社 1998 年版，第 324 页。

[780]参见王秀梅：《惩治恐怖主义犯罪中维护公共秩序与尊重人权的平衡》，《法学评论》2006年第2期，第

四、美国打击国际恐怖主义行动中存在的问题

从美国“反恐战争”的实践看，美国反恐是有国际法依据的，但其具体反恐行动存在滥用国际法的情况，也没有严格遵守包括《联合国宪章》在内的国际法基本原则。

以阿富汗战争为例，美国主要援引《联合国宪章》第 51 条规定的自卫权。2001 年 10 月 7 日，美国通过其驻联合国大使约翰• 内格罗蓬特向安理会提交了一封信。这封信直接表明了美国主张的其反恐行动的国际法依据，该信声明：“依照 《联合国宪章》 第 51 条 ，我谨以本国政府的名义报告 ，美利坚合众国同其他国家 ，于 2001 年 9 月 11 日美国受到武装袭击后 ，已采取行动行使其单独和集体自卫的自然权利 …… 2001 年 9 月 11 日 ，美国纽约、 宾夕法尼亚和弗吉尼亚州遭受到大规模和野蛮的袭击。这些袭击是特意设计的 ，以造成最大可能的人命损失；袭击造成了包括 81 个国家国民的 5000 名以上的人丧生、 毁灭了四架民用飞机、 世界贸易中心双塔大楼和五角大楼一部分。自 9 月 11 日以来 ，我国政府获得的情报清楚和明显地显示 ，得到阿富汗境内塔利班政权支助的阿尔• 盖达(基地)组织在袭击中发挥了中心作用。仍有许多情况我们尚不清楚。我们的调查还处在初期阶段。我们的自卫行动可能还需对其他组织及国家采取进一步行动……回应这些袭击 ， 美国武装部队根据单独和集体自卫的自然权利 ，已发动旨在防止和吓阻对美国进一步袭击的行动 …… 2001 年 9 月 11 日基地组织对美国及其国民的袭击以及仍在持续中的威胁 ，是塔利班政权决定允许在其控制下的阿富汗部分领土充作该组织行动基地造成的。尽管美国和国际社会用尽一切努力 ，塔利班政权却拒绝改变其政策。基地组织在阿富汗领土内仍在继续训练和资助其恐怖代理人对全世界的无辜人民发动袭击 ，并以美国国民和美国境内外的利益为其袭击目标 …… 在采取这些行动时 ，美国承诺尽可能减少平民伤亡及对平民财产的损坏。此外 ，美国将继续进行人道主义努力 ，减轻阿富汗人民的痛苦 ……”[781]

为了说明美国的主张是否合法，有必要分析《宪章》第 51 条规定的自卫权的行使条件。第 51 条规定：“当任何会员国受到武力攻击时，在安理会采取必要办法以维持国际和平与安全之前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之固有权利。”可见，国家单独或集体对其他国家采取军事行动，包括以打击国际恐怖主义犯罪为名的军事行动，行使单独或集体自卫之固有权利,涉及三个方面的问题：（1）行使自卫权的条件；（2）消灭自卫权的条件；（3）自卫权的可选择性。行使自卫权的条件只有一个，那就是发生武力攻击，即武力攻击一发生，

---

58 页。

[781]参见各国常驻联合国代表给安理会主席的信，编号 S/2001/946，http://www.un.org.访问时间：2015 年 4 月 19 日。转引自汪自勇：《美国反恐自卫权理论之批判——从阿富汗战争到伊拉克战争》，《法学评论》2003 年第 4 期，第 13 页。

作为主权国家固有权利的自卫权即已产生;而安理会尚未采取行动只是遭受武力攻击国家行使自卫权的时间限度，安理会采取行动可以说是消灭自卫权的条件；而主权国家遭受了武力攻击、安理会采取必要办法以维持国际和平与安全之前，自卫权的行使不是唯一选项。

1. 行使自卫权的条件：受到武力攻击时

“受到武力攻击时”包含两层含义：一是武力攻击如何认定，二是受到武力攻击的“时间”如何界定。

《奥本海国际法》认为，武力攻击主要包括两种情况:一是指一个国家派遣正规部队跨越国际边界对另一个国家的直接攻击;二是指一个国家派遣或代表该国派遣团队或雇佣兵到另一个国家的间接攻击，只要这种间接攻击的严重性达到正规部队武力攻击的程度。[782]这表明,《联合国宪章》第 51 条所说的武力攻击具有两个基本要素：其一，不论是直接的武力攻击还是间接的武力攻击，攻击的发动者一般应是国家。其二，攻击的严重性达到正规部队武力攻击的程度。从“9·11”事件给美国造成的损害看，应该说其严重程度不亚于一个国家的正规部队攻击另一个国家时所造成的创伤。问题是，美国受到的这种武力攻击并非来自一个国家，而是国际恐怖组织或恐怖分子。虽然阿富汗对恐怖分子本·拉登及其领导的恐怖组织予以庇护，但针对美国的武力攻击行动本身却并非阿富汗国家所为，但美国却将阿富汗作为攻击的发动者，从而以行使自卫权为名对阿富汗大打出手。遗憾的是，国际社会似乎接受了美国的这种“创新”，部分学者甚至为其高唱赞歌，认为这是一种“突破”。[783]然而，应该指出,《联合国宪章》的相关规定在根据法定程序正式作出修改以前，应当获得尊重和履行。

同时，行使自卫权必须符合必要性和相称性原则。使用武力自卫的必要性是习惯国际法的一项规则。在 1837 年“加罗林案”[784]中,争端当事双方都认为自卫权的行使要素必须包括“刻不容缓的、压倒一切的、没有选择手段的余地、没有考虑的时间”这一条件,并且不包括“任何不合理或过分,因为以自卫的必要为理由的行为必须为该必要所限制并明显地限于

---

[782]参见[英]詹宁斯 瓦茨修订：《奥本海国际法》第九版第一卷第一分册，王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 308~309 页。

[783] “这一突破是巨大的，它意味着一个国家的自卫权不仅对国家发动的武力攻击适用，而且对恐怖主义发动的武力攻击也同样是适用的，尤其是这种自卫权指向的对象还可以是庇护恐怖分子的国家。”参见简基松：《关于反对国际恐怖主义的若干国际法问题研究》，载于《法律科学》2002 年第 4 期，第 94 页。

[784]1837 年,当英国的殖民地加拿大发生叛乱时，几百个叛乱者占据了位于加拿大境内的尼亚加拉河中的海军岛，并雇佣加罗林号船，在该河中从美国境内的斯洛塞港运输武器到海军岛,在从海军岛运交加拿大大陆上的叛乱者。加拿大政府获悉这种迫切的危险后，于 1837 年 12 月 29 日派遣了一支英国军队，渡过尼亚加拉河到斯洛塞港，捕获了加罗林号，夺去了船上的武器，将船纵火烧毁，然后使其随尼亚加拉瀑布漂流而下。在对加罗林号攻击的过程中，有两个美国人死亡，还有几个受伤。美国政府抗议英国侵犯了美国的属地最高权；但是，英国则认为它的行为是自卫所必要的，因为当时没有时间请求美国政府来阻止对英国领土的 急迫侵犯。美国政府承认，如果真有自卫的必要，英国政府的行为可以被认为是正当的，但是它否认在事实上当时有这样的必要。最后，由于英国政府已经就侵犯美国领土最高权一事表示了歉意，美国政府未坚持要求进一步赔偿。参见武汉大学国际法研究所：《加罗林号案》，
http://translaw.whu.edu.cn/index.php/Index/content_zh/id/1160/link/alyj. 访问时间：2015 年 4 月 19 日。

该必要的范围之内。”[785]在1986年“尼加拉瓜军事和准军事行动案”[786]的判决中,国际法院指出自卫措施必须符合相称性(proportionality)和必要性的条件。国际法院对相称性作如下解释:第一,除非为了防止侵略国用其他方法继续侵略行为,侵略的受害国不能占领侵略国的领土;第二,安理会采取措施后,自卫行动必须尽快停止;第三,自卫行动在达到目的(即制止武力攻击)后应尽快停止。[787]

如何界定受到武力攻击的“时间”,关系到国家单独或集体对其他国家采取军事行动——行使自卫权的时间条件。从理论上说,国家行使自卫权的法定时间,应当是武力攻击正在进行的时间(“现在进行时”);实践中存在两种可能,即将行使自卫权的时间提前到武力攻击开始之前,或拖延到武力攻击开始之后一段时间,这实际上涉及到“预先防卫”和“滞后防卫”的问题,两者均不能提供充分的国际法依据。[788]

2. 消灭自卫权的条件:在安理会采取必要办法以维持国际和平与安全之前

该问题包括两层含义:首先,国家行使自卫权不能在安理会采取必要办法以维持国际和平与安全之后,安理会一旦采取相应行动,相关国家就不得单独或集体对其他国家采取军事

---

[785][英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第一分册,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年第1版,第309页。

[786]在1983年底和1984年初,美国派人在尼加拉瓜的布拉夫、科林托、桑提诺等港口附近布雷,范围包括尼加拉瓜的内水和领海。这种布雷活动严重威胁了尼加拉瓜的安全和航行,并已造成了重大的事故和损失。尼加拉瓜于1984年4月9日向国际法院提出请求书,指控美国在其境内对尼加拉瓜采取的军事和准军事行动,请求国际法院判定美国的行动构成非法使用武力和以武力相威胁、干涉尼加拉瓜内政和侵犯尼加拉瓜主权的行为,请求法院责令美国立即停止上述行动并对尼加拉瓜及尼加拉瓜国民所受的损失给予赔偿;并请求国际法院指示临时保全措施。美国反对尼加拉瓜的起诉,并向国际法院提出初步反对主张。美国认为它在1984年4月6日已通知联合国秘书长它在1946年发表的关于接受国际法院强制管辖的声明在两年内不适用于“任何与中美洲国家的争端,或由中美洲发生的事件引起或同中美洲事件有关的争端。”
国际法院于1984年5—11月对美国的初步反对主张进行审理,并于11月26日作出初步判决,判定国际法院对此案有管辖权。美国表示反对,在1985年1月18日宣布退出此案的诉讼程序。国际法院根据《国际法院规约》第53条,对本案进行缺席审判,最后在1986年6月27日,对本案作出判决。法院认为:在《联合国宪章》第二条、《国际法原则宣言》以及联合国大会的其他决议中所体现的不得使用武力原则已成了公认的习惯国际法规则,这个规则的例外就是《联合国宪章》第51条所规定的“单独或集体自卫权利”。自卫是否合法,取决于自卫行动的必要性和对称性。自卫应单独进行还是集体进行,应与武力攻击的程度相适应。法院认为,自卫权的行使,决定于受武力攻击侵害的国家。集体自卫也不能改变这个条件。“武力攻击”这个概念不仅指武装部队跨越国界的行动,还包括对他国派出武装分子,如果它的规模和效果与武力攻击一样的话,也可列入“武力攻击”之列。联合国大会《关于侵略定义的决议》的第三条正反映了这个习惯法规则。“自卫必须由受害者进行和宣布,没有一条习惯法规则允许其他国家根据自己对形势的估计而行使集体自卫,集体自卫只有在权利受到侵犯的国家自己宣告为武力攻击受害者的时候才可以提出。……第三国为受害国利益提出集体自卫的合法性问题仍然决定于受害国的请求……没有规则允许未经受害国请求而行使集体自卫。受武力攻击侵害的国家自己宣布受到攻击是它提出请求的补充条件。”法院认为:美国对尼加拉瓜非法使用武力:美国在尼加拉瓜港口布雷,派飞机袭击尼加拉瓜港口和石油设施,资助尼加拉瓜的反政府集团并提供训练、武器、设备和财政支持。美国政府应对上述行为承担直接责任。至于美国指控尼加拉瓜向萨尔瓦多提供武器和支持,法院认为该事实即使存在也只属于干涉行为,尚未构成武力攻击。美国的所谓集体自卫,不是在受害国宣告和请求下进行的,自卫理由不成立。美国在尼加拉瓜的行为应认为是对尼加拉瓜使用武力并以武力相威胁。参见:刘家琛主编:《法学教学参考书国际法案例》,法律出版社1998年版,第104页。

[787]余敏友等:《武力打击国际恐怖主义的合法性问题》,《法学研究》2003年第6期,第136页。

[788]关于美国“预先防卫”和“滞后防卫”的非法性问题,参见罗刚:《试论打击国际恐怖主义犯罪的时机、依据及限制》,载《学术探索》2010年第1期。

行动——行使自卫权；其次，安理会采取的办法必须是“必要”的，这里的“必要”，我们认为应理解为“力度”的必要，即安理会采取的办法必须足以维持国际和平与安全。换言之，安理会采取的维持国际和平与安全的方法必须达到一定的强度，取得足够的效果；同时，还有一层含义，即安理会依其职权，是否用尽了其依法能使用的方法。但这样理解必然会引出另一个合乎逻辑的问题，如安理会采取的办法不足以维持国际和平与安全又该怎么办？面对这种可能出现的尴尬局面，是否允许受到武力攻击的国家因对安理会采取的办法失望而奋起自救——自己再采取行动与安理会同步行动或采取其它补救行动？这确实是需要进一步探讨的问题。

2. 自卫权的可选择性：可以行使单独或集体自卫之固有权利。

理解第三个问题应掌握一个要点： 从逻辑上讲，“可以”不等于“必须”，即行使自卫权仅仅是一种可供选择的解决问题的路径，而不是必须采取的方法；相关国家还可以采取其他方法来解决问题（如法律方法、政治方法等非武力方法）。我们认为，行使自卫权应理解为“迫不得已”之下策，最好还是能用和平的方式解决。美国并没有充分尝试和平的方式来解决问题，直接动用武力打击一个主权国家，至少违背了《联合国宪章》关于和平解决国际争端的宗旨。

实际上，美国以行使自卫权为理由打击阿富汗还违反了关于自卫权的限制等国际法原则。美国以自我为中心，滥用国际法的相关规定，已经给其反恐斗争带来极大的负面影响。

五、余论

无论是依据《联合国宪章》的相关规定、安理会的相关决议，还是结合美国的反恐实践经验，《联合国宪章》对反恐国际法的发展确实起到了规范及指引作用。虽然《联合国宪章》产生于特殊的历史条件，其部分规定存在着需要完善或修改的内容，正如一个国家的宪法需要不断修改完善一样，但《联合国宪章》所确定的和平解决国际争端的宗旨仍然对包括国际反恐法等现代国际法的发展起着规范及指引作用。

在纪念世界反法西斯胜利 70 周年，也是中国人民抗日战争胜利 70 周年之际，重温《联合国宪章》的宗旨，对维护世界和平、指引国际法的进一步发展具有重要的现实意义。

注：本论文内容属于国际公法议题中的 1.《联合国宪章》与当代国际法的发展

国际法上的次级集体承认问题研究

张光耀

【摘要】基于传统承认理论的局限性，以社会学和组织学为视角对集体承认的结构划分显得尤为必要和迫切。承认可以划分为单独承认与集体承认，集体承认又可进一步划分为数个国家的初级集体承认和国际组织的次级集体承认。次级集体承认问题的理论与实践分析及其对中国政府的启示是本文研究的重点。由于次级集体承认问题是在传统承认制度的基础之上发展而来，其中所包含的理论来源于传统承认制度，又不同于传统承认制度。将国际组织的次级集体承认与国家的传统承认进行对比分析可以加深对理论的认识。对于次级集体承认的性质和效果，在不同案例中也有不同的内涵，唯有结合基本承认理论进行深入分析才能够使次级集体承认制度更加清晰和明确。

【关键词】次级集体承认；联合国；欧洲联盟

传统承认理论中，对承认主体为国际组织的探讨甚少。将承认的形式依据不同的标准做不同划分，其中就包括将承认划分为单独承认和集体承认。单独承认指一国单独承认一个新国家或新政府。集体承认指数国通过签订条约等方式，共同承认一个新国家或新政府。[789]可见，围绕以国家为承认主体而展开的理论一般认为几个国家的共同承认就完全涵盖了集体承认。涉及国际组织时，常集中于接纳一个新国家加入国际联盟或联合国是否构成集体承认的问题上存在的争议，缺乏对新政府在国际组织中代表国家成为合法代表的探讨。因此，传统承认理论已经需要扩展和补充。随着像欧洲联盟这样的区域性政府间国际组织的政治集中化程度的逐渐提高，而使集体承认成为新常态的趋势日益显著，当代国际法就不得不面对承认范围重新界定的问题。国际组织的集体承认不鲜见于实践，但在全球近 200 个国家所组成的横向权力关系网中，这种集体承认在国际法学家的论著中仍然是“没有得到热烈欢迎，也看不出未来是否会得到普遍适用”[790]的不确定领域。

一、次级集体承认的基本理论

（一）什么是次级集体承认

在社会学领域中，社会群体有初级群体与次级群体之分。初级群体指的是群体成员相互熟悉和了解，因而以感情为基础结成亲密关系的社会群体，包括家庭、邻里等。次级群体指的是群体成员为了某种特定的目标集合在一起，通过明确的规章制度结成正规关系的社会群体，包括学校、军队等。[791]对于数个国家的集体承认来讲，以地缘、文化等为基础形成的数个国家的承认可以视为一种初级的集体承认；而对于国际组织的集体承认来讲，以共同规则、利益、目的等为基础形成的承认可以视为一种次级的集体承认。因此，承认可以划分为单独承认与集体承认，集体承认又可以划分为数个国家的初级集体承认和国际组织的次级集体承认。

既存国家作为承认的主要主体已经被国际社会实践和国际法基本理论所接纳，同样，某些政府间国际组织也具有承认的权利能力和行为能力，比如联合国、欧洲联盟。这样当代承认的范围体系才更加完整，以进行深入的理论研究。而对承认的界定也应当是（一个或数个）既存国家、国际组织给予特定事实或情势以特定资格的行为。次级集体承认并不是要否定单独承认与初级集体承认，而是旨在使国家意志更加符合国际法与更具有效力方面得以提升，来改良成一种更符合当代国际法时代背景下的承认制度。而本文所探讨的正是国际组织的次级集体承认问题。

作者简介：张光耀，中南财经政法大学硕士研究生，国际公法方向，联系方式：zhangxiinii@126.com。

789 李广民、欧斌：《国际法》，清华大学出版社，2006 年 2 月，第 47 页。

790 Malcolm N. Shaw, International Law, Cambridge University Press, October 2014, pp. 336-337.

791 在社会学领域中，按照群体成员间关系的亲密程度可以将社会群体分为初级群体和次级群体。陈玥、唐靖：《社会学概论》，西南交通大学出版社，2014 年 2 月，第 92 页。

（二）次级集体承认的社会背景

1.承认的滥用

承认的滥用是在不遵守国际法的情况下所做出的承认。涉及到给予承认的恰当性与适时性问题，包括过急的承认和过慢的承认，也涉及到承认的标准问题。因此，不适时的承认和违反承认标准都是对承认的滥用。2008 年科索沃在宣布独立的第一天欧美一些国家就承认了科索沃。2014 年年初，乌克兰动荡不安的局势中出现了乌克兰临时政府，自乌克兰临时政府成立到临时政府总理亚采纽克受邀访问美国的时间间隔前后不超过 20 天。这些明显过急的承认不仅仅是对他国内政的干涉，同时也是破坏国家主权的行为，无论对于承认国还是被承认政府都是不负责任的做法。这种做法以非武力的形式，绕开联合国安理会的制约，是践行大国干涉主义的典型方法，在实践中常常不绝于耳。

单个国家对承认的滥用包含承认国国家政治、安全、经济等利益的复杂考量，使法律性的承认发生偏离成为一种政治色彩强烈的行为。因此，有学者就认为，承认成为现存国家对单方面分离的进程发挥政治影响力的手段。[792]承认的滥用作为一种既存的国际社会背景因素，其中的权力与政治博弈使得国际组织的次级集体承认所面临的正是在这样的社会背景下对传统承认理论的突破。

2.国际社会无政府状态

以发达国家为中心的超越主权国家体制的超现代化运动，以及以占世界人口压倒多数的发展中国家为中心的全球性寻求主权国家体制的现代化，二者相互交错，构成 21 世纪的缩影。[793]没有证据表明，主权国家在本世纪将会愿意从属于一个建立在普遍意志基础之上的世界政府。[794]当代国际社会的无政府状态中，不存在高于国家之上的立法、司法机构，更不用说监督与执行机构，国家、国际组织扮演着国际法的立法者，又履行着国际法的执法和司法职能。这给国家单独承认的滥用创造了条件，也促使国际组织次级集体承认问题的出现。

在国际事务中除了主权国家之外，无政府状态使超越国家的某种形式的国际组织成为一种重要的国际行为实施者。国际组织为跨政府、跨国家事务提供集体沟通与表决的渠道，通过这种多数表决通过的机制使国际组织成为推动各国联系、改革国际法的试验场。由近 200 个国家所组成的全球横向权力关系网中，没有一个纵向的超越主权国家的凌驾于主权权力之上的权威的存在，使得国际组织比主权国家更理想化的通过平等者之间协议成为调整国际法主体之间关系的产物。

（三）次级集体承认的主体

冷战后时代的主权概念至少应将国际组织包括其内。[795]国家承认由一国政府作出，而国际组织中给予承认的亦应为政府间国际组织。据《2014 年国际组织年鉴》统计，目前全球已有 6000 多个活跃的政府间国际组织，其数目之多使次级集体承认的主体笼统地用政府间国际组织来概括是不够明确的。政府间国际组织包括联合国、欧洲联盟、非洲联盟、美洲国家组织、北大西洋公约组织、世界银行、世界贸易组织、国际货币基金组织等等。其中，以联合国为代表的全球性政府间国际组织和以欧洲联盟为代表的区域性政府间国际组织是主要的次级集体承认主体。

从国际联盟到联合国的演变，联合国逐渐摆脱国际联盟时期维护战胜国利益的工具性作用，开始在国际法领域发挥不可替代的作用。联合国之所以是次级集体承认的主体，首先，对于一个新国家被接纳为联合国会员国，无论以默示还是明示的方式，都意味着联合国对这个新国家的承认。目前，《联合国宪章》缔结的国家为 193 个，在形式上《联合国宪章》是一般国际法，但在实质上联合国的影响力、联合国集体安全政策等可以几乎等同于普遍国际法。一个新国家如果被接纳为联合国会员国，也就意味着该国获得世界上大多数国家参加的联合国的承认。其次，联合国对新国家的承认与不承认并不代表投弃权票或否决票的国家的承认与不承认立场。当国际社会出现一个新国家且申请加入联合国之时，要经安理会的推荐，

---

[792] 周雯：《有效性标准与国家承认》，载于《中国国际法年刊·2013》，法律出版社，2014 年 5 月，第 224 页。

[793] [日] 大沼保昭：《人权、国家与文明》，王志安译，生活·读书·新知三联书店，2014 年 3 月，第 4 页。

[794] [英] 赫德利·布尔：《无政府社会：世界政治秩序研究》，张小明译，世界知识出版社，2003 年 11 月，第 210-211 页。

[795] 曾令良：《论冷战后时代的国家主权》，《中国法学》，1998 年第 1 期，第 109 页。

联合国纳入会员机制实行 2/3 多数通过的表决机制，表决的通过在联合国层面上形成了对新国家的承认，并且是一种多数证据上的承认，因为大会 2/3 会员国的同意也就意味着世界上大多数的国家承认了这个新国家。同时可能会有最多 1/3 的会员国保留承认或不承认这个新国家而投弃权票或反对票，虽然对新国家的保留承认或不承认与联合国的承认产生了矛盾。但 1/3 国家不同意承认，事实上也不影响其成为国家的对外交往与开展国际关系。

欧洲联盟之所能够成为次级集体承认主体，有其合法性、正当性。区域性政府间国际组织成员国的地缘优势使彼此之间互动频繁，其建立以共同的经济、文化背景为前提，通过内部协商政治、法律事务容易形成对新国家采取“一种声音”的承认立场。欧洲联盟作为国际法主体，具有国际法律人格，其内部宪章条约使其成为政治一体化程度最高的区域性国际组织，因此，欧洲联盟自然也是服务主权国家对于承认问题立场的工具和平台。

（四）次级集体承认的客体

传统承认制度的客体包括国家、政府、交战团体、叛乱团体等。次级集体承认的客体与传统承认制度并无差别。但在承认形式上与传统承认制度略有不同。需要强调的是，在对国家为客体的承认中，应将次级集体承认分为三种形式。

首先，对于已经加入了某一政府间国际组织（如联合国）的成员国在政府更迭时适用某些具体的条款对其资格进行判断的问题，如联合国承认利比亚“全国过渡委员会”在联合国代表利比亚合法席位的问题。

其次，作为客体的新国家原来不是国际组织的成员国，在申请加入过程中该组织对申请国作出是否获得加入资格的判断。如前文所述，同意加入国际组织成为会员国仅代表该国际组织对新国家的承认。但如果是通过协商一致而获得加入资格的新国家，那么，出于组织中的成员资格的目的，成员国在事实上和法律上对新国家构成了承认。

最后，新国家单纯想获得国际组织承认的问题，如前苏联和前南斯拉夫在解体过程中出现的新国家想要加申请获得欧共体承认的问题。

后两者有时会混为同一个问题，因为一个国际组织对新国家的承认条件往往就是这个国际组织允许成为其会员国的标准，后来前苏联和前南斯拉夫解体中出现的立陶宛、爱沙尼亚、拉脱维亚、克罗地亚、斯洛文尼亚已经加入欧洲联盟成为其会员国，马其顿、塞尔维亚和黑山作为候选国也正在加入欧盟成员国中，而波斯尼亚和黑塞哥维那则作为潜在候选国也在希望加入欧盟的道路上。

（五）次级集体承认的性质

联合国作为世界各国协调行动的中心，在承认方面使承认的程序集中化，对于无政府社会的分散局面起到很好的弥补作用。以联合国的次级集体承认为例，在多元主义的国际交往中，为足够多的不同国家所承认或使其获准加入联合国时，在事实上呈现出一种范围较为广的承认证据。多元主义的层面是广泛的，贸易、环境、货币等因素使高政治与低政治问题变得同等重要，因此，承认问题对于联合国来讲与其他问题对于各国的偏好差异是同样重要的。但毕竟联合国还不是国际社会共同体的中央机关，因此有学者认为，充其量只能说，联合国的会员资格构成国家资格的有力证据。[796]这是一种宣告说的特征表述。但对于科索沃而言，目前已有 193 个联合国会员国中的 110 个国家对科索沃予以承认，有 28 个欧盟成员国中的 23 个国家予以承认。[797]可见，世界上至少有一半以上的国家都承认了科索沃，而这其中以欧美为主要参与者的国际组织的认可度就更高。无论是政府间国际组织还是非政府间国际组织，对其接纳新成员的行为并不等于其既存成员国对新成员的承认，而政府间国际组织接纳新成员则意味着该国际组织对新成员的承认。有学者认为，科索沃到目前为止，它的国家资格是有疑问的，它还不能称之为完全意义上的主权国家。这是一种构成说的明显表述。

因此，对于国际组织的次级集体承认来讲，首先新国家或新政府应当具备一种事实上的适格，看其是否符合构成国家的四要素或是否形成了有效统治，只有解决了被承认实体的适格问题，再给予承认，其性质上才会避免产生宣告说与构成说之争。如果在被承认实体不适格情况下就给予承认，只能算是一种准次级集体承认。准次级集体承认要等新实体适格时才

---

[796] [英] 马尔科姆·N·肖：《国际法（上）》，白桂梅等译，北京大学出版社，2011 年 12 月，第 367 页。

[797] Data from http://www.kosovothanksyou.com/, 2015-04-30.

构成完全的次级集体承认。准次级集体承认存续期间，新国家或新政府要加紧建立构成国家和有效统治方面的建设和发展，其倾向于内部建设的生存需求应大于开展外部联系的承认需求的程度，这样才是符合国际法的具体实践。

（六）次级集体承认的效果

对于前文所述第一种中政府更替的情况，是国际组织产生对新政府的承认问题，新政府是否符合国际法上的原则和规定是国际法问题，而国际组织既有成员对其是否投赞成票则有国内法律上、国际法上、国际政治上等多重考虑。如果新政府不能在国际组织中具有代表性，它的法律性质就是受限和不完全的，必然影响其政治上与他国的后续进程。因此，对于国际组织所作出的政府承认是法律效果要大于其政治效果的。

对于第二种加入的情况，在 1945 年的旧金山会议中，挪威代表团提出一个修正案，目的是给新的组织推荐集体承认和集体撤销承认新国家和政府的权力。但修正案并没有被采纳，可以推断出宪章的制定者的目的并不认为允许加入会员就等同于对国家或者政府的集体承认，除非是出于组织中的成员资格的目的。因此，承认是国际法中的一个任意性的和单方性的行为，也就意味着国家有自由给予或保留承认。当考虑到新成员的加入时，现有的成员通常在乎的成员条件是是否申请国达到了成为成员的条件或者是否成为会员会加强或促进组织目标的实现，而不是作为国家的申请者的承认的问题。可见，加入国际组织有其具体的规则与程序，并不是纯粹的法律标准和程序问题，组织中既有的成员仍十分有可能存在因政治考虑而是否投赞成票的自由，但因这种加入构成新国家作为一个新国家获得广泛承认的一种证据，而在实践中具有双重的效果，即法律效果和政治效果。

第三种国际组织对新国家的次级集体承认问题，也是分别来看的。如果这些具体的条款所规定的内容得到严格的执行，那么所谓的承认问题就是纯粹的法律问题，但是如果在承认问题所发生的场景中出现差别政治，那么我们就可以应该注意其中所具有的政治含义与战略含义。[798]国家的单独承认是一种单方面的意思表示，而国际组织的次级集体承认首先是由国际组织内部章程授权国际组织行使承认权，那么这种“一个声音”的承认也可以视为是一种单方面的意思表示，但内部成员国的协商与沟通，是一种通过契约形式的授权而又行使单方面意思表示的复合行为。承认的效果是相对的，限于承认国与被承认国之间的关系，不涉及第三国同被承认国的关系。[799]承认如果是集体进行的，承认的效果就在国际组织与被承认国或被承认政府中具有相互关系。次级集体承认性质的复杂决定了其效果的复杂性。我们可以说它是一种产生法律效果的政治行为，也可以说它是产生政治效果的法律行为，却很难只讲它的政治效果或法律效果。因为，基于承认所形成的关系创造了承认方对被承认方的法律规范，但是只有双方合意的条约或协定才是双方开展关系的开始。区域组织的集体承认行为更多地集中于对政府的集体承认或不承认之中，这也许是因为承认新政府与区域内国家具有较多的利益联系，而对国家的承认则由于其关系到新国际法主体的产生，需要更多地从全球层面加以考虑。[800]欧共体提出的以其能够履行或承担某些国际义务为条件的承认条件表明，承认是一个具有政治影响的法律行为，也是非常有争议的问题。[801]

新国家的生存需求十分重要，而承认需求亦尤为重要。生存需求的条件与承认需求的标准在同一层面上时，新国家事实上获得次级集体承认是比较容易的。而实践中生存需求与承认需求往往无法同步，承认需求的要求往往要高于生存需求。一旦最为基本的生存需求表现在国际关系的层次上，也不仅仅是国内政权的生存，而是在国际关系中的国家安全得到最为基本的保障后，国家的承认需求就得以凸显。[802]次级集体承认在承认中需要考虑生存需求与承认需求的对立性与统一性。区域性标准的建立从政治差异角度来看本身很难置于四海而皆准，次级集体承认的政治效果也对于各国产生不同效应，而法律效应往往不受影响。

在组织学中，组织的出现与人类社会的发展相伴而生。随着人类社会的演进，组织的发

---

798 赵俊：《承认的战略——中国对外政策中的承认政治》，中国社会科学研究生院博士学位论文，2010 年 4 月，第 56 页。

799 [日] 寺泽一、[日] 山本草二：《国际法基础》，朱奇武等译，中国人民大学出版社，1983 年 02 月，第 120 页。

800 薛磊：《当代国际法中的承认制度》，华东政法大学博士学位论文，2010 年 3 月，第 4 页。

801 朱文奇：《现代国际法》，商务印书馆，2013 年 03 月，第 122 页。

802 赵俊：《承认的战略——中国对外政策中的承认政治》，中国社会科学研究生院博士学位论文，2010 年 4 月，第 58 页。

展也表现出一种双重现实。一方面是规范体系，体现了组织应该是什么；另一方面是既存的秩序，体现了组织实际上是什么。事实上，国际组织的结构体系、目的以及所处的国际环境决定了当今的国际组织实际上是什么，同时也存在着理想化之下应该是什么的意愿及两者之间的落差。国际组织的次级集体承认作为包含着政治功能、经济功能、军事功能、法律功能、社会功能、文化功能等诸多组织功能中的一部分，是国际组织作为国际社会中的行为主体依照国际法处理国际事务过程中所体现的行动与作用。应然与实然的两种秩序不可能完全一致也无法彻底地割裂，而国际组织的功能、作用应更加深化和完善。

二、次级集体承认实践与分析

（一）联合国的次级集体承认实践——以利比亚内战为例

1.背景介绍

在国际法上对利比亚“全国过渡委员会”的承认问题，学者对它不是对新国家、叛乱团体的承认问题没有争议，出现不同观点的是，有学者认为是对新政府的承认，有学者认为是对交战团体的承认。2011 年 9 月 16 日，第 66 届联合国大会在联合国总部举行第二次全体会议，以 114 票赞成、17 票反对、15 票弃权的结果，同意利比亚“全国过渡委员会”成为利比亚在联合国的合法代表。[803]从联合国给予其代表利比亚合法席位中可以看出，这是对“新政府”的承认。“全国过渡委员会”作为替代卡扎菲政府席位代表利比亚，本质上是联合国对“新政府”的一种次级集体承认。此次承认并不是所有会员国的一致同意通过，对于投反对和弃权票的国家来讲，“全国过渡委员会”能否代表利比亚合法政府仍需通过单独的国家承认来进行承认。

2.“全国过渡委员会”的有效统治问题

2011 年 10 月 20 日卡扎菲遇到北约的空袭被过渡委士兵抓获并击毙之时，利比亚的新政府都还没有建立。直到 2012 年 7 月利比亚才建立了一个由两百名成员所组成国家议会，并选出总理和开始起草宪法。可见，在单独承认和集体承认之前，“全国过渡委员会”缺乏构成政府的相应机构，所以并不是法律意义上的政府，因此仅能视之为过渡性质的政府。一个新政府获得普遍承认，就表明有大多数的国家愿意同它建立或继续保持正常的关系。而根据国际法，这种由革命或政变等非宪法程序产生的政府，对其的承认不取决于过渡政府依据其本国国内法所具有的合宪性或合法性，而只取决于该政府对该国的有效统治。实践中，各国往往根据“有效统治主义”予以承认。

统治的演变与发展和人类社会发展相伴而生。从组织行为学视角来看，简单统治力的建立和实现是依靠暴力（肢体暴力或机器暴力）的征服，复杂统治力的建立和实现是依靠组织体制或社会机制的设定。统治力的层级、范围和质量是决定统治力的三个关键因素。[804]统治力的层级越高、品质越好、范围越大说明统治力越大，反之统治力就越小。对于过渡政府的有效统治如果不是让民众信服和依从的质量好的、政权稳定层级高的、在全部领土范围内的统治，这样建立起来的统治就不是有保障和稳固的政权。而事实上，利比亚内部局势并不稳定，如果适用“有效统治主义”来对“全国过渡委员会”表示出承认的态度，是缺乏国际法上的理论支持的。

3.联合国承认与国家承认对比分析

从利比亚问题中，联合国承认似乎存在着承认的“滥用”情况，国家的过急承认常受到相关利害关系国或国际组织的抨击，联合国的承认也并没有完全在国际法标准之下作出。那么，联合国的次级集体承认与国家承认的差别是什么？为什么联合国的承认似乎并没有给国际法的效力带来不利影响呢？

首先，在国际社会中，国家之间对大国干涉他国内政行为十分敏感，小国依附国际组织来维护自身利益的迫切程度并不少于大国。对另一国的存在或不存在有利害关系的国家的政

---

[803] 新华网：《利比亚“全国过渡委员会”成为利比亚在联合国合法代表》，http://news.xinhuanet.com/photo/2011-09/17/c_122047152.htm，登录日期 2015 年 4 月 30 日。

[804] 刘易知：《统治力：科学发展观的组织行为研究》，华南理工大学出版社，2009 年 3 月，第 3-4 页。

府并不是决定该问题的一个客观的、公正不偏的权威。[805]但通过国际组织对话与协商给小国以发声的机会，与大国在表决权上是平等的。因此，即便是附加了大国国家利益考量下的决议，在结果上也是众多国家意志的表示，小国通过利益交换在其中受益，避免了单独国家作出承认的排他性和与大国利益上的冲突。其次，在利比亚内战中推翻卡扎菲政权被认为是具有人道主义性质的，而“全国过渡委员会”的使命就在于尽快取代卡扎菲政府以达到联合国安理会授权武力干涉的目的。于是，对人道主义保护的责任在此刻比遵守国际法中并不具体的标准更为迫切、更符合国际法的原则和目的。而且，联合国的集体行动比单个国家更具有效力。所以，这也正是联合国承认的意义所在。

由此可见，联合国的次级集体承认与国家承认之间存在如下差异。首先，联合国作为诸国集体行为的载体在做出次级集体承认之时是诸多国家意志的协调，它摒弃了国家意志绝对性，使承认不再只是一种“国家垄断”的行为。其次，在不满足国家构成元素和有效统治之下，联合国的承认并不必然意味着对承认的滥用。当实然的国际法与实践发生冲突或并不具备充分实现条件下，应然的国际法能够帮助实践本身更接近国际法的真正目的与意义，这是单个国家的承认往往无法实现的。最后，联合国的次级集体承认使某些大国国家实践中集中于单个国家利益至上的权力斗争转变为集中于国际共同利益考量下的可控的相互依赖。由此，国际法效力的实现更加具有集体共识。

4.联合国的次级集体承认性质

利比亚国家内战所产生的“全国过渡委员会”作为代替卡扎菲政权席位在联合国获得承认，形式上虽然“全国过渡委员会”并未形成新政府的构成要件，但在实质上其实是联合国多数表决机制下的对新政府的承认。这种承认不可能是一种完全的次级集体承认，因为“全国过渡委员会”显然是一个不适格的政府，由于被接纳主体的不适格，因此，此时的次级集体承认对于构成性与宣告性欠缺构成要件，那么这种承认只能说是一种准次级集体承认。进一步讲，如果全国过渡委员在被联合国接纳之前就成为完全资格的政府，像个体的人一样具备权利能力和行为能力，那么联合国的承认可以构成完全的次级集体承认。

学界不乏学者认为构成说反映的是实在法学派的观点，宣告说反映的是自然法学派的观点。但实际上，无论是自然法学派还是实在法学派都有支持构成说和宣告说的理论依据，可以说构成说和宣告说是理论的综合产物，与特定的国际社会关系、思想潮流发展都有密不可分的关系。构成说和宣告说理论上的分歧会一直存在，但联合国在国际社会的实践却并不会停滞，而无论是特殊的个案还是典型的集体承认案例都将继续引领构成说和宣告说在理论上的发展，且会从国际法学、国际关系学、社会学、哲学、政治学等社会人文学科的层面得以更全方位的解释和拓展，未来的理论将是更好的理论与最合适的实践的结合。

5.联合国次级集体承认的效果

联合国次级集体承认属于前文提到的国际组织对政府更替的承认问题。对于国际组织所作出的政府承认问题，确实是法律效果要大于政治效果的。因为，新政府如果不能在国际组织中具有代表性，那么它的法律性质将是受限制的，而其开展相关后续政治行为时就缺乏法律基础，这必然会影响其政治上的后续进程。所以，此次利比亚内战出现的“全国过渡委员会”首先在国际法和国际社会层面获得了具有法律效果的承认，政治效果则是它的后续伴随性效果。

（二）欧洲联盟的次级集体承认实践——以前苏联和前南斯拉夫解体为例

1.背景介绍

欧洲共同体的次级集体承认实践中，对前苏联和前南斯拉夫解体问题是一次使各国承认趋于一致化与集体性的典型案例。前苏联解体分裂出 15 个新国家（立陶宛、格鲁吉亚、爱沙尼亚、拉脱维亚、亚美尼亚、乌克兰、白俄罗斯、摩尔多瓦、阿塞拜疆、乌兹别克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、土库曼斯坦、哈萨克斯坦、俄罗斯），前南斯拉夫解体出现 5 个新国家（包括克罗地亚、斯洛文尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、马其顿、塞尔维亚和黑山），

[805] [美] 汉斯·凯尔森：《国际法原理》，王铁崖译，华夏出版社，1989 年 9 月，第 226 页。

通过一国分立为数个国家而原来国家不再存在的形式，就产生了国际法上对新国家的承认问题。这些新国家的相继出现使得国际社会不得不紧急应对对其承认的问题，此时的欧洲共同体成为一种次级集体对外立场的承认载体。1991 年 12 月，欧洲共同体公布了《东欧与苏联之新国家承认指导方针宣言》(Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union)和《南斯拉夫宣言》(Declaration on Yugoslavia)，两个宣言中都明确使用了“承认”（Recognition/Recognize）一词表示出对新国家的承认。而欧共体南斯拉夫和平会议仲裁委员会（即“巴登特委员会”）第 1 号法律文件还指出国家的构成要素要包括领土、人口、集中的政治权威和主权。而且还认为虽然这些是考虑政府是否有效控制人口和领土的相关因素，但政治机构和宪政的建立仅仅是一个事实，这与之前 1933 年《蒙特维多国家权利义务公约》的规定是有所不同的。两宣言所设定的国家要素标准是在对《蒙特维多国家权利义务公约》发展后的普遍的具有一般国际法效力的标准。

但更为严格的是，在《东欧与苏联之新国家承认指导方针宣言》中还指出，对于新国家的承认欧共体所采取的共同立场包括了遵守联合国宪章、赫尔辛基最后文件、巴黎宪章规定的义务，特别是其中的法治、民主、人权条款（这三个标准在承认文本中被反复重复）；尊重欧洲安全合作组织框架下规定的关于保护种族、民族和少数者团体权利的义务；尊重领土完整，只能通过和平和共同协议的方式改变领土现状；接受裁军、核不扩散、安全及区域稳定的相关义务；通过和平协议、仲裁解决国家继承和区域争端等。[806]同样，在《南斯拉夫宣言》中则进一步强调了前述宣言的立场，并且增加了被承认国希望受到承认的意愿，确保与邻国没有任何领土争端，不采取包括命名等方式在内的敌对性宣传活动的保证，还重申了拥护联合国秘书长与安理会决议的条件，保持南斯拉夫会议的持续，尤其重视少数民族权利的保护。这是比一般国际法意义上的国家构成要素更为严格的标准，是欧共体针对前苏联和前南斯拉夫解体时给予承认条件的重要立场。对此，Amit K. Chhabra 认为这是国家承认的区域性习惯，[807]Malcolm N. Shaw 认为这是在特定情况下承认标准的“其他因素”，[808]与之类似的，也有学者认为这是一种“附加的要求”（Additional Requirements），[809]但他们并没有从集体承认角度来解析。Boleslaw Adam Boczek 则认为，尽管后南斯拉夫社会主义联邦共和国时代由欧共体对国家地位的有条件的承认被视为是集体承认的例证，但不如说是在附加标准承认国家时的一个共同立场。[810]而 Thomas D. Grant 认为，承认的过程并没有停滞在一种国内专有模式，前南斯拉夫解体就是一个例证，证明了对新国家承认的实践从国内模式过渡到了国际层面。[811]

2.欧盟发展次级集体承认的实践基础

在联合国的支持下，两宣言以欧共体共同立场对欧洲新国家设立了承认标准，是集体承认在欧洲的重要实践，为欧盟发展集体承认制度奠定了实践基础。此共同立场之所以被视为欧盟集体承认的先例，从当时由西欧 12 国组成的欧共体角度来看，欧洲整合的深入从西向东扩张，也从经济领域辐射至政治领域。欧共体出台以上两宣言不久后就通过了《马斯特里赫特条约》(Treaty of Maastricht)，“马约”在 1993 年正式生效后诞生了欧洲联盟并开始朝共同外交与安全政策方向的政治联盟层面发展。而共同外交与安全政策是欧盟对外关系权能在系统化和规范化的进程中的主要标志之一。[812]两宣言的承认标准与加入欧盟的《哥本哈根标准》(Copenhagen criteria)在法治、人权、保护少数种族等方面相一致，此外加入欧盟成员是

---

[806] Roland Bieber, European Community Recognition of Eastern European States: A New Perspective for International Law?, Proceedings of the Annual Meeting(American Society of International Law), Vol. 86(APRIL 1-4, 1992), p.375.

[807] Amit K. Chhabra, Superpower Responsibility for State Recognition: Charting a Course for Nagorno-Karabakh, CHHABRA_JCI(2)-1, p150.

[808] [英]马尔科姆·N·肖：《国际法（第六版）》，白桂梅、高健军、朱利江等译，北京大学出版社，2011 年 12 月，第 356 页。

[809] [美]伯根特尔、[美]墨菲：《国际公法（第三版）》，法律出版社，2003 年 12 月，第 39 页。

[810] Boleslaw Adam Boczek, International Law: A Dictionary, Scarecrow Press, July 2005, p101.

[811] Thomas D. Grant, The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution, Praeger, December 2007, p214.

[812] 曾令良：《<里斯本条约>后欧盟对外关系权能的变化——以法律为视角》，《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》，2011 年 3 月，第 32 页。

欧盟与申请国之间双方意愿的满足，《南斯拉夫宣言》也强调了被承认国希望获得承认的意愿，也体现了欧共体与被承认国的双方意愿的达成。但是，成为欧盟成员与集体承认并不等同，前者是没有例外的共同标准，而后者则是在不同个案中多元利益平衡下的可伸缩性的标准。对外关系权能由欧盟法赋予，欧盟成员受欧盟法的规制与享有权利，一切符合欧盟宗旨和目的的实践是具体的国际法约束的对象，而且对外关系权能使欧盟成员单边行动和非统一对外政策的影响减小。作为国际法主体之一，在欧盟法的范畴内，欧共体的承认实践成为维系欧洲各国之间和平与安全的国际法秩序价值的一次重要实践。《里斯本条约》(Lisbon Treaty)给予欧盟的法律人格转变了民族国家的局限性，这种超越主权国家的紧密联系和定位进一步扫清了集体承认的障碍。此外，从国际社会角度来看，《威斯特伐利亚和约》构建国家主权观念的同时也切割了国际社会使其碎片化，但分散的国家不是完整的国际法，两极格局也不是最稳定的均势状态。后国家政治的焦点是文化认同和政治认同的差异，在民族层面上认同是文化，而在欧洲层面上认同是政治。[813]超国家性的欧盟作为后国家政治的研究范畴，在多极化发展进程中，势必在对外关系权能中向深度和广度发展，欧共体的集体承认是不容忽视的重要实践。

3.欧盟承认与国家承认对比分析

欧洲联盟所享有的承认权来自于主权国家的让与。主权作为国家的重要要素，是拥有独立自主处理其内外事务的权力。从中世纪的欧洲主权受到教皇的限制到近代殖民地国家主权权利的缺失再到经济全球化使国家主权得以发展，从内部的国家政治、经济、军事等重要问题到外部的外交政策与方针、享受国际权利、承担国际义务无不是主权范围内的重要构成内容。主权国家之所以愿意甚至应该将承认权让与给一个国际组织，是因为无政府的国际社会中，单边主义秩序的混乱和多边协商机制所形成的承认难免都具有大国政治意志的施压，主权的局限性也就显现出来。国际组织所享有的权利正是国家主权在国际范围内作用的结果。[814]

在欧共体的承认与国家承认的实践中，差别政治存在于国际组织与成员国之间，同时，成员国之间也存在着政治立场的各异。根据两宣言的规定，仲裁委员会审查了波黑、克罗地亚、马其顿和斯洛文尼亚基于两宣言所提交的申请承认的要求。委员会将欧共体成员所设立的宣言的标准和各个政府所提交的文件进行比较，包括考虑国际义务、领土边界、人权的保护和少数人的权利等等。马其顿为了获得承认而宣布放弃任何形式的领土要求，受国际法约束，马其顿名称的使用并不因此而暗示任何与希腊马其顿省有关的领土要求。于是仲裁委员会认为，斯洛文尼亚和马其顿满足指导方针宣言。对于波黑和克罗地亚，当时的仲裁委员会对其承认持保留的态度。委员会认为波黑人们想要组成独立国家的意愿还没有被充分建立起来，建议在 1992 年 3 月展开公民投票。对于克罗地亚，并不是所有的少数民族权利都被纳入到宪法中，克罗地亚需要对宪法法案进行修订来满足对获得承认的必要条件。但是，欧共体成员国并没有完全地遵从这些观点。1992 年 1 月 15 日，他们承认了斯洛文尼亚和克罗地亚，其他的欧洲国家也相继承认了。

由此可见，欧洲联盟（欧共体）的次级集体承认与其成员国对新国家的承认存在不同步的情况，欧共体的承认标准更注重体现承认法律效果上的识别和接受或认可的过程，只有在先识别或确认出实践中的某些特征符合了欧共体标准之时，才会接受或认可新国家，或者对新国家提出进一步的要求，直至满足欧共体标准。而成员国的承认显然仍是国家自由选择和自由裁量的行为，其更注重的是承认的政治意义。

4.欧盟的次级集体承认性质

对于欧洲共同体作为国际法上的承认主体就是指它对公认的国际法上的承认对象的承认，在此场合，是欧洲共同体确认其他国际法主体或事物的客观存在和意愿与之交往。[815]这个定义隐含着对国际组织集体承认的一种“宣告说”性质。一个既存国家对新国家的承认是

---

[813] Jürgen Habermas, Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe, in L' Europe au soir du siècle, edited by J. Lenoble and N. Dewandre, Paris, Edition Esprit, 1992. 引自姚勤华：《欧洲联盟集体身份的建构（1951-1995）》，上海社会科学院出版社，2003 年 11 月，第 231 页。

[814] 梁西：《梁著国际组织法》，武汉大学出版社，2011 年 5 月第 6 版，第 7 页。

[815] 曾令良：《欧洲共同体与国际法上的承认》，《法学评论》，1988 年 4 月，第 41 页。

单方面的愿意与之进行交往的行为，这是一种有限的国际交往前提。狭隘的国家利益如果无法将自然国际法与实在国际法融合起来势必会给国际社会带来不可估量的破坏性影响，只有将理想主义与现实主义结合起来才有助于国际法的发展。此外，后现代思潮的兴起，打破了西方几百年来的现代化单一话语，强调了人的能动性和社会的多元性，这在建构主义理论那里有着明显的反映，较为激进的后现代建构主义流派尤其如此。[816]次级集体承认的形成与以往的单独承认在形式上从单一国家的单独行为，转变成一种多元参与与互动的承认行为。如果多个国家所形成初级集体承认是一种承认主体的多元主义的情形，那么次级集体承认则是强调承认过程的多中心性，这也正符合了后现代主义的范式。

冷战后在前苏联、东欧地区出现的新国家如果没有国际承认也肯定不能成为国际法上的国家。[817]克罗地亚获得欧共体承认过程说明，欧共体基于人权保护条件的不具备而不承认是构成性的，使得新国家为了满足欧共体国家承认的标准而修改国内宪法和法律直至符合标准。《奥本海国际法》（第九版）避开了“构成说”和“宣告说”在理论上的对立和争执，而倾向于对国际社会的承认实践进行实证的分析，并得出居于“构成说”和“宣告说”之间的结论，即：承认虽然是宣告一个现存事实的，但是在它的性质上确实是构成性的。[818]在对欧共体对前苏联和前南斯拉夫的承认上，其实发挥重要作用的与其说是印证了次级集体承认的构成性，不如说更是一种国际法层面上的欧洲道德习惯的影响过程。这个影响过程根植于欧洲共同体的国际法道德。法律道德主义最肥沃的土壤就是共同体的道德，即，被发展用来维持某种“习惯共同体”的道德。在这种共同体的场合中，群体的同一性由共同坚持某种详尽的行为准则来界定，群体的同一性由共同坚持某种详尽的行为准则来界定。[819]这种欧洲“文明国家”传统上的价值宣导来维持共同体的集体行为发挥了一种深刻的影响力。《柏林条约》在承认罗马尼亚、塞尔维亚、黑山、保加利亚之时，就附加了保障宗教信仰自由的要求。欧洲作为一个实践共同体，其连续的实践活动形成的行为方式也就成为文明欧洲的标示。文明是社会建构的实体，应当将文明视为一种动态的、松散聚合的、多维的和异质共存的实践共同体，其实践活动延伸到哪里，文明的疆界也就在哪里。[820]这种将欧洲地区的各人民的诸多人权权利纳入承认标准的做法，是承认权利化的一种表现。国际人权法的发展是承认权利化的催化剂，使传统国际法上对国家或政府的要求、国家的要素、承认的标准、以及承认的性质带来了强烈的冲击。

在《东欧与苏联之新国家承认指导方针宣言》和《南斯拉夫宣言》中融入了欧洲文明中的文化特质，强调西式民主宪政、公民社会、人权等。欧洲联盟以一种扩大版的卢梭式社会契约形成了内部经济的一体化、政治统合的深化以及文化相互交融。国家边境限制的放开使其趋近于一个“国家”行为体，这个行为体使欧洲形成一种更大范围和程度的人类共同利益。所以，其实欧洲联盟的集体承认的性质问题，就是时代赋予欧洲的历史使命问题。

5.欧盟承认的效果

一个国家意思表示旨在承认某一特定事实状态、特定法律状态或特定请求权为存在或合法，而因为此一事实、状态被承认存在、合法所生的国际法上效果，亦为承认效力所及。[821]承认的政治效果是承认国和被承认国政治关系的开端，从此两国之间可以进行全面的交往，特别是随之而来的就是建立正常的外交关系。[822]欧盟成员国就是运用其全部的智慧与多样性，使自己的人民拥有合适的权利，开展与新国家的外交关系，建立合适的欧洲治理。欧洲联盟只有逐渐克服国家主权至上的障碍并推进国家间规范的立场的建立，欧洲的承认就是一种战术上的协调与战略上的成功。

欧洲联盟在以欧洲历史的宝贵经验和文化传承之下，从其主权国家多元化的决策中提炼

---

816 秦亚青：《国际关系理论：反思与重构》，北京大学出版社，2012 年 4 月，第 17 页。

817 范宏云：《论国际法上的国家标准》，《法学评论》，2008 年第 3 期，第 72 页。

818 曾令良：《21 世纪初的国际法与中国》，武汉大学出版社，2005 年 03 月，第 318 页。

819 [美] 诺内特、[美] 塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社，1994 年 4 月，第 53 页。

820 秦亚青：《国际关系理论：反思与重构》，北京大学出版社，2012 年 4 月，第 150 页。

821 林信和：《承认制度几个法律问题之研究（上）》，《政大法学评论》，1985 年 12 月，第 33 期，第 238 页。

822 周鲠生：《国际法（上）》，武汉大学出版社，2009 年 9 月，第 105 页。

出其属于欧洲治理共同立场之时，这个方案就是在区域整合发展中和国际法理论发展中重要的基础，国际社会都将从其中获取经验。欧盟是一个结合了政治、经济、法律等多元化要素的政府间国际组织，承认权其实与经济等事务有一系列的连带性。因此，往往会出现政治权力与非政治因素结合的情形。所以，政治权力往往会随着农业、移民、环境、货币等问题而导致问题的微观化。[823]而在全球化这个外因的作用下，国际社会对承认问题的冲突之下，往往会使国际关系两极化甚至零和化。全球化的深入与欧洲联盟内部整合的深入并没有消除全世界各个国家间的利益对立和冲突。反而，在中东问题上、东亚问题、南亚问题上还激化了利益的矛盾，加剧了全球范围的冲突。承认虽然在单独承认与集体承认之间会随着国家之间的同一与合作因素的加强，从而相互依赖程度加深，同时也使国家利益更加重叠和复杂。这样的利益关系对承认行为的驱动也就不再是单一化的而是双向化甚至多向化的。对立的利益导向冲突，共同的利益导向合作。[824]完全的对立态度的传统承认行为无法有利于对立利益关系，只有在初级集体承认和次级集体承认之间寻找到共同认可的平衡点，才有助于摆脱了零和结局对承认性质错综复杂的解释，这也将是国际承认的起点和重大突破。

三、中国政府对次级集体承认的态度与立场

（一）重视对集体行为的参与和互动

承认以集体行为的方式作出是国际实践发展到一定阶段的产物。国际法领域集体行为现象的增多不仅体现在承认领域，在集体安全、人道主义方面也广泛存在，而北大西洋公约组织、欧洲联盟、联合国等国际组织实施集体行为所存在的问题也越来越多。中国政府在重大国际事件中对集体行为的分析与判断、参与和互动就显得具有重要的理论和现实指导意义。国际组织作为集体行为的重要载体，在社会学和组织学上有其产生与发展的历程，在国际关系不断催化作用之下，尤其是经济、社会、文化、政治赋予组织的目的和功能上更激发国际组织的多样性和复杂性。在对待国际事务的表决方式上国际组织所体现的一国一票多数通过、协商一致、加权多数等机制是促使集体行为朝着趋向一致发展的方式，同时也蕴含不同立场所带来的隐患。随着欧洲联盟、联合国这样的政府间国际组织在活动种类和范围上的广度和深度的增加，将会给集体行为之间的协商表决机制带来更多的冲突。其中中国政府在其中的协调与互动程度体现的是作为最大发展中国家的态度和立场，通过多层次磋商、引导集体行为发展成为体现国家利益的行为才是参与集体行为的最佳结果。

此外，集体行为使超国家因素的考量更加复杂，同时所做出的行为也更具有普遍的适用性。组织的有效性取决于一个组织集体力，固然国际社会活动从海底到太空的空间范围日益在增大，政府间国际组织的功能也越来越综合，国际组织把孤立的事件结合成为能动的集体事件后，共同行动就有了集体的合力。经过长期的实践，集体行为会更加合理化和科学化，组织就不再只是一个功能的集合体，而具有了更多相互关联的整体。列宁曾讲，怎样才使一百个人发挥一千个人的力量呢？唯一的答案就是组织，组织能使力量增加千倍。从手工业时代到工业革命再到现代化工业的生产，集体行为成为全球化的动因与行为方式。在区域性、集体性活动推动下，国际实践中的制度、规则也会逐渐趋于成熟。

政府间国际组织的集体行为参与国际关系并调解国际争端，从国际法角度来看，其本身的法律地位和发展将对集体行为产生重要影响。联合国被德奎利亚认为是一个真正有能力的国际组织，在集体安全、人道主义干涉、集体承认方面，联合国宪章和安理会的决议以及相关的国际条约逐渐通过形成国际法和国际习惯，从而成为其法律地位的重要组成部分。在复杂的国际权利与义务关系中，联合国也扮演着重要的角色，未来更将在全球治理与建立世界政府的道路上逐渐演进，使国际法更加紧密结合在全球化的国际社会中。

（二）辩证统一地对待传统承认与次级集体承认

传统承认与次级集体承认是辩证的对立统一的关系，中国政府应该认识到，没有传统承认的实践基础也就不会发展成次级集体承认，而次级集体承认又是对传统承认的扬弃。传统承认与次级集体承认在性质上都存在构成说和宣告说，但其各自在不同案例中构成性和宣告性理论发挥的作用不一样。同样，传统承认与次级集体承认的效果都存在政治效果也存在法律效果，但各自在不同情况下，政治效果和法律效果发挥的程度又各自不同。要看到传统承认性质上两个理论的优缺点，又要以具体实践为参照物具体问题具体分析，在符合国际法之

---

[823] 尚杰：《法国哲学精神与欧洲当代社会（下册）》，同济大学出版社，2011 年 10 月，第 747 页。

[824] 聂平平、武建强：《政治学导论》，武汉大学出版社，2012 年 3 月，第 391 页。

下做出对承认行为的合理解释。而政治和法律效果的矛盾是普遍存在的，两者在承认的内部既对立又统一，相互排斥又相互关联，只有辩证统一地看待承认的效果，才能够全面而准确的把握承认行为。

传统承认中过急的承认、政治倾向性、不承认的滥用使既存国家对国际法效力缺失更加严重，而亟需获得普遍国际认可和谋求发展的新国家却因到处受牵制而名不符其实。欧共体的承认政策和它的成员国考虑出现的新国家的承认可以被认为是巩固和保护共同价值的国际实践的一部分，尤其在民主、法治和人权方面。通过集体承认，包括通过多个国家和国际组织的媒介来实行承认，其好处是可以排除由单方面承认行为引起的争议甚至冲突。欧共体承认过程中的新颖性在于，在程序化的识别承认申请时，建立了额外的先决条件。有些标准并不是国际法的规则，例如，要求采取宪法保障来确保充足的对少数者的保护。其它即将成为欧洲安全与合作会议背景下区域性国际义务的标准，如法治、民主的规则等，在这之前还没有被认为是决定承认的要素。所以国际法中的承认问题应该重视传统承认与次级集体承认的双轨制发展，承认行为更加趋近于政治与法律的中和，而不是单单强调法律效果或者政治效果。

集体承认中的初级集体承认与次级集体承认是集体承认的重要内涵，传统承认制度受研究角度的限制，在集体承认上并没有做大量的理论研究。初级集体承认与次级集体承认又是相互联系和统一的。两者在集体承认行为的作出中，都是国家识别和判断承认的过程。次级集体承认需要初级集体承认的识别和判断过程作为指导，来得出次级集体承认中在性质上和效果上的合理性。否则次级集体承认必将会失去承认的前提。初级集体承认的局限性在次级集体承认中得到了补充，使多个国家的承认效率的低下和大国中心主义的色彩降低，而国际组织的次级集体承认弥补了这种缺陷。在国际社会无政府环境中，两者都是从实践出发，以国际法为依据，在不断变化和进步的过程，但也都有局限性。把握好承认理论与实践，从其中研究其辩证统一的关系，对国际组织、国家、政府的行为的认识和研究才更加科学性和严谨性。

（三）发展地看待次级集体承认问题

理解法律不能固守当下，要因时、势、事、情、境而变。[825]对于承认问题也同样不能满足于过去与现在的理论，中国政府应该时刻以不同的实践为坐标，探索出实践中对未来国际承认法具有指引性的理论，并深入研究，这样动态变化中的国际法才能不断得以进步与发展，在国际事务的参与影响力才会日渐增强。新国家和新政府至少在区域上开始对人类基本价值加以尊重和对国际法遵守。这种实践在不断反复之下以及各国形成心理确认后，就会使国际法上承认制度发展成为一种国际习惯，各国对习惯往往比国际法规则更为遵守。冷战的风云变化使承认制度发生重要变化，从单独承认到集体承认，再到集体承认内涵的扩充，还有国家构成的要素和标准、新国家成立的方式、对新政府承认的时机以及新实体对全人类价值和国际法的遵守都发生了重要变化。传统的国家承认已经走向了国际（包括一个国家、数个国家、数个国家与国际组织、一个国际组织、数个国际组织）的多元的承认。由此而产生的对承认主体、性质、效果的争论对传统国际法提出严峻的考验。这种承认主体由一个国家到多个国家再到国际组织的转变给国际法理论带来了新的研究视角，甚至国际承认法的设立亦呼之欲出。随着国际法的发展，建立在民主、法治、人权和宪政基础上的政府所组成的国家，将成为未来对每一个国际社会成员的基本要求，每一个既存国家应该与时俱进。在对新实体的承认问题上，中国不仅仅根据本国利益做出承认与否的决定，也应以一个负责任大国的形象重视承认理论的新发展。

参考文献

[1]邓衍森：《承认之国际法意义——以利比亚国家过渡委员会为例》，《月旦法学教室》，2011年11月。

[2]范宏云：《关于国家承认理论的发展》，《武汉大学学报（社会科学版）》，2003年1月。

[3]范宏云：《论国际法上的国家标准》，《法学评论》，2008年第3期。

[4][美] 熊玠：《无政府状态与世界秩序》，余逊达、张铁军译，浙江人民出版社，2001年5

[825] 江山：《法哲学要论》，中国经济出版社，2014年9月，第507页。

月。
[5][日] 寺泽一、[日] 山本草二：《国际法基础》，朱奇武等译，中国人民大学出版社，1983年02月。
[6][英] 斯塔克：《国际法导论(第8版)》，赵维田译，法律出版社，1984年9月。
[7][英] 伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社，2007年7月。
[8][英]奥本海：《奥本海国际法》第1卷第1分册，王铁崖等译，中国大百科全书出版社，1995年12月。
[9][英]马尔科姆·N·肖：《国际法（第六版）》，白桂梅、高健军、朱利江等译，北京大学出版社，2011年12月。
[10]Declaration on the Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union, 16 December 1991, 4 European Journal of International Law (1993) 72.
[11]Declaration on Yugoslavia, 16 December 1991, 4 European Journal of International Law (1993) 72.
[12]Fred L. Morrison, Recognition in International Law: A Functional Reappraisal, The University of Chicago Law Review, Vol. 34, No. 4(Summer, 1967).
[13]H. Lauterpacht,Recognition of States in Iternational Law, The Yale Law Journal, VOL.53, No.3(JUN., 1944).
[14]Roland Bieber, European Community Recognition of Eastern European States: A New Perspective for International Law?, Proceedings of the Annual Meeting(American Society of International Law), Vol. 86(APRIL 1-4, 1992).
[15]Ebere Osieke, Constitutional Law and Practice in the International Labour Organization, Springer; 1 edition (March 28, 1985).
[16]Hersch Lauterpacht, Recognition in International Law, Cambridge University Press,1947.
[17]Kingsley Davis, Human Society, Collier Macmillan Ltd, December 1949.
[18]Rebecca M.M. Wallace, International Law, London: SWEET & MAXWELL, 1986.
[19]Ti-Chiang Chen, The International Law of Recognition: With Special Reference to Practice in Great Britain and the United States, Praeger, 1951.

新形势下的国际法治——以中国为视角

（陈沐 中南财经政法大学 研究生 ）[826]

摘要：国际法治指的是20世纪后半叶在国际社会中使用率逐渐提高的词汇，但迄今为止并没有对国际法治有明确而统一的规定。根据学者们的定义，国际法治可以从实质法治与形式法治两个方面来定义。国际法治的发展目前仍处于初级阶段，诸多方面有待改善与提高。目前国际法治的发展现状主要特点为：强行法规范逐渐出现；形式上的正义正在实现；国际组织造法的比重不断增加以及中国的影响力日益重大。新中国成立后，我国对国际法治做出了重要的贡献，凸显出了中国作为一个负责任的发展中大国的形象。此外，为了应对新形势下的国际法治，中国仍然应该做出一些积极的改变，以谋求本国利益以及对国际法治做出更大的贡献。

关键词：法治 国际法治 实质法治

一、 国际法治的概念

（一）形式法治还是实质法治

国际法治指的是20世纪后半叶在国际社会中使用率逐渐提高的词汇，但迄今为止并没有对国际法治有明确而统一的规定。在理论界，诸多学者倾向于把国际法治理解为国内法治在国际社会中的延伸，把国际法治理解为善良之治。国际法治最简单地说，就是“国际领域的法治”。它意味着，在全球的范围内，已经建立起一套表述明确、内容合理、结构妥当的规范体系，这套体系得到了国际社会的普遍尊重和遵守，对于偶尔的违背规则的行为存在着公正而有效的监督和纠正机制，全球民众形成了对于这种规范的信赖和信仰。[827]国际法治的概念是法治这一法律目标在国际法上的自然延伸。[828]这些观点从本质上说是倾向于从实质法治对于国际法治进行的界定。

还有一些国际法学者倾向于从形式法治的角度对国际法概念进行界定，他们主要是从国际法治的形式上的特征来进行阐述的。郑永流教授认为法治有三点共同的内在规定性：全面预设规则，包括法的预设性、全面性、确定性；预设的规则至上，即所设规则必须得到服从；独立的机关司法规则，即独立的司法机关或准司法机关专司解决争端之职。[829]黄文艺教授提出的形式法治概念主要包含三项基本原则，即法律的可预期原则、法律的普遍使用原则和法律纠纷的有效解决原则。[830]

对于上述不同的观点，笔者认为，形式法治与实质法治都是对法治的主要特征进行的概括，只不过是从不同的侧重点而提出的。形式法治从高度的抽象化规则入手，在法治实践中可以更容易地得到立法的构建与实施，在国际社会与国内社会的政治法律生活中更容易得到实现。但如果过于追求形式上的规则化，容易使立法陷入虚无主义与抽象化，也可能使法治遁入专制的迷途。相对而言，笔者更倾向于从实质法治的角度对国际法治进行界定，盖因实质法治

---

826 **作者：**陈沐（1990— ），男，湖北武汉，中南财经政法大学民商法学专业2013级硕士研究生。

827 何志鹏：《国际法治：全球化时代的秩序构建》，载《吉林公安高等专科学校学报》2007年2月第1期第22卷。

828 郑永流：《法治四章》，中国政法大学出版社，2002年版。

829 郑永流：《法治四章》，中国政法大学出版社，2002年版。

830 黄文艺：《全球化时代的国际法治——以形式法治概念为基准的考察》，载《吉林大学社会科学学报》2009年第49卷第4期。

包含了更多的社会理想目标，更有利于国际法治在国际社会中的实施并得到国际社会的普遍认可。本文也将主要围绕着实质法治进行论述。

（二）国际法治的要求

何志鹏教授将国际法治的标准归结为国际良法与全球善治，笔者比较支持此种观点。

1.国际良法

国际良法意味着国际法律规范从内容到形式都要符合相应的要求。从形式上来说，国际法律规则必须是通俗易懂的，这样才能得到国际社会的普遍洞悉与认可；同时，国际法律规范制定的逻辑必须是严谨的，需要有清晰的脉络，前后不得矛盾；再者，国际法律规范还必须是一个有机联系的整体，而不是分散的，相互割裂的条款。从内容上来说，国际法律规范作为良法而言，其精神与价值必须得到国际社会的普遍认可，且其自身的规范应当符合这些精神有价值尺度的期待，不得与之相背离。但就目前而言，国际法律规范离良法仍然甚远，国际法规之间相互矛盾，不成体系的现象大有存在，许多法律规范还是个别大国的强权意志，并不能得到国际社会的普遍认可。因此，国际法治在良法的道路上仍是任重而道远的，仍然需要广大法律学者与各个国际社会主体的不断追求与完善。

2.全球善治

全球善治的观念来自于“全球治理”，[831]治理是一种自上而下的运动，现代国家与国际社会的治理是多层次的，成体系化的。

诚如学者所言：“国际法治链条中的一个关键环节是对规范的有效实施。规范制定的再完备，如果不能有效实施，国际法治就是虚无缥缈的海市蜃楼”[832]从法律的角度而言，全球法治应当包含有以下几个方面的含义：第一，法律规范的制定必须符合相应的程序，经由权威机构制定，为广大国际社会主体而知晓；第二，法律规范除了制定方面需合法合理之外，制定之后还需要有相关的单位进行监督执行；第三，法律规范制定之后，应该有相应的机关保证实施，对广大国际社会主体产生普遍的约束力，违反法律规范应当得到相应的制裁。

二、国际法治的现状

国际法治虽然在国际社会中尚未确立，确切的说应该是刚刚起步，但不能忽略的是，国际法治已然取得了一些实质性的进步，这将为未来的国际社会的发展起到巨大的推动作用。

（一）国际强行法逐渐的出现

国际法在国际社会中很长时间中被看做是约定法，即与国内法相区别的是，国际法需要相关国际与组织的认可与接受才能对接受国进行约束，其中国际习惯是默示接受而国际条约是需要明示接受的。这很大程度上也降低了国际法的强行性，使其常常被称之为弱法。

国内强行法在各国的法治实践中已经普遍存在。国际强行法规范在最早得以确立的是1969 年的《维也纳条约法公约》。该公约第 53 条规定：“条约在缔结时与一般国际法强制规范抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律是指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规范始得更改之规律。”[833]该条款的确立标志着国际社会开始出现高于国家意志的国际社会的强行规范。虽然相同效力的国家强行规范仍然是少数的，且关于国际强行规范的定义与内容还存在的较大的争议，但不容置喙的是，随着国际强行法规范的逐渐出现，国际法治已然又迈出了坚实的一步。

---

[831] 俞可平：《全球治理引论》，载李惠斌主编：《全球化与公民社会》，广西师范大学出版社 2003 年版。

[832] 邵沙平：《论国际法治与中国法治的良性互动——从国际刑法变革的角度透视》，载《法学家》2004 年第 6 期。

[833] 张潇剑：《国际强行法》，北京大学出版社 1996 年，第 25 页。

（二）形式上的正义通过国际法治正在实现

新时代的国际秩序一定程度上来说是旧时代国际秩序的残留物，是旧时代的强国霸权下世界格局分配在新形势下的国际社会中的重新配置。在第二次世界大战以前，国际社会可以说是毫无法治可言的。国际社会的交往往往全部由国家的经济与政治实力所决定，基本上无正义与公平可言，各国间即使签订了合约也鲜有机构能够保证实施，强国可以轻易违反条约而不受到任何制裁，广大弱小国家的权益很难受到保护。二战以后，随着联合国等国际组织的兴起，这些违反条约的制裁的实施开始有了新的主体，比如联合国、世界贸易组织。

二战后国际组织的兴起不仅为国际冲突与争端的解决提供了实施的机构，同时也一定程度上维护了国际社会的公平。就公平而言，有形式上的公平与实质上的公平之分。由于在国际社会中没有凌驾于各主权国家的绝对权威机构的所在，违反国际条约以及国际习惯等虽然会招致国际社会的指责，但不存在足够权威的机构能够将惩罚实施到位，而仅仅能够发布宣称对某某国家进行“指责”，将其定性为“违法”。同时，新形势下订立国际条约时，双方权力义务至少在条约订立时是平等的，不以国家实力为标准，这些都实现了国家社会形式上的正义。对于正义而言，绝对正义本身就很难实现，即使是在法治最为发达的西方国家的国内法治中。例如在美国国内，秉承程序正义至上的同时往往伤害了实质上的正义。实质上的正义就如数学上的极限，只能无限接近却永远无法达到。

（三）“国际组织造法”比重不断上升

随着经济全球化的蔓延，世界各地的非政府组织也在进行频繁的交流，从而催生了大量的国际 NGO 组织。这些组织涉及方方面面：经济、文化、环保、人权、恐怖主义等。随着这些非政府组织的发展与壮大，他们正积极地在国际舞台上谋求更大的话语权，通过广泛的游说和强大的舆论影响着各国政府及政府间国际组织的立场，力图使自己的理念能够渗透到国际条约与国际习惯中去。比如 1992 年的里约热内卢环境与发展高峰会上，来自 170 多个国家的 2000 个非政府的代表云集里约，[834]这些政府组织积极地为各国政府献策，同时也进行着相应的游说，还与官方会议同期开展了非政府组织论坛，充分展示了自身的影响力。除此之外，其他相关领域的国际组织可以说是风起云涌，在国际社会的“造法运动”中发挥了越来越重要的作用。

（四）中国在国际法治的舞台上影响力与日俱增

旧中国在积贫积弱中受尽了欺凌与凌辱，不仅自身权益难以受到保障，并且几乎毫无国际影响力可言。新中国成立后，随着中国日益强大，国际话语权也不断加强，在国家法治中的影响力也与日俱增。作为联合国的五大常任理事国之一，中国为维护世界和平与世界法治都在积极努力，且扮演的角色也与日剧重。例如中国积极参与各大国际公约的制定，积极维护世界和平，频繁派出维护部队等，都彰显了中国作为一个负责人的发展中大国的姿态。

三、国际法治之于中国的必要性

中国的崛起与政治经济转型都得到了全球范围内的高度瞩目。中国在发展与崛起过程中，需要展示什么样的国际形象，需要依赖何种国际环境，这都是关键性的问题。无论是从官方外交还是从公共外交的角度，国际法治都是中国发展的最佳外在目标与环境，倡导和建设国际法治都有利于中国的大国崛起之路。因而，国际法治之于中国具有莫大的意义。

[834] 饶戈平：《论全球化进程中的国际组织》，载《中国法学》2002 年第 6 期。

（一）施行法治有利于中国维持负责任的大国的形象

古代中国曾经以“天朝”自居，在对外交往中施行“礼教”的华夷秩序，但这种及其不对等的对外关系随着国际社会发展的现今早已不符事宜，国家间平等不区分高低的规则早已成为 了国际社会的共识，这些都实现了国际社会中形式上的平等，尽管离实质上的平等还有很遥远的距离，但是不可否认的是，这种原则对于建立国际社会的国际法治具有莫大的意义。

依笔者看来，未来的世界秩序仍旧是以大国为主导的，但是主导的方式将发生较大的变化。大国将不会是以武力和实力去治理世界，而是依靠能够得到世界共鸣的文化观念以及价值观念去参与、引领国际社会事务。故而，中国必须前瞻性地看到这一点，在这一个以规范为导向的世界秩序中，武力、财富这些物质层面的因素更多是通过规范和观念背后起作用，而不是直接站在前台发挥功能。[835]中国作为具有代表性的发展中大国，应更多地展现立法过程中的导引和参与，守法与法律监督环节的严肃与认真，对司法过程的信心和信任，由于在长期的历史沉淀中，中国对法律制度都比较生疏，[836]即使在当代中国，对于法律制度的建设与参与仍然有待提高。因此，在世界范围内倘若能够确立起一定的法治氛围，对于中国的法治的建设可以说是有益而无害的。在中国法治的建设过程中，以国际法治推进中国国内法治，促进中国国内的法律意识的复苏，促进法治建设的进程，使得中国能够在法治层面与国际社会接轨，这将有利于树立中国负责任的发展中大国的形象。

“推动全球治理机制变革，积极促进世界和平与发展，在国际社会中的代表性和话语权进一步增强，为改革发展争取有利国际环境”的理念已经被执政党所提出，这是出自中国十八大报告的内容，其意义非同一般。作为中国的执政党。第一次在本党的代表大会中提出“全球治理机制”的理念，昭明了中国渴求在国际社会的治理中积极参与，并未将这种参与限定在一定的区间范围内，可以看做是全方位的参与，包括政治、经济、文化、环保、人权等方面。法治的国际社会不仅有利于世界人民的幸福也将有利于维护和平的世界秩序，法治的中国社会则不仅是中国国民之幸，也将有利于中国在国际社会中弘扬自身健康的，法治的大国形象。

（二）国际法治有利于促进中国的发展

中国曾经在国际社会中受到及其不公正的待遇，新中国成立后的很长一段时间内中国在联合国中的席位一直被台湾所霸占，这是中国在国际事务中受到排挤的一大体现。此种待遇不仅有损中国的国际形象，也很大程度上影响到中国在与国际社会的交往，从而制约了中国的发展。国际法治的逐步确立有利于构建合理的世界秩序，使得中国不再受到不公平的待遇，能够得偿所愿在世界舞台上施展自我，增强自身的实力，促进自身的发展。

新中国成立以后，直至 2000 年才加入世界贸易组织，一方面囿于中国的自身实力，再者，以美国为首的西方国家不断从中阻扰也是中国难以进入世界贸易组织的一大原因。中国进入世界贸易组织后，充分地融入了世界经济的大环境中，极大地吸取了世界经济的营养，解放了国内的生产力，从此经济进入了快速发展的轨道。世界体系中法治的构建与确立，使得各大国际组织的准入机制与约束机制得到了很大的完善，一定程度上消除了不公正的因素，能够增加中国在各个领域的参与度，让中国实现与世界的真正拥抱。

四、国际法治大背景下中国的对策

[835] 何志鹏：《国际法治何以必要——基于实践与理论的阐释》，载《当代法学》2014 年第 2 期。
[836] 黄仁宇：《万历十五年》，中华书局 2007 年版，第 135 页。

（一）积极参与国际法新规范新规则的制定，促成国际法体系的形成

进入 20 世纪以来，国际社会的政治经济的格局不断发生变化，诸多旧的格局已然不再适应新的发展状况，国际法的局限性也日益明显。随着中国在国际社会的参与度越来越大，国际事务中的话语权越来越大，中国很有必要参与到新的国际法规则的制定去中，以维护自身发展的利益。因此，中国作为负责人的大国，除了要切实遵行国际法的现有规则，更要积极参与到国际社会新规则的制定中去。通过制定国际法这个平台，在世界合作的各个领域积极施展自己的软实力。例如在防恐、人权、环保和海洋领域积极布防，一方面与世界各国共同协商制定新的法律规范，另一方面更要注重提高自己的影响力。

中国不仅需要参与到国际社会规则的制定去，在国际社会出现新情况、新问题时，中国也应当要求去确立新的国际秩序，要求去确立更加合理的国际规则。例如在 2008 年的华盛顿金融峰会上，提出了建设公正、公平、有序的国际金融体系的主张，明确要求增加发展中国家的发言权和制定国际规则的参与权，为增进金融领域的国际法律规则的公正性作出了积极的贡献。我们应当看到的是，维护与确立国际秩序仍然主要是通过国际法，而真正能够维护国际秩序的国际法目前而言仍是少数的，中国应该致力于发展新的国际秩序，力求为国际社会的发展做出进一步的贡献。

（二）推动国际政治新秩序的形成，构建和谐、民主的国际环境

二战结束以后，国际社会的交往在政治、经济、科技与文化等主要事务领域都取得了瞩目的成果。但大国在政治上推行强权主义，在经济领域侵蚀小国市场，在文化领域吞噬小国文化，在科技领域排斥新兴国家的状况屡见不鲜。最典型的案例当属美国与英国绕过联合国阻拦直接对伊拉克发动的战争。严重践踏了联合国的权威与他国的主权，是一种赤裸裸的无视国际社会民主的表现。在经济领域，不平等的贸易，不合理的分工，以及失衡的国际金融体系，都是发达国家加诸于发展中国家的枷锁，严重影响了和平、民主与和谐的国际环境的构建。

中国从 1971 年 10 月 25 日重返联合国以来就一直为建立公平与合理的国际法治新秩序而不断努力，不仅积极主张在各个领域构建的新的合理的国际新秩序，还以实际行动践行了自身的主张。中国不仅努力与不同制度、不同发展水平、不同文化制度的国家建交，形成良好的邻里关系。中国也积极融入世界经济新秩序中，加入了世界贸易组织，不断加强与世界各国的经济贸易合作，在国际社会上承担起发展中大国的责任。这为中国取得了巨大的经济利益的同时也宣扬了中国良好、健康、积极的国际形象。因此，中国应该继续推动国际政治新秩序的形成，力求构建更为民主、和谐的国际环境，这无论于己于人都将是百利而无一害的事。

（三）大力加强国内法制建设

如上述若言，国际法治已经成为不可阻挡的趋势，而国内法治亦是如此。为了顺应时代趋势，我国应该对自身提出更高的要求，以适应新形势下的国际新局势。我国应该从立法、执法、司法等各方面加快法治建设的进程。

国际法治的大趋势要求我们具备全球化的立法视野，国内立法要比以往更加关注人类的一般理性、共同福祉和普遍尊严与权利，我国的国内法不仅要符合中国最广大人民的根本利益，还需要考虑到全球化大背景下已经紧密地联系在一起的国际社会的整体利益。[837]具体而言，在立法层面，我国应当注重在立法过程中更加关注考察国际法律法规的制定情况。“有关国际法在国内适用问题的相关规定在我国的根本大法没有得到体现，而只是在相关的部门法中

[837] 岳同珍：《当代国际法治研究》，山东大学硕士学位论文。

有一些零散的规定”[838]这种状况不利于在国际法体系中维护我国的地位，也不利于我国将国内法治与国际法治进行接轨。妥当的做法是，对国际法问题的适用问题上，进行适当地修宪，使得我国能够充分地适用国际法，当然，适用的前提是该种做法是符合我国的基本国情与我国的根本利益。在做好国际法转为国际法的工作的同时还需要避免该法条与我国的其他法律规范，比如与其他国际或非政府组织间签订的条约相冲突。执法层面，我国应当更注重增强行政机关执法人员的法治意识，做到有法必依，严格依法办事；进一步精简行政机构、理顺各行政机构间的职能；建立公开的行政监督体制，使得权力的能够在阳光下运行。司法层面，我国应该进一步积极稳妥地推进司法改革，逐步克服司法机关效率低下、枉法裁判、权威不足等问题，形成良好的法律环境，建立起当事人与司法机关之间的良性关系。

国内法治的构建，能够使得我国在法治层面与国际接轨，进而推动国际法治的进展，实现我国国内法治与国际法治的良性互动。

结语：

国际法治是近代国际社会交流与发展的产物，是世界历史发展的必然产物。本文中笔者对国际法治的概念进行了剖析，认为现代国际法治应当更崇尚实质法治。在对国际法治的现状进行阐述后引出了国际法治是当代国际社会所必须的论述。同时对中国在新形势下如何因对国际法治进行了阐述。本文的论述是浅显的，其间的见解也可能是偏颇的，国际法治的道路依旧很长，需要大量学者和国家的继续为之付诸心血。

[838] 李林，肖君拥：《全球化背景下中国法治发展面临的挑战》，载《法制与社会发展》2002 年第 5 期，第 32 页。

安理会决议效力与施行之考量

华东政法大学 国际法学院研究生 邱 扬

摘 要

自联合国成立以来近的70年里，安理会作为与国际和平及安全密切相关的政治机关，在国际社会的地位可谓举足轻重。为促进安理会权力的正当行使，应当着力厘清安理会决议之效力。

本文从安理会历史溯源、安理会决议内涵解析、安理会拘束力分析及决议落实效果的比照等几个方面入手，对安理会决议的法律效力进行考量，并对决议施行的现实阻碍进行论述。安理会决议具有权力属性和法律属性，其功能可概括为促进争端和平解决，授权采取行动，探索式设立国际法规则。安理会决议拘束力存在扩大的趋势，这一趋势利弊兼有，应明确其拘束力的边界，并对其进行合理监督。克制安理会专断并不应等于削弱或抛弃安理会机制，关于施行安理会决议的改革既应该促进决议的国内落实，加强对国家实践的审查，又要防止决议施行委员会成为霸权国家利益的代言人。安理会改革应着力使决议效力规范化、习惯化。

关键词：安理会决议；《联合国宪章》；安理会；拘束力；施行

一． 安理会溯源及其决议之内涵

1795 年，哲学家伊曼努尔·康德（Immanuel Kant）在其晚年著作《永久和平论》中以历史理性批判角度，祈愿人类以和平条款的方式奠定永久之和平。在走向各国之间永久和平的正式条款一节中，康德认为国际权利应该以自由国家的联盟制度为基础，并构想出以永久结束一切战争为目标的和平联盟（foedus pacifccum）[①]。

在这一哲学论证提出后的 150 年里，人类社会跨越第二次工业革命，技术的飞速进步和国际交流的日益频繁并没有为人类带来长久的和平，相反，接连爆发的两次世界大战给人类留下持久的创伤。

1942 年 1 月 1 日，仍置身战火的 26 国政府签订《联合国家宣言》，正式形成国际反法西斯联盟。1945 年 4 月 25 日，联合国国际组织会议中 50 国政府及非政府机构参与并起草了《联合国宪章》。同年 10 月 24 日，各国共同批准了宪章，联合国正式宣告成立，距今已近 70 年。[②]《联合国宪章》首列宗旨即为“维持国际和平及安全”，并设立安全理事会，使其肩负维护国际和平与安全之首要责任。[③]

联合国决议是联合国机构正式表达的意见或意愿，其中又以安理会决议为重要代表。自 1946 年至 2015 年 4 月 14 日为止，安理会已通过 2216 份决议。[④]尤其是冷战后，安理会常任理事国否决权行使的大量减少（1946 年至 2002 年间，安理会常任理事国共行驶了 294 次否决权，而其中 1991 年至 2000 年间仅仅行使了 7 次）这无疑疏通了安理会通过决议的程序，激发安理会从事相关造法行为[⑤]。

安理会决议是国际组织造法的典型之一。在国际组织造法这一概念中，以所起作用为分类标准，可以分为国家实践的场所，说明性决议（prescriptive resolutions），专家意见的渠道，司法机关的决定，政治机关的实践，国际组织的对外实践和对内造法等几种[⑥]。若依此标准，安理会作为政治机关，其作出大量关于各具体问题的决议，应属于政治机关的实践。这些决议大量涉及国际习惯、《联合国宪章》、其他组织法文件的具体适用，决议这一类实践提供了法律运作状况与法律条文含义的证据，其法律意义也不容小视[⑦]。但目前安理会决议效力的界定并不明晰，理论上的模糊或使决议的落实受到阻碍，因此有必要探讨安理会决议的适用对象，厘清安理会决议的拘束力，促进其更通畅地施行于各国的实践之中。

二．安理会决议适用对象之探讨

厘清安理会决议效力，应该首先明确其适用对象。

目前联合国共有 193 个会员国[⑧]，且均为联合国大会成员，主权国家须经安理会推荐、联合国大会表决通过，方能成为联合国会员国。仍有小部分主权国家尚非联合国会员国。《联合国宪章》之性质应为国际条约，《联合国宪章》第 25 条规定，“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安理会之决议”。则根据“条约必须信守”这一国际习惯原则[⑨], 安理会在其职权范围内所作出的任何决议都应当获得联合国会员国遵守。[⑩]

---

① 参见[德]伊曼努尔•康德：《永久和平论》，何兆武译，上海世纪出版集团 2005 年版，第 22 页。

② See United Nations：History of United Nations，http://www.un.org/en/aboutun/history/，最后访问日期：2015 年 4 月 26 日。

③ 参见《联合国宪章》第 1 条，第 7 条。

④ 参加联合国安全理事会：自 1946 年以来通过的决议，http://www.un.org/zh/sc/documents/resolutions/，最后访问日期：2015 年 4 月 26 日。

⑤ See Wallenstein and Johansson, supra note2,p.20.

⑥ 参见[英]伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2007 年版，第 609-611 页。

⑦ See Higgins, Rosalyn. The development of international law through the political organs of the United Nations. 1963.

⑧ 参见联合国：联合国概览，http://www.un.org/zh/about-un/index.html，最后访问日期：2015 年 4 月 26 日。

⑨ 参见李浩培：《论条约必须信守原则》，载《法学杂志》1985 年第 1 期。

⑩ 参见李伟芳：《从安理会决议透视战后伊拉克制裁取消问题》，载《法学》2003 年第 5 期。

安理会决议之于非会员国的适用则有待商榷。根据传统国际法学界主流观点，遵循条约相对效力原则，即条约在原则上仅对缔约国有约束力，对第三国“即不有损，也不有利（pacta tertiis necnocent nec prosunt）”[①]。该原则在国际条约中已存在修正，正如《维也纳条约法公约》之规定，第三国可以书面明示的方式接受条约当事国为其设定的义务，且可以明示或推定同意的方式享有条约当事国为其设定的权利[②]。除此之外，还存在着《维也纳条约法公约》未涉及的实践情况，即一些政府间国际组织或数个主权国家创立的对所有国家有效的“客观制度”的条约。这类条约规定，第三国或称非缔约国也应当尊重条约内容，履行一定的条约义务[③]。例如 1949 年签订的日内瓦四公约[④]之共同第二条规定，非缔约国与其它日内瓦四公约缔约国的相互关系上，仍应受日内瓦四公约拘束。

《联合国宪章》也是这一实践的典型代表。据《联合国宪章》第 2 条第 6 款，“本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。”其中的“上述原则”包括了前款的主权平等、善意履行宪章义务、以和平方法解决国际争端、禁止使用武力和集体协作等五项原则。同时，《联合国宪章》第 35 条第 2 款规定，“非联合国会员国之国家如为任何争端之当事国时，经预先声明就该争端而言接受本宪章所规定和平解决之义务后，得将该项争端，提请大会或安全理事会注意。”此规定体现出非会员国在《联合国宪章》中的权利义务相一致，且获得会员国争端解决权利的条件较为宽松，声明接受和平解决义务即可。《联合国宪章》上述几项规定，实质上确立了一系列适用于所有主权国家的原则和制度。主权平等、以和平方法解决国际争端、禁止使用武力和集体协作等原则均与维护国际和平与安全密切相关。联合国框架下，安理会的使命是维护国际和平及安全，而安理会决议是安理会关于《联合国宪章》和平与安全相关原则的具体实践，则上述《联合国宪章》原则之适用对象应当亦是安理会决议之适用对象。

因此，安理会决议在一定范畴内适用对象包括联合国非会员国。《联合国宪章》之规定使其适用对象的范围十分宽泛，在众多国际法律文件中犹显特殊。

而在具体实践中，上述观点亦有所体现。安理会于 2001 年 9 月 28 日，即美国“9·11”袭击事件后，通过了第 1373 号决议。该决议根据《联合国宪章》第 7 章采取行动，针对恐怖主义行为，提出两个“决定”，决定明确其适用对象为“所有国家”[⑤]，若依文义解释，此处的“所有国家”已经突破联合国会员国的范畴，外延至所有主权国家。又如安理会第 1540 号决议中，“决定各国应不向企图开发、获取、制造、拥有、运输、转移或使用核生化武器及其运载工具的非国家行为者提供任何形式的支持”[⑥]，也是试图在所有国家范围内，弥补对禁止向非国家行为者扩散核生化武器之空白。可见上述两份安理会与反恐相关的决议，试图对所有国家设定一般国际法律义务[⑦]，并形成一般国际法规则。但是，即便安理会决议的适用对象能扩大至非会员国，也并不代表其所有规定均对相应国家具有拘束力。

三．安理会决议之拘束力分析

（一）从安理会决议的分量考量

不妨先从分量角度观察安理会决议的效力。可将之称为决议分量衡量法，此方法并不是新近出现的，但或能给予我们一些衡量决议的不同思考模式。一些西方国际法学者如索伦森（Sφrensen）、格罗斯（Gross）

① 参见李浩培：《条约法概论》，法律出版社 1987 年版，第 475 页。
② 参见《维也纳条约法公约》第 35、36 条。
③ 参见王庆海、刘爽：《条约对第三国(方)的法律效力》，载《法学研究》2001 年第 4 期。
④ 即《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》，《关于战俘待遇之日内瓦公约》，《关于战时保护平民之日内瓦公约》。
⑤ See S/RES/1373(2001).
⑥ See S/RES/1540(2004).
⑦ 参见简基松：《对安理会“决议造法”行为之定性分析与完善建言》，载《法学》2009 年第 10 期。

等提出以投赞成票比例衡量国际政治机构决议的分量[①]。即可理解为，某一决议分量＝多数国家数量（赞成票数）/少数国家数量（反对票数与弃权票数之和）,数值越大，分量越大，若少数国家数量为 0，采无限接近法，视决议分量为最大（无限大）。为直观反映不同决议（包括未获通过决议草案），本文随机选取五份安理会会议记录，进行计算与比对。数据均来源于安理会官方发布的会议记录[②]：

会议记录编号	多数国家数量	少数国家数量（括号内为常任理事国反对票数）	决议是否通过	分量
S/PV.7426	14	1（0）	通过	14.00
S/PV.7354	8	7（1）	未通过	1.14
S/PV.7317	15	0（0）	通过	∞
S/PV.7138	13	2（1）	未通过	6.50
S/PV.7088	14	1（0）	通过	14.00

从上表罗列的数据，我们可以发现分量衡量法存在一些不足。一方面，这种衡量发生无法表示出安理会常任理事国一致的情况，或将导致未通过决议草案分量大于已通过决议。另一方面，就已通过决议而言，所谓分量是否会影响决议效力，还有待商榷。基于《联合国宪章》规定[③]，一份获 9 票赞成而通过的决议与一份获一致通过的决议，皆因符合程序而通过并生效，在法律层面上应具有同等的效力。所以，分量的大小不能反映在安理会决议的外观上。当然，若反对票和弃权票过多，也是国际社会对决议内容评价和反应的缩影，决议在实际落实中会面临相对更多的阻力。可见分量衡量法并不能较好反映决议的拘束力，但对于探讨决议的落实具有一定的参考价值。

（二）从安理会决议的性质与功能考量

1.安理会决议具有权力属性与法律属性。

安理会决议有别于一般的决定和声明，是因为其背后的权力属性。安理会作为典型的政治机关，是国际社会缔结的契约——《联合国宪章》的产物，亦即安理会的权力来源是《联合国宪章》。如果说法律是权力的工具，那么安理会决议也正如此，“安理会的规范性权威是基于它拥有强制性权力和正当性”[④]。所以，国外学者常用“帝王般的（imperial）”来形容安理会，这正体现出其在国际社会地位中的特殊强制力。

对于安理会决议造法事实的存在，第 1373 号决议和第 1540 号决议的规定都是有力的证明。第 1373 号决议规定“所有国家都必须”针对恐怖分子的融资行动采取某些行动，且突破《制止为恐怖活动筹措资金的国际条约》中的具体措施，在没有经过所有国家和相关非政府组织谈判与磋商的情况下，安理会从事了这一“立法”活动[⑤]。第 1540 号决议包含对“非国家主体”、“适当管制”、“相关物资”等相关术语的界定，超出一般核不扩散国际条约的拘束范畴，或者说以一种近似于补充性立法的方式给国际社会制定了相关的行为准则[⑥]。故上述两份决议印证了部分安理会决议确实具有法律属性。

2.安理会决议的功能可概括为促进争端和平解决，授权采取行动，探索式设立国际法规则[⑦]。

在和平解决国际争端中，联合国有三个与之相配套的机关，即安理会、联合国大会和秘书处。《联合

① 转引自[英]伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2007 年版，第 610、619 页。
② 参见联合国安全理事会：会议记录，http://www.un.org/zh/sc/meetings/，最后访问日期：2015 年 4 月 26 日。
③ 参见《联合国宪章》第 27 条。
④ Alvarez, José E. International organizations as law-makers. Oxford: Oxford University Press, 2005. Chapter4.
⑤ See Bantekas, Ilias. "The international law of terrorist financing." American Journal of International Law (2003): p.315-333.
⑥ See SC Res.1540,Preamble.
⑦ See S/RES/1373(2001), S/RES/1540(2004).

国宪章》第 6 章是关于和平解决争端的规定，“争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时”[①]才进入安理会决议的管辖范畴。而这种管辖并不需要当事国之诉诸，或者说由于《联合国宪章》第 7 章可能对决议对象即当事国采取政治制裁、经济制裁甚至授权使用武力，“至少在文本上，增强了安理会在争端解决领域的权威”[②]。

谈及安理会决议是否形成所谓国际法规则，绕不开对国际法渊源表现形式的探讨。《国际法院规约》第 38 条规定,国际法院在审理案件时可适用的独立法律渊源有普通或特别国际协约，国际习惯，一般法律原则，并以司法判例及各国权威公法学家学说作为确定法律原则的补助资料，且可在当事国同意前提下适用“公允及善良”原则。虽然这一规定获得大量的援引，但是其所拘束的也仅是国际法院裁判的依据，其中未出现关于安理会决议这一类国际组织文件的阐述，并不能表面这类文件不能因国际法的发展和需要，客观地成为国际法渊源。故而有国内学者即认为国际组织之决议能否成为国际法渊源，须“取决于该组织的组织章程”，不妨“从中发现决议成为法律内容的规定和证据”[③]。由于一些特殊国际组织基于人类基本价值与利益通过决议，倒不如更进一步，放宽的该类组织之决议成为国际法规则的标准：在这一规则衡量中引入国际习惯形成中的心理要素即法律确信，而削弱对物质要素即“通例的产生”的严苛要求，确认例如部分具有造法性质安理会决议之条文属于“准国际习惯”，从而得承认其具有相当的法律拘束力。毕竟，所谓的安理会决议造法在当前环境下还是处于探索阶段。

（三）对安理会决议拘束力扩大化的评价

首先，安理会决议拘束力存在扩大的趋势。

1963 年，在联合国具体实践并不全面的时候，国际法学者罗莎琳·希金斯（Rosalyn Higgins）已经意识到安理会在实现和平及安全方面具有较大潜力，从而改变国际法上故有的造法形式[④]。突破冷战束缚，汲取有利发展因素的安理会，势必逐渐成长为国际造法者。《联合国宪章》并没对一些诸如“威胁国际和平”等关键性概念进行严密定义，这种空白正是《联合国宪章》潜在的扩张性的依托，安理会决议基于这种扩张性，使实现拘束力扩大化成为可能。

安理会决议的扩大化还体现在宣示性条款上。例如在安理会第 687 号决议[⑤]中，对于海湾战争中伊拉克给他国造成损害的行为，决议认定伊拉克须承担相应的经济责任。这种自发地试图在国家之间定分止争的条款，看起来更像是国际法院需要处理的事项。安理会决议扩张的拘束力反映出安理会为应对复杂的局势，一直在寻求更为创新灵活的方式。

其次，应明确安理会决议拘束力的边界并对决议进行监督。

对于安理会决议的拘束力边界，应将其划定在最为必要的维护和平及安全手段的范畴中，并基于拘束力边界建立对安理会决议的监督机制。作家奥诺雷•德•巴尔扎克(Honoré de Balzac)在其著作《纽沁根银行》中曾言，法律，如同蛛网，只捉得住小小蚊蝇，对那些大虫大鸟却往往束手无策。这一说法从一个侧面反映出在不平等主体之间法律拘束力的局限性。安理会决议也不例外地具有效力的局限性，但毕竟其与国内立法不同，国际法主体互为平等关系，再无凌驾于主权之上的权力。把握决议制裁分寸，平衡各国利益，才能克制安理会决议成为唯大国利益的代言书。故而，明确安理会强制力边界，规范决议效力范围，从国际社和平及安全、安理会长远发展的角度看，促进作用大于制约作用。

① 参见《联合国宪章》第 33 条。

② See Merrills, John Graham. International dispute settlement. Cambridge University Press, 2011. Chapter10.

③ 参见李伟芳：《论国际法渊源的几个问题》，载《法学评论》2005 年第 4 期。

④ See Higgins, Rosalyn. The development of international law through the political organs of the United Nations. 1963.

⑤ See S/RES/687.

四．安理会决议之施行

（一）施行安理会决议的多重困境

联合国成员国对安理会决议的落实或者恪守是存在巨大挑战的。

首先，安理会决议权威解释机制缺失。一些国家绕开安理会决议的机制，但随后又试图对决议的扩张解释以规避来其行为的非法性。最为典型的代表是，对国际社会秩序构成严重挑战的 2003 年伊拉克战争[①]。美英两国绕开安理会决议的程序，单边地发动伊拉克战争。而随后，英国总法律顾问受邀在英国国会回答关于对伊动武之法律依据的质询，他认为，在安理会第 678、687 和 1441 号决议的“综合作用”下，英国对伊动武的行为具有合法性[②]。该法律顾问的解释并非决议的有权解释，但这件事暴露出安理会缺乏对决议的权威解释机制。

其次，关于安理会决议落实的监督和促进制度缺位。

针对紧张局势或普遍性问题，安理会作出了大量决议，但决议的通过并不能掩盖监督和促进机制的匮乏，相关国家国内层面落实的情况关系着决议的生命力。例如 2015 年，安理会针对利比亚境内 IS 组织问题，通过第 2214 号决议，敦促会员国根据《联合国宪章》和国际法，采用一切手段消除包括伊黎伊斯兰国、效忠伊黎伊斯兰国的团体等的恐怖行为。但事实上，各国在具体行动中并不积极，此类收效甚微的决议的大量存在使通过决议的意义大打折扣。安理会缺乏一种监督或促进决议落实的制度，此制度的建立势必涉及安理会改革和相关国家对于国家权力的平衡与让渡，在传统的国际法理论背景下显得步履维艰。

（二）施行安理会决议之路径

为突破安理会决议在施行中面临的困境，势必应推进安理会改革，安理会也曾进行过一些尝试和摸索。安理会为施行第 1373 号决议成立了反恐委员会（the Counter-Terrorism Committee），其这一委员会成员为所有联合国会员国。在一套专门指控机制中，委员会负责审查的是关于各国施行反恐决议，国内立法与实践的报告，由此督促第 1373 号决议的具体落实[③]。这种探索在关于反恐方面建立了较为持久的落实机制，但是，对于其他决议议题是否也可建立专门的委员会，并无后续实践。

不妨参考《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》等公约的运作机制。主权国家加入上述公约，将受到缔约国报告制度[④]、委员会审议并作出意见的制度[⑤]、国家间指控制度[⑥]的约束。缔约国报告制度与安理会中会员国向反恐委员会报告的制度有相似之处，具有备案和候审的功能，形成的书面文件也利于委员会监督；上述公约赋予相关委员会较大权限，其对具体报告作出的意见具有较强的约束力，是对相应公约的有权解释；而国家间指控制度则是针对平等国际法主体的特点设立的，平等主体相互监督，在国际舆论压力层面促使相关国家恪守公约。这些制度都已长期推行，积累了大量的国家实践，对于完善安理会体制具有积极的借鉴意义。

因此，在《联合国宪章》框架下建立长效广泛的监督机制，推进安理会决议在各国国内施行是安理会改革的使命之一，各联合国会员国任重道远。

---

① See Sands, Philippe. Lawless world: making and breaking global rules. Penguin UK, 2006.

② See Hansard, HL, vol.646, WA3(17 March 2003).

③ Rosand, Eric. "Security council resolution 1373, the counter-terrorism committee, and the fight against terrorism." American Journal of International Law (2003): 333-341.

④ 参见《公民权利和政治权利国际公约》第 40 条第 1 款，《经济、社会和文化权利国际公约》第 16 条第 1 款。

⑤ 参见《公民权利和政治权利国际公约》第 40 条第 4 款，《经济、社会和文化权利国际公约》第 19、21 条。

⑥ 参见《公民权利和政治权利国际公约》第 41 条。

（三）施行决议之意义与安理会专断之担忧

安理会决议作为联合国安理会针对危及和平及安全具体事件或局势，遵循《联合国宪章》维持国际和平及安全之宗旨，采用投票表决之正当程序，而通过的具有相当拘束力的文件，它若能得到相关国家的配合与施行，在一定程度上，利于国际社会秩序的稳定与国际环境的缓和，是符合人类道义和基本利益的。但这毕竟是理想构造之下的结果。

许多国际法学者如阿尔瓦雷斯（Alvarez）、菲利普（Philippe）等在其著作中还是表现出他们对安理会专断的担忧[①]。他们认为一些安理会中的委员会缺乏透明度原则的约束，这种在某些法律实践中超越主权国家的存在，有可能成为霸权国家推行强权的载体。比如，霸权国家可能会通过操控、施压等手段，使委员会界定其敌对势力为“恐怖主义”，继而达到以合法程序打压其反对者的目的。这些担忧不无道理，但笔者认为克制安理会专断并不应等于削弱或抛弃安理会机制，若削弱或抛弃安理会机制，将使国际秩序发生紊乱，一方面，对发生人道危机的相关国家之国民来说，和平的黎明将更加遥远，另一方面，霸权主义更不会因此收缩，单边主义或有抬头趋势。

五．结语

《联合国宪章》签订之时，全人类翘首以盼世界和平与安全，而今，这一切依旧遥不可及，但人类对共同利益的向往也正是安理会改革的最重要动力。

安理会摆脱冷战的束缚，逐渐回到更为通畅的运行轨道，稳健地担负起维护和平及安全的重任。安理会决议与其说是一系列组织文件、意见与意愿，不如将其视为一种针对具体对象或专门事项，平息战乱或消除国际不安全因素的机制。这种机制并不健全，像一个虚胖的人。“胖”是因为安理会决议之效力边界模糊不清，且不断向外扩张，缺乏第三方对其自身的审查制度，引起学者对其越权造法、专断宣示的担忧。“虚”是因为决议的施行频频受阻，缺乏对国家的监督机制而导致实践中决议规定的落空。引入其他公约的成熟运作机制，不失为一种“强心剂”，但应该充分考虑和平与安全事务的复杂性，避免制度的简单移植所造成的“排异反应”。规范化、习惯化才是衡量安理会决议效力、促进安理会稳健发展的上佳路径。

① Alvarez, José E. International organizations as law-makers. Oxford: Oxford University Press, 2005; Sands, Philippe. Lawless world: making and breaking global rules. Penguin UK, 2006.

试论网络战争的国际法规制（初稿）

韩燕煦 杨曦 同济大学法学院

关键词：网络安全 网络战争 国际法

内容摘要：有关网络安全与网络战争的国际法编纂，已经成为国际社会普遍关注的重要问题。目前已有的国际法应对包括联合国体系内的讨论、北约体系内相关指导规则的制定和上海合作组织提交的信息安全准则草案，关注点主要集中在网络战争相关概念的界定、与传统国际法规则的关系及国家间合作等问题。面对发展迅速的网络战争国际法编纂，中国应该积极争取话语权，以上海合作组织为依托推进相关国际法规则的制定。

上世纪八十年代开始，随着全球性网络安全事件的不断发生，对于网络安全的国际法应对问题开始得到国际社会的普遍关注。在这些网络安全事件中，网络战争的概念被提了出来。2007 年 4 月到 5 月爱沙尼亚境内出现的大规模的网络攻击，导致爱沙尼亚政府陷入瘫痪之中，与此同时大大限制了整个国家的通讯能力，基础设施的功能得不到发挥。[①]这个事件被欧盟和北约各成员国认为是国际社会网络战争的第一例。2009 年，布什政府开始使用“网络战争”一词来强调增强网络防御能力的重要性。[②]2013 年 3 月，由北约卓越合作网络防御中心（Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, NATO CCD COE）组织编纂的关于规范网络战争的《塔林手册》（Tallinn Manual）公开出版，预示着网络战争的国际法规制进入一个新阶段。目前，关于网络战争的定义、其与有关的传统国际法规范的关系等问题还存在较大争议，本文将对这些问题进行探讨。

一、网络安全与网络战争

网络安全问题从互联网诞生开始就一直得到广泛关注。一般而言网络安全是一个较宽泛的概念，包括网络攻击、网络间谍、网络犯罪、网络恐怖主义等诸多领域。在互联网时代，国际法上“国家主权”的内涵除了传统领土主权、经济主权等之外，还延伸到了网络空间形成所谓的“网络主权”。今天的网络安全国际法应对，实际上主要是探讨网络主权的保障和侵

①Henry S Kenyon，知远/铁木译，揭秘 2007 年爱沙尼亚遭大规模网络攻击事件始末，http://www.china.com.cn/military/txt/2009-11/20/content_18927324.htm，2014 年 10 月 28 日首次访问

② DAVID E. SANGER, U.S. Steps Up Effort on Digital Defenses,http://www.nytimes.com/2009/04/28/us/28cyber.html?_r=0, 2014 年 10 月 28 日首次访问

害的预防，以及责任的追究。

“网络战争”是网络安全和治理中的一个问题，关于网络战争国际法上的研究从上世纪90年代开始，[①]专家们首先从网络战争的定义作为着手点进行研究[②]，但在这个问题上很难达成共识。[③]因为网络战争的复杂性和特殊性，使得准确界定它成为一件相当困难的事情，同时人们也很容易将这一个概念与网络犯罪，网络恐怖主义等概念混淆。[④]直至目前，无论在国际社会实践中还是在学术界，关于网络战争还不存在一个被普遍接受的统一定义。在这一情形下，在探讨定义的同时，专家们开始从各自所认为的网络战争重要特征入手来分析国际法在网络战争上的适用问题。[⑤]绝大部分专家认为当前国际社会确定的法律和惯例已经能够调整信息战争的行为，无需制定新的国际法。[⑥]不仅是《塔林手册》的编写组（主要观点代表着西方尤其是北约国家的观点）[⑦]，同时中国参与的联合国组建的关于信息安全的政府专家小组给出的报告里面，也明确表示要在联合国框架下对现行的国际法进行解释适用，以期能限制网络战争行为。[⑧]因为有些专家对于网络战争的定义采取广泛说，将一切危害国家安全的网络行为都纳入到网络战争的调整范围中。基于此，这些专家认为现行国际法律并不足够调整网络战争。[⑨]但是，从国际社会普遍的态度来看，适用现有的国际法来调整网络战争行为，辅之以修订或是增加相关法律是目前看来比较合适的做法。[⑩]

---

①member of the United States delegation to the 2009–2010 United Nations group of governmental experts on information security.

②Raboin, Bradley. "Corresponding Evolution: International Law and the Emergence of Cyber Warfare." *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary* 31 (2011): 602.

Hathaway, Oona A., et al. "Law of Cyber-Attack, The." *Cal. L. Rev.* 100 (2012): 817.

这篇文章不仅自己做出了定义，而且还对比了中国所在的上合组织以及美国政府的多个专家部门所做的定义。

Melzer, Nils. *Cyberwarfare and international law*. UNIDIR, 2011.

该作者作为塔林工作组的代表给出了塔林的定义。

③Hathaway, Oona A., et al. "Law of Cyber-Attack, The." *Cal. L. Rev.* 100 (2012): 817.

该作者在文章指出就算美国政府内部的多个机构都难以对网络战争的定义做出具体的界定。

④Melzer, Nils. *Cyberwarfare and international law*. UNIDIR, 2011.

⑤Jeffrey F. Addicott, “Cyberterrorism: Legal Policy Issues,” in Legal Issues in the Struggle against Terrorism, eds. John N. Moore and Robert F. Turner (Durham, NC: Carolina Academic Press, 2010), 550.

Hughes, Rex. "Towards a Global Regime for Cyber Warfare." *Cyber Security Project, Chatham House, London* (2009).

⑥*White house cyber strategy at9.*

美国白宫的官方声明中认为制定新的国际法并不是最好的方式，反而现在解释现行国际法是应当要做的工作。

⑦《塔林范本》是在 CCDCOE 上，通过组织一系列的北约军事专家，学者制定出来的关于国际法在网络战争中适用的手册。

⑧**A/68/98**

⑨effrey F. Addicott, “Cyberterrorism: Legal Policy Issues,” in Legal Issues in the Struggle against Terrorism, eds. John N. Moore and Robert F. Turner (Durham, NC: Carolina Academic Press, 2010), 550.

⑩**A/68/98** 专家组报告中明确提出了适用联合国宪章及其相关法律来调整网络战争行为，同时随着技术的发展制定新的相关法律来解决网络战争问题。同时塔林专家组成员们也认为现存国际法确实是适用于网络战争的，参见 http://www.cbc.ca/news/world/are-there-international-rules-for-cyberwarfare-1.1323638 ，Are there international rules for cyberwar fare 中对专家的参访。

二、目前关于网络战争国际法的编纂

1、《网络犯罪公约》的制定

该公约是于 2001 年 11 月，由欧盟的 26 个国家以及美国、南非等 30 个国家制定的。这部公约是世界上第一部打击网络犯罪的国际立法。其中对于网络犯罪的定义将其与网络战争区分开来，这也为以后网络战争的研究打下了基础。这可以说是当前网络安全领域的唯一有拘束力的国际立法。其中对于管辖权等方面的内容对以后网络安全领域包括网络战争的国际法规则的制订有重要的借鉴作用。

2、联合国内的相关应对

网络安全的议题在联合国中的讨论始于 1998 年俄罗斯向联大提交的关于信息安全的决议草案。这项草案得到联大的通过后，联大开始将从“国际安全的角度来看信息和电信领域的发展”作为其议题在第一委员会讨论。从这之后这一议题一直进展缓慢。从 2010 年开始，一部分国家依据之前联大的决议向秘书长提交本国信息网络安全的状况。为了解决信息网络的相关问题，2009 年第 60/45 号决议决定设立专家组来讨论信息安全领域的相关问题。到 2013 年专家组已经提交过了两次报告。在 2013 年的报告中，专家组对于信息安全领域的建议也从以前的呼吁加强国际间合作，建立信息机制和支持不发达地区的网络建设，转向注重国际法在该领域的适用和强调国家对其领域上的网络设施实施的行为具有管辖权。这一转变说明当前联合国对于网络安全领域的关注程度也越来越高，同时国际社会对其讨论也越来越深入。这将会为在联合国体系下的网络领域国际法的形成提供坚实的基础和理论保障。

3、北约的行动——《塔林手册》

不仅联合国，相关区域之间也在建立信息安全的合作机制和规范。2007 年北约盟国爱沙尼亚遭受网络攻击后，北约成员国于次年在爱沙尼亚首都塔林成立了网络防御的合作中心，同时邀请军事领域，法律领域的专家共同探讨国际法在网络战争领域的适用，这就是《塔林手册》出台的背景。2013 年 3 月，由北约卓越合作网络防御中心（Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, NATO CCD COE）组织编纂的关于规范网络战争的《塔林手册》（Tallinn Manual），由英国剑桥大学出版社公开出版。虽然从形式上看，《塔林手册》是不具有拘束力的指导规则，但其对网络战争方面国际法进行的系统总结将对国际法的后续发展产生影响。

4、上海合作组织的行动——《信息安全国际行为准则》

2006 年，上合组织就发表了《上海合作组织成员国元首关于国际信息安全的声明》。这

是在 2005 年联大通过信息安全相关决议后的一个积极响应。成员国元首们在声明中表达了对于信息安全将用于破坏主权和领土完整以及不干涉内政方面感到担忧；[①]更重要的是，成员国达成了遵循《联合国宪章》和《世界人权宣言》的准则和原则，呼吁加强国际合作，制定共同的行为准则。之后上合组织每年都在其议程中讨论对于组织框架内信息安全的合作该如何加强。[②]2011 年 9 月，中俄等国向第六十六届联大提交《信息安全国际行为准则》，引起国际社会广泛关注，推动了信息和网络空间国际规则制定进程。2015 年 1 月 9 日，中国、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、俄罗斯、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦常驻联合国代表联名致函联合国秘书长潘基文，请其将由上述国家共同提交的“信息安全国际行为准则”更新草案作为第六十九届联大正式文件散发，呼吁各国在联合国框架内就此展开进一步讨论，尽早就规范各国在信息和网络空间行为的国际准则和规则达成共识。

三、网络战争国际法规制存在的主要问题

1、概念的使用

在讨论网络战争初期，学者们就对于网络战争的定义展开了激烈的讨论。有的专家倾向于使用攻击（attack）这个词。[③]而有的专家倾向于使用战争（warfare）这个词。[④]从已有的研究来看，美国的军方原本喜欢使用攻击（attack）这个词来描述网络战争。而《塔林手册》更加倾向于战争（warfare）这个词。美方为了自己网络安全的需要，希望将这一概念扩大化。而中国等国家虽然使用的是网络战这个概念，但其适用的范围却相当的广泛，还包括电子战等一系列的行为。[⑤]联合国在其正式文件上对于该概念的表述一直用的是“信息安全”这个词。[⑥]正是由于对于该问题之前一致缺乏深入的讨论，所以国际上对于一系列相关概念发生了混淆。

本文认为，在讨论哪一个词更合适时应该首先区分如下几个词，网络攻击，网络犯罪，网络恐怖主义和网络战争。网络攻击是通过使用网络去损害信息设施或是互联网本身。[⑦]毫无疑问，网络攻击这个词的含义是最广泛的。如果要用战争法来调整网络战争的行为的话，网

①上海合作组织成员国元首关于国际信息安全的声明，http://www.sectsco.org/CN11/show.asp?id=172，首次访问于 2014 年 11 月 9 月

②上海合作组织成员国元首杜尚别宣言，http://www.sectsco.org/CN11/show.asp?id=180，首次访问于 2014 年 11 月 9 日

③ U.S. Department of Defense, Dictionary of Military and Associated Terms, Joint Publication 1-02, Nov. 8, 2010, as amended through Feb. 15, 2012, available at http://www.dtic.mil/doctrine/dod_dictionary/.

④ The Joint Terminology for Cyberspace Operations; 2010-11 defines Defensive Counter-Cyber (DCC) and Offensive Counter-Cyber (OCC) operations.

⑤田英. "浅议网络战中的国际法问题." *法制与社会* 7 (2007): 105.

⑥ A/56/164/Add.1 从国际安全的角度来看信息和电信领域的发展秘书长的报告

⑦NATO Standardization Agency, NATO Glossary of Terms and Definitions (AAP-6) (2010), at 2-C-12.

络攻击这个词就会将本来应当由刑事法律来调整的行为纳入到战争法调整的行为当中。这或许有些难以让人合理接受。而网络犯罪这个词的内涵也是要大于网络战争的。因为网络战争也可以被认为是一种犯罪行为，但是这种犯罪行为不能仅用刑事法律来调整的，而且涉及战争法。

根据已有的讨论，网络战争行为是符合联合国对于战争的定义的。[①]不仅是因为网络战争从概念上来看是符合联合国宪章中第二条第四款的“诉诸武力”，以及第五十一条的自卫权对于使用武力的要求，在使用武力这一点上是没有程度限制的。[②]同时尼加拉瓜诉美国的案件也说明了使用武力并非一定得携带武器。为了给予这种行为符合《联合国宪章》关于使用武力的要求，本文觉得应当运用到条约解释的方法来探究使用武力这个概念在《联合国宪章》中规定的意义。《维也纳条约法》对于公约的解释中提出了依照条约的上下文体系，以及条约的目的来解释条约。在《联合国宪章》现有的内容中，没有直接规定网络战争这种行为是否属于使用武力，这主要受到时代背景所限。但是当我们去探究联合国宪章制定的目的时，这一问题便不再难以回答。联合国宪章是在二战结束后，为了稳固战后形成的稳定局势，避免新的世界大战爆发而制定的。它制定的目的就是为了尽可能的遏制一切有损国际和平与安全的因素。同时也避免任何国家随意滥用武力而侵害另一国的主权。[③]网络战争作为一种新的战争手段，其危害性要远远大于之前的大部分物理攻击。它可以在短时间内摧毁世界上任何一个地方的基础设施，只要这个地方存在网络。甚至网络化越高，受害的程度也就越大。这正是为什么爱沙尼亚的网站受到攻击后整个国家陷入瘫痪的原因。随着全球网络化水平不断提高，这样一个问题也会越来越严重。在这样一种没有硝烟的战场上，其对于世界局势的稳定和安全有着重大的影响，后果无异于发动了一场战争。而且网络战争比普通战争更加可怕的是它能够在短时间内迅速攻击几个国家，这样的时效性和危害性是普通战争行为不可能做到的。因此，如果这样的行为都不属于使用武力的范围的话，这个结果是没有办法让人接受的。因此这种行为就不能简单的被看成是一种攻击行为了。[④]

综上看出，使用战争这个概念来定义网络战争这种行为无论是从国际法理的基础上，还是从当前的国际实践上来看都是合理的。并且随着网络化程度的逐渐加深，这一概念还会得

①Manual, Tallinn. "Tallinn Manual on the international law applicable to cyber warfare 2013." (2013).
②Ruys, Tom. "THE MEANING OF “FORCE” AND THE BOUNDARIES OF THE JUS AD BELLUM: ARE “MINIMAL” USES OF FORCE EXCLUDED FROM UN CHARTER ARTICLE 2 (4)?." *American Journal of International Law* 108.2 (2014): 159-210.
③Fassbender, Bardo. "United Nations Charter As Constitution of the International Community, The." *Colum. J. Transnat'l L.* 36 (1998): 529.
④张赫. "浅议网络战争于《联合国宪章》的第 2(4)条适用问题." *法制与社会* 14 (2014): 040.

到更加深入的发展。

2、与传统国际法的区别与联系

从当前国际社会中相关讨论来看，大多数学者支持无需制定新的国际法来规制网络战争行为。[①]北约制定出来的《塔林手册》也强调其是在指导信息网络领域中的法律适用，而并未创造新的法律规则。这一做法现在也得到了联合国信息安全专家组的充分肯定和支持。[②]不仅如此，现任联合国秘书长潘基文也支持在现行的《联合国宪章》和国际法框架中讨论信息安全国际法规范。潘基文在其《从国际安全的角度来看信息和电信领域发展政府专家组》报告的说明中阐述了，他认为在现行国际法框架下讨论信息安全是十分重要的。[③]

但是，并非所有的人都支持这样的做法。有些专家认为当前的实践已经说明了现存国际法框架并非能调整所有的信息战争的行为。[④]他们认为现行法律根本无法解释网络战争行为是一种战争行为。[⑤]其次，学者们认为现行的国际法根本无法区分什么样的网络行为是战争行为而什么不是，那么国际法对于网络战争的规制就无从谈起。[⑥]还有学者提出在网络战争时代，国际人权法中的区分和中立原则将如何适用在这一领域中，还有在网络战争的情况下，平民更加容易加入到战争中，现有的区分原则怎么去适用？[⑦]因此，现行的国际法在他们眼中至少在调整网络战争这种战争形式上存在不足。

网络战争作为一种战争形式具有所有战争普遍性特点，例如主权的侵害性，物理损害，人员的伤亡以及战争中战斗人员和平民身份地位等问题。传统国际法中对于战争的规定，国家自卫权的规定，以及战争中的人道主义法的适用都是可以用来调整网络战争的这种行为的。而现今国际社会存在的维也纳四公约，国际人道主义法以及相关的习惯法能够调整这一战争形式。

关于为什么当前国际法适用于信息战争，本文认为主要有一下理由。首先，信息战争符合联合国宪章中关于使用武力的定义。[⑧]在联合国宪章中涉及到的使用武力主要集中于两个条约。分别是第二条第四款的“诉诸武力”，以及第五十一条的自卫权。第二条第四款中是如下

①Schmitt, Michael N. "Computer network attack and the use of force in international law: thoughts on a normative framework." Columbia Journal of Transnational Law 37 (1999): 1998-99.
②A/65/201 从国际安全的角度来看信息和电信领域发展政府专家组
③A/68/98 从国际安全的角度来看信息和电信领域发展政府专家组
④Dunlap Jr, Charles J. "Perspectives for cyber strategists on law for cyberwar." (2011): 81.
⑤Rid, Thomas. "Cyber war will not take place." Journal of Strategic Studies 35.1 (2012): 5-32.
⑥Liff, Adam P. "Cyberwar: A New ‘Absolute Weapon’? The Proliferation of Cyberwarfare Capabilities and Interstate War." Journal of Strategic Studies 35.3 (2012): 401-428.
⑦Kelsey, Jeffrey TG. "Hacking into international humanitarian law: The principles of distinction and neutrality in the age of cyber warfare." Michigan Law Review (2008): 1427-1451.
⑧Melzer, Nils. *Cyberwarfare and international law*. The United Nations International Disarmament Office, 2011.

规定“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”这可以看出在国家支持下的网络战争行为确实符合这一条款。[①]但是第五十一条自卫权相关规定的“武力”的定义却明显窄于第二条第四款。这充分说明并不是所有被认定为第二条第四款的无礼行为都可以引发国家的自卫权。但是，从国际法院所做出的尼加拉瓜诉美国的军事案件中可以看出国家使用武力行为，无论大小，无论是否构成侵略或是武装袭击，都是可以引起国家行使自卫权的。[②]从这里可以看出，网络战争行为确实是符合联合国宪章中关于“武力”的定义，也为网络战争领域行使国家自卫权提供了法理基础。

而对于国际人权法在该领域的适用问题，可以看出现在专家们主要关注的是两个问题，一个是如何界定在非常规武装力量钟的成员身份和直接参与到战争中的概念。另一个是怎么在网络战场上区分战员与平民。[③]《塔林手册》对此给予了答案，他们坚持《日内瓦公约》中的规则，凡是对平民身份有疑问的时候就应当认定他们为平民，[④]同时他们给出了四种情况不被认定为平民身份的情况。[⑤]在此基础上，他们坚持即使在网络战场上也应当运用《日内瓦公约》来保障平民的利益。这种解释是符合《维也纳条约法》解释的原则的。因为网络战争即使再特殊，其根本属性还是“战争”，既然是战争，就具有战争所共有的普遍性。那么为了保护战争中平民权益的《日内瓦四公约》当然就毫无疑问的会被适用。因为一些普遍存在的问题，已经在公约中得到了解答。从上述分析中可以看出，当前国际法在调整信息战争行为上无疑是使用的。

虽然相信国际法在网络战争中能够被适用，但是现行国际法真的足够调整现有的信息战争行为吗？答案是否定的。虽然现行国际法可以通过解释等一系列的方式适用于网络战争这种新的战争行为，但在网络战争这一特殊领域中，我们不仅是需要对现行的国际法进行解释适用，同时又需要针对网络战争的特点进行新的法律规制的创制。例如网络战争管辖权如何确定，怎样界定战争中的平民和战斗人员，和非政府人员利用中立国家的网络发起网络战争的行为该如何处理等。这一系列的问题都是以往国际法中没有涉及的。单靠解释现有的国际法规范是很难解决上述所有问题的，因此制定新的国际相关规范是必要的，也是为了打破这

①Id.
②Id.
③Melzer, Nils. "Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law." (2009).这篇文章中
④《日内瓦公约第一补充议定书》第五十条第一款
⑤Manual, Tallinn. "Tallinn Manual on the international law applicable to cyber warfare 2013." (2013).
这四种情况分别是武装部队成员，有组织武装小组成员，直接参与战争的平民，以及参与大规模起义中的平民。

一领域中网络强国在国际法规制定中的霸权主义和解释法律的随意性。

3、技术问题与合作

当前，对于很多信息网络安全相关的国际立法难以制定，主要是由于信息网络领域中技术性较强，这些技术性问题的解决将影响到法律规范的模式以及法律制定出来后的效果。例如关于追踪和管辖的问题，信息战争其中一个显著的特点就是它的隐秘性。当前所知的几次规模较大的网络攻击均不是从发起国发起的，而是由第三国造成的，这就给追踪网络攻击的源头造成了困难。如果这一技术问题得不到很好的解决，那么，对于相关网络战争的惩处也就无从谈起。即使制定了相关管辖的法律规则也是无法得到很好地实施的。

为了解决定位的问题，一些国家开始实施网络实名制，中国也是其中之一，但是效果并不明显。[①]因此，找到合理的方式解决这样一个问题对于当前网络国际法的制定和实施来说就有举足轻重的作用。

除了技术上的问题外，有效的合作也是一个问题。例如关于调查取证尤其是去第三方中立国家调查取证的问题。因为要想获取网络攻击的完整路径，往往需要找到其途径的所有路径，这很可能涉及到第三国。如果第三国不很好的配合或是无力进行配合，那么就无法完整的获取路径进行调查。因此，合作的有效性将会成为调查取证的关键。

在网络战争领域追责中，最难的就是跨国取证的问题。因为这会涉及到他国的主权问题，甚至会因此需要揭露他国信息网络中的国家秘密。在这方面，首先还是要促使世界各国加强在网络战争领域中取证的司法协助。如果没有正当途径进行司法取证，那么网络战争领域中的追责就难以实现。而加强司法协助的合作需要各国积极参与到这项行动中，这就需要普遍加强各国政府对于信息战争危害的认识。同时也不能忽视这其中可能会对一国主权有所侵犯，因为网络战争需要及时取证否则电子证据很可能就会被销毁。那么这时候如何协调这里面的矛盾可能就是一个亟需解决的问题。或许技术的进步能协调好这一矛盾，因为主权和国际安全同样是至高无上的，很难要求它们中的一个做出让步。

四、中国对网络战争国际法规制的参与

国际社会为了维护网络领域的安全在做着积极的努力。毫无疑问，加强国际合作成为国际社会讨论网络安全的核心。但是我们不能忽视的是当前状况下信息网络化水平的差异和各

①韩国网络实名制兴废始末，http://game.163.com/special/jianzheng_44/，首次访问 2004 年 11 月 8 日

国对于合作模式的担忧影响了网络合作。同样技术问题也是阻梗着合作的重要因素。因此，只有在技术进步，全球信息技术网络发展整体提升的前提下才能更好的解决合作上的问题，消除国家合作上的顾虑。但是我们也要避免这样一种观点，即技术问题不解决就没有创制和完善信息安全国际立法的必要性。对于中国来讲，在当前的国际形势下应当做好以下几点来积极应对该领域的变化：

1、 正确看待《塔林手册》

在网络战争国际法规则的提出和总结方面，北约主导制订的《塔林手册》已经抢占了先机。在主导力量和参与国方面，显然《塔林手册》针对的最大对手之一就是中国和俄罗斯等网络防御型主权国家。因此，中国依托上海合作组织提出和形成以自己为主导的独立的网络战争国际法规则，无疑是非常正确的应对。但另一方面，中国也要重视对该手册的研究，这至少具有两重意义：一是掌握美国和北约在网络战争问题的基本立场，二是通过研究该手册思考中国网络安全和网络战争的对策。[①]

2、 积极推动网络战争国际法规则的制订

毫无疑问，网络战争是不可避免的。21 世纪，网络战争已经成为世界上最为廉价以及有效的战争方式。世界各国都在制定自己的信息战攻略，无论是为了增强国防实力，还是为了追逐世界霸权。在这样的国际环境下，中国不可能独善其身。因此，中国需要积极参加到信息战争国际立法之中来，体现自身在国际社会的发言权。

美国一直视中国为信息战场上的假想敌，希望能够在网络上遏制中国实力的扩张。其突出表现在于在《塔林范本》中提出了“提前自卫”的观点。允许国家将自卫权提前使用。这看似有其合理性，尤其信息战争的隐秘性导致了很难找到其国际目标和最终路径。但是这其实是会使拥有强大信息技术的国家以此为借口对其他国家进行攻击。这会导致自卫权被无限制的滥用。因此中国在参与到国际立法中时要坚持主张加强战前的防御自卫和有限度的自卫权使用。希望以此来遏制信息霸权主义的间接扩张。

除此之外，也要反对网络封锁和网络禁区等措施的过分适用。在《塔林手册》中提出的网络封锁和网络禁区措施是北约成员国为了避免出现网络战争扩大化和保障网络安全而提出来的。这两个名词看似是新颖，但是封锁和禁区这两项措施是北约成员国在常规战争中最常使用的。北约成员国经常打着某国是恐怖主义的旗号来实施封锁措施。这样一项措施在他们手中被不断滥用。因此这样的制度移植到网络领域中也就不难让人不怀疑北约成员的真实意

① 陈颀，《网络安全、网络战争与国际法》，《政治与法律》2014 年第 7 期，第 157 页。

图。因此这项措施的适用对于网络安全和网络秩序的构建并非有利。因此，中国要审慎的对待这两项措施被植入到信息安全的国际立法中。

中国在参加国际立法运动的过程中要坚持着自己的主张，我国的和平共处五项原则，坚持独立自主。要积极主张各国信息主权平等[①]，在联合国的框架下完善国际信息战争立法。在这个过程中要注重国家间的相互合作，充分尊重他国诉求，尊重信息战争下的国家自卫权，坚持求同存异的方针。中国应该继续发挥在上海合作组织中的主导地位，推动在联合国体系内关于网络战争国际法规则的编纂和制订，不断扩大在该问题上的国际立法话语权。

3、积极构建国内信息安全立法规范

国际规范和国内规范是相互联动的，因此完善国际规范会成为国内规范革新的重要基础。我国关于信息安全立法的国内规范现在还不够健全，相对来说存在法律位阶偏低，立法结构单一，缺乏信息安全基本法[②]，内容相对滞后等问题[③]。

因此，中国要想在信息发展的大环境中获得安全保障，不仅要注重国际法的研究，而且要加强国内立法的建设。可以借鉴现有国际信息立法的经验，但是不能拘泥于这些经验。 同时要加强与其他国家之间关于信息安全立法的交流与合作。[④]只有通过内外联动，中国才会有一个稳定安全的信息环境。

因此我们要积极构建我国信息安全的基本法，将已经存在的相关信息安全立法进行有效地整合，完善信息安全立法的体系。从而减少法律出现的漏洞。同时加强立法的技术性因素，使信息安全立法的操作性增强，适应其技术性特点。

当今世界的主题是“和平与发展”，这个是任何国家都不能否认的。那么在和平和发展这个问题上，各国总体利益是一致的，即拥有一个和平的环境来促进自身发展。在这样的国际环境下，中国应当以自身行动表明自己对于国际和平的追求，同时在求同存异的基础上构建与他国友好“文化”结构，增进与其他国家之间的国际关系，做一个负责任的大国。只有各国都在和平的基础上发展自身的信息技术，才有可能在全球范围内拥有一个和平稳定的环境来促进自身发展。

①任明艳. "互联网背景下对国家主权的思考." *时代法学* 4.6 (2007): 101-110.
②何悦, 郑文娟. "我国网络信息安全立法研究." *科技与法律* 1 (2011): 70-74.
③叶茜, 李润松. "我国网络信息安全的法律保护现状研究." *学理论* 11 (2010): 117-118.
④周雪. "看“中国元素”如何唱响国际信息安全舞台." *信息安全与通信保密* 12 (2010): 24-31.

国际法残余效果原则与我国的南海利益

熊继博[①]

摘要：以菲律宾为首的南海声索国，基于《联合国海洋法公约》的规定，坚称中国在南海岛屿和海域的行为违反了公约规定，并极力推动南海内的双边争端国际化、复杂化。然而，中国在南海岛屿和海域长达千年的确权历史形成的历史性权利，已经产生极强的残余效果。以《联合国海洋法公约》为代表的新兴国际规则，无权修改和调整其生效前南海海域的既定秩序，更不足以在南海问题上挑战“残余效果原则”赋予中国南海的历史性权益和法律地位。解决南海争端的法律依据，涉及的是《联合国海洋法公约》与“法不溯及既往原则”的法律冲突问题，而解决这一冲突的关键在于遵守国际法上的“残余效果原则”。

关键词：南海岛屿 海洋利益 残余效果原则

南海是地处中国大陆南部并连接太平洋和印度洋的海域，具有十分重要的战略位置。菲律宾国家安全顾问乔斯·阿尔蒙特曾毫不掩饰地表现出对我国南海的觊觎野心，“南海是东南亚的海运中心，谁控制了这个海，谁就基本控制了东南亚群岛和半岛，并对西太平洋和印度洋的将来起到决定性的作用，包括控制了往返中东油田的战略航道”。中国自古就在南海海域及岛屿上从事生活生产活动，并且在历史上通过行政控制和行政管辖的方式，确认了对中国南海诸岛屿和海域的历史性所有权；而在国际法律制度逐渐确立和完备的过程中，1947 年的国民当局也以“断续线”的方式对外公布，从法律上确认了中国在南海海域的合法权属。然而，二战后新兴的国际条约和法律制度，诱使周边国家妄想据此挑战我国在南海享有的权利。如今的南海争端实际上就是指个别国家与中国在断续线区域内发生的争议。但不论是从历史事实还是从国际法理来看，南海声索国对南海岛屿和海洋利益提出的要求或主权主张，是毫无根据的。

一、中国在南海岛屿及海洋利益上的合法权源

我国在南中国海范围内总共有四个群岛，分别是东沙、中沙、西沙、南沙群岛。前三者目前由中国控制，中国政府一贯强调此为中国固有领土，且不存在主权争端。但由于南沙群岛部分岛礁被周边国家非法侵占，成为了目前争议最大的区域。包括菲律宾、马来西亚、文莱等国都对其中部分岛屿或海域提出利益要求，越南更是对我国的南沙群岛和西沙群岛提出

熊继博：中山大学法学院 2014 级国际法学硕士研究生。

了全部的主权要求。

（一）越南对南沙和西沙岛屿主权要求的非法性

越南作为南海岛屿主权声索国之一，目前占领了中国最多的岛屿，是南海争端中最大的既得利益者。不仅如此，作为唯一对南沙和西沙群岛提出主权要求的国家，越南也是唯一“有勇气”就拥有群岛主权提出“历史依据”的国家。其所谓的“历史依据”，是指对这些岛屿的“发现”和“占领”。越南根据其公元 1653 年的《纂集天南四至路图书》、《大南一统志》等对“黄沙滩”和“万里长沙”的历史记载、嘉隆皇帝于 1816 年在岛上树立国旗等史料作为根据，认为其已经依据“发现”和“先占”的方式，取得了对这些岛屿的绝对主权利益。但是，越南所谓的“历史依据”是无稽之谈。

第一，越南史料中的“黄沙滩”和“万里长沙”区别于我国的南沙群岛和西沙群岛。

越南依据其历史资料记载和标注的“黄沙滩”和“万里长沙”，在地理位置上远离我国的南沙和西沙群岛，而是更靠近于越南外海的长沙滩和沙洲。其生硬地将其历史上所谓的“黄沙滩”和“万里长沙”认定为我国的南沙群岛和西沙群岛，难以自圆其说。为弥补这一历史依据上的漏洞，越南后来将我国的南沙和西沙群岛非法更名为长沙群岛和黄沙群岛，奢望将料记载与我国固有领土在称谓上强加联系。但这仍无法解释其与我国南沙、西沙群岛主权的关联性和合法性。即便两国历史所指为同一对象，仍然存在一个事实问题：“黄沙滩”和“万里长沙”的地理范围与我国的南沙和西沙群岛的地理范围一致吗？越南对此并未提供历史依据加以证明。

第二，越南“发现”和“先占”的法律客体和主体不存在。

首先，国际法制度下的先占制度是指主权国家对于不属于任何国家所有的土地或岛屿，根据先占的意思表示和先占的客观事实，从而取得对该无主土地的所有权的制度。因此先占的前提条件必须是“无主土地”，他国的领土不能成为依据“先占”予以侵占的客体。越南提供的历史资料显示其自十七、十八世纪发现了“黄沙滩”和“万里长沙”，并对其进行了事实占领。假设“黄沙滩”和“万里长沙”与我国的南沙和西沙所指为同一对象，也不足以构成“先占”。原因在于，中国不仅早在公元前 2 世纪的时候就已经发现并开始开发这些群岛，而且自 11 世纪的北宋以来，就在这些群岛上派兵巡视，进行有效的行政管辖。黄任在《泉州府志》中就记载“吴陞…擢广东副将，调凉州。自琼崖，历铜鼓，经七洲洋，四更沙，周遭三千里，躬自巡视，地方宁谧。”直至明清两代，西沙、南沙群岛已经被官方列入广东省琼州府

万州的管辖范围。[①]因此大量的地方志和地图的翔实记录已经表明，中国是最早发现、最早开发、最早经营南沙和西沙群岛的发现国和先占国。对于同一无主土地而言，基于先占制度的“一次用尽”的特殊性质，对南沙和西沙群岛唯一的“发现权”和“先占权”早已被我国用尽，而且远远早于越南的“发现”和“先占”，越南所谓的“发现”和“先占”只能是一厢情愿。

其次，先占制度的行使主体必须是“主权国家”，任何个人和社会实体无权基于先占取得无主地。越南在历史上称为“安南”并与中国是“藩属关系”，这种“藩属”包含的法律关系只能是藩属国对宗主国的归顺、服从和朝贡，并接受宗主国的保护。藩属国虽然名为“国”，但其“国家”的主体性是不完全的，也就不是独立自主的“主权国家”。独立自主性关系到主体自由意志的表达，而先占制度同样要求有“先占的意思表示”方可成立。因此，十七、十八世纪安南（越南）无权合法地行使“先占”权，更不可能对原本就属于其宗主国的领土实施“先占”。

（二）菲律宾对南海岛屿利益要求的非法性

菲律宾不仅是除越南之外侵占我国南海岛屿较多的国家，更是积极引入外部势力将南海问题国际化的始作俑者。菲律宾对南海提出利益要求可追溯到的史实，是 1933 年 8 月菲律宾前参议员陆雷彝声称，菲律宾根据《巴黎条约》对当时的殖民国法国所占的“九小岛”拥有所有权。但事实是《巴黎条约》中根本找不到其所谓的“九小岛”归菲律宾所有的法律表述。[②]陆氏对南沙群岛无中生有的要求，连菲律宾政府也寻不出任何可供交涉的历史或法理依据，因此只能不了了之。而且，法国作为殖国民对我国南海岛屿的占领因其殖民性的存在，本身就是非法的，《开罗宣言》和《波茨坦公告》要求日本归还对中国殖民统治所占岛屿和领土，已经表明这一事实。此后一直到七十年代，再到 2012 年的黄岩岛事件，菲律宾为回避在历史依据上的缺陷，改变了斗争策略，利用相继生效的《联合国海洋法公约》对中国南海岛屿和海洋利益提出挑战。但这种看似“有法可依”的行为，实际并不符合普遍的国际习惯和国际原则，下文将详述。

（三）“历史性所有权”对中国南海海洋利益的确认

我国在南海岛屿和海域权利地理范围的明示确认，最早可见于 1935 年 4 月当时国民政府委托出版的《中国南海岛屿图》。该图在 1936 年收入白眉初主编的地图集《中华建设新图》之中，后又定名为《海疆南展后之中国全图》，图中包含了中国南海疆域的东沙、西沙、团沙

① 朱奇武：《从国际法看南沙群岛主权的归属问题(下)》，《政法论坛》1991 年第 1 期，第 8 页。
② 李国强：《国民政府与南沙群岛》，《近代史研究》1992 年 12 月 26 日，第 174 页。

（中沙）和南沙群岛的地理划界，此即为中国地图上南海疆域线的雏形。[①]后经 1947 年国民党当局以断续线形式对世公布，从法律上明确了我国对南海的权利范围。

中国官方基于历史和事实依据提出此划界之后，国际社会和南海周边东南亚各国并没有对此提出异议，也没有否定中国政府的这一行为，实际上对此形成了主观确信。而这种主观确信的默认效力，在当时国际法发展状况下，具有极强的法律效果，也多次为国际司法实践所确认。在柬泰两国“隆端寺案”中，国际法院判决柬埔寨胜诉时就表示“泰国政府如不同意地图上所标示的界线的划定，它应当在相当的时间内向法国政府表示其不同意；它既未表示不同意，就应视为已经同意。‘如果应该说话并且能说话，那么沉默就被视为同意。’”[②]在 Anglo-Norwegian Fisheries 案中，挪威在划定其领海宽度时，创造性的采用了直线基线法（当时并未被确立为国际法上的领海基线）。后来英国与挪威就此问题产生争议后，国际法院认为，挪威采用直线基线法来确定领海的宽度的事实，各国政府对此是明知的，但直到本次争议之前，没有国家提出挪威的做法违反国际法。因此，各国的默认导致挪威的这一做法和事实，因其一贯的、充分的长期实践得到巩固和强化，从而创设了此种权利的存在。[③]以上的国际司法实践表明，相关国家对有关利益的主观确信（明示或默示）将形成事实上的确认效果。就南海而言，意味着该海域周边国家对中国在南海通过先占取得的历史性权利上升为法律权属的默示确认。

（四）“禁止反言原则”对中国南海海洋利益的确认

除了上述南海各方对中国岛屿和海域主权的默示确认之外，同时还有各国的明示确信。其中对南海“胃口最大”的越南的官方，包括越南外交部副部长雍文谦、越南外交部亚洲司代司长黎禄、越南人民军总参谋部[④]均以官方形式对中国南海群岛主权作出过确认。另外，1958 年 9 月 4 日中国政府发表领海声明指出：12 海里的领海宽度适用于中国的一切领土，包括西沙、南沙群岛。越南政府总理范文同于十日后照会中国国务院总理周恩来表示“越南民主共和国政府承认和赞同中华人民共和国政府 1958 年 9 月 4 日关于领海决定的声明”。上述事实均表明越南对中国的西沙和南沙岛屿主权已经给予了充分且明确的主观确信。然而，1988 年越南外交部为了争夺南海利益，竟然以“为了寻求中国支持越南抗美斗争的需要”为借口，对越南上述表态进行诡辩。这明显违反“禁止反言”的国际法基本原则。所谓的禁止反言原

① 冯学智：《中国海洋权益争端的国际法分析》，2013 年第 1 版，第 162 页。
② 李浩培：《条约法概论》，法律出版社，第 255 页。
③ ICJ Reports，1951，p.139；18 ILR，p.102，quoted from MALCOLM N. SHAW QC :INTERNATIONAL LAW, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, Sixth edition, p.559.
④ 1956 年 6 月 15 日越南外交部副部长雍文谦会见来访的中国临时代办李志民时声明“根据越南方面的材料，从历史上看，西沙群岛和南沙群岛应当属于中国领土”；越南外交部亚洲司代司长黎禄进一步指出“从历史上看，西沙群岛和南沙群岛早在宋朝时就已经属于中国了”；1960 年越南人民军总参谋部地图处编绘的《世界地图》中明确地用越文标出“西沙群岛（中国）”和“南沙群岛（中国）”的字样。参见江淮：《名称之变，权益之争!》，《世界知识》2010 年第 15 期，第 67 页，转引自孙现强：《越南 1945 年——1975 年南海立场之研究》，第 28 页。

则，是指在国际关系上，当一国因某一事项，对其他国家或国际社会签订或发布声明或者作出承诺后，该声明和承诺就对其做出国产生拘束力，即不得再作出与此相背的行为，即使作出了这样的行为，也是无效的，既不能为国际社会所接受，也得不到国际法的保护。

鉴于马来西亚和文莱两国对我国南沙岛屿和海洋利益的要求,并不能像越南那样提供“历史依据”，只能追随菲律宾后期的斗争策略，依据晚近生效的《联合国海洋法公约》中大陆架和专属经济区的规定，试图挑战中国的南海岛屿和海洋利益。实际上，菲、马、文等国所主张的“国际法依据”，涉及的是《联合国海洋法公约》与“法不溯及既往原则”的法律冲突，而解决这一冲突的关键在于遵守国际法上的“残余效果原则”。

二、残余效果原则与我国南海利益的合法性

（一）残余效果原则的原理

残余效果原则的理论来源于国际条约领域，最早见于《维也纳条约法公约》起草时第十七条关于条约产生和维持效力期间的规定。“残余效果原则”是指符合国际法的条约对当事国生效期间，各国依据条约所为行为只要符合该条约的规定，即产生公认的法律效果，此种法律效果将得到国际社会的认可；不仅如此，在该条约经过一定时期后因废除或终止适用，也不影响当事国在条约有效期内依据条约所为行为的法律效力；即便随着时代的发展和国际法律规则的演变，产生了与该条约规则不同的新条约、新规则，也不能使新条约否定此前基于旧条约所为行为的合法性。原因在于“条约的残余效果原则，是从‘一个法律事实应当按照与之同时的法律予以判断’这个时际法原则以及‘条约必须信守’这个条约法原则发生的当然结果，”[①]新条约无法对其出现和生效之前的事实做出裁判。因此，残余效果原则的理论基础在于国际法所遵从的“条约必须信守原则”、“时效原则”、“法不溯及既往原则”。基于此而产生的残余效果原则也是正当且合理的。

遗憾的是，最终通过的《维也纳条约法公约》仅仅只保留了现行第十七条的两款内容，而原本关于条约的“残余效果原则”部分则被删除。但我们认为这个原则的存在价值并不因该公约的缺漏而丧失国际法理价值。不仅如此，上述在条约领域的残余效果原则，在国际习惯和历史性权利的争议领域，比条约的残余效果具有更为重要的价值，它在解决当今各国间因历史遗留问题产生的争端上，具有新兴国际法不可取代的地位。以先占制度为例，目前已不存在无主土地和无主岛屿，先占制度因其完成了历史使命，不再与其他新兴国际法律一样构成现实可用的国际法规则。但这并不意味着先占制度完全丧失了法律价值。当前各国大量

① 李浩培：《条约法概论》，法律出版社，第 368 页。

的岛屿主权是在历史上基于先占事实而取得的，并因此得到国际社会，尤其是周边国家的普遍认可，这种认可的持续性和历史性，就包含了对先占制度中残余效果的确认，即维持和承认业经历史确认的领土权属状态。一旦否定先占的残余效果，各国领土和岛屿主权的取得将丧失历史依据和法理基础，并再次导致国家领土权属的混乱。因此“在国家领土归属发生争端时，有时还要考虑先占作为领土变更方式所产生的法律效果。所以说在确定领土归属时，先占仍然具有一定的实际意义。”[①]此处的“实际意义”即为国际习惯和历史性权利的残余效果，因此而形成的国际法原则即为“残余效果原则”。

概括而言，“残余效果原则”的本质包含以下三个方面：第一，历史上形成的合法规则，对基于此而产生的事实，具有法律确认效果；第二，规则在适用一定时间后被终止，不影响其生效期间对原事实产生的法律确认效果，并仍有拘束力；第三，新出现的法律规则不能否定该业经确认的事实和法律秩序，即使新规则与原规则存在不同规定。

（二）我国南海利益中的残余效果渊源

第一，先占制度产生的残余法律效果。

中国在南海岛屿和海域享有的主权和利益，是基于中国人民自古以来对南海最早发现、开发、占领以及管辖而取得的，这是国际社会公认的先占制度赋予的法律效果，我国拥有丰富的历史资料和事实证据对抗任何质疑。在存在无主土地和无主岛屿的历史时期，先占制度的有效性决定了一国通过先占取得无主地的合法性，此种法律效果包括三个方面：其一是该无主地因此归属某国的事实的确定性；其二是其他国家无权再对该“有主地”行使先占的拘束性；其三是该确定性和拘束性在国际秩序中具有的延续性。国际社会的运行以及国际秩序的维护，实质上正是对不同历史阶段中的合法规则的遵守和继承，才得以延续和进步。尤其是其中法律效果和法律秩序的延续性，因其不可逆的事实确定性，足以对抗此后与之不一致的国际法规则。国际法上“法不溯及既往”的原则也正是对此最合理的解释，先占制度的残余效果价值便在于此，它产生的残余效果使得我国对南海利益的权属状态包含了确定性、拘束性、延续性，国际社会应当予以遵守。

第二，区域性主体行为产生的残余法律效果。

一种观点认为在近现代“一个国家对一块土地或一片水域拥有主权，主要是根据近代国际社会公认的国际法及国际惯例。某一国家的认可并不是必要条件，但得到国际社会的认可，对加强所有国对领土主权的诉求具有重要意义”,[②]尤其是针对历史性权利的国际习惯的形成，

① 慕亚平：《国际法原理》，人民法院出版社，2005 年 9 月第 1 版，第 233 页。

② Andy Ho，The international law basis behind China's claims，The Straits Times，Publication Date : 28-02-2014，

必须具备国际社会的普遍认可和反复实践才能成立并具有拘束力。而中国在南海断续线内经过历史因素取得的海洋利益，只是在当时发生在南海海域周边国家范围内，并没有被国际社会普遍认可，因此有人指出中国在南海所谓的历史性权利并未形成。

我们认为这种说法是错误的。原因在于，诸如具有普遍适用性的国际习惯，因其涉及和调整的利益，是发生在整个国际社会范围内的，因此要求国际习惯或类似规则的形成必须得到“普遍”认可自然是合理的。但是对于利益辐射具有地域限制性的特定事项和规则，并不需要达到这一标准，尤其是古代国家相互间的认知和联系无法达到现在的水平，要求整个国际社会了解并确认中国对南海在历史上取得权利，不仅不现实，事实上也毫无必要。由于南海争端本身不是国际问题，而是个别主权国家之间对部分岛屿和海域权利归属产生的争议，所以在南海问题上并不能以中国在南海的行为未得到整个国际社会的确认为由否定我国的合法历史性权利。相反，各国对明知中国在南海利益上的确权行为和事实，依旧做出了明示和默认的态度，表明其对该法律事实的主观确认，从而形成既定的历史事实和法律事实。这种事实产生的残余效果就是，中国在南海取得的利益和历史上形成的南海海洋秩序已经明确。

（三）残余效果原则与《联合国海洋法公约》的对抗

目前用于调整国际海洋利益的国际法规则主要是 1958 年《领海及毗连区公约》、《大陆架公约》、《公海公约》、1982 年的《联合国海洋法公约》等国际条约。而这些条约都是在二战后的五六十年代才产生，最为典型的是大陆架制度，由美国杜鲁门于 1945 年史无前例的提出之后，在短短几十年的时间里已经为国际社会广泛采用，这比历史上某一国际行为经过反复实践和主观确认才能上升为国际习惯具有了时间上的巨大优势。其中的许多新兴制度与传统的国际习惯存在差异甚至是冲突，它代表了新制定的国际法规则对传统国际规则的挑战。也正是存在这种差异，才会被新兴国家当做借口恶意利用。越南、菲律宾、马来西亚、文莱等国之所以对中国自古形成的南海利益提出挑战，极力地引入南海域外势力介入南海争端，并反复强调要参照海洋法和国际法，甚至将中国拉到国际仲裁庭寻求现行海洋法的“庇护”，很大一部分原因就是妄图利用新兴国际法规则对抗原争议事项发生时的国际规则，并谋取一己之利。就连至今未加入《联合国海洋法》的美国，也多次强烈呼吁“中国应以联合国海洋法公约为基础提出其主张 ，而不是使用所谓的九段线来界定其主权声称。”

第一，时效性原则和法不溯及既往的残余效果对《联合国海洋法公约》的对抗。

以《联合国海洋法公约》为代表的国际规则，是在上世纪五六十年代以后才逐渐发展起

http://www.asianewsnet.net/The-international-law-basis-behind-Chinas-claims-57563.html.

来的，其中很多制度是传统国际法所没有的。如果以此为借口来挑战中国在南海取得的历史性海洋利益，无异于彻底否定《海洋法公约》产生之前的整部国家发展史，这违背了所有国内法和国际法惯行的“法不溯及既往”和“时效性”的根本原则，也是对现有国际秩序的破坏。因为中国在南海的海洋利益，是在传统的海洋确权规则之下取得的，而此时的国际海域权利划分规则仍未产生。中国早在历史上即实现了对南海岛屿和海域利益权属的确认，且未违反当时的国际规则和秩序，历史性的反复实践已经使中国对南海海洋权利拥有充分的权属效果。新兴的海洋法规则只能对自愿接受该规则、且尚未确权的国家海域产生调整作用和拘束力。而对海洋法规则产生之前既已明确归属的海洋利益，无权任意否定。因为国际习惯和历史规则所具有的残余效果仍然有效。即便是调整对历史性海洋权利存在争议的海域，也自然应当参照争议事实发生时的国际法律规则，而不是一味地适用《联合国海洋法公约》等事后国际法。

早在先占制度产生和确认为国际习惯之前，中国已经通过长达千年的历史实现对南海岛屿和海域进行了生产生活和开发作业，并以巡视等官方行为宣誓了主权。在国际法尚不存在的历史上，一国取得领土的方式也不过如此。先占制度真正为整个国际社会接受并被上升为国际习惯法规则，却是中世纪以后乃至近代国际法产生之后的事。中国对南海岛屿和海洋利益的取得和确认，在此之前即已存在，即中国对南海利益的确权甚至比先占制度更早。只是后来出现了先占的制度，实质不过是对历史形成的做法的归纳和总结。因此在彼时彼刻，只能依据产生权利时的国际法和规则来实现对权利归属的法律确认。国际法院法官詹宁斯就指出“一种行为的效力应以从事这种行为时的法，而不是以提出这一要求时的法来确定，这项原则是基本的、重要的”；泰国外交部基蒂切萨里同样指出“产生权利的行为的效力：发现、先占等，是以产生权利时的法，而不是以提出要求时的法来确定。”[①]越菲等国援引 1982 年《联合国海洋法公约》，首先在“时效性原则”和“法不溯及既往原则”的国际法适用规则上，已经无法适用于南海问题的解决。这是中国南海的历史性权利基于残余效果得以对抗《海洋法公约》适用于南海岛屿争端的国际法依据之一。

第二，岛屿主权争端的性质对《联合国海洋法公约》的对抗。

以 1982 年《联合国海洋法公约》为代表的现行海洋法规则，主要是用于调整并适用于利益重叠的声索海域的条约规则。与此同时也存在其无权调整的领域，岛屿主权问题即是其一。“领土主权的争议适用于国际惯例法，也就是管理国与国之间关系的，长期传承下来的惯

① 赵理海：《从国际法看我国对南海诸岛无可争辩的主权—驳越南的所谓“法理依据”》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1992（3），第 85—86 页。

例……中国对这些争议岛屿的基于历史的主张，尽管被许多西方评论家驳斥，但可能存在其国际法基础。”[①]如上所述，中国对南海岛屿主权的取得是早在《联合国海洋法公约》，乃至先占制度产生之前，就已经从事实上确认了。而且先占制度的残余效果也足以为中国的岛屿权属提供充分的国际法理依据，《联合国海洋法公约》无权对既定的国际秩序和法律事实予以否定和破坏。因此其不适用于南海岛屿争端事项。菲律宾之所以极力参照《联合国海洋法公约》向国际仲裁庭提交仲裁申请，并不代表公约对岛屿争端的合法适用性，而是菲方妄图利用公约在海域管理和资源利用方面的争端，将岛屿争端强塞到仲裁程序和仲裁结果中，即便是仲裁庭对此作出裁决，无论是否有利于我国，也是不符合国际法规则的。

（四）残余效果原则与南海海域利益

实际上，依据残余效果原则来解释中国对南海岛屿主权的合法所有权，并不困难，因为对岛屿主权的确权问题上，有先占制度的残余效果可供借鉴。而残余效果原则更重要的价值，在于它对中国在南海海域内海洋利益的残余效果。

中国对南海海域从事生产生活、捕捞作业的漫长历史中，逐渐确认了对该海域的管辖权、经济资源权。这些权利同中国对南海群岛主权的法律确认和事实确认一样，形成了历史性的权利。这种历史性管辖权和经济资源权同样具有残余效果，即便我国于 1996 年批准加入《联合国海洋法公约》，也不影响这些既存权利的法律效果。中国仍然有权对发生在南海海域的行为和事项进行管辖。美日等域外国家极尽其能地介入南海纠纷的理由之一是其在南海享有的航行自由权。对此，中国政府已经给予了开放的承诺，在南海海域将保证国际的自由航行。但航行自由并不是任意的，需要遵守南海的规则和秩序。中国在南海形成的历史性管辖权即表明中国有权对南海航行行为和南海秩序行使管理职能，这种职能不是《联合国海洋法公约》所赋予的，而是历史性海洋权利的残余效果。

三、结语

中国在南海的岛屿利益或海洋利益当然的遵守残余效果原则和《联合国海洋法公约》代表的新兴国际法规则。主张残余效果原则，并不是否定《联合国海洋法公约》在南海问题上的适用（尤其在残余效果尚未对海洋利益作出权属确认的领域，同样要遵守《联合国国海洋法公约》的规定并接受其调整），而是要基于对历史事实的尊重，维护既存的、一贯的南海海洋秩序和法律事实。只是并不能完全以新海洋法规则的产生即彻底否定基于国际习惯所形成

① Andy Ho，The international law basis behind China's claims，The Straits Times，Publication Date : 28-02-2014，http://www.asianewsnet.net/The-international-law-basis-behind-Chinas-claims-57563.html.

和确认的历史事实和法律事实。尤其在处理南海这类因历史遗留产生的争端时，更应该认清国际法根本原则与新兴规则的位阶关系。如此才能避免国际规则的独立性迷失在国际政治斗争的泥潭之中。

从国际司法判决看预警原则的适用

——兼议国际法院“南极捕鲸案”

中山大学国际法研究生陈家鸣

【摘要】由于学界、国际条约对预警原则缺乏统一清晰的定义，因此国际司法判决中所涉及的预警原则，很可能因为判决机构的不同而得到不同的解释和适用。本文尝试从国际司法实践的角度，对预警原则的司法实践进行梳理，探讨预警原则在国际环境法中的适用情形，最后得出国际海洋法庭和国际法院虽然都一定程度的认可预警原则是国际环境法的一项重要原则，但对预警原则具体适用有区别性的态度和实践。

【关键词】预警原则;国际法院;国际海洋法庭;南极捕鲸案

【Abstract】Due to the lack of consensus on a clear definition of precautionary principle within international treaties and academic ideas of scholars, this principle may be interpreted and applied indisparate way according to differentinternational courts and international tribunals. This article tries to perceive precautionary principle through the legal practice and discusses the certain situation how it applies in international environmental law. This article concludes that the precautionary principle isadmitted as a significant principle in the international environment law by International Court of Justiceand the International Tribunal for the Law of the Sea to some degree. However, it is treated with entirelydifferential opinions and practice.

【keyword】precautionary principle; International Court of Justice; International Tribunal for the Law of the Sea; *Whaling in the Antarctic*

引言

国际环境法中关于预警原则的争论一直没有停止，很多问题都没有一致的定论。诸如预

警原则的具体定义，预警原则是否构成国际习惯或者是否构成国际环境法的一项基本原则等，同一个问题在学界甚至存在截然对立的观点。虽然预警原则在国际条约和各国的立法中均以具体法条的形式确立，但其在国际司法机构的实体判决中的适用却显得模棱两可。晚近南极捕鲸案中，预警原则也被申诉方和第三方所援引，但是法院的判决中却绕开了该原则，选择了其他的解释和审查方法。国际司法机构对预警原则适用的态度究竟为何，是拒绝适用，还是认定其为原则而明确适用？

一、 预警原则概述

预警原则①（precautionaryprinciple）又叫做预先防范原则②，国外有学者倾向将之称为预警方法（precautionaryapproach），以便在司法实践中赋予该原则时更大的弹性和适用性。③有学者主张对预警原则应进行宽泛的解释，也有学者主张对预警原则应当限制在狭义的范围内使用。④关于预警原则的定义，《里约环境与发展宣言》的原则部分第 15 条被认为是最准确的表述："为保护环境，各国应根据他们的能力广泛采取预防性措施。凡有可能造成严重或不可挽回损害之处，不能将缺乏充分的科学肯定性作为推迟采取防止环境退化的费用低廉的措施的理由。"

宣言中的定义用一句俗语说就是："安全第一，以免后悔。"⑤高风险的活动往往会造成不可挽回的经济损失或付出惨痛的环境代价，现实中需要具体措施防范风险，虽然科学不确定性不能直接证明措施防范的实效性，但这种不确定性还是要求我们采取防范措施，以免后悔。换言之，当某项活动存在产生直接或间接的环境影响的风险，而科学不能完全证明这种风险必然存在或发生时，预警原则就要求不得进行此类活动。人类认知的程度有限，规避风险的最好方法就是从源头消除风险发生的可能。预警原则把优先性放置在环境损害的预防上，最大限度地运用在包括生物多样性和资源的管理和保护方面，避免环境破坏情况的发生。因此，预警原则其实是国际环境法发展中主张加大保护环境的一种倾向，其核心是环境的保护与保存。

---

①目前国内学者对"Precautionary principle"的中文译名有各不相同的翻译，如"预防原则"、"风险预防原则"、"审慎预防原则"和"预警原则"等，本文采用预警原则的译名。关于 precautionary principle 的中文译名的详细讨论可参见：褚晓琳，论"Precautionary Principle"一词的中文翻译[J]. 中国海洋法学评论: 中英文版, 2012 (2): 76-83..

②边永民. 论预先防范原则在国际环境法中的地位[J]. 河北法学, 2006, 7: 012.

③Garcia, Serge. "The precautionary approach to fisheries with reference to straddling fish stocks and highly migratory fish stocks [J].FAO Fisheries Circular,(1994).No. 871

④Ellis J. Overexploitation of a valuable resource? New literature on the precautionary principle[J]. European Journal of International Law, 2006, 17(2): 445-462.

⑤Better safe than sorry. SeeBodansky D. Law: scientific uncertainty and the precautionary principle[J]. Environment: Science and Policy for Sustainable Development, 1991, 33(7): 4-44.

有学者认为，依照上述宣言的表述，预警原则的基本构成要素有以下几点：第一，存在一定风险；第二，风险具有不确定性；第三，不应迟延采取措施缓解环境恶化；第四，采取符合成本效益的预防措施。①但是这样纯理论地将预警原则进行拆解的做法，可能没有办法起到很好的实际作用。预警原则的核心是社会应当通过认真的提前规划，阻止潜在的有害行为来避免环境破坏，从而达到保护环境的目的。笔者认为预警原则本身定义具有模糊性，这种通过基本构成要素方式进行界定的方法仍然具有模糊性。科学不确定性的标准、所受风险的程度和所采取措施的类型等问题都没有可量化的参考标准。比如危害风险的标准，如《里约环境与发展宣言》的原则部分第 15 条的标准为“严重或者不可挽回”，而在其他公约②则为“有关注的合理依据”（reasonable grounds for concern）的程度，两种标准显然不一致。而且，国际环境法涉及大气、海洋等等各个领域，具有高度的交叉性和复杂性，企图通过构成要素的方式确定预警原则的适用，难度之大可想而知。

预警原则的本质体现在国际环境法的发展上，国际公约和国内立法上都以明示或暗示的方式承认了这项原则，诸如在海洋和国际水道的管理、渔业种群的保护和管理以及濒危物种的保护和生物多样性方面，都体现了这一个原则。对此有学者指出：1990 年以后的国际环境法文件几乎都采纳了预警原则。③包含预警原则的国际条约包括 1992 年于赫尔辛基签订的《保护与使用跨国水道与国际湖泊公约》、1992 年的《东北大西洋海洋环境保护公约》和《里约环境与发展宣言》等。

预警原则也广泛出现在国内立法中，诸如 1977 年修订的《加拿大环境法》在前言中指出：“加拿大政府承诺执行预警原则，一旦出现严重的危险或者不可逆转的破坏，缺乏完全科学确定性，不得以延迟节省成本措施为理由来预防环境退化。”④《法国环境法典》的规定基本《里约宣言》中的内容相一致。《法国环境法典》第 110.1 条“原则”部分具体规定了预警原则，指出“根据这一原则，不允许以缺乏足够的科学技术知识因而无把握为借口延误时机，在费用可接受的范围内，不对可能给环境造成重大损失的、无法避免的可预见灾害及时采取适当的防治措施。⑤”

由于学界、国际条约对预警原则缺乏统一清晰的定义，因而依据预警原则所作的国际司

①李艳芳, 金铭. 风险预防原则在我国环境法领域的有限适用研究[J]. 河北法学, 2015, 1: 004.
②例如《东北大西洋海洋环境保护公约》，第二条第二款（a）项，“theprecautionary principle, by virtue of which preventive measures are to be taken when there are***reasonable grounds for concern*** that substances or energy introduced, directly or indirectly, into the marine environment may bring about hazards to human health, harm living resources and marine ecosystems, damage amenities or interfere with other legitimate uses of the sea, even when there is no conclusive evidence of a causal relationship between the inputs and the effects;
③[法]基斯.国际环境法[M].张若思编译：北京:法律出版社,，2000，第 93 页
④赵国清，《外国环境法选编》[M]，北京：中国政法大学出版社，2000 年版：第 36 页
⑤赵国清，《外国环境法选编》[M]，北京：中国政法大学出版社，2000 年版：第 37 页

法判决，很可能因为判决机构的不同而得到不同的解释和适用。笔者认为，分析预警原则的重点不是其定义的非此即彼的斟酌之上，而应具体分体不同国际司法机构对预警原则的逻辑推理和适用，即预警原则在实践中将如何影响不同国家国际义务的分配。

二、 国际海洋法庭对预警原则的司法实践

（一）蓝鳍金枪鱼案（澳大利亚、新西兰诉日本）

1999 年澳大利亚和新西兰在国际海洋法法庭起诉日本，主张依据预警原则，它们有权采取保护南方蓝鳍金枪鱼数量的措施，禁止日本在毗连澳大利亚和新西兰的海域捕捞金枪鱼或进行所谓科学研究类捕捞。国际海洋法庭的临时措施最终以无管辖权被撤销，然而它对预警原则的认定在 2011 年的咨询意见中得到了支持。法庭对预警原则的直接说理具有借鉴意义，其原文如下：

当事方应该以谨慎和注意的行为，确保采取有效的环境保护措施阻止对南方蓝鳍金枪鱼的严重损害。尽管相关的用来保护南方蓝鳍金枪鱼种群的措施存在科学不确定性，同时法庭也不能确定性地评估由当事方提供的科学证据，但是，法庭认为为了保护当事方的权利以及避免进一步的恶化，这些措施应该作为紧迫事项予以执行。

不难看出，这段说理背后的逻辑和文字表述与《里约环境与发展宣言》的原则部分第 15 条有惊人的一致。另外，有两位法官分别在他们的个别意见中都完全支持了将预警原则作为判决临时措施的根本依据。

（二）混氧燃料工厂案（爱尔兰诉英国）

2001 年爱尔兰在国际海洋法庭起诉英国有关混和氧气燃料工厂的作业行为，可能会对爱尔兰海排放放射性物质并对其造成污染而违反预警原则，要求法庭颁发禁止令。爱尔兰在其备忘录中主张，在国际环境法中预警原则是国际习惯的一部分。英国认为其有关混和氧气燃料工厂的作业行为造成的污染风险非常小，完全符合预警原则。①

在本案中，国际海洋法庭对预警方法的适用范围和限度进行了严格的分析，强调本案的关注点是相关污染海洋环境行为所带来潜在危害的严重性。②然而，国际海洋法庭认为爱尔

①See *the MOX Plant Case (Ireland v.UK).* ITLOS caseNo.11. The Memorial of Ireland, at paras. 6.25 and 6.26.

② See Stephens T. International courts and environmental protection [M]. Cambridge University Press, 2009.，page 237

兰并没有证明英国相关行为所带来危害达到了的非常紧迫的程度。①可以说，国际海洋法庭的判决是与《里约环境与发展宣言》的原则部分第 15 条中预警原则的标注相一致的，即狭义的对预警原则的进行限定。如果申诉一方要援引预警原则，那么它必须证明其所遭遇的危险必须达到是“严重的或者不可挽回的”。

三、 国际法院对预警原则的司法实践

（一）盖巴斯科夫—拉基玛洛水坝案

1977年匈牙利和捷克斯洛伐克签署了有关建设和管理盖巴斯科夫和拉基玛洛水坝系统的条约，但随后由于匈牙利国内环保组织的阻挠，匈牙利政府单方面停止了工程的建设。最后，案件诉至国际法院。在本案中，匈牙利援引“国际环境法新标准的发展”作为其单方面终止条约的理由。匈牙利认为该工程建设存在生态环境的风险，而预警原则对一切人（ergaomnes）课以避免损害发生的义务，因此匈牙利有权停止工程建设。②然而，国际法院并没有认同匈牙利的说法。这似乎表明，国际法院已经通过默示的方式表示了它对预警原则的拒绝态度，即危害的不确定性不足以构成阻止一项措施的理由。③而韦利芒特(Weeramantry)法官在其个别意见中却认为，“预警原则包括了进行环境评估和监测所有大型水利发展项目。”④

（二）乌拉圭河纸浆厂案（阿根廷诉乌拉圭）

2006 年，阿根廷在国际法院起诉乌拉圭，指控乌拉圭“单方面”授权在乌拉圭河建造纸浆厂的行为违反了 1975 年两个国家之间签订的条约。该条约的签订，旨在通过协商的机制促进两国共同合理使用乌拉圭河。本案中阿根廷依据预警原则，认为乌拉圭建造的纸浆厂将对乌拉圭河环境造成破坏乃至严重影响当地的经济和旅游业。2010 年，国际法院判决乌拉圭只违反了条约中通知与协商等程序性义务。⑤但国际法院认为乌拉圭并没有违反实质义务，因此乌拉圭可以继续运营纸浆厂。⑥本案另一个值得一提的焦点——预警原则能够倒置举证责任倒置的问题，国际法院也给予了明确认定，即预警原则并没有举证责任倒置的功能。

当提及证明的标准时，国际法院完全没有提及预警原则，而是换一种方式认定阿根廷的

① See Stephens T. International courts and environmental protection[M]. Cambridge University Press, 2009.，page 237
②See *Gabdikovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slovak.),* 1997 I.C.J. 7, 17-18 (Dec. 17).
③Ibid, para. 42"Serious though these uncertainties might have been they could not, alone,establish the objective existence of a 'peril' in the sense of a component element of a state ofnecessity."
④See*Gabdikovo-Nagymaros Project* (Hung. v. Slovak.),Separate Opinion of Vice-President Weeramantry
⑤See *Pulp Mills on the River Uruguay* (Arg. v. Ur.), Judgment, para. 282(Apr. 20, 2010),
⑥Ibid, para. 282

举证标准——即必须是说服力的（convincing）①，清楚的（clear）②以及确凿的（conclusive）③。可见，国际法院在本案中对预警原则的适用是保守的，其大可以选择其他处理本案的方法，既可以达到同样的支持乌拉圭的效果，也可以运用预警原则进行说理，比如认定阿根廷所提交的证据不足以证明损害的危害程度或者存在危害。④当然从案件整体的角度来看，国际法院没有完全忽略预警原则，它原文写到：预警方法可能是在解释和适用本案规约条款是具有相关性。⑤而这句话被国际海洋法庭在 2011 年的咨询案件中看做是对预警原则的承认。⑥

参与本案的哈苏奈(Al-Khasawneh)法官及希玛(Simma)法官认为，法院在本案中应该考虑的是纸浆厂建造及营运后，对乌拉圭河水域的环境可能产生的风险，而不是已确定发生的风险，更不是确定已经发生的影响或损害。本案所涉及的并非单纯是回溯式的损害赔偿责任，而是具有将来性的风险预警的措施。⑦

四、 南极捕鲸案中的预警原则

（一）本案的背景和当事方的说理

2010 年日本因南极捕鲸被澳大利亚诉至国际法院，澳大利亚起诉称日本实施的 JARPAⅡ（第二阶段鲸类研究项目）计划违犯《国际捕鲸管制公约》的相关规定。而日本抗辩称本国的捕鲸行为构成公约第八条“科研捕鲸”的例外，因而没有违反公约的相关规定。

澳大利亚在口头陈述中强调在当代国际环境法中保护概念的重要性，并援引代际公平（intergeneration equity）、预防原则和预警原则，因为这些原则是解释和适用 1946 年公约机制的方法，使得公约的目标和宗旨得以实现。预警原则要求在遇到科学不确定时保持谨慎和警醒，该原则在大量的国际政策和国际环境公约中被承认，尤其是海洋哺乳动物的保存和保护方面。《国际捕鲸管制公约》的缔约国已经同意在很大范围的问题上采用预警原则。《国际捕鲸管制公约》第八条也适用了预警原则，这意味着鲸鱼种群地位的不确定性要求公约的缔约方严格地限制特别许可证的发放，以符合条约中的谨慎和注意义务。《国际捕鲸管制公约》

①Ibid, para.189,228
②Ibid, para.225,257,259,262
③Ibid, para.265
④Kazhdan D. Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle[J]. Ecology LQ, 2011, 38: 527.
⑤Ibid, para.257
⑥ See *Responsibilities and Obligations ofStates Sponsoring Persons and Entities with Respect toActivities in the Area*: Advisory Opinion(ITLOS case No.17), para. 135
⑦那力. “乌拉圭河纸浆厂案”判决在环境法上的意义[J]. 法学, 2013 (3): 79-86.

第八条的适用不是自决性质的（self-judging），它的适用与否应该参考具体的客观标准。因此在国际环境法的法律框架下，科学捕鲸特别许可的发放条件应该是严格的。

日本对预警原则的回应有顺水推舟的意思。他们认为科研捕鲸的行为是一种作为深入理解海洋生态系统和鲸鱼种群可持续发展的方式。由此，日本的相关科研捕鲸计划也是在谨慎和注意的前提下进行设计和实施的，并不会对丰富的鲸鱼种群生存造成任何威胁。因此日本的科研计划符合预警原则的要求。

新西兰作为本案的第三方，提出特别许可的签发需要签发国证明，该行为避免了任何对鲸鱼保护的不利影响。预警原则能够保证被击杀的鲸鱼数量是必需和适量的，也倾向于使用非致死性的研究方法来保护鲸鱼。科学不确定性是作此谨慎行为的最重要依据。新西兰认为根据预警原则，日本应该对其实施的捕鲸计划承担举证责任，即证明所实施的捕鲸计划是符合《国际捕鲸管制公约》第八条的科学捕鲸例外。

（二）法院的回避

国际法院在南极捕鲸案的判决中同样没有就预警原则进行直接的回应，也没有论及预警原则是否会引起举证责任的倒置。然而，我们可以在法官的个别意见中找到预警原则的论述。CANÇADO TRINDADE 法官在它的个别意见中指出，“即使国际法院认为不适宜以预警原则进行宣判，但我认为非常重要的是，本案各当事国能够注意到借助这些一般性原则，来判断日本基于特别许可的捕鲸活动是否合法。”① “这些原则是可以用来判断任何基于特别许可的活动是否符合《国际捕鲸管制公约》第八条的有限范围之内。预警原则似乎是在南极捕鲸案具有相关性。”②

临时法官 Charlesworth 认为，“国际法院应该根据语境原则来审核特别许可的签发问题，并认定非致死性的研究方法应该在任何可能的时候都予以适用。关于第八条，根据预警原则的推定，致死性捕鲸方法必须表现为必不可少地为了对鲸的科学研究目的。”③然而国际法院并没有认同这样的推断，撇开预警原则，法院认为致死性研究方法对获取鲸的内部组织证据是必需的，方法本身是并没有不合理。④

（三）案件的实质

①See*Whaling in Antarctic*，separateopinion of judge CANÇADO TRINDADE

②See*Whaling in Antarctic*，separateopinion of judge CANÇADO TRINDADE

③Seeseparateopinion of judge ad hoc Charlesworth,paras. 6-10.

④Payne C R. ICJ Halts Antarctic Whaling–Japan Starts Again[J]. Transnational Environmental Law, 2015, 4(01): 181-194.

本案的实质是日本的捕鲸计划是否属于《国际捕鲸管制公约》第八条的科研捕鲸。因此本案的核心是如何对《国际捕鲸管制公约》第八条进行解释。《国际捕鲸公约》第八条第一款规定：

“尽管有本公约的规定，缔约政府对本国国民为科学研究的目的而对鲸进行捕获、击杀和加工处理，可按该政府认为适当的限制数量，得发给特别许可证。按本条款的规定对鲸的捕获、击杀和加工处理，均不受本公约的约束。各缔约政府应将所有发出的上述的特别许可证迅速通知委员会。各缔约政府可在任何时期取消其发出的上述特别许可证。”

澳大利亚和新西兰对预警原则的主张，主要是为了对科研捕鲸进行严格解释，指出科研捕鲸具有严格的客观判断标准，试图从国际环境法的基本原则的角度对《国际捕鲸管制公约》第八条进行“保护倾向”的目的解释。国际法院索性直接忽视对预警原则的说理，认为《国际捕鲸管制公约》第八条作为公约的一部分，因此必须依据公约的目的和宗旨以及上下文的方式，即考虑公约的其他条款包括附件对它进行解释。但是，因为第八条第一款指明“按本条款的规定对鲸的捕获、击杀和加工处理，均不受本公约的约束”，所以满足第八条条件的捕鲸行为不受商业捕鲸禁令[附件 10（e）]、捕鲸母船禁令[附件 10（d）]、南大洋保护区设立[附件 10（e）]三个附件义务的约束。①考虑公约的前言部分和提及的其他相关条款，国际法院认为严格解释或者扩大解释都不适合于《国际捕鲸管制公约》第八条的解释。②法院认为第八条赋予了公约缔约国自决权，自主决定发放特别许可拒绝与否以及规定特别许可的发放条件。但是，依据特别许可而实施的对鲸的捕获、击杀和加工处理是否符合科学研究的目的，不能仅仅依据发证国家的视角。③国际法院并拒绝了澳大利亚方面就科学研究所下的科学定义，但是也没有就法律解释方面给出具体定义。按照前面的解释规则，国际法院在判决中采用了相应的审查标准，分为两步来判断涉案的捕鲸活动是否符合第八条的规定，即第一步先判断捕鲸活动的计划是否包含了科学研究，第二步检验捕鲸计划的设计和履行为了达到其声称的目的的合理性（reasonableness test），用以判断该计划实施对鲸的捕获、击杀和加工处理行为符合科学研究的“目的”。④国际法院最后依据这个审查标准判定日本的捕鲸计划不符合第八条的规定，不构成科研捕鲸的例外。

五、 结论

预警原则代表了国际社对风险控制并最大限度保护环境和稀缺珍惜资源的价值取向。预

①See *Whaling in Antarctic*，Judgment，para55
②Ibid，para58
③Ibid，para61
④Ibid，para67

警原则往往以原则性的规定被广泛地采纳并运用到国际条约和国内法律的制定之中，其在国际司法实践中也发挥了重要作用。从国际海洋法庭到国际法院，都对该原则进行一定探讨的探讨和挖掘，但国际海洋法庭的积极适用态度与国际法院闪烁的回避态度形成鲜明对比，国际法院的司法判例中并没有直接将预警原则作为判决的核心。甚至在晚近的南极捕鲸案中，国际法院的大多数判决直接忽视申诉方和第三方对该原则的主张，也没有采用相近的必要标准去代替该原则。但是，南极捕鲸案中仍然可以看到国际法院运用条约解释方法时具有环境保护的倾向。可以确定的是，国际法院部分法官在他们的个人意见或者反对意见中表明，预警原则是一项国际环境法的基本原则，应该在各个案件中得以适用。随着国际环境法的发展和影响的过扩大，国际法院对预警原则的适用态度必然发生由保守转向主动的改变。

惩治网络恐怖主义国际法对策研究

中国人民公安大学　高智华①

内容摘要：网络恐怖主义就是非政府组织或个人有预谋地利用网络并以网络为攻击目标，以破坏目标所属国的政治稳定、经济安全，扰乱社会秩序，制造轰动效应为目的的恐怖活动，是恐怖主义向信息技术领域扩张的产物。预防和惩治网络恐怖主义犯罪仅有国内法是不够的，从国际法层面看，惩治网络恐怖主义需要通过国家间的双边合作、国际社会的共同协作，制定统一有效的国际公约，并拓展现有国家机构的职能才能实现。同时，惩治网络恐怖主义的同时应注意协调好与人权保障的关系。

关键词：　网络恐怖主义 恐怖主义定义 国际条约 双边合作

诞生于 1969 年的人类最伟大的智慧成果——互联网，已经无孔不入地渗透到人们生活的每个角落。蓬勃发展的网络，在人们生活中扮演着越来越重要的角色，并成为国家政治、军事、外交以及众多关系国计民生领域赖以生存的基础。然而，科技进步让人类享受文明进步果实的同时，也伴随着许多负面效应，如谣言的传播、颠覆政权的宣传、分裂国家或民族的主张等，特别是利用网络实施恐怖主义活动，严重破坏社会的稳定、危害人们的生命健康，这是各国都无法轻视的。第六十八届联合国大会第四次评审并通过了《联合国全球反恐战略》，根据中国提出的修改意见，这份决议首次写入打击网络恐怖主义的内容。②面对网络恐怖主义，各国应携手合作通过有关的国际规则进行惩治，不能让互联网成为恐怖主义滋生蔓延的土壤。

① 作者高智华，中国人民公安大学法学院，从事国际法学研究，教授，国际法专业硕导。
②唐岚：国际视野：网络恐怖主义：安全威胁不容忽视，人民网－人民日报 2014 年 07 月 21 日

一、网络恐怖主义的界定

网络，即计算机网络，就是把分布在不同地理区域的计算机与专门的外部设备用通信线路互连成一个规模大、功能强的网络系统，从而使众多的计算机可以方便地互相传递信息，共享信息资源。因此，网络的出现使资源共享变得很简单，交流的双方可以跨越时空的障碍，随时随地传递信息。人们在欢呼网络时代的到来、憧憬数字化生存前景的同时，网络犯罪、网络色情、网络垃圾、网络暴力、网络恐怖主义等各种非秩序化的网络行为和网络社会现象也随之大量涌现。近段时间以来，直逼伊拉克首都巴格达的“伊拉克和黎凡特伊斯兰国”(ISIS)恐怖组织利用“推特”(Twitter)发帖，向阿根廷球星梅西喊话，邀请其加入圣战组织。ISIS 的喊话，恐怖分子利用网络为恐怖组织煽动、招募、资助或策划恐怖活动，“网络恐怖主义”日渐成为恐怖主义发展的一个趋势。随着全球信息网络化的发展，破坏力惊人的网络恐怖主义正在成为世界的新威胁。网络空间匿名、庞杂的特性使恐怖分子更易藏匿其中，边界和距离的“终结”，理论上能让恐怖分子在任何地方实施行动。每个芯片都是潜在的武器，每台电脑都可能成为有效的作战单元。恐怖组织编织起一张复杂的网，每个人都是一个节点，即使组织的大部分被破坏，他们也能独立完成行动。一次网上攻击的发生通常没有任何明显征兆，而且很难判断攻击的真正发源地。现实与虚拟世界的结合处成为恐怖分子最好的突破口和进攻点。借助网络，恐怖分子不仅将信息技术用作武器来进行破坏或扰乱，而且还利用信息技术在网上招兵买马，并且通过网络来实现管理、指挥和联络。

何谓“网络恐怖主义”？1997 年，美国加州情报与安全研究所资深研究员柏利•科林第一次提出了“网络恐怖主义”一词，认为它是网络与恐怖主义相结

合的产物。同年，美国联邦调查局专家马克•波利特对这一概念进行了补充，认为“网络恐怖主义是有预谋的、有政治目的的针对信息、计算机系统、计算机程序和数据的攻击活动，由次国家集团或秘密组织发动的打击非军事目标的暴力活动”。[①]2000 年 2 月，英国在《反恐怖主义法案 2000》中第一次明确提出了“网络恐怖主义”的概念。“9•11”恐怖袭击事件发生 6 星期后，美国国会通过的反恐“2001 法案”，将“网络恐怖主义”列为新的法律术语。美国国防部给网络恐怖主义下的定义是：利用计算机和电信能力实施的犯罪行为，以造成暴力和对公共设施的毁灭或破坏来制造恐慌和社会不稳定，旨在影响政府或社会，实现其特定的政治、宗教或意识形态目标。美国乔治敦大学的多罗西•邓宁教授认为:“网络恐怖主义是恐怖主义和网络空间的结合。它通常是针对计算机、网络及其存储的信息，其目的是通过威胁或强迫某国政府或公民来实现其政治或社会目的。……网络攻击可能导致人员的伤亡或财产的损失，或至少能造成足够引起心理恐慌的破坏。[②]此后，网络恐怖主义的定义不断得到补充和完善，“电子圣战”“网络圣战”等提法相继出现，它们更突出了活动发起者及其目的，以区别于通常意义的网络罪犯和黑客。百度百科对网络恐怖主义下了这样的定义：网络恐怖主义就是非政府组织或个人有预谋地利用网络并以网络为攻击目标，以破坏目标所属国的政治稳定、经济安全，扰乱社会秩序，制造轰动效应为目的的恐怖活动，是恐怖主义向信息技术领域扩张的产物。[③]

尽管目前国际社会对网络恐怖主义还很难形成一个比较统一的看法和能够被普遍接受的定义，但却有这样的共识：与传统意义上的恐怖主义一样，恐怖

①唐岚：国际视野：网络恐怖主义：安全威胁不容忽视，人民网－人民日报 2014 年 07 月 21 日
②谢明刚：网络恐怖主义探析，《中国公共安全•学术版》2010 年第 2 期
③ http://baike.baidu.com/view/952342.htm?fr=aladdin

组织一切与网络有关的活动都可列入网络恐怖范畴，包括恐怖宣传、招募人员、传授暴恐技术、筹措资金、组织和策划恐怖袭击、实施网络攻击和破坏等，都应视为危害社会公共安全的恐怖主义行为。

网络恐怖主义可以分为两类。一类是目前普遍强调的，以互联网等信息技术作为恐怖势力开展活动的重要工具，利用互联网和社交媒体等招募人员，传播暴恐思想，传授暴恐技术，筹集恐怖活动资金，策划恐怖袭击活动。这种类型，成为当前网络恐怖的主流。2013 年 9 月 21 日中午发生的一伙全副武装的恐怖分子袭击肯尼亚首都内罗毕韦斯特盖特购物中心的恐怖袭击事件，[①]就是由来自索马里、英国等多国的恐怖分子利用社交网站组织、策划并实施的。同时，另一类是对网络展开攻击的网络恐怖主义，恐怖分子利用互联网发起的网络攻击更加恐怖，结果就如美国前国防部长帕内塔所说：恐怖分子可能利用互联网破坏载客火车的运作、污染供水或关闭全美大部分的电力供应，造成大量实体破坏与人命伤亡，使日常运作陷入瘫痪，制造新的恐惧感。

因此，在反恐斗争中，防范网络恐怖主义已成为维护国家安全的重要课题。

二、网络恐怖主义的特点

网络恐怖主义是信息技术和全球网络化的副产品，是恐怖主义在网络空间的延伸，它具备黑客攻击的技术特征，与传统恐怖主义、网络黑客相比，网络恐怖主义首先是一种恐怖活动，本质上是企图通过制造能引起社会足够关注的伤亡来实现其政治或宗教目的。与传统的恐怖活动相比，它并不会造成直接的人员伤亡，而且它使用的科技手段更为高明、隐蔽。借助散布病毒、猜测口令进

① http://news.ifeng.com/world/special/kenyaxiji/

而攻入系统，置入木马程序进行后门攻击、截取程序等黑客攻击方法扰乱和摧毁信息接收和传递机制。可以这么说，网络恐怖分子利用黑客技术实现其政治目的，但它又不像普通的黑客攻击那样，只是出于个人喜好或想成名的愿望，造成一般的拒绝服务和麻烦。它是出于政治目的，想引起物理侵害或造成巨大的经济损失，其可能的目标包括语音通话系统、金融行业、电力设施、供水系统、油气能源、机场指挥中心、铁路调度、军事装备等国家基础设施，因此它也是一种严重危及社会公共安全的暴力行为。

网络恐怖主义具有以下特点：

第一，网络恐怖主义具有全球性。网络社会是一个全球性社会，是由国际社会组成的一个全球性、跨国界的技术、经济和社会共同体，因而网络恐怖主义在性质、规模和影响方面也具有全球性。与传统恐怖主义相比，网络恐怖主义不受地域、国界的限制，既可以在全球范围进行恐怖主义宣传，也可以在任何时间、地点对全球传授恐怖主义手段。

目前，与恐怖分子相关的网站数量增长迅速，遍布全球，内容令人毛骨悚然。在恐怖分子看来，互联网是发动心理战和宣传战的“天然战场”。“基地”组织头目扎瓦希里曾说，“我们正处于一场争夺人心的媒体战中”。美国参议院国土安全和政府事务委员会 2008 年报告称，“基地”组织已逐步建立起一个遍及全球的多层面网络宣传网，从制作到传播都有严格程序。它主要依靠四大媒体中心开展网上宣传，即“队伍”（属“伊拉克伊斯兰国家”）、“云彩”（属“基地”组织司令部）、“媒体委员会”（属马格里布地区“基地”组织）和“圣战之音”（属阿拉伯半岛“基地”组织）。这些机构制作的宣传品种类繁多，包括记录恐怖袭击全过程的录像并附带图示、声效、标语、字幕和动画等；还有各种网络

杂志、实时新闻、文章、白皮书甚至诗歌等。宣传品上传互联网前，通常要送到所谓的“交换所”核验，同时确保信息实时更新。以色列海法大学传播学教授加布里埃尔•威曼统计，1998 年与恐怖分子相关的网站有 12 个，如今已增至近 1 万个。2011 年俄罗斯境内极端主义网站达 7500 家；东南亚地区以印尼、马来语为主宣扬极端思想的网站和论坛增长快速，“印尼解放党”“天堂圣战”等网站声势浩大。

互联网成了恐怖分子交流和传授“技艺”的绝佳场所，也成为新生恐怖分子首选的“课堂”。一个名为“利剑”的“基地”网站每月虽然只开放两次，内容却令人毛骨悚然——恐怖分子公然讨论绑架和杀害人质的技巧。该网站还提供了其他一些教程，比如沙林毒气、汽车炸弹以及各种爆炸物的杀伤力和使用方法等。有专家利用网络搜索技术了解这些网站的现状时发现，2008 年已有 5 亿个恐怖分子网页和帖子，其中讨论简易爆炸装置的就有数万个。

第二，网络恐怖实施的费用具有低廉性。与传统的恐怖手段相比，实施网络恐怖的费用更低。恐怖分子所需要的只是一台个人电脑和一个简单的电话连接。恐怖分子不需要购买枪支、炸药等传统的攻击性武器，相反他们可以通过一根电话线来制造和传播计算机病毒。而且，恐怖分子也不需要花钱来租赁车辆或雇人去运送爆炸物，他们可以用他们的电脑来实施恐怖活动。

第三，网络恐怖主义具有隐蔽性。与传统的恐怖手段相比，网络恐怖主义更加隐蔽，让人神不知鬼不觉。与许多网络冲浪者一样，恐怖分子使用在线“昵称”，也就是在网上的化名，或者他们以“过客”身份登录网站，这就使得安全机构和警察很难追查到恐怖分子的真实身份。而且，在网络空间里，没有任何象检查站这样的物体屏障要经过，也没有任何的边界要越过，不要通过任何的

海关关口，恐怖分子可以从世界任何地方实施他的恐怖活动。

第四，网络恐怖主义的远程实施性。通常，恐怖分子使用自杀性爆炸袭击等传统的恐怖手段，要花大量的时间和金钱去招募和训练恐怖分子，而这些恐怖分子最终又都在实施恐怖袭击中死亡。与传统的恐怖主义相比，网络恐怖主义几乎不需要什么体能训练和心理投资，也很少需要冒死亡的危险，更不需要长途跋涉去实施恐怖活动。这就使得恐怖组织更容易招募和保留住其追随者。

第五，网络恐怖活动攻击范围具有广泛性，因此防范难度更大，造成的社会影响往往难以估量。从 20 世纪 90 年代以来，互联网发展迅猛，这种发展使人类社会的各个方面几乎都与互联网息息相关：从金融、交通等国家重要设施到卫星、飞机等关键军用设施，以及与人民群众生活密切相关的教育、卫生等公共设施都越来越依赖互联网。而互联网的全球性、开放性、共享性、快捷性等固有特性也决定了网络的漏洞总是存在的，网络安全具有相对性。因此，网络恐怖分子可以把政府、企业、个人、公共设施、私人航空公司等的计算机和计算机网络定为目标。这些潜在目标的绝对数量和复杂性确保了恐怖分子可以找到其短处和脆弱性来加以利用，从而发起攻击。从国家重要设施到关键军用设施，再到公共设施，都可能会让恐怖分子找到可乘之机，从而也就使得防范网络恐怖主义的难度会更大。

三、国际法在惩治网络恐怖主义面临的挑战

网络世界在给我们带来方便、快捷的新生活的同时，也滋生了以侵扰电脑网络、破坏国家关键设施、危害人们生命财产安全为特征的“网络恐怖主义”，如何惩治这种新型恐怖主义，是国际社会必须应对的挑战。

国际社会是一个极为复杂的国际行为体系。国际行为主体（包括政府行为主体和非政府行为主体）之间的竞争、冲突、协调与合作构成了现代国际生活的基本内容。国际社会是处于无政府状态的，世界还不存在一个为世界各国所都能接受的超越主权国家的权威。但是，正常的人类生活又必须要求国际社会中的各种行为主体的行为表现出一定的有序和相互制约关系，这不仅体现在主权国家之间的相互制衡上，而且还要受到国际法律规范和行为准则的约束。任何行为主体的行为都不可以随心所欲。否则它就不可避免地要受到其他行为主体或整个国际社会所认可的国际法规和行为规则的约束。正是由于恐怖主义违背了国际社会所普遍认可的游戏规则，所以建立包括惩治网络恐怖主义在内的反恐怖主义的国际法律体系就自然而然地成了世界大多数人民的共同心愿。

为了预防和打击网络恐怖活动，世界上许多国家已经积极行动起来。从根本上说，反击“网络恐怖主义”的过程就是保护己方的信息网络系统、破坏恐怖分子的信息网络系统的过程。为达此目的，需要树立新的反恐理念，利用网络时代的战略和技术，“防”、“反”、“破”三手并举。

“防”就是要建立有效的网络安全防护体制。美国兰德公司的阿奎拉等反恐专家认为，抵御网络恐怖主义的有效战略是“以网络对网络”，为此，就要在政府、军队和民间的各种机构间建立网络化的合作机制。设在中央情报局的美国反恐中心就是根据网络化的模式建立起来的。此外，为加强网络防护，还可采取将关键的信息网络与互联网分离的办法。网络恐怖活动大都是通过互联网进行的，因此，在某些情况下，较少现代化也许更安全。美国安全专家就建议美空军不应尽快实行全球联网，因为其在冷战时期建立起来的专用的指挥控制网络十分牢靠。美国还在着手建立一个与现行互联网分离的新政府网络，以保障

政府通信信息网络的安全性和保护美国国家信息基础设施。

“反”就是要实施积极的网络反击。信息网络上的通信联络是双向的，这就意味着网络战造成的危险是对等的。“网络反击”就建立在这一理论基础上。“ 网络反击”的样式主要包括以下几种：一是通过有意向恐怖分子网络倾泻虚假信息、过时信息等制造“信息洪流”，挤占其信息通道，使之无法及时有效地传输和处理信息，从而使其网络变成废网。二是通过向恐怖分子的网络注入计算机病毒，瘫痪其信息网络。这种方法造价低、使用方便，对网络的破坏更直接、更有效。三是通过组织“网络战士”捕捉网络恐怖分子的踪影，消灭其有生力量。

“破”就是从物理上破坏恐怖组织的网络体系，削弱其控制网络的能力。“ 破网战”主要包括“断电破网”和“毁节破网”两种样式。“断电破网”就是采用釜底抽薪的办法，切断恐怖分子电脑网络的供电系统，使其成为一堆不能发挥功能的电子器件。阿富汗战争中，美军通过轰炸塔利班的发电厂切断本•拉登与外界的无线电通信联络，用的就是这种方法。“毁节破网”就是对恐怖组织信息网络的侦察系统、通信枢纽、计算机控制中心等节点目标实施精确打击，使其无法正常运转。反击“网络恐怖主义”是一个不断发展的动态过程。随着信息网络技术的发展，“网络恐怖主义”还将呈现出新的特点。只有不断探索网络时代反恐作战的基本规律，不断运用新的反恐手段，才能在复杂多变的网络反恐战中立于不败之地。

上述手段可以从某种程度上遏制国内网络恐怖主义的蔓延，但是，由于一些网络恐怖主义带有强烈的政治、宗教色彩，加上各国意识形态的差异，有些国家往往根据自身利益及价值取向同情甚至容留恐怖分子，是的网络恐怖主义往

往难以受到应有的惩处。在国际社会惩治网络恐怖主义方面存在以下问题：

第一，缺少对网络恐怖主义的权威定义。网络恐怖主义日益增长和破坏性不断增大的现状，促使国际社会反对网络恐怖主义的态度渐趋一致。然而，关于什么是恐怖主义犯罪、如何界定网络恐怖主义，网络恐怖主义犯罪的范围如何，却始终没有形成定论。尽管恐怖主义问题已经成为联合国有关会议的重要议题，联合国也成立了“国际恐怖主义特设委员会”解决这一问题，但由于恐怖主义问题涉及到政治、经济、文化、种族、宗教、道德等多种深层次因素，产生了诸多不同的认识，迄今无法对国际恐怖主义、网络恐怖主义等定义达成一致意见，分歧难以弥合，影响了国际社会在反恐怖主义方面进一步合作并采取行动，从而抵消了制止网络恐怖主义犯罪的合力。

第二，国家间的惩治网络恐怖主义缺乏有效合作。虽然在惩治与防范恐怖主义犯罪方面国家之间已经展开了广泛的合作，也取得了相当的成效，但是在惩治网络恐怖主义方面，仍然存在国家间的合作尚缺少广泛性、合作方式还有待突破和创新、国家间合作缺乏包容性、普遍性防范与惩治网络恐怖主义的国际公约尚未达成等问题。

第三，国内立法在反网络恐怖主义犯罪方面亟待健全。从目前各国反恐怖主义的实践看，国内立法对国际反恐怖主义犯罪的义务的贯彻情况不容乐观。一些国家的国内立法中尚无惩治恐怖主义犯罪的条款，更没有关于网络恐怖主义的认定与惩治内容。如欧盟国家在联合行动，共同对付恐怖主义犯罪方面一直走在世界前列，但目前在欧盟 15 国中，只有英国、法国、德国、意大利、希腊、西班牙和葡萄牙 7 个国家制定了有关打击恐怖主义犯罪的法律，而其他国家，如荷兰、比利时、卢森堡等国，还没有制定相关国内立法。这种状况，使

得欧盟国家在联手打击恐怖主义犯罪方面存在各自为政、缺乏协调和效率低下等弊端，也为恐怖主义和恐怖分子提供了逃避打击的空间。一些国家的国内立法中虽有惩治恐怖主义犯罪方面的规定，但规定既不系统，也不全面。如我国1997年修订的刑法中，与反恐怖主义犯罪直接有关的只有第120条、第121条，其他条款中，虽然也涉及到恐怖主义犯罪的行为方式，但规定不明确，与一般刑事犯罪在构成条件及处罚上完全相同。值得注意的是，我国于2001年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第25次会议上通过了旨在打击恐怖主义犯罪活动的《中华人民共和国刑法修正案（三）》。该修正案主要是将投放毒害性、放射性、传染性病原体等物质的行为、非法制造、买卖、运输、储存以及盗窃、抢夺、抢劫毒害性、放射性、传染性病原体等物质的行为纳入危害公共安全罪中，扩大了危害公共安全罪的范围；加重了对组织、领导恐怖组织罪的处罚；明确规定了资助恐怖活动组织或个人的行为、编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的行为构成犯罪。刑法修正案（三）主要增补完善的内容是反恐怖条款，因而，其公布及施行，对于贯彻有关国际公约精神，履行我国应承担的国际义务会起到积极的促进作用。不过，该修正案并没有改变我国刑法对恐怖主义犯罪规定的模式，也没有理清一般刑事犯罪与恐怖主义犯罪的区别，对网络恐怖主义问题也没有做出特别的规定，因而，在参与国际合作时可能会出现一定问题。

四、惩治网络恐怖主义的国际法对策

网络恐怖主义犯罪是现代社会信息技术发展的产物，是社会政治、经济、

宗教、文化多方面因素综合作用的结果。由于导致恐怖主义犯罪发生的诸多因素不可能一下子消除，恐怖主义犯罪包括网络恐怖主义也就不可能在短期内消失。国家层面、双边合作和地区性合作层面及超国家层面的遏制网络恐怖主义犯罪的立法与实践虽然发挥了重要作用，但要有效遏制网络恐怖主义犯罪的蔓延，需要所有国家、民族或地区协同作战、共同努力，精诚合作，进一步完善国际反恐怖主义犯罪的立法，才能有效的遏制。

（一）建立全球信息分享平台，遏制发达国家的互联网技术霸权主义，为国家打击网络恐怖主义提供技术支持。众所周知，美国等发达国家在互联网技术上处于世界主导地位。在 2005 年的信息社会世界峰会的第二阶段突尼斯峰会上曾提出互联网的国际管理这一议题，却遭到发达国家的强烈反对，最终该议题未达成具体协议，胎死腹中。发达国家利用在网络技术上的巨大优势，一方面谋取本国利益，推销、植入他们的价值体系，激化不同意识形态、不同宗教国家、族群矛盾，另一方面采取双重标准，对于他们不同价值取向的国家采取不合作态度，给网络恐怖主义以可乘之机，影响了国际社会对网络恐怖主义的惩治。因此，各国在联合国框架内建立共享平台，统一网络管制的国际法律制度，将对于网络恐怖主义的预防与打击起到重要作用。

（二）致力于制定一部统一的反国际恐怖主义犯罪的公约，明确规定网络恐怖主义的有关问题。在当今世界，国家仍是国际社会的基本主体，国家利益仍是各国考虑问题、制定其内外政策的决定因素。因此，在恐怖主义理解上产生分歧，以致在 20 世纪没能制定一部普遍、统一的国际反恐怖主义犯罪的公约是可以理解的。但是，恐怖主义犯罪的趋重和蔓延，特别是网络恐怖主义无孔不入的巨大危害，制定统一的反恐怖主义犯罪的公约已经提到议事日程。2001

年，欧洲理事会通过的《网络犯罪公约》，是世界上第一部关于打击网络犯罪的公约，目前已有三十多个国家签署，是适用范围最广的网络刑事犯罪的国际公约。2014 年 7 月，根据国际恐怖主义发展的态势，中国适时提出了有关打击网络恐怖主义的内容，第六十八届联合国大会第四次评审并通过的《联合国全球反恐战略》予以采纳，这充分说明国际社会对于网络恐怖主义问题已经有了清醒的认识，但仅有这些是不够的，应该进一步明确网络恐怖主义的定义、特征、犯罪构成以及管辖权问题，形成国际社会打击网络恐怖主义的合力。

（三）国家间应更多地建立打击网络恐怖主义的双边合作机制。网络恐怖主义犯罪具有全球性，仅靠国家一家之力无法进行有效预防和打击。虽然国际社会的达成共识一致行动时预防和打击网络恐怖主义的有效途径，但由于现实的复杂性，短期内难以达成。因此，国家间双边或多边的合作，不失为当前预防与惩治的过渡性举措。各国应充分认识国家间合作的必要性，在观念上应有这样的共识，即尽管某些恐怖主义者的行为动机和希望实现的目标可以理解，但恐怖主义包括网络恐怖主义滥杀无辜、滥用暴力本身是对人类尊严和生存价值的粗暴践踏，是一种严重的反人类罪行。因此，恐怖分子一旦通过网络实施恐怖活动，就应该给予严厉的惩治，绝不能姑息。国家间的双边合作，既可以采用传统的有关文书送达、调查取证、情报交换与共享、搜查扣押、引渡等方式外，还要针对网络恐怖主义犯罪分布范围广、随意性强、技术手段先进及全球化趋势增强等方面的特点，拓宽合作渠道，增加合作形式，如提供网络技术、代为进行反网络恐怖主义培训，进行反网络恐怖联合行动，寻求预防网络恐怖主义犯罪的合作措施等等。

（四）充分发挥国家机构的作用。如上所述，网络恐怖主义犯罪具有全球

性，国家间的合作是预防与惩治的有效途径。现有的国家间的双边合作和多边合作都存在不同程度的局限性，通常只能解决局部性的网络恐怖主义犯罪问题。多边合作虽然弥补了双边合作打击范围的局限，却由于涉及多方利益而难于协调行动，进而影响合作效果。因此，充分发挥国家机构的作用进行反网络恐怖合作，并获得联合国的支持，会有利于全球性的反网络恐怖合作，并加大惩治与防范的力度。目前国际社会已经建立的防范与打击犯罪的国家机构，主要是国际刑警组织和国际刑事法院。成员国如果能赋予国际刑警组织更多的职能，国际社会能够通过这一平台协调和保障有关各国及时传递、交换和共享有关恐怖活动的信息资料，同时对各国、各地区反网络恐怖经验进行总结，并对各国、各地区反恐怖实践进行技术支持与指导，将极大增强打击网络恐怖主义的力度。而成立于 2002 年的国际刑事法院，其主要功能是对犯有种族屠杀罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪的个人进行起诉和审判，恐怖主义犯罪没有纳入国际刑事法院的管辖范围。因此，在国际恐怖主义包括网络恐怖主义犯罪日趋严重的客观情势下，在国际社会对恐怖主义犯罪认识日趋相同的潮流中，国际刑事法院的管辖范围如能适时而变，将更大限度地发挥在打击恐怖主义犯罪方面的作用。

（五）协调打击网络恐怖主义与人权保障的关系。打击网络恐怖主义犯罪与保障人权是相辅相成的关系。1993 年世界人权大会通过《维也纳宣言和行动纲领》，在联合国人权文书中首次对“恐怖主义与人权”问题作了直接明确的说明，“指出‘恐怖主义行为、手段和做法的一切形式和表现’‘旨在摧毁人权、基本自由’，因此‘国际社会应采取必要步骤，加强合作，防范和打击恐怖主义’。 ”此后，联合国人权委员会 1994 起每年通过一项“人权与恐怖主义”的决议，旨在敦促缔约国正确认识打击恐怖主义犯罪与保障人权之间的辩证关系。

应该充分认识到，对人权的充分尊重和平等对待会促进国家和社会的和谐，降低不安定因素的发生几率，最终从根本上控制网络恐怖主义犯罪的泛滥。因此，打击网络恐怖主义犯罪与人权保障具有一致性。

结语

总之，对网络恐怖主义的打击，既要延续应对传统恐怖活动的策略和方法，又要针对网络空间的特性和网络恐怖活动的新特点找准突破口。中国也是网络恐怖主义的受害者。近年来，以“东伊运”为首的“东突”恐怖势力大肆发布恐怖音视频，煽动对中国政府发动所谓“圣战”，成为近年来中国境内特别是新疆地区恐怖袭击多发的主要和直接原因之一。而对中国境内的网络恐怖主义的预防与打击，仅靠中国一己之力难以达成，因此我们应加紧研究国内国际法对策，加强与世界各国的政治、司法合作，尽早铲除网络恐怖主义的毒瘤，给我们的民众以洁净的网络空间，让恐怖分子在网络无处藏身。

Reseach countermeasures in international law about punishing cyber terrorism

Abstract: Cyber terrorism is non-government organization or individual use network to premeditate and perform terrorism, and hit target to network, in order to destroy political stability and economy safety of the nation which hit target, the terrorist activities will

disturb the social order and make sensational effect, it is the products of outspread in information technology. Preventing and punishing the cyber terrorism is not enough only domestic law. In international law, it require bilateral cooperation 、international community、 Formulate unified and effective international conventions to punish the cyber terrorism, and develop the function of existing International organizations. Meanwhile, we must protect human rights when we prevent and punish the cyber terrorism

Key words: the cyber terrorism, the concept of terrorism, international agreement, bilateral cooperation

国际人权公约中初等教育受教育权在我国的实施

——以流动儿童义务教育经费制度为视角

王 慧*

摘要：受教育权是基本人权之一，为缔约国国民提供全面、平等、免费的初等教育是联合国《儿童权利公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》的“最低限度核心义务”，我国宪法、义务教育法确立的九年义务教育制度在立法上转化了上述国际条约义务。个人受教育权的实现取决于国家给付义务的履行，故义务教育经费制度作为国家履行给付义务的基础，对初等教育受教育权的实施有实质性影响。国务院确立的以县级政府为主、以流入地政府为主的流动儿童义务教育经费制度，既忽视了县级财政收入的先天性差异，又忽视了流动儿童分布的不均衡性，更缺乏对流入地政府承担流动儿童义务教育经费的激励及责任制度，为流动儿童提供 9 年义务教育的民办学校也被《义务教育法》排除在财政经费资助范围之外，最终导致流动儿童不能平等享受免费的义务教育。义务教育经费只有以中央财政为主，才能有效实现流动儿童的平等受教育权。

关键词：受教育权；最低限度核心义务；义务教育经费制度；应然与实然

目 次

一、问题的提出
二、国际人权公约中初等教育受教育权之应然
三、我国立法中的义务教育受教育权之应然
（一）《宪法》中的受教育权
（二）《义务教育法》中的受教育权
（三）国务院规范性文件对义务教育经费分配的规定
四、现行义务教育经费制度对流动儿童义务教育实然之影响
（一）县级财政收入不均衡对义务教育平等性的影响
（二）流动儿童分布不均对县级财政的挑战
（三）被公共财政排除在外的民办学校处境
五、失学流动儿童犯罪与义务教育受教育权落空之高度关联性
六、向国际人权公约初等教育受教育权之应然的迈进
（一）义务教育经费必须以中央财政为主
（二）提供义务教育的农民工子弟学校不应被排除在义务教育经费制度之外
（三）义务教育经费应当随人流动，最好能支付到人

一、问题的提出

受教育权是国际社会普遍承认的基本人权之一，联合国《儿童权利公约》第 28 条第 1 款（a）规定各缔约国应“实现全面的免费义务小学教育”；《经济、社会和文化权利公约》（下称《经社文公约》）第 13 条第二款（甲）规定各缔约国的“初等教育应属义务性质并一律免费”。1999 年经社文权利委员会以《世界全民教育宣言》中的条款对“初等教育”的含义做出了解释，“使儿童在家庭以外受基本教育的主要施行系统是初等学校教育。初等教育必须普遍施行，确保所有儿童的基本学习需要得到满足，同时应考虑到社区的文化、需求和机会”。尽管“初等教育”并不是“基础教育”，但二者之间有密切的对应关系，初等教育是基本教育

* 华南农业大学人文与法学学院讲师，武汉大学法学院博士研究生。

中最重要的组成部分。[①]考虑到国情的差异，《经社文公约》并没有进一步明确初等教育的年限，而是交由各缔约国酌情处理。尽管《儿童权利公约》和《经社文公约》的表述不尽相同，但我国同时作为这两个人权公约的缔约国，实现全面的免费义务小学教育，是国家承担国际条约义务的应有之义。根据我国《义务教育法》的规定，我国实行从小学到初中 9 年制义务教育制度，可见我国在立法层面切实履行了国际人权公约中有关初等受教育权的国家义务。

但是，理想的立法往往面临着复杂现实的考验。2014 年上半年，北京市出台了史上最严的非京籍儿童入学政策，北京市各区突然提高幼儿园升小学门槛，将数以万计的非京籍适龄儿童挡在北京校门外。北京市政府这样做的原因在于，截至 2013 年年底北京市常住人口已经突破 2114 万。2014 年年初的北京市十四届人大二次会议上，《北京市政府工作报告》首次将加强人口规模调控列入年度主要任务之一。用调控子女入学资格的手段来控制外来人口，在北京的人口控制史上是第一次。②北京市政府的这一人口调控政策既反映了我国一线城市面临的流动人口管理问题的艰巨性和复杂性，更折射出城市流动儿童实现义务教育受教育权所面临的困境。

流动儿童是城市化进程的产物，根据第六次全国人口普查的定义，“流动儿童”是指 18 周岁以下、户籍地与经常居住地不一致的未成年人，包括跨省流动儿童、省内跨市流动儿童、市内跨县流动儿童和县内跨乡流动儿童。③2010 年第六次全国人口普查结果显示，我国 0-17 周岁流动儿童规模为 3581 万，其中 0-14 周岁的流动儿童规模为 2291 万。[④]在 0-17 周岁的流动儿童中，户籍为农业户口的流动儿童占 80.35%，非农业户口的只占 19.65%，即通常所理解的农村流动儿童数量达到 2877 万。全国流动儿童的年龄分布上，小学和初中阶段儿童所占的比例分别为 25.94%和 12.95%，规模分别为 929 万和 464 万，故义务教育阶段流动儿童的数量达到 1393 万。[⑤]流动儿童是一个数量庞大、无法忽视的群体，流动儿童的义务教育是国家无法回避的责任。失学的流动儿童越多，导致的社会问题也越严重，在北京、上海、广州、成都等大城市的未成年人犯罪调查中，失学后处于闲散状态的流动未成年人犯罪在未成年人犯罪中所占比例均在 70％以上（详见下文）。

流动儿童犯罪与义务教育受教育权落空之间的高度关联性，是受教育权社会价值的最好注脚。对国家而言，教育是社会控制的重要手段。一个社会为了维持必要的秩序必须对社会进行控制，控制的方式主要有两种类型：内在控制和外在控制。内在控制是指那些引导人们自我激励并按遵从的方式行动的过程；外在控制则是通过运用各种正式和非正式的社会制裁促使人们遵从的压力。[⑥]通过教育过程中对个人的社会化，国家实行了对个人的内在控制。学校是进行社会化的机构，也是进行社会分层的机构，学校教育起到了训练、筛选和分配社会成员的作用。[⑦]在社会控制理论的代表人物特拉维斯·赫希看来，社会控制只有建立在个人之上才能达到目标与手段的统一，缺乏社会控制就会导致偏差行为，严重的社会偏差就是犯罪。[⑧]受教育权的社会价值，决定了实现初等教育受教育的受益主体不仅限于个人，社会及国家也同样是最终的受益主体。

正是由于初等教育处于个人社会化的开始阶段，对个人的毕生发展有举足轻重的影响，

---

① Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment 13, The right to education (Art. 13), U. N.Doc. E/C. 12/1999/9, 1999.

② 冯禹丁．北京人口调控战[N]．南方周末，2014-6-28(1)。

③段成荣,吕利丹,王宗萍,郭静．我国流动儿童生存和发展：问题与对策——基于 2010 年第六次全国人口普查数据的分析[J]．南方人口,2013,（4）V.118：46.

④根据《中国 2010 年第六次人口普查资料》表 7－2《全国按户口登记地、年龄、性别分的户口登记地在外乡街道的人口》计算，该部分流动儿童分布数据均转引自段成荣，吕利丹，王宗萍，郭静．我国流动儿童生存和发展：问题与对策——基于 2010 年第六次全国人口普查数据的分析[J]．南方人口，2013,（4）:48-50．

⑤国务院人口普查办公室/国家统计局人口和就业统计司．中国 2010 年人口普查资料[M]．北京：中国统计出版社，2012：456.

⑥【美】戴维·波普尔.社会学[M].李强,等,译.北京：中国人民大学出版社，2007：154.

⑦【美】戴维·波普尔.社会学[M].李强,等,译.北京：中国人民大学出版社，2007：154.

⑧【美】亚历克斯·梯尔.越轨社会学[M].王海霞,等,译.北京：中国人民大学出版社，2011：18.

国际人权公约才要求各缔约国为其国民提供全面、平等、免费的义务性质的初等教育。从权利性质来看，受教育权作为宪法中的一项基本权利，具有受益权功能。受益权功能是指公民基本权利所具有的可以请求国家作为某种行为，从而享受一定利益的功能。受益权功能针对的是国家给付义务，也就是国家提供基本权利实现所需的物质、程序或者服务。[①]权利的实现依赖于义务的履行，个人受教育权的实现取决于国家对受教育权给付义务的承担。

“显而易见，权利依赖于政府，这必然带来一个逻辑上的后果：权利需要钱，没有公共资助和公共支持，权利就不能获得保护和实施。[②]在本质上，权利的实施受制于每年不同的预算约束。”[③]以义务教育经费制度为视角的考察，可以揭示导致流动儿童义务教育困境的部分原因，也可以为向国际人权公约中初等教育受教育权之应然迈进提供一个可能的路径选择。

二、国际人权公约中初等教育受教育权之应然

我国先后加入并批准、且涉及到受教育权的人权公约主要是上文所述联合国《儿童权利公约》和《经社文公约》。1989 年 11 月 20 日联合国大会第 44/25 号决议通过的《儿童权利公约》，确立了非歧视原则、儿童最大利益原则、尊重儿童权利及尊严原则以及尊重儿童意见原则，其中第 28 条、29 条关于儿童受教育权的内容、目的与要求的规定，明确了受教育权的内涵。中国于 1992 年 3 月 2 日向联合国递交了批准书，该公约于 1992 年 4 月 2 日对中国生效。目前《儿童权利公约》已有 194 个缔约国，成为世界上缔约国最多的国际人权公约。

联合国《儿童权利公约》第 1 条即明确公约所指“儿童”，系指 18 岁以下的任何人。第 2 条中的“无差别”待遇即平等原则，奠定了儿童享有各项权利的基础。[④] 第 28 条第 1 款明确界定了缔约国在建立教育体系和确保教育准入方面的义务:“缔约国确认儿童有受教育的权利，为在机会均等的基础上逐步实现此项权利，缔约国尤应：(a)实现全面的免费义务小学教育；(b)鼓励发展不同形式的中学教育，包括普通和职业教育，使所有儿童均能享有和接受这种教育，并采取适当措施，诸如实行免费教育和对有需要的人提供津贴；(c)根据能力以一切适当方式使所有人均有受高等教育的机会；(d)使所有儿童均能得到教育和职业方面的资料和指导；(e)采取措施鼓励学生按时出勤和降低辍学率。”

《儿童权利公约》中受教育权的权利主体是所有 18 周岁以下的儿童，义务主体则是缔约国政府。尽管由于国情差异，公约允许各缔约国逐步实现第 28 条项下的各种教育义务，但提供免费的小学义务教育及平等的受教育机会则是缔约国最低限度的条约义务。

《经社文公约》是联合国大会于 1966 年 12 月 16 日第 2200A(XXI)号决议通过，并于 1976 年 1 月 3 日生效，该公约第 13 条、第 14 条是对受教育权的规定。我国政府于 2001 年 2 月 28 日批准了该公约，该公约于 2001 年 6 月 27 日对我国生效。

《经社文公约》第 2 条确立了缔约国义务的“平等原则”，即“本公约缔约各国承担保证，本公约所宣布的权利应予普遍行使，而不得有例如种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身分等任何区分。”故缔约国应当保证其国内的每个人均能平等的享有《经社文公约》规定的各项实质性权利。

《经社文公约》第 13 条、第 14 条则详细规定了受教育权的内涵。[⑤]第 13 条是国际人权

---

①张翔．基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始[J].中国法学,2006(1):24.

②【美】斯蒂芬·霍尔姆斯，凯斯·R·桑坦斯.权利的成本——为什么资源依赖于税[M].毕竞悦,译.北京：北京大学出版社,2004:3.

③【美】斯蒂芬·霍尔姆斯，凯斯·R·桑坦斯.权利的成本——为什么资源依赖于税[M].毕竞悦,译.北京：北京大学出版社,2004:167.

④《儿童权利公约》第 2 条：“1、缔约国应尊重本公约所载列的权利，并确保其管辖范围内的每一儿童均享受此种权利，不因儿童或其父母或法定监护人的种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、伤残、出生或其他身分而有任何差别。2、缔约国应采取一切适当措施确保儿童得到保护，不受基于儿童父母、法定监护人或家庭成员的身分、活动、所表达的观点或信仰而加诸的一切形式的歧视或惩罚。”

⑤《经社文公约》第 13 条规定：“一、本公约缔约各国承认，人人有受教育的权利。它们同意，教育应鼓励人的个性和尊

公约中对受教育权规定最为广泛和全面的条文。该条不仅包括教育的目的和宗旨，还规定了不同阶段受教育权的具体内容，并赋予父母等监护人享受教育自由的权利。第 14 条则要求缔约国承担在合理期限实现其管辖范围内的所有人享受免费义务教育的义务。这两个条款赋予缔约国所有儿童平等享有免费义务教育的权利，以及平等获取高等教育的权利。

对于《经社文公约》中“初等教育”的内涵，联合国受教育权利特别报告员在向人权委员会提交的初步报告中指出：初等教育应展现四项基本特征——可提供性、可获取性、可接受性和可调适性。可提供性指缔约国应在其管辖范围内设置足够多的能够运作的教育机构和方案。可获取性指在缔约国管辖范围内，人人都应该能够利用教育机构和方案，不受任何歧视。具体而言，可获取性包含三个因素，①不歧视，人人必须受教育，不得援引任何理由歧视任何人；②实际可获取性，教育必须在安全的物质环境中进行，学生可在一些堪称便利的地点上学；③经济上的可获取性，教育费用必须人人负担得起，初等教育应一律免费。可接受性指教育的形式和实质内容，包括课程和教学方法必须得到学生的接受。可调适性指教育必须灵活，能够针对变动中的社会和社区的需求而进行调适，使其符合各种社会和文化环境中的学生需求。[①]

对初等教育的“义务性质”，经社文权利委员会在对公约第 14 条的第 11 号一般性意见中认为：初等教育的义务性质表明，父母、监护人或缔约国都无权对儿童是否接受初等教育做出选择。同样的，也禁止对儿童接受初等教育方面的性别歧视，还要求国家所提供的教育必须质量优良、符合儿童的需求，而且能促进儿童其他权利的实现。[②]

对初等教育“一律免费”的含义，经社文权利委员会认为：为保证初等教育的可获取性，不得向儿童、父母或监护人收费。政府、地方当局或学校收取学费和其他直接费用会阻碍受教育权的享有，甚至对受教育权的实现造成灾难性影响。间接费用，如向父母的强制征收或教昂贵的校服费用，也属于免费的范围。其他间接费用是否允许，须由经社文权利委员会进行个案审查。[③]

对“初等教育”的年限和内容，《经社文公约》没有明确规定，鉴于各国文化、经济等方面的差异，具体细节由各缔约国自己决定。

《经社文公约》要求缔约国在不同教育阶段承担不同义务，鉴于初等教育的重要性，为人人提供初等教育是各缔约国应当立即履行的义务。缔约国必须优先实行义务性、免费的初等教育，保证在平等基础上为所有人提供进入公立教育机构学习的权利。

综上所述，尽管《儿童权利公约》、《经社文公约》的权利主体范围不同，两个公约中受

严的充分发展，加强对人权和基本自由的尊重，并应使所有的人能有效地参加自由社会，促进各民族之间和各种族、人种或宗教团体之间的了解、容忍和友谊，和促进联合国维护和平的各项活动。二、本公约缔约各国认为，为了充分实现这一权利起见：（甲）初等教育应属义务性质并一律免费；（乙）各种形式的中等教育，包括中等技术和职业教育，应以一切适当方法，普遍设立，并对一切人开放，特别要逐渐做到免费；（丙）高等教育应根据成绩，以一切适当方法，对一切人平等开放，特别要逐渐做到免费；（丁）对那些未受到或未完成初等教育的人的基础教育，应尽可能加以鼓励或推进；（戊）各级学校的制度，应积极加以发展；适当的奖学金制度，应予设置；教员的物质条件，应不断加以改善。三、本公约缔约各国承担，尊重父母和（如适用时）法定监护人的下列自由：为他们的孩子选择非公立的但系符合于国家所可能规定或批准的最低教育标准的学校，并保证他们的孩子能按照他们自己的信仰接受宗教和道德教育。四、本条的任何部分不得解释为干涉个人或团体设立及管理教育机构的自由，但以遵守本条第一款所述各项原则及此等机构实施的教育必须符合国家所可能规定的最低标准为限。”

第 14 条规定：“本公约任何缔约国在参加本公约时尚未能在其宗主领土或其他在其管辖下的领土实施免费的、义务性的初等教育者，承担在两年之内制定和采取一个逐步实行的详细的行动计划，其中规定在合理的年限内实现一切人均得受免费的义务性教育的原则。”

①Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment 13, The right to education (Art. 13), U. N.Doc. E/C. 12/1999/6,1999.

②Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment 11, Plans of action for primary education (Art. 14), U. N.Doc. E/C. 12/1999/4,1999.

③Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment 11, Plans of action for primary education (Art. 14), U. N.Doc. E/C. 12/1999/4,1999.

教育权的内涵也不完全相同，但为儿童提供平等的、全面的、免费的初等教育，则是每个公约缔约国应当承担的国家责任和义务，也是国际人权公约对缔约国提出的“最低限度核心义务”。“如果一个缔约国内有任一较大数目的人被剥夺了粮食、基本初级保健、基本住房或最基本的教育形式，该缔约国等于没有履行《经社文公约》下的义务。如果不把《经社文公约》看作是确立此种最低限度的核心义务，那就等于使其基本上失去了存在的理由”。[①]通过对缔约国履行受教育权“最低限度核心义务”状况的考察，可以起到窥一斑而知全豹的作用。

三、我国立法中的义务教育受教育权之应然

（一）《宪法》中的受教育权

《宪法》第46条第1款规定：“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。”我国宪法上公民的受教育权对应的是国家的积极义务，即国家必须承担实现受教育权必要条件的义务。这些必要义务包括国家建立和维持教育制度，整备教育条件与设施，经济上帮助就学困难者以至提供免费教育等。[②]可见公民受教育权的实现必然意味着国家承担给付义务。如果从给付义务是提供物质性利益或物质相关利益的义务角度看，国家对于受教育权的给付义务可以包括：①“免费教育”的义务，义务教育的理想状态是教育的完全免费，国家直接为公民提供受教育机会，而公民不需要缴纳费用。在某些国家，教育已经实现了全部或部分的免费，国家负有向公民提供教育机会的直接给付义务；②提供与受教育相关的物质条件的义务，例如为贫困学生提供教材、文具等，此外还包括将受教育者作为群体而提供校舍及其他教学设备。[③]各国对受教育权给付义务的具体内容，因各国的经济水平、文化传统、价值取向等因素而有所不同。但为教育提供必要的场所、配备必要的教学设备以及合格的教师，是实现受教育权的必要条件。

因此，国家承担受教育权给付义务的核心要素在于义务教育经费的来源、分配及管理。没有经费，国家承担受教育权的给予义务只能停留在文字上的应然状态。如果国家财政对义务教育经费的有效投入不足，资源的稀缺性必然导致利益相关主体对教育经费的争夺，进而影响义务教育经费的分配，从而对受教育权的全面性、平等性、免费性造成实质性影响。

（二）《义务教育法》中的受教育权

由于《宪法》仅规定公民基本权利问题，基本权利的实现则依赖于各部门法的具体落实。《义务教育法》对义务教育阶段受教育权的主体、客体及内容均有较为详细的规定。该法第2条规定“国家实行九年义务教育制度（第1款）。义务教育是国家统一实施的所有适龄儿童、少年必须接受的教育，是国家必须予以保障的公益性事业（第2款）。实施义务教育，不收学费、杂费（第3款）。国家建立义务教育经费保障机制，保证义务教育制度实施（第4款）”。该条明确了义务教育的期限及对象、义务教育的免费性以及国家的经费保障机制。也就是说，我国政府为儿童提供9年制免费的义务教育。该法第4条进一步明确义务教育的平等原则，“凡具有中华人民共和国国籍的适龄儿童、少年，不分性别、民族、种族、家庭财产状况、宗教信仰等，依法享有平等接受义务教育的权利，并履行接受义务教育的义务。”

该法第11条明确年满六周岁的儿童开始接受义务教育，第12条规定儿童接受义务教育的基本原则：“适龄儿童、少年免试入学。地方各级人民政府应当保障适龄儿童、少年在户籍所在地学校就近入学（第1款）。父母或其他法定监护人在非户籍所在地工作或者居住的适龄儿童、少年，在其父母或其他法定监护人工作或居住地接受义务教育的，当地人民政府应当为其提供平等接受义务教育的条件。具体办法由省、自治区、直辖市政府规定（第2款）”。上述条款表明我国以户籍所在地确定儿童接受义务教育的资格，儿童户籍所在地政府应当为

①Committee On Economic, Social and Culture Rights, General Comment No.3,1990, In HRJ/GEN/1/Rev.6,12 May 2003,p.16.

②[日]芦部信喜.宪法[M].李鸿禧,译.台湾：元照出版公司，2001:243.

③张翔.基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始[J].中国法学,2006,(1):24.

儿童提供义务教育的条件。当儿童与父母或其他法定监护人一起流动到非户籍所在地时，就由其经常居住地政府提供义务教育的条件。

政府提供义务教育条件，意味着政府要提供义务教育所需的学校场所、必要的教学设备、教材并配备合格的教职人员、支付教职人员工资。而政府是否能够提供教育必需的物质条件，取决于政府是否具有充分的义务教育经费。

对义务教育经费的来源问题，《义务教育法》第 42 条规定："国家将义务教育全面纳入财政保障范围，义务教育经费由国务院和地方各级人民政府依照本法规定予以保障（第 1 款）。国务院和地方各级人民政府将义务教育经费纳入财政预算，按照教职工编制标准、工资标准和学校建设标准、学生人均公用经费标准等，及时足额拨付义务教育经费，确保学校的正常运转和校舍安全，确保教职工工资按照规定发放（第 2 款）。国务院和地方各级人民政府用于实施义务教育财政拨款的增长比例应当高于财政经常性收入的增长比例，保证按照在校学生人数平均的义务教育费用逐步增长，保证教职工工资和学生人均公用经费逐步增长（第 3 款）。"第 44 条则进一步规定："义务教育经费投入实行国务院和地方各级人民政府根据职责共同负担，省、自治区、直辖市人民政府负责统筹落实的体制。农村义务教育所需经费，由各级人民政府根据国务院的规定分项目、按比例分担（第 1 款）。各级人民政府对家庭经济困难的适龄儿童、少年免费提供教科书并补助寄宿生生活费（第 2 款）。义务教育经费保障的具体办法由国务院规定（第 3 款）。"

上述两个条文仅明确义务教育经费由中央和地方政府共同承担，但对中央和地方政府之间的具体分配比例则没有涉及，而是授权国务院规定。

（三）国务院规范性文件对义务教育经费分配的规定

国务院在 2003 年 9 月全国农村教育工作会议文件《关于进一步加强农村教育工作的决定》中规定，义务教育经费"在国务院领导下，由地方政府负责、分级管理、以县为主"；对流动儿童义务教育经费，2006 年 3 月《国务院关于解决农民工问题的意见》中明确了"以流入地政府为主"的原则。国务院在 2008 年 8 月《关于做好免除城市义务教育阶段学生学杂费工作的通知》中，要求从当年秋季开学起，免除全国城市义务教育阶段学生学杂费，所需资金由省级政府统筹落实，省和省以下各级财政予以安排。对农民工子女义务教育，增加了公办学校对农民工子女免除学杂费、不收借读费，中央财政对农民工子女接受义务教育问题解决较好的省份给予适当奖励两项规定。

虽然 2006 年《义务教育法》历经修订，但新《义务教育法》实施后国务院并未对义务教育经费的具体承担方式作出改变，迄今为止我国政府内部承担义务教育经费的原则是——在纵向的中央和地方各级政府之间，采取的是"以县为主"原则[①]，即在城市地区，以区级政府财政为主，在农村地区，以县乡级政府财政为主。而在横向的不同地区政府之间，对流动儿童的义务教育经费，则是采取"以流入地政府为主，以公立学校为主"的政策。

政府是一个庞大的组织机构，有众多的层级及分支机构，如果不能在政府机构内部建立合理的义务教育经费承担及分配机制，那么政府内部财政资金的分配、管理及使用方面的弊端必然会影响到初等教育受教育权的实现。

四、现行义务教育经费制度对流动儿童义务教育实然之影响

（一）县级财政收入不均衡对义务教育平等性的影响

在儿童没有流动的情况下，我国政府对义务教育经费的承担"以县为主"，故县级政府是义务教育经费的投入和管理主体。在这种模式下，《义务教育法》中义务教育的平等性原则，只有统一全国义务教育生均财政经费才能实现。但由于受经济发展阶段和不同地区要素禀赋

①2003 年 9 月全国农村教育工作会议文件《关于进一步加强农村教育工作的决定》中规定，义务教育经费的承担"在国务院领导下，由地方政府负责、分级管理、以县为主"。

结构的影响，我国的县域经济发展水平极不平衡，社会结构存在差异，导致政府的财政收入基础和财政负担的不同。[①]在县级财政收入不一致的情况下，各县级政府可用于义务教育的经费也不可能一致。此时实现义务教育经费平等性原则的关键，就在于上级政府承担的义务教育经费能否弥补县级财政差异所导致的义务教育经费差异。但自1994年中央地方实行分税制后，地方财政收入由1993年的78%降为2003年的45.4%，其中30%左右在省级财政，县级财政只有10%左右。中央财政收入则由22%上升至54.6%。而地方财政支出占国家财政支出的比重则在分税制前后变化不大，保持在70%左右。[②]全国财政收入的大部分归中央政府所有，而义务教育经费承担又“以县为主”。国务院发展研究中心“县乡财政与农民负担”课题组（2002）在对农村学校抽样调查后指出，在农村义务教育资金投入比例中，中央政府、省和地区（包括地级市）、县和县级市负担总计22%，而基层财力最弱的乡镇却负担了全部的78%。[③]显然，由于中央配套资金在义务教育经费中所占比例过小，不足以弥补各县可支配义务教育经费的地区差异，而县级政府可承受的义务教育经费本身就存在地区性差异。因此，目前的义务教育经费制度无法实现受教育权的平等性。

（二）流动儿童分布不均对县级财政的挑战

全国流动儿童的地区分布上，流入儿童最多的省份依次为广东、浙江、江苏、四川、山东、河南、福建，广东省流入儿童数量最多，达到434万，占全国12.13%。七省流入儿童数量均在150万人以上，总数达到1637万，占全国流动儿童的45.71%。

表 1 流入儿童人数 100 万以上省市占全国流动儿童总数的比例和规模

数据2010六次人口长表

省市	占全国流动儿童百分比（%）	人数（万）	省市	占全国流动儿童百分比（%）	人数（万）
广东	12.13	434	上海	3.68	132
浙江	7.64	274	湖南	3.29	118
江苏	6.65	238	山西	3.28	117
四川	5.19	186	辽宁	3.21	115
山东	5.07	182	湖北	3.16	113
河南	4.78	171	内蒙	2.99	107
福建	4.25	152	北京	2.96	106

来源：年第全国普查数据

同时，部分地区流动儿童在当地儿童总量中所占比例较高。全国流动儿童占所有儿童比例为12.84%，但在上海和浙江城镇地区，流动儿童比例高达46.24%和47.68%，福建、北京和广东城镇中流动儿童的比例分别为38.17%、36.28%和31.19%。

第六次人口普查将流动儿童进一步细分为四种类型，即跨省流动、省内跨市流动、市内跨县流动和县内跨乡流动，在全国范围内跨省流动儿童占30.11%，省内跨市占18.80%，市内跨县占12.83%，县内跨乡占38.25%。但具体到各省级行政区域，北京、天津、上海的流动儿童中，跨省流动儿童比例均超过90%；浙江流动儿童中，跨省流动儿童比例为61.95%；广东、江苏、新疆、西藏跨省流动儿童比例均在40%以上。

就跨省流动儿童的构成来看，跨省流动儿童流入最多的省市分别为广东、浙江、上海、江苏和北京，五省市总共接受的跨省流动儿童占全国跨省流动儿童比例高达63.18%。而跨省流动儿童流出地最多的省份依次为安徽、四川、湖南、江西、贵州，五省总共流出的跨省流动儿童占全国跨省流动儿童比例为50.26%。

①刘鸿渊．多元利益格局下的城市流动儿童教育问题研究[J]．社会科学研究，2007,(6):192.
②黄晓峰．流动状态下公共产品供给：农民工子女义务教育[J]，经营管理者，2009,（19）:110.
③王善迈等著．公共财政框架下公共教育财政制度研究[M]．北京：经济科学出版社，2012：70.

表 2 跨省流动儿童的流出地和流入地分布分别排前五位的省市 （单位：%）

省市	流入地	流出地	省市	流出地	流入地
广东	19.06	1.10	安徽	14.53	0.71
浙江	18.31	2.46	四川	10.95	1.35
江苏	8.83	2.49	湖南	7.27	0.68
北京	6.63	0.22	江西	7.08	0.67
福建	5.54	2.51	贵州	6.45	0.96

数据来源：2010 年第六次全国人口普查数据长表 1%抽样数据

上述数据反映了全国流动儿童的来源和分布规律——大多数流动儿童是农村流动儿童，他们一般从经济欠发达地区流动到东部经济发展水平较高地区。跨省流动儿童高度集中在我国东部大城市。

中央和地方政府对义务教育经费的预算及拨付是根据儿童户籍所在地进行，但由于义务教育经费的转移支付渠道不畅，导致流动儿童本应享有的户籍所在地县级政府和中央政府共同承担的义务教育经费，不能跟随流动儿童一并转移到流入地政府。根据国务院的规定，流入地县级政府有义务为流动儿童提供义务教育条件，即流入地县级政府只能以其地方财政承担流动儿童义务教育所需的主要经费。

由于我国实行分灶吃饭的财政体制，地方教育、交通、医疗等民生支出，很大程度上由地方政府负担。常住人口越多，地方财政所需补贴的公共支出也就越多。以北京市为例，2012年北京市级财政支出为2849.9亿元，78％用于民生领域。2010年北京市辖区人均财政支出为18892元，分别是其外来人口主要输出地河北、山东和河南市辖区人均财政支出的3.34倍、3.75倍和3.93倍。[①]2012年广东省义务教育阶段随迁子女在校生300.6万人，比2008年增长52%，占全省义务教育在校生的24%，占全国随迁子女在校生的21.6%，与北京、上海、天津、江苏、浙江5省市随迁子女的总和相当，其中省外迁入占54%。对流入地县级政府的财政经费而言，既要承担本辖区内儿童义务教育经费的80%，又要承担流动儿童义务教育的全部经费，对流动儿童集中的大城市而言财政负担过重。

此外，作为一个自负盈亏的社会组织，地方政府具有自利性特点，为了追求自身利益的最大化，必然以地方化利益为其首要目标。只有当执行政策的结果能够给流入地政府带来显著的收益，或者存在合理的激励机制，抑或不这么做要承担严重的后果或责任，流入地政府才会主动或被动的承担流动儿童义务教育经费。然而遗憾的是，对流动儿童义务教育的保障并不在地方政府的政绩考核标准之列。一方面，中央政府对流入地政府承担义务教育经费没有明确、专门的激励机制；另一方面，即使流入地政府不承担或不充分承担流动儿童义务教育经费，也不会面临严重的法律责任。因此，流入地政府承担流动儿童义务教育经费并不会给地方政府带来立竿见影、显而易见的收益，而不按国务院的规定为流动儿童提供相应的义务教育条件，也不会带来明显的损失。[②]

更重要的是，流动儿童大量集中在北上广等一线城市及东部经济发达城市，大城市公立学校提供的教育质量水平也比流动儿童户籍所在地的教育水平高。在目前各大一线城市人口总量超出或接近城市人口饱和度的情形下，为了子女能够享受高质量的义务教育而全家迁入城市的流动人口，也许会成为导致城市管理失控的最后一根稻草。这也是2014年上半年北京市出台史上最严格的非京籍儿童幼升小政策的初衷。

因此流入地政府在主观上没有足够动力为流动儿童提供义务教育，通常以提高公立学校

①冯禹丁．北京人口调控战[N]．南方周末，2014-6-28(1)．

②对流入地政府是否愿意为流动儿童提供义务教育条件的详细分析，可参见尹姣容、葛新斌．流入地政府对随迁子女义务教育的履责问题研究——基于利益分析的视角[J]．教育导刊，2013,(8):27-28.

准入条件以限制流动儿童进入[①]，或收取借读费、赞助费形式来转嫁、缓解政府财政支出成本和压力。除了少数流动儿童可以进入流入地公立学校就读外，大部分流动儿童仍被排斥在公立学校之外。

（三）被公共财政排除在外的民办学校处境

对无法享受流入地公立学校义务教育的适龄流动儿童而言，如果不想与父母分开成为留守儿童又想在城市接受义务教育，就只能选择那些专门针对农民工子弟、收费较为低廉的民办学校（下文简称农民工子弟学校）。

对民办学校的性质及定位，我国1995年《教育法》第25条第3款规定：“任何组织和个人不得以营利为目的举办学校及其他教育机构”，此条界定了民办学校的非营利性质。第26条规定“设立学校及其他教育机构，必须具备下列基本条件：（一）有组织机构和章程；（二）有合格的老师；（三）有符合规定标准的教学场地及设施、设备等；（四）有必备的办学资金和稳定的经费来源”，以此明确了民办学校应当具备的基本要件。

2003年实施的《民办教育促进法》则进一步规定了民办学校取得办学许可的条件：“民办学校应当具备法人条件（第9条第3款）”，“民办学校的设置标准参照同级同类公办学校的设置标准执行（第10 条第2款），办学必须提交校长、教师、财会人员的资格证明文件（第14条第5项）”，“民办学校应当设立学校理事会、董事会或者其他形式的决策机构（第19条）”，“其中1/3成员应当具有五年以上教学经验（第20条第1款）”，“聘任的老师，应当具备《教师法》和有关行政法规规定的教师资格和任职条件（第28条）”。

对于民办学校的经费来源，《教育法》第53条第2款规定“民办学校办学经费由举办方负责筹措，各级人民政府可以给予适当支持”。《民办教育促进法》第44条规定：“县级以上各级人民政府可以设立专项资金，用于资助民办学校的发展，奖励和表彰有突出贡献的集体和个人”，第45条规定“县级以上各级人民政府可以采取经费资助，出租、转让闲置的国有资产等措施，对民办学校予以扶持”，第46条规定“民办学校享受国家规定的税收优惠政策”。上述法条中的“可以”二字，说明我国政府对民办学校没有经费资助的义务。但该法第51条对《教育法》中教育机构的“非营利性”限制有所突破，即“出资人可以从办学结余中取得合理回报”，尽管法律没有进一步明确“合理回报”的概念及范畴，但相对于“非营利”而言，正是为了促进民办教育的发展才允许私人投资者追求“合理回报”。

从投资的角度而言，资本只会往收益率高的地方流动。流动儿童的分布规律表明，大量流动儿童集中在北上广及东部经济发达城市，这些城市的房价水平与其经济发展水平成正比。符合教育法规要求的合格教学场地及教师工资成为办学的主要成本。而《民办教育促进法》中对投资回报率的“合理”限定标准，虽然相对《教育法》是一大进步，对具有雄厚经济实力的私人投资者而言却并不具有吸引力。事实上，为流动儿童提供义务教育的私人投资者，一般都不具备购买办学所需场地及校舍的经济实力，只能采取租赁形式。而租赁带来的不稳定性，则会进一步影响私人投资者的投资意愿。在“合理回报”的约束下，高昂的房价和师资成本与低廉的学费收入不出正比，在没有任何外界资金资助的情况下，必然导致投资者会尽量压缩办学成本的各项开支。尤其是教学场地及教学设备，绝大多数农民工子弟学校难以达到公立学校的标准。在师资成本上的节省，也会导致教师数量不足及教师收入不高而带来的流动性较高问题。这些弊端又将进一步影响农民工子弟学校通过政府教育部门的合格性审查，无法获得合法的办学资格。这一恶性循环的后果就是，没有合法办学资格的农民工子弟学校，面临着随时被关闭的风险为流动儿童提供低于公立学校教育标准的义务教育。一旦地方政府对这类农民工子弟学校进行严格执法，被关闭的命运在所难免。

[①]2014 年北京市非京籍儿童幼升小政策规定，非京籍儿童在北京上小学的前提条件是父母必须提供“五证”，即在京务工就业证明、在京实际住所居住证明、全家户口簿、在京暂住证、户籍所在地无监护条件证明。但即使五证齐全，非京籍儿童在北京上小学也并非易事。林露：《五证俱全，非京籍儿童在京上学也非易事》， 资料来源于 http://edu.people.com.cn/n/2014/0528/c1053-25077437.html，2015 年 1 月 5 日访问。

农民工子弟学校虽然是民办学校，但其主要是为城市流动儿童提供义务教育。尽管2006年《义务教育法》规定国家建立义务教育经费保障制度，国家将义务教育全面纳入财政保障范围，义务教育经费由国务院和地方各级政府予以保障。但《义务教育法》第62条却规定“社会组织或个人依法举办的民办学校实施义务教育的，依照民办教育促进法有关规定执行；民办教育促进法未作规定的适用本法”。而《民办教育促进法》中唯一针对承担义务教育民办学校的条款是第49条，“人民政府委托民办学校承担承担义务教育任务，应当按照委托协议拨付相应的教育经费”。该条款表明，只有政府委托的民办学校才可能享受政府的教育经费，没有经过委托的民办学校即使承担了义务教育任务，政府也没有资助义务；同时，政府对委托承担义务教育的民办学校进行资助的经费标准，是按照委托协议约定的标准，而不是按照国务院对公办学院规定的生均公用经费标准。

我国《教育法》和《民办教育促进法》并未因为农民工子弟学校所提供的义务教育，而对其有任何有别于其他类型民办学校的支持措施。只有经过政府委托、承担义务教育的农民工子弟学校，才可能享受一定的国家财政教育经费，而其他未经政府委托、私人自办的农民工子弟学校，无论其为多少流动儿童提供义务教育阶段教育，均不在国家财政预算之列。

一方面流入地政府不愿意为流动儿童提供义务教育，导致大量流动儿童被排斥在公立学校之外；另一方面，提供义务教育的农民工子弟学校不能享受任何的政府财政资助，这类学校大量被关闭或随时可能被关闭。最终导致流动儿童不是被迫回到户籍所在地读书而成为留守儿童，就是成为城市里的闲散失学流动儿童。

五、失学流动儿童犯罪与义务教育受教育权落空之高度关联性

处于闲散的失学流动儿童，是未成年人犯罪的主要主体，有关统计数据表明失学流动儿童与未成年人犯罪表现出了高度关联性。对未成年人犯罪主体特征的调查发现，城市未成年人犯罪中 70%左右是流动未成年人犯罪，有些地区甚至达到 80%（具体数据见下文分析）。就犯罪的流动未成年人教育背景而言，仅 2010 年调查数据显示，全国农村户籍未成年犯中未完成义务教育的比例高达 79.8%。[①]流动儿童犯罪率与未完成义务教育之间表现出高度关联性。

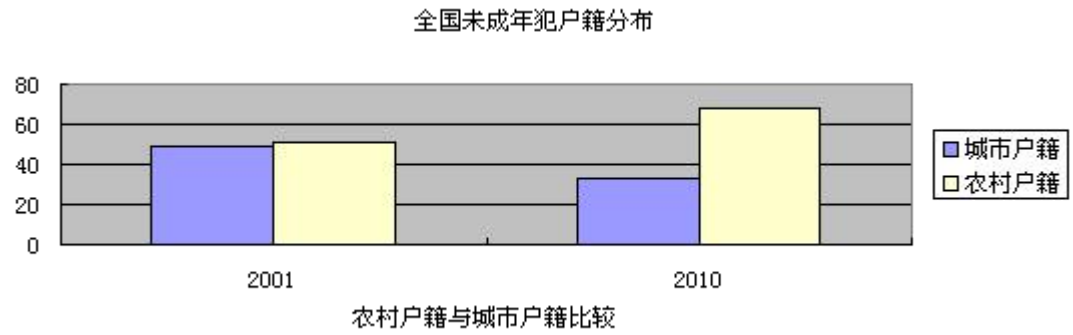
在全国范围内，最具代表性和针对性的未成年犯调查，是 2010 年中国预防青少年犯罪研究会主持进行的全国未成年犯抽样调查。该调查显示，全国未成年人犯罪体现出农村未成年人犯罪比例大幅提升、16 岁为犯罪最高峰、农村未成年犯未完成义务教育比例较高等特点。[②]其中，对犯罪未成年人户籍所在地的调查表明，家住城市的犯罪未成年人比例为 32.8%，家住农村的犯罪未成年人比例为 67.2%，农村未成年人犯罪比例显著提高。具体数据参见表 1[③]。

表 3

①关颖、刘娜．未成年人犯罪主体特征跨年度比较——以两次全国未成年犯调查数据为基础[J]．预防青少年犯罪研究，2012,(6).

②具体分析可参见关颖、刘娜．未成年人犯罪主体特征跨年度比较——以两次全国未成年犯调查数据为基础[J]．预防青少年犯罪研究，2012,(6)；操学诚，路琦，牛凯，王星．2010 年我国未成年犯抽样调查分析报告[J].青少年犯罪问题，2011,（6），下文数据皆源于此。

③表 3、表 4 均转引自关颖、刘娜：《未成年人犯罪主体特征跨年度比较——以两次全国未成年犯调查数据为基础》，载《预防青少年犯罪研究》2012 年 6 月。



农村户籍与城市户籍比较

就犯罪未成年人的年龄来看，15-16 岁未成年犯人数比例高达 63.09%，该年龄段是犯罪的最高峰。就犯罪未成年人的教育背景来看，2010 年全国未成年犯中没有完成义务教育的比例为 75.9%,而农村户籍未成年犯中没有完成义务教育的比例高达 79.8%(具体数据参见表 2)。未成年犯中,犯罪前处于“达到法定入学年龄,不在学、无职业”的闲散状态的比例高达 67.6%。

表 4　2010 年未成年犯未完成义务教育的比例（%）

文化程度	城市	农村
文盲	0.5	1.0
小学没毕业	9.9	16.5
小学毕业	8.6	7.7
初中没毕业	49.0	54.2
初中毕业	16.4	12.6
高中或中专没毕业	12.5	6.5
高中或中专毕业	3.1	1.1
大专以上	0	0

在地方范围内， 2009 年张远煌主持的“未成年人犯罪问题研究”课题组选取北京、湖北、贵州三地的未成年犯管教所进行抽样调查结果表明，三地的未成年犯在因犯罪进入少管所之前，处于既没上学又没什么事干的闲散状态人数的比例为 53.8%，而处于闲散状态的未成年人中，又以流动人口中的闲散未成年人犯罪问题最为突出。就教育背景而言，三省未成年犯中上过初中的人数最多，占 66.2%，上过小学的占 19.7%，没上过学的 0.8%。[①]

从北京市受案数量处于前列的海淀区检察院的情况看，2007 年该院起诉部门受理的未成年人刑事案件中，外地籍未成年犯罪嫌疑人共171人，占总数的75%。其中只有15人是在校学生，大多数均为无所事事的社会闲散人员。[②]此外，根据北京市二中院、朝阳、东城、丰台、通州、怀柔、密云法院对2008年12月21日至2013年6月20日期间审结的421件未成年人犯罪一审案件的统计数据，421件样本案件共涉及1265名未成年被告人，其中非京籍861人，占68.06%；在校生312名，占24.66%，其余75.34%的未成年犯处于闲散状态。[③]

上海市未成年管教所的调查数据也显示了共同的特点：2000年上海市与外省籍未成年犯人数比大致在6:4，2003年这个比例倒置为4:6，2005年为3:7。也就是说，2005年每10个少年

①张远煌等．中国现阶段未成年人犯罪的新趋势——以三省市未成年犯问卷调查为基础[J]．法学论坛，2010,（1）.
②佳琳等．未成年犯罪二代移民占七成[N]．北京青年报，2008-12-10(A9).
③北京市第二中级人民法院少年审判庭．北京市部分东片辖区法院近五年来审理未成年人案件专题统计分析报告[J]．中国少年司法，2013,(4).

犯中有3个上海籍、7个外省籍。到2010年，上海市的青少年犯罪中87%的未成年犯都是非上海籍的外来人员。[①]根据对2007年上海市少管所在押未成年犯的统计，当年上海市籍与外省籍未成年犯的比例为2：8；外省籍流动未成年犯中，文盲占总数的2.5%；小学（包括未读完小学，以下类同）学历占总数的25.9%；初中学历占总数的65.9%；高中学历21人，占总数的5.7%。问及在上海没有上学的原因，12.7% 的人是因为作为外来人口在上海没有学校可上。[②]

广州市外来未成年犯的比例高达85%，有些流动人口较多的区甚至高达94.3%和88.1%，外来未成年犯中文盲及小学文化程度者占18.2%，初中文化程度者占50%，高中文化程度者占7.9%，大中专文化程度者占2.8%[③]。

成都市未成年人犯罪统计显示，农村未成年犯在该市未成年犯中的比例从 2003 年的 63% 上升到 2006 年的 70%；而农村未成年犯的教育背景，初中文化的占 64.9%，小学文化的占 32%，文盲占 3%，而高中文化的只占 0.1%[④]。

综上，流动儿童较为集中的大城市未成年人犯罪具有两个明显特征：一是流动儿童成为城市未成年人犯罪的主要人群，所占比例近 70%，在流动儿童最多的上海、北京、广州等地该比例甚至高达 80%；二是未成年犯的教育背景，没有完成 9 年义务教育的未成年犯比例在70%之上，其中犯罪的流动儿童没有完成 9 年义务教育的比例则更高。城市流动儿童犯罪率居高不下与义务教育受教育权落空之间表现出高度关联性。

六、向国际人权公约初等教育受教育权之应然的迈进

国际人权公约向我们展示了初等教育的重要性及其应然状态，我国《宪法》及《义务教育法》在立法层面对我国的条约义务进行了转化——国家有为所有适龄儿童提供义务教育的义务，政府应为所有适龄儿童提供合格义务教育所需的场地、师资、设备等外在条件。

然而在实然层面，我国法律并未进一步明确中央、省市及县级政府之间义务教育经费分配比例而授权国务院规定，国务院则要求义务教育以地方县级政府为主，流动儿童义务教育以流入地政府为主。地方财政的先天差异以及流动儿童分布的不均衡，导致流入地政府怠于履行流动儿童义务教育之给付义务，从而以各种方式转嫁义务教育经费成本。同时，为流动儿童提供义务教育阶段教育的农民工子弟学校，又被《义务教育法》、《民办教育促进法》排除在财政经费资助范围之外，民办学校私人投资者的投资回报率还必须限定在“合理”范围内，至于“合理”的标准法律法规并未作出进一步解释。可见，对数量庞大的流动儿童而言，义务教育阶段的受教育权只是一种裸露的权利。

政府与教育密切相关，政府在教育的供给、拨款以及规制管理方面都起到重要作用。政府的作用就在于承认各种取舍权衡，并且建立教育体制，确定适当的拨款模式以调和公平——效率间的平衡。[⑤]教育财政关注的是如何筹集和在学校之间分配资源。筹集和分配资源的决策通常有三个准则或目标：充足、平等和效率。充足指的是要筹集足够的资源以供给理想水平的（包括数量和质量上）教育服务；平等指公平的筹集和分配资源以使具有相同特质的受教育者得到相同的待遇（横向公平），而具有不同需要者得到不同的待遇（纵向公平）；资源筹集的效率关注的是政府获取收益的活动能否最低限度的扭曲市场机制，教育资源分配的效率指的是以给定的资源实现教育产出最大化。[⑥]平等实现受教育权与公共财政中资源的筹集与分配方式密切相关，不同级别与不同地区政府之间对义务教育经费的分配及承担，直接关系到流动儿童义务教育阶段受教育权能否实现以及实现程度问题。政府切实履行流动儿童义务

①夏伯平等. 上海市青少年犯罪问题调查与对策研究[J]. 上海海洋大学学报, 2010,(5).
②张炜等. 上海市流动人口中未成年人犯罪问题调查[J]. 青少年犯罪问题, 2007,(5).
③安新予 . 广州市外来未成年人犯罪的调查研究[J] . 青年探索, 2004,(6).
④史志君 . 审判视角下的农村未成年人犯罪——以成都市为例的研究[J]. 青少年犯罪问题, 2008,(5).
⑤[英]克里夫·R.贝尔菲尔德 . 教育经济学——理论与实证[M] . 曹淑江,译 . 北京：中国人民大学出版社，2007：121.
⑥闵维方 . 探索教育变革：经济学和管理政策的视角[M] . 北京：教育科学出版社，2005：140.

教育的给付义务，必须从完善现行义务教育经费制度入手。

（一）义务教育经费必须以中央财政为主

在义务教育问题上，中央和地方政府的共同职能在于利用公共财政制度改善人口流动所导致的教育总成本增加和教育不均衡现象。但依据目前流动儿童义务教育以县级政府为主、以流入地公立学校为主的政策，流入地政府既要承担流动儿童过多所引起的额外财政经费成本，又可能面临外来人口过多引起的社会治理问题。例如，正是基于人口控制的考虑，北京市政府才在今年出台史上最严的非京籍儿童入学政策。虽然该政策会促使一部分流动儿童及其父母离开，但政府却可能面临更严重的流动儿童犯罪问题。

从政府职权角度而言，中央政府具有统一的税赋权和分配权，以中央财政为主承担流动儿童义务教育经费，才能有效避免地方财政收入差异导致的义务教育经费不均衡问题；也只有中央政府才能建立全国范围内的义务教育经费转移支付制度，应对流动儿童地区分布不均现象。

从政府职能角度而言，义务教育受益主体的广泛性决定了教育的公共属性，接受教育的个体从教育中受益，由个体组成的社会也因个体素质的提高而间接受益。农村流动儿童的父母绝大多数是进城务工人员，在城乡二元体制下他们无法享受充分而健全的医疗、养老等社会保障条件，在社会资源占有上本身就处于不利地位，特别是在收入有限的条件下，进城务工人员承担子女教育支出的能力受到极大限制。一旦这种被边缘化状态表现出代际相传的特点，被边缘化人群就极易以社会越轨的方式来“实现自我”甚至“报复社会”，令社会失去稳定、安全的秩序和环境。“把一个人关进监狱带给纳税人的直接成本是教育一个学生的单位成本的数倍。还会产生由受害人和经常由罪犯所在家庭带来的犯罪附加成本。由此看来，为处理未能为国民提供教育所花费的成本将是为全民提供高素质教育所需补充资金的数倍。未能贯彻教育机会平等而导致学生卷入刑罚更是普遍意义上的一种高成本的社会不公平。”[①]既然受教育权落空的后果突破地域限制而波及全国，反之亦然——义务教育阶段受教育权实现后的受益者也不仅是地方政府，还包括中央政府。“为了平等的对待所有人，提供真正的同等的机会，社会必须更多的注意那些天赋较低和出生于较不利的社会地位的人们。这个观念就是要按平等的方向补偿由偶然因素造成的倾斜。”[②]中央政府职能着眼于全国，既然义务教育阶段受教育权实现的最终受益者是整个国家和社会，因此承担义务教育经费应该是中央政府职能的应有之义。

此外，导致人口大量涌入城市的根本原因在城乡二元体制下的资源配置不平衡，国家发改委城市和小城镇中心主任李铁认为“中国国情里最重要的特点就是城市的等级化，等级越高可利用的行政资源越多，公共服务条件越好，因此就业的机会也就越多，所以人们愿意到大城市来，愿意寻求就业和发展机会”。[③]只有改变城乡与城市间各种资源分配状况，实现资源配置的均衡化，才是从根本上解决大城市流动人口过多的出路。而在全国范围内优化资源配置，必须依赖制度的顶层设计，而这种职权仅由中央政府享有，故相应的职责只能由中央政府承担。

（二）提供义务教育的农民工子弟学校不应被排除在义务教育经费制度之外

义务教育阶段受教育权的义务主体是国家，权利主体是所有适龄儿童。代表国家履行给付义务的是政府，以流入地政府为主承担流动儿童义务教育经费的政策，只涉及政府内部的责任分配问题，并不免除各级政府对流动儿童的义务教育给付义务。正常的程序应该是流入地政府对流动儿童义务教育经费作出财政预算，然后支付给公立学校，由公立学校为流动儿童提供义务教育。如果公立学校学位因各种原因无法满足流动儿童入学需要，那么流入地政

①[美]小弗恩·布里姆莱，鲁龙·R.贾弗尔德．教育财政学——因应变革时代[M]．窦卫霖，译．北京：中国人民大学出版社，2007：40-41.

②[美]约翰．罗尔斯．正义论[M]．何怀宏等，译．北京：中国社会科学出版社，1988：101-102.

③转引自冯禹丁．北京人口调控战[N]．南方周末，2014-6-28(1)．

府对未享受公立学校教育的流动儿童的义务教育经费预算，就不应该支付给公立学校。但这笔经费也不会凭空消失，仍然应该用于流动儿童义务教育。

农民工子弟学校虽然是私人投资的民办学校，在流入地公立学校无法满足流动儿童义务教育需求时，为流动儿童提供义务教育是对公立学校的有益补充。流入地政府将未支付给公立学校的流动儿童义务教育财政经费支付给这类农民工子弟学校是宪法的应有之义。在这一前提下，再对公立学校和农民工子弟学校施行同一准入机制，才是公平合理的。没有政府的财政经费，但必须提供和公立学校相同的义务教育条件，还要求私人投资的回报限定在未明确的“合理”范围内，显然是对私人投资进入流动儿童义务教育领域的限制。

如果政府既不对公立学校提供流动儿童义务教育所需的经费进行有效投资，又不资助实际为流动儿童提供义务教育阶段教育的农民工子弟学校，实质上是政府违法。

（三）义务教育经费应当随人流动，最好能支付到人

按照相关法律法规，义务教育经费按照适龄儿童的户籍所在地进行筹措，即各级政府之间均以适龄儿童的户籍为依据进行财政经费的预算及支付。由于流动儿童是从户籍所在地流动到非户籍所在地，如果各级政府依其户籍所在地作出的义务教育财政经费预算及支付不能跟随流动儿童一起转移，一方面，流动儿童不能享受中央及其户籍所在地政府应当承担的义务教育经费，户籍所在地政府应当用于流动儿童义务教育而不能用的财政经费对其本身而言也是一种浪费；另一方面，完全由流入地政府承担流动儿童义务教育经费，对流入地政府也不公平。

流动儿童是城市化进程的产物，他们都是因为父母的流动而流动。国家既然允许国民的跨区域自由流动，就不应该为其享受政府的福利设置障碍。如果义务教育经费可以直接由适龄儿童个人及其家庭掌握并使用，那么流动本身不会成为儿童接受义务教育的障碍。为了避免流动儿童家庭将义务教育经费挪作他用，在支付方式上可借鉴美国经济学家弗里德曼所提出的“教育券”方式，国家向儿童个人及家庭提供“义务教育券”，儿童接受义务教育时将其交给所在学校，国家再根据各学校“教育券”的数量，向其支付义务教育财政经费。接受义务教育的流动儿童数量越多，学校可以从国家获得的义务教育经费就越多。这种方式不仅限定了国家财政经费的专款专用，也在不同的公立学校、公立学校和民办学校之间形成良性竞争，更不会对流动儿童及其父母的流动造成障碍。

当然，还有一些关键问题因超出笔者研究范围而未在本文涉及。在目前我国中央和地方政府实行分税制、财政包干的基础上，中央政府、省级政府和市、县级政府之间对义务教育经费的分配怎样才合理？在地方政府义务教育经费供给能力不同的前提下，中央政府的义务教育经费如何分配才能最大限度实现教育机会的平等化？各级政府义务教育经费如何使用和管理，才能使资金运用的效率最大化从而实现教育质量的统一？这些问题既涉及中央和地方的关系，又关系到义务教育阶段受教育权是否具备国际人权公约所要求的可提供性、可获取性、可接受性及可调适性特征。

“教育的价值不应当仅仅根据经济效率和社会福利来评价”[①]，我国政府如何切实履行义务教育给付义务，以法律形式明确各级政府的义务教育经费公共财政制度，保障受教育权的实现，是向国际人权公约中初等受教育权应然状态迈进的关键。中央政府必须建立既适合于我国国情、又能最大限度实现平等、效率等价值目标的义务教育公共财政制度，才能平等保障所有适龄儿童的义务教育受教育权。只有教育经济学、教育财政学、社会学和法学工作者的通力合作，才可能找到适合我国国情的可行性方案，毕竟法律只是对利益博弈之后的分配规则予以确认的结果。

①[美]约翰．罗尔斯．正义论[M]．何怀宏等，译．北京：中国社会科学出版社，1988：102.

The Implementation of the Right to Primary Education in International Human Rights Conventions in China

-On the Perspective of Floating Children Compulsory Education Financial System

Wang Hui
(Humanity and law school of South China Agricultural University' Guangzhou510640' China)

Abstract: The right to education is a basic human right. It is the lowest core duty of States Parties to provide comprehensive, equal and free primary education to their citizens in CRC and CESCR. Chinese Constitution Law and Compulsory Law has established 9-years compulsory education system to fulfill its obligations under these conventions. However the realization of right to education depends on the performance of state payment obligations. Consequently compulsory education financial system is the base of state payment obligations and has a substantive effect on the implementation of the primary education right. As for floating children' s compulsory education, Chinese State Council has established a policy of relying mainly on county governments and inflowed government, which overlooked both the innate differences between county governments' financial revenues and the unbalance of floating children' s distribution. More over, the laws and policies lack stimulation measures and accountability system to the governments' payment obligations, therefore many floating children in metropolitan areas are not accessible to free compulsory education. Only compulsory education finance system relying mainly on central government could help the floating children enjoy their primary education right.

从中美新型大国关系看联合国集体安全体制面临的挑战和机遇

李雪平*

摘要：联合国集体安全体制是二战后理想主义和现实主义相结合的产物，其机构、规则和制度反映了战后大国之间的权力结构以及大国在国际和平与安全事项上的责任。它经受住了冷战及冷战后国际情势巨变带来的震荡，较为成功地履行了维持国际和平与安全的职能，但目前正面临中美新型大国关系带来的新考验。鉴于中美各自的实力及其在安理会内的法律地位，对中美新型大国关系不仅应有规范性理解，还应明晰其中存在的不利因素及其给本已困难重重的联合国集体安全体制带来的新挑战。中美新型大国关系的实际应用有助于联合国集体安全体制的改革与发展，并由此能增进其在维持国际和平与安全事项上的能力和质量。

关键词：中美新型大国关系　　联合国集体安全体制　　国际权力结构　　国际法律秩序

在二战废墟上建立起来的联合国集体安全体制，风风雨雨七十年了。它是二战后理想主义和现实主义相互结合的产物，①“欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸”，“采取有效集体办法，以防止且消除对于和平之威胁，制止侵略行为或其他和平之破坏。”②根据《联合国宪章》（以下称《宪章》），该体制的核心机构是安全理事会（以下称安理会），而安理会的权力则集中于持有双重否决权的中国、英国、法国、俄罗斯和美国等五个常任理事国“手中”。这不仅反映了联合国组织结构中的国家中心主义，表明了二战后国际权力结构的新变化和新调整，更体现了在维持国际和平与安全事项上的大国关系和大国责任。③

在安理会常任理事国的“队伍”里，中美关系不容小觑。作为亚洲大国，中国为维护亚洲地区的和平与稳定付出了许多努力，同时又承载着国际社会更多的期望和要求，正广泛地卷入国际事务，但由于陆地边界争端、海洋权益冲突等的实际存在，中国的这些努力还没能完全转化为国际政治领域的财富。作为当今世界唯一的超级大国，美国的“世界领袖”、“世界警察”的角色地位仍持续巩固，并随着其国家利益的需要不时地调整对外关系的政策，尤其在亚洲，美国在力推没有中国参与的《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）谈判的同时，高调运用“再平衡战略”重返亚洲，给亚洲政治经济格局与和平稳定局势增添了新的变数。④为维持亚洲乃至世界的和平与安全，建立“不冲突不对抗、相互尊重、合作共赢”的中美新型大国关系势在必行。⑤

鉴于中美两国在安理会内的法律地位和法律责任，中美新型大国关系显然会对联合国集体安全体制产生相当的作用和影响。集体安全是联合国的一项核心宗旨，它需要国家之间特别是大国之间的善意合作。如今的国际安全环境显然不同于冷战及冷战后时期，联合国集体安全体制的效用也应与以往不同。当国际社会不得不共同面对恐怖主义、武器走私、毒品贩卖、跨国洗钱以及贫富差距等非传统安全问题时，⑥在

*李雪平，武汉大学教授、博导。

① 关于理想主义、现实主义与国际组织的关系，详见叶宗奎、王杏芳主编：《国际组织概论》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 7-12 页。

② 《联合国宪章》序言及第 1.1 条。

③ See Richard Falk, Global Security and International Law, in Mary Kaldor and Iavor Rangelov (eds), The Handbook of Global Security Policy, John Wiley & Sons Ltd, 2014, p321.

④ 参见复旦大学金砖国家研究中心编：《金砖国家研究》（第一辑），上海人民出版社 2013 年版，第 32 页。

⑤ 自上世纪 90 年代以来，中国一直努力构建新型大国关系，终于在 2013 年习近平主席访美期间才非常明确地提出了构建中美新型大国关系的这一内容。

⑥ 冷战之后，随着国家之间武装冲突的减少，产生了某些真空地带，在全球化的作用下，跨国犯罪经济有了巨大发展，并以 7 倍于合法世界贸易的速度在增长。See John Robb, Brave New War: The Next Stage of Terrorism and the End of Globalization, John Wiley & Sons, Inc., 2007, p5.

国际法范围内，阐释联合国集体安全体制的大国关系基础、分析中美新型大国关系的内涵与隐忧及其对国际和平与安全事项的影响，有助于明晰以安理会为核心的联合国集体安全体制面临的挑战和机遇，由此期望能促其改革和完善，进而提升维持国际和平与安全的效率和质量。

一、联合国集体安全体制的大国关系基础与中美新型大国关系的内涵

在法律上和实践中弄清联合国集体安全体制的大国关系基础，对于澄清和规范理解中美之间建立“不冲突不对抗、相互尊重、合作共赢”的大国关系的内涵至关重要。

（一）联合国集体安全体制的大国关系基础

从法律角度看，联合国集体安全体制的基础是《宪章》，没有《宪章》确立的各种权利义务关系，就没有今天的集体安全体制。但从本质上看，这一体制建立在大国之间相互协调与合作的基础之上。大国关系是国际关系中最为重要和突出的一种关系，而法律化和制度化的大国关系则是建立集体安全体制的重要保障。

首先，联合国集体安全体制是由大国设计并依托大国关系产生的。在“无政府”状态下的国际社会，国与国之间权力的不平等是显而易见的，而大国间的权力政治“博弈”显然是十分危险的。第一次世界大战期间，美国总统 T.W.威尔逊为实现“领导世界”的对外政策目标，率先倡导集体安全，筹建全球性的集体安全保障体系——国际联盟。但在 1920 年国联成立后，美国却拒绝参加，苏联和战败国德国又被排除在外，它一开始就丧失了全球的普遍性。“尽管《凡尔赛条约》在规定上十分严苛，但对于战争的控制手段却又过于软弱，因此导致了 1939-1945 年之间的新冲突。”①第二次世界大战的广泛残酷性激起了人们对和平的渴望，为了实现永久和平而建立国际组织的要求更加迫切。英国前首相丘吉尔在他的《第二次世界大战回忆录》中有很详细的描述，美国总统罗斯福在对国会的演讲中以及与丘吉尔的通信中对其理想化的世界政治和安全组织充满了期待。②1941 年 8 月，英美两国发表《大西洋宪章》，呼吁建立一个“永久性普遍安全制度”；1942 年 1 月，其他 26 个国家发表宣言，支持《大西洋宪章》，并首次提出了“联合国”一词；1944 年，美国敦巴顿橡树园会议厘定了这一新的国际组织的基本轮廓，并以法律的形式确立了大国在国际和平与安全事项上的地位和责任；1945 年 4-6 月的旧金山会议上，来自 50 个国家的代表进行了两个月的协商，终于达成了《联合国宪章》的最后文本，并于同年 10 月 24 日生效。于是，联合国集体安全体制建立起来了，并由此开始“集中力量，以维持国际和平及安全”。③

其次，联合国集体安全体制的核心机构是由大国协同领导的安理会。为了保障一种体制能够充分发挥效用，必须建立一个核心机构来引导方向、规范行为、协调行动。作为集体安全体制的核心机构，安理会由已经法律化和制度化的 5 个常任理事国与需要通过联合国大会选举产生的 10 个非常任理事国组成。根据《宪章》，在国际和平与安全事项上，安理会拥有下列职权：其一，代表会员国履行维持国际和平与安全；其二，促请各当事国以和平方法解决争端；其三，调查任何争端或可能引起国际摩擦或惹起争端的情势；其四，就集体性的经济制裁或军事制裁提出建议。④此外，安理会还持有一些与国际和平与安全事项息息相关的权力，包括就接纳新会员国以及各国加入《国际法院规约》的条件提出建议、在“战略地区”行使联合国的托管职能、就秘书长的任命向大会提出建议等。同时，“安理会是联合国体系内唯一拥有决策权的机构，追求全球安全需要服从 5 个大国（常任理事国）的批准，并由此在世界安全的塑造方面发挥着地缘政治的作用。”⑤从安理会 70 年的实践看，除了 5 个常任理事国之外，世界上其他所有大国都曾就

① 多米尼克·莫伊西：“建立世界新秩序的条件”，载《参考消息》2014 年 9 月 24 日，第 10 版。
② 参见温斯顿·丘吉尔：《第二次世界大战回忆录》（10-11），张自谋等译，译林出版社 2013 年版。
③ See in detail Richard D.G. Crockatt, British Documents on Foreign Affairs: Reports and Papers from the Foreign Office Confidential Print, vol.1-5 (United States), Series C North America, University Publications of America, 1999.
④ 详见《宪章》第 24、33、34、41、42 条。
⑤ See Richard Falk, Global Security and International Law, in Mary Kaldor and Iavor Rangelov (eds), The Handbook of Global Security Policy, John Wiley & Sons Ltd, 2014, p321.

任非常任理事国席位或者正在任上。但由于大国关系中存在着各种各样相互矛盾的但又很合理的要求，安理会不得不力图在不同的诉求之间寻找可以接受的平衡，以应对和解决危及国际和平与安全的情势。

最后，联合国集体安全体制的平稳运行有赖于相对稳定的大国关系。冷战时期，“东西阵营”对立的格局，常导致尖锐的利益冲突，使得安理会难以作出一致决议，致使联合国的集体安全保障功能几近丧失。1970 年代以后，由于第三世界国家在联合国的力量增强和美、苏两国关系暂时缓和，在解决某些地区性国际争端方面，联合国大会和安理会做出了某些一致性（包括全体一致和多数一致）的决议，如联合国维持和平部队在中东地区、南部非洲、两伊战争等国际事件中所起的重要作用。大国都深刻明白，其间的分裂或者利益分歧的持续恶化必然会带来严重后果，在“囚徒困境”中就不得不选择最大忍耐限度内的协调与合作。无论是 1950 年代的朝鲜战争还是 1990 年代的海湾战争，都充分表明了大国之间在某些问题上的分歧不予克制的严重后果。在 2014 年克里米亚“脱乌入俄”事件上，西方大国认为“俄罗斯在乌克兰的所作所为对战后秩序构成了挑战”，要求作为大国的俄罗斯不要欺凌小国；①而俄罗斯则以“科索沃事件”来抨击西方大国的“双重标准”，并声称其行为尊重克里米亚人民自决的意愿，符合国际法。“领土完整是《宪章》的一项原则，但遗憾的是，《宪章》除了第 2.4 条外，对此并没有给予更多的规定，在与国际关系中不使用武力而宣称独立有关的领土完整问题上也保持了沉默。”②于是，在一连串的政治“口水仗”之后，西方大国渴望在安理会内以法律的方式“对决”俄罗斯；而在决议未能通过后，西方大国即对俄采取经济制裁。但无论如何，俄罗斯和西方大国之间的关系终究“斗而未破”，联合国集体安全体制尚在平稳运行中。

（二）中美新型大国关系的内涵

其一，中美新型大国关系以和平安全为起点，“不冲突不对抗”意即于此。在主权国家“林立”的世界上，和平应是永远的主旋律。没有和平，遑论安全、发展和人权。因此，《宪章》要求各会员国“力行容恕，彼此以善邻之道，和睦相处。”③中美之间建立“不冲突不对抗”的关系：一是完全符合两国利益最大化的原则。在没有“世界政府”的国际社会，国家利益是国家主权的中轴，不是国家利益围绕主权旋转，而是国家主权围绕国家利益而展开；中美两国无论做出什么选择，都以国家利益为核心动源，都深深扎根于国家的国际利益最大化的原则中。④二是完全符合《宪章》的宗旨和原则。作为联合国的会员国，中美应致力于“发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系”，“在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法侵害他国之领土完整或政治独立”。⑤三是完全符合和平解决国际争端的国际法原则和规则，即：在任何有争议、有歧见的问题上，都不应激化矛盾，而应本着善意，遵循《宪章》的规定，运用政治方法或法律方法和平解决其间的争端。四是完全符合国际社会的愿望。作为世界上最大的发展中国家和最大的发达国家，两国对此都不应徒有虚名，而应共同努力为国际社会的和平做贡献，这不仅包括中美两国之间持久的、广泛的和平关系，也包括在处理其他国际争议问题上的相互理解、相互包容的和平关系。中美唯有在“不冲突不对抗”的情形下才能建立友好关系，唯有在友好关系的基础上才能建立两国间的其他关系。

其二，中美新型大国关系以利益同向为途径，“相互尊重”意即于此。《宪章》确立了“各国主权平等之原则”，要求“不得干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件”，这就意味着中美之间应相互尊重彼此根据不同国情所选择的政治制度、经济制度和法律制度。尽管人们不愿意将二战之后依托联合国组织以及国际货币基金组织（IMF）、世界银行集团（WB）、多边贸易体制（GATT/WTO）而建立和运行的国际政治、经济和法律秩序称之为“美国世纪的世界秩序”，⑥但必须承认美国自那时以来在诸多相关领域内的主导和

① See James S. Brady (Press Briefing Room), *Statement by the President on Ukraine*, https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/03/17/statement-president-ukraine.（2014 年 3 月 18 日访问）

② Jure Vidmar, *Territorial Integrity and the Law of Statehood*, George Washington International Law Review, vol.697, 2012, p706.

③ 《宪章》序言部分。

④ 参见肖佳灵：《国家主权论》，时事出版社 2003 年版，第 497 页。

⑤ 《宪章》第 2 条。

⑥ See Shirley Scott, *Looking Back to Anticipate the Future: International Law in the Era Of the United States* in Rowena McGuire

强势地位。随着中国深化改革、扩大开放，其经济实力已今非昔比，在贸易和投资方面，中国需要美国，美国也需要中国；在安理会内部，中美之间的共同利益远大于其间的分歧；在处理或应对极端恐怖主义、贫富差距、武器贩卖、毒品走私等非传统安全问题上，美国对中国的期望以及中国对美国的期待可谓“彼此彼此”；甚至在互联网世界里，中美双方的合作途径和方式远超其间的分歧和争议。这些都表明了中美之间必须建立“相互尊重”的利益同向关系，以避免发生“只要伤害中国就必然会伤害美国的联动伤害模式”。①

其三，中美新型大国关系以民主互利为目标，“合作共赢”意即于此。在《宪章》下，国际合作不仅是一项原则，也是一项义务，更是发展国家间关系的重要内容。国际合作是为了节约资源、节约成本，进而获得最大化的利益。无论在哪个领域，没有一个国家能独立于国际社会而存在。然而，国际合作需要民主为支撑，没有民主的合作必然包含强权政治、强权逻辑以及强权实践等带来的恶果。“在各个民族的命运深深纠缠在一起的时代里，民主无论是在既已建立起来的国界范围之内还是超出这个范围以外，都必须得到再造和加强。”②今天的中美关系是一种相互依存的关系，不存在主从或者依附的因素。必须承认，中国虽然在数量上已成为世界第二大经济体，但其经济的“质量”仍无法与美国及其他发达大国相比，在很多领域的国际产业链和国际贸易的价值链上中国仍处于较低位置。中美之间“合作共赢”的新型大国关系，不仅体现在国际经济领域，也应该表现在国际政治领域。就非传统安全问题而言，任何一个国家都难以独善其身地置身事外，也难以靠一己之力来实现其绝对安全，寻求国际合作才是解决此类问题的正确选择，而合作共赢则是持久安全的重要保障，更是建立中美新型大国关系的“压舱石”。

毋庸置疑，“不冲突不对抗、相互尊重、合作共赢”的中美新型大国关系需要中美双方在理论上有相似或相同的认识，在实践中能更容易地解决分歧并达成一致，在法律上能形成规范双边关系的有约束力的规则，这显然有利于国际和平与安全，有利于联合国集体安全体制更好地发挥效用。但必须指出的是，中美新型大国关系中还存在一些隐忧或者其他不利因素，给本已困难重重的联合国集体安全体制带来了新的挑战。

二、中美新型大国关系中的隐忧与联合国集体安全体制遭遇的挑战

美国的“亚太再平衡”战略首先成为建立中美新型大国关系中的重大隐忧。2012 年 1 月，美国发布了题为《维持美国的全球领导地位：21 世纪国防的优先任务》的战略利益评估报告，宣称美国将致力于进一步削减军费，减少在欧洲的军事存在，但将加强在亚太地区的军事力量，以维护亚太的“安全与繁荣”。同年 6 月，在新加坡召开的第 11 届香格里拉对话会议上，③《美国对亚太的再平衡》报告明确提出了美国在亚太地区的作用及其推进“再平衡”的新军事战略计划。在 2013 年第 12 届香格里拉对话会议上，美国表示将向亚太地区投入更多空军、陆军力量及高科技武器，以落实“再平衡”战略，同时在外交等方面对亚洲的投入将增加 7%。④不可否认，美国“亚太再平衡”战略是为了保障美国及其盟国利益，但中国绝对是其绕不开的话题。无论是出于政治目的还是经济目的，“亚太再平衡”战略都具有明显针对中国的指向性，为中美关系平添许多变数。⑤对于中美关系在亚太地区的表现，澳大利亚曾在 2011 年就提醒说：我们的领导人既不能无忧无虑地认为，即便中国经济总量超过美国，美国还能统治亚洲；同样也不能天真地以

---

and Charles Sampford (eds.), Shifting Global Powers, Routledge, 2013, pp12-26.

① 参见于洪君：“关于中美新型大国关系的回顾与思考”，载《国际安全研究》2013 年 第 2 期。

② 【英】戴维·赫尔德：《民主与全球秩序：从现代国家到世界主义治理》，胡伟等译，上海人民出版社 2003 年版，第 56 页。

③ 香格里拉对话会议的正式名称为“亚洲安全峰会”，它是由总部设在伦敦的智囊机构——国际战略研究所主办的多边论坛，因其每年在新加坡的香格里拉酒店举办而得名，近年来已成为亚太各国防务高官和学者讨论区域安全议题的重要平台。

④ 参见“美国的亚太‘战略再平’”，http://news.xinhuanet.com/ziliao/2013-06/05/c_124805041.htm。（2013 年 6 月 8 日访问）

⑤ 参见军事科学院国防政策研究中心：《战略评估 2012》（年度报告），2013 年 5 月，第 16 页。

为，支持美国遏制中国的政策会无损澳大利亚与中国的关系。①

美国调整其亚太地区的安全政策或与近几年来的中国领土争端事件相关。在中国南海，越南、菲律宾等与美国关系密切甚或是美国亚太同盟成员的国家一直与中国存有争议。1994 年 11 月 16 日《联合国海洋法公约》正式生效后，美国就调整了对南海的基本政策，由“不介入”转为“介入但不陷入”。2008 年金融危机发生后，中美在南海问题上的分歧被经济困境一时掩盖。但从 2012 年开始，南海局势升级后，美国对中国海军动向的多次表态，显示了它可以随时介入南海问题的姿态。由此，南海问题表面上看是中国同菲、越等国之间的领土争端，而实际上则成了美国与中国的“博弈”之地。在中国钓鱼岛问题上，日本毫无节制地渲染“中国威胁论”，不仅在教科书上大做文章、抹杀侵华历史，还对《开罗宣言》中涉及中国领土主权的内容予以否定，并极力宣扬修改《日本国宪法》第 9 条，以增加其自卫权。②对此，美国《2013 年国防权限法案》中却明确规定，“钓鱼岛适用于《美日安保条约》第 5 条”。③

南海争端、钓鱼岛争端直接关系到中国的国家核心利益，更关系到亚太地区的和平与稳定，凸显建立“不冲突不对抗、相互尊重、合作共赢”的中美新型大国关系的重要性。鉴于中美在安理会内的法律地位和法律责任，前述不利因素显然会给本已困难重重并一直饱受诟病的联合国集体安全体制“雪上加霜”。

第一，联合国集体安全体制在协调大国之间的分歧方面一直“力不从心”。联合国的成立，标志着冷战的开始。冷战时期，安理会中大国之间的关系是对立而不是合作的，这大大降低了集体安全体制的应有作用。虽然在雅尔塔体系下，北大西洋公约组织（下称北约）和华沙条约组织之间存在的军事对峙，使得安理会中的政治权力关系表现出相对的稳定性，但两大阵营之间的军事对峙和政治斗争，使国际社会出现“弓张弩发”的紧张局势，并使得安理会在大国军事和政治权力的相互制衡中失去了活力。“人们也许还记得，1983 年，在有人谈及要把联合国总部迁出纽约时，美国代表团站在码头边，跟驶向‘日落地’的联合国欢喜地挥手告别的情景 ④。”冷战之后，由于常任理事国之间在政治、经济、军事、甚至文化等方面在某种程度上的协调，处在维持国际和平与安全的决策核心位置的国家之间的关系似乎变得“和谐”了。⑤这种“和谐”除了人们对冷战之后对国际组织发挥作用给予新的希望和信心之外，最重要的就在于安理会中西方国家力量的加强以及中、俄对安理会内权力失衡的无奈。全球化背景下，由于各种因素的作用，特别是非传统国际安全问题的作用，⑥使联合国集体安全体制遇到了空前的阻力和挑战。首先，在该体制的核心机构安理会内，纷繁复杂的程序要求虽然保证了《宪章》所确立的大国一致原则的实施及实施过程中的相对公正，但也使得安理会因此而显得反应迟钝和遇事拖沓，并成为“当今世界最为保守的机构之一”。⑦其次，联合国的维和行动，经常受到大国单边主义的影响和困扰，致使其在某些重大国际问题上显得无能为力。最后，随着某些国家经济力量与经济地位的不断提升，其政治诉求也相应增长，渴望在法律上成为政治大国，以求在维持和平与安全的国际决策过程中拥有发言权并能行使决策权。⑧可以毫不夸张地说，

---

① See Peter Hartcher, *No Reason to Get Even Closer to Uncle Sam*, Sydney Morning Herald, 15 Nov., 2011.

② 该条规定：日本国民真诚地谋求基于正义与秩序的国际和平，永远放弃以国家权力发动的战争，武力相胁或行使武力作为解决国际争端的手段。为达此目的，不会保持陆海空军和其他力量，不承认国家交战权。

③ 《日美安保条约》第 5 条规定：各缔约国宣誓在日本国施政的领域下，如果任何一方受到武力攻击，依照本国宪法的规定和手续，采取行动对付共同的危险。

④ See Peter R. Baehr and Leon Gordenker: The United Nations in the 1990s (2nd ed.), the Macmillan Press Ltd, 1994, p97.

⑤ 冷战结束只是意味着两个大国形成的两极对立僵局的松懈以及美、苏、中三角战略竞争关系的松懈，并不意味着大国之间权力政治关系的终结。See Ashok Kapur, Regional Security Structures in Asia, RoutledgeCurzon, 2003, pp42-47.

⑥ *See* “A More Secure World: Our Shared Responsibility” (Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change”, http://www.un.org/secureworld/report.pdf (2014 年 12 月 18 日访问)。

⑦ See Susan C. Hulton, Council Working Methods and Procedure, in David M. Malone (ed), The UN Security Council: from the Cold War to the 21st Century, Lynne Rienner Publishers, Inc., 2004, p 237

⑧ 比如日本，它一方面大肆呼吁安理会改革，另一方面通过经济援助扩大其在世界范围内的政治影响，甚至抓住苏联解体和东欧巨变后中亚地区的政治空窗期，在 1990 年代和 2000 年代推行“丝绸之路外交（Silk Road Diplomacy）”，谋求更多中小国家给予其政治上的支持。See in detail Nikolay Murashkin, Japanese Involvement in Central Asia: An Early Inter-Asian Post-Neoliberal Case? Asian Journal of Social Science, Vol.43, No.1-2, 2015, pp52 & 75.

如果事关国际和平与安全的争端发生在大国之间，那么联合国集体安全体制几乎形同虚设，2014 年克里米亚事件即是典型例证。①

第二，联合国集体安全体制存在着较为严重的“人格分裂”。在安理会领导的集体安全体制内，冷战时期“东西阵营”的严重分裂掩盖了英、法、美三国之间的分歧。冷战结束后，俄罗斯取代苏联成为安理会常任理事国，但它已不能和美国相抗衡；而中国的注意力则集中于国内经济建设，需要和平、稳定的国际环境。国际权力的重新分配，使安理会中的三个西方常任理事国得以重新回顾、再次审视国际生活的两个方面——国际主义论和国家利益论以及它们与这两种论调之间的关系，并重新思考哪些才是其工作的重点。由于这三个国家在历史文化、宗教信仰以及风俗习惯等方面拥有诸多的价值联系和价值认同，它们在政治上应该比较容易达成一致。但英、法之间的历史宿怨和民族隔阂，②导致了它们“在政治上的核心作用是一个矛盾的集合体，有点儿像分裂的人格”的局面：一方面，该三国致力于由其设计、创建的联合国集体安全体制，在国内和国际一直持续努力推动民主理想的发展和现代政治的宪法化，并广泛传播其认定的规范性文化；另一方面，它们对联合国集体安全体制也持怀疑态度，因为它们依然固守国家利益论的政治立场，必须把国家利益作为推行其外交政策的决定性因素。“对国家利益理论和现实主义的这种承诺，连同两者与民主价值及其传播的密切关系，给我们留下了一笔模糊不清的遗产，使美、英、法成为国际政治现代和当代双重属性的主要来源，国际主义观和国家利益观均寄居于此，并且推动了这一双重属性的形成。”③ 当各自独立的国家利益处于“上风”时，基于国际主义的联合国集体安全体制则显得“分力四野”了。

第三，联合国集体安全体制内区域办法和全球办法之间的“滑力大增”。为了国际和平与安全，区域办法是联合国集体安全体制不可分割的组成部分。《宪章》一方面鼓励争端当事国将地方争端提交安理会之前依区域办法或区域机关力求和平解决，另一方面要求应有安理会之授权，且不论何时应将依区域办法或由区域机关已采取或正考虑的行动向安理会充分报告。④。但在实践中，区域办法的滥用给集体安全体制“蒙上了浓重的阴影”。在利比亚局势方面，安理会于 2011 年一致通过第 1970 号决议，对其进行严厉制裁。但由于该决议未被有效执行，在美、英、法等大国的推动下，安理会于同年 3 月 17 日又通过了第 1973 号决议，拟对利比亚给予进一步的严厉制裁。可就在该决议通过的第三天（3 月 19 日），“北约”未经安理会授权，即对利比亚发动了代号为“奥德赛”的空袭行动。在利比亚局势未稳之时，从 2011 年初开始的叙利亚内乱不仅制造了现代历史上最大的难民危机，而且还创造了一种导致诸如伊斯兰国（ISIS）极端组织滋生的环境。2013 年 8 月，联合国公布了对叙利亚使用化学武器事件及其国内人权状况的调查报告，但到了 9 月，20 国集团（G20）峰会刚一闭幕，美国就发表了一份联合声明，由 15 国组成的“国际联盟”支持美国对叙利亚动武，区域办法再一次将全球办法置于尴尬境地。

第四，联合国集体安全体制的辅助方法或已成为强势大国进行“秋后算账”的工具。尽管在国际社会存在着“人权碎片化”的现实，⑤但必须铭记《宪章》和《国际刑事法院罗马规约》（下称《罗马规约》）序言中所示的有关人权保护、个人刑事审判等“软安全”的重要性。⑥如果说人权保护是维持国际和平与安全事项上绕不开的话题，那么独立于联合国的国际刑事法院则似乎已成为强势大国对局势动荡国家进行“秋后算账”的重要工具。1994 年，在某些大国的作用下，由安理会支持建立的前南斯拉夫国际刑事法庭将人权保护与刑事审判有机地结合起来。联合国人权理事会对此也功不可没，它通过实地调查，做成报告，提交给联合国大会，并促成安理会对危及国际和平与安全地区之人权问题的关注和重视。对此，安理会根

① See in detail http://news.xinhuanet.com/world/2014-03/16/c_119786570.htm（2015 年 2 月 20 日访问）。
② 自 1066 年诺曼征服盎格鲁·撒克逊开始，英法之间的关系就迈入了充满纷争和怨恨的历史。
③ 【法】让-马克·夸克：《迈向国际法治：联合国对人道主义危机的回应》，周景兴译，三联书店 2008 年版，第 127 页。
④ 详见《宪章》第 33、52、53、54 条。
⑤ See Linda Carter, *The Global Impact and Implementation of Human Rights Norms: Introduction*, Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal, Vol.5, 2012, p24.
⑥ See in detail Ramesh Thakur, The United Nations, Peace and Security, Cambridge University Press, 2006, pp 71-92.

据《宪章》，通过相关决议敦促当事国保护人权、维持地区和平与安全，继而对其进行经济制裁、军事制裁。在苏丹、利比亚、索马里等国家的国内局势问题上，安理会的集体行动和做法都具有高度的相似性，这当然也是《宪章》的根本要求。①在安理会采取一系列法律程序和实际行动结束之后，接踵而至的便是援用国际刑事法院对当事国内犯有灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪等罪行的个人予以通缉、逮捕、引渡和审判。根据《罗马规约》，国际刑事法院在行使管辖权、推迟调查或起诉以及国际合作和司法协助等方面，应尊重安理会的做法或决定。②但迄今为止，没有任何一个大国的公民个人被引渡至国际刑事法院，而诸如塞尔维亚、利比亚、肯尼亚等弱小国家内已被西方国家通过军事打击而倒台的前国家领导人或政要们正在被通缉，或者已被引渡至该法院。更有甚者，该法院还起诉了苏丹在任总统奥马尔·巴希尔和肯尼亚在任总统乌胡鲁·肯雅塔。③对此，有非洲国家认为国际刑事法院的做法有失公允，并公开抨击它已沦为新殖民主义的工具。④

三、中美新型大国关系的适用与联合国集体安全体制面临的机遇

首先，中美新型大国关系有助于解决全球范围内的贫困问题，进而有利于维护国际和平与安全。安全问题在很大程度上也是发展问题，饥饿、贫困向来是危及和平与安全的“毒素”，是滋生恐怖主义的“温床”，世界上很多地区的暴力冲突在于根深蒂固的不平等以及由此产生的广泛贫困。“随着不平等愈演愈烈，我们社会的基本结构受到压力、不堪重负，这往往导致经济和社会的日益不稳定，甚至引起动乱。”⑤美国“9·11 事件”的惨象还历历在目，中国新疆“暴恐事件”的伤痛尚未痊愈，伊斯兰国（ISIS）那惨绝人寰的恶行已引起世人公愤。⑥甚至，就在最近（2015 年 4 月 2 日），索马里宗教极端组织“青年党”在肯尼亚的莫伊大学制造了骇人听闻的恐怖袭击事件。⑦自 1991 年以来，索马里国内的战乱导致了政府缺乏管理、法制机构薄弱、贫困饥饿常见，其累积效应使国内局势进一步恶化，造成大量平民丧生。尽管面临严峻的安全威胁，联合国集体安全体制在索马里的存在却未有减少。⑧2014 年 1 月，美国向索马里派遣军事顾问和教官，与非洲联盟维和部队协调打击索马里最大的反政府武装“伊斯兰青年运动”。而中国则向非盟在索马里的维和行动提供物资援助，与索马里始终保持稳定的外交关系，通过各种形式的经济援助，促进当地经济发展，缓解和解决当地饥饿和贫困问题。在苏丹，自 1956 年独立后，其国内政局一直不稳，饥饿和贫困问题更不能及时得以有效解决。从 1989 年美苏两国关系恶化后，美国自 1993 年起就将其列入支持恐怖主义国家的黑名单，并单方面对苏丹实施长达 20 年的经济制裁，甚至还支持了南苏丹的独立。而作为中国重要的原油供应地之一，中国给予苏丹的基础设施建设和经济援助显然有助于解决当地贫困，缓解危及安全与和平的局势。因此说，中美新型大国关系能够增加两国间的相互理解和信任，有助于解决地区贫困问题，有益于维护地区的和平与稳定。

其次，中美新型大国关系有助于和平解决其间的国际争端，进而有利于拓展国际和平与安全的空间。由于国家主权的作用，因国家利益而发生的争端司空见惯。根据《宪章》第 33 条，联合国会员国和非会员国均应通过政治方法、法律方法解决其间发生的任何争端。历史反复证明，为争端而诉诸武力不仅不利

① See in detail S/RES/1591 (2005), S/RES/1970 (2011), S/RES/1844 (2008).
② 详见《国际刑事法院规约》第 13、16、87 条。
③ See in detail *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09; *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11; and *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*, 13 March 2015.
④ 更有意思的是，联合国人权理事会以强烈措辞谴责朝鲜长期存在的蓄意和广泛的侵犯人权行为，欢迎联大将联合国朝鲜人权状况调查委员会的报告递交安理会，并呼吁国际社会将朝鲜人权问题转交国际刑事法院。See in detail A/HRC/28/L.18.
⑤ See Secretary-General's Message for 2014 World Day of Social Justice, http://www.un.org/en/events/socialjusticeday/2014/sgmessage.shtml.（2014 年 10 月 10 日访问）
⑥ 尽管美国 9·11 事件的发生有相应的历史和政治背景，但国际市场发展的不平衡、全球资本主义的蔓延及其带来的贫富悬殊和阶级冲突等无疑才是根本原因。See in detail David Holloway, 9/11 and the War on Terror, Edinburgh University Press Ltd, 2008, pp7-57.
⑦ See http://phtv.ifeng.com/a/20150406/41040639_0.shtml.（2015 年 4 月 6 日访问）
⑧ http://www.un.org/english/focus/somalia/2.shtml.（2015 年 3 月 20 日访问）

于原有争端的解决，而且还会引发新的对抗和冲突。论及中美之间的争端，首当其冲的是在经济贸易领域。中美两国都倡导“外向型”的经济政策，均以促进产品和服务的出口为要务，从而导致在以“自由经济”理论主导的国际市场竞争中发生贸易摩擦的可能性大大增加。但由于 WTO 争端解决机制的效用，中美之间的贸易争端皆可通过政治方法和法律方法得到解决，即使存在各自国内利益集团施压的情形，但从未演变成“贸易战”。在人民币汇率问题上，美国一直认定中国存在行政干预和操控，并指示 IMF 进行评估，但双方仍然通过对话、谈判的和平方式使这一问题正朝着良性的方向发展。①在 2014 年克里米亚“脱乌入俄”事件上，中国权衡各方利益得失，更重视克里米亚人民的自决权，在对待美国提交的安理会决议草案的投票表决问题上，做出了正确选择，由此进一步推动了欧美和俄罗斯之间在这一争端上的和平解决。无论在经济领域还是政治领域，中美之间“不冲突不对抗、相互尊重、合作共赢”的新型大国关系，不仅可以缓和甚至防止两国之间的争端，也大大拓展了国际和平与安全的空间。

最后，中美新型大国关系有助于在目前缺乏规则的国际和平与安全领域达成共识，进而有助于健全和完善维护国际和平与安全的法律秩序。近年来，世界多极化和经济全球化趋势深入发展，各国在安全上的相互依存日益加深，维护和平、制约战争的因素进一步增长，这都得益于国际和平与安全的法律秩序。法律秩序不是一种抽象的法律规范或者法律体系，而是法律在社会生活中的实现，是法律内在运行的最后一环。它通过主体按照法律规范要求的法律行为建立法律关系，最终达到社会生活法律化的有序状态。但“法律如果对社会变化视而不见的话，法与现实之间的距离就会越来越大，最终法律必然会成为破坏秩序的罪魁祸首”。②在主权“林立”的国际社会，国家利益相互交融，但也存在分歧，安全冲突的风险随国家利益分歧的加剧而上升，维护国际和平与安全的法律秩序则显得尤为重要。建立中美新型大国关系，需要它们共同就地区海洋关系、网络空间和外层空间等问题通过谈判达成相应的国际标准，由此减少潜在的双边冲突。在海洋领域，美国应寻求批准《联合国海洋法公约》，而中国则应尽可能推进起草与东盟关系的原则、规则。甚至，《美中关系：走向新型大国关系》也认为，中美应在亚丁湾双边海军合作以及美方向中国海军发出参加 2014 年环太平洋军演邀请的基础上，促进更深层次的海洋合作，为制订解决争议和避免危机的新的规则和指南奠定基础。③任何制度的设计、谈判、达成和适用都是各方在某些利益方面“博弈”的结果，都以追求利益最大化为目的，也都必然带着“时代的烙印”。④中美在存有分歧的问题上，应摒弃“零和博弈”的安全观念，从中美新型大国关系来看待和处理此类问题对国际和平与安全的作用和影响，为两国间那些正走向社会化的国际问题制定规则，并推进此类规则从双边走向多边，进而推动维持国际和平与安全的国际法律秩序的健全发展。

必须承认，当今的国际情势已不同于 70 年前的样子，联合国集体安全体制的效用也应与 70 年前的不同。在建立中美新型大国关系的作用下，国际政治格局的变化以及国际权力结构的调整，都让联合国集体安全体制面临前所未有的机遇。主要表现在：

其一，联合国集体安全体制应重新审视区域主义和多边主义的关系，明确界定区域组织或区域办法的法律地位，特别是临时性区域办法的法律地位。在国际和平与安全事项上，多边主义与区域主义之间并不存在必然的矛盾，于是《宪章》第 8 章确立了区域组织在解决争端方面的作用，规定了联合国（安理会）与区域办法之间关系的原则和规则。在联合国安理会，几乎每年还就联合国与区域组织在维护国际和平与安全方面的合作问题召开专题辩论会，用以强调区域组织在预防冲突、解决争端、维和行动、建设和平和人道救援等方面具有的独特优势；安理会还根据《宪章》，通过相关决议（如第 2033 号决议）在法律上确

① 参见周武英：“中美战略与经济对话：人民币汇率问题或避实就虚”，《经济参考报》，2014 年 7 月 4 日。
② 李龙主编：《法理学》，武汉大学出版社 2003 年版，第 119 页。
③ 参见“中美智库联手发布报告中美如何建构新型大国关系”，
http://news.xinhuanet.com/world/2014-02/24/c_119472726.htm（2014 年 3 月 1 日访问）以及“基辛格：中美构建新型大国关系应充分认识合作的重要性”，http://news.xinhuanet.com/ttgg/2015-03/21/c_1114718130.htm。（2015 年 3 月 22 日访问）
④ 参见薛汉伟、王建民：《制度设计与变迁：从马克思到中国的市场取向改革》，山东大学出版社 2003 年版，第 55-58 页。

立区域组织或区域办法在维持区域和平与安全方面的作用和地位。一般而言，区域组织或区域办法的法律地位的取得方式可分为两种：一是自动取得，即：在《宪章》范围内，区域组织均可自动获得的权利义务，包括所有具有国际法律人格的区域组织，无论其功能或性质。二是主动取得，即：通过实际参与相关国际法律关系的状态从而为国际法所承认而获得，包括临时性区域机构或办法。在第一种方式下，《宪章》明确规定：区域组织的基本职能是以区域行动维持国际和平与安全，因此其存在不得有违于联合国的宗旨和原则；区域办法及区域机关的利用不得妨碍《宪章》第 34、35 条的适用；如无安理会授权，不得依其采取执行行动；依其所已采取或正在考虑之行动，应随时向安理会充分报告。然而，在 1999 年的波黑和 2011 年的利比亚，安理会的决议都被北约无限夸大地使用，甚至还绕开安理会授权而采取单独集体军事行动。在 2003 年的伊拉克，美国则索性绕开安理会，“先发制人”地发动了对伊拉克这一主权国家的军事打击。在 2014 年的乌克兰问题上，安理会和欧盟以及北约似乎都在“自说自话”，且各执一词，“多边组织合作的潮流中出现了类似联盟性质的集团对抗”，“对欧亚大陆影响范围的‘争夺’也更加激烈”。① 对于第二种方式下的区域办法，可谓可圈可点。在朝鲜核问题上，由中、美、俄、日、韩、朝共同参加的“六方会谈”虽多次讨论无果，但仍不能否定其对东北亚地区和平与稳定的贡献。②2013 年 3 月，因“天安舰”事件的朝韩之争，引发了朝鲜半岛新的紧张局势，但此后美、韩违背安理会一致通过的《主席声明》而进行的联合军事演习，则使东北亚的局势更加动荡，武装冲突一触即发。因此说，无论在法律上还是实践中，鼓励联合国集体安全体制下全球办法和区域办法发挥各自的比较优势，但其间的关系应是相互补充而不是重复劳动，应是相互促进而不是彼此冲突。

其二，联合国集体安全体制应高度重视经济制裁的必要性和刑事制裁的公正性，并能客观、全面地评价此类制裁措施的效果与后果。可以肯定地说，“在联合国集体安全体制下，无论是有关制裁的决定还是具体制裁措施的实施，都显得比较集中。”③根据《宪章》及《罗马规约》的相关规定以及安理会的实践，此类制裁措施大致可分为经济制裁、军事制裁和刑事制裁等三个阶段，其间可谓由轻至重、层层加码，用以震慑、威胁、严办国际和平与安全的破坏者。④就经济制裁来说，其目的是通过切断当事国对外的经济交往，导致其陷入经济危机进而陷于国内政治危机，从而迫使其停止破坏和平与安全的行为。冷战期间，由于“东西阵营”的制约和制衡，安理会仅通过两项经济制裁决议，即 1966 年对罗得西亚的第 232 号决议和 1977 年对南非的第 418 号决议。冷战之后，国际权力结构和秩序发生了根本性的变化，运用经济制裁的措施司空见惯，甚至“已成为某些国家对外政策的重要工具，而且美国、俄罗斯和日本等三个大国尤其倾向于使用经济制裁。”⑤但从实践看，大部分经济制裁措施的效果都不甚理想：一方面，多边制裁经常因实施问题而很难维持，当事国当局仍能通过各种渠道获取经济支持，并不影响其对地区和平与安全的破坏；⑥另一方面，经济制裁措施带来的国内经济没落萧条，导致当事国内平民及其他爱好和平的人们陷入空前的生活或生存困境。再者，由于对当事国的集体经济封锁，往往也会损害到相邻国家以及那些之前与该当事国进行经济交往的国家的利益。⑦自 2006 年 10 月以来，针对朝鲜进行的三次核试验，安理会都一致通过的相关决议对其进行经济制裁。在号称包含最严厉制裁措施的第 2094 号决议通过并执行后，加上朝鲜国内先军政治、资源匮乏、经济困顿、制度缺陷等因素，朝境内出现了较为严重的人权和人道危机。而对于中国来讲，由于之前与朝之间存在边境贸易、对朝境内投资，安理会的此类制裁措施使中国蒙受了

① 高飞、张建：“乌克兰危机背景下的大国博弈及其对国际安全格局的影响”，《国际政治》，2015 年第 2 期。
② See in detail *Statement by the President of the Security Council*, S/PRST/2010/13.
③ Nicholas Tsagourias & Nigel D. White, Collective Security: Theory, Law and Practice, Cambridge University Press, 2013, p18.
④ 详见《宪章》第 41、42 条以及《国际刑事法院规约》第 1、17 条。
⑤ 仅在 1990 年代就有 50 起经济制裁，比 1980 年代增加 36%，比 1970 年代增加 22%，比 1960 年代增加 58%。See Seth G. Jones, The Rise of European Security Cooperation, Cambridge University Press, 2007, p97.
⑥ See Seth G. Jones, The Rise of European Security Cooperation, Cambridge University Press, 2007, p103.
⑦ See Pierre Hazan, *The nature of sanctions: the case of Morocco's Equity and Reconciliation Commission*, International Review of the Red Cross, Vol.90, No.870, June 2008.

相当的经济损失。尽管《宪章》第 50 条规定，因执行制裁措施而遭遇特殊经济问题的国家（不论其是否为联合国会员国），“应有权与安理会会商解决此项问题”，实践中也有一些国家曾因此向联合国要求经济补偿，但由于计算的标准、范围、期限等方面的分歧，结果往往收效甚微。

刑事制裁从本质上说是联合国集体安全体制的一种辅助办法，它通过援用国际刑事法院并依据“个人刑事责任原则”对犯有严重国际罪行的人进行起诉、审理、惩罚等。就当前来看，刑事制裁的法律依据首先是《罗马规约》，然后是其他相关条约、国际法的原则和规则，特别是那些已经确立的武装冲突国际法原则，接下来是与行使犯罪管辖权有关的一般法律原则。①“法律是社会组织的核心内容，没有法律和相应的实施机制，就不可能有社会的凝聚力。”②但在实践中，“普遍管辖原则没有得到很好地尊重，特别是未得到世界上大国的尊重。国际刑事法院没有做到中立、不偏不倚和独立，反而更多时候似乎是在执行双重标准，并且只拿弱者做文章。国际刑事法院的被告，大约 80%是非洲人。”③

其三，联合国集体安全体制应重视建立关于国际和平与安全的国别报告制度，敦促并鼓励会员国特别是大国承担相应的义务。根据《宪章》，其要义有四：一是会员国应各自承担维持国际和平与安全之责任；二是会员国应担负依和平方法解决国际争端之责任；三是会员国应支持维持国际和平与安全之集体行动；四是会员应担负防止其间冲突之主要责任。尽管会员国在维持国际和平与安全方面的义务在《宪章》中表达的如此清楚，但在很多情形下，会员国不但没有尽到义务，反而还滥用集体安全体制下的“例外规定”（如《宪章》第 51 条）采取单边措施、谋取单边利益。朝鲜于 1991 年成为联合国会员国以来，朝鲜半岛并没有因此而笼罩地区和平与安全的光芒。2014 年，乌克兰和俄罗斯之间因克里米亚公投表决加入俄罗斯事件的争端，使国际法上的“民族自决原则”再次遭遇空前危机，也使俄、乌之间的武装冲突一触即发。主权国家之间因利益而起之国际争端屡见不鲜，尽管没有发生像第一次和第二次世界大战那样席卷全球的大规模战争，但局部的、区域的武装冲突时有发生。为了动员、督促、鼓励会员国特别是大国能更好地承担维持国际和平与安全的责任和义务，联合国集体安全体制有必要通过谈判来建立相应的国别报告制度，要求那些存在国际争端的会员国向安理会提交年度报告，阐述其为解决争端而采取的有关措施和做法以及对国际和平与安全的贡献。根据《宪章》，安理会可以通过组织专家并结合实际对此类报告进行审议、评价，洞悉危及国际和平与安全的事项及其发展趋势，并敦促有关国家采取措施或行动。④这种督促、鼓励会员国特别是大国积极承担维护国际和平与安全义务的行为在很大程度上可以防患于未然，总比坐等相关危机事件的发生而后采取制裁措施更有实际意义。

结论

尽管儒家政治理论下的自由和民主在很大程度上不同于《圣经》政治理论下的自由和民主，⑤但在面对国际和平与安全问题时，大国之间的政治分歧显然应置于次要地位。建构主义的利益理论解释了国家在进行区域或者多边合作时行为或政策选择的深层次原因，但它不是一个简单的利益驱动模式，也不是一个简单的政治谈判解释模式，而是国家在互动中合作身份和利益重新建构的动态解释模式。⑥因此说，“不冲突不对抗、互相尊重、合作共赢”不仅表明了中美新型大国关系的安全性和可预见性，更意味着已运行了 70 年的联合国集体安全体制面临的新挑战和新机遇。

联合国集体安全体制是为了防止另一场战争的发生，在这一点上已取得成功。尽管大屠杀和武装冲突时而再现，但如果没有联合国集体安全体制的存在，过去的 70 年可能会有更多更重的血腥。《宪章》是联

① 详见《国际刑事法院规约》第 21 条。
② Georghios M. Pikis, The Rome Statute for International Criminal Court, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p1.
③ http://www.un.org/en/ga/69/meetings/gadebate/24sep/chad.shtml.（2014 年 10 月 15 日访问）
④ 详见《宪章》第 29、30 条。
⑤ See in detail Sungmoon Kim, *Public Reason Confucianism: A Construction*, American Political Science Review, vol.109, No.1, 2015.
⑥ See in detail Alexander Wendt, *Why a World State is Inevitable: Technology and the Logic of Anarchy*, European Journal of International Relations, 9(4), Jan. 2003.

合国集体安全体制的法律基础，但它决不是一个具体的路线图，70 年后的今天它并没有过时，它所倡导的国际关系基本准则仍具有现实意义，由其建立和推进的集体安全体制依然是国际和平与安全的“守夜人”。70 年来，这一体制的成就在于大国之间的积极协调与合作，它的危机也源自大国之间的消极对抗与冲突。70 年后的今天，国际社会成员中的大国数量逐渐增多，自愿承担国际责任的热情和能力也在不断增加，二战后的国际权力结构及依此建立国际法律秩序已不适应变化了的国际情势。在中美新型大国关系中无论是迎接挑战还是抓住机遇，联合国集体安全体制都必须加强而不是削弱其在维持国际和平与安全方面的地位和作用。

如今，面对全球相互联系的利益以及通过这些联系而产生的复杂威胁，维持国际和平与安全需要在财富创造与稳定发展之间寻求平衡。但仅靠单一的民族国家是不能够保障这种平衡的，它必须通过联合国集体安全体制来实现所有国家在和平与安全领域的利益最大化，进而为财富创造和财富分享提供安全环境和安全保障。联合国集体安全体制在 70 年的预防性外交、维持和平与建设和平的努力中既有收获又有挫折，但其重要性和生命力毋庸置疑。倘若“不冲突不对抗、相互尊重、合作共赢”的中美新型大国关系能推而广之适用于国际和平与安全领域，可以预见联合国集体安全体制未来的能力建设、健康发展和效用质量。这也许是我们共同的期待！

中日海岛争端视野下美国对《开罗宣言》的态度评析及再解读

邓云成 江丹*

内容摘要：20 世纪 40 年代签订的《开罗宣言》对包括中国在内的饱受日本侵略苦难的国家来说具有极为重要的意义，《开罗宣言》、《波茨坦公告》、《日本投降书》等一系列文件肯定了台湾和钓鱼岛是中国领土的一部分，①但作为主推动之一的美国却基于其自身利益的需要，随意打破战后新秩序，与日本单方面媾和损害中国的利益。本文基于美国对《开罗宣言》的态度转变，分析了其主要原因；在以实力为后盾、利益为导向否认《开罗宣言》法律效力的大背景下，指出解读与运用作为思想志向的《开罗宣言》是扭转现实解释及态度的关键。

关键词：《开罗宣言》 态度 利益需要 效力问题 思想志向

一、《开罗宣言》前后美国对中、日态度的变化

（一）《开罗宣言》、《波茨坦公告》、《日本投降书》、《日本无条件投降书》确定了美国的开罗设想

1943 年 11 月，在世界反法西斯战争取得重大转折时，中英美三国首脑在埃及开罗会晤，②并在 26 日对《开罗宣言》的内容达成了共识。③但基于各种原因，④直到 1943 年 12 月 1 日才公开发表⑤对日作战宣言，即我们所称的《开罗宣言》。《开罗宣言》的主要内容包括：中英美坚持对日作战直至日本无条件投降为止；日本将窃取的中国之领土，例如东北四省、台湾、澎湖群岛等，归还中华民国；其他以武力或贪欲所攫取之土地，亦务将日本驱逐出境；日本归还自第一次世界大战以来在太平洋上所夺得的或占领的一切岛屿；在相当时期使朝鲜独立与自由。⑥此份公告推动了世界反法西斯战争的胜利，是战后处置日本问题的主要法律依据之一。

随着反法西斯战争的不断胜利，苏英美三国首脑于 1945 年在柏林近郊波茨坦举行会议，会议期间发表对日最后通牒式公告，即《中美英促令日本投降之波茨坦公告》（简称《波茨坦公告》）。⑦中国虽然没有参加会议，但是公告发表前征得了中国的同意。⑧《波茨坦公告》的第八条规定：“《开罗宣言》之条件必

---

* 邓云成，所在单位：国家海洋局海岛研究中心助研；江丹，所在单位：厦门大学法学院。本文为初稿，引用请联系作者。

① 参见《开罗宣言》、《波茨坦公告》、《日本投降书》各文本内容，相关解读可参见中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土》白皮书，2012 年 9 月；刘文宗：《<开罗宣言>为一个中国原则奠定了不可动摇的基础——驳所谓“<开罗宣言>无效”论》，载于《台湾研究》2003 年第 4 期；管建强：《国际法视角下的中日钓鱼岛领土主权纷争》，载于《中国社会科学》2012 年第 12 期；陈婷：《台湾地位的历史考察》，载于《湖南师范大学社会科学学报》2011 年第 5 期等。

② United States Department of State, *Foreign relations of the United States diplomatic papers, The Conferences at Cairo and Tehran, 1943* (1943), p. 293.

③ United States Department of State, *Foreign relations of the United States diplomatic papers, The Conferences at Cairo and Tehran, 1943* (1943), p. 299-300.

④ 一种说法是基于安全的原因，需要在德黑兰会议之后再行公布，参见 United States Department of State, *Foreign relations of the United States diplomatic papers, The Conferences at Cairo and Tehran, 1943* (1943), p. 299-300；另一说法是认为罗斯福认为有必要在公开此宣言之前取得苏联的同意，参见 Herbert Feis, *Churichill, Roosevelt, Stalin: The War They waged and the Peace They Sought*, Princeton University Press, 1957, p. 253, at http://archive.org/stream/churchillrooseve007330mbp/churchillrooseve007330mbp_djvu.txt, 24 September 2013.

⑤ 葛勇平：《开罗宣言》及其拘束力——写在《开罗宣言》签订 60 周年，载于《河北法学》2004 年第 6 期，第 69 页。

⑥ 《开罗宣言》中文全文，参见：《新华日报》（重庆）1943 年 12 月 3 日。《开罗宣言》英文全文，参见：Foreign Relations of the United States, *Diplomatic Papers: The Conferences at Cairo and Tehran 1943*，Washington, D.C: United States Government Printing Office, 1961, pp. 448-449.也可参见图片版：国立故宫博物院网页，下载于 http://www.npm.gov.tw/exh100/diplomatic/page_ch04.html，2013 年 9 月 24 日。

⑦ 《波茨坦公告》全文，参见：美英中促令日本投降之波茨坦公告，载于《军事历史》1982 年第 2 期，第 10 页。

⑧ 参见王国强：《波茨坦公告》的签字国为何没有苏联？，载于《中学历史教学参考》1999 年第 4 期，第 35 页；严志

将实施，而日本之主权必将限于本州、北海道、九州、四国及吾人所决定其他小岛之内。”①波茨坦公告进一步明确了日本主权的限制，肯定了之前《开罗宣言》的效力。

在《波茨坦公告》发表不到一个月之后，日本即宣布投降。②并于 1945 年 9 月 2 日签署了《日本无条件投降书》，日本在 1945 年对同盟国的投降书中也表明：“余等兹对合众国、中华民国、及大不列颠帝国，各国政府首脑，于一千九百四十五年七月二十六日于波茨坦宣而尔后由苏维埃社会主义共和国联邦之参加宣言条款，并根据日本政府，天皇，及日本帝国大本营之命令代表受诺之。右述四国以后称之为联合国。余等兹布告，无论日本帝国大本营，及任何地方所有之日本国军队，与夫日本国所支配下一切军队，悉对联合国无条件投降。”“余等兹为天皇、日本国政府、及其继续者，承约切实履行波茨坦宣言之条款，发布为实施宣言之联合国最高司令官，及其他特派联合国代表要求之一切命令，且实施一切措置。”③至此，日本认同并接受《波茨坦公告》，表明会切实履行《波茨坦公告》。

《开罗宣言》、《波茨坦公告》、《日本投降书》、《日本无条件投降书》这一系列环环相扣的法律文件，不仅展现了“文本”上的内容，更可以看出美国对构建远东地区战后新秩序的设想，即仍然坚持肯定中国的重要作用且遏制日本的发展，并求得对日作战的全面胜利。

（二）《旧金山和约》是美国与日本单独片面的媾和

然而，在美国的牵头下，包括日本在内的 49 个国家④于 1951 年在美国旧金山签订了《旧金山和约》，⑤中国并没有参与。⑥该和约关于领土问题作如下表述：日本放弃对台湾和澎湖群岛的权利、权利根据和要求。⑦而不再强调此前《开罗宣言》中必须归还中国的要求。⑧《旧金山和约》被认为是美国单独对日的媾和，严重违背了《开罗宣言》和《波茨坦公告》。⑨中国政府对美日这种私相授受中国领土的做法从一开始就坚决反对，不予承认。同年 9 月 18 日，周恩来外长代表中国政府宣布，这个所谓的和约是非法的、无效的，中国绝不接受。⑩而需要指出的是该和约规定北纬 29 度以南的西南诸岛等交由联合国托管，美国为唯一施政当局，该条约所确定的交由美国托管的西南诸岛并不包括钓鱼岛。⑪

但是在 1952 年 2 月 29 日和 1953 年 12 月 25 日，琉球列岛美国民政府先后发布第 68 号令(即《琉球

梁：《波茨坦公告》是怎样产生的？主要内容是什么？，载于《历史教学》1982 年第 8 期，第 31 页。

① 《波茨坦公告》全文，参见：美英中促令日本投降之波茨坦公告，载于《军事历史》1982 年第 2 期，第 10 页。

② 参见李恒：《日本无条件投降的前前后后》，载于《钟山风雨》2010 年第 4 期，第 4-8 页；廖兴森：《论二战中加速日本无条件投降的决定性因素》，载于《广西社会科学》1994 年第 4 期，第 69 页。

③ 中国抗日战争胜利日本投降史料选辑，载于《1945-1995 抗日战争胜利五十周年纪念集》，1995 年，第 9-10 页。

④ 参加会议的国家一共 52 个国家，但苏联、波兰和捷克斯洛伐克三国拒绝在和约上签字。参见：任毓骏：纪念《旧金山和约》的背后，载于《人民日报》2001 年 9 月 12 日第 7 版。

⑤ 即“对日和平条约”，相关材料可参见：俞力莎、王珑琨：《<旧金山和约>出笼始末》，载于《报刊荟萃》2013 年第 1 期，第 50-51 页；“对日和平条约”英文全文参见：Treaty of Peace with Japan (with two declarations), *United Nations——Treaty Series*, pp. 46-164.

⑥ 中国没有参会是源于杜勒斯－莫里森协议。从 1951 年 1 月起，杜勒斯作为美国政府对日媾和问题的总统特使，先后访问日本、菲律宾、澳大利亚、新西兰等国，通过个别磋商和保证、许诺等手段获得他们的同意。6 月访问英国，杜勒斯与英国外交大臣莫里森就对日和会由中华人民共和国派代表参加还是由台湾国民党当局派代表参加进行了商讨。美国主张由台湾国民党当局派代表参加；而英国在 1950 年 1 月承认了中华人民共和国政府，主张由中华人民共和国政府派代表。会谈结果，美国以在中东问题上帮助英国为条件，换取英国让步，达成既不邀请中华人民共和国参加，也不邀请台湾国民党当局参加对日媾和会议的所谓杜勒斯－莫里森协议。该协议还规定，将来是由中华人民共和国政府还是由台湾国民党当局与日本签订对日和约，将由日本政府决定。引自：纪念世界反法西斯战争胜得 60 周年-重要事件扫描，下载于 http://www.chinamil.com.cn/site1/ztpd/2005-05/09/content_199356.htm，2013 年 9 月 24 日。

⑦ Treaty of Peace with Japan(with two declarations), United Nations——Treaty Series, p.48.

⑧ Foreign Relations of the United States, D*iplomatic Papers: The Conferences at Cairo and Tehran 1943*， Washington, D.C: United States Government Printing Office, 1961, pp.448-449.

⑨ 参见：余子道：《旧金山和约和日蒋和约与美日的“台湾地位未定”论》，载于《抗日战争研究》2001 年第 4 期，第 134 页；胡德坤、韩永利：《<旧金山和约>与日本领土处置问题》，载于《现代国际关系》2012 年 11 期，第 11 页。

⑩ 周恩来：中华人民共和国中央人民政府外交部部长周恩来关于美国及其仆从国家签订旧金山对日和约的声明（一九五一年九月十八日），载于《人民日报》，1951 年 9 月 19 日；《现代国际关系史参考资料（1950-1953）》（上），北京大学出版社 1987 年版，第 562 页；

⑪ 郭永虎：《关于中日钓鱼岛争端中“美国因素”的历史考察》，载于《中国边疆史地研究》2005 年第 4 期，第 113 页；李国强：《战后国际秩序不容挑战》，载于《红旗文稿》2012 年 20 期，第 34 页。

政府章典》)和第 27 号令(即关于“琉球列岛的地理界限”布告)，①擅自扩大托管范围，将中国领土钓鱼岛及其附属岛屿划入其中，②进一步破坏了《波茨坦公告》等文件的规定。从战后的这一系列行动可以看出美国的态度正在逐渐发生变化。到 1971 年 6 月 17 日，美日签署《关于琉球诸岛及大东诸岛的协定》（简称《归还冲绳协定》）。该协定由前言和九项条款组成，其内容之一是：自条约生效之日起，美国将琉球群岛和大东群岛的一切权利移交给日本。③同时美国将属于中国领土的钓鱼岛也包括在琉球群岛管辖区域内，一并将所谓“施政权”交给日本。④至此，基于对日作战的反法西斯共识的《开罗宣言》、《波茨坦公告》、《日本投降书》、《日本无条件投降书》等系列法律文件所确定的事宜，被美国后续单方面所主导的《旧金山和约》等法律文件修改，赤裸裸地表现出美国对于开罗设想态度立场的改变。而这些改变完成的时间之短、影响之深远，则值得我们重视和思考。

二、美国态度变化原因分析

美国前后态度的变化显而易见，而本文正是力图寻求这种变化背后的缘由。从国家政治学的角度来看，国家利益⑤是国际合作与战争冲突的根源所在，共同的利益是各国相互合作的基础，而利益的相悖则可能引起战争或冲突。⑥纵观如此短期之内的态度改变，国家利益的需要应是引起美国前后态度大转变的根本因素，⑦本文以此作为一条总线索，在具体的历史环境中剖析不同时期、不同局势下美国对待中国和日本的态度变化。

（一）第一次世界大战后美日在中国的相互博弈

第一次世界大战结束后，美日在远东地区继续进行着激烈的竞争。美国企图遏制日本在远东地区的势力，改变日本独占中国的局面，而代之以美国主导列强共管。而一战后建立的华盛顿体系虽然在一定程度上抑制了日本独霸中国的野心，但是由于其本身的不稳定性以及日本不甘心束缚于该体系，日本在战后不断采取行动扩大其在东亚地区的势力。⑧

1931 年日本发动“九一八事变”，数月之内便占领了东北三省。⑨就美国而言，日本行为损害的主要是美国在东亚建立的和平与安全体系。因此，美国的反应是一开始就把日本的行动看作是一个“国际问题”。日本占领锦州后，美国政府于 1932 年 1 月 7 日向日本政府递交了被称为“不承认主义”的照会。⑩照会声称，“鉴于目前的局势及在此局势下美国本身的权利与责任，美国政府认为它有义务照会日本帝国政府及中华民国政府，美国政府不能认许任何事实上的情势的合法性，也不拟承认中、日两国政府或其代理人间所缔订的有损于美国或其在华国民的条约权利——包括关于中华民国的主权、独立或领土及行政之完整，或关于通称为门户开放政策的对华国际政策在内——的任何条约或协定。”⑪

---

① Civil Administration Proclamation No. 27, Geographical Boundaries of The Ryukyu Islands, Office of the Deputy Governor, APO 719, United States Civil Administration of The Ryukyu Islands, Office of the Deputy Governor, 25 December 1953.at http://www.niraikanai.wwma.net/pages/archive/caproc27.html, 24 September 2013.

② 李国强：“琉球再议”戳到日本痛处，下载于 http://ihl.cankaoxiaoxi.com/2013/0517/209999.shtml，2013 年 9 月 24 日。

③ 参见于群：《美国对日政策研究：1945-1972》，东北师范大学出版社 1996 年版，第 324 页。

④ 李国强：《战后国际秩序不容挑战》，载于《红旗文稿》，2012 年 20 期，第 34 页；郭永虎：《关于中日钓鱼岛争端中“美国因素”的历史考察》，载于《中国边疆史地研究》2005 年第 4 期，第 114 页。《冲绳归还协定》相关条款英文参见：http://www.cfr.org/japan/okinawa-reversion-agreement-1972/p30266。

⑤ 国家利益的定义，参见：RozetaE. Shembilku, *The National Interest Tradition and the Foreign Policy of ALBANIA*, pp.17-22, at dl.tufts.edu/file_assets/tufts:UA015.012.DO.00070 , 24 September 2013.

⑥ 作为最为严重的冲突形式，战争的起因非常多，包括领土问题、民族问题、霸权/征服问题、政权问题、争夺权力问题、宗教问题、安全/均势问题、阶级压迫问题等，而这些无外乎是追逐利益的后果。参见：夏保成、许二斌：《欧洲战争原因论——对中世纪以来欧洲战争起因的研究》，载于《河南理工大学学报（社会科学版）》2005 年第 2 期，第 89-101 页。

⑦ 可参见：斯卡拉皮罗：《美国外交政策的制定与实施》，载于《政治研究》1985 年第 4 期，第 6-8 页；

⑧ 参见：史桂芳：《第一次世界大战前后日本对外扩张与东亚格局之变动——以华盛顿体系为中心的考察》，载于《世界历史》2012 年第 4 期，第 4-13 页。

⑨ 参见：马尚斌：《九一八事变与二十世纪中国》，载于《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2001 年第 5 期，第 30 页。

⑩ 阮君华：《评“九一八事变”后英美两国的远东政策》，载于《江海学刊》2001 年第 5 期，第 142 页。

⑪ 《中美关系资料汇编》第 1 辑，世界知识出版社 1957 年版，第 476 页，转引自阮君华：《评“九一八事变”后英美两国的远东政策》，载于《江海学刊》2001 年第 5 期，第 142 页；祁怀高、梅毅：《华盛顿体系与大东亚新秩序比较研究》，载于《东南亚研究》，2008 年第 1 期，第 62 页。英文参见：Quincy Wright, The Stimson Note of January7, 1932,*The American Journal*

虽然美国采取了不承认主义的态度，但是并未采取实质性的行动与措施。究其原因，当时美国国内孤立主义主导着社会的舆论，同时也影响着外交政策，①另外美国此时还在经历资本主义最大的一次经济危机，当务之急是解决国内矛盾和社会问题。②这种态度一定程度上助长了日本侵略的嚣张气焰。③

而日本则愈演愈烈，于 1937 年发动全面侵华战争，华盛顿体系被打破。④7 月 16 日，美国国务卿科德尔．赫尔发表了《关于国际政策基本原则》的声明：我们一贯主张维护和平；我们主张在本国和国际事务上的自我克制；我们主张所有国家在推行政策时都不使用武力，不干涉其他国家的内政。⑤美国有以上看法，是想维持与日本的既有关系，刚刚经历经济危机的美国需要时间来恢复生产，而一战中大发战争财给了美国现实的利益经验。此外，对外贸易是刺激经济恢复的重要因素，而对日本贸易在美国出口中占有相当大的比重，美国不愿意得罪日本，危及美国对日本贸易出口。⑥

很多后来者批判英美等国家坚持绥靖政策而导致二战的战火愈烧愈旺，⑦假如我们历史性地评论美国当年的东亚政策，不难看出，美国当年政策之于美国的国家利益来说，并非是一个需要否定和重新调整的政策，而恰恰是美国外交和国际政治理念的政策和行为的必然体现和结果，也就是说当时美国的国家利益并没有要求美国政府采取比其已经执行的政策更为激烈和强硬的政策与行动去阻止日本的行动。⑧

（二）美国对华进行援助与扶植共同抗日

20 世纪 40 年代，世界形势与亚洲局势进一步发生变化，此时的日本已经充分暴露出其霸占东亚的野心，严重的威胁到美国在此地的利益，⑨美国也认识到一味地采取妥协的态度是行不通的，转而开始走上联合中国和英国共同抗日的道路。⑩从 1940 年 7 月开始，罗斯福政府开始对武器、军事器材、铝和镁等物质的出口实行发放许可证制度，以此对日本施加压力⑪。美国在日本占领印度支那北部后又把所有废钢铁纳入到出口许可证制度，这对钢铁工业要靠大量从美国进口废钢铁为原料的日本是个沉重打击。⑫8 月，美国宣布对日全面禁运石油，给了日本“仅次于战争的最猛烈的打击”。⑬在对华政策方面，美国国务卿赫尔有一段精辟的论述：太平洋战争时期，美国对华政策有两个目标：第一，采取共同行动，有效地对日作战；第二，在战时和战后承认中国是一个大国，它享有与西方盟国——俄国英国美国平等的地位，这不仅是为建立战后的新秩序做准备，而且是为了在东方实现稳定和繁荣。⑭中国作为反法西斯的重要战场和主

---

of International Law, Vol. 26,No. 2,Apr.,1932,pp.342.

① 参见：张华：《微观视角下的 20 世纪 30 年代美国孤立主义》，载于《井冈山学院学报》2008 年第 2 期，第 104-108 页；赵文莉：《孤立主义势力对美国远东政策影响》，载于《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2006 年第 4 期，第 50 页。

② 参见：蒋希正：《罗斯福新政的前因后果》，《黄淮学刊》，1989 年第 2 期，第 59 页，转引自任明明：《美国 20 世纪 30 年代爆发经济大危机的原因、表现和影响》，内蒙古大学 2007 年学位论文，第 22 页；张宗华：《试析美国传统外交政策——孤立主义的发展及其在 30 年代外交中的运用》，载于《西北师大学报（社会科学版）》1997 年第 4 期，第 50 页。

③ 后续日本发动了全面侵华战争，参见：张宗华：《试析美国传统外交政策——孤立主义的发展及其在 30 年代外交中的运用》，载于《西北师大学报（社会科学版）》1997 年第 4 期，第 53 页。

④ 参见：韩永利：《英美首脑决策与日本发动全面侵华战争》，载于《武汉大学学报（社会科学版）》1993 年第 3 期，第 81 页；赵东喜：《试论英美决策失误与日本发动全面侵华战争的关系》，载于《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2005 年第 1 期，第 133 页。

⑤ Cordell Hull, *The Memoirs of Cordell Hull*, Macmillan Co. Vol.1, p. 535.

⑥ 朱喜传：《开罗设想的构建和解体——二战期间美国远东国际体系构想的演变》，载于《湖北师范学院学报》（哲学社会科学版），2012 年第 5 期，第 20 页。

⑦ 参见：廖宣力：《论英国对日绥靖政策》，载于《国际政治研究》1990 年第 1 期，第 66-70 页；王宇博、冷光裕：《“九．一八”事变期间英美在华绥靖政策刍议》，载于《江苏教育学院学报》1995 年第 3 期，第 18-22 页；黄玉军、陈海宏：《英美对日绥靖与日本发动全面侵华战争》，载于《理论学刊》2009 年第 2 期，第 105-109 页；

⑧ 李朋：《国家利益与 20 世纪 30 年代美国东亚政策》，载于《求是学刊》2011 年 9 月第 5 期，第 145 页。

⑨ 王巧荣：《论抗日战争时期美国对华政策》，载于《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2006 年第 1 期，第 26 页。

⑩ 参见：王巧荣：《论抗日战争时期美国对华政策》，载于《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2006 年第 1 期，第 26-28 页；

⑪ 张赛群：《论太平洋战争爆发前美国对日本的经济制裁》，载于《江苏科技大学学报（社会科学版）》2005 年第 3 期，第 37 页。

⑫ 蔡玉民：《经济因素在美国对日政策中的作用（1937-1941）》，载于《世界历史》2001 年第 3 期，第 60 页。

⑬ 张赛群：《论太平洋战争爆发前美国对日本的经济制裁》，载于《江苏科技大学学报（社会科学版）》2005 年第 3 期，第 37 页。

⑭ 朱喜传：《开罗设想的构建和解体——二战期间美国远东国际体系构想的演变》，载于《湖北师范学院学报（哲学社

要力量，①对美国来说是一个极合适的合作伙伴，其共同利益是不言而喻的，一方面可以利用中国的军事潜力和地缘优势牵制日本的力量，另一方面美国开始谋划战后东亚新秩序的建立，②罗斯福把中国看作一个新的独立的和自治的亚洲国家体制中的主要支柱，③美国对当时的蒋介石政府还抱有较大的希望，希望在战后可以扶植一个亲美的中国政府，④以维护其在东亚的利益，实现全球霸主战略。⑤

太平洋战争爆发后的 1941 年 12 月 22 日到 1942 年 1 月 14 日，美国和英国为协调在反法西斯战争的行动及加强两国的合作在华盛顿召开了一次最高级会议，在代号为阿卡迪亚的会议上，罗斯福推举蒋介石为中国、泰国和印度支那的盟军最高指挥官。⑥1941 年 12 月 31 日，罗斯福致电蒋介石，提议建立中国战区：为立即完成我等共同抗敌力量之联系和合作起见，今天在南太平洋地区成立一最高统帅部，指挥全部美、英、荷军队。此项联合国在中国战区之共同活动，亦需有同样统帅部，事属当然，予已征得英荷政府代表之同意，建议麾下来指挥现在或将来在中国境内活动之联合军队之责，于等并建议，该战区包括联合国家军队可以到达之安南及泰国国境……特此奉电，企候赐复。⑦表现出对蒋介石政府极大的信任。

从 1942 年开始，美国更是从政治、经济、军事等方面对中国进行了一系列的援助和扶植，⑧以求按照自己的意愿建立东亚新秩序。⑨1943 年通过《开罗宣言》的公布向世人展示了一个以中国为中心、以美国为主导的开罗设想，而此设想正是建立在美国认为在战后的一段时期内日本不可能成为东亚大国以及对蒋介石政府的信任基础上。⑩

（三）开罗设想的破灭促使美国转变政策

然而随着蒋介石政府独裁统治越来越腐败以及在国内战争中不断败北，使得美国的开罗设想渐渐破灭。⑪与此同时内战期间共产党逐渐崭露头角，步步击退国民党，⑫显然，一个马克思主义政党统治的中国完全不符合美国当初的设想，况且与美国的头号敌国苏联又有着千丝万缕的联系，⑬意识形态的差别与利益的相悖使得美国认识到开罗设想不可能实现，企图通过中国来主导东亚新秩序的美梦完全被打碎，美国不得不另辟蹊径。⑭

会科学版）》2012 年第 32 卷第 5 期，第 21 页。

① 参见：肖栋梁：《论中国抗战在第二次世界大战中的地位》，载于《暨南学报（哲学社会科学）》1995 年第 4 期，第 1-9 页。

② 参见：马建国：《抗日战争时期的中美军事合作（1937-1945）》，华中师范大学 2004 年学位论文，第 1 页。

③ 参见：肖蓉：《抗战胜利后美国东亚战略的转变——历程、动因及其教训》，载于《太平洋学报》2005 年第 7 期，第 88 页；罗伯特．达莱克著陈启迪王伟明马宁等译，《罗斯福与美国对外政策（1932-1945）》，商务印书馆，1984 年版，第 506-507，714 页。

④ 参见：罗伯特．达莱克著陈启迪王伟明马宁等译，《罗斯福与美国对外政策（1932-1945）》，商务印书馆，1984 年版，第 474 页。

⑤ 参见：罗伯特．达莱克著陈启迪王伟明马宁等译，《罗斯福与美国对外政策（1932-1945）》，商务印书馆，1984 年版，第 555-556 页。

⑥ 参见：罗伯特．达莱克著陈启迪王伟明马宁等译，《罗斯福与美国对外政策（1932-1945）》，商务印书馆，1984 年版，第 473 页；马建国：《抗日战争时期的中美军事合作（1937-1945）》，华中师范大学 2004 年学位论文，第 47 页。

⑦ 秦孝仪主编：《“中华民国”重要史料初编——对日抗战时期》（第三编战时外交（三）），中国国民党中央委员会党史委员会 1981 年版，第 97 页。

⑧ 参见罗伯特．达莱克著，陈启迪、王伟明、马宁等译，《罗斯福与美国对外政策（1932-1945）》，商务印书馆，1984 年版，第 476-477 页。

⑨ 参见赵志辉：《战时日美国际关系理论的冲突及其对中国的争压》，载于《社会科学战线》2009 年第 10 期，第 128 页。

⑩ 参见赵志辉：《开罗会议新论》，载于《世界历史》2004 年第 5 期，第 49 页-58 页；朱喜传：《开罗设想的构建和解体——二战期间美国远东国际体系构想的演变》，载于《湖北师范学院学报（哲学社会科学版）》2012 年第 5 期，第 21-22 页。

⑪ 参见朱喜传：《开罗设想的构建和解体——二战期间美国远东国际体系构想的演变》，载于《湖北师范学院学报（哲学社会科学版）》2012 年第 5 期，第 23 页。

⑫ 《中共中央负责人评中国军事形势》，1947 年 11 月 14 日，中国人民大学中共党史系编《中共党史参考资料（解释战争时期）》（下册），第 311 页，转引自：牛军：《一九四五年至一九四九年的美苏国共关系》，载于《历史研究》2002 年第 2 期，第 98 页。

⑬ 关于中共（后来的新中国）与苏联的关系，可参见：沈志华等：《中苏关系史纲:1917-1991 年中苏关系若干问题再探讨(增订版)》，社会科学文献出版社 2011 年版。

⑭ 参见肖蓉：《抗战胜利后美国东亚战略的转变——历程、动因及其教训》，载于《太平洋学报》2005 年第 7 期，第 93-97

而此时美国对日本的政策是，从 1942 年便开始制定对日本占领政策的基本文件，最终形成了一份题为《日本失败后美国关于日本初期方针的要点》的文件，阐明对日政策的最终目标是：创造条件，使日本不再成为世界和平与安全的威胁；在日本建立一个尊重他国权利及国际义务的政府。①但是战争的进程超出了美国的预料，日本没进行本土决战就投降了。苏联军队未能进入日本本土和美国可以单独占领日本这一现实使美国对日本和远东产生了新的野心。②

对蒋政府的彻底失望③和意识到可以不用和苏联共同分享对日本的占领实权而通过独占日本来主导远东局势④使美国开始由打击限制日本转变为控制利用日本。1945 年 9 月 22 日，白宫公开发布的《初期对日政策》与先前的《日本失败后美国关于日本初期方针的要点》已经有很大的不同。尤其是《初期对日政策》的终极目标："美国在日本投降后初期必须遵循的政策，其终极目标是：（一）确保日本今后不再成为美国的威胁，不再成为世界和平与安全的威胁；（二）促使最终建立一个和平与负责的政府，该政府将尊重他国的权利，并支持联合国宪章的理想和原则中所显示的美国目标"。⑤对比《日本失败后美国关于日本初期方针的要点》的最终目标，我们可以发现，美国将其国家利益作为对日政策的最高目标，甚至置于世界和平与安全的目标之上。

在中国内战结束后共产党取得国内政权以及冷战开始的局势下，美国不得不进一步加速扶持日本，⑥以维护其在东亚的地位。美国将经济复兴列为重点，⑦除了要解决日本内部因长期通货膨胀⑧引起的经济混乱和社会动荡、占领军开支和维持日本经济稳定所必须的经济援助的沉重负担等问题外，⑨最主要的目的就是要把日本建设成为可替代中国的美国在亚洲的盟友。⑩美国从此开始在亚洲和日本勾结以实现其霸权主义的战略目标，在 1951 年和日本媾和签订《旧金山和约》，此后通过琉球列岛美国民政府发布第 68 号令和第 27 号令，⑪以及 1971 年签署《关于琉球诸岛及大东诸岛的协定》，基于此上文件，不断对中国领土问题进行干涉，至今对于东亚冲突起到了主要作用。

三、《开罗宣言》的解读困境

经过上文的分析，我们可以看出，美国基于其国家利益的需要，以《开罗宣言》等文件为基础的开罗设想已被抛弃，但中国作为《开罗宣言》等的签属国，并没有放弃《开罗宣言》，并且不断重申《开罗宣言》的法律效力。⑫但问题是美国等国通过否定《开罗宣言》等文件，重新基于《旧金山和约》等构建了

页。

① 参见 Martin M. Edwin, *The Allied Occupation of Japan*, Stanford University Press, 1948, pp. 5-7; 熊达云:《美国是怎样制定对日占领政策的》，载于《日本研究论丛》1986 年第 2 期，转引自：魏楚雄:《战后美国对日政策的演变》，载于《世界历史》1987 年 05 期，第 14 页。

② 参见魏楚雄:《战后美国对日政策的演变》，载于《世界历史》1987 年 05 期，第 14 页。

③ 参见贾春阳:《美国东亚政策的实用主义外交哲学解读》，载于《美国问题研究》2010 年第 2 期，第 132 页；魏楚雄:《战后美国对日政策的演变》，载于《世界历史》1987 年 05 期，第 17 页。

④ 参见赵洪伟:《战后美国远东战略演变与日本战争赔偿政策的相关性》，载于《甘肃社会科学》2007 年第 4 期，第 72 页。

⑤ Martin M. Edwin, The Allied Occupation of Japan, Stanford University Press, 1948, p. 45,转引自：魏楚雄:《战后美国对日政策的演变》，载于《世界历史》1987 年 05 期，第 14-15 页。

⑥ 参见贾春阳:《美国东亚政策的实用主义外交哲学解读》，载于《美国问题研究》2010 年第 2 期，第 133 页。

⑦ [日]小林义雄著，孙汉超、马群雷译:《战后日本经济史》，商务印书馆 1985 年版，第 34 页。

⑧ 关于日本二战之后的通货膨胀严重程度，参见：祁峰、吴丹:《二战后日本治理通货膨胀的经验及启示》，载于《大连海事大学学报（社会科学版）》2006 第 2 期，第 92-93 页。

⑨ 关于日本投降后的经济问题，参见[日]小林义雄著，孙汉超、马群雷译:《战后日本经济史》，商务印书馆 1985 年版，第 8-13 页。

⑩ 魏楚雄:《战后美国对日政策的演变》，载于《世界历史》1987 年 05 期，第 18 页。

⑪ Civil Administration Proclamation No. 27, Geographical Boundaries of The Ryukyu Islands, Office of the Deputy Governor, APO 719, United States Civil Administration of The Ryukyu Islands, Office of the Deputy Governor, 25 December 1953.at http://www.niraikanai.wwma.net/pages/archive/caproc27.html, 24 September 2013; 中华人民共和国国务院新闻办公室:《钓鱼岛是中国的固有领土》白皮书，2012 年 9 月。

⑫ 这方面的文献很多，如可参见：毛莉:《<开罗宣言>国际法效力毋庸置疑——纪念<开罗宣言>发表 70 周年学术研讨会在京召开》，载于《中国社会科学报》A01 版，2013 年 6 月 10 日；高悦、周超:《<开罗宣言>精神不容背离——<开罗宣言>发表七十周年学术研讨会在京召开，与会专家呼吁》，载于《中国海洋报》01 版，2013 年 7 月 8 日；刘文宗:《<开罗宣言>

新的东亚秩序，而此种秩序并没有得到中国的认可，虽然中国处于这种秩序之中，并且在积极谋求变革。无法否认，这种秩序与国家现实需要，即国家现实利益需要有关。在这种利益争夺的解释语境之下，包括在基于实证主义法学的国际法（特别是当代条约法）解读之下，我们能做就是基于上述法律文件，不断的重复其法律效力，不断的说服和宣传，以求立场的正当性。①但现实窘境之下，压力颇大：钓鱼岛虽然在中国海警的巡航范围之内，但岛屿仍处于日本的实际控制之下；琉球问题长久以来也是缘于理想与现实的“鸿沟”。在这样的情况下，中国民间存有一种认识，即中国国力强大了，钓鱼岛又存在极大的利益，才开始主张钓鱼岛。此种源于“利益衡量”的认识，从逻辑推演来说并不失一种可接受的看法，虽然此种说法的正确性很值得商榷。在对内说服之时，简单易解且不失正当的解读显得尤为重要，即我们需要一种能简单说明《开罗宣言》正当性的解释。而如果我们仍然坚持实证主义的解释路径的话，那么我们永远跳不出政府—利益—法律的解释方法，只是在不断寻找证据、不断主张和争论，让普通人更为困惑与无耐。除民间的困惑外，日本学者也指责中国是因为潜在的油气资源利益需要，才挑起钓鱼岛争端，②进而对钓鱼岛主张主权，否定《旧金山和约》效力。③当然，实际上日本对于石油的需要远大于中国，从此角度来讲，这也可以解释为日本基于现实利益的需求才最终挑起钓鱼岛争端，④进而主张《旧金山和约》，否则《开罗宣言》的存在。利益说下的《开罗宣言》存在极大的困境。

四、作为国际法组成部分的《开罗宣言》的法律效力：现实利益视角下的困境

在《联合国宪章》序言部分中，明确要求“创造适当环境，俾克维持正义，尊重由条约与国际法其他渊源而起之义务”。所谓“国际法上的条约”，就是在国际法约束下涉及至少两个国际法主体相互间的并对彼此有约束力的有关国际关系及其变更或者消灭的合意的意思表示。条约因此可能具备双边或者多边性质。⑤条约有各种不同的名称，从公约、国际协定、协约、总文件、宪章，到规约、宣言和盟约。⑥从法律性质来讲，《开罗宣言》毫无疑问可被认定为国际法的组织部分。但从日本方面来看，其认定《旧金山和约》也具有国际法效力。《开罗宣言》和《旧金山和约》在规制对象上有重复，同时《旧金山和约》属于后约，一般会认为其更有效力，但最大的疑问是《旧金山和约》的签订没有中国参加，而其中又明确涉及中国的核心国家利益，中国坚持主张认定《旧金山和约》是非法的、无效的。《开罗宣言》的效力是否有效，是否优于《旧金山和约》的效力则是一个至关重要的问题。换言之，涉及作为国际法最重要渊源的条约是否有效的问题。在 1926 年的 Certain German Interest in Polish Upper Silesia 案判决中，常设国际法院指出，“条约只能在其缔约方之间创设法律”。⑦关于此案的影响，对于中国与日本都是好消息，当然各自的解读角度不一样。根据上世纪英国国际法学家 H.劳特派特所阐述的为国际法学普遍接受的权威解释，凡载有由国家元首或政府首脑代表国家达成的协议并且订明有确切行为准则的国际宣言，都被公认为对各该国具有法律拘束力。⑧从此分析来看，《开罗宣言》具有法律拘束力。而在日本看来，《旧金山和约》也有法律拘束力。

为一个中国原则奠定了不可动摇的基础——驳所谓“<开罗宣言>无效”论》，载于《台湾研究》2003 年第 4 期；葛勇平，《开罗宣言》及其拘束力——写在《开罗宣言》签订 60 周年，载于《河北法学》2004 年第 6 期；饶戈平：《维护开罗宣言的权威性和有效性》，载于《台湾研究》2003 年第 4 期；王在希：《<开罗宣言>的法律地位和效力永垂史册》，台湾研究 2003 年第 4 期。

① 这里的正当性可以理解为多少人支持与赞成，这里介于语言的压力，又分为国内支持与国际赞同两个层面。

② See Ivy Lee, Competing Claims to the Diaoyu/Senkaku Islands under International Law: A Critical Evaluation, *China Oceans Law Review*, Vol. 2013, No. 2, p. 68.

③ See Japan Ministry of Foreign Affairs, Senkaku Islands Q&A, at http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/qa_1010.html#q1, 20 January 2015.

④ See Directorate of Intelligence, Intelligence Report, The Senkaku Islands Dispute: Oil Under Troubled Waters? CIA/BGI GE 71-9, May 1971, Point 47, p. 20, at http://cryptome.org/2013/07/guccifer-cia-senkaku.pdf#sthash.sadTucKD.dpuf, 10 December 2013.

⑤ 魏智通主编，吴越、毛晓飞译，《国际法》2012 年版，第 43 页。

⑥ 马尔科姆. N. 肖著，白桂梅、高健军、朱利江、李永胜、梁晓军译，《国际法》（第六版）（上）2011 年版版，第 74 页。

⑦ See Certain German Interest in Polish Upper Silesia (question of jurisdiction), at http://www.icj-cij.org/pcij/series-c.php?p1=9&p2=4,4 February 2015.

⑧ 饶戈平：《开罗宣言》的法律效力不容否定，载于《台湾工作通讯》2003 年第 12 期，第 13 页。

同时，“北海大陆架”案①明确解释到，没有签署和批准某个相关条约的各方不受条约规定的约束，所以中国是不受《旧金山条约》约束的。对于《开罗宣言》而言，包括美日中在内的各相关方都受其约束，而《旧金山条约》对中国并没有法律效力。虽然从本质上讲，《开罗宣言》和其它国际条约一样属于合同，同意与遵守是其核心要素。②在利益驱动下，美国可以转而否定《开罗宣言》的效力，但问题是本质上属于合同的《开罗宣言》是否可以根据美日利益方的需要而随时被否定。基于现实利益下的《开罗宣言》的法律效力显得那么有力而又那么无力。除了利益博弈之下的国际法分析之外，是否还有其它的解读可能呢？《开罗宣言》不仅仅是一份简单的合同，其是对二战反法西斯战争形成的一种同意与共识，是数以百万计的生命代价形成的新的国际秩序与体系。

五、作为法律思想志向的《开罗宣言》

有理论认为，国际法产生于各国基于对他国利益及国家间权力分配的认知，理性地追求利益最大化的行为。③而从广义上讲，国际法的历史与人类有文字记载的历史一样久远，它始自近东地区那些最初的和平条约。④那么什么是国际法，其是不是从利益说出发，在共同利益下愿意遵守的协定；倘若没有了共同利益，就无需再遵守协定。一个可能的结果就是部分国家遵守，部分国家不遵守。除了依靠武力解决之外，更多的是国家实力的争斗与较量。除当事方之外，更多的是基于利益需要的遵守与不遵守。而其他相关方，则可能基于自身利益的需要选择认同或不认同。国际法的一大问题就是执行机制，对于国内法来说，法律被视为规则体系以及背后的组织权力和执行机制。⑤国家之间的条约、协定等执行靠的是不同国家实力的博弈与理性选择下的推动。《开罗宣言》则是这种背景之下最明显的例子，中国的处境是虽身持正义，但实力相比处于劣势，以牺牲众多生命为代价的二战后形成的国际秩序受到了《旧金山和约》形成的新体系的挑战。

从实力论来讲，在不同国家综合实力较量对比下，中国并没有绝对优势的实力去全力推动《开罗宣言》的全面履行，在这样的现实背景下，就有人不断质疑《开罗宣言》的法律效力，进而有了从利益论角度解读中国对《开罗宣言》的坚定立场：有利益好处则支持，无利益好处则放弃或反对。然而，无论国际法还是国内法，都属于法律这一大类范畴，一般理论认定的特征是法律与国家有着密切关联，法律与政府不可分离。⑥实际上，若我们回到历史的最前端，认真考察法律的话，法律是可以超越政府范围的，甚至以几乎与社会秩序的维持没有直接联系的方式存在。⑦

伊斯兰教法律中存有“穆夫提”和法学家代表国家控制之外的一系列文本性权威，与其说伊斯兰教法律是作为一种统治工具，不如说是拥有一种超越了当时苏丹政治权威的知识权威。⑧而在信奉印度教的印度，具有复杂和精细哲学内涵的一套法律文本（即“达摩”）再一次在没有中央政府执行机制的情况下发展，直到殖民统治下的一种新政府形式的建议才导致这些文本翻译和转化为一套被法官所适用的法律。⑨这印证了一种情况的存在，即在没有存在集权化的政治权力去执行这些规则。⑩这就说明了在没有施加一般

---

① ICJ Reports, 1969, pp.3, 25.

② 参见路易斯.亨金著，张乃根、马忠法、罗国强、叶玉、徐珊珊译，《国际法：政治与价值》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 36 页。

③ 杰克.戈德史密斯、埃里克.波斯纳著，龚宇译，《国际法的局限性》，法律出版社 2010 年版，第 1 页。

④ 阿瑟.努斯鲍姆著，张小平译，《简明国际法史》，法律出版社 2011 年版，第 2 页。

⑤ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 148 页。

⑥ Simon Roberts, After Government? On Representing Law without the State, *Modern Law Review*, Vol. 68, Issue 1, 2005, pp.14-15.

⑦ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 152 页。

⑧ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 152-153 页。

⑨ Robert Lingat, *The Classical Law of India*, Berkeley, University of California Press, 1973, pp. 135-136.

⑩ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 158 页。

性命令下暴力的可能性。我们应认识到和平源于正义，但没有共同的手段来确保这样的和平。①简言之，取得和平的手段多样，但基于正义的和平却是唯一的。

《开罗宣言》的内容是针对日本的法西斯侵略，而作为反法西斯的主要战场——中国，为了打败日本对中国的侵略，付出了的沉重代价：

1947 年 5 月 20 日召开的"第四届国民参政会第三次大会"期间，行政院赔偿委员会提出的工作报告为国民政府公开发表的惟一一次八年抗战各项损失统计数字：财产直接损失为 313 亿美元，间接财产损失为 204 亿美元，军费损失 41.6 亿美元。军人作战伤 3227926 人，军人因病死亡 422479 人，平民伤亡 9134569 人，总计人口伤亡 12784974 人。②而这些代价的付出，也让中国反抗日本侵略达成了共识，形成了唯一的追求正义的和平思想，并在战争胜利后为反法西斯人民所坚持。

《开罗宣言》公布时，战争仍在继续，是否能得到百分之百的实现，相信当时草拟的几大巨头并没有绝对的信心。其代表的实际上是一种思想志向，一种今后几百年不会有任何改变的志向，是一种激励，而非百分之百确定的行动，因为影响行动的因素实在太多。当然，这种思想志向不是空想或者说毫无作用。

在早期的欧洲法国与英格兰，就有这样的事例，尽管法律由国王拟定，但这里很少或几乎没有在法院中被使用的迹象。在法律的颁布和执行中重要的仍然是国王或法官的话，立法是一种口头行动。③更确切地说，“就国王和他们的顾问而言，成文法能代表一种志向……这种激励是源于思想上的而不是实际的”。④在中国西藏中部，一部法典在大约公元 14 世纪时，有可能甚至更早，即当这一地区没有政治上统一时就已被阐述出来。当五世达赖喇嘛在 1651 年统一这一地区并建立以拉萨为基地的政府时，即采用了这一法典，同时，这部法典实质上没有改变地维持到了 20 世纪。尽管稍微不同的版本在西藏的不同地区被找到，但它们实质上都是同一种形式，包含对政府官员和军事指挥官的行政指导、规制个人行为的规则、宣誓和神明裁判的指导以及对特定犯罪的明确惩罚。然而，没有迹象表明他们的规定曾经真正用于实践。⑤《开罗宣言》在功用上和其是如何地相似，影响实践效果的因素实在太多，是否执行的确是一个问题，但其远比现代人所能认知的困难要小得多。就如一部留存超过六个世纪未被改变的法典，这种法律暗示了一种不变的思想。⑥对于西藏这部法典来讲，其暗示的是达赖喇嘛的理想为达到宗教和政治的和谐共生，因为这个缘于六世纪的先例，越古老就越有权威。⑦而对于《开罗宣言》来说，这个国际法文件暗示的也是一种不变的思想：反抗二战中法西斯的侵略，实现世界的和平和正义。关于这一点，不管是谁，无论是签订的当时、复杂的当下，还是遥远的将来，这一思想志向都是不会变的。

六、结论与建议

从实证主义法学来看，因为法律是君主或当权者颁布或制定，而《开罗宣言》也可以视为中美英三国制定的，⑧因此是不是法律，有没有效力也是几国政府首脑决定的。这些国家可以基于其自身利益需要随时改变，进而形成诸如《旧金山和约》这样的后续条约，以挟制更变历史与人类的牺牲。法律可能在被政府使用前已创制出来，或者甚至采取一种很不合适的形式来实现正义。主张法律是一种治理工具，这只看到法律可以如何被使用，而没有看到它是什么。在当代，我们事实上确实没有能够给法律的象征性、富有

① Paul Dreach, The Rues of Barat: Tribal Documents from Yemen, Sanaa: Centre francais d’ archeology et des sciences socials, 2006, pp. 295-297.

② 然而必须注意的是，此数仍不包括东北、台湾及海外华侨的损失，“七七事变”以前的损失亦未予计算，我敌后抗日根据地的军民财产损失也不包括在内。下载于 http://www.hoplite.cn/Templates/mct0058.html，2013 年 9 月 24 日。

③ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译，先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论第 11 卷第 2 辑，第 155 页。

④ Patrick Wormald, *Legal Culture in the Early Medieval West*, London: The Hambledon Press, 1998, pp. 21-25.

⑤ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 155-156 页。

⑥ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 156 页。

⑦ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 157 页。

⑧ 这也是对《开罗宣言》解释和解读的主要依据和路径。

表现力和志向力量应有的重视。①

在当今中日两国相互斗争的情境之下，特别是域外大国作为日本的后盾，基于其利益等需要，以各种方式支持日本对中国进行政治、经济、文化、安全等方面的遏制与竞争，希望从中“渔翁得利”。日本借此在右派领导人的带领之下，基于需要不断改变战后秩序。②而其中最主要的行动之一则是否定《开罗宣言》等奠定二战之后正当秩序法律文件的效力。③坦率地讲，在中日的相互竞争之中，中国暂时处于劣势。④在这样的背景之下，无论是对内还是对外，强调全面理解《开罗宣言》是非常必要的。如果我们过于强调功能、工具性维度、效用属性的一个或一些，而忽视其它属性，那么我们就无法正确对待我们自己的法律观念并意识到它的复杂性和力量。⑤

在国际法上，作为思想志向的《开罗宣言》不会随着几个国家的利益或几十年的改变而不断改变，其思想核心一定没有变过，在未来仍将不会改变。这样的认识，应成为我们应有的态度。

从落实《开罗宣言》的法律思想志向而言，就需要我们对于这样的思想志向予以足够的重视，让每一个人知道其核心内涵，用各种形式纪念、表达、重申其思想志向，以期在未来若干年后，作为人类和平共识的《开罗宣言》不再会因为个别国家的利益所需而被随意否定。就算他国否定，但作为组成国家的人，特别是中国人不否定，《开罗宣言》的效力就会一直存在，难以被篡改或毁灭。因为对于《开罗宣言》来说，只问其对错，不问其利弊是我们当下一代人应完成的主要任务。

---

① 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 173 页。

② 日本现任首相安倍晋三的主要支持者即日本右派势力（其一般具有强烈的国家民族主义精神或极端亲美），其基于自身实力不断扩张需求和改变日本战后秩序。政治方面的改变可参见：William Choong, Japan’s New Politics, *Survival: Global Politics and strategy*, Vol. 55, Issue 3, 2013, pp. 47-54; John Hemmings and Maiko Kuroki, Shinzo Abe: Foreign Policy 2.0., *Harvard Asia Quarterly*, Vol. 15, Issue 1, 2013, p. 8.

③ 除否定《开罗宣言》外，日本通过争夺岛屿及附属海洋的方式，大力开疆阔土，期望早日实现包含争议地区的“固有领土”真正固有化。参见：Alexis Dudden, The Shape of Japan to Come, at http://www.nytimes.com/2015/01/17/opinion/the-shape-of-japan-to-come.html, 10 February 2015.

④ 至少在与东盟的关系之中，相对于日本来说，中国处于后来者。同时中国在南海还存在很多争端，这样就加剧了与日本竞争的难度。相关内容，可参见：Renato Cruz De Castro, China and Japan in Maritime Southeast Asia: Extending Their Geo-strategic rivalry by competing for friends, Philippine Political Science Journal, Vol. 34, Issue 2, 2013, pp. 150-169; Yoshihide Soeya, A Higher Stage of ASEAN-Japan Partnership, ASEAN Newletter, September 2013, pp. 4-5; Amitav Acharya, ASEAN 2030: Challenges of Building a Mature Political and Security Community, Conference on “ASEAN 2030: Growing Together for Shared Prosperity” , Asian Development Bank Institute, 11-12 July 2011, Yogykarta, Indonesia, p.1.

⑤ 费尔南达.裴丽著，邓云成、宋东译：先于政府的法律：思想意识与志向，载于《中山大学法律评论》第 11 卷第 2 辑，第 173 页。

战后秩序和钓鱼岛争端①

张新军清华大学副教授

1、 引言：“争端”与和平解决争端的义务

二战后的法律秩序禁止国家在解决国际争端时使用或者威胁使用武力。根据联合国宪章，联合国成员国负有通过和平手段解决国际争端的义务。②宪章第 33 条 1 款进一步详细阐述了和平解决争端的方式。然而，除了宪章第 34 条试图区分“争端”（dispute）和“情况”（situation）之外，无论是在文本中或者宪章的上下文中，都缺乏对于争端的定义。③就争端的存在及其义务而言，似乎产生了一个困境。一方面，主张争端存在一方的立场不可能简单地被忽视，他们必然要求其对手履行谈判义务；另一方面，试图否认争端的一方自然不会认为有谈判义务并拒绝谈判或其他和平解决争端的方式，其结果必然导致“争端”进一步升级进而威胁到和平和安全。

远东地区的岛屿主权争端形势就恰恰陷入了这样一种可怕的场景。在这一舞台上，日本似乎进行着两个脚本：对于俄罗斯和韩国，日本寻求对方承认存在领土争端。具体而言，日本就其“北方领土”而言，强调致力于和俄罗斯协商。④在 1956 年，苏联曾经以将来和日本缔结和平条约为前提，承诺返还色丹岛和齿舞岛。⑤这一承诺被日本视为前苏联承认领土争端的存在；然而莫斯科却不时地放出口风拒绝承认领土争端的存在。⑥值得注意的是，日本

---

①原文为英文，题目是“Diaoyu/Senkaku Dilemma: to Be or not to Be”，发表在日本国际法学会《国際法外交雑誌》（日本）第113卷第2号，25-48页。本文的中文翻译由清华大学自动化系四年级学生西文韬同学做成。

②U.N. Charter Article 2(3). Article 33(1) of the Charter further elaborates the means of peacefulsettlement of disputes. 1 UNTS XVI.

③Bruno Simma (ed.), *Charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford University Press,1994), p. 102, p. 507. (hereafter cited as Simma) In the *Namibia case (advisory opinion)*, theInternational Court of Justice takes the view that the enquiry questions submitted by the SecurityCouncil were only related to the “situation” and not the “dispute.”The Court refused to accept thereasoning of the defense by South Africa claiming that there was a dispute concerning the Namibiaissue mainly due to South Africa not having presented a timely defense when the Security Councilwas discussing “situation” concerning Namibia.*See*, *Legal Consequences for States of the ContinuedPresence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports* 1971, pp.22-23, paragraph 25. However, the Court hasnot determined the criteria for in distinguishing between “situation” and “dispute” and it seems thatthe boundary between “situation” and “dispute” is not strictly drawn.

④The Japanese MOFA: Basic Understanding of the Northern Territorial Issue, text available at http://www.mofa.go.jp/region/europe/russia/territory/overview.html

⑤Joint Declaration by the Union of Soviet Socialist Republics and Japan, Article 9, October 19, 1956,text available at http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/docs/19561019.D1E.html

⑥Amy B. Quillen, “The Kuril Islands or the Northern Territories: Who Owns Them— IslandTerritorial Dispute Continues to Hinder Relations between Russia and Japan,”*North Carolina Journalof International Law and Commercial Regulation*, Vol. 18 (1992-1993), p. 403

认为存在争端的四岛上全部有人居住且处于俄罗斯的实际控制之下。同样的情形是韩国实际控制的独岛（Takeshima/Dokdo，日本称竹岛，韩国称独岛，本文为行文方便采用地理通称Liancourt Rocks），韩国的官方立场是独岛没有领土争端，因而不会承认争端的存在。对于日方反复提出的将争端提交至国际法院的提议，①韩国当然也拒绝加以考虑。②然而，在钓鱼诸岛/尖阁列岛（以下为行文方便单记为钓鱼岛，除非直接引用日文文献）问题上，对于中国通过谈判解决钓鱼岛争端的建议，日本则明确拒绝承认岛屿主权争端的存在。③

中日双方均为联合国成员，且自 1972 年以来维持着得之不易的和平友好关系，因此钓鱼岛问题当然在宪章义务的履行上为中日双方带来一个困境。中方需要考虑的是如何在日方不承认争端的情况下提出和平解决的方案；而日方需要考虑的是面对一个本国没有正式承认的争端时在宪章和一般国际关系上应该尽何种义务。

本文主要讨论中日两国围绕钓鱼岛问题在宪章履行和一般国际关系上的困境。现行研究大多围绕两国在钓鱼岛主权的实体问题上的主张和反驳展开，并已经对此进行了相当深入的分析。本文作者将重新审视现行研究中呈现出的中日双方在实体问题上的争点，并且尝试提供一个新的国际法的视角来考虑何为触发和平解决义务的“争端”。在接下来的第二章，作者首先将回顾中日两国围绕钓鱼岛问题的外交交涉，分析双方是否达成了存在争端的共识。第三、四章探讨中日双方各自针对钓鱼岛主权的实体主张和反驳④，并重新评估这些主张的对立是否构成了正当的争端。文章的结论认为，法律洞见可能有助于消解中日在钓鱼岛问题上的困境。⑤

638, p. 642.

①The Japanese MOFA: Takeshima issue, available at http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/takeshima/position.htm

②Korean Government’s Official Position on Dokdo, Feb 2, 2012, available at http://www.korea.net/Government/Current-Affairs/Others/view?affairId=83&subId=233&articleId=1012.
MOFAT Spokesperson’s Commentary on the Japanese Government’s Announcement on Dokdo, Aug17, 2012, available at http://www.korea.net/Government/Briefing-Room/Press-Releases/view? articleId= 1545#none.

③In the 2013 Japanese Basic View, it states that “there exists no issue of territorial sovereignty tobe resolved concerning the Senkaku Islands.” *See*, The Basic View on the Sovereignty over theSenkaku Islands, available at http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/basic_view.html.(hereafter cited as The 2013 Japanese Basic View). Here it is “issue” rather than “dispute” thatJapan believed not to exist. However, in the legal sense, “issue” is defined as “a point in disputebetween two or more parties.” *See*, *Black’s Law Dictionary*, 9th ed. (West Group, 2010), p. 907.

④For the sake of discussing an ongoing “international dispute” with regard to peaceful settlementobligation between “states” (i.e., China and Japan, if not only between “Member States”), this studywill focus on the position of PRC government who represents China in the United Nations as well asin the China-Japan bilateral relations.

⑤There is a completely different view seeing that international law (due to the malleability of theavailable substantive rules on territorial acquisition) is unhelpful for lasting and legitimate settlementin the Diaoyu/Senkaku case. *See*, Ramos-Mrosovsky, Carlos, “International Law’s Unhelpful Role inthe Senkaku Islands,”*University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 29 (2007-2008),pp. 905-07.

2、 关于“钓鱼岛是否存在争端”的争端：外交交涉记录

关于钓鱼岛是否存在争端的分歧，首先表现在对于 1972 年中日首脑进行的未见载于文本的谈话的理解上。事关钓鱼岛这一两国间的敏感问题，这个未见载于文本的谈话对于中日的双边关系很重要，因此必须在外交上谨慎处理对待。然而，由于 1972 年《中日联合声明》并没有提供关于钓鱼岛的内容，实定法意义上一般要求更多的信息以确定中日双方是否达成了搁置钓鱼岛的共识。因此，一份由双方谈判官员署名记载了当时中日首脑会谈内容的备忘录显然有助于澄清是否达成共识的事实。如意图约束双方，最好也能把这个备忘录作为《中日联合声明》的附件，当然法律前提是《中日联合声明》本身是一个对中日两国具有约束力的具有条约性质的文件。①当上述均为落实的情况下，是否存在文本记录之外的双方首脑有关钓鱼岛的共识这一问题，有必要借助当时围绕钓鱼岛的事件脉络加以理解。

日本基于美日《归还冲绳协定》②声称重新获得了对于钓鱼岛的管辖权之后，中国政府立刻发布声明抗议美日的单边行动侵犯了中国对于上述岛屿的主权（以下：中国 1971 年政府声明）。③三个月后，日本外务省首次发布了其关于这些岛屿的基本立场（以下：日本政府 1972 年政府声明）。④在中日的这两份文件中，双方都陈述了大量的对钓鱼岛的主权主张和对针对对方主张的驳斥。从上述围绕钓鱼岛主权双方主张和驳斥所呈现的立场对立来看，毫无疑问这些岛屿的主权归属上存在争端。换句话说，至少在 1972 年，双方对于这些岛屿的主权进行着有效的争议。

随后，在 1972 年中日两国通过《中日联合声明》实现了邦交正常化。⑤但是声明中并没有提及钓鱼岛。中方坚信，在高层会谈期间，两国领导人就搁置钓鱼岛争端形成了一个文本之外的暗含的共识。多年之后，日本外务省在“关于尖阁列岛的问答”这一小册子中公布了

①中方一直将 1972 年《中日联合声明》作为国际法上的条约看待。日方官方似乎并非这样，因此也没有送交国会（众议院）履行条约批准的国内程序。值得注意的是，日本学界近来有观点认为《中日联合声明》部分条款内容，如第 5 条有关放弃战争赔偿的约定，是有约束力的。参见，浅田正彦「日華平和条約と国際法（四）」『法学論叢』１５２巻４号（２００３年）４-５頁。[Asada Masahiko, “Treaty of Peace between Japan and the Republic of China and International Law,”*HogakuRonsou*, Vol. 152, Issue 4 (2003), pp. 4-5.

②Agreement between Japan and the United States of America Concerning the Ryukyu Islands andthe Daito Islands, June 17, 1971, *Shuyo-Joyakushu; Shouwa 60 nenban,* (Gaimushojoyakukyoku,
1977) pp. 57-78; Japan’s Foreign Relations-Basic Documents, Vol. 3, pp. 481-489. text available at: http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/docs/19710617.T1E.html

③ZhonghuaRenminGongheguoWaijiaobuShengming [中华人民共和国外交部声明 Declaration ofMinistry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China], *RenminRiBao*[人民日报 *People’sDaily*], Dec. 31, 1971. (hereafter cited as the 1971 Chinese Declaration)

④On March 8, 1972, the Japanese Foreign Ministry issued “The Foreign Ministry’s View Concerningthe Rights to Ownership over the Senkaku Islands”日本外務省「尖閣諸島の領有権問題について」『外交青書』第１６号（１９７２年）５０７-５０８頁 available at http://www.ioc.utokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/JPCH/19720308.O1J.html (hereafter cited as the 1972 Japanese Statement

⑤Joint Communiqué of the Government of Japan and the Government of the People’s Republic ofChina, September 29, 1972, available at, http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/joint72.html.(hereafter cited as 1972 Joint Communiqué)

日方版本的周恩来-田中会谈记录，却坚称关于这一问题领导人并没有达成文本之外的共识。①《人民日报》的一篇文章为日方故意避免引用完整的周-田中会谈感到遗憾，并谴责日方在两国的双边关系的外交事务中造成了不信任。②这家报纸引用的中方对于会谈的详细记录显示，田中和周恩来都声明“这个问题（即钓鱼岛争端）以后再说”。③

1978 年，中日双方订立了《中日和平友好条约》。④再一次，条约中没有任何一款提及钓鱼岛。很有意思的是，前述“关于尖阁列岛的问答”的小册子披露了一段与 1978 年 10 月 25 日中日首脑邓小平-福田谈话相关的细节。邓小平（时任中国副总理）说道“我们双方在 1972 年以及协商和约的时候，已经达成过关于搁置争端的共识了”；然而，“福田首相没有予以回应。”⑤

同样有意思的是发生在会谈后的另一个插曲。在双方举行了互换《中日和平友好条约》批准书的仪式的第二天，邓小平在日本记者俱乐部召开了一场新闻发布会。在回答场上日本记者关于钓鱼岛/尖阁列岛的问题时，邓小平重申道，两国在 1972 年达成不讨论这一问题的共识，并且，他相信，下一代人将足够有能力去找到一种双方都可以接受的解决方案。⑥对于邓的上述发言，没有任何关于日本政府当场或者事后提出抗议的报道。在记者招待会现场人们报以了长时间的掌声。⑦

这两个即使日方也不能否认的事实，即使不足以确立日本方面对中方所认为存在搁置争端共识的承认，至少构成存在共识的旁证。按照常识，假如日本坚持认为中日并没有达成这个（搁置争端的）共识，日方至少会对此表示质疑。日方对这个关键问题没有回应，似乎也是中日在该问题上外交交涉的一部分。这样看来，到 1978 年为止的外交交涉，对于日本所持的钓鱼岛争端根本不存在的立场，即便不是不利的，至少也是不那么有利的。⑧

在这些事件之后的 1979 年 6 月，基于“两国已就搁置钓鱼岛争端达成共识”的信念，中

① “Q&A on the Senkaku Islands” factsheet published byJapanese Ministry of Foreign Affairs, available at http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/qa_1010.html#qa14. (hereafter cited as Q&A factsheet.

②JipingGuo, “Diaoyu Dao Shi ZhongguoLingtu, TiezhengRushan, [钓鱼岛是中国领土、铁证如山！Diaoyu Islands are Chinese territory. The ironclad details pile up mountain high],”*RenminRiBao*[人民日报 *People's Daily*], Oct. 12, 2012, at 3. (hereafter cited as JipingGuo)

③Ibid.

④Treaty of Peace and Friendship between Japan and the People's Republic of China, August 12,1978, available at http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/treaty78.html

⑤Q&A factsheet, *supra* note 17

⑥Deng fuzonglizaiDongjingJizheZhaodaihui Shang Da Jizhe Wen [邓副总理在东京记者招待会上答记者问 Vice Prime Minister Deng Meets the Press at Tokyo], *RenminRiBao*[人民日报 *People's Daily*], Oct. 26, 1978.

⑦Ibid.

⑧ReinhardDrifte, “Japanese-Chinese territorial disputes in the East China Sea— between militaryconfrontation and economic cooperation,”*Working paper*, Asia Research Centre, London School ofEconomics and Political Science, London UK (2008), available at: http://eprints.lse.ac.uk/20881/.“It is fair to say that there has been an evolution from agreeing, at least implicitly, to the 'shelvingArrangement' in 1972 and in 1978, to later explicitly denying such an agreement.” (hereafter cited asReinhardDrifte)

国政府通过外交渠道向日本政府提议，表示愿意与日本共同开发钓鱼岛水域的资源。这是中国第一次正式地正式提出“搁置争议、共同开发”的政策，作为处理同海上邻国之间领土和资源争端的立场。①

对于 1979 年中国提出的共同开发的提议，日本长期保持沉默。②在中日双方有关东海的渔业和其他的自然资源安排的几次双边会谈中，中国多次提到 1979 年的这个提议，但是日本不愿予以回应。在 1997 年，中日两国签署了关于渔业的协议。③在这份协议中，钓鱼岛附近水域并不在双方合意的临时措施区域（provisional measures zone，PMZ，位于北纬 27 度和北纬 30 度 40 分的平行线之间），并且在该水域也并不实施双方合意的能够在各自的专属经济区所采取的措施。④在协议中并没有共同开发钓鱼岛周围水域的渔业资源的条款。

上述渔业协定所反映的可能的情况是，中日双方在涉及钓鱼岛问题时，只是单纯的谨慎。在笔者看来，这种谨慎本身也并不足以得出存在搁置钓鱼岛争议的结论。⑤事实上，协议中没有对于进入钓鱼岛周围水域的两国的渔船以及船旗国为两国之外的渔船有任何明确的保障，来保障这些船将会免于双方的任何一方的执法措施。⑥双方在上述水域的执法问题上（执行本国法律），即使有所克制是脆弱的，该水域围绕执法活动的紧张局面，随时可能随着双方的对抗而加剧。显然，这个或隐式或显式的搁置争议的共识，要么是从 1997 年渔业协议中消失了，要么是从来没有存在于该渔业协定中。

2008 年 6 月 18 日，中日双方同时发表了名为《东海问题原则共识》的文件（东海共识）。⑦这个文件设定了一小块区域以供共同开发，并且为日本企业提供了和中国企业一道开发春晓油气田的机会。这两个性质不同的开发安排，都位于北纬 27 度线以北。与 1997 年渔业协议一样，原则共识也是有意地避开了北纬 27 度线以南、涉及到钓鱼岛/尖阁列岛的区域。这个原则共识至少历经了十一轮司局级的谈判，耗时四年多才达成。在此期间日本一直拒绝将

---

①Chinese policy of “Set aside dispute and pursue joint development,” available at http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/ziliao_665539/3602_665543/3604_665547/t18023.shtml

②The Japanese MOFA was of the view that negotiations for “joint development” were only betweenprivate entities, not between the two governments.*See*, ReinhardDrifte, *supra* note 24.

③Agreement on Fisheries between the People’s Republic of China and Japan, signed on 11November 1997, entered into force in 2000, reprinted in *Japanese Annual Yearbook of InternationalLaw*, Vol. 41 (1998), pp. 122-129.(hereafter cited as the 1997 Fishery Agreement)

④*Ibid.*Article 6.

⑤For an opposite views, *see*, Keyuan Zou, “Sino-Japanese joint fishery management in the East China Sea,”*Marine Policy*, Vol. 27 (2003), p. 136; Steven Wei Su, “The Territorial Dispute over the Tiaoyu/Senkaku Islands: An Update,”*Ocean Development and International Law*, Vol. 36 (2005), p. 45.

⑥For an opposite view, *see*, GuifangXue, “Bilateral Fisheries Agreements for the CooperativeManagement of the Shared Resources of the China Seas: A Note,”*Ocean Development &International Law*, Vol. 36 (2005), p. 369

⑦Principled Consensus on the East China Sea Issues, concurrently released by the ForeignMinistries of China and Japan.The Chinese release is available at www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/fyrbt_602243/dhdw_602249/t466568.shtml.The Japanese release is available at www.mofa.go.jp/mofaj/area/china/higashi_shina/press.html

钓鱼岛的邻近海域列入共同开发的议程。①假如日方的拒绝是基于其“尖阁列岛毫无争议地属于日本的主权范围并且没有领土争端”这一命题的话，原则共识没有触及到岛屿领土主权问题本身这一事实恰恰可能用来支持日方的立场。②

2012 年 9 月 10 日，作为对日本政府做出的所谓的购买钓鱼岛的决定的回应，中国外交部发表了第二份有关钓鱼岛的声明（以下: 2012 年中方声明）。③外交部在这份声明中重申，中日双方在四十年前就达成了搁置争议的共识。④日本的反应是由外务省在 2013 年 5 月发布了 1972 年声明的一份更新版本。⑤在这份更新版本里增加了“关于尖阁列岛没有什么待解决的领土主权问题”的表述。⑥显而易见，今天在关于钓鱼岛是否存在争议的问题上，由于日方新的立场明确否定中方有关争议存在并被搁置这一共识的存在的立场，中日分歧的层次已不限于钓鱼岛主权的实体问题，而是发展到另一层次上的有关争端是否存在的争端。

日本迄今为止的努力都旨在阻止钓鱼岛在中日的正式协议、条约中留下记录，从而保持其非正式化。这样一来，基于这些岛屿从未明确的被包含进任何书面文件的事实，日本或许在声称这成为其否认争端存在的一个“得分点”。不过，一个国家单凭某些争议岛屿从未正式地出现于书面文件的事实，就声称这些岛屿不存在争端，是不够充分的。这一点对于日本尤其如此。假如日本按照同样的逻辑，那么其与俄罗斯关于北方四岛中两岛存在领土争议的主张就将失去了根据⑦，同样的逻辑也会使得日本在和韩国的独岛争端问题上进退失据，因为在日韩双边关系的基础条约中该“争端”也并没有留下记录痕迹。⑧

让我们把道理说透：达成争端存在的共识确实会促使双方通过和平方式解决争端。然而，是否达成争端存在的共识，这一问题与是否存在争端的问题，是截然不同的。从根本上说法

---

①In the fourth round of the talk China proposed to include surrounding waters of the Diaoyu/Senkaku Islands into the talk but Japan refused. The following talks failed in making anysubstantive process toward the Consensus.*See*, Xinjun Zhang, QuanliDuikangGouzaoZhong DeZhengduan—DonghaiDalujiaFalvWentiYanjiu [权利对抗构造中的争端—东海大陆架法律问题研究 Legal Aspects of the Sino-Japanese Dispute over the East China Sea], *Law Press China* (2011), pp.32-37.

②Xinjun Zhang, “Why the 2008 Sino-Japanese Consensus on the East China Sea has Stalled: GoodFaith and Reciprocity Considerations in Interim Measures Pending a Maritime Boundary Delimitation,” *Ocean Development and International Law*, Vol. 42 (2011), p. 60.

③Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China, September 10,2012, available at http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/topics_665678/diaodao_665718/t968188.shtml(hereafter cited as the 2012 Chinese Statement)

④*Ibid.*

⑤The 2013 Japanese Basic View, *supra* note 3.

⑥*Ibid.*

⑦Kunashiri and Etorofu were not explicitly referred to in the 1956 Soviet Union-Japan JointDeclaration, they are always in the agenda of the Japanese diplomatic efforts on the settlement of “Northern Territories” with Russia. *See*, The Japanese MOFA¶: Northern Territorial Issue, availableat, http://www.mofa.go.jp/region/europe/russia/territory/overview.html

⑧ More tellingly, the Japanese Prime Minister had to agree to take out the reverence to theLiancourt Rocks from the 1965 Japan-Korea Treaty on Basic Relations after Japan”s abortive lastminute-attempt to insert a dispute settlement clause regarding the Liancourt Rocks into the Treaty.*See*, Seokwoo Lee and Jon M. Van Dyke, “The San Francisco Peace Treaty and Its Relevance to theSovereignty over Dokdo,”*Chinese Journal of International Law*, Vol. 9 (2010), p. 754. (hereafter citedas Seokwoo Lee and Jon M. Van Dyke).

律上的争端所指的是当事双方围绕实体主张在事实和法律上的对立，这些实体问题的争点和是否存在争端的争点是有区别的。

在争端解决中，无论是司法解决还是通过外交谈判解决，争端是否存在仍然是一个先决性问题。作为先决问题，争端的存在必须由有别于判断实体问题的门槛来决定。但是，在外交谈判中由当事国自行解释其法律和事实这一过程中，应当采取什么样的门槛从而让各国不会忽略和平解决争端的义务？正如司法程序中的先决性问题，外交谈判中争端是否存在的门槛也将透过对司法棱镜的运用加以确定，①并且具体问题具体分析。

对于现今的钓鱼岛困境，这里可以提供几条有益的指针。首先，尽管有关事实主张和证据或旁证将在实体问题审理阶段充分验证，在先决问题阶段，与事实相关的主张必然会被最大程度地认可。一些初步性的证据就足以支持辩称争端的存在。其次，法律解释方面的门槛上，条约解释规则中的“善意解释”义务，②必须是一国在任何时候解释国际法规则时的最低要求。善意解释原则或多或少地与常识和理性相关；③它们有时甚至被视为一物。④善意解释有时候还要求前后一致。⑤第三，有关领土取得的规则的解释和适用的判例，可以通过类比为个案的领土争端提供类比以帮助那些正在围绕争端的争端进行自行解释的国家找到争端存在的门槛。第四，在联合国宪章下，由于谈判是默认的解决争端的和平手段，那么政策上似乎不可能为争端的存在 -- 当事国在法律和事实上存在分歧 -- 设置过高的门槛。相反，政策上门槛应该足够低以使和平解决争端的义务总是轻而易举就被触发。

在这些指针之下，接下来的两章将会回顾中日双方就钓鱼岛的主权发表的官方声明和与其相关的主张和反驳的观点。这一作业的目的不在于决定在争端实体问题上孰是孰非，而是判断双方的这些分歧是否足以确定一个争端的存在。

---

①Separate Opinion of Judge Sharabuddine in *Oil Platforms, (Islamic Republic of Iran v. United Statesof America)*, Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports* 1996, p. 833.

②Vienna Convention of the Law of Treaties, opened for signature 23 May 1969, entered into force27 January 1980, 1155 UNTS 331. Article 31. (General rule of interpretation) stipulates that “atreaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to theterms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

③Georg Schwarzenberger, “Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of theVienna Draft Convention on the Law of Treaties,”*Virginia Journal of International Law*, Vol. 9 (1968-1969), p. 10.

④ShabtaiRosenne, “Interpretation of Treaties in the Restatement and the International LawCommission’s Draft Articles: A Comparison,”*Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 5 (1966),p. 223.“International jurisprudence contains many references to ‘good faith’ in interpretation, or ’reasonableness’ (which is much the same thing).”

⑤Francis G. Jacobs, “Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to theDraft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference,”*Internationaland Comparative Law Quarterly*, Vol. 18 (1969), p. 333.“It (Good faith) might be taken morenarrowly, as precluding a State from exploiting an ambiguity in the text or a genuinemisunderstanding between the parties.Alternatively, more broadly, a State might be precluded, incertain circumstances, from advancing an interpretation contrary to its own previous practice, orcontrary to the shared expectations of the parties.”

3、日本 1895 年对钓鱼岛“先占”取得的前提：无主地？

在与钓鱼岛领土取得有关的法律和事实上中日有两点主要分歧。第一是围绕领土取得的“先占”这一规则的解释和适用；第二个是围绕战后领土安排的国际法律文书的适用和解释，即对中方所说的“战后国际秩序”的理解。①笔者将逐个讨论上述分歧。

中国主张在 1895 年以前，这些岛屿都是中国的领土。其理由是：首先，中国最先发现和命名这些岛屿；其次，历史上中国渔民通过持续不断地在钓鱼岛及其临近水域进行渔业生产活动而宣示了中国主权的存在。最后，中国在历史上把这些海岛纳入其沿岸海防系统的行为也说明了中国曾在此行使主权。②中国还展示了与上述主张相关的一系列历史记载来说明其曾在这些岛屿上行使主权。③日方则抨击这些历史记录的法律效力，认为历史记载缺乏法律上的相关性，并不能成为历史上中国在这些岛屿上行使主权的证据。④日方声称当时这些岛屿是“无主之地”，因而成为日方 1895 年通过“先占”获取的对象。

中国在自己的历史记录之外，还举出了日本明治政府时期的官方档案（见载于其官方的《日本外交文书》等）来驳斥日本所谓“无主地”的主张。明治政府内部的通讯表明，在 1885 年 9 月到 11 月之间，也就是据说日本展开对钓鱼岛的调查的期间，日本政府是意识到这些无人居住的小岛属于中国政府的主权范围的。这一意识可能仍然在朝贡贸易体系——一个逐渐消失的概念——的影响之下。其结果是在这个调查结束时，日本政府发布指示不在这些岛屿上树立主权碑或其他类似性质的国家标志。这与日本同样声称先占取得大东诸岛时，对待大东诸岛的方式完全不同：日方的调查据说确信了大东诸岛当时为无主地的状态。⑤同样的日

①The 2012 Chinese Statement, *supra* note 33.

②*Ibid.* A number of articles publicised in People’s Daily refer historical records, *see*, Yan Zhong, “LunDiaoyu Dao ZhuquanGuishu [论钓鱼岛主权归属 On Sovereignty of Diaoyu Islands],”*RenminRiBao*[人民日报 *People’s Daily*], Oct. 18, 1996; Jiangyong Liu &Zaixin Miao, “Cong LishiShishiKanDiaoyudaoZhuquanGuishu (从历史事实看钓鱼岛主权归属) [Sovereignty of Diaoyu Islands:From a History Perspective],”*RenminRiBao*[人民日报 *People*’*s Daily*], Jan. 13, 2011, (hereafter cited as Jiangyong Liu &Zaixin Miao); Guoqiang Li & Yi Hou, “LunDiaoyu Dao JiqiFujinHaiyuZiguYilaiJiushiZhongguoJiangyuZuchengBufen(LiqingDiaoyu Dao Wenti [论钓鱼岛及其附近海域自古以来就是中国疆域组成部分 (厘清钓鱼岛问题②) Diaoyu Islands Has Been an Inherent Territoryof China Since Ancient Times],”*RenminRiBao*[人民日报 *People*’*s Daily*], May 10, 2013; MingWan, “Cong MingqingWenxianKanDiaoyu Dao Wenti De Guishu [从明清文献看钓鱼岛的归属 Study of Sovereignty of Diaoyu Islands Based on Literature of Ming and Qing],”*RenminRiBao*[人民日报 *People*’*s Daily*], May 16, 2013.

③There are several reports on the presentation of the historical records, *see*, “GuotuGuancangWenxianZhengming, Diaoyu Dao ZiguYilai Jiu ShuyuZhongguo [国图馆藏文献证明钓鱼岛自古以来就属于中国 Literature in National Library Proves that Diaoyu Islands Has been an Inherent Territoryof China Since Ancient Times],”*RenminRiBao*[人民日报 *People’s Daily*], Sept. 18, 2012; “WenxianWeizheng—Diaoyu Dao WenxianTujilu Jiang Chuban [《文献为证—钓鱼岛文献图籍录》将出版)“Evidence: Collection of Historical Documents and Maps on Diaoyu Islands” await publication],”*RenminRiBao*[人民日报 *People*’*s Daily*], June 4, 2013.

④ Shigeyoshi Ozaki, “Territorial Issues on the East China Sea: A Japanese Position,”*Journal of EastAsia and International Law*, Vol. 3 (2010), pp. 155-166.Claiming that the islands appear in theChinese historical records merely “as a guide for navigation purposes.”

⑤Sheng Zhong, “Shi ‘Kaituori’HaishiQiequri? [是“开拓日”还是窃取日？‘Exploring Day’ orStealing Day?],”*RenminRiBao*[人民日报 *People*’*s Daily*], Jan. 14, 2011 (citing Ministry of ForeignAffairs of Japan, Nihon GaikoBunsho [*Japanese Diplomatic Papers*], Vol. 18 (1950), p 574, p. 575, p.576.)

本官方文件显示，日本在获取钓鱼岛问题上在等待更为合适的时机。①总之，在 1885 年做完声称的调查之后，日本政府至少是不确定这些岛屿是不是无主之地，因而没有坚决地实施占领。对日本档案的进一步研究表明，1885 年之后，冲绳县的机构也没有再为进一步确定钓鱼岛/尖阁列岛的状态而进行调查，②这就为日本的“基于 1885 年起所做的全面调查而确定上述岛屿为无主地从而符合先占原则”的主张带来了疑问。③

在迟疑了十年之后，日本终于等来了合适的时机。1894 年日本取得甲午战争的决定性胜之后，日本内阁立即在 1895 年 1 月 14 日决定把钓鱼岛吞并，纳入日本的主权范围。④然而，这个内阁决定直至 1952 年都没有公开，⑤并且直至 1969 年日本才在岛上建立起主权标志。⑥日方对上述岛屿的吞并行为的秘密性也为日本的“animusocupandi”（通过先占所谓的“无主地”完成获取领土的真实企图）带来了疑问。或者说，日本的吞并措施只不过是征服（conquest）的象征，⑦而在中国看来是日本非法使用武力造成的结果。⑧

毫无疑问，在 19 世纪后期以后，日本作为远东地区的一个新兴强国，有意图借助其军事实力来吞并某些特定的岛屿从而扩张其领土。在这个过程中，日本的一些意图变成了现实，并且，作为中日甲午战争的战胜国，最终日本非但从中国手中攫取了台湾，而且把边界扩展并确定到了琉球群岛。⑨日本夺取钓鱼岛的行为是这个历史进程的一部分，这是不可否认的历史事实。⑩然而，夺取上述岛屿的行为，事后却被冠以“先占”的法律标签。中国举出的历史记录显示在 1895 年之前中方一直对这些岛屿拥有主权，在这些记录面前，日方 1885 年进行所谓调查之后的迟疑和吞并行为的秘密性，都使日方的“这些岛屿截至 1895 年都是无主地”的断言变得疑云重重。著名的日本京都大学历史学教授井上清先生特别撰文肯定了这些

---

①*Ibid.*

②Shaw Han-yi, “Revisiting the Diaoyutai/Senkaku Islands Dispute: Examining Legal Claims andNew Historical Evidence under International Law and the Traditional East Asian World Order,”*Chinese (Taiwan) Year Book of International Law and Affairs*, Vol. 26 (2008), pp. 120-36.

③*Ibid.*, p. 136.

④The first Sino-Japanese War clearly announced the Qing Government‘s obvious defeat inDecember 1894.

⑤井上清『「尖閣」列島―釣魚諸島の史的解明』（第三書館、１９９６年） [Kiyoshi Inoue, *“Senkaku” Islands: A Historical Explanation of the Diaoyu Islands* (Daisan Shokan, 1996), p. 18.] (hereaftercited as Kiyoshi Inoue).

⑥*Ibid.*

⑦Peter N. Upton, “International Law and the Sino-Japanese Controversy over Territorial Sovereigntyof the Senkaku Islands,”*Boston University Law Review*, Vol. 52 (1972), p. 776. “Conquest stands asthe most appropriate theory to establish Japanese acquisition of the Senkakus during the Sino-Japanese War.”

⑧The 2012 Chinese Statement, *supra* note 33.Accusing the Japanese illegal occupation before theformal conclusion of the first Sino-Japanese War by the Shimonoseki Treaty.

⑨Haipeng Zhang &Guoqiang Li, “LunMaguanTiaoyue Yu Diaoyu Dao Wenti [论《马关条约》与钓鱼岛问题) Treaty of Shimonoseki and the Diaoyu Islands],”*RenminRiBao*[人民日报 *People'sDaily*], May 8, 2013.Discussing China’s protest to the 1879 Ryukyu Annexation and thesubsequent negotiation on Ryukyu issue between the two countries; suggesting that even thequestion on the status Ryukyu was pending prior to the first Sino-Japanese War.

⑩ *Ibid.*Also *see*, Choon-Ho Park, “Oil under Troubled Waters: The Northeast Asia Sea-BedControversy,”*Harvard International Law Journal*, Vol. 14 (1973), p. 251.The fall of the RyukyuIslands and Taiwan into Japanese hands ended the possibility of a territorial dispute over the Tiao-yutaiIslands until there was another fundamental change of circumstances. (hereafter cited as Choon-Ho Park.

支持中方主权的记录的历史价值；①著名的韩国国际法学者朴椿浩先生也指出这些记录对于中方主权的证明意义不可以被置之不理。②从争端存在的初步证据的角度来看，这些记录至少在先决问题的判断上是有意义的。

也许正是远离大陆、无人居住这一特性让“先占”这一标签看上去很美。然而，恰是如此，其合理性才是是苍白的。将先占的原则解释适用到远离大陆、无人居住的钓鱼岛的领土取得③的时候，中国相信这样的一个辩解在既往判例上并不能得到支持。④

同样，伴随着日本在 20 世纪初叶的扩张，独岛也被纳入到日本的主权范围。“先占”的法律标签也在事后被贴上去，并作为日本对于独岛主权的主张的一部分。⑤韩国在这一点上的论点本质上是和中国相同的。首先，通过展示历史记录以及诉诸确定的判例，韩国主张那些远离韩国本土、无人居住的小岛在日本将其吞并之前并非是无主之地；⑥其次，韩国也注意到 1903 年日本要求吞并此岛时的犹豫，并且指控 1905 年的吞并只是非法的 1904 年日韩协议的产物。⑦具有讽刺意味的是，尽管面临的是关于相同事实环境下的“先占”这一法律规则的解释，就钓鱼岛“争端”而言否定争端存在，而就独岛“争端”而言，日本却认为自己是当事一方。在解释同一条规则以确定有无争端时，日方所持的自相矛盾的立场是违反有关解释的善意原则的。

4、 战后领土安排中对钓鱼岛/尖阁列岛的规定

现在我们再来看看第二个分歧。中国和日本在有关钓鱼岛/尖阁列岛的战后领土安排上存在严重分歧：关于一系列国际法律文件的适用的分歧——中日两国或为当事方或为第三方。

①Inoue Kiyoshi, late Professor of History at Kyoto University, has written books and article on theDiaoyu/Senkaku Islands supporting the Chinese claim from historic perspective, including the onewith the most influence.Kiyoshi Inoue, *supra* note 54.
②Choon-Ho Park, *supra* note 58, p. 250, p. 245.It must be pointed out here that the boundaryreferred to in each of these six records indicates or implies that the Tiao-yu-tai Islands belong toChina.
③For a comparison, *see*, Cheng Tao, “The Sino-Japanese Dispute over the Tiao-yu-tai (Senkaku)Islands and the Law of Territorial Acquisition,”*Virginia Journal of International Law*, Vol. 14 (1973-1974), pp. 230-41.
④ *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)*, 1933 *P.C.I.J. (serA/B)* No. 53, p. 46. “Inmany cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise ofsovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim.”ArbitralAward on the Subject of the *Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island*, *AmericanJournal of International Law*, Vol. 26 (1932), p. 392.“If a territory, by virtue of the fact that it wascompletely uninhabited, is, from the first moment when the occupying State makes its appearancethere, at the absolute and undisputed disposition of that State, from that moment the taking ofpossession must be considered as accomplished and the occupation is thereby completed.”Advisory Opinion on the *Status of Western Sahara*, *I.C.J. Reports* 1975, p. 43. Referencing previousdecisions that when control over “thinly populated” areas is disputed, relatively few acts ofsovereignty over the territory can suffice.
⑤The Japanese MOFA: Takeshima issue, *supra* note 7.
⑥Byung Joe Lee, “Title to Dokdo in International Law,”*Korean Journal of Comparative Law*, Vol. 2(1974), pp. 87-90, pp. 94-98, (hereafter cited as Byung Joe Lee); Choung I Chee, “Legal Status ofDok Island in International Law,”*Korean Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25(1997), pp. 12-17 (hereafter cited as Choung I Chee).
⑦Chong I Lee, *Ibid.*, pp. 94-95, 98-99.

首次考虑到与钓鱼岛相关的战后领土安排，是在《开罗宣言》和《波茨坦公告》中。在《开罗宣言》中，美英和中国宣告了他们战后领土安排的计划：

*三国之宗旨，在剥夺日本自从一九一四年第一次世界大战开始后在太平洋上所夺得或占领之一切岛屿；在使日本所窃取于中国之领土，例如东北四省、台湾、澎湖群岛等，归还中华民国；其他日本以武力或贪欲所攫取之土地，亦务将日本驱逐出境。*①

在结束对日作战之前，上述三个盟国发表了公告，确定了日本投降的条款（即《波茨坦公告》，随后苏联亦承认了此公告）。《波茨坦公告》使得《开罗宣言》更为具体化，且在第三条中将日本的主权进行了进一步的限定：

*开罗宣言之条件必将实施，而日本之主权必将限于本州、北海道、九州、四国及吾人所决定其他小岛之内。*②

1945 年 9 月 2 日，日本签署投降书，这意味着日本确认接受《波茨坦公告》中既定的内容。③日本的投降为美国、中国、英国、苏联并代表其他对日开战的盟国所接受。④

日本投降文书并不仅仅是一份终止交战和敌对状态、授权盟国占领的停战协议，它构成了日本接受两份战时宣言中关于战后领土安排的协议。然而，投降文书条款中仍有一些不确定的地方需要进一步解释和说明。比如，哪些地方应当包含进“日本所窃取于中国之领土”？⑤宣言中大量的与战后领土安排相关的问题还没有确定的答案：有些放弃的具体内容说的不够清楚，也没有做出由哪些国家来接受这些放弃。⑥然而确定的是，这些日本放弃的领土并没有成为“无主地”⑦，而只是有待进一步决定。进一步说，日本国放弃了公告中所说的“吾人所决定其他小岛”之外的岛屿，从“吾人决定”措辞来看，日本必须放弃的岛屿仍然是有待未来加以明确的。⑧进一步增加了问题的复杂性的是，尽管很多国际法学家确认两份战时宣言的法律约束力，⑨但是签字的盟国中还有一些不同的意见⑩。

---

①The Cairo Declaration, November 27, 1943, available at http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/docs/19431127.D1E.html.
②The Potsdam Declaration, July 26, 1945, available at http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/docs/19450726.D1E.html.
③Instrument of Surrender, September 2, 1945, available at http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/docs/19450902.O1E.html
④*Ibid.*
⑤The Cairo Declaration, *supra* note 66.
⑥*Ibid.*As to “all the islands in the Pacific which she has seized or occupied since the beginning ofthe First World War in 1914” and “all other territories which she has taken by violence and greed.”
⑦Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage—*Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute,Eritrea/Yemen*, October 9, 1998, para. 165.Available at http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=458. (hereafter cited as *Eritrea/Yemen* Award)
⑧The Potsdam Declaration, *supra* note 67.
⑨Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim’s international law* (9th ed.), Longmans(London), p. 1189.“Official statements in the form of reports of conferences, signed by theprincipal representatives and embodying agreed conclusions may be regarded as legally bindingupon the States in question in so far as these agreements incorporate definite rules of conduct.”The Potsdam Declaration is refereed to this statement in the footnote in the same page. (hereaftercited as Robert Jennings and Arthur

对于战后秩序的稳定而言，最好两份战时宣言中有关领土安排的条款能够进一步明确，且开放性的问题终有定论。解决的最好方案是通过制定一份包含各大国和利益相关方的多边和平条约。不幸的是，冷战爆发后的大国博弈让这个希望破灭了。对日本而言，剩下的唯一可行的选择就是与那些对这部分领土有高度的政治利益关切或法律主张的国家集团或者个别国家议定和平条约。第一份对日和约是美日及另外 47 个战时盟国于 1951 年 9 月 8 日在旧金山签订的。奇怪的是，中国不在邀请与会之列。①

在旧金山和约中，有两条涉及到了领土安排。在第二条下，日本放弃了对于投降时承诺放弃的几处领土的所有权利、权原和主张。台湾和澎湖列岛也在此处日本放弃之列，但是没有明确提及中国作为受让人。②第三条设计了一个独特的安排，对于和约第二条未列出且在日本四个主要岛屿之外的领土，提议混合联合国的托管制度和美国的单独管理权。该条规定：

*日本同意美国对北纬 29 度以南之西南群岛(含琉球群岛与大东群岛) 、孀妇岩南方之南方各岛(含小笠原群岛、西之与火山群岛) ，和冲之鸟岛以及南鸟岛等地送交联合国之托管制度提议。在此提案获得通过之前，美国对上述地区、所属居民与所属海域得拥有实施行政、立法、司法之权利。*③

按照日本在 2013 年声明上的基本观点，日本坚持旧金山和约“从法律上确定了日本在二战后的领土”。④相应的，日本避免提及两个战时宣言以及日本投降书。对于日本而言，即便中国没有在旧金山和约上签字，《旧金山和约》也是适用于和中国解决尖阁列岛问题的唯一法律。与此相对，中国宣布旧金山和约是“非法无效的”，中国不会承认旧金山和约。⑤只要涉及到

Watts)

⑩The Chinese view is that they are binding international agreements.*See*, “ZhouwaizhangZhidianAnlihuiYaoqiuZhicaiMeiguoWuzhuangQinlüe WoguoLingtu De Zuixing [周外长致电安理会要求制裁美国武装侵略我国领土的罪行 Cable from Zhou Enlai to the U.N. Secretary General on Aug. 24,1950],” *RenminRiBao*[人民日报 *People’s Daily*], Aug. 25, 1950. (hereafter cited as Cable from ZhouEnlai to the UN Secretary General on Aug. 24, 1950) The Soviet Union was of the view that thesewar time declarations set up definite obligations with relation to a future peace treaty with Japan.*See*, Memorandum to the American Ambassador at Moscow (Kirk) by Soviet Acting ForeignMinister Bogomolov (May 7, 1951), *Digest of International Law*, Vol. 3 (1964), p. 518. The U.S.maintained that war declarations were subject to final peace settlement but avoided directlyaddressing on their binding force. The U.S. argued that U.N. Charter obligation prevailed over anyother international agreement. *See*, aide memoire of the United States Government to the SovietRepresentative to United Nations (Malik), *Digest of International Law*, Vol. 3 (1964), p. 512. [But thisargument may be read as a tacit consent to the status of the war declarations as internationalagreement.]. The British was of the view that Cairo Declaration was merely a statement ofcommon purpose and as such it was not binding upon the parties to the Declaration. *See*,Statement by Prime Minister Churchill. Great Britain, Pal. Deb. (Hansard), *House of CommonsOfficial Report*, Vol. 548, Feb. 1, (1955), Col. 602. Cited at J. P. Jain, “The Legal Status of Formosa:A Study of British, Chinese and Indian Views,” *American Journal of International Law*, Vol. 57(1963), p. 27.

①It thus was admitted as unique in modern history of diplomacy.*See*, John M. Allison, “TheJapanese Peace Treaty and Related Security Pacts,” *American Society of International Law Proceedings*,Vol. 46 (1952), p. 37. (hereafter cited as Allision)

②Treaty of Peace with Japan, San Francisco, Article II, September 8, 1951.Text available at http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/docs/19510908.T1E.html

③*Ibid.*Article III

④The 2013 Japanese Basic View, *supra* note 3.

⑤ “ZhonghuaRenminGonheguoZhongyangRenminZhengfuWaijiaobuBuzhang Zhou EnlaiGuanyuMeiguoJiqiPucongGuojiaQiandingJiujinshanDuiriHeyue De Shengming [中华人民共和国中央人民政府外交部部长周

战后领土安排的问题，中国就宣称已经通过《开罗宣言》和《波茨坦公告》重新获得了钓鱼岛。①

双方可能都走得有点远了。对中国来说，尽管中国在其他场合给出了《旧金山和约》“非法无效”依据，②中方在全盘否决《和约》所给的理由可能并不见得那么充分合理。③中国否定《和约》的最直接的理由是中国没有参与和约的制定，也没有签署和约，④从技术层面来讲，这份和约对中国而言更像是“他人之间的行为”。⑤然而，如果第三方对于标的领土并不具备比做出割让或放弃行为的国家更强的权原，该第三方对于涉及割让标的的他人之间行为的声明也不被视为具备法律意义。⑥尽管如此，由于很明显第二条或者第三条并无领土割让，从这个层面讲，任何一条所列的领土都没有让渡给日本故其也无法据此主张，所以就中国以“他人之间的行为”否定日本通过《和约》对钓鱼岛的主张，这一做法本身就不那么有意义。⑦

由于《旧金山和约》第二条和第三条完全没有规定领土让渡给日本的，在参照上述两条时进行主张时，日本方面必须考虑的问题是，完全无视两份战时宣言的情况下，《旧金山和约》如何才能成为划分战后领土的法律依据。

战时会议和两份宣言，和其他文件一道，构成了由主要盟国合意进行战后领土安排的国

恩来关于美国及其仆从国家签订旧金山对日和约的声明 The Declarationof Chinese Minister of Foreign Affiars Zhou Enlai on the United States and Its Vassal States SigningTreaty of Peace with Japan],"*RenminRiBao*[人民日报 *People's Daily*], Sept. 19, 1951. (hereaftercited as Zhou Enlai's Statement on Sept. 19, 1951)

①The 2012 Chinese statement, *supra* note 33.

② "ZhonghuaRenminGonheguoZhongyangRenminZhengfuWaijiaobuBuzhang Zhou EnlaiGuanyuMeiyingDuiriHeyueCaoanJiJiujinshanHuiyi De Shengming [中华人民共和国中央人民政府外交部部长周恩来关于美英对日和约草案及旧金山会议的声明 The Declaration of Chinese Ministerof Foreign Affiars Zhou Enlai on Draft of Treaty of Peace with Japan of the United States and theUnited Kingdom of Great Britain and San Francisco Convention],"*RenminRiBao*[人民日报 *People'sDaily*], Aug. 16, 1951. (hereafter cited as Zhou Enlai's Statement on August 15, 1951). In thisStatement, China referred to the Declaration by the United Nations (January 1, 1942) stating "EachGovernment pledges itself to cooperate with the Governments signatory hereto and not to make aseparate armistice or peace with the enemies.' Available at http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade03.asp.

③It is doubtful that the purpose and objective of the Declaration by the United Nations intended toimpede separate peace treaty with the enemies after the hostility being ended upon enemies'surrender.The Paris Peace Treaties with Italy, Romania, Hungary, Bulgaria, and Finland, forexample, did not include all the signatories of Declaration by the United Nations (e.g., China) butthe legality seems not to be questioned on the ground of the same pledge made in Declaration bythe United Nations. Moreover, it seems to be contradictory for the Soviet Union and China to conclude peace treaties with Japan if the pledge stands at all after the war.

④Zhou Enlai's Statement on Sept. 19, 1951, *supra* note 80.

⑤Sheng Zhong, "JiujinshanHeyue"Hezuweipin?SilunDiaoyu Dao WentiZhenxiang ["旧金山和约"何足为凭？四论钓鱼岛问题真相 How can 'Treaty of Peace with Japan' be Proof?On Truth ofDiaoyu Islands Issue], *RenminRiBao*[人民日报 *People's Daily*], Oct. 19, 2012.

⑥*Eritrea/Yemen* Award, *supra* note 72, para. 153.

⑦It is not necessary to lay a claim of *res inter aliosacta*for the reason that no territories that Chinamay claim a better title (be it Taiwan or Diaoyu Islands) was explicitly ceded to Japan or othercountries in the Treaty.The same thesis has been employed by Seokwoo Lee and Jon M. VanDyke to the Liancourt Rocks. Moreover, Lee and Van Dyke rejected the Treaty as an "objectiveregime" on the same ground.*See*, Seokwoo Lee and Jon M. Van Dyke, *supra* note 38, pp. 758-761.

际程序。①在击败轴心国之后，几个主要战胜国当然地获得了进行战后领土安排的权力。②除非日本挑战这个程序下做出领土安排权力的合法性③——自从日本投降以来没有挑战过——这个国际程序必须产生特定的法律后果。

这样的旨在建立战后秩序国际程序本质上造成政治与法律基础不可分割的局面。在这一前提下，这个领土处置的法律后果通常是被接受的。④日本投降时不得不接受两份战时宣言做出的领土安排，尽管此安排并不是必须采取明确受让两方的领土割让的形式。⑤两份宣言所设定的领土安排，在制定《旧金山和约》的时候已经被实际接受了。⑥

两份战时宣言的条款中明确、具体地规定了领土安排的部分，实际上已经在《旧金山和约》之前成为被执行完毕的既定事实，但《和约》却对此保持了沉默。比如，日本对于本州、北海道、九州和四国的主权在《旧金山和约》第二条以及《和约》其他条款中都没有提及。⑦这个省略被《旧金山和约》的参与制定者解释为丝毫没有改变战时宣言相关条款的法律后果。⑧相同的省略也发生在《旧金山和约》第二条中关于领土让渡接收国的省略。正如布朗利（Brownlie）指出的那样：

*作为国际安排的结果而使得一国失去领土，可能是而且通常是通过和平条约与相关领土的条款放弃权原。但是这些放弃并不妨碍领土安排的有效性；受让国通常是在和平条约生效之前即能确定所有。*⑨

因此，尽管在《和约》第二条中没有明确提到受让国，日本也放弃了对韩国的权原和权利。

---

①Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Oxford University Press, 2003), p. 130.(hereafter cited as Brownlie)

②*Ibid.*, “the leading victor states assumed a power of disposition, to be exercised jointly, over theterritory of the defeated states…in 1943 and 1945 by meeting of leaders at Tehran, Yalta andPotsdam.

③On the theories concerning the legality of such assumed disposition powers particularly in relationto the Second World War, *see*, *Ibid.*, pp. 130-31

④*Ibid.*, p. 163.

⑤Robert Jennings and Arthur Watts, *supra* note 74, p. 681, particularly the footnote 1 in the samepage.*See* also, Seokwoo Lee, “The 1951 San Francisco Peace Treaty with Japan and the TerritorialDisputes in East Asia,”*Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 11 (2002), p. 99. (hereafter cited asSeokwoo Lee)

⑥For the U.S. position on this point, *see*, Allison, *supra* note 76, p. 41.Also *see*, Statement ofUnited States delegate Dulles during the second plenary session of the San Francisco Conference,On September 5, 1951, *Digest of International Law*, Vol. 3 (1964), p. 539.“The Potsdam SurrenderTerms constitute the only definition of peace terms to which, and by which, Japan and the AlliedPowers as a whole are bound.” At a meeting of the Japanese Foreign Affairs Committee of theHouse of Representatives, Mr. Kawamura, Parliamentary vice Minister of Foreign Affairs, and Mr.Nishimura, Chief of the Treaty Bureau of the Foreign Office, presented the view of the governmentthat Japan should accept Potsdam and Cairo Declarations at the peace conference.*See*, Japan May

Claim Territorial Rights to South Kuriles, Bonins, Okinawas&lojima, State Government’sSpokesmen, Nihon Keizai Shimbun, Dec. 22, 1949.Cited in Seokwoo Lee, *supra* note 92, p. 101.

⑦The four principal Japanese islands were maintained in the earlier drafts of the Treaty of SanFrancisco, but the provision was discontinued.*See*, Seokwoo Lee, *supra* note 92, p. 123.

⑧For example, Statement of United States delegate Dulles during the second plenary session of theSan Francisco Conference, On September 5, 1951, *Digest of International Law*, Vol. 3 (1964), p. 539.“[t]he treaty embodies article 8 of the Surrender Terms which provided that Japanese sovereigntyshould be limited to Honshu, Hokkaido, Kyushu, Shikoku and some minor islands.The renunciationscontained in article 2 of chapter II strictly and scrupulously conform to that surrender term.”

⑨Brownlie, *supra* note 88, p. 130.

韩国人并不将此视为“决定韩国的领土状态，而仅仅确认了 1948 年韩国（独立时）领土状态的既定事实”。①

同样地，《开罗宣言》指定中国是满洲、台湾和澎湖列岛的唯一受让国，作为中国实施《开罗宣言》的结果，上述领土早已作为既成事实重归中国主权。也就是说，中国早已先于 1952 年生效的《旧金山对日和约》，法律上拥有这些领土。②事实上，《旧金山和约》第二条所规定的日本的放弃的领土范围并没有包含中国满洲地区（中国东北地区），但毫无疑问满洲地区在 1952 年之前既已归属中国。在中国看来，先于《旧金山和约》的法律事实是前述领土已经由中国所重新获得；③由于《和约》第二条中仅仅规定日本放弃在台湾和澎湖列岛的权利、权原和主张，而没有明晰地承认将这些领土归还中国，故而中国坚决反对。④

总而言之，已经为日本国所接受的、作为战后国际秩序的一部分的两份战时宣言，与《旧金山和约》在法律上并不能彼此否定。在解决日本与其他权利主张国之间的领土分配问题时究竟适用哪一个文件应当视具体情况分析。在涉及到了领土安排的中日关系问题上，特别是涉及台湾地位问题，《和约》第二条是不切题的因而不能被适用。这样看来，在 1972 年《中日联合声明》中重新确认了日本将会遵守《波茨坦公告》第 8 条，也就不是什么意外了。⑤中国当然会主张涉及钓鱼岛的领土安排由《开罗宣言》决定，钓鱼岛必然被包括在“日本所窃取于中国之领土，例如东北四省、台湾、澎湖群岛等”之中。⑥基于钓鱼岛——连同台湾和澎湖列岛——是 1895 年日本非法使用武力通过不平等条约（即中日《马关条约》）从中国夺取这一历史事实，⑦中方认为，按照两份战时宣言和日本投降书，这些领土本应于 1945 年而不是之后返还中国。⑧

日方的观点是“尖阁列岛并不包含在《旧金山和约》第二条规定的日本放弃的领土中”，

---

①Choung I Chee, *supra* note 64, p. 45-46.Also *see*, Byung Joe Lee, *supra* note 64, pp. 100-01.

②Ru'ao Mei (former Judge of the Far East International Military Tribunal), “BoquQinlùezhe deFalùWaiyi—SuqingGuanyuSuowei Taiwan FalvDiweiWenti de Miulun [剥去侵略者的法律外衣—肃清关于所谓台湾法律地位问题的谬论 Stripping the legal coat of aggressors— eliminate the socalledfallacy of the legal status of Taiwan],”*RenminRiBao*[人民日报 *People's Daily*], Jan. 31, 1955.

③For this view presented by the Chinese government to the United Nations on Taiwan, *see*, Cablefrom Zhou Enlai to the U.N. Secretary General on Aug. 24, 1950, *supra* note 75.“That Taiwan is partof China is not only a historical fact, but also has been confirmed by the situation since thesurrender of Japan, pursuant to the international commitment under the 1943 Cairo Declaration andthe 1945 Potsdam Proclamation…” Also *see*, Xiuquan Wu, “AnlihuiTaolunKongsuMeiguoWuzhuangQintai An Wo Daibiao Wu XiuquanYanzhengTichuKongsu Xiang AnlihuiTichuZhicaiMeiguoQinlùe Taiwan ChaoxianZuixing Deng SanxiangJianyi [安理会讨论控诉美国武装侵台案我代表伍修权严正提出控诉向安理会提出制裁美国侵略台湾朝鲜罪行等三项建议 The representative ofthe People's Republic of China's speech before the U.N. Security Council on November 28, 1950],”*RenminRiBao*[人民日报 *People's Daily*], Nov. 30, 1950.

④Zhou Enlai's Statement on August 15, 1951, *supra* note 82.

⑤1972 Joint Communiqué, *supra* note 15.

⑥The Cairo Declaration, *supra* note 66.

⑦*See*, *supra* notes 55-58 and the accompanying texts.

⑧Foreign Ministry Spokesperson Qin Gang's Remarks on Japanese Prime Minister YoshihikoNoda's Comment on the Diaoyu Islands Issue at a Press Conference at the UN General Assemblyon September 27, 2012, available at http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/2535_665405 t977133.shtml

①认为“尖阁列岛既不是台湾的一部分也不是澎湖列岛的一部分，并非中国通过《马关条约》第二条割让给日本”。②

不论哪个法律文件被适用，上述的直接分歧无非进一步确认了中日双方在《马关条约》第二条所言的“台湾岛及其附属岛屿”解释上的分歧。③此外，与那段历史相关的是，《开罗宣言》中“日本所窃取于中国之领土”之表述，不仅仅是日本偷偷吞并钓鱼岛的秘密行为的真实写照，④而且为《开罗宣言》中规定的上述领土归还于中国这一规定中有关领土归还原则的解释和适用创造了空间⑤和政治基础⑥，并达到一个殊途同归的结论：即钓鱼岛是通过战后领土安排的国际程序回归原主。⑦

由于《旧金山和约》第二条中简单的放弃的规定没有触及《开罗宣言》中关于中国收回领土的解释问题，钓鱼岛可能为《和约》重新确定为日本的领土并使得上述解释问题不复存在。这一结果仅仅可能出现在某种极端的情形之下，即这类条约有时会作为承认的证据，对抗第三方的主权主张。⑧这个论点需要在《和约》剩下的另一个领土条款中，即第三条中加以考虑 -- 在第二条之规定放弃的情况下，只有第三条有可能在缔约国间将钓鱼岛重新确认为日本领土，也才有可能发生对抗第三国的承认证据的问题。

然而，即便是在《和约》缔约国之间，第三条也从未被视为日本对那些岛屿拥有主权的确认。这样的一种解释（指日本对那些岛屿拥有主权），显然与同条款领土上所设定的联合国托管制度的要求不符。同样地，这也与美国承认日本在第三条所列领土上有一个模糊的“剩余主权”这一解释不尽相符。《旧金山和约》的起草准备工作显示，正是各国关于日本在《和约》第三条所列领土上的主权的问题有意见分歧，才使得美国抛出了“剩余主权”这一概念。

---

①The 2013 Japanese Basic View, *supra* note 3.
②*Ibid.*
③Notwithstanding the result of interpretation, the geographical expression in the ShimonosekiTreaty was treated as an interpretive issue that should be subject to the rule of treaty interpretation.*See*, ErdemDenk, Interpreting a Geographical Expression in a Nineteenth Century Cession Treatyand the Sekaku/Diaoyu Islands Dispute, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 20(2005), pp. 101-116. Interestingly, the interpretative issue on geographical expression of “KurileIslands” in the 1855 Treaty of Shimoda seems to be the core of the territorial “dispute” over theNorthern Territories presented by Japan, *see*, Seokwoo Lee, *supra* note 92, pp. 77-78.
④*See*, *supra* notes 53-54 and complying texts.
⑤The difference between reversion and relinquishment is that, in Brownlie’s word, “Renunciation isto be distinguished from reversion, i.e., recognition by an aggressor that territory seized is rightfullyunder the sovereignty of the victim.Here, there is no title to renounce.” *See*, Brownlie, *supra* note88, pp. 131-32.
⑥It is noted that Cairo Declaration did not make legal appreciation on the acts of Japan in acquiringthe said territories by use of force at the turn of the century which normally was not a problemaccording the law at the time.
⑦Brownlie, *supra* note 88, p. 163. Political and legal bases in this international procedure areindivisible.
⑧*Ibid.*, p. 151.“Recognition…may occur in treaty provisions which make it clear that there has been no cession in the sense of transfer by agreement. In the Eastern Greenland case, the Court referred to treaties between Denmark and states other than Norway and observed: ‘To the extent that these treaties constitute evidence of recognition of her sovereignty over Greenland in general, Denmark is entitled to rely upon them.’”

①“剩余主权”说如期说是对日本主权的确认，不如说反映了对《和约》第三条所列领土主权不确定的情形。《旧金山和约》的起草准备工作进一步显示，与本州、北海道、九州和四国不同，并没有计划使日本保留对琉球群岛的主权。②最后，但凡涉及到钓鱼岛，在初稿中它们都是排除在日本领土之外的。③即便假设《和约》第三条能够建立起缔约国在条约关系上认可了日本在《和约》第三条所列领土的主权，但是由于因为钓鱼岛并没有在该条被明确列出，所以即使这种假想认可的日本在《和约》第三条所列领土的主权，也很难扩展到钓鱼岛。

如果《和约》第三条不能作为日本对于条文所列出的领土的主权的确认的依据，那么，日方没有任何余地据此反对中国，以主张中国默认日本基于《和约》第三条取得该条所列领土的权原。

日方十分强调“中国没有对美国基于旧金山和约第三条对钓鱼岛的管理状况表达反对意见这一事实”，从而主张中国“从未把尖阁列岛视为台湾的一部分”。④可以说，这一主张或许是试图将中国的“不反对”解读为中国的“放弃”。这样的解读在国际法上难以成立。⑤这一主张还可以解读为：中国对于后来美国基于《和约》第三条的行为的不反对，造成了一种默认。然而问题是，中国默认了什么？

《和约》第三条允许美国在地理上邻近台湾和中国大陆的琉球群岛其他岛屿上的军事存在。与此同时，中国军队正和和美国领导的联合国军之间进行着朝鲜战争；大陆政权仍然计

---

①The statement made by Secretary of State John Foster Dulles, chief U.S. delegate, at the SanFrancisco Peace Conference in 1951 said in part: “Article 3 deals with the Ryukyu and other islandsto the south and southeast of Japan. These, since the surrender, have been under the soleadministration of the United States. Several of the Allied Powers urged that the treaty shouldrequire Japan to renounce its sovereignty over these islands in favour of United States sovereignty.Others suggested that these islands should be restored completely to Japan. In the face of thisdivision of Allied opinion, the United States felt that the best formula would be to permit Japan toretain residual sovereignty, while making it possible for these islands to be brought into the UnitedNations trusteeship system, with the United States as administering authority.” This Statement isquoted in the Japanese “Q & A factsheet.”*See*, Q & A factsheet, *supra* note 16.

②According to Article 3 of SCAPIN 677, “Japan is defined to include the four main islands of Japan(Hokkaido, Honshu, Kyushu and Shikoku) and the approximately 1,000 smaller adjacent islands,Including…the Ryukyu (Nansei) Islands north of 30° North Latitude…; and excluding…(b) theRyukyu (Nansei) Islands south of 30° North Latitude…” *See*, *Digest of International Law*, Vol. 3(1964), p. 499. Although the definition of Japan contained in this directive shall not be construed asto be the ultimate determination of the minor islands referred to in Article 8 of the PotsdamDeclaration (Article 6 of SCAPIN 677), it is nevertheless an earlier intention of the Allied Powersregarding the definition of Japan. This intention was subsequently reflected in the drafting of theTreaty of San Francisco. The first draft of the San Francisco Treaty provides for Japaneserenouncement of all rights and titles to the Ryukyu Islands forming part of Okinawa Prefecture, thesubsequent earlier drafts also contain provisions that Japan renounces all rights and titles to theRyukyu Islands south of 29° latitude north which will be subject to the U.N. trusteeship system.*See*, Seokwoo Lee, *supra* note 92, pp. 125-26.

③The first draft defined the Japanese territorial limits to be those existing on January 1, 1894.Ittherefore indicates that the drafters did not envision Japan as the rightful owner of the Diaoyu/Senkaku Islands (Japan only allegedly incorporated the islands into the Japanese territory by itsCabinet Decision of January 14, 1895).*See*, Seokwoo Lee, *supra* note 92, p. 123.

④The 2013 Japanese Basic View, *supra* note 3.

⑤Abandonment of territory requires not only actual abandonment but also the intention of giving upof a territory.*See*, Robert Jennings and Arthur Watts, *supra* note 74, p.717.Given the gravity ofcertain types of abandonment, the abandonment is normally undertaken in the form of treaty, or atleast by an unilateral declaration of a state’s future intentions binding the state.*See*, 浅田正彦「日華平和条約と国際法（五）」『法学論叢』１５６巻２号（２００４年）１６頁。[Asada Masahiko, “Treaty of Peacebetween Japan and the Republic of China and International Law,”*HogakuRonsou*Vol. 156, Issue 2(2004), p. 16] (Discussion on waiving of reparation claims).

划解放台湾，从而结束与退居台湾的受美军支持的国民党政府的内战。在这一形势背景下，中国不得不强力反对美国在《和约》第三条所列出岛屿的军事存在。最初对《和约》的不承认即反映并进一步具体化了这种反对。这种对《和约》整体的不承认和反对，自然包括了《和约》第三条及其实施，也就是美国在所有第三条所列领土上作为管理当局的实践，包括美国1953年单方面将其管理扩展到的钓鱼岛（假设这种扩展是第三条规定下的有权管理）。

在《和约》缔结后二十多年的时间里，美国并不承认中华人民共和国，甚至把它当作敌人。在这样的环境下，最初的不承认使得中国不仅保持对于美国在《和约》第三条下的军事存在的反对态度，而且排除了默认——除非美国随后的管理行为与对第三条所列领土的权原主张相关。如果美国的管理行动是基于美国自身对上述领土的主权主张、①或代表日本的主权主张、或代表所谓的联合国托管——尽管最后这一点在美国管理期间从未出现过——的主张，那么中国就必须进行抗议。

基于上述理由，在第三条问题上判定中国是否对于日本对钓鱼岛的主权主张予以默认的关键，在于1971年冲绳归还协议签署后对第三条领土的所谓实际控制②移交给日本之后中国的行为。自彼时起，中国面临的不再仅仅是语焉不详的所谓联合国托管之前美国实施的行政管理，而是日本对管理移交对象的主权主张（基于事后法的所谓1895年日本对钓鱼岛的“先占”）。假如中方不对钓鱼岛另一声索方日本由于美国移交取得的所谓对钓鱼岛的实际控制进行抗议，或许日本可以说中国默认了日本的主权主张。事实呢？中国政府的作为（即刻的抗议）③导致的是与日方假定得到的结论恰恰相反的结果。

很显然的是，尽管日本利用承认和默认的法理试图来建立其对钓鱼岛的主权主张，然而《旧金山和约》很难作为实现这一目的的法律基础。④这一结论可以通过美国在涉及到中日钓鱼岛领土争端时对《旧金山和约》领土条款所持立场而进一步强化。⑤

---

①Huangda Chiu, “An Analysis of the Sino-Japanese Dispute over the Tiaoyoutai Islets (SenkakuGunto),”*Chinese Year Book of International Law and Affairs*, Vol. 15 (1996-97), p. 25.

②Brownlie, *supra* note 88, p. 151. ”Acquiescence and recognition are not essential to title in thenormal case, but they give significance to actual control of territory and acts of state authority incircumstances when these do not themselves provide a complete foundation for title in the holder.”

③The earliest response is the article published in People’s Daily on December 12, 1970. *See*, “MeiriFandongpaiYinmou LǜeduoZhongchaoHaidiZiyuan [美日反动派阴谋掠夺中朝海底资源 American And Japanese Reactionaries Schemes to Loot Submarine Resources of China and DPRK],”*RenminRiBao*[人民日报 *People’s Daily*], Dec. 12, 1970.

④Since the textural clause of the Treaty of San Francisco makes no mention of the disputed islands,the events following the years after its signing are not “interpretive” evidence under Article 32 and33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.*See*, Seokwoo Lee and Jon M. Van Dyke,*supra*note 38, p. 752

⑤Okinawa Reversion Treaty, *Senate Executive Report*, No. 92-10, 92nd Congress, 1st session, p. 6.“The Department of State has taken the position that the sole source of rights of the United Statesin this regard derives from the Peace Treaty under which the United States merely received rightsof administration, not sovereignty.Thus, United States action in transferring its rights ofadministration to Japan does not constitute a transfer of underlying sovereignty (which the UnitedStates does not have), nor can it affect the underlying claims of any of the disputants.TheCommittee reaffirms that the provisions of the Agreement do not affect any claims of sovereigntywith respect to the Senkaku or Tiao Yu Tai Islands by any state.”

在《旧金山和约》之外，中国有没有另行承认日本对钓鱼岛的主权主张？一个有意思的类比是中国对同列在《和约》第三条中的琉球群岛的态度。中国自始不承认旧金山和约，反对美国在《和约》第三条所列领土的军事存在。与此同时，中国却认为在任何国际条约里琉球群岛都未曾脱离过日本，①中方一直主张琉球群岛应当归还日本。然而，中国一直认为钓鱼岛是台湾的附属岛屿而不是属于琉球群岛（冲绳）。②

问题就在于中国在《和约》之外所承认的日本在琉球的主权是否应当及于钓鱼岛。日本的说法是肯定的，其理由是根据其国内法，钓鱼岛自 1895 年“合并”于日本之后就归于冲绳辖区，据此日本坚持认为“尖阁列岛从历史上就持续的作为西南诸岛的一部分”。③这个基于日本国内法的主张，连同日本可疑的“合并”主张，对中国而言都是既不能接受也不能成为对中国的钓鱼岛主权主张的有效对抗。作为显示中国承认钓鱼岛属于琉球群岛的证据，日本还举出了一张中国 1958 年的标着“尖阁列岛”的地图集，以及描述琉球包括“尖阁列岛”的《人民日报》报文。④这些文件的证明力还是值得质疑的，尤其是考虑到这些证据上下文的事实。⑤

5、 结论

威斯特伐利亚之后诞生的西方中心的国际法中，形成了获取领土的一些规则；这些规则在性质上是习惯法，在规则内容上不够明确。有限的解释和适用领土取得规则的司法实践似乎远未形成一致、持续的判例，而总是根据个案具体情形允许做出灵活的解释。战争本质上是对旧秩序的打破和对新秩序的建立，第二次世界大战后的领土安排，其政治意味更浓。正是由于这些特质，国际法被视为无用的；中日领土争端的解决就似乎更容易受到政治进程的影响。

尽管争端的最后解决取决于双方的政治智慧，但是在这一政治过程中总是存在政治投机的空间，对双方而言均有在这一过程中占得先机的诱惑。在此过程中。中日双方为实现自己的目标都采取了不同的策略。中国以中日双方已达成了搁置钓鱼岛争端的共识为由，成功地避免了该问题成为妨碍发展中日关系的障碍——这只有在日本在中日关系蜜月期长期配合，

①Zhou Enlai’s Statement on August 15, 1951, *supra* note 82.
②The 1971 Chinese Declaration, *supra* note 13.
③The 2013 Japanese Basic View, *supra* note 3.
④Q & A factsheet, *supra* note 16.
⑤Jiangyong Liu &Zaixin Miao, *supra* note 45.The article argues that “Senkaku Islands” in thereport was abridged from a Japanese document that the report incorporated as reference material,and it did not necessarily represent the position of the Chinese government.

假装没有听到中国的“双方已达成共识”的主张的条件下才能实现。

尽管中日双方都得益于中日关系的发展，“搁置”的策略可以说最终给崛起中的中国在解决争端的政治过程中提供了更有利的位置。也是是看到这一点，日本逐渐采取步步为营的策略。在与中国协商海洋事务的过程中，日本开始否认搁置争议的共识，否认钓鱼岛存在主权争端。然而，由于解决海洋事务的争端离不开领土争端的解决，在钓鱼岛争端被完全否认的情况下，即便是临时的海洋事务安排也会显得脆弱无比。①值得注意的是，政治投机主义极易演化为冒险主义。最近日本政府将争议岛屿中的几个小岛国有化的企图，以及中国针锋相对的措施，引发了中日 40 多年的关系中最严重的危机。

领土取得的实体规则的模棱两可也许是领土争端解决的政治过程中的投机行为的土壤，但是一般国际法关于和平解决国际争端的程序性规则也将限制这些投机行为。为此，中日双方应当严肃地回顾自己关于钓鱼岛的主权主张和争端存在的关联②，并且考虑和平解决争端的义务。

①*See, supra* notes 27-32 and the accompanying texts.

②A high frequency of the publications of peer-review articles on Diaoyu/Senkaku“dispute” byleading law journals, regardless the conclusions on merits, at least indicate that the dispute alone isnot purely fictitious or the claims presented by one side are completely without legal basis, forotherwise study relating to the issue would be pointless with no value of publication.

钓鱼岛主权若干国际法问题研究

金永明*

（上海社会科学院法学研究所，上海 200020）

摘要：钓鱼岛列岛问题无法得到合理解决的关键因素，是日本长期以来否定在中日两国之间存在争议，以及否认“搁置争议”共识的存在。在亚太地缘政治格局出现变动的情形下，日本为强化对钓鱼岛列岛的“管理和管辖”，采取了“国有化”钓鱼岛三岛的行为，以“补正”法律缺陷，并实施国内海洋政策，遵循海洋法制“要求”。但鉴于钓鱼岛列岛问题的特殊性，这种行为自然受到了中国政府和人民的坚决反对和强烈抗议，并采取了包括完善我国的领海制度等相应措施。本文重点依据国际法批驳了日本针对钓鱼岛列岛问题的主张的错误性和违法性，指出日本应承认钓鱼岛列岛问题争议，与中国展开和平谈判，以解决钓鱼岛列岛争议问题。

关键词：钓鱼岛列岛争议；“国有化”目的；国际法；解决方法

钓鱼岛及其附属岛屿（以下简称钓鱼岛列岛、钓鱼台列屿）问题主权争议，是横亘在中日两国之间十分敏感而复杂的难题之一。其显现和升级严重影响了中日关系的发展，并危及区域乃至国际的和平与安全。它不仅涉及历史和国际法，关联国际政治秩序及国际制度，又涉及国民感情和民族情绪，加上美国因素包括其偏袒日本的态度等，所以，解决钓鱼岛列岛问题十分困难。从中日两国针对钓鱼岛列岛的立场和态度看，其蕴涵着多个国际法问题，有必要予以阐释。

一、钓鱼岛列岛问题难解的要因

毫无疑问，日本长期以来否认在钓鱼岛列岛问题上存在争议，是中日两国之间 40 多年来无法取得进展并实质性地解决钓鱼岛列岛问题的主要障碍。

尽管在国际法中不存在国际争议（国家间争端）的明确概念，但从国际法院多次引用常设国际法院 1924 年 8 月 30 日审理马弗提斯和耶路撒冷工程特许案（Mavromamat Palestine Concessions）的判决内容可以看出，所谓的争端是指两个当事人（或国家）之间在法律或事实论点上的不一致，在法律主张或利害的冲突及对立。[①]换言之，国际争议是指针对特定主题，二者间互相对抗的主张出现明显化的状况。正如国际法院在此后多次提及的那样，争议是由客观事实确定的，不依赖于当事者是否承认。[②]对照此判决内容，结合中日两国针对钓鱼岛列岛问题的立场与态度，两国在钓鱼岛列岛问题上是存在争议的。[③]

钓鱼岛列岛问题无法得到实质性进展或合理解决的关键原因之二是日本否定存在“搁置争议”的共识。“搁置争议”这一术语虽然未在《中日联合声明》、《中日和平友好条约》等文件中显现，但 1978 年 10 月 25 日邓小平副总理在日本记者俱乐部的讲话表明两国在实现中日邦交正常化、中日和平友好条约的谈判中，存在约定不涉及钓鱼岛问题的事实。[④]换言之，中日两国领导人同意就钓鱼岛问题予以“搁置”；否则，针

---

* 作者简介：金永明，上海社会科学院法学研究所研究员，上海社会科学院中国海洋战略研究中心主任，法学博士。本文为作者主持承担的国家社会科学基金重点项目：《建设海洋强国的法制保障研究》（14AFX025）的阶段性成果。

① 例如，《国际法院规约》第 38 条第 1 款规定，法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：……（四）司法判例及各国权威最高之法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。Also see PCIJ, Series A, No.2, p.11.

② 参见[日]杉原高岭著：《国际法学讲义》，有斐阁 2008 年版，第 544 页。

③ 中国政府针对钓鱼岛列岛问题的立场与态度文件，主要为：《中华人民共和国外交部声明》（1971 年 12 月 30 日）；《中华人民共和国外交部声明》（2012 年 9 月 10 日）；以及中华人民共和国国务院新闻办公室的《钓鱼岛是中国的固有领土》（2012 年 9 月）白皮书。日本政府（外务省）针对钓鱼岛列岛（“尖阁诸岛”）问题的立场性文件，主要为：《日本关于尖阁诸岛领有权问题的基本见解》（1972 年 3 月 8 日）；《日本针对尖阁诸岛的“三个真实”》（2012 年 10 月 4 日），《日本尖阁诸岛宣传资料》（2013 年 10 月）。

④ 关于邓小平副总理在日本记者俱乐部上的发言内容，参见《邓小平与外国首脑及记者会谈录》编辑组：《邓小平与外国首脑及记者会谈录》，台海出版社 2011 年版，第 315-320 页；日本记者俱乐部编：《面向未来友好关系》（1978 年 10 月 25 日），第 7 页。

对邓小平副总理在日本记者俱乐部的讲话，日本政府和人民可作出不同的回答，而他们并未发表不同的意见，也没有提出反对的意见，这表明对于“搁置争议”日本政府是默认的。此后，日本政府也是以此“搁置争议”的原则和精神处理钓鱼岛列岛问题的，具体表现为“不登岛、不调查及不开发、不处罚”，从而维持了钓鱼岛列岛问题的基本稳定。

应注意的是，由于邓小平副总理在日本记者俱乐部的讲话是在 1978 年 10 月 23 日中日两国互换《中日和平友好条约》批准文后做出的，所以针对钓鱼岛列岛问题的讲话内容，具有补充《中日和平友好条约》内容原则性、抽象性的缺陷，具有解释性的作用和效果，即针对钓鱼岛列岛问题的讲话内容，也具有一定的法律效力。因为《维也纳条约法公约》第 32 条第 2 款规定，对于条约的解释，条约之准备工作及缔约之情况，也可作为解释条约之补充资料。

此外，《中日渔业协定》（1997 年 11 月 11 日签署，2000 年 6 月 1 日生效）第 1 条规定，此协议适用海域是指中日两国的专属经济区。但两国的专属经济区界限至今未确定。其第 2-3 条规定，各国基于相互利益，根据此协定及自国的相关法令，可许可他国缔约国的国民及渔船在自国的专属经济区内作业，并发给许可证，也可征收合适的费用；同时，在作业时应遵守对方国家确定的渔业量及作业条件，而在决定作业条件时应尊重中日渔业共同委员会的协议内容。但此渔业协定只适用于北纬 27 度线以北的海域，位于钓鱼岛的北纬 27 度线以南海域不是该渔业协定适用的海域。所以，在此协定未规范的海域，仍适用如在公海那样的在自国登记的船舶由自国管理的“船旗国管辖”的原则。[①]从上述《中日渔业协定》的相关规定可以看出，日本政府是同意将钓鱼岛列岛周边海域作为争议海域处理的，承认两国对钓鱼岛列岛周边海域存在争议，其基础显然包括两国存在“搁置争议”的共识。

针对“搁置争议”共识是否存在的问题，日本坚持认为中方有这样的提议，但并未得到日本的同意或许可，只停留于听过（出席邓小平、园田会谈时日本外务省原中国课课长田岛高志的证言），即其是中方的单方面的行为，而不是双方的行为，所以对日方无拘束力。特别是日本外务省官员指出，在所有的《日本外交文书》中都没有这些内容的记录。所以，自始至终不存在“搁置争议”的共识。日本在 1972 年及 1978 年后，采取了尽可能地平稳而慎重地管理的方针，包括限制建造建筑物及人员上岛，目的是避免与中国发生摩擦的事态，这是从发展中日友好关系的大局出发予以考虑并决策的。[②]尤其是 1976 年及 1996 年建立灯塔时日方的反驳，均否定了“搁置争议”共识的存在。

而依据中国前驻日大使陈健先生在上海交通大学“第五届中日美关系论坛”（2013 年 11 月 3 日）上的谈话，当时田中首相针对周恩来总理的谈话表示：“好，不需要再谈了，以后再说”。[③]即当时的日本首相田中是做出回答的，与邓小平和园田外相的谈话内容是不一样的。换言之，日方是同意“搁置争议”的，也即存在“搁置争议”的共识。所以，所谓《日本外交文书》中无这些记录内容，是日方删除了这些内容。[④]为此，中国外交部应就此内容予以明确，包括公布外交部相关档案。

可见，日本政府违背历史事实，在钓鱼岛列岛问题上否定争议、否定“搁置争议”的共识，是中日两国长期以来无法得到实质性进展或合理解决钓鱼岛列岛问题的关键因素。当然，美国所谓的《美日安保条约》第 5 条适用于钓鱼岛列岛的表态，以及在《归还冲绳协定》时一并将钓鱼岛“交还”日本的做法等，也是钓鱼岛列岛问题难决的重要因素。

二、日本“国有化”钓鱼岛三岛的意图

日本政府于 2012 年 9 月 10 日确立“购岛”方针（所谓的“平稳及安定地维护和管理”钓鱼岛及其部分附属岛屿），并于 9 月 11 日签署“购买”合同及于 9 月 12 日完成所谓的“土地所有者”登记手续“收场”，即日本政府所谓“国有化”钓鱼岛、北小岛和南小岛（简称钓鱼岛三岛）的行为，是在无视中国政

① 参见[日]丰下楢彦著：《何谓“尖阁问题”》，岩波书店 2012 年版，第 177-178 页。

② 参见[日]田岛高志：《尖阁问题“中方不想谈，而日方只限于听过”——邓小平和园田会谈同席者的证言》，《外交》第 18 卷（2013 年 3 月），第 77-78 页。

③ 参见国纪平：《钓鱼岛是中国领土铁证如山》，《人民日报》2012 年 10 月 12 日，http://www.politics.people.com.cn/n/2012/c1001-19239223.html，2012 年 10 月 14 日访问。

④ 参见[日]矢吹晋著：《尖阁问题的核心——日中关系会如何》，花伝社 2013 年版，第 32-42 页。

府的多次强烈抗议和严重警告、无视中日关系大局的情形下完成的，因此遭到了中国政府和人民的坚决反对。所谓的中日关系的大局，是指应进一步深化两国尤其在经济合作方面的相互依存关系。[①]笔者认为，中日关系的大局，是指两国应进一步深化以经济为基础的相互依存关系，实现睦邻友好长期发展和战略互惠目标。[②]

那么，日本政府为何要在纪念中日邦交正常化 40 周年时“国有化”钓鱼岛三岛呢？这有众多的原因，主要为国际政治、国际关系和国内政治等的变化及需要，尤其是随着中国的进一步发展，亚太地缘政治格局出现了明显的变化，包括在亚太地区出现了政治、安全和经济的双重权力结构，出现了中美竞争和对立的倾向；美国亚太再平衡战略的部署和实施，以及美国在钓鱼岛列岛问题上偏袒日本的做法，包括宣称这一问题适用《美日安保条约》第 5 条的态度，加快了日本“国有化”钓鱼岛三岛的进程。而从法律层面看，日本“国有化”钓鱼岛三岛的目的，主要有以下两个方面。

第一，补正“拥有”钓鱼岛列岛主权的法律缺陷。众所周知，日本是借甲午战争胜利之际，于 1895 年 1 月 14 日通过所谓的内阁决议，秘密地将属于中国领土的钓鱼岛及其部分附属岛屿编入所谓的日本领土，并在 1 月 21 日的内阁会议上决定由内务、外务大臣指示冲绳县知事：报请在岛上修建界桩事项已获批准。[③]此后，日本内阁 1896 年 3 月 5 日颁布、4 月 1 日开始实施的《冲绳县之郡编制的赦令》（第 13 号），主张将钓鱼岛及其部分附属岛屿并入冲绳县八重山郡，成为国有地。[④]

事实上，在日本秘密将钓鱼岛及其部分附属岛屿编入所谓的日本领土的内阁决议（秘别 133 号），直到 1952 年日本外务省编辑出版的《日本外交文书》第 23 卷中才显现，而在此之前，国际社会包括中国都无从知晓。[⑤]即使在 1895 年 6 月 2 日中日两国政府代表在谈判和签署《有关接管台湾的公文》时，日本公使水野弁理也隐瞒了日本政府在《马关条约》签署前三个月已召开内阁会议秘密将钓鱼岛编入冲绳县的事实。[⑥]所以，此举严重地违反国家取得领土的基本要件：向国际社会予以公示或通告，因此其不具有国际法的效力，是一种违法的行为。同时，从《冲绳县之郡编制的赦令》内容可以看出，在冲绳县的五郡中根本没有钓鱼岛等岛屿的内容。而根据明治宪法规定，内阁只是天皇的辅助机构，日本的法令只有以天皇的名义发布才算有效，且从日本针对其他领土（如硫磺岛、南鸟岛等无人岛）编入日本领土均予以公示的实况来看，日本将钓鱼岛及其部分附属岛屿编入日本领土的手续明显不同。[⑦]即《冲绳县之郡编制的赦令》未通过天皇赦令发布，所以毫无国内法的效力。

日本“国有化”钓鱼岛三岛的行为，就是为了“补正”日本针对钓鱼岛列岛主权的法律缺陷，以向国际社会显示日本对钓鱼岛三岛的“管理”并体现“管辖”，试图在今后的国际司法判决中准备有利的“证据或要素”。

第二，日本海洋扩张战略及海洋法制的“必然要求及产物”。实际上，日本政府在“国有化”钓鱼岛三岛之前，已在 2011 年 5 月和 2012 年 3 月对确定专属经济区外缘的 49 个离岛作出了在地图、海图上记载的决定。[⑧]所以，日本“国有化”钓鱼岛三岛行为，是日本实施海洋扩张战略和“遵循”海洋法的“必然要求及产物”。

一般认为，21 世纪以来，日本海洋战略的代表性文件为海洋政策研究财团于 2005 年 11 月 18 日向日

---

① 参见[日]冈田充著：《尖阁列岛问题：领土民族主义的魔力》，苍苍社 2012 年版，第 13 页。
② 参见金永明：《改善中日关系的几点思考及建议》，《东方早报》2013 年 12 月 5 日，第 A15 版。
③ 参见[日]浦野起央等编：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社、刀水书房 2001 年版，第 170-171 页。
④ 关于《冲绳县之郡编制的赦令》内容，参见[日]浦野起央等编：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社、刀水书房 2001 年版，第 175-177 页。
⑤ 日本内阁决议（1895 年 1 月 14 日）附件内容：对于内务大臣建议的位于冲绳县八重山群岛之西北称为久场岛、鱼钓岛之无人岛，近年有人试图从事渔业等，故须加以取缔之。对此，应按照该县知事呈报批准该岛归由冲绳县所辖，准其修建界桩。此事应如建议顺利通过。参见[日]浦野起央等编：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社、刀水书房 2001 年版，第 167-170 页。
⑥ 参见李国强：《钓鱼岛主权若干问题辨析》，《太平洋学报》2013 年第 7 期，第 3 页。
⑦ 关于日本于 1898 年将南鸟岛编入东京府的过程及内容，参见[日]百濑孝著：《史料检证：日本的领土》，河出书房新社 2010 年版，第 87-89 页。
⑧ See http://www.kantei.go.jp/jp/singi/kaiyou/ritoushin/pdf/10._or_39.pdf，2012 年 3 月 4 日访问。

本政府提交的《海洋与日本：21 世纪海洋政策建议书》。其建议日本政府应立项制定海洋政策大纲，完善海洋基本法的推进体制，国家管辖范围应扩大到海洋“国土”和加强国际合作。为此，日本政府于 2006 年 12 月 7 日公布了《海洋政策大纲——寻求新的海洋立国》。其内容包括三个方面：重视海洋问题，强调综合管理海洋的必要性，制定海洋基本法。此后，日本于 2007 年 4 月通过了《海洋基本法》，并根据其要求，日本内阁会议于 2008 年 3 月 18 日批准了《海洋基本计划》（2008-2012）。[①]鉴于此海洋基本计划到期后，日本政府又于 2013 年 4 月通过了新的《海洋基本计划》（2013-2017），以持续推进日本海洋战略的实施。

此外，为扩大日本海洋“国土”范围并加强对其的“管理”，日本还修正及制定了一些法律，包括：2005 年 7 月将原来的《国土综合开发法》改名为《国土形成计划法》，扩大了诸如专属经济区和大陆架为海洋“国土”的范围，并强化对其的“管理”；2008 年 6 月 5 日通过并于 2012 年 9 月 5 日修改了《在领海等区域内有关外国船舶航行法》，目的是强化对钓鱼岛周边海域的“管理”和“管辖”；日本国会和内阁分别于 2010 年 5 月和 7 月 13 日通过了《为促进专属经济区和大陆架的保全和利用对低潮线保全和相关设施完善等法律》及其基本计划，以规范和保全离陆岛屿低潮线和完善相关设施等。[②]

可见，进入 21 世纪以来，日本通过制定海洋战略、海洋政策，修改和制定海洋法及海洋基本计划等方法，特别部署了“强化”对离陆岛屿“管理”的具体措施。所以，笔者认为，日本“国有化”钓鱼岛三岛行为，是日本政府实施海洋扩张战略和“遵循”海洋法的“必然要求和产物”。即使野田政府不对钓鱼岛三岛予以“国有化”，其后续政府也会在此后“合适”的时机采取这一行动的。但这种基于不法权利下的行为，毫无国际法效力。[③]

三、钓鱼岛列岛主权的国际法分析

为分析与钓鱼岛列岛问题有关的国际法特别是条约法内容，有必要阐述日本的主张。

日本认为，第二次世界大战后，日本的领土是依据 1952 年 4 月生效的《旧金山和约》以法律的形式确定的。“尖阁诸岛”依据《旧金山和约》第 3 条，作为日本西南诸岛的一部分置于美国的施政下，并包含在 1972 年 5 月生效的美日关于琉球诸岛和大东诸岛协定（《归还冲绳协定》）返还给日本施政权的区域内。“尖阁诸岛”在历史上一贯构成日本领土——西南诸岛的一部分。“尖阁诸岛”是在 1885 年以后，经过多次或再三调查慎重确认其没有清朝统治的痕迹后，于 1895 年编入日本领土的。此后，根据日本政府的许可予以移民并在岛上经营鲣鱼生产的事业。而日本于 1895 年 1 月将其编入日本的领土，在国际法上属于正当地取得领土权的方式（所谓的无主地先占）。此后，于 1968 年预测“尖阁诸岛”周边海域可能埋藏石油资源后，至 1971 年中国政府和台湾当局在主张领有权以前，日本以外的任何国家和地区均没有主张领有权并提出异议。[④]

针对日本政府关于钓鱼岛列岛领有权的所谓上述主张，有以下几个国际法问题需要澄清。

第一，在 1895 年以前，钓鱼岛等岛屿不是无主地。从《日本关于尖阁诸岛领有权问题的基本见解》可以看出，日本自 1885 年起，开始图谋侵占钓鱼岛等岛屿。其过程如下：1885 年日本内务卿山县有朋密令冲绳县令西村舍三勘查钓鱼台列屿，以设立“国标”。1885 年 9 月 22 日西村以密函回报称：此等岛屿系经中国命名，且使用多年，载之史册，如在勘查后即树立“国标”，恐未妥善，建议暂缓。山县有朋并不死心，再次征询外务卿井上馨之意见。1885 年 10 月 20 日，井上馨在答复山县有朋的极密函件“亲展第 38 号”中，亦指出“清国对各岛已有命名”，且当时中国报纸报道（即 1885 年 9 月 6 日上海《申报》标题为“台湾警信”的报道）指出：“近有日本人悬日旗于其上，大有占据之势，促请清政府注意。”此时，日本明治政府因自忖力量不足，又察“近时清国报纸等揭载我国政府欲占据台湾近旁清国所属岛屿的传闻”，乃未敢妄动，决定“当以俟诸他日为宜”，且为免“招致清国猜疑”，要求勘查之事“均不必在官报及报纸

[①] 参见金永明著：《海洋问题专论》（第一卷），海洋出版社 2011 年版，第 267-272 页，第 294-310 页。

[②] 参见金永明：《日本“国有化”钓鱼岛行为之要因：海洋战略与海洋法制概要》，《东方法学》2012 年第 6 期，第 113-118 页。

[③] 参见罗国强：《日本“购岛”之举的国际法效力解析》，《现代国际关系》2012 年第 10 期，第 45-48 页。

[④] http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/senkaku/index.html，2013 年 6 月 9 日访问。

刊登”。为此，日本内务、外务两卿联合在1885年12月5日下达指示，要求冲绳县暂勿设立“国标”。同时，对当时福冈人古贺辰四郎开发钓鱼岛的申请，亦予驳回。[①]可见，在1885年时日本已知悉钓鱼岛等岛屿根本不是无主地，已为中国命名和使用且载入史册，根本不是所谓的无清朝统治的痕迹，而是确为属于中国的领土。1894年7月，中日甲午战争爆发，至10月底，中方海、陆军皆已战败。此时，日本内阁鉴于甲午战争胜利在望，乃以“今昔情况已殊”为由，于1895年1月14日秘密核准冲绳县于钓鱼岛设立“国标”。日本对钓鱼岛等岛屿的窃占，至此“完成”。

此外，即使依据所谓的“无主地”先占原则取得对钓鱼岛列岛的主权，但至1969年5月5日，日本政府没有在钓鱼岛列岛建立任何具有管辖痕迹或领土意思的标志，也就不符合国际法意义上的先占原则。[②]那么，为何日本在此时突然设置了“标桩”？主要原因之一为，在埃默里报告发表之前，调查成员新野弘于1967年9月在日本的《科学与技术》期刊上独自发表了一篇专论，强调钓鱼岛列岛周边海域有蕴藏大量石油的可能，并向日本政府建言献策，要在联合国亚洲及远东经济委员会（ECAFE）公布中国黄海、东海及南海勘测报告之前，抢先向钓鱼岛列岛海域派出勘测队，以期获得更加准确的资料。受此“建言”影响，日本政府不仅实施了两次勘测活动，也加快了设置“标桩”的步伐。[③]主要原因之二为，日本认为钓鱼岛列屿是台湾的属岛，既然台湾已通过《马关条约》割让给了日本，所以无须再设置“标桩”，从而“延缓”了设置“标桩”的进程。

第二，自1885年以来，日本并未对钓鱼岛等岛屿进行过多次调查。证据之一：1892年1月27日冲绳县知事丸冈莞尔致函海军大臣桦山资纪，鉴于钓鱼岛列岛为“踏查不充分”之岛屿，要求海军派遣“海门”舰前往钓鱼岛列岛实地调查，然后海军省以“季节险恶”为由，未予派遣。证据之二：1894年3月12日，冲绳县知事奈良原繁致函内务省谓：“自明治18年（1885年），由本县属警部派出的调查以来，期间未再进行实地调查，故难有确实事项回报”。而此一文件为1894年8月1日中日甲午战争爆发前的最后一份官方文件，不但直接反驳了日本政府所称对所谓“尖阁诸岛”进行过多次或再三彻底调查的说法，也说明明治政府当年确实是借甲午战争的胜利而窃占钓鱼岛等岛屿的。[④]实际上，日本用“出云丸”对钓鱼岛的所谓现场调查活动只有一次，时间在1885年10月30日上午10时到下午14时，前后最多也只有六个小时，根本不存在所谓的“多次调查”。[⑤]

第三，关于所谓依据许可对钓鱼岛列岛实施的“有效统治”，也属无效。日本辩称对钓鱼岛列岛进行了所谓的“有效统治”，包括政府批准民间人士在岛上进行开发活动。由于钓鱼岛列岛是中国的领土，并不是无主地，也违反无主地先占的要件，尤其是如上所述，日本政府秘密通过的内阁决议，不仅无国际法效力，也无国内法效力，所以即使采取了所谓的有效统治，也属无效，因为不法行为不产生权利。[⑥]换言之，1895年至1945年日本统治台湾期间，钓鱼岛列岛既为台湾属岛，故俱为日本领土。日本人使用该岛自无他人抗议，古贺辰四郎父子的开发行为即为一例。[⑦]

第四，日本声称在1970年代前没有任何国家对钓鱼岛列岛提出主权主张，这也不符合事实。1946年6月22日，美国主导下的盟军总司令部划定的日本渔区图，将中国钓鱼岛渔区划入日本渔区，遭到中国政府的反对，但盟军知错不改，向中国和其他盟国解释说，“日本粮荒急迫，应增加渔产，俾谋救急”，希望盟国谅解。[⑧]可见，盟军明知钓鱼岛不是日本的领土，且中国明确反对，却仍将钓鱼岛海域划入日本渔区，

---

① 参见台湾“外交部”:《钓鱼台列屿之主权声明》(2011年5月27日)。此外，对于《日本关于尖阁诸岛领有权的基本见解》内谎称的所谓“再三对钓鱼岛等岛屿的实地调查”反驳内容，参见金永明:《再驳“日本关于钓鱼岛等岛屿领有权的基本见解”的错误性》,《东方法学》2012年第5期，第54-61页。

② 为显示日本对钓鱼岛等岛屿的行政管辖，1969年5月5日日本石垣市在各岛设置了钢筋水泥制的标识或标记。参见郑海麟著:《钓鱼岛列岛之历史与法理研究》(增订本)，中华书局2007年版，第117页。

③ 参见吴天颖著:《甲午战前钓鱼列屿归属考》(增订版)，中国民主法制出版社2013年版，第6-9页。

④ 参见台湾“外交部”:《钓鱼台列屿之主权声明》(2011年5月27日)，第7页。

⑤ 参见[日]村田忠禧著:《日中领土问题的起源——公文书表明的不切实际的事实》，花伝社2013年版，第220-221页。

⑥ 关于“不法行为不产生权利”内容，参见王可菊:《不法行为不产生权利》,《太平洋学报》2013年第7期，第91-93页。

⑦ 日本窃占钓鱼台列屿后，即许可其国民在岛上开发。自1897年起，古贺辰四郎及古贺善次父子先后曾在钓鱼台上从事羽毛及鸟粪收集、标本制作、鲣鱼罐头工厂经营及农耕。前后二阶段，共历时二、三十年，终因成本过高及太平洋战争爆发而终止。参见台湾“外交部”:《钓鱼台列屿之主权声明》(2011年5月27日)，第2、7页。

⑧ 参见胡德坤、韩永利:《旧金山和约与日本领土处置问题》,《现代国际关系》2012年第11期，第11页。

理由是出于对日本粮荒的救济。此外，1950 年和 1953 年，美国琉球当局将托管范围包括钓鱼岛列岛的“依据”并非认为其是日本的领土，而是按照 1944 年的日本陆军地图地名索引确定的。[①]所以，根本不符合日本声称的在 1970 年代前无任何国家提出对钓鱼岛列岛拥有主权的说法。

至于 1920 年中华民国驻长崎领事在救出遇难中国渔民的感谢状中载有“日本帝国冲绳县八重山郡尖阁列岛（即钓鱼岛列岛）”的字样，这也无日本拥有钓鱼岛列岛领土主权的效果。因为如上所述，自 1895 年至 1945 年日本统治台湾期间，钓鱼岛既为台湾属岛，故俱为日本领土，日本人使用该岛自无他人抗议。上述感谢状中承认“尖阁列岛”为日本领土，因为当时确实如此。[②]

另外，对于日本声称的在 1953 年 1 月 8 日《人民日报》一篇报道中有琉球诸岛由包括钓鱼岛列岛在内的七组岛屿组成的记载，经查原文，《琉球群岛人民反对美国占领的斗争》是一篇编译文章。因为该文没有作者，只注明“资料”字样，且“尖阁诸岛”纯属日语写法，文中的冲绳地区“嘉手纳”被按日语音译成“卡台那”，可见其是一篇辅助阅读的资料，显然不能代表中国政府或《人民日报》报社的立场。更为重要的是，此文对“琉球群岛”的定义范围也存在错误。因为依据《旧金山和约》，大隅诸岛不在琉球群岛之内，也不在美军占领的范围内，根本不存在“反对美军占领的斗争”。换言之，《人民日报》的文章只是资料性质的参考文献，且属于日本本土鹿儿岛的大隅诸岛也不在琉球群岛范围之内，其存在定义范围之错误，所以无法代表中国政府的立场。

至于 1960 年在中国发行的中国世界地图集中把钓鱼岛列岛作为冲绳岛屿处理的辩称，也无作用。因为当时中国无单独测绘出版地图的能力，此地图或是沿用日本占据台湾时期的地图，或是直接参看了日本的地图，证据之一为中国后来正式测绘的地图中使用的岛屿名称也有变化，例如，将土噶喇诸岛称为土噶喇列岛。[③]所以，这种地图充其量只能反映日本统治台湾期间把钓鱼岛划归琉球管辖的一个侧面，不足以证明历史的全貌，更不能作为辩明领土主权归属的依据。

事实上，日本是于 1968 年预测钓鱼岛列岛周边海域埋藏丰富石油资源后，才开始加紧活动的。主要表现如下：1969 年 6 月、1970 年 4 月，日本政府组织东海大学科研人员对钓鱼岛列岛周边海域实施了 2 次勘测调查活动，调查认为钓鱼岛列岛附近海域蕴藏丰富的石油资源；[④]1969 年后，琉球政府船只开始驱赶台湾渔民在钓鱼岛列岛周边海域的捕渔活动，[⑤]目的是使驻琉美军与琉球政府共同派人前往钓鱼岛列岛周边海域调查石油矿藏；[⑥]1969 年 5 月 9 日，琉球政府石垣市官员在钓鱼岛列岛的五个岛上设置了显示“行政管辖”的“标设”；[⑦]1970 年 9 月 1 日，琉球政府立法院通过了《关于尖阁列岛的领土权》的决议，指出“尖阁列岛”在行政上属于冲绳石垣市；[⑧]1974 年 1 月，日韩签署所谓的共同开发大陆架案；等等。这些事实充分反驳了日本所谓中国是在 1970 年代预测东海海底蕴藏丰富石油资源后才开始主张或强化对钓鱼岛列岛的主权要求及管理措施的谬论。

第五，日本认为，钓鱼岛列岛的“主权”是其依据《旧金山和约》、《归还冲绳协定》取得的，而不是依据《马关条约》割让的领土，此主张违反国际法。尽管《马关条约》第 2 条未提及钓鱼岛列岛，但并不能就此推出其为琉球西南诸岛一部分的结论。因为台湾全岛及所有附属各岛屿所涵盖的其他许多岛屿都没有在《马关条约》第 2 条中提及，如接近台湾本岛的兰屿、琉球屿、花瓶屿、彭佳屿等。

1951 年 9 月 8 日，美日等国在旧金山签署的《旧金山和约》第 3 条规定的美国行政权管辖下的琉球列

---

① 参见胡德坤、韩永利：《旧金山和约与日本领土处置问题》，《现代国际关系》2012 年第 11 期，第 11 页。

② 参见台湾“外交部”：《钓鱼台列屿之主权声明》（2011 年 5 月 27 日），第 7 页。另外，以“中华民国驻长崎领事冯冕”名义分别给予日本地方官员和各位救助者的感谢状共有七份，其原件现存于冲绳县石垣市立八重山博物馆。参见朱建荣：《辨析日本关于钓鱼岛主权主张的结构性缺陷》，《日本学刊》2013 年第 1 期，第 29 页。

③ 针对日本辩称的《人民日报》文章、有关地图内容分析及其作用，参见朱建荣：《辨析日本关于钓鱼岛主权主张的结构性缺陷》，《日本学刊》2013 年第 1 期，第 32-34 页。

④ 国家海洋局海洋发展战略研究所编：《钓鱼岛问题纪事》，1996 年，第 15-16 页。

⑤ 参见丘宏达：《中国对于钓鱼台列屿主权的论据分析》，《明报月刊》第 78 期（1972 年 6 月），第 59 页；台湾“外交部”：《钓鱼台列屿之主权声明》（2011 年 5 月 27 日），第 7-8 页。

⑥ 参见朱建荣：《辨析日本关于钓鱼岛主权主张的结构性缺陷》，《日本学刊》2013 年第 1 期，第 30 页。

⑦ 参见[日]浦野起央著：《尖阁诸岛・琉球・中国——日中国际关系史》，三和书籍 2005 年版，第 154 页。

⑧ 参见[日]浦野起央等编：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社、刀水书房 2001 年版，第 192-198 页。

岛及其领海范围，并无包括钓鱼岛列岛或日本所称的“尖阁群岛”、“尖头群岛”。[①]而日本政府对《旧金山和约》第 3 条的地域范围解释时，明确指出“历史上的北纬 29 度以南的西南群岛（或诸岛），大体是指旧琉球王朝的势力所及范围。”此解释表明，《旧金山和约》规定交由美国托管的范围，不含钓鱼岛列岛，因为钓鱼岛列岛并非“旧琉球王朝的势力所及范围”。[②]所谓的钓鱼岛列岛为琉球西南诸岛的一部分，只是错误地反映了日本在割让台湾后重新将钓鱼岛列岛划归冲绳管辖的“事实”，未能体现历史的真实面貌。

同时，钓鱼岛列岛由于台湾渔民经常出没作业的关系，习惯上将该列岛视为台湾附属岛屿，这是一种历史的自然形成。对于这种地理概念的历史形成，中日的文献资料均有反映。例如，明朝嘉庆帝派遣的“宣谕日本国”的特使郑舜功所撰《日本一鉴》（1564 年）便记有：“钓鱼屿，小东小屿也”（小东即台湾），即钓鱼屿被视为台湾附属小屿的；明治 28 年（1895 年）日本海军省所撰《日清战史稿本》之《别记・台湾匪贼征讨》记载的尖阁岛位置，是在“台湾淡水港北方约 90 海里（小基隆之海面）”，也把钓鱼岛列岛视为台湾附属岛屿。

其实，日本人要到 1885 年前后才通过西洋人的海图（主要是英国《海军水路志》）注意到钓鱼岛列岛的存在。而英国海军是通过闽台人获悉钓鱼岛列岛的命名的。1900 年，日本才给钓鱼岛列岛起名为尖阁列岛。此外，在 1895 年 6 月 2 日中日政府代表签署《有关接管台湾的公文》谈判时，日本代表水野弁理公使认为，有关台湾附属岛屿已有公认的海图及地图。此谈话表明，日本政府承认台湾附属岛屿已有公认的海图及地图，因而不需要在接管台湾的公文中列出钓鱼岛列岛，所以，日本政府实际上承认钓鱼岛列岛是台湾附属岛屿，因为钓鱼岛列岛在公认的海图及地图上早已表明它属于中国台湾。[③]

1945 年日本战败投降后，根据《开罗宣言》、《波茨坦公告》及《日本投降文书》等文件的规定，钓鱼岛列岛本应作为台湾的附属岛屿归还中国。值得注意的是，《开罗宣言》对领土内容的规定采用了不穷尽列举的方式，意在强调日本以任何方式窃取于中国的一切领土，不论是通过《马关条约》正式割让的台湾、澎湖，还是日本通过傀儡政府而实际占据的东北四省，或是以其他方式窃取的中国领土，均应归还中国。即便日方辩称钓鱼岛列岛没有作为台湾附属岛屿在《马关条约》中一并割让给日本，也不能否认该等岛屿是日本利用甲午战争或在甲午战争期间从中国“窃取”的领土，因而是必须归还中国的。[④]

但美国基于冷战及地缘战略考虑，根据 1951 年签订的《旧金山和约》托管琉球，并依据 1953 年 12 月 25 日生效的有关奄美大诸岛的《日美行政协定》，认为有必要重新指定琉球列岛美国民政府及琉球政府按照民政府布告、条令及指令所规定的地理境界，所以，美国民政府于 1953 年 12 月 25 日发布了《琉球列岛的地理境界》（第 27 号），将钓鱼岛列岛单方面地划入琉球群岛的经纬线内，并于 1972 年将钓鱼岛列岛连同琉球群岛一并“交还”日本。[⑤]美日私相授受中国钓鱼岛列岛领土的做法，导致现今钓鱼岛列岛被日本非法实际控制的局面，从而衍生出长达 40 余年的中日钓鱼岛列岛领土主权之争。

美国依据《归还冲绳协定》“归还”琉球群岛及钓鱼岛列岛行政权之举，不仅未取得第二次世界大战盟国的同意，而且也违反联合国托管制度。

首先，1943 年 10 月，中美英苏发表了《四国关于普遍安全的宣言》，宣布四大国决心在打败敌人及处理敌人投降方面，采取共同行动。可以看出，盟国一致原则和不单独媾和为反法西斯四大国之间的庄重约定，各国必须遵守。所以， 1951 年 9 月 8 日在没有中国参加、苏联没有签字的情况下，美日等国签署的

---

① 《旧金山和约》第 3 条规定，日本对于美国向联合国所作任何将北纬 29 度以南之西南诸岛（包括琉球群岛及大东群岛）、孀妇岩以南之南方诸岛（包括小笠原群岛、西之岛及硫磺列岛）及冲之鸟岛与南鸟岛，置于托管之下，而以美国为其唯一管理当局之建议，将予同意。在提出此项建议并就此项建议采取确定性之行动以前，美国有权对此等岛屿之领土暨其居民，包括此等岛屿之领水，行使一切行政、立法及管辖之权力。……

② 参见郑海麟：《日本声称拥有钓鱼岛领土主权的论据辨析》，《太平洋学报》2011 年第 7 期，第 94 页。

③ 参见李国强：《钓鱼岛主权若干问题辨析》，《太平洋学报》2013 年第 7 期，第 2-3 页；[日]滨川今日子：《围绕领有尖阁诸岛的论点——以日中两国的见解为中心》，《调查与情报》第 565 期（2007 年 2 月 28 日），第 7 页。

④ 国纪平：《钓鱼岛是中国领土铁证如山》，参见 http://politics.people.com.cn/2012/1012/c1001-19239223.html，2012 年 10 月 14 日访问。

⑤ 关于美国单方面划定琉球地理境界并依据“群岛基线”划定琉球群岛经纬线范围内容，参见郑海麟：《日本声称拥有钓鱼岛领土主权的论据辨析》，《太平洋学报》2011 年第 7 期，第 94-96 页。

《旧金山和约》突破了盟国的共同决定，改变了盟国对日本领土的许多规定，在国际法上无效。[①]中国政府周恩来总理兼外长代表政府郑重声明，指出《旧金山和约》是没有中华人民共和国参加的对日单独和约，不仅不是全面的和约，而且不是真正的和约；中国政府认为是非法的、无效的，因而是绝对不能承认的。[②]

其次，《联合国宪章》第 76 条和第 84 条规定，托管之目的在于领导托管地趋向自治或独立，以及维护国际和平及安全，所以，美国无权单方面地决定琉球群岛与钓鱼岛列岛的返还问题，相反，美国有从日本收回琉球群岛及钓鱼岛列岛行政权的义务。因为对于联合国托管制度，《奥本海国际法》指出，在考虑托管领土的主权时，必须记住主权本身（或可称剩余主权）和主权行使之间的区别。主权的行使显然是托付给托管国的，但受联合国监督，并对联合国负责……非经被认为拥有剩余主权的联合国核准，托管国不能割让托管领土，或以其他方式改变托管领土的地位。[③]

在此特别应该指出的是，所谓的日本对钓鱼岛列岛的主权，尤其是二战后对于日本的领土范围，日本试图割裂与重要的国际法文件之间的关系。

对于日本的领土范围，中、美、英三国 1943 年 12 月 1 日公布的《开罗宣言》指出，我三大盟国此次进行战争之目的，在于制止及惩罚日本之侵略，三国决不为自己图利，并无拓展领土之意思；三国之宗旨，在剥夺日本从 1914 年第一次世界大战开始在太平洋上所夺得或占领之一切岛屿；在使日本所窃取于中国之领土，例如，东北四省、台湾、澎湖列岛等，归还中华民国；其他日本以武力或贪欲所攫取之土地，亦务将日本驱逐出境。[④]《波茨坦公告》第 8 款规定，开罗宣言之条件，必将实施；而日本之主权，必将限于本州、北海道、九州、四国及吾人所决定其他小岛之内。[⑤]《日本投降文书》内的《向同盟国投降文书》（1945 年 9 月 2 日）规定，日本接受美中英政府首脑于 1945 年 7 月 26 日在波茨坦所发表，其后又经苏联所加入之公告列举之条款；日本担任忠实执行波茨坦宣言之各项条款。[⑥]这些国际法文件对日本有拘束力。

依据这些条约文件内容，日本应放弃或归还的岛屿及领土主要包括以下三个方面：第一，日本应归还一战后夺得的太平洋上的一切岛屿，指西太平洋群岛的岛屿，主要为加罗林群岛、北马里亚纳群岛、马绍尔群岛。第二，日本应归还窃取于中国的领土。第三，日本应放弃以武力或贪欲所攫取之土地。[⑦]

总之，依据国际法文件，特别是《开罗宣言》、《波茨坦公告》、《日本投降文书》等文件的原则和精神，钓鱼岛列岛属于中国应收复的领土，毫无疑义。因为这些条约属于立法性或造法性的条约，起引导及决定性的作用，特别是当合同性或契约性的条约（如《旧金山和约》、《归还冲绳协定》）与其发生冲突时，它们具有优先适用的性质和功能。同时，日本的领土限于四地及同盟国决定之小岛内。从 1946 年 1 月 29 日盟国最高司令官总司令部向日本政府发出题为《某些边远区域从日本的统治和行政中分离》的“第 677 号指令”（明确剥夺日本对本土以外地域的支配管辖权并界定了日本的领土范围）以来，同盟国迄今未曾协商讨论决定日本的领土范围，包括琉球群岛的地位问题。鉴于钓鱼岛列岛主权问题危及或影响东亚区域及世界的和平与安全，联合国安理会由责任讨论此问题，或其可向国际法院申请咨询意见，以重申或再次确定日本领土之范围，切实保卫二战之胜利成果，并遵循国际制度安排，维护国际秩序。[⑧]

四、中国的法律应对及钓鱼岛列岛问题解决方法

---

① 胡德坤、韩永利：《旧金山和约与日本领土处置问题》，《现代国际关系》2012 年第 11 期，第 8-10 页。

② 《周恩来外长关于美国及其仆从国家签订旧金山和约的声明》，载田桓主编：《战后中日关系文献集（1945-1970）》，中国社会科学出版社 2002 年版，第 103-104 页。

③ [英]詹宁斯，瓦茨修订，王铁崖等译，《奥本海国际法》（第一卷，第一分册），中国大百科全书出版社 1995 年版，第 189-194 页。

④ 《开罗宣言》内容，参见丘宏达编辑，陈纯一助编：《现代国际法参考文件》，（台湾）三民书局 2002 年版，第 926-928 页。

⑤ 《波茨坦公告》内容，参见丘宏达编辑，陈纯一助编：《现代国际法参考文件》，（台湾）三民书局 2002 年版，第 928-929 页。

⑥ 《日本投降文书》内的《向同盟国投降文件》内容，参见丘宏达编辑，陈纯一助编：《现代国际法参考文件》，（台湾）三民书局 2002 年版，第 930-932 页。

⑦ 参见管建强：《国际法视角下的中日钓鱼岛领土主权纷争》，《中国社会科学》2012 年第 12 期，第 132 页。

⑧ 例如，《联合国宪章》第 39 条、第 96 条第 1 款；《国际法院规约》第 65 条第 1 款。

日本政府“国有化”钓鱼岛三岛后，中国出台了一系列的反制措施，尤其在法律上特别明显，效果不错。主要为：2012 年 9 月 10 日，中国政府就钓鱼岛列岛的领海基线发表了声明，公布了钓鱼岛列岛作为基点的经纬度坐标，从而确立和明确了钓鱼岛列岛以直线基线为基础的领海制度及其他海域管辖范围。[①]9 月 12 日，国家海洋局公布了《领海基点保护范围选划及保护办法》。9 月 13 日，中国常驻联合国代表李保东大使向联合国秘书长提交了中国钓鱼岛列岛领海基点基线坐标表和海图副本。此外，国家海洋局、民政部授权于 2012 年 9 月 21 日公布了中国钓鱼岛海域部分地理实体标准名称，从而完善了中国针对钓鱼岛等岛屿的领海制度及一切法定手续。这是 2012 年 3 月 3 日经国务院批准授权国家海洋局、民政部公布钓鱼岛及其部分附属岛屿名称以来的后续措施；[②]也是依据中国的海洋法（包括《中国政府关于领海的声明》，中国的《领海及毗连区法》，《中国政府关于领海基线的声明》，中国的《海岛保护法》等）以及《联合国海洋法公约》做出的决定，目的是完善中国的海洋法制度尤其是领海制度，捍卫中国的国家领土和海洋权益。[③]

除在法律上反制日本“国有化”钓鱼岛三岛行为外，外交部于 2012 年 9 月 10 日还发表了《日政府所谓“购岛”是非法的、无效的》声明；国务院新闻办公室于 2012 年 9 月 25 日发表了《钓鱼岛是中国的固有领土》白皮书，坚定地宣示中国政府对钓鱼岛列岛的主权。

尽管中国政府已公布了钓鱼岛列岛的领海基线，并完善了相关领海制度，已在法律上掌握了管理钓鱼岛列岛周边海域的主动权，也产生了一定的效果。但为加强对钓鱼岛领海领空的保护，需要增强巡航执法管理力度及制度，目的是显示存在、体现管辖，更重要的是实施管辖。而中国国防部于 2013 年 11 月 23 日发布的关于划设东海防空识别区的声明，以及东海防空识别区航空器识别规则公告，则进一步提升了中国保卫钓鱼岛列岛周边领空的意志和决心，有利于钓鱼岛列岛主权的维护。[④]可以预见，在日本海上保安厅、海上自卫队仍将继续维持其领海领空警备体制的情况下，中日两国各类船只、飞机之间的摩擦和纠纷甚至诸如碰撞、冲突之类的事件必将增加。为此，中国制定完善相关国内法规就显得特别重要，如中国管辖海域巡航执法管理及处罚条例、外国船舶在我国领海内无害航行制度规范、中国东海防空识别区航空器识别规则实施细则等。

一直以来，中国政府和人民考虑到中日友好关系发展的重要性，严格执行中日两国领导人对钓鱼岛列岛问题达成的政治默契（搁置争议），严守中日四个政治文件的原则和精神，在钓鱼岛列岛问题上保持了最大的克制，希望通过和平方法包括“主权属我、搁置争议、共同开发”的方式处理钓鱼岛列岛问题。

应该说，中国解决钓鱼岛列岛问题争议的基本思路和立场是一贯的。中国政府依然希望通过和平方法尤其是政治或外交方法，解决中日两国间存在的钓鱼岛列岛问题争议。这不仅符合国际法制度和原则，也符合中日两国四个政治文件的原则和精神。所以，中日两国通过平等对话和协商，利用现有双边机制（如中日外交部副外长级磋商机制、中日高级别海洋问题磋商机制等），合理讨论钓鱼岛列岛问题争议及解决方法，使其不影响中日关系发展的大局，包括在必要时探讨构筑预防及应急反应机制就十分重要，有利于合理管控钓鱼岛列岛周边领海和领空的和平、安定及秩序，为进一步发展中日两国全面战略互惠关系作出贡献。

---

① 中国关于钓鱼岛及其附属岛屿领海基线的声明内容，参见 http://www.gov.cn/jrzg/2012-09/10/content_2221140.htm，2012 年 9 月 11 日访问。

② 国家海洋局、民政部授权公布我国钓鱼岛及其部分附属岛屿名称内容，参见 http://www.soa.gov.cn/soa/news/importantnews/webinfo/2012/03/1330304734962136.html，2012 年 3 月 4 日访问。

③ 例如，《联合国海洋法公约》第 16 条规定，沿海国应将标注测算领海宽度基线或界限等的海图或地理坐标妥为公布，并应将各该海图和坐标表的一份副本交存于联合国秘书长；第 319 条第 1 款规定，联合国秘书长应为本公约及其修正案的保管者。

④ 《中国政府关于划设东海防空识别区的声明》内容，参见 http://www.gov.cn/jrzg/2013-11/23/content_2533099.htm，2013 年 11 月 25 日访问。《中华人民共和国东海防空识别区航空器识别规则公告》内容，参见 http://www.gov.cn/jrzg/2013-11/23/content_2533101.htm，2013 年 11 月 25 日访问。

彰显正义的东京国际审判

- 纪念反法西斯战争胜利七十周年

朱文奇[①]

2015 年，是第二次世界大战反法西斯战争取得胜利的 70 周年。二战的结束，催生了纽伦堡与远东国际军事法庭（亦被称为“东京法庭”），并开始了划时代的现代国际刑法实践。东京法庭审判开始至今，也快 70 年了。然而关于日本侵略战争的性质以及东京审判的正义性及其是非曲直等，直至今日还存在不同的理解和看法。

2013 年 5 月 8 日，日本首相安倍晋三在日本参院预算委员会上提及二战这段历史时说，战争“对亚洲多国人民造成巨大的损失和痛苦”，然而 “国际上对‘侵略’没有定论，在国际关系中（对其评价）会因立场而异”，“学术上有各种观点”，等等[②]。二战后的纽伦堡和东京国际军事法庭审判中就有等同于“侵略罪”的“反和平罪”（Crimes against peace）。所以，安倍晋三关于侵略没有定论的言论，其实是在否定日本曾经侵略它国的事实，是在否定国际军事法庭的审判。

那么，国际法上关于“侵略”定义的状态到底如何？东京国际法庭是如何判决？其目的又究竟是为了什么呢？

一、国际法上的“侵略罪”

在二战之前、或者说在纽伦堡和远东国际军事法庭成立以前，国际法上就已经有关于正义和非正义战争的区别，它在现代国际社会主要表现为侵略战争和反侵略战争之间的区别。虽然这种区别还没有形成确定的法律意义上的国际法规则，但谴责侵略战争已经是人类法律意识的一部分，也已经成为被普遍接受的国际法的新内容的一部分。惩罚战争罪犯就是从区分侵略战争和非侵略战争以及谴责侵略战争这样的原则引申出来的。

自古以来，人类就向往和平、厌恶战争。因此，人们很早开始就将战争区分为正义战争和非正义战争，以便减少乃至消除战争。但在当时，人们对正义的认识并不一致，如在中国，维护君权、顺应天道的战争就是正义战争，中国古代最早的黄帝征伐蚩尤、商汤征伐夏桀等，就是以这种理由为根据，并得到了其他各诸侯国的拥护。关于侵略的概念和反对侵略战争的思想在人类的早期文明中就出现了。如在古代的印度、中国、埃及和巴比伦都有过反对和控制战争的思想和努力。中国春秋战国时期的思想家墨子提出了“兼爱、非

① 中国人民大学法学院，中国南海研究协同创新中心。

② “安倍再为‘侵略定义未定论’狡辩“，《参考消息》，2013 年 5 月 9 日，第 2 版。

攻”的思想。他将战争分为正义的“伐”或“诛”和非正义的“攻”，反对“国相攻”这种非正式战争,却称道“汤王伐桀，武王伐纣”这样的“有道伐无道”的正义战争，认为这种行为“非所谓攻，谓诛也”[①]。

侵略罪从规范国家诉诸战争权力原则（*jus ad ballum*）演变发展而来。它与作战行为规则（*Jus in Bello*）相对， Jus ad Bellum 是关于发动战争本身是否具有合法性的规范，这些原则也被称为正义战争（Jus War）理论。在西方，“侵略”概念的提出最早可以追溯到古希腊时代。古希腊哲学家亚里士多德、古罗马历史学家西塞罗都在他们的著作中试图区别正义与非正义战争[②]。

到欧洲封建社会产生与发展的初期，神学家圣•奥古斯丁等思想家进一步阐述了关于战争合法性的基本理论。这一理论在早期伊斯兰教传统中又被称为“为正当的事业而斗争”（struggle for what is right）[③]。1260 年，神学家托马斯•阿奎那通过分析传统的和中世纪的战争思想，提出了武装冲突调整规则的基本理论。认为正义战争具有三个基本的要素，即：发动和指挥战争的统治者的主权权威、正义的理由以及正确的目的。[④]

近代国际法的奠基人格老秀斯的《战争与和平法》，其中也对国际战争法规和惯例进行了充分详细的论述。所有这些早期关于战争合法性与正义性的讨论，主要还是关于正义或非正义、侵略或反侵略的基本理念。它对后来国际法的发展也产生了重要影响。

在早期人类历史中，战争权其实就是国家主权固有权力之一，所谓战争要有“正当、正义”的理由并不构成对战争的限制。事实上，国家开战可以有一个好的理由，也可以是不好的理由，甚至没有理由。但在近代之后，随着国际法的诞生，国际社会开始将战争置于法律的规范之下，并逐步形成除正当维护国家的生存以及后对侵略的自卫战争这外，其他战争都属于非正义和非法战争、都在禁止之列的共识。

第二次世界大战以后，同盟国在 1943 年 11 月 1 日的《对德国暴行宣言》中表示，他们将承担起诉和处罚战犯的责任和义务。以后在 1945 年 8 月 8 日的关于起诉和惩治欧洲轴心国主要战犯的协定《伦敦宪章》和 1946 年 1 月 19 日《远东国际军事法庭宪章》中履行了惩治战犯的承诺，从而成功地对德国纳粹分子和日本法西斯进行了审判。在东京审判中，在 25 名被告中，除了对南京大屠杀负有战争罪刑事责任的松井石根以外，所有其他 24 名被告都因对

① 朱建民，《侵略问题之国际法研究》（复制本）[M]. 北京：商务印书局，1933. 第 134 页。
② [古罗马]西塞罗，沈叔平、苏力译，《国家篇法律篇》，北京：商务印书馆，1999， 第 245 页。
③ Keith A. Petty, “Sixty Years in the Making: the Definition of Aggression for the International Criminal Court”, *Hasings International and Comparative Law Review*, Vol. 31, 2008, p. 533.
④ Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press, 1963, p.27.

华或对其他国家的侵略而被判定犯有“破坏和平罪”。[①]

根据这两个国际军事法庭宪章的规定，侵略罪被称为“反和平罪”（有时被译为“破坏和平罪”），当时还没有侵略罪的专有表述。但从罪行构成要件上来分析，反和平罪就是侵略罪。侵略罪是国际法上的一个非常严重的国际罪行。迄今为止，只有第二次世界大战结束后成立的远东国际军事法庭和纽伦堡国际军事法庭有过关于侵略罪的司法实践。两个国际军事法庭的《宪章》对破坏和平罪作了规定，但对于在法庭成立前国际法是否已有法律禁止破坏和平行为的存在是有争论的。

传统国际法上关于“正义”战争与“非正义”战争的观念，在联合国成立的时候也被反映在 1945 年国际社会所起草和通过的《联合国宪章》中。但在联合国大会 1974 年 12 月 14 日通过《关于侵略罪的定义》之前，国际社会始终没有就“侵略罪”的定义问题达成一致。而且，即便联合国大会通过了关于“侵略罪”定义的决议，从国际法角度来说，这个文件还不是一个对国家具有约束性的国际文件。

远东国际军事法庭的宪章第 6 条和纽伦堡国际军事法庭的宪章第 5 条是关于“破坏和平罪”的规定。国际军事法庭列举出五项犯罪行为，即计划、准备、发动及执行侵略或违反国际公法、条约、协定或保证之战争；除此四项以外，为达到上述目的而参与共同计划或阴谋的罪行也被包括在内。[②] 所以，按照两个国际军事法庭《宪章》的规定，侵略战争是犯罪行为；凡是以任何方式或行动去参与这种战争的人们都要负其个人责任。

“甲级战犯”是指犯有“反和平罪”的人。由于它的严重性，反和平罪被国际军事法庭作为 “甲”项，即第一项被规定在法庭管辖权里；“乙”项和“丙”项分别是指战争罪行和反人道罪行。所以，反和平罪是二战后成立的国际军事法庭审理案子中最重要的一项罪行。

从实践看，在纽伦堡国际军事法庭受审的戈林等 22 名主要纳粹战犯和在东京法庭受审的东条英机等 28 名主要日本战犯，全都被控为犯有反和平罪。由于所有这些被告在他们本国都享有很高的地位和权力，他们在二战前和二战中策划和实施对其他国家的侵略，所以在侵略政策的制定和实施方面都负有不可推卸的责任。

从这两个国际军事法庭的审判上看，被告对法庭有权审判战争罪行没有提出过异议，认为无论是国际还是一国国内军事法庭都可对被告们进行审判；虽然反人道罪是根据德国和日本法西斯在二战中的暴行确立的国际法新罪名，至审判时还没有任何国际法律文件对该罪名

① 张效林译：“远东国际军事法庭判决书”，群众出版社，1986 年，北京，第 612 页。
② 远东国际军事法庭《宪章》，第六条，纽伦堡国际军事法庭《宪章》第五条，参见：赵秉志、王秀梅编：“国际刑事审判规章汇编”，中国人民公安大学出版社，北京，2003 年。

作什么规定，但被告对反人道罪也没提出什么异议。然而，被告律师对法庭在反和平罪或侵略罪方面的管辖权，进行了猛烈的攻击[①]。

破坏和平罪（Crimes against peace）在国际军事法庭受到指控。这个指控因为基于事后法（*ex post facto* law）而受到批评。在纽伦堡和远东国际军事法庭审理期间，被告律师对国际军事法庭审理反和平罪（侵略罪）的主要辩护理由是：

“第一，战争是国家的行为，因此，个人在国际法上无须承担任何责任；

第二，侵略战争本身并不是非法的，废弃以战争为国家政策工具的 1928 年的非战公约，没有把战争当做犯罪。

第三， 国际军事法庭《宪章》的规定，是‘事后’（*ex post facto*）法，违反了“法律不溯既往”的原则，所以是非法的。”

所有这些主张在纽伦堡国际军事法庭的判决中都被驳回。该国际军事法庭通过对法庭的《宪章》、1907 年的海牙公约，1923 年国际联盟互助条约（Treaty of Mutual Assistance）草案、1927 年 9 月 24 日国际联盟大会宣言以及 1928 年 2 月 18 日第六届（哈瓦那）泛美会议决议（Pan-American Conference Resolution）都被法庭考虑后，认为“诉诸一场侵略战争不仅是非法而且是犯罪行为（not merely illegal but criminal）”。[②]

按照纽伦堡国际军事法庭的判决，破坏和平罪是“最大的国际性罪行，与其他战争罪行的区别，只是它所包括的是全部祸害的总和”。因为从逻辑上讲，如果没有侵略就不会有战争，如果没有战争便不会有杀伤、奸淫、掳掠、残害平民、虐待俘虏等战争罪行，所以侵略战争是“全部祸害的总和”，因而也是“最大的国际罪行”（Supreme International Crime）[③]。

侵略战争在被告们参与的时候是否在国际法上已经被认为犯罪？即使侵略战争在当时国际法上已被认为是犯罪，参与战争的个人是否应该为此负责？对这两个问题，具有国际性质的纽伦堡和东京国际军事法庭认为，法庭《宪章》的规定是完全符合当时的国际法的，被法庭起诉的被告在遵守和适用宪章规定方面承担有国际法上的义务。

纽伦堡国际军事法庭认定侵略为一种国际法罪行，其主要根据是订立于 1928 年 的〈非战公约〉。该公约有 63 个国家批准和参加，其中包括德国和日本。日本于 1929 年 7 月 24 日加入这一公约的[④]。所以，德国和日本对它都有遵守的义务。

---

① 梅汝璈著：“远东国际军事法庭”，法律出版社、人民法院出版社，2005 年，第 23 页。

② Trial of the Major War Criminals before the Internaitonal Criminal Tribunal, Nuremberg, 1949, Vol 1, at 186.

③ 纽伦堡国际军事法庭判决书，伦敦版第 13 页，中文译本第 20 页；转引自：梅汝璈著：“远东国际军事法庭”，法律出版社、人民法院出版社，2005 年，第 25 页。

④ 《巴黎非战公约》全文，载《国际条约集（1924－1933）》，第 373－374 页；张效林译：“远东国际军事法庭判决书”，群众出版社，北京，1986 年，第 43 页。

《非战公约》在序言中声明：缔约国“所有各国关系之变更，只可以和平方法使其实现……由是世界文明各国联合，共同斥责以战争为旅行国家政策之工具”。

公约第 1 条规定：“缔约各国兹郑重宣告：彼等罪责恃战争以解决国际纠纷，并斥责以战争为施行国家政策之工具。”

公约第 2 条规定：“缔约各国互允：各国间如有争端，不论如何性质，因何发端，只可用和平方法解决之。”

纽伦堡国际军事法庭认为，自从《非战公约》制订以后，侵略战争在国际法上已经被视为是违法的。它不但违法，而且还是犯罪。纽伦堡国际军事法庭在判决中认为：

“法庭宪章并非战胜国方面权力之武断的行使，而是宪章制定颁布时现行国际法的表现。”

“依照本法庭之见解：郑重地斥责战争为推行国策之工具，其中必然包括承认战争在国际法上是违法的原则；凡从事于策划和执行这种产生不可避免的可怕结果的战争者，都应该视为犯罪行为。被当为解决国际纠纷中推行国策工具的战争，其中必然包括侵略战争，因此侵略战争正是公约所视为违法的。”[①]

被告律师曾辩解说，《非战公约》中并没有直接使用“犯罪”的字样，国际军事法庭认为这并不重要。公约中的国际法“不法行为”，按照一般意义上的解释，其意义等同于犯罪。法庭以 1907 年的第四海牙公约（禁止战争中各种残暴行为的公约）为例证。该公约并未用过“犯罪”字样，但人们迄未怀疑过其中所禁止的事项都是犯罪行为。自公约签订以来的 40 年里，许多犯有这些罪行的人被各国法庭逮捕，作为战争罪犯审判和惩处。所以，解释法律和适用法律不能拘泥于呆板的文字，而应重视立法的精神和当时的环境，包括当时的公众意识、人类进步、社会舆论，等等。[②]

纽伦堡国际军事法庭在审理“侵略罪指挥官责任案”（High Command Trial Reponsibility for the crime of aggression）时认为：

“…… 如同在普通刑事案件（ordinary criminal cases）中一样，在侵略战争犯罪行为中也必须存在犯罪的构成要件（elements）。首先必须存在真实的意图（actual knowledge），即一场侵略战争是故意被发动的。但仅仅是意图还不足以构成参与（participation），即便对于占据高级职位的官员也是这样。它还要求具有这种意图的人通过自己的地位来影响、继

① 纽伦堡国际军事法庭判决书，伦敦版第 39 页，中文译本第 65 页，转引自：梅汝璈著：“远东国际军事法庭”，法律出版社、人民法院出版社，2005 年，第 25 页。
② 转引自：梅汝璈著：“远东国际军事法庭”，法律出版社、人民法院出版社，2005 年，第 25 页。

续推动或制止预防战争。如果他是继续推动战争（furthering），那么他就应承担刑事责任。如果他其能力范围之内是制止或预防（hindering or preventing）战争做的是后者，那么这个行为显示他缺少和这样的一个政策有关的犯罪意图。”[①]

二、东京审判关于“反和平罪”的判决

其实关于对“侵略罪”的质疑，安倍晋三并不是第一个。这方面的质疑与挑战早在70年前就已经开始、而且也早已被东京法庭驳回。

《远东国际军事法庭宪章》第5条规定：“本法庭有权审判及惩罚被控以个人身份或团体成员身份犯有各种罪行包括破坏和平之远东战争罪犯。”所以，远东国际军事法庭管辖的国际罪行主要有三个，即：战争罪、反人道罪和破坏和平罪。破坏和平罪其实就是今天经常提到的“侵略罪”，它在《远东国际军事法庭宪章》中是列为甲项即第一项的犯罪，次序在战争罪和反人道罪之前。其中，反和平罪（侵略罪）的定义为：“计划、准备、发动或进行一场侵略战争或一场违反国际条约、协议或保证的战争，或为前述任何行为而参加共同计划（common plan）或共谋（conspiracy）”的行为。

在在东京国际法庭审判期间的不同场合，被告律师们反反复复地提出两个问题，来否定该国际法庭的合法性。这两个问题为：

第一，　侵略战争在当时的国际法上不是一种犯罪，被告们仍应被宣告无罪，因为“法律不能溯及既往”。

第二，　纵使侵略是一种犯罪，参与其中的个人也不应负责，因为这是一种“国家行为”。国际法是以国家为主体，个人在国际法上是没有责任的。[②]

如果从法理上看，这两个问题显然都涉及到法律上“法无明文不为罪”的原则问题。刑法上的“法无明文不为罪”（*Nullem crimen sine lege*）原则，也确实要求只有行为发生时已构成法律上禁止的犯罪行为时，该行为人才可能根据法律承担刑事责任。各国刑法实践中的这些基本原则当然也适用于国际刑事法庭。

此外，“法无明文不为罪”可以说是国际刑法的最基本原则之一。所有国际刑事司法机构都不可否认地要坚持这个原则。国际刑事法院《规约》第22条明确规定：“只有当某人的有关行为在发生时构成本法院管辖权内的犯罪，该人才根据本规约负刑事责任（criminally responsible）。”

---

① LRTWC， Vol XII，pp. 68-69; Rodney Dixon， Karim Khan, Judge Richard May， Archbold, International Criminal Courts, Sweet & Maxwell, London, 2003, p.406

② [日]栗屋宪太郎著：里寅译，《东京审判秘史》，世界知识出版社，1987年7月。

“法无明文不为罪”是国际刑法的基本原则，所有其他国际刑事司法机构也都有这样的原则。例如，东帝汶特别法庭关于设立对严重刑事犯罪行为进行排他性能管辖的组织法第 12 条也明确规定“法无明文不为罪”的原则：

“12．1 一个人在本规约下不应承担刑事责任，除非有疑问的行为在发生的时候构成国际法下或东帝汶法律中的犯罪。

12．2 一个犯罪的定义应严格的解释并且不应通过类推而被扩展。在情况模糊时，定义应做出对被调查、起诉或定罪的人有利的解释。

12．3 本部分不影响根据独立于本规约之外的国际法原则和规则将任何行为定性为犯罪。”

所以，“法无明文不为罪”的原则要求被告被起诉的行为在其发生时已根据当时的法律构成了犯罪,否则该被告就不应被起诉，更不能被要求承担刑事责任。虽然这是后来订立的《罗马规约》里的规定，其原则是如此地重要，显然也应适用所有的国际刑事审判机构。

然而，这里的要点是：东京国际军事法庭的实践，并没有违反“法无明文不为罪”的原则。

早在 1899 和 1907 年两次海牙和平会议上，就通过的一系列国际法公约、宣言等文件，来禁止发动战争。如在 1899 年《和平解决国际争端公约》（第一公约）及 1907 年的《限制使用武力索取契约债务公约》（第二公约），其中规定禁止以使用武力作为强制执行契约义务的法律救济方法。一战后签署的《国际联盟盟约》，还首次引入了就关于“侵略”概念，并在在序言中宣布：国联的目标是“增进国际间合作并保持其和平与安全”，为此，“缔约各国特允承受不从事战争之义务”，等等。[①]。

这些国际法律文件和规定，都明显地限制了国家传统意义上的战争权。尽管协约国试图以发动战争和危害人类和平罪行对德国皇帝威廉二世进行审判的尝试没能成功，但作为《凡尔塞和约》组成部分的《国际联盟盟约》首次提及“侵略”的概念，在国际法上仍然具有重要的意义。

而在废弃国家战争权方面最重要的国际法律文件，当属 1928 年制订的《关于废弃战争作为国家政策工具的一般公约》（即《巴黎非战公约》。[②]《巴黎公约》共有一个序言和三个条约文。序言宣称：“相信断然地废弃战争作为实行国家政策工具的时机已经到来”[③]。公约第 1

① 王铁崖、田如萱.国际法资料选编，北京：法律出版社，1982.年，第 806－817 页。

② 关于该《公约》谈判的经过及相关文件，可参阅：Shotwell James Thomson，*War as an instrument of national policy and its renunciation in the Pact of Paris*，New York: Harcourt, Brace and Company,1929.

③ 《国际条约集》(1924-1933) [M]. 世界知识出版社，北京，1961， 第 373 页。

条明确规定：“缔约各方以它们各国人民的名义郑重声明，它们斥责用战争来解决国际纠纷，并在它们的相互关系上，废弃战争作为实行国家政策的合法工具。”在《巴黎公约》中，普遍禁止战争的思想第一次得以确认。它是人类历史上第一个禁止以战争作为解决国际争端的方法和推行国家政策的工具的多边公约。它表明：从这时起，国家再不能将战争作为法律救济方法或作为改变法律的工具来使用。

从庭审呈现的证据材料上看，日本也确实有对中国或对美国实施法律意义上的侵略战争的计划、并将之付诸实际行动当中。在 1927 年的《田中奏折》里，里面就清楚地表明说：“日本若不实施铁血政策，则不能消除东亚的困厄。但若实施‘铁血’政策，则必将与美国相抗衡……,若要掌握控制中国的权柄，则必须击败美国……。 然而，为征服中国，则必先征服满洲和蒙古。为征服世界，则必先征服中国。倘若能征服中国，则其余亚洲国家和南洋诸岛均将畏我并向我投降……。”①

为了能够实现所谓“征服满洲和蒙古”这样的计划，日本就制订了循序的、分阶段的侵略活动，于 1937 年侵略中国，并于 1941 年进攻美国太平洋基地所在地的珍珠港。这些不管从法律哪个角度看，都是国际法意义上的侵略。

东京法庭审判，比纽伦堡国际军事法庭晚开始了半年左右。对于国际法上是否有禁止侵略的规定问题，纽伦堡国际军事法庭就认为有、而且其《宪章》完全符合当时的国际法。它声明说；“《宪章》并非战胜国方面权力之武断的行使，而是表现着已被宣布的当时的国际法。在这个范围内，它本身便是对国际法的一种贡献。”②因此纽伦堡法庭的认定是：侵略战争早已在国标法上被认为是犯罪行为。

为了更进一步证明国际社会在二战开始前就已经将侵略战争定为国际罪行,纽伦堡国际法庭还列举了国际法上所有与之相关的国际法律文件。其中最重要的有：

1、1923 年国际联盟所倡导的“互助公约”草案。该草案开宗明义第一条便宣称：“侵略战争是一种国际罪行”,“任何一缔约国不得犯此罪行。”

2、1924 年的“日内瓦议定书”——即“和平解决国际争端议定书”，议定书序言中明白宣布：“侵略战争乃明（国际社会成员间）团结之破坏，是一种国际性的犯罪。”这个议定书在国联大会里曾获得四十八个会员国的签字，包括日本及意大利在内。议定书虽未获批准生效，但如纽伦堡法庭所说,“它可视为有意要把侵略战争标明为国际罪行有力证据”。

① 《东京审判》:（苏） H·斯米尔诺夫 、 E·B·扎伊采夫著，李执中、史其华、林淑华译，军事译文出版社，1988 年 8 月，第 6-7 页。
② 纽伦堡国际军事法庭判决书，伦敦版第 38 页，中文译本第 63 页。

①

3、1927 年 9 月 24 日国联大会务国代表（其中包括德、意、日三国的代表全体一致通过的一个决议案。其序言宣布：“侵略战争永不应被使用为解决国际纠纷的手段，故是一种国际的犯罪。”

4、1928 年 2 月 18 日美洲二十一国在古巴首都举行的第六次泛美大会中全体一致通过的一个决议案。该决议案宣称：“侵略战争构成对人类的国际罪行。”

5、凡尔赛条约第 227 条（审判德皇）和第 228 条（审判德国主要战犯）。

纽伦堡法庭之如此这样列举，目的是要证明：侵略战争在国际上是犯罪行为。正如法庭所说，“……从事侵略不仅是非法的，而且是犯罪的。本法庭刚才提到的一系列的公约和条约表达了世界上的良知关于禁止侵略战争的要求。”②

纽伦堡国际军事法庭判决的宣布比东京国际军事法庭的要早两年。但对于纽伦堡法庭在破坏和平罪的认定和界定方面，远东国际军事法庭表示完全同意，并认为：“有鉴于两个法庭的宪章在一切重要方面完全相同，本法庭宁愿对纽伦堡法庭的意见表未无条件的支持，而不愿用不同的字句重新另写，以免敞开对两个写法不同的意见采取抵触的解释及争辩之门。”③

远东国际法庭也完全同意纽伦堡国际法庭对非战公约的认定和解释，所以拒绝了被告律师们所提出的说法，即：当被告们策划、发动或参加侵略战争的时候，侵略战争还未被宣布为非法；因而根据“法律不溯既往”的原则，被告们应该是无罪的。远东国际法庭对这种辩护理由曾予以坚决的驳斥。

远东国际法庭与纽伦堡国际法庭，在管辖权方面有很多相似之处。但考虑到日本不是德国，远东国际军事法庭还是在其判决书中详细列举了在 1928 年以前国际社会已将侵略战争定为犯罪的努力和尝试，以及日本在国际法上的义务和权利。这些国际公约和国际事件主要有：

1、1894-1895 年的中日战争；

2、第一次海牙和平会议；

3、1899-1901 年的义和团事件；

4、日俄战争；

5、朴资茅斯条约；

6、北京条约；

① 同上，第 67 页。
② 同上。
③ 张效林译：“远东国际军事法庭判决书”，群众出版社，北京，1986 年，第 15 页。

7、“南满洲铁道株式会所”；

8、在中国的所谓“门户开放”政策；

9、1908 年的日美同文通牒；

10、朝鲜的合并；

11、二十一条要求，1915 年的中日条约；

12、1917-1920 年协议国的对苏干涉；

13、1919 年的和约；

14、国际联合会盟约；

15、1921 年的四国协议；

16、1922 年的日美委任统治条约；

17、华盛顿会议；

18、对荷兰和葡萄牙的四国保证；

19、华盛顿海军军备裁减会议；

20、九国公约；

21、1912 年的鸦片公约；

22、《巴黎非战公约》；

23、第三海牙公约；

24、日内瓦红十字会公约；及

25、第十海牙公约，等。[①]

事实上，远东国际军事法庭在判决中用了整整一个章节（第三章）把上述各国际法律文件一一列举出来，以证明早在日本侵略中国以前，国际法上就已存在一个原则，即：侵略战争在国际上是犯罪行为；日本通过自己加入的国际公约，已经保证尊重所有其他国家的领土完整和政治上的独立。

远东国际军事法庭通过长达二年半的审理，最后在判决书关于“起诉书中罪状的认定”中声明：“日本为取得对东南亚、太平洋及印度洋，以及该地区内与其接壤的国家或岛屿之军事、政治、经济的控制地位，…… 日本单独或与其他具有同样目的之国家，发动侵略战争，以对付反对此侵略的国家。”

东京法庭最后就日本侵略中国的事实进行了裁决，认为：

① 张效林译：“远东国际军事法庭判决书”，群众出版社，1986 年，北京，第 23-51 页。

“为达到他们日本统治远东这一最后目标所需要的攻击，他们在 1931 年发动了对中国的侵略战争，占领了满洲和热河。到 1934 年，他们已经开始侵入了华北，在华北驻兵，并树立了专为他们的目的而服务而组织的各种傀儡政府。自 1937 年以后，继续对中国进行了大规模的侵略战争，侵略和占领了许多中国领土，设立了仿效上述形式的各种傀儡政府，并且开发了中国的经济和天然资源以供应日本之军事的和一般人的需要。”①

至于国际法是否也对个人规定了义务的问题，东京国际刑事法庭认为：国家有义务，但个人应对侵略战争行为负责。追究个人的刑事责任，是现代国际法发展的趋势，其实践事例也是举不胜举的，如对海盗和贩卖人中的惩罚等。另外从法律上讲，人人有知晓和遵守一切现行法（包括国际法）的义务，对于现行法的愚昧无知，不能作为免除个人罪责的辩护理由。

最后，远东国际军事法庭认定日本对中国及其他国家“进行了侵略战争”。②与此同时，法庭拒绝了被告律师们所提出关于“当被告们策划、发动或参加侵略战争的时候，侵略战争还未被宣布为非法”的说法；对于所谓被告们根据“法律不溯既往”的原则、应该是无罪的的说法，远东国际军事法庭也予以坚决的驳斥。最后，在东京国际军事法庭 11 个法官中，除了印度法官之外，其余 10 国法官一致对于认定侵略战争属于国际法上的罪行，所有参加者也都负有个人刑事责任。③

三、东京判决的目的是为了世界和平

需要强调的是，东京法庭关于惩治侵略罪行的判决不是为了报复，而是为了世界能够长久地和平。

东京法庭的国际审判，不管从专业还是实践方面看，都是有相当的难度。就拿审判原日本总理东条英机来说，起诉他时需要考虑国际政治、国际关系、国际罪行、国际法上的管辖及豁免等问题；在开庭审判时，则必须考虑并解决国际法庭在适用法律（刑法）及如何适用（刑事诉讼法）等诸多问题。法律是需要解释的，而起诉审判东条英机时国际刑法实践则处于开创性的阶段，罪名该定什么？为什么如此定？根据是什么？如何来证明？等等，这些都需要出处，所以其难度可想而知。但反过来说，“国际刑法”也容易懂。它其实就是一种回应，是对暴行和罪行的一种极其理性、文明并着眼于人类真正能“长治久安”的一种回应。

在我们生活的世界上，时时都有事情发生，都需要回应。当然关键是如何回应。2015 年

① 同上，第 565 页。
② 同上，第 568 页。
③ 梅汝璈著：“远东国际军事法庭”，法律出版社、人民法院出版社，2005 年，第 24 页。

1 月 7 日，位处法国巴黎的《查理周刊》受到了恐怖袭击，共有 17 人遇难，从而震惊世界。袭击目的比较清楚，它想通过暴力和血腥恐怖来压制不同的见解和表达，以便将不同族群能区分隔离开。世界对这一事件的回应，除了谴责和声讨以外，就是以游行来显示团结。

2015 年 1 月 11 日，即上述恐怖袭击发生后的第四天，巴黎举行了大游行，参加民众居然超过百万。其中有国家领导人，如法国总统奥朗德、德国总理默克尔以及英国首相卡梅伦等；也有与他们宗教信仰不同的，如约旦的国王与王后；甚至连政敌也走到了一起，如以色列总理内塔尼亚胡与巴勒斯坦总统阿巴斯，此外还有俄罗斯外长拉夫罗夫等。这些包括穆斯林、犹太人、基督徒和佛教徒等的人就是想通过游行来回应，即：虽然我们具有属于不同的民族、宗教和种族，但仍然能团结在一起。这就是对血洗《查理周刊》的恐怖袭击的回应。

国际刑法其实也是回应，是对国际罪行的一种回应。在第二次世界大战中，德国和日本分别在欧洲和亚洲发动了侵略战争，并在战争中烧杀虏掠、作恶多端、罪行累累……。对此，二战取得胜利的同盟国在战后就有一个如何回应这些暴行的问题。

人类自古以来就有战争。在二战前的千百年历史中，战胜国从来都是以复仇的心态、一下子就从肉体上干脆利落地消灭落入手中的敌人。然而二战中的胜利方（同盟国）却破天荒地决定用法律、用国际审判的方式来伸张正义。这在人类的历史上还是第一次。

二战结束时，取得完全胜利的同盟国对犯有滔天战争罪行的德国纳粹和日本军国主义分子们具有绝对的控制权，要说惩罚，那是最简单不过的事，就像在数千百年之前的战争结束后一样，一枪就可以从肉体上干脆利落地让落入手中的敌人毙命①。但同盟国却一反往昔日一贯做法，成立了纽伦堡和东京国际军事法庭，选择用国际法来追究个人刑事责任。

国际审判在法律上极其复杂。譬如要审判东条英机等，首先就得制订国际法庭《章程》，要成立法庭，要规定 11 个审判国的法官、检察官及被告律师的产生方式，要起草起诉书，要决定审判的形式及要适用的法律，等等；此外，国际审判也非常耗费时间：调查取证、证人证词、开庭审理、法庭宣判等，每个环节都有来回，都需要时间，对东条英机等被告的审判就整整化了 31 个月（1946 年 5 月至 1948 年 12 月）；当然，国际审判还开支巨大，属于法庭组成部分的法官、检察官、书记长官处及辩护方等，这是庞大的队伍，也是庞大的开支……。

国际审判既然如此艰难复杂、费耗时间和精力，那为什么还要选择这种方式呢？它究竟是要达到什么目的呢？很简单，审判是为了“纪录”（record），是为了将东条英机等犯下

① 当时英国就极力主张如此来解决。参见：Richard H. Minear: *Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, 1971, p. 10.

的累累罪行纪录下来，为了依据审判中提交的资料和证词来证实纳粹和日本军国主义分子的犯罪行为，并通过审判来警示世界、警示未来。众所周知，就在二战快结束时，意大利的墨索里尼落入游击队手中并马上一枪就给毙了，还被吊挂在广场上示众。这种处理方式很干脆、简单、痛快、也很解恨，但就是没有审判也没有纪录。国际审判正是要避免这种报复和这种效果，所以当东条英机在拒捕、自杀未遂时，就被马上送到医院抢救，同盟国的军人也自愿立即为他输血、将他抢救过来，为的就是要让他受到审判，能有记录。正如纽伦堡国际军事法庭检察官罗伯特·杰克逊（Robert Jackson）所说："我们必须凭确实可信的证据来确定那引起令人难以相信的犯罪事实。"①

既然是审判，就得公正；既然是审判，就得让被告们说话，而且有罪无罪就应由法律和证据来定。事实上，为了审判的公正和客观，东条英机等所有其他被告在庭审中不但可以说话、为自己作证、可以辩护，甚至还可以挑战证人和证词以及法庭的权威（合法性），并且其权利与检控方完全相等（equality of arms）。此外，根据"无罪推定"原则，如果检控方不能以"排除任何怀疑"的标准证明你有罪，就宣布你无罪，如纽伦堡国际军事法庭中作为被告受审的德军参谋总部、沙赫特、巴本、弗里切等，都被宣布"无罪释放"②；如果你神经不正常，庭审也不会再继续，如东京审判中的被告大川周明③，……，所以国际社会对德国纳粹和日本军国主义分子暴行的这种回应（审判），是何等的气度、理性、文明和宽容。

法官也一样，司法公正，完全是我行我素，独立审案。东京国际法庭的柏尔（Pal）法官（印度藉），尽管开审之初就已先入为主，武断认为东条英机等"全体被告无罪"④，但也照当不误。当然，法官彼此间权利相等，柏尔法官只是 11 位法官中的一员，手中的票也是 11 票之一。事实是：与柏尔法官观点相反，所有其他 10 位法官全都认为日本对邻国其他国实施了国际法上禁止的侵略罪（反和平罪）。东条英机及其他在正当程序（due process）下被定有罪的被告，则受到法律的严惩。

国际社会如此组织国际审判，不为别的，就是在让被告有出庭和反驳权利的情况下，能客观地真实记录战争中的暴行和罪行。事实上，纽伦堡与东京国际法庭审判中揭示出来的大量犯罪行为的证据和资料，给全世界造成了巨大冲击，如惨害犹太人的集中营及南京大屠杀。如果没有国际审判，这些证据和资料是难见天日的。

国际刑法与国内刑法一样。为了维护所有国家的共同利益，国际社会首先制订条约，将

① 利旋：《纽伦堡大审判》，四川人民出版社，1994 年 11 月，第 4 页。
② 同上，第 381-382 页。
③ 张效林译：《远东国际军事法庭》，群众出版社，1986 年，北京。
④ 中里成章著、陈卫平译：《帕尔法官》，法律出版社，北京， 2014 年 3 月，第 113 页

那些震撼“公众良知”的罪行，如侵略罪和战争罪行为确定为国际罪行；当犯罪行为发生了，又通过条约来设立国际法庭，并依照法律来惩治这些犯罪行为。纽伦堡和远东国际军事法庭，是现代国际法意义上成立最早、对国际刑法最具影响和冲击力的国际审判机构，从而开创了国际刑事审判的实践。

东京国际军事法庭的审判，对我国具有深远的意义和影响。在我国现代历史上，从鸦片战争后的一百多年里，中国受到西方列强的无数次侵略，也被迫签订了千百个不平等条约。在 1945 年以前，中国财富被掠夺，其人民也受尽了种种屈辱和痛苦。抗日战争是中国现代史上反抗外国侵略中第一次真正的胜利；东京审判也是使中国人民真正得以扬眉吐气的一个大事件。

远东国际军事法庭对战争罪犯的审判之所以能够进行，背景是因为盟国对日本侵略者的反侵略战争取得了胜利，但如果没有国际刑法和法律正义，这些人的滔天罪行就不可能被记录在案，也不可能得到应有的惩罚。

然而要紧的是，东京审判不只是中国与日本之间的事。东京法庭审判的国际罪行，如反和平罪与战争罪等，都是侵害人类尊严与权利的严重罪行，是国际法要禁止的犯罪行为。由于这些罪行的性质，如“反人类罪”（反人道罪），致使犯罪行为受害者不仅仅只是犯罪的直接受害者，而是整个人类。举行国际审判，就是要通过将这些行为定罪、昭示后人，以达到在国际社会禁止和预防国际犯罪行为的目的。从这个意义上讲，国际审判最终是为了和解（如德国与欧洲其他国家以及卢旺达国内的胡图（Hutu）与图西（Tutsi）族之间），为了不同国家及民族之间能千秋万代地和谐相处。

所以国际刑法的站点很高。但如果能够站在这个点上，就会更加理性地思考，就会知道：举行东京国际审判不仅仅是为了中国；法庭追究南京惨案责任人的刑事责任，也并不仅限于为中国人民讨回公道……，之所以会有东京审判，主要是要通过惩治日本军国主义分子来警示世界，教育后人和预防国际罪行。如果能站到这个点上，就容易理解当法庭审理“南京大屠杀”时，为什么会有那么多的外国人来作证；就会去了解日本军队在中国以外犯下的暴行，如在菲律宾对平民的屠杀[①]以及残酷地虐待战俘的“巴登（Bataan）死亡行军”[②]；就会深究纳粹希特勒在奥斯维幸集中营所犯下的罪行；就会去关注当下世界其他地方，如伊拉克、叙利亚、刚果及乌克兰等发生的暴行……；当然，有了对国际刑法如此的理解，自然会觉得安倍晋三的“东京国际军事法庭按照胜利者的意旨进行审判”观点是如此的荒谬和无耻，简单

① 张效林译：《远东国际军事法庭》，群众出版社，1986 年，北京，第 496-505 页。
② 同上，第 506-508 页。

是不值一驳。

所以我们今天纪念第二次世界大战反法西斯战争取得胜利 70 周年，重温东京国际军事法庭彰显正义以及关于“侵略罪”（反和平罪）的判决，目的是为了珍惜和维护世界来之不易的长久的和平。

东京审判的国际法意义

——世界反法西斯战争胜利70周年的的反思与警示

李宇*

摘要：东京审判作为对第二次世界大战亚洲及太平洋战区的总结性审判，对人类历史而言极其重大的意义。对国际社会而言，东京审判不仅仅意味着对日本军国主义的审判，更意味着开创了国际社会追究个人刑事责任的先例，为减少战争做出了建设性的创举。而对于国际法领域而言，东京审判明确了一系列围绕战争而设计的重要罪名的具体含义，为后世的国际审判创设了重要的先例，为国际刑法和国际人道法的发展做出了巨大的贡献。

关键词:东京审判远东国际军事法庭战后审判国际法意义

2015年是世界反法西斯战争胜利70周年。然而，第二次世界大战给人类带来的惨痛教训仍历历在目。对中国而言，作为亚洲地区最大的受害国，战争带来的金钱财产直接损失高达350亿美元(1945年的数字)，伤亡人数超过2600万①，构成了中国近现代历史上最为沉痛的记忆。战后国际社会在德国纽伦堡和日本东京分别设立了国际军事法庭，以惩罚战犯，伸张正义。其中的东京审判对中国人民而言有着极为特殊的含义。

两大国际军事法庭创设之初的目的，不仅在于还法西斯主义刀下的千万冤魂和饱受战争之害的世界人民一个公道正义，更在于通过法律审判的形式进行警示，为人性中邪恶的战争冲动敲响警钟。70年来，人类再未爆发过世界性战争，这其中离不开战后两大国际审判的功劳。然而，国际形势风云变幻，当今世界许多地区仍摩擦不断，当地人民还在饱受战乱之苦；明争暗斗的大国角力更加剧了地区紧张局势的不确定性。近些年来，右翼思想在日本死灰复燃，日本右翼份子的过激行为一次又一次地挑动着世界和平的神经。爱因斯坦曾经说过如果有第四次世界大战，人类将用石块和木棒决出胜负，今天的科技发展水平使得我们已经无法再一次承受世界大战可能带给我们的损失。本文之目的在于通过对已有资料的整理总结，充分肯定东京审判在国际法发展史上的重要意义，并借此警示世人珍爱和平，促进人类社会的共同发展。

一、东京审判开创了国际法追究个人刑事责任的先例

（一）战后国际军事法庭的设立是国际刑事司法机构诞生的标志

在人类历史上，战争一直是一个我们如此急切地想要摆脱却始终无法彻底消灭的恶魔，为此无论是在东方还是西方，人们都将战争在本质上分成“正义的战争”与“邪恶的战争”，企图通过这样的区分来达到减少战争的目的，然而人们对什么是正义什么是邪恶的区分标准始终难以达至统一。而进入近代，随着国际法的诞生，人们达成了一定的共识，即除正当维护国家的生存以及反对侵略的自卫战争之外的其他战争都属于非正义和非法的战争，但对自卫战争和侵略的定义仍存在认识上的分歧。在经历了惨烈的第一次世界大战之后，国际社会痛定思痛，随着1919年《国际联盟盟约》、1924年《国际争议和平解决议定书》、1928年《巴黎非战公约》等一系列国际公约的面世，人们对战争的定义有了一定程度的共识，反映出国际法在第一次世界大战之后在有关战争的问题上有了全新的发展水平。但在实践中，由于一

*李宇，中山大学法学院本科生，吉林大学法学院交换生，第56届杰赛普国际法模拟法庭比赛中山大学代表队主力队员。

①参见贾兵兵《东京审判在中国的遗产》，载[日]田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson编《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社，2014年，第260页。

战后国际形势的复杂性，加之德国政府当时的极度不合作态度，依据《凡尔赛条约》本应由国际委员会对战犯进行审判的计划最终搁浅，草草地由德国政府应付式地举行了一个“莱比锡审判”了事------用梅汝璈先生的话说是“历史上一幕大滑稽剧”①：战犯名单上的八百九十六人只有十二人实际受审，最严重的刑度不过四年，战争的最高责任者德皇逍遥法外，更出现了战犯被宣布“无罪”时民众欢呼致敬的荒唐景象。这反映了国际社会在战争责任的追究、战争罪犯的惩处上仍未达成统一的共识②。一战后的审判不仅在实践上未对战争进行总结，反而埋下了仇恨的种子，很大程度上为规模更大的第二次世界大战埋下了伏笔。

二战结束后，为避免重蹈一战的覆辙，国际社会在德国的纽伦堡和日本东京分别设立了纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭，对犯有严重国际罪行的德国战犯和日本战犯进行审判和惩罚。纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭是国际社会设立的最早的国际刑事司法机构。在此之前，从未有犯有严重国际罪行的个人受到过国际司法机构的审判和惩罚；在此之后，两大国际军事法庭的成功经验推动和鼓舞了国际社会通过设立国际刑事司法机构追究个人刑事责任，战后设立的一系列国际刑事法庭如前南国际刑庭、卢旺达国际刑庭和国际刑事法院等均借鉴了两大国际军事法庭的经验。因此，战后两大国际军事法庭的设立标志着国际社会开始通过设立国际刑事司法机构追究犯有严重罪行的个人的刑事责任，是国际法发展史上的重要里程碑。对于当时的两大国际审判------纽伦堡审判与东京审判而言，追究战争责任、惩处战争罪犯不仅仅是一战留下的遗憾与教训，更是国际法发展阶段上的潮流呼唤。东京审判在明确了侵略战争的定义及其非法性的基础上做到了对具体主要责任人的追责：用今天的眼光来看，东京审判的这一系列贡献代表了国际法在二战后的发展的新高度。

（二）东京审判为国际法追究个人刑事责任积累了经验

《远东国际军事法庭宪章》规定其管辖范围内的罪行的“犯罪者并应单独负其责任”③，但反对者认为侵略战争是国家行为，仅受国际法的约束，而国际法的主体是国家而非个人，且对个人没有规定相应的制裁措施，因而法庭不应当以破坏和平罪为理由判罚被告④。

对此，包括法庭和学界在内的支持者给出了回应：纽伦堡法庭的判决书中直接引用了“奎林案”证明了国际法对国家和个人同时规定有权利和义务⑤，而学者们则引用“国际法之父”格老秀斯的观点证明了学理上对惩罚国际法犯罪个人的支持⑥，更指出国际社会通过国内法的形式惩罚国际法罪犯已是国际惯例⑦，因而不存在“国际法无法惩罚个人”的情况。在对反对的观点进行驳斥后，两大国际法庭通过判决最终明确了侵略战争的个人责任，代表着国际法上这一原则的正式确认与宣布，对国际战争法的发展而言有着重大的意义⑧。

而在战争罪的个人责任问题上，成为最终判决的东京法庭法官的多数意见认为“平民责任”与“内阁责任”两个层面，认为阁员在任期间如果明知战争罪行的发生却未曾或未能进行阻止，并继续留任，则将对这一战争罪行承担“内阁责任”，无论事实上他是否有权力阻止这些行为。对此来自荷兰的勒林大法官在其异议书中提出了针对“内阁责任”的反对意见（来自法官的贝尔纳大法官和来自印度的帕尔大法官支持了这一看法），认为法庭应当考察“被告是否具有防止这些罪行的责任与权力”⑨，而后世的评论又进一步围绕这一议题提出了“对

①梅汝璈：《远东国际军事法庭》，北京：法律出版社，1988 年，第 4 页。
②关于对这一段历史总结，参见何勤华《东京审判的法理基础与现实意义》，载《东京审判文集》，上海：上海交通大学出版社，2011 年，第 42-43 页。
③《远东国际军事法庭宪章》第二章第五条。
④同上注[2]，参见梅汝璈《远东国际军事法庭》，第 21-22 页。
⑤参见《国际军事法庭审判德国首要战犯判决书》，汤宗舜、江左译，北京：世界知识出版社，1955 年，第 68 页。
⑥参见梁淑英《国际公法》，北京：中国广播电视大学出版社，2011 年，第 418 页。
⑦同上注[2]，参见梅汝璈《远东国际军事法庭》，第 22-23 页。
⑧同上注[2]，参见梅汝璈《远东国际军事法庭》，第 23-24 页
⑨参见[英]Robert Cryer《勒林大法官（荷兰）》，载《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，[日]

于相关下属的实际控制力”这一考量因素。这两方面的意见最终被后世的前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和罗马规约综合吸取，为今天国际刑法中指挥官责任的发展提供了意义重大的法理基础①。

另一方面，《远东国际军事法庭宪章》规定“法庭不受一般技术性的采证规则之拘束；法庭将尽一切可能采取简单、便捷而不拘泥于技术性的程序，并得采用法庭认为有作证价值之任何证据。”②不过由于参与东京审判的 11 名战胜国所派出的法官中有 7 位来自讲英语和适用英美法制的国家，同时无论是庭长还是检察长都是来自适用英美法制的国家③，因而东京审判在证据的问题上同样未能摆脱英美法系的影响④。众所周知，英美法系的证据法则的复杂性、烦琐性、对证据形式要求的严格性在世界各法系中十分显著，这导致了整个审判过程的拖延和曲折，但也使得整个审判过程对战争的事实进行了一个在法律证据意义上的客观考察。

值得一提的是当时的中国方面由于对形势的认识很大程度上反映了民众当时（甚至是到今天）对东京审判的看法：以为不过是战胜者对战败者的审判，不过是“走过场”而已，根本没有想到审判会如此复杂，更没有想到会将证据法运用的如此严格。以至于在东京审判的第一阶段中，中国检察方面就处于极为不利的局面，对中国人民负有滔天血罪的诸如板垣征四郎、土肥原贤二极有可能逃脱正义的惩罚⑤。因而审判中途中国方面派出的检察官向俊哲先生回国紧急要求加派增援，随后组织人员对国内外的相关战争事实进行了相当一段时间的努力挖掘整理，总结出了大量可以确定战争事实的铁证，并利用庭审第二阶段中的出色发挥，才险之又险地扳回一城，将战犯送上了绞刑台。最终，法庭用 1231 页的判决书详细地对审判相关的事实以及国际法问题进行了明确；25 名被告全部被判有罪，其中 7 名被判处死刑。

从这一个法庭剪影中我们可以看出，不同于采用纠问制的大陆法系法官享有很大程度上的主动调查权和事实决定权，采用英美法系的东京审判法庭上主要依靠控辩双方的举证质证来确定最终裁判所依据的事实。这促使检察方面不得不付出大量的精力收集证据，客观上使得整个审判的过程成为了一场对战争事实进行明确的调查会，并最终将这一切以法庭证据的形式强有力地确认下来写入判决。在今天看来，由东京审判确立下来的审判形式为后世的国际审判开创了重要的先例，确保了国际审判对形式正义的高度强调。同时东京法庭上通过法律证据的形式所明确下来的战争事实对后世而言也有着重大的历史意义，得到了后世历史学家的高度评价⑥。

（三）东京审判为惩罚日本军国主义做出了贡献

在二战期间，日本国内的军国主义势力对日本民众进行了大量的思想宣传，导致日本军民始终坚信自己是在进行一场神圣而伟大的“将王道弘扬四海”的军国主义圣战⑦。以至于在日本军队中，士兵总是宁愿战死而不愿投降，在缅甸会战中，日本士兵的俘虏与战死者比例为一比一百二十⑧。拜军国主义的思想宣传所赐，日本士兵盲目地崇拜军国主义政府宣传

田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson 编，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社，2014 年，第 148 页。

①参见[澳]Gideon Boas《不制止暴行的指挥官责任：东京审判的遗产》，载《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，[日]田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson 编，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社 2014 年版，第 217 页。

②《远东国际军事法庭宪章》第四章第十三条（甲）款。

③参见倪征燠《淡泊从容莅海牙》，北京：法律出版社，1999 年，第 102-106 页。

④同上注[2]，梅汝璈：《远东国际军事法庭》，第 223 页。

⑤同上注[13]，参见倪征燠《淡泊从容莅海牙》，第 102-106 页。

⑥参见[日]二村まどか《对东京审判的日本社会态度：当代视角》，载《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，[日]田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson 编，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社，2014 年，第 47 页。

⑦参见[美]鲁思·本尼迪克特《菊与刀》，北京：商务印书馆出版社，1996 年，第 17 页。

⑧同上注[17]，参见《菊与刀》，第 27-28 页。

的所谓“精神的力量”，使得战争后期日本士兵都疯狂地渴望成为“神风特工队”殉国①。而在日本国内的经济方面，在日军偷袭珍珠港正式发动对美国发动太平洋战争时，陆海军的军费支出已经占到了国民总收入的近一半，日本国内的民众在工厂每天 12 小时劳动，早已精疲力竭。然而军国主义势力仍大肆在国内宣传“我们的身体越劳累，我们的精神、意志就会越昂扬”②。从这些日本军民生活的缩影中我们可以看出，日本之所以会发动第二次世界大战并以如此顽强的面貌死拼到最终的地步，与其国内的军国主义思想的肆虐是有着直接的联系的。因此对于战后的国际社会而言，如何对战时大肆宣扬军国主义思想的首恶分子进行审判，让日本国民意识到其罪恶以杜绝军国主义卷土重来就成了东京审判的一个重要使命。

自满洲事变起，日本军政当局便开始实行一系列极为严厉的新闻管制措施，日本国内民众对政府的战争政策所知甚少③。更过分的是，随着世界范围反法西斯战争的高歌猛进，在战况对日本愈发不利的时期，日本国内的军国主义集团仍利用虚假宣传欺骗民众，声称一切都在政府的预料之中，是战术安排的一个步骤④，这一切都使日本民众长久地沉浸在“无敌”与“正义”的军国主义幻觉中疯狂地“为王道而战”。

而东京审判法庭对事实的调查使得战争期间“皇军”的残暴彻底暴露在日本民众面前，发生在南京的日军暴行使得整个日本民族陷入了一片震惊之中⑤，日本民众由此才开始了对战时军国主义思想的彻底反思。从日本国内媒体在东京审判开庭后发表的一系列言论看来，东京审判得到了日本国内的接受⑥，日本的媒体更是参照总检察长约瑟夫季南的开场陈词，将审判誉为是“文明的审判”。而随着审判进程的进一步推进，日本民众逐渐通过检方更多的举证意识到了这一场战争的真相------军国主义势力集团将全日本国民置于一个巨大的谎言之中。正如审判期间一位日本国民向媒体所解释的：

“战争期间我们被迫过着贫困的生活；东条告诉我们一定会打赢这场战争，到头来我们却输掉了。现在我通过东京审判和其他方面才知道，那是一场不顾后果的侵略战争，追求的是特权阶级和资本主义者的利益，我认识到我们完全受骗了。”⑦

由于审判揭示了战争的真相，因而不同于一战的战后审判结束后德国的民众为被判无罪释放的战犯欢呼，东京审判宣判后，日本舆论对东京审判判处全体被告有罪的正面评价占到大多数。日本《朝日新闻》发表社论充分肯定了东京审判，认为：（一）东京审判确立了发起战争者将接受国际社会审判的先例；（二）这是一次文明的审判；（三）法西斯主义必须受到制裁；（四）战争不仅是个人责任而且是国家责任⑧。

根据美军情报部门对判决后三年间日本国内媒体报道的数量及文本的分析也印证了日本民众对东京审判结果普遍的正面接受⑨。同时日本学界的学者们也对东京审判表示的正面的肯定，并期待东京审判能对战后日本起到正面教育的效果⑩。

诚然，积极接受东京审判的结果并对其予以正面评价的是日本社会当时的主流声音，但却也不是全部，认为东京审判是“胜利者的正义”的声音也正是在这一个时期被日本的右翼份子提出来的。客观来说，认为东京审判是“战败的必然结果”这样的观念在日本民众中不

①同上注[17]，参见《菊与刀》，第 17 页。
②同上注[17]，《菊与刀》，第 18 页。
③参见程兆奇《南京大屠杀是东京审判的编造么》，载《东京审判文集》，上海：上海交通大学出版社，2011 年，第 77 页。
④同上注[17]，参见《菊与刀》，第 19-20 页。
⑤日暮吉延：《東京裁判と日本の対応—“「国家」”と“「個人」”》，（2008）44（3）《军事史学》，第 7 页。转引自[日]二村まどか《对东京审判的日本社会态度：当代视角》，同上注[16]，第 47 页。
⑥同上注[16]，参见[日]二村まどか《对东京审判的日本社会态度：当代视角》，第 42 页。
⑦此段民众对媒体的表述见[日]二村まどか《对东京审判的日本社会态度：当代视角》，同上注[16]，第 48 页。由二村まどか教授转引自吉见义明《佔領期日本の民衆意識：战争责任论を巡つて》（1992）811《思想》，第 77 页。
⑧《东京审判研究手册》，上海：上海交通大学出版社，2013 年，第 113 页。
⑨同上注[26]。
⑩同上注[16]，参见[日]二村まどか《对东京审判的日本社会态度：当代视角》，第 42 页。

可避免的存在，有学者将此描述为“消极的接受”①。但无论如何，东京审判过程中披露的大量事实都促进了日本民众对军国主义的反思。战争所带来的苦痛是没有国界的，日本民众在战争的废墟之中痛定思痛，下定了决心要将军国主义的思想遗弃，这一切正如宣判当日，《朝日新闻》的社论中所总结的:“这个审判要求把以被告培育的军国主义为特征的旧日本完全埋葬!”②

二、东京审判促进了国际法的发展

东京审判受到了其所处的历史背景下国际法发展状况的限制，很多审判相关的国际法原则多还处于极不明确的状态，因而围绕法庭设立的合法性、最终判决所适用的新罪名、个人责任等等问题就出现了一系列争议。以今天的眼光看来，东京审判确实不是一场完美的法律审判，但东京审判所声张国际正义的合法性却仍是无可质疑的③，同时因为这些争议的出现而引发的国际人道法和国际刑法的发展也奠定了东京审判里程碑式的历史意义④。

（一）确立了国际刑事司法机构行使管辖权的原则

根据最终的判决书，远东国际军事法庭是基于《开罗宣言》、《波茨坦公告》、《日本投降书》和《莫斯科会议公报》而设立的⑤。基于上述一系列文件，盟军总司令麦克阿瑟于 1946 年 1 月 19 日正式批准了《远东国际军事法庭宪章》宣告了法庭的成立，而根据梅汝璈先生的回忆，这一份宪章文件成为了法庭管辖权问题的关键⑥。

宪章中直接规定了远东国际军事法庭对反和平罪、普通战争罪、反人类罪具有管辖权，并对反和平罪、反人类罪给出了一定程度上的定义；同时规定了犯罪者个人单独负责，即使是出于长官命令而行动也不可免责⑦。围绕这部分宪章规定的争议紧接而来，法庭上的被告律师以及学界中的一大批学者甚至是部分主审法官都对此提出了质疑。他们认为《远东国际军事法庭宪章》作为一份法庭宪章性文件，其仅有权划定国际法所已经承认的某一罪行是否置于法庭管辖之下，而无权进行“立法”决定某类行为是否构成了犯罪，因而宪章本身的合法性是存疑的⑧。

对此，法庭对宪章规定的管辖权条款在判决中予以了肯定与支持，澄清并明确了这一部分的传统国际法原则⑨。而鉴于争议的存在，后来的联合国大会第一届会议还特意专门通过了一项决议对“宪章与判决所持的管辖权原则是国际法原则”进行了“确认”⑩。客观上看，这是纽伦堡审判和东京审判两大审判对现代国际法的一大贡献。

同时，基于宪章建立临时性法庭的方式也引起了人们的反思，来自新西兰的诺斯克罗夫特大法官就指出:“设立一个临时性的东京法庭是在缺乏适当法庭情况下的应急之举，而建立一个常设的国际刑事法院将可以彻底对临时性法庭提出的一系列反对意见”⑪。由于国际关

①同上注[16]，[日]二村まどか：《对东京审判的日本社会态度：当代视角》，第 42-43 页。
②社论:《和平决意の世界的表现》,《朝日新聞》(日本东京)，1948 年 11 月 13 日，第一页。转引自[日]二村まどか《对东京审判的日本社会态度：当代视角》，同上注[16]，第 48 页。
③马呈元:《国际刑法论》，北京：中国政法大学出版社，2008 年，第 138 页。
④同上注[1]，参见贾兵兵《东京审判在中国的遗产》，第 264 页。
⑤参见《远东国际军事法庭判决书》，张效林译，北京：群众出版社，1986 年，第 1 页。
⑥同上注[2]，参见梅汝璈《远东国际军事法庭》，第 10 页。
⑦同上注[4]，《远东国际军事法庭宪章》第二章第五条。
⑧参见[日]Nakajima Takeshi《帕尔大法官（印度）》，载《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，[日]田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson 编，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社，2014 年，第 159-161 页。
⑨同上注[2],参见梅汝璈《远东国际军事法庭》，第 9 页。
⑩参见 Yearbook of the United Nations 1946-1947,第 254 页，Article 14。
⑪诺斯克罗夫特法官致彼得·费雷泽总理的信件，1949 年 3 月 17 日，文件第 739 号，载于 Robin Kay(ed)， Documents on New

系在二战后风云变化，海牙常设国际刑事法院直到半个世纪后的2002年才得以正式成立，但无论如何，这仍可以被看作是纽伦堡与东京两大国际审判遥远的历史回响。

（二）初步明确了国际刑事司法机构管辖的严重国际罪行的类别

东京审判首先明确了破坏和平罪（侵略罪）。正如上文所提到的那样，在东京审判之前，国际法领域对侵略战争的理解仍是不明确的，以至于国际法上并没有关于“侵略战争罪”的足够明确的规定。这就使得围绕法庭宪章中的“破坏和平罪”出现了质疑的声音，反对法庭以“破坏和平罪”的名义判罚被告。他们认为“破坏和平罪”在宪章颁布之前的国际法中没有根据，因而是一种“事后法”的体现，如果法庭最终以此为根据判决被告有罪，那么法庭将沦为“一个显示权利的工具”，而非“法律审判庭”①。

对此，纽伦堡和东京法庭的法官给出了有力的回应。第一个层面上，如法国的贝尔纳法官基于自然法的观点在他的异议书中指出的：“侵略战争在常理和普遍良知的眼中是（并且从来都是）一项罪行——常理和普遍良知表达了自然法，一个国际法庭可以而且必须依据这个自然法来判定提交给它的被告之行为。”②更进一步地，纽伦堡法庭的判决中（后被东京审判参考）引用了《巴黎非战公约》、《禁止战争中各种残暴行为的公约》、《凡尔赛公约》等一系列国际文件中的内容进行了有力的综合论证③，指出了在审判之前虽然没有明确的直接规定，但侵略战争在国际法上早已被原则性地确认为是犯罪行为的事实④。

不可否认的是，在纽伦堡和东京审判之前，由于对国际法上侵略战争罪的定义不明，给两大国际审判的开展带来了不小的阻力。而两大法庭的最终宣判最终明确了侵略战争罪，使国际战争法取得了里程碑式的发展，正如《纽伦堡国际军事法庭判决书》中所说的那样：“宪章并非战胜国方面权利的武断行使，而是体现着当时已被宣布的国际法，在这个范围内，它本身便是对国际法的一种贡献。⑤”

东京审判同时开创了反人类罪这一项罪名。由于二战期间法西斯战争集团所做出的一系列令人发指的可怖行为，当国际法庭宪章中将反人道罪作为一项新罪行添入时并未引起如破坏和平罪那样大的争议，国际社会普遍认为对这一罪行进行惩罚是势之所至⑥。而在东京审判中，由于当时的国际局势变化，美国主导下的检方为了保护天皇不被起诉有意回避了这一问题在法庭上的争辩⑦。但在学界，来自印度的帕尔法官在他的异议书中还是提出了对这一问题涉嫌“事后法”的质疑⑧。客观上看，由于发生在二战期间的暴行太过骇人听闻，如果

Zealand External Relations Volume Ⅱ： The Surrender and Occupation of Japan(1982),1736,第1737页。转引自[新西兰]Ann Trotter《诺斯克罗夫特大法官（新西兰）》，载《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，[日]田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson编，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社，2014年，第112页。

①United Stated et al v Araki Sadao et al(美国等诉荒木贞夫等)，The Tokyo Major War Crimes Trial: The Records of the International Military Tribunal for the Far East, with an Authoritative Commentary and Comprehensive Guide(2002)，卷105，《帕尔法官的异议书》，第36-37页。转引自[日]Nakajima Takeshi《帕尔大法官（印度）》，载《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，[日]田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson编，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社，2014年，第159-161页。

②United Stated et al v Araki Sadao et al(美国等诉荒木贞夫等)，The Tokyo Major War Crimes Trial: The Records of the International Military Tribunal for the Far East, with an Authoritative Commentary and Comprehensive Guide(2002)，卷105，《贝尔纳法官的异议书》，第11页。转引自[法]Mickaël Ho Foui Sang《贝尔纳大法官（法国）》，载《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，[日]田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson编，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社，2014年，第121页。

③同上注[6]，参见《国际军事法庭审判德国首要战犯判决书》，第64-69页。

④同上注[6]，参见《国际军事法庭审判德国首要战犯判决书》，第20页。

⑤同上注[6]，《国际军事法庭审判德国首要战犯判决书》，第63页。

⑥同上注[2],参见梅汝璈《远东国际军事法庭》，第16页。

⑦参见[法]Mickaël Ho Foui Sang《贝尔纳大法官（法国）》，载《Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited》，[日]田中利幸、[澳]Tim McCormack、[英]Gerry Simpson编，梅小侃译，上海：上海交通大学出版社，2014年，第125页。

⑧同上注[40]，参见《帕尔法官的异议书》，第36-37页。

仅仅因为已有的战争法公约或习惯法上没有规定便不予追究过于追求形式，必将无法满足自然法上的实质正义，不能给千千万万二战期间在法西斯刀下惨死的冤魂一个交代。因而学界更为主流的解释是：法庭宪章中关于“反人类罪”的规定是对普通战争法上所规定的罪行的补充，形式上是普通战争法的引申和发展①。

用今天的眼光来看，纽伦堡与东京两大审判以及法学家们围绕审判展开的一系列法理讨论对反人类罪而言有着里程碑式的意义，奠定了国际人道法的基石，1946 年联合国大会的确认②1949 年之后通过的《日内瓦公约》便可以被视作是对这一精神的继承。

三、结语

远东国际军事法庭于 1948 年 12 月 29 日正式宣布闭庭，审判历时 924 天，在这场举世瞩目的大审判里，历史忠实地记录下了战犯的颓然、证人的悲愤、检察官的激昂与大法官的刚正。世界的关注与议论使得东京审判和纽伦堡审判一样在争议中前行，用最终的判决为后世的国际法审判建立了一个先例。正如贾兵兵教授所指出的那样：今天的诸如前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭、国际刑事法院的一系列国际司法机构在作出判决时已不会再像当年的东京判决书一样被批评浪潮围攻③。概言之，东京审判不仅开启了人类社会通过设立国际刑事司法机构追究犯有严重国际罪行的个人刑事责任的先例，而且强化了国际法的实施，标志着国际法开始长出了“牙齿”，是国际法发展史的重要里程碑。

而在另一方面，东京审判也代表了人类对战争的反思，对和平的向往。我们不能忽视，世界性大战虽再未发生，但地区性武装冲突仍时有发生。梅汝璈先生曾言：“忘记过去的苦难可能招致未来的灾祸!”④今天的我们不能忘记两次世界大战所付出的惨痛代价，不能忘记战争给人类带来的创伤。重提东京审判，意义也在于提醒我们不要忘记这段历史，不要忘记我们对战争的反思与反省。

①同上注[2],梅汝璈《远东国际军事法庭》，第 14 页。
②同上注[38]，参见 Yearbook of the United Nations 1946-1947,第 254-255 页。
③同上注[1]，贾兵兵：《东京审判在中国的遗产》，第 279 页。
④梅汝璈：《关于谷寿夫、松井石根和南京大屠杀事件》，载《东京审判文集》，上海：上海交通大学出版社 2011 年版，第 37 页。

独立、分离与民族自决的法律困局

——结合科索沃和克里米亚问题的探讨

罗国强*

内容提要：目前“独立”一词常被拿来用作广义，指代分离或分立。民族自决原则仅适用于严格意义上的独立，目前实在国际法上还没有切实的依据表明该原则可以被适用于分离问题；民族自决原则不违背主权原则是常态，而打破“维护国家领土完整”限制的情况只能是出于特殊的原因；仅仅凭借“独立”口号的打出以及对“民族自决”原则的援引不足以证明分离行动符合国际法。若母国不反对，分离在国际法上并无障碍；但在母国反对的情况下，分离是否合法，则是一个复杂的、涉及历史与现实问题，而不是一个简单的数量或意愿问题。单方面分离需要满足相应条件（母国未提供合法善治；违反国际法、自治协议或基本人权），而不是说只要某一区域内某一民族占了多数且有相应意愿就可以实现分离。国际法院的咨询意见没有正面回答联大决议所提出的问题，不足以确认科索沃“独立”要求的合法性，反而令国际社会失去了关闭因科索沃事件而开启的“潘多拉魔盒”的一次机会，如此才有了克里米亚这样极具反讽性质事件的发生。

关键词：独立；分离；民族自决；科索沃；克里米亚；

The Dilemma of Independence, Separation and Self-determination

---with respect to Kosovo and Crimea

Abstract: Now the word ‘Independence’ is often used in a border meaning to include separation or disintegration. But the principle of self-determination only applies to independence in a narrow meaning, and there is no positive international law rules it could be applied to separation. Just calling ‘independence’ and citing ‘self-determination’ is not enough to prove it. Unilateral separation needs to meet certain conditions, i.e. lawful and good governance doesn’t provided, violation of international law, autonomy agreement or basic human rights. It makes no sense on international law to say certain nationals have secured the majority to separate in certain areas then it should happen. The advisory opinion of ICJ did not answer the question posed by the General Assembly, and thus not enough to identify the legality of kosovo’s separation. On the contrary, it makes the international society loss one chance to shut down Pandora's Box opened because of kosovo’s separation, and then later on same thing happened in Crimea, ironically.

Key Words: Independence; Separation; Self-determination; Kosovo; Cimea;

冷战结束以来，世界各地的分裂势力加剧了活动，国际法在这种错综复杂的国际关系之中面临严峻考验。这其中最具有代表性的是科索沃和克里米亚两个事例：2008 年 1 月 17 日，在美英等国的支持下科索沃单方面宣布独立；2008 年 10 月联大第 63 届会议通过第 A/RES/63/3 号决议，请求国际法院对“科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法”这一问题提供咨询意见；2010 年 7 月 22 日，国际法院通过咨询意见称现行国际法并不禁止某一地区“宣布独立”，因此“通过科索沃独立宣言不违反国际法”。①2014 年 3 月 16 日，克里米亚在

* 武汉大学法学院教授、博士生导师。

① See Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on whether the Unilateral Declaration of Independence of Kosovo is in Accordance with Internat ional Law, A/RES/63/3, 8 October 2008; Accordance with International Law of the Unilateral Delaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, 22 July 2010 (Kosovo Advisory Opinion), ICJ Reports, 2010. Available at: http://www.icj-cij.org.

俄罗斯的支持下实行了公投，宣布从乌克兰“独立”并申请加入俄罗斯；18 日各方签署关于克里米亚和塞瓦斯托波尔加入俄罗斯的协议，21 日协议正式生效。不难发现，科索沃和克里米亚的“独立”理由和方式，基本上是如出一辙的，只不过支持和反对独立的各方在这两个事件中互相换了位置，从而出现了某种颇具讽刺意味的效果。此种局面无疑给国际社会造成了普遍的法律困惑，具体言之，如何准确理解“独立”一词的含义及其与分离和分立的区别？如何正确认识民族自决原则？单方面实行分离是否符合国际法？国际法院的咨询意见究竟有何法律意义？本文试以科索沃和克里米亚事件为例，对此做一分析。

一、“独立”的广义与狭义之分

首先有必要指出的是，无论是科索沃还是克里米亚所宣称的“独立”，并非严格法律意义上的独立。

严格意义上的独立，是指原来处于殖民地、附庸国、托管地、被保护国地位的民族，为争取民族解放，依据民族自决原则进行斗争，从而摆脱宗主国的控制，建立新国家的情况。① 在 20 世纪 60-70 年代的民族解放大潮中，众多殖民地、附属国宣布独立，它们都作为新国家获得了国际社会的承认。但从此以后，殖民地、附庸国、托管地已经在国际社会绝迹，可以说，当今世界不存在需要依据民族自决原则而独立的国际法主体，严格法律意义上的独立已经没有用武之地了。

除了独立以外，因国家领土变更而产生承认问题的场合，还包括合并、分离和分立。合并是指两个或两个以上的国家组合成为一个新的国家，或者一个以上的国家加入另一个国家的情况，这种情况很容易获得国际社会的承认。分离是指一个主权国家的一部分与该国脱离，组建为新的国家；分立是指一个主权国家解体并成为数个相互独立的新国家。分离与分立的区别在于，分离的情况下母国继续存在，分立的情况下母国不复存在。基于此，对分立国家的承认不会受到母国态度的干扰，因而是没有什么障碍的；而对分离后新国家的承认，则需要具体问题具体分析。②

然而值得注意的是，如今“独立”这个词被越来越多地拿来在广义，即非严格法律意义上使用。这样一来，但凡涉及脱离母国而成立新国家的情况，都可以被称作“独立”。尽管国际法上有“分离”和“分立”两种专门表示在母国领域内产生新国家的术语，但其几乎完全被广义的“独立”所替代，不仅仅是科索沃和克里米亚，其他已经或者打算分离或分立的主体也都言必称“独立”。③

究其原因，笔者认为，一是由于经历了民族解放大潮，“独立”这个概念已经深入人心，对于非国际法专业的民众而言，较为模糊的广义“独立”概念较之更为精确的“分离”或者“分立”概念，更加具有亲和力与号召力；二是由于分离或分立的主导者希望借助严格法律意义上的独立所包含的民族自决原则，来增强自身行为的合法性，仿佛只要提出“独立”，就是符合民族自决原则以及国际法的正当要求。

但笔者认为，尽管日常说法上可以采用广义，然而一旦回到国际法上来讨论问题，就要使用严格的法律意义来区分不同性质的行为，独立就是独立、分离就是分离、分立就是分立，三者不应混淆。

在此，科索沃和克里米亚当局的行为，虽名为“独立”，但实为分离。这应当成为下一步法律分析的出发点，因为只有破解了“独立”一词的真实含义，才能做出合理的法律分析。

二、民族自决原则及其认识误区

① 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 82 页。

② 参见王虎华主编：《国际公法》，浙江大学出版社 2007 年版，第 112 页。

③ 比如 1995 年 10 月 30 日魁北克公民就魁北克应否脱离加拿大而举行的公民投票，被称为“独立”公投；前苏联分立之后，其前加盟共和国所组成的松散邦联使用的也是“独立国家联合体”的称呼。

（一）民族自决原则的涵义

民族自决原则是与“独立”概念紧密相连的国际法原则。该原则的首先见于《联合国宪章》第 1 条第 2 款“尊重人民平等权利及自决原则”的表述，二战后民族解放运动高涨、殖民主义体系瓦解，联大通过了一系列宣言和决议，使民族自决原则得到进一步明确和发展，其中最主要的有：1952 年《关于人民与民族的自决权》、1960 年《给予殖民地国家和人民独立宣言》、1970 年《国际法原则宣言》、1974 年《各国经济权利和义务宪章》、1966 年《经济、社会和文化权利国际公约》及《公民权利和政治权利国际公约》等。

这其中，《国际法原则宣言》（全称为《关于各国依<联合国宪章>建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》）不仅把各民族享有平等和自决原则列为现代国际法的七项原则之一，还对该原则的内容作了较为详细的阐发，从而构成了对民族自决原则之涵义较为权威的解释。其具体内容包括：（1）人民平等权利及自决原则为对现代国际法之重要贡献，其切实适用对于促进国际间以尊重主权平等原则为根据之友好关系，至为重要。（2）根据《联合国宪章》所尊崇之各民族享有平等权利及自决权之原则，各民族一律有权自由决定其政治地位，不受外界之干涉，并追求其经济、社会及文化之发展，且每一国均有义务遵照宪章规定尊重此种权利。（3）每一国均有义务依照宪章规定，以共同及个别行动，促进各民族享有平等权利及自决权原则之实现，并协助联合国履行宪章所赋关于实施此项原则之责任，促进各国间友好关系及合作；妥为顾及有关民族自由表达之意旨，迅速铲除殖民主义；并毋忘各民族之受异族奴役、统治与剥削，即系违背此项原则且系否定基本人权，并与宪章不合。（4）每一国均有义务依照宪章以共同及个别行动，促进对于人权与基本自由之普遍尊重与遵行。（5）一个民族自由决定建立自主独立国家，与某一独立国家自由结合或合并，或采取任何其他政治地位，均属该民族实施自决权之方式。（6）每一国均有义务避免对上文阐释本原则时所指之民族采取剥夺其自决、自由及独立权利之任何强制行动。此等民族在采取行动反对并抵抗此种强制行动以求行使其自决权时，有权依照宪章宗旨及原则请求并接受援助。（7）殖民地领土或其他非自治领土，依宪章规定，享有与其管理国之领土分别及不同之地位；在该殖民地或非自治领土人民依照宪章尤其是宪章宗旨与原则行使自治权之前，此种宪章规定之分别及不同地位应继续存在。（8）以上各项不得解释为授权或鼓励采取任何行动，局部或全部破坏或损害在行为上符合上述各民族享有平等权及自决权原则并因之具有代表领土内不分种族、信仰或肤色之全体人民之政府之自主独立国家之领土完整或政治统一。（9）每一国均不得采取目的在局部或全部破坏另一国国内统一及领土完整之任何行动。

由此，民族自决作为一项国际法原则得到国际社会的普遍承认和接受，该原则最主要的内容，就是凡是殖民地、半殖民地或其他非自治领土的民族和人民，均享有自由决定其政治命运的权利。①同时，民族自决原则也不仅仅只停留在反对殖民统治的水平上。随着民族解放斗争和国家独立运动的进一步发展，在新的历史条件下，民族自决权已经成为一项全方位的权利。时至今日，它不仅体现在每个民族有权决定自己的政治地位，而且更多地开始体现在每个民族有权独立自主地发展自身经济、社会、文化事业，其中经济独立更是重中之重。②可见，民族自决原则的主要涵义，是推翻殖民统治、实现政治独立；其晚近衍生出的涵义，则是“自由从事其经济、社会与文化之发展。”③但显然，有关独立、分离或分立的问题，所涉及的乃是该原则的主要涵义而非衍生涵义。

（二）民族自决原则的认识误区

笔者认为，在当前的国际实践中，对民族自决原则存在着几个认识误区。

其一，认为民族自决原则已经构成实在国际法基本原则。

---

① 参见梁西主编：《国际法》（修订第二版），武汉大学出版社 2003 年版，第 52 页。

② 参见王虎华主编：《国际公法》，浙江大学出版社 2007 年版，第 67 页。

③ 此种表述同时见于 1966 年《经济、社会和文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》第 1 条第 1 款。

的确，民族自决是非常重要的国际法原则，其足以构成领土法和国际人权法的基本原则与内容，但其能否构成整个实在国际法的基本原则仍值得商榷。

笔者认为，国际法基本原则，是指用以说明（实在）国际法基础的、指导其他（实在）国际法的抽象性、普遍性国际法规范。国际法基本原则具有以下三个显著的特点：普遍性（各国都接受、公认有拘束力、没有持续反对者）；抽象性（无法直接用到具体的案件中，而只能起指导、评价作用——这也是无人明确反对之的原因之一）；全局性（总揽国际法全局性的问题，规范对国际法具有全局意义的基本问题，而非着眼于一般性的、具体的、细枝末节的问题）。

从上述三个特点出发，不难发现，民族自决原则虽然具有普遍性和抽象性，但却很难说具有全局性。因为本质上，民族自决所涉及的只是民族或公民团体行使政治权利（有时也可以包括经济、社会与文化权利）的问题、以及某种特定的国家领土变更问题，这都属于国际法中的某个部门法问题，而不属于全局性的国际法问题。如果对比一下当今国际社会公认的国际法基本原则——即《联合国宪章》第 2 条所体现的 7 项原则，①就不难发现，民族自决原则所涉及的问题更为具体一些，这应该是宪章未将其纳入阐述国际法基本原则的第 2 条中的原因所在。同时，《国际法原则宣言》虽然指出民族自决是“至为重要”的原则，但并未使用“基本”原则的说法；更何况，宣言就其本质而言仅属于联合国大会决议，而非正式的国际法渊源。尽管该决议作为辅助渊源对于国际法有很好地说明作用，但其与国际条约和国际习惯不可同日而语，更无法对作为普遍国际法的《联合国宪章》第 2 条起到替代或者更新作用。

有学者提出民族自决原则构成强行法规范，②对此笔者表示同意，但这一观点的提出并不能改变上述论断。因为，强行法不等同于国际法基本原则，两者属于不同的范畴：强行法是自然法，国际法基本原则是实在法；两者虽然具有某些共同之处（如普遍适用、较抽象、可指导实在国际法等）且强行法能够转化为实在国际法基本原则，但这种转化仅限于一部分规范全局性问题的强行法规则，而不包括那些已经具体化到国际法某些部门的、不具有全局性的强行法规则——民族自决原则的情况正是如此。正如阿勒支泽等学者所指出的，不是所有的实在国际法基本原则都可以成为强行法。③反之也是一样，不是所有的强行法都可以成为实在国际法基本原则，很多强行法规则已经具体化到国际法的某些部门法中，已然不具有实在国际法基本原则的全局性。④

可见，民族自决原则是重要的国际法原则，但并非国际法基本原则。

其二，认为民族自决原则能够适用于广义上的“独立”。

尽管民族自决原则是国际法承认的法律原则，但其适用范围是有限的。并不是说，对于所有号称“独立”、“民族自决”的要求都应该适用该原则，尤其是对于那种借助民族自决原则以实现分离诉求的情况，必须予以甄别。

迄今为止的国际法律文件与国际实践表明，民族自决只适用于托管领土、非自治领土、

---

① 这 7 项原则既是作为普遍性多边条约的《联合国宪章》上的规范，又是国际习惯法上的规范，因而具有普遍性。但《宪章》第 2 条更多的是对作为国际习惯的这 7 项原则一种表述和阐发，而非直接归纳这 7 项原则。也就是说，国际法基本原则虽然存在条约法属性与习惯法属性重合的问题，但本质上应为国际习惯法。基于此，笔者将这 7 项原则归纳为：主权平等原则、善意履行国际义务原则、和平解决国际争端原则、禁止使用武力或武力威胁原则、集体协助合法行为原则、共同遵循国际法原则以维护国际和平与安全原则、不干涉内政原则。

② 根据劳奥的论述，在《联合国宪章》中至少可以找到禁止使用武力或威胁使用武力、不干涉、国家主权、政治独立、国际平等、人权和民族自决等强行法规范。See Rao, Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties, IYIL, Vol.II, 1974, p.381.阿勒支泽将强行法分为五类，其中第一类就是确立国家与民族主权权利的原则，如民族自决原则、平等原则、不干涉内政原则。See Alexidze, Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law, Recueil des cours, Vol.172, 1981-III, p.262 et seq.

③ See Alexidze, Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law, Recueil des cours, Vol.172, 1981-III, p.260.

④ 例如，有关惩治诸如海盗、恐怖活动等国际犯罪行为的规则，被认为具有强行性，但并不是国际法基本原则。参见江国青主编：《国际法》，高等教育出版社 2005 年版，第 53 页。

殖民主义统治、外国占领和强加的政治统治、种族主义政权，这意味着民族自决仅适用于即严格意义上的独立。由此可见，该原则大量被适用的时代（20 世纪 60-70 年代）已经过去。诸如科索沃和克里米亚那样的诉诸“民族自决”概念的情况，根本不是为了反对殖民主义或者争取民族解决，而是别有用心地拉“民族自决”的大旗作虎皮，一切只为达到分离或分立目的而已。

正如布朗利所指出的，目前的状况是：自决是一项法律原则，至于该原则在其他方面还有什么具体内涵，现在还不清楚。①这也就是说，民族自决原则除了确定能够适用于其所赖以产生的严格意义上的独立问题，以及延生适用到某些特定经济、社会、文化发展问题之外，尚无法确定能够适用于其他情况。而就目前的实在国际法来看，还找不到切实的将民族自决原则适用于分离问题的法律依据，现阶段要将该原则适用于广义上的“独立”并不符合实在国际法。那些打着“独立”、“自决”旗号的分离诉求不在民族自决原则的现有调整范围内，基本上只是某种一厢情愿的操作手法而已。

可见，民族自决原则目前仅适用严格法律意义上的独立，而不适用于广义上的“独立”。当然，这一论断同时也意味着，若国际社会以后能够就此达成合意，那么将来民族自决原则的适用范围有可能拓宽（但也有可能更为狭窄），但至少，在当下并不存在此种情况。

其三，认为民族自决原则是绝对的。

显然，民族自决构成了合法的打破“维护国家主权和领土完整”、“不干涉内政”等原则的理由，②但若由此认为民族自决原则是绝对的、只要适用（或者声称适用）该原则就能够打破一切其他国际法规范的束缚而导致“独立”的结果，那也是不正确的。

《给予殖民地国家和人民独立宣言》虽然通篇都在讨论“结束殖民主义”、“独立”与“自决”问题，但仍然宣布，任何旨在部分地或全面地分裂一个国家的团结和破坏其领土完整的企图都是与《联合国宪章》的目的和原则相违背的。《国际法原则宣言》在肯定民族自决原则重要性的同时也强调，该原则的内容不得解释为授权或鼓励采取任何行动，局部或全部破坏或损害在行为上符合上述各民族享有平等权及自决权原则并因之具有代表领土内不分种族、信仰或肤色之全体人民之政府之自主独立国家之领土完整或政治统一；每一国均不得采取目的在局部或全部破坏另一国国内统一及领土完整之任何行动。因此，从实在法上讲，民族自决原则从来就不是绝对的，而是从其产生之初就被设定了某种条件以防止其被滥用，不存在只要提出“民族自决”，就能够不讲条件地分裂国家的情况。

从自然法上讲，民族自决是一项源自公平原则的强行法（主要涉及某些特殊人群主权丧失之矫正，较为具体），而主权原则是一项源自平等原则的一般法律原则（主要涉及国家基本地位之确定，较为原则），民族自决原则不能违背更高层级的主权原则，乃是常态；只有基于非常特殊的原因，当民族自决原则与基于主权原则的另一项强行法“维护国家领土完整”发生了不可调和的冲突，才能诉诸其源出的基本原则，并依据公平原则对于平等原则的优越性，确认民族自决原则优先并能够打破“维护国家领土完整”的限制。

即便以后的实在国际法出现新的发展并进一步扩大民族自决原则的适用范围，该原则也不可能是绝对的。仅仅凭借“独立”口号的打出以及对“民族自决”原则的援引，并不足以证明分离行动符合国际法。归根到底，能否适用民族自决原则来实现分离，还是要依据自然国际法来判断相关原因。

可见，民族自决原则虽能起到冲破国家主权藩篱的作用，但其并非是绝对的，而是需要满足一定的条件才能导致合法“独立”的结果。

三、分离行为的合法性分析

① 参见布朗利著、曾令良、余敏友等译：《国际公法原理》，法律出版社 2003 年版，第 646 页。

② 布朗利指出，当出现有关民族自决原则的问题时，联合国机构不允许以宪章第 2 条第 7 项（不干涉内政原则）来阻止对此进行讨论和作出决议。参见布朗利著、曾令良、余敏友等译：《国际公法原理》，法律出版社 2003 年版，第 646 页。

分离行为就起本身性质而言，可以分为母国不反对的分离与母国反对的分离，两者具有不同的法律后果。

（一）母国不反对的分离

所谓母国不反对的分离，是指实施分离行为的主体与母国达成了某种协议或者至少是某种默契，其有权通过某种方式实行分离，母国对其分离的决定不会予以反对和干涉。

在这种情况下，分离行为的合法性是毋庸置疑的；而且由于母国不反对，故而国际社会对于分离出来的新国家进行承认也不存在任何法律障碍；至于分离出来的新国家如何继承母国的国际权利和义务，则一般由双方协商决定。

这方面的典型例子就是南苏丹分离案。根据苏丹北南内战双方 2005 年达成的《全面和平协议》，苏丹南部地区于 2011 年 1 月举行公投，决定“宣布独立”，即从苏丹分离；2011 年 7 月 9 日，南苏丹共和国正式成立，7 月 14 日第 65 届联合国大会以鼓掌方式一致通过决议，接受其为联合国第 193 个成员国。

此外，新近发生的苏格兰公投也属于此种情况。2012 年 10 月 15 日，英国首相卡梅伦与苏格兰政府首席部长萨蒙德在爱丁堡签署协议。根据协议，经英国议会授权，苏格兰议会有权于 2014 年组织“独立”公投，决定其是否从英国分离，英国中央政府和苏格兰政府都将尊重公投结果。不过，在 2014 年 9 月 18 日举行的“独立”公投中，“独立”动议仅获 44.7%的苏格兰选民支持，分离的决定最终未能做出。但从理论上说，假设苏格兰最终公投决定分离，由于作为母国的英国尽管不情愿但却不会反对，故而这种分离肯定是合法的。

可见，母国不反对的分离，属于国际法上的合法分离，新分离出来的国家获得国际社会承认没有任何法律障碍。

（二）母国反对的分离

所谓母国反对的分离，是指实施分离行为的主体在没有与母国达成协议或者默契的情况下，单方面宣布分离，母国对其分离的决定明确予以反对乃至进行干涉。

如果说母国不反对的分离本质上属于双方同意的分离行为的话，那么母国反对的分离就本质上属于单方面的分离行为。因此，这里需要分析的问题是，单方面分离行为是否符合国际法？基于实在国际法规定的缺失，这里要结合自然国际法来予以考量。

显而易见，科索沃和克里米亚正好属于后一种情况，既然作为母国的塞尔维亚和乌克兰坚决反对，那么科索沃和克里米亚是否有权分离的问题就需要在仔细考察相关国际法之后才能予以确定，而绝非冠上一个“独立”的名义就能够自圆其说。

笔者认为，分离是否合法，关键要看其原因是否合理；而分离原因是否合理是一个复杂的、涉及历史与现实的问题，而不是一个简单的数量或意愿问题。

被誉为“国际法之父”的格老秀斯曾在其代表作《战争与和平法》中指出，主权的客体并不总是可以主张民族自决。[①]这意味着，不是说某一区域内某一民族或者某类人群占了多数且有相应意愿，就必然有了要求“独立”的权利。的确，对于广大殖民地国家来说，它们在历史上就一直是独立的国家或部落，它们之所以丧失独立地位，乃是由于西方列强的侵略与殖民，致使其本应享有的主权被剥夺；基于此，它们当然可以合法地要求摆脱民族压迫与殖民剥削、进行民族自决，建立新独立国家，重获本应享有的主权。而前苏联之所以分立解体，乃是由于很多加盟共和国历史上就不属于俄罗斯，在作为维系纽带的共同意识形态处于崩溃之际，苏联已经无力维持国家的正常运转与发展、无力维护统一局面，故而部分民族脱离苏联重新建立国家也就不足为奇了。

然而，对于那些历史上就一直属于一个国家的各民族而言，没有充分的依据和理由而妄言“独立”就是不合理的，否则的话，那岂不是世界上所有的多民族国家都可以甚至应该分裂？早就有学者提出，对于一个由多民族自愿组成的国家而言，如果它已建立了合法政府并

① 参见罗国强：《从〈战争与和平法〉看“和平崛起”的国际法基础》，载《比较法研究》2005 年第 6 期，第 102-103 页。

实行有效的统治，任何国家就不得以民族自决为借口，制造、煽动或支持民族分裂，破坏该国的统一和领土完整。①笔者认为可以将有关条件简单归结为“合法善治”，即只要建立了合法的国家和政府并实行了善治，那么单方面的分离主张就是不可取的。以中国为例，既然中华民族几千年来就一直由多个民族构成，且如今的少数民族聚居区域（如西藏、新疆）历来就是中国领土，②中国政府也有能力维持国家的正常运转与发展、实行善治并维护统一局面，那么，任何鼓吹分裂的主张就都是站不住脚的。

同时，即便是强调人权的西方学者，也认为只有当出现以下三种重大的非正义的情况时，作为最后的救济手段，有关部族才能享有国际法上的脱离国家的权利：（1）非法侵占合法国家的领土；（2）大规模的、持续的针对有关部族的违反人权行为；（3）重大的、持续的违反自治协议的行为。③虽然上述归纳与列举并非十全十美，但已经足以说明，分离是需要符合严格条件的。

根据上述自然国际法原理来审视分离问题，就不难发现，若要单方面主张合法地分离，需要符合两方面的条件：一方面，母国未能对有关部族提供合法善治；另一方面，母国违反了国际法、自治协议或者有关部族的基本人权。

由此可见，科索沃境内虽然阿族居多且有独立意愿，克里米亚境内虽然俄罗斯族具有且有独立意愿，但并不意味着就可以由此宣布“独立”。科索沃要想从塞尔维亚合法地单方面分离出去、克里米亚要想从乌克兰合法地单方面分离出去，应当符合相关条件（母国未提供合法善治；违反国际法、自治协议或基本人权），而科索沃和克里米亚恰恰无法充分地证明上述条件的存在，其“独立宣言”也未就分离的理由作出说明。这种在某些大国支持下、不顾国际法、没有充分理由而强行单方面分离的行为，虽然可能暂时满足部分国家和主体的利益，然而从长远来看却无异于打开了“潘多拉魔盒”，刺激了世界各地分裂势力的活动。因为这样的例子让他们感到，只要在某一区域内形成多数人的意见，并打出“独立”和“民族自决”的旗号，就可以实现分离。

四、国际法院咨询意见的法律意义

显然，联大通过第 A/RES/63/3 号决议请求国际法院对“科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法”这一问题提供咨询意见，表明国际社会期望国际法院能够阐释清楚关于分离的国际法问题，并给予未来的国际实践以法律指导。然而从国际法院的实际作为，以及克里米亚步科索沃之后尘的实际效果来讲，不能不说是令国际社会失望的。

国际法院在咨询意见中避实就虚地表示，宣告独立行为本身没有违反国际法，但显然，国际法院对科索沃“独立”是否符合了一定条件的关键问题有意予以了忽略。也就是说，国际法院所确认的，仅仅是科索沃有“宣告”的权利，但对于宣告内容是否合法的问题则付之阙如。无怪乎有学者批评道，国际法院在本案中，采取了转换命题、缩小国家主权和领土完整原则的适用范围以及忽略自决权与国家主权和领土完整权的明显冲突的方式, 得出了具有误导性和危险性的咨询意见；其不仅使国家主权和领土完整原则面临颠覆性破坏，而且使联合国安全理事会与国际法院维持国际和平与安全的权威性和作用受到减损。④

关键在于，国际法院在咨询意见中没有正面回答联大所提出的问题。联大要求法院回答“科索沃所说的是对是错”而法院却答之以“科索沃有权去说”；联大要求法院解释实体问题

① 参见梁西主编：《国际法》（修订第二版），武汉大学出版社 2003 年版，第 52 页。

② 公元前 60 年，匈奴王降汉，汉朝在西域设立都护府，西域正式并入中国版图。此后的两千多年里，中国中央王朝从未间断过对新疆的有效管辖。公元 13 世纪，中国的元朝将西藏并入版图，派官设制，驻军征税，视同行省。参见从文兴、都永浩：《“东突”理论缺乏历史和现实依据》，载《黑龙江民族丛刊》2002 年第 2 期，第 31－33 页；胡岩：《近代“西藏独立”的由来及其实质》，载《西藏研究》2000 年第 1 期，第 17 页。

③ See Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-determination*, Oxford University, 2004, p.394.

④ 参见何志鹏：《大国政治中的司法困境——国际法院“科索沃独立咨询意见”的思考与启示》，载《法商研究》2010 年第 6 期，第 55 页；余民才：《“科索沃独立咨询意见案”评析》，载《法商研究》2010 年第 6 期，第 47 页。

（独立是否符合条件），法院却纠缠于程序问题（宣布独立这种做法是否可行）。若要说联大的政治家们大费周章地通过决议要求国际法院提供意见，不过是为了弄清楚科索沃自治机构是否有权就“独立”与否的问题发表一份宣言以宣布其主张这样的法律程序问题，显然是自欺欺人。毫无疑问，联大决议的本意就是要弄清楚科索沃“独立”合法与否。

但实际上，国际法院不可能对这个问题作出正面回答。因为国际法院判案的唯一依据就是《国际法院规约》第 38 条，其中可用的正式渊源只有作为实在国际法的国际条约与国际习惯。当前实在国际法对该问题的规范是模糊不清的，既未禁止亦未允许分离，更没有明确分离的条件；而从有关民族自决原则的实践来看，尽管存在相反主张，但现行实在国际法并不支持将其适用到分离问题上。因此，仅从实在国际法出发很难对该问题得出确切结论，这也就是笔者认为要将此问题放到本体论的语境中，适用自然国际法来分析的原因。

然而，受制于《规约》，国际法院不可能如此自由地对此问题做出探讨。其结果就是，无论是回答科索沃独立“符合国际法”还是“不符合国际法”都既没有把握、也会导致与某些大国的正面冲突，所以就干脆答非所问、含糊其辞，做一个两种可能性都能涵盖、但又更加倾向于支持美英等西方发达国家的回答——即科索沃的行为从程序上讲不违法。

国际法院以原本在这个问题上就存在严重缺失的实在国际法为依据来做出咨询意见，仅仅粗略地评价“通过宣言”这一行为，同时对科索沃“独立”的真实性质、“独立”应当具备的条件等重要内容避而不谈的做法，尽管四平八稳不失圆滑，但却有避实就虚、避重就轻之嫌，且容易造成“不违反既有实在国际法=合法”的错误印象。笔者认为，与国内法上“自由就是做法律不禁止的任何事”的理念不同的是，在实在国际法之外，国家并不能完全自由地决定做任何国际法不禁止之事，因为实在国际法无法像国内法那样面面俱到、基本涵盖社会生活各领域，而是存在诸多缺陷和漏洞，禁止性规范更是相对较少。若是只要实在国际法没有禁止就可以做，那么整个国际秩序早就大乱了。

可见，这份咨询意见不足以确认科索沃的“独立”要求的合法性，更不足以表明，只要某一区域内某一民族占了多数且有相应意愿就可以宣告独立。正因为如此，即便有了这份教具倾向性的咨询意见之后，科索沃至今仍然未得到联合国的承认与接纳呢。可资比较的是，依据双边协议而非单边行为实现分离的南苏丹，一经“独立”就立即被联合国接纳为第 193 个会员国。虽然南苏丹的“独立”也是从广义上来讲的，但至少，科索沃的“独立”在法律条件上存在明显的瑕疵，乃是其不为联合国所接纳的重要原因。

这样的咨询意见，不仅没有积极回应国际社会对于国际法治的期待，反而有损于法院的权威性与公信力。更为严重的是，这使得国际社会失去了关闭因科索沃事件而开启的“潘多拉魔盒”的一次机会，之后的历史发展表明，这场玩弄国际法的政治博弈没有赢家。显而易见，若有关国家领土变更的规则真的如此简单粗暴，那么世界上多数的国家都将陷入永无宁日的分裂和动荡之中。正因为如此，美国在科索沃宣告独立和国际法院发表咨询意见之后，一再宣称科索沃的独立是“独一无二的”、是“特例”且不能被世界其他国家作为先例。然而，只允许自己“下不为例”显然不过是美国的一厢情愿。早在科索沃“独立”伊始，俄罗斯就针锋相对地提出，科索沃境内的赛族聚居区米特罗维察也可以“独立”；而到了 2014 年，俄罗斯更是以一种“纯西方”的“公投”方式[①]策动克里米亚“独立”（从乌克兰分离）并加入俄罗斯。这一次，问题还是“独立”，只不过轮到俄罗斯做支持者、美国和北约做反对者，角色对调一番而已。而这展现给国际社会的，则是一个你强行违法、我亦强行违法的恶性循环。

① 值得注意的是，欧洲社会如今确有某种“公投至上”的倾向，公投日渐成为解决问题的终极手段，仿佛任何事情只要经过公投都会取得足够的合法性与合理性，但与之必然相伴随的，就是公投被滥用的情况，尤其是在涉及到国家领土变更问题时更是如此。笔者认为，欧洲学者对人权的过分强调，乃是致使“公投”、“自决”被滥用的原因之一；而一度甚嚣尘上的“个人构成国际法主体”的主张，实际上也隐含着有权自行决定分离的结论。但无论是过于强调政府控制还是过于强调公民权利，都会导致不合理的结果（集权专制或无政府乱象），唯有在其中找到一个平衡点，才能让国家和公民的利益都得到维护、社会和谐有序发展。

综上，目前“独立”一词常被拿来用作广义，指代分离或分立。民族自决原则仅适用于严格意义上的独立，其被大量适用的时代已经过去，目前实在国际法上还没有切实的依据表明该原则可以被适用于分离问题；民族自决原则不违背主权原则是常态，而打破“维护国家领土完整”限制的情况只能是出于特殊的原因；仅仅凭借“独立”口号的打出以及对“民族自决”原则的援引，并不足以证明分离行动符合国际法。若母国不反对，分离在国际法上并无障碍；但在母国反对的情况下，分离是否合法，则是一个复杂的、涉及历史与现实问题，而不是一个简单的数量或意愿问题。单方面分离需要满足相应条件（母国未提供合法善治；违反国际法、自治协议或基本人权），而不是说只要某一区域内某一民族占了多数且有相应意愿就可以实现分离。国际法院的咨询意见没有正面回答联大决议所提出的问题，其对科索沃“独立”的真实性质、“独立”应当具备的条件避而不谈，而仅仅确认科索沃在程序上不违法。这份咨询意见有避重就轻、避实就虚之嫌，不足以确认科索沃“独立”要求的合法性，反而令国际社会失去了关闭因科索沃事件而开启的“潘多拉魔盒”的一次机会，如此才有了之后的克里米亚这样极具反讽性质事件的发生。

地址：武汉大学法学院 143 号信箱　　邮编：430072
电话：18971662653，02768753752　　电邮：steel7@126.com

二战后有关琉球问题的处置

张祖兴
（中山大学亚太研究院）

关键词：“旧金山对日和约” 琉球群岛 国际地位

摘要：
作为一个学术探讨的问题，从国际法理来看，根据二战后有关国际协定，琉球群岛的国际地位处于尚未确定的状态，不能认其为日本领土的一部分。即便是日本常常援引且对美国有约束力的“旧金山对日和约”，在日本领土范围的问题上，与《波茨坦公告》规定的原则也基本上一致，规定日本应放弃对琉球群岛等地的主权。美日间 1971 年“归还冲绳协定”仅涉及琉球的“施政权”而不涉及领土主权。琉球群岛的国际地位仍处于未定状态，应由共同发表《波茨坦公告》的二战时期主要盟国共同决定。中国从未放弃对琉球地位的处置权，将来适当时候应有权参与琉球国际地位的决定。

Title: The Legal Status of the Ryukyu Islands after the Second World War

Key words: The Treaty of Peace with Japan, Ryukyu Islands, Legal Status, Peaceful Settlement

Abstract:
According to all relevant post-war international agreements, the legal status of the Ryukyu Islands is indeterminate and thus the Ryukyu Islands can not be regarded as a part of Japanese territory. As far as the sphere of Japanese Territory is concerned, the relevant provisions of the Treaty of Peace with Japan, which is frequently invoked by Japan and actually binding on the United States, are not contrary to the basic principles established by the Potsdam Proclamation and cannot be considered as recognizing the Japanese sovereignty over the Ryukyu Islands. Moreover, the 1971 Agreement Concerning the Ryukyu Islands and the Daito Islands was only concerned with the so-called “powers of administration” but not territorial sovereignty. Therefore, the legal status of the Ryukyu Islands is indeterminate and should be decided by the parties to the Potsdam Proclamation. Because China has never abandoned the dispositive power for the Ryukyu affairs, it is natural that China will have a legal right to take part in the decision-making process for the future of the Ryukyu Islands.

根据日本政府发表的所谓《我国关于尖阁诸岛领有权的基本见解》[①]，以及2013年5月日本内阁官方长官菅义伟面对媒体的讲话[②]，日本政府一直以“旧金山对日和约”为据论证其对琉球群岛和我国领土钓鱼岛的主权主张。“旧金山对日和约”的缔结没有中国的参与，是一个非法、无效的条约，对我国没有拘束力，这一点毫无疑问。值得研究的问题是：从“旧金山对日和约”来看，日本对琉球群岛甚至我国领土钓鱼岛的主权主张，是否能够成立。这是本文要讨论的问题。

琉球归属问题，即琉球群岛在国际法上的地位问题，与钓鱼岛问题，即中日两国围绕钓鱼岛主权归属的争端，是两个不同的问题。就钓鱼岛问题而言，“无论从地理上还是从中国历史管辖实践看，钓鱼岛一直是中国台湾岛的附属岛屿。日本通过不平等的《马关条约》迫使清朝割让包括钓鱼岛在内的‘台湾全岛及所有附属各岛屿’。《开罗宣言》、《波茨坦公告》等国际法律文件规定，日本必须无条件归还其窃取的中国领土。”[③]因而，无论琉球的国际法地位如何，都不影响钓鱼岛是中国领土一部分的事实。中日双方谈判解决钓鱼岛问题，完全可以避开琉球归属问题。[④]但是，日本政府为论证其对钓鱼岛的所谓主权，把钓鱼岛问题和琉球

---

① 《我国关于尖阁诸岛领有权的基本见解》（2012年11月）声称：“尖阁诸岛没有被包含在按照一八九五年五月生效的《下关条约（马关条约）》第二条规定由清朝割让给日本的台湾及澎湖诸岛当中。再者，尖阁诸岛根据《旧金山和平条约》第三条被置于美国施政之下，中国对这一事实从未提出过任何异议，由此可以明确地看出，中国没有将尖阁诸岛视为台湾的一部分。”

（http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/pdfs/r-relations_cn.pdf 访问时间：2013年6月2日。）

② 日本内阁官房长官菅义伟回答凤凰卫视记者：“我认为中方发言是无视历史的发言。尖阁是我国领土，法律上由旧金山和约确定，在那之前，日清战争，日清讲和条约（马关条约）缔结前，尖阁就是日本领土”。记者：“您的意思是说，《波茨坦公告》和《开罗宣言》没有法律效力？”日本内阁官房长官菅义伟：“在那之前，尖阁(钓鱼岛)就是日本领土，这是《波茨坦公告》前就确定的。日方认真地学习了历史。”（http://news.ifeng.com/mainland/special/diaoyudaozhengduan/content-3/detail_2013_05/29/25847710_0.shtml。访问时间：2013年5月31日。）

菅义伟的表态是针对中国国务院总理李克强于5月26日在波茨坦会议旧址发表的讲话：“作为一个中国人，也作为中国人民的代表，我要特别强调，《波茨坦公告》第八条明确指出：《开罗宣言》之条件必将实施。而《开罗宣言》中明确规定，日本所窃取的中国之领土，例如东北、台湾等岛屿归还中国。这是用几千万生命换来的胜利果实，也是二战后世界和平秩序的重要保证。所有热爱和平的人，都应该维护战后和平秩序，不允许破坏、否认这一战后的胜果实。”

（http://politics.people.com.cn/n/2013/0527/c1024-21619875.html. 访问时间：2013年5月31日。）

③ 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土》（2012年9月）。

(http://www.scio.gov.cn/zfbps/ndhf/2012/201210/t1225272.htm，访问时间：2012年12月18日。0

④学术界主流的观点认为，钓鱼岛是台湾附属岛屿而不是琉球群岛的一部分，属于《马关条约》割让的范围，二战后，应由日本归还中国。例如，鞠德源、郑海麟等人系统地研究了中国与琉球国的地理分界线，认为“中琉两国间以赤尾屿为山岭分界，以黑水沟为海域分界。” 郑海麟：《钓鱼台列屿之历史与法理研究》，香港：明报出版社，1998年，第131页；还可参考鞠德源：《钓鱼岛正名》，北京：昆仑出版社，2005年，第47页。黑水沟即冲绳海槽。不过，关于附属岛屿的事实和法律问题，存在着不同的意见。如主张钓鱼岛是中国领土的日本学者井上清认为，“钓鱼群岛不是像台湾那样根据和约公然从清朝抢过来的，而是乘着战胜之机，不缔结任何条约，也不进行谈判，偷偷从清朝窃取过来的。” （井上清著：《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪等译，北京：中国社会科学出版社，1997年，第119页。） “如果说这些岛屿是根据《马关条约》第二

归属问题联系在一起，声称钓鱼岛是其所谓“南西诸岛”的一部分。[①]

因此，作为一个学术探讨的课题，从国际法理的角度，我们有必要认真研究琉球群岛在国际法上的地位及其与钓鱼岛问题的关联，以加深对钓鱼岛问题的理解，为两国进一步讨论钓鱼岛主权归属和探讨合适的争端解决方式提供更广阔的背景。

关于琉球群岛的国际地位问题，学术界有很多研究。有学者在承认钓鱼岛问题不同于琉球归属问题的同时，认为琉球归属问题已经解决，琉球是日本领土的一部分。如崔丕在探讨美国对日本领土的政策时认为，“《旧金山对日和约》以后，冲绳问题从多边国际政治问题转变成为美日关系的问题。”[②]台湾学者陈荔彤认为：“若认琉球主权归属有问题，或者认为美国政治手法的处理未符《波茨坦宣言》所谓琉球群岛的国际地位‘应由主要盟国予以决定’的精神，然美国形式上依旧金山和约第三条的‘托管’，实质上已将琉球群岛的主权‘移转’（transfer）予日本，而日本即可依‘先占’（the principle of occupation）之形式上的‘通知’与实质上的占领‘有效原则’（the principle of effectiveness）或是‘时效’(the principle of prescription)之有效地、公开地、继续地与和平地于该地行使管辖权等方式主张得对琉球群岛主张其主权，即便国共分裂均无解于宗主国对藩属国无法主张主权的事实，除台湾的中华民国外，再无其它国家挑战反对，日本依此途径取得琉球群岛为日本国主权的一部份已逐渐建立其合法正当性。”[③]笔者对这种认为琉球归属问题已经解决的观点不能同意。[④]有日本学者把琉球问题与钓鱼岛问题直接联系起来，认为钓鱼岛是日本冲绳的一部分，因而是日本领土。如原君枝（Kimie Hara）说：“钓鱼岛(Senkaku/Diaoyu)争端的核心问题是：这些岛屿到底是日本冲绳县的一部分，还是台湾的一部分，从而根据《旧金山对日和约》的规定应该予以放弃？”[⑤]原君枝进一步认为：“根据旧金山对日和约第三条，尖阁诸岛

条的规定，作为台湾附属岛屿（不是地理意义上的）和台湾一起割让给日本的，则无法解释这些岛屿为何不属台湾总督的管区，而是归冲绳县所管。从明治 18 年以来天皇政府窃取该岛的全过程来看，不能不说窃取该岛与甲午战争的顺利密不可分，而与《马关条约》的第二条并无直接关系。”（井上清著：《钓鱼岛：历史与主权》，第 144 页。）

①更为令人费解的问题是，日本无理拒绝中日钓鱼岛争端的客观存在。2014 年 11 月 7 日，国务委员杨洁篪在钓鱼台国宾馆同来访的日本国家安全保障局长谷内正太郎举行会谈，双方就处理和改善中日关系达成以下四点原则共识，其中第三点是：“双方认识到围绕钓鱼岛等东海海域近年来出现的紧张局势存在不同主张，同意通过对话磋商防止局势恶化，建立危机管控机制，避免发生不测事态。” （人民网，20114 年 2014 年 11 月 7 日。）（http://japan.people.com.cn/n/2014/1107/c35469-25993305.html）

从中文来看，这条可解释为：日本认识到，双方对钓鱼岛问题存在不同主张。因此，这条可以理解为：日本承认钓鱼岛争端的存在。而日本方面显然不作这样的解读。“钓鱼岛等东海海域”这个表述被解读为“包含‘尖阁诸岛’周边在内的东海海域”， (“in the waters of the East China Sea, including those around the Senkaku Islands)”，这样就强调了“东海海域”，钓鱼岛只是包括在内而已。（大公网，2014 年 11 月 26 日。http://news.takungpao.com/world/exclusive/2014-11/2838951.html）因此，如果仅仅根据此四点共识的文本，不能锁定日本承认钓鱼岛争端的存在。

② 崔丕：《美国对日本南方领土与北方领土政策的比较研究》，载崔丕主编：《冷战时期美国对外政策史探微》，北京：中华书局，2002 年，第 78 页。

③ 陈荔彤：《琉球群岛主权归属——历史角度与国际法》，《东海大学法学研究》（第二十二期），2005 年 6 月，第 20-21 页。

④ 如下文将指出，“托管”无涉主权问题，因而不可能存在可以“转移”的主权。所谓“有效原则”或“时效”，都不是确定的国际法规则。例如，“时效”可能涉及历史上主权归属不明和侵占他国主权两种情势，显然不适用于琉球问题。可能涉及“复归”(reversion)问题，但由于很难认定美国美国是“侵略者”，而且美国也没有明确承认过日本对琉球的主权，因而，也不能用“复归”概念考虑琉球问题。合适的思考思路是二战后国际秩序的安排，或称“主要大国的联合决定”（Joint decision of the principal powers）。Brownlie’s Principles of Public International Law, Eighth Edition, by James Crawford, Oxford University Press, Great Clarendon Street, Oxford OX2 6DP, United Kingdom,2012, p. 246.

⑤ Kimie Hara, 50 years from San Francisco: Re-examining the peace treaty and Japan’s territorial problems, *Pacific Affairs*, Fall 2001, p. 375.

与冲绳一起被置于美国的控制之下。尽管在条约的文本中没有清晰地界定第三条提及的领土的地位，但杜勒斯在 1951 年 9 月的对日和会上承认日本对这些岛屿的残存主权。在条约签署后的近二十年中，从未有人声称这些岛屿不是冲绳的一部分而是台湾的一部分应由日本根据对日和约第二条乙款予以放弃。”[①]

需要探讨的问题是，即使钓鱼岛作为台湾的附属岛屿的地位有待确认，即使钓鱼岛属于日本侵略的对象而应归还中国的观点需要进一步讨论，日本是不是能够从钓鱼岛是琉球的一部分的观点中获得利益。换句话说，如果琉球的国际地位尚未确定，琉球尚不能认为是日本领土的一部分，那么，即使日本声称钓鱼岛是琉球而非台湾的一部分，由于琉球本身并非日本的领土，日本也不能主张对钓鱼岛的主权。本文聚焦的问题正在于此：琉球的国际地位是否已经确定？研究这个问题，不仅有助于我们对琉球问题有更好的理解，也有助于我们从更广的背景来认识钓鱼岛问题，在当前钓鱼岛争端的和平解决陷于僵局的情况下，对于我们探讨更多的和平解决钓鱼岛问题的途径也是有益的。而且，研究这个问题也能激发我们对战后亚太国际秩序的历史和未来进行更多的思考。

一 “旧金山对日和约”与日本的领土范围问题

研究琉球归属问题，需要考虑琉球的历史地位、日本对琉球的侵略、二战后国际社会对琉球的处置等诸多问题。本文不拟讨论二战前日本与琉球的关系，只需指出，无论日本对琉球的主权是否能因其对琉球的侵略而得以确立，这种由侵略而取得的主权完全可能在二战后的国际安排中被剥夺。

在二战后的国际安排中，最主要的法律文件毫无疑问是中美英三国首脑于 1943 年 12 月 1 日在开罗发表的宣示协同对日作战、安排战后对日本处置的《开罗宣言》，以及 1945 年 7 月 26 日在波茨坦会议上美国总统哈利·S·杜鲁门、中华民国国民政府主席蒋介石和英国首相温斯顿·丘吉尔联合发表的《中美英三国促令日本投降之波茨坦公告》，简称《波茨坦公告》。至于日本常常引以为据的“旧金山对日和约”，中国认为是非法和无效的。从“条约必须遵守”的国际法原则出发，我们可以认为，至少，“旧金山对日和约”对美国是有效的，美国受该条约条款的约束。需要讨论的问题是，即使根据日本常常引以为据的“旧金山对日和约”，美国是否有义务承认美国对琉球的主权？“旧金山对日和约”对日本的领土问题，究竟做出了怎样的规定？

关系到琉球地位的主要条款是“旧金山对日和约”第三条，即：“日本对于美国向联合国提出将北纬二十九度以南之南西诸岛（包括琉球群岛与大东群岛）、孀妇岩岛以南之南方诸岛（包括小笠原群岛、西之岛与硫璜列岛）及冲之鸟岛与南鸟岛置于联合国托管制度之下，而以美国为唯一管理当局之任何提议，将予同意。在提出此种建议，并对此种建议采取肯定措施以前，美国将有权对此等岛屿之领土及其居民，包括其领海，行使一切及任何行政、立法

[①] Kimie Hara, 50 years from San Francisco: Re-examining the peace treaty and Japan's territorial problems, p. 376.

与司法权力。”[①]约文的基本含义很清楚，主要是两点。第一，如果美国向联合国提出将该条所列地方置于以美国为唯一管理当局的联合国托管之下的提议，日本有义务同意美国的提议。第二，在美国提出这种建议并得到联合国同意授权托管之前，美国暂时对这些地方进行管理。由此可以清楚地看出，该条约对这些地方的国际地位没有做出任何明确的规定，只是提出了一种可能性，即美国可能会向联合国提出托管建议。[②]这种可能的托管地地位无论如何不能理解为任何国家的领土。美国对这些地方也从未提出过主权要求或声称拥有主权。就此而论，美国并未违反《波茨坦公告》规定的对日本领土处置的基本原则。

在旧金山会议上，美国全权代表杜勒斯对“旧金山对日和约”第二条和第三条的说明，有助于我们更清楚地了解美国的正式立场，也可视为对条约含义的权威解释。

关于“和约”涉及领土的条文，杜勒斯的声明就《和约》第二条和第三条的含义指出：

“波茨坦投降条件构成日本和作为整体的盟国均受其约束的唯一的和平条件。在某些盟国政府之间曾经有过一些私下的谅解，但是，日本和其他盟国不受其约束。因此，《和约》体现了和平条件的第八条：日本的主权应限于本州、北海道、九州、四国和一些小岛(some minor islands)。第二条和第三条所列举之放弃严格地遵循了投降条件。”[③]从这段话可以看出，美国有明确的意愿严格地遵守《波茨坦公告》第八条的规定：“开罗宣言之条件必将实施，而日本之主权必将限于本州、北海道、九州、四国及吾人所决定其他小岛之内。”[④]当然，杜勒斯显然是有意地略去了“吾人所决定”等字眼。从一般国际法原则看，条约只对条约当事方有约束力，并且，条约不得损害第三方的权利，杜勒斯的声明显然是尊重这项原则的。因此，一方面，只能根据日本接受的《波茨坦公告》来处置日本的领土问题，若要求日本接受超出其所接受的投降条件的安排，则需要其他的法律基础。另一方面，由于中国和苏联等国没有参加对日和约的缔结，“旧金山对日和约”也不得损害中国和苏联等国的权利。虽然中国和苏联等国不能享受由“旧金山对日和约”所产生的权利，但如果该和约损害中国和苏联的权利，而美国作为该和约的当事国，承担履行该和约所规定的义务，把自己完全置于明显侵犯中国和苏联利益的地位，显然不仅在政治上是不明智的，而且要承担违反《波茨坦公告》的国际义务，在法律上也是违法的。所以，尽管在当时的情况下，美国急于要让日本成为一个正常

---

① 《国际条约集（1945-47）》，北京：世界知识出版社，1959 年，第 335-336 页。

② 关于托管地的法律地位，布朗利指出，托管领土是那种“不属于任何国家主权之下，拥有其自己地位”的地球表面一部分。参见 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, sixth edition, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.105.)麦克奈尔也指出：“委任制度以及‘国际托管’制度是一种新的制度——在领土及其居民与国际上代表他们的政府之间存在的一种新型的关系——一种新型的国际政府，不同于旧的主权概念并与之相反。主权学说完全不适用于这种新型的制度。”参见 Lord McNair, International Status of South-West Africa, *I.C.J. Report 1950*, p.150.美国所希望的以美国为唯一管理当局的托管实际上属于“战略托管”：“特别战略托管领土概念的出现与美国的政治利益冲突有关。根据 1941 年 8 月 14 日的《大西洋宪章》——1942 年 1 月 1 日得到二十六个国家的批准，后来又有二十一个国家加入——签字国承诺，不寻求扩张领土，也不寻求与相关人民自由意愿相背的领土变更，这样，对被占领土进行任何形式吞并的可能性就被排除了。另一方面，美国陆军部和海军部要求，对在太平洋战争时期付出巨大牺牲从日本手里夺取的太平洋岛屿实施永久的控制。”参见 *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Edited by Bruno Simma, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 957.

③ John Foster Dulles, Statement by the Special Representative of the President at San Francisco, September 5, 1951, p. 453.该文收于 *American Foreign Policy, 1950-1955, Basic Documents*, Volume 1, Department of State, Publication 6446, General Foreign Policy Series 117, Released July 1957, U.S. Government Printing Office, Washington 25, D.C. pp.448-462.

④ 《国际条约集（1945-47）》，北京：世界知识出版社，1959 年，第 78 页。

国家，跟日本结成军事同盟，但在领土问题上，美国仍然清楚地显示出遵守《波茨坦公告》的意愿，即公开表明《波茨坦公告》是处置日本领土问题的唯一法律根据。但是，在当时的条件下，无论是《对日和约》的文本，还是杜勒斯的声明，都没有完整地引述《波茨坦公告》的规定。即使如此，根据杜勒斯的声明，以及该声明所代表的美国对“旧金山对日和约”的权威解释，可以认为，“旧金山对日和约”第二条和第三条的规定，其基本精神，与《波茨坦公告》第八条的规定是基本符合的；也只有这种含义上，这两个条款才是对美国有法律约束力的。

由上可知，即使根据“旧金山对日和约”，琉球群岛也并非日本领土的一部分，而是处于主权待定的地位。美国也完全没有义务承认琉球是日本领土一部分。“旧金山对日和约”大体上符合《波茨坦公告》的规定，即日本之主权仅限于本州、北海道、九州、四国及主要盟国所决定的其他小岛之内。就美国无意违反《波茨坦公告》且并未单独行使对日本领土处置权而言，美国的行为尚可认为在国际法许可的范围之内，美国的不法之处在于，抛开其他盟国，单独对琉球等地进行了行政管理，给亚太地区增加了不稳定因素，但是，这种行政管理对这些地方在国际法上的地位并无影响。简言之，对“旧金山对日和约”第三条的正确解释是：除日本本土四岛之外，任何其他地方的国际地位，都不是日本的领土而是需由二战时期盟国共同决定的事项，日本无权置喙。

二 “残存主权”不能成为日本拥有琉球主权的根据

根据“旧金山对日和约”的条文和杜勒斯做出的正式解释，“旧金山对日和约”第二条和第三条所列举的地方都是日本应放弃的领土，此点无疑问。但是，杜勒斯在旧金山会议上还炮制了一个“残存主权”（residual sovereignty，又译“剩余主权”、“潜在主权”。）概念。一些学者据此认为，美国承认日本对琉球群岛等地的“主权”，并在此种承认的基础上将“主权”归还给日本。[①]尽管这个概念没有出现在“和约”的文本中，我们还是有必要厘清，“残存主权”的含义是什么，美国为什么要炮制这个概念，其实质是什么，日本能否以美国认可其“残存主权”为据而声称拥有对琉球群岛的主权。

杜勒斯在旧金山和会上对“残存主权”的概念解释说：

“第三条涉及位于日本以南和东南方的琉球群岛和其他岛屿。自投降以来，这些地方处

[①] 如崔丕认为，“美国政府始终没有要求日本放弃对冲绳的主权，始终坚持的是美国对冲绳的托管权。”“1951 年 9 月 2 日，（杜勒斯—引者加）又口头承认了日本对琉球群岛、小笠原群岛的‘残存主权’（residual sovereignty），同意将《旧金山对日和约》第三条所指地域最终归还日本管辖。”关于托管权的性质，崔丕认为，“从国际法角度而言，冲绳问题上的‘托管统治’与千岛群岛、库页岛问题上的‘归属未定’，是完全不同的两个概念。前者使《旧金山对日和约》第三条具有很大的伸缩性，给日本留下了将来可以根据国际形势和美日关系的变化，在有关冲绳、小笠原群岛、奄美大岛这些岛屿和日本之间的交通、居民的地位等问题采取满足当地居民要求的现实措施的余地。换言之，它承认了日本对冲绳的‘潜在主权’。”参见崔丕：《美国对日本南方领土与北方领土政策的比较研究》，载崔丕主编，《冷战时期美国对外政策史探微》，北京：中华书局，2002 年，第 71、74、77-78 页。台湾学者陈荔彤也有类似的看法：“美国究竟无意将包括琉球群岛在内的《旧金山对日和约》第三条所列的岛屿交付托管，除了因上述日本国内政治情势与国际美苏（今俄罗斯）冷战的远东战略考虑外，日本也了解到一旦交付托管，依据联合国宪章将使托管地走向自治或独立，双方有此默契下，才有上述美国决定以日本对琉球群岛保有剩余主权为由预留日后政治归还琉球群岛的伏笔及美国排除我依《开罗宣言》对琉球之共同占领及托管的决定。”参见陈荔彤：《琉球群岛主权归属——历史角度与国际法》，第 10-11 页。

于美国的唯一管理之下(under the sole administration of the United States)。

一些盟国强调，条约应要求日本把这些岛屿的主权放弃给美国；其他盟国建议这些岛屿完全归还给日本。

面对盟国间意见分歧，美国觉得，最好的方式是允许日本保持‘残存主权’(residual sovereignty)，同时，使得这些岛屿可能纳入以美国为管理当局的联合国托管制度之下。

你们应能记得,《联合国宪章》第七十七条设想将托管制度延伸到‘因第二次世界大战结果或将自敌国割离之领土’。毫无疑问，未来的托管协定，将使管理当局可能执行《联合国宪章》第八十四条的规定，即‘管理当局有保证托管领土对于维持国际和平及安全尽其本分之义务。该当局为此目的得到利用托管领土之志愿军、便利及协助，以履行该当局对于安全理事会所负关于此点之义务，并以实行地方自卫，且在托管领土内维持法律与秩序’。”[①]

这段话构成美国政府对“旧金山对日和约”有关琉球群岛地位问题条文的权威解释，也是对于美国具有法律约束力的正式说明。

需要首先指出的是，在国际实践中，此前从来没有出现过“残存主权”这个概念。[②]在美国和日本的政界，也没人能说清楚这个概念的含义。据美国驻盟军最高司令部政治顾问西博尔德（Sebald） 说:“在旧金山会议上用来描述日本与南方和南西诸岛关系的‘残存主权’一词，在日文中没有确切的对应词，是一个引起很多争议的话题。在英文中，这个词的含义也是模糊不清，既可以指在美国管理期间且在完全没有控制的情况下仍然属于日本的法律权利，也可以指一种在美国结束管理时可能实现的剩余财产权。”[③]美国参议院外交委员会在建议和同意批准对日和约的报告中甚至根本就没有提到这个概念。[④]尽管我们无法从国际法上解释这个术语的含义，从杜勒斯的声明和相关文件中，我们仍可看出美国当局的基本意图。

第一，杜勒斯引用了《联合国宪章》第七十七条中“自敌国割离之领土”来定性所涉领土，明确地表明美国不再把和约第三条所涉领土看成是日本领土。

第二，在设想的托管协定达成之前，美国作为占领当局，在自己不拥有主权的情况下，如果没得到战时盟国的一致同意，并不具有处置琉球群岛主权归属的权限。所以，美国提出要对这些地方实行托管制度。

第三，杜勒斯列举了盟国间对这些岛屿的处置存在着两种不同的意见，但显然没有包括中国的意见。正如杜勒斯明确承认的，没有中国的参与，有关的安排仅仅是只对条约当事国具有效力的临时安排。杜勒斯明确承认:“在没有中国签字的情况下，美国一般地继续完成和

---

① John Foster Dulles, Statement by the Special Representative of the President at San Francisco, September 5, 1951, p. 453.American Foreign Policy, 1950-1955, Basic Documents, Volume 1, Department of State, Publication 6446, General Foreign Policy Series 117, Released July 1957, U.S. Government Printing Office, Washington 25, D.C.

② 可参见：Brownlie’s Principles of Public International Law, Eighth Edition, by James Crawford, Oxford University Press, Great Clarendon Street, Oxford OX2 6DP, United Kingdom,2012， p. 207.需要指出一点，一个国际司法机构有权判断一个国家是否在事实和法理上拥有某种权利，而美国却无权单独确定琉球的国际地位。

③ The United States Political Adviser to SCAP (Sebald to the Department of State, Tpkyo, January 17, 1952.), in U.S. Department of State, Foreign Relations of the United States (FRUS), 1952-1954, Volume ⅩⅣ,China and Japan, (in two parts) Parts,p. 1090, 1985.

④ American Foreign Policy, 1950-1955, Basic Documents, Volume 1, Department of State, Publication 6446, General Foreign Policy Series 117, Released July 1957, U.S. Government Printing Office, Washington 25, D.C. pp.463-483.

平条约，让中国和日本根据能充分保障中国权利和利益的条件创造他们自己的和平。”[①]这段话清楚地表明，美国政府明确地认识到，对日和约的缔结，必须以充分保障“中国权利和利益”为前提；没有中国的参与，任何安排都是不能对中国有约束力的临时安排，所有的条款也都不能做有损于中国权利和利益的解释。

第四，杜勒斯声明中提到“允许日本保持‘残存主权’(residual sovereignty)”，但没有对“残存主权”这个概念做任何解释。应该如何解释这个概念？需要明确的一点是，美国没有承认日本对琉球群岛的主权，“残存主权”无论如何不能被解释为美国承认了日本对琉球群岛的主权。照 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条的规定：“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。”[②]如杜勒斯声明和美国参议院报告所明确承认，“旧金山对日和约”界定日本领土的依据是《波茨坦公告》第八条，日本对于该条以外的任何地方的主权都被剥夺，即使是该条所说的可能被纳入日本领土范围的“其他小岛”，究竟包括哪些地方的哪些小岛，也是由盟国共同决定的事情。所以，把“旧金山对日和约”作为整体来看的话，就能很容易地确定：美国没有意图用“剩余主权”一词表示对日本主权的承认。“剩余主权”若被解释为“主权”会得到“显属荒谬或不合理”[③]的结果。而且，美国根本就没有权利做出这样的承认，即使做出也是无效的。其次，从对日和约的文字中可以清楚地看出，美国的立场很清楚：琉球群岛等地应纳入联合国托管制度之下。如上所述，所谓托管地，就其国际法地位而言，是一种自成一体的法律地位，它既不是国家领土，也不是可以由国家取得的无主地，也不是像公海一样所有国家都不能取得的共有地。所以，杜勒斯所谓“允许日本保持‘残存主权’”的说法，决不能解释为承认日本主权。

美国是出于什么动机炮制出“残存主权”这个概念呢？美国当局炮制出“剩余主权”这个概念，确实是煞费苦心。在一份为杜勒斯准备的（但未使用）用于 1951 年 6 月 27 日与马歇尔将军会晤的备忘录中，对于为何要允许日本保有对琉球群岛“剩余主权”的决策，做出了清楚的说明：

“1、美国自己无意取得主权，其中理由之一是，美国寻求严格地遵守 1942 年 1 月 1 日的声明，即美国‘不寻求领土和其他扩张’。

2、如果日本放弃了主权却没有接受者，就会造成一种奇怪的国际情势，特别是在可能出现我们准备提议的托管协定不能得到联合国批准的情况下。可能会出现几种不同的主张：

（1）主权属于当地居民，他们会就此声称有权把美国赶走，而联合国可能会支持他们；

（2）对日战争的战胜国，包括苏联，对于这些日本放弃但没有具体接受国家的岛屿拥有初步的权利；

（3）联合国有权采用其自己的方式处理这些岛屿及其居民；

（4）美国通过某种诡计实际取得主权。

[①] John Foster Dulles, Statement by the Special Representative of the President at San Francisco, September 5, 1951, p. 460.

[②]《维也纳条约法公约》第 31 条。见：http://www.un.org/chinese/law/ilc/treaty.htm.

[③]《维也纳条约法公约》第 32 条。见：http://www.un.org/chinese/law/ilc/treaty.htm.

3、现在所采取的方式，即：在联合国对美国的托管建议采取同意行动之前，‘美国有权利对这些岛屿领土及其居民行使所有的行政、立法和管辖权力’，完全符合 1950 年 9 月 7 日《联合备忘录》中的规定，即对日和约应‘确保美国排他性的战略控制’，至少在日本是主权者的范围内这是充分有效的。

排他性的战略控制与任何地方的主权相容，只要主权者同意。我们对前日本委任统治的太平洋岛屿和巴拿马运河行使着战略控制，尽管在前者的情况下主权属于美国、英国和法国，在后者的情况下属于巴拿马。

然而，如果日本自己放弃了——*空洞地*——其主权，日本给予美国持续地对这些岛屿行使充分的权力的同意就会有瑕疵。*我们需要一个同意者，而这个同意者自己是没有权利的。（斜体为引者加。）*

4、已经就现在的方式与参议院外交委员会进行过讨论并得到了非正式的同意，任何改变都需要对其做出解释。这很可能会引起争议并会严重拖延缔约过程，而目前，除非迅速采取果断行动整合现有的谈判立场，无论是就日本而言还是就其他盟国而言，缔约过程可能会崩溃。”[①]

从这份备忘录可以看出，美国没有取得琉球群岛主权的意图；美国所寻求的是确保对这些岛屿的“排他性的战略控制”，不能让当地居民、其他国家或联合国插手；为此，必须找到实施这种控制的国际法基础，就是要找到一个所谓的“主权者”的同意，而这个主权者本身又必须是没有权利的；日本正好符合这个没有权利的同意者的要求。于是，在明明知道日本的领土范围早已由《波茨坦公告》明确规定的情况下，硬是把日本弄成了“残存主权”的拥有者。美国参议院外交委员会显然知道其中的奥妙，所以在其建议和批准对日和约的报告中只字不提“剩余主权”。参议院一定很清楚，这个概念在国际法上完全没有意义，不对这个概念做出任何澄清，美国在国际法上可以少点麻烦。

据此理解，杜勒斯所说的“残存主权”，实际上只有一个作用：为美国继续占领琉球群岛和争取将来作为琉球群岛“唯一管理当局”寻找一丁点儿国际法依据。美国似乎可以做这样的辩解：因为日本拥有“剩余主权”，所以，日本有权同意美国作为托管地的唯一管理当局；在做出托管安排之前，日本同意美国占领琉球群岛等地。实际上，这种辩解根本经不起推敲。日本的领土范围早已由《波茨坦公告》第八条做出了明确的界定，无论是作为战败国的日本还是作为占领当局的美国，都无权改变既定的日本领土范围，日本对其领土范围以外的任何地方都无权做出任何同意或拒绝同意。

因此，美国炮制的“残存主权”，根本不是承认日本的主权，而是否认日本的主权。日本之所以被赋予“残存主权”，正是因为日本没有权利，只能顺从美国的意志。简而言之，美国的目的是要找一个“没有权利的同意者。”

日本要想以美国承认其“残存主权”为据论证其对琉球的主权，必须要同时证明两点：美国对这些地方拥有主权，并且，美国把自己拥有的主权以条约这种正式的形式转让给了日

[①] U.S. Department of State, Foreign Relations of the United States (FRUS), 1951, Volume VI, Asia and Pacific, (in two parts)Part Ⅰ, pp.1152-1153.

本。实际情况是，美国从来没对这些地方提出过主权要求，也从未声称过拥有主权。当然，此类要求或声称也注定是无效的。仅此一点，即足以说明，美国不可能把主权转让给日本，怎么能把自己没有的东西给别人呢？

从嗣后的实践看，美国在 1971 年与日本缔结的所谓“归还冲绳协定”，“归还”的仅仅是而且也只能是所谓的“施政权”，与主权无涉。1971 年 10 月，美国政府表示，“把原从日本取得的对这些岛屿的施政权归还给日本，毫不损害有关主权的主张。美国既不能给日本增加在他们将这些岛屿施政权移交给我们之前所拥有的法律权利，也不能因为归还给日本施政权而削弱其他要求者的权利。”[①]美国政府的立场在法理上没有问题。如果美国拥有的东西只是“施政权”，能够给别人的东西当然也只是“施政权”。但是，必须指出，如果说，就美国拥有琉球处置的参与权而非决定权而言，美国把琉球等地的“施政权”交给日本，其行为的不法程度如何尚可讨论，美国把中国领土钓鱼岛的“施政权”交给日本则完全是非法的。

因此，试图以美国炮制的“残存主权”为据为日本拥有琉球群岛主权论证是完全不能成立的。这个概念是一个空洞而没有任何内涵的东西，美国的目的仅仅是要给自己单独管理这些地方寻找一个“没有权利的同意者”的同意而已。无论美国的动机如何，在法律上和事实上，美国仅仅对琉球等地行使了行政管理权，美国从未要求或声称过主权，其“归还”的东西最多也只能是所谓的“施政权”，对于琉球等地在国际法上的地位不产生任何影响。

三 中国从未放弃对琉球问题的处置权

如果琉球地位未定，中国是否有权参与决定呢？有一种观点认为，无论是中华人民共和国政府还是台湾当局，都放弃了对琉球问题的处置权。如台湾学者陈荔彤认为：“琉球群岛系于十九世纪末(一八七九年)由日本废藩改县而确定亡国。从而，《开罗宣言》所谓‘自一九一四年第一次世界大战开始后，在太平洋上所夺得或占领之一切岛屿’，显未将琉球纳入，是疏漏或别有用意，无法得知；另外，《波茨坦宣言》的‘吾人所决定其他小岛之内’，似有认可包括琉球群岛在内，但重要的是，该‘其他小岛’的地位外交部于公元一九七一及一九七二年所宣示的抗议声明‘应由主要盟国予以决定’，而依照现有的史料，我国既未要求美国依据《开罗宣言的会议纪录》由我国共同参加占领与托管，复对美国向联合国建议将琉球群岛置于联合国托管制度之下，并以美国为其管理当局表示‘完全予以赞同’，美国实已独占对该‘其他小岛’的处分权，排除了《波茨坦宣言》由同盟国军事占领日本领土的规定，或由于国内情势的客观不能，或由于有私心作祟。故美国对该岛屿的处置则准许日本保留剩余主权（residual sovereignty）以杜悠悠众口，并为日后政治归还琉球予日本预留伏笔。”“中共的看法则显然对日本有利，一九五一年八月十五日中共国务院总理兼外交部长周恩来发表声明：‘保证美国政府……获得对于琉球群岛……等的托管权力……而这些岛屿在过去任何国际协议中均未曾被规定脱离日本的，甚至在外交上支持前苏联（今俄罗斯），主张琉球应归还予

[①] 转引自：中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土》。

日本。’”[①]这种观点是错误的。

确定中国对琉球问题的立场，应综合考虑海峡两岸当局的立场。众所周知，二战结束后，中国出现了内战和分裂，但两岸均坚持世界上只有一个中国的原则。在二战后的二十多年间，台湾当局在联合国等国际机构被视为中国的代表，在中美关系正常化之前，美国也视台湾当局为中国的代表。因此，在讨论中国对琉球问题的立场时，应该把台湾当局的立场考虑在内。

无论是台湾当局还是中华人民共和国政府，都只是没有实质反对美国作为管理琉球的唯一行政当局这种情势，这与决定琉球的国际地位完全不是一回事。即使琉球被置于联合国托管制度之下，琉球的领土主权状态也必然是处于未定状态，结束托管后存在着多个选项。无论在实际交往中两岸当局是任何对待琉球问题的，在最终完成国际法上的处置之前，琉球的国际地位必须被认为是不确定的。在正式决定琉球地位时，有权参与的各方自然是根据具体的情况来决定自己的立场。

台湾当局从未承认琉球地位。台湾当局通过“亚东关系协会”办理对日交涉，对琉球事务的处理则另由“中琉文化经济协会驻琉球办事处”负责。在 1971 年 6 月美日商定“返还冲绳协定”时，台湾当局外交部门曾正式发表声明说：“关于琉球群岛：中、美、英等主要盟国曾于一九四三年联合发表开罗宣言，并于一九四五年发表波茨坦宣言规定开罗宣言之条款应予实施，而日本之主权应仅限于本州岛、北海道、九洲、四国以及主要盟国所决定之其他小岛。故琉球群岛之未来地位，显然应由主要盟国予以决定。 一九五一年九月八日所签订之金山对日和约，即系以上述两宣言之内容要旨为根据，依照该和约第三条之内容，对琉球之法律地位及其将来之处理已作明确之规定。中华民国对于琉球最后处置之一贯立场为：应由有关盟国依照开罗宣言及波茨坦宣言予以协商决定。此项立场素为美国政府所熟知，中华民国为对日作战主要盟国之一，自应参加该项协商。而美国未经此项协商，遽尔将琉球交还日本，中华民国至为不满。”[②]

台湾当局的观点完全符合历史事实和国际法理，没有任何可疑之处。在将来讨论琉球国际地位问题时，理应整合两岸当局的观点，以体现中国人民的共同意志。

从美国的观点看，处理日本问题和琉球问题，不能抛开中国。在 1951 年 9 月的旧金山会议上，杜勒斯明确承认：“中国缺席会议是一件深有遗憾的事情。中日之间的冲突始于 1931 年，公开的战事始于 1937 年。中国遭受日本侵略是最长和最深的。中日战争不能在此正式终结是最大的遗憾。不幸的是，由于中国的内战、各盟国政府的态度，创造了这么一种情势：无法就一个单一的、既有权利又有权力让中华民族接受和平条款约束的中国声音达成一般的国际一致……剩下的选择是，在没有中国签字的情况下，美国一般地继续完成和平条约，让中国和日本根据能充分保障中国权利和利益的条件创造他们自己的和平。”[③]

这段话清楚地表明，美国政府明确地认识到，处理日本问题，必须以充分保障“中国权

[①] 陈荔彤：《琉球群岛主权归属——历史角度与国际法》，第 10-11 页。
[②] 陈荔彤：《琉球群岛主权归属——历史角度与国际法》，附件一。
[③] John Foster Dulles, Statement by the Special Representative of the President at San Francisco, September 5, 1951, p. 460.

利和利益”为前提；没有中国的参与，任何安排都是不能对中国有任何约束力的临时性的安排，所有的条款也都不能做有损于中国权利和利益的解释。

所以，认为美国实际上单独行使了处置权而中国不再有此问题上的发言权的观点是完全错误的。中国从未放弃对琉球问题的处置权，任何没有中国参与的对琉球问题的处置，在国际法上，都是无效的。

四 结论

根据二战后国际安排,琉球群岛的国际地位处于悬而未决的状态，中国有权参与决定。理由主要有三。其一，二战后所有的国际文件都对日本的领土作出了明确的规定，其中根本不包括琉球群岛。就日本领土的范围而言,《波茨坦公告》是唯一对中、美、日等各方有拘束力的法律文件，即使是根据美国一手炮制的“旧金山对日和约”的规定，在日本领土范围问题上，也与《波茨坦公告》保持了一致。根据“旧金山对日和约”的条款，日本的领土仅限于本州、北海道、九州、四国，可能属于日本领土的“其他小岛”究竟有哪些，只能由中国、美国、英国、苏联（今俄罗斯）等国共同决定，日本无权置喙。因此，包括琉球群岛在内的日本本土四岛之外的其他岛屿，无论“旧金山对日和约”使用了什么样的措辞，确定无疑的一点是，这些岛屿的国际地位都不可能是日本的领土而是待二战期间对日共同作战的盟国共同决定的事项。其二，美国在“返还冲绳协定”中“归还”的只是“施政权”而不是主权。美国在二战后占领琉球等地时行使的权力仅仅是行政权力，完全不同于主权，而且，特别重要的一点是，美国从未对这些地方主张或要求过主权。不能把自己不拥有的东西给别人，无论在国内法还是在国际法上，这都是最基本的常识。美国不可能把自己从未主张过也不可能成功地主张的主权“归还”给日本，最多只能归还“施政权”，而这对“归还”地区的主权不产生任何影响。其三，中国从未放弃过对对琉球群岛等地国际法地位的处分权。中国不见得一定要求恢复历史上的宗主权，但中国完全有权利坚持本来就拥有但尚未有效行使的作为战时主要盟国对战后涉及自己重大利益问题的处分权。在美苏冷战和中国分裂的背景下，美国出于自身战略利益的考量，单独对琉球群岛等地实施行政管理，有违反《波茨坦公告》的嫌疑，但从大体上讲，由于并未单独处置主权归属问题，如在“返还冲绳协定”中明确规定了仅仅涉及行政权力问题而无涉主权，美国所采取的行动，仍在国际法许可的范围内，中美在此问题上进行合作仍有基础。

与其他国际条约一样,“旧金山对日和约”是为条约当事国的利益服务的。美国利用该条约把日本牢牢绑在自己的冷战战车上，获得了在日本本土和琉球等地驻扎军队的权利等重大利益；日本则利用该条约获得了美国支持其恢复国家主权。但是，与其他许多国际条约不同的地方在于，对美国和日本而言,“旧金山对日和约”不是平等的主权国家间缔结的平等互利的国际条约。作为代表盟国实施军事占领的国家，美国完全主导了条约的缔结，条约主要反映的是美国的利益。正是在这种不平等关系的背景下，美国在该条约中为自己操控亚太局势

留下了巨大的活动空间。美国并未公然违反《波茨坦公告》的义务，这给美国与包括中国在内的战时盟国进行合作留下了余地，但同时，美国并未善意履行《波茨坦公告》的义务，在日本领土范围问题上，采取了模糊处理的办法，让日本具有一些满足美国战略利益要求的能力。但是，无论如何，日本从“旧金山对日和约”中找不到任何支持其对琉球群岛拥有主权的证据，更不用说钓鱼岛了。从“旧金山对日和约”的文字看，虽然并未明确规定日本应放弃琉球等地主权，但也没有明确规定琉球是日本的领土，而且，对该条约唯一正确的解释只能是：日本不再享有对琉球群岛的主权，无论该地战前的地位如何。从条约主要当事国美国的意图看，美国明确认识到，关于日本领土范围等重大问题的决定，不能没有中国的参与。从“旧金山对日和约”缔结后的国际实践看，即使是与日本存在所谓同盟关系的美国，也从未把琉球看成是日本领土的一部分，美国在 1972 年“归还”的仅仅是“施政权”。

“旧金山对日和约”是冷战的产物。在美国实行亚太再平衡的背景下，美日关系有进一步巩固和深化的趋势。[①]同时，我们也应看到，另一种发展趋势也是存在的。中美新型大国关系也处在建设和发展中。如果中国与美国利益交融能加深、战略互信不断加强、新型大国关系得以顺利建设且不断成熟，亚太地区国际秩序有可能会回到以《波茨坦公告》为基础的正确轨道上。同时，将来台湾问题得到解决时，两岸关于琉球问题的立场也需要重新整合。因此，从学术研究的角度看，我们有必要认清琉球国际地位问题尚未解决的法理事实，并在此背景下重新审视钓鱼岛问题和其他中日关系中的主要问题。

① 2015 年 4 月 27 日，日本防卫大臣中谷元、外务大臣岸田文雄，美国国务卿克里、防长卡特在纽约举行“2+2”会谈后出席联合记者会时，美国国务卿克里说：“如奥巴马总统所重申，我们对日本安全的条约承诺依然是坚固的，覆盖所有日本行政管理下的领土，包括钓鱼岛。”（ And as President Obama has reaffirmed, our treaty commitments to Japan’s security remains ironclad and covers all territories under Japan’s administration, including the Senkaku Islands. ）
（http://www.state.gov/secretary/remarks/2015/04/241162.htm 2015 年 4 月 29 日星期三访问）

非缔约国国民被国际刑事法院管辖路径的问题研究

黄煦*

【摘要】国际刑事法院是国际社会经过长期、曲折的努力而建立的专门审判种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪的国际刑事司法机构，也是人类历史上第一个针对最严重的国际罪行而设立的常设性法院。国际刑事法院的管辖权，是国际刑事法院受理和审判特定国际犯罪案件的权能和效力依据，其直接法律渊源是已生效的《国际刑事法院罗马规约》。根据《罗马规约》的相关规定，除了作为规约缔约国被管辖之外，安理会递交情势以及非缔约国提交声明也有可能引起国际刑事法院的管辖。鉴于规约对于管辖权具有相对特殊的规定，以及国际社会对于惩治部分严重国际罪行的日渐关注，我国即使作为规约的非缔约国也有必要了解国际刑事法院的具体规定。本文分析了《罗马规约》中关于案件管辖权的具体规定，并对于非缔约国国民被管辖的可能路径进行了理论和实践分析，旨在更好地了解国际刑事法院行使管辖权的条件与规定的相关问题，并试图从中推测中国作为非缔约国之一所可能面临的被管辖的可能性。

【关键词】 国际刑事法院 罗马规约 管辖权 非缔约国

国际刑事法院是在《国际刑事法院罗马规约》基础上建立的一个独立国际组织，目的是为了审判并惩罚特定极度严重国际罪行的行为者。前联合国秘书长科菲·安南说过："我们这个时代------甚至就在九十年代里，我们看到，人所能做出来的邪恶是没有极限的。"在此之前，没有一个国际刑事法院作为一种执法机制来处理个人的责任问题，灭绝种族行为和严重侵犯人权的行为往往不受惩罚，至今发生过许多犯了危害人类罪和战争罪而没有个人被追究责任的事例。为了人人享有正义，也为了使得"杀死 1 人比杀死 10 万人或 100 万人更容易受到审判"①的情况不再出现，不让犯罪者逍遥法外，国际刑事法院的建立以及运作具有重大的意义。国际刑事法院目前已展开对于乌干达，刚果共和国，达尔富尔，苏丹等调查，并正在进行对于阿富汗，几内亚，洪都拉斯，伊拉克，巴勒斯坦以及乌克兰等情势的初步调查。

国际刑事法院的特殊性不仅体现于其作为第一个常设国际刑事审判机构的重要地位，更

* 黄煦，华东政法大学国际法学院研究生

① Cheryl K. Moralez, Establishing an International Criminal Court: Will it Work? 4 DePaul International Law Journal (Winter 2000), p. 141.

在于其管辖权在满足某些条件下可以突破缔约国的范围而延伸至非缔约国，这使得不论是作为缔约国或是非缔约国，了解国际刑事法院的相关制度都显得尤为重要。

一.《国际刑事法院罗马规约》中关于管辖权的相关规定

由于各个缔约国实际上是通过签署《罗马规约》将专属于本国的追诉犯罪者的司法主权部分授权于了国际刑事法院，因此法院在行使管辖权时也必须严格依照规约规定，在有效打击并惩罚严重罪行的同时也必须不损害各国授予法院的权力范围。根据《罗马规约》中的相关规定，法院行使管辖权需要满足各方面的条件：

1. 对于可被管辖案件范围的限定

根据《国际刑事法院罗马规约》（后文称《罗马规约》）第五条的规定，国际刑事法院仅对灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪具有管辖权。对于灭绝种族罪、危害人类罪以及战争罪，引发管辖权的有可能是缔约国也有可能是非缔约国，但唯独对于侵略罪，考虑到该类罪行的特殊性，经 2010 年缔约国大会通过的决议修正后新加入的第十五条(bis)第五款，若犯下侵略罪行的自然人国籍国或是罪行发生地国并不是《罗马规约》缔约国，则该国际刑事法院对于该自然人并没有管辖权。这意味着对于侵略罪被告人的追诉必须在该自然人国籍国或是罪行发生地国二者之一为缔约国的前提下进行。①

2. 案件的可受理性

为了体现对于各国主权的尊重，国际刑事法院的管辖实质上是一种补充性管辖，即在当事国不追究犯罪行为人相关罪行的情况下才由国际刑事法院进行管辖和审判，不仅规约的序言中也“强调根据本规约设立的国际刑事法院对国内刑事管辖权起补充作用②”，还在规约的第一条中明文规定：“对国家刑事管辖权起补充作用③”。具体而言，《罗马规约》第十七条规定了案件不可受理的两种情况，即对于案件具有管辖权的国家正在就该案件依其国内的追诉程序进行调查起诉，或是，经过该国调查后已经决定对于相关人员不起诉，在这两种情况下，基于国际刑事法院的管辖权具有补充性的特点，除非该国的相关决定是出于“不愿意”或是“不能够”的情况下，该案件将不再被国家刑事法院调查审理。通常“无论是在国内还是国际的冲突中，在冲突时期，国家机构往往不是不愿意，就是没有能力采取行动，原因通常是以下两者之一：政府往往缺少政治意愿来起诉本国的公民，尤其是高级官员，就象前南斯拉

① Article 15 bis：Exercise of jurisdiction over the crime of aggression(State referral, proprio motu), Rome Statute, inserted by resolution RC/Res.6 of 11 June 2010.
② 《国际刑事法院罗马规约》序言第十段。
③ 《国际刑事法院罗马规约》第一条。

夫那样；或者国家机构已经崩溃，像卢旺达那样。”①而所谓“不愿意”或是“不能够”将由国际刑事法院“依据国际法承认的正当程序原则”②做出认定，若是国际刑事法院认定该国在实行本国司法主权时存在包庇或是怠于追诉的情况，则该案件依然可以被国际刑事法院受理。这也是该项制度具有争议的一点，规约中规定由国际刑事法院做出的认定是依据怎样的具体标准，认定的程序是否合法，认定是否能够保持公正以及该认定是否受到任何监督在规约中并未列明，使得一些国家认为国际刑事法院在该问题上具有了过于自由的权限。

3. 对被追诉对象的限定

纽伦堡法庭的判决中说到：“违反国际法的罪行，是由人、而不是由抽象的实体实施的，只有惩罚实施这种罪行的个人，国际法的规定才能得到实施。”这样就确立了对所有实施这种行为的人追究个人刑事责任的原则，这是国际刑法的基石之一。该项原则在据国际法委员会应联大要求于 1996 年拟订完成的《危害人类和平及安全治罪法草案》以及联合国于 1948 年通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》都有所体现，并被《罗马规约》所继承。③规约第一条中就强调国际刑事法院“有权就本规约所提到的、受到国际关注的最严重犯罪对个人行使其管辖权④”。在第二十五条第一款中也表示“本法院根据本规约对自然人具有管辖权”，第二款则规定：“实施本法院管辖权内的犯罪的人，应依照本规约的规定负个人责任，并受到处罚⑤”。对于受管辖的自然人的范围，规约将其限定为实施犯罪时满十八岁，也就是通常意义上的成年人才需要为严重罪行负责。⑥另外值得注意的是，国际刑事法院对于个人的管辖一律平等，并不因为其追诉者拥有的特殊官方身份或是国家外交中的地位而给予其特殊优待或是豁免。《罗马规约》第二十七条中强调：“特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或政府官员的官方身份，在任何情况下都不得免除个人根据本规约所负的刑事责任，其本身也不得构成减轻刑罚的理由⑦”。也就是说一国的国家元首及政府首脑等高层的行政人员和决策者并不能因为其“为了国家利益”的理由或是借口而不承担其犯罪行为引发的刑事责任。在该条第二款中则规定：“根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则，不妨碍本法院对该人行使管辖权⑧”，也就是说国际刑事法院的管辖权基于规约可以无视被追诉者外交代表身份所带来的刑事管辖豁免权，在某些情况下可以直接对

① 《国际刑事法院概述》，http://www.un.org/chinese/law/icc/overview.html
② 《国际刑事法院罗马规约》第十七条第二款。
③ 参照《国际刑事法院概述》，http://www.un.org/chinese/law/icc/overview.html
④ 《国际刑事法院罗马规约》第一条。
⑤ 《国际刑事法院罗马规约》第二十五条。
⑥ 《国际刑事法院罗马规约》第二十六条。
⑦ 《国际刑事法院罗马规约》第二十七条第一款。
⑧ 《国际刑事法院罗马规约》第二十七条第二款。

于一国的最高元首进行调查和起诉。这使得国际刑事法院得以成为某种意义上超越了平等国家主体地位的刑事审判机构，尽管这种凌驾而上的地位是由于各缔约国基于国家主权达成一致而由法院合法地获得，一些非缔约国国家却担心本国主权会因此被损害或干涉，因而对于加入《罗马规约》一直保持谨慎甚至警惕的态度。《罗马规约》并不允许缔约国做出保留，因此如果成为缔约国就必须接受国际刑事法院的管辖。①

4. 管辖权的行使及其先决条件

《罗马规约》第十二条规定了国际刑事法院行使管辖权的先决条件，其中第一款强调了对于特定罪行管辖的范围限定；第三款规定了当事国即使并非《罗马规约》的缔约国，也可以根据相关程序向国际刑事法院递交声明，接受对其的管辖；其中第二款则规定了该国际罪行需要与该国家具有何种联系时法院才可以行使管辖权，其一是当罪行在该国境内发生（包括当在船舶或飞行器上时，该船舶或飞行器的注册国）；其二则为该国是犯罪被告人的国籍国。然而第二款前半句还有一项限定，即“对于第十三条第 1 项或第 3 项的情况②”，也就是说按照规约规定，当国际刑事法院依据《罗马规约》第十三条第二项行使管辖权时并不受到第二款先决条件的约束。

另外，根据《罗马规约》第十三条的规定，国际刑事法院行使管辖权的方式一共有三种，除了由作为缔约国的当事国自行向检察官提交外，还可以由“安全理事会根据《联合国宪章》第七章行事，向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势”或“由检察官开始调查一项犯罪”③。

由上述规定可以得出如果国际刑事法院想要对一自然人实施管辖，通常存在以下可能性：（1）若该自然人的国籍国或是该自然人犯罪行为的发生地所在国家二者之一为《罗马规约》缔约国，则该国自行提交该案件的情势或是由检察官开始调查该项犯罪都可能引起国际刑事法院的管辖。（2）若该自然人的国籍国或是该自然人犯罪行为的发生地所在国家二者皆不是《罗马规约》缔约国，该非缔约国可以通过递交声明接受管辖，或是在非缔约国未明示表示同意或是未表明态度时由联合国安理会根据《联合国宪章》第七章的内容将相关情势递交检察官以引发国际刑事法院对于该案件的管辖。

与之不同的是，针对侵略罪的管辖，根据《罗马规约》第十五条(bis)与第十五条(ter)④的规定，管辖权的行使仅可以由联合国安理会递交情势或是由缔约国提出，在缔约国递交的情

① 《国际刑事法院罗马规约》第一百二十条：不得对本规约作出保留。
② 《国际刑事法院罗马规约》第十二条第二款。
③ 《国际刑事法院罗马规约》第十三条。
④ Article 15 ter:Exercise of jurisdiction over the crime of aggression(Security Council referral), Rome Statute, inserted by resolution RC/Res.6 of 11 June 2010.

况下，对于侵略罪的认定，联合国安理会拥有部分而非全部的认定权。在检察官发起调查前，联合国安理会有权在知晓该情况的六个月内做出对于该情况是否属于侵略罪的认定，但如果在得知情况六个月后仍未做出认定，则检察官可以在得到国际刑事法院预审分庭的同意下进行独立调查。①

由于国际刑事法院基于侵略罪而行使管辖权具有特殊限制，并不存在非缔约国国民被管辖的可能性，因此下文中所探讨的主要是基于前三类犯罪的管辖。

二．对于灭绝种族罪、危害人类罪以及战争罪，非缔约国国民被管辖的可能路径与相关实践

根据上文所述，国际刑事法院行使管辖权除了由缔约国直接递交情势外，还存在另外两种途径：由联合国安理会递交或是由当事国递交声明明示接受国际刑事法院管辖。

1. 由联合国安理会向检察官递交情势

根据《罗马规约》相关规定，联合国安理会可以依据《联合国宪章》第七章行使职权，将有关情势递交检察官引发国际刑事法院的管辖，并且这种方式并不受到先决条件的约束。从法条字面意思上来理解，不论该相关国是否是《罗马规约》的缔约国，该犯罪行为人都会由于此种方式被管辖。

(1)对非缔约国国民的管辖是否违反条约法

根据 1969 年《维也纳条约法公约》第三十四条的规定:“条约非经第三国同意，不得为该国创设义务和权利”，同时该公约第三十五条和第三十六条还规定，条约为第三国创设义务时，需经该国书面接受；条约为第三国创设权利时，如该国没有相反表示，可以推定其接受。②因此，若要判断国际刑事法院各种行使管辖权的方式是否与《维也纳条约法公约》冲突，还应先判断国际刑事法院对于非缔约国国民或是境内居民的刑事追究是否是对于该非缔约国施加了某项义务。

在《罗马规约》的序言中第六句写道，“忆及各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”，可以看出规约将各国对于犯罪实施刑事管辖作为各国应有的义务而非权利。而除了各国基于属人管辖权与属地管辖权对于本国国民或是本国境内发生的犯罪行为实施管辖之外，某些极度严重的罪行由于其极度严重性已经可以视为对于国际社会的共同利益的侵犯以及损害，因此对于该类罪行的无视与放任将会导致更为严重的后果。“在国际社会上，有些国际罪

① Rome Statute, Article 15 ter.6, 7, 8.
② 参见《维也纳条约法公约》第三十五条及第三十六条。

行的性质和危害是如此地严重，以至于破坏了国际社会整体的共同利益和公共利益。因此，每个国家对国际社会整体在防止和惩治这些罪行都负有义务，对这些罪行也有管辖权，而不论这些罪行发生在哪个国家，也不论犯罪的国籍属于哪个国家。”①因此可以看到，惩治国际罪行实际上应该是国家的一项义务，因此当国家不行使该义务时，如果该国际罪行威胁到或是损害到国际社会的公共利益与和平安全，国际刑事法院对其进行管辖不能被认为是对于该国家施加了一项新的义务。尽管在该国家未明示接受管辖的情况下可以对部分极其严重的罪行进行管辖，但也要注意其管辖的罪行必须被严格限定而不能随意进行扩张。综上所述，由于国际刑事法院对于罪行的管辖并非是对于相关国家施加了一项新的义务，所以对于非缔约国国民进行管辖也不应当被认定为与《维也纳条约法公约》有冲突，因此不违反条约法的相关规定。

(2)对非缔约国国民的管辖是否会会造成侵犯国家司法主权或是他国内政

《联合国宪章》第七章规定了：“对于和平之威胁、和平之破坏及侵略行为之应付办法”，并明确了“安全理事会应断定任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为之是否存在，并应作成建议或抉择依第四十一条及第四十二条规定之办法，以维持或恢复国际和平及安全。②”目前，几乎世界上大多数的国家都成为了联合国的会员国，因此作为成员国也都收到联合国安理会决议的约束并承认联合国安理会决议的效力。因此，安理会向国际刑事法院递交的情势通常已经过安理会建立的相关调查委员会的认真调查，并多次对于该情势涉及国家及其他组织团体做出过敦促配合的决议。因此，基于联合国安理会决议具备一定的约束力，其向国际刑事法院递交的情势尽管可能涉及到《罗马规约》的非缔约国，也应该对于该国具有约束力，相关国家受到管辖的权力来源尽管并非来自于《罗马规约》的签订，却来自于身为联合国成员国一员理所应当受到联合国安理会的约束。《联合国宪章》第二条中强调了会员国应遵守的基本原则，其中第二项就为：“各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益③”，因此对于非缔约国国民的管辖也并非没有正当的权力来源，而是出于履行联合国成员国的义务。另外，安理会的决议还对于国际刑事法院的管辖权具有另一项约束力，根据《罗马规约》第十六条规定了通过安理会决议可以推迟调查或起诉：“如果安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过决议，向本法院提出要求，在其后十二个月内，本法院不得根据本规约开始或进行调查或起诉；安全理事会可以根据同样

① 陈冬梅：《国际刑事法院对非缔约国的管辖权分析》，法制与社会, 2012 年 28 期。
② 《联合国宪章》第七章第三十九条。
③ 《联合国宪章》第二条第二项。

条件延长该项请求。”因此安理会的决议不仅具有引发管辖权的作用，还会在一定意义上限制管辖权的行使，

另外，正如前文所提及的，国际刑事法院只是在当事国不愿意或者不能够追诉犯罪行为人的情况下才会实施其补充性管辖权，但尽管如此，使得该项原则被广为知晓和理解其实还需要更长的进程。①由于补充性管辖权强调国家管辖权的优先性，因此国际刑事法院并不会像位于卢森堡的欧洲法院一样成为一个超国家的法院，同样也无法成为一个关注所有核心罪行的全球性全能刑事法院，它永远不会取代国家法院的地位并接管所有的国内案件，更不会成为某个国家法院的最终上诉法院，某项罪行被管辖并不意味着该国的国内刑事诉讼程序全部让渡于国际刑事法院。②正是由于国际刑事法院的管辖权只是补充性的，因此并不会真正损害影响一国对其国民和该国境内犯罪行为的管辖权。但是值得注意的是，国际刑事法院认定相关国家不愿意和以及不能够实施管辖权进行追诉时是由法院自行做出，引发了一些争议，认为认定应该由具有公开认定标准的机构独立做出，由国际刑事法院自身认定并进而施行管辖或许会造成认定的不公正。

各个不愿意加入《罗马规约》的国家或多或少都担心国际刑事法院较广泛的管辖权会被部分国家利用，成为干涉他国内政的工具。由于被追诉者通常是行政长官以及军事长官等，一般都拥有较大的影响力与社会地位，一旦被国际刑事法院通缉及审判，很有可能对该国的地位以及该国的社会现状产生影响，造成一些混乱。而实际上安理会也常常受到个别国家的强烈影响做出有益于小部分国家的决议，比如说安理会就曾两次在美国的推动下作出决议，“要求国际刑事法院对于涉及参与联合国所设立或授权的行动、但不是《罗马规约》缔约国的国家目前或以前的官员或人员有关上述行动的行为或不行为的案件，不要对此类案件开始或着手进行任何调查或起诉，除非安全理事会另有决定。”③然而，即使安理会的决议可能受到个别国家的影响，国际刑事法院的检察官也会公正独立地判断是否案件符合管辖的其他条件，案情的严重程度是无可更改的，而只有最严重的罪行才会被国际刑事法院管辖。

(3)相关实践：达尔富尔情势

2005 年 3 月 31 日, 联合国安理会决定将达尔富尔局势问题移交国际刑事法院检察官。这

① 参见 Klaus Kinkel, Fur einen unktionsfahigen Weltstrafgerichtshof 2860 (1997); Hans-Peter Kaul, Auf dem Weg zum Weltstrafgerichtshof Verhandlingsstand un Perspektiven 177-81 (1997).

② 参见 Kaul, Hans-Peter, "Germany: Methods and Techniques Used to Deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues”, in Roy S. Lee (ed.), States’ Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation.

③ 联合国安理会第 1422(2002)号决议 ，2002 年 7 月 12 日安全理事会第 4572 次会议通过。以及联合国安理会第 1487（2003）号决议，2003 年 6 月 12 日安全理事会第 4772 次会议通过。

是国际刑事法院自成立以来，安理会提交的第一个情势，这无异开创了一个重要的先例。当天安全理事会第 5158 次会议通过了第 1593(2005)号决议，决定把 2002 年 7 月 1 日以来达尔富尔局势问题移交国际刑事法院检察官。①第 1593 号决议标志国际刑事法院首次在没有经过所涉国家同意的情况下启动调查程序。②苏丹的情势其实早在由安理会向国际刑事法院递交之前就受到了安理会的长期关注，在第 1556(2004)号决议中提到：“要求苏丹政府履行它解除金戈威德民兵武装的承诺，把煽动和实际侵犯人权和违反国际人道主义法及犯下其他暴行的金戈威德领导人及其同伙逮捕和绳之以法，并请秘书长在 30 天内、并此后每个月向安理会报告苏丹政府在这方面取得进展或没有取得进展的情况，表示打算在苏丹没有履行这些要求的情况下考虑采取进一步行动，包括对苏丹政府采取《联合国宪章》第四十一条规定的措施③”。在第 1564(2004)号决议中，安理会“再次呼吁苏丹政府结束达尔富尔的有罪不罚局面，查明所有应对大规模侵犯人权和违反国际人道主义法行为负责者，包括人民保卫部队成员和金戈威德民兵，将其绳之以法，并坚决要求苏丹政府采取各种必要的措施，制止一切暴力和暴行。④”正是由于苏丹地区已经陷入了国内的武装冲突，国内的司法系统已经无力向违法罪行进行追诉，联合国安理会考虑到了达尔富尔地区的混乱局面以及违反战争罪的情况的出现，才经由安理会决议将情势递交了国际刑事法院的检察官进行调查。

然而 1593 号决议的第六条规定：“没有加入《国际刑事法院罗马规约》的苏丹境外派遣国的国民、现任或前任官员或人员因安理会或非洲联盟在苏丹建立或授权的行动而产生的或与其相关的所有被控行为或不行为皆应由该派遣国对其实施专属管辖权，除非该派遣国已明确放弃此种专属管辖权。” 该规定限制了国际刑事法院的管辖权，影响了《罗马规约》的完整性，并基本上排除了《罗马规约》第 16 条的适用。⑤在安理会做出决议时，不认同国际刑事法院的管辖权的部分国家为了保障自己的司法主权，在决议中加入了限制条款，间接地使得只有苏丹地区被“区别对待”而被管辖。令人遗憾的是，由于安理会做出的决议同样约束国际刑事法院，这使得由安理会递交情势引发国际刑事法院管辖权的第一次实践实际上并未体现规约的完整性，然而至少通过这次实践也使得规约第十三条第二款终于不再仅存在于概念中，而是通过实践发挥了作用。

---

① 联合国安理会第1593(2005)号决议，2005 年3 月31 日安全理事会第5158 次会议通过。

② ICC, Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR1593(2005),June29，2005.

③ 联合国安理会第 1556(2004)号决议，2004 年 7 月 30 日安全理事会第 5015 次会议通过。

④ 联合国安理会第 1564(2004)号决议，2004 年 9 月 18 日安全理事会第 5040 次会议通过。

⑤ 杨力军：安理会向国际刑事法院移交达尔富尔情势的法律问题，环球法律评论，2006 年 04 期。

2．由非缔约国递交声明接受国际刑事法院管辖

对于某些在案件发生前未能成为《罗马规约》缔约国的国家而言，想要使得某罪行被国际刑事法院管辖并审判还需要向书记官长递交一项正式声明，明示表示接受国际刑事法院的管辖。并且规约对于提交声明的国家还做出了限定：必须是犯罪行为在其境内发生的国家或是被告人的国籍国，只有这两者之一的国家明示表示接受国际刑事法院的管辖，法院才可以行使管辖权。

对于这种引发管辖权的方法，有可能存在两个问题：

(1)若提交声明的国家并非犯罪被告人的国籍国，而仅是犯罪行为的发生地，则若被告人的国籍国亦非《罗马规约》的缔约国且对于该本国国民被管辖有异议，国际刑事法院是否还可以行使管辖权。

国际刑事法院的管辖虽是针对个人刑事责任的追诉，但其对于案件情况的调查应被认为是基于整个案件本身，既然该国已提交声明，则可被暂时认为拥有与缔约国一样的权利。既然管辖权被让渡于了国际刑事法院，则整个案件的管辖权都由该国家授权给国际刑事法院，因此不论该犯罪涉及到几个国家，正如规约中所规定的，只要该国家为犯罪行为发生地就可以使得该案件全案被管辖。

(2)关于该接受管辖的声明，是否可仅视为对于本案件的接受管辖，而不可以被视为是该国从此接受国际刑事法院的管辖。

国际刑事法院对于非缔约国国民的管辖应该仅仅限于特定的该案情，接受管辖的正式声明应仅表示在本次案件中该国家愿意接受国际刑事法院的管辖。声明接受并不代表从此以后成为了《罗马规约》缔约国，若想要加入《罗马规约》，国家需要符合加入公约的正式程序以成为缔约国的一员。当然如果不愿成为缔约国，哪怕是出现案件时再次递交正式声明也可以再次引发法院对该案件的调查。

三．小结

国际刑事法院开创了对于国际罪行惩治的新纪元，其中对于管辖权的规定在某些特殊情况下可以超越缔约国的范围。因此，尽管我国出于种种原因尚未加入《罗马规约》，了解规约中关于管辖权的规定却也是作为国际社会一份子所必不可少的。国际刑事法院的补充性带有普遍性的管辖权也有可能及于我国国民，而作为安理会常任理事国，我国对于在必要时将有关情势递交国际刑事法院也具有不可推卸的责任。本文从《罗马规约》的具体规定入手，分

析了非缔约国国民被国际刑事法院管辖的可能路径与存在的问题，这也将对我国将来加入《罗马规约》发挥积极影响。

参考文献

1. 《国际刑事法院罗马规约》
2. 《维也纳条约法公约》
3. 《联合国宪章》
4. 《国际刑事法院概述》，http://www.un.org/chinese/law/icc/overview.html
5. 联合国安理会第 1422(2002)号决议
6. 联合国安理会第 1487（2003）号决议
7. 联合国安理会第 1593(2005)号决议
8. 联合国安理会第 1556(2004)号决议
9. 联合国安理会第 1564(2004)号决议
10. ICC, Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR1593(2005),June29，2005.
11. Klaus Kinkel, Fur einen unktionsfahigen Weltstrafgerichtshof 2860 (1997); Hans-Peter Kaul, Auf dem Weg zum Weltstrafgerichtshof Verhandlingsstand un Perspektiven 177-81 (1997).
12. Kaul, Hans-Peter, "Germany: Methods and Techniques Used to Deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues", in Roy S. Lee (ed.), States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation.
13. Cheryl K. Moralez, Establishing an International Criminal Court: Will it Work? 4 DePaul International Law Journal (Winter 2000).
14. 陈冬梅：《国际刑事法院对非缔约国的管辖权分析》，法制与社会, 2012 年 28 期。
15. 杨力军：安理会向国际刑事法院移交达尔富尔情势的法律问题，环球法律评论，2006 年 04 期。

菲推南海仲裁案的前置程序背离剖析

杨署东*
（重庆大学法学院，重庆 400044）

摘要：《联合国海洋法公约》争端解决机制导向下的自选方法具有任时性、优先性和替代性特征，如果争端当事国协议用自行选择的和平方法解决争端，那么只有诚意履行自选方法义务后，争端才有进入《公约》强制程序的可能。《公约》同时苛与争端当事国就争端的解决交换意见的义务，只有切实履行交换意见义务后，争端才有可能适用《公约》的强制程序。就南海争端而言，中菲之间存有应优先适用的磋商与谈判自选方法，并负有交换意见的义务，但菲方没有与中方诚意商谈和实质性交换意见就强推国际仲裁，背离了《公约》争端解决强制程序的前置要求，菲方强推的南海仲裁案理应被阻挡在《公约》强制程序的大门之外。

关键词：前置要求；自选方法；交换意见；程序违反

2014 年 3 月 30 日菲律宾向国际海洋法庭提交了长达近 4000 页的仲裁申请，包括多达 13 项的救济诉求①，强推南海问题的国际仲裁。南海仲裁案涉及仲裁法庭的管辖权②、菲律宾申请的可受理性等程序问题。尽管中国多次表示不接受、不参与菲律宾单方面强推的仲裁程序，但菲方仍执意与中方打这一“法律战”。对此，中方于 2014 年 12 月 7 日发布了关于菲方所提仲裁案管辖权问题的立场文件③，从法律上充分阐明了仲裁庭没有管辖权的立场和理据，本文旨在进一步加强对《公约》程序性规定的研究，对案件是否具有可受理性的前置性程序问题进行深入的法律分析，在坚持“双不”立场的同时，从程序法角度寻求国家权益维护之策，以赢得国际社会对我国立场的理解和认同。

《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）的争端解决机制主要是由《公约》第十五部分构建的包括了三节内容，存在先后适用的次序性关系，第一节(第 279 条至第 285 条)和第三节(第 297 条至 299 条)是适用第二节（第 286 条至 296 条）强制程序的两大前提条件，第一节“一般规定”条款是启动有拘束力裁判的强制程序的前置要求，直接决定着南海仲裁案件的可受理性。本文针对前置要求进行分析，旨在厘清适用《公约》规定的强制程序与其前

* 作者单位：重庆大学法学院。
杨署东，男，1967 年 10 月出生，四川渠县人，重庆大学法学院教授、博士生导师，法学博士。主要从事国际法学、经济法学、比较民商法学、法律语言学（法律英语）研究。

① The Official Website of the Department of Foreign Affairs - Republic of the Philippines，“Notification and Statement of Claim on West Philippine Sea”，http://www.dfa.gov.ph/index.php/2013-06-27-21-50-36/unclos，2014 年 11 月 10 日访问。

② 参见李文杰、邹立刚：《国际海洋法仲裁庭对菲律宾诉中国案的管辖权问题研究》，《当代法学》2014 年第 5 期。

③ 详见《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，中华人民共和国外交部，2014 年 12 月 7 日，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1217143.shtml ，2014 年 12 月 7 日访问。以及《外交部条约法律司司长徐宏谈中国政府就菲律宾所提南海仲裁案发表管辖权问题立场文件》，中华人民共和国外交部，2014 年 12 月 7 日，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1217146.shtml，2014 年 12 月 7 日访问。

置要求的逻辑关系以及前置要求规定的具体适用问题，这些问题是南海仲裁案是否具有可受理性以及菲方强推的仲裁程序是否合法的关键所在。

一、《公约》争端解决机制下的自选方法

《公约》第十五部分（第 281 条）规定："有关公约的解释或适用争端，如缔约各国已协议用自行选择的和平方法来谋争端求解决，只有在诉诸这种方法而仍未得到解决，且争端各方间协议并不排除任何其他程序时，才适用本部分所规定的强制程序"。

（一）自选方法的法律含义

根据《公约》第 281 条规定，缔约各国是否承担了自选方法义务是适用强制程序的一个关键性前置要求，若承担了自选方法义务，在没有有效用尽自选方法解决争端前，不能启动有拘束力裁判的强制程序。依据《公约》第 280 条和 281 条规定，争端各方协议选择的和平解决争端方法必须是用来解决"本公约的解释或适用争端"。如果争端各方协议选择的方法不是用来解决"本公约的解释或适用争端"，那么协议的自选方法就不具有《公约》导向下赋予其特殊地位的法律效用。

《公约》第 281 条所规定的自选方法义务是对《公约》第 279 条义务规定的落实：缔约国对与本公约的解释或适用有关的任何争端需负有以和平和平方法谋求解决的义务；同时也是为保障《公约》第 280 条规定的缔约国权利：本公约的任何规定均不损害任何缔约国在任何时候以协议选择的任何和平方法解决争端的权利，意在最大限度保障争端当事方自行和平解决国际争端的自由，①体现了对当事方争端解决自主性的重视②和对国家主权的尊重。③争端和平解决是整个《公约》争端解决机制的出发点和指导原则，在《公约》争端解决机制中争端各方负有优先采用自选和平方法解决国际海洋争端的义务。

依据《公约》第 281 条规定，争端各方采取何种自选方法解决争端是由争端各国在协议中"自行选择"的，具有任择性。争端各方所采自选方法的方式主要是《联合国宪章》第 33 条第 1 款所指的谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法，或其他和平方法。上述方法既有导致任择性决定的程序，如协商和谈判等政治方法，也有导致有拘束力裁判的法律方法。从国际实践来看，各国往往不愿放弃争端解决的自主性，削弱对争端解决程序的参与和控制，因此，一般将协商和谈判等政治方法作为争端解决的首选方法，政治方法失败后才将争端提交至具有拘束力裁判的第三方解决程序。④ 协商、谈判等政治方法的最大优势是争端当事各方能通过直接会谈、友好协商来澄清事实、消除误会、增进彼此间的信任，求同存异，以便争端的合理解决。

（二）自选方法的主要特性

从《公约》对自选方法的规定分析，作为适用强制程序的关键性前置要求，自选方法具

① A. O. Adede, The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea, Springer Press.1987.p.103.

② L. G. Merrills, International Dispute Settlement,4th ed. Cambridge University Press. 2005.p.183.

③ 古俊峰：《和平解决中日东海划界争端的法律程序之纬》，《甘肃政法大学学院学报》2009 年第 9 期。

④ 吴慧：《法律方法解决国际海洋争端的实践分析》，《厦门大学法律评论》第 5 辑，厦门大学出版社 2003 年版，第 259 页。

有如下特性：

1．任时性。

《公约》第 280 条规定强调了自选方法的任时性。争端发生之前或之后，甚至在公约的强制程序开始之后，争端当事国都可以协议用自行选择的和平方法谋求争端的解决。这不仅体现了《公约》充分尊重争端缔约国的自主性，也体现了《公约》争端解决机制的灵活性。在“围海造地案”中，直到 2003 年 7 月 4 日马来西亚将其与新加坡的海洋争端提起仲裁程序时，双方之间都不存在有意义的协商，虽然马来西亚在提起仲裁之前曾几次照会新加坡，表达了通过高级别会谈商讨有关问题的要求，但新加坡均没予以理会。新加坡收到马来西亚提起仲裁程序的通知后，两国才于 2003 年 8 月 13 日和 14 日在新加坡举行相关会谈。可见，只要争端各方达成一致，于任何时候都可以通过自选方法来谋求争端的解决。

2．优先性。

《公约》第 281 条和第 286 条规定体现了自选方法的优先性。第 281 条规定，在协议不排除其他程序的前提下，当事国应先诉诸协议选择的方法，只有在自选方法义务用尽而仍未能有效解决争端时，才能适用有拘束力裁判的强制程序（《公约》第二节项下程序）；第 286 条规定，使用任择性自选方法的失败是导致有拘束力裁判的强制程序适用的前提条件。《公约》规定争端当事方自行选择的方法优先于公约规定的解决程序，主要是基于公约争端解决机制是以尊重国家主权与自主性为首要考量、以和平解决国际争端原则为指导原则的，只要争端各方协议用自行选择的和平方法解决其争端，则公约的强制解决机制就没有启动的必要。

3．替代性。

《公约》第 282 条赋予了自选方法的替代性。《公约》第 282 条规定，如果争端各方已经通过一般性、区域性、双边协定或其他协议承诺，经任何一方请求就应将与本公约的解释或适用有关的争端提交至其他有拘束力裁判的程序，就应适用该约定程序，并以此替代《公约》第二节项下的的强制程序，除非另有协议。 根据该规定，如果争端当事国自行选择和平方法并用其选择的方法能有效解决争端，那么自选方法将替代公约规定的一系解决程序。但是，自选方法要发挥替代性功能，必须具备两个严格的条件：其一，争端各方所选择的程序必须是具有拘束力裁判的程序；其二，其协定的程序是用来解决有关本公约解释或适用的争端。只有同时满足这两个条件，自行选方法才具有替代性，进而排除《公约》解决程序适用的可能。该条规定的方法实质上是第 281 条所规定的争端各缔约国协议自选方法中的一种方式，只是该条规定的争端缔约国协议选择的方法需是有拘束力裁判的程序。换言之，如果协议只是规定了谈判、和解或调解等不具有拘束力的任择性程序，则第 282 条不予以适用，而是属于 281 条所规定的任择性解决方法范畴。

二、《公约》争端解决机制下的交换意见

《公约》第 283 条第 1 款规定：“如果缔约国之间对本公约的解释或适用发生争端，争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见”；第 2 款还进一步规定了：“如

果解决这种争端的程序已经终止，而争端仍未得到解决，或如已达成解决办法而情况要求就解决办法的实施方式进行协商时，争端各方也应迅速着手交换意见。”

《公约》第283条是一条含有具体义务的规定，交换意见是争端各方需履行的具体义务，具有强制性。争端各方在如下三种情况下负有交换意见的义务：（1）对《公约》的解释或适用发生争端而不存在自选方法时；（2）所选择的程序未能解决争端时；（3）需要就解决办法的实施方式进行协商时。该规定为和平解决国际争端原则的恪守提供了程序支持，①争端各国不得拒绝外交谈判，并应迅速着手此种谈判，其实质是鼓励争端各方通过直接交换看法，使争议得以有效解决，因为在争端解决实践中，争端各方往往都不愿主动进行谈判，担心得过于积极而被对方误读为急于让步，导致一开始就丧失争端和平解决的良机。②

三、菲方未履行自选方法之义务

菲律宾提起国际仲裁前未用尽自选方法，南海仲裁案的不可受理性是显而易见的；菲方强推的仲裁有“滥用程序”之嫌，是非法、无理的。

（一）中菲存有争端解决的自选方法

关于中菲之间是否存有自选方法的问题，主要焦点在于中菲共同签署的《南海各方行为宣言》（以下简称《宣言》）③约定的争端解决方法是否属于《公约》所指的“协议用自行选择的和平方法”。

从《宣言》目的和内容上来看，《宣言》是为了化解南海问题，由中国与包括菲律宾在内的东盟国家于2002年11月4日共同作出的集体承诺，是致力于通过多边途径解决南海争端的积极尝试，属于《公约》导向下共同协议用和平方式解决南海问题的国际文件，其效力及于《宣言》的各签署国。《宣言》的核心条款是第4条和第5条，各方以此承诺：信守包括《公约》在内的普遍接受的国际法原则，由争端各方通过友好磋商和谈判，以和平方法解决领土与管辖权争端；本着合作与谅解精神，建立信任，在各方国防、军队官员间开展对话和交换意见， 等等④。

一般而言，磋商和谈判的义务源于特定的双边或多边协定，⑤双边或多边协定中的争端解决条款通常将磋商和谈判规定为争端解决程序的第一步。在将争端提交仲裁和司法方法等第三方解决时,往往需要明确争点，因此进行实质性磋商和谈判是案件得以受理的前提。⑥中菲共同签署的《宣言》也遵循了国际实践惯常做法。就《宣言》中“由争端各方通过友好磋商和谈判，以和平方法解决领土和管辖权争端”的规定而言，首先，《宣言》是中国与菲律宾共

① J.G. Merrills, International Dispute Settlement, 4th ed. Cambridge University Press. 2005. p. 184.

② Haijiang Yang, Dispute Settlement Procedures for Foreign Merchant Ships, p. 122. 转引自高健军：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究》，中国政法大学出版社2010年版，第63页。

③ 对《宣言》的性质和定位，可参见冯学智主编：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社2013年版，第178-183页。
宋燕辉：《由<南海各方行为宣言>论“菲律宾诉中国案”仲裁法庭之管辖权问题》，《国际法研究》2014年第2期。

④ 参见《南海各方行为宣言》，第4条、第5条。

⑤ 将磋商和谈判规定为强制义务，在如下条约中可见：1959年《南极条约》第8条第2款；1979年《月球协定》第15条第2款；1978年《关于国家在条约方面继承的维也纳公约》第41条等。

⑥ [日]松井芳郎等：《国际法》，辛崇阳译，中国政法大学出版社2004年版，第231页。

同签署的；其次，协议用磋商和谈判的和平方法来谋求解决争议；最后，所涉争议是关于领土和管辖权的争议，与《公约》的解释或适用有关。尽管《宣言》本身可能系不具有拘束力的政治性文件，但只要国家间愿意以此来调整它们的国际关系，即便不构成正式的国际条约，它仍然可以发挥法律依据的作用。①此外，中菲两国多年的交往实践也遵循了与《宣言》承诺完全一致的共识②，足以说明中菲之间存有磋商和谈判解决争端的默示协定或事实协定。因此，《宣言》的争端解决条款完全满足《公约》第 281 条下的“协议用自行选择的和平方法”条件。

（二）菲方违反自选方法优先要求

2013 年 1 月 22 日菲律宾向中国呈送的仲裁通知与主张声明中没有提及因签署《宣言》所负担的磋商和谈判解决争端之义务或承诺，在提交国际海洋法庭的陈述中也未提及《宣言》是否可被援引作为排除仲裁庭管辖的问题。③ 但是，菲律宾外交部在其声明中指出，依据《公约》第 281 条第 1 款的规定，由于两国无法以其所选择的方法解决争端，菲律宾可诉诸《公约》下的强制仲裁程序。④其后在 2014 年 3 月 30 日提交的诉状中针对仲裁庭是否有权管辖和是否可以受理南海仲裁案做出论述：《宣言》是不具有约束力的政治承诺，《宣言》的第 4 条不能被视为《公约》第 281 条第 1 款所称的足以排除其他争端解决方式的“协议”。⑤

菲律宾的这些说辞本身是前后矛盾的，不能令人信服的⑥。更为主要的是，虽然对《宣言》本身的定位是政治性文件还是法律性文件⑦这一问题存有不同的认识， 但根据《公约》第 279 条和第 281 条规定，《公约》所指自选方法并没有要求必须是有拘束力裁判的程序，也没有要求自选办法的协议必须是具有国际法属性的。只要自行选择了明确的和平方法，争端各方就负有首先采用自选方法解决争端的义务。因此，根据《公约》和《宣言》规定，磋商和谈判成为解决中菲之间南海争端的优先方法，中菲两国负有首先以磋商和谈判方法解决争端的义务，这是启动《公约》强制仲裁程序的前置要求。中菲南海争端只有在诉诸这些自

① 冯学智主编：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社，2013 年版，第 179 页。

② 在 2004 年 9 月签署的中菲联合新闻公报中，中菲双方一致同意尽快积极落实《宣言》。（参见：《中华人民共和国政府与菲律宾共和国政府联合新闻公报》，《人民日报》2004 年 3 月 7 日第 1 版。钟飞腾：《国内政治与南海问题的制度化》，《当代亚太》2012 年第 3 期。） 2007 年 1 月 16 日，在中华人民共和国与菲律宾共和国联合声明中，双方互信中国与东盟各国将通过具体行动和项目来落实《宣言》（参见：冯学智主编：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 158 页。）在 2011 年 9 月 2 日，中菲双方再次发表了《中华人民共和国与菲律宾共和国联合声明》，两国领导人就海上争议交换了意见，并重申将通过和平对话处理争议以及尊重和遵守中国与东盟国家于 2002 年签署的《宣言》（参见：中华人民共和国驻菲律宾大使馆官网，《中华人民共和国与菲律宾共和国联合声明》，http://ph.china- embassy.org/ chn/zfgx /zzgx/t894705.htm ，2014 年 6 月 16 日访问。）2013 年 10 月 9 日，第二十三届东盟峰会召开发布的主席声明中，再次重申依据《宣言》所作的集体承诺，确保其充分和有效的落实。（See Chairman’s Statement of the 23rd ASEAN Summit, “Our People, Our Future Together, ”October 9, 2013, Bandar Seri Begawan, Brunei Darussalam, para.54-55. ） http://nanyang2.xmu.edu.cn/Article/ShowArticle.asp? ArticleID=8583 ，2014 年 11 月 13 日访问。）

③ 宋燕辉：《由<南海各方行为宣言>论“菲律宾诉中国案”仲裁法庭之管辖权问题》，《国际法研究》2014 年第 2 期。

④ “SFA Statement on the UNCLOS Arbitral Proceeding against China”, Department of Foreign Affairs, the Republic of the Philippines, January22,2013,para.33. http://www.dfa.gov.ph/index.php/2013-06-27-21-50-36/unclos ，2014 年 11 月 12 日访问。

⑤ 关于中方反驳此观点的理由可参见宋燕辉：《由<南海各方行为宣言>论“菲律宾诉中国案”仲裁法庭之管辖权问题》，《国际法研究》2014 年第 2 期，第 29 页。其提出了四点驳斥理由，其中一点是“一个国际文件是否应被视为具有约束力之协议或条约不能只以此文件名称来论断，而是要看签署国是否有创设权利义务之意图”。

⑥ 国际法院一再强调“令人信服”证据的重要性，在解决领土争端方面的证明标准越来越趋向于适用“清晰和令人信服的标准”原则。参见张卫彬：《国际法院解决领土争端中证明标准问题》，《当代法学》2011 年第 5 期。

⑦ 冯学智主编：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 178 页。

选优先方法失败后，才有可能适用强制仲裁程序。菲律宾向国际海洋法法庭提起国际仲裁之前没有就诉求裁决的争端事项与中国直接进行磋商和谈判，不仅背弃了《宣言》所做的承诺以及其他双边共识，也违反了《公约》第 281 条第 1 款规定的自选方法的优先性。

同时，根据《公约》第 74 条和第 83 条的规定，海岸相向的国家间专属经济区或大陆架界限应在《国际法院规约》第 38 条基础上协议划定。这些规定表明，在海洋划界争端问题上，相关当事国负有为达成划界协议而谈判的义务，这是海洋划界争端进入强制程序的前置要求。[①] 只有争端各方首先切实履行了谈判义务，并达成将争端提交至《公约》第二节项下强制程序的共识，争端才有可能进入《公约》的强制程序。由于海洋划界在国际实践中具有很大程度的不确定性[②]，还涉及到岛屿领土主权归属等复杂问题，此类争端往往更适合由当事国协商解决，这是《公约》做出如此规定的缘由所在。此外，我国已经就岛礁领土主权归属、海洋划界等争端做出排除性声明，排除了《公约》强制程序的适用，任何法律方法在解决南海岛礁领土归属与海域划界争议问题上都具有不适用性。[③]南海问题的特殊性决定了谈判的方式是解决中菲之间海洋争端的最佳途径，也是符合《宣言》精神的，中越北部湾划界就是通过谈判的方式公平解决的。

总之，无论是根据《公约》第 281 条、第 286 条的前置性规定，还是根据《公约》第 74 条、第 83 条的谈判义务规定，菲律宾强推仲裁程序都违反了磋商和谈判等自选方法优先的要求。

（三）菲方缺乏履行义务的诚意

根据《公约》第 300 条规定：“缔约国应诚意履行根据本公约承担的义务不致构成滥用权利的方法”，旨在要求争端各方履行义务需以解决争端为目的而认真努力，义务的履行必须是真诚和善意的。国际法院在“北海大陆架案”中指出：“各方有义务以达成协定为目的进行谈判，而不仅仅是将谈判作为某种前提条件而走过场，他们有义务使谈判富有意义，每一方都坚持己见而不准备作出任何修正将不符合这一要求。”[④]“拉努湖仲裁案”仲裁法庭指出：“两国之间的协商和谈判必须是真诚的，必须符合善意的规则，而且必须不仅仅是走形式。”[⑤] 从国际争端解决实践看，履行磋商和谈判义务缺乏诚意的情形主要包括无正当理由中断会谈、不寻常的延迟、蓄意拒绝考虑建议或不同利益[⑥] 等。《宣言》第 5 条也体现了类似要求：各方承诺本着合作、谅解的精神，尽可能的保持克制，在争端和平解决之前，不采用任何可能造成争议复杂化、扩大化等影响和平稳定的行动，为下一步适当开展谈判和交换意见建立互信基础。

就中菲南海争端而言，1995 年发生美济礁事件后，菲律宾一面向国际社会积极展现其寄

① 参见金永明著：《海洋问题专论》，海洋出版社 2012 年版，第 89 页。
② 参见葛冠群：《论<联合国海洋法公约>中的“谈判”与“交换意见”义务》，《研究生法学》2011 年第 5 期。
③ 参见金永明著：《海洋问题专论》，海洋出版社 2012 年版，第 86—96 页。
④ North Sea Continental Shelf (FRG/Den ; FRG/Neth .) Judgment of 20 February 1969 , ICJ Report 1969 , p. 3 , para . 85.
⑤ Lake Lanoux Arbitration (France / Spain), Award of 11 November 1957 , 24 ILR ,p. 101-119.
⑥ Michael Barton Akehurst, Peter Malanczuk editor. Alehurst’s Modern Introduction to International Law, Routledge, 2002. p. 128.

希望于谈判交涉解决中菲南海争端的“高姿态”，一面又背地里搞小动作，频频向美国提出将防御合作范围覆盖南沙海域的要求，寄希望于美国为其提供军事保护，这表明菲方并无真心和诚意就争端与中国进行双边磋商和谈判，并试图向其他国家寻求干预南海问题。在近期的中菲南海摩擦中，菲方在提起国际仲裁之前也不仅蓄意拒绝与中方进行磋商和谈判，而且还以非善意之举动不断挑衅中国。因此，即使将菲方说辞“由于两国无法以其所选择的方法解决争端”理解为中菲间已先行采用了磋商和谈判的自选方法来解决双方争端，菲方的磋商和谈判义务履行也是不真诚的，缺乏善意的。

四、菲方未尽交换意见之义务

中菲双方另一重要争点是关于《公约》第 283 条交换意见义务的履行问题。

首先，菲方负有同中方进行两次实质性交换意见的义务。根据《公约》第 283 条规定，在争端诉诸第二节规定的强制程序之前，争端各方需进行两次交换意见：第一次是在争端发生时，需要就和平解决争端的具体方法交换意见；第二次是选择的争端和平解决方法程序终止但未能有效解决争端时，需对如何进一步和平解决争端交换意见。否则，争端不能诉诸《公约》第二节项下的强制程序。针对《公约》第 283 条关于交换意见的规定，尽管国际海洋法法庭在案件审理时往往以主观标准来判断对第 283 条的要求是否获得满足①，但是《公约》有关交换意见的要求并非一个空洞的形式，不能由争端一方凭一时的兴致来决定，必须善意履行这方面的义务，法庭有职责对此加以审查。②

其次，菲方没有实质性履行两次交换意见的义务。公开资料显示：中菲两国于 1975 年 6 月 9 日正式建立外交，1986 年建立了外交磋商机制，到目前为止，共举行了 19 次外交磋商。菲律宾向国际海洋法法庭提起仲裁之前共进行了 18 次外交磋商，第 19 次外交磋商是于 2013 年 6 月 14 日在北京举行的③，双方就中菲关系和共同关心的问题交换意见。交换的意见主要围绕在经贸领域等多方面的友好合作，并非针对菲律宾所提的仲裁事项④，涉及南海有关争议的问题主要是对“搁置争议、共同开发”进行协商。实际上，协商也不能简单的就等同于交换意见⑤，协商被看作是谈判中的一个初级程序，并不是全过程，其协商的内容范围要宽泛一些，而交换意见是要针对有争议的具体问题进行意见交换并有可能对具体实质性问题的解决和解决方案的实施方式等达成一致。在中国外交部发布的“南海仲裁案”93 条立场文件中的第 46 条也提到，根据国际法，交换意见应当以解决具体的争端为目的。⑥菲方向仲裁庭所提

① Natalie Klein, Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea, Cambridge University Press, 2009.p.63.

② Land Reclamation Case, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao, para.11. 转引自高健军：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 64 页。

③《中菲举行第 19 次外交磋商，维护中菲友好合作大局》，环球网-国际新闻，参见 http://world.huanqiu.com /regions/2013-06/4029949.html，2014 年 6 月 21 日访问。

④ 详见《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》第 45 条至 50 条，中华人民共和国外交部，2014 年 12 月 7 日，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1217143.shtml ，2014 年 12 月 7 日访问。

⑤ 李文杰、邹立刚：《国际海洋法仲裁法庭对菲律宾诉中国案的管辖权问题》，《当代法学》2014 年第 5 期。

⑥ 第 46 条提到，根据国际法，一般性的、不以争端解决为目的的交换意见不构成谈判。并引用了 2011 年国际法院在格鲁吉亚－俄罗斯联邦案判决第 161 段：“谈判的实质问题必须与争端的实质问题相关，后者还必须与相关条约下的义务相关”。详见《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，中华人民共和国外交部，2014 年 12 月 7 日，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1217143.shtml ，2014 年 12 月 7 日访问。

交的陈述中“已经履行交换意见”部分只涉及了1995、1997和2012年就美济礁和黄岩岛主权归属问题与中方的意见交换，[①] 没有就仲裁申请所涉争端事宜与中方交换意见的任何说明，也没有对解决办法的实施方式进行过交换意见的任何解释；就菲方提请仲裁解决的“九段线”和“岛屿制度”[②] 等诉求，中菲也并无交换意见之实。菲律宾于2014年3月30日所提交的书面申请中还纳入了对仁爱礁的索讨，但菲方并没有与中方对仁爱礁争议进行过任何形式的交换意见，在提交的仲裁陈述中也未提及就仁爱礁问题与中方交换过意见。可见，菲方并没有有效履行两次交换意见和实质性交换意见的义务。

第三，菲方“已经履行交换意见”的依据不具有可采性。中菲之间进行的磋商涉及南海岛礁主权争议问题，由于中国政府已在2006年发表声明，将包括海洋划界、历史性权利等争端排除于《公约》的强制争端解决程序之外，并且领土主权争议并不是《公约》规制事项，不属于《公约》的解释或适用争端，仲裁不可涉及岛礁归属问题，但菲方在其陈述中却以岛礁归属争议的外交磋商作为论据，这显然是偷梁换柱，自相矛盾的。从领土争端解决的国际实践看，对证据的可采性和排除性问题往往遵循较为严格的标准，对形式真实性缺乏的证据、实质内容缺失的证据、与所证对象不相关的证据和违反禁反言规则的证据，一般予以排除[③]。菲律宾“已经履行交换意见”的陈述显示，菲方向仲裁庭所提交的陈述存有论与据的矛盾，其依据存在实质内容缺失和缺乏相关性的问题，仲裁庭不应采信菲方的陈述依据。

结语

2014年6月21日，国务委员杨洁篪在第三届世界和平论坛开幕式上再次强调，中国历来主张南海有关争议应由有关的当事国在尊重历史事实和国际法的基础上，直接通过友好协商和谈判的和平方式处理领土主权和海洋权益之争端[④]。中菲两国承担了首先采取磋商和谈判方法解决相互间争端的国际义务，这也是将争端提交国际性法庭的前提，仲裁申请书的可接受性取决于这些义务是否得以有效遵守。菲方既没有与中方进行磋商和谈判，也没有充分履行交换意见的义务，根据《公约》第281条、283条、第286条和第300条规定，由于菲方没有满足《公约》第十五部分第一节的前置程序要求，菲律宾不能利用第二节的争端解决强制程序；中方坚持“双不”立场于情有理，于法有据。针对菲方规避《公约》规定和逃避《宣言》义务而强推仲裁程序的行为，我们有必要向国际社会和《公约》争端解决机构澄清：中国不接受、不参与菲律宾强推的仲裁程序是符合《公约》规定的，完全是合法和正当的，是作为缔约国在《公约》机制下应该享有的主权国家权益。

On the Analysis of Pre-procedural Deviation in the Arbitral Case on South China

① Republic of the Philippines Department of Foreign Affairs Manila，Notification and Statement of Claims, NO.13-0211. 参见曹群：《南海争端与国际仲裁：菲律宾之妄诉》，《国际问题研究》2013年第4期。

② 黄瑶、卜凌嘉：《论<海洋法公约>岛屿制度中的岩礁问题》，《国际法学》2013年第11期。

③参见张卫彬：《国际法院解决领土争端中的证据问题研究》，华东政法大学2011年，第18页；张卫彬：《国际法院解决领土争端中证明标准问题》，《当代法学》2011年第5期。

④中华人民共和国外交部官网，《中国坚定维护国家主权和领土完整，坚持通过和平方式解决争端》， 参见 http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1167599.shtml ，2014年6月21日访问。

Sea Disputes Pushed by Philippines

Yang Shudong

(Chongqing University Law School, Chongqing 400044)

[Abstract] Under UNCLS dispute settlement mechanism the optional methods agreed by the dispute parties have characteristics of anytime, priority and substitutability. If the dispute parties have chosen any optional method, can the disputes enter into UNCLS compulsory procedure only when the obligation fully taking advantage of that method is fulfilled sincerely. Meanwhile, under UNCLS dispute settlement mechanism the dispute parties have a preferential obligation to exchange views. Only after dispute parties` earnestly fulfilling that obligation, may the disputes enter UNCLS compulsory procedure. As for the disputes regarding South China Sea, there exist optional methods of consultation and negotiation, which shall be used in advance, and the obligations to exchange views preferentially between China and the Philippines. However, Philippines is strongly pushing the arbitral case without bona fide consultation and negotiations and substantial exchange of the views with China, which deviates from the preceding requirements of UNCLS compulsory procedure. Therefore, the arbitral case pushed by Philippines shall be blocked out of UNCLS compulsory procedures.

[Key Words] preceding requirements; optional methods; exchange of the views; violation of the procedure

论文编号：

中国政法大学

极地的国际法问题：

西北航道的国际法律地位分析

中国政法大学 国际法学院

2011 级学生：赵宇

西北航道的国际法律地位分析

【摘要】

地处北极的西北航道因其日益突显的重要战略地位，使得以美国、加拿大为首的众多国家纷纷提出有利于自己的主张及要求。然而，西北航道的法律地位尚未定论，存在加拿大内水和国际海峡两种主张。并且，西北航道具有其法律特殊性，即在国际法上属于国际海峡，但其作为被《联合国海洋法公约》所承认的北极例外情形可为加拿大进行必要控制。根据地理标准及功能标准，西北航道应当被认定为国际海峡。我国应当承认西北航道的国际海峡地位，并更加积极地致力于促进国际社会参考的《斯匹次卑尔根群岛条约》模式缔结有关西北航道的条约。

【关键词】 国际海峡　过境通行制　无害通过权　西北航道　《斯匹次卑尔根群岛条约》

The Analysis on International Legal Status of The Northwest Passage

[Abstract]

With global warming and the Arctic ice cap melting, the Northwest Passage formed gradually. Because of its extremely crucial strategic significance, Canada and the U.S, as the representatives of the other countries, began to raise the legal status of the Northwest Passage in favor of their own interests. This paper first outlines the dispute of legal status of the Northwest Passage , followed by a detailed analysis of legal particularity of the Northwest Passage resulting from Canadian national legislation with the provisions of international law. Then, it demonstrates the Northwest Passage is in line with the property of International Strait. Finally, it proposes that China should actively devoted itself to signing the treaty with the international community referring to Svalbard Treaty concerning the issue of the Northwest Passage in order to deal with the future disputes.

[Key words] International Strait Transit Passage right of innocent passage the Northwest Passage Svalbard Treaty

【目　录】

一．　引论：西北航道的概况.....500
二．　关于西北航道国际法律地位的纷争.....2
（一）　西北航道为加拿大内水之主张.....3
（二）　西北航道为国际海峡之主张.....4
三．　西北航道的法律特殊性.....5
（一）　加拿大国内法所造成的法律特殊性.....5
（二）　UNCLOS 中的“北极例外”.....8
四．　西北航道的国际法律地位的确定.....10
（一）　国际海峡的定义与通行.....10
（二）　西北航道属于国际海峡.....11
五．　西北航道通行模式的构建.....13
六．　结论.....15
参考文献.....17
后记.....20

一．引论：西北航道的概况

随着全球变暖、北极冰盖开始逐渐融化，占有全球海洋面积百分之二点六的北冰洋开始弥漫着火药味儿。不但是这冰天雪地之下埋藏着丰富的石油天然气资源，北冰洋浮冰的融化呈现出一条连接北大西洋与太平洋的水上通路。自十五世纪奥斯曼土耳其人切断了陆路前往亚洲的道路后，欧洲各国的航海者们就不断探索穿越北美大陆的北面与西面找寻用于欧洲与亚洲海上贸易的通路。[①]近年来北极冰封水域逐渐成融化之势，位于加拿大北方北极群岛至阿拉斯加北岸的一条沟通北大西洋格陵兰岛水域与太平洋的航道渐渐形成。这是目前从欧洲前往东亚之间最短的通路，即所谓的西北航道。[②]该航道东起加拿大巴芬(Baffin)岛以北，由东向西，经加拿大北极群岛间一系列深海峡，至美国阿拉斯加半岛北面的波弗特(Beaufort)海，全长约一千四百五十公里，在北极圈以北八百公里，距北极不到一千九百三十公里。[③]首先，航行距离将缩短大约七千公里。船只可以直接从北太平洋跨越至大西洋，沟通欧亚双方无需再像传统路线那般经历地中海、苏伊士运河或者好望角。同时，这将使得一次航行只需要传统路线百分之六十的能源。[④]如若西北航道成为国际通行的水道并开始为诸国所利用，

---

① Donate Pharand. Canada's Arctic Waters.International Law[J]. 1988(187): 244; Donate Pharand. The Northwest Passage, Arctic Straits of the World[J]. 1984(1): 20.

② 李尧：《北约与北极——兼论相关国家对北约介入北极的立场》，载于《太平洋学报》2014年第3期。

③ 参见百度百科：http://baike.baidu.com/link?url=0EWO6zINWPozauQoF3QLk4KZ-4ZiEdzWdTqg0_hOoqu--XiisWPYVoEp1TE2ulKA1vqslZ7wDuGLHuM3ZlYYZ_，最后访问于2013年12月12日。

④ Roy A.Perrin III, Comment, Crashing through the Ice: Legal Control of the Northwest Passage or

航道将在很大程度地节约商贸成本，改变全球商贸航运体系。此外，由于西北航道极其重要的战略地位，该航道将成为军事强国相当看重的战略性通道。西北航道仿佛一个扁担，一头是西欧另一头是东亚而支撑扁担又是北美，显然，西北航道的军事、经济战略价值不言而喻。

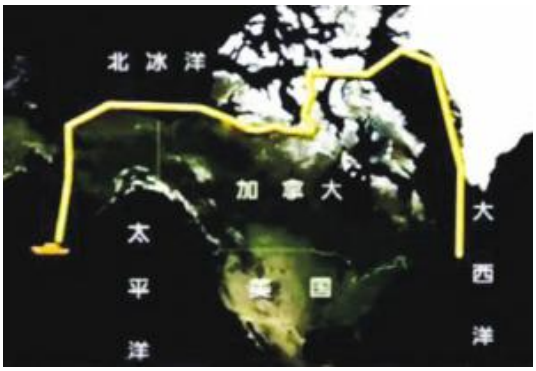


图 1: 西北航道示意图

二．关于西北航道国际法律地位的纷争

随着西北航道重要性的与日俱增，航道的法律问题争议不仅是领土主权争端的焦点，更是国际政治博弈的筹码，北极也被视为“极地的地中海”。[⑤]自一八四五年英国的富兰克林爵士探险队在极地失踪，而后麦克卢儿对富兰克林爵士的探险队进行救援并终于在一八五四年首度完成西北航道的通行起，[⑥]各国就对西北航道之主权问题产生争执。而至目前为止，尽管西北航道已经完全形成，但鉴于北极地区的特殊地理因素，其全面通航仍需时日。[⑦]但是若不提前对于北极西北航道的国际法律问题进行规制，势必造成日后西北航道的秩序混乱。

Who Shall be “Emperor of the North”. 13 Tul. Mar. L. J. 139, 1988: 161.

⑤ B.J.Theutenberg.The Arctic Law of the Sea[A]. NIJL. 1983: 3-39.

⑥ 刘慧荣、刘秀：《西北航道的法律地位的研究》，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版），2009 年第 5 期。

⑦ 刘惠荣、韩洋：《北极法律问题：使用海洋法基本原则的基础性思考》，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版）2010 年第 1 期。

加拿大主张，西北航道不应是美欧中日等国所声称的“国际海峡”，也并非纯粹是沟通大西洋与太平洋的狭长水道。[⑧]尽管在地理意义上而言航道确实是群岛与大陆构成的，但是在法律维度上则应当以直线基线划定领海基线的理论对航道所涉主权问题予以确认。[⑨]

（一） 西北航道为加拿大内水之主张

一八六七年，加拿大独立。十三年后加政府从大不列颠手中接过了北极水域及群岛的管辖权，自那时起，加拿大政府就开始提出对北极领土行使主权的主张，西北航道亦位于其中。这一过程大体可以分为三个阶段：第一阶段是一八八零年英国向加拿大当局移交北极主权至一九七零年前后，加拿大则以“扇形原则”而声称对北极区域之主权要求；第二阶段是二十世纪七十年代初往后的十五年时间里，加拿大以延伸至十二海里的领海主权并以历史性权利为由，实际掌握控制西北航道的权利；第三阶段是一九八五年以后，加拿大颁布《领海与坐标法》，利用直线基线将西北航道划入本国的内水。[⑩]由此可以看出，对于北极地区主权的主张是加拿大主张西北航道之管辖权的法理基础。而对于加拿大政府于一九零七年提出的扇形原则，其已明确表明不在海域内主张。是以，加拿大当局在划定直线基线之前以“历史性权利”声称其海岸以外的水域为内水。[⑪]

一九八五年八月，美国海岸警卫队一艘破冰船自西向东穿越西北

---

⑧ Geroge V. Galdorisi &Kevin R. Vienna. Beyond the Law of the Sea: New Directions for U.S. Oceans Policy[M].1997.

⑨ Center for Oceans Law and Policy. International Energy Policy[J]. The Arctic and The Law of The Sea.2005(287):88.

⑩ 郭培清等：《北极航道的国际问题研究》，海洋出版社 2009 年版，第 108-110 页。

⑪ Donate Pharand. Canada’s Arctic Waters.International Law[M]. University of Ottaw Press, 1985. P185.

航道，加拿大政府主张北极群岛水域毫无争议地属于加拿大，这是基于历史权利。而西北航道之于加拿大就如同密西西比河之于美国。⑫一九八五年后，加拿大正式确定其北方北极群岛水域适用直线基线法以划定其领海基线。以此为基础加政府颁布了相关法案，顺理成章地将西北航道划入其内水范围。二零零三年，加拿大成为《联合国海洋法公约》条约缔约国，并声明了保留条款，将公约第十五条、七十四条和第八十三条之下涉及海洋的边界划定和有关历史性权利的界定及纠纷裁定事项进行了保留。⑬

（二） 西北航道为国际海峡之主张

在一九八五年加拿大政府宣布其北极海域执行直线基线以后，欧洲各国及美国声称加政府以直线基线直接包含西北航道的做法“令人无法接受”，同时，由于西北航道是冷战时期美国的太平洋舰队军舰前往北约的重要通道，因而当时美国国务院明确指出“美国认为西北航道是适用过境通行的国际海峡”。⑭并于此后不断重申该立场，美国驻加拿大大使戴威·维尔金森就此宣布西北航道的性质是“中立性以及民用运输性的”。⑮美国明确表示，加拿大只有在满足如下条件时方能宣称其内水主权：“首先，加拿大应有证据表明其宣称主权的区域在其实际控制范围内即对该水域实际行使着主权；其次，加拿大应为

---

⑫ 刘慧荣、刘秀：《西北航道的法律地位的研究》，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版），2009 年第 5 期。

⑬ Declarations and Statements: Canada @htttp:www.un.org Depts los convention_ agreements convention- declarations. htm#Canada.25 February 2011.

⑭ 刘慧荣、刘秀：《西北航道的法律地位的研究》，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版），2009 年第 5 期。

⑮ Donald R. Rothwell, The Canadian-U.S. Northwest Passage Dispute: A Reassessment. 26 Cornell Int’l. J. 331, 1993:348.

不间断地持续有效行使主权并有效地控制这一水域，且基于和平非强暴的基础；最后，外国的承认成为加拿大宣称主权的必要条件”⑯美国坚决主张西北航道属于用于国际通行的航道，是符合国际法中对于国际航道的规定的要件的。并且，美国明确反对并批评加拿大逐步加大其北极地区的军事部署力度，⑰坚定地要求保证西北航道的国际海峡属性，所有国家的船舶均具有航道的通行权。

三． 西北航道的法律特殊性

如前所述，关于西北航道的国际法律地位仍未确定。《联合国海洋法公约》所规定的国际海峡国际通行制度将适用于任何被确定为国际海峡的航道。根据一九八二年《联合国海洋法公约》第三十八条以及第十八之第二十二条的规定，国际海峡过境通行制与领海无害通过制是有一定区别的，主要表现为海峡沿岸的国家有义务承认国际海峡过境通行制。⑱此意明显，加拿大政府需要完全允许他国船舶之航行，实现西北航道的国际化。然而，现实中尽管其他国家认为西北航道属于国际海峡，加拿大亦未单方面在西北航道上强硬实施其主权权利，但加拿大通过其国内立法建立了特殊的航道通行管理制度，其他国家

---

⑯ 傅崐成：《海洋法专题研究》，厦门大学出版社 2004 年版，第 156 页。

⑰ Mike Perry, Rights of Passage:Canadian Sovereighty and International Law in the Arctic.74U. Det. Mercy L. Rev. 657, 1997: 669-670.

⑱ 无害通过制是习惯国际法，这一点在 1982 年《联合国海洋法公约》以及 1958 年《领海与毗连区公约》中均有规定。而“过境通行制”则是自领海宽度规定不超过 12 海里从而使更多的用于国际通行的海峡纳入了沿海国的领海范围以来，在第三次海洋法会议上主张航行飞越自由的海洋大国与主张坚持适用领海无害通过制的海洋沿岸国在激烈讨论后达成的介于无害通过制与自由航行之间的妥协性的制度。“无害通过”与“过境通行”相比有诸多明显不同，简而言之，前者比后者对于航空器及船舶潜水器要求严格许多且前者允许沿海国进行全面管辖甚至基于安全等原因停止通过，而后者则在公约中明确指出沿海国不应予以禁止。两者比较还有诸多不同，不是本文重点，具体可参见白桂梅：《国际法》，北京大学出版社 2006 年版，第 377 页。

在西北航道并不享有一般意义的过境通行权。⑲从法律实证主义的角度出发，现行法的有效性要求我们在认定关于西北航道的地位时必须考查其特殊的航行制度。

（一） 加拿大国内法所造成的法律特殊性

西北航道独特的法律地位首先缘于其被加拿大实际管辖，即加拿大国内法是造成西北航道特殊地位的一大原因。一九六八年，特卢多开始就任加拿大总理，他自上任伊始就执行了强硬的外交与安全事务政策。这与上任皮尔孙政府完全不同。⑳在一九六九年四月十五日，特卢多发表了关于北极地区的主旨声明。声明措辞异常强硬并明确指出，北极属于加拿大的主权范围，这是显而易见的事实，加拿大自古以来就享有对北极的主权，尽管有一些国家对此质疑，但这是不容置喙的。[21]然而，一九七零年，美国突然宣布“曼哈顿号”油轮即将穿越西北航道。美国政府的如意算盘是，一旦美国曼哈顿号畅行无阻地通过西北航道，将意味着西北航道的国际商业航行先例被开启。而加拿大政府显然意识到，这极有可能会使其他国家起而效仿。这意味着加拿大宣布北极航道主权的做法将成为毫无意义的事情。而鉴于当时冷战背景下的国际局势，加拿大政府意识到直接采取提出对西北航道主权是不现实的，因而以单边立法的形式控制北极地区的群岛航运、进而控制西北航道，而立法的理由则是为了防治北极区域的环境污染。

---

⑲ James Kraska. The Law of the Sea Convention and the Northwest Passage. The International Journal of Marine and Coastal Law. Vol. 22. No. 2. 2007. P.271.257.

⑳ D. M iddlemiss and ,J. Sokolsky, Caraadiara Def erase: Deci.sioras arad Determiraarat.s, Toronto: Harcourt Brace, Jovanovich, 1989, pp. 1, 259.

[21] J.Beesley“Canadian Practice in International Law During 1969 as Reflected in Public Correspondence and Statements of the Department of External Affairs,”Canadian Yearbook of International Law，N o. 8, 1970, pp. 337, 343.

次年二月，加政府外交部长哈葡在接受记者采访时表示，西北航道随时向曼哈顿号敞开大门。当必要时，加拿大政府的破冰船将提供援助。但他同时表示“西北航道是加拿大的水域”，任何船舶在不能排除其没有污染水域的可能性之前加拿大将拒绝放行。此后，加拿大交通事务局表示，将会拦截未以合理理由不接受破冰船帮助的外国船只。[22]自此之后，加拿大开始了以防治水污染为主要立法目的的立法活动，力图通过国内实证法将西北航道纳入自己的内水主权范围。而曼哈顿号的首度商业航行亦为加拿大宣布对其拥有主权的界碑。[23]

一九七零年四月八日，加拿大议会颁布《北极地区水体污染防治法》，而西北航道所处的水域正好位于该法认定的加拿大所控制水域中。因为南起北纬六十度，西至西经一百四十一度、东至西经六十度之间的北极区域被确定为该法所认定的“极地水域”。如该法顺利施行，意味着加拿大北极领土边界以北超过一百海里的水域将被加拿大控制。该法序言指出，“我们意识到，加拿大北部的冰域、水体及航路对于环境生态平衡以及人类经济、文化交流和商贸往来更重要的是保障加拿大的战略安全具有不言而喻的意义。同时我们也深信由此加拿大政府负有保护我们北部区域和平、安定和免遭环境污染的神圣使命。这些使命包括采取必要的监管措施确保北部水体的清洁、极地地区生物资源和矿场资源的可持续开发利用，建立有效的航路运输监管体系确保使用航路的一切船舶不会因之影响加拿大的领土范围，并尽

[22] John Kirton and Don Munton,“"The Manhattan Voyages Their Aftermath.”in f'ranklyn Griffiths, eds. , Politics of the Northwest Passage.

[23] Andrea Charron, "'The Northwest Passage in context,” Canadian Military ,Journal, Winter 2005-2006, p. 43.

力保护爱斯基摩人的传统生活方式免遭侵扰、维持极地地区的生物多样化及环境系统稳定”。[24]该法第十一条第一款表明，加政府可以在北极地区明确划出航运禁止区域，或划定某水域规定进出日期。而第十二条第一款则进一步规定，通过航行区域的船舶动力传动装置、携带货物性质、导航系统等方面亦需要由政府制定清单。第二款第一项直接规定，加政府或海岸警卫队有权依法扣押未达到法律规定要求的船舶或在不恰当的时期进入禁航区的船舶或在能见度过低、航线封冻时不接受导航指引的船舶。当然，法律也尊重国际公法上之主权豁免制度。本款第二项则规定了豁免条款，即当属一国或一国当局所拥有的船舶或执行公务的船舶，持有当局颁发认可的文件则可享有扣押豁免权。[25]该法还明确规定，超过三百吨以上的船只在进入北极群岛一百海里内的内水前的二十四小时前应向加拿大海岸警卫队汇报，加拿大当局拥有自由裁量权以决定是否批准。显而易见，《北极水域污染防治法》的问世不但是强化加当局对北极地区水体污染防治的立法，而实质上加拿大则“主张了对于北极地域的主权”，起码是现实上的管辖权。[26]尽管加拿大的单边主义做法客观上受到了美国等国家的激烈反对，然而加拿大的立法无疑为其在一九八五年划定直线基线前保证了对北极地区海域的最大限度控制。

除《防治法》外，加拿大于二零零一年出台了《加拿大航行法》，根据该法二十六条规定，该法适用于在加拿大内水和专属经济区的一

---

[24] Arctic Waters Pollution Prevention Act, Preamble.
[25] AWPPA, Article11,(1);12.
[26] R.S.Reid,''the Canadian claim to sovereignty over the waters of Arctic,”The Canadian Yearbook of Intertnational, 1974, pp. 111-136.

切船只。[27]该法要求任何进入加拿大控制水域尤其是海峡内的船只，无论其性质均应提前申报，并必须携带导航系统以减小自身可能造成的倾覆危险。[28]加拿大的这一立法毫无疑问是一箭双雕：首先以航行安全为名要求所有船只首先要获得许可才可进出海峡，并且这一立法符合《海洋法公约》之规定，因为公约允许海峡沿岸国为航行安全和防止污染规定必要的通行规则，调节航船航路。[29]这样，通过航行法，加拿大政府便可以控制进出其海峡的船只而无需估计海峡的性质。

（二）UNCLOS 中的“北极例外”

用国际法审视这一问题的话，《北极水域污染防治法》实施后形成的“北极例外”使得西北航道具备了其他国际海峡所不具备的独特性。

在国际法规范领域，西北航道之所以区别于其他国际海峡，盖因《北极水域污染防治法》所规定的“北极例外”。

尽管加拿大在颁布《北极水域污染防治法》后屡次重申无心阻止他国船舶的无害通过，而事实上如前所述，却是将西北航道纳入本国管辖。加拿大深知自己以环保为名颁布的法律大肆扩张了自己的管辖权，及于本国法不应管辖的公海之上，不但与当时的国际法相违背，也招致美国等国家的激烈反对。因而将其国内法的相关规定上升为国际条约或习惯无疑会使得加拿大的做法具有合法性。恰逢此时，第三次海洋法会议的开幕为加拿大提供了最好的契机。尽管在会议开始时

---

[27] Canada Shipping Act, 2001 S.C., ch. 26 § 166

[28] Canadian Shipping Act, R.S.C., ch. S 9 § 562.1

[29] UNCLOS，Art.43.

海洋强国美国、苏联等等坚决要求西北航道的国际海峡地位，但是随着加拿大的游说，各国逐渐倾向于认定西北航道具有国际海峡地位的同时，也应在一定条件下允许加拿大实施自我保护。尤其是瑞典、冰岛乃至苏联等北极周边国家的支持使得加拿大政府对西北航道拥有了事实上的管理权，北极例外亦使得西北航道与众不同。北极例外这一模式最终得到国际法承认得益于一九八二年《联合国海运法公约》的签订，[30]自此，加拿大官方实际上控制了西北航道。根据直线基线划定的北极领海基线，西北航道所在海域在北极群岛外缘的范围内，[31]而直线基线法划定北极领海基线则是源于一九八五年加拿大出台的《领海地理坐标（第 7 号区域）命令》。一九八七年，加拿大再次重申对西北航道行使“全部主权”。由此产生的争端迫使美国与加拿大于一九八八年一月一日缔结《北美合作协定》，美国承诺其船只的通过将事先申请，但是“本协定之内容不改变双方的立场”。

然而，加拿大并没有采取垄断航行权力的措施，来阻止其他的国家船舶的航行，而是采取相对宽松的登记来控制航行。具体来说，西北航道的船舶都需要到加拿大海岸线警卫处登记。加拿大总理曾公开表明 “一些国家可能原则上反对我们的做法，因为他们不承认我们（对“西北航道”）拥有主权，但是在北极地区确立某种权威，某种环

[30] UNCLOS, Article236.第 236 条冰封区域之规定“沿海国有权制定和执行非歧视性的法律和规章，以防止、减少和控制船只在专属经济区范围内冰封区域对海洋的污染，这种区域内的特别严寒气候和一年中大部分时候冰封的情形对航行造成障碍或特别危险，而且海洋环境污染可能对生态平衡造成重大的损害或无可挽救的扰乱。这种法律和规章应适当顾及航行和以现有最可靠的科学证据为基础对海洋环境的保护和保全”。

[31] The Territorial Sea Geographical Co-ordinates (Area7) Order of 10September1985.

境方面和商业方面的权威最终符合所有人利益”。[32]

可以看出，西北航道在国际法上法律地位应当归属于国际海峡，其他国家可以有相应的航行通道的权利。同时西北航道特殊的地理位置，根据国际法尊重主权的基本原则以及各国国际法实践，加拿大不可能放弃对西北航道的主权。因此，笔者认为除应当结合《联合国海洋法公约》中北极例外对加拿大必要限制外，还需结合国际法的基本原则来平衡其他国际的权益。

四．西北航道的国际法律地位的确定

（一） 国际海峡的定义与通行

如前所述，加拿大和以美国、欧洲国家为代表的其他国家之所以在西北航道问题上产生纠纷，争议点在于海峡性质及其所适用的航道通行制度。[33] 国际海峡即“用于国际航行之海峡”。在一九四九年科孚海峡案中，联合国国际法院在其判决里首度定义了国际海峡。国际法院指出，用于国际通行的海峡，具有决定意义的应为该海峡连结公海的两部分，并且该海峡的国际通航应相当频繁。国际法院的上述观点被一九五八年的《领海与毗连区公约》所接纳，并将无害通过制度扩大到连接公海和一国领海的海峡。[34]尽管尚未有国际公约对于国际海峡的定义作出明确规定，但是通过国际法院的判决可以看到，国际

[32] 人民网：“加拿大‘抓紧’基地航道”，http://military.people.com.cn/GB/52938/69456/7745552.html，最后访问于 2013 年 12 月 14 日。

[33] 刘慧荣、刘秀：《西北航道的法律地位的研究》，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版），2009 年第 5 期。

[34] 马呈元、李居迁等：《国际法》（第三版），中国人民大学出版社 2012 年版，第 144 页。

法院认为国际习惯法对于国际海峡的定义需满足地理标准和功能标准。[35]地理标准即国际海峡之两端应联接公海或专属经济区；功能标准指的是此海峡经常用于国际航行。然而，在决定国际海峡地位时，地理标准和功能标准不处于同一地位。[36]地理标准一旦满足，除非在极端情况下由于地质性变化导致地貌形态完全改变，否则短时间内难以改变，为国际海峡构成的形式要件；功能标准则体现了海峡在海洋贸易中对人类的价值性，航海功能的变化使其功能程度的发挥产生扩张或收缩，是国际海峡的实质构成要件。[37]在科孚海峡案里，在判决中指出前者是国际海峡法律地位确定的决定性要素，后者为起到的仅是辅助性的次要作用。然而，地理标准是在直线基线划定后就固定不变的，而功能标准会随着各国航海技术的提高而不断变化，即各国会逐渐对地区偏远、环境艰苦等不利因素加以克服。[38]若无国际通行的功能，即使满足地理标准也无意义。

而作为国际海峡，《联合国海洋法公约》则明确规定了适于船舶与航空器的过境通行制，即所有船舶与飞机均享有无害通过之权利。尽管针对军舰是否亦享有无害通过权目前仍未有定论，但笔者以为，无论是军舰与非军舰都有为了航行为目的带来的便利。船舶的性质不能决定船舶通过海峡时是否是有害或者无害，因而没有必要限定只有

---

[35] 有学者认为该标准为1982年《海洋法公约》所吸收，笔者持不同观点。尽管《海洋法公约》第三十七条明确规定过境通行适用于在公海或专属经济区的一个部分和公海或专属经济区的另一部分之间的用于国际航行的海峡。但这只能说明过境通行的适用范围，不能直接表明国际海峡的构成要件。当然无论如何，这只是习惯法与公约成文法之间的区别。

[36] 熊鸣子、颜汉：《轮北方海航道的法律地位》，载于《知识经济》2014年第7期。

[37] 李志文、高俊涛：《北极通航的航行法律问题探析》，载于《法学杂志》（各科专论）2010年第11期。

[38] 刘慧荣、刘秀：《西北航道的法律地位的研究》，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版），2009年第5期。

非军舰才享有无害通过权。在科孚海峡案判决中，国际法院亦明确指出各国军舰享有在和平时期无害通过可用于国际航行的海峡，且不必事前取得沿岸国家的许可，并指出这是获得各国普遍认同并符合国际习惯的。因而，所有船舶包括军用船舶享有国际海峡之无害通过权受到国际法的肯定，并成为了国际习惯法的一部分。

（二） 西北航道属于国际海峡

只有当地理标准与功能标准同时具备，才能最终承认和确立西北航道为国际海峡的国际法地位。

从地理位置看，西北航道位于加拿大北端，自西向东沟通太平洋与大西洋，连接了波福特海（Beaufort Sea)、楚克奇海(ChukchiSea)、白令海峡、巴分湾（Baffin Bay)、戴威斯海峡（Davis Straits)、拉布拉多海（Labrador Sea)，两端均为公海或专属经济区，其符合国际海峡的地理标准并无太大分歧。[39]稍具争议的是在于一九七零年加拿大主张十二海里的领海基线因而相应地扩大了其领海面积，从而使得西北航道的一部分—西北航道的地位巴罗海峡和威尔士亲王海峡此两个构成航道的海峡成为其内海一部分。但以笔者之见，这对于西北航道是否属于国际法上的国际海峡并没有决定性的影响。

[39] PAME Working Group. AMSA 2009 Report. 2009. p21

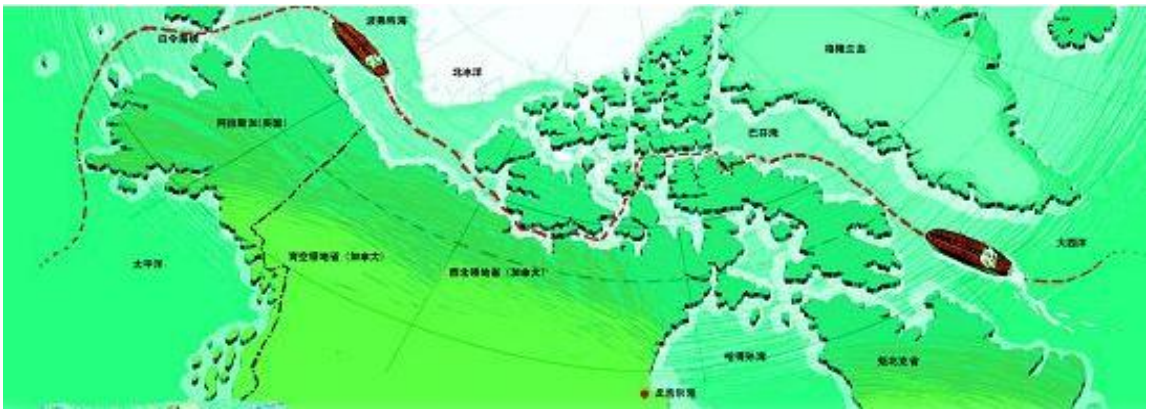


图 2:西北航道地理示意图

国际法学界在西北航道能否满足功能标准这一问题上存在分歧，分歧的核心问题就是其并非经常性的国际航道。[40]笔者认为，在国际法上并没有对于国际海峡利用程度进行完全衡量的法律依据，同时，通航实例的数量并不能作为判断充分程度的唯一标准，必须考虑到现有技术水平以及自然条件对于通航能力的影响。随着技术条件的改善，西北航道的航运能力必将超越传统的运输航线，其利用程度将会有显著地提升。显然，其实质要件呈渐渐强化之趋势，满足“国际通行”之标准显而易见。[41]如前所述，笔者认为，与地理标准相比，功能标准在决定海峡性质的国际法之地位的议题上更为重要，所以西北航道作为国际海峡的国际法地位将从根本上得以确定。综上所述，西北航道在通航的充分程度上的确有一定的特殊性，但这并不影响其作为国际海峡的性质。

五．西北航道通行模式的构建

[40] James Kraska. The Law of the Sea Convention and the Northwest Passage[J]. Defense Requirements for Canada’s Arctic, Vim paper 2007.

[41] 刘海裕、汪筱苏：《论国际法上北极航道的通行权问题》，载于《黑龙江政法管理干部学院学报》，2012 年第 1 期。

中国虽非毗邻北极，西北航道的开通仍对我国航运、贸易以及未来国家发展具有至关重要的战略意义。西北航道开通后，若依据通行模式我国能够顺利通过西北航道进行与大西洋沿岸国家的远洋运输，将大大节省运输成本、提高运输效率。所以，我国应从国际法出发，寻求建立既符合我国国家利益又符合国际法规范的通行模式与体制机制，这不仅能够促进世界各国对于北极事务的交流合作，更有利于我国在这一问题上话语权的提高。

就像之前分析的那样，西北航道的国际海峡地位已经得到了国际社会普遍认同，但是特殊之处已经为国际社会认识与探讨。坚持符合国际法的基本立场亦是符合中国利益的，即我国应首先承认西北航道符合国际法上国际海峡的要件，同时看到其实证法上通行制度的特殊性，进一步探索构建符合我国利益的航道通行模式。[42]

相较于冻结各国对南极领土要求的《南极条约》，北极地区并没有一个完整规范的条约或公约的存在。西北航道国际法律地位与通行权问题一直是各个利益相关方争议的焦点。中国积极借助多边协商的平台发挥积极与建设性的作用，符合我国的国家利益。北极斯匹茨卑尔根群岛主权纠纷的解决为我们提供了一个有启发性的借鉴。

《关于斯匹茨卑尔根群岛的条约》，即《斯瓦尔巴条约》，是截至目前有关北极地区领土水域争端唯一的具有国际法约束力的条约。

[42] 李志文、高俊涛：《北极通航的航行法律问题探析》，载于《法学杂志》（各科专论）2010年第11期。

[43]各国就斯瓦尔巴群岛于1920年签订了《斯匹茨卑尔根群岛条约》，按照该条约，斯瓦尔巴群岛水域成为非军事区。这也是北极地区及至目前独一无二的非军事区。签约各国认可斯批次卑尔根群岛主权归属于挪威。挪威政府亦保证解除该群岛水域用于战斗性的武装（用于安全管理性可存在）当然其他国家亦应遵守本地域非军事化规定。条约签署国的国民可在服从条约之规定以及挪威的国内法的条件下，不受限制地前往斯瓦尔巴群岛水域开展渔业等活动。[44]简而言之，首先确认了挪威对该群岛拥有领土主权，其次又以条约法的形式保障了缔约国的群岛地区及水域通行惠益制度，即《斯瓦尔巴条约》的签署国可以基于正当理由自由进出该区域，享有通行便利权。各国共同保障该地区的和平化。《斯瓦尔巴条约》取得了成功，一方面，相关各方的通行权利都得到了国际法的有效保障；另一方面，这为全球范围内妥善解决海洋权益纠纷提供了经验支持。根据一般国际法理论，国家主权具有绝对性与排他性。而依据《条约》之规定，挪威对于群岛享有较为特殊的主权，即在条约所规定之范围内享有完全意义的主权，但这是受到条约适用限制的主权。当然，对于非条约的缔约国来说，挪威对于斯瓦尔巴群岛仍具有完整意义的主权。

因而，就西北航道讲，我国可以宣布承认加拿大对此航道享有主权，而另一维度上学习国际社会订立《斯瓦尔巴条约》的经验，以积极姿态推动各国缔结具有国际法效力的国际公约，明确约定缔约

[43] 闫铁毅：《北极航道所涉及先行法律体系及完善趋势》，载于《学术论坛》2011年第2期。
[44] 曾望：《北极争端的历史、现状及前景》，载于《国际资料信息》，2007年第10期。

国拥有无害通过的权利。一方面保证了航道作为国际海峡可过境通行的权利另一方面也保障了加拿大对该海峡所应享有的主权。在此基础上，还必须尽力在条约制定时争取话语权，订立在最大限度上符合我国利益的航行条约。条约制定之后，仍应认真审议，考量从我国实际利益和国际法之拘束力，做出签署、批准及对某些条款予以保留的决定。[45]盖然，笔者主张，中国对于制定该条约的努力不能脱离《联合国海洋法公约》所规定的框架体系，毕竟《海运法公约》制定以来的数十年间在解决海洋事务方面发挥了不可替代的关键性作用，其主体多元、内容全面的优势一定能够为北极纠纷提供具备较高可行性的相对理想的方案。[46]倘若促成国际社会签署类似于《斯约》的有关西北航道的条约尚存难度，我国则应该尽快与加拿大政府签订类似于一九八八年美加《北美合作协定》的双边条约。在该条约中由于我国可与加方达成一致，在中方船只满足条约要求时通过西北航道。诚然，签订双边条约比起致力于所及社会达成公约，需要满足更多诸如费用、通报、时间等方面的条件，但作为后者短时间难以达成之方案，实为可取，而双边条约的签订亦有助于日后国际社会达成普遍认同的国际公约。

其次，中国应以开放、积极的姿态与近北极国家联系，开展多方面交流，并努力参与极地多边国际机构。二零一三年，我国成功获得北极理事会的永久观察员身份，这一身份不仅赋予我国列席参加理事

[45] 刘慧荣、刘秀：《西北航道的法律地位的研究》，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版），2009 年第 5 期。

[46] Mark Jarashow, Michael B. Runnels & Tait Svenson, UNCLOS AND THE ARCTIC: THE PATH OF LEAST RESISTANCE, Fordham International Law Journal, Vol 30, May 2007 , P1652.

会会议的资格，还使得我国有权针对北极议题发表观点。[47]这种认可使得中国有能力在西北航道使用规则的制定过程中发挥重要影响力。除此以外，对于条约没有涵盖的领域，我国亦应该基于航行需求与战略利益之考查，在国际法框架下多多争取与相关北极国家一同签署多边条约。就西北航道的资源开发、通行权益等方面做出多边安排，合作共赢、互信互利，[48]更好地维护我国在西北航道上的航行权益。

六．结论

即使目前西北航道还未进入到综合开发阶段，其价值和功能没能充分发挥，但是随着全球变暖而引发的西北冰盖缩小的事实使得西北航道问题得到越来越多的关注，利益牵涉的各国先后针对其提出相应主张和要求。按照国际法的规定，西北航道在性质上属于国际海峡。但是，北极的例外性使问题更为复杂。加之加拿大对西北航道建立的航行制度使得各国在其中的船只权利义务受到事实上的影响，因此，西北航道在实证法意义上具备特殊性质。在这种现实情势下，我国有两种路径选择。其一，审时度势，在国际社会范围内，在国际法的经验指引下，努力推动多边条约的签订。其二，对加拿大关于西北航道的主权予以承认和尊重，并与其订立双边条约并努力参与极地多边国际机构，增强我国在极地事务上的话语权，争取享有条约下西北航道的通行权利。

---

47 中新网：“中国成为北极理事会正式观察员国 将享合法权利”http://www.chinanews.com/gj/2013/05-15/4822384.shtml，最后访问于2013年12月14日。

48 陈立奇:《南极和北极地区在全球变化中的作用研究》，载于《地学前缘》2002年第4期。

作者签名：

参考文献

[1] 刘慧荣、刘秀：《西北航道的法律地位的研究》[J]，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版），2009 年第 5 期。

[2] 郭培清等：《北极航道的国际问题研究》[M]，北京：海洋出版社 2009 年版，第 108-110 页。

[3] 傅崐成：《海洋法专题研究》[M]，厦门：厦门大学出版社 2004 年版，第 156 页。

[4] 马呈元、李居迁等：《国际法》（第三版）[M]，北京：中国人民大学出版社 2012 年版，第 144-146 页。

[5] 李志文、高俊涛：《北极通航的航行法律问题探析》[J]，载于《法学杂志》（各科专论）2010 年第 11 期。

[6] 陈立奇：《南极和北极地区在全球变化中的作用研究》[J]，载于《地学前缘》2002 年第 4 期。

[7] 刘惠荣、韩洋：《北极法律问题：使用海洋法基本原则的基础性思考》[J]，载于《中国海洋大学学报》（社会科学版）2010 年第 1 期。

[8] 刘海裕、汪筱苏：《论国际法上北极航道的通行权问题》[J]，载于《黑龙江政法管理干部学院学报》，2012 年第 1 期。

[9] 闫铁毅：《北极航道所涉及先行法律体系及完善趋势》[J]，载于《学术论坛》2011 年第 2 期。

[10] 曾望：《北极争端的历史、现状及前景》[J]，载于《国际资料信息》，2007 年第 10 期。

[11] 刘洪滨、倪国江：《加拿大海洋事务研究》[M]，北京：海洋出版社 2011 年版，第 25-30 页。

[12] 北极问题研究编写组：《北极问题研究》[M]，北京：海洋出版社 2011 年版，

第 314 页。

[13] 百 度 百 科 ：http://baike.baidu.com/link?url=0EWO6zINWPozauQoF3QLk4KZ-4ZiEdzWdTqg0_hOogu--XiisWPYVoEp1TE2ulKA1vqslZ7wDuGLHuM3ZlYYZ ,最后访问于 2013 年 12 月 12 日。

[14] 中新网：“中国成为北极理事会正式观察员国 将享合法权利”http://www.chinanews.com/gj/2013/05-15/4822384.shtml，最后访问于 2013 年 12 月 14 日。

[13] 人民网：“加拿大‘抓紧’基地航道”，http://military.people.com.cn/GB/52938/69456/7745552.html，最后访问于 2013 年 12 月 14 日。

[15] Donate Pharand. Canada's Arctic Waters.International Law[J]. 1988(187).

[16] Donate Pharand. The Northwest Passage, Arctic Straits of the World[J].1984(1).

[17] Geroge V. Galdorisi &Kevin R. Vienna. Beyond the Law of the Sea: New Directions for U.S. Oceans Policy[M].1997:P118

[18]B.J.Theutenberg.The Arctic Law of the Sea[A]. NIJL. 1983: 3-39.

[19] Center for Oceans Law and Policy. International Energy Policy[J]. The Arctic and The Law of The Sea.2005(287).

[20] Donate Pharand. Canada's Arctic Waters.International Law[M]. University of Ottaw Press, 1985.P185

[21] Declarations and Statements: Canada @htttp:www.un.org Depts los convention_ agreements convention- declarations. htm#Canada.25 February 2011.

[22] Donald R. Rothwell, The Canadian-U.S. Northwest Passage Dispute: A Reassessment.[J] 26 Cornell Int'l. J. 1993(348)

[23] Mike Perry, Rights of Passage:Canadian Sovereighty and International Law in the Arctic.[J]74U. Det. Mercy L. Rev. 1997(657)

[24] PAME Working Group. AMSA [R]2009 Report. 2009.

[25] James Kraska. The Law of the Sea Convention and the Northwest Passage.[J] The International Journal of Marine and Coastal Law. Vol. 22. 2007(2)

[26] Mark Jarashow, Michael B. Runnels & Tait Svenson, UNCLOS AND THE ARCTIC: THE PATH OF LEAST RESISTANCE[J], Fordham International Law Journal, Vol 30, May

2007 .

[27] J.Beesley“Canadian Practice in International Law During 1969 as Reflected in Public Correspondence and Statements of the Department of External Affairs,” [G]Canadian Yearbook of International Law，N o. 8, 1970, P 337, 343.

[28] Andrea Charron, "'The Northwest Passage in context,” [J]Canadian Military ,Journal, Winter 2005-2006.

[29] Arctic Waters Pollution Prevention Act, Preamble.

[30] AWPPA, Article11,(1);12.

[31] R.S.Reid,''the Canadian claim to sovereignty over the waters of Arctic,”[G]The Canadian Yearbook of Intertnational, 1974, p. 111-136.

[32] Canada Shipping Act, 2001 .

[33] UNCLOS，Art.43,236.

[34] The Territorial Sea Geographical Co-ordinates (Area7) Order of 10.1985.

[35] Mark Jarashow, Michael B. Runnels & Tait Svenson, UNCLOS AND THE ARCTIC: THE PATH OF LEAST RESISTANCE[J] Fordham International Law Journal, Vol 30, May 2007 .

后 记

《西北航道的国际法律地位分析》一文自动笔至形成终稿历时近一年。在2013——2014 冬季学期我参加了法大的空间法模拟法庭课程和赛队。期间为了阅读了一些关于国际海洋法、空间法等方面的书籍、文章，尤其是大量外文文献发人深省。模拟法庭结束后已经是去年元月，我希望把模拟法庭竞赛期间看到的文献所产生的一些想法写下来，由此写出了两篇论文。一篇国际人权法领域的文章经过反复修改已经发表，另一篇即本文，在两易题目后终以此为题。

需要特别指出的是，我的两篇论文，无论是发表的一篇还是此文均由国际法学院郭红岩教授指导，郭老师为了指导好我的文章花费了大量时间与精力，郭老师严谨的态度与广博的学识也深深影响了我，为我以后从事学术研究树立了榜样。还要感谢国际法学院副院长李居迁教授，李老师是我模拟法庭的指导老师，对于启发我的论文思想以及平常研究中遇到的问题给予了无私帮助。再次感谢郭老师的指导和李老师的帮助。

关于北极航道法律问题的研究，在其属性为“国际海峡”之地位的分析前人之述备矣。但就加拿大国内立法研究尚显不足，没有多少学者认真研读加拿大国内的相关立法文本。诚然，我水平十分有限，如果这篇文章还不至于不堪卒读，我也十分欣慰了。

驳“日本有条件投降”论

管建强※

摘　要：第二次世界大战日本无条件投降后，日本右翼经常提出无条件投降的仅仅是日本军队，不包括日本天皇和日本政府。伴随着日本执政党领导人极力推进解禁日本集体自卫权的进程，鼓吹“日本有条件投降”的论调更是沉渣泛起。日本是有条件投降还是无条件投降的争论持续不断。这场争论关乎日本是否享有剩余主权废弃和平宪法的问题，涉及到东京审判中审判日本内阁官员的合法性问题。本文认为，无条件投降不受“双边无条件”的限制；《波茨坦公告》确认《开罗宣言》各项条款必须履行，而《开罗宣言》的核心内容之一就是要求日本无条件投降；日本的无条件投降并不限于日本军队，也包括日本天皇和日本政府；同盟国不攫取日本固有领土、承认战后日本国体的宗旨早在日本提出“保留”之前就已经确定，与日本最终提出“不变更天皇统治大权”毫无关系。

关键词：无条件投降　中日关系　《波茨坦公告》　有条件投降

引文

1943 年 1 月 24 日卡萨布兰卡会议结束之际，罗斯福总统在记者招待会上第一次公开使用了“无条件投降”（unconditional surrender）的词语。[49] 随后盟国各种文件多次使用了这一术语。例如，中、苏、美、英在莫斯科签署的《普遍安全宣言》一致通过无条件投降原则，大大缓和了美英与苏联的矛盾；1943 年 12 月 1 日中、美、英公开发表《开罗宣言》重申无条件投降原则，[50]从而坚定了各国的信心，加强了互相合作，使中、苏、美、英各国的战略开始朝着比较协调的方向发展，保证了同盟国总战略的实施；1945 年 2 月 11 日的《雅尔塔公报》也重申此项原则。第二次世界大战结束时，德国通过 1945 年 5 月 7 日的

※　华东政法大学教授，博士生导师，华东政法大学东方毅军事法研究中心主任。国家社会科学基金重大项目“构建中国特色军事法制体系的核心问题研究”（14ZD035）首席专家，此文为该项目的阶段性成果。

[49]卡萨布兰卡会议是指由美国总统罗斯福和英国首相丘吉尔参与的、自 1943 年 1 月 14 日至 24 日在摩洛哥的卡萨布兰卡举行的会议。会议讨论了第二次世界大战晚期非洲、地中海、太平洋战局和尔后对轴心国作战的问题，并就加强对德国的轰炸、土耳其在战争中的立场以及殖民地的命运问题进行磋商。会议结束后，罗斯福总统于 24 日在卡萨布兰卡记者招待会上宣布，同盟国将把德、意、日的战争进行到这三国“无条件投降为止”。

[50] 1943 年 12 月 1 日，中、美、英三国领袖、发表公报声明如下：我三大盟国此次进行战争之目的，在于制止及惩罚日本之侵略，三国决不为自己图利，亦无拓展领土之意思。三国之宗旨在剥夺日本自从一九一四年第一次世界大战开始后，在太平洋上所夺得或占领之一切岛屿；在使日本所窃取于中国之领土，例如东北四省、台湾、澎湖群岛等，归还中华民国；其他日本以武力或贪欲攫取之土地，亦务将日本驱逐出境。我三大盟国稔知朝鲜人民所受之奴隶待遇，决定在相当时期，使朝鲜自由与独立。　　根据以上所认定之各项目标，并与其他对日作战之联合国目标一致，我三大盟国将坚忍进行其重大而长期之战争，以获得日本无条件投降。

兰斯投降书和 8 日的柏林投降书适用了该原则，日本通过 1945 年 9 月 2 日的投降书适用了该原则。[51]

日本在 1945 年 9 月 2 日向同盟国做出无条件投降的承诺，是国际社会和广大中国人民的共识。可是，长期以来日本右翼不时地鼓吹“日本是有条件投降”的论调，在中国也有是非不辨的个别学者传播这种观点。例如，2012 年 9 月中日钓鱼岛领土主权争端升级以来，国内就有学者认为日本政府并没有向同盟国投降，投降的仅仅是日本军队。[52]由此，日本是有条件投降还是无条件投降的争论持续不断。这场争论关乎日本是否享有剩余主权废弃和平宪法的问题，涉及到东京审判的法律依据是否有效等问题。从法理和逻辑层面来看，日本右翼强调的无条件投降仅适用于日本军队的潜台词是：第一，既然日本军队向同盟国做出无条件投降，那么，《波茨坦公告》言明的审判战争罪犯，其被控主体只能是军队成员。而日本政府等方面并非是无条件投降的，所以东京审判对日本政府文职领导人的定罪是缺乏法律基础的；第二，日本投降条件是“不变更天皇统治大权”为前提的，战后天皇的地位依然保留着。无条件投降的主体不包含代表日本国主权的天皇，因此，日本当然有权成为一个正常的国家，而正常的国家当然拥有修改、废弃禁止战争权限的条款。

鉴于“日本有条件投降论”与历史事实严重不符，其用心也不易识别，为此有必要以事实和法理为依据对此主张做深入的辨析和驳斥。

一、日本右翼否认日本无条件投降的代表性观点

最早对“无条件投降”进行歪曲的，是远东军事法庭开庭审理日本战犯时的日本辩护律师。当时，就管辖权问题，首席检察官季楠和检察官卡尔指出：四大国于 1945 年 8 月 11 日发出了回馈，“天皇与日本政府统治国家之权利，应听命于盟邦统帅。盟邦统帅可采取其所认为适当之各项步骤，以贯彻此等投降条件。”对此日本被告的辩护团副团长清濑一郎律师无言以对，只是转换话题，炮制出所谓的日本国没有投降、投降的是日本军队的奇异主张：“两检察官认为日本的投降是无条件的投降，可是《波茨坦公告》第 5 项是‘以下为吾人之条件……’，是附条件的无条件投降。虽然《波茨坦公告》第 13 项出现了无条件投降的表述，但这是命日本政府向日本军队宣布无条件投降。因此，不是日本政府、日本国民的无条件投降。虽然投降书第 5 条写有服从最高司令官的命令，但也只限于最高司令官依据《波茨坦公告》授权的合法的命令，[53]并非最高司令官的一颦一笑都

[51] [法]夏尔•卢梭：《武装冲突法》，中国对外翻译出版公司 1987 年版，第 155 页。

[52] 冯玮：《日本是‘无条件投降’吗？》，《炎黄春秋》2013年第 3 期，第56-57页。

[53] 《波茨坦公告》第 13 项，‘吾人通告日本政府，立即宣布所有日本武装部队，无条件投降。并对此种投

要听从。”[54]

1978 年，日本文艺评论家江藤淳与本多秋五之间展开了一场“无条件投降的争论”[55]。关于投降的问题，江腾认为接受《波茨坦公告》条件的投降并不是无条件投降，公告中出现的无条件投降仅仅是指日本军队，所以主张日本国没有无条件投降。本多认为《波兹坦公告》既然明确了日本必须接受《开罗宣言》主张的无条件投降，那么日本的投降其实就是“无条件投降前提之下存在着有条件投降”。[56] 本多所谓的“无条件投降的前提之下存在着有条件投降”无非是说：《波兹坦公告》既重申要求日本国无条件投降（第 8 项），又命令“通告日本政府，立即宣布所有日本武装部队，无条件投降”（第 13 项），这就是所谓的“无条件投降的前提之下存在着有条件投降”的内涵之一。另外，《波兹坦公告》第 5 项有规定：“以下为吾人条件，吾人绝不更改，亦无其他另一方式，犹豫迁延更为吾人所不容。”因此，同盟国在《波兹坦公告》中提出的不可克减的条件（第 5 项至 13 项）就可被视为“无条件投降的前提之下存在着有条件投降”的那些条件。

对此争论，日本宪法学者青山武宪认为日本是在维持国体的条件下终结武装冲突的，是有条件的投降。[57]国际法专家高野雄一也在日本《朝日新闻》报纸上撰文表示，与德国不同，日本是在政府的存续被承认的情况下的投降，因此他认为，否定无条件投降的江藤观点是正确的。“日本是诸条件明示的情况下，同时也维持主权的投降约定”。[58]

东京大学教授小堀桂一郎也认为： 德国政府被政府、消灭后处于同盟国完全的支配下，日本政府与同盟国之间法律关系的基础不同于德意志与同盟国之间法律关系

诚行为予以适当之各项保证。除此一途，日本即将迅速完全毁灭’。

[54] [日]富士信夫：《私の見た東京裁判》，講談社学術文庫 1988 年版，第 82-84 页。

[55] 参见[日]江藤淳《全文芸時評》，《もう一つの戦後史》，《本多秋五全集》第 13 卷。

[56] [日]本多秋五，《波紋呼ぶ無条件降伏論争》，《朝日新聞》1978 年 9 月 16 日夕刊。

[57] [日]2000 年（平成 12 年）2 月 24 日，第 147 回衆議院宪法調査会《日本国憲法に関する件（日本国憲法の制定経緯）》，参考人青山武宪(日本大学法学部教授)的答辩。日本国众议院网，http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/008914720000224003.htm 最后访问日期：2015 年 1 月 23 日。

[58] [日]高野雄一，《無条件降伏論争の問題点（上）》，《朝日新聞》，1978.10.2 夕刊。所谓“无条件投降的前提之下存在着有条件投降”说辞不排除有二种解释：第一，1943 年 12 月 1 日，中、美、英三国首脑在《开罗宣言》中宣示：“我三大盟国将坚忍进行其重大而长期之战争，以获得日本无条件投降。”1945 年中、美、英、苏在促令日本投降的《波兹坦公告》第 8 项再次重申“开罗宣言之诸项条件必须实施”，《波兹坦公告》第 13 项又宣布“吾人通告日本政府，立即宣布所有日本武装部队，无条件投降”。因此，在《波兹坦公告》中既出现了命令日本国无条件投降的用语，也出现了命令“日本政府，立即宣布所有日本武装部队，无条件投降”的用语。这是所谓“无条件投降的前提之下存在着有条件投降”的内涵之一；第二，《波兹坦公告》第 8 项再次重申“开罗宣言之诸项条件必须实施”，这就意味着大前提是日本必须无条件投降，然而，《波兹坦公告》第 5 项规定：“以下为吾人之条件，吾人决不更改，亦无其他另一方式，犹豫迁延更为吾人所不容。”因此，同盟国在《波兹坦公告》中提出的不可克减的条件（第 5 项至 13 项）就被视为“无条件投降的前提之下存在着有条件投降”。——著作者注。

的基础 。日本经历过休战的过程，日本所接受的《波兹坦公告》明示了头像的条件。而且投降文书本身也明确了相互间的权利与义务，具有拘束缔约国的国际协议的性质。《波兹坦公告》即第 5 条言明：“以下为吾人之条件，吾人决不更改，亦无其他另一方式。”“无条件投降”的文字在《波兹坦公告》第 13 项以及投降书第 2 项被使用，这些都是关于日本军队的事项。[59]

可见，无论是代表日本保守派还是极端右翼势力的学术精英，他们都无法达成否定无条件投降的共识。

二、日本“有条件投降”的观点对中国学术界的影响

长期以来，受日本战犯辩护律师清濑一郎观点的影响，加上战后日本右翼势力对日本“无条件投降”的概念进行了篡改，第二次世界大战“日本有条件投降”的论调对中国的少数学者也产生了一定的影响。自上世纪80年代开始，国内学术杂志上也刊载了若干篇这些学者撰写的介绍或论述“日本有条件投降”的文章。[60] 例如，1980年，学者陈正飞在《安徽师大学报》发表的《关于日本“无条件”投降》一文，对传统的无条件投降说提出了质疑。最近持相同观点所发表的文章是《炎黄春秋》2013年第3期刊载的冯玮教授撰写的“日本是无条件投降吗？（以下简称“冯文”）”。这类文章的发表引起了更多国内学者以及网友对此问题的质疑和探究，由此在学术界掀起了一场十分激烈的争鸣，存在两种截然对立的观点。

2013 年《炎黄春秋》第 3 期刊发的冯文，很有代表性地传递了第二次世界大战“日本有条件投降”的主要观点。冯文声称：“必须强调，第一，《开罗宣言》要求‘无条件投降’的对象是‘日本’，而《波茨坦公告》要求‘无条件投降’的对象，则是‘日本武装部队’；第二，《波茨坦公告》第 5 条是‘以下为吾人之条件’，即‘促令日本投降’是有条件的；第三，《波茨坦公告》第 13 条‘通告日本政府立即宣布所有日本武装部队无条件投降’，意味着没有对日本政府的‘合法性’予以否认。这一条是我们了解日本是否‘无条件投降’的关键，因为其中包含保留‘天皇制’的意蕴。……同时必须强调，这是美国经过反复辩论和利益权衡后作出的政策抉择，并对日本最终提出以‘不变更天皇统治大权’为前提接受《波茨坦公告》，具有不可忽略的意义。……1945 年 9 月 2 日在‘密苏里’号战舰上，由天皇和政府代表重光葵、武装部队代表梅津美治郎签署的投降书，亦不能理解为宣布‘日本无条件投降’：‘我们兹宣布日本帝国大本营及在

[59] 参见[日]小堀桂一郎编，《東京裁判　幻の弁護側資料: 却下された日本の弁明》，筑摩書房 2011 版，第 95 页。

[60] 持日本有条件投降立场的代表性论文：徐康明：《日本是无条件投降还是有条件投降》，《世界史研究动态》1985 年第 8 期；延华：《日本是有条件投降，而不是‘无条件投降’》，《历史教学》1995 年第 6 期；徐康明：《日本的‘有条件投降’及其消极影响——日德两国投降情况比较》，《日本学刊》2000 年第 2 期。

日本控制下驻扎各地的日本武装部队，向同盟国无条件投降’。”“战后日本天皇逃脱了战争责任、天皇的留任、天皇制的保留，均是美国基于战略利益考虑而进行的政治安排。而日本则利用这一考虑，‘不仅成功地护持了国体，而且还成功地使天皇制国家的内核保留至战后’。”因此，冯文认为“日本无条件投降”是一个“错误常识”[61]。换言之，冯文要表达的无非就是：日本有条件投降才是一个正确的常识。

日本是有条件投降还是无条件投降，其核心问题有两个。第一，“无条件投降”的定义；第二，日本是否“最终提出以‘不变更天皇统治大权’为前提接受《波茨坦公告》”。该问题不仅涉及国际法上“保留”的定义，也关系到历史事实。笔者以为，判断投降的性质不能以日本统治集团内部关于所谓“保存国体”之类的哀鸣作为立论的根据，而应当以国际法和具有决定意义的历史事实、历史文件作为根据进行研究。

三、无条件投降的内涵分析

日本无条件投降是第二次世界大战的历史铁案，它是由交战双方所有国家的首脑或政府代表签署或一致认可的具有国际法律效力的权威文件定性定案，并生效付诸实行的。它是日本在战后与原受其侵略的国家重建邦交，重新进入国际社会的基础，不容翻案。

讨论日本投降有条件与否，首先要搞清楚什么是无条件投降。所谓“无条件投降”，是指对于战胜国提出的投降条件，战败国不加以任何条件地接受。众所周知，关于轴心国无条件投降的原则是当时的美国总统罗斯福在 1943 年 1 月召开的卡萨布兰卡会议上提出来的，即：“除德、日、意无条件投降之外，任何条件都不予以接受”[62]。他指出：“无条件投降并不意味着德国人民的毁灭，而倒是意味着那种以征服和奴役别国人民为根据的哲学在德国、意大利和日本的毁灭。”[63]

可是，徐康明教授在其论文中主张“无条件投降政策的基本原则是：在敌人投降之前，不对其提出任何具体条件或承担任何义务，更不允许敌方对投降条件进行讨价还价。战胜国在受降时和受降后提出的任何条件，战败国只有毫无保留地接受的义务，而无讨价还价的权利。反法西斯同盟在接受意大利和德国投降时均遵循了这些原则。”在这个定义中，他提出了“双方无条件”的概念，即，第

[61] 参见冯玮：《日本是无条件投降吗？》，《炎黄春秋》2013年第3期，第56-57页。

[62] （美）舍伍德 Robert E Sherwood：《罗斯福与霍普金斯》下册，福建师范大学外语系编译室译，商务印书馆 1980 年版，第 318 页。

[63] 同上，第 322 页。

一，战胜国对战败国不得提出具体的投降条件；第二，战败国不得向战胜国提出任何保留。第三，国际法的实践中，意大利和德国均遵循了上述原则。笔者认为，无条件投降的内涵被规定在“双方无条件”前提之下进行理解，也只是个别学者的观点。这样的观点是既不符合历史事实，也缺乏任何理论支撑。

“无条件投降”是第二次世界大战时才出现的现象，是同盟国处置法西斯国家的一项重要政策。为保证同盟国的团结不被敌国离间，确保同盟国阵营的成员不与任何敌国进行停战谈判，使敌国全面接受同盟国提出的投降要求，而拒绝其提出的任何修改条件。因此拒绝敌国提出的任何条件的“无条件投降”原则是战胜法西斯国家的重要的法宝。[64]

尽管无条件投降没有先例可循，但这并不意味着可以被人随心所欲地解释。首先，解释无条件投降不能离开创设无条件投降的原因、目的和结果。为保证同盟国团结不被敌国离间，确保同盟国阵营的成员不与任何敌国进行停战谈判，就必须拒绝敌国提出的任何条件。因此拒绝敌国提出的任何条件才是无条件投降内涵的核心。至于同盟国经内部协商达成的具体要求敌国投降的规定，并不违背创设无条件投降的初衷，更不会给敌国分化瓦解同盟国的机会。

其次，事实上，同盟国在要求轴心国无条件投降时，德国军队已经被击溃，所以德国的无条件投降是双方无条件的投降，而意大利在履行无条件投降时，同盟国曾向意大利当局提出过无条件投降的具体条件。同盟国通知意大利当局，意大利投降和停战协定的签订必须按盟国提出的“简要条款”实行。“简要条款”的主要内容是：（1）意大利军队要立即停止军事行动；（2）意大利海军和空军要全部撤到盟国指定的地点；（3）意大利国内所有的机场和军港均交盟军接管；（4）立即把法西斯政权派往国外的所有军队撤回意大利。面对同盟国的强硬态度，意大利被迫于 1943 年 9 月 3 日与同盟国签订停战协定。9 月 29 日，巴多里奥与美、英、苏国家的代表艾森豪威尔在马耳他岛上共同签署了意大利投降协定的详细条款。[65]

1943 年 8 月间意大利在与盟军洽谈投降问题的过程中，曾经两次提出英、美派军队在罗马地区登陆的要求，其目的是保护意大利政府和城市免遭德军的破坏。按照徐康明教授双方无条件的标准，意大利的投降形式根本就称不上“无条件投降”了。但是，考虑到当时意大利巴多里奥政府的特殊处境，西方盟国认为对意大利实行的仍然是无条件投降。因此，艾森豪威尔以盟军总司令身份在广播讲话中说：“意大利政府和他们的军队已经无条件投降。”[66]

---

[64] 管建强：《论<开罗宣言>在当代国际法律秩序中的地位》，《国际观察》2014 年第 1 期。

[65] 陈祥超：《墨索里尼与意大利法西斯》，北京：《中国华侨出版社》2004 年版，第 325 页。

[66] [美]威廉.B.布鲁尔：《盟军首脑决策内幕解密》，王献志、曾文辉译，湖南人民出版社 2005 年版，第 169

根据德、意两国的投降模式可以得出以下结论：第一，无条件投降不受“双边无条件”的限制；第二，同盟国向敌国提出的无条件投降并不意味着一定要摧毁投降国的国体；第三，无条件投降就是同盟国向敌国提出的具体的投降要求，而敌国不得提出任何条件，对同盟国提出的条件也不得有任何保留。

四、《开罗宣言》在日本无条件投降中的重要地位

在科学地理解无条件投降的前提下，再来分析日本投降的情形。

冯文主张“1945 年 9 月 2 日在‘密苏里’号战舰上，由天皇和政府代表重光葵、武装部队代表梅津美治郎签署的投降书，亦不能理解为宣布‘日本无条件投降’，其理由是投降书的用词为：‘我们兹宣布日本帝国大本营及在日本控制下驻扎各地的日本武装部队，向同盟国无条件投降’。”[67]冯文提出《开罗宣言》要求“无条件投降”的对象是“日本”，而《波茨坦公告》要求“无条件投降”的对象则是“日本武装部队”。这种论调不是他独立研究的成果，而是复制于日本的右翼学者的观点，早在东京审判时日本被告的辩护团副团长清濑律师就提出过。[68]此后，文艺评论家江藤淳、东京大学教授小堀桂一郎、亚细亚大学教授青山武宪都提出过。

但是冯文与他们一样都疏忽或无视了《波茨坦公告》第 5 款规定的“开罗宣言之条件必须实施……”，而《开罗宣言》的核心内容之一就是“……基于以上各项目的，三大盟国将继续坚忍进行其重大而长期之战斗，以获得日本无条件之投降。”既然，《波茨坦公告》包含了《开罗宣言》的诸条款，提出了要求日本“无条件投降”，同时又提出了“通告日本政府立即宣布所有日本武装部队无条件投降”，因此，事实上不存在《波茨坦公告》要求“无条件投降”的对象，仅限于“日本武装部队”一说。

劳特派特（Lauterpacht）编著的《奥本海国际法》中，就战争的概念作了如下的定义：“战争是国家之间为着彼此制服的宗旨而进行的武力争斗”。[69] 战争不是指政府之间的，更不是武装部队之间冲突的法律状态。同样，同盟国与日本之间的战争也是国家之间武装冲突的法律状态。要求日本无条件投降当然指向日本国国家（包括日本政府和军队）。

冯文提到《波茨坦公告》第13条“通告日本政府立即宣布所有日本武装部

页。

[67] 冯玮：《日本是无条件投降吗？》，《炎黄春秋》2013年第3期，第56-57页。

[68] [日]富士信夫：《私の見た東京裁判》，講談社学術文庫 1988 年版，第 82-84 页。

[69] [英]劳特派特修订：《奥本海国际法》（第 8 版下卷第一分册），王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1981 年版，第 151 页。

队无条件投降”，意味着没有对日本政府的“合法性”予以否认。[70] 同样，这也不是什么新论调。在东京审判时日本被告的辩护团副团长清濑一郎律师就提出过此类答辩。[71]这类辩称具有误导性，需要辨明。举例而言，执法警察包围黑社会据点时，命令黑社会头目缴械投降的同时，要求该头目命令下属缴械投降，这种情形是否意味着执法部门没有对黑社会头目的“合法性”予以否认呢？又如，第二次世界大战时，同盟国通知当局，意大利投降和停战协定的签订必须按盟国提出的“简要条款”实行（命令意大利军队立即停止军事行动）。这是否意味着同盟国没有对意大利当局的“合法性”予以否定呢？倘若意大利当局依然具有“合法性”的话，意大利的投降就不构成无条件投降？显然，该辩称的逻辑起点是“无条件投降”就必须摧毁敌国的国体、消灭其主权。

然而，《开罗宣言》开启了人类历史上的正义战争。一战后，获胜的帝国主义国家通过凡尔赛和会对战败的帝国主义国家所占有的殖民地进行了瓜分，但是并没有给世界带来和平，很快就爆发了第二次世界大战。这彻底警醒了世界人民，要维护世界和平、防止惨祸重演，就必须铲除殖民帝国主义的土壤，就必须在国际法上明确武力掠夺他国领土的非法性和无效性。为此，三大同盟国在 1943 年的《开罗宣言》中公开宣布：“我三大盟国此次进行战争之目的，在于制止及惩罚日本之侵略，三国决不为自己图利，亦无拓展领土之意思。三国之宗旨在剥夺日本……其他日本以武力或贪欲攫取之土地，亦务将日本驱逐出境。……根据以上所认定之各项目标，并与其他对日作战之联合国目标一致，我三大盟国将坚忍进行其重大而长期之战争，以获得日本无条件投降。”[72] 这段宣言意味着，三大国将改变传统国际法的规范，在打败敌国后不剥夺敌国固有的领土，保留敌国的国家主权。在这样的原则之下，第二次世界大战中同盟国向敌国提出的无条件投降并不意味着一定要摧毁投降国的国体，摧毁其主权。

因此，那些主张同盟国没有否定日本当局的“合法性”、允许日本主权存在就意味着接受日本有条件投降的人，要么是对改变战争法规则的《开罗宣言》的伟大意义完全缺乏应有的了解，要么是故意的无视和歪曲。

所谓“通告日本政府立即宣布所有日本武装部队无条件投降”意味着没有对日本政府的“合法性”予以否认的说法，其另一层涵义不外乎是 ：无条件投降的仅限于日本军队，不包括日本天皇和日本政府。其潜台词为，东京审判中同盟国的法官们对政府文职官员的定罪超越了其管辖权。然而，这样的推断缺乏事实和法理基础，显得十分幼稚。事实上，《大日本帝国宪法》第一条规定：大日本

---

[70] 冯玮：《日本是无条件投降吗？》，《炎黄春秋》2013年第3期，第56-57页。

[71] [日]富士信夫：《私の見た東京裁判》，讲谈社学术文库 1988 年版，第 82-84 页。

[72] 《国际条约集（1934——1944）》世界知识出版社 1961 年版，第 407 页。

帝国，由万世一系之天皇统治之。第十一条规定：天皇统率陆海军。1945 年9 月2 日在“密苏里”号战舰上，受命代表天皇和政府的重光葵、受命代表日本帝国总司令（日本天皇）的梅津美治郎在投降书上签字。[73]如果投降的主体只是不包括天皇在内的日本国军队，那么军队代表（陆军参谋总长梅津美治郎大将）在投降书上签署即可，何须日本天皇亲署授权委托书给梅津美治郎？可见，这里的日本天皇除了国家元首的角色，还承担了军队的总负责人的责任。那么即使只是军队的无条件投降，也一定包括军队最高负责人，即日本天皇。纵观传播“日本有条件投降”论者，无不回避这一历史事实。

此外，按照所谓“通告日本政府立即宣布所有日本武装部队无条件投降”意味着没有对日本政府的“合法性”予以否认的说法，那么在投降文书上代表日本署名的代表就应当也具有“合法性”。事实上，在远东军事法庭上，他们被认定是日本侵华战争重要罪魁之一，是日本军国主义侵华战争和对外扩张侵略政策的重要人物。1948年11月，梅津美治郎以甲级战犯被判处无期徒刑，重光葵以甲级战犯被判处有期徒刑7年。[74]可见，所谓“通告日本政府立即宣布所有日本武装部队无条件投降”意味着没有对日本政府的“合法性”予以否认的说法，是毫无根据的杜撰。

此外，奉日本帝国政府及日本帝国大本营命令的签字人—中国派遣军总司令官冈村宁次—在1945年9月9日向中国递交的投降书中开门见山地明言：“日本帝国政府及日本帝国大本营已经向联合国最高统帅无条件投降……”这一官方正式公文，使得任何企图将日本政府从无条件投降的对象中剥离出来的行为成为徒劳。[75]

五、析日本投降条件是“不变更天皇统治大权”

冯文指出：“同时必须强调，这是美国经过反复辩论和利益权衡后作出的政策抉择，并对日本最终提出以‘不变更天皇统治大权’为前提接受《波茨坦公告》，具有不可忽略的意义。……日本则利用这一考虑，‘不仅成功地护持了国体，而且还成功地使天皇制国家的内核保留至战后’。因此，认为‘日本无条件投降’，是一个‘错误常识’。”[76]

所谓“日本最终提出以‘不变更天皇统治大权’为前提接受《波茨坦公告》”

---

[73] 1945 年 9 月 1 日日本裕仁天皇亲书授权委托书：朕兹受联合国最高司令官署名邀请，在投降文书上签署朕及朕的大本营。命令代替朕和朕的大本营署名权限付与陆军大将正三位勋一等功二级梅津没之郎。裕仁天皇亲署，大日本国玺印。（见图片）

[74] 日本美日新闻社，《远东国际军事法庭判决书》，张效林译，群众出版社 1986 年版，第 610-612 页。

[75] 丘宏达主编，《现代国际法基本文件》，三民书局 1984 年版，第 444 页。

[76] 陈祥超：《墨索里尼与意大利法西斯》，北京：《中国华侨出版社》2004 年版，第 325 页。

的说辞不仅关系到历史事实还涉及到国际条约法中保留的基本概念。

这一主张貌似强调日本在接受《波茨坦公告》前提出了“保留”。根据 1969 年《维也纳条约法公约》第 2 条第 1 款（丁）项的规定：“所称‘保留’者，谓一国于签署，批准、接受、赞同或加入条约时所做之片面声明，不论措辞或名称如何，其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果。”第 20 条第 2 款规定：“若自谈判国之有限数目及条约之目的与宗旨，可见在全体当事国间适用全部条约为每一当事国同意承受条约拘束之必要条件时，保留须经全体当事国接受。”换言之，即使日本天皇和日本政府对同盟国敦促日本无条件投降的《波茨坦公告》提出“保留”，也必须以同盟国接受其“摒除或更改条约中若干规定对该国适用”时，才具有法律效力。这些规则是审定日本是否无条件投降的最基础的标准。

实际上，在《波茨坦公告》公布后，1945 年 8 月 10 日瑞士将日本乞降的照会转发给美国国务卿，在该照会中日本政府言明：“日本政府准备接受 1945 年 7 月 26 日由美国、英国以及中国政府，以及后来由苏联政府签字的在波兹坦发表的联合宣言中所列举的条款，但应取得如下谅解，即上述宣言并不包含任何有损于陛下作为至高统治者之特权的要求。日本政府真诚盼望这一谅解能得到保证并迫切希望能很快地获得对上述谅解的明确指示。”[77]

这一关键时刻，四大国委托美国国务卿贝尔纳斯于 8 月 11 日做出的答复是：“天皇与日本政府统治国家之权利，即须听命于盟国最高司令官，该司令官将采取其所认为适当之各项步骤，以实施投降条款……依照《波茨坦公告》日本政府的最后形式将依日本人民自由表示之意愿确定之。”[78]

四大国复文丝毫没有改变《波茨坦公告》的任何条款的内涵，前后两者的精神始终是一致的，既没有主张要剥夺日本天皇的体制，也没有承诺保证天皇体制的不被变更。同时，以“天皇与日本政府统治国家之权利，即须听命于盟国最高司令官”作为回复，实际上已经明确地将日本的国家元首置于同盟国主权之下，复文根本没有顾及“不包含任何有损于陛下作为至高统治者之特权的要求”。显然，日本提出的旨在摒除“任何有损于陛下作为至高统治者之特权”的保留没有得到同盟国的确认。这使得以日本陆、海军两总长为代表的顽固派“恳请陛下准予再照会，希望同盟国同意维护天皇制度。如果同盟国不允许，那就只能继续战争，死里求生”，[79]但日本天皇裕仁却认为“关于国体，敌方也是承认的，我毫

[77] 《瑞士临时代表给美国国务卿——关于传达日本乞降的照会》，《国际关系史资料选编》法律出版社 1988 年版，第 897 页。

[78] 《美国国务卿给瑞士临时代办关于中苏美英四国对日本乞降照会的复文》，《国际关系史资料选编》法律出版社 1988 年版，第 898 页。

[79] 朱贵生等：《第二次世界大战史》，人民出版社1982年版，第732页。。

无不安之处”，[80]遂决定起草接受《波茨坦公告》、无条件投降的诏书，并向盟国发出接受《波茨坦公告》的电报稿。第二天中午（即 1945 年 8 月 15 日）,天皇向全国广播了接受《波茨坦公告》、实行无条件投降的诏书。1945 年 9 月 2 日在“密苏里”号战舰上，天皇和政府代表重光葵、武装部队代表梅津美治郎签署了投降书。投降书第 8 项明确承诺：“天皇及日本国政府统治国家之权利，应置于为实施投降条款而采取其所认为适当步骤之同盟国最高司令官之下。”

需要指出的是，日本天皇裕仁所述“关于国体，敌方也是承认的，我毫无不安之处”，这里言及的日本国体的问题是指 1943 年年底《开罗宣言》宣示的目的和宗旨。在《开罗宣言》中，三大国并没有宣布要消灭日本，而是间接认可日本国在固有领土上的持续存在。当然，同盟国也没有承诺维持一个专制的国体。

1945 年《波茨坦公告》确认《开罗宣言》各项条款必须履行。可见，同盟国不攫取日本固有领土、承认战后日本国体的宗旨早在日本提出“保留”之前就已经确定，与日本最终提出“不变更天皇统治大权”毫无关系。然而，冯文却将“日本投降条件是‘不变更天皇统治大权’”作为一个标题，进行了与事实不相符合的放大宣传、客观上发挥了积极的误导中国民众的作用。

为澄清事实还有必要检视战后的实践。1945年8月30日，太平洋盟军总司令麦克阿瑟抵达战败的日本后，命令日本成立宪法问题调查委员会，希望日本能自我反省，制定出防止帝国主义复活的新宪法。但日方提交的草案却规定天皇依然是国家最高权力的拥有者。当美国人看到新宪法修改草案后彻底失去了对日本临时政府的信心。

1946年1月7日美国国务院、陆海军协调委员会（SWNCC）下达了早前起草的题为“日本政府体制改革”的绝密文书（SWNCC228号）。[81]该文书强调了树立负责任的民选政府、保障基本人权、以日本人民自由意思充分的表达为基础达成宪法的修正、鼓励改革天皇统治体制。该文书具有极其重要的作用。其“结论” 的第四项（b）部分明示：“虽然日本政府的最终形式是由日本人民自由表达的意愿建立，但是目前的天皇制形式的保留是与总体目标不一致的。”（d）部分强调了最后的手段：“日本人必须被鼓励去废除大日本帝国宪法,或者沿着更民主的方向进行改革。如果日本人决定保留日本帝国宪法，那么盟军最高统帅也要向日本当局指出，下列原则也必须加入到宪法中:(1)内阁总理大臣，应在立法机构的建议和赞同下选任，它与内阁的全体成员必须对立法机构负责。(2)当一个内阁在立法机构中失去信任后，它必须集体辞职或面对全体选民。(3)天皇只有在

[80] [日]原書房編集部(編集)，《战败的记录——参谋本部所藏》，原書房 1967 年版，第 290 页。

[81] 《日本の統治体制の改革（SWNCC228）》，日本国立国会图书馆网，http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/059shoshi.html，最后访问日期：2015 年 1 月 27 日。

内阁授意下才可以进行所有的重要国事活动。(4)天皇必须被剥夺大日本帝国宪法第一章第11、12、13和14条所授予的全部军事权力。(5) 内阁必须向天皇的行动提出可行意见和提供帮助。(6)皇族的全部收入应来自国库,皇族的花费必须与立法机构所批准的年预算相符合。”[82] 这6条基本原则实际上是规定了日本宪法改革的具体实施原则，即包括象征性天皇制和内阁向议会负责制等。

美国政府的意图是既要在形式上保留天皇制度，又要推行对天皇制度的民主改造。美国政府从自身利益出发，认为保留天皇制有助于建立一个稳定地服从于美国统治的日本，因而最终采取了对战前天皇制度实行民主改造的天皇制。

1946年2月3日，麦克阿瑟向占领军民政局长惠特尼（Whitney）出示了史称“麦克阿瑟笔记”的宪法修改三原则。内称:(1) 天皇为国家元首。皇位世袭。天皇依据宪法行使其职责和权力。(2) 废除国权发动的战争。日本放弃以战争手段解决国际纠纷、维护自己的安全。日本的防卫和保护将委托给世界上逐渐发展起来的崇高理想。将来日本也不应拥有陆海空军，日本军队没有交战权。(3) 废除日本的封建制度。[83]

日本政府试图抵抗麦克阿瑟草案，但在权衡利弊得失之后，还是接受了它，并于3月6日公布了几乎是麦克阿瑟草案翻版的新的《修改宪法草案纲要》。该《纲要》经过第十九届帝国议会修改审定，于10月7日获贵族院和众议院通过，11月3日向全国颁布，第二年(1947) 的5月3日，防止日本军国主义死灰复燃的和平宪法最终面世。

战后日本的宪法是在同盟国最高司令官的监控之下完成的，新宪法将日本由君主政体改变成人民主权的国家，政府听命于人民创建的国会，剥夺了天皇实际掌控国家的权力，使得天皇仅仅是国民统合的象征。这样的安排，变更了天皇的特权，虽然同盟国没有彻底废除天皇的存在，但是日本帝国的天皇制度已经被消除。今天日本天皇仅仅是日本国民统合的象征，不再是三军统帅。根据战后日本的实践，所谓日本“不变更天皇统治大权”的说辞也与事实严重不符。

根据法理和国际法，权利主体有权放弃权利，但义务主体无权不履行义务。根据《波茨坦公告》、《同盟国回复日本乞降书》以及《日本投降书》，同盟国有权利处罚天皇、消灭天皇制。同盟国最终没有审判日本天皇、甚至保留天皇的外

---

[82] 《日本の統治体制の改革（SWNCC228）》，日本国立国会图书馆网，
http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/059/059_003r.html
http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/059/059_004r.html
http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/059/059_005r.html，最后访问日期：2015 年 1 月 27 日。

[83] [日]大嶽秀夫编，《戦後日本防衛問題資料集》第一卷，三一书房 1991 版，第 67 页。
另，《マッカーサー 3 原則》1946 年 2 月 3 日，日本国立国会图书馆网，
http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/072shoshi.html
http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/072/072_001r.html
http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/072/072_002r.html 最后访问日期：2015 年 1 月 27 日。

在形式，不是基于任何国际法上的义务，而是出于自身利益的综合考虑。这与日本单方面提出的保留没有任何法律上的关系。

日本国接受无条件投降当然包含了接受对任何发动侵略战争的罪犯绳之以法的惩治手段。日本天皇裕仁也是这样理解的。日本投降后，他在第一次求见盟国最高司令官麦克阿瑟时说到："我是作为对我国人在进行战争时在政治上和军事方面所作出的一切决定和采取的一切行动负责任的人来到这里的，是向你所代表的那些国家投案并接受审判的。"[84]

值得一提的是，同盟国当时意在通过《日本国宪法》第 9 条限制日本，防止其重整旗鼓、东山再起，同时消除同盟国、特别是亚洲周边国家对日本军国主义复活的担忧。但是，美国政府不顾国际社会和美国国内强烈要求追究裕仁天皇战争责任的正义呼声，以一国之私利容许天皇制继续存在，为其后日本的战争清算和历史认识问题留下了严重的后遗症。

六、结语

可见，"日本不是无条件投降"的观点避实就虚，因果关系混乱，所谓所谓日本最终提出以"不变更天皇统治大权"为前提接受《波茨坦公告》也是站不住脚的。事实说明，在战后组建日本政府的最后形式的问题上，不存在盟国接受日本提出的任何条件的事实。战后原则上维持日本国体的设想当然是被包容在《波茨坦公告》主张的条件之中的，日本求证之后，四大国的复文也没有背离《波茨坦公告》的任何规定，甚至明确了日本天皇必须受制于盟国最高司令官。

事实上，即使在日本国内，日本右翼的"日本有条件投降"论并不是一个定论，持反对意见的也大有人在。1949 年日本政府在国会答辩时就"日本国的无条件投降"问题所作的说明也不得不承认"日本是无条件投降"。[85] 2007 年日本首相安培遭众议院质询时书面答复："关于无条件投降的定义很难一概而论，我所知道关于'日本是否是无条件投降'的问题有着各种各样的见解。"[86] 可见，即使日本首相安培遭众议院质询时也不敢公然肯定日本是有条件投降。

因此，"认为'日本无条件投降'，是一个'错误常识'"的主张不仅背离了

---

[84] [美]道格拉斯•麦克阿瑟：《麦克阿瑟回忆录》，上海师范学院历史系翻译组译，上海译文出版社 1984 年版，第 183 页。

[85] 《1949 年（昭和 24 年）11 月 26 日第 006 回国会，予算委員会，第 11 号》，国会议事录检索网，http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/006/0514/00611260514011a.html 最后访问日期：2015 年 1 月 27 日。

[86] 《衆議院議員鈴木宗男君提出無条件降伏の定義に関する質問に対する答弁書》，2007 年（平成 19 年）2 月 9 日受领，内閣衆質一六六第二二号。日本衆議院网，http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b166022.htm 最后访问日期：2015 年 1 月 27 日。

历史事实，而且也违背了国际法的常识。日本右翼歪曲历史，鼓吹“日本有条件投降”论，其潜台词是日本享有剩余主权，修改日本和平宪法是日本内政。而中国的少数学者也在国内媒体传播所谓的日本“常识”，混淆是非。为此，撰写此文，拨乱反正。

（本文载于《国际法研究》2015 年第 2 期。）

Rebut the Assertion that Japanese was Conditional Surrender

Abstract: After Japan proclaimed the unconditional surrender in the Second World War, the Japanese right-wing often put forward that the unconditional surrender can only be applied to Japanese army rather than the emperor of Japan and the Japanese government.With the process of Japaneses ruling party leaders who strongly promoting to end the ban on exercising right of "collective self-defence",the move has triggered large scale of protests in Japan. The debate on whether Japan was a conditional surrender or an unconditional surrender continues.It is about whether Japan enjoys residual sovereignty to abandon the peace constitution, which relating to the legitimacy problem of the Japanese cabinet officials in the Tokyo Trials.

This article argues that the unconditional surrender was not under the limitation of the "bilaterally unconditional"; The "Potsdam declaration" confirmed that the terms of the Cairo Declaration shall be carried out and one of its core contents was the requirement of the unconditional surrender of Japan;Japan's unconditional surrender was not only applied to the Japanese army, but also the emperor of Japan and the Japanese government;The purpose that the Allies did not grab the inherent territory of Japan and admit the polity of the postwar Japan has been identified before Japan put forward an "retention",thus having nothing to do with "Don't change the rule of the emperor in power" that Japan has finally proposed.

Key Words: Unconditional Surrender;Sino-Japanese Relations;the Potsdam Proclamation; Conditional Surrender

论日本政府架空、废弃和平宪法的法理缺陷

管建强*

内容提要: 第二次世界大战结束时，作为战胜国对日本国主权限制的结果，《日本国宪法》第9 条明确规定不保持陆海空军及其他战争力量，不承认国家的交战权。“旧金山和约”签订后，宪法第9 条被日本政府解释成为其宗旨并不否定独立国家固有的自卫权。然而这样的解释既偏离了宪法第9 条的宗旨，也不能满足日本右翼势力的军事强国的愿望。此后，日本右翼势力曾先后掀起过数次改宪浪潮，意欲废弃宪法第9 条。2014 年日本内阁会议决定修改宪法解释以解禁集体自卫权。本文以《日本国宪法》和国际法为视角，就日本政府和修宪阵营歪曲和平宪法的理论进行梳理和分析、并就限制日本主权的期限和修改、废弃和平宪法的条件等问题进行了论证，阐述了修改日本和平宪法不属于日本国排他性的主权事项。

主题词: 修宪和平宪法《日本国宪法》“旧金山和约” 战争法律状态《中日联合声明》《中日和平友好条约》

一、日本架空和平宪法的背景

(一) 和平宪法的产生

1945 年8 月10 日，日本向四大国发出照会询问战后有关的天皇的地位问题。[87] 这一关键时刻，四大国委托美国国务卿贝尔纳斯于8 月11 日做出的答复是: “天皇与日本政府统治国家之权利，即须听命于盟国最高司令官，该司令官将采取其所认为适当之各项步骤，以实施投降条款……依照《波兹坦公告》日本政府的最后形式将依日本人民自由表示之意愿确定之。”[88] 在8 月14 日召开的御前会议上，由天皇裕仁做出了接受《波茨坦公告》的决定，日本政府于9 月2 日在投降协议上签了字。这就表明，四大国拥有要求日本实施公告诸条款的法定权力，而日本政府则有责任履行其承担的国际法义务。

1945 年8 月30 日，驻日盟军总司令麦克阿瑟抵达战败的日本后，依据《波茨坦公告》的精神和占领初期美国的对日方针，决定在日本完全实现非军事化和民主化，使日本不再具有威胁美国和破坏国际安全秩序的能力。为此，命令日本政府修改《大日本帝国宪法》(明治宪法) 。日本政府成立的宪法问题调查委员会于1946 年2 月8 日提交给盟军最高司令部[89]的《宪法修改纲要》仅仅是对明治宪法的修补，它仍保留了天皇至高无上不可侵犯，是军队的统帅的内容。当美国人看到了新宪法修改草案后完全彻底地失去了对日本临时政府的信心。盟军最高司令部认为该草案有悖于《波兹坦公告》的精神。无奈之下，麦克阿瑟下令由东京盟军总部民政局长惠特尼负责宪法的起草工作，并提出三点制宪原则: 第一，天皇的国

*华东政法大学国际法学院教授、博士生导师，东方毅军事法研究中心主任。

[87]参见《瑞士临时代表给美国国务卿———关于传达日本乞降的照会》，载《国际关系史资料选编》，法律出版社1988 年版，第897 页。

[88]《美国国务卿给瑞士临时代办关于中苏美英四国对日本乞降照会的复文》，载《国际关系史资料选编》，法律出版社1988 年版，第898 页。

[89]在日本通称”盟军最高司令官总司令部”为“GHQ”(General Headquarters) 或“SCAP”(Supreme Command of Allies in the Pacific) 。

家元首地位，皇位世袭。天皇依照宪法行使职权并要顺应宪法所规定的国民的基本意愿; 第二，废弃作为国家主权权利发动的战争。日本放弃作为解决争端手段的战争以及作为维持自身安全手段的战争。日本的防卫和保护委托给正在左右当今世界的崇高理想。不允许日本拥有陆海空军，不赋予日本军队任何交战权; 第三，废除封建制度。除皇族外，贵族的权利只保留到现在的一代。[90]

是年3 月6 日公布了麦克阿瑟三原则为基础的《修改宪法草案纲要》。此后该《纲要》依法定程序相继通过,最终于1947 年5 月3 日,这一旨在防止日本军国主义死灰复燃的《日本国宪法》最终面世。

日本新宪法废弃了日本天皇的最高权力地位，但在名义上保留了天皇制。其宪法第9 条规定: “日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国际和平，永远放弃以国权发动的战争、武力威胁或使用武力作为解决国际争端的手段。为达到前项之目的，不保留海陆空军及其它战争力量，不承认国家的交战权。”

战后日本新宪法表面上是对明治宪法的修改,实际上是同盟国限制日本主权的重要手段,使日本承担国际法上的法律责任。这样的结果，不仅是日本政府迫于同盟国和国际社会的强大压力，也是日本国内民众争民主、求和平的强烈愿望所推动的结果。

(二) 架空宪法的“宪法不否定自卫权论”

战后，同盟国由于清算日本发动侵略的国家责任不够彻底，日本自民党为主的执政党的精英阶层中始终存在的一股否定宪法第9 条的逆流。

在新宪法草案被提交国会审议时,关于宪法第9 条的内涵问题,日本首相吉田茂于1946 年6 月26 日解释道: “本方案关于放弃战争的规定，虽然并没有直接否定自卫权，但由于第9 条第2 款否定了一切军备和国家的交战权，因此是连作为发动自卫权的战争及交战权也加以放弃。”在回答野坂参三关于是否只应放弃“侵略战争”的质询时，吉田答道: “对于宪法草案中关于放弃战争的条款，您认为基于国家正当防卫权的战争是正当的，而我认为承认这种战争是有害的。近年来很多战争显然就是在国家防卫权的名义下进行的。因此，我认为承认正当防卫权将成为各地诱发战争的根源。”[91] 可见，最初日本决策层把宪法第9 条解释为连自卫权”也予以放弃的。

1950 年6 月25 日朝鲜战争爆发后，美国调整了对日政策，开启了重新武装日本的方针。吉田茂随机应变，也抛弃了一度否认“自卫权”的见解。1950 年1 月23 日，吉田在施政演说中称: “遵守放弃战争的旨趣，决不意味着放弃自卫权。’[92] 然而，吉田主要把依靠美军保护解释为“自卫权”，依然主张重整军备为“违宪”。

《日本国宪法》序言对和平主义的信念载明如下: “日本国民决心……消除因政府的行为而再次发生的战祸，兹宣布主权属于国民，并制定本宪法。日本国民期望恒久的和平，深深理解支配人类相互关系的崇高理想，信赖爱好和平的各国人民的公正与信义，决心保持我们的安全与生存。我们希望在努力维护和平，从地球上永远消灭专制与隶属、压迫与偏见的

---

[90] 参见小林直树: 《宪法第9 条》，岩波书店1996 年版，第26 — 27 页。转引自管颖、李龙: 《日本宪法第9 条及其走向》，载《中国社会科学》2002 年第4 期。

[91] 田中明彦: 《安全保障— 戦後50 年の模索》，読売新聞社1997 年版，第28 页。

[92] 前注⑤，田中明彦书，第92 页。

国际社会中，占有光荣的地位。我们确认，全世界人民都同等具有免于恐怖和贫困并在和平中生存的权利。”

在序言的基础上《日本国宪法》第9 条言明了与战争绝缘，不保持战斗力的规定。现行宪法的核心是宪法第9 条，其规定为: “日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国际和平，永远放弃以国权发动的战争、武力威胁或使用武力作为解决国际争端的手段。为达到前项之目的，不保留海陆空军及其它战争力量，不承认国家的交战权。”原宪法草案中并没有“为达到前项目的”的表述。在讨论该条款时，担任帝国宪法修改特别委员会委员长的日本自由党人士芦田钧由于担心自卫能力被剥夺，强烈要求将此项条款加以修正，并加入了“为达到前项之目的”这样一句模糊性的话。这就是历史上有名的“芦田修正”。在宪法调查会上，芦田钧对这种修正的意义做了如下解释: “我担心按照第9 条第2 款原封不动，就会出现剥夺我国防卫力量的结果……由于加入了达到前项之目的这样一句话，原案中(指“麦克阿瑟草案”) 无条件地不保持战斗力，就变成一定条件下不保持战斗力了。”[93] 芦田钧要达到的目的是: “在一定条件下不保持战斗力”，即“以国权发动的战争、武力威胁或使用武力”的条件下不保持战斗力，其言外之意是“在另外一些条件下保持战斗力”。

日本大多数的公法学家认为麦克阿瑟第二原则的精神实质并没有因芦田的修正而受到损害，但由于芦田塞进的私货，第9 条的文字意思解释变得复杂起来，于是是否拥有自卫权成为一个问题被少数学者提了出来。[94] “芦田修正”的要害在于使日本巧妙地表达了对战争限制权的“保留”意见。

有必要分析“芦田修正”这类替日本政府摆脱宪法限制的理论。

宪法第9 条第1 款规定: “日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国际和平，永远放弃以国权发动的战争、武力威胁或使用武力作为解决国际争端的手段”。其文句相互关系表现为前一句表“目的”，后一句表“结果”。因此，严格地说，“前项之目的”显然是“日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国际和平”。为了这样的目的“不承认国家的交战权”。因此，这里的“交战权”当然应当作广义上的理解。

国家的交战权就是指武装冲突中国家所使用的武力攻击或武装自卫反击的两方面的权力，即进攻与防御的权利。根据第9 条的文字意思上看，第9 条的前款并没有对战争的性质特别加以区分。从国际社会层面来看， 1928 年《巴黎非战公约》已经明确禁止国家行使武力攻击、特别是1945 年《联合国宪章》确立的原则中明确规定禁止使用武力(武力进攻) 和武力威胁，因此，当时的国际社会任何国家的主权都受到禁止武力行使规定的限制。若宪法第9 条的“不承认国家的交战权”仅仅为了言明剥夺日本的对外开战权(不包括剥夺防御权) ，那么这样的规定等同于宪法第9 条对日本国家主权没有进行特殊限制。笔者认为分析宪法第9条的真实内涵，不能脱离宪法制定、产生的历史背景，并赞同中国学者管颖、李龙的观点: “日本宪法第9 条是国际社会对反人类的战争制造者强制施加的限制性条款，是日本政府基于对过去军国主义政策的反省而向本国人民、向世界人民做出的严肃承诺，也是日本国家洗心革面重新回归国际社会的誓约。”[95]

相反，明确地规定永远放弃作为国家主权权利而进行的战争以及使用武力手段来解决国

[93] [日] 田村重信: 《日本宪法讲义》，内外出版社 2013 年版，第 63 － 64 页。
[94] 参见前注④，管颖、李龙文。
[95] 前注④，管颖、李龙文。

际争端，这就对战争行为本身做了事实上的绝对禁止，因为国家主权发动的战争当然地包括自卫战争，而且，自卫战争本身终究也是解决国际争端的手段，更何况日本在第二次世界大战中的战争劣迹也曾被冠以自卫的名义。

国家的交战权就是指武装冲突中国家所使用的武力攻击或武装自卫反击的两方面的权力，只要日本承诺了放弃交战权就意味着连自卫权也被放弃了。芦田将“为达到前项目的”进行放大，但是又故意忽略或回避“交战权”的基本定义。尽管替日本政府解套的学者层出不穷，但是无人能将宪法第9 条本身的“不承认国家的交战权”肆意地解释成“交战权”不包括“自卫权”。

今天以自民党为核心的日本修宪阵营也十分清楚“芦田修正”的瑕疵，为此， 2012 年修宪阵营推出了“日本国宪法改正草案”。比较改正草案与现行日本宪法，该改正草案已经毫不遮掩地就现行宪法第9 条第2 款修改为“前项的规定，并不妨碍自卫权的发动。”[96]

可见，将现行的宪法第9 条解释为日本依然享有自卫权的说辞是不符合宪法精神的。

二、日本修宪阵营的主要论调

2014 年7 月1 日，日本执政的自民、公明两党在众院第2 议员会馆举行磋商会，正式就解禁集体自卫权的内阁决定案达成了一致。日本政府在同日的内阁会议上决定修改宪法解释以解禁集体自卫权。[97]

(一) 舆论造势: 内阁修改宪法解释

从20 世纪50 年代开始，日本采用了扩大宪法解释，制定了一系列与和平宪法精神相背离的法律，和平宪法遭到了架空。迄今为止，在未有修改《日本国宪法》第9 条放弃战争权条款的前提下，日本通过国家权力行为已经从实质上使得宪法第9 条名存实亡。问题是过去日本采用了扩大宪法解释，架空了和平宪法，只是为达到日本国享有“自卫权”的目的。今天日本内阁通过对修改宪法解释的做法企图实现所谓的“集体自卫权”。两者内涵不同。由于修改宪法解释规定可在日国未受到攻击时进行反击，这样必然会超出1954 年自卫队成立以来坚持至今的“专守防卫”框架，实质上与宪法第9 条规定的“放弃战争”明显抵触。

战后制定的《日本国宪法》第9 条规定不保持武装力量、放弃战争权。日本宪法并没有直接规定解释宪法的主体，但是日本宪法第81 条规定: “最高法院为有权决定一切法律、命令、规则以及处分是否符合宪法的终审法院。”可见，日本宪法实际上至少赋予了日本最高法院享有违宪审查的被动解释宪法权限。同时，需要指出的是，日本宪法第73 条明确规定的内阁的职权范围并不包括其自行解释宪法的权限。[98] 因此，本质上来说，日本宪法解

---

[96] 前注⑦，［日］田村重信书，第 98－102 页。

[97]参见《日本政府将于今日决定解禁集体自卫权》，共同社2014 年7 月1 日文，http: ///china.kyodonews.jp /news/2014/07/78007.html。

[98] 日本宪法第73 条规定: “内阁除执行一般行政事务外，执行下列各项事务: 一、诚实执行法律，总理国务。二、处理外交关系。三、缔结条约，但必须在事前，或根据情况在事后获得国会的承认。四、按照法律规定的准则，掌管有关官吏的事务。五、编造并向国会提出预算。六、为实施本宪法及法律的规定而制定政令。但在此种政令中，除法律特别授权者外，不得制定罚则。七、决定大赦、特赦、减刑、免除刑罚执行及恢复权利。”

释的职权隶属于日本最高法院，而日本行政内阁无权解释宪法。

积极鼓吹修改日本宪法的推手，自民党政务调查会调查役田村重信先生曾被笔者问及日本内阁解释宪法权限的渊源时，想了一下后回答：其权限渊源来自日本宪法第65 条规定的行政权属于内阁。同时，自卫队在国内不算作军队，属于行政编制，因此，日本内阁有解释宪法上自卫队的权限。[99] 笔者认为，尽管日本宪法第65 条规定："行政权属于内阁"，但是，很显然这并不意味着日本宪法授权日本内阁解释宪法中的涉及行政的规定。如果日本内阁政府仅仅将"修改宪法解释"视为一种尚不具有法律拘束力的同时代表政府理解宪法的立场，也未尝不可。问题是，根据日本宪法第81 条规定："最高法院为有权决定一切法律、命令、规则以及处分是否符合宪法的终审法院。"日本公民有权要求日本最高法院对此进行违宪审查。[100]

这种没有得到授权的修改宪法解释的手法，在法律程序上，其瑕疵显而易见。问题是，明知这项内阁决议不具有法律拘束力，何以如此大张旗鼓地鼓噪？这问题的答案只有一种，大张旗鼓地舆论造势意味着全民动员。早在2013 年4 月26 日，日本自民党在其政务调查会全体会议上，在自民党党首日本首相安倍晋三的指示下增加了"宪法修正"。将"宪法修正"作为夏季参院选举竞选纲领框架的主题之一。[101] 显然，安培最终的目的是修改日本宪法，废弃宪法第9 条，实现拥有正式的军队。修改宪法解释是废弃宪法第9 条的序幕。

（二）日本修宪派的主要论调

（1）"主权恢复"论。战后日本宪法是以GHQ 草案为蓝本制定的。当时作为战败国的日本，是在不得已的情况下接受麦克阿瑟三原则。因此，现行宪法特别是第9 条规定是战胜国强加给日本的，应该重新自主修正。因此，鼓吹日本已经是一个恢复主权的国家，意味着修改宪法是人民主权的固有权限，也是国家内政。

"主权恢复日"是自民党在2012 年众院选举的竞选纲领中提出来的，一方面包含了对"旧金山和约"签订60 周年之际民主党政府没有举办任何活动的批评之意，另一方面也可理解为日本在61 年前就恢复了主权，宪法却仍然是被占领时制定的，存在不妥，暗中催促要尽早修宪。[102]

2013 年4 月28 日，在"旧金山和约"生效61 周年之际，日本政府在东京永田町的宪政纪念馆举办了"主权恢复·重返国际社会纪念典礼"。[103]

---

[99]田村重信系自民党政务调查会调查役，庆应大学大学院法学研究课非常勤讲师，撰写和出版了为数可观的修改日本宪法方面的专著。他长期以来一直研究修宪，并推动历任自民党领导人实施修宪。2014 年7 月12 日，华东政法大学日本研究中心举办的小型座谈会上，就田村的一些观点，笔者在会上与其进行了激烈的交锋。

[100] 2014 年7 月1 日，日本内阁政府作出决议后，已经遭到若干市民团体的集会抗议和诉讼。

[101]参见《分析：安倍欲分两步实现修宪，先放宽修宪提案条件》，共同社2013 年4 月20 日文，http://china.kyodonews.jp/news/2013/04/50755.html。

[102]参见《评论："主权恢复日"不合时宜》，共同社2013 年4 月28 日文，http://china.kyodonews.jp/news/2013/04/51229.html。

[103]参见《详讯：日本政府举办"主权恢复日"纪念典礼》，共同社2013 年4 月28 日文，http://china.kyodonews.jp/news/2013/04/51268.html。

配合主权话题，修宪阵营还鼓吹国际法上尚未有侵略的定义，以此来否定东京审判的正义性。安培首相于4 月23 日在参议院预算委员会上表达了: “侵略的定义只是学术界、国际上都没有定论，国与国的关系而言，视角不同结论不同。” 5 月8 日安培在参议院预算委员会上再次表达了“侵略的定义没有定论”。[104] 暗示限制日本主权缺乏国际法的基础。此外，日本政府没有无条件投降，投降的仅仅是日本军队，日本投降是以保留天皇制为前提的，以此表达日本享有剩余主权。拥有修宪的权利。[105]

(2) “国际贡献”论。主张日本应从片面的“一国和平主义”，走向“国际和平主义”，“日本国民为维持、恢复国际和平与安全，必须率先参加国际社会的和平活动，通过包括提供兵力等所有手段。”

在“国际贡献”论的旗帜下，为了说服日本国民修改宪法的重要性，如今以自民党为核心的修宪阵营抛出的理由是: 自卫队在海外执行维持和平行动、日本自卫队可获得他国军队的帮助，但是因为日本宪法的限制，日本自卫队却不能支援他国军队。自卫队在国内被解释为不属于军队，但是自卫队到了海外，属于军队，这种在国际法上作为军队被看待的同时，在国内却被称之为不是军队的自卫队，这种二元结构、和矛盾的状态必须纠正，这就是改正宪法第9 条的理由。[106]

修宪阵营甚至拿过去政府领导人的讲话来说事。1967 年，佐藤荣作在国会的答辩中回答道: 自卫队，今后也不称其为军队。1990 年，中山太郎外务大臣在国会的答辩时也称“自卫队，在宪法上受到不得超过保持必要的最小限度的实力的限制，按照通常的观念来看，自卫队不是军队，但是在国际法上被作为军队看待，自卫队的官员应当属于军队的成员。”而小泉纯一郎首相在2001 年也发表过同样的讲话。[107]

(3) “中国威胁论”论。近年来，对中国快速发展崛起的危机感进一步助长了这一论调。伴随中日领土争端的尖锐化，日本右翼势力，利用一切可以利用的时机与事件大肆炒作周边威胁论，不断扩大军力。除了朝鲜威胁论，中国、俄罗斯也是日本惯于炒作的威胁对象，日本通过放大领土争端，制造紧张感的方式，不断加快正常化国家的步伐。2013 年4 月5 日日本通过外交蓝皮书，详细第阐述了日本的外交形势和日本今后的外交方针。其中大肆渲染了所谓的中国威胁。2013 年7 月9 日，日本发布《日本防卫白皮书》，称“中国在同周边国家利害对立的问题上采取高压态度，出现可能引发不测事态的危险行动，日方对此深感遗憾，要求中国遵守国际规范。”[108] 日本政府在其中极力夸大周边安全局势，并大力鼓吹中国威胁论，借此为强化美日同盟，为提升自身军事力量寻找借口。其最终目标，就是希望能够修改宪法，并成为一个“正常国家”。

无论哪一种论调，归根结底都是要改变宪法第9 条，摆脱战后体制的束缚，使日本今

104《安倍首相: 侵略定義「立ち入らない」》,载《每日新聞》2013 年5 月8 日,http: //mainichi.jp/select/news/20130509k0000m010071000c.html。

105 参见冯玮: 《日本是无条件投降的吗?》，载《炎黄春秋》2013 年3 月刊。

106 参见前注⑦，［日］田村重信书，第67－68 页。

107 参见前注⑦，［日］田村重信书，第66 页。

108 《2013 年7 月9 日外交部发言人华春莹主持例行记者会》，http://www.mfa.gov.cn/mfa_chn/fyrbt_602243/t1057381.shtml。

后不仅是在经济领域，而且是在政治、安全领域，能够拥有更大的话语权，能够更加自由地采取行动。

日本和平宪法是一部刚性宪法，修改《宪法》的门槛很高。[109] 为达成废弃宪法第9 条，建立国家军队，修宪阵营打出了所谓尊重国民民意的幌子。在实施步骤上，主张优先修改宪法第96 条。日本首相安倍在众院预算委员会上表示，应该修改宪法第96 条，放宽提案修宪的条件。第96 条规定只有获得众参两院议员2 /3以上的赞成才能提案修宪。安倍就此主张: “只要有1 /3 的议员反对，国民中六成、七成人期望的(修宪) 就会被拒绝，这没有道理。应该改正。” [110]

根据宪法第96 条的程序规定，其结果，众议院与参议院的2 /3 以上的赞成不能获得，宪法的改正的动议案就不可能产生。动议无法提起，国民的多数无论怎么期盼改正宪法，改正宪法的国民投票都无法进行。这就是为何要修改宪法第96 条的原因，如今自民党的修改草案将96 条原文中众参各议院的意愿的“2 /3”的赞成，改为“过半数”的赞成。[111]

三、限制日本主权的国际法问题

(一) 国际法对主权的制约

国家主权概念产生于16 世纪。1577 年法国学者博丹发表《论共和国》一书，最早提出主权概念。把主_权界说为“国家内绝对和永久的权力”。按照布丹的说法，这种权力是国家内最高权力，除了受上帝的戒条和自然法的限制外，不受任何限制。宪法不能限制主权，而在君主国中，主权是国王的属性，在共和国中，是人民的属性。[112] 18 世纪，随着资本主义经济基础的巩固，资产阶级民主制度取代了封建制度，国家主权学说渗入了更多的民主精神。1762 年，法国学者卢梭发表了《社会契约论》一书。卢梭在书中强调，国家主权属于人民，是一个国家公共意志的运用。[113] 现代国际法中，以人民主权的名义建立的主权国家已经普遍化。

战前日本主权为日本天皇所有。《大日本帝国宪法》规定: “大日本帝国，由万世一系之天皇统治之”、“天皇为国家元首，总揽统治权。”战后日本国主权归国民所有。《日本国宪法》在序言中明确规定: “兹宣布主权属于国民，并制定本宪法。国政源于国民的严肃信托，其权威来自国民，其权力由国民的代表行使，其福利由国民享受。”根据人民主权的原理，一个国家的主权权力范围也不无限的，一方面受制于人民共同体意志决定的。另一方面，人们日益认识到，国际和平的维持、独立民族国家的维持，从长远来看，是以各国交出一部分主权为条件的，这样才有可能在有限的范围内进行国际立法，并在必然无限范围内实现具有强制管辖权的国际法庭所确立的法治。[114]

---

[109] 日本《宪法》第 96 条规定: “本宪法的修订，必须经各议院全体议员 2 /3 以上的赞成，由国会创议，向国民提出，并得其承认。此种承认，必须在特别国民投票或国会规定的选举时进行投票，必须获得半数以上的赞成。宪法的修订在经过前项承认后，天皇立即以国民的名义，作为本宪法的一个组成部分公布之。”

[110]《安倍在国会表示应修改宪法第96 条》，共同社2014 年2 月4 日文，

http://china.kyodonews.jp/news/2014/02/8576.html。

[111] 参见［日］田村重信: 《改正日本国宪法》，讲谈社 2013 年版，第 40 页。

[112] 参见特派特修订: 《奥本海国际法》(上卷第 1 分册) ，王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1981 年版，第 98－99 页。

[113] 参见卢梭: 《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版，第 37－41 页。

[114] 参见前注 瑞瑀，特派特修订书，第 100－101 页。

以“不干涉内政原则”为例。《联合国宪章》第2 条所确认的不干涉内政原则的基础是来源于国家主权平等以及国家主权的对内最高权和对外独立权的延伸。但是，任何国家都不能将主权绝对化，认为主权是一种不受任何限制的权力。长期的国际法实践告诉人们，国际法一方面肯定了国家享有主权，但在另一方面也对国家主权的行使做出了一定的限制，以防止某些国家滥用主权，损害他国利益或国际社会的整体利益。“内政”与“非内政”划分关键是看国家在相关事务上是否已经承担了“国际义务”。

限制主权，是指一国对他国进行武装侵略，侵犯他国主权和领土完整，或者严重破坏国际和平与安全而犯有严重国际不法行为的情况下，对加害国的国家主权施加一定限制的法律责任承担形式。限制主权是一种最为严重的国家责任形式。

限制主权分为全面限制主权和局部限制主权两种。全面限制主权是指在一定时期内由他国对加害国实行军事占领或军事控制，并代行国家的最高权力。例如，在第二次世界大战后，为了惩罚侵略国的防止侵略势力再起，经签订国际协议，由同盟国在一定时期内对德国和日本实行军事管制，并由同盟国组成的管制委员会代行这些国家的最高权力。

局部限制主权是指通过制定条约的行使对加害国在某些方面的权利进行一定的限制。例如，1947 年对意大利和约规定，意大利所拥有的武装力量的数量不得超过实行自卫所必须的限度。海湾战争后，联合国安理会就伊拉克入侵科威特的啥责任问题做出了一系列的决议，其中关于销毁和限制伊拉克生化武器的内容，实际上就是对伊拉克局部限制主权的一种措施。

战后同盟国对日本既有全面的主权限制也有对日本主权的局部性的限制。如，美国代表同盟国对日本实施了军事管制，这是一种对日本主权的全面限制；同盟国通过占领军最高司令官麦克阿瑟在创建的《日本国宪法》中明确地规定了日本放弃战争权。这是对战后日本主权的局部限制。即对日本主权的武装力量进行严格限制：剥夺日本的交战权。

（二）限制日本主权的法律依据

从近代国际法过渡到现代国际法的重要里程碑标志是第一次世界大战后的两个国际法上的重大事件：

第一，1917 年11 月8 日，苏维埃俄国政府公布的第一个重要对外政策《和平法令》，是由列宁亲自起草，对第一次世界大战中的交战国提出“立即实现的不割地（即不侵占别国领土，不强迫合并别的民族）不赔款的和平。”[115] 在历史上第一次宣告新的国际关系原则。尤其是“不割地、不赔款”[116] 的原则主张，这一理论的目的是消灭国际间的战争，它以釜底抽薪的办法扑灭了通过发动战争以实现侵占他国领土的动机，从根本上否_定了任何国家在交战获胜后享有对战败国的割地赔偿权。

第二，1943 年12 月1 日，中、美、英三国领导人于开罗举行会议后，发表公报：“我三大盟国决心以不松弛之压力，从海陆空各方面，加诸残暴之敌人……我三大盟国此次进行战争之目的，在于制止及惩治日本之侵略，三国决不为自己图利，亦无拓展领土之意思。我三大盟国将坚韧进行其重大而长期之战争，以获得日本无条件投降。”这是同盟国与轴心国在交战期间、战事尚未明了之前发表的声明。

---

[115] 《列宁全集》（第 26 卷），人民出版社 1959 年版，第 227－229 页。

[116] 这里的不赔偿是指对战败国的惩罚性战争赔款，而不是指受害者的损害赔偿权。

结合列宁提出的“不割地、不赔款”和《开罗宣言》的精神来看，这两项里程碑式的宣言实际上是一个从理论到实践的完美结合。这是人类历史上第一次不以反制掠夺侵略国领土的战争，其目的仅仅在于惩治侵略。第二次世界大战的同盟国反击侵略的战争是人类历史上首次可称得上真正意义上的正义战争。

从1919 年列宁提出的理论至第二次世界大战的实践，它彻底改变了近代国际法中主权国家享有的无差别战争权。国际法学者多将这一时期视为近代国际法向现代国际法的转化时期。[117]

要彻底消灭侵略战争，就应当废弃近代国际法的割地、赔款，但这并不意味着发动侵略的战败国家可以无法无天、不承担任何国家责任。现代国际法必须选择一种与近代国际法（ 割地赔偿、消灭敌国领土主权)迥异强制措施来制止侵略战争发动者，使严重不法行为受到应有的惩治，并确保其不能再度发动侵略战争。

针对日本的侵略罪行为，同盟国对其制约的措施是，惩治发动侵略的领导人，限制日本主权的意志，新建《日本国宪法》、剥夺天皇的专权统治地位、明确规定日本放弃诉诸战争权（ 《日本国宪法》第9 条），限制日本领土主权的范围（ 剥夺其固有领土以外的被其侵占领土）等。

作为第二次世界大战中胜利的同盟国，一秉承诺《开罗宣言》宣示的“三大国决不为自己图利，亦无拓展领土之意思。”使日本在战后依然保留领土主权。然而，废弃传统的灭亡敌国主权的传统国际法，并不意味着允许放纵发动侵略的战败国。战后对日本的违反开战法规、违反交战法规的行为人的战争罪行进行惩治、限制日本主权权力也就成为必然的替代形式。这是人类战争史的进步。是人类文明的胜利。

对日本主权限制的基础性文件，是《开罗宣言》、《波兹坦公告》和《日本国投降书》。1943 年12 月1 日，中、美、英三国领导人于开罗举行会议后发表的《开罗宣言》明确了对日本的主权限制，发表声明如下:“……三国军事方面人员，关于今后对日作战计划，已获得一致意见。……我三大盟国此次进行战争之目的，在于制止及惩罚日本之侵略，三国决不为自己图利，亦无拓展领土之意思。三国之宗旨在于剥夺日本自从1914 年第一次世界大战开始后，在太平洋上所夺得或占领之一切岛屿; 在于使日本所窃取之中国之领土，例如东北四省、台湾、澎湖群岛等，归还中华民国; 其他日本以武力或贪欲攫取之土地，亦务将日本驱逐出境。我三大盟国稔知朝鲜人民所受之奴隶待遇，决定在相当时期，使朝鲜自由与独立。根据以上所认定之各项目标，并与其他对日作战之同盟国目标一致，我三大盟国将坚韧进行其重大而长期之战争，以获得日本无条件投降。”

1945 年7 月26 日，中、美、英三国在波兹坦会议期间发表对日最后通牒的《波兹坦公告》（ 苏联于8 月8日对日宣战后加入该公告）。四大国提出的各项投降条件都是对日本主权的限制。在8 月14 日，日本天皇宣布接受《波兹坦公告》，宣布向盟军投降。9 月2 日日本签署了投降书。至此，《波兹坦公告》以及《开罗宣言》与“日本投降书”形成了国际法上权利与义务的协议关系，构成了限制日本主权的法律基础。

需要重申的是，如前所述，《波茨坦公告》公布后，日本发来乞降照会并询问公告确切涵义。对此，8月11 日中、苏、美、英四国对日本乞降照会的复文中言明: “自投降之时刻

---

117 参见周鲠生:《国际法》（ 上册），商务印书馆 1976 年版，第 52－56 页。

起，日本天皇及日本政府统治国家之权力，即须听从盟国最高司令官，该司令官将采取其认为适当之步骤以实施投降条款。”

1945 年9 月2 日，日本外务大臣重光葵和参谋总长梅津美治郎代表日本签订《日本投降书》，完全接受《波茨坦公告》的条款。《日本投降书》第6 项言明: “余等为天皇、日本政府及其后继者承允忠实履行波茨坦宣言之条款，发布为实施该宣言之联合国最高司令官或其他同盟国指令代表所要求之一切命令及一切措置。”第8 项明确承诺: “天皇及日本国政府统治国家之权力，应置于为实施投降条款而采取其所认为适当步骤之同盟国最高司令官之下。”根据《波茨坦公告》以及《日本投降书》，同盟国最高司令官为履行日本投降条件，被规定为能够拥有为实施投降条款而采取其所认为适当步骤的一切行为的权能。因此，同盟国最高司令官为落实投降条款所采取的他认为适当之步骤就是属于具体限制日本主权的具有法律拘束力的渊源。

需要指出，同盟国最高司令官麦克阿瑟是美国人，以同盟国最高司令部的“日本国宪法草案”为蓝本制定的日本宪法，通常被日本人视为麦克阿瑟宪法。事实上，根据《波茨坦公告》、《中苏美英四国对日本乞降照会的复文》以及《日本投降书》，日本宪法第9 条禁止日本拥有武装力量、放弃战争权。其效力依据绝对不是美国单方面的，更不是出自麦克阿瑟的，而是包括中国在内的四大国的授权。今天日本要修改宪法第9 条当然应当征求包括中国在内的四大国的同意。然而日本首相安倍却表示不必就修宪问题向中韩做出解释。他声称: “这是我国的宪法，不是需要一一(对外) 解释的问题。”[118]

毋庸置疑，解禁集体自卫权是否符合宪法的问题不是日本国单方面就可以定调的。在限制日本主权期间，未经四大国包括中国在内的同意，美国也好，日本也罢，都无权单独改变对日本主权的限制(宪法第9条) 。

四、日本废宪法第9 条非纯属国家内政

(一) “旧金山和约”不具有全面恢复日本主权的效力

在限制日本主权期间，日本国未经同盟国同意无权修改宪法。但对战败国日本的主权限制是无期限还是有期限的或者说日本国在何种条件下才能成为正常国家、成为主权恢复的国家，是一个十分重要的问题。

日本学者普遍认为，以《波兹坦公告》、《日本投降书》等法律性文件对日本作出限制主权的惩罚是阶段性的。如，日本宪法学教授青山武宪认为: 接受《波兹坦公告》的《日本投降书》和“旧金山和约”，原本它们的地位优于《日本国宪法》。但是，那种对于《日本国宪法》有着优越地位的情势并不是永恒的，在日本国独立以后，对日本而言，《日本国宪法》是最高的法律规范。[119] 笔者理解青山教授所说的“日本独立后”，指日本国与交战国之间缔结旨在结束战争法律状态的和平条约后，日本就可以成为一个普通的国家。

劳特派特对战争的概念作了如下的阐述: 战争是国家之间为着彼此制服的宗旨而进行的武力争斗。[120] 正常的终止战争方式是缔结和约。虽然战争有时由于简单停止敌对行为

---

[118]《安倍表示不必就修宪问题向中韩做出解释》，共同社2013 年5 月1 日文，http: //china.kyodonews.jp /news /2013 /05 /51439.html。

[119] 参加［日］青山武宪: 《宪法》，启正社 1992 年版，第 380 页。

[120] 参见劳特派特修订: 《奥本海国际法》(下卷第 1 分册) ，王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1981 年版，

而结束，虽然灭亡不是十分罕见或很不正常的现象，但最常见的结束战争方法是缔结和约。许多作者正确地称缔结和约为终止战争的正常方式。[121] 换言之，除非所有的同盟国都与日本国缔结了和平条约(并且在和约中没有再度限制日本国主权) ，才意味着完全结束了对日本的主权限制，日本才有可能合法地废弃宪法第9 条，实现回复主权。因为，和约是结束交战国之间战争的法律状态，是最终处分交战国之间权利义务的(包括处分) 的决断。

2013 年4 月28 日，在“旧金山和约”生效61 周年之际，日本政府在东京永田町的宪政纪念馆举办了“主权恢复·重返国际社会纪念典礼”。据内阁府介绍，约390 名国会议员及中央政府官员等参加了典礼。日本政府上次举行典礼纪念主权恢复是在“旧金山和约”生效后不久的1952 年5 月。[122] 日本政府鼓吹日本已经在1952 年“旧金山和约”生效后就恢复了主权。然而，这样的宣示不符合国际法基本常识。

“旧金山和约”是1951 年9 月8 日签订的，受当时国际冷战背景下的朝鲜战争爆发的影响，在限制日本主权的事项方面与1945 年7 月26 日的《波兹坦公告》发生了质的变化。

“旧金山和约”序言言明: 各盟国及日本决定，他们此后之关系将是有主权的平等国家间之关系，在友好的结合下进行合作，以便促进他们共同的福利及维持国际和平与安全。因此，愿缔结和约，借以解决一切由于他们之间存在之战争状态所引起而尚未解决的问题。

事实上，日本在“旧金山和约”中，仅仅与48 个同盟国缔结和约，并不包括中国、苏联等国。因此，依据1952 年“旧金山和约”生效之日推断日本恢复主权是不符合国际法结束战争法律状态的基本原理。

(二) 《联合国宪章》的敌国条款与日本

“旧金山和约”是冷战条件下的产物，不具有彰显同盟国的普遍性意志。《联合国宪章》制定于成立于二战结束前后的1945 年，它的创始会员国为51 名，其前身是1942 年1 月1 日签署《联合国家宣言》的26 个国家。尽管《联合国宪章》第51 条规定，会员国享有单独和集体的自卫权。但是，《联合国宪章》至今还保留着敌国条款，彰显了同盟国的普遍性意志。

所谓“敌国条款”，是指二战后，为防止侵略战争重演，世界反法西斯同盟在《联合国宪章》中对日本、德国等战败国所订立的相关约束性条款。《联合国宪章》第53 条、第107 条、第77 条第1 款(丑) 项构成了所谓的“敌国条款”。其中，最重要的条款是第53 条的规定。第一，该条款规定了各区域组织可以不经联合国的授权，只须经有关政府的要求，就可以对敌国采取武力行动。第二，该条款的规定是前瞻性的，不像第107条是适用于一定的特定时期。第三，第53 条第2 款规定“本条第1 款所称敌国系指第二次世界大战中为本宪章任何签字国之敌国。”敌国定义清晰，便于操作和适用。可见，尽管《联合国宪章》第51 条规定，会员国享有单独和集体的自卫权。但是，《联合国宪章》至今还保留着敌国条款。

尽管日本在1956 年12 月18 日被联合国接纳为新会员国，但是这并不意味着日本国

第 151 页。

[121] 参见前注 34，劳特派特修订书，第 112 页。

[122] 参见《日本政府举办“主权恢复日”纪念典礼》，共同社2013 年4 月28 日文，http: //china.kyodonews.jp /news /2013 /04 /51268.html。

与其他联合国会员国的敌国关系就当然终止。不同性质的联合国会员国，在享有行使自卫权方面，法律地位、自卫权限是不同的。本宪章任何签字国之敌国在联合国体制内行使自卫权是受到严格控制的。

在第二次世界大战结束50 周年之际，德国、日本和意大利等国提出了删除宪章中敌国条款的建议，认为时过境迁，第二次世界大战的敌国都已成为“爱好和平”的国家，都已成为联合国的成员国，这些条款已失去了意义。对此，联合国尚在研究和讨论这一问题。[123] 迄今，《联合国宪章》的敌国条款依然未被改动，只要宪章中敌国条款未被删除，就不能称其之为正常的会员国。

“旧金山和约”第1 条第1 款的规定: “日本与每一盟国间之战争状态，依照本条约第23 条(生效程序)之规定，自日本与该盟国间所缔结之本条约生效时起，即告终止。”而在1951 年与日本国缔结“旧金山和约”的48 个国家中，有42 个国家在联合国成立时就是创始会员国。虽然上述42 个国家在联合国体系之外可以说它们与日本国的战争法律状态已经结束，不是敌国之间的关系，但是，在联合国体系内，《联合国宪章》第103 条规定: “联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”可见《联合国宪章》的敌国条款依然对所有联合国会员国具有拘束力。因此，所谓的“旧金山和约”使得日本与交战国之间结束了战争状态，日本据此恢复了主权的说辞实为缺乏严谨的推论。

与此同时，《联合国宪章》在修改的程序方面也有严格的规定。归纳而言，第108 条和第109 条规定的修正程序较为复杂，它建立了一个两步骤的修正程序: 第一，修正案须经召开联合国大会(第108 条) 或审议宪章的全会(第109 条) ，经2 /3 的成员国的赞成方能通过; 第二，修正案须在成员国2 /3 多数，包括安理会常任理事国全体，各依其宪法程序批准后方能生效。无论是第108 条还是第109 条，其实质程序以及通过和批准修正案的条件是完全一样的，只不过第109 条在联合国大会之外另外提供了一个进行修正的场所而已。[124]

《联合国宪章》是二战结束初期的国际政治格局的产物。在20 世纪60 年代，随着一大批新独立国家的出现，发展中国家在联合国中的力量日益壮大，曾对宪章的一些条款进行过修改，增加了安理会和经社理事会的数目。[125] 这些修改本质上并不损害安理会大国的既得利益。

冷战结束后，原来东、西两大阵营即开始出现分化和重新整合。这一国际政治格局的新变化使得一些国家要求修改宪章的愿望进一步加强。特别是德、日两个心崛起的经济大国、发达国家中的中小国家以及发展中国家中的地区大国，为了谋求在新的国际政治格局中的相应地位，纷纷提出了各自对修改宪章的主张。

1995 年12 月11 日，联合国大会以155 票赞成，3票弃权通过了重新考虑《联合国宪

---

[123] 参见许光建主编: 《联合国宪章诠释》，山西教育出版社 1999 年版，第 379 页。

[124] 参见前注 37，许光建主编书，第 667 页。

[125] 参见前注37，许光建主编书，第670 页。迄今为止，对宪章条款的修正案只有3 次，即对第23 条、第27 条及第61 条的修正案，大会于1963 年12 月17 日通过， 1965 年8 月31 日生效; 第109 条修正案，大会于1965 年12 月20 日通过， 1968 年6 月12 日生效; 第61 条修正案，大会于1971 年12 月20 日通过， 1973 年9 月24 日生效。

章》和拟取消“原敌国条款”的议案。但该议案的内容即《联合国宪章》的修改至今也没有得到落实。[126] 没有会员国2 /3 多数，包括安理会常任理事国全体，各依其宪法程序批准，修正案就无法生效。作为曾给亚洲人民带来深重灾难的侵略国家，战后，日本政要在对待二战的态度上始终遮遮掩掩、明显缺乏悔改的诚意，加之其不断为东京审判中的罪犯翻案，继而架空宪法第9 条重走军事扩张道路，这一切就决定了日本就难以改变其国际形象以及国际
影响力，更难以得到其觊觎已久的国际政治地位。

（ 三) 中日结束战争状态的法律程序尚未用尽

1. 中日战争法律状态结束的法律制度

在学术上将交战国之间缔结和约的日期视为结束对战败国主权限制的开始。这种解释不无一定道理。问题是战败国必须与所有曾限制其主权的交战国缔结和平条约。中日之间结束战争的法律状态是什么时候结束的问题，恐怕连日本政府也搞不清楚。

战争是国家之间的武装冲突，结束战争法律状态的形式主要是缔结和平条约，其主体是国家而不应是政府，和约必须有国家最高权力机关批准。尽管中日两国政府发表《中日联合声明》序言表明了“战争状态的结束，中日邦交的正常化，两国人民这种愿望的实现，将揭开两国关系史上新的一页。”依法而言，这仅仅是政府的政治立场的表达。此外，即使该声明第4 项言明: “中国政府和日本政府决定自1972 年9 月29 日起建立外交关系。”那也只能说明中日之间结束的是事实上战争状态，而不是结束法律上的战争状态。

关于法律上的战争状态结束问题，我国立法机构历次通过的宪法均有明确规定。决定战争和和平问题，其职权由全国人民代表大会行使; 而全国人民代表大会常务委员会行使的职权可“在全国人民代表大会闭会期间，如果遇到国家遭受武装侵犯的情况，决定战争状态的宣布。”由此可见，在我国决定和平的问题必须是由全国人民代表大会决定。事实上《中日和平条约》于1978 年8 月16 日，只是被我国人大常务委员会批准，而日本的国会批准了《中日和平友好条约》。[127] 中国《宪法》规定“和平条约”必须经中方最高权力机关批准才能生效，对此，日方应当明知。可见，未经法定程序批准的《中日和平友好条约》，从法律上说，中日之间的法律上的战争状态尚不能说已经完全结束。换言之，中日仍处在战争的法律状态之中。可见，只要日本一天不与交战国结束战争的法律状态，日本就不是一个正常的国家，同样，修改宪法或修改宪法解释也不是纯粹的日本内政。

2．《中日联合声明》结束中日事实上的战争状态

既然“战争是国家之间为着彼此制服的宗旨而进行的武力争斗”，那么结束战争的主体就应当是国家，而不是政府。但是这一规则并不妨碍政府间的政治立场的表达。

1972 年9 月29 日，中日两国政府共同发表的《中日联合声明》(以下简称“《声明》”) 的模式似乎很难将其划归上述任何一种方式。《声明》第1 款表述了: “自本声明公布之日起，中华人民共和国和日本国之间迄今为止的不正常状态宣告结束。”这里所言的“不正常状态”主要是指“战争状态”，因为，在《声明》的序言:“两国人民切望结束迄今存在于

[126] 参见前注 37，许光建主编书，第 665－666 页。
[127] 1978 年 10 月 16 日和 10 月 18 日，日本众议院和参议院也分别批准了《中日和平友好条约》。

两国间的不正常状态。战争状态的结束，中日邦交的正常化，两国人民这种愿望的实现，将揭开两国关系史上新的一页。”另外，该序言还强调“日本方面重申站在充分理解中华人民共和国政府提出的‘复交三原则’的立场上，谋求实现日中邦交正常化这一见解。中国方面对此表示欢迎。”所谓“复交三原则”其中的一个原则就是“‘日华和约’是非法的、无效的，必须废除。”[128] 换言之日方是在充分理解中方主张的“日华和约”无效的基础上与中方磋商结束战争状态问题的。因此，《声明》实际上表达了中日两国政府意欲结束两国的战争状态。此外，《声明》第四款规定: “中华人民共和国政府和日本国政府决定自1972 年9 月29 日起建立外交关系。”通常而言，战争的爆发立即导致交战国之间外交往来断绝。[129] 反之，笔者认为，在和平条约缔结前，交战国之间建立外交关系意味着事实上的战争状态结束。

《声明》的特殊性在于，其宣示结束战争状态的主体分别是中日两国的政府，而不是国家层面的正式和约。根据国内法，在中国以国家名义签署的和平条约是需要经过国家最高权力机关批准才能生效的。根据国际法，既然战争是国家之间为着彼此制服的宗旨而进行的武力争斗，那么结束战争法律状态就必须由交战国国家之间订立和约。

事实上《中日联合声明》所涉及的内容中既有法律性质的约定又有政治立场的约定，它不是纯粹单一的法律文件。《声明》中涉及权利义务内容的、同时又不超越中日两国政府职权的部分，则当然具有法律拘束力; 涉及法律问题同时也超越两国政府职权内容的宣示，当可视为政府间的政治立场的表述。同样，中日两国政府的承诺仍具有十分重要的意义。首先从政治上而言，中国政府有权表达自己的政治立场，这是毋庸置疑的，其次，涉及法律问题的政治立场的宣示，今后均有可能被国家层面正式的和约所吸收。换言之，1978年《中日和平条约》的问世就是为了结束中日两国法律上的战争状态，而1972 年的《声明》的作用是结束了中日两国事实上的战争的状态。如果不做这样的理解，那么， 1978 年《中日和平条约》的问世就没有必要了。由此可见，中日两国的《声明》实际上仅仅结束了中日两国之间事实上的战争状态。

3． 日本国会对中日战争法律状态结束时点的模糊

按常理，日本国作为缔结和约的一方应当了解中国审核和约的程序。令人困惑的是，中国方面没有按照宪法规定的要求走程序，日本方面对此也并无质疑。

有必要了解当时日本国会对和约的审核、答辩情况。中日和平友好条约签署后，日本政府在国会审议《中日和平友好条约》时，就该和约性质、中日战争的终结时间点问题进行了多次的审议、答辩。1978 年9 月30 日在野党方面主张，该条约并不是政府仅仅为了推进两国的友好关系而制定的，它同时具有和平条约的性质。对此，福田首相主张“该条约并没

---

[128] 1971 年7 月2 日，以竹入义胜为团长的日本公明党第一次访中团与中国方面签署的共同声明中的“五原则”的前三项原则，中国方面将其简略化的表述为“复交三原则”。即：一，中华人民共和国政府是代表中国人民的唯一合法政府；二，台湾是中华人民共和国领土不可分割的一部分，已经归还中国，台湾问题纯属中国内政；三，“日华和约”是非法的、无效的，必须废除。参见石井明、朱建荣、添谷芳秀、林晓光编：《记录与考证———日中国交正常化·和平友好条约缔结交涉》，岩波书店2003 年版，第42－43页。）

[129] 参见前注 34，劳特派特修订书，第 221 页。

有特殊的含义，该条约是表明了和平友好气氛的(普通) 条约，并不是所谓法律上以和平条约为宗旨的条约。”他否定了和平条约的性质。[130]

对于中日两国之间战争状态终了与否的质问， 10 月3 日的众议院预算委员会上、福田首相表示: “与我国的关于日华和约已经解决了战后处理的一切问题的见解相反，中国方面的立场是中日联合声明解决了战后处理(结束了战争状态) 问题，两者间见解相互冲突，结果，这些问题已经由中日联合声明全部解决。”[131]

10 月13 日第85 届国会众院外务委员会上，中川嘉美议员提出质问: “中日和平友好条约并不是作为战后处理(结束战争) 的和平条约，而是确认中日两国友好关系的条约，如果这样的说法是对的话，中日之间的战争处理问题早在1972 年发布的中日联合声明时已经完成，这样的理解对吗?”圆田外相回复: “完全正确”。中川: “若是这样的话，就与结束战争的若干传统的方式相违背了。迄今没有先例的形式，将来被提及成为问题如何是好?”圆田外相: “当然，并不会保证将来一定没有问题，以这个和平友好条约为基础，两国间进行对话，各种各样的问题就不会向坏的方向发展，可以向着相互间理解的方向发展。”[132] 此外，关于中日间战争状态结束的时点问题，大森诚一条约局长答复: “中日间的战争终结的问题，法律上的终结，我国与中华民国之间的战争状态已经由日华和约第一条给予了终止，这是我国的立场。中日邦交正常化之际，我国面对日华和约从一开始就无效的中国方面的主张，以无法认同的基本立场向中国方面进行了说明，为了中日国交正常化的大目标，为克服中日双方的基本立场中有关困难的法律问题，中日联合声明在文字上双方进行了磨合。中日间的战争终结问题是由中日联合声明最终解决的。”[133] 16 日众议院外务委员会上，圆田外相指出:“战后的处理虽然已经为中日联合声明处理终了，但是中日联合声明没有经过国会的批准，而和平友好条约也说不定具有战后处理的性质。”[134]

归纳而言，日本国会对于《中日联合声明》和《中日和平友好条约》何者为结束战争法律状态的判断存在模糊状态，也许有鉴于此，日本方面就不太计较中方仅以全国人大常委会的级别来审核该和约。

4．《中日和平友好条约》未用尽程序的效果

1978 年签署的《中日和平友好条约》确认了《中日联合声明》所确立的各项原则。《中日和平友好条约》是以中日两国国家的名义签订的和约，通常似乎可理解为该和约标志着中日两国战争的法律状态的结束。然而，该和约仅仅获得中国人大常委会的批准而没有获得全国人民代表大会的批准。根据我国的国内法，1978 年我国当时施行的“78 年宪法”第20 条的规定: “全国人民代表大会是最高国家权力机关”，第22 条第9 款项规定: “全国人

---

130 1978 年9 月30 日，参议院本会议议事录第4 号，第11 页。转引自［日］殷燕軍: 《日中講和の研究_戦後日中関係の原点》，柏書房2007 年版，第333－334页。

131 1978 年 10 月 3 日，众议院预算委员会议事录第 3 号，第 12 页。转引自前注 44，［日］殷燕軍书，第 333－334 页。

132 1978 年 10 月 3 日，第 85 届国会众院外务委员会议事录第 1 号，第 32 页。转引自前注 44，［日］殷燕軍书，第 333－334 页。

133 同上。

134 1978 年 10 月 16 日，众议院外务委员会议事录，第 3 号，第 17 页。转引自前注　瑒瑤，［日］殷燕軍书，第 333－334 页。

民代表大会行使决定战争和和平的问题”，第25 条第12 款规定: “全国人民代表大会常务委员会在全国人民代表大会闭会期间，如果遇到国家遭受武装侵犯的情况，决定宣布战争状态。”根据这些规定的法律逻辑，显而易见，缔结和平条约只能由全国人民代表大会这一中国最高权力机关批准才能奏效。如果将《中日和平友好条约》视为“和约”，那么，其效力至今尚未获得中国最高权力机关的批准。

虽然《中日和平友好条约》中没有具体提及结束战争法律状态的时点问题，但是日本方面依然有可能主张，所谓“和平友好条约”的名称本身就意味着结束战争状态，加之该和约是由中日两国国家的名义签署，所以中日之间的战争的法律状态已经结束。但是，《维也纳条约法公约》第46 条规定: 一国不能以本国机关违反国内法关于缔约权限的规定而主张它所缔结的条约无效，只有当越权行为明显地违反国内法，即违反了具有根本重要性的国内法规定，缔约国始可援引越权的理由撤销对条约的同意。事实上，日本国理应十分清晰地了解中国宪法关于和平条约的缔结、批准程序。因此，法理上而言，中国方面掌握着特有的对《中日和平友好条约》效力的解释权。从法律角度分析，《中日和平友好条约》可以理解为尚未正式生效、或者尚待中国最高权力机关审核、批准的一个议案。从辩证和发展的角度来看，政治层面的承诺今后提升到有拘束力的法律层面是可能的。

如果全国人大将《中日和平友好条约》仅视为普通的“友好”条约，则全国人民代表大会常务委员会对《中日和平友好条约》有权批准，其批准程序符合我国宪法规定。但是，这样的操作程序，无论是从国际法或国内法而言，都意味着中日之间的战争的法律状态依然没有结束。

事实上，中国政府方面也历来将《中日联合声明》、《中日和平友好条约》和《中日联合宣言》[135]视为政治性文件，认为“三个政治文件，构成了中日关系的政治基础。”[136] 笔者认为，中国政府之所以将自身的承诺强调其停留在政治层面而不是法律层面，不排除因为日本对侵略行为的认识仅仅停留在《中日联合声明》中的“反省”阶段有关，以至于需要安排一个立足于听其言、观其行的前置程序。

在与侵略罪行有关联的谢罪问题上，《中日联合声明》的前文中有着: “日本方面痛感日本国过去由于战争给中国人民造成的重大损害的责任，表示深刻的反省”的表述。可是，这里“反省”的含义与日本正式的谢罪，甚至抱歉和歉意有着较大的不同。依据日本辞书《广辞苑》，《中日联合声明》中“反省”的意思是检查自己过去的行为，回顾(检点) 自己的行为。[137] 虽然现代日语中“反省”者是一种低姿态，可是“反省”并不意味着包含谢罪、抱歉和歉意的含义。由于“反省”本身是一个动作行为的动词，逻辑上应当会产生检查的结

---

[135] 即 1998 年 11 月 26 日中日达成的《中日关于建立致力于和平与发展的友好合作伙伴关系的联合宣言》。

[136] 《中日关系健康稳定发展须恪守三个政治文件原则》，http://news. Xinhuanet.com/world /2006－09 /08 /content _5066541.htm; 《外交部: 中日研究历史应基于三个政治文件原则》，http: //gb.cri.cn /8606 /2006 /12 /21 /106@ 1362529.htm; 《中华人民共和国外交部声明———强烈抗议日本首相小泉纯一郎又一次参拜靖国神社》，中国外交部网，http: //www.fmprc.gov.cn/chn/pds/ziliao/1179 /t267531.htm。

[137] 反省定义为: (1) 对于本人过去的行为进行考察、回顾; (2) ［哲、心］(reflexion，反射) 本人的精神生活的领悟，或精神集中于注意的作用。参见［日］新村出编: 《广辞苑》，岩波书店1975 年版，第1838 页。

果。因此，日本方面有义务将反省的结果向中国汇报。“反省”可能会有若干种结果: 例如，第一，日本方面经过“反省”检查自己过去的行为，认识到过去的行为是侵略战争罪行，就可能会向中国和中国人民直接表达谢罪、甚至给予受害者赔偿; 第二，日本方面经过“反省”检查自己过去的行为，认识到过去的行为是合法的战争罪行，因此，拒不向中国谢罪，更不向受害的中国民众予以赔偿并公然美化战争，否定“东京审判”，修改“和平宪法”，重走军事强国道路; 第三，日本方面以不作为的姿态始终停留在“反省”的阶段等等。

从国际法的视角来看，《中日联合声明》标志着中日两国事实上的战争状态结束，而中日之间法律上的战争状态结束的程序至今尚未履行完毕，而且中国对此掌握着主动权。

日本政府政要自以为日本利用“旧金山和约”已经获得了华丽的转身，成为正常的国家，所以肆无忌惮地以官方名义参拜靖国神社，默认文部省放纵不断地篡改历史真相教科书通过审定，不断提升有事法制的军事力量的规格，甚至要推动废弃和平宪章。这些行为令亚洲各国十分忧虑。

五、结语

《日本国宪法》的存在对于保障以及促进世界和平都具有非常重要的意义。该宪法颁布后不久，国际秩序走向美苏对立，日本政府进而通过“扩大宪法解释”的途径，事实上已经部分达到了改宪的目的，和平宪法最关键的第9 条逐渐“空洞化”。如今，随着日本经济实力的增强及国际形势的变化，自民党为核心的修宪阵营又抛出“修改宪法解释”，意图根本上废弃宪法第9 条，实现日本集体自卫权、建立国防军。

从日本国国内法制而言，先后出现的“宪法不否定自卫权论”、解禁集体自卫权的“修改宪法解释”，前后相互矛盾，逻辑混乱，体现了日本修宪阵营的精英们肆意解释宪法伎俩。

国内有学者主张: 日本要成为一个“普通的”国家是正常合理的诉求，是迟早的事。好比，中国家庭有十个儿子每天在习武，而且家长还教育儿子仇恨隔壁人家(日本) ，总有一天我们要教训隔壁人家，而隔壁家庭只有一个儿子习武，因此，今天人家要戒备(扩军、修宪) 也是可以理解的。[138] 这观点表面上显得理性，实际上，抹杀了战胜国对战败国主权限制的权利与义务关系。从国际法视角来看，今天的日本距离成为“正常国家”，还缺乏必要的条件。不管日本是否仰仗美国强行修改宪法、废弃宪法第9 条，其挑战和平宪法的行为不是纯粹的国内内政。法理上，日本就其修宪行为有义务向中国等国家解释; 中国有权监督其修宪行为以及追究其违约的国家责任。

(本文载于《法学评论（双月刊）》，2014年第6期。)

[138] 参见冯玮:《中国应该警惕日本但不要“妖魔化”》，http://v.ifeng.com/mil/arms/201303/584bdc07-1840-45e0-8f69-380da9e6d00b.shtml。

南沙油气资源开发的法律困境与对策研究

－以中越南沙油气开发之争为例

郭　冉*

（华东师范大学，上海 200062）

摘　要：“2012 年中国海域部分对外开放区块公告”（以下称“公告”）被越南指责为违法。其合法性取决于开放区块是否位于中越争议海域及是否违反共同开发原则。越对其合法性产生争议有四点原因：中国南海断续线的法律性质不明；共同开发原则陷入现实和理论困境；“公告”的后续行为未定；越南缺乏政治合作的需求和意愿。因此，明确南海断续线的性质，宣布南沙领海基线，完成南沙海洋划界，是解决南沙领土和海洋权益之争的根本。在此之前，中国应当完善共同开发政策，综合运用外交、法律甚至军事手段维护领土主权和海洋权益。

关键词：“中海油公告”　　南沙水域　　共同开发原则

---

*郭冉（1978-），男，河南南阳人，华东师范大学外语学院副教授，主要研究方向为国际海洋法、国际公法。本文是 2013 年度上海市哲学社会科学规划课题“南沙油气资源开发的法律困境与对策研究”[2013BFX003]的研究成果。

一、前言

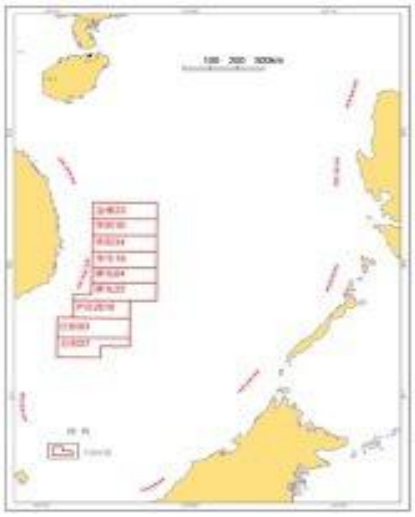
2012 年 6 月，中国海洋石油总公司（以下称中海油）发布“2012 年中国海域部分对外开放区块公告”[139]（以下简称“中海油公告”），宣布在南海地区对外开放 9 个海上区块，以供与外国公司进行合作勘探开发。从中海油公布的地图（见图一）及其边界点坐标来看，这 9 个区块全部位于南海断续线内海域。其中，金银 22、华阳 10、华阳 34、毕生 16、弹丸 04、弹丸 22 和尹庆西 18 这 7 个区块位于中建南盆地，日积 03 区块和日积 27 区块 2 个位于万安盆地与南薇西盆地部分区域。区块面积最小的是弹丸 04 区块，只有 15895.02 km^2，最大是日积 03 区块，面积达 22857.8 km^2。除弹丸 22 区块、尹庆西 18 区块、日积 03 区块和日积 27 区块在水深 300-1500m 的区域存在油气资源外，其余 4 个区块的水深全部超过 1500m。鉴于中国在建深水油气田开发水深为 1480 米，而世界纪录为 2743 米，这就意味着中国依靠自身技术实力在这 8 个区块进行油气资源开发的困难较大，必须与具有深海油气资源开发技术的跨国公司合作。无疑，此次中海油招标公告是中国深海油气资源开发的重大举措，将改变越南、菲律宾等国疯狂开采南沙海域油气资源而中国却在南沙海域“一口油井没有、一滴油不出”的被动局面[140]，但是，此举的合法性却引起越南的质疑[141]。

---

[139] 参见《2012 年中国海域部分对外开放区块公告》，http://www.cnooc.com.cn/data/html/news/2012-06-23/chinese/322013.html，访问日期: 2013 年 1 月 8 日。

[140] 越南海上石油开发始于上个世纪 80 年代初，1980 年，越南和前苏联签订了在越南南方大陆架勘探和开采石油的协定。1986 年，越南在“白虎”油田首次开采出石油。从此，越南的海上原油产量不断增长。越南的石油勘探开发活动大多发生在 Cuu Long 海域和 Nam Con Son(万安盆地)。虽然越南的主要油田并没有位于中国南海断续线内海域，但越南在线内区域单方面设置了众多勘探区块并在其中部分区块积极寻求国外合作。与越南形成鲜明对比的是，目前中国在南海的油气田主要集中在珠江口、北部湾和海南岛附近，代表性的油气田有位于南中国海的珠江口盆地的惠州油田、位于三亚市以南 100 公里的崖城 13－

在这种情况下，对中海油 2012 年招标公告的合法性进行分析，探讨造成中越关于公告合法性之争的深层次原因，找出化解争议、促进南海油气资源开发的对策，无疑具有一定的理论和现实意义。



图一：2012 年中国海域部分开放区块位置图

本文主要由五个部分组成：第一部分是对“中海油公告”简要介绍；第二部分分析了中越争议的焦点问题；第三部分深入探讨了造成中越关于“中海油公告”合法性之争的根本原因；第四部分为双方解决南沙油气资源勘探开发争端提出了几点对策；最后一部分是结语，对中越油气资源之争的前景做了展望。

二、中海油 2012 年油气招标公告引发的争议

（一）中海油 2012 年油气招标公告的合法性之争

然而，“中海油公告”自发布之日起，就受到越南外交部的指责：“中海油对外招标的区域位于越南 200 海里专属经济区和大陆架内，

1 气田等，但在南沙海域，中国还没有一口油井。

141 中国对越南在南沙海域开发油气资源的行为多次提出抗议，指责其违法。

而非争议区域；中方在越南专属经济区和大陆架内进行的对外招标行为是非法和无效的，严重侵犯了越南主权、管辖权和国家利益，也违反了《海洋法公约》；越南强烈反对并要求中方立即取消上述错误的招标活动，遵守越中关于解决海洋问题的基本原则、国际法、特别是《海洋法公约》和《南海各方行为宣言》，不再采取使南海局势复杂化、争端扩大化的行动。”[142]

中国外交部则发表声明称“中海油公告”“符合有关的中国法律和国际惯例”，中方将继续致力于通过“谈判协商妥善解决，包括积极推进共同开发和合作。关于妥善处理中越之间的海上争议，两国有许多共识。我们希望越方遵守这些共识，不采取使争议复杂化、扩大化的行动，立即停止在有关海域的油气侵权活动。”[143]。此后，针对越南国家油气集团的抗议[144]、美国参议院军事委员会委员的言论[145]、越南民众不满“2012 年招标公告”的反华示威活动[146]以及菲律宾能

---

[142] See Remark by Vietnamese Foreign Ministry Spokesman Luong Thanh Nghi on June 26, 2012, available at http://www.mofa.gov.vn/en/tt_baochi/pbnfn/ns120627053317, visited on June 10, 2013.

[143] 参见《2012 年 6 月 26 日外交部发言人洪磊举行例行记者会》，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/wjdt_611265/fyrbt_611275/t945275.shtml，访问日期: 2013 年 1 月 15 日。

[144] 2012 年 6 月 27 日，越南国家油气集团宣称，中海油对外招标的 9 个油气区块位于越南 200 海里专属经济区和大陆架内，违反《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》），也不符合国际惯例，而且，这些招标区块所处的海域绝不是争议海域。See Vietnam Oil and Gas Group vehemently protest China's oil exploration bids, June 27, 2012, available at http://vovworld.vn/en-US/News/Vietnam-Oil-and-Gas-Group-vehemently-protest-Chinas-oil-exploration-bids/92516.vov.

[145] 美国参议院军事委员会一名委员称，中海油日前公布的南海对外油气招标区块属于越南，中国正把南海局势向错误方向推进。中国外交部声明：“中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权。中国企业公布有关油气招标区块是正常的企业行为，符合有关的中国法律和国际惯例。关于妥善处理中越之间的海上争议，两国有许多共识。我们希望越方遵守这些共识，不采取使争议复杂化、扩大化的行动，立即停止在有关海域的油气侵权活动。”参见《2012 年 6 月 29 日外交部发言人洪磊举行例行记者会》，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/wjdt_611265/fyrbt_611275/t946403.shtml

[146] 2012 年 7 月 1 日，越南民众举行反华示威，抗议中国对南海部分区块进行招标。中国外交部表示，“在南海争议问题上，中国一向不赞成个别国家单方面采取使事态扩大化和复杂化的行为。”参见《2012 年 7 月 2 日外交部发言人刘为民举行例行记者会》，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/wjdt_611265/fyrbt_611275/t946944.shtml。

源部南沙海域举行的油气招标活动[147]，中国外交部多次发表类似声明，坚持中海油“2012 年招标公告”符合有关的中国法律和国际惯例。[148]

（二）“中海油公告”合法性之争的焦点问题

从中越双方外交部及其相关部门的声明中可以看出，双方争议的焦点有两个：其一、“中海油公告”对外招标区块是否位于中越争议区域？其二、中国发布“中海油公告”，在相关海域招标进行油气资源合作勘探开发是否违反国际法？具体而言，是否违反中国坚持的“中国法律和国际惯例”，或者越南方面所谓的“关于解决海洋问题的基本原则、国际法、特别是《海洋法公约》和《南海各方行为宣言》”。因此，只有从国际法的角度对这两个焦点问题逐一进行分析，才能正确认识“中海油公告”的合法性之争。

1、“中海油公告”对外招标区块是否位于中越争议区域？

“中海油公告”对外招标区块是否位于中越争议区域首先是一个技术问题，取决于 2012 年中海油招标区块的具体位置和中越双方在这一区域主张的海洋权益的具体范围。如果它位于中越双方都宣称具有管辖权的海域，那么，它就当然是位于争议区域，否则就不是。同时，这还是一个法律问题，因为中越主张的海洋权益的范围取决于领

---

[147] 菲律宾能源部副部长拉约格声称，对巴拉望省西部 3 块油气田进行招标，并坚持有关油气田范围均在菲专属经济区内，所有油气均属于菲。中国外交部声明：“中国对南沙群岛及其附近海域拥有无可争辩的主权。任何国家或公司未经中国政府允许在中国管辖海域从事油气活动，都是非法的。我们敦促菲方切实按照《南海各方行为宣言》的精神，不要采取导致南海争议复杂化和扩大化的行动，为维护南海的和平稳定做出应有的努力。”参见《2012 年 7 月 13 日外交部发言人刘为民举行例行记者会》，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/wjdt_611265/fyrbt_611275/t951078.shtml

[148] 参见《2012 年 6 月 27 日外交部发言人洪磊举行例行记者会》，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/wjdt_611265/fyrbt_611275/t945650.shtml。

土取得、领海基线、专属经济区和大陆架等诸多国际法律制度。当然，这还是一个政治问题和经济问题，涉及到南海周边国家之间及其与域外大国之间的复杂的政治关系和经济利益，堪称当今国际社会最复杂、最敏感的热点问题之一。

从技术上来看，“中海油公告”招标区块的确位于双方存在主权争议的海域。中国政府一贯主张“中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权，并对相关海域及其海床和底土享有主权权利和管辖权”，其重要依据就是南海断续线。国内学界利用地理信息系统对1947年《南海诸岛位置图》进行了测量，并利用曲线光滑插值模型把9条断续线连接起来，从而确定了南海断续线内海域的具体范围。从中海油招标区块的坐标可以看出，所有区块既位于中国南海断续线内，同时，也确实处于越方主张的200海里专属经济区和大陆架的范围之内。因此，从技术分析的结果可以看出，“中海油公告”招标区块位于中越海洋权益主张的重叠区域。

不仅如此，“中海油公告”招标区块还与越南开发中的油气区块存在重叠之处。对中海油招标区块位置图和地理坐标与越南石油和天然气公司（Vietnam Oil & Gas Group）公布的地图资料[149]（见图二）进行综合对比分析可以发现，此次招标区块与越南已经公布的128－132和145－156油气区块也产生了重叠。事实上，在其中的128-132、148、149和156油气区块，越南已经与多家石油公司签署石油合同，

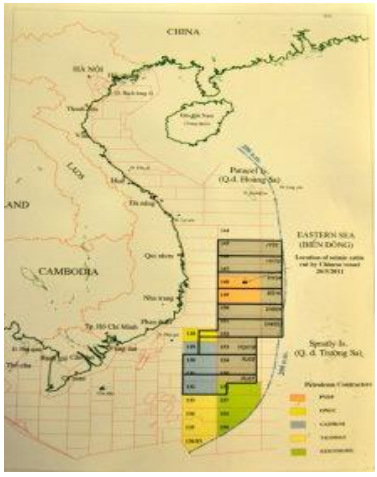
[149] See Vietnam Oil and Gas Group vehemently protest China’s oil exploration bids, June 27, 2012, available at http://vovworld.vn/en-US/News/Vietnam-Oil-and-Gas-Group-vehemently-protest-Chinas-oil-exploration-bids/92516.vov.

进行油气资源合作开发活动。此次“中海油公告”在重叠油气开发区块进行公开招标，与外国公司合作勘探开发油气资源，势必与越南的油气资源开采活动产生直接矛盾。总之，从技术上分析不难得出结论，“中海油公告”招标区块位于中越海洋权益主张和油气开发区块的重叠区域。

但是，这不仅是一个技术问题，更是一个法律问题：不仅是一个涉及领土取得方式和历史性权利的传统国际法律问题，而且也是一个有关领海基线、专属经济区和大陆架制度的现代国际海洋法问题。越南外交部发言人坚称 2012 年中海油招标区块所处海域位于“越南的 200 海里专属经济区和大陆架之内，而非争议区域”[150]，并指责“中海油公告”违法，是依据《海洋法公约》规定的 200 海里专属经济区和大陆架制度；但是，中国一贯主张享有在南海断续线内的历史性权利，坚持“中海油公告”符合国际惯例，其法律依据是传统国际习惯法中的领土取得制度和《海洋法公约》第 15 条之规定。

2012 年中海油招标区块所处海域的性质就取决于历史性权利和专属经济区制度之间的博弈。一方面，双方都掌握了大量对己方有利的历史证据和法律依据，并通过国家行为不断地强化自己的领土主权和海洋权益主张；另一方面，中海油 2012 年招标区块是否位于争议区域将决定中越在该海域的油气资源勘探开发专属权、管辖权等海洋权益，也将对资源开发模式产生直接的影响。因此，双方对 2012 年中海油招标区块是否位于争议区域问题互不相让，争执不断，愈演愈烈。

[150] See Remark by Vietnamese Foreign Ministry Spokesman Luong Thanh Nghi on June 26, 2012, available at http://www.mofa.gov.vn/en/tt_baochi/pbnfn/ns120627053317.



图二

2、“中海油公告”是否违反国际法？

中越双方争议的另一个焦点问题是“中海油公告”是否违反国际法以及违反什么国际法。

既然越南外交部指责 2012 年中海油招标公告违反了“越中关于解决海洋问题的基本原则、国际法、特别是《海洋法公约》和《南海各方行为宣言》”。那么，我们必须要考察中越之间有哪些有关解决海洋问题的国际协定，并从中找到解决海洋问题的基本原则。2000 年中越《关于两国在北部湾领海、专属经济区和大陆架的划界协定》规定：对于尚未探明的跨界油气地质构造或跨界矿藏，参照各国的划界条约和实践，双方约定应就此进行友好协商，达成合作开采的协议；2005 年 11 月《中越联合声明》提出，“双方将认真研究共同开发问题，以便找到双方都能接受的符合国际法、国际实践特别是 1982 年《联合国海洋法公约》和《南海各方行为宣言》精神的共同开发模式和区域。”。2006 年 8 月《中越联合新闻公报》、2006 年 11 月《中越联合声明》、2007 年 5 月《中越联合新闻公报》和 2008 年 6 月《中

越联合声明》都明确要求双方“推进北部湾湾口外海域划界谈判并积极商谈该海域的共同开发问题”[151]。2011 年 10 月双方还签署了《关于指导解决中华人民共和国和越南社会主义共和国海上问题基本原则协议》要求“在寻求基本和长久的解决海上问题的办法进程中，本着相互尊重、平等相待、互利共赢的精神，按照本协议第二条所述原则，积极探讨不影响双方立场和主张的过渡性、临时性解决办法，包括积极研究和商谈共同开发问题。”（第 4 条）由此可见，双方签署了诸多国际协定和联合声明，主张通过共同开发推进争议海域油气资源的开发利用，化解双方的海洋权益之争。因此，共同开发原则是中越之间解决海洋问题的基本原则。

不仅如此，共同开发原则还有坚实的国际法依据和广泛的国际实践。《公约》第 74 条和第 83 条的第 3 款均规定：“在达成第 1 款规定的协议以前，有关各国应基于谅解和合作精神，尽一切努力作出实际性的临时安排，并在此过渡期间内，不危害或阻碍最后协议的达成。这种安排应不妨害最后界限的划定。” 实际上，共同开发原则作为争议海域划界前的一种临时安排，具有坚实的国际实践基础。仅就南海周边国家而言，就有众多共同开发的实践。例如 1979 年《泰王国和马来西亚有关组建联合管理局开发两国关于泰国湾大陆架海床协议区资源的谅解备忘录》、1982 年泰国和柬埔寨在有争议的威岛和土珠岛建立共同开发区、1982 年越南与柬埔寨关于联合建立共同开发海域协议、1989 年澳大利亚和印尼《帝汶缺口条约》、1992 年马来西

151 《中越联合声明》（2008 年 10 月）第 6 条。

亚与越南《关于勘探开发泰国湾石油的谅解备忘录》、2006 年以来马来西亚与印尼关于苏拉威西海安巴叻油田区共同开发机制谈判等。

因此，“中海油公告”是否违反国际法的检验标准是看它是否违反共同开发原则，换句话说，即使中海油 2012 年招标区块真的位于中越争议区域，中海油单独发布招标公告是否违反共同开发这一基本原则。

三、“中海油公告”合法性之争的原因

如前文所述，中越“中海油公告”合法性之争主要集中在“争议区域”和共同开发原则这两个焦点问题上。但是，这两个问题本身概念模糊不清，无论从理论还是从实践层面都面临诸多困境。总起来看，中越双方“中海油公告”合法性之争主要由以下四个因素导致：中国南海断续线的性质不明；共同开发原则面临理论和现实困境；招标公告后续行为的性质未定；越南缺乏政治合作的需求和意愿。

（一）南海断续线的性质不明

越南认为，无论是根据专属经济区或大陆架制度还是历史性权利理论，中国对中海油 2012 年油气招标区块的专属性权利主张都是无效、违反国际法的。这是因为越南实际控制 29 个岛礁并一直反对中国主张在南沙群岛享有历史性权利，所以中国不能以南沙群岛为起点提出专属经济区和大陆架的主张，自然也就不能对油气资源主张主权权利和专属管辖权。

然而，尽管南沙群岛大部分岛屿的确被越南、菲律宾等国实际控

制，但实际控制并不是一个国际习惯法规则。充分的历史和法理证据证明中国拥有南沙群岛的主权。

中国政府（含台湾当局）一贯主张，南海断续线是对南海历史性权利的重申和确认，中国对断续线内南海诸岛及其附近水域拥有无可争辩的主权。中国政府正是通过长期、一致的官方行为，包括二战后接收主要岛屿、1947 年公布南海断续线、并对线南海诸岛行使了有效的、持续的权利，而南海周边国家则对中国行使权利的行为采取了默认甚至明示承认的态度[152]，这就使中国取得并巩固了在断续线内的历史性权利。《海洋法公约》的制定迟于南海断续线，不应影响既存的历史性权利，公约第 15 条也明确地承认这一点。2009 年 5 月 7 日，针对越南和马来西亚在南海的外大陆架联合提案，中国外交部通过联合国秘书长向大陆架界限委员会提交照会，比较全面地阐述了中国在南海的权利主张：“中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权，并对相关海域及其海床和底土享有主权权利和管辖权”[153]，并附上南海断续线的地图。从历史事实可以看出，“对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权”则是在历史长河中根据时际国际法取得并不断巩固的权利，是中国一直坚持的历史性权利，即对岛屿、内水和领海的主权。而中国在“相关海域”“主张的权利几乎等同于在专属经济区和大陆架上享有的权利，这显然是为将来对某些岛屿主张领海、专属经济区和大陆架上的完整权利做铺垫”[154]，是根据《海洋法

[152] 详见中国外交部《南海专题》，http://www.fmprc.gov.cn/chn/pds/ziliao/zt/ywzt/wzzt/2305/t10651.htm。

[153] The United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, “Communication received with regard to the submission made by Viet Nam to the Commission on the Limits of the Continental Shelf: China's Note dated 7 May 2009”, available at http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_vnm_37_2009.htm.

[154] 黄伟：《论中国在南海 U 形线内“其他海域”的历史性权利》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2011 年第 3 期。

公约》享有的公约权利，是《公约》诞生后才产生的法定权利，具体包括享有对领海之外的毗连区、专属经济区和大陆架的海洋权益。

然而，正如国际法院在“尼日利亚诉喀麦隆案”中所说的那样，历史性权利“极富争议”，“不能取代国际法规定的、公认的那些领土取得方式”[155]。虽然中国可以基于历史性权利主张南海断续线内的岛屿主权和海洋权益，但是，“从历史上来看，中国对于U形线水域的管辖和利用，主要集中在资源开发与航行方面，不涉及领海主权。因此这种历史性的权利主要集中在不完全的主权权利方面，如捕鱼权、航行权等。”[156] 除捕鱼权之外还包括哪些具体类型，似乎很难证明。即使对捕鱼权而言，也不能说中国享有排他性权利。因此，中国很难根据历史性权利主张享有南沙海域油气资源勘探开发的排他性权利。换句话说，中国似乎还不能根据历史性权利证明中国在2012年油气招标区块享有油气资源的排他性和专属性勘探开发权利。

简言之，中国政府（含台湾当局）都没有明确界定南海断续线的法律性质，也未对“附近海域”和“相关海域”的性质和范围做出过任何权威的官方解释。中国似乎无意证明南海断续线是边界线；同样，中国也没有根据历史性权利主张线内海域享有油气资源勘探开发的排他性权利。中国南海断续线的性质不明是造成中越对中海油招标区块是否位于争议区域产生争议的根本原因。

---

155 ICJ Report of 2002, Case concerning Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), p. 352.

156 余敏友、雷筱璐：《评美国指责中国在南海的权利主张妨碍航行自由的无理性》，载《江西社会科学》2011年第9期。

（二）共同开发的理论和现实困境：

中国在20世纪70年代末提出的“搁置争议、共同开发”原则是“和平解决国际争端原则的具体化，具有重要的理论价值和现实意义”[157]。但是目前该原则在解决中国与周边国家间的领土争端方面已经陷入了理论和现实困境。

共同开发原则的内涵是什么？单方面开发与共同开发有何实质区别？学界观点很多，莫衷一是，但一般认为，“共同开发是指两个或两个以上的国家达成政府间的协议，其目的是为开发和分配尚未划界的领土争议重叠区的潜在自然资源，而共同行使在此区域内的主权和管辖权”[158]。这也是与《联合国海洋法公约》第74条和第83条的规定相一致的。由此可以得出两点推论：第一、尽管学界迄今未就共同开发的定义完全达成一致，不过，“相关国家基于协议对其争议海域以某种合作形式进行勘探或开发是共同开发的应有之义”[159]。第二、争端一方未经另一方同意在争议海域进行单独勘探开发是违反《海洋法公约》和国际习惯的行为。

但是，事实上，各国政府对共同开发原则的理解迥异，经常随意解读，缺乏确定性。例如，越南认为共同开发的关键是各方同意在南海哪一个区块进行开发；菲律宾和马来西亚等国则试图以“南极模式”来代替共同开发，以维护其在南沙的既得利益，从而使中国放弃对南

---

157 杨泽伟：《“搁置争议，共同开发”原则的困境与出路》，载《江苏大学学报》2011年第3期，第70—75页。

158 高之国：《国际法上共同开发的法律概念及有关问题》，载高之国、张海文、贾宇主编《国际海洋法论文集（一）》，北京：海洋出版社，2004：50—56。

159 黄伟：《2012年中海油发布南海油气对外招标公告的法律问题研究》，载《法学杂志》2012年第10期，第17—22页。

沙群岛的主权[160]。有关国家有一种强烈的倾向，即共同开发不能在自己主张的海域，只能在别人声称的海区，或在他的声称区之外[161]。更重要的是，“‘共同开发’只是相关海域划界前的一种临时性安排，不能从根本上解决领土和海洋权益争端，而只是把有关争端无限期延长，甚至有可能为共同开发后的利益纷争留下隐患。”[162]因此，南海周边国家表面上同意“搁置争议、共同开发”原则，希望以和平方式解决南海争端，而实际上则心存疑虑，造成南海 “争议不断、各自开发”的现状。越南、菲律宾、马来西亚等周边国家“已经在南沙海域钻井 1000 多口，发现含油气构造 200 多个和油气田 180 个，年采石油量超过 5000 万吨”[163]。越南 20%左右的海上石油产量和文莱在南海地区日产石油 19.5 万桶的约 1/3 来自于中国南海断续线内海域；在中国传统断续线内，马来西亚有油田已达 18 个、气田 40 个，印度尼西亚有 20 多口油气井。[164]

越南单独勘探开发南沙石油资源，使共同开发原则名存实亡。1977 年 5 月，越南发表《关于越南领海、毗连区、专属经济区和大陆架的声明》，宣布 200 海里的专属经济区和大陆架，其中１００多万平方公里位于我国南海断续线内。此后，越南撇开中国，单独与前苏联、意大利、加拿大、德国、美国、英国、日本和印度等国合作在南沙海域进行油气资源的勘探开发活动。越南在中越争议海域年产油量已达８００万吨，占越南３０００万吨年产油量的相当比重，越南也因此

160 参见周忠海：《论南中国海共同开发的法律问题》，载《厦门大学法律评论》2003 年第 5 期，第 190—209 页。
161 参见萧建国：《国际海洋边界石油的共同开发》[M]，海洋出版社 2006 年版，第 182－183 页。
162 杨泽伟：《“搁置争议，共同开发”原则的困境与出路》，载《江苏大学学报》2011 年第 3 期，第 70—75 页，第 71 页。
163 程必忠：《南海石油调查》，载《南风窗》2006 年 2 月（下），第 58—61 页。
164 参见杨泽伟：《“搁置争议，共同开发”原则的困境与出路》，载《江苏大学学报》2011 年第 3 期，第 70—75 页，第 71 页。

成为南海最大的既得利益者。[165]

南海主权争议海区走向日益复杂化。周边国家不断加强对我岛礁的实际控制和油气资源勘探开发，并援引《公约》使其侵犯我领土和海洋权益的行为合法化；域外大国趁机介入南海问题，加强对越南、菲律宾等国的经济和技术援助，胁迫中国接受所谓“行为准则”，其目的就是企图稳定维持现有的占有局面，同时，围堵遏制中国。这些情况说明，中国与南海周边各国的海域争端前景日趋严峻，争议海区油气资源的持续开发使得矛盾不断加剧，迫切需要破解共同开发原则的理论和现实困境，缓解双边和地区的紧张局势。

（三）招标公告后续行为的性质未定

“中海油公告”在中外合作勘探开发活动中的地位是另外一个必须考虑的问题。即便中海油油气招标区块的确位于中越争议海域，“中海油公告”是否因违反共同开发原则而无效？换句话说，“中海油公告”本身的性质是属于单方面开发行为的一部分还是共同开发行为的一部分呢？

发布招标公告在对外合作勘探开发海洋石油资源中属于准备性工作。根据《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》，中国海洋石油总公司全面负责中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源的业务，享有在对外合作海区内进行石油勘探、开发、生产和销售的专营权。[166]对外合作勘探开发油气资源包括三个阶段：（1）组织招

---

165 参见安应民：《论南海争议区域油气资源共同开发的模式选择》，载《当代亚太》2011 年第 6 期，第 124-140 页。

166 《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》第六条

标：中国海洋石油总公司就对外合作开采石油的海区、面积、区块，通过组织招标，采取签订石油合同方式，同外国企业合作开采石油资源。[167]（2）许可外国企业投资进行勘探作业：中国海洋石油总公司通过订立石油合同同外国企业合作开采海洋石油资源，除法律、行政法规另有规定或者石油合同另有约定外，应当由石油合同中的外国企业一方投资进行勘探，负责勘探作业，并承担全部勘探风险[168]；（3）合作开发：在发现商业性油（气）田后，由外国合同者同中国海洋石油总公司双方投资合作开发，外国合同者并应负责开发作业和生产作业，直至中国海洋石油总公司按照石油合同规定在条件具备的情况下接替生产作业。[169] 一般而言，招标阶段包括发布招标公告、投标、竞标、中标、签订合同等工作，而中海油发布招标公告是进行组织招标阶段的准备性工作，而不是一个完整、有效的对外合作勘探开发行为。

实际上，“中海油公告”是否违法取决于其后续行为。“不论对外合作勘探开发的实质内容究竟为何，是单方面开发还是共同开发，国际惯例都没有对发布招标公告这一合作勘探开发初始阶段的行为做出必须得到另一争议当事方同意的规定。”[170] 国际法虽然禁止任何一方在未得到另一方同意的情况下在争议海域进行单独开发，但是，却并不禁止一方单独发布招标公告。因此，单单从中海油招标公告本身来看，目前还不能判断中海油发布招标公告究竟是单方面开发还是

167 《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》第七条
168 《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》第八条
169 《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》第八条
170 黄伟：《2012 年中海油发布南海油气对外招标公告的法律问题研究》，载《法学杂志》2012 年第 10 期，第 17—22 页。

共同开发，当然也就不能说该行为违反国际法。至于对外合作勘探开发行为是否违反国际法，是否违反共同开发原则，则取决于越南对此采取的后续行为。如果将来越南及其石油公司参与进来，可以认为中海油的“对外合作勘探开发”是共同开发，是合法行为；否则，则是单方面开发，是违反国际法的行为。据此，越南、马来西亚和印度尼西亚等在南海与中国存在争议的海域单方面发布招标公告的一系列行为本身算不上单方面开发，但是，这些国家在中国及其石油公司未参与的情况下单独进行实际勘探开发却无疑是真正的单方面开发行为。

总之，中海油在南沙海域发布油气招标公告的行为是符合国际法和国际惯例的。“中海油公告”是中外合作勘探开发南沙油气资源的准备性工作，其性质由越南的后续行为决定。在这个阶段，越方质疑中海油此次发布招标公告的行为是违法和无效行为的观点及其理由恐怕很难成立。

（四）越南缺乏政治合作的需求和意愿

巨大的经济利益是越南质疑中海油 2012 年招标公告的直接原因。共同开发往往是基于现实的经济需求，“国家急需油气资源等经济因素，会促使政府寻找办法先从开发上受益，而不至于使资源的开发利用由于有时甚至会影响国家关系的划界谈判而拖延”[171]，或者，有些国家选择共同开发是出于“保护其油气矿藏的紧迫感或义务感，同时

[171] 于 辉：《共同开发海洋矿物资源的国际法问题》[C]，载中国国际法学会《中国国际法年刊》（1994），中国对外翻译出版公司 1996 年版，第 49—50 页。

希望维护或加强与邻国的关系。”[172]然而，“1981 年至 2002 年，越南更是从南沙海域的油田中开采了 1 亿吨石油、15 亿多立方米的天然气，获利 250 亿美元，南海石油已成为越南国民经济的第一大支柱产业。”[173] 不仅如此，中海油 2012 年招标区块位于越南实际控制、管理或开发利用之下，中国在此海域尚无实际存在和油气资源开发活动。因此，越南在此海域处于一种明显的优势地位，当然要用尽一切手段反对中国勘探开发此区域的油气资源，维护其巨大的经济利益。

缺乏政治意愿是越南质疑中海油 2012 年招标公告的主观原因。政治意愿是解决南沙油气资源开发争议的关键因素。例如，1981 年“冰岛与挪威关于扬马延岛海域共同开发案”最终达成协议是因为挪威希望冰岛继续留在北约以抗衡苏联；同样，2008 年中日《东海问题原则共识》也是两国高层的频繁政治互动的结果。“在争议区域合作勘探开发海上油气资源是一项政治色彩浓厚的国际合作行动，无论是谈判的启动、还是合作开发协议的实施乃至利益的协调和分配，都受到双方政治意愿强弱的直接影响。”[174] 2002 年签署的《南海各方行为宣言》虽然表达了建立互信、开展合作的良好政治意愿，但该宣言没有法律约束力，内容抽象笼统，缺乏具体内容，无法界定相关国家在南海是否存在违反该宣言的行为以及应该采取的惩罚机制。

美国、日本和印度等区域外政治势力介入南海问题，借南海问题制华的战略意图日益明显，使问题更加复杂。近年来，南海问题国际

---

[172] Valencia M J，Miyoshi M. Southeast East Sea: Joint Development of Hydrocarbons in Overlapping Claims Areas[J] Ocean Development & International Law, 1986, 16(3) : 221-234.

[173] 程必忠：《南海石油调查》，载《南风窗》2006 年 2 月（下），第 58—61 页。

[174] 杨泽伟：《“搁置争议，共同开发”原则的困境与出路》，载《江苏大学学报》2011 年第 3 期，第 70—75 页，第 71 页。

化、多边化的发展势头明显。2009 年 7 月，奥巴马政府签署加入《东南亚友好合作条约》，被视为美国希冀加强对这一地区安全事务影响的重要信号。美国国务卿希拉里就任后三次访问越南，2010 年 7 月在越南河内举行的东盟地区论坛外长会议上，她声称南海问题攸关美国国家利益，美国有责任与有关国家解决这一问题，并在 2011、2012 年连续两年发表越南国庆日声明强调，“两国努力拓宽合作领域，建设美越战略合作伙伴关系”[175]。此外，美国、日本、印度等大国也加强了向南海的军事渗透，举行以南海海上纠纷为背景的联合海上演习，通过不断强化军事方面的交流合作，持续增强在东南亚的军事存在和影响力。近几年，美国航母访问越南常态化，2011 年 7 月美国第七舰队与越南海军在南海首次举行联合军事演习；2011 年 8 月，美国海军舰队自越战后首次访问金兰湾；同月，美国与越南签署了首个军事协议军事医学合作“意向书”(Statement of Intent)。域外势力的介入在某种程度上阻碍和干扰了中越合作开发的进程。

四、中越南沙油气开发之争的几点启示

（一）尽早完成与周边国家的海洋划界是解决南沙领土主权和海洋权益争议的根本。

从根本上讲，中越关于“中海油公告”的争议起源于双方之间的争议海区范围不清。诚如印尼外交部无任所大使贾拉尔所言，“由于

[175] Hillary Rodham Clinton’s Press Statement on Vietnam's National Day, August 31, 2011, available at http://www.state.gov/secretary/rm/2011/08/171323.htm; Hillary Rodham Clinton’s Press Statement on Vietnam's National Day, August 31, 2012, available at http://www.state.gov/secretary/rm/2012/08/197209.htm.

《联合国海洋法公约》对岛屿、岩礁的权利规定得不明确，有些声称者主张岩礁本身或在暗礁上建立设施就可拥有大陆架及专属经济区，这造成南海各国主张的多次重叠，非常复杂，很难确定哪些是争议区”[176]。虽然中国在1996年批准了《公约》，颁布了《中华人民共和国领海及毗连区法》（1992年）和《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》（1998年），但是中国政府仅仅笼统地指出中国对南沙群岛及其附近海域拥有无可争辩的主权，而没有明确南海断续线的性质和范围，没有宣布南沙群岛的领海基线并根据《公约》准确地阐释中国在线内享有的领海、专属经济区和大陆架等海洋权利的详细范围。在争议区域不明的情况下，很难通过共同开发等临时性措施缓解矛盾，增加互信。因此，明确南海断续线的性质和范围，宣布南沙群岛的领海基线，根据《公约》明确线内具体海域的范围及其法律性质，尽早完成中国与周边国家的海洋划界，是维护南沙领土主权和海洋权益的根本。

确定南沙群岛的领海基线是当前需要考虑的首要问题。中国主张在南海拥有历史性权利，是为了论证既存事实情形符合一般国际法的过程，而非论证一个违背国际法的主权取得方式符合某种例外情形。中国要想以历史性权利为依据主张开发南海断续线内油气资源的专属权利，恐怕还有一定困难。除了历史性权利这条路径之外，如果中国能够直接根据《公约》在南沙海域主张南海断续线内的领海、专属经济区和大陆架等海洋权益，就能为维护中国的南沙权益找到更直接

[176] 萧建国：《国际海洋边界石油的共同开发》，海洋出版社2006年版，第182－183页。

的国际法基础。

然而，如果把中海油 2012 年招标区块与断续线内南海诸岛的地理坐标进行对比，可以发现，所有招标区块与断续线内符合《海洋法公约》第 121 条第 2 款规定的岛屿之间的距离似乎均超过 200 海里，同时，考虑到这些远洋岛屿不太可能主张 200 海里外的大陆架，这就意味着，单纯根据这些岛屿主张这 9 个招标区块油气资源勘探和开发的专属性权利较为困难。因此，中国必须把历史性权利和《海洋法公约》结合起来进行研究，做更深入的法理挖掘和准备。首先根据历史性权利主张对南海断续线内南沙诸岛及其附近海域的领土主权，以此为基础划定南沙群岛的领海基线，进而根据《公约》主张对附近海域的各项海洋权益。中国似乎只有将整个南沙群岛的领海基线以同于西沙群岛的方式划出并主张其 200 海里专属经济区和大陆架，才较可能把 9 个招标区块全部纳入中国对油气勘探开发的专属管辖范围内。

简而言之，中国政府应尽快明确南海断续线的性质和范围，公布南沙群岛的领海基线，根据《公约》明确线内具体海域的范围及其法律性质，向联合国秘书长提交南海海域 200 海里以外大陆架外部界限划界案的法律文件，尽早完成中国与周边国家的海洋划界，是解决南沙领土主权和海洋权益争议的根本。

（二）完善共同开发政策是解决南沙之争的必由之路。

在从根本上解决中越南沙领土主权和海洋权益争议之前，“搁置争议，共同开发”无疑是一个最好的选择。竞争性单边开发行为是一

条死胡同，中越双方共同开发才是解决问题的唯一现实出路。共同开发以资源共享取代利益争夺，既不影响有关国家的权利主张，又能迅速有效地勘探开发油气资源，使双方能够获得最大经济利益；它既能维护各自对共同开发区的管理与控制，又能提供安全、稳定的石油投资与开发环境。[177] “对于相邻或相向的沿海国家来说，海上划界是目标，而共同开发是过渡手段”[178]，为以后的划界奠定基础。

因此，必须完善共同开发政策，推进中越在南沙争议海域的共同开发。目前“搁置争议、共同开发”原则存在诸多缺陷，内容不够详实，缺乏具体实施措施。今后中国应推动共同开发原则具体化和制度化，明确对争议海区进行共同开发的操作规程，特别是要提出一套相对比较切实可行的共同开发管理模式。

现阶段，共同开发的管理模式共三种[179]：（1）超国家管理模式，两国政府委派对等数目的代表组成超国家的管理机构，并同意将本国对共同开发区域的管辖权转让给该机构，由该机构全权负责包括招标、颁发许可证在内的共同开发的全部管理工作。超国家管理模式下的共同开发机构拥有广泛的权力，但其法律地位、运作规则和运行机制都非一蹴而就。（2）代理制模式，共同开发协议的一方代理另一方，对共同开发区域内的石油资源进行勘探开发，或对该区域内石油资源的勘探开发活动进行全面的管理，并在该区域内适用代理一方国家的法律。这种模式把中越双方置于不平等地位，恐怕很难实现。（3）联合经营模式，国家通过颁发许可证将特定海域石油勘探开发的权利租让

[177] 参见余民才：《论中日东海油气争端的共同开发解决方案》，载 《法学杂志》2006 年第 4 期，第 119-122 页。
[178] 石莉：《国际实践中海域划界与共同开发的替代和共存模式》，载 《太平洋学报》2010 年第 4 期，第 85-91 页。
[179] 参见安应民：《论南海争议区域油气资源共同开发的模式选择》，载《当代亚太》2011 年第 6 期，第 124-140 页。

给石油公司，由石油公司对该区域内的石油资源进行勘探开发。在这种模式下，双方政府授权的石油公司享有排他的勘探开发权，负责具体经营活动；而双方政府保留授予许可的实质性权力以及通过联合管理委员会对共同开发活动进行审查、监督及咨询的权力。因此，这一模式具有简单、公正、全面和务实的优点，适合于历史上民族经济利益有冲突的地区以及对自然资源有不同开采方式的国家之间。[180]

在南沙群岛海域，中国、越南、菲律宾、马来西亚、文莱和印度尼西亚及中国台湾在内的“六国七方”在岛礁主权归属、海洋划界、资源开发利用及安全合作等事项存在错综复杂的争议，在国家利益和民族自尊面前，各国绝不会轻易放弃任何实质性权利。因此，在南海传统断续线两侧一定距离内的争议海域划定某些区块，通过联合经营管理模式进行共同开发，是一项现实可行的方案。中越可以选择比较容易达成共同开发的区域进行谈判，寻找突破、达成协议，以进行双边共同开发的尝试，从而达到产生示范效应的目的。此后，再把双边共同开发的实践逐步扩大到多个国家存在争议的海区。值得一提的是，2005 年 3 月，中国、菲律宾和越南的三家石油公司签署了《在南中国海协议区三方联合海洋地震工作协议》，被认为是朝着“搁置争议、共同开发”迈出了历史性、实质性的一步，也是三方共同落实《南海各方行为宣言》的重要举措[181]。

---

[180] 萧建国著：《国际海洋边界石油的共同开发》，海洋出版社 2006 年版，第 123 页。

[181] 杨泽伟：《“搁置争议，共同开发”原则的困境与出路》，载《江苏大学学报》2011 年第 3 期，第 70—75 页，第 71 页。

（三）解决南沙油气资源开发争议必须综合运用外交、法律和军事方法。

南沙油气资源勘探开发是一个复杂的系统工程，中国需要与周边国家一起构建一系列国际法律制度。例如，海上油气资源开发可能产生海洋污染，并导致跨界损害，需要构建海上环境保护机制；南沙海域面临来自敌对势力、海盗和海上恐怖分子的海上安全问题，确保油气资源勘探开发的安全不容忽视，需要构建海盗及海上恐怖主义治理机制。对中国而言，把油气资源开发活动与历史性权利等国际法律制度相结合，与维护中国领土主权和海洋权益的法律制度建设相结合，中国还需要构建油气资源开发利用与中国合法管辖权的融合机制。

最重要的是，中国需要研究越、菲等国的主张及其法律依据，构建南沙油气资源开发的争端解决机制。长期以来，中国政府特别强调以友好协商和外交谈判的方式解决国家间的争端。这是符合和平解决国际争端的国际法基本原则的，也是国际社会最常用的解决国际争端的方法。然而，协商谈判的方法的缺点也显而易见，一旦双方立场悬殊，或因一方缺乏诚意、漫天要价、故意拖延，谈判就会陷入僵局。况且，“谈判的作用常常是使当事国一方承认他方的要求”[182]，因而涉及领土和海洋权益争端的谈判较为艰难。诚如有学者所指出的：“如果争端当事国之间的争议十分重大，难以直接谈判；即使进行谈判，也很难期待取得什么成果。”[183]因此，中国不能将中越南沙油气资源之争的解决全部寄希望于双边外交谈判，而应在外交谈判之外积

[182] 劳特派特：《奥本海国际法（下卷）》（第一分册），王铁崖，陈体强译，商务印书馆 1981 年版，第 4 页。
[183] 柳炳华：《国际法（下卷）》，朴国哲等译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 299 页。

极寻求多种解决方法。

解决国际争端的方法有两大类: “和平的解决方法”和“武力或强制的解决方法”，前者除外交谈判、协商之外还包括仲裁和司法解决等，后者包括战争和非战争武装行动等[184]。从国际实践来看，大部分海洋划界争端是通过国际法院解决的，也有的海洋划界争端是通过国际仲裁法庭裁决的。随着国际法院处理领土争端案件数量的不断上升，随着来自中国的国际法官在国际司法决策和司法解释中发挥着越来越大的作用，中国对国际司法机构的管辖权正在表现出日趋积极的态度，中国与国际司法机构的关系也逐渐呈现出较为密切的趋向[185]。因此，中国应做好用法律方法解决领土和海洋权益争端的理论与心理准备，特别是在外交谈判陷入困境时，适时启动法律方法。同时，中国也需要加强南沙海域的军事力量，以应对来自敌对势力、海盗和海上恐怖分子的海上安全威胁，保障油气资源开发利用和海上通道安全。

五、结语

海洋是 21 世纪人类持续发展最重要的资源与能源基础之一。海洋石油已经成为世界油气开发的主要增长点，而深水油气更成为海上油气的主要增长点和科技创新的前沿。走向深水是当前海洋石油可持续发展的重要战略举措，深海油气开发既有广阔的前景，同时也面临着巨大的风险和挑战。2011 年，我国南海第一个深水气田，水深 1496 米的 LW3-1 气田进入建造阶段，预计将于 2013 年底建成投产；2012

184 参见杨泽伟著：《国际法》，高等教育出版社 2007 年版，第 342-343 页。
185 参见赵海峰：《中国与国际司法机构关系的演进》，载《法学评论》2008 年第 6 期，第 3—12 页。

年 5 月，中国首座自主设计、建造的第六代深水半潜式钻井平台“海洋石油 981”在南海海域正式开钻。“中海油 2012 年油气资源招标公告”的发布标志着中国在南沙海域的油气资源开发将进入实质性阶段。

中国必须以此为契机，推进共同开发政策的完善，构建以“联合经营模式”为基础的共同开发管理模式来解决南沙海域油气资源开发的现实困境。同时，中国需要制定南沙整体战略，综合利用外交、法律和军事措施维护中国的海洋权益。一方面，做好用法律方法解决领土和海洋权益争端的理论与心理准备，特别是在外交谈判陷入困境时，适时启动法律方法；另一方面，加强南沙海域的军事力量，以应对来自敌对势力、海盗和海上恐怖分子的海上安全威胁，保障油气资源开发利用和海上通道安全。

然而，从长远来看，中国必须加强对历史性权利和《海洋法公约》的研究，参照“西沙模式”划定南沙海域的领海基线，并在此基础上确定南沙专属经济区和大陆架的具体范围，解决与南海周边国家之间的海洋划界问题，通过国际法律制度建设维护中国在南沙群岛以及整个南海的领土主权和海洋权益。

“一带一路”对国际法发展的影响与挑战

郭玉军[186] 司文[187]

摘要：通过对“一带一路”倡议进行文本研究，考察其对国际法发展的影响，认为它对未来国际法的发展集中体现在大融合、大合作、大流通和大安全四个方面，即“一路一带”提出命运共同体、正确利益观，有利于促进国际关系的融合；“一路一带”在国际合作的形式、模式、领域方面有重要创新；“一路一带”在融资、货币、贸易、民间交往等领域具体制度设计上凸显了“流通”趋势；“一路一带”深化可持续安全观，有利于减少安全威胁，拓展了国际安全观。在此基础上，提出“一带一路”发展中面临的问题与挑战，提出解决对策与途径。“一带一路”充分体现了和平、合作、和谐、和美精神，表达了世界各国人民共谋、共赢、共建、共荣的美好愿望，对国际法的发展有重大意义和深远影响。

关键词： “一带一路” 亚投行 人民币国际化 可持续安全观

一、“一带一路”提出的背景与意义

“一带一路”中“一带”是丝绸之路经济带，“一路”是21世纪海上丝绸之路，“一带一路”两大倡议分别是中国国家主席习近平2013年9月5日访问哈萨克斯坦和2013年10月出访东盟国家时提出的。“一带一路”是在后金融危机时代，以中国为首的发展中国家为了消除贫富差距、寻求经济增长的尝试。目前多数发展中国家随着经济增长，需要转移经济结构，进一步促进产业升级。“一带一路”力求将优势资源通过与周边国家的互补合作进行合理分配，转化为经济新增长点，消除地区发展不平衡，缩小贫富差距，从而建立更加平等均衡的国际关系，实现全球化的再平衡。

“一带一路”是对现有国际贸易体系和投资规则的重构。2008年世界经济危机之后，多哈回合谈判受阻，美欧主导TTP（跨太平洋伙伴关系协议）和TTIP（跨大西洋贸易伙伴关系）谈判，代表了新一轮自由贸易谈判的展开。然而这两项协议谈判都排除中国，若谈判成功，中国将失去重要的进出口市场，同时由于上述两项谈判中对贸易提出的较高标准，使得一些发展中国家难以满足条件，事实上

[186]武汉大学国际法研究所教授、博士生导师、法学博士。
[187]武汉大学国际法研究所博士研究生。

则是被排除出体系之外，因此中国希望重构现有的贸易体系规则，为本国和其他广大发展中国家提供更多的生存空间。现有的投资规则也主要受到发达国家的遏制，IMF 特别提款权制度使得一些发展中国家无法获得 IMF 的贷款，而美国又反对 IMF 改革。在此种背景下，需要构建能够有利于发展中国家的贸易体系和投资规则。

“一带一路”是对全球治理模式的探索，展现了多层次、多角度、多主体、多领域的治理模式。它是中国自主创新的提出一种新的全球治理模式，不同于以往发达国家的战略计划，不是中国对外的扩张战略，追求的不是一个国家的崛起，而是新经济体的群体崛起。它不照搬任何国家的发展模式，而是在吸取其他国家和民族价值观中的精华，融合自身价值观，提出的一项广泛的倡议与愿景。它所蕴含的共生共荣理念，倡导的各项措施和建议，都是对全球治理模式的探索。

“一带一路”的提出恰逢其时，顺应了中国自身和广大发展中国家的需要，同时也为发达国家提供了重要契机，对于全球稳定增长有极大的促进作用。“一带一路”的构想也为国际法发展提供了新鲜血液，主要体现在国际关系、国际合作机制、全球贸易金融、国际安全等领域，集中表现为四大发展特点：大融合、大合作、大流通、大安全。

二、“一带一路”对国际法的发展

“一带一路”倡议具有十分丰富的内涵。它以“命运共同体”为基点和前提，在多个领域开展合作，通过广泛的合作促进周边国家整体进步，这一进步形成巨大的外部性，发展成果不限于周边国家，也惠及到亚非区域外的其他国家，从而促进全球经济增长，缩小贫富差距，形成稳定的全球局势，进一步为发展提供良好的外部环境。“一带一路”对国际法的四大发展特点之间也不是彼此独立，其中大融合是前提，大合作既是融合的途径，也是融合的催化剂；大流通是大合作在具体领域的体现，也是合作的结果；大安全是融合、合作、流通所追求的目的之一，也是它们的保障，四者各有侧重，相互包容、相互作用。

（一）国际法中国际关系理念的更新——大融合

大融合的着力点在于，它是国家间关系的融合。这种融合体现在命运共同体和正确利益观两个方面。以往一国的国际关系理念往往是单边主义的，多是从自身角度出发，寻求与其他国家之间利益的契合点。而“一带一路”中所反映的国际关

系理念则是多边主义的，它更多的关注沿线周边国家的整体繁荣，主张与周边国家共生共荣，彰显人类的共同理想和美好追求，希望世界人民都能过上和谐、安宁、富裕的生活。

1. 命运共同体

“命运共同体”是在对当今世界格局的利益分析基础上做出的正确判断，是对当前全球形势的深刻洞察和科学把握，它认为面对当今世界诸多问题，如领土争端、民族矛盾、环境污染、恐怖主义、网络安全等等，任何一个国家都不能独善其身，人类的命运已经紧紧的联系到了一起，需要努力构建互利共赢、和平发展的新型国际关系。“一带一路”提出“命运共同体”，就是呼吁世界重视这一和平发展的前提，共同追求人类美好的未来。

中国追求与周边国家的共生共荣。中国的繁荣需要稳定的周边，周边需要繁荣的中国，中国的长期繁荣发展离不开与周边国家的长期合作。中国国家主席习近平提出实现“中国梦”，它所含有的家国情怀也统领着中国的外交基点。它将中国人民实现中国梦的美好愿望同周边国家人民过上幸福生活的期望联系到一起，向周边传递“命运共同体”理念。[188]“不冲突、不对抗、相互尊重、合作共赢”，重建古老的丝绸之路正是中国共生共荣的深刻体现。“一带一路”将中亚、南亚、东南亚、东亚经济板块紧紧联系在了一起，作为“一带一路”的枢纽和桥梁，中亚国家可以通过中国加强与东南亚国家的合作，东南亚国家也可以借助中国与中亚紧密联系。以往由于种种原因无法紧密联系的国家可以借助于“一带一路”这一纽带，与其他国家充分联系，共同实现繁荣富强。

“一带一路”绝对不是中国的“马歇尔计划”。[189]它的根本属性是共同发展，和平友好、开放包容的精神，不搞排他性制度设计，不针对第三方，不经营势力范围，任何有合作意愿的沿线国家都可参与，是一项完全开放的合作倡议；“一带一路”倡议遵循的平等互利原则、相互尊重和互不干涉内政是中国外交的根本原则，充分尊重相关国家的自主权，合作不附加任何条件；“一带一路”倡议不谋求通过新的制度设计实现主导权，遵循因地制宜、项目导向的务实合作原则。

---

[188]参见阮宗泽：《中国需要构建怎样的周边》，载《国际问题研究》2014 年第 2 期，第 16 页。

[189] See *China's "One Belt, One Road" Strategy Is Not Another Marshall Plan,* http://www.chinausfocus.com/finance-economy/china-advances-its-one-belt-one-road-strategy/, last visited on 2015-4-27.

依靠现有合作机制也表现了尊重地区自身发展逻辑的务实态度。[190]美国“马歇尔计划” 从一开始就带有意识形态色彩，排除社会主义国家，是美国推行的单边主义合作方式，而“一带一路”以共生共荣、开放合作、平等态度欢迎世界各国都参与到其中，它摒弃了制度模式的偏见、宗教理念的差异，超越了意识形态，注重发展这个最大的公约数。“一带一路”追求人类根本福祉和根本愿望，不仅仅是实现“中国梦”，也要实现“亚太梦”、“世界梦”。[191]

“命运共同体”意识充分尊重一国主权。主权是一个国家最主要、最基本的权利。1970 年《国际法原则宣言》规定，各国法律地位平等，各国均充分享有主权固有权利，各国有义务充分尊重他国主权，一国的领土完整及政治独立不得侵犯，各国有权自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度，各国有责任充分善意履行国际义务，与其他国家和平共处。“一带一路”坚定地贯彻了主权平等原则。它建立在沿线各个国家之间相互尊重主权的基础之上。周边沿线国家不论领土大小、经济实力强弱、宗教信仰如何，都可以参与到“一带一路”中来，对这些国家一律采取开放合作的态度。中国不因其政治制度、意识形态、宗教信仰等方面的分歧而区别对待，也不赞同其他有关国家对其区别对待。对于选择不参与的国家也不强迫其改变意志，而是鼓励其积极参与，共谋发展。“一带一路”旨在与周边沿线国家加强合作，而不触及到一国内政范畴，一国对于本国内事务有独立自主的最高决定权。对于有冲突的国家，主张为了共同的发展目标和人类福祉，平等协商、搁置争议、消除冲突、和平共处。

2. 正确义利观

正确义利观是习近平在访问非洲期间提出的价值观，它是对中华民族优秀伦理价值观的全面总结与扬弃，也是对人类义利思想合理因素的科学吸收与借鉴。它在精神上具有义利统一与义利并重的伦理特质，在实质上具有互惠互利、和谐共生的价值基质。[192]它主张维护和构建国际正义，反对狭隘的民族主义和霸权主义，也反对无视国家核心利益的世界主义。首先，义”是情义和义务。国家之间应当友好包容、重情重义，促进交流沟通、平等对话，加强信任与理解。主张维护国际正义，反对恃强凌弱，干涉别国内政，狭隘维护私利而损害他国利益，积

[190]参见金玲：《“一带一路”：中国的马歇尔计划？》，载《国际问题研究》2015 年第 1 期，第 91-96 页。
[191]See *China's 'Marshall Plan' Is Much More,*http://thediplomat.com/2014/11/chinas-marshall-plan-is-much-more/, last visited on 2015-4-26.
[192]王泽应：《正确义利观的深刻内涵、价值功能与战略意义》，载《求索》2014 年第 11 期，第 25 页。

极履行国际义务。其次，“利”是共同利益，它从“命运共同体”的理念出发，认为各国应当从“命运共同体”的视角去审视当前的国际关系，为人类共同利益做出应有贡献。它要求国家之间相互尊重彼此的核心利益，不断的寻求共同的利益契合点，相互包容、合作共赢。正确义利观是中国对国际关系理论的创新，它秉承中国经典思想的精髓，把“中国梦”与“世界梦”联系起来，为建立更加公正合理的世界秩序提供了思想依据，顺应了和平、发展、合作、共赢的时代潮流，符合中国既是全球性大国又是发展中国家的定位。[193]

2015 年 4 月 20 日，中国国家主席习近平前往巴基斯坦访问，开启了推进“一带一路”倡议的新篇章，主张发挥中巴经济走廊在“一带一路”倡议中的带头作用。习近平在《构建中巴命运共同体 开辟合作共赢新政策》的重要演讲中提出“弘义融利”，深刻诠释了中国的正确义利观的内涵。这是中国领导人首次对中国外交“义利观”作出阐释。“弘”，大也，引申出中国的大局观，以世界和平与发展为己任，以周边国家共生共荣为己任。“义”反映出中国“重情重义”，注重与周边国家的友好关系，同时也追求正义、维护公平。“融”有融合之义，反映了中国主张互相融通，加强合作，在政治、经济、文化方面促进与周边国家的相互理解与支持、沟通与对话。“利”点明了各国之间友好合作关系建立于共同利益之上，为了共同的目标，构建命运共同体，推进“一带一路”倡议，无论是对自身发展还是与周边关系的稳定都是十分有益的。

中国践行义利观集中表现在中国勇于承担更多责任。中国作为一个新兴的大国重返世界政治舞台，并不是意味着世界寡头政治成员的更迭，而是意味着可以承担更多的责任。作为一个新兴大国，依旧是发展中国家的中国对国际关系有不同于传统大国的处理方式，中国更加追求国际关系的民主与平衡。推动国际关系民主化一向是中国重要的国际关系战略，而推动国际关系民主化的前提就是各个国家能够提高自己的综合国力。只有提高综合国力，才能有实力在国际舞台上有自己的话语权，提高发展中国家的整体实力水平，加快构建国际新秩序。提高一国综合国力，根本上是要加快经济发展，加强国际间合作。中国一向致力于对非洲以及周边等落后国家的援助，[194]这是履行大国责任的体现，倡议“一带一路”

[193]秦亚青：《正确义利观：新时期中国外交的理念创新和实践原则》，载《求是》2014 年第 12 期，第 57 页。
[194]《中国的对外援助（2014）》白皮书中对中国 2010-2012 年对外援助情况作了详细介绍。2010 年至 2012 年，中国对外援助金额为 893.4 亿元人民币。对外援助资金包括无偿援助、无息贷款和优惠贷款三种方式。

意味着中国对外援助制度不再局限于单边的层面，受援助国家也不再是一味的被动接受，而是有了更多的自主权。构建多边合作机制，由中国牵头倡议，促使更多的国家参与到造福全人类福祉的行动中来。受援助国家也可以自主决定，与其他国家良性互动，优势互补。中国在自身飞速发展的同时，能够承担起更多责任，帮助更多的国家从贫困中走出来，是对“大融合”的国际关系理念最好的诠释。

（二）国际法中国际合作形式的创新——大合作

“一带一路”深刻的贯彻了《联合国宪章》的国际合作原则。国际合作作为一项国际法基本原则，促使国际间合作形式越来越多样、合作的层次越来越深、合作的领域不断拓宽。“一带一路”作为全方位对外开放战略，正在以经济走廊理论、经济带理论、21 世纪的国际合作理论等创新经济发展理论、区域合作理论、全球化理论。“一带一路”强调共商、共建、共享原则，给 21 世纪的国际合作带来新的理念。[195]虽然“一带一路”的具体细节还在商讨之中，但“一带一路”在合作形式、合作模式、合作领域方面已经形成一种新的国际合作形式。

1. 国际合作形式的创新

“一带一路”合作的形式不是传统的双边和多边合作，也不限于一个区域、一个集团。它是中国政府提出的一项广泛倡议，目前涵盖了亚洲、欧洲和非洲的众多发展中国家。首先，它涵盖的区域广泛。它贯穿亚欧非大陆丝绸之路经济带，重点畅通中国经中亚、俄罗斯至欧洲；中国经中亚、西亚至波斯湾、地中海；中国至东南亚、南亚、印度洋。21 世纪海上丝绸之路重点方向是从中国沿海港口过南海到印度洋，延伸至欧洲；从中国沿海港口过南海到南太平洋。它将惠及全球 65 个国家、44 亿人口。[196]其次，它不限于采用双边或者多边的合作形式，它不是传统两个国家之间的双边合作，也无法完全将它确定在某一个固定的区域之中，它是开放包容的，未来可能面向更广阔的的范围，因此无法用传统的双边或

中国共向 121 个国家提供了援助，其中亚洲地区 30 国，非洲地区 51 国，大洋洲地区 9 国，拉美和加勒比地区 19 国，欧洲地区 12 国。此外，中国还向非洲联盟等区域组织提供了援助。中国对外援助方式主要包括援建成套项目、提供一般物资、开展技术合作和人力资源开发合作、派遣援外医疗队和志愿者、提供紧急人道主义援助以及减免受援国债务等。2015 年 4 月 26 日尼泊尔发生 8.1 级地震，中国气象援外系统为尼泊尔地震救援提供气象保障服务。中国气象局在 2011 年向包括尼泊尔在内的 19 个亚太国家赠送了该系统，并三次由通信和预报专家组成的专家团队前往尼泊尔气象部门进行技术培训和本地化工作，提升了尼泊尔的气象资料收集和处理、灾害性天气监测和预报能力。

[195]王义栀：《“一带一路”的三重使命》，载《人民日报》（海外版），2015 年 3 月 28 日 001 版。

[196] See *One Belt and One Road, Far-reaching Initiative*,http://www.chinausfocus.com/finance-economy/one-belt-and-one-road-far-reaching-initiative/, last visited on 2014-4-27.

多边合作形式将之固定下来。第三，它也不是一个只面向国际的倡议，它还立足于中国国内的城市建设，以点带面，不断的向沿线国家城市和地区延伸。根据“一带一路”走向，陆上依托国际大通道，以沿线中心城市为支撑，以重点经贸产业园区为合作平台，共同打造新亚欧大陆桥、中蒙俄、中国－中亚－西亚、中国－中南半岛等国际经济合作走廊；海上以重点港口为节点，共同建设通畅安全高效的运输大通道。中巴、孟中印缅两个经济走廊与推进“一带一路”建设关联紧密，要进一步推动合作，取得更大进展。这种面向国际，又以国内城市发展为基点的倡议很难归结为现有框架下的合作形式，是国际合作形式的创新。

2. 国际合作模式创新

“一带一路”合作具有多层次的特点。国家之间主张政府交流、城市交流、民间交流。“一带一路”合作的层次也不限于国家与国家之间，它是开放包容的，它十分欢迎各国和国际、地区组织的参与，欢迎政府性组织和非政府组织的参与，将现有双多边合作机制为之所用，让共建成果惠及更广泛的区域。

它加强双边合作，开展多层次、多渠道沟通磋商，推动双边关系全面发展。[197]充分发挥政党、议会交往的桥梁作用，加强沿线国家之间立法机构、主要党派和政治组织的友好往来。开展城市交流合作，欢迎沿线国家重要城市之间互结友好城市，以人文交流为重点，突出务实合作，形成更多鲜活的合作范例。欢迎沿线国家智库之间开展联合研究、合作举办论坛等。

它注重强化多边合作机制作用，发挥上海合作组织（SCO）、中国－东盟“10+1”、亚太经合组织（APEC）、亚欧会议（ASEM）、亚洲合作对话（ACD）、亚信会议（CICA）、中阿合作论坛、中国－海合会战略对话、大湄公河次区域（GMS）经济合作、中亚区域经济合作（CAREC）等现有多边合作机制作用，相关国家加强沟通，让更多国家和地区参与“一带一路”建设。它发动区域论坛、国际论坛、博览会如博鳌亚洲论坛、中国－东盟博览会、中国－亚欧博览会、欧亚经济论坛、中国国际投资贸易洽谈会，以及中国－南亚博览会、中国－阿拉伯

[197]自 2013 年提出“一带一路”倡议以来，中国已经与以中亚为主的丝绸之路经济带沿线国家，建立了不同层次、不同领域、不同方式的政策沟通，如上合组织框架、以“丝绸之路市长论坛”为主的亚欧大陆桥协商机制、“欧亚经济论坛”为主的对话形式。此外，中国国务院发展研究中心等官方研究机构也在着手推进沿途国家的智库合作。

博览会、中国西部国际博览会、中国－俄罗斯博览会、前海合作论坛等平台的建设性作用。倡议建立“一带一路”国际高峰论坛。

它还注重民间组织的交流合作。加强沿线国家民间组织的交流合作，重点面向基层民众，广泛开展教育医疗、减贫开发、生物多样性和生态环保等各类公益慈善活动，促进沿线贫困地区生产生活条件改善。加强文化传媒的国际交流合作，积极利用网络平台，运用新媒体工具，塑造和谐友好的文化生态和舆论环境。

3. 国际合作领域创新

它合作的领域几乎无所不包。涵盖了政治、经济、文化等众多领域，合作的内容也多层次多角度。[198]它以政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通为主要内容。政治上，它加强政策沟通。加强政府间合作，积极构建多层次政府间宏观政策沟通交流机制，深化利益融合，促进政治互信，达成合作新共识。加强政府之间、立法机构之间、党派之间与宗教之间的交流对话。它还主张以城市为单位，促进城市之间的直接对话。经济上，加强沿线国家基础设施建设，促进多边贸易体系和货币体系发展，关注环境安全和能源安全，促进海陆空三位一体多层次的“新亚欧大陆桥”[199]，输出高铁技术，加强海洋合作水平；注重资金融通，深化金融合作，推进亚洲货币稳定体系、投融资体系和信用体系建设，扩大沿线国家双边本币互换、结算的范围和规模，推动亚洲债券市场的开放和发展。文化上，传承和弘扬丝绸之路合作精神，广泛开展文化交流、学术往来、人才交流合作、为深化双多边合作奠定坚实基础。

（三）国际法中具体领域的发展——大流通

“一带一路” 以政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通为主要内容，构成了各个具体领域大流通的态势。从国际法的角度来说，“一带一路”的有关措施在下列四个领域的创新尤为突出：在国际融资领域创新了融资模式；在国际货币领域推进实现货币多元化；在国际贸易领域有利于促进贸易自由化；

---

[198]作为“一带一路”的重要支点，在习近平访问巴基斯坦期间，巴基斯坦好消息不断：丝路基金首单花落中巴经济走廊、瓜达尔港计划于本月投入运营、中巴“1+4”经济合作布局初步形成等等。在习近平访问期间，中国与巴基斯坦共签署了 51 项合作协议和谅解备忘录，达成了总值 460 亿美元的能源、基础设施投资计划，包括 280 亿美元的基础设施建设项目以及 155 亿美元的能源建设项目等。2015 年 4 月 20 日，中国国家铁路局局长陆东福与巴基斯坦铁道部国务秘书、铁路委员会主席帕尔文·阿格哈共同签署了《中华人民共和国国家铁路局与巴基斯坦伊斯兰共和国铁道部关于开展 1 号铁路干线（ML1）升级和哈维连陆港建设联合可行性研究的框架协议》。

[199]See Xi's Strategic Conception of 'One Belt and One Road' Has Great Significance, http://english.cri.cn/12394/2014/10/11/53s847421.htm, last visited on 2015-4-27.

把民间交往的重要作用提到一个新高度。

1. 国际融资的流通

“一带一路”创新了融资模式。以往的基础建设投资模式多为 BIT 形式，主要是发达国家向发展中国家投资的南北模式和发展中国家向发展中国家投资的南南模式。其中，南北模式居多，南南模式较少。然而南北模式也十分有限，发达国家为了自身利益而投资于对自己有利的国家，从而实现自己的全球战略部署。而“一带一路”借助亚投行的平台，致力于“一带一路”沿线国家的基础设施建设，不是为了某一个国家的利益，也不是为了实现某一个国家的全球战略，而是为了实现全世界人民的福祉，为了全人类的共同利益。参与亚投行的国家也不限于发展中国家，许多发达国家也纷纷申请加入亚投行，出资入股的国家既有发达国家也有发展中国家，共同为全人类福祉、世界和平发展努力。

“一带一路”也为改善沿线国家基础设施建设提供长期有效的机制。以往的 BIT 模式完全取决于双方意愿，甚至更多源于作为强势一方的发达国家的意愿，往往是短效机制，不具有连续性和长期性。而“一带一路”借助的亚投行，将能够为之提供长效机制，只要满足亚投行的贷款条件，申请国就可以获得资金改善国内的基础设施建设。作出贷款的决定不是完全由一个国家主导决定，而是由董事会民主决定，亚投行任何一个成员国都无法将一个国家的意志强行驾驭于别国之上，作出贷款的决定由作为股东的众多国家共同决定。

亚投行有利于实现本地区内资源的有效配置，有利于促进亚洲国家经济一体化，有利于扩大全球投资需求，支持世界经济复苏。它与世界银行、亚洲开发银行不是竞争关系，而是补充关系，能够补充亚洲地区资金缺口，完善国际援助职能，同时还能推动国际货币基金组织的进一步改革。

2. 国际货币的流通

2008 年金融危机让世界看到了以美元为主的货币体系的巨大缺陷，货币体系多元化成了世界经济和金融安全的重要议题。“一带一路”可能打破美元主导的货币体系，加快世界货币体系多元化发展，尤其是人民币国际化进程。目前跨境人

民币贸易结算在对外贸易与投资中占有重要比例，[200]中国人民银行与丝绸之路沿线多个国家中央银行签订了双边本币互换协议和双边贸易本币结算协议，如韩国、马来西亚、阿根廷、泰国、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、土耳其、新西兰、俄罗斯等国家签订协议，目前签约国已将近 30 个，为人民币在中亚国家跨境结算业务的开展奠定了良好的基础。[201] 基于双边贸易和投资规模增长，市场对人民币需求增加，将提高人民币的国际影响力。

“一带一路”给人民币国际化提供了机遇，有利于实现世界货币多元化体系。以道路相同为基础，以双边贸易为重点，“一带一路”沿线能源、大宗商品贸易以人民币计价结算成为可能。中国经济进入新常态，经济结构升级和转型为人民币中长期升值提供了经济基础，为了降低收入的波动性，沿线以中国为主要市场的石油出口国主观上也有使用人民币替代美元进行能源交易的内在动机。

中亚一些国家经济发展落后，资本短缺，交通、电力、通信等基础设施比较薄弱，中国在基础设施建设、制造业、资金供给方面具有明显优势，可以建立以人民币贷款、直接投资为主的丝路经济带建设融资体系，扩大人民币在亚洲地区的使用范围。随着丝绸之路经济带建设的推进，资本流动和金融需求必将推动欧洲、中亚、南亚、中东地区出现人民币离岸市场，有利于形成人民币使用便捷的网络效应。[202]

3. 国际贸易的流通

古老的丝绸之路首先是贸易之路，近些年来随着沿线国家之间贸易领域的扩展、贸易规模不断扩大，也面临着通关、运输、物流不畅通等问题。“一带一路”范围内有关国家和地区存在不同的贸易壁垒和投资障碍，如哈萨克斯坦、土库曼斯坦、乌兹别克斯坦、阿富汗、阿塞拜疆、伊拉克、黎巴嫩、叙利亚等都不是世贸组织的成员。[203] 对外贸易有关问题如没有条约规定，一般都依照各国国内法规定，各国法律制度有别，因此贸易融通将会遇到一定障碍。有必要加强信息互换、监管互认、执法互助的海关合作，以及检验检疫、认证认可、标准计量、统

[200]中国人民银行发布数据显示 2014 年跨境贸易人民币结算业务累计实现 6.55 万亿（兆）元。2013 年该业务增长 57%，至 4.63 万亿元。去年的直接投资人民币结算业务累计发生 1.05 万亿元，较上年的 5,337 亿元大增 97%。2014 年以人民币进行结算的跨境货物贸易累计为 5.9 万亿元，而服务贸易及其他经常项目累计为 6,565 亿元。以人民币结算的对外直接投资和外商直接投资分别累计发生 1,866 亿元、8,620 亿元。对比 2013 年的 856 亿元、4,481 亿元，投资额分别按年大增 118%和 92%。

[201] 闫衍：《“一带一路”的金融合作》，载《中国金融》2015 年第 5 期，第 32 页。

[202]涂永红：《丝路经济带与人民币国际化》，载《中国金融》2015 年第 5 期，第 37 页。

[203]包运成：《“一带一路”建设的法律思考》，载《前沿》2015 年第 1 期，第 66 页。

计信息等方面的双多边合作，推动世界贸易组织《贸易便利化协定》生效和实施，降低非关税壁垒，共同提高技术性贸易措施透明度，提高贸易自由化便利化水平。各国应当积极开展贸易投资促进活动，发挥好中国—东盟博览会、中国—南亚博览会、中国—亚欧博览会等综合性展会的作用。各国应优化贸易结构，在提升货物贸易档次的同时，大力发展服务贸易，推进区域全面经济伙伴关系协定及一系列自贸区谈判，发展自由贸易关系，逐步形成立足周边、辐射“一带一路”、面向全球的高标准自贸区网络。

4. 民间交往的流通

互联互通尽管在多个领域有所建设，但是根本要落在人员和信息的交流上，尤其是人与人的精神、心灵和思想的交流上，[204]要建立在人员之间的沟通交流和文化之间的相互理解认同之上。民间交往为“一带一路”提供了广泛的群众基础和民心支持。民间交往最主要的两个途径就是旅游交流和学术交流。有专家指出，没有人文合作的发展，很难实现经济合作的进步，希望通过人文桥梁，促进丝绸之路国家间合作的复兴；建议与有关国家合作编写历史教科书，共同挖掘历史文化遗产，加强文化认同感。同时建议借鉴波罗的海国家民间组织推动城市间人文交流，从而推动政府间合作的经验，从软性的外交中获得持续不断的政治动力，通过软实力外交，消除硬实力的顾虑。 [205]

（四）国际法中安全观的拓展——大安全

“一带一路”发展了传统国际法领域对安全观的固态理解，安全观应当是可持续发展的，以发展来实现安全，以安全来保障发展。实现可持续安全观就要加强国家间在各国领域的全面合作，才能根本上消除不稳定因素，实现全球的稳定与安全。“一带一路”的可持续安全观与命运共同体意识对于传统安全威胁和非传统安全威胁的减少有着十分重要的意义。

1. 深化可持续安全观

中国国家主席习近平 2014 年在上海的亚洲相互协作与信任措施会议第四次峰会上提出了可持续安全观。他强调，中国将同各方一道，积极倡导共同、综合、合作、可持续的亚洲安全观。所谓共同，就是要尊重和保障每一个国家安全。不能一个国家安全而其他国家不安全，一部分国家安全而另一部分国家不安全，更不

[204]吴贤军：《国际话语权视域下的“一带一路”战略实现路径研究》，载《中共福建省委党校学报》2015 年第 2 期，第 103 页。

[205] 蒋希蘅、程国强：《“一带一路”研究若干观点要览》，载《北京日报》2014 年 10 月 20 日第 18 版。

能牺牲别国安全谋求自身所谓绝对安全。所谓综合，就是要统筹维护传统领域和非传统领域安全，通盘考虑亚洲安全问题的历史经纬和现实状况。所谓合作，就是要通过对话合作促进各国和本地区安全，增进战略互信，以合作谋和平、以合作促安全，以和平方式解决争端。所谓可持续，就是要发展和安全并重以实现持久安全。要推动共同发展和区域一体化进程，以可持续发展促进可持续安全。

而“一带一路”尝试构建一个国际化的平台，力求合理分配亚洲地区的资源，与全球市场对接，同时提出了一套顺应亚洲地区现实需要的融资机制，集中于基础设施建设。全面推动亚洲地区的发展，而发展就是安全的基础，安全就是发展的条件。因此，“一带一路”深刻的体现了可持续发展的安全观。“一带一路”所倡导的可持续发展的安全观已经不再限于亚洲地区，而是面向欧洲、非洲，甚至全球。“一带一路”所涵盖的地域范围越来越大，辐射面将越来越广。“可持续安全观”理念将会对国际法目前的安全观有所助益。

2. 有利于减少安全威胁

当今世界主要大国在“一带一路”区域内纷纷提出各自的地缘战略，同时基于历史原因也存在多种领土、岛屿争端，如南海争端、克什米尔地区争端、中印边界争端、巴以领土冲突等等，军备竞赛、核扩散、网络信息安全等等威胁伴随着个别国家复杂的国内民族、宗教矛盾，可以说“一带一路”沿线地区并不太平。“一带一路”提出共建海上丝绸之路的构想有助于缓和南海局势，主张南海周边国家搁置争议、共同开发，加强交流与合作，积极推进平等对话，十分有助于南海争端的解决。[206]促进政策沟通，主张共商、共建、共享，有利于缓和中亚地区有关国家的争端，促进政府间沟通合作，促进经济发展，解决地区之间发展不平衡态势，从而在发展中促进安全稳定。

“一带一路”的广阔合作愿景还有利于非传统安全威胁的解决。[207]“一带一路”以发展求安全、以合作求安全，是综合的安全观，涵盖了政治、经济、文化、能源、科技、环境、军事等多个方面，也要求结合综合手段实现安全。“一带一路”加强政府间对话，积极发展同有关国家的友好关系，维护国际战略平和与稳

[206]中国 2015 年 4 月 28 日对东盟涉南海声明表示严重关切，主张同直接有关的当事国在尊重历史事实和国际法的基础上，通过谈判协商解决有关争议，致力于同东盟国家共同维护南海的和平稳定，并在有关问题上保持高度克制。中国和东盟国家正在全面有效落实《南海各方行为宣言》，积极推进“南海行为准则”磋商，争取在协商一致的基础上早日达成“准则”。

[207]王毅主编：《国际形势与中国外交》，人民出版社、党建读物出版社 2015 年版，第 16-21 页。

定，主张用和平的方式解决冲突，加强反恐合作，它有利于带动周边国家和地区经济发展和产业振兴，为当地居民创造更多就业机会、提高居民收入水平，从根本上消除恐怖主义兴风作浪的社会土壤，在加强各国经济联系的同时，也将带动各民族、宗教间的沟通交流，从而增强彼此之间的理解、包容、融合，消除各民族、宗教间的各种隔阂和误解，从而消除恐怖主义产生的思想根源。[208]

“一带一路”不仅提出了安全领域的理念，还进一步落实了具体实践。中国积极提供区域安全治理的公共产品，[209]构建设施融通，有利于实现资源、能源进出口渠道的多元化，同时也为保障海上资源能源运输线的安全奠定了坚实基础。它援助周边国家加强基础设施建设，维护输油、输气管道等运输通道、推进跨境电力与输电通道建设、跨境光缆等通信干线网络建设，完善空中信息通道等为能源安全、网络安全和信息安全创造良好条件。它加强与周边国家传染病疫情防治工作的沟通，提供医疗援助，在医疗卫生方面提高安全意识。中国还将加强海上安全建设，建立水上安全部队，与周边国家联合执法，保障航道通行安全、有关人员的人身和财产安全。

三、“一带一路”对国际法的挑战与应对

“一带一路”是全球治理模式的新探索。它整合了行为体之间利益的分散性，向共同发展、共同繁荣的目标迈进，使各个行为体之间有共同的利益诉求，从而有利于改变行为体之间利益的分散性，提高治理效率，深化治理层次。它治理的模式是多元主体之间深层次的合作与融合，治理主体融合了国家、国际组织、跨国公司、公民组织等等，治理领域也涵盖了多个方面，不限于贸易、金融等经济领域，更是通过经济领域促进了政治、文化之间的相互信任与交流，形成了多主体、全方位的治理模式。“一带一路”冲破了国际体系的不对称性，有利于国家之间相互尊重主权和平等，建立多边主义民主化的国家关系，加强南北对话、南南合作。“一带一路”有利于促进全球局势的安全与稳定，一方面由于它推进的和平共荣的理念有助于国家之间搁置争议、平等对话；另一方面它致力于经济发展建设，有利于缩小经济实力差距，提高周边沿线国家的综合国力，缩小与发达国家之间的差距，有利于促进局势的稳定与安全。

---

[208]亚非领导人会议《2015 年万隆公报》中表示，亚非国家将致力于集体打击暴力极端主义、种族主义，将温和主义视为反对一些形式极端主义的价值观，致力于促进对话、相互尊重、相互理解和彼此接受。

[209]刘海泉：《“一带一路”战略的安全挑战与中国的选择》，载《太平洋学报》2015 年第 2 期，第 77 页。

“一带一路”是一个惠及亚洲乃至世界的重要倡议，对国际法提出了新的挑战。首先，如何平衡国家之间的利益关系，消除各国之间的不信任。“一带一路”地区有重要的战略地位优势，因此一些国家力图主导该地区事务，也为“一带一路”的建设带来了严峻挑战。如美国实施“新丝绸之路”战略和主导跨太平洋伙伴关系协定、俄罗斯实施“欧亚经济联盟”战略和寻求欧亚地区事务主导权，日本实施“丝绸之路外交”战略和搅局南海围堵中国等等。[210]一些国家对中国此次倡议的意图有所怀疑，担心它是对外扩张的战略，导致信任参与程度低，不利于区域整体的协调与发展。

虽然“一带一路”受到周边国家前所未有的欢迎，但是其具体的实施规划还尚未形成，其中首当其中的就是需要考虑国家之间利益的平衡。要考虑中国与周边国家之间利益的平衡、周边国家之间利益的平衡、周边国家与其他地区国家之间利益的平衡。中国并非借“一带一路”扩张，无意将经济问题政治化，而是想向世界直接表明，中国秉持和平发展的道路，希望加强与其他国家之间的交流对话，不会以牺牲其他弱国、小国的利益来满足自身利益。

其次，如何构建一个具体有效的机制来实施和保障“一带一路”倡议。它目前只是一个框架性的规划，具体的制度还需要进一步细化和研究。其中国家之间的权利义务也相对复杂，因此有必要设计有关的政府间双边协议或多边协议，明确规定有关权利义务，用法律手段予以保障。一些国家之间尚存领土争端，内部政局缺乏长期稳定性，因此要切实落实“一带一路”倡议，还要构建有关的争端解决机制，尝试妥善解决，主张搁置争议，加强与东盟等有关组织的协商对话。

第三，要加快实现国内法与国际法的对接。要加快出台有关立法，将“一带一路”法律化，出台有关的对外援助法，完善对外投资立法，构建其他有关的法律制度，使“一带一路”有关措施具有国内法依据。

第四，要重视国际民商事交流，完善国际私法的有关制度，尤其是涉及到国际民商事纠纷解决制度的一系列问题。随着“一带一路”的开展，国际间平等主体之间的交流势必越来越多，如何保证权利主体利益的有效实现，是“一带一路”倡议顺利实施过程中应当注意的问题。

综上所述，中国应当尽快将“一带一路”法律化，订立双边条约、多边条约

[210]参见袁新涛:《丝绸之路经济带建设和 21 世纪海上丝绸之路建设的国家战略分析》，载《东南亚纵横》2014 年第 8 期，第 6-7 页。

及其他政府间协议等法律文件，明确国际间权利义务；完善国内有关法律体系，使之有法可依，同时要采取有效措施，提高司法的国际化水平，不断提升司法的国际公信力；要突出国际司法合作，为“一带一路”建设营造公平、透明、高效的法治环境。[211]在“一带一路”过程中也不能忽视私人主体利益诉求，要提供具体的可操作性强的制度支持和法律支持，保障“一带一路”顺利实施。 上述一系列的挑战，对我们运用国际法的能力提出了更高的要求。“一带一路”对国际法发展有重要意义，国际法学人应当加强“一带一路”实施中国际法问题的研究，为“一带一路”过程中出现的问题提供科学的理论支持和实践引导。

[211]丁广宇：《为“一带一路”建设提供具有国际化水平的司法保障》，载《人民法院报》2015 年 4 月 3 日第 001 版。

网络恐怖主义的防治路径研究

华东政法大学国际法学院　　顾炜程

摘 要：传统恐怖主义随着科学技术的发展形成了具有了新的形态即网络恐怖主义。网络恐怖主义具有隐蔽性强、智能化水平高、形式目标多样化以及破坏性大等特点。目前国际社会对于网络恐怖主义并没有一个统一的定义，这对于防范和惩治网络恐怖主义来说是相当不利的。面对日益严峻的网络恐怖主义威胁，国际社会应当采取相关立法措施，制定国际公约并加强技术交流合作，共同应对网络恐怖主义。

关键词：网络恐怖主义；恐怖主义；国际合作；惩治

恐怖主义的形态随着时代的进步而不断发生变化，进入信息 2.0 时代之后，恐怖主义分子利用先进的技术和手段不断扩大其影响从而使得传统恐怖主义衍生出一种以网络恐怖主义行为为形态的恐怖主义。面对出现的新形态的恐怖主义，传统的预防和打击方式已经远远不足以对网络恐怖主义进行有效的遏制。目前国际上并没有一个完全统一的对网络恐怖主义的定义，这也在国际上对于防范和打击网络恐怖主义产生了障碍。同时缺乏国际合作也使得网络恐怖主义进一步对国际社会产生了威胁。

一、网络恐怖主义的基本概念

“网络恐怖主义”这一词最早是由美国加州情报与安全研究所资深研究员柏林·科林在 1997 年首先提出的，他认为“网络与恐怖主义相结合的产物”。同年，美国联邦调查局专家马克·波利特将网络恐怖主义定义为“一种有预谋的、有政治目的的针对信息及计算机系统、程序和数据的攻击活动，它是由次国家集团或秘密组织发动的打击非军事目标的暴力活动”。[212]2000 年 2 月，英国在《反恐怖主义法案 2000》中首次明确提出了“网络恐怖主义”的概念。“9·11”恐怖袭击事件发生后，美国国会通过的反恐法案中，将“网络恐怖主义”列为新的法律术语。对于网络恐怖主义定义，美国国防部认为：“通过计算机和电信能力

[212] Mark Polite. A Cyber terrorism Fact of Fancy? Proceedings of the 20th National Information Systems Security Conference, 1997, 285-289.

实施犯罪行为，以造成暴力和对公共设施的毁灭或破坏来制造恐慌和社会不稳定，旨在影响政府或社会，实现其特定的政治、宗教或意识形态目标。”美国乔治敦大学的多罗西·邓宁教授认为：“网络恐怖主义是恐怖主义和网络空间的集合。它通常是为了实现其政治或社会目的，通过针对计算机网络以及存储在其中的各种信息进行非法攻击或威胁，来威胁或强迫一国政府或公民通常是针对计算机、网络及其存储的信息，其目的是通过威胁或强迫某国政府或公民来实现其政治或社会目的。……网络攻击应导致人员伤亡或财产损失，或至少能造成足够引起心理恐慌的破坏”[213]另有一些学者认为：网络恐怖主义是由国家分裂组织、秘密团体或个人发起的，以信息和计算机系统、计算机程序和数据为破坏目标，有预谋和政治动机的攻击行径，是针对非战斗员的暴力行为。[214]

（一）网络恐怖主义的定义及基本特征

由于各个国家、学者对于如何认定网络恐怖主义的标准不完全相同，因此造成了该定义至今仍未形成统一的认识。但从上述的学说中我们可以看到其中的相似之处：首先，网络恐怖主义行为的实施主体主要是团体或个人；其次，网络恐怖主义的受害方可能是个人，也可能是国家；再次，网络恐怖主义的目的是破坏政治稳定，威胁国家安全，威胁公民人身安全，造成大范围的心理恐慌，影响国家、人民的生产生活秩序；最后，实施网络恐怖主义的手段是通过互联网。网络恐怖主义是传统恐怖主义的新的发展形式，在具有传统恐怖主义的基本特征之外，又有其新的特点。因此笔者认为可以对网络恐怖主义作如下定义：网络恐怖主义是指非政府组织或个人为实现其政治目的或社会目的，有预谋地针对一个或多个国家，或被侵犯国的人民或财产，以计算机技术为手段、以网络为活动空间，通过进行网络攻击或攻击的威胁，造成财产的损失或人员的伤亡，或使被侵犯国的国民陷入恐怖之中。

网络恐怖主义主要是通过互联网空间实施，对计算机远程终端或服务器进行攻击。其实施的效果很大程度上依赖于互联网本身以及电子智能设施，因而网络恐怖主义具有以下几个基本特点：

1、 智能化水平高

如前所述，网络恐怖主义是传统恐怖主义在信息技术领域的延伸，与传统恐

[213] Clive Walker, Cyber-Terrorism: Legal Principle and Law in the United Kingdom, 110 Penn St. L. Rev. 625 2005-2006.

[214] Lech J Janczewski 等著，陈择茂 刘吉强等译，《赛博战与赛博恐怖主义》，电子工业出版社，2013 年版。

怖主义袭击方式相比，网络恐怖主义更加注重于利用智能设备与高端的信息技术。网络恐怖主义分子一般都是具有娴熟的计算机操作技术，受过系统训练的人员，其所具备的计算机水平不逊色于一些专家。同时，他们在利用信息技术作为武器攻击的同时，还将其作为协调和支持恐怖主义行为的通讯手段。他们可以利用网络作为互相之间联络和通讯的工具，为实施恐怖主义活动进行准备活动。一些恐怖组织还拥有高科技设备如加密传真机、高性能解码器等高科技设备。这些都大大提高了网络恐怖主义的智能化程度。此外，恐怖分子不仅

1、 间接性，隐蔽性强

网络恐怖主义的实施往往是针对或通过网络空间本身，不具有直接针对普通平民或财产实施暴力的特征，由于网络空间具有虚拟性，隐蔽性强的特点，因此依靠其生存的网络恐怖主义的行为也具有隐蔽性强的特点。由于互联网基于方便和保护个人隐私的需求，并没有对网络使用者的身份进行识别，而仅仅以数字代码来表示每个人的身份。这为恐怖主义分子进行网络恐怖主义活动提供了便利，并且由于网络具有跨国性的特点，即使一国通过技术追踪到处于该国境外的恐怖分子，但由于其逮捕程序涉及到一国司法主权的问题，需要通过国家、地方政府之间的交涉，等取得司法许可时，恐怖分子早已逃之夭夭。同时，由于恐怖分子活动的证据大多存于服务器或者软件之中，这使得电脑远程控制而进行删除毁灭罪证变为可能。

2、 形式目标多样化

由于信息化社会的发展，社会生活的各个领域，包括通讯、交通、能源、科技、电子商务等各个方面都通过互联网联系在一起，一方面为市民生活提供了便利，但同时也为恐怖主义分子发动网络袭击提供了多种目标。另外在攻击手段上，网络恐怖主义也可以采取多种方式进行攻击，例如通过网络病毒侵入计算机系统，通过分布式拒绝攻击使网络瘫痪，或者通过远程控制系统侵入电力、金融等系统，造成难以估量的损失。

3、 成本低廉，危害后果严重

由于网络技术的发展，导弹、炸弹和全副武装的恐怖分子已成为过去，人们正面临一种无形但更严重的威胁，世界上最大的国家也可能在恐怖分子的轻轻一

击中屈服。[215]网络恐怖主义的实施往往仅需一台电脑以及可以接入互联网的设备即可实施，甚至可以通过 3G 通信技术在公共场合不动声色地发动网络攻击。与传统恐怖主义相比更加便捷，并且无需恐怖分子冒着生命危险去实施。这种低成本和低损耗的攻击方式，使得网络恐怖主义的袭击变得越来越广泛、越来越频繁。同时，其所造成的后果并不因为其成本的低廉而减少，网络恐怖主义可以在更大的范围内对公众产生影响，可以使事件的所涉及的对象更关注恐怖活动所要达成的目的，与此同时还能确保不会出现足以转移公众注意力的长效破坏。[216]

（二）网络恐怖主义与传统恐怖主义的区别

传统恐怖主义通常使用常规武器袭击目标，通过故意杀人、绑架劫持、爆炸等行为造成一定的伤害和破坏从而对平民造成恐怖来实现其政治目的。与传统的恐怖活动相比，网络恐怖主义是恐怖主义向信息技术领域延伸的产物，它并不会造成直接的人员伤亡，它的攻击目标是一国或多国的计算机网络系统，其手段和方式是使用针对计算机操作系统的“漏洞”和网络软件的“缺陷”开发出来的黑客程序软件，其使用的科技手段更为隐蔽和高超。从而使其更难以被调查。它通过攻击或威胁攻击以及破坏民用或军事设施，以造成财产损失，在平民中制造心理恐慌从而实现其政治目的。此外，由于网络恐怖主义没有地域范围的限制，其攻击范围和结果相较于传统恐怖主义更为广泛。

（三）网络恐怖主义与计算机犯罪行为的区别

从技术层面讲，计算机犯罪行为往往和网络恐怖主义往往具有相似性，两者均是通过利用技术手段来达到破坏目标系统安全性的目的。但两者之间的本质区别在于是否具有政治目的，是否造成了恐怖效果。英国《反恐怖主义法案 2000》中将计算机犯罪作为打击的对象，但是只有影响到政府或社会利益的犯罪行为才能被认定为“恐怖主义”。同时，从危害结果来说，网络犯罪的影响和破坏力相较于网络恐怖主义来说较小。

二、网络恐怖主义的主要表现形式

网络恐怖主义是恐怖主义在信息时代威胁人类安全、破坏世界和平的新形式。随着科学技术以及信息技术的发展，大部分恐怖组织利用互联网自身的特征发动

---

[215] 郝文江，《网络恐怖主义分析与对策研究》，《云南警官学院学报》，2008 年第 6 期。

[216] Shackelford, Scott J. Toward Cyberpeace: Managing Cyberattacks through Polycentric Governance, *American University Law Review*, Vol. 62, Issue 5 (June 2013), page 1301.

恐怖袭击，并且网络恐怖袭击所产生危害后果并不比传统恐怖活动的危害后果来的小，甚至远大于传统恐怖主义活动。美国国家安全委员会曾提出：网络恐怖主义的破坏力可与传统的大规模破坏性武器相提并论。[217]如今国家的基础设施系统都是在网络的连接下建构起来的，并且国家的各个部门都是紧密相连的，所以当网络恐怖分子攻击一部分时，必将对整个系统造成牵连损害，这时对国家的政治、经济、军事就构成了巨大的威胁。网络恐怖主义犯罪主要表现为三种形式：宣传恐怖主义思想、发动网络攻击和组织恐怖活动。

（一）宣传恐怖主义思想、散播恐怖

在一般情况下，恐怖组织无法未经审查在一般的公众媒体上发布其政治声明，但是网络的出现为恐怖分子提供了一个为其宣传政治目的平台，网络恐怖分子实施恐怖活动不再仅限于发起直接的恐怖袭击。一些网络恐怖分子通过网络散布恐怖信息，使人们处于一种恐慌状态并造成人们的不安，从而对国家安全和社会稳定造成巨大的威胁。例如，前一段时间 ISIS 组织在网站上传播斩首视频就是散布恐怖的方式之一。同时，很多恐怖组织利用网络恐怖活动作为掩护，从而为其实施直接的恐怖袭击制造条件。网上散布恐怖信息最具有典型意义的是基地组织的恐怖活动，它不仅在网上发布反社会的言论，而且通过网络发布恐怖信息的录像，更有甚者把通过虚拟恐怖袭击发生的结果上传到网上，使国际社会处于恐慌状态。目前利用互联网传播恐怖活动相关非法信息大体上可以分为六种：威胁实施恐怖活动犯罪；煽动、宣传、美化以及合法化恐怖主义；训练恐怖分子；招募恐怖分子；恐怖主义募资与融资；散布种族主义和仇外主义材料；否认、支持或者为种族灭绝寻找正当借口。[218]

（二）发动网络恐怖袭击

网络恐怖袭击是指网络恐怖分子将信息技术作为武器，利用网络的互通性和全球性进行破坏。网络恐怖袭击的方式最主要有两种：

一是通过木马病毒破坏硬件、软件设施。一个完整的网络由服务器、网络线路、信号交换设备、计算机终端等硬件组成。对此网络恐怖分子利用黑客技术针对网络系统的缺陷设计特别程序从而破坏网络系统的某个或者各个“节点”。如

[217] 刘广三，李艳霞：《网络恐怖主义及其防治——以犯罪学中的遏制理论为视角》，《山东警察学院学报》2006 年第 2 期。

[218] 皮勇，《网络恐怖活动犯罪及其整体法律对策》，《环球法律评论》，2013 年第 1 期；参见 Ulrich Sieber，International Cooperation against Terrorist Use of Internet，in: Revue International de Droit penal，3e /4e trimesters (2006) , S. 413.

服务终端、计算机等，使计算机丧失信息处理以及控制的功能，从而使某一工作系统受到破坏。在侵入系统之后，恐怖分子便会通过病毒，植入木马或者设置逻辑炸弹等手段实施恐怖主义行为。通过木马程序，恐怖分子可以通过网络，远程控制服务器和计算机终端；通过设置逻辑炸弹恐怖分子可以在其所设计的情况发生时控制目标计算机完成某项操作，从而达到特定目的。

二是删除、篡改或者复制信息和数据。删除、篡改或者复制信息和数据也是通过侵入服务器或计算机客户端实现的。一般的政府、企业或者组织都有自己的内部网络，他们为了方便工作，将一些文件或者数据资料（这些资料一般在内部人员看来没有机密可言）保存在内部的网络服务器上，各下属单位或者业务部门在需要查阅或调取时，凭密码或者其他识别技术（如声音、虹膜、指纹等）按授权的级别进行使用。而当侵入者破解了密码，欺骗过了识别系统，取得“网络管理员”（Administrator）和“超级用户”(Superuser)的使用权限之后，恐怖分子便可以查阅相关资料，获取政治、军事、经济、科技等相关的情报，甚至将其出售或者公开。他们通过这些情报，掌握政府对付自己的办法，从容应对；或者将组织成员在政府网络系统中“改头换面”，清除犯罪记录，赋予新的身份；修改股市交易记录，造成股市崩溃、金融市场混乱等等。

网络恐怖分子通过侵入计算机网络系统来达到破坏、窃取网络数据的目的，而且还可以通过占用他人的网络通道使服务器处理速度变缓从而达到堵塞信息流通的目的。同时，他们又可以进入公共的管理区域的网站来散布大量的非法虚假信息或者删除、更改他人的计算机资料来进行破坏。当被侵入的网络系统是负责交通监控、能源发电、供水系统、医院的运行管理系统等重要民生基础设施，或者是与军事相关的管理研发系统等国家安全部门重要的信息系统的话，这种网络恐怖主义行为会使国家关键的基础设施瘫痪甚至损坏，对公民的人身财产安全造成重大伤害。由于现今全世界各个国家的信息化在不断发展进步，各种国家基础设施都依靠着网络系统进行管理和信息传输，目前，已经发生很多起针对交通、金融、电力、供水等政府服务的国家基础设施的网络恐怖袭击事件，网络恐怖分子更多的针对关系国计民生的国家基础设施来进行攻击破坏。

（三）组织恐怖活动

互联网为恐怖组织之间的相互联系提供了便利，其突破了传统恐怖主义受制

于地理因素的限制，使得身处各地的恐怖分子可以通过社交软件、论坛以及各种网络交流通讯手段进行恐怖主义活动的交流和策划，从而使国家面临恐怖主义袭击的可能性大大增加。另外，恐怖组织还通过互联网设立捐助网站，接受社会资助，为恐怖主义活动筹集资金。例如，位于伦敦的以本·拉登的导师阿扎姆（Sheikh Abdullah Azzam）名字命名的 Azzam Publication 网站是一个致力于全球穆斯林圣战的网站，它与基地组织有关。其通过销售书籍、录像等与圣战有关的资料为阿富汗塔利班组织筹集资金。另外，互联网金融系统更是为恐怖组织进行洗钱提供了便利，恐怖组织利用虚拟货币，通过银行转账以及移动支付系统为恐怖活动做准备，[219]同时，这些资金又可以用来雇佣网络黑客进行新一轮的网络攻击。

三、防范惩治网络恐怖主义的法律制度现状

（一）国际组织的立法状态

在应对网络恐怖主义方面，联合国给予了高度的重视，联合国安理会于 2005 年第 1617 号决议中首先表达了对于通过互联网宣传恐怖主义以及煽动恐怖主义暴行的关切。[220]随后，安理会通过了第 1963（2010）号决议[221]、第 2129（2013）号决议[222]以及第 2133（2014）号决议[223]确认会员国必须协力防止恐怖分子利用技术、通信和各种资源来煽动对恐怖行为的支持。此外，联合国制定了针对特定恐怖主义行为的公约，例如《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、《制止核恐怖主义行为公约》等。这些公约同样可以对通过网络实行公约中所禁止的行为进行规制。

欧洲委员会于 2001 年 11 月通过了《网络犯罪公约》，其是国际上第一个有关通过互联网和计算机网络实施犯罪的协议，其主要目标是在保护社会免受网络犯罪侵害方面达成政策共识，特别是通过制定适当的法律和加强国际间合作来实现。该公约不仅对网络犯罪具有显著的遏制作用，同时对防范网络恐怖主义行为也具有良好的效果。但同时，公约也具有不足之处。其赋予了执法机构极大的权利，但并没有提供相应的程序性保障。这使得公约在安全和隐私之间存在着失衡。

---

[219] Krzysztof Woda, The Analysis of Money Laundering Techniques, in Cyber Warfare and Cyber Terrorism, p138, (Lech. J. Janczewski & Andrew M. Colarik eds., 2008).

[220] http://www.un.org/zh/sc/documents/resolutions/05/s1617.htm.最后访问日期：2015 年 4 月 20 日。

[221] http://www.un.org/zh/sc/documents/resolutions/2010/s1963.htm. 最后访问日期：2015 年 4 月 20 日。

[222] http://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2129(2013). 最后访问日期：2015 年 4 月 20 日。

[223] http://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2133(2014). 最后访问日期：2015 年 4 月 20 日。

其无法确保实现《欧洲人权公约》以及其他国际人权条款的最低标准。[224]

（二）各主要国家的立法状态

美国自 9·11 事件之后，加强了应对恐怖主义的立法并通过了反恐法案，美国在面对恐怖分子的威胁方面加强了防范意识，尤其是在网络方面，由于其涉及到国家重要基础设施系统的安全，美国先后制定了《加强网络安全法》,《反击算机犯罪法》以及《反恐怖主义法》。2002 年 7 月美众议院通过《加强网络安全法》(Cyber Security Enhancement Act)，该法案规定了对电脑黑客的惩罚措施。同时其《反计算机犯罪法》还扩大了警察的权力，例如，对互联网和电信进行监听。美国 2002 年 10 月通过的《反恐怖主义法》中将黑客攻击视为恐怖主义行为之一，并把打击网络恐怖列为其中的一项重要内容，加大对恐怖犯罪的打击与惩罚力度等。

英国 2000 年制定的《反恐怖主义法》把黑客入侵列为恐怖行为，2001 年英国议会通过了新的紧急反恐法案，又把网络恐怖活动列入打击目标，并且，英国的很多政府部门对打击网络恐怖活动上形成了共识。2005 年 7 月英国政府对恐怖主义网站进行了严厉打击，加强了监督和检查的力度，并且赋予了警察新的权力，即警方有攻击恐怖分子的网站的权力。

四、完善防范惩治网络恐怖主义措施的建议

（一）明确网络恐怖主义的定义

对网络恐怖主义犯罪的明确定义，对于加强国际合作，遏制网络恐怖主义具有前提性的作用。虽然联合国以及各个区域组织如上海合作组织、欧洲理事会等都强调要制止网络恐怖主义的扩大和泛滥。但是由于各个国家的政治利益的冲突，使得各国对于网络恐怖主义的定义仍处于莫衷一是的阶段，这不利于应对日趋严峻的网络恐怖主义威胁。因此，有必要在国际上确立一个明确关于网络恐怖主义的定义，为预防和惩治该行为奠定前提。

（二）强化防范网络恐怖主义意识

如前所述，网络恐怖主义行为所造成的伤害和损失同样是巨大的。并且网络恐怖主义的传播和散布往往具有很强的隐蔽性和不确定性。因此，我们必须通过事前的预防措施因此，首先要从网络信息的受众出发，提高其防范网络恐怖主义

[224] 每个签约国均应保证，在服从国内法律的前提下，建立、落实和应用权力和程序，以履行 1996 年《欧洲人权公约》所规定的权利和责任法案，以及其他国际人权条约。

的意识。不少恐怖组织就是通过网络来扩大影响从而吸纳、招收成员。预防恐怖主义的传播不仅要从源头进行规制，同样也要对网络信息的受众进行教育。互联网用户是网络发展的基本动力和保障信息安全的最初的防线，因此网络的安全机制要面向用户，应组织多层次、全方位的信息网络安全宣传和培训，增强网络用户安全认识，提高其安全防范意识。《反恐怖主义法》草案第 14 条规定各级人民政府、教育行政机构、宗教事务部门以及其他新闻部门应当开展反恐怖主义教育并进行反恐怖主义的宣传。同时，相关的网络经营机构有义务对网络信息的传播以及使用采取预防和预警机制，维护网络信息系统的稳定和安全。

（三）加强技术交流与合作

网络恐怖主义主要是通过网络空间进行传播和交流，其中涉及到各种计算机信息技术的使用。对于发展中国家来说，其相对落后的经济发展水平使其无法获得先进的科学技术，而这也是对抗网络恐怖主义的缺陷所在。发展中国家由于技术水平的限制，往往会成为恐怖组织首先攻击的对象。各种极端思想往往最先是通过一些落后国家的网络空间进行传播的。因此，各国有必要进行技术上的合作和交流。一方面，发达国家应当给予发展中国家技术和人才上的支持，为发展中国家提供相应的资助；同时，要建立人才培养的交流机制，通过互相交流，提升防范和应对网络恐怖主义的技术水平。另一方面，各国之间要通过开展技术性活动，大大提升相互之间的合作水平，通过跨国的网络模拟战，为应对未来可能出现的网络恐怖主义行为作出预防手段，并建立相应的预警机制；同时，各国应当建立有效的信息共享和应急响应机制，提高基础设施的安全性和抵制恐怖主义信息的能力。

（四）签订多边国际条约，建立国际司法合作

虽然国际上已经有区域性国际条约，例如欧洲理事会以及上海合作组织的成员国分别通过的《网络犯罪公约》、《上海合作组织反恐怖主义公约》，对恐怖主义的惩治和防范达成区域性合作框架。还有一些专门针对恐怖主义行为的国际公约，如《反对劫持人质国际公约》、《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，但国际上还没有一个完整的反恐怖主义公约。这种情况对于应对和惩治网络恐怖主义行为是十分不利的。因为网络恐怖主义的行为往往具有跨国的性质，因此会涉及到各个国家的管辖权问题。在没有公约规定的情况下，一个国家很难在另一国对

该国实施网络恐怖主义行为的个人行使管辖权。这就使得网络恐怖主义的责任追究存在很大的不确定性和漏洞。因此，有必要签订一个国际性的多边条约，明确恐怖主义的定义以及相关的行为，为执行应对恐怖主义的行为提供法律上的依据。

结语

网络恐怖主义对国际社会的安全与稳定以及各个国家的政治经济等方面产生了严重的威胁，网络恐怖主义的实施往往会结合传统恐怖主义行为或为其创造条件。因此，在打击传统恐怖主义的同时，我们不能忽视网络恐怖主义所带来的破坏，各国应当相互合作，结合已生效的国际公约建立一个体系完备的打击恐怖主义的法律体系框架，共同预防和惩治网络恐怖主义。

国际海运温室气体减排基本原则的冲突与协调

——基于 UNFCCC 与 IMO 的比较

袁雪 *

（哈尔滨工程大学人文学院，黑龙江哈尔滨，150001）

摘要：国际海运温室气体排放是导致气候变化的来源之一，需要国际社会的联合行动予以规制。“共同但有区别的责任和各自能力”原则是《联合国气候变化框架公约》（UNFCCC）框架下应对气候变化的国际环境法基本原则，但是，国际海事组织（IMO）却采用了与之相冲突的非歧视原则和不给予更优惠待遇原则，通过 EEDI 和 SEEMP 两个强制性船舶能效标准来调整国际海运温室气体排放问题。这两个原则在许多方面存在着明显的冲突，不利于当前国际海运温室气体排放的规制。为协调二者冲突，IMO 已经在技术合作和技术转让、设置宽限期等方面做了一些努力。IMO 应当尊重自身建立的减排机制，尽量综合考虑这两个基本原则，寻找一个折中的减排路径。应当引入基于市场的机制，通过建立国际海运排放交易机制、征收国际海运燃油税、设立国际海运温室气体排放基金等方式进行海运减排；同时通过《京都议定书》确立的清洁发展机制实现发达国家和发展中国家联合减排的目标。

关键词：国际海运温室气体排放；气候变化；“共同但有区别的责任和各自能力”原则；非歧视原则和不给予更优惠待遇原则；冲突；协调

Conflict and Reconsilition between the Principles of International Shipping GHG Emissions

--------Based on the Comparison between the UNFCCC and the IMO

Abatract: International shipping GHG emissions is one of the sources of resulting to the climate change and it needs the regulation from international community’s united activity. The principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities has been a basic principle of international environmental law to mitigate climate change under UNFCCC. Howerer, IMO has applied the non-discrimination and no more favourable treatment principles which are conflict with CBDR-RC principle, and regulated international shipping GHG emissions through two mandatory ship energy efficiency standards EEDI and SEEMP. These two principles are conflict each other in many aspects and it is not beneficial for the regulation on the international shipping GHG emissions. To reconcile the conflict, IMO has beeing taken some measures such as promoting the cooperation and tranfer of technology and setting a delay period. IMO should respect the emission reduction mechanism it has been established itself, try to take into full consideration the two principles and seek for a neutral emission reduction route. IMO should use the market-based measures to regulate international shipping GHG emissions under the guide of CBDR-RC principle, for example establishing international shiipping ETS, levying international shipping fuel taxes, setting international shipping emission funds and realizing the

*基金项目：中央高校基本科研业务费项目（HEUCF20151302）的阶段性成果。

作者简介：袁雪，女，哈尔滨工程大学人文学院法律系副教授，硕士生导师。主要研究领域：国际法、海商法。

joint emission reduction object between developed countries and developing countries through Clean Development Mechanism.
Keywords: international shipping GHG emissions; climate change; the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities; non-discrimination and no more favourable treatment principle; conflict; reconsilition

国际海运温室气体排放是导致全球气候变化的来源之一，如果任其发展，将会成为全球温室气体排放的主要来源，对气候变化构成更大威胁。因此，需要国际社会的联合行动和构建一个有全球约束力的制度框架来规范这些排放。当前国际社会规范国际海运温室气体排放的框架体系主要有《联合国气候变化框架公约》（以下简称 UNFCCC）主持下的谈判框架和国际海事组织（以下简称 IMO）主持下的谈判框架。但是，IMO 采用的政策和措施是受非歧视原则和不给予更优惠待遇原则指导的，而 UNFCCC 体制则是建立在“共同但有区别的责任和各自能力”（以下简称 CBDR-RC）原则基础之上的。如何协调二者的冲突，是当前应对国际海运温室气体排放需要解决的问题。本文在探讨国际海运温室气体排放与气候变化的关系的基础上，通过分析两个框架下国际海运温室气体排放的基本原则的冲突及其原因，试图探寻可能的协调方案。

一、规制国际海运温室气体排放的必要性——应对气候变化

（一）国际海运温室气体排放是导致气候变化的来源

国际海上运输承担着全球 80%以上的贸易量，是全球贸易的一个重要环节和经济全球化的一个重要驱动因素。[225]因此，将有关国际海运对气候变化的影响的任何讨论置于国际贸易对全球运输的需要这一语境中，是非常重要的。[226][2]随着全球经济的发展，国际海上运输量在过去几十年里持续增长。当然，国际海上运输除了对全球经济发展具有重要的推动和促进作用以外，也导致了一些全球性的环境问题。《2009 年 IMO 第二次温室气体研究》指出，国际海上运输排放了大量的温室气体，导致了全球气候变化。如果任其发展，国际海运服务当前的和预计的需求可能会对气候变化造成更加不利的影响。2007 年，来自全球海运业的总排放量估计达到 10.46 亿公吨 CO_2，占全球总的 CO_2 排放量的大约 3.3%；同一年，国际海运估计排放了 8.7 亿公吨 CO_2,或占全球总的 CO_2 排放量大约 2.7%。该统计结果代表了国际海运温室气体排放的一个基础数据，并且一直在 UNFCCC 发展进程中被作为参考数据使用。据统计，如果将 2007 年的海运温室气体排放量放到 UNFCCC 附件一缔约方国家的排放总量中去比较，国际海运和整个海运业温室气体排放量是无边际的，已经超过了许多公约缔约国的温室气体排放量，如德国。[227][3]IMO 通过应用“IPCC 关于整个海运和国际海运温室气体排放的未来全球发展方案”计算得出，从 2007—2050 年期间，每年航运业 CO_2 排放量增长大约在 1.9-2.7%的幅度内。根据该方案和所使用的变量，到 2020 年，总的国际海运 CO_2 排放量能达到 9.25—10.58 亿公吨的范围，到 2050 年将会达到 19.03—26.81 亿公吨。因此，如果海运服务需求继续增长和缺乏调控政策，海运业排放到 2050 年可能会比 2007 年增长 150-250%。[228][4]因此，由于国际海运排放在全球温室气体排放量中占据份额的逐渐增加，随着全球经济的预期增长，国

---

[225] Review of Maritime Transport 2009----Report by the UNCTAD Secretariat, United Nations, New York and Geneva, www.unctad.org/en/docs/rmt2010_en.pdf

[226] See Peter Hinchliffe, International shipping and climate change, in Regina Asariotis and Hassiba Benamara, Maritime transport and the climate change challenge, Routledge Earthscan 2012, at 209.

[227] See http://unfccc.int/di/DetailedByParty.do

[228] See Second IMO GHG study 2009, IMO, London.

际海运将成为未来全球运输中温室气体排放的主要驱动力之一。

（二）国际海运温室气体排放迫切需要规制

当前的和预计将来的国际海运温室气体排放量表明，海运业影响着全球气候变化，并将持续产生影响。由于国际海运的流动性和全球性特点，海运业的排放是没有边界的，如果任其发展，将会成为全球温室气体排放的主要来源。所以，为了规范排放，需要国际社会的联合行动并制定一个全球公认有约束力的监管策略。而且，由于海运业对于全球贸易和国际经济的重要性，需要制定一个气候变化政策，来反映和应对这一部门的复杂性和全球性特征。联合国通过 UNFCCC 及其《京都议定书》（Kyoto Protocol）来规范和协调跨国的和跨部门的全球行动，以应对和减轻气候变化对全球带来的不利影响。因此，UNFCCC 体制提供了一个充分的法律和制度框架，以确保国际海运温室气体排放的任何规范都被整合成一个全球框架，以应对气候变化。而作为致力于调整海上运输以及海运对海洋环境的影响领域的联合国专门机构，IMO 应当与 UNFCCC 联合起来，在应对海运温室气体排放导致气候变化领域充分合作，作为联系 UNFCCC 与各国政府之间的桥梁，协调各国在海运减排谈判中的利益、使气候变化谈判目标落实，有效地解决国际海运温室气体排放问题。

二、当前国际海运温室气体排放的基本原则

当前有关国际海运温室气体排放的国际谈判主要在两个框架下进行的，即以 UNFCCC 及其《京都议定书》为基础的联合国框架和 IMO 框架，而且二者遵循的是相互冲突的减排原则。

（一）UNFCCC 框架下应对气候变化的基本原则——“共同但有区别的责任和各自能力”原则（CBDR-RC）

首先需要明确的是，在UNFCCC框架下，并未单独对国际海运温室气体排放进行规制，而是与所有温室气体排放行为共同适用统一的应对气候变化基本原则——“共同但有区别的责任和各自能力”原则。

“共同但有区别的责任和各自能力”原则一般被称为“共同但有区别的责任”原则，简称CBDR-RC，是公认的当代国际环境法的基本原则之一。但迄今为止，在国际法律框架内对该原则没有一个统一的概念界定。一般来说，该原则是指在国际环境法领域，各国应当承担共同的保护环境的责任，但是考虑到不同国家对于产生环境问题的责任、发展程度以及采取减缓措施的能力不同，应当承担不同的责任。随着1992年UNFCCC将公平和CBDR-RC作为指导气候变化谈判的基本原则，许多后1992环境条约都参考这一理念，使CBDR-RC在应对气候变化领域获得了重视。然而，应对气候变化对国际社会处理共同的全球性问题的能力提出了挑战。[229][5]原因不难理解：一些国家（大部分是发达国家）在应对气候变化方面的技术和经济能力更强，对导致环境问题负有更多的责任，然而，该问题对贫穷国家的影响可能更大，这些国家对于造成环境问题几乎没有责任，当然也没有应对环境问题的能力。[230][6]当认识到各国在对抗环境问题上的技术和经济能力的差异时，CBDR-RC原则承认各国对于造成环境问题所起的历史作用的不同。而且，尽管各国有共同的对抗环境问题的责任，但是各国应对环境问题的责任应当允许有合理的区别。因此，CBDR-RC原则应包含国际合作与责任方面的内容，即国家的“共同的责任”和“有区别的责任”，[231][7]同时还应当考虑到各国不同的应对环境问题的能

---

229 See J. Ashton and X. Wang, ‘Equity and Climate: In Principle and Practice’ in *Beyond Kyoto: Advancing the international effort against climate change* (Pew Centre on Global Climate Change, December 2003) at 61.

230 Intergovernmental Panel on Climate Change, Climate Change 2007: Synthesis Report (IPCC, 2007).

231 See C.D. Stone, ‘Common but Differentiated Responsibilities in International Law’, 98:2 *American Journal of*

力。

CBDR-RC原则的内容应当包括不可分割的两部分。第一部分是“共同但有区别的责任”，它代表了国家的两种应对气候变化的责任：“共同的责任”和“有区别的责任”。前者是指世界各国应当承担共同的应对气候变化的责任。因为地球是一个统一的整体，是所有国家和人类生存的共同基础，因此世界各国都有保护地球环境的责任。后者是指各国在对抗气候变化问题时应当承担有区别的责任，即发达国家应当在应对气候变化问题上率先减排，并且考虑到发展中国家的特殊情况和特殊需要。在此意义上，应当对各国导致温室气体排放的历史责任和相关国家尤其是发展中国家的发展状况进行全面考虑。第二部分是“各自的能力”。如果不考虑一缔约国在应对和减缓气候变化不利影响的能力的话，就无法全面理解一国承担的“有区别的责任”。面对应对气候变化的急迫需要，各缔约国已经通过不同的方式做出了各自的努力，也显示了各自应对气候变化的能力。为了尽快地实现气候谈判目标，各缔约国还应当作出更多的与其各自能力相当的贡献。随着时间的推移和国际气候谈判的不断进展，这一原则的内容被不断注入新的涵义，以指导各阶段国际气候谈判，提高各国应对气候变化的雄心水平。

CBDR-RC原则可以追溯到1972年《斯德哥尔摩宣言》原则23和1992年《里约宣言》原则7和原则6中的类似规定。国际法协会认为该原则是一种国际合作，是“一种在实现全球可持续发展中的合作”。[232][8]有学者认为，这一原则来自于“人类的共同遗产”概念。[233][9]在1988年联合国第70次大会决议中，承认气候变化作为“人类的共同关切”。[234][10]在UNFCCC框架下， CBDR-RC当然成为气候变化谈判的基础。在UNFCCC的序言中，就有气候变化是“人类的共同关切”的描述，该公约强调气候变化是所有国家的共同责任，必须加强国际合作来保护气候变化。[235][11]承认气候变化是人类的共同关切是合理的，这意味着在保护气候方面各国拥有平等的利益，因为所有国家都会受到气候变化的影响。而且，在所有国家都应对温室气体排放负有责任的意义上来说，也有原因上的平等问题。于是，正是由于气候问题是如此重要的人类的共同关切，则所有国家都有共同的保护气候的责任。[236][12]但是，更大的问题是，应对气候变化，各国应承担何种程度的责任以及如何承担责任？

UNFCCC序言第三段还表达了对发展中国家的关注，规定，“历史上和目前全球温室气体排放的最大份额起源于发达国家，发展中国家的人均排放量仍然相对较低，发展中国家在全球排放量的份额将增长，以满足其社会和发展的需要。”另外，公约3.1条明确提到将CBDR-RC作为保护气候的基础，并确定发达国家在应对气候变化及其影响中要承担主要责任，虽然未阐明发达国家“承担主要责任”的原因，但联系序言第三段的规定就可以理解，历史排放、减排能力以及公平与正义观念是发达国家承担主要责任的原因。[237][13]公约3.2条也强调了与发展中国家有

International Law 276 (2004).

[232] International Law Association, New Delhi Declaration on Principles of International Law relating to Sustainable Development (London: ILA, 2002), see Para., 3.1 and 3.3.

[233] J. Hepburn and I. Ahmad, ‘The Principle of Common but Differentiated Responsibilities: A Legal Working Paper’ in *Recent Developments in International Law Related to Sustainable Development Series* (Montreal: CISDL, 2005).

[234] UN General Assembly Resolution 43/53, United Nations General Assembly 70th plenary meeting 6 December 1988, UN. Doc.A/Res/43/53 (1988).

[235] See L. Rajamani, ‘The Principle of Common but Differentiated Re-sponsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime’, *RECIEL* 9 (2) (2000). at 125.

[236] P.G. Harris, ‘Common But Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy’, 7 *N.Y.U., Envt’l. L. J.* 27, 31 (1999).

[237] See A. Chandani, ‘Distributive Justice and Sustainability as a Viable Foundation for the Future Climate Re-gime’ *Carbon & Climate L. Rev*. 152, 154 (2007).

关的公平和正义的需要，尤其是那些易于受气候变化影响的国家。[238][14]该条在CBDR-RC背后确立了公平和正义理念来支持这一原则。《京都议定书》序言表达了希望以UNFCCC第3条为指导的愿望。3.1条为公约附件一缔约国施加了"限制和减少排放数量"的承诺，要在2008——2012承诺期内，总体温室气体排放至少在1990年水平的基础上削减5%，但没有对发展中国家提出限制温室气体排放承诺的要求。又进一步在发达国家之间进行了划分，因为处于经济转型期国家的责任有别于附件一其他国家，虽然它们有减排义务，但是不需要作出《京都议定书》规定的向发展中国家转移资金和技术的承诺。[239][15]《京都议定书》保留了在UNFCCC框架下，发达国家、发展中国家和经济转型期发达国家适用CBDR-RC的"三层"结构。[240][16]发展中国家在《京都议定书》项下唯一的承诺，与他们增进合作的需要有关。[241][17]这点可以从《京都议定书》第12条确立的清洁发展机制（CDM）中找到依据，因为CDM的目的是在发达国家和发展中国家之间倡导联合减排行动。

值得一提的是，2007年12月UNFCCC 第13次巴厘缔约方会议通过的《巴厘行动计划》（BAP）进一步强调全球减排要以CBDR-RC为基础，并对该原则的内容进行了进一步发展，在某种程度上形成了对气候变化从前的国际文件的背离，因为它责令发展中国家要考虑采取"国家的适当的削减行动"，虽然这种行动必须要在"可持续发展的前提下"采取，但可见BAP是第一个号召发达国家和发展中国家共同削减温室气体排放的关于气候变化的国际环境文件。[242][18]从此，CBDR-RC原则成为在发达国家和发展中国家之间解决责任分担问题的依据。[243][19]在接下来的哥本哈根、坎昆、德班、多哈直至华沙气候变化缔约方会议上，CBDR-RC原则一直作为各缔约国谈判的理论基础和指南，尤其是在德班平台下的谈判中，各缔约国均坚信CBDR-RC原则会在即将达成的2015协定中仍然居于指导原则的地位。因此，要实现UNFCCC的长期发展目标，发达国家和发展中国家必须进行合作，而且当考虑到各缔约国的不同情况时，合作应以公平为基础，并依据CBDR-RC原则。

（二）IMO 框架下国际海运温室气体减排的基本原则——非歧视原则和无更多优惠待遇原则

UNFCCC 及其《京都议定书》为各国在应对气候变化问题上提供了一个原则性的合作框架。然而，并不是说，所有关于气候变化的合作必须要在 UNFCCC 的框架下进行。由于国际海运和航空运输流动性强的特点，《京都议定书》第 2.2 条明确规定了，"附件一缔约国应分别通过国际民用航空组织和国际海事组织做出努力，谋求限制或减少航空和航海舱载燃料产生的《蒙特利尔议定书》未予管制的温室气体的排放。"该条款是 UNFCCC 授权 IMO 管辖国际海运温室气体排放问题的法律依据。尽管对于该规定是否赋予 IMO 排他的权力来规范海运船舶的温室气体排放还有争论，但说明了 IMO 应在国际海运领域率先行动。实际上，IMO 应对船舶温室气体排放问题已经超过 10 年了，主要由海洋环境保护委员会

---

[238]参见 UNFCCC 序言和第 3 条内容。

[239] T. Honkonen, 'The Principle of Common But Differentiated Responsibility in Post-2012 Climate Negotiations', 18 (3) RECIEL 257, 259 (2009).

[240] Hepburn and Ahmad, 'The Principle of Common but Differentiated Responsibilities: A Legal Working Paper' in *Recent Developments in International Law Related to Sustainable Development Series* (Montreal: CISDL, 2005), at 186-187.

[241] L. Rajamani, 'The Principle of Common but Differentiated Re-sponsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime', *RECIEL* 9 (2) (2000). at 130.

[242] D.A. Motaal, 'The Shift from "Low Politics" to "High Politics": Climate Change' 40 2-3 Environmental Policy and Law 98, 103 (2010).

[243] P. Christoff, 'The Bali roadmap: Climate change, COP 13 and beyond', 17: 3 Environmental Politics 467 (2008).

进行。关于 MARPOL 公约附则六的修改问题一直是 MEPC 会议讨论的主要焦点，最近的谈判结果是 2011 年 MEPC 第 62 届会议公约附则六第四部分“船舶能效规则”修正案、2012 年 MEPC 第 63 届会议通过的一系列关于提高国际航运船舶能效和减少温室气体排放强制措施实施指南以及 2013 年第 65 届会议通过的关于促进有关提高船舶能效的技术合作和技术转让的决议。虽然在谈判过程中关于船舶能效规则的实质问题还存在争论，但该船舶能效规则仍然是世界上第一个专门针对国际海运温室气体排放强制性的行业法律文件。但是，在讨论中，关于该规则中体现的船舶温室气体排放的基本原则却存在着的分歧。一个主要分歧点是，这些规则是否应当是“中性的”、非歧视地统一适用于所有缔约国的船舶或者这些措施是否应当根据 CBDR-RC 原则仅仅适用于 UNFCCC 及其《京都议定书》附件一国家的船舶。[244][20]

早在 2008 年 4 月 MEPC 第 57 届会议上，各缔约国经过讨论，就船舶温室气体排放问题的法律规制达成了一系列原则性共识，其中包括规则应当强制性、平等适用于所有船旗国，也就是所谓的非歧视原则和不给予更优惠待遇原则，即公约所规定的标准与要求平等适用于所有船旗国，而没有任何差别，包括对发展中国家的优惠待遇。发展中国家大多认为这一原则与 UNFCCC 及其《京都议定书》为全球温室气体减排问题所确立的 CBDR-RC 原则是相悖的，不符合公约及其议定书所确立的国际环境正义的理念。因此，我国、巴西、印度、沙特阿拉伯、南非和委内瑞拉等发展中国家对公约第 2 条提出了保留。[245][21]许多参与 IMO 谈判的发展中国家都认为，法律文本应当反映 CBDR-RC 原则。它们承认海上运输具有特殊性，但是坚持《京都议定书》中的 CBDR-RC 原则是非常重要的，尤其是在有关发展中国家的责任方面。UNFCCC 和《京都议定书》已经确立了气候变化的基本原则和法律框架，也应当成为 IMO 应对国际航运温室气体减排问题的法律依据。而且，在国际航运中不采用 CBDR-RC 原则可能会产生一个在“无区别”模式下的部门减排的先例和对发展中国家的强制减排。有的国家甚至认为，不尊重和遵守 UNFCCC 中的原则，会导致严重违反国际法。”[246][22] 因此，MARPOL 附则六船舶能效规则的通过，使航运业成为后《京都议定书》时代气候变化国际立法中率先突破 CBDR-RC 原则的领域，缩小了发展中国家在温室气体减排中的权利空间，从技术层面突破了 CBDR-RC 原则的规定，使 CBDR-RC 原则下的温室气体减排责任承担方式在国际立法中的生存空间被大大压缩。[247][23]

而支持采取非歧视和无更多优惠待遇的国家认为，首先， IMO 是一个独立的机构而且其本身不受 UNFCCC 条款的约束。很显然，IMO 可以通过其自己独立的文件，无须征得 UNFCCC 的允许。其次，认为国际法要求任何关于气候变化的文件都应遵循 CBDR-RC 原则的观点是不准确的。与规则不同，原则不能决定一个具体的结果，而是提供“一个在一个方向讨论问题的理由。”[248][24]因此，尽管 CBDR-RC 在构建将来的机制中是可以应用的一个相关原则，[249][25]谈判者也没有义务采纳一个在发达国家和发展中国家之间有区别的机制，有可能存在其他原则来提供一个可选择的“方向”，而且可能比 CBDR-RC 更适用。其实，大多数国

---

[244] *Report of the 60th Session of the Marine Environment Protection Committee,* Document MEPC 60/22, para. 4.68.

[245]王彦斌,等.IMO 船舶温室气体减排机制原则法律分析[J].中国水运.2009,(2):94-95.

[246] Statement by the Delegation of Brazil to the 61st session of the MEPC, in id., Annex 3, p. 5.

[247]李志文.船舶温室气体减排国际立法的新发展及其启示[J].法商研究.2012,(6):142-143.

[248] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), p. 25.

[249] A.E. Boyle and C. Chinkin, The Making of International Law (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 222-225.

家以及船厂都倾向采用以无差别为基础的规则，不同意在航运排放标准方面的有区别的义务。因为那些强制约束在发达国家建造的船舶而不约束在发展中国家建造的船舶的规则，很明显会在谈判中被抗拒。确实，非歧视原则在航运规则中被广泛采用存在着非常重要的现实原因，当下船舶登记管理制度缺乏统一规范甚至不健全，方便旗盛行，使得有些船舶为了规避一些复杂的能效标准而轻易改变船旗。因此，大多数 IMO 成员国倾向采用非歧视原则和不给予更优惠待遇原则。这里的非歧视的平等适用是针对船舶的平等，是指不论船舶在发达国家登记还是在发展中国家登记、悬挂哪国国旗，都平等适用 IMO 船舶能效规则，即所谓的“船旗中立”。

三、不同框架下国际海运温室气体排放原则的冲突及其原因

（一）CBDR-RC 原则与非歧视原则和不给予更优惠待遇原则的主要冲突

当前，在 UNFCCC 和 IMO 两个国际海运温室气体排放谈判框架下，各自遵循着不同的且相互冲突的基本原则，是导致减排谈判无法取得实质性进展、即使达成协定或规则也无法获得有效承认或执行的主要原因，而这两大相互冲突的原则的适用也是发达国家和发展中国家争论的焦点问题。其实，不论是在 UNFCCC 框架下的气候变化谈判还是 IMO 主持下进行的专门海运减排谈判，发展中国家都一直坚持应当采用 CBDR-RC 原则，而发达国家一直倾向于坚持采用非歧视原则和不给予更优惠待遇原则。究其原因，不难理解，无论是发达国家还是发展中国家都是站在自身利益和发展的角度主张适用对自己最有利的原则，虽然从长远目标来看都是为了保护人类环境、应对气候变化。其实，这两个原则在适用目的和宗旨上是相同的，即都是为了应对气候变化，承认世界各国都有削减温室气体排放的责任。但是在许多具体方面又存在着明显的冲突。

第一，含义不同。前者从“共同的责任”和“有区别的责任”两方面强调所有国家有应对气候变化的共同责任，但是考虑到各国在气候变化领域的历史责任、经济发展以及能力差异，要求发达国家率先减排，而发展中国家承担次要责任。理解 CBDR-RC 原则的关键是对“有区别的责任”的正确认识，[250][26]后者要求凡是 400 总吨及以上从事国际海上运输的船舶，一律平等，强制减排，不论其悬挂的是发达国家还是发展中国家的船旗。而且随着时间的推移、造船技术的改进以及船舶节能措施的进一步采用，能效标准要逐渐提高。虽然从表面含义来看，IMO 要求发达国家和发展中国家承担共同的无差别的减排责任，其实，它也通过规定一些技术合作和技术转让条款来考虑发展中国家的利益。

第二，法律依据不同。前者的法律依据主要来源于 UNFCCC 序言和第 3 条以及《京都议定书》2.2 条。而后者的主要法律依据就是 MARPOL 公约附则六第四章规则 19—23 规定的限制船舶温室气体排放的义务。

第三，法哲学基础不同。表面上看，前者是一种差别责任、不平等责任，对发达国家似乎有失公平。但是从发达国家的发展历程与全球气候变化的关系角度理解，这种分配责任的方式不仅没有显失公平，反而维护了实质上的公平和正义。类似国际贸易中的“普惠制”一样，体现了实质正义的要求。[251][27]在全球气候体制中，平等原则是要求各国在承认既有事实性差异基础上达致某种合乎比例的平等。[252][28]而后者平等地对待公约缔约国的符合减排要求的所有船舶，这可以从船舶拟

---

[250]王晓丽.共同但有区别的责任和各自能力原则刍议[J].湖北社会科学.2008, (5):157-159.

[251]姚天冲,等.共同但有区别的责任和各自能力原则的法理分析[J].辽宁行政学院学报.2010,(5):20—22.

[252]王晓钢.”共同但有区别的责任和各自能力原则”的解读——对哥本哈根气候变化会议的冷静思考[J].中国人口.资源与环境.2010, (7):31-38.

人化理论来找到理论依据，既然将船舶作为法律关系主体看待，那么法律主体之间的平等就适用于船舶。

第四，适用主体不同。前者是在 UNFCCC 框架下实施的一项国际环境法的基本原则，而后者是在 IMO 框架下采用的船舶温室气体减排的原则。一个是联合国层面的应对气候变化的基本原则，一个是国际海事组织层面的应对气候变化的基本原则。二者的适用宗旨是相同的，都是为了应对全球气候变化，保护人类环境。但二者适用范围和领域有所区别。

第五，适用对象不同。这是二者在国际海运温室气体排放领域的主要区别。前者是施加给国家的责任，是在不同的公约缔约国之间分配船舶温室气体减排责任。而后者是针对船舶而言的，即所有 400 总吨及以上的从事国际航行的缔约国的船舶。

第六，适用范围不同。前者是国际环境法的一项基本原则，适用于国际气候变化的一切领域，当然包括国际海运温室气体排放。而后者专门适用于海运减排领域。

（二）产生冲突的主要原因分析

1、IMO 在国际海运领域一直奉行“船旗中立”模式。

分析 IMO 项下海运减排之所以采用“船旗中立”的平等对待的原因，最值得注意的问题就是，非常普遍地存在于国际海运实践中的方便旗现象阻碍了 CBDR-RC 原则在国际海运界的适用。根据最新统计资料，到 2013 年 11 月为止，全世界 100 总吨以上悬挂公约附件一国家国旗的船舶数量是 16，662 艘，非附件一国家 38,441 艘，分别占总数的 30.2%和 69.8%；吨位分别占 25.3%和 74.7%；载重量分别占 23.1%和 76.9%。[253][29]可见，世界大多数国际航行船舶还在发展中国家。如果采用 CBDR-RC 原则，很多本来由发达国家实际控制的船舶会选择去发展中国家登记，悬挂方便旗，这样就可以有借口适用“有区别的责任”，从而轻易地规避了国际海运减排的义务。因此，为了防止发达国家船东利用方便旗逃避国际减排义务，IMO 一直以来在国际海运业奉行非歧视原则和不给予更优惠待遇原则。因为，“在现存的 52 个 IMO 国际条约中，任何一个条约都不存在根据船旗选择适用于船舶的先例”。[254][30]因此这种“船旗中立”的模式已经为各海运国家所熟知，无论船舶在哪国登记、悬挂哪国国旗，都应当平等地进行海运减排，这也是发达国家几十年来极力推崇和主张的。而且，近些年 IMO 在国际社会应对气候变化的大趋势下，急于在国际海运行业的减排领域取得突破，也极力阻挠 CBDR-RC 原则在国际海运领域的适用。可以说，这些政治困难使得 CBDR-RC 原则在国际海事领域的适用举步维艰。

2、国际海运业具有全球化的特点。

国际海运业具有与其他行业不同的特点，具有很强的流动性、跨界性。因此，船舶在国际航行中造成了海洋和大气环境的污染，很难轻易将责任归咎于任何国家。因此，与其他 IMO 条约一样，专门规制船舶空气污染的 MARPOL 公约要求统一适用于不同船旗的船舶，不区分发展中国家和发达国家的船舶。因为海运业的全球化特点，IMO 实施的对船舶的统一对待模式在国际海运实践中被证实是合理的。“因为海运是一个全球化的行业，船舶在一个单一的全球化市场中竞争，因此，为了任何控制机制的有效性并保证为所有船舶提供一个平等的竞争环

253 See IMO Submission to Cop19

http://www.imo.org/OurWork/Environment/PollutionPrevention/AirPollution/Documents/COP%2019/IMO%20Submission%20SBSTA%2039%20final_rev1.pdf.2013-12-14.

254 Note by the IMO to the 33rd Session of SBSTA, U.N. Doc FCCC/SBSTA/2010/MISC.14, paper no. 2, at p. 21, para. 36.

境，则不考虑船旗国或者船舶所有人，必须在一个全球化层面进行规制。换句话说，海运的全球化特征证实了并要求采用统一适用于所有船舶的全球规制模式。”[255][31]

3、国际海运减排的专业性和技术性要求。

国际海运业的载体是船舶，船舶设计、建造、运营、管理过程中的各个环节都制约着船舶的能效，直接决定着船舶在国际海运中的排放。而且与 UNFCCC 项下的规则内容不同，作为专门针对船舶温室气体排放的国际海事公约，MARPOL 公约附则六是通过严格船舶能效设计和管理标准的方式对船舶海运减排进行规制的，是具有很强技术特色的国际规则，这是符合国际海运业的技术性、专业性要求的。公约规定了具体的 EEDI、SEEMP、EEOI 等船舶能效技术指标及其计算公式、适用的船舶种类、吨位、排放量的计算方法等，并通过各种细则和后续的 MEPC 决议对各项技术性要求进行进一步补充规定，具有极强的行业特点，有别于其他行业的减排措施和规范方法，因此要求高度的国际统一性。因此，IMO 提出了技术、营运和基于市场的措施三种提高船舶能效的方法。根据《2009 年 IMO 温室气体研究报告》预测，技术和营运措施通过提高能效，能在当前水平上每吨公里减少海运排放 25——75%，从而至少可以补偿一些其他行业增加的排放量。这些措施主要包括：设计上的改变。包括改变船体，推进系统，主机和燃料来源。例如，用一条大船代替两条小船大约能提高能效 30%。营运的改变。包括速度管理，航线、物流和电力管理等。例如，降低船速会减少对船体的阻力，进而减少燃料消耗和 CO_2 排放。据预测，通过改进营运的减排潜能可高达 27%。替代燃料的使用。例如使用改良的柴油或液化天然气，而不是含有更多碳的重型燃料油。通过技术开发和改进，这些机制中的许多措施都可以无成本或低成本执行的。[256][32]

四、不同框架下国际海运温室气体排放基本原则之间冲突的协调

（一）协调冲突的必要性分析

1、IMO 解决国际海运温室气体排放的权限来自 UNFCCC 的授权。

IMO 对于国际海运温室气体排放问题的管辖权是来自于 UNFCCC 及其《京都议定书》的授权。虽然国际海运温室气体排放是导致全球气候变化的一个因素，其排放的温室气体及其对地球大气环境的影响与其他人类活动排放的温室气体及对地球大气环境的影响无异，而且最初也是由 UNFCCC 统一进行规范的，其实当下 UNFCCC 框架下的气候变化谈判仍然将国际海运谈判作为一项重要内容之一。但是，由于国际海运的跨界性、流动性和专业性特点，UNFCCC 当然将规制国际海运减排任务授权给 IMO 进行。这一授权的法律依据来自于《京都议定书》2.2 条的规定。既然如此，原则上，IMO 主持的有关国际海运减排谈判都应当在 UNFCCC 的 CBDR-RC 原则的指导下进行，应当坚持发达国家和发展中国家拥有共同的海运减排责任，但是，考虑到发达国家的历史排放、发展中国家的经济发展以及减排能力，尤其是经济最不发达国家的发展状况，要求发达国家率先减排，发展中国家暂缓减排或者不承担减排责任，以达到实质上的公平。但是，IMO 一直以来都以非歧视和不给予更优惠待遇原则要求所有国家的船舶平等地承担国际海运温室气体减排责任，这种平等减排的原则对 CBDR-RC 原则应当是一种背离，对发展中国家施加了过重的负担、带来了极大的挑战， 因此，

255 Note by the IMO to the 34th Session of SBSTA, U.N. Doc FCCC/SBSTA/2011/MISC.5, Paper No. 2.

256 Daniel Bodansky.Multilateral Climate Efforts beyond the UNFCCC. Center for Climate and Energy Solutions.November 2011.pp. 4-8.www.imo.org.2014-01-05.

MARPOL 公约附则六修正案遭到了发展中国家的强烈反对，但由于 IMO 特殊的议事规则，使得该修正案最终得以生效。但是既然 IMO 的管辖权来自 UNFCCC 的授权，其应当在 CBDR-RC 原则指导下从事国际海运减排的规制工作，其减排努力原则上不应凌驾于 UNFCCC 框架之上，而应在其范围内进行。因此，应当统一对国际海运温室气体排放进行法律规制的原则，应当由 IMO 在 UNFCCC 框架下 CBDR-RC 原则的指导下从事国际海运温室气体排放的规制，充分考虑发展中国家的特殊发展需要和技术现状，在坚持“船旗中立”减排的原则下，采取具体的措施对发展中国家缔约方进行技术和资金的帮助，采用过渡期帮助发展中国家渐进地减排。

2、有利于对发展中国家特殊利益和需要的考量。

虽然非歧视原则和不给予更优惠待遇原则在一定程度上起到了缓解方便旗现象的作用，但是它确实忽略了发展中国家的特殊利益和需要，要求发展中国家与发达国家承担同样的减排义务，对于发展中国家来说确实有失公平，不利于整个国际社会的良好有序发展。虽然有调查数据预计，未来的温室气体排放量中，发展中国家要大大超过发达国家，尤其是以中国、印度、巴西等国家为代表的新兴经济体的排放量要占相当大的比例，但不能因此而剥夺发展中国家发展的权利，因为有学者主张碳排放权是一种新的发展权。[257][33]当然，发展中国家在经济发展过程中，不能毫无节制地排放温室气体，应当采取各种技术、营运和基于市场的措施，积极改进技术和进行设备更新，加快碳排放权交易制度建设，以较小的排放获得较大的发展。其实，在 IMO 框架谈判过程中，有很多发展中国家提出发达国家应当给予发展中国家经济援助和技术支持，IMO 也通过制定一些有关经济和技术帮助的条款来实现船旗中立的船舶能效规则在发达国家和发展中国家的共同生效，尤其是能满足发展中国家发展的特殊需要。在 MARPOL 公约附则六第四章规则 23.1 中规定，“各国政府应当与 IMO 和其他国际机构合作，通过 IMO 向各国适当提供直接或间接的支持，尤其是发展中国家，因为它们需要请求技术援助。”但这是一个非常概括和含糊的规定，而且它没有为任何国家设定具体的义务。[258][34]同时规则 23.2 规定，“一国政府应当依照其国内立法、规则和政策，积极地同其他国家合作，推动技术的发展和转让，促进信息向需要技术帮助的国家尤其是发展中国家转移。”这一规定也是只要求各国承担合作义务，并未强制各国提供任何特定的帮助，而且该合作义务是受国内立法、规则和政策约束的，这又进一步弱化了该规则的适用。另外，尽管规则未提到具体的法律、规则或政策，但很明显应包括知识产权法律，因此，不可避免地，知识产权法可能会对技术转让设置一个潜在的障碍。[259][35]虽然在许多国家的强烈建议下， 2013 年 5 月 MEPC 第 65 届会议通过了“关于促进有关提高船舶能效的技术合作和技术转让的决议”MEPC229(65)以满足所有成员国应对气候变化挑战的需要，但是该决议的法律约束力是很弱的，无法改变规则执行中对发达国家施加的很弱的帮助发展中国家的义务这一事实。因此，发展中国家获得资金和技术援助的需求只能依靠 IMO 范围内发达国家良好的政治意愿。

---

[257]参见杨泽伟. 碳排放权——一种新的发展权[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版). 2011, (3):40-49;曾文革. 论京都议定书第二期承诺对国家发展权的法律保障及其局限性[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版). 2013, (3):42-48

[258] See James Harrison.Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping.Edinburgh school of law research paper series, 12/2012. p. 17. at:http://ssrn.com/abstract=2037038.

[259] See e.g. contributions to K.E. Maskus and J.H. Reichman (eds), *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

3、有利于促进 UNFCCC 气候变化法律制度框架的完整性和有效性。

虽然 IMO 是独立于 UNFCCC 框架的一个联合国专门组织，但是从 UNFCCC 框架下的气候变化谈判进程可以看出，凡是与国际海运减排有关的谈判，其实都有 IMO 的参与，IMO 一直作为 UNFCCC 与各海运国家之间联系的桥梁进行着国际海运减排的努力。国际海运减排谈判虽然在 IMO 主持下进行，但一直是在 UNFCCC 框架的控制范围内的。因为每一次 UNFCCC 缔约国大会，IMO 都要将本行业应对气候变化采取的航运减排措施、通过的规范性文件等内容向 UNFCCC 提交，并积极参与谈判，积极各海运国家履行国际海运业应对气候变化的义务。但是，在 IMO 组织的国际海运减排谈判中，由于国际海运业的特殊性以及存在着一些特殊的传统和法律制度，是否应当适用 UNFCCC 关于气候变化的 CBDR-RC 原则以及如何适用该原则成为发达国家和发展中国家争议的一大焦点。发达国家当然支持平等减排，因为他们拥有先进的造船技术和航运设备，而发展中国家在技术和设备上还无法符合强制性能效标准的要求，虽然 MARPOL 公约附则六赋予了发展中国家可以推迟 4—6 年适用强制性规制，但是这对许多发展中国家造船业和航运业来说也是很大的冲击和挑战。因此，在推行国际海运减排过程中，应当既考虑整个国际海运业发展的需要，更要考虑到大多数发展中国家航运利益的需要；既要推行平等减排，更要在减排过程中适用 CBDR-RC 原则，尤其是考虑到发展中国家的减排能力。因此，协调 IMO 平等减排与 UNFCCC 应对气候变化的原则之间的冲突非常必要，有利于保证 UNFCCC 框架的完整性和有效性。

（二）IMO 已经作出的协调冲突的努力

虽然 MARPOL 公约附则六第四部分规定了严格的强制性船舶能效规则，并平等适用于公约缔约国符合减排要求的船舶，不分船旗和船舶所有人，但是由于发展中国家的强烈反对，其实近几年 IMO 已经在努力采取措施，来缓解由于其强制性规定给发展中国家带来的不利影响，以协调其减排原则与 UNFCCC 基本原则的冲突。：

1、通过 MARPOL 公约附则六“技术合作和技术转让规则”考虑发展中国家的特殊利益。

虽然从内容上来看，IMO 的非歧视原则和不给予更优惠待遇原则违背了 CBDR-RC 原则，只强调了发展中国家与发达国家承担共同的海运减排责任，而忽视了对发展中国家特别利益的考量，明显地违背实质正义，不符合国际公认的应对气候变化基本原则。但是，有两个问题需要特别注意。第一，如前所述，IMO 的规则非歧视地适用于所有船舶，不考虑船旗和船东因素，而不是适用于国家。这是区分 UNFCCC 框架下和 IMO 框架下海运减排原则的重要因素。正如有学者指出，“如果 IMO 的技术规则限制适用于特定国家，那么船舶所有人将仅仅通过改变船旗就可以避免受到任何对其不利的规则的影响，其结果是不仅会使 MARPOL 或其他 IMO 条约的目标无法实现，也会使京都议定书 2.2 条的目标无法实现。”[260][36]第二，由于在国际海运界普遍存在的方便旗现象，如果采用有区别的责任来划分发达国家注册的船舶和发展中国家注册的船舶的减排责任的话，就会有相当大比例的发达国家的船舶为了逃避减排责任到发展中国家注册，取得方便旗，这样大大增加了国际海运的安全隐患。因此，IMO 采用非歧视原则可

[260] Christopher Young, “Legal Aspects of the Organization’s Work on GHG Emissions from Ships in the Context of the UNFCCC and the Kyoto Protocol,” Presentation to the Third Intersessional Meeting of the Working Group on GHG Emissions from Ships, March 28, 2011. Available at: www.imo.org.2014-01-04.

以大大缓解方便旗现象。虽然如此，IMO 在新修订的 MARPOL 公约附则六增加的第四章中还是将规则 23 作为对发展中国家特殊利益进行考虑的一个途径。规则 23 的主题是“为促进船舶能效而加强技术合作和技术转让”，规定各国政府应当与 IMO 及其他国际组织合作，直接或者通过 IMO 对那些需要技术帮助的国家尤其是发展中国家提供适当的支持。而且，一缔约国政府应当积极地与其他缔约国合作，根据其国内法律、法规和政策，促进技术的开发和转让以及信息向需要技术援助的国家尤其是发展中国家流动。

2、MEPC 第 65 届会议通过了“技术合作和技术转让决议”。

2013 年 5 月 MEPC 第 65 届会议通过的“关于促进有关提高船舶能效的技术合作和技术转让的决议”，并作为提案之一提交给 2013 年 11 月召开的华沙国际气候变化大会。该决议要求 IMO 应当通过各种项目，向成员国尤其是发展中国家提供技术帮助，使其在能效技术的转让方面进行合作，并且进一步在能力建设上向成员国尤其是需要技术转让的发展中国家提供资金支持。决议还要求国际组织、区域性组织、非政府组织以及企业以各种可能的方式提供支持，以促进公约附则六第四章的有效实施。该决议是 MARPOL 公约附则六第四章规则 23 的具体化，虽然该决议目的在于通过技术合作和技术转让促进第四章能效技术的提高，但该决议是在 IMO 的文件中首次提到在 IMO 项下坚持非歧视原则和不给予更优惠待遇原则的同时，还要考虑 UNFCCC 项下的 CBDR-RC 原则的文件，可见 IMO 正在努力缩小其与 UNFCCC 减排原则之间的距离、试图协调冲突，更多地关注发展中国家的利益。

3、通过 MARPOL 公约附则六第四章规则 19 为各国履行强制性能效规则赋予了 4—6 年的过渡期。

新修订的 MARPOL 公约附则六第四章规则 19 为满足 EEDI 和 SEEMP 技术标准的需要赋予各公约缔约国 4—6 年的过渡期，规定，规则 20 和 21 的船舶能效规则应当适用于所有超过 400 总吨的船舶，但是，各国政府可以放弃要求本国超过 400 总吨的船舶符合规则 20 和 21 的要求。规则赋予这些国家 4——6 年的宽限期来逐渐满足强制性能效标准的要求，最迟不得晚于 2019 年 7 月 1 日。同时，还要求要求推迟悬挂其船旗的船舶适用船舶能效规则的公约缔约国政府应当立即通知 IMO，将其不履行规则的详细情况传递给当前议定书的缔约国。虽然该条规定并未体现出专门针对发展中国家的意图，但是对发展中国家来说，这一规定应该算得上是一个可以享受的优惠待遇，当然这一过渡期限对大多数发展中国家来说在造船技术和营运技术上仍是不小的挑战，但毕竟这一过渡期的规定是 IMO 对某些造船技术、航运技术欠佳的国家特殊利益和特殊发展需要的综合考虑，体现了 IMO 为协调与 UNFCCC 气候变化原则之间的冲突所做的努力。

4、IMO 建立基于市场的措施来解决国际海运温室气体排放问题。

尽管 MARPOL 公约附则六中的技术和营运措施代表了 IMO 应对船舶温室气体排放迈出了重要一步，MEPC 认识到，这些措施是不足够的，尤其是由于不断发展的世界贸易导致的排放的快速增长，为此，MEPC 于 2009 年一致同意要建立一个基于市场的措施以限制国际海运温室气体排放。虽然目前为止就采用什么模式的基于市场的措施还没有最终确定，但是可以通过基于市场的措施的适用，逐步缓解技术和营运环节对发展中国家船舶所有人或船舶经营人的压力，可以在一定程度上起到缓解僵硬的原则的作用。例如各国可以通过征收国际海运燃油税、建立国际海运排放交易机制等模式的基于市场的措施，对于基于市场的措施交易产生的资金，可被用于发展中国家缓解和应对气候变化的目的，因此帮助他们进

一步削减国际海运或其他行业的排放。或者有些措施包括向发展中国家提供返还税款的方式，可以降低发展中国家减缓和应对气候变化行动的资金投入。

（三）可能的协调方案

有关如何平衡非歧视原则与不给予更优惠待遇原则和 CBDR-RC 原则之间的冲突问题，UNFCCC 秘书处观点认为，“协调那些不同的原则，需要政治领导，也需要来自 IMO 和航运界的创新思维。我们必须致力于达成一个解决方案，既尊重这两个原则，又允许每个条约机制都完整地保留其自己的原则和实践做法。”[261][37]有学者认为，解决发达国家和发展中国家之间分歧的答案是，发展一个建立在 CBDR-RC 基础上的广泛接受的责任分担标准，这个标准应将公平正义和可持续发展作为重要因素并入到应对气候变化中。[262][38]目前已有国家建议，可参照国际船东协会等一些专业组织的做法，以实际控制人为标准确定船舶属性，从而建立区别对待不同船舶的减排制度。[263][39]由于国际海运的复杂性和特殊性以及根据《京都议定书》2.2 条的授权，国际海运业的温室气体减排问题专门由 IMO 进行研究和规范，这就为 IMO 开展这一工作提供了法律依据和行动范围，即 IMO 在国际海运减排法律制度构建中应当以 CBDR-RC 原则作为制度设计的基石，首先要研究解决附件一国家的国际海运减排问题，而不应将范围无限扩大。[264][40]

但是，IMO 的强制性船舶能效规则的适用却背离了 CBDR-RC 原则，为发展中国家设定了强制性的量化技术标准，虽然规则赋予了发展中国家 4—6 年的过渡期，但是对于大部分发展中国家来说都是非常大的挑战和冲击。因为船舶能效规则是 IMO 通过的第一个专门针对国际海运船舶温室气体排放的强制性行业规范，非歧视原则和不给予更优惠待遇原则又是 IMO 一直以来长期遵行的原则，因此想要突破很困难。所以，在 CBDR-RC 和非歧视原则之间寻找一个折中路径，还应当尊重 IMO 自身建立的减排机制，顺应 IMO 的减排思路。

1、建立基于市场的国际海运温室气体排放措施。

随着世界人口和贸易的快速增长，技术和营运手段已经不足以应对削减国际海运温室气体排放，因此基于市场的措施应运而生。所谓基于市场的措施，是指通过基于市场的经济措施，使温室气体排放量超过限定额度的船东或船舶经营人在经济上相对“损失”，而排放量低于限定额度的船东或船舶经营人在经济上“盈余”。[265][41]主要有两方面功能：其一，为海运业致力于更加能效的航行模式提供一个财政激励手段；其二，能补偿不断增长的船舶温室气体排放。[266][42]IMO从提出采用基于市场的措施来缓解船舶温室气体排放以来，国际社会曾提出了多种模式，如以挪威为代表的欧盟国家的国际海运排放交易机制、美国提出的船舶效率和信用交易机制、世界海运协会提出的向国际航行船舶征收燃油税等模式，但是IMO至今也没有就采用哪种模式的基于市场的措施达成一致。

近年来，许多学者提出，在基于市场的措施中，也许存在更多的创新思维的

---

261 Document MEPC 61/24, Annex 5, p. 2.

262 See J. Cao, ‘Reconciling Human Development and Climate Protection: Perspectives from Developing Countries on Post-2012 International Climate Change Policy’ in The Harvard Project on International Climate Agreements Discussion Paper 2008-25, (Cambridge, Mass.: Harvard Project on International Climate Agreements, December 2008), 7-9.

263郭晓峰.当前国际航海减排谈判的焦点和难点[J].中国海商法年刊.2011,(3):7.

264姚莹.“共同但有区别责任”原则下海运减排路径探析[J].当代法学.2012,(1):56-58;郭晓峰.当前国际航海减排谈判的焦点和难点[J].中国海商法年刊.2011,(3):7.

265黄何.直面国际海运减排挑战,提升中国航运整体实力[J].中国海事.2011, (1):22-23.

266 Greenhouse Gas Emissions http://www.imo.org/OurWork/Environment/PollutionPrevention/AirPollution/Pages/GHG-Emissions.aspx 2013-12-31.

空间。例如，有人认为，虽然基于市场的措施是船旗中立的，在某种意义上说，它可适用于所有船舶，但通过该机制而筹集的资金可能被部分用于支持发展中国家的项目开发，从而满足CBDR-RC原则的要求。[267][43]然而，CBDR-RC是一个非常灵活的概念，而且参与谈判的人对于该原则在基于市场的措施下的具体要求持有不同的看法。因为，在船舶能效规则方面，IMO的压力是在不同的观点之间尝试达致一种折中，这样不仅保证构建一个适用于尽可能多的船旗国的有效机制，而且能预先阻止任何IMO成员国的单方面行动。[268][44]IMO应当充分利用自身已有的相对成熟的技术和营运机制，结合当前国际海运减排谈判的进展，建立符合发展要求的基于市场的措施，使其在坚持IMO非歧视原则和不给予更优惠待遇原则的基础之上，体现CBDR-RC原则中对发展中国家特殊需要的考量，实现实质上的公平。

（1）建立国际海运排放交易体系（ETS）。

排放交易体系（ETS）是《京都议定书》确立的三种灵活履约机制之一，另外两种是联合履约（JI）和清洁发展机制（CDM）。欧盟的排放交易体系（EU-ETS）是当前公认的比较发达和完善的排放交易体系之一。ETS也被大多数国家所效仿，成为目前碳交易市场的主要交易手段之一。当前，国际海运业还未被纳入ETS体系中去。众所周知，欧盟2008年正式将国际航空业纳入其ETS体系中，准备于2012年开始征收航空碳税，虽然这一计划由于大多数国家的强烈抵制而遭遇搁浅，但是这预示着国际海运业实施碳排放交易机制是势在必行的。

（2）征收国际海运船舶燃油税。

来自船舶的温室气体主要是船舶航行过程中由于燃料消耗而排放的CO_2等温室气体，是导致环境污染、造成气候变化的主要来源。对国际海运船舶征收燃油税，会提高船舶营运成本，加重船东或船舶经营人的负担，从而会激励他们采用更加节能环保的燃料，或者通过降低船速来减小船舶的阻力达到减少燃料消耗的目的。所以，采用征收国际海运船舶燃油税的方式，会形成鼓励船东节能环保、进行技术和设备改进研发的长效激励机制，从而达到保护海洋环境的目的。

（3）建立国际海运船舶温室气体排放基金。

在设置国际海运船舶燃油税的基础上，将征收的船舶燃油税金汇集到一起作为国际海运船舶温室气体排放基金，主要用于奖励采取节能环保燃料和改进技术设备提高船速以降低燃料消耗的措施、支持发展中国家进行技术研发和改进以及补偿由于采取减排技术和措施而导致的损害等方面的用途。

2、引入CDM，使发达国家向发展中国家提供资金和技术支持。

清洁发展机制（CDM）是《京都议定书》通过的发达国家在境外实现部分减排承诺的一种灵活履约机制，是唯一与发展中国家直接相关的机制。这一机制让发达国家通过在发展中国家投资减排项目并计算由此产生的减排量来实现其部分根据《京都议定书》应承担的减排义务。发展中国家也可从中获得资金和技术，促进减排项目的开展。对发达国家而言，给予其履约的灵活性，使其得以较低成本履行义务；对发展中国家而言，能够从发达国家获得资金和技术，促进其可持续发展；对世界而言，可以使全球在实现共同减排目标的前提下，减少总的减排成本。因此，CDM是发展中国家从发达国家获得资金和技术支持的过程，通过实

---

[267] British Shipping, *Shipping's Carbon Emissions: Design and Implementation of Market-based Mechanisms Part 1: a cap-and-trade emissions trading system* (2011), p. 5; British Shipping, *Shipping's Carbon Emissions: Design and Implementation of Market-based Mechanisms Part 1: international GHG contribution fund* (2011), p. 17.

[268] See Press Release, *Commission launches consultation to address greenhouse gas emissions from ships*, 19 January 2012, available online at: <http://ec.europa.eu/clima/news/articles/news_2012011901_en.htm> 2013-12-11.

施CDM，发展中国家从发达国家获得的资金和技术，对现有船舶进行技术改进、提高船舶设计水平、开发节能环保燃料、提高船舶运营管理效率等，实现双赢的目标。CDM的目的是帮助未列在UNFCCC附件一中的缔约国实现可持续发展，使附件一缔约国在《议定书》项下能够履行其减排承诺。于是，发展中国家通过允许CDM行动的实施来履行其应承担的共同责任份额，而发达国家应通过遵守其减排承诺和CDM计划的义务来履行其有区别的责任。[269][45]因此，实际上，CDM是CBDR-RC的一个分支，因为它强调发达国家和发展中国家之间的合作，而同时为了应对全球气候变化问题，要求各自承担有区别的承诺。[270][46]

五、结语

为了应对气候变化，应当在全球框架下规制国际海运温室气体排放。在UNFCCC 框架下解决国际海运温室气体排放问题，非常符合国际海运业的复杂性和全球化特点，对于促进各国政府和国际海运部门的合作也是非常重要的。然而，至关重要的是，UNFCCC 应当与 IMO 共同面对气候变化的挑战。将 IMO 关于国际海运的专门知识和 UNFCCC 关于全球气候变化政策的专门知识整合起来，能导致生成特定的知识，在全球范围内开展联合行动，对于有效地规范国际海运温室气体排放问题是非常重要的。在构建具有全球约束力的全面的气候变化制度中，如果不包括国际海运温室气体排放问题的话，可能会破坏实现稳定全球温室气体排放的有效行动的完整性，从而无法形成一个完整的全球气候变化规则框架。

当前海运温室气体排放谈判正在面临的一个主要挑战是 UNFCCC 对于国家之间的 CBDR-RC 原则与 IMO 对于船舶采用的非歧视和不给予更优惠待遇原则之间的冲突与协调问题，本文研究的目的就是要在相互冲突和博弈的两个原则之间找到一个协调解决国际海运温室气体排放问题的折中方案。但是，毫无疑问，首先需要明确的是，为了应对气候变化，世界各国都有义务进行海运温室气体减排。不论 UNFCCC 框架下的谈判还是 IMO 框架下的谈判，宗旨都是为了削减海运温室气体排放，以应对气候变化。那么如何协调这两个原则、如何在二者之间找到一个平衡点，既能鼓励各国积极从事海运温室气体减排，也能兼顾到所有国家的共同利益和各自的发展情况，是当前需要解决的问题。这需要公约缔约国和造船、航运企业良好的减排意愿和创新思维。总体来说，发达国家必须率先减排，而发展中国家则需要在减排行动中获得更多支持。具体来说，应当充分利用 IMO 建立的已经成熟的技术和营运机制以及正在加紧研究的基于市场的措施，采取建立国际海运 ETS、征收国际海运燃油税和成立国际海运温室气体排放基金等措施。在具体适用基于市场的措施的过程中，引入“共同但有区别的责任和各自能力”原则，对发展中国家的利益进行充分考虑，将《京都议定书》确立的灵活履约机制之一的 CDM 作为发展中国家从发达国家获得资金和技术支持的载体，在双赢的基础上实现国际海运温室气体减排的共同目标。

---

[269] L. Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2006). at 244.

[270] M. Rodi, ‘Bridging the Divided in Global Climate Policy Strategies for Enhanced Participation and Integration’ Carbon & Climate L. Rev. 164, 166 (2007).

论国家豁免制度及对我国的启示

张 倩

张倩（1991－ ），女，河南洛阳人，中南财经政法大学民商法学专业2013级硕士研究生。

电子邮箱：zhq3953679@sohu.com 联系电话：18571070210

地址：湖北省武汉市东湖高新技术开发区南湖大道182号中南财经政法大学环湖17栋519 邮编：430073

摘要： 国家管辖豁免是国家主权豁免的一个方面，是指一个国家的行为及其财产免受外国法院的司法管辖。国家豁免问题会影响国家与私人利益的平衡，影响国际贸易的发展，影响国家之间的关系，必须妥善处理。目前，许多国家纷纷颁布专门法律，为本国法院行使管辖权提供指导和依据;联合国也通过了一项专门的公约，以便减少各国之间的分歧，统一国家实践。国家豁免原则是国际法上是一个比较古老的原则，1812 年美国联邦最高法院“斯库诺交易号诉麦克法登案”的判决，确立了国家豁免原则，该原则从确立到今天，共经历了两大发展阶段，一是绝对豁免主义阶段，二是限制豁免主义阶段。

关键词：国家豁免主义，限制豁免主义，绝对豁免主义，启示

（一） 一 国家豁免制度概述

（一）国家豁免的内涵

在法学理论上，豁免是与特权相对应的。豁免的本义在于某些主体就特定的事项可以泰然不受惩罚，即免于承担相应的责任与义务。而国际法上的国家豁免是指国家主权豁免或国家管辖豁免，即一国的行为和财产不受另一国的国内法院的司法管辖，也就是说，非经一国同意，该国的行为免受所在国的法院的审判，其财产免受所在国的扣押和强制执行。

一般认为，国家豁免(state immunity)，有广义和狭义之分。广义的国家豁免是指一国的行为和财产免受他国的立法、行政和司法的约束，包括国家本身、国家代表和有关的行为者的某些行为有不受他国惩罚的可能。[271]狭义的国家豁免仅指国家及其财产免受他国管辖，是指国家在跨国诉讼中享有优于自然人和法人的特权。狭义的国家豁免包括以下三个既有联系，又有相对独立性的内容:一是司法管辖豁免，是指除非一个国家同意，其他国家不得受理以该国为被告或者以该国的财产为标的的诉讼。二是诉讼程序豁免，是指在一个国家放弃司法管辖豁免，主动向其他国家法院起诉或自愿在其他国家法院应诉的情况下，其他国家法院未经该国同意，不得对该国或者该国的财产采取诉讼程序上的强制措施，如不得强令该国提供证据，不得以诉讼保全为由查封、扣押该国财产等。三是强制执行豁免，是指即使一个国家主动向其他国家法院起诉或自愿
在其他国家法院应诉，其他国家法院未经该国同意，不得依其判决对该国财产采取强制执行措施。由于管辖是诉讼程序和强制执行程序的前提，因此，一国只要不放弃司法管辖豁免，就当然享有诉讼程序豁免和强制执行豁免;另一方面，国家自愿放弃司法管辖豁免不等于放弃诉讼程序豁免和强制执行豁免，同样，一国放弃司法管辖豁免和诉讼程序豁免不等于放弃强制执行豁免。

（二）两种豁免理论:绝对豁免与限制豁免

从各国国内立法、判例以及国际条约来看，国家主权豁免已经成为一项公认的国际法原

271何志鹏:《对国家豁免的规范审视与理论反思》《法学家》2005 年第 2 期第 109 页

则，但是自其产生之口起就存在绝对豁免与限制豁免两种观点的争论。

绝对豁免是指国家的行为，无论其性质如何，都应在他国法院得到豁免；享有豁免的主体不仅包括国家元首或政府首脑、国家机关等，甚至包括国有企业。[272]持绝对豁免观点的国家主要有两类：二战以前的资本主义国家;现今的社会主义国家和发展中国家。究其原因亦有两个方面：二战以前，资本主义国家经济职能扩大，参与国际贸易的行为口益增多，而其他国家则少有对外经济活动，坚持绝对豁免可以单方面地避免在外国法院被诉;现今社会主义国家实行公有制，而发展中国家需要集中力量，因此多以国家形式参与国际经济活动，坚持绝对豁免可以避免或减少本国利益受到损害。因此可以说绝对豁免旨在于防止他国干预本国的利益，是一种消极的防御。

限制豁免将国家行为分为公法行为和私法行为，并且只对外国国家的公法行为及用于该类行为的国家财产予以管辖豁免，对其商业行为及用于该类行为的财产则行使管辖权。[273]二战以后，许多资本主义国家纷纷通过国内立法或判例转而采取限制豁免的立场，原因主要在于这些国家以国家形式进行对外经济交往的情形逐渐减少，而在社会主义国家和发展中国家这种情形大大增加。这种情况下，坚持绝对豁免使后者的大部分行为不能受到管辖，因而可能损害其本国私人的利益;而限制豁免则避免了这样的“不公平”现象，因此可以说是主动干预别国的行为，相比较而言是一种积极的出击。值得注意的是，《公约》采取了限制豁免的观点，从而使其成为国际法上的发展趋势。

（三）绝对豁免论和限制豁免论的争论

目前虽然各国在理论和实践上还存在着绝对豁免与限制豁免两种立场的基本对立，但不可否认的是限制豁免理论已在大多数国家的立法与司法判例中得到了一般承认。但是绝对豁免理论和限制豁免理论的争论依然存在：

1、绝对豁免理论者认为“限制豁免论最根本的谬误在于它是与国家主权原则不相容的”一国拥有主权就意味着其始终能依据自己的意志行事，不容许外来干涉。只有主权国家自愿，其主权的行使才可受到限制;非经主权国家同意，其不能作为被告被起诉，其财产不得被作为诉讼标的，也不得被法院强制执行。实际上，限制豁免理论并不违反主权平等原则，而是对主权的一种合理的尊重。国家主权含有属人优越权，一国不仅有管理、支配和保护其境内本国人的权利和义务，而且有保护其在外国的本国人的权利和义务。周鲤生指出:“主权国家根据它的属人优越权，具有对本国在外国的侨民行使外交保护的权利。”同理国家通过限制豁免理论也可以保护在国际经济交往中处于弱势地位的本国私人。而且主权也具有对外独立权的属性，国家在与其它国家的交往中具有独立自主，不受别国管辖、支配和干涉的权利。这二者是主权性质的两个方面，我们不能单单只强调其中的一个。主权国家之间是相互平等的，因此在一国享有权利的同时，必然要有其他国家为此承担义务;而其他国家在享有此项权利的同时，那么该国也应承担其应履行的义务，只有这样才能做到彼此尊重。英国学者劳特派特认为:“实事上很难认为独立和平等原则会排除一个国家的法院对另一个国家及其财产行使管辖权，只要行使管辖权的国家使用其一般法律……并以一种无可指责的方式加以适用”。“如果一个国家的法院对外国国家就其在管辖国领域内所缔结的合同或做出的侵权行为行使管辖权，则并没有侵犯任何合法的主权权利。

2、绝对豁免理论者认为“限制豁免论关于主权行为（或统治权行为或公法行为）和非主权行为（或事务权行为或私法行为）的划分是极不科学的。”国家作为主权者，所从事的任何活动都是国家主权的体现，在现代国家从事经济领域的活动，正是国家职能发展的结果。实际上，

272何志鹏：《对国家豁免的规范审视与理论反思》，载《法学家》，2005 年第 2 期，第 112 页。

273王立君：《国家及其财产豁免规则的新发展期兼论我国的立法与实践》，载《法商研究》，2007 年第 3 期第 101 页。

国家行为可以划分为公法行为和私法行为。在当代，无论是社会主义国家，还是资本主义国家；无论是发展中国家，还是发达国家，其经济职能都口益增强，国家直接从事大量国际经济活动和民事活动。如果在对外商业活动中国家享有管辖豁免权，那么其作为当事人就不可能与另一方当事人(外国的自然人和法人)处于平等的地位，如此一来会使外国的自然人和法人感到其合法权益时时处于不确定当中。因此划分出国家的私法行为，使之对其私法行为不能主张国家豁免，对国家滥用其权力有很大的制约作用。澳大利亚法律改革委员会曾指出:“对绝对豁免主义的一个主要批评是对于可能被否认有任何救济途径的私人诉讼当事人的不公平后果。这在当争端包含适用一般法律的普通规则的情形时更是如此。如果成功的可能性大，外国当事人便选择诉讼，但如果成功的可能小，便躲在豁免的屏障之后。”

（二） 二 我国在国家豁免上的立场和实践

我国一度被认为是国家绝对豁免原则坚定的拥护者，我国在国家豁免上的立场被国内学者总结为以下几种：

国家及其财产豁免原则是国际法的一项原则，该原则基于《联合国宪章》所确认的各国主权平等原则。

国家的任何行为都是不能置于别国主权管辖之下的，除非国家自愿或者明示放弃豁免。[274]

国有企业是享有独立法律人格的实体，它的行为不应当享有国家豁免。[275]

各国在国家及其豁免问题上的立场不同，各国应当积极通过协商和外交手段缩小这种分歧，增进和谐。如果外国侵犯我国应享有的国家及其财产豁免，那么我国将保留对其采取对等行为的权利。[276]

以上的几点是国内学者针对我国政府的国际实践、国内立法以及在涉诉案件中的表现所总结的。由于我国国有企业的特殊情况，我国认为国企不应当享有国豁免，所以我国所持的绝对豁免主义与国际上的绝对豁免不大相同。

（一）国内立法情况

我国在国家及其财产豁免上的立法走的比较缓慢，目前为止，只有一部 2005 年全国人大常委会第 18 次会议通过的《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》(下文简称《豁免法》)，该法分别规定了豁免的给予、外国中央银行财产的定义以及对等原则等问题。不过，依《豁免法》实施《公约》的规定还是不够的，因为该法的内容仅仅与《公约》第四部分“在法院诉讼中免于强制措施的国家豁免”的内容有关，我国国内法院无法依照该法的规定处理对他国提起的诉讼，我国的自然人和法人也还不能依该法向我国法院提起对他国的诉讼。

除此之外，我国还有一些零散的关于国家及其财产管辖豁免的规定。一些国内学者认为我国 1983 年的《中华人民共和国民事诉讼法》(试行)中的第一百八十八条是我国关于国家及其财产管辖豁免的立法总结，第 188 条具体规定为:对享有司法豁免权的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，人民法院根据中华人民共和国法律和我国缔结或者参加的国际条约的规定办理。究其内容不难发现，该条是关于外交特权与豁免的规定，虽然在国家首脑豁免和使馆财产问题上两者有交集，但是终究国家豁免和外交豁免是两个问题。所以《民事诉讼法》中的规定不能被认定为我国国家豁免立法的表现，而且随着 1991 年《民事诉讼法》的施行，1982 年的也随之失效，该条规定也不复存在。不过，根据黄进的研究，该条规定至少具有下列意义:第一，外国的外交机构、组织和国际组织及它们的财产可以在我国境内享有管辖和执行豁免;第二，法院将依照法律和我国参加的有关国家豁免的国际条约处理相关的诉讼;第三，我国坚持对等原则，即如果外国法院限制我国在民事诉讼中行使豁免

274曾涛：《中国在国家及其财产豁免上的实践及立场》，载《社会科学》2005 年第 5 期，第 51 页。
275黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，北京·中国政法大学出版社，1987 年版，第 45 页。
276赵建文：《国家豁免的本质、适用标准和发展趋势》，载《法学家》2005 年第 6 期，第 20 页。

权，我国法院也可对外国国家及其国家机构和财产的诉讼实行对等的限制。[277]

国内关于国家豁免实体法与程序法的缺失使我国无法对他国行使管辖权。目前为止，我国法院尚未审理过涉及外国国家及其财产豁免的案件，但自中华人民共和国成立以来，我国在其他一些国家或地区的法院遭到被诉的情况经常发生。例如“贝克曼诉中华人民共和国案”、“湖广铁路债券案”“仰融案”等。今后此类情形可能会常有发生，作为世界第六大贸易国，在不断发展的国际交往中，没有一部关于国家和财产豁免的专门法律是很被动的。

（二）中国有关国家豁免原则的外交实践

中国一直坚持绝对豁免立场，国内法院不受理以外国主权国家及其财产作为被告的案件，但外国(尤其发达国家)采取限制豁免原则对国家的商业行为不予豁免。造成自 1949 年中华人民共和国成立以来，中国国家多次在外国法院被起诉。其中最重要的是港英司法当局审理的“两航公司案”、和美国联邦法院审理的“湖广铁路债券案”。

“两航公司案”是涉及中华人民共和国政府继承旧政府国家财产的诉讼案件。英国政府违反当时英国的绝对豁免原则立场向香港法院发出一道枢密院令，声称“即使这案件中的被告为一个外国主权国家，法院仍有权受理”。于 1952 年，公然将中国中央航空公司所属的 71 架飞机及其他财产判给“美国民用航空公司”，并且出动武装警察窃取了这些物资。中国外交部副部长提出了抗议，指出“对于我国两航公司留港资产，英国政府绝对没有任何权利行使管辖权，亦绝对没有丝毫权利加以侵犯、损坏和转移。”’。

“湖广铁路债券案”是在 1976 年美国制定了《外国主权豁免法》之后的一个判决。对于美国法院对于该案的审判，中国政府一开始拒绝应诉，并且通过外交途径提出交涉。1983 年 2 月 2 日，中国外交部长向美国国务卿递交了外交备忘录，表明中国政府的立场:“国家主权豁免是国际法的一项重要原则，其根据是联合国宪章所确认的国家主权平等原则。中国作为一个主权国家无叮非议地享有司法豁免权。美国地方法院对一个主权国家作为被告的诉讼行使管辖权，作出缺席判决甚至以强制执行期判决相威胁，完全违反国家主权平等的国际法原则，违反联合国宪章。”2’由此可见，中国政府在司法实践中在国家管辖权上坚持绝对豁免的立场。

（三） 三 中国国家豁免理论存在问题及其完善

（一）中国国家豁免理论的经验与不足

中国在国家豁免方面的立法和在以中国国家及财产为被告的诉讼案件中，反映了中国坚持绝对豁免的原则，同时在具体的案件中，利用法律、外交等多种手段灵活处理。为中国国家豁免理论的发展和完善积累丰富的实践经验：（1）中国坚持国家本身或者以国家名义从事的一切活动享有豁免，对于外国国家无视国际法，任意侵犯中国国家及其财产的豁免权，中国可以对该外国国家采取相应的报复措施。（2）对于外国法院对中国国家或者涉及国家财产的起诉，违反了司法豁免原则，一般拒绝应诉，但是由于国际豁免问题往往有关外交关系的政治问题，所以，应该运用政府对于法院的影响力，采取灵活多样处理办法。（3）中国坚持的绝对豁免理论不是传统意义上的绝对豁免，已开始把国家本身的活动和国有公司的活动，国有财产和国有公司拥有的财产区分开来。（4）中国赞成通过达成国际协议来消除各国在国家豁免以及财产豁免问题上的分歧。1991 年在第 46 届联大委会议上，中国政府代表就国际委员会二读通过的《关于国家及其财产管辖豁免条款草案》进一步表明了立场。中国代表团始终认为“国家豁免是基于国家主权和国家主权平等的一项国际法基本原则”，“国家财产的执行豁免……是一项久已确立和公认的原则”。同时，中国代表还再次重申:“为了维护和促进国家间的正常的往来和经贸关系，可以就国家豁免原则制定一些例外规定。然而，考虑到国家豁免原则的性质和内涵，这些例外必须限于确有实际需要的某些情况而保持在最低限度

277黄进:《国家及其财产豁免法的一般问题》，北京·中国政法大学出版社 1987 年版，第 255-256 页。

上。不然，整个条款草案就会出现在原则上肯定、而具体上否定国家豁免原则，这是与制定该专题法律制度的目的背道而驰的。”[278] 我们可以看出面对国家豁免限制豁免立场与绝对豁免立场的冲突，中国在坚持国家豁
免这一原则是国际法规则的前提之下，在解决具体问题之上采取灵活多样的方式解决问题，同时在制定国际规则的时候以协商、妥协和合作的精神解决问题。

（四）中国国家豁免理论的不足

1、中国亟待转变国家豁免原则的立场

从刚果案中，我们可以看出我国采取的绝对豁免原则不仅与西方资本主义国家采取的限制豁免原则存在对立，同时我国在国内和香港、澳门特别行政区的立场不统一。并目前文我们分析，采取限制豁免原则立场已经成为国际关于国家豁免发展的必然趋势，而且在全球化经济的发展之下，继续采取绝对豁免原则从表而上看似乎对‘我国有利，实际上却使我国处于非常不利的地位，因为我采取绝对豁免原则对于外国国家的所有行为和国家财产给予豁免，但是西方发达国家采取限制豁免原则，在现实中常常对我国国家的非主权行为或国家财产行使管辖权，对我国进行诉讼。邓小平认为:“考虑国与国之间的关系主要应该从国家自身的战略利益出发，着眼于长远的战略利益，同时也尊重对方的利益……国家不分大小强弱都相互尊重、平等相待。这样什么样的问题都能够解决”[279]这就为我国转变立场提供了方法论依据。根据国家主权豁免的理论依据来看，国家是根据主权平等才享有豁免权的，然而，国际法上所说的“平等”并不是一般抽象意义上的平等，而是实实在在的国家利益得以保障基础上的必然结果。[280]如果在国家参与商事活动时还继续主张豁免的话，就会使双方当事人处于不平等的地位。因此，我国采取限制豁免原则将有利于我国与其他不同法律制度和经济制度的国家的正常交往和国际合作，中国急需转变国家豁免原则的立场。

2、中国急需出台国内的国家豁免法

首先，我国目前法律仅仅只是规定了外国外交机构、外国组织或国际组织及其财产在中国享有管辖和执行豁免，并没有对外国国家是否享有豁免作出明确规定。而最高人民法院也并没有对此作出司法解释。目前只有一些学者通过对《民事诉讼法》以及中国参加和缔结的一些国际公约的规定来推定民事诉讼法第 239 条的规定适用于外国国家本身及其财产。如果说当初制定法律的时候因为我国法院没有受理过有关国家主权豁免的案件而没有对此做出规定是有情可原的话，那么在当今社会，世界各国纷纷制定国家主权豁免法，国家参与国际经济活动的增多导致国家卷入经济纠纷的危险性大大增加的情况下，法律上的缺失未免就很难说的过去，因此，我们应该尽快出台相关的立法和司法解释，以免以后处于被动的局面。其次，我国人民法院目前可以通过我国缔结或参加的涉及国家及其财产豁免的国际公约来处理对享有豁免权的外国人、外国组织或国际组织提起的诉讼，在没有国际公约的前提下可以适用国际惯例。但是目前关于外国国家主权豁免方面的国际公约少。至于惯例方面，目前由于有限豁免还没有形成国际惯例，即使是采用有限豁免的国家，在有限豁免的理论基础和划分国家行为标准方面还存在着争议，因此即使是求助于国际惯例也是很弥补我国在这方面的法律空白。

（三）对我国在限制豁免理论问题上未来政策的几点建议

在限制豁免主义成为国家及其财产管辖豁免的大势，《公约》的通过使限制豁免主义由习惯法走向成文法的今天，中国如何在限制豁免主义的大势中维护国家利益，这里，笔者谈谈自己的看法：

1、根据时代的需要，改变在国家豁免问题上的立场。目前看来，坚持绝对豁免主义的国

278中国代表孙林关于国际法委员会报告中“国家及其财产的管辖豁免”议题上的发言(C) . 1991: 4-6.
279邓小平文选[G].北京:人民出版社，1993(3):330.
280黄仁伟，刘杰.国家主权新论[M].北京:时事出版社.2004:277.

家大都是一些市场经济不健全的发展中国家，为了保护本国对外经济中的利益才采用绝对豁免主义，我国不仅建立相对健全的市场经济体系，并且已经成为贸易大国，在这种情形下，仍然坚持绝对豁免主义是不利的。我们应顺应国际法发展的潮流，坚持限制豁免主义的立场。在国际上表明我国的这种立场;在国内以限制豁免主义为指导思想制定一部有关国家豁免方面的立法。坚持限制豁免主义才一能在当前的形势下促进我国经济的发展，维护经济安全，使我国早国家豁免问题在国际上更具有发言权。

2、借鉴国际立法与外国立法的相关经验，制定一部((外国国家豁免法》。尽快制定一部有关国家豁免的立法以满足当前我国实际的需要，不仅能够保护我国的私人、法人利益而且还能创造一个更好的投资环境，吸进国外投资，促进我国经济的发展。加强立法要做到以下两方面：一是法律要填补《公约》在国家豁免问题的空白。《公约》在限制豁免的许多问题上是比较笼统的或是过于原则性的规定，比如在“商业交易”的定义上，并没有给出确切的含义，而是采用了性质与目的的双重标注，具体的内容则留给国内法去完成。二是，加强与国家及其财产豁免有关的立法，如进一步完善公司法，确定国有公司的法律地位，使其无论是在身份还是在财产上都与国家的真正的区分开来;完善海商法，进一步明确国有商船的法律地位；以及制定或完善解决民商事法律冲突、法律适用、司法一协助、外国法院的判决和执行等问题的法规，只有健全和完善了有关的法律，我国持之有据。

3、赋予国有企业真正的独立法律人格。

根据各国的实践，可以看出绝大多数的国家都将国有企业与国家本身相区别，一般都否认国有企业是国家豁免的主体，除非被授权或代表国家行使国家主权权力，原则上不应享有管辖豁免。《公约》第 10 条第 3 款也明确规定了国有企业独立承担责任，不是国家豁免的主体。但同时又规定，在国有企业故意虚报资产，减少资本的情况下，按照“揭开公司神面纱”的理论，国家仍可涉诉。政企不分一直是缠绕国有企业的一个大问题，《公司法》颁布以后，绝大部分国有企业的独立人格已经确立，政企不分的现象减少了，但是不可否认政企不分仍然是需要继续解决的问题。只有政企分开，使国有企业成为真正的独立的法律主体，才‘能实行独立的经济核算、自负盈亏，对外承担有限责任，并能成为独立的诉讼主体，在法院起诉或被诉；只有政企分开，企业具有了独立的法律行为能力，才能使国家享有的豁免不受影响。

参考文献

[1]何志鹏.对国家豁免的规范审视与理论反思.法学家。2005, 2: 109-121.

[2] [瑞士]法泰尔著.国际法.华盛顿.1758. 1916 年法文版.

[3]伊恩·布朗著.曾令良、余敏友等译.国际公法原理.北京:法律出版社，2003.

[4]龚刃韧.国家豁免问题的比较研究.北京:北京大学出版社，2005.

[5]黄进.国家及其财产豁免问题研究.北京:中国政法大学出版社，1987.

[6][以]斯泰恩.平等者之间无管辖权.以色列法律杂志.1966 年英文版，第 1 卷.

[7] Yearbook of the International Law Commission. 1978. Vol. II.

[8] Mark 19. Janis. An Introduction to International Law. New York:4th. Citic Publishing House, 2003

[9]黄肇炯，刘全胜.论国家及其财产的管辖豁免.江海学刊.1996, 1: 53-58

[10]致中.国际法案例.北京:法律出版社，1998.

[11]黄进.论限制国家豁免理论.中国国际法年刊.1986.

[12]江国清.联合国国家及其财产管辖豁免公约—一个并不完美的最好结果.法学家.2005, 6: 14-19

[13]马新民.《联合国国家及其财产管辖豁免公约》评介.法学家.2005, 6: 1-7

[14]建文.国家豁免的本质、适用标准和发展趋势.法学家.2005, 6: 19-24.

[15]联合国文件.A/RES/59/38.2004，中文版.

[16]黄进，曾涛，宋晓等.国家及其财产豁免的几个悬而未决的问题.中国法学.2001, 4: 140-151.

[17]琳.试述国际融资中的国家豁免.当代法学.2003, 1: 98-107.

[18]韩德培.国际私法.北京:高等教育出版社，北京大学出版社，2000.

[19]王照.国际经济法概要。北京:清华大学出版社，2003.

[20]安主编.国际投资法学.北京:北京大学出版社，1999.

争议海域内海上交通安全执法的冲突与协调

李志文 马金星♣

摘要：当事国因在争议海域的权利主张及法理依据各异，导致该海域内海上交通安全执法的积极冲突与消极冲突。而现有国际条约及习惯国际法中并没有禁止当事国在争议海域内主张海上交通安全执法的规定，故国家主权和海上管辖权依然是协调争议海域内海上交通安全执法的法理基础。解决我国与相邻他国争议海域内海上交通安全执法冲突，应当优先从事务合作层面，遵循相关国际法原则或规定，保障区域内海上交通秩序，维护国家海洋权益。

关键词：争议海域；海上交通安全；执法冲突；协调

海上交通安全执法是一国为防止、减少和控制海上交通安全风险、威胁与非法侵害而执行法律规范的活动。[二百八十一]影响海上交通安全的因素来自于多方面，保障海上交通安全需要当事国在国际法和国内法框架下，依法对海上各项活动进行监督、管理与引导，消除威胁海上航行船舶、海上通航设施或者船港界面活动、船到船活动安全威胁因素。海上交通安全执法以国家主权与海上管辖权为基础，在国家之间有关海洋法律事实、法律地位或权利归属方面存有分歧的区域，海上交通安全执法的基础受到属地管辖等诸因素的影响，进而出现执法冲突。本文在阐述争议海域内海上交通安全执法冲突表现及类型的前提下，分析执法冲突的原因，讨论争议海域内海上交通安全执法冲突协调的基础，并结合相关国际法原则和规定，针对出现最为频繁的海上交通安全执法积极冲突给出协调建议。

一、争议海域的界定

争议海域的产生是历史因素和现代海洋法制度共同作用的结果。不同学者对争议海域的界定与理解并不一致，有学者认为争议海域是因岛屿的主权归属、划界主张重叠、条约解释等不同性质的争议所产生，[二百八十二]因此争议海域不仅包括国家间专属经济区和大陆架主张重

♣【基金项目】教育部重大攻关项目“中国与邻国海洋权益争端问题的国际法理研究”（12JZD048）
【作者简介】李志文，大连海事大学法学院教授，博士生导师、副院长；马金星，大连海事大学法学院2012级法学博士研究生。

[二百八十一] 参见[英]伊恩·布朗利. 国际公法原理.曾令良等译.北京:法律出版社, 2007:333.

[二百八十二] See Milano E, Papanicolopulu I. State Responsibility in Disputed Areas on Land and at Sea. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011(71):588.

叠区域，还包括存在领土主权归属争议的岛礁周边海域和因条约解释不同而对相关海域的法律地位或权利内容产生争议的区域。[二百八十三]还有学者认为，争议海域是基于《海洋法公约》对专属经济区和大陆架的规定，海岸相邻或海岸相向的国家有可能就同一海域主张权利，因双方划界主张不一而形成的权利主张重叠区域，[二百八十四]此时争议海域仅为专属经济区和大陆架主张重叠海域。上述不同观点说明学界对争议海域的界定与范围并没有统一的标准，本文认为，可以将争议海域（Disputed Sea Area）界定为，两个或两个以上国家之间有关海洋法律事实、法律地位或权利归属方面存有分歧的区域。

第一，主张争议海域的主体是国家。国家是国际法权利与义务的直接享受者和直接承担者，也是相关国际法规则的直接针对者（direct addressee of the rules of international law），只有国家才能成为海上领土的所有者和海上管辖权的主张者。围绕海洋法律事实、法律地位或权利归属而衍生的国际法权利和义务只有通过国家才能及于个人，或者通过国际法转化为国内法，由国内法贯彻到个人。自然人、法人、国际组织等非国家行为体虽然能够成为国际争端的主体，但并不能成为主张争议海域的主体。原因在于，虽然非国家行为体与争议海域之间有着密切的联系，但是这种联系与国家和争议海域之间的联系具有本质上的差异。非国家行为体在国际法中不具备主张海洋法律地位存在分歧的主体资格，自然人等非国家行为体可能根据国际条约受到保护或因为国家间存在海洋法律事实、权利归属争议损及个人利益，但此时的非国家行为体实则为争议海域的受益者或受损者，并不因此而具有主张争议海域存在的国际法上的人格，至于国家之间有关海洋法律事实、法律地位或权利归属方面的分歧是否起源于对私人利益的侵害，对认定争议区域的存在则无关紧要。[二百八十五]

第二，争议海域存在于国家管辖海域和公海。国家管辖海域是指一国管辖的内水、领海、毗连区、专属经济区和大陆架水域。内水、领海以及群岛水域是国家区域的组成部分，沿海国对其享有无须宣告的主权。因此，沿海国在这些海域所实施的管辖为国家海上主权管辖，沿海国对其内水、领海、群岛水域享有完全的、排他性的主权权利。在此基础上，沿海国在这些水域享有立法管辖权和执法权。目前，世界上绝大多数争议海域都位于专属经济区和大陆架水域，受到岛礁归属或领海划界争端的牵连，部分领海划界主张重叠区域也属于争议海域。对于公海之上的特定区域是否能够成为争议海域，关键问题在于国家管辖权是否能超越专属经济区和大陆架水域延伸至公海。虽然《海洋法公约》规定公海对所有国家开放，不论

[二百八十三] 龚迎春. 争议海域的权利冲突及解决途径.中国海洋法学评论,2008(2):78.
[二百八十四] 宋芸伊.论争议海域各方在达成划界协议前的国际法义务—基于联合国海洋法公约第 74/83 条第 3 款的考察.研究生法学,2012(5):55.
[二百八十五] 参见张爱宁编著.国际法原理与案例解析.北京:人民法院出版社, 2000:672-673.

其为沿海国或内陆国，任何国家不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权之下，[二百八十六]而在现有国际公约框架下，位于公海上的特定区域也能够为国家管辖支配。根据《海洋法公约》第 260 条，任何国家享有公海科学研究自由，并可以在公海的科学研究设施周围设置宽度不应超过五百公尺的安全地带。[二百八十七]在《生物多样性公约》、SOLAS 74 公约第 5 章和 MARPOL73/78 公约第 6 章中，[二百八十八]经主管国际机关审核批准，环境保护区、避航区（Area to be Avoided）、特别敏感海域（Particularly Sensitive Sea Area）等也可以延伸至公海。[二百八十九]2009 年 11 月在第 28 届南极生物资源养护委员会大会决定设立南奥克尼群岛南大陆架海洋保护区，是在公海上设立的第一个海洋保护区。[二百九十]甚至有的国家通过单方面立法，将海上交通安全管辖空间范围延伸至公海，如 2004 年澳大利亚建立的海事识别区（Maritime Identification Zone）覆盖了其海岸向外 1000 海里的区域，并设置三级递进式海上交通管理制度，由于该区域覆盖了印度尼西亚部分管辖海域，引起两国间有关管辖海域范围的争端。[二百九十一]

二、争议海域内海上交通安全执法的冲突

执法冲突，是两个或两个以上行政机关依照法定职权和程序行使管理权，为施行法律而实际采取行政行为权力的冲突。[二百九十二]海上交通安全执法依附于国家主权与海上管辖权而存在，由于当事国在争议海域的权利主张依据各异，由此导致不同国家在海上执法中对同一海上交通行为均主张管辖或放弃管辖的情况。

第一，争议海域内海上交通安全执法积极冲突。海上交通安全执法积极冲突是争议海域两个或两个以上的当事国对于同一海上交通安全行为或事件主张管辖，进而导致执法权交叉或重叠的现象。海上交通安全执法积极冲突的后果是当事国均明确主张在争议海域内享有海上交通安全执法权，在执法中出现当事国间执法力量的直接对峙或冲突，或在海上交通安全执法中引起“一事再罚”，针对同一法律事实作出不同评价。积极冲突是争议海域内海上交

[二百八十六] 参见《海洋法公约》第 87 条第 1 款、第 89 条。
[二百八十七] 参见《海洋法公约》第 260 条。
[二百八十八] See Ylva Uggla. Environmental protection and the freedom of the high seas: The Baltic Sea as a PSSA from a Swedish perspective. Marine Policy, 2007(3):253.
[二百八十九] See A. M. Haren. Reducing noise pollution from commercial shipping in the Channel Islands National Marine Sanctuary: a case study in marine protected area management of underwater noise. Journal of International Wildlife Law and Policy, 2007(2):153.
[二百九十] 桂静等.国家管辖以外海洋保护区的现状及对策分析.中国海洋法学评论, 2011(1):200.
[二百九十一] 2005 年，澳大利亚将海事识别区改名为海事识别制度（Maritime Identification System），但实质内容未变。参见薛桂芳.澳大利亚海事识别区初探.高之国, 张海文主编.海洋国策研究文集.北京:海洋出版社,2007:208-210.
[二百九十二] 参见徐加喜.论行政执法的法源冲突及其解决途径.政治与法律,2012(3):10-11.

通安全执法冲突常态化表现形式，也是目前发生频率最高、范围最广的海上交通安全执法冲突类型。从常设国际法院、国际法院、国际海洋法法庭和仲裁法庭已受理的案件看，与争议海域内海上交通安全执法冲突相关联的案件，均表现为积极冲突，其主要原因不仅在于一国主动维护其在争议海域的海洋权益，更重要的是当海域主权或管辖权争端明确化后，当事国通过管理海上交通活动，谋求有效巩固本国在争议海域的权利主张，阻却其他争议当事国单方面采取权利固化措施，[二百九十三]避免形成他国在管辖上对争议海域存在“和平且无间断”的有效占有或实际控制，进而博取其在争议海域权利主张方面的管辖权证据。

第二，争议海域内海上交通安全执法消极冲突。海上交通安全执法消极冲突是对发生在争议海域的同一海上交通安全行为或事件，当事国在海上执法中均主张没有管辖权的情形，其结果是发生在争议海域的海上交通安全行为或事件不能得到有效的行政监管，或当事方的权利不能通过海上执法活动得到救济。在争议海域内出现海上交通安全执法消极冲突，固然不排除一国基于外交、国际关系、执法成本、利益保护需求等因素的考虑，但是也存在相应的法律问题，包括对于海上交通安全行为或事件缺少立法管辖依据，或当事国缔结参加的国际公约中没有相关的责任条款加以约束，或面临高昂的管理成本及繁琐的管理程序等，进而放弃对争议海域内海上交通活动的监督、管理或救助。如据 IMO 统计数据，全球海盗袭击商船发生频率最高的区域为依次中国南海、西非海岸和西印度洋区域，[二百九十四]这些地区不仅是国际主要航线途径区域，其中不少海域都处于领土主权或海域划界争议之中。[二百九十五]面对海盗和海上抢劫活动对区域内海上交通活动的威胁，争议海域当事国在海盗的管辖与惩治问题上并没有太大的责任感与积极性，甚至也没有主动在争议海域内实施反海上安全执法。

三、争议海域内海上交通安全执法冲突的原因

传统国际法认为国家领土内一切人和物都属于国家属地权威的支配范畴，争议海域是国家属地管辖的重叠区域，该海域内的海上交通安全执法冲突主要源自于领土归属和海域划界争端。由于《海洋法公约》未能解决好领土主权与管辖权衔接的问题，客观上也加剧了争议海域内海上交通安全执法冲突。

第一，立法冲突是引起争议海域内海上交通安全执法冲突的表层原因。立法冲突指当事

[二百九十三] [英]奥本海著，詹宁斯等修订．奥本海国际法·上卷（第二分册）.王铁崖等译．北京:中国大百科全书出版社，1998:92.

[二百九十四] See IMO.Reports on Acts of Piracy and armed Robbery Against ships Annual Report 2013. MSC.4/Circ.208,1 March 2013, para.5.

[二百九十五] See Delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau. Reports of International Arbitral Awards, XIX, 1985:149-196.

国依据一定职权和程序，运用一定技术，制定、认可和变动法律权能与内容的冲突，[二百九十六]立法冲突有国内冲突与国际冲突两种类型，引起争议海域内海上交通安全执法冲突的立法冲突是典型的国际冲突，直接表现为争议当事国之间国内立法内容的冲突和管辖权的差异。由于国家领土主权所有特征在立法上都有所反应，威慑于以领土为中心的领域，[二百九十七]因而立法冲突普遍存在于岛礁归属与海域划界争端当事国之间。如在中日钓鱼岛争端中，中国《领海及毗连区法》、《海上交通安全法》与日本《领海及毗连区》、《航行救助法》、《海上保安厅法》等有关海上交通安全管辖空间范围，均包括钓鱼岛及其周边海域，执法权限分配也存在互相冲突。[二百九十八]由于各国为了保护自己的利益在一定程度上都赋予了法律的域外效力，尤其是受到属人法或利益保护的驱使，国家管辖海域外的非本国国民实施的某一行为侵犯了本国海上交通安全或者海上交通利益，[二百九十九]通过行使属人管辖或保护管辖，第三国与争议海域当事国之间在争议海域内同样能够发生立法冲突，这种立法冲突引发的执法冲突通常表现为第三国对争议海域当事国海上交通安全执法行为的抗拒或对执法权合法性的质疑，而非表现为两国海上执法力量的直接对峙。由于立法内容和模式决定着执法的内容与行使方式，因而只要争议海域内存在海上交通安全立法冲突，则必然存在国家间执法冲突。

第二，领土归属和海域划界争端是引发海上交通安全执法冲突的根源。领土主权是国家主权的重要组成部分，在“陆地统治海洋”原则的支配下，国家领土主权是其获取海洋权利的基础，也是国家主张属地管辖的最基本条件，因此海上领土状况是确定沿海国海洋权利的出发点。[三百]近代国际海洋法编纂以来，海上交通活动的权利范畴相继得到国际公约的统一规范，海上航行、海上交通安全标准、海上执法方式与内容等也相继得到国际公约的确认，一系列有关海上交通安全的国际法制度得以确立和发展，国际社会制定了数量庞大的专门性公约对国际海上运输、海上作业、海洋科考等领域的海上交通行为予以调整。而公约确立的这些权利范畴与海上交通安全管理制度，无不基于国家海上领土主权或海上管辖权进行设计或贯彻，一个国家行使海上交通安全管辖的权利是以它的领土主权和海上管辖权为依据的，海上交通安全执法是国家主权和海上管辖权在海上交通安全领域的具体化。在无法有效或明确

[二百九十六] 参见黄进.论宪法与区际法律冲突.法学论坛, 2003(3):55;周旺生.立法学(第二版).北京:法律出版社,2009:3.

[二百九十七] 杨利雅.立法管辖权对冲突法的影响.政法论坛, 2010(2):104.

[二百九十八] See Zou K.Y. Maritime security and multilateral interactions between China and its neighbours. China Turns to Multilateralism, 2007: 147; R C. De Castro. China and Japan in maritime Southeast Asia: extending their geo-strategic rivalry by competing for friends. Philippine Political Science Journal, 2013(2): 151-153.

[二百九十九] See Art. 402 the Fourth Restatement of the Foreign Relations Law of the United, Jurisdiction - Tentative Draft No. 1 2014.

[三百] See Judgment on the case concerning Maritime.Delimitation and Territorial Questions between Qatar and. Bahrain (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports, 2001, para.185; Judgment on the case concerning Territorial and Maritime Dispute between in the Caribbean Sea(Nicaragua v. Honduras), ICJ Reports, 2007, para.113.

确定领土归属的情况下，就无法解决海域划界问题，进而也不可能解决国家海上管辖权冲突，更无法限定不同主体享有的海上交通安全诸多类型权利的内容，及当事国海上交通安全执法的空间边界。因此，海洋领土和划界争端是造成当今海上交通安全执法冲突的最主要根源。

第三，《海洋法公约》制度缺陷造成争议海域内海上交通安全执法冲突。争议海域的存在是一种客观状态，如果当事国在争议海域的活动受到有效的双边或多边条约协调，就能避免在争议海域出现海上交通安全执法冲突。《海洋法公约》被各国公认为管理海洋和利用海洋最重要国际法依据，一方面，公约规定的领海、专属经济区和大陆架制度，对扩展海上交通安全管辖空间范围起到了法律支柱的作用。另一方面，《海洋法公约》并没有处理好领土主权与管辖权的衔接，在内容上过多地强调了缔约国享有的海洋权利，对于未划界海域与划界冲突海域管辖没有给予强制性的指引规范，没有对一些公约条文涵义作出明确限定，致使当事国在领土与划界冲突海域竞相援引《海洋法公约》进行海上管辖角逐时，往往是把公约内容中利己部分予以最大化诠释，而对于公约规定的顾及义务和公平解决争端义务，[三百〇一]加以淡化处理，由此客观上造成争议海域内海上交通安全执法冲突。如在南海争端、利吉丹岛与西巴丹岛主权案中，[三百〇二]当事国主张领土归属和海上执法的依据均包括《海洋法公约》，但《海洋法公约》恰恰未能平衡好近现代国际法领土取得制度与海上管辖间的冲突，导致当事国虽然均主张区域内的海上交通安全执法行为活动应符合公约的规定，但在执法权归属方面却存在激烈的冲突，且无法在《海洋法公约》的法律框架内得到弥合。《海洋法公约》诸多条款涵义模糊，加剧了海上交通安全执法冲突。[三百〇三]

四、争议海域内海上交通安全执法冲突的协调

（一）争议海域内海上交通安全执法冲突协调的基础

争议海域并不是国家管辖权真空区域，国家主权和海上管辖权依然是协调争议海域内海上交通安全执法的法理基础。从逻辑上看，争议海域的存在就是国家主权或海上管辖权冲突的结果。反过来，协调争议海域内海上交通安全执法还要以主权和海上管辖权为基础，似乎

[三百〇一] 参见《海洋法公约》第 56 条第 2 款、第 59 条。

[三百〇二] 国际法院否定了双方以条约为基础的权利主张，而将有效占领作为重要因素进行审查。法院认为，印度尼西亚渔民将此海域作为渔业活动的传统水域、甚至军舰打击海盗等活动，因为不具有立法或管理性质，都不能认定是国际法上的“有效占领”，不构成权利主张的依据。马来西亚颁布保护海龟的法律、建立鸟类保护区、设立灯塔等行为，属于官方的管理行为，具有立法、管辖和准司法性质，表明了马来西亚以国家的形式对里格滩岛和西巴丹岛进行主权管理的意图，而且印度尼西亚并未提出异议或抗议。2002 年 12 月 17 日，国际法院将两岛主权判归马来西亚。参见邵沙平主编.国际法院新近案例研究(1990-2003).北京:商务印书馆, 2006:375.

[三百〇三] 关于 2009 年“无暇号事件”参见余敏友, 雷筱璐.评美国指责中国在南海的权利主张妨碍航行自由的无理性.江西社会科学, 2011(9):13-17.

存在法理悖论。但如果否认主权与海上管辖权在争议海域内的存在，争议海域也就不具有“争议”了。事实上，排除国家在争议海域行使海上交通安全管辖权，不仅无助于争议的最终解决，而且还会直接影响海上通航安全保障，放纵威胁海上交通安全的因素任意扩张。

第一，国际条约法和习惯国际法中不存在禁止当事国主张争议海域海上交通安全执法的规定。现有与海上交通安全管理密切相关的多边条约、双边条约和国际习惯中，均未对争议海域内国家海上交通安全执法作出特殊安排，也没有哪一部条约禁止当事国在争议海域内主张海上交通安全执法权。虽然部分 IMO 公约顾及到了争议海域对海上交通安全执法的影响，[三百〇四]但公约依然认为争议区域也是两国或两国以上政府具有共同利益的特定区域，当事国在该特定区域内实施海上交通安全执法时，应在达成协议的基础上制定联合提案，明确说明其对该区域海上交通安全管理措施的表述和使用。但 IMO 公约的规定只是从形式上规范当事国在争议海域行使海上交通安全执法权，而非否认当事国在争议海域拥有的执法权。

第二，国家主权和海上管辖权作为协调争议海域海上交通安全执法的法理基础具有普遍适用性。1982 年《海洋法公约》生效后，国家海上管辖权从内水、领海，扩展至毗连区、专属经济区、大陆架和公海区域。在《海洋法公约》中，沿海国对这些新扩展区域的权利被公约表述为“必要的管制权”、“专属的管辖权”、“主权性质的权利”等，这反映出《海洋法公约》并不认为争议海域具有特殊的法律地位，能够超越公约关于海域法律地位的划分而独立存在。海上交通安全执法冲突只是争议海域内一种客观存在的事实状态，国家主权和海上管辖权是海上交通安全执法冲突出现的基础和前提，对于海上交通安全执法冲突的承认是在确认国家主权与海上管辖权的基础上进行的，这是《海洋法公约》对国家海上管辖权层级的明确排序，也是各国公认的顺位。因而，也就无法对国家主权和海上管辖、争议海域和海上交通安全执法三者进行独立分割。在因海域划界产生的争议海域中，当事国争议的内容往往是海上边界线的位置和因划界产生的海域归属问题，对争议海域依《海洋法公约》中海域制度而享有的法律地位，则普遍存在共识。如尼加拉瓜诉哥伦比亚领土和海洋争端、[三百〇五]中日东海划界争端中，当事国对争议海域属于专属经济区和（或）大陆架的法律地位是不存在认知差别的。所以，无论当事国哪一方在争议海域内主张海上交通安全执法，都要遵从《海洋法公约》有关专属经济区和大陆架内管辖权规定。因此，争议海域的存在并影响将国家主权和海上管辖权作为海上交通安全执法的法理依据予以适用。

（二）争议海域内海上交通安全执法冲突协调的建议

[三百〇四] 参见 SOLAS 74 公约第 5 章第 10 条第 5 项。

[三百〇五] See United Nations.Report of the International Court of Justice, 1 August 2011-31 July 2012, General Assembly Official Records, Sixty-seventh Session, Supplement No. 4, 2012:30-31.

争议海域内海上交通安全执法冲突协调合理可行。从逻辑上讲，执法冲突根源于立法冲突，将执法冲突协调置于优先序位似乎在“舍本逐末”，违背了基本的法理逻辑，然而优先协调执法冲突更具有实际意义。一方面，主权是国家进行统治的绝对和永久的权力，是一切法律的最终源头，要从根本上解决争议区域内海上交通安全执行管辖冲突，只有化解国家在争议海域内的海上领土主权和海域划界争议一条途径，无疑这条途径是艰巨、漫长且复杂的。解决争议海域内海上交通安全执法冲突属于事务性合作范畴，在最终解决导致争议海域产生的岛礁归属或海域划界问题之前，以务实的态度和不损及国家主权及管辖权的精神，优先解决海上交通安全执法冲突更具有可操作性和现实需求性。[三百〇六]另一方面，执法冲突协调前置并不损及彼此立法管辖。执行管辖决定着立法管辖的实现，按照立法管辖权制定的法律，只有通过执法才能实现其价值和生命。对争议区域内海上交通安全执法冲突予以协调，既不会改变争议海域的法律地位，也不会形成国际法中的“先占”或“实际控制”，更不会造成在争议海域排除当事国一方面海上交通安全立法管辖的事实。因此，在短时间内无法解决海洋领土归属与海域划界争议的情况下，应先行在事务合作层面协调海上交通安全执法冲突。由于争议海域内海上交通安全执法冲突中极少出现消极冲突的情形，因而本部分仅讨论海上交通安全执法积极冲突协调问题。

第一，争议海域内海上交通安全执法冲突协调应遵循公约中“限制性”条款的规定。“限制性”条款是公约对相应的国际法主体设定义务，不允许依照其意志加以变更的条款，主要表现为要求相应的国际法主体应当去履行或则协助履行其他人相应规则的实现。[三百〇七]一般而言，国际公约对国家行使立法权的规定一般是“扩充性”条款，即只是规定缔约国在哪些情况下可以或应当行使立法权，为防止各国之间执法权相互冲突，国际公约对缔约国行使执法权设定了一些“限制性”条款，这些“限制性”条款的适用具有普遍性。根据协调内容不同，对争议海域内海上交通安全执法冲突协调设定基本准则的“限制性”条款以分为三类：第一类，规定执法冲突中的通知义务。争议海域内当事国进行海上交通安全执法时，尤其是针对违反公约义务的行为实施管辖时，出现属人、属地等管辖权冲突的，应对管辖权冲突方履行通知义务，如 MARPOL 73/78 公约第 4 条第 3 项、[三百〇八]2004 年《压载水公约》第 8 条第 1 项[三百〇九]。第二类，规定执法行为准则。此类行为准则由通常被表述为公认的国际法准则、一

[三百〇六] 威廉•泰特雷.国际冲突法—普通法、大陆法及海事法.刘兴莉译, 黄进校.北京:法律出版社, 2003:8-9.

[三百〇七] 参见黄涧秋.论国际刑事法院管辖权与国家主权的关系.现代国际关系,2004(7):33-38.

[三百〇八] MARPOL 73/78 第 4 条第 3 项：“如有关某一船舶违反本公约事件的情况或证据已提交该船的主管机关，则该主管机关应迅速将其所采取的行动通知提供上述情况或证据的缔约国和本组织。”

[三百〇九] 2004 年《控制和管理船舶压载水和沉积物国际公约》第 8 条第 1 项：“应禁止对本公约要求的任何违犯；无论违犯事件在何处发生，均应根据有关船舶的主管机关的法律确定处罚。如果主管机关得知此种违

般国际法的规则和原则、符合国际法的措施等，[三百一十]在当事国执法冲突中也应当贯彻或遵守此类准则，如 1989 年《国际救助公约》第 9 条、[三百一十一]ISPS 规则第 4.34 条。[三百一十二]至于行为准则的具体内容，需要依靠公约解释或通过国际司法机构对具体案件的裁决予以阐明。第三类，规定执法冲突的解决方式。即面对已经出现或可能出现的执法冲突，公约要求当事国应当首先履行协商义务，在尊重主权和在平等互利的基础上，通过外交或其他途径，与相关国家建立协商和沟通机制，而通过缔结双边或多边协定的方式，调和争议海域内海上交通安全执法冲突。协商不成时，再行根据公约预设的前提条件，在当事国共同缔结参加的国际公约框架内，依据公约有关争端解决机制的规定，诉诸国际司法、仲裁机构进行公断，如 MARPOL 73/78 公约第 10 条、[三百一十三]2007 年《残骸清除公约》第 9 条第 1 项等。[三百一十四]

第二，应分别适用属人管辖优先与最密切联系原则协调争议海域内海上交通安全执法冲突。如果国家间无法或尚未就海上交通安全执法冲突达成协议，而且又都不肯在管辖权上作出让步，从缓和争议海域紧张局势和降低海上交通安全执行管辖冲突几率方面考虑，本文建议，可以遵循两种方式：一是，争议海域当事国之间直接发生海上交通安全执法冲突时，应当遵循属人管辖优先。即争议海域两个或两个以上当事国对争议海域内同一海上交通活动中当事人的同一行为主张执法管辖时，依据属人原则行使执法权的国家优先行使管辖。一般而言，在国际交往中，属地管辖较属人管辖更具有优先适用地位，[三百一十五]但是由于争议海域本身对属地管辖基础构成的挑战，加之国际法给予各国行使立法权的空间要远大于行使执法权的空间，各国若完全依据本国立法中的管辖权规定，借助于主张属地管辖优先实施海上交通安全执法时，则争议海域内海上交通安全执法冲突将会更加频繁与复杂。当事国对位于争议海域的本国国民的控制同该国民受到其他争议海域当事国的控制比较起来，更符合最密切

犯事件，则应对此事进行调查，并可要求报告的当事国提供被指称的违犯事件的额外证据。如果主管机关确信有充分证据对被指称的违犯事件提起诉讼，则应按照其法律尽快提起此种诉讼。主管机关应将所采取的任何行动立即通知报告违犯事件的当事国以及本组织。如果主管机关在收到信息后一年内未采取任何行动，则应将此种情况通知报告指称违犯事件的当事国”。

[三百一十] 1988 年《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》序言。

[三百一十一] 1989 年《国际救助公约》第 9 条：“本公约中的任何规定，均不得影响有关沿海国的下述权利：根据公认的国际法准则，在发生可以合理地预期足以造成重大损害后果的海上事故或与此项事故有关的行动时，采取措施保护其岸线或有关利益方免受污染或污染威胁的权利，包括沿海国就救助作业作出指示的权利。”

[三百一十二] 2002 年《国际船舶和港口设施保安规则》第 4.34 条：“第 XI-2/9 条不影响缔约国政府在船舶虽符合第 XI-2 章和本规则 A 部分的要求，但仍认为其构成保安风险的情况下，采取以国际法为基础或符合国际法的措施，确保人员、船舶、港口设施或其他财产的安全和保安。”

[三百一十三] MARPOL 73/78 第 10 条:“在两个或两个以上的缔约国之间对本公约的解释或应用所发生的任何争议，如不能通过这些缔约国之间的协商解决，且这些缔约国又不能以其他方式取得一致意见时，经其中任一缔约国的请求，应按本公约议定书 II 中的规定提请仲裁。”

[三百一十四] 2007 年《内罗毕国际船舶残骸清除公约》第 9 条第 1 项：“如果受影响国家确定残骸构成危害，则其须立即：（1）通知船舶登记国和登记所有人；并（2）就对残骸采取的措施与船舶登记国和受到残骸影响的其它缔约国进行协商。”

[三百一十五] 参见付大学, 韩志红.完善行政执法属地管辖原则的探讨.法律适用, 2012(7):51-56.

联系原则，也体现了在最终解决争议海域问题前，对特定海域内国家权利的约束。二是，争议海域当事国一方与第三国发生海上交通安全执法冲突时，应当遵循优先原则。第三国国民在争议海域内实施的某一行为侵犯了争议海域当事国的海洋权益时，[三百一十六]争议海域当事国与第三国发生海上交通安全执法冲突可能表现为，第三国基于争议海域事实状态而主张争议海域当事国一方不具有海上交通安全执法资格，或争议海域其他当事国介入上述执法冲突中，主张自己才是适格地执法主体。但无论哪种情况，均应当由争议海域当事国中行使执法权在先的国家依据属地原则进行管辖。原因在于，围绕争议海域存在的主权或管辖权争议具有相对性，争议海域当事国在该海域内享有合法的国家主权和管辖权，据此对第三国国民在争议海域内的海上交通活动实施海上交通安全执法时，不存在国际法理障碍。在争议海域其他当事国介入之前，争议海域当事国一方已经对第三国国民具体地海上交通行为主张或实施海上执法的，为了防止执法权冲突或对相对人重复制裁，应当承认时间序位在先的执法权的合法性，这种作法也符合德国、瑞士、日本等大陆法系国家确立的限制本国管辖的法律制度。[三百一十七]

四、结论

争议海域内的海上交通安全执法冲突以积极冲突为主要表现形式，领土归属和海域划界问题是争议海域内的海上交通安全执法冲突的根源，《海洋法公约》未能解决好领土主权与管辖权衔接，在客观上也加剧了争议海域内海上交通安全执法冲突。由于国际条约法和习惯国际法中不禁止当事国主张争议海域海上交通安全执法，国家海上主权与管辖权依然是协调执法冲突的基础。在短时间内无法解决海洋领土归属与海域划界争议的情况下，应先行在事务合作层面，循公约中“限制性”条款的规定，分别适用属人管辖优先与最密切联系原则，协调海上交通安全执法积极冲突。

[三百一十六] See Art. 402 the Fourth Restatement of the Foreign Relations Law of the United, Jurisdiction - Tentative Draft No. 1 2014.

[三百一十七] See Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law. Cambridge University Press, 2008:11-15; Ahdieh R B. From Federalism to Intersystemic Governance:The Changing Nature of Modern Jurisdiction. Emory LJ, 2007 (57): 1.

国际人权法视野下我国海员社会保障机制研究

张敏冼婧晗

摘要：我国海员权益的保护虽然取得了关注，但是海员劳工法律保护体系的完善需要很漫长的过程，尤其是海员社会保障机制的建立在我国面临很多障碍。《海事劳工公约》的生效与强制履行使海员权利已经从一个国内法的问题转变为一个国际法的问题。从海事劳工这个具体人权领域的现实表现、发展途径和未来前景来分析，所赋予国家在海员人权法领域的国家义务来看，对超越国内现实和立法的限制所具有的创新性意义。同时，这将我国海员人权保护的实现在具体人权领域对我国人权进程作出贡献。

关键词：国际人权海员劳工海员社会保障

所谓人权，谓“人之为人应当享有的权利”[三百一十八]。人权作为一种普适性权利和道德权利，通常存在于一般的法律关系的抽象观念，只有当具体的法律关系中产生的侵害或争议上升到人权的层面，这时候具体法律关系中的人之权利才是属于人权的范畴。换言之，人权须经由制度化中介的表达和确认。在人权法领域中不同国家即使在人权实现的具体方式、各项人权发展顺序、人权保障的条件和手段等方面有不同的侧重和明显的区别[三百一十九]，就其落实与现实享有的路径，也脱离不了由道德性和应然性权利主张向实证权利转化的规律。本文认为，从抽象的人权理念到人权的制度表达，往往是用一套权利运行机制以某种逻辑化和实证化方法，来贯彻和推行一定的人权观念和人权理论。

一、海员劳工权益：国际法下人权理论的具体化

人权作为一项国家的基本道义原则，在国际社会往往以此作为评判一个国家优劣的重要标准，一个国家是否合服保障人权的要求具有国际法上重要的意义。国际人权法作为国际法的一个分支，国际人权的制度表达更是体现了人权理论具体化，从而建构人权体系的研究取向。判断具体人权制度是否具有国际法治的起点，是对具体人权现实表现、发展途径和未来前景研究的基础性任务。

本文将以海员劳工权益法律保护进行实证研究，从国际法治的要素构成入手，来分析海员劳工的人权问题是否属于国际人权法的范畴之内。进而以国际法治要素为规范标准，围绕国际人权保护法律化和制度化的实现，来对海员劳工国际人权法治问题进行初步探讨。

首先，明确国际法治要素的基本要求。亚瑟•瓦茨认为国际法治的要素主要为“法律的完整性和明确性、法律面前的平等、没有专断权、法律的有效实施”。[三百二十]对国际法治要素可以理解为平等性、规范性和司法性。（1）平等性指是指依据国际法具有的形式，国际社会主体的法律地位平等。即国家等国际社会主体严格依据对其生效的国际法享有权利和承担义务，在国际法制定的过程中，国际社会主体能充分表达和体现自己的意志和利益。（2）规范性是指国际法普遍适用于国际社会的每个成员，指引国际社会主体行为的国际法公开存在并易于获，国际法规则应当内在一致和相互协调，国际社会主体不会由于国际法的不一致和相互矛盾而无所适从，国际主体依据稳定的法律能够预见自己行为的法律后果。（3）司法性指国际法治中应有对各国不履行国际法义务的情形进行司法管辖和裁判的专门机关。尽管国际

[三百一十八]夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》[M],北京：中国社会科学出版社，2007.

[三百一十九]刘海年：《新中国人权保障发展六十年》，中国社会科学出版社，2012 年，第 153 页。

[三百二十]［英］亚瑟•瓦茨：《国际法治》，［德］约瑟夫•夏辛、［德］容敏德编著：《法治》，阿登纳基金会译，法律出版社 2005 年版，第 103 －117 页。

社会不存在中央司法机关和司法程序，但仍注重国际法规定的监督和落实。即使国家主权平等仍然要求国家应当善意执行自愿接受的国际司法裁判。

然后，分析海员劳工法律保护与国际人权法要素的契合性。

在没有贸易之前，劳工问题只是一国的国内问题。经济全球化变成了国家经济不可或缺的组成部分，劳工问题也就成为了一个国际问题。国际劳工标准正是劳工问题国际化的产物，是指“超越一国主权范围、旨在约束各国政府及企业雇主的行为，保护劳动者权益及调整劳动关系的基本规则[三百二十一]，国际劳工标准是国际劳工组织保护劳动者权益的基本标准。国际劳工标准的内容涵盖了劳动和社会保障领域的各种问题。国际劳工标准实际推崇的是一种基本的道德价值观，即是一种基本人权。体现在国际劳工标准之劳动专业类标准，包括促进就业、社会政策、劳动管理、劳资关系、工作条件、职业安全卫生、社会保障等方面的公约，无不清晰地体现了人权保护的内容。海员作为国际劳工中的特定群体，人员数量较大，职业特征鲜明，其劳工标准的权益保护具有国际劳工标准的典型性。

1.国际人权法及海员劳工人权保护在国际法治平等性的确立。国际人权法的主体具有多元性，获得国际人权法确认的国际主体包括国家、个人和国际组织，所有国际法主体在缔约、修订和履约过程中具有平等的地位，平等与不歧视是人权法的核心[三百二十二]。而《2006 年海事劳工公约》要求缔约国依据平等地承担海员权利保障义务和享有缔约国权利。公约从制定合理的生效条件着手，在确保世界商船队中有足够的船舶数量受到公约的约束基础上，对那些未批准公约国家的船舶作一视同仁的要求。

2.国际人权法与海员劳工保护规范性的落实。核心国际人权条约《联合国宪章》、《世界人权宣言》等的形成，均是经过世界各国直接参与创制并形成普遍性人权条约法。与此相一致的是劳工法律保护，以国际劳工标准为代表，所谓国际劳工标准，是指国际劳工大会通过的国际劳工公约书和建议书，以及其他达成国际协议的具有完备体系的关于处理劳动关系和与之相关联的一些关系的原则、规则[三百二十三]。自 1920 年以来国际劳工组织通过了大约 40 项海事劳工公约和 29 项海事劳工建议书，涉及海员的招募和安置、最低年龄、工作时间、安全、卫生和福利、劳动监察和社会保障等。由于这些国际标准对改善海员的工作和生活条件并没有产生实质性影响，国际劳工组织理事会从 2001 年开始对过去 80 多年，通过对 60 项海事劳工协定进行修订，清除了现行劳工标准中彼此矛盾的和过时的条款，并从结构上对公约进行了改进，从内容上进行了丰富，使之成为一部适应现代形势和富有人性化、细节化、具体化的综合性海事劳工公约[三百二十四]。

3.海员劳工权利司法性的突破和进步

尽管国际法治领域重视对国际法规定的监督与落实，由于国际法领域不存在统一的超国家的，能够保证条约和国际习惯履行的司法机关，以及国际法下的司法程序，甚至核心国际人权条约都没有赋予人权条约机构作为司法机构解决争端的权利等因素，这从根本上决定了国际人权法领域下的强制性义务最终是形式性的。国际人权法保障的实际效果最终还取决于各国国内法的保障程度[三百二十五]。海事劳工公约与其他国际劳工标准的执行相比，具有很大的突破和进步。

海员劳工标准的强制力，在司法层面是通过两个途径来实施的：一是把国际劳工标准纳入成员实施计划，成员批准公约意味着将其纳入国内立法，国家立法与国际劳工组织的司法

[三百二十一]王家宠: 《国际劳动公约概要》，中国劳动出版社，1991 年版第 15 页。

[三百二十二]Jorome J. Shestack, The Jurisprudence of Human Rights, in The odorMeron (eds), Human Rights in International Law: Le-gal and Policy Issues, 1984, p. 101.

[三百二十三]王家庞：《国际劳动公约概要》[M]，中国劳动出版社.1991 年版，第 15 页。

[三百二十四]康文宝黄连忠：《<2006 年海事劳工公约>.对我国海运业的影响及对策》，载于《大连海事大学学报(社会科学版)》2008 年 7 月。第页。

[三百二十五]刘玥琪：《论国际人权保护机制的特点》，载于《法制与社会》2008.07，第 293 页。

执行机构由此建立了协作关系。二是通过国际组织对成员的权力控制，海事劳工公约控制公约有效实行的机制建立了确保公约有效、全面履行的执行措施。这些执行措施包括国际和国内两个层面上的执行，即通过船旗国和港口国的控制来增加遵守公约的检查和发证系统，船旗国对于符合公约之国内要求的船舶签发《海事劳工证书》和《劳工符合声明》的方式保证公约的有效实施；在港口国监督中，扩大了因海员劳动条件不符合标准作为滞留船舶的依据。同时，还建立了船上投诉程序，督促海员在发生不满和纠纷时，尽量在发生地就近解决。申诉也是一种准司法的措施，国际劳工组织宪章规定了申诉程序，雇主组织和雇员组织，国内组织或者国际组织，对已经加入的协议没有以他们满意的形式得到执行，可以提起申诉程序[三百二十六]。

综上，依据国际法治要素审视海员劳工权益的国际人权法律保护实践，本文认为海员的人权保护在国际人权法治总体上已经确立，尤其在规范性要素方面已达到较高水平。虽然司法性要素上的不足，但不可否认海员劳工人权在国际法治领域初步确立其地位。

二、海员权益国际保护：从实证权利到人权观念

海运作为世界真正的全球性产业，海员是海运产业中最具有决定性的力量，是一个具有较高的技术性、较大的风险性、较广的涉外性和较典型的社会性的特殊职业。海员权益的保护得到国际社会的关注。《2006 年海事劳工公约》，之所以被称为“船员权利法案”，在内容上不仅包括海员上船工作最低要求、就业条件、工作和休息时间、工资、休假、遣返、起居舱室、娱乐设施、食品和膳食服务等微观内容；还包括对整个海员职业应当涉及的职业安全和健康保护、医疗、福利和社会保障等宏观方面；甚至把对船员权益的保护上升到精神层面：国际劳工局局长胡安•索马维亚（Juan Somavia）在 1999 年向大会提交的《体面的劳动》的报告中，提出了给人以“体面的劳动”的新观念。体面劳动作为一项经济全球化时代的社会政策目标，在海事领域里为有效统一全球海员劳动保护和管理的法律与实践起到指示作用，为全世界海员的工作和生活环境提供全面保障，以政府、船东及海员都能接受的标准和方式保证所有海员都有“体面工作”的权利。

海事劳工公约的制定，充分体现了从海员权益保护到人权理念发展的实质：海事劳工公约与其他国际人权文件相比，在列举的权利方面大体一致，其突出特点在于它建立了一整套不断发展的人权保护机制。尤其是强调海员体面劳动的权利，意味着对海员权益保护关注的侧重点向人权保护方向发生了很大跨越，使海员人权保护已经处于国际法治的起点。通过海事劳工公约的国际立法，海员的人权保护在外观性状上，通过设定海员的各种权利，同时也设立了围绕海员保护的特定的法律关系、社会秩序、利益格局甚至政治结构，形成海员人权的制度表达；在内在机理上，通过海员人权的制度表达，以及并不抽象的权利诉求和实现途径，以海员这个特定的人类生存境况，反应了特定的文化传统、意识形态和价值诉求，连接着对于人类本性和社会本质的认知和思考。例如，海员体面劳动的具体权利，实则反应了人的尊严这一基本人权。海员作为社会成员，不论从国际劳工公约和国内人权的角度，获得尊严和平等对待，是船员过上“体面生活”保证，也是船员个人发展人格自由所必需的政治、经济、社会方面权利的基础，更是船员符合人的尊严生活的前提[三百二十七]。

以海事劳工公约中一项具体权利——海员社会保障权为实证分析，《2006 海事劳工条约》规则 4.5 规定了海员社会保障权：成员国要确保其所在国的海员及其受赡养人能够获取符合本公约规定的社会保障权保护；成员国要采取实际行动确保海员享有并逐步享有全面完善的社会保障权保护；要确保海员及其受赡养人享有不低于岸上工人所享受的社会保障权利标准等等。在此基础上，该公约还对海员所享受的社会保障权利内容进行了详细的规定，并列

[三百二十六]邓剑：《国际劳工标准的强制力》，载于《求索》，2011.3.第 169-170.

[三百二十七]李震山：《人性尊严与人权保障》，台湾台照出版公司 2002 年版，第 8 页。

举了一些常见的权项三百二十八。海员的社会保障权作为应然权利，包括三方面的内容，即社会保险权、社会福利权、社会救济权。社会保险权又包含获得养老保险、疾病保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、遗属保险、生育保险等权利。海员社会福利应区分为海员社会公共福利与职工海员福利待遇。海员社会公共福利主要有海员工会，各港口的海员俱乐部，不以赢利为目的的海员职业介绍所，各港口的海员疾病治疗中心等。职工福利海员这部分特殊福利待遇主要有：遣返费用、船上膳食供应、医疗保健、起居舱室标准、节假日加薪、带薪休假、劳动时间、停雇津贴、伤病津贴、疗养津贴、残疾津贴、遗属津贴、祭葬费等等。海员社会救济权是指当船员生活难以维持最低水准时，有要求国家和社会给予无偿性的食物或其他形式的帮助的权利，使其基本生活得以保障并恢复。正是由于海事劳工公约的赋权，为海员权益的保护构建了一道充分的人权保护屏障。

在本质上，海员社会保障权与人权理念是相吻合的：海员社会保障权的目的是使海员最基本的生存权利得到满足和保障，海员社会保障权主要的保护法益，是当不能控制的道德偶然性而带来的生存风险致使海员生活陷入不利境地时提供的救济。从海员社会保障权和海员作为弱者身份的生存权的关系来看，海员社会保障权是海员生存权的救济方式。海员作为弱势群体，在遇到不利状况时，由于自身救济能力有限，往往是通过“物质请求——国家帮助——维持生存”的救济模式来实现其生存权的。海员社会保障权机制的建立和完善，就将在最大程度上降低海员职业中不能控制的道德偶然带来的不公平和不正义，在此基础上实现海员其他权利的平等权和发展权。

关于中国海员人权的内涵，本文认为，是在国际海事劳工组织制定的统一的公约下，与世界海员劳工统一的标准下，受到国际海事劳工公约保护，保障海员劳工的基本权利和自由。第一，坚持生存权和发展权是首要人权。在海员人权保障中生存权、发展权应受到优先重视，并围绕生存权落实好海事劳工公约规定的系列海员的基本权利。第二，坚持以人为本，在发展海运经济同时，保障海员的政治、经济、社会和文化权利的落实。第三，海员人权的具体制度体现是建立起完备的海员社会保障体系，即海员的社会保险、社会福利、社会救济的建立既有专门立法依据，又有保障海员社会保障有效运行的支持和监督机构。

三、我国海员人权保护短板：船员社会保障体制缺失

在我国，对我国海员权利保护的相关法律法规主要集中在《中华人民共和国海员条例》、《海员服务管理规定》、《海上交通安全法》等海事法规，以及《中华人民共和国社会保险法》、《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国劳动法》等普遍适用于一般职业的法律。此外，还有我国批准加入或在全球范围内生效的的国际公约，如《海员培训、发证和值班标准国家公约（STCW 公约）》、《国际海上生命安全公约（SOLAS 公约）》、《2006 年海事劳工公约》等。上述法律法规形成了我国现有的海员权利法体系，基本上对海员的工作条件、就业条件、工作和休息时间、工资、福利、职业安全和健康保护等内容进行了规定，使我国海员的人权保护得到基本保障。随着法治的进步和人权观念的普及，在制度和法律上，船员群体在享受一般职业群体的权利特别是基本权利方面的平等性基本得到了保障。但是，基于船员职业特殊性的船员社会保障权却还未达到理想水平。

海员的社会保障体制包括三方面的内容，即社会保险、社会福利、社会救济。在立法上，我国目前虽然在为加入《2006 海事劳工公约》进行论证和努力，由人力资源和社会保障部和交通部出台了《海事劳工公约符合申明（征求意见稿）》，但是国内法中海员法仍将在较长时间内缺位，保护船员权益的立法主要体现为部门规章，效力层次较低，缺乏专门的海员社会保障权保护的立法，缺乏专门的海员社会保障权保护的监督管理机构，加上海员社会保障权维权意识薄弱，这些因素共同构成我国海员人权保障的一个短板。

三百二十八中华人民共和国交通部国际合作司编译:《2006 年海事劳工公约》[M].大连:大连海事大学出版社, 2007. 第 138 页。

在海员权益保护的实践中，我国对海员行业的社会保障三个方面都存在突出的问题，反映在社会保险方面突出的问题如下：

第一，对海员的社会保险保障能力不充分，隶属于公司自有海员的社会保险没有考虑到海员职业的特殊性。隶属于公司自有海员，即与公司存在劳动合同关系的海员，这是我国目前海员佣工方式的主要形式。我国海运企业对船公司自有海员的社会保险的安排，主要是参照对陆上职工的做法，船公司在为海员缴纳各种社会保险费用时大多是以其陆上休假期间的工资为准按百分比缴纳。由于海员在船上工作期间的工资与在陆上休假期间的工资相差悬殊很大，我国海员在休假期间一般只发给基本生活费，可见照此种标准缴纳社保对海员不利。海员的职业特性决定了海员所需要保障的需求与陆地上其他职业有很大不同，但目前我国的保障依据主要是普适性社会保障权制度，这就造成了海员社会保障权水平低，对海员职业的保障能力不足。

第二，社会自由海员的社会保险保障制度存有漏洞。当前的海员社会保障权制度只对与船公司建立了劳动关系的海员发生效力，对个体海员、家庭海员还未覆盖，对海员职业的高流动性造成的权利空白没有相关衔接，对海员缴纳义务也没有强制性规定。船公司雇佣个体海员除向其支付在船工资及劳务费用之外，不用负担海员的社会保障费用。而且有相当一部分海员关注眼前利益，也认为与其由公司帮其缴纳足额的社会保险金，不如直接发放现金。因此，海员的高职业风险在相当程度上被转嫁给海员个人而非由社会和雇主共同承担。一旦海员发生意外，社保将无法对其发挥应有的保障作用。

第三，外派海员社会保险保障不足。海员隶属于某一海员中介机构，这种中介机构一般只负担海员的养老保险，除此之外的社会保险无人承担。作为外派海员大国，由于缺乏相应的法律法规，他们在劳动合同中很少涉及社会保障权特别是社会保险条款，致使其社会保障权利难以实现，发生纠纷时也难援引国内法进行维权。

在海员社会福利和社会救济方面，我国存在的主要问题是没有强制的立法，实践中差异比较大，甚至完全存在空白。就海员社会福利而言无论是海员社会公共福利与职工海员福利多没有很好落实，例如，体现海运社会公共福利的组织机构海员工会、各港口的海员俱乐部作用日益削弱甚至形同虚设，不以赢利为目的的海员职业介绍所在实践中更不存在。海员的特殊福利待遇主要有：遣返费用、船上膳食供应、医疗保健、起居舱室标准、节假日加薪、带薪休假、劳动时间、停雇津贴、伤病津贴、疗养津贴、残疾津贴、遗属津贴、葬祭费等待遇，目前我国各海运企业做法不一。由于没有法律的强制规范，很多海运企业或是根据交通部的若干规定来执行，或是没有给予这部分福利待遇。由于我国没有这方面的法律规定，进而外派船员的这种权益也不能得到法律保障。目前，我国最紧迫的一个问题是发生外派船员在国外被遗弃等情况下（欠薪 2 个月就算被遗弃），处理渠道一般是外交部转交通部，海事局的主要任务是把船员遣返回国，但是被欠薪的船员如果离船后所欠薪金很可能得不到求偿，因此，迫切需要创设有效的法律保证制度。至于具有国际性的海员社会救济，由于海员的职业特点是流动性大，在海员社保的国际合作方面，规定公约的各成员国在不违背本国社会公共秩序的前提下，应互相合作，无论海员居住在哪里，应保证海员获得通过缴费或不缴费的机制所提供的社会保障权利。各国在建立相应社会救济制度的情况下，应当相互协作给予难民海员以物资帮助，但是这一制度的建立在我国同样需要较长时间的努力。

上述我国海员社会保障制度的缺失，虽然根本原因在于立法的空白，但是法律的产生植根于社会的经济基础、社会政策、文化乃至意识形态。国家社会保障制度的完善，海洋与航运经济的发展水平，航海文化的影响以及海员的社会地位等因素，无不影响着一个国家海员社会保障体制的实践与理论。本文认为，这些影响因素中，政府在企业、个人的利益博弈起到关键的作用，不可否认的是造成海员社会保障体系的欠缺，与政府的重视不足和政策扶持不力有很大的关系。

四、保障海员人权权利落实的国家义务

国际人权法的重心和目的在于保护和实现人的权利，国家作为国际人权法的核心与基础，必然是国际人权法中最主要的权利享有者和义务承担者[三百二十九]。国家在海员人权保护的义务，区别于其他人权条约所规定的提交报告的义务，接受相关人权委员会监督的义务，成为国家间指控和个人申诉对象等义务，海事劳工公约的根本目的并非为了保障国家之间的相对应的利益，而是为了实现处于各个国家管辖权之下个人——海员的人权。这层权利义务关系并不具有缔约国之间的相对应性，而是缔约国与“在其领土内和受其管辖的一切个人”的权利义务关系[三百三十]。

国家根据国际人权条约承担着人权方面的国际法律义务的一般路径，根据《公民权利和政治权利国际公约》等重要的国际人权公约的规定，公约缔约国对本国人权承担的义务基本包含“承认、承担、保护”。由此可见，在海员人权保护方面，国家承担的人权义务包含以下几个方面：

国家对海员人权的“承认”义务主要是通过立法来实现。对我国而言对海员权益保护的立法是多层次的，包括批准加入《2006 年海事劳工公约》，通过国内船员立法，制定海员权益保障的部门规章等多立法活动，来构建一个完善法律体系确认海员人权。关于加入和履行《海事劳工公约》已经列入我国的海事立法规划中，目前主要妨碍我国政府批准海事劳工公约的主要原因之一，是因为在海事劳工公约涵盖的 37 个有关海员的国际公约中，我国政府仅批准了 4 项，这 4 项公约涉及内容范围，国内立法尚没有相应的内容，更不用说未批准的 33 项公约内容在国内法的空白。据悉，中国政府针对海事劳工公约履行方面，已经准备着手制定《海员服务监督管理办法》、《海上劳动关系调解与仲裁》等相关法律规定。有些工作已经取得阶段性成果，例如《海船海员职业保障规定》作为交通运输部 2012 年的一类立法计划，已经完成了第一次征求意见，进入到起草立法说明上报阶段[三百三十一]。可见，作为对海员人权保护立法的国家义务在我国正在落实和加强，但是与海员人权保护的国际人权保护的要求和国内民生需求尚存在很大差距。

国家对海员人权的“承担”义务是通过海员管理职责的实施来实现。国际人权法的发展重心已经从制订人权标准转向如何强化国际人权的实施效果。在法律中承认海员人权并不足以保证海员人权的完全实现，对海员个人作为人权主体而言，享有法律规范中规定的权利，最重要的是海员的法定权利能够在日常生活中行使。国家有义务以其可供利用的资源，采取一切可能的措施为这些权利的实现提供制度保障，这就为国家设立了保障和促进海员人权的义务。海事劳工公约所涉及海员人权权利包括就业条件、招募和安置、健康保护、医疗、福利和社会保障保护、体检、职业健康等十几项内容，而这些领域将分别由劳动部门、社会保障部门、税务、卫生、交通运输部海事部门等主管部门负责，多重管理机构协调履行能力和合作机制面临严峻考验。

国家对海员人权的“保护”义务综合了立法、执法以及行政管理等方式来实现，是更为重要的义务。这是因为人权权利的实现不能，除了来自私人主体的侵害，更大程度会来自公权力的侵害。海员人权权利被侵犯时没有法定的救济或这些救济不能有效实施，则海员人权的保护在很大程度上将沦为空谈。因此国家必须建立一套有效的机制保护海员人权免受来自任何方面的侵犯。相反，在国际人权法中对于人权被侵犯时，如果一个缔约国未能有效地制止私主体对人权的侵犯或是未能提供有效的救济，则将构成该公约之下的法律责任[三百三十二]。国家对海员人权的保护义务的难点，不是缺乏对私主体侵犯海员人权的规制，而是国家如何

[三百二十九]孙世彦：《论国际人权法下国家的义务》，载于《法学评论》，2001 年第 2 期，第 92 页。

[三百三十]同上，第 95 页。

[三百三十一]郭萍：《国际海事劳工公约带来的影响与应对》，载于《世界海运》2014.03.第 29-35 页。

[三百三十二]孙世彦：《论国际人权法下国家的义务》，载于《法学评论》，2001 年第 2 期，第 91-96 页。

建立一套完善的保护机制，限制国家权力机关的不作为造成的间接侵害。正如在对我国海员社会保障制度欠缺的分析中，政府在建立海员社保机制时，公权力在引导和促进企业、组织和个人等私权利的博弈中没起到应有的作用，政府对海员人权保护的战略意义认知及海员人权保护的顶层设计不到位，导致国家在海员权益保障的政策、法律不健全，在保障海员人权的基本制度，即海员社会保障制度不健全等负面效应，在从国际法上可归责于国家在人权法的责任[三百三十三]。

五、国家保障海员人权的重要途径：建立海员救助基金的探讨

针对海员职业的特殊性和危险性，海员社会保障权是他们生存的护身符，是消除海员生存权障碍的利器，更是体现海员人权权利实现的关键内容。我国现行的海员社会保障制度存在困境中，最根本的问题是缺乏支持海员社会保障运行的经济杠杆。一方面，维护我国海员合法权益的机构，如劳动与社会保障部门、海事部门、海员工会以及行业协会，这些部门或机构都无法从经济上提供给海员社会保障更多的支持。另一方面，支持海员社会保障的其他制度体系尚没建立完善，如，传统社会保障制度满足不了海员社会保险的需求、商业保险、强制保险等方式存在固有的弊端，如，强制保险尽管能够以法律的手段强制性推广，但仍然存在一定程度的脱保率，并且受害人在索赔时不得不面对法律赋予了保险公司的任意选择权，当保险公司选择向被保险人赔偿保险金时，受害人实际上还得再向被保险人提出索赔，这加大了受害人维护合法权益的难度。况且，我国目前针对海员社会保障的强制保险制度尚在探索中。而救助基金之发端就是为了弥补交强险的漏洞，我国通过建立海员救助基金，有效带动海员社会保障体系的运行。

因此，需要对海员救助基金的基本原则问题进行厘清：海员救助基金在相关制度体系中所处的地位，其本身的性质定位，该制度建立拟在海员社会保障体制中发挥的功能，以及相关主体在救助基金中扮演的角色和所承担的职责等。而这些问题的回答需要从人权保护的高度作为指导原则，否则海员救助基金制度难于走向完善。

海员救助基金从体系上既是海员救济机制的一个组成部分，救助基金是为了弥补交强险覆盖面上的漏洞而登上历史舞台的。因此，救助基金为交强险的补充性制度[三百三十四]，也是海员社会保障强制保险的补充性制度。海员救助基金从救助基金的性质定位看，也是国家社会救助体系的一部分。社会救助是指国家与社会面向贫困人口与不幸者组成的社会脆弱群体提供款物接济与扶助的一种生活保障政策，其外延包括灾害救济、贫困救济和其他针对社会脆弱群体的扶助措施[三百三十五]。无疑符合社会救助的本质特征，救助基金作为国家社会救助体系的一员，具有明显的社会保障性质，应当体现社会福利，突出政府的职责。海员救助基金的功能定位，是补偿受害海员无法从其他途径获得赔偿的损害，这也是一般救助基金的基本功能定位[三百三十六]。当海员社会保障的其他机制无能为力的时候，海员救助基金是受害海员寻求救济的保底机制。因此，海员救助基金应当体现社会福利，突出政府职责。如果政府职责不明，资金来源不足，运行监管不力，海员救助基金恐怕难以充分发挥社会保障的功能，体现社会福利的价值。为此，需要建立一个全国统一的，充分体现社会福利，级政府皆能发挥应有作用的救助基金。

业界也曾对有关海员救助基金的具体运行框架进行设计[三百三十七]：设立我国海员救助基金

[三百三十三]王祯军：《论国际人权法中的国家责任问题》，载于《法学杂志》，2007 年第 5 期，第 151-153 页。

[三百三十四]赵明昕：《道路交通事故社会救助基金之制度定位研究》，载于保险研究 2014 年第 3 期，第 108-115 页。

[三百三十五]郑功成：《社会保障学: 理念、制度、实践与思辨》[M]. 北京: 商务印书馆，2000 年版，第 13－14 页。

[三百三十六]同 17.

[三百三十七]中国船员发展与保障中心：《建立我国海员救济援助基金的设想》，载于《中国海事》2012 年第期，第 37-39 页。

的意义在于为广大海员合法权益的维护提供资金保障；海员救助基金的主体，应当建立以财政部为主导，会同劳动和社保部、交通部、海员工会、保险公司等机构的联合管理架构；海员救助基金的管理运作方式，可成立专门的海员救济援助基金委员会，将基金委员会设置在筹备中的交通运输部海事局中国海员发展与保障中心，由中国海员发展与保障中心作为主导单位，进一步联合其他主体共同组成基金管理委员会。基金委员会也可聘请专业的管理团队管理基金的运作，保证救助基金管理组织严密、运转顺畅；在基金筹集上，各级政府，尤其是中央政府都有义务对基金进行财政补贴。寻求中央和地方的财政预算支持作为基金来源的主要渠道，同时推行船东或海员派遣公司为海员购买强制性的商业保险，社会捐赠、基金利息、代位追偿所得等途径逐年补充。此外，对于海员救助基金的其他重要问题，如，基金的资金安全保障、基金违反救助义务时管理人员的法律责任、受害人及其亲属等直接请求权等也需作出制度安排。

总之，建立海员救助基金，从维护海员合法权益，帮助遭意外的海员摆脱困境等具体制度建设将起到完善海员社会保障机制的作用，从海员人权保护方面能体现我国政府对海员体面工作、海员权益保护的重视和积极态度。

结论：建立海员人权保障机制对海运业国家战略的意义

海员群体是航运业的核心要素，是我国打造航运强国、实现海洋战略的重要节点。由于近年来我国海员队伍内部出现人员流失严重、职业吸引力不强等问题，海运行业面临海员人才青黄、职业队伍不健康发展等状况。究其原因，船员社会保障权的不完善是其中重要的因素之一，船员社会保障权保护不仅仅关乎船员职业个人的生存和发展，更与我国的经济发展、社会进步紧密相连，是一个民生和社会问题。中国要成为负责任的大国，就必须重视对劳工权益的保护。在国内重视“劳动法”的地位，完善立法、严格执法；在国际上重视“国际劳工标准”的发展趋势，顺应潮流、与时俱进。

海员人权体系的建立，同时也是一个海员对航运业义务与责任体系的提升。从在广东航运企业的调研反应出，在海员权益保障缺失的同时，也面临着船员队伍中职业操守欠缺，缺乏责任感是造成海上事故和环境损害的重要因素。加强海员人权保护促进海员合法权益，受益方不仅仅是海员，因为人权的保护关涉到整个社会，关乎义务与责任。本文认为，海员在享受到充分的人权保障时，也是其社会责任和职业道德提升之时，也是我国海运企业乃至整个行业蓬勃发展之时，国家海运战略也必将从海员的人权保护中得到更好的实施。

海员人权体系建立对中国人权进程的贡献。一直以来，中国在人权问题上承受西方国家政府组织和非政府组织批评的声音，很多情况下这种批评都是因为外界对中国所出现的人权思想争鸣产生误会和不甚了解造成的。除了通过积极主动参与国际人权讨论，致力于具体人权领域——海员人权保护的具体制度建立和实施，是中国从根本上消除这些偏见产生的可行途径。目前,人权在国际层面的保护像在国内层面的保护一样，主要还停留在理论探讨的阶段，而不是现实的实践当中[三百三十八]。我国如果在海员人权保护制度上取得成就，无疑是对我国的人权进程的重大贡献。“人权得到切实尊重和保障”被我国政府确立为全面建成小康社会的奋斗目标之一。与这一目标相一致，我国政府提出了一系列重大部署和战略举措，为人权保障中国梦提供了实现途径[三百三十九]。海员人权保护制度的有效落实，将是我国在签署了联合国两大人权公约后，在具体人权领域中证明我国已经积极参与到国际人权保护中来的最生动的表达。

作者简介：张敏，女（1968.10—）重庆籍贯，广州航海学院海商法研究中心副主任，

[三百三十八]贺鉴、李伯军、蔡高强：《推进国际人权保护,必须加强人权对话》，载于《太平洋学报》，2005 年第 5 期，第 15-21 页。

[三百三十九]刘海年：《新中国人权保障发展六十年》，中国社会科学出版社 2012 年，第 153 页。

副教授，博士。

冼婧晗，女（1990—）珠海籍贯，广州航海学院海商法研究中心，助教，在读博士。

国际法上“保护的责任”理论体系评析

高 凛

江南大学法学院（江苏无锡 214122）

摘要：“保护的责任”是21世纪初国际法领域出现的新理论，它主要是国家有保护本国公民的责任，而当国家不愿或无力保护本国公民免遭伤害时，国际社会有权干预。“保护的责任”源于冷战结束后集体安全从“保护国家安全”转向“保护国家和公民并重”所面临的挑战。自2001年干预与国家主权委员会正式提出“保护的责任”这一概念以来，经2003年名人小组的部分肯定、2005年联合国秘书长的报告和世界首脑会议以及2009年联合国秘书长《履行保护责任》的进一步规范，“保护的责任”已经发展成为国际社会的一项重要政策规范。“保护的责任”作为预防和限制大规模侵犯人权行为的综合性框架，为国际人权法的发展提供了一条新思路，在国际社会未来的发展中，其理论体系将会得到进一步的完善。

关键词：保护的责任；主权；人权保护；理论体系

一、“保护的责任”理论的发展态势分析

20世纪90年代发生的索马里事件、卢旺达种族大屠杀、塞尔维亚斯雷布雷尼察惨案等事件，震惊了世界，震撼了人类的良知，也表明了联合国行动的不完善与不确定性。因此，国际社会在震惊的同时开始对联合国在处理危机问题上的措施进行着质疑和反思。

（一）2000年安南秘书长的《千年报告》

1999年9月，时任联合国秘书长科菲·安南在第54届联合国大会发言时指出：“如果人类的共同良知不能在联合国找到它最大的讲台，那么人们可能就会以其他手段寻找和平和正义。”[三百四十] 2000年4月，安南在其《千年报告》中提到：“如果人道干涉真的是对主权的一种令人无法接受的侵犯，那么我们应该怎样对卢旺达、对斯雷布雷尼察作出反应呢？对影响我们共同人性的各项规则的人权的粗暴和系统的侵犯，我们又该怎样作出反应呢？”[三百四十一] 卢旺达因缺乏干涉而导致的严重人道主义灾难提醒国际社会对此问题的关注与思考。正因为如此，如何使得人道主义干涉在具有正当性（legitimacy）的同时也具有合法性（legality），这是国际社会和学者们一直持续关注的问题。“保护的责任”正是在此背景下提出的，“保护的责任”的兴起与成型过程带有强烈的现实意蕴。

（二）2001年加拿大的《保护的责任》报告

为了回应安南秘书长在《千年报告》中提出的关于如何协调主权与人权关系的问题，加拿大总理让·克雷蒂安（Jean Chrétien）在2000年联合国大会上宣布成立了“干预与国家主权国际委员会”（International Commission on Intervention and State Sovereignty，即ICISS）。2001年12月，该委员会向全世界公布了它的研究报告《保护的责任》。“保护的责任”是在重新阐释国家主权内涵的基础上

[三百四十] Kofi Annan, *Annual Report of the Secretary-General to the General Assembly*, September 20, 1999.

[三百四十一] 转引自李斌：《〈保护的责任〉对“不干涉内政原则”的影响》，《法律科学》2003第3期。

提出的。ICISS 认为，随着“人类安全”概念的出现，主权的内涵也有了发展，主权应该包含责任，强调主权作为一种“有条件的权力”，依赖于当事国对人权最低标准的尊重及保障，并强调国际社会在国家不能或不愿妥善应对人道主义灾难时应承担的责任。ICISS 报告指出了两大基本原则（basic principles）：（1）主权意味着责任，而首要的责任是保护自身公民；（2）当特定人群因内战、叛乱、镇压或国家运转失灵而遭受严重伤害，国家不愿或不能制止或扭转这一状况时，不干涉原则就应让位于国际社会保护的责任。[三百四十二] 作为国际社会承担保护责任的方式，报告中特别提到了军事干预的方式，即正当理由（已经或将发生大规模丧生、种族清洗）、合理授权（安理会）、正确意图（阻止或减缓平民苦难）、最后手段（先穷尽和平手段）、均衡性（规模、期限上的最低强度）以及合理成功机会（行动有可能达到预期结果）。[三百四十三] 在第 59 届联合国大会法律议题的审议中，加拿大政府法律顾问在介绍《保护的责任》报告时强调，当一国不愿或不能保护其国民免于人道主义灾难（如大规模屠杀）时，国际社会应当承担保护的责任，必要时可进行军事干预。[三百四十四]

（三）2004 年《一个更安全的世界——我们的共同责任》报告

2004 年 12 月，联合国前秘书长安南任命的“威胁、挑战和改革问题高级别小组”（the High-level Panel on Threats, Challenges and Change）在涉及新世纪集体安全制度的报告《一个更安全的世界——我们的共同责任》（A More Secure World: Our Shared Responsibility）中，第一次采纳了“国际社会提供保护的集体责任”的概念，即如果发生灭绝种族和其他大规模杀戮，国际社会集体负有提供保护的责任。国际社会提供集体保护责任的前提条件是主权国家不能或不愿意对其公民承担保护的责任。作为联合国改革、发展提供咨询的高级别的机构，高级别小组报告的通过对“保护的责任”给予了肯定，赋予了“保护的责任”更高的权威，也使“保护的责任”这一概念逐渐向国际共识的方向发展。[三百四十五]

（四）2005 年《大自由：实现人人共享的发展、安全与人权》报告

2005 年 3 月 21 日，在第 59 届联大会议上，联合国前秘书长安南的报告《大自由：实现人人共享的发展、安全与人权》（In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights For All）再次承认“主权国家有责任保护公民的权利，保护公民免受犯罪、暴力和侵略的危害”及“集体负有提供保护的责任”。安南秘书长认为，“保护的责任”首要在于每个国家，因为国家存在的主要理由和职责就是保护其公民。如果一国政府不能或不愿保护本国公民，那么这一责任就落到了国际社会肩上，由国际社会利用外交、人道主义或其他方法，帮助维护其公民的人权和福祉，使其免遭四种严重罪行的侵害。如果这些方法不够，安理会还可以依据《联合国宪章》采取强制措施。安南的报告对“集体负有提供保护的责任”置于“主权国家的保护责任”之后，在实体方面对“保护的责任”的实施顺位有了更加明确的界定和发展。此外，报告强调对并非紧迫的潜在人道主义危机，还是必须得到安理会的授权才能行事，这样的规定反映了国际社会对滥用人道主义对他国进行干涉的限制，也是对现状的妥协。

（五）《2005 年世界首脑会议成果》文件

2005 年 9 月由全世界近 200 位国家或地区的首脑参加的、在联合国总部举

[三百四十二] ICISS. The Responsibility to Protect: *Report of International Commission on Intervention and State Sovereignty*. The International Development Research Centre of Canada, 2001.

[三百四十三] 转引自刘毅：《“保护的责任”可能产生的道德风险及其规制》，《国际问题研究》2013 年第 6 期。

[三百四十四] 刘楠来、李兆杰主编：《中国国际法年刊》（2004），法律出版社 2005 年版，第 300 页。

[三百四十五] 曹阳：《国家保护责任理论论析》，《甘肃政法学院学报》2007 年第 1 期。

行的世界首脑会议达成了《2005 年世界首脑会议成果》（2005 World Summit Outcome），该文件再次确认了“保护的责任”的概念，并将其限定于“保护公民免受灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害的责任”。该文件认为每一个国家均有责任保护其公民免遭灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害。这一责任意味着通过适当、必要的手段，预防此类罪行的发生，包括预防煽动这类犯罪。国际社会有责任根据《联合国宪章》第六章和第八章，使用适当的外交、人道主义和其他和平手段，帮助保护公民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害。《2005 年世界首脑会议成果》是宣言性质的国际文件，其国际政治影响力和对国际社会的约束力不同于前两个研究小组提供的两份研究报告。从某种程度说，尽管《2005 年世界首脑会议成果》在国际法上并不具有法律约束力，但至少反映了国际社会对此问题的共识，也反映了国际法对此问题的立法趋势。

2005 年世界首脑会议之后，“保护的责任”的理念在国际社会尤其是在联合国层面有了进一步的发展。2006 年，安理会在发布的关于“对武装冲突中的平民保护”的 1674 号决议中，重申了《2005 年世界首脑会议成果》第 138 段和第 139 段关于保护平民免遭灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害的责任的规定；[三百四十六] 在苏丹达尔富尔危机中，安理会在授权维和部队的 1706 号决议中再次重申了国际社会所应该承担的“保护的责任”，并认定达尔富尔局势构成对国际和平与安全的威胁，在必要时可以使用武力保护当地的平民百姓。[三百四十七] 国际社会尤其是联合国在苏丹达尔富尔问题上的努力是“保护的责任”的一次实践。

（六）潘基文秘书长的《履行保护责任》报告

2009 年 7 月，联合国秘书长潘基文向联合国大会提交了一份《履行保护责任》（Implementing Responsibility to Protect）报告，该报告认为“保护的责任”涉及国家和国际两个层面。此外，潘基文秘书长强调依靠三大支柱战略来落实“保护的责任”。第一支柱是国家的保护责任。第二支柱是国际援助和能力建设。国际社会应承诺协助各国履行其义务，这是为了利用会员国、区域组织和次区域组织、民间社会和私营部门的合作，同时发挥联合国系统的体制力量和比较优势。第三支柱是，在一国显然未能提供这种保护时，会员国有责任及时、果断地作出集体反应。作出有理性、适度、及时的反应，可动用联合国及其伙伴所掌握的各种工具。潘基文秘书长认为现在将“保护的责任”的构想付诸实践的时机已经成熟。[三百四十八] 2012 年 3 月 17 日，联合国安理会通过了对利比亚局势的 1973 号决议，重申利比亚当局有责任保护利比亚民众，及武装冲突各方负有采取一切可行步骤确保平民受到保护的首要责任。[三百四十九] 在此决议通过后，法国、英国等组成的多国部队立即对利比亚实行了军事打击，并将此称为履行“保护的责任”的“首次实践”。[三百五十]

国际社会在苏丹达尔富尔问题和利比亚问题的实践表明，目前“保护的责任”

[三百四十六] United Nations Security Council Resolution 1674, April 28, 2006.

[三百四十七] United Nations Security Council Resolution 1706, August 31, 2006.

[三百四十八] 杨永红：《论保护责任对利比亚之适用》，《法学评论》2012 年第 2 期。

[三百四十九] 联合国安全理事会第 1973(2011)号决议 S/RES/1973（2011）http://www.un.org/chinese/aboutun/prinorgs/sc/sres/2011/s1973.htm 访问日期：2012 年 12 月 15 日。

[三百五十] Ramesh Thakur, *UN breathes life into 'responsibility to protect'*, Published on Monday March 21, 2011 http://www.thestar.com/opinion/editorialopinion/article/957664-un-breathes-life-into-responsibility-to-protect 访问日期：2012 年 12 月 15 日。

机制的构建实际上是以西方的人权价值和司法正义为基本内涵的，并主要通过制裁、军事干预等强制手段来实现的。[三百五十一] “保护的责任”在 2005 年联合国世界首脑会议上成为联合国努力改革的中心议题，现今被广泛接受为向冲突和大规模暴行做出国际反应的标准。《非洲联盟宪章》是第一个将“保护的责任”赋予法律拘束力的区域性条约，非盟也成为第一个将“保护的责任”确立为该组织的基本原则的区域性国际组织。《非洲联盟宪章》第 4 条第 8 项规定，非盟在成员国发生战争罪、灭种罪、反人道罪及种族清洗等罪行时，有权根据非盟大会的决议对成员国进行干预。[三百五十二]

对“保护的责任”的广泛接受是一种实际的进步，但是贯彻和实施“保护的责任”被证明是对国际政治意志的一个严峻考验。从联合国秘书长 20 世纪末以来对于“保护的责任”的提议、倡导、促动、推进来看，安南和潘基文确实存在着要将这一原则和理念上升为国际习惯法的强烈愿望。[三百五十三]

三、“保护的责任”的法理基础评析

（一）“保护的责任”的内涵分析

20 世纪 90 年代以来，“保护的责任”作为国际人权保护领域的新概念，逐渐显示出构建新的全球共识与国际规范的潜力。“保护的责任”作为一项新的国际政策已经成为经实践发展的“信念共识”。随着前南斯拉夫国际刑事法庭、卢旺达国际刑事法庭的建立和运行，以及联合国多年来的一系列实践，“保护的责任”在某种程度上具有了国际社会的习惯性约束力。

加拿大“干预与国家主权委员会”在《保护的责任》文件中将“保护的责任”的基本内涵概括为：国家主权意味着责任，而且保护本国公民的主要责任是国家本身的职责，一旦公民因内战、叛乱、镇压或国家陷于瘫痪且当事国不愿或无力制止或避免（这些灾难）而遭受严重伤害时，不干预原则要服从于国际保护责任。简而言之，“保护的责任”是指主权国家有责任保护本国公民的人权，当该国陷于瘫痪而且不愿或不能保护本国公民的人权时，为了预防和制止发生大规模侵犯人权的情势，应当由国际社会来承担保护人权的责任。“保护的责任”强调，国家主权不仅是权力，而且是责任和义务。[三百五十四] “保护的责任”理论主张，主权国家有责任保护本国公民免遭可以避免的灾难，当这些主权国家不愿或无力为本国公民提供保护的时候，国际社会必须承担这一责任。[三百五十五] 可见，“保护的责任”首先是国家保护责任，而当国家明显无法履行这一责任时，那么国际社会应该通过安理会依法承担相应的保护责任，即国际保护责任。

“保护的责任”是一个综合的概念，包括预防责任、反应责任和重建责任在内的连续的义务和责任的整体。预防责任，即消除使当地公民处于危险境地的国内战乱和冲突等情势；反应责任，即采取适当措施对可能危及到公民生命安全的紧迫局势作出反应；重建责任，即在军事干预之后提供恢复、重建和和解的全面援助，消除造成紧急局势的根本原因的责任。而国际社会已经达成共识的“保护

[三百五十一] 赵洲：《国际保护责任机制的建构与实施》，《法商研究》2008 年第 3 期。

[三百五十二] 王琼：《国际法准则与“保护的责任”——兼论西方对利比亚和叙利亚的干预》，《西亚非洲》2014 年第 2 期。

[三百五十三] 蔡从燕：《联合国履行 P2R 的责任性质：从政治责任迈向法律义务》，《法学家》2011 年第 4 期。

[三百五十四] 王虎华主编：《国际公法学》（第三版），北京大学出版社、上海人民出版社 2008 年 7 月第 3 版，第 444 页。

[三百五十五] ICISS. *The Responsibility to Protect: Report of International Commission on Intervention and State Sovereignty*. The International Development Research Centre of Canada, 2001.

的责任”仅限于保护公民免遭“灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪”这四种特定罪行或行为的危害。履行“保护的责任”的行为应遵循适当性原则，即履行保护责任不仅要程序适当，而且目标也应适当。各类行动的目标只有一个，即保护公民免遭灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害。从程序上来看，履行“保护的责任”的非和平行动应是在联合国集体安全制度下进行，排除了相关国家的单边行动。ICISS 的主要报告人、著名人权活动家加雷思•埃文斯（Gareth Evans）指出，目前“保护的责任”概念发展面临概念、制度、政治动员三方面挑战：概念上过宽或过窄理解都可能造成误解；制度上如何确保必要的预警能力、行动能力，强化制度网络；政治动员上如何提高国际意愿和共识，促进及时有效回应。[三百五十六]

（二）“保护的责任”的法理基础

1、国家主权的双重性。“保护的责任”来自“主权即责任”的正面概念，并非出自狭隘的人道主义干预的构想，它是在肯定国家主权原则前提下提出的，但认为主权不仅是权力，还包含着义务和责任。“保护的责任”的逻辑体系建立在“对国际社会整体义务”的基础上。国家有义务和责任保障本国公民的基本人权，如果一个国家实施了大规模侵犯人权的行为，就违反了这一国际义务。

2、国际社会的基本价值与共同利益。“保护的责任”的逻辑起点在于保护公民的权利，这是国际法的价值基础。在国家价值之上存在着所有国家都对其享有利益的价值，即国际社会基本价值和国际社会共同利益，这主要表现为强行法对基本人权的保护。[三百五十七] 通过将政府的职责设定为保护公民的基本权利，政府的功能定位就清晰地展现了现代民主政治的基本要求，这与社会契约论中对于政府基础与目标的认定是一致的，保护公民的基本权利是一个有效合法的政府必然承担的责任。

3、政府权力受制约与监督理论。权力如果不受制约和监督，就必然会被滥用，从而产生腐败。在现代民主社会，政府不再被神化。现代法治的精髓就是提倡法治政府，政府只有依法行政才可能实现法治国家的目标，而现代宪政的基石要求政府对公民的基本权利和自由予以保障。从这些观念上讲，“保护的责任”意味着国际社会对政府的监督，防范政府滥用职权，控制政府成为谋取小集团利益、实现小集团意志的工具。意味着政府不能视主权为保证的盾牌，而应当将之看作引领和代表人民的职权。[三百五十八] “保护的责任”的核心在于监督政府行使权力，避免政府以主权为幌子侵犯公民的基本权利，或者对侵犯公民权益的行为视而不见。

4、国际社会介入国内人权问题的机制。“保护的责任”的关键在于国际社会在国家无法尽到保护责任的时候可以介入，这样就形成了一种以国际力量处理一国内部人权问题的机制，避免一国处于混乱和无序的状态。“保护的责任”认为，保护基本人权的责任是主权国家对于国际社会整体负有的义务，当国家怠于行使或违背这一义务时，出于人道主义和保护人权的目的，国际社会应该承担起该义务和责任。国际保护责任是基于有关国家陷于瘫痪而且不能或不愿意行使责任或义务时的补救办法。国际法奠基者格老秀斯指出，如果国内司法管辖表现为对人类的残暴，其排他性就不复存在，其原因在于：任何人都没有遭受残暴行为的理由，当权者应该为其残暴行为接受处罚。也就是说，承认秩序并非永远优先

[三百五十六] 转引自刘毅：《“保护在责任”可能产生的道德风险及其规制》，《国际问题研究》2013 年第 6 期。
[三百五十七] 何志鹏：《保护的责任：法治黎明还是暴政重现？》，《当代法学》2013 年第 1 期。
[三百五十八] 何志鹏：《主权：政治现实、道德理想与法治桥梁》，《当代法学》2009 年第 4 期。

于道义。[三百五十九] 补救办法是由国际社会代替主权国家承担的保护责任（即国际保护责任），通过预防、反应和重建的形式，保护当地国公民的基本人权。“保护的责任”既是国际社会关于主权和人权保护观念的重大转变，也是既有国际法规范、原则的强化和推进，这些共识观念和既有规范义务、原则为“保护的责任”规范的确立完善及其履行提供了坚实的基础和动力。国际社会目前虽然对“保护的责任”的适用范围予以严格限制，但是其目的和效果却在于对国际社会提供辅助、补充保护的行动领域予以必要的限定，以避免由于国际社会的介入而产生主权国家所不愿接受的后果。

“保护的责任”以保护平民、阻止人道主义灾难的道德目的引起世人关注，又因其直接触及国际法的基本原则和国际关系基本准则而引发学界热议。“保护的责任”的观念对于现存国际社会结构和国际法体系而言，可能确实意味着严重挑战，因为只要有部分国家真正实践了此观念，就将根本突破现存国际法体系赖以存在的基础——主权平等和不干涉原则。同时，也将根本性改变国家的行为模式，即国家间的干涉将日益成为国家间常态而非例外，这正是部分国家反对“保护责任”的主要原因。从国家意愿的角度看，是否干涉，以及如何干涉，均取决于相关国家的意愿，在国家不具有此意愿的时候，即使存在干涉的机会和可能性，也不会演变为一种现实。所以，从这个角度看，国家行为模式的改变，可能是一个长期渐进性过程。[三百六十]

三、“保护的责任”对主权理论的重构

（一）主权内涵的变化反映了国际社会价值观念的转变

“独立并存的主权国家以及主要由主权国家组成的国际社会，是国际法形成和发展的最重要的社会基础。”[三百六十一] 国际法上的主权是指一国所固有的对内最高权和对外独立权。国家主权是主权权力与权利的统一，对内主权（主权权力）以及对外主权（主权权利）是主权的一体两面。在国际社会中，主权代表的是国家的一种资格或身份。[三百六十二] 1928 年，马克斯•胡伯（Max Huber）在“帕尔马斯岛仲裁案”的判决中指出：“在国际关系中，主权就意味着是独立。独立，对地球的特定部分来说，就是国家行使排他的权力。国际法的发展已确立了国家对其领土行使排他权力的原则，此原则应成为解决国家关系的出发点。”[三百六十三] 而主权的这种独立性当然包括了不受外来干涉的含义。“国家独立，除禁止对国家领土完整或政治独立的武装侵犯并排除其他国家在自己的领土范围内行使国家权力外，还意味着国家的对内对外事务不容其他国家进行任何形式的干涉。”[三百六十四] 传统的主权理论并非颠簸不破的真理，随着社会的发展和经济的繁荣，国家主权的内涵必然会随着国际环境的变化而不断地丰富和发展。[三百六十五] 事实上，即使是传统的主权观念也是从最初只局限于欧美国家之间的国际法观念转变为后来广为接受的，即：世界各种文明相异的国家，不论大小及政治经济制度

[三百五十九] 李晓锋、陈世平：《从国际法角度对人道主义干涉的再思考》，《安徽广播电视大学学报》2004 年第 4 期。
[三百六十] 高凛：《论保护责任对国家主权的影响》，《江南大学学报》2011 年第 2 期。
[三百六十一] 梁西主编：《国际法》，武汉大学出版社 2001 年 5 月版，第 8 页。
[三百六十二] 程琥：《全球化与国家主权——比较分析》，清华大学出版社 2003 年 10 月版，第 41 页。
[三百六十三] 陈致中：《国际法案例》，法律出版社 1998 年 10 月版，第 119 页。
[三百六十四] 王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年 8 月版，第 113 页。
[三百六十五] 高凛：《论保护责任对国家主权的影响》，《江南大学学报》2011 年第 2 期。

如何，均为国际法上的主权国家，因而成为国际社会的平等成员。[三百六十六] 主权内涵的变化，恰恰反映了国际社会价值观念的转变和法律体系的发展。

（二）“保护的责任”对主权理论的新诠释

20 世纪中叶之前，主权几乎是绝对的。现行国际法中引入“保护的责任”将使主权的内涵及其法律特征面临新的诠释和新的发展。几个世纪以来，国家主权原则已被现代国际法接受为基本法律原则。作为主权国家，其不仅是权利主体，也是责任主体。正如有的学者所说：“主权在很长一段时间里一直当作独立权和不受外部干涉的权利，但在今天，主权也包含对其国民、其他国家、国际组织、区域性组织、公私机构等的某些义务或责任。”[三百六十七] 联合国前秘书长科菲·安南也指出：“实际上主权意味着责任和权力，其中在这些责任中，最重要的是保护本国公民免遭暴力和战争的责任。”[三百六十八] 1996 年，唐纳德·罗斯查尔德（Donald Rothchild）、弗兰西斯·登（Francis M. Deng）等人在出版的《负责任的主权：非洲冲突管理》一书中提出了“作为负责的主权”（Sovereignty as Responsibility）概念。该书指出，主权再也不能充当反对外部干预的保护伞，而应作为指代国家对其内外辖区负责的概念。[三百六十九] 该书认为，当主权国家不能按照国际社会公认的法则和标准处理其国内事务时，其他国家不仅有权力而且有责任也义务实行干预。[三百七十] 因此，主权不仅仅是国家所拥有的一种控制、支配手段，同时也是国家对国内公民和国际社会所承担的一种责任。这在晚近的国际法理论和实践上已得到基本确认。“保护的责任”理论承认，国家主权在过去几个世纪一直被视为处理国家间关系的基本原则以及世界秩序的基石，它被视为一项习惯国际法并在联合国宪章中得到确认，它是维护世界和平与安全以及弱国对付强国的有力武器。联合国前秘书长布特罗斯·加利（Boutros Ghali）说过：“绝对主权的时代已经过去了，主权理论从来与现实都不匹配。”[三百七十一] 国际社会的现实要求对主权理论进行新的诠释，特别是发生在索马里、卢旺达、波斯尼亚等地的屠杀事件更迫切要求国际社会对传统的主权理论进行反思。“保护的责任”理论正是在这种新的主权观念影响下应运而生的。一方面，“保护的责任”首先强调国家主权不仅仅是一种权力，而是权利与义务的结合；另一方面，它还强调国家主权必须接受国际社会的监督。[三百七十二]

既然主权意味着权力与责任的结合，那么国家主权的行使就必然要受制于其应承担的责任。现代国际法赋予国家要尊重别国主权义务的同时，还赋予了国家为了人类的共同利益应抛弃传统的主权观念，对主权的行使予以适当的限制。“保护的责任”提出在人类面临人道主义危机之时，国家或国际社会所应有的预防、反应与重建责任，其实质就是对传统的国际法上主权内涵的重新诠释。作为一种相对而言比较缓和的概念，“保护的责任”对主权重新加以界定，在干预与主权之间架起连接的桥梁，削减了干预职责和主权概念在本质上的对抗性。“保

[三百六十六] 刘仁山、徐敏：《论国家主权理论的新发展》，《南京社会科学》2002 年第 9 期，第 60 页。

[三百六十七] Gerard Kreijen (editor in chief): *State, Sovereignty, and International Governance*. Oxford University Press, 2004, P182.

[三百六十八] Secretary General Addresses International Peace Academy Seminar on “The responsibility to Protection”, see http://www.un.org/News/Press/docs/2002/sgsm8125.doc.htm 访问日期：2015 年 4 月 28 日。

[三百六十九] 张胜军：《跨国威胁时代的“责任主权”：一种发展中国家的视角》，http://www.crf.org.cn/a/20091110.htm 访问日期：2012 年 12 月 3 日。

[三百七十] 付海娜、姜恒昆：《保护在责任与国家主权的实质——兼论达尔富尔冲突及其出路》，《国际关系学院学报》2012 年第 2 期。

[三百七十一] 转引自曹阳：《国家保护责任理论论析》，《甘肃政法学院学报》2007 年第 7 期。

[三百七十二] 张磊：《解析国际法上“保护的责任”理论的发展态势》，《苏州大学学报》2012 年第 6 期。

护的责任”的目的是确立负责任的主权，而并非削弱主权，其最大贡献在于对主权理论的重构。

四、“保护的责任”理论与现实契合的可行性

（一）“保护的责任”被滥用的预防

回溯“保护的责任”的原意，最初是为了解决国内流离失所者问题，应对全球范围内对“人道主义干涉”先入为主的反对情绪，尝试在人权与主权之间建立可能的一致性，是两者相互支持。[三百七十三] “保护的责任”在实践扩展中获得了新的内涵，例如对国家动乱“外溢效应”的应对思考，寻求形式平等与实质正义在实践中的关联和统一，寻求国际社会监督一国政府施行法治、对公民负责，阻止其滥用权力、谋取私利的可能性，等等。这是一种改革性的、基于解决问题逻辑的思维路向。至于被滥用或出现某些意外结果的可能性，任何规范、制度都不可避免。这就需要“保护的责任”在具体内容与方式方面进一步完善，例如，如何理顺预防、反应、重建之间的关系？如何平衡军事手段、非军事手段、威慑力等因素。

“保护的责任”法律化过程需要得到审慎控制，其实施的具体范围只应该限于“灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪”的范围，辅之以现行国际法规范以及联合国框架内的各种人权保护机制。在“保护的责任”实施过程中，具体国家的预防责任最为关键，国内应有的保障措施、社会秩序的保障、社会冲突的化解、包容文化的培育等问题，首先需要当事国政府的积极行动、快速反应及有效措施，而后再考虑国际社会与发达国家提供的帮助和支持，国际社会所提供的只能是补充责任。

（二）“保护的责任”的规范化与制度化

“保护的责任”的核心是规范武力、寻求和解，尽管干预方在许多情况下缺乏耐心，但是真正的保护所亟需的是解决问题、保护人权，而并非使用武力本身。国际社会动用各种资源、花费更多的时间寻找真正的矛盾点，以非武力的方式施加必要的制度化压力，寻求各国的和解。“保护的责任”需要不断完善，在过程和手段之外要更加强调预防，关注人类的生存权、发展权，更多地涉及结构性预防、根源性治理等议题。

“保护的责任”的前景在于其所提出的“预防”及“重建”责任，即当事国国内问题的根源治理。国家的人权状况与发展，属于国内社会进步的结果而并非实施保护行为的原因。如果国家内部存在贫困、权利被剥夺、丧失公正、法治缺位等问题，而政府缺乏足够的资源来提高其治理国家的能力，就会出现国内叛乱、种族冲突、民族分离主义、政治极端主义等问题。为此，国际社会，尤其是发达国家，都应该在这些方面投入更多的资源，给予目标国家以发展援助，改善其公民的生存境遇，而并非仅仅进行经济制裁、诉诸军事行动或者简单推动目标国的政权更替等。作为客观公正的行为主体，提供保护的国际社会（国家或国际组织）不断提高行动效率以发挥其主导作用。国际社会相关行动的制度化水平有待提高，应适度允许主导国享有某些“机制化利益”、“威望利益”、“优先合作利益”以及在参与重建过程中的“合理权益”。[三百七十四] 将行使保护的具体约束

[三百七十三] Louise Arbour, *R2P as a Duty of Care in International Law and Practice*. Review of International Studies, 34(3), 2008, pp.445-458.

[三百七十四] 刘毅：《“保护在责任”可能产生的道德风险及其规制》，《国际问题研究》2013 年第 6 期。

办法规范化、制度化。

五、中国对于“保护的责任”理论的态度与立场

“保护的责任”的概念具备较为充足的法理依据，符合国际法的人本化理念和国际人权法的发展趋势，并且已经开始对国际关系和国际法的发展产生影响。但是，西方国家推崇的“保护的责任”理论体现了西方国家的价值观和人权观，作为与西方国家的政治理念和利益诉求有诸多差异的发展中国家，应该正确回应“保护的责任”理论，引导该理论体系朝着更有利于实现国际公平和正义的方向发展。

长期以来，对于人道主义干涉，由于认为其与“不干涉内政原则”严重冲突，我国一直持反对立场。而对于“保护的责任”，我国的立场则较为复杂。当“保护的责任”理论刚被提出的时候，中国对该理论持怀疑与抵触态度。2005 年 6 月 7 日，中国外交部发表了《中国关于联合国改革问题的立场文件》。在涉及“保护的责任”问题上，一方面，我国认为“各国负有保护本国公民的首要责任。一国内乱往往起因复杂，对判定一国政府是否有能力和意愿保护其国民应慎重，不应动辄加以干预。”另一方面，我国也强调“在出现大规模人道危机时，缓和与制止危机是国际社会的正当关切。有关行动须严格遵守《联合国宪章》的有关规定，尊重有关当事国及其所在地区组织的意见，在联合国框架下由安理会根据具体情况判断和处置，尽可能使用和平方式。在涉及强制性行动时，更应慎重行事，逐案处理。”[三百七十五] 中国政府主张：“在发生大规模人道主义危机或大规模严重违反人权情况时，迅速采取措施加以缓解和制止，是国际社会的普遍共识和正当要求。安理会应根据具体情况，做出判断和处置。”[三百七十六] “保护的责任”是全球化、民主化和人本化等发展趋势的反映，并没有从根本上改变国际法的性质和违背国际法的基本原则，这是中国立场之根本。2009 年 7 月 24 日，我国常驻联合国副代表刘振民大使在联大关于“保护的责任”问题全会上的明确了中国对于“保护的责任”的立场和态度：第一，各国政府负有保护本国公民的首要责任。第二，“保护的责任”概念只适用于种族灭绝、战争罪、种族清洗和危害人类罪等四种国际罪行。第三，当发生上述四大类危机且需要联合国做出反应时，安理会可发挥一定作用。第四，在联合国以及区域组织范围内，应将正常的人道主义援助与履行“保护的责任”时的国际援助相区别，以保持人道主义援助的中立性和公正性，并避免“保护的责任”的滥用。刘振民大使强调，“保护的责任”迄今还只是一个概念，尚不构成一项国际法规则，因此，各国应避免将“保护的责任”作为向他国施压的外交手段。“保护的责任”能否得到各国一致接受、能否真正有效履行，还需要在联合国或有关区域组织内进一步探讨。[三百七十七]

就中国对于“保护的责任”态度而言，一方面，中国基本上认可国际社会对于“保护的责任”理论的享有共识，中国认为，各国负有保护本国公民的首要责任，在发生大规模人道主义危机时，迅速采取措施加以缓解与制止，是国际社会的普遍共识与正当要求。中国的观点是国家的“保护的责任”优先于国际社会的

[三百七十五] 中国首次公布关于对联合国改革问题的立场文件 http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/200506/07/t20050607_3985417_4.shtml 访问日期：2015 年 4 月 9 日。

[三百七十六] 张义山大使在“武装冲突中保护平民问题”公开辩论会上的发言，http://www.china-un.org/chn/zgylhg/jjalh/alhzh/wzctpm/t225607.htm 访问日期：2012 年 12 月 14 日。

[三百七十七] 常驻联合国副代表刘振民大使在联大关于“保护的责任”问题全会上的发言 http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/wjdt_611265/zwbd_611281/t575180.shtml 访问日期：2015 年 4 月 10 日

“保护的责任”，而且，我国一贯坚持军事干预必须得到联合国安理会的事先授权。另一方面，中国认为“保护的责任”理论目前还具有较大的不确定性，因此反复强调“不应动辄加以干预”、“避免滥用”等等。中国的态度符合发展中国家的利益，也有利于国际社会的安全与稳定。根据“保护的责任”理论，中国在解决苏丹达尔富尔问题中，发挥了重要的作用，同时也承受了巨大的压力。中国政府承认苏丹政府负有保护公民的首要责任，但是对于国际社会是否进行干预，始终认为应该首先发挥联合国和非洲联盟的作用，严格限制不必要的军事干预。[三百七十八] 考虑到国际法院在联合国体系内所扮演的重要角色和所起的作用，国际法院对相应问题的解释的权威性，我国的上述立场可能要进行一定程度的调整。国际法院的实践表明，国际法在相应领域的内容，已经走出了“应然法”的领域，而演变为“实在法”的一部分了。[三百七十九]

中国的主张以及对联合国安理会 1973 号决议投弃权票的行动表明：一方面，中国虽然认同这一新的国际法律规范，但是在具体问题上持谨慎态度，以期为掌握战略主动权留下空间；另一方面，中国尚未形成成熟的方案，缺乏总体规划，在这一法律规范的演化过程中处于被动地位。因此，必须加强对策研究，“在时机到来时，提出适当的日程设计和规范草案，推进相关活动……确立更为清晰的原则和规范，促进有关使用武力的国际法逐渐成熟……提出具有中国特色的关于武力干涉问题的时间表和路线图”。[三百八十] 在关于“保护的责任”的立场上，中国始终与国际社会保持同步，与国际社会成员共同维护全人类的安全。中国以更加积极的心态来适应“保护的责任”的新发展、新趋势，严格界定“保护的责任”的适用范围，构建早期介入机制和预防性部署，完善联合国领导下的多边主义保护机制。因此，加强研究联合国相关决议和各国主张，听取各方意见，提出有实质性内容的、反映深层次需求的主张，进而通过多边和双边讨论，澄清疑惑，推动国际立法，从而全面细致地规范“保护的责任”，是解决问题的关键。中国应重视制度创设，应积极参与国际实践，在实践中不断检验和完善规则，从而引导“保护的责任”向正确的方向发展。随着中国综合国力与参与国际事务能力的增强，在未来的实践中，中国将承担更多的国际责任。但是由于“保护的责任”的理念涉及到许多关乎国家的“主权”、“内政”等众多敏感问题，中国政府对该问题的认识也是一个渐进的发展过程。

结 语

“保护的责任”理论体现了世界主义的关怀，为未来的国际社会描绘了一幅宏大而全面的人权保护理想图景，也为国际人权法的发展提供了一条新思路，是世界各国对国际运行模式的理想设计。但是，“保护的责任”并非可以自动生效的法律原则，而且目前关于“保护的责任”的诸多主张与观点仍然具有不确定性，它需要进一步发展和推动才能成为国际法规则。在现代社会，“除非以尊重人的尊严为坚实基础，否则任何安全议程和发展行动都不会成功。”[三百八十一] 现阶段，

[三百七十八] 袁武：《试论中国在非洲内部冲突处理中的作用——从“保护的责任”理论谈起》，《西亚非洲》2008 年第 10 期。

[三百七十九] 宋杰：《“保护的责任”：国际法院相关司法实践研究》，《法律科学》2009 年第 5 期。

[三百八十] 何志鹏：《从强权入侵到多元善治—武力干涉领域国际法的现存框架与演进方向》，《法商研究》2011 年第 4 期。

[三百八十一] 秘书长报告：《大自由：实现人人共享的发展、安全与人权》 http://www.un.org/chinese/largerfreedom/part4.htm 访问日期：2015 年 4 月 27 日。

“保护的责任”理论的影响力与日俱增，而要使得该理论获得持久的生命力，世界各国应该恪守基本共识、消除该理论的不确定性，并在实践中不断完善该理论体系。

Analysis on the Theoretical System of “the Responsibility to Protect” under International Law

GAO Lin
(School of Law and Politics, Jiangnan University, Wuxi 214122, China)

Abstract: The “Responsibility to Protect” is the new theory in the field of international law in early 21st century. It is the responsibility of States to protect their own citizens, and when a country is unwilling or unable to protect its citizens from harm, the international community has the right to interfere. The “Responsibility to Protect” derives from the challenges which collective security from the “protect states security” to “both protect states and citizens’ security” after the cold war. Since 2001, International Commission on Intervention and State Sovereignty formally proposed the concept of Responsibility to Protect, through the 2003 celebrity panel on affirming parts of the content, the 2005 report of the Secretary-General of the United Nations, the World Summit and the 2009 *Implementing Responsibility to Protect* issued by the Secretary-General of the United Nations on the further specification, “the Responsibility to Protect” has developed an important policy regulation into the international community. As a comprehensive framework for preventing and curbing massive violations of human rights, The “Responsibility to Protect” has provided a new idea for the development of human rights law. Its theoretical system will be further improved in the future development of international community.
Key words: Responsibility to Protect; Sovereignty; Protection of Human Rights；Theoretical System

作者简介：
高凛（1964.12——），女，江南大学法学院教授，硕士生导师
研究方向：国际法、国际经济法
通讯地址：江苏省无锡市蠡湖大道 1800 号　江南大学法学院
邮政编码：214122
电子邮箱：gaolin@jiangnan.edu.cn
联系电话：13914110360，0510-85329026

国际法上的三种干涉形态：发展与挑战

宋杰*

声明：本文系未完成稿，谢绝任何形式的援引和引用。

干涉问题无疑是当代国际法中最复杂，同时也是发展最快的问题之一。一方面，传统的人道干涉尽管饱受非议，其依然在向前发展，有政治意愿的国家依然在“执着地”推进着相关实践，另一方面，作为一个责任形态存在的干涉即基于“保护的责任”的干涉，和作为一种义务形态的干涉即国家在某些特定的情形下有干涉的义务，一旦违背相关义务，作为旁观者“不作为”，即会引起相应的国家责任，也开始“异军突起”，从而构成了干涉形态的最新发展。本文的目的，即在于通过对这三种干涉形态的研究，来讨论干涉问题对当代国际法的发展所带来的影响与挑战，并在此基础上讨论中国对此所应采取的立场。

本文将分为五部分。在前面三部分中，我将分别讨论作为传统干涉形态的人道干涉和作为其“升级版”的“保护的责任”，以及构成干涉最新发展的作为一种义务存在的干涉形态。文章第四部分将主要讨论干涉问题的新发展给国际法所带来的影响与挑战，最后一部分则将从中国视角检讨此种新发展对中国的影响，以及中国所应采取的立场。

一、人道干涉：传统的干涉形态

人道干涉的理论最早可以追溯到三十年战争之前，在格劳秀斯、维多利亚等的著作中都有一些零星的相关论点。[三百八十二]但其被作为一种理论用来指导国家实践并进而真正影响到国际关系，则开始出现于 19 世纪。自 1815 年开始，奥地利、俄罗斯和普鲁士建立了“神圣同盟”，此同盟的主要功能之一，即是以同盟的力量和名义进行军事干涉。在此背景下，发生了多起以人道为名义所进行的干涉，如 1856 年英国和法国对西西里的干涉，1860 至 1861 年英、法、普、奥、俄对叙利亚的干涉，1866 至 1868 年英、法、俄对克里特岛的干涉，以及 1876 至 1878 年对波斯尼亚、黑塞哥维纳、保加利亚和马其顿的干涉等。

第二次世界大战之后，人道干涉的实践获得了较大发展，尤其是在冷战终结之后。但值得注意的就是，冷战期间的干涉实践，干涉国甚少是从人道干涉角度来为自身行为进行辩护的。无论是在 1948 年的中东战争中，还是在 1971 年的印巴冲突中，抑或是在 1979 年越南进入柬埔寨并推翻柬共政权的过程中，相关国家均是从其他角度而非人道干涉角度来为自身的行为进行了辩护。[三百八十三]而在冷战终结之后，相关国家在进行干涉的时候，就一改冷战期间的“羞羞答答”，转而祭起了人道干涉的“大旗”，以人道干涉为名径自进行干涉，如 1999 年北约对南斯拉夫联邦共和国的空中轰炸行为。也正是在此时期，人道干涉议题引起了国际社会的广泛关注和辩论。[三百八十四]

从国际社会对人道干涉议题的讨论情况来看，一般而言，对其干涉的“正当性”，质疑的声音很少；国际社会对此议题高度关注的焦点，在于人道干涉的“合法性”，即人道干涉

---

* 宋杰，法学博士，浙江工商大学法学院教授。

[三百八十二] 参见杨泽伟：《人道主义干涉在国际法中的地位》，载《法学研究》2000 年第 4 期，第 128 页。

[三百八十三] 参见（英）米歇尔·阿库斯特：《国际法与人道主义干涉问题》，魏力译，载《环球法律评论》1990 年第 4 期，第 55-56 页。

[三百八十四] 关于此点的描述参见周桂银：《中国、美国与国际伦理——对冷战后人道主义干涉的一项比较研究（1991-1999 年）》，载《国际政治研究》2003 年第 4 期，第 36-44 页；杨泽伟：《人道主义干涉在国际法中的地位》，载《法学研究》2000 年第 4 期，第 133-137 页。

是否有国际法上的明确依据问题。[三百八十五]无论国际社会围绕此问题有何见解，人道干涉之于国家，显然是作为一种权利形态存在的。对于那些主张和支持人道干涉的国家而言，其认为国家是有权利来对他国进行人道干涉的；对于那些否认人道干涉具有合法性的国家而言，则认为国际法没有授权任何国家对另一国进行人道干涉。无论是何种观点，都没有将人道干涉视为一种责任或者义务。这也是人道干涉作为传统的干涉形态的最重要的特征。

二、保护的责任：人道干涉的“升级版”

“保护的责任”（the Responsibility to Protect）概念是由加拿大的“干预与国家主权国际委员会”（ICISS）于 2001 年 12 月在一份名为《保护的责任》的报告（下称报告）中首先提出来的。[三百八十六]报告提出的背景是：自“冷战”终结以来，随着索马里维和行动、北约针对科索沃问题的大轰炸、卢旺达惨剧的发生，人道干涉的实践及由此而来的围绕人道干涉的合法性、标准、控制等问题的争论就一直甚嚣尘上。在此背景下，联合国前秘书长安南分别在 1999 年和 2000 年的联合国大会上呼吁国际社会就此问题达成共识。安南并在其中提出了一个异常难以回答的问题，“如果干预确实是一种对无法接受的主权的侵犯，那么我们应该如何对某一个卢旺达或某一个斯雷布雷尼察作出反应，对破坏我们的共同人性基本原则有系统地严重侵犯人权的事件该如何处理？”[三百八十七]“保护的责任”概念正是为了回应上述挑战并回答安南的上述问题而提出来的。

“保护的责任”是在重新阐释“主权”概念内涵的基础上提出的。ICISS 认为，随着“人类安全”概念的出现，[三百八十八]传统的主权观念已经不再能够很好地适应新的发展与挑战，因此，主权还应该包含责任，“主权国家有责任保护自身国民免遭诸如大规模屠杀、强奸、饥饿等灾难；一旦它们不能或不愿保护，就应由更广泛的国际社会来承担这种保护的责任。”[三百八十九]ICISS 并指出，“保护的责任”是“正在出现的指导性原则”，得到包括根本性的自然法原则、《联合国宪章》中的人权条款、人权和国际人道条约，以及国际刑事法院等广泛的法律渊源的支撑。[三百九十]

“保护的责任”包括三项具体责任：（1）预防的责任。消除使人群（populations）处于危险境地的内部冲突及其他人为危机的根本原因和直接原因；（2）作出反应的责任。采取适当措施对涉及人类紧迫需要的局势作出反应；（3）重建的责任。尤其在军事干预之后提供恢复、重建和和解的全面援助，消除造成伤害的原因，因为干预的目的在于制止或避免这类伤害。ICISS 特别强调，在这三项责任中，预防的责任属于“优先考虑事项”，“预防是保护的责任中最重要的方面：在策划干预之前始终应该先用尽各种可供选择的预防方案，并且务必提供更多承诺的资源。”[三百九十一]

[三百八十五] 有关人道干涉的国际法依据的研究参见：宋杰：《从<联合国宪章>第 2（4）条的解释来看人道干涉的法律依据——基于准备资料和嗣后实践的视角》，载《国际法研究》2014 年第 4 期。

[三百八十六] 有关该报告的全文，包括中文文本，均可通过 ICISS 的网址链接。具体链接为：http://www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf 2009 年 12 月 28 日最后访问

[三百八十七] 例如，参见秘书长 2000 年关于联合国工作的报告（中文），第 5 页，第 37 段。参见联合国文件：A/55/1。

[三百八十八] See ICISS, The Responsibility to Protect: Report of International Commission on Intervention and State Sovereignty, published by the International Development Research Centre of Canada, 2001, para.1.33.

[三百八十九] See “Foreword”, ICISS, The Responsibility to Protect: Report of International Commission on Intervention and State Sovereignty, published by the International Development Research Centre of Canada, 2001.在“核心原则”中，报告指出了两大基本原则（basic principle）：（1）主权意味着责任，而首要的责任是保护自身国民；（2）当特定人群因内战、叛乱、镇压、或国家运转失灵而遭受严重伤害，国家不愿或不能制止或扭转这一状况时，不干涉原则就应让位于国际社会保护的责任。

[三百九十] See ICISS, The Responsibility to Protect: Report of International Commission on Intervention and State Sovereignty, published by the International Development Research Centre of Canada, 2001, para.2.24, para.6.17.

[三百九十一] See “Core Principles”, ICISS, The Responsibility to Protect: Report of International Commission on Intervention and State Sovereignty, published by the International Development Research Centre of Canada,

对于通过军事干预方式履行保护的责任问题，报告强调，军事干预必须符合六条标准：合理授权、正当的理由、正确的意图、最后手段、均衡性和合理的成功机会。[三百九十二]

“保护的责任”概念提出之后，很快就获得广泛国际接受，先后被纳入多分重要的国际文件之中。

2004 年 12 月，联合国前秘书长安南任命的“威胁、挑战和改革问题高级别小组”在所提交的关于联合国改革问题的报告《一个更安全的世界：我们的共同责任》中承继了“保护的责任”这一概念，提出了“国际社会提供保护的集体责任”概念。报告指出，“越来越多的人承认，虽然主权政府负有使自己的人民免受这些灾难的主要责任，但是，如果它们没有能力或不愿意这样做，广大国际社会就应承担起这一责任，并由此连贯开展一系列工作，包括开展预防工作，在必要时对暴力行为作出反应，和重建四分五裂的社会，”并强调，“每一个国家（*every* state）[三百九十三]都‘有责任保护’那些身陷本来可以避免的灾难——大规模屠杀和强奸，采用强行驱逐和恐吓方式进行的族裔清洗（ethnic cleansing），蓄意制造的饥馑和故意传播的疾病——的人。”[三百九十四]这一点，明显地有别于 ICISS 报告。关于此点，后文中将论及。

在《大自由：实现人人共享的发展、安全与人权》中，安南则是从法治这个角度来强调保护的责任的。他指出，“一方面，必须制定新的法律，另一方面，现有的法律必须付诸实施，而且我们的机构必须有更好的手段来加强法治。”[三百九十五]“我们必须承担起保护的责任，并且在必要时采取行动。”[三百九十六]但是，他同时也强调，国家在履行保护的责任的时候，应尽可能地通过和平的方式来进行，武力只能由安理会在不得已时使用。[三百九十七]

在《2005 年世界首脑会议最终成果》文件制定过程中，由于在是否纳入这个概念上存在着激烈争议，[三百九十八]最终，以“保护人民免遭灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害的责任”为题，在文件第 138 至 139 段中以一种妥协的方式，有条件地纳入了这一概念。文件一方面强调“每一个国家（each individual state）均有责任保护”，“我们接受这一责任并将据此采取行动”，另一方面却又说，“国际社会应酌情鼓励并帮助各国履行这一责任，支持联合国建立预警能力”；要求“国际社会通过联合国也有责任根据《宪章》第六章和第八章，使用适当的外交、人道主义和其他和平手段，帮助保护人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害。”[三百九十九]

在上述文件的基础上，在 2009 年 1 月 12 日关于“履行保护的责任”的秘书长报告中，联合国秘书长概括了“保护的责任”的三个支柱，即“每一个国家均有责任保护其人民免遭灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害；”“国际社会有责任鼓励并帮助各国履行这一责任； ”“国际社会有责任使用适当的外交、人道主义和其他手段，保护人民免遭这些罪行之害。如果一个国家显然无法保护其人民，国际社会必须随时准备根据《联合国宪章》采

2001.

[三百九十二] See ICISS, The Responsibility to Protect: Report of International Commission on Intervention and State Sovereignty, published by the International Development Research Centre of Canada, 2001, para.4.16.

[三百九十三] “Every state”中的 “every”在报告中得到了特别强调，被以斜体字的方式标注了出来。See A More Secure World: Our Shared Responsibility, Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, UN Doc. A/59/565, para.201.

[三百九十四] 威胁、挑战和改革问题高级别小组报告：《一个更安全的世界：我们的共同责任》，联合国文件：A/59/565（中文）， 第 201 段。

[三百九十五] 秘书长的报告：《大自由：实现人人共享的发展、安全和人权》，联合国文件 A/59/2005（中文），第 133 段。

[三百九十六] 同上，第 135 段。

[三百九十七] 同上，第 135 段。

[三百九十八] 各国在此问题上的立场与态度，参见：http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/civil_society_statements/294 last visited on November 6, 2008.

[三百九十九] 2005 World Summit Outcome, GA Res. 60/1, paras.138-39.

取集体行动保护人民。”在此基础上，其宣城，“（2005 年）首脑会议成果第 138 和 139 段的规定是以既定国际法原则为坚实依据的。”[四百]

“保护的责任”在被纳入上述国际文件之后，无论是大会还是安理会，均以不同方式对此予以了关注，并作出了程度不同的各自“反应”。

针对联合国秘书长的上述报告，大会于 2009 年 7 月 21 日、22 日、23 日和 28 日就此议题进行了辩论,多个国家围绕此议题阐述了本国的立场与观点。[四百〇一]大会在同年 10 月 7 日通过了题为“保护的责任”的第 308 号决议，决定继续审议此议题。[四百〇二]

安理会在实践中第一次援引“保护的责任”是在 2006 年 4 月 28 日就武装冲突中平民的保护问题所作决议中。决议第 4 段“重申《2005 年世界首脑会议最终成果》文件第 138 和 139 段关于保护平民免遭灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害的责任的规定”。[四百〇三]此后，在 8 月 31 日关于苏丹问题的第 1706（2006）号决议中，决议“重申了《2005 年世界首脑会议最终成果》文件第 138 和 139 段的规定”,间接地提到了保护的责任问题。[四百〇四]在 2008 年通过的第 1820 号决议中，尽管决议没有正面提到“保护的责任”，却强调了“确认按照相关国际法的规定，各国对尊重和保障其公民以及其境内所有人的人权负有主要责任,”“重申武装冲突各方对采取一切可行步骤确保受影响平民得到保护负有主要责任”这两点，实际上就把“保护的责任”中的核心要素纳入了进去。[四百〇五]这样一种规定模式后来在安理会通过的系列决议中反复出现，包括安理会 2011 年通过的有关利比亚局势的第 1973 号决议等。[四百〇六]

把《2005 年世界首脑会议最终成果》有关“保护的责任”的规定基本原样纳入的第一份安理会决议，应当是安理会 2014 年通过的第 2171 号决议。在这份题为“预防冲突——维护国际和平安全”该决议中，安理会强调，“预防冲突仍是各国的一项首要责任，还回顾各国负有按照相关国际法的规定保护平民和尊重和保障本国领土内和受其管辖的所有人的人权的首要责任，还重申，每个国家都有责任保护本国人不受种族灭绝、战争罪行、族裔清洗和危害人类罪的危害。”在同年通过的有关中非共和国局势的第 2196 号决议中，安理会通过援引具体适用范围的方式再次将“保护的责任”予以了纳入。安理会指出，“ 中非共和国负有不让其领土上的人受灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪侵害的首要责任”。

值得注意的是，在推动“保护的责任”在联合国体系内的发展问题上，联合国秘书长扮演着比较重要的角色，不断采取多种措施以推进联合国对于“保护的责任”的关注并据此采取一定的行动。一方面，秘书长每年都会向大会和安理会提交了有关“保护的责任”的报告，从多个不同角度为履行保护的责任提出了相关建议。[四百〇七]之所以坚持每年都提交相关报告，用秘书长自己的话来说，目的就在于“坚决致力于推动将此原则从言辞转化为具体行动”。

[四百] 参见联合国秘书长报告：《履行保护的责任》，第 3 段，第 2 段。联合国文件 A/63/677（中文）。

[四百〇一] 参见联合国文件：A/63/PV.96-100。

[四百〇二] 参见联合国文件：A/RES/63/308。

[四百〇三] SC Res. 1674, para.4 (April 28, 2006).

[四百〇四] 在 2009 年通过的题为“在武装冲突中保护平民”的第 1894 号决议中，决议中“重申《2005 年世界首脑会议成果文件》关于武装冲突中保护平民的相关规定，包括其中关于保护民众免遭灭绝种族罪、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害责任的第 138 段和第 139 段的规定”的内容，与此决议的相关表述是一样的。

[四百〇五] 参见安理会决议：S/RES/1820（2008）。值得注意的就是，类似措辞在随后安理会通过的决议中再次出现，尤其是在没有直接出现“保护的责任”表述情形下再次出现，如安理会 2009 年通过的第 1888 号决议。

[四百〇六] 采用类此措辞的其他部分决议如：S/RES/2106（2013），S/RES/2122（2013），S/RES/2150（2014），S/RES/2165（2014），S/RES/2211（2015）；S/RES/2200（2015）。

[四百〇七] 部分报告及其相应主题如：A/63/377（履行保护的责任）， A/64/864（预警和评估），A/65/877-S/2011/393（区域和次区域安排），A/66/874-S2012/578（及时果断的反应），A/67/929-S2013/399（国家责任和预防）， A/68/947-S2014/449（国际援助和保护的责任）。

[四百〇八]另一方面，为有效地推动国际社会接受和履行“保护的责任”，秘书长专门设立了负责此议题的特别顾问，并决定此特别顾问与负责防止灭绝种族罪行问题特别顾问联合办公。[四百〇九]现行特别顾问是珍妮弗·威尔士女士。

正如 ICISS 所指出的，“保护的责任”实质上是人道干涉的另一种表述，是在改造主权概念的基础上提出来的。因此，从一开始，保护的责任的提出就是出于化解人道干涉在合法性甚至包括正当性上争议的目的。由于“保护的责任”改造了主权的概念，强调了主权者保护本国国民的义务与责任，并在此视角基础上为外界的介入提供了基础与可能，因此，至少在正当性上，其远较人道干涉更具伦理与道德优势。而其在联合国框架体系内的发展也表明，国际社会围绕此问题达成了一定程度的共识。尤其是在诸如灭种等几类大规模、严重的国际犯罪问题上，强化国际社会履行有关保护的责任，现在已经很少会受到国家的高度质疑。

三、作为义务的干涉：最新发展

作为义务的干涉是在保护的责任的基础上进一步发展出来的一个新概念，是根据国际法院在波黑诉塞尔维亚“《灭种罪公约》适用案”中的相关阐述概括出来的，尤其是根据国际法院有关公约第 1 条的相关解释概括出来的。[四百一十]

在该案中，对于公约第 1 条中所规定的国家“预防”与“惩治”义务的含义，作为被告国的塞尔维亚辩称，由于该灭种并未发生在自己境内，自身也没有参与灭种，因此，自己就不应承担任何责任。[四百一十一]波黑则主张，根据此条规定，塞尔维亚有预防灭种发生的义务。围绕双方的此分歧，国际法院通过结合公约的性质、目的和宗旨，详细阐明了当事国具体的预防和惩治义务。

在 1996 年初步反对判决中，国际法院认为，公约所规定的权利和义务具有“对一切”性质，由此产生的结果就是：公约在每一国家预防和惩治灭种的义务上并没有进行地域性限制（not territorially limited）。[四百一十二]在实体判决中，国际法院以此为起点，阐述了预防义务与惩治义务的具体含义。

国际法院指出，由于第 1 条使用了“承允”一词，就意味着一种正式的承诺，接受和承担一项对自己有约束力的义务。公约第 1 条中的预防义务，应是一种直接义务。预防义务既是规范性的，也是强制性的。预防义务是对国家行为而不是对行为结果的要求。

国际法院指出，在承担预防义务上，公约并不要求国家在预防灭种的发生上一定要成功，而只是要求国家采取一切合理的措施进行预防。国家不会因预防效果不如意而承担责任；但是，当国家在其权力范围内没有采取一切有效的措施去预防灭种的发生时，就应承担相应的责任。因此，在承担预防义务上，要求国家做到“合理注意”（due diligence）的程度。在判断国家履行“合理注意”的程度时，有必要考虑到特定国家对实施或准备实施灭种者的有效影响，如与犯罪地的地理距离等因素。当灭种或公约第 3 条所禁止的行为开始之时，就是国家基于公约第 1 条而承担的预防义务开始之时。 但是，这并不是说，只有当灭种发生时，国家才开始履行自己的预防义务。当国家开始获悉，或在通常情形下应该获悉，存在着灭种发生的严重危险性时，国家就应开始履行预防义务。[四百一十三]这一论述与公约在谈判期间所体

[四百〇八] 参见联合国文件：A/68/947-S2014/449，第 5 段。

[四百〇九] http://www.un.org/zh/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml 2015 年 4 月 25 日最后访问

[四百一十] 公约第 1 条规定，“缔约国确认灭种行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上之一种罪行，承允防止并惩治之。”

[四百一十一] See ICJ Judgment of 26 February 2007, para.153.

[四百一十二] See ICJ Reports 1996（Ⅱ）, para.31, pp.615-616.

[四百一十三] See ICJ Judgment of 26 February 2007, paras.428-438.

现出的“缔约意图”是相一致的。[四百一十四]

但另一方面，针对波黑对国际法院在初步反对判决中对“没有地域限制”的理解，即“预防和惩治义务没有任何地域限制”（the obligation extends without territorial limit），[四百一十五]国际法院却并没有轻易苟同。国际法院指出，自己并没有从积极的角度对上述义务进行阐述（state the obligation in the positive way），自己并没有说“在承担公约上述义务的地域上是无限制的”（the obligation is territorially unlimited by the Convention）。在公约的实施方面，公约中与地域有关的唯一条款是第 6 条，[四百一十六]因此，对于初步反对判决中所提到的上述句子，以及公约第 1 条规定的理解，就必须结合公约第 6 条进行理解。[四百一十七]国际法院强调，尽管从表面来看，公约第 1 条和第 3 条为当事国所确定的实质性的义务并没有地域上的限制，但是，特定国家只有在自己可以和能够采取适当的方式来履行的时候，在承担预防和惩治义务上不进行地域限制的特性才能对特定国家适用。在这方面，必须考虑到特定国家在法律和事实两方面的履行能力特征。但是无论如何，对于波黑所指控的发生于境外、针对非波黑国民的相关灭种行为，尽管这涉及到了某些规范的强行法特征，涉及某些具有“对一切”性质的义务，由于波黑在“种族”的确定上采用的是“否定式”界定方式，不符合公约有关所保护的“种族”必须非常确定的规定，因此，国际法院未回应此问题。[四百一十八]

国际法院在该判决中强调，国家应采取一切合理的措施预防灭种行为的发生，并且应做到“合理注意”的程度，当国家在其权利范围内没有采取一切有效的措施去预防灭种行为的发生时，就应承担相应的责任，[四百一十九]这一论述实质上表明，只要是公约的当事国，即使并没有实施或参与有关的灭种行为，即使灭种行为并没有发生在自己所管辖的地域范围之内，公约当事国依然基于公约而承担了预防灭种的义务，尽管所承担的具体义务会因为地理位置等因素而在程度上有所不同。在监督和保证公约义务的履行上，所有当事国都承担了神圣的义务和责任。从此意义来看，国际法院的此种论述，实际上同“保护的责任”中所强调的“预防的责任”高度一致。因为 ICISS 在其报告中强调，“预防的责任”属于“优先考虑事项”。此外，国际法院关于“每一”当事国预防义务的论述，则明显地属于对秘书长报告及首脑会议最终成果中“每一国家”的回应，因为这两份报告无一例外地强调了“每一个国家都有责任保护”这样的观念。只不过，国际法院主要侧重于从“保护的责任”中的第一重责任即“预防的责任”角度回应。国际法院的这一实践，倒与 ICISS 的见解保持了内在的一致性，因为 ICISS 在其报告中强调，“预防的责任”属于“优先考虑事项”。而国际法院关于“每一”当事国预防义务的论述，则明显属于对秘书长报告及首脑会议最终成果中“每一国家”的回应，因为这两份报告亦无一例外地强调了“每一个国家都有责任保护”观念。

就此意义而言，国际法院通过上述论述，实际上就把联合国在政治范围内所强调和呼吁的“保护的责任”，特别是其中的“预防的责任”，演变为一种法律上的规范，将“预防的责任”升级至“预防的义务”。通过这种法律上的回应，国际法院履行了自己作为联合国六大机关之一的“联合国主要司法机关”[四百二十]的职责。这种回应，至少就“预防的责任”而言，

[四百一十四] 关于公约第 1 条议定过程中的相关论述，参见：Robinson Nehemiah, *The Genocide Convention: Its Origins and Interpretation,* New York, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, 1949, pp.11-13.

[四百一十五] Id., para.154.

[四百一十六] 该条规定，“凡被控犯灭绝种族罪或第 3 条所列其他行为之一者，应交由行为发生地国家的主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际刑事法院审理之。”（Persons charged with genocide or any or the other acts enumerated in article 3 shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.）

[四百一十七] See ICJ Judgment of 26 February 2007, paras.153-154.

[四百一十八] Id., para.185. 在判决的第 368 段，国际法院清楚地论及到了此问题。

[四百一十九] See ICJ Judgment of 26 February 2007, paras.428-438.

[四百二十] 法院在实践中是将自己作为“联合国的主要司法机关”作为一规范概念对待的，因而该概念于国际法

也结束了关于其是“道德规范”还是“法律规范”的争议。[四百二十一]正是在此意义上，正如上文所指出的，联合国秘书长在上述关于“履行保护的责任”的秘书长报告中才宣称，“眼前的任务不是重新解释或重新谈判（2005 年）世界首脑会议的结论，而是寻求不折不扣、协调一致地执行其决定的途径。”[四百二十二]

国际法院的上述论述有两个明显的特征：一方面，上述论述表明，一个国家，只要是公约当事国，即使没有实施或参与灭种，依然基于公约承担了预防和惩治灭种的义务，尽管所承担的具体义务会在程度上有所不同。[四百二十三]这意味着，国家如果容许犯有灭种罪行的犯罪分子在本国停留，甚至为其提供庇护，将根本地违反自身依据公约所承担的义务，是一种国际不法行为。其他国家和国际社会，将有权采取必要的措施并以此来维护公约尊严。这意味着，当灭种发生或即将发生的时候，国家不能以“与己无关”和“自己没有参与”为借口而不履行公约义务。在监督和保证公约义务的履行上，所有当事国都承担了神圣的义务和责任。此种义务与责任，显然是非利己性的，是基于维护整个国际社会利益的。国家在监督公约义务的履行上享有抽象的法律利益。就此而言，针对公约，国际法院的上述论述实际上强调了“作为义务存在的干涉”这样的观念。但另一方面，国际法院又有意识地试图控制上述论述结果可能“漫无边际”地“漫延”：尽管国家在理论上需要不分地域限制地承担预防灭种和惩治灭种的义务，而不考虑其是否卷入或参与了相应的灭种行为，但是，在实际要求国家承担并履行此种预防义务和惩治义务的时候，还必须同时兼顾国际社会的实际，考虑到国家的相应干涉能力与干涉意愿。在这方面，国际法院特别强调了相关国家“在法律和事实两方面的履行能力特征”，强调“特定国家只有在自己可以和能够采取适当的方式来履行的时候”，在承担预防和惩治义务上不进行地域限制的特性才能对特定国家适用。就此意义而言，“作为一种义务存在的干涉”这一概念既考虑到了其理论价值，也重视了其实践性意义。一方面，国际法院的相关论述提出了新问题，倡导了新理念，从而给国家的相关行为提供了行动指南，另一方面，囿于国际社会的结构性现实，国际法院又将国家履行此类义务的方式、程度等问题留待国家决定，相应的责任援引机制同样留下了很大的“空白”空间。但无论如何，“作为一种义务存在的干涉”概念的提出，将会对国家在普遍性法律利益的保护问题上发挥重要的理论与实践性指引作用。关于此点，在接下来的“南极捕鲸案”中就已经有了体现。

四、三种干涉形态间的关系

五、影响三种干涉形态进一步发展的因素

六、面对干涉新形态的中国立场：挑战与应对

院而言，是有其特定含义的。See ICJ Reports 1971, para.41.

[四百二十一] See Carsten Stabn, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm*? 101 Am. J. Int’l J, pp.99-120.

[四百二十二] 参见秘书长报告：《履行保护的责任》，联合国文件 A/63/677（中文），第 2 段。

[四百二十三] 根据国际法院的相关论述，承担不同程度预防灭种义务的国家实际上可以分为三类：相邻国、非相邻国但拥有非常重要的影响力，以及其他的国家。关于此点的进一步展开，参见：Jie Song, Qingjiang Kong, *A Generalization of the Obligation to Prevent: From Genocide Convention to Racial Discrimination Convention*, Frontiers of Law in China, vol.6, No.1, p.3.

国际法体系的全景梳理与方法指引

——评贾恩·克莱伯斯力作《国际法》

李彦*

近十年来，国际法研究事业蓬勃发展。新领域的出现，使研究的问题更深入、复杂，新著作急剧增多，也日益艰涩。对于国际法的学习者，尤其是新入门的学习者，面对浩如烟海的国际法著作，如何选择一本深度适中、能引起共鸣的教材是个难题。继《国际组织法概论》等巨著之后，著名国际法学家贾恩·克莱伯斯（Jan Klabbers）[四百二十四]基于近半生教学实践的心血之作《国际法》[四百二十五]，由剑桥大学出版社于 2013 年出版，这正是一部适合作为教材认真研读的著作。

贾恩·克莱伯斯于 2009 年执笔撰写至 2012 年 5 月成书，耗时近三载，贾恩本人把本书定位为一部国际法教材（第 XXI 页），因为本书充分反映了作者 20 年来的国际法教学理念，即："国际法的学习不应是对庞杂的、日益增多的规则的学习，而应是作为一种思考方法和管理世界的方法"（ 第 XX 页）。本书的出版引起了巨大反响，被赞誉为"国际法学习的一部里程碑式著作"（第 I 页）。相对于国内教材而言，本书特点鲜明，研究方法独到，有诸多值得称道之处；相对于同类的外文国际法著作，本书少了些对特定问题的深入研究，更注重对所述国际法领域理论问题的梳理与介绍，以及实践问题的归纳与点评。虽在体系架构、内容设置上略显中规中矩，但客观来说，教材本身是为学生深入学习国际法打下基础，是奠基性的而非开创性的，故而作为教材，本书的中规中矩恰到好处。总体来说，作为一部国际法教材，本书无疑是呕心沥血之作，它从宏观上为读者展示了一个完整的国际法体系，而且在具体层面上精雕细琢分析了国际法存在的必要性及合理性。近年来，国际法的局限性成为一个热门话题，这引起了对国际法存在的质疑，作者在书中指出："虽然国际法存在局限性，但是，对国际法的种种挑战不是为了证明国际法是否存在，而在于证明国际法如何致力于创造更美好的世界"（第 317 页），这种实在主义的价值观和问题导向研究国际法的方法是贯穿全书的一条主线。然而，无论是相对国内教材还是国外教材，本书都存在一些值得商榷的问题。笔者通读全书，获益匪浅，拟从三个方面对本书作粗陋的评价，以飨读者。

一、宏观架构：逻辑引导梳理全景

作为一本国际法教材，首要任务应是使读者对国际法有一个全方位的基本认识，因此，完整且重点突出的体系架构显得尤其重要。本书的体系架构和具体章节分配都遵循着严密的逻辑，为读者展示了完整且清晰的国际法图景。

国际法有效的学习，需要解决四个问题：第一，国际法从何而来（即国际法的渊源）；第二，国际法适用于哪类实体或个人（即国际法的主体）；第三，国际

*作者简介：李彦（1987—），女，汉族，河南省周口市人，武汉大学法学院 2014 级国际公法专业博士研究生，研究方向：国际公法、WTO 法。

四百二十四 贾恩·克莱伯斯（Jan Klabbers），赫尔辛基大学的国际组织法教授，从事国际法研究二十余年，其对所谓国际法"软法性"的批判、对国际法教育方法的思考备受关注，尤其是其对国际组织法基本问题的研究受到国际社会的一致认可，并因此被视为国际组织法的专家。代表作有：《国际组织法概论》、《国际组织法研究手册》、《国际法上条约的概念》、《国际法的宪法化》、《国际法和法学教育》等。

四百二十五 Jan Klabbers, *International Law*. Cambridge University Press,2013.

法在争端发生时扮演什么角色（即国际法在争端解决中的作用）；第四，国际法具体包括了什么内容（即国际法的实质内容）。本书以上述四个问题为主线分为三个部分，向读者展示了一幅囊括国际法全部内容的图景，这三个部分之间遵循着必然的逻辑先后顺序：第一部分国际法的构成（The Structure of International Law）是全书的总论，分别对国际法的背景、渊源、主体、管辖、权力和豁免、法律责任、国际法院和法庭、制裁、反措施和集体安全进行了分析阐述，回答了前三个问题，对国际法基础理论的剖析较为详尽，所占篇幅长几乎是全书的一半；第二部分国际法的实质（The Substance of International Law）是本书的分论部分，简要论述国际法的部门法——使用武力，武装冲突法，国际刑法，海洋、空间法，环境保护法和国际经济，回答了第四个问题；第三部分国际法的外围（The Surroundings of International Law）研究国内法院及其与国际法的关系，国际法的政治性和国际道德与全球治理，是对第一部分和第二部分的延续，强调国际法并非独立存在，其与国内法律体系、全球治理、政治及全球性事务密不可分。这种体系架构，即使不一定被所有国际法学专家所肯定，也至少表明了在国际法不成体系的前提下对于相关规范与机制进行分类和归纳的努力。[四百二十六]

本书上述三部分各自内部亦遵循着国际法研究逻辑：国际法逻辑讲究从概念到规则，或从制度到规则，作者从国际法上相关概念或制度出发，研究具体的国际法规则，是对国际法逻辑的演绎。

第一部分（第一章至第九章）从国际法的渊源、条约法、国际法的主体、管辖和豁免等问题开始，逐步过渡到对法律责任、国际司法机构争端解决（国际法院和法庭）、制裁和反措施等相关规则的研究解决了国际法从何而来，适用于谁，做什么的问题。第一至第四章国际法知识概览、国际法的渊源、国际法的主体对国际法及基本问题进行梳理，厘清了国际法的历史发展过程、国际法的形成方式和程序及承担国际法上权利义务的实体。以此为基础在第五章研究作为国际法主体的国家和国际组织在法律上的权利，第六章对个人主体地位的探讨事实上是对国际法主体问题的必要补充。权利义务是对立统一的，国际法主体享有权利亦承担一定的责任，在国际法主体中国家的责任能力最普遍，第七章主要研究国家责任，也简要分析了国际组织和个人的责任。国际法主体被认为违反国际法应承担责任，但是，国家主权意味着国家不能在他国国内法院被诉，那么，国家是否因此免于被追责，第八章回答了这个问题，着力于研究国际法院和法庭在追究国家责任及和平解决争端中发挥的重要作用。与国内法不同，国际法上不存在监狱、警察等暴力机关，但这并不意味着国际法完全没有制裁机制，事实上，对于国际不法行为国际法允许实施包括报复、反措施、自卫和集体安全等多层面的制裁措施，第九章研究的正是国际法的制裁机制。

第二部分（第十至第十五章）以第一部分为基础，明晰了国际法上各部门的关系。本部分的开篇，即第十章使用武力，是对第一部分逻辑的延续，实质上，是诉诸战争权的问题。历史上，神学家曾将战争区分为正义战争和非正义战争，《联合国宪章》废弃了战争作为维护和平的手段，可以说，对使用武力的规范经历了较长的发展过程。现代国际法禁止使用武力，并不意味着武装冲突不存在，武装冲突在和平时期与战时表现不同，但确实存在且专门武装冲突的法律即第十一章武装冲突法是现代国际法的重要组成部分。诉诸战争权是由和平状态向战争状态过渡的过程，武装冲突法则是规范战争行为的过程且常常与国际人道法相伴。

[四百二十六] 何志鹏：《国际法学通论性英语著作的比较分析》，国际法研究 2015 年第 2 期。

国际人道法又与国际刑法（第十二章国际刑法）密切相关，明显的例证是对于战争罪的审判促进了国际刑法的产生。国际刑法与国际人道法密切相关但不完全一致，与国际人道法在追究个人责任上的差异使国际刑法独具特色。国际刑法主要以国际刑事法院或法庭为依托惩治个人所犯战争罪、反人类罪、种族灭绝及侵略罪。除战争与和平问题外，国际法上一个至关重要的部门是海洋法（第十三章海洋和空间法）。海洋法的重要性一方面源于安全利益，但更源于其蕴含着丰富的海洋经济利益，海洋不仅是交通通道而且蕴含着丰富的资源。目前，海洋法备受关注还与海洋划界问题息息相关。空间法的主要争议集中在主权原则的适用及月球等“人类共同遗产”等问题上。海洋法和空间法均涉及人类共同利益，环境保护（第十四章环境保护法）也与人类共同利益息息相关。环境保护法是国际法上最具争议的部门：一方面，发达国家和发展中国家不同利益导向使得他们在国际环境是否存在危及、如何应对危机、谁为环境危机和环境退化买单等问题上难以达成一致；另一方面，国家不是环境危机的直接责任主体，大多全球性环境危机是由公司和个人等私主体引起。第十五章（国际经济）开篇即指出无论是海洋和空间法还是国际环境法，其背后都隐含着深刻的经济因素，一定程度上，把国际法视为处理国际经济关系的法是正确的，虽然这种判断可能并不适用于人权法和国际人道法，但是，国际法其他法律部门与国际经济都或多或少存在着关联。海洋法传统上是关于贸易和交通的法律，海洋划界甚至被视为是分割潜在的战利品；卫星发射也蕴含着信息和贸易利益；环境保护规则的宽严影响着一国吸引外资的能力。近年来，国家投资规则越来越受关注，国际公法致力于研究与私主体的关系，国际私法也开始注重通过条约实现一体化，这些都见证了国际经济对国际法的影响。

第三部分（第十六至十七章）以“国际法的外围”为主题研究国内法院及其与国际法的关系，解决了国内法规则和国际法规则的冲突问题，及影响国际法规则的其他因素，即国际法的政治性和国际道德与全球治理。其中，第十六章重点研究国际法与国内法的关系，以“一元论”和“二元论”为落脚点，探究国内法院可能适用国际法的情形，更创造性的结合欧盟相关实践论述国际法适用的困境；第十七章主要研究国际法的政治性和国际道德与全球治理的关系：在本章中，作者以国际社会发展的现实为基础，提出全球治理带来的挑战与国际法的政治性相关，国际法行为体应遵守国际法规范，但事实并非如此，这给国际道德以适用空间。第三部分是对第一部分和第二部分的延续，强调国际法并非独立存在，其与国内法律体系、全球治理、政治及全球性事务密不可分。虽然第三部分是本书逻辑体系的必要组成部分，但总体上内容相对简略，作者意在说明国际法与上述因素息息相关，对国际法的研究不能脱离对上述因素的考量。不可否认，本部分在具体研究上，如国际法与国内法的关系何以属于国际法的“外围”等问题上有待考量，对此，本文将在第三节（有待探讨的问题）予以研究。

总体上，由于第二部分本身涉及国际法的多个部门，作为一部教材，作者不可能详尽研究每一国际法部门；第三部分的作用也主要在于说明国际法研究方法上的考虑，因此，本书研究的重心在第一部分，以国际法逻辑为指引浓墨重彩地研究国际法基础理论，以为国际法部门法的学习打下坚实的理论基础。

二、微观铺陈：方法指引

（一）理论结合实践：跨学科研究

本书对国际法的研究重视基础理论结合相关国际实践，并采用跨学科研究方法探讨影响国际法的因素。

1. 理论与实践的完美对接

如上所述，本书总论几乎占了全书的一半篇幅，可以见得本书对国际法基础理论的重视。可贵的是，本书对理论的研究并非纯粹的说理，而通常以国际司法实践如国际法院（ICJ）的判决、欧盟人权法院判决（ECtHR）、联邦法院判决等为论据。结合相关实践研究国际法基础理论，是实证主义的研究方法，有着深刻的学科背景和必要性。众所周知，社会科学理论不是一成不变的，随着实践的发展，国际法理论体系将纳入更多内容，这些理论产生于何种国际实践并非完全一致，结合实践研究国际法理论意味着不仅可以从源头探究国际法理论产生的背景和历程，而且可以在具体实践中检验理论在新的国际法实践中的适用是否存在问题、是否有所突破及是否符合国际法的现实需要。例如，作者在论述作为国际法渊源的国际习惯法时，不仅研究国际习惯法的构成要素，还突破传统教材模式，结合相关实践深入研究国际习惯法的具体要求：（1）形成国际习惯法所需国家实践的数量，通过美国联邦最高法院在“Paquete Habana 案”判决的分析，作者提出：“形成国际习惯法需要诸多国家的实践和法律确信。但事实上，形成国际习惯需要的国家实践的数量非常有限，尤其是在海洋时代至少应包括当时地位最重要国家的实践”（第 30 页）。（2）如何避免国际习惯法适用于本国，通过 ICJ 对 1951 年“英国挪威渔业案”(Anglo-Noraegian Fisheries)的判决，作者进一步提出：“国家的持续反对能够阻止习惯国际法对本国的适用”（第 30 页）。（3）何种国家行为确认国际习惯法的存在，通过 ICJ 对“尼加拉瓜案”(Nicaragua)的判决，作者指出：“应根据国家口头的持续遵守，而不是国家实际的行为确认国际习惯法的存在”（第 32 页）。（4）形成国际习惯法是否要求国家行为合法，1945 年美国总统杜鲁门的声明：“从美国海岸上延伸的大陆架的海床和底土自然资源属于美国，美国对它们有管辖权”，美国的这一声明在当时是不符合国际法的，直到 ICJ 在 1969 年的“北海大陆架案”(North Sea Continental Shelf)的判决中承认沿岸国对大陆架享有“固有”权利，确立了新的大陆架规则。（第 33—34 页）

另外，作者从历史的角度说明规则产生的背景、规则制定者的原始考虑和实际应用中可能存在的问题。例如，就 ICJ 的强制管辖权而言，作者指出：“规约起草者最初确信规约将被普遍接受，ICJ 必然享有强制管辖权，但是实践中即使联合国成员方均接受了 ICJ 强制管辖权，ICJ 也可能无法行使管辖权。例如，A 国于 2002 年 2 月 1 日宣布接受强制管辖，B 国于 2008 年 2 月 1 日宣布接受强制管辖，那么在 2001 年 2 月 1 日到 2008 年 2 月 1 日之前发生的争端，B 国可以主张其不接受 ICJ 的管辖”（第 151 页）。

2. 跨学科视阈

在内容上，本书重视国际法基本理论与实践的结合；在研究方法上，考虑到全球一体化和国际经济发展客观现实，对国际法的考量也越来越需要结合其他学科，本书结合国际法发展实践，运用了跨学科分析方法研究与国际法密切相关的因素。

国际法的政治性、国际道德和全球治理：本书第十七章从全球治理对国际法的政治性的挑战和国际道德对国际法的影响视阈研究。本章在探究全球治理对国际法的影响时指出：“国际法是全球治理的一部分，但是全球治理不仅包括国际法还包括政府和其他组织的实践。全球治理对国际法的主要挑战是如何建立规范和控制公共权力体系。全球治理带来的另一挑战与国际法的政治性相关”（第 304—307 页）。作者把国际法与相关因素结合研究，是有科学依据的。有人曾极端

地指出：“国际法乃屠龙之术，法学家绞尽脑汁也抵不过政治家的金钱与大棒。”[四百二十七]这种说法可能具有一定的绝对性，但在一定程度上说明了国际政治与国际法的关系。传统理论认为法律的产生和发展与政治密不可分，原因在于：近代国际法基本上是西方国家的产物，因此，其自产生以来就具有强烈的权力政治色彩；国际法的发展也蕴含着复杂的政治博弈，各国政治力量对比，大国权力导向，利益集团分化，都使国际法具有政治色彩。本书则突破传统认为国际法固有政治性的原因在于：一方面，法律必然基于社会现实发挥作用；另一方面，法律应引导人的行为，国际法应引导国家的行为，国际法的适用不仅要求社会基础，而且要求规范要素，但事实上，这两个要素很难同时具备，因此，国际法的适用具有不确定性，即在特定的情形符合国际法的行为在其他情况下可能不合法。所以，国际法被视为解决实质问题的框架，是国家及其他实体用于表达其对于“美好生活”看法的具有政治性的学科。（第 308 页）作者强调在国际法具有政治性的原因是国际法主体应对国际社会现实的需要，国际法的社会基础和规范要素很难同时具备，使得国际法的效力和作用并不总是确定的，甚至以国际法解决问题并不总是公平的，所以，为使国际法更好的发挥作用，国际法实体需要借助政治力量影响国际法。国际法的产生和发展还经历了与国际道德的博弈：十九世纪英国分析学派创始人奥斯汀就认为：“国际法只能成为实定的国际道德，它不是正确意义上的国际法”。[四百二十八]现在，绝大多数国际法学者认为国际法具有“软法性”，其与国际道德相互联系，有学者直接指出：“国际社会成员相互间不仅负有法律义务，还负有道德义务”[四百二十九]。本书中作者鲜明地指出：“全球性事务应依规则、有组织的运行，国际法行为体应确信并一致遵守国际法规范，但事实并非如此，这给国际道德以适用空间。例如，联合国对卢旺达种族灭绝的不作为可能是不符合国际道德的，但很难说联合国就违反了国际法，这样的例子不胜枚举，问题就在于规则赋予主体的自由裁量权是不确定的”。（第 309—310 页）也就是说，国际法规则在适用上具有不确定性，这种不确定赋予国际法主体以自由裁量权，而这种裁量权的界限需要国际道德来衡量。作者的研究可谓一针见血，直指国际法和国际道德关系的根本：本质上，国际法和国际道德均属于义务性规范，但是，国际道德在国际法之外发生作用，在国际法规则不确定时用以判断规则的适用范围，国际法规则也在一定程度上体现了国际道德的价值判断，例如，国际法禁止种族灭绝，不可否认的是，人类道德价值也反对种族灭绝。

作者以跨学科视阈研究国际法，不仅厘清了国际法和相关学科的关系，也表达了其二十年教学经验的精华，即国际法的学习与其他学科不是截然分离的而是相互影响的，做研究应突破领域界限有所创新。事实上，跨学科分析对于开展国际法创新性研究具有重要意义，作者对既有国际法理论和相关实践进行跨学科解析本身就是创新。另外，作者以跨学科的视角对相关因素的全面考量，与国际法日益多元化的发展趋势一致，这种长远的考虑不仅使本书不会因实践的变化而落后，还可能因其给国际法学习者以方法上的指引而成为国际法学习的必读书目。

（二）材料丰富：案例分析方法

1. 丰富的材料支撑

国际法是一门社会科学，社会科学的研究需要占有和掌握丰富的材料，“科学研究需要材料，就像人类生活需要粮食一样，没有丰富的材料（特别是第一手

[四百二十七] 何其生主编：《珞珈国际法：学人与学问》，武汉：武汉大学出版社 2011 年版，第 20 页。

[四百二十八] 李浩培：《国际法的概念和渊源》，贵阳：贵州人民出版社 1994 年版，第 43 页。

[四百二十九] Thomas M. Frank, Fairness in International Law and International Institutions, Oxford University Press, 1995, p.11.

材料）作基础，何谈研究!”。[四百三十]占有材料是科学研究的前提，但一部好的著作应建立在对材料的掌握和分析的基础上，同时研究的逻辑非常重要。本书的论证建立在大量相关资料的基础上，本书正文不过三百页，所涉引文和注释竟多达九百五十处，所列文献和附录竟多达三十余页。在本书中，作者有意识地援引那些较易获取的条约或者资料（条约、ICJ 决议和报告、国际组织报告和年度报告、ECtHR 决议等），作者特别在引言中指出：“本书所引用的重要条约多可在《布莱克.司多恩国际法文件集》中找到；本书所涉众多 ICJ 决议和报告、国际组织报告和年度报告、ECtHR 决议等，可以通过相关法院或组织网站中找到”（第 XXII 页）。作者明确指出材料的源头，是查找资料的方法上的指引。科学研究必须有丰富的材料支撑，本书显然具备丰富的材料，更难能可贵的是，作者没有简单地堆砌材料，而是掌握材料、分析材料，使材料充分服务于作者的创新性研究。

2. 案例分析方法

国际法本身的所谓“软法”特征，使国际法有别于国内法，在效力上有不确定性，因此，国际法上存在诸多问题有待在实践中探明。在本书中，作者以丰富的材料为支撑，在缜密的国际法逻辑之下，广泛地运用了案例分析方法研究国际法理论。具体地，作者以国际法院或法庭及欧盟法院等的判决为切入点，分析它们对国际法问题的意见，探究问题的一般意义和国际社会的价值取向。例如，在论及国内法与国际法的关系时，作者以欧盟为例，指出：“欧盟法常常与一般意义的国际法不同的原因在于欧盟法转化为国内法是基于欧盟法的规定而非国际法，欧盟具有独特的法律秩序。欧盟法可以直接适用于成员国，成员国不需另外采取措施纳入欧盟法。在欧盟‘卡迪案’（Kadi and Al Barakaat v Council and Comission）中，欧盟法院废止了执行安理会决议的欧盟相关措施，法院认为这些措施未能保障欧盟宪法下的人权。该案给成员国创设了一个进退两难的境况——欧盟法优于国际法”（第 297——300 页）。事实上，该案对于限制安理会的权利也有重要意义，“欧洲法院判决必将促使安理会今后通过相关决议时注意人权的保护，以增强安理会决议的合法性”[四百三十一]。作者在选取案例时有不同以往的用意，作者对欧盟“卡迪案”的分析并非通常见到的国际法优于国内法的实证，而是提出了两者矛盾时，国内法对国际法的纠正，欧盟法与一般国内法相比具有适用上的特殊性，作者对欧盟法在国际法上的特殊地位本身是否合理未给出明确答案，但是，通过案例指明国际法和国内法关系在具体实践中出现的不可调和的矛盾无疑是有创见的研究方法。应该说，作者所借以佐证理论的案例及其分析，已远超其所欲辨明的问题的范围，这实际上是作者对传统案例分析方法的突破和创新。不可否认，案例分析方法在国际法上较为常见，运用案例分析方法本身并不是创新，但是，作者对案例分析方法的运用所体现的国际法研究逻辑本身也是一种方法，这是作者的独到思考。

在本书中，这种案例分析方法随处可见。例如，作者在研究国际法院的强制管辖权的要素时指出：“ICJ 管辖的前提是争端双方均接受国际法院的管辖。成员方同意将案件提交 ICJ 解决，ICJ 才行使管辖权”（第 149 页）。也就是说，ICJ 行使管辖权的第一要素是国家的明示或默示同意，那么，如何判断国家是否同意 ICJ 的管辖？对此作者以 1978 年希腊和土耳其“爱琴海大陆架案”（Aegean Sea Continental Shelf）为例予以论证。希土两国大陆架争议由来已久且久持不下，双方在 1975 年的谈判中最终初步达成同意：建议大陆架争端应交由“在海牙的

[四百三十] 梁西、宋连斌：《法学教育方法》，武汉：武大出版社 2009 年版，第 65 页。

[四百三十一] 陈海明：《卡迪案及其对国际法的意义》，《太平洋学报》2010 年第 18 卷第 1 期。

国际法院”解决，若其他事项正在尝试解决但注定失败的情况下可以考虑提交国际法院。1976 年希腊在谈判仍在进行时，单方将争端提交 ICJ。ICJ 认为双方在谈判中达成的同意用语模糊，无法确定双方有将案件提交 ICJ 管辖的意图。据此，ICJ 的管辖依赖争端双方可推知的将案件提交 ICJ 的意思，如果 ICJ 无法确定双方是否具有同意的意思，ICJ 则无强制管辖权。除此，ICJ 指出:“如果双方确实承诺将争端提交 ICJ，那么，双方的承诺的意图就不重要。在‘卡塔尔诉巴林岛案’(Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain)中，ICJ 就认为即使一方否认，双方均承诺接受法院管辖，ICJ 亦有管辖权”（第 149 页）。因此，同意或接受管辖的意图并非在任何情况下都是确定 ICJ 强制管辖权的体素，只有在双方是否确定承诺将争端提交 ICJ 这一事实无法判断时才需要判断同意的意图。考虑到:“如果国家的真实意图并非将争端提交 ICJ，国家可能不尊重甚至违反与国家利益不一致的判决，因此，有时确定 ICJ 没有管辖权比判决得不到遵守更好”（第 149 页）,作者在选取案例时突破国家同意这一要素研究 ICJ 强制管辖权，侧重探究国家同意的意图。国际刑事法院(ICC)虽然获得了对苏丹总统的管辖权，但是，ICC 贸然发出对苏丹总统的逮捕令，是欠妥当的行为，这很容易造成该逮捕令以及相关的其他裁决无法执行的困境，从而损害 ICC 的国际形象、危及其自身裁决的国际执行力。同理，若国家没有将争端提交 ICJ 管辖的意图，ICJ 的判决亦可能面临执行困境等问题，甚至可能因此降低成员国对 ICJ 的信任度。

三、待探讨的问题

如上所述，本书有着诸多可取之处，但世界上没有绝对的真理，书也没有不存在任何缺点的书，本书亦有缺憾或者待商榷之处。

（一）缺憾之所在

本书一个缺憾是由于篇幅所限，对个别问题的研究缺失必要的说明。全书不过三百余页却几乎涉及国际法各个部门，可以想见本书无法详尽论述每一个问题。作者对第一部分的重点研究和对第二部分国际法各部门的相对概括论述，是本书对所研究问题详略的取舍。但是，对个别基本问题的忽略应该说是本书的缺憾。例如，本书对条约法作了较为全面的研究，但是对条约作为国际法最基本的渊源的论述寥寥数语，仅仅强调《维也纳条约法公约》是对以往条约规则的继承和总结，对于何种条约是国际法渊源及何谓国际法渊源只字未提。事实上，条约作为国际法渊源有许多问题值得讨论，比如，是否所有的国际条约均能作为国际法的渊源，条约作为国际法渊源的前提条件等。一般地，没有一般约束力的条约不能作为国际法渊源；只有那些缔约方较多或者包含了当时主要国家的成为了一般国际法规范的条约才能被认为是国际法渊源。[四百三十二]简而言之，立法性条约（又称造法性条约）才是国际法的渊源。[四百三十三]另外，就国际法渊源概念而言，本书仅指出“国际法源于主权国家自由意志的表达，源于国际法主体的行动”（第 24 页），这回答了国际法渊源形成的根本问题，却忽略了对国际法渊源具体内涵的研究。事实上对具体概念区分很必要，比如，应把国际法的渊源理解为国际法的形式、形成程序还是国际法第一次出现的地方。周鲠生、李浩培和邵津等认为国际法的渊源是国际法形成的方式和程序，王铁崖则认为国际法的渊源是国际法原

[四百三十二] 周鲠生：《国际法》，武汉：武大出版社 2009 年版，第 11—12 页。

[四百三十三] 李浩培：《国际法的概念和渊源》，贵阳：贵州人民出版社 1994 年版，第 66 页。

则、规则和规章、制度第一次出现的地方。[四百三十四]笔者认为把国际法的渊源理解为国际法的形式或形成程序更为适宜。本书对概念的忽视，可能对深入理解国际法渊源产生障碍。

需要指出的是，本书体系中缺失国际组织法一章。国际组织法是一个博大精深的法律部门，作为国际组织法的专家作者可能有其考虑，但是，就教科书而言，方法上的引导固然重要，面上的普及也必不可少，因此，缺失国际组织法的介绍应该说是本书的缺憾。

（二） 商榷之所在

仅仅以传统“一元论”和“二元论”理论之争研究国际法和国内法的关系是否与实践脱节有待商榷。本书将 “一元论”和“二元论”与国际政治、国际法的道德性及全球治理一并归入国际法的“相关事物” （the Surroundings of International Law）。[四百三十五]在新的现实情况下以“一元论”和“二元论”关系为基础研究国际法和国内法的关系可能仍有其合理性和必要性，但是，这似乎与国际社会的现实和国际法的发展存在一定的脱节之处。随着全球化的进一步深入，国际法的研究范围也不断扩大，国际法与国内法的关系也被赋予了新的时代内涵，传统“一元论”和“二元论”对主权的过分关注面临新的问题。“国际法与国内法的关系呈现多元化趋势，国家主权学说不得不面对国际法领域出现的新问题作出适当的调整。”[四百三十六]“国际法与国内法关系发生了显著变化。主要体现在出现了一些新的独立的国际组织……国际人权保护的范围不断扩大，使主权国家承担了前所未有的保障人权的责任。”[四百三十七]多元化的世界要求多元化的生产关系与之相适应，以传统的“一元”和“二元”法律关系论研究国际法与国内法的关系，从一定程度上说是落后于时代发展步伐的。

亨金认为“一元论”与“二元论”之间的区别只是理论上和观念上的……作为国家体系的特征看来在解决“一元论”和“二元论”之间大的概念争议，或该争议的任何特别适用问题方面，没有什么意义……总体上，没有一个国家要求其他国家信奉“一元论”，也没任何国家自己适用严格的“一元论”，对待国际法的态度由一国的国内法制度及其法理学决定。[四百三十八]总的来说，虽然“一元论”和“二元论”是国际法上极其重要的理论，但不可否认，现代国际法实践既不完全奉行“一元论”也不完全奉行“二元论”，使得“一元论”和“二元论”之争逐渐缺失了可作用的国际法实践，在一定程度上也不足以说明国际法和国内法的多元关系了。

四、结语

纵观全书，它无疑是一本具有启发性和创新性的国际法教科书。作者对教学的热爱和对教学方法的深刻思考融汇在本书中，使本书不仅为读者展示了国际法

[四百三十四] 周鲠生：《国际法》，武汉：武大出版社 2009 年版，第 10 页。李浩培：《国际法的概念和渊源》，贵阳：贵州人民出版社 1994 年版，第 65 页。邵津：《国际法》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社 2003 年版，第 12 页。王铁崖：《国际法引论》，北京：法律出版社 1995 年版，第 10 页。

[四百三十五] 笔者对作者将 “一元论”和“二元论”与国际政治、国际法的道德性及全球治理一并归入国际法的“相关事物”存在疑惑，将此问题请教于作者本人，有幸得到作者答复，他指出：“我使用‘surroundings’一词，意在表达国际法不是独立存在的，而是与国内法、国际政治等相关。把“二元论”和”一元论”置于第 16 章，可能有失偏颇，因为“二元论”本身即认为国际法和国内法完全是两个不同的体系，把国内法视为国际法的外围可能并不恰当，但我的本意不在于引起更深的理论之争”。

[四百三十六] 莫纪宏：《论国际法与国内法关系的新动向》，《世界经济与政治》2001 年第 4 期。

[四百三十七] 杨华：《国际法与国内法关系的主权论》，《时代法学》2013 年第 11 卷第 3 期。

[四百三十八] 路易斯·亨金著，张乃根等译：《国际法：政治与价值》，北京：中国政法大学出版社 2005 年版，第 93—95 页。

的全景，而且为读者运用国际法逻辑和方法研究和学习国际法提供了指引。国际法的研究离不开国际法逻辑，本书无论从体系架构上到具体章节的研究都遵循着严密的国际法逻辑，这是本书的启发性之所在。国际法的研究和其他人文学科的研究一样需要不断创新，近年来国际法学人们尤其看重理论结合实际的跨学科分析方法，本书结合相关学科研究国际法不仅厘清了国际法和相关学科的关系，也表达了国际法的学习与其他学科不是截然分离的而是相互影响的，做研究应突破传统研究方法有所创新的思想，是对国际法学习者方法上的指引。案例分析方法是国际法研究中较为传统的方法，本书却推陈出新以丰富的案例材料为基础并遵循严密的国际法逻辑研究分析案例并得出结论，这些结论又往往是国际法上有效的理论，因此，本书对国际法的探究可谓言之凿凿入木三分。但是，本书仍然存在一些缺憾和值得商榷之处，例如，部分问题浅尝辄止，没有深入研究，个别问题有待商榷，可能引起不必要的困惑。笔者通过不成熟的研究作粗浅的评述，浅陋之处，敬请读者不吝赐教。

国际法院海洋划界实践中的“三步划界法”研究

尹海新*

摘要：本文首先概括了国际海洋划界的几个发展阶段，进而通过国际法院的案例对近年来逐渐确立的“三步划界法”进行研究。“三步划界法”首先是划定一条临时的中间线；第二步是根据临时海洋边界线的相关情况或特殊情况，对临时边界线作出适当调整，以确保实现公平的结果；第三个步骤，是对海洋划界的结果进行不合比例检验。但是，国际法学界有观点明确对这种方法持不同意见，国际法院亦表明“三步划界法”并不能在每一个案件中机械地使用。笔者认为，对中国来说，这种方法的影响是负面多于正面的。

关键词：国际法院　专属经济区　大陆架　海洋划界　三步划界法

Abstract: This paper first summarized the several stages of development of the international maritime delimitation, and then study on the Three-stage Delimitation Methodology through the cases of the International Court of justice in recent years. The first step of The Three-stage Delimitation Methodology is to establish a provisional delimitation line. Then the second step is to consider whether there are factors calling for the adjustment or shifting of the provisional equidistance line in order to achieve an equitable result. Finally, the third stage is a final check for an equitable outcome entails a confirmation that no great disproportionality of maritime areas is evident by comparison to the ratio of coastal lengths. However, many scholars in the circle of international law hold different views against this method. The International Court of justice also declared that the Three-stage Delimitation Methodology is not to be applied in a mechanical fashion. The author believes, as to China, the effect of this method is negative rather than positive.

Key words: ICJ, EEZ, Continental Shelf, Maritime Delimitation, Three-stage delimitation methodology

海洋划界广义上包括两国或多国间相邻或相向海域的划界，本文主要是探讨与专属经济区和大陆架相关的海洋划界情况。[四百三十九]自其成立以来，国际法院在

* 复旦大学法学院国际公法专业博士生。

[四百三十九] 从“加拿大与美国的缅因湾海洋划界案”开始，在提交给国际法院的案件中，各国日益请求法院为大陆架和专属经济区划一条单一海洋边界。“缅因湾案”具有双重性质，同时涉及大陆架及其上覆水域（专属经济区）的划界，该案是国际法院第一次用一条单一的海洋边界线，既划分大陆架，又划分渔区。

和平解决各国间海洋划界方面的实践可谓是成果颇丰，至2009年其在“黑海划界案”中采用的三步划界法[四百四十]，国际法院在海洋划界所采取的方法也日渐趋于成型，但是，国际法院所采取的海洋划界方法仍然未能被整个国际社会公认为成熟，甚至在国际法院内部亦仍然存在争论。

一、“三步划界法”的形成和发展概述

国际海洋划界实践可以说是一直存在于国家间的历史长河中，根据不同年代海洋划界发展的特点，各国在海洋划界实践中所采取的方法可以大概分为几个阶段：[四百四十一]

1958 年之前为第一个阶段，这一个阶段尚未出现有确定的调整国际海洋划界的国际法规则。当时的习惯国际法仅承认沿海国的领海主权，即沿岸国对紧邻其海岸的水域享有主权，关于领海的宽度则有不同的主张，如大炮射程论，3 海里的主张等。后来，一些国家还出于防止和惩治违犯其海关、移民、财政和卫生的法律和规章的目的主张对毗连其领海的公海区域享有权利。但是，这一个阶段并不存在有关在领海以外的海域内行使主权的一般权利的习惯法。

1958 年至 1982 年是第二阶段，这个阶段海洋划界的法律依据主要是 1958 年的四个日内瓦公约，即《领海与毗连区公约》、《公海公约》、《大陆架公约》和《捕鱼与养护公海生物资源公约》。根据《大陆架公约》第 6 条，大陆架划界根据“协定或等距离加特殊情况”的原则确定[四百四十二]。但是，由于当时该公约的成员国有限，而且即使加入该公约的一些国家也对公约第 6 条提出了保留，因此，这一规则的法律拘束力是有限的，实践中也没有被国际社会所普遍接受。在 1969 年的“北海大陆架案”中，国际法院否定了“等距离加特殊情况原则”是习惯国际法的一部分的观点。[四百四十三]

1982 年以后为第三阶段。1982 年《联合国国际海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）的缔结是海洋法发展史上一个具有里程碑意义的事件，《海洋法公约》

四百四十 即第一步先划出一条临时等距离线（除非有强制性的理由阻止该临时等距离线的划出），第二步审查是否存在“相关情况”要求对临时边界线进行调整以得到公平的结果；第三步进行不合比例检验，考虑所得出的划界区域是否与所涉各国各自的海岸线长度存在明显的不协调。see: Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v． Ukraine), Judgment. ICJ Reports 2009(hereafter as Black Sea Case), paras. 115-122.

四百四十一 史玖镛，“国际法院判例中的海洋划界”，载《法治研究》，2011年第12期。

四百四十二 《大陆架公约》第 6 条规定：“海岸相邻或相向国家大陆架的疆界应由两国之间协议决定，在无协定情况下，除根据特殊情况另定界线外，疆界应适用等距离线（中间线）予以确定。”

四百四十三 North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969(hereafter North Sea Case) , para. 69.

在领海、毗连区和大陆架之外增加了专属经济区的内容，规范各国行使在毗邻区之外的一定海域内的专属经济权利。此后，关于专属经济区的划界问题进入国际法院的视野。从 1981 年“加拿大与美国的缅因湾海洋划界案”及 1983 年的“利比亚诉马耳他的大陆架案”开始，国际法院日渐采用分步骤方法解决国家间的海洋划界纠纷。至 2009 年作出判决的“罗马尼亚与乌克兰黑海划界案”，“三步划界法”在国际法院的实践中可谓已经日渐成型。此后，国际法院在 2012 年判决的“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土与海洋争端案”[四百四十四]以及 2014 年 1 月 27 日作出判决的“秘鲁诉智利的海洋争端案”[四百四十五]，亦是坚持了“三步划界法”的划界方法。但是，对该方法的异议至今仍然存在。

二、临时分界线的划定

三步划界法的第一步是划定一条临时的分界线，国际法院实践中，临时分界线的划定是一个颇具争议的过程，鉴于不同的立场和主张，对临时分界线的确定方法亦是大相径庭。

在“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土与海洋争端案”中，国际法院认为临时分界线的划定应该采用对所涉海域的地形来说较为恰当并在几何上客观的方法[四百四十六]。而在“突尼斯诉利比亚的大陆架案”中，国际法院首先在突尼西亚海岸与克肯纳岛之间划角平分线，然后采用与该线平行的线作为争端两国大陆架的边界线。[四百四十七]

值得指出的是，虽然国际法院通常会考虑以等距离线或中间线作为临时海洋边界线，但是，国际法院已经在“尼加拉瓜诉洪都拉斯加勒比海划界案”表明：等距离方法之所以在海洋划界实践中被广泛运用，原因在于其具有科学性和便于使用的特质。不过，该方法并不自动优先于其他划界方法，在特殊情况下，有的因素会导致等距离方法不被适用。[四百四十八]

在“黑海划界案”中，由于国际法院在确立临时分界线时考虑采用等距离线

[四百四十四] Territorial and Maritime Dispute(Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012(hereafter as Nicaragua v. Colombia Case), paras. 190-193.

[四百四十五] Maritime Dispute(Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014(hereafter as Peru V. Chile Case), para. 180.

[四百四十六] Nicaragua v. Colombia Case, para. 191.

[四百四十七] Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, para. 133.

[四百四十八] Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007(hereafter as Caribbean Sea Case), para. 272.

（即中间线）的方法，而等距离线之基点的确定对结果有重大的影响，所以案件的双方对于基点的选择进行了激烈的争议。罗马尼亚主张苏丽娜堤(Sulina Dyke)向海的终端作为基点，理由是该点包含在之前罗马尼亚划定领海基线的基点中。同时，乌克兰的蛇岛(Serpents Island)仅仅是一块不能维持人类居住和经济生活的礁石，因此依据《海洋法公约》第 121 条第 3 款不能拥有专属经济区或大陆架，也不能作为构建临时等距离线的基点，否则有可能造成对海岸线的过度扭曲。[四百四十九]而乌克兰则认为，既然作为人造设施的苏丽娜堤可以在绘制临时等距离线时被赋予全部效力，那么作为沿海岛屿的蛇岛更有理由作为基点。[四百五十]但是，国际法院的裁决均没有支持双方的主张，它指出，以苏丽娜堤向海的终端作为基点所可能产生的扭曲效应。而将蛇岛作为乌克兰海岸的一部分等于是将一外来因素嫁接到乌克兰的海岸线上，结果会造成司法上的重塑地形(judicial refashioning of geography)，这是海洋划界的法律和实践所不允许的。[四百五十一]

从上述国际法院的判决可以看出，对临时分界线的划定之方法是多样的，国际法院并没有确立起一种固定的模式或者强制性的方法。对于划界方法的选择具有实质性的影响的是争涉海域的地理情况特别是海岸情况（诸如争端方各自海岸线的长度和形状，以及海岸相邻相向或其他的特征）。一般认为，在海岸线比较规则的相向国家之间，运用等距离方法较容易达成公平的结果。[四百五十二]但是当海岸地形复杂，划界基点存在不确定性时，海洋划界应考虑其他更为合理的替代方法。因此，在具体的案件中，国际法院往往是以一种划界方法为主，辅之以其他划界方法划出临时的分界线。[四百五十三]

三、对相关情况（或特殊情况）的考虑

三步划界法的第二个步骤，是根据临时海洋边界线的相关情况或特殊情况，对临时分界线作出适当调整，以确保实现公平的结果。《海洋法公约》并没有对特殊情况作出具体定义，也没有列举出具体的类型。

在国际法理论界，著名国际法学者伊恩.布朗利教授曾经总结出国际司法机

四百四十九 Black Sea Case, paras. 123-124.

四百五十 Ibid., paras．125, 126．

四百五十一 See Black Sea Case, paras．127-142．

四百五十二 周健，《岛屿主权与海洋划界国际法案例选评》，测绘出版社，1998 年版，第 324 页。

四百五十三 张华，“国际司法裁判中的海洋划界方法论解析”，载《外交评论》，2012 年第 6 期。

构在海洋划界案件中应该考虑的相关情况，包括：争端双方海岸的整体地形；某些次要的地理特征；海底的地质构造和地貌；相关海岸长度的差异；宏观地理背景；争端双方的行为，如在争议海域的石油开采活动所形成的事实上的界限；争议海域自然资源的影响范围；公平获取争议海域自然资源的原则；争端当事国的国防与安全利益；争端当事国的航行利益；与陆地边界一般走向保持一致。[四百五十四]需要指出的是，上述列举并没有穷尽所有的类型，有部分因素随着时间的变化，对海洋划界的影响逐渐减弱；即便是同一种因素，在不同的划界案件中所发挥的作用程度也不尽相同。[四百五十五]

在司法领域，国际法院的实践多次有涉及特殊情况的情形。

在加拿大与美国的缅因湾边界划界案中，美国主张：国际法院应该考虑的相关情况包括科德角半岛、楠塔基特岛和玛莎文雅岛。加拿大和美国同时赞成缅因湾的地质、历史、经济和社会因素作为案件的衡量标准。[四百五十六]

在利比亚诉马耳他大陆架案中，国际法院考虑的相关情况包括：利比亚和马耳他海岸的一般轮廓，利比亚海岸更长的长度以及每个国家海岸与大陆架区域的比例。并且据此通过中间线向北移动作出调整，给予利比亚更多的大陆架区域，以得到公平解决。[四百五十七]

在黑海划界案中，国际法院根据案件双方罗马尼亚和乌克兰的主张，依次审查了六种相关情况: 海岸线长度的差异；黑海的封闭性质和区域内已完成的划界；划界区域中蛇岛的存在；争端双方的行为；不切断原则；争端方的安全考虑。但是最终认为这些相关情况均不能构成调整临时等距离线的理由。[四百五十八]

国际法院的实践表明，其在考虑根据特殊情况对业已作出的临时分界线作出调整时候是较为谨慎的。而且，近年来的判决也表明，在确立临时边界线阶段往往已经事先考虑或排除了一些因素，因此争端双方提出的矫正因素在划界第二阶段并不能完全得到国际司法机构的支持。例如，岛屿的存在通常是调整临时海洋边界线的一个重要因素。[四百五十九]在黑海划界案中，由于国际法院在选择基点确定

[四百五十四] Ian. Brownlie, Principles of Public International law(Seventh Edition), Oxford and New York: Oxford University Press, 2008, pp. 217- 218.

[四百五十五] 张华，“国际司法裁判中的海洋划界方法论解析”，载《外交评论》，2012 年第 6 期。

[四百五十六] Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C.J. Reports 1984, pp. 12-13.

[四百五十七] Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I. C.J. Reports 1985, pp. 71, 79.

[四百五十八] See Black Sea Case, Paras. 157-204.

[四百五十九] 张华，“国际司法裁判中的海洋划界方法论解析”，载《外交评论》，2012 年第 6 期。

临时等距离线时就已经排除了蛇岛的作用，所以在划界第二阶段自然就无必要考虑蛇岛对临时等距离线的影响了。

四、对调整后的划界线的不合比例检验

海洋划界的第三个步骤，是对前面两个步骤所得出来的划界结果进行不合比例检验（Disproportionality Test）。亦即是对依据临时海洋边界线并考虑相关情况进行调整后所得的相关海域面积(relevant maritime area) 比例与争端双方相关海岸线(relevant coastline) 长度的比例进行重新的审视，检视是否存在重大失衡的情况，如果答案是否定的，则原划出的临时边界线成为最终的海洋边界线，否则仍需作进一步调整。不合比例检验是海洋划界过程中的“最后一道检验”，[四百六十]其本身并不是一种划界方法，而是一种检验划界结果是否对当事国任何一方造成了显著不公平的有失比例的效果的手段。

该种手段最初在“北海大陆架案”中被提出，但当时只是将比例问题作为划界时的考虑因素。[四百六十一]在早期的国际法院实践中，如 1981 年“加拿大与美国的缅因湾海洋划界案”1983 年的“利比亚诉马耳他的大陆架案”，海洋划界通常只有两个阶段: 即确立临时海洋边界线和审查相关情况以确定是否有必要对临时边界线进行调整。而不合比例问题通常已经在第二个步骤中已作考虑，所以不存在单独的比例检验阶段。但是，从“黑海划界案”以来，将不合比例检验单独出来并作为海洋划界的第三阶段似乎成为趋势。

但是需要指出，不合比例检验并非海洋划界的一种单独方法，而只是在海洋划界的第三阶段为确保公平原则发挥“最后一道阀门”的作用。关于比例的标准问题，在“黑海划界案”一案中，国际法院指出：不合比例检验只能是近似的，目前国际法上没有关于如何确定海岸线的明确规定，而且多大程度的差别能构成重大失衡以至于违反公平原则仍属于国际法院自由裁量的范畴。[四百六十二]这表明了不合比例检验适用时的不确定性和主观性。[四百六十三]具体到案件本身，国际法院并没有采用争端双方主张的领海基线，而是依据海岸线的一般走向测量了相关海岸，与海湾内部水域相邻的海岸线并没有计算在内。国际法院特别强调：考虑到第三

[四百六十] See Black Sea Case, para. 122.
[四百六十一] See North Sea Case, para．101(D).
[四百六十二] See Black Sea Case, paras．212-113.
[四百六十三] 张华，“国际司法裁判中的海洋划界方法论解析”，载《外交评论》，2012 年第 6 期。

阶段的目的在于确保不出现显著的不成比例(significant disproportionality)，这种测量只能是近似的。而本案中，国际法院最后的结论是先前构建的临时划界线，并未出现显著的不成比例，因此第二阶段的划界线无需调整。[四百六十四]

在“秘鲁诉智利的海洋争端案”中，由于本案争议涉及一条 80 海里的平行线，然后由转折为等距离线，如果单纯采用一种计算比例的数学方法，那么将很难计算出秘鲁与智利间有关海岸与所得区域之间的比例。法院回顾了以往的一些由于某些特定情况造成困难，法院没有进行比例的计算的案例，如在 1983 年的“利比亚诉马耳他的大陆架案”中法院曾指出：“在不做数学计算来确认公平性时，法院可以对结果是否公平作出大概的评估”。[四百六十五]法院还进一步援引了其在“黑海划界案”中的结论：“比例的检验并不是力求准确，而只能是大致地评估划界结果。”[四百六十六]在该案中法院对不合比例检验的解释是：“划界的目标是实现公平解决的结果，而不是海洋区域的平等分配。”[四百六十七]因此，在本案中国际法院最后得出结论：本案“没有明显的不合比例的情况，临时等距离线的公平线也毋容置疑。”[四百六十八]

由上述案例可以看出，不合比例检验近年来已经被确定为海洋划界的一个独立的阶段。

尽管存在上述质疑的意见，不合比例检验仍然是海洋划界中一个重要的步骤，而且其作为最后的保护阀的作用不能被忽视。不过，国际法院的实践同时也表明，海洋划界不能简单地依据比例原则划分所争涉的海域。

五、对“三步划界法”的不同意见

综上所述，国际法院在实践过程中总结出来的海洋划界方法至“黑海划界案”时已经日渐形成所谓的“三步划界法”，并且为后来的案例所借鉴适用。但是，这种方法从其形成阶段到今天，都尚存在异议。部分国际法学者，甚至国际法院亦有法官在相关案例中明确对这种方法表示了不同意见。

首先，在 2001 年的“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土与海洋争端案”中，薛捍勤

[四百六十四] See Black Sea Case, paras．214-216.
[四百六十五] Case concerning the Continental Shelf(Libyan Arab Jamahiriya V. Malta), Judgment, ICJ Reports, 1985, p. 55.para. 75.
[四百六十六] Peru V. Chile Case, Para. 193.
[四百六十七] See Black Sea Case, para．111.
[四百六十八] See Peru V. Chile Case, para. 194.

法官在其的声明中表示：为了保证公平解决争端，海洋划界的方法应该根据地理特征和相关的情况决定，而划界的方法不能是预先设定的。[四百六十九]在同一案件中，亚伯拉罕法官在其单独意见中也表示："三步划界法"不适用于该案。[四百七十]实际上，法院也在判决中承认，"三步划界法"并不能在每一个案件中机械地使用。[四百七十一]

其次，在针对"不合比例检验"的阶段，由于确定海岸线问题的复杂性，争端当事方将海岸线比例问题作为相关情况提出并不总能得到国际法院的支持。而国际法院近年来对于比例问题的裁决过于简短，主观性较强，有的时候更被认为是一种形式上的审查[四百七十二]，缺乏说服力，容易引发争议。例如，在 1991 年的"卡塔尔与巴林的海洋与领土划分案"中，国际法院在审查卡塔尔与巴林海岸线长度的比例问题时非常简单地得出了两国海岸线大致相当的结论。有学者批评，国际法院应更加详细地解释计算海岸线的方法和相关数据。[四百七十三]

再如：在"秘鲁诉智利的海洋争端案"中，国际法院没有采取比较海岸长度与所得海域之比的方式，而仅仅是通过"粗略地评估"就确认了本案没有导致划界的结果不公平的不合比例的情形。因此，有学者认为，作为划界第三步骤的不合比例检验对海洋划界的最终结果并无实质影响。[四百七十四]

六、"三步划界法"对中国的影响

中国是一个有着漫长海岸线的国家，中国对周边海域的主权及其他权利在历史中已经明确形成，但是，近年以来，一方面由于历代中国政府对海洋权利的不够重视从而使周边国家有可乘之机；另一方面由于《海洋法公约》赋予了岛礁拥有广阔的大陆架与专属经济区的权利，使得周边国家对中国的岛礁之争夺几近疯狂。在这样的背景下，"三步划界法"对中国的影响主要有以下几个方面：

第一：在中国与周边一些国家切实涉及海洋划界的情形，如中国与朝鲜、韩

[四百六十九] Declaration of judge XUE, Nicaragua v. Colombia Case, pp. 624. 746.
[四百七十] Separate opinion of judge ABRAHAM, Nicaragua v. Colombia Case, pp. 624. 735.
[四百七十一] Nicaragua v. Colombia Case, p. 624. 746. Para. 194.
[四百七十二] Yoshifumi Tanaka, Reflections on The Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Colombia before the International Court of Justice．(2013) 26 Leiden Journal of International Law 909, p. 926.
[四百七十三] Yoshifumi Tanaka, Reflections on Maritime Delimitation in the Qatar/Bahrain Case, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 52，No．1, 2003, pp. 66-67.
[四百七十四] 黄瑶、廖雪霞，"国际法院海洋划界的新实践—2014 年秘鲁诉智利案评析"，载《国际法研究》，2014 年 1 期，第 46 页。

国在黄海；中国与日本在东海；中国与越南在北部湾湾口以外海域的划界情况。“三步划界法”可能会错误传递出它正在趋向于形成习惯国际法则的信息，尽管国际法院内亦有法官明确提出不同意见，但是这些不同的意见并未能阻碍国际法院在相关的案件中采用这种方法对争涉的海域进行划界。如果中国的周边国家认定“三步划界法”是或者正在形成习惯法，一方面，它们在与中国解决存在划界纠纷的海域的划界问题时候可能会陷于思维僵化，不利于相关海域划界问题的灵活解决。另一方面，它们可能会错误地理解“三步划界法”的第一步是划定“中间线”，而忽略其他对海洋划界具有重要意义的因素，例如陆地的自然延伸、海岸线的走向等对海洋划界产生影响的因素。

第二，在南海岛礁附近、东海钓鱼岛周边等本来不存在划界问题的海域，一种看似确定的海洋划界方法会给本来不拥有岛礁主权的国家以不合理的遐想空间，对已经白热化的岛礁争夺产生更加负面的影响，使得中国对南海、东海岛礁的合法权益面临更严峻的威胁。

第三，从积极方面考虑，“三步划界法”也可能会给中国与周边国家的海洋划界提供借鉴。

但是，总的来说，笔者认为“三步划界法”对中国的影响是负面大于正面，在中国与周边国家解决海洋划界纠纷时候，应该更多地从历史中去寻找划界依据，应该更灵活地采用解决海洋划界纠纷的方式。正如薛捍勤法官所指出的那样：海洋划界的方法不能是预先设定的，而应该根据地理特征和相关的情况决定。

国际法治与法治中国的交叉互构[†]

何志鹏*

摘要：虽然从静态的视角分析，法治中国与国际法治是分别运作的独立系统，但从动态发展的角度观察，却不难发现，国际法治与法治中国之间存在着多个方面、多种途径、多种方式的相互联系和作用。这使得二者之间呈现出多维互动的状态。中国法治的发展，不可能忽视国际法治的整体趋势与格局而孤立存在；中国作为国际关系的重要参加者，必须在国际法的系统中行动，并与国际法律体系形成互构。

关键词：国际法治；法治中国；交叉；互构

一、导论

国际法的中国观念、中国立场，国际法治的中国话语、中国表达是法治中国理论建设不可或缺的重要层面。当前，理论界和实践界都越来越明确地认识到，法治中国的建设需要逻辑清晰、明确而坚实的观念基础，并在此基础上形成中国特色社会主义法治理论体系。

作为一个在国际格局中日益显著的大国，中国的法治建设、法治观念、法治理论都不可能不考虑对外关系的问题，不能不讨论国际法的位置，不能不分析法治中国与国际法治的关系。对于国际法治与中国法治关系的清楚认识，无论对于准确认知和处理国际法治在法治中国理论体系中的位置，还是对于中国参与国际法治、充分利用国际法体系的实践，都具有非常关键的作用。可以说，中国越是客观、全面地认识到国际法对于中国的作用和影响，越是深入、准确地把握中国与国际法治的相互关系，就越是有利于积极主动地参与国际法治的建构，就越有利于自身的改革开放事业，越有利于中国长久的繁荣和稳定的发展。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》可以被认为是法治中国的任务书和路线图，是中国发展战略布局的重要方面。[四百七十五]法治中国既包括中国国内法治的一部分，也包括涉外法治的部分。[四百七十六]

所以，在中国特色社会主义法治理论体系的构建过程中，如何认识和理解国际法，如何在法治中国的视域之内看待国际法治，如何确定中国在国际法治体系中的位置，如何观察和分析中国的法治进程、目标与国际法治之间的关系，[四百七十七]如何评估国际法治对于中国利益的影响，都是不能忽视、不能回避的问题。本文拟从静态和动态两个方面观察法治中国与国际法治的关系，并应特别关注法治中国与国际法治之间的互相促进和塑造的关系。

[†]在本文的构思与撰写过程中，深受清华大学车丕照教授和浙江大学赵骏教授的启发。此项研究并受到吉林大学青年学术领袖项目（国际法的中国理论 2012FRLX10）及中央高校基本科研业务费专项资金（全球化背景下中国话语的世界表达）的支持，特致谢忱。本文仅限于中国国际法学会 2015 年学术年会交流，请专家指教，慎勿传播和引用。

*法学博士，“2011 计划司法文明协同创新中心”、吉林大学法学院、公共外交学院教授、博士生导师。

四百七十五 2015 年 2 月，中国最高领导人提出了全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党的“四个全面”战略布局。

四百七十六 关于涉外法治的基本预期，见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社 2014 年版，第 39 页。

四百七十七 2014 年 12 月 27 日，中国法学会 WTO 法研究会在对外经济贸易大学法学院召开了“国际法治与法治中国高端研讨会”，虽然对于二者的关系没有正面讨论，但是这一主题的设定至少说明国内学界已经对这一问题充分重视。

二、法治中国与国际法治彼此独立而具有共性

从静态的结构关系看，法治中国是法治的观念和基本原理在当代中国这一特殊时空领域的体现；国际法治则是法治的观念和基本原理在当今国际社会的应用。这种空间的差异导致二者具有很多不同的因素，但共同的理论源头和实践经验基础，又使得二者具有很多共性。

（一）国际法治与法治中国相互独立

中国迈向法治、建设法治的努力是全球法治进程中的一部分。而全球法治，正如联合国的多项文件所阐述的，包括“国家和国际两级法治”，[四百七十八]也就是一国之内的法治和国家之间的法治两个部分。由此可见，国际法治与中国法治是法治这个总系统中两个彼此独立的子系统，二者各有其特定的规范基础、组织架构、程序规则和运行机制，彼此不存在隶属关系，因而各自有其背景、要求、表现。

国际法治处理的是国家之间的关系，是在无政府的国际关系体系中确立法律至上、依法控制权力、通过法律手段维护权利的观念、机制，营造法律之治的国际社会环境和国际秩序格局。从参加者的角度，国际法治可以分为双边法治（bilateral rule of law，两个国家之间的法治）、多边法治[四百七十九]（multilateral rule of law，三个以上国家的法治状态，可以分为区域性的多边法治，regional rule of law，如欧盟；行业性的多边法治，如 WTO；普遍性的多边法治，或称普遍法治，universal rule of law，即意图约束所有行为体的法治，如联合国体系），其主要目标是约束大国的任性而为。从广义的角度看，国际法治关注的是将具有跨国性质的问题通过法律的手段予以规制和解决，在基础上，哪些是国家应当遵守的国际规则，进而，哪些行为体享有国际法上的权利，哪些行为体必须承担国际法上的义务、履行国际法上的责任。处理的事项主要包括国家之间的领土纠纷、海洋权益划分、武力使用的标准与规范、在外层空间的权利与义务；如何追究国家责任、国家之间的纠纷如何解决，也包括一国营如何对待外国的商品、外国的投资乃至外国人，国家之间如何签订和履行条约，修改和终止条约，国家之间在哪一层次上如何交往，如果保护国际环境、如何促进国际贸易、投资和货币金融发展。

法治中国是在中国之内的治理方法法律化，使中国在法律体系特别是宪法体系之中形成尊重法律、信仰法律、遵从法律的社会环境和社会秩序运行模式。[四百八十]主要手段是约束政府的权力运行，目标是形成一个健康、公正、高效、廉洁的社会运行机制。二者在行为体、基本规范、运作方式上均有不同。法治中国的主要关注面在于国内治理，包括如何约束政府权力的滥用，如何维护公民的权益不受政府任性滥用权力的侵犯。这里虽然也会涉及的公民涉外交往的权利和一定程度上外国人的权利，但显然主要是国内公民的权利，通过立法、执法、司法和手法的方式将国家治理的质量提升，呈现良好的社会秩序。

[四百七十八] The rule of law at the national and international levels, Resolution adopted by the General Assembly on 9 December 2011[on the report of the Sixth Committee (A/66/475)], A/RES/66/102, General Assembly, 13 January 2012; Delivering justice: programme of action to strengthen the rule of law at the national and international levels: Report of the Secretary-General, A/66/749, General Assembly, United Nations 16 March 2012; 联合国大会于 2012 年 9 月 24 日举行了为期一天“国内和国际的法治”高级别全体专题会议。这是大会第一次举行专门讨论法治问题的高级别会议，凸显了法治在国家和国际舞台上所处的中心位置。联合国认为，法治是国际社会面临的众多挑战的核心。在国家一级，强大的、具有包容性和负责任的机构表示公平合理地实施法治，对于预防冲突和巩固冲突后建设和平的成果至关重要。在国际一级，法治为国家的行动提供可预测性和合法性，加强其主权平等，加强国家对其境内受其管辖的所有个人的责任，全面履行《联合国宪章》以及包括人权框架在内的其他国际文书所载的义务，对于共同维护国际和平与安全，有效地应对新出现的威胁以及填补国际犯罪的问责空白非常重要。会议通过了《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》，Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/67/1,General Assembly, United Nations, 30 November 2012.

[四百七十九]在这里，笔者采用“多边”的概念仅仅是从其字面意义上，指包括几个国家而非国际社会全体的。这种理解与国际关系中常用的“多边主义”（multilateralism）的概念是不同的，后者是指一种面向国际社会开放合作的态度，即重视和遵守国际普遍的行为准则和规制，在国家行为体之间协调与合作以发展良性互动。参见秦亚青：《多边主义研究：理论与方法》，《世界经济与政治》2001 年第 10 期。

[四百八十]李玉：《法治中国与法治国家的关系》，《中国社会科学报》2015 年 1 月 12 日。

国际政治既包括宏观结构面向，也包括对于各国的关注，当然也就具有中国面向。在保护人权、外国人待遇、规制和促进国际交往方面，法治中国的要求和国际法治的要求存在着交叉，但是交叉的领域不多，交叉和重叠不是二者关系的主要表现。

（二）国际法治与法治中国具有原理上的共性

但是，作为法治的具体表现，二者共享法治的基本原理。法治作为一个世界各国共同认可的社会治理目标与理想，具有人们认可的基本内核和共同属性。

首先，法治中国与国际法治共享思想与理念的渊源。法律的概念始于一国之内，法治的概念也始于一国之内。法治的观念来源于西方，但并不因此就成为了一个代表着西方思想、价值观念的术语。毋宁说，法治代表着整个人类历史发展共同的文明成果，是一种跨文化的思想与实践的结晶。法治从亚里士多德、柏拉图的认可和界定开始，到中世纪神学对于法律尊严的表述，再到启蒙思想家的阐发，直至戴西给出较为明确的界定。[四百八十一]法治虽然在西方文化土壤中生根发芽开花结果，但经历了不同的社会制度形态，不同的国家结构类型，具有相当大的代表性，成为包括法治中国在内的各国法治道路与国际法治探索的重要思想和理论基础。无论是法律至上，还是限制权力，**所有的法治原理都应当被认为属于人类智慧的结晶、世界文明的共识**，是法治中国和国际法治所共享的。法治的根基在于造福于人，这一点是国际法治与国内法治共享的理念。法治中国的建设必须遵循人们在法治上达成的共识，必须符合人类法治的共同原理。[四百八十二]早在 1954 年，新中国订立第一部宪法的时候，人民的团结、民主、自由和权利，法律面前人人平等，就已经是被深刻认知的法治原则。[四百八十三]而 21 世纪初，中国政府更是提出了“人民对美好生活的向往，就是我们的奋斗目标”[四百八十四]的观点，提出法治中国就是要维护人民的主体地位、尊重和保障人权与自由的主张。[四百八十五]与此同时，中国逐渐在实践中探索出自身对于法治的理解，[四百八十六]但其宪法、民法、刑法、诉讼法的制定、修订，都不应当也不可能不受到世界各国法律思想律动、法律实践进步的影响。《联合国宪章》以世界各国的民生、自由为目标，也是将人类福利作为国际法治标准与标志的体现。

其次，法治中国与国际法治都存在政治的背景与约束之下。法治的根本在于政治，无论是国内法还是国际法，都是政治的一部分。[四百八十七]中国的法治是中国政治的一部分，国际法治是国际政治（国际关系）的一部分。如何利用权力配置资源，作为政治的共同关切，同样地体现在中国法治和国际法治得框架之内。与此同时，与政治的密切联系也能够进一步说明法治中国与国际法治相互交织的特征：中国政治既有国内政治的一面，也有国际政治的一面，

四百八十一 关于法治观念的基本源流，参加夏勇：《法治》，夏勇主编：《法理讲义：关于法律的道理与学问》，北京大学出版社 2010 年版，第 378-401 页。

四百八十二 “要向外国学习科学的原理。学了这些原理，要用来研究中国的东西。”“要把根本道理讲清楚：基本原理，西洋的也要学。”“基本理论，这是中外一致的，不应该分中西。”毛泽东：《同音乐工作者的谈话》，《毛泽东文集（第七卷）》，人民出版社 1999 年版，第 78、81、82 页。

四百八十三 参见 1954 年宪法通过时中国几位领导人的讲话：毛泽东：《为建设一个伟大的社会主义国家而奋斗（1954 年 9 月 15 日）》；刘少奇：《关于中华人民共和国宪法草案的报告（1954 年 9 月 15 日）》；彭真：《公民在法律面前人人平等（1954 年 9 月 17 日）》；以及 1954 年《中华人民共和国宪法》的文本，均见于《建国以来重要文献选编》，中央文献出版社 1993 年版，第 460-542 页。

四百八十四 习近平：《谈治国理政》，外文出版社 2014 年版，第 4 页。

四百八十五 习近平：《谈治国理政》，外文出版社 2014 年版，第 140-141 页。

四百八十六 关于中国在法治领域的探索和基本观念，参见张文显：《法治与法治国家的含义》、《法治：社会稳定与发展的机制》、《论中国特色社会主义法治道路》、《全球化时代的中国法治》，《张文显法学文选·卷六：法治与法治国家》，法律出版社 2011 年版，第 1-16、17-30、59-78、108-122 页。

四百八十七 法治虽然是一个法学的专业概念，但从根本上是一种政治安排，所以深深地植根于政治土壤之中。政治是“在特定社会经济关系及其所表现的利益关系基础上，社会成员通过社会公共权力却任何保障其权利并实现其利益的一种社会关系”（王浦劬主编：《政治学基础》，北京大学出版社 2006 年第 2 版，第 9 页），而“法的关系正像国家的形式一样，……根源于物质生活关系”（卡尔·马克思：《〈政治经济学批判〉序言》，《马克思恩格斯文集》第 2 卷，人民出版社 2009 年版，第 591 页），所以，政治是法律产生和发挥作用的前提，法律是政治运行的一种高级、成熟的方式。在很多对于政治问题的研究中，都有法律的位置，如 Michael G. Roskin, Robert L. Cord, James A. Mediros, and Walter S. Jones, *Political Science: An Introduction*, 13th ed., Pearson, 2013, chapters 4, 14, and 17; 对于国际政治的研究中，也会有国际法的位置，如 Hans Morgenthau, *Politics Among Nations*, edited by Kenneth Thompson and David Clinton, 7th ed., McGraw-Hill, 2005,chapters 18, 19, and 25; John Baylis, Steve Smith, and Patricia Owens, *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, 6th ed., Oxford University Press, 2014, chapter 18.

因此法治中国也必然包括国内的部分和国际的部分。同样的，国际政治必然有着对于各国的立场、诉求、利益的关注，其中自然就包括对于中国的关注。

最后，法治中国与国际法治同属法治理想在不同环境下的特殊实践。20 世纪，法治的基本内涵与目标也在思想家中被进一步的反思和追问，力求体现出更加均衡、更加可观合理，更加符合实践情况的论断。法治的模式不仅在西方国家被不断探寻和摸索，同样在非西方的国家中被接受、被实践；不仅在国内的体系中被不断检验和完善，也在国际体系中被推广和促动。法治中国属于前一趋势的一部分，国际法治自然是后一趋势。这就意味着，而这同样在适用一些共同的原理，同时也能通过自身的实践经验为基本原理提供更为丰富的知识和信息，使得法治的原理更为细致和精密。在这样的语境下，主要关注中国国内问题的法治目标与主要处理国家之间关系的国际法治必须而且必然呈现出法治共同特征，展示出类似的属性。

（三）国际法治与法治中国在阶段和任务上的共性

中国法治与国际法治具有历史阶段的共同特性，中国法治与国际法治均处于法治的初级阶段。就国际法治而言，联合国的建立才开始走向法治，[四百八十八]1970 年的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则宣言》（《国际法原则宣言》）只是提到了“国际法治”（rule of law among nations）这一概念，却没有真正作为目标阐发，[四百八十九]直到 21 世纪才正式作为一个发展目标而提出。所以，当代国际法不仅对于很多新的领域和问题（例如网络攻击的法律定性）并不存在成型的规范，而且对于很多传统的问题也还存在着很多的争议。按照法理学家哈特的规范分类方法，法律是初级规则和派生规则的结合，初级规则确立权利义务，派生规则是“有关规则的规则”，确立规则的有效性和形成、变化及消灭。[四百九十]从整个国际法的状态上看，初级规则比较发达，但由于国际法律规范的位阶尚未有效地形成，[四百九十一]争端解决和责任制度也经常缺位，派生规则基本上非常薄弱，[四百九十二]因而，国际法治处于相当不成熟的阶段。

中国的法治进程亦然。1997 年中共十五大才确立了依法治国的基本方略，2002 年中共十六大提出了“推进依法行政”的战略任务，进而在 2004 年以后针对行政机构、党的执政能力方面进一步强调，并在 2007 年修订的《中国共产党章程》中将“科学执政、民主执政、依法执政”纳入其中。2012 年中共十八大报告更是把 1978 年中共十一届三中全会确立的“有

[四百八十八]《联合国宪章》中提到法律的语句并不多，但在关键部分明确地提到了法律的关键作用。序言：“We the Peoples of the United Nations Determined

……

to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, ……”

第一条：

The Purposes of the United Nations are:

1.To maintain international peace and security, and to that end: to …, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace; ……”

[四百八十九]The General Assembly,

.....

Deeply convinced that the adoption of the Declaration … would contribute to the strengthening of world peace and constitute a landmark in … promoting the rule of law among nations …,

……

Bearing in mind also the paramount importance of the Charter of the United Nations in the promotion of the rule of law among nations,

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/2625(XXV), UN General Assembly, 24 October 1970.

[四百九十]H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 1994, pp. 81-82.关于 primary rules 和 secondary rules 的中文称呼，法理学界有不同的认识。张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译本（中国大百科全书出版社 1996 年版）称为“第一性规则”和“第二性规则”；许家馨、李冠宜译本（法律出版社 2006 年版）称为“初级规则”和“次级规则”；鉴于哈特将后者称为是寄生于（parasitic）第一种规范之上（Hart 前书 81 页），所以笔者称为“派生性”规则。

[四百九十一]Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 77*American Journal of International Law*(1983) 413;Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, 4 *European Journal of International Law*(1993) 306; MarttiKoskenniemi, Hierarchy in International Law: A Sketch, 8*European Journal of International Law*(1997) 566;J. A. C. Salcedo, “Reflection on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law”, 8 European Journal of International Law (1997) 583; Dinah Shelton, “Normative Hierarchy in International Law”, 100*American Journal of International Law* (2006) 291;

[四百九十二]一系列的“自足制度”对于国际法派生规则的不足具有一定的补充作用，参见陈喜峰：《国际法的自足制度之研究》，《政法论坛》2009 年第 2 期；Bruno Simma, “Of Planets and Universe: Self-contained Regimes in International Law”, 17*European Journal of International Law*(2006) 496.

法可依、有法必依、执法必严、违法必究”社会主义法制建设方针基础上提出了“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”的新要求。2013 年，中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，确立了“推进法治中国建设”的新目标和全面深化改革的内容。[四百九十三]2014 年，中共十八届四中全会就“全面推进依法治国”作出了全面和具体的部署。二者的法治传统也都比较薄，中国则长期存在着封建专制、崇尚人治的传统，缺乏法治的传统，对法律规则的认同性不高，所以法治的认同、观念、信仰都远未树立起来。国际法治也同样没有法律至上的传统，而长期存在着强权政治的传统，在很多时候都体现出大国任性胡为的状态。大国强权可以理解为国际社会的人治。法治特别强调法律的统治而非人的统治，[四百九十四]所以二者都一样缺乏尊重规则、按规则行动的内生动机。二者在发展进程中困境都很多，国际社会的无政府体系，意味着在法治的价值认同上势必存在争论；中国长期的礼教传统，对法律、司法均存在疏离。所以二者可以相互借鉴，特别是在形式法治与实质法治的问题上，虽然法治相对成熟的社会可以强调形式法治的重要性，[四百九十五]但无论对于当代中国而言，还是对于国际法治而言，都必须同时强调法治的规范基础，具有鲜明的道德正当性。

三、国际法治对法治中国的引领塑造作用

从动态的发展关系看，一个不容忽视的构建过程是，国际法治作为国际社会的状态，为相关国家的存在和发展提供了一个外在的系统。从中国的视角观察，也就自然地构成了法治中国的大环境。如果从前述的双边和多边的角度来区分法治的话，不难发现，有一些国际法治进程，中国是直接的参加者；另一些国际法进程，中国则并没有参加。但无论是中国直接参加的还是中国没有介入的，国际法治都是中国需要重视而不能回避的外在环境，[四百九十六]而一个法治的国际氛围有助于推动中国的经济与社会发展，有利于促进法治中国的建设。

（一）良好的国际法规范为中国的相关立法提供依据

中国对国际法治的落实和遵从在很大程度上建构和促进着法治中国的建设。中国对于国际法的适用、执行或实施，也就是一个单国的国际守法的进程，是中国迈向法治进程、建设法治国家的必要方面。从运作进程和体系上看，国际法治试图在国家之间的关系上实现良法和善治，但这些要求和目标必须落实于国家才能真正实现。因而，国际立法的大多数领域需要国内法上的法律运行予以支持。无论是国际环境保护、国际人权保护、国际贸易自由化，还是海域划分、军备控制，绝大多数国际规范都必须通过国内法律的规则确立和施行，予以落实。从一国法治的视角看，既有的国际规范也为该国的立法提供了依据和典范。

在中国的现代化进程中，法治方向的初步努力就与国际法有关。清末的中国精英阶层为了救国图强，推动变法，也就是借鉴西方的法治经验促进中国的法治化进程。其中一个重要的理由就是通过靠近西方的变法来消除对中国不平等的领事裁判权。[四百九十七]100 年过去了，不平等条约已经成为历史，而今中国越来越积极和主动地参与全球治理，参加了很多国际组织，批准和加入了大量国际条约，在相关的组织中要遵守组织的规程，在相关的条约中，要承担相关的法律义务。一国有忠实履行国际条约的义务，不能以其国内法的规定为理由，违

[四百九十三]封丽霞：《全面推进法治中国建设》，《瞭望》2013 年 11 月 16 日；胡建淼：《学习习近平总书记关于“法治中国”的系列讲话》，《学习时报》2014 年 2 月 24 日。

[四百九十四]Andrew Heywood, *Political Theory: An Introduction*, 3rd ed., Palgrave McMillan, 2004, pp. 154-155.

[四百九十五]Joseph Raz,*The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, p. 211;中译本见[英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威：法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社 2005 年版，第 184 页。黄文艺：《为形式法治理论辩护——兼评〈法治：理念与制度〉》，《政法论坛》2008 年第 1 期；黄文艺：《全球化时代的国际法治——以形式法治概念为基础的考察》，《吉林大学社会科学学报》2009 年第 4 期。

[四百九十六]邵沙平：《论国际法治与中国法治的良性互动》，《法学家》2004 年第 6 期。

[四百九十七]相关讨论，参见梁治平：《礼教与法律：法律移植时代的文化冲突》，上海书店出版社 2012 年版，第 40-61 页。

背其在国际法下应当遵行的要求，已经是国际社会公认的行为准则。[四百九十八]所以，在处理具有涉外因素的事务上，相关立法必须遵守国家批准和加入的国际条约。所以，中国承担的国际法律义务都转而成为法治中国的规范基础，转化为中国立法的基本依据和参照指南，有些甚至直接进入法律的实施和审判领域。比如，《中华人民共和国领海和毗连区法》、《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》都是依据 1982 年《联合国海洋法公约》而制定的；同样，《中华人民共和国国籍法》也参照了联合国《减少无国籍状态公约》;《中华人民共和国妇女权益保障法》（1992 年 4 月 3 日通过，2005 年 8 月 28 日修正）、《中华人民共和国残疾人保障法》（1990 年 12 月 28 日通过；2008 年 4 月 24 日修正）的制定和修改也都遵照了《消除对妇女一切形式歧视公约》和《残疾人权利公约》等国际立法文件。中国法治受国际法治影响最大的领域是 WTO。[四百九十九]中国的各相关部门适用 WTO 的规则，根据 WTO 的规则颁布和修改了国内立法、条例和其他措施，对于中国的法律体制具有重要的建构作用；[五百]透明度的要求对于中国的法律规章和其他制度及司法裁决都提出了新的要求，[五百〇一]中国商务部就曾根据 WTO 的争端解决机制的裁决修改相关的国内制度。这种以开放倒逼改革的思路，且不论其初衷及合理性如何，在现实中的存在就意味着，中国的法治建设不可能无视或低估相关的国际法规则。

（二）国际立法经验为中国法治提供参考

在这一问题上，应当非常清楚的一点是，国际法并不当然、全部地成为一个国家法律的组成部分，而被该国所接受和遵循。只有该国认可和采纳的国际法规则才能进入该国的法律体系。更值得注意的是，即使该国参加制定了一些国际法规则，也不一定被该国认可和采纳。这包括相关的国际立法尚未生效、也未被视为习惯国际法编纂的情况；或者制定的国际法已经生效而该国并没有批准或加入的情况；或者即使制定的国际法被视为习惯国际法，该国明确提出了合理的反对的情况。以此推论，所以，国际法成为法治中国的规则部分必须经过中国国家的过滤系统，只有通过了该系统而进入中国的，才能被认为属于法治中国的规范依据，否则仅仅是与外国法一样的规则而已。

需要说明的是，即使不是法治中国的一部分，一些国际法也并非与中国毫无关系。例如，虽然中国自 1998 年签订《公民与政治权利国际公约》之后长期未予批准，但不仅国内学界的讨论和建议提升了中国的人权法治气氛，而且中国政府关于是否批准、核实批准该公约的考量也推进这中国的法治建设，特别是在刑事诉讼程序的完善和物权法相关规则的确立方面。

在有些情况下，即使国际社会没有形成国际条约或者习惯，中国的相关立法或者指导性文件也会参照国际社会中的“软法”。例如，中国的《21 世纪议程》就是参照 1992 年里约环境与发展会议上通过的《21 世纪议程》而制定的。

在有些情况下，中国的立法会参照我们既没有参加也不会参加的国际立法文件。此时，相关的文件就成了中国相关立法的参考范本。比如，《中华人民共和国海商法》就参照了《海牙-维斯比规则》和《汉堡规则》等一系列国际立法文件，[五百〇二]作为其参照了 1974 年《雅典

[四百九十八]参见《联合国宪章》第 2 条第 2 款、1970 年《国际法原则宣言》; 1969 年《维也纳条约法公约》第 27 条；*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, *Publications of the Permanent Court of International Justice* (1922-1946), Series A/B, no. 46 (1932), p. 167: “it is certain that France cannot rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations…”这一原则已经被普遍接受。

[四百九十九]车丕照：《WTO 对国际法的贡献与挑战》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2014 年第 3 期。

[五百]这种情况可以用如下的数据予以支持：20 世纪 90 年代中后期，为加入 WTO，中国政府在两、三年时间内，清理中央层面法规多达 2000 多件，废除了 500 多件不合 WTO 规则的法律法规，加上地方政府清理的法律文件，共清理法律文件多达 90000 多件。鲁楠、高鸿钧：《中国与 WTO：全球化视野的回顾与展望》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2012 年第 6 期。这种实践的冲击显然对理论研究会有影响。

[五百〇一]Cao Jianming, “WTO and the rule of law in China”, 16 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* (2002) 379.

[五百〇二]海牙规则（Hague Rules）全称为《统一提单的若干法律规定的国际公约》（*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading*），1924 年 8 月 25 日在比利时首都布鲁塞尔签订，1931 年 6 月 2 日起生效，是关于提单法律规定的第一部国际公约。从 60 年代开始，国际海事委员会着手修改海牙规则，于 1968 年 2 月通过了《关于修订统一提单若干法律规定的国际公约的协定书》，简称《海牙—维斯比规则》，并于 1977 年 6 月生效。1978 年 3 月 6 日至 31 日在德国汉堡举行由联合国主持的由 78 国代表参加的海上货物运输大会又通过了联合国海上货物运输公约（*United Nations Conventiononthe Carriage ofGoodsbySea*），即《汉堡规则》，于 1992 年 11 月 1 日生效，进一步完善了海上货物运输规则。中国《海商法》基本延续了海牙规则的要求，但

公约》、1989 年《救助公约》的补充。

在有些情况下，中国还会借鉴国际立法中反映世界文明共同成果的部分，成为我国立法的一部分。例如，我国批准了 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》，这一公约仅仅适用于国际货物买卖，中国加入这一条约的事实并不意味着中国需要在国内合同规范中实施这一公约。但是，1999 年《中华人民共和国合同法》在很大程度上借鉴了该公约的规范，确立了中国合同法治的基本框架。这就是国际立法示范效应的一个体现。

（三）国际法的监督执行与中国的善治紧密相连

国际法值得善治进程进一步要求各国遵行国际法规范、配合国际法的遵行机制。例如，WTO 的贸易政策审议机制，联合国人权理事会的普遍定期审议机制，以及各个人权委员会的定期报告制度。这些制度表面上只是提交报告，简要陈述在相关领域的现状、取得的成就和存在的不足，并对相关问题提供反馈；实际上背后却是对整个该领域的法治的全面要求。这意味着相关领域逐渐完善的系统工程。中国在准备相关报告的时候，会总结经验、查找存在的不足和问题，考虑补足和提升的手段，进而强化相关领域的法治水平。同时，虽然对于广泛意义上的习惯（而非仅限于商事惯例）中国如何接受和遵守尚无明确的规范，[五百〇三]但是，中国的各方面行政机构都密切关注着中国所参与的国际立法，并实施督促相关部门遵照执行，例如，1999 年 9 月 6 日交通部发布关于《〈1969 年国际油污损害民事责任公约〉1992 的议定书》对我国生效的通知，告知相关部门，我国已于 1999 年 1 月 5 日向国际海事组织交存了《92 年责任议定书》的加入书，该议定书于 2000 年 1 月 5 日对我国生效，要求各部门认真执行。同样的，国际海事组织（IMO）关于控制污染、设立特别敏感海域（PSSAs）的各项规则，都被中国交通运输管理部门、中国船级社高度重视，并预先通知，要求执行。与此相对，2006 年加入《烟草控制框架公约》却没有很好履行的实践也揭示了中国在法治层面的共性问题：如何在经济发展的利益和健康、环境等价值之间做好选择，将长期成为审视中国法治发展的重要指标。

国际法治是全球治理的最根本方式、是国际社会追求的普遍核心价值，正如学者已经认识到的，达到永久的世界和平只能通过法治的方式。[五百〇四]良好的国际法治环境也为每一个国家的发展和创造了条件。从这个意义上，我们可以论断，国际法治是中国走和平发展道路的必然选择。[五百〇五]

四、法治中国对国际法治的参与变革作用

动态关系中的另一个构建过程是法治中国有助推国际法治的公正与均衡。正如建构主义已经揭示的那样，国际体系构建着国家，国家也构建着国际体系。[五百〇六]国际法治作为国际法的理想目标，而国际法是以系统和过程的方式动态存在的，[五百〇七]其主要的行为体是国家。中国作为国际社会的主要参与者，作为国际法的主要主体之一，自然会参与到国际法治的建设

引入了《汉堡规则》关于实际承运人、迟延交货等规则。

国内学界高度关注联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）在维也纳第 41 届大会上制订的《联合国全程或者部分国际海上货物运输合同公约》（*UN Convention on Contract for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*）草案，该草案经 2008 年 12 月 11 日联合国大会第 63 届大会第 67 次全体会议审议通过，即《鹿特丹规则》，它创新了承运人责任制度，使海运的责任阶段延伸至国际多式联运的适用范围。虽然该规则短期内不会对国际航运秩序产生影响，但长期的看，其促动航运规范公平化的作用不容否认，也会推动中国海运规则的进一步革新。

[五百〇三]事实上，一项国际习惯对于没有明示同意的国家是否具有约束力，这是一个全球性的难题，并没有一致的实践。Dennis Jacobs, "What Is an International Rule of Law?" 30:1 *Harvard Journal of Law & Public Policy* (2006) 3.

[五百〇四] Eberhard P. Deutsch, *An International Rule of Law* (Charlottesville, Virginia: University of Virginia Press, 1977).

[五百〇五]曾令良：《法治中国与国际法治紧密相连》，《法制与社会发展》2013 年第 5 期。

[五百〇六]Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics*, Cambridge University Press, 1999, pp. 246-251.

[五百〇七]国际法不适于被仅仅理解成为一套静态的规则，而应当理解成为系统（system）和过程（process），见 Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1993, pp. 2-11.这种动态的国际法观为我们理解国际法和国际法治之间的紧密联系提供了有益的指引。

之中。同样地，法治中国的建设并不仅限于国内事务，而必然有一个国际的向度，这也就意味着，在法治中国的体系中，除了各种国内问题的要求，还要面对国际领域的问题。[五百〇八]对于中国而言，法治的建设必须面向世界，因而需要“确立统筹国内法治和国际法治两个大局的观念，正确处理国内法治与国际法治的关系。树立法治中国的良好形象，同时，要更加积极主动地参与国际法治建设，在全球治理中扩大中国的话语权，构建更加公正、更加文明的国际政治、法律新秩序，在促进国际关系法治化的过程中维护我国的合法利益。”[五百〇九]因此，一个追求法治的中国对国际法治的参与，一个越来越深刻了解法治真义的中国对旧的不合理的国际政治经济规范、秩序予以改革和完善，必然有益于营造和推动新的、更为公正和合理的国际政治经济秩序的形成。

（一）国际法治的开放性是法治中国可以积极参与其中的基本背景

国际法并不是一个封闭自足的系统，而是一个动态的开放进程。虽然现代国际法已经有400年的历史，但是由于国际社会的整体环境战乱频仍、纷争不断，国际法真正稳定健康发展的时间并不长，在国际法稳定发展的过程中，很多都是基于西方国家（特别是欧洲）的实践经验和思想传统而呈现的。国际法的初级性是我们认识国际法治的基本语境和体认基础。在很多方面，如果仅看规则，似乎清晰而明确；但如果深入到实践问题、立法问题，就会发现很多未决的理论纷争和实践困境，有待于进一步研讨而提供解释路径和解决方案。根据建构主义的国际关系理论，国家不是被动地接受国际环境，而是制造和建构着国际环境。所以，这种开放性对于中国来说就意味着多重可能性，即中国可以通过自身的话语和行动塑造这一外部环境，进而为国际法治的形成和发展提供中国的方案和建议，促进国际法治的均衡、健康、公正发展。

在规则层面上，国际法的主要渊源是条约、习惯和一般法律原则；司法造法的实践已有端倪，但尚未被广泛认可。[五百一十]而各国的立法、司法等法治进程中的标志都会成为国际习惯的证据，塑造着国际法治的形态；至于各国在长期的法治实践中形成的共同原则，例如一罪不二罚、一事不再理、禁止反言等，更是被国际法所接受，成为其衡量是非、定分止争的重要尺度。因而，中国是有可能通过自身的法治实践增益国际法治的规范的。

中国的宪法体系为国际法治的中国参与奠定了结构基础；具有宪法性质的条约缔结程序法则对如何形成对中国有效力的国际法律文件形成了初步的框架（因为有很多现有的实践超越了规则，所以只能说是初步框架），具体包括谈判与签署条约的主体，条约签订的基本过程和批准条约的程序等。但中国参与国际法治的组织与运作机制的态势是非常明确的。早在中华人民共和国建立初期，中国政府就曾经参加有关朝鲜战争的国际谈判、关于恢复印度支那和平的日内瓦谈判，倡导和平共处五项原则，积极参与亚非万隆会议并提出求同存异的议事模式，都是历史上中国为国际法治做出的推进贡献。而今，一个法治的中国不仅可以在环境保护和人权问题上提出主张，更可以在武力使用的标准、国际经济体制的完善领域提出具有建设性的方案。[五百一十一]

就很多国际法规则的结构和内容上看，它们并没有对于各项法治目标做出明确的程序和手段要求，而是留给各个国家较大的立法和行政空间，要求其自行确立和执行规范。中国在确立这些执行规范的时候，既是在建设和完善着自身的法治，也是在完成和补足国际法治的要求。[五百一十二]

[五百〇八]参见单文华：《法治中国的国际维度》，《光明日报》2014年11月5日。

[五百〇九]张文显：《法治中国建设的重大任务》，《法制日报》2014年6月11日，第12版。

[五百一十]See, e.g., Miodrag A. Jovanovic, “Interpretation in International Law and International Rule of Law - Any Lesson for Jurisprudence?” in M. Jovanović and K. Himma (eds.), *Courts, Interpretation, the Rule of Law* (Eleven, 2013)

[五百一十一]JanneNijman, “After ‘Iraq’: back to the international rule of law? An introduction to the NYIL 2011 agora”, 42 *Netherlands Yearbook of International Law* (2011) 71-94.

[五百一十二]Peter Malanczuk,*Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., Routledge, 1997, p. 64.

（二）中国可以为国际法治的价值与程序作出贡献

在法治中国的语境下，要避免两个倾向：一是对于现有的国际法治主张轻信和盲从；二是对于国际社会的法治立场与主张不加鉴别和分析地忽视和抵制。在国际法治的理论框架之中，国际法应当是限制权力的力量，而不是供权力使用的工具。学者们已经认识到，国际法应当具有道德性，在全球秩序中确立法律区别于政治的特性。就此，他们还进一步认为，康德的国际法理论有助于恢复国际法的道德因素。[五百一十三]就当代国际法治而言，最主要的问题就是国际法的二元困境与价值抉择的问题。就国内法治而言，其基本价值是比较清晰的，也就是尊重和保护个人的基本权利、自由、利益，使其免受政府的专横权力滥用所侵害。[五百一十四]虽然在这个方面也存在诸多可以进一步予以理论探讨的问题，例如权利之间存在冲突，应当如何选择和权衡；在何种情况下根据何种程序可以进行权利的克减；但个人的基本权利和自由这一核心价值在法治观念和体系中的基石地位不容否认。各个国家，只要是真诚地建设法治，都必须将人权置于首要、优先的位置。

到了国际法治的场域，就很容易发现两个同时存在、可能相互竞争的基本价值的并行状况。一个是国家的主权，也就是国家的基本独立、尊严、自主和自由；另一个是个人的人权，即各国人民的自由与权利。在传统的国际关系体系中仅有前者的位置而没有后者的位置，但随着国际社会组织化的提升，人的自由和权利受到了更高的重视、被放到了更显著的位置。这二者之中，何者占先，经常是国际法不得不面对的二难状态，人们在某些境况下必须在这二者之间做出艰苦的选择。主权和人权两重价值之间在国际法律体制之中的紧张状态，就是笔者所界定的“二元困境”。

虽然在理论上，主权和人权并不总是矛盾的，甚至可以说，二者经常是相辅相成、相得益彰的。也就是一国可以通过完善的主权来公正地配置资源、抵御外来压力、普遍提升人权，国际社会可以通过认可和保护以国家为主体的集体人权来强化主权。不过，我们仍然必须考虑一些特别的、二者之间存在此消彼长甚至无法共存的情况，例如一国发生了内乱、一些地区和民众要求摆脱原有国家、获得独立地位，国际法律制度是相信这个国家的自我管理能力，由其自行解决，还是支持其民众的主张，就是一个不得不面对的问题。从西方国家起源的失败政府、保护的责任等概念，都与这种二元困境有关。而国际法最紧迫的任务，究竟是维护主权与凌辱完整，还是演变为世界人权的守护者，是一个具有基本性的问题。如何在一个分立的世界上推进普遍的权利观念和制度，[五百一十五]就是一个在关键时刻必须作出的选择。

必须承认，无论做出何种选择，都存在着风险。如何选择尊重一国的主权，有的时候就不得不容忍一个国家的政府走向暴政、侵犯该国的人权；而如果选择去维护一国内部的人权，则很有可能带来国际保证，不仅破坏了一国的主权和领土完整，而且带来了国际秩序的紊乱，还有可能恶化采取措施地区的人权。出现这种超出预期的不良连锁反应的原因是多方面的。很多是后都是基于先前的信息不充分所造成的错误判断。出现人权问题的国家，一般都不是所有的人权都存在问题，而仅仅是一部分人的一部分权利出现了问题。此时，如果不能细致地了解情况，而是偏听偏信某些一面之词，很可能做出错误的判断，并进而导致错误的行动，包括保护的不适度、不均衡，或者由于信息不准而造成的干预无效果或者干预行动半途而废。更有些时候是代表国际社会或者引导国际社会的干涉者的主观偏好，这种偏好会导致选择性的保护、选择性的打击。此种状况会导致保护人权的不公正，并由于偏袒而形成排除异己，推翻某国政府，本质上是以维护人权为包装的意识形态打压、促成国家领导权更迭和社会模式的改变，以达到某些大国扩张自身影响、扩大自身权力的目的。

将两者相权衡，不尊重主权、片面强调人权的危害后果更为明显，也更为持久。正如哈

[五百一十三] Terry Nardin, “Theorising the international rule of law”, 34:3 *Review of International Studies* (2008) 385-401.

[五百一十四] Andrew Heywood, *Political Theory: An Introduction,* 3rd ed., Palgrave McMillan, 2004, p. 154.

[五百一十五] Jun Zhao, “China and the Uneasy Case for Universal Human Rights”, 37*Human Rights Quarterly* (2015)29-53.

耶克所言，人的理性是不足的，这就难免导致信息不足、判断不准。此时，盲目、粗暴、武断地进行干涉显然不符合良好治理的理想，不相信一国的政府却相信另外一国的政府、不相信本国领导阶层能够妥善地保护人权却认为他国的领导层、国际官员能够妥善地保护人权，无疑只是缺乏根据的良好期待而已。如果考虑到国际社会有着长期的大国强权的传统，国际关系中还存在着长期的殖民主义、霸权主义的思想与制度的影响，弱小国家经常在被以法律之名被凌辱和损害；考虑到很多国家还存在着以意识形态斗争为主导的国际关系思想，一些大国还坚信现实主义的“霸权稳定论”、“霸权转移论”，倾向于通过党同伐异的手段维护领导地位、遏制竞争者和挑战者，信奉新崛起大国与现存大国之间不可避免地会卷入战争的“修昔底德陷阱”（Thucydides trap）理论，一些大国愿意以人权等问题为借口消解和抵制新兴大国的崛起，那么防范国际法的人权范式转变为霸权范式、强调和重申国际社会的主权观念就显得容易理解了。

所以，在相当长的时期之内，国际法的重心不应当落在透过一国的主权保护该国人权的问题上，国际社会应当充分尊重国家的治理中心地位，通过协商、引导、合作的方式来提升人权，而不宜采取片面的干涉和打击措施。此时，长期在中国具有文化基础的人本主义社会秩序观，形成了与西方的人权本位社会秩序观存在诸多不同、但同样有助于建构一个良好的社会体系的文化观念，同样在相当长的时间内营造了经济发展、政治昌明、文化繁荣、社会进步、民生幸福。这就意味着，在以人为本的社会秩序体系之中，不是只有西方人权一种话语模式，中国还可能贡献一种具有同样重要意义、至少是具有补充意义的话语模式。当前，大多数中国学者还满足于对西方人权思想与制度的研习和继受，对于构建中国自身的人权理论、人权实践话语体系尚未能充分重视，也还比较缺乏信心和勇气，而这恰恰有可能使中国对于国际法治乃至全球法治作出重大突破的领域之一。

国际法治不仅要有坚实、有力的组织机构、切实可行的监督执行程序，更要有公平正义的法律规则。国际立法必须是相关的规则成为维护世界各国及其人民共同长远利益的保障载体，而不应当成为拉帮结伙、排除异己，甚至嫁祸于人、党同伐异的工具。国际法必须在具有广泛参与度的基础上订立，而不应是某些规则体制成为富人的俱乐部。国际法的形成和运行特别要考虑哪些利益会受到较大影响的国家，以及在相关方面能力相对薄弱、缺乏代表的国家。与此同时，在国际司法、准司法程序取得长足进展，国际争端解决的菜单日益丰富的背景下，中国积极参与国际司法，塑造正义、主持正义、推动正义的行为意味着对整个国际法治的完善迈出重要而坚实的步伐。为此，中国需要更加深入系统地掌握国际法律运行的程序与实体规则，了解规范的使用方式，推进对国际司法的应用范围与接受程度。[五百一十六]

西方的法治总是与民主、人权联系在一起。虽然这些同样是法治中国所必须的支持因素，但在很多方面中国的理解与西方可能是不同的。例如，民主是不是一个不容置疑的善治标准？是否只有普选才是真正的民主？民主和人权之间是否具有一种相互制约的平衡关系？在二者之间出现冲突的时候更应当服从哪种价值？西方的法治理念与其宗教历史结合得很紧密，而中国的法治理念则没有西方的宗教传统，而只有中国的儒家、法家、墨家、道家传统，以及深刻的佛教思想影响。这就产生了中国独特的法治道路的可能性。[五百一十七]与此同时，法治中国的经验、教训，不仅对于其他国家具有借鉴和启示意义，而且对于国际社会的法治完善同样具有重要的指引价值。就历史经验而言，中国在万隆会议中，特别是在该会议通过十项原则的过程中所体现和贯彻的求同存异的主张和原则，即有中国传统文化的留存，也意味着中国的外交立场、国际关系和国际法上的定位逐渐清晰，它不是一个革命者的姿态出现

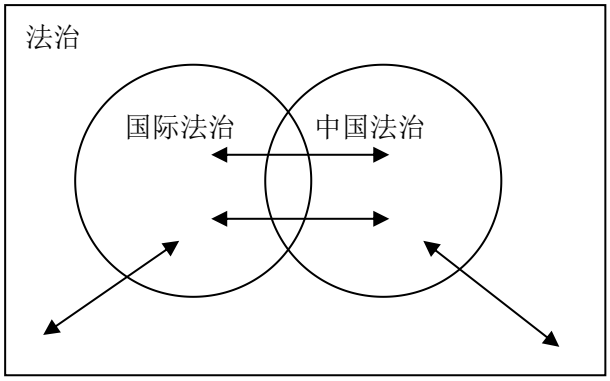
[五百一十六]当今，除了在 WTO 的争端解决机制里中国全面地接受了其类似诉讼的程序，并越来越熟练地使用这一套程序，在其他领域的争端解决中，仍然仅仅接受采取协商的方式来和平解决国际争端，对于诉讼、仲裁等方式持非常谨慎的保留态度。虽然中国向很多国际司法机构选派了法官，但是基本没有考虑提交案件。仅在国际法院审理科索沃单方宣布独立一案中，中国提交了书面陈述并作了口头陈述。

[五百一十七]王人博：《法的中国性》，广西师范大学出版社 2014 年版。

在各国面前，他的主要目的是与广大弱小国家团结一致，抗拒大国霸权，抵制沙文主义，推动国际社会走向公平与正义。

五、结论

概言之，静态观察，国际法治和法治中国之间并不存在相互包含的关系，而只是彼此并列的情况下存在着一些重叠。法治中国不必然纳入国际法治的方方面面，不自动地包括着国际法之治；法治中国也不完全构成国际法治的一部分。与此同时，在全球治理的网络之中，国际法治与法治中国又有着密切的联系，两个网络在一定程度的交叠情况下广泛而复合的相互促动。法治中国建设与国际法治与其他国家的法治进程组成丰富而复杂的世界法治系统，这两个部分存在着多重的密切联系、相互影响：静态上存在着少部分重叠，动态上存在着砥砺与互动的关系。[五百一十八]



国际法治对于中国法治的影响与促动、国际法治在中国的执行和落实，是国际法治直接影响中国法治的重要方面。一个不关心、不参与国际法治体系与进程的中国不可能是法治的中国，一个不包含、不关注中国立场的国际社会必然是不公平、不均衡的，不可能是一个真正、完全法治的国际社会。与上述趋势向对应，法治中国也充实、塑造着国际法治，所以，国际法治是法治中国的重要外部条件，但这个外部条件不是僵固静态的，而是可以变革的。也就是说，国际法治是中国可以参与和塑造的外部条件。

法治中国与国际法治之间的动态互构关系意味着中国并不仅仅是国际法治被动的接受和执行者，她同样也通过自身的探索和实践推动和促进着国际法治；并可能通过整合自身的理论优势和国家的具体情况，对国际法治的均衡、健康、公正发展作出更大的贡献，从而使国际法治的方向、步调受到影响，对世界各国在更加公正合理的国际法治环境中和睦相处、和谐共存作出贡献。

[五百一十八]参见赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，《中国社会科学》2014 年第 10 期。

国际非政府组织在国际法治中的角色及对中国的启示

刘海江[五百一十九]

山东聊城聊城大学法学院

摘要：非政府间国际组织在国际法治中一直充当着参与者与促进者的角色。中国在践行国际法治30多年的时间里虽然取得了一定的成就，但是就在华的非政府间国际组织的法律规制还有一定的缺陷，主要表现在没有统一立法、现有法规适用混乱等，虽然非政府间国际组织也要做出相应努力加入中国参与国际法治的进程，但是还是需要中国政府能够在立法与司法方面能够在规制在华非政府组织间国际组织方面做出相当大的努力。

关键词：国际法治国际非政府组织法律规制

一、国际非政府组织在国际法治中的角色分析

（一）国际法治的概念

虽然国内外对法治的探讨由来已久，但是对于法治却没有形成一个统一的概念，众多研究者都是从自己的研究角度给出了自己的理解。如富勒从法治所体现的八项原则对法治进行阐述，即：一般性原则、公布或公开原则、可预期原则、明确原则、无内在矛盾原则、可遵循性原则、稳定性原则和统一性原则。[五百二十]夏勇提出了法治的“十大规诫”，即：有普遍的法律、法律为公众知晓、法律可预期、法律明确、法律无内在矛盾、法律可循、法律稳定、法律高于政府、司法权威和司法公正。[五百二十一]而张文显则提出了法治社会的六项基本标志：社会生活的基本方面接受公正的法律的治理；宪法和法律高于任何个人、群体、正当的意志；国家的一切权利根源于法律并依法行使；公民在法律面前一律平等；凡是法律没有禁止的都是合法或准许的；公民权利非经法定程序不得剥夺。[五百二十二]而易显河则给出了完美法治的概念，认为法律的遵守不需要其他的原因，仅仅只是出于法律自身，即法律是自觉行为的根本动因。[五百二十三]谢晖通过把法治与人治进行比较得出法治的特征，即，法治强调权自法出、法大于权、人从与法、法律至上。[五百二十四]有的学者将法治划分为形式法治和实质法治，并且分别进行界定和分析。[五百二十五]笔者认为法治既然是由两个词构成的，即“法”与“治”，所以在对

[五百一十九]作者简介：刘海江，男，法学博士，聊城大学法学院讲师，主要研究国际法。

[五百二十]沈宗灵：《依法治国，建设社会主义法治国家》，载《中国法学》1999年第1期，第2页。

[五百二十一]参见夏勇：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，载《中国社会科学》1999年第4期，第117-143页。

[五百二十二]张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第289页。

[五百二十三]易显河：《完美法治》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2009年第5期，第6页。

[五百二十四]参见谢晖：《法治讲演录》，广西师范大学出版社2005年版，第79-86页。

[五百二十五]参见高鸿钧：《现代西方法治的冲突与整合》，载高鸿钧、何增科主编：《清华法治论衡》（第一辑），

法治这一概念进行界定的时候对这两个字都要兼顾，但是前述有的学者的阐述却或多或少对两个字没有兼顾，有的侧重于“法”，有的侧重于“治”。而笔者认为所谓法治就是良法善治，即接受良好的法律达到善治的一种状态。

车丕照教授把学者对国际法治持有的态度分为三类，即悲观派、乐观派与谨慎派。[五百二十六]悲观派认为在国际法不成体系的情况下去谈国际法治是不合时宜的，乐观派则高估了国际法治存在的状态，并已经开始勾画世界法的蓝图，[五百二十七]而以何志鹏教授为代表的谨慎派则把国际法治谨慎理解为国际法之治。和法治的概念一样，对于国际法治的概念也是众说纷纭，没有形成统一的认识。车丕照教授认为国际法治就是国际社会接受公正的法律治理的一种状态，并将国际法治的内在要求表述为：国际社会生活的基本方面接受公正的国际法的治理；国际法高于个别国家的意志；各国在国际法面前一律平等与各国的权利、自由和利益非经法律程序不得剥夺。[五百二十八]Jeremy Waldron 则认为在国际社会讨论法治不能是探讨存不存在国际法，或者什么是国际法，或者仅仅探讨某一特定条约的适用，国际社会的法治提示给我们的是一套与正当性相关的价值和原则体系。[五百二十九]黄文艺教授则仍然坚持国际法治的形式法治概念，并概括为三项基本原则：即法律的可预期原则、法律的普遍适用原则和法律的有效解决原则。[五百三十]而相对于黄文艺教授，何志鹏教授则坚持国际法治的实质法治概念，把国际法治的概念界定为：国际法治是指国际社会各行为体共同崇尚和遵从人本主义、和谐共存、持续发展的法律制度，并以此为基点和准绳，在跨越国家的层面上约束各自的行为、确立彼此的关系、确定各自的权利和义务、处理相关事务的模式与结构。[五百三十一]并认为国际法治的内在要求为国际良法及全球善治。[五百三十二]这种表述形式虽然与车丕照教授不尽相同，但二人都坚持将国际法治界定为实质法治，只有这样才能真正洞察国际法治的核心及内在要求。笔者也遵循前述对“法治”概念进行界定的思路，与何志鹏教授持同样的观点，即国际法治的概念应为国际社会接受良好法律达到善治的一种状态。本文也将是在坚持对国际法治实质概念进行界定的背景下进行研究。总之，本文语境下的国际法治的内涵应该解读为国际法治目前

清华大学出版社 2000 年版，第 2 页。

[五百二十六]参见车丕照：《我们期待怎样的国际法治？》，载《吉林大学社会科学学报》2009 年第 4 期，第 5 页。

[五百二十七]周永坤：《世界法及法的世界化探索》，载《东吴法学》1996 年号，第 2 页。

[五百二十八]车丕照：《国际法治初探》，载《清华法治论衡》，（第一辑），清华大学出版社，2000 年版，第 124 页；《法律全球化与国际法治》，载高鸿钧、何增科主编：《清华法治论衡》（第三辑），清华大学出版社 2002 年版，第 139 页。

[五百二十九]Jeremy Waldron, “The Rule of Law”,30 *Harvard Journal of Law and Public Policy* (2006) 27, at 29.

[五百三十]参见黄文艺：《全球化时代的国际法治——以形式法治概念为基准的考察》，载《吉林大学社会科学学报》2009 年第 4 期，第 22-23 页。

[五百三十一]何志鹏：《国际法治：一个概念的界定》，载《政法论坛》2009 年第 4 期，第 80 页。

[五百三十二]何志鹏：《国际法治：全球化时代的秩序构建》，载《吉林公安高等专科学校学报》2007 年第 1 期，第 7 页。

为国。际法之治；[五百三十三]国际法治为多元化法治；[五百三十四]国际法治应该包含两种内在要求，即“国际良法”与“全球善治”，并且两种要求同样重要；[五百三十五]国际法治的实现将为长期的过程[五百三十六]等

（二）国际非政府组织在国际法治中的角色定位

如前所述，国际法治是多元化法治，其中最主要的体现就是主体多元化。这样说并不是要动摇国家在国际法治中所起到的中流砥柱的作用，但是也要充分认识到国际非政府组织在国际法治的进程中所起到的作用。何志鹏教授在其文章中通过以下方面来总结非政府组织在参与国际法治中所发挥的作用和影响：对特定的问题进行研究与教育，进行专门知识和信息的传播，特别提供和宣传非政府组织的观点与思想；从事运作型的发展项目；通过倡议、游说等方式向政府鼓励在社区水平上的政治参反映公民关心的问题；对政府和政府间国际组织的政策和行为进行监督，影响国家行为和认同、帮助监督和执行国际协议；在紧急状况下进行人道主义救援。[五百三十七]车丕照教授也从国际人权、贸易、环境等领域指出了非政府组织在法律全球化的过程中所起到的推动作用。[五百三十八]另外，目前国际法治只能指的是国际法之治，而国际非政府组织对形成国际法的过程中起到了不可小觑的作用，而传统上只把国家作为国际法的唯一主体的时代已经过去，有很多的专业学者认为国际法主体的范围必将随着社会的发展需要而逐渐增加，如 Anna-Karin Lindblom 首先肯定了国家是国际法的首要主体，但是也要注意到非国家行为体在国际法中所起到的作用，国家可以赋予其国际法律主体地位，并且大量存在的条约、判例及国际组织的决议都为国际非政府组织的国际法主体地位的确立提供了相关信息。[五百三十九]笔者也坚持此观点，在不动摇国家作为国际法首要主体的情况下，在一定限度内要赋予特定国际非政府组织的国际法主体地位。[五百四十]在国际人权法、国际环境法、国际贸易法、国际和平与安全法等领域有大量的实证证明国际非政府组织积极的参与到

[五百三十三]邵沙平：《论国际法治与中国法治的良性互动——从国际刑法变革的角度透视》，载《法学家》2004 年第 6 期，第 157 页。

[五百三十四]参见何志鹏：《国际法治：一个概念的界定》，载《政法论坛》2009 年第 4 期，第 63-81 页；何志鹏：《国际社会的法治路径》，载《法治研究》2010 年第 11 期，第 31 页。

[五百三十五]参见何志鹏：《国际法治：一个概念的界定》，载《政法论坛》2009 年第 4 期，第 74-75 页；何志鹏：《国际法治：和谐世界的必由之路》，载《清华法学》2009 年第 1 期，第 51 页；《“良法”与“善治”何以同样重要——国际法治标准的审思》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2014 年第 3 期，第 131-149 页。

[五百三十六]参见车丕照：《国际法治初探》，载高鸿钧、何增科主编：《清华法治论衡》（第一辑），清华大学出版社 2000 年版，第 133-134 页。

[五百三十七]何志鹏：《国际法治：一个概念的界定》，载《政法论坛》2009 年第 4 期，第 68-69 页。

[五百三十八]参见车丕照：《法律全球化与国际法治》，载高鸿钧、何增科主编：《清华法治论衡》（第三辑），清华大学出版社 2002 年版，第 156 页。

[五百三十九]Anna-Karin Lindblom,*Non-GovernmentalOrganizations in International Law,*Cambridge Press,2005, at 513.

[五百四十]详细论述参见刘海江：《国际非政府组织国际法规制研究》，法律出版社 2013 年版。

其中来，并有大量的论文和著作对此现象进行了论述。[五百四十一]所以，国际非政府组织不仅仅做为国际法治的参与者，而且还是国际法治的促进者。如果只认为国际法治只是国家之间的法治，完全忽视国际非政府组织的角色和力量，肯定是狭隘和形而上学的。

1. 国际非政府组织参与和促进国际良法的形成

良法要求民主立法，即建立在充分的知悉和表达意见的机会基础上的立法；要求立法符合形式价值，即公开、透明、明确。[五百四十二]而在国际良法的形成过程中，国际非政府组织确实起到了这样的作用。具体来说，国际非政府组织在国际良法形成过程中做出的实质性贡献主要包括：第一，造势。国际非政府组织通过参加国际法议题的谈判为某一国际规则的形成造势，在谈判的过程中，国际非政府组织从议题的准备到游说都通过它们的数量、它们的多样性和有技巧地与国家合作的策略表现出了对该国际议题的重视程度；第二，提供信息。国际非政府组织在参与国际法的制定过程中赢得了可靠与专业信息来源的名声，[五百四十三]国际非政府组织通常会向政府代表提供未知的真实的信息和评估，这就大大节省了政府的成本，国家的代表和联合国的官员在谈判的过程中都开始越来越期待和依赖来自国际非政府组织在其专业领域内给出的信息，同时，国际非政府组织的这种活动大大增加了可选择议题的范围；第三，使更多的公众知晓信息。在国际法议题谈判的过程中，国际非政府组织往往会通过创办报纸、通知媒体、发布评论和论文的方式向公众公开谈判的活动和进展；第四，游说。国际非政府组织的代表往往会积极游说国家代表，使他们接受某种条件，以助于结果的达成，甚至有时候他们会作为国家代表出现。我们可以得出这样一个毫不夸张的结论，如果没有非政府组织的积极参与，近些年来的这些重要的法律文书将不会见到光亮。国际非政府组织参与国际良法形成最典型例子主要有国际特赦组织与《禁止酷刑公约》、世界自然保护联盟与《濒危野生动植物种国际贸易公约》及集束弹药联盟与《集束弹药公约》等。

2.国际非政府组织参与与促进全球善治的达成

[五百四十一]如可参见鄂晓梅：《国际非政府组织对国际法的影响》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2001 年第 3 期，第 122-126 页；鄂晓梅：《NGO 和 WTO：国际非政府组织对国际贸易规则的影响》，载《武大国际法评论》2010 年第 2 期，第 371-391 页；黄志雄：《非政府组织：国际法律秩序中的第三种力量》，载《法学研究》2003 年第 4 期，第 122-131 页；王秀梅：《国际非政府组织与国际法之“跨国立法”》，载《河南省政法管理干部学院学报》2006 年第 4 期，第 202-207 页；赵海峰、李晶珠：《非政府组织与国际刑事法院》，载《当代法学》2007 年第 5 期，第 27-33 页； CenapCakmak,“Civil Society Actors in International Law and World Politics:Definition,Conceptual Framework,Problems”, 6 *Int'l J.Civ.Soc'y L* (2008) 7, at 7-35; SteveCharnovitz, “Nongovernmental Organizations and International Law”, 100 *The American Journal of International Law*(2006) 348, at 348-372; Marcia E.Greenberg,“NGO Participation in International Law and its Processes:An Eastern European Case Study”, 95 *Am.Soc'y Int'l.Proc*(2001) 300, at 300-305; ZoePearson,“Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court:Changing Landscapes of International Law”, 39 *Cornell Int'l L.J.*(2006) 243, at 243-284.

[五百四十二]何志鹏：《国际法治：良法善治还是强权政治》，载《当代法学》2008 年第 2 期，第 61 页。

[五百四十三] ZoePearson,“Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court:Changing Landscapes of International Law”, 39 *Cornell Int'l L.J.* (2006) 243, at 272.

全球善治的观念来自于全球治理。全球治理委员会在 1995 年的《我们的全球善邻关系》研究报告中，“治理是各种公共的或私人的个人及机构管理共同事务的诸多方式的总和。它是一个使相互冲突的或不同利益得以调和并采取合作行动的持续的过程。它既包括那些有权迫使人们服从的正式机构与机制，也包括那些人们和机构已经同意的或认为将符合其利益的各种非正式的安排”。[五百四十四]全球治理的主体理论与传统的国际政治理论有明显的不同，更多地强调其多元性和多样性。全球治理委员会的报告明显指出，“在全球层次上，治理一直被视为一种政府间的关系，但是现在它必须被理解为也包括非政府组织、公民运动、跨国公司以及全球资本市场，它们均与影响力急剧扩大的全球大众媒体相互作用。”[五百四十五]所以国际治理的主体已经从原来传统的“国家中心论”转变为“多中心论”。有的学者将非政府组织作为次国家行为体，与超国家及国家行为体一道组成一个网络结构，共同参与全球治理。[五百四十六]国际非政府组织正在越来越多地参与到国际治理中。Steve Charnovitz 把国际非政府组织参与全球治理分为 7 个历史阶段，分别为 1775-1918 年的出现（emergence）阶段、1919-1934 年的参与(engagement)阶段、1935-1944 年的脱离（disengagement）阶段、1945-1949 年的正规化(formalization)阶段、1950-1971 年的低成就(underachievement)阶段、1972-1991 年的激烈化(intensification)阶段及自 1992 年至今的强化(empowerment)阶段。[五百四十七]而全球善治，从司法的层面上看，是要求司法机关具有权威性，要求司法程序体现公正与效率；从法律监督的层面上看，国际司法应当体现出国家的监督和其它组织机构的监督。[五百四十八]而国际非政府组织正是通过参与国际司法程序促进国际司法公正及对国际法律的实施进行监督达到参与和促进全球善治目的的。

二、中国对在华非政府间国际组织法律规制的现状

（一）国际非政府组织在华法律规制缺陷

1.没有统一的国家规制立法

纵观中国法律体系，自国家改革开放以来，也实施了一系列的法规对非政府组织进行法律规制。按照时间顺序，首先国家 1982 年《宪法》第 35 条赋予了公民的言论、集会及结社的自由，这也就为非政府组织的存在提供了最基本的法律依据；1988 年《基金会管理办法》，

[五百四十四]Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*，Oxford University Press, 1995, at 2, 该报告的中文译本翻译为《天涯若比邻——全球治理委员会的报告》（赵仲强、李正凌译），中国对外翻译出版公司 1995 年版。

[五百四十五]See Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*，Oxford University Press, 1995, at 2-3.

[五百四十六]王杰等主编：《全球治理中的国际非政府组织》，北京大学出版社 2004 年版，第 90 页。

[五百四十七] Steve Charnovitz, “Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance”, 18 *Mich. J. Int'l L* (1996-1997) 183, at 190.

[五百四十八]何志鹏：《国际法治：良法善治还是强权政治》，载《当代法学》2008 年第 2 期，第 61 页。

后被 2004 年《基金会管理条例》所替代；1989 年实施及 1998 年修订的《社会团体登记管理条例》；1998 年《民办非企业单位登记管理暂行条例》;《取缔非法民间组织暂行办法》；1999 年《中华人民共和国公益事业募捐法》；2004 年《民间非营利组织会计制度》及经过多次修订、2008 实施的《中华人民共和国税法》等。这些部门法及行政法规都不同程度的、从不同方面对在华活动的非政府组织进行规制，有的是赋予权力、有的是授予义务。但遗憾的是，我国至今没有一部能够全面约束非政府组织，特别是在华活动的国际非政府组织的法规出现，对非政府组织的注册、活动、审计、免税及问责机制等方面都作出详细的规定，真正使非政府组织在华活动做到“有法可依”。

2.现有法律的自身缺陷

虽然从中国目前存在的种种部门法及政府部门法规来看，国外非政府组织在华活动是“有法可依”的，但这些法规却存在着本身固有的缺陷，如目前存在有效的主要涉及非政府组织的《社会团体登记管理条例》、《民办非企业单位登记管理条例》、《基金会管理条例》等都是政府部门法规，而不是由全国人大及常务委员会制定的统一法律，全国使用的效力就大大打了折扣；再者上述政府部门法规中确定的对非政府组织管理制度的基本法律框架就是所谓的“归口登记、分级管理、双重负责”，[五百四十九]而就这一模糊规定，就造成对非政府组织的制度管理部门臃肿、模糊及牵强，部门之间在登记管理在华国际非政府组织时相互推诿，使国外非政府组织在华活动时就很难找到对口上级主管部门登记，而中国 1986 年《民法通则》第 50 条明文规定社会团体经核准登记才能取得法人资格，所有有很多国外非政府组织在中国是处于“登记无门”的状态。我们且不说上述部门法规有很少是可以约束在华的外国非政府组织的，如 2004 年的《基金会管理条例》在修订之间是不约束管理在华的外国非政府组织的，而中国法律明文规定国际非政府组织在中国不得设立分支机构和吸收会员，也成为国际非政府组织在华顺利开展活动的障碍。虽然中国相关税法授予了非营利组织广发的免税资格，但是在中国相关税法中却没有明确规范有哪种非政府组织获得免税地位，目前其只允许少数通过批准同意的在华国际慈善组织获得免税地位。所以中国目前是缺少规范管理对非政府组织授予免税资格地位的严格的及清晰的法律规定。[五百五十]

3.地方法规的良莠不齐

五百四十九吴玉章：《双重管理原则：原则、现状和完善》，载黄晓勇主编：《中国民间组织报告 2009-2010》，社会科学文献出版社 2009 年版，第 71—72 页。

五百五十目前使用的是《财政部国家税务总局关于非营利组织免税资格认定管理有关问题的通知》（财税[2009]123号）。

中国在非政府组织法律规制的另一法律缺陷为地方法规的发展不完善及不平衡。不完善主要是表现为由于上位法的缺失，地方法规在制定的时候缺失上位法指导，地方性法规一般是在上位法的指导下，结合本地区的现实状况自定自己的地方法规，所以从这个层面上讲也是缺失“有法可依”，所以各个省、自治区及直辖市是各显神通，也就导致了各个地区之间的相关立法不平衡，这主要表现在经济发达的地区要比经济欠发达地区的较完善，如北京、山东及吉林等地，而这些地区之间的地方法规也是各有侧重点，如 2009 年吉林省下发的《吉林省社会组织登记管理机关行政执法程序规定》中，另设了社会组织执法监管局，负责社会组织的监督管理，这一举措虽然有造成机构臃肿之嫌，但毕竟在对社会组织监管方面比其他地方要先进一些。

（二）国际非政府组织在华法律缺陷的后果

1.有损大国形象

中国在改革开放以后，综合国力有了突飞猛进的发展。经济决定上层建筑。中国一直注意在全世界保持及塑造积极的大国形象。遵守国际法，坚持和平友好的外交方针政策，坚持及鼓励世界各国和平解决国际争端。对待大国，不阿谀奉承，坚持有礼有节；对待小国，不凌强欺弱，坚持和平共处五项基本原则。无论是在扶贫济弱领域，还是在调节国际争端领域，不仅在联合国体制内，而且在全球范围内，都赢得了积极向上的东方大国形象。这样大国形象的维持，不仅需要国际大环境的支持，而且还需要有一套完善的国内法律体系的支撑。在华国际慈善组织的法律规制，不仅仅是中国行使管辖主权的体现，而且还有利于其它国际行为体更进一步了解中国。而中国目前这种缺乏行之有效的对在华非政府组织的法律规制，较西方发达国家而言，确实有损大国形象。

2.不利于中国经济建设

中国在十一届三中全会决定把党工作的重点转移到以经济建设为中心的社会主义现代化建设上来以后，三十多年来经济建设取得显著成就。在中国取得这些成就里面，外国非政府组织起到了相当大的作用，特别是发达国家的非政府组织往往掌握雄厚的资金、先进的技术及庞大的人力资源，在我国经济建设中发挥了不可小觑的作用，特别是在中国政府不愿或不能触及的领域，国际非政府组织更是发挥了其积极作用。在我国实施“十二五”规划的国内大形势下，就像外交部长助理程国平所说“我们衷心希望境外在华非政府组织，能够更加积极地参与到中国政府和人民努力实现‘十二五’规划的进程中来.....，推动中国经济社会发展作出

新的贡献。"[五百五十一]我们的希望是好的，但是囿于中国目前对非政府组织法律规制的现状，我们的愿望却很难落到实处，因为有很多国际非政府组织不愿意或者限制其在华的活动，使我国目前很多亟需非政府组织提供资金和技术的领域很难得到满足，甚至白白浪费了很多机会。可以说，从中国目前对国际非政府组织的法律规制现状来看，是不利于中国经济建设的。

3.不利于本国非政府组织的发展

中国本土非政府组织也是我国经济建设的中坚力量，他们在妇女儿童福利、教育、环境、卫生及健康等领域都发挥了很重要的作用。我们相信这些非政府组织作为主要的第三部门，将在我国的经济建设中继续发挥其积极作用。但是我国的非政府组织的发展也是良莠不齐，在本身独立性及问责性也有很大的欠缺，这就需要本土非政府组织学习外国非政府组织的先进管理及运作经验，而学习的主要途径就是与外国非政府组织广泛合作，通过合作进行学习，但我国目前的非政府组织法律规制现状使外国非政府组织不愿进入中国或者不愿与本土非政府组织进行合作，这就在很大程度了阻碍了本土非政府组织的发展。

三对中国的启示

对待在华的国际非政府组织一方面要尽可能的为其对国家经济建设及发展做出贡献创造便利条件，另一方面也要对其可能对国家安全稳定产生影响的行为作出规制。规制过于严格，其肯定不能很顺利的为国家经济建设及发展作出贡献；而过于宽松，必将不利于国家安全稳定的维护。所以，对在华国际非政府组织进行有效的法律规制，需要在这两方面之间达成一个平衡，不能顾此失彼，而达到这个平衡是非常困难的，也可以说是很难达到的，我们所要做的是怎么做才能做到最好，才能最有可能的接近这个平衡点。笔者基于这个目的出发，对完善中国对在华国际非政府组织的法律规制提出几点应对建议。

（一） 转变思想及态度

国家的立法指导思想直接影响到法规的制定是否真正能反映国家真实的社会需要及实践态度，为了完善中国对国际非政府组织在华法律规制现状，亟需国家层面改变立法指导思想及转化对待在华的外国非政府组织的“三不”态度。事情的发展都有两面性，有利有弊，我们不能一味的要求在华的国际非政府组织对中国经济建设持续做出贡献，而不能有一丁点的有对国家安全及稳定作出危害的行为。而要考虑到这两个方面孰轻孰重，哪一个方面占据主导地位。从目前国际非政府组织在华活动的实践来看，其在中国灾难救助、妇女儿童、卫生医疗、环境及生物多样性的维护及经济发展等领域所作出的贡献要比其对中国安全稳定造成的不利影响要超出很多，所以中国要把对待在华的国际非政府组织的指导思想从预防转为鼓励，

[五百五十一]程国平在 2011 年 1 月 12 日举行的“2011 年非政府组织新年招待会”上的致辞。

着重考虑到中国目前在建设发展的各个领域对国际非政府组织的需要，鼓励其在中国行为，更多的带来大量的资金及现金的技术，提供健康的法律轨道，铲除横亘在国际非政府组织在华活动的障碍，为其在华顺利健康发展提供宽松的法律环境。实践证明，中国政府目前对在华的国际非政府组织所持有的“三不”态度，既没有有效的鼓励及促进其对中国的经济建设发展作出更多的贡献，更没有有效的避免其对中国安全稳定所造成的不利影响。这一态度一方面反映了中国政府在对待在华国际非政府组织的消极态度，即中国的大门是敞开的，你愿意不愿意来为中国经济建设发展做出贡献及你来了怎么活动我都不管，只要你不危害中国的安全稳定就可以！另一方面也给国际非政府组织在华的顺利发展造成诸多障碍，影响了其在华发挥积极作用。除此之外，国家政府应及时公布有关在华国际非政府组织包括数量在内的资料，官方正式统计资料的完整与否一方面也反映了国家对待其的态度，另一方面也有利于对其在华的掌控及研究，更有利于其在华的健康发展。国家除了转变对在华的国际非政府组织的态度之外，还要转变思想重点扶持本国的非政府组织，使他们走出国门，接触其他非政府组织，提高国际事务的参与度，通过他们宣扬本国的价值观，不仅仅有利于降低其他国际非政府组织对华抨击诬陷的机会，大大提高国家形象之外，还有利于本国非政府组织素质的提高及发展。

（二） 完善现有法规

按照目前中国有关在华国际非政府组织法律及实践发展的基本状况，完善现有法规是解决完善在华国际非政府组织法律规制现状的最好过渡方式。亡羊补牢，未为晚矣。完善法规首先要做的是通过相关法规赋予国际非政府组织在华的法律地位，使其作为一种法律主体真正的享有权利及被赋予义务，这样才能真正的参与到中国的经济建设中来，如果要赋予国际非政府组织法律地位，那就要有专门的法律法规对其实施登记和管理，而目前中国相关法规中这一点正是缺失的部分，笔者认为为解决这一问题可以在相关法规中设置专门对国际非政府组织法律管制的章节，改变以往的把国际非政府组织简单的归入到国内非政府组织管制的范围之内，这就完全忽视了前者自身特有的性质特点，没有针对性，这就容易造成相关部门在实践时搞一刀切，完全忽视其自身的涉外因素及其优于国内组织的一些特长；即使同时对待国际非政府组织，在缺少相关专门规制法规的情况下，缺失统一的对国际非政府组织的判断标准，如其是否能够在中国相关领域做出贡献，相关部门也会简单的处理其在国内的注册，即在扶贫、医疗及慈善等国内急需领域给与其便利条件；而对待诸如人权、宗教及意识形态领域的国际非政府组织则简单的认为会危害国家安全及社会稳定，而设置种种障碍，所以易在目前相关法规，如 2004 年《基金会管理条例》中设置专门章节，设定相关条件及标准专

门规制在华的国际非政府组织，这样就可以使在华的国际非政府组织登记有门，顺利的取得社团法人资格，更好的为中国经济建设做出贡献。其次，要改变现有的“归口登记、分级管理、双重负责”的管理模式，从本模式的本身来看，就可以看出其管理部门模糊及臃肿，对于归口登记规定模糊，到底有什么部门来登记没有明确规定，导致拟在华活动的国际非政府组织登记无门，只有在中国国内各显神通活动形式各种各样，如有的组织在香港和澳门建立总部或分支机构、有的是在中国设立专门的项目办公室、在中国国内寻求合作伙伴而注入资金及有一些散漫自由的国际非政府组织干脆就不注册，反正目前国家相关法规中并没有规定外国非政府组织在中国如果不注册会被取缔及干预，他们到乐于享受现有法规及“三不政策”的自由。笔者认为应该在现有法规框架下，设置专门的登记及审查部门，目前民政部是最好的选择，民政部在自己体系内建立国内登记及审查网络，改变现有的等级部门臃肿及模糊问题，从另一层面上将是降低了相关组织登记注册的难度，为其肃清障碍。再次，要改善现有的监管法律规定不严谨、不严格等缺点。除了上述提及无如不注册及登记法律后果之外，现有法规不严谨还表现为模糊及权利与义务的不对等。如 2004 年《基金会管理条例》规定由该组织的业务主管部门对注册的在华国际非政府组织进行监管，[五百五十二]但是其只笼统的规定业务主管部门是国务院相关部门及其授权的组织，[五百五十三]该规定首先没有具体明确业务主管部门，只是笼统的规定一个范围，并且并未规定上述各个部门及组织作为业务主管部门的强制性义务，这就使上述部门及机构很难自觉行使其职责。该条例除了规定业务主管部门的监管职责之外，而且还规定了当业务主管部门及相关人员在行使监管职责过程中如有徇私舞弊、滥用职权等行为的，将承担法律责任。[五百五十四]但令人惊奇的是，该法规并没有规定业务主管部门及其相关人员在监管职责中有哪些权利，这就造成了权利和义务不对等，丧失了激励机制，业务主管部门及其工作人员肯定怠于履行监管义务，避免稍有不慎承担法律责任的危险。笔者认为在过渡时期，宜在现有的法律框架之下明确对在华国际非政府组织的监管部门，如由民政部或其下设的机构行使监管职责，并在授予其义务时要赋予其权利，如一些诸如免责及待遇补助等激励机制。除了对现有的法律进行补充规定之外，国家还有必要对地方法规进行进一步完善，特别是在国际非政府组织活动特别活跃的地区，如北京、云南及四川等地，这些地方要着重在上一级立法的指导下，结合地方特色及基本实践，加强对有关非政府组织的注册及活动进行监管，虽然这些地区豆油相应的立法，但是由于上位法的缺失，这些地方法规也是良莠不齐。笔者认为应该在完善中央立法的情况之下，加强对地方相关立法的指导，

[五百五十二]《基金会管理条例》第 35 条。
[五百五十三]《基金会管理条例》第 7 条。
[五百五十四]《基金会管理条例》第 45 条。

地方政府之间也应该相互学习，相互借鉴，完善自身相关非政府组织法律规定，真正起到鼓励和预防的双重作用。

（三）借鉴国际先进经验，颁布慈善法

完善现有法规只是在中国完成建设由中国特色社会主义法制基本理论体系宏伟目标的过渡措施。要真正达到中国对国际非政府组织利用及预防两者之间完美的平衡，使国际非政府组织在中国更进一步的发挥作用，国家下一步要做的就是制定专门的有关非政府组织的立法，如《慈善法》，国家要做到这一点，可以借鉴英美等发达国家的先进经验，结合中国基本国情，制定符合有中国特色的《慈善法》。国外诸多发达国家都有专门的慈善相关立法，如英国《慈善法》、加拿大萨斯喀彻省《慈善资金募集企业法》及《慈善资金募集企业规章》、澳大利亚首都特区《慈善募捐法》及俄罗斯联邦《慈善活动和慈善组织法》等，这些法规都被译入中国。[五百五十五]这些国家完善的慈善法规制度值得我们借鉴。我们以英国《慈善法》为例，英国是世界上第一个有专门慈善立法的国家，她包括了国际慈善组织及国际慈善组织在英国国内进行活动的一整套成体系的法律制度，从慈善组织制度，如登记门槛及法人地位的授予、慈善资金的筹集及使用到完善的慈善监管制度，从慈善组织的注册监管中严格的时间限定到运作监管中对信息披露的监管及财务会计的监管等都做出了详细的规定，真正做到了“有法可依”、“有法必依”及“违法必究”。我们国家可以借鉴英国慈善委员会的模式，设置专门的慈善监管部门，负责对国内及国际慈善组织进行监管。逐步形成一套完善的、形成体系的规范非政府组织的立法体系，这不仅有利于国家法制理论体系建设，而且还有利于提高中国的大国形象，促进中国经济建设的发展。

[五百五十五]如：杨道波、刘海江等，《国外慈善法译汇》，中国政法大学出版社，2011 年 12 月第一版。

国际海底区域生物遗传资源的法律保护

吴胜男
（中南财经政法大学 法学院，湖北 武汉 430073）

摘要：随着海洋科学研究与勘探开发技术的日渐成熟，国际海底区域生物遗传资源的法律保护问题也日渐受到国际社会的关注。但分析可知，国际海底区域生物遗传资源的法律地位并未得以明确，作为国际法律保护主体的《海洋法公约》与《生物多样性公约》也存在着明显的局限性。通过探析完善国际法律框架的建议，对于我国参与国际合作与保护国内遗传资源有一定的启示。

关键词：国际海底区域 生物遗传资源 法律保护 法律框架

随着社会经济的发展和需求，人类愈来愈依赖于对海洋资源的开采和利用，勘探开采技术的日渐成熟帮助人们发现并明确了国际海底区域丰富的生物遗传资源。根据 1992 年的《生物多样性公约》，生物遗传资源被定义为来自植物、动物、微生物或其他来源的具有实际或潜在价值的任何含有遗传功能单位的材料，它包括植物种子、动物配子、插枝或生物个体及从植物和动物或微生物身上提取而来的的 DNA 等。[五百五十六]当前对于“区域生物遗传资源”尚无明确的界定，但是它类属于区域生物资源。按照国际海底管理局法律和技术委员会副主席弗里达•玛丽亚•阿马斯•普菲尔特尔女士的观点，区域生物资源是指“在国家管辖之外的海床上或海床下不能移动或其躯体须与海床或底土保持接触才能移动的生物。”[五百五十七]“区域”生物遗传资源具有形成海底矿物、维持海洋生态食物链、提升药物医学提升、发展生物经济等重要意义和价值。

然而人类在获取资源、满足自身需求的同时，也给区域生物遗传资源带来了极大的威胁与破坏，表现于海洋科研、生物取样、“区域”探矿与开发、生态观光等活动。结合“区域”生物遗传资源的重要价值与其法律规制的缺失，研究国际海底区域生物遗传资源的法律保护具有重要的理论和实践意义。

一、“区域”生物遗传资源的法律地位

“区域”遗传资源具有自身的特殊性，首先表现在它是一种后成资源，其遗传资源的开发活动后期一般在实验室进行，其次其开发利用受国际专利法的保护，拥有专利优先权的前提是采用生物技术从生物体内提取遗传资源，最后遗传资源的保存也具有独特性，它超越了生命体与非生命体的界限。基于“区域”遗传资源独有的特征，更凸显了明确其法律地位对于该资源保护的重要意义，然而国际公约并未对其法律定位作出明确说明。只能见于《海洋法公约》第 136 条，规定“‘区域’及其资源是人类的共同继承财产”，同时《海洋法公约》第十一部分和 1994 年协定创设了“人类共同继承财产”制度，为“区域”及其资源的相关问题提供了思路。

长期以来，各国将此资源看做共同所有，随着开采技术的突飞猛进以及生物经济的发展，各国争相加大对该资源的获取，由此导致了利益冲突以及对“区域”生物遗传资源的法律地位的争论。77 国集团和中国基于《海洋法公约》第 136 条的规定，否定了发达国家对“区

作者简介：吴胜男（1990- ），女，湖北宜昌人，中南财经政法大学环境与资源保护法学专业 2014 级硕士研究生。中南财经政法大学，18040564660，360234104@qq.com。

[五百五十六] United Nations，Oceans and the Law of the Sea：Report of the Secretary-General，A/60/63/Add.l，15 July 2005，paras. 5-6.

[五百五十七] Frida M .Armas-Pfirter, Legal Implications Related to the Management of Seabed Living Resources in the Area under UNCLOS.
http://www.globaloceans.org/globalconfer-ences/2006/pd£'FridaArmas-Pfirter.pdf) 12 December 2006.

域”生物遗传资源的开发利益的优先获取权，主张优先考虑发展中国家的利益，有些发展中国家主张建立新的法律框架，有些国家则主张扩大国际海底管理局的职能。美日两国则肯定了《海洋法公约》对于“区域”资源的界定，但反对将《海洋法公约》第十一部分适用于“区域”遗传资源。欧盟则认为国际海底管理局的职能不包括对“区域”生物遗传资源的管理，对该资源的法律地位的明确与澄清是迫在眉睫的，同时欧盟建议加强对海洋环境的管理，方式为生态预警与生态系统。[五百五十八]综上，由于《海洋法公约》暂并未对“区域”生物遗传资源的法律地位作出相应规定，从而可能会影响海洋开采勘探活动的定性以及一系列法律问题。

二、“区域”生物遗传资源保护的国际法律框架及其存在的不足

（一）“区域”生物遗传资源保护现存的国际法律框架

《海洋法公约》作为规制海洋一切活动的法律框架，没有具体分析处理“区域”生物遗传资源的保护问题，而是将一般性的法律框架和规则原则同样适用于此问题。公约要求各国在开发利用国际海洋生物资源时，应综合保护海洋环境与合理开发的考虑，要采取一切必要的措施防止或减少海洋污染和对海洋生物多样性及其生存环境的破坏，利用海洋生物技术有义务采取措施防止污染，或由于外来物种的侵入给海洋生物带来的生存威胁和海洋环境的变化，可见于《海洋法公约》第 61 条至第 67 条和第 116 至第 119 条。《海洋法公约》亦重视“区域”海洋环境的保护，要求国际海底管理局按照法律规定和合法程序，加强对“区域”海洋环境、生态系统的保护。国际海底方面，《海洋法公约》第十一部分及 1994 年协定除了规定“区域”及其资源为人类的共同继承遗产，还强调了作为缔约国组织的国际海底管理局控制“区域”活动，特别是管理“区域”资源以及分享收益活动的义务。在区域活动方面，《海洋法公约》第 145 条特别提出国际海底管理局在出现“区域”活动对海洋环境造成严重破坏的情况下，可以发布紧急命令，同时在有重要证据佐证其威胁性的情况下，理事会可以不批准该区域的开发。

《生物多样性公约》是一部旨在保护生物多样性，可持续利用与合理分享生物遗传资源带来的惠益的国际公约。《生物多样性公约》第 4 条规定了在国家管辖范围外的海洋区域，若存在破坏生物多样性的威胁，可以适用国家管辖范围内的活动进程与法律规定。该公约中，缔约国对于“区域”生物遗传资源的长久利用和养护没有直接义务，但是缔约国应该通过国际合作的方式实现对遗传资源的保护。同时《生物多样性公约》提出了综合管理陆域、水域及生物资源的生物系统办法，该方法与第 5 条规定的结合，对于“区域”生物遗传资源的保护起着极为重要的作用。此外该公约提出了遗传资源获取和惠益分享原则，根据该公约第 16 条的规定，缔约国在获取利用遗传资源时，需向其他缔约国提供获取的便利或转让相关技术，但前提是这些技术不存在损害环境的可能性，这一点上更体现了对发展中国家利益的考量。根据公约第 19 条的规定，应采取相应措施，让提供遗传资源的缔约国参与生物技术的研究活动，参与生物技术的处理与惠益的分配，并享有优先获得成果的权利。[五百五十九]

（二）国际法律框架所存在的不足

着眼于解决国际一切海洋生物资源问题的《海洋法公约》，并未对海底生物遗传资源的专项问题的解决作出规定，而是适用一般性法律规定，导致资源的开发利用与保护存在种种的争论和纠纷。第一、海洋环境保护方面，《海洋法公约》规定了各国具有养护国际海洋生物资源的义务，但缺乏各国违反该义务的惩罚性规定，义务的履行全凭缔约国的自觉。《海洋法公约》同时规定了船旗国对于悬挂其旗帜的船舶在海洋环境保护方面具有专属管辖权，

[五百五十八] 江家栋.YE Lin. 国际海底区域遗传资源管理法律问题[A].中国海洋法学评论（2007 年卷第 2 期 总第 6 期）[C].:,2014:64.

[五百五十九] 周瑶. 国际海底区域生物遗传资源的开发与保护制度研究[D].上海交通大学,2011.

但是基于利益的考量，船旗国管辖制度并未得到有效的落实和实施。[五百六十]此外，公约还规定国际海底管理局在保护“区域”海洋环境方面具有重要职责，但是局限于“区域”海底矿产资源的勘探与开发，其他损害“区域”海洋环境的行为并未得到法律规制。第二、海洋生物资源养护方面，《海洋法公约》第七部分第二节涉及国际海洋生物资源的养护内容以及各国的责任，但其适用对象主要为传统的公海生物资源，不能完全满足富有自身特点的海底区域生物遗传资源保护的需要。第三、海洋科研和与生物勘探方面，《海洋法公约》里的“区域”海洋科学研究局限于“区域”海洋矿产资源，同时规定了为和平并谋全人类利益的科研目的，但是缺失对方式的限定，给缔约国留下了过多的自由选择权。

确认保护生物的多样性是人类关切之事项的《生物多样性公约》为生物资源的可持续利用与养护提供了一般性原则，但其管辖范围则局限于一国的主权管辖范围，虽然它规定了对于国家主权管辖范围外的区域，各缔约国之间以及缔约国与相关国际组织之间有合作的义务，但是目前《生物多样性公约》大会上却从未就生物资源的可持续利用与养护进行讨论或者建立任何合作机制。同时由于该公约在海底生物资源的保护方面，仅存缔约国的活动不得损害该国管辖范围内海底生物资源的要求，缺乏具体的国际法律规制，一方面缔约国自主监督限制自身行为具有不合理性和危险性，另一方面各国根据本国国情处理相关事宜的法律差异可能会产生数种不同的处理效果。此外，《生物多样性公约》规定了遗传资源获取和惠益分享原则，促使各国公平享有该资源，但是该原则对于生物遗传资源的保护并不具有完全的可移植性，提供国与使用国生物资源与生物资源开发利益交换的前提是提供国享有对该资源的主权，所以海底区域生物遗传资源并不能完全适用该原则。[五百六十一]

三、完善海底区域生物遗传资源保护的国际法律框架之建议

国际社会愈来愈重视海底区域生物遗产资源的蕴藏价值及其法律保护，当前国际法律框架所存在的局限性也日渐凸显，因此完善该框架势在必行。

（一） 完善《海洋法公约》，扩大管理局权限

《海洋法公约》制定之时，基于有限的技术，海底生物遗传资源的价值尚未被发现。因而，以我国为代表的发展中国家认为，公约对“区域”海洋资源的排除并非有意，并建议将“区域”生物资源重新纳入“区域”管理制度，同时需要扩大作为管理“区域”资源的唯一组织国际海底管理局的权限。扩大其权限有利于管理局充分利用其与国际组织的专业性研究以及与各国专业团体和合作交流等优势，为国际海底区域生物遗传资源的保护积累经验。同时通过国际海底管理局的统一管理，有助于防止机构设置的冗杂，从而降低成本，提高效益。

（二） 推动现有法律文书的执行

现有的法律框架虽然存在诸多不足，但是其中却也存在很多具有科学性和适用性的法律规定，因此推动法律文书的执行也显得尤为重要。法律文书的有效执行不仅可以减少国际社会拟定新的法律文件的时间成本和金钱成本，而且也有助于短期内实现对“区域”生物资源的保护。现有的法律文书有《海洋法公约》、《生物多样性公约》、《“区域”矿产资源勘探规章》等。[五百六十二]

（三） 创设新的法律规则

鉴于海底区域生物遗传资源的特殊性和法律保护的空白，一些学者建议创制一项新的法律规则，从而弥补国际法律框架的漏洞，为海底区域生物遗传资源的开发利用与养护提供更好的法律保障。不仅如此，新的关于“区域”生物遗传资源的法律规则的执行，还可以平衡

[五百六十] Angelica Bonfanti;Seline Trevisanut Trips on the high seas:intellectual property rights on marine genetic resources 2011(37).

[五百六十一] 张善宝. 国家管辖范围外深海底生物资源法律制度研究[A]. 太原理工大学学报（社会科学版）.2014年2月第1期（第32卷）.

[五百六十二] 郭晓妮.国际海底区域生物资源保护的法律制度研究[D].辽宁大学,2014.

发展中国家与发达国家对于该资源的利益享有，处理好环境保护与商业开发等多种复杂的社会关系，促进交流与合作，改变缔约国各自为政的局面。

（四） 实行“区域”管理

当前存在着一些区域性海洋管理组织，如西北大西洋渔业组织、东南大西洋渔业组织、南极海洋生物资源保护委员会、太平洋渔业委员会等，它们在区域性的海洋管理问题上发挥着重要作用，它们在防止“区域”生物资源免受海底拖网捕捞方面做出相应的法律规制，并取得了良好的效果。因此有些国家主张扩大区域性管理组织的权限，实行“区域”管理，这种方式的优势在于区域性管理组织能够更好地掌握区域性生物资源问题的特性，并对症下药，准确而有效的解决相关问题，同时也能首先从保护生物遗传资源的角度与国际社会达成一致，当然也能减少成本，提高效益。

（五）兼于采取短期管理

首先，联合国大会对于国际海底区域生物遗传资源的保护作用不容小觑，每年联合国大会都会发布诸多国际海洋环境与海洋生物资源保护决议，对“区域”生物资源的法律保护体系的构建产生着实质性的影响。在此基础上，各国际组织也应该加强合作，实行多部门综合管理，协调各自职能和作用，切实保护国际海底生物遗传资源。其次，将具有代表性、物种丰富的海洋区域划定作为海洋保护区，尽可能减少人类活动对于生物遗传资源的破坏也是可以考虑的，同时鉴于海底生态系统的复杂性和稳定性，采用环境影响评估机制，通过事先预防减少对遗传资源的损害是必要的。最后将重点放在海洋科学研究与生物勘探活动的规制上，可以考虑建立海洋科学研究自愿守则与研究行为守则，规制海洋科学研究与生物勘探的不当行为。

四、中国参与国际海底区域生物遗传资源保护的思考

（一）国际参与方面

中国作为负责任的大国，在积极开发管辖范围外的海洋资源的同时，理应积极参与国际海底区域生物遗传资源的保护，在参与的过程中应该注意以下问题：第一、坚持“区域”生物资源人类共同继承的立场。虽然国际社会对于该资源的法律属性尚无定论，但以我国为代表的发展中国家认为国际“区域”生物资源为人类共同继承，同时强调优先考虑发展中国家在开发该资源中的利益，该结论符合中国的国家利益，因此应与其他发展中国家紧密联系，坚持该资源为人类共同继承。第二、积极提交国际海底环境基线数据。“区域”生物遗传资源的保护，需要大量的研究数据，包括“区域”生态系统数据，海洋环境现状、人类活动对于海底生物的影响等等，通过详尽的研究数据，才能更好地了解该生态系统的变化，从而更好地保护海底区域生物遗传资源。因此中国应该在日益完善的海洋研究技术的基础上积极向相应国际组织提交海底环境基线数据，为国际海底生物遗传资源的保护作出相应的贡献。第三、关注关于该资源保护的国际立法动向，加强对规则规章的研究。我国应鼓励科研人员与法律工作者积极参与和关注研究工作和立法工作，从而推动我国更好地参与国际合作与保护，同时也为国内遗传资源的保护总结经验，提供借鉴。

（二）国内保护方面

就目前而言，我国对于遗传资源的保护是以分散立法、分开保护的方式进行，将遗传资源区分为农业、渔业、牧业、药用以及野生动物几个领域，并通过专门立法进行保护，保护的方式分为就地和异地。国内对于遗传资源的法律保护仍然存在着诸多缺陷：首先内容上，国内现行的法律法规未统一使用遗传资源的概念，保护范围也不够全面，仅限于经济物种和濒危物种；其次原则约束上，未从立法上明确国家对于遗传资源的主权权利；最后制度规定上，对于各类遗传资源的保护力度不一。鉴于国际社会现行的有效实践成果，我国首先在立法模式上应对遗传资源获取和惠益分享原则进行专项立法，同时制定保护生物多样性的综合

性法律，从而为遗传资源的保护提供全面的法律保障，减少资源流失；然后应增加部门间合作，了解国内外相关立法动向和管理现状，为生物多样性和遗传资源的保护提供技术支持和法律保障；其次立法内容上，应在各项法律法规中统一使用遗传资源的概念，扩大保护范围，确立对遗传资源的国家主权原则；最后法律实施方面，应建立专门机构协调各遗传资源部门的合作与交流，严格审核对于遗传资源获取权限的审批。[五百六十三]

International seabed area of legal protection of biological genetic resources

Wu Sheng-nan
(School of Law，Zhongnan University of Economics and law，Wuhan 430073,China)

Abstract: With the Marine science research and the exploration and development of mature technology, the law of the international seabed area biological genetic resources protection is increasingly attracting the attention of the international community. The analysis shows that the legal status of international seabed area biological genetic resources is not clear, as the main body of international law to protect \"convention on the law and the convention on biological diversity also exist obvious limitations. Through the analysis to perfect the international legal framework for advice, for our country to participate in international cooperation and to protect domestic genetic resources has the certain enlightenment.

Key words: International Seabed Area； Biological Genetic Resources； Legal Protection； Legal Framework

[五百六十三] 周寒立. 论《生物多样性公约》中遗传资源获取和惠益分享原则及其实践[J]. 社会科学,2011 年第 S1 期..

国际海底生物资源保护问题研究

许 望*

摘要：国际海底生物资源属于近年来的新发现，其巨大的经济价值、科研价值日益为人类所认识，但现有的国际法框架却未能为国际海底生物资源提供有效的保护。为了避免破坏脆弱的国际海底生态系统，以更加有效的保护国际海底生物资源，有必要加强对国际海底生物资源保护的相关法律问题的研究。

关键词：国际海底生物资源　海洋法公约　生物多样性公约

Protection Of the International Seabed Biological Resources

Abstract: The biological resources in the international seabed areas have been discovered in recent years, and humans have acknowledged the immense value on business and science gradually, but this kind of resources are not protected by the current international law effectively. For the purpose of avoiding damaging the vulnerable ecosystem and protecting the resources in the international seabed areas, it is necessary to consider the legal issues carefully about the protection of the mentioned resources.

Keywords: the biological resources in the international seabed areas, UNCLOS, CBD

随着海洋科学技术的发展，人类逐渐认识到国际海底、深海底并不是生命的荒原，而是蕴藏着丰富的生物资源。[五百六十四]如同陆地上脆弱的高原生态系统一样，国际海底生态系统也十分脆弱，一旦遭到破坏，将会对海洋生态系统造成不可估量的损失。现代海洋科学技术的研究表明，海洋并不是取之不尽用之不竭的，如果不加以保护，海洋资源尤其是海洋生物资源终有被人类耗尽的一天。以公海生物资源为例，超过一半的高度洄游鲨类种群和几乎三分之二的跨界种群和公海离散鱼类种群已经处于过度开发或资源枯竭的状态。[五百六十五]为了避免国际海底生物资源像公海生物资源一样成为另一个“公地的悲剧”[五百六十六]，如何更好地对国际海底生物资源进行保护便是一个值得切实研究的问题。

一、国际海底生物资源的概念界定

在研究国际海底生物资源的保护问题时，明确界定国际海底生物资源的概念是一个前提，即需要明确国际海底生物资源保护的范围和对象。

---

* 许 望，浙江工商大学法学院国际法学研究生。主要研究方向：海洋法。

[五百六十四] 超过200种微生物、鱼、甲壳动物、多毛目环节动物、棘皮类动物、腔肠动物和软体动物已经在深海地热缝地区被发现，这些深海海底区域的生物资源属于新发现。参见Patricia Birnie and Alan Boyle, International Law and the Environment,2nd edition, Oxford University Press,2002,pp.657—658。

[五百六十五] 〔美〕路易斯·B·宋恩、克里斯汀·古斯塔夫森·朱罗、约翰·E·诺伊斯、埃里克·弗兰克斯：《海洋法精要》，傅崐成译，上海交通大学出版社2014年版，第245页。

[五百六十六] 1968年，美国学者哈丁在《科学》杂志上发表了一篇题为《公地的悲剧》的文章。文中指出，公共资源的利用不可避免会出现经济无效率和资源过度利用的现象。参见Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons,Science,1968,Vol.162,pp.1243—1248。

根据《联合国海洋法公约》（以下简称“海洋法公约”）的规定，领海、专属经济区、大陆架已经纳入了国家的管辖范围，而国际海底则不属于任何国家的管辖范围之内，与之相对应的则为海洋法公约确立的崭新概念——“区域”[五百六十七]。对于“区域”，也有学者称之为“国际海底区域”，认为国际海底区域是指国家管辖范围以外的海床洋底及其底土，也就是领海、专属经济区和大陆架以外的深海洋底及其底土。[五百六十八]根据此种界定，“区域”即为“国际海底区域”，有学者便认为海洋法公约确立的区域制度即为国际海底制度。[五百六十九]在本文中，笔者也在同一意义上使用国际海底的概念，即国际海底是公约确立的“区域”。

根据海洋法公约的规定，区域制度的确立不影响其上覆水域的法律地位。[五百七十]由于海洋法公约将海洋分为不同的区域采用不同的制度[五百七十一]，国际海底的上覆水域已经有相应的制度安排，包括水域的生物资源的保护问题。因此，国际海底生物资源并不包括国际海底上覆水域的生物资源，也就是公海的生物资源。

综上，笔者认为：国际海底生物资源主要是指附着于国家管辖范围以外的海床洋底及其底土的生物资源，包括国际海底动物资源、植物资源和生物遗传资源等。尽管人类将海洋划分为不同的区域并形成不同的制度，生物、特别是可以移动的生物不会遵从人类的制度划分而栖息在固定的区域。对于具有迁徙习性的生物资源而言，其活动范围可能跨越不同的海洋区域，如国际海底和公海、国际海底和专属经济区等，但只要其主要栖息地位于国际海底，则应当被认定为属于国际海底生物资源并纳入其保护范围。

二、国际海底生物资源保护的现状与缺陷分析

国际海底生物资源长期生活栖息于高压、黑暗、温度变化剧烈和高挥发性气体浓度等十分极端的环境下，具有独特的生命结构，极大地拓展了人类的生物基因库，在商业利用、医疗研发等领域具有极高的经济价值和科研价值。但国际海底生物资源作为国际社会近年来新发现的海洋资源，在现有的国际法体制下，其法律属性并没有得到明确的界定，其保护机制更存在明显的缺陷，这也成为各国在国际社会上争相博弈和辩论的一个重要议题。[五百七十二]在现有的国际法框架下，涉及国际海底生物资源保护的重要国际公约主要有《联合国海洋法公约》和《生物多样性公约》，本部分主要分析海洋法公约、生物多样性公约对国际海底生物资源提供的保护和缺陷。[五百七十三]

（一）《联合国海洋法公约》确立的国际海底制度的局限

公约在第一条规定国际海底的活动是指勘探和开发资源的一切活动，但与此同时，在第一三三条，公约将“资源”限定为固体、液体或气体矿物资源。[五百七十四]根据公约文本的字面

[五百六十七] 《联合国海洋法公约》第 1 条第 1 款（1）项规定：“区域”，是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土。

[五百六十八] 王铁崖：国际法，法律出版社 1995 年版，第 209 页，该书第九章第八节的标题即为“国际海底区域”。另见邵津：国际法，北京大学出版社、高等教育出版社联合出版 2011 年第四版，第 151 页，该书第五章第六节的标题为“国际海底区域”。

[五百六十九] 金永明：《国际海底资源开发制度研究》，《社会科学》2006 年第 3 期，第 113 页。

[五百七十] 《联合国海洋法公约》第 135 条规定：本部分或依其授予或行使的任何权利，不应影响“区域”上覆水域的法律地位。

[五百七十一] 有学者称之为“Zonal Management Approach”，参见 Yosbifumi Tanaka, The Changing Approaches to Conservation of Marine Living Resources in International Law, p4, 资料来源 http://www.zaoerv.de/© 2011, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

[五百七十二] 张善宝：《国际海底区域生物资源法律属性探析》，《中国海商法研究》2013 年 12 月第 24 卷第 4 期，第 94 页。

[五百七十三] 除了《联合国海洋法公约》和《生物多样性公约》，尚有世界知识产权组织的相关规则、《与贸易有关的知识产权协议》、国际海底管理局的相关规则、《濒危野生动植物种国际贸易公约》、《联合国气候变化框架公约》及其议定书等国际法律文件对涉及生物资源的保护问题，但与国际海底生物资源的保护问题联系并不紧密，限于篇幅，故本文未作分析。相关内容可参见纪晓昕：《国家管辖范围外深海底生物多样性法律规制研究 ——以人类共同遗产属性为基础》，中国海洋大学法政学院 2011 年博士毕业论文第 27—34 页。

[五百七十四] 《联合国海洋法公约》第 1 条第 1 款（3）项规定：“‘区域’内活动”是指勘探和开发“区域”的资源的一切活动。《联合国海洋法公约》第 133 条（a）项规定：“资源”是指“区域”内在海床或其下原来位置的一切固体、液体或气体矿物资源，其中包括多金属结核。根据本文第一部分的概念界定，区域即为国际海底。

规定，国际海底生物资源并不属于公约意义上的“资源”，则公约所确立的国际海底制度的内容并不适用于国际海底生物资源。在制定公约的过程中，国际海底生物资源的价值尚不为各国所重视，发展中国家和发达国家争辩的重点是国际海底的矿物资源，在此种背景下，公约的内容反映的是各国利益协调和妥协的结果，在用语上不可避免的带有模糊性和局限性。因为公约的目标在于建立一种法律秩序，解决一切海洋问题，但公约毕竟是时代的产物，其法律条文内容受制于公约谈判缔结时人类的认知局限，在公约谈判期间，国际社会意识到应将国家管辖范围外海床和洋底及其资源从公海自由制度中剔除出来，但是由于当时人类对国际海底资源的认识局限于矿产资源，还没有意识到国际海底存在着大量生物资源及其潜在的价值，鉴于此，公约对国际海底资源做了一个狭窄的界定[五百七十五]。“资源”在一般意义和通常意义上使用是包含生物资源在内的，公约的特别限定使得公约意义上的“资源”定义过于狭窄。随着海洋科技的进步，国际海底生物资源被人类进一步认识，同时，基于国际海底的特殊法律地位和经济价值，其中的生物资源的保护也应占有重要的地位，公约在概念上将国际海底生物资源从国际海底资源中剥离是不合理的。[五百七十六]

根据公约的概念界定，国际海底生物资源似乎不受到公约的保护，但公约确立的国际海底制度不仅规定了矿物资源的开发问题，同时对国际海底的活动也施加了一定的限制，即在国际海底活动的当事方需要遵守一定的海洋环境保护的义务。公约在第一四五条具体规定了海洋环境保护的内容，要求国际海底管理局制定适当的规则、规章和程序以防止诸如钻探、挖凿等活动干扰海洋环境的生态平衡，同时要保护和养护国际海底的自然资源，防止对海洋环境中的动植物的损害。[五百七十七]根据公约保护海洋环境的内容，国际海底生物资源的保护问题属于海洋环境保护的一部分，国际海底管理局也有职权和义务对国际海底生物资源进行保护。[五百七十八]

公约对同一问题的模糊和矛盾的规定使持有不同观点的国家均能找出国际法上的依据支持自己的主张。发达国家认为公约已明确将国际海底生物资源排除了国际海底资源之外，不应受到公约的规制，不属于公约规定的人类共同财产，可以自由开发。美国、日本更是明确反对将公约第十一部分适用于国际海底生物资源，特别是深海生物基因遗传资源，认为公约中有关国际海底资源的定义十分明确，国际海底制度仅适用于矿产资源，主张国际海底、深海生物资源的活动应遵循公海自由原则 。[五百七十九]如果在国际海底生物资源议题上采纳发达国家的主张，则国际海底生物资源将主要成为发达国家的资源，特别是美国、日本、欧盟等海洋科技发达的国家将会获益巨大，而发展中国家因为海洋技术的落后、资金的缺乏、制度的缺失等将不会分享到国际海底生物资源带来的价值；同时，自由开发的制度只会带来激烈的竞争和过度的开发，不利于保护国际海底生物资源。同发达国家的主张相对立，发展中国家更强调对国际海底生物资源的保护，以抑制发达国家竞相开发的冲动。例如发展中国家集团和中国认为应优先考虑人类共同继承财产原则，通过国际司法机构对公约的解释将国际海底生物资源纳入公约第十一部分，便利于国际海底局进行管理，或者通过建立新的国际法律机制对国际海底生物资源进行保护，以使发展中国家更够分享到国际海底生物资源的巨大价值带来的惠益。[五百八十]

综上分析，公约对国际海底生物资源地位问题的规定是缺失的，对国际海底生物资源保护问题的规定是模糊的、矛盾的，这也导致了各国的激烈争论，也使得在国际海洋法上，保护国际海底生物资源的法律依据显得十分脆弱。

[五百七十五] 张善宝:《国际海底区域生物资源法律属性探析》，《中国海商法研究》2013 年 12 月第 24 卷第 4 期，第 97-98 页。

[五百七十六] 余芳：《<联合国海洋法公约>对海洋生物资源的保护与保全》,《 新农村商报——法治与文化》2012 年 11 月 7 日 第 C07 版。

[五百七十七] 具体内容参见《联合国海洋法公约》第十一部分第二节第一四五条：海洋环境的保护。

[五百七十八] 参见 Foundation for International Environmental Law and Development (FIELD)在 2012 年 4 月提供的报告《PROTECTING THE MARINE ENVIRONMENT IN AREAS BEYOND NATIONAL JURISDICTION—A guide to the legal framework for conservation and management of biodiversity in marine areas beyond national jurisdiction》的第 10 页。

[五百七十九] 王轶坚：《国家管辖范围以外深海底生物资源法律适用问题初探，《法制与社会》2011 年 5 月中期，第 261 页。

[五百八十] 同上。

（二）《生物多样性公约》相关规则的缺陷

海洋法公约的目的主要是将海洋划分为不同的区域，在世界范围内建立协调的海洋秩序，因此海洋环境保护只是其中的一部分内容，也不是主要内容，更谈不上对国际海底生物资源的保护。为了有效保护生物多样性，持续利用其组成部分以及公平合理分享由利用遗传资源而产生的惠益；同时，随着全球经济的发展，对物种及生态系统造成威胁的污染也与日俱增，特别是海洋生物资源可能面临枯竭的严峻现实无疑与生物多样性的保护形成了相悖的局势。在此种背景下，各国于 1992 年达成了《生物多样性公约》（以下简称“CBD”）。

CBD 在第二条用语部分将“生物资源”规定为是指对人类具有实际或潜在用途或价值的遗传资源、生物体或其部分、生物群体、或生态系统中任何其他生物组成部分。在约文文本上，CBD 对“生物资源”的概念进行了广泛意义上的界定，在范围上包含了国际海底生物资源，使得国际海底生物资源受到 CBD 的保护。但 CBD 在具体管辖范围上规定为两类：一是生物多样性组成部分位于该国管辖范围的地区内，二是在该国管辖或控制下开展的过程和活动。[五百八十一]即在国家管辖范围以外地区，CBD 的规定仅仅适用于在缔约方管辖或控制范围内开展的可能对生物多样性产生不利影响的活动和进程。由于缔约方对国家管辖范围以外地区内的生物资源没有主权或管辖权，它们对这些地区的生物多样性具体组成部分的养护和可持续利用没有直接义务。[五百八十二]因此，对于国家管辖范围之外的生物资源，包括国际海底生物资源，国家并不承担直接的有拘束力的条约义务。结果，CBD 只能做出原则性的规定，呼吁缔约方应就在国家管辖范围以外地区的生物多样性的养护和可持续利用方面进行合作。[五百八十三]在保护生物资源的国际实践上，最终仍然需要各国之间进一步的协商，作出进一步的安排，包括缔结具体的保护条约、进行区域安排等。由于国际海底生物资源位于各国的管辖范围之外，为了对其进行有效保护，更需要各国通过谈判协商建立更加具体可行的制度安排。但是，尽管各国已经开始意识到生物资源保护的重要性，但由于国际上尚无有关各国就该方面共同努力的规定，各国的合作机制也并无统筹性及协调性，生物资源保护的国际合作仍然处在争论中，并没有相关的具体实践，使得 CBD 并没有发挥预期的作用。[五百八十四]

在保护方法上，CBD 主要确立了两类保护方法，即保护区方法和预防方法。CBD 将“保护区”界定为一个划定地理界限、为达到特定保护目标而指定或实行管制和管理的地区。[五百八十五]缔约国应尽可能根据自己的实际情况采取措施保护当地的生物多样性，建立保护区系统或需要采取特殊措施以保护生物多样性地区，管制或管理保护区内外对保护生物多样性至关重要的生物资源，以确保这些资源得到保护和持久使用。[五百八十六]在国家管辖范围内，各国已经建立了大量的自然保护区、国家公园等保护区，并取得了良好的效果。国际海底不属于任何国家的管辖，各国也不能对国家海底主张任何主权，保护区方法有利于对国际海底生物资源进行保护，但需要各个国家之间进行密切的合作。

对于预防方法，CBD 并没有作出明确界定，只是规定缔约国“意识到普遍缺乏关于生物多样性的信息和知识，据以策划与执行适当措施”，“缔约国注意到预测、预防和从根源上消除导致生物多样性严重减少或丧失的原因，至为重要”。[五百八十七]这也与各国国内环境法律机制确立的预防原则相一致。由于国际海底生物资源尚属于新发现，并未得到大规模的开发，在其保护问题上采用预防方法可以避免“先破坏，后治理”的传统模式，在开发之前就采取预防措施，以从根源上消除国际海底活动对国际海底生物资源所造成的不利影响。

制度的建立与制度的施行具有一定的距离，CBD 确立的两类保护方法在实践中仍有待明确。就保护区方法而言，海洋保护区的建立需要各国开展新的谈判，并需要协调处理好海洋环境污染的问题，而海洋污染问题是保护区方法所不能解决的；同时，全球气候变化、渔业活动对国际海底生物资源所造成的不利影响与全球气候议题、国际渔业行为规则等领域相互

[五百八十一] 参见《生物多样性公约》第四条的规定。

[五百八十二] 纪晓昕：《国家管辖范围外深海底生物多样性法律规制研究 ——以人类共同遗产属性为基础》，中国海洋大学法政学院 2011 年博士毕业论文第 29 页。

[五百八十三] 参见《生物多样性公约》第五条的规定。

[五百八十四] 陈彦男：《国际海底区域生物多样性保护的法律机制研究》，外交学院 2009 级硕士毕业论文第 17 页。

[五百八十五] 参见《生物多样性公约》第二条（用语）的规定。

[五百八十六] 参见《生物多样性公约》第八条的规定。

[五百八十七] 参见《生物多样性公约》序言部分的规定。

交叉，错综复杂，使保护区方法在适用于上有很大的限制。就预防方法适用于国际海底生物资源的保护而言，需要建立国际海底生物资源信息和知识储备库，需要长期细致的观测、研究，这无疑以发达的海洋科学研究和海洋科学技术为支撑，而广大发展中国家普遍不具备相关的条件；同时，科学的不确定性也很容易引发发达国家和发展中国家之间的争论。由于以上难题的存在，CBD 确立的保护区方法和预防方法在作为国家行为规则和国际司法实践裁判规则上进展缓慢，也没有国际司法机构在相关争端案件中对其进行具体阐述，由此可知，国际上对保护区方法和预防方法作为可以运用的国际规则仍然持十分保守和谨慎的态度。[五百八十八]

在协调与其他公约的关系上，CBD 主动做出限定，规定不影响任何缔约国现有的国际义务，并特别提及不影响各国在海洋法下的权利和义务，以保证 CBD 的实施不会造成与其他条约相冲突的难题。[五百八十九]CBD 的这种限定大大降低了其作用，由于各国现有的国际义务可能与 CBD 相冲突，各国便可以利用 CBD 的限定逃避保护生物资源的义务。就国际海底生物资源而言，海洋法公约并没有对其进行明确界定，对其保护的内容也严重缺失，同为海洋法公约和 CBD 的当事国便可以主张海洋法上的权利以排除 CBD 所施加的义务，而这对于本已保护不力的国际海底生物资源而言，无疑是十分不利的。

三、国际海底生物资源保护制度的完善

在现有的国际法律框架下，国际海底生物资源的保护机制存在重大的缺陷，无论是海洋法公约，还是 CBD，都未能为国际海底生物资源提供充分的保护。就国际海底生物资源的保护而言，是通过召集外交会议制定专门的国际公约，还是在现有的国际法基础上进行完善，是值得认真考虑的问题。考虑到第三次海洋法会议从 1973 年到 1982 年共进行了 8 年，各国——特别是发达国家与发展中国家之间——对于国际海底生物资源的法律地位、惠益分享等问题存在激烈的争论，因此通过缔结专门的保护国际海底生物资源的国际条约是不现实的，现实可行的方式是将国际海底生物资源纳入现有的国际法律体制之内。

（一）明确国际海底生物资源在海洋法公约中的法律地位

公约将国际海底的资源仅仅限定为矿产资源是不合理的。要使国际海底生物资源得到公约的有效保护，需要明确国际海底生物资源在国际海洋法上的法律地位。鉴于公约确立的国际海底制度及国际海底资源作为人类共同继承的财产、开发为全人类利益而进行的原则，将国际海底生物资源纳入国际海底制度，作为人类共同继承财产是符合公约的精神的。公约作为一部具有里程碑意义的国际海洋法法律文件，被誉为“一部真正的海洋宪法”，因此，公约应该是一切海洋活动的依据，包括“区域”生物资源的开发利用。[五百九十]至于明确国际海底生物资源在公约上的法律地位的方式，可以采用《关于执行<联合国海洋法公约>第十一部分的协定》的方式缔结一个新的协定或修改协定的部分内容，将国际海底生物资源纳入公约意义上的“资源”范围；也可以采用国际司法实践的方式，例如国际法院、国际仲裁庭、国际海洋法庭等国际司法机构在解决海洋争端的过程中，涉及到国际海底生物资源问题时，通过对公约的解释和适用明确国际海底生物资源在公约上的法律地位。公约是迄今为止影响最大的有关海洋的国际立法，专门规定了海洋环境保护的内容，确立了海洋环境保护的基本原则，如可持续发展原则、合理分担责任原则等，[五百九十一]可以预见，国际海底生物资源法律地位的明确将使其得到公约更强有力的保护。

（二）完善国际海底管理局的职能

海洋法公约规定国际海底管理局作为全人类的代表管理国际海底资源，在国际海底进行的所有活动必须遵守管理局制定的规则、规章和程序，任何在公约规定以外，未经管理局授

[五百八十八] 参见 Yosbifumi Tanaka, The Changing Approaches to Conservation of Marine Living Resources in International Law,p308—316, 资料来源 http://www.zaoerv.de /© 2011, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

[五百八十九]《生物多样性公约》第二十二条规定： 1.本公约的规定不得影响任何缔约国在任何现有国际协定下的权利和义务，除非行使这些权利和义务将严重破坏或威胁生物多样性； 2.缔约国在海洋环境方面实施本公约不得抵触各国在海洋法下的权利和义务。

[五百九十] 张善宝:《国际海底区域生物资源法律属性探析》，《中国海商法研究》2013 年 12 月第 24 卷第 4 期，第 96 页。

[五百九十一] 屈广清、曲 波：海洋法，中国人民大学出版社 2011 年版，第 214—219 页。

权的活动，都是非法的和无效的。[五百九十二]因此，管理局代表全人类行使对于国际海底资源的一切权利，具有控制和管理国际海底内活动的权力和职务，以及为行使此项权力和职务所包含的和必要的各项附带权力。[五百九十三]国际海底生物资源作为位于国际海底区域之内的资源，应当属于管理局管理、控制的职权范围之内。对此，有人提出，应当维护和支持国际海底管理局的工作职能由单纯的国际海底区域矿产资源管理和保护延伸至生物资源的管理和保护，坚持国家管辖范围外的国际海底生物资源作为人类共同遗产的基本原则。[五百九十四]就实践来看，管理局管理国际海底内活动的职能已经比较成熟，其工作得到了各个国家的认可和配合，其制定的规则也得到了良好的遵守，由管理局负责管理和保护国际海底生物资源符合公约的宗旨，同时也可以使国际海底生物资源的保护与现有的国际法律框架和机构设置相衔接，减少制度建构和创设新机构的成本。

（三）完善海洋保护区制度

海洋保护区分为国家管辖范围以外海域的自然保护区和国家管辖范围以内海域的自然保护区。在国家管辖范围以内海域建立自然保护区，受沿海国的主权或主权权利支配，属于国内法问题；而在国家管辖范围以外海域建立自然保护区则需要国际社会达成共识，属于国际法问题。依照现有国际海洋法律框架，国家管辖以外海域包括公海和国际海底区域。[五百九十五]为了有效保护国际海底生物资源，完善包含了国际海底区域的海洋保护区的相关制度便具有重要价值。就实践而言，国家管辖范围外海洋保护区的建立需要国家之间的合作，需要扩大海洋保护区的区域，[五百九十六]需要深入的海洋科学研究，需要与现行海洋法律制度相协调，特别是现行的公海制度。建立海洋保护区的主要目的就在于保护海洋环境和海洋资源，在国际管辖范围之外建立的保护区会使国家承担更加严格的保护海洋环境的义务，包括对国际海底生物资源的保护。这也是对海洋法公约和生物多样性公约对海洋环境保护内容的一种具体的制度实现。可以预见，不断完善的国家管辖范围以外的海洋保护区制度将会对国际海底生物资源提供更加科学、合理、有效的保护。

[五百九十二] 参加《联合国海洋法公约》第一五七条第 1 款：管理局是缔约国按照本部分组织和控制“区域”内活动，特别是管理“区域”资源的住址。

[五百九十三] 邵津：国际法，北京大学出版社、高等教育出版社联合出版 2011 年第四版，第 152 页。

[五百九十四] 纪晓昕：《国家管辖范围外深海底生物多样性法律规制研究 ——以人类共同遗产属性为基础》，中国海洋大学法政学院 2011 年博士毕业论文第 163 页。

[五百九十五] 桂静、范晓婷、王琦：《国家管辖以外海洋保护区的现状及对策分析》，《中国海洋法学评论》2011 年第 1 期，第 195 页。

[五百九十六] 就国家管辖范围外的海域而言，只有不到 0.5%的区域受到了保护。See the World Database on Marine 具体内容参见 Protected Areas at: http://wdpa-marine.org

参考文献：

一、论文类

［1］金永明：《国际海底资源开发制度研究》，《社会科学》2006 年第 3 期，第 113 页。

［2］张善宝:《国际海底区域生物资源法律属性探析》，《中国海商法研究》2013 年 12 月第 24 卷第 4 期，第 94、96—98 页。

［3］纪晓昕：《国家管辖范围外深海底生物多样性法律规制研究 ——以人类共同遗产属性为基础》，中国海洋大学法政学院 2011 年博士毕业论文第 27—34、163 页。

［4］余芳：《<联合国海洋法公约>对海洋生物资源的保护与保全》，《 新农村商报——法治与文化》2012 年 11 月 7 日 第 C07 版。

［5］王轶坚：《国家管辖范围以外深海底生物资源法律适用问题初探，《法制与社会》2011 年 5 月中期，第 261 页。

［6］陈彦男：《国际海底区域生物多样性保护的法律机制研究》，外交学院 2009 级硕士毕业论文第 17 页。

［7］桂静、范晓婷、王琦：《国家管辖以外海洋保护区的现状及对策分析》，《中国海洋法学评论》2011 年第 1 期，第 195 页。

二、著作类

［1］〔美〕路易斯·B·宋恩、克里斯汀·古斯塔夫森·朱罗、约翰·E·诺伊斯、埃里克·弗兰克斯：《海洋法精要》，傅崐成译，上海交通大学出版社 2014 年版，第 245 页。

［2］王铁崖：国际法，法律出版社 1995 年版，第 209 页。

［3］邵津：国际法，北京大学出版社、高等教育出版社联合出版 2011 年第四版，第 151—152 页。

［4］屈广清、曲 波：海洋法，中国人民大学出版社 2011 年版，第 214—219 页。

三、外文类

［1］Patricia Birnie and Alan Boyle, International Law and the Environment,2nd edition, Oxford University Press,2002,pp.657—658。

［2］Garrett Hardin, The Tragedy of theCommons,Science,1968,Vol.162,pp.1243—1248。

［3］Yosbifumi Tanaka, The Changing Approaches to Conservation of Marine Living Resources in International Law,p4、p308—316。

作者简介：

许 望，汉族，现为浙江工商大学国际法研究所研究生。主要研究方向：海洋法。

单位：浙江省杭州市江干区学正街 18 号浙江工商大学法学院国际法研究所，邮编：310018.

电话：17764530386.邮箱：xuwnag1990411@163.com.

国际海洋法法庭“分区域渔业委员会案”评析[五百九十七]

李任远[五百九十八]

摘要：国际海洋法法庭在“分区域渔业委员会案”的管辖权问题的处理上，主要采用结合上下文解释条约的原则，通过对相关条约的解释，认定法庭对案件享有咨询管辖权。船旗国对其船舶在分区域渔业委员会成员国专属经济区内，从事非法、未报告及无管束的捕鱼行为负有管理义务，此义务为勤勉义务，若船旗国未尽此义务，则应承担责任。国际组织在一定条件下对其授权的船舶从事上述捕鱼行为负责。分区域渔业委员会成员国对相关专属经济区内共有种群的管理和养护，享有以合作管理与养护为主要内容的相关权利义务。

关键词：国际海洋法法庭；咨询管辖权；分区域渔业委员会；渔业问题

2015 年 4 月 2 日，国际海洋法法庭（以下简称法庭）根据分区域渔业委员会所提交的申请，对于在分区域渔业委员会成员国专属经济区内捕鱼的相关问题发表咨询意见。该案是国际海洋法法庭第一次以法庭庭全体成员的方式，发表咨询意见。[五百九十九]咨询意见涉及多方面的法律问题，值得关注。

一、案情简介

分区域渔业委员会是非洲部分沿海国家所成立的政府间国家组织，成员包括几内亚、几内亚比绍、冈比亚、佛得角、塞内加尔以及塞拉利昂等七个国家。该组织成立的目的与渔业密切相关，包括推进成员国领海及专属经济区渔业资源的养护和开发，促进（渔业相关）的最佳国际实践，对（渔业相关）活动进行跟踪、控制和监督，促进成员国区域内渔业科学能力的发展等。[六百]2013 年 3 月 28 日，分区域渔业委员会常务秘书依据该组织于 2013 年 3 月 27 日部长会议所做的决议，就相关问题，向法庭提交了咨询意见申请，请求法庭就有关问题发表咨询意见。[六百〇一]案件主要涉及管辖权问题，及与成员国专属经济区内的渔业权利、义务与责任有关的四个问题。这四个问题分别是：

[五百九十七] 本文尚未公开发表，请勿公开引用。

[五百九十八] 李任远，男，1985 年生，广东省汕头市人，法学博士，中山大学法学院博士后流动站研究人员，主要研究方向：国际法。

[五百九十九] 该案是国际海洋法法庭所做出的第二份咨询意见，但第一份咨询意见由海底争端分庭做出，不是法庭的全体成员做出，因而，该案是法庭以全体成员名义所做出的第一份咨询意见。

[六百] Food and Agriculture Organization of the United Nations. Sub-regional Fisheries Commission (SRFC) [EB/OL]http://www.fao.org/fishery/rfb/srfc/en#Org-Mission.2015-04-27.

[六百〇一] Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P2. (2nd April).

1.当非法、未报告以及无管束的捕鱼行为发生在第三国的专属经济区内时，船旗国应承担何种义务？

2.当船舶悬挂一国旗帜进行非法、未报告以及无管束的捕鱼行为时，船旗国应在何种范围内承担责任？

3.当船旗国或国际机构在国际协议的框架下，向船舶签发捕鱼许可，船旗国或国际机构是否应对捕鱼船舶违反沿岸国法律的行为承担责任？

4.沿岸国在保证共有种群以及有共同利益的种群，特别是小型远洋鱼类及金枪鱼类的可持续管理方面，享有何种权利，承担何种义务？[六百〇二]

二、管辖权问题

依据咨询意见的顺序，法庭在对案件的审理情况做了简要叙述后，开始讨论管辖权问题，这是该案争议的焦点之一。争议的核心是《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）、《国际海洋法法庭规约》（以下简称《法庭规约》）以及《国际海洋法法庭规则》（以下简称《法庭规则》）中的相关条款是否授予海洋法法庭对该案的咨询管辖权。

（一）管辖权的争议

在《公约》中，仅第 191 条授权海洋法法庭海底争端分庭，在接到国际海底管理局大会及理事会的请求时，应就这两个机构职务范围内的事项，发表咨询意见。《法庭规约》（《公约》附件六）第 40 条规定：“分庭在执行其有关咨询意见的职务时，应在其认为可以适用的范围内，受本附件中关于法庭程序的规定的指导。”另外，《法庭规则》第 138 条规定，国际协议，倘其与《公约》的目的相关，且其规定可以就法律问题，向国际法庭提交咨询申请，则法庭对此法律问题有咨询管辖权。从这三个条款来看，《公约》及作为该公约附件的《法庭规约》的相关条款既没有授权，也没有排除国际海洋法法庭对案件的咨询管辖权。与此相关的条款还有《法庭规约》第 21 条，该条规定：“法庭对按照《公约》规定向它提交的一切争端和申请，以及按照其他协议授权提交的所有事项享有管辖权。”

从上述规定看，《公约》并没有明确授予法庭对咨询案件的管辖权，也未明确排除此项管辖权；《法庭规约》的规定同样不明确；而《法庭规则》则明确授予法庭对案件的咨询管辖权。如何解释这几个条款，成了法庭是否对本案享有管

[六百〇二] Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P5. (2nd April).

辖权的关键。

关于法庭是否对该案享有咨询管辖权，有两种意见，一种意见认为法庭不享有管辖权，另一种意见则认为法庭享有对案件的咨询管辖权。反对者的理由主要有以下几点：其一，在相关的法律文件未明确授权的情况下，法院如果行使咨询管辖权，属于过度行使管辖权。其二，纵然《法庭规则》明确规定法庭对案件享有咨询管辖权，该条款只是一个程序性的条款，在《公约》未明确授予法庭咨询管辖权的情况下，该条款不得超越公约的授权范围，故其不能构成咨询管辖权的权利基础。其三，《法庭规约》授予海洋法法庭的是案件的诉讼管辖权，诉讼管辖权主要规定于《公约》第 288 条，因而，《法庭规约》第 21 条应当依据《公约》第 288 条进行解释。其四，《法庭规约》第 21 条中的“所有事项”指的是诉讼管辖方面的所有事项，不包括咨询管辖权的相关事项[六百〇三]。赞成者的理由主要有：其一，《法庭规约》第 21 条构成了法庭行使咨询管辖权的基础。其二，《法庭规则》并未创设一种新的管辖权，而只规定了法庭行使咨询管辖权的前提。[六百〇四]

法庭认为，《法庭规约》第 21 条构成法庭行使咨询管辖权的基础，《法庭规则》第 138 条的规定，构成法庭行使咨询管辖权的前提，依据《分区域渔业委员会成员国管辖下海域海洋资源准入与开发最低条件确定公约》（下文简称《MCA 公约》[六百〇五]）的规定，法庭对该案享有咨询管辖权。在裁定法庭对案件是否享有咨询管辖权时，法庭遵循的总体思路是，首先厘清《公约》与《法庭规约》的关系，再而分析《法庭规则》对咨询管辖权的作用，最后依据《MCA 公约》确定该案的管辖权。该部分有多个要点值得分析。

（二）管辖权相关问题分析

管辖权中一个重要的问题是《公约》与《法庭规约》的关系，这是关系到法庭是否享有案件的咨询管辖权的根本问题。在这个重要问题上，法庭在对条款的解释原则上遵循了《维也纳条约法公约》，澄清了《公约》与附件（《法庭规约》），及与《法庭规则》的关系，总体上体现出扩张管辖权的倾向。

在条约的解释原则问题上，法庭主要运用了依据上下文解释条约的原则，该

[六百〇三] Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P15-16. (2nd April).

[六百〇四] Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P17. (2nd April).

[六百〇五] 《MCA 公约》是分区域渔业委员会成员国在 2012 年签订的公约，公约主要规定了成员国在 200 海里专属经济区内的捕鱼行为，同时包含了对非法、未报告以及无管束捕鱼行为的部分条款。

原则是 1969 年《维也纳条约法公约》所规定的条约解释原则之一。依据该条约第 31 条规定，条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。就解释条约而言，上下文应当包括序言与附件，且应包括任何适用于当事国之间有关的国际法规则。

该案在管辖权问题着重体现了按照上下文解释的基本原则。按照上下文解释主要体现在处理《公约》与《法庭规约》第 21 条的关系问题上。法庭认为，依据《公约》第 318 条的规定，《公约》附件构成了《公约》不可分割的一部分。同时，依据《法庭规约》第 1 条的规定，海洋法法庭应根据《公约》以及《法庭规约》的规定运作。依据这两条规定，在《法庭规约》与《公约》的关系问题，尤其是《法庭规约》第 21 条与《公约》的关系问题上，第 21 不应被解读为《公约》第 288 条的附属条款，而是具有其独立的地位，即与《公约》的其他条款具有同等地位。这一解释符合《维也纳条约法公约》规定的按照上下文解释的原则。同时，这也是法庭首次对《公约》与附件的关系做出明确解释，明确认定包括《法庭规约》在内的各个附件与《公约》具有同等地位，这一点将对以后的法律实践产生深远的影响。

依据上下文解释的原则同时体现在法庭对《法庭规则》与《法庭规约》关系问题的解释上。法庭认为，《法庭规则》第 138 条的作用在于，为法庭行使咨询管辖权确定了前提条件。从此处对两者关系的处理来看，法庭应当是按照《维也纳条约法公约》第 31 条的规定，将《法庭规则》作为第 31 条规定的“适用于当事国之间有关的国际法规则。”

依据上下文解释还重点体现在对《法庭规约》第 21 条相关措辞的解读上。法庭认为，按照《法庭规约》第 21 条的规定，法院行使管辖权包括三个要素：其一是依据《公约》所提交的一切“争端”；其二是按照《公约》所提交的一切“申请”；其三是依据其他协议授予法庭管辖权的一切“事项”。法庭在审查了《法庭规约》以及《公约》的相关条款后认为，《法庭规约》第 21 条中的“争端”与“申请”同《公约》第 293 条以及 294 条相呼应并且相对应，指的是诉讼管辖权方面的事项。因而，上述管辖权的第三个要素中的一切“事项”指的不仅仅是该款中的“争端”，而是应当具有更广的含义，这种更广的含义指的就是法庭应当享有咨询管辖权。《法院规约》第 21 条中的一切“事项”以及“其他协议”两者

共同构授予了法庭的咨询管辖权。显而易见，在解释 21 条的过程中，法庭将《公约》第 293 与 294 条作为上下文，依据这两个相关条款对 21 条做出解释。

在此基础上，法庭认为，依据《MCA 公约》的序言，MCA 公约构成了与《公约》目的有关的国际公约，且该案中，分区域渔业委员会所提交的问题均为法律问题，[六百〇六]因而，法庭对该案享有管辖权。结合序言考察本案的管辖权问题，再次体现了结合上下文解释条约的原则。

从管辖权问题分析，《公约》第 191 条，《法庭规约》第 21 条、第 40 条均未明确授权法庭有对海底争端分庭以外案件的咨询管辖权。并且，按照法庭的观点《法庭规则》第 138 条属于程序性条款，不能构成法庭行使咨询管辖权的基础。若从这些条款的约文本身解读，法庭是否享有对该案的咨询管辖权，是未定之数，存在两种可能。法庭在该案中，通过结合运用结合上下文解释条约，获得对案件的管辖权，结合上下文解释条约这一条约解释原则的运用，客观上使法庭享有对案件更广泛的咨询管辖权。

在对管辖权问题做出界定以后，法庭对分区域渔业委员会所提交的四个问题发表了意见。这四个问题分别涉及在船舶涉及非法、未报告以及无管束的捕鱼行为时，船旗国的义务、船旗国的责任范围、渔业授权情况下授权国家或国际组织的责任以及沿海国在渔业可持续管理方面的权利和义务四个方面。

三、渔业相关问题简析

由于本次咨询请求是分渔业委员会依据《MCA 公约》提起的，因而，该公约与上述的若干公约与规定，构成了本案该案所适用的法律。在咨询意见中，法庭将《MCA 公约》作为一个重要的法律文件加以适用。

（一）船旗国的义务

案件的第一个问题是，当非法、未报告以及无管束的捕鱼行为发生在第三国的专属经济区内时，船旗国应承担何种义务？法庭首先界定了问题的适用范围。根据《MCA 公约》相关条款的规定，[六百〇七]本问题限于悬挂非分区域渔业委员会成员国旗帜或者第三方旗帜的船舶，在分区域渔业委员会成员国的专属经济区内从事非法、未报告及无管束的捕鱼行为。[六百〇八]

六百〇六 Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P20-22. (2nd April).

六百〇七 《MCA 公约》第 1 条以及第 2 条。

六百〇八 Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory

在确定船旗国的责任时，《MCA 公约》第 31 条有重要作用。依据该公约第 31 条规定，非法、未报告以及无管束的捕鱼行为构成违反公约的行为，分区域渔业委员会的成员国有义务将公约这部分的内容与国内法相联系，在国内法中写入相关规定，规制上述行为。法庭依据这一规定认为，在分区域渔业委员会成员国的专属经济区内从事非法、未报告及无管束的捕鱼行为，不仅构成违反《MCA 公约》的行为，同时也构成违反分区域渔业委员会成员国国内法的行为，船旗国有义务采取措施防止这些行为。

同时，船旗国为了履行《联合国海洋法公约》第 94 条[六百〇九]所规定的，对行政事项行使有效管辖与控制的义务，有义务采取必要的行政措施，保证悬挂其旗帜的船舶，不在分区域渔业委员会成员国的专属经济区内，从事违反船旗国依据《联合国海洋法公约》第 192 条[六百一十]所承担的，保护与保持海洋环境之义务的行为。船旗国的上述义务属于勤勉义务，该项勤勉义务与船旗国的责任有密切联系。

（二）船旗国的责任范围

提交法庭的第二个问题涉及悬挂船旗国旗帜的船舶在分区域渔业委员会的

Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P25. (2nd April).

[六百〇九] 《联合国海洋法公约》第 94 条：

1. 每个国家应对悬挂该国旗帜的船舶有效地行使行政、技术及社会事项上的管辖和控制。

2. 每个国家特别应:

(a) 保持一本船舶登记册，载列悬挂该国旗帜的船舶的名称和详细情况，但因体积过小而不在一般接受的国际规章规定范围内的船舶除外；

(b) 根据其国内法，就有关每艘悬挂该国旗帜的船舶的行政、技术和社会事项，对该船及其船长、高级船员和船员行使管辖权。

3. 每个国家对悬挂该国旗帜的船舶，除其他外，应就下列各项采取为保证海上安全所必要的措施:

(a) 船舶的构造、装备和适航条件；

(b) 船舶的人员配备、船员的劳动条件和训练，同时考虑到适用的国际文件；

(c) 信号的使用、通信的维持和碰撞的防止。

4. 这种措施应包括为确保下列事项所必要的措施:

(a) 每艘船舶，在登记前及其后适当的间隔期间，受合格的船舶检验人的检查，并在船上备有船舶安全航行所需要的海图、航海出版物以及航行装备和仪器；

(b) 每艘船舶都由具备适当资格、特别是具备航海术、航行、通信和海洋工程方面资格的船长和高级船员负责，而且船员的资格和人数与船舶种类、大小、机械和装备都是相称的；

(c) 船长、高级船员和在适当范围内的船员，充分熟悉并须遵守关于海上生命安全，防止碰撞，防止、减少和控制海洋污染和维持无线电通信所适用的国际规章。

5. 每一国家采取第 3 和第 4 款要求的措施时，须遵守一般接受的国际规章、程序和惯例，并采取为保证这些规章、程序和惯例得到遵行所必要的任何步骤。

6. 一个国家如有明确理由相信对某一船舶未行使适当的管辖和管制，可将这项事实通知船旗国。船旗国接到通知后，应对这一事项进行调查，并于适当时采取任何必要行动，以补救这种情况。

7. 每一国家对于涉及悬挂该国旗帜的船舶在公海上因海难或航行事故对另一国国民造成死亡或严重伤害，或对另一国的船舶或设施、或海洋环境造成严重损害的每一事件，都应由适当的合格人士一人或数人或在有这种人士在场的情况下进行调查。对于该另一国就任何这种海难或航行事故进行的任何调查，船旗国应与该另一国合作。

[六百一十] 《联合国海洋法公约》第 192 条：各国有保护和保全海洋环境的义务。

专属经济区内从事非法、未报告以及无管束的捕鱼行为时，船旗国所应承担的责任问题。船舶悬挂一国旗帜，即表明其与该国存在法律上的联系，建立起一定的权利义务关系，船舶在海域中从事违法行为，国家可能要承担一定的责任。但是，本问题的核心在于，当船舶在分区域渔业委员会的专属经济区内从事上述行为时，船旗国是否应对所有的违法、未报告以及无管束的捕鱼行为负责。虽然悬挂一国船舶即表明了两者建立起一定的法律关系，但是，船舶的相关行为并不必然等同于国家行为，且捕鱼行为通常是一种私人行为。要求国家为所有私人的捕鱼行为承担责任，不具有合理性，也不具有可行性。

法庭在认定船旗国的责任时，将其与第一个问题中的勤勉义务相结合。法庭认为，上述的勤勉义务包括与分区域渔业委员会成员国采取合作，防止悬挂其旗帜的船舶在分区域渔业委员会成员国的专属经济区内，从事违法、未报告和未管束的捕鱼行为的义务，以及对相关违法事件的调查及报告义务。

责任作为第二性的义务，应与第一性义务相对应。只有当船舶悬挂其旗帜，并在分区域渔业委员会成员国的专属经济区内从事非法、未报告以及无管束的捕鱼行为，违法行为可以归因于船旗国，且违反了本咨询意见在第一个问题中所述的，船旗国所应承担的国际义务时，分区域渔业委员会的成员国才可以追究船旗国的责任。[六百一十一]

（三）捕鱼授权情况下的船旗国与国际组织责任

第三个问题实际上包括两个方面的问题，第一个方面的问题是当一国与《MCA 公约》的成员国签订国际协议，授权悬挂其旗帜的船舶在《MCA 公约》成员国的专属经济区内捕鱼，若船舶违反了沿岸国的法律，船旗国是否应当承担责任。第二个方面的问题是，当一个国际机构与《MCA 公约》成员国签订国际协议，授权其成员国在《MCA 公约》成员国的专属经济区内捕鱼，若船舶违反沿岸国法律，国际机构是否应当承担责任。在本问题上，法庭认为分区域渔业委员会在请求中所提及的国际机构一词，为国际组织的同义词。[六百一十二]

对于第三个问题第一方面的问题，实际上与上述第二个问题无异，法庭认为，法庭第二个问题的结论适用于此，故未进一步展开论述。

[六百一十一] Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P25. (2nd April).

[六百一十二] Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P43. (2nd April).

法院进而讨论第二方面的问题。国际组织因其授权的船舶违反沿岸国法律而应承担法律责任，需要满足两个条件。第一个条件是，该案中所指的国际组织，仅限于《公约》第 305 条第 1 款（f）[六百一十三]、第 306 条[六百一十四]以及附件九[六百一十五]所指的国际组织，该组织的成员国必须同为《公约》的成员国，且关于渔业的事项，必须已向国际组织进行授权。在该案中，这样的国际组织仅指欧盟。[六百一十六]

法庭在确定国际组织应当承担责任时，区分了国际组织的责任与成员国的责任。国际组织仅在以下两种情况下从承担责任：其一，国际组织违反了渔业准入协定所产生的义务。其二，倘国际组织没有履行其应尽的勤勉义务，分区域渔业委员会的成员国，可以就悬挂该国际组织成员国旗帜的船舶，在分区域渔业委员会成员国专属经济区内，与双方渔业准入协议框架内有关的捕鱼行为，违反分区域渔业委员会法律、规章的情势，要求该国际组织承担责任。[六百一十七]

（四）沿岸国管理共有种群的权利与义务

咨询意见中阐述的第四个问题主要与专属经济区内共有种群的养护和管理有关。法庭在咨询意见中首次针对专属经济区内渔业资源的管理与养护问题，依据《公约》中的相关规定，对该问题进行了深入的分析，这是对专属经济区制度中，生物资源，尤其是渔业资源的管理与养护的国际法制度的一次重要运用。沿海国在管理专属经济区内生物资源（主要是共有种群）方面的具体权利和义务在

六百一十三 《联合国海洋法公约》第 305 条第 1 款（f）：（条约签字）的国际组织，按照附件九。

六百一十四 《联合国海洋法公约》第 306 条：本公约须经各国和第 305 条第 1 款（b）、（c）、（d）和（e）项所指的其他实体批准，并经该条第 1 款(f)项所指的实体按照附件九予以正式确认。批准书和正式确认书应交存于联合国秘书长。

《联合国海洋法公约》第 305 条第 1 款：本公约应开放给下列各方签字:

(a) 所有国家；

(b) 纳米比亚，由联合国纳米比亚理事会代表；

(c) 在一项经联合国按照其大会第 1514(XV)号决议监督并核准的自决行动中选择了自治地位，并对本公约所规定的事项具有权限，其中包括就该等事项缔结条约的权限的一切自治联系国；

(d) 按照其各自的联系文书的规定，对本公约所规定的事项具有权限，其中包括就该等事项缔结条约的权限的一切自治联系国；

(e) 凡享有经联合国所承认的充分内部自治，但尚未按照大会第 1514(XV)号决议取得完全独立的一切领土，这种领土须对本公约所规定的事项具有权限，其中包括就该等事项缔结条约的权限；

(f) 国际组织，按照附件九。

六百一十五 《<联合国海洋法公约>附件九》专门对公约与国际组织的问题进行规定，按照该附件，与“签字”有关的条款为附件的第 1 条与第 2 条。（译者注）该条款如下：

第 1 条：为第 305 条和本附件的目的，“国际组织”是指由国家组成的政府间组织， 其成员国已将本公约所规定事项的权限，包括就该等事项缔结条约的权限转移给各该组织者。

第 2 条：一个国际组织如果其过半数成员国为本公约签署国，即可签署本公约。一个国际组织在签署时应作出声明，指明为本公约签署国的各成员国已将本公约所规定的何种事项的权限转移给该组织以及该项权限的性质和范围。

六百一十六 Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P44-46. (2nd April).

六百一十七 Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P48. (2nd April).

本案中，经过法庭的咨询意见，被明确化，这一点尤其值得关注。概括而言，本问题包括以下几方面重要内容。

其一，沿海国享有在保证种群可持续管理方面的权利。这些权利指，分区域渔业委员会成员国，有权直接或者通过分区域性或区域性的国际组织，与分区域渔业委员会的其他成员国，在上述种群所涉的专属经济区内，就调整、养护及发展上述种群所应采取的必要措施达成一致。[六百一十八]

其二，沿海国应负的义务。沿海国有合作养护共有种群的义务，包括在适当的时候，与有资格的国际组织，包括分区域性的、区域性的、全球性的国际组织合作的义务，确保通过合理的养护与管理措施，保证专属经济区内的共有种群不因过度捕捞而受到威胁。[六百一十九]

其三，关于养护金枪鱼类的义务。对于金枪鱼类，国家有义务直接或者通过与分区域渔业委员会成员国合作，以期确保在专属经济区内对该鱼种的养护和促进最适度利用该鱼种的目标。[六百二十]为了使分区域渔业委员会与上述国家的权利与义务相一致，法庭还简要阐述了分渔业委员会的部分义务。

在本问题上，法庭实际上倾向于从义务的角度阐述沿海国在共有种群方面，包括金枪鱼类的养护方面的权利义务关系。而且，从咨询意见的内容来看，保护专属经济区中共有种群，更强调的是国家间，以及国家与国际组织间的合作，是一种合作的义务。虽然从法律性质上看，沿海国对专属经济区内的经济权利具有专属性，而专属经济区内的生物种群显然属于沿海国经济权利的范畴。但是，由于本案涉及的是共有种群，因而，沿岸国有义务与其他相关的国际组织合作，以维持共有种群的数量，保持其可持续开发，这是专属经济区内共有种群的管理与养护义务的特殊性。这种特殊性由共有种群本身的性质决定。

四、余论

“分渔业委员会”案作为海洋法法庭第一个以法庭全体成员做出咨询意见的案件，必将受到来自各方的关注，而咨询意见中的部分内容，可能对以后的国际司法实践产生一定的影响，值得关注。从案件的整体情况看，法庭的咨询管辖权是较有争议的一部分，可能会持续引起一定关注。该案中，法庭通过对相关条约

[六百一十八] Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P63. (2nd April).

[六百一十九] 依据《公约》第 63 条第一款。

[六百二十] Request for An Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, I.T.L.O.S. 2015. P64. (2nd April).

条款采用结合上下文解释的方式，认定法庭对案件有咨询管辖权，使法庭获得了较广的管辖权，这一点可能对以后法庭行使咨询管辖权产生一定影响，也可能成为一种趋势。

在论述管辖权问题的过程中，法庭明确认为，《公约》附件构成公约不可分割的一部分，和公约的地位平等，这一点也有可能使后续案件中，其他附件的内容在适用时明确获得与公约同等的地位。因而，无论是对于中国或者对于其他国家而言，在运用公约解释相关的法律问题时，必然应该更加重视公约附件及其他相关法律文件的作用。

虽然按照《维也纳条约法公约》的规定，多种条约的解释方法之间并无先后之分，但从该案法庭所采取的解释原则考察，结合上下文的解释方式占据明显的主导地位，而文义解释及目的解释等解释原则，在该案中并未起明显作用。相关国家在面临以及处理海洋争端时，特别是应对和国际海洋法法庭有关的海洋争端时，应该引起充分重视。

案件的另一个引人注意之处在于，咨询意见中对沿海国、国际组织以及其他国家在管理和养护海洋专属经济区中的生物资源方面的权利和义务做了详细的阐述，对沿海国家在专属经济区内开展渔业的管理与合作有良好的指导作用。

总之，“分区域渔业委员会”案开了国际海洋法法庭在海底分庭之外，手里咨询案件的先河，该案在多个法律问题上有具有突破或补白作用，这使该案注定成为一个具有重要影响的案件。

国际海洋法仲裁法庭对菲律宾诉中国案的管辖权问题

邹立刚、李文杰、高婧如、王崇敏、童伟华*

摘要：2013 年初，菲律宾将中菲南海争端提交国际海洋法仲裁法庭请求仲裁。该诉求全部属于中国和菲律宾的声明所排除的“导致有拘束力裁判的强制程序”的事项，部分不属于公约解释和适用的争端；该诉求具有诸多方面的不可受理性；菲律宾也未在诉前履行“交换意见”和“用争端各方选择的任何和平方法解决争端”的义务。中国可在仲裁裁决做出前的阶段持续提出反对的意见。

关键词：菲律宾诉中国；南海争端；强制仲裁；管辖权

一、菲律宾向国际海洋法仲裁法庭提出的主诉

2013 年年初，菲律宾在《联合国海洋法公约》（以下简称<公约>）框架下启动了诉中国南海争端案。菲律宾向中国发出的《通知和权利主张》第五部分“救济诉求”即第 41 段以下共分 13 个自然段，共请求仲裁法庭就下述 13 项事项作出裁决：⑴宣布中国在南海海域的权利和菲律宾的相关权利一样，均是由《公约》所确立，这些权利由《公约》第二部分下的领海及其毗连区、第五部分下的专属经济区、第六部分下的大陆架的相应权利所构成。⑵宣布中国基于其所谓的“九段线”在南海的海洋主张违反《公约》，是无效的。⑶要求中国国内立法符合其在《公约》下的义务。⑷宣布美济礁和西门礁是水下地物，它们构成了菲律宾根据《公约》第六部分所拥有大陆架的一部分，中国对其占领和进行建筑活动侵犯了菲律宾的主权权利。⑸要求中国结束对美济礁和西门礁的占领和建筑活动。⑹宣布南熏礁和渚碧礁是南海中高潮时不能露出水面的水下地物，不是《公约》项下的岛屿，并且没有处于中国的大陆架之上，因此中国对其占领和进行建筑活动是非法的。⑺要求中国结束在南熏礁和渚碧礁上的占领和活动。⑻宣布黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁和永暑礁是高潮时低于海平面的水下地物，除了它们有一些小的突起在高潮时露出海面，它们是《公约》第 121 条第 3 款下的“岩礁”，因此仅能获得不超过 12 海里领海的权利；而中国基于这些岩礁非法主张了超过 12 海里的权利。⑼要求中国不得阻碍菲律宾船舶以可持续发展的方式在黄岩岛和赤瓜礁周边水域开发生物资源，并且停止在这些岩礁的周边水域作出与《公约》不一致的行为。⑽宣布菲律宾有权根据《公约》第二、五、六部分的规定从其群岛基线起算享有 12 海里的领海、200 海里的专属经济区、以及大陆架。⑾宣布在菲律宾的专属经济区和大陆架上，中国非法主张权利和非法开发生物和非生物资源，并非法阻碍菲律宾在其专属经济区和大陆架开发生物和非生物资源。⑿宣布中国非法干扰菲律宾根据《公约》在菲律宾群岛基线 200 海里内外海域所享有的航行和其他权利的实施。⒀要求中国停止这些非法活动。[六百二十一]

菲律宾的上述诉求可归结为三类：⑴否定中国“九段线”的效力；⑵请求确认涉案八岛礁的法律地位；⑶上述诉求的衍生性权利主张。

二、仲裁法庭确定管辖权的程序

根据《公约》第 287 条第 1、3 款之规定：能够产生导致有拘束力裁判的强制程序有四种：国际海洋法法庭、国际法院、仲裁法庭、特别仲裁法庭。各国可用书面声明自由选择适用某一个或一个以上的程序。若未作选择，则视为已接受仲裁程序，即所谓“兜底条款”。由于菲律宾和中国均未作选择，所以菲律宾依照“兜底条款”提交仲裁。

---

*邹立刚、王崇敏、童伟华是海南大学法学院教授；李文杰、高婧如是海南大学海洋法学博士生。

[六百二十一] Department of Foreign Affairs of Republic of the Philippines, Notification and Statement of Claim on West Philippines Sea, http://www.dfa.gov.ph/index.php/newsroom, 2013-11-20 visited.

《公约》第 288 条第 4 款规定：仲裁法庭有无管辖权的问题应交由该法庭裁定解决，即以裁决的方式作出有否管辖权的决定。

结合《公约》288 条和《附件七》第 9 条的规定，仲裁法庭对管辖权的确认分为三个阶段：⑴在进入实体审理之前的阶段。根据第 288 条第 4 款的规定，该阶段仲裁法庭判断管辖权是被动的，只有争端双方对管辖权存在争议时，仲裁法庭才进行判断，因为在这个阶段仲裁法庭掌握的有关证据材料较少，有无管辖权的论证任务交由争端双方在书面陈述中做出，而仲裁法庭此时只做形式上的初步判断。⑵仲裁法庭初步判断自己有管辖权，随后进入对案件的实体审理阶段。《附件七》第 9 条规定：“仲裁法庭在作出裁决前，必须不但查明对该争端确有管辖权，而且查明所提要求在事实上和法律上均确有根据”。在该阶段随着材料和证据的不断充实，仲裁法庭有义务在审理过程中查明自己是否对该争端确有管辖权。此时仲裁法庭是主动审查，一旦发现没有管辖权，应当立即以“裁定”的方式作出无管辖权的判断。⑶实体审理完毕，作出最终裁决之前的阶段。其根据也是《附件七》第 9 条。在该阶段仲裁法庭仍有义务审查自己有无管辖权。如果没有新证据能够推翻其有管辖权之判断，那么仲裁法庭将作出最终裁决。

仲裁法庭作出的管辖权裁决的效力。虽然《附件七》第 11 条规定了“一裁终局”的原则，但“一裁终局”不应适用于对管辖权的裁决，因为仲裁法庭对管辖权的裁决是分阶段的。

三、影响仲裁法庭判断管辖权的因素

（一）保留声明对管辖权的影响

《公约》第 298 条允许发表保留声明排除管辖的争端包括：⑴关于划定海洋边界的第 15 条（领海划界）、第 74 条（专属经济区划界）和第 83 条（大陆架划界）在解释或适用上的争端，或者是涉及历史性海湾或所有权的争端；⑵关于军事活动，包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端，以及根据第 297 条第 2-3 款不属法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端；⑶正由联合国安理会执行《联合国宪章》所赋予职务引发的争端。

《公约》第 298 条第 3 款规定：“根据第 1 款作出声明的缔约国，应无权对另一缔约国，将属于被除外的一类争端的任何争端，未经该另一缔约国同意，提交本公约的任何程序”。该款要点如次：⑴是对做出保留声明的缔约国单方施加的义务；⑵要求其提起程序前须经另一缔约国同意，而不论该国是否曾作出过保留声明；⑶不能在未得到另一缔约国同意的情况下单方将争端提交《公约》的任何程序，而并非仅是排除“导致有拘束力裁判的强制程序”。

菲律宾在 1984 年 5 月 8 日批准《公约》之时曾发表过一项谅解（以下简称<谅解>），若《谅解》的内容中存在可被认定为是对《公约》第 298 条第 1 款事项作出的保留，则其向我国单方提起强制仲裁程序的行为就明显违反了《公约》的相关规定，而且这种只知享有权利却有意无视相应义务的做法也构成滥用权利和有违一般国际法的诚信原则。

中国曾对上述争端事项做出了保留。若能证明菲方的诉求全部或部分属于中国保留的范围，则仲裁法庭就对本案没有管辖权或仅对本案部分争端事项有管辖权。

（二）适用强制程序的“限制性规定”对管辖权的影响

按照《公约》第 297 条第 2 款的规定，对下列争端，沿海国无义务提交强制程序：⑴就专属经济区内和大陆架上的海洋科研按照第 246 条行使权利或斟酌决定权或按照第 253 条决定命令暂停或停止一项研究计划；⑵任何有关其对专属经济区内生物资源的主权权利或此项权利的行使的争端。

（三）诉求的可接受性对管辖权的影响

在程序法上我们通常认为原告须适格，必须对其诉讼标的具有法律上认可的“诉的利益”。然而，⑴“九段线”涉及的争端方包括“六国七方”；⑵8 个岛礁也分别存在争端第三方，

其中 7 个岛礁至少存在中国、菲律宾、越南、台湾四方争端；黄岩岛存在中国、菲律宾、台湾三方争端。⑶菲方其他诉求都是上述诉求的衍生性诉求。因此菲方的诉求涉及到了多个第三方的利益，同时还可能牵扯到中国台湾地区的法律地位等复杂问题。[六百二十二]

国际争端解决机构存在允许第三方介入和参与的规定以及实践。[六百二十三]《国际法院规约》第 62 条规定：某一国家如认为某案件之判决可影响属于该国具有法律性质之利益时，得向法院声请参加。实践中，2002 年“萨尔瓦多诉洪都拉斯请求修改法庭 1992 年 9 月陆地、岛屿和海洋边界判决案”中，在萨尔瓦多起诉阶段，尼加拉瓜就已介入。又如，2010 年“澳大利亚诉日本捕鲸案”中，新西兰在“附带诉讼”阶段介入。《公约》的《附件六》第 31 条规定，一个缔约国如认为任何争端的裁判可能影响该缔约国的法律性质的利益，可向法庭请求准许参加；《国际海洋法法庭议事规则》第五节详细规定了第三方参加的规则。本案仲裁法庭制定的《程序规则》没有对第三方参加做出规定，因为并无第三方请求参加仲裁程序；而在本案之前的 8 个仲裁案件中，[六百二十四]也并无第三方参加的先例。

本案具有不可接受性：⑴中国的“九段线”主张仅与菲律宾的主张部分重合。因此，菲方请求仲裁法庭裁定“九段线”无效，也即裁定中国对菲律宾的主张无效，同时实际上裁定了中国对其他四国的主张无效，这对中国极为不公。⑵菲方无权代理其他四国诉请仲裁法庭裁定“九段线”无效。《公约》及其附件本身并无“代理”或“公益”或“集体”诉讼或仲裁的规定，况且其他四国也从未授权菲律宾代为进行相关仲裁。⑶请求仲裁法庭裁定 8 个岛礁不属于中国，而是属于菲律宾，这不属于《公约》的解释和适用的争端，况且中菲都做出过有效的保留声明。⑷请求仲裁法庭裁定 8 个岛礁处于菲律宾的专属经济区内或大陆架上，不处于中国的专属经济区内或大陆架上。这是属于中菲都作出了有效保留的海域划界问题，且菲方诉请涉及到第三方的权益。⑸无论仲裁法庭对上述诉求做出何种裁判，都必将剥夺其他争端当事方对该诉讼标的的程序权利和实体权利，都会对其他庭外当事方的权利或义务产生减损或附加的效果。⑹除开中国和菲律宾，其他当事方在南沙群岛占据或控制的岛礁约 40 个，其中越南约 30 个，大多数是菲方所称“水下地物”。因此本案所涉岛礁事项，直接涉及其他当事方对这些岛礁的主权或其他权利的利害关系。因此，对于南海诸岛这样的多方领土争端，没有得到其他争端当事方承认的仲裁裁决几乎不可能发生任何实际效力。[六百二十五]⑺目前，基于《公约》第 298 条所允许的保留，35 个国家作出了排除性声明。[六百二十六]可以说，第 298 条“任择性例外”的规定，是各国对自己早在联合国海洋法第一次会议以前就拥有的领土和海洋权利并不放弃的一种表现。若仲裁法庭对排除的争端进行管辖，那么第 298 条还有何意义？

（四）诉前义务的履行对管辖权的影响

《公约》第十五部分第一节规定了提交强制程序解决争端的三项前置义务：用各方自由选择的和平方法解决争端的义务；优先适用一般性、区域性、双边协议规定的义务；交换意

[六百二十二]宋杰：法律视角下的“南海争端”-含义与解决的技术性建议，《当代法学》2012 年第 4 期。

[六百二十三]Rudiger Wolfrum, Intervention in the Proceedings Before The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea, in P. Chandrasekhara Rao，Rahmatullah Khan (eds.), The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice, Martinus Nijhoff Publishers, pp.161-162.

[六百二十四]2000 年新西兰和澳大利亚诉日本“渔业（麦氏金枪鱼）”，裁定没有管辖权；2005 年马来西亚诉新加坡“围海造地（海洋环境）”，停止诉讼（双方签订解决协议）；2006 年巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥“专属经济区和大陆架划界”，审结；2007 年圭亚那诉苏里南“海域划界”，审结；2008 年爱尔兰诉英国“MOX 工厂核燃料处理污染”，终止诉讼（爱尔兰撤销指控）；2009 年孟加拉国诉印度“海域划界”，在审；2010 年毛里求斯诉英国“英国在查戈斯群岛周围建造海洋保护区合法性”，审结；2012 年阿根廷诉加纳“自由号船案”，审结。

[六百二十五]余敏友、雷筱璐：《南海诸岛争端国际仲裁的可行性-国际法分析》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 1 期。

[六百二十六]《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》（以下简称《立场文件》第 74 段。

见的义务。

第279条规定了“用和平方法解决争端的义务”。《联合国宪章》第33条第1款所规定的和平方法包括谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或各该国自行选择之其他和平方法。但按照第280条规定的“用争端各方选择的任何和平方法解决争端”，强制程序不包括在之中。其主要理由是：⑴有关争端方须通过合意选择，而非单方的行为；⑵尽管提交强制程序被包括在“和平方法”之中，但若单方提交强制程序则须争端双方事先采用其他和平方法解决争端而未果。例如在“阿巴托洛斯”案中，国际法院行使管辖权的前提是确定争端各方谈判的努力被认为已经“竭尽”；[六百二十七]在“南方蓝鳍金枪鱼”案中，法庭亦要判断确定澳大利亚、新西兰和日本之间是否对争议进行过协商。[六百二十八]虽然《公约》在第279条中提供了多项方法，但若要求任何国家在提起强制程序前必须满足所有的这些方法肯定是不现实的。因此，按照国际一般习惯，在这些方法之中应当优先而且至少有过进行“谈判”的实践。[六百二十九]

菲律宾在提起强制仲裁前是否满足了该项义务？菲律宾在《声明》第33段中认为其“已经充分并善意遵守了《公约》第279条规定，并用尽了通过谈判解决争端的可能性”。为此，再次举例了其在《声明》第二部分D节“交换意见”中提出的几个事实。而事实上恰恰相反，菲律宾从未对中国协商谈判解决争议的立场做出过积极响应。⑴磋商不同于谈判。磋商是指国家间避免或解决争端的交互式方法；而谈判是双方就有争议或有潜在争议的问题进行商谈并取得一致的过程。[六百三十]磋商仅是谈判的一个初级程序，并不是其全过程。至2012年1月14日，中菲进行过17次外交磋商。但正如《声明》第26段陈述的“1995年8月举办的第1次‘菲律宾和中国就南海问题的双边磋商’”和其中多次使用的是“consultation”，而《声明》第27段和第33段表达谈判可能性已经用尽之观点时，使用的却是“negotiation”，证明菲律宾承认磋商与谈判是不同的。《联合国宪章》第33条第1款和《公约》第283条第1款使用的均是“negotiation”；《南海各方行为宣言》（以下简称<宣言>）第4条规定“各方承诺……由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判，以和平方式解决它们的领土和管辖权争议”，亦对二者进行了区分。此外，菲律宾还举例中菲在2012年4月马尼拉会议中交换相关问题的意见。而本次会议是东盟首脑会议，并非是中菲双方间的谈判。⑵菲律宾诉请仲裁法庭裁决的事项多达13项。虽然中菲有过17次磋商，但这些磋商仅是与其本次所提诉求中的部分观点相关。到目前为止，不存在一次包含13项诉求的磋商，更遑论有过一次全部或部分内容与菲律宾上述诉求相关的双边谈判。事实是与菲律宾的上述声称相反。据菲律宾媒体报导，中国外交官员曾于2011年8月访问菲律宾，并提议有关南海问题的双边磋商，但却遭到了拒绝。菲律宾从未对中国协商谈判解决争议的立场做出过积极响应。[六百三十一]在“南方蓝鳍金枪鱼”案中，法庭认为如果争端一方反对并主张仍有通过所选择的程序导致解决的机会，那么受理该问题的法院或法庭就必须裁决这一对其管辖权的初步反对主张。[六百三十二]

根据《公约》第281条[六百三十三]和第282条[六百三十四]的规定，争端国之间“自行选择的和平方

[六百二十七]See The Ambatielos Case (Greece v. Anglo), the Report of the International Court of Justice, 1953, p.14.

[六百二十八]参见边永民：《国际公法案例选》，对外经济贸易大学出版社2006年版，第93页。

[六百二十九]吴慧：《国际海洋法法庭研究》，海洋出版社2011年版，第6页。

[六百三十]Bryan A.Garner, Black’s Law dictionary, Thomson West press, 2004, p.50, p.3290.

[六百三十一]参见邢广梅：菲律宾强推仲裁将无善终，http://mil.msn.xinhuanet.com/2013-03/28/c_1245143 02.htm，2013年12月7日访问。

[六百三十二]高健军：《<联合国海洋法公约>争端解决机制研究》，中国政法大学出版社2010年版，第52页。

[六百三十三]作为有关本公约的解释或适用的争端各方的缔约各国，如已协议用自行选择的和平方法来谋求解决争端，则只有在诉诸这种方法而仍未得到解决以及争端各方间的协议并不排除任何其他程序的情形下，才适用本部分所规定的程序。

[六百三十四]作为有关本公约的解释或适用的争端各方的缔约各国如已通过一般性、区域性或双边协议或以其他方式协议，经争端任何一方请示，应将这种争端提交导致有拘束力裁判的程序，该程序应代替本部分规定的程序而适用，除非争端各方另有协议。

法”和“一般性、区域性或双边协议规定的义务”，应优先适用于《公约》规定的强制程序。《南海各方行为宣言》第 4 条规定：“由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判，以和平方式解决它们的领土和管辖权争议”；第 7 条规定：“有关各方愿通过各方同意的模式……，推动以和平方式解决彼此间争议”；第 8 条规定“各方承诺尊重本宣言的条款并采取与宣言相一致的行动”。中菲之间也有一系列协议承诺通过谈判等方式解决中菲南海相关争端，如 1995 年《中菲关于南海问题和其他领域合作的磋商联合声明》、1996 年《中菲外交部磋商联合新闻公报》、1999 年《中菲建立信任措施工作小组会议联合公报》、2000 年《中菲关于 21 世纪双边合作框架的联合声明》、2001 年《中国－菲律宾第三次建立信任措施专家组会议联合新闻声明》、2004 年《中菲联合新闻公报》、2011 年《中菲联合声明》。[六百三十五]菲律宾提交强制仲裁的行为违反了其国际承诺。

第 283 条规定的“交换意见的义务”包括三种情形：⑴缔约国之间对《公约》的解释或适用发生争端，双方应探讨选择“以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见”。交换意见与谈判不同：“谈判”是两个或者两个以上国家为使有关问题得到解决或致谅解而进行国际交涉的一种方法；[六百三十六]而“交换意见”的目的是帮助双方能够更加容易的找到一种均可接受的解决争端方法，而不是解决争端。[六百三十七]在“圭亚那与苏里南”案中，苏里南曾声称圭亚那未履行第 283 条规定的义务，因而仲裁法庭对案件不具有管辖权。虽然法庭驳回了苏里南的反对意见，但却并非是因为否定这项义务的存在，而是鉴于双方为就达成协议解决本案争端所附属的海洋划界争端已经有过 10 年的努力，因而在此特定情况下，圭亚那不必再承担第 283 条的义务。[六百三十八]尤其是在“自由号”案和“北极曙光号”案中，被诉国在反对国际海洋法法庭的管辖权时并未提及第 283 条的义务，但法庭在确定其规定临时措施前具有初步管辖权时，仍是主动审查并考虑了当事国之间关于“交换意见”义务的履行情况。[六百三十九]因此可以说，交换意见是和平解决争端的开始阶段。⑵解决上述争端的程序已经终止，而争端仍未得到解决；但在就争端解决采取任何进一步行动之前，一方也需与对方先行交换意见。⑶已达成解决办法，而情况要求就解决办法的实施方式进行协商。比如双方在选择谈判作为解决争端的方法之后，应就谈判的具体实施方式包括时间、地点、参与人员等进行协商。因此，⑴交换意见的义务并不涉及争端的实际问题。“交换意见”本身不是独立的解决争端方法，但要求争端当事方通过交换意见的方式去共同寻求解决方法。[六百四十]⑵该和平解决争端的方法的选择，须是双方协商一致的结果。提交强制程序虽然也是和平解决争端的方法之一，但单方提交这种程序则不符合“协商一致”的要求。⑶该条将谈判作为和平解决争端的方法列在首位，说明谈判是《公约》主张的各国应优先考虑的方法。谈判是解决争端的重要方式，其不仅在实践中相比其他方式使用频率最高，而且各国普遍认为其通常是采取其他和平解决争端方法的先决条件。[六百四十一]⑷设置这一前置程序有助于争端当事方共同寻求均可接受的解决方法及方案，从而避免当事一方单方采取过激行动使争端升级。

菲律宾的《通知和权利主张》第 33 段认为其“已经充分并善意遵守了第 283 条第 1 款的要求”，并在第二部分 D 节“交换意见”中提出了例如从 1995 年开始，菲律宾和中国在

[六百三十五]参见《立场文件》第 31-37 段。

[六百三十六]周忠海：《国际法》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 518 页。

[六百三十七]R.J.Dupuy & D.Vignes (eds), A Handbook on the New Law of the Sea, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp.1344-1345.

[六百三十八]See Case Concerning Guyana v. Suriname, Award of the Arbitral Tribunal, September 17, 2007, p.133.

[六百三十九]See The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Chana) (Provisional Mesaures), Order of 15 December 2012, p.16; The Arctic Sunrise Case (Kingdom of Netherlands v. Russina Federation) (Provisional Mesaures), Order of 22 November 2013, p.18.

[六百四十]张海文：《<联合国海洋法公约>释义集》，海洋出版社 2006 年版，第 484-485 页。

[六百四十一]吴慧：上引书，第 6 页。

许多场合中就解决双方之间涉及南海海域权利的争端进行过意见交换等几个理由。[六百四十二]根据“马来西亚诉新加坡”案，就“交换意见”的判断，国际海洋法法庭强调其对案件事实的评估，而非完全依赖争端方的主观判断。[六百四十三]⑴《公约》第 283 条规定“交换意见”的目的是双方协议将选择何种和平方法，如谈判或协商，解决争端。[六百四十四]菲律宾认为从 1995 年开始便一直存在交换意见的行为，但《通知和权利主张》第 25 段所陈述的交换意见实际上均是争端的具体内容，如在南海争议海域中航行的权利、开发生物和非生物资源的权利、南沙群岛中海洋地质结构以及黄岩岛的地位，这些都与选择何种和平方法解决争端无关。第 27、28 段所举出的例证同样存在这一问题。⑵《通知和权利主张》第 29 段提出在马尼拉会议未果之后，菲律宾向中国寄送外交通知邀请中国将争端提交到一个合适的审判机构。菲律宾将此作为交换意见可以说是指鹿为马。根据对起草《公约》第 283 条过程的回顾，设计本条的主要目的是阻止争端一方利用手段将争端由非强制性方式解决自动转化为由强制程序解决。[六百四十五]根据上文分析，尽管争端双方当然可选择将争端提交强制程序，但“用和平方法解决争端的义务”和“交换意见的义务”却不包括提交强制程序。如果说，只要一方提出选择强制程序而对方不同意，则一方就履行了这两项义务而可径行提交强制程序。这不是“憨豆先生”搞笑吗？

（五）仲裁法庭组成的程序瑕疵对管辖权的影响

按照《附件七》第 3 条之规定，仲裁法庭的组成分两步：⑴争端双方可自行指派各一名仲裁员；若争端一方在收到书面通知之日起 30 天内未做指派，另一方可在该期限届满后的 14 天内请求联合国海洋法法庭指定；法庭收到该请求后 30 天内，其有权指定者在与当事双方协商之后作出指定。⑵就其余三名仲裁员的确定，首先起诉方应就此提出与被诉方进行协商的请求，若被诉方在收到该请求后 30 天内拒绝协商或协商未果，则由国际海洋法法庭有权指定者与争端双方进行第二次沟通协商。若仲裁法庭在组成过程中没有适当履行义务，则其存在的程序瑕疵可能会对案件管辖权造成一定程度的影响，如导致程序回转。目前中菲仲裁案仲裁法庭组成情况是 1 名由菲律宾指定，4 名由国际海洋法法庭庭长柳井俊二指派；1 人来自非洲，4 人来自欧洲。国内有学者提出，南海问题夹杂复杂的地缘政治因素，主要由欧洲人组成的仲裁法庭可能难以作出公正的裁决。[六百四十六]

根据上述规定，我国反对菲律宾提起仲裁程序，并不意味着菲律宾就可以不履行与中国协商仲裁法庭组成的义务，也不意味着国际海洋法法庭可以不与我国协商而径直指派仲裁员。⑴依据《附件七》第 3 条，另 3 名仲裁员“应由当事各方间以协议指派”。在本案中，即便中国在确定前两 2 仲裁员时放弃了自行指定其中 1 名仲裁员的权利，也不能想当然地就认为在后 3 名仲裁员的确定上一定会拒绝协商。因此，菲方不能在未与中方进行协商的情况下单方请求国际海洋法法庭进行指定。⑵国际海洋法庭庭长的指派也并非无条件限制。《附件七》第 3 条规定，国际法庭庭长指派仲裁员，应于收到请示后 30 天期间内，在与当事双方协商后作出。尽管此处的“协商”并不要求达至具体结果，但与当事方特别是与被诉方的协商是必经的法定程序，若不与当事方协商就决定仲裁员名单是不妥当的。就本案而言，若国际海洋法法庭庭长在指定中方仲裁员之前未提出与中方进行协商，在指定另 3 名仲裁员和仲裁法庭庭长之前，未提出召集双方进行协商，那么其指派行为就存在瑕疵。

有学者认为当初在放弃首次指派仲裁员的机会之后，就应该以开放的姿态与国际海洋法

[六百四十二]Department of Foreign Affairs of Republic of the Philippines, Notification and Statement of Claim on West Philippines Sea, http://www.dfa.gov.ph/index.php/newsroom.

[六百四十三]高健军：上引书，第 64 页。

[六百四十四]张海文：上引书，第 485 页。

[六百四十五]A.O.Adede, The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p.247

[六百四十六]例如，中国南海研究院院长吴士存教授就持该种立场，具体可参见《联合早报》2014 年 4 月 9 日报导。

法庭庭长协商其余 3 名仲裁员及仲裁法庭庭长人选，在仲裁员的组成方面发挥更大的建设性作用。[六百四十七]这种观点与我国的基本立场相左。然而，仲裁法庭的组成程序即便存在上述瑕疵，但要以此为由推翻仲裁法庭的组成几乎是不可能的。因为国际海洋法法庭可能会以我方拒绝参与仲裁程序为由，说明其指派的合法性。我国如对此反驳，并提出我国并不拒绝参与仲裁法庭的组成协商，则可能与我国的立场相冲突。因此，即便仲裁法庭组成存在程序瑕疵，也只能根据时机和需要将其作为未来的抗争筹码。

（六）初步反对权利的行使对管辖权的影响

“初步反对的权利”主要是指被告方在原告方向国际法庭提出请求书后，为了防止该法庭就案件的实质问题做出裁判而提出反对意见的资格。其较早国际司法实践是 1924 年常设国际法院受理的“马弗罗马提斯特许权案”，[六百四十八]随后无论是国际法院、国际常设仲裁法院还是其他区域性法院或法庭均在其程序规则中设置了该项权利，并在相关案件中被各国广为运用。1978 年《国际法院规则》第 79 条规定了“初步反对主张”，1997 年《国际海洋法法庭规则》第 97 条规定了“初步反对意见”。二者对该权利的表述基本一致，即是“对法庭的管辖或诉讼申请书的可接受性的任何反对，或对实质问题的任何进一步诉讼之前要求作出判决的其他反对意见”。《公约》第 294 条第 3 款规定：“本条的任何规定不影响争端各方按照适用的程序规则提出初步反对的权利”。《附件七》第 5 条规定：保证争端每一方有陈述意见和提出主张的充分机会。

我们认为：⑴“初步程序”仅适用于“就第 297 条所指争端”，而“初步反对”则没有这种限制，它主要适用于确认管辖权的事项，反对的理由可包括前述“影响仲裁法庭判断管辖权的因素”所述方面；它在时间上主要适用于案件进入实体审理之前的阶段。⑵该权利由争端方行使，通常是由被诉方行使，而仲裁法庭须积极配合完成该权利的行使。⑶即使是拒绝参加强制程序的争端方，仲裁法庭也有义务通知其享有该权利，并保证其充分行使该权利；但行使该权利不能认为是参与仲裁程序。在国际实践中，一国不参与任何法庭程序却依然有权行使该权利并被法庭接受的案例不在少数，其中以“爱琴海大陆架案”最为典型。[六百四十九]

本案仲裁法庭的《程序规则》第 20 条专门对“初步反对”进行了如下规定：⑴仲裁法庭应当有权将对其管辖权或任何诉求可接受性的反对规定于程序中；⑵对管辖权的反对应不迟于答辩状提交之时。一方指定或参与过指定仲裁员并不妨碍提出请求。一旦在法庭程序中出现法庭有被认为越权之事实发生时，对其越权的抗辩应尽快提出。任何情况下，若法庭认为迟延是合理的，也可在之后接受这种请求；⑶法庭应当规定任何涉及其管辖权的抗辩都是一个初步问题，除非在征询各方意见后，认为对其管辖权的反对未具有完全初步的特征，此时，应当决定将该反对与实体问题一并处理；⑷在判定管辖权或可接受性问题之前，征询各方意见之后，若法庭认为有必要或有帮助，应当举行听证会。

相比由该类法庭处理过的同类案件，《程序规则》就“初步反对意见”的规定本案中存在以下进步：⑴明确规定“初步反对”不受之前争端方是否参与仲裁法庭组成行为的影响，首次强调了即使缔约国参与过法庭的组建也并不能代表是对其管辖权的默认接受。⑵增设了反对的对象，即可“尽快”针对“法庭越权之事实”提出抗辩。⑶法庭是否将反对意见并入实体问题解决或进一步展开口诉程序，均须在“对双方观点进行征询之后”再作出决定。该处使用的是“征询”，而他案中使用的均是“确定”或“听取”，该措辞更加体现对争端各方的尊重。⑷规定除非法庭认为该问题并非具备完全的初步特征，否则须将其视为一个初步问题作出裁决。而在他案中，均允许法庭有权选择将其推迟到最后的裁决中再作决定。

本案《仲裁规则》也存在显现不足，特别是本案《程序规则》参考了该类法庭处理过的

[六百四十七]余才民：海洋争端强制仲裁程序及我国的强制应对策略——以中菲南海争端强制仲裁事件为例，《法商研究》2013 年第 3 期。

[六百四十八]The Mavrommatis Concessions Case, Judgment of 30 August 1924.

[六百四十九]The Aegean Sea Continental Shelf Case, Judgment of 19 December 1978.

同类案件所确定的程序规则，但在既往的 8 个仲裁案件中，[六百五十]并无被诉人“不接受、不参与”仲裁的情况。因此，本案《程序规则》以处理过的同类案件所确定的程序规则为蓝本所确定的程序规则，并没有就如何保障不参加仲裁的被诉方行使“初步反对的权利”做出具体规定；然而，仲裁法庭通过将《仲裁规则》征求中方意见的做法，而中方基于“不接受、不参与”的立场未对《程序规则》提出修改意见，因此掩盖了仲裁法庭未顾及中方行使“初步反对的权利”的瑕疵。这真是微妙的“法律技巧”啊！

对于本案，目前国内学界多数人倾向于认为，仲裁法庭将会以菲律宾单方仲裁请求不符合“仲裁前置性条件”、“仲裁法庭受案范围限制条件”和“当事方保留范围的限制条件”等理由裁定，仲裁法庭不具有管辖权。[六百五十一]也有学者认为，应当积极参与仲裁的书面和仲裁程序，公开表达中国反对仲裁法庭对本争端的管辖权和可受理性。[六百五十二]然而，可以预见，基于政治等因素，仲裁法庭不会轻易地裁定其完全没有管辖权。基于此，我国应持续行使“初步反对的权利”。我国于 2014 年 12 月 7 日发布《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》（以下简称《立场文件》），可视为“初步反对权利”的行使。但根据《公约》相关规定，中方还可以在管辖权确定前的任何阶段行使“初步反对权利”；根据第 288 条和《附件七》第 9 条的规定，还可以在仲裁法庭对管辖权的确认的如前所述的三个阶段，持续提供意见反对本案的管辖权。

四、菲律宾的相关谅解与中菲南海争端案管辖权的关系问题

（一）菲律宾批准《公约》发表的《谅解》及其性质

《谅解》共有 8 条：⑴菲律宾共和国政府对《公约》的签署不得以任何方式损害或不利于基于菲律宾《宪法》所产生的菲律宾共和国的主权权利。⑵上述签署不得以任何方式影响菲律宾共和国作为美国继任者的主权权利，该权利是在 1898 年 12 月 10 日西班牙和美国的《巴黎条约》以及 1930 年 1 月 2 日美国和英国的《华盛顿条约》之下产生的。⑶上述签署不得减损或以任何方式影响 1951 年 8 月 30 日菲律宾和美国的《共同防御条约》中缔约方的权利和义务，以及与其相关的解释性档；也不得减损或以任何方式影响那些菲律宾作为缔约方的任何其他相关双边或多边条约或协议。⑷上述签署不得以任何方式损害或不利于菲律宾共和国对其任何领土的主权和对其水域行使主权权利，例如卡拉延群岛及其周边水域。⑸《公约》不得被以任何方式解释为对任何菲律宾共和国的相关法律、总统法令或宣言的修改；菲律宾共和国政府坚持并保留这项权力，并有权依照菲律宾宪法的规定针对这些法律，法令或宣言作出任何修改。⑹《公约》关于群岛经过海道通过的规定并未否定或损害菲律宾作为一个群岛国对这些海道的主权，也未剥夺菲律宾制定法律以保护其主权、独立和安全的权力。⑺群岛水域的概念类似于菲律宾宪法中的内水概念，并且这一概念从以国际航行为目的的外国船舶的过境通行权中移除了连接这些水域和专属经济区或公海之间的海峡的概念。⑻菲律宾共和国为和平解决争端的目的而同意将涉及第 298 条的争端提交《公约》规定的任何程序的行为，不得被认定为是对菲律宾主权的减损。

（二）对菲律宾上述《谅解》的辨析

[六百五十]截止目前，除了菲律宾单方提起对中国仲裁之外，共有 8 个案件接受《公约》附件 7 规定的强制仲裁方式，且呈现日益增多趋势。其中，3 起案件涉及海域划界。2000 年新西兰和澳大利亚诉日本“渔业（麦氏金枪鱼）”，裁定没有管辖权；2005 年马来西亚诉新加坡“围海造地（海洋环境）”，停止诉讼（双方签订解决协议）；2006 年巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥“专属经济区和大陆架划界”，审结；2007 年圭亚那诉苏里南“海域划界”，审结；2008 年爱尔兰诉英国“MOX 工厂核燃料处理污染”，终止诉讼（爱尔兰撤销指控）；2009 年孟加拉国诉印度“海域划界”，在审；2010 年毛里求斯诉英国“英国在查戈斯群岛周围建造海洋保护区合法性”，审结；2012 年阿根廷诉加纳“自由号船案”，审结。

[六百五十一]王勇：论《联合国海洋法公约》中“强制性仲裁”的限制性条件——兼评菲律宾单方面就中菲南海争议提起的仲裁，《政治与法律》2014 年第 1 期。

[六百五十二]余民才：中菲南海争端仲裁法庭的法律问题，《国际安全研究》2013 年第 5 期。

《谅解》是否构成保留？《维也纳条约法公约》第 2 条第 1 款第 4 项规定：“称‘保留’者，谓一国于签署，批准、接受、赞同或加入条约时所做之片面声明，不论措辞或名称如何，其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果”。由此，《谅解》是否构成保留并非由其字面措辞所决定，而是根据其实质内容。因而《谅解》构成了国际条约法上的保留。

《谅解》是否构成对《公约》第 298 条第 1 款的保留？《维也纳条约法公约》第 19 条规定：“一国得于签署、批准、接受、赞同或加入条约时，提具保留，但有下列情形之一者不在此限：⑴该项保留为条约所禁止者；⑵条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者；或⑶凡不属⑴和⑵两款所称之情形，该项保留与条约目的及宗旨不合者”。而根据《公约》第 309 条规定可知：“除非本公约其他条款明示许可，对本公约不得作出保留或例外”。因此，《公约》允许的保留属于“仅准许特定之保留”，而《公约》在其争端解决机制中明示允许的保留仅有第 298 条第 1 款。从《谅解》所使用的词语也确切地说明了该保留属于领土归属和海洋划界争端的保留，比如《谅解》之⑷所述“卡拉延群岛及其周边水域”[六百五十三]的主张与中国的主张重迭，当然属于领土归属和海洋划界争端；而《谅解》之⑸所述“相关法律、总统法令或宣言”包括菲律宾对中菲有争议的领土和海域法律化为菲律宾的领土和管辖海域；菲律宾于 1972 年 1 月 18 日作出接受国际法院管辖的声明，但提出了一些保留，其中对产生于或涉及到菲律宾的自然资源和领土包括其领海和内陆水域方面的管辖权、主张或行使的权利的任何争端提出了保留；《谅解》之⑻所述为“涉及第 298 条的争端”，则明确指明了其保留的范围。

菲律宾单方将中菲南海争端提交仲裁法庭请求仲裁，是否具有撤回《谅解》的效力？回答当然是否定的。《维也纳条约法公约》和《公约》都没有规定缔约国可以通过单方将保留的相关争端提交国际强制程序而“默示”撤销其保留；而是相反，即撤销须发出撤销的书面通知，交存于指定机构，且有生效时间要求。《公约》第 298 条第 2 款和第 6 款规定：“根据第 1 款作出声明的缔约国，可随时撤回声明，或同意将该声明所排除的争端提交本公约规定的任何程序”；“根据本条作出的声明和撤回声明的通知，应交存于联合国秘书长，秘书长应将其副本分送各缔约国”。然而该撤回何时生效？虽然《公约》并未规定，但可参照以下时间：⑴秘书长将其副本分送各缔约国时该撤回生效；⑵参照《公约》第 287 条第 6 款的规定，至撤回声明的通知交存于联合王国秘书长后满三个月生效；⑶参照《维也纳条约法公约》第 22 条第 3 款第 1 项的规定，撤回保留在对另一缔约国的关系上，自该国收到撤回保留的通知时才开始生效。而在本案中，菲律宾从未向联合国秘书长交存过撤回声明，我国也从未收到其相关通知。

《谅解》之⑻的声明结合菲律宾单方提交仲裁的行为，是否具有撤回《谅解》的效力？当然不具有。该⑻使用了“agreement”这一具有双方合意的词语，其意思是：在可能被诉情况下，若经菲律宾同意，则相关事项将不再处于其所认定的可能会对其主权或主权权利产生损害的范围之内，即不再处于其前面所作出的保留范围之内。也就是说，菲律宾如果在“导致有拘束力裁判的强制程序”中败诉，当然会影响其在《谅解》及上述诉求中所主张的主权或主权权利，因此未经菲律宾同意，有关争端国就不能将有关争端提交强制程序。无论菲律宾是否援引《谅解》之⑻作为依据，其单方将其保留的事项提交强制仲裁的行为是无法有效代表其撤回《谅解》所作保留的。

《谅解》与《公约》第 310 条的关系问题。该条规定：“第 309 条不排除一国在签署、批准或加入本公约时，作出不论如何措辞或用任何名称的声明或说明，目的在于除其他外使该国国内法律和规章同本公约规定取得协调，但须这种声明或说明无意排除或修改本公约规定适用于该缔约国的法律效力”。那么，菲律宾上述谅解是否属于“无意排除或修改本公约

[六百五十三]“卡拉延群岛”是菲律宾对自己侵占的中国领土南沙群岛部分岛礁的称谓，其中中业岛属于该群岛。

规定适用于该缔约国的法律效力”？虽然《谅解》⑴⑵⑶⑹⑺与本案并无直接联系，姑且不论，但如前所述，至少《谅解》之⑷⑸⑻完全属于保留声明，即菲律宾有意将《公约》第298条第1款所述领土归属和海洋划界争端，排除于《公约》所规定的“导致有拘束力裁判的强制程序”之外。

保留的效力取决于公约的相关规定，而并非基于某个国家的自由取舍。也就是说，菲律宾不能做出这样的声明：我要告你可以，你要告我就不行。因此，上述声明具有排除仲裁法庭管辖权的效果。

五、对菲律宾诉求的评析

（一）关于诉求⑴

菲律宾的诉求⑴包藏险恶用心，本质是在否定我国的“九段线”包括我国所主张的历史性权利。《公约》是否是确定国家岛礁主权和海域权益的唯一依据？显然不是：⑴《公约》没有任何条款或字眼是用来判定在某种情况下某个岛礁应该归属某个国家。找不到任何条款赋予沿海国通过划定大陆架和专属经济区，将原属于他国的岛礁划为己有。相反，《公约》的专属经济区和大陆架制度的执行前提，就是“陆地统治海洋”的原则。[六百五十四]相关公约所确立的基本原则只适用于解决海域划界争端，而不适用于解决岛屿归属问题。[六百五十五]也就是说，领土归属问题不属于《公约》解释和适用的争端。⑵按照《公约》第298条规定，若缔约国做出了相关保留，此时争端将不能被提交导致有拘束力裁判的强制程序，但在合理期间谈判未果时仍可提交调解；而若“任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”，则不应提交调解程序，更遑论提交强制仲裁。该条又规定“但如这种争端发生于本公约生效之后”，则意味着发生于此前的“任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”不仅可以通过声明排除强制仲裁程序，也可排除强制调解。从而强化了领土争端不属于《公约》解释和适用的争端，包括“任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”不属于《公约》解释和适用的争端。⑶《公约》有大量条款说明它并非确定国家海洋权益的唯一依据。其序言说到：“确认本公约未予规定的事项，应继续以一般国际法的规则和原则为准据”；第2条第3款：“对于领海的主权的行使受本公约和其他国际法规则的限制”；第19条第1款“这种通过的进行应符合本公约和其他国际法规则”；第21条第1款：“沿海国可依本公约规定和其他国际法规则，对下列各项或任何一项制定关于无害通过领海的法律和规章”；第31条：“对于军舰或其他用于非商业目的的政府船舶不遵守沿海国有关通过领海的法律和规章或不遵守本公约的规定或其他国际法规则，而使沿海国遭受的任何损失或损害，船旗国应负国际责任”；第34条第2款：“海峡沿岸国的主权或管辖权的行使受本部分和其他国际法规则的限制”；第58条第2-3款：“第88至第115条以及其他国际法有关规则，只要与本部分不相抵触，均适用于专属经济区”和“并应遵守沿海国按照本公约的规定和其他国际法规则所制定的与本部分不相抵触的法律和规章”；第74条第1款和第83条第1款：“海岸相向或相邻的国家间专属经济区/大陆架的界限，应在国际法院规约第38条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决”；第86条：“公海自由是在本公约和其他国际法规则所规定的条件下行使的”；第138条：“各国对于“区域”的一般行为，应按照本部分的规定、《联合国宪章》所载原则，以及其他国际法规则”；第139条：“在不妨害国际法规则和附件三第22条的情形下”；第160条第2款：“鼓励与此有关的国际法的逐渐发展及其编纂的目的”；第221条第1款：“依据国际法，

[六百五十四]参见《立场文件》所引证的2001年卡塔尔－巴林案判决第185段、1969年北海大陆架案判决第96段、1978年爱琴海大陆架案判决第86段、2007年尼加拉瓜－洪都拉斯案判决第113段、2012年尼加拉瓜－哥伦比亚案判决第140段。

[六百五十五]郭渊：合作：解决南海问题的必由之路，《中国边疆史地研究》2009年第2期。

不论是根据习惯还是条约”；第 235 条第 3 款：“实施现行国际法和进一步发展国际法”；第 293 条：“应适用本公约和其他与本公约不相抵触的国际法规则”；第 295 条：“依照国际法的要求”；第 297 条第 1 款：“按照本公约和其他与本公约不相抵触的国际法规则”；第 302 条第 4 款：“其他国际协议和国际法规则”；第 304 条：“现行规则的适用和国际法上其他有关赔偿责任的规则的发展”；第 317 条：“按照国际法”。⑷《南海各方行为宣言》提及“及其他公认的国际法原则”、“《公约》在内的公认的国际法原则”、“有关各方承诺根据公认的国际法原则”。⑸2000 年 5 月《中菲关于 21 世纪双边合作框架的联合声明》：“双方致力于维护南海的和平与稳定，同意根据公认的国际法原则，包括 1982 年《联合国海洋法公约》，通过双边友好协商和谈判促进争议的和平解决”；2004 年 9 月《中菲政府联合新闻公报 》：“双方同意根据包括 1982 年《联合国海洋法公约》在内的公认的国际法准则，推动和平解决有关争议”。⑹菲律宾的上述《谅解》也表明，《公约》甚至不是确定其领土和海洋权益的主要国际法文件。

（二）关于诉求⑵

菲律宾在《通知和权利主张》第二部分的第 11 段煞有介事地说：“尽管应遵守《公约》，但是中国声称几乎整个南中国海及其所有岛礁都是它的。……中国在 2009 年 5 月 7 日递交给联合国秘书长的照会中，[六百五十六]第一次官方描述了‘九段线’。根据中国的声称，它的主权在‘九段线’范围里包括所有的海域，所有海床和所有岛礁”。菲律宾这样说是别有用心：⑴别有用心地捏造中国的“九段线”主张是主权主张，要在国际社会营造对中国不利的舆论氛围；⑵要将“九段线”问题歪曲为不属于中国依法声明予以排除强制仲裁的争端事项，从而能纳入强制仲裁的范围；⑶将中国的“九段线”主张说成是 2009 年中国“第一次官方描述”，从而否认中国的历史性权利。

1948 年初，中国政府内政部方域司将早前印制的《南海诸岛位置图》收入《中华民国行政区域图》公开发行，以向世人公布中国政府对南海诸岛及其附近海域的主权和管辖权范围。[六百五十七]绝不是菲律宾所称的，中国直到 2009 年才提出相关主张。[六百五十八]也不是菲律宾所称的“九段线”是对线内所有海域的主权主张。就以菲律宾提及的中方上述照会为例，中方重申的是“中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权，并对相关海域及其海床和底土享有主权权利和管辖权”。菲律宾也不应忘记，2009 年 2 月 17 日，针对菲律宾领海基线法将黄岩岛和南沙群岛部分岛礁划为菲律宾领土，中国外交部声明：“中国政府在此重申：黄岩岛和南沙群岛历来都是中国领土的一部分。中华人民共和国对这些岛屿及其附近海域拥有无可争辩的主权”。按照我国《关于领海的声明》、《领海及毗连区法》和《专属经济区和大陆架法》的规定，中国对“九段线”的法定立场可归纳如下：⑴线内四群岛属于中国；⑵四群岛从领海基线起算 12 海里领海；⑶专属经济区从领海基线起算延至 200 海里；⑷大陆架为领海以外依本国陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土；如果从测算领海宽度的基线量起至大陆边外缘的距离不足 200 海里，则扩展至 200 海里；⑸上述⑶-⑷的规定不影响中国对线内海域享有的历史性权利；⑹与有关国家主张重迭的海域划界，在国际法基础上按照公平原则以协议划定。综上所述，我方仅在“九段线”内主张南海四群岛的领土主权；根据《公约》规定的海域制度和岛屿制度，主张可以享有一定的海域权益包括领水主权。而在线外，中国并不主张沿海国的任何权益。因此，“九段线”是中国拥有南海四群岛及其领水主权以及与邻国进行海域划界的主张。中国政府针对南海 U 形线

[六百五十六]中国常驻联合国代表团于 2009 年 5 月 7 日向联合国秘书长提交就马来西亚和越南联合外大陆架划界案、以及越南单独外大陆架划界案的照会。，

[六百五十七]韩振华主编：《我国南海诸岛史料汇编》，东方出版社 1988 年版，第 363 页。

[六百五十八]See “Communication dated 8 May 2009 by Vietnam” and “Communication dated 5 April 2011 by the Philippines”, available at http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_mysvnm_33_2009.htm. 2014.

的立场和态度，蕴涵着南海 U 形线为岛屿归属及资源管辖线的基本内涵和要求。[六百五十九]菲律宾声称其诉求并不涉及“九段线”所涉岛礁归属和海域划界争端，而仅要求裁判“九段线”不符合《公约》而无效。也就是说，菲律宾不要求裁判中国“九段线”所涉主张的事实、理由和依据，而要求裁定中国不能提出“九段线”主张。然而，若对“九段线”进行裁判，等于是对中国关于南海四群岛主权属我的主张是否成立的裁判，以及对中国南海海洋划界的主张是否适当的裁判，而这正是中国的上述声明所排除的事项。

南海传统段续线是国民政府在 1948 年初对外公布的，那么能否适用 1994 年生效的《公约》宣布其无效?也就是说，菲律宾能否要求仲裁法庭依据《公约》，裁定中国在 1948 年提出的岛礁归属和海域划界主张无效？在帕尔马斯岛仲裁案（Palmas Island Arbitration）中，仲裁员胡伯指出：“至于在一个具体案件中，在先后继续的不同时期所实行的几个法律体系中应当适用哪一个的问题，应该在权利的创设和权利的存在之间加以区别。创设一项权利的行为受该权利创设时有效的法律支配；依照这一原则，该权利的存在，换言之，该权利的继续显示，必须与法律的演进要求的情况相一致”。美国学者杰塞普等一批学者对胡伯阐释的时际法原则提出了批评，并提出了尊重既得权的观点。英国的詹宁斯认为，原始权利国维持权利的行为程度尽管不如其对手的竞争程度，但只要前者的行为不构成默示的放弃权利，或默认对手取得权利，就不能认为其丧失权利。我国学者也肯定时际法的效用。[六百六十]有学者认为：时际法的第一要素的实质是“法律不溯及既往”，这为国际法学者所普遍接受。《公约》也承认这种历史性权利，[六百六十一]如其第 10 条的“历史性海湾”、第 15 条的“历史性所有权”、第 46 条规定“群岛”也可以是在“历史上”被视为群岛者、第 51 条关于“现有协议、传统捕鱼权利和现有海底电缆”的规定、第 58 条第 3 款规定的“适当顾及”、第 298 条第 1 款规定的“涉及历史性海湾或所有权的争端”，均彰显了对历史性权益的尊重。此外，国民政府划定南海传统段续线，也是对确立战后国际秩序的《开罗宣言》和《波茨坦公告》等条约的实践。《旧金山对日和约》规定“日本放弃对台湾及澎湖列岛的一切权利、权利根据及要求”、“日本放弃对南威岛及西沙群岛之一切权利、权利根据与要求”。嗣后《中华民国与日本国间和平条约》第 2 条规定“日本国业已放弃台湾及澎湖群岛以及南沙群岛及西沙群岛之一切权利、权利名义与要求”。虽然后两条约不为我国所承认，但佐证了我国相关主张的正当性。

（三）关于诉求⑶

菲律宾的诉求⑶，当然是基于其诉求⑴和⑵所提出的：既然《公约》是确定国家岛礁主权和海域权益的唯一依据，既然中国的“九段线”主张无效，那么我国《关于领海的声明》、《领海及毗连区法》、《专属经济区和大陆架法》有诸多规定就不符合其在《公约》下的义务。这种前提并不存在，因此其诉求无理。

此外，该诉求矛头也指向了《海南省沿海边防治安管理条例》和《海南省实施<中华人民共和国渔业法>办法》为代表的地方性法规。菲律宾认为，中国国内法对“九段线”内海域捕捞的外国渔船进行检查、驱赶和扣留的规定违反了《公约》因而无效。实际上，1994 年 7 月 15 日海南省人民政府发布《海南省沿海边防管理规定》，海南省人大常委会 1999 年 11 月 26 日制定《海南省沿海边防治安管理条例》并于 2012 年修订。该办法于 1993 年由海南省人大常委会通过，并于 2008 年、2013 年两次修订。诚如海南省人大发言人所声明的：这是中国对自己管辖海域的违法行为制定国内法和执行国内法的行为。[六百六十二]对此我国至少有两个抗辩理由：⑴除非这类海域属于菲律宾的海洋权益范围，这就涉及到海域划界问题。

[六百五十九]金永明：中国南海断续线的性质及线内水域的法律地位，《中国法学》2012 年第 6 期。

[六百六十]王可菊：时际法与领土的取得——基于解决领土争端中的理论与实践，《太平洋学报》2012 年第 5 期。

[六百六十一]Zhiguo Gao and Bing Bing Jia, the Nine-Dash Line in South China Sea: History, Status, and Implications, the American Journal of International Law, Vol. 107, 2013.

[六百六十二]海南省人大发言人就修订《海南省沿海边防治安管理条例》答记者问，http://www.hainan.gov.cn/data/law/2012/12/1834/.

⑵我国可以援引前述第 297 条相关条款进行抗辩。

（四）关于诉求⑷-⑻

菲律宾诉求⑷-⑻涉及到美济礁、西门礁、南熏礁、渚碧礁、赤瓜礁、华阳礁、永暑礁的法律地位，从表面看似乎是就《公约》第 121 条及相关条款的解释和适用提请仲裁。然而，从裁判实践上看，国际法庭若对“水下地物”及其所拥有海域的主权权利及管辖权做出裁决，往往是基于以下考虑：或者该“水下地物”所涉争端是否为岛礁主权争端，或者该“水下地物”是否在海洋划界中起到基点等作用。因此，这些问题本质上是属于海域划界和岛礁主权问题，即属于第 298 条允许以声明排除适用强制程序的事项。

如前所述，中国确定的法律立场是南海“九段线”内四群岛属于中国，而不是菲律宾诉称的那些“水下地物”的归属问题或法律地位问题。因此，即使这 7 个岛礁全部是菲律宾所称的“水下地物”，但它们全部距离太平岛、中业岛、南威岛等岛屿周边不足 200 海里，即全部是在中国主张的专属经济区内。《公约》第 60 条第 1 款和第 80 条规定：一国在专属经济区内和大陆架上应有专属权利建造并授权和管理建造、操作和使用人工岛屿、设施和结构；对这种人工岛屿、设施和结构应有专属管辖权。而赤瓜礁、华阳礁和永暑礁不仅处于中国主张的专属经济区内，即使仅属于菲律宾所称的“岩礁”也有其独立的法律地位，如能享有领海也可设立毗连区，且当它们与岛屿密切结合时，在海域划界时还能发挥更多作用。[六百六十三]因此，中方在该类岩礁领海范围内和在太平岛、中业岛、南威岛等岛屿所拥有的专属经济区内进行维权活动完全是合法的。

菲律宾质疑中国对 7 个岛礁权利的合法性，又要将此排除出领土归属争端和海洋划界争端，则当然属于“偷梁换柱”。除非仲裁法庭首先认定南海四群岛中的主要岛屿不属于中国而属于菲律宾，则中国对这些他国岛屿所属专属经济区等海域内的“水下地物”的占据和建筑行为才是非法的；否则就属于中国在本国专属经济区内和大陆架上应有的专属权利和专属管辖权，更不用说中国在赤瓜礁、华阳礁和永暑礁的 12 海里领海、24 海里毗连区内维权，在这些岩礁与太平岛、中业岛、南威岛等岛屿相连接的专属经济区之内维权，都是合法的。其他岛礁也一样，领土归属是先决问题。如美济礁、西门礁、南熏礁和渚碧礁涉及到太平岛、中业岛、南威岛等岛屿的领土归属的先决问题；赤瓜礁、华阳礁和永暑礁不仅涉及到本身的领土归属问题，还涉及到它们与太平岛、中业岛、南威岛等岛屿的领土归属问题和相互关系问题。就上述 7 个岛礁所涉争议，或许还可以排列组合出其他多种合理推断，但仍然是岛礁的领土归属争端和海洋划界争端，属于中国声明保留的范围，而且领土归属问题不属于《公约》解释和适用的争端。

值得注意的是，菲律宾将上述 8 个岛礁划分为岩礁（黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁和永暑礁）、低潮高地（南熏礁和渚碧礁）、低潮低地（美济礁和西门礁），认为其中低潮高地和低潮低地不是领土。然而，无论这些岛礁具有何种性质，菲律宾至今仍坚持其对南沙群岛中 40 个岛礁的主张，[六百六十四]其中多数为低潮高地和低潮低地。

（五）关于诉求⑻

黄岩岛是周边长约 55 公里的水下大环礁，在涨潮时其四周有数十礁块露出。菲律宾认为它是《公约》第 121 条第 3 款下的岩礁，中国也可以依据《公约》第 6 条和第 121 条第 1 款认为它是岛屿。然而菲律宾并未承认黄岩岛属于中国，因此审议黄岩岛应有 12 海里领海还是可包括 200 海里专属经济区，不仅属于海域划界争端，而且“必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”，当然属于中国声明保留的范围。如前所述，若缔约国做出了相关保留，由于该争端“必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”，则不能应提交强制仲裁；即使缔

[六百六十三]邹立刚、张奎：岛屿制度与南海海域划界，《河南省政法管理干部学院学报》，2011 年第 5-6 期。
[六百六十四]《立场文件》第 24 段。

约国未作出相关保留，“但如这种争端发生于本公约生效之后”，则可排除强制调解，更遑论提交仲裁。这是因为“任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”，不属于《公约》解释和适用的争端。

关于黄岩岛的法律地位，领土归属仍是先决问题：若其归属中国，才发生与菲律宾如何划定海界问题，即发生黄岩岛是岛屿还是岩礁的问题或是岛屿但在划界中的效力如何的问题；若其归属菲律宾，则黄岩岛在菲律宾本土所属专属经济区内，与中国既无领土争端问题，也无海域划界问题，何来菲律宾诉中国的黄岩岛争端？

（六）关于诉求⑼-⒀

诉求⑼不仅属于《公约》第 297 条第 2 款“沿海国并无义务同意将其提交这种解决程序”的事项，也属于《公约》第 298 条第 1 款（b）“关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端”，而且中国已予保留的事项。它在本质上属于领土归属争端和海域划界争端。因为若黄岩岛和赤瓜礁属于菲律宾所有，中国在其周边水域阻止菲律宾船舶开发生物资源就属于违反《公约》的行为；反之，若黄岩岛和赤瓜礁属于中国所有，那么中国就有权利按照《公约》行使维护主权权利的行为。因此对此中国无义务同意提交仲裁，菲律宾也无权单方提交该强制程序。阿兰·波义尔（菲律宾诉中国南海争端案菲方专家顾问团成员）也承认，第 297 条的实践效果为，“关于专属经济区内有关航行和保护环境的争端应提交争端解决程序，而有关沿海国对渔业和海洋科学研究执行斟酌决定权的争端则不在其列”。[六百六十五]

诉求⑽缺乏“诉的主体”和“诉的理由”而是不可仲裁的事项：⑴它不是针对中国的诉请，不是中菲之间的法律上的权利义务争端。⑵菲律宾是否具有其诉请的海域范围，由包括《公约》的国际法确定，而非由中国确定，也不能由仲裁法庭确定。⑶本诉求无视《公约》第 15 条“海岸相向或相邻国家间领海界限的划定”、第 74 条“海岸相向或相邻国家间专属经济区界限的划定”、第 83 条“海岸相向或相邻国家间大陆架界限的划定”，好像中国的主张不存在一样。⑷它本质上是属于岛礁归属争端和海域划界争端，即在中国对“九段线”内岛礁主权属我及其海域划界的主张无效的情况下，菲律宾的上述诉求才可能成立。⑸即使中国的上述主张被仲裁法庭裁决无效，菲律宾的上述诉求也并不能当然成立，因为还有其他第三方对“九段线”内岛礁及其相关海域主张权利。

诉求⑾属于海域划界争端：⑴本诉求是确认在菲律宾的专属经济区和大陆架上，中方有所述非法行为。然而由于中菲争议海域并未划界，因此本诉求并无合法根基。⑵事实上，菲方多年来在争议海域竞争性恶意行使管辖权，我国被驱赶和抓扣的渔船和渔民数量之多，被打死打伤的渔民之多，被罚款数额之巨，堪为世界之最。如 2012 年 4 月 10 日，12 艘中国渔船进入黄岩岛附近海域避风，菲军舰派出 12 名士兵登临渔船实施抓捕，但因中国海监船及时赶到而未得逞。2014 年 8 月 5 日，菲律宾法院以“非法捕捞”罪审判关押半年之久的 9 名中国渔民。其中船长被判刑 12 年，其他船员分别获刑 6 至 10 年，没收渔船渔具，并对每人罚款 10 万美元。11 月 24 日，改判每人罚款愈 10 万美元。而中方仅是对菲方渔船在中方主张的海域范围内擅自捕捞的行为，根据国际法上的对等原则、报复和反报规则进行克制性反制。⑶事实上，中方从未在争议海域实际开采油气资源，而是菲律宾进行了实际开采。⑷外国渔船在他国领海行使无害通过权时应使渔船处于非作业状态，如将渔具捆扎或至于舱内；在他国专属经济区也不能擅自进行捕捞活动。⑸本诉求属于《公约》第 297-298 条可予以排除和保留的范围。

诉求⑿的“其他权利”指代不明，并非确定的诉讼标的，也没有诉因。也就是说，仲裁法庭不知道确定的仲裁对象和范围，被诉人也不知道行使防御权的确定对象和防御范围。因此它本身不是和不构成诉求。至于航行权问题：⑴中国在诸多国际场合都作出声明，如钱其

[六百六十五] Alan E. Boyle, Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems and Fragmentation and Jurisdiction, 46 Int'l Comp. L.Q. 37 1997, p. 42.

琛外长在第 28 届东盟外长会议上表示：南海地区是国际航海、航空交通运输的要冲，中国高度重视南海国际航道的安全和自由畅通，在这方面一向不存在任何问题，相信在今后也不会发生任何问题。[六百六十六]⑵中国从未阻碍菲方的航行权，而仅是对菲方渔船在中方主张的海域范围内擅自捕捞的行为，根据国际法上的对等原则、报复和反报规则进行克制性反制。⑶本诉求属于海域划界争端，即除非中方是在根据《公约》第 15 条、第 74 条、第 83 条所划定的海域界限范围内，侵犯菲律宾的主权权利并阻碍菲律宾行使其主权权利，其相关行为才是非法的；否则，若中方是在属于己方的海域行使主权权利和管辖权，当然是合法的和正当的。⑷本诉求是确认菲律宾在其群岛基线起算 200 海里海域所享权利，由于中菲争议海域并未划界，因此本诉求针对中方管辖外国渔船非法捕捞的行为并无合法根基。

关于诉求⑬，这是建立在诉求⑴-⑫之上的一揽子诉求。因此，除非仲裁法庭对于上述所有诉求具有管辖权，否则只要对其中任一诉求不具有管辖权，则仲裁法庭对于本诉求无管辖权。

六、评《立场文件》

2014 年 12 月 7 日发布的《立场文件》由六部分组成，共 1.8 万余字符，分为 93 段。该六部分是：引言；菲律宾提请仲裁事项的实质是南海部分岛礁的领土主权问题，不涉及《公约》的解释或适用；通过谈判方式解决在南海的争端是中菲两国之间的协议，菲律宾无权单方面提起强制仲裁；即使菲律宾提出的仲裁事项涉及有关《公约》解释或适用的问题，也构成海域划界不可分割的组成部分，已被中国 2006 年声明所排除，不得提交仲裁；中国自主选择争端解决方式的权利应得到充分尊重，中国不接受、不参与菲律宾提起的仲裁具有充分的国际法依据；结论。按照本文的观点，《立场文件》存在一些不足。

1、没有采用对菲律宾的诉求相对应的陈述方式，而是采用概括性方式进行辩驳，因此有所疏漏。对此上文已有所补充。

2、对于我国《关于领海的声明》、《领海及毗连区法》和《专属经济区和大陆架法》的法定立场缺乏归纳。对此上文已有所归纳。

3、未对菲律宾批准《公约》发表的《谅解》及其性质进行评析。对此上文已有阐述。

4、对于菲律宾诉求的可接受性基本没有阐释。对此上文已有所补充。

5、对于领土争端不属于《公约》解释和适用的争端，从而排除国际强制仲裁的阐述不够充分。比如：⑴《公约》第 298 条“任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”，与 8 个岛礁特别具有关联性，从而强化了领土争端不属于《公约》解释和适用的争端。⑵对于除开黄岩岛之外的 7 个岛礁与南沙群岛中构成《公约》第 121 条第 1 款的岛屿的关联性阐述薄弱，比如对于菲律宾所述的低潮高地（南熏礁和渚碧礁）、低潮低地（美济礁和西门礁）与《公约》第 60 条第 1 款和第 80 条规定的关联性没有援引。对此上文已有所补充。

6、对于菲律宾所诉中国非法开发资源和阻碍菲律宾开发资源问题的阐述较为薄弱：⑴应援引《公约》第 297 条第 2 款和第 298 条第 1 款（b）项。关于这一点，上文已有所阐释。⑵对菲律宾在争议海域开发利用资源特别是油气资源的活动以及多年来在争议海域对我方渔民进行驱赶、抓扣、罚款、判刑、没收、打死打伤等恶劣行径总结不够；应与我方在相应方面对菲方所采取的行动作出比较，以说明中方仅是对菲方渔船在中方主张的海域范围内擅自捕捞的行为，根据国际法上的对等原则、报复和反报规则进行克制性反制。

7、对于仲裁法庭的程序瑕疵的抗辩可提出未来采取进一步措施的声明，以便作为将来不承认仲裁法庭确认其管辖权裁决的铺垫。

[六百六十六]《人民日报》1995 年 7 月 31 日第 1 版。也参见许栋诚、熊争艳、白洁：《外交部：中方重视维护南海航行自由》，《新华每日电讯》2012 年 12 月 1 日第 002 版。

七、结语

相对于菲律宾向仲裁法庭提交的长达400页的诉求陈述而言，《立场文件》1.8万余字符的篇幅显得单薄：⑴菲方经过多年精心准备，而我方是被动应对，准备时间短；⑵我方在确定“不接受、不参与”的立场和在确定应否发表以及以何种方式发表初步反对的意见，都需要时间；⑶国内学者的参与程度较低。

本案对中国海洋权益影响巨大而深远，而且中国不参与本案程序，因此中国应尽一切努力，使仲裁法庭裁定对本案不具有管辖权。如前所述，仲裁法庭对管辖权的确认分为三个阶段，即进入实体审理之前的第一阶段、对案件的实体审理的第二阶段、对案件作出最终裁决之前的第三阶段。应将《立场文件》作为第一阶段对本案管辖权的初步反对，还应加强研讨，在本案第二阶段提出对本案管辖权的反对。

菲律宾请求仲裁法庭做出裁决的13项事项，都属于中国和菲律宾的岛礁归属争端或海域划界争端。中方做出这种论证，反对管辖权的确定，第一重要。

中方关于不属于《公约》的解释和适用的争端的论证，重点是岛礁领土争端问题。然而，8个岛礁中有4个“高潮高地”确属领土归属争端，但是4个“低潮高地”和“低潮低地”很难作为领土主权争端，因此其关键点在于这些岛礁与南沙群岛中具有岛屿地位的岛屿的关联性，从而与第298条“任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端”紧密联系起来。

考虑到仲裁法庭也可能认为某些涉诉事项，不属于上述两类事项，从而确定部分事项的管辖权。因此中方也应提出菲律宾的诉求具有诸多方面的不可受理性，如是多方争端而非中菲双方的争端。这种抗辩可能对本案管辖权问题有重大影响。

对于菲方的全部诉求，中方都应以菲方未在诉前履行法定义务，反对确立管辖权：⑴第283条规定的“交换意见的义务”包括三种情形：缔约国之间对《公约》的解释或适用发生争端，双方应探讨选择“以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见”；解决上述争端的程序已经终止，而争端仍未得到解决，但在就争端解决采取任何进一步行动之前，一方也需与对方先行交换意见；已达成解决办法，而情况要求就解决办法的实施方式进行协商。在本案中，双方仅就采用谈判等方式解决相关争端交换过意见，但并未就谈判的具体实施方式包括时间、地点、参与人员等进行协商。⑵菲方未履行第279条规定的“用和平方法解决争端的义务”（不包括强制程序）。应注意的是，尽管中菲达成谈判解决相关争端的协议有10余年的历史，但并不构成菲方所述称“用尽了通过谈判解决争端的可能性”。主要理由有三点：中菲从未就相关争端进行过实质性谈判；中菲从未就菲方所诉全部问题进行过任何谈判；2011年中菲联合声明达成新协议，新协议优先于旧协议应继续履行谈判义务。⑶优先适用一般性、区域性、双边协议规定的义务。如《南海各方行为宣言》第4条、第7条、第8条所述谈判解决争端的方法。

应对菲律宾批准《公约》发表的《谅解》及其性质进行评析。即使菲方的《谅解》不构成保留，但对本案管辖权总应有些影响吧？是否违反国际法的诚信原则和禁止反言原则？

对仲裁法庭的组成程序存在瑕疵的抗辩，对仲裁法庭确立对本案的管辖权影响甚微。然而这种抗辩是完全必要的，比如：指出程序不公，保持对仲裁法庭的压力，让国际社会有所了解；届时若仲裁法庭作出对中国不利的裁决，也可构成中国继续抗争的理由之一。

中方的抗辩途径可以多样化。官方的如《立场文件》类声明方式、外交部发言人的答记者问、中国高级官员在国际舞台上的发言或声明等；也可以是非官方的，如学者以“法庭之友”的身份向仲裁法庭出具意见。

国际人道法如何规制网络军事行动？

红十字国际委员会东亚地区代表处法律部

涉及国家安全的网络活动是世界各国决策者和军队领导人密切关注的问题。很多国家在各级政府机构中都增加了保障网络安全的部门。而武装冲突中的网络军事行动可能给平民人口带来严重的人道威胁。所幸目前为止网络行动在武装冲突中作为作战手段和方法的运用尚未造成严重的人道后果。然而，网络空间的军事潜力虽仍未被广泛认知，针对交通系统、电力系统、大坝、化工厂及核电站等的网络攻击都是可能发生的。这样的网络攻击会造成大量人员伤亡及财产损失。更可能出现的情况是，网络行动被用来操纵或扰乱民用设施，但并不即刻导致人员伤亡。像这种“不见血”的行动仍可能造成严重后果，如扰乱水电系统或使银行系统崩溃。

国际人道法中关于敌对行动的所有规则在武装冲突期间都可适用，关键问题是如何适用以及现有规则是否足以应对复杂的情形。在武装冲突中的网络军事行动使情况进一步复杂化，并给国际人道法的适用提出了新问题。因此有必要讨论国际人道法如何规制网络军事行动。

一、什么是“网络战”？

“网络战”或“网络攻击”的说法似乎被不同的人使用来表达不同的含义。商业企业、媒体和政府经常报告它们的网站或网络受到了网络攻击。大部分被称为“网络攻击”的行动构成非法信息收集（例如商业间谍）、网络犯罪或其他恶意行为，并且发生在武装冲突背景之外。这些行为并不受国际人道法的调整。

我们所说的“网络战”或“网络军事行动”，指的是在国际人道法的意义范畴内，构成武装冲突或在武装冲突局势中实施的包含网络行动的作战手段和方法。换句话说，网络战是在武装冲突中运用计算机或网络手段来造成人员伤亡和财产损害的作战手段或方法。国际人道法只在武装冲突中适用。因此，网络战只是更广泛的网络安全议题的一个方面。

二、国际人道法对网络战有哪些限制？

《联合国宪章》中的禁止使用武力或武力威胁原则为国家诉诸网络战设置了根本限制。国际法的这一限制属于诉诸战争权范畴。众所周知，在武装冲突中，战时法（或国际人道法）与诉诸战争权是不同的并且相互独立。国际人道法规制武装冲突中的作战方法和手段，并保护受武装冲突影响的不直接参加敌对行动和不再参加敌对行动的人。

在网络空间中并不存在法律真空。在武装冲突中，网络战与任何新武器、新作战手段与方式一样，以同样方式受到人道法的调整。《日内瓦公约第一附加议定书》第 36 条明确规定:“在研究、发展、取得或采用新的武器、作战手段或方法时，缔约一方有义务断定，在某些或所有情况下，该新的武器、作战手段或方法的使用是否为本议定书或适用于该缔约一方的任何其他国际法规则所禁止”。除了就武器的法律审查施加了特定义务外，该规则显示人道法还适用于武装冲突中新科技的使用。

需要强调的是，坚称人道法适用于网络战并不是要鼓励将网络空间军事化，也决不是要将网络战合法化。相反，我们是要通过坚称人道法的适用而重申，如果有国家要在武装冲突中诉诸网络行动也是存在限制的。这样的主张是对网络战的制约而不是使其合法化。的确，根据区分原则这一人道法的基本原则，攻击只能针对战斗员和军事目标。禁止对平民和民用物体进行攻击，此禁止性规定同样适用于网络攻击。

近年来，国际社会日益关注保护关键基础设施免受网络攻击这一问题。在武装冲突中，针对关键基础设施、系统和网络的网络攻击大多构成违反人道法的行为。为平民居民、银行、铁路网络和公共卫生基础设施提供服务的饮用水网和电网首先是民用物体（至少只要它们还没有成为所谓的军民两用物体），因此免受直接攻击。尤其是水利系统——作为人类生存不可或缺的基础设施——享有特别保护。与此类似，大坝、民用核电厂通常也不在构成军事目标的定义之内，并因此享有免受直接攻击的保护。即便在特殊情况下，它们成为了军事目标，人道法可能也仍然禁止对它们予以攻击，或至少要求通过动能或网络行动对其进行攻击的冲突一方应特别注意避免危险力量的泄露，以及随之可能对平民居民造成的严重损害。

在不预判各个国家是否有意制定规制网络空间中行为的特别规范的情况下，有必要强调人道法对网络军事行动的适用性重申了现有国际法已经对此类行动施加了重要的限制。但是，对新技术应用现有规则仍然提出了一个问题，也即就新技术的特性及可预见的人道后果而言，现有规则是否足够清楚。因此，不能排除确有需要发展有关法律规则，以确保平民人口能够获得足够的保护。当然，这一问题将由各主权国家决定。

三、解释和适用国际人道法的挑战

1. 匿名性

在网络空间里，匿名性是普遍现象，因此这使行为的归因问题十分困难，特别是及时认定归责。由于国际人道法的适用有赖于将行为归于武装冲突方，所以网络行动的匿名性造成了不小的挑战。如果某一网络行动的行为方无法认定，就很难认定国际人道法是否适用于该行动。当然，这个问题首先是一个事实问题或技术问题，而不是法律上的困难。

2．网络行动是否构成能引发国际人道法适用性的诉诸武力行为？

只有当网络行动发生在武装冲突背景下并与之相关时，国际人道法才能适用。因此，当网络行动发生在正在进行的武装冲突中时，即与传统的动能武器的使用相结合时，国际人道法的规则同样适用于网络行动。但是，如果网络行动是首先发生的，或唯一发生的敌对行动，这是否构成国际人道法意义上的武装冲突呢？这个问题与单一网络行动能否构成《联合国宪章》下的“使用武力”或“武力攻击”密切相关但又有所不同。诉诸战争权问题非常重要，并且被广泛讨论。但是，我们不应将诉诸战争权问题与国际人道法的适用范围问题相混淆。

国际人道法适用于两类冲突中，即国际性武装冲突和非国际性武装冲突。如果网络行动能够造成与动能行动类似的影响，例如死亡、受伤或财物损毁，那么似乎没有理由对网络行动给予区别对待。除此之外，念及人道法的目的是保护平民人口免于损害，如果使关键基础设施失效达到足够长的时间并对居民造成足够严重的影响，那么也应认为这一诉诸武力的行为足以引发国际人道法的适用。总之，在没有采取动能行动的情况下，对于何种网络行动能够引发国际人道法的适用，将由未来的国家实践来定义。

3．”网络攻击“的定义

1977 年《日内瓦公约第一附加议定书》第 49 条将攻击界定为“不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为”(第 49 条第 1 款)。由法律和军事专家编纂的《塔林手册：适用于网络战的国际法》将人道法下的“网络攻击”界定为“不论在进攻或防御中，根据合理预期将导致人员伤亡或物体损毁的网络行动”。然而，问题的关键在于这个细微之处，即网络世界中的“损害”是什么。

正如塔林手册所言，通过网络手段干扰物体效能是否构成敌对行为规则下的损害已有大量讨论。大多数人道法专家同意，在某些情况下物体失去效能即构成损害，而另一些专家则认为必须对物体造成实际损害，即摧毁或损坏物体。在红十字国际委员会看来，如果一

个物体无法正常运转，不管是因遭到损坏还是因其它原因而失效并无区别。如何界定“攻击”的概念在实践中非常重要，因为对此定义的片面理解可能意味着能够对此类行动加以规制和制约的国际人道法规则数量有限而且不够精确。尤其是如果过分严格地定义攻击，旨在使民用网络失去效用的网络军事行动可能并不受人道法有关禁止直接攻击平民个人和民用物体的规定的约束，例如旨在使为平民居民供电的电网功能受损的行动。

4．互联性

网络空间的互联性为国际人道法规则的适用带来了特殊的挑战。网络空间只有一个，由军方和民间使用者共享，一切都相互关联。主要挑战是确保攻击只针对军事目标，而且始终注意避免伤害平民居民和民用基础设施。如果发动攻击时对军事和民用计算机网络不加区分，此类攻击则构成对禁止不分皂白的攻击的违反。同理，使用可自我复制而无法控制的蠕虫病毒对民用网络造成损害显然也是被禁止的。

此外，当发动攻击时，冲突各方必须采取一切可行的预防措施，以期避免并无论如何减少附带平民伤亡和对民用物体的损害，包括平民数字基础设施和网络。网络空间的互联性导致存在网络攻击造成间接附带损害的风险。此类间接附带损害，无论多么遥远，都应是可以预期的，而且冲突各方在策划或发动网络攻击时必须对于可能产生的间接附带损害进行预期。当然，问题在于审慎评估间接影响是否总是可能的。

结语

重申国际人道法对于网络战的重要性只是第一步。的确，网络战给人道法的解释和适用造成了许多挑战。正如前面已经提到的，并不排除需要进一步发展人道法规则的可能性。这将由各国来决定。在这一方面，国际社会针对如何应对网络战所引发的挑战以及与信息安全有关的更广泛议题正在展开讨论。红十字国际委员会将根据国际社会赋予的使命，继续就人道法如何规制网络战的问题提供专业知识，目的是保护平民人口及民用物体免受伤害。

当今的挑战也强调冲突各方倘若诉诸网络攻击，必须极其谨慎，应避免伤及平民和民用网络。这些挑战还强调了，无论是出于进攻还是防御目的发展或获得网络战能力的各国，根据人道法评估其合法性的重要性。根据《日内瓦公约第一附加议定书》第 36 条，缔约国有义务在发展新武器或作战方法时进行评估，这是确保武装部队或其他政府部门在武装冲突中诉诸网络手段时遵守其国际法义务的唯一途径。越来越多的国家正在发展自身的网络能力，正是这一事实使这些关切更为紧迫。

国际司法实践中个人刑事责任的归责

荣盟*

摘要：作为第一次国际刑事审判，纽伦堡审判突破了传统国际刑法的囹圄，确立了个人刑事责任原则。与个人刑事责任的确立伴随而生的问题是对国家刑事责任的评判，个人刑事责任原则与国家的刑事责任并不是两个互相排斥的概念。国家的刑事责任包括两个方面，其一是国家承担因自身犯罪行为而承担的直接责任，其二是因隶属国家的个人违反国际法而承担的转承责任。纵观国际司法机构的实践不难发现，个人刑事责任的归责基于指挥官责任和官方身份无关性，而这两类归责是离不开纽伦堡军事法庭和远东国际军事法庭对战犯的审判实践。指挥官责任将不作为责任延伸到了国际刑法领域，而官方身份无关性则突破了外交豁免的绝对性。

关键词：纽伦堡审判；东京审判；个人刑事责任；指挥官责任；官方身份无关性

一、个人的国际刑事责任认定

传统理论认为，国际法只适用于国家，原则上不针对个人的行为，然而，随着社会实践及其法律制度的发展，国内法上的某些刑事责任原则逐渐延伸至国际法律秩序，它突破了传统国际法理论对个人国际法律人格的限制。从 1907 年《关于陆战法规和习惯公约》将个人正式纳入国际犯罪主体行列，到一战后《凡尔赛条约》规定犯有战争罪行的个人应当接受军事法庭的审判，并确定非以私人身份行事的个人的犯罪主体地位，最终纽伦堡国际军事法庭正式对个人进行审判，对此个人应当为其所犯国际罪行承担责任不言而喻。

（一）纽伦堡审判与个人国际刑事责任的确立

作为历史上第一次国际性刑事审判，依据什么法律进行审判，控诉什么罪名，以及个人是否应当承担国际刑事责任等都成为纽伦堡审判所面临的挑战。对于法庭设立的法律依据，来源于纳粹政府的无条件投降，纳粹政府的战败使得同盟国获得了在德国的最高立法权，《伦敦协定》就是行使这种立法权的结果[六百六十七]，而纽伦堡国际军事法庭则是《欧洲国际军事法庭宪章》的法律产物。[六百六十八]对于法庭所控诉罪名的违法性和犯罪性，法庭断言，在纳粹策划和发动进攻时，以侵略为例的战争事实上已经具有违法和犯罪性质，国际法并不仅仅是由已存的国际立法机构制定的法律，战争法规不仅存在于条约之中，也存在于逐渐得到普遍承认的各国的风俗和习惯之中，并且也存在于法学家所指定的和军事法庭所适用的普遍法律原则之中。对于违反国际法的个人是否应当予以审判和惩罚的问题，法庭突破了传统国际刑法的囹圄，将个人推上了被告席。

美国哈佛大学著名刑法学家谢尔登·格卢格指出，鉴于世界上出现了这样一些国家，它们奉行蓄意无视法律的政策，并且发明了“总体战”，企图借此实现

---

* 荣盟，中南财经政法大学国际公法 13 级硕士研究生。

六百六十七 1948 年 8 月 8 日，苏美英法四国代表经过谈判，在伦敦正式缔结了关于《控诉欧洲轴心国首要战犯的协定》（简称《伦敦协定》），并通过了《国际军事法庭宪章》。参见宋志勇：“纽伦堡审判与东京审判之比较”，载《东北亚论坛》2015 年第 2 期，第 53 页。

六百六十八 对于纽伦堡审判的合法性问题，杰克逊检察官论述道，审判的权利是“根据一项代表了二十一个政府——占整个文明人类的压倒多数——的智慧、正义感和意志的法律来执法审判的”。参见宋志勇：“纽伦堡审判与东京审判之比较”，载《东北亚论坛》2015 年第 2 期，第 54 页。

其奴役世界的计划，在这种情况下，现实迫使人们不得不改变那些不再适应的法律观念和法律原则。[六百六十九]正是面临这种境遇，纽伦堡审判作为一次国际审判实践，不再仅仅适用现存规则，而在某种程度上创制规则。杰克逊检察官曾非常明确地指出，“我们必须凭确实可信的证据来确定那些令人难以相信的犯罪事实……对全世界来说，纽伦堡审判的重要性并不在于它怎样忠实地解释过去，它的价值在于如何认真地儆戒未来”[六百七十]，由此可见纽伦堡审判的两大任务除核实认定纳粹当局所犯的重大历史罪行的证据外，更重要的是解释传统法律原则并创设新形成的国际法规则，[六百七十一]而个人的国际刑事责任便应运而生。

在纽伦堡审判的过程中，对于个人是否应当承担国际刑事责任问题，辩护方代表提出了以国家主权为由的抗辩，他们认为，国际法只规范主权国家的行为，它并没有规定对个人进行惩罚。此外，如果涉及的行为是国家的行为，那么执行这种国家行为的个人并不因此承担任何责任，因为这些行为是受国家主权理论保护的。这种以国家主权为抗辩的观点显然是存在缺陷的，国家因主权而具有处理对内对外事务至高无上的能力，这种能力无疑包括发动战争的权利，但是这种战争仅限于自卫而非意在侵略。对此，超出自卫的侵略战争便成为一种弱肉强食、打着主权的幌子实行的赤裸裸的犯罪。也有部分辩护人称个人和国家身份是融合在一起的，尽管某些个人罪行累累，但由于国际法并不直接适用于个人，个人只受其所在国法律的约束，而国家为非自然人，它无法承担刑事责任。他们期望通过这种个人隐藏于国家身份之后，来使得大多数罪犯逃脱法律制裁，对此法庭的驳斥一针见血。法庭声称，国际法对于个人和国家一样，都要使他们承担义务，并对他们具有约束力。违反国际法的罪行是人实施的，而不是抽象的实体，只有通过惩处犯有此类罪犯的个人，才能使国际法的规定发挥效能。[六百七十二]由此，将个人从国家身份的庇护中剥离开来，使得这些犯有罪行的个人“对以国家名义所犯的罪行负责”。[六百七十三]

总体而论，纽伦堡国际军事法庭的审判不仅在社会意识上获得了成功，满足了民众期盼和平与惩治战犯的愿望，它在法律意义上的影响更为深远，个人国际刑事责任的确立，以革新的方法确立了惩罚战争罪犯的法律依据，创设了新的国际法原则。具体而言，这一原则包含了以下三个方面的内容：一是战争犯罪应由个人负责，因此国家元首及其负责决策之人不能以“国际法只规范国家行为”或“国家元首或政府首脑等仅为国家代表”为借口而逃避责任；二是个人不得借口其不法行为是遵从上级命令的结果而逃避责任，服从上级命令最多只能作为减刑的考虑因素[六百七十四]；三是有关人道的法律可在任何国家执行，对于罪行发生在何地则一概不论。[六百七十五]这一内容涵盖了个人国际刑事责任归责的具体事由，包括官方身份无关性、指挥官责任以及上级命令不免责等。

（二）个人刑事责任与国家刑事责任的承接关系

[六百六十九] [德] P.A.施泰尼格尔主编：《纽伦堡审判》（上卷），王昭仁等译，商务印书馆 1985 年版，第 15-16 页。

[六百七十] [德] P.A.施泰尼格尔主编：《纽伦堡审判》（上卷），王昭仁等译，商务印书馆 1985 年版，第 2 页。

[六百七十一] 参见何勤华主编：《纽伦堡审判》，中国方正出版社 2006 年版，第 20 页。

[六百七十二] [德] P.A.施泰尼格尔：《纽伦堡审判》（上卷），王昭仁等译，商务印书馆 1985 年版，第 11 页。

[六百七十三] 张海峰：“论国际人权保护中纽伦堡审判的作用”，载《辽宁行政学院学报》2012 年第 5 期，第 55 页。

[六百七十四] Richard A. Falk, et al., “Crime of War”, New York: Random House, 1971; Telford Taylor, “Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy”, New York Times. 1970, pp.95, 236-241, 883-887.

[六百七十五] Dieane F. Orentlicher, “Nuremberg Comes Back to Haunt Pinochet”, Los Angeles Times, December 20, 1998, p.M3.

传统国际法理论认为，国家在国际法上不负刑事责任，然而，两次世界战争的爆发，战争罪行的泛滥使得这一传统理论的缺陷凸显出来。战犯承担的责任源于自身还是代表国家以及国家这一国际法主体的特殊性引发了一个具有争议性的问题，即战争罪犯承担的刑事责任究竟属于个人责任还是国家责任。这一问题折射出另外两个隐含的问题，其一，国家是否应当承担刑事责任，其二，如果第一点成立时，那么国家的刑事责任与个人的刑事责任之间存在何种关系。

对于国家是否应当承担刑事责任，存在肯定论和否定论两种观点。根据“社会不能犯罪理论”，实施国际罪行的是个人，也只能是个人承担国际刑事责任，由此否定了国家的刑事责任。也有学者从国家承担刑事责任的无能方面认定国家是一个抽象的实体，除了罚金外，其他制裁方式均无法适用于国家，从而对其刑事责任予以否定。[六百七十六]对这一观点的肯定意见可以追溯至纽伦堡审判，在法庭辩论时就有辩护人提出了国家的刑事责任，如辩护律师雅尔莱斯曾辩护，“当德国在个别情况下不得不违背一份仍然有效的互不侵犯条约而发动进攻时，它是干了违反国际法犯法行为，而且根据国际法有关触犯国际法的条文，对此负有责任。但对此负有责任的只是德国！而不是个人。”[六百七十七] 纽伦堡审判之后的国际司法实践也越来越倾向于认定国家刑事责任的存在。

国际法院在波黑诉塞尔维亚案中首次对主权国家是否应当承担国际刑事责任进行了认定，该案可以认为是解析国家刑事责任的里程碑。1993 年 3 月 20 日，波斯尼亚和黑塞哥维那向国际法院递交了针对南斯拉夫联邦共和国的请求书，在这一请求书中，波黑指控南联邦犯有以下罪行：其一，在波黑但不限于波黑境内针对穆斯林等团体实施了灭绝种族行为；其二，针对穆斯林等团体预谋灭种、共谋灭种、意图灭种和公然煽动灭种；其三，未能防止和惩治灭种行为，违反了 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》。2007 年 2 月 26 日，在历时近 14 年后，国际法院做出了最终的实体判决。[六百七十八]

对于提起这一诉讼的目的，波黑十分明确，即在于追究国家对实施灭种行为所应承担的国际刑事责任。[六百七十九]对此，塞尔维亚认为法院只有权就国家因违反预防和惩治个人所犯灭种行为的义务而做出宣告性判决。国家预防和惩治灭种义务针对的都是个人灭种行为，“要让国家承担基于公约的责任，首先必须证明灭种事实的存在。由于灭种是一种犯罪，因而只能根据刑法规则来认定其是否成立。而根据刑法规则，首先要求追究的是个人责任。”[六百八十]由此可见，塞尔维亚仍然坚持传统刑法只适用于个人，而对《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 9 条所称责任包括国家因实施灭种行为所引起的责任予以了否定。最终国际法院对国家的刑事责任的认定援用了《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 1 条的规定[六百八十一]。根据这一规定可以理解灭种行为属于一种国际法上的罪行，且国家对灭种行为承担一

[六百七十六] 参见刘韶华、杜晓君：“个人国际刑事责任及相关问题”，载《法律适用》2003 年第 9 期，第 62 页。

[六百七十七] [德] P. A.施泰尼格尔：《纽伦堡审判》（上卷），王昭仁等，译商务印书馆 1985 年版，第 126 页。

[六百七十八] 在判决中，法院确认：（1）塞尔维亚在最后诉求中所提出的在效果上相当于对自身管辖权的反对应予驳回，自己拥有基于公约第 9 条的管辖权；（2）塞尔维亚没有通过其机关或个人——在习惯国际法上这些机关或个人的行为会引起国家责任——来实施灭种行为，因而没有违背公约义务；（3）塞尔维亚没有违背公约义务“预谋灭种”；（4）塞尔维亚没有违背公约义务“共谋灭种”；（5）就 1995 年 7 月发生在斯雷布雷尼察的灭种而言，塞尔维亚违背了公约第 1 条所规定的“预防灭种”义务；（6）由于塞尔维亚没有将被指控犯有灭种和共谋灭种罪行的姆拉迪奇移交给前南刑庭，没有与前南刑庭合作，因而违背了公约所规定的“惩治”义务。See the operative part of the ICJ Judgment of 26 February 2007.

[六百七十九] See ICJ Judgment of 26 February 2007, paras.155.

[六百八十] See ICJ Judgment of 26 February 2007, paras.156-157.

[六百八十一] 第 1 条的规定“缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之。”

定的预防和惩治义务。由此法院认为，国家承担了预防灭种行为的直接义务，同时尽管公约并未直接明文规定，但根据第 1 条中的“国际法上的罪行”概念和国家承担的预防义务，以及公约的宗旨，第 1 条的规定必然禁止国家自身实施灭种行为。正是因为如此，法院特别强调，预防灭种必然包含禁止实施灭种。[六百八十二]此外，法院也指出，追究国家责任与追究个人灭种犯罪的刑事责任可以并行不悖，同时并存，这也是国际法的一个重要特征。[六百八十三]毋庸置疑，法院关于“责任”的上述论断，为以后追究国家灭种行为的责任直接提供了法理依据，因而具有重要的先例价值，而这种先例价值也间接预示着国家应当承担一定的国际刑事责任。

根据上述分析，国家自身或者其代表人实施的国际罪行是对人类生命的严重蔑视，国家应当承担刑事责任，而且这种责任隐涵着更为深层次的关系——国家刑事责任和个人刑事责任的承接。这种承接关系源于国家与代表国家的个人关系的不可分割。国家的国际犯罪行为是由与国家之间存在某种特定关系的个人或其他实体实施，之所以称之为“国家的”国际犯罪行为，在于这种行为出于国家的名义或代表国家而为之，正是因为如此，国家的国际犯罪行为与个人或其他实体的行为形成了某种特定关系，而这种关系导致国家的刑事责任与个人或其他实体的国际刑事责任也存在必然的联系。这种关系可以理解为国家因其自身的不法行为承担了一部分责任——原始的国际责任（直接责任），国家也因其他个人或实体的不法行为承担了另一部分责任——转承的国际责任（间接责任）。[六百八十四]

这种间接责任主要是由于代表国家的个人的私人或未经授权的行为所导致，因为国家对这类行为存在某种程度上的预防或救济义务，当国家出现这种救济失误时，责任便无可避免。奥本海对此理解为，在国际法上，国家不是对行为本身负法律责任，而是对未遵守有关个人行为所应付的义务而承担的法律责任。[六百八十五]此外，从惩戒的效果来看，任何国际犯罪的具体实施都无法避开个人的参与，在这些情形中，如果直接追究参与的个人的刑事责任无疑能使这些人受到应有的国际性惩罚。但是，如果将国家的直接责任转嫁给个人，可能造成国际社会的意识反弹，亦即会出现个人不仅很难受到国际社会的谴责，反而会赢得其国民的同情与支持的局面。纽伦堡和东京审判便是例证，纽伦堡审判的结果使那些被指控或认定为战争罪犯的大多数德国人成为他们社区中受到蔑视的人，而与此相反的是，日本不仅不将这些人视为罪人，反而视为受害者，在日本国人看来，受到审判的战犯是胜者用审判的措辞掩饰胜者复仇的行为。[六百八十六]由此国家不仅不能将自身承担的直接责任转嫁给个人，反而应对个人或其他实体有关违反国际法行为承担转承责任。

二、个人的不作为国际刑事责任：指挥官责任

在战争罪行中，指挥官的作用是巨大的，不仅表现在其有意或无意的指令对区域乃至世界和平带来的威胁，也表现为其对下级人员直接或间接的影响力。由于指挥官在其本国处于高官政要的身份，通过一国国内刑法追究责任可能性极小。就国际社会追究和平与安全的终极目标而言，确立指挥官责任势在必行。

（一）指挥官责任的构建

六百八十二 See ICJ Judgment of 26 February 2007, paras.160-169.

六百八十三 See ICJ Judgment of 26 February 2007, paras.171-173.

六百八十四 王秀梅：《国际刑事法院研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 332 页。

六百八十五 [英] 詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第 1 卷 • 第 1 分册），王铁崖等译，第 429 页。

六百八十六 M. Cherif Bassiouni, From Versailles to Rwanda in Seventy-five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Count, Harvard Human Rights Journal, Vol.10, Spring 1997.

有关指挥官责任的理解可以追溯至第二次世界大战后，远东军事法庭对日本军事指挥官山下奉文的审判中，根据这一最终的定罪判决书，一个军队指挥官被赋予了权力和责任。当然，如果仅仅因为下级人员的某一谋杀或强奸等行为而追究上级指挥官责任，这是不合法也是不合理的，但是，如果下级人员实施谋杀或强奸等行为非常广泛，受害人范围较大的情况下，指挥官未能发现或者未能制止时，指挥官的刑事责任便无法逃脱。

对指挥官责任的分析离不开遵从军队上级命令的合法性问题，从战争法的最初发展或者从军事上来看，军人以服从命令为天职，这是一项无可逾越的最高原则，这种服从存在着双重内涵：一是下级人员自愿或坚决地执行上级命令，二是下级人员盲目追随或者被胁迫执行命令。这种军事上的绝对服从原则引申出的一个问题是发布或制定这一命令的上级是否应对自身以及下级人员对该项命令的执行承担责任。随着两次世界大战中人权法的发展，尤其是侵略战争所带来的对人权的蔑视，指挥官的责任追究问题也愈加凸显。

就概念界定而言，指挥官责任应包括以下两种情形，其一，指挥官命令下级人员或其他人员实施犯罪；其二，指挥官知道或者应当知道下级人员将要实施犯罪而没有采取必要、合理的措施阻止犯罪，或是在犯罪行为发生后知道但未采取必要、合理的措施对罪行进行惩处。[六百八十七]这种刑事责任的产生可能源于上级指挥官直接或间接的行为，也可以理解为作为或不作为，前者意味着犯罪行为的表现形态是命令、唆使或计划执行，而后者意味着没有采取措施预防下级人员的犯罪行为或在下级人员实施相关犯罪行为未加以制止和惩处。对于前者而言，追究指挥官责任毋庸置疑，国际刑法所研究的指挥官责任更多的是不作为责任，也可以称为消极责任。

对于指挥官不作为责任的构成，朱文奇教授认为它包括四个基本要素：未能阻止犯罪行为的发生、未能采取措施预防犯罪行为的实施、未能对罪行实施调查以及未能在犯罪行为发生后对行为人进行起诉和惩治。与此相比，另一种构成要素的理解更为简单明晰，所谓不作为即“应为而不为”，具体到指挥官责任认定中而言包括“应为”、“有可能为”而“不为”。“应为”表明指挥官不作为责任首先必须明确的是指挥官负有作为义务，这种作为义务来源于他们实际所拥有的控制和支配权力。作为指挥的基本方面，是一个指挥者有义务控制下属，并采取所有可行的措施来确保他们遵守法律和阻止违法行为，不履行这些义务将招致个人刑事责任。[六百八十八]对“有可能”的诠释可以参照前南国际刑事法庭的判决，法庭认为“国际法不能勉强上级去做不可能的事情，因此，只应认定上级对没有采取处于其权力范围内的措施而承担刑事责任”。[六百八十九]可见，指挥官的所有不作为并不都具有责任性，尤其是在处理非军事指挥官问题时，这种范围的限定显得格外重要，由于非军事指挥官不同于军事指挥官的权力特殊性，其对下级人员的行为无法面面俱到，这就出现其对于某些局面可能无法作为，此时，为惩治效果而一味的加诸刑事责任过于勉强。最后，对于“不为”这一要件，可以涵盖朱文奇教授的四要素，即不防止、不制止亦不惩罚。在具体的犯罪实施的时空过程中，“不为”表现为在犯罪预备阶段，指挥官对于下级人员欲将进行某些罪行未加以预防；在犯罪实行阶段，对于下级人员正在进行的某些罪行未采取制止措施；在犯罪完

六百八十七 朱文奇：《国际刑法》（第 2 版），中国人民大学出版社 2014 年版，第 193 页。

六百八十八 [美] M. 谢尔夫 • 巴西奥尼：《国际刑法导论》，赵秉志、王文华等译，法律出版社 2006 年版，第 266 页。

六百八十九 See Prosecutor v. Dclalictal, ICTY, Judgment of 16 November 1998, para 395.

成阶段，对于下级人员的罪行未进行调查或采取惩罚性措施。无疑，这些“不为”在没有抑制犯罪行为的同时，更加纵容甚至变相鼓励了下级人员的实行行为。[六百九十]

（二）国际刑事司法实践中指挥官责任的认定

二战结束后的纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭对战犯进行了惩处，在其各自的宪章中，尽管未直接规定指挥官责任，但其法庭审判的实际案例通过这一理论定罪战犯，最典型的莫过于“山下奉文案”。在这一案例中，法庭判决因山下奉文未能阻止其部属实施暴行，且未对其部属的暴行进行惩处，对此山下奉文被判有罪。山下奉文案确定了军事指挥官的个人刑事责任，但指挥官责任并不仅仅在于追究军事指挥官的责任，广田弘毅案就突破了这一限制。

广田弘毅曾经担任日本第 31 届首相，在日本实施南京大屠杀期间，他担任日本外相。从身份上看，他并不属于一般意义上的军事指挥官，他未直接指挥侵华战争，不应当承担军事责任。对广田弘毅的法律追究的原因更多的在于其作为外相的不作为，在 1937 年 12 月至 1938 年 2 月，广田弘毅接收到关于日本军队在南京实施惨无人道、骇人听闻的暴行报告，由于这些暴行持续的时间比较长，涉及的范围也比较广，广田弘毅对这种态势持较高的可信度，由此，他将这一问题咨照陆军省。而后广田弘毅收到来自陆军省的保证，表示这种暴行将停止。由此可见，广田弘毅对日本军队实施的暴行是知情的，也采取了某种措施，但是他在接收陆军省保证后的至少一个月内仍然陆续收到有关暴行持续发生的报告，而对这一态势，广田弘毅未采取其他措施进行制止。正是因为如此，远东国际军事法庭将广田弘毅推上了被告席，起诉其“故意或者怠忽职责而未能采取足够的措施以制止暴行”。由于广田弘毅的身份，其有能力采取某种措施来阻止暴行，但其在暴行发生时未立即制止，仅仅只向陆军省进行咨照。此外，在得到陆军省的保证后，他应当采取措施对暴行的再次发生进行预防，也应当对这一暴行进行调查，对调查涉及实施暴行的下级人员实施惩处，而广田弘毅漠视了这一系列的行为，在收到暴行持续的情况时听之任之，放任暴行的恣意蔓延。最后，远东国际军事法庭认定，“广田弘毅没有在内阁会议上主张立即采取措施以便停止暴行，以及他未采取其它可能的任何措施来停止暴行，这是他对自身义务的怠忽。他明知上述保证没有实行，每天都进行着成千上万的杀人、强奸妇女以及其他暴行，却以此种保证为满足，他的怠忽已经达到了犯罪的程度”。对此，法庭根据指挥官责任认定广田弘毅有罪，并最终判处其绞刑，广田弘毅成为国际法上第一个以指挥官责任被判处罪刑的非军事指挥官。

广田弘毅案将指挥官责任延伸至非军事上级官员，而对于这一责任构成分析更为重要的案件应为切雷比奇案，在这一案件中，法庭对指挥官责任的构成要件进行了详细的论证。在“应为”方面，法庭通过对比分析认为指挥官责任的核心在于上级对下级人员的控制能力，这种控制不仅包括法律上的控制关系，还包括实际的有效控制。正是由于这种控制能力的存在，指挥官拥有了防止、制止和惩罚的实际可能性，当指挥官“能为而不为”时，责任便无可逃脱。作为纽伦堡审判和东京审判之后第一个由国际刑事法庭审判的有关指挥官责任的案件，切雷比奇案对指挥官责任的考察充实了这一责任的理论基础，可以说是“指挥官责任具有习惯国际法特征的最好证明”[六百九十一]。

[六百九十] 王新：“论国际刑法中的上级责任原则”，载《河北法学》2010 年第 6 期，第 57 页。

[六百九十一] See Creg Vetter, “Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court ”, Yale Journal of International Law, Vol.89, p.111.

无疑，国际刑事司法机构的判例表明，在指挥官责任方面，每个指挥官在对其下级人员享有命令指挥的权力时，也承担采取措施防止下级人员实施犯罪行为并惩处有关罪犯的义务，如指挥官未能有效履行这种义务，其便应当承担相应的刑事责任。

三、个人国际刑事责任豁免的例外：官方身份无关性

指挥官责任旨在追究上级长官的非直接犯罪行为，那对于代表国家的高级官员直接实施的某些国际罪行的刑事责任问题关乎另一个国际法命题，即官员身份是否可以成为免责事由。对于这一命题，纽伦堡审判和东京审判给予了明确的答复，两个法庭的宪章均宣称，被告的官职、地位，不能成为其免于承担所负刑事责任的依据，这亦即官方身份无关性。

（一）官方身份无关性的确认

与官方身份能否成为免责事由紧密相关的是个人在国际法上的豁免权问题，传统国际法理论认为，国家豁免原则代表一国不得受理针对他国或他国行为和财产提起的任何诉讼，而一国的过激行为通常由个人实行，这一原则所派生出的便是代表国家的高级官员的行为不属国际和他国法院的管辖，这也即是国际法上个人的特权与豁免。这种特权与豁免最初的目的在于确保官方职责的正常履行，由此保证国际交往的顺利进行并保护各国的国家尊严。但是，随着国际法的发展，尤其是两次世界大战所推动的战争法的发展，高级官员所享有的刑事豁免权往往成为这些个人以国家名义发动侵略战争的保护伞，并使得他们游离于刑事审判的藩篱之外，显然，这无论是在法律层面还是国际道德层面都是格格不入的。

在纽伦堡审判中，辩护方以“国家行为”为由对检察团的指控进行了抗辩，他们认为侵略战争是国家行为，是国家主权的行使，而个人只是执行或服从国家的政策和命令，因此不存在个人责任。对于这一抗辩，法庭最后的判决给予了回答，法庭认为“违反国际法的罪行是由人实施的，并不是什么抽象的实体，只有惩罚犯罪个人才能使国际法规定被有效实施……在某些情况下保护国家代表的国际法原则，并不能适用于被国际法指责为刑事犯罪的行为，行为实施者不能为了不受惩罚而利用他们的官方身份作为庇护”[六百九十二]。民主德国著名学者施泰尼格尔在评价纽伦堡宪章时指出，宪章的基本精神就在于，个人负有国际义务，而这种国际义务超越了其本国所要求履行的服从义务，违反战争法规的人，在他根据国家的授权而行动时，如果国家的授权超越了国际法所规定的限制，不能享受豁免。[六百九十三]而法庭的判决也表明，个人在国家主权的控制和保护外交之外还享有人权。这些人权是普遍性的，受到国际法的保护。因此，国家不得以主权为借口侵犯这些权利或庇护那些践踏人权的个人，罪行的实施者将受到国际法的惩罚。纽伦堡审判向世人声明：在那些最为严重的国际罪行面前，受害者的人权应当得到国际法的保护，加害者则要承担连主权国家也无法为其开脱的国际法责任。[六百九十四]

在东京审判中，美国首席检察官季南作陈述时承认追究高级官员责任问题在国际法上是没有先例的，“这些高官的个人责任是最重要的问题之一，可能是国际法上唯一的新问题，这个问题被充分提出并由法庭裁决。在历史上个人第一次

[六百九十二] 参见《纽伦堡国际军事法庭判决书》，中译本，第 68 页。

[六百九十三] [德] P.A.施泰尼格尔主编:《纽伦堡审判》(上卷)，王昭仁等译，商务印书馆 1985 年版，第 188-189 页。

[六百九十四] Henry T. King, Jr, “The Limitations of Sovereignty from Nuremberg to Sarajevo”, Canada- United States Law Journal, 1994, vol.20, p.170.

就他们作为这个国家首脑履行公职应当承担个人责任而在法庭上接受审判。我们承认在这个意义上这些审判是史无前例的。”[六百九十五] 但是不可否认的是，所有的政府是由其人民的代理者运作的，而所有的罪行是由人类犯下的，某人的官职不能抹杀他的个人身份，也不能免除其个人犯罪的责任。因此，每个人将为其犯罪行为的直接或者间接后果负责，而当这一规则与高级官员的身份相结合时，我们就会发现那些占据有权高位并影响日本政府的人，计划、准备、发动、实行侵略战争的人，对由此导致的单个犯罪行为负有责任。对此，季南重申盟军所认定的东京审判的核心问题在于“在历史上第一次人被送上正义的审判台为其个人行为负责，为他们作为国家首脑有官方的权力时所做的行为负责”。[六百九十六]国际大法官梅汝璈也直接指出，“所有的人们，上自一国的元首或首相，下至普通的士兵或平民，只要他犯有任何战争罪行，便应负个人责任，并应当做战犯去接受审判和惩罚”[六百九十七]。

（二）官方身份无关性的司法实践

对政府官员进行刑事审判的一个典型案例是“皮诺切特”案，皮诺切特作为原智利总统，因其在任期间涉嫌犯有酷刑、绑架、谋杀等多项罪行，而由西班牙向英国请求引渡。在庭审过程中，法庭议员对是否引渡皮诺切特存在异议，部分议员认为政府官员的豁免并不是绝对的，如布朗•威尔金森（Browne Wilkinson）议员认为，国家豁免仅仅适用于国家元首等在任期间代表国家实施的职能性行为，克雷格黑德（Craighead）议员也持相同意见，他表示国际法豁免原则的目的在于保护行使其政府职能的任一国家元首，但这种保护并不包括国家元首以行使政府职能为幌子而实施的旨在谋取个人利益的行为，也不包括国家元首行使国际强行法所禁止的行为。显然，皮诺切特所实施的酷刑、谋杀等行为是与国际法相悖的，所有国家都可以对这种行为予以惩处。当然，也有议员对此提出了反对意见，如奇夫利（Chieveley）议员，他指出，单凭行为构成犯罪这一事实并不能排除国家豁免的适用，一个国家元首的职能是政府性的，而非私人性质，虽然一个国家元首实施了一个非私人行为且构成犯罪，但这并不失其政府行为的性质，无论是重罪亦或是轻罪皆是如此，由此，存在国家豁免。经英国上议院上诉法庭审理，1999 年 3 月法庭裁定将皮诺切特引渡至西班牙，尽管 2000 年 3 月英国以身体状况为由拒绝了西班牙引渡皮诺切特的请求，但这并不能在法律上改变这一裁定的效力。2000 年 6 月智利圣地亚哥上诉法院裁定取消了皮诺切特终身议员的司法豁免权，而这一裁定得到了智利最高法院的再次确认。由此可见，虽然这一案件是通过国内法来追究个人刑事责任，但有关皮诺切特的引渡裁定对传统豁免理论产生了深远影响，政府官员的绝对豁免权开始被突破。

作为国际性的司法机构，国际法院对个人豁免问题的裁决是存在不一致的，这种前后不一致源于对两例案件的不同审理结果。在 2002 年刚果诉比利时关于逮捕令的诉讼案中，国际法院仍然坚持的是传统豁免理论中政府官员的外交豁免特权，判决比利时撤销对恩多巴西的逮捕令[六百九十八]，而在 2012 年比利时诉塞内加

[六百九十五] Richard H. Minear, The victor’s justice: the Tokyo War Crime Trial. Princeton, N. J. :Princeton University Press, 1971, p.45.

[六百九十六] 何勤华主编：《东京审判》，中国方正出版社 2005 年版，第 105 页。

[六百九十七] 梅汝璈：《远东国际军事法庭》，法律出版社 2005 年版，第 32 页。

[六百九十八] 2000 年 4 月 11 日，比利时布鲁塞尔初审法院的一位调查法官针对时任刚果民主共和国外交部长阿卜杜拉耶•耶罗迪亚•恩多巴西签发了一个“缺席的国际逮捕令”，指控他在刚果单独或协同他人实施严重违反 1949 年日内瓦公约及其 1977 年附加议定书的战争罪和反人类罪。该逮捕令通过国际刑警组织向全世界发出，要求相关国家拘留并引渡给比利时以便追究其犯罪责任。2000 年 10 月 17 日，刚果（金）向国际法院书记处提起诉讼，要求法院“宣布比利时应当取消 2000 年 4 月 11 日发布的国家逮捕令”。参见邵沙平

尔案中，国际法院作出了另一判决，即认定官方身份不免责，判决塞内加尔败诉且应履行国际法义务，立即对哈伯雷进行审判[六百九十九]。

在“逮捕案”中，刚果坚持认为，任一主权国家的外交官员在其任职期间享有的刑事豁免权是绝对的、不可侵犯的，也即这种豁免不存在任何例外。因此，只要在任职期间，任何外国法院均不得针对一国外交官员提起有关刑事诉讼，也不得作出任何有关刑事责任的判决，同样也不得实施任何调查，否则将违反管辖豁免原则。[七百]比利时以官员职务行为进行抗辩，认为外交官员享有的管辖豁免权仅仅适用于其根据职务而实施的行为，外交官员实施的私人行为或其他非职务行为是不受保护的。但是法院并未采纳比利时的意见，而是坚持了外交官员的豁免权，也认为在事实上无法区分职务行为或非职务行为。此外，国际法院也认定比利时所发布的这一逮捕令在客观上是有损恩多巴西作为刚果外交部长在国际法上所享有的权利的，最终，法院要求比利时撤销逮捕令。

时隔十年，在比利时诉塞内加尔案中，比利时在诉讼请求中认为，塞内加尔负有对哈布雷的酷刑罪提起诉讼的义务，或者在不直接起诉时将哈布雷引渡给比利时。对此，塞内加尔不予起诉不予引渡的行为违反了《酷刑公约》，而塞内加尔对自身履行上述义务并没有任何异议。事实上，比利时 2005 年 9 月向塞内加尔提出引渡请求，而塞内加尔在 2007 年才修改本国国内法，决定对被请求引渡人在不引渡时提起诉讼。由国际法院的最终判决可以看出，法院将塞内加尔承担的引渡义务追溯至 2000 年哈布雷被 7 名个人和 1 个非政府组织提出指控时，显然，国际法院这一举动表明在面对国际犯罪行为时，起诉是第一位的。从“逮捕令”案到“比利时诉塞内加尔”案，国际法院的立场发生了变化，这种变化与各个案件不同的事实存在密切的联系，但是从国际刑法领域的司法实践来看，追究个人责任是大势所趋。因此，对那些犯有国际罪行的官员不再区分身份豁免权或是职务豁免权，一律不得给予豁免，使少数享有身份豁免权的官员与仅享有实质豁免的低职位官员同样受刑事审判。[七百〇一]

结语

两次世界大战的结束带来国际社会局势的暂缓，在很长一段时间内爆发大规模战争已不太可能，战争罪行也逐渐减少，但这并不意味着国际社会暴力罪行销声匿迹。世界局部地区规模性的谋杀、强奸等暴行仍时有发生，19 世纪 60 年代尼日利亚的比夫拉大屠杀，1973 年巴基斯坦孟加拉大屠杀，1975 年至 1979 年柬埔寨大屠杀，以及 20 世纪的萨拉姆案、巴希尔案等，这些暴行的实行往往离不开一国国家行为或国家高级官员身份，但实际情况是，在这些暴行中存在部分指挥官或高级官员逃脱制裁、逍遥法外。因此，以指挥官和官方身份无关性追究个人的国际刑事责任仍具有重要的现实意义，对这二者的重视应当上升至新的高度。

主编：《国际法院新近案例研究》，商务印书馆 2006 年版，第 445-446 页。

[六百九十九] 乍得前总统哈布雷自 1990 年被放逐以来就一直生活在塞内加尔，但是，一方面，对于哈布雷在任期间所犯下的酷刑罪行和反人道罪行，塞内加尔一直以各种理由延缓和推迟启动对他的刑事指控和审判，另一方面，对于比利时要求引渡哈布雷以便比利时对其加以审判的请求，塞内加尔也一直不予理会。因此，2009 年 2 月 19 日，比利时向国际法院针对塞内加尔提起诉讼，理由是“比利时王国与塞内加尔共和国之间对于塞内加尔履行其起诉乍得前总统侯赛因·哈布雷或为刑事诉讼目的将他引渡至比利时的义务存在争端”。

[七百] International Court of Justice, Judgment of Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 14 February 2002, para.1.

[七百〇一] Bruce Broomhall, International Justice and the International Criminal Court, Oxford University Express, 2003, p.138.

国际网络恐怖主义犯罪的界定与防控

焦阳*

摘　要：国际网络恐怖主义犯罪对全世界的安全都带来了威胁，它是网络犯罪与恐怖主义的结合，具体包括利用网络为工具宣扬恐怖思想、招募恐怖人员的犯罪行为以及对各机构的网络目标进行攻击、以制造恐慌的犯罪行为。国际网络恐怖主义犯罪具有特殊的社会危害性，面对此威胁，国际社会应当全面合作，率先制定签署有针对性的公约；在国际司法合作中，寻求共识，避免双重标准；建立一支专门的网络防控队伍，树立预防优先的理念，采用各种技术手段，抑制国际网络恐怖主义犯罪的蔓延。

关键词：网络恐怖主义；反恐；国际合作

现实社会对网络的依赖性越来越大，大到一国的政治机构、国防军事通信，中到社会生活、基础设施，小到我们每个人的点滴生活，网络已愈发成为我们自己的一部分。我国是网络大国，截至 2014 年 12 月，我国互联网用户已达 6.49 亿。根据统计资料，我国网民手机上网使用率达 83.4%，手机端已成为我国网民登陆网络的第一大媒介。

近年来，微博、微信等新媒体的兴起改变了信息的传播模式，人类生活似乎进入了新时代。网络的发达给我们的生活带来无限便利的同时，也为恐怖信息的传播、犯罪内容的煽动、攻击目标的便利创造了土壤。可以说，恐怖分子利用网络、攻击网络，包括我国在内的世界各国都面临着网络恐怖主义的威胁。911 事件以后，反恐得到了世界各国前所未有的关注，恐怖主义犯罪在国际社会的声讨下“躲着迷藏”，但是由于网络媒体的加入恐怖主义却以更快的速度蔓延着。打击网络恐怖主义，需要全社会的共识，更需要国际社会的共同合作应对。

一、国际网络恐怖主义犯罪的内涵界定

关于什么是网络恐怖主义，在讨论中还没有确切的定义。1997 年，美国加州情报与安全研究所资深研究员柏利·科林（Barry C. Collin）第一次提出了“网络恐怖主义”一词，认为它是网络与恐怖主义相结合的产物。在此之后，根据美国联邦调查局的说法，网络恐怖主义（cyber terrorism）是“任意的”、有预谋的、有政治动机的对信息、计算机系统、计算机程序以及一些引起次国家组织或秘密组织武力反对非战斗目标的数据的攻击。[七百〇二]2001 年，美国颁布的《爱国者法案》（USA PATRIOT ACT）将“网络恐怖主义”列为了正式法律用语。

中国的学者也有人探讨网络恐怖主义，如有学者认为，网络恐怖主义可被定义为“组织或个人基于政治、宗教或社会原因，以制造恐惧和惊慌为目的，针对社会关键的 ICT（信息和通信技术）基础设施进行威慑或造成破坏的网络攻击行为。”[七百〇三]在中国公安部反恐局编印的《公民防范恐怖袭击手册》和《公民安全

---

* 焦阳，外交学院国际法系讲师、法学博士。主要研究方向为国际刑法学、刑法学。本文系作者主持的外交学院“中央高校基本科研业务费专项资金”青年项目《网络恐怖主义犯罪的刑事法应对研究》（项目编号：3162014ZYKD01）的阶段性研究成果。

[七百〇二] Barry C. Collin, “The Future of CyberTerrorism: Where the Physical and Virtual Worlds Converge”, http://www.crime-research.org/library/Cyberter.htm.

[七百〇三] 安尼瓦尔·加马力、木尼拉·塔里甫、张昆：《基于生命周期循环模型的网络恐怖主义犯罪治理控制研究》，载《新疆警官高等专科学校学报》2014 年第 3 期，第 15 页。

防范手册》中，指出，“利用网络散布恐怖信息、组织恐怖活动、攻击电脑程序和信息系统等。”[七百〇四]可见，学者的定义侧重于将网络恐怖主义定位在网络攻击上，它是网络犯罪的延伸；而公安部反恐局手册的定义，则仍倾向于将网络作为恐怖活动的工具。

还有论者指出，网络恐怖主义至少具有以下基本内涵特征：实施者为非政府组织、秘密组织或个人，手段是运用信息技术特别是计算机技术，目标是由计算机构成的网络中的信息、计算机系统、计算机程序和数据，动机是政治或社会性的，性质是严重的暴力侵害。[七百〇五]本定义包含了行为主体、手段、目的、动机、性质等内容，完整呈现了网络恐怖主义的整个流程。但本定义也存在缺陷，它只包含了攻击计算机网络这类恐怖主义犯罪，范围较窄；另外，动机、手段等一般不是定义的必备内容。网络恐怖主义的定义离不开各国的政治认识和社会现实发展状况，但作为一种犯罪类型的网络恐怖主义犯罪应当包含规范因素，而不只是事实陈述。

在国际范围内，Cyberterrorism 是常用的网络恐怖主义的表述。从该词的构成可以看出，网络是广义的范围，不限于互联网，而包括一切符合上网实情的类型。在现实中，恐怖分子利用网络的形式多种多样，如将网络当成宣传极端思想的平台，以促成恐怖信息在虚拟空间的大面积传播。以“基地组织”为例，他们主要依靠四大媒体中心开展网上宣传，即“队伍”（属“伊拉克伊斯兰国家”）、“云彩”（属“基地”组织司令部）、“媒体委员会”（属马格里布地区“基地”组织）和“圣战之音”（属阿拉伯半岛“基地”组织）。这些媒体中心通过分工合作，向网站网民宣传自己的主张，采用各种手段掩饰恐怖本质，并鼓吹圣战。还有些恐怖分子利用技术手段、聘用黑客攻击一国的政府网站，这会进而影响到普通民众的正常生活。

从上述网络恐怖主义的定义和国际现实看，网络恐怖主义犯罪的内涵应采广义的，从最大限度打击恐怖主义的角度出发，网络恐怖主义犯罪应当完好结合网络犯罪的特征以及恐怖主义犯罪的特征。在刑法理论上，网络犯罪分为两大类：利用网络进行的犯罪和将网络作为攻击对象的犯罪。与一般的计算机犯罪不同，网络犯罪由于借助了这一特殊媒介，该种犯罪具有网络性、扩散性，其影响力、破坏性更大。传统的网络仅指互联网、因特网，随着科技的迅猛发展，手机网络成为主流，对网络的理解不能狭隘于互联网领域。

在事实层面，网络恐怖主义犯罪具有网络犯罪的共性特征，犯罪手段的多样性与隐蔽化、犯罪危害的扩散化、犯罪技术性强等，这些都使得网络犯罪比传统犯罪更难防控。当然，网络恐怖主义犯罪也有显著的个性，即网络手段与恐怖目的相结合，即有网络因素，但犯罪的一切是为了恐怖目的服务。如果犯罪行为具有“恶意的引起恐惧、威慑或实施暴力破坏”的恐怖因素，则属于网络恐怖主义，而一般的网络犯罪不具备。在传统研究中，动机不属于犯罪构成的必备要素，但是恐怖主义犯罪往往具有政治、社会、宗教等动机，这也是其实施犯罪活动的原因所在。因此，从动机上区隔网络恐怖主义犯罪与网络犯罪是合适的。

从恐怖主义发展的大趋势看，利用网络达到非法政治目的，实现颠覆性破坏已经成为恐怖主义发展的新动向，这也是影响非传统安全的新领域。与传统的恐

[七百〇四] 参见公安部反恐局：《公民防范恐怖袭击手册》，载 http://bj.bendibao.com/zffw/20141031/169340.shtm；《公民安全防范手册》，载 http://www.mps.gov.cn/n16/n983040/n1359926/1360773.html。

[七百〇五] 刘强：《网络恐怖主义的特性、现状及发展趋势》，载《世界经济与政治论坛》2004 年第 4 期，第 52 页。

怖活动相比，网络恐怖主义犯罪的成本更低、犯罪手段更为便利。传统的恐怖活动犯罪，恐怖组织成员采用武器攻击大型城市目标，或在闹市区制造汽车炸弹爆炸，都为了让社会恐慌，以达到其非法目的。而网络恐怖主义分子，可以采用风险性更小、技术手段更高的方法达到同样的效果，如选择那些对国民日常生活有重大影响的机构，如电信设施、供水系统、油气系统，利用黑客攻击这些设施，使其瘫痪、停止工作，并进而造成全社会无法正常生活，这种恐慌感更为明显。网络恐怖主义犯罪还有可能促进恐怖组织的联合，增强行动的破坏力，也加大打击的难度。因为网络也给恐怖组织带来了组织网络化、散而不分的功效，恐怖组织可以利用网络作为通联工具，将分散的个体连成整体。

因此，作为一种特殊类型的恐怖主义形态的网络恐怖主义犯罪，是指基于其政治、宗教、文化动机，为了在全社会制造恐慌，利用网络为工具或者将政府机关、社会组织等的网络作为攻击目标，以达到恐怖活动损害的行为。网络恐怖主义犯罪的本质仍然是严重的社会危害性。

网络恐怖主义的实施手段是多样的，根据学者归纳，主要包括以下几种：1.毁坏网络空间的物质部件。利用专门的软件程序破坏计算机硬件，使系统丧失信息处理及控制功能，以此摧毁某一工作系统，供电网、交通网、金融网等；2.植入病毒和嵌入程序，使计算机网络系统不能正常工作，降低工作效率，提高工作成本。3.瘫痪网站，阻断信息交流的平台；4.篡改、复制或销毁数据。侵入计算机系统，窥视机密信息，篡改、复制或销毁重要信息资源，特别是那些具有重要社会意义的信息、程序和技术资源；5.对网络系统和管理系统中的软件和信息施加影响，以期将其歪曲或改变其原有性质；6.发布恐吓信息。如宣称要摧毁经济目标并会造成严重后果，制造社会恐慌；7.摧毁或压制通信线路，发出错误邮件，人为地使通信枢纽超载；8.占用大众媒体，传播虚假信息和谣言。[七百〇六]在这些手段中，第一种主要通过破坏网络的硬件实现，严格来说不算针对网络本身的攻击，第二种到第五种手段都算是对网络的攻击，目的是使原有网站不能正常运行，而第六种到第八种手段，是利用网络传播恐怖信息，以达到其制造恐慌的目的。

网络恐怖主义犯罪的实施手段可以是其中一种，也可以是多种手段的集合。国际网络恐怖主义犯罪又多了“国际”要素，使得该类犯罪的影响面、扩散面更广。也就是说，除上述网络恐怖主义犯罪定义的内容外，还必须使该类犯罪的行为地或结果地有涉外因素，超出一国的范围，在此进而产生网络反恐的国际合作问题。

二、国际网络恐怖主义犯罪的防控策略

国际网络恐怖主义犯罪正在全球蔓延，恐怖主义与反恐措施的“斗智斗勇”正在上演，犯罪的技术更新要求防控手段的与时俱进。

与传统的恐怖主义犯罪一样，网络恐怖主义犯罪的产生原因很复杂。在国际范围内，宗教冲突与民族矛盾是当今国际恐怖主义发生的主要诱因。这与世界各国的宗教差异、历史传统和社会形势都具有相关性。披上了网络外衣，只是增加了打击的难度，并没有改变恐怖主义的产生根源。

（一）制定签署国际性的反网络恐怖主义犯罪的公约

网络的无国界性使网络恐怖主义的发生不再局限于一国之内。面对网络恐怖主义犯罪的发展态势，全球展开国际合作的需求更为迫切。而开展国际合作的前提是，有相应的公约法律依据。从 20 世纪 80 年代开始，美国相继推出一系列

[七百〇六] 刘强：《网络恐怖主义的特性、现状及发展趋势》，载《世界经济与政治论坛》2004 年第 4 期。

打击网络犯罪和黑客活动、维护信息安全的各种法律法规，包括《计算机安全法》、《信息自由法》、《个人隐私法》、《反腐败行径法》、《伪造访问设备和计算机欺骗滥用法》、《电子通信隐私法》、《计算机欺骗滥用法》、《计算机安全法》、《正当通信法》、《电讯法》等。这些法律构筑起完整的计算机网络犯罪防控体系，使得执法活动有了明确的依据。2003 年 2 月 14 日，美国公布了世界上第一份反击网络恐怖主义袭击的国家战略——《确保网络安全国家战略》（The National Strategy to Secure Cyberspace），明确了维护网络空间安全的指导方针，并提出了 5 大优先发展目标和 47 项行动建议。[七百〇七]

美国在打击网络危害行为方面的经验值得借鉴，在国际网络恐怖主义犯罪兴起的当下，传统的体系性立法需要新增内容，要就恐怖主义与网络犯罪的结合形式、表现特征、法益侵害做出有针对性的规定，以促进该类犯罪的罚当其罪。更重要的是，国际社会应该明确网络恐怖主义犯罪的特征及表现，并做出针对性的对策性规定。2001 年 11 月 23 日，欧洲委员会国家及美国、加拿大、日本、南非曾正式签署了《网络犯罪公约》，这是针对网络犯罪的第一个国际公约。在此基础上，应当有专门的《国际反网络恐怖主义犯罪公约》，以明确该类犯罪的性质。

（二）重视综合反恐队伍和技术手段的防控作用

我国正在审议的《反恐法（草案）》第 15 条规定：网络与信息系统运营者应当按照法律法规和国家机关标准要求，综合采取技术和管理措施，加强网络安全防护、技术检测、风险预警、应急响应和处置等各项工作，保护网络和信息系统运行安全。

电信业务经营者、互联网服务提供者应当在电信和互联网的设计、建设和运行中预设技术接口，将密码方案报密码主管部门审查。未预设技术接口，或者未报审密码方案的，相关产品或者技术不得投入使用。已经投入使用的，主管部门应当责令其立即停止使用。

在中华人民共和国境内提供电信业务、互联网服务的，应当将相关设备、境内用户数据留存在中华人民共和国境内。拒不留存的，不得在中华人民共和国境内提供服务。

第 16 条规定：电信业务经营者、互联网服务提供者应当依照法律、行政法规规定，落实网络安全、信息内容监督制度和安全技术防范措施，防止含有恐怖主义内容的信息传播；发现含有恐怖主义内容的信息的，应当立即停止传输，删除相关信息，保存相关记录，并向公安机关或者有关主管部门报告。从事互联网加密传输服务的企业应当向网信部门、公安机关备案密码方案，配合主管部门调查工作。

网信、工业和信息化、公安、国家安全等主管部门发现含有恐怖主义内容的信息的，应当及时责令有关单位停止传输、删除相关信息，或者关闭相关网站、关停相关服务。有关单位应当立即执行，并保存有关记录，协助进行调查。对国际互联网上传输的含有恐怖主义内容的信息，主管部门可以采取技术措施，阻断传播。

公安机关、国家安全机关防范和调查恐怖活动，可以使用有关电信和互联网的技术接口，可以要求服务提供者或者用户提供解密技术支持。

虽然上述法案还未通过，但以上两条就清晰地表明，网络服务商、网络业务经营者有责任有义务对其所提供的网络服务进行必要监管，而专门的国家机关要

[七百〇七] The National Strategy to Secure Cyberspace，载 http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/pcipb/。

形成合力，采用技术手段，及时发现阻止恐怖信息传播。

网络信息安全是一个涉及到全社会安全的公共体系，对其防护也要建立一支综合性、懂技术的专业队伍。整体而言，我国侦查网络恐怖活动犯罪的队伍专业水平还比较薄弱，有经验、有技术的专业司法工作人员还十分缺乏，这与防控网络恐怖主义的任务十分不适应。另一方面，我国的反网络恐怖主义犯罪的技术还比较初级，先进的网络犯罪侦查工具、对抗反侦查的技术能力等都有待提高。这些都制约了我国反对网络恐怖主义犯罪的实效。以发达国家的经验为参照，我国可多向其他国家学习技术经验，提升业务水平；同时要厘清各类体系，建立以网络管理部门为核心的网络反恐机构体系。

在网络反恐的技术对策方面，目前主要的技术有 CSIRTs、入侵防御、网络监控、拦截和堵塞、灾难恢复和取证。技术体系是防范网络恐怖主义及网络攻击的最前线和整个网络安全防护体系的最终落脚点。为了防范网络恐怖主义、黑客攻击等恶意破坏网络运行的行为，应该对技术防范体系进行不断地完善和更新。这是一个相互较量的过程，技术手段只有及时更新升级，才能应对恐怖主义突飞猛进的形式。

（三）强调合作共识，避免反恐的双重标准

由于各国的历史国情、政治制度、经济社会发展状况、宗教信仰等各方面存在差异，各国在恐怖主义和恐怖组织的认定上难以达成一致。国际关系中伴随着大国博弈，而国家为了本国利益容易轻视他国利益，也易忽视自己的长远利益。面对恐怖主义这一全人类的公敌，国际社会应该展开全面合作，以促进世界安全，维护共同利益。

在恐怖组织的认定中，“东伊运”与“东解”同为严重危害我国安全的恐怖组织，对中亚局势都造成了不安定因素。但美国只把“东伊运”认定为恐怖组织并予以制裁，却不把“东解”列入恐怖组织名单。在某种程度上，美国反对的只是针对美国的恐怖主义，为此美国需要国际社会的广泛支持；但是，美国并不那么反对不利于其他某些国家的恐怖主义，这就是典型的“双重标准”。这种对与自己有利害关系的组织团体差别对待的手法会对世界反恐形势都会带来不利影响。

在国际反恐的大旗下，国际社会的步调并不统一。网络恐怖主义犯罪作为恐怖活动犯罪的高级形态，它带来的后果不具有明显的地域特征。对这类犯罪的防控更需要全世界合理管控分歧，避免“双重标准”，唯本国利益为重。具体来说，国际社会应当加强网络情报交换，对涉及到恐怖主义的信息应予以甄别并及时通报。共同打击资助网络恐怖活动的资金来源，从资金源头流向上切除网络恐怖主义犯罪的物质基础。同时，即便网络是虚拟的、信息是发散传播的，各国还是有办法处置为恐怖主义网站提供服务的服务器和运营商，这也需要各国展开合作完成。

网络安全与法律保障的言论自由之间存在一定的紧张关系。在国际社会，从反恐大局出发，不当的言论应当受到合理规制。维护社会的基本安全是全世界共同的责任，为了实现这一目标，最大限度地提前防控，刑法标准只能前移，赋予国家安全机关的一定权限也是迫不得已的办法。因此，对于危险信息的及时清理、删除符合法律精神。

联合国作为主权国家间的国际组织，在世界发挥着重要作用。联合国宪章赋予了安理会维护世界和平与安全的神圣职责，包括使用武力的权力。根据《联合国宪章》第七章的规定，安理会可以通过决议采取必要的武力行动，这就是集体

安全机制。恐怖主义犯罪作为威胁全人类共同利益的犯罪，安理会就可以采取包括武力行动在内的强制行动，即便这一恐怖主义犯罪行为发生在主权国家之内。

问题是，网络恐怖主义犯罪中，恐怖组织通过网络传播极端宗教思想、宣传制造恐怖氛围、招募人员、筹集资金，这些都为线下的恐怖活动提供了坚实基础，但它们毕竟不同于传统的极端暴力活动。联合国安理会能不能对该种前期行为先发制人、使用武力便成为问题。对于一般的利用网络进行恐怖宣传的行为，由于其没有将线上行为转化为线下的直接的爆恐活动，因而不能就此采用武力，况且这时采用武力的范围分散，没有明确目标；而对于专门攻击网络进而导致后续严重后果的，这仍然不能将其界定为国际法意义的“战争罪”，也不是典型的暴恐行为，同样不宜用武力解决问题。

联合国安理会 2013 年 12 月 17 日一致通过决议，对恐怖组织或恐怖分子利用互联网实施恐怖行为，包括煽动、招募、资助或策划等活动表示严重关切，明确要求联合国反恐机构会同各国和有关国际组织加强对上述行为的打击力度等。此系安理会决议首次明确要求各国就加强打击网络恐怖主义采取具体措施，对今后国际社会进一步打击恐怖组织和恐怖分子利用互联网从事恐怖活动具有重要意义。[七百〇八]中国在联合国打击网络恐怖主义的决议通过上发挥着关键作用。中国常驻联合国代表刘结一表示，国际社会既要延续应对传统恐怖主义的策略和方法，又要针对网络空间特征和网络恐怖主义活动特点，采取有力措施应对恐怖组织利用互联网发布恐怖暴力音视频、传播极端思想、招募人员、筹集资金、煽动策划和实施恐怖活动等行为。他呼吁联合国反恐机制在打击网络恐怖主义问题上展现新思维、拿出新举措。[七百〇九]这段表态既是我国针对“东突”等恐怖组织发展变化形势的分析应对，也是对世界反恐局势的新常态认知，有助于推动反恐的国际合作。

三、小结：网络恐怖主义犯罪防控的综合应对

总之，网络恐怖主义作为非传统安全的新生事物，具有工具手段的时代性、影响的扩散性、危害的严重性等多种特点。对网络恐怖主义犯罪的防控应当树立“防患于未然”的理念，在发现苗头的初期及时介入，事前预防重要于事后打击；各国政府、社会组织应当加强合作，针对网络新兴的特点，共同抑制该类犯罪蔓延。

[七百〇八] 新华网：《安理会通过决议要求加强打击网络恐怖主义》，http://news.xinhuanet.com/world/2013-12/18/c_118597707.htm

[七百〇九] 新华网：《中国常驻联合国代表呼吁有力打击网络恐怖主义》，http://www.chinanews.com/mil/2014/11-20/6796517.shtml

国际刑法上的法人责任溯源：纽伦堡后续对德国企业家的审判

张颖军*

【中文摘要】70 年前，第二次世界大战主要的战胜国美国、英国、苏联、法国在德国的纽伦堡成立国际军事法庭，第一次不用“胜王败寇”的方法复仇，而是通过司法途径对发动侵略战争的主要战犯进行正义的审判。但是，人们很少知道，在那场审判之后，占领德国的四个国家又在各自占领区内对二战中的大量次级战犯进行了若干场审判，其中，就有为战争提供财力物力支持的德国企业的负责人。本文通过对这些审判的研究，认为，虽然它们没有追究这些公司的责任，只是惩罚了其负责人及相关人员，但是，通过审判使其恶行昭然天下，也使人们开始关注公司的责任，从而为国际刑法上法人责任的建立提供了先例。

【关键词】纽伦堡后续审判；德国企业家的审判；国际刑法；法人责任；

一、纽伦堡后续审判与国际军事法庭的审判

说到纽伦堡审判，人们可能自然会想起 70 年前战胜了法西斯的四个主要同盟国在纳粹思想中心——德国巴伐利亚州纽伦堡市进行的那场对轴心国主要战犯的审判。[七百一十]那是人类历史上第一次不是用“胜王败寇”的方法复仇，而是成立国际法庭，通过司法途径对发动侵略战争的主要战犯进行正义的审判，[七百一十一]对国际法、国际关系，特别是国际刑法的发展意义重大。

但是，大多数人也许不知道，在那场世纪审判后，分区占领德国的同盟国又在各自占领区内进行了若干场对二战次级战犯的审判[七百一十二]，涵盖直接或间接涉

---

*中南民族大学法学院副教授，法学博士,Email: zyj2161@sina.com。本文为邵沙平主持的教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“跨国公司犯罪的法律控制问题研究”（项目批准号：11JJD820014）的阶段性研究成果之一。

七百一十1945年11月14日至1946年10月1日，美、苏、英、法四国在伦敦通过《关于起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定》及附件《国际军事法庭宪章》，在德国巴伐利亚州纽伦堡市的正义宫对22名欧洲轴心国主要战犯进行了审判，最后，判决其中19名被告有罪，3名无罪,1名因健康原因被推迟审判。See International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentence, October 1, 1946, 41 Am. J. Int’l L. 172-333 (1947).

七百一十一第一次世界大战结束时曾尝试过对战争罪进行审判。当时，《凡尔赛条约》第 227 条规定，德国皇帝凯撒·威廉二世应受到以“违反国际道德和条约神圣不可侵犯的义务一个“特别法庭”的审判。但他逃到荷兰申请避难，从而使审判无法进行，未能成为国际法上审判战争罪的先例。See Herbert Kraus, The Nuremberg Trial of the Major War Criminals: Reflection after Seventeen Years, 13 DePaul L. Rev. 233 (1963-1964), at 239.

七百一十二二战后美国在德国占领期间进行的大量战争罪审判人们知之甚少。See TomazJardim, *The Mauthausen*

入战争罪的各方面人士，比纽伦堡国际军事法庭的审判范围更广，也更为彻底和深入，对教育德国民众反思战争罪恶起到了重要作用。[七百一十三]

1945 年 8 月 30 日，美国、苏联、英国、法国四个分区占领德国的同盟国成立管制委员会（Allied Control Council）[七百一十四]，整体处理接管德国后的主权事项。而正在进行的纽伦堡国际军事法庭审判日益暴露出的一些问题，使四国感到再通过国际军事法庭审判更多次级战犯已不可能。[七百一十五]于是，1945 年 12 月 20 日，管制委员会通过第 10 号法令（Control Council Law No. 10），授权各占领区当局在各自占领区内单独或联合以国际军事法庭多边法庭的形式对二战中的次级战犯进行审判。[七百一十六]1946 年 12 月 9 日至 1949 年 4 月 13 日，美国驻德国军政府根据盟该法令对直接间接涉入战争罪的纳粹军事将领、党卫军官员、党卫队特别行动队队员、部长级官员、法官、医生、商人等[七百一十七]进行了 12 场审判。[七百一十八]由于它们跟国际军事法庭的审判同在纽伦堡正义宫举行，也被称为“纽伦堡后续

Trial: American Military Justicein Germany ,Cambridge: Harvard University Press, 2012, p.1. Reprinted in SarahBedard, Book Note: TheMauthausen Trial: American Military Justicein Germany, 50 Osgoode Hall L. J. 7632012-2013.

[七百一十三]Kevin Jon Heller, The Nuremberg Military Tribunals and the Origin of International Criminal Law, Oxford, 2011, p. 399.［德］曼弗雷德·基特尔：《纽伦堡和东京审判之后——1945-1968 年日本与西德的“历史清算”》，吕澍、王维江译，上海：上海交通大学出版社，2014 年，第 59 页。

[七百一十四]“Control Council Proclamation No.1-Eastablishing Control Council”, CONL/P (45)18, Berlin, 30 August, 1945,*Enactments and Approved Papers of The Control Council and Coordinating Committee of the Allied Control Authority in Germany*, Vol.Ⅰ, P.44.

[七百一十五] Jonathan **A.** Bush， The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said?109 Colum. L. Rev. 1094 (2009).

[七百一十六]“Control Council Proclamation No.10-Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crime against Peace and Humanity”, CONL/P (45)53, Berlin, 20 December, 1945,*Enactments and Approved Papers of The Control Council and Coordinating Committee of the Allied Control Authority in Germany*, Vol.Ⅰ, pp.306-311.

[七百一十七]从 1946 年 12 月 9 日到 1949 年 4 月 13 日，美国驻德国占领区军事法庭进行了 12 场后续审判，依次为：The Doctors' Trial、The Milch Trial、The Judges' Trial、The Pohl Trial、The Flick Trial、The IG Farben Trial、The Hostages Trial、The RuSHA Trial、The Einsatzgruppen Trial、The Krupp Trial、The Ministries Trial、The High Command Trial. See “Subsequent Nuremberg Trials”, from Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Subsequent_Nuremberg_Trials，last accessed 14th April, 2015.

[七百一十八]事实上，即使是学术研究所集中的纽伦堡审判（包括后续审判在内）也只审判了美军在1940年代审判的1885名纳粹战争罪嫌犯中的很小一部分。就更不用说，大部分公众谈起纽伦堡审判，以为就是美英苏法四国联合进行的纽伦堡国际军事法庭的审判了。SarahBedard, Book Note: TheMauthausen Trial: American Military Justicein Germany, 50 Osgoode Hall L. J. 7632012-2013.

审判”（ Subsequent Nuremberg Trials）[七百一十九]，或，纽伦堡审判、纽伦堡军事法庭的审判(Nuremberg Trials, or, Nuremberg Military Tribunals)等[七百二十]。但为了研究方便，很多学者在谈起它们时也涵盖战后其他占领区当局进行的审判。[七百二十一]

二、对德国企业家的审判：开启国际法上追究公司责任之门

战争结束后，同盟国认识到，德国所发动的这场战争是靠他们从被占领国家掠夺的资源和财富予以强有力支持才得以为继。与此密切相伴的是大量使用奴役劳工强迫劳动，他们大多是从被占国家驱逐至此或本来就居住于此的人。没有对这些资源、人力的统一掠夺和征用，战争不会得以持续。[七百二十二]

实际上，在筹备纽伦堡国际军事法庭审判时，调查人员就发现大量证据，虽然还未经拣选，也已能显示，德国大公司不管以那种方式都应与其他最主要的战犯一道接受审判。四个同盟国审判团队很快达成一致，将德国克虏伯公司董事长——古斯塔夫·克虏伯（Gustav Krupp）作为唯一一个私营企业家加进被告名单，[七百二十三]期望既可以使之获得有罪判决，又可以为未来审判其他私营工商业者为战争提供经济资助的行为树立强有力的先例。[七百二十四]但是，由于准备时的疏忽，没有注意到古斯塔夫·克虏伯的健康状况，结果，审判中由于他的健康原因被法庭认为不能继续接受审判，[七百二十五]从而使起诉方这一意愿未能实现。

1945年12月20日，距该事件几周后，四国代表签署了“管制委员会第10号法令”(Control Council Law No. 10)，为除正进行的纽伦堡国际军事法庭审判外在

[七百一十九]“Subsequent Nuremberg Trials”, http://en.wikipedia.org/wiki/Subsequent_Nuremberg_Trials，last accessed 14th April, 2015.

[七百二十] See Nuremberg Trials, http://en.wikipedia.org/wiki/Nuremberg_Trials，last accessed 14th April,2015; Kevin Jon Heller, The Nuremberg Military Tribunals and the Original of International Criminal Law, Oxford, 2011.

[七百二十一]Gwynne Skinner , Nuremberg`s Legacy Continues: The Nuremberg Trials` Influence On Human Rights Litigation in U.S. Courts Under the Alien Tort Statute, 71 Alb. L. Rev. 321(2008); Michael P. Scharf, Seizing the “Grotian Moment”: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change, 43 CORNELL INT’L L.J. 453 (2010).

[七百二十二]The RT. HON. The Lord Wright of Durley, Foreword, *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and prepared by the UN War Crimes Commission, Vol. X, London, 1947*, pp.vii-viii.

[七百二十三]Jonathan **A.** Bush， The Prehistory of Corporations And Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said,*109 Colum. L. Rev. 1111(2009).*

[七百二十四]Ibid., at 1112.

[七百二十五] “Order of the Tribunal granting postponement of proceedings against Gustav Krupp von Bohlen”, Trial of the Major War Criminals before International Military Trial, Vol. Ⅰ, published in accordance with the direction of the International Military Tribunal by the Secretariat of the Tribunal under the jurisdiction of the Allied Control Authority for Germany. Nuremberg, Germany, 1947, p.143.

德国审判战争罪及其他类似犯罪提供统一的法律依据[七百二十六]。该法案没有规定审判对象是否可以包括企业负责人，但从它所管辖的犯罪来看，可以与纽伦堡国际军事法庭一样覆盖到像古斯塔夫·克虏伯一样的商人。

基于这一法令，美国、苏联、英国、法国先后在各自占领区展开对战犯的战争罪审判，并都涵盖了德国企业界人士作为被告。

（一）美英法在各自占领区单独审判德国企业负责人情况概述

纽伦堡后续对为纳粹发动战争提供重要财力支持的德国大公司负责人的审判包括美国军事法庭对德国公司克虏伯（Krupp Trial）、弗里克（Flick Trial）和IG法本（IG Farben Trial）负责人及有关高层管理人员的审判、英国军事法庭在汉堡对向纳粹集中营提供杀人毒气的特施和施塔贝诺公司（Tesch and Stabenow）有关负责人的审判，以及法国驻德国占领区军政府一般法庭对赫尔曼·劳士领（Hermann Roechling）集团负责人和4名高管的审判[七百二十七]。由于这些审判依据的是同盟国管制委员会法，而不是某一个战胜国国内法，所以，该法庭的审判依然可以被视为是国际性法庭，至少是国际社会对私营性商业公司实施或共谋参与战争罪、反人类罪罪行进行审判的开创性实践之一。[七百二十八]

这些受审的企业，除了英国军事法庭审判的外，都是德国煤炭、钢铁、机械制造、化工产业的领头羊，[七百二十九]在当时战争的情况下，它们在重要军备战略资

[七百二十六] "Allied Control Council Law No. 10 ——Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity", CONL/P(45)53, 20 December, 1945, Enactments and Approved Papers of The Control Council and Coordinating Committee of the Allied Control Authority in Germany, Vol. Ⅰ, pp.306-312.

[七百二十七] Hermann Roechling Trial, French Military Government General Tribunal, 1948. See William W. Bishop, JR., *The Case Against Hermann Roechling and Others*, 43 Am. J. Int'l L. 191-193(1949).See AlsoAllison Marston Danner, *Nuremberg Industrialist Prosecutions and Aggressive War,* 46 Va. J. Int'l L. 651 (2005-2006). 苏联军事法庭也对包含德国商人在内的战争罪犯进行了审判，由于资料限制本文暂未研究，特此说明。

[七百二十八]张颖军：《法人跨国犯罪的国际法问题研究》，北京：中国社会科学出版社，2012，第 107 页。对这几个案例的详细介绍与分析请参见张颖军该书，第 98-127 页，在此不做赘述。

[七百二十九]弗里克（Flick）是包括煤矿、铁矿石矿和钢铁生产和制造业在内的德国大型企业集团，被称为“弗里克集团”(Flick Concern)。二战期间，其主要资产所有权人弗里德里希·弗里克(Friedrich Flick)是当时军事经济的重要领导，煤炭、钢铁产业官方委员会成员。

德国IG法本公司(I.G. Farben) 是世界著名大型化工联合体，“一战”时，该公司开发的哈伯-博世固氮生产工艺可以生产合成硝酸盐以生产火药、炸药，弥补了德国被切断同智利硝酸盐贸易后的损失。二战期间，其子公司Degesch，负责生产氢氰酸类杀虫剂齐克隆B（Zyklon B），这种极为快速高效的毒剂当时被广泛用于灭杀集中营囚犯（该毒剂另一个供应商是Tesch & Stabenow公司，1946年由英国军事法庭审判）。它还研发出从煤炭中合成汽油和橡胶的工艺，为德国被切断汽油供应后恢复发动侵略战争的能力做出很大贡献。.

克虏伯(Krupp)是德国最著名的军火制造商。它制造出了德国第一艘潜水艇。在一战中大出风头的“大白鲨”(Big Bertha)机关枪，就是以阿尔弗雷德·克虏伯的母亲波萨·克虏伯(Bertha Krupp)的名字命名的。

源方面的生产能力对战争的持续进行有举足轻重的影响。而且它们的主要负责人都是当时纳粹头领希姆莱的朋友圈（Friends of Himmler)成员，他们经常聚会，为希姆莱定期提供巨额捐款，从而为需要庞大开支的侵略战争提供稳定的资金支持。[七百三十]由于他们在业界的地位，很多还成为纳粹政府重要经济行业的官方代表或公司负责人，比如，弗里克集团主要资产所有人弗里德里希·弗里克(Friedrich Flick)是当时军事经济的重要领导，是管理煤炭、钢铁产业的官方委员会成员，也是政府开采、冶炼俄罗斯矿山的公司成员。[七百三十一]劳士领（Roechling）家族董事长赫尔曼·劳士领（Hermann Roechling）与希特勒和纳粹其他政要关系密切保持着密切联系，担任德国钢铁行业总代表和德国钢铁协会的主席，[七百三十二]在战时急需大量煤钢的时代，这一地位对恢复和保持纳粹的战斗能力举足轻重。特别是，在德国吞并法国煤钢企业的过程中，发挥了很大作用。因此，战后法国将他引渡到法国受审。

所有这些被告都被控有驱逐、迫使大量被德军军事占领的领土和国家的平民来为其公司服务成为奴隶劳工，并奴役使用这些劳工为其工作的责任，以及使用战俘为其经营活动直接与战争有关的公司工作,包括生产、制造和运输武器和军需品。以及为纳粹掠夺被占领国家的工商业资产提供帮助，协助强迫犹太人将资产转让给德国人，从而将其逐出德国经济等。

这些企业的负责人及有关高层管理人员被控共谋或直接犯战争罪、奴役劳工和战俘罪、掠夺被占领的公私财产罪、资助国际军事法庭的确定的犯罪组织罪等罪名，除少数被宣布无罪外，其他的被判处刑期不等的监禁。

克虏伯公司继承人阿尔弗雷德·克虏伯还被判令卖掉其所有的财产。[七百三十三]

劳士领（Roechling）德国著名的家族企业集团。它成立于 1822 年，在 180 多年的发展中，已从最初经营煤炭发展到钢铁公司，再到大型联合企业（conglomerate），如今，它是知名的国际塑料集团。它开发出用创新科技和新型沿压工艺生产高质量钢材的冶炼技术，确立了其在德国钢铁业的倚重地位，为“二战”中帮助德国重整军备，恢复和提高作战能力提供了物质条件和基础。

以上参见张颖军：《法人跨国犯罪的国际法问题研究》，北京：中国社会科学出版社，2012，第 98-127 页。

[七百三十]这个圈子由德国有影响力的大工业家和银行家组成，原本在 1932 年由 Wilhelm Keppler 组建，后于 1935 年由希姆莱接管，其目的是给纳粹提供财政资助。其成员每年“捐款”约一百万德国马克到希姆莱的“特别账户 S”(Special Account S)，为党卫军提供了大量资助。The Flick Trail, United States Military Tribunal, Nuremberg, 20th April-22nd December, 1947, Law Reports of Trials of War Criminals, Case No.48, Vol. Ⅸ, P2.

[七百三十一] *Ibid., at* 1.

[七百三十二]Hermann Röchling,fromhttp://de.wikipedia.org/wiki/Hermann_R%C3%B6chling, last accessed 18 August, 2011.

[七百三十三] For the original resource of all mentioned cases, please see *The Flick Trail,* Law Reports of Trials of War

唯一没有直接犯罪行为，比如，使用战俘或集中营囚犯奴役劳动,而仅以共谋定罪的案例是英国军事法庭对德国特施和施塔贝诺公司（Tesch& Stabenow）负责人的审判。

1946 年 3 月 1 日至 8 日，英国军事法庭在德国汉堡对德国特施和施塔贝诺公司的负责人特施（Tesch）等三人进行了审判。他们被控以德国工商业者身份共谋犯有以毒气杀害集中营被囚禁的同盟国国民(Complicity of German industrialists in the murder of interned allied civilians by means of poison gas)。被告布鲁诺·特施（Bruno Tesch）是特施和施塔贝诺公司的业主，该公司主要销售氢氰酸类杀虫剂齐克隆 B（Zyklon B [prussic acid] gas）及处理装置。他被控向纳粹集中营供应此类毒气来灭杀囚犯。购买他公司毒气的客户多为党卫军。被告卡尔·维恩巴赫（Karl Weinbacher）是特施生意的“皮条客（Procurist）”，二号人物。被告约阿希姆·多欣恩（Joachim Drosihn）是公司第一个气体处理技术员。起诉书称，他们三个向集中营供应毒气，明知将被用以灭杀包括同盟国国民在内的囚犯。被告则辩称，不知道他们所卖的毒气将被用作何途；被告多欣恩还称，他不负责公司的销售。经过审理，特施和维恩巴赫被判处死刑，多欣恩被判无罪。[七百三十四]

该案涉及平民成为战犯的问题，也是纽伦堡后续对德国工商业者的审判中唯一仅因间接涉入战争罪、反人类罪或其他类似犯罪而获罪的案例。判决说明，战争法规和习惯规则不仅适用于交战国和其他公权力当局的战斗员，还适用于在战争中为他们违反国际法的行为提供帮助的任何人。本案被告虽然是平民，其所从事的也是商业交易行为，但是，任何平民如果成为违反战争法和习惯行为的同伙，那么他本身也成为战犯，也应承担战争罪的责任。[七百三十五]

（二）、美国军事法庭在部长案中对德累斯顿银行董事会成员卡尔·哈斯彻的审判（KarlRasche, the director of the Dresdner Bank, as part of the Ministries case.）

这场审判并不像前面的案例一样，是单独对德累斯顿银行高层管理人员的审判，而是在美国军事法庭对部长级官员的审判中包含了一个德累斯顿银行原高管

Criminals, Vol. Ⅸ, pp. 1-59; T*he I. G. Farben Trial, the Krupp Trial,*Law Reports of Trials of War Criminals, Case No. 57, Case No. 58, Vol. Ⅹ; William W. Bishop, JR., *The Case Against Hermann Roechling and Others*, 43 Am. J. Int'l L. 191-193(1949)*;* Allison Marston Danner, *Nuremberg Industrialist Prosecutions and Aggressive War,* 46 Va. J. Int'l L.651 (2005-2006), at 667-668.

[七百三十四]Zyklon B case, British Military Court, Hamburg,1st -8th March, 1946,Case No.9*, Law Reports of Trials of War Criminals,* Vol. Ⅰ, pp. 93.

[七百三十五]Ibid, at pp.103

的被告。[七百三十六]它位列纽伦堡后续审判第 11 场，也称“部长案”（The Ministries Case）。

被告卡尔·哈斯彻（Karl Rasche ），是一个职业银行家，在德国莱茵兰地区从事银行业多年，后加入德累斯顿银行，并最终成为该行董事会成员和发言人（speaker）。他是该行最有能力和权势的高层管理人员之一，以及希姆莱朋友圈（Himmler's Circle of Friends）的成员，多次出席该圈聚会，在他明知、默许、赞成，甚至坚持下，德累斯顿银行每年给希姆莱捐助大量资金。他1938年加入党卫军，1943年晋升至上校军衔。

检方对他的指控涉及四个罪名，即，战争罪和反人类罪（war crimes and crimes against humanity）、抢劫、掠夺罪（plunder and spoliation）、奴役劳工罪（slave labor）、犯罪组织成员罪（membership in criminal organizations）。[七百三十七]法庭经过审理认为，他战争罪和反人类罪、奴役劳工罪的罪名不成立，仅犯有抢劫、掠夺罪和犯罪组织成员罪，判处7年监禁。

1、关于战争罪和反人类罪的指控。法庭认为，证据表明，德累斯顿银行给各种纳粹党卫军企业提供过大量贷款，这些企业大量使用集中营囚犯在极恶劣的条件下工作，银行还为纳粹德国实行移民重新安置计划（resettlement programs）的企业提供贷款，这些计划实际上是强迫被纳粹占领国家和地区的居民转移到纳粹政府安排的地方当劳工，为纳粹的利益服务。这些企业的非法性已在其他案件审理时予以确定。虽然，没有确凿的证据证明被告与纳粹头子希姆莱或党卫军有任何关系，但是，作为一个具有丰富商业经验和敏锐头脑的职业银行家，鉴于其在德累斯顿银行的地位是负责贷款审批，他应该知道和了解他所批准发放的贷款将被用于何处、用作何途，以及如何使用。也就是说，他知道这些贷款是给那些奴役劳工的企业使用。但这是否构成犯罪？法庭认为，银行发放贷款与销售其他任何商品应该一样。银行没有因此成为借款企业的同伙。贷款或售卖的商品被用于某不法企业或其不法行为更适合从道德上谴责，说明贷款银行或销售商在这种情况下信誉不好，但很难说这样的交易行为就是犯罪。

2、关于侵吞、掠夺罪。法庭列举了大量证据说明被告哈斯彻和德累斯顿银行在纳粹占领捷克斯洛伐克、波兰、荷兰等国期间，直接或间接掠夺侵吞公私财产。

[七百三十六]Hans Vest，Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law，Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 851-872, doi:10.1093/jicj/mqq032.

[七百三十七]本案所涉所有指控的罪名，参见 The Ministries Case, Trials of war criminals before Nuremberg Tribunals under control council Law No.10, Index，Vol.ⅩⅣ, pp.308.

起诉书称，被告哈斯彻参与将捷克斯洛伐克主要金融机构的所有权和控制权转让给帝国元帅赫尔曼·戈林，并在德军兼并苏台德地区和占领波西米亚-摩拉维亚后，帮助德累斯顿银行兼并苏台德地区的金融机构，并跟该行一道用威胁、将反对者抓进集中营以及将股东换为雅利安人种的德国人（Aryanization）等手段，占有、控制捷克斯洛伐克波西米亚贴现银行（BoehmischeEscompte Bank ，以下简称BEB），并成为该行董事会主席。德累斯顿银行还通过类似方式，控制布拉格前国家银行捷克斯洛伐克工商银行（Bank fuer Handel und Industries），并将它与波西米亚贴现银行合并。

哈斯彻还和德累斯顿银行一起，帮助纳粹进一步将雅利安化（Aryanization）政策推广到被占领国家经济领域，通过威逼、高压和胁迫，让犹太人把财产转让给德国人，从而实现使被占领国家公私财产的雅利安化。在这一过程中，德累斯顿银行作为受托人，让原所有权人把财产转让给它，它再转让给德国人，并从中收取佣金。根据1941年8月该行的一份报告，从1939年3月（德军占领捷克斯洛伐克）并确立其为被保护国到1941年4月，通过该行执行雅利安化政策的财产总值达2亿3千万捷克克朗。这还低于合理的经济估值。转让到德国人手里的资产总值实际比这个更高。从这些活动中该行已经收取佣金490万捷克克朗，对提升其经营业务非常有益。[七百三十八]

为保证德国银行在这项业务上的垄断地位，他们出台法令，犹太人的财产必须经过授权才能处置，如果他们通过受托人将财产转让给当地的德国银行，就能获得纳粹颁发的通行证（exit permits），在被占领地区，没有它就无法生活。

在工业领域，他们也通过强迫销售、将犹太财产雅利安化、大量的变相没收等方式，采取威胁、高压和强迫手段，将捷克斯洛伐克、波兰、荷兰等被占领国家的工商业置于德国的控制和掌握下，特别是与当时战备有关的煤炭、钢铁、军工、运输、机械等行业。

3、关于奴役劳工罪。检方认为，被告哈斯彻从1935年到1945年是德累斯顿银行董事会成员，后来的“发言人”，他积极为那些他明知借款企业奴役劳工还为其提供贷款资助。法庭则认为即使假设他在批准向党卫军企业发放贷款方面具有或发挥了决定性作用，也很难认定他因此就参与了奴役劳工活动从而犯奴役罪。不能由于银行的职员掌管贷款审批就认定他涉嫌参与了借贷人用所获贷款从事

[七百三十八] *NID-13463, Pros. Ex. 3095*，The Ministries Case, Trials of war criminals before Nuremberg Tribunals under control council Law No.10, Vol.ⅩⅣ, pp.775.

的不法行为。哈斯彻没有因此成为党卫军企业奴役劳工罪的同案犯。[七百三十九]

（三）简要评析

从前面的介绍中，我们可以看出，从法律上讲，法庭似乎更愿意对这些企业直接参与的行为予以确定，比如，像克虏伯、弗里克、法本公司那样直接雇佣或使用奴役劳工，或如劳士领、德累斯顿银行那样直接帮助掠夺被占国家公私财产，而对间接参与的行为，比如，像哈斯彻案那样通过德累斯顿银行给使用奴役劳工的党卫军企业贷款等，法庭则比较谨慎。“齐克隆 B”案似乎是一个例外，仅因间接涉入犯罪被以共谋定罪，而且还判处两被告死刑，与其他企业家最高不过被判十几年监禁相比，这个判罚是很重的[七百四十]。由于它的典型性，为日后国际法上逐渐发展出的追究法人间接涉入严重国际犯罪的责任提供了一个不断被援引的先例。[七百四十一]但即使如此，对军事法庭以“共谋（Complicity, or, conspiracy）”定罪的原则，还是有很多人提出置疑。比如，在纽伦堡国际军事法庭担任被告 Hjalmar Schacht 首席律师的德国哥廷根大学国际法教授 Herbert Kraus 就认为这一原则不符合罪行相适应原则[七百四十二]。上述哈斯彻案中，法庭在认定他代表德累斯顿银行向使用奴役劳工的党卫军企业发放贷款的行为是否有罪时就提出这跟那些明知建筑商建造房子是用于非法目的却还为其提供建筑材料到底有什么不同的疑问[七百四十三]。

同时，我们也要看到，审判并不是很公平。由于当时国际政治格局发生变化，以及冷战开始需要扶持德国、拉拢盟友等因素，纽伦堡后续审判不能拖延太长时间，对这些德国企业负责人的判决最后都比较温和，特别是美国军事法庭的审判，

[七百三十九]本案详情请参见 The Ministries Case, Trials of war criminals before Nuremberg Tribunals under control council Law No.10, Vol.ⅩⅣ, pp. 621, pp.772, pp.852, pp.863.

[七百四十]也有学者认为，齐克隆 B 案中的被告由于与购买毒气的纳粹勾结的更深，从而主观恶意更大。See Sabine Michalowski, No Complicity Liability For Funding Gross Human Rights Violations? 30 Berkeley J. Int'l L. 451(2012), at 480.

[七百四十一] Gwynne Skinner , Nuremberg`s Legacy Continues: The Nuremberg Trials` Influence On Human Rights Litigation in U.S. Courts Under the Alien Tort Statute, 71 Alb. L. Rev. 321(2008);AndewClapham，“*The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court”*, in: Menno T.Kamminga and Saman Zia-Zarifi eds., Liability of Multinational Corporations under International Law,pp.158-159, Netherlands :Kluwer Law International, 2000.

[七百四十二]Herbert Kraus, The Nuremberg Trial of the Major War Criminals: Reflection after Seventeen Years, 13 DePaul L. Rev. 233 (1963-1964), at 239.

[七百四十三]The Ministries Case, Trials of war criminals before Nuremberg Tribunals under control council Law No.10, ⅩⅣ, pp.622.

其处罚之轻，就好像放了把菜刀。[七百四十四]上述英国军事法庭对在战争期间向纳粹集中营销售杀人毒气的德国特施和施塔贝诺公司负责人判处了死刑，而研发出这种化学毒剂并向纳粹更大量供应的法本公司首席执行官Carl Krauch居然只被判7年监禁，还很快就被释放。再比如，对德累斯顿银行前高管卡尔哈斯彻的审判，证据已经很明显，他明知党卫军申请贷款是为了他们使用奴役劳工的企业的利益，还批准给他们提供大量贷款，法庭却认为不能就此认定他犯了奴役劳工罪。其实，那时的德累斯顿银行形式上是私营有限责任公司，实质上是政府的代理机构。[七百四十五]

无怪乎有人称这是“资本的正义”。[七百四十六]

四、结语

纽伦堡后续对德国企业家的审判是否是国际刑法上法人责任的起源，有很多不同意见。有人认为，审判只追究了这些企业家个人的战争罪责任，没有对其所属的公司进行审判和惩处，因此不能成为国际刑法上法人责任的先例。[七百四十七]

纽伦堡后续审判中对德国大企业家的审判，虽然没有对公司进行处罚，但是，对公司负责人的战争罪相关行为进行处罚，实际上也说明了公司是有罪的，只不过没有处罚而已。并且，通过审判将这些被告所属企业在战争中的恶行展现出来，比如，德累斯顿银行通过各种恶毒手段帮助纳粹掠夺被占领国家的公私财产，并从中获得暴利；比如，克虏伯、弗里克、劳士领等公司依靠使用集中营囚犯和战俘做奴隶劳工谋取暴利等。虽然，没有对这些公司予以审判，但他们恶行的展现已经促使人们注意到公司直接或间接参与战争相关犯罪的违法性。至少，从那以后，公司的责任开始走入人们的视野。[七百四十八]

[七百四十四]Josoah Dubois, The Devil`s Chemists: 24 conspirators of the International Farben Cartel who Manufacture Wars. Boston, MA: The Beacon Press, 1952, pp.339. Reprinted in GrietjeBaars, *Capitalism`s Victor`s Justice? The Hidden Stories Behind the Prosecution of Industrialists Post-WW II*, in: Kevin Jon Heller and Gerry Simpson ed., The Hidden History of the War Criminal trials, Oxford, 2013, pp.186.

[七百四十五]Kevin Jon Heller, The Nuremberg Military Tribunals and the Origin of International Criminal Law, Oxford, 2011, pp.289.

[七百四十六]GrietjeBaars, *Capitalism`s Victor`s Justice? The Hidden Stories Behind the Prosecution of Industrialists Post-WW II*, in: Kevin Jon Heller and Gerry Simpson ed., The Hidden History of the War Criminal trials, Oxford, 2013, pp.163-192.

[七百四十七]Kevin Jon Heller, The Nuremberg Military Tribunals and the Origin of International Criminal Law, Oxford, 2011, pp.253.

[七百四十八]Gwynne Skinner, Nuremberg Legacy Continues: The Nuremberg Trials` Influence on Human Rights Litigation in U.S. Courts under the Alien Tort Statute, 71 Alb. L. Rev. 321(2008).

而且，战后盟军在德国的占领区当局对德国大企业实行去卡特尔政策（decartelization），从对法人处罚措施这个角度来说，也是对这些公司进行处罚的一个形式。比如，现在很多国际公约和国内立法中都有此类处罚法人的措施，比如，吊销公司营业执照等、限制公司经营等措施.[七百四十九]

因此，虽然《纽伦堡国际军事法庭宪章》明确说明，只追究个人的战争罪责任，不追究抽象实体的责任。但是，经过战后几十年的发展，通过国际刑法追究法人和团体责任的呼声日益增强。[七百五十]正是由于纽伦堡后续对德国企业家的审判，萌发了日后在国际法上追究公司战争罪责任的萌芽。[七百五十一]纽伦堡后续审判中对德国企业家的审判，开创了国际法上追究直接或间接参与战争罪、反人类罪的公司负责人责任的先河，尽管，也有瑕疵。[七百五十二]

参考文献：

1、[苏] 鲍·波列伏依：《纽伦堡审讯——随军采访四年》（四），北京：新华出版社，1984。

2、[民主德国] P. A. 施泰尼格尔编：《纽伦堡审判》（上卷），王昭仁、宋钟璜、关山、肖辉英、李兰琴、李国林译，北京：商务印书馆，1985。

3、[美]约瑟夫.E.帕西科，《纽伦堡大审判》，刘巍等译，上海人民出版社，2000。

4、张颖军：《法人跨国犯罪的国际法问题研究》，北京：中国社会科学出版社，2012。

5、[美] 克里斯多夫·多德， 拉瑞·布鲁姆 著：《纽伦堡来信：爱与正义的亲密档案》，周楠、李静 译，重庆：重庆出版集团，2013。

6、[德] 曼弗雷德·基特尔：《纽伦堡和东京审判之后——1945-1968 年日本与西德的“历史清算”》， 吕澍、王维江 译，上海：上海交通大学出版社，2014。

7、张颖军:《打击网络犯罪中的少数人权利保护》,中南民族大学学报，2011 年第 3 期。

8. Kevin Jon Heller, The Nuremberg Military Tribunals and the Origin of International Criminal Law, Oxford, 2011.

七百四十九比如， 2001 年《欧洲理事会网络犯罪公约》(Council of Europe Convention on Cybercrime) 第 12 条等。详见张颖军：《法人跨国犯罪的国际法问题研究》，北京：中国社会科学出版社，2012，第 61-83 页。

七百五十MarkosKaravias, Corporate Obligations under International Law, Oxford: Oxford University Press, 2013.pp.60.

七百五十一Gwynne Skinner, Nuremberg`s Legacy Continues: The Nuremberg Trials` Influence On Human Rights Litigation in U.S. Courts Under the Alien Tort Statute, 71 Alb. L. Rev. 321(2008).

七百五十二GrietjeBaars, Capitalism`s Victor`s Justice? The Hidden Stories Behind the Prosecution of Industrialists Post-WWⅡ, in: Kevin Jon Heller and Gerry Simpson ed., The Hidden History of the War Criminal trials, Oxford, 2013, pp.178.

9.Kevin Jon Heller and Gerry Simpson ed., *The Hidden History of the War Criminal trials*, Oxford, 2013.

10.MarkosKaravias,Corporate Obligations under International Law, Oxford, 2013.

11 、 Hans Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* 1 Int'l L.Q. 153 (1947).

12.William W. Bishop, JR., *The Case Against Hermann Roechling and Others*, 43 Am. J. Int'l L. 191-193(1949)

13. Herbert Kraus, *The Nuremberg Trial of the Major War Criminals: Reflection after Seventeen Years*, 13 DePaul L. Rev. 233 (1963-1964).

14. AndewClapham，"*The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court"*, in: Menno T.Kamminga and Saman Zia-Zarifi eds., Liability of Multinational Corporations under International Law,pp.158-159, Netherlands:Kluwer Law International, 2000.

15.Allison Marston Danner，*The Nuremberg Industrialist Prosecutions and Aggressive War*，46 Va. J. Int'l L. 651 (2005-2006.)

16. Gwynne Skinner, *Nuremberg`s Legacy Continues: The Nuremberg Trials` Influence On Human Rights Litigation in U.S. Courts Under the Alien Tort Statute*, 71 Alb. L. Rev. 321(2008).

17. Jonathan A. Bush，*The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said?*109 Colum. L. Rev. 1094 (2009).

18.Florian Jeβberger, *On the Origins of Individual Criminal Responsibility Under International Law for Business Activity: IGFarben on Trial*, Journal of International Criminal Justice, 8(2010), 783.

19.Michael P. Scharf, *Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of CustomaryInternational Law in Times of Fundamental Change,* 43 CORNELL INT'L L.J. 453 (2010).

20. Hans Vest， *Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law*，Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 851-872.

21. Sabine Michalowski, *No Complicity Liability For Funding Gross Human Rights Violations?* 30 Berkeley J. Int'l L. 451(2012)

22. SarahBedard, *Book Note: TheMauthausen Trial: American Military Justicein Germany*, 50 Osgoode Hall L. J. 763(2012-2013).

23. GrietjeBaars, *Capitalism`s Victor`s Justice? The Hidden Stories Behind the Prosecution of*

Industrialists Post-WW Ⅱ, in: Kevin Jon Heller and Gerry Simpson ed., The Hidden History of the War Criminal trials, Oxford, 2013, pp.163-192.

24. *Trial of the Major War Criminals before International Military Trial*, Vol. Ⅰ, published in accordance with the direction of the International Military Tribunal by the Secretariat of the Tribunal under the jurisdiction of the Allied Control Authority for Germany. Nuremberg, Germany, 1947.

25. *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and prepared by the UN War Crimes Commission, Vol. Ⅰ*, Ⅹ and Ⅸ. London: Published for the UN War Crimes Commission by his Majesty`s Stationery Office, 1947.

26. *Enactments and Approved Papers of The Control Council and Coordinating Committee of the Allied Control Authority in Germany*, compiled and printed by the Legal Division of the Office of the U.S. Military Government for Germany, 1945,Vol.Ⅰ

27. *Trials of war criminals before Nuremberg Tribunals under control council Law No.10,*compiled and printed by the Legal Division of the Office of the U.S. Military Government for Germany, October 1946- April 1949, Vol.ⅩⅣ.

Tracingthe Origin of Corporate Responsibility under International Criminal Law: The German Industrialists at Nuremberg Subsequent Trials

Zhang Yingjun

(Associate Professor, Law School, South-Central University for Nationalities, Wuhan, 430074)

[Abstract] Seventy years ago, four allied states concluded the London Agreement establishing the

International Military Tribunal in Nuremberg, Germany for persecution and punishment the major war criminals. It is the first time to trywar crimes by judicial approach instead of the Victor`s justice. It is rarely known, however, that theother military trials took place subsequently in the occupied zone by four Allied states, the most famous of them are the 12 trials by American Military Tribunal which seated in the same place withIMT, Nuremberg, Germany, and known as the Nuremberg Subsequent Trials. During that trials, some German Industrialists were tried for the first time in history for their involvement in war crimes. By research on those industrialist trials, it concludes that they could be the precedents to trace the origin of the corporate responsibility under international criminal law, although only the individualcriminal responsibility has been established during those trials.

[Key Words] Nuremberg Subsequent Trials; Industrialists Trials; International Criminal Law; Corporate Responsibility

国际刑事审判组织运用普遍性管辖权的问题研究

*

摘要：国际刑事审判组织审判的罪行有战争罪、危害人类罪、侵略罪、灭绝种族罪，这些罪行是公认的国际罪行，因而国家也对其有普遍性管辖权。这篇文章的意图不在于说明国际刑事审判组织与国家的管辖权冲突，而在于国际刑事审判组织可否运用普遍性管辖权对以上四类罪行予以管辖。本文共分成三个部分，第一部分分析国际刑事审判组织的管辖权来源，包括战败国同意、安理会的决议和国际公约；第二部分阐释普遍性管辖权的历史发展、法律依据和种类；第三部分分析国际刑事审判组织若适用普遍性管辖权将存在哪些问题，即在豁免和执行上，国际刑事审判组织尤其是国际刑事法院的审判存在哪些困境目前尚无法解决。

关 键 词：国际刑事审判组织　普遍性管辖权　豁免　执行

国际刑事审判组织对犯有某些国际罪行的个人可以行使管辖权，其管辖权的理念与普遍性管辖权一致，那么，国际刑事审判组织可以行使普遍性管辖权吗？下面我们对这个问题进行讨论。

一、国际刑事审判组织的管辖权

国际刑事审判组织的类型大致可分成临时的和常设的。历史上出现的临时的国际刑事审判组织有审判二战战犯的纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭，审判前南问题的前南刑事法庭，审判卢旺达种族灭绝问题的卢旺达刑事法庭等等。常设的国际刑事审判组织是指 2002 年在海牙建立的国际刑事法院。

国际刑事审判组织审判的对象包括了国家元首、政府首脑和政府官员，这些人员因其身份在国际社会上享有豁免。在国家主权平等，不允许干涉他国内政的国际法基本原则下，国际刑事审判组织的管辖权是如何取得的。以下列举国际刑事审判组织的管辖权的三种来源。

来源一：战败国同意

二战后审判德国纳粹和日本战犯的纽伦堡刑事法庭和远东刑事法庭，其管辖

* 刁婷婷，华东政法大学 2014 级法学硕士研究生

权来源于德、日等国与同盟国的协议，作为无条件投降的一项要求，接受国际刑事法庭的审判。

1945 年 8 月 8 日，在第二次世界大战结束之际，美、苏、英、法四国政府在伦敦正式签署关于控诉和惩罚欧洲轴心国主要战犯的协议，并通过《国际军事法庭宪章》作为审判的法律依据。

1945 年 9 月 2 日，日本接受《波茨坦公告》无条件投降后，苏美英三国外长于 1945 年 12 月 16 日～1945 年 12 月 26 日举行了莫斯科会议，议定并征得中国同意：“设立盟国管制日本委员会”。 依据《波茨坦公告》、莫斯科英、美、苏外长会议决定，1946 年 1 月 19 日，盟军最高统帅 D.麦克阿瑟公布了《远东国际军事法庭宪章》（1946 年 4 月 26 日修正）。

来源二：安理会授权

1993 年，联合国安理会审议和通过了第 808 号决议，表示深信在前南斯拉夫的特殊情况下，成立一个国际法庭，制止严重的违反国际人道主义法的行为，对犯有这种罪行的人绳之以法，有助于恢复与维持和平。同年 5 月 25 日，安理会通过了第 827 (1993)号决议，决定建立前南斯拉夫国际刑事法庭，“根据《联合国宪章》第七章采取行动”，“其唯一目的是起诉应对从 1991 年 1 月 1 日至安全理事会于和平恢复后的日期前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责的人，并为此目的通过上述报告所附的《前南刑庭规约》”。

1994 年 11 月 8 日，安理会通过了第 955 号决议（附有《卢旺达刑庭规约》），成立卢旺达问题的国际刑事法庭，对 1994 年 I 月 I 日至 1994 年 12 月 31 日期间，由卢旺达公民在卢旺达境内及邻国境内所犯的罪行，及非卢旺达公民在卢旺达境内所犯的罪行进行管辖，管辖罪行包括种族灭绝罪、危害人类罪及违反日内瓦公约共同第三条及第二附加议定书的行为。

塞拉利昂法庭、柬埔寨法庭和黎巴嫩法庭都是依照这种方式，在安理会决议的授权下，分别与塞拉利昂、柬埔寨和黎巴嫩政府签订特别协议建立。

这些依照安理会的决议成立的特别法庭，专门审理特定地区发生的国际罪行。目前来看，这种方式虽然是临时的，只针对特定地区的案件，但在安理会决议的作用下，但是成果显著。

来源三：条约

国际刑事法院成立的基础是 2002 年 7 月 1 号开始生效的《国际刑事法院罗马规约》，其主要功能是对犯有灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪

[1]的个人进行起诉和审判。实际上，国际刑事法院暂时还不能对侵略罪行使管辖权。2012 年 6 月 12 日，国际刑事法院成员国在坎帕拉通过《罗马规约》关于侵略罪的修正案，修正案规定了侵略罪的定义，侵略罪认定权问题上赋予联合国安理会首要责任，即如果安理会在获得提交案件后的 6 个月之内未作出裁定，国际刑事法院检察官可在该院预审庭批准后独自就侵略罪展开调查；与会的安理会五个常任理事国则认为，侵略罪的认定应是安理会的专属权利。

二、普遍性管辖权的相关问题

对于什么是普遍性管辖权有不同的定义。在提交给国际法律协会（International Law Association）的《对严重侵害人权的行为行使普遍性管辖权的最终报告》(The Final Report on The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences)中对其做出如下解释：在普遍性管辖权下，一国被授权，甚至是被要求，对特定的严重犯罪行为开始刑事程序，无论该行为发生地，行为人的国籍或被害人的国籍是否和该国有关。

（一）普遍性管辖权的发展历程

普遍性管辖权的历史可以追溯到 16 世纪的西班牙国王 Covarruvias，他认为对于具有危险性的罪犯，所有国家都有责任对其惩罚或引渡，这是“或起诉或引渡” 原则的开始。19 世纪到 20 世纪初，在殖民地国家之间订立了多边条约，约定相互有义务放逐或镇压危害国际关切的罪犯。此时，普遍性管辖权的对象包含了一般的犯罪和国际罪行。二战之后，对一般罪行的管辖逐渐从普遍性管辖中脱离出来。

我们现在所说的普遍性管辖就是指对国际罪行的管辖，它的发展是从国际法的两个重要奠基人开始，即格劳秀斯和瓦特尔。在格劳秀斯的经典著作《战争与和平法》中，他说道：“对通常犯罪的惩罚或宽恕，应当交由国家和他们的统治者自由裁量[2]……然而，国王有权对那些没有直接影响到他们的国家，但却严重

[1]《国际刑事法院规约》第五条

[2] Grotius, The Law of War and Peace, translated by FW Kelsey, book II, chapter XXI, section III, 1.

违反了自然法或严重违反了他国人民的法律的行为予以惩罚[1]”。接着他又提到了在他国请求引渡的前提下，对罪犯或引渡或起诉。[2]

瓦特尔在他的著作《万国法》（The Law of Nations or Principles of Natural Law Applied to The Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns）中提到：“对那些严重违反公共安全，自称是人类的敌人的罪犯应当予以处罚，无论自身是否受到侵犯……海盗应当在第一次落入的人手中被处以绞刑……如果罪行发生地国对他要求管辖，则其他国家可以将罪犯交给罪行发生地国。”[3] 格劳秀斯和瓦特尔都将普遍性管辖与引渡结合起来。当外国向拘留国发出引渡的要求，拘留国既可以将其引渡给该外国，也可以由自己国家的法院予以审判。

之后，普遍性管辖权原则被背书在很多国际决议中，比如国际法学会 1931 年剑桥会议中，通过了一项关于刑事管辖权的新决议，该决议第五条规定：“所有国家都有权惩罚出现在该国领土上的，在他国犯下违反国际法所保护的一般利益的罪行的外国人（比如海盗，贩奴，买卖白人妇女，传播感染性疾病，攻击国际通讯途径，破坏海底电缆，仿造货币和证券等），在没有国家对其提出引渡请求或者是发生地国或该罪犯国籍国没有接受引渡要求的情况下。”

相似的条款在 1932 年的国际比较法学会议中被接受。在这些文件中，引渡与普遍性管辖是相联系的，但这种联系在逐渐削弱，并独立发展。

（二）普遍性管辖权的法律依据

《防止及惩治危害种族罪公约》第六条规定：“凡被起诉危害种族罪或有第三条所列行为之一者，应交由行为发生地国家之主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审理之。”根据这一条，无法直接得出对于危害种族罪的普遍性管辖权，但是该公约是从习惯法发展而来。之所以如此规定，可能是因为种族灭绝行为往往是发生地国家的责任。[4]

---

[1] 同上，chapter XX, section XL, 1.

[2] 同上，chapter XXI, section IV, 1.

[3] Vattel, The Law of Nations or Principles of Natural Law Applied to The Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, translated by J Chitty, book I, chapter XIX, para 233.

[4] Luc Reydams, Universal Jurisdiction: international and Municipal Legal Perspectives, Oxford

《联合国海洋法公约》第九十九条是关于贩奴罪的规定：“每个国家应采取有效措施,防止和惩罚准予悬挂该国旗帜的船舶贩运奴隶,并防止为此目的而非法使用其旗帜。在任何船舶上避难的任何奴隶、不论该船悬挂何国旗帜,均当然获得自由。”《联合国海洋法公约》第一ＯＯ条是关于海盗罪的规定：“所有国家应尽最大可能进行合作,以制止在公海上或在任何国家管辖范围以外的任何其他地方的海盗行为。” 《联合国海洋法公约》的这些规定是对国际习惯法的编纂，打击海盗和贩奴是公认的国际法罪行。

《1949 年日内瓦四公约》是对国际习惯中战争法规则的编纂，其中共同第一条规定：“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。”共同第二条规定：“于平时应予实施之各项规定之外，本公约适用于两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突,即使其中一国不承认有战争状态。凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。冲突之一方虽非缔约国，其他曾签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束。设若上述非缔约国接受并援用本公约之规定时，则缔约各国对该国之关系，亦应受本公约之拘束。”世界上绝大多数国家都加入了日内瓦四公约，表明了对其习惯法地位的认可，战争罪、危害人类罪作为习惯法上的国际罪行以条文的形式被确立下来。

（三）两类普遍性管辖权

从历史来看，普遍性管辖权是国家对特定罪行的管辖权，仅当犯罪嫌疑人出现在该国领土时可以行使，尽管该国与该罪行没有任何其他关联。[1] 但是，现今人们尝试扩大对普遍性管辖权的解释：即使犯罪嫌疑人不在该国领土上，也可以对其进行管辖。这就是缺席的普遍管辖权。

传统的普遍性管辖权与缺席的普遍性管辖权的区别在于,前一种要求犯罪嫌疑人出现在该国领土内,而后一种则允许任何国家对该嫌疑人的罪行进行刑事程序，而无论该嫌疑人是否出现在该国领土内。缺席的普遍管辖权与所有国家都有

Monographs in International Law, P52

[1] Mitsue Inazumi, Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law, School of Human Rights Research, p 101

权对严重违反人权的罪行进行处罚，并有应当采取任何可能的措施将罪犯绳之以法的价值理念。[1] 此时国家行使管辖权不是为了特定的国家利益，而是为了国际社会的福祉。

有些人认为将传统的普遍性管辖权与缺席的普遍性管辖权区别开来是没有必要的，因为行使缺席的普遍性管辖权是为了逮捕身在国外的犯罪嫌疑人，而最终获得传统的普遍性管辖权并对犯罪嫌疑人进行审判。但是 Mitsue Inazum 认为对其进行区别是必要的。这因为他们在国际公约和习惯法中的地位不同。传统的普遍性管辖权是被国际社会所广泛认可的，做出这种规定的有加拿大[2]、德国[3]等。

关于缺席的普遍性管辖权也有一些国际实践，比如美国法院在 Demjanjuk 案中承认了缺席的普遍性管辖权，将犯罪嫌疑人引渡去以色列。但缺席的普遍性管辖权在实践中不被广泛承认和使用。一国开始逮捕程序后需要从他国引渡犯罪嫌疑人，由于没有充分的法律依据，其引渡请求在他国会遭受质疑，相对于传统的普遍性管辖权，它的合法性常常受到挑战。

三、国际刑事审判组织运用普遍性管辖权存在的问题

国际刑事审判组织行使管辖权的理论基础与普遍性管辖权相同。第一，他们都是对危害国际社会全体成员共同利益或国际社会整体利益的最严重的罪行进行追诉和惩罚，比如战争罪、侵略罪、反人类罪、灭绝种族罪。第二，能够有效管辖这些罪行的管辖权归属缺失或不确定，导致这些罪行不能被追诉，比如对海盗罪的追诉。[4] 但通常不认为国际刑事审判组织的管辖权是普遍性管辖权，之所以这样，原因有以下两点：

---

[1] 同上，p102

[2] 加拿大《2000 年危害人类罪和战争罪法案》第八部分

[3] Mitsue Inazumi, Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law, School of Human Rights Research, P104

[4] Mitsue Inazumi, Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law, School of Human Rights Research, P106

（一）国家行使普遍性管辖权有豁免，而国际刑事审判组织对此则持否定态度

在国际法上，特定的政府行为和特定的政府官员在他国法院享有豁免，尤其是他国的刑事法院。这项豁免与国际刑法尤其相关，因为国家可能会犯下国际罪行，豁免可以保护那些犯下国际罪行的当权者。[1]

对当权者的豁免是基于两个国际法上的基本理念。第一，根据所有国家主权平等原则，一国不能对另一国或代表另一国的人进行审判；[2] 第二，为了国家交往的有效进行，需要允许最低限度的跨境活动，如果当权者可能在他国遭遇逮捕或审判，将不利于国家间通常的交往。[3]

因此，国家行使普遍性管辖权需要考虑豁免。一国的刑事法院不能对他国特定的政府官员行使管辖权，主要是指对国家元首、政府首脑、外交部长、外交官员的管辖。国家行使普遍性管辖权受到豁免的限制。

而在国际刑事审判组织中，个人却不因自己的官方身份享受豁免。

1946 年《纽伦堡法庭宪章》第七条规定：“被告的官方职务，不论其为国家首脑或为政府某一部门的负责官员，均不应被作为免刑或减刑的理由。”《远东国际军事法庭宪章》第六条是关于“被告之责任”的规定，虽然由于政治上的原因回避明确“国家元首”的提法，但在该条款中还是规定：“被告在任何时期所曾任之官职，以及……均不足以免除其被控所犯罪行之责任。”[4]

1993 年由联合国安理会通过的《关于前南斯拉夫问题国际法庭规约》第七条第二款和 1994 年由联合国安理会批准的《关于卢旺达问题国际法庭规约》第六条第二款规定，被告人的官职地位，不论是国家元首，还是政府首脑或政府负责官员，既不能免除他们的刑事责任，也不能减轻其刑罚。

《罗马规约》中第二十七条规定：“(一) 本规约对任何人一律平等适用,不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议

---

[1] Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law(Second Edition), T.M.C Asser Press, P235

[2] Prosecutor v. Blaskic, ICTY (Appeals Chamber), Decision of 29 October 1997, paras. 38, 41

[3] A. Cassese, International Criminal Law, 2nd edn.(2008), P303

[4] 管建强，《普遍性管辖与豁免的冲突》，东方法学，2010 年 06 期

员、选任代表或政府官员的官方身份,在任何情况下都不得免除个人根据本规约所负的刑事责任,其本身也不得构成减轻刑罚的理由。(二) 根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则,不妨碍本法院对该人行使管辖权。”

因为国际刑事法院的这一特征，很多国家未参加罗马规约，尽管国际刑事法院的理念与普遍性管辖权相同。目前缔约国数量是 123 个[1]与战争罪、反人类罪、种族灭绝罪及侵略罪等已形成国际习惯法，并受到国家的普遍性管辖权的管辖不同，国际刑事法院的管辖权并没有在国际社会被广泛认可。而特别国际刑事法庭的管辖权也因豁免而与国家的普遍性管辖权有所区别。

（二）国际刑事法院行使普遍性管辖权将导致执行难的问题

纽伦堡军事法庭、远东军事法庭、前南刑庭、卢旺达刑庭等等临时的国际刑事审判组织都未遭遇过执行困境，因为他们有些是基于战败国同意，有些是根据安理会决议，具有强制力，因此犯罪嫌疑人大都出席了审判并接受惩罚。国内法院依据传统普遍性管辖权进行的审判理论上也能获得执行。但国际刑事法院却没有这样的好运气。以南苏丹为例。

苏丹于 2000 年 9 月签署了罗马规约，但规约至今尚未在国内批准。2004 年 9 月初，美国前国务卿 Colin Powell 呼吁联合国安理会对南苏丹达尔富尔地区正在发生的灭绝种族事件采取措施。[2]Colin Powell 特别提到了 1948 年《防止及惩办种族灭绝罪公约》第八条，该条文授权缔约国“提请联合国之主管机关遵照联合国宪章采取其认为适当之行动，以防止及惩治灭绝种族之行为或第三条所列之任何其他行为”。

联合国安理会在 2004 年 9 月 18 日的第 1564 号决议中对 Powell 的申请做出回应，成立国际调查委员会，立即对所有国家关于达尔富尔地区的违反国际人道

---

1 http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/icc%20at%20a%20glance/Pages/icc%20at%20a%20glance.aspx

最后一次访问时间 2015 年 4 月 28 日

2 Secretary Colin L. Powell, Testimony before the Senate Foreign Relations Committee, Washington DC, 9 September 2004

法和人权法的报告进行调查，对该地区是否存在种族灭绝行为，若存在，该行为是由谁实施的，谁应当对该行为负责进行判断。

根据这份安理会决议，国际调查委员会随即在联合国大会上成立。该国际调查委员会由杰出的国际法学家、曾任前南刑庭主席的 Antonio Cassese 带领进行调查，并于 2005 年 1 月 25 日向联合国大会提交报告。委员会认为发生在达尔富尔地区的行为没有触犯种族灭绝罪，而触犯了反人类罪，并呼吁由国际刑事法院来处理这个案件。

经过讨论，联合国安理会通过决议将“达尔富尔地区从 2002 年 7 月 1 日起发生的情势”提交给国际刑事法院。[1] 该决议提到，苏丹政府和其他冲突相关方应当履行国际法义务，充分地与国际刑事法院及其检察官合作并提供所有必要的帮助。其他成员国也均被要求协助国际刑事法院执行这项决议。美国、阿尔及利亚、巴西及中国均在该项决议的表决中弃权。

2005 年 12 月，负责该情势的检察官 Moreno-Ocampo 在他的报告中说，他的办公室已经向 11 个国家及 17 个国际组织（包括政府间的和非政府间的）发送了协助调查的请求，已经在 17 个国家找到了证人，对 100 多个潜在的证人进行了录像，并采集了一些正式的情况陈述。在 2006 年 3 月 23 日的外交简报中，该检察官说道：“达尔富尔地区为国际刑事法院设置了新的挑战。此时任何来自于国家的或国际社会的调查将会对受害者造成风险，这是这一地区新的安全情势。没人可以对对达尔富尔地区进行司法调查。ICC 对此的优势在于能更容易地从外部进行调查。我们对分布于 10 多个国家的证人进行了采访。我们计划将一份更清晰的罪情在 6 月交给安理会。我们在去年的 11 月和今年 2 月去苏丹执行了两次任务。我们已经对合作和案件的可受理性进行了讨论。我们采访了一些人。苏丹将会针对我们提出的要求提供进一步的信息。”

但是，案件提交给 ICC 超过一年的时间，ICC 仍没能对任何人发布逮捕令。分管达尔富尔地区情势的国际刑事法院的预审分庭对此感到尴尬，决定寻找第二种意见[2]。这种从未有过先例的行为表面上是根据罗马规约第 57 条第三款第三项，

---

[1] UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 1.

[2] Situation in Darfur, Sudan (ICC-02/05), Decision Inviting Observations in Application of Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence , 24 July 2006.

“在必要的时候,下令保护被害人和证人及其隐私,保全证据,保护被逮捕或被传唤到庭的人，及保护国家安全资料”。但是事实上，法官们是质疑检察官的关于达尔富尔地区的安全形势导致他无法进入该地区进行调查的主张。他们征询了两位法庭之友的意见：Antonio Cassese 教授和联合国人权高级委员 Louise Arbour。他们分别在 2006 年 8 月和 9 月提交了报告。他们对该地区的情势采取了相同的立场，认为检察官夸大了达尔富尔地区影响调查的安全问题。

在 2007 年 4 月，ICC 预审分庭发出了两项逮捕令，一个是针对一名政府高级官员，另一个是针对一名控制实施这些危害人类罪和战争罪罪行的军队领导。但是苏丹政府拒绝向 ICC 提交这两名被指控的人,尽管它有向安理会合作的义务。ICC 因此感到受挫，但是接下来，检察官向预审分庭申请对苏丹总统 Omar Al-Bashir 的逮捕令,并获得了同意。但是预审分庭于 2009 年 3 月发出的对 Omar Al-Bashir 的逮捕令中只有对危害人类罪的指控，而取消了灭绝种族罪指控。检察官对此提起了上诉，并成功地让预审分庭再次考虑种族灭绝罪。

但是针对 Omar Al-Bashir 的指控引起了轩然大波。非洲联盟向安理会申请适用罗马规约第 16 条，推迟调查或起诉。[1] 随后安理会在第 1828 号决议的前言中提到“注意到 7 月 21 日非洲联盟（非盟）和平与安全理事会第 142 次会议的公报（S/2008/481），考虑到该理事会成员就 2008 年 7 月 14 日国际刑事法院检察官提出申请后的可能事态发展所表示的关切,并注意到他们打算进一步审议这些事项”。在安理会上的争论中，利比亚和印度尼西亚支持这项推迟，甚至英国也说道：“我们不会妨碍安理会依据罗马规约第 16 条讨论是否推迟 Omar Al-Bashir 的案子，但是这项讨论会引起关于和平与公正的关系的根本问题的争论。而这不是安理会应当仓促从事的。”俄国也提请安理会注意，非结盟运动、伊斯兰会议组织、阿拉伯国家联盟的观点与非洲联盟相同，而这些组织代表了世界上 2/3 的人口。非洲联盟在 2009 年 7 月向安理会提交了不会逮捕或交出苏丹总统 Omar Al-Bashir 的决定。[2]

---

[1] African Union Peace and Security Council Decision (PSC/Min/Comm(CXLII)),21 July 2008, paras. 3, 5, 9, 11(i).

[2] Decision on the Meeting of the African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), Doc. Assembly/AU/13 (XIII), para. 9.

除了对这三名政府人员的指控，检察官还对叛乱组织的领导进行了指控。当反政府武装团体对在苏丹执行任务的非洲联盟维和部队人员实施攻击时，检察官申请了三项逮捕令。[1]其中 Abu Garda 自愿到法院，所以没有对其发出逮捕令，而是发出了传票，并最终因没有足够证据可以认定他命令实施了这场袭击而解除控诉。[2]其他两名叛乱团体首领也于 2010 年 6 月自愿到法院。

发生在南苏丹达尔富尔地区的情势，经国际刑事法院受理发出逮捕令后，由于政治原因未能继续对苏丹总统 Omar Al-Bashir 的刑事程序。这表明了尽管国际刑事法院可以接受来自安理会提交的情势，但仍然可能因为政治原因，使得它的决定不能获得执行。国际社会没有超越国家的强制力量，除了安理会根据宪章第七章所做的决议。所以，即使国际刑事法院依据罗马规约获得了管辖权，仍然可能面临判决无法执行的窘境。

国家行使传统的普遍性管辖权，被指控者已在该国境内，因此不会产生执行难这一问题。在临时的国际刑事审判组织中，因为有战败国的同意或安理会的决议，也不会存在执行的问题。而在依据条约建立的常设国际刑事法院中，没有强制执行的机构，执行将成为一个难以解决的问题。因此即使国际刑事法院可以依据普遍管辖权对被指控者进行审判，而通常行使普遍管辖权是因为被指控者不在国际刑事法院的控制之下，如何抓捕到被指控者对其进行审判是个问题，要知道，国际刑事法院不能缺席审判。即使可以，审判之后又依据什么让罪犯去服刑呢？

综上，国际刑事审判组织尚不能够依据普遍性管辖权对犯有战争罪、危害人类罪、种族灭绝罪及侵略罪的个人进行管辖。

参考文献

（一）论文类

管建强：普遍性管辖权与豁免的冲突，东方法学，2010 年 06 期

[1] Situation in Darfur, Sudan (ICC-02/05), Summary of the Prosecutor‘s Application under Article 58, 20 November 2008.

[2] Abu Garda (ICC-02/05-02/09), Decision on the Confirmation of the Charges, 8 February 2010, paras. 147-8.

（二）著作类

1. Kenneth S. Gallant, The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law, Cambridge Studies in International and Comparative Law.

2. Mitsue Inazumi, Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law, School of Human Rights Research.

3. Luc Reydams, Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives, Oxford Monographs in International Law.

4. Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law (2nd edn), T. M. C. Asser Press.

5. Malcolm N. Shaw, International Law (6th edn), Cambridge.

6. William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court (4th edn), Cambridge.

国际政治[1]视野下的私人部门在国际法规范形成和发展中的作用

复旦大学法学院　马忠法*

[摘要] 一般认为国际政治行为体主要是国家及其基础上的国际组织，其实质是是各种行为体之间的利益关系，核心是国家间的利益。为此，国际法规范多被认为是国家间意志的妥协。实际上，自近现代国际法形成之日起，国际法规范就是私人部门（以公司为典型代表）推动的结果，且在国际法规范发展过程中跨国公司等起到了至关重要的作用，甚至某些规范本身（如知识产权领域的主要协定）就是它们意志的体现。为此，必须重视私人部门在未来国际规范发展中的地位，以人类长远利益和共同利益为导向来影响、激励私人部门在国际法治建设中的正面作用，并从人权保护的高度促使私人部门积极参与国际法治建设。

[关键词] 国际政治　私人部门　国际法规范

引言

长期以来，国际政治都主要以国家或基于国家基础上形成的政府间国际组织作为自己的主要行为体。在国际关系理论中，两种主要流派——现实主义和自由主义——的核心观点可以证明这点。在现实主义者看来，国际政治的核心是国家利益和权力，各国围绕该核心而展开国际社会间各种活动；国家是国际政治最主要的行为体。而对于理想主义或新自由主义来说，国家也是国际关系的重要行为体，但基于国家基础上的国际组织可能发挥更大的作用；他们认为，可以“用国际组织约束各国战争行为和保障世界和平”，“和平与正义、国际法律和国际组织，应当也可能是国际社会大家庭共同追求的一种目标和架构”。[2]总体上说，在国际关系中，国家及其基础上的国际组织在表象上一直是最主要的行为体，并在国际法规法的形成和发展中居于主导地位。然而，事情的真相并不如此简单。下面的观点，虽可以商榷，但不能否认其一定意义上的合理性：“由于全球的相互依存及技术的发展（如核技术），国际关系在发生微妙的变化，世界不仅变得更小，而且国家、民族国家及国家体系等在取得人类福利和安全方面所起的作用愈来愈小。”[3]

本文认为，随着气候变化、环境污染、公共健康、知识产权等人类共同关心的公共话题

*马忠法，复旦大学法学院，国际法学教授，博士生导师。

[1] 有学者认为用“全球政治”或“世界政治”代替“国际政治”更妥，因为“国际政治”没有将非国家行为体如非政府组织等涵盖其中，“国家中心”之范式难以准确反映当下全球政治的状况（参见王逸舟著：《西方国际政治学：历史与理论》，中国社会科学出版社，2007 年版，第 2 页）。本文仍沿用“国际政治”是因为在目前的国际法规范中，国家仍是其最主要的行为体，但所谓“国家”这一高度抽象的客观存在物是无法制定所谓国际规范的，其背后都是各国特定的利益集团，而这样的利益集团无疑难以脱离特定的私人主体之影响，甚或某些规范就是某些私人利益集团意志的表达。

[2] 参见王逸舟著：《西方国际政治学：历史与理论》，中国社会科学出版社，2007 年版，第 47、56 页.

[3] Oran Young, "*The Actors in World Politics*", in James N. Rosenau, Vincent Davis and Maurice A. East (eds.), *The Analysis of International Politics*, Free Press, 1972, p.128.

的增多，国际政治的实质及其行为体似乎也在发生这微妙的变化，而这必然会对与国际政治密切相关的国际法规范带来难以避免的影响。其中，国际组织在世界生活中发挥越来越重要的作用，已被人们逐渐接受，而其他非国家行为体如跨国公司等对国际关系产生的深远影响，似乎仍在探索之中。实际上，国际制度、不同行为体之间的合作及相互影响在日益发挥出积极作用。其中，最突出的是：私人部门在掌握诸多高新技术及具备较强经济实力的情形下，在国际事务中的影响和作用日益彰显。例如，2014 年 2 月西部非洲利比里亚、塞拉利昂和几内亚等国发生的、至今尚未结束的、涉及公共健康与安全的埃博拉疾病让全球处于相对紧张状态：有关国家的政府、国际组织等积极参与，力图将埃博拉带来的负面影响控制在最小的范围之内。然而，为何一个地域性疾病在全球引起这么多的关注？因为全球化下任何一个地域性的事件都将变成全球性的问题；而针对频繁发生的埃博拉病毒缺少有效的治疗药及预防药的一个根本原因在于私人部门投入研发治疗或预防该类药的动力不足，因为很长时间以来，它是地方性疾病且处于非洲，市场狭小，无利可图，全球各大跨国医药巨头不愿意投资开发此类药品。在过去，这也许影响不大，但随着全球一体化的进一步加深，任何地域性的事件都有可能给全球带来不利后果。而且，我们从这一个事件中，也可以看出作为私人部门的典型代表——-跨国公司---在今天世界生活中的地位和作用。

其实，上个世纪七八十年代，国际社会已经注意到跨国公司在全球经济、政治和社会等各个方面的影响，并在联合国体系下试图通过《跨国公司行动守则》，但最终以失败而告终。上世纪九十年代后期，全球环境问题日趋严重，特别是温室气体排放带来的气候变化，引起全人类的重视；在温室气体减排及环境保护应对方面，国际组织十分关注私人部门在应对这些危机中的重大作用。然而，这些是表象，如果我们将眼光伸向自文艺复兴以来国际社会或政治的发展演变，我们可以发现任何一个重大的政治活动或国际法律规制中重要环节无不与私人活动相关，只是它们在以国家为主要行为体的光环之下被有意无意地掩盖下去了。本文试图从国际政治的实质及其行为体入手，考量近现代国际法规范中私人作用，以为人类未来寻求私人部门在国际政治视野下其与国际法规范之间形成良性互动做点探索。

一、国际政治的行为体、实质及国际法规范

（一）国际政治的行为体及其实质

国际政治意指国家间的政治，民族国家之间为权力、利益、安全而进行的各种活动，是国家间的权力和利益的争夺，[1]是各主权国家、国际组织以及各种政治力量相互之间的关系及其矛盾运动过程的综合。[2]从定义中可以得出国际政治是指主要依赖以主权国家（政府间国际组织也是建立在主权国家基础之上）为利益单元的实体间的政治活动，它与国际关系、国家间的互利与合作、各个国家的政治动态有很大的关系。作为一门学科，它是研究以国家为主体的国际行为体的跨国互动关系，并进而主要从政治的视角研究影响这种互动关系的一

[1] 刘胜湘主编：《国际政治学导论》，北京大学出版社，2010 年版，第 5 页。

[2] [美]汉斯.摩根索著：《国家间政治》第七版，徐昕等译，北京大学出版社，2005 年版，第 47 页。

切因素的学科。其诞生的标志是 1919 年由英国工业实业家戴维斯在威尔士建立的国际政治系；[1]显然其晚于国际法的诞生。有意思的是，不论是国际政治的诞生，还是国际法的诞生与发展，都与私人有着密切联系。[2]

国际政治行为体是构成国际社会的基本单位。在当代国际社会中，主要分两类，即国家行为体（即主权国家）和非国家行为体，其中前者居于主导地位，广义上它指国家或国家集团，而狭义上指主权国家，即在国际法上是享有权利和承担义务的独立行为体，是国际政治的基本行为体。构成国家需具备四个要素：确定的领土、定居的人民、一定的政府组织和完整的主权。[3]其中主权是国家最重要的属性，是一个国家独立自主地处理国内外事务的最高权力，具有鲜明的权威性和完全的排他性。在国际关系中，国家行使主权，进行制订和实行对外政策、处理国际事务、签订条约和协定、宣布战争与和平等一系列职能活动。当今世界上 约 200 个主权国家之间的关系构成了国际政治的主要内容和基本形式。

国际关系通常表现为三种基本状态：竞争、合作和冲突。竞争是国际政治最基本、最普遍的运行状态。由于资源的有限性，一国为了实现其国家利益，需要在政治、经济、军事、科技等领域同他国相互竞争，以获得竞争优势进而促进本国不断发展。良性竞争可以促进相互间经济、技术发展和社会进步，但是不良竞争会加深国际经济、政治危机，甚至可能转化为冲突和战争。合作是各国及其他相关行为体在一定领域和范围内，在利益和目标一致或基本一致的基础上所进行的相互配合的协调或联合行动。合作领域包括政治、经济、军事、文化等，合作形式可以是双边、区域或全球合作。第二次世界大战后，全球总体上处于和平状态，其中各种国际行为体之间多渠道、多层次的合作起到了至关重要的作用。然而，这种合作显然打上了不公平的烙印，由于发展中国家处于的弱势地位，国际合作的规则基本上是由发达国家所制定，从某种意义上说，没有能够最大程度发挥国际合作所应该发挥的作用。冲突是各种国际行为体之间因彼此利益和目标不同而造成的矛盾和对立。各国都有特定的国家利益，任何主权国家都不会放弃或忽视该国的国家利益，因此在国家消亡之前，国际冲突是不可避免的。和平语境下的冲突往往是贸易制裁等，而战争是最严重的国际冲突。在当下，由于技术发展、文明进步及国际和平力量的不断壮大，通过战争解决冲突的概率日渐减少。

一般认为，非国家行为体指国家以外能够独立地参与国际事务的实体，包括国际组织（含政府间和非政府间国际组织[4]）、政党、民族解放组织、跨国公司、恐怖主义组织等，由于其

---

[1] 参见李少军：《国际政治学概论》（第二版），上海人民出版社，2006 年版，第 5 页。

[2] 如因 1625 年出版《战争与和平法》而被视为国际法之父的格老秀斯，最早就是为荷兰东印度公司与葡萄牙商人之间的争端而写《捕获法》而促使他对国际法进行关注和深入的研究。20 世纪初，随着美国的崛起，为在全球活动寻求到充分的国际法依据，在钢铁大王卡耐基的支持下，美国一部分学者系统地将欧洲大陆经典的国际法专著译成英文。1922 年成立的“国际常设法院”总部确定在海牙，其建筑和平宫也是由卡耐基捐助建立。

[3] See Article 1 of *the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States* which was a treaty signed at Montevideo, Uruguay, on December 26, 1933, http://www.cfr.org/sovereignty/montevideo-convention-rights-duties-states/p15897.

[4] 至 2014 年 11 月，从国际协会联盟（Union of International Association）网站上可以知道，目前其数据库中收集的国际组织有 66000 多个，分布于世界 300 多个国家和地区，其中包括政府间国际组织(IGOs)和非政府间组织 (INGOs)，每年约增加 1200 个新组织。See *The Yearbook of International Organizations*，

作用同主权国家相比具有一定的局限性，它不具备主权国家的某些特殊权利、义务，如领土、主权等，在国际社会中，它们对国际政治的影响显然从形式上看小于国家。对此，我们持有异议。由于数量多，活动领域广，非国家行为体对国际关系产生日益重要的影响，已成为国际政治不可缺少的积极参与者。由于它们的性质、宗旨、成员、组织形式的不同，非国家行为体常常发挥着国家难以替代的作用。如这种观点可能低估了政府间国际组织的价值，特别是联合国在解决国际冲突、推动国际合作、维护世界和平与安全等方面的重要作用。更主要的是，它实际上只看到国家作为一个特殊的主体或怪兽在国际社会中行为和表现，而忽略了其背后真正起作用的利益集团所扮演的角色，其中尤以跨国公司的表现最为隐蔽。实际随着科技的发展，特别是通讯和交通领域，以及经济因素在国际政治的地位与作用在日渐增大，我们必须认识到，它们的影响几乎是无处不在。例如，西方所谓的以“议会代表”为特色的代议制，通过选举“代表”来行使权力的最终结果是跨国公司为自己在议会中选出自己的代言人，然后以国家的名义在国际社会实现自己的利益目标。本质上，国家行为真正的决定者不是所谓的国家而是国家表象背后的私人部门或集团。此外，全球化下，国际组织，特别是NGO 的作用不容小觑，特别是他们在人权、环境保护等方面的作用日益彰显。除了背后行为之外，跨国公司还可以直接参与国际政治。

（二）国际政治的实质

政治是一个特定社会中各种权力主体维护自身利益的特定行为以及由此结成的特定关系，而国际政治的实质是是各种行为体之间的利益关系，核心是国家间的利益关系。主权国家和其他行为体各有其特定的利益。它们为实现自己的利益，在国际舞台上积极活动，力图引导或影响国际形势的发展，创造对自己有利的国际环境。各种行为体之间的利益关系错综复杂，既有共同利益，也有不同或相悖的利益。共同利益和暂时的共同利益，可以构成国际协调与合作的基础；而利益的不同或相悖，则是引起摩擦和冲突的根源。国家利益是影响、推动或制止国家在国际关系中行为的基本动因，具有多样性和复杂性。其内容主要包括：安全、经济、政治、科技、文化、社会制度、意识形态以及国际威望和地位等。

国际政治像一切政治一样，是追逐权力的斗争。无论国际政治的终极目标是什么，权力总是它的直接目标。利益的观念确实是政治的实质，不受时间和空间的环境的影响。以权力界定的利益概念时帮助政治现实主义找到穿越国际政治领域的道路的主要路标；以权力所界定的利益这一关键概念是普遍适用的客观范畴，但它并不意味着该概念的含义永久不变。[1]近现代战争是资本主义的产物，是由他们为了追求利益无止境地争夺市场和投资机会之需求而引起的；在熊彼特看来，资本主义有着和平导向的效果，通过强调利润高于光荣和征服等来限制帝国主义；资本主义是一个不间断的“创造性毁灭”的过程，认为的创造性与毁灭性是同源的。[2]但在技术足以毁灭人类的今天，战争日渐受到人们的唾弃，而从战争及战争法中

---

http://www.uia.org/yearbook.

[1] [美]汉斯.摩根索著：《国家间政治》第七版，徐昕等译，北京大学出版社，2005 年版，第 29-35 页。

[2] Christian Reus-smit and Duncan Snidal, International Relations, Oxford University Press,2008, p.711.

形成的一系列解决行为体之间的冲突的方式和手段及二战后 60 多年形成的以国际法规范存在的国际制度在日渐扮演着决定性的作用。

（三）国际法规范

法律是特定社会政治制度的产物，它由规范、标准、原则、制度及程序等构成，其目的是为了确立和维护秩序，加强可靠的预期，保护“个人(persons)”及他们的财产和其他利益，以及实现其他价值。[1]不论是在战争还是和平环境下，各国之间利益的妥协与平衡离不开国际法规范；在和平年代里国际法规范更是起到了奠基性的作用。二战以来国际社会及国际政治的实践充分证明了这一点。在冷战以后，随着多极世界的日渐形成，一国霸权难以在全球产生决定性影响的情况下，作为各国之间的意志妥协---国际法规范——成为协调各国，特别是大国之间关系的主要依赖。

国际法规范是国际法内容的具体体现，主要是以国际法文件的具体条款体现出来。国际法是调整国际社会关系至为重要的根据或手段，是国际政治的重要内容。它意指调整国家之间关系的有法律拘束力的原则、规则和制度的总体；[2]这一定义简洁地道出了国际法在形式上的表现（原则、规则和制度之总体）及其法律上的内涵（有法律拘束力）。相较而言，下一定义给出了更进一步的实质：国际法是在国际交往过程中形成的、各国承认的、表现这些国家统治阶级的意志、在国际关系上对国家具有拘束力的行为规范，包括原则、规则和制度的总体。[3]它指出的实质是国际法是“国家统治阶级的意志”，其实就是国内某些私人利益集团的意志，而这正是本文欲分析的重点。当然该定义中，提到对“国家具有拘束力”可能主要指直接的影响力，实证表明，今天国际法义务的履行，离开私人主体的配合和履行，可能是寸步难行。国际技术转让领域的有关义务履行不畅是个典型，而有关知识产权条约在各国能够得到较好的履行，是私人主体积极努力和配合的结果。因此可以这么说：国际法及国际法规范最终调整的利益主体及其履行的状况，都不可避免地与私人联系起来。

全球公共问题日益增多和严峻，在全球化和新技术发展的背景下，国际法规范的作用更显突出。国际法规范的主要渊源为国际条约、国际习惯法、一般法律原则及判例和权威公法学家的学说等。在近代社会早期，调整跨国之间的关系，主要靠国内法及国际习惯。随着人类社会文明进程的不断推进及各国交往的加深，不论是战争形式下还是和平年代里，国际条约日渐成为各国处理彼此关系的主要依据。因此，调整当下国际政治中国家关系主要是国际条约。在战争作为解决人类争端手段不断被人们所唾弃的过程中，和平方式的交往成为国际条约形成的主要基础，这不同于战争状态下战败国被迫接受的不平等条约。今天，经济、贸易、环境保护、文化交往及投资方面的条约占据了绝对部分，而有关战争的规范尽管仍然存在，但比例已经大大缩小。

形式上看，国际条约主要有国家来谈判、形成，它是国际政治关系发展的重要标志。国

[1] Lorri Damorasch, *International Law*, West Academic Publishing, 2014,pp.2-3.
[2] 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社，1995 年版，第 2 页。
[3] 周鲠生：《国际法》，1981 年版，上册，第 3 页。

际政治的核心词是国家利益，但到底何为国家？国家是一个抽象的客观概念，它抽象存在，最终实际上由少数利益集团通过所谓的和平手段如政治方面的竞选而控制，或通过暴力革命等武力手段攫取政权，但它们均难逃的一个事实：少数寡头通过权力这个介质来获取个人利益最大化。在发达国家主要是跨国公司，而在一些发展中国家，往往是少数通过暴力而获取国家权力的家族集团，如伊拉克的萨达姆、利比亚的卡扎菲等。私人主体通过国家这个工具实现利益乃近代国际社会的普遍规律。因此，当下，在我们讨论国际政治及国际法规范时，我们有义务撕下所谓“国家”面具下，有多少私人利益成分的渗入，以防在美妙同行的所谓“国家利益”的幌子下迷失了方向。

法律就是政治，是由政治演员们/行为体为了政治目通过政治程序而制定的。[1] 这句话同样适用于国际法领域，不过，这些行为体的政治目的表面上是国家，政治程序是通过代表本国的政府在国际舞台上通过谈判而完成，其背后无不有私人主体特别是以跨国公司为核心的利益集团之影子。

二、私人部门在国际法规范形成和发展中的作用

私人部门（有时称“市民部门”）是指免于受政府直接控制的经济或产业的部分，[2]是“公共部门（受政府直接控制的经济或产业的部分[3]）”的对称。显然它通常由私人个体或团队运营，多为以营利为目的的企业形式存在。它不同于以公益为目的而设立的各种非政府组织。有学者以私人参与国际法制规则为题开展研究，其中的私人多数情况下指的就是非政府组织，[4]这与本文探讨的切入点根本不同。本文将不会涉及非政府组织等在国际法规则制定中作用，而仅将重点放在以营利为目的的企业（尤其是跨国公司）上，但前述学者的研究对本文有很大的参考价值。

当我们去分析探寻近现代国际法诞生的源头及其发展的逻辑轨迹，可以看出国际贸易与战争密不可分，可以说贸易利益是战争的主要动因，而贸易利益最终均会落入私人囊中。近现代国际法产生的前提是平等民族或主权国家的出现，它产生于近现代国际关系，并随着国际关系、经济和技术的发展而发展。尽管很长一段时间，学者们一直认为国际法主要是调整主权国家间的关系，私人不能成为国际法主体，[5]但我们会发现它与私人商业贸易利益一直密切相关。从被尊称为“近现代国际法之父”格劳秀斯国际法思想产生的作品来看，国际法与私人利益须臾不可分离；没有私人贸易的冲突，可能就不会产生国际法。博丹提出主权是为了与宗教的“神权”相对立；而同时代与神权相对的还有“人权”，它又与私人利益相关，人权最重要的组成部分是财产权，而在人类社会进入特定阶段后，劳动（体力和智力的结合）

---

[1] Louise Henkin, *International Law：Politics and Value*, Kluwer Academic Publishers ,1995, pp.4-5.

[2] See *Black's Law Dictionary* (8th edition), West Group Publishing ,2004, p.1234.

[3] See *Black's Law Dictionary* (8th edition), West Group Publishing ,2004, p.1268.

[4] 具体参见蔡从燕著：《私人结构性参与多边贸易》，北京大学出版社，2007 年版。

[5] 现在不少国际法学者承认个人及私人部门在一定的条件下可以成为国际（公）法的主体；如哥伦比亚大学法学院 Lori Damrosch 等主编的《国际法》中就将个人和跨国公司看作一定情况下的国际法主体。See Damrosch, Henkin, Murphy & Smit, *International Law: Cases and Materials* (5th ed.) , West Thomas Reuters,2009, pp.481-490.

仍是财富的根本来源，但工业技术使财富增加的速度大大加快，然而贸易却是使财富扩张和实现的最为快捷的路径。国际法诞生的源头与私人利益相关；那么国际法在发展中是否也与私人利益相关呢？历史证明，国际法从来就脱离不了私人贸易利益，不论是欧洲三十年战争的起因及后来的威斯特伐利亚和约、拿破仑战争，还是第一、二次世界大战，无不打上了私人贸易利益的烙印。[1]二战以后的国际关系和国际法的发展更是佐证了这一点。其中，世界贸易组织（WTO）[2]的成立就是私人利益通过国际法调整的最经典、最集中的代表。贯穿这一切现象的理念或理论就是本文要讨论的“私法行为公法化”，它孕育于这样一个事实，即：近现代国际战场是国际法（有关战争的国际法）诞生的摇篮，而国际市场是国际法（和平时代的国际法）发展的温床，[3]它们的共同逻辑和基础是贸易利益。

（一）海上通道之争与国际贸易

历史事实及其逻辑发展表明近现代战争与国际贸易制度话语权的争夺，均是为一部分利益集团所服务；早期西方国家为争夺海上贸易权（海上通道权）而产生的冲突和战争均由私人利益引起。海外殖民与海外商业贸易利益历来是不可分割的；而且因贸易权利而发动的战争被早期的法学家认为是正当的。如近代国际法的建立者（founder）之一，西班牙法学家维多利亚，[4]在 16 世纪前半叶认为：西班牙人对美洲印第安人可以基于正当原因发动战争。[5]他说，根据自然法和国际法，西班牙人在不伤害当地人的情况下，享有旅游及与他们进行贸易等权利；如果他们拒绝外来者（访问者）的这些权利，使外来者遭受到伤害，则西班牙人可以以正义战争之名对他们发动战争。[6]就是说，如果西班牙人想与印第安人进行贸易，印第安人不能拒绝，如果拒绝，西班牙人可以发动战争，强迫他们进行贸易。这种观点显然带有强权、强制甚至强盗的特征。

欧洲各国以地球为战场而进行的商业战争是从尼德兰脱离西班牙开始的。[7]早期的商业

---

[1] 在近代以前因贸易而引发的战争也比比皆是。其中最典型的就是元帝国开国皇帝铁木真（成吉思汗）原先对花剌子模王国并无侵略意图，只是希望能够自由贸易；但由于后者把前者派去的蒙古商队给屠杀了，结果铁木真开始西征，将后者消灭。参见柏杨：《中国人史纲》（下），同心出版社，2005 年版，第 7 页。

[2] WTO 于 1994 年 4 月 15 日在摩洛哥马拉喀什市举行的关贸总协定乌拉圭回合部长会议通过的《马拉喀什协议》而成立，是一个更具全球性的贸易组织，其前身是 1947 年成立虽名为“条约”的一种但却具有相当国际组织功能的《关税与贸易总协定》（GATT）。它是当代最重要的国际经济组织之一；它与国际货币基金组织（IMF）、世界银行（WB）一起被称为世界经济发展的三大支柱。至 2013 年 6 月底，它拥有 159 个成员，成员方贸易总额达到全球的 97%，有“经济联合国”之称。See *Who we are*, www.wto.int/english/the wto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm.

[3] 这句话是根据“国际战场是国际法的第一个摇篮； 国际市场是国际法的第一座温床”（参见李家善，《国际法学史新论》，法律出版社 1987 年版，第）修改而来的。

[4] 弗兰西斯科.德.维多利亚(1483—1546)是西班牙文艺复兴时期的罗马天主教哲学家、神学家和法学家，萨拉曼卡传统哲学学派的创始人，尤以对正义战争和国际法的理论之贡献而为人们所瞩目；但通常认为他是国际法的“建立者”，过去他被描述为“国际法之父”（father of international law），但当代学术界倾向于认为这种表述是一种时代性的错误，因为国际法在其身后经过很长一段时间才日渐真正形成。(See *Francisco de Vitoria*，at:en.wikipedia.org/wiki/Francisco_de_Vitoria),笔者较为同意这一观点。故本书认为充其量他是一个“建立者”，而非“国际法之父”。

[5] See Malcolm N.Shaw, *International Law (5th edition)*, Cambridge University Press, 2003, p.22.

[6]Gerhard von Glahn,etc, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, Pearson, 2010, pp.25-26。

[7] 《马克思恩格斯全集》第 23 卷，人民出版社 1972 年版，第 819 页。

竞争是通过战争等武力掠夺方式进行的，而今天的商业竞争则通过国际贸易制度来进行；但它们的本质未变：即私人利益与国家利益交织在一起，私人利益意志通过国家组织或政府的形式来体现：过去是通过血淋淋的战争而现在是通过温和的、杀人不见血的文明方式。在殖民主义盛行的自由资本主义及垄断的帝国主义时期，宗主国在殖民地通过武力建立一系列的管理机构进行直接统治，以维护通过商业战争获得的优势和利益，通过这些机构直接掠夺资源、产品和当地人创造的财富，奴役当地人；通过宗主国机关或公司在殖民地的分支机构垄断商业贸易，禁止商业竞争，以通过这种不对称、不公平的交易，掠夺殖民地财富。美国独立战争爆发的主要原因就是英国意图阻碍当地公平贸易的形成、禁止殖民地之间及它们与其他国家间的贸易以便于英国继续盘剥当地人民而导致的。[1]这个时期，各宗主国主要通过战争来保护本国商人贸易利益，它们的共同特点是：以海上武装来保护商业和商业航路。这与今天的贸易利益的掠夺形成了鲜明的对比：今天无需占领“殖民地”的领土，更无须在当地建立所谓的统治，它们只需要通过国际法律制度和知识产权所形成的巨大网络，依赖于技术，在本国对全球发号施令，让技术落后国家心甘情愿地将财富对发达国家转移；今天的这种方式的基本架构是：根据所谓本国法律形成的跨国公司是主体，而政府是跨国公司意志表达的载体（政府是根据所谓的代议制来执行跨国公司等利益集团的意志），商业贸易是渠道。

近年来，西方学者在研究国际法、国家主权和人权领域议题时，多认为随着时代的发展，国家主权在日趋弱化，私人作用在不断增加。日益深化的全球化和私有化导致国家的权力不断受到侵蚀，包括公司在内的私人行为者的影响力日渐增强。[2]贸易自由化、经济私有化和放松管制已经实质上减弱了国家对公民日常经济生活影响；当下国际法的主要范式是确保其治下人民的权利和幸福；而这一范式不断受到为回应经济全球化而带来的国家主权碎片化和转化的挑战。[3]这一趋势使私权利得到了进一步扩张。[4]其实，历史地看，这些观点未必准确。自从西方近代社会诞生以来，私人主体就一直在其国家的政治、经济和贸易领域中扮演着十分重要的角色，正是私人利益推动着西方的工业革命和法国大革命，进而为西方现代国家理念、社会、经济制度打下基础，也为今天的国际法（含国际贸易法）奠定了基调。

如果说中世纪及之前主要由极少数寡头（如国王及其周围的特定贵族集团）对一个国家或特定社会进行统治，维护这极少部分人的利益的话，那么近代西方社会则主要由更广范围的在私人利益刺激下的资产阶级通过代议制等制度选出的政府或代言人来对一国或特定社会进行统治和管理，维护所有资产阶级的利益。“唯利是图”是资本家的本性，近现代“主

[1] 参见王绳祖主编：《国际关系史第一卷（1648-1814）》，世界知识出版社，1995 年版，第 229-233 页。

[2] Jernej Letnar Černič，*Human rights law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental HRs*，Europa Law Publishing,2010，Forward.p.v。

[3] Smita Narula, "*The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law*",44 Columbia Journal of Transnational Law，2006, 691-779.

[4]人类社会很长一段时间里，在王权、皇权或宗教专制下，私人利益被漠视；这种现象在西方文艺复兴、启蒙运动及宗教改革之后日益遭到唾弃。此后，私权利这个潘多拉的盒子被打开，并在一定时期内被不断张扬。虽然私权利给人类文明发展带来了诸多积极的东西，但也带来了一些消极的因素，特别是它常常披上国家利益的外衣，给人类也带来了灾难，如战争、环境污染、气候变化等。如何正当维护私权利同时又不使其伤害人类整体，是一个迫切需要解决的重大课题。

权国家”的出现及其发展迎合了资产阶级的需求，而成立的管理国家的政府无疑也会服务于资本家的这一本性。因此，可以说，近现代国家自其诞生时起，就带上服务于“私人利益”的色彩。上述学者的观点不过是早期现象的现代翻版而已。

（二）私人在战争或国际贸易制度形成中的作用

有学者研究指出，国际法之父格劳修斯提出著名的海洋自由论并非只为了纯粹的正义，里面还有大量的国家自我利益的成分；后来其他国家的学者认为格劳修斯自我利益观点符合各自国家利益的需求，才使海洋自由论得到了普遍认可。[1]时至今日，国际法的这一特点，更为明显，尤其在美欧的贸易行为中更为突出：如它们一方面对中国的某些有较强竞争力的出口产品常举起反倾销、反补贴大棒；另一方面，对于自然资源（尤其是不可再生资源）则要求中国加大出口，如果中国采取限制措施，又拿起它们熟悉的申诉武器迫人就范。换言之，它们根据情况，在需要时，强迫你出口，在不需要时，就赶你出来。最具代表性的案例之一是：本世纪以来，欧盟、美国曾因中国的焦炭出口价格过低而对中国出口的焦炭采取过数次反倾销措施，而 2012 年初却又因中国采取焦炭出口限制措施要求中国取消限制，加大出口。这种看似反复无常行为的背后，不变的就是一个原则“国家自利”而非“互利”。

对一国而言，国际法的正当目的是：维护本国正当利益，保护本国人权，确保本国人民过上安全、稳定、幸福的生活。对所有国家而言，国际法应能维护各国的正当利益，保护各国人民的权益，使世界上每一个人都能过上幸福、安全的生活。要做到这一点，就需要各国间的合作和处理好彼此关系。但我们不得不思考一些问题：人类为什么会有战争？战争为什么能够发动起来？战争的目的是什么？战争究竟为什么样的人服务？等等。按照国际关系理论中现实主义的观点：在国际社会，国家就是追求本国的最大权力[2]、利益和安全，[3]由此使争斗和战争成为不可避免的现象。如果人类没有战争：我们能够节省多少宝贵的资源来提高人民的生活水平，能减少多少对环境的破坏和无穷无尽的灾难；所谓的国防开支、军备竞赛、军工产业等所耗费的资源可以用来发展民用工业，改善基础设施建设。如此则人类整体的生活水平会有很大的提高。根据现实主义的基本论点，我们得知发动侵略战争无非是为了维护和争夺表面上看属于所谓抽象国家的“利益”，抢夺他国的资源，剥夺他国的财富，奴役他国的人民，来改善和提高本国人民的水平，但实际上往往只是满足本国一小撮掌握国家权力人或几个家族的利益，战争中的本国人民往往也生活在水深火热之中。而这一小撮人就是“私人”；这些私人假借国家的外衣，为了实现自己的利益目的，通过国内形成的政治机制，推动战争的爆发；而这些利益往往以“国际贸易”中的利益为集中代表。

实际上，西方新航路开辟后几百年的贸易发展和国内经济的强大一定程度上就是靠武力

---

[1] Gerhard von Glahn,etc, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, Pearson, 2010, pp.28-29.

[2] 在国际社会，权力是是指一国对他国强加自己意志的能力，或更广泛地说，控制他国反对某一结果的能力。权力由军事、经济、政治和心理等方面的因素构成；国际社会就是以惊人的程度在展现权力这些要素的不平等的分配。Schachter, Oscar, *International law in theory and practice*, M. Nijhoff Publishers,1991, p,5.

[3]汉斯.摩根索称之为“以权力来界定的利益”。See Hans J. Morgenthau, Kenneth W. Thompson, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace（6th Edition）*,Knopf Doubleday Publishing Group, 1985，pp.4-17.

掠夺等手段在全球巧取豪夺，从而奠定了其主导世界的优势。如果有人不愿意与它们进行贸易，它们就会动用武力他人与其进行贸易。因此，从源头上看，所谓的贸易自由从一开始就不自由，或说是是一种“被迫的”贸易，只不过被冠上“自由的美名”。甚至于在今天，这一论断依然适用：当下的国际贸易与 400 年前的贸易在“意志自由”方面本质上没有任何区别；只不过，现在不是通过战争而是运用它们主导的国际贸易制度和知识产权工具等迫使他人进行贸易，如贸易制裁和报复就是某些国家在“自由贸易”情况下实现不了自己利益时，常用的措施或手段。在这种情况下，贸易很难谈得上在“自由”、“公平互利”的基础上进行。而且，我们从近代以来的历次战争起因中总能发现大公司、大企业（尤其是以股份有限公司形式存在的资本[1]代言人）的影子，它们分割全球资源和贸易利益的动力与渴望是战争的最终根源。第一次大战后的《凡尔赛和约》只带来短期的和平，接着就是为分割世界市场和贸易利益而引发的战争。第二次世界大战的结局及其带来的《联合国宪章》等为后来冷战时期的格局定下了基调，但该格局的根本特征是以国家贸易利益为外在形式，以私人贸易利益为本质内涵。进入 20 世纪中叶以后，特别是二战以后的 60 多年里，尽管局部战争时有发生，但全球性的战争没有再次爆发过。然而，这并不意味着他国，尤其是有霸权意识的大国，对别人的财富不感兴趣，只是它们在变换着获取财富的方式。国际贸易的本质是各国私人之间的贸易，在自由资本主义时期就得到各国政府的支持，甚至武力帮助；在垄断资本主义时期，武力帮助变得更为突出。如果从国际贸易的源头去探究，它最早源于货物贸易，通过战争似乎能够收到效果。但随着被压迫民族和殖民地人民的觉醒与独立，及战争本身的残酷性，通过战争获得贸易利益被历史所抛弃。借助于技术的进步，贸易自上世纪 60 年代延伸到国际经济活动的其他领域，如国际投资、知识产权、技术和服务等领域；而相应的制度也因此而诞生。在诸多的所谓国际贸易制度下，剥夺他人贸易利益就由原来的暴力和血腥变得越来越温和、文明与不露声色，它们以掌握国际贸易规则制定和修改的话语权为制高点，以无形的各种知识产权为牟利工具，主要通过跨国公司这个载体和国际贸易这个渠道，在国际市场中大肆掠夺或获取别人的财富，而这种温情脉脉的方式似乎更为有效：它使人们不易像自己的领土被别人军事占领那样，聚集在民族或爱国主义的旗帜下，唤起全民意识来保护自己国家的财富和正当利益。由此带来的结果是：在技术发展的基础上，随着西方主导下的国际贸易规则及知识产权制度在全球的广泛推广和扩散，世界上任何一个角落都自觉或不自觉地卷入经济全球化过程中，在西方话语语系的影响和控制下，当今世界财富两极分化进一步加剧，穷国越穷，富国越富。

[1]有人尖锐地指出：资本没有良心，没有后代，它只有“增长”；人类任何要求遏制气候变化的行动都可能触及其背后股东或私人利益；它只顾赚钱而不顾其他；资本不赚钱来增长就像人不呼吸一样，它片刻都无法生存。靠资本主义来解决气候问题不可能。资本主义社会衡量成功的标准是每天、每周、每年卖出多少东西，而不顾及产品对人类和自然带来的伤害，如对空气、水、生态等破坏。资本只顾向自然索取，而不顾回报（利用它们不需支付任何成本）；甚至于将其活动带来的负面东西让空气和水——免费的下水道和垃圾场——来帮助它们解决（“环境服务”——让环境为其污染或破坏性行为买单）。污染不是事件，不是“市场失灵”，而是其制度工作的方式。See Lan Angus, *The Global Fight for Climate Change, Resistance Books,* 2009, pp.209-212.

（三）知识产权国际法规范形成和发展中私人部门的作用

某一国内的公共问题，如环境污染、公共健康等，在技术作用下全球化日益加深的时代，也变成国际性的问题。公共问题是每一个人都逃脱不了的，也是每一个人都应当加以关注的。其中对这些公共问题负有责任的一些重大的私人主体更应当尽到自己的义务。公司法中的社会责任不仅是一种道德义务更应当是法律义务。因为，许多公共问题均由私人营利行为所致。而国内不同利益集团之间的利益分配对公共问题的态度及解决方案，直接决定相关国内和国际法律制度的形成与发展。

大量的证据表明，不少国际贸易规则最早的起草者就是企业或企业资助或雇佣的代理人（如律师或律师团队），而且只要他们提出，这些规则基本上都可以变成国际条约而被通过。我们不妨一知识产权领域一系列规则的变化来窥斑见豹。1883 年《保护工业产权的巴黎公约》之所以能够制定和通过，主要是 1871 年奥地利维也纳世界博览会，很多发明人（主要是企业）担心自己的发明在博览会上展览后被别人模仿而得不到保护，表示不愿意参加，奥地利政府迫不得已与有关国家及企业经过一段时间的谈判，而最终通过。当代最有影响的《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS 协议）草案最早是由美国 12 家跨国公司提出，后被美国政府纳入《关税与贸易总协定》乌拉圭回合谈判之中。2011 年对外开放签字的《反假冒贸易协定》也是在日本等国内大公司与商会的鼓动下发起并在美国、欧盟等私人的直接参与下而形成；该协定获得发达国家各大行业巨头的支持，其中美国电影协会是 ACTA 的重大幕后支持者， ACTA 在谈判过程中严格保密并拒绝向公民机构提供谈判内容，但诸如时代华纳、Google、eBay、Intel、戴尔电脑、新闻集团、Verizon 等大公司都拿到了谈判草案。最近正在讨论的《跨太平洋伙伴关系协定》中涉及的知识产权条款也是由美国商界联盟提供草案。

反过来，只要是与跨国公司等利益相悖或无关，则这些规则就很难通过。上世纪 70-80 年代联合国试图通过的《国际技术转让行动守则》及《跨国公司行动守则》等最终以失败而告终是一例，而自世界贸易组织成立以来发展中国家试图通过民间文学艺术保护的国际协定至今仍无结果是另外一例。

三、国际政治视野下的私人部门与国际法规范的良性互动

（一）以人类长远利益和共同利益为导向来影响、激励私人部门在国际法治建设中作用

在人类面临越来越多的公共问题下，我们必须正确处理好人类长远利益与短期利益、人类共同利益与私人部门利益之间的关系，努力寻求私人长远利益与人类共同利益之间的契合点，发挥私人部门在应对国际公共问题及国际法治建设方面（不仅仅包括国际法的形成还包括国际法义务的履行等）的积极作用，修改或矫正现有规则中的不公平之内容。

为充分发挥私人部门的积极作用，我们必须基于人类的公共利益，促进各国建立信任关系，消除隔阂，需将私人部门间贸易、交往建立在公平、正义的基础上。整个人类在应对

各种挑战面前，对当下发达国家跨国公司等私人部门一味追求自己的利益而不兼顾它们应该承担的社会责任及对人类共同利益的关注之现象，要予以纠正。目前的有关规则，过多保护跨国公司等私人部门的利益，如世界贸易组织关于反倾销、反补贴措施、农业、纺织、TRIMS、TRIPS 等规则根本无视经济学的基本原理而只顾及先进的工业化国家一小簇有权力人的商业利益。[1]在发展中国家缺少必要的国际贸易经验之背景下，发达国家跨国公司提出或制定的规则能够做到相对公平，便可以为发展中国家提供较好的发展空间，因为发展中国家只是简单地要求制定公平公正的贸易规则，能够考虑到我们的发展需求并允许我们完全参与到贸易体系中。然而，事与愿违，它们却始终在冒着再次被迫接受它们并不需要且无法承担得起的规则之风险。[2]这些无疑会加大南北国家之间的分歧，恶化彼此关系。20 年前，马来西亚总理马哈蒂尔.穆罕默德在里约会议上下列话语在今天依然正确：作为殖民地，我们被剥削过；而现在作为独立的国家，我们同样地在遭受剥削。[3]当富国厚颜无耻地张扬说多边环境条约未能实现其目标而不履行，它们抵制对其过度消费的限制，不转让技术和提供环境帮助，并明显地损害发展中国家短期和长期发展时，这种不正义的感觉就更为复杂了。[4]越来越多的严重不平等问题已经置于南北两极的争论之上，使合作变得极为困难。[5]

公司不可能是道德的，其唯一的职责就是为其股东牟利。[6]因此，必须充分调动全球社会范围内不同国际政治的相关行为体的积极因素，充分意识到单由公司来解决公共问题和建立公平国际法规范的艰难；各主体必须共同努力，打破个体公司及单元国家利益的藩篱，大力提倡人类利益高于私人利益、长期利益优于短期利益等原则，并在共同利益与私人利益、长期利益和短期利益之间寻求到恰当的平衡点；让私人部门充分认识到从人类共同利益和长远利益出发，最终保护的也是个人利益。当然，在诸多的行为体中，国家无疑是一个最重要的、促进良性国际法建设的要素。为此，各国之间建立互信基础上的合作关系，以人类公共利益为最高的行动指南，通过各国政府之间的共同努力，限制跨国公司的过于“自私”的行为，唤醒并通过立法强调并在实务中使跨国公司等私人部门切实履行起自己的社会责任，是解决其他全球公共利益问题的关键。同时，通过国际贸易制度的改革和完善，改变目前在国际利益分配、技术分享等制度方面的不公平现象，让穷国在国际权利与义务享有和承担方面的相对均衡，使它们能够真正走上可持续发展之路，是必然之举。这样，可以在国家、私人部门及国际法建设过程中形成良性循环，进而为人类的长远发展找到出路。

（二）从人权保护的高度促使私人部门积极参与国际法治建设

---

[1] Dani Rodrik: *Trading in Illusions. Foreign Policy* 123(March-April) , 2001, pp.54-62.

[2] Aileen Kwa, *Power Politics in the WTO*, Focus on the Global South, 2002, p.7.

[3] Mahathir Mohamed,*Statement to the U.N. Conference on Environment and Development*，in Green Planet Blues: environmental Politics from Stochholm to Rio, Westview Press, 1995,p.33.

[4] J. Timmons Roberts and Bradley C. Parks, *A Climate of Injustice: Global Inequality, North-South Politics, and Climate Policy*, MIT Press, 2006, p.38.

[5] J. Timmons Roberts and Bradley C. Parks, *A Climate of Injustice: Global Inequality, North-South Politics, and Climate Policy*, MIT Press, 2006, p.31.

[6] See *Climate Change: Crisis and Challenge*, globaljusticeecology.org/files/GJEP climate change statement.pdf.

全球公共问题严重恶化的本质在于侵害人权，如气候变化是系统的大规模地破坏人权。[1]故要应对公共问题问题、完善国际法治建设，就应将对受损害者的保护提高到人权保护的高度，不仅通过国内法如宪法等给予保护，还要通过国际人权法等给予保护。[2]如当下正在制定的后京都议定书时代的气候条约，就必须关注人权；这样可以将私人部门的温室气体排放与其应当承担的保护人权的法律责任联系起来。联合国人权理事会在 2008 年 3 月开始强调“气候与人权”的关系。气候变化是人类面对的最为深奥的道德问题，它无孔不入，几乎可以改变我们人类的每一个角落。而这样的道德问题也需要相应的法律来做出应对；而人权（不论是穷国还是富国的）的保护和尊重是这种应对的一部分；将气候变化视为人权问题，承认从气候变化中获得安全的人权内容要求排放出温室气体的行为者承担其应当承担的相应责任。[3]同时，对不履行国际义务来转让环境友好技术造成巨大的技术浪费并进一步恶化气候变化的行为者，也应追究相应的责任。唯如此，才可能符合气候正义的原则。

传统上，人权多被界定为主要强加于国家的责任。[4]但是在现实中大量的事实表明，气候变化多由私人引起，如壳牌石油公司在尼日利亚天气燃烧释放出大量温室气体[5]就是一例；认可气候背景下的权利将会使人们对人权法概念进行重新界定，即承担相应责任的主体不仅仅限于国家，还可扩大至在国际舞台上的另外一批重要经常操纵着比国家还要多的的财富和比国家拥有更大权力的行为者——跨国公司。[6]这一点表明，它最终要突破现有主流国际法的观点，将跨国公司视为国际法的主体，并承担相应的国际责任。

有人从规制气候变化的法律法规中得到益处，有人遭受损失。遭受损失的就是那些靠燃烧化石能源获利的世界上最富有和强大的跨国公司（石油公司和汽车制造公司是典型，获取

---

[1] 参见“2007/2008 年人类发展报告”, at:hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_CH_Overview.pdf.

[2] Stephen Humphrey, *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press,2010, Preface, pp.1-29.

[3] William C.G. Burns and Hari M. Osofsky, *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009,pp.191-192.

[4] 当然有几种例外，如二战结束后纽伦堡军事法庭和远东军事法庭界定的种族灭绝罪、战争罪、反人类罪及近来日益形成的恐怖罪等，个人（不论其是统治者、公共官员还是私个人）也要承担相应的法律责任。

[5] 上世纪 50 年代起，荷兰皇家壳牌石油公司与尼日利亚国家石油公司在尼日利亚进行了数十年的石油开采活动，但在石油开采过程中，由于石油储量丰富，容易溢出，公司就采用较为落伍的技术开采石油；这样使大量的天然气释放出来。本来公司可以采取一定的技术措施让释放出的天然气重新回到地下，或收集起来进行销售；但受利益的驱动，公司不愿意花成本这么做，而采取几乎是零成本的燃烧方法让气体燃烧，每天约然热的天然气达 25 亿立方英尺（cubic feet），燃烧后的污染物排入空中，由此产生了大量的温室气体和其他有毒污染物（其排放出的温室气体比撒哈拉以南非洲排放出的总量还要多；24 小时燃烧，燃烧的火龙和污染烟、灰尘等在空中长驱直入，绵延数百米，发出的火焰炙烤着周围的植物；正是由于这种可怕的结果，给周围的环境和居民带来灾难。在美国、欧洲等发达国家，开采石油过程中的天然气燃烧都要求减低到最小程度，比例都在 1%以下；而当跨国公司在发展中国家时，肆无忌惮，在世界的其他地方就不采取其在母国的做法，任其燃烧，在尼日利亚近高达 75%的气体通过燃烧释放出来.由此可以看出，跨国公司在营利背景下的狼子野心和非人性的一面。当然，发展中国家的法律不健全、长期以来因落后只图发展而忽略环境保护也是重要原因），对周围居民造成巨大影响。2005 年 7 月，当地居民 Jonah Gbemre 代表自己和居住的社区以石油公司侵犯他们受到宪法保护的生活和尊严权利为由起诉到尼日利亚法院，要求被告采取行动阻止这种行为的发生；法院支持了原告的请求。但是被告没有执行，天然气依然在燃烧（至 2007 年底，仍没执行）William C.G. Burns and Hari M. Osofsky, *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009,pp.173-181.

[6] William C.G. Burns and Hari M. Osofsky, *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009,pp.191-192.

利润的大户；它们这些公司巨人的影响对政府决策是不可否认的，甚至在发达国家）。对于经济不发达国家，跨国公司在当地产生的税收占国家 50%以上，它们对于这样国家的控制和影响可想而知。如壳牌公司在尼日利亚有段时间的税收贡献在 80%以上，就是一个非常典型的例子。[1]获益者主要是穷人，小岛国等，分散在全球各地，难以用经济效益来衡量，也不太可能被感觉到。不像大公司等利益集团，它们较难为了一个政治目标而组织起来。

上述两种力量在影响政府决策时是不平衡的。在尼日利亚国家是个典型。[2]政府受跨国公司的影响；法院的判决虽然生效，但跨国公司并不执行，而有关国家和国际社会对此却束手无策。如果经常这样，则会带来更为严重的问题，它可能会怂恿跨国公司等私人部门的恣意妄为，而视弱国及弱势群体利益于不顾。历史证明，一个法治文明的社会的进步的标志是，有更多的弱者受到法律的保护并能够分享到技术进步、经济发展带来的好处。

人权保护不仅仅是国家的职责，也是跨国公司等私人部门的责任，尤其在环境保护、气候变化、公平贸易环境等方面。这些我们在现有有关的国际法律文件或国内法中可以找到相关依据。环境权在国际国内通过案例等已经与生活权、隐私权、家庭生活权和信息权一样，成为政治权利的一部分。那么，这些权利为气候变化安全权成为政治权利的一部分提供了支撑。1972 年斯德哥尔摩宣言中所肯定的生活权（Right to life），即生活在清洁、无毒无污染的有益于健康的环境中的权利，与人格权和人身安全权等一样，已经成为政治权利的基本内容。[3]1966 年的《公民与政治权利公约》规定，任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，他的荣誉和名誉不得加以非法攻击；并且人人有权享受法律保护，以免受这种干涉或攻击。[4]即使气候变化没有对一个人构成生命威胁，但却可能侵犯了其家庭权，如选择住址权等。在欧洲人权法院审理的案子中，就有因为环境污染而被迫背井离乡的案例。如在 Lopez-Ostra v. 西班牙案中，来自一个政府允许运营但无执照皮革废物处理厂的污染和废气迫使原告不能在自己的家里生活，使其不能在原先的家园安静地生活，可能被迫搬家。经法院审理认为：严重的环境污染尽管对人的健康或生命没有带来危险，但可能影响个人的健康，并通过对个人隐私和家庭生活带来不利影响而使他们不能正常享受自己的家庭所带来的一切，进而侵犯了人权。[5]

环境污染、气候变化往往多是由私人行为尤其是跨国公司的行为导致的；[6]但传统的人权往往强调个人针对政府或国家而非私人主体的不当行为所引起的损害提起法律保护之请

---

[1] William C. Burns, Hari M. Osofsky, *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009,p.184.

[2]尼日利亚三角洲人民从 80 年代曾经反抗过，要求公司采取措施，但却遭到了尼日利亚军队的残暴无情的镇压；90 年代早期，在三角洲的奥格尼兰地区，尼日利亚安全部队在试图平息日益高涨的抗议活动中屠杀了 2000 人并荡平摧毁 30 余个村庄，仅仅是因为当地人民反对在他们世世代代居住的地区开发石油。[2]而且有大量证据表明：壳牌公司在煽动、支持这样的暴力活动中起到了主导作用，提供直升飞机、船只运送部队并为参与的军人发放奖金。[2]在 1994 年参与或共谋尼日利亚政府逮捕并后来绞死奥格尼兰政治领袖肯.萨罗.维瓦（Ken Saro Wiwa）的罪恶活动.Paul Lewis, *Blood and Oil:A Special Report: After Nigeria Represses, Shell Defend its Records*, New York Times, Feb. 13,1996, At A1.

[3] William C. Burns, Hari M. Osofsky, *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009,p.185.

[4] 《公民与政治权利公约》第 17 条。

[5] 20 EHRR 277，ECHR 16798/90,1994. P.51

[6] William C. Burns, Hari M. Osofsky, *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009, p.188.

求。对于诱发气候变化的私人主体活动根据现有的法学理论、法律规定及法律事务，它们一定程度上常常仅会受到侵权、合同等私法的限制；而界定私人权利的政府往往又面临着鼓励私人活动（为创造财富、就业机会）但这些活动又带来气候变化有可能使这些权利无效的尴尬境地。当我们把人权等公法上的措施直接用来限制跨国公司等私人主体的行为时，可能就会避免受害主体通过繁杂的诸如侵权、违约等民事诉讼程序来获得救济的现象。因此，当其与国家行为者一道时，根据私法行为公法化理论，私人主体应当对其侵犯人权行为应承担法律责任；在单独行为时，多数学者认为，跨国公司也应直接承担人权保护等社会责任。[1]而且这些针对跨国公司等私人主体行为的责任追究，不是针对一些特定的对象，而是公平地对待所有的行为者。英国弗吉尼亚航空公司一管理人员曾说：我可以不让飞机上天以减少温室气体排放，但问题是其他航空公司的飞机依然会飞上天空。不是我们的态度，或在某一天不用电灯或不用塑料袋，能够遏制气候变化或保护环境，因为大公司在继续它们对这个星球的屠杀。只要自由破坏环境的商业活动存在…该问题就无法解决。[2]对此，只有杜绝所有的破坏行为，才可能做到有效遏制。

18 世纪启蒙运动时期，人权理念的而提出是因为当时政府的权力可能过大（社会中最大权力的集合体），影响个人权利的行使，当时人权制度在于限制政府；到了 21 世纪，由于跨国公司的强大，我们应当将人权的保护直接施加给跨国公司。公民和政治权利主要是源自对权力不平衡的关注而产生的，启蒙时期是为了限制政府的权力滥用；今天跨国公司的力量已经超过国家，该类权力也应受到保护以防止跨国公司权力的滥用；一国政府如果不能制衡跨国公司，则人权保护责任可以直接施加于跨国公司。[3]对于这一观点，我们深表赞同；在跨国公司日益成为影响国际关系的一支重要的独立力量和行为体的今天，根据“谁行为谁承担”原则，既然最终是它们对气候变化做出“贡献”而非国家，它们理所当然地应当承担这份责任。

在知识经济时代，数字鸿沟拉大了穷国与富国的差距；而发达国家的跨国公司以为捐钱给穷国买电脑与网络设备，就能解决问题，或给它们提供了帮助。然而问题的关键在于：什么是发展中国家最需要的，也许给穷国捐钱挖井、为他们架设电线让他们使用上电及提供洗衣设备让他们洗涤变得更为便利和舒适等远比给他们这些时髦的物件或在边远的乡村建网络中心在改善和提高他们生活质量方面更有意义。[4]再引申一步，富国的跨国公司如果能够在全球公共问题应对、国际贸易等方面给予发展中国家以更多实际的帮助，为它们提供公平的贸易条件、让它们得到先进技术并帮助它们运用该类技术来走可持续发展之路，则远比建立那些脱离穷国生活实际的中心或设施或提供所谓的高新技术产品更有价值和针对性。

为此，人类诸多公共问题的解决，国际公平贸易环境的形成，不仅仅需要国际关系的主

---

[1] William C. Burns, Hari M. Osofsky, *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009,p.189.
[2] Lan Angus, *The Global Fight for Climate Change*, Resistance Books, 2009, pp.171-172.
[3] William C. Burns, Hari M. Osofsky, *Adjudicating Climate Change*, Cambridge University Press, 2009,p.191.
[4] Ha-Joon Chang, *23 Things They don't Tell You about Capitalism*, Allen Lane,2010, p.39.

要行为体如国家、政府间国际组织等的积极参与和主导，从人权保护的角度看，也需要非国家行为体，如非政府组织、[1]跨国公司和个人等的积极参与和推动，需要它们在相关国际法规范形成中能够产生正面影响以形成公正的国际法规则。

结束语

国际政治视野下，国家及其基础上的国际组织等行为体已经给人类带来诸多困境和公共问题，而其背后的真正推手多是私人部门。解铃还须系铃人，要解决这些问题，人类（特别是私人部门）只有认识到“人类共同利益优于个人利益且最终也是利于个人”这一点才可能是其未来的出路。就和平语境下，形成和实施国际法——主要以条约形式表现——必须充分注意到私人部门（尤其是跨国公司的巨大作用）。大量事实证明，某些国际条约其实就是私人部门意志的直接反映；即使对那些并非私人部门意志反映的条约，没有私人部门的积极参与和支持，它们也难以得到实施，无法达到制定条约所预期的目的。而这些可能会对国际政治视野下的传统国际法律制度的形成、发展和实施等理念带来颠覆性的革命。此类问题，迫使我们去思考：国际法所调整的对象表面上看主要是国家之间的关系，形成的规则主要是规范国家行为体的行为；然而，透过这些，我们是否要进一步思考：这些规则是如何形成、如何实施、又如何影响各相关国家背后的相关利益主体？而这是否又将进一步影响国际法律规则的发展或终结？当我们对这些问题进行深思后，特别是在顾及到全球化下，人类面对更多公共问题及跨国公司拥有更多的先进技术、较强的经济实力、较为完善的治理经验及对国家、政府乃至社会有着一定影响力等情况下，今天的国际政治及国际法治还能够忽略私人部门应有的地位和作用吗？也许，人类走出目前诸多困境的希望在于私人部门正面作用的发挥，而这必须依赖于超越国家行为体的国际法律机制的形成和实施。

[1] 非政府组织也是一个矛盾的工具：一方面它们推进一些中立的活动，另一方面它们又对那些给它们提供资金的组织或个人负责，表面的“领导者”并非真正的代表。Lan Angus, T*he Global Fight for Climate Change*, Resistance Books, 2009, p.175.

国家安全观视角下航行自由制度的再审视*

袁发强**

【内容摘要】《联合国海洋法公约》虽然规定了航行自由制度，但只是在航行自由与沿海国主权安全之间做出了安排，未能明确平衡军事航行活动与沿海国国防军事安全之间的冲突。外国军事船舶或飞机在专属经济区内的军事测量和侦察活动并不为公约所明文禁止，但却危害沿海国的国防军事安全，沿海国可以采取维护自身安全的预防性措施和阻止措施。这种冲突需要借助于其他国际法律制度，特别是和平解决国际争端的法律制度以避免矛盾的激化。我国作为一个与周边国家存在海洋主权争议的国家以及一个越来越在海外具有战略利益的大国，应当从整体战略上考虑对待航行自由的法律态度取舍；为避免其他国家以维护海洋资源和生态环境安全为由对航行活动进行单方面、不恰当的限制，我国还应积极倡导宽松的航行自由制度；充分运用该制度维护国家经济安全，为国家开展保障海上丝绸之路和能源通道安全的海外行动提供法律支撑。

【关键词】航行自由、国家安全、主权、海洋法公约、专属经济区

“航行自由”本是一项习惯国际法制度。1982 年《联合国海洋法公约》生效后，航行自由的范围受到若干限制，这主要表现为外国船舶在一国领海与专属经济区范围内的航行活动，尤其是外国军事船舶和军用飞机在上述海域范围内的航行活动受到了一定限制；当然，还有沿海国的资源保护、生态环境保护对航行自由的限制等。不过，海洋法公约的规定并不十分明确、具体。海洋强国与弱国对公约的解读各不相同。

以美国为代表的西方国家学者认为，《联合国海洋法公约》并未专门就专属经济区内军事船舶和飞机的航行活动进行特别规定，而是允许其他国家在沿海国专属经济区内享有公海上的“航行与飞越自由”；[1]公约中有关公海航行部分并未禁止军事船舶和飞机的测量和军事侦察活动。因此，沿海国阻止他国军事测量和侦察是违反国际法的。[2]西方学者的研究范式主要是从航行自由制度的发展历史、《联合国海洋法公约》的起草讨论过程，以及航行自由制度在公约中的结构位置，特别是与领海内“无害通过权”的立法限制进行比较研究。这种研究虽然比较客观地反映了航行自由制度的法律含义，但也忽视了沿海国关切自身国防军事安全的正当性与合法性。《联合国海洋法公约》没有明确专属经济区内航行自由与沿海国国防军事安全的平衡界限，但不表明沿海国就不能主张和维护国家安全。仅仅以该公约为依据指责沿海国的阻止行动也是不符合国际法基本原则的。

---

* 本文为 2014 年教育部人文社会科学规划基金项目“海洋航行自由的国际法理论与实践研究”（项目批准号 14YJA820030）之阶段性研究成果。

** 华东政法大学教授。E-mail: york000618@163.com

[1] 关于专属经济区内的航行，《联合国海洋法公约》第 58 条（1）款规定：“在专属经济区内，所有国家，不论为沿海国或内陆国，在本公约有关规定的限制下，享有第 8 7 条所指的航行和飞越的自由，铺设海底电缆和管道的自由……”，同时在第（2）款中规定：“第 8 8 至第 1 1 5 条以及其他国际法有关规则，只要与本部分不相抵触，均适用于专属经济区”。第 88 至第 115 条存在于公约的“公海”部分。

[2] Eg. John E. Noyes, *The United States, The Law of the Sea Convention, and Freedom of Navigation*, 29 Suffolk Transnat'l L. Rev. 1,2005.Brian Wison, *An Avoidable Maritime Conflict: Disputes Regarding Military Activities in the Exclusive Economic Zone*, 41 J. Mar. L. & Com. 421,2010.

过去，我国国际法学术界大多主张，外国军事船舶和飞机在沿海国专属经济区内的军事测量和侦察活动没有顾及沿海国的安全和利益、不符合和平目的，违反了《联合国海洋法公约》的规定，违反了国际法。[1]这种观点延续了我国加入公约时的法律立场，与多数军事力量薄弱、无法通过军事实力阻止外国在其沿海从事军事活动的国家立场一致。研究范式大多采取以《联合国海洋法公约》中提到的原则和抽象规定，结合中国及其他一些发展中国家在参与讨论和缔结海洋法公约时所作的声明来形成观点。不过，这种研究的出发点是以近海防御为主的海洋安全观，没有考虑到我国正在走向海洋强国的现实，没有考虑到中国存在越来越多的海外利益，不符合当前乃至今后的整体国家安全保障形势，应当进行适当的调整。

航行自由主张反映了航行国对航行安全、贸易通道安全的追求，而对航行主体、区域范围、活动类型的限制则反映了沿海国对本国国土安全、军事安全和生态环境安全的忧虑和担心。航行自由制度的历史发展正是航行国与沿海国两种不同安全追求相互博弈的过程。在传统国家安全观的思维中，国家领土主权完整与安全是重要目标。国家安全侧重于军事防范。[2]冷战结束后，国际形势发生巨大变化，国家安全观也随之发生重大改变。“国家安全”不再局限于主权独立和领土完整的空间存在，还表现为“安全利益”、“安全威胁”、“安全发展”等诸多方面和层次。[3]现代“总体国家安全观”的构成要素由领土安全、军事安全、经济安全、信息安全、环境安全、能源安全等诸多要素综合构成。[4]由此，从总体国家安全观的视角出发，[5]综合平衡各种安全考量因素，重新审视我国对待航行自由的法律立场具有重要的现实意义和研究价值。

从总体国家安全观来看，对待航行自由的法律立场涉及到“国土安全”、“军事安全”、“经济安全”和“生态安全”等诸多方面。看待航行自由的眼光和立场不能局限于沿海国身份和沿海海域的领土安全，还应看到我国的航行国身份和在海外的经济安全。我们应当充分利用航行自由制度为我国维护海外经济安全、能源通道和贸易通道安全服务，为我国海外航行活动和可能采取的维护安全措施提供法律支持。

一、国土安全视角下的航行自由

领海是一国的领土范围，国家在领土范围内享有主权。航行自由正是在对主权进行限制

[1] 在 2001 年的中美南海撞机事件和 2009 年的美军“无瑕号”事件期间，国内许多学者从维护国家主权安全角度对《联合国海洋法公约》进行了解读，主要观点认为外国军事船舶和飞机在专属经济区内不得从事危害沿海国主权与安全的军事航行活动。代表性文章有：邹立刚的《论国家对专属经济区内外国平时军事活动的规制权》(《中国法学》2012 年第 6 期)、张湘兰、张芷凡的《论海洋自由与航行自由权利的边界》(《法学评论》2013 年第 2 期)、周忠海、张小奕的《论专属经济区中的军事研究和测量活动》(《法学杂志》2012 年第 10 期)、郑雷的《论中国对专属经济区内他国军事活动的法律立场》(《法学家》2011 年第 1 期)、盛红生的《论制止危害中国海洋领土安全活动的法律对策》(《法学杂志》2012 年第 1 期)、管建强的《美国无权擅自在中国专属经济区从事“军事测量”——评“中美南海摩擦事件”》(《法学》2009 年第 4 期)、李广义的《论专属经济区军事利用的法律问题》(《当代法学》2006 年第 4 期）等。

[2] 见靳利华：《论传统国家安全观的主要特性》，载《高校社科信息》2005 年第 5 期，第 20-22 页。

[3] 参见严高鸿、张学明：《论国家安全观的构成要素》，载《世界经济与政治论坛》2002 年第 3 期，第 52-53 页。

[4] 参见刘文汇：《论国家安全观的衍变》，载《求实》2002 年第 3 期，第 37-39 页。

[5] 在 2014 年 4 月 15 日召开的我国国家安全委员会第一次会议上，国家主席习近平同志首次提出“总体国家安全观”， 指出，要构建集政治安全、国土安全、军事安全、经济安全、文化安全、社会安全、科技安全、信息安全、生态安全、资源安全、核安全等于一体的国家安全体系。参见《人民社评：总体安全观护航现代中国》，《人民日报》2014 年 4 月 17 日第 5 版。

的过程中发展出来的一项国际法制度。从航行自由法律制度的发展历史来看，领土主权与航行自由之间的冲突经历了一个从绝对冲突到相对冲突的演变过程。演变的结果是外国船舶的航行自由得到普遍承认，同时沿海国对领海的主权安全也需要保障。现有国际立法是对二者关系的平衡。

（一）主权与航行权的绝对冲突：航行自由法律制度的缘起

15、16 世纪，葡萄牙和西班牙借口教皇亚历山大六世于 1493 年颁布的两份诏书对大西洋和印度洋声称主权、禁止其他国家的航行和贸易，意图瓜分世界。[1]这必然遭致其他新兴海洋国家的不满。一个有趣的现象是，英格兰女王伊丽莎白一世似乎是第一个强烈抗议这种借口控制海洋的人。伊丽莎白女王在回答西班牙大使蒙多扎（Mendoza）对弗朗西斯·德瑞克爵士（Sir Francis Drake）驶往太平洋的著名航行所提出的抗议中，借用罗马法时期的法律格言认为："对海洋和天空的利用属于所有人；任何人都不得将海洋据为己有，任何人不得占有海洋的资源和公共用途"。[2]

17 世纪初，为了对抗葡萄牙的禁令，国际法的鼻祖格老秀斯（Grotius）也从罗马法上的所有权入手，分析海洋不隶属于任何国家的理由，为荷兰进入东印度海进行辩护，[3]明确提出了"海洋自由"（ Mare Liberum）、任何人都可以加以利用的观点。当然，他在文中已经注意到了将"海洋"区别于能够完全为沿海国所实际控制的内海和海湾。[4]不过，他坚持认为，即使某一海域归属沿海国，也不影响其他国家航行的权利。[5]国际社会的实践支持了格老秀斯的主张，一国对海洋权益的主张不得妨碍航行自由的观念得到普遍接受。同时，习惯国际法中没有明确区分普通商船与军事船舶。军事船舶的航行同样是不受限制的，不能简单以外国军事船舶未经沿海国同意驶入了一国领海视为侵犯了该国领土主权。自格老秀斯以来，航行自由原则成为"海洋治理的国际法律制度中最古老和得到承认最广泛的一项原则"。[6]

1856 年的《巴黎海战宣言》（Paris Declaration on Naval War）（全称《巴黎会议关于海上若干原则的宣言》）既是首部有关国际海上武装冲突的国际公约，也是影响航行自由的首部国际成文法。虽然该宣言中没有明文提及海洋自由或航行自由的词语，但该宣言规范了占时捕获和封锁问题，对于海上自由航行和自由贸易有着重要的规范意义。此后，一系列的国际

---

[1] H. Vander Linden, *Alexander VI and the Demarcation of the Maritime and Colonial Domains of Spain and Portugal*, 1493-94, 22 Am. Hist. Rev., 1916, p.1.

[2] See Th. W. Fulton, *The Sovereignty of the Sea - An Historical Account of the Claims of England to the Dominion of the British Seas, and of the Evolution of the Territorial Waters: with special reference to the Rights of Fishing and the Naval Salute*, London: William Blackwood and Sons, 1911, pp.105-107.

[3] 参见马忠法：《<海洋自由论>及其国际法思想》，载《复旦学报》（社会科学版）2003 年第 5 期，第 119 页。

[4] Hugo Grotius, *The Free Sea,* translated by Richard Hakluyt with William Welwod's Critique and Grotius's Reply, Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2004, pp.68-71.

[5] Hugo Grotius , *The Freedom of the Seas* or the Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade, translated by Ralph van Deman Magoffin, New York: Oxford University Press, 1916, p.34.

[6] Rüdiger Wolfrum, *Freedom of navigation: New challenges,* International Tribunal for the Law of the Sea, 2008, available at https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/freedom_navigation_080108_eng.pdf, p.2.

海战规则使得海洋中立、普通商业航行免受军事干扰的法律原则得以确立，[1]为海洋航行自由奠定了成文法律基础。

1958 年，在日内瓦召开的联合国第一次海洋法会议上通过的《公海公约》首次明文确定了“公海自由”的法律原则。其中第 2 条规定：“公海对各国一律开放，任何国家不得有效主张公海任何部分属其主权范围”，明确规定“公海自由”包括四个方面的内容。[2] 其中，“航行自由”被放在第一位。从此，“航行自由”作为一项独立的权利存在于国际成文立法中，完成了从国际习惯法向成文法的转化。

通过上述历史发展的轨迹可以看出：早期，通过声称主权，一国意图完全控制海洋，并阻止他国在该海域内航行和捕鱼。这时的海洋主权利益与航行利益是绝对冲突的，这种冲突表现为主权与一切航行活动的冲突，但这种绝对冲突不是主权安全与航行自由的冲突，而是一国对海洋的绝对控制权与他国航行自由之间的冲突。实际上，对海洋主张主权利益的国家并非海洋的沿海国，而是恃强凌弱的强国。格老秀斯之后，习惯国际法排除了一国可以对领海之外的海洋主张主权，在保障航行安全的同时，也奠定了公海航行自由的历史和法律理论基础。

（二）主权与航行权的相对冲突：国土安全对航行自由制度发展的影响

20 世纪后，海洋强国利用自己强大的远洋航行能力和军事手段常常在沿海国的领海外开展军事封锁、制裁等活动。弱小的沿海国则为扩大渔业资源范围而不断扩大领海主张，甚至提出了 200 海里的主权要求。[3]1958 年《领海及毗连区公约》并没有明确领海的宽度，只是规定了领海基线的起算。在领海范围内，所有船舶均享有无害通过的权利，[4]但并不要求外国船舶（包括军事船舶）事先取得沿海国同意。这与航行自由的理论起源一致。对于“无害通过”，该公约定义为：“不损害沿海国的和平、良好秩序或安全”。[5]当然，为了保护国土安全，沿海国可以在领海的特定区域，在不歧视的前提下，“暂时停止外国船舶的无害通过”，但须事先正式公布。[6]可见，自 1958 年《领海及毗连区公约》后，在沿海国领海范围内，航行自由在无害于沿海国安全的前提下仍然得到了基本保证。而在领海之外，航行自由则不受任何限制。

在此之前的 1947 年科孚海峡案中，国际法院就外国军事船舶通过一国领海是否需要事先得到沿海国同意做出了裁决，认为：一国军舰在和平时期通过作为国际航道的沿海国领海，并不需要事先征得沿海国同意；但是，英国军舰在阿尔巴尼亚领海内的扫雷行动侵犯了该国的主权。该行动不能以无害通过权来证明其行为的合法性。[7]这项裁决所确定的“无害通过”在今天仍然具有现实意义。《联合国海洋法公约》没有要求外国船舶通过一国领海时需要事先得到沿海国同意，但要求“通过”应“继续不停和迅速行驶”，“不损害沿海国的和平、良

[1] 这主要体现在 1899 年和 1907 年两次海牙和平会议期间所通过的与海战有关的多项国际公约中。
[2] 航行自由、捕鱼自由、敷设海底电缆与管线自由、公海上空飞行自由。
[3] 如阿根廷、巴西、秘鲁、塞拉利昂、贝宁等国。
[4] 见 1958 年日内瓦《领海及毗连区公约》第 14 条（1）款。
[5] 同上第 14 条（4）款。
[6] 同上第 16 条（3）款。
[7] Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Merits, [1949] I.C.J. Rep. 4, p.28.

好秩序或安全”，并以列举的方式对“损害”行为进行了界定。[1]可见，在《联合国海洋法公约》中，沿海国的国土安全因公约有关领海无害通过制度得以保证。

随着近海石油资源的开发，以及领海范围内渔业资源的枯竭，沿海国试图加强对近海资源利用和保护的利益要求越来越强。越来越多的国家主张从 12 海里到 200 海里不等的领海范围。如果任由沿海国扩张领海范围到 200 海里，势必会造成军事船舶和飞机可航水域的大面积减小，甚至无法通过的情形。因此，在发展中国家呼吁制定一部国际性的海洋法公约以明确海洋权利的同时，海洋强国如美国、英国等强烈坚持航行自由包括军事船舶的航行自由应不受限制。[2]

为了平衡沿海国经济利益与他国航行利益的冲突，1982 年《联合国海洋法公约》创立了一项新的海洋权益制度，即专属经济区制度。公约规定，从领海基线起 200 海里范围内为沿海国专属经济区，沿海国对该区域内的自然资源享有专有的权利。例如，沿海国除了对专属经济区内的自然资源享有独占的所有权外，还享有为了管理、保护自然资源而实施立法、行政和司法管辖的权利。同时，为了有别于领海的航行限制，公约专门对专属经济区内的航行规定了不同于“无害通过”的航行制度。沿海国虽然对专属经济区享有“主权性权利”，但并非完整意义上的主权。[3]在专属经济区内的航行活动应参照公海海域的航行自由制度，同时，“适当顾及沿海国的权利和义务”，并遵守沿海国制定的与公约规定不抵触的法律和规章。[4]因此，国际社会的主流观点认为，沿海国对专属经济区的“主权性权利”不等于主权。

由此可见，由于沿海国在专属经济区内为保护自然资源而享有立法、行政和司法管辖的权利，因而仍可能对该区域内的航行活动基于资源保护而进行一定的限制，但并未明文禁止特定类型的航行活动。航行船舶负有“适当顾及沿海国的权利和义务”，但何谓“适当”、沿海国的权利是什么等都没有明确界定。当外国军事船舶和飞机在沿海国专属经济区内从事军事测量和侦察活动时，外国军事船舶和飞机的航行自由与沿海国国防安全之间的矛盾和冲突就产生了。

（三）我国南海领土主权安全与航行自由

---

[1] 《联合国海洋法公约》第 19 条（2）款规定：“如果外国船舶在领海内进行下列任何一种活动，其通过即应视为损害沿海国的和平、良好秩序或安全：
（a）对沿海国的主权、领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力，或以任何其他违反《联合国宪章》所体现的国际法原则的方式进行武力威胁或使用武力；
（b）以任何种类的武器进行任何操练或演习；
（c）任何目的在于搜集情报使沿海国的防务或安全受损害的行为；
（d）任何目的在于影响沿海国防务或安全的宣传行为；
（e）在船上起落或接载任何飞机；
（f）在船上发射、降落或接载任何军事装置；
（g）违反沿海国海关、财政、移民或卫生的法律和规章，上下任何商品、货币或人员；
（h）违反本公约规定的任何故意和严重的污染行为；
（i）任何捕鱼活动；
（j）进行研究或测量活动；

[2] John E. Noyes, *The United States, The Law of the Sea Convention, and Freedom of Navigation*, 29 Suffolk Transnat'l L. Rev. 1, 2005, pp.12-14.

[3] See Brian Wilson, *An Avoidable Maritime Conflict: Disputes Regarding Military Activities in the Exclusive Economic Zone*, 41 J. Mar. L. & Com., 2010, pp. 431-432.

[4] 见 1982 年《联合国海洋法公约》第 58 条（3）款。

我国南海海域处在进出马六甲海峡的咽喉要道位置。我国有维护领土主权安全的利益需要，其他国家即使没有主权声索要求，也会关心航行自由是否会因此受到限制。过去，在我国南海地区，因我国甚少实际有效地管辖该海域，外国军事船舶和飞机的航行活动几乎无任何限制。现在，当我国主张九段线内的主权权益时，主权安全与航行自由之间就可能会发生一定的冲突。

随着中国维护南海权益的加强，美国为实现自己重返亚洲战略[1]而每每以沿海国对海洋权益的主张不得违反“航行自由”的国际法制度为由表现出热衷的干预倾向。我国政府一再表态，对南海主权的主张从来没有妨碍过航行自由。这虽然是事实，但依据《联合国海洋法公约》，领海与专属经济区、公海范围内的航行自由权利范围是不一样的。我国的主权主张当然会引起外国的关注。对于这一点，我们不应忽视。

从现有情况看，我国对南海海域的权益主张有几种版本的诉求：一是主张对南海九段线内的岛礁拥有完全的领土主权，对 U 形线内的海域则主张主权性权利或“历史性权利”、并享有管辖权；[2]二是对整个九段线内的岛礁和水域主张“历史性权利”；[3]三是对整个南海海域主张完整的领土主权。[4]应该说，从历史角度看，我国主张完全的领土主权也是有历史依据的。不过，结合《联合国海洋法公约》所形成的国际海洋法律制度看，这会改变南海地区现有的航行现状，从而使得南海地区的航行从完全自由变成受一定限制。因此，我国需要将南海主权维护与航行自由制度结合起来考虑，提出恰当的权益诉求。这是我们不得不面对的客观形势。

首先，如果对整个 U 形线内的岛礁和水域全部主张主权的话，意味着整个 U 形线内的海域都具有领海性质。外国船只虽然仍然享有无害通过权，但外国军事船舶在南海地区的航行将受到严重限制。例如，外国军舰或军用飞机将不得在我国南海海域从事军事演习、军事测量和侦察活动、不得在船上起降飞机、发射军事装置等。[5]依照我国法律规定，只有事先经过我国政府批准，外国军事船舶才能无害通过我国领海。[6]虽然我国政府一再表明我国对南海的主权主张不影响航行自由，但这将仅限于普通商船，外国军事船舶和飞机的航行自由肯定是要受到限制的。即使不是南海周边的国家，也会对这种领土主张表达严重关切。

其次，如果我们主张对 U 形线内岛礁的领土主权，对岛礁领海外的水域享有历史性权利，对外国船舶的航行也会有一定影响。由于“历史性权利”的含义和范围比较模糊，[7]因此我国将能够基于自然资源保护或环境保护的理由对船舶航行进行技术性的管辖，限制外国船舶在某些具体海域内的航行。例如，划定渔业资源保护区、提高船舶污染排放标准等。在这种情况下，我国对南海水域的主权主张与我国将 U 形线内的海域视为专属经济区大体相

[1] 美国所谓“重返亚洲”战略始于 2009 年，时任美国国务卿的希拉里·克林顿在东盟地区论坛上首次明确提出这个口号，随后于 2011 年 10 月在美国《外交》杂志上发表了题为《美国的太平洋世纪》一文，集中阐述了美国重返亚洲战略的核心和意义。

[2] 参见周忠海等：《国际法学述评》，法律出版社 2001 年版，第 292 页；赵建文：《联合国海洋法公约与中国在南海的既得权利》，载《法学研究》2003 年第 2 期，第 159-160 页。

[3] 参见贾宇：《南海“断续线”的法律地位》，载《中国边疆史地研究》2005 年第 2 期，第 115-116 页。

[4] 赵理海：《海洋法问题研究》，北京大学出版社 1996 年版，第 38 页。

[5] 同注释 16。

[6] 见 1992 年《中华人民共和国领海及毗连区法》第 6 条的规定。

[7] 黄伟：《论中国在南海 U 形线内“其他海域”的历史性权利》，载《中国海洋大学学报》（社会科学版）2011 年第 3 期。

同。虽然专属经济区内的航行所受限制甚弱，但不能说完全没有限制。[1]

再次，如果我们只对南海水域内的岛礁提出主权主张，对该地区航行的现状影响最小。可能的影响是西沙、中沙、南沙群岛中可能形成“群岛水域”的区域。在群岛水域内，外国船舶只享有无害通过权。这对过往船舶而言当然是有一定影响的，除非我们视而不见，继续以往的不管态度。当然，南海现有群岛并不一定能构成海洋法意义上的“群岛水域”，[2]但我国对于外国军事船舶通过群岛之间水域时必然不会坐视不管。主权主张特别会影响到“飞越自由”，外国飞机经过群岛上空需要经过我国同意，这对于环南海海域的国家交通影响重大。除非我国在主张主权的同时，声明允许外国飞机不经同意可以自由飞越。因此，哪怕是只主张岛礁的主权，对航行仍然是有影响的。

可见，我国对南海权益的主张确实关联到海上航行自由的问题。南海周边的其它国家可能关注南海区域的资源，我国与周边有关国家之间的利益冲突是主权性的，但区域外的国家也会关心南海争议结果对航行现状的影响。应当正视其它国家对该海域的航行利益诉求，回避或无视其它国家对南海航行状态可能改变的疑虑和担心是不可取的。不论我们对南海海域采取哪种权益主张，在维护我国南海国土主权安全的同时，都需要对该地区未来的航行状态做出明确的正面回应，例如，发表无意改变南海地区航行现状的声明。

二、军事安全视角下的航行自由

军事安全包括国防军事安全，但不限于国防军事安全。国防军事安全主要集中于领土附近区域，军事安全则未必局限于国家领土范围之内，因此，军事安全的地理范围更广，超出了一国的领土范围。军事安全与国土安全紧密联系，但也可以适当分离。按照现行国际公约的有关规定，外国军事船舶和飞机可以不经沿海国同意而航行经过该国专属经济区，这并不构成对沿海国领土主权的侵犯，但可能会危及到沿海国的军事安全。

然而，《联合国海洋法公约》对于专属经济区内的军事航行活动并无多少限制，除了肯定自然资源为沿海国所有外，外国船舶和飞机包括军事船舶和飞机在沿海国专属经济区内的航行权如同在公海内一样，主要受船旗国法律管辖。特别需要指出的是，公约并没有明文要求外国军事船舶在沿海国专属经济区内的活动“不损害沿海国的和平、良好秩序或安全”，而只是泛泛地说应“适当顾及沿海国的权利和义务”，[3]并符合“和平的目的”。[4]随着军事技术的飞越进步，外国军舰在靠近一国领海的专属经济区内同样能够开展情报收集、侦察，并且通过中远程导弹直接威胁沿海国的国防军事安全。因此，对于沿海国的安全利益诉求，公约缺乏有效保护，当然，这并不意味着沿海国不能主张安全利益。

（一）围绕专属经济区内外国军事活动合法性的学术争论

[1] 根据《联合国海洋法公约》第 56 条的规定，沿海国对专属经济区内的资源利用、科学考察、人工岛屿设施和结构、海洋环境保护和保全有管辖权，可以制定相关法律。这些法律内容可能会影响到航行，存在资源管理利益与航行利益的冲突。

[2] 参见罗国强:《理解南海共同开发与航行自由问题的新思路——基于国际法视角看南海争端的解决途径》，载《当代亚太》2012 年第 3 期，第 73 页。

[3] 参见《联合国海洋法公约》第 58 条（3）款。

[4] 参见《联合国海洋法公约》第 58 条（2）款、第 88 条的规定。

2001 年，美国 EP-3 侦察机在中国海南岛附近进行空中侦察时遭遇中国海军航空兵战斗机起飞拦截而发生撞机事件。2009 年再次发生美军无暇号军事测量船在我国海南岛附近水域从事军事测量活动时，与我国渔船对峙的情形。于是，外国在沿海国专属经济区内的军事航行活动是否符合国际法成为近些年中美之间争论的话题。这种争论也影响到了国际法学术界。对《联合国海洋法公约》中有关航行自由制度的解读成为争议焦点。

围绕专属经济区内的军事活动自由，存在严重的分歧。一方面，海洋强国认为，军事船舶的航行包括在“航行自由”之中，传统国际习惯法并没有禁止军事船舶在公海上的活动内容与范围，而海洋法公约将“航行自由”从公海延伸到专属经济区，且无具体条文限制有关活动，因此，外国军事船舶在沿海国专属经济区内航行、开展军事演习、收集情报和军事测量等都是合法的。[1]另一方面，沿海国基于国家主权与安全考虑，依据《联合国海洋法公约》第 88 条认为，外国军事船舶在专属经济区内的活动不得违反和平的目的，而军事演习、收集情报和测量等与和平利用海洋无关，坚持要求事先取得沿海国同意，[2]否则就是违反海洋法公约的行为。

西方一些学者根据“法不禁止即为合法”的原则，认为《联合国海洋法公约》没有明确禁止外国军事船舶在他国专属经济区内航行，也没有限制军事船舶的航行活动范围，因此，这种侦察活动是合法的。沿海国的干预行动违反了国际法。[3]我国学术界多数观点则认为，虽然海洋法公约没有明确禁止外国军事船舶在专属经济区内的航行，但公约也强调了“海洋只能用于和平的目的”；对沿海国的军事侦察活动不属于“和平目的”，因而认为这种侦察活动违反了国际法。[4]

我国部分学者从公约文本语言和部分国家在加入公约时的声明出发，认为外国军舰和军机在我国专属经济区从事军事侦察活动违反了和平利用海洋、禁止使用武力或以武力相威胁的原则等等。这代表了部分发展中国家对《联合国海洋法公约》的解读思路，[5]但问题是这种解读只有公约条文的原则性规定作为支撑，缺乏更为充分的论据支持。反过来说，如果这种解读是正确的，那么该公约为什么对于领海内的航行规定“无害通过”、并详细列举危害的行为方式，尤其是明文禁止在领海范围内的侦察和军事测量活动，[6]而对于公海和专属经济区内的航行则只是原则规定“和平目的”呢？如果军舰和军机的侦察活动已经达到了“使用武力或以武力相威胁”的程度，那么别说是军事测量和侦察，仅仅是军舰和军机开到沿海国专属经济区，就可以这么认定。这显然与国际社会的实践不相符合。还有学者认为，《联

---

[1] See John C. Meyer, *The* Impact of the Exclusive Economic Zone on Naval Operations, 40 Naval L. Rev., 1992, p.241; Captain Stephen Rose, JAGC, USN, *Naval Activity in the EEZ - Troubled Waters Ahead*?, 39 Naval L. Rev., 1990, p.67.

[2] Rex Zedalis, *Military Uses of Ocean Space and the Developing International Law of the Sea: An Analysis in the Context of Peacetime ASW*, 16 San Diego L.Rev, 1975, p.625; See also Robin Churchill and Vaughan Lowe, *The Law of the Sea,* Oxford, England: Oxford University Press, 1983, p.134.

[3] See Brian Wilson, *An Avoidable Maritime Conflict: Disputes Regarding Military Activities in the Exclusive Economic Zone*, 41 J. Mar. L. & Com.,2010, p.421; George Victor Galdorisi, *Preserving Freedom of Navigation: U.S. Lessons for the International Community*, 12 Ocean Y.B., 1996, p.126.

[4] 如邹立刚：《论国家对专属经济区内外国平时军事活动的规制权》，载《中国法学》2012 年第 6 期；周忠海、张小奕：《论专属经济区中的军事研究和测量活动》，载《法学杂志》2012 年第 10 期；管建强：《美国无权擅自在中国专属经济区从事“军事测量”——评“中美南海摩擦事件”》，载《法学》2009 年第 4 期。

[5] 印度的主张与中国大致相同。

[6] 见《联合国海洋法公约》第 19 条的列举性规定。

合国海洋法公约》对专属经济区内的外国军事活动属于没有明文赋予、也没有明文禁止的“剩余权利”，[1]除非与沿海国达成双边协定，否则也是违反国际法的。这种“剩余权利”的主张对于外国在沿海国专属经济区内是否可以军事测量并没有直接的否定效果。

一种可能合理的解释是，在上世纪 70 年代有关公约的起草、讨论过程中，军事技术还没有进步到可以从领海之外对沿海国的国防军事设施和航道等进行精准、有效的侦察和测量活动，中远程导弹和火箭技术也还没有发展到海基军事力量可以对沿海国陆基目标进行准确打击的程度，所以各国在公约文本讨论时，并没有过多地纠缠于领海外军事航行活动的限制，只是泛泛地使用了“和平目的”一词。正因为《联合国海洋法公约》没有明文限制或禁止外国军事船舶在沿海国专属经济区内的军事活动，导致海洋强权国家可以“航行自由”为借口，试图干涉沿海国内政或危害沿海国国防军事安全。

事实上，由于《联合国海洋法公约》承认沿海国在专属经济区内享有的各项经济利益，同时也确认了其他国家航行自由的权利，但并未在两种利益之间划出一条清晰的界限，也未给出明确的平衡点，导致各方常常向利己的一面解读公约。不过，这或许正是该公约获得巨大成功的原因之一：照顾到了各国的关切，从国际法上肯定各项权益，但留下了模糊空间，导致沿海国国防安全利益与他国航行利益的冲突。利益的平衡点需要通过国际社会的实践落实，而不是僵化的规制。

已有西方学者注意到沿海国对外国军事船舶航行的安全关切。他们承认，《联合国海洋法公约》在赋予专属经济区内的航行权利时是以特别的方式将公海航行自由引入的，因此，专属经济区内的航行地位并不完全依赖于公约文本规定，更多地取决于政治力量的实际运行。[2]还有学者认为，外国海空军在沿海国专属经济区内的活动并没那么简单。虽然公约本身并不禁止外国军事船舶在沿海国专属经济区内的航行和飞越，但这种权利的行使受到专属经济区性质，例如专属经济区的特殊性质（包括政治性质）的某些限制。[3]主权原则和航行自由原则都适用于这一区域，但分别适用于不同的目的。因此，专属经济区内并不全面禁止外国军事船舶和飞机的航行，但外国军事船舶和飞机对沿海国军事情报的收集活动与沿海国国防安全产生了直接冲突。国际法也并没有禁止沿海国为维护沿海国安全而采取相应地自卫措施或预防措施。[4]遗憾的是，我国学术界长期以来对自卫权采取过于狭隘的解读，[5]束缚了自己的手脚。

一项国际公约的诞生总是在国际社会各种力量和利益博弈的背景下形成的。因此，《联合国海洋法公约》没有就专属经济区内的航行自由和沿海国安全利益划出一条清晰的界限也是可以理解的。应该说，《联合国海洋法公约》本身就已经预见了可能产生的不同权利冲突。该公约第 59 条“解决关于专属经济区内权利和管辖权归属的冲突的基础”中规定：“在本公

---

[1] 见周忠海、张小奕：《论专属经济区中的军事研究和测量活动》，载《法学杂志》2012 年第 10 期，第 104 页。

[2] D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea,* Vol.1, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 578.

[3] Orrego Vicufia, *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 1989, p.120.

[4] Ivan Shearer, *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: The Case of Aerial Surveillance,* 17 Ocean Y.B., 2003, p.561.

[5] 在美国借口自卫权发动伊拉克战争和阿富汗战争后，我国学术界为否定美国武力干涉他国的合法性，对于自卫权和预防性阻止措施采取了狭隘的解读模式，强调自卫必须是外来武力攻击已经实际发生才能行使，对于威胁的存在则持谨慎的否定态度。鉴于本文讨论议题所限，对此不做展开讨论。

约未将在专属经济区内的权利或管辖权归属于沿海国或其他国家，而沿海国和任何其他一国或数国之间的利益发生冲突的情形下，这种冲突应在公平的基础上参照一切有关情况，考虑到所涉利益分别对有关各方和整个国际社会的重要性，加以解决”。换句话说，这种冲突的协调和解决需要通过双边或多边谈判，达成新的国际协定来实现。

（二）我国的法律立场是否正在转变或者应当转变

2014 年 7 月，中国的军事测量船出现在美国夏威夷海域附近。国外媒体爆炒这个新闻的同时，美国国防部宣称中国军舰在美国夏威夷专属经济区内的航行并不违反国际法。我国国防部发言人在回答记者提问时也强调了我国海军活动符合国际法上的航行自由制度。[1]紧接着，2014 年 8 月，美国侦察机再次抵近我国海南岛附近侦察，遭到我国战机起飞拦截。美国再次表示其活动没有违反国际法，并指责我国拦截行为妨碍了专属经济区内的飞越自由（航行自由）。我国则指出，美国的行为危害我国国家安全。[2]可见，我国政府在如何看待外国军事船舶或飞机在专属经济区内的侦察活动问题上态度有所转变，不再坚持以主权理由说明外国军事侦察活动的违法性，而是强调我国采取维护国家安全的拦截行动的合法性。这是正确和恰当的。

如前所述，联合国海洋法公约对专属经济区内的军事航行并无具体限制性规定，过于强调国际法或者《联合国海洋法公约》禁止外国军事船舶或飞机不得在沿海国专属经济区内从事军事测量和情报收集活动，并不能从根本上杜绝此类事件的发生。不能把维护国家安全利益的希望寄托在无法律责任保障的公约条文上，更可况这种条文还不是明文规定，而是我国学者的解读。有关“航行自由”的现行国际法律制度不过是过去国际权力格局和利益冲突协调的产物，“军人在战场上用枪拿不回来的东西，不要指望外交官在谈判桌上用嘴拿回来”。[3]

需要指出的是，我国政府仅仅认为美国的侦察行为危害我国国家安全还不够，还应公开宣示我国出于保护国家安全的需要有权对外国军事船舶或飞机采取预防性阻止措施。国际法既赋予了外国军事船舶和飞机在沿海国专属经济区内航行的权利，同时也赋予了沿海国保护国家安全的权利。航行自由并不具有凌驾于沿海国安全之上的利益。现行国际法并没有为这种利益冲突设置明确的解决办法，仅要求采取和平方式解决争端。中国在拦截外国军事船舶或飞机时并没有采取武力攻击的方式，而是采取了警告、阻止的方式。这并不违反国际法。要防止发生类似冲突，或者防止这种冲突产生严重后果，唯一有效的办法是通过双边外交谈判的方式寻求解决。

正如美国与前苏联在发生黑海军舰碰撞事件后一样，最终以双方达成协议而结束。事实上，中美两国之间围绕在我国专属经济区内的军事侦察活动进行了长期双边协商与谈判，已经签署了中美两军重大军事行动相互通报机制谅解备忘录文本，双方还商定了下一步海空相

---

[1] 参见凤凰新闻：《国防部以航行自由回应中国侦察船在美经济区侦察》，http://news.ifeng.com/a/20140924/42067666_0.shtml 访问日期：2014 年 10 月 8 日。

[2] 虽然我国政府没有明言美国的侦察行动危害了我国哪种国家安全，但美国侦察机是在我国领海外侦察我国海南军事基地的情况遭到拦截的，可以看作为对我国国防军事安全的危害。

[3] 2013 年，时任外交部副部长傅莹在国防大学一次座谈会上的讲话。参见《解放军报》2014 年 7 月 28 日头版《新的历史征程的强军脉动》一文。

遇安全行为准则磋商的工作安排。2014 年 11 月，中美两国元首正式签署了“两个互信机制”文本，即“建立重大军事行动相互通报信任措施机制”和“海空相遇安全行为准则”。[1]中美两国国防部长也签署了落实“海空相遇安全行为准则”的谅解备忘录。[2]这种防止冲突的双边协商方法证明，美国也意识到仅仅依据联合国海洋法公约强调航行自由、不顾沿海国安全利益的看法是站不住脚的。

随着中国经济发展，保护海上贸易通道和能源通道安全、保护海外投资安全成为我国重要的战略重心之一。在此形势下，我国海上军事力量正在发展和加强远洋护航方面的能力。与此相适应，我国对待航行自由的法律立场也应做相应调整：一方面，对于我国有主权争议的外国所谓“专属经济区”，要通过海军航行活动提出行动上的异议和挑战；[3]另一方面，海军远航到其他国家专属经济区范围也是保障我国能源通道和贸易通道安全畅通的需要。[4]例如，我国海军在索马里海域附近保护我国商船的行动，就牵涉到外国领海、专属经济区和国际海峡的军事通行问题。[5]固执于专属经济区的非军事航行反而不利于我国维护国家利益。

另外，为防止外国军事力量封锁，以及打击海盗和海上恐怖主义活动，我国海上军事力量将会越来越多地走出国门，在战略交通线上护航。这就有可能会经过外国专属经济区和国际海峡。如果坚持事先通报，征得沿海国同意，不利于我国海军有效开展保护海外利益的行动。

要实现海洋强国战略，就要放弃部分传统保守的国际法认识。虽然海洋法公约提出了将海洋用于和平的目的，但这并不排斥海上军事航行活动。客观上看，海上军事活动也会增强海上和平，关键在于中国自己要加强利用海上军事力量参与维护海洋和平的行动，例如打击海盗和恐怖主义活动，参与大规模杀伤性武器扩散问题的检查等。为此，我们要加强对和平时期海上军事活动法律问题的研究，如研究登临检查、拿捕、扣押船舶和对嫌疑船舶人员的强制性措施等问题。应当参照国外军事活动的实践经验，为我国军事活动提供规范性意见。

事实上，南海马六甲地区的海盗活动对进出印度洋通道的能源和贸易威胁也很大，[6]而海盗是国际性犯罪，我国海军如果能游弋于该地区打击海盗犯罪，与沿海国充分合作，这种在公海上的航行和打击犯罪活动是符合国际法的。同时，也可借此加强南海主权宣示和实际

---

[1] 参见中国新闻网新闻：《中美签署两个互信机制 设立海空相遇安全行为准则》，http://www.chinanews.com/mil/2014/11-14/6775518.shtml 访问日期：2015 年 1 月 9 日。

[2] 有关备忘录原文见中华人民共和国国防部网：http://www.mod.gov.cn/affair/2014-12/06/content_4555927.htm 访问日期：2015 年 2 月 1 日。

[3] 例如，越南、菲律宾等国不仅与我国在南海存在领土争议，而且还存在这些国家的专属经济区延伸到了我国南海水域的问题。对于外国沿海国的这种滥用权利的行为，我们不能仅仅从外交声明中予以反对，还应该通过实际行动否定外国专属经济区的划界效力。在这一点上，应当学习美国的经验，外交与军事航行相结合，以显示我国的法律立场。

[4] 军事护航在于打击海盗和海上恐怖主义活动，符合国际法和平利用海洋的目的和宗旨。对于具体可采取的行动措施，我们应当加强法律研究，为军事护航行为提供法律保障和法律建议。参见《中国海军军事法院院长解读军舰护航法律问题》一文，载《解放军报》2009 年 2 月 4 日，另见凤凰资讯网：http://news.ifeng.com/mil/2/200902/0204_340_994256.shtml，访问日期：2014 年 8 月 1 日。

[5] 海军在索马里海域护航并不仅仅是在索马里国的专属经济区和领海内活动，还可能需要航行到埃及、沙特阿拉伯、也门、阿曼等国的专属经济区范围内。

[6] 例如，2014 年 7 月 15 日，海盗在马六甲海峡袭击了马来西亚油轮，偷窃了 2,500 吨石油，并损坏了该船的导航设备。参见新闻：“马来西亚油轮马六甲海峡遭遇海盗 船舶定位”，http://www.chinaports.com/portlspnews/6D2692D4BD7A4DE38E49A7077C3CC88F/view，访问日期：2014 年 8 月 2 日；另：2014 年 4 月 21 日，一伙武装海盗在马六甲海峡登上一艘新加坡运营的油轮，绑架 3 名印度尼西亚籍船员，盗走船上装运的部分柴油。参见新闻：“武装海盗马六甲海峡打劫油轮”，http://news.cntv.cn/2014/04/24/ARTI1398289302289520.shtml，访问日期：2014 年 8 月 2 日。

控制。充分利用法无明文禁止即为合法的原则，实现国家政策和利益。

三、经济安全与生态、资源安全对立下的航行自由

进入新世纪以后，沿海国对海洋生态环境保护、自然资源保护和经济可持续性发展的关注成为新的焦点。虽然《联合国海洋法公约》对自然资源保护和海洋环境保护有所立法，但已经不能满足需要。经济安全和生态安全上升到国家安全战略的高度。沿海国的生态安全、资源安全与其他国家基于航行自由而关切的经济安全之间出现了利益冲突和对立。中国是一个严重依赖能源进口和外贸进出口的国家。一方面需要加强对我国领海与专属经济区内生态环境的保护力度，另一方面，为了维护我国海上能源通道和贸易通道安全，又需要倡导沿海国不得借环境保护影响航行自由的权利，以维护我国经济安全、海上能源和贸易通道安全。从这个意义上说，我国在对待航行自由的法律立场上，需要进行微妙平衡。

（一）海洋生态环境安全与航行自由

除了国防军事安全外，沿海国越来越关注临近海域的海洋环境安全。随着环保意识的提高，沿海国对专属经济区内生物资源的关切越来越强。海洋环境保护开始成为规范航行的重要因素。《联合国海洋法公约》将海洋环境保护提高到人类整体利益的高度，[1]迅速成为国际海洋法的一条基本原则。其中有关环境保护的规定存在于各种不同法律地位的水域类型中，即使是在不属于任何国家的公海上，国际立法也对环境保护进行了规范。这些法律和规章规定也对航行自由产生了一定的限制作用。[2]

例如，随着核动力运输船舶的出现，一些国家对核动力船舶的安全性表示怀疑，担心核动力船舶是否会泄露放射性物质等，因而拒绝该类型船舶进入本国一般商业港口，或者限制核动力船舶通过某段航道。[3]船舶所有国则依据航行自由原则主张在沿海国领海内的无害通过权。另外，对于核货物或者具有放射性的货物运输、危险化学品货物的运输，同样基于沿海国在专属经济区的权利，沿海国可能会为保护专属经济区内的海洋生态环境而试图限制船舶航道、要求强制引航、[4]要求提高航行船舶的安全技术标准和污染排放标准等。[5]但是，《联合国海洋法公约》要求沿海国在行使管辖权时“应适当顾及其他国家的权利和义务，并以符合本公约规定的方式行事”，[6]这样就会产生沿海国对海洋生态环境保护的利益与其他国家航

---

1 参见联合国海洋法第 193 条。

2 See L. V. Speranskaya, *Marine Environmental Protection and Freedom of Navigation in International Law*, 6 Ocean Y.B., 1986, p.199.

3 See Steven D. Poulin, *Is Freedom of Navigation Reaching Critical Mass for Nuclear Cargoes?,* 42 Fed. Law, 1995, p.16.

4 See Daniel Bodansky, *Protecting the Marine Environment from Vessel-Source Pollution: UNCLOS III and Beyond*, 18 Ecology L.Q., 1991, p.738.

5 See Chelsea Purvis, *Coastal State Jurisdiction under UNCLOS: The Shen Neng 1 Grounding on the Great Barrier Reef*, 36 Yale J. Int'l L., 2011, p.207.

6 《联合国海洋法公约》第 56 条（2）款。

行利益的冲突。联合国下属的国际海事组织为了协调这种新的利益冲突进行了大量努力，于1993 年通过了《装载包装型放射性核燃料、钚与高放射性废弃物的国际航运安全准则》（简称 INF Code）。该准则对核动力船舶或运输核物质的船舶加强了安全运行的要求。当然，仍然有部分国家对该准则不满意，认为准则中缺乏强制性规定，没有要求强制救助，因而主张这类船舶的航行不属于“无害通过”，沿海国有权进行限制。

基于类似的理由，当运输危险品或原油的船舶遭遇海上风险而可能发生污染物质泄漏时，沿海国可能一反传统救援或提供避难港口的态度，拒绝同意遇难船舶进入本国近海港口避难。[1]遭遇海难事故时，船舶可以驶往就近海域避难。这在习惯国际法中被视为是一项合法的权利，同时也是航行自由法律制度的一部分。然而，生态环境保护也使得在发生海难事故时，相关国家可能会拒绝遭遇事故而存在原油泄漏或燃油泄漏污染的船舶进入本国港口、港湾或专属经济区内避难。[2]可见，船舶避难权与环境安全之间也存在冲突。在不涉及海上人命安全的情况下，一国不可能以严重牺牲本国沿海和港口的环境安全为代价准许遇难的油轮进入本国管辖范围。[3]

2010 年 4 月，中国籍船舶“申能 1 号”（Shen Neng 1）在澳大利亚大堡礁海洋公园(Great Barrier Reef Marine Park)搁浅，部分燃油泄漏危害到该地海域生物环境安全。大堡礁海域位于澳大利亚的专属经济区内，澳大利亚政府试图通过此次事件提高通过该地区的商船条件，例如要求船舶远离生态保护区航行、强制引航等。不过，作为《联合国海洋法公约》成员国，澳大利亚不能单独限制他国传统的航线，这会违反公约中航行自由原则，只能通过有关国际组织，如国际海事组织制定统一的国际性立法或者授权沿海国制定不歧视的、统一的船舶技术条件。澳大利亚试图要求过往船舶必须接受强制性引航，强制过往船舶报告航行情况，但遭到了国际海事组织的拒绝。澳大利亚为保护大堡礁的生态环境而做出的种种努力，虽然不具有歧视性，但过高的船舶技术标准可能会限制发展中国家船舶的通过，妨碍航行自由。[4]

随着全球气候变暖，过去常年冰冻的北极圈现在外围地区也会在夏季冰雪融化，出现20 天左右的可航水域。如果辅之以破冰船的帮助，则可更长一些时间通航，但可航水域常常过于靠近北极附近国家的领土，甚至在部分地区需要通过领海。[5]前苏联曾通过其沿海附近水域的北极航线发布了法令，要求强制引航并收取昂贵的费用。加拿大也以环境保护名义于 1970 年通过了《北极水域污染防治法案》（Arctic Waters Pollution Prevention Act，简称 AWPPA），根据该法案，加拿大政府建立了 100 海里宽的航运安全区（shipping safety control zones）。该法案的第 12 条规定了可航行于北极水域的船舶标准，涉及船体和油箱设计和建造、导航设备的建造标准、船员资格条件等。[6]这其中不乏以技术壁垒阻扰他国经过北极航道的国内法规定。我国虽然对于北极地区没有主权利益诉求，但对于北极航道的经济利用有

---

[1] Lieutenant Lena E. Whitehead, *No Port In A Storm - A Review of Recent History and Legal Concepts Resulting in the Extinction of Ports of Refuge*, 58 Naval L. Rev., 2009, p.65.

[2] See Christopher F. Murray, *Any Port in a Storm? The Right of Entry for Reasons of Force Majeure* or Distress *in the Wake of the Erika and the Castor,* 63 Ohio St. L.J., 2002, p.1465.

[3] 例如，1999 年和 2002 年相继发生的“Erika”和“Prestige”事件中，公海遇难油轮“ Erika”号和“Prestige”号都因未被准许进入沿岸水域避难而最终沉没，导致独立油船所有人国际协会（INTERTANKO）与波罗的海和国际海事公会（BIMCO）呼吁达成全球性协议，明确遭难船舶应该被提供安全的避难所。

[4] See Julian Roberts, *Compulsory Pilotage in International Straits: The Torres Strait PSSA Proposal*, 37 Ocean Dev. & Int'l L., 2006, p.93.

[5] R.R. Roth, *Sovereignty and Jurisdiction over Arctic Waters*, 28 Alta L. Rev.,1990, p.865.

[6] See Schedules V, VI and VII of the Arctic Shipping Pollution Prevention Regulations, C.R.C., c. 353.

利益诉求。[1]过高的船舶标准可能限制我国商船通过西北航道，实际限制我国船舶在该地区的航行自由。

（二）经济安全与航行自由

广义的航行自由包括了航行安全的含义。航行安全是海上经济安全的前提。海盗、恐怖主义活动等危及海上航行安全，妨碍了各国商船的自由航行，也就危害了海上经济安全。

虽然《联合国海洋法公约》强调海洋只能用于“和平目的”，但并没有规定保证该目的实现的法律机制和法律责任，这就为滥用权利危害国际社会航行安全提供了机会。索马里海盗袭击过往苏伊士运河和红海的商船，绑架船员和勒索船东的事件不断发生，严重妨碍了国际经济通道的安全性。这促使国际社会开始考虑采取必要行动保障公海上的航行自由与安全。为有效打击海盗犯罪，国际法认可各国皆有普遍管辖权。1958 年的《公海公约》首次从国际成文立法角度对海盗罪的认定与惩戒进行了规定，1982 年《联合国海洋法公约》也对公海上的海盗行为进行了定义。1988 年，国际海事组织（IMO）制定了《制止危及海上航行安全非法行为公约》，将海盗犯罪行为地扩展到一国领海内，要求成员国对于海盗“或引渡、或起诉”。不过，如果海盗藏身国政府无力打击，受制于国家主权保护因素，以往公约并没有有效解决办法。例如，索马里海盗在红海水域的猖獗就是因为索马里内乱造成政府有心无力。马六甲海峡水域周围群岛众多，海盗抢劫后可以迅速隐匿于附近国家的群岛之中。上述两个地区的海盗犯罪对海上自由航行和贸易安全造成了严重威胁。

2008 年，联合国安理会通过第 1816 号决议，授权各国海军在索马里海域护航，可以直接进入索马里领海追捕海盗。同年 12 月，联合国安理会又通过了 1851 号决议，授权各国打击索马里海盗的军事行动可以延伸到索马里陆地。[2]这是对以往国家主权原则的一个突破。由于索马里政府并不反对外国军舰进入其领海打击海盗，所以没有发生沿海国主权安全与国际社会保护航行自由安全的直接冲突。但是，马六甲海峡的情形却不相同。周边国家虽然并不纵容海盗犯罪，但自身能力有限，却又以维护国家主权安全的名义并不同意国际社会直接介入。沿海国的主权安全与他国经济安全之间存在利益冲突。

2005 年，美国公布了“海运安全的国家战略”计划，主张“阻止任何可能威胁美国或航运海域的人或物是一项必要的安全措施”。[3]为达此目的，要求美国一切行政力量，包括海岸警备队和海军巡查、监控沿海可疑情况。美国不仅加强了对沿海航运船舶的监测，而且要求在美国 12 海里领海外的船只提供海域位置信息。这虽然有助于维护美国本土社会安全，但却背离了航行船舶只受船旗国法律管辖的航行自由原则。美国还与国际海事组织加强合作，试图推广使用船载“远程识别与跟踪”（LRIT）系统。这遭到一些国家的质疑，担心是否会影响航行自由，[4]疑虑这种系统会成为大国对个别国家干涉或阻止海上贸易的借口。站在我

[1] 例如，从中国运输货物到美国东海岸，经过加拿大的西北航道比经过巴拿马运河要缩短 40%的航程。

[2] See U.N. Security Council, *Security Council Authorizes States to Use Land-Based Operations in Somalia, as Part of Fight Against Piracy off Coast,* Unanimously Adopting Resolution 1851, 6046th Meeting (PM), December 16, 2008, available at http://www.un.org/press/en/2008/sc9541.doc.htm.

[3] The White House, *The National Strategy for Maritime Security 21*, Washington, September 20, 2005, available at http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/homeland/maritime-security.html.

[4] Jason M. Krajewski, *Out of Sight, Out of Mind? A Case for Long Range Identification and Tracking of Vessels on the High Seas*, 56 Naval L. Rev., 2008, p.219.

国经济安全视角看，这对于保障我国经济信息安全不利。美国的反恐安全与他国的经济安全之间存在冲突。

从习惯国际法看，在一国领海外航行，只受船旗国法律管辖。航行船舶没有义务向船旗国以外的国家报告自己的位置、船员信息与基本货物信息。然而，不少国家实行开放船舶登记制度，“方便旗”船舶能够为海上不法活动提供掩护。在航行自由、船舶只受船旗国法管辖的借口下，走私毒品、军火、非法贩运偷渡移民等犯罪行为难以得到有效管制。[1]美国提出的防止恐怖主义活动的借口得到部分国家的拥护。要解决沿海国与航行国之间安全利益冲突，唯一的办法是通过国际合作和多边谈判，达成广泛一致，要求航行船舶向国际海事组织报告信息，而不是仅仅要求船舶向美国报告。对海上航行船舶的监测和检查也应当通过多边合作机制管理。只有这样，才能使各国的海上安全利益得以协调。

（三）积极倡导航行自由、维护我国经济安全

在上述环境保护和海上运输安全保护的形势下，我国有着多方面的安全诉求。我国维护海上经济安全的诉求与其他沿海国维护海上生态环境安全、海洋资源安全的诉求之间可能会出现一定的冲突。积极倡导航行自由、反对单方面改变现状对于我国经济安全和能源通道、贸易通道安全有着特殊的意义。

在国际社会普遍关心全球气候变暖的形势下，国际社会开始寻求降低船舶碳排放对环境的影响。[2]有关国际组织也开始起草船舶的碳排放标准。这虽然对于降低船舶碳排放总量，保护大气环境有好处，但也应看到过于严格的技术标准会对我国造船业和运输业造成不利影响。[3]如果某些国家以此为借口，单方面限制进出港口的船舶类型，以是否达到标准作为允许进出港口的条件，则会严重妨碍我国商船的经营活动，成为妨碍自由竞争的技术壁垒和环保壁垒。在海洋航行的环保方面，如何贯彻“共同但有区别的责任”将是发达国家和发展中国家利益较量的新领域。[4]我们应加强前瞻性研究，结合我国发展水平提出对策性法律主张和意见。

在北极地区，尤其是要积极倡导对普通商船航行自由的支持，避免沿海国以安全和环保为借口的过分控制。[5]过高的船舶建造技术标准和强制引航可能会形成技术壁垒，妨碍一般国家商船参与北极航行。应当主张借鉴南极地区保护的经验和南极条约中的积极成果，对待北极地区的军事航行则应主张有别于一般公海和专属经济区的航行规则，以迎合北极地区国

---

[1] See Michael A. Becker, *The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea*, 46 Harv. Int'l L.J., 2005, p.131.

[2] 2011 年，国际海事组织（IMO）海洋环境保护委员会（MEPC）通过了以强制性技术和业务措施来减少航运业温室气体排放量的法案，该法案适用于所有总吨为 400 吨及以上的船舶。这些措施的实施使得新船能效设计指数（EEDI）成为硬性规定，对新船设计提出了更高的排放要求。

[3] 我国、沙特阿拉伯、南非等新兴经济体在 2011 年国际海事组织关于新船能源效率的法案通过中投了反对票，要求给予发展中国家 6 年的宽限期。参见新闻：《IMO 通过新船能源效率指标，减低船舶碳排放》，http://www.100allin.com/news/1/2/51114.html，访问日期：2014 年 8 月 3 日。

[4] 参见姚莹：《“共同但有区别责任”原则下海运减排路径探析》，载《当代法学》2012 年第 1 期，第 57-61 页。

[5] 如前所述，加拿大和前苏联都以环境保护的名义出台了有关北极地区航行的一些限制性条件。虽然联合国海洋法公约要求沿海国的环境保护措施不得歧视，但这些限制性条件中所隐含的技术性要求可能会实质上妨碍北极航线的商业航行。另外，由于北极地区航道的气候条件限制，部分航段可能需要穿越这些北极地区国家的领海，需要坚持和捍卫“无害通过”的航行权。

家对国家安全利益的担忧。

同时，随着海洋生物资源和多样性保护的发展，国际社会出现在专属经济区之外划定生态保护区的呼声。[1]临近相关区域的国家要求限制通过相关水域的船舶类型，例如限制和禁止油轮、运输化学物品的船舶和核动力船舶经过该区域。这也会对我国的海上贸易通道和能源通道产生不利影响，如何消除不利影响，并积极参与国际环境保护，需要我们更多地参与国际组织立法活动，反对沿海国采取单方面措施妨碍和限制海上航行。

总体上看，他国过高的海洋环境安全保护标准和措施对于我国能源通道和贸易通道安全不利，有一定的冲突。维护能源通道和经济贸易通道安全是我国经济安全的重要组成部分。相对来说，坚持《联合国海洋法公约》对航行自由与生态环境保护的模糊平衡，对于我国经济安全是有利的。同时，我国还应以维护海上运输安全、维护航行自由的名义，积极参与国际社会打击海盗、打击海上恐怖主义活动的行动和国际协调。

结语

在总体国家安全观视角下，经济安全是基础，国土安全、军事安全和其他安全因素需要统筹协调。航行自由制度承载着航行国与沿海国之间多种安全追求的博弈。博弈的平衡不是简单地否定某种安全追求、或牺牲某方的安全追求，不能简单地从《联合国海洋法公约》自身寻找肯定或否定的法律依据，还应结合其他国际法律制度，在国际法基本原则的指导下进行整体平衡。他国在沿海国专属经济区内的军事航行活动虽然不违反航行自由制度本身，但如果危及沿海国国土安全和国防军事安全时，沿海国可以采取预防性自卫措施和阻止措施。这同样符合国际法的规定。军事航行也是维护海上经济安全和和平使用海洋目的的有效手段，不能一概否定。在后海洋法公约时代，要防止以生态安全保护和资源安全保护为借口妨碍航行自由的单方面限制措施。通过国际社会共同努力和多边谈判，在航行自由与海洋生态保护之间寻找可以接受的平衡点。

作为一个崛起的、负责任的大国，我们对待航行自由法律制度的观念调整，是维护国家整体利益格局的变化使然。中国正“从一个强烈反对国际现状的国家变成一个大致认可、甚或在许多方面立意维护国际现状的国家”。[2]对于专属经济区内军事船舶或飞机的航行活动，不能简单从“和平目的”和“不使用武力原则”讨论。随着我国军事船舶在外国专属经济区内活动的出现，我国政府对待航行自由的法律立场正在转变，学术界的法律认识也需相应调整。

与我国经济发展水平相适应，我国国家安全的重心不再局限于以陆地为中心的近海领土安全和国防安全。经济安全，尤其是海外经济通道安全对于我国可持续发展具有至关重要的影响。在我国努力推进“一路一带”建设的过程中，“海上丝绸之路”建设需要我们充分利用航行自由制度作为我国维护经济安全而采取海外行动的法律依据。中国已经具有重大的海外利益需要维护，而维护海外利益安全不可避免的需要借助于军事力量介入，客观认识并充分利用航行自由制度具有重要的现实意义。

[1] 例如，澳大利亚要求将大堡礁保护区延伸到珊瑚海海域。

[2] 时殷弘：《中国的变迁与中国外交战略分析》，载《国际政治研究》2006 年第 1 期，第 35 页。

（完）

注：本文仍在修改完善中，未经本人书面同意，请勿转引、转载！

Title: Re-examination of the Freedom of Navigation Principle from the Perspective of National Security Theory

Abstract: Though freedom of navigation has written into UNCLOS, the convention only attempts to balance the different interests of coastal states in sovereignty and maritime states in freedom of navigation. It is silent or ambiguous on the conflict between coastal states' defense security and foreign countries' military operations. UNCLOS does not prohibit foreign military ships or planes from engaging in military survey or surveillance activities in coastal states' EEZs.It, however, empowers coastal states to take precautionary and preventive measures, when foreign military operations threaten their national security. Solving the conflict between coastal states' national security and foreign countries' military operations, calls for other international legal regime and institutions, particularly the legal institutions for peaceful settlement of international disputes. China, as a great power who has sovereignty disputes with neighboring countries and increasing strategic interests overseas, should formulate a comprehensive legal attitude towards the freedom of navigation based on its national strategies. China should also employ more flexible policies on the freedom of navigation. This is to prevent other countries' unilateral restriction on the freedom of navigation of Chinese ships or planes with the excuse of protecting ocean resources and marine ecological environment. In conclusion, China should learn to flexibly utilize the legal principle of freedom of navigation to safeguard national security, protect sea-lane security, and promote its "Maritime Silk Road" blueprint.

Key words: Freedom of Navigation, National Security, Sovereignty, UNCLOS, EEZ

国家豁免中的“商业交易”

----兼论我国国家豁免的制度完善

叶昊

（中南财经政法大学 法学院，湖北 武汉 430074）

摘要：国家豁免问题在国际法上由来已久，可以说自从有了国际法，就有了豁免制度。欧洲三十年战争结束之后，国家主权和主权平等原则发展起来,成为近代国际法最根本的原则和基础，国际法上的国家豁免问题便由此产生。二战之后国家豁免出现了多种理论，其中争议最大的为绝对豁免论和限制豁免论。随着时代的发展，限制豁免论逐渐成为国家豁免制度中的主流，而在限制豁免论中有一个重要的概念——商业交易——值得我们探讨。本文尝试从案例出发来分析商业交易的概念、区分标准等，并探讨今后中国在此问题上应持有的立场和完善的办法。

关键词：国家豁免；绝对豁免；限制豁免；商业交易；中国立场和完善

国家豁免（Srare Immunity），亦称“国家主权豁免”、“国家及其财产豁免”，是关于一国在国际沟通和交往中，未经该国同意，该国的国家行为和其财产免受他国管辖与执行的一项国际法原则。其内容一般包括管辖豁免、执行豁免与诉讼程序豁免（有些学者主张将诉讼程序豁免并入执行豁免）。[1]p3

早在 1354 年,法学家巴托尔就提出“平等者之间无管辖权”（par in parem non habet jurisdictionem）的著名学说，[2]p528 为国家豁免原则的正式形成奠定了理论基础。

国家豁免原则以 19 世纪末为界，可以划分为两个历史时期：第一阶段持绝对豁免论的国际法学者比较多[1]，第二阶段持限制豁免论的学者逐渐增多[2]。

绝对豁免论主要由 19 世纪初开始的西方各国的判例法形成，[3]p8 其认为，不论一国的行为和财产性质如何，也不论该国家的财产位于何地、为谁控制，该国

作者简介：叶昊（1992－ ），女，湖北武汉，中南财经政法大学民商法学专业 2013 级硕士研究生。

[1] 早期主张绝对豁免理论的学者主要有 Chretien,Gabba,D.Anzilotti,Holtzendorff,Nys,Oppenheim,Westlak 等

[2] 早期主张限制豁免理论的学者主要有 Bar,Demangeat,Fiore,Gianzana,Heffter,Laurence 等

国家本身及其财产都享有豁免权。[4]p3 经典判例有：1812 年美国联邦最高法院对“交易号帆船诉麦克范登案”的判决。

19 世纪末，国家涉足商事活动和企业经营的范围日益扩大,产生了国家对贸易的垄断以及国家专属经营铁路、海运和邮政服务的现象。特别是社会主义国家出现以后，国家可能成为从事国际民商事活动的唯一主体。因此绝对豁免主义理论受到了严重挑战。[5]p31 于是，限制豁免论应运而生。限制豁免论认为国家的活动划分为主权行为和非主权行为，或统治权行为和事务权行为,或公法行为和私法行为,在国际交往中,一个国家的主权行为在他国享有豁免,而其非主权行为在他国则不享有豁免。[6]p32 经典判例有：1880 年英国上诉法院对“比利时国会号案”的判决。

鉴于对国家豁免问题国际立法的紧迫性，联合国 2004 年 12 月 16 日通过《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,并在其第三部分（第十条至第十七条）专门列举了“不得援引国家豁免的诉讼”[1]：商业交易、雇用合同、人身伤害和财产损害、财产的所有占有和使用、知识产权和工业产权、参加公司或其他集体机构、国家拥有或管理的船舶、仲裁协定的效果。其中争议最多的在于“商业交易”(Commercial Transactions)的确定。以下笔者从案例来展开讨论。

一、美国 FG 公司诉刚果(金)案

（一）案例概况

20 世纪 80 年代，刚果民主共和国（下称“刚果（金）”），同南斯拉夫的 Energoinvest 公司签订了建设水电设施和高压电输送网线工程的信贷协议。根据该协议 Energoinvest 公司向刚果（金）的国有电力公司 Société Nationale

[1] 国际法委员会指出：“现行国际法在公约第三部分所涉及领域中不承认国家管辖豁免。”见 Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunity of State and Their Property(2004).General Assembly Official Records of Forty-ninth Session,Supplement No.22(A/59/22), 5

d'Electricité提供贷款。后刚果（金）的公司没有履行还款责任。2004 年 11 月 16 日，Energoinvest 公司将它对刚果（金）的债权全部转放给美国 FG Hemisphere Associates LLC 公司（下称“FG”公司）。

2008 年 5 月 16 日，根据刚果（金）政府和中国政府之间 2007 年 9 月 17 日签署的《备忘协议》，刚果（金）向中国中铁集团提供开矿权，以换取后者于刚果（金）投资大量基建，却遭美国 FG 公司以刚果（金）债主身份要求截取中国中铁 1.02 亿美元（约 8 亿港元）基建投资费抵债。[1]刚果（金）以“绝对外交豁免权”阻却该基金公司的追债，遭上诉庭裁定败诉，其不服向终院上诉，要求终院就豁免权问题提请全国人大释法。2011 年 6 月 8 日，香港特区终审法院决定就美国 FG 公司诉刚果（金）案提请全国人大常委会释法。8 月 26 日，全国人大常委会表决通过了关于香港特别行政区《基本法》第十三条第一款和第十九条的解释。根据释法结果，香港应跟从内地，给予刚果（金）绝对豁免权。

（二）案例分析

抛开坚持绝对豁免论是否正确的争论，我们来分析一下刚果（金）和中国之间的法律关系。

刚果（金）和中国之间的合作可以分成两个部分：第一部分是两个政府间的经济合作；第二部分是为了落实两国政府的协议而进行的两国企业之间的合作。

FG 公司要求截取基建投资费，换个角度，其实就是截取了中国在刚果（金）的采矿权。一般我们认为，授予采矿权是一国的经济主权行为，一般的法人或者个人是不可以从事的，然而，在“商业性质”的合同中国家完全可以将其作为一种特权予以交易，再将换取的经济利益用于国家的公共利益。[7]p68 那么，这种行为算不算“商业交易”呢？我们先从商业交易的定义和判断标准来分析。

二、商业交易概述

（一）商业交易的定义

关于商业交易的定义，目前的国际立法和国内立法中对于该问题的规定有直接定义法、间接列举法和混合方法。然而笔者认为《联合国国家及其财产管辖豁

[1] “刚果（金）案”香港上诉法院判决第 8 段

《公约》的规定比较权威且具体。

公约第二条第一款（c）项规定商业交易为“为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易；任何货款或其他金融性质之交易的合同，包括设计任何此类贷款或交易的任何担保义务或补偿义务；商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇佣人员的合同。”

（二）商业交易的判断标准

商业交易和主权行为的区分标准一直是各国国家豁免法以及国际立法中最为核心和最具争议的问题。它直接关系到司法实践中具体行为的权力性质判断。如果一国适用限制豁免原则，那么商业交易的判断标准直接决定该国是否需要承担国际法律责任。然而判定商业交易的标准却没有一个统一的规则，总结起来主要有以下几种：

第一，行为性质标准。以行为的性质作为区分标准，采用这种方法的多是西方国家，以美国、加拿大和以色列为代表。

美国的规定最为明确，其以专门条文特别说明判断商业交易的标准应是行为的性质而非行为的目的：商业交易是某种经常性的或特殊的商业活动或交易，判断该行为是否为商业交易的标准是行说为的性质而非其目的。[1]但仅仅就该规定本身而言仍旧无法直接适用于司法实践，因为行为的性质应如何加以判断还是不明确。

与美国不同，加拿大并没有明确通过条文表示出商业交易的判断标准，不过，我们可以通过加拿大对商业交易的定义窥见其是适用的行为性质标准：商业交易是指具有商业性质的任何特别交易、活动或者行为，或者任何经常的商业活动过程。[2]

以色列的立法同加拿大的情况相类似。其立法中关于商业交易的判断标准同样隐含在其定义中。但又与加拿大和美国的立法不同，以色列的立法中明确的提到了任何私法性质的行为：“商业交易”是指任何在商业性质私法领域内的事务

[1] "A 'commercial activity' means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose." See 28 U.S.C. The Foreign Sovereign Immunity Act. Art 1976. 1603(d)

[2] "commercial activity means any particular transaction, act or conduct or any regular reason of its nature is of a commercial character" See Canada State Immunity Act 1982,course of conduct that by Art 2.

或活动,包括销售商品或服务的协议,贷款或其他金融事务,担保或赔偿,和根据它的性质不涉及政府权力的行使的事务或活动。[1]还有,《关于统一国有船舶国家豁免相关规则的布鲁塞尔公约》虽然没有规定商业交易的判断标准,但在条文中数次提到“和私人相同的方式”。该规定和以色列立法中的做法不谋而合。可以说,私人能否从事成为了性质标准的重要内容。这也与司法实践中对商业行为的判断标准的进一步补充相一致。

第二,行为目的标准。以行为的目的作为区分标准,采用这种方法的多是发展中国家。

虽然有部分国家也存在以行为目的作为商业交易判断标准的案例——法国最高法院在 Enterpriseperignon 诉美国一案中认为,使馆财产的租赁是为了官方的目的,所以该行为不属于商业交易——但以行为的性质作为商业交易的判断标准无论在立法中还是在司法实践中均占有更为主要的地位。这种态度也对《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的制定产生了深远的影响。

第三,折中标准。这种标准是以行为的性质为主、以行为目的为辅的区分标准,这也是是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》采用的标准。

公约第二条第二款规定:在确定一项合同或交易是否属于“商业交易”时,应主要参考该合同或交易的性质,但如果合同或交易的当事方已达成一致,或者根据法院地国的实践,合同或交易的目的与确定其商业性质有关,则其目的也应予以考虑。[2]因此,公约主张以行为的性质为主要标准,只有在性质标准无法得出结论是才适用目的标准。

第四,日常交易运行情况标准。其考察行为商业属性的标准既不是行为的性质也不是行为的目的,而是日常的交易运营情况。这种标准规定于《美洲国家公约草案》中,该公约规定国家的交易或者商业交易根据日常的商业运营能够被认定为特殊的交易,商业或者交易行为。[3]基于公约草案的规定,了解缔约国在日常经营中的相关习惯和对行为的司法判定就成为了司法实践中最为重要的问题。

---

[1] "commercial transaction" means any transaction or activity within the sphere of private law which is of a commercial nature, including an agreement for the sale of goods or services, a loan or other transaction for finance,guarantee or indemnity, and which by its nature does not involve the exercise of government power.See Israel Foreign States Immunity Law 2008, Art 1

[2] See UN Doc. A/C.6/49L.2, p.3

[3] "States shall not invoke immunity against claims relative to trade or commercial activities undertaken in the State of the forum. Trade or commercial activities of a State are construed to mean the performance of a particular transaction or commercial or trading act pursuant to its ordinary trade operations”See Inter-American Draft Convention on Jurisdiction Immunity of States, Art. 5

虽然公约草案的规定在明确性上比性质标准和混合标准有一定的差距，但公约草案至少为我们提供了一种新的关于商业交易判断标准的立法模式。[8]p74 此项规定是目前国际、国内立法中关于商业交易判断标准规定中最为独特的。

三、中国关于国家豁免中商业交易的立场和相关规定

（一）立场方面

在对国家豁免的立场上，从《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十九条[1]和《中华人民共和国外交特权与豁免条例》第四条[2]可以看出：中国的基本立场是坚持绝对豁免主义，反对限制豁免主义和废除豁免主义，坚持不受理以外国国家或政府作为被告或针对外国国家及其政府财产的案件，也从未表示接受外国国内法院对中国政府或者地方政府行为和财产的管辖。

（二）相关规定

在中国国内立法方面，中国缺乏国家豁免的统一专门立法。中国审理涉及主权国家的案件时，需要同时适用中国国内法和其参加的《中华人们共和国外交特权与豁免条例》明确赋予外国财产以豁免权。但是在中国国内法中也零星散步着一些关于国家豁免的规定。比如《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 23 条中规定从事军事、政府公务的船舶不得被扣押，而没有提到商船船舶，对扣押的豁免权仅给予从事军事、政府公务的船舶；还比如 2005 年中国还通过了《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，该法第 1 条规定:“中华人民共和国对外国中央银行财产给子财产保全和执行的司法强制措施豁免;外国中央银行隐含或者所属国政府书而放弃豁免或者指定用于财产保全和执行的财产除外。”这是中国第一部也是至今唯一一部关于特定领域关于财产豁免的专门立法。

---

[1] 《民事诉讼法》第 239 条规定:对享有外交特权和豁免权的外国人、外国组织提起的民事诉讼应当按照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

[2] 《中华人民共和国外界特权与豁免条例》第 4 条规定：使馆馆舍不受侵犯。中国国家工作人员进入使馆馆舍，须经使馆馆长或者其授权人员的同意。中国关机关应当采取适当措施，保护使馆馆舍免受侵犯或者损害。使馆的馆舍、设备及馆舍内其他财产和使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或者强制执行。

在参加的国际条约方面，一些中国参加的国际条约有些规定间接涉及限制豁免，说明中国为了利益等多方面考虑在一些特定领域适度地承认限制豁免论，但这并不表示中国放弃了绝对豁免主义的基本立场。这些间接规定主要有：1961年的《维也纳外交关系条约》和1963年的《维也纳领事关系公约》详细地规定了外交特权与豁免；1969年《国际油污损害民事责任公约》第11条规定，该公约不适用于由国家拥有或使用“并在当时用于政府非商业服务”的船舶；1989年《国际救助公约》第25条规定，该公约的任何规定均不得作为以任何法律程序或对物诉讼程序扣留、扣押或留置国家拥有的非商业性货物的根据；《领海与毗连区法》第10条规定外国政府的船舶在从事商业活动时不享有豁免。

在实践方面，中国主要基于绝对豁免理论的立场来运用外交手段解决关于国家或其政府为主体的诉讼纠纷。中国法院不受理也未曾受理以外国国家为被告或者以外国国家财产为执行对象的民事诉讼，除非该外国自愿明示放弃或者同意应诉。对于外国国家或者其政府作为被告的纠纷一般都是通过外交干涉来解决，虽然中国没有以国家或其政府为被告的判例，但中国政府和地方政府在海外被诉的情形却时有发生，如中华航空公司被诉案等。对于成为外国诉讼的被告，中国已从原本怠于应诉，发展到积极地主张国家豁免，坚持中国在外国法院出庭主张享有豁免权不代表接受外国法院管辖，再尝试综合外交途径和适当地运用外国国家豁免法或者有关判例保护中国国家和财产。

四、对我国相关立法的建议

（一）在法律条文中明确商业交易的定义

笔者认为在规定商业交易内涵的同时列举商业交易中可能包括的外延形式，这

样，商业交易定义和范围就可以合并规定在一个条款之中，全面、形象、具体。

我国国家豁免法中的商业行为的定义可以规定为:

第a条 定义

……

如：

第 a 款 本法中的商业交易指私法领域内具有商业性质的行为，包括货物和服务的行为、具有金融性质的交易和债务、以及其他具有商业性质的行为。国家和私人之间的雇佣合同、期票和知识产权交易…不属于本法中商业行为的范围。[8]p123

（二）尽快制定国家豁免的专项立法明确商业交易判断标准

一部明确而完善的《国家豁免法》不仅能明确商业交易的界限而维护我国私人和其他国家在进行经济交往不受非法侵害，还能使外国的企业在我国的投资有一个明确预期。这将增强我国在国际贸易中的吸引力，并使我国在和外国进行关于豁免问题的谈判时处于主动地位。因此，我国应当尽快制定一部专门的《中华人民共和国国家豁免法》，跟国际接轨，有限度地采纳限制豁免主义，增加国家豁免例外规则的灵活性。

具体针对商业交易判断标准而言，笔者认为相对于上文介绍的“性质标准”和“目的标准”，“混合标准”更适合我国适用。我国作为发展中国家，还处于从坚守几十年的绝对豁免主义向限制豁免主义转化的起步阶段，国内企业的发展还不成熟，如果贸然采用哪一种标准，将会给企业带来一定的负面影响。混合标准以“性质标准”为主，辅之以“目的标准”既满足了对商业交易排除豁免权，也对行为的目的加以考虑，更好地保护了国家豁免权的实现，也更接近我国现在实行的绝对豁免主义。混合标准可以赋予国内法院更大的灵活性和自由裁量权，同时为中国在国外法院应诉提供灵活而统一的标准主张中国的国家豁免权。

（三）强调国有企业独立的法人地位

从国家参与国际贸易和投资的角度而言，国家虽然可以以自身的名义从事商业交易，但是大多数时候是通过国有企业或者国家专门设立的经济实体来参与国际经济活动的。这就很容易导致国家与国有企业之间的关系无法厘清，而阻碍商业交易界限的明确。因此，我们必须要明确国有企业独立的法人地位。

第一，要加紧对国有企业的股份制改造。我们应该明确，国有企业财产所有权属于该独立法人，国家只作为股东承担风险以保障位于国外的非涉案国有财产免于被外国法院作为国家财产强制执行。必须实行彻底的政企分开，这是解决我国国有企业在海外被诉主权豁免问题的根本方法。

第二，在未来新出台的中国国家豁免法中应当明确国家和国有企业是两个不

同的法律主体。国家是国有企业的股东，国有企业才有对资产的经营管理权和一定程度的处置权。国有企业具有独立的行为能力，在国际商事活动中，国有企业以自己名义参与诉讼，并以自己的全部财产承担责任，在国家作为股东不受牵连的同时，国有企业在外国法院也不能享有有关国家独有的管辖和执行的豁免权。这有利于国家在有关国有企业的经济纠纷中避免被卷入诉讼而使国家财产受到无辜的损失和产生不必要的争议，避免国外法院通过“揭开公司面纱”原则将国有企业债务责任落实到国家身上。

第三，国家作为主权实体，不宜时常以平等的合同当事人的身份直接参与与外国自然人或者法人的交易活动中去，因为，国家一旦被卷入复杂的国家豁免诉讼中，常常牵涉敏感的国际公法问题，如果处理不当更有可能引起国与国的争端，这样不仅得不偿失，也会花费大量的时间和金钱。

五、结语

综上所述，商业交易界限的厘清是放弃绝对豁免论，走向限制豁免论的要求。对国家豁免的发展和完善起着至关重要的作用。

法不辨不明，我国国家豁免原则有待于在实体上与程序上整体地对商业交易的定义、判断标准、政企分开方面加以明确规定和完善，并且在规定的同时，我们应当认识到，法律是特定民族的文化、历史、社会的价值和一般意识与观念的集中体现。法律作为一种文化的表现形式，如果不经过法律本土化的过程，它便不可能轻易的从一种文化顺利地移植到另一种文化并服务于另一种文化。所以我们在借鉴外国或者其他地区的国家豁免原则的时候必须结合我国国情，建立一个适合我国实际的《国家豁免法》。

参考文献：

[1]何莹婷．国际商事仲裁中的国家豁免问题探析[D]．华东政法大学．2014．

[2]参见巴托尔．论报仇.1354.问题 1/3,第 10 号。转引子李浩培文轩．北京:法律出版社．2000．

[3]周鲠生．关于国家豁免的理论和实践[G]．中国国际法年刊．北京:法律出版社, 1983．

[4]倪征燠．关于国家豁免的理论和实践[G]．中国国际法年刊．北京:法律出版社, 1983．

[5]曹俊．谈国家豁免的几个问题[M]．北京:法律出社, 1989．

[6]余劲松，吴志攀．国际经济法[M] ．北京:北京大学出版社、高等教育出版社, 2003．

[7]李颖．国家豁免例外研究[M]．北京:知识产权出版社．2014．

[8]陆寰．国家豁免中的商业例外问题研究［D］．武汉大学．2012．

海上过度执法的违法性探究

孙　旭*

内容提要： 1982 年《联合国海洋法公约》规定沿海国在专属经济区有针对自然资源的主权性权利，且沿海国为保证权利有权制定法律法规并采取执法性手段，譬如进行紧追。对于海上执法中武力使用程度的限制，《联合国海洋法公约》没有详细的规定。但考察国际海洋法庭和仲裁庭的裁决，对于武力的使用限制，以“合理且必要”为标准。同时，海上执法中武力的使用往往对于航行安全有很大的威胁，对于船上人员的生命也构成严重威胁。国际人权法上有关对于生命权的保护应当也是考量海上执法是否过度的标准之一。《公民权利与政治权利公约》禁止对生命的“任意剥夺”，但却没有对“任意”的范围进行明确。人权委员会裁决在具体案例中，分析了国家公权力机关“故意”或“疏忽”的情形下剥夺他人生命违反国际人权法规定。海上执法导致被执法船员的死亡也可能违反国际人权法的相关规范。

关 键 词： 专属经济区　海上执法　生命权　合理且必要

近年来，我国渔船进入临近国家专属经济区或与我国有争议的海域进行捕鱼作业而被追捕的新闻屡见不鲜，我国渔船被撞沉、渔民失踪甚至遇难的事件也同样层出不穷。例如，2014 年 10 月 10 日，我国渔船“鲁营渔 50987 号”于全罗北道扶安郡旺嶝岛附近捕鱼，韩方在紧追过程中进行枪击、致使我国渔船船长中弹身亡，韩方却逮捕我国渔船船员，欲以“暴力抗法”罪名对之进行起诉。[1] 这样的剧情并非第一次上演：2012 年 7 月，俄罗斯边防巡逻艇在俄专属经济区向越界捕捞的中国山东威海渔船开炮，并在追赶渔船过程中与我国渔船发生碰撞，造成中方 1 名船员失踪。[2]

本文将重点探究在紧追的过程中使用武力造成目标船舶船员生命威胁、甚至丧生的后果，在事件的具体情况下是否构成国际法违反的情形。除了探究这些行为是否符合国际海洋法，本文还将探究这种任意剥夺生命的行为是否构成对国际人权法中的基本人权——生命权的侵犯。

国际海洋法规则对于使用武力的限制

《1982 年联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）对于沿岸国针对在其专属经济区内

* 孙旭，华东政法大学 2013 级法学硕士研究生。

[1]《韩国海警以暴力抗法为由申请逮捕 3 名中国船员》，来源：http://news.china.com.cn/world/2014-10/12/content_33740602.html，2015 年 4 月 2 日访问。

[2] 来源：http://epaper.bjnews.com.cn/html/2012-07/22/content_358586.htm?div=-1，2015 年 4 月 2 日访问。

的非法捕鱼行为所能采取的执法措施有授权性的规定，也对之有一定程度的限制。《公约》第 56 条规定，沿岸国对于专属经济区内的渔业资源的开发、养护和管理具有主权权利。《公约》授权沿岸国有通过法律和规章限制外国渔船活动的权力[1]。为了保证沿岸国在其专属经济区内主权权利的行使，《公约》赋予沿岸国规定管理措施的权力，以及采取执法措施的权力，例如登临、检查、逮捕及进行司法程序[2]。《公约》第 111 条为了保证逮捕的实现，对沿岸国保证其渔业法律法规得以实施的权力进行了补充，规定在满足《公约》所规定的前提条件时，沿岸国有“紧追权”：若沿岸国有合理理由相信，在其专属经济区内发生了违反相关法律法规的事实，沿岸国有权开始紧追。紧追是否合法，需要考察《公约》第 111 条规定的前提条件是否一一满足，例如开始的地点、是否发出了视听信号、紧追的过程是否连续不间断等，但这些不是本文探究的重点。

在海洋法执法方面所说的武力与国际关系中的“使用武力”有不同的地方。[3]前者属于执法过程中使用武力，主体为国家公权力，对象是自然人或船舶。后者，根据《联合国宪章》第 2 条第 4 款的规定，“禁止使用武力”之原则是现代国际法的“基本原则”之一，[4]这一原则原则适用于各国之间的国家关系中。海上执法的执法主体是国家公权力机关根据国家的授权而为、属于国内法的范围。可见海上执法的武力使用并不与国际法上“禁止使用武力”的规则相矛盾。《公约》对于沿岸国能够使用的武力，只有第 225 条对武力的程度进行了规制。该条规定“根据本公约对外国船只行使权力时，不应危害航行的安全或造成对船只的任何危险”。可见《公约》的规定存在一定的不足，譬如没有具体规定在进行紧追和逮捕的过程中可以使用武力的程度[5]。诚然，沿岸国为了保证其在专属经济区的主权权利，有权进行立法和执法，并有权采取一定的措施（包括一定程度的武力）使执法行为更为有效。否则，缺乏有效的震慑力，则不利于沿岸国主权权利的实现，不利于实现《公约》关于养护专属经济区渔业资源等其他自然资源的目的。

然而，正如一句法谚所说“你的权利止于我的鼻尖”，任何权利都有其行使的界限[6]。在国际法领域，这句源于私法的谚语同样适用。在著名的“赛加号”案（THE MV/“SAIGA” CASE）中，国际海洋法法庭认为虽然《公约》没有就逮捕船只时可以使用的武力进行明确的规定，但是国际法普遍认为武力的使用应得到尽可能的避免；在不可避免的情况下，武力也必须不超过“合理”和“必要”的限度[7]。另外在经典案例“孤独者号案”[8]和“红十字号

[1]1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》），第 62 条第 4 款。
[2]《公约》，第 73 条第 1 款。
[3] 高健军：《海上执法过程中的武力使用问题研究——基于国际实践的考察》，载于《法商研究》2009 年第 4 期，第 23 页。
[4] 王铁崖著：《国际法》，法律出版社，1995 年版第 51 页。
[5] 曲波：《海洋法与人权法的相互影响》，载于《海南大学学报人文社会科学版》2013 年 9 月第 5 期第 31 卷，第 91 页。
[6] 迪特尔.梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总论》，法律出版社，2001 年版，第 107、109 页。
[7] The MV/”SAIGA” (no.2) Case (Saint Vincent And The Grenadines v Guinea), International Tribunal on the Law of the Sea, Judgment, 1999, 155.
[8] I’m Alone (Canada v USA), 1953, 3 UN Reports of International Arbitral Awards 1609.

案”[1]中，仲裁庭均认为根据国际习惯法的规范，紧追船舶可以以逮捕为目的使用任何必要或合理的武力，但是使用武力必须是最后措施 (last resort)。2007 年的圭亚那诉苏里南一案中，圭亚那在两国争议的水域向数家公司授予特许权。当听闻其中一家 CGX 公司将要进行地震实验后，苏里南强烈反对，并在抗议未果的情况下向该海域派出了巡逻艇。巡逻艇靠近 CGX 公司的石油平台和钻探船后，命令该船只在 12 小时之内离开否则“自行承担后果”(“the consequence will be yours”)。常设国际仲裁法庭在圭亚那诉苏里南案中指出“根据国际法，武力得以在执法过程中使用，但必须满足不可避免和合理的条件”。[2] 虽然《国际法院规约》第 38 条将司法判决列为国际法的辅助渊源，但这些判决具有十分重要的作用，其在国际法的发展中扮演着极为重要的角色。[3] 可见，国际争议解决机构在实践中确立了一项限制武力使用的规则：“合理且必要”（reasonable and necessary）的原则。

“合理”要求所使用的武力与被违反的法律法规相对等，其严重程度要相当。“必要”则要求不到万不得已不使用武力，只有当事发紧急、其他方式都已用尽而再不使用武力就不能有效防止危害结果的发生[4]。确定紧追过程中所使用的武力是否满足“合理且必要”的要求，需要结合具体案件的事实来判断。例如，在“赛加号”中，法庭指出当巡逻船逼近“赛加号”时，“赛加号”几近满载，其速度最高只能达到 10 节，也就是说当时被紧追的船舶速度很慢，巡逻船若要登临并不困难。但在这种情况下，巡逻船却没有发出警示信号、直接实弹射击[5]，这是不可原谅的。

虽然正如上文所述，《公约》没有具体规定在进行紧追和逮捕的过程中可以使用武力的程度。但是即便如此，很多国际性文件，如公约和联合国大会决议等都对使用武力“合理且必要”原则进行了重申。被联合国秘书长以及学者认可为《公约》的重要组成部分[6]的《执行 1982 年<联合国海洋法公约>有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群之规定的协定》（后简称《协定》）在其第 22 条第 1（f）款中规定了“避免使用武力，……，应以必要程度为限。使用武力不应超过根据情况为合理需要的程度”。相似的规定也出现在《执法人员使用武力和火器的基本原则》的“一般条款”中。联大决议与 1979 年通过的《执法人员行为守则》及其评述对于“合理和必要”原则进行了更为详细的说明[7]。

---

[1] Red Crusader, 1962, 35 International Law Reports, 485.

[2] Guyana v Suriname, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1147, 访问日期：2015 年 4 月 12 日。

[3] Malcolm Shaw, International Law, Sixth Edition, Cambridge University Press 2008, 111.

[4] 张传江，孙君：《略论军舰行使紧追权时的使用武力问题》，载于《西安政治学院学报》，2009 年第 2 期，第 90 页。

[5] The MV/”SAIGA” (no.2) Case (Saint Vincent And The Grenadines v Guinea), International Tribunal for the Law of the Sea, Judgment, 1999, 157.

[6] Secretary General, Law of the Sea:Report of the Secretary General, UN. Doc. A/51 /645, November 1, 1996, 152.

[7] “执法人员只有在严格必要的情况下才能使用武力，且其程度必须与其职责的履行要求相一致。评述：1. 使用武力是例外情形，且必须是合理必要的；2. 对等原则应当适用在对本条的解读中；3.使用火力是极端措施。”(“Law enforcement officials may use force only when strictly necessary and to the extent required for the performance of their duty. Commentary:(a) use of force is exceptional and must be reasonably necessary. (b)Proportionality should be respected in the interpretation of this

生命权——沿岸国海上执法权力所止的“鼻尖”

（一）国际人权公约在海洋法领域的适用

《公约》第293条第1款明确允许其他与《公约》不相抵触的国际法规则得在根据公约具有管辖权的法院或法庭审理案件时适用。因此，国际人权法的相关规定可以被相关裁判机关适用。考察国际海洋法法庭的实践，其主要在船上人员人身自由[1]、人道考虑及法律正当程序、武力使用的合法性考量等方面适用了人权公约规则进行裁决。《公约》在涉及船上人员自由以及人道、法律正当程序的规定上吸纳了人权法上的规定，而对于使用武力的问题则规定不明确，法庭为解决问题而援引国际人权法上的一般规则[2]。在上文提到的著名的“赛加号”一案中，法庭在引用《公约》293条论述了一般国际法对于使用武力的规则应得到适用后，同时指出对于人道的考量如其可以适用于国际法的其他领域那样，必须同样在海洋法中得到适用[3]。因此，国际人权法领域的规则，也同样可以由具有管辖权的法院或法庭在审理有关海洋法问题时进行援引。

国际海洋法法庭重视对于生命权的保护。前文提到的“赛加号”案中，国际海洋法庭指出了使用武力必须以“合理和必要”的原则为限，并将对人道的考量纳入其中以判断使用武力是否符合国际法。正是因为使用武力是一种最为严厉的手段，其结果往往危及人命、一旦使用就可能带来不可逆转的损害后果[4]。到目前为止，所有由国际仲裁庭或者国际法庭做出判决中，只要是涉及人命的丧失的，都认为是过度使用武力，因而非法。[5]

（二）对生命权的保护严格禁止“任意剥夺生命”

首个明确提出生命权的国际性文件是1948年的《世界人权宣言》，虽然其性质非为国际条约，但却被广泛接受为确立人权保护的纲领性文件，其后制定、通过的公约都以其为准则[6]。1966年《公民权利和政治权利公约》（以下简称《人权B公约》）第6条第1款规定：“人人有固有的生命权。这个权利受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”生命权在《美洲人权公约》第4条和《非洲人权和民族权宪章》第4条中都得到了规定。因此，这一权利为国际习惯法，对于没有批准上述公约的国家也具有拘束力。[7] 人权委员会在其关于该条文的官方一般性评述（General Comment 6）中指出，生命权具有至高的重要性，甚至在紧急状

provision. (c)Use of firearm is an extreme measure.”) Article 3 with commentary, Code of Conduct for Law Enforcement Officials, A/RES/34/169.

[1] The “Hoshinmaru” Case (Japan v Russian Federation), International Tribunal for the Law of the Sea, Judgement, 2007, 94.

[2] 曲波：《海洋法与人权法的相互影响》，载于《海南大学学报人文社会科学版》2013年9月第5期第31卷，第92页。

[3] The MV/”SAIGA” (no.2) Case (Saint Vincent And The Grenadines v Guinea), International Tribunal on the Law of the Sea, Judgment, 1999, 155.

[4] 卢卫彬，张传江：《海上执法中的武力使用问题研究》，载于《太平洋学报》，2013年5月，第5期第21卷，第6页。

[5] 高健军：《海上执法过程中的武力使用问题研究——基于国际时间的考察》，载于《法商研究》，2009年第4期，第28页。

[6] 孙平华：《论生命权的国际人权法保护》，载于《人权》2008年第3期，第24页。

[7] Robert McCorquodale & Martin Dixon, Cases and Materials on International Law, fourth edition,Oxford Press, 202.

态下该权利也不允许任何减损。并且对该权利不得进行狭义解释[1]。可见，为了对至高无上的生命权进行有效保护，必须对生命权进行全面、广泛的理解，对于生命权的保护也应当体现在多个方面。人权委员会在涉及第 6 条生命权的案件中，多次强调生命权的重要性和其不可损抑性。如在 Peiris 诉斯里兰卡一案中，委员会强调国家有保护公民在《人权 B 公约》下的权利不被侵犯的积极义务，因为生命权具有至高性、不允许任何减损[2]。

为了有效地对生命权进行保护，国家承担了积极和消极两重义务。积极义务即是采取有效的措施防止、惩戒剥夺他人生命的犯罪行为[3]，并通过积极的手段有效提高人的生存质量[4]。消极义务意味着国家不得任意剥夺人的生命。国家有义务防止由国家自身的安保力量或军队等武断剥他人生命；由国家机关剥夺生命的行为，其严重性最甚，因此，法律应当严格控制并限制国家机关可以剥夺人生命的情形[5]。

（三）“任意”的认定标准

虽然《人权 B 公约》规定生命不得被“任意”剥夺，但是有关“任意”一词的含义，公约本身并没有进行解释，学者们通常以“未经法律的正当途径”作为理解“任意”的同义词。[6]当对这个术语的解释存在争议时，负责该术语解释工作的专家委员会将之解释为包括非法的、不公正的、反复无常的、非理性等因素。[7] 下文将通过一些案例，将人权委员会对于“任意”的理解具象化。

1. 国家安保部门“故意”的情况构成对生命的“任意”剥夺

Guerrero v Colombia 一案中，1978 年 4 月 13 日，警察对哥伦比亚首都波哥大的一所房子进行了突击检查。因为警察确信，遭绑架的前外交大使被关押于此。虽然大使没有被找到，但是警察藏匿在该房中等待嫌疑“劫持犯”的到来。随后陆续有七人进入该房，他们全部被警察击毙。警察被指控造成暴力致死，却被无罪释放。人权委员会认为本案中的受害人是被“任意”剥夺了生命，因而此行为是为违反《公约》第 6 条第 1 款的。

从本案的事实可以明确得知，案中丧生的七人都是因为警方故意行为而造成的，这一剥夺生命的行为是故意而为的。被害人仅仅是嫌疑人而已，却被以无视公约规定的正当程序的方式剥夺了生命。警方没有为被害人提供任何投降的机会，也没有为警察的在场和目的提供任何解释。也没有证据证明警察的行为视为了防卫自身或他人而所为，或为了有效逮捕或防止逃脱而必须为之。因此，人权委员会认为，警察导致被害人死亡的行为在本案的情况下，是与执法的需要不相对等的；因此，受害人被任意剥夺生命的行为违反公约第 6 条第 1 款。委员会进一步指出，虽然警察的行为可以根据哥伦比亚国内立法而免责，但是这只能说明哥伦比亚没有根据公约的第 6 条第 1 款的要求，有效地保护生命权。

---

[1] Human Rights Committee, General Comment 6, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994), 1.
[2] Peiris v Sri Lanka, U.N. Doc. CCPR/C/103/D/1862/2009 (2012), 7.2.
[3] Human Rights Committee, General Comment 6, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994), 8.05.
[4] 刘连泰著，《<国际人权宪章>与我国宪法的比较研究》，法律出版社 2006 年版，第 112 页。
[5] Human Rights Committee, General Comment 6, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994), 8.05.
[6] 张爱宁著，《国际人权法专论》，法律出版社，2006 年版，第 251 页。
[7] 徐显明主编，《国际人权法》，法律出版社，2004 年版，第 209 页。

在 Guerrero 一案中，人权委员会认定“任意”是比“非法”含义更宽的一词。也即，即便剥夺生命的行为是由国内法律授权的，也可能违反公约第 6 条。禁止对于生命的“任意”剥夺，说明不得在不合理或者过当的情形下夺取他人生命。可见，从人权委员会对于相关案件的实践来看，使用可能致人死亡的武力，同样必须满足必要和合理（即“对等”，与当时的情况相适应）的要求。

2. 国家安保部门“疏忽”同样可能违反第 6 条第 1 款的规定

人权委员会在很多案件中重申国家对于生命权保护的义务，不论是“积极地”保护生命权不被侵犯，还是“消极地”以严格国内法律法规等方式、对公权力机关的行为进行有效约束以防止任意剥夺生命。上文所述的案例中，国家安保机关在明知的情况下故意剥夺了人的生命。而在国家机关并非蓄意、实属疏忽或过失的情况下，人权委员会仍然可能会认定国家行为构成对于第 6 条的违反、任意地剥夺了生命。

Burrell v Jamaica 是关于国家疏忽至在监人员死亡的行为是否构成违反生命权保护义务的经典案例。1993 年 10 月，被关押在死囚牢房的 Rikly Burrell 因为一场监狱暴动被典狱官击毙。Burrell 的代理律师提交证明剧名他是被冷血地杀害的。而牙买加则回应，Burrell 是在官方营救被其他囚犯劫持的典狱官时，而被不慎击毙的。人权委员会认为这是违反公约第 6 条的行为。人权委员会注意到，当事国一方承认，Burrell 的死亡是典狱官混乱、混淆所造成的不幸结果。典狱官因为其同事被同狱犯人威胁生命而极度恐慌。虽然委员会似乎接受了该国关于 Burrell 的死不是有意为之的论断，但是委员会仍然认为国家违反了第 6 条，该国违反了不任意剥夺生命的“消极义务”，且违反了其保护在监人员生命的“积极义务”。[1]

另外在 Umateliev v Kyrgyzstan 一案[2]中，申请人的儿子因为警察对示威人群进行实弹射击而身亡。虽然不能证明警察蓄意瞄准了该受害人，委员会仍然认为违反了公约第 6 条。在对于该案的论述中，人权委员会再次强调了生命权的重要性，以及对于剥夺生命的行为应予以限制：由国家公权力机关剥夺人生命的行为其重要性最高，因此，法律必须严格控制和限制可以剥夺人生命的情形。

3. 严格认定的“合理和必要”情形是“任意”的例外

通过对这些案例的解读，笔者认为生命受到人权委员会至高的重视、认定不构成“任意”剥夺生命的条件也极为严苛。

在明知的情况下，采取可能威胁生命的措施只能是例外的情形，例如为了防卫自身或他人、防止逃脱等；在这些例外情形中，也只有在没有其他有效手段、且使用的方式与当时情形相对等，才能被认为是合法。从人权委员会在 Guerrero 案中的论述来看，委员会对此的标准也可以用“合理和必要”原则的标准来概括。甚至在疏忽的情形下，委员会仍然最大会对生命权的尊重而严格认定“任意”剥夺的例外。可见，国家对于保护生命权所采取的措施

[1] Rickly Burrell v. Jamaica, Communication No. 546/1993, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/546/1993 (1996), 9.5.

[2] Umateliev v Kyrgyzstan, CCPR/C/102/D/1275/2008 (2012), 9.5.

应是严密完善的，剥夺生命的情形必须受到极狭义的解读、最严格的限制，否则将构成对于第 6 条第 1 款的违反。

紧追过程中使用武力至船员丧生违反国际法

通过考察国际海洋法法庭对于使用武力的界限认定，笔者认为似乎这与人权委员会在若干案件中认定的人命被“任意”剥夺的情形殊途同归——其标准均为“合理且必要”原则。海洋法法庭和国际性文件对于海上执法过程中使用武力的限制，也是基于对人命的关注、对于生命权的保护。海上执法的过程中，特别是本文探讨的紧追中，根据《公约》第 111 条规定，必须由军舰、军用飞机或其他有清楚标志可以识别的为政府服务并经授权紧追的船舶或飞机行使执法权，也就是说行使的主体是国家公权力机关。若在这一过程中漠视对船上人员生命权的保护、肆意使用武力等手段造成船上人员失踪甚至丧生，不仅违反海洋法相关的国际法原则，还构成国家对保护生命权而承担的“不任意剥夺生命”这一义务的违反。

前文所提到的若干紧追事件中，俄国军方边防巡逻艇炮击导致船舶的沉没的行为违反国际法。在“孤独者号”一案中，美国海洋警卫队明确知晓向船舶水线下将很可能将船舶击沉，但是仍然向“独孤者”号的水下线射击，委员会以此认定美国海洋警卫队属于“故意”击沉船舶[1]、裁决这一行为违反国际法原则。人权委员会认定国家安保力量故意剥夺人生命的行为可能构成《人权 B 公约》第 6 条第 1 款违反。美国海洋警卫队故意射击水下线致船舶沉没的行为也可能构成对于生命权的侵犯，因而违反国际法。同样，如果从国际人权法的角度来看，俄国边防巡逻艇撞击、甚至炮击我国渔船，完全无视军用船只和民用渔船之间质量与结构的巨大差别，在明知这种行为可能为渔船带来严重后果的情况下而放任结果的发生。俄方船只在可以采取撞击和炮击之外的手段促使我渔船停止的情况下，撞击、炮击我渔船，是与“合理和必要”原则相悖的。同时，这种故意造成人员失踪、死亡的行为构成“任意”剥夺他人生命，且不满足例外情形，因此违反国际法。

而韩国海警在盘查我渔船时，对渔船进行了 3 枪空炮和 8 枪实弹的射击[2]，造成船长遇难的不幸结果。如果韩方海警在进行鸣枪时，并没有击伤船上人员的意图，目的仅仅是为了警告我国渔船立即停船，是否就不违反国际法了呢？答案是否定的，韩国海警的行为同样违反了“不任意剥夺生命”之义务。因为，正如前文案例所述，即便国家公权力机关对于人命的丧失是疏忽的，仍然可能构成《人权 B 公约》第 6 条第 1 款的违反。因为生命权是至高无上的，任何对生命权的限制都必须作最狭义的解释，以给予生命权最广泛的保护。

结语

[1] David Harris, Cases And Materials on International Law, 4th Edition, Sweet & Maxwell Ltd, 1991, 413.

[2] http://news.china.com.cn/world/2014-10/12/content_33740602.htm, 访问时间 2015 年 4 月 2 日。

虽然海上执法过程中的武力使用是有效保障国家在专属经济区权益不可或缺的手段，其因为其可能对船体和船员造成的不可挽回的后果必须得到限制，“合理和必要”原则就是对使用武力、威胁人命的限制。这一原则不仅是基于海洋法上保障航行安全的需要，通过对国际法庭、人权委员会等实践的探究，笔者认为也蕴含着对于生命权的尊重和保护。

对“任意”一词的理解可以从涉及国家公权力部门故意和疏忽两种情况的案例实践中展开，在人权法委员会的相关裁决中，两种情形都可能构成对于生命权的侵犯。是以生命权的崇高性，要求对之进行严格的保护。在海上执法的过程中使用武力等手段致使船员丧生，不仅违反“合理和必要”这一原则，同时也不符合《人权 B 公约》第 6 条第 1 款规定的“不任意剥夺生命”的义务。俄、韩两国在紧追我国渔船的过程中，使用撞击、炮击和进行实弹射击的方式，造成我国渔民失踪、丧生，违反海洋法上有关紧追时使用武力的限制，并违反了《人权 B 公约》对生民权的保护。俄、韩应当承担因此产生的国家责任。

同时，笔者认为我国渔民的守法意识也亟待提高。不仅沿海国有义务采取措施保护和管理其专属经济区的生物资源不因过度捕捞而濒危[1]，船旗国也有义务采取措施以防止悬挂本国国旗的渔船违反沿海国适用于专属经济区的法律[2]。这一义务在《公约》第 62 条第 4 款中得到重申。1994 年的联合国大会决议第 49/116 号，要求船旗国确保其渔船除非得到授权不在他国的专属经济区内捕鱼。我国作为《公约》的缔约国，负有这项义务。我国应当提高渔民的守法意识，避免进入他国专属经济区非法捕鱼而造成不必要的生命丧失。

[1]《公约》，第 61 条。

[2] Malcolm Barrett, Illegal Fishing in Zones Subject to National Jurisdiction, 5 James Cook U. L. Rev. 1 1998, 24.

海洋航行自由的体系化解读

马得懿*

（华东政法大学国际航运法律学院　上海 20042）

提要：海洋法的理论与实践表明作为海洋自由首要范畴的海洋航行自由内涵与外延不断变迁。《1982 年联合国海洋法公约》为体系化认知海洋航行自由提供了基本框架和依据，同时亦可推论出海洋航行自由与海洋资源开发分别构成公约的主线索与主题。海洋航行自由与国家主权、海上安全、海洋环境保护以及海洋资源开发具有密切的关联度，并且具有多样态的属性。考察海洋法公约框架下“资源开发”体系和海洋争端实践，海洋航行自由与海洋资源开发的冲突属于终极意义上冲突，而协调两者的冲突对于完善海洋航行自由制度具有重要价值。在理解国际法的国内法逻辑、海洋法公约的“整体性”解释需求以及海洋资源在海洋划界中处于“核心”地位等不同进路之上，解决海洋航行自由与海洋资源开发的冲突与协调，强化海洋航行自由的体系化解读是必要的。海洋航行自由体系化的模式是对航行自由限制与资源开发限制的融合。中国应该及早为完善海洋航行自由制度形成“国内法机制”、凸显海洋航行自由体系化的立法理念以及敢于在敏感海域强化资源开发与管理立法，并且善于通过国际组织的途径来完善海洋航行自由制度。

关键词：海洋航行自由；海洋资源开发；冲突与协调；体系化解读；路径与模式

一、海洋航行自由的复杂性：相关事件与判例解析

海洋在富有浪漫情怀诗人笔下或许是静谧而多情的；然而，人类海洋史却表明海洋充满了纷争和冲突。自从 20 世纪 90 年代初以降，我国经历了数起关涉 1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称海洋法公约）框架下航行（飞越）自由的事件，诸如“银河号”事件、中美撞机事件、“无暇号”事件以及近期美国指责中国在南海资源开发与管理活动严重侵犯南海航行自由事件等。发生于 1993 年的“银河号”事件，折射出作为海洋强国美国恣意干扰海洋航行自由的盛气凌人。[1]2001 年中美撞机事件和 2009 年“无暇号”事件更是彰显了中美两国在理解海洋法公约框架下不同海域（诸如专属经济区）航行（飞越）自由的严重分歧。[2]近期，随着中国依法加强开发和管理南海海洋资源，引发越南、菲律宾等国家

*华东政法大学国际航运法律学院教授。本文仅供学术交流之用。

[1]1993年7月23日，美国以获得确切情报为由，无端指责中国货轮“银河号”载有禁运货物，进而对该轮采取军舰跟踪和飞机拍照等非法行为，严重干扰“银河号”的正常航行。美国这种肆无忌惮地违反公海航行自由原则受到国际社会广泛批评。

[2]2001年4月1日，一架美国海军EP-3型侦察机在中国海南岛附近海域上空执行侦查任务，中国海军航空兵派出2架歼-8II战斗机进行监视和拦截，其中一架僚机在中国海南岛东南70海里的中国专属经济区上空与美军飞机发生碰撞。2009年3月8日，美国军事测量船“无暇号”在中国海南岛大约120公里处测量水下中国的军

的非法干扰，南海局势一度复杂化。与此同时，美国等国指责中国干扰南海航行自由，并且要“中国尊重南海航行自由”。[1]

国际法实践沉淀了丰富的海洋航行自由方面的判例。1958年的Saudi Arabia v. Aramco案强化了“港口准入权”作为习惯国际法的稳定性和合理性；[2]而该案之前很早便由The Schooner Exchange v. M‘Faddon &Others案确立了港口国对外国船舶实行管辖权的垄断性和权威性。[3] 然而，鉴于船旗国管辖常常“失灵”的现状，越来越多的沿海国开始寻求利用港口国国际法上的剩余管辖权利来突破国际海洋法对沿海国船舶管辖权的限制，实现本国严格的船舶环境和安全标准的扩张适用。由此也给现行国际海洋船舶管辖法律制度和国际船舶统一立法构成了冲击，对航行自由原则也构成了侵蚀。[4]

显然，海洋法公约框架下的海洋航行自由问题具有复杂性。国际法理论与实践表明海洋航行自由是一个与国家主权、海上安全、海洋环境以及海洋资源开发等系列问题互为影响、互为关联的问题。上文提及的事件实质是关于海洋法公约中“航行自由”的理解问题，是海洋法公约制定之时国家管辖权与海洋自由较量的延续，背后是国家政治和战略利益的较量。[5]从某种角度审视海洋航行自由问题，其呈现出复杂化和类型化的趋向。作为“海洋法宪章”的海洋法公约天生具有病垢。[6]不仅如此，从公约的立法技术角度看，海洋法公约具有内容繁多、系统庞大的特点，“一揽子协议”（a package of deal）是公约的最终选择，导致了公约诸多制度包括海洋航行自由具有模糊性，为某些国家任意解释之提供了空间。[7]各国对“航行自由”的解释宽严不一，通常形成“包容性解释”（inclusive interpretation)和“非包容性解释”（exclusive interpretation)解释的两种不同的派别。[8]海洋争端不仅是资源之争也是航道之争。人们早已在海洋两种基本功能上达成了共识：其一海洋作为国际贸易的交通媒介，其二海洋蕴藏着丰富

事目标，遭到中国船只的驱离。

[1]Hillary Rodham Clinton. Secretary of State. National Convention Center, Remarks at Press Availability . Hanoi. Vietnam, July 23, 2010, http:// www. State. Gov/ secretary/ rm/2010/07/145095. 2015-03-27 访问。

[2]参见参见Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company(Aramco) (1958) 27 ILR 17, 212。

[3]参见The Schooner Exchange v.M′ Faddon＆Others,II U.S. (7 Cranch) 116, 144 (1812).Para.144-46。

[4]参见胡斌《论“港口准入权”滥用对船舶管辖权法律制度的冲击》，载《中国海商法研究》2014 年第 4 期。

[5]余敏友，雷筱璐：《评美国指责中国在南海的权利主张妨碍航行自由的无理性》，载《江西社会科学》2011 年第 9 期。

[6]海洋法公约至少在历史性权利、岛屿与岩礁制定、群岛制度、专属经济区的军事活动、海盗问题以及海域划界等都存有这样那样的不足。参见杨泽伟《联合国海洋法公约的主要缺陷及其完善》，载《法学评论》2012 年第 5 期。

[7]另外，公约所蕴含的政治意识形态色彩比较浓厚，为第三世界国家“跑马圈地”提供了依据，某种程度上限制了中国成为海洋强国扩大海洋航行自由权而具有制约的负面作用。参见罗国强《联合国海洋法公约的立法特点及其对中国的影响》，载《云南社会科学》2014 年第 1 期。

[8]参见牟文富《互动背景下中国对专属经济区内军事活动的政策选择》，载《太平洋学报》2013 年第 11 期。

的资源。海洋的基本功能催生了海洋航行自由理论与实践的不断发展。[1]海洋争端表明，体系化梳理海洋航行自由的理论与实践，探究其与其他海洋因素的关联度，通过对公约的“整体性”解释以期待体系化认知海洋航行自由问题，不仅是理解和完善海洋法公约的重要路径，而且也能够为中国开发和管理敏感海域资源提供理论依据与智力支撑。

二、海洋航行自由的多维度审视

海洋自由是海洋法公约非常重要的内容，也是海洋秩序的关键支柱之一。在某种程度上是海洋法最根本的和最本质的内容。海洋法的发展史在某种程度上是海洋自由理论的兴衰史。[2]随着各国对海洋权益诉求的日益剧增和开发海洋资源活动日益活跃，各个海洋利益主体基于自身的海洋利益诉求而对于“海洋航行自由”有不同的理解。

（一）作为海洋自由首要范畴的海洋航行自由

“这里有几近无垠的空间，没有丝毫障碍；这里有远离大陆的海洋，它们是大自然的伟大沟通媒介；这里没有山脉的阻挡，没有灼热的沙漠，道路宽阔空旷。”[3]为了维护荷兰发展海外贸易的诉求，400 多年前荷兰人格老秀斯（Hugo Grotius）匿名发表《海洋自由论》（Mare liberum）极力提倡海洋自由，影响深远。在海洋法编纂的历史长河中，海洋自由的理念恰似一条主线索，一直贯穿于海洋法立法实践之中。格氏的原始的表达是“海洋不能被占有，因为航行与捕鱼都不能使海洋罄竭。”格劳修斯的海洋自由并非是永恒的，海洋法的理论与实践证明其不断修正的命运与归宿。其实，即便与格劳修斯同一时期的英国学者约翰•塞尔登（John Selden）便极力反对格氏的海洋自由理论，其在《闭海论》（Mare Clausum Sire De Dominio Maris）中坚信海洋并不是到处是共有的，海洋应该为国家所使用，强调“英国君主有权领有围绕英国四周的海洋”。[4]格氏的思想与塞尔登的观点如今已经被海洋法所吸收，分别发展成为“公海自由”与“领海主权”原则。[5]17 世纪英国与荷兰实现联盟，进而英国和荷兰之间的矛盾偃旗息鼓。公海自由原则在欧洲大陆不断发展和日渐成熟，海洋对于每个民族而言是开放的和可以航海的。18 世纪以降作为公海自由首要范畴的海洋海航行自由原则得到广泛认同。

---

[1]See E.D.Brown. The International Law of the Sea. Aldershot, 2. Vols., 1994.
[2]P.Ram Anand. Freedom of the Sea: Past, Present, Future, in law of the Sea, Hugo Caminos(ed), Dartmouth Publishing Company, 2001, p.215.
[3]Dixon, W. MacNeile. The fleets behind the fleet: the work of the merchant seaman and fishermen in the war, London: Hodder & Stoughton, 1917, pp.94-95.
[4]See Edgar Gold. Maritime Transport- the Evolution of International Marine Policy and Shipping Law. Lexington: Lexington Books, 1981, chaps.1and 2.
[5]P.TH. Fenn, The Origin of the Right of Fishery in Territorial Waters, 1926, pp. 85 and 150-152.

[1]在国际法的范畴中，没有任何一项规则如公海自由那样得到广泛的认可（universally recognized），特别是海洋航行自由，事实上航行自由早在17世纪便得到很好的发展与成型，而且成为国际法中排他性规则被引用。[2]

格氏的《海洋自由论》是在西方法理学与政治哲学史上第一份以“海洋”为主题的严肃思考。远离人类世界的海洋拥有神一样的孤独，它无所追忆，因而没有历史。它保留着原始的“自然状态”和力量，从来不曾被驯服，也无人能够驯服。上帝赋予海洋的“自然状态”必须被恢复、自然状态所保证的“海洋自由”必须得到认可和尊重。[3]海洋法公约更是巩固了海洋法的基本原则即国际交通原则、公平利用海洋及其资源原则以及海洋资源的可持续开发与保护原则。海洋自由不仅指海洋本身，还包括海洋里蕴涵的丰富资源对所有国家开放，即航行自由、捕鱼自由，和平使用海上通道和平解决国际争端思想。[4] 显然，海洋法的理论与实践变迁表征了海洋自由内涵的变动不居。19世纪末，人类对公海的利用仅限于“航行自由”和“捕鱼自由”，旋即增加了“铺设海底电缆和管道的自由”和“公海上空飞行自由”两项，接着又增加了“建设国际法所容许的人工岛屿和其他设施的自由”和“科学研究的自由”两项。[5]在这一发展进程中，海洋航行自由始终处于海洋自由的核心地位，处于海洋自由的首要范畴地位。

（二）海洋航行自由与国家主权

海洋曾经一度昭示着国家的主权。海洋航行制度是海洋法公约贯穿始终的基本制度，形成了许可航行、无害通过、过境通行、群岛海道通过、航行和飞越自由等制度。17世纪葡萄牙人凭借其强大的航海能力而主张其管辖的海洋范围染指到公海。然而葡萄牙人的欲望深深地刺激主张海洋自由论的格劳修斯。格劳修斯所坚持的海洋自由论之所以得到北欧国家的鼎力支持，其主要缘由在于当时北欧国家依赖于该理论以便于与东方国家开展国际贸易。[6]之后的海洋法实践更是彰显了海洋航行自由与国家主权的密不可分。历史上，瑞典和丹麦分别在波罗的海和挪威海主张主权，威尼斯城邦在亚得里亚海主张主权，英国在大不列颠海主张主权等。从理论上看，每个国家有权在专属经济区内行使航行和飞越的权利，同时这和公海上的航行自由是相同的。当然，航行自由不是绝对的自由，受到“本

[1]Ruth Lapidoth. Freedom of Navigation- Its Legal History and its Normative Basis, Journal of Maritime Law and Commerce. Vol.6, No.2.

[2]M.R. Deddish. The Right of Passage by Warships Through International Straits, JAG Journal .1969, Vol. 24. pp.79-85.

[3]林国华：《海洋自由论与现代新秩序》，载《上海文化》2010年第6期。

[4]参见马忠法《海洋自由论与格劳修斯国际法思想的起源与发展》，载《比较法研究》2006年第4期。

[5]参见陈德恭《现代国际海洋法》，海洋出版社2009年版，第339页。

[6]Nkeiru Scotcher. Freedom of Navigation of in International Law and Utility of International Society. *US-China Law Review,* August 2010, Volume 7,No. 8.

公约有关规定的限制。”[1]

因为根据海洋法公约，领海并不享有完全的与公海同样的航行自由。海洋法的历史演变一直是以公海与领海之间的划分为中心议题之一而展开的。沿海国可以享受的权利逐渐向所谓的毗连区和专属权以及大陆架延伸。[2] 海洋法的发展显示沿海国对海洋权益的诉求日益增大。这必然导致海洋航行自由受到国家主权的种种限制与制约。即便是海洋法公约框架下的航行自由的理论与实践相对成熟和稳定，但是海洋法实践中的各种争议经常发生，由此可以推断出海洋航行自由受到国家主权的影响而具有不确定性。在 Fraco-Canadian Fisheries Arbitration 案中，法国-加拿大仲裁庭于 1986 年时裁决指出，在专属经济区所捕获的鱼进行加工的船只不受沿海国的管辖，因为此类行为不在该沿海国可以行使管辖权的事项范围之内。根据海洋法公约第 73 条，沿海国在专属经济区也有广泛的执法权。沿海国可以采取为确保其依照本公约制定的法律和规章得到遵守所必要的措施。而 1977 年圭那亚在其专属经济区内扣押了 The M.V. Saiga 号。圭那亚认为它有权这么做，因为 The M.V. Saiga 号在专属经济区为其他渔船补给汽油，而逃避了关税。在法庭看来，公约并未授权沿海国把它的海关法适用于其专属经济区的任何其他部分。”因此，国际法院判决圭那亚违反了海洋法公约，在阻止即扣押 Saiga 号船时使用武力是一种过分的行为。[3]相当判例和国际事件表明，海洋航行自由受到各种以国家主权名义实施的种种限制。即使在公海上，海洋航行自由亦受到种种限制。海洋法公约框架下，每个国家无论是沿海国还是内陆国，均有权悬挂其旗帜在公海上航行。然而为了适当顾及乘客、船员和其他国家的利益，公海上航行的船舶需要遵守有关的规定。[4]

海洋航行自由受制于国家主权因素，还在于即便是在海洋法公约框架下，因为如何认定“无害”是令人棘手的问题。决定外国船只通过领海在性质上属于“无害”是否完全操之沿海国，这一点并非完全是明确的。在 Corfu Channel 案中，国际法院于 1949 年指出希望有关的评估是客观的，沿海国的意见不是决定性的。有学者提出，外国船只违反了沿海国法律本身不足以证明沿海国已经遭受到了损害。[5]

（三）海洋航行自由与海上安全

海洋航行自由与海上安全的融合主要集中体现在沿海国、港口国与船旗国

[1]参见张海文主编《联合国海洋法公约释义集》，海洋出版社 2006 年版，第 109 页。
[2]El Salvador/ Honduras (Nicaragua Intervening) ICJ Reports, 1990, pp.92, 126.
[3][意]安东尼奥·卡塞斯（Antonio Cassese）：《国际法》，蔡从燕等译，法律出版社 2009 年版，第 119-120 页。
[4]参见 1958 年公海公约第 4 条和 1982 年海洋法公约第 90 条。
[5][意]安东尼奥·卡塞斯（Antonio Cassese）：《国际法》，蔡从燕等译，法律出版社 2009 年版，第 116 页。

对航运管辖权之间的冲突上。在海洋法发展历程中，历来存在两种视角来审视公海。一种角度以历史的视角，秉承“海洋为人类所共有”的传统观念，认为目前的海洋体制是不断消弱海洋强国对沿海国管辖权的侵犯。正如美国前总统里根先生所言：“我们在陆地上巡逻必须遵循很多规则，但是一旦你到公海上你可以随心所欲。”[1] 海洋航行自由被默认为习惯国际法被高度认可。另一种视角秉承实用主义哲学，遵循“陆地统治海洋”的观念。缅因州海湾案表达了“法律应该服务于人类，而人类毕竟是陆地生物而不是海洋生物”的基调。在晚近海洋法公约框架下公海的势力范围有愈发缩小的趋势，即便是支持“公海可以随心所欲”的人亦认为海洋航行自由不是绝对的。在海洋法公约框架之外的立法，诸如国际海事组织（International Maritime Organization, IMO）为应对海上航行安全危险而实施的各类安全立法，出现了大量限制海洋航行自由的制度。

事实上，海洋法立法背景资料显示了海洋航行自由根深蒂固的缘由，主要是早期人们认为海洋航行自由与捕鱼自由不同，因为海洋中的鱼类是“取之不竭”的观点被证明是荒谬的，然而海洋航行自由由于其所依赖的海洋“空间”商品非常丰富，而且航行对于海洋没有任何损害。[2]故此，逐渐形成了海洋航行自由的合理性。但是，人类利用海洋的实践证明特定的海洋区域由于交通拥塞导致船舶碰撞风险剧增是一种常态。如今海洋航行自由受到海上安全因素的限制早已形成了一种共识。在海洋航行自由与海上安全互为制约的关系中，基本上形成了两种互为对应的学说或者观点，其一是“Sellers v. Maritime Safety Inspector”一案[3] 所确定的“从海洋到陆地的绝对主义”（Absolutism looking from sea to land），其二是“MV Mouisa”案所彰显的“从陆地到海洋的相对主义”（Relativism looking from land to sea）。前者由于法官坚持公海自由的绝对性，进而认为海洋航行自由也是绝对的。故此涉案船舶“MV Nimbus”由于没有装备无线电应急指示标（radio and emergency locator beacon）而被认为是违法了港口国的法律，然而，法官认为海洋航行自由是绝对的，只要船舶符合船旗国的法律即可，没有必要完全遵循港口国的法律。船旗国行使公海航行自由是绝对的，任何其他国家没有权力去阻止。[4] 该判决具有强烈的公海航行自由的绝对性和完全依附于船旗国法律的色彩。后者涉案船舶“MV Mouisa”悬挂圣文森特旗帜，为了开采石油资源，石油开采者移除了西班牙领海海域的水下文化遗产。就该案而言法官

[1]L.Cannon. Republic Perception Seems Split in Its Perception of Reagan. The Washington Post, 12July 1982 at 3.
[2]See D Anderson. Freedom of the High Seas in the Modern Law of the Sea, in D Freestone, R Barnes and DM Ong (eds), *The Law of the Sea: Progress and Prospects* (Oxford University Press, 2006), 327 at 332.
[3][1999] 2 NZLR 44.
[4]See Andrew Serdy. Changing Perspectives on the High Seas Freedom of Navigation? Edited by Macolm Clarke. Maritime Law Evolving. Oxford and Portland, Ogegon 2013.pp.23.

坚持认为海洋航行自由是相对的。如果该船舶从事违背港口国或者沿海国的法律，进而造成主权危害或者主权权利的损害的话，那么，沿海国或者港口国有权对船舶采取限制性措施。[1] 该案与 Sellers v. Maritime Safety Inspector 一案形成了鲜明的对比。

海洋航行自由与海洋安全的关联度不仅仅在于此。海洋不法行为亦是危害海洋航行自由的另类重要因素。海洋日益成为通往犯罪活动的通道。海上暴力抢劫等海盗犯罪日益增长以及海上毒品走私日益猖獗，导致海洋航行自由不断受到检验，特别是索马里海盗活动构成了国际社会的直接挑战。直到 Achille Lauro 案后国际社会才真正开始重视海上恐怖主义，鉴于该案的恶劣影响，国际海事组织通过了《制止危及海上航行安全非法行为公约》以打击海上恐怖主义。[2] 这也在一定程度上顾及到海洋航行自由不要因为采取打击危害海上安全行动而受到过度约束。

（四）海洋航行自由与海洋环境保护

如何协调海洋航行自由与海洋环境管辖权之间的冲突成为海洋法发展的重要议题，并逐渐形成两种协调机制——基于法律拟制区域的协调机制和基于生态系统的协调机制。[3]作为基于生态系统的协调机制的制度基础，海洋保护区（Marine Protection Area, MPA）的发展掀起了一轮海洋环境管辖权向领海以外扩张的热潮，尤其是东北大西洋和地中海一带。[4]同时海洋法公约亦非常重视海洋保护区制度在协调海洋航行自由与海洋环境保护方面的功效，特别是在渔业管理、生物保存和海洋生物方面。公约规定了一个缔约国在额定海域可以行使的权力范围，特别是海洋环境与生物资源的保护方面，该公约第211条（6）赋予了沿海国在专属经济区实施法律和规则以避免遭受来自船舶的污染。

表1 世界范围内建立的特殊区域

特殊区域	实施日期	生效日期	起始日期

[1]P Myburgh, Shipping Law [1999] New Zealand Law Review 387 at 398.

[2]参见张湘兰，郑雷《论海上恐怖主义对国际法的挑战与应对》，载《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2009年第 2 期。

[3]基于法律拟制区域的协调机制以法律拟制的海洋区域为制度基础，该协调机制的优势体现在适用范围较广和在一定程度上强化了海洋环境管辖权，其劣势是作为该机制制度基础的法律拟制的海洋区域，其划分标准更多的是出于政治的考量。基于生态系统的协调机制，其理念源自生态系统管理理论，它打破了以往环境保护中行政区划和部门分割的环境管理措施，将人类视为生态系统的一个组成部分，生态系统是一个有机整体，管理目标是维持生态系统的可持续发展。参见管松《航行权与海洋环境管辖权冲突的协调机制研究——兼论建立南海协调机制的构想》，载《国际关系与国际法学刊》第3卷。

[4]参见管松《航行权与海洋环境管辖权冲突的协调机制研究——兼论建立南海协调机制的构想》，载《国际关系与国际法学刊》第 3 卷。

地中海	1973 年 11 月 1 日	1983.10.2	1983 年 10 月 2 日
黑海	1973 年 11 月 2 日	1983.10.2	1983年10月2日
红海	1973 年 11 月 2 日	1983.10.2	无
海湾	1973 年 11 月 2 日	1983.10.2	2008年8月1日
亚丁湾	1987年12月1日	1989.04.01	无
南极地区	1990年11月16日	1992.03.17	1992年3月17日
欧洲西北水域	1997年12月25日	1999.02.01	1999年8月1日
阿拉伯海	2004 年 10 月 15 日	2007.01.01	无
非洲南部水域	2006年10月16日	2008.03.1	2008年8月1日

此种协调机制流行于各类国际组织和相关区域。国际海事组织在海洋生态保护方面，具有丰富的经验，设计了一个特殊的区域或者排放控制区，在MARPOL体系之下，在特定海域实施法定措施以免遭受船源污染。[1]（如表1）另外，亚太经合组织（APEC）也启动了与海洋环境保护有关的议程。同时，2007年马六甲海峡和新加坡海峡启动了关于航行安全与海洋环境保护的合作机制。[2]1975年实施的地中海行动计划（Action Plan）囊括了海洋资源的开发与管理、污染监控和研究合作以及海洋环境保护的合作等事项。[3]总之，国际海事组织和相关区域性议程或者行动计划在协调海洋航行自由与海洋环境保护冲突方面积累了相当丰富的立法与实践经验。

（五）相关评析

尽管航行自由被普遍认同，但是其具体适用或许是复杂的。科技的发展使人类开发海洋的进步在过去是不可想象的。航运业自身也在不断发展中，海上交通不断出现交通堵塞和大型船舶的投入使用。这些发展造成了航运业相当的功能性难题。另外，法律上和政治上的障碍或许导致航运业国家不断扩展其管辖权，因

[1]Vu Hai Dang. Marine Protection Areas Network in the South China Sea. Martius Nijhoff Publishers., 2014.pp. 59.
[2]Agady, Tuadi, Spring. Marine Protection Areas and Ocean conservation. Austin, TX: R.G. Landes, 1997.
[3]Vu Hai Dang. Marine Protection Areas Network in the South China Sea. Martius Nijhoff Publishers., 2014.pp. 195.

此形成了适用航行自由原则的公海缩小。[1]

毫无疑问，海洋航行自由绝非决定的自由，随着人类利用海洋实践的多元化，其受到的限制因素也是多元的。海洋航行自由的多维度审视，为体系化认知海洋航行自由提供了基础。然而，海洋事务的纷繁复杂性，决定了海洋航行自由的边界界定极为复杂。但是，从探索海洋法公约立法背景和海洋法公约整体框架而言，海洋航行自由与另一重要的海洋要素——海洋资源开发具有极为密切的关联度，因此尝试探索两种的关系，是海洋航行自由的自由度和边界问题的关键所在。事实上，从历史的角度看，关涉海洋的法律制度一直以来是私法与公法的交替发展。在中世纪，作为私法体系的海商法在地中海城邦国家发展新的商业利益过程中发挥了不可磨灭的功勋，这些优美的海洋私法给我们带来了海商法的基础。格劳修斯的海洋自由论慷慨激昂地呼吁导致海洋航行自由日益成熟。[2]人类征服海洋能力越强，越是需要新的海洋规则来适应这种变化。而后一些海洋大国制定新的海洋政策和法律，致使海洋私法逐渐作壁上观，而海洋公法成为重要的领域。[3]在此背景之下，第三次联合国海洋法会议只是将公法范畴集中来关注，而没有机会将传统的“航运事务”列入日程。[4]而海洋航行自由与海洋资源开发的内在关系问题被公约隐含式的轻描淡写。

三、海洋法公约框架下航行自由与资源开发之考察：主线索与主题

（一）理解海洋法公约的基本进路：主线索与主题

海洋的两个基本属性即交通媒介与海洋资源，一直是海洋法发展的基础与内在推动力量。海洋自由内涵与体系不断变化的历程中，虽然作为海洋自由的内涵不断发生修正或者变异，但是海洋航行自由仍然属于海洋自由的首要范畴。审视海洋法公约，其最大的成就莫过于以庞大的体系确立了九大海域制度。然而，有一个制度贯穿于公约的九大海域之中，好似一条主线索将公约框架下的不同海域连接起来——这就是海洋航行自由。笔者以为，从某种角度看，海洋法公约实质是由一个线索和一个主题合并而成的。一个线索就是作为公约中的海洋航行自由及其不同海区的自由度与边界问题，一个主题就是海洋资源的开发问题。

显然，海洋航行自由对于海洋强国与弱国而言，其意义和利益是不同的。历

[1]See U.S. Department of State, Bureau of Intelligence and Research, Office of the Geographer, Limits in the Sea, No.36 2nd Revision, 1974.

[2]Edgar Gold, Maritime Transport——the Evolution of International Maritime Policy and Shipping Law (Lexington Mass: Lexington Books, 1981) chapter 1& 2.

[3]R.M. M'Gonigle and M.W.Zacher, Pollution, Polities and International Law (Berkeley: University of California Press 1979.

[4]Edgar Gold and D.M.Johnston. ship-generated Pollution: The Greater of Regulation Navigation" in the law of the Sea: State Practice in Zones of special jurisdiction; T.A.Clingan, Jr. L Proceedings of the law of the sea Institute 13th Annual Conference, Mexico, 1979, p.156.

史上，海洋弱国不得不通过军事的、外交的、学术的论争等不同手段与海洋强国进行斗争，以便实现自己的海洋利益。由于每个国家不得不依赖于国际贸易，海洋航行自由能够在国际社会得到普遍认可具有合理性和必然性。限制沿海国的权利和协调海洋的利用冲突，在航行与其他任何合法权益之间不可协调的冲突时，航行自由应该是优先考虑的。[1] 同时，虽然海洋法公约没有花费大篇幅来描述海洋资源开发，但是从公约的制度框架的设计与安排，海洋资源开发问题无疑是海洋法公约所无法忽视的核心问题之一，其构成了公约的主题。公约立法背景深刻地印上了公约以“海洋资源开发”为主题的立法痕迹。而美国则是海洋资源立法的积极推手。在 60 年代早期美国政府恢复了对海洋资源的兴趣。1966 年 6 月国会颁布了《海洋资源与工程开发法》，该法宣布“为人类的利益在海洋科学方面制定、鼓励和维持一个协调、综合与长期的国家计划”是美国的政策，其目标是促进海洋资源开发，扩大人类对海洋的认识，鼓励私人展开海洋资源勘探和开发、海洋商业以及经济投资。航海技术的进步使得人们可以开发公海的渔业资源，在海洋洋底也有望开发矿藏资源。[2]上述顺理成章地构建了海洋法公约的主线索与主题的框架特征，亦印证了海洋的交通媒介与海洋资源两种基本属性催生海洋法不断发展的必然性。

（二）海洋法公约下的“海洋航行自由”

作为海洋法重要的推动力量和因素，海洋自由早在数个世纪以前就已经成熟并自成体系。即便是在伊斯兰世界，航行自由具有久远的历史痕迹。[3]正如学者所意识到的，不论是1958年公海公约，还是海洋法公约，在其英文文本中均以“inter alia”一词对公海自由权利进行不完全列举，这也体现了海洋自由的动态属性，为新的海洋实践发展提供了制度上的留白。[4]各国对海洋法公约框架下的海洋权益趋之若鹜，催生了国家海上管辖权的膨胀，进而又导致国家对海上资源争夺日益加剧。公海自由是涵义不是一成不变的，而是随着社会经济和科学技术的发展，人类对海洋的广泛利用不断发展的。[5]比如，海洋法公约第87条第2款规定：“这些自由由所有国家行使，但须适当顾及其他国家行使自由的利益，并适当顾及本公约所规定的同‘区域’内活动有关的权利。”总之，海洋航行自由

[1]Ambassador Dr. A.Pardo, Statement delivery before the Committee on the Peaceful use of the Sea-bed and Ocean Floor Beyond the Limits of National jurisdiction on March 23,. See Ruth Lapidoth. Freedom of Navigation-Its Legal History and its Normative Basis, Journal of Maritime Law and Commerce. Vol. 6. No.2 January 1975.

[2][意]安东尼奥·卡塞斯（Antonio Cassese）：《国际法》，蔡从燕等译，法律出版社 2009 年版第 112 页。

[3]See Percy Thomas Fenn, “ Justinian and the Freedom of the Sea,” The American Journal of International Law 19(1925), pp. 723-724.

[4]张湘兰，张芃凡：《论海洋自由与航行自由权利的边界》，载《法律评论》2013 年第 2 期。

[5]赵理海：《海洋法的新发展》，北京大学出版社 1984 年版，第 133 页。

内涵的界定是一个涉及海洋使用国与沿海国之间利益平衡的复杂问题。[1]海洋航行自由意味着穿越海洋。[2]事实上，特别是在公约框架下，海洋航行自由的自由度不断变更。不同性质水域的航行自由程度不同。属于内海性质的水域，对航行自由的容忍程度最低，所有外国的船舶未经许可不得在一国的内海航行。属于领海性质的水域，对航行自由的容忍程度较低。外国船舶在领海虽然不能自由航行，但是可以享有“无害通过权”，即在不损害沿海国和平、安全和良好秩序的原则下通过该国领海的权利。[3] 毗连区性质的水域对航行自由的容忍程度略低。外国船舶在毗连区一般可以自由航行但一般在财政等事项上接受沿海国的法律和规章的制约。群岛水域不同于国际航行的海峡，对于航行自由的容忍程度略高。作为公约的创新制度，群岛水域实行的“群岛海域海岛通过权”，而用于国际航行的海峡实行的是“过境通行制”。专属经济区的航行自由是容忍度较高。公海自由乃是海洋法的一项基本自由，尽管在名义上公海自由是有限制的。[4]

由于海洋法公约框架下的“和平目的”和“适当顾及”具有模糊性，因此导致在个案解释何谓“和平目的”和“适当顾及”则显得漫漶不定。特别是虽然公约框架下规定了海洋航行自由及其界限，而且也明确了航行自由在不同性质海域的受限程度，但是由于各个海洋国家攫取海洋资源的热情与航行自由之间产生的冲突往往是不可调和的，特别是在世界上一些敏感海域，或者主权争端程度异常剧烈的海域，各个利益相关方通常故意曲解“海洋航行自由”，对其任意解读，通常是以损害“航行自由”为根据来干涉或者指责他国正常的海洋资源开发活动。[5]海洋法下的“航行自由”虽然贯穿了海洋法的发展不同历史阶段，可谓亘古长青，一枝独秀。

（三）海洋法公约框架下的“资源开发”

海洋法公约直接或者间接对于“资源”或者“资源开发”的规定并非尚付阙如。公约第一部分“用语和范围”第1条在界定“区域”、“区域内的活动”等术语时，其实质都是以海洋资源及其海洋资源开发为主要范畴展开的，其隐含着浓烈的重视海洋资源利益分配的色彩。[6]而公约第十一部分“区域”则在第133条项下直接规定了“资源”的含义。[7]除此以外，纵观海洋法公约整体框架，都直接

[1]张湘兰，张芃凡：《论海洋自由与航行自由权利的边界》，载《法律评论》2013 年第 2 期。
[2]Nkeiru Scotcher. The Freedom of Navigation in International Law and the Utility of International Society Discourse. US-China Review, August 2010, Volume 7. NO.8 (Serial No.69)
[3]参见王铁崖《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 267-269 页。
[4]参见罗国强《理解南海共同开发与航行自由问题的新思路——基于国际法视角看南海争端的解决思路》，载《当代亚太》2012 年第 3 期。
[5]近期美国等国以干扰“航行自由”为由，对我国在南海的正常的海洋资源开发与管理活动进行指责。
[6]1982 年海洋法公约第 1 条下的（1）“区域”是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土；（3）“区域内的活动”是指勘探和开发“区域”的资源的一切活动。
[7]1982 年海洋法公约第 133 条下的“资源”是指“区域”内在海床及其下原来位置的一切固体、液体或气体

或间接地通过界定不同海域的法律地位以明确海洋资源开发，或者通过规定管辖权、主权性权利和控制权来实现海洋资源开发的立法。从立法技术上看，关涉海洋资源开发的立法主要是通过界定不同海域的法律地位来明确资源开发问题的，或者是通过界定国家可以行使的管辖权和主权性权利的范围来界定海洋资源的开发，而且公约框架下非常重视海洋资源开发问题之间的内在关联度，诸如公约第1条第1款（d）和（e）项是有联系的。它们与公约第五部分和第七部分中养护和管理专属经济区和公海的生物资源有关。在领海内对生物资源进行保护实际是对专属经济区和公海生物资源保护的起点。就生物资源的养护与利益而言，该问题是沿海国之所以要建立专属经济区的主要考虑之一，也是它在其专属经济区内的主要活动。公约除了在第56条宣告沿海国对其专属经济区内生物资源的养护和管理享有主权权利外，还专门设立第61条和第62条对生物资源的养护和生物资源的利用做了规定，明确沿海国和其他国家在这方面的权利与义务关系。[1]

此外，公约第 74 条和 83 条第 3 款规定："在达成第 1 款规定的协议以前，有关各国应基于谅解和合作精神，尽一切努力作出实际性的临时安排，并在此过渡期间内，不危害或阻碍最后协议的达成。这种安排应不妨碍最后界限的划分。"在 1978 年会议上，主张中间线原则的国家提出修正案，强调争端各方应避免在中间线或等距离线义务行使管辖权，除非他们就彼此克制的临时安排另有协议。[2] 特别是临时安排应能保证航行安全与防治海盗、贩毒、污染等非法行为，并保障内陆国与地理上无优势国家的权益。[3]作为海洋法公约的主题，海洋资源开发在不同法律地位的海域都得到关注。公约第 77 条第 1 款规定沿海国为勘探大陆架和开发其自然资源的目的对大陆架行使主权权利是专属于沿海国所固有的。公海资源的法律地位一向为国际法和国际法学者所认同。公海法律地位的确立是以各国普遍承认的国际法一般原则及各国在这方面的实践为基础的。1958 年《捕鱼与养护公海生物资源公约》第 6 条第 1 款承认为"沿海国应对邻接其领海的公海任何区域内生物资源生产力的维持具有特殊利益。"[4]

矿物资源，其包括多金属结核。

[1]参见张海文主编《联合国海洋法公约释义集》，海洋出版社 2006 年版，第 112 页。

[2]陈德恭：《共同开发的国际法原则和国际实践》，载《清华法律评论》，清华大学出版社 2002 年版，第 222 页。

[3]E. D.Brown. Sea- Bed Energy and Marinerals the international legal regime, Neteherlands Martius Nijhoff Publishers Press 1992, p 347.

[4]同时该条第 7 款将特殊利益规定如下："1. 任何沿海国为维持海洋生物资源的生产力起见，均得在邻接其领海的公海的任何区域内采取适合于任何一种鱼类或其他海洋资源的单方养护措施，但是以与其他有关国家在这方面的谈判在 6 个月内未达成协议为限。2. 沿海国依据前款采取的措施应对其他国家有效，但是以满足下列要求为条件：第一，参照目前对渔业的知识有紧急适用养护措施的需要；第二，所采取的措施是以适当的科学结论为依据的；第三，这些措施在形式上和事实上对外国渔民均不歧视。"参见[英]伊恩·布朗利《国际公法原理》（ Principles of Public International Law），曾令良，余敏友译，法律出版社 2007 年版，第 229 页。

（四）海洋共同开发与海洋航行自由关系的实证分析

尽管海洋法公约对海洋航行自由与海洋资源开发的关系采取了淡化处理的模式，但是，令人鼓舞的是，海洋共同开发与海洋航行自由的确会产生某种微妙的关联度。这为理解海洋法公约框架下的主线索与主题提供了实证分析的对象。海洋共同开发的理论与实践为某些类型海洋争端中提供了海洋资源开发的某种借鉴价值。就南海资源开发而言，共同开发具有其特殊性。南海特有的海洋地理特点，使其成为大国和利益集团为确保各自的战略利益而争相控制的海域。由于海洋法大国之间对于南海航行自由原则有严重的歧义，有学者建议应该增加信任措施，诸如强调专属经济区既不同于公海，也不同于领海的特殊海域，修改我国相关涉海法律法规，与争议国家之间订立协议以防不测。[1]

我国与越南等国之间尝试过海洋资源共同开发的实践。但是由于近些年来中国倡导的“搁置争议、共同开发”原则，不但在理论上陷于困境，在实践方面也面临严峻的挑战。“搁置争议、共同开发”原则难以付诸实践的原因主要有政治意愿缺乏、现实需要不强、争议海域模糊以及外部势力干扰等。[2]有学者主张在南海建立特别敏感海域，充分利用其“相关保护措施”中的航行措施，加强对该海域的管理和控制。虽然特别敏感海域的建立不以目标水域法律地位的明确为前提，但是为了维护中国在南海的主权利益，建议特别敏感海域的设立需要中国、越南、马来西亚、新加坡和印度尼西亚等五国共同合作，中国应积极发挥其在南海区域中的科学技术优势，在特别敏感海域的申请和实施中发挥主导作用。[3]美国企图介入南海争端的借口中暗含着一种逻辑，即南海争端中国家由于没有按照海洋法公约和国家的陆地特征主张主权和相应的海洋管辖权，而使该地区的航行自由遭到威胁，影响美国的利益。[4]美国这种故意模糊海洋航行自由与海洋资源开发之间关系的做法，其目的显然是别有用心的。

南海共同开发与航行自由问题的明确与解决，直接关系到中国的海洋权益以及南海的未来法律秩序。尽管泰国湾地区的共同开发经验能够为中国提供借鉴，但南海情况与之有很大区别。共同开发方式在国际范围内接受程度不广泛，实际效果不理想，其对南海争端的可适用程度较低。从长远的角度出发，共同开发不能成为解决南海争端的优先选择和主要方式，即便在短期内以共同开发方式为处

[1]参见季国兴《南海航行自由原则的歧义及增进互信措施》，载《上海交通大学学报》（哲社版）2005 年第 4 期。

[2]参见杨泽伟《“搁置争议、共同开发”原则的困境与出路》，载《江苏大学学报（社会科学版）》2011 年第 3 期。

[3]管松《航行权与海洋环境管辖权冲突的协调机制研究》，载《国际关系与国际法年刊》第 3 卷。

[4]余敏友，雷筱璐：《评美国指责中国在南海的权利主张妨碍航行自由的无理性》，载《江西社会科学》2011 年第 9 期。

理南海争端的权宜之计，也应当注重构建一个合理的共同开发机制。中国对南海的“历史性权利”并未被后来的有效国际法律规范所更改或取消，这一权利不能按照海洋法公约的架构来解读，也并不存在妨碍南海航行自由的问题。相反，倒是其他南海周边国家滥用公约，对海洋航行自由给予恶意解读。[1]故此，以南海共同开发与南海航行自由为实证，可以深刻领悟到海洋航行自由与资源开发作为主线索与主题的深层次关系。

四、海洋航行自由体系化解读的路径与模式

（一）海洋公约框架下航行自由与资源开发具有终极意义

海洋法实践和国际法院判例，无不昭示着海洋航行自由与诸多海洋因素密不可分的属性，进而产生了其与国家主权、海上安全、海洋环境保护以及海洋资源开发的冲突与协调问题。如果按照一定脉络将这些冲突展开梳理，则某些类型的冲突将成为伪命题，或者某些冲突可以通过协调海洋航行自由与海洋资源开发的冲突而得以化解。某些国际事件和国际判例显示，某些海洋航行自由与国家主权的冲突，可以通过协调海洋航行自由与海洋资源开发的冲突得以化解；某些海洋航行自由与海洋环境保护的冲突，同样可以通过协调海洋航行自由与海洋资源开发的冲突得以化解；某些海洋航行自由与海上安全的冲突，亦可以通过协调海洋航行自由与海洋资源开发的冲突得以化解。[2]这是因为，大部分冲突的实质在于各国争夺海洋资源开发权所致，而某些争端主体往往以维护国家主权、保护海洋环境以及保障海上安全为借口或者理由，而根本目的是攫取海洋资源的开发权。

故此，笔者以为，从该角度看完全可以将海洋航行自由与其他海洋因素的冲突分为特殊的冲突与普遍的冲突，而海洋航行自由与海洋资源开发的冲突属于一种普遍的冲突，即便是在不存在海洋争端的非敏感海域，海洋航行自由亦受到海洋资源开发的影响，反之亦然；因而，此种冲突具有普遍意义。进而笔者推论出，在海洋法公约框架下，协调海洋航行自由与海洋资源开发冲突，不仅仅对于存在主权争端情境的海域资源开发，即便是对于不存在主权争端的海域资源开发而言，同样存在积极的价值。故此，笔者认为海洋法公约框架下的海洋航行自由与海洋资源开发的关系对于理解海洋航行自由的体系化具有终极意义。

（二）海洋航行自由体系化解读的路径

1. 理解国际法的国内法逻辑进路

如果没有国内法律制度的坚定的帮助、合作与支持，多数国际法规则无从

[1]参见罗国强《理解南海共同开发与航行自由问题的新思路——基于国际法视角看南海争端的解决思路》，载《当代亚太》2012 年第 3 期。

[2]See Dinah Shelton and Gary Rose. Freedom of Navigation: The Emerging International Regime. Santa Clara Law Review. Vol.17, 1997. p551.

实施。德国国际法学者H·特里佩尔（H·Triepel）略带夸张地指出，国际法就像战地之元帅，他的命令只有通过将军才能到达部队。如果将军没有把这些命令转达给在战场中的士兵，他就会打败仗。[1]事实上，国际法体系中的“国内法”因素或者色彩，可以从国际法对于一般法律原则的高度依赖得以洞察。对一般法律原则为国际法渊源的承认，使一些法律规制能弥补国际习惯法和国际条约的运行所可能留下的法律缺陷或弱点，并且提供一种在适用国际习惯和国际条约时予以参照的法律原则的背景。[2]在理解国际法的财产权逻辑日渐成熟和被接受的情境下，理解国际法问题的国内法逻辑，即从国际法体系中的“国内法”因素、国际法体系中作为“事实”的国内法以及国际法院的司法中证据规则三个角度来诠释国际法问题的国内法逻辑进路，将为理性理解国际法问题提供另一种绵长的动力。[3]由此，在探讨海洋航行自由与海洋资源开发的冲突与协调这一课题，不仅要着重考察海洋法公约框架下的“航行自由”与“资源开发”的关系，而且从国内法的角度来考察海洋航行自由与海洋资源开发的冲突与协调，则是值得期待的视角。从海洋法公约的历史发展脉络角度而言，作为主线索的海洋航行自由与作为主题的海洋资源开发，两者的内在关联度虽然密切，但是立法上并没有认真考察两者的关系。一般地，海洋国家关涉海洋立法比较丰富和健全，从国内海洋法律体系角度优化海洋航行自由与海洋资源开发的关系进而实现海洋航行自由体系化认知之目的，不失为一种比较理性的路径。强化与海洋法公约相关的国内法立法是当务之急，一定程度上可以消减海洋法公约的模糊性。

2.海洋法公约的“整体性”解释提供的路径

海洋法公约采纳的“一揽子协议”模式要求对其进行“整体性”解释就显得格外重要。各国意识到“各海洋区域的种种问题都是彼此密切相关的，有必要作为一个整体来加以考虑”。“海洋法公约的各项规定是密切相连的并形成一个整体。任何国家不得捡得其好而将不喜欢的弃之不理。”在海洋法公约审议过程中，加拿大代表团曾经提出：“如果各国可以专断地选择他们是否承认公约下的权利和义务，就重大问题进行世界性合作的任何前景都可能渺茫。”联合国副秘书长南丹也指出，“公约是一个完整的文件，不得为权宜之计将深海采矿条款与非海底规定分为两部分。这种人为的区别只能导致习惯国际法概念的滥用，延缓尚未获得普遍接受的公约规定的解决。”[4]

---

[1][意]安东尼奥·卡塞斯（Antonio Cassese）：《国际法》，蔡从燕等译，法律出版社 2009 年版第 11 页。

[2]参见[英] 詹宁斯 瓦茨：《奥本海国际法》（第一卷），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 23-24 页。

[3]参见马得懿《海岛主权争端适用有效控制规则的国内法逻辑》，载《法律科学》2014 年第 6 期。

[4]参见南丹《处于十字路口的 1982 年联合国海洋法公约》，载《海洋发展与国际法》，第 20 卷，第 516 页。转引自李红云《国际海底与国际法》，现代出版社 1997 年版，第 140 页。

不同经济社会制度的150多个国家参与了史无前例的海洋法公约，无论立法技术如何高超和费尽心机，但是其不足亦是为人们所共识。公约框架下的海洋航行自由与资源开发的融合机制便是其中之一。故此，海洋航行自由体系化解读的重要路径之一在于公约的“整体性”解释的强化。事实上，在海洋法理论体系不断变迁和发展进程中，不断将海洋法体系中的不同理论予以“整合”和“融合”以实现体系化。一般地，贯穿海洋法演变中存在两个理论，其一是海洋属于人类的公有物，因此海洋是自由的，而海洋航行自由是海洋自由的首要和基本的要义（ mantra)；其二是海洋所有者或者控制者在行使其海洋权利的同时也要受到一定的限制。这两种理论交错发展，不断形成了海洋法理论体系。[1]另外，公约的通过是世界上众多国家和国际组织互相博弈和妥协的结果，而且这一过程中融入了各种经济的和政治的因素。第三世界国家通过建立专属经济区的制度和理念来控制深海和公海，以阻止海洋发达国家在没有任何政治约束（ political constraint）的情况下自由开发深海和公海的资源；而西方国家则希望维持在公海和深海的航行自由，并且能够自由地开发深海和公海的海洋资源而不付任何代价；内陆国、群岛国以及海岸线劣势国家则希望保障其特定的海洋利益。世界各国对于海洋利益的诉求可谓是“万花筒”（kaleidoscopic）般的各具特色，无奈海洋法公约最终以“一揽子协议”（a package of deal）的模式收官。[2]公约演进的背景和基础，便留下了公约十分注重“整体性”解释的传统和文化。这实则为海洋航行自由的体系化解读提供了根基和文化氛围。

3.资源在海洋划界中的“核心”地位

以建立海洋资源分配秩序为宗旨的海洋法公约，海洋资源及其开发自然是公约的重要范畴，此亦迎合了海洋资源及其开发作为海洋法公约主题的内在逻辑性。当我们试图寻找海洋划界时候，就会失望地发现，无论海洋法公约，还是公平原则，除了要求海洋划界应当实现公平解决外，几乎没有提供更加具体的指引。这样的法律不但无助于国家实现划界而且可能引发他们之间的争端。[3]关于划界是否应当受资源位置的影响，有学者持否定态度，认为资源并非划界关键因素。[4]虽然1985年几内亚/几内亚比绍案中强调划界“只能考虑现时的估价”。然而，

[1]See William Agyeberg. Theory in Search of Practice: The Right of Innocent Passage in the Territorial Sea. Cornell International Law Journal. 2006, Vol.39. pp.371.

[2]See H. Caminos and M.R. Molitor. Progressive Development of International Law and the Package Deal. 79 AJIL, 1985, p. 871.

[3] Dorinda G.Dallmeger & Louis De Vorsry, JR.(ed), Rights to Ocean’s Resources: Deciding and Drawing Maritime Boundaries (Maritinus Nijihoff Pub. 1889), p.42.

[4] Douglas M.Johnston & Phillip M. Saunders (et). Ocean Boundary Making: Regional Issues and Developments (Croom Helm 1988), p.26.

勘探和开发资源是大陆架、渔区和经济区观念的基础。[1]而资源在某种程度上是划界问题的真正的核心。首先，开发资源是促进有关进行划界谈判并达成协议的最直接的原因之一。1942 年英国/委内瑞拉划界的目的就是为了开发近海石油资源，同样的情况出现在北海和波斯湾地区。[2]其次，对于有关海域中资源的开发和管理安排是划界谈判中的焦点之一。如果不能就有关海域中资源达成适当安排，往往就会妨碍划界协议达成。[3] 在划界地区新发现的天然气田导致葡萄牙拒不批准 1976 年同西班牙达成的划界条约。第三，国家实践和司法实践中存在着大量考虑资源因素的证据。[4] 在权衡有关因素时应该考虑该地区存在的自然资源是一个已经确定的法律规则。[5]

国家划界实践中对资源的考虑主要有两种方式。一是资源的位置直接影响到划界的结果。国家在划界中考虑资源的第二种方式是就是资源的开发和利用达成某种安排，但资源的位置并不直接影响到界线的划定。2000 年中国/越南在北部湾划界也深受渔业资源的影响。北部湾是中国广西、广东和海南三省区渔民传统作业渔场，划界直接关系到渔业资源的分配利用和广大渔民的切身利益。[6]从司法实践看，国际法院自始就将资源看成海洋划界应当考虑的有关情形。[7]很明显海洋资源开发与海洋划界之间产生了重要内在关联性，而海洋划界是海洋法公约必须面对的一个基本课题，其与海洋航行自由、海上安全以及海洋环境保护是息息相关的。按照如此逻辑推理开来，海洋航行自由体系化解读的资源海洋划界“核心论”路径具有其合理性。因为海洋航行自由通过“划界”这个媒介，进而与资源开发形成某种程度的关联度，而海洋划界形成的不同法律地位的海域，自然导致不同的海洋航行自由度。由此观之，此路径之下，海洋航行自由与海洋资源开发具有关联度。

（三）海洋航行自由体系化解读的模式

1.海洋航行自由的限制

一个现实的国际法制度必须顾及国际社会各政治实体的“社会性”，也考虑到这些实体的“非社会性”。“结构平衡论”解释国际组织的出现迎合了现代国际

[1]St. Pierre and Miguelon, Prosper Weil, dis.op.para,34.

[2]参见高建军《国际海洋划界论——有关等距离/特殊情况规则的研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 151 页。

[3]Douglas M.Johnston, The Theory and History of Ocean Boundary-Making(McGill-Queen’s University Press 1988, p.5.

[4]Serard J.Tanja, The Legal Determination of International Maritime Boundaries(Kluwer Law and Taxation Publishers 1990); p.301.

[5]Sharma,Surya P. Delimitation of Land and Sea Boundaries Between Neighboring Countries (Lancers Books 1989), p.127

[6]参见高建军《国际海洋划界论——有关等距离/特殊情况规则的研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 153。

[7]这些案例包括 1982 奶奶突尼斯/利比亚案，1984 年缅因湾案，1985 年利比亚/马耳他案以及 1992 年加拿大/法国划界案等。

社会发展潮流。现代国际法发展的新动向既有“软法”的传统，又有“硬法”的属性，而国际组织的准造法功能是决定性的。[1]海洋法公约和国际海事组织（IMO）相关指南文件在探索限制海洋航行自由以实现协调海洋航行自由与海洋资源开放关系上，作出了富有卓效的尝试。

（1）安全地带制度（Safety Zones）

依照海洋法公约第60条，沿海国可于必要时在近海石油设施和结构的周围设置合理的安全地带。安全地带的宽度应由沿海国参照适用的国际标准加以确定。这种地带的设置应确保其与石油设施或结构的性质和功能有合理的关联。无论石油设施是设置在专属经济区内还是大陆架上，无论石油设施是永久性勘探开发平台还是浮动式勘探开发平台甚至是辅助平台，以上规则均适用。安全带的设置构成了对海洋航行自由的限制。

安全带设立之后，沿海国可以在该地带中采取适当措施以确保航行以及石油设施和结构的安全。一切船舶都必须尊重这些安全带，并应遵守关于在石油设施和安全带附近航行的国际标准。虽然海洋法公约第60条并没有明确禁止船舶在安全地带内的通行，但既然沿海国有权采取“适当措施”，那么在必要的情况下，适当措施就可能包括禁航措施。[2]为了保证石油设施的安全，减少船舶侵犯安全地带事件的发生，国际海事组织通过了《关于在近海勘探区域建立安全地带的决议》、《关于防止侵犯近海设施或结构周围安全地带的措施的决议》。这些决议要求船舶遵守谨慎航行的标准，并建议沿海国采取更合理的程序和安全措施。以设立安全地带的方式对海洋航行自由进行限制，在我国现行法中有依据。[3]不过，我国法律对于安全地带的范围未做规定。[4]为了消除因设立安全地带而给航运活动带来的不利影响，尽可能地减少对航行权的限制。[5]

（2）分道通航制（Traffic Separation Schemes）

分道通航制是国际海事组织于1967年正式建议使用的，1972年国际海上避碰规则（International Regulations for Preventing Collision at Sea, 1972）

[1]参见梁西《国际组织法（总论）》，武汉大学出版社 2002 年第 5 版，第 333 页。

[2]英国 1987 年《石油法》第 21 条规定，船舶未经允许进入安全地带是违法的；澳大利亚《石油法》亦规定，除了专业船舶或特种船舶以外的其他所有船舶，禁止驶入安全地带。参见余民才《海洋石油勘探与开发的法律问题》，中国人民大学出版社 2001 年版第 179 页。

[3]《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第 8 条规定，中华人民共和国主管机关有权在专属经济区和大陆架的人工岛屿、设施和结构周围设置安全地带，并可以在该地带采取适当措施，确保航行安全以及人工岛屿、设施和结构的安全。而依据《中华人民共和国海上交通安全法》第 20 条，经主管机关核准公告，如系在沿海水域进行水上水下施工需要，可划定相应的安全作业区，无关的船舶不得进入安全作业区。该法第 14 条、第 15 条还允许设立禁航区、交通管制区、通航密集区和航行条件受到限制的区域；船舶不得进入或者穿越禁航区，通过交通管制区、通航密集区和航行条件受到限制的区域也必须遵守主管机关的特别规定。

[4]参见吴昊《海洋石油勘探开发权及其与航行权的协调》，载《海商法研究》2006 年第 12 辑。

[5]参见《中华人民共和国海上航行警告和航行通告管理规定》第 5 条和第 8 条。

第10条对其作出了规定。随着1972年国际海上避碰规则公约的生效，分道通航制已经包括我国在内的许多国家所采纳，并有效地减少了碰撞事故的发生。[1] 承袭1972年国际海上避碰规则，海洋法公约第22条和第41条分别规定沿海国或海峡沿岸国考虑到航行安全认为必要时，可在其领海或用于国际航行的海峡实行分道通航制，过境通行的船舶必须尊重该等分道通航制。沿海国在指定航道和规定分道航行时，应该考虑到主管国际组织的建议。[2] 海洋法公约有关分道通航的规定限制了航行自由，但是这种限制的目的在于确保航行安全，而且沿海国不得借分道通航制实质性地排除船舶所享有的航行自由。[3]鉴于分道通航所具有的防止船舶事故功能，国际海事组织还在20世纪80年代通过了有关近海勘探区域船舶航道和航行服务指南的决议，以及当在近海勘探区域临近时使用勘探钻井装置不可避免时，建设实行“分道通航制临时调整”的措施。[4]

2.海洋资源开发的限制

理解国际法的国内法逻辑进路为从私法视角限制海洋资源开发提供了法理基础。私法视角对海洋资源开发的限制通过立法致使海洋资源开发者受到法律束缚。[5]此种限制主要有强调权利滥用禁止和容忍义务的强化。在立法例上，《中华人民共和国海上交通安全法》第22条规定：“未经主管机关批准，不得在航道、通航密集区以及主管机关公布的航路内进行有碍航行安全的活动。”此属于权利滥用禁止的明证。这一点具有成熟的私法法理的支持。因为现代私法中，一切私权均具有社会性，权利的行使不得违反公共利益或以损害他人为主要目的，否则将构成权利滥用而遭到法律禁止。海洋资源开发主体在行使海域使用权和矿业权时，必须遵循权利的设定宗旨，也不得侵害他人之利益。同时，传统私法上，容忍义务是对所有权的一项必要限制，系指所有权人依照法律规定负有容忍他人干涉或侵害之义务，其典型是私法上的相邻关系。《中华人民共和国海域使用管理法》第23条规定：“海域使用权人对不妨害其依法使用海域的非排他性用海活动，不得阻挠。”一般而言，航行活动属于“非排他性用海活动”，因此只要船舶的通过不会危及钻井平台等石油勘探开发设备的安全，海洋资源开发主体即负有容忍义务，应当容许船舶通过其支配的海域。

不仅如此，海洋法的理论与实践在海洋资源开发限制上具有成熟性。海洋法公约主要在废弃石油设施的撤除与处置、禁止不正当干扰作出明确规定，并且深

[1]参见周忠海《国际海洋法》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 197 页。
[2]参见 1982 年海洋法公约第 24 条。
[3]参见吴昊《海洋石油勘探开发权及其与航行权的协调》，载《海商法研究》2006 年第 12 辑。
[4]余民才：《海洋石油勘探与开发的法律问题》，中国人民大学出版社 2001 年版第 167 页。
[5]从私法体系角度看，海洋资源开发实际上是由海域使用权、探矿权以及采矿权等构成的权利群。

刻地影响了国内法。对海洋石油勘探开发权的另一限制体现在权利的抛弃方面，也就是当海洋石油勘探开发活动结束或者油田不再具有经济可采性之后，权利人不得任意弃置钻井平台和其他石油设施。在海洋石油勘探开发活动中，由于钻井平台等设施构成航行安全的潜在威胁，因此如果海域使用权和矿业权的期限尚未届满，权利人不得将钻井平台随意弃置。从国际法层面考察，对于抛弃海洋石油勘探开发权的限制主要体现在海洋法公约第60条第3款。[1]而较早的1958年大陆架公约第5条第5款则规定："已被放弃或不再使用的任何装置必须全部撤除。"海洋法公约第60条所提及的撤除的国际标准是际海事组织（IMO）通过的《关于撤除在大陆架上或专属经济区内的近海设施及结构的指南和标准》（Guidelines and Standards for the Removal of offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone, IMO Assembly Res. A. 672(16), MSC57/27 Add. 2, Annex 31 (Oct. 19, 1989)。[2]撤除下来的海洋石油设施的处置问题被当做与撤除相区别的一个问题单独处理。[3]

海洋资源开发活动不得对航行等其他海洋正当用途造成"不正当干扰"，这一原则是由1958年大陆架公约首先确立的。[4]因此，海洋石油勘探开发权的行使，包括为勘探开发石油而设置钻井平台等设施，不能给航行造成不正当干扰，这是国际法对海洋石油勘探开发权作出的最主要限制。[5] 国际法委员会指出："不正当干扰的标准显然是一个平衡所涉利益相对重要性的问题。在有些情形下，对航行即捕鱼的干扰即使很严重，也可能是正当的。相反，如果干扰与可合理预见的勘探与开发大陆架的条件毫无关联，即使这种干扰很小，也会是不正当的。[6] 在评介干扰是否正当时，必须充分考虑各方的利益，包括沿海国的安全、经济以及其他方面的利益，进而考虑是否存在给航行造成最小干扰的合理替代方法。[7]

五、代结论：基于强化海洋航行自由体系化认知的若干对策

[1]海洋法公约第 60 条第 3 款规定："已被放弃或不再使用的任何设施或结构，应予以撤销，以确保航行安全，同时考虑到主管国际组织在这方面制定的任何为一般所接受的国际标准。这种撤销也应适当地考察到捕鱼、海洋环境的保护和其他国家的权利和义务。"

[2]See McLaughlin, " Coastal State Discretion, U.S. Policy, and the New IMO Guidelines for the Disposal of Offshore Structures: Has Article 5(5) of the 1958 Continental Shelf Convention Been "Entirely Removed" ?, 1 Territory Sea Journal 245 (1991).

[3]处置行为受到 1982 年海洋法公约、1972 年《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约》（ Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Dec. 29, 1972, 即《伦敦公约》以及 1972 年《防止船舶与飞行器倾倒废物污染海洋的公约》（Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft, Feb. 15, 1972, 即《奥斯陆公约》）的规定。

[4]《大陆架公约》第 5 条第 1 款规定："勘探开发大陆架和开采其自然资源不应使航行受到任何不当的干涉。"第 5 条第 2 款规定"在大陆架上建造和维持或经营为勘探大陆架和开采其自然资源所必要的装置或其他设施，受到第 5 条第 1 款的限制。"

[5]海洋法公约第78条第2款规定："沿海国对大陆架权利的行使，绝不得对航行和本公约规定的其他国家的其他权利和自由有所侵害，或造成不当的干扰。"

[6]余民才：《海洋石油勘探与开发的法律问题》，中国人民大学出版社 2001 年版第 167 页。

[7]参见吴昊《海洋石油勘探开发权及其与航行权的协调》，载《海商法研究》2006 年第 12 辑。

就中国而言，正处在由海洋大国迈向海洋强国的关键历史征程。为了维护我国合法的海洋权益，以及积极吸取历史上由于缺乏海洋航行自由理论与实践而导致海权权益丧失的历史教训，强化海洋航行自由的理论与实践研究具有裨益。海洋航行自由的体系化解读，特别是厘清海洋航行自由与海洋资源开发之间的界限与冲突，为我国在特定海域的执法活动和资源开发活动提供法律依据奠定了软实力基础。

（一）强化和细化海洋专题立法，形成完善海洋航行自由制度“国内法机制”

毫无疑问，完善海洋法公约具有时代的紧迫性和理论的感召力。显然，海洋法公约的框架范畴、政治敏感性以及立法技术的复杂性，导致完善该公约绝非是一蹴而就的。我国学者主张应该将海洋法公约的完善和修订提到日程，诸如分别通过订立专门的补充协定、缔结区域性协定、召开审议《公约》会议以及用扩大解释的方法对公约进行事实上的修订。[1]然而，上述措施可能只是理论上的探讨与展望，其可行性可能会面临重重阻力。建议我国立法机构积极针对海洋法公约框架下的“模糊地带”展开专门和细化立法，增强其可操作性。海洋法立法资料显示，公约的巨大努力（gigantic effort）没有很好地将最传统的海洋权利——海洋运输囊括进来，最终形成了海洋法公约没有成熟的海洋航行自由的体系化机制，其似乎将焦点集中于船舶从 A 点到 B 点的航行通过，而无视海洋航行自由的经济活动基础，导致航运的商业可行性问题很少被提出来。[2]由于海洋航行自由的边界难以界定，因此，可以通过国内立法探索海洋航行自由边界的立法实践，以形成健全的“国内法机制”，为完善海洋法公约积累海洋航行自由的国内法资源。“国内法机制”专门针对海洋法公约框架下的模糊内容，根据国家海洋主权原则展开法解释学、立法学以及比较法学不同角度运作，而强化旨在增强公约可操作性的国内立法活动。这是由理解国际法的国内法逻辑进路而决定的。

（二）凸显海洋航行自由体系化的立法理念与机制

作为海洋大国，中国航行自由的实现需要从内外两个层面入手。在国内层面，我国应从现实出发，完善有关立法。另一方面，海洋实力的增强对于扩大我国的海洋利益有着积极的影响。我们需要考虑“走出去”进一步拓展海洋发展空间的问题。[3]这需要凸显海洋航行自由体系化的立法理念与机制。为此，建议从“整体性”角度来理解和完善海洋法公约，形成体系化解读海洋航行自由的国内法理念与机制。这是因为海洋法公约明确了不同海域的法律地位、资源开发管辖

[1]杨泽伟：《联合国海洋法公约的主要缺陷及其完善》，载《法学评论》2012 年第 5 期。
[2]Ddgar Gold. Ocean Shipping and the New Law of the Sea: Toward a More Regulatory Regime. Ocean Shipping. 1986(6).85.
[3]张湘兰，张芃凡：《论海洋自由与航行自由权利的边界》， 载《法学评论》2013 年第 2 期。

权及其主权性权利等事项，但是该公约对航行自由与海洋资源开发的规定是独立独行的，而没有将两者的关联度作为“整体”予以规定。如何整合海洋航行自由与海洋资源开发的冲突与协调并形成体系化的制度机制是公约的软肋。[1]尽管海洋利用和海洋开发的规则是互相关联的，但是公约下的国际航行规则由另外一套法律来决定，而这些法律规则可能漠视船舶和海洋的商业功能。与此同时，应该大力提升我国海上维权力量和海上执法力量。

（三）敢于加强在敏感海域展开资源开发与管理的立法

基于海洋法公约下海洋航行自由边界模糊性与难以操作性之缺憾，建议通过强化国内立法的方式消解公约在该问题上的不足，以明确和加强海洋资源开发的法律依据。从地缘政治角度看，南海周边地区不仅是海权和陆权对抗的前沿——“边缘地带”，而且东南亚地区是没有权力中心的“破碎地带”。[2] 由于美国、日本以及印度积极介入南海海域事务，导致制约南海海洋航行自由的因素更加复杂。故此，中国应该以国内法明确东沙、中沙和南沙群岛的领海基线，从而确定其内水、领海、毗连区、专属经济区和大陆架的起始线，进而建立南海的航行和飞越自由制度。作为历史上的传统国际航道，考虑到南海断续线内海域的海洋属性和特点，[3]建议采纳我国学者提出中国应开放在西沙和南沙群岛内水的外国商船无害通过权的建议。[4]在此基础上，进一步建议我国立法机构敢于及时加强在南海海域展开南海资源开发管理立法活动。这不仅是完善海洋航行自由制度的需要，而且此种海洋资源开发管理立法容易为国际社会所理解。

（四）善于通过国际组织的途径来完善海洋航行自由制度

根据海洋法公约程序性规定，启动修订海洋法公约程序必然是艰难的和复杂的，而且也受到其他政治的、经济的以及地缘性因素的影响。海洋法公约的制定与一些重要的区域性国际组织和专业性国际组织存在密切关系。这种关系囊括了海洋法公约制定中的提案、建议案、审议以及通过等方面。其中国际海事组织与海洋法公约的形成具有密切关系。诸如，上文论及的禁止不当干扰原则对于海洋石油勘探开发权的设立和行使构成了限制，类似的具体措施都来源于国际海事组织的指南和建议。为此，建议中国应该加强与国际海事组织的合作，与之建立

[1]通篇考察 1982 年海洋法公约，严格地讲，公约没有规定航行自由与资源开发之间的关系。但是公约却在航行自由与海洋环境保全和保护方面作出比较多的规定。诸如海洋法公约第 123 条规定：“无论某海域的法律地位如何，还要符合一定条件，其沿岸国在行使和履行 1982 年海洋法公约所规定的权利和义务时，就应该互相合作，并应尽力直接或通过适当区域组织协调行使和履行沿岸国在保护和保全海洋环境方面的权利和义务。

[2]朱华友，鞠海龙：《南海航行安全对世界经济的影响》，载《南洋问题研究》2006 年第 3 期。

[3]根据有关海洋资料，南海断续线内海域面积约 200 万平方公里而高潮时露出海面的岛礁面积约 14 平方公里。

[4]参见邹立刚，王崇敏《适用于南海航行和飞越制度研究》，载《当代法学》2013 年第 6 期。

良好的合作关系，通过向该组织的提案途径来改进海洋航行自由制度。[1]通过此种方式以完善海洋航行自由制度，不仅具有节约立法成本的优势，而且具有广泛的认可度和接受度。

Title: Legal Interpretation on Systematization of Freedom of Navigation

MA Deyi

(East China University of Political Science and Law, International Shipping Law School Shanghai 200042)

Keywords: Freedom of navigation; exploitation of marine resources; conflict and coordination; systematic interpretation; path and pattern

Abstract: As the mantra of freedom of seas, the connotation and denotation of freedom of navigation has ever-changing with the theory and practices of the law of sea, which provides the framework and basis for the systematic understanding of freedom of navigation, also infer that the freedom of navigation and exploitation of marine resources constituting the main trail and main topic under the UNCLOS, namely United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. Also a diversity running should be used for description of freedom of navigation, for it has a close correlation with the national sovereignty, maritime security, protection of marine environment as well as the exploitation of marine resources. It is a conclusive conflict that a conflict between the freedom of navigation and exploitation of marine resources under the framework of the UNCLOS, which be importance of perfecting of freedom of navigation system. It is essential to strengthen the systematic interpretation of freedom of navigation, by means of resolving conflicts and coordination of freedom of navigation and exploitation of marine resources, on approach of logic of domestic law for understanding international law, holistic interpretation of UNLOS, as well as the core issue of marine resources to maritime delimitation. A model of systematization of freedom of navigation shall fulfilled through a restriction to freedom of navigation and exploitation of marine resources. The paper suggest that China shall establish a “domestic law mechanism”

[1]中国作为国际海事组织的 A 类理事国，在该组织中具有一定的话语权和影响力。因此，中国应该通过提案等方式来强化中国在该组织中的影响力，进而来完善海洋航行自由制度。

to perfecting system of freedom of navigation, strengthen legislative conception for systematization of freedom of navigation, make law to strengthen the development and management of marine resource within sensitive seas, also be adept to improve the system of freedom of navigation by way of IMO as soon as possible.

韩国法院对民间战争受害者权益的救济与对我国的启示

马光*

摘　要：2012年5月，韩国大法院分别对以日本三菱重工业株式会社和新日本制铁株式会社为被告的两起《强掳劳工案》做出了判决，认为：原告等对被告的请求权并非因韩日两国间的《请求权协定》而消灭，进而原告们可对被告行使此类请求权。

关键词：请求权协定；个人请求权；强制劳动；外交保护权；争端

一、序论

2012年5月24日，韩国大法院分别对以日本三菱重工业株式会社和新日本制铁株式会社为被告的两起《强掳劳工案》[1]做出了判决，认为：① 韩国法院对两起案件具有裁判管辖权；② 日本法院做出的原告败诉确定判决与韩国的善良风俗或其它社会秩序相违背，而釜山高等法院和首尔高等法院对其予以承认是误解了对外国判决承认的法理；③ 旧三菱和新三菱，旧日本制铁和新日本制铁实质上相同，在法律上可视为同一公司；④ 原告等对被告的请求权并非因韩日两国间的《请求权协定》[2]而消灭，进而原告们可对被告行使此类请求权；⑤ 三菱及新日本制铁主张消灭时效完成是违反诚实信用的权力滥用行为，不能得到许可。并以此为理由，撤销了首尔高等法院和釜山高等法院的原审判决，要求上述法院重审此案。[3]在接下来的重审中，首尔高等法院[4]和釜山高等法院[5]分别撤销了一审判决，并勒令被告支付给原告们一亿或八千万韩元的损害赔偿金。之后，光州地方法院又在类似案件的一审中做出了被告三菱重工业株式会社向原告分别支付八千万至一亿五千万韩元损害赔偿金的判决。[6]而

* 浙江大学光华法学院副教授、法学博士、律师，主要从事国际法、世贸组织法、中韩比较法等研究。

[1] 韩国大法院和学界对此案称为《强制征用劳动案》，本文中则采用了国内较为普遍的称谓，即，《强掳劳工案》。

[2] 全称为《大韩民国和日本国关于财产及请求权问题的解决和经济合作的协定》，以下简称为《请求权协定》。

[3] 两起案件的编号各为韩国大法院 2012.5.24.宣告 2009Da22549 判决和韩国大法院 2012.5.24.宣告 2009Da68620 判决。

[4] 首尔高等法院 2013.7.10.宣告 2012Na4494 判决。

[5] 釜山高等法院 2013.7.30.宣告 2012Na4497 判决。

[6] 虽然此案的被告与首尔高等法院那起案件的被告是相同的，但因首尔高等法院案件的原告为 18 至 22 周岁的男性，强制劳动期间为 11 个月左右，而此案的原告则为 13、14 周岁的女性，强制劳动期间为 1 年 5 个月左右，而且按照日本于 1932 年批准登记的《强迫或强制劳动公约》，该年龄段又属于绝对禁止强制劳动的年龄，因此，法院判决赔偿的金额也有所不同。

对于首尔高等法院和釜山高等法院的判决，日本企业再次向大法院提起了上诉。

韩国大法院的此次判决既涉及到国际公法和国际私法等国际法问题，又涉及到民法、公司法、宪法等国内法问题。因此，此判决一经做出，便引起了韩国各界，特别是学界的重大关注。这些关注反映在：2012年11月14日，韩国国际私法学会、大韩律师协会、世界国际法学会韩国支部共同举办了以《日帝强制征用赔偿判决在国际关系法上的意义》为题目的研讨会；[1]2013年5月10日，首尔国立大学法学研究所举办了以《对日帝强制征用案大法院判决的综合研究》为题目的研讨会；[2]2013年12月18日，首尔国际法研究院和海星国际问题伦理研究所共同举办了以《司法部门对外交问题的功能：以最近韩日关系为中心》为题目的研讨会。[3]整体上，韩国各界对此判决表示了欢迎，特别是各大媒体纷纷发表了肯定性评论。但是，韩国的国际法学者对此判决则表示出了喜忧参半的态度。表示忧虑的学者认为，此判决的部分内容涉嫌违反国际法，有可能会引发韩国的国家责任；[4]而表示欢迎的学者则认为，此判决从国家为中心的思考转向了人权为中心的思考，具有重大历史意义，进而主张，日本对韩国的殖民统治所引发的损害并未在《请求权协定》中得以解决。[5]

2014年2月24日，中国被掳往日本劳工联谊会在北京举行仪式，委托中国民间对日索赔联合会代表该联谊会在中国聘请律师组成律师团，起诉日本三井、三菱等加害企业。而同年3月18日，北京市第一中级人民法院已受理此案，这是我国国内首次受理二战劳工的相关诉讼。据悉，此次诉讼由中国“中华全国律师协会”的律师发起，中国社会科学院和北京大学的学者也参与其中。另，在提起诉讼时原告方为37人，之后增加3名遗属至40人。原告方要求

---

[1] 此次研讨会的五篇论文被收录在韩国的《国际私法研究》2013 年第 1 期上，分别为：[韩]李宪默：“国际裁判管辖决定中的几大问题点：大法院 2012.5.24.宣告 2009Da22549 判决为中心”；[韩]都时焕：“韩日请求权协定相关大法院判决的国际法评价”；[韩]石光现：“日本关于强制劳动赔偿判决的承认与否”；[韩]张福姬：“国家的本国民保护权限和义务：为强制劳动被害者与日军慰安妇赔偿的国家交涉义务”；[韩]张埈赫：“日本统治期强制劳动案的准据法”。

[2] 此次研讨会的五篇论文被收录在韩国的《首尔大学法学》2013 年第 3 期上，分别为：[韩]李东珍：“强制劳动赔偿责任的成立与否与其范围相关几个问题”；[韩]李根宽：“对韩日请求权协定中强制劳动赔偿请求权处理的国际法研究”；[韩]南孝淳：“日帝强制劳动时日本企业不法行为所引起的损害赔偿请求权之消灭时效滥用研究：大法院 2012.5.24.宣告 2009Da68620 判决”；[韩]千景埙：“战后日本的财阀解体与债务归属：日帝强制劳动案的公司法层面问题研究”；[韩]石光现：“强制劳动赔偿及报酬请求的准据法”。

[3] 此次研讨会的三篇论文被收录在韩国的《首尔国际法研究》2013 年第 2 期上，分别为：[韩]李根宽：“对外交问题的司法克制主义：比较法考察”；[韩]李在珉：“条约之义务履行和司法部门：韩日投资协定对大法院强制劳动判决的适用可能性”；[韩]吴承辰：“对外交问题的最近判例分析：以宪法裁判所和大法院对强制劳动和慰安妇被害人相关最近判例为中心”。

[4] [韩]李根宽：“对韩日请求权协定中强制劳动赔偿请求权处理的国际法研究”，《首尔大学法学》2013 年第 3 期，第 327-391 页；[韩]李在珉：“条约之义务履行和司法部门：韩日投资协定对大法院强制劳动判决的适用可能性”，《首尔国际法研究》2013 年第 2 期，第 73-109 页；[韩]朴培根：“对日帝强制劳动被害人法律救济的国际法争论焦点和日后展望：以 2012 年大法院判决为中心”，《汉阳大学法学论丛》2013 年第 3 期，第 47-73 页；[韩]郑印燮：《新国际法讲义》（第五版），博英社 2014 年版，第 410-412 页。

[5] [韩]都时焕：“韩日请求权协定相关大法院判决的国际法评价”，《国际私法研究》2013 年第 1 期，第 27-63 页；[韩]康炳根：“国际法视野下日帝强制劳动赔偿判决的争论焦点研究”，《正义》2014 年第 4 期，第 234-268 页；[韩]吴承辰：“对外交问题的最近判例分析：以宪法裁判所和大法院对强制劳动和慰安妇被害人相关最近判例为中心”，《首尔国际法研究》2013 年第 2 期，第 1-23 页；[韩]张福姬：“国家的本国民保护权限和义务：为强制劳动被害者与日军慰安妇赔偿的国家交涉义务”，《国际私法研究》2013 年第 1 期，第 3-25 页。

给每位受害劳工赔偿100万元人民币并进行道歉。

在上述背景下，有必要对此次韩国大法院的判决和韩国学者对该判决的争议进行深入研究，[1]而这种研究也对我国法院处理类似案件具有重要的借鉴意义。

二、案件概要

两起《强掳劳工案》的案件概要如下：

《三菱案》的原告们于1944年被日本的《国民征用令》强制征用，到位于日本广岛的三菱重工业从事强制劳动。在1945年8月6日广岛被投下原子弹后，各自筹备费用回到韩国。他们在1995年12月11日向广岛地方法院提起了以日本国和三菱重工业为被告的损害赔偿及支付酬劳的诉讼。广岛地方法院在1999年3月25日做出了原告败诉判决，而这一结果在广岛高等法院和日本最高法院得到维持。此后，几名原告在2000年5月1日向釜山地方法院以三菱重工业为被告再次提起了诉讼，釜山地方法院在2007年2月2日做出了被告败诉判决，釜山高等法院则维持了一审判决。[2]

《新日本制铁案》的原告们则于1941-1943年间到日本从事强制劳动，而未能获得任何酬劳或仅获得少量酬劳。于是在1997年12月24日以新日本制铁为被告向大阪地方法院提起了支付酬劳和损害赔偿的诉讼，而其诉请在2001年3月27日被驳回，并且该结果在大阪高等法院和日本最高法院后续上诉审中得以维持。此后，被告于2005年2月28日向首尔中央地方法院提起了诉讼，而首尔中央地方法院和首尔高等法院均做出了不利于原告的判决。[3]

韩国大法院则推翻了上述判决，做出了有利于原告的判决，涉及到国际公法的部分，韩国大法院指出："① 《请求权协定》的缔结目的不是解决日本的殖民统治赔偿问题，而是依据《旧金山对日和约》第四条解决韩日两国间的财政和民事上债权债务关系；② 日本政府依据《请求权协定》第一条向韩国支付的经济合作资金与第二条的权利问题之解决并不存在对价关系；③ 在《请求权协定》的谈判过程中，日本政府并未承认殖民统治的非法性，原则上否认了强制劳动损害的赔偿，对此，韩日两国政府未能对日本帝国主义对韩半岛统治的性质达成一致的意见。而在这种情况下，日本国家权力介入的反人道非法行为或与殖民统治相连的非法行为所引发的损害赔偿请求权不能被认定为包含在《请求权协定》的适用对象中。因此，对于原告等的损害赔偿请求权，应认定为个人请求权并未因《请求权协定》而消灭，甚至，韩国的外交保护权也并未被放弃。④ 进而，认为国家通过缔结条约，不仅能将外交

[1] 正如上面已经描述，此判决涉及到国际法和国内法的诸多部门，而本文仅限于对其中有关国际公法的判决部分进行评析。

[2] 釜山地方法院 2007.2.2.宣告 2000GaHap7960 判决；釜山高等法院 2009.2.3.宣告 2007Na4288 判决。

[3] 首尔中央地方法院 2008.4.3.宣告 2005GaHap16473 判决；首尔高等法院 2009.7.16.宣告 2008Na49129 判决。

保护权放弃，还能将具有独立法律人格的国民个人的请求权在未经其同意的前提下予以直接消灭的观点是与近代法的原理相抵触；⑤ 就算国际法上允许国家通过条约能将国民的个人请求权予以消灭，考虑到国家和国民个人为不同的法律主体，除非条约中具有明确的根据，不能认为缔结条约导致除国家外交保护权之外的国民之个人请求权得以消灭，而《请求权协定》中并没有能够认定韩日两国政府对个人请求权消灭达成一致意见的充分根据；⑥ 日本在签订《请求权协定》后制定、实施了以消灭韩国国民在日本针对日本国和其国民的权利为内容的《财产权措施法》，[1]此行为可被理解成日本政府认为仅以《请求权协定》不能导致韩国国民的请求权得以消灭。因此，就算原告等的请求权包含在《请求权协定》中，其个人请求权并非因《请求权协定》而当然消灭，此时消灭的仅是对该请求权的韩国政府之外交保护权，即，日本的国内措施导致该请求权在日本国内得到消灭，韩国仅丧失对此采取外交保护措施的机会。”[2]

三、《请求权协定》是否放弃个人请求权？

从上述判决内容来看，韩国大法院基于以下理由认定个人的请求权问题没有包含在《请求权协定》的范围里。《请求权协定》的目的或对象局限在解决韩日间财政和民事方面的债权债务关系；日本政府提供给韩国政府的经济合作资金和《请求权协定》第二条之权利问题的解决之间并不存在对价关系；协定的谈判过程中日本并未认可殖民统治的非法性，与殖民统治有直接联系的非法行为所引发的损害赔偿请求权根本就不可能成为协定的适用对象。

1951年9月8日签署的《旧金山对日和平条约》第四条（a）项规定将日韩之间的请求权问题等由日本和相关国家以特别协定的方式予以解决。虽然朝鲜与韩国因为“朝鲜半岛唯一合法政府”的代表权问题，并未签署该条约，但韩日两国却在1965年6月22日签署了《请求权协定》，而就是该协定在此案件中引发了较大的争议。

《请求权协定》第一条第一款规定：（a）从本协定生效之日起十年内，日本将具有三亿美元价值的产品和服务无偿提供给韩国；（b）从本协定生效之日起十年内，日本将具有二亿美元价值的产品和服务作为长期借款提供给韩国。第二条第一款和第三款又分别规定：两国确认两国及其国民（包括法人）的财产、权利、利益和两国及其国民之间的请求权相关问题已经得到完全和最终解决。一方缔约国及其国民的财产、权利及利益在本协定的签署日处于他方缔约国管辖内的，一方缔约国及其国民对他方缔约国及其国民的所有请求权在本协

[1] 全称为《与请求权协定第二条实施相关的大韩民国等的财产权措施法律》。
[2] 韩国大法院 2012.5.24.宣告 2009Da22549 判决 4（Da）部分和韩国大法院 2012.5.24.宣告 2009Da68620 判决 4（Na）部分。

定的签署之前已经发生的，不能再做任何主张。要回答《请求权协定》中韩国是否放弃了个人的请求权，就必须对上述条款进行解释。

关于条约解释，1980年1月27日生效的《维也纳条约法公约》在第31条和第32条中做出了明确的规定，而这些条款被认为是对国际习惯法进行了编撰，因此可以据此解释《请求权协定》。依据这些国际法规则，条约解释应依条约用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。这里的上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定。[1]因此，我们还要谈到与《请求权协定》一起签署了的《请求权协定会谈纪要》，该纪要成为《请求权协定》的上下文。

会谈纪要第二条（g）项规定，在《请求权协定》第二条第一款中得到完全和最终解决的财产、权利、利益和请求权包括在韩日会谈中韩方所提出的《韩国对日请求纲要》（所谓八个项目）范围内的所有请求，进而韩方对该请求纲要之范围内，不得再做出任何主张。而《请求纲要》中的第五项即为被征用韩国人的未收款和请求权。因此，从条约的解释来看，似乎应理解为，韩国政府已经通过《请求权协定》解决了强掳劳工的请求权问题。[2]当然，这里所解决的仅是韩国政府的外交保护权，还是包括个人的请求权，有必要进一步进行分析。

对此，也有持反对意见的韩国学者，认为《请求权协定》并未对请求权各个项目单独确定金额，而是通过政治协商，以整体确定方式达成，因此，至少无法断定《请求权协定》和其附属协定中包含有关于强制劳动的事项。这一判断的理由如下：早期，韩国政府在主张日本殖民地赔偿责任时提示过的所谓八个项目中第五项为“对战争被征用人损害的补偿”，而因日方未承认非法责任，在韩日两国《会谈纪要》中仅提到八个项目，而并未明示其具体内容，没有必要对其赋予太多的意义。而且，韩国政府在上述八个项目下提出过12亿2千万美元的请求，但最终只得到3亿美元，《请求权协定》未能将反人道非法行为和与殖民统治相关的非法行为导致损害赔偿请求权全部得到解决。[3]对于这种观点，笔者认为有些牵强。

韩国大法院认为：日本政府依据《请求权协定》第一条向韩国支付的经济合作资金与第二条的权利问题之解决并不存在对价关系。对此，有学者批评指出，从谈判过程来看，韩国大法院将依据《请求权协定》第一条提供的资金称为经济合作资金，与谈判过程中韩国政府

[1] 《维也纳条约法公约》第三十一条第一款、第二款。

[2] 首尔国立大学法学院的李根宽、李在珉、郑印燮教授和釜山国立大学法学院的朴培根教授也持有这种观点，进而主张个人的请求权也已消灭。详见：[韩]李根宽：“对韩日请求权协定中强制劳动赔偿请求权处理的国际法研究”，《首尔大学法学》2013 年第 3 期，第 357-358 页；[韩]李在珉：“条约之义务履行和司法部门：韩日投资协定对大法院强制劳动判决的适用可能性”，《首尔国际法研究》2013 年第 2 期，第 102 页；[韩]郑印燮：《新国际法讲义》（第五版），博英社 2014 年版，第 410-412 页；[韩]朴培根：“对日帝强制劳动被害人法律救济的国际法争论焦点和日后展望：以 2012 年大法院判决为中心”，《汉阳大学法学论丛》2013 年第 3 期，第 53 页、第 55 页。

[3] [韩]康炳根：“国际法视野下日帝强制劳动赔偿判决的争论焦点研究”，《正义》2014 年第 4 期，第 246-247 页。

的一贯主张是不一致的，而其采用的解释和日本的立场倒是较为接近的。[1]也有学者认为，实际上第一条的经济合作资金是以第二条的权利问题解决之代价予以支付的。[2]从谈判过程来看，与日本政府相反，韩国政府主张《请求权协定》的第一条和第二条之间存在相互关系，而日本则对此反对。既然如此，应认定两国对此并未达成一致。进而，正如韩国大法院的判断，确实无法认为两者之间存在对价关系。

《维也纳条约法公约》第三十一条第三款还规定，应与上下文一并考虑者尚有嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。下面就分析一下韩日两国间是否曾达成这种惯例。

关于韩国人个人的权利，1965年缔约后韩国政府的态度是："依据财产及请求权问题解决的相关条款，包括强制劳动者酬劳和补偿金在内的八大请求已经得以消灭"。而到了1990年代，韩国政府曾通过在国会中的答辩，主张依据《请求权协定》所消灭的是外交保护权，而个人的请求权则尚未消灭。进而主张，《请求权协定》中主要以财产权的补偿请求权为中心进行了谈判，并未针对不法行为的赔偿责任。相反，日本政府则在1965年缔约当时认为只有外交保护权得到消灭，1990年代则认为请求权存在，可以提起诉讼，判断将由法院来做，2000年代则主张就算有请求，也没有必要应答的法律义务，即，主张个人请求权也与外交保护权一同得以消灭。对于早期日本政府的态度，韩国学者认为："在《请求权协定》的谈判过程中，日本政府为了拒绝韩国的请求权主张，也曾主张过日本人对韩国的请求权，而如果将个人的请求权予以消灭，就意味着日本人对韩国的请求权也会得到消灭，进而会引发日本人对日本国的潜在补偿要求，为了事先对此有所预防，日本采取了上述态度。而对于韩国人对日本政府的请求权实施，日本政府认为，因韩日间往返不易等导致实际上韩国被害者个人尚难对日实施请求权。"[3]也有韩国学者认为，《日本宪法》第七十三条规定，对于内阁缔结的条约原则上事先要经过国会的承认，而如果政府缔结消灭日本国民权利的条约时无法取得日本国会的承认，进而导致批准程序无法完成，因此日本在早期做出了上述的表述。[4]据此，可否认定韩日两国间已经对《请求权协定》解释形成了某种惯例？对此，有韩国学者主张：两国在此方面的实践不一致，不能仅用韩国或日本政府的实践为准对协定文本进行解释；[5]或《请求权协定》因缔约双方对重大事项产生错误，不能成为对当时完全没有考虑到的事项也

[1] [韩]李根宽："对韩日请求权协定中强制劳动赔偿请求权处理的国际法研究"，《首尔大学法学》2013 年第 3 期，第 354-355 页。
[2] [韩]朴培根："对日帝强制劳动被害人法律救济的国际法争论焦点和日后展望：以 2012 年大法院判决为中心"，《汉阳大学法学论丛》2013 年第 3 期，第 56 页。
[3] [韩]金昌禄："韩日间清算过去中国家的逻辑和个人的权利"，《法学史研究》2004 年第 2 期，第 245-249 页。
[4] [韩]朴培根："1965 年韩日请求权协定和个人的请求权"，《国际法评论》2000 年第 2 期，第 30 页。
[5] [韩]康炳根："国际法视野下日帝强制劳动赔偿判决的争论焦点研究"，《正义》2014 年第 4 期，第 240 页。

终结韩日两国间战后补偿问题的协定。[1]而对于韩日两国对条约的不同解释，也有学者主张，在这种情况下，依据《请求权协定》，韩日政府对于条约的间接冲突，按照第三条，可用仲裁来解决问题。[2]其实，从两国的实践来看，应该可以判断两国已经对韩国的外交保护权消灭问题达成了一致，因为，日本基于各种理由，在2000年代前一直主张消灭的是外交保护权，而韩国虽然在早期没有明确区分外交保护权和个人请求权，但在1990年代开始则明确作出了与日本相同的主张。因此，有理由认定韩日两国至少在1990年代已经形成了这种惯例，即承认消灭的仅是外交保护权，日本在之后的变更主张，并不能动摇已经达成的上述一致惯例。

也有韩国学者试图从“财产、权利及利益”和“请求权”的区别解释问题，认为：从法律层面来看，“财产、权利及利益”和“请求权”要予以区别，两者间最为有意义和重要的差异是前者为法律根据确凿的确定权利，而后者是在法律根据方面存在争议的不确定权利。[3]基于此，韩国国民对日本政府或日本国民具有的财产、权利及利益由日本在1965年12月1日制定的《财产权措施法》得以在日本国内法层面消灭。而该法律对韩国国民的请求权并未做任何规定，其理由是《请求权协定》第二条第一款所说的请求权还是不确定的权利，因此不能以法律予以消灭。综上，该学者主张，韩国国民的请求权甚至在日本也并非因该法律而得以消灭。[4]笔者认为此观点具有合理性，而其与韩国大法院的判决内容是有些不一致的，因为韩国大法院在判决书中指出，《财产权措施法》是以消灭韩国国民在日本针对日本国和其国民的权利为内容的，日本制定该法可被理解成日本政府认为仅以《请求权协定》不能导致韩国国民的请求权得以消灭。在此，韩国大法院是明显没有将财产、权利及利益和请求权予以区分。

另，韩国大法院在判决中指出：认为国家通过缔结条约，不仅能将外交保护权放弃，还能将具有独立法律人格的国民个人的请求权在未经其同意的前提下予以直接消灭的观点是与近代法的原理相抵触。对此，有学者指出，外国政府或其国民的行为导致本国国民损害时，本国政府为了外交目的，可通过概括补偿协定等处分国民的个人请求权。[5]对此，也有反对意见，认为政府放弃因违反战时国际人道主义法的行为而受到损害的国民的赔偿请求权是与国际人道法的有关精神相背离的。[6]随着国际法的发展，将外交保护仅仅看做权利的视角已经开始有所变化，非常典型的即为《外交保护条款草案》第十九条，规定：按照本条款草案

[1] [韩]崔哲荣：“韩国人强制劳动诉讼中个人赔偿请求权研究”，《东北亚历史论丛》2008 年第 1 期，第 239 页。

[2] [韩]石光现：“日本关于强制劳动赔偿判决的承认与否”，《国际私法研究》2013 年第 1 期，第 133 页；[韩]康炳根：“国际法视野下日帝强制劳动赔偿判决的争论焦点研究”，《正义》2014 年第 4 期，第 259-260 页。

[3] [韩]朴培根：“1965 年韩日请求权协定和个人的请求权”，《国际法评论》2000 年第 2 期，第 29 页。

[4] [韩]都时焕：“韩日请求权协定相关大法院判决的国际法评价”，《国际私法研究》2013 年第 1 期，第 42 页、第 51 页。

[5] [韩]李根宽：“对韩日请求权协定中强制劳动赔偿请求权处理的国际法研究”，《首尔大学法学》2013 年第 3 期，第 337 页。

[6] 管建强：“民间战争受害者权益救济的权利与义务主体研究：以韩国启动国内救济手段为视角”，《东方法学》2013 年第 6 期，第 99-100 页。

有权行使外交保护的国家应充分考虑行使外交保护的可能性，特别是当发生了重大损害时。即，至少发生了重大损害时，国际社会开始从义务的视角看待国家的外交保护。从这一点来看，笔者认为，韩国大法院的上述判决内容能够紧扣国际法的发展趋势，是值得肯定的。

四、对判决的评价

正如上面所描述，对此次韩国大法院的判决不少韩国学者从国际法层面表示出了忧虑。但也有韩国学者认为，《请求权协定》对于解决包括慰安妇被害者在内的日本侵略时期的被害者请求权问题很不合适，目前发生的多种个人请求权问题仅用现有的《请求权协定》之解释来解决并不恰当。进而主张，上述判决能够在国际层面唤起对强制劳动和慰安妇被害者问题的关注，即使在韩日之间的国际裁判中上述的韩国政府及被害者主张未被采纳，也可通过国际裁判的判例，将日本在二战期间所做出的野蛮行径在事实关系层面上予以明确，从而能够迫使日本改变对这些问题的态度。[1]也有学者指出，此次判决从国家为中心的思考转向了人权为中心的思考，从而提示了国际人权法的里程碑，是具有历史意义的重要判决。[2]对此判决，有国内学者认为，韩国的实践不仅颠覆了所谓受害者国籍国仅享有权利而不承担义务的说辞，其外交和司法实践也为亚洲其他受害国家树立了解决战争遗留问题的参照系。[3]

但也有学者忧虑，关于外交领域发生的事情，在主管外交事务的行政部门有明确立场时，司法机关做出与此相左的司法判断，要有慎重的必要，要将其根据明确和详细地提示出来。[4]即，该学者在间接地批评韩国大法院在对此案进行裁判时并未更多地就韩国政府的意见进行咨询。对此，也有学者反驳，韩国大法院不应过度地承认行政部门的裁量权，因而支持本次判决。[5]

此外，基于韩国大法院的此次判决存在涉嫌违反国际法的部分之判断，有学者忧虑假如韩国法院对于被告企业在韩国国内的财产依据判决进行强制执行的话，日本有可能以韩国违反国际法为主张，追究韩国的国际责任。[6]另一个忧虑来自国际经济法层面，即认为韩国大

[1] [韩]吴承辰："对外交问题的最近判例分析：以宪法裁判所和大法院对强制劳动和慰安妇被害人相关最近判例为中心"，《首尔国际法研究》2013 年第 2 期，第 18-20 页。
[2] [韩]都时焕："韩日请求权协定相关大法院判决的国际法评价"，《国际私法研究》2013 年第 1 期，第 53 页；[韩]张福姬："国家的本国民保护权限和义务：为强制劳动被害者与日军慰安妇赔偿的国家交涉义务"，《国际私法研究》2013 年第 1 期，第 20 页。
[3] 管建强："民间战争受害者权益救济的权利与义务主体研究：以韩国启动国内救济手段为视角"，《东方法学》2013 年第 6 期，第 102 页。
[4] [韩]李根宽："对韩日请求权协定中强制劳动赔偿请求权处理的国际法研究"，《首尔大学法学》2013 年第 3 期，第 381-384 页。
[5] [韩]康炳根："国际法视野下日帝强制劳动赔偿判决的争论焦点研究"，《正义》2014 年第 4 期，第 255 页。
[6] [韩]朴培根："对日帝强制劳动被害人法律救济的国际法争论焦点和日后展望：以 2012 年大法院判决为中心"，《汉阳大学法学论丛》2013 年第 3 期，第 48 页。

法院判决如得到确定和执行时，日方有可能启动2003年1月1日生效的《韩日投资保障协定》[1]所规定的争端解决程序。[2]进而认为，如就此问题进入仲裁程序的话，将会对韩国大法院的判决与韩国政府既有的立场不一致，不符合两国间持续45年以上的共同谅解，不符合《请求权协定》和相关附件的规定等判决内在的固有争议和是否违反《韩日投资协定》等问题进行深入审议。[3]

正如本文第三部分的分析，笔者认为此次韩国大法院的判决在总体上是正确的。从《请求权协定》相关条款的解释来看，韩日两国在协定中仅放弃了外交保护权这一方面是曾达成过一致的，进而从国际法的发展来看，像本案中的情形，外交保护不仅仅是作为国家的权利存在，还带有一种义务。既然如此，国家是不能够任意放弃这种权利的。从这个视角来看，就算韩日两国对此达成了一致的放弃意见，也因违反了具有的义务而变得无效。

五、对我国的启示

二战后，为了解决对民间战争受害者权益的救济，韩国做了一系列努力。包括：韩国国会在1966年2月19日制定的《关于请求权资金的运用及管理的法律》[4]第五条第一款曾规定："大韩民国国民所具有的至1945年8月15日对日本国[5]的民间请求权要在本法所定的请求权资金中予以补偿"，也有学者指出这种补偿存在各种问题：申告期限较短，被害证明不易，仅补偿被征用死亡者，未对被征用受伤者进行补偿，对财产权的补偿比例低，对被征用死亡者的补偿金额为少额，仅将请求权资金中的一部分使用于补偿财源；[6]1971年1月19日制定的《关于对日民间请求权申告的法律》第二条第一款第九项规定，被日本国征用为军人、军属或劳务者并在1945年8月15日以前死亡的，可向韩国政府申告请求权；2010年3月22日制定《关于对日抗争期强制动员损害调查及国外强制动员牺牲者等支援的特别法》规定，基于人道考虑，对强制劳动死亡者等提供慰劳金、未收金支援金、医疗支援金；2011年8月30日，韩国宪法裁判所做出韩国政府未对日军慰安妇被害者的赔偿请求权问题做出解决努力是违宪行为的

[1] 全称为《大韩民国政府和日本国政府间投资自由化、增进及保护协定》，第十五条规定了强制仲裁。
[2] [韩]李根宽："对外交问题的司法克制主义：比较法考察"，《首尔国际法研究》2013 年第 2 期，第 68 页；[韩]李在珉："条约之义务履行和司法部门：韩日投资协定对大法院强制劳动判决的适用可能性"，《首尔国际法研究》2013 年第 2 期，第 97 页。
[3] [韩]李在珉："条约之义务履行和司法部门：韩日投资协定对大法院强制劳动判决的适用可能性"，《首尔国际法研究》2013 年第 2 期，第 108 页。
[4] 1971 年 1 月又制定了《关于对日民间请求权申告的法律》，接收了对日本和日本国民具有的韩国国民之财产权相关申告。于 1974 年 12 月制定了《关于对日民间请求权的法律》，以 1971 年法律为依据提出的申告为基础，实际支付了补偿金。这些法律被认为已经达成目的，于 1982 年 12 月 31 日废止。
[5] 从措辞上来看，这里似乎可以主张仅指对日本国政府的民间请求权。
[6] [韩]朴培根："对日帝强制劳动被害人法律救济的国际法争论焦点和日后展望：以 2012 年大法院判决为中心"，《汉阳大学法学论丛》2013 年第 3 期，第 48 页。

决定；[1]而基于此次韩国大法院的判决，韩国政府应对解决强制劳动被害者和日军慰安妇问题履行积极的交涉义务。[2]

《请求权协定》区分了国家与民间的对日求偿权。据学者调查，日本与缅甸、印度尼西亚、新加坡、马来西亚、泰国等签订的类似协定也是如此。[3]而我国与上述国家不同，《中华人民共和国政府和日本国政府联合声明》第五项规定，中华人民共和国政府宣布：为了中日两国人民的友好，放弃对日本国的战争赔偿要求。因此，我国受害者诉求的法理依据和主张则是严肃地澄清中国政府从未放弃过受害者的损害赔偿权。[4]

针对韩国大法院的判决，日本正在考虑起诉到国际法院，依据《请求权协定》第三条申请仲裁等多种方案，日本企业也在考虑启动《韩日投资保障协定》下的投资者与东道国争端解决程序。

2014年3月18日，北京市第一中级人民法院正式受理国内第一起《强掳劳工案》诉讼，40名原告方起诉日本三菱材料、日本焦炭工业两家加害企业，要求给每位受害劳工赔偿100万元人民币并进行道歉。日方则在次日表示严重忧虑。

正如上文已经提及，从中日之间的联合声明内容来看，中国政府所放弃的显然是国家的索赔权，而不包括个人的索赔权，这与《请求权协定》的描述是有很大区别的。近期，日本政府做出了一系列歪曲历史的行为，拒绝承认历史上对包括中国在内的亚洲人民犯下的罪行，而包括强掳劳工和慰安妇在内，在二战期间受到日本严重摧残的人员，并未得到应有的赔偿。这些人在日本已经经历了长期的诉讼，结果都很不理想，在这种情况下，中国的法院应承担起历史的使命，依法受理并作出应有的判决。

中国政府则应在积极与日方进行交涉的前提下，积极配合法院的工作，并做好相应的应对策略。例如，在中国法院作出对日方不利的判决，并得以执行时，日本政府或企业有可能会启动外国投资者与东道国政府之间或政府之间的争端解决程序。目前，1989年5月14日生效的《中华人民共和国和日本国关于鼓励和相互保护投资协定》仅对征收、国有化或其他类似效果的措施引发的补偿价款争端允许强制仲裁。而2014年5月17日生效的《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》下是否能够引发投资者与缔约一方之间的投资争端解决和缔约方之间的投资争端解决就非常值得进行深入研

1 韩国宪法裁判所 2011.8.30.宣告 2006 宪 Ma788 判决；韩国宪法裁判所 2011.8.30.宣告 2008 宪 Ma648 判决。该判决的主要内容为："依据宪法前言、第二条第二款、第十条和本案中提到的《请求权协定》第三条的内容，被请求人（即韩国政府）按照该协定第三条启动争端解决程序的义务是来自宪法的作为义务，而被请求人却并未启动争端解决程序，从而导致请求人重大基本权利之侵害，从而违反宪法。"

2 [韩]张福姬："国家的本国民保护权限和义务：为强制劳动被害者与日军慰安妇赔偿的国家交涉义务"，《国际私法研究》2013 年第 1 期，第 13 页。

3 管建强：《公平、正义、尊严：中国民间对日索赔的法律基础》，上海人民出版社 2006 年版，第 225-226 页。

4 管建强："民间战争受害者权益救济的权利与义务主体研究：以韩国启动国内救济手段为视角"，《东方法学》2013 年第 6 期，第 102 页。

究。

[参考文献]

[1] See Hwan Doh, *Japan's Colonial Responsibility under International Law: The Korean Supreme Court Decision of May 24, 2012*, Journal of East Asia and International Law, 2014(1).

[2] 釜山高等法院2009.2.3.宣告2007Na4288判决；

[3] 釜山高等法院2013.7.30.宣告2012Na4497判决；

[4] 光州地方法院2013.11.1.宣告2012GaHap10852判决；

[5] 韩国大法院2012.5.24.宣告2009Da22549判决；

[6] 韩国大法院2012.5.24.宣告2009Da68620判决；

[7] 韩国宪法裁判所2011.8.30.宣告2006宪Ma788判决；

[8] 韩国宪法裁判所2011.8.30.宣告2008宪Ma648判决；

[9] 首尔高等法院2009.7.16.宣告2008Na49129判决；

[10] 首尔高等法院2013.7.10.宣告2012Na44947判决；

[11] [韩]崔哲荣："韩国人强制劳动诉讼中个人赔偿请求权研究"，《东北亚历史论丛》2008年第1期；

[12] [韩]都时焕："韩日请求权协定相关大法院判决的国际法评价"，《国际私法研究》2013年第1期；

[13] [韩]金昌禄："韩国国内韩日清算过去诉讼"，《庆北大学法学论考》2007年第27期；

[14] [韩]金昌禄："韩日间清算过去中国家的逻辑和个人的权利"，《法学史研究》2004年第2期；

[15] [韩]金昌禄："韩日协定和韩国人个人的权利"，《釜山大学法学研究》2002年第1期；

[16] [韩]金昌禄："日本国内对日清算过去诉讼：以韩国人提起的诉讼为中心"，《法学史研究》2007年第1期；

[17] [韩]金昌禄："日军慰安妇宪法诉讼"，《庆北大学法学论考》2009年第31期；

[18] [韩]康炳根："国际法视野下日帝强制劳动赔偿判决的争论焦点研究"，《正义》2014年第4期；

[19] [韩]李东珍："强制劳动赔偿责任的成立与否与其范围相关几个问题"，《首尔大学法学》2013年第3期；

[20] [韩]李根宽："对韩日请求权协定中强制劳动赔偿请求权处理的国际法研究"，《首

尔大学法学》2013年第3期；

[21] [韩]李根宽：“对外交问题的司法克制主义：比较法考察”，《首尔国际法研究》2013年第2期；

[22] [韩]李鸿烈：“对日帝强占期所发生不法行为责任的研究：以消灭时效为中心”，《比较私法》2012年第2期；

[23] [韩]李宪默：“国际裁判管辖决定中的几大问题点：大法院2012.5.24.宣告2009Da22549判决为中心”，《国际私法研究》2013年第1期；

[24] [韩]李在珉：“条约之义务履行和司法部门：韩日投资协定对大法院强制劳动判决的适用可能性”，《首尔国际法研究》2013年第2期；

[25] [韩]南孝淳：“日帝强制劳动时日本企业不法行为所引起的损害赔偿请求权之消灭时效滥用研究：大法院2012.5.24.宣告2009Da68620判决”，《首尔大学法学》2013年第3期；

[26] [韩]朴培根：“1965年韩日请求权协定和个人的请求权”，《国际法评论》2000年第2期；

[27] [韩]朴培根：“对日帝强制劳动被害人法律救济的国际法争论焦点和日后展望：以2012年大法院判决为中心”，《汉阳大学法学论丛》2013年第3期；

[28] [韩]朴培根：“对日战后补偿诉讼和国际人道法”，《东北亚历史论丛》2009年第3期；

[29] [韩]朴善儿：“对日本战犯企业为对象的民事诉讼之意义与课题：大法院2012.5.24.宣告2009Da22549判决”，《法曹》2013年第9期；

[30] [韩]千景埙：“战后日本的财阀解体与债务归属：日帝强制劳动案的公司法层面问题研究”，《首尔大学法学》2013年第3期；

[31] [韩]石光现：“强制劳动赔偿及报酬请求的准据法”，《首尔大学法学》2013年第3期；

[32] [韩]石光现：“日本关于强制劳动赔偿判决的承认与否”，《国际私法研究》2013年第1期；

[33] [韩]吴承辰：“对外交问题的最近判例分析：以宪法裁判所和大法院对强制劳动和慰安妇被害人相关最近判例为中心”，《首尔国际法研究》2013年第2期；

[34] [韩]张福姬：“国家的本国民保护权限和义务：为强制劳动被害者与日军慰安妇赔偿的国家交涉义务”，《国际私法研究》2013年第1期；

[35] [韩]张埈赫：“日本统治期强制劳动案的准据法”，《国际私法研究》2013年第1期；

[36] [韩]郑印燮：“关于1965年韩日请求权协定对象范围的研究”，《省谷论丛》1994年第1期；

[37] [韩]郑印燮：《新国际法讲义》（第五版），博英社2014年版；

[38] 管建强：“民间战争受害者权益救济的权利与义务主体研究：以韩国启动国内救济手段为视角”，《东方法学》2013年第6期；

[39] 管建强：《公平、正义、尊严：中国民间对日索赔的法律基础》，上海人民出版社2006年版。

论韩国海警对中国渔民的粗暴执法问题及其对策

王勇[1]

（上海华东政法大学国际法学院）

摘要：在中国近海渔业资源日益枯竭的背景下，中国渔民不得不到远洋捕鱼，包括中国渔民频频在韩国专属经济区管理水域违规捕鱼。于是韩国海警对中国渔民采取“严打”措施，但是这些措施本身存在很多法律问题，与其所标榜的“法治国家”严重相悖。其中，韩国海警对中国渔民的执法管辖权、武力执法方式、执法的正当程序、执法的证据等问题均属于应该重点分析从而可以批驳的问题。在此基础上，我国还应该理性地寻找解决中韩渔业纠纷的各种对策，包括敦促韩国改进执法理念与执法措施、宣传和谐执法的理念、加大教育管理中国渔民的力度、尽快修订《中韩渔业协定》、尽快划分中韩争议海域、尝试建立中韩海上渔业联合执法、尽力为中国渔民提供诉讼指引等，从而期盼为中韩关系的深入健康发展创造良好的外部法制环境。

关键词：韩国海警、中国渔民、粗暴执法、渔业纠纷、对策

一、问题的提出

随着中国近海渔业资源近乎枯竭，数量庞大的中国渔民不得不到外海乃至远洋进行捕鱼。其中，中国渔船由于频频在韩国专属经济区管理水域违规捕鱼而屡屡被韩国重罚。根据韩国官方统计，自 2001 年 6 月《中韩渔业协定》生效至 2014 年 10 月，韩国海警在该水域共扣押过 4600 多艘中国渔船与 45850 多位中国渔民，[2]韩国对中国渔船的罚款总额已经高达 580 亿韩元（约合 3.24 亿元人民币）。尽管如此，韩国仍然在不断加大“执法”力度，比如大量增加海警人数、加强海警装备、授权海警开枪、大幅度提高罚款数额、逐年减少中国渔民的捕鱼许可指标等。就在 2014 年 11 月 20 日韩国总理郑烘原还公开表示，为了有效应对中国的

[1]王勇：华东政法大学教授，硕士生导师，法学博士，政治学博士后。

[2]詹德斌：《海洋权力角力下的中韩渔业纠纷分析》，载《东北亚论坛》2013 年第 6 期。

非法渔船，将投入大型舰艇、直升机和由特种部队组成的“机动战团”，加强打击力度。[1]上述举措已经招致中国渔民的强烈反抗，并且造成双方重大的人员伤亡。根据韩方统计，近 10 年来，韩国海警共有 53 人负伤，2 人死亡；根据中方的不完全统计，近 10 年来，有 8 名渔民死亡，500 多人负伤，中韩两国已经就上述事件进行了 20 多次交涉。2012 年 6 月，首例中国渔民状告韩国海警不当执法案在韩国济州岛法院开庭审理。[2]可见，渔业纠纷已经成为严重牵制中韩两国关系深入发展的一块雷区。

如果深入分析韩国海警对中国渔民的执法措施，就会发现其中确实存在很多问题，与其所标榜的“法治国家”严重相悖。表现为：第一，韩国海警对中国渔民武力执法的法律依据仅有《韩国警察法》和《韩国警察公务员法》关于使用枪支的规定，而且简单粗糙，故其使用武力的必要性、合理性与规范性均存在很大问题，已经招致中国外交部多次强烈抗议。第二，韩国将针对中国渔民的渔业执法管辖权扩大到刑事管辖权，已经导致中国已有 300 多位中国渔民被韩国刑事处罚。中国外交部也对此表达了强烈抗议。第三，在韩国政界人士、媒体和学界的大肆渲染之下，韩国海警普遍将中国渔民视为“海盗”进行重重打击或者进行处罚，其执法理念已经出现了严重偏差，这样怎能做到公正执法？！第四，韩国海警在对中国渔民的实际执法过程当中也多处违反了国际法以及韩国国内法的规定：1，韩国针对中国渔船实施严厉的处罚措施，包括检查密度越来越大，技术查得越来越细，罚款越来越多，执法越来越严，甚至还经常出动海军和海警对中国渔船采取驱赶和查扣行动。这些均严重违反了执法的合理性原则。2，韩国海警的执法证据制度非常薄弱，既时常以种种借口拒绝公布执法证据，又拒绝参考中国渔民提供的证据，且有时武断地、不分皂白地认定中国渔民违法。例如有一些中国渔船就是因为恶劣天气、导航仪器故障，漂流作业方式等原因误入韩国海域而受重罚。[3]又如韩国海警经常以摄像机漏电为由拒绝公布执法录像。3，韩国海警在海上行政许可程序、海上行政检查程序、海上行政强制程序与海上行政处罚程序等方面也存在不少问题，违反了《联合国海洋法公约》和韩国法律的正当程序原则。4，韩国在没有充分尊重“中韩渔业联合委员会”协商结果的前提

[1]张灿：《韩总理：中国非法渔船暴力化将派机动军团打击》，载《环球时报》2014 年 11 月 21 日。
[2]权义：《中国渔民首次状告韩国海警》，载《东方早报》2012 年 6 月 5 日。
[3]史春林：《中国渔船和渔民在海外的安全问题及其解决对策》，载《中国海洋法学学报》（社会科学版）2010 年第 3 期。

下，近 10 年来每年不断缩减中国渔船的捕鱼配额和入渔船只总吨位，至今已经缩减了 40%以上，[1]严重侵犯了中国在海洋法上的“剩余权利”，也违反了《中韩渔业协定》的相关规定。正是在上述情况下，中国外交部已经多次严正交涉并指出，韩国要规范执法。

韩国海警对中国渔民的粗暴执法方式已经造成了很多严重的问题。第一，中国渔民数量 2066 万人，中国渔船数量 107.2 万艘，均列世界第一。[2]但是中国渔民总体文化程度较低，对海洋依赖性很强，故职业转型过程漫长且艰难。另一方面，随着经济水平的提升，人们对海产品的需求也跟着激增，[3]但是专家估计，中国目前的捕捞能力超过了渔业资源可承载能力的 30%，[4]而韩国的不当执法导致中国渔民的生存空间被隐性压缩，加剧了中国近海渔业资源的“荒漠化”，从而严重影响了中国渔民的生存状态。第二，韩国的不当执法还加剧了中国渔民的暴力抗法，两者日益对立，并且恶性循环。第三，韩国右翼团体还利用中韩渔业冲突大搞反华活动，对中国的国家形象与中韩关系也造成了不良影响。例如，韩国很多政界人士以及学者大肆攻击中国政府和渔民，并且叫嚣对中国实施强力制裁。[5]有的韩国学者还借此大肆渲染韩国管辖权，鼓吹对苏岩礁的控制权，侵犯中了国的海洋权益，[6]企图实现中韩争议海域的中间线划界原则。[7]综上，韩国的现有执法措施已经完全偏离了中韩渔业冲突的正常解决途径。第四，虽然中韩关系有着良好的发展前景，但是合作之中有斗争。就韩国的不当执法而言，其目的绝不仅仅是为了保护渔业资源，而是想通过强化管辖权来影响未来专属经济区的划定。不仅如此，作为美国的战略盟友，韩国在战略上配合美国遏制中国成为海上强国的意图。因此，中国很有必要从战略高度重视渔业纠纷问题的解决。深入

[1]詹德斌：《海洋权力角力下的中韩渔业纠纷分析》，载《东北亚论坛》2013 年第 6 期。
[2]中国渔业多项统计数据居世界第一，新华网 2014 年 6 月 30 日报道。
[3]Zhang Hongzhou(2012)”China’s Evolving Fishing Industry:Implications for Regional and Global Maritime Security”,The RSIS Working Paper ,16 August.
[4]Chen Yide,Maweijun and Yang Changjian(2012)” Thoughts and suggestions on how to safeguard fishing rights and ensure stability in the new situations”, China Aquatic,3.
[5]参见（韩）金荣权：《中国渔民比海盗还强悍》，《国民日报》2010 年 12 月 20 日；（韩）崔宗和：《韩中渔业协定施行后的效果分析》，载《海事法研究》2009 年第 1 期；韩国国务院总理室：《根绝非法捕捞综合对策报告》。
[6]苏岩礁位于中国东海北部，在江苏南通以东 150 海里，是江苏外海大陆架延伸的一部分。自古以来就是鲁、苏、浙、闽、台等省渔民捕鱼的渔场。苏岩礁处于中韩两国专属经济区主张重叠海域。根据国际法精神，两国应该就该问题协商一致的前提下公平解决争端，但是韩国单方面擅自在上面修筑设施，将其建成一个人工岛屿，进而划出一块大面积的海域，侵犯了中国的海洋权益。参见曹云霞：《专属经济区问题与中国海洋权益保护》，《延边党校学报》第 27 卷地 4 期，2012 年 8 月。
[7]参见（韩）李溶熙：《离于岛（注：苏岩礁）周边水域资源管理制度的现状与改善方向》，载《庆熙法学》（第 44 卷），2009 年第 3 号。（韩）尹相浩：《十年之内建造守护独岛、离于岛的战略舰队》，载《东亚日报》2012 年 8 月 31 日。

批驳韩国海警的执法方式是非常重要的突破口，我国还要以此为基础从法律角度全面的寻找对策。随着中韩自贸区即将正式建成，以及中韩将在 2015 年启动争议海域划界的谈判，且韩国也同意对于中韩渔业纠纷采取个案处理的前提之下，笔者期望通过本文的研究为中韩两国关系的深入健康发展创造良好的外部法制环境。

二、韩国海警对中国渔民粗暴执法所涉重点与难点法律问题分析

第一，韩国海警对中国渔民执法时必须要有明确的法律依据而且要恪守之。韩国海警的执法依据很多，既有韩国的一般国内法与国际公约，如《韩国水产业法》、《韩国水产资源管理法》、《韩国渔船法》、《韩国警察法》、《韩国行政程序法》、《韩国渔场管理法》、《联合国海洋法公约》、《中韩渔业协定》等；也有针对中国渔民的特别法，如 2012 年修订的《对大韩民国专属经济区管理水域的外国人渔业活动行使主权的相关法律》、《大韩民国专属经济区管理水域中华人民共和国公民及渔船入渔程序和规则》、《大韩民国专属经济区水域渔捞日志》、《中韩渔业协定入渔信息通报流程》等。韩国海警在对中国渔民执法时，必须严格遵守上述法律规定，但是从实际情况来看，韩国海警并未完全做到这一点。例如，在中韩尚未正式划定专属经济区的背景下，并且《中韩渔业协定》第十四条明确规定：本协定各项规定不得认为有损缔约双方各自关于海洋法诸问题的立场。可见，韩国在《中韩渔业协定》设定的“专属经济区管理水域”的执法权限与《联合国海洋法公约》规定的“专属经济区”的执法权限显然是不同的。前者应该仅涉及与渔业有关的管辖权限。但是，韩国在其“专属经济区管理水域”对中国 300 多位渔民行使过刑事管辖权，上述做法显然违反了国际法的规定。2012 年 4 月 19 日，中国外交部发言人刘为民明确反对韩国在此海域单方面行使对中国渔民的刑事管辖权。[1]又如，韩国海警对于中国渔民的抗法行为多次使用武力，但是韩国国内法以及《联合国海洋发公约》关于如何使用武力基本上处于空白状态。国际法要求必须尽可能地避免使用武力，即使在武力不可避免时，也不得超出当时情况下合理和必要的限度。[2]而韩国海警显然没有做到这一点而招致中国外交部的多

[1]外交部：中方不接受韩方单方面适用“专属经济区法”对中国渔民作出判决，新华社 2012 年 4 月 19 日报道。

[2]ICJ，Report of the International Court of Justice, THEM/V”SAIGA”(No.2)Case I July 1999.

次强烈抗议。[1]综上，中国应该就韩国的越权执法行为提出更加具体有效地抗辩主张。

第二，正当程序原则是韩国海警粗暴执法时最容易忽视的问题。韩国海警在行使海上行政许可、海上行政检查、海上行政强制与海上行政处罚等过程中均需要遵守一系列的国际法与韩国国内法上的程序规范要求。具体来说，（1）韩国海警在登临检查中国渔船前应当采用国际通行的方式发出停船信号和检查通知、表明其执法身份、说明检查的理由与目的；（2）实施检查之后如果采取强制措施的话，应当告知中国渔民采取强制措施的理由、依据、救济手段和途径，较大数额罚款类的行政处罚案件，中国渔民要求听证的，应当举行听证；（3）韩国海警在执法过程实施查封、扣押的，应当制作查封、扣押清单、扣押清单一式两份，由韩国海警与中国渔民分别保管。现场笔录和清单应当由当事人、执法人员签名或盖章，当事人不在现场或拒绝签名或盖章的，应当在笔录中予以注明；（4）韩国海警在中国渔船提出适当的保证书或其他担保后，应当迅速加以释放；[2]（5）韩国海警如果对中国渔民限制人身自由，应当场告知或紧急情况下事后 6 个小时立即通知其家属实施强制措施的行政主体和实施地点；（7）根据中韩已经建立的相互通报制度，及时地通报各种信息情况；[3]（8）执法过程应该全程录像，此证据应妥善保管，日后加以公布等等。[4]但是，韩国海警的实际执法过程简单粗放且日益遭到中国渔民诟病。因此，通过深入分析韩国海警并未有效遵循上述程序，可以达到有效监督韩国海警依法行政，避免行政权滥用、保证中国渔民的合法权益等目的。

---

[1](1)2010 年 12 月 18 日，一艘中国拖网渔船与韩国海岸警卫队船只相撞而发生倾覆，事件造成 2 名中国渔民落水死亡，另 1 人受伤；(2) 2011 年 3 月 3 日，韩国海警扣押了两艘涉嫌“非法作业”的中国籍渔船。在登船检查过程中，一名中国船员被韩国海警开枪击伤；(3) 2012 年 1 月 17 日下午 3 时许，中国“浙台渔运 32066”号渔船在济州岛以南韩国专属经济海域内缘遭到韩国海警稽查。据悉，韩方人员在没有鸣笛的情况下强行登船。并对船上包括船长在内的 13 名中国船员进行野蛮毒打。船长王小富、船员艾明和小闵等 3 人被当场打致昏迷，经检查，他们都负有不同程度的伤情。(4)2012 年 10 月 16 日，韩国海警为镇压中国船员的反抗发射橡皮子弹，击中一名张姓船员的左胸，致其身亡。（5）2012 年 12 月 16 日下午 3 时许，野蛮执法的韩国海警又近距离使用橡皮弹，打死一名中国渔民。（6）2014 年 10 月 10 日上午 8 时 30 分许，韩国海警在盘查涉嫌在全罗北道旺嶝岛以西 144 公里海上进行“非法捕捞”的中国渔船“鲁荣渔 50987”号时，与中国渔民发生肢体冲突，韩国海警用 K5 手枪连射 3 发空弹和 8 发实弹进行警告。在此过程中船长宋某中枪身亡。上述事件发生以后，中国外交部均提出了强烈抗议。

[2]但是实践中，韩国海警在不少执法事件中对中国渔民采取强制措施后怠于通知或拖延对他国渔民的羁押期限。参见李毅：《与中国有关的专属经济区渔业争端及其解决途径之思考》，载《东北亚论坛》第 16 卷，第 2 期，2007 年 3 月。

[3]尽管中韩双方已经建立了相互通报制度，但仍然存在信息严重不对称的情况。据统计，2001 年至 2009 年，中方累计向韩方通报进出水域、每日报表等人渔信息共计 1307,4 万条，而接收到的韩方通报的人渔信息仅为 10.8 万条。参见黄瑶、黄明明：《中韩与中越渔业协定及其实施的比较分析—兼论中韩渔业冲突解决之道》，载《中山大学法律评论》（第 11 卷第 2 辑）（2013）。

[4]参见李纯：《海上执法程序研究》，大连海事大学海商法学硕士学位论文，2010 年 6 月。

第三，海上执法证据的获取与保存问题。海上执法取证相对陆地困难，没有参照物，没有监控设施，没有旁观人员。海上的证据只能来自我国涉案渔船和韩国海警两方面。其中，韩国海警获取的证据中肯定只会公布对自己有利的，绝不会公布对我国渔民有利的证据。在已经发生的多次执法冲突事件中，韩国海警声称头盔上的摄像机电池发生漏电事故，没有录下当时开枪的影像，就说明了这一点。因此，我国渔民要重视自身对于执法证据获取与保存的工作。笔者认为主要有两个途径。第一个途径来自于中国船舶的航行数据。现在的中国渔船普遍都安装了导航设备，尽管导航设备有的先进、有的落后，但是通常都具有记录船舶航行数据的功能。这些数据是最有利的证据。至于数据是否会被篡改或造假的问题。首先，这些数据掌握在我国渔船手中，我国渔船如果用来证明自己没有进入韩国水域，当然不会篡改数据。因此，我国渔民不存在篡改数据的动机。其次，导航数据的篡改和作假不是一般人可以做到的，只有设备的生产厂家才有这个能力，这需要将设备拆下来送到厂家才能实现。如果渔民是被冤枉的，他们肯定会保护好导航设备中的数据，用以证明自己的清白。曾经有浙江台州的渔民请生产厂家读取导航设备中的数据用以证明韩国海警违规执法的实例。第三，假如数据被篡改，则需要用一条虚假的航迹线来掩盖真实的航迹线，这条虚假的航迹线是否符合一般的航海规律、是否与船舶的性能相适应、是否与其他事实相吻合，对于作假的人来讲这些都是考验，假的毕竟是假的，总会出现造假的痕迹或者纰漏，经过鉴定不难发现。第二个途径是北斗监控系统。现在一些地方的政府为了提高渔船的安全性能，要求渔船安装渔船监控设备，通过监控系统，中国渔船的一举一动都能实时地显示在行政机关的大屏幕上，渔业行政主管部门对管辖范围内的渔船的作业情况一清二楚，在这方面浙江和江苏的部分地区做的非常好。[1]如果渔船安装了该设备并且正常开启，那么行政机关就可以第一时间调取该船的历史数据进行分析，以确定渔船是否进入了韩国管辖水域。但是，这项监控设备没有全国统一安装，许多渔船没有安装这种监控设备。此外，即使安装了该设备，如果渔船故意关闭设备，监控也将失去作用。在这方面，笔者认为我国应建立全国统一的海上渔船监控系统，要求大中型渔船必须安装监控系统且不得故意关闭，并建立相应的处罚措施以保证系统发挥作用。这对于我国及时掌握渔船动态具有重

[1]参见浙江海洋与渔业局网站：《浙江省渔船安全指挥监控平台建成并投入试运行》http://www.zjoaf.gov.cn/dtxx/zyxw/2009/10/15/2009101500022.shtml。2014 年 12 月 28 日访问。

要意义，在发生渔船被抓扣事件后，相关部门直接就可以调取该船的航行数据进行分析，以发现是否存在擅自进入韩国管辖水域的情形。但是，截止今日该项监控措施仍然只在个别地区得到了应用，不同地区之间相互独立，没有在全国开展，也没有相关的规章和制度保障该系统得到正常运行。

第四，对一些中韩争议较大的难点法律问题要进行重点的思考与应对。（1）韩国执法船对中国违规渔船行使紧追权时，如果中国渔船已经由韩国管辖海域逃回至中国管辖海域，韩国执法船还要继续对中国渔船使用武力是否合法。（2）韩国海警在没有现场翻译的情况下，诱哄中国渔民在满纸韩文上面签字认错，这样的法律文件能起到多大的证据效力。(3)如果韩国海警欲对中国违规渔船执法时，中国执法船也赶到了现场，中国执法船是否具有优先的执法管辖权。（4）虽然韩国执法部门在中国渔民暴力抗法的情况下可以使用武力，但是武力的使用必须要有明确的界限。法学专家们提出比例原则，由于比例原则的判断是没有统一标准的，当事国基于不同的立场可能得出截然相反的结论。因此，课题负责人认为“韩国对于其本国渔船的执法标准将成为判断其行为是否符合比例原则的重要参考依据，如果韩国对中国渔船采取的执法措施明显高于或重于针对韩国渔船的措施，则其行为的必要性和规范性将会受到中国以及其他国家的严重质疑。”

三、对策建议

中韩渔业纠纷频频发生，甚至有时激化，已经在一定程度上影响了中韩两国关系。绝不能将这一问题继续扩大，并在各自国内激起民族情绪。中韩两国都应该各自检讨，寻找解决问题的途径与方法，并为当下构建中韩自贸区和开展海洋划界创造有利条件。正确处理的方法是分清其中的是否曲直，做到既不袒护中国国渔民的过错，也绝不允许韩国违规执法。笔者有如下的具体对策建议：

从宏观的对策层面来说，首先，中韩渔业纠纷源自市场和经济，也许其根本解决之道还得回归市场，政府和公共权力的作用应该局限于缓和及部分纠正市场的紧张关系，而不能以简单强制的手段来加以干预和管制。 更为重要的是，政府的公共权力不能被国内利益集团绑架，不能为表面的舆论和民意上随波漂流，这只能带来公权力的变异和滥用，最终会损害整体的国家利益。[1]因此，中国政府要积极向世界宣传和谐执法的理念。我国还需要向世界发出尽量避免对渔船使

[1]余万里：《中韩渔业纠纷，何妨“互让三尺”》，澎拜新闻，2014 年 12 月 17 日报道。

用武力的呼吁，这不仅有利于保护我国渔民的生命安全和财产利益，也是我国在国际上提出构建和谐海洋的重要组成部分。其次，中国外交部门和渔业部门需要不断向韩方施压，敦促其文明执法。尤其是呼吁韩方在执法过程中不要使用暴力，特别是枪支等致命武器，以免造成伤亡，从而给中韩关系造成负面影响。中韩两国已是名符其实的利益共同体。中国已经成为韩国最大贸易伙伴、最大出口市场、最大进口来源国、最大海外投资对象国、最大留学生来源国、最大海外旅行目的地国。韩国成为中国最重要的贸易和投资合作伙伴之一。中韩双边贸易额超过了韩美、韩日、韩欧贸易额的总和，每周往返于中韩之间的航班达 800 多个。2013 年，中韩人员往来达 822 万人次。[1]即使是韩国政府也在 2014 年 10 月 13 日明确表示对于渔业冲突问题个案处理，不影响中韩关系。上述背景均有利于中国敦促韩国改进执法方式。再次，中韩两国要尽快划定争议海域。2014 年 7 月 3-4 日，中国国家主席习近平访问韩国。 2014 年 7 月 4 日发布的《中韩两国联合声明》明确规定，中韩两国将于 2015 年启动争议海域的划界谈判。中韩两国如能尽快划定争议海域，对于明确韩国管辖权限以及解决渔业纠纷是很有帮助的。最后，中国应该敦促韩国尽快修订《中韩渔业协定》。《中韩渔业协定》自 2001 年 6 月生效以来，已有 13 年之久，但是中韩两国的渔业纠纷却不断增加。可见，该协定并未发挥应有的化解纠纷的作用。除此以外，中国不少学者以及很多渔民对于该协定诟病不断，主要的一个理由是该协定使中国渔民失去很多“传统渔区”。[2]从根本上说，《中韩渔业协定》具有明显的临时性，该协定是在中韩两国在海域划界未决的情况下，采取一定的模糊方式，从而为将来的划界和其他领域的合作留下谈判、回旋的空间。[3]因此，尽快修订《中韩渔业协定》以便更好地解决中韩渔业纠纷是非常必要的。而《中韩渔业协定》第 16 条第 3 款明确规定：缔约任何一方在最初五年期满时或在其后，可提前一年以书面形式通知缔约另一方，随时终止本协定。这款规定为修订《中韩渔业协定》提供了程序保障和可行性。

从微观措施层面来说，首先，中国政府要进一步加强对我国渔民的宣传教育工作。我国各级政府应该在渔港和渔村加强宣传教育，陈明其中的利害关系，要求渔民自律，不要违规进入韩国管辖海域捕捞。此外，我国政府应该反复强调并

[1]习近平：《习近平在韩国国立首尔大学的演讲》（全文），新华网 2014 年 7 月 4 日发布。
[2]郑志华：《渔权之争：论双边渔业协定应考量的若干问题》，载《中国海商法研究》第 25 卷第 1 期，2014 年 3 月。
[3]黄瑶、黄明明：《中韩与中越渔业协定及其实施的比较分析—兼论中韩渔业冲突解决之道》，载《中山大学法律评论》（第 11 卷第 2 辑）（2013）。

要求渔民面对韩国海警的执法时保持理性和克制，不要采取过激的行为，不要使用工具抵抗，避免对自己和他人的生命和身体健康带来不必要的危险。其次，中国可以尝试与韩国建立由两国人员组成的重大渔业纠纷的联合执法队伍，执法人员必须掌握通用语言和相关法律，在执法时必须有两国人员同时到场，这样不仅便于沟通，协调，免除语言障碍和文化差异带来的纠纷，而且执法人员可以互相监督，避免乱执法行为的发生。再次，中国政府可以考虑筹划建立农业部渔业渔政局和中国海警局共同管理和使用的渔船监控平台，强制大中型渔船特别是到共同渔区和韩国管辖水域作业的渔船安装渔船监控设备，以便对这些渔船进行实时监控。一方面可以在出现涉外事件后及时获取渔船的作业信息；另一方面在渔船可能违规进入韩国管辖水域时及时给予提醒，对于已经违规进入韩国管辖水域的渔船则可以通过船舶所有人或基层渔政机构要求该船立即离开。要利用国家正在开展的《全国渔船动态监管系统平台技术规范》课题研究和各地开展渔船 AIS 系统、北斗系统、海事卫星系统建设的有利时机，将涉外渔船的管理纳入渔船动态监控范畴，及时掌握涉外渔船生产的动态信息，努力提高涉外渔船信息化管理水平。最后，中国政府要妥善解决中国渔民涉外纠纷中的司法诉讼问题。韩方查处我违规渔船后，中国渔民不但要交罚款，而且还可能面临判刑监禁的问题。虽然已经有中国渔船浙台渔运 32066 号历时一年多、经过 8 次庭审、花费近 100 万元人民币的跨国诉讼案在韩国济州地方法院一审宣判。[1]法官在韩国海警笔录无效、提供的经剪辑的执法录像也无效的情况下，仍然宣判中国渔船违法，实在令人震惊！为解决这一问题，一方面可由国家、海区、省市渔业管理部门组成相应机构，抽调懂外语、法律和管理的人员专事外方有关法律法规的研究，接受违规渔民的请求，代渔民在国外走司法程序，维护渔民合法权利。另一方面也可委托有资质、有信誉的中介机构和人员代渔民受理有关渔业纠纷的官司，将渔民的损失降到最低限度。同时要建立违规渔船担保制度，以便很好解决渔船交罚款渠道不畅、环节多、违规事件处理时间长等问题。

结语：

韩国海警对中国渔民的粗暴执法行为，既严重危害了中国渔民的利益与中国的海

[1]台州渔民状告韩国海警暴行，http://www.taizhou.com.cn/zhuanti/node_13400.htm。2014 年 12 月 30 日访问。

洋权益，又严重危害中韩关系的健康发展。因此，敦促韩国改变不当执法方式，对于有效解决中韩渔业纠纷具有重要的意义，进而可以为中韩两国修订双边渔业协定、划分争议海域以及建设中韩自由贸易区等创造良好的外部法制环境，从而促进中韩关系健康深入发展。

生命科技时代国际法的新发展

郝　静

（ 天津医科大学　医学人文学院，天津　300100 ）

摘要： 现代生命科技发展迅猛，尤其涉及人类健康的生命科技的发展引发了诸多生命伦理问题。全球化趋势下，生命科技进步和生命伦理问题遍及全世界，给国际社会和当代国际法带来新的挑战与机遇。生命伦理问题国际法规制的形成是国际社会应对生命伦理问题规制危机的典型例证。多年来，以联合国及其教科文组织和欧洲委员会为代表的国际组织积极创制生命伦理领域的国际法规范，形成了一系列涉及生命伦理问题解决的原则、指南和行为守则，并对规制生命伦理问题国际法的实施提供了机制与先例。生命伦理问题的国际法规制体系已然形成且正在发展，平衡了相关利益，也必将会对促进生命科技可持续发展有所贡献。

关键词： 生命科技 国际法 生命伦理问题 法律规制

一、生命科技时代的生命伦理问题

（一）生命科技发展的伦理反思

科学乃是无目的性之真理。科学自它首次存在时，已对纯科学领域外的事物发生了重大影响。[1]生命伦理即产生于人文学科对生命科学技术发展的回应。

21 世纪因生命科学技术的巨大发展而被命名为生命科技世纪。尤以生命科学技术发展对人类健康与医学的影响为例，随着生命医学使医学研究和临床实践产生了巨大的变革，使人类的种种不能成为可能。生命科技因此而成为一把双刃剑，收益与风险的共存引发了人类对自身命运的史无前例的担心，人类开始反思生命科技发展带来的诸多生命伦理问题。生命伦理[2]作为一个关注并试图解决生命伦理问题的新兴研究领域和手段由此而产生。

“生命伦理”作为一个名词，最初是在 1971 年，因美国生物学家和肿瘤学

[1] 罗素，人类的知识其范围与限度[M].张金言译，北京：商务印书馆，1983.47。

[2] 中文的“生命伦理”是个外来词，译自英文“bioethics”。从词源学上讲，“bioethics”来源于希腊语 bios（生命）和 ethike（伦理），意指伦理。参见 R. Gillion, "Bioethics, Overview", in: R. Chadwick (ed.), The Concise Encylopedia of the Ethics of the New Technologies, 2001, 2, 2. 中文将 bioethics 译作生命伦理或生命伦理学，生命主要指人类生命,但有时也涉及到动物生命和植物生命以至生态。伦理学是对人类行动的规范性研究。

家范·伦塞勒·波特首先提出来的，但他的“生命伦理”与今天的通用含义不同，指称的是一门新的旨在构建自然科学与人文科学间的桥梁并致力于人类生命维持和提高的新学科。[1]今天，“生命伦理”一词一般指的是人们反思社会变化，判定生命科技领域和医疗卫生保健领域人类行为的道德性，甚至反省生命科学技术进步对全球的影响。具体而言，又包括广义和狭义两种解释。从最广义的涵义上讲，生命伦理是伦理的一个分支，主要研究生命科学[2]领域，尤其包括医学（medicine）、生命医学（biomedicine）[3]、健康照护（healthcare）[4]和生物学（biology）领域的所有伦理问题，[5]这些问题也是对生命伦理问题广义上的解释。美国乔治敦大学肯尼迪人类生殖和生命伦理研究说的创始人之一安德烈·贺林格则给出了对生命伦理的狭义理解。贺林格教授认为，生命伦理学的研究对象仅指医学、生命医学和健康照护领域的伦理问题，[6] 显然，这也是对生命伦理问题的狭义理解。一些国际组织，如国际生命伦理学会[7]采纳了安德烈·贺林格的定义，认为生命伦理是健康照护和生命医学领域的伦理、社会、法律、哲学及其他问题。[8] 联合国教科文组织也采纳了安德烈·贺林格的定义，在其制定的《世界生命伦理与人权宣言》约定生命伦理指的是在兼顾社会、法律及环境的因素下，探究与医学、生命科学和应用于人的生命科学技术相关的伦理问题。[9]鉴于本研究讨论的是生命伦理问题的国际法规制议题，因此，本研究对生命伦理问题涵义的理解以现有的国际文本为准，即联合国教科文组织相关宣言，尤其是《世界生命伦理与人权宣

---

[1] Potter,V.R.,Bioethics, Bridge to the Future (Englewood Cliffs:Prentice-Hall,1971).

[2] 联合国教科文组织在协商制定《世界生命伦理和人权宣言》时将生命科学（life sciences）定义为以生物体为研究对象的科学，包括生物学、生物化学、微生物学、病毒学和动物学等学科。广义而言，生命科学包括所有致力于认识生命和生命进程的科学和学科。参见 the Explanatory Memorandum on the Elaboration of the Preliminary Draft Declaration on Universal Norms on Bioethics, SHS/EST/05/CONF.203/4, 2005, at 19 .

[3] 到目前为止，并没有一个关于生命医学的权威定义.一种说法认为生命医学是以诸多以生物学、生物化学、生物物理学为代表的自然科学原理为基础的临床医学。W. Dorland, Dorland's Illustrated Medical Dictionary, 2003, 30.

[4] 健康照护，也有译作医疗保健，在本文中这两种说法通用，意指对人类疾病的治疗和预防以及对健康的维护和促进。

[5] Cf. R. Audi, The Cambridge Dictionary of Philosophy, 1999, 439.

[6] R. Gillion, "Bioethics, Overview", in: R. Chadwick/D. Callahan/P. Singer (eds.),Encyclopaedia of Applied Ethics, 1998, 305, 306.

[7] 国际生命伦理学会（The International Association of Bioethics，简称 IBC）成立于 1993 年，由 36 个独立专家组成，旨在确保生命科学进步及其应用对人的尊严和自由的尊重。参见 Statutes of the International Bioethics Committee of 7 May 1998 at: http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-URL_ID=1879&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. (last visited 27.04.2012).

[8] Constitution of the International Association of Bioethics, 1992, Article 2,at: http://bioethics-international.org/iab-2.0/index.php?show=constitution (最后一次访问于 27.07.2014).

[9] Report on the Possibility of Elaborating a Universal Instrument on Bioethics，SHS/EST/02/CIB-9/5 (Rev.3), 2003 para 14.

言》中给出的定义为准。

而所谓生命伦理问题指的就是生命医学的研究及其成果的技术应用、医学实践中的治疗和预防决策中所涉及到的应该做什么和应该如何做的问题。生命伦理问题首先是一个伦理问题，而当某一伦理问题处于两难的处境时，我们称之为伦理难题(dilemma)。

二、生命伦理问题的范围

近年来，国际社会日益关注生命伦理问题，探讨生命科技时代人类的机遇与挑战，提出了若干需要国际社会共同面对的基本问题，认为有必要在国际层面上制定规制生命伦理问题的法律框架，而明确生命伦理问题的定义及其范围是全球范围内普遍规制的前提。

（一）与人类生命进程有关的生命伦理问题

生命伦理问题意指生命伦理所关注的问题。而一般意义上的生命伦理涉及对植物、动物和人类所有生命进程人工干预的理性反思，具体包括环境伦理、动物伦理、生命医学伦理和基因伦理。本文仅仅关注其中与人类生命进程有关的生命伦理问题的国际法规制。

从其产生原因而言，生命伦理问题的出现可能有两种情况: 一种情况是由于采用了基于生命医学进步产生的新技术,出现了新的伦理问题。[1]另一种情况是在生命科学技术进步前如何行为本来是没有疑问的,但新技术产生和临床应用使得行为的性质有了变化，产生了新的问题。[2]

从根本上讲，生命伦理问题之所以要规制是因为威胁到了人的安全和全人类的共同利益。

（二）具体生命伦理问题例举

国际生命伦理委员会[3]列明的跨越国界的生命科技实践中有待解决的具体生命伦理问题包括健康照护、人工生殖及出生、基因增强、基因治疗、基因转变、

[1] 例如，人类基因组的研究使人们可以预测一些带有疾病基因的人可能未来会发病，一位未婚少女如果带有 BRCA1 基因，就有 85%的可能在未来患乳腺癌和卵巢癌，但也有 15%的可能不得这些癌症，那么我们应该告诉她吗？应该建议她现在就切除双侧乳腺和双侧卵巢吗？

[2] 例如，医生有抢救病人的义务，在脑死亡情况下，由于脑死亡导致全身死亡，解除了医生的抢救义务，这本来不成问题，但由于有了生命维持技术，脑死亡病人的生命可以靠呼吸器和人工喂饲维持下去，那么应该这样做吗？因为这种维持并不能挽救病人生命，而占有的有限资源却使其他有可能治愈的病人失去希望，那么应该放弃对脑死亡病人的治疗吗？

[3]国际生命伦理委员会(International Bioethics Committee ,简称 *IBC*)是唯一以反思生命伦理为宗旨的全球性机构。成立于 1993 年，由来自世界各国的 36 位成员组成，胡庆澧是中国出任的唯一的一名委员。

基因改造、人类基因数据及其他个人健康数据、临终照护及死亡、涉及人类受试者的研究、知识产权问题、人类器官和组织移植、胚胎干细胞在治疗研究中的应用、行为遗传学、转基因生物。

现有的和正在起草中的生命伦理领域国际法的主要规制对象涵盖了克隆、人的基因、器官移植、人体试验、代孕、以健康为目的的基因测试和体外胚胎及胎儿的保护。

综上，一般认为生命伦理问题主要包括新的医疗技术所带来的生命伦理问题、[1]医患关系问题、生死及堕胎问题、人工生殖问题、人的克隆、人类基因组、基因数据和以健康为目的的基因检测、器官移植、异种器官移植、人体试验、代孕、人类体外胚胎保护、脑干预、合成生物学和纳米技术医疗资源的分配问题和涉及公共健康的流行疾病问题。另外，发展中国家涉及到的生殖健康照护不充分问题、贫穷和传染病问题、健康照护资源匮乏问题，以及妇女、原住民和艾滋病患者等特殊人群所涉及的问题也被归入生命伦理问题一类。也有生命伦理学家提出，今后二十年最主要的生命伦理问题将会是全球范围内资源分配的不公平和人人都有平等的享受科技进步惠益的需求之间的斗争，即经济利益和钱将会成为未来二十年主要的生命伦理难题。

对于当下的中国而言，目前我们同样面对诸多生命伦理问题，尤其是干细胞研究及其临床应用（黄禹锡来华事件）[2]、未成年人转基因试验（黄金大米事件）[3]和基因歧视[4]等。

二、全球化时代生命伦理问题的规制危机

（一）生命伦理问题的伦理规制

从生命伦理问题产生伊始，宗教、伦理、道德等社会规范就积极参与其规制工作中。早在古希腊时期的传统社会中人类就已经开始对生命伦理展开理性思考，宗教对当代生命伦理意义上的生命生成的追问更是不曾停止。宗教之外，科学研究与伦理道德和法律规范之间也存在着某种内在的关联。当今生命科学发展的中心议题是伦理和法律如何规制生命科学中涌现出的种种问题。不可否认的是现代

[1] M. Battin, "Bioethics", in: R. Frey/C. Wellman (eds.), A Companion to Applied Ethics, 2003, 295, 295-296.
[2] 李建会，从黄禹锡事件伦理学对科学的重要性，医学与哲学，20062A,14-18.
[3] 徐喜荣，论人体试验中受试者的知情同意权+从黄金大米事件切入，河北法学 2013.11，111-120；满红杰，从黄金大米事件看未成年人人体试验的法律规制，法学，2012.11
[4] 参见王春凤，法理学视角下的基因歧视及其对策研究——一广西地中海贫血基因携带者为例，《学术论坛》2013 年 7 期。

社会生命科学技术被广泛应用于人类生活，促进人类的福祉，但是其存在必须接受道德评判的价值考量。“科学无禁区”的神话也要接受人类伦理体系的反思，人类必须在伦理反思的批判下谨慎行为，而生命伦理问题从其产生之初一直主要是自我约束的自律方式，即主要采取伦理规制的手段。

（二）生命伦理问题的法律规制

就像道德不是万能的，伦理规制也不是万能的。生命伦理问题不仅仅涉及伦理规制，更是现代社会法律规制的对象。

一方面，今天的生命伦理问题不仅仅超过了传统医学伦理的范畴，增加了诸如高质量医疗服务和必要的药品分享、营养和清洁用水的供应、生活条件改善、环境和减少频宽等新问题，而且也已经远远超越了相关行业实践的职业操守和道德守则的范畴，并在生命科技发展的驱动下，对社会生活、甚至世界未来影响重大，有必要在法律、政治与社会的大背景下思考生命伦理问题。

另一方面，伦理规制如同道德自律，不能对人所犯的过错进行惩治。而当生命伦理问题所涉及的生命科技行为严重地侵害了社会或他人合法权益，就需要法律对其实施制裁以达到教育和惩治的作用，这时唯有刚性的法律才能更好的保障社会秩序和人们的安全。当然，生命伦理和伦理道德一样，对法律规范有补充作用。人类社会健康可持续发展离不开经由底限伦理道德转化而来的法律规范。正如美国法社会学家博登海默指出的：那些被视为是社会交往的基本而必要的道德正当原则，在所有的社会中都被赋予了具有强大力量的强制性质。这些道德原则的约束力的增强，当然是通过将它们转化为法律规则而实现的。[1]

美国加州大学洛杉矶分校《法学评论》在 1968 年刊登了一组专题论文，探讨生命伦理问题，其中两篇论文从法律过程和法律制度的角度尝试回答法律应如何回应生命医学发展的问题，[2]西方国家以法律视角研究生命伦理问题一次开始。其后的几十多年里,西方国家法学领域不断深入对生命伦理问题的研究，分别从法哲学和法伦理学层面、立法层面、司法层面、比较法层面以及国际法层面探讨了生命伦理问题的法律规制。

生命伦理法律化近年来成为一种趋势，生命伦理学研究已经成为人们制订有

[1] ［美］E’博登海默.法理学：法律哲学与法律方法，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 391 页。
[2] Warren E. Burger, Ref lections on Law and Experimental Medicine, 15 UCLA Law Review, 436 (1967—1968); Frank P. Grad, Legisla2tive Responses to the New Biology: Limits and Possibility, 15 UCLA Law Review, 480 (1967—1968).

关政策和立法的基础。以生命伦理学为依据制定的政策和法律无疑是对科学发展的社会约束，并且为科学技术的健康发展提供了坚实的道德保障。在这一趋势下，一些国家和地区或以生命法 (biolaw)之名,将生命伦理问题单独立法,或在既有法律体系下完善法律制度，及时补救因生命科学技术发展造成的法律漏洞,促进对人的尊严和人权的保障。在国际法层面上，底限生命伦理更是为国际法律标准的创设提供内容和支撑，相关国际文件则为底限生命伦理提供强制力，法律一如既往地在生命伦理这一新领域肩负起以最理性的方式给出答案的历史重任。

当然，不可否认的是，以法律手段规制生命伦理问题一直以来也颇受争议。有些人认为法律对保护患者权利至关重要，另一些人则认为法律太过生硬，不适合规制事关私密、复杂的个人决策的医疗行为。还有一些人认为以法律人为代表的非医疗专业人士对医疗行为规制的介入形成了“床边的陌生人”境况，另一些人则认为以法律规制医疗行为是稳定而可靠的。如前所述，在美国，法律规范已然居于有关生命伦理问题讨论与规制的核心地位。之所以如此，皆因为美国人历来视自己的国家为法治国家，并且，美国也有强大的医疗责任和规制体系作支撑。

法律无疑是一个国家文化的产物，因此，法律在各国的影响力各有不同，但是，以法律规制生命伦理问题也不仅仅是美国才有的现象，因为法律与伦理还是存在诸多交叉与重合的地方。首先是方法论的重合。例如，遵循先例作为大多数普通法国家法律演进的方法在生命伦理领域亦存在，即生命伦理问题的解决以及生命伦理的发展也是基于对新的案例与已决前例的相同或不同情形的辨别和推理。普通法中的诸多法律原则都是来自于对案件事实的共同点和区别点的分析归纳。重合之二是生命伦理领域的法律规范往往有意的或自觉地采纳伦理规范。例如，在大多数国家，涉及人的研究的法律规范都源于康德尊重人的尊严的伦理规范。只不过，因为各国对何为人的尊严的理解有所不同，允许或禁止的行为范围亦有所不同。

共同的方法论和价值追求使得法律和伦理多有交叉和重合，除此之外，法律文化本身也对生命伦理问题的解决有所裨益。法律代表着公平和公正，意味着程序重于实体，强调个人利益和自我决定权优于社会利益和集体决定权。也会对业已建立的医疗职业伦理规范有所影响。例如，法律上对于知情同意权利义务的规定就是对医疗职业行为优先地位的冲突与挑战。总之，医疗职业规范、习惯和实

践的法律地位是各国都要面临的共同问题。当然，法律对医疗职业人士行为的影响在各国间多有不同，甚至在一国内部也会因为具体问题不同而在落实法律原则时有所差别。有一种观点认为，所有的实体性的伦理义务理论上都应该由法律强制实施。然而，伦理义务的法律化就像个人或社会问题的医疗化一样，也会有一些意想不到的后果。例如，建构和实施法律义务与禁令的目标包括阻止不良行为、鼓励好的行为、保护弱者；与此目标相对应，一些负面效果，包括防卫型的法律规则往往成了底限规则；无视道德义务的伦理基础，仅仅依赖法律实施道德义务往往也导致自觉恪守伦理行为的减少。法律作为行为规制手段的作用无疑是有限的，因为其显然不能涵盖或体现涉及医疗人员、病患及其家庭各方面的综合而复杂的道德义务。毕竟，法律仅仅是底限行为标准，而不是理想行为标准。

（三）生命伦理问题法律规制上的冲突与漏洞

世界范围内看，各国规制生命伦理问题的手段存在着较大的差异。有的国家采取放任主义，除非特殊情况一般不加规制。大部分国家还是采取了一定形式的规制措施，如知情同意等。

近年来，世界范围内不少国家或地区制定了数量众多的有关生命伦理问题的法律规范。[1]由于文化、习俗以及社会制度等诸方面的不同,各国生命伦理立法在内容与重点上显现出了诸多不同。[2]例如,在德国、韩国、芬兰、尼日利亚,堕胎被视为对生命的残害,为法律所不容,而英国和美国的相关立法对生育控制及堕胎的限制则相对较弱,个人作出生殖决定的自由权相对较大；在荷兰及比利时,安乐死是一种为法律所允许的行为,而其他国家则依旧视同于杀人。甚至区域性国际人权文件也对某些问题态度不一，例如《欧洲人权公约》对人的生命全起于何时没有明确规定，而《美洲人权公约》第 4 条则明确规定对人人都享有的生命权的法

[1]主要包括：美国 1968 年《统一组织捐献法》，1976 年《重组 DNA 分子研究准则》；英国 1978 年《基因操作规章》，1992 年修订《基因饰变生物(封闭使用) 法规》，《基因饰变生物(有意释放) 法规》，1985 年《代孕安排法案》，1990 年《人工受精与胚胎学法案》；民主德国 1975 年《器官移植法》，联邦德国 1997 年《器官移植法》；1978 年《重组生物体实验室工作准则》，1990 年《基因工程法》；1990 年《胚胎保护法》；日本 1997 年《器官移植法》，1979 年《在大学及及其他有关科研机构进行重组 DNA 准则》；丹麦 1986 年《环境及基因技术法》；新加坡 1987 年《人体器官移植法案》，2004 年对该法进行了修订；加拿大 2004 年《辅助性人类生殖法》；瑞典是世界上就人工生殖技术首先特别立法的国家之一,早在 1985 年就制定了《瑞典授精法》，并同时修改《瑞典亲子法》的有关内容，与《授精法》同时颁行。我国台湾地区于 1987 年及 1988 年制定了《人体器官移植条例》、《人体器官移植条例施行细则》。我国香港地区与台湾地区也分别于 2000 年及 2007 年制定了《人类生殖科技条例》与《人工生殖法》。此外，在安乐死、脑死亡、人体实验、生物制药、堕胎、绝育以及变性等方面,不少国家或地区也都进行了相关立法。

[2] T he Law Library of Congress,BIOETHICS LEGISLATION IN SELECTED COUNTRIES,2012.10 Global Legal Research Center LL File No. 2012-008118

律保护始自受精那一刻。

综上，道德多元化的国际社会，生命伦理问题法律规制上的冲突与漏洞不可避免的存在着。生命科学技术的全球性要求用全球化的方法处理生命伦理问题。国际社会希望通过共同努力，确立规制生命伦理问题的国际规范，当代国际法对此积极回应。

三、当代国际法对生命伦理问题规制危机的回应

科学技术的进步促进了社会生产力的发展，不断为人类活动开辟新领域。世界的范围相对地缩小了，人类的关系空前地密切了。科学技术对国际关系的深刻影响，也必然会反映在国际法的发展上，从而是国际法伴随着科学技术的进步而不断变化。近代国际法是如此，当代国际法亦然。今天，科学技术的进步对人和社会的深远影响尤为明显，它也深刻地影响国际关系的发展，[1]推动了国际法各个分支的演进。[2]外层空间法和环境法都是在科学技术推动下产生的国际法的新分支，海洋法虽是一个古老的法律部门，但随着科学技术的进步也有了诸多新的发展。生命科学技术则是国际法介入的全新领域。

（一）生命伦理问题国际法规制形成的必要性

生命科技的迅猛发展以及全球化时代生命伦理问题的规制危机催生了生命伦理问题的国际法规制。如前所述，生命伦理问题的解决有赖于法律给出的理性回答，不仅仅是国内法也包括国际法。科学无国界，全球化趋势下，生命伦理问题的世界性特性尤其显著。一方面，现代生命科学技术可能会永久地改变人类基因构成，如此涉及全人类共同命运的生命科技应用决策显然不能仅仅由某些个人、集团、科学界或某些国家做出。另一方面，各国生命伦理规范的不统一使得各国间生命科学研究和新技术的应用出现漏洞，某些国家有可能利用所谓“出口”以摆脱某些生命医学技术应用造成的“伦理困境”，却带来国家间的“人同命不同”。[3]伦理和法律规范管制严格的国家的科学家也可能会带着科研项目到管制相对宽松的国家。如此一来，跨国合作的科研项目在管制宽松的国家用其公民作人体试验，而管制严格的国家却在享受其成果，这种现象显然不符合全球正义和公平。另一

[1] Manfred lachs，Thoughts on Science，Techology and World Law，AJIL，vol.86,1992,683.

[2] 杨泽伟，《宏观国际法史》，武汉：武汉大学出版社，2001 年 1 月，397。

[3] 丹麦就是一个典型例子。长期以来，丹麦不允许器官移植的供体在脑死亡状态下进行，政府将需要接受心脏、肝脏等器官移殖的病人送往英国、荷兰或者德国的医院、并出资支付手术费用。其理由是要求丹麦的父母从自己年轻的儿女身上捐献出器官过于残忍。显然这样的说法是站不住脚的，英国、荷兰和德国的父母难道没有同样的考虑吗？

方面，现代生命科学技术可能会永久的改变人类基因构成，深入影响人类的生活甚至生命，如此涉及全人类共同命运的生命科技应用决策显然不能仅仅由某些个人、集团、科学界或某些国家做出。

综上，全球化时代，在道德多元化的国际人类社会中，国家之间为求得和平共存以及保障全人类共同利益，必须有共同的语言，寻找底限道德共识，并将底限道德共识法律化。正所谓突破自己的特殊性，寻找与其他伦理道德的共通，求同存异，共同遵守底限伦理是生命伦理问题国际法规制的根本路径。

（二）生命伦理问题国际法规制形成的可行性

国际法规制生命伦理问题还是有可能的。

首先，国际法具有约束权力，保障正义的功能。权力，没有法律的约束，就成了脱缰的野马，实乃非正义的孳生地。生命科技发展，使得科学家和医生拥有了常人所不可企及的来自新科技的权力，如果缺少法律的规制必然会给人类社会带来诸多风险与威胁。而且，因为生命科学技术的无国界性及生命伦理问题的跨国性，这种风险与威胁必然是全球性的，以全球的视角和国际法的手段审慎思考生命伦理问题的解决之道显然是有必要的。从国际法的功能上来讲，以国际法规制生命伦理问题使得我们更加重视法律制度对生命科技时代新权力的平衡作用以及对生命科技领域个体正义和共同正义的保障和促进作用。

其次，法律具有维护社会秩序的功能，而在国际层面上，国际法除了具有维护国际社会秩序的功能，还具有为国际主体提供对话和沟通的平台，防范并解决冲突的功能。因此，国际法尤其能够直面多元化的国际社会并维护其秩序。当然，为达成此目的，在某些方面必须承认具体规则对基本原则的从属性。

最后，法律的功能还在于划分出一条法治世界和脱法世界之间的边界线，就像罗马人区分受罗马法管辖的罗马帝国和帝国之外的脱法世界。法律显然有助于国家及国际社会的政治与文化建构，甚至重构。这也是为什么侵略者和殖民者每攻克一地，为了尽快实现并维护其统治，往往会及时推出自己的法律，以新法传播自己的道德和文化观念，实现对原有道德和文化观念的替代和更迭。

总之，国际生命伦理委员曾经写过一份报告[1]，评估创制一份旨在为生命科技发展提供普遍伦理指南的国际文件的可行性。

[1] Report of the IBC on the Possibility of Elaborating a Universal Instrument on Bioethics, 13 June 2003, Paris: IBC.

该报告在充分考虑了各种潜在的困难后肯定地指出，从形式上讲，拟创制的国际文件应该是宣言形式的，即道德理想的声明，而不是有法律拘束力的条约，以有利于争取更多国家的接受。而且，应该避免使用“普世（适）”（universal）一词，因为科学与技术的迅猛发展会导致国际文件的修改成为常态；报告还指出：“当我们试图详述国际伦理原则时，多种不同的伦理观以及生命伦理观都是必须考虑到的。”[1]

报告尤其区分了道德规则（moral rules）和法律规则（legal rules），认为拟创制的国际文件的主要内容应该是前者。这是因为，一方面，道德规则和法律规则毕竟是两个即相互区别又相互联系的社会规范。道德规则存在于人类社会不同的文化、哲学和宗教背景中，能够不断丰富和发展并助益于共同普遍价值观的形成和丰富。而法律规则即不能覆盖生命伦理的全部领域，也不能评判或干涉人类生活的方方面面以及个人的选择。在任何层面上，有拘束力和强制力的法律都应该尊重和促进个人的选择，而且仅有一部分实体问题能够由国际法规制。换句话说，应该最大化生命伦理领域的道德规制，尽量减少法律规制。另一方面，法律规则与法律原则又有所不同，后者有着更为广阔的适用范围。和伦理原则一样，包含于《国际人权宣言》等国际法律文件中的基本法律原则的核心内涵也在于追求普遍性。但是，与伦理原则不同的是，规定于国内法或国际法中的法律原则是一种“协商伦理秩序”，即国内政治各方或世界各国政治协商和妥协的产物。继而，在存在道德争议及多元规则的领域，法律文件的语言必须是开放式的，以便于寻求能获得各方同意的一般价值以及适应道德或法律多元的视角。例如，《欧洲人权公约》中的“全部”和“每一个人”的用词就是文本语言开放性的典型代表，旨在刻意限定那些人可以成为权利的主体。又例如，允许各签约国可以依照尊重原则自我决定某些权利的适用范围。

（三）现有的规制生命伦理问题国际法的范围

在生命伦理问题日趋跨越国界成为全球性伦理问题的背景之下，越来越多的人意识到：规范生命科技的研究和应用，使其沿着既能造福于人类，又不至于产生严重损害人类后果的理性道路发展，不仅仅是某个国家和地区的事情，也是国际社会当前共同面临的巨大挑战。以全球视角解决生命伦理问题，考虑在生命

[1] para 39.

伦理问题上展开国际协调的可能日渐必要。一些独立的国际职业组织，如世界医学会多年来致力于制定医学伦理行为标准。一些政府间的国际组织，如联合国及其教科文组织、世界卫生组织、世界知识产权组织及欧洲委员会，开始关注生命伦理领域国际法律标准的创制，尤其重视提出底限伦理道德,并制订生命伦理领域内具有约束性的国际规则,以此来杜绝国家之间在生命伦理领域规定上的漏洞。由此而形成的相关国际法律规范引起有些学者的注意，被认为是当代国际法在应对生命伦理问题规制危机与挑战下的新发展，视之为国际人权法在生命伦理领域的深入发展，甚至将其视为日渐形成的国际法新领域——国际生命法（international biolaw），提出国际生命法是有关国际组织制定的，由各成员国同意签署的，创制生命科技领域行为框架标准的国际法律体系。

到目前为止，规制生命伦理问题的国际法主要包括国际宣言和国际条约两种形式。前者即所谓的国际软法，主要包括联合国制定的国际宣言，即《联合国关于人的克隆宣言》（The United Nations declaration on human cloning，2005）；联合国教科文组织制定的国际宣言，即《世界人类基因组与人权宣言》（Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights，1997）、《国际人类基因数据宣言》（International Declaration on Human Genetic Data，2003）和《世界生命伦理与人权宣言》（Universal Declaration on Bioethics and Human Rights，2005）等准则性文件。以及联合国教科文组织正在拟定的作为科学工作者伦理守则基础的《国际科学伦理宣言》。后者是传统的国际硬法，主要指及欧洲委员会制定的区域性国际条约，即《在生物学和医学应用方面保护人权和人的尊严公约：人权与生物伦理公约》（奥维多，1997 年）（Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine），简称《奥维多公约》。《奥维多公约》作为一个框架性公约，后来陆续有一些附加议定书获得通过。1998 年，该公约的第一个附加议定书《在生物学与医学应用中保护人权与人类尊严公约禁止克隆人附加议定书》（Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine,on the Prohibition of Cloning Human Beings,1998）获得通过。2002 年，有关《人类来源的器官与组织移植附加议定书》（Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Transplantation of Organs and

Tissues of Human Origin,2002）获得通过。2005 年《生命医学研究附加议定书》获得通过，成为国际社会第一份有关生命科技研究伦理与法律规范的有法律约束力的文件。前述三个附加议定书都已经生效并开始实施。2008 年,《基于健康目的的基因测试附加议定书》获得通过，但目前仍未生效。

从国际司法实践看历史性捕鱼权的构成要件*

黄瑶 黄靖文**

摘要：历史性捕鱼权作为一项典型的非主权性历史性权利，其构成要件反映了历史性权利的一般性，包括国家有效、持续地行使渔业权利以及其他国家的承认两方面。然而，对相关国际司法实践进行梳理和分析可以发现，历史性捕鱼权的构成要件在具体适用过程中凸显了其特殊性，如私人渔业行为、重大渔业利益等因素对历史性捕鱼权主张的有效成立具有突出作用等等。

关键词：历史性捕鱼权 历史性权利 构成要件 国际司法实践

历史性捕鱼权（historic fishing rights），又被称为传统捕鱼权，是指国家在公海的某一片水域基于长期的捕鱼习惯和利益而主张的捕鱼权，是一种典型的历史性权利。国际法院和国际仲裁庭审理的一系列案例涉及历史性捕鱼权或传统捕鱼利益，如 1951 年“英挪渔业案”、1974 年“渔业管辖权案”、1982 年“突尼斯/利比亚大陆架案”、1984 年“缅因湾海域划界案”、1993 年“扬马延岛海域划界案”、1999 年“厄立特里亚/也门仲裁案”、2001 年“卡塔尔诉巴林案”和 2006 年“巴巴多斯/特立尼达和多巴哥案”。在这些案件中，国际法院和国际仲裁庭对具体历史性捕鱼权成立的条件发表观点，这些国际司法意见、个别法官的观点以及有关争端当事国提出的具体依据是有关历史性捕鱼权习惯国际法、国际法理论在实践中运用，其权威性对归纳历史性捕鱼权构成要件具有重要的参考价值。

一、历史性捕鱼权构成要件的一般性与特殊性

（一）国际法理论对历史性权利构成要件的一般认识

历史性捕鱼权作为历史性权利的一种，对其构成要件的理解不能脱离历史性权利的一般理论。

当历史性权利（historic rights）作为一项广义概念时，是指国家对某些海域在历史上一直享有的权利，这些权利已经被习惯国际法规则所确认，得到国际条约的承认和尊重。与历史性权利相关的概念包括历史性所有权、历史性水域和历史性海湾等，这些概念之间存在一定的联系与区别。意大利学者吉欧雅（Andrea Gioia）在阐释历史性所有权（historic title）时，认为历史性所有权是国家经过历史性强化的过程，取得陆地或海洋领土的渊源和证据。理论界普遍认可历史性水域（historic waters）是历史性所有权在海洋取得上的体现，国家在其历史性水域中享有主权，历史性海湾（historic bays）是一类典型的历史性水域。可见，国家

---

* 本文注释省略。

** 黄瑶，中山大学法学院教授、中国南海研究协同创新中心研究员；黄靖文，中山大学法学院研究生。

本文的研究与写作获国家社科基金重大项目《南海断续线的法理与历史依据研究》（14ZDB165）的资助，特此致谢。

在历史性水域中拥有主权，其法律地位相当于内水或领海。狭义的历史性权利仅指国家在一定范围海域内长期、稳定从事的资源开发活动等实践所产生的权利，后者是一种尚未达到领土主权高度的权利。历史性捕鱼权就是其中一类典型的非主权性历史性权利。

国际法理论认为历史性权利的构成要件主要分为两方面，即国家长期、有效行使权力（权利）的行为以及其他国家对历史性权利主张的明示承认或默认。关于历史性水域的构成要件已经形成较为一致的理论共识。1962 年联合国秘书处向国际法委员会提交名为《关于历史性水域（包括历史性海湾）的法律制度》研究报告，该报告对国际法理论和实践进行归纳，总结出了历史性水域构成要件，包括三个方面：国家对主张的水域实际有效地行使权力（权利）；权力（权利）的行使具有持续性；其他国家的承认或默认。重大利益被列为第四项要素，但学者们普遍认同重大利益只是影响历史性权利合法性的相关因素或国家提出历史性权利主张的原因。联合国报告关于历史性水域的构成要件在 2007 年“萨尔瓦多/洪都拉斯”案关于丰塞卡湾岸的历史性海湾地位问题的判决意见中获得国家法院的认同，多次被美国的国内判决引用，并且成为一些国家通过外交抗议另一国历史性海湾主张的依据。可以说，这些构成要件得到了国家实践的支持，在一定程度上反映了习惯国际法规则，但适用的领域主要限制在对历史性水域主张有效性的判断。

上述构成要件的内容是由历史性水域的法理基础所决定的。1962 年联合国报告指出，历史性所有权是对领土主权的“逆向取得”，近似于时效取得。历史性水域作为历史性所有权在海洋取得上的体现，近似于取得时效，因为历史性水域是对原本为公海的海域提出的主权主张，而公海在性质上属于共有物（*res communis omnium*）而非无主物（*res nullius*），国家不能通过占领（occupation）取得部分公海的所有权。联合国报告提出了远古占有（immemorial possession）时效和不当占有时效两种时效概念。远古占有时效主要适用于公海自由原则确立之前海洋国际法地位不确定的时期。不当占有时效突出了历史性水域主张最初是一种不当占有，通过时效才弥补了最初的法律缺陷，削弱了历史性水域的正当性，因此许多学者都十分谨慎甚至拒绝认同时效概念不加辨别地在历史性水域中的适用。但无论是哪种具体的时效概念，它都是领土主权取得的一种方式，而不针对某种海洋资源的开发和利用的权利。时效理论能否直接适用于历史性捕鱼权还有待进一步理论论证。

（二）历史性捕鱼权构成要件的特殊性

对历史性捕鱼权和历史性水域作出比较，两者的根本区别在于，历史性捕鱼权是一种非主权性质的历史性权利，有关国家只享有开发、利用某些鱼类资源的权利，而国家在历史性水域中享有主权并依据主权当然地拥有专属捕鱼权。

两者在性质上的差异决定了历史性捕鱼权的构成要件应具有一定的特殊性。首先，主张历史性捕鱼权的国家应实际有效地对鱼类资源进行开发、利用或采取养护措施。实际行使捕鱼权利的主体主要是该国的渔民，国家的公权力往往在历史性捕鱼权初步形成后才介入。国家对传统捕鱼活动的介入也无需“以主权的名义”（*à tire de souverain*）对有关水域进行管辖作为主观目的。而历史性水域主张要求以国家的名义提出权利主张，主权取得必须是一种国家行为。徐谟法官在 1951 年“英挪渔业”案的个别意见中指出：“个人主动为自己的利益并且没有得到政府任何授权所从事的活动不能被赋予国家主权，即便经过了一定的实践且没有受到其他国家国民的干扰。”我国学者贾宇认为，私人行为不论次数多么多、所涉范围多么广泛，均不能赋予其所属国对其活动所涉区域的领土所有权。相比起历史性水域的主权性，历史性捕鱼权的非主权性决定了私人活动在历史性权利巩固和强化的过程中发挥更大乃至于先导的作用。历史性捕鱼权起源于当地人民

的生存需求和对渔业资源的依赖，私人渔业技术的发展和对鱼类资源的进一步探索和开发是历史性捕鱼权长期存续的重要表现。远洋渔业有助于当地经济和税收，故往往得到国家的默许，当传统捕鱼活动构成国家的重大经济、社会利益时，国家以保护渔民、设置管理制度、保障航海安全等方式介入，并在国际层面主张和维护历史性捕鱼权。

其次，历史性捕鱼权主张影响整个国际社会在公海自由方面的利益，它的成立需要证明国际社会整体对一国的传统捕鱼实践和利益持容忍（toleration）的态度，需要特别考察利益攸关国的态度。利益攸关国，即利益会因历史性权利的成立而直接受到影响的国家，这些国家的态度具有代表性，她们的承认或默认有利于推知整个国际社会是否对一国的历史性捕鱼权主张存在容忍的态度。相反，仅有利益较少受到影响的国家表示抗议未必能阻止有关历史性捕鱼权的成立。而陆地领土的历史性所有权主张，以及有关海洋划界方法的历史性权利主张是那些只对抗个别国家的历史性权利主张，只涉及个别国家的利益，故只需要获得利益受影响的另一个国家的默认，本质上是两国就主权或其他权利分配达成了默示协议，从而为这些历史性权利主张提供国际法依据。

因此，一方面，历史性捕鱼权的构成要件应反映历史性权利在一般性，有学者指出，历史性捕鱼权主张也应当满足与历史性水域主张相同或相似的构成要件特别是有关长期、持续的利用和其他相关国家的默认的要件。但历史性水域构成要件的内容本身还存在不确定性，例如行使权利的有效性应达到何种程度，主张的持续性，其他国家的默认，以及基于国家经济、安全的“重大利益”是否也属于构成要件等问题。因此，即便历史性水域的构成要件反映了历史性权利的一般性，并可参照适用于历史性捕鱼权，历史性捕鱼权构成要件的具体内容还应回归到实践中加以考察。另一方面，历史性捕鱼权非主权性的特征使得构成要件的某些内容区别与历史性水域，这些差异在将在下文对相关国际司法实践的分析中得到具体体现。

二、构成要件之一：国家有效、持续地行使渔业权利

（一）国家行使渔业权利的方式

如前文所述，渔民从事私人的渔业活动在历史性捕鱼权巩固和强化的过程中发挥先导性的作用，但历史性捕鱼权作为一项国家权利，必须有国家行为的参与。对既有的历史性捕鱼权国际司法案例进行考察，可以发现国家主要通过以下形式行使渔业权利。

首先，国家通过国内立法、颁发渔业许可证和征税的方式管理渔业活动。在“突尼斯/利比亚大陆架案”案中，突尼斯对海绵和章鱼主张历史性捕鱼权。历史资料显示，突尼斯早在 19 世纪已经对加贝斯湾水域的海绵渔业实施控制，君主贝伊通过颁发执照的方式进行专属管辖。1906 年，突尼斯出台两项法令，要求所有海绵渔业从业者向政府申请执照和纳税，所有采集海绵的渔船有义务接受政府检验，任何违反要求的船只将被课以处罚。在“英挪渔业案”中，国际法院在判决意见中认可挪威洛普哈维（Lopphavet）水域的附近的当地居民拥有传统捕鱼权。挪威政府曾于 17 世纪颁布适用于该水域的排他性捕鱼权和捕鲸权许可证。在“卡塔尔诉巴林”案中，巴林主张对巴林、卡塔尔两国北部的重叠海域的珍珠滩拥有历史性权利。巴林列举了其对珍珠滩实施管辖和控制的一系列事实，其中包括 19 世纪初对采集珍珠的渔船征税，20 世纪 20 年代下发通知规定珍珠采集季节和渔船应缴纳的费用。

其次，国家对相关水域采取渔业养护措施。美国在“缅因湾海域划界案”案中主张本

国国民在争议区域的传统活动应当被纳入划界的相关情况加以考虑。20 世纪 50 年代至 70 年代美国在争议水域乔治浅滩（George Bank）的传统渔业遭遇加拿大和其他外国渔业的竞争和挤压，为应对渔业资源的不断衰竭，美国在 1976 年颁布《渔业养护和管理法案》，并施行渔业养护和管理措施。依据该法案，美国将依照严格的标准科学分析并决定美国渔民的鱼类可捕量，向外国分配剩余捕捞量，并详细评估特定类型的渔业安排对海洋环境的影响。国际法院认为美国的这样主张类似于一项历史性权利主张，但并未评价美国的历史性捕鱼权是否成立。法院认为，随着 1977 年美国宣布 200 海里的专属渔区，美国在某一历史阶段内的渔业优势已经转化为专属渔区而取得法律上的垄断，故不能再依赖曾经的渔业优势地位来影响海洋划界。然而，国际法院的这一判决意见已经从侧面肯定了国家通过立法规定并实际执行的渔业养护措施是国家行使渔业权利的一类有效行为。

除了立法机关和行政机关采取的管理和养护措施，司法机关解决渔业争端的行为也是国家有效行使渔业权利的表现形式之一。例如，巴林当地的习惯法规定外国人不得采集珍珠（获得特许的除外），并有专门的法庭来执行这些习惯规则、解决争端。1924 年，巴林制定新法全面规范珍珠行业，将司法管辖权转交普通法庭。

（二）国家行使渔业的有效性

1.重大渔业利益的形成有助于判断国家有效行使渔业权利

在一些案例中，国家并未明确提出历史性捕鱼权或传统捕鱼权的主张，而是强调本国在有关水域从事渔业活动所产生的重大经济利益，典型的案例是 1974 年英国与冰岛、德国与冰岛之间的“渔业管辖权案”。

1971 年，冰岛宣布将专属渔区从原来的 12 海里扩大到 50 海里，并不顾英国和德国的反对，于 1972 年 7 月制定法规禁止外国船只在专属渔区内开展渔业活动。英、德两国曾于 1961 年与冰岛以交换意见的形式达成协议，要求冰岛今后任何扩大渔区的行为必须在 6 个月前通知英国和德国，而且，由此扩大而引起的争端，得在任何一方的请求下提交国际法院解决。基于 1961 年的协议，英、德两国在 1972 年先后就冰岛单方面扩大专属渔区的行为向国际法院提起诉讼，强调本国在争议水域的渔业活动情况和相关利益。英国指出，本国渔船在争议水域从事渔业活动长达多个世纪，并持续至今，公开数据显示，英国渔船在争议水域的底栖鱼类渔获量从 1920 年开始每一年都保持在稳定的水平，且冰岛水域是英国远洋捕捉底栖鱼类最重要的水域，对于英国的渔业和相关产业具有不可替代的意义。德国也举证证明了和英国相似的情况。英国和德国并未明确提出历史性捕鱼权主张，而是基于“公海自由”原则要求国际法院判决冰岛 50 海里专属渔区违反国际法。然而，国际法院判定英、德两国在争议水域拥有历史性捕鱼权，是一种既得权利。虽然国际法院并未说明有关历史性捕鱼权形成的条件，但对历史性捕鱼权与沿海国的渔业优先权进行类比分析，认为两者都考虑了沿岸居民对渔业的依赖性，并涉及有效开发和养护鱼群资源等其他利益。可以认为，已经形成的重大渔业利益是国际法院认定英、德两国历史性捕鱼权成立的主要和首要依据，英、德两国政府通过参与有关地区渔业组织对争议水域实施间接管理的行为并未体现在国际法院判决历史性捕鱼权成立的依据中。

值得注意的是，只有当渔业利益对国计民生达到较高程度的重要性才能对历史性捕鱼权主张的合法性产生影响。在“巴巴多斯/特立尼达仲裁案”中，巴巴多斯主张其在多巴哥岛周围水域拥有捕捉飞鱼的传统利益，飞鱼构成巴巴多斯历史、经济和当地饮食文化的重要部分，并声称这些利益是如此重要，以至于剥夺巴巴多斯捕捉飞鱼的权利会对当地渔民和国家经济造成灾难性后果。仲裁庭调查

后承认当地渔民对飞鱼渔业存在依赖，禁止巴巴多斯渔船在多巴哥岛附近捕鱼会对其经济造成有害影响，但这种伤害并非灾难性的，并拒绝认同巴巴多斯的飞鱼渔业利益可以成为调整两国专属经济区划界的因素。

重大渔业利益的存在有利于判断国家有效地行使渔业权利，从而为论证历史性捕鱼权主张的成立提供重要依据。在历史性捕鱼权有关实践中，渔业利益是得到普遍主张的一种经济利益，主要指渔业是沿岸居民赖以为生的营养和收入来源，以及渔业作为当地经济重要成分的经济地位。这些重大渔业利益是在开发、利用渔业资源的长期实践中形成的，并反过来强化和推动渔业开发、利用行为。故历史性捕鱼权主张涉及的重大渔业利益以有效、实际利用渔业资源为基础。菲茨莫里斯（Gerald Fitzmaurice）认为远洋捕鱼国家不仅仅是在行使公海自由，这些国家自远古以来在某些海域从事捕鱼活动的习惯使得这些国家取得了一种既得利益，即便是在沿海国在这些海域扩大领海，这种既得的捕鱼权也应继续得到尊重。而那些原则上享有公海捕鱼自由却未在有关海域实际行使权利的国家不具有上述既得权。

无论如何，重大渔业利益不是历史性捕鱼权的构成要件，只是有助于判断国家有效地行使渔业权利的辅助因素。多数学者普遍不认可重大利益是历史性权利的构成要件，重大利益只起到了次要的作用，原因是强调沿海国的重大利益则往往忽视了国际社会的利益，对重大利益的判断具有主观性和任意性。学者们只认同重大利益是影响历史性权利合法性的相关因素、是历史性权利的法理基础、是国家主张历史性权利的原因。重大渔业利益归根到底是长期渔业实践产生的结果，国家有效地行使渔业权利才是历史性捕鱼权的构成要件。

2.国家是否排他地行使渔业权利不影响有效性的判断

由于历史性捕鱼权是一种非主权性的历史性权利，多数学者因此认为历史性捕鱼权是一种非排他性、非专属性的权利。例如，布卢姆（Yehuda Z. Blum）认为渔业管辖行为不能构成一种“排他性占有”的主张，只能构成特定权利的主张。布歇兹（Leo J. Bouchez）、邹克渊等学者也认为非主权性的历史性捕鱼权不具有排他性。但这些学者所称的非排他性是指对海域整体的非排他性，意味着历史性捕鱼权不能排除其他国家在同一水域也拥有其他权利，如其他国家对另一种鱼类资源的历史性捕鱼权或者历史性航行权。但承认历史性捕鱼权本身不是对水域整体的主权主张，并不代表国家不能排他地针对特定鱼类资源行使捕鱼权。历史性捕鱼权也可以是排他性，表现为国家对特定鱼类资源垄断性的财产权利。且国际司法实践表明，国家对特定种类的渔业资源进行开发、管理的行为是否具有排他性并不影响国际法院和仲裁庭对国家行使渔业权利有效性的判断。

突尼斯在加贝斯湾的邻接海域行使海绵和章鱼渔业权利的行为具有较高强度的排他性。突尼斯在与利比亚的大陆架划界案中认为其所主张的历史性捕鱼权构成突尼斯的主权权利（sovereign rights）。根据历史记载，突尼斯的统治者早在 19 世纪主张便开发海绵的收入属于国家收益。1904 年《航行和海洋渔业指令》规定突尼斯的行政部门对该水域内的海绵和章鱼渔业活动拥有排他性的立法权和控制权。1906 年的两项法令关于申请渔业执照、纳税和渔船接受政府检查的规定具有强制性，外国渔船也有义务遵守相关规定。但利比亚认为突尼斯在 1951 年宣布建立专属渔区之前并没有排除外国渔船开发相关的渔业资源。也有学者指出指出突尼斯在 1951 年前主张主权权利的目的是有限的，只是为了规范海绵、章鱼渔业并增加国家收入，这些主权权利并未排除外国人在相关水域的活动，只是要求他们遵守突尼斯制定的规则罢了。事实上，突尼斯提供的前述证据已经初步表明突尼斯对海绵和章鱼资源主张所有权，外国渔船在遵守有关突尼斯国内法的义务后取得突尼斯

的授权才得以开采海绵和章鱼资源恰恰是突尼斯实际行使渔业资源所有权的表现。最终，国际法院在判决意见中并未否定突尼斯的历史性捕鱼权，而是认为最终的划界方案不影响突尼斯行使其所主张的历史性权利，不论该权利的内涵为何。

除了突尼斯，在其他国际司法案例中主张历史性捕鱼权或渔业重大利益的国家行使特定渔业权利的行为都不具有排他性。在“缅因湾”案中，20 世纪 50 年代后，美国和加拿大、苏联等国家都在乔治浅滩大规模地捕捉扇贝类和鳕鱼类资源，美国从未采取强制措施禁止外国渔船的渔业活动。国际法院认为缅因湾封口线之外的水域原是公海的一部分，对美国和其他国家开放，而其他国家事实上也在相关海域进行捕鱼。国际仲裁庭在 1998 年“厄立特里亚诉也门案”的裁决中认定两国在红海南部许多世纪以来的捕鱼、航行活动创设了某种历史性权利。厄立特里亚和也门两国国民在过去几个世纪在争议海域保持着社会、经济和文化上的联系，航行和捕鱼活动不受红海两岸政府的限制，仲裁庭认为这种根深蒂固的文化模式体现了共有物（*res communis*）的概念，并延续至今。这种共享资源的传统契合了伊斯兰的法律观念，认为上帝将财富赐予所有人类，子民皆能自由享有，并区别于西方国家在 19 世纪兴起的“领土主权”原则。巴林主张对巴林、卡塔尔两国北部的重叠海域的珍珠滩拥有历史性权利，但国际法院在 2001 年的判决中否定了巴林主张的历史性捕鱼权可以成为影响大陆架划界的因素，其中一项理由就是巴林在争议海床上采集珍珠的行为不具有排他性，采集珍珠被视为海湾地区人民共享的一项权利，有证据表明当地人认为珍珠是沿岸阿拉伯人的共同财产，采集珍珠无需经过巴林首领的批准。

可见，主张历史性捕鱼权的国家虽不能取得水域的主权，但可能对水域内特定的渔业资源取得排他性的权利，也可能对水域和渔业资源都不享有排他性权利，这既有着实践上的原因，也受到宗教文化因素的影响。有关国际司法实践表明，排他性问题不会影响对国家是否有效行使渔业权利的判断，但不具有排他性的历史性捕鱼权在海洋划界中的作用有限。

（三）国家行使渔业权利的持续性

1.行使渔业权利应持续足够长的时间

“历史性”是历史性捕鱼权的一项根本特征，因此国家行使渔业权利的持续性毫无疑问是其构成要件的一个重要方面。“渔业管辖权案”、“突尼斯/利比亚大陆架案”、“缅因湾案”、“卡塔尔诉巴林案”、“巴巴多斯/特立尼达和多巴哥仲裁案”中主张传统捕鱼利益或历史性捕鱼权的国家都宣称本国的传统渔业活动持续长达几百年，或至少也有百余年的时间，试图以此巩固其主张的合法性。

渔业权利的行使应持续多长的时间，国际司法实践并未给出确定而统一的标准，毕竟历史性权利具有很强个案性，对历史性捕鱼权主张的时间因素的判断应结合具体的案情。巴巴多斯主张最早从 17 世纪开始就有本国远洋船队到多巴哥岛西北、东北和北部海域有着捕捉飞鱼。巴巴多斯捕捉飞鱼的传统遭到特立尼达和多巴哥的有力的反驳，后者认为受限于航行和贮存技术，巴国的渔船在 20 世纪 40 年代之前只能在本国海岸 3 至 4 海里的范围内捕捉飞鱼，而在 70 年代后，巴国渔船可以抵达多巴哥岛附近海域，但这些现代渔业具有大规模、半工业化的商业运营模式。仲裁庭支持了特立尼达和多巴哥的观点，由于巴巴多斯提交的证据的数量和证明力均不足以证明飞鱼渔业构成一项传统，且有证据显示巴国在特国海域捕捉飞鱼的活动是在 1978 年至 1980 年间随着冰船的引进才开始的。未形成渔业传统成为仲裁庭否定巴巴多斯在多巴哥岛附近的飞鱼渔业可以成为调整两国专属经济区划界的因素的原因之一。可以认为，持续性要求行使渔业权利的行为应经过一段足够长的时间使得渔业活动形成一项传统，而巴巴多斯 30 年（从 1978 年到 2006 年仲裁庭作出裁决）的飞鱼渔业实践明显不符合持续性的要求。

有的国家强调渔业活动始于难以忆及的远古时期，例如突尼斯便主张其历史性捕鱼权形成于格劳秀斯“公海自由”原则形成之前的古典时代。那么这种“古老性”是否构成判定国家行使渔业权利具有长期性的必要条件呢？答案应该是否定的。强调行使渔业权利的“古老性”有利于证明历史性捕鱼权的形成并未违反时际法，进而增强主张的法理依据，也有助于推定渔业权利得到长期行使，但发挥的作用有限。对此，阿尔瓦雷兹（Alejandro Alvarez）法官在“英挪渔业案”单独意见中关于时效取得历史性权利的分析具有参考意义，他指出：“国际法并未规定时效发生效力所需要的持续的时间。一项与领海有关的较为晚近的通例可能比一项未能充分证实的古老通例有着更高的效力。”实践表明，还有其他不具有“古老性”的历史性捕鱼权主张得到了国际法院的认可。在“渔业管辖权案”中，英国和德国都以 1958 年日内瓦《公海公约》第 2 条“公海自由”原则为依据要求冰岛尊重其传统捕鱼利益，且 20 世纪下半叶后发展起来的拖网渔业是英国、德国主张渔业利益的重点，英、德两国的主张并不依赖早于公海自由时代之前的远古捕鱼活动，如前所述，两国的历史性捕鱼权得到了国际法院的肯定。

2. 行使渔业权利的行为应延续至今

国家行使渔业权利持续性还要求权利的行使过程非因特殊情况不得中断，并延续至今。在“卡塔尔/巴林案”中，卡塔尔指出巴林所主张的采集珍珠的历史性权利不能成立，其中一项原因是巴林的珍珠采集业在 20 世纪 60-70 年代基于商业原因而停止。国际法院在判决中否定巴林在争议海域的传统珍珠采集活动构成调整海洋划界的特殊情况，理由之一是巴林的珍珠采集业已经消失了相当长的时间。

三、构成要件之二：其他国家的承认

主张历史性捕鱼权的国家除了应证明其对鱼类资源有效行使权利之外，还需论证其历史性捕鱼权主张已经得到其他国家的承认。

对一国的历史性捕鱼权主张表达承认的方式可以分为明示承认和默示承认（默认）。通过缔结协议、发表声明的手段表达明示承认是最直接、清晰检验其他国家对历史性捕鱼权主张的方式，但出现的情况较少。基于主权平等原则，除非承担着国际法上的义务，国家有表达意志的自由，且出于对外交策略考量，明示承认未必是最符合本国利益的方式，因此默认更加常见。默认表现为国家在面临一个危险或损害其权利的情势下的沉默和不作为，据此推论这些国家接受了权利的主张，从而对这些国家产生拘束力。 如前文所述，国际社会对历史性捕鱼权的一般承认可以从大部分国家的的沉默（即容忍态度）中加以推断。

（一）表示默认的前提

真正的默认必须是在其他国家能合理获悉有关主张的情况下才存在，其他国家对于一项历史性捕鱼权主张应拥有知情权，因为其他国家只有在知情的情况下才能表示抗议，而在不知情的情况下，单纯的沉默没有任何意义。国际法理论对于知情的条件存在争议，有学者认为历史性权利主张国必须通过正式的外交渠道向外国国家发出通知。1962 年联合国报告援引并评价了菲茨莫里斯的观点，认为一项历史性水域主张需达到“众所周知”（notoriety）即可推定其他国家了解了相关主张，而无需对每个国家或所有国家发出正式的通知。后一种观点也得到了“英挪渔业案”判决的支持，国际法院认为“历史性所有权的基础是主张的众所周知”。

同理，对于历史性捕鱼权而言，可以认为，“众所周知”就是要求历史性捕鱼权的主张具有公开性（publicity），即国家行使渔业权利的行为能为外国国家所了解和掌握。无需积极

地、特意地发出通知则意味着其他国家对可能影响本国利益的外国主张承担注意义务。因此，主张历史性捕鱼权国家公开、实际、有效地行使渔业权利的行为是判断其他国家对其历史性捕鱼权主张表达了默认的前提。应当认为，前述案例中国家通过国内立法、司法和行政执法等种种手段在政府层面有效地行使渔业权利的手段已经符合公开性的基本要求。事实上，前述案例中没有任何一个权利主张国曾就本国的历史性捕鱼权主张向其他国家发出特别的通知。

（二）默认的内容

默认的内容隐含在一系列作为和不作为当中，故往往需要通过推断才能确认，只有当对历史性捕鱼权主张的认可构成默认的内容时，相关的默认才能成立。　　国际法院在“渔业管辖权案”中认为冰岛承认了英国、德国在争议水域具有历史性的和特殊的渔业利益。法院认为 1961 年的冰岛与英、德两国的交换意见，特别是其中约定冰岛今后任何扩大渔区的行为必须在 6 个月前通知英国和德国的内容，暗示冰岛承认了英国、德国在冰岛 12 海里外邻接水域的渔业利益。此外，冰岛总理在 1971 年的声明中也提到了英国和德国在冰岛水域存在需要被保护的利益。彼得伦（Sture Petrén）法官就英国、德国的历史性捕鱼权提出反对意见，认为交换意见未提及英国在冰岛 12 海里专属渔区之外存在历史性权利。1961 年交换意见和冰岛总理的声明中确实没有提到“历史性权利”、“历史性捕鱼权”、“传统捕鱼权”等概念，这些概念如果出现了，则前述两项行为就构成了明示承认。但国际法院似乎将冰岛对英、德两国渔业利益的承认等同于对历史性捕鱼权的承认，这与两国在本案中对重大渔业利益强调，以及前文所述的重大渔业利益有助于判断国家有效行使渔业权利不无关系。可见，结合具体情况，对重大渔业利益的默认也可以合理推定为对历史性捕鱼权的默认。

（三）利益攸关国的默认具有代表性

国家在证明历史性捕鱼权主张获得国际社会普遍的默认时，一般只关注利益攸关国的态度。在同一地区的海上相邻国家是最典型的利益攸关国，在涉及历史性捕鱼权的海洋划界和领土争端的案例中，对方当事国就是首要的利益攸关国。但在殖民时期，本地区的外来殖民势力则取而代之成为主要的利益攸关国。

在“突尼斯/利比亚案”中，突尼斯试图证明第三国对其历史性捕鱼权表示默认。例如，在 19 世纪，突尼斯君主贝伊就有关渔业法令向外国领事发出通知且未受到任何外国官方的反对。又如，突尼斯君主贝伊在 1970 年与法国、英国和意大利债权人签订了公约，该公约允许突尼斯政府通过转让海绵和章鱼开发的收益抵偿债务。这些事实佐证了突尼斯的历史性捕鱼权在 19 世纪已经取得了利益攸关国的默认。利比亚也认为，这些关于突尼斯对定居种生物资源的所有权以及附属的养护和控制的权利取得一般默认的证据不存在分歧，因为突尼斯的这些权利存在的事实没有争议。

在“卡塔尔/巴林案”中，巴林极力证明英国对其传统珍珠采集的权利表示承认，主要依据有两项：1905 年英国皇室法律官的建议；英国 1911 年建议巴林在未予英国协商的情况下不对外国人颁发珍珠采集的许可。为驳斥巴林的主张，卡塔尔也举证证明英国政府在 1960 年致巴林的信函和 1962 年英国外交部备忘录等文件中均不承认历史性捕鱼权的效力。卡巴两国之所以如此重视英国的态度，原因是两国在 19 世纪初逐步沦为英国的保护国（protectorate），英国通过与被保护国签订协议的方式规定英国有权代表被保护国行使外交权力。当被保护国之间发生领土争端时，英国还扮演了调停者的角色。因此，在卡巴两国脱离英国的保护之前，虽然英国本身在海湾地区不存在领土主权和海洋权益，但英国有权利也有义务维护卡巴两国的相关利益，是重要的利益攸关国。国际法院在本案中并未讨论巴林的历史权利是否获得他国承认或默认的问题，若当国际法院需要对该问题作出认定时，英国的

态度必然起到重要的作用。

四、总结

历史性捕鱼权构成要件反映了历史性权利的一般性。考察涉及历史性捕鱼权的一系列国际司法裁决及相关的诉讼、仲裁文件后，可以将历史性捕鱼权的构成要件归纳为两个方面：国家有效、持续地行使渔业权利和其他国家的承认。

另外，历史性捕鱼权构成要件的具体内容及其在司法实践中的适用也因历史性捕鱼权本身的特殊性质而具有特殊性。例如，私人渔业行为具有久远的历史，是国家行使渔业权利的先导；国家重大渔业利益以长期渔业实践为基础，并因此成为判断国家有效行使渔业权利的重要因素，且其他国家对重大渔业利益的默认在一定情况下可以等同于对历史性捕鱼权主张也表达了默认；不同于历史性水域主张，历史性捕鱼权主张对于活动水域乃至特定的鱼类资源而言可能都不具有排他性，但这不影响对国家行使渔业权利有效性的判断。

研究历史性捕鱼权构成要件的一般性和特殊性及其内容的目的是更好地从个案角度把握每一个具体的历史性捕鱼权的国际法依据，这对中国维护南海断续线内的历史性权利意义重大。

网络主权：开启网络空间的“威斯特伐利亚时代”？

黄志雄*

摘要：近年来，各国越来越多地在网络空间行使国家主权，从而使网络空间从早期的“去主权化”阶段，开始进入一个新的“再主权化”阶段。这一发展态势的主要动因在于：各国“需要”并“能够”在网络空间行使主权，这也符合网络空间有序发展的需要。国家主权在网络空间的行使，不仅及于各国境内的网络基础设施，也可以及于网络空间的虚拟信息和数据。中国应当积极应对国际上有关网络主权的讨论日益走向条文化、具体化的态势。

关键词：网络空间 网络主权 国家主权 国际法

随着传统国际关系向网络空间的延伸，当前，网络空间正处于秩序构建和规则博弈的关键时期。国家主权能否以及如何在网络空间适用，是其中最为复杂、最具根本性的问题之一。这一问题的走向，不仅事关国家在网络空间的地位和作用，也事关网络空间国际秩序和国际法制度的构建。

一、网络空间：从“去主权化”到“再主权化”

一般认为，“网络空间”（cyberspace）是指包括互联网、电信网络、计算机系统和嵌入式处理器、控制器组成的相互依赖的信息技术基础设施。通常，这一术语还包括真实的信息环境和人们的相互交往。[1]

作为现代科学技术革命的结果，网络空间对人类生活的方方面面产生了深刻的影响，并已成为人类生活的一个新空间，即陆地、海洋、空气空间和外层空间之外的所谓“第五空间”（fifth domain）。在这一空间，人们依靠鼠标和屏幕进行着真实的、往往与现实世界无异的信息交流和相互交往。但另一方面，网络空间所具有的虚拟性和全球性，又使之与其他的传统空间有着显著的区别。那么，主权国家在网络空间治理中能够发挥何种作用？国家主权在网络空间究竟能否和如何适用？

回顾网络空间形成和发展的历史，在较长一段时间内，主权国家发挥的作用

* 武汉大学国际法研究所教授、博士生导师。本文是作者主持的2014年司法部国家法治与法学理论研究项目重点课题“网络空间主权与安全的法律问题研究”（14SFB1008）的研究成果之一。

[1] The White House, Cyberspace Policy Review: Assuring A Trusted and Resilient Information and Communications Infrastructure, http://www.whitehouse.gov/assets/documents/Cyberspace_Policy_Review_final.pdf. 一种相近的定义认为，网络空间“是指基于全球计算机网络化，由人、机器、信息源之间相互联结而构成的一种新型的社会生活和交往的虚拟空间”。参见罗楚湘：《网络空间的表达自由及其限制——兼论政府对互联网内容的管理》，载《法学评论》2012年第4期。

十分有限，网络用户在各种技术标准和服务使用合同基础上的自律（而不是政府监管或“他律”），成为网络空间有序运行的基础。因此，网络空间被视为一个自由放任的“自主体系”，倡导网络空间“自我规制”、反对将现实空间的各种政府管制延伸到网络空间的观念曾经十分盛行。1996 年美国著名网络活动家约翰·巴洛（John Perry Barlow）发表的《网络空间独立宣言》就是这一观念的鲜明代表。在该宣言中，约翰·巴洛以网民代言人的姿态向世界各国政府声称：“你们在我们中间不受欢迎。你们在我们居住的地方没有主权。你们没有道义上的权利来统治我们；你们也不拥有我们确实需要害怕的执行手段。网络空间不存在于你们的边境之内。”[1]

上述排斥主权国家干预和规制网络空间的观念，在学界同样得到过广泛支持。美国学者大卫·约翰逊和大卫·波斯特在 1997 年发表的一篇著名文章中，对网络空间的独立性和独特性进行了这样的描述：

“基于电脑的全球通信超越了领土边境，创建了人类活动的一个新领域并削弱了以地理边界为基础的的法律的可行性和正当性。在这些电子通信打乱地理边界的同时，一种由屏幕和密码组成的新的边界出现了，这些屏幕和密码将一个事实上的世界同由原子组成的“真实世界”隔离开来。上述新的边界确立了一个独特的网络空间，它需要并能够创立它自己的法律和机构。”[2]

不仅如此，反对国家主权适用于网络空间的态度似乎也体现在相关国家的政策和实践中。例如，以美国为代表的一些国家公开主张：网络空间是一个类似外层空间和公海的“全球公域”（global commons）。在美国国防部出台的 2005 年《国土防御与公众支持战略》中，提出“全球公域包括国际水域、空气空间、外层空间和网络空间”。[3]时任美国国务卿的希拉里·克林顿在 2010 年发表的网络自由谈话中，也强调网络空间是一个“网络化的全球公域”，并以此对中国等国家的互联网管理政策横加指责。[4]

上述“去主权化”的观念，不仅符合网络空间早期发展相对独立于国家的现实，更重要的是，它与人们对网络空间特点和属性的认知密切相关：既然网络空间是一个全球性和无边界性的空间，那么，以国家对特定领土的排他性控制为基础发展起来的主权，就不可能也不应当延伸适用到这一空间。

但事实上，为了应对各种不断增多的网络安全威胁，从 1990 年代后期起，各主权国家越来越多地参与到网络空间治理中，并在不同程度上、以不同形式在

[1] John Perry Barlow, A Cyberspace Independence Declaration, 8 February 1996, http://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration.

[2] David R. Johnson & David Post, Law And Borders---The Rise of Law in Cyberspace, in Stanford Law Review, Vol.48 (1997), p.1367.

[3] US Department of Defense, The Strategy for Homeland Defense and Civil Support, http://www.defenselink.mil/news/Jun2005. 美国国防部 2010 年发布的《四年防务评估报告》也作出了基本相同的表述。See U.S. Department of Defense, Quadrennial Defense Review Report, February 2010, p.8.

[4] Hillary Rodham Clinton, Remarks on Internet Freedom (Jan. 21, 2010), http://www.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2010/01/135519.htm

该空间行使主权，从而导致了网络空间所谓“国家的回归”态势。[1]例如，美国作为当今世界唯一的超级大国和互联网技术最为发达的国家，它一方面长期倡导“互联网自由”，另一方面也是网络安全立法方面最发达的国家之一，特别是“9·11 事件”以来，美国先后通过了《爱国者法》、《国土安全法》、《保护美国法》等法案，对互联网加以更为严密的监控。[2]

事实上，由于网络空间的发展带来的网络安全等问题和挑战具有全球性，采取不同措施对网络空间进行规制和管理，是包括西方发达国家在内的各国普遍做法。除了美国外，英国、德国、俄罗斯、日本、韩国等国家也制定了国内立法，对互联网信息安全加以监管。[3]换言之，与网络自由主义者的主张和期待相反，国家和政府行为体通过法律化、制度化途径，正重新确立其在网络空间的权威；与互联网发展初期缺乏有效的管制规则相比，近年来越来越多的国家开始制定和实行针对网络空间行为规范的法律规范，明确了网络使用者、服务和内容提供者、网络信息和行为所涉管理机构等各方之间的权利和责任分配，从而将互联网有效纳入国家权威的管辖之下。[4]

基于这一现实状况，国家主权在网络空间的适用得到了日益广泛的承认。例如，2003 年联合国信息社会世界峰会通过的《日内瓦原则宣言》明确表示：“互联网公共政策的决策权是各国的主权”。2013 年 6 月联合国信息安全政府专家组达成的一份共识性文件指出：“国家主权和在主权基础上衍生的国际规范及原则适用于国家进行的信息通信技术活动，以及国家在其领土内对信息通信技术基础设施的管辖权。[5]之后，2013 年“伦敦进程”首尔会议通过的《首尔框架和承诺》也以基本相同的措辞，重申了联合国信息安全政府专家组上述文件中有关国家主权原则适用于网络空间的共识。[6]由 20 名西方国家相关专家历时三年完成、2013 年 3 月由英国剑桥大学出版社出版的《关于可适用于网络战的国际法的塔林手册》（简称“《塔林手册》”），在规则 1（主权）指出：“一国有权对其领土内的网络

---

[1] Ralf Bendrath & Jeanette Hofmann, The Return of the State in Cyberspace---Regulation and Legitimacy on the Internet: The Domain Name System and Privacy, http://kms2.isn.ethz.ch/serviceengine/Files/CRN/46735/ieventattachment_file/D2F01D8A-41C7-4461-BD32-556D7FEA976B/en/BendrathHoffmann_The-Return-of-the-State-in-Cyberspace-final.pdf.

[2]参见尹建国：《美国网络信息安全治理机制及其对我国的启示》，《法商研究》2013 年第 2 期。

[3] 参见顾华详、安娜：《国外依法保障网络信息安全措施比较与启示》，载《法治论坛》2011 年第 2 期。

[4] 刘杨钺、杨一心：《网络空间“再主权化”与国际网络治理的未来》，《国际论坛》2013 年第 6 期，第 1 页。

[5] See United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (24 June 2013), Sixty-eighth session, A/68/98, para.11, paras. 19-20. 联合国信息安全政府专家组全称为“国际安全背景下信息和通讯领域的发展政府专家组”，由中国、俄罗斯、美国、英国等主要国家的代表组成，具有广泛的国际代表性，并且在网络空间国际法规则的制定中发挥着越来越重要的作用。

[6] *Seoul Framework for and Commitment to Open and Secure Cyberspace*, http://www.mofat.go.kr/english/visa/images/res/SeoulFramework.pdf, 7 December 2014. 由英国政府于 2011 年牵头发起的“伦敦进程”，是当前围绕网络空间治理一个独特的国际磋商和对话进程。相关详情可参见黄志雄：《2011 年“伦敦进程”与网络安全国际立法的未来走向》，《法学评论》2013 年第 3 期。

基础设施和网络活动行使控制。”[1]尽管这些文件使用的措辞和表述有所不同（如网络空间的国家主权、网络主权等），但国家主权在网络空间的适用已经在国际实践中得到普遍认可。

二、国家在网络空间行使主权的原因

曾经长期游离于主权国家规制范围之外、被认为是一个“自足体系”的网络空间，为什么会在近年来走向“再主权化”？可以从以下三个方面对此来加以阐释。

第一，主权国家“需要”在网络空间行使主权。

网络空间的发展，深刻地影响着人类生活的方方面面。在当代社会，互联网及在此基础上发展起来的网络空间构成了各国以信息化方式运作的金融、商贸、交通、通信、军事、思想文化等系统的神经中枢，信息网络正在成为与土地及其他有形资本一样重要的权力资源，对国家实力、国家安全和国际关系发展起着关键性作用。[2]无可否认，开放和充满活力的互联网是经济增长和社会进步的巨大推动力，但随着互联网的普及，网络袭击、网络犯罪、网络间谍、网络军备竞赛等网络安全的问题日益引发关注。同时，网络作为一种全新的信息传播方式，对各国的政治稳定和社会发展也有着举足轻重的影响。例如，在 2010 年底以来被称为“阿拉伯之春”的西亚北非动乱和政权更迭中，“脸谱”（Facebook）、“推特”（Twitter）等网络社交媒体对于反政府力量的组织联络发挥了很大作用。2013 年的“棱镜门”事件，更是对各国围绕信息安全问题的博弈产生了深远影响。根据 2013 年 6 月美国国家安全局承包商雇员爱德华·斯诺登叛逃后的大量爆料，美国依仗其互联网技术优势和对网络资源的垄断，长期对包括中国在内的众多国家进行持续和大规模的监听、窃密行为。

联合国信息社会世界峰会 2005 年通过的《突尼斯承诺》指出：“如果信息通信技术的使用违背了维护国际稳定和安全的目标，并可能对各国基础设施的完整性造成负面影响而有损于国家安全，就必须以有效手段应对由此产生的挑战和威胁。”[3]网络安全问题引发的广泛关注，足以解释为何各国普遍把网络安全作为国家信息安全乃至战略安全的重要组成部分，并通过不同措施对网络空间加以管制。在 2011 年叙利亚骚乱开始后，叙利亚政府下令切断了该国境内所有的互联网服务；白俄罗斯屏蔽了各种社交网络；土耳其政府要求网络服务提供商进行信息屏蔽；许多国家推动使用具有政治疆域色彩的本国域名（.cn、.fr、.uk 等），伊朗等国甚至在策划建立本国局域网。[4]

---

[1] Michael Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2013, p.15.

[2] 申琰：《互联网与国际关系》，人民出版社 2012 年版，前言第 1-3 页。

[3] 联合国信息社会世界首脑会议 2005 年通过的《突尼斯承诺》，http://www.un.org/chinese/events/wsis/promises.htm

[4] See Stephen Gourley, Cyber Sovereignty, in Panayotis Yannakogeorgos & Adam Lowther (eds.), Conflict and

第二，主权国家“能够”在网络空间行使主权。

“网络空间”这一名称，最早出现在科幻小说中。[1]尽管从网络空间与现实世界的紧密关联来看，将网络空间理解为一个“空间”也有其合理性，[2]但该空间绝非大多数“去主权化”论者所主张或暗示的那样，是一个远离现实世界的独立和独特的空间。事实上，网络空间的物质基础、活动者都与现实世界有着复杂的重合和互动关系。一般认为，网络空间既包含有形的网络基础设施（计算机、服务器、电缆光纤等等），也包含虚拟的信息层面。[3]就各种网络基础设施而言，它们通常而言总是位于特定国家的领土范围内，并显然会受到各有关国家主权的支配。同样地，那些在网络空间从事网络活动（如收发电子邮件、撰写博文等）的人员（即所谓“网民”）通常也总是位于特定国家的领土范围内，并受到该国法律的管辖。显然，对于这些同时“穿越”于虚拟网络空间和现实世界之中的网络基础设施和人员，国家毫无争议地可以对之行使主权。

而且，即使是对于网络空间的虚拟信息层面，国家也可以行使主权。2000 年 4 月，法国互联网用户在网上发现美国雅虎公司驻欧洲分支网站拍卖纳粹物品，而法国雅虎公司则为法国的用户提供了相关链接。巴黎国际反种族主义和反犹太人歧视联盟等团体在法国巴黎大审法院以美国雅虎公司为第一被告、法国雅虎公司为第二被告提起了诉讼，法院最终判决：美国雅虎公司应采取一切可能的技术手段阻止法国用户对其亲纳粹物品拍卖网站的访问，否则将处以每日 10 万法郎的罚金。该案成为国家通过司法手段对网络信息内容进行审查和管理的一个经典案例。

还应看到，当代信息技术的发展，为各国明确其网络主权的“边界”提供了更大的可能性。例如，中国互联网监管的主要手段之一，是通过“金盾工程”（Golden Shield）[4]对国内外网站进行信息过滤或屏蔽，其运作方式据分析如下：

Cooperation in Cyberspace: The Challenge to National Security, Taylor & Francis, 2014, p.277.

[1] 1984 年，移居加拿大的美国科幻作家威廉·吉布森（William Gibson）写下了一本书名为《神经漫游者》（Neuromancer）的长篇科幻小说。该小说描写了一名受雇于某跨国公司的反叛者兼网络独行侠凯斯，被派往全球电脑网络构成的空间里去执行一项极具冒险性的任务。进入这个巨大的空间（吉布森取名为“网络空间”，Cyberspace），凯斯并不需要乘坐飞船或火箭，只需在大脑神经中植入插座，然后接通电极，电脑网络便被他感知。当网络与人的思想意识合为一体后，即可遨游其中。在这个广袤的空间里，看不到高山荒野，也看不到城镇乡村，只有庞大的三维信息库和各种信息在高速流动。小说出版后，好评如潮并获得多项大奖，“网络空间”的名称也由此开始被广泛使用。参见百度百科“网络空间”条目：http://baike.baidu.com/link?url=1Jp2wQNsrWU_BnZzA5i72q_XdpZAea564xSCWuMdVDt7X6U7vRbTIEzB-TGdbpjazUvS1NjerijPNZCsku760K

[2] See Julie Cohen, Cyberspace as/and Space, in Columbia Law Review, vol.107 (2007), pp.213-215.

[3] See Joseph Nye, Nuclear Lessons for Cyber Security? Strategic Studies Quarterly Winter 2011, p.19.

[4] 国外一般称为“中国防火长城”（the Great Firewall of China）。根据“维基百科”的解释，“防火长城主要指中国政府监控和过滤互联网内容的软硬件系统，由服务器和路由器等设备，加上相关的应用程序所构成。它的作用主要是监控网络上的通讯，对认为不符合中国官方要求的传输内容，进行干扰、阻断、屏蔽。由于中国网络审查广泛，中国国内含有“不合适”内容的的网站，会受到政府直接的行政干预，被要求自我审查、自我监管，乃至关闭，故防火长城主要作用在于分析和过滤中国境内外网络的信息互相访问。中国工程院院士、北京邮电大学校长方滨兴是防火长城关键部分的首要设计师。”参见维基百科“防火长城”条目，http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%98%B2%E7%81%AB%E9%95%BF%E5%9F%8E.

由于中国的互联网服务是由位于北京、上海和广州的 6-8 个国有经营者负责管理的主干网络来控制的，在每一条主干网络，中国政府都要求中国移动等国内运营商使用思科（Cisco）提供的设备进行检查，相关信息通过由中国政府控制的互联网路由器时，那些含有政治上敏感或有争议主题的信息就会被发现；相关路由器可能经过编码使相关信息消失，或将互联网用户重定位到“安全”的网站。在实践中，中国政府管理着一份根据 IP 地址或网页地址（URL）加以识别的被禁止网站“限制接入名单”（例如，“脸谱”、“推特”等网络社交网站在中国被禁止）。尽管中国政府采取的这一互联网监管措施历来受到西方国家的批评和责难，但它至少表明，“由于对互联网的广泛使用依赖于相应的有形设施，一个国家只要控制了这些有形设施，就能够控制网络空间。”[1]

第三，正如国家主权对于现实世界的国际和国内秩序不可或缺，网络空间的稳定有序发展也离不开国家主权的保障和规制。

网络空间是人类利用现代信息技术发展起来的一个人造空间，这是网络空间与海洋、外空等被称为“全球公域”的空间一个显著的区别——那些空间是自然存在、被人类发现而非创建。由此产生的另外一个区别是，与其他空间不同，网络空间的有序发展也依赖于人类包括国家主权的保护。[2]这是因为，随着网络空间的发展特别是网络用户群的急剧扩大和用户成分的日益复杂，网络侵权、网络病毒以及黑客攻击等各种不法行为以及安全威胁不断涌现。实践表明，网络空间“自我规制”下的自由放任状态，不仅将对现实世界产生种种消极乃至破坏性后果，还将危及维护网络空间自身的运行秩序。

换一个角度来看，网络空间以现实世界的资源、技术为支撑，以社会性为核心，网络空间的所有行为，均必须受制于现实社会的需求。网络行为一旦扰乱了现实社会秩序，破坏了法律规则所构建的利益平衡，就会出现“皮之不存，毛将焉附”的局面。[3]

总之，“去主权化”只是网络空间发展进程中的一种阶段性和过渡性的观念，它体现着浓郁的乌托邦色彩。从根本上说，网络空间的“再主权化”，是由国家的现实需要和技术能力决定的。其实，网络空间的发展，至始至终都依赖于各主权国家领土内的网络基础设施，其“网民”至始至终都是各主权国家的公民，在这一意义上说，它至始至终都受到国家主权的支配和管辖。“去主权化”观念在很大程度上反映了网络空间早期发展相对独立于国家干预的实际状况，但十分偏颇地夸大了国家主权适用于网络空间的难度。其实，各国之所以在这一时期早期

[1] Timothy Wu, Cyberspace Sovereignty?—The Internet and the International System, Harvard Journal of Law and Technology, vol.10 (1997), p.651.

[2] See David Midson, Geography, Territory and Sovereignty in Cyber Warfare, in Hitoshi Nasu & Robert McLaughlin (eds.), New Technologies and the Law of Armed Conflict, T.M.C. Asser Press, 2014, p.79.

[3] 参见罗楚湘：《网络空间的表达自由及其限制——兼论政府对互联网内容的管理》，载《法学评论》2012 年第 4 期。

较少参与网络空间治理和规制，从根本上说是因为网络空间较为成功的自我规制使它们缺乏干预网络空间事务的“需要”。但随着各种不法行为以及安全威胁不断涌现，国家不可能继续对此采取听之任之的态度，网络空间的“再主权化”就成为一种必然的趋势。正如一位美国学者所说：认为网络空间不适用主权忽视了网络空间需要主权提供的稳定和规制、国家有正当利益在网络空间行使控制的事实。[1]

三、网络主权的法律内涵

网络空间的“再主权化”，并非意味着各国围绕国家主权在网络空间的行使已经不存在分歧和挑战。一位西方学者指出：国家能否在网络空间行使管辖权这个“第一代问题”已经得到解决，现在面临的是如何行使管辖权这个“第二代问题”。[2]就国家主权在网络空间的行使问题而言，同样地，目前关键的分歧也在于国家主权应当如何（而非能否）在网络空间行使。

网络空间存在和发展的时间相对较短，它本身也在随着现代信息技术的发展而迅猛发展。目前可以确定的是，与此前人类涉足的陆地、海洋、空气空间、外层空间等空间相比，网络空间的构成更为复杂和特殊。在此情况下，人类对于这一新空间的认识还在不断深化之中，国家主权在网络空间的行使也必将处于发展演进之中。从学界对于网络空间的基本认识和相关的国家或国际实践来看，笔者认为：“网络空间”的构成是多样化而不是单一的，因此，国家主权在网络空间的行使也不宜一概而论，而应加以具体分析和区别对待。

首先，关于网络空间的物理构成即网络基础设施。如前所述，网络空间作为一个人造的空间，是由现实世界的不同国家包括有关企业、个人通过电脑、路由器、服务器等各种基础设施创造的空间，这些基础设施是网络空间的物理基础或硬件基础。由于通常而言有关基础设施总是分布在不同主权国家领土范围之内，从原则上说，各国对这些网络基础设施可以行使完全和排他的主权。

至于那些位于特定国家领土之外的网络基础设施（如铺设在国际海底的光纤电缆），这些设施同样可以通过确定其所有者（如中国电信），而由该所有者所属的国家行使相应的主权权力。[3]

其次，关于网络空间的虚拟信息。互联网已经成为当代信息传播与交流最重要的载体之一，这也决定了海量信息的传输和储存是网络空间的一个核心功用。

---

[1] Patrick Franzese, Sovereignty in Cyberspace: Can It exist? In Air Force Law Review, vol.64 (2009), p.10.

[2] Benedikt Pirker, Territorial *Sovereignty and Integrity and the Challenges of Cyberspace*, in Katharina Ziolkowski (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace: International Law, International Relations and Diplomacy,* CCDCOE, 2014, p. 194.

[3] 这里，正如一国领土组成部分（如特定土地、森林）即便从国内法看属于私人所有也不会影响其在国际法上完全受该国主权支配，有关网络基础设施在国内法层面是私人所有还是国有也不会影响一国对该设施行使主权。

特别是随着计算机和互联网技术的广泛应用，人类已经从单纯相互联结的“互联网时代”步入对信息搜集和挖掘的“大数据时代”。[1]因此，国家能否对网络空间的数据行使主权，是一个十分复杂和关键的问题。

前文已经述及，基于对网络基础设施的控制，国家完全有能力对网络空间的虚拟信息和数据行使主权和相应的管辖权。不过，由于网络空间的全球性和数据的可复制性，数据的跨国存储和全球传输成为一种常见现象，这也对国家主权和管辖权的行使提出了挑战。笔者认为，可以考虑借鉴海洋法上船舶的国旗国管辖制度来解决这一问题。具体而言：

——一国政府、企业和个人所有的信息和数据，原则上由该国（“所有国”）行使主权，如无下文所列例外情形，只能由该国行使管辖权；

——一国（包括企业、个人）存储在另一国（“所在国”）服务器上的信息和数据，可以参照船旗国制度接受所在国和所有国的双重管辖；

——一国在全球互联网传输的信息和数据，所有接入互联网的国家都有可能行使管辖权，但在具体个案中则将如 2000 年“雅虎案”所揭示的那样，由特定国家根据有关信息和数据是否违法该国国内法等标准来决定是否行使管辖权。

再次，关于特定网络资源。这主要涉及互联网协议（IP）地址、协议标识符、通用顶级域名（gTLD）以及国家和地区顶级域名（ccTLD）、根服务器等等。这些网络资源目前主要是由设立于美国加州的非营利组织“互联网名称与数字地址分配机构”（ICANN）加以管理和分配。原则上，这些全球性的网络资源不应受到某一国家主权的支配，但是，可以提出的两个问题是：

第一，分配到一国的 IP 地址以及国家和地区顶级域名（如.cn、.uk 等）是否处于一国主权支配之下？这一点，在法律上似乎并没有得到确认，但实践中有可能朝接受国家主权支配的方向发展。

问题之二：如何界定根服务器的法律地位？目前，全球共有 13 个互联网根服务器，其中 10 个在美国（包括一个最重要的总根服务器），两个在日本，1 个在澳大利亚。这些根服务器是全球网络空间最重要的基础设施之一，因此，似乎不宜将它们简单视为所在国的网络基础设施并受该国主权管辖。但是，这些根服务器与所在国国家主权之间的关系，仍有待进一步澄清。

由此可见，国家的网络主权既包括对其境内有形网络基础设施的主权，也包括对无形网络信息和数据的主权（即所谓“信息主权”或“数据主权”），二者缺一不可。在现实中，一些西方网络大国及其学者往往强调国家对有形网络基础设施的主权而淡化甚至否定信息主权或数据主权。[2]这种对网络主权加以狭义理解

[1] 参见梁亚滨：《网络空间：大数据时代国家博弈的新领域》，载《计算机与网络》2014 年 20 期。

[2] See e.g. Michael Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2013, pp.15-17; Wolff Heintschelvon Heinegg, *Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyberspace*, in C. Czosseck, R. Ottis, K. Ziolkowski (Eds.), 2012 4th International

的倾向，是有其目的和用意的。如同海洋法上有关领海宽度的争论所表明的那样，大国往往力图推动对主权含义和适用范围的限制性解释，以便使本国获得更大的自由行动空间。但是，将网络主权限制于对网络基础设施的主权是片面和有害的，它实际上将使某些大国利用网络空间互联互通的特点获得更多干涉和侵犯他国网络主权的自由。

当然，权利和义务总是相伴而行。网络主权不仅赋予国家对特定网络基础设施、网络数据以及网络活动在所有、使用、管辖等方面的权利，同时也必然伴生着国家在网络空间的义务。

第一，任何国家不能利用网络设施从事或指挥、控制私人从事违反本国义务的行为（如干涉他国内政、网络攻击和网络监控）。国家不得利用其领土从事违反其国际义务的行为（包括侵犯他国主权和干涉他国内政），这在国际法上久已得到确认。如果一项违反国际义务的行为是一国利用其本国或另一国领土内的网络设施来从事的，当然不能改变该行为的不法性。另外，根据 2001 年《国家责任条款》第 8 条的规定："如果一人或一群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法所指的一国的行为。"因此，一国指挥、控制私人（如黑客组织或个人）从事违反其国际义务的行为，同样将构成该国的国际不法行为。

第二，各国应对本国境内私人使用网络基础设施对他国从事违法行为加以监控，但这种监控义务应与其能力相当。如果甲国境内与政府无关的私人行为体对乙国发起网络攻击，该攻击行为不应被视为甲国的行为并由甲国承担相应法律责任。当然，这并不意味着甲国对其境内私人行为体的行为无需承担任何义务。在"科孚海峡案"中，国际法院曾经作出以下经典表述：一国不应"在知情的情况下允许其领土被用于从事有损他国权利的行为"。[1] 但是，由于网络攻击的隐秘性等特点，在没有证据证明存在甲国政府对私人行为体的指挥或控制，或攻击来自甲国境内但攻击者身份难以查实的情况下，一些西方国家政府和学者极力主张，应当对网络攻击实行"转嫁的责任"（imputed responsibility），即如果一国未能采取必要的措施来预防从该国领土内发起的网络攻击，这些网络攻击将被转嫁于该国，并因此而产生该国的国家责任。[2]但是，这一主张不适当地放宽了现有国际法上的归因标准、扩大了（疑似）攻击源头国的责任范围，有着很大的片面性和危险性。[3]

Conference on Cyber Conflic, NATO CCD COE, p.7.

[1] International Court of Justice Reports of Judgments, *The Corfu Channel Case* (The United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment of 9 April 1949, p.22.

[2] See e.g. David E. Graham, *Cyber Threats and the Law of War*, Vol. 4 Journal of National Security Law and Policy (2010), pp.93-96.

[3] 对这一问题更加详尽的讨论可参见：黄志雄：《论网络攻击在国际法上的归因》，载《环球法律评论》2014 年第 5 期。

第三，网络空间互联互通的特点也可能产生国家在网络空间的某些义务。例如，一国境内的路由器和光纤电缆无疑受该国主权支配，但另一方面，它们也构成网络空间的组成部分。为了保证网络空间的互联互通，国家在对这些网络基础设施行使主权和管辖权时是否应当受到某些限制？另外，网络空间互联互通的特点也决定了有关数据往往同时在多个国家存储和传输，这对国家的数据和信息主权有何影响？这些问题都有待通过未来的国际实践加以进一步澄清。

在网络主权问题上，西方国家总体上倾向于弱化各国所享有的权利，而突出强调各国应承担的义务。这一倾向，有利于它们要求其他国家在网络安全等领域承担更多义务。有学者曾经就美国政府和美国学者的相关立场作出了一针见血的评论："（更加倾向于降低责任的门槛）这个姿态背后的逻辑是易于指责对方，而对方因为技术能力远不如美国强大，所以抓不到美国政府承担责任的证据。"[1]但是，在 2010 年伊朗核设施受到的"震网"病毒攻击中，正是美国和以色列联手攻击伊朗网络基础设施、侵犯伊朗网络主权。2013 年"棱镜门"事件所曝光的美国政府针对其他国家进行的大规模网络窃密和监控再次表明，应坚决反对一些大国在网络主权问题上采取的霸权主义和双重标准做法。

四、中国对网络主权问题的立场即相关对策建议

中国高度关注和重视网络主权问题，近年来积极倡导尊重和维护各国的网络主权，并以此作为我国关于网络空间国际法和国际秩序的核心主张之一。

2010 年"谷歌退出中国事件"，是中国与美国等西方国家在网络主权问题上一次影响深远的"遭遇战"。[2]2010 年初，互联网巨头谷歌公司借口受到来自中国的黑客攻击和中国政府限制互联网言论自由，试图通过威胁退出中国市场迫使中国政府改变现有互联网管理政策。在该事件中，美国等西方国家以国际法（特别是国际人权法上有关表达自由的规定和 WTO 法上有关货物贸易和服务贸易自由化的规定）为依据，对我国互联网监管措施加以批评。中国政府也多次针锋相对地发表声明，强调中国依法管理互联网，有关管理措施符合国际通行做法，并"坚决反对将商业问题政治化"。[3]在 2010 年 6 月 8 日发表的《中国互联网状况》白皮书中，中国政府进一步提出："互联网是国家重要基础设施，中华人民共和国境内的互联网属于中国主权管辖范围，中国的互联网主权应受到尊重和维护"；"中国恪守世界贸易组织成员应履行的普遍性义务和具体承诺义务，依法保护外资企业在华合法权益，并积极为在华外资企业依法开展与互联网相关的经营业务

[1] 参见冷新宇：《网络攻击中国家责任的判别标准》，《西安政治学院学报》2014 年第 2 期，第 100 页。

[2] 下文关于"谷歌事件"的介绍和法律分析，可另参见黄志雄、万燕霞：《论互联网管理措施在 WTO 法上的合法性——以"谷歌事件"为视角》，载孙琬钟主编：《WTO 法与中国论丛（2011 年卷）》，知识产权出版社 2011 年版，第 277-294 页。

[3] 《国新办网络局负责人就谷歌退出中国内地发表谈话》，http://news.china.com.cn/txt/2010-03/23/content_19661008.htm.

提供良好的服务”；“依法保障公民在互联网上的言论自由，保障公众的知情权、参与权、表达权和监督权”。[1]这些政策宣示，初步展现出中国对于网络主权问题的基本主张。

2014 年 7 月，国家主席习近平在巴西国会发表《弘扬传统友好 共谱合作新篇》的演进中强调：当今世界，互联网发展对国家主权、安全、发展利益提出了新的挑战，必须认真应对。虽然互联网具有高度全球化的特征，但每一个国家在信息领域的主权权益都不应受到侵犯，互联网技术再发展也不能侵犯他国的信息主权。在信息领域没有双重标准，各国都有权维护自己的信息安全，不能一个国家安全而其他国家不安全，一部分国家安全而另一部分国家不安全，更不能牺牲别国安全谋求自身所谓绝对安全。[2]在 2014 年 11 月致首届世界互联网大会的贺词中，习近平主席再次强调，中国愿意同世界各国携手努力，本着相互尊重、相互信任的原则，深化国际合作，尊重网络主权，维护网络安全，共同构建和平、安全、开放、合作的网络空间，建立多边、民主、透明的国际互联网治理体系。

具体而言，中国政府强调国家主权原则在网络空间的适用，认为网络主权是国家主权在网络空间的自然延伸，应受到尊重和维护；各国有权根据本国的网络发展水平、历史传统、文化语言和风俗习惯等，在充分考虑本国广大民众意愿和适当借鉴国际通行做法的基础上，制定本国的网络公共政策和法律，并依法管理互联网。[3]中国与俄罗斯等六国共同向联合国大会提出的《信息安全国际行为准则》，也重申与互联网有关的公共政策问题的决策权是各国的主权，强调各国有责任和权利依法保护本国信息空间及关键信息基础设施免受威胁、干扰和攻击破坏。[4]

由此可见，中国不仅是最早倡导网络主权的国家之一，并且在近年来的多个重要国际场合对网络主权的内涵和重要意义一再加以申明，从而对网络主权的确立和澄清发挥了十分重要的作用。中国政府所主张的网络主权，既包括一国对其境内网络基础设施的主权，也包括一国制定本国的网络公共政策和法律、依法管理互联网和保护本国信息空间的主权，因而是一种综合、全面的网络主权观。值得注意的是，中国政府还倡导应以《联合国宪章》确立的国家主权原则等国际法基本原则作为网络空间国际法治的基石。[5]目前，西方国家在探讨国际法在网络空间的适用时，往往有意无意地对该原则加以回避或淡化，而使自卫权等例外“喧

[1]参见《中国互联网状况》白皮书（2010 年 6 月 8 日中国国务院新闻办公室发表），http://news.xinhuanet.com/politics/2010-06/08/c_12195221.htm。

[2] 习近平：《弘扬传统友好 共谱合作新篇——在巴西国会的演讲》（2014 年 7 月 17 日，巴西利亚），http://news.xinhuanet.com/world/2014-07/17/c_1111665403.htm

[3] 参见《黄惠康司长在网络问题布达佩斯国际会议上的发言》，载《中国国际法年刊（2012）》，法律出版社 2013 年版，第 718 页。

[4] 《信息安全国际行为准则》，A/69/723 (2015 年 1 月 13 日)，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/tytj_611312/zcwj_611316/P020150316571763224632.pdf

[5] 《中国代表在中美互联网论坛上的发言》，载《中国国际法年刊（2013）》，法律出版社 2014 年版，第 666 页。

宾夺主”。网络主权的确立（包括尊重国家根据实际情况对本国境内网络基础设施和网络活动进行管理的主权权利），有助于纠正上述偏差。

当然，围绕着国家主权应当如何在网络空间行使这一问题，各国的分歧还将长期存在。从 2014 年 7 月开始的新一届联合国信息安全政府专家组正在就国际法（包括国家主权原则）适用于网络空间的有关问题加以进一步探讨，并有可能在 2016 年提交的专家组报告中对此作出具体阐述。2013 年出版的北约《塔林手册》中，只有少数几条规则（规则 1-9）涉及网络主权相关问题。发起该手册编写工作的北约“网络合作防御卓越中心”正在针对不构成使用武力的“低烈度”网络行动，从平时国际法角度编纂一份新的《塔林手册》（又称“塔林 2.0 版”），将对网络主权相关问题进行更多的阐述。[1]面对国际上有关网络主权的讨论正在走向条文化、具体化的态势，中国没有理由置身事外，而应当积极谋划和应对。一方面，我国应进一步加强有关网络主权问题的研究，包括我国和其他国家相关主张的比较研究。另一方面，我国还应在联合国信息安全政府专家组、《伦敦进程》等相关国际场合积极推出我国的有关主张，使之最大程度地得到国际社会的认可和接受。

五、初步结论

在网络时代，“没有网络安全就没有国家安全”的观念日益得到接受。同样地，“没有网络主权就没有国家主权”的观念也必将得到接受。网络主权是国家主权在网络时代的自然延伸，它丰富和扩大了国家主权的内涵。同时，网络主权也是应对主权国家在网络空间正当安全关切的必然产物。如两位美国著名学者所说：“对于互联网的未来，最大的危险不是来自于政府的过度反应，而是来自于政府根本不反应。”[2]正如国家主权原则是现代国际秩序和国际法的基石，网络主权原则也将是网络空间国际秩序和国际法的基石。

网络主权的确立，也使网络空间的“威斯特伐利亚时代”开始初具雏形。[3]网络主权的确立有其必然性和合理性，是网络空间国际治理向正确方向迈出的重要一步，但它不是解决网络空间所有问题的“灵丹妙药”，它也并不意味着赋予各国无限制地管理网络和干预网络的权力，更不应被用于使网络空间分裂化、碎片化。近年来，许多国家国家网络“不安全”观念不断强化，2013 年“棱镜门”事件所曝光的美国政府从事的各种大规模网络监控和窃密，尤其影响深远。这一态势的发展，有可能促使各国越来越多地加强网络安全管制，甚至威胁网络空间

[1] “塔林 2.0 版”仍由迈克·施密特教授牵头编写，预计在 2016 年完成并由剑桥大学出版社出版。See CCDCOE, *The Tallinn Manual*, http://www.ccdcoe.org/tallinn-20.html, July 7, 2014.

[2] See Jack Goldsmith & Timothy Wu, Who Controls the Internet?: Illusions of A Borderless World, Oxford University Press, 2008, p.145.

[3] 关于网络空间“威斯特伐利亚时代”的名称和含义，可参见：Chris Demchak & Peter Dombrowshi, Rise of a Cybered Westphalian Age, in Strategic Studies Quarterly, Spring 2011, pp.32-61,

的可持续发展。[1]面对这一新的挑战，主要网络大国应承担更大责任，避免滥用其在网络领域的优势地位威胁他国的网络安全。另一方面，各国还应加强对话与合作，增进网络空间的互信。

[1] 例如，巴西等多个在国家“棱镜门”事件后开始考虑数据本土化存储的要求。See Paulo Trevisani & Loretta Chao, Brazil Retreats on Plan That Drew Google's Fire, Wall Street Journal, March 20, 2014, http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304026304579449730185773.

跨国公司国际刑事责任的国际司法实践

宋佳宁*

摘要：纽伦堡审判之后，学界对公司（包括跨国公司）国际刑事责任的讨论从未中断过。其中最为核心的问题有二：其一，跨国公司是否有能力从事国际犯罪活动？其二，如对于上述问题的回答是肯定的，那么从事国际犯罪活动的跨国公司是否具有国际刑事主体资格？本文将从国际司法实务领域出发，从早期的司法实践活动谈起，重点对国际刑事审判机构，即前南刑庭、卢旺达刑庭和国际刑事法院对跨国公司国际刑事责任问题的态度和司法实践活动进行分析和探讨。

关键字：跨国公司；国际刑事责任；国际刑法

一、纽伦堡军事法庭的态度

早期的公司国际刑事责任的司法实践活动，要从纽伦堡审判中的个人国际刑事责任谈起。个人的国际刑事责任，是指“个人承担国际刑事责任的事实存在。”[1]由于目前主要国际刑事审判机构都尚未享有对公司的刑事管辖权，因此在处理涉及以公司为媒介严重侵犯人权的案件时，法院只能通过以起诉实际施暴的涉案公司员工的方式来实现对正义的伸张。又鉴于国际刑事司法审判机构本身存在案件积压严重，资金、人力资源等方面的极度不足，因此，法院在审理类似案件时多仅起诉位于“最高端”的公司高管或董事。同时，由于与国内刑法不同，在国际刑事审判活动中所涉犯罪具有复杂性及影响力极广的本质特征，故而对于相关国际犯罪行为中从犯的共谋行为或犯罪责任的认定就显得格外重要。事实上，国际刑法从纽伦堡审判时期开始就并未将其关注的重点集中在实际犯罪行为人身上。反之，则更加强调追究那些策划或控制整个犯罪计划的“首脑”的最终责任。[2]有学者通过总结国际刑法理论和实践经验得出，国际刑法经历了以私人身份从事国际犯罪的个人为国际犯罪主体、到规定以官方身份从事国际犯罪的个人为国际犯罪主体，到公司以及自然人以法人代表身份从事国际犯罪的国际犯罪主体的

*作者简介：宋佳宁（1985-），女，天津人，天津工业大学人文与法学院讲师，法学博士。

[1]黄风、凌岩、王秀梅：《国际刑法学》，中国人民大学出版社，2007，第 93 页。

[2] International Commission of Jurists, Corporate Complicity & Legal Accountability, vol. 2: Criminal Law and International Crimes, 2008, p. 12, http://www.refworld.org/pdfid/4a78423f2.pdf, 2014-02-09.

三个阶段。[1]鉴于此，在研究跨国公司国际刑事责任制度时，通常要探讨个人国际刑事责任中的“指挥官责任或上级责任原则”（command responsibility or respondent superior）。[2]

第二次世界大战之后，指挥官责任原则在纽伦堡国际刑事法庭和远东国际军事法庭（亦称为“东京审判”[3]）对战犯的审判实践中逐渐发展成熟起来。纽伦堡后续审判曾对纳粹德国的大企业家在战争期间帮助或直接参与纳粹德国暴行的行为进行审判，[4]进而开启了“指挥官责任”的先河。而在纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭成立之前（1945 年 10 月），美国军事法庭在菲律宾马尼拉对山下奉文（*Tomoyuki Yamashita* case）[5]的审理奠定了指挥官责任原则在后期国际刑事审判活动中得以适用的重要司法先例。主审此案的斯通大法官（Chief Justice Stone）在判决书中对“指挥官责任原则”有如下表述，“关键的问题在于是否国际法规定军事指挥官在其管辖范围内对于其下属违反国际法的行为承担相应的领导责任。”[6]至此，山下奉文案标志着现代国际法意义的指挥官责任原则的出现。[7]

在此基础上，指挥官责任原则建立起来并被适用于纽伦堡审判中对战争犯的审理。需要强调的是，纽伦堡审判并未将指挥官责任原则的适用对象局限于军事长官。在之后的案件中，指挥官责任的范围还被扩展到商业或政治界领袖。[8]在司法实践中，美国军事法庭在适用指挥官责任原则时还采取了更为严格的标准。美国军事法庭认为，在确认“一军事指挥官的领导责任时，如能确认此指挥官在已经出现大规模的报复行为之时仍未采取任何有效措施去发现和控制此类犯罪

[1]张颖军：《<国际刑法学-经济全球化与国际犯罪的法律控制>介评》，载《法学评论》2006 年第 1 期，第 159 页。

[2]黄风、凌岩、王秀梅：《国际刑法学》，中国人民大学出版社，2007，第 382 页。“指挥官责任，尤其指挥官因未对下属所犯的罪行采取防止或制止的措施而负责任的情况，在纽伦堡和远东军事法庭宪章的管辖权条款中都未予以明文规定，该理论是在第二次世界大战之后通过对战犯的审判实践迅速发展起来的。”

[3]东京审判：指 1946 年 1 月 19 日至 1948 年 11 月 12 日在日本东京对第二次世界大战中日本首要战犯的国际审判。相关资料参见：http://baike.baidu.com/view/121478.htm, 2013-03-17.

[4] Ronald C. Slye, ‘Corporations, Veils, and International Criminal Liability’,*Brooklyn Journal of International Law*, vol. 33, 2008, p. 960.

[5]山下奉文案：1945 年 10 月到 12 月间，美国军事法庭在马尼拉审理山下奉文将军案。山下将军被指控在 1945 年 2 月间对其领导下的日军犯下“马尼拉大屠杀”（Manila Massacre）及多起发生在菲律宾和新加坡的针对平民和战俘的屠杀行为负有指挥官责任。最终，法庭认定山下奉文战争罪罪名成立。山下奉文于 1946 年 2 月 23 日被执行死刑。

[6] German Industry Fails to Meet the Terms of the Forced Labor Settlement, *German Law Journal*, vol. 1, 2000, http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=8, 2013-03-15.

[7] Matthew Lippman, ‘The Evolution and Scope of Command Responsibility’, *Leiden Journal of International Law,* vol. 13, 2000, p. 142.

[8]参见，1 INT’L MILITARY TRIBUNAL, TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL v (1947).

行为，则应认定该指挥官对此犯罪行为承担责任，甚至是刑事责任。”[1]然而，也许是此标准为检察官架设了过高的举证责任，山下奉文案之后，纽伦堡国际军事法庭的法官们在之后的审判活动中明显降低了这一标准。因此，在此后的案件中，检察官一般只需证明指挥官“实际了解”非法行为的发生即可。

纽伦堡审判在将指挥官责任原则扩展到商业首脑的同时，还曾创新性地将通过“帮助和煽动”行为破坏和平的共犯行为列入法院的管辖范围。此类行为与公司职工或高管的刑事责任联系更为密切。1950 年，联合国国际法委员会更将此类行为扩展到战争罪和危害人类罪。[2]晚近的《前南斯拉夫国际刑事法院规约》（以下简称《前南刑庭规约》）和《卢旺达国际刑事法庭规约》（以下简称《卢旺达刑庭规约》）也明确规定“任何帮助和煽动参与或计划参与”[3]的行为均构成种族灭绝罪、战争罪或危害人类罪。1996 年由国际法委员会起草并制定的《危害人类和平与安全治罪法草案》（Draft Code of Crime Against the Peace and Security of Mankind）中对上述行为进行了更为深入的阐释。草案指出，一个人“在明知的情况下帮助、煽动或采取其他直接或间接的方式帮助种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪（及其他罪行）的实行的，应承担个人刑事责任。”[4]这都为进一步确立共谋行为的犯罪心理要件（*mens rea*）提供了条件。

二、前南刑庭及卢旺达刑庭的态度

与纽伦堡审判相比，以更多、更为直接的司法判例作支撑，前南刑庭和卢旺达刑庭对跨国公司国际刑事责任问题的研究更为深入。前南刑庭和卢旺达刑庭的

---

[1] Eugenia Levine, ‘Command Responsibility – The *Mens Rea* Requirement’, *Global Policy Forum*, 2005, p. 1.

[2] Doug Cassel, ‘Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts’, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, 2008, p. 307.

[3]《前南刑庭规约》，第 7 条。“1、凡计划、教唆、命令、犯下或协助煽动他人计划、准备或进行本规约第 2 至 5 条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任。2、任何被告人的官职，不论是国家元首、政府首脑、或政府负责官员，不得免除该被告的刑事责任，也不得减轻刑罚。3、如果一个部下犯下本规约第 2 至第 5 条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任。4、被告人按照政府或上级命令而犯罪不得免除他的刑事责任，但是如果国际法庭裁定合法法理则可以考虑减轻。”《卢旺达刑庭规约》，第 6 条。“1、凡计划、教唆、命令、犯下或协助或煽动他人计划、准备或进行本规约第 2 至 4 条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任。2、任何被告人的官职，不论是国家元首、政府首脑、或政府负责官员，不得免除该被告的刑事责任，也不得减轻刑罚。3、如果一个部下犯下本规约第 2 至 4 条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为，或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任。4. 被告人按照政府或上级命令而犯罪不得免除他的刑事责任，但是如果卢旺达国际法庭裁定合乎法理则可以考虑减刑。”

[4]Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, [1996] 2 Y.B. Int’l L. Comm’n., ch. 2, arts. 2(3)(d), 17, 18, 20, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part. 2), http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20
articles/7_4_1996.pdf, 2013-03-16.

司法实践活动显然比早期的国际刑事审判活动更进了一步。由于两刑庭规约均将法庭的管辖范畴限定在“个人刑事责任”之内，因此两特别刑庭多通过适用“上级责任原则”（或指挥官责任原则）及“帮助和煽动行为”为主的“共谋行为”等国际刑法基本理论来追究涉及跨国公司犯罪的公司高管或员工的刑事责任。与前南刑庭相比，由于在卢旺达大屠杀期间部分卢旺达公司充当了宣扬种族灭绝的重要工具或起到主导地位，因此卢旺达刑庭中涉及更多跨国公司严重侵犯基本人权的案件。也正因如此，卢旺达刑庭在对待跨国公司国际刑事责任的态度上表现得更为坚决。

在媒体案（the *Media*case）[1]中，以前南刑庭塔迪奇案（*Tadic*）[2]为基础，卢旺达刑庭向跨国公司的国际刑事责任问题迈出了尝试性的一步。在此案中，卢旺达刑庭承认涉案的电台及报社（公司）从事危害人类罪的行为本身属于国际犯罪的范畴。[3]尽管本案的被告仍为个人，但由于卢旺达刑庭在媒体案中认定涉案公司的“某些行为”可以构成种族灭绝罪及危害人类罪，因此，该案被认为是国际刑事司法审判机构向跨国公司应承担国际刑事责任迈出的一大步。在媒体案中，卢旺达刑庭在判决中明确提出，《觉醒》报纸（Kanguar newspaper）“煽动了胡图族对于图西族民众的屠杀活动”、[4]“并为卢旺达大屠杀铺平了道路”。[5]而“千丘自由广播电台-电视台”（Radio TélévisionLibre des Mille Collines，RTLM 电台）也被法院认定为，其行为“不仅仅被用于制造大屠杀前的恐怖气氛，还煽动并直接导致对于个别民众的屠杀活动。”[6]最后，卢旺达刑庭总结得出，在媒体案中，《觉醒》报纸同 RTLM 电台不仅明确且不断地煽动卢旺达国内胡图族对图西族

---

[1]*Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza&Ngeze,* Case No.ICTR-99-52-T, Judgment and Sentence (Dec.3, 2003), http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Ngeze/judgement/mediatoc.pdf, 2014-02-09. 殖民统治时期，殖民者将卢旺达同文同种的两个兄弟族群——图西人和胡图人分成“优秀种族”和“劣等种族”。这一伪学说在卢旺达社会影响至深。自 1990 年起，占据政府核心、自称为“胡图人力量”的激进胡图人“精英”，将图西人妖魔化，诽谤他们是叛国者。“精英”们借助当时的主要媒体广播电台，向胡图人灌输这些思想，还说图西人可能对胡图人实施“种族迫害”。在“精英”们的煽动下，大批头脑发热的胡图人拿起砍刀，挥向了自己身边的图西人，包括他们的老师、邻居甚至妻子。2003 年 12 月 3 日，卢旺达国际刑事法庭判处三名前媒体负责人利用各自掌控的媒体共同策划、煽动和实施屠杀图西族人罪名成立，其中两人被判终身监禁，一人被判 35 年监禁。这宗案件是国际法庭首次对媒体进行审判的案件。

[2]*Prosecutor v.DuskoTadic*, ICTY (Trial Chamber), Judgment of 7 May 1997, Case No.IT-94-1-T.本案被告塔迪奇出生于波黑普里耶多尔地区（Prijedor）卡萨拉克市（Kozarac）有名望的塞族家庭。1990 年加入塞族民主党，被捕前任该党地方委员会主席兼社团执行书记。塔迪奇于 1992 年参加塞族在普里耶多尔地区（包括在奥马尔斯卡、特尔诺波尔耶等难民营）的种族清洗活动。塔迪奇被判处反人类罪，并被判处 20 年有期徒刑。

[3]Theodor Meron, International Criminalization of Internal Atrocities, *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 558.

[4]*Nahimana*, at 325.

[5]*Nahimana,* at 318.

[6]*Nahimana,* at 165.

的仇恨，同时还呼吁对图西族进行“彻底消灭”，[1]这些都充分表明该公司完全具备从事种族灭绝行为的能力。此外，卢旺达刑庭还确认 RTLM 电台的两名主管的行为构成煽动种族灭绝罪，并强调该两名被告的行为应该被认定为其所属电台行为的一部分。[2]

一直以来，在对跨国公司高管“帮助和煽动行为”的认定方面，学界和实务界对这种“犯罪行为”（*actusreus*）的构成要件争议较小。相关经典表述来自于弗伦基亚案（*Prosecutor v. AntoFurundzija*）。[3]在弗伦基亚案中，前南刑庭认为“帮助和煽动行为是指，提供实际帮助、鼓励或精神支持，且这种支持对于犯罪的准备具有非常重要的作用。”[4]在此案之后的大多数案件和学术研究中，学者和法官们在对“犯罪行为要件”的分析时均采用上述观点，几成通说。因此，目前主要争论焦点还集中在对“帮助或教唆行为”的“心理要件”（*mens rea*）的认定上。通说认为，跨国公司高管及工作人员“帮助或煽动”行为的心理要件标准是“知道标准”（knowledge test）。在前南刑庭和卢旺达刑庭的绝大多数判决中也都适用“知道标准”，即“仅仅知道本人的帮助行为会导致犯罪结果的发生就能满足帮助和煽动行为的犯罪意图。”[5]此外，前南刑庭还指出煽动者和帮助者的心理要件并不需要符合所有主犯的心理要件即可构成犯罪。也就是说，他们的行为可能本身是合法的，仅仅是在涉及到帮助主犯的行为时才转变成犯罪行为。这一标准也在 2006 年的《国际法委员会示范草案》（International Law Commission Draft Code）中得到确认。[6]相较而言，卢旺达刑庭将“知道标准”进一步细化。卢旺达刑庭提出帮助行为和煽动行为本身是可分的（disjunctive），检察官只需证明被告从事了其中的一种行为就能被认定有罪。[7]关于“帮助和煽动行为”及共谋行为的认定问题，在本文下几章中将有详细阐释，此处不再赘述。

除却帮助和煽动行为之外，国际司法实务界对与跨国公司国际刑事责任联系更为紧密的跨国公司高管的上级责任原则的探讨更为丰富。关于上级责任原则，

---

[1]*Nahimana,* at 320-321.
[2]*Prosecutor v. Nahimana*, Case No. ICTR-99-52-T, Judgment and Sentence, ¶¶ 99-101 (Dec. 3, 2003).
[3]弗伦基亚案：被告弗伦基亚（AntoFurundzija）是隶属于克罗地亚防御委员会（HVO）特殊行动小组组长。在一次讯问中，被害者“证人 A”（Witness A）和“证人 B”(Witness B)在被告在场的情况下，被被告下属以武力威胁、殴打和强奸等方式套取口供。法院认定被告属于虐待罪和强奸罪的共犯，并同时认定其帮助和煽动侵犯他人人格罪名成立，已经构成违反国际法或战争法。最终，弗伦基亚被判处 10 年有期徒刑。
[4] Doug Cassel, ‘Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts’,*Northwestern Journal of International Human Rights,* vol. 6, 2008,p. 308.
[5]*Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, Judgment (Dec. 10, 1998).
[6] Michael A. McGregor, ‘Ending Corporate Impunity: How to Really Curb the Pillaging of Natural Resources’, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 42, 2009, p. 486.
[7] Michael A. McGregor, ‘Ending Corporate Impunity: How to Really Curb the Pillaging of Natural Resources’, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 42, 2009, p. 487.

《前南刑庭规约》第 7 条第 3 款[1]和《卢旺达刑庭规约》第 6 条第 3 款[2]中均作了规定，但却并未区分“军事指挥官责任”和“民事上级责任”。[3]尽管两法庭规约并未区分上级责任原则的不同适用对象，但在司法实践中，法官在审理军事指挥官及民事上级或公司高管的案件时，不论对于被告的犯罪行为要件，还是心理要件都有不同的区分。在穆塞马案（*Prosecutor v. Musema*）[4]中，卢旺达刑庭将上级责任原则适用于公司，进一步发展了公司国际刑事责任原则。[5]在此案中，卢旺达刑庭认为，被告阿尔弗雷德·穆塞马（Alfred Musema）在担任茶厂厂长一职期间，利用其对雇员在“法律上和经济上的控制”（legal and financial control），迫使他们抢劫、杀害和强奸图西族妇女。鉴于穆塞马在 Gisovu 茶厂具有奖惩员工行为的绝对权力，卢旺达刑庭因此认定被告对其雇员和茶厂享有“实质上”（*de facto*）和“法律上”（*de jure*）的绝对领导地位。在全面回顾远东国际军事法庭的广田弘毅（KōkiHirota）案[6]中涉及的指挥官责任标准后，卢旺达刑庭提出新的“指挥官责任原则三标准”，即：“一旦法院明确被告处于某一领导地位，要进一步明确其指挥官责任应满足以下三个条件：其一，被告的下属应实行了《卢旺达刑庭规约》第 2 条至第 4 条中所规定的行为；其二，被告知道或应当知道下属将要实施这些行为或已经实施了这些行为；其三，被告并未采取必要的和合理的措

[1]《前南刑庭规约》，第 7 条。“1、凡计划、教唆、命令、犯下或协助煽动他人计划、准备或进行本规约第 2 至 5 条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任。2、任何被告人的官职，不论是国家元首、政府首脑、或政府负责官员，不得免除该被告的刑事责任，也不得减轻刑罚。3、如果一个部下犯下本规约第 2 至第 5 条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任。4、被告人按照政府或上级命令而犯罪不得免除他的刑事责任，但是如果国际法庭裁定合法法理则可以考虑减轻。”

[2]《卢旺达刑庭规约》，第 6 条。“1、凡计划、教唆、命令、犯下或协助或煽动他人计划、准备或进行本规约第 2 至 4 条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任。2、任何被告人的官职，不论是国家元首、政府首脑、或政府负责官员，不得免除该被告的刑事责任，也不得减轻刑罚。3、如果一个部下犯下本规约第 2 至 4 条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为，或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任。4、被告人按照政府或上级命令而犯罪不得免除他的刑事责任，但是如果卢旺达国际法庭裁定合乎法理则可以考虑减刑。”

[3] Julia Graff, ‘Corporate War Criminals and the International Criminal Court: Blood and Profits in the Democratic Republic of Congo’, *Human Rights Brief*, vol. 11, 2004, p. 25.

[4]穆塞马案：1984 年到 1994 年间，被告阿尔弗雷德·穆塞马（Alfred Musema）担任卢旺达基布耶地区 Gisovu 茶厂（Gisovu Tea Factory）厂长。担任厂长期间，穆塞马被指控曾经强奸两名图西族妇女，并曾怂恿、教唆他人抢劫、强奸和杀害多名图西族妇女。1995 年，被告在瑞士被捕。1996 年，卢旺达刑庭以被告在任厂长期间犯下种族灭绝罪和危害人类罪为由对其提起诉讼。2000 年 1 月，卢旺达刑庭最终判定被告罪名成立并判处其终身监禁。

[5] Kendra Magraw, ‘Universally Liable? Corporate-Complicity Liability under the Principle of Universal Jurisdiction’, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, p. 478.

[6]广田弘毅案：时任日本首相兼外相的广田弘毅是远东国际军事法庭审判中唯一一个被判处死刑的文官。其获罪的三项罪名包括：违反国际法而发动侵略战争、发动对中华民国的无端侵略，以及对下属违反国际法的行为承担漠视责任。多数学者对远东国际刑事法庭对广田弘毅判处刑罚的严厉性提出质疑。就此，法庭提出自己的理由：“法庭指出，其定罪量刑的主要依据是广田弘毅在明知已经发生了南京大屠杀这一明显违反国际法的暴行时，应当采取行动但并未采取任何行动结束此类暴行。”相关资料参见：http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%B9%BF%E7%94%B0%E5%BC%98%E6%AF%85, 2013-03-25.

施去避免此类行为的发生或对其下属的行为予以惩罚。”[1]这一原则与前南刑庭在阿列科索夫斯基案（*Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*）[2]中确立的指挥官责任标准[3]不谋而合。此标准的确立具有判例的作用，且对跨国公司国际刑事责任制度的发展产生了相当深远的影响。不仅将指挥官责任适用于公司，使跨国公司的国际刑事责任得到进一步发展壮大，还在一定程度上加深了国际刑法对国际人权的保护力度。[4]关于上级责任原则在公司国际刑事责任中的适用问题，在下文中将有专章予以论述，此处不再赘述。

三、国际刑事法院的态度

《国际刑事法院罗马规约》（Rome Statute of the International Criminal Court，以下简称《罗马规约》）[5]也对“帮助和煽动行为”有相类似的规定。[6]虽然国际刑法学界对《罗马规约》抱有极大希望，但《罗马规约》中关于国际刑事法院的管辖权、共谋行为及上级责任的犯罪心理要件的规定却使日益明朗的跨国公司国际刑事责任问题蒙上阴影。1998 年 7 月，《罗马规约》在国际刑事法院全权代表外交会议中通过并于 2002 年 7 月 1 日开始生效。令人失望的是，《罗马规约》在管辖范围上仍沿袭 50 多年前纽伦堡审判中确立的“国际犯罪是由自然人实施的，并不是抽象实体”的原则。[7]《罗马规约》第 25 条第 1 款[8]明确规定国际刑事法院

---

[1]Judgement and Sentence, *Prosecutor v Musema*, Case No ICTR-96-13-T (27 January2000) (Aspegren J (Presiding) (Sweden), Kama J (Senegal) and Pillay J (South Africa)), p. 892.

[2]阿列科索夫斯基案：阿列科索夫斯基于 1993 年 1 月到 5 月间负责塞尔维亚境内克鲁舍瓦茨（Kaonik）一所监狱的安全和保卫工作，职务为监狱长。前南刑庭法官认为，被告在任职期间，组织、帮助和煽动下属对狱中的穆斯林囚犯进行精神上和肉体上的虐待。这种虐待行为已经触犯《前南刑庭规约》第 3 条之规定。审判庭（Trial Chamber）还认为，被告作为监狱的管理者，在明知虐待行为发生的情况下，并未采取任何措施进行补救或惩罚施暴者，因此应承担《前南刑庭规约》第 7 条第 3 款下规定的指挥官刑事责任。此外，被告还被发现曾在监狱外部帮助和煽动其下属将监狱囚犯用作“人体盾牌”（human shields）并强迫其进行重体力劳动。这些行为都触犯了《前南刑庭规约》第 7 条第 1 款关于严重侵犯个人尊严的规定。被告在审判庭中被判处 2 年半有期徒刑。在上诉庭中，上诉庭认为审判庭对本案被告的刑罚过轻，鉴于其行为的严重性和后果的极端恶劣性，上诉庭最终判处被告 7 年有期徒刑。

[3]前南刑庭在阿列科索夫斯基案中提出“上级责任原则标准”：要认定上级责任需确认以下三要素同时存在。（1）“上级-下属”关系明确存在，即实际实行罪行的人应服从被告的上级；（2）上级知道或有理由知道犯罪即将发生或已经发生；（3）上级并未采取任何必要和合理的措施阻止犯罪的发生或惩罚罪行的实施者。International Law Commission, Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, art 6, as quoted in ‘Judgement’, *Prosecutor v Aleksovski*, Case NoIT-95-14/1-T (25 June 1999).

[4]Cecile Aptel and Jamie A. Williamson, ‘*Prosecutor v. Musema*: A Commentary on the *Musema*Judgment Rendered by the United Nations International Criminal Tribunal for Rwanda’, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 1, 2000, p. 12.

[5]UN General Assembly, *Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010)*, 17 July 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html, 2014-02-22.

[6] Art. 25.3(c), Rome Statute of the International Criminal Court.

[7] Julia Graff, ‘Corporate War Criminals and the International Criminal Court: Blood and Profits in the Democratic Republic of Congo’, *Human Rights Brief*, vol. 11, 2004, p. 23.

[8]《罗马规约》（Rome Statute of the International Criminal Court），第 25 条第 1 款。“本法院根据本规约对自然人具有管辖权。”

的管辖权仅及于自然人，而不包括法人（legal persons or juridical persons）。

实际上，在罗马大会召开期间，大多数国家是同意在规约文本中加入法人责任的，但北欧国家、日本、瑞士、俄罗斯等国始终持反对意见。[1]鉴于上述国家反对态度比较坚决，工作组在最后提交的方案中将“法人的刑事责任”中的“法人”部分仅限于“私营公司”，排除了国际刑事法院对于“国家和其他公共的非盈利组织”的管辖。尽管如此，谈判仍然陷入僵局。[2]最终，由于与会代表在此问题上争议过大，为避免会期过长，与会各国最终放弃将法人的国际刑事责任加入《罗马规约》的构想。部分学者因此认定《罗马规约》缔约国的意图是从原则上禁止国际刑事法院对公司法人行使管辖权。这种观点一直广受批评。有学者在研究《罗马规约》筹备过程的文献资料后即得出相反的结论。他们认为，事实上，在《罗马规约》的制定阶段，部分国家代表对国际刑事法院的管辖范围还是持比较开明的态度的。同时，第 25 条第 3 款第 4 项[3]中的规定也依稀能看出“犯罪组织责任的痕迹”。该项要处罚的对象实际是犯罪组织或集团中的个人，但前提是个人所帮助的这一组织或集团本身就有实施《罗马规约》所管辖的严重犯罪的目的，或者正在或已经实施了这些犯罪行为。[4]

法国代表团的意见是支持将公司法人刑事责任原则纳入《罗马规约》的一派学者的重要支撑点。选择法国代表的意见为其理论基础最主要的原因应该是，在罗马会议上法国代表曾强烈要求将企业法人加入到国际刑事法院的管辖范围之内，并成为此派观点的积极推动者。[5]从保护被害人角度出发，他们认为对公司予以刑事处罚能够更好地实现对于被害人的赔偿责任。在大多数情况下，个人的赔偿能力显然无法同实力雄厚的公司（特别是跨国公司）相提并论。法国代表认为，对于那些人身权和财产权都遭受了极大伤害的受害者而言，如果在案件胜诉之后不能如愿以偿获得合理的经济赔偿，不仅不利于公平正义的最终实现，还会为受害者造成二次伤害，这都是不符合国际法和国际人权法基本原则的。然而，经过多番激烈讨论，部分与会国家代表排斥法国代表的修改意见。反对方仍主张，

[1]李世光、刘大群、凌岩编：《国际刑事法院罗马规约评释（上册）》，北京大学出版社 2006 年版，第 260 页。
[2]李世光、刘大群、凌岩编：《国际刑事法院罗马规约评释（上册）》，北京大学出版社 2006 年版，第 260 页。
[3]《罗马规约》第 25 条第 3 款第 4 项。“以任何其他方式支助以共同目的行事的团伙实施或企图实施这一犯罪。这种支助应当是故意的,并且符合下列情况之一：（1）是为了促进这一团伙的犯罪活动或犯罪目的,而这种活动或目的涉及实施本法院管辖权内的犯罪；（2）明知这一团伙实施该犯罪的意图.....” http://www.un.org/chinese/
work/law/Roma1997.htm, 2014-02-22.
[4]张颖军：《打击跨国犯罪国际法律制度的新发展-法人责任》，载《甘肃社会科学》2005 年第 6 期，第 137-138 页。
[5] Simon Chesterman, ‘Lawyers, Guns, and Money: The Governance of Business Activities in Conflict Zones’, *Chicago Journal of International Law,* vol. 11, 2011, p. 321.

“授权国际刑事法院对由自然人代表法人所实施的犯罪转而由‘法人’来承担刑事责任是不现实的。同时，由于当时法人刑事责任观念尚未被一些国家法律传统所接受，在《罗马规约》中贸然追究公司的国际刑事责任，不仅违反法治原则，而且还会使（国际刑事法院的）补充性原则难以为继。”[1]因此，综合各方意见，与会代表最终决定在《罗马规约》的正式文本中放弃将法人纳入管辖范围的想法。

尽管如此，法国代表的意见却并未退出历史舞台。尤其是《罗马规约》筹备会议上各国的激烈讨论也极大地引起了国际法学者、人权组织及实务界人士对相关问题的研究和探讨热情。他们开始就《罗马规约》中规定的共谋责任条款是否能够引发公司员工和高管的国际刑事责任等议题一题展开讨论。[2]在《罗马规约》通过六个月之后，时任联合国秘书长科菲·安南就提出“全球契约”的构想，安南在“全球契约”中呼吁全球的企业（尤其是跨国公司）应当尊重人权、劳工权利和环境权利。[3]同时，如上所述，虽然《国际刑事法院规约》明确排斥对公司法人刑事责任的管辖，但《罗马规约》第 25 条第 3 款[4]中却允许国际刑事法院审理企业主管及工作人员通过“帮助或煽动行为”而犯下战争罪行、种族灭绝罪或危害人类罪行。[5]也就是说，从这一角度出发，《罗马规约》并未完全关闭国际刑事法院审理涉及公司犯罪案件的大门。同时，从司法实践角度出发，与经常用于追究公司高管责任的“指挥官责任原则”相比，该条款中所涉及的“帮助与煽动责任”在犯罪“心理要件”上仅要求“知道”或“仅仅知道犯罪团伙有意图犯罪就可定罪”。因此，在涉及公司犯罪案件时，如适用此原则，国际刑事法院法官对检察官举证责任的标准会大大降低，从而能够很大程度上提高法院对公司管理人员的惩罚力度。

总体来讲，第二次世界大战之后的几十年也是国际刑法理论和实践活动飞速发展的几十年。就跨国公司的国际刑事责任问题而言，虽然晚近学界讨论颇多，

---

[1]王世洲编：《现代国际刑法学原理》，中国人民公安大学出版社，2009，第 342 页。

[2] Gilles Carbonnier, ‘Corporate Responsibility and Humanitarian Action: What Relations Between the Business and Humanitarian Worlds?’,*International Review of the Red Cross*, vol. 83, 2001, p. 959.

[3] Simon Chesterman, ‘The Turn to Ethics: Disinvestment from Multinational Corporations for Human Rights Violations--The Case of Norway's Sovereign Wealth Fund’,*American University International Law Review,* vol. 23, 2008, p. 596.

[4]《罗马规约》，第 25 条第 3 款。“有下列情形之一的人，应依照本规约的规定，对一项本法院管辖权内的犯罪负刑事责任，并受到处罚：1、单独、伙同他人、通过不论是否负刑事责任的另一人，实施这一犯罪；2、命令、煽动、引诱实施这一犯罪，而该犯罪事实上是既遂或未遂的；3、为了便利实施这一犯罪，帮助、教唆或以其他方式协助实施或企图实施这一犯罪，包括提供犯罪手段；4、以任何其他方式支助以共同目的行事的团伙实施或企图实施这一犯罪。5、就灭绝种族罪而言，直接公然煽动他人灭绝种族；6、已经以实际步骤着手采取行动，意图实施犯罪，但由于其意志以外的情况，犯罪没有发生。但放弃实施犯罪或防止犯罪完成的人，如果完全和自愿地放弃其犯罪目的，不按犯罪未遂根据本规约受处罚。”

[5] Michael A. McGregor, ‘Ending Corporate Impunity: How to Really Curb the Pillaging of Natural Resources’, *Case Western Reserve Journal of International Law,* vol. 42, 2009, p. 482.

但在国际司法实务中仍呈现一大困局，即：尽管从纽伦堡审判到现今的特别刑庭已形成了不少涉及公司员工、董事违反国际刑法的案例，但至今仍未出现一起以肇事公司为被告的国际刑事案件。为应对此种矛盾局面，在实践中，各主要国际审判机构“退而求其次”，大多通过采取将跨国公司刑事责任“间接”移植到该公司负责人或实际施暴者身上的方式来确保跨国公司严重侵犯国际人权的行为能够得到最终的惩处。虽然这种做法并不能从根本上实现对于公司（包括跨国公司）国际刑事责任的追究，但至少有以下两方面好处：首先，此做法能够通过国际刑事司法审判机构对于涉案公司高管行为的惩处表达国际社会对于公司从事此类行为的态度。其次，从目前的司法实践经验来看，尽管国际社会尚无权直接追究跨国公司的国际刑事责任，但对于其高级管理人员犯罪行为的定罪也能够在一定程度上对跨国公司今后的行为起到适度的规范和警示作用。因此，有学者总结得出，即使国际刑事法院及特别刑庭尚未将跨国公司列为管辖范围之内，但通过当前各国刑事司法实践和国际社会的发展可以看出，国际刑法层面对于跨国公司行为的管控已不再是不足的。[1]有学者预见，虽然国际刑事法院或特别刑事法庭尚未享有对跨国公司的直接管辖权，但从国际刑事判例和理论研究的发展趋势来看，商业性公司（特别是跨国公司）将会在不久的将来承担与个人类似的国际刑事责任。[2]

小结

综上所述，从第二次世界大战之后的纽伦堡及东京审判开始，国际社会对于公司（后发展为跨国公司）的国际刑事责任问题的讨论一直没有停歇。随着国际刑法理论、规范性文件以及国际刑事司法实践活动的不断发展，人们对于相关问题的思考更加深入，理解也更加全面。

从当今司法审判活动来看，在国际层面，虽然目前涉及跨国公司大规模侵犯人权的案例已不占少数，但由于缺乏对跨国公司国际刑事责任的管辖权，在所有国际刑事司法实践中尚未出现直接以公司作为被告的司法判决。但也应当看到，越来越多的国际法学者或国际组织已经认识到商业性公司在国际刑法中的重要地位，实践中也已出现在特定领域中明确承认公司国际刑事责任的规定或声明。

---

[1] Joanna Kyriakakis, ‘Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Law Challenge’, *Monash University Research Paper No. 2009/45*, p. 348.

[2]Doug Cassel, ‘Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts’, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, 2008,pp. 22-23.

关于跨国公司从事国际犯罪的规定已经广泛见诸于主要的国际刑法公约中，且渐成体系。

国际刑事法院首席检控官奥坎波先生曾公开支持跨国公司应承担国际刑事责任的观点，[1]并许诺将其上任之后的主要工作集中在调查经济参与者（economic actors）在刚果共和国武装冲突中所起的作用上。[2]这一观点的确立为国际刑法学界和实务界在跨国公司犯罪问题上采取协调一致的步调提供了理论前提，也为跨国公司国际犯罪主体资格的确立提供了国际法依据。[3]可以预见，在不久的将来，随着国际法学界对相关理论问题研究的进一步深入，以及国际刑事司法实践的探索进一步加深，跨国公司的国际刑事责任的理论基础将更为清晰。

[1] Michael J. Kelly, 'Prosecuting Corporations for Genocide under International Law', *Harvard Law & Policy Review,* vol. 6, 2012, p. 362.

[2] Luis Moreno-Ocampo, Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court Report of the Prosecutor of the ICC, http://untreaty.un.org/cod/icc/asp/2ndsession/ocampo_statement_8sep(e).pdf, 2013-03-25.

[3]范红旗：《法人国际犯罪主体问题探究》，载《中国刑事法杂志》2006 年第 6 期，第 98 页。

解析欧洲逮捕令对双重犯罪原则的突破

马贺*

【内容摘要】 欧洲逮捕令框架决定第 2 条第 2 款规定了不适用双重犯罪原则的 32 种犯罪清单，实现了制度上的突破，提高了打击跨国犯罪的效率。然而，由于 32 种犯罪清单的规定过于模糊，为成员国准确适用法律带来困难。尽管欧盟法院通过判例支持这个制度革新，成员国法院也予以配合，但法律界仍然呼吁以刑事法律的相互接近为基础消减目前清单中的犯罪数量，以利于成员国之间建立相互信任，进而更好地实施刑事合作。

【关键词】 欧洲逮捕令　引渡 双重犯罪原则　刑事法律的相互接近　相互信任

自 2004 年 1 月 1 日以来，欧洲逮捕令（European arrest warrant）在欧盟范围内已经实施了 10 余年。由于在一定程度上突破了传统引渡制度中的双重犯罪原则、简化移交程序，欧洲逮捕令在欧盟范围内的实施旨在代替传统的引渡制度，进而提高打击跨国犯罪、严重犯罪的效率。

欧洲逮捕令框架决定（以下简称框架决定）第 2 条第 2 款规定 32 种犯罪不适用双重犯罪原则。[1] 框架决定将其表述为：“针对 32 种犯罪，依据签发国的法律可能判处最高期限至少为 3 年的监禁刑或羁押令的犯罪，根据框架决定条款，不适用双重犯罪原则，按照欧洲逮捕令的规定进行移交。”[2] 该规定在诸多制度创新中是最核心的一个，也曾饱受争议，甚至目前仍是成员国法院和相关人士关注的焦点。[3] 对 32 种犯罪不适用双重犯罪原则打破了相关行为在两个国家都具有可罚性的“双重犯罪原则”传统，[4] 使欧洲逮捕令在实施中遇到许多困难。

一、困难重重：32 种犯罪清单的表述方式极其模糊

* 作者单位：华东政法大学刑事司法学院

[1] 这 32 种犯罪依次是：参加犯罪集团；恐怖主义；贩运人口；对儿童进行性剥削以及儿童色情文学；贩运麻醉药品及精神药物；贩运武器、弹药以及爆炸物；腐败；欺诈，包括根据 1995 年 7 月 26 日《保护欧共体财政利益的公约》规定的对欧共体财政利益的侵犯；洗钱；伪造包括欧元在内的货币；与计算机相关的犯罪；环境犯罪，包括贩运濒危动植物等；便利未经授权的入境与居留；谋杀以及严重的身体伤害；贩运人体器官与组织；绑架、非法拘禁与劫持人质；种族主义与仇外；有组织的抢劫或武装抢劫；贩运文化物品，包括古物与文化作品；诈骗；敲诈勒索；伪造与非法翻印产品；伪造并贩运行政文件；伪造支付方式；贩运荷尔蒙及其他促增长物质；贩运核材料或放射性材料；贩运被盗车辆；强奸；纵火；国际刑事法院管辖的犯罪；劫持航空器或船只；阴谋破坏。

[2] Article 2 (2) of Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States.

[3] Ester Herlin-Karnell, From mutual trust to the full effectiveness of EU law: 10 years of the European arrest warrant, European Law Review, 2013, 38 (1), p.79.

[4] 关于传统引渡制度中的双重犯罪原则及其例外，参见林欣：《国际刑法中双重犯罪原则的新发展》，《法学研究》1995 年第 2 期；马德才：《双重犯罪原则及其发展趋势》，《江西社会科学》2007 年第 7 期。

框架决定对 32 种犯罪的列举式表述是非常模糊的，这给成员国法院的适用造成一定的难度。本文在此着重分析“谋杀”(murder)、“种族主义与仇外”(racism and xenophobia)以及恐怖主义（terrorism）。[1]

（一）“谋杀”

谋杀通常隐含着过失杀人（manslaughter）。荷兰语版本明确指出这一点，法语（homicide volondaire）与德语（vorsätzliche Tötung）版本也都规定了这两种形式。然而，并不是所有欧盟成员国的法律体系都对这两种行为加以区分，即将过失杀人作为杀害的基本形式，而将谋杀作为有条件的一种形式。比如，《奥地利刑法典》和《希腊刑法典》仅仅将两者的区别体现为：过失杀人是一种基本形式，表现为犯罪人在实施杀害时处于强烈的情感之中（《奥地利刑法典》第 75 部分与第 76 部分；《希腊刑法典》第 299 条）。[2]

关于谋杀，欧洲各国的界定差别较大。在荷兰法中，谋杀（Moord）被界定为深思熟虑后的有目的杀害；而仅仅是有目的的杀人是过失杀人（doodslag），不论其手段有多残忍。因此，在荷兰法中，没有过多考虑地杀害某人，然后将其尸体喂野兽的行为，将不被认为是谋杀（Moord）。如果一旦被认定为谋杀，罪犯将面临终身监禁或刑期最多为 20 年的监禁，而过失杀人最多只是 15 年监禁。两种罪行的诉讼时效也不一样，这对引渡或移交非常重要。

在德国，谋杀（Mord）根据动机以及实施方式的不同而受到更为广泛的界定。于是，德国法中的谋杀行为在荷兰法中就很可能只是过失杀人。因此，签发国在欧洲逮捕令中就应当尽可能详尽的描述犯罪事实，就像 1957 年引渡公约要求的那样，以利于执行国司法机构根据其本地法进行有效判断。在实践中很有可能出现这种情况：一个荷兰公民由于过失杀人而被移交给德国，但德国却将其行为认定为谋杀进而科以终身监禁；最后，该罪犯被移送回荷兰并又以过失杀人罪被执行刑罚。因此，在引渡或移送中，是事实而不是法律起着重要的作用。[3]

此外，某些欧盟国家（例如比利时与荷兰）将堕胎与安乐死排除在“谋杀”

[1] “强奸”是很典型的定义不确定的犯罪种类，将在下文的阿桑奇案中分析。除此之外，比如 “阴谋破坏”（sabotage），什么样的行为属于上述犯罪的范畴，什么样的行为不属于？就“敲诈勒索”（racketeering and extortion）而言，racket 与 extortion 的区别何在？此外，腐败（corruption） 以及非法翻印产品（piracy of products）等规定也属于这种定义模糊的情形。

[2] Kai Ambos, Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible? Some preliminary reflections, 12 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 2005, p.187.

[3] Rob Blekxtoon and Wouter van Ballegooij, Handbook on the European Arrest Warrant, T.M.C. Asser Press, 2005, pp.230-231.

的定义之外。就欧洲逮捕令而言，比利时 2003 年 12 月 19 日的实施法第 5 条第 4 款明确规定，堕胎与安乐死不是“谋杀”。[1] 同时，该法第 5 条第 1 款将双重犯罪原则规定为不予执行的必须条件，而不是可选择的条件。这种做法显然违反了框架决定的规定，因为只有签发国的法律而不是执行国的法律有权决定一种犯罪是否在犯罪种类清单中。[2]

然而，还有部分欧盟成员国的法律规定堕胎是犯罪，这种局面给欧洲逮捕令的实施造成一定的困难。例如，爱尔兰宪法规定禁止堕胎，除非医务人员有理由相信不堕胎将很有可能导致孕妇死亡，而且这种死亡的风险必须是真实的、实质性的。于是，面对实施了“在女性子宫着床后故意损害这个尚未出生的人类生命”的医生，在接到爱尔兰当局发出的针对该人的欧洲逮捕令后，荷兰当局是否会将其移交给爱尔兰？[3]

（二）种族主义与仇外

尽管欧盟于 1996 年 7 月 15 日通过了关于种族主义与仇外的共同行动，成员国的相关立法却是千差万别：一些成员国并没有将种族主义或仇外规定为犯罪行为，或是规定这些行为仅仅构成加重情节；行为可能是指向一群人，但有时也规定得非常广泛；一些成员国没有规定煽动仇恨或是向外国人施暴的行为。[4] 可见，将种族主义与仇外的行为规定为犯罪的做法体现出许多非常棘手的问题。除去明显的政治考量之外，这些问题与社会、道德的价值密切相关。2004 年，比利时宪法法院就曾处理过这方面的难题，部分地撤消了相关国内立法中的部分条款。这些条款规定，任何个人基于种族主义或仇外的目的向其他人表达歧视或憎恨或是施加暴力的行为构成犯罪。宪法法院声称，这些条款违反了表达自由。[5]

考虑到关于种族主义与仇外的共同行动作用极其有限，欧盟曾于 2003 年和 2005 年两度提议制定相关框架决定，却都以失败告终。2007 年，拟定框架决定的计划再次启动，并于 2008 年 11 月 28 日最终通过了依靠刑法打击种族主义与

---

[1] Loi du 19 December 2003, Massimo Fichera, The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?, European Law Journal, Vol. 15, No. 1, January 2009, p.79.

[2] REPORT FROM THE COMMISSION based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Brussels, 24.1.2006, p.6.

[3] Massimo Fichera, The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice, PhD thesis-University of Edinburgh, School of Law, 2009, p.107.

[4] EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, ‘Combating racism and xenophobia through criminal legislation: the situation in the EU Member States’ Opinion n.5-2005, http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_opinion5_2005_en.pdf, 2013 年 10 月 25 日访问。

[5] Cour d’Abitrage Arrêt n.157/2004 6 October 2004, http://www.const-court.be/cgi/arrets_popup.php?lang=en&ArrestID=1811, 2013 年 10 月 25 日访问。

排外的框架决定。[1] 2008 年框架决定将惩罚限制于故意行为，并将可能引发暴力或仇恨的“公开容忍、否认，或是淡化”灭绝种族罪、反人类罪、战争罪的行为规定为犯罪（该框架决定第 1 条）。

尽管规定了上述限制，各成员国的相关立法仍旧是千差万别：一些成员国根本没有相应的犯罪化立法（比如英国和瑞典），而有些成员国则或多或少加大了刑事惩治的力度（比如德国和奥地利）。[2] 可见，欧盟及其成员国必须在表达自由与法律制裁之间保持适度的平衡。然而，欧洲逮捕令框架决定中取消双重犯罪的清单却将这样复杂的问题纳入进来，着实让人感到震惊。

（三）恐怖主义

针对恐怖主义等犯罪（包括有组织犯罪、贩运毒品、洗钱、贩运人口、便利未经授权的入境与居留），由于欧盟各成员国都严厉打击以及大量国际公约、欧盟条约业已出台，人们可能会认为定义这些犯罪并不困难。然而，实际上并非如此。以恐怖主义为例，尽管自 911 恐怖袭击事件以来国际社会签署并实施了诸多公约与决议，欧盟也于 2002 年实施了打击恐怖主义的框架决定（以下简称“反恐框架决定”）并在一定程度上促使刑事法律在该领域的相互接近，[3] 但各成员国对恐怖主义的界定仍然存在许多问题。

比如，对“严重的行为”（反恐框架决定序言第 2 段、第 6 段以及第 1 条），“有组织的团伙”（反恐框架决定第 2 条）或“恐怖主义团伙”（反恐框架决定序言第 5 段、第 6 段以及第 2 条、第 9 条）的规定与解释有可能导致滥用的问题。在法人责任方面，反恐框架决定（第 7 条、第 8 条）的相关规定也令人疑惑，因为并非所有的欧盟国家都规定了法人责任。

关于“与恐怖主义活动相关的犯罪”的规定，只要是以实施恐怖主义犯罪行为为目的，情节严重的盗窃，敲诈，以及开具虚假的行政文件的行为都属于与恐

---

[1] Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law.

[2] EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, ‘Combating racism and xenophobia through criminal legislation: the situation in the EU Member States’ Opinion n.5-2005. 此外，比如在意大利，由于对言论自由的解释范围很广，很少追诉“观点犯”。参见 Massimo Fichera, The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice, PhD thesis-University of Edinburgh, School of Law, 2009, pp.114-115。

[3] 欧盟 2002 年反恐框架决定第 1 条规定了实施恐怖主义犯罪的目的以及 8 种具体行为；第 2 条是关于与恐怖主义团伙（terrorist group）相关的犯罪，包括领导恐怖主义团伙以及参与恐怖主义团伙的活动；第 3 条规定了与恐怖主义活动相关的犯罪，包括公开煽动实施恐怖主义犯罪以及为恐怖主义招募、训练等行为；第 4 条是对帮助、煽动以及未遂的规定；第 7 条规定了法人的责任；第 8 条则规定了对法人的刑罚。参见 Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism。

怖主义相关的犯罪（反恐框架决定第 3 条第 2 款 d, e, f 项）。此外，反恐框架决定（第 4 条）对“帮助”、“煽动”、“未遂”没有进行明确的界定。这些因素在很大程度上扩展了恐怖主义犯罪的范围。

由于反恐框架决定将重点放在主观要素方面，一些处于“边缘地带”的行为可能被纳入“恐怖主义”的行列，即便犯罪人的意图可能并不清晰。在这方面，欧洲逮捕令框架决定犯罪清单中的一些普通犯罪也有可能被视为“恐怖主义”犯罪，相关的犯罪包括：谋杀、纵火、贩运武器、弹药以及爆炸物、与计算机相关的犯罪、绑架与劫持人质、贩运核材料或放射性材料、劫持航空器或船只、阴谋破坏。

当然，该清单中的一些犯罪，包括盗窃、敲诈以及开具虚假的行政文件（反恐框架决定已经予以规定）也可以视为与恐怖主义活动相关。鉴于此，不适用双重犯罪原则的 32 种犯罪大多数都是处于与恐怖主义相连结的“边缘地带”的行为。再考虑到欧洲逮捕令框架决定的产生背景，人们有理由推测，该框架决定第 2 条第 2 款的立法目的也许是为了重点打击恐怖主义。[1]

2005 年，比利时的许多非政府组织将该国（反恐框架决定）的实施立法诉至比利时宪法法院。尽管比利时宪法法院最终全部驳回这些组织的诉讼请求，反恐框架决定实施立法的缺点依旧十分明显，即对行为主客观要素的规定比较模糊。例如，这些非政府组织指出，如何界定“严重的”？“以不正当的强迫……为目的，作为或不作为”又如何解释？难道在反对全球化或反战的示威游行中，肆意破坏公物的行为也是恐怖主义犯罪？[2]

二、矢志不渝：欧盟法院与成员国法院支持对双重犯罪原则的突破

（一）欧盟法院对 Advocaten voor de Wereld 案的判决

随着欧洲逮捕令框架决定的实施，欧盟成员国在国内法层面引起了不小的波澜，尤其体现在执行法与本国宪法原则的冲突方面。在实施框架决定的过程中，尽管德国、波兰、捷克等国的宪法法院先后作出相关判决，修正本国的宪法或实施法，[3] 比利时宪法法院却于 2005 年 7 月 13 日将 Advocaten voor de Wereld 案

[1] Massimo Fichera, The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice, PhD thesis-University of Edinburgh, School of Law, 2009, pp.118-119.
[2] Cour d’Abitrage Arrêt n.125/2005, 13 July 2005, http://www.const-court.be/cgi/arrets_popup.php?lang=en&ArrestID=1994, 2013 年 10 月 29 日访问。
[3] Jan Komarek, European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in Search of the Limits of

提交欧盟法院，请求后者针对欧洲逮捕令框架决定的合法性以及部分取消双重犯罪原则的规定作出初步裁决。[1]

针对欧洲逮捕令框架决定第 2 条第 2 款对不适用双重犯罪原则的 32 项犯罪清单，Advocaten voor de Wereld 认为，该规定非常模糊、不精确，它违反了或至少有可能违反罪刑法定原则。该清单中的犯罪没有法律定义，只是模糊地界定了负面行为的种类。Advocaten voor de Wereld 指出，由于该立法未能满足刑事立法的准确性、清晰性以及可预测性的条件，那些由于不适用双重犯罪原则而失去人身自由的人无法得到刑事立法的保护。[2]

2007 年 5 月 3 日，欧盟法院对 Advocaten voor de Wereld 案做出判决，欧盟法院最终对欧盟范围内的第一个相互承认刑事决定的重要措施的实施予以放行。[3] 于是，欧盟法院受理的“欧洲逮捕令第一案”尘埃落定。欧盟法院认为，第 2 条第 2 款清单中的犯罪“如果依据签发国的法律可能判处最高期限至少为 3 年的监禁刑或羁押令，并且这些犯罪的定义由签发国的法律加以规定”；因此，即便成员国为了实施欧洲逮捕令而将框架决定第 2 条第 2 款对犯罪种类的规定逐字地规定在国内法中，这些犯罪实际的定义及其所适用的刑罚仍然依据的是“签发国”的法律。欧盟法院指出，欧洲逮捕令框架决定的相关规定并非是为了协调这些犯罪的构成要件或刑罚。[4] 此外，由于清单中的犯罪定义及其刑罚由签发国的法律规定，欧洲法院认为，根据框架决定第 1 条第 3 款的规定，犯罪定义及其刑罚必须尊重《欧盟条约》第 6 条中的基本权利以及基本法律原则，包括尊重罪刑法定原则。因此，欧洲法院针对该问题得出结论：框架决定第 2 条第 2 款没有违反罪

“Contrapunctual Principles”, Common Market Law Review 44, 2007, pp.11-14.

[1] 在 Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad 案中，比利时宪法法院向欧盟法院提出两个问题，请求后者做出初步裁决：问题一，欧洲逮捕令框架决定是否与《欧盟条约》第 34 条第 2 款 b 项的规定相符？Advocaten voor de Wereld 认为，只有为了欧盟国家法律与法规相互接近的目的才能适用该框架决定；问题二，欧洲逮捕令框架决定第 2 条第 2 款规定 32 种犯罪不适用双重犯罪原则，这是否与《欧盟条约》第 6 条第 2 款的规定相符，特别是受该规定保护的刑事诉讼中的罪刑法定原则，以及平等与不歧视原则？参见 Florian Geyer, European arrest warrant: Court of Justice of the European Communities: judgment of 3rd May 2007, case C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, European Constitutional Law Review, 2008, 4(1), p.152。

[2] Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, Case C-303/05, para.48.

[3] 由于此案的判决结果将左右欧盟成员国刑事合作机制，尤其是刑事判决的相互承认机制的走势，该案前所未有地吸引了 10 个成员国政府的参与，包括：比利时、捷克、西班牙、法国、拉脱维亚、立陶宛、荷兰、波兰、芬兰以及英国，参见 Florian Geyer, European arrest warrant: Court of Justice of the European Communities: judgment of 3rd May 2007, case C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, European Constitutional Law Review, 2008, 4(1), p.152; Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, Case C-303/05。

[4] Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, Case C-303/05, para.51-52.

行法定原则。[1]

关于由第 2 条第 2 款引发的对平等原则和非歧视原则的质疑，欧盟法院解释了 32 种犯罪清单的合理性。欧盟法院认为，欧盟理事会的立法在成员国相互承认的原则以及高度信任与互助的基础上，无论是出于其固有本质的原因或是出于最高刑至少是三年的刑罚的原因，这些犯罪种类属于严重对抗公共秩序与公共安全的行为，因此应当不适用双重犯罪原则。[2]

面对判决的最终结果，欧盟范围内执法部门的官员们如释重负，而众多法官、立法者、学者以及一些社会团体与个人却大失所望。在本案中，欧盟法院无疑将适用第 2 条第 2 款，使其符合罪刑法定原则的责任分给了成员国。在这种情况下，引渡不再是真正的刑事追诉，而仅仅是对其它国家的刑事追诉在程序上提供援助。有学者认为，尽管上述观点在“技术层面上”无可厚非，但可能会在实质上对成员国的宪法与刑法造成损害，因为这样一来欧洲逮捕令在逮捕方面使成员国的刑法制度向“国外”刑事法中的实体法敞开，与上文强调的“程序法”的性质不符。[3] 同理，由签发国来界定犯罪及其刑罚并不能使执行国自动产生信任：这可能导致将其他国家的法律制度标准强加于执行国的局面，除非两国的相应制度之间存在一定程度的兼容性，以避免过多的摩擦与冲突。这样的兼容性也体现在实体与程序两个方面。[4]

遗憾的是，欧盟法院实际上避开了这些争议，而是试图尽其所能在很有限的篇幅里解决问题。在某种程度上，欧盟法院是通过用简单的分析来解决相当复杂的问题。这么做的重要原因之一在于，本案的诉由是抽象的，没有提供具体的引渡（移交）案情。[5] 此外，欧盟法院回避了欧洲刑事制度是否实际存在这种兼容性的问题。相反，欧盟法院假定存在兼容性，并将具体的证明留给执行国法院，使其在个案审理的基础上认定这种最低限度的必要条件。[6]

然而，针对欧盟法院作出的“欧洲逮捕令框架决定的相关规定并非是为了协

[1] Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, Case C-303/05, para.53-54.
[2] Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, Case C-303/05, para.57.
[3] Florian Geyer, European arrest warrant: Court of Justice of the European Communities: judgment of 3rd May 2007, case C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, European Constitutional Law Review, 2008, 4(1), pp.159-161.
[4] Massimo Fichera, The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience? European Law Journal, Vol. 15, No. 1, January 2009, pp.70-97.
[5] Florian Geyer, European arrest warrant: Court of Justice of the European Communities: judgment of 3rd May 2007, case C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, European Constitutional Law Review, 2008, 4(1), pp.159-161.
[6] Massimo Fichera, The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience? European Law Journal, Vol. 15, No. 1, January 2009, pp.70-97.

调这些犯罪的构成要件或刑罚”之解释，[1] 考虑到欧盟成员国刑事法律的文化背景方面的差异，在短期内协调各国刑事法的做法是否可行，甚至是否必要？众所周知，罪行法定原则的核心价值是保护个人免受国家权力的肆意侵害。未经协调的相互承认制度却表明：同一个个体在客观上要同时面对多个国家权力，而每一个国家的刑事法律制度与刑事政策却不尽相同。那么，这种犯罪与刑罚的“相对化”是否与罪刑法定原则相符？

（二）英国高等法院对阿桑奇案欧洲逮捕令中“强奸”的解读

在欧盟法院对 Advocaten voor de Wereld 案做出判决后，该法院的一系列重要判决都意在推动欧盟范围内刑事决定的相互承认机制，促使成员国法院对欧盟法的制定与实施予以配合。[2] 随着欧洲逮捕令的实施，所引发的诸多问题（包括取消双重犯罪原则）成为人们热议的焦点。阿桑奇案就是一个范例，瑞典在欧洲逮捕令中的“强奸”指控是否成立与本文的主题直接相关，值得深入研究。

2010 年 8 月，维基泄密的知名记者阿桑奇走访瑞典。同年 8 月 13 日至 18 日，阿桑奇在瑞典与两名女子（AA 与 SW）发生性关系。8 月 20 日，这两名女子向瑞典警方报案。[3] 11 月 26 日，瑞典检察官向阿桑奇签发欧洲逮捕令。在逮捕令中，瑞典检察官指控阿桑奇涉嫌 4 项罪名，包括一项胁迫罪（unlawful coercion）、两项性骚扰（sexual molestation）以及一项强奸（rape）的指控。

关于强奸的指控，欧洲逮捕令声称：“2010 年 8 月 17 日，在伤者（SW）位于 EnkÖping 的家中，阿桑奇不正当地趁着她睡着（处于无助的状态），故意与她发生性关系。更严重的是，伤者曾明确表示过，希望他带上安全套才能与她发生性关系，阿桑奇对此是知道的，却仍旧与她发生不受保护的性行为。这种性行为侵害了伤者的性自主权。”[4]

2010 年 12 月 6 日，英国根据《2003 年引渡法》确认了针对阿桑奇的欧洲逮捕令。2010 年 12 月 7 日，阿桑奇主动投案。2011 年 2 月 24 日，阿桑奇案作出初审判决，责令将其引渡到瑞典。2011 年 6 月 29 日，阿桑奇提出五点上诉理由。

---

[1] Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, Case C-303/05, para.52.

[2] Ester Herlin-Karnell, From mutual trust to the full effectiveness of EU law: 10 years of the European arrest warrant, European Law Review, 2013, 38 (1), p.91.

[3] Judgment of the High Court of Justice Queen’s Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para 1.

[4] Judgment of the High Court of Justice Queen’s Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para. 2-3.

其中，关于涉嫌四项罪名的上诉理由指出："欧洲逮捕令中第一项至第三项指控不符合双重犯罪原则，逮捕令对所声称的行为的描述既不公正又不正确。关于第四项指控，如果对相关行为进行公正、确切的描述，不构成强奸。"[1]

针对第一项至第三项涉嫌犯罪的指控，二审判决表明，由于这三项指控并非是框架决定取消双重犯罪清单中的犯罪，因此应该按照《2003 年引渡法》第 s.64 条的规定，适用双重犯罪原则。[2] 考虑到第四项指控"强奸"是框架决定第 2 条第 2 款中明确列举的犯罪，因而不适用双重犯罪原则。然而，上诉方认为阿桑奇案中欧洲逮捕令的相应指控不构成"强奸"，即便欧洲逮捕令公正地或准确地加以描述，仍旧无法表明是"强奸"。[3]

上诉方声称，本案所涉及的欧洲逮捕令应当按照"欧洲诸国语言和法律"所认可的方式对强奸进行描述。[4] 对此，二审判决指出，如果上诉方的这个观点是合理的，有必要考查在"欧洲诸国语言和法律"中强奸意味着什么。首先，二审法官承认，在欧洲，强奸没有一个标准的定义。[5] 在 MC 诉保加利亚案（*M.C. v. Bulgaria*）中，被害人认为保加利亚的法律对强奸的追诉力度不够，因为该国法律规定只有在被害人积极拒绝的情况下才能启动追诉强奸的程序。欧洲人权法院对此进行分析并指出，尽管欧洲各国对强奸的界定拥有相当大的空间，但大部分欧洲国家已不再要求被害人必须在身体上做出反抗。[6]

在提及普通法国家的相关规定后，欧洲人权法院进一步指出："大部分欧洲国家受大陆法系的传统影响，强奸的定义包括犯罪人使用暴力或威胁使用暴力。

---

[1] Judgment of the High Court of Justice Queen's Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para. 4-6.

[2] Judgment of the High Court of Justice Queen's Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para. 55.

[3] Judgment of the High Court of Justice Queen's Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para 104-105.

[4] Judgment of the High Court of Justice Queen's Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para 107.

[5] 欧盟国家对强奸的定义差别很大，大致可以分成以同意为基础的定义（普通法系国家为主）和以暴力为基础的定义（大陆法系国家为主）。在实践中，这两类定义对证据的要求不同，通常证明缺少同意需要提供一系列的情境（可能包括暴力或以暴力相威胁），显然证明这些并不容易。在一些欧盟成员国的法律体系中，强奸行为必须涉及一个或多个生殖器（被害人的或强奸犯的）或肛门，这样的插入才成为强奸。比如，在英格兰和威尔士，根据 1994 年和 2003 年经过修改的定义，强奸涉及到所有形式的阴茎插入（包括被强迫的口交），这意味着犯罪人必须是男性或是变性人。然而，在德国法中却不存在类似的要求。荷兰法对强奸的定义更为宽泛，任何出于性目的的"插入"都可能构成强奸罪。根据框架决定第 2 条第 2 款的规定，各成员国的司法机构将在出现分歧的情况下适用更为狭义的解释。因此，如果英国的司法机构接到来自荷兰针对强行实施"法国之吻"的欧洲逮捕令，英国将会拒绝执行，因为在英国法中类似的行为不构成强奸。参见 Massimo Fichera, The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice, PhD thesis-University of Edinburgh, School of Law, 2009, pp.109-112; Judge Rob Blekxtoon, Handbook on the European Arrest Warrant, T.M.C. Asser Press, 2005, p.151.

[6] Judgment of the High Court of Justice Queen's Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para 108.

然而，在判例法以及法理中，缺少同意而不是未使用暴力是构成强奸的要素之一……无论立法如何选择特别的词句，在相当数量国家的司法实践中，通过对相关法律规定的解释以及对证据进行慎重的考量，追诉没有合意的性行为，无论这种性行为在何种情况下发生。”[1] 在国际刑事审判层面，二审判决还提及前南斯拉夫国际刑事法庭的 Prosecutor v Kunarac 案，其上诉分庭分析了国际法理，进而认可由该法庭作出的强奸定义。这个定义将强奸表述为，在知道不同意的情况下，未经同意却故意插入的行为。因此，欧洲人权法院得出结论，认为缺少同意是构成强奸的主要要素。[2]

二审判决指出，综上所述，强奸是通过胁迫而实施的故意插入或者在被告知道缺少同意却实施的故意插入行为。于是，二审法官认为，阿桑奇案中欧洲逮捕令的相关描述是强奸。[3]

此外，二审判决还提及英格兰和爱尔兰的法律对这种行为的认定。尽管二审法官不认为必须考虑上述法律对强奸的定义，即便予以考虑，阿桑奇的行为仍旧是强奸。二审判决指出，陪审团将被授权认定，对戴安全套的性交的同意与对不戴安全套的性交的同意是不同的。欧洲逮捕令所描述的行为表明，阿桑奇知道 SW 只肯在使用安全套的情况下与他性交；根据英格兰和爱尔兰的法律，他不戴安全套与她发生性行为有可能构成强奸。考虑到当时 SW 正在睡觉，根据《2003 年性犯罪法》，适用 s.75 条的规定，将会认定她不同意与阿桑奇性交。[4]

综上所述，在阿桑奇案中，英国高等法院显然本着尊重欧盟法院对 Advocaten voor de Wereld 案判决的精神，以框架决定为指导审理此案。从阿桑奇案二审判决书的表述中也可以发现这个迹象。判决书首先对《2003 年引渡法》的组成及其与欧洲逮捕令框架决定的关系、框架决定的目的以及相互承认的要求予以总括性的说明。二审判决指出，尽管《2003 年引渡法》没有提及欧洲逮捕令框架决定，其第一部分的规定必须以符合该框架决定的方式进行解读。[5] 在本案中，尽管二审法官对相关具体情况予以细致的审查，结果仍旧是维护了欧盟法的统一与

[1] M.C. v. Bulgaria Judgment, European Court of Human Rights, Application no. 39272/98, 4 December 2003, para 159, 161.
[2] M.C. v. Bulgaria Judgment, European Court of Human Rights, Application no. 39272/98, 4 December 2003, para 166.
[3] Judgment of the High Court of Justice Queen’s Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para 109.
[4] Judgment of the High Court of Justice Queen’s Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para 117.
[5] Judgment of the High Court of Justice Queen’s Bench Division on Assange v Swedish Prosecution Authority, Case No: CO/1925/2011, Wednesday 2 November 2011, para 9-12.

有效运作。

三、正本清源：犯罪清单的来源及其完善

尽管欧盟通过立法与判例推进欧洲逮捕令在成员国之间的实施，成员国法院也在大多数情况下积极配合，针对取消双重犯罪原则的32种犯罪清单的批评与修改建议仍旧不绝于耳。在此，有必要从立法角度探究32种犯罪的来源，分析这样的规定是否有充分的实施基础，从而为进一步完善欧洲逮捕令提出建议。

（一）32种犯罪的来源

框架决定中32种犯罪的列举方式与《欧洲刑事警察组织公约》在其附件中的犯罪种类列举非常相似，在种类上的差别不大，但 “强奸”或“纵火”等犯罪并没有出现在欧洲刑警组织的犯罪清单上。然而，在功能方面，框架决定所列举的32种犯罪与欧洲刑警组织犯罪清单不可同日而语。框架决定的作用是，签发国在欧洲逮捕令上写明所针对的犯罪属于上述范围时，执行国不必审查该类犯罪是否违反本国法便将被申请人逮捕并移送。在这个过程中可能侵犯到公民的人权。而欧洲刑警组织的功能通常是保证犯罪信息在成员国之间的交流，侵犯人权的可能性要比欧洲逮捕令小很多。框架决定中对32种犯罪的粗略列举令人匪夷所思。在欧盟这个倡导法治的区域里，涉及到人权的立法应当尽可能地明确与细致。因此，人们不能用欧洲刑警组织的32种犯罪及其定义来解释框架决定中的规定，尽管两者在形式上非常相似。

目前，相关的国际公约、条约和协定可以为32种犯罪定义的解释提供一定的帮助。比如，清单中的“国际刑事法院所管辖的犯罪”这一项，就明确指出1998年《罗马规约》在适用中的重要地位。问题在于，其它种类的犯罪并没有这么明确。事实上，一些相关的国际公约、条约与协定，尤其是欧盟的立法都可以作为解释框架决定罪名的重要参照甚至不可或缺的依据。如果框架决定能为为每一种犯罪都规定应参照的公约类法律文件，就为各国刑法提供了相互承认的法律依据，将有利于框架决定的有效实施。

遗憾的是，欧盟理事会并没有采取上述立法模式，而是将对32种犯罪绝大部分的解释权交给了成员国的司法机构。于是，现有的模式增加了法律的不确定性。不过，欧盟理事会仍然建议各成员国在适用公约的过程中参照上述国际公约类法律文件，以期弥补理事会立法方面的不足。

32 种犯罪及其来源列表[1]

序号	犯罪	来源
1	参加犯罪组织	欧盟：2008 年 10 月 24 日关于打击有组织犯罪的框架决定[2]
2	恐怖主义	欧盟：2002 年 6 月 13 日关于打击恐怖主义的框架决定（2008 年修正）[3]
3	贩运人口	欧盟：2011 年 4 月 5 日关于预防与打击贩运人口以及保护被害人的指令[4]
4	对儿童进行性剥削以及儿童色情文学	欧盟：2011 年 12 月 13 日关于打击对儿童进行性剥削以及儿童色情文学的指令[5]
5	贩运麻醉药品及精神药物	欧盟：2004 年 10 月 25 日关于为非法贩运毒品的犯罪构成要素与刑罚设置最低限度规定的框架决定[6]
6	贩运武器、弹药以及爆炸物	联合国：联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的补充议定书[7] 欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
7	腐败	欧盟：2003 年 7 月 22 日关于在私营领域打击腐败的框架决定[8]

[1] 每一种犯罪可能在国际、区际层面上存在多个法律来源，本表只列举最重要的来源。
[2] Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime
[3] Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism
[4] Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA
[5] Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating sexual abuse and sexual exploitation of children, and child pornography, replacing the Council Framework-Decision 2004/68/JHA
[6] Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking
[7] Protocol against the Illicit Manufacturing and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime
[8] Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector

8	欺诈 （包括根据 1995 年 7 月 26 日《保护欧共体财政利益的公约》规定的对欧共体财政利益的侵犯）	欧盟：2001 年 5 月 28 日关于打击欺诈与伪造非现金支付方式的框架决定[1]
9	洗钱	欧盟：2001 年 6 月 26 日关于打击洗钱犯罪的框架决定[2]
10	伪造包括欧元在内的货币	欧盟：2000 年 5 月 29 日关于惩治伪造欧元的框架决定（2001 年修正）[3]
11	与计算机相关的犯罪	欧盟：2005 年 2 月 24 日关于破坏信息系统犯罪的框架决定[4]
12	环境犯罪 （包括贩运濒危动植物等）	欧盟：2008 年 11 月 19 日关于通过刑法保护环境的指令[5]
13	为未经授权的入境与居留提供便利	欧盟：2002 年 11 月 28 日关于界定为未经授权的入境、中转与居留提供便利的欧盟理事会指令[6]
14	谋杀以及严重的身体伤害	欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
15	贩运人体器官与组织	联合国：联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书[7] 欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
16	绑架、非法拘禁与劫持人质	联合国：《反对劫持人质国际公约》[8] 欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
17	种族主义与仇外	欧盟：2008 年 11 月 28 日关于通过刑法打

[1] Council Framework Decision 2001/413/JHA of 28 May 2001 on combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment

[2] Council Framework Decision 2001/500/JHA of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime

[3] Council Framework Decision 2000/383/JHA of 29 May 2000 on increasing protection by criminal penalties and other sanctions against counterfeiting in connection with the introduction of the euro

[4] Council Framework Decision 2005/222/JHA of 24 February 2005 on attacks against information systems

[5] Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law.

[6] Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.

[7] Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime

[8] International Convention Against the Taking of Hostages

		击某种形式的种族主义与仇外之表达的框架决定[1] 欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
18	有组织的抢劫或武装抢劫	欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
19	贩运文化物品 （包括古物与文化作品）	欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
20	诈骗	欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
21	敲诈勒索	欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
22	伪造与非法翻印产品	欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
23	伪造并贩运行政文件	欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
24	伪造支付方式	欧盟：2001 年 5 月 28 日关于打击欺诈与伪造非现金支付方式的框架决定[2]
25	贩运荷尔蒙及其他促增长物质	欧盟：《欧洲刑警组织公约》附录
26	贩运核材料或放射性材料	国际原子能机构：核材料实物保护公约[3] 联合国：制止核恐怖主义行为国际公约[4]
27	贩运被盗车辆	无
28	强奸	无
29	纵火	无
30	国际刑事法院管辖的犯罪	国际刑事法院：《罗马规约》[5]
31	劫持航空器或船只	国际民用航空器组织：《关于制止非法劫持航空器的公约》（海牙公约）[6] 国际海事组织：《制止危及海上航行安全非法行为公约》（海上航行公约）[7]
32	阴谋破坏	无

[1] Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law.
[2] Council Framework Decision 2001/413/JHA of 28 May 2001 on combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment
[3] Convention on Physical Protection of Nuclear Material
[4] International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism
[5] Rome Statute
[6] Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft
[7] Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation

（二）刑事法律的相互接近有助于实现对双重犯罪原则的突破

近年来，刑事法律的相互接近与刑事决定的相互承认成为协调欧盟成员国刑事合作的两种重要机制，促进了欧盟区域刑事合作的发展。从产生的时间上分析，刑事法律的相互接近产生于上世纪 90 年代以后，早于在 2000 年之后全面启动的刑事决定的相互承认。欧盟委员会近期的举措表明，欧盟正在努力利用已经在刑事法律的相互接近领域里所取得的成果，推动刑事决定的相互承认进程。

欧洲逮捕令框架决定虽然是欧盟范围内第一个实施的关于刑事决定的相互承认的框架决定，但冻结令与财政处罚的相互承认立法建议却制定于逮捕令框架决定生效前。在取消双重犯罪原则方面，成员国经过多次协商，逐步扩大相关的犯罪范围，为制定欧洲逮捕令框架决定提供了立法样板。在冻结令框架决定立法建议的最初版本中，取消双重犯罪的范围仅限于 6 种，即贩运毒品、对欧共体利益的欺诈、洗钱、伪造欧元、腐败以及贩运人口。对此，立法建议中的解释是，这些犯罪于欧盟范围内达到了某种程度上的相互接近，因此进行刑事合作的成员国对相关犯罪可以不必过多审查。同时，上述 6 种犯罪还都是《欧洲刑警组织公约》及其议定书所涉及的类型。立法建议的前言也声明，该法律文件起初应当仅限于欧盟已经采取的打击严重犯罪共同行动的范围内。[1]

2000 年底，欧盟理事会准备了《相互承认刑事决定的实施方案》，该方案指出成员国之间相互承认刑事决定的实施预示着它们对彼此刑事司法体系的信赖；这种信赖建立在它们对共同原则承诺的基础之上，这些共同原则包括自由、民主、尊重人权与基本权利以及法治等。实施计划进一步指出，至少应针对《欧盟条约》第 29 条所规定的严重犯罪建立以相互承认原则为基础的移交制度。起初，这种逮捕令制度在实施计划中并没有被视为最重要的问题，而是处于“次重要”的位置，进而排在第 2 位。然而，“911 事件”的发生改变了原来各种相互承认措施的排序。成员国很快就在欧盟范围内建立统一逮捕令制度达成共识，这种代替传

[1] 在讨论过程中，将取消双重犯罪原则的犯罪清单纳入立法的建议得到了广泛支持，成员国的代表们还提出可以进一步扩大这个范围。2001 年 7 月，有 4 种犯罪添加到清单中，它们是恐怖主义行为、贩运军火、性剥削以及环境犯罪。就在欧盟委员会公布欧洲逮捕令的立法建议之前，参加犯罪组织作为第 11 种犯罪被加入到清单中，并且已经明确了其它 10 种犯罪的定义。2001 年 10 月初，又有 7 种犯罪加入到清单中，包括谋杀、盗窃、勒索、绑架、伪造、便利非法移民、以及其它形式的欺诈等。2001 年 11 月中旬，欧盟委员会又将 4 种犯罪纳入清单，两种来自于欧洲刑警组织正在打击的犯罪（机动车犯罪以及贩运核物质），一种来自于法国的提议（强奸），一种是欧盟委员会当时在拟定的框架决定（便利未经授权的入境与居留）。到 2001 年 11 月底，最后 4 种犯罪也被纳入犯罪清单，它们是纵火、国际刑事法院管辖的犯罪、劫持航空器或船舶以及阴谋破坏。然而，欧盟委员会没有提供吸收最后 4 种犯罪的解释。参见 Steve peers, Mutual recognition and criminal law in the European Union: Has the Council got it wrong? Common Market Law Review, 41, 2004, pp.18-20。

统引渡制度的逮捕令制度也就跃升为最为重要的事项，进而被最先制定并执行。[1]

从欧洲逮捕令这个最先生效的刑事决定相互承认的措施来看，规定 32 种不适用双重犯罪原则的“自动相互承认”的犯罪清单，表明欧盟委员会并没有将所有 32 种犯罪领域的刑事法律的相互接近作为实施相互承认机制的前提，因为有些种类的犯罪尚未被纳入欧盟刑事法律的相互接近领域。这种做法可能会有两种解释：其一，从目前来看，欧盟无法实现关于全部 32 种犯罪的刑事法律相互接近，这样做只会推迟刑事决定的相互承认在欧盟范围内的适用进程；其二，欧盟委员会认为，有关全部 32 种犯罪的刑事法律相互接近的任务可以通过实施刑事决定的相互承认来逐步实现，而不是相反。虽然这种言论令人难以置信，但欧洲逮捕令的犯罪清单中确实有许多种犯罪在欧盟是未被实施相互接近或没有在某种程度上予以统一的。[2]

此外，即便存在诸多刑事法律相互接近的框架决定，所规定的犯罪定义在多大程度上具有拘束力还未尝可知，而那些在欧盟层面相互协调已经取得一定进展的领域仍然存在许多问题。实际上，成员国的实施法对这些定义的解释是有区别的。[3] 这意味着，尽管欧盟推定成员国之间存在相互信任，还尚未在规范的层面予以落实。成员国之间存在相互信任的假定，更像是一种目的的宣告，是自上而下的措施，而不是自下而上的实施。正如欧洲为建设“自由、安全与司法的区域”提出的“斯德哥尔摩计划”（2010-2014 年）所主张的那样，欧盟成员国之间的相互信任仍然需要建设或加强。[4]

关于更有效的开展刑事合作，“斯德哥尔摩计划”还将“发展共同最低规则核心”纳入欧盟工作的重点。该计划指出，针对判决与司法决定的相互承认，为了在必要范围内为这些事项提供便利，欧盟可以适用共同的最低标准。考虑到各成员国法律制度与法律传统的区别，某种程度的法律的相互接近有利于法官与检察官对相关问题达成共识，进而促进正确适用相互承认原则。“关于在相互承认框架下犯罪定义的相互接近与双重犯罪原则之间的关系，欧盟委员会应当作出进

[1] 参见拙著：《欧盟区域刑事合作进程研究》，上海人民出版社 2012 年版，第 85 页。
[2] Ilias Bantekas, The principle of mutual recognition in EU criminal law, European Law Review, 2007, 32(3), pp.369-370.
[3] Massimo Fichera, The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience? European Law Journal, Vol. 15, No. 1, January 2009, p.80.
[4] 参见拙著：《欧盟区域刑事合作进程研究》，上海人民出版社 2012 年版，第 285-287 页。

一步的研究，并就该问题向欧盟理事会作报告。一个重要的问题是，在不适用双重犯罪原则的情况下，相互接近或是犯罪定义的统一是否必要，以及这样做是否可行。”[1]

许多欧盟学者提出建议，主张消减框架决定第2条第2款犯罪清单中的犯罪，将其缩小为那些更容易找出共同定义与惩罚的“核心犯罪”。即便这样可能仍然会有一些困难，当适用于贩运毒品、恐怖主义、参加犯罪组织、贩运人口、欺诈、洗钱以及其他少数几种犯罪时，欧洲逮捕令的实施会更加有效。在这种情况下，综合考量犯罪的严重程度、跨国的属性、对共同价值的侵害以及刑事法律相互接近的程度，将进一步推动欧洲逮捕令的有效实施。

[1] 参见拙著：《欧盟区域刑事合作进程研究》，上海人民出版社2012年版，第287-288页。

构建海洋强国海上执法体制研究

金 秋[1]

【摘　要】 中共十八大将“建设海洋强国”确定为今后国家发展的重要战略，并突出强调维护海洋权益的重要性。

针对 2013 年中国《国务院机构改革和职能转变方案》将传统分散的海上执法力量整合，开始迈向海上统一执法体制.

2014 年 4 月 16 日韩国“岁月号”沉船事故发生之后，韩国总统朴槿惠在 5 月 19 日即做出了解散韩国海洋警察厅的重大决定, 新设了韩国国民安全处与海洋警备安全本部.

本文在考察美国、日本、韩国的海上执法体制的基础上，结合中国海上执法体制的新变化，将各国海上执法体制进行对比分析，以探求中国海上执法体制的未来发展方向。

【关键词】 海洋强国；海上执法体制；统一执法； 中国海警

1982 年《联合国海洋法公约》生效以来，各国管辖海域范围扩大，在海洋上的权益争夺越来越激烈。面对严峻复杂的海上形势，为谋求政治、经济、军事上的有利态势和战略意义，各沿海国家竞相调整海洋战略和政策、调整和完善本国海洋立法并强化海上执法力量。尽管各国由于政治制度、经济发展水平、地理条件以及海洋发展阶段

[1] 金秋，法学博士，北京工商大学 法学院 副教授，研究方向：海商法、海洋法、国际经济法，E-mail: jinqiu88@163.com （北京 100037）

存在差异，但具有统一海上执法力量的集中型海上执法体制是众多沿海国家的选择。同时，拥有强大的海洋执法力量也已成为海洋强国在海洋执法领域的主要发展方向。美国、日本、韩国在海上执法体制建设方面极具代表性且颇为成熟，对我国有很大借鉴意义。

中国是一个海洋大国，海岸线长达 1.84 万公里，加上岛屿共 3.2 万公里，拥有渤海、黄海、东海和南海四大海域。海区有 500 平方米以上的岛屿 6536 个，拥有 12 海里领海权的海域面积 37 万平方公里，管辖的 200 海里领海、毗连区、专属经济区和部分国际海底区域面积近 300 万平方公里，相当于我国陆地面积的 1/3。[1]建设海洋强国是实现中华民族伟大复兴的必然选择。中共十八大将建设海洋强国提升为国家战略，并突出强调维护海洋权益的重要性。2013 年中国《国务院机构改革和职能转变方案》将传统分散的海上执法力量整合，重新组建国家海洋局，并以海警局名义进行巡航执法。自此，中国海上执法体制从分散型迈向集中型。

本文在考察美国、日本、韩国的海上执法体制的基础上，结合中国海上执法体制的新变化，将中、美、日、韩的海上执法体制进行对比分析，以探求中国海上执法体制的未来发展方向。

3.美国、日本、韩国海上执法体制

（一）美国

[1] 姚慧娥. 论面向新世纪我国海洋法制建设的完善 [C] //中国环境资源法学研究会年会论文集，2003：507.

美国是世界上最早成立海岸警卫队的国家。美国海岸警卫队（U.S. Coast Guard, USCG）是世界各国海岸警卫队的鼻祖，是当今许多国家海上执法队伍建设的典范。美国海岸警卫队隶属当今美国联邦政府最大的部——国土安全部。它是美国五大军事力量之一，战时由美国海军统一指挥；是唯一不受国防部制约的一个部门；是美国经法律授权的唯一的海洋综合执法机构。

《美国海岸警卫队成立法案》（Act to Create the Coast Guard）、《美国法典》（U.S.Code）、《美国海岸警卫队海上安全战略》（Coast Guard Strategy for Maritime Safety,Security and Stewardship）以及《美国海岸警卫队授权法案》（Coast Guard Authorization Act）等为USCG作为海上执法主体行使海上执法权提供了充分的法律保障。

《美国法典》第14卷是对美国海岸警卫队的专门规定。详细规定了海岸警卫队的性质、职能、隶属和机构设置等，并赋予海岸警卫队在履行海上执法职能时需要行使的抓捕权、登临权、检查权等。[2]《美国海岸警卫队海上安全战略》作为USCG公布的第一个战略，在客观分析美国海上安全和海洋管理所面临的新形势的基础上，按照美国国家安全战略的总体目标和要求，提出了“海上先发制人战略”维护海上安全、保护美国海上利益。

美国海岸警卫队的职能主要分为五个方面：国土防御、海上治安、海上搜救与安全、海上交通、海洋自然资源和环境的保护。[1]在“9.11”

[2] 傅崐成（编译）.《美国海岸警卫队海上执法的技术规范》[M].中国民主法制出版社，2013：3.

[1] U.S. Code Title 14. Part 1 Chapter 5 Functions and Powers.

恐怖袭击事件之后，美国海岸警卫队的海上职能又增加了反恐，甚至海上作业的重点也开始转移至国土安全防御，并由之前的交通部转隶属于新成立的国土安全部。

美国海岸警卫队司令部（总部）设在华盛顿，下设作战司令部、战备司令部。作战司令部负责指挥海岸警卫队所有军事行动；战备司令部负责训练、装备和提供海上巡逻力量以及海岸部队和新的可部署作战部队。目前，在太平洋地区设置 4 个管区，在大西洋设置 5 个管区，共配置有 41 个基地（含 26 个航空基地），191 个救助站。

从 2011 年的数据来看，美国海岸警卫队拥有现役官兵 4.3 万余人，其主要人员都有军籍、授军衔、着军装。另外，还编有预备役人员 7800 余人，并有志愿义务人员约 3.42 万人参与日常辅助工作。USCG 是当今世界最强大的海上执法队伍，拥有大量的各类舰船，其中大中型舰船(长度在 65 英尺以上者)叫 Cutter，船名前加前缀 USCGC，现役约 200 余艘；小型舰艇叫 Boat，现役约 1400 余艘；还拥有 200 余架各类固定翼飞机和直升机同时配备轻重武器。此外，USCG 指挥机关、基地、救助站和舰船、飞机等，都装备了现代化的 CISR（指挥信息系统）相关设备，使其具有很高的指挥控制能力和指挥效能。[1]

（二）日本

日本建有完备的海上执法机构，即效仿美国的“海岸警备队”建立的日本海上保安厅。该保安厅成立于 1948 年 5 月 1 日，实际上是

[1] 数据来源于美国海岸警卫队官网：http://www.uscg.mil.

一支海上准军事力量，号称日本“第二海军”，平时隶属于日本国土交通省，战时由日本防卫省直接指挥。

海上保安厅的主要职能包括海上治安管理、海上交通安全管理、海难救助、海洋环境保护和海上防灾。2012 年 8 月 2 9 日，日本通过海上保安厅法修正案,赋予海上保安官离岛行使警察权,可以对“非法”登陆者进行搜查并逮捕（原海上保安厅法规定，海上保安官行使警察权的范围仅限于海上）。[3]

目前，海上保安厅内设总务部、装备技术部、警备救难部、海洋情报部及交通部。日本海上保安厅共辖 11 个管区以及海上保安大学和海上保安学校两所专业培训院校。海上保安厅还下辖 69 个保安部、60 个海上保安署、12 个航空基地、2 个海上保安航空基地、11 个情报通信管理部门、7 个海上交通部门及国际组织犯罪对策基地、特殊警备基地、特殊救难基地等。[1]

日本海上保安厅所管辖的水域为领海、毗连区、专属经济区（EEZ）以及日美海上搜救协定（《日美 SAR 协定》）规定的搜寻救助区域（自日本本土东南 1200 海里）。其中，仅临海和专属经济区面积合计约 447 万平方千米，大约相当于日本国土面积的 12 倍。如果加上《日美 SAR 协定》的分担海域，日本海上保安厅负责管辖的海域大约相当于国土面积的 36 倍。[4]保安厅将日本周边海域划分为特别警备巡逻

[3] 吴谷丰.日本参议院通过海上保安厅法修正案[N]. 中国日报, 2012-8-29.

[1] 数据来源于日本海上保安厅官网：http://www.kaiho.mlit.go.jp.

[4] 于宜法、李永祺（主编）. 中国海洋基本法研究[G]. 中国海洋大学出版社.2010:103.

区、海峡巡逻区及周边海域巡逻区三类共 13 个巡逻区域。

日本海上保安厅的规模与海上行动能力在世界范围内首屈一指，甚至远超许多国家的海军。截止 2013 年 4 月 1 日，日本海上保安厅拥有各类船艇 446 艘，其中各类巡视船 117 艘、巡视艇 238 艘、特殊警备救难艇 63 艘、测量船、教育业务用船等 28 艘；还拥有各类航空机共 73 架，其中各类固定翼飞行机 27 架，各类直升机 46 架。海上保安厅 2013 年的预算为 1,765 亿日元。至 2014 年 3 月 31 日，日本海上保安厅的总职员预计为 12，636 人。[1]

（三）韩国

韩国实行统一的海洋执法管理体制，韩国海洋警察厅（ Korea Coast Guard，KCG ）负责韩国海洋执法工作。1953 年韩国政府依据《渔业资源保护法》制定了“海洋警察队设置计划”，同年 12 月 14 日公布了《海洋警察队编制令》（总统令第 844 号），12 月 16 日又公布了《海洋警察队编制执行规则》（内务部）。韩国在釜山成立了海洋警察队，隶属于内务部。1991 年将其升格为海洋警察厅。

为了更好地适应维护韩国海洋权益的需要，1996 年 8 月韩国将农林水产部、交通部、环境部、科技部、产业资源部、警察厅等 13 个中央政府部门的涉海职能和机构加以整合，组建海洋与水产部，统一负责渔业水产、海上交通运输、海上安全、海洋环境保护、海洋科学研究与调查、海洋资源开发利用等相关涉海事务，成为韩国唯一不

[1] 数据来源于日本海上保安厅官网：http://www.kaiho.mlit.go.jp/jpam.pdf.

按行业或功能而是按区域设置的中央政府内阁部门。该部设有海洋警察厅，实行统一海上执法。海洋与水产部的成立，标志着韩国完成了其海洋管理机构由分散管理趋向集中管理的转变。2000 年，韩国出台了国家海洋发展的未来蓝图和国家战略，建立了《海洋开发基本计划：海洋韩国 Ocean Korea 21》，积极应对 21 世纪国内外海洋水产环境变化。目前，韩国海洋警察厅为副部级的机构，隶属韩国海洋水产部，总部位于仁川。

韩国海洋警察由海洋警察厅总部与 16 个海洋警察署组成，下辖 88 个派出所、241 个办事处。目前，韩国海洋警察厅组织主要由厅长、次长以及设立的警务企划局（负责预算、人事）、警备救难局（负责领海警备巡逻，防范海上军事威胁与海难救援）、情报搜查局（负责海上犯罪活动的搜查、海外情报收集）、装备技术局（负责海上装备、技术维护）和海洋污染管理局（负责污染监视、分析、防灾）等 5 个部分构成。[5]除此之外，还有直接隶属于总部管理和培养海警专业人才的海洋警察学校、研究开发中心、维修厂三个辅助性单位。2006 年 12 月 1 日起，韩国在江原道东海、全南木浦、釜山广域市分别成立东海（日本海）、西海（黄海）、南海（东海）三个地方海洋警察厅，在仁川设立海警直辖署。[1]

韩国海警的职责几乎包括了除海洋国防安全外的所有海上事务，主要负责：警备和海难救助，海上交通安全管理，海上治安，海洋环

[5] 阎铁毅、孙坤. 论中国海洋行政执法主体[J]. 大连海事大学学报：社会科学版，2011（2）：8.

[1] 数据来源于韩国海洋警察厅官网：http://www.kcg.go.kr/global/menu_01/0103.html.

境保护，防治海洋污染等,具有警察机关的搜查、逮捕、起诉及执行与任务相关法律的职权。[1]随着海上治安问题日趋突出和面临海上恐怖活动的现实威胁，海洋警察厅又被赋予了应对海上突发事件和海上反恐的新任务。

为维护韩国海洋权益，不断提高有效管控的能力，韩国海警通过建立海岸监控系统，严密监视韩国专属经济区水域的船舶活动，对重要航线上的船舶强化监视和检查，对“不服从检查者”采用强制手段登船检查；通过更新警备艇装备和靠前部署海警特警队，加大警戒力度，不断提高处置海上突发事件的能力；通过实施专属经济水域通讯员制度和举报奖励制度，及时发现和掌握各种海上信息。海警一旦发现进入其专属经济水域的外国渔船，一般会立即采取“警告驱离”或“武力抓捕”措施。[6]

据韩国海洋警察厅《2013 年工作报告》显示，截止 2013 年 10 月，韩国海洋警察厅拥有警察官、战斗警察巡警、一般行政等人员共 10,977 人。警备舰艇（包括大型、中型、小型）的数量为 202 艘，截止到 2020 年将达到 205 艘；特殊艇，包括巡查艇、消防艇等共 99 艘；航空机 23 架，包括固定翼飞机 6 架，直升机 17 架。

2014 年 4 月 16 日的“岁月号”沉船事故给韩国海洋警察厅的发展造成了致命打击。韩国总统朴槿惠在国内重大舆论压力之下，在 5

[1] 数据来源于韩国海洋警察厅《2012 海洋警察白书》，2012 年 10 月发行，http://ebook.kcg.go.kr/home/view.php?host=main&site=20121107_111250.

[6] （韩）金显基. 21 世纪海洋时代的韩国海洋警察[M]. 韩国海洋战略研究所. 2001:7.

月 19 日对国民讲话中，宣布废除韩国海洋警察厅。随后提出了一揽子计划和相关法律法规修正案，新设了海洋警备安全本部。缩小了海洋警备安全本部的搜查、情报职能，但通过强化搜寻救助职能和统一海上交通管制职能等方式，提高了其专业性，并正在向统一的海上执法机构方向发展。新设的海洋警备安全本部以舰艇、海洋警备安全中心等设备和机构强调了以现场为中心的执行能力，将以创新思想调整内部结构，迎接新的挑战。韩国海洋执法体制的发展已经得到了东亚各国的关注。

二、中国海上执法体制

（一）中国传统海上执法体制

长期以来，中国的海洋管理在横向上表现为综合管理和部门分工相结合，即国家海洋局综合管理基础上，再按用海类别，由相应的行业主管部门管理；在纵向上建立了中央、省、市、县四级海洋资源监督管理机关。从总体来看，中国海洋管理基本上是陆地各种资源开发行业部门管理职能向海洋的延伸，并没有一个涉海部门能够有效地实施海洋综合管理。与分散的行业管理相对应，原有的海上执法队伍主要有 5 支，即国土资源部国家海洋局的海监队伍、交通部海事局的海巡执法队伍、农业部渔业局的“中国渔政”、公安部边防管理局的海警部队、海关总署的海关缉私警察队伍。

1、中国海监队伍

中国海监是国家海洋局领导下、中央与地方相结合的行政执法队伍，由国家、省、市、县四级海监机构共同组成。其领导机构中国海监总队成立于 1998 年。

中国海监主要负责国家海洋权益维护、海域使用管理、海洋环境保护的执法工作，依法实施巡航监视和监督管理，查处违法活动。

中国海监队伍由海监总队，3 个海区总队，11 个沿海省、自治区、直辖市总队极其所属 97 个支队、205 个大队组成，共有执法人员 8000 余人。其中，国家队伍由中国海监总队机关，3 个海区总队（北海、东海、南海），10 个行政执法支队、3 个航空支队、3 个维权执法支队、1 个西中南沙执法站组成，执法人员约 2300 名。地方队伍由 11 个沿海省、自治区、直辖市总队及其所属 81 个支队、205 个县（市）大队组成，执法人员 6000 余人。

中国海监拥有海监飞机 10 架，各类执法船、艇 400 余艘，执法专用车 300 多辆，其中，千吨以上海监船 26 艘。[7]

2、中国海事

中国海事隶属于交通运输部，是海上交通执法监督队伍，由直属海事局和地方海事局两支队伍，分别在不同的水域行使海事管理职能。直属海事局管辖的水域包括沿海（包括岛屿）海域和港口、对外开放水域；上述水域以外的内河、湖泊和水库等的水上安全监督工作，由省、自治区、直辖市人民政府负责。交通部共设置 14 个直属海事局，

[7] 余建斌. 中国海监装备与日本相比差距明显[N]. 人民日报. 2012-4-18.

27 个地方海事机构。

海事局的职责主要包括管理水上安全和防止船舶污染，调查、处理水上交通事故、船舶污染事故及水上交通违法案件；负责外国籍船舶入出境及在中国港口、水域的监督管理；负责船舶载运危险货物及其他货物的安全监督；负责禁航区、航道（路）、交通管制区、安全作业区等水域的监督管理；管理和发布全国航行警（通）告，办理国际航行警告系统中国国家协调人的工作；审批外国籍船舶临时进入中国非开放水域；管理沿海航标、无线电导航和水上安全通信；组织、协调和指导水上搜寻救助并负责中国搜救中心日常工作等。[1]

3、中国渔政

我国海洋渔政执法工作由黄渤海、东海、南海区渔政局负责。海区渔政局主要管辖海洋机动渔船拖网禁渔区线以外水域；重要渔场、渔讯；国家颁布的保护区、休渔区以及中日、中韩、中越渔业协定的水域。组织实施所负责海区的专属经济区渔政巡航是各海区渔政局一项重要职责。2000 年正式成立的农业部渔政指挥中心专门承担农业部履行的渔政管理具体行政执法及队伍建设职责，业务工作由渔业局管理和指导。主要负责组织协调全国重大渔业执法活动，特别是跨海域、大流域、跨省区的渔业执法行动，维护国家海洋权益。

4、公安边防海警

公安边防海警，是指沿海公安边防总队及其所属的海警支队、海

[1] 参见中国海事局官网：http://www.msa.gov.cn/Static/jgjj/00000000-0000-1400-0200-010000000001.

警大队，是维护海上治安秩序的执法力量从属于公安边防管理部门，是维护海上治安秩序的执法力量，是公安边防部队重要的组成部分。主要任务是:打击海上违法犯罪，防范、打击境外敌对势力、敌对分子和黑社会组织从海上对我国的渗透破坏活动，负责在我国管辖水域内（内水、领海和毗连区）依法行使公安边防部门管辖的刑事案件的侦查权和治安案件的调查处理权，依法对海上违法犯罪嫌疑人员和船舶实施检查、追捕、扣留、押送和其他强制措施。

5、海关缉私警察

海关缉私警察受海关总署与公安部双重领导，以海关总署领导为主。负责对其管辖的走私犯罪案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审；对在毗连区和领海内违反安全、海关、财政、卫生或出入境管理法律法规的行为进行管制；对在领海内实施的走私犯罪、违法违规而逃逸至公海的船舶进行紧追；组织开展海关打击走私违法犯罪的国际、地区合作。

中国传统的以部门为主的分散性行业海上执法体制在较长一段时期内，为维护海上治安、生产秩序发挥了重要作用。但随着时代的发展，各种深层次的矛盾逐渐凸显出来。面对东海、黄海、南海三大海域安全形势的新情况，面对因领土主权争议频频发生的中国渔民被扣事件，原有的海上执法体制不能适应建设海洋强国要求。为此，迫切需要改革海上执法体制，建立一支近能执法、远能维权、平战结合的强大的海上执法力量。

（二）中国海上执法体制新变化

在“建设海洋强国”国家战略背景下，为加强海洋综合管理和推进海上统一执法、提高执法效能，2013 年 3 月 10 日，第十二届全国人大审议通过《国务院机构改革和职能转变方案》，将国家海洋局及其中国海监、公安部边防海警、农业部中国渔政、海关总署海上缉私警察的队伍和职能整合，重新组建国家海洋局，以中国海警名义开展海上维权执法，接受公安部业务指导。与此同时，为加强海洋事务的统筹规划和综合协调，设立高层次议事协调机构国家海洋委员会，负责研究制定国家海洋发展战略，统筹协调海洋重大事项。国家海洋委员会的具体工作由国家海洋局承担。

2013 年 7 月 9 日，国务院批准的《国家海洋局主要职责内设机构和人员编制规定》发布，突出强调了国家海洋局综合管理、统一执法的职责。根据规定，国家海洋局为副部级单位，是国土资源部管理的国家局。主要负责组织拟订海洋维权执法的制度和措施，制定执法规范和流程；在我国管辖海域实施维权执法活动；管护海上边界，防范打击海上走私、偷渡、贩毒等违法犯罪活动，维护国家海上安全和治安秩序，负责海上重要目标的安全警卫，处置海上突发事件；负责机动渔船底拖网禁渔区线外侧和特定渔业资源渔场的渔业执法检查并组织调查处理渔业生产纠纷；负责海域使用、海岛保护及无居民海岛开发利用、海洋生态环境保护、海洋矿产资源勘探开发、海底电缆管道铺设、海洋调查测量以及涉外海洋科学研究活动等的执法检查。

规定同时强调，国家海洋局将加强海洋综合管理、生态环境保护和科技创新制度机制建设，推动完善海洋事务统筹规划和综合协调机制，促进海洋事业发展。加强海上维权执法，统一规划、统一建设、统一管理、统一指挥中国海警队伍，规范执法行为，优化执法流程，提高海洋执法能力，维护海洋秩序和海洋权益。

重组后的国家海洋局内设 11 个机构，人员编制为 372 名。其中新增海警司、财务装备司，将原有的政策法规和规划司拆分为战略规划与经济司和政策法制与岛屿权益司。新增设的海警司同时也是海警司令部、中国海警指挥中心。该部门负责组织起草海洋维权执法的制度和措施，拟订执法规范和流程，承担统一指挥调度海警队伍开展海上维权执法活动具体工作，组织编制并实施海警业务建设规划、计划，组织开展海警队伍业务训练等工作。新组建的财务装备司加挂“海警后勤装备部”名称，负责起草并组织实施海警队伍基建、装备和后勤建设的规划、计划，拟定经费、物资、装备标准及管理制度，组织实施装备物资采购。在人员方面，增设 1 名副局长兼任中国海警局局长，国家海洋局局长兼任中国海警局政委，同时增设中国海警局副局长 2 名、副政委 1 名。

此外，设置国家海洋局北海分局、东海分局、南海分局，履行所辖海域海洋监督和维权执法职责，对外以中国海警北海分局、东海分局、南海分局名义开展海上维权执法。3 个海区分局在沿海省（自治区、直辖市）设置 11 个海警总队及其支队。

7 月 22 日，海警局正式挂牌成立。根据规定，中国海警局可以直接指挥海警总队开展海上维权执法。中国海警人员编制是 16,296 人。

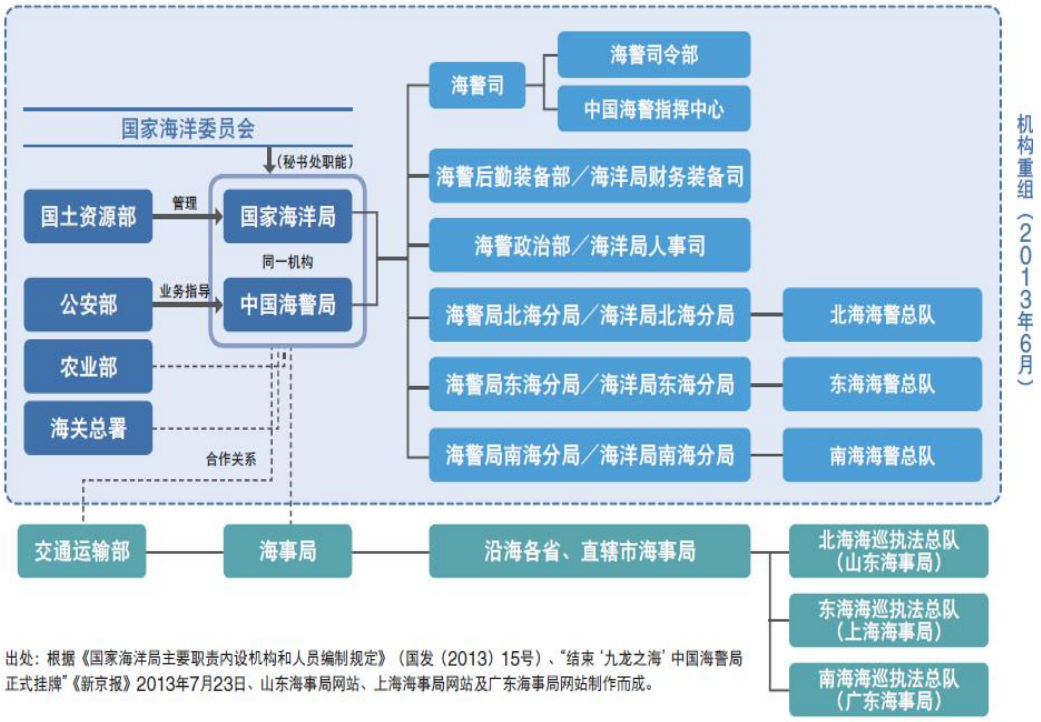


图 1　重组后的中国海上执法队伍[8]

三、中、美、日、韩海上执法体制的比较分析

从总体上看，作为海洋强国的美国、日本及韩国的海上执法体制较为成熟，不仅海上执法主体职责明确，而且力量强大，无论在执法依据、人员、装备及资金方面都有充足的保障。

表 1　中、美、日、韩海上执法机构对比

[8] 日本防衛省防衛研究所. 2013 中国安全保障报告[R]. 2014:12.

内容 国别 国别	中 国		美 国	日 本	韩 国
名　　称	中国海警	中国海事	海岸警卫队	海上保安厅	海洋警察厅
成立时间	2013 年整合	1998 年	1915 年	1948 年	1953 年
主管部门	国家海洋局 （接受公安部业务指导）	交通运输部	国土安全部	国土交通省	海洋水产部
主要执法依据	《国务院机构改革和职能转变方案》、《国家海洋局主要职责内设机构和人员编制规定》等	《中华人民共和国海上交通安全法》、《中华人民共和国海上交通事故调查处理条例》等	《美国法典》	《海上保安厅法》	《海洋警备法》等
主要职能	维护国家海上安全和治安秩序 渔业执法检查 海域使用、海岛保护及无居民海岛开发利用、海洋生态环境保护、海洋矿产资源勘探开发、海底电缆管道铺设、海洋调查测量以及涉外海洋科学研究活动等的执法检查	水上安全监督及防止船舶污染水域 船舶及海上设施检验 航海保障 海上搜救 外国籍船舶入出境及在中国港口、水域的监督管理	国土防御 海上治安 海上搜救与安全 海上交通 海洋自然资源和环境保护	海上治安管理 海难救助 海上交通安全管理 海洋环境保护和海上防灾	海上治安 警备和海难救助 海上交通安全管理 海洋环境保护，防治海洋污染
人员构成	多样	行政人员	军人、预备役人员、行政人员、志愿者	行政人员 （具警察职能）	警 察

人员数量	16,296 人	-	现役官兵4.3万余人、预备役人员7,800余人，志愿义务人员约3.42万	12,636 人 （至 2014 年 3 月）	警察官、战斗警察巡警、一般行政等人员共 10,977 人 （2013 年 10 月）
年预算（2013年）	-	-	86.19 亿美元 （约￥588.68 亿人民币）	1,765 亿日元 （约￥105.9 亿人民币）	10,836 亿韩币 （约￥60 亿人民币）
执法装备	-	-	大中型舰船200余艘，小型舰艇1400余艘 200 余架各类固定翼飞机和直升机	船艇 446 艘（巡视船 117、巡视艇 238、特殊警备救难艇 63、测量船、教育业务用船等 28） 航空机 73 架（固定翼飞机 27、直升机 46）	舰艇 301 艘（警备舰艇 202；特殊艇，包括巡查艇、消防艇等共 99） 航空机 23 架（固定翼飞机 6，直升机 17）
备注	表格中的数据均来源于各执法机构的官方网站；“-”表示目前无法查到公开发布的权威数据				

首先，从权力法定化的角度来看，美国、日本、韩国均以法律手段对海上执法力量的职能、权力、执法程序及权益进行规定、约束和保障，确保其一切行为在法制的框架下运行，做到有法可依。除美国海岸警卫队有《美国法典》第 14 卷专门予以规定外，日本 2001 年颁布的《海上保安厅组织规则》对海上保安厅的内部布局设置及各部门相关职责做了详细的规定；2008 年又专门出台了《海上保安厅法》、《海上保安厅法施行令》，对海上保安厅的海上执法进行了全面规制；此外，还有海上保安厅职员服制等一系列针对海上执法的立法，构成了较完备的日本海上执法立法体系。

相比之下，中国在海上执法方面缺乏统一的执法依据。中国原有海上执法力量分散，隶属于不同部门，多以本部门规章、规范性文件等为执法依据。各部门的执法依据在整体上并不协调，存在职责界定不清、职责交叉等诸多问题。而且，在海上执法程序方面亦没有统一的立法规范。[9]

另外，新成立的国家海洋局和中国海警局的组织形式比较复杂，其所属上级机关和权限分配等问题不够明朗。如涉及海洋管理和执法的规章由国家海洋局起草并提请国土资源部部务会议审议通过后，由国土资源部发布，但国家海洋局又以中国海警局名义开展海上维权执法并接受公安部业务指导。[1]而且海警局局长（兼海洋局副局长，正部级）的行政级别高于海警局政委（海洋局局长兼任，副部级）。[10]

其次，从海上执法力量的性质来看，无论是美国的海岸警卫队、日本的海上保安厅还是韩国的海洋警察厅，都属于准军事化综合性海洋执法队伍，拥有精良的执法装备配置，包括一些重型武器装备，组织设置精简、高效，执法任务的综合化程度较高，比很多发展中国家的海军还要力量强大。

而中国的海上执法力量在此次改革之前，除海警、海关缉私警察外，中国海监、渔政等执法力量不属於武装力量，一般情况下不配备重型武器，只有少数船只可配备轻武器，如冲锋枪、手枪、高压水枪

[9] 金秋. 关于中国海上执法体制的研究[J]. 韩国海法学会志. 2006，28（1）：371.

1 国办发〔2013〕52 号文件，《国务院办公厅关于印发国家海洋局主要职责内设机构和人员编制规定的通知》，http://www.soa.gov.cn/zwgk/fwjgwywj/gwyfgwj/201307/t20130709_26463.html.

[10] 日本防衛省防衛研究所. 2013 中国安全保障报告[R]. 2014:11.

等，在争议海域执法时常处于劣势。

再次，从执法队伍培养方面来看，由于海上执法具有专业性和复杂性的特点，对执法人员的要求颇高，因此美国建有海岸警卫队学院、日本建有海上保安大学和 2 所海上保安学校，韩国设置了海洋警察教育学院[1]，在培养专业化海上执法队伍方面，都起到了至关重要的作用。如：日本海上保安大学负责培养海上保安厅的干部职员，学生在四年半的学习期间里接受高等教育和培训，包括一般教育科目和外语科目，还有法学、行政管理学、航海学、轮机工程学、通信工程学等专业科目以及训练科目，在学完了本科教育课程之后，转入专业教育课程，同时还必须参加环球远洋航海实习，学习与海上保安实际业务相关的科目。海上保安大学除本科和专业教育课程以外，还有特修教育课程，以培养海上保安厅的初级干部，从一般海上保安官之中选拔成绩优秀的进修生，进行教育训练，学习所需要的知识和技术。补充保安官在社会按照严格的条件经考试合格录取后，须经海上保安大学或海上保安学校的专业培训合格后方能上岗。海上保安学校还拥有 3,000 吨级训练舰。韩国海洋警察教育学院则以干部短期业务培训及新任警察教育(一年)为主,而且拥有 4,200 吨级向洋号训练舰。相比之下，我国在海上执法专业人才方面明显不足。

三、中国海上执法体制未来发展方向

[1] 该校创建于 2004 年 5 月，并于 2013 年 11 月更名为海洋警察教育学院（海洋警察教育学院官网：http://kcgi.kcg.go.kr/jsp/kcga/soge/soge_02.jsp) .

此次中国海上执法体制的改革，是海洋管理体制的历史性转折，是中国海洋事业发展史上的重大里程碑，意味着中国向建设海洋强国跨出了关键性一步。

一方面，《联合国海洋法公约》颁布以来，整合海上执法力量已经成为海上综合执法的主流趋势和通行做法。将几支不同职能、不同隶属、不同构成的队伍整合在一起，在新的平台上实行统一执法，能够减少过去存在的由于职能相互交叉或重复而引发的不必要的矛盾和纠纷，将有利于加强海洋综合管理、减少重复建设成本、显著提高执法效率。

另一方面，中国在维护海洋权益方面面临着严峻的形势。和平时期如若轻易使用国家军队，引发冲突很可能迅速升级为军事危机甚至是战争，而统一的海上执法力量可以起到危机控制和危机处理的作用，为外交斡旋留有更大的回旋余地和有为空间。

然而，作为海上执法体制的重大改革，此次机构整合才仅仅是一个开始，后续仍面临诸多法律问题和现实挑战，必须在结合国情的基础上，积极借鉴美、日、韩三国海洋管理和执法的经验，探索中国海上执法体制未来发展之路。

从目前情况来看，中国海上执法需进一步与国际接轨，主要应关注以下几点：

其一，完善涉海法律体系建设迫在眉睫。此次执法体制改革中机构整合先行，但尚未建立海上执法的法律法规体系。海上执法体制是

海洋管理体制中的重要组成部分。一个国家的海洋管理体制须由海洋基本法来规定，而中国现行的海洋法律体系中缺失海洋基本法。现有的少量涉及海洋管理的综合性法律中原则性规定较多，具体可操作的细则较少，甚至缺乏明确的主管部门或负责机构。

此次机构整合，中国海警不仅内部人事变动复杂、工作机制尚未理顺，而且其执法权限、实施紧追、登临、检查的操作程序、经费保障等一系列具体问题目前还都无明确的规定。因此，必须尽快完善涉海法律体系建设，研究制定有关海上执法的专门立法，才能有效整合各执法力量，海上执法工作才能做到合法、有序。

其二，强化执法装备、提高执法人员素质，努力提高海上执法水平。在海上执法装备方面，整合后的中国海警局可以效仿美、日、韩，加大对海洋执法装备的投资力度，强化武器装备，优化配置资源，加强海洋执法设施建设，配置统一的现代化的海洋监视、通报和指挥体系，从而改进我国海上执法的技术手段。至于具体的武器装备标准，尤其是履行何种海上执法职能时可以使用武力、在什么区域范围内使用以及使用武力的程度还有待进一步研究和探讨。在执法人员素质方面，我国应充分学习和借鉴美、日、韩海上执法人才培养与选拔方式，积极探索成立专门的海上执法学校，培养专业性人才，努力提高我国海上执法人员素质。

其三，海上执法机构作为维护国家海上安全的重要力量，应强化演练并进一步拓展与海军的合作方式与合作领域。

美国特别强调海上力量的全面合作。2007 年 10 月，在美国海军指挥学院举行的“国际海上力量”研讨会上，美国海军、海军陆战队、海岸警卫队三支海上力量联合制定了海上战略——《21 世纪海上力量合作战略》[11]。随后，《2010 海军作战构想》（Naval Operations Concept 2010），对美国海上武装力量（包括海军、海军陆战队、海岸警卫队）如何贯彻和实施《21 世纪海上力量合作战略》进行了详细阐述。[12]一方面，主张结合人道主义干预、反恐、预防冲突等特定任务的要求超越传统的部署区域，应全球布局；另一方面，海上力量通过发现和抑制来自远方的威胁，扩大国家本土防御的纵深，加强国家本土防御。海岸警卫队通过大力实施“深水”计划，实现与海军防务系统的无缝对接。

为了不断提升海上执法能力和水平，韩国海警经常组织针对性演练。如围绕驱离、抓捕外国非法作业渔船问题，韩国海警通过举行以紧急接警、模拟追击、拦截盘查、强行驱离和实施抓捕为主要课目的应急演练和协同演习，提高驱离和抓扣“非法作业”船的能力；面对恐怖组织可能实施的劫船、爆炸、污染海洋环境等新型威胁，韩国海警频繁举行海上恐怖袭击、港湾污染防护等课目的防控演练。韩国海洋警察厅的东海、西海、南海分局分别与韩国海军的第 1、2、3 舰队形成了联合警戒防御体制，并密切配合，通过组织联合演练，提高协

[11] Maritime Strategy of Cooperation of the United States in the 21st Century, available at: http://www.navy.mil/maritime/Maritimestrategy.pdf.

[12] Naval Operations Concept 2010, available at: http://www.navy.mil/maritime/noc/NOC2010.pdf.

同防范和联手处置能力。例如，韩国海警在对涉嫌违法船只实施检查和抓捕行动时，韩国海军通常负责外围警戒，利用舰载雷达实施全程监控，协助海警堵截逃跑的违法船只。

日本海上保安厅基本形成了与海上自卫队联动的海上警备与训练体制。海上保安厅日常情报、指挥、通信及控制系统均与海上自卫队相通。双方每年频繁举行联合巡逻和联合训练达数十次。在钓鱼岛等敏感海域，海上保安厅甚至可以根据具体事态，自己协调自卫队舰艇参与应急行动。

其四，中国海警今后应更加注重开展海洋管理、联合执法、搜救演习等国际海上执法交流与合作活动。世界及周边主要国家海上执法力量，基于非传统安全威胁的跨国性特点，十分注重加强国际执法合作。目前，美国东北部的执法机构已能与加拿大的执法机构共享恐怖活动相关的情报信息。日本 2004 年发起制定《亚洲反海盗合作协定》，主要形式就是执法机构之间的合作，海上保安厅每年都派舰艇与马来西亚、新加坡、印尼、印度等国海岸警卫队进行反海盗联合训练或演习。韩国海警分别与日本海上保安厅、俄罗斯边防部队多次举行反武装劫船和营救人质联合演习、联合海上反恐演习、联合海上救援和拦截违法船只演练等。

此外，由于种种原因，此次海上执法机构整合并未涉及中国海事。而在国际上，海上交通安全管理、海上搜救都是统一的海上执法不可分割的重要职责。因此，真正的海上“统一”执法还需进一步整合中

国海事的相关职能。

中国经济已发展成为高度依赖海洋的外向型经济，对海洋资源、空间的依赖程度大幅提高，在管辖海域外的海洋权益也需要不断加以维护和拓展，这些都需要通过建设海洋强国加以保障。海上执法机构是维护海上安全和国家海洋权益的重要力量。维护国家海洋权益不仅涉及国家的主权和民族尊严，更事关国家可持续发展、中华民族伟大复兴的长远和根本利益，是事关国家生存、安全和发展的大局。面对建设海洋强国战略的重大历史机遇以及复杂而严峻的南海、东海海上安全形势，中国海上执法体制的改革任重而道远。

境外追逃追赃中阻碍性问题研究

武兰[1]

摘要

2014 年至今我国反腐力度之大前所未有，在这火热的反腐浪潮中，境外追逃追赃也是国内外重点关注的问题，随着“红色通缉令”的下发，把这一问题也推到了风口浪尖。我们在关注已经取得的成绩的同时，也应该为这一工作的深入开展开阔道路、扫清障碍。本文通过梳理在境外追逃追赃中存在的阻碍性问题，如：引渡未能发挥期待作用、多边条约适用较“虚”、资产分享机制不明确等，进而找到症结点所在，对症下药，根据不同的阻碍性问题提出不同的应对措施，如：多方努力，建立引渡合作关系、加强多边条约的有效适用、建立特殊的诉讼机制、确立资产分享机制以及在鼓励在逃人员自首，设立海外举报站等措施。以期为境外反腐工作的顺利开展提供有益的建议。

[1] （华东政法大学国际法学院硕士研究生）

关键词　阻碍性问题　引渡　多边条约　追逃追赃

一、境外追逃追赃的概述

（一）境外追逃追赃的概述

腐败的核心表现是权力成为谋私的工具。从社会学、政治学的角度对对腐败一词含义进行界定是指：国家公职人员滥用公共权力谋取私利的行为。它的主要表现是贪赃枉法,行贿受贿,敲诈勒索,权钱交易,挥霍人民财产,腐化堕落等现象。[1]腐败分子携款潜逃，也就是大众所知的贪官外逃携资产外流的现象，这些现象一方面损害了国家公权力机关的形象、另一方面造成国家经济损失，甚至造成人民利益的直接受损。为打击出逃境外的腐败分子，国家开展全面的境外反腐败，就形成了所谓的境外追逃追赃的机制。追逃追赃，是近几年来我国针对腐败问题进行严格查处重要行动。其源于“腐败”；行于“反腐败”；终于维护国家人民利益。

二、我国境外追逃追赃的现状

近 20 年来，我国反腐败力度逐步增强，2014 年、2015 年力度前所未有。2014 年 3 月 17 日最高人民检察院下发《关于进一步加强追逃追赃工作的通知》，9 月 27 日部署全国检察机关开展职务犯罪国际追逃追赃专项行动[2]；7 月 22 日公安部宣布开展代号为“猎狐 2014”的缉捕在逃境外的经济犯罪嫌疑人的专项行动；10 月 10 日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、外交部联合发布《关于敦促在逃境外经济犯罪人员投案自首的通告》；2014 年 11 月份 APEC 北京会议通过《北京反腐败宣言》；2015 年 3 月，中央反腐败协调小组国际追逃追赃工作办公室召开会议，部署 2015 年反腐败国际追逃追赃工作，决定 4 月启动“天网”行动；2015 年 4 月 22 日，国际刑警组织中国国家中心局、中共中央纪律检查委员会、 中华人民共和国监察部集中公布了针对 100 名涉嫌犯罪的外逃国家工作人员、重要腐败案件涉案人等人员的红色通缉令[3]。

[1] 参见段振榜：《权力与腐败问题刍议》,《娄底师专学报》1996 年 9 月第 3 期。
[2] 参见最高人民检察院 http://www.spp.gov.cn/ftwhl/　2015 年 4 月 18 日访问。
[3] 参见人民网：　http://opinion.people.com.cn/n/2015/0424/c1003-26895830.html/ 2015 年 4 月 22 日访问。

上述工作力度跟效力在反腐工作中已经有了很好的成效，但是反腐工作尤其是境外追逃追赃不是毕其功于一役的事情，也不是靠本国权力机关发布的重要通告来完成的。因此我们不能忽视在开展境外追逃追赃过程中存在的阻碍，也只有理清楚存在的阻碍性问题，才能对症下药，各个击破，为境外追逃追赃工作的开展开辟广阔的道路，也为我国的反腐败工作提供更多的经验。

三、我国境外追逃追赃中的阻碍性问题

境外追逃追赃包括“追逃”跟“追赃”两个部分，二者不可偏废其一。“追逃”体现的是国家依法惩治腐败犯罪、维护国家机关威严；“追赃”则体现为对于追逃工作的实效，也是维护国家、人民经济利益的重要表现。中国社科院 2011 年的一份报告显示，自 20 世纪 90 年代以来，包括“裸官”在内的各种贪官有 1.8 万人外逃，携带款项超过 8000 亿元。[1]从这组数据可以看出，贪官外逃损害的国家利益之严重，因此必须实现追逃追赃的双效惩治，才能维护国民经济利益。目前，我国司法机关与外交部在境外追逃追赃方面所普遍运用的是劝返、遣返、异地追诉、引渡等方式，其中劝返是最常使用的方式。引渡作为国家间和国际社会开展刑事司法合作的最基本形式，也是追逃过程中最正式、最常规的途径。但是在这些传统方式的适用过程存在着各种各样的阻碍性问题。笔者尝试从下面几个方面进行阐述。

（一）引渡未能发挥期待效果

1、引渡的概念

引渡制度是一项古老的制度，发展至今已有很长时间。世界上最早有关引渡条约的规定出现在古埃及和赫梯族在结束叙利亚战争时所签定的一项“和平条约”之中，该“和平条约”中就有互相遣返逃到对方境内的犯罪的规定，因此这被认为是关于引渡合作最原始的体现。[2]著名国家法专家奥本海认为：引渡是一个被控诉或被判罪的人由他当时所在的国家交给对他控告犯了罪或判了罪的国家。[3]

[1] 王海军：《追逃追赃的中国策略与国际合作》，载于《社会》2015 年第 1 期。
[2] 参见冯.格拉恩：《.国家之间的法律》纽约英文版，1976 年第 3 版第 259 页。
[3] 参见詹宁斯.瓦茨：《奥本海国际法》（第一卷第二分册），中国大百科全书出版 1998 年版，第 338 页。

也有学者认为引渡是一国把在该国境内而被他国追捕、通缉、指控为犯罪或判刑的外国人，移交给请求国审判或处罚的一种国际司法协助行为。[1]具体到跨国境的反腐败领域，引渡即是指一国（被请求引渡国）把一个正在其国境内的人（被请求引渡人）而被他国（请求引渡国）指控为贪污、受贿罪或者依法被判刑，依该国请求，移交该国审判或处罚的一种制度。

2、引渡的价值

引渡作为一项历史久远的国际司法协助制度，其在国际法发展以及国家合作、国际社会和平稳定发展方面有不可替代的作用。引渡制度保障了国家行使司法管辖权以及制裁犯罪的合法性与有效性，在国际刑事司法领域也具有重要的作用。我国引渡法的规定，[2]可以看出在国际刑事司法领域，引渡作为国际社会以及国际条约普遍接受的一种制度，发挥了很大的作用。既可以有效地打击跨国犯罪，又强调保障被引渡犯罪嫌疑人的人权，在强调国家主权的同时更加注重司法权威，使两者达到有机的统一。

3、引渡在境外追逃追赃中的实践

在境外追逃追赃过程中，引渡是一种最正式、最常规的形式。引渡制度对于请求国来说，是其跨国追捕犯罪分子归案的有效途径，可以确保犯罪分子在犯罪地运用犯罪地的法律得到适合的司法制裁，使犯罪分子受到公正的审判。[3]但是引渡制度在实践中还是会有很多阻碍性因素。截至 2014 年 11 月，中国已对外缔结 39 项引渡条约，其中 29 项已生效，52 项刑事司法协助条约，其中 46 项已生效。2014 年完成 10 项引渡和刑事司法协助条约谈判。中国先后与法国、西班牙、澳大利亚、意大利、葡萄牙等西方发达国家签订引渡条约；与美国、加拿大、法国、西班牙、葡萄牙、澳大利亚、新西兰、英国、比利时签订刑事司法协助条约。[4]

以上数据说明了我国在境外追逃追赃方面取得了不小的成就，在加快国际合作方面也展开了新的局面，但是，据外交部条法司孙昂教授在交流会上发言指出，2013 年我国涉及境外追逃追赃案件 300 多起，外交部处理 100 多起，其中

[1] 黄伟锋：《国际法学》厦门大学出版社，2012 年版，第 155 页。
[2] 《中华人民共和国引渡法》第 1 条规定：为了保障引渡的正常进行，加强惩罚犯罪方面的国际合作，保护个人和组织的合法权益，维护国家利益和社会秩序，制定本法。
[3] 翟悦：《境外追逃追赃国际警务合作机制完善建议》，人民论坛网，2014 年 6 月 6 日。
[4] 参见新华社：http://www.cditv.cn/show-105-77962-1.html 2015 年 4 月 20 日访问。

在处理过程中运用引渡的少之又少。也就是说在实践当中，上述签订的引渡条约正真被实际运用的非常少。这就产生了引渡过程中冲突的问题。

4、存在的问题

（1）条约前置主义的法律障碍

在引渡问题上的“条约前置主义”是指被请求国的法律要求与请求国存在双边引渡条约关系作为开展引渡合作的前提条件，在不存在这种双边条约关系的情况下就无法向请求国实行引渡。[1]美国就是典型的严格奉行“条约前置主义”的国家。在引渡问题上，美国主管机关对于“条约”的理解极为狭窄，特指经美国国会批准的双边引渡条约，不一定包含多边国际公约。目前而言，我国签订的引渡条约生效的有 30 多项，生效的条约在数量上看并不少，但国家分布不均衡，发展中国家多，西方发达国家少，与法国、意大利、澳大利亚、葡萄牙、西班牙五个发达国家签订了条约，其中只有后两个生效了。[2]发达国家大多采用“条约前置主义”，就导致跟发达国家谈判协商签订引渡条约过程很漫长，也很困难。而美国、加拿大等没有与我国签订引渡条约的国家一度被中国外逃贪官当做首选“避难营”，尤其为案值大、身份高的外逃贪官所青睐。[3]这就使得引渡过程中由于引渡条约的问题，造成很多逃往美国、加拿大等发达国家的贪官无法通过引渡的手段来实现追逃追赃。

（2）死刑犯不引渡的阻碍

死刑犯不引渡条款已经被越来越多的引渡条约或者国际公约中的有关引渡条款所接受，并成为被援用较多的拒绝引渡的理由。根据资料显示,截至 2001 年 12 月底,以不同方式废止死刑的国家和地区的总数已经达到 123 个,而保留并执行死刑的国家和地区只有 71 个, 而这些保留死刑的国家中大多已经极少判处或适用死刑。[4]而我国现行的《刑法》依然规定有死刑制度，而且属于世界上保留死刑罪名最多的国家，而且我国在在贪污、贿赂罪方面也依然保留有死刑，这就使得很多国家援用“死刑犯不引渡”作为拒绝引渡的理由，也加大了我们开展境外追逃追赃的难度。实践中，可能为便于案件的审理，检察机关或者外交部为了可

---

[1] 参见李万熙：《引渡与国际法》，法律出版社，2002 年版。

[2] 参见张尧：《从“猎狐 2014”专项行动看我国境外追逃工作的困境与措施》，载于《湖北警官学院学报》2015 年第 2 期。

[3] 王海军：《追逃追赃的中国策略与国际合作》，载于《社会》2015 年第 1 期。

[4] [美]参见罗吉尔·胡德：《引渡新论———以国际法为视角》刘仁文等译，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

以对犯罪嫌疑人进行引渡，会对被请求国作出一定的承诺，如，承诺被请求引渡人被引渡回国后不会判处死刑。但事实上这种承诺没有统一的机制，没有固定的程序，其效力也当然无法保障，也很难成为被请求国信任我们的理由。

（3）本国公民不引渡的阻碍

我国《引渡法》第八条[1]阐述的就是“本国公民不引渡”原则。同样的，其他国家的国内引渡法也有类似的规定，如 1957 年《欧洲引渡公约》规定“缔约方有权拒绝引渡其本国公民”。以此类推，其他国家都会将这一原则作为拒接引渡的理由。大量的外逃贪官不管是以投资移民的方式，还是通过其他各种手段拿到该国家的国籍，都已经成为其迁入国的合法居民。而我国《国籍法》第 3 条规定：中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。也就是说一旦外逃贪官取得他国国籍，就丧失我国国籍，成为他国合法公民，这样其他国家也很容易援引“本国公民不引渡”这个原则来拒绝引渡，这在国际法上也符合规定的。但也直接造成了引渡过程中由一个重大难题。

（4）赃款赃物移交机制的阻碍

在跨国反腐中，追赃跟追逃一样重要，赃款的大量外流会导致资金的流失，也会损害国家的经济利益。境外追逃追赃想要通过引渡来完成对犯罪对象的追诉，那么就有必要再引渡条约中规定相关的赃款的移交机制。目前我国在追赃过程中一般是用返还和分享两种方式。让犯罪分子在国外失去生存基础，也是可以引渡或者劝返的重要条件，因此在实践中，检察机关很希望达到“人赃俱获”的效果，在提出引渡请求的同时，一般也会附带提出“移交赃款赃物”这样的请求。正因为如此，有的国际刑法学者，甚至还将其形象地称为“物的引渡”。[2]而有些国家也会看中所谓的投资，不肯在赃款方面返还，甚至会提出更高的分享赃款的要求。

（5）公正审判方面的阻碍

公正审判作为一种法律观念,其产生于法治社会人们逐步对法律的要求,其精神根源于普通法中,作为程序正义理论起源的自然正义的两项原则,即“nemo judex in causa sua(nobody can be a judge in his own cause)——任何人都不能成为自己案件的法官”和“audialteram partem (hear the other side)——应当听取另一方当事人的陈述和意见”长期以来一直被视为公正审判的最低限度准则。[3]公正

[1] 《中华人民共和国引渡法》第八条：外国向中华人民共和国提出的引渡请求，有下列情形之一的，应当拒绝引渡：（一）根据中华人民共和国法律，被请求引渡人具有中华人民共和国国籍的；

[2][韩] 参见森下忠：《国际刑法入门》，阮齐林译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 183～185 页。

[3] Richard Clayton and Hugh Tom Lionson. Fair Trial Rights Oxford university press, 2001, 26。

审判在我国的审判理念中也渊源已久，但是作为一种理念，其产生的文化、法律制度决定了，不同地域的人对于“公正审判”有不同的理解。影响公正审判的因素也具有多种多样，例如：良法、法官素质、司法公开、司法监督、正当程序等，各种因素在不同的国度也有不同的认定标准，这就很容易导致在国际社会中，对于“审判公正”各国家都有不同的理解。据悉,瑞士、澳大利亚和德国等国家已经在其引渡立法中作出了这样的规定。[1]这又成为引渡过程中的一个障碍。近年来我国司法改革已经在逐步改进，但是依然有部分问题在媒体曝光，并因此成为外国司法机关怀疑我国司法程序的把柄。例如，赖昌星被引渡回来之前，他出于自保，在国外大量散布消息称：我们国家由于缺乏民主制度，因此司法方面的很多东西都是不能信的，以此使得加拿大司法机关对我国司法体制产生怀疑。[2]当然、赖昌星最终被引渡回国，依法审判，也体现出我国在引渡工作中所做的努力，同时也是对我国司法体制、公正审判的一种最好证明。

（二）多变协议适用很“虚”

腐败最为社会发展的严重阻碍，已在国际社会达成了共识，2003 年联合国通过了第一部全面的、综合性的指导国际反腐斗争的法律性文件《联合国反腐败公约》（以下简称《公约》），目前已有缔约国 172 个，中国在《公约》开放签署的第二天就在公约上签了字。[3]此外我国还加入了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》等多项多边条约。其中《联合国反腐败公约》在序言中就开宗明义地讲到：“确信腐败已经不再是局部问题，而是一种影响所有社会和经济的跨国现象，因此，开展国际合作预防和控制腐败是至关重要的”。此外，对于境外反腐败问题的具体细节有了很详细的规定，例如：《公约》具体规定了预防措施、定罪和执法、国际合作、资产追回等，特别是对于引渡、资产追回等方式有比较客观详细的规划，很多条款都具有可执行性。因此《公约》为反腐提供了综合、全面的指导，这对于所有缔约国而言，是在反腐败领域合作的重要基础。也将逐渐推动国际反腐败活动的有序开展。

但是，目前而言很多国家向联合国作报告，承诺即使没有双边引渡条约，多

[1] 张毅：《引渡中的法律障碍透析》，载于《中国司法》2002 年第 3 期。
[2] 参见王勇：《赖昌星“难民”案的法理评析》，载于《法学》2002 年第 10 期，第 78-79 页。
[3] 参见喻贵英，马长生：《论我国境外追赃机制的完善》，载于《刑法论丛》2010 年第一卷。

边公约也可以作为引渡的基础。但实践中却并不乐观。加拿大收到 200 起引渡请求，完成 120 起，其中依据多边公约的只有一起。这就说明多边公约比较双边条约比较“虚”，实际使用概率低，实行起来很难。[1]在此，又与前面谈到的“条约前置主义”出现了重合的地方，很多《公约》的缔约国依然不顾签订公约时的承诺，坚持适用“条约前置主义”，就导致多边公约在实践中运用较“虚”。

此外，就我国而言，在适用《公约》方面，有多大的力度还要看我们多大程度上把《公约》的部分内容不折不扣的内化，并附之以相应的程序跟实体上的法律法规。例如在资产追回机制中，对于贿赂犯罪的主体规定，我国《刑法》跟《公约》就有不吻合之处，[2]我国《刑法》规定的斡旋罪的主体扩大到了非国家工作人员，与《公约》的影响力交易罪[3]规制的内容有重叠之处，但是我国没有对外国公职人员和国际组织官员的行贿行为、受贿行为作出规定，显然，《公约》规定的主体范围要比我国《刑法》的规定要宽泛，这也在实践中认定主体问题上成了《公约》不能充分适用的重要原因。

（三）诉讼机制不完善

1、无民事诉讼机制作为追赃的方式

依照《联合国反腐败国际公约》中对资产追回规定有直接追回跟间接追回的方式。其中建立境外追逃追赃的民事诉讼机制属于公约中规定的直接追回财产的措施，这种措施是指财产受害人按照财产所在地国家的法律规定和法律程序，直接向财产所在国家司法机关提出主张，通过民事诉讼的方式追回相关的资产。同时该公约还规定了三种直接追缴资产的方式。[4]。从《公约》第五十三条可以看出，《公约》已经为一国政府以政府名义向外国法院起诉追回赃款奠定了基础。

[1] 参见孙昂：《华东政法大学国际法学院明珠之光系列专题讲座——境外追逃追赃交流会》第 20-23 页。
[2] 参见喻贵英，马长生：《论我国境外追赃机制的完善》，载于《刑法论丛》2010 年第一卷。
[3] 第十八条：各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：(一)直接或间接向公职人员或者其他任何人员许诺给予、提议给予或者实际给予任何不正当好处，以使其滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，为该行为的造意人或者其他任何人从缔约国的行政部门或者公共机关获得不正当好处；(二)公职人员或者其他任何人员为其本人或者他人直接或间接索取或者收受任何不正当好处，以作为该公职人员或者该其他人员滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，从缔约国的行政部门或者公共机关获得任何不正当好处的条件。
[4] 第五十三条：直接追回财产的措施各缔约国均应当根据本国法律：(一)采取必要的措施，允许另一缔约国在本国法院提起民事诉讼，以确立对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产的产权或者所有权；(二)采取必要的措施，允许本国法院命令实施了根据本公约确立的犯罪的人向受到这种犯罪损害的另一缔约国支付补偿或者损害赔偿；(三)采取必要的措施，允许本国法院或者主管机关在必须就没收作出决定时，承认另一缔约国对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产所主张的合法所有权。

但是在我国的实践中，一方面没有以公民、或政府名义向国外进行民事诉讼的相关规定，另一方面也没有特别可以适用于追逃追赃的规定。

2、刑诉机制不健全

实践中，司法机关都是重判案，轻追逃。具体而言，在取证、证据固定环节欠缺技术手段；其次赃款扣押不及时，导致大量资金外流，成为外追压力；再次，也与我国司法机关的考核机制有关，重案件数量、轻质量等。[1]此外在资产追回方面，我国《刑事诉讼法》规定的违法所得没收程序也无法与《公约》的规定向匹配。我国违法所得没收程序在设置上过于“普通化”，需要依靠普通的刑事诉讼程序，审理方式也参照普通案件执行；程序开展过于“刑事化”，适用范围人为“缩减化”等等，都是在没收程序上的不足，导致资产追回方面的阻碍。[2]由于司法机关都是“重人轻物”，这与其本身的绩效考评机制有关，境外追赃的案件难度大、时间长，都成为影响办案人员绩效的重要因素。因此，实践中检察机关、法院往往避重就轻，任其发展。

（四）资产分享机制不明确

资产分享是指犯罪资产流出国与犯罪资产实际控制国政府之间依国际公约、双边条约或临时协定，将没收的犯罪资产扣除必要费用之后按比例进行分割的制度。[3]《联合国反腐败公约》中就有类似的规定，第 57 条第 4 款和第 5 款规定“在适当情况下，除非缔约国另有决定，被请求缔约国可在依照本条规定返还或处分没收的财产之前，扣除为此进行侦查、起诉或审判程序而发生的合理费用；在适当情况下，缔约国还可特别考虑就所没收财产的最后处分逐案订立协定或可以共同接受的安排。”事实上，公约的这种规定并没有明确说要资产分享，但是却包含了资产分享的精神在其中。

但在实践中，我国司法机关工作人员一直的理念是要“人赃俱获”或者认为我国大量的腐败官员带走巨额财产，[4]这本身都属于国家或者人民财产，因此必

[1] 参见韩康：《我国重大刑事冤案的成因分析及应对策略——以公安司法机关绩效考核机制为视角》，载于《郑州航空工业管理学院学报(社会科学版)》2013 年 10 月第 5 期。

[2] 参见刘文峰《我国违法所得没收程序的实践困境及其破解》载于《河北大学学报》2015 年 1 月第 1 期。

[3] 张士金《资产追回国际法律合作中的资产分享问题研究》，载于《人民检察》2009年第5期。

[4] 参见许春华：《追逃追赃：反腐败向纵深发展》，载于《官场警策》2015 年第 1 期。

须全额追回，而不能有半点损失。这种想法当然是正当的，但实际操作中，由于涉及到国际司法协助，难免在本国侦查人员触及不到的地方，需要外国的侦查机关提供合作，包括扣押、查封或者羁押腐败官员等等。这在客观上也会造成提供帮助的国家在人力、物力上的消耗，因此，他们以提供了帮助为由，要求部分的资产分享，也是情理之中的事情。同时，由于部分贪官在国外定居是采用移民投资的方式，一些国家为了保留既有的投资利益，也会以分享部分资产作为引渡或者遣返的条件。1综上各种原因，如果我们依然保留固有的追赃理念，必然是在给追赃的工作造成障碍，因此，建立完善合理的资产分享机制是很重要的。

四、我国境外追逃追赃的路径选择

（一）多方努力，建立引渡合作关系

引渡作为最基本、最正式的手段，应该作为国际社会在反腐败领域的常用手段。全球化的发展趋势决定了我国的法制发展也要逐步的与国际接轨，尤其在涉及国际司法协助方面的法律。为了减少司法协助中的阻力，我们必须在自我改变的基础上开展友好合作，共同打击腐败犯罪。具体而言包括对内和对外两个方面首先，对内要在完善《引渡法》的同时，适当的转变刑事审判的理念，树立良好的司法审判观念，征得外国司法机关的信任；其次，在死刑的问题上适度的转变观念，注重原则性与灵活性的有机结合；再次，要建立健全国家工作人员出入境登记备案和证件集中保管的制度，要严格审查官员出入境的程序设置，以及对于官员国籍的统一管理，避免个别官员通过取得他国国籍，而作为不被引渡的理由。例如，目前已经卓有成效的制度有：在全国范围内实施的《关于领导干部报告个人有关事项的规定》和《关于对配偶子女均已移居国境外的国家工作人员加强管理的暂行规定》，有关部门已经制定了具体的贯彻实施意见。[2]对外而言，主要是开展与发达国家的双边引渡条约的签订，积极协商，避免个别国家重复利用“条约前置主义”来作为拒绝引渡的理由。

[1] 孙昂：《华东政法大学国际法学院明珠之光系列讲座—境外追逃追赃交流会》第 20 页。
[2] 参见中国新闻网：http://www.chinanews.com/，2015 年 4 月 20 日访问。

（二）推进多变协议的有效适用

在反腐败领域、最权威、最具有综合性、全局性的法律文件当属《联合国反腐败公约》。把这一公约落到实处，本身就能让国际反腐败事业更深层次的发展。但是实践中由于司法理念、国家利益等多种因素的影响，会让《公约》在施行过程中阻力重重。为此，各国应当尊重条约，并遵守“条约必须遵守”的这一古老的习惯法原则。[1]而且《条约》宣言中也明确指出：“铭记预防和根除腐败是所有各国的责任，而且各国应当相互合作，同时应当有公共部门以外的个人和团体的支持和参与，例如民间社会、非政府组织和社区组织的支持和参与，只有这样，这方面的工作才能行之有效。”

同时《公约》中关于引渡的一个重要规定可以推动引渡程序的进行，也可以推动反腐败工作的开展。[2]这其实是对“或引渡，或起诉”原则做了权威的阐释。[3]进入 20 世纪，国际刑法学界最享有盛名的巴西奥尼教授在其著作中将“或引渡或起诉”列为国际刑法的重要原则，称之为国际刑法间接执行制度的基石所在。[4]这一原则在跨国的反腐中可以起到意想不到的作用，也在促进国际司法协作中发挥着重要作用。因此，依据《公约》一些国家没有把“条约前置主义”明确在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时通知联合国秘书长，说明其是否将把本公约作为与本公约其他缔约国进行引渡合作的法律依据时，其就不可以再援引本国的“条约前置主义”作为拒绝引渡的理由。因此，督促各国充分适用《联合国反腐败公约》对于惩治腐败犯罪具有重要的意义。

（三）建立特殊的追诉机制

所谓的特殊的追诉机制包括刑事跟民事两个方面，特殊在于针对境外追逃追赃这一具体行动所设立的机制，可以便于问题的解决，惩治非法犯罪，并能促进

[1] 曾令良审定：《高校教学与司法考试必读法规系列:国际法》，中国方正出版社，2003 年版,第 774 页。
[2]《联合国反腐败公约》第 44 条第 11 项规定：如果被指控罪犯被发现在某一缔约国而该国仅以该人为本国国民为理由不就本条所适用的犯罪将其引渡，则该国有义务在寻求引渡的缔约国提出请求时将该案提交本国主管机关以便起诉，而不得有任何不应有的延误。这些机关应当以与根据本国法律针对性质严重的其他任何犯罪所采用的相同方式作出决定和进行诉讼程序。有关缔约国应当相互合作，特别是在程序和证据方面，以确保这类起诉的效率。
[3] 参见黄风：《“或引渡或起诉”法律问题研究》载于《中国法学》2013 年第 3 期。
[4] 巴西奥尼：《国际刑法导论》，赵秉志等译，法律出版社 2006 年版，第 287 页。

国际司法协助。首先在刑事诉讼机制中：没收违法所得的程序，针对境外反腐可以适当设置“特殊化”，例如，不必特别拘泥于所谓的“人赃俱获”，可以适当将“人跟物分离”，分别处理，注重各自的效果。再者，可以设置针对境外追逃追赃独立的启动程序，提高效率，在最快的时间内将腐败分子绳之以法；也可以设置相对完善和国际化的保全措施，为有效管控涉案的犯罪资产的执行没收奠定基础。[1]其次在民事机制方面，应该借鉴《联合国反腐败公约》中所提倡的允许另外的缔约国以政府的名义在本国提起诉讼。此外。还可以借鉴其他国家的有益经验，例如：逐步提倡国内社会组织、团体以公益诉讼的形式参与国外诉讼，追索本国国民的利益。[2]

（四）完善资产分享机制

良好的资产分享机制在某种程度上是国际司法协助能否顺利进行的基本要素。资产分享已成为一项国际惯例，不论是美国、英国、加拿大，还是日本、新西兰、新加坡，越来越多的国家认可并运用资产分享解决境外追赃问题。[3]因此，作为负有重大追逃追赃任务的我国，更加有必要在这一机制上加大力度，促进理论研究与实践的充分结合。可喜的是，2013 年 6 月，中国与加拿大谈判完成《分享和返还被追缴资产协定》，这是中国就追缴犯罪所得对外谈判的第一项专门协定，目前双方正在抓紧准备签署。外交部境外追逃和国际执法合作特别协调员孙昂表示，这项协议生效后将对中加两国腐败资金的追查追讨和返还提供更宽厚的条件。[4]跟加拿大的这个资产分享协议是我国首次与外国签订这样的协议，这表明我国在境外追逃追赃中已经有了很大的作为，这个协议的顺利签署也会为以后与其他国家签订类似协议提供良好的示范，也有助于境外反腐工作的顺利开展。

（五）敦促所在国进行移民遣返

所谓遣返(Removal or Deportation) ，是指主权国家将违反本国法律的外国人

[1] 参见刘文峰：《我国违法所得没收程序的实践困境及其破解》载于《河北大学学报》2015 年 1 月第 1 期。
[2] 参见陈雷：《关于构建我国反腐败民事诉讼追赃机制若干问题的思考》载于《当代法学》2008 年第 6 期。
[3] 张德恒：《浅析美国资产分享制度》载于《管理观察》2014 年 11 月第 33 期。
[4] 《中国反腐败境外追逃追赃 强化国际执法合作》http://news.163.com/14/1209/03/AD09TPOI00014Q4P.html，2015 年 4 月 21 日访问。

遣返出境的行为。其具体的遣返种类或形式有三种，分别是：禁止入境(Exclusion) 、限期离境(Departure) 、驱逐出境(Deportation)。[1]通过这三种方式，可以督促所在国对不符合其国家居民条件的人遣返回我国，其实质是通过外国的行政手段或司法手段——移民遣返的方式来达到我国境外追逃的目的，这当中体现的是双赢性，当然需要密切的合作性才能完成。

在遣返的合作中，双方需要做到以下几点：首先，要实现信息互通。《联合国反腐败公约》倡导缔约国之间应当构建国际刑事司法合作的信息互通机制。这些措施应包括：（2）建立反腐败执法合作的联系渠道；（2） 互通腐败犯罪的情报；（3）建立人员交流以及互派联络员制度。[2]同时我们也不能偏废民间的信息收集，只有“官方跟民间信息收集、传递相结合”才能达到真正全面的互通机制。良好的信息沟通一方面有利于我国掌握外套贪官的具体路径，另一方面也有助于所在国有效开展行政工作，遣返非法移民也是其维护国家主权、维护社会秩序的体现。其次，要加强与所在国的联系，通过条约或者其他协议的方式，确定永久性的遣返制度。再次，我们还应该加大对外逃人员户籍的监管,查找其移入他国的证据，可以分为两种情况：一种是合法入他国，另一种是非法入他国。对于合法入他国的人，我们可以调查其是否已经取得了长期、永久居留身份，着力调查其办理出入境手续时的相关情况；对于非法入他国的，应该请求所在国配合调查其入境手续的合法性，请求所在国根据其本国法对于潜逃人员予以遣返。[3]

（六）敦促外逃者“自首”，设立海外举报站

所谓敦促外逃者“自首”其实质是传统的劝返的手段，也是最具有中国特色的手段。相对于引渡、遣返、异地追诉等各类形式，劝返是比较经济实用、和谐的手段，可以避免司法的碰撞，节约司法成本。“为什么采用劝返的方式？因为面对越来越多的外逃贪官通过引渡、遣返等方式不仅时间漫长，而且成功率也不高，正义往往得不到实现。[4]劝返进行的过程总结而言分为两步走，一步是通告

[1] Wendy •Chan． Crime，Deportation and the Regulation of Immigrants in Canada，Crime，Law ＆ Social Change 2005． 44． 153．

[2] 参见陈结淼：《＜ 联合国反腐败公约＞ 框架下我国反腐败国际合作机制的构建与完善》，载于《法学评论》2007 年第 5 期。

[3] 彭新林，商浩文：《我国反腐追逃中的移民遣返措施初探》载于《四川警察学院学报》，2012 年第 4 期。

[4] 韦洪乾：《劝返：外逃贪官回国新模式》载于《中国检察官》2010 年第 2 期。

犯罪并通告缉拿；另一步是跟外逃者进行谈判。其中第一步需要所在国的配合，也需要国内司法机关积极侦破案件，确定追诉方式，第二步则更需要的是技巧。形成所谓的“外压内诱，权衡利弊”[1]外部环境上让其认为其已经无路可逃，内部让其知道可以给予“自首”情节的考量，最终让其权衡利弊，选择回国接受审判。目前我国已经在这方面有所举动。2014 年 10 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、外交部等四部门联合发布《关于敦促在逃境外经济犯罪人员投案自首的通告》，这是继公安机关缉捕在逃境外经济犯罪嫌疑人的专项行动之后，四部门联合出台的又一重要追逃举措。[2]

与劝返紧密相关的，或者说对劝返有一定促进作用的另一种方式是设立海外举报站。2015 年 4 月 22 日，国际刑警组织中国国家中心局、中共中央纪律检查委员会、 中华人民共和国监察部集中公布了针对 100 名涉嫌犯罪的外逃国家工作人员、重要腐败案件涉案人等人员的红色通缉令。[3]并开辟了网上举报外逃贪官的通道，但是中共中央纪律检查委员会、 中华人民共和国监察部设立的举报网站是按照“属地管理、分级负责”的原则，是按照被举报人所属地域和级别进行举报。对于海外居民的举报没有开辟通道，同时，这种分级举报也为举报人举报工作加大了难度，也就意味着，举报人必须掌握所举报贪官的具体工作地域与工作级别，这样有利于管理，但却实质上给举报带来阻力。[4]

综上，境外追逃追赃在近两年反腐力度前所未有的巨大浪潮中也迎来了全新的面貌，在综合运用传统的追逃追赃方式的基础上，还应该不断创新、加强国际合作，利用信息化时代的优势，“内外兼修”，正真把反腐工作推进一个高度，并可以形成对国内腐败势力的强大的威慑力，促进国内反腐败工作的顺利开展。

[1] 参见刘义军：《劝返外逃贪官》载于《瞭望东方周刊》2013 年第 32 期。
[2] 人民网：http://news.people.com.cn/ 访问日期，2015 年 4 月 22 日。
[3] 中华人民共和国监察部举报网站：http://www.12388.gov.cn/访问日期，2015 年 4 月 22 日。
[4] 参见黄忠伟，葛宁《网络监督专区，助推反腐倡廉》载于《新观察》2013 年第 10 期。

参考文献

著作类

1、冯.格拉恩：《.国家之间的法律》纽约英文版，1976 年第 3 版第 259 页。

2、 詹宁斯.瓦茨：《奥本海国际法》（第一卷第二分册）， 中国大百科全书出版 1998 年版， 第 338 页。

3、黄伟锋：《国际法学》厦门大学出版社，2012 年版，第 155 页。

4、李万熙：《引渡与国际法》，法律出版社，2002 年版。

5、森下忠：《国际刑法入门》，阮齐林译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 183～185 页。

6、曾令良审定：《高校教学与司法考试必读法规系列:国际法》，中国方正出版社，2003 年版,第 774 页。

7、巴西奥尼：《国际刑法导论》，赵秉志等译，法律出版社 2006 年版，第 287 页。

8、罗吉尔•胡德：《引渡新论———以国际法为视角》刘仁文等译，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

9、 Richard Clayton and Hugh Tom Lionson. Fair Trial Rights Oxford university press, 2001, 26。

10、Wendy•Chan． Crime，Deportation and the Regulation of Immigrants in Canada，Crime，Law ＆ Social Change 2005． 44． 153．

期刊类:

1、段振榜：《权力与腐败问题刍议》，《娄底师专学报》1996 年 9 月第 3 期。

2、王海军：《追逃追赃的中国策略与国际合作》，载于《社会》2015 年第 1 期。

3、翟悦：《境外追逃追赃国际警务合作机制完善建议》，人民论坛网，2014 年 6 月 6 日。

4、张尧：《从“猎狐 2014”专项行动看我国境外追逃工作的困境与措施》，载于《湖北警官学院学报》2015 年第 2 期。

5、韩康：《我国重大刑事冤案的成因分析及应对策略——以公安司法机关绩效考核机制为视角》，载于《郑州航空工业管理学院学报(社会科学版)》2013 年 10 月第 5 期。

6、刘文峰《我国违法所得没收程序的实践困境及其破解》载于《河北大学学报》2015 年 1 月第 1 期。

7、张士金《资产追回国际法律合作中的资产分享问题研究》，载于《人民检察》2009 年第 5 期。

8、许春华：《追逃追赃：反腐败向纵深发展》，载于《官场警策》2015 年第 1 期。

9、张毅：《引渡中的法律障碍透析》，载于《中国司法》2002 年第 3 期。

10、王勇：《赖昌星“难民”案的法理评析》，载于《法学》2002 年第 10 期，第 78-79 页。

11、喻贵英，马长生：《论我国境外追赃机制的完善》，载于《刑法论丛》2010 年第一卷。

12、刘文峰：《我国违法所得没收程序的实践困境及其破解》载于《河北大学学报》2015 年 1 月第 1 期。

13、陈雷：《关于构建我国反腐败民事诉讼追赃机制若干问题的思考》载于《当代法学》2008 年第 6 期。

14、 张德恒：《浅析美国资产分享制度》载于《管理观察》2014 年 11 月第 33 期。

15、陈结淼：《＜ 联合国反腐败公约＞ 框架下我国反腐败国际合作机制的构建与完善》，载于《法学评论》2007 年第 5 期。

16、彭新林，商浩文：《我国反腐追逃中的移民遣返措施初探》载于《四川警察学院学报》，2012 年第 4 期。

17、韦洪乾：《劝返：外逃贪官回国新模式》载于《中国检察官》2010 年第 2 期。

18、刘义军：《劝返外逃贪官》载于《瞭望东方周刊》2013 年第 32 期。

19、黄风：《“或引渡或起诉”法律问题研究》载于《中国法学》2013 年第 3 期。

20、黄风：《向外国请求刑事司法协助的程序问题》载于《人民检察》2011 年第 13 期。

网站：

1、 人民网：http://news.people.com.cn/ 访问日期，2015 年 4 月 22 日。

2、最高人民检察院 http://www.spp.gov.cn/ftwhl/ 2015 年 4 月 18 日访问。

3、新华社：http://www.cditv.cn/show-105-77962-1.html　2015 年 4 月 20 日访问。

4、新闻网：http://news.163.com/14/1209/03/AD09TPOI00014Q4P.html，2015 年 4 月 21 日访问。

5、中华人民共和国监察部举报网站：http://www.12388.gov.cn/访问日期，2015 年 4 月 22 日。

作者简介：

姓名：武兰

性别：女

学校：华东政法大学

学院：国际法学院

电话：18801751908

邮箱：1347629656qq.com

论《联合国反人口贩运议定书》下的被害人保护义务及其完善

兰立宏

（铁道警察学院，河南 郑州 450053）

[摘　要]为了有效地预防和打击人口贩运犯罪这种现代形式的奴役，作为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》补充议定书的《联合国反人口贩运议定书》以较多条款规定了保护被害人的义务。但是受其刑事法律框架性质和缔约国对国家利益的权衡考虑的影响,这些条款用语含混、灵活，缺乏较强的法律拘束力，更重要的是未对被害人的某些重要权利做出规定，使保护被害人的义务效力大打折扣。为了实现保护人权和维护国家安全之间的平衡，从而有效地预防和解决人口贩运问题，建议运用国家责任原理，采用尽职标准，结合其他相关国际义务，确立国家及时识别被害人的义务以及不羁押、不起诉被害人的义务。

[关键词]人口贩运　被害人保护　国际义务 国家责任

目　次

一、《联合国反人口贩运议定书》下的被害人保护义务

（一）帮助和保护被害人的义务

（二）允许被害人停留的义务

（三）安全遣返被害人的义务

二、国家责任原理视角下的被害人保护义务

（一）国家责任原理

（二）国际人权法下的相关义务

（三）确立国家义务的标准

三、完善被害人保护义务规定的路径

（一）确立及时识别被害人的义务

（二）明确不羁押和起诉被害人的义务

四、结　语

引　言

人口贩运犯罪将人物化,视人为可以买卖的商品，严重侵犯人的人格尊严、人身自由和安全，被称为现代形式的奴役。[1]因此，联合国于 2000 年 11 月通过了作为《联合国打击跨

[作者简介]兰立宏（1979—），男，河南南阳人，公安部铁道警察学院副教授，法学博士，加拿大麦吉尔大学法学院访问学者，主要从事国际刑法、国际移民法研究。

[1] See Silvia Scarpa, Trafficking in Human Beings: Modern Slavery, Oxford University Press, New York, 2008, p.4; The European Court of Human Rights, *Rantsev v. Cyprus and Russia,* Appl.no.25965/04, Strasbourg, 7 January 2010, p.68, para.281.

国有组织犯罪公约》（以下简称《公约》）补充议定书的《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女儿童行为的补充议定书》（以下简称《议定书》）。自《议定书》于 2003 年 12 月 25 日生效以来，截至 2014 年 7 月 1 日，已有 159 个国家批准或加入。《议定书》已成为目前国际社会在应对人口贩运方面最主要的、最具影响力的国际法律文件。[2]我国于 2010 年 2 月正式批准了《议定书》。由于人口贩运被害人的参与是成功调查、起诉人口贩运人的关键，所以具有刑事法律框架性质的《议定书》对被害人的保护进行了专门规定。事实上，人口贩运被害人本身是弱势群体，再加上被贩运到外地或外国，身心遭受巨大摧残，往往惧怕遭到贩运人报复或被遣返回国，因而往往拒绝与刑事司法机关合作。因此，为了有效地预防和打击人口贩运，在原住地国、过境国和目的地国采取综合的国际性措施，包括预防人口贩运、惩治贩运者及保护贩运被害人，《议定书》规定了三个方面的国家义务：将人口贩运规定为刑事犯罪，对人口贩运被害人进行保护，以及预防人口贩运的发生。虽然从形式上看，这三个方面的义务是并列的，是同等重要的，这在《议定书》宗旨中也得到了体现[3]，但是，事实上，这三个方面的义务在缔约国的议程中占据不同的地位。作为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的一个补充议定书，《议定书》本质上是刑事性法律，仅适用于具有跨国有组织犯罪性质的人口贩运犯罪。因此，《议定书》不可避免地要将侧重点放在人口贩运犯罪的预防和打击方面，而不是被害人的保护方面。《议定书》关于保护贩运被害人的许多规定都打上了服务人口贩运调查和起诉的烙印，而且多数规定用语模糊灵活，给缔约国留下了极大的自由决定的空间。《议定书》这种以人口贩运犯罪的起诉和打击为中心而不是以人权保护为中心的特点遭到了众多学者的抨击。[4]不管怎样，《议定书》是迄今为止以最综合和全面的方式应对人口贩运的普遍性国际公约。

自《议定书》于2003年12月25日生效以来，许多国家纷纷依据《议定书》，或者制定新的反人口贩运法律，或者修订现有的反人口贩运法律，加强对《议定书》的实施，国际社会在反人口贩运方面取得了较大的进步。我国已于2010年2月批准了《联合国反人口贩运议定书》。而根据美国《2013年人口贩运报告》(Trafficking in Persons Report 2013)，人口贩运特别是国内人口贩运问题十分严重，我国是人口贩运的来源国，也是中转国和目的地国，但占绝大多数的还是国内人口贩运案件。拐入我国的贩运被害人主要来自越南、老挝、缅甸、

[2] See Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Recommended Principles and Guidance on Human Rights and Human Trafficking: Commentary, p.20, New York and Geneva, 2010, available at http://ec.europa.eu/anti-trafficking/entity;jsessionid=SkGgNszKvB23hRzpZPFGKKvQCTGNlyxHfnv051MQDn3f1nkhsGnl!855818409?id=0537bd22-4175-4915-b89f-577738665625, visited 1 July 2014.

[3]《议定书》第 2 条并列列出了三大宗旨，其中前两项宗旨分别是：（1）预防和打击贩运人口，特别是贩运妇女和儿童；（2）在充分尊重人权的情况下保护和帮助贩运被害人。See Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime(UN Trafficking Protocol), 2237 UNTS 319, Article 2(a)(b).

[4] For the arguments， see James C. Hathaway, "The Human Rights Quagmire of 'Human Trafficking'", Virginia Journal of International Law, Vol.49, No.1, 2008, pp.4-6; Anne T. Gallagher, The International Law of Human Trafficking, Cambridge University Press, New York, 2010, p.370; Jennifer M. Chacon, "Tensions and Trade-offs: Protecting Trafficking Victims in the Era of Immigration Enforcement", University of Pennsylvania Law Review, Vol.158, 2011, p.1619; Susan Kneebone & Julie Debeljak, Transnational Crime and Human Rights: Responses to Human Trafficking in the Greater Mekong Subregion, Routledge, New York, 2012, p.215.

新加坡、蒙古、朝鲜和俄罗斯等国，被迫从事卖淫和强迫劳动。我国妇女、儿童也有被拐买到世界70多个国家，从事强迫卖淫或强迫劳动。国内人口贩运案件主要涉及非法收养或非法婚姻，近年来涉及强迫卖淫和强迫劳动的案件增多，性奴役、拐骗儿童、强迫未成年人、残疾人乞讨、组织未成年人从事违反治安管理活动等案件也频频发生。在连续多年被美国国务院发布的年度《人口贩运报告》列为第二等级观察国之后，中国被美国《2013年人口贩运报告》降为第三等级国家。尽管美国国务院发布的年度《人口贩运报告》在公正性、客观性、准确性等方面饱受争议，但是这还是能在一定程度上说明了我国拐卖人口问题的严重性。

为了全面、深入地实施《议定书》，有效地解决拐卖犯罪问题，我国发布实施了《中国反对拐卖妇女儿童行动计划（2008-2012年）》，又于2013年3月发布了《中国反对拐卖人口行动计划（2013-2020年）》。值得注意的是，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及《议定书》实施审议监督机制有望于近期建立，将对缔约国的实施情况采取国别访问、同行专家审议等监督方式。而我国的拐卖人口犯罪问题似乎日益严重，我国反拐机制仍存在诸多与《议定书》不一致之处。因此，无论是从履行国际义务、维护国家形象的立场出发，还是从保护人权、维持社会和谐稳定的角度考虑，均有必要对《联合国反人口贩运议定书》规定的义务特别是保护被害人的义务进行深入、系统的探讨，在厘清这些义务的内容和特点的基础上，提出完善的建议，为促进《议定书》在包括我国在内的国际社会的实施、有效地解决人口贩运问题、提高我国在国际社会的话语权，略尽微薄之力。所以，本文从有效促进《议定书》的实施、有效解决人口贩运问题、促进和保护人权的目的出发，对《议定书》下的国家义务进行厘清，并运用国家责任原理及相关国际公约的规定，提出完善《议定书》关于帮助和保护被害人的规定、促进人口贩运问题的有效解决的建议。

一、《联合国反人口贩运议定书》下的被害人保护义务

（一）帮助和保护被害人的义务

《议定书》第 2 部分“人口贩运被害人的保护”以 3 条 14 款的规定对被害人的帮助和保护进行了专门规定。其中，第 6 条“人口贩运被害人的帮助和保护”包括了 6 款，但中间有 3 款使用了“在适当的情况下根据本国法律尽量保护”、“应考虑采取措施”、“应努力保护”等留下较大自由裁量空间的非强制性词语，分别规定缔约国要保护被害人的隐私和身份，特别是要通过与贩运有关的法律程序予以保密，要采取措施为被害人的身心康复和重返社会提供条件，要保护在其境内的被害人的人身安全。值得注意的是，采取措施为被害人的身心康复和重返社会提供条件的义务不仅适用于接收国，还适用于被害人的原住国，当然条件是被害人在其境内。[5]第 6 条其他 3 款虽然具有较强的拘束力，但是几乎均以服务人口贩运的调

[5] See United Nations Office on Drugs and Crime, Travaux Preparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto (2006), p.373,

查和起诉为明显目的。比如，第 6 条第 2 款要求缔约国为被害人提供有关法院和行政程序的信息，并在起诉人口贩运者的刑事程序中为其提供法律援助。第 6 条第 6 款则要求缔约国国内法做出规定，对被害人所受损害进行赔偿，从而进一步鼓励被害人在人口贩运的起诉中进行合作。[6]第 6 条第 4 款则要求缔约国在保护和帮助被害人的过程中考虑被害人的年龄、性别和特殊需要，特别是儿童的特殊需要。该款规定是与综合应对人口贩运所需要的性别敏感方法与以儿童权利为中心的方法相一致的。[7]但是，总体而言，第 6 条体现了《议定书》整体上属于刑事法律框架的特点，有关被害人隐私和身份保护、身心康复、人身安全的这些保护性规定极其灵活，缺乏强的法律拘束力，允许缔约国根据国内情况自由实施，而且这些规定主要目的是为了服务人口贩运的调查和起诉，而不是以切实保护被害人的人权为中心的。

《议定书》第 6 条的内容大多是弹性的，允许自由裁量的，除了因为这些条款的真实目的是为了服务对贩运人的调查和起诉，还因为缔约国担心具有强拘束力的规定会使缔约国背上沉重的负担，会迫使缔约国制定或修改相关国内法律，并投入大量的资源予以实施，还因为缔约国担心对被害人的保护和帮助可能会鼓励更多的非法移民。[8]《议定书》对被害人的保护和帮助做出规定，而且赋予某些条款较强的拘束力，主要是考虑到被害人的合作特别是愿意充当起诉人口贩运人的证人，是成功识别和起诉贩运人的关键。[9]事实上，无论是要求保护参与起诉贩运人的刑事司法程序的被害人的隐私和身份，对被害人的人身安全进行保护，防止贩运人报复被害人，抑或要求向被害人提供信息并为其参与起诉贩运人的刑事程序提供法律援助，方便被害人选择并参与起诉贩运人的刑事程序，还是对被害人所受损失的赔偿进行规定，激发被害人参与起诉贩运人的刑事程序，均有利于减少或消除被害人参与起诉贩运人的顾虑，增强被害人对执法机构和司法机构的信任，有利于调查和起诉人口贩运案件程序的顺利进行。

值得注意的是，《公约》第 24 条、25 条分别对“证人保护”和“被害人的帮助和保护”进行了规定。由于《议定书》是《公约》的补充议定书，而且《议定书》应连同《公约》一并予以解释，《公约》的规定经过适当变通后适用于《议定书》，所以有必要对《公约》的相关规定进行考察。《公约》第 25 条对被害人在遭受报复威胁或恐吓情形的帮助和保护、被害人赔偿或补偿的获得以及刑事程序中被害人的意见和关切的表达与考虑等方面进行了规定。尽管该条内容在《议定书》第 6 条中也得到了体现，而且该条也适用了“在力所能及的范围内”、“适当的”等具有弹性的字眼，但是该条的目的主要在对被害人的人身保护上，而不在

Interpretative Note.

[6] See UN Trafficking Protocol, Article 6(6); Kalen Fredette, “Revisiting the UN Protocol on Human Trafficking: Striking Balances for More Effective Legislation”, Cardozo J. Int'l & Comp. L., Vol.17, 2009, p.130.

[7] See UNODC, International Framework for Action to Implement the Trafficking in Persons Protocol, Vienna, 2009, pp.8-9.

[8] See Seo-Young Chou & Krishna Chaitanya Vadlamannati, “Compliance with the Anti-Trafficking Protocol”, European Journal of Political Economy, Vol.28, 2012, p.250.

[9] See Kalen Fredette, fn.6, p.130; Anne Gallagher, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, Human Rights Quarterly, Vol.23, No.4, 2001, p.991; Conny Rijken, “A Human Rights Based Approach to Trafficking in Human Beings”, Security and Human Rights, Vol.3, 2009, p.217.

国际法所规定的被害人的其他权利上，而且该条整体上具有更强的强制力，更强调对刑事程序的服务作用。尽管《议定书》关于被害人的帮助和保护的规定拘束力弱于《公约》第 25 条，但是根据《公约》的条款经适当变通后适用于《议定书》的原则，《议定书》的条款优先适用。《公约》第 24 条就刑事诉讼中保护证人免遭报复或恐吓的措施进行了较为详尽的规定，包括在必要且可行的情况下转移证人，在适当的情况下不披露或者限制披露有关证人的身份下落，允许使用影像连接之类的通信技术或其他适当方式提供证言等。尽管该条也适用了“在力所能及的范围内”、“适当的”等允许自由裁量的字眼，但是该条整体上具有较强的法律拘束力。此条关于“证人保护”的规定其实是对《议定书》第 2 部分“人口贩运被害人的保护”的补充，这是因为《议定书》第 2 部分尽管在很大程度上是为被害人参与调查和起诉贩运人的刑事程序服务，在一定程度上也是为了保护证人，但是主要适用于人口贩运被害人的保护，而作为证人的人口贩运被害人的保护则主要适用《公约》第 24 条。正如《公约》第 24 条第 4 款所规定，本条规定也应适用于作为证人的被害人。可见，《议定书》第 2 部分与《公约》第 24 条尽管主要目的均是为了保证刑事诉讼的顺利进行，但是前者适用于在各个阶段贩运被害人的保护，不管被害人是否充当了证人，而后者仅适用于作为证人的贩运被害人的保护以及贩运被害人之外的第三方证人的保护。

（二）允许被害人停留的义务

《议定书》第 7 条同样采用了富有弹性的语言对被害人在接收国的地位进行了规定。根据第 7 条，各缔约国应考虑采取立法或其他适当措施，允许人口贩运活动被害人在适当情况下在其境内临时或永久居留，而且在实施这些规定时应适当考虑人道主义和照顾性因素。显然，该条向缔约国施加的义务也是非常弱的。这是因为，一方面国家希望通过在适当的情况下允许被害人在其境内临时或永久居留，不以被害人的非法移民身份为理由将其立刻遣返，打消被害人的遣返顾虑，增强其合作提供证人证言的意愿；另一方面，通常是发达国家的接收国担心强拘束力的规定，会严重束缚国家的行为，会使该规定客观上成为非法移民的工具，导致更多的人口贩运[10]。而通常是发展中国家的被害人原住国则希望接收国能够为人口贩运被害人提供尽可能多的保护和适当的法律地位。这样，作为妥协产物的《议定书》就不可避免地要使用“考虑采取”、“在适当的情况下”等灵活模糊、缺乏强制力的字眼。值得注意的是，结合第 8 条的规定，该条中的“永久居留”是指长期居留，但未必就是无限期居留。[11]

尽管《议定书》未对第 7 条中的“人道主义和照顾性因素”进行解释，但根据公约及议定书起草谈判准备工作文件，“照顾性因素”应该是指个人情况，如家庭情况、年龄、普通法婚姻关系以及其他应该以个人为基础逐案考虑的因素，而“人道主义因素”是指国际人权

[10] See Travaux Preparatoires for the UN Organized Crime Convention and Protocols, p.380, fn.13; Kalen Fredette, fn.6, p.131.
[11] See Travaux Preparatoires for the UN Organized Crime Convention and Protocols, p.388, Interpretative Notes, para.1.

法所确立的适用于所有人的权利。[12]《议定书》之所以要求缔约国在考虑是允许人口贩运被害人在其境内临时或永久居留还是将其遣返回其国籍国或享有永久居留权的国家时适当考虑人道主义和照顾性因素，是因为相关国际人权法对外国人的遣返做出了人道主义规定，而考虑照顾性因素有利于“保护人口贩运被害人免遭贩运者再次伤害”[13]。比如，《关于难民地位的公约》规定了难民“不推回原则”：任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回（推回）其生命或自由由于他的种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的国家领土边界。[14]所以，如果人口贩运被害人符合《关于难民地位的公约》定义的难民，而《议定书》缔约国又同时是该公约的缔约国，那么缔约国在决定是否遣返被害人时就应该对该原则予以考虑。正如《议定书》第 14 条所规定，《议定书》的规定不影响国家和个人根据国际法，包括国际人道主义法和国际人权法，特别是在适当的情况下根据 1951 年《关于难民地位的公约》和 1967 年《关于难民地位的议定书》及其所含的不推回原则而享有的权利和承担的义务与责任。再如，《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 3 条规定，如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的威胁，任何缔约国不得将该人驱逐、送回（推回）或引渡到该国。[15]因此，如果有充分理由相信贩运被害人在被遣返后将会遭受酷刑的威胁，而《议定书》缔约国又同时是该公约的缔约国，那么缔约国应考虑停止遣返或者准许在其境内临时或永久居留。

（三）安全遣返被害人的义务

《议定书》第 8 条“人口贩运被害人的遣返”与第 7 条关系密切，缔约国在最终决定不允许被害人在其境内临时或永久居留之后，便面临着遣返被害人的问题。在这个问题上，《议定书》既没有采纳联合国人权事务高级专员的“安全且尽可能自愿地送回必须是任何保护贩运被害人的可靠策略的核心”的建议[16]，也没有接受其“将个人识别为贩运被害人应该足以确保不立即实施违背被害人意愿的遣返且立即适用《议定书》规定的广泛的保护和帮助措施”的建议[17]。《议定书》第 8 条第 1 款首先规定了人口贩运被害人的国籍国或者在被害人进入接收国领土时拥有永久居住权的缔约国在适当顾及被害人的安全的情况下及时方便和接收被害人的返回的义务，但是没有明确被害人遣返的成本承担问题。根据公约及议定书起

[12] *Id.,* p.380, fn.11 and 14.
[13] *Id*., p.380, fn.13; Anne Gallagher, fn.9, p.992.
[14] See Convention Relating to the Status of Refugees, 1899 UNTS 137, Article 33(1).《关于难民地位的公约》于 1950 年 12 月 14 日由联合国大会通过，并于 1954 年 4 月 22 日生效，截至 2014 年 7 月 1 日已有 145 个缔约国，中国于 1982 年 9 月 24 日批准了该公约。
[15] See Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85, Article 3(1).《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》于 1984 年 12 月 10 日由联合国大会通过，并于 1987 年 6 月 26 日生效，截至 2014 年 7 月 1 日已有 155 个缔约国，中国于 1988 年 10 月 4 日批准了该公约。
[16] See Travaux Preparatoires for the UN Organized Crime Convention and Protocols, p.385, Notes by the Secretariat, para.2.
[17] *Id*., p.379, Notes by the Secretariat, para.2.

草谈判准备工作文件，被害人遣返的成本似乎应由有关缔约国协商分担，相关缔约国还可以通过订立条约解决遣返的成本分担问题。[18]该条第 3 款和第 4 款规定，为了方便被害人的遣返，缔约国间应进行合作核实被害人的国籍或永久居留权问题并为缺乏适当证件的被害人签发必要的旅行证件或其他许可文件。而且在遣返被害人之前，缔约国有义务对被害人的国籍或永久居留权问题进行适当核实。[19]《议定书》规定了贩运被害人的国籍国或永久居住地国接收被害人、核实被害人的国籍或居住地以及为其办理返回所需旅行证书的义务，是与国际人权法上的回归自由相一致的。[20]根据第 6 款，本条关于人口贩运被害人的遣返的规定，既不影响任何可适用的涉及人口贩运被害人的遣返的双边或多边协定或安排，也不影响根据有关移民送回的国际习惯法承担的任何其他国家义务[21]。

尽管《议定书》第 8 条第 2 款专门对人口贩运被害人的送回进行了规定，要求接收国在遣返被害人时适当顾及被害人的安全以及任何相关法律程序的进展状况，而且遣返最好自愿，但是公约及议定书起草谈判准备工作文件的解释——“‘遣返最好自愿’应该理解为未对遣返被害人的缔约国施加任何义务”[22]——使得该款关于“遣返最好自愿”的规定效力进一步减小。该条虽然两次提到了遣返被害人时要顾及被害人的安全，但均使用了含义极其模糊、允许较大自由裁量权的“适当顾及”。之所以规定遣返被害人要适当顾及被害人的安全且遣返最好自愿，是因为强制遣返被害人回国籍国或者第三国可能会出现以下后果：被害人可能会因偷越边境、从事卖淫等原因被国籍国惩罚，也可能会在国籍国因为坏名声而不被家人和社会所接受，或者在国籍国遭受贩运人的恐吓或暴力，特别是在被害人曾与刑事司法机构合作调查和起诉贩运人或者未能还清贩运人的债务时，更是如此。但是模糊、允许较大自由裁量权的语言未能使缔约国承担任何有拘束力的义务。可见，《议定书》关于遣返人口贩运被害人的规定主要是为了保证快速、方便地遣返被害人，保证遣返被害人不影响调查、起诉贩运人的刑事程序的正常进行，而适当顾及被害人的安全且遣返最好自愿的呼吁性要求由于缺乏拘束力而很有可能在现实中无法实现，因而出现的不顾被害人安全的强制遣返做法可能会使被害人重新陷入人口贩运的怪圈。

二、国家责任原理视角下的被害人保护义务

正如上文所述，《议定书》第 2 部分“人口贩运被害人的保护”以 3 条 14 款的规定对被害人的帮助和保护进行了专门规定，分别涉及被害人的帮助和保护、被害人在接收国的地位

[18] See Travaux Preparatoires for the UN Organized Crime Convention and Protocols, p.386, fn.16.
[19] *Id.,* p.388, Interpretative Notes, para.3(c).
[20] See International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS 171, Article 12(4); Universal Declaration of Human Rights, Article 13(2); Protocol No.4 to the Convention of 4 November 1950 for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1496 UNTS 263, Article 3(2); African Charter on Human and People's Rights, 1520 UNTS 217, Article 12(2).
[21] *Id.,* p.389, Interpretative Notes, para.2(b).
[22] *Id.,* p.389, Interpretative Notes, para.2(b).

以及被害人的遣返，但是这些规定缺乏强制力，而且没有对被害人的一些重要权利进行规定，致使《议定书》的这些规定在很大程度上成为服务调查起诉贩运人的刑事程序的一种工具。由于缺乏对国家识别贩运被害人的义务的规定，未规定不追究贩运被害人所犯的与被害人的地位有关的违法犯罪行为的责任，贩运被害人可能不但无法享有这些工具性强且拘束力弱的保护和帮助，而且会因为与被害人地位有关的违法犯罪行为受到处罚。因此，为了平衡打击人口贩运犯罪与保护被害人的人权之间的关系，有效地解决人口贩运问题，促进《议定书》目标的实施，有必要借助国家责任原理和相关国际人权法的规定，对国家在保护和帮助贩运被害人的义务进行更加合理地界定。

（一）国家责任原理

国家责任是国际法上的一个根本原理，是国际法的心脏与灵魂，产生源于国际法律体系的性质及国家主权和国家平等原则。[23]根据该原理，任何依据国际法归于一国并且构成对该国国际义务的违背的作为或不作为，均构成该国的国际不法行为，会引起继续履行、停止、保证不再重返、赔偿等法律后果。[24]国家责任原理的作用不仅在于一国可以通过国际司法机构援引该原理来决定该国是否对另一国提出的国际索赔要求负责任，而且可以在国际司法机构以外的许多场合援引该原理，如在人权条约机构或政府间委员会等。[25]甚至可以在国内法院援引国家责任提出索赔请求。[26]而且国家责任机制作为一种一般的非体制内的执行方式，是促进国际法遵守的各种遵守管理机制和体制内执行机制的补充，有利于促进国际法的遵守。[27]总之，各种机制和主体均可通过多种方式查明国家责任，以执行、鼓励和促进对国际法的遵守。就国际人口贩运领域而言，尽管缔约国不愿意承认自己在人口贩运方面负有国家责任，但是通过运用国际责任原理可以对这些国家的否认行为进行驳斥，可以准确地界定国家对于人口贩运被害人所应承担的国家义务。

根据国家责任原理，如果有国家机关或其工作人员或者行使政府权力要素的个人或实体或者受国家指挥或控制的人从事或参与人口贩运或者存在相关的腐败，那么国家要承担相应

---

[23] See Malcolm N. Shaw, International Law, 6th ed, Cambridge University Press, New York, 2008, p.778; Anne T. Gallagher, fn.4, p.275.

[24] See International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, UNGAOR, 56th Sess., Supp. No.10, UN Doc.A/56/10 (2001), p.43, Articles.2 and 28-31.

[25] See Anne T. Gallagher, fn.4, p.219.

[26] See J. Crawford & S. Olleson, "The Nature and Forms of International Responsibility", in: International Law, Malcolm D. Evans (ed.), Oxford University Press, New York, 2006, p.456.

[27] See Christina J. Tams, "Enforcement", in: Making Treaties Work: Human Rights, Environment and Arms Control, Geir Ulfstein et al.(ed.), Cambridge University Press, New York, 2007, p.407.在克里斯蒂娜·泰姆斯(Christina J. Tams)看来，国际法上的执行是指在出现不遵守国际法的现象之后所采取的促进对这些规则的遵守的措施，除了有传统的软执行与硬执行之分外，还应分为体制内的执行与体制外的执行，前者是指条约机制自身包含的或者承认的执行，如以条约为基础的制裁，包括以条约为基础的军事制裁、经济制裁等，后者指没有被条约规定但被一般国际法承认的执行，如国际责任机制、施加政治压力、断绝外交关系、在国际会议上谴责不遵守国际法行为。

的国家责任，因为这些参与或腐败行为可归于国家。问题是，大多数的人口贩运活动是由单个罪犯或者犯罪团伙甚至有组织犯罪集团组织的，国家是否要对这些犯罪分子组织的人口贩运活动负责任确实是一个值得探讨的问题。判断一国对于一项犯罪活动是否承担责任的关键是看国家是否存在违反了该国国际义务的要求的国际不法行为，而判断国家是否具有某种国际义务的依据是相关国际法。[28]这就需要深入探讨国家根据国际法特别是国际人权法对于人口贩运活动应该承担的国际义务。

（二）国际人权法下的相关义务

国际人权法普遍规定了缔约国具有尊重、保护、促进和实现人权的义务。[29]例如，《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条规定每一缔约国有义务尊重并确保在其境内和受其管辖的所有人享有公约所承认的一切权利，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他观点、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别。该款不仅规定了缔约国保持克制、不侵犯公约承认的权利的消极义务（尊重）[30]，还规定了缔约国要采取积极措施保护个人免遭来自国家本身和来自私人或实体的侵犯的积极义务（保护）。因而，在缔约国容忍侵权发生或者未采取适当措施或者未尽职预防、惩罚、调查或纠正私人个人或实体行为所引起的损害，从而未能确保个人权利免遭侵权时，将构成国家对这些权利的侵犯[31]。联合国人权事务委员会的这一一般性评论实质上一方面明确了缔约国根据《公民权利和政治权利国际公约》所应承担的采取尽职措施预防、调查、惩罚和纠正来自私人个人或实体的侵权行为对公约所承认权利的损害的国家义务，另一方面也确立了缔约国在未采取尽职措施应对来自私人个人或实体的侵权行为时的国家责任。

值得注意的是，该评论在判断缔约国是否应就私人侵权行为承担国家责任的标准是“尽职”。而且《公民权利和政治权利国际公约》所承认的权利主体为缔约国境内和受其管辖的所有人，包括虽不在缔约国境内、但受其管辖或有效控制的任何人，而且不管其国籍如何，如寻求避难者、难民、迁徙工人等均可成为公约所承认权利的主体。[32]因此，根据该公约，在缔约国境内和受其管辖的一切人口贩运被害人均有权享有公约规定的一切权利。这一点对

---

[28] See International Law Commission, fn.24, p.43, Articles 2-3; Malcolm N. Shaw, fn.23, p.779; Anne T. Gallagher, fn.4, pp.231-2.

[29] See International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS 171, Article 2, 该公约于 1966 年 12 月 16 日通过，并于 1976 年 3 月 23 日生效，截至 2014 年 7 月 1 日，已有 177 个缔约国，中国于 1998 年 10 月 5 日签署了该公约，但是尚未予以批准。See also Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005, Article1, 该公约于 1950 年 11 月 4 日通过，并于 1953 年 9 月 3 日生效，截至 2014 年 7 月 1 日，缔约国为 47 个欧洲理事会成员国。See also American Convention on Human Rights, OASTS No. 36, Article1, 该公约于 1969 年 11 月 22 日通过，并于 1978 年 7 月 18 日生效，截至到 2014 年 7 月 1 日，有 25 个美洲国家批准了该公约，加拿大既未签署也未批准该公约，美国于 1977 年 6 月 1 日签署了该公约，但是尚未予以批准。See also African Charter on Human and Peoples Rights, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), Article1, 该宪章于 1981 年 6 月 27 日通过，并于 1986 年 10 月 21 日生效，截至 2014 年 7 月 1 日，有 53 个缔约国。

[30] See Human Rights Committee, General Comment No. 31[80]: the Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, para.6.

[31] *Id.,* para.8.

[32] *Id.,* para.10.

于确立缔约国对其境内或受其管辖的人口贩运被害人的义务具有重要意义。公约承认的权利还适用于受缔约国在境外实施的管辖或有效控制的个人，而不管获得此种管辖或有效控制的方式如何，比如缔约国通过派遣维持国际和平或采取和平执行行动的国家特遣队形成的管辖或有效控制。[33]因此，缔约国有义务保障受其其派往国外的国际维和行动力量管辖或有效控制的个人享有公约承认的权利。所以，联合国人权事务委员会的这一一般评论明确了《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条可以作为追究国际维和人员参与人口贩运案件中相关国家的责任的依据。[34]

《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条还确立了缔约国在有重大理由相信将其境内或受其管辖的个人引渡、遣返、驱逐或以其他方式使其离开到另一国将会带来难以弥补的损害时不予以引渡、遣返、驱逐或以其他方式迫使离开的义务。[35]因此，根据人权事务委员会的这一评论，缔约国在引渡、遣返或驱逐在其境内或受其管辖的人口贩运被害人到另一国时应考虑到公约规定的生命权、免于遭受酷刑或残忍的、非人道的或有辱人格的待遇或处罚的权利等权利。此外，《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条还规定了缔约国有义务无条件地立刻制定必要的立法或其他措施，以保障公约承认的权利得以实现。[36]公约该条还规定了缔约国采取措施保障公约承认的个人权利或自由受到侵犯时获得有效补救的义务。因此，缔约国有义务对侵犯个人权利或自由的行为进行及时调查[37]，将犯罪者绳之以法[38]，对被害人及时予以适当补偿[39]，同时要预防侵权行为的再次发生[40]。

除了第 2 条有助于确立国家对人口贩运被害人的义务和责任外，《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条、7 条、8 条、9 条和 12 条关于生命权、免于遭受酷刑或残忍的、非人道的或有辱人格的待遇或处罚的权利、免于遭受奴役、劳役或强迫或强制劳动的权利、享有人身自由和安全的权利、迁徙自由等权利和自由的规定与人口贩运被害人的权利保护关系特别密切，这是因为一方面人口贩运活动经常威胁到被害人的生命权、人身自由与安全、迁徙自由等权利和自由，另一方面调查起诉人口贩运人和遣返人口贩运被害人的活动也经常涉及到这些权利方面的考虑。对人权的侵犯既是人口贩运的原因，也是人口贩运的结果。[41]特别是公约第 8 条关于禁止奴役、奴隶贸易、劳役或强迫或强制劳动的规定与国家对人口贩运被害

[33] *Id.*

[34] 关于联合国维和行动对危机地区的人口贩运活动的影响及其对国际社会应对人口贩运努力的破坏，see Heather M. Smith, "Sex Trafficking: Trends, Challenges, and the Limitations of International Law", Human Rights Rev., Vol.12, 2011, p.282; Charles A. Smith & Brandon M. L. Cuesta, "Human Trafficking in Conflict Zones: the Role of Peacekeepers in the Formation of Networks", Human Rights Rev., Vol.12, 2011, pp. 287-299; Charles A. Smith & Heather M. Smith, "Human Trafficking: the Unintended Effects of United Nation Intervention", International Political Science Review, Vol.32, No.2, 2010, pp.125-145; Olivera Simic, "Rethinking 'Sexual Exploitation' in UN Peacekeeping Operations", Women's Studies International Forum, Vol.32, 2009, pp.288-295.

[35] See Human Rights Committee, fn.30, para.8.

[36] See International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2(2); Human Rights Committee, fn.30, para.14.

[37] See Human Rights Committee, fn.30, para.15.

[38] *Id.*, para.16 and 18.

[39] *Id.*, para.16 and 19.

[40] *Id.*, para.17.

[41] See Maggy Lee, Trafficking and Global Crime Control, Sage, London, 2011, p.31.

人的义务关系直接相关。正如上文所述，尽管《议定书》对“人口贩运”进行了较为全面的界定，将奴役、劳役、强迫或强制劳动作为了“人口贩运”的目的要件之一，但是人口贩运与奴役、劳役或强迫劳动的关系一直饱受争议。根据《议定书》关于“人口贩运”的定义，人口贩运的外延应该广于奴役、劳役或强迫劳动，奴役、劳役或强迫劳动应该归入人口贩运的范畴。因此，从这个意义来说，涉及奴役、劳役或强迫劳动的人口贩运活动构成了对《公民权利和政治权利国际公约》第 8 条关于免于遭受奴役、劳役或强迫或强制劳动的权利的规定的违反。因此，缔约国有义务采取尽职措施以预防、调查、惩罚和纠正人口贩运活动，而且要承担未采取尽职措施应对人口贩运活动时所引起的国家责任。

（三）确立国际义务的标准

“尽职”已经成为国际人权法上广泛接受的用于判断国家是否应该对私人个人或实体进行的人权侵犯行为负责任的标准。[42]而评估一国是否对来自私人个人或实体的侵犯人权行为进行“尽职”预防、调查、惩罚和补救的依据是原始义务的内容及具体案件的事实与状况。[43]就人口贩运案件而言，判断一国是否尽职对人口贩运活动进行了预防、调查、惩罚和补救需要结合原始义务确定该国是否具有影响一个不同的更加积极的后果的能力。[44]因此，一般情况下，如果能够确定一国有能力对人口贩运的后果产生影响、能够产生一个不同的更加积极的后果，那么就可以确定该国未能采取尽职措施，因而要承担相应的国际责任。

蓝特赛夫诉塞浦路斯与俄罗斯一案是国际司法机构运用国际人权法领域的国家责任原理依据“尽职”标准追究国家在与国际人口贩运有关的侵犯人权行为中的国家责任的首起案例。[45]在该案例中，欧洲人权法院在认定《议定书》第 3 条及《欧洲理事会反人口贩运行动公约》第 4 条界定的“人口贩运”归入《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条所规定的“奴

---

[42] See *Velásquez Rodríguez Case*, Judgment of 29 July 1988, Inter-American Court of Human Rights (Ser. C)No. 4 [1988]； *Godínez Cruz Case*, Judgment of 20 January 1989, Inter-American Court on Human Rights (Ser. C) No. 5(1989); *Osman v. The United Kingdom* (23452/84) [1998] ECHR 101 (28 October 1998); *Akko v. Turkey* (22947/93; 22948/93) [2000] ECHR 458 (10 October 2000); *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR)* v. *Nigeria,* African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 155/96 [2002]; *Maria Gives Penha Maia Fernandes v. Brazil,* Inter-American Commission on Human Rights, Case 12.051, Report No.54/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev [2000]; *M.C. v. Bulgaria* (39272/98) [2003] ECHR 651 (4 December 2003);UN Office of the High Commissioner for Human Rights, fn.2, p.81; Anne T. Gallagher, fn.4*,* p.244; Susan Kneebone & Julie Debeljak, fn.4, p.223

[43] See UN Office of the High Commissioner for Human Rights, fn.2, p.83; Anne T. Gallagher, fn.4*,* p.274.关于国家在国际法上的尽职地预防人口贩运、调查和起诉人口贩运者、保护和帮助人口贩运被害人的责任，see UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*,* Principle 2.

[44] See Anne T. Gallagher, fn.4, p.274.

[45] See the European Court of Human Rights, *Rantsev v. Cyprus and Russia,* Appl. no. 25965/04, Strasbourg, 7 January 2010. 尽管欧洲人权法院曾在 Siliadin v. France 一案中结合人口贩运案例对《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条关于“禁止奴役和强迫劳动”的含义进行了界定，明确了缔约国在该条下的国家义务，但是并未运用“尽职”原则对国家的相关义务进行界定，仅仅界定国家有义务通过刑事法律将任何意在使他人处于奴役、劳役或强迫劳动状况的行为规定为刑事犯罪并予以有效起诉，显然该界定范围过于狭窄，不涉及保护和帮助被害人、采取其他措施预防人口贩运等义务。For the details of the case，see the European Courts of Human Rights, *Case of Siliadin v. France*, Application no.73316/01, Strasbourg, 26 July 2005.

役”、“劳役”和“强迫或强制劳动”的范畴的基础上[46]，阐释了《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条所包含的关于人口贩运的国家义务：制定立法或行政措施对人口贩运的被害人或者潜在被害人的权利进行切实有效地保护，对人口贩运行为进行起诉和惩罚；采取充分措施对经常用作人口贩运幌子的商业企业进行监管；确保移民法律不鼓励、不方便或不容忍人口贩运[47]；在适当情况下，采取积极行动措施保护人口贩运的被害人或潜在被害人；对执法和移民官员进行有关培训；对潜在的人口贩运案件进行独立、有效、及时地调查，而且为了保护合法权益，必要的时候要使被害人或其直系亲属参与这一过程；在跨国人口贩运案件的调查中进行有效合作。尤其值得一提的是，该案例的判决对作为判断国家是否采取了适当的积极行动措施对人口贩运的被害人或潜在被害人进行了保护的“尽职”标准进行了界定：关键在于确定国家当局是否“认识到或者应该认识到使其合理怀疑某一特定个人具有遭受《议定书》第 3 条意义上的贩运或剥削的真正的直接危险的状况。如果国家当局认识到了或者应该认识到这种状况，而又没有在其职权范围内采取适当的积极措施使该人摆脱这种危险，那么便违反了《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条所包含的尽职保护人口贩运被害人的国家义务，便要承担相应的国家责任。而且在解释采取行动措施保护人口贩运被害人、预防和打击人口贩运的国家义务时，应考虑现代社会管理的难度以及在优先事项和资源方面必须做出的行动选择，不能向当局施加不可能的或者不相称的负担。

欧洲人权法院裁定，塞浦路斯虽然于 2000 年制定了基本上符合《议定书》要求的禁止人口贩运和性剥削的法律，但是塞浦路斯的歌舞表演艺人签证政策和鼓励歌舞表演场所所有者与管理者追查失踪艺人或者对艺人的行为负责的措施是与打击人口贩运的政策背道而驰的，未能为案件中的被害人提供切实可行的有效保护，因而违反《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条制定适当的立法和行政措施的积极义务。而且有充分的指标表明塞浦路斯警方已经认识到了使其合理怀疑案件被害人有遭受贩运或剥削的真实而又直接的危险的状况，因而塞浦路斯当局有义务毫无迟延地进行调查并且采用一切必要的行动措施对被害人进行保护。但是塞浦路斯当局既没有及时展开调查、识别出被害人，更没有采取任何保护措施，反而将被害人交给了涉嫌贩运或剥削被害人的歌舞表演管理者看管。因此在这方面也违反了《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条采取保护性措施的积极义务。另外，塞浦路斯还违反了对已发生的人口贩运进行有效调查的程序性义务。法院还判决俄罗斯违反了《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条所包含的对发生在俄罗斯境内的人口贩运招募行为进行有效调查的程序性义务。[48]法院最后判决塞浦路斯和俄罗斯分别向被害人的父亲支付 40000 欧元和 2000 欧元的非金钱损失赔偿。

---

[46] 欧洲人权法院认为，作为现代形式奴役的人口贩运就其性质和目的而言是以实施所有者的权力为基础的，严重威胁了被害人的人格尊严和基本自由，与《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条的目的和宗旨不符，因而《议定书》第 3 条界定的“人口贩运”应该归入《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条的范围。See the European Court of Human Rights, fn.45, pp.66-69, para.272-282

[47] *Id.*

[48] *Id.,* p.76, para.309.

当然，欧洲人权法院将《议定书》第 3 条界定的“人口贩运”归于《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条所规定的“奴役”、“劳役”或“强迫或强制劳动”的范畴值得商榷[49]，这与《议定书》未能清晰界定人口贩运的定义及相关概念的含义直接相关。但根据《议定书》对人口贩运的界定，将“奴役”、“劳役”、“强迫或强制劳动”归入人口贩运的范围应该是合理的。而且就蓝特塞夫一案而言，案件被害人可能在塞浦路斯遭受以“滥用权力或滥用脆弱地位”为手段的性剥削[50]，将这种性剥削归入“强迫或强制劳动”似乎也无不妥。因此，总体而言，欧洲人权法院以《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条作为追究国家责任的依据还是比较合适的。除了将《欧洲保护人权和基本自由公约》作为保护人口贩运被害人的利器之外，该案例更为重要的意义在于以尽职为标准对国家保护人口贩运被害人的义务和责任进行了详细阐述，有利于更好地审视《议定书》下国家保护人口贩运被害人的义务。值得注意的是，具有广泛缔约国(177 个)的《公民权利和政治权利国际公约》第 8 条做出了与《欧洲保护人权和基本自由公约》第 4 条类似的规定，还确立了缔约国尽职预防、调查、起诉、纠正来自私人个人或实体的侵犯人权行为并对被害人进行保护的国家义务，而且确立了个人申诉程序的《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》已有 115 个缔约国[51]。尽管与诸如欧洲人权法院的国际司法机构相比，联合国人权事务委员会主导的个人申诉程序相对较为低效、软弱而国家间指控程序又形同虚设[52]，但是如若借鉴欧洲人权法院在蓝特塞夫案例中的法律理念在一定程度上将《议定书》界定的“人口贩运”纳入《公民权利和政治权利国际公约》第 8 条界定的“奴役”、“劳役”或“强迫或强制劳动”的范畴，而且不断地努力促使更多的国家成为《公民权利和政治权利国际公约》的缔约国，那么《公民权利和政治权利国际公约》将成为保护人口贩运被害人的合法权益的又一利器，将会更加有效地促进《议定书》在缔约国的实施。

总之，国家责任是国际法上的一个根本原则，任何国家均要对可归于该国的国际不法行为承担责任。国际人权法普遍规定了缔约国具有尊重、保护、促进和实现人权的义务，规定了缔约国具有尽职地预防、调查、起诉、惩罚来自私人个人或实体的侵犯人权行为并对被害人予以保护和补救的义务。《公民权利和政治权利国际公约》便是典型。欧洲人权法院在蓝

---

[49] 如 Vladislava Stoyanova 认为欧洲人权法院在该案例中没有对“人口贩运”的法律要素进行分析便将其归于“奴役”、“劳役”、“强迫或强制劳动”的范畴是不合适的，混淆了两者之间的关系。See Vladislava Stoyanova, “Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol.130. No.2, 2012, pp.63-194. 持类似观点的还有 Jean Allain, see Jean Allain, “Rantsev v. Cyprus and Russia: the European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, Human Rights Law Review, Vol.10, No.3, 2010, pp.546-557.

[50] See United Nations Office on Drugs and Crime, Case of Rantsev v. Cyprus and Russia, Appl.no.25965/04, UNODC NO: CYP001, Human Trafficking Case Law Database, available at http://www.unodc.org/cld/en/case-law/cyp/2010/case_of_rantsev_v._cyprus_and_russia_application_no._2596504.html, visited 1 July 2014.

[51] See Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS 171.该任择议定书于 1966 年 12 月 16 日通过，并于 1976 年 3 月 23 日生效，截至 2014 年 7 月 1 日已有 35 个签署国和 115 个缔约国。

[52] 朱晓青：《<公民权利和政治权利国际公约>的实施机制》，载《法学研究》2000 年第 2 期，第 105-106 页。

特塞夫诉塞浦路斯和俄罗斯一案中，将《议定书》界定的人口贩运纳入了《欧洲保护人权和基本自由公约》界定的“奴役”、“劳役”或“强迫或强制劳动”的范畴，并运用“尽职”的标准对有关国家在预防、调查、起诉、惩罚人口贩运并对被害人予以保护的义务及相关国家责任进行了开拓性探索。这种探索有利于重新审视《议定书》下的国家义务，有利于启发促进《议定书》有效实施的新思路。

三、完善被害人保护义务规定的路径

尽管《议定书》第 6 条、第 7 条和第 8 条分别对被害人的保护、被害人在接收国的地位和对被害人的遣返进行了规定，但是这些规定大多语言含混且仅具劝导性，而且这些规定本质上以服务调查和起诉人口贩运者的刑事程序为目的，体现了《议定书》以国家安全为中心而不是以人的安全和权利为中心的刑事法律框架特点。为了使《议定书》与其他国际法特别是国际人权法的规定和精神保持一致，也为了有效地实施《议定书》，促进人口贩运问题的有效解决，可以不断地努力增强《议定书》上述规定的明确性和拘束力，比如，通过缔约方会议进一步明确这些规定的含义并增强其强制力，进一步推进《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其议定书实施审议监督机制的尽早确立等。除此之外，有必要对《议定书》尚未明确的、但对人口贩运被害人的保护和帮助极其重要的核心义务进行明确规定，以使人口贩运被害人切实获得必要的保护和帮助。本部分以国际人权法上的国家义务和责任原则为思维框架，对《议定书》关于被害人的保护和帮助的规定进行反思，认为应从以下两个方面对《议定书》的规定进行补充完善。

（一）确立及时识别被害人的义务

识别被害人是为被害人提供保护和帮助、有效调查和起诉人口贩运者的逻辑前提。缺乏快速而又准确的被害人识别机制将会使《议定书》规定的被害人权利成为“纯粹理论上的或者虚幻的”[53]。然而，《议定书》并没有规定这一核心义务。在现实中许多人口贩运被害人未被主管部门识别出来或者被主管部门错误地识别为非法移民或被偷运的移民。根据联合国人口贩运问题特别报告员的调查显示，总体而言，包括国内人口贩运和跨国人口贩运在内的人口贩运案件中向有关当局报告的比例不到 30%。[54]造成人口贩运被害人的识别率低的原因很多，比如，《议定书》对“人口贩运”的界定不够清晰准确而且缺乏对识别被害人的国家义务的规定，而各国对“人口贩运”定义的界定也不尽相同，而且往往混淆人口贩运与移民

[53] See Council of Europe, Explanatory Report on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, para.131.

[54] See Joy Ngozi Ezeilo, Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially on women and children, on the Identification, protection of and assistance to victims of trafficking, UN Doc, A/64/290, August 12, 2009, p.11, para.36.

偷运的关系[55]；被害人由于多种因素，如担心自己的非法移民身份或者所犯的非法就业、卖淫等罪行被追究，对执法机构缺乏信任，惧怕人口贩运者的恐吓或报复，担心因被识别为被害人背上不好的名声，原住国较差的条件使得被害人接受在目的地国的这种状况等原因而不愿意向有关部门报案；被害人由于不懂目的国的语言或者所遭受的身体上和心灵上的创伤而无法表达自己；被害人患上了斯德哥尔摩综合症，对人口贩运者产生了良好感情而对执法人员产生了不好的感觉[56]；不易获取有关人口贩运特别是跨国人口贩运的证据；政府缺乏调查、识别人口贩运被害人的资源和政治意愿。

但是从国家责任角度而言，国家更多地把人口贩运看作一种影响国家安全和边境管理秩序的有组织犯罪，而不是一种严重侵犯通常处于脆弱地位的外国被害人的人权的行为，更多地把人口贩运被害人推定为人口贩运者的共犯，把被害人看作保证调查、起诉人口贩运者的刑事程序顺利进行的必要证人。因此，将人口贩运被害人识别为非法移民或者被偷运的移民而不是需要投入大量资源予以保护的被害人，一方面不会客观上刺激更多的非法移民，有利于维护国家的边境管理秩序与安全，另一方也不会使国家背上沉重的负担。这样，国家就失去了积极识别被害人、对被害人予以保护和帮助的政治意愿。这也是《议定书》在明知的情况下没有规定缔约国识别人口贩运被害人的义务而且以含混、劝导性的语言对被害人的保护和帮助予以规定的重要原因。

未能识别出人口贩运被害人或者将人口贩运被害人错误地识别为非法移民或者被偷运的移民，会带来严重的后果。非法移民或被偷运的移民与人口贩运被害人在地位和权利上是截然不同的。前者往往被认为是移民法律的违反者，甚至是犯罪分子，是各国移民法重点打击和防范的对象，通常会遭到羁押和驱逐出境，而后者是人口贩运犯罪的被害人，是应该给予保护和帮助的。《联合国打击移民偷运议定书》第 16 条第 5 款公开承认可以羁押非法移民或被偷运的移民，而且规定了偷运的移民主要享有生命权和免于遭受酷刑或其他残忍的、非人道的或有辱人格的待遇或惩罚的权利[57]，而缔约国并不需要承担保护在其境内的被偷运移

---

[55] 值得注意的是，《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》（以下简称《联合国打击移民偷运议定书》）第 6 条第 3 款关于移民偷运和相关犯罪的加重情节的规定使得移民偷运与人口贩运之间的区别更加模糊，根据该款，在移民偷运者使移民蒙受非人道的或有辱人格的待遇时，包括为了剥削的目的而使其蒙受这种待遇时，应该构成了此种犯罪的加重情节。而根据《议定书》，只要为了剥削目的使用暴力、胁迫、欺诈等手段对移民进行招募、运送、转交、接收或者窝藏的行为便构成人口贩运。因此，在移民偷运的过程中为了剥削目的对移民实行非人道的或有辱人格的待遇，比如暴力、侮辱等，根据《议定书》是可以构成人口贩运的，但是根据《联合国打击移民偷运议定书》则构成移民偷运犯罪的加重情节。《联合国打击移民偷运议定书》于 2000 年 11 月 15 日获得通过，2004 年 1 月 28 日生效，截止 2014 年 7 月 1 日已有 138 个缔约国，中国尚未签署、批准该议定书。For text of the Protocol, see Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime(United Nations Protocol against Migrant Smuggling), 2241 UNTS 507.

[56] 斯德哥尔摩综合症是指遭到劫持的人质对劫持者产生了认同和同情的一种现象，see Stockholm Syndrome, available at http://www.medterms.com/script/main/Articleasp?articlekey=24038, visited 1 July 2014.关于人口贩运被害人患上了斯德哥尔摩综合症的现象，see United Nations High Commissioner for Refugees, The Identification and Referral of Trafficked Persons to Procedures for Determining International Protection Needs, PPLAS/2009/03, Geneva, October 2009, p.10; The Royal Canadian Mounted Police(RCMP), Project Seclusion: Human Trafficking in Canada, PS64-78/2010E-PDF, March 2010, p.39.

[57] See United Nations Protocol against Migrant Smuggling, Article 9(1)(a), Article.16(1).

民的人身安全、为其提供获得赔偿的机会、允许其在适当的情况下临时或永久居留等义务。而且第 18 条第 5 款规定相关缔约国在遣返被偷运的移民时应采取适当措施以有序方式进行并适当考虑移民的安全与尊严，而《议定书》第 8 条明确规定缔约国在接收人口贩运被害人时应适当顾及其安全，而且接收国在遣返贩运被害人时应适当顾及被害人的安全及相关法律程序的进展情况而且遣返最好自愿。而且，即便是《联合国打击移民偷运议定书》规定的这些少量的权利在现实中也很少能被偷运的移民享有。[58]被偷运的移民在被遣返后往往会被原住国或经常居住地国记录为非法移民，其再次出境的权利通常也受到限制。

为了有效地调查和起诉人口贩运活动，也为了切实保护被害人根据国际法特别是国际人权法应该享有的权利，有必要对国家快速准确地识别被害人的义务进行规定。事实上，《欧洲理事会反人口贩运行动公约》便对人口贩运被害人的识别进行了专门规定，规定每一缔约国应确保在有权机关有合理理由相信某人是人口贩运被害人时不遣返被害人，直到识别被害人的程序结束，而且要确保这样的被害人立即获得其身心康复和社会重返所必需的帮助与安全以及不少于 30 天的恢复与思考期。[59]该公约第 10 条前两款还规定缔约国有义务为有权机关配备在识别和帮助被害人、预防和打击人口贩运方面训练有素而且能力强人员，而且这些机关相互之间、与帮助机构之间以及缔约国之间要在识别被害人方面进行必要的合作。而且该条第 3 款和第 4 款专门对儿童被害人的识别进行了特殊规定，要求在被害人年龄不确定而又有理由相信被害人是儿童时，应推定其为儿童并在核实年龄之前提供特殊保护措施，并对已识别出的无人陪伴的儿童被害人的代表、身份和国籍确定及必要时儿童被害人家庭的寻找进行了规定。公约的这些规定坚持了“尽职”的被害人识别义务标准，而且没有将被害人的正式识别作为获得帮助和保护的条件，同时又特别考虑到了儿童的特殊需要和利益，符合以被害人为中心的人权保护理念。遗憾的是，未能对人口贩运与移民偷运的区别进行明确界定。

《欧洲议会和欧盟理事会关于预防、打击人口贩运与保护被害人的指引》（以下简称《2011 年欧盟反人口贩运指引》）也对人口贩运被害人的识别做出了类似规定，要求成员国采取必要措施确保一旦有权机关有合理理由相信某人遭遇到了人口贩运就应该及时给予保护和帮助，而且要采取必要措施建立旨在对被害人进行早期识别并为其提供保护和帮助的适当机制。[60]而且该规定还适用于有权机关有合理理由相信其具有遭受人口贩运危险的潜在被害人。[61]该规定中的“适当机制”包括能够确保反人口贩运机构、移民管理机构、庇护管理

[58] See Anne T. Gallagher, fn.4, p.279; T.A. Aleinikoff, “International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture”, in: International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges, R. Cholewinski et.(ed.), T.M.C. Asser Press, The Hague, 2007, p.467.

[59] See Council of Europe, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, CETS No. 197, Article 10(3) and 13.

[60] See the European Parliament and the Council of EU, DIRECTIVE 2011/36/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA(EU Directive 2011 on Human Trafficking), Article 11(2) and 11(4).

[61] See OHCHR, UNHCR, UNICEF, UNODC, UN Women and ILO, Joint UN Commentary on the EU Directive-A Human Rights-Base Approach, November 2011, p.46

机构、保护和帮助组织等机构和组织之间进行有效合作的国家转介机制。[62]这是因为难民为了到达目的地国，可能会成为人口贩运的被害人，当其求助与人口贩运网络有关系的移民偷运网络时就会有遭遇人口贩运的危险。在性别和年龄方面脆弱的寻求避难者也可能会成为人口贩运被害人。因此，上述国家转介机制应确保当有合理理由相信寻求避难者是人口贩运的被害人或者有遭遇人口贩运的危险时，在处理其国际保护申请的同时，对其人口贩运被害人或者潜在被害人的身份进行及时识别并提供相应保护和帮助。[63]因此，当发现存在人口贩运的指标时，执法官员、劳动监察人员或其他官员就可以有合理理由怀疑该人是人口贩运的被害人或者具有遭受人口贩运的危险，应及时给予保护和帮助。[64]指引第 13 条第 2 款还对儿童被害人的识别做出了特殊规定，要求成员国确保在人口贩运被害人的年龄不确定而又有合理理由相信该被害人为儿童时推定该被害人为儿童以使其立即取得帮助和保护。这些规定均体现了以被害人的人权为中心的理念，值得在制定和完善识别人口贩运被害人的规定时借鉴。

《打击人口贩运示范法》第 18 条对识别人口贩运被害人的程序进行了较为详细的规定。该示范法要求包括原住国在内的缔约国建立全国协调机构，并由该机构确立识别人口贩运被害人的全国指引或程序，并向可能遇到人口贩运被害人的专业人员提供包括识别和转介被害人的程序手册在内的有关人口贩运的信息和资料，同时要求有权机关与有关国家和非国家被害人保护组织合作以适当识别被害人。而且该示范法第 30 条第 1 款规定在完成被害人识别程序之前不得遣返被害人。关于被害人识别程序的启动，示范法第 52 条和 53 条建议缔约国可选择在编制的识别和转介被害人的手册中规定有权机关应在国家或地方官员识别出境内的贩运被害人（或者已经决定有合理理由相信某人是人口贩运被害人）后四日内对被害人的案子进行审查和评估并签发认证资格信或其他可使其获得法律规定的被害人权利、好处与服务的证件。示范法第 30 条第 2 款和第 3 款还对与被害人识别有关的恢复反思期的申请规定了两种方式：一种是有权机关基于上述全国指引或程序有合理理由相信某人是人口贩运被害人时，应在法定的时限内向有权移民机构为其书面申请不少于 90 日的恢复反思期，而且恢复反思期的许可不得以可能被害人愿意与执法机关合作为条件；另一种是任何自然人在认为自己是人口贩运被害人时均可向有权移民机构书面申请这种恢复反思期许可。而且根据该示范法第 30 条第 3 款，在有权移民机构最终决定是否给予恢复反思期许可之前，不得遣返被害人，被害人应享有本法规定的被害人的权利、服务、好处和保护。值得注意的是，示范法第 22 条建议缔约国自己决定被害人在有权移民机构最终决定是否给予恢复反思期许可之前这段时间是否有权享有法律规定的权利、服务、好处和保护这个问题。另外，示范法还对儿童被害人的识别做出了特殊规定，规定当被害人的年龄不确定而又有理由相信被害人是儿童时，应推定该被害人为儿童且在核实其年龄之前均应给予儿童被害人待遇。总之，《打击人

[62] *Id.,* pp.51-52.
[63] *Id.,* p.52.
[64] 关于人口贩运的指标，参见UNODC, Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners, Module 2: Indicators of trafficking in Persons, 2009; ILO and European Commission, Operational indicators of trafficking in human beings: Results from a Delphi survey implemented by the ILO and the European Commission, Revised version of September 2009.

口贩运示范法》对人口贩运被害人的及时而准确的识别做出了详细规定，体现了以被害人人权为中心的特点，同时还贯穿了儿童最佳利益的原则。

综上，及时而准确地识别人口贩运被害人是被害人获取法定的权利和保护的前提，也是有效地调查、起诉人口贩运者的关键。然而，《议定书》并未对这一义务做出规定。为了促进《议定书》的有效实施，平衡保护被害人人权与维护国家安全之间的关系，有必要借鉴《欧洲理事会打击人口贩运公约》、《2011 年欧盟反人口贩运指引》、《打击人口贩运示范法》等国际公约或示范法的规定，明确缔约国有权机关有义务在有正当理由相信某人为人口贩运被害人时推定其为被害人，并及时给予适当期限的恢复反思期，使其获得法定的被害人权利、帮助与保护，从而在身心康复并获得相关信息的基础上理性自主地决定是否与有关当局合作。当然，为了准确地识别被害人，有必要明确缔约国有义务对相关机关进行培训，提高识别被害人的能力，同时有义务在识别被害人的过程中与有关国家及非政府组织合作。欧洲人权贩运在蓝特塞夫诉塞浦路斯与俄罗斯一案中也明确了国家有义务对其有权机关进行培训并在适当情况下采取积极行动措施识别并保护人口贩运被害人或潜在被害人，而塞浦路斯承担国家责任的一个重要原因便是违反这方面的义务。另外，在确定识别被害人的义务时，要坚持最佳儿童利益原则，规定在被害人的年龄不确定而又有理由相信其为儿童时，应推定其为儿童并在核实其身份之前使其获得儿童被害人的保护和帮助。

（二）明确不羁押和起诉被害人的义务

人口贩运被害人经常会因为非法入境、非法就业或者从事卖淫活动等非法活动而遭到逮捕、羁押甚至起诉。[65]这是因为，要么他们出入境所使用身份证件是伪造的或者已被人拿走，要么他们所从事的剥削性活动，如卖淫、乞讨，在目的地国可能是非法的。不仅目的地国可能会羁押、起诉人口贩运被害人，而且被害人的原住国有时也会在被害人被遣返后因为其非法离境而对其进行惩罚。当然，在很多情况下，人口贩运被害人还可能因为被错误地识别为非法移民而遭到羁押甚至起诉。正如上文所述，国家将人口贩运被害人识别为非法移民或者被偷运的移民的原因很多，其中一个重要原因是对“人口贩运”的定义有不同的理解，许多国家将人口贩运理解为以胁迫或欺骗实施的招募或运送行为加上以胁迫或欺骗实施的剥削行为，因此将大量通过移民偷运或者自愿离开原住国进入目的地国后陷入强迫劳动或强迫卖淫境地的所谓“非无辜的被害人”排除在了人口贩运被害人的范围之外，相反往往将其纳入非法移民或被偷运的移民的范畴，并予以羁押甚至起诉。而且从节省财政和人力资源并有效应对非法移民、避免鼓励非法移民的角度来看，国家更愿意将人口贩运被害人识别为非法移民。即使人口贩运被害人被识别为被害人，也可能会因为其不愿意或者没有能力在刑事调查中合作或者提供有价值信息而被送往移民羁押中心，之后被遣返。[66]更何况人口贩运被害人在成为人口贩运被害人之前或者在成为人口贩运被害人的同时，有时会自愿地或者是

[65] See Joy Ngozi Ezeilo, fn.54, p.7, para.23; Anne T. Gallagher, fn.4, p.274.
[66] See Anne T. Gallagher, fn.4, p.288.

在贩运者的暴力、胁迫或欺骗下从事一些与人口贩运无关的犯罪活动。因此，逮捕、羁押甚至起诉人口贩运被害人的现象并不少见。

毫无疑问，并非主张免于追究人口贩运被害人所犯的一切犯罪，只是认为应免于追究人口贩运被害人所犯的与其被害人身份有关的犯罪，如非法越境、卖淫、非法就业等。人口贩运被害人在人口贩运者使用暴力、胁迫、欺诈的情况下违背自己意愿从事的非法越境、卖淫、非法就业等活动，根据一般的刑事司法原理，是应该予以从轻、减轻或者免于处罚的。[67] 与人口贩运被害人所受到的强制、胁迫相比，非法越境、卖淫、非法就业等非法行为给社会所带来的损害往往要小得多。因此，对人口贩运被害人所从事的与其被害人身份有关的违法犯罪活动应该免于追究。而且一旦追究被害人这些违法犯罪活动，对被害人予以羁押甚至起诉，那么法律规定的被害人应享有的权利、帮助和保护将没有任何意义。并且还会使被害人进一步遭受伤害，由此形成的刑事犯罪记录将会使被害人更加难以重返和融入社会。这显然与以被害人人权保护为中心的理念相违背。更重要的是，如果对被害人的这些违法犯罪活动进行追究，被害人就会因为惧怕被羁押、起诉或驱逐出境而不敢向执法机关报案，更不愿配合调查、起诉人口贩运者，那么预防和打击人口贩运活动的目标就很难实现。

尽管如此，《议定书》并没有对不羁押和起诉人口贩运被害人的义务做出规定。事实上，在《议定书》起草谈判的过程中，曾有代表团提出要将该义务在《议定书》中予以明确规定，但遭到了大多数国家的反对，因为他们不希望对他们打击非法移民的任何选择进行限制。[68] 可见，在是否规定不羁押和起诉人口贩运被害人这个问题上，缔约国的关键考虑是不希望本国的移民法和相关法律出现例外，而这个例外可能会刺激更多的非法移民，会限制缔约国在面对人口贩运被害人时的选择。缔约国希望利用反人口贩运这个框架来控制和打击非法移民活动。[69]但是，根据《议定书》第 14 条，无论如何，缔约国采取的措施不能影响缔约国和个人根据国际法包括国际人道主义法和国际人权法而享有的权利和承担的义务和责任。为了切实对人口贩运被害人进行保护和帮助，同时促进调查、起诉人口贩运刑事程序的顺利进行，有必要根据有关国际法对不羁押和起诉人口贩运被害人的义务进行厘清。

国际社会在不羁押和起诉人口贩运被害人方面已进行了大量努力。如，《欧洲理事会反人口贩运行动公约》以第 26 条对不惩罚人口贩运被害人进行了规定，要求缔约国根据各自法系的基本原则规定不惩罚人口贩运被害人因受强迫而从事的非法活动的可能性。该公约采用了胁迫标准（人口贩运被害人所从事的非法犯罪活动是在受胁迫的情况下做出的），而不是因果关系标准（被害人所从事违法犯罪活动直接与人口贩运有关），而且胁迫标准与人口贩运的手段要件有关，只要贩运被害人在贩运人使用暴力或以使用暴力相威胁、其他形式的胁迫、诱拐、滥用权力或滥用脆弱地位等胁迫手段情况下从事的非法活动，均可能免于追究。

---

[67] 关于刑事责任的免责事由，参见 John M. Scheb & John M. Scheb II, Criminal Law, 6th ed, Wadsworth Cengage Learning, 2012, pp.410-1.不追究在强迫情况下所犯的罪行已成为广泛接受的原则，参见 OHCHR, UNHCR, UNICEF, UNODC, UN Women and ILO, fn.61, p.36.

[68] See Travaux Preparatoires for the UN Organized Crime Convention and Protocols, p.368, Note.

[69] See Anne T. Gallagher, fn.4, p.288.

值得注意的是，因果关系标准要求不惩罚人口贩运被害人因为作为被害人的身份而在人口贩运过程中所做的非法活动，而胁迫标准要求不惩罚人口贩运被害人因受强迫而从事的非法活动，这些非法活动可能与人口贩运活动无关。所以，胁迫标准在一定程度上更有利于保护人口贩运被害人。但是，该条要求成员国根据自己法系的基本原则做出这种规定。因此，在成员国法系的基本原则不容许做出这种规定的情况下，成员国就可以不做出这种规定。而且该条只是要求缔约国规定免责的可能性，允许有权机构在具体人口贩运案件中决定是否不惩罚被害人的违法活动，因而人口贩运被害人不能将该规定作为获得免责的保证。另外，该条只是要求规定不惩罚的可能性，未涉及不起诉和不羁押问题。因而，该条款并不禁止缔约国羁押、起诉人口贩运被害人，而且允许缔约国在具体案件中决定是否不惩罚被害人。总之，公约该条款极具弹性，允许成员国自由裁量是否做出这种规定、是否免于具体人口贩运案件中的被害人，并且仅仅规定了不惩罚被害人的可能性，不涉及不羁押、不起诉被害人的问题。因此，对被害人提供的保护十分有限。值得注意的是，该行动公约的解释性报告对儿童被害人的羁押问题进行了说明，认为无论任何理由，将儿童被害人安置在羁押机构都不能被认为是合适的住房。[70]

《欧盟 2011 年打击人口贩运指引》第 8 条也以专门条款对人口贩运被害人的不起诉和不惩罚进行了规定，要求成员国根据自己法系的基本原则采取必要措施确保有权国家机关有权利不起诉或不惩罚由于遭遇人口贩运行为的直接后果而被迫从事犯罪行为的人口贩运被害人。但是，该条款只是要求成员国确保有权国家机关有权利不起诉或不惩罚人口贩运被害人。因此，即使成员国做出了这种规定，有关国家机关仍有权利在具体案件中决定是否起诉或惩罚人口贩运被害人，既可以决定既起诉又惩罚，又可以决定不起诉、不惩罚，或者虽起诉但不惩罚。是否起诉或惩罚人口贩运被害人完全由有关国家机关自由裁量。而且该条规定采用了因果关系标准和胁迫标准相结合的原则，只有同时符合这两个标准的人口贩运被害人才有可能获得不起诉或不惩罚。并且该条仅适用于人口贩运被害人所从事的犯罪行为，不包括违法行为。因此，该指引的规定不仅赋予了成员国有权国家机关相当大的自由裁量权，而且设置了较高的不起诉或不惩罚人口贩运被害人的门槛。该条并不禁止有权国家机关将被害人同意合作调查、起诉人口贩运者而且被害人有这种合作能力作为不起诉或不惩罚被害人的条件，因而与以人口贩运被害人的人权为中心的方法相违背。但是与起诉、惩罚人口贩运被害人的做法相比，指引的该条规定无论如何应该是一种进步。值得注意的是，该指引并未对人口贩运被害人的羁押问题进行规定，因而并不禁止成员国羁押人口贩运被害人。

联合国系统也在不羁押、不起诉人口贩运被害人方面做出了大量努力。《关于人权和人口贩运的原则与指引建议》对此做出了详细地规定，要求不能因为被贩运人直接由于被贩运的状况而实施的非法进入过境国和目的地国或在其境内非法居留的行为或者实施的非法行为而羁押、起诉被贩运人。[71]该规定使用了因果关系标准，并列使用“羁押”与“起诉”，

[70] See Council of Europe, fn.53, para.155.

[71] See UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Recommended Principles and Guidelines on

有利于保护人口贩运被害人的人权。根据《联合国打击跨国有组织犯罪公约》缔约方会议决议成立的人口贩运问题工作组在其建议中指出，缔约方应考虑“不惩罚或不起诉被贩运人直接因为被贩运的状况而实施的不法行为或者被贩运人在被强迫的情况下实施的不法行为”。[72]该建议结合使用了“不起诉”与“不惩罚”，而且将因果关系标准与强迫标准结合在一起，有利于较大限度地保护人口贩运被害人的权利。但是该建议未涉及人口贩运被害人的羁押问题。

《打击人口贩运示范法》第 20 条第 4 款在规定人口贩运被害人应享有的基本福利和服务时，规定不应因为人口贩运被害人作为被害人的身份或者其移民身份而将被害人关押在任何羁押设施内，将被害人关押在监狱或其他羁押中心内绝非《议定书》第 6 条第 3 款规定的“适当的住房”。示范法第 10 条第 1 款还对不惩罚、不起诉人口贩运被害人或者不追究被害人的法律责任进行了专门规定，规定在被害人因为作为人口贩运被害人的直接后果而参与违法犯罪活动时，不应使其承担刑事或行政责任，或者不应使其受到惩罚，或者不应不适当地对其实施监禁、罚款或惩罚。可见，示范法采用因果关系的标准（被害人所从事违法犯罪活动直接与人口贩运有关），而没有采用胁迫的标准（被害人所从事的违法犯罪活动是在胁迫的情况下做出的），并且规定既不追究被害人的刑事责任，也不追究其行政责任。该条第 2 款特别强调不追究人口贩运被害人违反移民法的刑事责任或行政责任。为了与各国国内法可能规定的胁迫免责规定相协调，该条第 3 款还规定本条规定不影响被害人依法享有的一般抗辩权。因此，国家既可依据本条关于人口贩运被害人免责的规定，又可依据国内法上规定的免责抗辩事由（包括胁迫）不追究人口贩运被害人由于人口贩运而从事的违法犯罪活动，有利于保护人口贩运被害人的合法权利。所有这些措施均有利于最大限度地保护人口贩运被害人的人权。但是，示范法该条第 4 款又规定了免责的例外情形，规定当人口贩运被害人所犯的罪行根据国内法极其严重时不适用本条免责条款。规定免责的例外情况是非常有必要的，因为以人权保护为中心的方法并不排斥在保护人口贩运被害人的人权与维护国家安全或社会公共秩序之间寻求一个平衡点，在保护人口贩运被害人使其免于承担相关责任所带来的好处远远小于这样做带来的不利后果时，确实有必要考虑放弃免责。

考虑到强迫或强制劳动的环境与形式发生了变化，以强迫或强制劳动为目的的人口贩运已成为强迫或强制劳动的新形式，亟需要有效根除，国际劳工大会于 2014 年 5 月 28 日通过了《1930 年强迫劳动公约议定书》（The Protocol to the Forced Labor Convention, 1930）。尽管该议定书尚未生效，而且其使用的“强迫或强制劳动”包括强迫性剥削、强迫劳动、奴役、类似奴役的做法、劳役、债役等形式，与《联合国反人口贩运议定书》界定的“人口贩运”的范围未必完全一致，但是其中相关规定仍值得借鉴。该议定书第 4 条第 2 款要求缔约国依照其法律制度的基本原则采取必要措施，以确保主管机关有权不起诉或惩罚强迫或强制

Human Rights and Human Trafficking, Principle 7.

[72] See Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Report on the meeting of the Working Group on Trafficking in Persons held in Vienna on 14 and 15 April 2009, UN Doc, CTOC/COP/WG.4/2009/2, para.12.

劳动的被害人作为遭受强迫或强制劳动的直接后果而被迫从事的非法活动。该规定同样采用了因果关系标准和胁迫标准相结合的原则，只有同时符合这两个标准的强迫或强制劳动被害人才有可能获得不起诉或不惩罚。值得注意的是，被害人的相关违法犯罪行为均可享受不起诉或惩罚的待遇。但是，该待遇的享有以符合该国法律制度基本原则为前提，而且主管机关有权决定是否给予此种待遇。无论如何，《1930 年强迫劳动公约议定书》的此款规定有利于保护强迫或强制劳动的被害人，包括以强迫或强制劳动为目的的人口贩运的被害人。

当然，如果人口贩运被害人符合难民的条件，那么根据《1951 年关于难民地位的公约》第 31 条第 1 款，缔约国不能因为该难民的非法入境或非法居留而对其实施处罚，条件是该难民必须无迟延地向该缔约国当局报告并提供其非法入境或居留的正当理由。此处的“处罚”不仅包含刑事处罚，还包括行政处罚，如行政拘留。[73]因此，缔约国有义务不因难民的非法入境或居留而对其实施刑事处罚或行政处罚，包括不能认定这些行为为非法行为。

值得注意的是，上述具有法律拘束力的国际公约，包括《欧洲理事会反人口贩运行动公约》和《欧盟 2011 年打击人口贩运指引》，均未明确提及人口贩运被害人的羁押问题，说明在该问题上仍存在较大争议，无法达成一致意见。事实上，对人口贩运被害人的羁押涉及国际人权法上的自由迁徙权、人身自由权与免遭任意羁押的权利以及禁止歧视原则等方面。因此，要在羁押人口贩运被害人这个问题上达成一致意见，必须正确厘清其与这些权利的关系。正如上文所述，缔约国羁押人口贩运被害人主要有两种的原因：一种是由于人口贩运被害人从事了非法出入境、非法居留、没有旅行证件或者身份证件或者使用虚假的旅行证件或身份证件、非法就业、非法卖淫等与人口贩运直接有关的非法活动，另一种是以为被害人提供避难和帮助、保护其免遭进一步伤害或者确保其能在调查起诉人口贩运中合作为借口，将人口贩运被害人置于封闭的避难所、康复中心或者其他类似的福利设施内[74]。

羁押人口贩运被害人可能会影响被害人的迁徙自由。由于国际人权法规定迁徙自由仅适用于合法处于其境内的外国人，不包括非法入境或超过法律规定或许可证许可的居留期限的非法移民等外国人[75]，所以未规定不起诉人口贩运被害人所从事的作为人口贩运活动一部分的非法行为的缔约国有权羁押从事非法活动的贩运被害人。正如联合国人权事务委员会的一般性评论所指出那样，《公民权利和政治权利国际公约》不承认外国人进入一国或者在该国居留的权利，原则上缔约国有权决定允许哪些人进入其境内。[76]但是，一旦缔约国以立法或其他措施规定不起诉或不追究从事作为人口贩运活动一部分的非法行为的贩运被害人，那么该被害人处于该缔约国便属于合法，此时缔约国若再以这些理由羁押贩运被害人，便违反了该国根据国际人权法所承担的义务。而且，此时除非符合国际承认的可以限制迁徙自由权利

[73] See OHCHR, UNHCR, UNICEF, UNODC, UN Women and ILO, fn.61, p.37; E. Feller et al., Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge University Press, New York, 2003, pp.194-6.
[74] See OHCHR, UNHCR, UNICEF, UNODC, UN Women and ILO, fn.61, p.38.
[75] See International Covenant on Civil and Political Rights, Article 12(1), 12(2); Human Rights Committee, General Comment No.15: the Positions of Aliens under the Covenant, April 11, 1986, para.9.
[76] See Human Rights Committee, fn.75, para.5.

的原则，否则不得羁押贩运被害人。《公约权利与政治权利国际公约》规定对迁徙自由权利的任何限制必须遵循三个原则：一是合法性原则，这种限制必须是法律规定的[77]；二是必要性原则，这种限制是保护国家安全、维护公共秩序、保护公共健康或道德或者保护他人的权利与自由所必需的[78]；三是相称性原则，这种限制性措施与该公约规定的其他权利相一致，适宜取得上述保护性目的，而且是取得上述保护性目的的诸多措施中损害最小的一种，并且还与所要保护的利益相称[79]。因此，在人口贩运被害人合法处于缔约国境内或者不需要承担从事与人口贩运有关的非法活动的责任时，若要限制人口贩运被害人的迁徙自由或者对其予以羁押，必须同时满足上述三个原则。如果为了保护被害人免遭报复和恐吓或者为了确保刑事程序所需要的证人而羁押人口贩运被害人，也必须满足这三个原则。

羁押人口贩运被害人可能会影响被害人的人身自由与安全权。《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 1 款在规定人身自由与安全权时，特别规定了禁止任意逮捕或羁押。根据该公约，只有在符合以下三个方面的条件时方可采取逮捕、羁押等剥夺人身自由的措施：一是合法性，必须符合法律规定的剥夺人身自由的原因和程序；二是禁止任意逮捕或羁押，逮捕或羁押的实施是合理的、必要的而且与所追求的合法目标相称[80]；三是提供必要的法律保障措施，对逮捕或羁押行为进行监督和补救，允许被剥夺人身自由者诉诸法院对逮捕或羁押行为的合法性进行审查，释放遭受非法逮捕或羁押者并对其予以赔偿[81]。由于该条第 2 条第 1 款规定的人身自由与安全权适用于在缔约国境内和受其管辖的一切人，包括在其境内和受其管辖的人口贩运被害人。因此，缔约国逮捕或羁押人口贩运被害人除了要遵循合法性原则、必要性原则与相称性原则三个原则之外，还要为了被害人提供必要的法律保障措施。

羁押人口贩运被害人可能会影响被害人根据国际人权法享有的免遭性别歧视的权利。如，《公民权利和政治权利国际公约》在多个条款中对禁止歧视原则的内涵进行了阐释[82]，尤其是第 3 条专门对男女平等、禁止性别歧视的原则做出了规定。值得注意的是，联合国人权事务委员会在一般性评论指出，《公民权利和政治权利国际公约》不承认外国人进入一国或者在该国居留的权利，原则上缔约国有权决定允许哪些人进入其境内，但是这种决定不得影响公约所规定的禁止歧视、禁止非人道的待遇等权利。[83]《议定书》第 14 条也明确规定，《议定书》的解释和适用不得与国际承认的非歧视原则相违背，特别是不得因某人是人口贩运的

---

[77] See International Covenant on Civil and Political Rights, Article 12(3); Human Rights Committee, General Comment No.27(67): Freedom of Movement (Article12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, November 2, 1999, para.16.
[78] See International Covenant on Civil and Political Rights, Article 12(3); Human Rights Committee, fn.77, para.14.
[79] See International Covenant on Civil and Political Rights, Article 12(3); Human Rights Committee, fn.77, para.14-18.
[80] *Van Alphen v. The Netherlands,* UNHRC Comm. No.305/1988, UN Doc. CCPR/C/39/D/305/1988, July 23, 1990, para.5.8; *A. v. Australia,* UNHRC Comm. No.560/1993, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, April 3, 1997, para.5.8.
[81] See International Covenant on Civil and Political Rights, Articles 9(4) and 9(5).
[82] See International Covenant on Civil and Political Rights, Article2(1), Article3, Article4(1), Article24(1), Article26,分别涉及缔约国对在其境内和受其管辖的一切人的权利的尊重和保障，对男女权利的平等保护，对公约相关权利的克减，对儿童权利的平等保护及对一切人权利的平等有效保护。
[83] See Human Rights Committee, fn.75, para.5.

被害人而对其有任何歧视。但是，在现实中，以保护之名将人口贩运被害人置于封闭的避难所、康复中心或其他近乎羁押的福利设施内，通常是有性别区分的，被羁押的大多为妇女和女孩。这主要是因为，与男子、男孩相比，妇女、女孩更容易被正式识别为人口贩运被害人，因此更容易进入保护系统。而且妇女、女孩通常被认为更需要保护。而男性被害人通常被识别为非法移民并转至移民羁押中心，最终被遣返回国。即使被识别为人口贩运被害人，成年男子也往往被认为没必要给予庇护和保护。这种以性别为基础的羁押保护，给男性和女性被害人的权利带来了消极影响，致使成年男性被害人往往得不到法定的保护和帮助，而女性被害人虽然更容易被识别为被害人并获得保护和帮助，但是这种羁押式的保护可能会严重地影响女性被害人的迁徙自由、人身自由与安全权等方面的权利与自由。因此，为了平等地保护人口贩运被害人的权利，有必要在识别、保护被害人的过程中严格贯彻国际人权法规定的禁止歧视特别是性别歧视原则。

总之，为了切实保证人口贩运被害人享有法定的权利，促进调查、起诉人口贩运的刑事程序的顺利进行，有必要修改《议定书》的规定，对不羁押、不起诉人口贩运被害人的义务进行明确规定：要求缔约国考虑采取立法或其他措施确保不因人口贩运被害人所从事的作为人口贩运犯罪一部分的非法行为而羁押、起诉或处罚被害人。这些非法行为应该包括非法出境、入境、居留或就业，使用虚假的旅行证件或身份证件，没有身份证件，或从事非法卖淫、非法就业等非法活动。而且不能以被害人同意与有关当局合作或者以被害人有能力与当局合作作为不羁押、不起诉或不处罚人口贩运被害人的条件。还应要求缔约国采取措施确保不因非法入境或停留而对符合国际保护条件的贩运被害人进行刑事或行政处罚。应要求缔约国考虑采取立法或其他措施确保人口贩运的被害人或者潜在被害人不被羁押在封闭的避难所或其他福利设施内，除非符合国际承认的羁押原则：必要性（羁押被害人是保护国家安全、维护公共秩序、保护公共健康或道德、保护他人的权利与自由或者保护被害人的切身安全所必需的，而又没有其他合适的保护方法）、合法性（符合法律规定的条件和程序）和相称性原则（羁押与所保护的合法目标相称，羁押尽可能短的时间）。即使符合国际承认原则的羁押，也应确保提供必要的法律保障措施，如司法或行政监督（行政复议或司法审查）、过错补救等。如果人口贩运被害人为儿童时，还应该贯彻儿童最佳利益的原则。

四、结语

《议定书》关于保护和帮助被害人义务的规定极其含混且富有弹性，未能向缔约国施加拘束力强的义务，而且这些规定以服务调查、起诉人口贩运者的刑事程序的顺利进行为目标，过于看重人口贩运被害人在有效调查和起诉人口贩运案件中的作用，并没有采取以被害人的人权为基础的方法，并非主要为人口贩运被害人的权利和利益着想。这主要是因为作为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的补充议定书的《议定书》本质上是一个刑事法律框架，旨在为包括目的地国、过境国和原住国在内的国际社会有效打击具有跨国有组织犯罪性质的国

际人口贩运犯罪搭建一个国际合作的平台。在这样的刑事法律框架下，对被害人的保护和帮助被作为鼓励和保证被害人在调查和起诉人口贩运者的刑事诉讼中积极合作、提供证人证言的有效工具。而对保护和帮助被害人可能会刺激更多的非法移民和人口贩运的担心，对保护和帮助被害人会占用大量的资源的考虑，使得国家既要对人口贩运被害人提供必要的保护和帮助，以充分发挥其在刑事诉讼中的工具作用以及相关国际法特别是国际人权法的限制作用，又要尽量减轻国家在保护和帮助被害人方面的义务。因此，作为折中妥协产物的《议定书》，其在人口贩运被害人的保护和帮助方面的规定就不可避免要使用富有弹性、缺乏强制力的语言，字里行间体现服务刑事诉讼、维护国家边境秩序的目的，更不会对人口贩运被害人的权利进行全面规定。《议定书》这种以起诉、打击人口贩运犯罪为中心的刑事法律框架，不仅不能有效地打击人口贩运活动，而且很容易违反缔约国根据国际法特别是国际人权法和国际人道主义法而承担的义务和责任。为了有效地打击人口贩运活动，促进《议定书》的有效实施，有必要运用以被害人的人权为基础的方法，对《议定书》的相关规定进行完善，特别是要在《议定书》中明确缔约国快速准确地识别被害人的义务和不羁押、不起诉被害人的义务这两项关键性的义务。只有如此，人口贩运被害人作为犯罪被害人和侵犯人权行为的被害人的权利才可能得到全面实现与保障。

联合国与国际法结构的现代变迁

——纪念联合国成立 70 周年

古祖雪*

摘要：以《威斯特伐利亚和约》的缔结为标志而产生的具有独立体系的国际法，经过 20 世纪，特别是最近 70 年的快速发展，已由“共存”国际法的传统一元结构发展为由“共存”国际法、“合作”国际法和“人权”国际法构成的现代三元结构。联合国作为国际法形成与实施可资依附的最权威的普遍性国际组织，不仅在其宪法性文件——《联合国宪章》中确立了“共存”国际法、“合作”国际法和“人权”国际法的体系性存在，而且在其成立之后的 70 年中，为它们的发展作出了不懈的法律努力。考察和分析联合国在国际法结构的现代变迁中发挥的作用，既是对联合国成立 70 周年的一种纪念，也有助于认识和把握国际法发展的特点和规律。

关键词：联合国　“共存”国际法　“合作”国际法　“人权”国际法

以《威斯特伐利亚和约》的缔结为标志而产生的具有独立体系的国际法，经过 20 世纪，特别是最近 70 年的快速发展，已由“共存”国际法（international law of “coexistence”）的传统一元结构发展为由“共存”国际法、“合作”国际法（international law of “co-operation”）和“人权”国际法（international law of “human rights”）构成的现代三元结构。[1]联合国作为国际法形成与实施可资依附的最权威的普遍性国际组织，在国际法结构的这种现代变迁中发挥了极其重要的作用。在纪念联合国成立 70 周年的今天，对这种作用进行考察和分析，不仅有助于认识和把握国际法发展的特点与规律，也有利于树立和维护联合国在维护国际和平与安全、促进国际法治与进步方面的权威。

一、“共存”国际法的延续：联合国的首要使命

“共存”国际法是近代国际法的基本特征。它以《威斯特伐利亚和约》所形成的国家间体制为基础，只承认国家是国际法上的法律人格者，关心的主要是国家间的管辖权划分与和

* 作者古祖雪，法学博士，浙江工商大学法学院教授、博士生导师。

1 参见古祖雪：《现代国际法的多样化、碎片化与有序化》，《法学研究》2007 年第 1 期；古祖雪：《国际法体系的结构分析》，《政法论坛》2007 年第 6 期；G • Hafner , Risks Ensuing from Fragmentation of International Law, http://www.un.org/law/ilc/reports/2000。

平共存，通过作为国家间关系产物的习惯、条约和仲裁裁决等，形成调整国家之间权利义务关系的法律规范。这种国际法以国家主义为价值导向，以国家的独立与共存为根本诉求，在主权原则指引下，主要规定国家对国家的义务，强调维护国家行使主权的权利，因此，它本质上是一种国家间“互惠（对等）”的法律，属于私法意义上的国际法范畴。在国际社会以主权国家作为基本成员的结构没有改变以前，这种“共存”国际法表征着国际法是“国家间法”的本质属性，从产生之日起就在国际法体系中取得了类似“公理”的地位，是日后国际法发展的基础和前提。正如美国学者汉斯·摩根索所说，这些“共存”国际法的“准则不管各个国家是否同意，对它们都有约束力。因为若没有这类准则，就根本无法律秩序可言，或至少没有调节多国体系的法律秩序”[1]。

联合国是当今世界最权威的普遍性国际组织，虽然具有与其成员国相区别的国际法律人格，但毕竟不是世界政府，只是依《联合国宪章》建立起来的“国家间”组织，从本质上说仍然是威斯特伐利亚体制的一种制度化延伸，不具有超国家的地位。因此，联合国自其成立起，一直将延续和发展传统的“共存”国际法作为自己的首要使命，从而为自身的存在和发展不断地奠定合法性基础。回顾联合国成立以来的 70 年历史，它对“共存”国际法的延续和发展，概括起来，主要表现在以下三个方面：

1.“共存”国际法基本原则的确认和重申。国家主权平等、尊重国家领土完整或政治独立、不干涉国家内政，是传统“共存”国际法的基本原则，也是建构国家间体制的基石。联合国在其宪法性文件——《联合国宪章》中确认和重申了这些原则。宪章第 2 条规定：“本组织系基于各会员国主权平等之原则”；“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国之领土完整或政治独立”；“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国内管辖之事件，且不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决”。此后，联合国大会于 1946 年、1965 年和 1970 年先后通过了《国家权利义务宣言草案》、《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》和《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》（简称《国际法原则宣言》）等决议，对上述各项原则进行了补充和具体阐释。例如，对于国家主权平等原则，《国际法原则宣言》强调：“各国不问经济、社会、政治或其他性质有何不同，均有平等权利与责任，并为国际社会之平等成员。主权平等特别包括下列要素：（a）各国法律地位平等；（b）每一国均享有充分主权之固有权利；（c）每一国均有义务尊重其他国家之人格；(d)国家的领土完整及政治独立不得侵犯；(e)每一国均有权利自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度；(f)每一国均有责任充分并一秉诚意履行其国际义务，并与其他国家和平相处。”对于不干涉内政原则，《国际法原则宣言》声明：“任何国家或国家集团均无权以任何理由直接或间接干涉任何其他国家的内政或外交事务。因此，武装干涉及对国家人格或其政治、经济及文化要素之一切其他形式之干预或试图威胁，均系违反国际法。任何国家均不得使用或鼓励使用经济、政治或任何他种措施强迫另一国家，以取得该国主权权利行使上之屈从，并自该国获取任何种类

1 [美]汉斯·摩根索：《国际纵横策论——争强权、求和平》，卢明华等译，上海译文出版社，1995 年，第 352 页。

之利益。任何国家均不得组织、协助、煽动、资助、鼓动或容许目的在于以暴力推翻另一国政权之颠覆、恐怖或武装活动，或干预另一国之内争。”此外，联合国安理会的一系列决议和国际法院的一系列判决，也都重申或援引了上述各项原则。例如，2015 年 2 月 17 日，安理会就解决乌克兰危机通过的第 2202(2015)号决议强调:“安理会充分尊重乌克兰的主权、独立和领土完整。”

2.“共存”国际法体制机制的继承和延申。“国际社会是由传统的国家间外交关系，即‘共存’关系体制所代表的”。[1]联合国作为国际社会最权威的组织化形式，从组织体制的设置到决策机制的安排，无不体现了国家间的这种传统的“共存”关系。大会是联合国最具代表性及职能和权限最为广泛的审议机关，按照宪章第 9 条、第 18 条的规定，每一个加入联合国的国家，不论大小强弱，都是大会的平等成员，享有平等参与大会决策的权利。安全理事会是联合国的执行机关，在联合国的 6 个主要机关中，占有首要的政治地位，按照宪章第 27 条的规定，安理会常任理事国对于程序事项以外事项的决议享有“否决权”，但是，这种“否决权”的享有和行使，只是表明作为安理会常任理事国的大国在维持国际和平与安全方面负有主要责任，并不意味着这些大国可以在国际关系中不尊重甚至侵犯其他国家的主权，牺牲其他国家的利益，何况这种“否决权”还要受到安理会非常任理事国“集体否决权”的限制。经济及社会理事会及托管理事会虽然也是联合国的主要机关，但它们是在联合国大会的权力之下履行职务，开展活动，其权限主要依赖于大会的授权，因此，它们与大会、安理会、国际法院和秘书处不具有同等的地位，在很大程度上被认为是联合国的附属机构。国际法院是联合国的主要司法机关，在以法律手段解决国际争端方面具有崇高的地位。按照宪章第 92 条、第 93 条的规定，《国际法院规约》构成宪章的组成部分，是国际法院执行其职务的根据，联合国会员国作为《国际法院规约》的当然当事国，依其同意接受国际法院的诉讼管辖。秘书处是联合国的行政机关，其行政首长即秘书长由大会根据安全理事会的推荐予以委派。根据宪章第 100 条的规定，秘书长及秘书处的其他工作人员在执行职务时只对联合国负责，不得寻求或接受联合国之外的任何政府或当局的指示。可见，联合国的组织体制和决策机制是建立在国家主权平等原则基础之上的，是联合国“国家间”属性的具体体现。因此，正如弗里德曼所说，联合国本质上仍然是传统“共存”关系所代表的国际社会的“制度化延伸。”[2]

3.“共存”国际法的编纂和发展。“共存”国际法作为一种国家间“互惠”的法律，在联合国成立前，已在国际关系中以习惯方式形成了大量的国际法规则，从而为国家间的交往和管辖权划分提供了重要的规范基础。联合国将这些习惯规则编纂成为条约，对“共存”国际法的延续和发展具有重要意义。《联合国宪章》除以显著地位确认国家主权平等、尊重国家领土完整及政治独立、不干涉国家内政等“共存”国际法的基本原则外，还以第 13（1）条特别规定：联合国大会应发动研究并作出建议，以提倡“国际法之逐渐发展与编纂”。依此规定，1947 年联合国大会第 2 次会议决定正式成立负责“国际法的逐渐发展与编纂”的

1 Wolfgang Friedmann，The Changing Structure of International Law，London : Stevens & Sons, 1964, p.37.
2 同3，p.37.

“国际法委员会”，并通过了《国际法委员会章程》。60 多年来，国际法委员会按其特定的工作程序，完成了一系列条款的起草工作；在此基础上，通过联合国大会或其主持召开的各种国际会议，缔结了一批国际条约。其中，涉及“共存”国际法的条约主要有：1958 年日内瓦海洋法四公约，即：《领海与毗连区公约》、《公海公约》、《捕鱼与养护公海生物资源公约》和《大陆架公约》；1961 年《减少无国籍状态公约》；1961 年《维也纳外交关系公约》；1963 年《维也纳领事关系公约》；1969 年《维也纳条约法公约》；1973 年《防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行公约》；1978 年《关于国家在条约方面继承的条约》，另外还有 1961 年和 1963 年的《关于取得国籍的任意议定书》。此外，联合国大会第六委员会、国际贸易法委员会、以及各专门机构、特设委员会、专门外交委员会等，也主持起草并缔结了许多条约，例如，现行十分重要的《联合国海洋法公约》、《联合国国家及其财产管辖豁免公约》、《联合国国际货物销售合同公约》、《不扩散核武器条约》等，都是与联合国在“国际法的逐渐发展和编纂”方面的工作分不开的。

综合上述分析，可以得出以下两个结论：（1）《联合国宪章》本身是联合国延续传统“共存”国际法的最权威根据；（2）联合国在“国际法的逐渐发展和编纂”方面所取得的成就，是联合国延续“共存”国际法的最生动体现。

不过，应当指出的是，联合国对传统“共存”国际法的延续，并不等于是对近代国际法的全盘接受，它实际上是对近代国际法的一种“扬弃”。例如，在战争法领域，近代国际法虽然对战争程序、作战手段和伤员待遇均有严格规定，使战争更有“秩序”和比较“人道”，但却为主权国家保留了诉诸战争的绝对权利，从而使战争成为国家推行其政策、争夺势力范围的工具。第一次和第二次世界大战的国际实践暴露了传统国际法的严重不足和缺陷，使人类看到了保留国家战争权利所带来的深重灾难。废止战争权，禁止使用武力，成为联合国的缔造者们必须作出的法律努力。缘此，《联合国宪章》第 2（4）条将禁止使用武力确立为现代国际法的基本原则，从而在主权范围内排除了国家非法使用武力的权利。又如，在第一次世界大战以前，国际法规范几乎都是任意性规范，国家可以通过彼此之间的协定随时更改甚至废止一般国际法的规则。但是，第二次世界大战之后，“国际强行法”作为一项对不受约束的国家缔约自由施以限制的法律制度，在联合国的努力下开始确立并发展起来。根据 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条和 64 条的规定，国际强行法规范是国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规范始得更改之规范，具有最高的绝对效力，任何与之相抵触的条约都归于无效。“任何违反这类规则的行为不能用同意、默认或承认的方法加以合法化；对其所影响的权利，也不需要用抗议来维护；更不能作为对先前非法行为实行报复的理由”[1]。可见，联合国对传统“共存”国际法的延续是一种在继承基础上的发展，守成前提下的创新。这种继承与发展、守成与创新的统一，正是现代“合作”国际法与“人权”国际法形成的基础和前提。

1 [英]詹宁斯、瓦茨修订，《奥本海国际法》第一卷第一分册，王铁崖等译，中国大百科全书出版社，1985 年，第 5 页。

二、“合作”国际法的形成：联合国的重要贡献

现代国际社会经过两次世界大战的剧烈震荡，增强了国际合作的意识与愿望；20 世纪科技革命推进的全球化进程，彰显了国际合作的必要与可能。由此，政府间组织作为国家间合作的有效形式迅速发展起来，并在实践中作为权利义务主体参与各种法律关系，成为与其成员国相区别的国际法律人格者。据统计，政府间组织的数量在 1909 年是 37 个，到 2004 年已发展为 7350 个，增长了近 200 倍[1]，其中，90%以上是在二战以后新建立的。于是，国家与国际组织之间以及国际组织彼此之间的关系开始进入国际法的调整范围，并由此形成了“致力于集体性地提供诸如国际和平、法律安全、相互受益的经济合作、人权、社会和劳工标准、去殖民化等国际公共物品的‘合作’国际法”[2]。与传统的“共存”国际法不同，“合作”国际法以国际主义为价值导向，以国际社会的稳定、安全与发展为主要诉求，在承认和保护国际社会整体利益的原则下，主要规定国家对国际社会的普遍义务，要求让渡国家行使主权的权利，因此，它本质上是一种“对一切”义务的法律，属于具有公法性质的国际法规则体系。

“合作”国际法的形成与发展，既是现代国际法发展的必然结果，又为现代国际法增添了新的内容和结构要素，是近代国际法向现代国际法转变的重要标志。联合国作为当今世界最权威、最普遍的国家间合作形式，为“合作”国际法的形成与发展作出了重要贡献。

1．联合国在宪章基础上确立起来的国际合作原则，为“合作”国际法的形成奠定了基础。《联合国宪章》第 1 条规定：“促进国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”，是联合国的宗旨之一。在此基础上，1970 年联合国大会通过的《国际法原则宣言》明确规定，“各国依宪章彼此合作”，“构成国际法之基本原则”，是所有国家必须“严格遵守”的一项国际义务。根据宣言规定，这种“构成国际法之基本原则”的合作，包括以下方面：维持国际和平与安全；促进对于一切人的人权及基本自由的普遍尊重与遵行，并消除一切形式的种族歧视和宗教上的不容忍；依照主权平等和不干涉内政原则处理经济、社会、文化、技术和贸易领域的国际关系；依照宪章有关规定采取共同及个别行动与联合国合作。宣言还特别指出，各国应在促进全世界、尤其是发展中国家的经济增长方面彼此合作。此后，联合国通过一系列决议、宣言或计划强调和重申国际合作原则的重要性，尤其在建立国际经济新秩序方面，更是贯彻了“促进国际合作以谋发展”的主旨。例如，1974 年通过的《建立新的国际经济秩序宣言》、《建立新的国际经济秩序的行动纲领》和《各国经济权利

1 See Union of International Associations, *Yearbook of International Organizations* (2005/2006), pp.2966-2969. http://www.uia.org/.

2 Ernst-Ulrich Petersmann，The GATT/WTO Dispute Settlement：International Law, International Organizations and Dispute Settlement，Kluwer Law International, 1997，p.7.

和义务宪章》，2000 年通过的《联合国千年宣言》和《联合国千年发展目标》，2005 年通过的《世界首脑会议成果文件》等，无不体现了联合国对国际合作原则的重视。

2．联合国作为“协调中心”的国际组织网络的形成，是“合作”国际法形成与发展的重要标志。政府间国际组织是国家间合作的一种法律形态，是国家行使主权权利的让渡对象，它的发展就是“合作”国际法的发展。从这个意义上说，联合国不仅以其自身的存在和活动构成了“合作”国际法的重要内容，而且通过协调在经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关领域负有广泛国际责任的各种政府间组织的行动，极大地推动了“合作”国际法的发展。根据宪章第 57、58 及 63 条的规定，联合国应通过其经社理事会与各种政府间专门机构订立的关系协定，使它们与联合国建立关系，并作成建议以协调它们的政策及行动。宪章第 59 条还规定，联合国应在适当情形下，发动会员国之间的谈判，以创设旨在促进国际合作的新的专门机构。目前，与联合国签订关系协定而成为联合国“专门机构”的政府间组织有 19 个，它们是：联合国粮食及农业组织、国际民用航空组织、国际农业发展基金、国际劳工组织、国际货币基金组织、国际海事组织、国际电信联盟、联合国教科文组织、联合国工业发展组织、世界旅游组织、万国邮政联盟、世界卫生组织、世界知识产权组织、世界气象组织、世界银行、解决投资争端国际中心、国际开发协会、国际金融公司、多边投资担保机构；与联合国建立关系的“相关组织”有 4 个，它们是：国际原子能机构、世界贸易组织、禁止化学武器组织、全面禁止核试验条约组织筹备委员会。上述各专门机构、国际原子能机构、世界贸易组织和联合国各基金、方案均为联合国系统行政首长协调理事会成员，接受该理事会的协调和指导。此外，各种区域性政府间组织也依宪章第 8 章规定，与联合国建立了密切的法律关系，被宪章纳入到联合国维持国际和平与安全的世界体制。总之，在联合国的协调下，各种全球性和区域性的政府间组织已经形成一个巨大的国际组织网络，其管辖范围“上至外层空间，下达海床洋底，包括政治、经济、文化、科技、教育、卫生等在内的各个领域”，[1] 涉及人类生活各个方面。这个国际组织网络的形成，极大地推动了战后国际秩序的建立和国家间的合作，有力地保障了国际公共物品的集体供给。

3．联合国主导建立和实施的一系列国际合作制度，是“合作”国际法的重要组成部分。“合作”国际法对国际社会整体利益的承认和保护，目的是为全体或绝大多数国家集体性地提供可资公平分享的国际公共物品。联合国成立 70 年的历史表明，它在“国际法的逐渐发展与编纂”、集体安全、民族自决、人权保护、环境治理及国际区域等方面主导建立和实施的一系列国际合作制度，就是致力于提供这种“国际公共物品”（如稳定的国际法律秩序、有效的集体安全保障、非殖民化、统一的人权保护标准、普遍的环境治理规则及可资分享的国际区域利益）的法律制度。联合国的集体安全制度和国际海底制度，作为联合国一系列国际合作制度的代表，在很大程度上体现了此类制度的“合作”国际法性质。

联合国的集体安全制度，是在武力被宪章禁止的条件下，联合国为实现其“维持国际和平及安全”的宗旨而采取的组织化措施，其具体目的，一是“防止且消除对于和平之威胁”；

1 梁西著：《国际组织法（总论）》，武汉大学出版社，2001 年，第 328 页。

二是“制止侵略行为或其他和平之破坏”。这种组织化措施主要由宪章第 5 章、第 7 章和第 8 章所规定，其主要内容包括：(1)各会员国将维持国际和平及安全的主要责任授予安理会，并同意安理会为履行该职责所作成的决定，系代表各会员国，不仅对联合国会员国，而且对非联合国会员国均有拘束力；对于安理会采取的集体行动，各会员国和非会员国均应予以协助。（2）在联合国系统内，安理会享有对“任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为之是否存在”作出判断，并决定采取包括军事行动在内的一切必要措施来“防止且消除对于和平之威胁，制止侵略行为或其他和平之破坏”的专属权力。（3）联合国会员国依宪章第 51 条采取的自卫行动只能在安理会采取集体行动之前进行，并应立即报告安理会，会员国因行使自卫权而采取的办法于任何方面均不得影响安理会依宪章采取的必要行动。（4）区域机构协助安理会而采取的强制行动以安理会的授权为限，如未经授权，不得采取任何强制行动；区域机构为维持国际和平及安全所实施的或正在考虑实施的行动，无论何时，均应向安理会作出充分报告。可见，联合国的集体安全制度是一种以“天下一家”的整体意识为基础，以合法使用的集体武力控制和制止个别国家非法使用武力的国际制度。根据这种制度，国家虽然向集体安全组织让渡了自身合法使用武力的权利，并承担了协助集体行动的义务，但换来的是集体安全组织为它们提供的集体安全保障。因此，这一制度具有明显的“合作”国际法特征。

国际海底是现代海洋法上的新概念，按照《联合国海洋法公约》第 1 条的规定，它是指国家管辖范围以外的海床、洋底及其底土。随着发达国家对这一国际区域丰富矿物资源的勘探和发现，发展中国家强烈要求确立该区域的法律地位，并建立相应的国际管理制度。作为这种要求的回应，联合国大会先后于 1969 年和 1970 年通过有关这一国际区域的决议。其中，1969 年决议规定，对国际海底资源的开发应在包括适当的国际机构在内的国际管制制度下进行，在该制度尚未建立之前，各国不得对国际海底及其资源据为己有，而 1970 年《关于各国管辖范围以外海洋底床与下层土壤之原则宣言》则明确了该区域及其资源“为全人类共同继承财产”的法律地位。在此基础上，1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称“公约”）第 11 部分重申国际海底及其资源“是人类的共同继承财产”，并明确规定：（1）任何国家不应对国际海底区域的任何部分及其资源主张或行使主权权利，且任何国家或自然人或法人均不得将该区域及其资源的任何部分据为己有。（2）国际海底区域的所有资源属于全人类，由公约设立的国际海底管理局代表全人类行使有关的权利。（3）国际海底区域的开发应为全人类谋福利，由此所获得的利益应由各国公平分享，并应特别考虑到发展中国家的利益和需要。（4）国际海底管理局是组织和控制国际海底区域活动，特别是管理国际海底区域资源的专门机构，所有公约的缔约国都是管理局的当然成员。根据上述规定，公约建立了国际海底的“平行开发”制度。依该制度，各国要开发国际海底，首先应与国际海底管理局订立合同，提出两块具有同等价值的可开发的国际海底，其中一块由管理局负责开发，另一块由申请者开发；申请者在经营中取得的利润应按一定比例向国际海底管理局提成，国际海底管理局应将申请者的利润提成和自己开发所获得的利润按公平原则分给公约的全体成员国。可见，联合国主导建立的国际海底制度是以承认和保护国际社会整体利益为原则的一种国际制

度，公约成员国依该制度承担的国际义务，是一种国家对国际社会的义务，公约成员国对这种义务的信实履行，目的是确保公约全体成员国享有该制度上的权利和利益。因此，同联合国的集体安全制度一样，联合国的国际海底制度也是具有“合作”国际法性质的国际制度。

以上分析表明，联合国不仅以其宪章为“合作”国际法的形成与发展奠定了基础，而且通过其职能的持续有效履行，为“合作”国际法的形成与发展提供了动力。当然，联合国对“合作”国际法形成与发展所作出的贡献，并不意味着联合国对传统“共存”国际法的绝对“否定”，相反，这些贡献是在延续“共存”国际法的基础上实现的，并没有动摇“共存”国际法的“公理”地位。因为在联合国这里，“构成国际法基本原则”的国际合作，本质上仍然是以主权平等和不干涉内政原则为根据的国家间合作；国家对其行使主权权利的让渡，从根本上说，是国家同意的结果，是国家行使其主权权利的一种形式。

三、“人权”国际法的分化：联合国的法律努力

人权是指人按其本质所具有的权利，实际上也是人的全面发展的权利。它的内容由社会历史结构决定，其实现依赖于一定的社会历史条件。因此，人权追根究底是人的本质在一定历史条件下的张扬和展开，是人类社会包括法律在内的一切活动所追求的最高价值。人权本是国内法律管辖的事项，因为它原则上只能在一国的条件下才能实现。人权之所以被纳入国际法的管辖范围，不仅是因为一国的人权状况可能溢出边界，影响国际和平与秩序，更是因为人权作为法律的终极理念，是国内法与国际法所共同追求的最高价值。为了这个最高价值，主权国家不惜限制自身行使主权的权利，通过国际习惯和国际条约的形式，确立人权的国际标准，开展人权领域的国际合作，以达到在世界范围内有效保护人权的目的。所谓“人权”国际法，实际上就是以人权领域的国际习惯和条约为主要渊源，用以协调各国人权制度，促进各国在人权领域进行国际合作，达到在世界范围内尊重、促进和保护人权目的的国际法律制度。

“人权”国际法是一个庞大的规范体系。就其时间效力而言，它包括平常时期的“人权”国际法即通常意义上的国际人权法和非常时期（战争或武装冲突时期）的“人权”国际法即国际人道法；就其适用对象而言，它包括普遍“人权”国际法（适用于所有人）和特殊“人权”国际法(适用于少数人)；就其价值取向而言，它包括“以个人为本”的“人权”国际法和“以人类为本”的“人权”国际法；就其功能定位而言，它包括尊重人权的国际法、促进人权的国际法和保护人权的国际法。因此，在现代国际法体系中，“人权”国际法是一个包括国际人权法、国际人道法、国际发展（权）法、国际环境（权）法、国际反恐法和防止及惩治严重侵犯人权行为的国际刑法等众多国际法部门的规范板块。

“人权”国际法原本属于“合作”国际法的范畴，因为按照《联合国宪章》和《国际法原则宣言》的规定，“构成国际法基本原则”的国际合作，包括人权领域的合作。“人权”国际法从“合作”国际法中分化出来，成为现代国际法体系中一个相对独立的结构要素，是因

为它一开始就显示出既不同于“共存”国际法，又不同于“合作”国际法的特征：它以人本主义为价值导向，以人的存在与全面发展为基本诉求，在人权这一终极理念的指引下，主要规定国家对人的义务，主张限制国家行使主权的权利。因此，尽管“人权”国际法同“合作”国际法一样，都是“对一切”义务的法律，属于公法意义上的国际法范畴，但其价值取向、法律诉求、权利主体及与国家主权权利的关系，都发生了根本性的变化。正如亨金教授所指出的，“‘人权运动’代表着国家间体系中各种假设发生了剧烈变革，预示着国际法的巨大变化。它反映了对人的价值而不是国家价值的崇尚，即使两者相冲突之时也是如此。它渗透到整体单一的国家内部，摧毁了近乎定律性质的传统，即：发生在一国内部的事务，以及一国政府在自身领土内如何对待自己的国民，一概与其他国家、国际体系或国际法无关”。[1]

“人权”国际法是现代国际法人本化发展的结果。它的的分化和独立，使现代国际法由弗里德曼描述的“二元”（“共存”国际法和“合作”国际法）结构[2]变成了由“共存”国际法、“合作”国际法和“人权”国际法构成的“三元”结构。联合国作为在二战废墟上建立起来的普遍性国际组织，70 年来为这种国际法的形成与发展作出了不懈的法律努力。

1.《联合国宪章》的人权条款，建立了“人权”国际法的基础。宪章作为联合国的宪法性文件和现代国际法的最重要渊源，除在序言中开宗明义地“重伸基本人权，人格尊严与价值，以及男女与大小各国平等权利之信念”外，另有涉及人权的 6 个条款，分别规定了联合国保护人权的宗旨及大会、经社理事会、托管理事会在人权领域的职权。其中：第 1 条规定：联合国的宗旨之一，是促进国际合作以增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重；第 13 条要求大会应发动研究，并作成建议，以助成全体人类之基本人权及基本自由的实现；第 55 条强调为造成国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之和平友好关系所必要之安定及福利条件起见，联合国应促进全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守；第 62 条和第 68 条要求经济暨社会理事会就增进全体人类之人权及基本自由之尊重维护作成建议案，并设立以提倡人权为目的的各种委员会；第 76 条规定：提倡全体人类之人权及基本自由之尊重，并激发世界人民互相维系之意识，是联合国国际托管制度的基本目的之一。在联合国这样一个普遍性国际组织的章程中有如此多的人权条款，这在国际法发展的历史上还是第一次，它“体现了国际法在当时的新发展，是一项伟大的进步”，[3] 其意义正如国际法学家伊恩·布朗利所指出的，“《联合国宪章》中关于人权的条款为人权的保护建立了基础，也是人权保护进一步发展的原动力”。[4]

《联合国宪章》是在二战废墟上孕育起来的，它对人权的高度重视主要源于第二次世界大战的惨痛教训。德、意、日法西斯发动的侵略战争，不仅侵犯了欧洲和亚洲大部分国家的主权和领土完整，而且制造了奥斯维辛集中营和中国南京大屠杀等一系列骇人听闻的大规模人权惨案，是对人权的一次前所未有的大践踏。因此，盟军进行的反法西斯战争“不仅仅是

1 [美]路易斯·亨金著：《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社，2005 年，第 254 页。
2 See Wolfgang Friedmann, The Changing Structure of International Law, London : Stevens & Sons, 1964.
3 许光建主编：《联合国宪章诠释》，山西教育出版社，1999 年，第 10 页。
4 转引自国际人权法教程项目组：《国际人权法教程》（第一卷），中国政法大学出版社，2002 年，第 67 页。

一场维护国家主权和领土完整的正义战争，更是一场捍卫人权的正义战争”。[1]随着战争进入尾声，联合国的缔造者们深刻地认识到，“在国际上承认和保护人权，不但与国际法的目标的进步概念相符合，而且是与国际和平的基本需要相符合的”。[2]可以说，《联合国宪章》对人权的声张，正是这种认识的结果。

2．联合国主持制定的一系列国际人权文书，确立了人权的国际标准。根据宪章规定，联合国在人权领域设立的职司机构，主要有大会第三委员会、经社理事会人权委员会和隶属于秘书处的人权事务高级专员。这些机构在人权领域的主要活动是制定公约和宣言，以确定国际人权标准。1948 年 12 月 10 日，联合国大会以 48 票赞成、0 票反对、8 票弃权的表决结果通过的《世界人权宣言》（以下简称《宣言》），首次以普遍性国际文件的形式对《联合国宪章》所称的“人权及基本自由”作出了系统而详细的阐释。《宣言》在序言中重申，承认“人人固有尊严及其平等的和不移的权利”，是“世界自由、正义与和平的基础”。根据《宣言》第 1、第 2 和第 29 条的规定，人权具有如下性质：（1）固有性，即人人生而自由，在尊严和权利上一律平等；（2）平等性，即对各项权利与自由的享受，不能因“种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或他种身份”的不同而受到影响，也不得因所属国家或地区之政治、行政或国际地位的不同而有所区别；（3）相对性，即个人在行使权利时应承担必要的社会义务，并受法律和《联合国宪章》宗旨与原则的限制。《宣言》规定的人权分为两类：一是公民及政治权利，包括生命、自由和人身安全，免受酷刑，得到司法救济，免受任意逮捕、拘禁或放逐，享受公正审判，私生活、家庭、住宅和通信不受任意干涉，迁徙和居住自由，寻求庇护，享有国籍，结婚和成家，拥有财产，思想、良心和宗教自由，主张和表达自由，和平集会结社自由，选举权与被选举权；二是经济、社会及文化权利，包括享受社会保障，工作权，同工同酬，参加工会，享受休息及闲暇，享受健康和福利，接受教育，参与社会文化生活，获得科学、文学或美术作品的精神与物质利益。尽管《宣言》只是联大的一项决议，不具有条约那样的法律约束力，但 60 多年来，它所确立的人权标准已获得各国的普遍接受，并被联合国大会和经社理事会通过的大量重要决议和决定及《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》等区域性人权公约所援引，因此，在一定意义上说，《宣言》的规定已具有习惯国际法的性质。

在《世界人权宣言》的基础上，联合国大会于 1966 年通过了《公民及政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》两个综合性的国际人权公约，使《宣言》的内容成为了具有法律约束力的条款。此外，截止 2014 年底，在大会或大会决定召开的国际会议上还通过了 46 个条约（含议定书）和 52 个宣言，[3]内容涉自决权、发展权、和平权、土著人民和少数群体的权利、防止和消除歧视、妇女权利、儿童权利、老年人权利、残疾人权利、司法中的人权、增进和促进人权、健康权利、婚姻和家庭、结社自由、工作权、禁止奴隶制

1 曾令良：《现代国际法的人本化发展趋势》，《中国社会科学》2007 年第 1 期。

2 [英]詹宁斯、瓦茨修订，《奥本海国际法》第一卷第一分册，王铁崖等译，中国大百科全书出版社，1985 年，第 357 页。

3 资料来源： http://www.ohchr.org/CH/Issues/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx，2015 年 4 月 25 日访问。

及类似制度和习俗、移民权利、国籍和无国籍、庇护和难民、战争罪与反人类罪、战俘待遇、战时平民保护等。其中，被联合国称为“核心国际人权文书”的专门性条约，主要有：《消除一切形式种族歧视国际公约》（1965 年）、《消除对妇女一切形式歧视公约》（1979 年）、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（1984 年）、《儿童权利公约》（1989 年）、《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》（1990 年）、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》（2006 年）、《残疾人权利公约》（2006 年）。 上述综合性和专门性的国际人权条约，构成了联合国系统有关人权标准的国际条约体系，从而为尊重、促进和保护人权提供了实体法基础。

3．联合国的人权监督机制，促进了国际人权标准的实施。这种监督机制包括两类：一是根据宪章和联合国决议建立的监督机制，主要有：（1）根据联合国经社理事会第 1235 号决议于 1967 年建立的处理个人或团体有关指控大规模侵犯人权的来文程序，即“1235 号程序”；（2）根据联合国经社理事会第 1503 号决议于 1970 年建立并于 2000 年作了修改的审查有关指控大规模侵犯人权的来文程序，即“1503 号程序”；（3）20 世纪 90 年代由经社理事会人权委员会逐步建立起来的国别或专题性特别报告员制度；（4）根据 1993 年联合国第 48/141 号决议任命的联合国人权高级专员。

二是根据人权条约建立的监督机制。这类监督机制一般由多边人权条约建立，并有常设机构根据条约规定的程序开展连续性活动，其目的是监督和保证人权条约的实施。目前，这样的人权监督机构有 9 个，它们是：人权事务委员会，经济、社会、文化权利委员会，消除种族歧视委员会，儿童权利委员会，消除对妇女歧视委员会，禁止酷刑委员会，迁徙工人委员会，强迫失踪问题委员会及残疾人权利委员会。这些机构依各公约建立的监督程序，一般包括：（1）缔约国报告程序。这是国际人权条约广泛采用的监督缔约国履行义务的强制性程序，它无需缔约国的特别批准而自动适用于缔约国。根据这一程序，缔约国有义务向监督机构递交报告，说明其在履行条约义务方面所采取的措施、取得的进展和遇到的困难。有关人权机构对此类报告进行审议，并就报告的内容发表无法律约束力的评论或建议，以便缔约国更好地履行条约义务，保障并实现条约所规定的权利。（2）国家间指控程序。这是国际人权条约规定的一项任意性监督程序，只适用于那些声明接受此种程序的缔约国。有关监督机构在确认已用尽国内救济措施后，有权处理已接受此种程序的缔约国之间的指控，进行斡旋或和解，以便争议得以友好解决。（3）个人或团体来文来电程序。此程序依公约的“任择条款”建立，是个人或团体对国家侵犯其人权而向有关国际监督机构投诉的程序。根据这一程序，在个人申诉符合条件的情况下，有关监督机构可依有关人权公约的规定，对个人和有关缔约国提出的一切书面资料进行审查，提出结论性意见。如果有关缔约国违反了条约义务，监督机构在结论性意见中还附有该缔约国应采取的措施，其中不仅包括对受害者的救济，而且包括按照有关人权条约的规定对国内法应作的修改。

冷战结束以后，世界人权状况日益恶化，发生了前南斯拉夫种族清洗、卢旺达种族大屠杀等一系列严重侵犯人权的事件。针对这种状况，联合国进一步加强了对人权标准实施的监

督，其采取的突出措施，主要有两项：

（1）联合国安理会对一国内部严重侵犯人权行为的集体干预。根据宪章的规定，尽管联合国负有“促进全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守”的职权，但在联合国的原有制度设计中，这种职权主要属于联合国大会和经社理事会，而不属于联合国安理会；在联合国系统内，集体安全体制与人权保护体制过去是互不相干、彼此独立的两种制度安排。这在实践上给联合国的集体安全体制带来了严重困境：面对一国内部的人道主义灾难，要么因为制度设计上的“画地为牢”而行动迟缓，致使灾难扩大，例如，在卢旺达；[1]要么迫于西方大国的压力，对灾难发生国进行不经东道国的同意或邀请的人道主义干预，结果其合法性受到广泛质疑，例如，在索马里。针对这种困境，联合国安理会开始将“人的安全”纳入国际安全的范围，认为“一国内部冲突的大规模侵犯人权或危害人类生命的行为也构成世界和平之威胁，可成为安理会采取行动的理由”。[2]基于这种理由，安理会可依宪章第 7 章赋予的权力采取集体强制行动。事实上，冷战结束以来，联合国安理会在伊拉克、索马里、萨尔瓦多、安哥拉、莫桑比克、利比里亚、海地、卢旺达、布隆迪、塞拉利昂、刚果（金）、前南斯拉夫、东帝汶等众多国家或地区进行“人道主义干涉”的实践，已经表明：“不得干涉基本上属于国家内部管辖事务的原则，不能被用来庇护大规模地、有系统地、不受惩罚地违反人权的行为”[3]，已经成为安理会处理一国内部大规模严重侵犯人权行为的基本原则。

（2）联合国人权理事会的成立。2006 年 3 月 15 日，第 60 届联合国大会根据《2005 年世界首脑会议成果文件》的要求通过第 60/251 号决议（以下简称“联大决议”），决定成立作为大会附属机构的人权理事会，以取代原来经社理事会管辖下的人权委员会。根据“联大决议”的规定，人权理事会由 47 个成员国组成，其职权主要包括：促进对所有人人权与基本自由的普遍尊重；处理侵犯人权情况并提出建议；推动各国全面履行人权义务；推动联合国系统人权主流化；在与会员国协商同意后，帮助会员国加强人权能力建设，促进人权教育并提供技术援助；提供人权问题专题对话论坛；向联大提出进一步发展国际人权法的建议；向联大提交年度报告等。人权理事会的成立是联合国人权监督机制的重要发展，具体说来，主要表现在两个方面：

一是人权监督机构地位的提升。相比于原来的人权委员会，人权理事会作为联合国大会的附属机构，其级别明显提升，权威性、代表性和执行能力明显增强，说明人权的尊重、促进和保护在联合国的活动中占据比过去更为重要的地位。需要指出的是，虽然联合国大会的决议没有明确提及人权理事会是联合国的“主要机关”，但鉴于《2005 年世界首脑会议成果文件》已将安全、发展和人权确认为联合国的三大支柱，因此，从这个层面上说，“作为理事会（council）级别的人权理事会实际上具有与安全理事会、经社理事会相同的法律地

1 联合国在卢旺达种族大屠杀事件中表现消极。大屠杀发生的第四天，联合国安理会通过投票，决定象征性地在卢旺达保留 260 名维和人员，职责仅仅是调停停火和提供人道主义援助。在卢旺达种族大屠杀持续了近一个半月后，联合国安理会才决定将联合国驻卢旺达援助团人数增加到 5500 人，扩大其行动授权，并说服其他国家参与救援。

2 [德]马蒂亚斯·海尔德根：《联合国与国际法的未来》，《世界经济与政治》2004 年第 5 期。

3 1991 年，时任联合国秘书长德奎利亚尔宣称：“目前一个日益上升的认识是，不得干涉基本上属于国家内部管辖事务的原则，不能被用来庇护大规模地、有系统地、不受惩罚地违反人权的行为。”

位，可能成为联合国一个事实上的‘主要机关’”。[1]

二是“普遍定期审议”（universal periodical review）机制的创立。根据“联大决议”，人权理事会将承担原有人权委员会的所有职能和职责，并对人权委员会的监督机制作出审查和改进。因此，“联大决议”决定创立一种不同于上述两类监督机制的新的普遍定期审议机制。该决议明确规定：人权理事会“应根据客观和可靠的信息，以确保普遍、平等地对待并尊重所有国家的方式，对每个国家履行人权义务和承诺的情况进行普遍定期审议”；审议应是一种基于互动对话的合作机制，由相关国家充分参与，并考虑其能力建设的需要；这个机制应补充而不是重复条约机构的工作；理事会应在举行首届会议一年后，拟定普遍定期审议的方法并作出必要的时间安排。根据上述规定，人权理事会的普遍定期审议机制具有以下几个明显特征：其一，普遍定期审议机制以“普遍、平等地对待并尊重所有国家”为原则，改变了人权委员会选择性审议的做法；其二，普遍定期审议机制规定理事会成员国应在其任期内首先接受审议，改变了人权委员会体制下有些国家只做“法官”而自己却不接受审查的情况；其三，普遍定期审议机制以受审议国家的充分参与为基础和前提，其审议结果是审议工作组与受审议国家之间对话、协商的产物，从而改变了人权委员会体制下关门审议和不与所涉国家协商而直接拿出审议结果的做法。[2]因此，与上述两类人权监督机制相比，这种审议机制更具有普遍性、平等性、公正性和开放性，更有利于在世界范围内促进对人权的普遍尊重、遵守和保护。目前，人权理事会已完成第一轮普遍定期审议（2008 年 4 月至 2011 年 10 月），并于 2012 年 5 月启动了为期四年半的第二轮普遍定期审议。

4．联合国建立的惩治严重侵犯人权罪行的国际刑法制度，使“人权”国际法的“弱法”性质得到了较大改变。联合国人权监督机制的建立和运行，对于国际人权标准的实施、改进世界人权状况起到了一定的作用。但这种监督机制主要针对的是国家及其政府，而对于应承担严重侵犯人权责任的个人却难以因此受到应有的惩处。为了改变“人权”国际法这种“有罪不罚”的困境，联合国从以下两个方面加强了制止和惩治侵犯人权罪行的制度建设：

一是把强行法概念引入人权领域，将生命权(包括免受任意屠杀的权利和免受种族灭绝的权利)、免受种族隔离的权利、免受酷刑和其他有辱人格待遇的权利、免为奴隶的权利、免受奴役或强迫劳动的权利及妇女和儿童免受贩运的权利等人权纳入国际强行法保护的范围，先后主持缔结了一系列具有强行法性质的国际公约，从而为制止和惩治侵犯人权罪行提供了国际刑法的实体法基础。这些公约包括：1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》、1953 年《关于修正 1926 年 9 月 25 日在日内瓦签订的禁奴公约的议定书》和 1956 年《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》、1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、1965 年《消除一切形式种族歧视国际公约》、1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1979 年《反对劫持人质国际公约》、1963 年《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》（简称《东京公约》）、1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》（简称《海牙公约》）、1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（简称《蒙特利

1 江国青、熊志强：《联合国人权理事会法律制度探析》，《外交评论》2006 年第 4 期。
2 参见江国青：《普遍定期审议：联合国人权监督机制的新发展》，《人权》2008 年第 4 期。

尔公约》)、1997 年《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》、1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、2005 年《制止核恐怖主义行为国际公约》等。依上述各公约确认的灭种罪、贩运和使用奴隶罪、种族隔离罪、种族歧视罪、侵害外交人员罪、劫持人质罪、空中劫持罪及恐怖主义罪等，都是严重侵犯人权的国际罪行，按其性质都可以分别归入 1998 年《国际刑事法院规约》所规定的灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪的范围。因此，这些公约的缔结，既是国际人权法的重大突破，也是国际刑法的重要发展。通过这些公约所形成的国际共识——“个人应对严重侵犯人权的行为承担国际刑事责任”，为联合国利用最具强制力的刑事手段实现保护人权的目标提供了政治基础。

二是设立国际刑事司法机构，为惩治大规模侵犯人权的行为提供可资依附的制度平台。国际社会通过刑事审判来惩治危害人类罪、战争罪等国际罪行的重要实践，开始于二战结束后的“纽伦堡审判”和“东京审判”。自此之后，联合国一直致力于设立一个常设的国际刑事司法机构来审判被控犯有严重侵犯人权罪行的人，但由于东西方两大阵营的对立和“冷战”，这种努力在二战后的半个世纪中并没有取得实质性的进展。直到冷战结束后，这种状况才得到改变。1989 年 12 月，联合国大会应特立尼达和多巴哥共和国政府的请求，决定重新启动国际刑事法院的筹建工作，并要求国际法委员会开始起草《国际刑事法院规约》。1994 年，国际法委员会完成了该规约草案的起草工作。经过多年谈判后，1998 年 7 月，联合国在意大利罗马召开外交全权代表会议，《国际刑事法院罗马规约》（简称《罗马规约》）以 120 票赞成，7 票反对和 21 票弃权的结果获得通过。2002 年 7 月 1 日，《罗马规约》生效， 国际刑事法院正式建立。从此，当规约当事国没有能力或意愿对灭绝种族罪、反人类罪、战争罪以及侵略罪等四种严重侵犯人权的国际罪行实施管辖时，联合国可以通过国际刑事法院对犯下这些罪行的个人追究刑事责任并课以刑罚。与此同时，联合国还根据安理会的决议或与当事国政府签署的协议，先后设立了前南斯拉夫问题国际刑事法庭（1993 年）、卢旺达问题国际刑事法庭（1994 年）、东帝汶混合法庭（2000 年）、塞拉利昂特别法庭（2002 年）、柬埔寨法院特别法庭（2003 年）、黎巴嫩问题特别法庭（2005 年）等临时性的国际刑事司法机构，对发生在前南斯拉夫、卢旺达、东帝汶、塞拉利昂、柬埔寨和黎巴嫩等国家或地区的严重侵犯人权的国际罪行，进行刑事审判。这些特设及常设国际刑事司法机构是联合国为“人权”国际法武装的锋利“牙齿”，它们的建立，标志着以人作为终极关怀对象的“人权”国际法，开始从“较弱的法”走向“较硬的法”，是国际社会向着通过实现司法正义维护世界永久和平的崇高理想迈出的坚实一步。

总之，在联合国 70 年的不断努力下，“人权”国际法作为现代国际法体系中的一个相对独立的规范板块已经初步形成。这种以人的存在与全面发展作为终极价值追求的法律，尽管对国家行使主权的权利构成了限制，但这种限制是主权国家“心甘情愿”的，联合国为此所作出的法律努力并没有改变国际法依国家同意而产生的根本原则。应当指出的是，“人权”国际法目前并不十分完善，其中不少规范还具有“软法”性质，人类仍然面临着国际国内武装冲突、恐怖主义、有组织跨国犯罪、种族与宗教冲突以及贫穷、疾病、环境恶化的威胁。

因此，联合国要使自己真正成为“我联合国人民”的共同家园，未来仍需要在人权领域做出持续不断的法律努力。

四、结语

康德说：人类“如果不和平相处就一事无成，然而又难免互相冲突。因此，他们感到本性要求他们自行立法，规定彼此的义务，并据此创造一个联合体。这些法则源于自身，而这一联合体在解散的不断威胁下趋于整体上的进步”。[1]人类社会是如此，人格化的国际社会亦然。联合国就是主权国家为免“后世再遭今代两度惨不堪言之战祸”而依《联合国宪章》创造的这样一个国家“联合体”。然而，正如康德所说，这个“联合体”的“创造”并不是一劳永逸的，它还面临着“解散的不断威胁”。国际联盟失败的历史表明，一个仅以”共存”国际法为基础建立起来的普遍性国际组织，并不能达到维持国际和平与安全的目的；国际组织，尤其是普遍性国际组织以“法律代替战争”的努力仅仅停留在政治方面是不够的，还应当扩展到经济、社会、文化及人权等其他领域，以消除引起战争的其他因素。70 年来，联合国之所以能够“在解散的不断威胁下”趋于整体进步，并一直维持着世界整体的和平，从法律上说，其原因就在于它一开始就在其宪法性文件——《联合国宪章》中确立了“共存”国际法、“合作”国际法和“人权”国际法的体系性存在，并在以后的实践中不断充实着它们的内容，从而为联合国实现其三大核心价值——安全、发展与人权，提供了比较完整的规范体系。因此，当这个规范体系的“碎片化”可能给国际关系的稳定带来某种消极影响的时候，作为联合国会员国的各主权国家不应当怀疑甚至否定这个体系存在的合理性和必要性，而应以善意的态度，为缓解它的“碎片化”现象作出具有法律意义的努力。[2]

1 转引自[英]韦恩•莫里森著:《法理学——从古希腊到后现代》，李桂林 等译，武汉大学出版社，2003 年，第 156 页。

2 参见古祖雪:《现代国际法的多样化、碎片化与有序化》,《法学研究》2007 年第 1 期。

论国家跨境环境损害的防治义务[1]

刘恩媛

上海政法学院，上海，201701

摘要：防治跨境损害，是国家根据国际法所承担的义务，还是道义上的责任？本文主张防治义务是国家根据国际法所应承担的义务。本文从四个方面来论证防治义务是国家的法定义务：第一部分阐述了关于国际防治义务的相关理论；第二部分分析了国家根据国际条约所承担的具体防治义务；第三部分分析了国家在习惯法上所承担具体防治义务；第四部分提出区域合作是实现国际环境合作、履行国家防治义务的有效途径。

关键词： 预防原则 不损害外国环境 协商治理

全球环境是一个生态系统，任何国家或地区内发生的损害行为都有可能带来全球性的环境影响。事后补救和赔偿措施不能遏制环境进一步恶化，采取措施防止损害发生才是保护环境最理想的方法。从国际环境法产生时起，国际社会就已经认识到环境损害防治措施的重要性，许多国际法文件都对国家防治义务作出规定，如 1989 年《巴塞尔公约》规定了事先通知和磋商的义务，《里约宣言》将环境预防原则列为环境法的基本原则。国际法委员会在“国家环境损害”制度问题方面的研究，已经从单纯的关注环境责任，转变成“预防”和“救济”两方面并重。[2]在国际实践方面，对国家防治义务的承认经历了一个发展的过程，国际海洋法法庭 1999 年在审理澳大利亚、新西兰分别诉日本“金枪鱼案”中，澳大利亚和新西兰援用预防原则向法庭请求临时措施，法庭虽然判决在新的协定达成之前，捕获量不得超过三国已达成的即有配额，但所有的法官均认为该判决不得解释为预防原则已具有了习惯法的地位。[3]但近几年来，国际法院 2010 年的“乌拉圭纸厂案”（Pulp Mills Case）[4]的判决和国际海洋法法庭 2011 年“国际海底开发责任案”（ITLOS Case No.17）[5]的咨询意见中都讨论了国家预防环境损害的义务。因此，笔者认为，不论从学理方面，还是从条约法和习惯国际法方面来看，防治环境损

[1] [基金项目] 本文是教育部人文社会科学研究一般项目：“跨境环境损害防治的国际法律问题研究” （项目编号：14YJA820021 ）阶段性研究成果之一。

作者简介：刘恩媛（1972— ），女，黑龙江省集贤县人，法学博士，副教授，研究方向：国际环境法、国际公法。

[2]王曦：《论国际法未加禁止之行为引起有害后果之国际责任》，载《社会科学》2006 年第 4 期。

[3] 张新军：《从国际习惯法的角度透视预防防范原则》，载《中国国际法年刊》（2006 年卷），第 129—131 页。

[4] Case Concerning Pulp Mills On The River Uruguay (Argentina V. Uruguay)，available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>, Judgment of 20 April 20.

[5] Advisory Opinion on Responsibility and Liability for International Seabed Mining (ITLOS Case No. 17): International Environmental Law in the Seabed Disputes Chamber, available at http://www.itlos.org/index.php?L=0&id=109

害不是道义上的责任，而是国家在国际法应承担的义务。

一、国家防治跨境环境损害的相关理论

国家环境责任的国际法尚未发展成为普遍国际法，国家不愿意承担环境损害赔偿的国家责任，并促使跨境环境损害赔偿责任私法化。[1]在难以追究国家环境责任的情况，采取防治措施来防止和减少环境损害的发生就成为符合逻辑的选择。

（一）全球治理理论

随着全球化的不断深入，环境污染等许多社会问题都具有明显的全球性冲突的特点，通过具有约束力的国际规则解决全球性的冲突，以维持正常的国际政治经济秩序，是为全球治理。[2]全球治理理论强调，全球治理的实现依赖于各国政府间的合作、谈判与协调，主张以国际社会整体、共同利益为出发点，构建治理规则。[3]全球治理理论认为，环境灾难等公共危机不断发生是由于现在的国际法体制以国家为中心造成的，要想解决地球生态系统与人类政治组织的冲突，必须以全人类利益为出发点，坚持整体利益大于局部利益、局部利益让位于整体利益原则，限制单个国家的主权，在相互尊重的基础上进行合作，以解决环境危机。

全球治理是全球化进程的逻辑结果，全球化使世界变得越来越小，国家间的联系日益增多，由此引发的环境保护等公共问题，这些公共问题明显“溢出”一国国内管辖事项，全球问题需要国际互助。因此，国际体制在全球治理中处于核心地位，该国际体制要求国家间真诚合作，对主权进行自我限制，兼顾其他国家利益，采取必要措施防治跨境环境影响。

（二）环境主权的相对性

主权是国家的基本要素之一，各国主权平等原则是国际法的基本原则。国际环境法是国际法的一个分支，主权原则在国际环境法中主要表现为强调国家对其环境资源的永久主权。但是国家主权不是绝对的，国家主权的行使要受到适当限制，以避免损害国外的环境，即国家的环境主权具有相对性。著名的“特雷尔冶

[1] Thomas Gehring & Markus Jachtenfuchs, Liability for Transboundary Environmental Damage Toward a General Liability Regime ?, 4EJIL(1993) 92-106。
[2] 俞可平：《全球化：全球治理》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 13 页。
[3] 许健：《全球治理语境下国际环境法的拓展》，知识产权出版社 2013 年版，第 40－49 页。

炼厂”（*Trail Smelter*）案提出一国在行使主权时“不能损害别国环境”，[1]否定国家具有绝对主权。在“科孚海峡”（*Corfu Channel* case）案中国际法院较为完整的阐述了国家主权行使应受限制，指出“一国得允许其领土被用于损害他国权利的行为”，“国家疏忽给其他国家造成损害的也违反了‘不损害别国’原则”。[2]在“核试验”案（*Nuclear Tests* cases）中，国际法院特别强调了“不损害别国环境原则”是有关环境的国际法的组成部分。[3]在“乌拉圭纸厂”案，国际法院指出国家有义务采取各种措施以防止在其管辖下的领土范围内发生损害别国环境的行为。[4]

国家环境主权的相对性是国际环境法的基石。在《人类环境宣言》、《里约宣言》等国际法律文件中一再强调环境问题的全球性，提倡各国要限制自己的资源开发活动，各国需服从环境组织对全球公共资源的管理，参与国际合作，接受环境组织的监督，即要解决环境问题需要限制国家主权的最高权威性，要考虑其他国家的利益。在当前的国际形势下，对国家主权限制的形式都是通过各国国内立法制订若干法规对资源开发行为加以限制，或者通过国际承诺的方式减少或防止发生跨境损害，而这两种限制方式都是可以被国家撤销的。因此强调国家环境主权的相对性只是弱化国家在环境领域的最高权威性，而不是否定国家主权。对国家主权权力的适当限制有利于协调环境保护与国家主权间的冲突，推动国家间的环境合作，减少跨境损害行为的发生。

国家环境主权的相对性，不只是单纯地限制国家主权行使，还包含着国家要履行相应的义务，如改善本国环境、参与国际环境合作、谨慎行事等。国家自我限制环境开发的权力，不损害别国环境是国家的消极义务。在保护环境方面，国家还负有不断改善本国环境的积极义务，即要求各国要采取措施与步骤减少本国的环境破坏，实现可持续发展。不损害外国环境原则进一步引申和深入，即为国家有防治跨境环境损害的义务。[5]环境问题具有跨国性，这就要求国家要打破主权疆域的限制进行合作，特别是在预防环境事故方面，只有各国通力合作，才能真正达到预防损害发生的效果。

（三）预防原则

---

[1] Trail Smelter (U.S. v. Can.), United Nations, Reports Of International Arbitral Awards, Volume III pp. 1905-1982，at 1965.

[2] Corfu Channel Case (UK v Albania) [1949] ICJ Rep 4, p. 22.

[3] Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion [1996] ICJ Rep 226, para. 29.

[4] Pulp Mills para.101.

[5] 王曦：《国际环境法》，法律出版社 2005 年版，第 110 页。

预防原则起源于上世纪70年代的德国，美国于80年代也开始引入预防原则，在90年代时成为欧盟基本环境政策。同时，预防原则被写进无数的国际条约和国际宣言中，其适用的领域也不仅限于环境法。尽管尚未就预防原则的定义达成统一，但目前公认的对预防原则的阐述是《里约宣言》。[1]预防原则是国家的一项责任，它是国家资源主权和不损害国外环境义务的延伸。一国为了做到行使其资源开发主权权力时不损害国外环境，必须遵循预防原则。[2]预防原则是亦由“污染者付费原则”引申而来，污染者付费原则往往伴随着预防政策，目的是限制将来可能赔偿的损失。国际法院1997年盖巴斯科夫－拉基玛洛大坝案中阐述了损害预防和风险预防原则。为了更好预防环境损害的发生，当事国在项目建设的每一个阶段都要履行连续注意、预测和评价的义务。国家必须履行“对一切”的义务，采取措施避免环境重大损害。[3]预防原则要求国家谨慎行事，采取积极的、预期性的事前措施防止损害的发生，而不是消极的、反应性的事务补救。

预防原则不同于不损害国外环境原则。不损害国外环境原则从尊重国家主权角度出发，限于“ 使其管辖范围内或控制下的活动不对其他国家的环境和任何国家管辖范围以外的地区造成损害”，包括要采取防止性措施或行动以防止跨境损害的发生；预防原则并不限于跨境损害，对于任何可能发生的环境事件都要采取积极的防治措施，包括“风险预防”与“防止措施”两种。前者强调“不以科学不确定性为不行动或迟延行动的理由”，如果某一活动对环境后果是已知，则避免后果产生的措施是防止性的；如果后果是不确定的，则同样的措施就被认为是预防性的。

（四）协商治理

协商治理是经济学的理论，该理论是在排污交易理论基础上构建的。该理论主张通过自愿性环境协议，鼓励公众参与环境管理，政府、企业和非政府组织间多元性谈判关系的构建等来实现环境的综合治理。[4]该理论强调用自愿性环境协议来约束各行为主体的环境排污行为，达到改善环境的目的。协商治理在河流防治污染方面在国内外都取得了不俗的效果。协商治理在国际关系当中体现为国

[1] Sonia Boutillon, The Precautionary Principle: Development Of An International Standard, 23 Mich. J. Int’l L. 429 2001-2002.
[2] 杨泽伟：《国际法析论》（第三版），中国人民大学出版社2012年版，第190页。
[3] 万霞：《国际环境法案例评析》，中国政法大学出版社2011年版，第60－66页。
[4] 陈坤：《从直接管制到民主协商——长江流域水污染防治立法协调与法制环境建设研究》，复旦大学出版社2011年版，第5页。

家间的合作。国际社会是由平等主体组成，基于“平等者无管辖权”理论，一国无权禁止另一国的环境开发项目，在这种情况下以协商谈判的方式进行合作，通过国家间协议进行自我约束，自愿采取预防措施，达到改善环境，减少跨境环境损害的效果。

协商治理虽然表现为国际合作，但又不同于国际合作。国际合作原则在《斯德哥尔摩宣言》等众多国际环境法文件中都有规定，《联合国宪章》、《联合国海洋法公约》以及《联合国气候框架公约》等许多重要的国际条约都将其规定为基本原则。这些国际法文件提到国际环境合作时都在强调，各国在保护国际环境事务方面，本着全球伙伴和协作精神采取共同行动。至于共同行动包括哪些？大多数国际环境法文件都没明确规定。因此，目前各国合作大多停留在交换情报、通报、磋商等浅层次的合作。协商治理则是强调双边或区域国家间就具体的环境开发行为进行有效磋商，就可能产生跨境影响的项目作出安排，以防止或减少损害的发生。

二、条约中的国家防治跨境环境损害的义务

从 20 世纪 30 年代开始，国际社会就开始注意到了国家的防治跨境损害的义务。但直到 50 年代才将环境防治义务规定到条约中，第一个规定该义务的条约是 1954 年《国际防止海上油污公约》。该公约开篇便表示，各国政府“本着一致同意采取措施以防止海水被船舶所排出的油类所污染的愿望，并且考虑达到此目的的最好办法是缔结一项公约。”之后，许多条约都规定国家有防治污染的义务，例如《联合国海洋法公约》第 194 条第 1 款规定：“各国应在适当情形下个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染。”为了条约的执行，各国国内立法也有防止污染国外环境的规定。从条约来看，国家承担具体的防治义务有：

（一）环境影响评价制度

环境影响评价指的是对拟议中的建设项目、资源开发、区域开发、政策制定、立法等人为活动可能造成的各种有利或不利的环境影响或环境后果进行分析、

论证的全过程，并在此基础上采取防治措施和对策。[1]环境影响评价被认为是实现人类可持续发展，促进经济和环境协调发展的有效措施，实现预先防止环境损害的最佳制度安排。自美国在国内法中率先规定了该制度后，环境影响评价很快风靡世界。因此，该制度也被引入到国际条约中。最早明确规定环境影响评价的全球性条约是《联合国海洋法公约》。《联合国海洋法公约》第 206 条专门规定了"对各种活动的可能影响的评价"，要求"各国如有合理根据认为在其管辖或控制下的计划中的活动可能对海洋环境造成重大污染或重大和有害的变化，应在实际可行范围内就这种活动对海洋环境的可能影响作出评价"。此后，《联合国气候变化框架公约》、《生物多样性公约》和《关于环境保护和南极条约议定书》（以下简称《南极条约议定书》）等都规定，国家在采取行动前要进行"影响评估和尽量减少不利影响"。其中《南极条约议定书》就环境影响评价的规定最为全面和具体，该条约以环评适用的范围、执行的主体、环评时应考虑的因素及环评的具体步骤等做了较为详细的规定。

与全球性环境条约相比，区域性环境条约就环境影响评价的规定更为具体。欧洲国家间缔约的《跨国界的环境影响评价公约》（《埃斯波公约》）及其《基辅议定书》和《工业事故跨界影响公约》是目前世界上有关跨界环评规定得最为详细的公约，其中《埃斯波公约》是世界上第一个专门性跨界环境影响评价公约。这两个公约规定，项目起源地国有制定跨界环境影响评价书的义务；为确保缔约国能够进行充分有效的协商，对拟议中的或现在的危险活动起源地国要向可能受影响的缔约国进行通报，并且起源地国与其他国家的协商机制是一项强制性义务。《埃斯波公约》就环评的程序、公众参与及争端解决等内容都做了具体规定。然而这两个公约只是区域性公约，影响范围有限。虽然《埃斯波公约》也对非欧洲国家开放，但非欧洲国家缔约国还是很少，主要是北美和前独联体国家加入。

（二）环境监测制度

环境监测是指人们对影响人类和其他生物生存和发展的环境质量状况进行的监视性测定的活动。通过对环境质量某些代表值进行长时间监视、测定，以掌握环境污染状况和判明环境的好坏。[2]环境监测与环境影响评价有着密切地关系，

[1] 汪劲：《中外环境影响评价制度比较研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 32 页。
[2] 韩德培：《环境保护法教程》（第五版），法律出版社 2007 年版，第 119 页。

也是实现防治环境损害的重要手段之一。但环境监测又不同于环境影响评价，环境监测是纯粹技术性的基础性工作，它只是收集、分析和评价各种环境变化因素，不给出结论性意见。且环境监测存在全球性的执行机构，即联合国环境计划署建立的全球环境监测系统（Global Environment Monitoring System, GEMS ）和世界保护监控中心（World Conservation Monitoring Centre, WCMC ）。前者是负责有关气候变化、污染物运程迁移、有关人体健康的检验，陆地可更新资源、海洋污染状况等五个方面的监测工作，后者负责有关生物多样性信息收集和评估。

环境监测能够让人类了解环境损害的状况，为国家采取行动提供依据。另外，环境监测不需要国家作出行动承诺，只要求各国参与，因此许多环境条约明确规定缔约国有监测环境的义务。例如，《联合国海洋法公约》除规定各国要进行环境影响评价外，还规定缔约国："用公认的科学方法观察、测算、估计和分析海洋环境污染的危险或影响"，"不断监视其所准许或从事的任何活动的影响"。《防止倾倒废物及其他物质污染海洋公约》、《南极条约议定书》、《生物多样性公约》、《气候变化框架公约》等公约都强调监测的重要性，并要求缔约国进行定期有效的监测。

（三）交换情报

交换情报是指一国就其本国的相关环境立法、环境措施、以及可能发生的危险等信息向相关国际组织报告或通知可能受影响的国家。交换情报是国际环境条约中规定的最常见的，也是最基础的防治义务。解决环境问题需要进行国际合作，国际合作的前提就是要开展环境信息资料的交流，通过环境信息的分享，才能为环境损害的预防提供支持。例如，《联合国海洋法公约》强调， "各国应直接或通过主管国际组织进行合作，以促进研究、实施科学研究方案/并鼓励交换所取得的有关于海洋环境污染的情报和资料。"信息技术的发展，使国家间交换信息和情报越来越方便，国家履行该项义务即经济又可竖立国家真诚地履行条约的形象。因此，从最早的《保护世界文化和自然遗产公约》规定了缔约国的报告制度开始，上世纪 70 年代以后缔结的大多数国际环境条约都规定了缔约国之间有交换环境信息和情报的义务。

交换环境信息和情报即有全球性的信息交换体制，也有双边和多边性的信息交换体制。全球性的交换平台是联合国环境规划署建立的"环境信息查询系统"

和“地球资源信息数据库”。双边性和多边性的环境信息与情报交换分为正常情况的信息交换和特殊情况下的信息交换。《联合国海洋法公约》规定“当一国获知海洋环境有即将遭受损害的迫切危险或已经遭受损害的情况时，应当通知其认为可能受这种损害影响的其他国家以及各主管国际组织。”即为特殊情况下的信息通告。《及早通报核事故公约》、《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》都规定的是特殊情况下的信息交流。《保护臭氧层维也纳公约》鼓励“与公约有关的科学、技术、社经、商业和法律资料的交换”，即为正常情况下的信息交换。《联合国气候框架公约》与《关于防治荒漠化公约》等都规定了在正常情况下缔约国交换相关信息与知识等义务。《生物多样性公约》则分别就两种信息交换都作了规定。

（四）环境应急制度

环境应急制度是指为了及时应对突发的环境事件，国际组织与各国政府应事先制定突发环境事件的应急预案，在发生突发环境事件时，启动应急预案，防止损害或避免损害扩大乃至消除损害的制度。环境应急制度主要针对的是突发性的重大环境事件，不是一项常规性制度。因此与上面谈到三种预防义务相比，环境应急制度在国际环境条约中出现的频率明显要低得多。但由于环境应急制度具有明显的不可替代性，环境应急制度也发展成为国家防治义务之一。有条约规定应急机制最多的领域是海洋环境保护和核安全。《联合国海洋法公约》的“海洋环境的保护和保全”部分专门规定了“对污染的应急计划”，并要求“各国应共同发展和促进各种应急计划，以应付海洋环境的污染事故。”《国际油污防备、反应和合作公约》和 1994 年《核安全公约》都就环境应急制度做了较为详细的规定。

三、习惯法中的国家防治跨境环境损害的义务

近年来国际社会致力于环境条约的制订，环境条约法的发展一定程度上降低了习惯环境法的作用，但习惯法依然是国际法的一个重要渊源。[1] 本文所称的习惯法是指通过国家实践形成的习惯环境法，虽然有学者主张现代的习惯环境法

[1] A/66/10（中文本）,第 292 页。

可能通过宣言、声明、行动守则等软法方式形成，[1]但软法规则最终发展成为习惯国际法还是要通过国家行为来确认。[2]

（一）不损害别国环境

“不损害别国环境”义务经过众多环保条约的一再重申和一些典型案例的一再援引，已经成为公认的国际环境法基本原则。[3]甚至有学者主张该原则已发展成为国际强行法，是构成国际环境法的核心原则。[4]该原则强调，国家在行使环境资源主权时，要实行合理的自我限制，对造成的跨国环境损害要承担相应的国家责任，且各国应在环境损害发生前就采取预防措施，以便控制、限制和制止在其管辖范围内发生跨境的环境损害。

习惯环境法最权威的阐述体现在国际法院的案例中。关于国家防治义务的习惯国际法在几个案例中体现的非常明显。第一个案例是，科孚海峡案确立了一项原则，“如果国家知道在其领土内会发生对其它国家造成有害后果的行为，而未予以公布出来，则其将对受损害国家负有负责。”即国家负有不得在其领土内从事损害其它国家行为的义务。尽管该原则没有被国际条约明确规定，但它确实被国际实践广泛应用。例如，如果一个国不限制本国生产和使用氟氯化碳，大量消耗臭氧层，即使该国不是《维也纳公约》或《蒙特利尔议定书》的缔约国，这种污染大气的行为也违反国际习惯法。二是，特雷尔冶炼厂仲裁案。该案确立了一项原则，“睦邻原则”（good neighborliness），即任何国家不得以有明显证据证明会损害其它国家的方式排放大气污染物。[5]该案虽然是处理跨国空气污染的，但该原则也可应用于解决工业事故、臭氧和气候变化等全球环境问题。三是，拉努湖仲裁案（*Lake Lanoux*），该案确立了一项原则，国家在本国的行为可能影响他国环境时负有通过他国的义务。一国不能无视他国利益。四是，核试验案。该案虽然没有就国家的环境义务作出判决，但从国际法院的判决可以推断出一项原则，即国家的单方承诺亦具有法律拘束力。国家的声明一般不具有法律效力，但本案中法国的声明国际法院认为具有法律效力“legal effect”，法国停止了大气层核试

[1] Geoffrey Palmer, New Ways To Make International Environmental Law, 86 Am. J. Int'l L. 259 1992

[2] Daniel Bodansky, Customary (and Not So Customary) International Environmental Law, 3 Ind. J. Global Legal Stud. 105 1995-1996.

[3] 亚历山大·基斯：《国际环境法》，张若思译，法律出版社 2000 年版，第 91 页；徐祥民，孟庆垒等著：《国际环境法基本原则研究》，中国环境科学出版社 2008 年版，第 98 页；王曦：《国际环境法》，法律出版社 2005 年版，第 94 页；蔡守秋：《环境资源法学教程》，武汉大学出版社 2000 年版，第 603 页等。

[4] 徐祥民，孟庆垒等著：《国际环境法基本原则研究》，中国环境科学出版社 2008 年版，第 98－99 页

[5] Trail Smelter **(U.S.** v. Can.), United Nations, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS,VOLUME III pp. 1905-1982，at 1965.

验，避免对南太平洋国家的核污染。五是，国际常设仲裁院在莱茵铁路案（Iron Rhine case），该案指出国际环境法的发展更加注意国家的环境损害防治义务，国家采取措施避免对管辖领土外的其他地方造成损害是国家的一般义务。[1]

（二）谨慎注意

由于现代科学技术发展伴随着各种风险，使跨境损害的防治由于技术的原因存在许多不确立因素，这就要求各国在各种行为要履行谨慎注意义务，才能最大可能地避免跨境损害事故的发生。

谨慎注意义务在国际司法案例中有明确的阐述，国际法院在“美国诉伊朗外交官”案[2]中指出，伊朗没有采取“适当方法”来保护美国外交官和使馆，没有尽到“谨慎注意”，该义务是国际义务中所包含的，并且在履行该义务时要采取相应的措施。在“乌拉圭纸浆”案中，法院认为国家的跨境损害防治义务的习惯法源自于“各国在自己领土范围内的谨慎注意义务”。[3]在 1871－1872 年美英之间的“阿拉巴马求偿案”（Alabama Claims）[4]和 1986“山德士化工原料泄露案”（The Sandoz Spill）[5]都强调国家有“尽到谨慎注意”采取措施防止损害别国的义务。

谨慎注意义务在许多国际软件文件中被再三强调，如联合国大会通过的《世界自然宪章》的原则 21，世界气象组织和联合国环境署起草的《国家应对气候变化行动指南原则草案》的原则 6 和国际法委员会的“防止跨境损害条约草案”等。“防止跨境损害条约草案”第三条规定，“各国要采取适当措施防止或最大限度地减少损害的发生。”在其后公布的“条约草案的说明”[6]中指出，要求各国采取适当措施来防止或最大限度地减少损害即是在要求“起源地国家要尽到谨慎注意的义务”，“谨慎注意”不是表示起源地国要保证不发生跨界损害，绝对避免损害是不可能的，该义务只是要求起源地国 “谨慎注意”，采取一切可能的措施最大限度地减少损害的发生。[7]国际法委员会将“谨慎注意”义务解释为，[8]要求起源地

[1] Arbitration regarding the Iron Rhine Railway (The Kingdom of Belgium v. The Kingdom of Netherlands), award of 25 May 2005, XVII UNRIAA, 2005，para.222

[2] Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) [1980] ICJ Rep 3.

[3] Pulp Mills para.101.

[4] "Alabama" Arbitration", 1911 Encyclopædia Britannica, Volume 1, available at http://en.wikisource.org/wiki/1911_Encyclop%C3%A6dia_Britannica/%22Alabama%22_Arbitration

[5] 1986: Chemical spill turns Rhine red. BBC，available at http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/november/1/newsid_4679000/4679789.stm

[6] Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol.

[7] Ibid, p154

[8] Ibid, p153-155

国采取单边措施，通过立法或行政手段来防止或最大限度地减少可预见的可能发生的跨境损害。起源地国可采取的单边措施包括：第一，制订防止或减少跨境损害的政策；第二，该政策要通过立法或行政机制来执行该政策。至于采取哪些措施被视为已履行了“谨慎注意义务”，国际法委员会认为《里约宣言》原则 11 和《斯德哥尔摩宣言》原则 23 的表述是对“谨慎注意义务”标准最好的诠释，即“注意的标准”应考虑起源地国的发展程度，在不给起源地国造成不必要的经济和社会代价的前提下，一个国家采取了尽可能的预防措施即已满足了“谨慎注意义务”。

四、区域协商治理是大东亚地区防治跨境损害的有效途径

近 30 年来，大东亚地区（东亚和东南亚）的经济发展创造了“亚洲经济奇迹”，同时也造成在东亚地区的环境严重恶化。国家有防治跨境损害的义务，但一国单边行为不能有效的防止损害的发生，解决环境问题要全球广泛和全面的合作。虽然人类面临的环境问题大多都跨越国境，其环境影响甚至具有全球性。实际上造成不良环境后果的原因都是国家内的人类活动所引发，虽然我们经常称其为国际环境问题，有时确实需要在国际层面上采取行动，制订国际规则，更多的则是由受影响的相邻国家间就该环境问题进行磋商或采取行为。

大东亚地区由于环境不断恶化，各国都参加了许多环境公约，还签订一系列的地区性的环境条约及宣言等。但所有的软法文件和条约都会面临遵守的困境与悖论。由于普遍缺乏采取环境保护行动所需的相应资金、技术和能力，存在着“搭便车”行为。“搭便车”的国家不但获得了不正当竞争的优势，还享受到别国采取环境保护措施所带来的环境利益。为敦促各国履行环境义务，多边环境条约引入了条约报告制度、履约激励机制、环境单边主义措施、及区域协商制度等多种方式。在这些制度安排中，笔者认为区域协调治理是最有效的制度安排。

首先，区域协商调治理避免了环境单边主义行为的“非法性的”嫌疑。随着预防原则被确立为环境的基本原则，环境单边主义被一些条约所接受，如《京都议定书》、《生物多样性公约》及 WTO 系列条约都承认国家有采取单边行为保护环境的权利。美墨之间的“金枪鱼案”、美国与印度等国的“虾案”等都是由于美国采取的单边的环境保护政策而引发的争议。尽管根据环境主权原则，国家有

采取单边行为的权利，许多学者承认单边行为具有一定的合法（条约赋予了国家采取单边环保行为的权力），强调国家争端解决机制的存在能够有效地控制单边行为的合法性，[1]但单边行为经常被认为是“环境霸权”行为，[2]认为其是导致的国际贸易的不公平的根源，且单边主义破坏了“国际合作”，不利于国际环境问题的解决。

其次，区域协调治理比全球层面的合作更容易实现。区域条约的制订与执行明显比全球性条约容易。在许多时候区域性规则也是制定全球环境规则的基本条件。[3]另外，权利义务不对称的习惯环境规则的确定，在区域组织层面更容易建立，因为环境权利义务的不对等性可以通过区域经济及贸易等方面制度安排获得补偿。[4]区域贸易往往在该地区国家经济中占据重要地位，通过区域贸易制裁、税收安排等手段，保证区域各国能够认真履行环境损害防治义务。又由于区域国家数量少，也有利于国家间的协商，特别是就某一项目的影响进行磋商时，通过当事国的协商达成协议的可能性更大。以防治长距离大气污染为例，《气候变化框架公约》及其《京都议定书》都规定为发展中国家提供资金和技术援助，根据公约规定设立了四项基金（全球环境基金信托基金、气候变化特别基金、最不发达国家基金和气候变化适用基金），但该基金运行进展十分缓慢，该 1997 年就设立了，到 2007 年才就基金的管理问题达成一致，到 2010 年才发放第一批资助项目，且该基金的资金来源不稳定。大东亚地区由于人口庞大、工业发展快，酸雨问题一直困扰着东亚各国，1992 年日本提出建立一个监测酸沉降的网络体系，经过地区协商，2001 年东亚酸沉降监测网正式运营。

区域层次的合作有效预防和减少跨境损害的成功案例很多，最为成功的例子是北欧地区、北美五大湖区和莱茵河流域的合作。北欧国家由于经济发展水平、文化背景相似，很早就建立起了环境区域合作制度，有效地防止和减少了跨境损害事故的发生。五大湖区和莱茵河流域都是工业发达地区，流域各国在充分协商的基础上建立了相对完善的流域保护法律制度，要求沿岸各国采取的有效措施防

[1] [法]劳伦斯·布瓦松著，赵秀文等译，《单边主义与环境保护》，载《环球法律评论》2002 年冬季号，第 411－420 页

[2] 浦晔、侯作前，《论环境保护中单边主义及中国的政策选择》，载《中国法学》2002 年第 4 期，第 141－147 页。

[3] Kazu Kato & Wakana Takahashi, Environmental Cooperation in Northeast Asia, in: Reginal/subregional environmental cooperation in Asia, February 2001 (IGES), P12.

[4] Peter H Sand, Lessons Learned in Global Environmental Governance,18 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 213, 226. (1991)

止损害事故的发生。虽然莱茵流域发生过多起跨境损害事故，但总体上各国都履行了环境损害防治义务。

Subject: On the State Obligations to Prevent Transboundary Environmental Harm

Author & Unit: Liu Enyuan (Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai, 201701, China

Abstract: To prevent transboundary environmental harm is one of State's obligations under international law or one of moral responsibilities? This paper claims that the prevention is State's obligations under international law. This paper demonstrates that the prevention is an obligation of states under international law from four aspects. The first part explains the related theory about prevention obligations in international environmental law. The second part analyzes the specific prevention obligations undertaken by the state according to the international treaties. The third part analyzes the specific prevention obligations undertaken by the state according to the custom law. The fourth part proposes that the regional cooperation is the effective way to realize the transboundary environmental cooperation and to fulfill the state's prevention obligation under international environment law.

Key Words: Precautionary Principle, No Harm Foreign Environment, Deliberative Governance

联系方式：

刘恩媛，上海市松江区谷阳北路 1066 弄 234 号 501 室，201620

E-mial: enyuan_2001@163.com

电话： 13661836377， 021－67732673

《联合国海洋法公约》附件七仲裁：定位、表现与问题

刘衡*

摘要：自 1997 年出现第一例案件以来，《联合国海洋法公约》附件七仲裁一直保持着稳定的利用率，成为海洋争端解决中的亮点。其主要原因有二：一是“唯一的剩余方法”之设计使得附件七仲裁（法庭）在《联合国海洋法公约》争端解决机制中的实际地位高于国际海洋法法庭和国际法院；二是作为一种强制仲裁，附件七仲裁颠覆了传统仲裁的约定性，在规则上表现出与法治相悖的“单方意志性”。它们虽然可直接带来附件七仲裁的高利用率，但是使得附件七仲裁很可能成为少数人裁判的“游戏”。实践中附件七仲裁超过国际海洋法法庭和国际法院成为解决海洋争端的第一法律方法，以及少数人成为附件七仲裁庭的“常任”仲裁员和庭长之现象验证了这一点。问题是这种现象并不符合法治的基本精神。附件七仲裁规则与实践的这种悖论，源于附件七仲裁制度设计的不合理和《联合国海洋法公约》争端解决机制的体制性缺陷，其可能导致一种法治伪装下的“专制”。这为中国不接受、不参与菲律宾单方提起的“南海仲裁案”提供了新的论据。

关键词：《联合国海洋法公约》；附件七仲裁；“单方意志性”；体制性缺陷；“南海仲裁案”

一　引言

自 1997 年出现第一例案件以来，《联合国海洋法公约》（简称《公约》）附件七仲裁一直保持着稳定的利用率。截至 2014 年底，近 18 年的时间内附件七仲裁案件的数字已上升为 17 起，几乎一年一起。2013 年甚至出现了一个受案高潮，当年以常设仲裁法院（Permanent Court of Arbitration, PCA）为书记处的附件七仲裁案件达到创纪录的 4 起，而且其中出现了两起被申请方“不应诉”的情况，包括具有里程碑意义的菲律宾诉中国“南海仲裁案”。数据比较直观地显示了附件七仲裁在海洋争端解决中的价值，这也成为《公约》生效以来海洋争端解决的亮点。

一直偏好通过谈判而不是第三方机制解决海洋争端的中国被南海邻居菲律宾诉至附件七仲裁，以及中国的不应诉，不仅开了附件七仲裁的先河，为其增添了新的有趣情节，更为它成功吸引了更多关注。但是，一方面，“南海仲裁案”的提起与推进表明我们对附件七仲裁还存在诸多错误认知；另一方面，经过梳理发现，《公约》争端解决机制设计者们的初衷意在将附件七仲裁作为一种替代方案，以供那些因各种原因不能或不愿通过国际司法机制解决争端的缔约方选择适用，而非将其当作一种主要的海洋争端解决方法；学界对《公约》争端解决机制的研究也多以国际海洋法法庭为中心，兼及附件七仲裁和其它方法。但实践的发展显然偏离了当初设计的轨道和学界的关注重心。对海洋争端解决来说，这种偏离是喜是忧？其对“南海仲裁案”又意味着什么？对《公约》附件七仲裁理论与实践的全面、系统和深入把握因而变得十分必要。本文通过对附件七仲裁的地位与性质、附件七仲裁的“单方意志性”和附件七仲裁实践的考察与分析，旨在尝试承担此种使命，并期冀为中国应对“南海仲裁案”提供一种选择性思路。

二　附件七仲裁的地位与性质

《公约》第十五部分建立的全面综合的海洋争端解决机制被认为是《公约》最重要的成功之一，[1]“可以说在 1982 年《公约》通过之时，它包含了在任何多边条约中都无法找到的最深远、详尽和雄心勃勃的争端解决制度”。[2]在联合国第三次海洋法会议有关争端解决机制

* 刘衡，法学博士，中国社会科学院欧洲研究所助理研究员，国家领土主权与海洋权益协同创新中心领土海洋争端解决国际法创新研究团队研究人员。

[1] Myron H. Nordquist ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisers, 1989, p. 5.

[2] Robin Churchill, “Trends in Dispute Settlement in the Law of the Sea: Towards the Increasing Availability of

的谈判中，谈判国针对具体条款提交了大量不同甚至相互冲突的意见。[1]荷兰教授威廉·里普哈根（Willem Riphagen）创造的“蒙特勒公式”（Montreux Formula）[2]允许各国在不同争端解决方法之间自由选择，最终解决了主要分歧。根据该公式，《公约》允许各国在国际海洋法法庭、国际法院、《公约》附件七仲裁（法庭）和附件八特别仲裁（法庭）四种不同的争端解决方法之间进行选择。在这四种选择中，附件七仲裁（法庭）不仅可作为第一选择，而且是唯一的剩余方法，从而确立了它在《公约》争端解决机制中的独特角色。

（一）附件七仲裁在《公约》争端解决机制中的地位

将《公约》争端解决机制定性为“以国际海洋法法庭为中心、以仲裁法庭为辅助的海洋争端解决机制”的说法反映了设计者们的初衷，代表了学界的普遍认知，但是忽视了附件七仲裁在《公约》争端解决机制中实际具有的特殊性。[3]

1. 附件七仲裁作为可自由选择的并列方法

在《公约》第 287 条第 1 款所列缔约方可以自由选择的四种方法中，附件七仲裁（法庭）与国际海洋法法庭（International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS）、国际法院（International Court of Justice, ICJ）和附件八特别仲裁（法庭）并列。但注意到，附件八特别仲裁有特定的属事范围，只有其余三种方法可以受理有关《公约》解释或适用的任何争端。[4]在这方面，国际海洋法法庭、国际法院和附件七仲裁（法庭）虽然排列顺序有先后，但选择顺序并无主次之分，缔约方可自由选择任何其中一种或几种作为解决争端的方法，附件七仲裁当然可以被缔约方选择为争端解决的唯一方法或首要方法。据联合国 2013 年 4 月 10 日更新的资料显示，共有 8 个《公约》缔约方选择附件七仲裁作为唯一方法或首要方法，德国和突尼斯将其作为第二顺位方法，以解决有关《公约》解释或适用的争端。[5]

2. 附件七仲裁作为唯一的剩余方法

首先，《公约》第 287 条第 3 款规定：缔约方如为有效声明所未包括的争端的一方，应视为已接受附件七所规定的仲裁。该款的条文表述不太明确，但依据上下文可以基本确定，该款是针对某一缔约方作出了有效声明，但该声明并不囊括一切有关《公约》解释或适用的争端；如果碰上该声明未包括的争端，仅就该争端而言，该缔约方应被视为已接受附件七仲裁。这个意义上，附件七仲裁是一种缺省设置。就一具体争端而言，如果没有对争端解决方法作出选择，就视为接受了附件七仲裁，而且只接受附件七仲裁。

其次，第 287 条第 5 款规定：如果争端各方未接受同一程序以解决这项争端，除各方另有协议外，争端仅可提交附件七所规定的仲裁。该款从另一方面表明了附件七仲裁的剩余性质。就一具体争端而言，以争端当事方为两方的情况为例，存在三种情形：（1）双方均依据第 287 条第 1 款作出了有效声明，但双方的选择并不相同。比如一方接受国际海洋法法庭解决，另一方接受国际法院解决，或者附件七仲裁（法庭）解决等等，以及它们的任何组合方式；（2）双方中有一方依据第 287 条第 1 款作出了有效声明，无论是否选择附件七仲裁，另一方未作出任何此种有效声明；（3）双方均未依据第 287 条第 1 款作出任何此种有效声明。上述三种情形都视为争端各方未接受同一程序以解决争端，在它们不能通过协议解决此种分歧的情形下，就应视为它们默示接受附件七仲裁为解决该争端的唯一方法。

第三，附件七仲裁的剩余性质在国际组织的参加方面体现明显。《公约》附件九第 8 条第 3 款规定：如果一个国际组织和其一个或一个以上成员国为争端同一方，或为利害关系相同的各方，该组织应视为与成员国一样接受关于解决争端的同样程序；但成员国如根据第 287 条仅选择国际法院，该组织和有关成员国应视为已按照附件七接受仲裁，除非争端各方另有协议。2000 年和 2013 年欧盟（欧共体）分别被智利和法罗群岛诉至附件七仲裁正是属

Compulsory Means”, in Duncan French, Matthew Saul and Nigel D White eds., *International Law and Dispute Settlement: New Problems and Techniques*, Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 155.

[1] Myron H. Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, p. 8.

[2] See A.O.Adede, *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Drafting History and A Commentary*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp.53-54.

[3] 罗国强：《评菲律宾就南海争端提起国际仲裁的法律运作》，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》，2014 年第 1 期，第 61 页。

[4] 暂时不考虑国际法院特定的属人管辖范围。

[5] 参见 United Nations, “Settlement of Disputes Mechanism, http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm。如无另外注明，本文所有网络资源最后访问时间均为 2015 年 3 月 31 日。

于这种情况。

第四，注意到，附件八特别仲裁只处理有关渔业、海洋环境的保护和保全、海洋科学研究与航行（包括来自船只与倾倒造成的污染）四个方面相关《公约》条文在解释或适用上的争端，但这些争端同样可以提交附件七仲裁。目前有关《公约》解释或适用的争端解决实践中，上述四类争端的大多数都是提交给附件七仲裁，而不是附件八特别仲裁。[1]

3. 小结

由上可知，附件七仲裁（法庭）不仅在缔约方可以选择的方法上与国际海洋法法庭和国际法院处于同一序列，而且在缔约方没有选择或者选择不一致时，附件七仲裁自动适用，是唯一一种解决有关《公约》解释或适用争端的剩余方法。附件七仲裁（法庭）作为海洋争端解决的剩余方法，不仅意味着其理论上可能比国际海洋法法庭和国际法院获得更多的适用机会，而且从统计学角度看，这将使得绝大多数海洋争端不得不提交至附件七仲裁[2]。这个意义上，也许将《公约》争端解决机制定性为“以附件七仲裁为核心的机制”有些过分，但附件七仲裁（法庭）在《公约》争端解决机制中的实际地位毫无疑问高于国际海洋法法庭和国际法院，认识附件七仲裁成为“认识整个《公约》争端解决机制的关键”——虽然《公约》争端解决机制的设计者们当初显然无此意图。[3]

（三）附件七仲裁的性质

作为一种海洋争端解决方法，与可用以解决海洋争端的国际海洋法法庭和国际法院一样，附件七仲裁首先是一种《公约》第十五部分第二节规定的“强制程序”。此处“强制”一词描述了附件七仲裁作为一种海洋争端第三方解决方法的共性（一般性）。其次，作为一种可用以解决海洋争端的仲裁，附件七仲裁被定性为“强制仲裁”。但此处“强制”一词体现的是附件七仲裁作为一种海洋争端第三方解决方法的个性（特殊性）。

1. 附件七仲裁作为“强制程序”

任何一种仲裁，无论是否冠以“强制”二字，原则上它的裁决对该案当事人及该特定争端都具有拘束力，这点与国际海洋法法庭或国际法院作出的司法判决并无二致。因此，求诸附件七仲裁和诉诸司法（国际海洋法法庭和国际法院）以解决“有关《公约》的解释或适用的争端”同列为《公约》第十五部分第二节“导致有拘束力裁判的强制程序”。此处“强制”之意，正是指可“导致有拘束力裁判”，即根据裁判结果来定性。仲裁与司法的根本区别在于其所具有的约定性（当事人合意）。一方面，在所有重要方面，比如是否采用仲裁方法、仲裁员的指派，以及仲裁规则（包括仲裁地点、期限、可适用的法律等）的确定等，当事方都享有充分的合意自由；另一方面，司法程序的启动与进行都有明确的法律规定（法定性）——其中一个重要的方面是任一争端当事方均可依法单方启动司法程序，但仲裁的提起必须当事方达成一致。约定性正是仲裁作为一种争端解决方法，相比司法的优势所在。

就《公约》第十五部分第二节规定的“强制程序”而言，第一，依据第十五部分第一节（尤其是第 279-282 条）的明确规定，《公约》争端解决机制并未强制有关《公约》解释或适用的争端当事方必须适用此种程序；第二，即使当事方适用此种程序，也并不必然带来“有拘束力裁判”。在此种程序中，争端当事方仍享有随时协议以其它非“导致有拘束力裁判”和平方式解决争端的自由；第三，只有在当事方仍没有另行协议的情形下，适用此种程序才会导致“有拘束力裁判”的出现。

2. 附件七仲裁作为“强制仲裁”

从功能上讲，附件七仲裁近乎一种典型的国家间仲裁，[4]不过与传统国家间仲裁不同，它是一种强制仲裁。此处所谓“强制”，并非以裁判结果为判断标准。 “强制仲裁”之“强制”意味着，针对某一特定争端，附件七仲裁的启动不再需要任何有关将该争端提交仲裁的事先或事后的特别协定或条款——依据附件七第 1 条，争端任何一方向对方发出提起仲裁的书面通知即可。当然，该通知需遵守《公约》第十五部分规定，并“附有一份关于其权利主张及

---

[1] 如“麦氏金枪鱼案”、“剑鱼案”、“MOX 核燃料厂案”、“围海造地案”和“鲱鱼案”等。

[2] Robin Churchill, “Trends in Dispute Settlement in the Law of the Sea: Towards the Increasing Availability of Compulsory Means”, p. 145.

[3] 潘俊武：《剖析 1982 年<联合国海洋法《公约》>中的强制争端解决机制》，载《法律科学（西北政法大学学报）》，2014 年第 4 期，第 195 页。

[4] Robin Churchill, “Trends in Dispute Settlement in the Law of the Sea: Towards the Increasing Availability of Compulsory Means”, p. 145.

该权利主张所依据的理由的说明”，但无须争端他方明示或默示的同意——这是附件七仲裁之所以称为“强制”仲裁的根本原因。换言之，“强制仲裁”之“强制”首先意味着附件七仲裁程序提起的单边性。

但是，首先，程序提起的单边性并不意味着被申请方有接受附件七仲裁程序的法定义务。这是强制仲裁与《公约》附件五强制调解的根本区别。附件五第 11 条有关强制调解“程序的提起”规定收到通知的争端任何一方“应有义务”接受调解程序，但附件七第 1 条的相应内容中并无此项规定。

其次，强制仲裁也不意味着被申请方有参与仲裁程序的法定义务。即使是附件五强制调解，被申请方有接受程序的法定义务，也不意味着它有参与程序的法定义务。

最后，强制仲裁更不意味着仲裁程序的其它事项必须由法律规定。依据附件七第 5 条，争端当事方可以“另行协议”仲裁程序。总体上，除程序的启动属“强制”外，仲裁程序的其它事项，当事方约定仍是优先考虑；但是在缺乏当事方协议的情况下，仲裁庭拥有决定权。关键问题是，在缺乏当事方适用附件七仲裁合意的情形下，当事方更有可能就仲裁所有事项（包括指派仲裁员、确定仲裁规则等方面）产生分歧或无法形成合意，这反过来加强了仲裁庭的决定性地位，即只要是当事方没有或无法达成协议的，都由仲裁庭来决定。中菲“南海仲裁案”就面临此种情势。

同时，“强制仲裁”之“强制”还意味着附件七仲裁程序推进的单边性。这体现在两方面，首先，在一方不应诉时，申请方可请求仲裁庭继续程序并作出裁决；一方不应诉不妨碍程序的进行。其次，在争端各方就仲裁庭其余三名仲裁员的指派达不成一致时，任何一方可请求国际海洋法法庭庭长作出此种指派并从中选派仲裁庭庭长。

简言之，强制仲裁之“强制”是指提起和推进仲裁程序的单边性，不是指仲裁结果可“导致有拘束力裁判”，也不是指被申请方有接受或参与仲裁程序的法定义务。比如在“南海仲裁案”中，菲方固然有权利依《公约》附件七单方提起案件，但中方并不承担接受、参与仲裁程序的法定义务。是否接受、参与仲裁程序由中方单方定夺。问题是，中方也无法有效阻止菲方对仲裁程序的推进。可见，提起和推进程序的单边性足以颠覆传统仲裁的基本原理，加上此种前提下后续程序的非法定性，使得附件七仲裁（强制仲裁）可能成为一种缺乏基本公正程序保障的单方意志决定的第三方争端解决活动，实践中或可导致（相当）糟糕的后果。

三　附件七仲裁的“单方意志性”

如前所述，作为解决海洋争端的两种法律方法，法定性是司法的基本特点，约定性是仲裁的基本特点，只有在当事方没有约定的情形下才适用有限的法律规定。换言之，对当事方而言，仲裁相对于司法的主要优点在于他们可以对仲裁进行控制（如对法庭组成的部分控制权、对仲裁地的控制权、对程序和裁决完成的速度作出要求，以及对书面和口头程序公开与否的完全控制权等）。[1]作为一种强制仲裁，附件七仲裁试图在过于灵活的约定性和过于呆板的法定性之间寻找一个平衡点，以扬二者之长而避二者之短，在消除一些缔约方对第三方机制的疑虑同时减少另一些缔约方对当事方直接协议的担心，姑且将其称之为“司法化仲裁”。

但是，将附件七仲裁的提起、仲裁员的指派、仲裁程序的推进和仲裁裁决的作出等重要事项联系起来统筹考虑，很快就发现这种“司法化仲裁”既抛弃了仲裁的约定性，又未获得司法的法定性，而是表现出相当的随意性，即在实践中决定仲裁程序与结果的，可能既非约定（当事方合意），也非法定（法律规定），而是某些特定个体的意志，当事方对仲裁的控制蜕变成了某些个体对仲裁的控制，姑且称之为“单方意志性”——附件七仲裁因而成为一种既非仲裁也非司法的“怪胎”。“单方意志性”使得附件七仲裁程序的提起和继续相对容易，同时使得案件的决定权越来越集中到少数人手中。更糟糕的是，“司法化”的结果是将这种“单方意志性”合法化，从而可能导致一种法治伪装下的“专制”。

（一）“单方意志性”的基本表现

1. “唯一的剩余方法”之设计在实践中排除了缔约方选择或不选择的自由

附件七仲裁的“单方意志性”首先表现为其作为“唯一的剩余方法”之设计，使得那些依

[1] 维克托·普雷斯科特、克莱夫·斯科菲尔德著，吴继陆、张海文译：《世界海洋政治边界》，北京：海洋出版社 2014 年版，第 176 页。

据《公约》第 287 条作出了不同选择或者没有作出选择的《公约》缔约方被动地接受附件七仲裁作为解决“有关《公约》的解释或适用的争端”的唯一方法。在目前受理的 17 起附件七仲裁案件（包括最终没有组成仲裁庭的 5 起案件）中，没有任何一起案件的提起是因为争端当事方依据《公约》第 287 条同时选择了附件七仲裁作为争端解决方法，而是因为或者选择了不同的争端解决方法，或者没有作出选择，而自动适用作为唯一剩余方法的附件七仲裁。[1]从排列组合的角度看，要《公约》现有 167 个缔约方中潜在的争端方在三种选择中作出相同的选择，这个几率太小了，几乎为零。实践中《公约》缔约方不太愿意依据第 287 条作出选择，[2]这又大大增加了附件七仲裁的管辖可能。[3]即使在所有选择国际法院或者国际海洋法法庭作为唯一或第一顺位争端解决方法的缔约方中，2012 年的统计数据表明没有任何两个国家是海岸相邻或相向的国家。[4]简言之，“唯一的剩余方法”在实践中排除了《公约》缔约方已选择或者尚未选择的自由意志，争端各方被迫适用附件七仲裁作为解决它们间相关海洋争端的唯一方法。

2. 争端一方单边意志决定仲裁的提起和程序的推进

如前所述，附件七仲裁具有的提起和推进程序的单边性足以颠覆传统仲裁的基本原理。第一，它使得程序的启动无须当事方的合意，这是“司法化”的最显著特征，从而使争端一方意志优于他方意志。更重要的是，第二，它使得重要程序事项无须当事方的合意。仲裁中当事方的合意贯穿于仲裁程序的所有方面，具有一致性。在一方单边提起附件七仲裁程序以后，如果另一方接受并参与程序，可以视为该另一方通过自身的行动实际与提起一方就附件七仲裁程序的启动达成了（默示）合意。此种情形下，在后续程序方面，如仲裁员的指派、仲裁规则的制订等，争端各方存在达成一致的较大可能。但是，在另一方不接受此种单方提起程序的做法时，如何来保证后续程序中的合意？附件七仲裁在施加此种单边性时完全割裂了仲裁程序的一致性，但并未为如何保障后续程序的约定性提供任何系统性解决方案。它仍然将重要程序事项，如仲裁的继续和仲裁员的指派授予争端一方，并将其它程序的决定权授予仲裁庭，从而产生了新的“单方意志性”。

3. 国际海洋法法庭庭长的单方意志决定仲裁员人选

附件七仲裁程序提起和推进的单边性使得争端各方之间就后续程序各项（包括指派仲裁员这种对仲裁非常重要的事项）达成合意越来越困难。实践可以明显看出这一点。根据正常指派程序，五人标准仲裁庭中，应有三名仲裁员由双方共同指派，然后从该三人中选派一名作为仲裁庭庭长。但据统计，迄今实际组成的 12 个仲裁庭中，只有 5 个（42%）仲裁庭是按照这种程序组成的。[5]附件七为争端各方在此事项上的合意缺乏提供了候补方案，即任何一方可请求国际海洋法法庭庭长完成此种指派。因此余下 7 个仲裁庭的其余三名（在一方不应诉的情况下为四名）仲裁员的指派和仲裁庭庭长的选派都由国际海洋法法庭庭长决定。问题是国际海洋法法庭庭长依据什么程序来指派呢？几无规定。依据附件七第 3 条（e）项，国际海洋法法庭庭长指派仲裁员只有两个限制条件：与争端各方协商；人选来自附件七第 2 条所指“名单”。

国际海洋法法庭法官由《公约》缔约方大会选举，获得三分之二缔约方表决中三分之二票数，且该票数应为全体缔约方的过半数当选；庭长和副庭长由法庭选举产生。国际法院法官由联合国大会和安理会分别选举，法定参会人数过半数当选；法院院长和副院长由法官秘密投票选举。即使有这样严格的程序保证，选出的国际海洋法法庭或国际法院法官以及整个法院或法庭尚不能受到绝大多数争端方的信任（一定程度上，依《公约》第 287 条作出的选择可以说明这一点）。相比之下，由国际海洋法法庭庭长指派仲裁员和仲裁庭庭长的行为显然缺乏基本的公正程序保障。虽然有与争端当事方协商的小要求，可是首先，协商显然并不意味着需要“被”协商方的同意，其次，庭长也没有须接受“被”协商方提出人选的义务，可以说完全由庭长单方意志决定。即使不以小人之心度君子之腹，仅为工作方便计，庭长更大可

[1] 孟加拉国和缅甸之间的“海洋划界案”算是一个例外。在案件提交附件七仲裁后，双方分别先后再选择国际海洋法法庭作为争端解决方法，从而将该案移至国际海洋法法庭解决。

[2] 联合国网站 2013 年 4 月 10 日更新信息显示，有 45 个缔约方依据《公约》第 287 条作出了选择，不到全体缔约方的三成（27%），参见 http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm。

[3] Igor V. Karaman, *Dispute Resolution in the Law of the Sea*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 8.

[4] Igor V. Karaman, *Dispute Resolution in the Law of the Sea*, pp. 208, 211.

[5] 参见下文“表四”统计数据。

能会指派那些他（她）所熟悉或偏好而非更适合解决特定争端的人选。即使国际海洋法法庭庭长有德有能值得争端各方充分信任，这也与法治原则根本相悖。在争端解决过程中，除了法律规定，只有争端当事方的约定才具有决定性，没有严格法律程序保证的个体意志如何能具有决定性？

（二）“单方意志性”的自然后果

由于约定性的缺失，在一方单边提起并推进的附件七仲裁程序中，仲裁员的指定主要取决于国际海洋法法庭庭长的个人意志，这自然带来一定的后果。

1. “问题”仲裁员组成的仲裁庭缺乏合理性与正当性

由国际海洋法法庭庭长“自由”指派的仲裁员只能是“问题”仲裁员，因此组成的仲裁庭必然缺乏合理性与正当性。在争端当事方没有另行协议的情形下，附件七仲裁“标准”仲裁庭的法定成员为五人，这个数字远远少于国际法院的十五人和国际海洋法法庭的二十一人，也没有“法庭作为一个整体，应确保其能代表世界各主要法系和/或各大文明”的要求。考虑到仲裁庭并非常设，每一仲裁案件成立一个仲裁庭。从概率上讲，所有这些仲裁庭作为一个整体，即使不能代表世界各主要法系和各大文明，也足以保证一定的多样性，至少仲裁员有来自世界各主要法系和各大文明的代表。但是实践再次证明，没有严格程序保障的事物总是倾向于朝“最坏的恶意”方向发展。如果说最初阶段仲裁员的来源还有一定的多样性的话，近些年由争端方或国际海洋法法庭庭长所指派的仲裁员，以及仲裁庭庭长都越来越集中到少数几位国际海洋法法庭的卸任或现任法官身上，而且出现了一些奇怪的现象，如“南海仲裁案”当事双方都是东亚国家，仲裁庭却由四名欧洲人和一名非洲组成，其中还包括一名法国籍。

2. “问题”仲裁庭只能作出“问题”裁决

一个简单的逻辑是，“问题”仲裁员组成的仲裁庭必然是“问题”仲裁庭，而“问题”仲裁庭作出的裁判必然是“问题”裁决。仍以“南海仲裁案”仲裁庭为例，这些仲裁员不仅在地理上与争端所涉南海区域相距遥远，心理距离可能更大。目前没有任何证据显示他们的个人经历涉及亚洲，尤其是东亚背景。如果案件最终进入实质问题审理阶段，是否可以指望一群对亚洲知之甚少（如果不是毫无了解的话）的仲裁员们对这个交织着历史、地理、文化、政治、法律等多种因素的错综复杂的南海争端作出公正合理的裁判呢？此外，法国是越南的前宗主国，中越之间的南海争议涉及法国殖民时期的历史，而中越之间有关南海的争议与中菲争议极为相似，越方与菲方立场相近。就争端解决而言，如果菲方在“南海仲裁案”中取得胜利，则越南在中越争议解决中更可能处于有利地位，反之亦然。在这种情形下，对于仲裁庭中法国籍仲裁员的中立性和公正性产生怀疑是完全合理的。

其次，附件七第 8 条规定仲裁庭的裁决应以仲裁员的过半数票作出，不到半数的仲裁员缺席或弃权，不应妨碍仲裁庭作出裁决。以五名仲裁员为例，三名仲裁员参与投票即可作出裁决，其余两名缺席或者弃权对该三名仲裁员作出的裁决不产生任何影响，虽然它实际上会对当事方的权利义务产生直接影响。而根据简单多数的习惯做法，两名仲裁员的一致裁判就足以决定本案（“5-3-2 规则”）。

此种规定表面上仍然符合国际法律实践。但是与国际法院和国际海洋法法庭分别有十五名法官和二十一名法官不同，本案仲裁庭只有五名仲裁员，按同样的规则办事，意味着人数的绝对数量大大减少，以至于可能出现少于正常作出一个公正公平裁判所需要的最低裁判人数。一般仲裁基于当事方的合意，他们商定的任何数量的仲裁庭（包括独任仲裁员）作出的裁判，都是他们自身的协议选择，当然不存在接受与否的问题。但是强制仲裁不一样，当事方对仲裁裁决不存在此种合意，只有通过保证裁判的公正公平来提高当事方对裁决的接受度。在当事方就仲裁缺乏合意的情形下，两名仲裁员就可以决定一个案件，而且是在他们对案件的诸多方面（尤其是证据方面）拥有绝对控制和自由裁量权情形下决定的，何以能期待一个公正公平的裁决呢？

鉴于大多数争端当事方都是“被迫”涉入程序，最终提交附件七仲裁的争端，即使不属相关当事方的核心利益，也属重要利益。缔约方的重要海洋利益尚且不能完全放心地让依据《公约》专门成立的解决海洋争端的国际海洋法法庭和作为联合国主要司法机构的国际法院处理，何以能安心让这些“自由”指派的仲裁员和他们组成的缺乏合理性和正当性的“问题”仲裁庭来裁判？

四　附件七仲裁实践：高利用率与少数人裁判的悖论

前面指出，附件七仲裁作为《公约》设计的解决海洋争端的“唯一的剩余方法”和附件七仲裁规则具有的“单方意志性”虽然可直接带来附件七仲裁的高利用率，但是使得附件七仲裁很可能成为少数人裁判的“游戏”。本部分尝试通过实践考察来验证规则分析的正确性。

（一）附件七仲裁成为解决海洋争端的第一法律方法

以《公约》生效的 1994 年 11 月为起算点，从受案数量看，与国际海洋法法庭、国际法院和其它仲裁机构处理的海洋争端相比，附件七仲裁（法庭）势头强劲，表现出一定的优势，逐渐成为海洋争端解决的第一法律方法。

1. 现有附件七仲裁案件

1997 年“塞加号案”是依据《公约》附件七提起仲裁的首起案件，截至 2014 年 12 月 31 日，这个数字已达到 17 起，它们的基本情况如下（参见表一）：

表一　UNCLOS 附件七仲裁案件基本情况（1997-2014）

序号	案件	当事方	案由	提起日期	裁决日期	备注
1	“塞加号”案	圣文森特及格林纳丁斯达和几内亚	几内亚在 EEZ 扣押“塞加号”及其船员	1997.12.22	1998.2.20	终止，协议移至 ITLOS
2	麦氏金枪鱼案	新西兰、澳大利亚和日本	海洋生物资源（麦氏金枪鱼）的养护与管理	1999.7.15	2008.8.4	ICSID，已裁决
3	剑鱼案	智利和欧共体	海洋生物资源（剑鱼）的养护与可持续利用	2000	2000.12.18	终止，诉至 ITLOS
4	MOX 核燃料厂案	爱尔兰和英国	放射性物质的跨国移动、爱尔兰海海洋环境保护	2001.10.25	2008.6.6	PCA，终止
5	围海造地案	马来西亚和新加坡	新加坡在柔佛海峡及周围围海造地、海洋划界和海洋环境保护	2003.7.4	2005.9.1	PCA，终止
6	海洋划界案	巴巴多斯与特立尼达和多巴哥	专属经济区和大陆架单一海洋划界	2004.2.16	2006.4.11	PCA，已裁决
7	海洋划界案	圭亚那和苏里南	领海、专属经济区和大陆架划界和争议海域的违法行为	2004.2.24	2007.9.17	PCA，已裁决
8	海洋划界案	孟加拉国和印度	孟加拉湾海洋划界	2009.10.8	2014.7.7	PCA，已裁决
9	海洋划界案	孟加拉国和缅甸	孟加拉湾海洋划界	2009.10.8	2009.12.12	协议移至 ITLOS
10	MPA 案	毛里求斯和英国	英国在印度洋查戈斯群岛周围建立海洋保护区	2010.12.20	2015.3.18	PCA
11	“弗吉尼亚号”案	巴拿马和几内亚比绍	几内亚比绍在 EEZ 内扣押“弗吉尼亚号”	2011.6.3	2011.6.29	协议移至 ITLOS
12	“自由号”案	阿根廷和加纳	加纳在本国特马港扣押 “自由号”教学护卫舰	2012.10.29	2013.9.27	PCA，协议终止
13	南海争端案	菲律宾和中国	“海洋管辖权冲突”	2013.1.22		PCA，中方不应诉
14	“鲱鱼”案	法罗群岛（丹麦）和欧盟	“大西洋-斯堪的纳维亚鲱鱼”的配额分配	2013.8.16	2014.9.23	PCA，协议终止
15	“极地曙光号”案	荷兰和俄罗斯	俄罗斯在 EEZ 内扣押“极地曙光号”及其人员	2013.10.4		PCA，俄方不应诉
16	“都兹基特正直号”案	马耳他与圣多美和普林西比	双方有关“都兹基特正直号”的争端	2013.10.22		PCA

17	海洋划界案	加纳和科特迪瓦	大西洋海洋划界	2014		协议移至ITLOS

资料来源：作者根据常设仲裁法院网站（http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1288）、国际海洋法法庭网站（http://www.itlos.org/index.php?id=35&L=0）和解决投资争端国际中心网站（https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement7）公布资料整理。

从案发时间看，1997 年至 2012 年，平均约每四年 3 起，其中 2004 年和 2009 年各有两起。2013 年创记录的 4 起案件使得附件七仲裁的平均年受案数量几乎达到一年一起。在海洋争端解决中，这个数据可能是一项其它争端解决方法难以企及的记录。这个数据展示了附件七仲裁实践中广泛的属事管辖范围，涉及海洋划界、海洋环境保护、海洋生物资源养护与管理、海域利用与管理，以及军舰的豁免权等。如前所述，所有这些争端之所以适用附件七仲裁，法律依据要么是第 287 条第 3 款（未选择条款），要么是第 287 条第 5 款（不同选择条款），而非第 287 条第 4 款（相同选择条款）。同时注意到，2003 年附件七仲裁案例中首次出现了“不应诉”情况，而且一年出现了两次。在“南海仲裁案”中，中国从一开始就坚持不接受、不参与仲裁，迄今尚未改变立场；在“极地曙光号”案中，俄罗斯坚持与中国相同的态度，不接受、不参与仲裁和国际海洋法法庭处理的临时措施案。两个不应诉的当事方都是联合国安理会常任理事国。此外，作为《公约》唯一的国际组织缔约方，欧盟（欧共体）两次被诉至附件七仲裁。

2. 国际海洋法法庭受理的案件

国际海洋法法庭是依据《公约》于 1996 年成立的专门处理“有关《公约》的解释或适用”的司法机构，受到青睐，也被寄予厚望。据联合国资料显示，截至 2013 年 4 月 10 日，有 33 个缔约方依据《公约》第 287 条选择国际海洋法法庭作为第一顺位争端解决方法，不仅远远超过选择附件七仲裁（法庭）作为第一顺位的 8 个缔约方，也明显超过选择国际法院作为第一顺位的 20 个缔约方。[1]实践中，国际海洋法法庭也算不负众望，至 2014 年年底已受理 22 起案件，成为《公约》生效以来受理海洋争端案件最多的争端解决机构。[2]

但是，在国际海洋法法庭受理的这 22 起案件中，第一，有两起案件是咨询意见案。这属于国际海洋法法庭的专有权限，其它方法（包括附件七仲裁（法庭））无权受理此类案件。第二，有 9 起案件为迅速释放案件。根据《公约》第 292 条，虽然附件七仲裁（法庭）也可以受理有关船只和船员的迅速释放案件，但是首先，附件七仲裁（法庭）受理迅速释放案件的前提是申请方接受附件七仲裁解决争端，而实践中选择附件七仲裁（法庭）作为争端解决方法的缔约方数量远远少于选择国际海洋法法庭的缔约方数量；其次，附件七仲裁庭并非常设法庭，成立和组成都需要时间，而对迅速释放案件而言，时间紧迫是决定性因素。因此，由国际海洋法法庭处理迅速释放案件是最理想最可行的方式。第三，有 6 起案件为临时措施案。这些案件全部是由于在附件七仲裁庭正在处理的案件中，申请方提出了临时措施请求，而相关仲裁庭尚未组成，依据《公约》第 290 条第 5 款而诉诸国际海洋法法庭。最后，只有 5 起“有关《公约》的解释或适用的争端”在既可提交附件七仲裁（法庭）也可诉诸国际海洋法法庭时诉诸后者。但即使在这 5 起案件中，仍有 4 起案件[3]都是先提起附件七仲裁，尔后才由双方临时声明或协议移至国际海洋法法庭。

3. 国际法院受理的海洋争端案件

《公约》生效前的半个世纪以来，国际法院都是处理海洋争端的主要场所之一。《公约》生效后，虽然有国际海洋法法庭和附件七仲裁（法庭）的分流，国际法院仍然受到一部分争端当事方的信任，至 2014 年年底共受理了 14 起海洋争端案件（参见表二）。

表二　国际法院受理海洋争端案件基本情况（1994.11-2014.12）

序号	案件	当事方	案由	受理日期	判决日期
1	渔业管辖权案	西班牙诉加拿大	公海渔业管辖权	1995.3.28	1998.12.4

[1] 参见 United Nations, “Settlement of Disputes Mechanism”, http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm。

[2] 参见 ITLOS, “List of Cases”, http://www.itlos.org/index.php?id=35&L=1%252f。

[3] 分别是“‘塞加号’（2 号）案”、“剑鱼案”、孟加拉国和缅甸“海洋划界案”和“‘弗吉尼亚号’案”。

2	解释判决案	喀麦隆诉尼日利亚	解释法院有关两国陆地和海洋划界案的判决	1998.10.28	1999.3.25
3	岛屿争端案	印度尼西亚和马来西亚	岛屿主权争端	1998.11.2	2002.12.17
4	领土和海洋争端案	尼加拉瓜诉洪都拉斯	加勒比海岛屿主权和单一海洋划界	1999.12.8	2007.10.8
5	领土和海洋争端案	尼加拉瓜诉哥伦比亚	西加勒比海岛屿主权和单一海洋划界	2001.12.6	2012.11.19
6	修正判决案	萨尔瓦多和洪都拉斯	请求法院修正有关两国陆地、岛屿和海洋边界争端的判决	2002.9.10	2003.12.18
7	岛礁主权案	马来西亚和新加坡	岛礁主权争议	2003.7.24	2008.5.23
8	海洋划界案	罗马尼亚诉乌克兰	黑海单一海洋划界	2004.9.16	2009.2.3
9	海洋争端案	秘鲁诉智利	单一海洋划界	2008.1.16	2014.1.27
10	南极捕鲸案	澳大利亚/新西兰诉日本	日本在南极地区捕鲸	2010.5.31	2014.3.31
11	入海权谈判义务案	玻利维亚诉智利	就玻利维亚进入太平洋权利谈判的义务	2013.4.24	
12	外大陆架划界案	尼加拉瓜诉哥伦比亚	200海里外大陆架划界	2013.9.16	
13	海洋划界案	哥斯达黎加诉尼加拉瓜	两国在加勒比海和太平洋的海洋划界	2014.2.25	
14	海洋划界案	索马里诉肯尼亚	两国在印度洋的单一海洋划界	2014.8.28	

资料来源：作者根据国际法院网站信息（http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2）整理。

国际法院受理的这 14 起案件中，首先，“解释判决案”和“修正判决案”涉及法院在《公约》生效前受理的有关海洋争端案件判决的处理问题，案件本身无关《公约》的解释或适用；而且原案属岛屿或陆地、岛屿主权和海洋划界混合争端案。其次，“入海权谈判义务案”虽然涉及入海权问题，但案件争端主题事项是根据两国间条约和一般国际法，智利是否承担与玻利维亚就后者进入太平洋开展谈判的义务，无关《公约》的解释或适用。第三，“岛屿争端案”和“岛礁主权案”只涉及岛屿（岛礁）主权，无关《公约》的解释或适用。第四，两起“领土和海洋争端案”属混合争端案件。如果不将其中的海洋争端案件单独提起，国际海洋法法庭和附件七仲裁（法庭）都不便处理。最后，其余 7 起案件或涉及海洋生物资源养护与管理（“渔业管辖权案”和“南极捕鲸案”），或涉及海洋划界（包括 200 海里外大陆架划界），属于“有关《公约》的解释或适用的争端”。简言之，从属事管辖看，这 14 起案件中可以依据《公约》第 287 条选择国际海洋法法庭、国际法院或者附件七仲裁（法庭）的案件只有 7 起，其余 7 起只能诉诸国际法院或者一般国际仲裁（法庭）。

4. 常设仲裁法院注册的非附件七海洋争端仲裁案件

常设仲裁法院于 1899 年依据《和平解决国际争端海牙公约》成立，是目前历史最悠久的国际争端解决机构。[1]在其成立后的二三十年间，一度成为解决海洋争端的主要场所。但自 1925 年注册著名的“帕尔玛斯岛案”之后，直到 1996 年才注册了下一个海洋争端案件，即“红海岛屿案”。从那以后，在常设仲裁法院注册的海洋争端案件有所回升。《公约》生效以后，除担任了 17 起《公约》附件七仲裁案件中 12 起案件（71%）的书记处外，常设仲裁法院注册的其它非附件七仲裁案件还有 3 起，包括一起强制仲裁案件（OSPAR 公约案）（参见

[1] 与其它争端解决机构不同，常设仲裁法院为注册的争端解决提供行政事务方面的服务，包括建立仲裁员名册供争端当事方选择等，本身并不解决任何争端。

表三）。

表三　常设仲裁法院注册的非附件七仲裁案件基本情况（1994.11- 2014.12）

序号	案件	当事方	案由	仲裁协议签订日期	裁决日期
1	红海岛屿案	厄立特里亚和也门	岛屿主权归属、海洋划界	1996.10.3	1998.10.9 1999.12.17
2	OSPAR《公约》[1]案	爱尔兰和英国	爱尔兰海海洋环境保护	2001.6.15	2003.7.2
3	边界和海洋划界案	克罗地亚和斯洛文尼亚	领土和海洋划界，以及相关海域的利用	2009.11.4	

资料来源：根据常设仲裁法院官方网站信息（http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029）整理。

上述 3 起案件中，OSPAR 公约案是依该公约提起的仲裁案，无关“《公约》的解释或适用”，其余两起案件都是领土或岛屿主权与海洋划界的混合争端，如果不将其中的海洋争端案件单独提起，附件七仲裁（法庭）不便处理。而且，“红海岛屿案”的当事一方厄立特里亚不是《公约》缔约方。

5. 小结

从前面的梳理可以看出，第一，由于《公约》争端解决机制不处理有关领土和岛屿主权方面的争端，或者说这类争端无关“《公约》的解释或适用”，凡这类争端以及包括这类争端的混合争端主要由国际法院受理，也可以通过非附件七仲裁处理。第二，对有关迅速释放和临时措施案件而言，鉴于情势紧急和时间紧迫，由国际海洋法法庭处理是最理想和最可行的方法。除此之外，最后也是最重要的一点是，排除前面两类案件，在那些国际海洋法法庭、国际法院、非附件七仲裁（法庭）和附件七仲裁（法庭）具有同等条件可受理的海洋争端案件中，59%的案件由附件七仲裁（法庭）处理，超过国际法院的 24%和国际海洋法法庭的 17%，[2]可以说《公约》生效以后，附件七仲裁成为事实上解决“有关《公约》的解释或适用的争端”的第一法律方法。

（二）附件七仲裁成为少数人裁判的“游戏”

1. 少数人成为附件七仲裁庭“常任”仲裁员

迄今提起的 17 起附件七仲裁案例中，除 5 起案件在仲裁庭组成前移至国际海洋法法庭外，实际成立了 12 个仲裁庭审理案件。在这 12 个仲裁庭中，除“都兹基特正直号”案（The *Duzgit Integrity* Arbitration）双方协议由三人组成仲裁庭外，其余都是五人“标准仲”裁庭（参见表四）。

表四　附件七仲裁庭仲裁员名单（1997-2014）

序号	案件	当事方指派	ITLOS 庭长指派	庭长	备注
1	“塞加号”案				未组成
2	麦氏金枪鱼案	Judge Stephen M. Schwebel Judge Florentino Feliciano Rt. Hon. Justice Sir Kenneth Keith Judge Per Tresselt Prof. Chusei Yamada		Judge Stephen M. Schwebel	
3	剑鱼案				未组成
4	MOX 工厂案	Judge Thomas A. Mensah		Judge Thomas A.	

[1]《保护东北大西洋海洋环境公约》（Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, OSPAR Convention）1992 年 9 月 22 日开放签署，1998 年 3 月 25 日生效，缔约方包括：比利时、丹麦、欧盟、芬兰、法国、德国、冰岛、爱尔兰、荷兰、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典、英国、卢森堡和瑞士。OSPAR 公约第 32 条为“争端的解决”，其第 1 款规定：“缔约方之间任何有关本公约解释和适用的争端，如果所涉双方不能通过其它方式予以解决，如通过由委员会调查或者和解的方式，应它们之中任一缔约方的请求，应提交至依据本条规定条件设立的仲裁处理。”

[2] 考虑到国际法院属人管辖的局限性，这种仅从属事管辖角度出发的计算方法显然不够精确，不过量的误差对质的不同不会产生根本性影响。

		Prof. James Crawford Maître L. Yves Fortier Prof. Gerhard Hafner Rt Hon. Lord Mustill[1]		Mensah	
5	围海造地案	Dr. Kamal Hossain Prof. Bernard H. Oxman	Mr. M.C.W. Pinto Prof. Ivan Shearer Sir Arthur Watts	Mr. M.C.W. Pinto	
6	海洋划界案（巴特）	Judge Stephen M. Schwebel Mr. Ian Brownlie Prof. Vaughan Lowe Prof. Francisco Orrego Vicuña Sir Arthur Watts		Judge Stephen M. Schwebel	
7	海洋划界案（圭苏）	Mr. Dolliver Nelson Prof. Thomas Franck Prof. Hans Smit Prof. Ivan Shearer Dr. Kamal Hossain		Mr. Dolliver Nelson	
8	海洋划界案（孟印）	Judge Thomas A. Mensah Dr. Pemmaraju Sreenivasa Rao	Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum Judge Jean-Pierre Cot[2] Prof. Ivan Shearer	Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum	
9	海洋划界案（孟缅）				未组成
10	MPA 案	Judge Sir Christopher Greenwood Judge Rüdiger Wolfrum	Prof. Ivan Shearer Judge Albert Hoffmann Judge James Kateka	Prof. Ivan Shearer	
11	“弗吉尼亚”号案				未组成
12	“自由号”案	Judge Elsa Kelly Judge Thomas A. Mensah	Judge Bruno Simma Judge Awn Shawkat Al-Khasawneh Prof. Bernard H. Oxman	Judge Bruno Simma	
13	南海争端案	Judge Rüdiger Wolfrum	Judge Thomas A. Mensah[3] Judge Jean-Pierre Cot Judge Stanislaw Pawlak Prof. Alfred H. A. Soons	Judge Thomas A. Mensah	
14	“鲱鱼”案	Judge Thomas A. Mensah Prof. Gerhard Hafner Prof. Francisco Orrego Vicuña Dr. M.C.W. Pinto Judge Rüdiger Wolfrum		Judge Thomas A. Mensah	
15	“极地曙光号”案	Prof. Alfred Soons	Judge Thomas A. Mensah Mr. Henry Burmester Prof. Janusz Symonides Dr. Alberto Székely	Judge Thomas A. Mensah	
16	“都兹基特正直号”案	Prof. Tullio Treves	Prof. Alfred H.A. Soons Judge James L. Kateka	Prof. Alfred H.A. Soons	

[1] 接替于 2007 年 11 月 16 日去世的原仲裁员 Sir Arthur Watts。

[2] 原指派仲裁员为 Mr. Tullio Treves，后 Treves 因故辞职，国际海洋法法庭庭长另行指派 Judge Cot 接替。

[3] 原指派仲裁员和庭长为 Mr. M. C. W. Pinto，后 Pinto 因故辞职，国际海洋法法庭庭长另行指派 Judge Mensah 接替。

17	海洋划界案（加科）				未组成

资料来源：作者根据常设仲裁法院网站（http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1288）、国际海洋法法庭网站（http://www.itlos.org/index.php?id=35&L=0）和解决投资争端国际中心网站（https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement7）公布资料整理。

由于先后出现 1 名仲裁员去世和 2 名仲裁员辞职的情况，增补了 3 名仲裁员，这样 12 个仲裁庭共指派了仲裁员 61 人次。在这 61 人次中，先后有多名仲裁员同时或不同时期担任不同仲裁庭的仲裁员，实际担任仲裁员的一共 36 人。其中担任 2 次以上仲裁员的人员 14 人（参见表五）。

表五　担任 2 次以上附件七仲裁庭仲裁员人员统计表（1997-2014）

担任次数	人数	姓　名
6 次	1 人	Judge Thomas A. Mensah
4 次	2 人	Prof. Ivan Shearer, Judge Rüdiger Wolfrum
3 次	3 人	Dr. M.C.W. Pinto, Sir Arthur Watts, Prof. Alfred H.A. Soons
2 次	8 人	Judge Stephen M. Schwebel, Prof. Gerhard Hafner, Dr. Kamal Hossain, Prof. Bernard H. Oxman, Prof. Francisco Orrego Vicuña, Judge Jean-Pierre Cot, Judge James L. Kateka, Prof. Tullio Treves

上述名单中，除 1 名去世外，其余 13 人正逐渐成为附件七仲裁庭的“常任”仲裁员，或者不客气地说，他们基本上“垄断”了附件七仲裁庭仲裁员的职位。再以 2013 年组成的 4 个仲裁庭为例，指派仲裁员一共 18 人次，实际担任仲裁员共 13 人，有 9 人出自上述“常任”名单，占据了 18 人次中的 14 人次，比例高达 78%，其中托马斯·门萨（Thomas A. Mensah）和阿尔弗雷德·松斯（Alfred H.A. Soons）各 3 次，吕迪格·沃尔夫鲁姆（Rüdiger Wolfrum）为 2 次。这 3 人都是“南海仲裁案”的仲裁员。他们加上伊万·希勒（Ivan Shearer）、平托（M.C.W. Pinto）、皮埃尔·科特（Jean-Pierre Cot）和图利奥·特雷韦斯（Tullio Treves）4 人一起共 7 人构成“垄断”附件七仲裁庭仲裁员职位的“核心名单”，基本“垄断”了附件七仲裁。[1]

2. 极少数人成为附件七仲裁庭“常任”庭长

仲裁庭庭长的职位也当然被“核心名单”所垄断。如前表所示，有 8 人先后担任附件七仲裁庭庭长，其中 5 人出自这份“核心名单”。在 2013 年组成的 4 个仲裁庭中，托马斯·门萨 1 人就担任了 3 个仲裁庭（包括“南海仲裁案”仲裁庭）的庭长一职——这是 2013 年附件七仲裁创造的另一个记录。

3. 评论

一如理论分析，实践中附件七仲裁成为少数人裁判的“游戏”，从乐观角度看，这些附件七仲裁庭的“常任”仲裁员或“常任”庭长或“核心名单”人员大多曾在或正在国际海洋法法庭、国际法院或其它争端解决机构任职，且经历过多个附件七仲裁案件或其它案件，具有丰富的争端解决经验，有助于争端的解决，也有助于保持相关《公约》条款解释或适用的连贯性和一致性。但是，此种说法可信吗？首先，就该问题，“核心名单”中的沃尔夫鲁姆法官 2007 年在其国际海洋法法庭庭长任上向联合国大会做报告时如是表述：“与处理特定案件的（附件七和附件八）仲裁庭相比，国际海洋法法庭作为常设机构，在保证国际法律实践发展的连贯性和一致性方面具有优势。在我看来，国际法律实践的协调只有通过常设法院或法庭才能实现”[2]。[3]其次，如前所述，附件七仲裁成为“少数人的游戏”不是自然选择的客观结果，而主

[1] 就职业而言，担任仲裁员的人员可分为四类：国际海洋法法庭卸任或现任法官、国际法院现任或卸任法官、大学国际法教授以及其它，其中第一类占相当一部分。

[2] ITLOS, “Statement by Mr. Rüdiger Wolfrum, President of the International Tribunal for the Law of the Sea on Agenda Item 77(a) at the Plenary of the Sixty-Second Session of the United Nations General Assembly”, 10 December 2007, para. 28, http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/ga_101207_eng.pdf.

[3] 作为国际海洋法法庭史上在任时间最长且仍在任的法官，沃尔夫鲁姆担任过法庭副庭长和庭长。多少有

要是提起仲裁一方和国际海洋法法庭庭长单方意志主观选择的结果，这个选择过程没有基本的正当程序保障，缺乏基本的程序正义，本身是“非法治”的。最后，很难想象，作为一种解决海洋争端的法律方法，在附件七仲裁中，并非严格法律程序选出的少数人不仅可以决定这么多事关争端当事方重要海洋利益的复杂争端，而且承担着处理“《公约》的解释或适用”的“第一责任”。这无论如何都不是一种符合法治基本精神的现象。

五　结论：《公约》有关附件七仲裁的设计具有体制性缺陷

《公约》将附件七仲裁设计为解决“有关《公约》的解释或适用的争端”的“唯一的剩余方法”，实际排除了缔约方选择或未选择的自由意志，直接带来了附件七仲裁在实践中的高利用率。同时，附件七仲裁作为一种强制仲裁，提起与推进程序的单边性颠覆了仲裁之所以为仲裁的约定性，但《公约》对因此可能导致的不良后果缺乏系统性解决方案，因而在规则上表现为与法治相悖的“单方意志性”，这大大简化了附件七仲裁的操作，使得附件七仲裁很可能且事实上已经成为少数人裁判的“游戏”。这种约定性缺失但法定性不足的程序对那些打着小算盘的缔约方尤其实用，因而可能导致的对附件七仲裁的误用或滥用又从数据上进一步提高了它的利用率——提交至附件七仲裁，基本是“一告一个准”。在这种“少数人游戏”的语境下，附件七仲裁的高利用率反而更令人担忧。

可见，高利用率与“少数人游戏”这对看似矛盾的事物共同构成附件七仲裁目前的“关键词”，正是源于《公约》争端解决机制设计者们当初的疏漏。其涉及的不仅是一个附件七仲裁技术性规则不合理的小问题，而是《公约》争端解决机制设计的体制性缺陷；这也不仅是一个只与争端各方重大利益相关的大问题，对海洋争端的解决，对附件七仲裁的发展，对国际海洋法的发展，对国际法的发展，这都是一种令人揪心的现象——它极可能导致一种法治伪装下的“专制”。更重要的是，无论是附件七，还是《公约》，或者说一般国际法，似乎都没有有效机制预防或阻止此种现象的产生与蔓延。法治的基本要义在于尽可能消除单方意志性，以及通过法律规定将一时还难以消除的单方意志性严格框定在有限的条件下，附件七仲裁的规则和实践却反其道而行之。此种“非法治性”或许是附件七仲裁真正的最大挑战。在此语境下再来思考中国如何应对“南海仲裁案”，或可打开新的思路。

点讽刺意味的是，多年来，他一直活跃在附件七仲裁第一线，而且是“南海仲裁案”菲方指定的仲裁员。或许，担任法官只是他的“副业”而已。

论“救济性分离”的行使条件及国际法地位

陆震廷*

【摘要】“救济性分离”作为一种理论主张源自人民自决原则。进入后殖民时期，自决权演变为外部自决及内部自决两方面。“救济性分离”作为自决原则的最新发展，指当一国政权持续地拒绝人民行使内部自决权，并严重且广泛地侵犯人民的基本人权之时，该国人民在穷尽了该主权国家框架内的所有合法救济后该情势仍不能得到解决，即可行使外部自决作为最后的救济手段，从该国进行分离。本文认为，在当今国际法框架下，不存在“分离权”；而且，领土完整原则的至高性排除了“救济性分离”的适用；再者，“救济性分离”并不属于现行有效的国际法规范。尽管“救济性分离”并不具有国际法地位，且该理论存在不合理性，但其发展仍应引起我国学界和政府的重视。

【关键词】救济性分离；自决原则；外部自决；国际法

随着国际社会的发展，近年来围绕领土问题的争端越发频繁。进入 21 世纪，全球化趋势不可阻挡，间接导致了领土主权原则在国际法上的地位日益下降；相对而言，各国的人权保护问题在国际社会上上升到前所未有的地位。其结果，使得近年来国际法学界在自决原则的基础上提出“救济性分离”理论，将人权保护与领土分离挂钩。典型例子如 2008 年科索沃宣布从塞尔维亚独立、2014 年克里米亚通过公民投票从乌克兰独立并加入俄罗斯联邦，这些例子都涉及到了“救济性分离”的适用。

基于“救济性分离”在国际法学界众说纷纭，本文将首先对“救济性分离”的概念进行梳理，然后总结其行使条件，继而将论述“救济性分离”在当今国际法上的地位，最后指出“救济性分离”理论的缺陷及其影响。

*陆震廷，中山大学本科生（LL.B., 2011.9 -2015.7），美国乔治城大学法学中心（Georgetown University Law Center）法学硕士研究生（LL.M., 2015.9 –2016.6），2015 年“中国第十三届 Jessup 国际法模拟法庭全国选拔赛”二等奖。

一、 “救济性分离”的概念

（一）“分离”的定义

在讨论“救济性分离”概念前，首先应对“分离”一词作定义。由于缺乏统一的法律文本对“分离”作出规定，导致不同学者对于“分离”一词的理解存在极大区别，主要体现在对“分离”一词外延的定义上。

某些学者主张“分离”是一个瞬间性的行为，只要分离实体作出的行为可能导致该分离实体从一国的构成部分中脱离，该行为即可称为“分离”。[1]然而，结合国际法院于“科索沃”咨询案（*Kosovo* Advisory Opinion）的意见分析，国际法院的立场是将“分离”与“单方宣布分离”此一行为作出区分，换言之，国际法院并不认为“分离”即等同于“导致分离的行为”。[2]因此，该定义并不可取。

科恩（Kohen）教授则主张，“（分离指）一国领土及人口的一部分未经母国同意，从该国脱离并形成新的独立实体，或者为了并入他国而从该国脱离的过程”。[3]笔者参考该定义，认为所谓“分离”，应指一国的构成部分将其领土从一国脱离（withdraw）并且形成独立自主的新国家的过程。对于该定义，笔者认为应该从两方面加以理解。

首先，从词源学上分析，“分离（secession）”一词来源于拉丁语，其中“se”表示“分隔的（apart）”的意思，“cedere”表示“去（to go）”的意思，因此对于“分离”的概念而言，“脱离”是最关键的要素。[4]相反，笔者不认为“分离”一词包含了任何与“并入他国”相关的意思。“合并（annexation）”一词来源于拉丁语“annecetere”，表示“附着到（to bind to）”的意思。[5]因此“分离”与“合并”应该是相互区别的两个过程，它们之间的界点应在于分离实体形成一个独立自主的新国家。

---

[1]Julie Dahlitz, “Introduction”, in *Secession and International Law* (Julie Dahlitz eds.), (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003) at 6.
[2]*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*[“*Kosovo* case”], Advisory Opinion, [2010] ICJ Rep 403, ¶49-51.
[3]Marcelo G. Kohen, “Introduction”, in *Secession: international law perspectives* (Marcelo G. Kohen eds.), (New York: Cambridge University Press, 2006), at 3.
[4]Ioana Cismas, “*Secession in Theory and Practice: the Case ofKosovo and Beyond*”, (2010) 2 Goettingen J. Int'l L. 531, at 539.
[5] Glen Anderson, “*Secession in International Law and Relations: What Are We Talking About?*”, (2012-2013) 35 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 343, at 345.

其次，分离是一个持续性的过程，而非瞬间性的行为或事实。既然分离的结果是导致独立自主的新国家形成，那么只有当分离实体取得国家地位（statehood），分离作为一个过程才可算作成功结束；否则，该分离实体在国际法上的法律地位则处于不确定的状态，分离作为一个过程将一直持续至其明晰化。[1]

在此定义下，应对“分离”作更细致的分类，而现国际法实践下主要存在“双边（bilateral）”分离与“单方（unilateral）”分离两种类型。事实上，由于分离会变更一国的领土范围，因此根据领土主权原则，分离问题通常情况下属于国内管辖的范围[2]，由国内法作出规范。所谓“双边”分离，指分离实体根据一国国内法的规定所行使的分离活动。[3]例如，2014 年苏格兰举行的关于其是否应成为一个独立国家的公投活动即是苏格兰政府根据与英国政府在 2012 年签署的《爱丁堡协议（Edinburgh Agreement）》此一国内法框架下所进行的[4]，属于“双边”分离活动。相反，“单方”分离则指分离实体以不符合国内法的方式所进行的分离活动。本文所探讨的“救济性分离”理论即与“单方”分离有关。

（二）“救济性分离”理论的源起及其含义

“救济性分离”思想最早起源于1920年的“阿兰群岛”案（the *Aaland Islands* case）。[5]国际联盟（League of Nations）组织下的报告员委员会（Commission of Rapporteurs）发表咨询意见，认为“仅当一国缺乏意愿或能力去制定并实施公正且有效的保证措施（guarantees）”保证一国人民的权利时，才可能会导致该国人民基于种族、文化等受到歧视的原因从一国分离。[6]由于“救济性分离”思想在当时并不存在国际法规则作为其法律基础，因此该思想的发展一直处于停滞状态。

随着自决原则被载入《联合国宪章》[7]、《经济、社会及文化权利国际公约》

[1] *Ibid.*, at 355.
[2] Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) at 212.
[3] Aaron Kreuter, “*Self-Determination, Sovereignty, and the Failure of States: Somaliland and the Case for Justified Secession*”, (2010) 19 Minn. J. Int'l L. 363, at 370. 也有学者将“双边”分离称作“双方合意的（consensal）”分离，详见：Glen Anderson, *supra* note 5, at 350.
[4] 参见卢婧：《关于自决权争端的国际法思考》，载《国际法研究》2015 年第 1 期，第 18 页.
[5] Milena Sterio, “*On the Right to External Self-Determination: ‘Selfistans,’ Secession, andthe Great Powers' Rule*”, (2010)19 Minn. J. Int'l L. 137, at 143.
[6] *Ibid.*, at 143.
[7] *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, art.1(2), 55.

[1]以及《公民权利和政治权利国际公约》[2]等国际公约及文件，自决原则的内容越来越丰富化。而且由于自决原则在殖民时期成为众多殖民地独立的法律依据，乃至进入后殖民时期，部分国际法学者开始提倡将自决原则与领土分离问题挂钩，使得“救济性分离”思想凭借自决原则在新时代的发展重新登上了国际法舞台。

1970 年颁布的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》（下称《国际法原则宣言》）为自决原则提供了最权威、最细致的文义规定，其中第 5 条第 7 款指出“以上各款不得解释为授权或鼓励采取任何行动，局部或全部破坏或损害在行为上符合上述各民族享有平等权及自决权原则并因之具有代表领土内不分种族、信仰或肤色之全体人民之政府之自主独立国家之领土完整或政治统一。”[3]该条款被称为自决原则行使的“保留条款（safeguard clause）”。虽然其本意在于限制自决原则的适用，要求自决原则的行使不损害一国的领土完整或政治统一，然而该条款的后半段，即“因之具有代表领土内不分种族、信仰或肤色之全体人民之政府”被众多国际法学家视作“救济性分离”的法律文本基础。如卡塞斯（Cassese）教授结合“保留条款”的内容，率先详尽地阐述了“救济性分离”理论的基本内容：“当一国政权持续地拒绝某宗教或种族团体参政，并严重（grossly）且系统性地（systematically）地违反该团体的基本人权，而且拒绝在主权国家的框架里提供和平解决争端的可能性时，或会导致该团体有权适用自决权从一国分离”。[4]

卡塞斯教授进一步指出后殖民时期自决原则内容演变为外部自决以及内部自决两方面。外部自决，是一经行使即穷尽的权利，其含义指人民可自由决定其外部政治地位，包括决定建立自主独立国家，或与某一独立国家自由结合或合并。[5]内部自决，是持续性的权利，指人民持续性地享有有代表性的民主政府的权利。[6]通常情况下，人民行使自决权是通过内部自决的方式行使的。只有在例外情况下，人民才可以行使外部自决：第一，人民受到了殖民统治；第二，人民受到了

[1]*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 3 January 1976, 993 UNTS 3, art.1.
[2]*International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 December 1966, 999 UNTS 171. art.1.
[3]*Declaration on the Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States In Accordance With the Charter of the United Nations*[“*Principles of International Law*”], UN Doc A/RES/25/2625, art.5(7).
[4]Antonio Cassese, *International Law*, (New York: Oxford University Press, 2001) at 119-120.
[5]*Reference by the Governor in Council concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada*[“*Reference re Secession of Quebec*”],[1998] 2 SCR 217, ¶126.
[6] Antonio Cassese,*Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, (Cambridge: Cambridge University Press,1995) at 102.

外国军事占领；第三，作为种族团体（racial group）的人民被拒绝平等参政。[1]

加拿大最高法院在“魁北克”案（*Quebec* case）中参考了卡塞斯教授的理论，将自决原则中的内部自决与外部自决联系。其主张当一国人民的内部自决权被其所在国家侵犯时，该国人民可能（may）行使外部自决权从该国分离。[2]尽管该案在国际法学界依然存在很大争议，而且加拿大最高法院并没有明确指出该案参考了“救济性分离”理论，然而该案却极大地丰富了“救济性分离”的内涵。

关于“救济性分离”问题的国家实践集中体现于国际法院的“科索沃”咨询案中。针对科索沃是否有权利宣布单方分离问题，各国发表了自身的意见，其中31个国家的意见中涉及到对“救济性分离”的阐述。11个支持“救济性分离”理论的国家虽然认为该理论业已形成国际法规则的一部分，具有强制的法律效力，然而它们对“救济性分离”的理解却存在较大差异，主要分为三类[3]：

第一，阿尔巴尼亚、德国、荷兰等国认为，当一国人民被严重且持续地拒绝行使内部自决权，并且穷尽了其他方式去改善该情势，该国人民即可行使救济性分离。

第二，爱尔兰、波兰等国认为，当一国人民遭受严重的基本人权侵犯时，该国人民即可行使救济性分离作为最后的救济方式。

第三，俄罗斯、挪威等国认为，当一国人民遭受极端的情势，如遭到母国的暴力性的歧视等，乃至人民的存续受到威胁时，该国人民可行使救济性分离作为最后的救济方式。

结合上述国际文件的内容、国际司法实践、国家实践，笔者总结，所谓“救济性分离”，指当一国政权持续地拒绝人民行使内部自决权，并严重（grossly）且广泛地（massively）侵犯人民的基本人权之时，该国人民穷尽该主权国家框架内的所有合法救济后该情势仍不能得到解决，即可行使外部自决作为最后的救济手段，从该国进行分离（secede）。

二、 “救济性分离”的行使条件

[1]Antonio Cassese, *supra* note16, at 106.
[2]*Reference re Secession of Quebec*, *supra* note17, ¶134-135.
[3]Daniel H. Meester, “*International Court of Justice's Kosovo Case: Assessing the Current State of International Legal Opinion on Remedial Secession*”, (2010) 48 Can. Y.B. Int'l L. 215, at 224.

结合前文所述“救济性分离”的概念，“救济性分离”若要被适用，至少需要符合五个行使条件。而如笔者下一章将论述，由于自决原则与领土完整原则存在一定的竞合，因此笔者又对“救济性分离”的行使条件作出进一步诠释，以求在适用“救济性分离”的情况下能最大限度维护各国的领土完整。

（一）一国人民必须被拒绝行使内部自决权

根据该行使条件，一国人民只能在该国政府不具有民主代表性，乃至发展权受到限制，该国人民不能自由地追求其政治、经济、社会、文化的发展时，救济性分离才可被行使。所谓政府具有民主代表性，并没有限制主权国家的政府必须采取某种特定的政体；只要一国具有真实且定期的（periodic）选举程序以供该国所有人民自由选举其代表，而且人民的代表能通过合理且公开的表决程序表达人民的真实意愿[1]，即可认为一国人民的内部自决权得到充分行使。相反，假如一国政府的组织形式并非以平等与非歧视为基础[2]，甚至该国选举程序名存实亡，那么该国即可能被认定为拒绝其人民行使内部自决权。[3]

（二）一国人民行使救济性分离应符合对外部自决权行使的限制

由于“救济性分离”的国际法基础在于人民自决权，因此人民行使“救济性分离”应符合对外部自决权的行使范围的限制。

首先应明确，人民人口的一部分可以作为外部自决的行使主体。一方面，加拿大最高法院在“魁北克”案中指出，国际文件上提及到自决权时用词为“人民（people）”，而非“国家（states）”或“民族（nation）”，可证明“人民”并不必然等同于一个国家的所有人口；一国人口的一部分亦可作为“人民”持有自决权。[4]另一方面，尽管自决权权利主体为“所有人”，并不代表国家中的个人即可

[1]*Respect for the principles of national sovereignty anddiversity of democratic systems in electoral processes asan important element for the promotion and protectionof human rights*, UN Doc A/RES/60/164, art.3, 7.
[2]*Reference re Secession of Quebec*, *supra* note17, ¶130.
[3]Evan M. Brewer, “*To Break Free from Tyranny and Oppression Proposing a Model for a Remedial Right to Secession in the Wake of the Kosovo Advisory Opinion*”, (2012) 45 Vand. J. Transnat'l L. 245, at 281-282.
[4]*Reference re Secession of Quebec*, *supra* note17, ¶124.

构成自决权的行使主体。在 *Mikmaq Tribal Society v. Canada* 案[1]中，人权委员会指出两人权公约第一条所称的自决权属于集体人权，因此 *Mikmaq* 部落中的个体们（individuals）不可基于第一条宣称他们的自决权遭到违反。[2]换言之，自决权尽管不要求国家所有人民作为整体行使权利，然而其仍然属于一项集体权利。

因此，笔者认为“救济性分离”下“人民”的构成包括主客观两方面，若人民人口的一部分（即人民团体）在主客观方面达到统一，才可作为“人民”行使自决权：在客观方面，人民团体的成员应具有相似的种族背景、民族、语言、信仰、历史和文化传承，并对他们所主张的领土区域享有权利；在主观方面，人民团体的成员应自发地认为他们可在集体上形成一个有别于其他人民团体的实体，并且有能力成立一个独立有效（viable）的政权组织。[3]

其次,“救济性分离”下，必须是作为种族团体（racial group）的人民被拒绝平等参政；在现国际法框架下，一个国家的所有民族团体（ethnic groups）或各类国籍、宗教、文化、语言少数者（minorities）均不得行使“救济性分离”。[4]

（三）一国违反基本人权的程度必须是严重且广泛的

之所以对违反人权的程度作限制，原因在于，世界各国以及国际法学界对于“基本人权”的内容并不存在明确的共识，乃至各国国内对于人权保护的程度都存在极大的差异；换言之，从不同的标准看，各国或多或少都具有违反人权之嫌。如果不对违反的程度作出限制，极容易导致一国人民随意主张该国违反人权而行使“救济性分离”从该国脱离，损害主权国家的领土完整。为了在保护人权的基础上尊重一国的主权利益，需要严格限制“救济性分离”下违反人权的程度。

对于程度的严重性而言，特林达迪（Trindade）法官在“科索沃”咨询案的独立意见中指出下列行为或同等严重程度的行为可认定为严重地违反一国人民基本人权：大规模屠杀、虐待、强迫失踪（force disappearance of persons）、种族清洗、系统性的歧视等。[5]结合特林达迪法官的理解，笔者认为对于严重性标准，可参考另一个国际法上同样存在争议的“人道主义干涉”下“国家保护责任

[1]*Mikmaq Tribal Society v. Canada*, UNDoc A/39/40, at 200.
[2]Joshua Dilk, “*Reevaluating Self-Determination in a Post-Colonial World*”, (2010) 16 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 289, at 296.
[3] Milena Sterio, *supra* note 10, at 142.
[4]*Kosovo* case,*supra* note 2,Dissenting Opinion of Judge Koroma, [2010] ICJ Rep 403, ¶4.
[5]*Kosovo* case,*supra*note 2, Separate Opinion of Judge Cancado Trindade, [2010] ICJ Rep 403, ¶205.

（responsibility to protect）”的标准。“国家保护责任”初时提出即是为了限制“人道主义干涉”的适用，保护一国内政与主权一般情况下不受干涉，因此对于“救济性分离”具有极大的参考意义。[1]笔者主张，在现国际法框架下，仅当一国国民遭受如种族灭绝罪（genocide）、危害人类罪（crimes against humanity）、战争罪（war crimes）、种族清洗（ethnic cleansing）等严重暴力的人权犯罪时[2]，该国人民才可能行使“救济性分离”。

对于程度的广泛性而言，一方面，侵犯人权的行为应是针对某一团体的所有人民，而非针对特殊个体而言；另一方面，该侵犯人权的行为应为持续性的，至少持续至人民行使“救济性分离”的时刻。若人民行使“救济性分离”时一国已经停止了人权侵害行为，并且对该国国内的人权状况作出改善，那么“救济性分离”即失去了行使的基础。

（四）一国人民必须穷尽了主权国家的所有合法救济

所谓“穷尽主权国家合法救济”，指一国人民必须先依照该国国内法的规定，穷尽该国国内一切的司法或行政补救措施。该行使条件是“救济性分离”作为“最后救济”的必然要求。

参照“外交保护”下“用尽当地救济”存在例外情况[3]，笔者认为，对于“救济性分离”而言，穷尽主权国家合法救济亦存在例外：其一，主权国家并不存在相应的合法救济；其二，主权国家的合法救济并不能有效改善该国人民的基本人权状况；其三，救济过程受到主权国家不正当的拖延。

另外，尽管国际法上存在如“个人来文制度”等维护各国人权的国际法制度，然而笔者认为不应将一国人民穷尽国际法救济作为其行使“救济性分离”的前置条件。一方面，要求一国人民在遭受主权国家严重的人权侵害时向人权事务委员会等国际人权机构求助，缺乏现实可行性；另一方面，现国际法框架下并不存在任何人权机构，能对主权国家作出有法律拘束力的决定或意见，有效解决一国国内人权问题。因而笔者主张一国人民仅需穷尽主权国家国内的所有合法救济即可

[1]关于“人道主义干涉”与“救济性分离”的可类比性，参见：Christian Tomuschat, “Secession and Self-determination”, in *Secession: international law perspectives* (Marcelo G. Kohen eds.), (New York: Cambridge University Press, 2006), at 41-42.

[2] Ingo Winkelmann, “Responsibility to Protect”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Rüdiger Wolfrum eds.), (Heidelberg: Max-Planck-Institute, 2010), ¶13.

[3]参见白桂梅，《国际法（第二版）》，北京：北京大学出版社，2010 年版，第 264 页.

行使“救济性分离”。

（五）一国人民行使外部自决进行分离的目的必须是为了改善自身的人权状况

该行使条件是“救济性分离”作为“救济”的必然要求。一国人民从母国分离，诚然会使母国侵犯人权的行为触犯国际法而受到国际社会的禁止；然而，母国亦同时免除了对分离实体人民的其他人权的保障义务，其结果，或会使分离实体的人民人权状况进一步恶化。因此，一国人民行使“救济性分离”前必须有切实可行的措施保障分离后的人权状况得到改善。若一国人民仅将“救济性分离”作为督促主权国家停止人权侵害、改善人权状况的手段，则即使该国人民行使“救济性分离”，该分离行为亦并不具有效力。

三、 “救济性分离”在当今国际法上的地位

对于“救济性分离”的国际法地位，笔者认为，在当今国际法框架下，“救济性分离”并不属于有拘束力的国际法规则。下文笔者将结合一系列的国家实践、国际司法实践及国际法律文件对“救济性分离”在当今的国际法地位进行论述。

（一）当今国际法框架下不承认“分离权”

根据前文笔者对“分离”一词的定义，仅当分离实体取得国家地位的时候，分离作为一个过程始乃成功终结。国际法学界在讨论“分离”问题时，一般会引入“分离权”的概念。布查南（Buchanan）教授指出，若人民拥有“分离权”，则不仅其具有采取分离行为的自由，更指包括分离母国在内的其他所有国家都承担不干涉人民分离进程的义务。[1]

在此，笔者将国际法上的“分离权”定义为分离实体从一国进行单方分离的权利。若“救济性分离”作为分离权存在，则分离实体可取得国家地位，分离即成功；否则即使行使“救济性分离”，分离实体的法律地位仍将处于不确定的状

[1]Allen Buchanan, “The Quebec Secession Issue”, in *Secession and Self-determination* (Stephen Macedo, Allen Buchanan eds.), (New York: New York University Press, 2003) at 258.

态，分离的效力待定。[1]

那么在目前国际法框架下，是否存在分离权？一方面，加拿大最高法院在“魁北克”案中即指出“代表法庭之友（*amicus curiae*）以及加拿大总检察长（the Attorney General of Canada）的专家发表意见，承认国际法并没有赋予一个国家的组成部分确切的法律权利以单方地从它们的母国分离”。[2]另一方面，该案的专家意见亦指出，自决权与分离权是相互区分的概念，并不存在实在国际法（positive law）能从自决权中推导出分离权的存在。[3]换言之，国际法并没有所谓的“分离权”存在。然而，国际法院在 2010 年“科索沃”咨询案中亦明确主张国际法没有确切的规则禁止一个地区单方宣布从一个国家分离[4]，似乎与加拿大最高法院的意见相互矛盾。

事实上，在“科索沃”咨询案中，国际法院巧妙地回避了科索沃分离相关的实体性问题。[5]国际法院在该案指出，“（联合国大会提出的）问题是狭隘而准确的，其仅咨询国际法院对于科索沃单方宣布独立的行为是否符合国际法。其并没有问及到（科索沃）宣布独立行为所导致的结果。进一步而言，它既没有问及科索沃是否已经取得国家地位，也没有问及各国对科索沃的承认是否有效或具有何种法律效力。”[6]单方宣布分离并不必然导致分离的成功，因此单方宣布分离不违反国际法与分离权不存在并不冲突，换言之，国际法院在“科索沃”咨询案的意见并没有与加拿大最高法院“魁北克”案中的意见相左。

综上，当今国际法框架下并不承认“分离权”,即使一国人民行使“救济性分离”亦并不能使分离实体取得国家地位，“救济性分离”并不具有国际法效力。

（二）领土完整原则排除“救济性分离”的适用

国家领土完整原则是国际法上最为重要的原则之一，其受到了一系列规则的明文保护。然而，该原则与人民自决原则存在冲突。由于“救济性分离”是以人

[1]John Dugard and David Raič, “The Role of Recognition in the Law and Practice of Secession”, in *Secession: international law perspectives* (Marcelo G. Kohen eds.), (New York: Cambridge University Press, 2006), at 134.
[2]*Reference re Secession of Quebec*, *supra* note17, ¶111.
[3]T.M Frank, R. Higgins, A. Pellet, M. N. Shaw and C. Tomuschat, “The Territorial Integrity of Quebec in the Event of the Attainment of Sovereignty”, in *Self-determination in International Law: Quebec and Lessons Learned* (Anne Bayefsky eds.), (The Hague: Kluwer Law International, 2000), at 284.
[4]*Kosovo* case,*supra*note 2, Advisory Opinion, [2010] ICJ Rep 403, ¶84.
[5]Brad R. Roth, “*New Developments in Public International Law: Statehood, Self-Determination, and Secession*”, (2011) 6 NTU L. Rev. 639, at 657.
[6]*Kosovo* case,*supra*note 2, Advisory Opinion, [2010] ICJ Rep 403, ¶51.

民自决原则为基础的，若领土完整原则的效力高于人民自决原则，则“救济性分离”即为领土完整原则所排除适用。进一步而言，人民自决原则与保持占有原则（*uti possidetis juris*）[1]存在一定的冲突。

事实上，有一系列国际文件都注意到自决原则或会与领土完整原则相冲突，因此，它们都在规定自决权的相关条文中拟定了“保留条款”。如《国际法原则宣言》[2]、《维也纳人权宣言》[3]、《联合国五十周年纪念宣言》[4]，在确定了人民拥有自决权自由决定他们的政治、经济、社会、文化事项后，均强调人民自决权“……不得解释为授权或鼓励采取任何行动，局部或全部破坏或损害在行为上符合上述各民族享有平等权及自决权原则并因之具有代表领土内不分……之全体人民之政府之自主独立国家之领土完整或政治统一。”

类似而言，1975年《赫尔辛基最后文件》在提及到人民有权决定他们的“内部以及外部政治地位”后，即马上补充道人民自决权的行使“……在任何时候都应该符合联合国宪章的目的与原则，以及国际法的相关规则，包括那些关于国家领土完整的规定”[5]。在《1986年维也纳关于欧洲安全与合作会议的结论性文件》的原则五中，记载到：“任何行为或情形违反国家领土完整原则的，都不能被参与国承认为是合法的。”[6]

除了上述国际文件外，一系列国际法司法实践以及国家实践亦支持上述观点。如欧洲南斯拉夫会议的仲裁委员会在其第2号意见中指出“一个确立的规则就是，无论如何，自决权都不能涉及对独立时既有边界的变更（保持占有原则），除非有关国家另有协议”。[7]再如，在“科索沃”咨询案中，巴西、利比亚、委内瑞拉发表意见认为尽管“救济性分离”的效力在国际法并未明确，但是一国的领土主权以及领土完整原则的至高性应该得到尊重[8]；而中国、阿根廷、埃及、伊朗、西班牙等国发表意见认为领土主权以及领土完整原则排除了“救济性分离”的适用。[9]克劳福德（Crawford）教授指出，“自从1945年以来，没有任何一个通过

[1]“保持占有原则”的内容可参见：*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, [1986] ICJ Rep 554, at 566.
[2]*Principles of International Law*,*supra* note 15, art.5(7).
[3]*Vienna Declaration and Programme of Action*,UN Doc A/CONF.157/24, art.2.
[4]*Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, UN Doc A/RES/50/6, art.1.
[5]*Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe*, 1 August 1975, 14 I.L.M. 1292, art.8(1).
[6]*ConcludingDocument of the Vienna Meeting 1986 of Representatives of the Participating States of the Conference on Security and Co-operation in Europe*, 19 January 1989,Principle.5.
[7] Yugoslavia Peace Conference, *Arbitration Commission, Opinions NO.2(Right to self-determination of Serbs in Croatia andBosnia-Herzegovina)*, [1992] 92 ILR 167, at 167-168.
[8]Daniel H. Meester, *supra* note 21, at 238.
[9]*Ibid.*, at 238-243.

行使单方分离而建立的国家在分离母国反对的情况下被允许加入联合国”[1]，亦可以一定程度上反映联合国大会各国对于他国领土完整的尊重以及对单方分离持不认同的态度。

从上述国际法律文件以及国家实践可以得知，国家的领土完整原则效力高于人民自决原则，人民自决权应在既存主权国家的框架内行使，并且其行使不得违反国家的领土完整，在两者发生竞合时，领土完整优先得到尊重。

帕累特（Pellet）教授对上述观点持相反意见，他主张由于分离实体不是国际法的主体，因此领土完整原则不能调整一国及其人民因分离所产生的关系。[2]然而科恩教授指出，根据国际司法实践所显示的趋势，领土完整原则已被认为可排除涉及武力手段的分离运动的合法性[3]；而且，笔者认为，分离实体在国际法上存在特殊性，既然“叛乱团体”被承认为国际法的主体之一，分离实体亦应受到国际法的约束；况且，克劳福德教授指出，即使承认分离实体不属于国际法主体，领土完整原则仍然不改其保护主权国家领土利益的本质，主权国家据此有权排除对其领土完整构成侵害的任何挑战（challenge），无论该挑战是来自内部的（如分离）还是外部的。[4]

综上，领土完整原则排除“救济性分离”的适用。

（三）“救济性分离”不属于现行有效的国际法规范

1. “救济性分离”不属于条约法规则

尽管《国际法原则宣言》对自决原则作出了详细的规定，而且其第 5 条第 7 款这一“保留条款”被视为“救济性分离”的法律文本基础，更有学者指出该宣言具有解释联合国宪章和宣布现存国际法原则的双重作用。[5]然而，根据《国际法院规约》第 38 条的规定，联合国大会的宣言并不属于条约法。除此条款之外，无任何国际条约与文件明确提及到“救济性分离”此一概念，反映出“救济性分

[1]James Crawford, *the Creation of States in International Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006) at 390.
[2]Alain Pellet, “Legal Opinion on Certain Questions of International Law Raised by the Reference”, in *Self-determination in International Law: Quebec and Lessons Learned* (Anne Bayefsky eds.), (The Hague: Kluwer Law International, 2000), at 98.
[3]Marcelo G. Kohen, *supra* note 3, at 7-8.
[4]James Crawford, “Response to Experts Reports of the *Amicus Curiae*”, in *Self-determination in International Law: Quebec and Lessons Learned* (Anne Bayefsky eds.), (The Hague: Kluwer Law International, 2000), at 158
[5]参见白桂梅，《国际法上的自决》，北京：中国华侨出版社，1999 年版，第 33 页.

离”并不属于业已确立的条约法规则。

退一步而言，“保留条款”不构成“救济性分离”的法律文本基础。霍洛维茨（Horowitz）教授指出，结合《国际法原则宣言》制定的历史背景，宣言通过前各国的谈判情况，以及第 5 条关于自决原则中其他相关条款的文义，“保留条款”并不存在支持“救济性分离”的意思。[1]

再者，由于“救济性分离”作为自决原则在后殖民时期的最新发展，即使学者主张“保留条款”对“救济性分离”作了规定，不同学者对《国际法原则宣言》“救济性分离”的内涵以及行使条件的理解和解释都存在极大差异。因此，从法律技术上而言，“救济性分离”的法律文本并不具有现实规范性，现国际法下亦没有相应且明确的机制与规则去规范其行使方式。例如，尽管人民的外部自决权或可通过和平的“全民公决（plebiscite）”方式进行行使，且我国大多数学者亦认为全民公决的条件包含有合法正当的理由、独立自由的人民意志表达以及联合国的监督三方面[2]，然而“全民公决”却不一定能保证该进程即可时刻反映出人民对于分离问题的真实意愿[3]，换言之，“救济性分离”的行使或会与人民的真实意愿相悖。综上，“救济性分离”目前并不具有成为条约法规则，甚至国际法律规范的特质。

2. “救济性分离”不构成国际习惯法

国际习惯法的形成有两个构成要素，其一为存在反复的和前后一致的国家实践；其二为存在法律确信（*opinio juris*），即各国之间存在一种共同信念，认为有关实践具有强制性，受国际法的支配。

就国家实践要素而言，近年来关于“救济性分离”的国家实践集中体现于“科索沃”咨询案中，其中 36 个国家向国际法院提交了“关于科索沃单方宣布分离是否符合国际法”的意见，仅仅只有 11 个国家承认“救济性分离”是国际法中业已建立的规则。[4]而且如前文所述，11 个国家对于“救济性分离”的理解，各不相同，显示出各国就“救济性分离”的国家实践并不存在一致性。同样，就法

[1]Donald L. Horowitz, “A Right to Secede?”, in *Secession and Self-determination* (Stephen Macedo, Allen Buchanan eds.), (New York: New York University Press, 2003) at 61-65.
[2]参见王英津：《自决权理论与公民投票》，北京：九州出版社，2007 年，第 221 页.
[3]Stanislav V. Chernichenko and Vladimir S. Kotliar, “Ongoing Global Legal Debate on Self-determination and Secession: Main Trends”, in *Secession and International Law* (Julie Dahlitz eds.), (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003) at 79.
[4]Daniel H. Meester, *supra* note 21, at 224.

律确信要素而言，“科索沃”咨询案中，国际法院认为并没有必要讨论“救济性分离”的效力[1]，而且除了 5 个国家提出的意见完全无涉及到“救济性分离”的相关问题，剩余 25 个国家提出的意见皆不认同“救济性分离”已成为国际法中现行有效的习惯法规则[2]，表明国际法院以及各国都在该问题上认为“救济性分离”并未形成法律确信。

综上，“救济性分离”不构成国际习惯法。

3. “救济性分离”不构成国际法的一般法律原则

尽管自决原则已被当今国际法承认为一般法律原则，然而“救济性分离”与自决原则是内涵与外延完全不同的两个概念。在当今国际法中，“救济性分离”作为自决原则在后殖民时期的最新理论发展，难以在短时间内上升为国际社会所普遍公认的一般法律原则。

四、 “救济性分离”理论的缺陷及其影响

根据《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 d 项的规定，司法判例以及各国权威之公法学家学说可作为确定法律原则之辅助材料[3]，结合加拿大最高法院于“魁北克”案所发表的意见以及众多权威公法学家的理论，“救济性分离”在未来有可能被视作自决原则内容的一部分而为国际司法实践所适用。因此，尽管“救济性分离”不属于现行有效的国际法规范，然而作为迅速发展中的理论而言，“救济性分离”仍然亟需引起我们重视。

（一）“救济性分离”理论的缺陷

如前所述，当今国际法框架下，领土完整原则效力优于自决原则，因此排除了“救济性分离”的适用。根据领土主权原则的要求，人民的外部自决权只能通过一国国内法所规定的方式行使。若一国国内法对人民外部自决权行使的门槛设定非常高乃至不可能达成时，领土完整原则事实上会排除人民自决权的行使。这种推论可能会导致不公平的情况出现，因此国际法学界小部分学者开始提出自决

[1] *Kosovo* case,*supra* note 2, Advisory Opinion, [2010] ICJ Rep 403, ¶82-83.
[2] Daniel H. Meester, *supra* note 21, at 224-225.
[3] *Statute of the International Court of Justice*, 24 October 1945, art.38(1)d.

原则在例外情况下可优于领土完整原则适用。如瓦布里克（Warbrick）教授指出[1]，当一国人民的分离意愿极其强烈乃至构成对国际和平的威胁时，联合国安全理事会此时则认为分离的效力高于对一国领土主权的保护。[2]特林达迪法官亦在“科索沃”咨询案的独立意见中指出，一国仅在其行为符合国际法且该国人民没有遭受该国非人道的对待时，才有权宣称自己的领土完整应得到尊重。[3]

赞成“救济性分离”理论的学者理由大致有以下两点：

其一，上述理论为自决原则下的外部自决与内部自决构建了联系，使得两个概念不会相互割裂，发展并充实了自决原则的内容。若摒除“救济性分离”理论，外部自决在后殖民主义时期基本不存在适用的空间，而内部自决亦会因其被国家侵犯时缺乏相应的救济而使其内容被架空。承认“救济性分离”理论，可赋予自决原则在当今国际法框架下以新的内涵，从而延续其生命力。

其二，内部自决权具有集体人权的性质。随着全球一体化进程的加深，国家间的主权界限日益模糊，而对人权保护的要求却逐渐提高。因此，将外部自决权作为内部自决权遭受侵犯的救济之一，赋予一国人民自我保护的途径，客观上可敦促主权国家实行善治，改善国际社会的人权状况。

诚然，“救济性分离”理论的提出有利于自决原则的发展，然而，“救济性分离”理论并不具有合理性，主要原因在于人民自决原则在《联合国宪章》第 1 条第 2 款的文义下，其行使应有助于发展国家间的友好关系，增强世界和平[4]；相反，分离行为会破坏国际社会的稳定，甚至对国际人权的保护起到阻碍作用。

首先，“救济性分离”不利于国际关系的稳定以及世界和平。由于分离实体基于民族、语言差异等实体性原因从一国分离，导致国际社会上主权国家数量日益增多，因此国际关系或会呈现无限碎片化，不利于国家间的合作以及国际关系的稳定。[5]而且，一国构成部分若被允许从该国分离，此分离的先例将会激起国家分裂的趋势，乃至难以受到主权国家控制。[6]无论该趋势会导致主权国家国内的动乱，还是会为他国提供所谓“人道主义干涉”的借口，皆不利于世界的和平。

---

[1] Colin Warbrick, “States and Recognition in International Law”, in *International Law* (Malcolm D. Evans eds.), 2nd ed., (New York: Oxford University Press, 2006) at 227.
[2] See e.g. *Iraq*, 5 April 1991, UN Doc SC/RES/688; *Yugoslavia (Kosovo)*, 10 June 1999, UN Doc SC/RES/1244.
[3] *Kosovo* case,*supra* note 2, Separate Opinion of Judge Cancado Trindade, [2010] ICJ Rep 403, ¶208.
[4] 参见许光建，《联合国宪章诠释》，山西：山西教育出版社，1999 年，第 21 页.
[5] Christian Tomuschat, *supra* note 31, at 29.
[6] Daniel Thürer and Thomas Burri, “Secession”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Rüdiger Wolfrum eds.), (Heidelberg: Max-Planck-Institute, 2010), ¶10.

其次，“救济性分离”不利于一国民族多元民主化的发展。若“救济性分离”理论被国际法学界所认可，或会导致民族统一主义者（irredentist）故意压迫其他民族，迫使其他民族从该国分离，达到民族独裁的目的。此举固然可能减少某一统一民族国家国内的矛盾，但是却会使得国际政治局势以及国际区域和平状况更加紧张。正确的做法应是摒弃“救济性分离”的理论，促进各国民族多元化，使国际社会上不存在任何一个民族在一国处于绝对统治地位。[1]

再者，分离不是解决一国国内民族问题的最佳方式，原因在于即使作为一国的“少数者”行使人民自决权从一国分离，该分离实体亦难以保证是统一的民族。换言之，在一国“多数者”转变为分离实体的“少数者”情况下，很可能仍然因为民族问题而导致前“多数者”在分离实体内部自决权的行使受阻[2]，甚至促成更小规模的分离。因此，分离只是将争端推到一个更小的规模，而并没有从根本上解决一国国内的民族问题。[3]有学者提出，针对“救济性分离”欲解决的情势而言，一国人民通过抗争从而迫使主权国家恢复人权状况，或者国际社会通过经济及政治制裁督促他国停止人权侵害可能更为合理。[4]

鉴于以上阐述“救济性分离”理论存在难以克服的缺陷，即使“救济性分离”理论得到国际法学界的认可，为了在尊重各国人民自决权的基础上不损害各国的领土完整，笔者主张，应进一步对“救济性分离”的适用条件进行限缩。笔者在上文论述“救济性分离”的行使条件，即是对“救济性分离”适用条件进行限制的尝试。

经过严格适用条件限制下的“救济性分离”理论，仅可作为“最后救济”而被一国人民所行使，是人民人权保护的底线；如果通过其他所有途径皆无法使人权得以保护，那么或许采取分离可以对改善人权状况起到积极的作用。王英津教授即指出，经严格适用条件限制下的“救济性分离”要求以“遭遇严重不公正待遇”作为分离正当性的条件，在反映分离背后种族冲突的现实的同时，充分表现出对分离建国行为的限制和慎重，以及对各国领土完整的尊重。[5]

---

[1]Donald L. Horowitz, *supra* note 55, at 55-56.

[2] Dinah Shelton, “Self-determination and Secession: the Jurisprudence of International Human Rights Tribunals”, in *Secession and International Law* (Julie Dahlitz eds.), (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003) at 66.

[3] Daniel Thürer and Thomas Burri, “Secession”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Rüdiger Wolfrum eds.), (Heidelberg: Max-Planck-Institute, 2010), ¶12.

[4] Ioana Cismas, *supra* note 4, at 547.

[5]参见王英津：《有关“分离权”问题的法理分析》，载《世界经济与政治》2011 年第 12 期，第 31 页.

（二）“救济性分离”理论对未来国际法之影响

其一，就“救济性分离”的内涵而言，前文所论述“救济性分离”的概念以及行使条件，仅代表笔者认为在当今国际法框架下“救济性分离”的应有之义，实际上其内涵仍在不断演变中。在目前，随着世界人权保护的加强，“救济性分离”的适用标准或会有所降低。有学者提出外部自决权的行使范围应进一步扩大，乃至宗教、民族、语言等“少数者”在被拒绝行使内部自决时亦可运用外部自决权从一国分离[1]，反映了“救济性分离”理论其中一种激进且值得我们警惕的发展方向，表现出“救济性分离”理论对自决原则内容的发展以及国家主权原则的冲击。

其二，就“救济性分离”的适用结果而言，如前文所述，现国际法学界已明确国际法不存在“分离权”，即使未来“救济性分离”能得以适用，其适用的结果亦不得而知。主要原因在于，“救济性分离”的国际法基础在于自决原则，对于自决原则与国家地位的关系，国际法学界仍未有形成定论。

肖（Shaw）教授总结到，（在分离问题上）外部自决的行使以及人民意愿的自由表达或会对传统国家地位形成条件之一的政府有效性标准起降低作用，自决原则甚至或会构成国家地位形成的额外条件。[2]瓦布里克教授指出，人民通过行使自决权所表达的自由意愿构成国家取得国家地位的必要条件，而非充分条件；换言之，若分离实体的人民并无表达分离并构建新国家的意愿，那么分离实体即不可取得国家地位从母国分离。[3]当然，该主张仅为学界的观点，现国际社会下缺乏相应的国家实践进行支撑。[4]但此主张体现了“救济性分离”对国家地位形成的影响。

笔者认为，在当今国际法学界普遍认可“分离”是事实而非法律[5]，且对“救济性分离”并未形成统一认识的情况下，分析分离行为结果的法律效力时，通过

---

[1] Joshua Dilk, *supra* note 27, at 308. *See also* Diane F. Orentlicher, “International Responses to Separatist Claims”, in *Secession and Self-determination* (Stephen Macedo, Allen Buchanan eds.), (New York: New York University Press, 2003) at 25.

[2]Malcolm N. Shaw, *supra* note7, at 205-206. *See also* James Crawford, *supra* note 50, at 128.

[3] Colin Warbrick, *supra* note 62, at 228.

[4] James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012) at 243.

[5]Rosalyn Higgins, “Self-determination and Secession”, in *Secession and International Law* (Julie Dahlitz eds.), (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003) at 37.

传统的“主张——有效控制——国家承认”的框架[1]，并结合《蒙特维多国家权利义务公约》所确立的国家地位的四个要素（即定居的人口、固定的领土、政府及与他国建立关系的能力）[2]，去考量分离实体是否获得国家地位，进而确定“救济性分离”的适用结果更为合理。

结语

虽然目前“救济性分离”的内涵较为模糊，可预见其短时间内不可能构成国际法律规范，但是，现今国际法学界对“救济性分离”理论的讨论以及诠释已显示出其作为自决原则在后殖民时期最新理论发展正在不断演变、发酵。

“救济性分离”理论将自决原则下内部自决与外部自决相联系，并使得各国在对本国国民的人权保护上承担了更大的责任，对于国际人权的维护起到一定的积极作用；然而同时，“救济性分离”的适用却非常有可能以损害一国的领土主权与领土完整为代价。

因此，我国应重视“救济性分离”理论的发展趋势，进一步加深对“救济性分离”问题的研究，做到有备无患，杜绝分裂分子未来非法适用“救济性分离”理论主张从祖国分离出去的可能性。同时，我国在全面推进依法治国的新形势之下，应进一步加强法治社会的建设，并且一如既往地采取以平等、团结、共同繁荣为内容的民族关系处理原则，从而铲除分离思想在我国滋生、繁衍的土壤，维护我国的领土完整。

[1]Malcolm N. Shaw, *supra* note7, at 523.
[2]*The Montevideo Convention on Rights and Duties of States*, 26 December 1933, 165 LNTS 19, art.1.

论冲绳海槽在东海大陆架划界中的意义

——以自然地理特征为视角

林曦

（西南政法大学 重庆 401120）

摘　要：在中日东海大陆架的划界问题上，日本坚持打破大陆架自然延伸的状态，极力主张等距离中间线原则。本文将以自然地理特征为视角，考虑东海海底地质地貌的因素，论证冲绳海槽才是中日大陆架的天然界线。以及引用他国间大陆架争议的案例，论证中日在大陆架划界中应遵守“公平原则”的正确性，而遵守“公平原则”划界就是把“自然延伸”原则作为大陆架划界的主要考虑因素。

关键字：东海划界； 冲绳海槽； 自然延伸；中间线

在东海大陆架划界问题上，我国认为冲绳海槽是中日大陆架的分界线，主张直到冲绳海槽构成领土自然延伸的全部大陆架的权利。日本则认为冲绳海槽只是东海大陆架上的一个偶然凹陷，不应以此作为中国和日本大陆架的分界线。而应该适用“等距离中间线”划界原则。[1]由此可以看出，对冲绳海槽的地位的认知分歧，是中日大陆架争端的一个核心问题。按照自然地理学的观点，冲绳海槽是中日大陆架的天然界线，这对于驳斥日本方面的不合理主张，维护中国在东海大陆架的权利非常必要。

一、东海大陆架是中国大陆在水下的延伸

（一）东海大陆架的地形地貌特征

东海海底主要由两大地形区组成。西部是宽阔的大陆架浅水区，东部是狭长的海槽深水区。地势由西北向东南呈阶梯状倾斜。这与我国大陆西高东低，呈阶梯状的地势特征相吻合。说明东海海底与我国大陆在地势特征上是一脉相承的，是我国大陆在海底的延续。

东海大陆架水深由西北至东南逐步加深，但变化不大（图 1）。最大水深 188m，平均水深 78.4m。在大陆架最宽处，水深也只有 185m，整个大陆架为一块完整坦荡的缓坡。在大陆架的东南部边缘水深急剧加大，等高线由稀疏变得密集，地形突然变陡，进入冲绳海槽。据实测资料，冲绳海槽最大水深

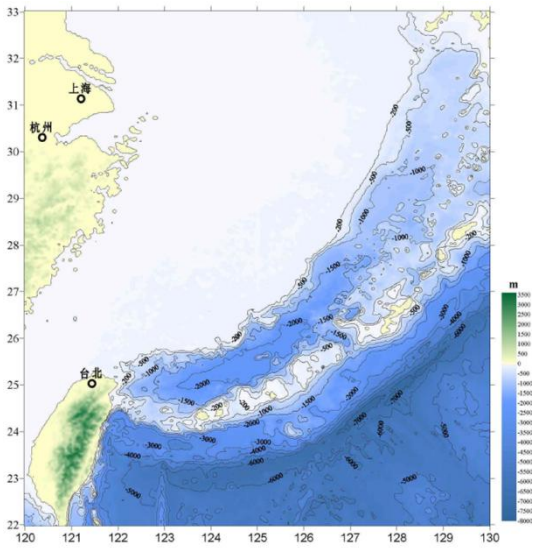


图 1 冲绳海槽及邻区海底地形图

作者简介:林曦（1989-),女,四川宜宾人,西南政法大学国际法学院硕士研究生,本科为地理科学专业.

[1] 所谓“等距离中间线”原则是,日本在 1996 年 6 月颁布的《关于排他性经济水域及大陆架的法律》（1996 年,法律第 75 号文件）规定,在国家间海岸相邻或相向时,从基线开始测量出的最近距离为 200 海里的所有点所构成的线段超过了从基线起测定的中间线(即与双方国家基线等距离的线)时,其超过部分以中间线为准(或以我国与外国协商一致的取代中间线的线为准).

2334m 与东海大陆架水深差异极大。[1]

东海大陆架的范围北起长江口北岸启东咀-济州岛西南端一线，南至广东南澳岛-台湾南端的鹅銮鼻一线，面积 51.2 万平方千米，占东海总面积 67.6%。海底平坦开阔，平均宽度 415km，平均坡度 0°01′ 07″ 。[2]

东海大陆架是一个微向海洋倾斜的平面，由东海陆架盆地和其两侧相邻的浙闽隆褶带海中部分以及陆架边缘隆褶带几个地形区组成。东海陆架盆地实际上是一个规模巨大的沉积盆地，沉积地貌显著。东海陆架盆地的沉积地貌是有地球的外营力与内营力共同塑造而成的。中新世晚期，东海陆架盆地深受内营力的影响，褶皱、抬升、沉降。新世～早更新世时期，陆架边缘隆褶带形成。这样就形成了东海大陆架的基本地形框架。同时，由于海进海退以及河流冲积等外力作用，以及陆架边缘褶皱带的阻挡截留，来自中国大陆的剥蚀碎屑把其填平。因此形成了巨厚的沉积岩体，奠定了大陆架区油气贮藏的物质基础。（表 1）

表 1　海域主要盆地沉积岩体积表

Table　Volumes of sedimentary rocks in the major basins of the sea areas.

盆地名称	渤海	南黄海	北黄海	东海	珠江口	琼东南	莺歌海	北部湾
沉积岩体积(万km^3)	12	5.8	1.5	80	34.7	17	4.6	3.8

至此，从中国大陆沿海平原到陆架边缘的广大区域成为一个一望无际、平坦开阔的整体大平原。[3]

根据成因—形态结合法，东海大陆架分为 13 种地貌类型，主要有水下岸坡、堆积台地、现代水下三角洲、古三角洲、河口湾堆积平原、陆架堆积平原、环流堆积平原、古湖沼洼地、陆架侵蚀—堆积平原、古滨岸潮流沙脊群、古河口湾潮流沙脊群、构造—侵蚀洼地、古浅滩，总体起伏和缓。值得一提的是，经勘探，在东海大陆架上发现有古河道遗迹。这是东海大陆架一个独特的地貌特征。它们主要来自中国大陆，是由不同低海面时期的河道塑造而成，绝大多数为埋藏古河道。[4]古河道遗迹的形成与海进海退作用密不可分。海进过程中大陆架被海水淹没与海洋连城一片，而海退过程中大陆架又露出水面，成为我国大陆的一部分。这里笔者主要讨论海进海退对东海大陆架上的古长江遗迹形成的影响。距今 2.5～1.5 万年为末次冰期晚期的盛期，东海外陆架平原随着海面下降而出露海面，古长江随海面下降、岸线东迁而向东延伸，并越过陆架边缘注入冲绳海槽。在陆架的北部，古长江也曾流经南黄海陆架，转道黄海槽南段进入东海北部陆架洼地，并流入冲绳海槽。由于低海面时古长江等河系在大陆架上的活动，在整个外大陆架由北到南的广阔区域内，都留下了大量以古长江为代表的古河道遗迹，经后期沉积覆盖后成为埋藏古河道。[5]足以可见，东海大陆架的形成，深受我国陆地上的大江大河冲积沉积作用的影响。

综上，东海大陆架地貌发育与中国大陆地貌的形成有过渡性和继承性，尤其在海进海退过程中深受中国大陆的影响，大陆架地貌与中国大陆地貌的形成是一体的。

---

[1] Gao, J. M., Li,G.S.,Sun,J.S.,Geomorphic characteristics of Okinawa Trough.*Marine Geology &Quaternary Geology.*1987,(1):52-58

[2]Zhang,H.S.,Chen,Q.,Sun,J.S.,3D Detection of Underground Pipelines Using Magnetic and Gravity Field Measurements. *Shanghai Land & Resources.*2013,(1):46-52.

[3] 国家海洋局第一海洋研究所,第二海洋研究所.东海海区海洋地质综合调查报告.1978.第一海洋地质调查大队.东海西湖凹陷中南部区域工程地质调查报告.1990.第一海洋地质调查大队.东海西湖凹陷中北部区域工程地质调查报告.1995.

[4] Song,W .J., The research into continental shelf geomorphology of the East China Sea. *Offshore Oil*.,2005,(1):89-98.

[5] 唐保根.东海陆架第四纪地层层序的研究[J].上海地质,1993,(2):73-79

（二）东海海区沉积物特征

1、沉积物粒度

东海沉积物的粒度分布是自西向东由粗变细再变粗。在东海大陆架上沉积物的粒度较粗，其砾石的主要成分为钙质的细砂岩和粉砂岩。[1]在冲绳海槽沉积物的粒度明显变细，以软泥为主。在琉球群岛上粒度又变粗，主要为含钙质硅质粗径生物壳体的砂石。冲绳海槽区的沉积物粒度两侧粗大，向海槽中心变细，表明了受水动力的影响，细粒物质被搬运到深水处，沉积物分别由大陆架和琉球群岛岛坡向海槽盆地中心部位运移。

2、沉积物成分

东海大陆架的泥沙主要来自于我国的几条大江大河，如长江、黄河和钱塘江。据实测数据，每年沉积在海床上的泥沙有 25 亿吨左右。由此可见，东海大陆架主要由来源于我国大陆上的泥沙沉积而成。而琉球群岛的沉积物则由于有一条深海槽相隔，很少能被海流携带到大陆架上。海洋调查所获资料的初步分析表明：东海大陆架边缘和冲绳海槽西坡的沉积物性质，与长江口的沉积物组成类同，而冲绳海槽东坡沉积物性质与琉球群岛各岛屿关系密切。并且，根据对大陆架沉积物 226Ra[2]的测定，发现东海大陆架 226Ra 的含量近大陆岩石、土壤和地壳，而明显有别于深海和大洋,表明其亲陆性。[3]

在东海大陆架边缘，冲绳海槽西侧，其砂石中含有的生物介质碎片主要蛤螺、海扇、牡蛎等，它们大多生活在潮间带及水深 10-50m 的砂质环境中。在虎皮礁（距长江口约 430 公里附近）见到北方原始牛的下颚骨；在男女群岛附近采到猛犸象的牙齿；在远距长江口以东 550 公里、水深 100 米的海底中发现有红螺、文蛤、长牡蛎、杂色蛤蜊等生长在古海岸附近的化石，证实东海大陆架在曾是中国大陆的一部分与琉球群岛只有一条深海槽相隔，后因海进运动而成为海洋。[4]

二、冲绳海槽是中日东海大陆架的天然界线

（一）冲绳海槽的地形地貌特征

冲绳海槽位于东海东部，西南始自台湾宜兰平原，东北延伸至日本的九州列岛。冲绳海槽南北长约 1000 公里，东西平均宽度约 150 公里，海槽呈典型 U 形特征，最大水深位于南部“槽中槽”。

冲绳海槽由三个地形区组成，西侧陆坡、槽底盆地和东侧岛坡三个部分。鉴于西侧部分与东海大陆架关系甚为密切，所以这里重点讨论海槽西侧的地貌。冲绳海槽的西侧槽坡与该区域内的中国东海大陆坡是一致的，坡顶与东海大陆架外缘的坡折线相重合，坡脚为大陆坡向海槽盆地自然延伸坡度明显转缓的地方。海槽西坡海底峡谷发育，在陆架边缘和陡坡地带可见有数条切过陡坡的海底峡谷，这些海底峡谷均源于陆架外缘坡折带，长度一般在 20 公里左右[5]，与大陆坡天然间隔，是东海大陆架向东延伸的止点。此外，还发育有断裂沟、断裂谷 20 余条，在(29° 40′ N,128° 00′ E)和(25° 20′ N,123° 15′ E)等处陆坡下部发育的断裂谷，都可以作为西侧陆坡与海槽盆地的天然界线。

《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第 76 条第四款规定：在没有相反证据的情况下，大陆坡脚点是坡底梯度变化最大之点。通过确定海槽东西两侧的坡脚点，依顺序连接

---

[1] 袁迎如.冲绳海槽沉积物的粒度[J].东海海洋,1986,(3):43-49.

[2] 226Ra 是天然放射性铀系中的一个中间成员,其半衰期为 1620 年,由于其半衰期值适中,且有高灵敏度、高精密度的测试方法,所以不少学者曾用来测定沉积物的年龄和形成速度.

[3] 赵一阳.中国渤海沉积物中铀的地球化学[J].地球化学,1980,(2):90-98.

[4] 参考：肖汉强.南风窗,凤凰网.
http://news.ifeng.com/history/zhongguojindaishi/special/rbsjfn/detail_2012_09/11/17509852_1.shtm

[5] Gao,J.M., Li,G.S.,Sun,J.S.,Geomorphic characteristics of Okinawa Trough.*Marine Geology &Quaternary Geology.*1987,(1):52-58

坡脚点，由此可以确定海槽的轴部区域。

然后垂直于轴部走向构建了 39 条典型的地形剖面线。通过对这些地形剖面线和三维地形图的综合分析可以确定每条剖面线的中轴点位置。把线性海山的山脊作为中轴点，把线性洼地的最深点作为中轴点，把所有中轴点相连就形成了冲绳海槽轴部区域的中轴线。（图 2）中轴线是海槽轴部东西向分界线。中轴线东西两侧形成不对称的地貌形态。西侧部分宽浅，海底平坦，主要受大陆架物质输入、沉积和改造的关系；东侧窄、深、起伏大，与更加强烈的构造运动有关。在实地考察中，在冲绳海槽的中央洼地获得了新鲜的橄榄拉斑玄武岩样品[1]，证明这里地壳运动活跃，处于张裂处，有火山喷发。而线性海山也是由火山喷发堆积而成。冲绳海槽中部的线性海山和中央洼地都是海底拉张及扩张的结果，其扩张线就是冲绳海槽的中轴线。冲绳海槽自北向南均存在较为明显的中轴线，进一步证明海槽在发生海底扩张，正在逐步脱离大陆的性质，是东海大陆架向东延伸的天然分隔。[2]

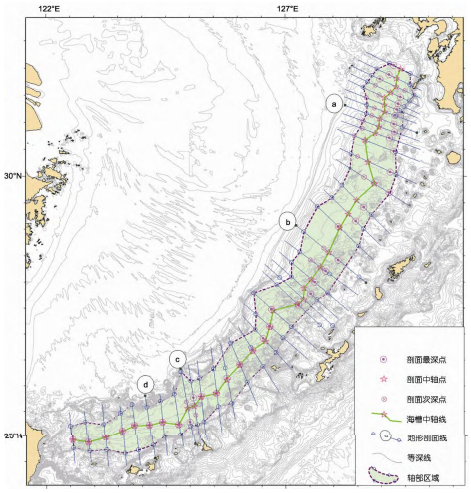


图 2　确定中轴线的地形剖面图

以上说明，东海陆架盆地现已结束剧烈的构造运动而进入区域沉积阶段，新构造运动对大陆架的影响很微弱。与东海陆架盆地不同，冲绳海槽现今仍是扩张的弧后盆地，新构造运动十分强烈。[3]所以，由海底地貌的成因也可知，东海大陆架是一个完整的整体，其地貌形成原因一致——是由不同时期水动力和沉积作用的影响。而冲绳海槽的成因则主要由地质构造运动支配。

（二）东海海区地质运动概况

1、冲绳海区热流值异常

我国地质工作者在东海陆架区钻井 8 个，测得钻井出热流值为 56.00～87.48 mW/m^2，平均热流值为 72.13 mW/m^2，与全球的平均热流值一致。可见东海陆架区为一正常的热流值区域[4]，说明整个陆架区目前处于构造稳定阶段。[5]在东部的琉球群岛地区，测得热流值平均为 65.7mW/m^2，与全球平均热流值相当，也属于正常热流值区。[6]

而位于两者之间的在冲绳海区则是一个热流值异常区。在冲绳海槽测得热流值最高达 10109mW/m^2，，最低值为 99mW/m^2，，平均值为 458.48mW/m^2，高出东海大陆架区热流平均值 6 倍多。水深大于 2000 米的海槽中心部位，平均热流值都超过正常值。[7]这说明冲绳海槽是一个高热流区，区域内热流值变化极大，与东海大陆架热流值的不连续。冲绳海槽的热流值异常，反映出海槽内地质结构非常复杂，证明冲绳海槽是一个介于活动与不活动之间的边缘盆

[1]李巍然等. 冲绳海槽南部橄榄拉斑玄武岩研究[J]. 海洋与沼泽,1997,(12):234-238.

[2]吴自银等. 冲绳海槽海底地形地貌界限特征及影响因素[J].中国科学: 地球科学, 2014.(44):1478-1487

[3] Letouzey J,Kimura M.The Okinawa Trough:Genesis of a back-arc basin developing along a continental margin .*Tectonophysics* .1986,125:209-230.

[4] 周普志,高金耀.东海地区地热场综述[J].海洋学研究,2006,(1):10-18.

[5] L,N.S.,On tectonic problems of the Okinawa Trought.*Chinese Journal of Oceanology and Limnology*.2001,19(3):255-264.

[6] [日]本座荣一, 琉球岛孤と伊豆一小笠原岛孤[J].海洋科学, 1970,(8): 29-34.

[7] Yang,S.Y.,Wang,Q., Hydrothermal activity in middle Okinawa trough and preliminary results of integrated ocean drilling program expedition 331.*Advances in Earth Science*.2011,26(12):1282-1289.

地。[1]该异常是由其特殊的位置所引起的。菲律宾板块向亚欧板块俯冲，冲绳海槽位于两大板块的汇聚边缘，板块俯冲作用导致地壳减薄、破裂，并触发了深部地幔物质上涌，现在的浅层火层岩侵入，引发冲绳海槽地壳张裂，[2]产生高地热场。Lee C S、本座容一等人更从冲绳海槽的地形深度、高热流值、热液活动、高重磁异常和地震剖面上给出了冲绳海槽的扩张并具有洋壳或准洋壳的证据。[3]

（2）东海海区的布格重力异常概况

布格重力异常反映的是地壳内各种偏离正常地壳密度的地质体,既包含各种局部剩余质量的影响,也包含地球内部各主要密度界面的起伏在横向上相对上地幔质量亏损或盈余的影响。[4] 布格重力异常与莫霍面埋深和地壳厚度之间存在密切的关系[5],随地壳厚度(莫霍面深度)的增大(减小)而增大(减小)。因此布格重力异常特征直观地展现了东海海区莫霍面深度的变化趋势。在东海陆架区布格重力异常较低，变率较小，说明东海大陆架区地壳厚度大，地质

表 2　　根据重力资料计算的冲绳海槽及邻区莫霍面深度和地壳厚度

Table　Moho depth and crustal thickness of the Okinawa Trough and adjacent areas

冲绳海槽南部 Southern Okinawa Trough		冲绳海槽中部 Middle Okinawa Trough		冲绳海槽北部 Northern Okinawa Trough		东海陆架 East China Sea Shelf		琉球岛弧 Pryukeyu Arc	
MD	CT	MD	CT	MD	CT	MD	CT	MD	CT
—	—	—	—	—	28	—	30	—	30
15～20	—	20～25	—	25～30	—	>25	—	>25	—
14.9～20.3	13～20	—	—	—	—	—	—	—	—
19～22	—	—	—	—	—	28	—	26～28	—
19～22	—	22～24	—	24～28	—	26～28	—	26～28	—
—	15.4～23.8	—	—	—	—	—	—	—	—
14～16	—	16～22	—	22～28	—	26～28	—	22～26	—
14～18	—	18～22	—	22～28	—	27～30	—	22～26	—
15～18	13～16	18～22	16～21	22～26	21～25	26～30	26～30	20～26	20～26

注：MD—莫霍面深度 Moho depth；CT—地壳厚度 Crustal thickness

密度均一。而在冲绳海区，布格重力异常骤然增大，变率也增大。这表明，在冲绳海槽中莫霍面抬升、地壳减薄。冲绳海槽区地壳最薄处只有 13 公里。[6]与东海大陆架和琉球岛弧厚达 30 公里以上的地壳相比表明它是一个刚从大陆地壳上分化出来的地质构造单元，已从东海大陆架分离出来。（表 2）。

以上证据，进一步说明东海陆架基底是中国大陆基底的自然延伸,向东终止于冲绳海槽。

三、《公约》主张的“公平原则”在中日东海大陆架划界的适用

“公平”是一个具有悠久历史的名词,它成为国际法的一个概念,起源于 1648 年威斯特伐利亚和会以后主权国家的兴起。[7]“公平”最早和海洋领域联系在一起可以追溯到西班牙和

---

1 Jiang,W.W.,Hao,T.Y.,Liu,S.H., Relativity of geological structure of Chinese continental and East China Sea. *Progress in Geophysics.*,2004,(1):75-90.

2 Zhang, X. H., Zhang, H. Q., Yin, Y. H., Yang, J. Y. and Meng, X. J., Features of deep geologic structures of Eastern China's contimental margin. *In: Offshore Geology of China, China Ocean Press.* 2003, 11-19.

3 Lee,C.S.Okinawa Trough:Origin of a back-ark basin.*Marine Geol.*,1980.

4 董焕成. 重磁勘探教程[M]. 北京:地质出版社, 1993,第 89 页.

5 韩波, 张训华, 杨金玉, 等.东海及邻域重力异常数据的分区解析延拓处理[J].高技术通讯, 2007,17(12):1272-1277.

6 尚鲁宁. 冲绳海槽构造地质特征及形成演化研究[D].2014,第 21-29 页.

7 Margare White,Equity-A General Principle of Law Recognised by Civilised Nations,QUT-LJJ,2004,Vol.4,No.1,p.104.

葡萄牙因解决海上贸易引发的航线争夺战。1909 年，公平原则作为海域划界制度的雏形出现在瑞典和挪威间的格里斯巴丹那划界案中。[1]

王铁崖先生指出,“公平”有三种意义：一种是指《国际法院规约》第 38 条第 2 款的“公允及善良原则”; 另一种是指英国法中的衡平法中的“衡平”; 第三种是指国际法中的“公平”, 包含“公正、合理、诚信”之意。[2]“公允与善良”原则是在当事方同意的基础上,在缺乏法律规定的时候,授予法官的一种自由裁量权。然而国际法院从未适用过此原则来判案，这种原则只能在适用“公平原则”时起一种补充作用。“公允及善良”仅仅意味着国际法院在平衡当事方的利益所能达成的一种公正的妥协罢了。[3]在英美衡平法中,“衡平”的适用主要是为了缓和法律过于僵化、严格而创设,授予法官自由裁量权,由其根据案件的具体情况实现个案正义与公平。从这个角度来说,衡平原则与“公允与善良”原则的功能皆处于法律之外。在大陆架划界领域,“公平”则是符合王铁崖所指出的第三种含义,即国际法中的“公平”。“公平原则”并不是一个抽象的概念。它是一项内在的法律义务,要求把一切与公平结果确定有关的情况加以考虑的国际法规则,其所承担的功能位于法律之内,而不是法律之外的公平。《奥本海国际法》中也有此叙述：公平在国际法渊源的场合中,不具有划一的意义。一般来说,公平是可以被视为形成某些特定规则的一部分,甚至是一般国际法的必要部分。[4]

有关大陆架的法律出现伊始，公平原则被引入其中。1945 年 9 月 28 日《杜鲁门公告》中宣称：“在大陆架延伸至他国海岸或与邻国共处于同一大陆架的情况下，边界应由美国有关国家根据公平原则予以确定。”其后的一系列国家的声明也声称应当按照公平原则划分同相邻或相向国家的大陆架。1969 年北海大陆架案国际法院正式引入该项原则作为判案依据“公平原则从一开始就反映了划界问题上的法律确信……在公正和诚实这些最普遍的箴言基础上，包含着指导大陆架划界的实际法律规则，这种规则在所有划界上都对国家具有约束力。”可见,“这不是把公平简单作为抽象的公正来适用的问题，而是按照那些构成大陆架法律制度在这一领域里发展的思想适用一项其本身要求适用公平原则的法律规则的问题。”[5]“划界应按公平原则,并考虑到一切有关情况,协议为之。”[6]

1982 年《公约》第 83 条第一款的规定：“海岸相向或相邻国家间大陆架的界限，应在国际法院规约第 38 条所指的基础上的协定划定，以便得到公平解决。”条文之中虽未提到“公平原则”，但“公平解决”这一措词仍可看作是应适用公平原则的另一种表述。《公约》一方面深化了自然延伸观念,强调国家间协议划界的重要性,同时明显带着妥协折衷的痕迹。因为，对于公平原则的具体内容，它没有给出任何定论或具体规则，只是提出了几点原则性的要求：第一，基于国家主权平等原则，有关国家无论大小、强弱，皆有权主张各自认为公平合理的大陆架划界方案。但是，公约要求在出现分歧甚至争端之时，各方应竭尽全力，通过协商、谈判等和平方式予以解决。这也符合《联合国宪章》的宗旨和立场。第二，划界原则和划界方法是一对辩证统一的概念，既有联系又有区别。鉴于此，公约要求当事国因地制宜地考虑“相关因素”，在公平原则指引下选择划界方法。从这个意义上讲，等距离/中间线是一种具体的划界方法，不具备普遍适用性，应当服从公平原则的指导。第三，在海洋划界领域,无论是从实体结果还是程序操作上看,公平原则都旨在尽可能达到公平的解决目标。该公约虽然没有明确规定大陆架划界必须遵循何种划界方法，但是，必须实现公平结果已经

[1] [美]伯根索尔,[美]墨菲,国际公法百科全书[M].北京:法律出版社,1989,第 188 页.

[2] 王铁崖.国际法引论[M],北京大学出版社,1998,第 54 页。

[3] Equity Law in International Law Vol.7,p.74-78.

[4] [英]詹宁斯·瓦茨.奥本海国际法[M]中译本,中国大百科全书出版社,1998,第 25 页.

[5] North Sea Continental Shelf cases,paras.47,71,85.

[6] I .C.J Reports(1969)of the Judgement,para.71.

成为一个不争的共识。[1]埃文斯所认为，“公平原则作为一种划界的解决办法，在划界中有三个功能：其一，是辨识那些归属于每一方的有关情况，在这个过程中，公平起到指导作用；其二，要评价这些经过双方同意的有关情况对于划界的影响，测算调整幅度；其三，找到最适合该案例的划界方法”。[2]

在此后的一系列案例中，如 1984 年美加缅因湾区域海域划界案、1985 年利比亚一马耳他大陆架案可以看出国际法院一直强调公平原则是一般国际法,并努力使公平原则向着确定性规范方向演进。在 2001 年卡塔尔诉巴林案中,国际法院正式提出了“公平原则及相关情况规则”。[3]随后,在 2002 年喀麦隆诉尼日利亚案、2007 年尼加拉瓜诉洪都拉斯案,以及在 2009 年罗马尼亚诉乌克兰黑海划界案(以下简称黑海划界案)中相继确认了这一具体规则及其适用方法。显然,公平原则经历了由原则到具体规则的质变,其一般习惯法的地位正日益得到国际社会的认可。

适用“公平原则”大陆架划界应当从多方面考虑，如区域范围、海底地貌、近岸岛屿的存在和位置、海岸线长度与大陆架面积的比例等自然因素。以及如人口、经济因素、历史性权利、以往的国家实践、国家安全、航行利益等人文因素。而自然延伸原则是作为大陆架制度的权利依据,构成了“所有与大陆架有关的法律规则中最基本的规则”。所以在大陆架划界中，是应该首当其冲考虑的因素。

四、国际司法裁判对中日东海大陆架划界的适用

根据哈特(Keiht Highet）的研究表明,在具体的国家划界实践中，有 54 个划界与地质、地貌特征有关,其中 11 个协定明显地考虑了地质、地貌因素,6 个可能考虑了该因素。[4]其中 1972 年澳大利亚与印度尼西亚关于大陆架的划界是受地质地貌影响最为显著的。

澳大利亚与印度尼西亚之间隔着阿拉费拉海和帝汶海。两国曾于 1971 年就阿拉费拉海的大陆架划界达成协议,确定了一条包括 12 个转折点和端点的长 528 海里的等距离界线。[5]这是没有争议的。但是靠近澳大利亚的大陆架宽浅而靠近印尼的大陆架深窄，两大大陆架之间有一条深而长的海沟——帝汶海槽。两国对帝汶海槽的看法极不一致。帝汶海槽距澳大利亚北部约 300 英里,距印尼的帝汶岛南部 60 英里。澳大利亚政府认为,两国之间的大陆架实际上被自然形成的“帝汶海槽”分开,澳大利亚的大陆架应该延伸至帝汶海槽，如果依据“等距离中间线”原则来划分，将会导致不公平结果。印度尼西亚则反驳说,两国是共大陆架国家,“帝汶海槽”只是是一个大陆架中的一个凹陷而已,不能将其作为划界基础，应以两国海岸之间的中线来作为分界线。[6]最终，两国达成一致，签订的富有创造性的《帝汶海沟合作条约》。该条约划出一个共同勘探与开发区,开发区南部边界是基于印尼的 200 海里专属经济

---

[1] [斐济]萨特雅.南丹,1982 年<联合国海洋法公约>评注（第二卷）,北京:海洋出版社,2009 ,第 682 页.

[2] Malcolm .D. Evans. Relevant Circumstances and Maritime Delimitation Clarendon Press,1989,paras.87-94.

[3] Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain,Judgment of Mar.16,ICJ Reports 2001,para.231.

[4] 1958 年巴林/沙特阿拉伯、1972 年澳大利亚/印度尼西亚、1974 年法国/西班牙、1975 年尼日利亚璐麦隆、1975 年印度尼西亚/泰国、1978 年澳大利亚/巴布亚新几内亚、1978 年荷兰/委内瑞拉、1978 年印度/印度尼西亚/泰国、1986 年印度/缅甸、1988 年丹麦/前东德、1989 年澳大利亚/印度尼西亚。6 个地质、地貌因素可能形响划界的案例包括：1973 年阿根廷/乌拉圭、1973 年印度尼西亚/泰国、1977 年印度/印度尼西亚、1982 年澳大利亚/法国(新喀里多尼亚)、1982 年澳大利亚/法国(克尔盖伦)、1988 年澳大利亚/所罗门群岛。Keith Highet,The Use of Geophysical Factors in Delimitation of Maritime Boundaries,in jonathan I.Charney&lewisM.Alexander(ed)International Maritime Boundaries (Martinus Nijihoff pub.1993),185,195.

[5] 1971 年 5 月 18 日《澳大利亚联邦政府和印度尼西亚共和国政府确定海床边界的协定》,1973 年 11 月 8 日生效.International Maritime Boundaries(Martinus Nijiholl Pub.1993),p.1195.

[6] 李令华.澳—印帝汶条约签订的前前后后[J].海事法庭,第 17 页.

区主张,而其北部边界正是根据澳大利亚主张的帝汶海槽。[1]帝汶海槽在划界中发挥了重要作用：将争议地区的 80%划给了澳大利亚。[2]

北海大陆架案也是有关大陆架自然延伸原则的重要案例。北海大陆架案是 1969 年西德同丹麦之间和西德同荷兰之间的大陆架划界争端案件。国际法院在北海大陆架案中将自然延伸概念正式地引入到大陆架的法律制度中,并将其作为沿海国对大陆架的惟一的权利基础。国际法院在该案中明确指出:“国际法之所以在法律上赋予沿海国对大陆架的权利是基于这样一种事实,即有关的海底区域实际上可以被视为该沿海国已经拥有统治权的领土的一部分,也就是说,这些区域虽被海水援盖,但却是该国领土的延伸或继续,即其在海下的扩展。”[3]驳斥了丹麦—荷兰方面认为的等距离规则已成为习惯国际法规则这一主张。

此外，还有 1977 年仲裁法庭在英法大陆架案中，将赫德海渊断层区称为“大陆架上显著的地貌特征”。[4]

但是，仅根据以上案例来论证自然延伸在“公平原则”中的重要性，未免有以偏概全之嫌。如在 1982 年的利比亚—马耳他案中，法院则认为：(1)划界应按照公平原则并考虑一切有关情况,以便达到公平结果；(2)属于任何一方的大陆架区域不得超过以有关当事国海岸 200 海里的距离；划界标准不能从自然意义上的自然延伸原则中得到。应采用的划界步骤是：先暂时划出中间线,然后,按照该海域有关主要是双方海岸线长度比例,再对所划中间线进行调整,划出双方大陆架的分界线,以求达到公平结果。在此案例中就主要采用了“中间线”原则而不是“自然延伸”原则。其原因是：首先，利比亚和马耳他海岸间的最大距离为 183 海里,不存在任何一个国家的大陆架自然延伸超过 200 海里。利比亚和马耳他的权利重叠区域并不是由依据自然延伸原则的产生区域与依据距离原则产生的区域相重叠。而且，法院并未对地理因素置之不理,而是在详细审查了有关的地理证据之后才拒绝利比亚的上述主张的。法院认为两国为共大陆架国家，并不存在自然延伸的中断。所以，这里的实际情况并不适合于使用自然延伸原则。[5]

我国与日本间的冲绳海槽地质地貌特征较利比亚与马耳他之间的“断裂区”大为不同（上文已述）。冲绳海槽无论是在长度还是宽度、深度，都大于马耳他海槽，海槽特征明显。相比之下,与冲绳海槽特征相似的帝汶海槽以及特征不如冲绳海槽的挪威海槽均在国际法院判例中被认定为大陆架的自然延伸的界线。因此，有理由得出冲绳海槽构成中日两国大陆架的根本中断，冲绳海槽构成中国大陆架和日本岛架的天然分界线,这是不容否认的事实.（表 3）而且依据《联合国海洋法公约》第 76 条规定：“沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土……”我国作为大陆架自然延伸超过 200 海里的国家，不可能不考虑冲绳海槽对大陆架划界的影响。

---

[1] 1989 年《帝泣海沟合作条约》.

[2] 1972 年 10 月 9 日《澳大利亚和印度尼西亚关于补充 1971 年 5 月 18 日协定确定帝汶海和阿拉费拉海某些海床边界的协定),1973 年 11 月 8 日生效 .Intemational Maritime Boundaries(Martinus Nijihoff .Pub.1993),1211-1218.

[3] North Sea Continental Shelf (FRG/Den.;FRG/Neth.),judgment of Feb.20,1989,reprinted in 8 ILM 340(1969)[hereinafter North Sea],para.43.

[4] Anglo-French，para.107.

[5] Libya/Malta,para.41.

表 3　几大海槽特征对比

名称	长（海里）	宽（海里）	深度（米）	周围水深（米）	备注
马耳他海槽	87	11	1715（最深）	小于 534	1985 年
冲绳海槽	650	42—81	894—2700	90 平均	中/日
挪威海槽	430	30—70	530—742	小于 200	1969 年
帝汶海槽	625	70 最宽	3100 最深	95（平均）	澳/印

公平原则的另一个具体表现就是在划界中适用比例原则。在 1982 年的突尼斯-利比亚案中，国际法院根据两国海岸长度与大陆架面积的比例，以及归属于各自的海域面积及其比例，并将这两种比例加以比较，作出了划界裁定。在此案中，国际法院把成比例描述为“公平的试金石”。[1]借鉴比例原则，中国从杭州湾北纬 30° 以南算起的东海海岸线达 900 k m，而琉球群岛面向东海的海岸线总长度为 380 k m，中日两国岸线比应为 64.3∶35.7。[2]日本提出的等距离中间线原则并非我国大陆架自然延伸与日本主张的 200 海里专属经济区权利重叠区域的中间线，而是我国专属经济区与日本专属经济区相重叠区域的中间线。这一主张既未考虑自然延伸原则，也未考虑比例原则，是严重违反“公平原则”的。这一条中间线更加靠近我国一方，甚至把我国固有领土钓鱼岛（日称尖阁诸岛）也划入了日本权利范围。这是中国人民所不可容忍的，也是毫无国际法依据的。

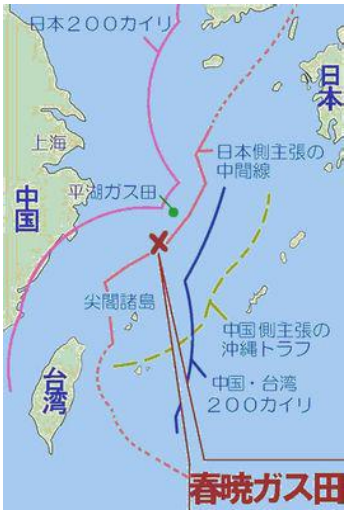


图 3 中日划界主张

中日东海大陆架划界问题应在《公约》相关规定指导下，充分考虑大陆架的自然延伸和影响大陆架划界的其他诸多因素，通过中日两国协商谈判，求得公平解决。

五、结语

东海大陆架平坦宽浅，延伸至东南部，水深陡然增大，进入深邃而狭长的冲绳海槽。东海大陆架是典型的沉积地貌，沉积物主要来自于我国大陆。冲绳海槽地形复杂，起伏大，深受板块俯冲作用影响，热流值较东海大陆架与琉球群岛异常，地壳运动活跃。东海大陆架地壳深且厚，到冲绳海槽地壳变薄、张裂，正在逐步脱离陆架性质，向洋壳发展。由这些地质地貌特征可知：冲绳海槽是中日间大陆架的分界线，而并不是大陆架上的一个偶然凹陷。我国与日本并不是共大陆架的国家，两国的大陆架是分离的。我国因此主张遵照自然延伸原则我国在东海大陆架的权利应延伸至冲绳海槽西侧，是有地理上的相关依据的。所以，尽管冲绳海槽的存在也许不是东海大陆架划界中惟一的决定性因素，也应当作为重要的、不可忽视的地貌特征，具有不可替代的法律地位。

---

[1] Continental Shelf (Tunisia/Libyan ArabJamahiriya)，Judgment of Feb. 24, 1982, reprinted in 21 1LM 225(1982)[hereinafter Tunisia/Libya] , para.78.

[2] 赵理海.海洋法问题研究分析[M].北京:北京大学出版社,1996,78.

Sense of OKINAWA Trough on Delimitation of East China Sea

A Perspective of Features of Physical Geography

Lin xi

(Southwest University of Political and Law, ChongQing,401120,China)

Abstract: On the issue of delimitation of the continental shelf in East China Sea and exclusive economic zone , Japan stuck to break the principle of natural prolongation ,urged the principle of midline. This paper will give a perspective of physical geography ,demonstrates OKINAWA trough is natural boundary of continental shelf in East China Sea.And combining with international law,discussion on the benefit of complying with the fairness principle in the delimitation of the continental shelf, and abiding by the fairness principle is that made the principle of "natural prolongation" as the main consideration .

Keywords:delimitation of East China Sea;OKINAWA trough;natural prolongation ;midline

论法治中国建设背景下的中国国际法研究

肖永平*

内容摘要：信息化、大数据、全球化时代和中国国际地位的提升对中国国际法研究工作产生了深远影响，法治中国建设更加需要国际法治，中国学者应尽快通过践行问题导向、坚持中国立场、运用法理表达、注重实证分析来创新中国国际法理论与制度。
关键词：法治中国　国际法　国际法研究　实证分析

在我国全面推进依法治国、建设法治中国的新时期，提升中国法治话语权是其内在的必然要求，而提升中国法治话语权显然是一项长期的复杂的系统工程。在这个系统工程中，加强中国国际法理论与制度创新是一项基础性工作，值得我们深入讨论以明确以后的努力方向。本文在简要概括、分析当下国际法研究的新环境的基础上，通过分析法治中国建设对国际法治的新需求，提出中国学者在此条件下进行国际法理论与制度创新的主要进路。

一、中国国际法研究的新环境

与20年前中国的国际法研究条件和环境相比，现在的研究条件和环境已经发生了深刻的变化，主要表现在以下三个方面：

第一，信息化和大数据时代要求研究者具有很强的数据收集和整理能力。20年前，由于中国的国际法资料信息相对匮乏、中国的国际法立法与实践相对不多，中国学者一般通过出国留学、参加国际学术会议等方式收集、研究国外新资料，跟踪国际学术前沿，研究相关国际法律制度，推动和引领了中国的国际法研究。现在，我国主要法律院校的图书馆都订购了国际上主要的法律数据库，特别是信息技术的发展和大数据时代的到来，所有研究者，不管是硕士、博士，还是教授，都在同等条件下很便利地获得国内外关于国际法理论和制度的新资料。因此，即便是教授，也没有办法通过占有新资料，介绍国际上的新理论、新制度，在中国学术界享有优先学术话语权，所有研究者都在同一起跑线上。与此同时，由于大数据具有量大、多样、快速、价值密度低、复杂程度高等特点，[1]这就要求研究者具有很强的数据收集和整理能力，对于年龄偏大的研究者来说，学习和掌握必要的信息技术尤为必要。另一方面，法学界应该改变当前对合作作品持负面评价的行规，对一些法律问题的实证研究，应倡导合作和协同方式，鼓励具有不同专长的研究者联合攻关，引导理论界对重大问题的研究走向深入。

第二，全球化的不断深化使中国需要解决有关的国际法律问题成为新常态。随着全球化的发展，国际法的主体从主权国家到国际组织、非政府间组织、跨国公司乃至个人；国际法的调整对象多元化，社会生活的各个方面毫无例外地受到国际法的影响，使过去以调整国家间政治关系为己任的国际法，迅速向国际经济领域延伸，出现了国际贸易法、国际技术转让法、国际投资法、国际金融法、国际税法等新的国际法部门，其研究重心也向国际经济法领域转移。与此相适应，国际法开始由“共处法”向“合作法”和“共进法”转化。特别是近年来，面对金融问题、气候变化、环境保护、军备控制、疾病防治、恐怖活动等全球性问题，仅仅依靠单个国家的力量是无法妥善解决的，需要各国开展密切合作，以实现共同发展。因此，全球化加强了国际法与国内法的联系。一方面，各生产要素的跨界流动使单纯依靠各国的国内法很难对之进行完善的法律规制，国际条约、国际法一般原则得到了空前重视，国

*武汉大学国际法研究所教授，“2011计划”国家司法文明协同创新中心教授。
[1]参见刘鹏、吴兆峰、胡谷雨：《大数据——正在发生的深刻变革》，《中兴通讯技术》2013年第4期。

际法规则因此向国内法渗透，造成各国国内法就相关法律问题作出大致相同的法律规定；另一方面，全球化使世界各国都建立起市场经济体制，而反映市场经济客观规律的各国国内法逐步趋同，而趋同化的国内法规则更容易在各国之间达成共识，从而逐步上升为国际法规则。因此，在全球化时代，国际法与国内法的关系不再是简单的国内法优先或者国际法优先或者两个独立的体系，实际上形成了相互联系、相互渗透、相互转化的关系。在此背景下，中国必将面临越来越多的国际法律问题，而对许多问题的合理解决，需要我们从国际、国内两个层面寻找适当的方案，这也是为什么习近平总书记特别强调“统筹考虑和综合利用国际国内两个市场、国际国内两种资源、国际国内两类规则”的原因。

第三，中国国际地位的提升需要更加公平合理的国际法律规则保驾护航。自 2010 年中国取代日本成为世界第二大经济体之后，中国的经济实力在不断提升；作为联合国安理会的常任理事国，中国在国际舞台上的政治影响力也不断扩大；作为国际上为数不多的几个核大国之一，中国在外空的探索与利用、信息技术、军事领域等处于世界领先地位；中国还是当今世界上最大的温室气体排放国、第一大石油进口国。所有这些变化意味着中国综合国力日益增强，导致中国的国家利益日益拓展、中国的海外投资不断增多、中国公民在境外的安全保护问题也日益凸显。但是，现行的国际法概念、理论、制度基本上是西方经验和主张，缺少根据非西方条件和经验的规则，没有体现非西方的特点。另一方面，中国的涉外法律制度还没有完全解决“有法可依”问题；不少涉外法律制度因为中国国际地位和角色的改变需要修正或改变；为了维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益，依法维护海外侨胞权益，我国的涉外法律服务也亟待加强。因此，作为新兴大国的历史责任，中国必须为国际社会带来新的价值理念，为推动国际秩序改良作出积极贡献，这要求我们积极参与国际规则的制定，依法处理涉外经济、社会事务，增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力。为了实现上述目的，中国国际法学者应基于中国国家利益的战略考量，及时提出对中国有利的议题，以改变过去的被动局面，从而引领国际议题；要未雨绸缪、开展前瞻性的研究，在新的国际规则的形成过程中，不但要提出“中国方案”、体现“中国智慧”，还要力争改变过去单纯对他国方案进行简单的修修补补的局面；同时积极推动相关国际条约的修改，使有关的国际规则朝着有利于维护中国国家利益的方向发展。[1]

二、法治中国建设的新需求

当下中国法治建设的目标就是要从法制现代化向法治现代化跨越，由社会主义法律体系向社会主义法治体系迈进，由此实现国家治理体系和治理能力的现代化，因为无论是国际强权的约束，还是国际制度的建构，亦或是全球信仰和价值的达成，法治都是人类理性的选择。它能够以制度维护国际安全，以规范促进国际公正，以共识促进国际发展，它是维护国际秩序的有效方式，也是适合全球化时代国家治理的手段。[2]而这个时代所依赖的法治，包括国内治理所依托的国内法治和规制跨国事务或应对全球问题的国际法治；而且，这两个层级的法治相互作用、相互影响、相互贯通。因为人类政治过程的重心正在从统治走向治理，从民族国家的政府统治走向全球治理。在此过程中，伴随着治理权力的下沉和分散、多元利益的交织互动，国际法治与国内法治之间必然呈现持续的动态互动。[3]

另一方面，现代国家治理主体由单一向多元转变，治理客体由被动、单向向立体、主客体互动转变，它不只是国家治民，更有民治国家；不只是经济、市场，还有社会、生态（陆地、海洋、天空等）；不只是现实世界，还包括虚拟世界。[4]所有这些扩展的治理对象都离不开国际法的规制。因此，法治中国建设必须借助国际法治促进中国法治进步，凭借法治建设

[1]参见杨泽伟提交给全国人大的咨询报告：《关于进一步加强中国国际法理论与制度创新的若干建议》。
[2]参加何志鹏：《国际法治何以必要——基于实践与理论的阐释》，《当代法学》2014 年第 2 期。
[3]参见赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，《中国社会科学》2014 年第 10 期。
[4]参见姜明安：《国家治理现代化过程中国家治理要素的转变》，《法制与社会发展》2014 年第 5 期。

成就谋求国际话语权。因为国际法在法治中国建设过程中能够发挥以下不可或缺的作用。[1]

第一，国际法律规则是中国实现“良法”之治的组成部分。作为国家间协调意志的体现，国际法律规则需要国内法的转化和吸收，通过国内法实现其目标，这就需要避免国际法与国内法规则之间的不一致，为实现法治打下“良法”基础；另一方面，国内法也可以从国际法律规则中发现相应的国际标准，从各国共同缔结的条约以及国际习惯所表达的法律确信中，找到科学的借鉴，丰富自己的法律技术和法律思想。例如，我国参加的《联合国儿童权利公约》是目前参加国最为多的人权公约，它不仅体现了国际社会在保护儿童权利方面的高度共识，而且倡导了一种科学、全面的儿童观。根据该公约，我国保护未成年人的立法工作得到进一步的发展，它通过实施公约和国内的相关立法，使其成为一个相互促进、有机联系的整体。

第二，国际法律规则是中国参与国际司法活动的主要基石。当前，司法化或类司法的国际争端解决机制获得了长足发展，它成为国际法保障机制的重要特征，世界各国越来越重视国际司法机构解决国际争端。但我国一直坚持通过友好协商解决国际争端，对于国际条约中通过国际法院解决争端的条款一般都提出了保留。不少学者建议中国转变在国际社会不大信任国际司法机构的负面印象，在一些不涉及中国核心利益的事项上考虑接受国际法院的管辖。[2]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》也提出“运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益”。毫无疑问，这里的“法律手段”主要是指“国际法手段”，因为国际法是衡量和裁判国际行为是与非的法律标准。作为行为规范，它为各国交往提供了行为标准，各国应该以国际法为依据规范和约束自身的行为，以国际法为标准评判自身行为的对与错；作为审判规范，它是裁判违反国际法行为的审判标准。这就要求中国学者正确研判有关国际法规则，以推进中国对国际司法机制的深度参与。这方面的典型例子是中国加入WTO以后，积极参与其组织建设，运用WTO争端解决机制，妥善执行WTO裁决，在一定程度上摒弃了以往对外交往的政治和经济色彩，呈现出强大的法律色彩，取得了很好的效果，是中国从观念到行动上利用国际法治潮流促进中国法治建设的成功范例。

第三，国际法律规则是我国“依法处理涉外经济、社会事务”的合法根据。对于涉外经济、社会事务，我国国内法规定了大量规则，同时通过参加多边国际条约和缔结双边条约形成了范围广泛、数量众多的国际法律规则。因为在全球化时代，国际法的新分支越来越多，内容越来越丰富，与国内生活的联系越来越紧密。因此，这里的“依法”既要根据中国法体系中的涉外法律法规，也要根据国际法律规则。可以肯定的是，一个国家在国内和国际两个层面运用国际法的水平是该国法治水平的一个重要体现。

第四，国际法律规则是我国维护中外当事人正当权益的可靠保障。作为中国国际私法主要部分的《中华人民共和国法律适用法》第1条明确宣示其立法目的是“维护当事人的合法权益”，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步明确为“维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益”和“维护海外侨胞权益”。这种冲突法方法通过在相关的国内法中选择其中之一来解决国际民商事争议，其制度性缺陷是相关国家的国内法中的绝大部分规则并非立法者为规范国际民商事关系而制定的，或者说立法者在很多情况下根本就没有想到或并不希望这些国内法规范适用于国际民商事关系，因此常常缺乏针对性；它也没有实体规范那样的可预见性和明确性。因此，通过国际条约、国际惯例中的实体法规则来调整国际民商事关系，越来越受到世界各国的普遍重视。[3]中国更是如

[1]这里所说的“国际法”是与“国内法”对应的法律体系，包括属于中国法律体系一部分的涉外法律制度和“纯粹的”国际法律制度，它与世界上其他国家作为学科称谓的“国际法”内涵并不相同，具有鲜明的中国特色，其开放性和包容性特征为中国国际法理论创新打下了概念基础。

[2]参见曾令良：《国际法治视野下的国家治理现代化》，《法制与社会发展》2014年第5期；单文华：《法治中国的国际维度》，《光明日报》2014年11月5日。

[3]韩德培主编、肖永平主持修订：《国际私法（第三版）》，高等教育出版社、北京大学出版社2014年版第4-5

此，在多部法律中明确规定了国际条约和国际惯例在中国司法中的可以直接适用。如《民法通则》第142条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”可以说，这些国际法律规则是我国“维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益”的更可靠保障。

第五，国际法律规则是我国开展高效国际司法合作的有效手段。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“深化司法领域国际合作，完善我国司法协助体制，扩大国际司法协助覆盖面。加强反腐败国际合作，加大海外追赃追逃、遣返引渡力度。积极参与执法安全国际合作、共同打击暴力恐怖势力、民族分裂势力、宗教极端势力和贩毒走私、跨国有组织犯罪”。所有这些重点工作，都离不开中国参加有关的多边国际条约、与有关国家缔结双边司法协助条约。唯有如此，中国与其他国家在这些领域的司法与执法合作才有稳定的法律基础、有效的实施机制和高效的工作效果。这被我国多年来的国际司法协助实践所证实。

第六，国际法律规则是我国建设具有国际吸引力的法治文化的理论来源。要提升中国法治在国际社会的话语权，必须提高中国法治文化的影响力和吸引力。要实现这个目标，中国的国际法研究必须从中国的立场和视角，对现有国际法概念、规则和各国法律中共有的理念、价值、概念进行不同的解释，大力改变中国法学受制于西方的概念框架、知识体系和评价标准的现状，通过讲好中国故事，提炼中国经验，创新中国理论，用跨越时空、超越国度、富有永恒魅力、具有当代价值的法学理论参与国际法学界的交流与交锋，如同经济领域的“中国模式”，用法治建设领域的“中国模式”影响国际法治的发展方向。[1]只有如此，中国的法治故事才能在国际社会让人倾听、被人理解、使人信服。

三、创新中国国际法理论与制度的主要进路

但是，中国的国际法研究既不适应全球化、信息化时代的要求，也不符合当下中国的国际地位和角色，更不能满足法治中国建设的新需求。几年前，何志鹏教授将中国国际法研究存在的主要问题概括如下：（1）未能深入探讨国际前沿；（2）未能鲜明展示中国立场；（3）未能系统遵循学术规范。[2]杨泽伟教授的概括是：（1）研究方法略显单一；（2）对国际法基本理论缺乏全面、系统、深入的研究；（3）对中国国际法学的理论与实践未能很好地加以总结；（4）理论与实践脱节的现象比较明显。[3]直到今天，中国国际法研究的上述问题依然存在。

要满足法治中国建设的新需求，创新中国国际法理论与制度，中国的国际法研究必须尽快在以下4个方面实现根本转变。

第一，践行问题导向。所谓问题导向，就是要打破传统法学部门的界限，对中国面临的重大国际法问题和国际社会普遍关注的问题，从不同的学科视角、不同的国际行为体诉求、不同的研究方法，开展综合性比较研究，以揭示该问题的本质、特点和发展变化的一般规律，使中国国际法的研究能够深入下去、扩展开来，为形成有国际影响力和国际竞争力的国际法理论打下坚实的基础。[4]这就要求我们改变以前习惯于宏观问题的理论思辨和一般性介绍国外的国际法理论，从国际国内的现实需求发现问题，从国际国内的客观实践寻找经验，避免

页。

[1]肖永平：《提升中国法治话语权的两个维度》，《人民法治》2015年第1期。

[2]何志鹏：《中国国际法研究反思》，《政法论坛》2010年第4期。

[3]杨泽伟：《改革开放30年来中国国际法学研究的回顾与前瞻》，《外交评论：外交学院学报》2008年第3期。

[4]肖永平：《中国国际私法学60年回顾与展望》，《武汉大学学报》2009年第6期。

局限于国际法与国内法的传统分野和不同国际法二级学科的理论区分，从多学科视角提炼理论。因此，国际法研究有必要突破国际公法、国际私法、国际经济法的界限，实现国际法内部的充分融通，并与法理学、民法、经济法等学科密切联系，同时尽量与国际关系、政治学、经济学、社会学等学科横向联合，才可能实现国际法理论的创新。

另一方面，中国学者应基于中国国家利益的战略考量，及时提出有利于中国发展的议题，改变过去的被动局面，从而引领国际议题。这就要求中国国际法学界未雨绸缪、开展前瞻性的研究，在新的国际规则的制订过程中，不但要有“中国方案”、体现“中国智慧”，还要争取影响国际规则的制订过程，以改变过去单纯地对他国方案进行简单的修修补补的局面；同时积极推动相关国际条约的修改，使有关的国际规则朝着有利于维护中国国家利益的方向发展。[1]

对于研究问题的选择，首先要以社会主义法治理念为基础，以十八届四中全会的新部署为起点，重点研究中国涉外法律体系和涉外司法执法机制的完善，以及中国面临的重大国际法问题，如领土主权与海洋权益问题、网络安全问题、能源安全问题、金融安全问题、中国海外投资的保护问题、“一带一路”战略的国际法问题、中国公民的海外权益保障问题，等等。其次要加强对以中国为主导的区域性国际组织的研究，如上海合作组织、亚投行等，通过深入研究发展中国家的共同话题、共性问题，特别在一些区域制度还不统一的前沿领域积极探索，努力创造和丰富中国法治模式、中国法治经验、中国法治标准，最大限度地增强中国的区域法治中的话语权。最后对国际社会面临的共同法治问题，要把握主动，系统研究有影响的国际组织讨论的国际法前沿问题，积极参与国际法治秩序的规则制定和正义表达，通过不断“发声”谋求中国国际法学的发展和影响力，以增强中国在国际事务中的知情权、表达权、参与权和定义权。[2]通过这种由内到外、由区域到全球、由“同者求同”到“异者求同”，逐步实现中国国际法理论与制度的创新。

第二，坚持中国立场。当今世界，法治是国家核心竞争力的重要组成部分。中国的国际法理论应当反映并坚持建国以来特别是改革开放以来中国对国际法治所作出的创造性贡献，如和平共处五项基本原则；应当体现并贯彻中国社会主义现代化建设和中华民族伟大复兴历程对国际秩序和国际法治所提出的有益理念和观点，如建设和谐世界，开放包容、合作共赢的金砖精神等；应当明确和维护中国参与全球治理过程中所积累的法治主张，如建立国际关系新秩序、反对霸权主义和强权政治等。[3]

为此目的，中国学者首先应当毫不动摇地维护我国的国家安全和国家根本利益，以中国特色社会主义法治道路、理论和制度作为构建中国国际法理论与制度的指针，在国际法治与中国法治的互动过程中坚持自身法治特色。因此，我们既要借鉴国际法治的优秀成果，又要贡献于国际法治，在循环往复的法治互动过程中提高中国法治水平，推进国际法治进程。

其次，中国学者需要吸收中国法治传统。中国传统社会是“无讼”社会，形成“德主刑辅”为中心的儒家礼法思想和“以刑为主，诸法合体”的传统法律体系，通过伦理道德衡量社会行为，并辅以宗法制、官僚制为内容的治理体系，逐步形成了以专制为核心的人治传统。[4]这种传统一方面使人们更加注重“私德”而缺少“公德”，更加强化公权而弱化私权；另一方面更倾向于按照道德准则丈量社会关系，注重构建和谐社会关系的礼法精神。因此，中国学者需要科学地对待中国传统社会的人治取向，发挥礼法的社会控制功能，一方面需要研究和发掘中国传统礼法中符合法治精神的观念、价值和思维方式；另一方面需要矫正传统礼法中背离法治的内容，形成包含传统文化精髓的中国式法治特色，并将中国法治成果传播

[1]参见杨泽伟提交给全国人大的咨询报告：《关于进一步加强中国国际法理论与制度创新的若干建议》。
[2]参见王俊：《建立中国法治话语权需要三轮驱动》，《人民法治》2015 年第 1 期。
[3]参见赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，《中国社会科学》2014 年第 10 期。
[4]参见夏群：《文化相对论视角下的法治话语权》，《人民法治》2015 年第 1 期。

于国际社会，形成和维护中国法治认同，最终发展成为具有国际影响力的法治实体。[1]

最后，中国不能在所有国际法问题上固守发展中国家的原则立场，必须根据中国在国际关系的不同角色和根本利益，寻求不同的利益共同体，采取不同的立场，以维护中国的核心利益和国际社会的可持续发展。因为中国的国际身份定位是复杂的、多元的，如负责任大国、联合国常任理事国、最大的发展中国家等等，尽管最大的发展中国家依然是中国的首要定位。因此，中国的国际法理论与主张必须处理好 3 个平衡：力量与责任的平衡，即强调量力而行基础上的有限责任；权力和义务的平衡，即强调从国际体系受益的同时要主动承担国际责任；意愿与期望的平衡，即处理好自身履责意愿与国际社会期望的关系。就此而言，中国的国际法理论应下大力气协调自身与世界的多种关系，包括：中国自身的经济社会快速发展与国际社会发展全局之间的协调；中国国家利益的维护和延伸，与其他国家（首先是周边国家）的利益关切，以及人类共同利益之间的协调；中国的国际价值观与人类共同价值观之间的协调；中国种种良好的国际意愿与达成良好意愿的外交艺术及行为方式之间的协调，等等。例如，中国呈现给世界的和谐世界理念当然是好的，但问题在于它要衍生出一系列在不同领域、空间、议题中可操作的东西。既有良好的意愿，更应有达至这种良好意愿的行为和路径。可以说，提供这种可行的路径是未来中国国际法研究的主要任务。

第三，运用法理表达。历史经验表明，任何国际法理论本质上都是为了维护主张者本国的核心利益。国际公法作为国家间协调意志的体现，各国学者的理论主张自然是为了维护本国的根本利益和核心利益；国际经济法作为一个国家管理和规范跨国经济关系的手段，无不是为了保障本国的根本经济利益。即使表面上主要是解决私人间利益关系和冲突的国际私法，其基本理论主张也与这个国家在国际体制中的核心利益密切相关。例如，在国际私法学说的发展历程中，荷兰学者胡伯提出的“国际礼让说”就是为了维护荷兰资产阶级革命胜利以后既要对外扩张，又要捍卫自己的主权独立、防止周围封建国家干涉的需要。德国学者萨维尼提出的“法律关系本座说”与德国作为后起的资本主义国家要求重新瓜分国家资源和国际市场的需要密切相关。英国学者戴赛提出的“既得权理论”与英国这个老牌资本主义国家一方面面临后起帝国主义（如德国）的威胁，另一方面又受到殖民地人民革命的打击，迫切需要维护其海外殖民利益不无关系。现代欧洲国家奉行的“直接适用的法”理论是为了满足这些国家加强对国际经济关系的干预的需要；美国的“最密切联系理论”方便美国法院利用美国在国际社会的霸权地位灵活选择其需要适用的法律；苏东社会主义国家提出的“对外政策需要说”与它们主张的和平共处与国际合作的外交政策一脉相承。[2]

但是，一个国家的国际法理论要获得国际社会的认同，必须以人类的普世价值和国际社会易于接受的方式加以呈现。国际法研究者的中心任务就是要善于发现、提炼和总结通过法理表达出来的主张。为此目的，中国国际法学界起码应该做到以下几点：

首先，中国的国际法理论主张不能是赤裸裸的利益诉求、简单的政策宣示或者在国际社会无法交流的政治口号，必须借助国际法治语言，通过提升中国法治的话语权，用能够反映国际关系的基本准则、体现市场经济的一般规律、符合人类的自然理性、概括中国实践经验和智慧的法言法语表现出来。

其次，加强顶层设计，通过制度化安排，动员理论和实务部门协同参与国际法律原则、规范和准则的制定和谈判，以最大限度地体现中国的意愿和主张，提升我国建构国际制度的能力，维护国际制度的合法性和权威性，全面提升中国在国际法概念和国际法律规范制定中的话语权。以和谐世界理论为指导，按照中国价值体系、意愿主张确定国际秩序的规范性术语，深度开发国际法律规范制定的话语权，促进有利于公正合理的国际政治经济新秩序的建

[1]同上注。

[2]韩德培主编、肖永平主持修订：《国际私法（第三版）》，高等教育出版社、北京大学出版社 2014 年版第 38-52 页。

立和国际惯例的形成。

最后，开展深入的比较法研究，不仅在规范层面比较国际法与国内法、不同国家国内法的异同，更要在实际运用层面比较不同国际行为体对这些法律规则的不同解释、不同适用方法，还要在法治文化方面探究这些法律规则背后的历史根源、社会背景、政策追求和利益诉求。唯有如此，中国的国际法理论才有可能实现创新，才有可能在国际社会占有一席之地。

第四，注重实证研究。当中国特色社会主义法律体系基本建成以后，我国法学研究的基本模式应该从以立法为中心转向以法律实施为中心。这就要求中国学者改变以前侧重于文本研究、简单的比较法研究的习惯，必须下大力气开展实证研究，重点探求中国法治建设中“活”的法律。就中国国际法研究而言，这种转变显得尤为必要。

首先，由于中国学术研究的传统重思辨、轻实证；加上国际法体系本身不够完善，实在法不够发达，权威学说理论成为国际法的辅助渊源，导致人们在论述国际法问题时难以区分实在法与应然法，使国际法学者的论述容易陷入“见理不见法”的模式。[1]这种研究方式形成的理论不仅因没有实证数据而缺乏说服力，更导致国际法看起来不像“法”，倒像国际政治、国际关系。在所有的法律部门中，只有国际法存在其本身是不是法的疑问，尽管现有的国际法理论和实践都已证明国际法是实在法。要改变这种现状，只有注重国际法的实证研究，即通过对大量经验数据的统计和计量分析，归纳出一般性结论，其不一定运用数学工具，数据的采集范围和数量也不必庞大，但事实与数据是得出结论的基本或重要依据。

其次，国际法的实证研究需要我们“走出书斋、奔向田野”，这要求研究者掌握定性分析和定量分析的基本方法，遵守观察、调查、文献分析、实验的基本规范，而不是随机性的简单的个案分析。这对大多数中国国际法学者来说，需要一个转变意识和重新学习实证研究方法的过程。因为西方国际法对中国的影响无疑是巨大而深远的，而中国自身的经验又是如此丰富，使得西方的国际法理论，如果不能经受中国经验的挑战和检验，就会变得苍白无力。中国学者的阐释如果没有来自中国的创造性解读，就会流于空疏，或被束之高阁。事实上，中华人民共和国成立 60 多年来，中国提出了和平共处五项原则，参与制定了亚非会议十项原则，并在国家承认与继承、双重国籍、国际条约、和平解决国际争端等重大国际法理论与实践问题上，做出了非常有价值的贡献。如何总结这些理论在我国外交实践中的作用，归纳这些理论在双边和多边国际关系中的影响，根据国际性文件和其他国家的权威文件提炼这些理论被其他国家的认可程度，不但是实现中国国际法理论与制度创新的基础和重要前提，对中国开展国际合作和促进现代国际法的发展都具有重要意义。

最后，关于国际法律规则对中国国内立法的影响、国际条约和国际惯例在中国法院和仲裁机构的适用方式和作用、中国有关涉外法律法规在法院实践中的功能和作用、双边司法协助条约的实施效果等问题，都值得中国国际法学者分门别类地开展实证研究。因为只有越来越多的根据“数据”说话的研究成果支撑的国际法理论才能被国际社会认可和接受。

参考文献：

[1]刘鹏、吴兆峰、胡谷雨. 大数据——正在发生的深刻变革[J]. 中兴通讯技术, 2013,(4).

[2] 何志鹏. 国际法治何以必要——基于实践与理论的阐释[J]. 当代法学, 2014, (2).

[3] 赵骏. 全球治理视野下的国际法治与国内法治[J]. 中国社会科学, 2014, (10).

[1]宋连斌：《国际法研究应该注重实证》，《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2010 年第 1 期。

[4]姜明安. 国家治理现代化过程中国家治理要素的转变[J]. 法制与社会发展, 2014, (5).

[5]曾令良. 国际法治视野下的国家治理现代化[J]. 法制与社会发展, 2014, (5).

[6] 韩德培, 主编.肖永平,主持修订.国际私法（第三版）[M].北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2014.

[7] 肖永平. 提升中国法治话语权的两个维度[J].人民法治,2015, (1).

[8] 肖永平.中国国际私法学 60 年回顾与展望[J].武汉大学学报, 2009, (6).

[9] 王俊. 建立中国法治话语权需要三轮驱动[J].人民法治,2015, (1).

[10] 夏群.文化相对论视角下的法治话语权[J].人民法治,2015, (1).

[11] 宋连斌.国际法研究应该注重实证[J].华侨大学学报（哲学社会科学版）, 2010(1).

[12] 何志鹏.中国国际法研究反思[J].政法论坛, 2010(4).

[13] 杨泽伟.改革开放 30 年来中国国际法学研究的回顾与前瞻[J].外交评论：外交学院学报，2008(3).

论菲律宾诉中国南海争端仲裁案中的管辖权问题

闫卫军
（上海外国语大学法学院，上海 200083）

摘要：菲律宾依据《联合国海洋法公约》有关强制争端解决程序的规定，就其与中国在南海海域的争议启动了仲裁程序。但强制仲裁程序的启动必须满足《联合国海洋法公约》所规定的前提条件，同时又受到若干限制。仲裁庭对本案是否具有管辖权，需视菲律宾的举证情况以及仲裁庭对某些法律问题的裁决而定，总体而言对我国不利。
关键词：南海，海洋法公约，仲裁，管辖权

由于在黄岩岛事件中未能占得先机，菲律宾政府于 2013 年 1 月依据《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第十五部分第二节第 287 条及《公约》附件七第一条的规定，就其与中国在南海的争端，向中国政府发出了启动仲裁程序的通知以及相应的权利主张。我国政府则于 2013 年 2 月退回了菲律宾的外交照会及所附仲裁文件，并表示不接受仲裁解决南海争端。然而尽管如此，国际海洋法法庭庭长柳井俊二仍于 2013 年 4 月，根据菲律宾的请求和《公约》附件七第三条的规定，任命仲裁员，组成五人仲裁法庭，启动了对该案的仲裁程序。

根据《公约》附件七第九条的规定，争端任何一方不出庭或对案件不进行辩护，争端他方可请求仲裁庭继续进行仲裁程序并作出裁决。但仲裁庭在作出裁决前，必须查明其对该争端是否确有管辖权。而根据《公约》第二九六条及《公约》附件七第十一条的规定，仲裁庭作出的裁决具有确定性，争端各方均应遵守。因此仲裁庭是否认定其对本案具有管辖权，对于本案的后续发展至关重要。一旦仲裁庭作出具有管辖权的裁决，我国势必负有遵守仲裁庭将来就实体问题作出的仲裁裁决的义务。本文拟结合菲律宾的仲裁请求以及《公约》的相关规定等，对这一问题展开论述。

一、菲律宾的仲裁请求及其管辖权依据

（一）菲律宾的仲裁请求

鉴于《公约》第十五部分第一节要求国际海洋争端的各方在启动第二节所规定的强制程序前必须就和平解决争端交换意见，而第三节所规定的“限制与例外”又是以争端的性质为标准进行界定的，因此讨论菲律宾与我国南海争端仲裁案的管辖权问题，必然涉及两国争端的具体内容。为此，有必要对菲律宾在相关仲裁文件中提出的权利请求及其所寻求的救济做一归纳。

菲律宾在其提交我国的“通知与权利请求”（NOTIFICATION AND STATEMENT OF CLAIM）中，共提出十项权利请求（THE PHILIPHINES’ CLAIMS）和十三项救济请求（RELIEF SOUGHT）。归纳起来，菲律宾要求仲裁庭就以下几个方面的法律问题作出裁决：[1]第一，中国在南海海域的权利应当是基于《公约》所构建的权利，由《公约》第二部分所规定的在领海与毗连区的权利、《公约》第五部分所规定的在专属经济区的权利以及《公约》第六部分所规定的在大陆架的权利构成。与此相应，中国基于“九段线”在南海的权利诉求是与《公约》相悖的，因而是无效的；第二，那些在高潮位时不高出海平面，且不位于沿海国的领海之内的没于水下的南海地形地貌（SUBMERGED FEATURES）是海床的组成部分，不能由一个国家取得，或从属于其主权，除非这些地形地貌基于《公约》第六部分形成一国大陆架的一部分。美济礁、

[1] 见菲律宾提起仲裁程序的“通知与权利请求”（NOTIFICATION AND STATEMENT OF CLAIM）第 III、第 V 部分，菲律宾共和国外交部文件 NO. 13-0211。

西门礁、南熏礁、渚碧礁系在高潮位时不高于海平面的没于水下的地形地貌，它们不是《公约》意义上的岛屿，且不位于中国的大陆架之上。中国非法占领并在这些地形地貌之上从事了非法的建设活动；美济礁和西门礁，根据《公约》第六部分，构成菲律宾大陆架之组成部分；第三，黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁和永暑礁等，除了分别有一小部分于高潮位时凸出于水面外，系在高潮位时没于水下的地形地貌，符合《公约》第一二一条第 3 款关于“岩礁”的定义，只享有不超过 12 海里的领海。中国系以这些地形地貌为依据非法主张超过 12 海里的海洋权益，并非法阻止菲律宾船只开发黄岩岛和赤瓜礁附近水域的生物资源；第四，根据《公约》第二、第五和第六部分，菲律宾有权享有从其群岛基线量起 12 海里的领海、200 海里的专属经济区和大陆架。中国系非法对菲律宾专属经济区及大陆架上的生物与非生物资源主张权利并进行开发，并阻止菲律宾开发其专属经济区与大陆架上的生物与非生物资源。中国非法干涉了菲律宾行使其在《公约》下享有的航行权利。

由此看，菲律宾上述仲裁请求的核心是其第一部分，该部分要求仲裁庭裁决中国在南海海域的权利限于《公约》所规定的领海权利、专属经济区权利和大陆架权利，否定了中国在南海海域享有任何形式的历史性权利或其他权利，从而使“九段线”归于无效。菲律宾仲裁请求第二和第三部分的中心思想是要求仲裁庭宣布高潮时没于水下的暗礁和低潮高地不能为任何国家所拥有，《公约》第一二一条第 3 款意义上的“岩礁”则仅享有 12 海里领海，而不享有专属经济区和大陆架。这样，中国在南海的暗礁和低潮高地海域，以及在南海的“岩礁”附近 12 海里之外海域，所进行的任何执法活动，如果这些海域不在中国的领海、专属经济区或大陆架之内，便是非法的；如果这些海域又是在菲律宾所主张的专属经济区或大陆架之内的，便是对菲律宾主权的侵犯。

（二）菲律宾仲裁请求的管辖权依据

我国和菲律宾均为《公约》的缔约国，受到《公约》所规定的争端解决制度的约束。《公约》第十五部分就“有关本公约的解释或适用的任何争端”，规定了争端解决的机制。该部分分为三节。第一节一般规定，确立了以和平方法解决争端的一般原则，以及争端各方就以和平方法解决争端交换意见的义务等；第二节规定在争端已经诉诸第一节所规定的程序而仍未得到解决的情况下，应进入“导致有拘束力裁判的强制程序”，从而确立了公约意义上的强制管辖制度；[1]第三节则规定了若干对于强制管辖制度的限制与例外。这里所谓“强制管辖”，是指《公约》的缔约国就有关《公约》解释与适用的争端，有义务接受某种强制裁判程序，而根据此种裁判程序作出的裁决对缔约国具有法律上的拘束力。

《公约》第十五部分的核心是其第二节。根据《公约》第十五部分第二节第二八七条的规定，一国在签署、批准或加入《公约》时，或在其后任何时间，应有自由用书面声明的方式选择下列一个或一个以上方法，以解决有关《公约》的解释或适用的争端：（a）按照附件六设立的国际海洋法法庭；（b）国际法院；（c）按照附件七组成的仲裁法庭；（d）按照附件八组成的处理其中所列的一类或一类以上争端的特别仲裁法庭。缔约国如为有效声明所未包括的争端的一方，应视为已接受附件七所规定的仲裁。[2]而根据《公约》第二八八条，第二八七条所指的法院或法庭，对于按照本部分向其提出的有关《公约》的解释或适用的任何争端，应具有管辖权。换言之，就《公约》的解释与适用的争端，《公约》的缔约国仅具有在其中所列的四个程序中作出选择的权利，缔约国拒绝选择或怠于选择，则被认为已经选定了《公约》附件七所规定的仲裁程序。这种规定一方面体现了《公约》所规定的争端解决程序的强制性，即要求缔约国必须接受某种“导致有拘束力裁判”的程序，同时又体现了《公约》所规定的争端解决程序的任择性，即缔约国可以就具体接受怎样的争端解决程序作出选择。

---

[1] 下文将《公约》第十五部分第二节所规定的“导致有拘束力裁判的强制程序”称作“强制程序”、“强制管辖程序”或“强制争端解决程序”，就涉及本案的程序而言，笔者又将其称为“强制仲裁程序”。

[2] 参见《公约》第二八七条第 1 款和第 3 款。

[1]可以说，《公约》所规定的争端解决程序具有以强制性为前提的任意性，抑或以任意性为基础的强制性。以强制性为前提的任意性是说《公约》赋予缔约国选择争端解决程序的权利以缔约国接受某种强制性争端解决程序为前提，缔约国不得以不予选择、怠于选择或选择排除所有争端解决程序的方式免除强制争端解决程序的适用；以任意性为基础的强制性是说《公约》规定缔约国必须接受某种强制争端解决程序，是以《公约》给予缔约国以广泛的选择权为基础的。如果没有这种选择权，则各国便难以接受争端解决程序的强制性，从而就会减小其加入《公约》的意愿，从而影响《公约》的普遍性。因此，一个国家只要加入《公约》成为其缔约国，便会受到《公约》所规定的强制争端解决程序的约束，除非一项有关《公约》的解释与适用的争端属于《公约》第二九八条规定的范围并被缔约国以声明的方式排除于这种强制性争端解决程序之外。[2]

菲律宾方面认为，鉴于菲律宾和中国均未依据《公约》第二八七条第 1 款的规定，通过书面声明就争端解决的程序作出选择，且目前尚不存在相反的约定，因此双方之间有关《公约》解释与适用的争端，应当根据《公约》第二八七条第 1 款的规定，提交《公约》附件七所规定的仲裁程序。[3]由此可见，《公约》第十五部分第二节第二八七条的规定是菲律宾此次诉诸仲裁程序的主要法律依据。然而，根据《公约》第二八六条的规定，将一项争端诉诸《公约》第二节所规定的包括仲裁在内的强制程序的前提条件是，该项争端“已诉诸第一节而仍未得到解决”，而第一节所规定的程序包括“以双方协议选择的和平方法谋求解决争端”，以及就“以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见”等。[4]我国外交部发言人在谈及这一问题时，强调菲律宾诉诸仲裁程序的行为违反了我国与东盟各国之间缔结的《南海各方行为宣言》（下称《宣言》）。因此讨论菲律宾是否有权诉诸《公约》第二八七条所规定的强制仲裁程序，似乎首先考察《宣言》所规定的程序是否已经履行，以及菲律宾是否依据《公约》第十五部分第一节第二八三条的规定就其提出的各项争端的和平解决与我国交换了意见。同时，根据《公约》第二八六条，启动第二八七条所规定的强制程序，受到《公约》第十五部分第三节的限制。第三节第二九七条规定了“适用第二节的限制”，第三节第二九八条规定了“适用第二节的任择性例外”。菲律宾要主张仲裁庭对本案具有管辖权，还必须证明其权利主张不属于《公约》第二九七条所规定的限制的范畴，亦不属于我国基于《公约》第二九八条声明排除的各类争端的范畴。

下文将结合《公约》的规定以及相关事实情况，讨论菲律宾启动强制仲裁程序是否已经满足了《公约》第十五部分第一节所规定的前提条件，是否受到《公约》第十五部分第三节所规定的“限制”，以及菲律宾提请解决的争端是否属于《公约》第十五部分第三节所规定的“任择性例外”的范围等。

二、启动强制仲裁程序的前提条件

根据《公约》第十五部分第一节的规定，如果争端各方已经协议用“自行选择的和平方法”来解决有关本《公约》解释与适用的争端，则只有在已经诉诸该自行选择的方法而仍未得到解决，且各方之间的协议不排除任何其他程序的情形下，才能适用《公约》第十五部分的规定；[5]如果争端各方已经通过一般性、区域性或多边协议等方式约定“导致有拘束力的

---

[1] 参见高健军著：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，北京：中国政法大学出版社，2010 年 12 月第一版，第 131-143 页；[英] J. G. 梅里尔斯著：《国际争端解决（第五版）》，北京：法律出版社，2013 年 4 月第一版，第 215-218 页。

[2] 参见下文有关《公约》第二九八条的论述。

[3] 见菲律宾提起仲裁程序的“通知与权利请求”（NOTIFICATION AND STATEMENT OF CLAIM）第 35、36 段，菲律宾共和国外交部文件 NO. 13-0211。

[4] 参见《公约》第二八〇条、第二八一条和第二八三条。

[5] 《公约》第二八一条。

裁判的程序”，则该程序代替《公约》第十五部分规定的程序而适用；[1]同时，争端各方还“应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见”。[2]这些规定意味着，第一，如果争端双方约定了“自行选择的和平方法”以解决有关《公约》的解释与适用的争端，则启动《公约》所规定的强制性争端解决程序以诉诸该“自行选择的和平方法”而争端仍未得到解决为前提；第二，如果争端各方通过双边或多边的方法约定了“导致有拘束力裁判”的争端解决程序，则该争端解决程序可以取代《公约》所规定的强制性争端解决程序。这一规定扩大了缔约国选择“导致有拘束力裁判”的强制程序的范围，进一步体现了《公约》所规定的争端解决程序“任意性基础上的强制性”或“强制性前提下的任意性”的特征；第三，只有在争端各方达成的协议不排除任何其他程序的情形下，《公约》第十五部分所规定的强制程序才能适用；第四，《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序的启动，以争端各方就以谈判等和平方法解决争端交换意见为前提。这些规定体现了《公约》在争端解决程序上充分尊重当事人意愿的立法精神和要求当事人必须接受某种有拘束力裁判的强制性，以维护国际海洋秩序。[3]

为了维护南海的和平与稳定，我国曾经于 2002 年与包括菲律宾在内的东盟各国订立《南海各方行为宣言》。该文件规定了南海争端各方“由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判，以和平方式解决它们的领土和管辖权争议，而不诉诸武力或以武力相威胁”的原则，以及“各方承诺保持自我克制，不采取使争议复杂化、扩大化和影响和平与稳定的行动”等内容。[4]从内容上看，《宣言》并没有规定任何所谓“导致有拘束力的裁决的程序”，因此就南海争端的解决而言，《宣言》不具有依照《公约》第二八二条取代《公约》第十五部分所规定的程序的效力。《宣言》之于本案的意义仅仅在于：其一，《宣言》是否《公约》第二八一条意义上的以“自行选择的和平方法”解决争端的“协议”？如果《宣言》在性质上不属于此等协议，则启动《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序与《宣言》规定的内容毫无关系；其二，如果《宣言》在性质上属于第二八一条意义上的“协议”，那么《宣言》是否排除双方“自行选择的和平方法”之外的其他程序的适用？如果《宣言》具有排除《公约》所规定的“程序”的效力，则《公约》所规定的包括仲裁在内的各项程序均不得适用；其三，在《宣言》构成《公约》第二八一条意义上的“协议”的情况下，菲律宾是否已经诉诸《宣言》所规定的方法，而争端仍未得到解决？如果菲律宾尚未诉诸《宣言》所规定的程序，则不得诉诸《公约》第十五部分所规定的程序，包括依照《公约》第二八七条启动仲裁程序，从而仲裁庭对本案不具有管辖权；第四，《宣言》中的“友好磋商和谈判”义务与《公约》要求就以谈判等和平方式解决争端交换意见义务的关系如何？对于以上四个问题，笔者依次论述如下：

（一）《宣言》是否以“自行选择的和平方法”解决争端的“协议”

笔者认为，《宣言》本身不能构成《公约》第二八一条意义上的以“自行选择的和平方法”解决争端的协议，因此“用尽”《宣言》所规定的方法不是启动《公约》第二八七条所规定的仲裁程序的前提条件。理由是：第一，就其形式而言，《宣言》一般被认为是一项不具有国际法效力的政治文件，[5]因此它客观上不具有《公约》第二八一条意义上的“协议”

---

[1] 《公约》第二八二条。

[2] 《公约》第二八三条。

[3] 参见高健军著：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，北京：中国政法大学出版社，2010 年 12 月第一版，第 33-68 页。

[4] 《南海各方行为宣言》第四、第五条。

[5] 罗超：《南海争端解决机制法律框架初探》，《太原理工大学学报（社会科学版）》，2011 年 6 月，第 29 卷第 2 期，第 12 页；周江：《略论〈南海各方行为宣言〉的困境与应对》，《南洋问题研究》2007 年第 4 期，第 29 页。

的效力；第二，《宣言》的核心条款是其第四条，该条要求南海争端各方“由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判，以和平方式解决它们的领土和管辖权争议，而不诉诸武力或以武力相威胁”。显然，该条的核心思想有二：其一是要求争端在直接有关的国家之间解决，而排除第三方，包括美国以及东盟作为一个整体的介入，避免争端的国际化和多边化；二是要求以和平方式解决争端，而不诉诸武力或武力威胁。在这里，“和平方式”对应于“武力或武力威胁”，而“友好磋商和谈判”只是对“和平方式”的例示性列举。因此该条款的目的在于规定原则，而非具体的争端解决方式。这样的原则显然难以构成《公约》意义上用以解决争端的“自行选择的和平方法”；第三，对于《宣言》所指的“南海争议”的范围，《宣言》签字各方有着不同的理解，如马来西亚和印度尼西亚认为《宣言》涵盖的范围不包括其“领土”和“领海”，越南则认为《宣言》所指争议不包括其主权和管辖权之下的南海海域及大陆架。[1]这样，由于《宣言》所指争端各方以“自行选择的和平方法”所解决的“争议”可能不包括菲律宾在仲裁程序中提出的与中国之间的争议，从而使《宣言》不能构成《公约》意义上的以“自行选择的和平方法”解决争端的“协议”。在新西兰诉日本和澳大利亚诉日本“麦氏金枪鱼案”中，国际海洋法法庭就确立了争端各方协议“自行选择的和平方法”必须是用来谋求解决有关《公约》的解释与适用的争端而非其他争端的规则。[2]

（二）《宣言》是否具有排除强制仲裁程序的效力

即使仲裁庭认定《宣言》在性质上属于《公约》第二八一条所规定的“协议”，它也不具有排除“其他程序”即《公约》第二八七条意义上的仲裁程序的效力。笔者的理由有三：第一，《宣言》分别在第一条、第三条、第四条等条款中提及《联合国海洋法公约》，并要求南海各方依据《公约》和平解决争端，因此很难将《宣言》解释为排除了《公约》所规定的程序；第二，《宣言》虽然要求“由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判”和平解决争端，但综合上下文，这一措辞的主要目的在于防止美国等外部势力的介入，并阻止东盟作为一个整体介入南海争端，而不是排除司法或仲裁程序的适用。所谓“友好磋商和谈判”只是对“和平方法”的诠释，而对应于武力或武力威胁的“和平方法”自然包括司法和仲裁程序。换言之，在《宣言》没有明确规定的情况下，“友好磋商与谈判”很难被解释为系中国与东盟各方“自行选择”的用以解决南海争端的唯一方法；第三，《宣言》的签字方虽然承诺“保持自我克制，不采取使争议复杂化、扩大化和影响和平与稳定的行动”，但能否将菲律宾诉诸国际仲裁的行为解释为“采取使争议复杂化、扩大化和影响和平与稳定的行动”值得怀疑，毕竟菲律宾诉诸仲裁是依据《公约》所规定的程序和平解决争端的一种方式。事实上，国际海洋法法庭在马来西亚诉新加坡“围海造地案”中就指出，只有在当事方意图排除任何其他程序的情况下，第二八一条意义上的“协议”才具有这样的效果，[3]而我们很难证明我国在2002年谈判和签署《宣言》时具有这样的意图，因为长期以来我国一直致力于阻止南海争端的国际化和多边化，却并没有关注争端进入司法程序的可能性。如此，在根据《宣言》的要求进行“友好磋商与谈判”仍不能解决争端的情况下，菲律宾便有权依据《公约》的规定将争端诉诸《公约》第十五部分第二节第二八七条所规定的强制争端解决程序。

（三）菲律宾是否已经诉诸“自行选择的和平方法”

退一步讲，在《宣言》构成《公约》第二八一条所指的“协议”，《宣言》所规定的“友

---

[1] 周江：略论《南海各方行为宣言》的困境与应对，《南洋问题研究》2007年第4期，第29页。

[2] Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan). 参见高健军著：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，北京：中国政法大学出版社，2010年12月第一版，第49页。

[3] 高健军著：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，北京：中国政法大学出版社，2010年12月第一版，第50页。

好磋商与谈判”构成《公约》第二八一条意义上的“自行选择的和平方法”的假定下，菲律宾是否已经诉诸该等“自行选择的和平方法”了呢？如何才算已经将争端“诉诸这种方法而仍未得到解决”？毫无疑问，这只是个事实问题，而非法律问题。如果说《宣言》所规定的“友好磋商和谈判”构成《公约》第二八一条意义上“自行选择的和平方法”的话，根据国际司法机构的相关判例，履行磋商与谈判义务并不意味着争端双方必须达成解决争端的协议。如果双方必须达成协议，《公约》所规定的“强制争端解决程序”便不再具有意义。“只要争端一方确定无疑地相信其已经没有办法或者被拒绝”通过谈判解决争端，并陷入“僵局”，或者说“通过上述程序（指《公约》第十五部分第一节程序）解决问题的可能性已经不存在”，便可视为已经诉诸“友好磋商与谈判”程序而争端仍未得到解决。[1]在其提交我国外交部门的“通知与权利请求”中，菲律宾亦声称其自 1995 年以来已经多次就本案争议问题与中国交换意见。[2]毫无疑问，菲律宾肯定与我国就南海争端交换过意见。但是，在我国显然没有拒绝通过磋商谈判解决争端的情况下，菲律宾认定其与我国的争端已经“不再可能”通过磋商与谈判解决[3]的具体依据是什么？这恐怕需要仲裁庭根据双方磋商谈判的具体情况做出裁决。

与此相关的另一个问题是，菲律宾与中国就南海问题进行磋商与谈判的内容是否能够全部涵盖其本次提出的全部仲裁请求？如果菲律宾提请仲裁的争端与其此前试图通过与我国进行磋商与谈判解决的争端并不一致，则表明其提请仲裁的争端未经《宣言》所规定的“友好磋商与调解”程序。考虑到菲律宾为了绕过《公约》第十五部分第三节所规定的“限制与例外”而对其仲裁请求进行精心设计，笔者对于菲律宾能否就其在相关仲裁文件中提出的请求，证明其已经与中国进行了充分的磋商与谈判，持怀疑态度。须知，按照法律的逻辑，菲律宾必须就其提出的每一项仲裁请求，逐项地向仲裁庭证明其已经与中国就以谈判等和平方式解决争端充分地交换了意见，而不是泛泛地声明立场。就这一问题，WTO 争端解决机制似与《公约》的规定有异曲同工之妙。根据 WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》，一个成员在就一项贸易争端请求设立专家组之前，必须就争议的贸易措施提出磋商。因此在将一项争端提交 WTO 争端解决程序时，提出申诉的一方当事人必须证明，它已经就争议的贸易措施与被诉方进行了磋商。不过，从 WTO 争端解决机构的相关案例来看，专家组与上诉机构并不要求申诉方在磋商请求中提出的争议与请求专家组裁决的争议安全一致。[4]因此，本案最终的结果很可能是，仲裁庭认定对菲律宾已经就仲裁所涉及的主要争端与中国进行了友好磋商与谈判，从而仲裁庭对菲律宾提出的主要权利请求具有管辖权。

（四）“交换意见”的义务

根据《公约》第二八三条的要求，“争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见。”而根据《公约》第二八六条，这种“交换意见”也是启动《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序的前提条件之一。如果说《宣言》所规定的“磋商与谈判”的

---

[1] South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I. C. J. Reports 1962, p. 319, pp. 345-346; Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan, Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 208 at p. 295, paragraph 60. 参见葛冠群：论《联合国海洋法公约》中的“谈判”与“交换意见”义务，载《研究生法学》， 2011 年 10 月第 26 卷第 5 期，第 97 页。

[2] 见菲律宾提起仲裁程序的“通知与权利请求” （NOTIFICATION AND STATEMENT OF CLAIM）第 25-30 段，菲律宾共和国外交部文件 NO. 13-0211。

[3] Southern Bluefin Tuna Cases, paragraph 55. 参见高健军著：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，北京：中国政法大学出版社，2010 年 12 月第一版，第 51 页。

[4] 在巴西-飞机案（DS46）、墨西哥-大米反倾销案（DS295）以及中国-音像制品案（DS363）等案件中，专家组均裁定磋商和成立专家组的请求必须与同一个“争端”有关，但两者无须“完全一样”。

目的是为了解决争端，《公约》所规定的“交换意见”的义务则是“为了寻求一种双方认可的争端解决方式”，[1]因此两者是不同的。但是，在巴巴多斯诉格林纳达和多巴哥一案中，仲裁庭认为《公约》第二八三条所规定的“交换意见”的义务，与《公约》第七十四条和第八十三条所规定的谈判义务相重叠。[2]由此可见，就菲律宾诉中国南海争端仲裁案而言，这种首先就以谈判等方法解决争端交换意见的义务，与前述首先诉诸《宣言》所规定的“友好磋商与谈判”程序的义务，应当是一致的。因此，只要菲律宾能够证明其已经诉诸“友好磋商与谈判”而争端仍未得到解决，便同时证明其已经履行了“交换意见”的义务。根据前文的论述，证明其已经履行这种“交换意见”的义务对于菲律宾来说可能存在一定的困难，因为仲裁庭可能会要求其就我国在南海的权利依据、“九段线”的性质与法律意义、暗礁和低潮高地以及岩礁的性质与法律地位等法律问题已经与我国政府充分地交换了意见。但根据前述笔者的判断，仲裁庭最终会认定菲律宾已经就争议的主要问题与我国交换了意见，从而仲裁庭对仲裁请求中的大部分争端具有管辖权。如此，《公约》关于“交换意见”的规定最终亦难以成为菲律宾启动《公约》第十五部分第二节第二八七条所规定的强制仲裁程序的障碍。

从以上分析可以看出，总的来说《宣言》难以构成《公约》第二八一条意义上“自行选择”和平方法的“协议”，而《宣言》的性质和内容也不具有排除《公约》第十五部分第二节意义上的强制程序的效力。因此《宣言》本身难以构成菲律宾启动强制仲裁程序的障碍。《公约》第十五部分第一节中唯一可能形成菲律宾启动强制仲裁程序的障碍的是《公约》第二八三条关于“交换意见”的规定，虽然作为一个事实问题，对这一问题的裁决需要视菲律宾举证的情况而定，但相关争端解决机制的案例似乎对菲律宾一方更为有利。

三、适用强制管辖程序的“限制”与“任择性例外”

（一）启动强制管辖程序的“限制”

根据《公约》第二八六条的规定，启动《公约》第十五部分第二节所规定的强制仲裁程序受到《公约》第十五部分第三节的限制。作为《公约》第十五部分第三节的主要内容之一，《公约》第二九七条的主要目的在于规定，“因沿海国行使本公约规定的主权权利或管辖权而发生的对本公约的解释或适用的争端”，在哪些情况下应当适用第二节所规定的强制程序，以及在哪些情况下可以不受第二节强制程序的约束。规定沿海国在其毗邻本国海岸的不同海域享有不同的主权权利和管辖权，是领海、专属经济区和大陆架制度的核心内容，也是《公约》的核心内容。根据《公约》第二九七条，对于因沿海国行使《公约》规定的主权权利或管辖权而发生的有关《公约》解释或适用的争议，如系非沿海国指控沿海国滥用权利、沿海国指控非沿海国在其专属经济区或大陆架等海域滥用《公约》所规定的航行、飞越或铺设海底电缆和管道的自由或其他权利，或非沿海国指控沿海国违反有关保护和保全海洋环境的国际规则与标准等，均应遵守《公约》第十五部分第二节有关强制程序的规定（第 1 款）。但是，如系沿海国根据《公约》第二四六条同意或者不同意在其专属经济区内或大陆架上进行海洋科学研究而引起的争端，或者沿海国基于《公约》第二五三条暂停或停止一项海洋科学研究计划而引发的争端，沿海国并无义务同意将其提交《公约》第二节所规定的强制程序；

---

[1] 葛冠群：论《联合国海洋法公约》中的“谈判”与“交换意见”义务，载《研究生法学》， 2011 年 10 月第 26 卷第 5 期，第 97 页。参见 Case concerning Land Reclamation by Singaore in and around the Strait of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Separate opinion of Judge Jesus.

[2] 《公约》第七十四条和第八十三条要求相邻或相向国家在划定其专属经济区与大陆架的边界时，“应在国际法院规约第三十八条所致国际法基础上以协议划定，以便得到公平解决”。这意味着，就专属经济区及大陆架化解纠纷，当事方应当首先通过协商谈判解决，如果协商谈判不能达成协议，才能诉诸《公约》第十五部分所规定的程序。因而协商谈判成了启动第十五部分程序的前提条件。Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of the Arbitral Tribunal, paragraph 201. 参见葛冠群：论《联合国海洋法公约》中的“谈判”与“交换意见”义务，载《研究生法学》， 2011 年 10 月第 26 卷第 5 期，第 96-97 页。

对于沿海国行使《公约》第二四六条或第二五三条所规定的权利的方式所引发的争端，则应提交《公约》附件五第二节所规定的调解程序（第 2 款）。另外，对于有关其对专属经济区内生物资源的主权权利或此项权利的行使的争端，沿海国亦无义务同意提交强制争端解决程序。而对于将有关专属经济区内生物资源的养护与管理，包括该区域内生物资源的分配等争端，《公约》则直接规定应当提交附件五第二节所规定的调解程序，从而形成对适用《公约》所规定的强制争端解决程序的限制（第 3 款）。

从前述菲律宾的权利请求来看，菲律宾希望通过仲裁解决的其与中国之间的争端，一是“九段线”的性质问题，二是暗礁和低潮高地是否可以被一个国家所取得并从属于其主权的问题。显然，菲律宾在本案中提出的与中国之间的争端，并非因沿海国行使《公约》所规定的专属经济区内或大陆架上的权利而引发的争端，从而本案所涉及的争端不属于依照《公约》第二九七条第 1 款规定，应当提交《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序的争端。如果菲律宾承认本案系其作为非沿海国指责我国作为沿海国滥用权利，则等于间接承认了南海海域系我国的专属经济区，南海海域的海床和底土系我国的大陆架；如果菲律宾在本案中系以沿海国的名义指责我国作为非沿海国滥用了航行、飞越等自由以及其他有关海洋用途的权利，则前提是要认定相关南海海域属于菲律宾的专属经济区，或者相关南海海域的海床和底土属于菲律宾的大陆架，而这显然属于有关专属经济区或大陆架划界的问题，根据《公约》第二九八条和我国的相关声明，我国不接受《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序的管辖。[1]同样地，本案所涉及的争端既不属于沿海国对于在其专属经济区内或大陆架上的海洋科学研究进行管理而引起的争端，也不属于沿海国对其专属经济区内的生物资源进行养护与管理而引发的争端，因为菲律宾以此指责我国滥用权利，便等于承认我国的“沿海国”地位，承认南海相关海域为我国的专属经济区。当然，本案所涉及的争端也不属于因保护或保全海洋环境而引发的争端。由此可见，第二九七条第 2 款和第 3 款关于限制适用第二节“强制程序”的规定，在本案中同样不能予以适用。

鉴于本案所涉及的争端既不属于第二九七条第 1 款关于应当遵守第二节所规定的强制程序的情形，亦不属于该条第 2 款和第 3 款关于可以不适用第二节所规定的强制程序的情形，因此，《公约》第十五部分第三节第二九七条的规定与本案管辖权问题无关。

（二）适用强制管辖程序的“任择性例外”

根据《公约》第二八六条的规定，启动《公约》第十五部分第二节所规定的强制仲裁程序的另一限制就是《公约》第十五部分第三节第二九八条所规定的“任择性例外”。该条规定， 一国在签署、批准或加入《公约》时，或在其后任何时间，可以书面声明对于下列各类争端的一类或一类以上，不接受第二节规定的一种或一种以上的程序。根据该条可以被排除于第二节所规定的强制程序适用之外的争端包括：（a）关于划定海洋边界的第十五、第七十四、第八十三条在解释或适用上的争端，或涉及历史性海湾或所有权的争端；（b） 关于军事活动，包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端；（c）正由联合国安全理事会执行《联合国宪章》所赋予的职务的争端。据此，我国政府于 2006 年 8 月作出声明：“中华人民共和国政府，就《公约》第二九八条第 1 款第（a）、（b）和（c）项所指所有种类的争端，不接受《公约》第十五部分第二节所规定的任何程序。”[2]由此看，我国政府的声明就《公约》第二九八条第 1 款所规定的所有类型的争端排除了《公约》第十五部分第二节

[1] 见后文论述。

[2] 由于未能找到我国政府声明的原始文件，文中我国政府声明的内容系作者根据国际海洋法法庭网站资料译出。参见 DECLARATIONS OF STATES PARTIES RELATING TO SETTLEMENT OF DISPUTES IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 298 (OPTIONAL EXCEPTIONS TO THE APPLICABILITY OF PART XV, SECTION 2, OF THE CONVENTION)，http://www.itlos.org/index.php?id=11&L=1%252527&key=1-8，2013 年 6 月 15 日访问。

所规定的包括仲裁在内的所有强制程序的适用。而这样的排除是为《公约》第二九八条所允许的。然而问题在于，菲律宾提请仲裁的争议是否在我国政府通过声明排除的争端的范围之内？须知，《公约》第二九八条所列举的三类争端并没有囊括所有有关《公约》的解释与适用的争端，而根据《公约》第二八六条，《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序适用于“有关本公约的解释或适用的任何争端”。事实上，《公约》也不允许缔约国就所有种类的争端，排除第十五部分第二节所规定的强制程序的适用。这也正是《公约》所规定的争端解决程序的“强制性”的表现之一。换言之，如果允许缔约国将所有争端排除于《公约》所规定的强制程序的适用范围之外，所谓“强制性争端解决程序”实际上便不再具有任何强制性。[1]

从前述菲律宾在相关仲裁文件中所提出的“权利请求”（STATEMENT OF CLAIM）及菲律宾所寻求的救济（RELIEF SOUGHT）来看，其主要内容在于要求仲裁庭确认：第一，中国在南海海域的权利限于《公约》所规定的领海权利和在专属经济区内及大陆架上的权利，因而中国基于“九段线”的权利主张是无效的；第二，南海那些在高潮时没于水下的暗礁和低潮高地在性质上不属于岛屿，因而不能为中国所拥有，除非中国基于《公约》关于大陆架的规定，主张行使对于这些海洋地形地貌（MARITIME FEATURES）作为大陆架上的海床和底土的权利。而菲律宾提出这些权利请求的依据是《公约》第二部分第三至第十四条，第五部分第五十五条和第五十六条，第六部分第七十六条，第八部分第一二一条以及第九部分第三〇〇条等。[2]显然，菲律宾在设计其请求时小心翼翼地避开了《公约》第二九八条第 1 款（a）项所说的公约第十四、七十四、八十三条意义上的划界纠纷，而这些争端也不属于第二九八条第 1 款（b）或（c）意义上的军事争端或者联合国安理会正在处理的争端。不过，菲律宾的若干主张要求认定中国侵犯了其对于《公约》所规定的专属经济区的权利，并要求确认南海的一些地形地貌位于其大陆架之上，从而构成其大陆架的一部分。这些请求实际上已经涉及到专属经济区和大陆架划界问题，从而不应该属于仲裁庭管辖范围。

然而，《公约》第二九八条第 1 款（a）项的内容除了海洋划界争端外，还包括所谓“涉及历史性海湾或所有权的争端”。从而后者也是我国政府声明不接受第二节所规定的强制程序的争端。对于什么是“历史性海湾或所有权”（HISTORICAL BAYS OR TITLES），《公约》本身并没有做出明确规定。[3]长期以来，我国一直有学者主张我国在南海“九段线”以内所享有的权利在性质上属于“历史性权利”，或者南海“九段线”以内的海域属于我国的“历史性海域”。[4]但我国政府迄今并未就这一问题给出明确的说法。从逻辑上说，根据《公约》所确

---

[1] 构建一个完整的强制性争端解决机制是保证《联合国海洋法公约》得以落实的基础，但为了确保《公约》被广泛接受，《公约》又不得不允许缔约国将若干重要的国际海洋法争端排除于强制争端解决程序的适用范围之外，同时还提供多种强制争端解决程序供缔约国选择。参见 A. O. Adede, Settlement of Dispute Arising Under the Law of the Sea Convention, The American Journal of International Law, Vol. 69, No. 4 (Oct., 1975), pp. 798-818; Shigeru Oda, Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44, No. 4 (Oct., 1995), pp. 863-872; Alan E. Boyle, Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, No. 1 (Jan., 1997), pp. 37-54.

[2] 见菲律宾提起仲裁程序的“通知与权利请求”（NOTIFICATION AND STATEMENT OF CLAIM）第 35、36 段，菲律宾共和国外交部文件 NO. 13-0211。

[3] 《公约》承认“历史性所有权”或“历史性权利”、“历史性水域”等合法性，但国际法上对于“历史性权利”的构成要件尚有争论。参见赵建文：联合国海洋法公约与中国在南海的既得权利，载法苑精萃编辑委员会编：《中国国际法学精萃》，北京：高等教育出版社，2004 年 11 月第一版，第 81-97 页；曲波：海洋法中历史性权利构成要件探究，载《当代法学》2012 年第 4 期，第 3-9 页。

[4] 金永明：中国南海断续线的性质及线内水域的法律地位，载《中国法学》，2012 年第 6 期，第 3 页。

立的“陆地统辖海洋”以及“对公海主权主张无效”[1]、国际海底区域是“人类的共同继承财产”[2]等原则，我国确实无法在南海“九段线”之内，同时又是我国领海、专属经济区和大陆架等海域或海底之外，依据《公约》主张任何主权权利或管辖权。我国主张此种权利的依据只能是“历史性权利”。相应地，菲律宾要求确认中国在南海的权利限于《公约》规定的领海和专属经济区内的权利以及大陆架上的权利，这一争端在性质上也只能属于菲律宾与中国之间“涉及历史性所有权”的争端，从而应当包括在我国政府声明排除适用《公约》所规定的强制程序的争端范围之内。另外，我国政府主张对于南海某些暗礁和低潮高地享有主权权利，由于这种权利在《公约》上没有依据，其性质也应当属于“历史性所有权”。但是，由于我国政府从未明确我国在南海“九段线”内的权利在性质上属于“历史性权利”，且我国政府已经决定不接受仲裁解决争端，不参与仲裁程序，因此仲裁庭是否能够以菲律宾提出的部分权利请求涉及其与中国之间的“历史性所有权”争端而拒绝行使管辖权，尚难确定。但是，由于菲律宾在其权利请求中根本未提及“历史性权利”概念，只是要求仲裁庭确认中国在南海的权利限于《公约》关于领海、专属经济区和大陆架的权利，“九段线”由于与《公约》相矛盾而无效等，因此仲裁庭很可能不认为本案涉及“历史性所有权”问题，从而也不会以此为由认定其对本案没有管辖权。

上述分析表明，菲律宾通过仲裁提出的权利请求，大部分属于与我国的“历史性所有权”争端，但在我国未以官方文件明确我国基于“九段线”在南海的权利主张属于“历史性权利”的情况下，尚难确定仲裁庭能否如此认定。另外，还有部分权利请求涉及海洋划界争端。如果仲裁庭认定菲律宾的部分主张涉及“历史性所有权”，部分涉及海洋划界争端，则该部分“历史性所有权”争端和海洋划界争端属于我国政府声明不接受《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序的范畴。仲裁庭对此等争端不具有管辖权。

四、强制调解程序

不过，《公约》允许缔约国就海洋划界争端及涉及历史性海湾或所有权的争端，通过声明排除于《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序之外，是有条件的，即如果这种争端发生于《公约》生效之后，则根据《公约》第二九八条做出此种声明的国家，应同意将该事项提交《公约》附件五第二节所规定的强制调解程序。[3]这就意味着，如果海洋划界争端或涉及历史性海湾或所有权的争端发生于《公约》生效之前，则《公约》无条件地允许缔约国通过声明将其排除于强制诉讼或仲裁程序之外；如果此等争端发生于《公约》生效之后，则做出排除声明的国家必须同意将该争端提交《公约》附件五所规定的强制调解程序。这样便会产生以下两个法律问题：其一，如何确定争端发生时间？其二，如果诉诸《公约》附件五所规定的强制调解程序之后，争端仍未得到解决，海洋争端的当事人还可以诉诸怎样的争端解决程序，是否仍然可以适用《公约》第十五部分第二节上的强制程序？

（一）关于争端发生的时间

如何确定争端发生的时间，也是一个事实问题。应当说，菲律宾挑战我国对于南沙群岛、中沙群岛等的主权，发生于《公约》1994 年生效之前，[4]但是菲律宾提出要求将我国在南海海域的权利限制在《公约》有关领海、专属经济区与大陆架的权利范围之内，并要求根据《公约》认定我国不能对南海海域内的暗礁与低潮高地主张主权，则只能发生于《公约》生效之

[1] 《公约》第八十九条。

[2] 《公约》第一三六条。

[3] 《公约》第二九八条第 1 款（a）（1）但书部分。

[4] 菲律宾从 1970 年 9 月开始侵占我国南沙群岛部分岛礁。1976 年，菲律宾又宣布与瑞典公司合作，在南沙礼乐滩海域钻探石油。参见段洁龙主编：《中国国际法实践与案例》，北京：法律出版社，2011 年 3 月第一版，第 91-94 页，第 99-105 页。

后。[1]因为在《公约》生效之前，无论菲律宾还是中国都是不可能依据《公约》提出权利主张的。另外，菲律宾在其提出仲裁的文件中声称我国是从 2009 年才首次正式提出“九段线”概念及相应的权利主张的，[2]也反映了其将争端界定在《公约》生效后的时间范围之内的意图。如果认定菲律宾提请仲裁的、其与我国之间在南海的争端发生于《公约》生效之后，即使仲裁庭认定菲律宾在仲裁中提出的与我国之间的争议属于“历史性所有权”问题，从而基于我国政府的声明，已经被排除在《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序的适用范围之外，那么只要菲律宾提出请求，我国便有义务将这些争端诉诸《公约》附件五第二节所规定的调解程序。

（二）调解不成是否回到强制争端解决程序

问题在于，如果依照《公约》附件五所规定的强制调解程序，争端仍未得到解决，菲律宾还可以诉诸怎样的法律程序？如果菲律宾回到《公约》第十五部分第二节规定的强制程序，我国是否有义务接受？对此，《公约》本身做出了令人费解的规定。根据《公约》第二九八条第 1 款（a）（1）的但书部分，如果调解程序仍未能使争端各方达成协议，“经彼此同意，争端各方应将问题提交（第十五部分）第二节所规定的程序之一，除非争端各方另有协议”。这里，《公约》一方面强调争端各方“应当”将问题提交强制争端解决程序，另一方面，却又强调提交强制争端解决程序需要“经彼此同意”，逻辑混乱。[3]对此，国内外学术界有不同的看法。一种意见认为“‘彼此同意’这一短语……排除了那种主张当事方在调解未达成协议的情况下必须接受第三方决定的解释”；[4]但也有学者认为，“若调解后双方仍未达成协议，再适用第二节规定的程序”。[5]笔者以为，“经彼此同意”应当解释为缔约国依照第二八七条选择争端解决程序的自由，而“应当”表示缔约国具有接受强制争端解决程序的义务。因为只有这样解释才最符合《公约》所确定的“任意性基础上的强制性”或“强制性前提下的任意性”的特征。如果笔者的这一观点成立，就意味着在争端双方未能就选择争端解决程序达成协议时，仍须依照《公约》第二八七条第 3 款的规定，诉诸《公约》附件七所规定的仲裁程序。从而即使仲裁庭认定由于争端涉及“历史性所有权”而使其对本案相关内容不具有管辖权，那么在菲律宾诉诸《公约》附件五第二节所规定的强制调解程序仍不能解决争端的情况下，我国仍有义务接受《公约》第十五部分第二节第二八七条所规定的强制争端解决程序。当然，鉴于提请仲裁的争端到底发生于《公约》生效前还是生效后尚难确定，对于《公约》第二九八条第 1 款（a）（1）中“经彼此同意……应当……”如何解释亦无定论，因此笔者的这一见解并不是结论性的。

（三）涉及大陆或岛屿陆地领土的主权的争议

最后，基于“陆地控制海洋”的原则，无论是领海、专属经济区还是大陆架，都是从领

---

[1] 在相关仲裁文书中，菲律宾提出，迟至 1995 年它就开始与我国政府就南海争端的解决交换意见。见菲律宾提起仲裁程序的“通知与权利请求”（NOTIFICATION AND STATEMENT OF CLAIM）第 25、26 段，菲律宾共和国外交部文件 NO. 13-0211。

[2] 见菲律宾提起仲裁程序的“通知与权利请求”（NOTIFICATION AND STATEMENT OF CLAIM）第 11 段，菲律宾共和国外交部文件 NO. 13-0211。

[3] 古俊峰：中国根据《联合国海洋法公约》第 298 条发表排除性声明的法律效果分析，载《中国海洋法学评论》，2007 年第 2 期，第 22 页。

[4] Fero J. Manner, Settlement of Sea-Boundary Delimitation Disputes according to the Provisions of the 1982 Law of the Sea Convention, in Jerzy Makarezyk (ed.), Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs (Martinus Nijhoff Publishers 1984), p. 638. 转引自高健军著：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，北京：中国政法大学出版社，2010 年 12 月第一版，第 84 页。

[5] [英] J. G. 梅里尔斯著：《国际争端解决（第五版）》，北京：法律出版社，2013 年 4 月第一版，第 220 页。

海基线量起的。[1]沿海国主张海洋权利的基本依据是其对于陆地或岛屿的权利。因此海洋权利争端往往与相关国家对于陆地或岛屿的主权联系在一起。正因此，《公约》第二九八条第1款（a）（1）还规定，“任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端，则不应提交这一程序。”这里所谓“不应提交这一程序”系指不应提交前述《公约》附件五第二节所规定的强制调解程序，从而也不需要在调解程序仍无法奏效时，再次回到《公约》第十五部分第二节所规定的强制争端解决程序。换言之，如果海洋划界争端或者历史性所有权争端涉及大陆或岛屿领土的主权或其他权利，那么即使该争端发生于《公约》生效之后，缔约国亦有权根据第二九八条的规定声明排除适用《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序，而且缔约国声明排除强制争端解决程序的适用不以接受《公约》附件五第二节的强制调解程序为条件，从而也不存在调解程序不能解决争端时，

[1] 参见《公约》第三条、第五十七条和第七十六条。

参考书目：

1、 段洁龙主编，2011：《中国国际法实践与案例》，北京：法律出版社，第一版；

2、 高健军著，2010：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，北京：中国政法大学出版社，第一版；

3、 [英]J. G. 梅里尔斯著，韩秀丽、李燕纹、林蔚、石珏译，2013：《国际争端解决（第五版）》，北京：法律出版社，第一版；

4、 魏敏主编，罗祥文副主编，1987：《海洋法》，北京：法律出版社，第一版；

5、 [联邦德国]马克斯·布朗克比较法及国际法研究所主编，陈致中、李斐南译，1988：《争端的解决》，广州：中山大学出版社，第一版；

6、 中国政法大学国际法教研室编，1995：《国际公法案例评析》，北京：中国政法大学出版社，第一版；

7、 高伟浓著，1999：《国际海洋法与太平洋地区海洋管辖权》，广州：广东高等教育出版社，第一版。

The Jurisdiction Problem of the Philippines-China Arbitral Proceedings over South China Sea

Weijun YAN

ABSTRACT: The Philippines has initiated arbitral proceedings with respect to its dispute with China on the South China Sea by invoking the compulsory dispute settlement provisions of the Law of Sea Convention. However such arbitral proceedings are subject to some preconditions and limitations. Justification of the arbitral jurisdiction depends on the evidences to be provided by the Philippines and the adjudication of some certain legal issues by the arbitral tribunal. But an overall review reveals likely negative result on the part of China.

KEY WORDS: South China Sea, the Law of Sea Convention, Arbitration, Jurisdiction

再次回到《公约》第十五部分第二节所规定的强制争端解决程序的可能性。

虽然菲律宾长期以来一直挑战我国对于南沙群岛和中沙群岛等的主权，但在此次仲裁请求中，菲律宾亦小心翼翼地绕开了这一问题，它并未要求仲裁庭裁决南海岛屿的主权归属，而是要求确定若干南海地形地貌的性质。按照菲律宾的逻辑，如果这些地形地貌在高潮位时没于水下，则属于“海床”（SEABED），中国不能领有；并且，如果该地形地貌位于菲律宾的大陆架之上，则菲律宾对该“海床”及其底土享有经济主权；如果该地形地貌在高潮位时露出水面，但不能维持人类生存，则相关国家只能以此为依据划定 12 海里领海，而不能以此为依据享有专属经济区和大陆架。这里的问题是，那些菲律宾要求确定性质的、高潮位时没于水下的地形地貌（暗礁或低潮高地）是否属于上述《公约》第十五部分第三节第二九八条第 1 款（a）所提及的“大陆或岛屿领土”？根据《公约》关于以陆地和岛屿为依据划定领海、专属经济区与大陆架的原则以及低潮高地不享有自己的领海的规定，笔者认为，仲裁庭很难认定暗礁和低潮高地等地形地貌具有《公约》第二九八条第 1 款（a）（1）意义上的“陆地或岛屿领土”的性质。从而菲律宾提出的仲裁请求便不涉及“大陆或岛屿领土的主权或其他权利”。这便意味着我国将无法援引这一规定拒绝菲律宾可能提起的《公约》附件五意义上的强制调解程序，进而无法拒绝在调解程序仍未解决争端时进入《公约》第十五部分第二节所规定的强制争端解决程序。简言之，对于本案而言，本项规定不适用。

综上，在认定本案属于海洋划界争端或历史性所有权争端的前提下，如果菲律宾提请仲裁的争端被认定属于《公约》生效之后发生的争端，那么经菲律宾提出请求，我国有义务诉诸《公约》附件五第二节所规定的强制调解程序，而在诉诸该程序仍然未能求得问题的解决的情况下，我国则可能有义务回到《公约》第十五部分所规定的强制程序。由于菲律宾在仲裁请求中提出的权利请求均不涉及“陆地或岛屿领土的主权或其他权利”，我国政府无法以《公约》第二九八条第 1 款（a）项的规定为由，就菲律宾提出的有关“历史性所有权”的争端及涉及海洋划界的争端，拒绝接受强制调解程序及随后的强制争端解决程序。

五、结论

菲律宾以《公约》第十五部分第二节的规定为依据，就其与我国之间的南海争端提起仲裁，要求根据《公约》认定我国在南海的权利主张已经超越《公约》所规定的沿海国对于领海、专属经济区和大陆架的权利，并构成对菲律宾主权权利的侵犯。按照《公约》第二八六条、第二八七条和第二八八条等规定，就《公约》的解释与适用的任何争端，《公约》缔约国有权在国际海洋法法庭、国际法院、按照附件七组成的仲裁法庭以及按照附件八组成的特别仲裁法庭等四种程序中选择其中的一项或一项以上。缔约国拒绝或怠于选择，应视为其已经接受《公约》附件七所规定的程序。这就是《公约》第十五部分第二节所规定的“强制争端解决程序”。这一规定构成菲律宾就其与我国之间的争端提起仲裁的法律依据。

根据《公约》的规定，菲律宾启动《公约》第十五部分第二节所规定的强制争端解决程序，必须满足该部分第一节所规定的前提条件。这些条件包括已经诉诸双方“自行选择的和平方法”而争端仍未得到解决，以及就“以谈判或其他和平方法解决争端”交换意见等。就前者而言，我国曾于 2002 年与包括菲律宾在内的东盟各国签订《南海各方行为宣言》。但《宣言》难以构成“自行选择”争端解决方式的“协议”。即使《宣言》具有前述“协议”的性质，从内容上看，它也不具有排除《公约》所规定的强制争端解决程序的效力。在仲裁庭承认《宣言》具有“自行选择”争端解决程序的“协议”的效力情形下，菲律宾在证明其已经按照《宣言》的规定与中国进行了“友好磋商或谈判”方面可能存在某些困难，但仲裁庭仍然可能认定菲律宾已经就各项主要仲裁请求与我国进行了磋商或谈判。就菲律宾所承担的以和平方法解决争端交换意见的义务而言，其在本质上与菲律宾根据《宣言》所承担的“友好磋商或谈判”的义务是一致的。因此，总体来看，《公约》第一节所规定的启动强制仲裁程序的各项前提条件难以构成本案中菲律宾提起仲裁程序的障碍。

菲律宾启动《公约》第十五部分第二节所规定的强制仲裁程序还受到该部分第三节的限制。《公约》第十五部分第三节第二九七条规定，沿海国就“海洋科学研究”和就渔业及生物资源的养护与管理行使针对专属经济区或大陆架的“主权权利或管辖权”时，可不接受《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序。但是，从菲律宾提出的仲裁请求来看，其诉诸此次仲裁的与我国之间的南海争端，均不在《公约》第二九七条所界定的各种争端的范围之内。因此《公约》第二九七条的规定对本案不适用；《公约》第十五部分第三节第二九八条则规定了适用第二节强制程序的“任择性例外”。该条允许缔约国声明，就海洋划界争端或历史性所有权争端、有关军事活动的争端，以及正在由联合国安理会处理的争端等三类争端之一类或一类以上，不接受第二节所规定的一种或一种以上程序。我国政府据此声明，就所有上述三类争端，不接受《公约》第二节所规定的任何强制程序。菲律宾希望通过仲裁解决的与我国之间的争端，总体上应当属于“历史性所有权”争端，属于我国声明不接受《公约》第十五部分第二节各项强制争端解决程序的范围。但是由于我国从未以官方文件或声明的方式认定我国在南海“九段线”内海权的依据是“历史性权利”，且我国已经决定不参加该仲裁程序，因此尚难确定仲裁庭是否会做如此认定。如果仲裁庭认定本案所提出的争端既不属于海洋划界性质，又不属于历史性所有权性质，则这些争端便不在我国声明不接受强制程序的争端的范围之内。从而仲裁庭对本案具有管辖权。

本案所涉及的争端发生于《公约》生效之前还是之后，对于本案的后续发展也至关重要。如果本案属于海洋划界争端或历史性所有权争端，且争端发生于《公约》生效之后，则我国虽然可以不接受《公约》所规定的强制程序，但如果菲律宾提出请求，我国有义务将这些争端诉诸《公约》附件五所规定的强制调解程序。但对于本案所涉及的争端到底发生于《公约》生效前还是生效后，尚难确定。另外，在强制调解程序仍未解决争端的情况下，争端各方是否有义务回到《公约》第十五部分第二节所规定的强制争端解决程序，《公约》对此规定显示出逻辑上的混乱，尚待澄清。最后，依据《公约》第二九八条第 1 款（a），海洋划界争端或历史性所有权争端，如果涉及对大陆或岛屿陆地领土主权的审议的，无论其发生于《公约》生效之前还是之后，缔约国均可通过声明排除适用各项强制争端解决程序，且亦无须提交《公约》附件五所规定的强制调解程序。但根据菲律宾提出的各项仲裁请求，本案不涉及陆地或岛屿的领土主权问题。

总体而言，在我国不参加仲裁程序的情况下，仲裁庭作出对本案具有管辖权的裁决的可能性更大一些。一旦仲裁庭裁决其对本案具有管辖权，接下来我国将不得不面对仲裁庭就本案实体问题作出的裁决。这将会使我国面临十分被动的局面。而如果我国参与仲裁程序，或者至少在程序问题上参与仲裁程序，则有可能促使仲裁庭裁决其对本案没有管辖权。然而，如果我国参与仲裁程序，亦会造成以下两个方面的不利后果：其一，我国将被迫明确在南海的权利主张在性质上是否属于历史性权利，并援引《公约》第二九八条例外主张仲裁庭对本案没有管辖权。这是对我国最为有利的抗辩理由。但这同时也将使我国今后在有关南海主权的斗争中缺少回旋余地，还可能面临被迫接受强制调解程序，甚至再回到强制争端解决程序的不确定性；其二，我国参与本案仲裁程序，还可能造成示范效应，促使其他与我国有海洋领土主权争端的国家纷纷诉诸《公约》所规定的强制争端解决程序。尽管我国可以提出管辖权抗辩，但仅就管辖权这一程序问题，也将使我国不胜其扰，同时面临在管辖权问题上失利的风险。因此是否参加这样的仲裁程序，既是法律问题，也是政治决策。

虽然长期以来我国一直不信任由西方人主导的国际司法体制（包括仲裁），但从长远看，我国参与国际司法体制并接受其裁决是必然的趋势。在主权被不断限制的今天，我们已经很难以国家主权为依据拒绝国际司法机构就相关国际法问题进行管辖和裁决了，《公约》所规定的任择性强制管辖制度就是一个明显的示例。为此，我国应该从现在开始积极参与国际司法体制的构建，有选择地尝试接受国际司法机构的裁决，以此逐步建立与国际司法机构之间

的信任关系。

论国际法律秩序中的“三易”原则*

简基松[1]　熊亮[2]

【摘要】《易经》中的“三易”原则是国际法律秩序所蕴含的原则。其“简易”原则使得编纂国际习惯法并超越其传统构成理论成为当务之急。其“变易”原则启示战胜国要防止当前的国际法律秩序可能出现的历史倒退。其“不易”原则说明了国际法律秩序的产生是国际格局的必然，并起着维持现状的作用；国家间正义决定着国际法律秩序的发展方向；国际法律秩序的任何发展都不会也不能改变国际法中的宪法假定规则。

【关键词】简易；变易；不易

引言：《易经》也称《周易》或《易》，是中国最古老的占卜术原著，是中国传统思想文化中自然哲学与伦理实践的源头。[3]它是华夏五千年智慧与文化的结晶，被誉为“群经之首，大道之源”。其最重要的思想原则有三项，即“三易”原则，分别为简易、变易和不易原则。正在崛起的中国对国际法律秩序应该持有自己的独到见解，运用“三易”原则分析国际法律秩序将为世人提供一个属于中国人自己的视角，也为我国的和平崛起提供路径启示。

一、国际法律秩序的概念

我国多数学者在撰写有关国际法律秩序的论文时，很少对其概念进行分析，甚至避而不谈。其实，对国际法律秩序的概念进行正确把握，是研究国际法律秩序的逻辑起点。

我国目前关于国际法律秩序的概念大致有三种代表性观点：

一是饶戈平教授的“国际体制说”。该说认为，“从法律的角度考察，国际体制可以归结为国际法律秩序。”[4]。二是牟文富等人的“司法构造说”。该说认为，司法构造的秩序即为国际法律秩序，它不同于国际政治秩序，因为它是和平哲学的产物，其核心集中在作为维持和平的组织机构之构造上，具有规范性的特点。[5]三是冯汉桥教授的“内外要素”说。该说认为：“国际法律秩序的构成包括内部要素与外部要素。内部要素是其本身的组成与结构因素，属于其内在的规定性；外部要素是其赖以建立与发展的条件，属于其环境因素，与内部要素有密切的关

*本文受教育部人文社科研究规划基金项目“和平崛起背景下中国对外单边经济制裁法律问题研究”（项目批准号：13YJA820018）的资助。

[1]简基松（1967—），男，湖南邵东人，中南财经政法大学法学院副院长，教授，博导，博士，研究方向：国际法

[2]熊亮（1981—），男，湖北武汉人，中南财经政法大学法学院 2014 级博士研究生，讲师，研究方向：国际法

[3]传说《易经》是伏羲氏与周文王根据《河图》和《洛书》演绎和总结得出。

[4]饶戈平：《国际法律秩序与中国的和平发展》，《外交评论：外交学院学报》2005 年第 6 期，第 48—54 页。

[5]牟文富，刘强：《现代国际法律秩序的思想基础——卢梭、康德和凯尔森之和平架构的比较分析》，《社会科学研究》2008 年第 2 期，第 103—108 页。

联与互动”，并且内部要素与外部要素中均包括主观要素与客观要素。[1]

笔者认为，上述观点各有其合理的成分，但都有不合理的成分。“国际体制说”看到了国际法律秩序的宏观性特点，但其存在致命缺陷，这在于饶戈平教授认为国际体制里面包含了法律体制，这就有陷入概念上的恶性循环之嫌。“司法构造说”看到了国际组织在保障国际和平方面的积极作用，但却忽视了国家才是国际法的真正立法者这一事实。“内外要素”说较好地分析了国际法律秩序的内部构成，但却将国际法律秩序运作的外部环境也纳入其构成要件是不合理的。但总体来说，“内外要素”说是上述学说中相对科学的。

但笔者认为，国际法律秩序是指由国际法所缔造的世界和谐状态。这一概念包括了如下特征：一是国际法律秩序是由国际法所缔造的，而不是由其他国际规范，例如国际道德、伦理、宗教规范所缔造的，也不是由国际政治、经济、军事、文化、科技等方面所缔造的，尽管国际法律秩序与它们有密切联系。二是国际法律秩序中的秩序是有保障的，因为它是由国际法所缔造的，而国际法是具有约束力的，因而是有保障的。三是国际法律秩序中的秩序是一种世界和谐状态。[2]构建和谐世界是国际法的终极价值追求。[3]

二、简易原则

所谓“简易”，即指对待世间万物，要有化繁为简之心，习惯从纷繁复杂中谋得脉络或关键。国际法律秩序中的“简易”原则意味着国际法律规则只有简易化即简明化，才能充分发挥国际法的规范功能，即指引、评价、教育、预测和强制等功能，从而构建世界和谐。需要指出的是，就本文的分析目的而言，简易化不仅包括简明化，还包括便捷化；因为正如“迟到的正义非正义”一样，“迟到的简明非简明”。

（一）国际条约比国际习惯更符合简易原则

当前，无论在国际层面还是国内层面，国际习惯法越来越被认为是缺乏效力甚至对国家没有拘束力。[4]国际习惯法的现实作用之所以被削弱的原因如下：

1．十九世纪以来，分析实证主义理论在国际法研究上取得了主导地位，这一理论强调对客观法律规范的实证分析，贬低抽象法律规则和自然法原则；同时强调法律就是主权者的意志，国家不受一切未经其同意的法律规则的拘束。作为不成文法，国际习惯在适用的准确性、直观性、可把握难易度以及对适用后果的可预见性上的确不如条约。在条约大量出现的今天，国际习惯法作为判决依据的作用和价值有所下降。由于国际条约比国际习惯更为简明，似乎国际条约比国际习惯更为重要。

2．二十世纪中叶以来，大量新兴国家推翻殖民统治获得了独立，主权和自主意识大大增强，希望明确地依照他们同意的条约来行使其主权。

3．随着国际社会成员相互依赖的加深，国际法越来越多地介入传统上属于国家主权管辖的某些领域，如移民、难民、劳工、妇女儿童权利和犯罪等。在这些领域，各国也希望以明确同意的条约来接受国际法的拘束。

4．当代全球通信技术的发展使得国际关系的发展和演变越来越快，这就需要国际法作出迅速调整，似乎只有条约才最能适应这一要求，而缓慢形成的国际

---

[1]冯汉桥：《国际法律秩序演进的历史分析》，《湖南工业大学学报（社会科学版）》2008 年第 6 期，第 49—52 页。

[2]值得注意的是：2005 年 9 月，胡锦涛主席在联合国成立 60 周年首脑会议上提出“努力建设持久和平、共同繁荣的和谐世界”。

[3]王秋玲：《国际法基本理论的新发展》，知识产权出版社 2008 年版，第 356 页。

[4]江海平：《国际习惯法理论问题研究》，厦门大学博士论文 2006 年，第 20 页。

习惯似乎越来越不适应当代国际法发展的需要了。

（二）国际习惯规则简易化的路径

1．积极进行国际法的编纂，解决其简明化问题。在某种意义上，国际法比国内法更需要进行编纂工作，因为国际法的内容大部分是由国际习惯组成的，缺乏明晰性和确定性，因而编纂成法典可以使国际法更好地构建世界和谐。正如康多勒里在研究国际习惯法后所指出的那样，许多原因使得国际习惯法发生危机，从而引起“编纂的需要”，并使其成为国际关系现阶段最具特色的特点之一。[1]

2．超越传统理论，解决其便捷化问题。国际习惯构成理论只有对“双渊源模式”即“国家实践和法律确信”的传统构成理论合理超越，才能适应全球化时代下国家、国际组织和国际市民社会的需要。例如，凯尔森提出了“国家实践”的单要素说；郑斌提出了“即时国际习惯”的法律确信单要素说；罗伯茨提出了“融贯理论”，将国际习惯的两个构成因素视为一个整体，而不是相互分离的确定因素。这些新理论都在一定程度上克服了国际习惯规则形成较慢的弊端，因而有其合理性。

三、变易原则

所谓“变易”，即指从象与数来看，事物都是运动变化的。国际法律秩序中的“变易”原则意味着国际法律秩序无时无刻不在变化，因为客观世界和国际法是在不断发展的。

冯汉桥教授按照国际法律秩序的历史特征，将其演进划分为四个阶段：一是远古至三十年战争结束，为军事征服期；二是三十年战争结束至第二次世界大战结束，为政治冲突与协调期；三是第二次世界大战结束至 20 世纪 90 年代，为经济协调期；四是 20 世纪 90 年代至今，为社会文化协调期。[2]上述划分凸显了国际社会在某领域取得的成就上的特征，但没有说明国际法律秩序与国际格局之间的关系。

笔者发现，国际法律秩序与国际格局是密切联系的。因而，可以将国际法律秩序的“变易”历史划分为如下五个阶段：

第一阶段：威斯特伐利亚法律秩序：三十年战争结束至拿破仑战争，这是以《威斯特伐利亚和约》为主所构建起来的国际法律秩序。第二阶段：维也纳法律秩序：1815 年拿破仑战争结束至 1914 年第一次世界大战爆发，这是以《维也纳会议最终议定书》为主所构建起来的国际法律秩序。第三阶段：“凡尔赛—华盛顿”法律秩序：第一次世界大战至第二次世界大战之间，这是以《凡尔赛和约》以及《四国条约》、《五国海军条约》、《九国公约》等国际条约为基础构建的国际法律秩序。第四阶段：雅尔塔法律秩序：第二次世界大战结束后至今，这主要是以雅尔塔会议决议，连同此前的德黑兰会议决议和此后的波茨坦会议决议为基础构建的国际法律秩序。[3]第五阶段：多极化法律秩序：未来趋势。这主要是由美国、欧洲、日本、俄罗斯、中国等大国或国家集团为主导的国际法律秩序。在国际法律秩序演进的上述历程中，有进步也有倒退。例如，史学界一般认为维也纳法律秩序是反动的，尽管其也有某些积极影响；而雅尔塔法律秩序是进步的，尽管其也有某些消极影响。

因此，国际法律秩序中的“变易”原则所揭示的道理是：国际法律秩序虽然时刻处于变易之中，但有可能是历史的倒退，也有可能是历史的进步。第二次世

[1]Condorelli,in Bedjaoui,p.192.转引自王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 145 页。

[2]冯汉桥著，同注释 6。

[3]虽然雅尔塔法律秩序的欧洲部分已经瓦解，但是其亚洲部分依然存在。

界大战的所有战胜国（不仅仅是中国）理应维持现状，[1]维护好战后的胜利成果即雅尔塔法律秩序，至少应该维护该法律秩序中的积极因素。这就需要警惕战败国尤其是日本的军国主义卷土重来。当前日本与周边战胜国的领土争端、对历史的态度问题、修改和平宪法解禁集体自卫权等现象集中表现了日本企图改变现状。和平与发展仍然是当今时代的主题，只有中国等战胜国以及其他世界和平力量的增强，才能防止当前的国际法律秩序可能出现的历史倒退。

四、不易原则

所谓“不易”，即指世界万物的多样变化之中，必有守常制恒的规律可循。国际法律秩序中的“不易”原则意味着国际法律秩序虽然时刻处于变易之中，但总有某些属性是不会改变的。国际法律秩序中的“不易”原则有三项：

（一）国际法律秩序的产生是国际格局的必然，并起着维持现状的作用[2]

一定时期的国际法律秩序的产生都是一定时期的国际格局的必然。威斯特伐利亚法律秩序的产生是威斯特伐利亚体系的必然，维也纳法律秩序的产生是维也纳体系的必然，“凡尔赛—华盛顿”法律秩序的产生是“凡尔赛—华盛顿”体系的必然，雅尔塔法律秩序的产生是雅尔塔体系的必然，多极化法律秩序的产生是多极化的必然。

反过来，威斯特伐利亚法律秩序又维持着威斯特伐利亚现状，维也纳法律秩序维持着维也纳现状，“凡尔赛—华盛顿”法律秩序维持着“凡尔赛—华盛顿”现状，雅尔塔法律秩序是雅尔塔现状，将来的多极化法律秩序维持着多极化现状。因此，如果国际体系的现状被打破，那么国际法律秩序也将被打破，正所谓“成也萧何，败也萧何”。

（二）国家间正义决定着国际法律秩序的发展方向

国际关系理论中的英国学派学者布尔将正义分为三种：第一种是“国际正义”或“国家间正义”，其以国家为行为体，指的是那些赋予国家或民族以权利与义务的道义规则。第二种是“个人正义”或“人类正义”。其以个人为行为体，指的是赋予个人以权利和义务的道义规则。第三种是“全球正义”或“世界正义”。它所关注的并不是国际社会的共同目标或共同价值，而是由个人所组成的整个人类社会的共同目标或共同价值。[3]

笔者赞同布尔的上述观点。由于个人只是人权条约的客体（尽管存在争议），且各国政府只是本国人民而非全人类的代表，因此上述三种正义在推动国际法的发展方面的作用依次递减，即“国际正义”或“国家间正义”的作用大于“个人正义”或“人类正义”的作用，而“个人正义”或“人类正义”的作用又大于“全球正义”或“世界正义”的作用。因此，只有“国际正义”或“国家间正义”才从根本上决定着国际法律秩序的发展方向。

联合国七项原则、和平共处五项原则、万隆十项原则、《国际法原则宣言》七项原则和《各国经济权利和义务宪章》十五项原则等国际法基本原则就属于当前国际社会对“国际正义”或“国家间正义”的共识。我国有关构建“国际政治经济新秩序”以及“和谐世界”的主张，反映了我国对国际正义的认识。当然，

---

[1]“现状”这一概念源于“战前状况”这个外交术语，意指和平条约中常见的一项条款，这项条款规定敌军撤出占领区，将该领土归还给战前的主权者。参见【美】汉斯·摩根索：《国家间政治：权力斗争与和平》（徐昕等译），北京大学出版社 2010 年第 7 版，第 77 页。

[2]实在法是现状政策的意识形态，而自然法是帝国主义（改变现状）的意识形态。参见【美】汉斯·摩根索：《国家间政治：权力斗争与和平》（徐昕等译），北京大学出版社 2010 年第 7 版，第 128 页。

[3]【英】赫德利·布尔：《无政府社会——世界政治秩序研究》（张小明译），世界知识产权出版社 2003 年第 2 版，第 64—68 页。

只有国际社会关于正义共识的整体变化才能推动“国际正义”或“国家间正义”的变化，从而推动国际法律秩序的发展。但是，这并不意味着国际法律秩序就不会出现短暂的倒退，例如维也纳法律秩序，但是终究将被相对正义的新的国际法律秩序所取代。

（三）国际法律秩序的任何发展都不会也不能改变国际法中的宪法假定规则

美国国际法学者路易斯·亨金将国际习惯划分为宪法假定、基本法假定、已建立的习惯法和当代习惯法四种类型。其中，后三者的效力等级低于宪法假定部分，其可以被新的习惯或条约所修改，也可以被新国家拒绝接受。但是宪法假定规则将不会也不能改变，这是国际体系不证自明的特点。宪法假定规则包括：“国家和政府的概念、领土、人口；国家的平等；国家自治及其含义，尤其是国家同意的要求和同意对国家的约束效果；领土的统一和不可侵犯、国家作为实体的不可冒犯；条约必须遵守；也许还有外交来往的既定规范”。[1]

笔者赞同亨金的上述观点。因为现代国家间体系根源于从一开始就有的原则，根源于该体系形成时的基本假定。而这些宪法假定规则都是国际体系的固有属性，“有社会才有法律”，因此，它不会也不能在国际法律秩序的发展中发生改变。值得注意的是，“发展”一词意味着历史的进步，而非历史的倒退。例如，纳粹德国等法西斯国家所要建立的国际法律秩序显然改变了国际法中的宪法假定规则，是历史的倒退。

五、结论

国际法律秩序是指由国际法所构建的世界和谐。国际法律秩序中的“三易”原则中的“简易”原则说明了要对国际习惯法规则进行编纂并超越其传统的构成理论。“变易”原则启示二战的战胜国要防止当前的国际法律秩序可能出现的历史倒退。“不易”原则说明了国际法律秩序的产生是国际格局的必然，并起着维持现状的作用；国家间正义决定着国际法律秩序的发展方向；国际法律秩序的任何发展都不会也不能改变国际法中的宪法假定规则。

因此，中国的崛起不能像历史上的葡萄牙、西班牙、荷兰、法国、英国、俄国一样通过侵略战争崛起，否则最终将被国家间正义所淘汰。中国的崛起将是根据“不易”的原则，通过“简易”化的制度和平崛起，即通过推动国家间正义共识的“变易”，进而带动国际法律规则和制度的“变易”，从而促进国际法律秩序的发展，使其从低级和谐走向高级和谐，从高级和谐走向更高。

通讯作者：熊亮

电子邮箱 didi_2007@sohu.com

电话：18827380316

[1]【美】路易斯·亨金：《国际法：政治与价值》（张乃根等译），中国政法大学出版社 2005 年版，第 43 页。

论国际引渡制度发展新趋势

辛柏春　李楠

摘要：今年是世界反法西斯战争暨中国人民抗日战争胜利70周年。由于东京审判的不彻底性造成的严重后果，以及目前很少有与灭绝种族罪，反人类罪和战争罪相关的国际引渡公约，导致当今国际社会上存在的一些罪行无法得到法律的审判和制裁。本文首先通过分析缔结该公约的现实紧迫性，建议在联合国的主持下制订《灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪国际引渡公约》，其次对建立国际引渡公约的关键性原则提出立法建议，最后建议完善我国的司法体制，促进我国与世界各国加强国际司法合作，共同为实现境外追逃追赃提供国际法方面的保障。

关键字：东京审判；国际引渡公约；政治犯罪不引渡；死刑不引渡原则

一、国际引渡制度发展的新趋势

（一）东京审判遗留的历史问题

中国的近代史是一部血泪史，中国人民经过八年辛苦卓绝的抗战，终于迎来了日本无条件投降。《开罗宣言》《波茨坦公告》以及美国在占领期间帮助日本制定的《和平宪法》都约束着日本军国主义势力的抬头，企图维护反法西斯胜利的果实。然而，随着中日关系走进了1972年建交以来的最困难的时期。日本右翼势力宣传鼓动，不承认对亚洲国家的侵略，不承认南京大屠杀，还大力扩张军备，要像战前那样大力培养日本的间谍体制，国会还正式通过了解禁集体自卫权，为修改《和平条约》迈出了重要一步。造成日本如此猖狂的现状除了美国为其战略目标而对日本扶持的原因之外，追本朔源就是东京审判的不彻底性。首先，东京审判不仅是对世界反法西斯战争的历史总结，更是战后远东国际关系格局调整的起点。然而二战后，美国对苏共的态度急转而下，迫切将日本变为“反苏”“反共”的前沿阵地，于是，在它的干预下，东京审判的判决书只是强调日本在侵略过程中的罪行，并没有追究日本天皇及支持发动战争的高官重臣，极力庇护和释放大批日本战犯。如，1948年12月24日，一直被羁押的岸信介、青木一男、

天羽英二等 17 名甲级战犯嫌疑人全部被免予起诉，得以释放。而正是这些被免于处罚的甲级战犯日后成为了日本议会内阁政要，岸信介甚至担任了日本第 56、57 届内阁总理大臣。而他的外孙子安倍晋三更是继承了祖父的衣钵，反华政策有过之而无不及。

其次，东京审判没有没有把危害人类罪作为独立的起诉原因。在这场旷日持久的抗战中，中国人民为了获得最后的战争胜利，牺牲了 3500 余万人，损失了至少 6000 亿美元。而日军在侵华过程中，公然用活人做实验，大量使用化学武器。据不完全统计，从 1939 年—1945 年 8 月，驻扎中国东北地区的“731 部队”至少残害了 3000 多人。 从 1940 年下半年开始，侵华日军开始大量使用细菌武器，如的霍乱、伤寒、鼠疫、炭疽病等菌种。这些细菌武器感染力强、传染迅速、杀伤力大，华北、华中及重庆等广大地区，死在细菌战中的军民高达数十万人。

这种明目张胆违背国际法的行径，这样反人道的行径却由于美国的包庇在公诉书中几乎没有被提及，这是对中国，以及亚洲地区遭受日本荼毒的人民不公正的待遇，也正是为这个原因，虽经中国细菌战受害者多次向日本政府起诉、抗议。直到 2002 年 8 月，日本东京法院才作出“认定有侵华日军曾发动细菌战和杀害中国人民的事实，但拒绝向受害者赔礼道歉及经济赔偿”的裁决。

日本至始至终不能像德国那样承认其二战时期在中国，亚洲犯下的滔天罪行，正是因为它实施的危害人类罪等严重罪行没有被追诉惩治，而中日之间又缺乏引渡条约，一旦相同的情况发生，我们对日本战犯又要“望洋兴叹”了。

（二）国际司法合作晚近发展

2013 年 4 月，联合国毒品和犯罪问题办公室（UNODC）会议上，几个国家提出建议，缔结关于灭绝种族罪，反人类罪和战争罪的共同法律协助的多边条约。这三种罪行是国际社会最严重的罪行，追诉这些罪行最基本的义务是国家。然而由于没有国际性法律框架来促成合作，国家间双边法律协助条约数量又有限，国家想追诉这些犯罪行为非常的困难。

1. 现有国际性法律框架下制订国际引渡公约的必要性

在现有的国际性法律框架下，调整和规定灭绝种族罪，反人道罪和战争罪的共同法律协助的条约数量非常少并且都比较过时。例如 1940 年的《日内瓦公约》并未规定共同法律协助的内容，因此这在当时并不是立法的习惯做法。1948 年

颁布的《惩治种族屠杀行为公约》要求各个国家依据其有效的法律和条约同意引渡灭绝种族的行为，但是对共同法律协助缺少更为详细的规定。1949 年的《日内瓦公约》将起诉或者引渡严重破坏行为规定为一项义务，其中严重破坏行为仅指国际武装冲突，但是不包括其他战争罪犯。另外，尽管一些违反人道的犯罪例如折磨等被规定在一些专项条约里，违反人道的罪行没有被任何多边条约所详细规定。

近期诸多公约例如《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（2000），《联合国反腐败公约》（2003），《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》（2006）这些公约为建立共同的法律协作提供了一个可操作的法律框架。然而，上述公约仅含有“伪造电脑资料”等罪行，危害人类罪，大部分的反人道罪和大部分的战争罪并没有涵盖其中。双边引渡和法律协助条约只能弥补一些空白，因为追诉这些罪行通常是在司法领域里不经常合作的国家之间进行，因此使得引渡和追诉这些罪行变得尤为的困难。

1951 年 Neumann 博士在美国记者中的国际法专栏里写道：“不是不可能，但是绝对是非常困难，在现有的法律条件下，甚至是被请求国愿意合作的基础上，如果两国间没有引渡条约，那么企图引渡这些罪犯的可能性几乎为零。”“最好的解决方式当然还是制订一个更为完善和与时俱进的国际性引渡条约或协议，来应对未来的战争罪犯和恐怖犯罪”[1]。

1951 年以来，国际社会已经订立了超过 10 个反国际恐怖主义的司法协助条约。然而，对于战争犯罪和灭绝种族罪，现状与 1951 年相比，依然没有改观。

2. 国际社会司法实践呼吁建立国际性引渡公约

国际社会上一系列实践证明，缺少充分的引渡条约通常是导致司法合作陷入绝境的原因，并最终导致追诉的延迟甚至是罪犯逍遥法外。在许多案件中，甚至很严重的一种情况是被请求国非常喜欢用“缺少双边引渡条约”为借口拒绝引渡，而不考虑现实条件是否允许引渡。在下列案件中，我们可以一清二楚的看到缺乏双边引渡条约对追诉罪犯的阻碍效果。

案例一：1974 年玻利维亚最高法院拒绝法国引渡纳粹战犯巴赫比的请求，原因是没有引渡条约。法国不得不缺席判决巴赫比在二次世界大战中的罪行。直

[1] Geoff Gilbert.Aspects of Extradition Law[M].The Hague:Martinus Publishers.1991, 第 9 页.

到 1983 巴赫比最终被驱逐到法属圭亚那首府卡宴，才最终重新在法国接受审判。

案例二：埃塞俄比亚于 2006 年缺席判决铁腕人物门格斯图在埃塞俄比亚犯下的灭绝种族罪。门格斯图逃离埃塞俄比亚后居住的津巴布韦以及门格斯图到访过的南非都拒绝了埃塞俄比亚的引渡请求，理由是缺乏引渡条约。1994 年，人权观察组织注意到成百上千的埃塞俄比亚政要和军事首领，包括侵犯人权罪大恶极的门格斯图本人，都逃离到与埃塞俄比亚没有签订引渡条约的国家。

案例三：众多前南斯拉夫成员国向他国提出的引渡请求都被拒绝。理由众多，有的是缺乏引渡条约，亦有援引“本国公民”不引渡原则而拒绝引渡，还有因为双边引渡条约失效而拒绝引渡。

案例四：在 2002 年，印度尼西亚拒绝东帝汶要求引渡 1999 年在东帝汶反人道罪的大量印度尼西亚罪犯被拒绝，理由是缺少引渡条约。

案例五：卢旺达由于 1994 年的种族灭绝事件向多国提出的引渡请求都得到了否定的回答。

在上述案例中绝大多数的妨碍就是没有引渡条约，可见引渡条约在其中发挥的重要作用。

2013 年 4 月份，UNODC 第 22 次会议上，几个国家提交加强国际间关于灭绝种族罪，危害人类罪和战争罪共同的法律协作，并且推进签订多边条约的进程[1]。2013 年 11 月，《罗马规约》的缔约国大会第 12 次会议上，这一主题又被提上日程。这次，40 个国家发表了联合声明，他们为制订共同的法律协作和引渡条约做出公开协商。在这篇声明里，这些国家呼吁各个国家承担他们的义务改变过时以及不完善的国际程序性法律框架，使其适合在国内法庭上起诉这三种罪行。

二、建立国际引渡新秩序

（一）灭绝种族罪、反人类罪和战争罪概念

1.灭绝种族罪(genocide crime)。《防止及惩治灭绝种族罪公约》中第 2 条规定：蓄意全部或局部消灭一民族、人种、种族或宗教团体，包括杀害该团体的成员；致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；强制施行办法，意图防止该团体内的生育；

[1] Ward Ferdinandusse.Improving inter-state cooperation for the national extradition of international crimes [J/OL].www.asil.org,2014-07-21.

强迫转移该团体的儿童至另一团体之一种行为者即为灭绝种族罪[1]。

2.危害人类罪（crimes against humanity）。《国际刑事法院规约》中的定义为“是指那些针对人性尊严极其严重的侵犯与凌辱的众多行为构成的事实。这些一般不是孤立或偶发的事件，或是出于政府的政策，或是实施了一系列被政府允许的暴行。如针对民众实施的谋杀，种族灭绝，酷刑，强奸，政治性的、种族性的或宗教性的迫害，以及其他非人道的行为”[2]。

3.战争罪（war crime）。《罗马规约》对战争罪的规定是最为详尽的。从形式上看,罗马规约在规定战争罪的定义时, 将战争罪划分为以下两种类型: 第一、国际性武装冲突中的战争罪行;第二、非国际性武装冲突中的战争罪行，并且详细列举 50 种具体的行为样态。[3]

（二）对国际引渡公约的立法建议

确立了三个罪名的定义之后，关于三个罪行的国际引渡公约中原则性的条款，笔者主要提出如下 4 点建议：

1. 弱化双重犯罪原则

双重犯罪原则是指在相互尊重主权、互惠互利的基础上，罪刑法定原则在国际行使司法协助中的体现。即只有当请求国和被请求国双方的法律均认为是犯罪行为且所受惩罚达到一定期限以上，方可引渡[4]。

作为一条刚性的、不可动摇的原则，双重犯罪原则要求犯罪行为在请求国法律和被请求国法律中无论是罪名还是构成要件必须完全相同。这势必为社会背景、国内立法并不完全相同的国家达成引渡协议增添了阻力。而为了解决这个问题，在关于三个罪行的国际引渡公约中，这一原则应该允许请求国与被请求国就罪行可罚性的要求不同，或者说，只要犯罪行为符合三个罪名的构成要求，无论请求方与被请求方是否属于犯罪行为，都应该是可以引渡的罪行。这样的做法并不是超越了该原则，而应该是这一原则下的特例。

在 2003 年《联合国反腐败公约》第 44 条第 2 款中也规定了“尽管有本条第

[1] 联合国.防止及惩治灭绝种族罪公约[Z].1951-01-12.

[2] 国际刑事法院. 国际刑事法院罗马规约[Z].2002-07-01.

[3] 王新.论战争罪在国际刑法中的确认和特点[J].中国学术期刊电子杂志出版社,2011,第 95 页.

[4] 黄风.中华人民共和国引渡法评注[M].北京:中国法制出版社,2001,第 22 页.

1 款的规定，但缔约国本国法律允许的，可以就本公约所涵盖但依照本国法律不予处罚的任何犯罪准予引渡”。它表明即使依照被请求国的法律，该行为不属于犯罪或者不应该接受惩罚，只要本国法律允许，便可以依请求国请求予以引渡。这一条款给当今毒害各国的腐败犯罪一记重拳。而如果我们的国际引渡公约也能采取这样的突破，想必也会成为反人类反社会的狂热分子头上的达摩克利斯之剑。

2. 限制政治犯罪不引渡原则的适用

政治犯罪不引渡原则，又称政治犯罪例外原则，是指凡请求引渡所涉及的犯罪被被请求国视为政治犯罪或与政治有关联的犯罪，则不予引渡。

在这里，我们首先讨论下“政治犯罪”和“政治犯”这两个概念的区别。赵秉志先生在其《试论政治犯罪不引渡原则》一文中指出：政治犯为意识形态的概念，强调的是某一类人；而政治犯罪是一个严格的法律概念，强调的是一类犯罪。如此界定这一原则的名称既科学又十分必要。笔者完全赞同这一观点。在笔者收集的数十份发表论文中，有相当数量的论文写的是“政治犯不引渡制度”。可见，大家对这一原则的基本概念尚未明确。此外在论述该原则的英文论著中，所用词汇是“political offense”，即政治犯罪。

自从 18 世纪后，发展的越发完善成熟的政治犯罪业已成为引渡制度中最为重要的一项原则。它使得引渡再也无法成为统治者惩治政治犯罪，排除异己的工具，这也标志着现代引渡制度的诞生。然而，由于政治犯罪本身难以界定，并且一旦涉及政治犯罪，就牵扯到国家间的意识形态，国家关系，国家利益等因素，使得政治犯罪不引渡原则在实践中的使用十分敏感。

近十几年，为了更好的打击越发猖獗的国际恐怖主义和国际犯罪，促进各国通力合作，政治犯不引渡原则有了两方面的新发展，其适用的范围越来越受到限制。例如 1970 年的《关于制止非法劫持航空器公约》、1971 年《反对劫持人质公约》、2000 年联合国《打击跨国有组织犯罪公约》和 2003 年《联合国反腐败公约》等。这些条约从反面规定哪些行为不能被认定为政治犯罪，将这些犯罪行为排除在政治犯罪不引渡原则的保护之外，这就为国际社会共同打击恐怖主义犯罪和国际犯罪，为维护国际社会的安宁扫除了障碍，为境外追逃追赃提供了便利。

而我们的国际引渡公约也应该坚持这一原则，将灭绝种族罪，危害人类罪和战争罪也应当排除在政治犯罪之外。为了各国今后可以更好的协同一致，将该类罪大恶极的罪犯绳之以法，给受到严重伤害的人民以法律公正。

3. 本国公民不引渡原则的例外

本国公民不引渡原则是一个存在争议的原则。英美法系和大陆法系对该原则各执一辞。英美法系国家赞成或不反对引渡本国人，而大陆法系国家则坚持本国人不引渡原则[1]。因为英美等普通法系国家遵循的是严格的属地刑事管辖，他们认为本国公民一旦在外国实行犯罪行为，犯罪地便获得了犯罪地国的刑事管辖权；而大陆法系国家则一向奉行属人管辖原则，他们认为如果不将本国人引渡回国审判而交由犯罪地国审判的话无疑是放弃了本国刑事管辖权，这是他们无法接受的。为了鼓励各国变通本国国民不引渡原则，以促进引渡合作的开展，同时又考虑被请求国对本国国民的司法管辖和法律保护，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》引进了两种制度，即“先引渡和移管”和“或者引渡或者执行请求国判决”。

虽然这两个制度对于促进本国公民不引渡原则的使用有较大的作用，但是在国际引渡实践中，恰恰是这个原则给犯罪分子大开方便之门。一些逃犯采取各种手段获得所在国国籍，以此来援引这一原则保护自己免受法律的制裁。

笔者认为，这样的漏洞不应该在国际引渡公约中出现。这个公约存在的目的就是惩治罪犯，如果允许这样的漏洞存在，那么公约就失去了存在的价值。灭绝种族罪，危害人类罪和战争罪都是区域性甚至是世界性的罪行，这样的罪行应当受到严格的审判和最为严厉的惩罚。所以笔者建议，在被请求国允许引渡本国公民的前提下，请求国获得引渡的权利，审判罪犯并予以惩罚。如果缔约国以本国公民的缘由拒绝引渡，那么为了公正审判，国际法院将自动介入此案，获得案件的管辖权。看起来，虽然是对一些国家的司法管辖的挑战，但是从另一个角度来看，着实是为了保护全人类的利益。昨天受伤的是中国人民，今天是伊拉克，明天可能是任何一个国家。所以，一个健全的公约必须要填补这个严重的漏洞。

4. 允许死刑不引渡原则有例外

死刑不引渡原则是指当被请求国有理由相信被请求引渡者在引渡后有可能被请求国判处或执行死刑时拒绝予以引渡的原则。

随着近代人权观念深入人心，死刑不引渡制度随之发展蓬勃起来，可以说它是现代引渡制度非常重要的产物。生命权是人权中最重要、最基本的权利，是一

[1] 刘亚军.引渡新论—以国际法为视角[M].吉林:吉林人民出版社,2004,第 59 页.

切权利的源泉，这一观点成为了国际人权界的共识[1]。受此影响，在一些多边和双边条约中出现了这样的规定：对按照引渡请求国的法律可处死刑的逃犯，被请求国可以拒绝引渡，除非请求国做出保证不对其判处死刑，或判处死刑，但不执行。在现代引渡制度中，死刑不引渡制度的伸缩性在不断降低，甚至有时强硬到不容妥协或商量，如果请求国不能确保不对被请求引渡人执行死刑，那么其引渡请求将被立即拒绝。

虽然死刑不引渡原则在现代引渡制度中已经成为了刚性条款，但是《联合国引渡示范条约》中建议各国，将死刑不引渡原则作为一项可选择性的拒绝理由。另外，我们可以看到，二战后的纽伦堡审判和东京审判，以“危害人类罪”和“战争罪”的原因判决众多纳粹分子死刑（绞刑，枪决等）。因此，笔者认为国际引渡公约中应当不包含死刑不引渡原则。因为灭族种族罪，危害人类罪和战争罪本身就有其严重的后果和影响，应该与普通的引渡罪行分开来看，实属特例。只有灵活的给予特殊罪名特殊规定，才能更好的发挥公约的法律作用。

三、完善中国引渡制度与推进国际司法合作

唐太宗说，以史为鉴，可以知兴替。恰逢世界反法西斯战争暨中国人民抗日战争胜利 70 周年，以史为鉴，中国应该发挥自己在国际社会上的作用，调整国内的法律框架和体系，来应对国际社会新趋势新发展。

（一）完善中国引渡制度

因为制订国际引渡公约一定会耗时较长，为了弥补在公约建立前的这段空白期，我国应当尽快修改本国的引渡法，完善我国的司法体制，与外国签订更多的双边引渡条约，来实现境外追逃追赃的任务，也预防未来可能发生的情况。

我国于 2000 年 12 月 28 日通过引渡法，已经过了 14 个年头。承接第二部分对国际引渡公约的立法建议，笔者想在“死刑”和“政治犯罪”方面说一下自己的想法。

1. 关于“死刑”问题解决办法

我国是仍然规定存在死刑的国家，这与国际社会广泛呼吁取消死刑的大趋势相违背。但是死刑在中国有着上千年的历史渊源，并且也有现实存在的意义，虽然中国未来彻底取消死刑是最终的结果，但是就目前来看，这一结果还需要时日。

[1] 黄风.引渡问题研究[M].北京:中国政法大学出版社,2006,第 31 页.

因此，在中国仍保有死刑的前提下，即使我国主管机关作出不判决或者不执行死刑的承诺情况下，也会被请求国拒绝。因此，对死刑不引渡原则的单纯不接受使得该原则成为了我国成功引渡的一大障碍。

在 2006 年《中西引渡条约》和 2007 年《中法引渡条约》中，中方都明确了死刑不引渡条款。另外，我国的刑法修正案八中也撤消了 13 个罪名的死刑，可见我国也在逐渐采取行动来改变这样的被动情况。另外，美国也是存在死刑的国家，然而美国在实现引渡的时候并没有遇见如此大的阻力。因此，笔者认为我国在短期内不废除死刑的情况下也应该在引渡立法中确立死刑不引渡原则，并且可以借鉴一下美国在实现引渡操作过程中如何妥善巧妙的解决死刑不引渡原则这一问题。另外在中国与被请求国间的具体操作过程中，要尽量说明我国的具体国情和政策，争取对方的理解，最终实现引渡合作，制裁犯罪。

2. 政治犯罪不引渡原则的规定不够详细

随着现代引渡制度的发展，由于政治犯罪定义难以界定，各国际公约都将政治犯罪不引渡原则具体化，即明确了何种犯罪不属于政治犯罪。我国引渡法中明确规定了政治犯罪不引渡原则，这是我国法律的一大进步，但是它没有具体规定不属于政治犯罪的罪名，这就出现了该原则被滥用的可能性。

笔者建议应该引渡法第八条关于政治犯罪不引渡原则的后面加上一个但书，在但书中明确哪些犯罪不属于政治犯罪，排除可能带来的定义的困扰，防止某些国家以政治犯罪不引渡原则干预我国正常的司法活动。

（二）推进国际司法合作

本文第一部分阐述了缔结国际引渡公约的重要性和必要性，对于一些国家来说，只有如此才能保证强制性的国际合作，才能杜绝一些国家轻易以没有条约为借口拒绝合作的情况，才能为请求国家提供支撑，避免这些罪行免于起诉。例如，侯赛因·哈布雷的案例中，塞内加尔和非洲联盟现在正在付出巨大的努力，为哈布雷在乍得统治时的政治牺牲品和制度的受害者声张正义。中国作为战争的受害国，应当积极努力的响应现实的号召，以联合国常任理事国的身份，广泛的推进这一提议，号召更多国家来参与讨论订立这一公约。以中国的影响力切实推进这一公约的缔结。而中国又会因为提出这样的国际司法合作框架而在国际社会上提高自己的话语权，促进境外追逃追赃的实现。

结论

引渡制度作为国际司法协作的重要手段，在解决国际引渡、打击国际犯罪方面起到了非常关键的作用。国际社会存在的现状，以及一战、二战、区域冲突中灭绝种族，危害人类的罪行触目惊心，战争的阴云一直没有彻底散开，为了促进了国家的司法协助，加强了国际合作联合打击犯罪的有效性，保护个人和组织的合法利益、维护国际法律秩序、维护国家的稳定和发展、维护国际和平与安全建立一个完善的国际引渡公约显得尤为重要而又任重而道远。

我国目前在引渡制度遇到的困难和障碍主要来自于法律方面，间接的还来自于政治因素、社会制度或者意识形态差异的影响。因此，我国应当积极的推进这项国际引渡公约的建立，树立我国良好的大国形象，并且不断改善我国的刑事法律制度，完善我国的引渡制度，更好的与世界接轨，也让世界更好的了解中国。

辛柏春 黑龙江大学法学院 教授 《北方法学》学科编辑
李 楠 黑龙江大学法学院 硕士研究生

中国国际法学会2015年（广州）年会论文

论后殖民化时代的民族自决权

慕亚平 宁宇*

[**摘要**] 从非殖民化运动中发展而来的民族自决权作为一项国际法原则，在现行国际法下的权利持有者是作为整体的一国国族，而国内的少数者不能作为权利主体享有民族自决权。不能把所有的领土变更的情形都与民族自决权相联系。民族自决权在后殖民化时代仍有存在的必要，其意义在于当出现民族压迫和民族奴役，或者出现变相的或新形式殖民统治时，民族可以通过行使自决权捍卫国家独立和领土完整，防止出现新一轮的或变相的殖民统治和民族压迫。

[**关键词**] 后殖民化时代；民族自决权；领土变更；分离权

在非殖民化运动时期，民族自决权作为殖民地人民和被压迫民族摆脱殖民统治获得独立的法律武器，发展成为一项国际法原则，而在非殖民化基本完成的当下，民族自决权已经不是国际社会发展的主流，然而，仍然有一些人极力主张并扩张民族自决权，不仅在理论上而且在国际实践中也产生了不少的影响。那么在后殖民化时代，在现代国际法语境下，怎样认识民族自决权？怎样看待是民族自决权的拥有者？民族自决权与国家主权原则是怎样的关系？便成了为国际社会以及国际法学界所热切关注的问题。

一、民族自决权在非殖民化运动中得以发展

民族自决的思想最先来源于英国哲学家霍布斯，他指出，很少有人如此地愚蠢以致于不愿自己管理自己而愿意接受他人的统治。这被认为是对民族自决的最先承认。哲学家洛克和卢梭进一步发展了这一思想，认为统治者的权力只能来自

作者简介：慕亚平**，中山大学法学院教授，中国国际经济贸易法学研究会副会长。
宁宇，中山大学国际法研究生。

其与国民之间的社会契约，政府的组建是人民的合意和委托，因此，政府必须代表人民的利益，当政府违反这一基本要求时，人民有权推翻该政府建立新政府。在康德哲学中，每个社会都有自己进行统治或处置的权利，其他任何人都没有凌驾于他之上的权利。虽然这些哲学家的论述中都没有明确提出自决权这一学说，但他们的思想中却蕴含着民族自决权的合理内涵。正是这些哲学家的思想为后来的美国独立战争和法国资产阶级革命奠定了理论基础。美国正是在这些思想的指导下，从殖民统治中独立出来，组建自己的政府。虽然没有正式使用“自决”（self-determination）一词，但美国的独立战争却是在民族自决的思想指引下进行并获得成功的。法国资产阶级革命诞生了《人权和公民权宣言》，该《宣言》第一条即宣布：“在权利方面，人们生来是而且始终是自由平等的。”法国革命者反对专制，倡导“自由”、“平等”、“博爱”和“人权”等。法国资产阶级革命及其提出的口号被视为对民族自决权的发展具有重大意义。

从 19 世纪到 20 世纪初，自决思想在列宁和威尔逊这两位人物的推动下得到进一步发展。列宁的民族自决权原则是作为解决俄国民族问题的一项政策提出的，这一原则与殖民地和附属国人民从帝国主义的压迫下解放出来的问题紧密联系。第一次世界大战期间，美国总统威尔逊提出的十四点原则中也体现了自决的思想：每个人民都有选择他愿意接受其统治的主权者的权利。[1]虽然在威尔逊的十四点原则中所使用的词是“自治”（autonomy），但后来他借用列宁思想中的“自决”来表达他的“自治”。这一时期的民族自决权仅作为一项政治原则。民族自决权的发展与非殖民化运动的进展是紧密相关的。只有摆脱殖民统治，被压迫人民才能获得自决。从美国独立战争开始到 20 世纪 80 年代末，非殖民化运动迅速发展。特别是第二次世界大战后，德、日、意的败退、老宗主国的削弱和新老殖民主义矛盾的加剧，为民族解放运动的开展创造了有利的条件。[2]非殖民化运动的胜利极大地促进了国际法上民族自决原则的发展。

第一次在国际法上确认民族自决权的国际文件是《联合国宪章》。《宪章》第 1 条第 2 款规定：发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系，并采取其他适当办法，以增强普遍和平。在联合国范围内，联大通过了一系列宣言和决议，使民族自决原则得到进一步明确和发展，其中主要有：1952 年《关

[1] 白桂梅：《国际法上的自决权与少数者权利》，《中外法学》，1997 年第 4 期，第 29 页。

[2] 何春超等编著：《国际关系史纲（1917—1985）》，法律出版社 1987 年版，第 265 页。

于人民与民族的自决权》、1960 年《给予殖民地国家和人民独立宣言》、1970 年《国际法原则宣言》、1974 年《各国经济权利和义务宪章》等。[1]其中，1970 年《国际法原则宣言》中明确规定：鉴于逐渐发展以编纂下列原则：“……（e）各民族享有平等权利与自决权之原则……”至此，民族自决权作为国际法上的一项原则被正式确立起来。甚至在相当的时期内，民族自决被夸大为国际法的基本原则。可见，民族自决原则是在非殖民化时代，伴随着民族被普遍承认为国际法主体，而在国际法理论和实际中得到确立和发展起来。

到 20 世纪 80 年代末，全世界范围内的殖民地、半殖民地、非自治领土和托管地基本消失，各殖民地人民和其他被压迫民族基本获得独立。然而，发展于非殖民化运动的民族自决权并不随着非殖民化运动的基本完成而失去其存在意义。在殖民统治时期，民族自决权侧重于殖民地、半殖民地、非自治领土和托管领土摆脱殖民统治、建立独立国家、决定自己的政治地位和权利；殖民统治结束后，则侧重于民族在维护自己国家领土完整、主权统一和自由寻求经济、社会和文化发展的权利。[2]但是必须认清，在非殖民化时代已经成为国家一部分的民族，其民族主权已经融于国家主权，那么，在这个时期是否还应当将民族自决权作为国家的权利呢？是否应当将民族自决原则作为国家适用的国际法的基本原则呢？这些问题便成为国际法理论及各国实践所关注和争议的问题。以下我们将对此加以阐述。

二、正确理解民族自决权的两个关键

要正确理解民族自决权的涵义，表明其应有之意，首先应清晰界定民族的涵义，同时也必须理清民族自决权的享有主体，清楚划定国际法与国内法不同的适用范围。这是问题的两个关键。

（一）“民族”的概念的采用

国际法上的民族自决权中的民族应当使用国际法上的“民族”概念，这个概念有其特定的国际法内涵，其不同于国内法意义上的“民族”，也不同于民族

1 梁西主编：《国际法》，武汉大学出版社 2002 年版，第 72 页。

2 慕亚平、郑艳：《亦论民族自决权》，《中山大学学报·社会科学版》1998 年第 2 期，第 95 页。

学意义上的“民族”，而是指与一国领土范围相衔接的“国族”。[1]

在非殖民化时代，民族是其民族解放组织的主体和核心，建立独立自主的国家是其努力奋斗的主要目的和目标。此时的民族不是国内法意义上的“民族”，也不同于民族学意义上的“民族”，而是被接受为过渡性——在一定条件下和一定范围内完成国际法的主体的民族。而到了后殖民化时代，安居于一个国家之内的民族已经不是国际交往的主角，对于那些习惯于使用民族而不是出于国家名称的人来讲，其是指与一国领土范围相一致的“民族”，即在一国范围内、具有某些共同特征、以国名为族名的“国族”（nation、state-nation）[2]。如，中华民族作为中国的“国族”，美利坚民族作为美国的“国族”，他们都平等享有国际法上的民族自决权，能够自由地决定自己的政治、经济、社会和文化发展的方式，维护本国的主权统一和领土完整。台湾同胞与港澳同胞、大陆同胞共同构成中华民族，作为整体享有民族自决权，捍卫国家主权和领土完整。但台湾人民并不能单独成为民族自决权的权利主体，台湾当局策划的所谓“入联公投”或“制宪公投”等都是不合法的。

从规定了民族自决权的相关国际文件来看，其使用的词汇均为“people”。17 世纪后，西方用“民族”（nation）指称主权国家的人民，而不问其种族和语言是否一致，实际上它是对一国之民的统称。[3]可见，无论翻译为“民族自决权”还是“人民自决权”，在西方国家，nation 和 people 混用的现象是普遍存在的，其所指称的内涵都是与主权国家领土范围相一致的“国族”。1996 年联合国消除种族歧视委员会第 48 届会议通过的一般性建议中对民族自决权的解释为:“民族自决权具有内在方面，即所有人民有权在不受外来干预的情况下自由实现其经济、社会和文化发展。在这方面，与《消除一切形式种族歧视国际公约》第 5 条（寅）项提到的每个公民参加各级公共事务管理的权利是相联系的。因此，政府应代表全体人民，而不分种族、肤色、出身或民族或族裔。”[4]在这一国际文件中强调了

---

[1] 慕亚平、许楚敬:《论殖民体系瓦解后的民族自决权》一文的阐述，《吉林大学社会科学学报》2000 年第 4 期，第 13 页。

[2] 江宝玲:《“国族”而非“族群”——试论民族自决权的适用主体》,《世界民族》2012 年第 6 期，第 2 页。

[3] 余建华:《民族主义：历史遗产与时代风云的交汇》，学林出版社 1999 年版，第 5 页。

[4] 杨宇冠主编:《联合国人权公约机构与经典要义》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 294-295 页。

民族自决权的主体应当是一个主权国家的全体人民，不是以种族和血缘为天然联系的民族学上的民族（nationality），而是与主权国家的领土和国界相联系的民族（nation），他们应该以主权国家为纽带而作为一个整体享有并行使该项民族自决权。“现代国家要求有民族这一概念。民族国家是政治单位，通过共同的价值、历史和象征性行为表达集体的自我意识。在这个意义上说，民族国家是某种特殊的集体身份。”[1]在此意义上的民族概念是为了满足现代国家的集体身份认同的需要而出现的，民族与国家的人民是重叠的。这一“民族”的内涵便是以主权国家的领土边界为限的“国族”。一个主权国家内部的“民族”并不是国际法的主体，不能享有民族自决权。

（二）民族自决权的享有主体

根据国际法原理，国际法的调整对象主要是国家之间的关系，除此之外，还调整国家与其他国际法主体之间的关系或者其他国际法主体相互之间的关系，而“其他国际法主体”包括政府间国际组织（如联合国）、某些非国家政治实体（如民族解放运动组织、交战团体或叛乱团体等），等等。[2]受殖民统治和民族奴役的民族是国际法的主体，其与殖民国家的关系受国际法的调整，因而其可以通过行使国际法规定的民族自决权摆脱殖民国家的统治实现独立。而当该民族实现民族独立，建立独立国家或并入一个国家或与某个国家合并之后，该民族与其国家或其国家内其他民族之间的关系则不属国际法的适用范围，而受国内法的调整。

当一个主权国家受到其他国家的殖民统治和民族压迫时，该主权国家内的全体人民作为一个民族整体享有国际法规定的民族自决权，可以通过行使民族自决权反对殖民统治和民族压迫，捍卫国家主权独立和领土完整。但是该主权国家内的部分人民或少数民族并不是国际法规定的民族自决权的主体，不能行使民族自决权，否则就是以“民族自决权”为幌子的非法分离行为。作为一个主权国家内出现的分离势力，是国内的管辖事项，不属于国际法的适用范围。对于国际法与国内法的适用范围，必须作出严格的区分。对于国内管辖事项，绝不允许其他主权国家或国际社会“插手”，否则就违背了不干涉他国内政这一重要的国际法原则。国家主权仍是当今国际关系的重要基石，必须得到充分的尊重与保障。混淆国际法与国内法的适用范围，干涉他国国内管辖事项，就是对他国国家主权的亵

[1] 徐迅：《民族主义》，中国社会科学出版社 1998 年版，第 31 页。

[2] 黄瑶：《国际法关键词》，法律出版社 2004 年版，第 2 页。

渎。

民族自决权作为一项国际法原则，是一项集体人权，被视为作为整体的一个民族的权利，这必须与尊重国内“少数团体之人”所享有的人权做出严格的区分。无论《公民权利和政治权利国际盟约》，还是其他的一些关于人权方面的国际公约（如 1981 年《非洲人权和民族权宪章》），都严格区分了作为集体人权的民族自决权和作为个人权利的少数者权利。《公民权利和政治权利国际盟约》在第 1 条规定了民族自决权之后，另外在第 27 条专门规定了保护少数者权利的条款：“凡有种族、宗教或语言少数团体之国家，属于此类少数团体之人，与团体中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有语言之权利，不得剥夺之。”[1]该款明确规定的是，拥有少数者团体的主权国家应保护其国内的少数者所应享有的权利。可见，对少数者权利的保护是一个主权国家的国内管辖事项。但有部分学者，如潘俊武副教授提出，民族自决权不再是一项单纯的殖民地人民享有的政治性自决权利，而是发展成为所有民族和人民应该享有的在政治、经济、社会和文化等方面自主与自决的内涵更为广泛的权利，并具有了“个人”权利的意义。[2] 然而，这一主张是建立在“内部自决权”的荒谬理论之上的。在现行国际法规则还没有改变的情况下，少数者还没有成为国际法上的主体，不能以少数者作为权利的主体享有自决权，况且所谓的“内部自决权”只是部分学者的理论，还没有被国际法规则所采纳，因而并不能以此认定少数者享有国际法上的自决权。一国国内的少数者没有在该国的政治生活和经济生活、社会生活中享受到与其他国民平等的待遇，没有能够自由参与政治生活，这属于一国的内政范围，应该由该国政府与少数者之间进行博弈，而不是国际法所调整的范围，不属于国际法上的自决权所涉及的事项。对于个人人权问题，除了像种族歧视、种族灭绝等严重侵犯人权的行为，其他的人权问题一般都是通过国内法来具体规制的。当然，基于人权的国际保护，国际社会可以对国家严重违反人权的行为进行干预，但这并非国际社会可以随意干预国家事务，而是因为保护少数人权利和个人人权是国家向国际社会所作出的承诺和义务，假如违背，其应当承担国家责任。另外，只有遭受殖民统治的民族实现民族独立，或者遭受新一轮或变相的殖民统治的主权国家捍卫国家主权独立和领土完整，才是国际法的适用范围。

---

[1] 王铁崖，田如萱编：《国际法资料选编》，法律出版社 1981 年版，第 175 页。

[2] 潘俊武：《论动态中的民族自决权》，《当代法学》2012 年第 5 期，第 127 页。

三、民族自决权与分离权概念不应混同

当争取独立的民族通过行使民族自决权实现独立之后，该民族享有的民族自决权便演变成为该国家享有的独立权。即使这个国家发生分离，已经并非以先前的民族为单位，而是通过领土变更的形式来实现的。由于一些分裂国家的人常常打出“民族自决”的借口和旗号，利用混淆国际法与国内法的适用范围，混淆国际法与国内法概念的差异，进行分裂国家的活动。于是，在国际法学界引起了关于民族自决权与分离权关系的讨论，将两个本不属于同一类型的不相干问题扯在一起进行争辩。本文认为，这仅是少数学者出于好意，为防止国家分裂而臆造的命题，其想用分离不包括在自决权之中，而防止自决权导致分离，这是不切实际且毫无作用的一厢情愿。在此我们加以分析：

目前，关于民族自决权与分离权之间的关系问题，主要有三种观点：第一种主张民族自决权不可能包含分离权。白桂梅教授认为只要主权国家作为制定国际法的主要参与者这个事实不改变，国际法将来也不会承认导致破坏国家领土完整和政治统一的分离权。[1]托马斯·弗兰克教授也此同样观点：“如果国家有领土完整权，国家的少数者就不能有分离权。如果少数者有分离权，其所属国就不能有领土完整和边界不受破坏的权利。”[2]第二种观点认为，分离权可以作为民族自决权的例外情况而存在。1998 年加拿大联邦最高法院针对魁北克分离问题所做出的咨询意见中提到：“国际法希望自决权由人民在现有主权国家的框架内行使，并始终维护这些国家的领土完整。如果这不可能的话，在例外情形下可能会产生分离权。”[3]也就是说，在一般情况下，民族自决权与国家领土完整原则是一致的，并且要求民族自决权的行使要服从领土完整原则，只有在例外情形下，民族自决权可能包含分离权。第三种观点则指出，民族自决权本身当然可以包括分离权。在非殖民化运动时期，民族自决权就是分离权，殖民地人民和被压迫民族就是行使民族自决权从殖民国家中分离出去而获得独立的。

以上观点均有偏颇，本文认为“民族自决权是否包含分离权”本身就是一个

---

1 白桂梅：《自决与分离》，载余民才主编：《国际法专论》，中信出版社 2003 年版，第 189 页。

2 Thomas M．Frank，Fairness in International Law and Institution，Colerandon Press．P168.

3 Reference re Secession of Quebec，Supreme Court Reports，vol．2，1998．P122.

没有太大实际意义的命题，因为领土变更的分离与民族自决权的独立并非相同语境下的概念，是不同范围、不同领域、不同语境下的问题：

首先，民族自决权是指殖民地人民和被压迫民族所行使的实现民族独立的权利，其结果是摆脱殖民统治，获得独立。在这种情况下独立就是自决。独立意指在国际关系上不依附于任何实体的自主地位，因而“独立”一词常与“主权国家”搭配在一起。[1]民族自决权下的独立常指殖民地人民和被压迫民族摆脱殖民统治获得独立的意愿，试想，假如允许某个民族独立而又不同意他“分离”，哪这个独立就怎样得到体现？而作为领土变更方式中的“独立”是强调“自立”，不与他国合并；而领土变更中的分离，在国际法上又称为“领土的分离”，它是指一国的某一部分或某几部分领土脱离该国，成立一个或数个新的独立国家，而被缩小了的原国家仍然存在的一种情况。[2] 通常国际法教科书将领土变更中的分离界说为主权国家中的某部分从母国中脱离出去，分离后母国仍然存在的情形，并认为通常分离对母国的领土完整是有影响的。[可见,] 民族自决权强调的“独立”，与领土变更方式中的“独立”并非讨论同一类的问题。假如硬是将不相干的两个概念拉在一起，当然会出现逻辑上的不周延和概念的混淆。

其次，分离属于领土变更的一种方式，是主权国家的国内管辖事项，是否允许分离完全由该主权国家内部决定，不容许其他国家进行干涉，否则就违背了国家主权原则和互不干涉内政原则。分离是国家内部的部分与整体的关系问题，与民族分裂或自决无关。目前，国际法中并未领土分离行为作出规定，国际法所涉及的只是分离后的承认和继承规则。诚如白桂梅教授所言：“迄今为止，国际法对于纯属主权国家内部发生的分离行为尚未做过任何规定，国际法对分离行为本身，如分离的合法性或正当性等问题在所不问。”[3]而民族自决权被作为一项国际法原则，一项集体人权，已为包括《联合国宪章》在内的一系列国际文件所明确规定。

再次，实际上国际文件中还是对鼓励正当的民族自决权和限制不正当的领土分裂行为作出过规定的。1970 年《国际法原则宣言》规定：“以上各项不得解释

---

[1] 黄瑶：《后冷战时期的国家领土完整原则与人民自决原则》，《法学家》2006 年第 6 期，第 153 页。

[2] 黄瑶：《后冷战时期的国家领土完整原则与人民自决原则》，《法学家》2006 年第 6 期，第 153 页。

[3] 白桂梅：《自决与分离》，载余民才主编：《国际法专论》，中信出版社 2003 年版，第 46 页。

为授权或鼓励采取任何行动，局部或全部破坏或损害在行为上符合上述各民族享有平等权及自决权原则并因之具有代表领土内不分种族、信仰或肤色之全体人民之政府之自主独立国家之领土完整或政治独立。”不正当的分离行为是将主权国家内的某部分领土分离出去，损害了主权国家的领土完整；而民族自决是从宗主国脱离出去获得独立，还原民族的应有权利，实际并没有损害宗主国的领土完整。联合国人权委员会在讨论两个国际人权公约第 1 条关于自决权的内容时也表明：自决权不仅适用于殖民地统治状态，也是一种永恒性的、普遍性的权利，但不能把自决权的普遍性理解为所有人民包括国内的种族、宗教或语言少数团体都享有从其所属国家分离出去的权利。[1]

综上，领土变更中的分离与民族自决权是两个完全不同的概念，前者是指独立主权国家内的某部分领土脱离母国的行为，后者是指殖民地人民和其他被压迫民族摆脱殖民统治实现独立的权利；前者属于主权国家的国内管辖事项，后者则是一项国际法权利。我们不能因为担心有人利用民族自决权来从事分裂国家的行为，就牵强附会的认为民族自决权不包括分离权来对抗，从而从事逻辑错误和概念混淆。

四、后殖民化时代的民族自决权的意义

综上所述，我们并不否定民族自决权在后殖民时代的意义和作用，但提醒必须理清概念、适用主体和适用范围。在非殖民化运动时期，受殖民统治和民族奴役的民族是国际法的主体，享有国际法规定的民族自决权。而一旦该民族通过民族自决权实现民族独立，建立一个独立国家或并入一个独立国家或与一个独立国家合并后，民族便演变成为一个国家或一个国家内的部分民族。此时，该民族便不再是国际法上的主体，而国家才是国际法的主体，该民族便成为一国国内法规制的对象。当民族通过行使民族自决权实现独立之后，该民族享有的民族自决权便演变成为该独立国家享有的独立权。

那么在后殖民化时代，民族自决权和民族自决原则是否还具有积极意义呢？答案是肯定的！尽管非殖民化运动在当代已基本完成，各殖民地已基本上获得了

[1] 范宏云：《论国际法上的分离权》，《武汉大学学报·哲学社会科学版》2008 年第 1 期，第 123 页。

政治独立，但这些新独立国家在经济上又面临着如何反对西方大国的经济压迫和经济剥削，一轮新的殖民主义悄然发生。经济是基础，如果一国在经济上遭受他国的操纵，则该国在国际社会上的政治独立就是虚有其表，该国人民的人权便没有保障。只有反对帝国主义在经济上的剥削与掠夺，建立国际经济新秩序，新独立民族在斗争中获得经济上的主权，可以“对自己的自然资源和一切经济活动拥有充分的永久主权”，可以自由选择国家的经济制度和适合本国的发展道路，这个民族才有可能真正实现独立和自决。1975 年《欧洲关于指导与会国间关系原则的宣言》（《赫尔辛基最后文件》）中规定：“……依据人民的平等权利和自决，所有人民始终有权当他们愿意时并按照他们的意愿完全自由地不受外来干预地决定他们的内部和外部政治地位，按照他们的意愿谋求他们的政治、经济、社会和文化发展……”。[1]民族自决权应是一个不断发展的概念，在殖民体系瓦解后，民族自决权仍是一项重要的国际法原则。霸权主义和强权政治在当今国际社会仍然存在，它们只是用一种更加隐蔽的方式——经济剥削，来对别国施加压力，压迫别国，因而，建立国际经济新秩序成为新独立民族当今最为重要的任务，自决权也应该像非殖民化运动时期那样，成为他们反对经济压迫和剥削的法律武器。因此，民族自决权在后殖民化时代仍有存在的必要，但意义并不像殖民化时期那样直接。其意义在于只有当出现民族压迫和民族奴役，或者出现变相的或新形式殖民统治的时候，民族可以通过行使自决权捍卫国家独立和领土完整，防止出现新一轮的或变相的殖民统治和民族压迫。

[1] 董云虎，刘武萍：《世界人权约法总览》，四川人民出版社 1990 年版，第 1006 页。

论联合国安理会决议的强制性

复旦大学法学院

俞弘志

论联合国安理会决议的强制性

摘要：联合国的理论基础是康德的《永久和平论》，安理会是联合国维持国际和平及安全的主要机构，安理会强制性决议是安理会维持国际和平及安全的主要工具。安理会决议的强制性可理解为安理会决议具有最高的国际法效力，其效力高于除《宪章》外的其他国际条约和国际习惯法。安理会决议的强制性效力既来自《宪章》的有效性，也来自全球治理的国际共识。安理会决议的强制性需通过会员国的国内执行措施予以保障。国际社会应当通过强化安理会决议的国际执行来保障安理会决议的最高国际法效力；中国未来应当通过适当方式确立国际法至上的法律地位；中国应采在先框架性授权立法模式完善安理会决议的国内执行立法模式。

关键词：联合国安理会决议强制性国内执行

一、引言

“我联合国人民，同兹决心”地走入了第 70 个年头。

联合国安理会作为维持国际和平及安全的最重要的国际机构，通过安理会决议对国际社会施加着越来越重大的影响。安理会决议，特别是其中包括强制性措施的制裁决议，显示了安理会在国际和平及安全事务方面的最高法律权威。冷战结束后，国际社会组织化程度不断加深。安理会决议在很多方面逐渐明显超越了《联合国宪章》的授权[1]，但由于对安理会决议的法律性质认识尚不一致，各国在执行安理会决议时标准不一，或扩大安理会决议的授权范围[2]，或不接受安理会决议对某些事项的规制。这种情况贬损了安理会决议的权威性，安理会决议的强制性质亟待厘清。

《现代汉语词典》将“强制”解释为“用政治或经济力量强迫”。凯尔森在论及“法作为强制秩序”时指出，对破坏秩序所适用的制裁就在于剥夺所有物——生命、健康、自由或财产，但这并不意味着在实现制裁时必须使用武力，武力只在适用制裁遭遇抗拒时才是必要

[1]例如安理会940号决议表明，安理会日益把人权问题视为“国际和平与安全这一定义不可分割的组成部分”。参见何塞·E.阿尔瓦雷斯，作为造法者的国际组织[M]，蔡从燕等译，法律出版社，2011，第 246 页。

[2]例如在 2011 年的利比亚内战中，西方国家的军事行动远远超出了执行第 1973 号决议禁飞令的范围。

的，其意正如同以武力为后盾的“用政治或经济力量强迫”。[12]“强制的”的英语为“mandatory”或“coercive”，《牛津高阶英汉双解词典》解释前者为“required by law”，后者为“using force or threat of force”。[3]英文解释揭示了“强制”与法律及武力的内在联系，强制即为法律所要求，而以使用武力为最后手段。

国内社会法律的强制性毋庸置疑。而谈及国际法上的强制性，则由于国际法欠缺与国内法制宪权理论相称的法理，无法完全论证在正当性意义上的合法性，在理论上无法充分解释国际法效力的根据，在实践中国际法的强制性常常屈从于事实状态下的国家权力。但对国际法强制性的理论疑虑不能改变国际社会对秩序的现实需求，安理会决议的强制性，不仅为《宪章》的有效性[4]所证实，也为安理会职责所在的国际和平与安全这种最典型的体现全人类利益和国际社会整体利益的“共同之善”[5]的正当性所证实。

笔者以为，联合国安理会决议的强制性，体现为安理会决议具有最高的法律效力，联合国会员国有义务依据《宪章》的规定履行安理会的决议，无论是强制性的制裁决议，还是非强制性的决议。安理会决议的强制效力，不仅来自《宪章》的规定，也来自在国际社会向宪政的国际法前景的未来转向中，安理会作为既存的在相当程度上能够代表国际社会共同体并具有最高法律权威的中央化机构，其维持国际和平及安全、提供国际社会“公共物品”的正当性的宪政实践和国际共识。[6]

二、联合国的理论基础及安理会的性质

(一)联合国的理论基础

传统国际法从原理上是限制国际组织的产生与发展的。欧洲历史上曾经出现超民族、超国家的权力，例如罗马帝国治下的各民族不具有主权。而在公元 476 年西罗马帝国覆灭后，超越各欧洲世俗国家的罗马教廷不仅是一种精神上的统一，而且成了各国君主的“太上皇”。文艺复兴之后，以希腊文化中的人本主义为基础的政治观念，主导着当时的欧洲社会。格老秀斯创立的以《战争与和平法》为代表的传统国际法理论，坚决反对教皇干预世俗国家之间的事务，不允许有超越主权国家之上的统治性机构，在该理论体系及其指导下形成和发展的

[1]凯尔森著，沈宗灵译，法与国家的一般理论[M]，商务印书馆，2013，第 49 页
[2]现代汉语词典[K]，商务印书馆，1992，第 918 页
[3]牛津高阶英汉双解词典[K]，商务印书馆，2009，第 1227 页、第 373 页
[4]所谓《宪章》的有效性，可以理解为以威斯特伐利亚体系为源流的传统国际法，不关注国家、主权及其国际法的正当性，而以主权论证国际法体系的合法性，并反之以国际法论证国家及其主权的有效性。
[5]A. Watts, The International Rule of Law[J], German Yearbook of International Law, 1993, 36
[6]参见陈喜峰，宪政的国际法：全球治理的宪政转向[J]，暨南学报（哲学社会科学版），2013，1，第 59-68 页

十七、十八世纪国际法秩序中，没有任何国际组织。1648 年结束三十年战争的威斯特伐利亚和会标志着欧洲政治历史发生了根本性的转变，和会没有产生任何欧洲区域的国家间组织。而根据霍布斯《利维坦》中的国家拟制说，国家是自然人为了摆脱“一切人反对一切人”的自然状态，根据自然法，实现和平，通过社会契约，将除个人生命权之外的其他管理权交给主权者而建立的。据此，国家是平等自由的自然人之间通过协定拟制的最高政治组织，在国家主权之上没有任何统治权，这是格老秀斯的传统国际法理论的国家学说依据。传统国际法理论从国际法和国内法两个角度论证了国家主权至上这一传统国际法的基本原理。[1]

然而，国家主权至上的观念并未为世界带来和平。三十年战争之后，欧洲仍然战争不断。从 1648 年至 1789 年法国大革命爆发之间的所谓主权时代的 140 年中共发生 70 次战争，平均每 2 年 1 次，从 1789 年至 1913 年之间的所谓革命与民族主义时代的 124 年中共发生 74 次战争，平均每 1.7 年 1 次。[2]而此后的两次世界大战更是使人类“两度身历惨不堪言之战祸”。[3]有学者指出：产生导致国际战争的国家经济利益冲突的首要条件，是独立存在的国家主权，而不是资本主义。[4]

层出不穷的战争给学者带来了对建立人类和平的深入思考：永久和平是否可以通过建立国际组织来予以保障？康德于 1795 年发表《永久和平论》，为人类的永久和平筹划出一个由共和国家到自由国家之联盟最终达至世界公民状态的整体图式。[5]康德认为，国际权利应该以自由国家的联盟制度为基础……各个民族作为国家也正如个人一样……要求别的民族和自己一道进入一种类似公民体制的体制……这会是一种各民族的联盟……我们可以称之为和平联盟，它与和平条约的区别将在于，后者仅仅企图结束一场战争，而前者却要永远结束一切战争。[6]康德的《永久和平论》为联合国的诞生奠定了理论基础。1945 年 6 月 26 日，中国等 50 个国家的代表签署了《联合国宪章》，10 月 24 日，宪章生效，联合国正式诞生。

（二）安理会具有处理国际和平及安全事务的最高法律权威

安全理事会是联合国最重要的机关，《联合国宪章》赋予安理会处理国际安全事务的最高法律权威。《宪章》第 48 条第 1 项和第 49 条规定，“执行安全理事会为维持国际和平及安全之决议所必要之行动，应由联合国全体会员国或由若干会员国担任之”，“联合国会员国应通力合作，彼此协助，以执行安全理事会所决定之办法”。安理会还拥有代表联合国成员国

[1]张乃根，国际法原理[M]，复旦大学出版社，2012，第 374-375 页
[2]许二斌，欧洲战争起因变化趋势研究[C]，厦大史学（第 2 辑），厦门大学出版社，2006
[3]参见联合国宪章序言，http://www.un.org/zh/documents/charter/preamble.shtml，2015 年 1 月 15 日访问。
[4]Hans Kelsen, Peace Trough Law[M], The University of North Carolina Press, 1944, p. 17
[5]吕炳斌，康德《永久和平论》与当代国际法律秩序的构建及困境[J]，学术探索，2010(4)，第 50-54 页
[6]康德，永久和平论[M]，何兆武译，上海人民出版社，2005，第 19-22 页

采取行动的合法权力。《宪章》第 24 条第 1 项规定：“为保证联合国行动迅速有效起见，各会员国将维持国际和平及安全之主要责任授予安全理事会，并同意安全理事会于履行此项责任下之职务时，即系代表各会员国。”第 25 条规定：“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议。”

在联合国即将成立之际，1944 年 6 月，凯尔森在谈及战后国际组织的设想时，相比康德提出以共和制为共同政治基础的自由国家的联邦理念，凯尔森认为，只有在经过长期、缓慢的发展以消除世界各国之间文化差异，尤其是通过在意识形态领域里自觉的政治上与教育上工作，一个普遍的世界联邦国家理念才可能实现。[1]因此在战后现实的基础上建立起来的联合国原本与康德所主张的自由国家的联盟有相当的距离，实际上如今的欧盟更接近于康德的理念，但从上述《宪章》对安理会权力的规定来看，安理会具有相当程度的中央化倾向，这是在联合国对国际社会中主权平等成员国的广泛代表性和安理会有效维持国际和平及安全之间的一种平衡。

安理会处理国际和平及安全事务的最高法律权威是建立在宪章的几个条款之上的，其中最主要的是第 25、27、39、41 和 42 条。这些条款赋予安理会“断定任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为之是否存在”的权力，并应作成建议或抉择（即安理会决议）依第四十一条（非武力）及第四十二条（武力）规定之办法，以维持或恢复国际和平及安全。

三、安理会决议的强制性——国际立法及理论的考察

既然安理会具有维持国际和平及安全的最高法律权威，作为安理会正式表达意见或意愿的方式，安理会决议理应具有维持国际和平及安全方面的最高法律效力，也即强制性。

根据《国际法院规约》第 38 条第 1 款的规定，国际法院在裁判案件时，一般适用国际条约、国际习惯以及一般法律原则，司法判例和各国权威最高之公法家学说作为确定法律原则的辅助资料。这被认为是对国际法渊源的权威性说明。《规约》没有对安理会决议这类国际组织决议的国际法性质做出说明，但这并不意味着《规约》完全排除安理会决议作为国际法的渊源。如所周知，国际法院在 1946 年成立时，国际社会中并未大量出现国际组织，其时安理会的作用也不够明显。

（一）安理会决议的国际法效力优先于除《宪章》以外的国际条约

《宪章》第 103 条规定：“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”这一规定将《宪章》置于国际法体系

[1]前引 Hans Kelsen, Peace Through Law, 12

的优先位置。该条使用了“宪章下之义务”而非“宪章之义务”这样的措辞，意味着不但《宪章》本身明文规定的义务相较于“依任何其他国际协定所负之义务”具有优先性，而且以《宪章》为依据所产生的其他义务同样具有这种优先性。这就为安理会决议国际法效力的优先性提供了基础，因为根据《宪章》第 25 条，安理会决议对会员国施加的义务同样是一种“宪章下之义务”。[1]安理会决议效力的优先性来源于《宪章》，受到《宪章》的约束，因而安理会决议的国际法效力优先于除《宪章》以外的国际条约。

（二）安理会决议的国际法效力优先于国际习惯

特别法优于一般法，是一项基本的法律原理。联合国国际法委员会 2006 年发布的一份名为《国际法的碎片化：国际法的多样化和扩张带来的困难》报告所指出：“作为一般法，习惯法通常都让位于作为特别法的条约，一般认为也包括建立联合国之类国际组织的条约。无论如何，安理会的实践一直建立在这样一种理解的基础上：安理会决议优于与之相冲突的习惯法。由于安理会是《宪章》的产物，因此如果安理会决议的普遍效力不扩展至《宪章》本身，那就奇怪了。”因而，安理会依据《宪章》作出的决议作为“特别法”，应当优于作为“一般法”的国际习惯法。[2]

（三）安理会决议国际法效力优先性的限制

安理会决议的国际法效力优先性理应受到国际强行法的限制。《维也纳条约法公约》第 53 条将国际强行法定义为：“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”。上述报告同样指出：“《联合国宪章》第 103 条当然是说《宪章》的等级地位高于国际法的其他部分，而强行法这一观念则表明，即使是联合国的政治职能也会遇到‘宪法’的限制。”[3]

（四）安理会决议的强制性来自彰显“共同之善”的国际共识

按照全球治理理论，“统治”权威的最终保障来自于对合法暴力手段的垄断，其以强制为特征，而在规范意义上，根据《宪章》的规定，除单独或集体自卫的自然权利外，唯有安

[1]在“洛克比空难”一案中，国际法院即以《宪章》第25条和第103条为依据来说明安理会决议的优先性：“根据《联合国宪章》第25条，利比亚和美国作为联合国的会员国都有义务接受和履行安理会的决议；正在审查临时措施程序这一阶段的法院认为：初步看来，这种义务应当扩大到748（1992）号决议所包含的决定；同时，根据《宪章》第103条，会员国的上述义务优先于其依任何其他国际协定所负担的义务，包括《蒙特利尔公约》。”参见ICJ Report(1992), 126。

[2] International Law Commission, Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law[R]. UN doc. A/CN. 4/L.682(2006), para. 345.

[3]International Law Commission, Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law[R]. UN doc.A/CN. 4/L.682(2006), 409.

理会保有使用国际社会合法暴力手段的权利，如果说这不是完全的垄断权利的话。在价值意义上，“治理”的权威主要源于共识，以自愿为治理效力的最终渊源，如果离开了普遍认同，治理就难以发挥真正的效用。国际社会需要秩序，如同全球治理需要国际社会对共同目标、共同命运、共同遗产以及对全人类的共同关注，这些公共物品所体现的全人类利益和国际社会整体利益可以统称为“共同之善”，而以国家之间为主的国际和平及安全是最典型的共同之善，这也正是安理会的职责所在。根据全球宪政理论，全球宪政是指推动按照共同价值和共同利益指导政治权力的全球性法律共同体，而安理会正在奉行和保证“我联合国人民”的基本法律价值，根据《宪章》的程序规则引导着各政治强权实体。如果说全球法律共同体很大程度上还只是理论前景的话，在当下国际社会，安理会决议权威的正当性正是来自向国际社会提供“公共物品”和彰显“共同之善”的国际共识。

四、安理会决议的强制性——实践的考察

（一）对安理会决议本身的考察

《宪章》第 41 条规定：安全理事会得决定所应采武力以外之办法，以实施其决议，并得促请联合国会员国执行此项办法。此项办法得包括经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝。《宪章》第 42 条规定：安全理事会如认第四十一条所规定之办法为不足或已经证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。此项行动得包括联合国会员国之空海陆军示威、封锁及其他军事举动。

考察《宪章》第 24 条的规定和安理会决议的实践，安理会决议具有促进、执行和造法的功能。促进功能，是指《宪章》第六章所涉及的安理会敦促各国以和平方式解决争端，并且可以为解决争端提出建议；执行功能，是指《宪章》第七章所涉及的安理会采用武力或非武力的办法维持国际和平及安全；造法功能，是指决议具有约束力并且可能以强制性制裁为基础，对国际社会的所有参加者都会产生影响，并且可以反复适用。[1]所谓安理会决议的强制性，或曰安理会的强制性决议，主要是指安理会根据《宪章》第七章所作的采用武力或非武力的办法维持国际和平及安全的决议，无论是执行功能的决议还是造法功能的决议。

据统计从 1991 年冷战结束至 2014 年，安理会共通过了 1512 份决议。安理会通过的第一个强制性决议为第 232（1966）号决议，对南罗德西亚实施全面经济制裁。最近 5 年

[1]造法功能的决议，例如 1373 号（2001）、1540 号（2004）。由于安理会决议造法曾引起国际社会的巨大争议，有学者提出确立并实现国际法院对安理会决议的司法审查权问题。参见王秀梅，国际法院对安理会的司法审查权刍议[J]，河南省政法管理干部学院学报，2011，2，第 65-71 页。

（2010-2014 年）通过的 288 份决议中，强制性决议占 26 份。考察安理会决议本身，安理会决议的强制性，体现为当安理会认为国际和平或安全受到威胁或破坏时，依据上述条款作出的安理会决议中所包含的强制性措施，例如武器禁运、进出口禁令、旅行禁令、资产冻结、禁止资助恐怖主义，以及针对具体实体或个人的聪明制裁、定向制裁等。[1]在极端情形下安理会将授权使用武力，例如第 678（1990）号决议授权会员国与科威特政府合作，采用一切必要手段维护和执行安理会 660 号决议和所有随后有关的决议，恢复该地区的国际和平与安全。[2]安理会决议的促进功能、执行功能和造法功能都是以安理会决议的强制性为基础的，安理会对拒绝履行相关国际义务的国家拥有制裁的权力，为安理会的各项职能的实施提供了最后保障。下表为笔者初步整理的安理会近 5 年的强制性决议情况：

表 1. 联合国安理会近 5 年（2010-2014）作出的强制性决议

序号	决议编号及时间	决议主题	强制性措施	指向目标
1	2182（2014）	索马里局势	军火禁运、海上拦截木炭和武器、	索马里
2	2170（2014）	恐怖主义行为对国际和平与安全的威胁	禁止资助恐怖主义（含定向强制性措施）	伊黎伊斯兰国和胜利阵线、基地组织
3	2161（2014）	恐怖主义行为对国际和平与安全的威胁	资产冻结、旅行禁令、武器禁运（含定向强制性措施）	基地组织
4	2160（2014）	恐怖主义行为对国际和平与安全的威胁	资产冻结、旅行禁令、武器禁运（含定向强制性措施）	塔利班
5	2144（2014）	利比亚局势	武器禁运、资产冻结（含定向强制性措施）	利比亚
6	2140（2014）	中东局势	资产冻结、旅行禁令（含定向强制性措施）	也门半岛基地组织
7	2134（2014）	中非共和国局势	资产冻结、旅行禁令（含定向强制性措施）	中非共和国
8	2128（2013）	利比里亚局势	资产冻结、旅行禁令（含定向强制性措施）	利比里亚

[1]安理会近 5 年来（2010-2014）作出的包含强制性措施的决议有：2182 号、2170 号、2161 号、2160 号、2144 号、2140 号、2134 号、2128 号、2127 号、2124 号、2111 号、2095 号、2094 号、2093 号、2087 号、2083 号、2082 号、2048 号、2040 号、2009 号、1989 号、1988 号、1975 号、1973 号、1970 号、1929 号。参见 http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/，2015 年 1 月 15 日访问。

[2]李鸣，联合国安理会授权使用武力问题探究[J]，法学评论，2002，3，第 66-73 页

9	2127（2013）	中非共和国局势	武器禁运	中非共和国
10	2124（2013）	索马里局势	木炭进出口禁令、武器禁运	索马里
11	2111（2013）	索马里局势	军火禁运、木炭进出口禁令、	索马里、厄立特里亚
12	2095（2013）	利比亚局势	武器禁运、资产冻结（含定向强制性措施）	利比亚
13	2094（2013）	防扩散/朝鲜民主主义人民共和国	进出口禁令、金融制裁、资产冻结	朝鲜
14	2093（2013）	索马里局势	武器禁运	索马里
15	2087（2013）	防扩散/朝鲜民主主义人民共和国	旅行禁令、资产冻结（含定向强制性措施）	朝鲜
16	2083（2012）	恐怖主义行为对国际和平与安全的威胁	武器禁运、资产冻结、旅行禁令（含定向强制性措施）	基地组织
17	2082（2012）	恐怖主义行为对国际和平与安全的威胁	武器禁运、资产冻结、旅行禁令（含定向强制性措施）	塔利班
18	2048（2012）	几内亚比绍局势	旅行禁令（含定向强制性措施）	几内亚比绍
19	2040（2012）	利比亚局势	武器禁运、资产冻结（含定向性强制性措施）	利比亚
20	2009（2011）	利比亚局势	武器禁运、资产冻结、禁飞区（含定向强制性措施）	利比亚
21	1989（2011）	制裁基地组织	资产冻结、旅行禁令、武器禁运（含定向强制性措施）	基地组织
22	1988（2011）	制裁塔利班	资产冻结、旅行禁令、武器禁运（含定向强制性措施）	塔利班
23	1975（2011）	科特迪瓦局势	金融制裁、旅行禁令（含定向强制性措施）	科特迪瓦
24	1973（2011）	利比亚局势——设立禁飞区	禁飞区、武器禁运、资产冻结（含定向强制性措施）	利比亚
25	1970（2011）	利比亚局势	武器禁运、旅行禁令、资产冻结（含定向强制性措施）	利比亚

26	1929（2010）	防扩散/伊朗核问题	核技术禁令、武器禁运、旅行禁令、核物资进出口禁令、金融和经济制裁（含定向强制性措施）	伊朗

（二）安理会强制性决议的国际执行

安全理事会根据《宪章》第七章采取强制性措施，以维护或恢复国际和平与安全。实行强制性措施是为了对某一国家或实体施加压力，迫使该国或该实体遵守安全理事会规定的目标。因此，在国际层面，由于联合国的普遍性质，由安理会负责自己作出的强制性决议的监督执行。安理会强制性决议一般设立制裁委员会具体负责相关决议的监督执行，例如第 2140（2014）号决议所设委员会、第 2127（2013）号决议所设委员会、第 2048（2012）号决议所设委员会等。

许多国家和人道主义组织对强制性措施可能对人口中最易于受到伤害者以及对第三国的经济产生的不利影响表示关切，为了回应这些关切，安理会在强制性措施的制订、适用和实施方面逐步精益求精，其中包括制定针对特定行为体的措施以及在安全理事会决议中作出人道主义例外规定。例如，定向制裁可包括冻结那些被点名的掌权政治人物或政治实体的资产，阻止它们的金融交易，因为其行为正是实施制裁的缘由。安理会还通过第 1730(2006)号决议，确保订立将个人和实体列入制裁名单和将其从名单中删除以及给予人道主义豁免的公正而明确的程序。安理会最近还对非洲一些国家的冲突钻石实行了“聪明制裁”。

但在目前联合国的制裁体系之中，强制性制裁的整个进程是由联合国体系众多执行者共同完成。安理会决议通过强制性措施，会员国承担国内履行决议的义务，而制裁委员会则负责监督强制性决议的执行。这些众多的行为主体互相独立而又不可分离，使得强制性措施的执行面临国际和国内两个执行层面，而各成员国保护其国内利益从而损害集体行动的承诺又是联合国在强制性决议制定之初所不能控制的。制裁委员会的监督往往仅停留在文件层面，制裁机制所面临的会员国拒绝执行制裁措施带来的困难也为国际法学者所指责。[1]

（三）安理会强制性决议的国内执行

1. 安理会强制性决议国内执行的法律依据

《宪章》第 25 条规定：“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议。”因此，安理会强制性决议得在会员国国内予以执行。出于对会员国主权的尊重，安理会通常将剩余规则的制定权力交给负责执行的各会员国。安理会强制性决议的国内执行路径

[1]参见 http://www.un.org/sc/committees/，2005 年 1 月 15 日访问。

取决于各国对待国际法的态度，即国际法和国内法的关系问题。

国际法和国内法的关系问题，细究起来其实还是宪法、国际法和一般国内法的关系问题。考察各国实践，典型模式有以下几种：（1）宪法至上模式，是指宪法具有最高的效力，国际法和国内法属于同一效力层级或宪法没有明确规定二者的效力层级。典型国家为美国、日本、奥地利、韩国。以美国为例，美国《宪法》第 6 条规定：“在美国的权力下缔结的一切条约，与美国宪法和根据该宪法制定的法律一样，都是美国最高的法律；即使任何周的宪法或者法律与之相抵触，每一州的法官仍受其约束。”按此，美国缔结的条约与议会制定的法律处于同等地位，可以在美国国内直接适用，而不需要立法机关的立法行为予以执行。但是，在美国，条约之外有行政协定，为了第 6 条的目的，它们并不是都被视为条约，因而就需要立法机关采取行动。在实践中，条约规定为“自执行的”才能在国内具有直接的效力，为法院所适用，而“非自执行的”条约则需要进行转化才能具有国内效力。中国当前的情形总的来看是宪法至上，而条约和法律具有同等效力，但在国内法与条约相冲突时以何者为优、国际习惯与国内法的关系等方面仍有待进一步规定，至于安理会强制性决议的国内执行立法更是付之阙如。（2）国际法至上模式，是指在宪法中规定国际法具有最高法律效力，不仅高于国内法，甚至高于宪法的规定。德国、荷兰、意大利等欧盟成员国的宪法性文件具有代表性。（3）国际法最低模式，是指国内法具有高于国际法的效力，国际法只有在与国内法规定不相抵触的情况下才有效。（4）宪法中对三者关系规定不明确，国际法效力处于不确定状态。[1]

无论联合国各会员国针对三者关系采何种处理模式，安理会强制性决议的最高国际法效力都不应有所贬损。而不同于有学者主张的保留宪法最高效力地位、国际法律规则高于国内普通法律效力[2]，从法律基础理论和国际法发展的角度，笔者更倾向于第（2）种模式。原因在于，其一，随着国际社会组织化程度的日益加深，作为国际法主体的国家所面临的政治经济问题早已超出了一国绝对主权的范围而日益面临国际合作的需求。国际法尤其是《宪章》之类的普遍性多边国际条约可以视为国际社会共同体的共同规范，这种共同规范的效力来自另一个更高的基础规范，也即凯尔森认为的“约定必须遵守”。国际法学者菲德罗斯曾说：“在国际法和国内法之间可能发生抵触，然而也看到这些抵触并不是确定性的，而是可以在法律体系的统一性中得到解决的”。[3]其二，国际法已经出现了体系化、纵向化甚至宪法

[1]参见王铁崖，国际法引论[M]，北京大学出版社，1998，第 204-211 页；詹宁斯、瓦茨修订，王铁崖等译，奥本海国际法（第一卷第一分册）[M]，中国大百科全书出版社，1995，第 32-45 页
[2]肖冰，论我国条约适用法律制度的构建[C]，国际经济法论丛（第 5 卷），法律出版社，2002，第 48 页
[3]王铁崖，国际法引论[M]，北京大学出版社，1998，第 187-188 页

化的趋势，有些国际法规范甚至有违国家的意志，例如被认为处于国际宪法核心的国际强行法规范。尽管形式意义上的国际宪法尚不存在，国际法秩序中的基本规范的确履行着国际宪法的功能，一国的国内宪法不能对抗法治、制衡、人权保障和民主等国际共同的宪法原则。[1]安理会决议按照《宪章》第 25 条获得的强制性正是第（2）种模式的实践反映。而无论安理会未来如何改革，少数安理会理事国作出的决议依据《宪章》由联合国全体会员国执行的中央化模式在可预见的未来都将是安理会决议强制性的实践诠释。

根据不同的宪政基础，目前世界各国对安理会强制性决议的执行路径，主要有以下几种立法模式：（1）在先框架性授权立法，是指为使强制性决议自动而快速地在国内得到遵守和执行，一些国家立法确立安理会强制性决议的国内执行法律框架。例如美国 1945 年的《联合国参与法》规定，具体安理会强制性决议从通过到在美国国内获得执行的时间延迟在 2-3 个月之间。[2]采取这类立法模式的国家还有芬兰、瑞典、丹麦、挪威、荷兰等。（2）既有相关立法，是指会员国并不专门立法对安理会强制性决议在国内的执行做出规定，而是依赖既有法律的规定对一些联合国传统强制性措施例如经济制裁、武器禁运、限制资本转移、划定禁飞区以及限制人员出境等做出相关的应对措施。这些国内立法则一般包括贸易法、紧急状态法、关于出口武器装备的法令、汇率控制和银行法、民用航空法以及移民法等。例如阿根廷、约旦等国家的实践。采取第（1）种模式的国家视不同强制性措施也可能采取第（2）种模式。（3）临时特别立法措施，是指会员国依据个案进行临时立法以应对强制性决议的国内执行。[3]

考察上述三种立法模式，在先框架性授权立法无疑较为符合及时正义和正当程序的要求，是最优的立法模式。如采用既有相关立法或者临时特别立法措施的模式，可能导致将综合完整的安理会强制性决议人为分割为不同的国内执行措施，造成国内执行立法的碎片化；甚至当安理会关于经济和金融的强制性措施涉及对个人人身自由权、财产权的剥夺时，可能因为相关国内执行措施的立法层级问题而影响对安理会强制性决议的实施效果。

具体到中国的情形，我国的执行实践从未就联合国制裁措施的执行问题诉诸任何立法手段，而是通过外交部函件及各部门转发函件、证监会通知、银监会通知、中国人民银行文件、海关总署文件等行政函件方式，有的仅属知会和通报性质，有的涉及具体国内执行措施的制定。[4]以行政函件方式执行安理会强制性决议，或可收快速便捷之效，但从我国执行安

[1]参见前引陈喜峰，宪政的国际法：全球治理的宪政转向
[2]United Nations Participation Act(UNPA), 22 USCS Section 287c.
[3]刘筱萌，联合国制裁措施的国内执行研究[D]，武汉大学 2012 年博士论文，第 42-45 页
[4]例如：外交部文件：《外交部关于执行安理会第 1267 和 1333 号决议对有关个人和实体实施金融制裁的

理会决议的立法实践来看，行政函件在我国行政法上不属于“法”的范畴。安理会强制性决议在我国法律体系中不具有直接的可执行性，也不会因为被转载于有关行政函件而获得我国法律上的可执行性。如果依据有关行政函件而限制公民人身自由、查询或冻结以及没收资产，可能将由于越权规定无法得到法院援引而被判定无效。

2. 国内执行措施的内涵及司法审查

安理会强制性决议的国内执行措施带来立法技术上的一系列问题，例如属地范围、属人范围、时效问题、对强制性决议的解释问题。由于国际社会主权林立的现实，各国对强制性决议的国内执行缺乏统一的标准，这种现状与安理会决议的强制性地位很不相称。而在安理会决议引入定向机制以后，不断有受到影响的个人或实体在有关国家的国内法院或地区性法院提起诉讼，指控安理会的相关决议或其国内执行法律侵犯了个人的财产权和公正审判权。[1]而国内法院的判决受到法院地法等现实因素的影响，与所在国关于国际法与国内法关系的理论并不完全一致，从而使问题更加复杂化。安理会强制性决议的国内执行立法与国内司法交织在一起，可能造成对安理会决议强制性的进一步挑战，但无论安理会强制性决议的国内实施如何发展，在现有国际制度不变的前提下，安理会决议的最高国际法效力不应有所贬损。

五、结论

安理会决议的强制性直接来源于《宪章》的规定，最终来源于国际社会维持和平及安全的国际共识。笔者认为，在安理会决议的国际执行方面，国际社会应促进安理会授予相应制裁委员会以更大的职权，统一解释相关强制性决议，制裁委员会还应加强与各会员国立法和司法的交流，从而不断改进强制性决议的国际和国内实施；在国际法与国内法的关系方面，笔者认为，随着中国国家实力的不断加强，中国未来应以国际社会负责任大国的全新姿态，对国际法的发展予以更大的支持，重新审视国际法与国内宪法、国内普通法的关系，确立国际法至上的法律地位，顺应国际社会共同体形成的潮流，为国际社会做出更大的贡献，当然具体立法技术仍有待商榷；考虑到我国当前对安理会强制性决议国内执行措施的法律漏洞，

通知》，外发〔2001〕20 号，2001 年 10 月 17 日；交通运输部国际合作司文件：《关于执行联合国安理会第 2087 号决议的通知》，部国际合作司国际组函〔2013〕13 号，2013 年 2 月 21 日；中国证监会办公厅文件：《关于转发外交部<关于执行联合国安理会第 1980 号决议的通知>的通知》，证监办发〔2011〕51 号，2011 年 7 月 4 日；中国银监会办公厅文件：《关于转发外交部执行联合国安理会第 1973 号决议的通知》，银监办发〔2011〕109 号，2011 年 4 月 12 日

[1]例如 2010 年，英国最高法院指出英国行政机关执行制裁的国内措施《基地组织法令》因剥夺了当事人获得有效救济的权利而部分无效。Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Jabar Ahmed and others (FC) (Appellants), HerMajesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant), R (on the application of Hani El SayedSabaei Youssef) (Respondent) v.Her Majesty’s Treasury (Appellant) (No. 2), [2010] UKSC 5, 4 February 2010.

为完善我国对安理会强制性决议的国内执行法律体系，彰显安理会决议在我国法律体系上的强制性，有学者建议我国采用在先框架性授权立法模式，结合既有的行政机关执行经验，由全国人民代表大会授权国务院以行政法规的方式针对具体安理会强制性决议制定执行条例，从而既提高国内执行措施的法律层级，又不改变现有行政机关主导安理会强制性决议国内执行的现状，笔者认为是中肯之见。[1]

主要参考文献：

1.马尔科姆·N·肖著，白桂梅等译，国际法[M]，北京大学出版社，2011

2. 梁西著，杨泽伟修订，梁著国际组织法[M]，武汉大学出版社，2011

3. 汉斯·摩根索著，肯尼斯·汤普森改写，李晖等译，国家间政治[M]，海南出版社，2008

4. International Law: Politics and Values, Louis Henkin, MartinusNijhoff Publishers, 1995

5. Brian Tamanaha, On The Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press, 2004

Abstract: The theoretical foundation of the United Nations is *Perpetual Peace* of Kant. UN Security Council is the main institution of maintaining the international peace and security in the UN. UNSC's mandatory resolution is its main tool and has the supreme effectiveness in international law system, prevailing international convention (except the UN Charter) andcustomary international law. The mandatory force of UNSC's resolution comes from not only the effectiveness of UN Charter, but also the common sense of global governance. The effectiveness of UNSC's mandatory resolution should be guaranteed by national implementation of UN's member countries. The international society should protect the supreme effectiveness of UNSC's resolution by strengtheningits international implementation. China should establish the highest position of international law in its national legal system by appropriate method in the future. China should improve its legislation

[1]刘筱萌，联合国制裁措施的国内执行研究[D]，武汉大学 2012 年博士论文，第 152-153 页

model of national implementation of UNSC's resolution through Prior Enabling Legislation.

Key words: United Nations, Security Council Resolution, Mandatory Effectiveness, National Implementation

论欧盟法对法的国际化进程的贡献[1]

夏草[2]

【摘要】欧盟法律体系发展成为一个具有独特性、相对独立的法律体系并不表明欧盟法律体系已经完全成熟或成型。欧盟法律体系一直处在发展与变化之中，欧洲法律体系发展过程验证了一个法律国际化的必然过程，任何法律国际化的前提不仅因为其先进性，更因其符合更多国家的本国利益，也就是具有令他国对其进行本土化的动力。本文从欧盟法基本原则中体现的欧盟法于成员国法之间的关系入手，分析了欧盟法的发展与完善过程带来的启示：法的本土化中含有法的国际化，只有先民族化，才能国际化。

【关键词】欧盟法原则 法的本土化 法的欧洲化 法的国际化

一、欧盟法与成员国法之间的关系

关于欧盟法的性质，纵然有各种学说观点，但毫无争议的是，欧盟法既不同于普通的国际法，也非联邦法。[3]它虽有传统“国家法”的特征，却并不具有完整的国家特征。欧盟法与成员国法是同时存在于欧盟内部的两个相互独立的法律体系，欧盟法院通过判例确立了处理欧盟法与成员国法关系的三大原则：直接效力原则、优先原则以及从属原则。

（一）欧盟法的直接效力

欧盟法不同与普通的国际条约，欧盟法的主体不仅包括国家还包括个人，它“比那些仅规定缔约国之间相互义务的协议走得更远……它不仅涉及政府还涉及到国民……共同体构成一种在有限的范围内国家限制其主权权力，而共同体法律的主体包括成员国，也包括成员国国民。”[4]此后在科斯塔案（Costa v. ENEL ECR）中也有深入表述为，“不同于一般国际条约，共同体条约建立了一个独特的法律体系：在条约生效时便即刻被纳入成员国法律体系，并要求成员国遵从。通过建立一个无限期的共同体，更确切地说，成员国通过有限地限制主权权利并渡让这些权力给共同体，该共同体便拥有资深的权力、人格、法律能力、国际代表能力。由此，产生了一种即适用于成员国又

[1] 本文系国家社科基金重大项目《法律文明史》第16个子课题：《法的国际化与本土化》（项目编号：11&ZD081）、上海地方高校大文科学术新人培训计划（项目编号：HZ-B2012024）阶段性研究成果。
[2] 夏草，（1985—），女，汉族，上海市人，华东政法大学国际法学院讲师，法学博士。
[3] 除特别注明，本文中所述的欧盟法为本文第二章第一节所述的广义欧盟法。
[4] C- 26/62, Van Gend en Loos v Administratie der Belastingen, [1963] ECR.

适用于成员国国民的法律秩序。”[1]欧盟法的立即、直接适用原则，令它在被纳入成员国国内法时排除了任何形式的转化或接受条件限制。这种直接适用的形式，令欧盟法律规范完整地植入各成员国的国内法，它既不能被视为国际法，也不能被视为外国法或不同国家国内法的渊源，它可以完全地、强制地有效并被所有成员国直接适用，无需任何国内专门立法程序采纳或确认。[2]

事实上，在一般国际法理论中本就不排除经缔约方明确约定对某些国际条约的条款赋予直接适用的效力。但这种情形仅适用于那些明确指向个人的条约条款。而欧盟法由于在整体上可能适用于成员国国民，就令其在性质上不同于一般的国际法。甚至可以称为是一种相对于传统国际法的重大变革。《罗马条约》第186条就规定了条约在成员国直接适用。[3]此后，《欧共体条约》第249条创立了“直接适用（direct applicability）”的概念，与“直接效力（direct effect）”的概念相区别。[4]

但并非所有的欧盟法都能在成员国具有直接效力。欧盟法律规范的直接适用性应符合三个条件：第一，法律规范的明确性；第二，法律规范的无附加条件性；第三，法律规范的完善性。前文已述，欧盟法的法律渊源可分为成文渊源和不成文渊源。在成文渊源中又可分为内部渊源和外部渊源，外部渊源包括欧盟缔结的协定等，内部渊源则包括基础条约、法令、派生法（决定等）以及各类文件等。如前文所述，欧盟的基础条约具有直接效力，但“各基础条约的序言性条款，具有制度性特征的规定，以及留给欧共体机构或成员国的神域评判的权利从而在共同体法律规范与诉讼当事人之间制造屏障的条款”，均不具有直接效力。[5]条约“由于本身的性质和在共同体法律渊源中的功能……产生立即适用的效力。”[6]条约的这种“自有的直接效力”，是因为条约的性质是为个人创设了义务，并由成员国法官在个人之间的诉讼案件中以国内法的方式予以适用。[7]至于指令则仅在其对成员国追究不落实指令的要求，或对自然人或法人创设了相关的法律权利与义务时才具有直接适用的效力，且仅限于对个体与国家之间的纠纷有

---

[1] C- 6/64, Flaminio Costa v E.N.E.L. [1964], p.585.

[2] 也参见 C-106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA, [1978] ECR, p.629.

[3] 《罗马条约》第 186 条规定：“理事会和委员会为完成其使命，应在本条约所规定的条件下制定规则、命令、决定或提出建议或意见。规则具有普遍意义。规则的各个组成部分都具有约束力并直接适用于所有成员国。指令中所规定的应达到何种结果的要求对任何接受指令的成员国都有约束力。”

[4] 在欧盟法中，“直接适用”是欧共体基本条约中采用的一个术语，而“直接效力”是欧洲法院在其判例中惯用的表达方式。王玉玮：《论欧盟法的直接效力原则和优先效力原则》，载《安徽大学法律评论》2007 年第 2 辑。

[5] C-339/89, Alsthom Atlantique SA v Compagnie de construction mécanique Sulzer SA, [1991] ECR.

[6] C-34/71, Politi, [1971]ECR, p.1039.

[7] C-41/74, Yvonne van Duyn v Home Office, [1974] ECR,； C-34/73, Fratelli Variola S.p.A. v Amministrazione italiana delle Finanze, [1973]ECR.

效力，不适用于个体之间。具体明确且不依赖于成员国或共同体机构进一步认可其国内效力的决定，是可能具有直接效力的。[1]对欧盟具有约束效力的国际协议也只有在其某些条款被能够产生直接效力的欧盟法律规范所采纳或明确援引时，基于这些国际协议条款的“共同体化”，而缺了它的直接效力推定。[2]“共同体与第三国签署的协议，在考虑到协议的文本、宗旨与性质时，有关的条款明确具体第规定了法律义务，并且该义务的实施或在其效力上不需要任何事先的介入行为，那么该协议条款应视为被直接适用。”[3]

（二）欧盟法的优先效力

“共同体法优先于成员国国内法”也是共同体法律的一项基本原则。[4]欧盟法优先效力的确立，标志着欧盟法已经将成员国向欧盟让渡部分主权的原则以制度化的形式巩固下来，欧盟在法律上的优先地位是欧盟在政策上的优先地位的制度性保证。[5]共同体法优先于各成员国国内法，并且具有溯及力，两者如遇冲突，应优先适用共同体法，不论成员国的国内法是先于还是后于欧共体法颁布。因此，欧盟法优先适用原则是欧盟得以存在和发展的基础，欧盟法的目标就是在欧盟范围内构建统一的法律体系。

由于欧盟法的优先效力原则直接影响到成员国的国家主权，欧盟法对优先效力并没有做出明确规定，也可谓是欧盟法对于成员国民族主义情绪的妥协。[6]欧盟法的优先效力并不否认成员国法律的效力，仅在遇到具体的冲突问题时“优先适用”，从而回避了对成员国法效力的直接评价，并且保留其在没有与欧盟法冲突时的有效性。虽然欧盟法在确立其优先效力的过程中略有波折，但目前欧盟各成员国或以判例或以宪法的方式去认了欧盟法的优先效力。[7]

---

[1] C-9/70, Franz Grad v Finanzamt Traunstein, [1970] ECR.

[2] C-69/89, Nakajima All Precision Co. Ltd v Council of the European Communities, [1991]ECR,.相同的标准也适用于确定建立师姐贸易组织的协定的直接效力问题。C-280/93, Federal Republic of Germany v Council of the European Union,[1994]ECR.

[3] C-12/86, Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd, [1987] ECR.

[4] 该原则最早在 1964 年的科斯塔案件（Costa v. ENEL ECR）中被提及，法院确认了欧共体法的最高地位，也确认了欧共体法对成员国的有限性。Case6/64, Flaminio Costa v E.N.E.L., [1964] ECR, p.585. 而在西蒙索案（simmenthal）中，法院最终明确指出欧共体法优先于成员国宪法。Case92/78, SpA Simmenthal v Commission of the European Communities, [1979]ECR, 777。Declaration concerning primacy, an Annex to Final Act the Opinion of the Council Legal Service on the primacy of EC law as set out in 11197/07 (JUR 260) of 22 June 2007.

[5] 刘光华、闵凡祥、舒小昀编著：《运行在国际与超国家之间——欧盟的立法制度》，江西高校出版社 2006 年版，第 52 页。

[6] 秦建荣：《欧盟一体化进程中的欧盟法与民族主义》，载宋锡详主编：《〈里斯本条约〉与欧盟法的发展》，上海社会科学院出版社 2012 年版，第 93 页。

[7] 法国宪法第 55、61 条规定凡与法国已承担的国际义务相悖的法提案均不可被一会予以通过，且可被宪法委员会宣布违宪。在法国宪法第 88 条甚至还规定，相对于国际条约或国际规则，欧盟法律具有优先地位。英国 1972 年通过的《欧洲共同体法案》承认了共同体法可以在英国直接适用，并具有优先地位。爱尔兰宪

不过，值得一提的是，虽然自欧洲法院确立欧盟法的优先效力原则以来已将近有50年了，但有论者还是指出对于该原则的概念名称仍存有一定的模糊性，学术界一直以来对优先效力（Primacy）还是最高效力(Supremacy)存在混用。[1]这两个概念不仅存在语言表达上的不同，在两者所包涵的语义上也有不同。这也许只是成文法相当于判例法的又一项小优势，但法律毕竟要求精确严谨，而这种现象存在于欧盟法的一项重要原则中的确是略有不妥的。[2]

（三）欧盟法的从属原则

从属原则（Subsidiarity）源自于大陆法系行政法中的一个原则——最小干预原则，即国家应当尽可能保证个体的自治，只有当个体无法自治时国家机关才可以干预。[3]欧盟将这一原则运用到了协调欧盟法与成员国法之间所产生的立法权力关系上，对欧盟法进行一定的限制。1986年，《欧洲单一法令》首次将从属原则纳入其中，修该后的《经济共同体条约》第130r条第4款规定欧共体适用于欧共体环境政策领域，以限制欧盟的干预。1991年，《马斯特里赫特条约》正式引入从属原则，以条约的形式确立了从属原则在欧盟中的法律地位。1992年，爱丁堡峰会对从属原则的基本内容和具体实施的指导方针作出了更为详细的规定解释，欧盟委员会每年就从属原则的实施提出一份报告。1997年，《阿姆斯特丹条约》以附属议定书的方式确定了辅助原则以及应用。从属原则

法第 29 条第 4 款也对欧共体法的优先性做了具体规定。德国联邦基本法第 23-24 条、比利时宪法第 26 条、卢森堡宪法第 49 条、荷兰宪法第 92 条、西班牙宪法第 93 条，还有丹麦、葡萄牙等国的宪法中也都有关欧盟法优先效力的规定。

[1] 在现有的中文研究成果中，也有将此原则翻译为“优先原则”与“最高效力原则”两种不同的表达，虽然对于该原则的实质内容并无异议。如王玉玮在《论欧盟法的直接效力原则和优先效力原则》一文中就翻译为优先效力；（载《安徽大学法律评论》2007 年第 2 期。）而在程卫东的《法律创新与欧洲一体化》一文中就翻译为“最高效力原则”。（载米健主编：《欧盟法与欧洲一体化》，法律出版社 2009 年版，第 17 页。）笔者在 wiley online 网站上，以“Supremacy European Union law”为关键词，得到 6616 个搜索结果，以“Primacy European Union law”为关键词，得到 7135 项搜索结果。在两个结果中的大多数研究成果的核心内容都是欧盟法的优先原则，且两结果中存在很多重复的文章。（http://onlinelibrary.wiley.com，访问日期：2014 年 1 月 30 日）而在知名的网络百科网站 wikip 上针对“Primacy (European Union law)”的词条解释中，也有这样的描述：“The supremacy (sometimes referred to as primacy) of EU law……（意为：“欧盟的优越原则（有时也称为优先原则）……”——笔者译）。（http://en.wikipedia.org/wiki/Supremacy_(European_Union_law)，访问日期：2014 年 1 月 30 日）

[2] Matej Avbelj, Supremacy or Primacy of EU Law—(Why) Does it Matter?, European Law Journal, Volume 17, Issue 6, November 2011, pp.744–763.

[3] 也有论者将该原则翻译为“辅助原则”。（比如熊光清：《从辅助原则看个人、社会、国家、超国家之间的关系》，载《中国人民大学学报》，2012 年 9 月。苗静：《欧盟宪法辅助原则的历史发展与当代含义》，载《广西社会科学》，2007 年 2 月。李玲飞：《试论欧洲一体化进程中的辅助原则》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》，2011 年 5 月。苏明忠译、欧洲联盟官方出版局编：《欧洲联盟基础法》，国际文化出版公司 2010 年版等。）该原则源远流长，这个概念起源于欧洲政治哲学，最早可以追溯到亚里士多德生活的时代，其间经过了托马斯·阿奎那、洛克、亚当·斯密的发展。现代意义上的从属原则产生于 20 世纪罗马天主教廷的寺院法（Canon Law）。欧美法学界认为,从属原则是现代联邦制国家依法治国的一项基本的法律原则。曾令良：《论欧洲联盟法中的从属原则》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》1999 年第 2 期。李琼：《论从属原则与欧盟一体化》，载《法制与经济》，2010 年 4 月。

体现在《欧洲联盟条约》第5条。与该原则同时规定的还有另外两个也被认为是很重要的欧盟决策原则：授予原则和均衡原则。

根据《欧洲联盟条约》第5条第2-3款的规定，从属原则是指在超出欧盟专属权限范围的领域，欧盟只有当出现以下情况时才采取行动：一方面，如果各成员国不能令人满意地通过其中央政府或者其他地区或地方政府实现拟议行动的目标；另一方面，考虑到拟议行动的规模和效果，只有欧盟才能更好地实现拟议行动的目标。根据授予原则，欧盟仅在基础条约中各成员国所授予的权限范围内为实现基础条约所确定的目标而采取行动。基础条约中没有授予联盟的权限属于各成员国。又根据均衡原则，欧盟行动的内容和形式不得超过为实现基础条约目标所必须的范围。欧盟的各机构应根据从属原则和均衡原则的议定书来实施从属原则。各成员国的国家议会应按照上述议定书所规定的程序对欧盟机构的行动是否符合从属原则进行有效的监督。从属性原则肯定了成员国在共同体条约中的“主人地位”（德语：Herr derVerträge）和在共同体以及国内事务中的主导作用，因此各成员国对该原则给予了极大的支持。比如在医疗、住房、社会保障等领域，由欧盟成员国自己做主才最有利于问题的解决。[1]

议定书对适用从属原则和比例原则设定了三个标准,旨在建立欧盟层面干预的必要性：第一，该行动是否具有各成员国无法解决的跨国问题？第二，若欧盟不行动或仅靠成员国行动是否会违反条约的要求？第三，欧盟采取行动是否会有明显的优势？[2]因此，只有当以下条件得到满足的情况下，欧盟才能在政策范围内采取行动：第一，该行为是在基础条约中各成员国所授予的权限范围内为实现基础条约所确定的目标而采取的（这是授予原则规定的）；第二，在欧盟法的非专属权限领域，该行为是为了满足条约所设定的目标所必须的（这是从属原则规定的）；第三，行动的内容和形式不能超过条约所拟目标所需的必要限定（这是比例原则规定的）。

至于对从属原则与比例原则的监督规定最初是在《阿姆斯特丹条约》中规定的，在建议立法行为之前，委员会必须准备一份绿皮书。绿皮书的内容就是让委员会广泛收集成员国和地方机构以及社会对立法建议必要性的意见，以此来评估是否符合从属性原则。《里斯本条约》将对从属原则的监督责任交由各国成员国议会，并实行双重监控：其一，成员国议会有对某项立法草案提出异议的权利。若成员国议会觉得某项立法草

[1] 娄宇：《欧盟行政法法典化初探》，载米健主编：《欧洲法在欧洲一体化进程中的作用》，法律出版社 2009 年版，第 403-404 页。

[2] Europa: The principle of subsidiarity, http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties /lisbon_treaty/ai0017_en.htm, visited on Feb.2th.2014.

案没有满足从属原则的要求，他们可以在草案提交委员会之间便解除该项立法建议。其二，若成员国议会认为某项立法建议不符合从属原则要求，则可以在欧洲法院之前，通过其本国提出针对该立法建议的质疑。

从属原则的目的在于欧盟对自身权力的自控，是欧盟与成员国在权力上的平衡与妥协，以消除成员国对其主权转移而产生的隐忧。当然，对于何谓欧盟专属权限领域理论界也素有争议；[1]此外，对于欧洲法院在判决某以立法建议是否符合从属原则时是否需要述明理由也存在讨论。[2]但这些都无法掩盖从属原则在欧盟法中的重要意义。

（四）成员国法对欧盟法的影响

在欧盟法的制定过程中，也一定会符合国际条约的一般规律，即在签订前各成员国必然会考虑本国的立场与本国法律的规定，并希望在签订的条约中能直接或简介反应本国的法律规定。因此最终签订的条约或多或少都会包含成员国的国内法规定。

在欧盟所有的成员国中，除了英国和爱尔兰两个国家属于普通法法系，其他绝大多数国家都属于或倾向于大陆法系。由于欧盟最初的六个创始国都属于大陆法系国家，因此在欧盟法的创立之初，大陆法系法律对早期的欧盟法影响较大，其中主要为法国法和德国法。[3]欧洲法院的建立及司法运作没收，受到法国行政法及行政法院的影响很大。德国行政法院及其诉讼制度也为欧盟所借鉴。[4]此外，《巴黎条约》、《罗马条约》以及后来的《单一欧洲法令》、《马斯特里赫特条约》等几乎也可以见到大陆法系对欧盟法的影响。欧盟各成员国对于消费者保护的理论、规定、政策也被欧盟有效吸收。

英国法律传统对欧盟法律的影响，主要体现在欧盟的判例法与对抗制诉讼都属于英美法系的传统。欧洲法院在司法实践中对判例的引用也是从英国加入欧盟后开始固定。并且逐渐演变到欧洲法院采用判例的形式创设了很多法律制度与规则，以致后来判例法对欧盟法的发展和完善起到了非常重要的影响。除了前文所述的几个重要欧盟法原则，很多法律制度和规则也是依据欧洲法院的司法判例创制的，如欧盟的关税贸易制度、竞争法以及知识产权制度等方面的法律规范。

---

[1] 曾令良：《论欧洲联盟法中的从属原则》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》1999 年第 2 期。

[2] 最典型的案例就是德国诉欧盟议会案（GERMANY v PARLIAMENT AND COUNCIL），德国认为欧盟议会与理事会没有对 1997 年 5 月 13 日通过的一个关于存款担保计划的一个指令是否符合从属性原则做解释。C-233/94, Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union,[1997] ECR.

[3] 欧洲法院有审查不长理事会以及执行委员会文件合法性权利的规定、行政诉讼中对于滥用权力的规定、当事人针对欧盟提起有关具体行为违法时所依据的四项要件的规定都是源自于法国。德国行政法中对关于有效控制行政权力时审查滥用自由裁量权的原则、行政行为的概念等很多行政法的规定都被欧盟法所借鉴。

[4] 何志鹏：《欧洲联盟法发展进程与制度结构》，吉林大学出版社 2007 年版，第 27 页。

大陆法系与英美法系虽然有着各自不同的法律文化和法律传统，判例法与制定法也有着各自的优势与劣势。但是两大法系的各个国家为了追求同一目标，而在欧盟法这一平台得到了融合，这也是欧盟法成为法在国际化（或者说欧洲化）发展中成为一类典型的重要原因。[1]

二、成员国法的欧洲化与国家主权的相对转让

欧洲一体化得益于共同体及其成员国在立法层面的统一化努力和在执法、司法层面的紧密合作。欧洲一体化的进程对成员国法的发展所产生的巨大影响是有目共睹的。这种影响几乎涉及所有法律领域，特别是在经济法领域，成员国法的欧洲化发展不断深入和加强。

（一）欧洲一体化与成员国法的欧洲化

从最早的法兰克王国的查理曼大帝到法国亨利四世再到近代的拿破仑以及德国的希特勒，以上的每一个人都有统一欧洲的梦想。而著名的思想家康德、尼采等伟人也一再把欧洲的统一作为国家政治统治的最理想状态。[2]而实际上作为推动法律这一上层建筑发生变革的最根本原因还是离不开经济基础。前文已述，欧洲一体化这条路最早开始启动的根本原因就是为了经济，为了建立一共共同市场和一个经济和货币联盟。当然在欧盟发展经济的同时，政治一体化也初露端倪。而法律的一体化自然就也是这一过程中的关键一步。欧洲一体化是政治、经济、法律、社会、文化的一种全面互动，是成员国之间政治上的博弈，表现在法律上则就是逐渐趋同的过程。

因为欧盟法的直接效力与优先效力，使得欧盟法的直接效力与优先效力大大增进了各成员国欧洲化的进程，虽然这种推动力来源于成员国外部的强制性效力，但这种法律的变革相比其他地区的国家法的国际化更具有主动性。[3]也正是因为欧盟各成员国的国内法与欧盟法所具有的互补性和独立性才在一定意义上决定了这两者不同寻常的关系。如前文所述，一方面欧盟法在完善过程中受到各成员国法的影响，另一方面各成员国国内法也越来越多受到欧盟法的同化。

德国竞争法的改革就是欧盟成员国内法欧洲化的一个很好例证。欧共体竞争法改革

---

[1] 欧洲各个国家所追求的同一目标也就是欧洲一体化（下文会讲到自古以来欧洲人就存在的一个同一意识），当然也包括各国（无论是哪个法系）对具体案件公平公正价值的追求。

[2] 芦雪峰：《欧盟法的发展——法律全球化的探路石》，载《辽宁警专学报》2005 年 2 月。.

[3] 在承认欧盟法直接效力与优先效力的情况下，若成员国国内法还与欧盟法存在不同，岂不成为搬起石头砸自己的脚吗？国内的法明明有规定却因与欧盟法不同而不能贯彻，还何以有存在的必要？无论各成员国是否愿意，修改国内法吸收欧盟法的规定才是最合适的，也是最能维护国内法法律尊严以及成员国主权尊严的策略。

以2004年的《卡特尔程序条例》和《合并控制条例》生效为标志，对成员国竞争法的进一步欧洲化提供了法律保障。此次改革明确了欧共体竞争法相对于成员国法的绝对优先性，并要求成员国法向欧盟法靠拢，必须改革其国内竞争法的义务。2005年德国对其《反限制竞争法》进行了重大修订，放弃了很多具有德国特色的制度，甚至不惜牺牲本国独特的竞争法律文化。[1]完成了从附带许可条件的禁止原则到法定豁免原则的转变。这样的修订不是出于解决任何实践或理论问题的必要性而作出的，也非德国承担的国际义务所必需，但这种采纳确实可以理解为欧洲一体化的认可和牺牲。[2]

类似的情形还发生在欧盟各部门法的领域，成员国法改革均存在欧洲化的现象。又如欧盟私法领域，有论者说欧洲私法的欧洲化首先是从合同法领域开始的。自20世纪80年代，欧盟就合同的订立、合同的内容与条件的、涉及消费者利益的一些特殊合同、侵权责任和电子商务与个人数据库保护方面陆续出台了30多个条例、指令和指令的草案，形成了初步的欧盟共同债法的内容。这些条例尤其是指令对其成员国改变自己国内法的过程中起到了巨大的推动力，虽然该推动力来自于成员国的外部，但逐渐改变了成员国内部法律。在这方面最为典型的例子是2001年将欧洲议会及欧洲理事会有关消费品买卖及担保、打击商业交易中的延迟付款、电子商务、消费者信贷等指令的转化为契机而进行改革的德国债法体系。其中最显著的例子是将《消费者买卖合同指令》中的仅针对消费者合同才可以适用诚信原则救济的规定，扩大到对所有企业与消费者之间的合同以及企业与企业之间的合同均可适用诚信原则，并纳入修改后的《德国民法典》之中。[3]

---

[1] 1958 年德国的《反限制竞争法》与《欧洲共同体条约》第 81-82 条规定中的竞争规则同时存在，令德国在很长一段时间内存在两个互不协调的卡特尔法律制度。德国卡特尔法原先区分横向限制竞争行为和纵向限制竞争行为，以不同条款分别规范。2005 年第 7 次修订取消了分别规制的做法，原先对纵向协议的规定第 14 条至第 18 条被删除，《反限制竞争法》第 1 条明确适用于所有限制竞争的协议。其次，完全抛弃卡特尔豁免条件的列举式立法模式，全盘接受《欧共体条约》第 81 条第 3 款规定，以一般条款的方式抽象出卡特尔协议可得豁免的 5 项前提条件无论协议是否涉及成员国间的贸易，一律适用这里规定的与欧共体法规定相一致的豁免条件。而且，如果某项协议属于欧共体集体豁免条例的适用范围，则推定《反限制竞争法》第 2 条第 1 款规定的豁免条件成立，可以豁免。最后，在卡特尔豁免程序方面，修订后的德国法确立了与欧共体法 2004 年改革中引人的法定例外原则相适应的卡特尔豁免规定直接适用制度。详见方小敏：《欧共体竞争法最新发展及其对成员国法欧洲化的影响》，载《中德法学论坛》第 5 辑。

[2] 方小敏在《欧共体竞争法最新发展及其对成员国法欧洲化的影响》一文中甚至对德国这种做法持否定态度，认为这样的改革使德国竞争法律制度的优良特色丧失殆尽，是对竞争法律文化多样性的无端破坏，令人惋惜。随意跟从某个国家或地区的法律制度安排，而不考虑这一制度设立的原因和目的、立法者寄希望于该项制度的功能、这种功能在实践中得以实现的程度、遇到的问题和困难等等，不仅不符合法律比较和借鉴的原理和要求，而且往往会因为盲目而引人不适宜国情、不能切实解决问题的制度。

[3] 贾安玲：《欧洲一体化进程中欧洲债法趋同之罗马法基础》，载米健主编：《欧洲法在欧洲一体化进程中的作用》，法律出版社 2009 年版，第 187-188 页。

（二）成员国法欧洲化的理论基础

欧盟各个成员国通过让渡主权，即转移在一定范围内限制本国主权，从而使欧盟具有了欧盟自己相应的人格和权利能力。欧盟法律中的直接效力与优先效力，都是以欧盟成员国向欧盟部分转移本国的国内法中尤其是宪法中确认的国家主权为法律基础。

主权是国家的最高权威，这种权威在国际平面上意味着在法律上不隶属于地球上任何其他权威的法律权威。这种权力和权威被认为是国内最高、最原始的权力，具有国家内的排他性职权。[1]同时主权也是国家具有的独立自主地处理自己的对外事务的最高权力。但国际法的产生对国家主权起到了限制作用。若一国受到国际法的支配，它就不可能接受各国在国际范围内享有绝对的主权。因此，主权的含义由此改变，从绝对主权变为了相对主权，即国家主权应受到国际法的限制。

欧盟法在各成员国中的直接适用与优先适用，使成员国政府在自己领土上行使的权力或权威大幅度削弱。但欧盟成员国仍然愿意让渡自己国家的部分主权，甚至修改国内法符合欧洲化的要求，其背后的根本目的恰恰是为了在欧盟甚至国际社会中寻求更多尊重、资源和支持。成员国法的欧洲化就是国家主权的可转让性决定的。

（三）成员国国家主权的相对转让的意义

随着欧盟、各成员国之间关系的多样化和复合化，国家主权的实现方式也有了很大的发展。国家主权不能仅仅依靠国家相对于社会保持一定程度的独立性以及有意识地脱离欧盟法的制约来实现。而是更需要通过谋求国家与国家之间的合作以及整个欧盟体系的支持，通过对其扩展了的行动赢得更广泛的国际支持和更多样化的资源来有效地实现。因此各国之间的经济和社会依存不断加深，客观上要求各国对本国主权进行合理限制，以便更好地参与国际合作，更大程度地实现本国利益。

国家主权与成员国法的欧洲化有着密切的相关性。从国家层面来看，国家主权包含着国内立法权与司法权，即法律的产生、运行与实施。一国法律本身必定是与该国的国家利益与政策有着密切联系的，且都是依附于国家主权的。从国际层面来看，成员国法的欧洲化过程中，必然会导致国家主权的范围受到合理的必要的限制。从这方面来说，欧盟法实际上形成了一个新的国际法律秩序。[2]欧盟与其成员国的国家主权之间已经于传统的国家主权原则有了很大的不同。它令国际条约的价值法律化。

---

[1] 王铁崖等译：《奥本海国际法（第 9 版）》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 92-95 页。

[2] 阮赞林：《试论经济全球化与反垄断法的国际化——从国家主权相对转让的视野》，载《东方法学》2008 年第 5 期。

有论者曾总结欧盟法最大的贡献就在于它的司法创制，没有欧洲法院对于欧洲一体化实际进程的及时、有效、实际地推动与保障，就没有如今的欧洲一体化，就没有欧盟的今天。[1]

当然，欧洲法律的一体化并非在所有的国家都能被付诸实践。如果应用欧盟法规定会导致一国政治上不期望的结果，一些成员国就会不严格执行这些法律规定。比如西班牙能源管理局对德国易昂公司(E.ON)限制收购西班牙恩德萨能源公司（Endesa）案的处理就是典型的事例。[2]尽管如此，一体化还是发展到了较高的程度：通过条例或者通过被成员国转化的指令已经令国际社会看到了欧盟法律体系成功的例子，且欧盟的范围正在不断扩大。

三、欧盟法与法的国际化

法的国际化，并不是指所有国家的法律都必须成为国际法，而是说任何一个国家的法律在其形成、发展和演变中，都不可能是孤立的，而是或多或少地受到其他国家、民族和地区法的影响，移植了其他的法律。[3]欧盟法的演变过程可以总结为首先从国际公法，再到共同体法，然后到联盟的法，最后到国内法的发展模式。这一过程，是成员国法欧洲化的过程，也体现了法的国际化基本特征。

（一）欧盟法对国际法的影响

国际法是指在国际交往中形成的主要是调整国家之间关系的原则、规则和制度的总称。它的主要形式是国际条约和国际习惯。欧盟法对国际法理论最大的影响在于国际法的强制性与权威性。国际法与国内法是两个不同的法律体系，它们在性质、主体、渊源和效力根据等方面各不相同，但它们又相互联系、相互补充。[4]因为国际法缺乏必

---

[1] 米健主编：《欧洲法在欧洲一体化进程中的作用》，法律出版社 2009 年版，第 8-9 页。

[2] 该案处理导致的最终结果是，德国 E．On 公司被迫放弃了收购计划，西班牙 Endesa 公司被由意大利 Enel 公司和西班牙 Acciona 公司组成的财团收购，而西班牙因为违反了共同体法而被欧盟委员会起诉到欧洲法院。欧盟委员会在其 2006 年 9 月的决定中就已经指出，西班牙能源管理当局对 E．On 公司向 Endesa 公司发出收购要约上施加的某些条件违反了欧盟的合并控制条例。因此，西班牙被责成立即撤销不能为共同体法认可的条件。但是，西班牙当局没有依照该决定行事。并且哎 2006 年 10 月至 2007 年 3 月之间欧盟委员会向西班牙递交了两次正式要求信与一份声明。要求西班牙服从欧盟委员会的决定，并且在 7 个工作日内撤销这些被宣布违法的条件。但是西班牙当局的回应没有显示出任何废除这些违法措施的迹象。因此，欧盟委员会向欧洲法院就本案提起了诉讼。可见，成员国不顾依据共同体预先规定的促进法律内容的一体化，在经济上有利可图的时候，不仅漠视已知的共同体的法律规则，也漠视欧盟发出的遵守这些规则的明确呼吁，甚至为此不惜承受欧洲法院的审判。转引自亚历山大·里森卡普夫著、尹亚鹏、曹宇萌译：《欧洲一体化进程中法律的统一》，载米健主编：《欧洲法与欧洲一体化》，法律出版社 2009 年版，第 200-201 页。

[3] 何勤华：《法的国际化和本土化》，载《长白论丛》，1996 年第 5 期。

[4] 在国际法与国内法关系方面，有论者曾做整理：周鳗生先生在 1932 年所著的《国际法与国内法》一文中完整的、系统地论述了国际法与国内法关系问题，认为国际法优于国内法。但在 1978 年出版的《国际法》中周鲤生又修正了自己的观点，认为国际法和国内法，实质上不应该有谁优谁次的问题，也不能说彼此独立。此后，王铁崖先生、端木正先生和梁西先生分别在其所著《国际法》中提出了“二元论的观点”，国际

要的强制实施机制，国际法曾经一度被视为“软法”。欧盟法将国内法与国际法的关系做了较好的调整，通过组织措施或行动，加强了成员国义务、责任的监督执行和惩罚机制，为今后国际法在加强强制性与权威性方面起到了积极的示范作用。欧盟法律机制与 WTO 争端解决机制、贸易政策审判机制，都充分显示了国际法的强制性逐渐加强的趋势。

国际条约直接构成缔约国国内法的一部分。通常情况下，国际条约通过“并入”和“转化”两种形式转变为国内法。欧盟法的直接适用于直接效力原则为更多其他国际组织提供了积极的示范，为了加强国际条约的权威性，在其他国际条约也规定了条约在成员国之间的直接适用。如WTO《TRIPS协议》规定了知识产权的效力、范围和使用的最低标准，规定了成员国为实施保护而必须提供的民事、行政程序和补救措施，这些一定程度上也直接成为各缔约国国内法的一部分，要求各国适用。

欧洲法律与司法的进一步一体化给世界法制发展带来的影响和冲击是十分明显的。欧盟有着自身独立的外交权和缔约权，不仅如此，欧洲法院的判决还能够在成员国直接产生法律效力。与联合国相比，欧洲法在实施机制上更有强制性的约束力。反之，即使是联合国安理会的决议，也经常有得不到实施的时候，这是因为整个联合国缺少有效的制裁机制。可以说，无论欧盟及欧盟法一体化向何处发展，它注定要影响到其他国家乃至世界法制的走向，并进一步影响到世界经济、政治和法治面貌。[1]

（二）法的欧洲化与国际化的区别

欧盟法对成员国法的影响是双重的，除了前述的欧盟法对成员国行政法的直接的“纵向影响”，另一方面欧盟法为成员国之间的制度移植提供了一个中介，这种影响被称为“横向影响”。欧盟通过构建一个“共同”的环境，使各国法律制度的移植与模仿变得更为方便，即对法的国际化起到了示范作用。[2]

以民商法领域为例，欧盟法通过区域性的国际公约、规则、指令等形成其主要渊源，统一了部分成员国的国内民商法，形成独立的法律体系，效力优于成员国的国内法，

法与国内法是两个不同的法律体系，它们在性质、主体、渊源和效力根据等方面各不相同，但它们又相互联系、相互补充的观点。梁西先生在 2002 年 6 月修订的《国际法》中称我国学者的这一观点为“国际法与国内法联系论”。

[1] 吴越：《欧洲一体化存在的问题及对世界法的影响》，载米健主编：《欧盟法与欧洲一体化》，法律出版社 2009 年版，第 37 页。

[2] S. Cassese, L’influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali.in Rivista italiana didiritto pubblico comunitario，1993,n.3, pp.329-342.转引自罗智敏：《论欧盟行政法的一体化进程——以意大利对“合法利益”的损害赔偿为例》，载《华东政法大学学报》2013 年第 2 期。

其中涉及欧洲契约法、欧洲公司法、欧洲保险法、欧洲国际私法、欧洲贸易法等，进而将影响其他接受欧洲大陆法国家的未来民商法的变动，尤以亚洲国家为明显，这也将为全球民商法统一提供显著的辅助性动力。

但欧盟这种由区域性法律制度带动的法的国际化似乎很难被其他地区国家借鉴或效仿。有论者通过考察既有规则与经验模式发现，各国为应对竞争法国际化所采取的实践方式无外乎双边协议、区域协议或通过国际组织构建国际规则，但不约而同地遇到挑战而陷入困境之中。双边协议因其灵活、易于操作而对预防、解决国家间的竞争问题具有积极作用，但双边协议自身存在缺乏实体规范、任意性较强、缺乏约束性和可推广型等局限性。此类协议的执行易受政治因素的影响，降低其对双方的拘束力。且各国利益诉求和经济实力不同，双边协议中所确立的权利义务标准各异，难以形成统一完整、普遍适用的具体可行的国际化标准或体系。区域合作与多边协调与双边协议一样也存在同样的问题，达成规范性文件不具有约束力，实施中很少发挥实质作用。欧盟条约中的很多规则则有所不同，它们的产生与存在承担着维护市场有效竞争的重任更肩负着建立欧共体统一大市场的使命，因而其制定的法律规则在实践中发挥了积极的示范效用。欧共体竞争规则同样因其区域性而难免有局限性，即这些规则主要在经济发展、文化背景、法律体系比较相近的国家之间签订，因政治经济关系紧密、相互依存度较高、利益趋同化加剧而易于促成一致。

但在法的国际化层面，因国家利益的不同，以及经济体制、法律体系、传统观念等方面差异，法的国际化实际上就是将不同国家维护本国秩序和利益的诉求、决策程序融入到国际机制的设计和政治需求之中的博弈过程。而无论是国际法还是法的国际化都是这一博弈过程的产物，即法的“国际化”正是为了理顺全球政治、经济关系的过程。这意味着，法的国际化不仅以各国国内法律层面的需求为基础，而且要以理解国际政治和国际经济问题为前提，同时需以相关国际公法原则为适度补充。如同欧盟各国的法律欧洲化，法的国际化排除全球法律体系本身在追求正义、自由、秩序方面的同一性需求，在某种程度上可以说是不同国家（地区）政治利益或力量博弈的结果，其中暗含着相关方的政治导向。[1]

而恰恰在这一点上，与法律欧洲化不同，法的国际化并没有政治上的预设目标。法的国际化是基于简化不同国家公民间的法律关系的愿望或必要性，或是基于使国内法

[1] 金善明：《困境与路径：竞争法国际化的规范分析》，载《社会科学》2012 年第 11 期。

更为有效的愿望而得以实现的。[1]它与法律欧洲化不同，法的国际化更像是各国法律理论层面上的不带功利性的学习，并不必须只着眼于法律的统一。这也是法的国际化充其量只能达到无限趋同的原因。

（三）欧盟政治自控对法的国际化的启示

法的国际化不可避免地受到意识形态、国家利益、政经差异等因素的影响甚至阻却，根源则在于在各国法律背后隐藏着相应的不同国家利益诉求差异。阻碍法的国际化推进的因素主要有：其一，各国的政治意识形态不同。法律体现的是统治阶级的意志。尽管当今国际社会在诸多领域呈现趋同化现象，但各国基于自身利益考虑及传统形成的意识很难在短期内汇合统一；其二，各国的法律认识不同。各国在各部门法律体系的框架与内容方面基本达成共识，然而，在更技术性和专业性的领域，比如具体法律概念、法律的目标、传统以及严厉程度等均尚未达成一致。

很多论者在谈及欧盟法对法的国际化所起的示范作用时欧盟法之所以会如此有效、成功，主要是因为欧盟个成员国经济发展、文化背景、法律体系比较相近的国家之间签订，因政治经济关系紧密、相互依存度较高、利益趋同化加剧而易于促成一致。其实不然，欧盟各成员国之间最明显的障碍是语言障碍和法律体系以及法律，传统的不同。欧盟国家存在着几个法系：北欧国家的法律极其相似。德国和奥地利法律有着共同的根源。法国、比利时和卢森堡国家同样如此。而且，拉丁欧洲国家——尤其是西班牙、葡萄牙和意大利，虽然法律的形式与细节大不相同，但有着相同的概念。英国则与其他欧洲国家不同，是普通法系国家。可以说无论是欧盟法律体系，还是成员国国内法发展到今天，最重要的因素恐怕就是欧盟及其成员国强大的政治自控（Political Self-control）。[2]

哪怕是欧洲联盟法的每一项基本原则都是欧盟及其成员国之间历经波折的斗争与妥协下才被接受并确立的。比如在欧洲法院通过判例确定欧盟法的优先效力之初，实践中还曾经有过针对优先效力程度的争议。德国宪法法院与意大利宪法法院都曾对对欧盟法是否优于成员国国内宪法做出过颇具挑战性的裁判。[3]德国宪法法院在德国沐浴

[1] 贝福柯著，颜晶晶译：《欧盟法和法律的全球化》，载米健主编：《欧盟法与欧洲一体化》，法律出版社 2009 年版，第 30-31 页。

[2] William Phelan, Political Self-control and European Constitution: The Assumption of National Political Loyalty to European Obligations as the Solution to the Lex Posterior Problem of EC Law in the National Legal Orders, European Law Journal, Vol. 16, No. 3, May 2010, pp. 253–272.

[3] Frontini v. Ministero delle finance [1974] 2 CMLR. P.372.意大利宪法法院一般不审查费意大利立法的合宪性，但对于欧共体派生立法（即上文中所述的根据欧共体条约由欧共体机构颁布执行的法律规范）转化的

产品国际贸易公司案（Internationale Handelsgesellschaft）中称“在共同体行为侵犯德国公民宪法权利的情况下，欧洲法院关于成员国国内法院不能排除适用共同体发的主张是不能接受的。”故其有权对欧共体根据条约由其机构颁布的法律规范的合宪性进行审查。德国法院强调，虽然欧共体条例不是国内法，但也应当尊重德国宪法保障的基本权利。欧共体法院权衡之下，同时兼顾了欧共体法的同意和效力与对人权及成员国宪法传统的尊重，最终确认欧共体法令的合法性只能根据欧共体法本身来确定，但“对于成员国的共同宪法传统所包涵的人权保护，必须在共同体的架构和目标范围内进行。”[1]但此案结束后，并没有完全缓解欧共体法对成员国法优先性的动摇。对此，欧洲法院通过对一系列案件的判例不断重申“共同宪法传统”是欧共体法的渊源，从根本上缓解成员国与欧共体法在实质上的矛盾。直到1986年的德国温启国际贸易有限公司案（Solange Ⅱ）德国宪法法院宣布：“由于欧共体，特别是欧洲法院的判例法，对于基本权利提供了总体上有效的保护……联邦宪法法院将不再就是否适用欧共体派生立法问题刑事管辖权……也不在根据（德国）宪法中基本权利的标准审判此类立法。”[2]至此德国宪法法院对欧共体法优先性的挑战才告一段落。

前文已述，欧盟法在条约的签订过程中本身就无法避免地会包含成员国的法律与立场。又因为欧盟法对成员国产生的直接效力和优先效力，如果欧盟法中的任何一个具体规定不能为成员国所认可，则欧盟一体化的秩序就会遭受一发而不可收拾的挑战。这令欧盟法在一开始就必须从大局考虑各国的立场，在最终落实性与认可度方面也会相对更高。欧盟法的发展历程说明法律的生命力或失效并非完全取决于外在的强制力，它还在于法律能体现社会正义与文化的认同，并因此而强化各国乃至人民的法律确信。而这正是现代国际法面临“软法”挑战的本质：法律本土化与国际化的失衡和割裂。[3]欧盟法与成员国法的发展过程，说明了自发秩序对法律时效的重要推动作用，在国际法与各国法相互博弈、相互吸收、相互尊重的前提下，才能推动国际法中的公平合作的原始性和追求认同这种正义与互惠的自发性，发挥国际法的有效性。而这个过程是无

意大利法的合宪性进行审查，这样也间接排除了违反意大利人权立法的共同体规范的适用。参见张辉：《论人权对欧盟法优先性的影响》，载《武大国际法评论》，2007 年第 2 期。

[1] C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, [1970] ECR, 1134.

[2] The Application of Wünsehe Handelsgesellsehaft[1987] 3 CMLR 225. 详见张辉：《论人权对欧盟法优先性的影响》，载《武大国际法评论》，2007 年第 2 期。

[3] 正因为现代国际法在本土化和国际化方面存在失衡和割裂，才导致了国际法不具有实施力度的根本原因。国际法的“软法”特性并非是问题的本质，只是因为其与国内法关系失衡而表现出来的外部现象。有论者将各成员国自觉遵守欧盟法的过程称为法律内在化，而将欧盟法强化主权特性与民主特性的过程称为法律的外在化，并以此专门针对欧盟法的内在化与外在话问题做过专门研究。详见江河：《欧盟法的内在化与外在化及其对国际法的启示》，湖北人民出版社 2009 年版，第 91-146 页。

比漫长的，在这个过程中需要每一个成员国与欧盟双方面的让步，甚至是持续不断地、坚定不移地坚持——放弃部分权力、牺牲部分原则甚至法律体系、法律文化的传承性，只为欧洲共同体每一个最根本的个体（包括成员国及其公民、法人、团体等）的利益。

曾有论者总结的好，欧盟成员国法的欧洲化的过程提供了加强国际法正义价值认同感的路径，欧盟法吸收成员国法逐渐确立其强制性与认同性的过程为确立有效的国际法暗示了前进的道路。[1]

四、欧盟法与新欧洲法系的形成

混合法系（Mixed System）是成文法和判例法相结合的法。19 世纪初，麦吉尔大学的法学教授瓦尔顿首次提出了混合法律体系的这一说法。[2]有论者将以欧盟法为核心建立起来的这一法律体系称之为新欧洲法系。在这个角度上大陆法系和英美法系在欧洲混合法律形成的过程中相关法律制度和法律文化的各种冲突，以及在这种冲突下诞生的新的欧洲法律文化的相关特征也是新欧洲法系的研究重点与特色所在。[3]

欧盟法律体系发展成为一个具有独特性、相对独立的法律体系并不表明欧盟法律体系已经完全成熟或成型。实际上，欧盟法律体系一直处在发展与变化之中，特别是由于欧洲一体化的扩大与加深，对欧盟法系的挑战也就越多。欧盟的司法体系将越来越多地对各成员国间的各种利益进行平衡，欧洲法院将深陷处理越来越多的涉及政治性的议题，涉及成员国的权能、价值等难题中。一旦其所做的裁决等不能满足部分成员国的利益，就会遭受其反对，从而弱化欧盟法体系的作用。[4]

因此欧洲法律体系发展过程验证了一个法律国际化的必然过程，任何法律国际化的前提不仅因为其先进性，更因其符合更多国家的本国利益，也就是具有令他国对其进行本土化的动力。任何国家、民族的法律，也只有在它们对本国、本民族的政治、经济、文化等发展具有重大促进作用时，该法律制度才能显示出自己的优点和特色，才对其他国家和民族拥有魅力，人家才会来学习你、吸收你，你才能走向国际。“法的本土化中含有法的国际化”，“只有先民族化，才能国际化”，说的就是这个道理。[5]

---

[1] 江河：《欧盟法的内在化与外在化及其对国际法的启示》，湖北人民出版社 2009 年版，第 151 页。

[2] F. P. Walton, The Scope and Interpretation of the Civil Code, Wilson &Lafleur Ltee, Montreal, 1907, cited from William Tetley, Mixed Jurisdictions: Common Law vs. Civil Law (Codified and Uncodified) ,p. 1.

[3] 易立：《欧盟混合法律的形成和发展》，2011 年湘潭大学硕士学位论文。

[4] 程卫东：《法律创新与欧洲一体化》，载米健主编：《欧盟法与欧洲一体化》，法律出版社 2009 年版，第 25-26 页。

[5] 何勤华：《法的国际化和本土化》，载《长白论丛》，1996 年第 5 期。

全球化涉及到人类生活的各个方面，它不可避免地带来法律的全球化。事实上，法律全球化不但是经济、生态、政治、文化全球化的产物，也是全球化的重要组成部分，它本身又推进全球化向深度和广度发展。[1]恩格斯曾道："政治、法律、哲学、宗教、文学志术等的发展是以经济发展为基础的，但是它们又都互相影响并对经济基础发生影响，并不是只有经济状况才是原，才是积极的，而其余一切都不过是消极的结果。这是在归根到底不断为自己开辟道路的经济必然性的基础上的互相作用。"[2]法是国家意志的体现，故它与政治有紧密的关系，一方面法律受政治影响；另一方面又确认和调整政治关系，政治的每一个变化总会涉及法律的变化，政治因素影响着法律。在经济全球化影响下，政治必然受到影响。欧盟法的发展与完善过程带给世界法律改革最大的启示恐怕并不是成员国与欧盟如何博弈的过程，而是成员国与欧盟为了一体化而始终坚持并未放弃团结的努力、相互尊重、妥协的精神。正如《舒曼宣言》中所说的："欧洲不会在一夜之间建成，也不可能依照单一方案建成，它将通过那些创造欧盟团结的实质性成就来构建。"

[1] 周永坤：《全球化与法学思维方式的革命》，载《法学》1999 年第 11 期。
[2] 马克思、恩格斯：《马克思恩格斯选集》，人民出版社 1995 年版，第 732 页。

再论中菲南海争端仲裁案的管辖权和可受理性问题

马伟阳*

摘要：中菲南海争端仲裁案是当前中国所面临的重大棘手国际法律问题之一，其首先面临的问题就是中菲仲裁法庭的管辖权与可受理性问题。从国际司法实践发展趋势看，仲裁法庭应当区分管辖权问题与可受理性问题的不同。管辖权问题是从静态的角度看国际司法机构对哪些争端具有裁判权，是解决管辖权是否存在的问题，这体现了国际司法机构管辖权的强制性特点；而可受理性是从动态的角度看国际司法机构对具体争端在拥有管辖权后能否行使管辖权的问题，是解决管辖权如何行使的问题，这体现了国际司法机构管辖权的补充性特点。从《联合国海洋法公约》的有关规定和国际司法实践看，仲裁法庭具有管辖权应当符合属时、属人与属事三个条件，而仲裁法庭可以受理仲裁申请或行使管辖权应当考虑的因素有：是否存在和平解决争端的协议；是否迅速交换了意见；是否已用尽当地救济。从菲方仲裁申请的实质看，仲裁法庭对菲方申请仲裁事项没有管辖权，但是，从国际司法判例看，仲裁法庭很可能对菲方申请仲裁事项的一项或多项具有管辖权。就菲方仲裁申请是否可以受理或者仲裁法庭是否能够行使管辖权的问题，则要具体分析，也需要菲方进一步提供充足的相关证据，还需要中方进一步适时公布相关的事实与历史文件。此外，中方应对仲裁法庭很可能将中方于 2014 年 12 月 7 日公布的《立场文件》作为管辖权异议加以优先处理保持高度警惕、做好充分准备。还有，对于菲方滥用权利或程序的问题，中国也可以提醒仲裁法庭根据《联合国海洋法公约》依职权加以优先处理。

关键词：中菲南海仲裁案；管辖权问题；可受理性问题

2013 年 1 月 22 日，菲律宾政府依据《联合国海洋法公约》（以下称《公约》）附件七就其与中国在南海的海洋管辖权争端提交了长达 4000 多页的国际仲裁申请。[1]菲方国际仲裁申请涉及的首要问题就是仲裁法庭对中菲南海争端是否具有管辖权，菲方国际仲裁申请是否具有可受理性。从当前国内研究看，对仲裁法庭

* 马伟阳，河南理工大学副教授，中国政法大学法学硕士与博士，研究领域为：国际法。

[1] *Philippines v. China*, PCA First Press Release, 27 August 2013.

的管辖权问题中国学者研究地不少。[1]但是这些研究没有弄清管辖权与可受理性的关系，什么是管辖权？管辖权包括哪些要素？《公约》又是如何规定管辖权的？什么是可受理性？可受理性与管辖权是否有区别？《公约》又是如何规定可受理性的？国际司法实践又是如何适用这些管辖权和可受理性规定的？本文尝试根据《公约》和国际司法机构的司法实践对这些问题加以深入探析。

一、仲裁法庭的管辖权问题

（一）仲裁法庭管辖权的特点

《公约》对仲裁法庭管辖权的规定主要集中在《公约》第十五部分。从《公约》第十五部分的规定看，仲裁法庭的管辖权具有强制性和补充性的双重特点。所谓强制性是指只要争端各方属于《公约》缔约国且其选择的强制国际司法机构存在冲突或都没有选择强制性的国际司法机构，就默认或视为争端各方已选择了《公约》附件七所规定的仲裁法庭。这与一般国际司法机构的管辖权不同，一般国际司法机构具有管辖权不仅需要争端各方已加入相关公约，而且在争端发生时还需争端各方的事前或事后特别协商同意。仲裁法庭的强制性集中体现在《公约》第 287 条第 3 款与第 5 款。第 3 款规定，缔约国如为有效声明所未包括的争端一方，应视为已接受《公约》附件七所规定的仲裁法庭。第 5 款规定，如果争端各方未接受同一程序以解决有关争端，那么争端仅可提交附件七所规定的仲裁。简言之，只要争端各方对《公约》所规定的一整套强制性争端解决机制所指定的法院或法庭（court or tribunal）没有达成协议，就应当指定一个特定程序，即附件七的仲裁程序。[2]这事实上已经承认了仲裁法庭的强制管辖权，进而承认其裁决的拘束力。[3]仲裁法庭的强制性目的在于保证除特定事项外的其他任何海洋争端解决程序的有效性，[4]也反映了多数发展中国家的利益[5]。仲裁法庭的强制性是仲

[1] 余民才：“海洋争端强制仲裁程序及我国的应对策略——以中菲南海争端强制仲裁事件为例”，《法商研究》2013 年第 3 期，第 32-39 页；曹群：“南海争端与国际仲裁：菲律宾之妄诉”，《国际问题研究》2013 年第 4 期，第 94-112 页；罗国强：“评菲律宾就南海争端提起国际仲裁的法律运作”，《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 1 期，第 61-67 页；王建文、孙清白：“论中菲南海争端强制仲裁管辖权及中国的应对方案”，《南京社会科学》2014 年第 8 期，第 101-109 页。

[2] Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973-1982), *Official Records*, Volume VIII, p. 70.

[3] Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973-1982), *Official Records*, Volume V, p. 123, paras. 24-25.

[4] Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973-1982), *Official Records*, Volume V, p. 122.

裁法庭是否具有管辖权即静态管辖权所关注的内容。

中国于 2006 年 8 月 25 日发表的声明，没有选择第 287 条第 1 款所规定的国际海洋法法庭、国际法院、仲裁法庭和特别仲裁法庭中的一种或一种以上的强制性争端解决方法。菲律宾政府于 1984 年 5 月 8 日确认的谅解也只是指出，菲律宾共和国根据《公约》所规定的任何程序请求和平解决《公约》第 298 条所指争端的协议，不得视为对菲律宾主权的减让。[1]可见，中国与菲律宾都没有选择第 287 条第 1 款所规定的一种或一种以上的强制性争端解决方法，亦即，作为《公约》缔约国的中菲两国也就默认选择了《公约》附件七所规定的强制仲裁程序。

所谓补充性是指仲裁法庭对缔约国间的争端行使强制管辖权是有条件的，只有符合《公约》所规定的一定条件，仲裁法庭才能行使强制管辖权。根据《公约》第 280 条、第 281 条和第 295 条等条款的规定，这些条件为：争端方之间没有协商等其他和平方法，且在启动强制仲裁程序前争端各方已迅速交换意见并用尽当地救济。《公约》之所以设定这些条件，其目的在于既维护《公约》强制解决争端程序的有效性，又切实尊重国家主权。仲裁法庭的补充性则是仲裁法庭如何行使管辖权即动态管辖权所关注的内容，此问题将在后面的可受理性部分予以详述。

（二）仲裁法庭管辖权的条件

1、管辖权的考虑因素

作为国家对于国家领土内的一切人和物行使最高权威的权力，主权就是属地权威；作为国家对于国内外本国人民行使最高权威的权力，主权就是属人权威。[2]亦即，属地权威和属人权威是国家主权的最集中体现，是国家的最重要权利，是国家管辖权的最核心内容。进一步说，国家管辖权是国家主权最集中的体现，主要包括属地管辖权、属人管辖权两个方面。而国际司法机构的管辖权是从国家管辖权派生出来的，是国家通过协议即条约让渡给国际司法机构的。从设立国际司法机构的规约看，国际司法机构的管辖权通常包括属地管辖权、属人管辖权、

[5] 王献枢：“海洋法中关于争端的解决程序”，《法学研究》1985 年第 6 期，第 73 页。

[1] Treaty Section of the Office of Legal Affairs of the United Nations: “Declarations and statements (29 October 2013)”, at http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China Upon ratification(2014/5/3).

[2] 〔英〕詹宁斯、瓦茨修订，王铁崖等译：《奥本海国际法》，第一卷第一分册，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 292 页。

属事管辖权和属时管辖权等四个方面。[1]属地管辖权表明了缔约国授予国际司法机构管辖的地域范围，即缔约国的全部领土或管辖区域。属人管辖权表明了缔约国授予国际司法机构对哪些人可以行使管辖权，这里的“属人”通常是缔约国及其国民或在缔约国登记的法人。属地管辖权和属人管辖权通常是缔约国授予国际司法机构行使管辖权的应有之义。而属事管辖权表明了国家授予国际司法机构对哪些事项可以行使管辖权，国家对这方面管辖权通常采取非常审慎的态度，一般是“一事一个条约一授予”，对于国家授予国际司法机构对特定事项的强制管辖权则更加慎重。属时管辖权通常是指国际司法机构只能对相关公约对缔约国生效后发生的争端行使管辖权，这也是时际国际法的客观要求。

与其他国际司法机构一样，仲裁法庭具有管辖权也涉及属时、属地、属人、属事等四个要素。从《公约》的有关规定看，所谓属时管辖权是指仲裁法庭只能对《公约》生效且对缔约国生效后发生的争端具有管辖权；所谓属地管辖权是指仲裁法庭只能对在缔约国境内发生的争端具有管辖权；所谓属人管辖权是指仲裁法庭只能对争端各方均属于缔约国且明示或默认选择仲裁法庭管辖权的争端各方具有管辖权；所谓属事管辖权是指仲裁法庭只能对不属于缔约国排除事项的有关《公约》解释或适用问题的争端具有管辖权。因为《公约》仅赋予仲裁法庭对有关《公约》解释或适用问题的争端行使管辖权，不关注争端发生的具体地点问题，所以仲裁法庭通常不涉及属地管辖权。故本文主要对仲裁法庭的属时管辖权、属人管辖权和属事管辖权进行详述。

2、属时管辖权

仲裁法庭的属时管辖权规定在《公约》第 308 条。该条第 1 款规定，《公约》自第六十份批准书或加入书交存之日后十二个月生效。随着圭亚那于 1993 年 11 月 16 日交存第六十个批准书，《公约》于该批准书交存十二个月后的 1994 年 11 月 16 日生效。仲裁法庭属时管辖权不仅要求《公约》的生效，而且要求《公约》对属于缔约国的争端各方都已生效。《公约》第 308 条第 2 款规定，对于在第六十份批准书和加入书交存以后批准或加入本公约的每一国家，本公约应在该国将批准书或加入书交存后第三十天起生效。换句话说，对于前六十个批准或加入的缔约国，《公约》对缔约国生效日期与《公约》的生效日期是一样的，都是 1994

[1] 《国际法院规约》第 34 条至第 36 条；《国际刑事法院规约》第 5 条、第 11 条至第 12 条。

年 11 月 16 日；而对于第六十一及其以后批准或加入的缔约国，《公约》对缔约国生效日期与《公约》的生效日期是不一样的，《公约》的生效日期为 1994 年 11 月 16 日，而《公约》对缔约国生效日期是该国交存批准书或加入书后第三十天起生效。例如，菲律宾于 1984 年 5 月 8 日交存批准书，《公约》对菲律宾的生效日期则为 1994 年 11 月 16 日；中国于 2006 年 6 月 7 日交存批准书，《公约》对中国的生效日期应为 2006 年 7 月 7 日。[1]概言之，仲裁法庭属时管辖权要以《公约》已生效且对属于缔约国的争端各方都已生效为条件。

3、属人管辖权

仲裁法庭的属人管辖权主要规定在《公约》第 283 条第 1 款、第 3 款与第 5 款。第 1 款规定，缔约国可以“用书面声明的方式”选择《公约》附件七所规定的仲裁法庭作为解决其海洋争端方法。第 3 款进一步规定，如果一缔约国没有明确选择第 287 条第 1 款所规定的争端解决方法之一（国际法院、国际海洋法法庭、仲裁法庭或特别仲裁法庭），则附件七所规定的仲裁法庭就是默认的争端解决方法。第 5 款还规定，如果存在争端的缔约国的强制管辖程序声明没有其共同指向的强制争端解决方法或者存在冲突，即存在争端的缔约国的强制管辖声明没有共同的交集或者争端各方没有共同选择国际海洋法法庭、国际法院、仲裁法庭和特别法庭中的一个强制性程序，则视为该争端各方接受《公约》附件七所规定的仲裁法庭管辖。司法实践也是这样。在 2009 年孟加拉湾仲裁案中，仲裁法庭就指出，孟加拉国与印度双方当事国都没有根据《公约》第 287 条第 3 款发布声明，这意味着视同双方承认了《公约》附件七的仲裁管辖。[2]在 2013 年“北极日出号”案中，国际海洋法法庭也指出，因为荷兰与俄罗斯没有接受《公约》第 287 条所规定的相同争端解决程序，因而视为他们已接受了《公约》附件七所规定的仲裁。[3]后来成立的“北极日出号”仲裁法庭确认了国际海洋法庭的这种判断。[4]简言之，仲裁法庭属人管辖权的条件为争端各方均为《公约》缔约国，且争端方明示或默

---

[1] 在中国实践中存在着一种误区：将条约与国内法类比，把批准日期等同于生效日期。其实，在国际条约中，批准与生效是两个完全不同的概念，批准是一个国内程序，是指一个国家自身根据其国内法做出的同意接受相关条约约束的承诺，其本身并没有使相关条约对其有拘束力，而生效是相关条约规定的一个程序，是条约根据其的相关规定确定条约何时生效以及确定公约何时对有关国家生效。（参见李浩培著：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 65-68 页，第 171-172 页；〔英〕安托尼·奥斯特著，江国青译：《现代条约法与实践》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 82 页，第 129 页。）

[2] *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration* (Bangladesh v. India), Award, 7 July 2014, para. 66. Also See *Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Award, 11 April 2006, para. 191.

[3] *The "Arctic Sunrise" Case*, Provisional Measures, Order of 22 November 2013, p. 2.

[4] *The Arctic Sunrise Arbitration* (Netherlands v. Russia), Award on Jurisdiction, 26 November 2014, paras. 60, 63-64.

示选择附件七的仲裁法庭。

4、属事管辖权

《公约》对仲裁法庭属事管辖权的规定采用了“概括+列举+例外”的综合模式。《公约》第 286 条和第 288 条对仲裁法庭的管辖权做出了一般性的规定，即仲裁法庭对争端各方有关《公约》或者与《公约》目的有关的国际协定的解释或适用的所有争端具有管辖权。例如，在“北极日出号”仲裁案中，仲裁法庭指出，仲裁法庭必须确认属于缔约国的争端双方存在关于《公约》解释与适用的争端。[1]《公约》第 297 条又具体列举了仲裁法庭属事管辖权受限制的三类事项：第一类，沿海国行使航行、飞越或铺设海底电缆和管道的自由、权利与其他海洋国际合法用途、保护与保全海洋环境等主权权利或管辖权所引起的对《公约》解释或适用的争端；第二类，关于海洋科学研究方面的《公约》解释或适用的争端；第三类，对《公约》关于渔业捕鱼方面的解释或适用的争端。而《公约》第 298 条对仲裁法庭属事管辖权做出了排除性的规定，即对于海洋划界（sea boundary delimitations）、历史性海湾或所有权（historic bays or titles）、军事活动（military activities）、行使主权权利或管辖权的执法活动（law enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction）、联合国安理会执行职务等五类争端，缔约国可以通过声明加以排除适用。前四项争端是缔约国谈判妥协的产物，而第五项争端则是《联合国宪章》所规定的安理会职能的要求。[2]这也是《公约》第 309 条所规定的不允许对本公约保留原则的例外规定。简言之，仲裁法庭具有属事管辖权的条件为缔约国之间的争端属于《公约》关于航行与飞越自由、铺设海底电缆和管道自由、海洋科学研究、渔业捕鱼等许多方面的解释或适用的争端，但不得属于缔约国通过声明方式排除适用的海洋划界、历史性海湾或所有权、军事活动、行使主权权利或管辖权的执法活动和安理会执行职责等五类争端的有关《公约》解释或适用问题的争端。

（三）仲裁法庭对中菲南海争端是否具有管辖权

菲方国际仲裁申请提出的仲裁事项达 13 项之多。[3]概括起来可以归纳为三项：

[1] *The Arctic Sunrise Arbitration* (Netherlands v. Russia), Award on Jurisdiction, 26 November 2014, para. 61.
[2] Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982, *Official Records*, Volume XI, p. 109.
[3] 菲方国际仲裁申请提出的 13 项诉求：（1）宣布中国和菲律宾在南海的海洋权益是依据《公约》确立的；（2）宣布中国建立在“九段线”基础上的海洋权利主张是违反《公约》的和无效的；（3）要求中国按照《公

第一，“九段线”（即“断续线”）的法律地位问题，即中国对“九段线”（即中国的南海断续线）内的水域、海床和底土所主张的“历史性权利”与《公约》不符；第二，南海部分岩礁的法律属性问题，即中国依据南海若干岩礁、低潮高地和水下地物提出的200海里甚至更多权利主张与《公约》不符；第三，中国应停止妨碍菲方在南海的合法行为问题，即中国在南海所主张和行使的权利非法干涉菲律宾基于《公约》所享有和行使的主权权利、管辖权以及航行权利和自由。[1]

1、关于“九段线”区域的主张

对于“九段线”或“断续线”的法律地位问题，如果中国所主张的“九段线”内的水域、海床和底土属于“历史性权利”，那么根据《公约》第298条第1款a项的规定，“历史性所有权（historic titles）”[2]属于缔约国可以排除适用的特殊事项。中国政府于2006年8月25日对《公约》第298条发表了声明，明确指出：“关于《公约》第二百九十八条第1款（a）、（b）和（c）项所述的任何争端，中华人民共和国政府不接受《公约》第十五部分第二节规定的任何程序。”[3]也就是说，对于历史性所有权等五类争端中国政府明确不接受《公约》第15部分第2节所规定的导致有拘束力裁判的任何强制程序。因而，如果仲裁法庭支持中方的“九段线”属于历史性所有权，则“九段线”的法律地位问题属于《公约》缔约国可以排除适用的特殊事项，不属于《公约》的管辖范围，不得适用《公约》所规定的仲裁等强制争端解决程序，仲裁法庭不具有属事管辖权。还有，与对海洋划界争端的表述不同，《公约》第298条第1款a项对“历史性所有权”表述

约》义务修改国内法；（4）宣布美济礁和西门礁属于菲律宾大陆架的水下部分，中国对其的占领和建设侵犯了菲方主权；（5）要求中国停止对美济礁和西门礁的占领和建设；（6）宣布南熏礁和渚碧礁是高潮时低于海平面的水下部分，不属于《公约》所规定的岛屿，不位于中国大陆架上，且中国对其的占领和建设是非法的；（7）要求中国终止对南熏礁和渚碧礁的占领和建设；（8）宣布黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁和永暑礁除了各有小突起在高潮时露出水面以外，都是高潮时低于海平面的水下部分，属于《公约》所规定的“礁石”，只能享有不超过12海里的领海；中国依据这些部分主张超出12海里领海的海洋权益是非法的；（9）要求中国不再阻止菲律宾船只以可持续的方式利用毗邻黄岩岛和赤瓜礁的生物资源，并不在这些礁石上或其附近采取其他不符合《公约》的行为；（10）宣布菲律宾有权依据《公约》主张从其群岛基线量起的12海里领海，200海里专属经济区和大陆架；（11）宣布中国在菲律宾的专属经济区和大陆架上非法地主张并利用了生物与非生物资源，并非法地阻止菲律宾在其专属经济区和大陆架上利用生物与非生物资源；（12）宣布中国妨碍了菲律宾依据《公约》在从其群岛基线量起200海里之内以及之外所享有的航行自由以及其他权利；（13）要求中国停止上述非法行为。（参见罗国强：“评菲律宾就南海争端提起国际仲裁的法律运作”，《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2014年第1期，第64页。）

[1] 中国人民共和国政府：《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件（2014年12月7日）》，第8段。

[2] 需说明的是，根据《公约》中文本，“历史性权利”的表述不准确，准确应为“历史性所有权”，但英文均为“historic titles”。

[3] Treaty Section of the Office of Legal Affairs of the United Nations : “Declarations and statements (29 October 2013)”, at http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China Upon ratification(2014/5/3).

前没有“适用或解释”的限定词，即仅为“涉及历史性所有权的争端（disputes involving historic titles）”。[1]这进一步说明，只要中方有证据能够证明“九段线”区域属于中国的历史性所有权，仲裁法庭就不得审查中国所主张的历史性所有权是否符合《公约》。如果仲裁法庭不支持中国关于“九段线”属于“历史性所有权”的主张，则“九段线”更不属于《公约》的适用范围，因为中国的“九段线”早于 1948 年 2 月中华民国政府公开发行的《中华民国行政区域图》就已存在，[2]而当时《公约》还没有出现，更没有生效，需要适用当时国际法规则加以解决，适用《公约》不符合国际法时际法规则的要求，也不符合《公约》所规定的仲裁法庭属时管辖权的要求，仲裁法庭不具有属时管辖权。也正是因为国际时际法的要求，所以菲方提出的中国和菲律宾在南海的海洋权益是依据《公约》所确立的主张显然不符合国际强行法的要求。

2、关于部分岩礁的主张

对于部分岩礁的法律属性问题，则涉及主权归属或海洋划界问题。从菲方国际仲裁申请看，对于美济礁和西门礁，菲方明确提出了主权要求；对于南熏礁和渚碧礁，菲方认为，这两个岩礁是高潮时低于海平面的水下部分，不属于《公约》所规定的岛屿，这涉及海洋划界问题，并对中国对这两个岩礁拥有主权暗含地提出了异议；对于黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁和永暑礁，菲方认为，此四岩礁都是高潮时低于海平面的水下部分，属于《公约》所规定的“礁石”，只能享有不超过 12 海里的领海，此也涉及海洋划界问题。简言之，菲方对美济礁和西门礁等两礁提出主权争议，对南熏礁和渚碧礁等两礁既提出海洋划界争议，又提出主权争议，对黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁和永暑礁等四礁提出海洋划界争议。如前所述，中国于 2006 年已经对《公约》第 298 条发表声明，排除了海洋划界争端适用于《公约》。据此，菲方对黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁、永暑礁、南熏礁和渚碧礁等六个岛礁提出的权利主张不属于仲裁法庭的属事管辖权，因为其主张涉及海洋划界，而这些岩礁的法律属性又是确定海洋划界必须考虑的重要因素，而这些岩礁的主权归属对海洋划界更是产生决定性的影响。此外，整个《公约》对岩礁主权

[1] a 项对海洋划界的完整表述为“关于划定海洋边界的第十五条、第七十四条和第八十三条在解释或适用上的争端（disputes concerning the interpretation or application of articles 15, 74 and 83 relating to sea boundary delimitations）”，这里强调了《公约》的有关条款和“解释或适用”。

[2] 中国人民共和国政府：《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件（2014 年 12 月 7 日）》，第 4 段。

归属的解释或适用问题没有涉及，所以菲方对美济礁、西门礁、南熏礁、渚碧礁等四礁提出的主权争议不属于《公约》适用范围，仲裁法庭没有管辖权。

3、关于菲方在南海合法行为的主张

对于菲方要求中国停止阻止菲方在南海合法行为的问题，也涉及南海大陆架和专属经济区的划界问题。菲方认为，中国在黄岩岛和赤瓜礁及其附近所采取的行动阻止了菲律宾船只以可持续的方式利用毗邻这些礁石的生物资源的权利，中国妨碍了菲律宾依据《公约》在从其群岛基线量起 200 海里之内以及之外所享有的利用生物与非生物资源权利、航行自由以及其他权利。事实上，菲方这些主张或涉及黄岩岛和赤瓜礁的海洋划界问题，或涉及菲方依据其国内法所主张的专属经济区和大陆架是否合法的问题。而这些问题也正是中国根据《公约》第 298 条明确排除适用《公约》的特定属性，不符合仲裁法庭属事管辖权的条件。

综上，菲方仲裁申请或属于主权争议，或属于领海、大陆架或专属经济区的海上划界，或涉及与海洋划界密切相关的岩礁法律地位问题，这些争端或者根本上就不属于《公约》所解决的问题，或者属于中国明确排除适用《公约》的特定事项，不符合《公约》所规定的仲裁法庭属时管辖权的条件或属事管辖权的条件。

不过，从司法实践看，仲裁法庭经常会从争端双方的核心争议中提炼出属于《公约》解释或适用的争端，进而认为，仲裁法庭具有管辖权。例如，在“北极日出号”仲裁案中，仲裁法庭就从俄罗斯和荷兰关于专属经济区的执法纠纷中梳理出俄荷之间存在对《公约》所规定的“登临权”的不同解释，进而认为俄荷之间的争端属于有关《公约》解释方面的争端，符合仲裁法庭的属事管辖权，进而仲裁法庭具有管辖权。[1]

二、菲方国际仲裁申请的可受理性问题

（一）区分可受理性与管辖权的依据

可受理性（admissibility）在国际司法领域最早可能出现于 1925 年常设国际法院审理的波兰上西里西亚地区德国人权益案（Case concerning Certain German

[1] *The Arctic Sunrise Arbitration* (Netherlands v. Russia), Award on Jurisdiction, 26 November 2014, para. 61.

Interests in Polish Upper Silesia）（管辖权）。[1]1978 年《国际法院规则》第 79 条第 1 款正式以国际法律文件的形式出现了可受理性。[2]1997 年《国际海洋法法庭规则》第 97 条第 1 款中也出现了可受理性。[3]根据《联合国海洋法公约》附件七成立的仲裁法庭制定的程序规则中也都出现了可受理性。[4]2013 年 8 月 27 日菲中仲裁法庭公布的《菲中程序规则（PH-CN Rules of Procedure）》第 20 条中也规定了可受理性。

可受理性是从管辖权问题中派生出来的问题，是指国际司法机构决定是否受理起诉国申请或具体争端的问题，与管辖权问题一样，都属于初步反对程序中的先决性程序问题，与管辖权异议一样，被诉国也可以提出可受理性异议。可受理性又不同于管辖权：第一，管辖权是指国际司法机构对哪些争端具有处理权的问题，是从静态的角度看国际司法机构对哪些争端具有裁判权，是解决管辖权是否存在的问题；而可受理性是指国际司法机构对具体争端是否具有处理权的问题，是从动态的角度看国际司法机构对具体争端在拥有管辖权后能否行使管辖权的问题，是解决管辖权如何行使的问题。第二，管辖权问题所关注的重点是国际司法机构对其所接收的争端是否符合相关公约所规定的管辖权条件的问题，即是否符合属地、属事、属人、属时等管辖条件，亦即，要求国际司法机构积极作为；而可受理性问题所关注的重点是国际司法机构应当谦抑或克制对具体争端行使已确认的管辖权的法定情形，可以受理的条件因公约规定的不同而不同，亦即，要求国际司法机构审慎作为。第三，审查管辖权问题不仅是国际司法机构的权利，更是国际司法机构的义务，亦即，即使被诉国没有提出管辖权异议，国际司法机构也必须首先审查其对争端是否具有管辖权的问题；而审查可受理性问题仅是国

---

[1] PCIJ Series, A, No. 6, August 25th, 1925, Judgment, pp. 13, 18.

[2] 其英文为："Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the ***admissibility of the application***, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial. Any such objection made by a party other than the respondent shall be filed within the time-limit fixed for the delivery of that party's first pleading."

[3] 其规定为："Any objection to the jurisdiction of the Tribunal or to the ***admissibility of the application***, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing within 90 days from the institution of proceedings."

[4] *The MOX Plant Arbitration* (Ireland v. United Kingdom), Rules of Procedure, 25 October 2001, Article 11; *Delimitation of the Maritime Boundary Arbitration* (Guyana v. Suriname), Rules of Procedure, 24 February 2004, Article 10; *Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Rules of Procedure, 23 August 2004, Article 10; *The ARA Libertad Arbitration* (Argentina v. Ghana), Rules of Procedure, 31 July 2013, Article 13; *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration* (Bangladesh v. India), Rules of Procedure, 8 October 2009, Article 10; *Chagos Archipelago Arbitration* (Mauritius v. United Kingdom), Rules of Procedure, 29 March 2012, Article 11; *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration* (Denmark v. The European Union), Rules of Procedure, 15 March 2014, Article 12; *The Arctic Sunrise Arbitration* (Netherlands v. Russia), Rules of Procedure, 17 March 2014, Article 20.

际司法机构的权利，亦即，只要被诉国不提起可受理性异议，国际司法机构可以不审查可受理性问题，当然，在通常情况下，国际司法机构也都会主动审查具体争端或申请的可受理性问题。[1]正是基于此，本文主张，应将仲裁法庭管辖权问题和仲裁法庭可受理性问题区分开来。

正式明确而准确地区分可受理性问题与管辖权问题的是 1998 年《国际刑事法院罗马规约》。从国际法院、国际海洋法法庭和常设仲裁法院的司法实践看，这些司法机构既审查了管辖权问题，也审查了可受理性问题，但没有将管辖权问题与可受理性问题分开审查，而是一并审查，这可能正是因为这些司法机构程序规则将管辖权问题与可受理性问题一并规定而没有分开规定的缘故。不过，在 2009 年或起诉或引渡案中，国际法院在临时措施程序中已经开始区分初步管辖权问题和可受理性问题的不同，并将指示临时措施申请可以受理的条件归纳为两个：第一，请求保护的实体权利具有表面合法性；第二，所请求的临时措施与所请求保护的实体权利存在关联性。[2]国际法院的 2010 年尼加拉瓜活动案[3]、2011 年 1962 年 6 月 15 日判决解释案[4]、2013 年没收与扣押文件与资料案[5]重申了这种区分。这表明，区分管辖权与可受理性的不同已成为国际司法制度发展的一个新方向或新趋势。

从《公约》的具体规定看，区分仲裁法庭管辖权和仲裁法庭可受理性也是很有必要的。详见下文分析。

（二）《公约》所规定的受理仲裁申请的条件

《公约》关于仲裁法庭能否行使管辖权即是否可以受理仲裁申请的条件规定散见于《公约》第 279 条至第 284 条、第 286 条、第 294 条至第 295 条等不同的条款中。《公约》第 286 条规定了仲裁法庭可以受理仲裁申请的一般条件，即在争端方诉诸《公约》第 279 条至第 285 条所规定的协商等和平方法后在合理期限内争端仍未解决。[6]

---

[1] 马伟阳著：《国际刑事法院受理制度研究》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 62-64 页。
[2] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite Case*, Order of 28 May 2009.
[3] *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area Case*, Order of 8 March 2011.
[4] *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the case concerning* the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) *Case*, Order of 18 July 2011.
[5] *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data*, Order of 3 March 2014.
[6] *Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Award, 11 April 2006, paras. 193-200.

1、和平解决争端协议

《公约》第279条至第282条、第284条规定了仲裁法庭可以受理仲裁申请或行使管辖权的第一个条件，即争端方之间没有关于争端解决的和平方法的协议或争端方已选择的和平解决方法没有实际效果。其具体要求为：其一，争端各方没有事前或事后通过协议[1]选择谈判（negotiation）、调查（enquiry）、调停（mediation）、调解（conciliation）、仲裁（arbitration）、司法解决（judicial settlement）、诉诸区域机构或区域安排（resort to regional agencies or arrangements）等和平解决方法，该项要求体现了对尊重国家主权与和平解决国际争端的兼顾；其二，即使争端各方已通过协议自行选择了和平解决方法，争端各方之间的争端仍没有解决或协议所确定的期限已届满，且该协议也没有排除其他任何程序，该项要求体现了对维护《公约》争端解决机制有效性和尊重国家意志的兼顾。《公约》设立此条件是为了给予争端各方采用其所选择的直接协商、斡旋、调停、调解、仲裁或司法解决等和平方法的充分自由。[2]例如，2003年陆地主张仲裁案，因为马来西亚与新加坡2006年4月26日达成了争端解决协议，仲裁法庭终止了该仲裁案。[3]又如，2012年“解放号”仲裁案，因为阿根廷与加纳就“解放号”军舰争端解决达成了协议，仲裁法庭终止了该案，虽然其根本原因是因为加纳最高法院承认了军舰的豁免权，并承诺给予阿根廷充分的赔偿。[4]还需说明的是，这里的“协议”不仅包括书面或口头的明示协议，也包括事实行为上的默示协议。例如，在2004年海域划界仲裁案中，仲裁法庭指出，巴巴多斯与特里尼特•多巴哥事实上已经同意寻求通过谈判解决其争端，双方之间存在事实协议（*de facto* agreement），尽管双方没有任何正式协议；但通过该谈判方法没有解决争端，该事实协议也没有排除其他任何程序，进而意味着可以适用《公约》所规定的强制仲裁程序。[5]

2、迅速交换意见

《公约》第283条规定了仲裁法庭可以受理仲裁申请或行使管辖权的第二个条件，即争端各方发生国际争端后应当迅速交换意见（exchange views）。其具体

[1] 这里的协议既包括双边协议，也包括多边协议；既包括长期协议（standing agreement），也包括临时协议；既包括一般性协议，也包括特定协议（*ad hoc* agreement）。
[2] Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973-1982), *Official Records*, Volume V, pp. 122-123.
[3] *Land Reclamation Arbitration* (Malaysia v. Singapore), Award, 1 September 2005.
[4] *The ARA Libertad Arbitration* (Argentina v. Ghana), Agreement between Argentina and Ghana, 27 September 2013.
[5] *Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Award, 11 April 2006, para. 200.

要求为：其一，争端发生后，争端各方应当迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见；其二，即使和平解决方法程序终止后争端仍未解决，争端各方仍应当交换意见；其三，即使达成了和平争端解决方法，为了协商该争端解决的实施方法，仍应当交换意见。也就是说，即使任何争端程序都不能达成解决方法，争端各方也必须交换意见。[1]例如，在 2013 年“北极日出号”案中，国际海洋法法庭指出，荷兰已经与俄罗斯就“北极日出号”事件交换了意见，且荷兰已经穷尽了谈判或其他和平方法。[2]还需强调的是，交换意见程序主要适用于调停、调解等第三方参与的和平解决方法，不适用于谈判方法，因为交换意见本身就包括在谈判之中，即谈判本身就包括交换意见，亦即，如果争端双方通过谈判没有达成协议，就不必要求争端双方再通过其他和平方法就争端解决单独进行交换意见。[3]例如，在 2004 年海域划界仲裁案中，仲裁法庭指出，二十世纪七十年代末期左右争端双方已经就争议海域进行讨论，2000 年 7 月双方进行了多次正式谈判，到 2003 年 11 月双方已经进行了九轮谈判，尽管这些努力，双方仍未达成协议，争端双方已经在合理期限内进行了谈判，不需要进一步和单独地通过谈判就争端解决一事再进行交换意见，《公约》第 283 条所规定的交换意见义务已经用尽。[4]又如，在 2009 年孟加拉湾仲裁案中，仲裁法庭也指出，孟加拉国与印度双方当事国自 1974 年以来已就海洋划界进行了十一轮谈判，这已经满足了《公约》第 283 条所要求的迅速交换意见的义务。[5]

3、用尽当地救济

《公约》第 295 条规定了仲裁法庭可以受理仲裁申请的第三个条件，即已用尽当地救济（exhaustion of local remedies）。其具体要求为：缔约国间有关《公约》的解释或适用的任何争端，只有在依照国际法的要求用尽当地救济办法后，仲裁法庭才可以受理仲裁申请或行使管辖权。也就是说，即使任何争端程序都不能达成解决方法，争端各方也必须用尽当地救济。[6]《公约》之所以将用尽当地救济

---

[1] Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973-1982), *Official Records*, Volume V, p. 123.
[2] *The “Arctic Sunrise” Case* (*Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation*), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, paras. 73-75.
[3] *Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Award, 11 April 2006, paras. 202-203.
[4] *Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Award, 11 April 2006, paras. 194-195, 202. Also See *Delimitation of the Maritime Boundary Arbitration* (Guyana v. Suriname), Award, 17 September 2007, para. 409.
[5] *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration* (Bangladesh v. India), Award, 7 July 2014, para. 72.
[6] Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973-1982), *Official Records*, Volume V, p. 123.

作为仲裁法庭可以受理仲裁申请的一个条件是因为“用尽当地救济”已成为一项国际习惯法规则。[1]该条件主要适用于缔约国之间有关船舶等方面的争端，而不适用于缔约国之间关于主权或海洋划界方面的争端。从国际司法实践看，在“路易莎号”案中，西班牙对圣文森特和格林纳丁斯的指示临时措施申请根据《公约》第 295 条提出了没有用尽当地救济的异议，认为“路易号”船东没有用尽西班牙国内法所规定的救济措施，而国际海洋法庭却以该问题应在以后的程序中予以解决、而不必在临时措施程序中加以解决为由没有对用尽当地救济予以解释。[2]

综上，仲裁法庭可以受理仲裁申请或行使管辖权的条件为：第一，属于缔约国的争端各方之间没有关于解决争端和平方法的协议，或虽有和平解决争端的协议，但是采用该和平方法后争端仍未解决，且该协议不排除其他任何程序；第二，即使任何和平争端程序都不能达成解决方法，争端各方也必须迅速交换意见；第三，即使任何和平争端程序都不能达成解决方法，争端各方也必须用尽当地救济。从另一个角度看，仲裁法庭拒绝受理仲裁申请的情形有：其一，争端方之间不仅存在关于和平解决争端方法的长期协定或特别协定，[3]而且还没有善意地用尽该解决方法；其二，争端方没有就通过和平方法解决争端一事迅速交换意见；其三，争端方没有根据国际法的要求用尽当地救济。

（三）菲方仲裁申请是否可以受理

根据《公约》有关规定，结合中国立场文件，菲方仲裁申请是否可以受理主要涉及以下问题：中菲之间是否有和平解决南海争端的协议？若有，该和平方法是否已经用尽？中菲双方是否就南海争端一事迅速交换意见？仲裁法庭又会怎样看待《立场文件》？还需说明的是，因为中菲南海争端不涉及用尽当地救济的问题，这里不再论述。

1、中菲之间和平解决南海争端的协议问题

中国政府于 2014 年 12 月 7 日公布了《中华人民共和国政府关于菲律宾共和

[1] 〔英〕詹宁斯、瓦茨修订，王铁崖等译：《奥本海国际法》，第一卷第一分册，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 413-414 页。

[2] *The M/V “Louisa” Case*, Provisional Measures, Order of 23 December 2010, paras. 66-68.

[3] 《公约》第 282 条规定了“长期协定（standing agreement）”，即争端各方已提前通过双边协定或多边协定约定了包括有关《公约》解释或适用争端在内的争端解决机制，而《公约》第 281 条规定了“特别协定（*ad hoc* agreement）”，即争端各方在争端发生后就当前的具体争端所达成的特定协议，争端解决完毕协议失效。（*Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Award, 11 April 2006, para. 200.）

国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》（以下称《立场文件》）。《立场文件》明确指出中菲之间“通过友好磋商和谈判”解决两国在南海的争端早有共识，并列举了中菲之间的双边文件与多边文件，[1]尤其是 2002 年 11 月 4 日中菲双方都签署的《南海各方行为宣言》，还结合国际法院实践阐明这些文件构成了中菲之间和平解决南海争端的协议。

从国际司法实践看，争端双方和平解决争端的协议不仅有书面或口头协议，也包括事实协议。如前所述，在 2004 年海域划界仲裁案中，仲裁法庭指出，巴巴多斯与特里尼特•多巴哥之间存在事实协议，即双方已事实上同意通过“谈判”方式和平解决其争端。由此，中菲仲裁法庭遵循先例，并结合《立场文件》相关内容，判定中菲之间事实上或法律上存在有关中菲争端解决的和平协议（即谈判或协商）是完全可能的，也是可以站住脚的。

问题的关键是，中菲之间约定的谈判方式和平解决方法是否用尽。菲方认为，自 1995 年中菲两国就菲律宾仲裁请求中提及的事项多次交换意见，但未能解决争端，继续谈判已无意义。[2]而中方认为，中菲之间虽有协商或谈判，但这些协商或谈判仅为最终谈判解决南海问题创造条件，而没有就解决南海主权或海洋划界争端进行谈判或协商。[3]本文认为，菲方认为已通过谈判方式仍没有解决中菲争端，这需要菲方进一步提供证据加以充分证明，而且提供的证据是关于其申请仲裁海洋权益方面的证据，而不是关于中菲南海主权或海洋划界方面的证据。因为若菲方提供的证据大多属于后者，则中菲争端属于中国发表声明所明确排除的事项，因而仲裁法庭不得行使管辖权。同时，中方也应该清醒，根据菲方仲裁申请和《公约》有关要求，这里的“谈判或协商”的内容应该是关于仲裁事项所涉及的南海权利方面的谈判或协商，而不是关于南海主权归属或海洋划界方面的谈判或协商。

此外，在《立场文件》强调的中菲协议中很难发现中菲协议排除了《公约》

[1] 1995 年 8 月 10 日《中华人民共和国和菲律宾共和国关于南海问题和其他领域合作的磋商联合声明》；1999 年 3 月 23 日《中菲建立信任措施工作小组会议联合公报》；2000 年 5 月 16 日《中华人民共和国政府和菲律宾共和国政府关于 21 世纪双边合作框架的联合声明》；2001 年 4 月 4 日《中国－菲律宾第三次建立信任措施专家组会议联合新闻声明》；2004 年 9 月 3 日《中华人民共和国政府和菲律宾共和国政府联合新闻公报》；2011 年 9 月 1 日《中华人民共和国和菲律宾共和国联合声明》。

[2] 中国人民共和国政府：《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件（2014 年 12 月 7 日）》，第 45 段。

[3] 中国人民共和国政府：《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件（2014 年 12 月 7 日）》，第 46-47 段。

第 281 条第 1 款所要求的“其他任何程序”，也就是说，中方所主张的中菲通过谈判方式和平解决南海争端的协议排除了“其他任何程序”的立场很难获得仲裁法庭的支持。因为中方仅宣称，《南海各方行为宣言》第四条明确规定，“有关各方承诺根据公认的国际法原则，包括 1982 年《联合国海洋法公约》，由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判，以和平方式解决它们的领土和管辖权争议”，这显然排除了第三方争端解决程序。而中方仅提出此证据是很难证明该协议排除了“其他任何程序”，很难令仲裁法庭信服，况且中方一直强调的是解决南海主权归属或海洋划界方面的协议，而不是菲方申请仲裁的南海权利争议解决方面的协议。

2、中菲之间就仲裁事项迅速交换意见的问题

首先，分析分析“谈判”与“交换意见”是什么关系。因为中菲之间约定用谈判方式解决其南海争端，而《公约》第 283 条又要求争端双方应当交换意见。那么“谈判”与“交换意见”到底是什么关系呢？如前分析，国际判例认为，“交换意见”本身包括在“谈判”之中，亦即，“谈判”本身包括“交换意见”。同时，《公约》第 283 条第 1 款明确规定，争端各方应当迅速就“通过谈判或其他和平方法”解决争端一事交换意见。可见，与强调解决争端实质问题的“谈判”不同，“交换意见”更强调交流或对话的过程，解决争端的过程性或程序性更浓，涉及争端的程序性问题多些，目的是借助对话或交流的平台就争端解决达成通过“谈判或其他和平方法”加以解决的协议。由此，国际司法机构认为，如争端各方已选择谈判方式解决争端，且经过努力争端仍未解决，则不需争端双方再进行交换意见。[1]

然后，再看看中菲双方的具体理由。菲方认为，自 1995 年以来中菲两国就菲律宾仲裁请求中提及的事项多次交换意见，但毫无结果。而中方认为，中菲双方虽多次交换意见，但交换意见主要是围绕防止冲突、减少摩擦、稳定局势、促进合作的措施而进行的，是围绕中菲南海主权归属或海洋划界争议而展开的，没有针对菲律宾所提的仲裁事项交换意见，更没有就所提仲裁事项进行过谈判。[2]本

[1] *Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Award, 11 April 2006, paras. 194-195, 202; *Delimitation of the Maritime Boundary Arbitration* (Guyana v. Suriname), Award, 17 September 2007, para. 409; *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration* (Bangladesh v. India), Award, 7 July 2014, para. 72.

[2] 中国人民共和国政府：《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件

文认为，就中菲南海争端仲裁案看，中菲之间是否迅速进行了交换意见，主要看中菲自 1995 年以来就中菲南海争端进行交换意见或谈判是否涉及了菲方申请仲裁的事项，是否为了仲裁事项和平解决进行交流与对话，而不论中菲是否就菲方申请仲裁的事项专门进行了交换意见，也不能因为中菲交换意见主要是为了最终解决南海主权或划界等其他问题而进行的，就完全否定该交换意见不涉及菲方仲裁事项。

3、《立场文件》的法律效果问题

首先，我们看看国际司法的一个实践。“北极日出号”案，2013 年 9 月 18 日，30 名绿色和平组织成员乘坐“北极日出号”破冰船前往位于属于俄罗斯专属经济区的北极的伯朝拉海（Pechora Sea），抗议俄罗斯近海的石油钻井平台（Prirazlomnaya），俄罗斯对该船舶采取了登临检查的执法措施，将“北极日出号”破冰船拖到科拉湾的摩尔曼斯克港口（Murmansk），逮捕和扣押了船上人员和船只，并根据其国内法指控了这些船员，后又根据俄国家杜马指令赦免了这些船员，接着又释放了船只。作为船旗国的荷兰以非法登临、检查与扣押为由于 2013 年 10 月 4 日依据《公约》附件七提起强制仲裁。2013 年 10 月 22 日，俄罗斯向国际海洋法法庭递交了照会（Note Verbale），表明仲裁法庭没有管辖权的鲜明立场，俄罗斯不接受仲裁法庭管辖，也不参与仲裁法庭程序。2014 年 3 月 3 日，俄罗斯又重申了照会中的立场。这就产生一个问题，如何看待俄罗斯 2013 年 10 月 22 日的照会？该照会是否可以视为俄罗斯对仲裁法庭管辖权的异议？仲裁法庭是否可将该照会作为一个初步反对问题加以处理?对此，仲裁法庭征求了荷俄双方的意见，荷兰同意将俄方的照会作为初步反对中的管辖权异议加以处理，而俄方没有回应法庭的意见。最后，仲裁法庭根据荷方意见和回应就将俄方的照会作为管辖权异议进行了优先处理，并于 2014 年 11 月 26 日做出管辖权裁定。仲裁法庭认为，荷兰与俄罗斯之间的争端属于《公约》所规定的关于在专属经济区“登临”与“检查”的解释或适用方面的争端，俄罗斯所发表的关于不接受《公约》第 298 条第 b 项的声明仅排除了“行使主权权利或管辖权方面的执法活动”，而不能排除属于《公约》第 297 条第 2 款与第 3 款所规定的“科学研究和渔业”

（2014 年 12 月 7 日）》，第 45-49 段。

方面的执法活动。[1]还需强调的是，仲裁法庭在此关于管辖权的判断仅限于俄方的照会，亦即，这不能代替或阻止在后续程序中仲裁法庭根据《公约》的有关规定判断其是否具有管辖权或是否行使管辖的权利与义务。

由上述分析可知，对于中国政府发布的《立场文件》也面临着仲裁法庭可能将此作为初步反对中的管辖权异议问题加以处理的风险。《立场文件》主要表达了四个方面的立场：第一，中菲仲裁法庭没有管辖权，因为中菲南海管辖权争议的实质是南海部分岛礁的主权归属或海洋划界问题，中国已于 2006 年 8 月 25 日发表声明，明确排除了《公约》第 298 条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的涉及海洋划界、历史性海湾或所有权、军事活动、执法活动以及安理会执行《联合国宪章》所赋予的职务等五类争端；第二，以谈判方式解决有关争端是中菲两国通过双边文件和《南海各方行为宣言》所达成的协议，菲方强制仲裁不符合《公约》第 281 条的规定；第三，中菲双方没有就仲裁事项进行交换意见，更没有进行谈判，菲方强制仲裁不符合《公约》第 283 条的规定；第四，菲方以合法形式掩盖非法目的，有滥用程序或权利之嫌，这不符合《公约》第 300 条规定的诚信义务。

对于中国提出的第一个立场或主张涉及到菲方仲裁事项的解释或理解问题，即菲方仲裁申请是否涉及中菲两国对《公约》有关规定存在不同的理解、主张或观点的问题。如前分析，从国际司法实践看，仲裁法庭通常会将争端双方之间的争端解释为属于《公约》有关规定的解释或适用方面的争端。因为存在一缔约国单方对另一缔约国启动仲裁程序的风险是《公约》争端解决机制所有固有的。[2]即使仲裁法庭同意中方的理解，即将菲方申请仲裁事项归纳为海洋划界争议，也面临着仲裁法庭对《公约》第 298 条第 1 款 a 项的解释问题。虽然中方已于 2006 年发表声明排除对海洋划界、历史性海湾或所有权方面争端的强制性争端解决程序，但是第 298 条第 1 款 a 项为这种声明例外规定了限制性条件：发表排除声明的国家应当接受《公约》附件五第二节所规定的强制调解程序。不过，该强制调解程序也有限制性规定，亦即，如果争端双方之间的争端不仅涉及海洋划界问题，而且涉及大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利的争端，那么不适用强制调解程序。显然，中菲之间南海争端不仅涉及海洋划界问题，而且涉及南海部分岛礁的

[1] *The Arctic Sunrise Arbitration* (Netherlands v. Russia), Award on Jurisdiction, 26 November 2014, paras. 48-78.
[2] *Delimitation of the Maritime Zones Arbitration* (Barbados/Trinidad and Tobago), Award, 11 April 2006, para. 204.

主权归属问题。因而，若仲裁法庭将菲方仲裁事项梳理为中菲南海海洋划界争端，则菲方该项仲裁事项申请不属于仲裁法庭管辖的事项，也不得适用强制调解程序。还有，若仲裁法庭同意中方的另一种理解，即将菲方申请仲裁事项归纳为部分岛礁的主权归属问题，那么主权归属问题不属于《公约》适用范围的法律依据在哪？从《立场文件》中没有找到中国提出此主张的《公约》依据。据此，我们只能从《公约》本身出发加以解释，《公约》没有涉及主权归属问题可以适用《公约》的问题，这只能得出一种解释：缔约国在起草或缔结《公约》过程中有意或无意回避了这个问题，也就是说，将主权归属的法律适用问题留给了各个缔约国自己，缔约国在缔结《公约》时没有将此项权利让渡给《公约》及其规定的司法机构，这也是《公约》没有明确规定或没有明令禁止的海洋剩余权利之一。[1]因此，南海部分岛礁主权归属的法律适用问题不属于《公约》的适用范围，属于缔约国在缔结《公约》时留给自己的权利，缔约国没有让渡给《公约》及其规定的司法机构。此外，仲裁法庭很可能将菲方仲裁事项归纳为南海部分岛礁法律属性的法律适用问题。若这样，此问题又可以归入海洋划界问题，因为这些岛礁的法律属性在海洋划界中的地位非常重要的，是确定海洋划界时必不可少的考虑因素，当然，这些岛礁的主权归属对海洋划界会产生决定性的影响。因为 2006 年的中国声明，仲裁法庭对此项仲裁事项也不得行使管辖权。

对于中国提出的第二个与第三个立场，因为前文已述，这里不再赘述。下面重点分析中国提出的第四个立场，即菲方仲裁申请是否有滥用法律程序之嫌。《公约》第 300 条明确规定，缔约国不仅应当诚信地（in good faith）履行《公约》所规定的义务，而且不得以滥用权利（abuse of right）的方式行使《公约》所规定权利、管辖权和自由。可见，诚信地履行义务与行使权利是《公约》科以缔约国的一项义务。当然，诚实守信履约也是一项国际习惯法规则。《公约》第 294 条更是赋予缔约国对此项义务的一项救济措施。其规定，《公约》所规定的法院或法庭应争端一方的请求应当判断另一争端方提出的主张是否滥用法律程序（legal process）或是否初步看来有充分根据（well founded），也可以主动地审查该项主张是否构成了滥用法律程序或是否初步看来有充分根据。中方认为，菲律宾明知其所提出的仲裁事项本质上是岛礁领土主权问题，明知中国从未同意就有关争端

[1] 周忠海：“论海洋法中的剩余权利”，载周忠海著：《周忠海国际法论文集》，北京出版社 2006 年版，第 442-461 页。

接受强制争端解决程序，明知中菲之间存在关于通过谈判方式解决有关争端的协议，还要单方面提起强制仲裁，有滥用权利或程序之嫌。[1]对此，仲裁法庭应当依职权主动审查之，中国政府也应当提醒仲裁法庭积极履行此项职责。

结论

2013 年 1 月 22 日，菲律宾根据《公约》第 288 条与附件七就中菲南海管辖权争端提起了强制仲裁程序。中菲南海仲裁案涉及的首要问题就是管辖权问题和可受理性问题。

根据《公约》有关规定和国际司法实践，仲裁法庭具有管辖权应当满足以下条件：第一，属时要件，即《公约》已生效且对属于缔约国的争端各方都已生效；第二，属人要件，即争端各方均为《公约》缔约国，且争端方明示或默示选择《公约》附件七的仲裁法庭；第二，属事要件，即争端方属于除缔约国通过声明方式排除适用的海洋划界、历史性海湾或所有权、军事活动、行使主权权利或管辖权的执法活动和安理会执行职责等五类争端之外的有关《公约》解释或适用问题的争端。对于菲方申请仲裁“九段线”的问题，若仲裁法庭支持中国所主张的“九段线”区域属于“历史性所有权”的一贯立场，则仲裁法庭不具有管辖权，因为这是中国 2006 年声明所明确排除仲裁法庭管辖的事项；若仲裁法庭不支持中国关于“九段线”区域属于“历史性所有权”的主张，则仲裁法庭也不得具有管辖权，因为中国的“九段线”区域形成于 1948 年，当时《公约》还没有出台，只能适用当时的国际法规则加以处理，这是强行国际法即时际国际法规则的要求。对于菲方申请仲裁部分岛礁法律属性的问题，因为这些岛礁的法律属性对海洋划界会产生重大影响，是海洋划界中的必要考虑因素，所以岛礁法律属性问题应当属于海洋划界中的问题之一，而海洋划界问题也是中国于 2006 年明确排除适用的事项之一，不属于仲裁法庭的管辖范围。对于菲方申请仲裁菲方在南海合法行为的问题，菲方认为中国在南海的行动阻止了其依据国内法的捕鱼等海洋权益，实质上仍是中菲南海的领海、专属经济区或大陆架的划界问题以及南海部分岛礁的主权归属问题，仍属于中国明确排除适用的事项或者根本上就不属于《公约》

[1] 中国人民共和国政府：《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件（2014 年 12 月 7 日）》，第 84 段，第 86 段，第 90 段。

所解决的问题，不属于仲裁法庭的管辖范围。不过，从国际司法实践看，仲裁法庭经常会从争端双方的核心争议中提炼出属于《公约》解释或适用的争端，进而认为，仲裁法庭具有管辖权。对此，中国应当提高警惕、有所准备。

根据《公约》有关规定和国际司法实践，仲裁法庭可以受理仲裁申请或行使管辖权的条件为：第一，争端方之间没有关于解决争端和平方法的协议，或虽有和平解决争端的协议，但是采用该和平方法争端仍未解决，且该协议不排除其他任何程序；第二，即使任何和平争端程序都不能达成解决方法，争端方也必须迅速交换意见并用尽当地救济。就中菲之间是否存在协议的问题，从法律事实看，中菲之间就南海问题客观上存在着事实上的和平解决方法的协议——谈判，问题的关键是，中菲之间约定的谈判方式和平解决方法是否用尽。对此，菲方需要进一步提供中菲双方就菲方申请仲裁事项已通过长期而友好的谈判方法仍未解决的充分证据。就中菲之间是否迅速交换意见的问题，关键是看中菲之间是否已经就菲方申请仲裁事项迅速进行了交换意见，是否就努力解决菲方申请仲裁事项达成和平解决协议迅速进行了交换意见。对于《立场文件》的法律效果问题，中国应当引起足够的重视，因为司法实践上仲裁法庭已有先例，将一国不接受仲裁法庭管辖的照会作为初步反对中的管辖权异议加以处理，且驳回了该国在照会中否定管辖权的坚定立场。

总之，中菲南海争端是当前中国所面临的重大棘手国际政治与法律问题之一，正在考验着中国的国际政治智慧和不接受国际司法机构强制性管辖的长期传统与一贯立场。妥善处理此问题对中国当下与将来都具有现实而深远的影响，中国应当做出充分而扎实的战略与法律准备。

On Jurisdiction and Admissibility in the South China Sea Arbitration

Ma Weiyang*

(School of Liberal Arts and Law of Polytechnic University

Jiaozuo C., Henan P. 454003)

Abstract: The Philippines' South China Sea Arbitration Case against China is one of the significant thorny international legal issues facing China. The first matters are the

* Associate professor of Henan Polytechnic University, S.J.D of China University of Political Science and Law.

jurisdiction and admissibility of the South China sea dispute before PH-CN Arbitral Tribunal. In terms of the developing trend of international judicial practice, the Arbitral Tribunal should differentiate between jurisdiction and admissibility. The issue of jurisdiction is to decide, from the static perspective, what disputes international judiciary organizations have jurisdiction over, so it mainly solves the question of whether the jurisdiction exists. Whereas, the issue of admissibility is to decide, from the dynamic perspective, whether an international judiciary organization can exercise jurisdiction over a specific dispute, over which the organization already has jurisdiction, so it mainly solve the question of how to exercise jurisdiction. Seeing from the relevant provisions of United Nations Convention on the Law of the Sea and the international judicial practice, the three *ratione temporis*, *ratione personae*, *ratione materiae* conditions should be met for an arbitral tribunal to acquire jurisdiction, whereas, the following factors should be taken into consideration for an arbitral tribunal to admit an arbitration application or to exercise jurisdiction: an agreement on peaceful settlement of disputes exists or not; views have been expeditiously exchanged or not; local remedies have been exhausted or not. From the essence of Philippines' application for arbitration, the Arbitral Tribunal has no jurisdiction over the matters for arbitration applied by Philippines. However, from the international judicial cases, it is very likely that the arbitral tribunal will have jurisdiction over one or more of the matters. From the application for arbitration initiated by Philippines and China's position paper, whether the application for arbitration can be accepted or whether the arbitral tribunal can exercise jurisdiction still demands specific analysis and demands Philippines submit further evidence. China should keep high vigilance against and be fully prepared for the possibility that the arbitral tribunal may take The Position Paper released by China on December 7, 2014 as challenge to jurisdiction in preliminary proceedings to deal with.

Key Words: the South China Sea Arbitration between China and Philippines; jurisdiction; admissibility

马伟阳简介与联系方式

马伟阳，男，河南理工大学副教授，中国政法大学法学硕士与博士，研究领域为国际法。出版国际法著作 2 部，发表国际法论文 9 篇，翻译俄罗斯法律 2 部，参与省部级国际法项目 2 项，获得省厅级以上奖励 4 项。

联系方式

通讯地址：河南省焦作市高新区世纪大道 2001 号（454003）

单位：河南理工大学文法学院

电话：0391-3987005；18539159005；13811687832

邮箱：mwy@hpu.edu.cn;mwy1212@sina.com

中菲南海仲裁的可行性探讨

吕 琪

【摘要】菲律宾漠视中菲之间就通过对话和谈判和平解决南海相关争端的双边协议，无视《南海各方行为宣言》在南海问题上达成的共识，单方面将中菲南海争端提交国际仲裁，通过诉求上的精心设计试图利用《联合国海洋法公约》强制争端解决机制将中国强行纳入仲裁程序之中。虽然菲律宾所提仲裁缺乏充分的条件和依据，但其举动并不一定具有非法性，仲裁庭对管辖权的裁定权使仲裁程序的后续发展处于一种不确定的状态，但一旦仲裁庭肯定了对本案的管辖权，即使中国一再声称不接受仲裁也不会影响到仲裁程序的进行以及仲裁裁决的有效性。因此，对待仲裁庭的后续程序，中国应当做出何种回应，是值得评估的一个问题。
【关键词】中菲仲裁；南海争端；强制争端解决机制

2013 年 1 月，菲律宾依据 1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）第 287 条和附件 7 将中菲南海争端提交国际仲裁，4 月 25 日指定仲裁员组成了仲裁庭。中国一直坚定地表示反对仲裁的态度，因此也没有按照仲裁庭的要求提交所谓的答辩状，并于 2014 年 12 月 7 日发布的《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，重申了“不接受、不参与菲律宾单方面提起的仲裁”的立场。仲裁庭对于中国提出反对仲裁的意见目前态度尚不明朗，但从 2014 年 12 月 17 日公布的第三号程序令要求菲律宾对实体问题提交进一步书面论证来看，仲裁庭裁定具有管辖权的可能性也是存在的。此外，越南针对中菲仲裁案也向仲裁庭提交了声明文件，使中菲南海仲裁的情势更加复杂。由此，引发一个思考，在解决中菲南海争端解决上是否存有其他的选择，仲裁是否具有可行性。本文试图回答这个问题。

一、《海洋法公约》的强制争端解决机制的适用

（一）强制争端解决机制的适用条件

《海洋法公约》第十五部分设立了公约的争端解决机制，其中第二节规定了导致有拘束力裁判的强制程序。公约第 286 条规定：“在第三节的限制下，有关本公约的解释或适用的任何争端，如已诉诸第一节而仍未得到解决，经争端任何一方请求，应提交根据本节具有管辖权的法院或法庭。”根据此条规定，《海洋法公约》所设置的强制争端解决机制在适用上应当满足两个条件，一是争端的内容属于公约的解释或适用的相关争端，第 288 条进一步拓展至按照与本公约（《海洋法公约》）的目的有关的国际协议的解释或适用的争端；二是在启动强制争端解决程序的前提是经过争端各方自行选择的和平方法仍无法解决争端。

什么样的争端属于公约的解释和适用的争端在公约本身并没有做出界定，而用语本身也具有一定的模糊性，对于某一个争端是否属于公约的解释或适用争端，甚至对是否属于公约的解释或适用争端本身这个问题能否归于公约争端解决机制的适用范畴，在理解上都存在着弹性。由于这个问题涉及到法院或法庭的管辖权问题，而根据公约地 288 条的规定，由管辖权引发的争端由法院或法庭以裁定解决，这意味着法院或法庭在解释方式上的宽严不同可能会导致同一个案件的不同结论，从而影响到争端所适用的解决方式上的差异。以中菲南海仲裁为例，中菲南海争端本质上是岛屿主权与海洋划界的争端，《海洋法公约》在序言中明确表示公约不影响主权，那么有关主权的争端显然不属于公约的解释和适用的问题，无论是否属于中国排除管辖的保留声明事项，仲裁庭都不应当启动强制仲裁程序，但菲律宾在诉求的表述上进行了“包装”，绕开了主权归属等问题，混淆了争端的性质，导致目前对仲裁庭的判断处于不确定的状态。

强制争端解决程序的产生是现代国际法发展的结果，现实社会中，各国主权平等仍然是国际法最重要的基本原则，任何国家都不能把自己的意志强加于他国，不存在超越主权国家的“世界政府”或“世界法院”。[1]国际司法程序或仲裁程序一般都是在争端各方根据各自的意志达成协议的条件下，才得以成为争端解决方式，因此无论是国际法院还是仲裁法庭，对国家间争端的管辖都是建立在争端各方自愿的基础之上的。即使是属于国际法院任意强制管辖范畴内的争端，也须以当事国事先声明接受管辖为前提，且允许做出保留。《海洋法公约》所设置的强制争端解决机制虽然对当事国的国家意志作出了一定的限制，即能够根据争端

[1] 吴慧：论《联合国海洋法公约》中强制解决争端程序的强制特性.法商研究，1995（1）：55

任何一方的单方面请求而开始程序，但由于受到第一节的一般规定的限制，一方面与武力等强制性手段不同，《海洋法公约》下的强制性争端解决机制仍然是在和平方法解决国际争端的大前提之下发挥作用的；另一方面，强制性争端解决机制在开始之前必须满足一定的前置性要求，可能会因争端当事国的选择而被排除适用，即国家意志在强制性争端解决程序中仍然发挥着重要的影响。

《海洋法公约》第 286 条规定了强制争端解决程序应在争端“诉诸第一节而仍未得到解决”的情况下适用，第一节的争端解决程序指的是基于争端当事方意志选择的和平争端解决方式。只有在协议的争端解决方式未能解决争端，且未排除其他争端解决程序的适用时，强制争端解决程序才能够得以适用，因此争端解决机制的强制管辖权具有一种补充性质，目的在于提供和平解决海洋争端的最后方式。[1]同时，《海洋法公约》规定了缔约国在争端发生后应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端交换意见的义务，亦即在提交强制争端解决程序之前，必须保证争端各方已经就争端解决进行了充分的沟通和意见交换。从公约规定的表述上看，公约保障且鼓励争端各方通过谈判、协商等手段自行解决争端。

（二）强制争端解决机制适用的限制

强制争端解决机制的强制性是争端当事国解决争端的有力保障，但是强制争端解决程序在适用上也受到一定的限制，包括受案范围的限制以及声明保留的限制，对强制争端解决程序的限制主要是对国家主权的充分考虑。

强制争端解决机制适用于有关公约的解释或适用的争端，这将争端解决机制的受案范围限制在了法律争端的范畴内，对于涉及国家主权和管辖权的政治争端，并不属于强制争端解决机制的强制管辖范围。《海洋法公约》第 297 条详细规定了适用强制争端解决程序的限制：第 1 款是行使主权权利或管辖权而发生的对公约解释或适用的争端，针对这类争端列举了三种适用强制争端解决程序的情形，应理解为这三种情形之外的与行使主权权利或管辖权有关的争端并不受强制程序的管辖；第 2、3 款分别是海洋科学研究和渔业的规定在解释或适用上的争端，此类争端原则上都适用强制争端解决程序，在特定情形下受到限制，限制条件基本上与沿海国的主权权利存在一定的关联性。

[1] Bernard H. Oxman，“Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction”，The American Journal of International Law，Vol. 95，No. 2， 2001，p.310.

《海洋法公约》第 298 条规定了适用强制争端解决程序的任择性例外，允许缔约国以声明的方式对特定的争端排除公约争端解决机制的适用。任择性例外声明是保留的一种形式，它既是条约条款，也是主权国家的单方声明。允许条约义务在有限范围内的不适用，是“有约必守”原则的例外。[1]作出任择性例外声明的缔约国在排除的争端范围内无权提起强制争端解决程序，也不受到强制争端解决程序的管辖。允许做出任择性例外声明的争端包括：其一，海洋划界或涉及历史星海湾或所有权的争端，以及涉及同时审议岛屿陆地领土的主权或相关权利的争端；其二，军事活动，以及涉及海洋科学研究和渔业的法律执行活动的争端；其三，正由联合国安理会行使职务的争端。海洋争端具有复杂性，尤其是涉及到主权和主权权利的争端，因此如何解释任择性例外声明将会直接影响到强制争端解决程序的适用。

二、有关中菲南海仲裁的现实考量

（一）和平谈判解决中菲南海问题的局限性

中国始终坚持相关国家通过和平谈判的方式解决南海争端，这是由于关于岛屿归属和海洋划界涉及国家主权，中国没有任何理由将主权交由任何第三方作出处置，这也是大多数国家所采取的共同的态度。然而，自 20 世纪 70 年代起，菲律宾开始以法令和法案的形式，将南沙的大部分岛礁划归为领土范围，并且派出军队实际占据岛礁，甚至破坏中国在部分岛礁上的主权标志。中国在主权上的态度一直是坚定的，不可能无原则地让步，菲律宾也不会轻易放弃对南沙的主权宣称，在这样的前提下，政治谈判的局限性显露无疑：一方面谈判的过程将消耗大量时间，而双方依旧很难达成共识；另一方面菲律宾方面认为与中国继续南海问题的双边会谈已经不可能，[2]谈判失去了关键的基础。考虑仲裁途径解决南海争端，不仅仅是出于菲律宾已经提起仲裁程序的现实考量，事实上中国并没有义务

[1] 贺赞:《海洋法公约》 强制程序任择性例外声明的解释问题——以中菲南海争端为例.武汉大学学报，2014（7）：58

[2] Response of the DFA Spokesperson to the Recent Statement of the Chinese Ministry of Foreign Affairs on the West Philippine Sea Issue，https://www.dfa.gov.ph/index.php/2013-06-27-21-50-36/dfa-releases/332-response-of-the-dfa-spokesperson-to-the-recent-statement-of-the-chinese-ministry-of-foreign-affairs-on-the-west-philippine-sea-issue，访问日期：2015 年 4 月 20 日。

在这个问题上配合菲律宾，但是南海的资源开发与通行安全直接影响到中国的国家利益，且这种影响力无疑会随着中国经济社会发展而进一步增强，因而效率也是解决争端所必须考虑的重要因素之一，在尽量避免采取武力行为的前提下，仲裁无疑提供了一条较为迅速的解决路径。

此外，与中国存在海洋争端的国家并不仅限于菲律宾，也不局限于南海海域，菲律宾虽然是第一个将争端提交国际仲裁的国家，但一定不会是最后一个。近年来东南亚部分国家已经在南海问题上转变态度，开始积极寻求国际仲裁或司法程序的介入，如印度尼西亚和马来西亚于 2002 年将利吉丹岛和西巴丹岛的主权争端提交国际法院，[1]马来西亚和新加坡也就白礁等三个岛礁的主权争端于 2008 年获得了判决，[2]孟加拉、缅甸则在 2011 年通过国际海洋法法庭解决了孟加拉湾划界的问题。[3]可以预见国际仲裁或司法程序作为国际争端解决方式将发挥更加积极和广泛的作用，随着南海问题不断升级，东海的岛屿争端也久持不下，不排除将来有关争端再次被提交仲裁庭或法庭的可能性，对中国而言，除了需要加深对国际仲裁的理论研究，实践研究也是有必要的。

（二）中菲南海争端的管辖权问题

如前所述，《海洋法公约》的强制争端解决机制在受案范围和声明保留上受到一定的限制，因此仲裁庭对中菲南海争端行使强制管辖权必须满足一定的适用条件，且不存在排除管辖权的情形。中国主张仲裁庭对中菲南海争端不存在管辖权主要是从三个角度进行论证，即其一，菲律宾提请仲裁事项的实质是南海部分岛礁的领土主权问题，不涉及《公约》的解释或适用；其二，即使菲律宾提出的仲裁事项涉及有关《公约》解释或适用的问题，也构成海域划界不可分割的组成部分，已被中国 2006 年声明所排除，不得提交仲裁；其三，通过谈判方式解决在南海的争端是中菲两国之间的协议，菲律宾无权单方面提起强制仲裁。[4]

首先，中国一再强调“中国与菲律宾在南海的有关争端的根源和核心是菲方

---

[1] 国际法院判决、咨询意见和命令摘要（1997-2002），第 280 页。

[2] PCA：http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1288，访问日期：2015 年 4 月 23 日。

[3] ITOLS：http://www.itlos.org/index.php?id=108&L=0%252520and%2525207%25253D2，访问日期：2015 年 4 月 23 日。

[4] 中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1217143.shtml，访问日期：2015 年 4 月 20 日。

非法侵占中国南沙群岛部分岛礁引发的领土主权争议”，[1]“实质是南海部分岛礁的领土主权问题，超出《公约》的调整范围，不涉及《公约》的解释或适用”。[2]然而，前文已论述《海洋法公约》所规定的受案范围即“公约的解释或适用相关的争端”是一个暧昧且宽泛的概念，南海问题具有一定的复杂性，其中杂糅了各种性质的争端，在菲律宾的精心包裹之下，仲裁庭可能因其中一项或两项诉求涉及到公约的解释或适用而裁定具有管辖权。

其次，在管辖权问题上的另一个论证观点为，即使菲律宾所提诉求属于仲裁庭的受案范围，中国提出中菲南海争端为中国 2006 年所作出的任择性例外声明所排除，仲裁庭不具备管辖权。此处需要解决一个对保留声明的解释问题，这个问题在《海洋法公约》中并没有规定，故而会对仲裁庭的管辖权裁定作出一定的影响。国际海洋法法庭和常设仲裁法院处理的《海洋法公约》相关的案件中，都未对任择性例外声明的解释规则作出说明，常设仲裁法院在审理荷兰诉俄罗斯“Arctic Sunrise”号轮案中则指出，“俄罗斯所作出的声明未精确地表述公约的语言……然而，仲裁庭认为俄罗斯作出的保留不应当宽于公约第 298 条规定的范围。”[3]因此，在对任择性例外声明的解释上应当首先考虑公约有关保留条款的规定。然而，涉及到海洋领土主权和划界的争端往往具有复杂性，从而很难将其类型化，从而确定是否属于第 298 条所规定允许保留的特定类型的争端，菲律宾在诉求上的精心设计，也是为了绕开公约的规定，试图限制性地解释第 298 条的争端类型。但很显然，菲律宾的诉求与中国根据第 298 条第 1 款所作出的任择性例外声明排除的争端类型有着密不可分的联系：请求主张中国非法占有了南海部分高潮时没入海水中的地物涉及到领土主权；请求确认中国九段线主张无效涉及历史性权利；请求主张大陆架、专属经济区的权利以划界为前提；请求认定菲律宾有权依据《公约》 规定按“群岛基线”主张领海、 专属经济区和大陆架，属于必然涉及领土主权归属的混合型争端，在国际司法实践中即使对这类争端有管辖权，也会回避领土主权的问题，但菲律宾此项诉求很难将岛礁的主权归属与“群岛基线” 的合法性的问题割裂。因此，从任择性例外声明的角度驳斥仲裁

[1] 2013 年 1 月 23 日外交部发言人洪磊主持例行记者会，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/wjdt_611265/fyrbt_611275/t1007295.shtml，访问时间：2015 年 4 月 24 日。
[2]中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1217143.shtml，访问日期：2015 年 4 月 20 日。

[3] IN THE MATTER OF THE ARCTIC SUNRISE ARBITRATION（Netherlands v. Russia），AWARD ON JURISDICTION，para 72

庭的管辖权较为有力。

再次，就中菲双方是否已充分利用协议的磋商和谈判方式仍不能解决争端的问题，在《1982 年联合国《海洋法公约》评注》中对第 281 条中有关如何决定争端“仍未得到解决”的问题指出：“如果争端另一方反对并声称仍然有机会通过所选择的程序获得解决， 案件所提交的法庭或法院必须对其管辖权的初步反对做出裁定。”亦即，双方究竟是否充分利用了协议的争端解决方式，协议的争端解决方式是否未能解决争端，这些问题仲裁庭都存在裁量权。

最后，虽然中菲之间的相关双边文件和多边文件都未明确表达出排除强制争端解决程序的适用，但在澳大利亚诉日本南方蓝鳍金枪鱼案中，仲裁庭指出缺乏明示排除任何程序的词语并不是决定性的，“明确要求有关争端必须通过谈判、协商、争端当事方接受的其他方式、仲裁或者根据争端当事方的共同协定提交国际法院这类相互同意的程序来解决”类似表述都能够构成对公约强制争端解决程序的排除适用。《南海各方行为宣言》（以下简称《宣言》）第七条明确规定“有关各方愿通过各方同意的模式，就有关问题继续进行磋商和对话，包括对遵守本宣言问题举行定期磋商，以增进睦邻友好关系和提高透明度，创造和谐、相互理解与合作，推动以和平方式解决彼此间争议”，符合南方蓝鳍金枪鱼案中仲裁庭所传达的意旨，可以视为南海周边各国在南海争端解决上排除强制争端解决程序的适用，故菲律宾单方面提出强制仲裁是不符合《宣言》所作出的承诺，也不符合强制仲裁提起的条件，仲裁庭不享有管辖权。

虽然中国具有较为充足的法律依据对中菲南海仲裁的管辖权作出辩驳，但无论中国如何反对仲裁庭的管辖权，根据《海洋法公约》的规定，仲裁庭对管辖权具有裁量权。仲裁程序不会因为被诉方对管辖权的异议或单方面不出庭而终止，争端是否属于仲裁庭的管辖范围，争端是否为被诉方的有效声明排除管辖，都应当由仲裁庭裁定。因此，即使中国提出了对仲裁程序的反对，如果仲裁庭裁定其有管辖权，那么仲裁程序将不会受到任何影响。仲裁庭目前尚未对管辖权作出裁定，却在程序令中要求菲律宾提交对实体问题的进一步论证，其中存在着不合理之处，但从中可以看出仲裁庭裁定不具备管辖权的可能性并非绝对。因此无论中国是否希望通过仲裁来解决中菲南海争端，都需要考虑仲裁庭一旦确定管辖权开始对案件进行实质审理时，应当作出何种回应，坚持反对仲裁可能带来的舆论质

疑是中国作为缔约国履行《海洋法公约》的诚意与承诺，这也是菲律宾所企图通过仲裁达到的目的之一。

（三）仲裁存在的风险与问题

中国对南海诸岛享有不容争辩的主权，不仅有历史资料予以佐证，也具备坚实的国际法基础，但是否参与仲裁则是一个政策选择的问题，必须考虑到仲裁中存在的一些不稳定因素仍然带来的风险。

第一，仲裁作为一个较为公正的争端解决程序，影响裁判结果主要是证据，受到意志因素的影响较小。但是需要注意的一个问题是，涉及主权的领土争端往往直接关系到国家的核心利益，且其中牵涉的因素非常复杂，没有国家会在没有任何依据的情况下声称领土主权，仲裁庭对岛屿归属作出裁决时的考量因素则可能具有偏向性，如在有效控制的问题上，为了维护领土划定后的稳定和发展，也为了领土归属判断的确定性，国际法院和国际仲裁庭偏向于维持现实占领控制情况，[1]这对中国而言是十分不利的。海域划界的问题上也存在同样问题，“公平原则没有规定可预期的划界规则。由于公平原则是一项处于不断发展中的划界原则，因此对于其解释难免会不尽相同。国际法院至今未给公平原则下一个完整的定义，甚至在先前的个案中对于公平原则的适用还出现过矛盾与反复。这反映了国际法院内部最初对于其所受理的一些案件是否有必要适用及如何适用公平原则存在一定的分歧。”[2]仲裁庭会如何适用公平原则对南海海域进行划分，这对中国而言至少不完全是可预期的。

第二，仲裁具有相对性。南沙群岛的主权争端并不是仅存在于中菲之间，越南、马来西亚也对南沙群岛有不同程度地权利主张，而仲裁裁决仅约束中菲，根本无法彻底解决南海问题。我国一贯的立场是和平谈判解决南海争端，目前越南已有意在中菲仲裁中参上一脚，日本也在观望态势随时可能将东海问题也诉诸相同的解决路径，在中菲争端上开了先例，很可能会使南海问题、甚至其他海域的海洋争端更多地走向国际法庭或类似争端解决机构，这并非中国所追求的结果。

第三，仲裁裁决的执行缺乏保障。虽然《海洋法公约》中规定，附件七《仲

[1] 余敏友、雷筱璐：南海诸岛争端国际仲裁的可能性——国际法分析.武汉大学学报，2011（1）：9

[2] 张卫彬：海洋划界的趋势与相关情况规则——黑海划界案对我国海域划界的启示.华东政法大学学报，2010（2）：49

裁》第也规定，但由于《海洋法公约》本身缺乏强制执行保障机制，因此对于仲裁裁决是否能够确实得到执行是未知的。一般而言，较少有国家会拒不执行国际法院的判决或国际仲裁的裁决，但这也并非绝对，在执行过程中往往还会产生一些纠纷和问题。国际司法判决或国际仲裁裁决的不执行或不完全执行有客观原因也有主观原因，客观原因主要是政治局势的不稳定，主观原因主要是对判决或裁决的质疑，如克罗地亚诉乌克兰黑海划界案，该裁决虽然得到乌克兰官方的认可但至今未能得到执行，而在非协议提交的强制仲裁案件中裁决往往更加难以得到遵守，如荷兰诉俄罗斯“Arctic Sunrise”轮临时措施案。菲律宾针对中国公布的《立场文件》，作出回应：“跟中国坐下来谈判，这是一种可能性，也可以说是必然会发生的，但是在仲裁庭做出裁决之后。如果我们的海洋权益得到澄清，那我们就有坚实的依据跟中国进行谈判，在此之前不会进行谈判。”[1]从上述发言中可以看出，如果最终仲裁裁决对其不利，其是否会予以遵守是一个值得考虑的问题。

四、中国在中菲南海争端上的政策选择

中国在中菲南海争端上有三个选择：一是继续保持现在的政策，不接受仲裁；二是参与现有菲律宾提出的仲裁，对仲裁庭的管辖权以及菲律宾诉求的可裁决性提出异议；三是积极推动仲裁程序解决中菲南海海域争议岛屿的归属以及相关海域划界。除了中国主动追求仲裁对仲裁庭管辖权予以承认，前两个选择的效果似乎要取决于仲裁庭对管辖权的裁定，如果仲裁庭裁定不具有管辖权，中菲南海争端基本会恢复到菲律宾提出仲裁之前的状态，对菲律宾而言仲裁最多只能作为其重申己方主张和反对中国主权声称的证据之一；如果仲裁庭裁定其具有管辖权，则会对菲律宾提出的诉求作出裁决，虽然菲律宾提出不要求审理有关岛屿归属和海洋划界的问题，但其诉求事实上会对这两个问题产生实质性影响，从而影响到中菲南海争端的解决。中国的政策选择看似对仲裁并无根本性影响，其实不然，对仲裁程序如何回应直接决定了中国能否处于主动的立场。

在荷兰与俄罗斯“Arctic Sunrise”号轮临时措施案中，俄罗斯提出其 1997

[1] 菲律宾外交部：不会跟中国重启南海双边谈判，http://news.stnn.cc/guoji/2014/1212/162919.shtml，访问日期：2015 年 4 月 25 日。

年声明保留排除了仲裁程序对涉案争端的管辖，且没有到庭答辩，这是国际海洋法法庭第一起当事一方未出庭的案件，但是仲裁庭最终仍然对案件作出了审理和裁决。[1]在本案的审理过程中，对俄罗斯不出庭的说明，审理法官在意见报告中说道："一方不出庭不会阻碍仲裁庭对临时措施的审理，不出庭的一方仍然是案件的当事人，需要受到裁决的约束"[2]，这意味着一旦仲裁庭裁定有管辖权，不参与仲裁会构成"对公约第十五章的违反，甚至是对国际法律关系的违背"[3]，仲裁庭认为"排除管辖权声明也无法使不出庭正当化"，[4]因此即便是不认可仲裁庭的管辖权，不出庭造成舆论影响是很不利的。该案仲裁庭还指出"由于仲裁庭只能依靠一方提供的事实和法律陈述进行审理，从公共资源领域获得的事实是远远不够的"，且仲裁庭还认为"俄罗斯的声明违背了《海洋法公约》第 310 条的规定，进而不能有效排除管辖权"，[5]这意味着仲裁庭很可能因为材料的不足而做出具有一定偏向性的裁定，反对仲裁庭管辖也应当提供尽可能有力的证据材料，这不仅是缔约国履行义务，也会为自身在仲裁中占据主动地位带来优势。

由此，可以得出一个结论：中菲南海仲裁一旦进入实质审理阶段，中国参与仲裁对中国更有利。新加坡东南亚研究院高级研究员伊恩·斯托里说，中国将面临双输局面，"如果中国无视菲律宾提交的诉状，那么这将为批评中国不遵守国际法规提供口实。如果中国决定在仲裁法庭为自己辩护，就会发现证明'九段线'及中国对线内地区'历史性权利'的主张的合法性是非常艰巨的任务，而且中国有可能输掉。"[6]中国参与仲裁将打消国际社会对中国不遵守《海洋法公约》义务的质疑，但在九段线的问题上仍需要慎重。中国并没有简单地将九段线内权利视为历史性权利，但一旦参加仲裁仲裁庭很可能要求中国是对九段线的法律地位作

---

1 The Arctic Sunrise Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)：http://www.itlos.org/index.php?id=264&L=0%252520and%2525207%25253D2，访问日期：2015 年 4 月 25 日.

2 "JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGE WOLFRUM AND JUDGE KELLY" p.1，http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22.11.2013_sep.op.Wolfrum-Kelly_orig_Eng.pdf，访问日期：2015 年 4 月 23 日。

3 "DECLARATION OF JUDGE AD HOC ANDERSON" p.1，http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22.11.2013_decl.Anderson_orig_Eng.pdf，访问日期：2015 年 4 月 23 日。

4 "JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGE WOLFRUM AND JUDGE KELLY" p.4，http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22.11.2013_sep.op.Wolfrum-Kelly_orig_Eng.pdf，访问日期：2015 年 4 月 23 日。

5 "SEPARATE OPINION OF JUDGE JESUS" p.4，http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22.11.2013_sep.op.Jesus_orig_Eng.pdf，访问日期：2015 年 4 月 25 日。

6 新报：菲律宾状告中国"暗藏玄机"，载新华网，http://news.xinhuanet.com/world/2013-02/01/c_124308479.htm，访问日期：2015 年 4 月 26 日。

出澄清，这里需要先明确两个问题：一是证据是否充分，二是能否为国际社会尤其是南海周边国家所承认。如果无法满足这两个条件，那么中菲南海仲裁并非解决九段线问题的最佳时机。因此，在中菲南海仲裁的问题上，一味回避是最不可取的，而以仲裁解决争端也面临着许多不确定的因素，不过中国应当积极回应后续的仲裁程序，将重点放在反对仲裁庭管辖权以及案件可受理性上，详细而具体地论述菲律宾主张涉及主权问题，不应受到《海洋法公约》强制仲裁程序管辖。

马里北部危机后的被害人救济问题浅议

作者：王历，中南大学法学院国际法所，副教授。高苏（Gaoussou SANOGO，马里共和国），中南大学法学院国际法所法学硕士研究生。

摘要：2012 年 3 月在马里北部开始的新一轮武装冲突造成了重大的人道主义危机。但与此前不同的是，在国际社会的压力下，马里很快组建了过渡政府，并将此次武装冲突中可能的国际刑事责任问题提交国际刑事法院调查。本文在分析 ICC 对马里情势的管辖权、及可能被追诉的罪行后，着重讨论此次危机后受害者寻求救济的可能。从过往经验看，除了通过罗马规约创设的赔偿方案，在国际刑事司法体制之外的思路——如科索沃的战后房产管理制度，及卢旺达受到官方承认的 *Gacaca* 民间法庭，也可能为马里冲突的受害者提供寻求恢复性正义（Restorative justice）的方案。毕竟，被害人救济不应仅限于刑事追责和经济赔偿；只有被害人追求公义的心理期待得到满足，和平才有可能实现。就此，人道主义危机的制度起点是"人的尊严"作为一种法的价值受损，故而其救济也从人的尊严的恢复入手。在这个意义上，联大 2005 年 12 月 16 日第 60/147 号决议提供的对救济与赔偿的阐释更符合类似于马里的人道主义危机中被害人寻求救济的需要。

关键词：国际刑事法院；马里北部危机；恢复性救济；卢旺达民间法庭

注：本文稿是文章的第一稿，尚未经过正式讨论和修改，但出于与同行交流的目的提交本次会议。对文中的错误、尤其是语言的不严谨之处，我们表示歉意。此外，马里的官方语言是法语，后者也是国际刑事法院的官方语言之一，故此案调查中产生的文件多为法语。因此，部分脚注为便于读者回查原文，保留了法语原文未作翻译。

The Republic of Mali [1] is a secular country, though Islam is the main religion (90%) while the Catholics, Protestants and animists account for about 10%.

Northern Mali was, for years, a region marked by lack of basic essential services, especially in terms of economic development and low presence of administrative structures, which led to great insecurity. The underdevelopment and the absence of the

[1] Mali is the eighth largest country in Africa, with an area of just over 1,240,000 square kilometers. The population of Mali is 14.5 million. Its capital is Bamako. Former French colony, the Sudanese Republic declared itself the independent Republic of Mali in 1960.

State and its services in the vast northern regions left a vacuum quickly filled by traffickers and armed groups. The situation made the northern region a no-go area where intervention by the Malian government had become more difficult and seemed illegitimate, belated and largely safe.

In January 2012, a new rebellion emerged under the leadership of two armed groups. Very serious clashes occurred between the armed groups [1]. Then the military coup of 22 March 2012 facilitated the advancement of the rebel; extremist armed groups succeeded in a few months to control nearly 75% of the entire Malian territory but less than 10% of the population. Thus, following the call of the government of Mali [2], French force intervened. According to Amnesty International and the International Federation of Human Rights (FIDH), the arm conflict has caused massive displacement to neighboring countries of Mali [3].

What is the responsibility under international criminal law in the Malian crisis? What solution could see them and means to compensate the victims? Thus we analyze in a first part the jurisdiction of the International Criminal Court (hereinafter “ICC”) over crimes committed in Mali (I), then the different crimes committed in Mali according to a report of the ICC (II) and finally, in part three repair options for Malian victims (III).

I - 国际刑事法院对马里情势的管辖权问题

In this part we will see successively that Mali is a member of the ICC (A) and she also referred the situation of violations of International Criminal Law to the ICC (B). The analysis of these elements allows confirming that the situation is admissible for the court (C).

A - 马里是国际刑事法院罗马规约的当事国

According to the provisions of Article 1 of the Rome Statute, ICC may exercise jurisdiction in principle if the indicted person is a national of a Member State, or if the alleged crime was committed on the territory of a Member State, or if the case is forwarded to it by the United Nations Security Council. The Court is designed to complement national justice system; it cannot exercise its jurisdiction only when national courts do not have the will or competence to try such crimes. The initiative in the investigation and trial of these crimes is therefore left to the states.

---

1 Formed by Tuareg fighters (returned from Libya heavily armed after the fall of Gaddafi), the National Liberation Movement of Azawad (MNLA) and AnsarEddin.

2 Jeuneafrique.com : *Crise malienne | Mali : après l'offensive Djihadiste, DioncoundaTraoré demande une aide militaire à la France*.

3 In the beginning of July 2012, nearly 200 000 refugees have fled to neighboring countries. It is estimated that over 90 000 persons fled from the north to join southern Mali.

Mali signed the Rome Statute on 17 July 1998 and deposited its instrument of ratification on 16 August 2000. She is a member State of the Rome Statute and is subject to its jurisdiction.

B - 马里对国际刑事法院提交了调查请求

By virtue of article 14 of the Rome Statute, the state of Mali referred the situation in Mali to the ICC about alleged crimes "since January 2012". [1] Because of the involvement of terrorism, the lack of resources logistics and finances, and the withdrawal of the judicial services of the northern cities, the country's courts were unable to conduct prosecution of crimes allegedly committed by armed groups in Mali. The ICC therefore is able to investigate alleged crimes committed later in the context of the situation in Mali [2].

C - 马里情势的可接受性分析

According to the provisions of Article 17 of the Rome Statute, the ICC must review the complementarily and gravity before engaging in a case. Under the Malian conflict, after entering the ICC 18 July 2012, the Malian justice had issued warrants against leaders of armed groups, but some months later, by way of national reconciliation, arrest warrants were abandoned[3].

According to the summary of the report of the ICC the information available provides guidance on the individuals and groups who appear to bear some responsibility in the commission of the alleged crimes. **At the time of the investigations of the Court, no national proceedings had been initiated in Mali** or in any other state against persons who appear to bear the greatest responsibility for the crimes on which the Bureau could investigate. According to information available, the allegations raised in the report appear to be serious enough to warrant that action be taken by the Court, based on an assessment of their scale, their nature, procedure and the resulting impact[4] . As a result, cases that could be incurred as a result of an investigation under this situation would be admissible as provided for in Article 53 of the Rome Statute. Finally, the ICC may exercise jurisdiction over crimes within its jurisdiction committed on Malian territory or by nationals of that country from 1 July 2002. In January 2013, the ICC opened an investigation in Mali, on the alleged crimes committed in the territory since January 2012. To date, these investigations continue, but remain at a preliminary stage. And no arrest warrant has yet been requested by the Office of the Prosecutor of the ICC.

[5]Lettre no 0076/MJ-SG du Ministère de la justice malienne à la CPI le 13 juillet 2012.
[6]CPI Mali Rapport Public, Article53_1FRA16Jan2013
[7]Jeuneafrique du 29/10/2013
[8] Rapport CPI du 16 janvier 2013, p 6.

II - 被害人依《罗马规约》寻求救济的可能

The purpose of an adequate, effective and prompt reparation is intended to promote justice by redressing gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law. In accordance with the Rome Statute, reparation must be commensurate with the severity of the violation and the harm suffered. So to better analyze the repair options for Malian victims, we begin examining, in this part, the possibility of redress through the system of ICC, before analyzing other repair experience outside the judicial system (part III).

A - 国际刑事法院报告中决定调查的罪行

According to the provisions of Article 5 of the Rome Statute, crimes within the jurisdiction of the court are: Crime of genocide, crimes against humanities, Wars Crimes and Crime of Aggression. Thus, the 16 January 2013 report of the **ICC** on the situation in Mali, crimes allegedly committed in Mali are war crimes and crimes of humanity.

1 - 战争罪

A war crime is a violation of the laws and customs of war particularly serious. It is defined by international agreements, especially in the Rome Statute (of the 59th paragraph of Article 8) governing the powers of the ICC, as serious violations of the Geneva Conventions. This includes the case of conflicts in parties voluntarily takes for non-military targets.

The Government of Mali and the International Federation for Human Rights (FIDH) stated that on 24 January 2012, members of the National Liberation Movement of l'Azawad (MNLA) and/or other armed groups attacked the military camp Aguelhok then held and executed up to 153 Malian soldiers [1]. From the information available, during the search for survivors of the attack, between 70 and 153 members[2] of the Malian armed forces were out of action because of their detention, after being captured by members of the MNLA and possibly other groups. The soldiers in question were tortured and / or executed; some were butchered, mutilated and disemboweled, while others were shot dead. According to the report as provided under article 53-1 of the ICC, the versions diverge about what happened to Aguelhok. According to the report of the ICC, it seems reasonable to believe that the murder of war crimes referred to in Article 8-2-were committed.

On May 17, 2014 during the visit of Prime Minister in Kidal, firefights erupted between the Malian army and rebels of the MNLA. Thirty officers were missing,

[9]Rapport FIDH/AMDH, « Crimes de guerre au Nord-Mali », 11 juillet 2012, p. 5
[10] Rapport CPI du 16 janvier 2013, p 21.

according to a source in the governorate of Kidal. The Ministry of Defense announced 36 people including eight soldiers. Added to 8 civil servants, two prefects and sub-prefects, four were murdered under conditions to be determined. [1]

According to the Non Governmental Organization (NGO) Human Rights Watch (HRW), eight persons accused of theft were amputated by armed groups in the north [2]. June 20, 2012, an unmarried couple received a hundred lashes inflicted by armed groups in Timbuktu [3].

According to the Malian authorities, HRW and the Federation of the man of law (FIDH), taking the major cities of northern Mali, including Gao and Timbuktu by armed groups at the end of the month March and early April 2012 was accompanied by systematic looting and destruction of banks, shops, food depots and public buildings, hospitals, schools and places of worship, antenna of international organizations and officials of homes, members of the Malian security service and some personalities from the business world[4].

Thus, there is a reasonable basis to believe that the war crimes mutilation, cruel treatment and torture under Article 8-2-were committed by armed groups in the north.

2 - 危害人类罪

A crime against humanity means a “deliberate and shameful violation of the fundamental rights of an individual or group of individuals inspired by political, philosophical, racial or religious group” [5] However, there is no generally accepted definition for crimes against humanity. This notion is a complex category of crimes punished at international and national level by a set of texts that include several offenses.

The ICC is the main permanent tribunal to punish crimes against humanity. Article 7 of the Rome Statute in details the list, even if it is not exhaustive. Thus, according to the report of the ICC for crimes against humanity allegedly committed in Mali include: murder; mutilation, cruel treatment and torture; intentionally directing attacks against protected property; the sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court; looting; and rape.

According to the Malian authorities, the crimes allegedly committed in Mali, including the cities of Gao and Timbuktu, Niafounké in villages around Dire and

[1]www.jeuneafrique.com du 19 mai 2014.
[2]HRW, « Mali : Les groupes armés islamistes sèment la peur dans le Nord », 25 septembre 2012.
[3]FIDH, « Crimes de guerre au Nord-Mali », p. 17.
[4]FIDH/AMDH, « Crimes de guerre au Nord-Mali », 11 juillet 2012, p. 16 et 17.
[5]Jean-Philippe Feldman, « Crime contre l'humanité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. Denis Alland et Stéphane Rials, éd.PUF, 2003.

Ménaka[1] over fifty rape or attempted rape have been reported during the period from March to May 2012[2].

The HRW reports have identified 18 places [3] where, according to witnesses, new recruits, including children, were trained, including on military bases and in schools.

According to the United Nations International Children Education Fund (UNICEF), as of July 6, 2012, at least 175 boys aged 12 to 18 were recruited from "armed groups" in Mali[4]. The Malian coalition of child rights organization which groups 78 Malian and international associations spoke at the beginning of August 2012 about "hundreds of children aged 9 to 17 who have joined the ranks of armed groups."

Timbuktu, including its three great mosques and cemeteries and mausoleums; 16 were listed as World Heritage by the ad hoc Committee of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) on December 23 1988. On 28 June 2012, the World Heritage Committee inscribed the city of Timbuktu and the Tomb of Askia on the List of Heritage in Danger to the UNESCO to "foster cooperation and support the sites threatened by the armed conflict affecting the region[5] . From May 4 to July 10, 2012, a series of attacks against at least nine mausoleums, two mosques and two historical monuments in the city of Timbuktu was launched by members of Ansar Dine and Al Qaeda in the Islamic Maghreb (AQIM)[6] and probably others from the ranks to the Movement for the Unity and Jihad in West Africa (MUJAO). The attack carried out by armed groups was deliberate. Other religious buildings and historical monuments (which are not listed as World Heritage by UNESCO located outside the city of Timbuktu have been destroyed. In a similar situation - the case of the Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez -, acts of this kind (deliberate destruction of buildings dedicated to religious purposes) were identified as “attack on the very religious identity of a people”, “Nearly pure expression of the concept of crimes against humanity” [7] .

Thus, we believe that there was a solid basis for the conclusion that crimes against humanity were committed in Mali.

B - 依《罗马规约》第75条和第79条的赔偿

The right to reparation for victims of gross violations of human rights is a fundamental principle recognized by international law. Any breach of international

[1]HRW, « Mali : Les rebelles du Nord perpètrent des crimes de guerre », 30 avril 2012
[2]AMDH – FIDH crime de guerre au Nord du Mali juillet 2012 p.14
[18]HRW, « Mali : Les groupes armés islamistes sèment la peur dans le Nord », 25 septembre 2012

[4]UNICEF, « Mali : La violence envers les enfants augmente », 6 juillet 2012
[5]UNESCO, « Des sites du patrimoine mondial du Mali inscrits sur la liste du patrimoine en péril », 28 juin 2012
[21]Rapport du Secrétaire général des Nations unies sur la situation au Mali, S/2012/894, 29 novembre 2012, p. 3.
[7]Affaire the Prosecutor V. Dario Kordic et Mario Cerkez (fevrier 2001, ICTY)

law contains the obligation to repair. However, according to the provisions of **Article 75,** the Court shall establish principles relating to reparations, including **restitution**, **compensation** and **rehabilitation**, to be given to victims or their dependents. On this basis, the Court may, on application of conflict victims; Malian army, or on its own motion in exceptional circumstances, determine in its decision the extent of any damage, loss or harm caused to victims or their dependents right, indicating the principles on which it bases its decision. Hence the victims of the Malian conflict now have various opportunities internationally to make their voices heard directly. Several instruments dedicated to the protection of human rights dedicate indeed the right to compensation and the right to an effective remedy for victims of Mali.

Article 75 of the Rome Status and the Rules of Procedure and Evidence trace the guidelines of the Plan of the ICC for redress. The Rules of Court and the Registry Regulations also contain certain applicable provisions.

Article 75 of the Rome Status is a true pioneer, especially in connection with the obtaining of individual reparation for victims. The Court itself may determine the extent of damage experienced by the victims of the Malian conflict which the author was convicted, and finally ordered that the victims receive compensation for the damage suffered. This will allow access to redress directly against the perpetrators of the violations committed in Mali, the latter also as a crime which can judge the ICC.

Secondly, **Article 79** may establish for its part, a fund for victims of crimes committed in Mali on which the Court has jurisdiction to allow an effective remedy, since a decision based on Article 75 was made. But this fund for victims consisting of money and personal property received by fines and confiscation orders delivered by the Court as well as voluntary contributions from States, private companies, organizations and individuals. This was the case of Ugandans and Congolese conflict, the Fund has implemented a wide range of assistance measures for victims of crimes within the jurisdiction of the ICC, including access to reproductive health services, training vocational, counseling of victims of trauma, workshops on reconciliation and restorative surgery. Its action reached 75 000 people[1] in northern Uganda and the Democratic Republic of Congo. Most of his projects involved interventions tailored to the specific situation of women and children to deal with their own vulnerabilities. But it is a bit difficult to ensure that there will be funds available at any time, considering the ever present problem of solvency convicted defendants and potential precariousness of voluntary donations, which cannot be paid because diplomatic interests, political and commercial.

There is therefore a right to individual compensation for certain victims of violations of certain norms of humanitarian law, those that fall under the jurisdiction of the

[1]Communique de presse de la CPI: 08/08/2012

ICC[1]. The time the Rome Statute expressly foresee (Article 75) the possibility for the ICC to issue judgments concerning restitution, compensation and rehabilitation of victimes of war crimes and crimes against humanity. Expect it grants rights to victims of the Malian conflict.

III - 国际刑事司法体系之外寻求救济的可能性

Apart from the repair system established by the Rome Statute, victims of war crimes have obtained reparations, in different contexts, not by the judiciary, but the administrative system or a "mob justice". Can these experiences be useful for the victims of Mali? We will subsequently review the case of the former Yugoslavia (A) and Rwanda (B) and the ability to transfer these mechanisms to the Malian case.

A - 前南的行政性质解决方案

The victims of war crimes committed during the conflicts in former Yugoslavia have earned a place in ICC, but the first steps were timid. Similarly, the first *ad hoc* criminal courts simply referred the victims to the national courts or other existing mechanisms to address their demand for compensation. Indeed, in paragraph 7 of its Resolution 827 on the establishment of the International Criminal Tribunal of Yugoslavia (ICTY), the UN Security Council “Decides [...] that the task of the Tribunal will be accomplished without prejudice to the right victims seek redress through the appropriate channels for damage resulting from violations of international humanitarian law” [2] it is to say that the Security Council recognizes that the victim violations of humanitarian law may have a right to compensation, but seems to say at the same time that it was not the responsibility of the ICTY for such requests. The victims of conflicts in the former Yugoslavia and Rwanda have had to turn to the mechanisms set up outside the framework of international criminal justice to see in what ways they could obtain some form of redress.

For example, victims of the armed conflict in Kosovo have benefited from the *Housing and Property Directorate* (HPD). In trying to reverse the destructive effect of the conflict and the legacy of discrimination, it was considered essential that a process be put in place to regularize housing rights and property in Kosovo. This call was a process based on a comprehensive legal framework consistent with international standards and principles of human rights.

On November 15, 1999, the United Nations Interim Mission in Kosovo (UNMIK)

---

[1]Voir le *Statut de Rome, supra* note 49, art. 5: crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crime d'agression.

[25]*Résolution* 827 *du* 25 *mai* 1993 *pour le jugement des personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie depuis* 1991, Rés. CS 827 (1993) Doc. Off. CS NU, 3217" sess, Doc. NU S/RES/827 (1993) *[Résolution* 827 *du* 25 *mai* 1993, *TP1YJ.*

adopted the Regulation 1999/23 establishing the Housing and Property Directorate and the Commission of Housing and Property Claims (HPCC) to regularize housing rights and property in Kosovo and to resolve disputes over residential property. The HPD and the HPCC were specifically set up to create an impartial and independent mechanism for resolving claims using local and international legal expertise.

The HPD forms a separate component within the civil administration of the UNMIK. Its Executive Director reports directly to the Special Representative of the Secretary General (SRSG) Deputy for Civil Administration. Therefore it is indeed an administrative body.

As an exception to the local courts, the HPD has exclusive jurisdiction over three categories of residential property claims; claims by people who lost property rights as a result of discrimination after March 23, 1989; claims by individuals who entered into informal property transactions that could not be recorded due to discriminatory laws, between 24 March 1989 and October 13, 1999; and claims by individuals who involuntarily lost possession of their properties after 24 March 1999. The Rules of Procedure and Evidence of the HPD and the HPCC is governed by Regulation 2000/60 of the United Nations Interm Administration mission in Kosovo (UNMIK), which entered into force on 31 October 2000. The HPD conducts legal research, prepares claims, mediation and forward claims to the HPCC for arbitration. In addition, it manages residential properties throughout Kosovo in order to meet the housing needs of displaced persons. The HPD also serves in part as the secretariat of the HPCC. To achieve and manage the workload of the The HPD had 220 employees, as well as international nationals, deployed in seven offices, sub-offices and mobile teams in Kosovo, Serbia, Montenegro and the former Yugoslav Republic of Marcedonia (FYROM). About 90% of the allocation of the The HPD was national and the international component was present to ensure program management; control of the quality background; advice; and forming a shield against external pressure.

The HPCC is the independent judicial organ of the The HPD, and has a national and two international commissioners. Decisions taken by the HPCC are final and not subject to review by any other judicial authority in Kosovo. They are implemented by management in accordance with UNMIK Regulation 2000/60.

This impartial and independent judicial body was established in 1999 to regularize property ownership rights and resolve conflicts related to residential dwellings [1]. The HPD has among other things, jurisdiction over individual claims for restitution and compensation for loss of property based on discrimination after 23 March 1989. On 25 April 2007, on 29,155 claims received, 99.95% of them were decided and 91.2%

[26] *Regulation nro*1999/23 *on the Establishment of the Housing and Property Directorate and the Housing and Property Claims Commission,* UNMIK/REG/1999/23, 15 November 1999

had been implemented [1]. However it is clear that it is not a compensation mechanism. Persons wishing to obtain compensation for loss of or damage to their property or their property therefore need to turn to the judicial system or the national executive to voice their grievances. In addition, for the victims of the conflict who did not reside in Kosovo, there is no similar mechanism at their disposal.

The example of Rwanda, with the establishment of Gacaca, illustrates another step towards the redress for victims.

B - 卢旺达的"民间正义"解决方案： Gacaca 体系

Gacaca is the name for Rwandan community court villagers, pronounced "gatchatcha". As a purely Rwandan local phenomenon, originally, Gacaca allowed settling family or neighborhood disputes. This was a village assembly chaired by former where everyone could ask for the floor.

These courts have been reactivated to accelerate the necessary trials of hundreds of thousands of people accused of involvement in the genocide of Tutsis in 1994, after waiting a decade, where genocide survivors and had to rub shoulders without justice. By the time was launched the idea of Gacaca, 130,000 prisoners languished in prison for years. It is estimated it would take 200 years to Rwandan courts for any judge [2].

These local courts (courts) composed of trial courts have rendered judgments ordering payment of a sum of money against the perpetrators of genocidal acts and crimes against humanity for the victims of these crimes, or their successors. The regulations of the Criminal Court for Rwanda goes a little further in the affirmation of the right of victims by establishing procedural rules to be followed with respect to the restitution of property illegally acquired by the accused convicted.

Note, however, that the Gacaca mostly pronounced guilty and imprisonment verdicts. On 17 July 2006, accused 7015 (6783 men and 232 women) had 118 appeared before the Gacaca courts. 5763 people were convicted, 739 were acquitted and 513 were awaiting the verdict of their trial [3]. In this, the Gacaca courts could assimilate more to a criminal court then to a civil court, but the mixed nature of the institution makes it a very special entity. As stated in the National Service of Gacaca Courts: One of the principles is to gather at the scene of crime and / or massacres, all the protagonists of the tragedy: survivors, witnesses and suspected criminals. All together they will reconstruct the events of the genocide, to demonstrate the preparation and execution of the genocide, to identify the perpetrators, and accomplices of genocide, and

[27]http://www.hpdkosovo.org

[28] Phil Clark, *The Gacaca courts, post-genocide justice and reconciliation in Rwanda : justice without lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2010,

[3]« Rwanda: 5 763 personnes condamnées par les tribunaux gacacas» *AFP*(17 juillet 2006), en ligne: Le pOliail web du Congo Brazzaville <http://www.congopage.comlaI1icle.php3?id article=3821>

establish individual responsibility. The Gacaca courts are also based on the principle of confession, guilty plea, repentance and apologies from the defendants and the forgiveness offered by the survivors, which constitute a step towards reconciliation [1].

In listing the objectives of the Gacaca, repair is not specifically mentioned, the primary emphasis on reconciliation and an end to impunity [2]. The introduction of a "Compensation Fund" by a specific law is not yet, as far as we know, a reality [3]. The insolvency of the accused remains a major problem, since the judgments are mostly unenforceable time [4]. In addition to this major problem, the study is not the responsibility of this section and despite some criticisms that have been made with regard to their ability to make a reconciliatory justice to the Rwandan people the emergence of this type of domestic courts About illustrates the fundamental has held the *Victims Rights Working Group,* on the occasion of the Rome conference: "there can be no justice without justice for victims" [5] .

If an ad hoc tribunal had been set up in Mali, it may well be inspired by the Rwandan model (Gacaca) to provide reparations to the victims, according to the resolution 60-147 of the basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international law of human rights and serious violations of international humanitarian law [6]. However, it should be provided to victims of violations in Mali, as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, full and effective reparation, as laid out in principles 19-23 in particular in the following forms: restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition.

But also through the Justice and Reconciliation Commission in Mali, this commission could be focused on the need to achieve reconciliation and justice in Mali, to eradicate forever the culture of impunity and to adopt provisions to ensure the prosecution and trial of the perpetrators and accomplices without only aiming for simple punishment, but also the rehabilitation of the north made decaying by the armed groups, it is important to provide for penalties allowing convicted of amend and facilitating their integration into society without obstructing the normal life of the population.

---

1 Service de juridictions nationales Gacaca www.inkiko-gacaca.gov.rw

2Les 5 objectifs sont les suivants, selon le Service des juridictions *Gacaca:* 1) Faire connaître la vérité sur ce qui s'est passé 2) Accélérer le jugement des personnes accusées du génocide 3) Éradiquer la culture de l'impunité 4) Réconcilier les Rwandais et renforcer leur unité et 5) Faire preuve de la capacité de la société rwandaise à régler ses propres problèmes à travers une justice basée sur la coutume rwandaise, en ligne: Service de juridictions nationales Gacaca<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/Fr/Objectifhtm>

3 la *Loi organique na 08/96 du* 30 *août* 1996 *sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité commises à partir du* 1*el' octobre 1990,* Journal officiel de la République Rwandaise, *na* 17, 1 septembre 1996,

4 Human Rights Watch, « Toujours en lutte: la justice, un parcours semé d'obstacles pour les victimes de viol au Rwanda », Vol. 16, *na* 1O(A) septembre 2004, Section VI, aux pp. 57 et s.

5Fiona Mc Kay, Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an ICC, 16 juin 1998, en ligne: Nations Unies, CPI <http://www.un.org/icc!speeches/616mck.htm>

6Fiona Mc Kay, Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an ICC, 16 juin 1998, en ligne: Nations Unies, CPI <http://www.un.org/icc!speeches/616mck.htm>

Moreover the government could institute a basic law "to confess, plead guilty, exercise and repentance", which, when accepted to convert half of the sentence in work of general interest. As for offenses against property only can a Civil Service

However, the classical conception of international responsibility does not allow an ICC for itself compensation for victims like the civil courts. In this event, only national courts could decide for compensation.

结论：

南非前总统曼德拉曾说：我期望见到一个与自己和解的非洲（“I dream of an Africa which is in peace with itself”）。被害人救济的“恢复性正义”思路，追求的正式这种被害人的内心接受其遭遇的和解（reconciliation），而不仅仅是经济上的补偿；非此，非洲的和平恐怕将很难企及。

In the light of all the above, it appears that it is difficult to establish an individual right to compensation. This right exists, but in a fragmented and piecemeal. Christian Tomuschat comment, in a recent publication about the situation in Darfur, that it is impossible to transpose the principles for the State's responsibility as it was developed in the area of the responsibility of a private person[1] . It is true that financial compensation does nothing if the risk of resumption of hostilities and continued violations persist in the minds of the population; sometimes, collective compensatory arrangements are a better solution. However, the individual right of the victims to seek redress should continue to be defended. This is where the complementarily of mechanisms available to the victim takes all its force.

The assessment of that question of individual compensation to compensate those who have suffered the war should not be at the quantitative level. Even if only a small number of people succeed in crossing obstacles and obtaining justice, this is a great victory in itself. If several paths, some more tortuous than others, leading to repair and justice, we should consider them. The human suffering needs forgiveness to be appeased, thus it should never be denied any access for him to ask the restorative justice. It is then to him to see if he wants to exercise that right, which is inherent to human dignity.

[1]Christian Tomuschat, « Darfur -Compensation for the Victims» (2005) 3 lrCl 579 à la p. 584

REFERENCES :

1. Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la situation des droits de
2. l'homme au Mali le 7 janvier (2012).
3. Rapport de AMDH-FIDH / Crimes de guerre au Nord-Mali juiilet (2012).
4. Nowrojeel, Binaifer,(2005). "*Your Justice is Too Slow"-Will the ICTR Fail Rwanda's Rape Victims?* Occasional Paper 10, United Nations Research Institute for Social Development .
5. D'Argent, Pierre(2003). *Des règlements collectifs aux. règlements individuels (collectivisés)? -la question des réparations en cas de violations massives des droits de l'homme* .
6. Dozler, Rudolf(2002). *The Settlement of War-Related Claims:Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons After 1945.* 20 Berkley J. Int'I L. 296.
7. Llewellyn, Jennifer(2001). *Just Amnesty and Private International Law.*
8. Abellan, Homubia V(1999). *La responsabilité internationale de l'individu* , 280 R.C.A.D.1.243.
9. Murphy, John F(1999). *Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Crirninal Prosecution.* 12 Harv. Hum. Rts. J. 1
10. Kleffner, Jann K. E*stablishing an Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law,* Universiteit van Amsterdam, Faculty of Law, Amsterdam International Law Clinic.

毛里求斯仲裁案与南海仲裁案管辖权之比较研究

李博伟

摘要：2015 年 3 月 18 日毛里求斯诉英国海洋保护区案的仲裁裁决公布，至此历时四年多的毛里求斯针对英国在查戈斯群岛周围建立海洋保护区向联合国海洋法公约下附件七仲裁庭提起强制程序全部进行完毕。从裁决结果来看，仲裁庭主要针对毛里求斯的请求的管辖权问题进行了详细、合理、有说服力的阐述。同目前正在进行的菲中南海仲裁案相比较来看，两个案件之间有诸多相似之处。而且最为关键的是中国虽然不接受、不参与附件七仲裁庭的法庭程序，但是中国的立场与毛里求斯仲裁案中英方立场十分近似，都是对仲裁庭管辖权提出强烈反对。因此，本文旨在通过对两个案件的相同和不同两个方面的比较，同时对附件七仲裁庭关于第一和第二个仲裁意见分析来研究仲裁庭的裁判思路及对中国的实践意义。

关键词： 毛里求斯仲裁案　菲中南海仲裁案　管辖权

一、毛里求斯仲裁案与菲中南海仲裁案异同点比较

2010 年 4 月 1 日英国宣布在查戈斯群岛周围建立海洋保护区，海洋保护区从查戈斯群岛的领海基线起算延伸 200 海里，占超过 50 万平方千米。毛里求斯认为英国没有权利在查戈斯群岛周围建立海洋保护区，因为其不是 1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称“公约”）第 2 条、第 55 条、第 56 条、第 76 条意义下相对查戈斯群岛而言的沿海国，即毛里求斯的第一项意见。同时毛里求斯的第二项意见是认为毛里求斯自身是公约意义下的沿海国，因此只有毛里求斯才有权利在查戈斯群岛周围建立海洋保护区。并且毛里求斯认为海洋保护区与公约确立的权利义务相违背，包括毛里求斯在查戈斯群岛及其周边水域的捕鱼权等，此为其第四项意见。在毛里求斯最后提出的第三项意见中，其认为毛里求斯有权根据公约第 76(8)条请求大陆架界限委员会就查戈斯群岛 200 海里外大陆架提出建议，英国不得干涉。[1]

中国人民大学法学院研究生、中国南海研究协同创新中心

[1] Award in the matter of the Chagos Marine Protected Area arbitration, 2015 年 3 月 18 日, Pp1-2

菲中南海仲争端最早起源于20世纪70年代非法侵占中国南沙群岛的马欢岛、费信岛、中业岛、南钥岛、北子岛、西月岛、双黄沙洲和司令礁等岛礁；非法将中国南沙群岛部分岛礁宣布为所谓“卡拉延岛群”，对上述岛礁及其周边大范围海域提出主权主张；并对中国中沙群岛的黄岩岛提出非法领土要求。菲律宾还在有关岛礁及其附近海域非法从事资源开发等活动。[1]在争端产生后中菲双方也曾积极寻求和平方式解决争端，并且签订了一系列关于南海争端解决的协议。然而伴随着菲律宾的内政、外交政策发生变化，菲律宾对待南海争端的态度越来越趋于极端化。其不仅在具体措施上屡次侵犯中国合法海洋权利，而且还违背双方签订的友好合作协议，违反《联合国海洋法公约》关于附件七仲裁庭管辖权的要求一手制造了菲中南海仲裁案。

（一）两案共同点

第一、两案同属《联合国海洋法公约》下附件七仲裁庭的强制争端解决程序

附件七仲裁庭是1982年公约下第十五部分规定的导致有拘束力裁判的强制程序之一。区别于其他的强制程序的是附件七仲裁庭在国际海洋法争端解决中发挥着确保争端得以解决的作用。根据公约第287条（1）、（3）、（5）款可知在“缔约国如为有效声明所未包括的争端的一方”和“争端各方未接受同一程序以解决这项争端”[2]的情况下，附件七仲裁庭就开始发挥作用。因此，不管是毛里求斯还是菲律宾启动附件七仲裁庭的强制争端解决程序都不需要经过相对方的同意。从积极的方面来看，这样的安排促进了任何海洋法争端尤其是在陷入僵局的情况下都能获得强制程序的救济从而得以解决。然而从消极的方面来看，这样的安排却实质上为有关国家通过美化、包装争端性质来达到自身非法目的，谋取非法利益提供了可能。

第二、两案均是涉及到岛礁主权问题的复杂性案件

在毛里求斯仲裁案中，主要引发争端的事项是英国建立海洋保护区的行为，而该行为的合法基础即对查戈斯群岛的主权享有。无论是毛里求斯主张的英国是否是沿海国，是否有权建立海洋保护区，或者毛里求斯是否是沿海国，其都不可避免的要对查戈斯群岛主权归属的判断。然而具体在查戈斯群岛主权问题上双方各执一词，互不认同。毛里求斯根据人民自决权和持续不断地对查戈斯群岛主张主权，并且国际社会大多认为其对该群岛享有主权而认为查戈斯群岛是毛里求斯的一部分，[3]即其对查戈斯群岛享有国际法意义上的主权。但是英国却主张其自1814年起查戈斯群岛享有并持续行使主权了。由此可见，毛里求斯仲裁案与查戈斯群岛主权归属问题密不可分。

同样，在菲中南海仲裁案中菲方主张：（１）“九段线”的无效性；（２）“中国非法占领”菲律宾大陆架上的水下地形特征——美济礁、西门礁、南薰礁和渚碧礁——及停止“占领”行为；（３）黄岩岛是岩礁而非岛屿，中国不得阻止菲

[1] 《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，中华人民共和国外交部网站，2014年12月8日

[2] 傅崐成编校：《海洋法相关公约及中英文索引》，2005年，第104页

[3] Memorial of the republic of Mauritius， 2012年8月1日，Pp104-115

律宾船舶利用黄岩岛周围水域的生物资源；中国“非法主张”和“非法利用”菲律宾专属经济区内和大陆架上的生物和非生物资源，（４）中国“非法干涉”菲方在其群岛基线２００海里内外的航行权利及停止这些“非法活动”。[1]中国在南海所采取的行为及措施（诸如：控制美济礁、西门礁、南薰礁和渚碧礁，利用黄岩岛周围区域生物资源和非生物资源等）完全是基于中国对南海诸岛享有主权而自然享有的当然权利，显然也是与岛礁主权紧密联系的。

第三、两案中提起仲裁方均认为是海洋权利下公约的解释和适用方面的争端

在毛里求斯仲裁案的请求中毛里求斯使用的措辞是诸如有权（比如“compatible”、“competent”、“entitled”）这类不直指主权问题，只提及基本海洋权利的中性词语。同样在菲中南海仲裁案中菲律宾的请求也几乎如出一辙地巧妙躲避开了主权这个敏感又致命的话题，仅仅表示其是在维护自身的正当海洋权利。如此一来，通过对海洋权利的要求进而就自然而然地使争端的性质表面上看起来只是牵涉到对公约的解释和适用问题。然而两案中的提起仲裁方的该行为并非巧合，实乃为了使争端符合仲裁庭管辖权而故意为之。因为根据公约第 288 条法院或法庭对于“与有关公约的解释或适用”、“与本公约目的有关的国际协议向其提出的有关该协议的解释或适用”[2]的任何争端具有管辖权。也就是说仲裁庭的管辖权是有范围限制的，联系公约第三节“适用第二节的限制和例外”，显然如果争端的性质被认定为主权争端，那么对提起仲裁方是有害无利的。

第四、两案中被诉方均对附件七仲裁庭的管辖权存在强烈反对

在任何案件中管辖权问题不仅是前置问题，而且还是制约案件裁决方向的关键性问题。英国指出毛里求斯仲裁案是毛里求斯按照公约人为制造且毫无根据的争端，其目的就是使仲裁庭管辖权实质上囊括查戈斯群岛主权问题。同样虽然中国表示“不接受”“不参与”附件七仲裁庭管辖，但是在其发布的《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》中逻辑严密地就其管辖权问题提出了反对。

第五、两案都是国际小国诉国际大国，有利用仲裁的噱头博取国际舆论之嫌

通过以上对两案中双方立场、观点的分析，以及对附件七仲裁庭仲裁员资质的确信，如果认定两案中的毛里求斯和菲律宾不清楚其主张与仲裁庭管辖权不相符实在难以置信。然而在法律和事实对毛里求斯和菲律宾都并没有优势的情况下二者仍坚持提起附件七仲裁并不是出于心血来潮的冲动，而是很有可能有着投石问路的目的。从国际政治的角度来看，英国和中国虽然都在国际社会的方方面面发挥着巨大作用，但是也都是国际矛盾和国内矛盾、传统问题和非传统问题并行。比如“传统问题和非传统问题的叠加，中国不但面临两岸统一、领土和海洋争夺等传统主权问题，同时还面临着非传统安全问题激增甚至向中国聚焦的压力”[3]，英国也是如此。因此，毛里求斯、菲律宾将其国际海洋法争端提交仲裁庭裁决既给被诉方施加了矛盾恶化的压力，又利用其岛国、小国的地位从国际舆论上向广

[1] Notification and Statement of Claim on West Philippines Sea，2013 年 7 月 10 日，Pp17－19
[2]傅崐成编校：《海洋法相关公约及中英文索引》，2005 年，第 104 页
[3] 陈东晓：当前国际局势特点及中国外部环境的新挑战，《国际展望》，2011 年第 1 期

大非专业人士抹黑、绑架被诉方国际形象，造成内忧外困的局势。

（二）两案不同点

两案虽然存在以上种种相同和相似点，但是事实上两案还存在一些不同点，因此在分析研究时也要对这些变量加以考虑。

第一、两案中被诉方是否参与附件七仲裁庭上存在不同

从毛里求斯仲裁案的时间进程来看，英国从得知争端被提交至附件七仲裁庭之后就着手积极应诉，派遣本国代表，指定仲裁员以促进仲裁庭组成，提交本国意见和证据，在仲裁庭的每一个阶段都据理力争，力求争取最大利益。比较而言之，中国在对待附件七仲裁庭采取完全不同于英国的做法，即“不接受”与“不参与”。虽然如此中国也在寻求通过非正式合作的方式来表达对仲裁庭管辖权的异议以维护本国权益。

第二、菲中南海仲裁案是岛礁主权与海洋划界相复合的更为复杂的案件

从争端性质来看，毛里求斯仲裁案的性质更为单一、明确，即是以海洋保护区所引起的由查戈斯群岛主权为中心所辐射出来的建立海洋保护区权利的归属，在查戈斯群岛周边海域的生物资源和非生物资源的利用权利的分享问题。从另一个角度来看即毛里求斯仲裁案至多只是毛里求斯和英国间的权利归属的争端，不涉及任何海洋划界问题。

然而菲中南海仲裁案的复杂性远胜毛里求斯仲裁案。因为从菲律宾的主张来看，该争端不仅涉及到相关岛礁的主权归属而且还牵涉中国与菲律宾在南海海洋权利重叠区域的划界问题，即“仲裁庭对菲律宾提出的任何仲裁请求作出判定，都将不可避免地直接或间接对本案涉及的相关岛礁以及其他南海岛礁的主权归属进行判定，都将不可避免地产生实际上海域划界的效果。”[1]

第三、毛里求斯诉英国案中英国有建立海洋保护区的进一步行为，而菲中南海仲裁案中中国仅仅是在自身权利范围内行为

从争端的诱因来看，两案存在很大不同。毛里求斯仲裁案下虽然从历史来看毛里求斯一直以来对英国将查戈斯群岛从其分离心存不满，但是对查戈斯群岛主权归属暂且不论，几十年来两国间的矛盾并不明显，没有上升到争端的程度。之所以毛里求斯将英国告上附件七仲裁庭最主要的诱因就是英国建立了在公约中没有法律依据的海洋保护区。英国所要建立的海洋保护区是将查戈斯群岛周围的200海里渔区、领海、内水、200海里专属经济区来共同圈起来的一个禁止商业性捕鱼的区域。[2]建立海洋保护区这一行为触及的利益方不仅仅是对查戈斯群岛进行实际控制的英国本身，而且还包括尤其是毛里求斯这样在查戈斯群岛水域的生物资源（主要是捕鱼权）和非生物资源的利用。

然而菲中南海仲裁案下，中国控制南海岛礁，拒绝菲律宾船舶利用黄岩岛周围水域的生物资源等行为完全是基于公约而产生的在自身领海、专属经济区的合法权利。根据“陆地控制海洋”原则，中国对南海岛礁享有主权，进而决定了中

[1] 《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，中华人民共和国外交部网站，2014年12月8日

[2] Counter-memorial submitted by the United Kingdom, 2013年7月15日， P57

国在南海海域的权利范围。之所以菲律宾单方认为中国的这些行为侵犯了其海洋权利，其根源就是双方对南海岛礁的主权归属的认识存在争议。

第四、两案中被诉方反对管辖权的依据既有重叠又有不同

在毛里求斯仲裁案中，毛里求斯和英国没有签订关于查戈斯群岛争端解决的任何形式的文件，因此英国提出管辖权的反对意见主要依据公约。总体来看，英国的管辖权异议主要依据：1. 毛里求斯提起的仲裁是主权问题，依据公约仲裁庭对主权问题没有管辖权。[1]2. 根据公约第 283 条毛里求斯没有与英国就争端进行充分交换意见，并且根据公约第 297 条 3(a)款仲裁庭对该争端没有管辖权。[2]

在菲中南海仲裁案中，中国反对仲裁庭管辖权除了依据其与菲律宾的争端为南海部分岛礁的领土主权问题外，还包括通过谈判方式解决在南海的争端是中菲两国之间的协议，菲律宾无权单方面提起强制仲裁，即使菲律宾提出的仲裁事项涉及有关公约解释或适用的问题，也构成海域划界不可分割的组成部分，已被中国 2006 年声明所排除，不得提交仲裁[3]因此与毛里求斯仲裁案所不同的是中国排除附件七仲裁庭管辖权的依据更为充实、有力。

二、毛里求斯仲裁案仲裁庭管辖权裁判部分的分析思路

考虑到中国对菲中南海仲裁案采取的是不接受、不参与的做法，同时中国也在附件七仲裁庭之外积极通过非正式合作的的方式来表达对仲裁庭管辖权的反对意见，因此以下主要根据附件七仲裁庭对毛里求斯仲裁案下管辖权部分的裁判思路来进行分析。综合毛里求斯在毛里求斯仲裁案中提出的两次意见来看总共提出了四个请求意见。仲裁庭分别对这四个请求意见的仲裁庭的管辖权问题进行了一一论证阐述，最终得出了其对第一和第二个请求意见没有管辖权，对第四个请求意见享有部分管辖权，对第三个请求认为不存在争端而无所谓有无管辖权问题。在本文中只针对第一和第二个这两个存在密切联系和主要争议请求意见的裁判部分予以分析。

在毛里求斯仲裁案中，毛里求斯的第一个请求意见是“英国没有权利宣布海洋保护区或其他海洋区域，因为英国不是公约特别是第 2 条、第 55 条、第 56 条和第 76 条意义下的沿海国”。[4]而毛里求斯的第二个请求意见是“考虑到英国对毛里求斯曾经做出过的关于查戈斯群岛的承诺，英国没有权利单方宣布海洋保护区或其他海洋区域，因为毛里求斯享有公约特别是第 56(1)(b)(iii)和 76(8)意义下的沿海国权利”。[5]针对毛里求斯的这两个请求意见仲裁庭内部形成了两种不同的意见。一种是体现在正式判决中的，由伊凡·希勒·AM（Ivan Shearer AM）、

[1] Rejoinder submitted by the United Kingdom，2014 年 3 月 17 日， P71

[2] Rejoinder submitted by the United Kingdom，2014 年 3 月 17 日，P102

[3] 《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，中华人民共和国外交部网站，2014 年 12 月 8 日

[4] Reply of the republic of Mauritius, 2013 年 11 月 18 日，P119

[5] Reply of the republic of Mauritius, 2013 年 11 月 18 日， P136

克里斯托弗·格林伍德·CMG（Christopher Greenwood CMG）、艾伯特·霍夫曼（Albert Hoffmann）包括首席仲裁员在内的三位仲裁员的意见。同时仲裁庭下詹姆斯·卡特卡（James Kateka）和吕迪格尔·沃尔夫鲁姆（Rüdiger Wolfrum）（该仲裁员是由毛里求斯指派的德国籍仲裁员）对该部分判决持有不同的意见，这部分意见具体体现在判决之外的一个异议意见书之中。下面针对这两种意见的分析方法和分歧点进行分别阐述。

（一）判决中对第一个和第二个请求意见的裁判思路

判决中对第一个请求意见的裁判思路是：首先，其认为公约中没有对陆地领土存在主权争议的情况下对“沿海国”的界定予以指示，而且仲裁庭关于管辖权的首要争议源于公约第 288（1）款，即“对公约的解释和适用”，并且不存在任何一方根据第 297 条主张自动排除管辖权，也没有与第 298 条下与本案相关的声明。因此针对该请求意见，仲裁庭认为其对管辖权的判断主要就是是否是对公约的“解释和适用”的争端。进而将问题分为两个部分，即第一个请求意见的争端实质是什么和在多大程度上仲裁庭认为当事方争端的核心问题就是领土主权问题，在多大程度上第 288（1）款允许仲裁庭对领土主权争端作为判定权利义务的必要前提条件的近海问题进行裁决。其次，仲裁庭分别对自己所提出的这两个部分的问题予以了分析。对于争端实质的问题，仲裁庭通过对双方关于争议产生过程的记录进行分析认为在查戈斯群岛主权问题上存有争议。进而仲裁庭认为主权争议与宣布海洋保护区是不同的问题，而且毛里求斯所主张的英国不是沿海国的结果远远超出海洋保护区无效的问题。因此仲裁庭得出结论双方的争端被界定为对查戈斯群岛的主权争端更加合适，因为双方在“沿海国”观点上的分歧仅仅是这个大问题的一个方面。对于第二个部分，仲裁庭通过对公约起草者是否考虑到对于领土主权争端可能被认为是公约的解释、适用问题和对公约第 298(1)(a)(i) 按照毛里求斯所主张的反向推理(contrario)后得出：对于解释和适用公约的争端，仲裁庭根据第 288（1）款做出裁决是解决争端所必需的，然而如果案件的主要问题与公约的解释、适用无关或者仅仅是附带性的关联，那么就不足以作为一个整体启动第 288（1）款范围内的争端了。最终，仲裁庭裁决双方间的争端是关于查戈斯群岛主权的争端，不涉及公约的解释和适用，因此仲裁庭没有管辖权。[1]

判决中对第二个请求意见的裁判思路是：仲裁庭先是否定了英国认为毛里求斯的第一和第二个请求意见是一样的观点。然而仲裁庭认为毛里求斯请求确认其是“沿海国”是以英国对查戈斯群岛无完全主权的基础之上的。同样仲裁庭也对争端重心进行了衡量，从而得出双方争端对群岛主权问题的涉及是主要的结论，进而可以推断出“沿海国”问题只是这个大问题的一个方面。因此，最终附件七仲裁庭认为毛里求斯的第二个请求意见和其第一个请求意见一样更适于被认定为与查戈斯群岛主权问题相关的同样争端，从而对此没有管辖权。[2]

[1] Award in the matter of the Chagos Marine Protected Area arbitration, 2015 年 3 月 18 日，Pp85-90

[2] Award in the matter of the Chagos Marine Protected Area arbitration, 2015 年 3 月 18 日， Pp92-93

通过对判决中仲裁庭的意见进行分析可以看出：一、 在争端的分析方法上，仲裁庭将争端按照争端涉及的多方面问题来划分成两个层次来考虑；二、 在具体推理过程中，仲裁庭采用的不是仅仅从文字出发的僵化教条主义，而是兼具考虑相关文件形成的历史条件和起草者的主观意图；三、在法律依据方面，仲裁庭援引的是公约中的基本法律条款，即法律条款表面上简单、明了，但适用到具体案件中就涉及到对其不同理解的问题。而且从判决主文部分的相关用语（比如：法庭不明确排除在某些案例中领土主权的枝节问题可能确实是附属于对公约的解释和适用的争端的，但是本案不是这样的情况[1]）可以看出仲裁庭在裁判过程中也考虑了相关先例，但是在本案中没有发挥出决定性作用，在程度上不足以使仲裁庭信服。

（二）异议意见书中对第一和第二个请求意见的认定思路

异议意见书就詹姆斯·卡特卡（James Kateka）和吕迪格尔·沃尔夫鲁姆（Rüdiger Wolfrum）两位仲裁员对裁决的不同意见进行了详细阐述，其中异议最集中、最激烈方面就是针对毛里求斯提出的第一个和第二个请求意见。

关于第一个请求意见的异议之处主要是对争端的定性上。该异议意见书主要从正反两方面对第一个请求意见的管辖权问题进行了说明。第一个方面即一一指出裁决书中关于该问题论证的问题所在。在肯定了定性问题应该由仲裁庭做出之后，该两位仲裁员认为在仲裁庭定性的方法欠妥。其认为需考虑的两点问题是：（1）在双方间的争端到底是公约的解释、适用的争端还是对查戈斯群岛主权的争端；（2）仲裁庭对争端是否有管辖权。同时其将争端和主张区别来看，提出了五点理由来说明该争端不是对查戈斯岛主权争端。[2]从具体的判断方法上来看，异议意见书认为应当对当事方提出的事实和特定条款进行联系、比较，以确定相关条款是否能支持主张。然而裁决书将注意力集中到了“领土主权争端，公约调整的仅仅是附属性的一部分”，因此该两位仲裁员认为这种方法局限了管辖权，使仲裁庭没能如第 288（1）款中那样一种更为广阔的视角来进行判断。除此以外，他们还认为裁决对毛里求斯提出的反向推理(contrario)的论证不够充分，并且仲裁庭的说理不具有足够的连贯性。

至于第二个方面，该异议意见书从正面说理阐释了仲裁庭应当对该项请求享有管辖权的理由。首先该争端不属于第 297 和第 298 条的排除范围，因而又回到了第 288（1）款的问题上。其次。通过对第 297 和第 298 条两条间的关系、公约下的例外体系整体和起草历史加以考虑，从而可以断定涉及对主权或其他关于陆地、岛屿主权一并考虑的争端不是必然根据公约第 298 条被排除管辖权。这样就要考虑第 288（1）条下解释和适用公约的争端是否因涉及陆地或岛屿领土主权而被排除。再次，第 298(1)(a)条款的内涵不应该被用到第 288(1)款下解读。因为一旦对于第十五部分仲裁庭管辖权的限制与前面条款被认为是连贯性的限制，那么第 298(1)(a)中的内容就没有必要了。最后，本案对管辖权的限制就集中到了

[1] Award in the matter of the Chagos Marine Protected Area arbitration, 2015 年 3 月 18 日，P90

[2] Dissenting and concurring opinion on Chagos Marine Protected Area arbitration,2015 年 3 月 18 日 , Pp3-4

第 288(1)和第 297、第 298 条，这使主张和海洋法产生必要联系。因而，本案中根据公约第 288(1)条争议案件和公约是通过公约第 56 条联系起来的，而不应该是裁决书中所述“案件的主要问题与解释和适用公约无关。”[1]

关于第二个请求意见，该异议意见书认为仲裁庭应当进一步考虑是否是沿海国权利的争端，在兰开斯特宫的承诺的理解是否可以被认定为公约第 56（2）下的权利。

（三）裁决书和异议意见书的比较

通过以上对仲裁庭内部双方不同意见的理解和分析，基本可以得出如下结论：

第一、仲裁庭对裁判争端的第一步达成一致，但是在具体定性方法和结论上有分歧

尽管双方都认为解决争端的第一步是对争端定性，但是从这一开始步骤双方就走向了分歧。裁决书的着眼点放在了争端的形成过程，即通过对争端双方的立场的分析来确定争端的客观基础。而异议意见书则从反驳裁决意见出发引用国际法院的法学理念强调客观性，从而提出了本争端不能被认定为关于查戈斯群岛主权的争端。可见虽然裁决书和异议意见书都认为自身结论是根据客观评估而得出的，但是结果却南辕北辙。根据异议意见书中提出的五点认定理由大致可以看出其主要从毛里求斯提出的诉求内容和提出时间上下功夫，这种存在一边倒的嫌疑的论证在逻辑上是站不住脚的，也很难被人接受是根据客观做出的。相反裁决书考虑了争端的形成过程，从而厘清争端产生的原因及其掩盖的利益关系，这种拨云见日的方式更能体现客观性进而被国际社会所接受。

第二、对公约条款的反向推理(contrario)解读是理解条约其他条款的一种可行方式

毛里求斯提出了针对公约第 298(1)(a)(i)的反向推理(contrario)解读方式，认为主权问题不是强制程序的自动排除事由。裁决书对这种解读方式并没有加以否定，只是结合到本案中仲裁庭认为毛里求斯的解读是不合适的。同样异议意见书也支持了反向推理(contrario)这种解读方式，并且得出了支持毛里求斯通过这种方式得出的结论。因此可以知晓尽管反向推理(contrario)是被允许的，但是如何在具体案件中恰当、适度、有紧密联系的应用，尤其是能为中国在今后的海洋争端中所援引是一种值得发展、研究的方向。

第三、两种意见最终都是以公约第 288（1）为依据认定仲裁庭有无管辖权

虽然两种裁决意见围绕事实和公约的解读、认识问题花费了大量的笔墨，但是他们的最终结论都是以第 288(1)条为直接依据。裁决书认定争端的重心在于查戈斯群岛的主权问题，不需要对公约的解释和适用。异议意见书联系第 56 条认为涉及到第 288(1)条所规定的条约解释和适用问题。然而异议意见书中的这种类似牵强的将案件通过公约的某个涉及海洋权利的条款与第 288（1）条建立联系是一种不负责任的表现。这种观点不仅有裁判方为了达到使争端符合仲裁庭管辖权的结果而刻意寻找理由的嫌疑，从而有损仲裁庭本身的公信力和权威性，而且

[1] Dissenting and concurring opinion on Chagos Marine Protected Area arbitration,2015 年 3 月 18 日 , Pp7-11

还是对相关国家领土主权的不尊重和无视，更是违反国际法基本原则的做法。

另外本案就是在没有相关排除性声明条款可以适用的情况下以强制程序的基础问题为依托的争端，因此在任何争端解决中案件的基本依据问题都是当事各方首要考虑、重视的问题。

三、毛里求斯仲裁案的裁决对解决菲中南海争端的借鉴意义

结合两个案件的诸多相同点，在把握两个案件不同点的基础上从毛里求斯仲裁案中汲取精髓以启发、促进菲中南海仲裁案的解决不失为一种明智的选择。

（一）在定性上来看，菲中南海仲裁案无疑是主权争端和海洋划界争端

菲中南海仲裁案的争议岛礁的主权归属是引发中国在南海实行的措施的直接依据，而且这种主权是有历史和国际法依据的。[1]依照毛里求斯仲裁案的裁决书的分析逻辑来看，从菲中南海争议的起源、发展来看，菲律宾在 20 世纪 70 年代中国对南海岛礁享有主权的情况下仍然侵占了中国南海群岛中的诸多群岛，并且命名为“卡拉延群岛”，自此菲中南海争议产生。 而且从菲律宾所主张的诉求无一不需要对所涉岛礁主权及南海海域划界来确定，并且这些前置问题在争端解决中处于决定性、首要性地位。

同样，哪怕是依照毛里求斯仲裁案中异议意见书中的分析逻辑来看，菲中南海仲裁案的定性依然是主权争端。从客观基础来看菲中南海仲裁案显然是主权问题，在此不做赘述。从菲律宾所提出的每一个具体主张来看，菲律宾认定中国在南海不仅断续线无效，而且罗列了中国的种种“非法占领”、“非法主张”、“非法利用”、“非法干涉”行为，认为侵犯了其诸多海洋权利。可见，菲律宾的这些主张不仅是需要领土主权来予以支撑，而且在对岛礁主权、海洋界限尚有重大争议的条件下仅仅就海洋权利提出权利请求显然不是公约的解释和适用问题，而本质上就是岛礁主权、海洋划界争端。

因此，尽管中国采取“两不”的政策来处理菲中南海仲裁案，但这并不妨碍中国通过多种非正式合作的方式在对争端定性方面来表达对附件七仲裁庭没有管辖权的意见。而且对争端进行定性不管对当事国而言还是对仲裁庭而言都是对争端进行判断、解决、评估的非常重要且初步的一环，关于该问题的阐述对于影响争端进展至关重要。

（二）菲中南海仲裁案显然不属于公约第 288(1)下公约的解释和适用问题

除了对争端性质认清以外，为了厘清仲裁庭有无管辖权最首要考虑的就是公约第 288 条（尤其是第 288(1)条）。依照毛里求斯仲裁案裁决书的裁决逻辑，在判定争端的实质问题是领土主权问题后就自然可以确定争端不属于公约的解释和适用问题了，从而自然排除附件七仲裁庭的管辖权。然而依照异议裁决书的思路，仅仅确定争端的本质是领土主权问题还不够，还要确定争端和公约是否会通

[1] 参见《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，中华人民共和国外交部网站，2014 年 12 月 8 日

过公约其他条款建立某种联系而属于公约的解释和适用问题。因如上所述异议意见书中的这种推理思路存在重大问题，并且从仲裁庭内部的意见交流和博弈的结果来看异议意见书中的这种逻辑也是存在问题的。因此这种判定方式应为国际社会所抛弃，更不会成为主流意见。

（三）依据中菲达成的相关协议和中国 2006 年声明仲裁庭对本案没有管辖权

与毛里求斯仲裁案不同的是英国没有做出公约第十五部分关于领土主权的排除声明，也没有提及双方关于争端解决的相关协议。然而在菲中南海仲裁案中，中菲双方自 1995 年始就签署了一系列的双方承认以“友好磋商和谈判，以和平方式解决它们的领土和管辖争议”的声明（《南海各方行为宣言》尤为具有代表性）。并且中国于 2006 年 8 月 25 日，中国根据《公约》第二百九十八条的规定向联合国秘书长提交声明[1]明确表示对于相关争端不接受公约第十五部分第二节包括仲裁在内的任何强制程序。这两个方面是在争端定性这个根本上排除仲裁庭管辖权之外的直接可以援引的排除依据。因此，比照毛里求斯仲裁案，不仅在两案间相同之处存有借鉴意义，而且中国的补充依据更为充分、合理。

四、结论

通过对毛里求斯仲裁案与菲中南海仲裁案案情的比较和对毛里求斯仲裁案关于第一个、第二个请求意见的裁决意见与分歧进行分析、理解，以及结合菲中南海仲裁案的案情本身的独特之处我们可以得出如下结论，即从定性这个根本问题上来看，菲中南海仲裁案的实质是主权争端，基本不属于对公约第 288（1）条下的公约的解释和适用问题。从排除强制程序上来看，中菲之间签订的关于和平、友好解决南海争端的协议和中国的 2006 年声明都明确、充分、合理有效地将任何有拘束力裁判的强制程序排除在外。因此，附件七仲裁庭对菲中南海仲裁案没有管辖权。

[1] 《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，中华人民共和国外交部网站，2014 年 12 月 8 日

美国“星座计划” 变更后的若干思考

尹玉海 郑婷婷[1]

摘要：作为探月先驱的美国，其国内的月球政策或多或少会影响世界其他国家的外空事务,尤其是具有相当实力的空间国家。自“星座计划”公布以来，世界上许多国家紧随其后，纷纷制定了自己的探月时间表，第二轮探月热潮重新来袭。然而美国政府却在此计划公布六年后宣布放弃重返月球计划，让人匪夷所思。基于此从美国的月球探测历史入手,进而分析“星座计划”变更的原因以及所带来的影响,并上升到法律的高度加以思考，来寻找相关问题的答案。

关键词：月球探测 “星座计划” 机会 挑战

2004年时任美国总统的小布什在白宫宣布美国将重新返回月球，这个被称为“星座计划”的探月宣言，核心目标是在月球建立永久基地，并以此为跳板，为人类登陆火星甚至探索更远的太空做准备。按计划，月球基地建设将历时四年，宇航员首次重返月球的时间定在2020年。最终的月球永久基地将可以保障宇航员在月球上连续居住180天。“星座计划”一经公布，许多国家紧随美国的步伐，纷纷制定出自己的月球探测时间表。然而在该计划还没有发挥实质效果之时，2010年的2月1日，新上任的奥巴马总统便向国会提议放弃“星座计划”。同日NASA在《2011财年预算概览》中明确取消“星座计划”的相关财政预算。短短六年不到的时间,“星座计划”迅速的出台、流产，自此消亡。本文试图从美国探测月球的历史说起，分析美国做出这一举措的原因，同时介绍美国“星座计划”对其他国家的影响，并从法律的角度加以分析。

一、美国的探月行动

美苏的空间争霸，随着1957年苏联成功发射第一颗人造卫星并于1961年第一次将宇航员送入太空以后，美国一直落后于苏联。虽然时隔不长的时间里，美国也发射了它的第一颗卫星,但是影响力远小于苏联。为此，美国把目标定向月球这个全新的领域，并最终在

[1] 尹玉海，北京市人，深圳大学法学院教授，研究方向：国际公法、外层空间法
郑婷婷、江苏省人，法学硕士，深圳经天律师事务所律师，研究方向：航空法、外层空间法。

1969 年 7 月阿波罗 11 号飞船成功登月，首次实现了人类登月的梦想，此后在 1969 年到 1972 年的四年间，美国先后进行了六次登月，带回了月球的岩石和尘土，美国自此成为不折不扣的探月先驱，算是在美苏空间争霸中扳回了一局。然而由于多方面的原因，1976 年以后的 18 年里，人类的月球探测进入了一个相对宁静的时期，美国搁置了它对月球的探索，其他国家也没有对月球进行探测。后来在 1994 年和 1998 年，美国又发射了“克莱门汀”和“月球勘探者”号月球探测器，对月球的形貌、资源、水冰等进行探测，标志着“又快、又好、又省”的月球探测时代的开始。

回顾美国的航天历史，我们发现由总统亲自宣布的航天计划仅有四次，分别是：肯尼迪总统代表政府向国会宣布的 10 年内登月计划；里根宣布的举世震惊的《战略防御倡议计划》即星球大战计划；里根总统宣布美国要建立一个永久性载人国际空间站计划；还有就是前任总统布什的重返月球星座计划。

然而，在世界还沉浸在第二次探月热潮的期盼和梦想之时，美国奥巴马政府却突然宣布取消“星座计划”，转而谋求向其他空间领域发展。变化之快让人始料未及。

二、美国“星座计划”变更原因之分析

由总统亲自宣布“星座计划”，由此可见月球的重要性非同一般。众所周知，作为地球卫星的月球，环绕着地球公转，扮演着地球的忠实卫士，抵挡天外不速之客的来袭，保护地球免受小天体的撞击，在一定程度上为地球上的生命提供了一个安全的屏障。同时经过勘探发现月球上含有丰富的自然资源，在地球资源日趋枯竭之时，为我们提供了新的出路。另外，月球的重要军事价值也不言而喻，有关专家引用了一句话来说明月球的重要军事意义：“谁控制了月球，谁就控制了地球”。[1][1]美国是月球探测的先驱，自然明白月球的重要性。在当今群雄逐鹿的太空时代，俄罗斯、欧盟、中国等许多国家都已经进入太空。与美苏两国太空争霸时代不同，今天的世界已经有并将继续会有更多的国家拥有独立的航天能力，特别是美国担心中国这样的航天国家会比自己先一步重返月球。曾任美国航天局局长的迈克尔·格里芬称，继续进行太空飞行和探索对美国来说非常重要。“美国在世界上作为最强大的国家的姿态，在某种程度上受到人们看法的影响，就是说，人们会注意到我们是否站在重要人类活动的前沿，而太空领域就是一个前沿。”[2][2]

---

[1][1] 来源于钱江晚报·网络版：《美国计划再登月球，欲掌控太空霸权》，http://www.zjol.com.cn/05qianbao/system/2006/12/06/008031717.shtml，最后访问日期 2011 年 11 月 13 日。

[2][2] 来源于新华网：《担忧失去领先地位，美国计划在 2019 年重返月球》，http://news.xinhuanet.com/mil/2007-04/11/content_5960741.htm，最后访问日期 2011 年 11 月 13 日。

当然，小布什总统重新宣布了美国搁置已久的探月计划，不光仅仅是因为月球重要性的原因，还有其他方面的原因，主要包括：第一，EELV 计划成功实施所带来的深远冲击。上个世纪九十年代，美国空军提出了 EELVA“渐进一次性发射工具”计划，目的是要努力将空间载荷的发射价格降低下来。经过多次试验，以投资少，推助力大，技术成熟等一系列优势在美国航天界产生了巨大的影响。第二，来自俄罗斯、中国载人空间项目竞争的沉重压力。美国当时计划于 2010 年之后将航天飞机退役，美国担心这将导致美国载人航天飞行出现断代，于此同时俄罗斯、中国等国家后来居上，载人空间能力日益加强。美国要想保持自己在外空领域的优势此时重新制定登月计划是理所当然的选择。此外，领导人的个人历史定位，也是出台这次“星座计划”的一个重要因素。早在 1989 年，老布什就提议在月球建立基地，派远征军探索火星，从而开始“永久太空殖民”。虽然这个提议最终没有被认可。但是作为继承者的小布什多少还是会受到影响的。加之要想有所成就获得连任，总得做些让世人记住的事情。于是，在这样的背景下，美国重返月球的“星座计划”正式出台。

然而，正当众多媒体高调称颂“美国重返月球计划意义堪比探索南极”之时，没多久的功夫，这个伟大的计划却“胎死腹中”。[1][3]最直接的诱因当然就是美国金融危机的影响。其实，在奥巴马上台之前，也曾经表示要支持这个计划，但是上台以后由于经济危机的影响，致使美国 2011 财年度政府预算赤字高达 1.56 万亿美元。奥巴马提出到 2013 年把赤字缩减一半，为此，首当其冲的应该就是耗资巨大而收获甚小的“星座计划”了。早在 2009 年载人航天委员会就已经开始评估小布什的计划是否可行，最终在 10 月诺曼·奥古斯丁提出了一份长达 500 页的评估报告，提出了五种备选方案。其中有两种是在不增加资金的情况下实施，但是根本无法按期完成“星座计划”，因为钱不够。还有三种就是每年增加 30 亿美元，增加 10 年才能完成这个计划。所以归根到底一个重要的原因就是按照目前的预算无法完成“星座计划”，加之在金融危机的大环境下，美国政府确实财政紧张，无法承担庞大的资金需求。另外一个重要的原因就是当今的政治背景已经改变。冷战时期已经结束，目前的世界呈现的是多极化格局，美国政府再不可能为了政治需求不顾一切的去和其他国家竞争，也不会再耗资那么大的去搞太空竞赛。因此，美国政府宣布取消探月计划，转而发展其他空间领域。当然，此举并不意味着美国放弃了对月球的野心。

三、美国“星座计划”变更之影响

[1][3] 安慧：《美国重返月球计划为何胎死腹中？》，载《中国青年报》，2010 年 2 月 22 日。

作为世界上最为强大的空间国家，美国一直在人类空间探索和实践过程中扮演着先驱者的角色，其在各个阶段的空间政策与实践都在很大程度上影响着人类空间探索和开发的进程，作为美国未来月球计划宣言的“星座计划”的出台以及夭折，都必然对其它空间国家和非空间国家，乃至美国空间活动本身产生非常重要的影响。

1、对美国自身的影响

冷战结束之后，世界向多极化方向发展，但是美国始终追求单级世界，自然不会放弃对月球的控制，重新启动登月计划也是美国进一步加强空间技术，扩大其空间优势的必然选择。并最终以月球为基地，登陆火星，保持其空间大国的领先地位。

因此，自美国政府公布取消重返月球计划的决定之后，作为第一个登上月球的宇航员尼尔·阿姆斯特朗连同另外两名美国前宇航员发表公开信，批评这个决定会给美国的太空项目造成“毁灭性”打击。他们认为，尽管奥巴马的预算报告有许多可取之处，但是为了减少赤字，取消旨在重返月球的“星座计划”的后果是“灾难性的”。[1][4]另外，许多国家的媒体纷纷发表评论，宣称美国政府的这个决定是“巨大的失望”，是个错误，甚至影响了一些依靠美国技术发展自己航天事业的国家。[2][5]

2、对其他国家的影响

与美国日益消减的探月行动相比，世界上其他的国家并没有停止发展自己的空间事业。中国空间问题专家庞之浩就曾指出，就目前的情况，美国取消重返月球计划，只会影响到自己的探月进程，对其他国家影响不大。而且它取消探月，延长国际空间站的寿命，反而受到了其他成员的欢迎。[3][6]

冷战时代的结束以后，俄罗斯经济发展一度停滞，在缺乏资金的情况下，俄罗斯航天不得不被迫瘦身，其月球探索在很长时期内毫无进展。后来，随着国际探月竞争的加剧，俄罗斯不得不重新审视自己的国家实力与探月计划的战略意义，最终在 2010 年 10 月 19 日，宣布重返月球，并将分为三步实施月球计划。首先，在 2013 年发射“月球-资源”，便于科学家在月球轨道上开展研究与试验。第二，在 2015 年后，建立月球无人航天器的软着陆平台。包括研发重型月球车、月面起飞火箭、月壤样品存放和取回装置等。第三，实施“月球-资源/2”计划项目。期间将进行重型月球车的月面接触性研究及月面取样

[1][4] 来源于中国广播网：《登月第一人阿姆斯特朗评级奥巴马太空政策》，http://www.cnr.cn/allnews/201004/t20100414_506282875.html，最后访问日期 2011 年 11 月 13 日。

[2][5] 来源于中国广播网：《美国放弃重返月球计划 下一个登月者是中国人吗？》，http://www.cnr.cn/newscenter/gjxw/201002/t20100204_505989532.html ，最后访问日期 2011 年 11 月 13 日。

[3][6] 来源于新华网：《美国重返月球计划很“差钱”》，http://news.xinhuanet.com/world/2010-02/04/content_12928797_3.htm ，最后访问日期 2011 年 11 月 13 日。

并返回的相关研究。很多人都认为前苏联完全有能力让宇航员登陆月球，作为继承者的俄罗斯，一旦开始了它的探月计划，我们相信，在不久的将来，俄罗斯一定会成为月球开发的生力军之一。

虽然没有美国、俄罗斯那般的咄咄逼人，欧洲探月行动素来“韬光养晦”，注重实效，着重强调科研价值、资源开发和实践人类梦想。即使期间美国探月政策变化迅速，丝毫没有影响到欧洲的探月步调。2006 年 9 月欧洲首个月球探测器“智能一号”成功撞月，欧洲航天局官员表示“全世界即将掀起新一轮的探月热潮，这一次，欧洲航天局要走在前面。”欧航局将在 2020 年前分 4 个阶段进行月球探测，计划在 2012 年将宇航员送上月球，2025 年左右完成永久性月球基地建设。

日本对月球的探索兴趣由来已久，并且在美国“阿波罗”登月计划启发下，开始了自己的“月亮女神”探月计划。但是因为技术和资金的原因，日本的探月计划一直发展缓慢，没有到达预期目标。美国公布了新的“星座计划”以后，日本加紧了在探月方面的投入，力争攻克技术难关，最终在 2007 年 9 月 14 日成功发射绕月探测卫星“月亮女神”，标志着日本探月新纪元的开启。然而正当日本人沉浸在此次成功的喜悦之中，准备在月球探测方面大展拳脚之时，美国宣布取消“星座计划”，这对依靠美国协助的日本来说将受到很大的影响。

四、美国“星座计划”变更是中国的机会更是挑战

登上月球是人类的梦想，中国人何时登月更为国人关心。始于 2004 年 1 月的“嫦娥工程”探月计划，标志着中国对月球这个神秘星球的探测之路即将启程。随后中国成功发射了“嫦娥一号”和“嫦娥二号”探月卫星，虽然对于送人上月球还没有明确的时间表，但是中国的探月计划已经引起了世界的注意。特别美国这个探月大国取消“星座计划”之后，西方媒体一直宣称美国将被中国所取代，中国将成为世界领先的探月国家。被誉为“嫦娥之父”的欧阳自远被问及奥巴马取消重返月球，对中国是否有影响时，明确的回答 “当然中国也不会变”。可见中国发展自己的探月计划，与美国的月球政策关系不大。但是在冷静分析星座计划变数发生的同时，我们也应该看到这个变化给中国的登月以及载人航天事业带来的机会和挑战。

——就机会而言，中国航天经历了六十年的发展以后，今天中国的航天事业已经摆脱了传统中对其他空间国家在总体技术上的依赖，开始走一条自主创新的发展道路，从发展轨迹来说也抛弃了跟在其他空间国家后面亦步亦趋、模仿追随的发展模式，而在努力的寻求探索适合自己战略利益和技术水平的发展路径。随着美国暂时性的搁置星座计划的重返月球路径，为中国的登月、月球探测乃至月球开发提供

了千载难逢的发展计划，我们不仅可以在这个发展期中逐渐完善自身的载人和登月技术，实现登月活动和探月实践的成熟与可靠，更可以尝试在技术保障基础上的月球资源前期探测与开发，这将是中国乃至世界月球活动的最好发展时期，将开启并推动人类第二次也是真正意义上的月球探索和开发活动，首先就实际意义而言，也必然摆脱传统的军事和战略意义，而更为真实和客观的反应并满足为国家和人类创造福祉的核心目标；其次就政策与法律体系的构建而言，必将促使中国尽早的开展月球探测与开发的规则制定和法律思考，在未来长期可持续的月球探测与开发活动中扮演规则制订者的角色，从而在未来的空间立法实践中争得更多的话语权和更大的活动空间。

——就挑战而言，在人类空间发展过程中，中国一直扮演追随者和挑战者的角色，但是随着星座计划的搁置，在为中国的登月活动提供机会的同时，就人类月球活动而言，中国势必扮演领导者和先驱者的角色，这种角色的转变带来巨大的挑战性，如何利用这个机会成功的实现角色转变和稳固，如何正确有效的使用难能可贵的话语权，如何成功的扮演和履行规则制订者的角色，如何在月球探测和开发过程中在保障为全人类谋利益的基础上最大限度的保障和保护中国的国家利益，都是摆在我们面前最为紧迫的课题，也是必须去圆满完成的使命，就这个挑战而言是中国从大国到强国的最好试金石，其结果必将成为中国在国际事务中国家地位的分水岭。

五、美国“星座计划”的相关法律思考

针对美国基于星座计划取消而表现出来的其空间政策与目标上的巨大变化，我们除了在技术开发、政策演进等方面有针对性的进行分析和研究以外，还需要在法律层面上去深层次的思考有关问题，力图从根本上推动以月球协定为基础的整个月球制度的发展，甚至推动整个空间法律体系的成熟与发展。

1、急迫需要新的国际条约。自 1979 年以来国际上再没出现过一个关于外层空间的国际条约，而《月球协定》因其条文规定过于严苛，参加的国家不是很多，影响力不是很大。在当前探月热潮重新来袭之时，制定新的规制月球开发的条约便是迫在眉睫的。各国应该在秉持《外空宣言》和《外空条约》所确定的原则下，积极协商谈判，努力促成新文件的生成。

2、国内法的重要性。作为探月先驱、空间大国的美国，其国内制定的一些空间政策或多或少都会对其他国家产生影响。特别是在美国公布“星座计划”之后，世界上许多国家也紧随着美国的脚步，制定出自己的探月时间表。在当今国际法律机制缺失的状态下，制定国

内空间法律法规，也是解决空间纠纷的一个重要出路。用国内法带动国际法的发展，以更好的规制人类在外层空间特别是月球的活动。

3、国际合作才是硬道理。美国取消“星座计划”，许多国家都认为在美中月球探测中美国将会失去优势地位，但是不论是美国还是中国，均表示在探测月球这个事情上，合作比竞争好。更有报道指出，一名美国高级官员曾说，政府已经向中国伸出橄榄枝，总统在宣布太空探险计划时提到国际合作并非漫无目的的，“这是(给中国)的一个邀请，总统以白天和黑夜的对比来说明现在已不是冷战”。[1][7]当然进行月球探索的并不限于中美两个国家，但是由此我们可以看出，不论多少国家进行月球探测，竞争只会造成两败俱伤，开展国际合作才是硬道理。

4、坚持非军事化原则。《月球协定》对月球的非军事化提出了比一般外层空间更高的要求，强调月球“专为和平目的”而加以利用，并提出了一系列的禁止性规定。有学者认为，这意味着全面非军事化和禁止一切军事活动。[2][8]在各国纷纷进行月球探测之时，非军事化原则必须坚持，月球的探测要出于和平目的为全人类谋福利，不应为了国家私利谋求月球军事化，更不能把月球变为另一个军事战场。

从出台到流产，轰轰烈烈的“星座计划”迅速退出美国历史舞台，它带给世人的影响依旧存在。美国开启了世界范围内的第二次探月热潮，许多国家包括中国都已经或者将要发射自己的月球探测卫星，争取在新一轮的太空探索以及月球开发过程中占据一个席位。然而，虽然“星座计划”被取消了，这并不意味着美国会放弃分享月球的一杯羹。月球的重要性显而易见，作为探月先驱的美国当然不会丢弃这个极具经济和军事价值的星球。

如何在这个变化的形势下，及时有效的把握机会，迅速树立中国航天大国乃至航天强国的地位，在未来的人类月球活动中成功扮演规则制订者的角色，正确而且有效的行使自己的话语权，既是一个重要的法律问题，更是一个迫切的政策选题，需要调动全民的智慧和勇气去面对，这将是中华民族一次划时代的跨越契机。

[1][7] 来源于多维新闻：《美国不愿同中国进行太空竞赛》，http://lt.cjdby.net/forum.php?mod=viewthread&tid=57083，最后访问日期 2011 年 11 月 14 日。

[2][8] Bin Cheng: Studies in International Space Law. Clarendon Press, 1997。

南海人工岛礁建设中的三个国际法维度

[内容摘要]随着当今科学技术的发展，人类对海洋的开发和利用也在同步深入，因此，对于新出现涉及到国际海洋治理的现象，就需要各个国家、地区以及国际组织进行相应的立法及监督工作。这其中，国际上对人工岛屿的修建、开发及利用进行立法、监督和规范的进程体现出明显的滞后性。在有着国际海洋法“宪法”之称的 1982 年《联合国海洋法公约》中，仅在第 60 条及第 80 条涉及到“人工岛屿”的定义及地位。而在国际法学界，各国学者对人工岛礁在国际海洋法中的法理研究也相对缺乏。本文以当前中国在南中国海兴建人工岛礁而引发的周边国家及西方国家的热议为背景，探讨主权国家在海洋上依托所控制的岛礁为基础，通过各种形式扩大该岛礁的面积，使其具备承载人类生存、发展能力在当前国际法上的法律效力及局限性，同时从动态的国际法及国际关系角度提出主权国家和平修建、开发及利用人工岛屿应该考量并遵守的三个国际法维度，即符合现行国际秩序的原则，地区主义的原则以及遵守国内法的原则。具体到在南海海域修建人工岛礁，本文分别从《联合国宪章》的精神、《南海各方行为宣言》和《东南亚友好合作条约》以及中国国内立法角度出发分析人工岛屿修建、开发、利用所应该遵守的国际法准则。本文试图通过对相关国际法法规的探讨，为今后中国在南海断续线内修建、开发、利用人工岛屿提供国际法法理上的支撑，更好的捍卫中国的海洋权益。

[关键词] 岛礁建设；《联合国海洋法公约》；《联合国宪章》；区域主义；国内海洋立法

[作者简介] 马博，南京大学中国南海研究协同创新中心海洋法和南海研究项目主任、博士。

一．南海人工岛礁的发展现状

在南中国海，目前除了中国，越南、菲律宾、马来西亚以及文莱都声称对南沙群岛全部或部分拥有主权。目前越南在南沙控制 29 个岛礁，驻守南沙的总兵力约 2200 人，并且自 20 世纪 70 年代开始通过构筑野战和永备工事的方式强化所占岛礁的防御体系。目前越南在南威岛、南子岛等 9 个岛礁上着重构筑了具有战斗和生活设备的面状防御阵地，并且部署有坦克、武装直升机等重型武器[1]。2004 年 5 月，越南在其控制的南沙群岛中的南威岛加修了飞机跑道。南海主权的另一申索国菲律宾目前控制了中业岛、马欢岛等 8 个岛礁。其中中业岛是南沙第二大岛，居住有军民数百余人，岛上建有市政厅、学校、诊所、机场跑道等军民两用设施[2]。而马来西亚在控制的 5 个南沙岛礁上均拥有驻军，并且将弹丸礁建设成了著名的旅游度假胜地，礁上建有豪华酒店和机场，每年吸引大批游客上岛观光。今天的弹丸礁并非自然原貌，而是马来西亚政府将两座小礁填海而形成的人工岛。总体上看，南海声索国中

[1]“南海争议岛屿外国驻军多越南总兵力超过两千”2014 年 12 月 17 日，环球时报。http://world.huanqiu.com/exclusive/2014-12/5248994.html（上网时间 2014 年 12 月 28 日）

[2]同上

除了文莱，其他国家均在各自控制的岛礁上部署了常规部队、拥有常住居民，同时伴有不同程度的军民两用设施。

相比之下，中国从海南岛到南沙最南端的岛屿有 3000 海里的距离。目前中国新建成的具备全天候航行条件的大型交通补给船“三沙 1 号”的设计航速为 19 海里/小时，到达南沙群岛南部需要超过六天的时间[1]。而即便是同时拥有多艘大型交通补给船，依然无法妥善解决南沙岛礁上的正常生活，由于个岛礁附近有大量珊瑚礁，所以大型补给船很难直接停靠，因此就形成了南沙岛礁“大船靠不上，小船运不了”的尴尬现状[2]。因此，通过修建人工岛屿扩展现有岛屿是强化中国在南海主权控制的必要措施。

中国在南海修建人工岛礁的举措从 2014 年开始逐渐引起其他南海申索国的注意，同时引起了西方媒体广泛报道。2014 年 5 月份菲律宾外交部在一份声明中公布了中国在南沙群岛所控制的岛礁上“扩岛”的照片并且对中方单方面兴建人工岛屿的行为进行了抗议，称其为“带有挑衅性的行为”。在此后举行的东盟区域论坛上，菲律宾政府号召各方停止一切“扩岛”的行为，但该倡议遭到到了中方的忽略[3]。在 9 月，英国 BBC 的记者 Rupert Wingfield-Hayes 在跟随菲律宾船只进行了实地调查之后，发表了题为“中国的岛屿工厂”的报道，报道中称“中国政府正在将数以百万吨的沙石倒入海床，将原本沉在海底的礁石变成拔地而起的岛屿。。。中国政府正在建造一堵堵海上之墙”。也有西方海洋安全观察家认为中国“扩岛”的行为将会增添与南海申索国的不信任甚至被认为是恶意的[4]。而目前，西方国家对中国在南沙群岛部分控制岛屿上添建人工岛屿的行为却不置与否，认为中方“违反”国际法的“证据”有如下：一是认为中方在岛屿上通过扩岛而修建机场跑道是为了今后起降战斗机，甚至是为了在岛上建立空军基地，因此此举被认为是“具有攻击性[5]”；其二，认为中方修建人工岛屿是为了通过扩大不具备主张领海和专属经济区岛屿的实际面积为今后主张领海权铺路，因此违背了《联合国海洋法公约》中人工岛屿不可以主张领海及专属经济区的原则。可见，目前中国政府在南海修建人工岛屿的行为，正在引起越来越多的国家的关注，面对这一切，中国政府有必要对这些职责做出回应并寻找相关的国际法法力来应正自身行为符合国际法和国际规范。

---

[1]“三沙 1 号，可在南海跑个来回”，载《环球时报》2014 年 1 月 7 日第 8 版。
[2]同上。
[3]Shannon Tiezzi, “Why Is China Building Islands in the South China Sea?” *The Diplomat*, September 10, 2014. Available at http://thediplomat.com/2014/09/why-is-china-building-islands-in-the-south-china-sea/ (accessed on January 17, 2015).
[4]P K Ghost, “Artificial Islands in the South China Sea”, September 23, 2014, the *Diplomat*. http://thediplomat.com/2014/09/artificial-islands-in-the-south-china-sea/ (accessed on January 10, 2015).
[5]ibid

二.“人工岛礁”的直接法理依据及局限性：UNCLOS

《联合国海洋法公约》（简称《公约》）中直接涉及人工岛屿的条款第六十条（专属经济区内的人工岛屿、设施和结构）和第八十条（大陆架上的人工岛屿、设施和结构）明确规定“沿海国在专属经济区（及大陆架）内有专属权利建造并授权和管理建造、操作和使用人工岛屿”，并且这种管辖权“包括有关海关、财政、卫生、安全和移民的法律和规章方面的管辖权”。《公约》对于各国人工岛屿的约束，主要体现在不得影响其他国家的航行安全以及人工岛屿不具有岛屿地位，明确指出人工岛屿“没有自己的领海，其存在也不影响领海、专属经济区或大陆架界限的划定”。因为《公约》对人造岛屿的合法性做出了比较清晰的界定，因此国际社会在 1982 年《公约》公布之后，国家间因为人造岛屿产生的争议并不常见。目前有关国家因为人造岛屿产生的问题主要在于：一、如果在现有岛屿、岛礁基础上通过填海、建造等形式的“扩岛”行为是否依然符合《公约》精神，其次，建立在天然岛屿、岛礁上的人工岛屿是否具有延伸对海洋权利主张的权利。二、相关国家在有争议海域的岛礁上修建人工岛屿，是否仍然符合《公约》的精神？

三．人工岛屿开发的三个国际法维度

（一）《联合国宪章》与人工岛屿的开发

尽管《联合国海洋公约》中对人工岛屿的法律地位及用途因为时代的限制并没有过多的规范和届时，然而在与时俱进的国际法、国际关系体系中，遵守、维护以及发扬《联合国宪章》的宗旨和原则应该是国家间处理国际事务以及面对国际纠纷应该参照的准绳。因此，从《联合国宪章》中寻找国家修建人工岛屿应该遵守的国际准则便是当前各国国家应该考虑的重点。首先，《联合国海洋公约》是根据《联合国宪章》精神制定出来的法案，本身就是对《宪章》在特定问题上的解读；其次，任何国家在领海及领海之外的公海修建人造岛屿都不应该违背《宪章》的宗旨及原则；再次，人工岛屿的开发和利用应该以发扬《宪章》的精神为出发点。所以，即便《联合国海洋公约》没有明文规定的行为，如果考虑到以上三点，人工岛屿的修建不仅不是违背《联合国海洋公约》的行为，而恰恰是符合国际法、发展国际法的实践。除此之外，1998 年 9 月 15 日的第五十二届联合国大会大会通过第 251 号决议，题为《联合国和国际海洋法庭的合作和关系协定》，也以书面决议的形式明确了联合国以及《宪章》在和

平解决国际海洋争端发挥的关键作用[1]。《协定》的第一条总则还规定国际海洋法庭承认联合国在《宪章》下的责任，特别是在国际和平与安全，经济、社会、文化和人道主义发展及和平解决国际争端领域的责任[2]。

（二）区域主义的维度——《南海各方行为宣言》、《东南亚友好合作条约》

《联合国宪章》第三十三条关于各国解决争端的手段时也提到可以利用“区域机关或区域办法”求的争端的妥善解决，而且整个《宪章》第八章明确提出“区域办法或区域机关”应该是各个国家处理彼此争端的首选途径。在南海问题上的处理上，东南亚国家联盟（简称“东盟”）应该是发挥主导性的区域组织，各个国家既有义务，也有责任首先在东盟的框架内寻求问题的处理。

（三）中国国内对人工岛屿的立法

目前中国并没有一部统一的海洋法，而是由一系类不同时期制定的涉海法律及行政法规组成当前中国在海洋治理领域所依照的“法规”。因此目前中国国内法中对人工岛屿的界定、开发、使用以及管理在出台统一的海洋法之前就必须从这些涉海法规中寻找其法律地位，使人工岛屿的建造及使用不仅在国际法上拥有合法性，同时在国内也变得有法可依。

三.“人工岛屿”建设中的政策建议

人工岛屿的建设以及利用并非没有风险和弊端，沙土的流失、岛屿下沉和溶解、对海洋生态系统的破坏以及造价昂贵等问题都将是考量的方面。例如迪拜酋长国 2001 年斥巨资计划兴建的“三个棕榈岛工程”因为资金问题至今也只完成了一个；此外其对周边环境的破坏也遭到了诟病，有报道称人工“棕榈岛”的修建导致了近海生物，特别是珊瑚、海草等动植物的死亡，同时因为人工岛屿改变了海浪的方向，迪拜的海岸也开始溶解[3]。在《联合国海洋法

[1] “联合国和国际海洋法庭的合作和关系协定”，A/RES/52/251，15 September 1998 http://www.un.org/chinese/documents/decl-con/docs/a-res-52-251.pdf（上网时间 2015 年 1 月 6 日）。
[2]同上。
[3]Zahra Moussavi and Adeleh Aghaei, “The Environment, Geopolitics and Artificial Islands of Dubai in the Persian Gulf,” Procedia-Social and Behavioral Sciences 81(2013) 311-313; Tina Butler, “The Price

公约》中虽然赋予了沿岸国在专属经济区内建设人工岛屿的权利，但同时对其产生的负面作用做出了估计并在《公约》第五十六条第四款和第 194 条第 98 款规定建造人工岛屿的国家应该积极考虑到对其他国家以及本国海域环境的保护，尽最大努力防止、减少和控制造成对海洋生态环境以及海洋生物生存环境的破坏。

of "The World": Dubai's Artificial Future," August 23, 2005. http://news.mongabay.com/2005/0823-tina_butler_dubai.html; Maurice Picow, "Dubai's Artificial World Islands Are Killing Corals and Pushing Nature Out of the Sea,"June 10, 2009. http://www.greenprophet.com/2009/06/world-islands-dubai/. (accessed on January 9, 2015).

南海人工岛礁建设中的三个国际法维度

[内容摘要]随着当今科学技术的发展，人类对海洋的开发和利用也在同步深入，因此，对于新出现涉及到国际海洋治理的现象，就需要各个国家、地区以及国际组织进行相应的立法及监督工作。这其中，国际上对人工岛屿的修建、开发及利用进行立法、监督和规范的进程体现出明显的滞后性。在有着国际海洋法“宪法”之称的 1982 年《联合国海洋法公约》中，仅在第 60 条及第 80 条涉及到“人工岛屿”的定义及地位。而在国际法学界，各国学者对人工岛礁在国际海洋法中的法理研究也相对缺乏。本文以当前中国在南中国海兴建人工岛礁而引发的周边国家及西方国家的热议为背景，探讨主权国家在海洋上依托所控制的岛礁为基础，通过各种形式扩大该岛礁的面积，使其具备承载人类生存、发展能力在当前国际法上的法律效力及局限性，同时从动态的国际法及国际关系角度提出主权国家和平修建、开发及利用人工岛屿应该考量并遵守的三个国际法维度，即符合现行国际秩序的原则，地区主义的原则以及遵守国内法的原则。具体到在南海海域修建人工岛礁，本文分别从《联合国宪章》的精神、《南海各方行为宣言》和《东南亚友好合作条约》以及中国国内立法角度出发分析人工岛屿修建、开发、利用所应该遵守的国际法准则。本文试图通过对相关国际法法规的探讨，为今后中国在南海断续线内修建、开发、利用人工岛屿提供国际法法理上的支撑，更好的捍卫中国的海洋权益。

[关键词] 岛礁建设；《联合国海洋法公约》；《联合国宪章》；区域主义；国内海洋立法

[作者简介] 马博，南京大学中国南海研究协同创新中心海洋法和南海研究项目主任、博士。

一．南海人工岛礁的发展现状

在南中国海，目前除了中国，越南、菲律宾、马来西亚以及文莱都声称对南沙群岛全部或部分拥有主权。目前越南在南沙控制 29 个岛礁，驻守南沙的总兵力约 2200 人，并且自 20 世纪 70 年代开始通过构筑野战和永备工事的方式强化所占岛礁的防御体系。目前越南在南威岛、南子岛等 9 个岛礁上着重构筑了具有战斗和生活设备的面状防御阵地，并且部署有坦克、武装直升机等重型武器[1]。2004 年 5 月，越南在其控制的南沙群岛中的南威岛加修了飞机跑道。南海主权的另一申索国菲律宾目前控制了中业岛、马欢岛等 8 个岛礁。其中中业岛是南沙第二大岛，居住有军民数百余人，岛上建有市政厅、学校、诊所、机场跑道等军民两用设施[2]。而马来西亚在控制的 5 个南沙岛礁上均拥有驻军，并且将弹丸礁建设成了著名的旅游度假胜地，礁上建有豪华酒店和机场，每年吸引大批游客上岛观光。今天的弹丸礁并非自然原貌，而是马来西亚政府将两座小礁填海而形成的人工岛。总体上看，南海声索国中

[1]“南海争议岛屿外国驻军多越南总兵力超过两千”2014 年 12 月 17 日，环球时报。http://world.huanqiu.com/exclusive/2014-12/5248994.html（上网时间 2014 年 12 月 28 日）

[2]同上

除了文莱，其他国家均在各自控制的岛礁上部署了常规部队、拥有常住居民，同时伴有不同程度的军民两用设施。

相比之下，中国从海南岛到南沙最南端的岛屿有 3000 海里的距离。目前中国新建成的具备全天候航行条件的大型交通补给船“三沙 1 号”的设计航速为 19 海里/小时，到达南沙群岛南部需要超过六天的时间[1]。而即便是同时拥有多艘大型交通补给船，依然无法妥善解决南沙岛礁上的正常生活，由于个岛礁附近有大量珊瑚礁，所以大型补给船很难直接停靠，因此就形成了南沙岛礁“大船靠不上，小船运不了”的尴尬现状[2]。因此，通过修建人工岛屿扩展现有岛屿是强化中国在南海主权控制的必要措施。

中国在南海修建人工岛礁的举措从 2014 年开始逐渐引起其他南海申索国的注意，同时引起了西方媒体广泛报道。2014 年 5 月份菲律宾外交部在一份声明中公布了中国在南沙群岛所控制的岛礁上“扩岛”的照片并且对中方单方面兴建人工岛屿的行为进行了抗议，称其为“带有挑衅性的行为”。在此后举行的东盟区域论坛上，菲律宾政府号召各方停止一切“扩岛”的行为，但该倡议遭到到了中方的忽略[3]。在 9 月，英国 BBC 的记者 Rupert Wingfield-Hayes 在跟随菲律宾船只进行了实地调查之后，发表了题为“中国的岛屿工厂”的报道，报道中称“中国政府正在将数以百万吨的沙石倒入海床，将原本沉在海底的礁石变成拔地而起的岛屿。。。中国政府正在建造一堵堵海上之墙”。也有西方海洋安全观察家认为中国“扩岛”的行为将会增添与南海申索国的不信任甚至被认为是恶意的[4]。而目前，西方国家对中国在南沙群岛部分控制岛屿上添建人工岛屿的行为却不置与否，认为中方“违反”国际法的“证据”有如下：一是认为中方在岛屿上通过扩岛而修建机场跑道是为了今后起降战斗机，甚至是为了在岛上建立空军基地，因此此举被认为是“具有攻击性[5]”；其二，认为中方修建人工岛屿是为了通过扩大不具备主张领海和专属经济区岛屿的实际面积为今后主张领海权铺路，因此违背了《联合国海洋法公约》中人工岛屿不可以主张领海及专属经济区的原则。可见，目前中国政府在南海修建人工岛屿的行为，正在引起越来越多的国家的关注，面对这一切，中国政府有必要对这些职责做出回应并寻找相关的国际法法力来应正自身行为符合国际法和国际规范。

---

[1]“三沙 1 号，可在南海跑个来回”，载《环球时报》2014 年 1 月 7 日第 8 版。
[2]同上。
[3]Shannon Tiezzi, “Why Is China Building Islands in the South China Sea?” *The Diplomat*, September 10, 2014. Available at http://thediplomat.com/2014/09/why-is-china-building-islands-in-the-south-china-sea/ (accessed on January 17, 2015).
[4]P K Ghost, “Artificial Islands in the South China Sea”, September 23, 2014, the *Diplomat*. http://thediplomat.com/2014/09/artificial-islands-in-the-south-china-sea/ (accessed on January 10, 2015).
[5]ibid

二.“人工岛礁”的直接法理依据及局限性：UNCLOS

《联合国海洋法公约》（简称《公约》）中直接涉及人工岛屿的条款第六十条（专属经济区内的人工岛屿、设施和结构）和第八十条（大陆架上的人工岛屿、设施和结构）明确规定“沿海国在专属经济区（及大陆架）内有专属权利建造并授权和管理建造、操作和使用人工岛屿”，并且这种管辖权“包括有关海关、财政、卫生、安全和移民的法律和规章方面的管辖权”。《公约》对于各国人工岛屿的约束，主要体现在不得影响其他国家的航行安全以及人工岛屿不具有岛屿地位，明确指出人工岛屿“没有自己的领海，其存在也不影响领海、专属经济区或大陆架界限的划定”。因为《公约》对人造岛屿的合法性做出了比较清晰的界定，因此国际社会在 1982 年《公约》公布之后，国家间因为人造岛屿产生的争议并不常见。目前有关国家因为人造岛屿产生的问题主要在于：一、如果在现有岛屿、岛礁基础上通过填海、建造等形式的“扩岛”行为是否依然符合《公约》精神，其次，建立在天然岛屿、岛礁上的人工岛屿是否具有延伸对海洋权利主张的权利。二、相关国家在有争议海域的岛礁上修建人工岛屿，是否仍然符合《公约》的精神？

三．人工岛屿开发的三个国际法维度

（一）《联合国宪章》与人工岛屿的开发

尽管《联合国海洋公约》中对人工岛屿的法律地位及用途因为时代的限制并没有过多的规范和届时，然而在与时俱进的国际法、国际关系体系中，遵守、维护以及发扬《联合国宪章》的宗旨和原则应该是国家间处理国际事务以及面对国际纠纷应该参照的准绳。因此，从《联合国宪章》中寻找国家修建人工岛屿应该遵守的国际准则便是当前各国国家应该考虑的重点。首先，《联合国海洋公约》是根据《联合国宪章》精神制定出来的法案，本身就是对《宪章》在特定问题上的解读；其次，任何国家在领海及领海之外的公海修建人造岛屿都不应该违背《宪章》的宗旨及原则；再次，人工岛屿的开发和利用应该以发扬《宪章》的精神为出发点。所以，即便《联合国海洋公约》没有明文规定的行为，如果考虑到以上三点，人工岛屿的修建不仅不是违背《联合国海洋公约》的行为，而恰恰是符合国际法、发展国际法的实践。除此之外，1998 年 9 月 15 日的第五十二届联合国大会大会通过第 251 号决议，题为《联合国和国际海洋法庭的合作和关系协定》，也以书面决议的形式明确了联合国以及《宪章》在和

平解决国际海洋争端发挥的关键作用[1]。《协定》的第一条总则还规定国际海洋法庭承认联合国在《宪章》下的责任，特别是在国际和平与安全，经济、社会、文化和人道主义发展及和平解决国际争端领域的责任[2]。

（二）区域主义的维度——《南海各方行为宣言》、《东南亚友好合作条约》

《联合国宪章》第三十三条关于各国解决争端的手段时也提到可以利用“区域机关或区域办法”求的争端的妥善解决，而且整个《宪章》第八章明确提出“区域办法或区域机关”应该是各个国家处理彼此争端的首选途径。在南海问题上的处理上，东南亚国家联盟（简称“东盟”）应该是发挥主导性的区域组织，各个国家既有义务，也有责任首先在东盟的框架内寻求问题的处理。

（三）中国国内对人工岛屿的立法

目前中国并没有一部统一的海洋法，而是由一系类不同时期制定的涉海法律及行政法规组成当前中国在海洋治理领域所依照的“法规”。因此目前中国国内法中对人工岛屿的界定、开发、使用以及管理在出台统一的海洋法之前就必须从这些涉海法规中寻找其法律地位，使人工岛屿的建造及使用不仅在国际法上拥有合法性，同时在国内也变得有法可依。

三.“人工岛屿”建设中的政策建议

人工岛屿的建设以及利用并非没有风险和弊端，沙土的流失、岛屿下沉和溶解、对海洋生态系统的破坏以及造价昂贵等问题都将是考量的方面。例如迪拜酋长国 2001 年斥巨资计划兴建的“三个棕榈岛工程”因为资金问题至今也只完成了一个；此外其对周边环境的破坏也遭到了诟病，有报道称人工“棕榈岛”的修建导致了近海生物，特别是珊瑚、海草等动植物的死亡，同时因为人工岛屿改变了海浪的方向，迪拜的海岸也开始溶解[3]。在《联合国海洋法

[1] “联合国和国际海洋法庭的合作和关系协定”，A/RES/52/251，15 September 1998 http://www.un.org/chinese/documents/decl-con/docs/a-res-52-251.pdf（上网时间 2015 年 1 月 6 日）。
[2]同上。
[3]Zahra Moussavi and Adeleh Aghaei, “The Environment, Geopolitics and Artificial Islands of Dubai in the Persian Gulf,” Procedia-Social and Behavioral Sciences 81(2013) 311-313; Tina Butler, “The Price

公约》中虽然赋予了沿岸国在专属经济区内建设人工岛屿的权利，但同时对其产生的负面作用做出了估计并在《公约》第五十六条第四款和第 194 条第 98 款规定建造人工岛屿的国家应该积极考虑到对其他国家以及本国海域环境的保护，尽最大努力防止、减少和控制造成对海洋生态环境以及海洋生物生存环境的破坏。

of "The World": Dubai's Artificial Future," August 23, 2005. http://news.mongabay.com/2005/0823-tina_butler_dubai.html; Maurice Picow, "Dubai's Artificial World Islands Are Killing Corals and Pushing Nature Out of the Sea,"June 10, 2009. http://www.greenprophet.com/2009/06/world-islands-dubai/. (accessed on January 9, 2015).

南海海疆地图的绘制、功能以及意蕴(1933-1948 年)

郑志华

（ 华东政法大学国际航运法律学院，上海 200042 ）

民国时期的南海地图主要有三种类型的画法。第一种是在南海海域中，仅仅标绘出东沙岛和西沙群岛，其他南海诸岛则没有绘出。第二种是在南海海域中，标绘出东沙岛，西沙群岛、中沙群岛以及南沙九小岛。第三种是完整的标绘出东沙、西沙、中沙和南沙群岛。总体上来看，随着时间推演而日益明确。为何这些地图绘制的范围不尽相同？它们对于确定南海岛礁归属以及划分南海海域的范围有何种意义？

一、“九小岛事件”与中国南海各岛屿图

为什么要在中国地图上划出这样一条海上疆界线？在何种背景下划出的？目的是什么？发生在 1933 年的“九小岛事件”与中国南海海疆的确定有很大的关系。1930 年 4 月 12 日，驻安南法军派马尔修斯号(Mallecuse)舰运法军及部分安南兵占领南威岛，后又放弃。1933 年 4 月 7 日至 12 日，法军陆续派法舰阿莱尔德（A1erte)号及阿斯德罗拉伯（Astrolabe)号陆续进占太平岛、安波沙洲、北子岛、南子岛、南钥岛、南威岛。[1]7 月 19 日，法国发布占领告示。7 月 25 日法国在其政府公报(Journal Officiel de la Republique Francaise)中宣布占领南海九岛，12 月 21 日，法国政府通过第 4762 号法令将这些南沙群岛划归巴地省管辖。[2]这就是“法占九小岛事件”。

事件发生后，中国民间反映十分强烈，但是官方立场十分审慎，甚至保守。同年 8 月 4 日，中国外交部照会法国驻华公使，声明“中国政府在未经确定查明以前，对于法国政府占领之宣言，保留其权利。”[3]8 月 5 日，中国外交部驻法公使回电报告：“法占九岛，据法国外交部称：‘该九岛在安南与菲律宾间，均系岩石，当航路之要道，以其险峻，法船常于此遇险，故占领之，以便建设防险设备’，并画出说明，实与西沙群岛毫不相关。” [4]同年 8 月 10 日法国驻华公使韦礼敦

作者简介：郑志华（1976-），男，浙江台州人，法学博士，华东政法大学国际航运法律学院海洋法与海商法史联合研究所所长， E-mail:seerecht@126.com。

[1] 朱家治等编：《中国外交年鉴》，上海生活书局 1934 年版，第 270-271 页。

[2] Ulises Granados, “As China Meets the Southern Sea Frontier: Ocean Identity in the Making, 1902-1937,” Pacific Affairs, Vol. 78, No. 3, Fall 2005, p. 451.另外，应当指出，法国在战后态度曾发生变化， 1953 年 9 月，法国外交部认为，1949 年法国将交趾支那移交给越南国（State of Vietnam）时，并不包括南沙群岛，南沙群岛归由法国海外部(Ministry of Overseas France)管辖，进而认为南沙群岛属于法国而非越南。See Stein Tonnesson, “The South China Sea in the Age of European Decline,” Modern Asian Studies 40, 1 (2006) pp. 1–57.

[3] 朱家治等编：《中国外交年鉴》，上海生活书局 1934 年版，第 270 页。另据民国 22 年 8 月外交部档案记载， 7 月 25 日，法国公布占领南海九个小岛，包括安波岛（Caye d’Amboine）、斯柏拉岛（Spratly）、伊都阿巴岛（Itu Aba）、南伊岛（Namyit）、逻湾岛（Loaita）、兰家岛（Lan Kian Caye）、帝都岛（Thitu）、东北岛（N.E.Caye）、西南岛（S.W.Caye）等，我国外交部于八月四日照会法国驻华公使韦礼敦（Wilden），请其将所占各岛名称及经纬度，分别查复，并声明在未经查明前，我国政府对於法国佔领九岛之宣言，保留其权利。〈法占九小岛案〉，第二册，载外交部民国 22 年 8 月，原编档号：483/485。这则材料源自网络，笔者未能查到原件，姑列此备考。

[4] 朱家治等编：《中国外交年鉴》，上海生活书局 1934 年版，第 270 页。

（Wilden）在致函中国外交部通报了法国占领的岛屿名称以及具体的经纬度（见下表）。[1]

时间	岛屿外文名	岛屿中译名	今名	经纬度
1933 年 4 月 7 日	Caye d'Am-boine	奎亚当不亚尼	安波沙洲	北纬 7 度 54 分，东经 112 度 54 分
1933 年 4 月 10 日	Dewx lles	杜锡尔	双子群礁（包括南子岛与北子岛）	北纬 11 度 27 分，东经 114 度 22 分
1933 年 4 月 11 日	Loaita	洛爱太	南钥岛	北纬 10 度 41 分，东经 114 度 25 分
1933 年 4 月 12 日 (法国曾于 1930 年占领该岛后放弃占领)	Spratly	斯巴得来	南威岛	北纬 8 度 38 分 41 秒，东经 111 度 55 分 12 秒
1933 年 4 月 12 日	Thitu	西杜	中业岛	北纬 11 度 03 分，东经 114 度 17 分

表 2-3：“九小岛”事件情况表[2]

嗣后，中国政府向法国抗议，称：“（法方）既称有琼崖的中国人住于该群岛以专渔业，又谓当时岛中住有华人，又谓其地有树叶搭盖之屋，有奉祀神人之像，又谓有琼崖渡来的中国人居住，每年有帆船载食品来岛供华人食用。是九岛者早有华人居住，并非无主之岛，法人已代我证明矣。依照国际公法与惯例，凡新发现之岛屿，其住民系和国民，即证明其主权属于何国，今该群岛中全为华人，其主权应属于我，自无置辩之余地矣!”[3]十分蹊跷的是，1934 年出版的《中国外交年鉴》所载一则“法国占领九小岛之交涉”竟称：“各岛位置约为东经 115 度与北纬 10 度之间，距离菲律宾之巴劳湾岛（Palawaon）约二百海里，距离海南岛约五百三十海里，距离西沙群岛约为三百五十海里（西沙群岛位置约为东经 110 度——112 度与北纬 15 度——17 度）。由此而观，足证该小岛（报载法占九小岛，但据调查结果，实只七岛），并非西沙群岛，亦无从证明系我国之领土也。”[4]

与中国政府可作对比的是日本的立场，日本政府在 1933 年 8 月 3 日发表正式声明称：“一、关于华南九岛屿问题，在我方实业家中陈明先占事实之间，仅拉萨岛磷矿股份公司所主张之六岛，足当成为问题之九岛屿，其余之主张，在九

[1] 按照韩振华先生的考证，法国占领实为五岛，但法国公使的照会中所列的岛屿还包括了 Thitu（西杜）岛，即今中业岛。法国驻华公使致中国外交部照会，见申报 1933 年 8 月 19 日《法占九岛名称及经纬度》一文，转引自韩振华：《南海诸岛史地研究》，社会科学文献出版社 1996 年版，第 108-115 页。

[2] 本表制作主要参考了韩振华：《南海诸岛史地研究》，社会科学文献出版社 1996 年版，第 108-110 页。

[3] 《西沙群岛交涉及法占九小岛事》，载《外交部公报》第六卷第三号（民国二十二年七至九月），第 208 页。另参见傅崐成著：《南（中国）海法律地位之研究》，台北：123 信息有限公司 1995 年版，第 91 页。

[4] 朱家治等编：《中国外交年鉴》，上海生活书局 1934 年版，第 271 页。

岛屿以外者，与本问题无关。二、对于法国政府之领有宣言，我方承认邦人（按指日本人）先占之事实，且有保护其财产权之必要，同时该岛屿与日本领土最为接近，并得认为军事上及海运上之要地，故沿上项见解之方针，我方保留某种之权利，近将与法国当局开始交涉。[1]8 月 15 日日本内阁作出决议，对法国提出抗议声明，强调日本“拉萨公司”从大正七年（1918 年）以来就在南沙群岛开采磷矿，日本政府并给予协助，日本在南沙群岛已进行管理和开发多年，“新南群岛”并非“无主地”(terra nullius)。[2]

当时中国民间的反应远较中国政府激烈，工会、农会、商会等群众团体也纷纷抗议。如上海市总工会在给外交部的电文中称：“查该九小岛，业由粤省府查明，系在琼崖之南，确属我国领土，且位于菲岛及安南之间，水产丰富，夙为我民卜居之地，而于交通国防关系尤为重大。今法政府……希图染指，我如默尔而息，不予抗议，则行见帝国主义者得寸进尺，鲸吞蚕食而无已，大好领土或将非我有，贻患前途何堪设想。为此迫切电陈，复乞速向法政府严重交涉，以杜觊觎，而保领土，无任盼切之至。”[3]学者对于政府的立场也颇多质疑，徐公肃即指出：“须知法国占领九小岛事件发生后，我国人事前之疏于察觉，以及对于地理知识之缺乏，不啻充分暴露于世。故如何应付此事，固属当前急务，然为巩固国防，确保疆土起见，唯有就原有边境及所属岛屿，妥为布置，以防万一。此则我国政府所尤当注意者也。[4]

或许正是在这样一个背景下，南京国民政府“水陆地图审查委员会”[5]在 1934 年 12 月 21 日的第 25 次委员会会议，专门审定了南沙各岛礁中英文岛名一共 132 个，分属于四个群岛，计东沙岛一处，西沙群岛二十八处，南沙群岛（今中沙群岛）七处，团沙群岛（今南沙群岛）九十六处。1935 年 1 月出版的《水陆地图审查委员会会刊》第一期，刊登《中国南海各岛屿华英名对照表》。[6]继而，在 1935 年 3 月 22 日召开的“水陆地图审查委员会”第 28 次会议上，决定绘制政区疆域各图必须画出东沙群岛、西沙群岛、南沙群岛(今中沙群岛)和团沙群岛(今南沙群岛)。1935 年 4 月，水陆地图审查委员会编印了《中国南海各岛屿图》。[7]台湾学者陈鸿瑜认为，这应该是民国政府首次将南沙群岛纳入版图。[8]

---

[1] 俞宽赐、陈鸿瑜主编，《外交部南海诸岛档案汇编》（上册），台北：“外交部”研究设计委员会 1995 年 5 月，第 70 页。

[2] 日本外务省外交史料馆，〈阁议决定案〉，《各领土见及系件／南支那海诸礁岛系／新南群岛系第一》，Ref. B02031161600，外务省外交史料馆 B-A-4-1-008，1936 年 1 月，影像编号：0082，第 16 页，《史资料》，<http://www.jacar.go.jp/DAS/meta/listPhoto?IS_STYLE=default&ID=M2006092115163639894>。转引自陈鸿瑜：《旧金山和约下西沙和南沙群岛之领土归属问题》，远景基金会季刊第十二卷第四期 2011 年 10 月。另可参见徐公肃：《法国占领九小岛事件》， 载于《外交评论》1933 年第 2 卷第 9 期。

[3] 中国第二历史档案馆存档，全宗号临 1-(2)，卷号 589。转引自李国强：《民国政府与南沙群岛》，载于《近代史》1994 年第 2 期第 166 页。“九小岛事件”引发中国社会的抗争呼声十分强烈，据李国强的考证当时各机关、华侨代表、工会、同乡会等团体以及个人纷纷以不同方式表示抗议或呼吁政府采取相应措施。另可参考吴士存：《民国时期的南海诸岛问题》，载于《民国档案》1996 年第 3 期。以及沈顺根：《可爱的南沙》，上海远东出版社，1992 年版，第 106 页。

[4] 徐公肃：《法国占领九小岛事件》， 载于《外交评论》1933 年第 2 卷第 9 期。此外胡焕庸、陆东亚等也撰文批评民国政府缺乏远见，出现危机时又“病急乱投医”。参见凌纯声等：《中国今日之边疆问题》，台湾学生书局 1981 年版。

[5] 1933 年 6 月 7 日民国政府内政部召集参谋本部、外交部、海军司令部、教育部、蒙藏委员会相关人员组成“水陆地图审查委员会”， 旨在“着意编制标准地图，审查各类舆图”，“纠正方法，尤贵统一”，防止“以讹传讹……致国疆界线，任意出入。” 见《水陆地图审查委员会会刊》第 1 期，1935 年 1 月。

[6] 《水陆地图审查委员会会刊》第 1 期，1935 年 1 月。

[7] 参见《水陆地图审查委员会会刊》第 2 期，附图，1935 年 4 月。

[8] 陈鸿瑜：《旧金山和约下西沙和南沙群岛之领土归属问题》，载于《远景基金会季刊》，第十二卷第四期 2011 年 10 月。

图名	年代	编作者	主要内容	依据及版本	备注
《中华民国地理新图》之《中华民国边界海岸及面积区划图》	1914 年	胡晋接、程敷锴	以连续线表示南海海疆线，线西起北部湾中越陆上边界线，最南端在北纬 15-16° 左右。	亚东出图书馆出版，1914 年	（私人地图）
《中华最新形势图》的第七图为《中华疆界变迁图》	1927 年	屠思聪	“连续疆界线”，从广西防城一直沿北部湾中越中间线往南，最南端在北纬 15-16° 左右。	世界舆地学社出版，1927 年	（私人地图）
《中国模范地图》	1933 年	陈铎	“连续疆界线”，线西起北部湾中越陆上边界线，最南端在北纬 15-16° 左右。在东沙群岛和西沙群岛的外围，画出一条国界标志线	明光印刷公司印，上海舆地学社发行 1933 年 7 月	（私人地图）
《(表解说明)新制中国地图》	1934 年 8 月	陈铎	“连续疆界线”，扩展至九小岛之外，南端扩至北纬 9° 左右。	上海商务印书馆印行 1934 年 8 月	（私人地图），九小岛事件之后
《中国南海各岛屿图》	1935 年 4 月	水陆地图审查委员会	在东沙群岛、西沙群岛、南沙群岛、斯卡巴洛礁（黄岩岛）和团沙群岛上标注“属中国”，无海疆线	水陆地图审查委员会会刊第二期	官方正式地图，许多地名从外文音译或意译而来。
《中华建设新图》之《海疆南展后之中国全图》	1936 年	白眉初	“连续疆界线”内标有东沙群岛、西沙群岛、南沙群岛和团沙群岛，最南端绘在北纬 4° 左右。	北平建设图书馆印行	中学教科书
《中华省市地方新图》之《中国南海各岛屿	1937 年	苏甲荣	在东沙群岛、西沙群岛、南沙群岛、斯卡巴洛礁（黄岩岛）和团沙群岛上	日新舆地学社 1937 年 9 月初版	这是 1935 年 4 月水陆地图审查委员会

图》			标注“属中国”，无海疆线		会刊第二期刊印《中国南海各岛屿图》的彩色版，另增加了航道信息。
《中国分省新图》之《广东》	1939 年	丁文江、翁文灏、曾世英	开小窗口，附有东沙群岛、西沙群岛、南沙群岛、和团沙群岛等。南至安达息波礁（今息波礁）。	申报馆 1939 年 7 月第 4 版	（私人地图）
《南海诸岛位置图》	1947 年	国民政府内政部方域司绘制	内政部为调整各群岛名称，将三十年代命名的南沙群岛正式改为中沙群岛，将团沙群岛改称为南沙群岛，以符合诸岛在南海海域中所处的地理位置。绘有 11 段断续线。最南端绘在北纬 4° 左右的曾母暗沙。	1947 年国防部测量局代印，1948 年 2 月正式公布。	官方正式地图
《中国分省新图》（战后修订第五版）之《政治区域图》与《广东》	1948 年	编纂人丁文江、翁文灏、曾世英。第五版增订人曾世英、方俊	以连续线的方式划出南海海疆线，最南端绘在北纬 4° 左右的曾母暗沙。	申报馆 1948 年 7 月第 5 版	经内政部审核，并获得地图发行许可证。

表 1 民国时期相关地图表

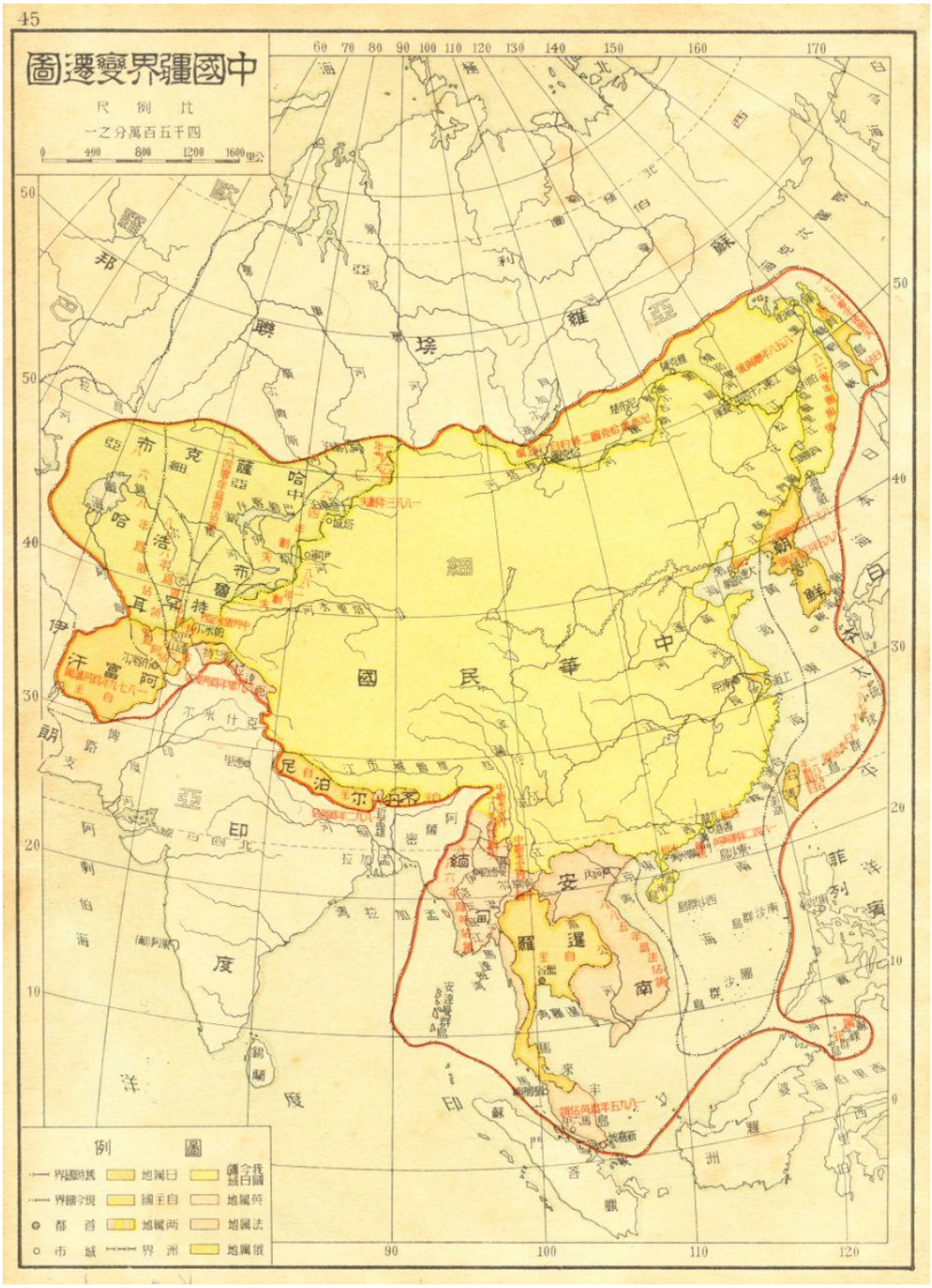


图 1：《中华疆界变迁图》[1]

[1] 屠思聪：“中华疆界变迁图”，世界舆地学社出版 1927 年。

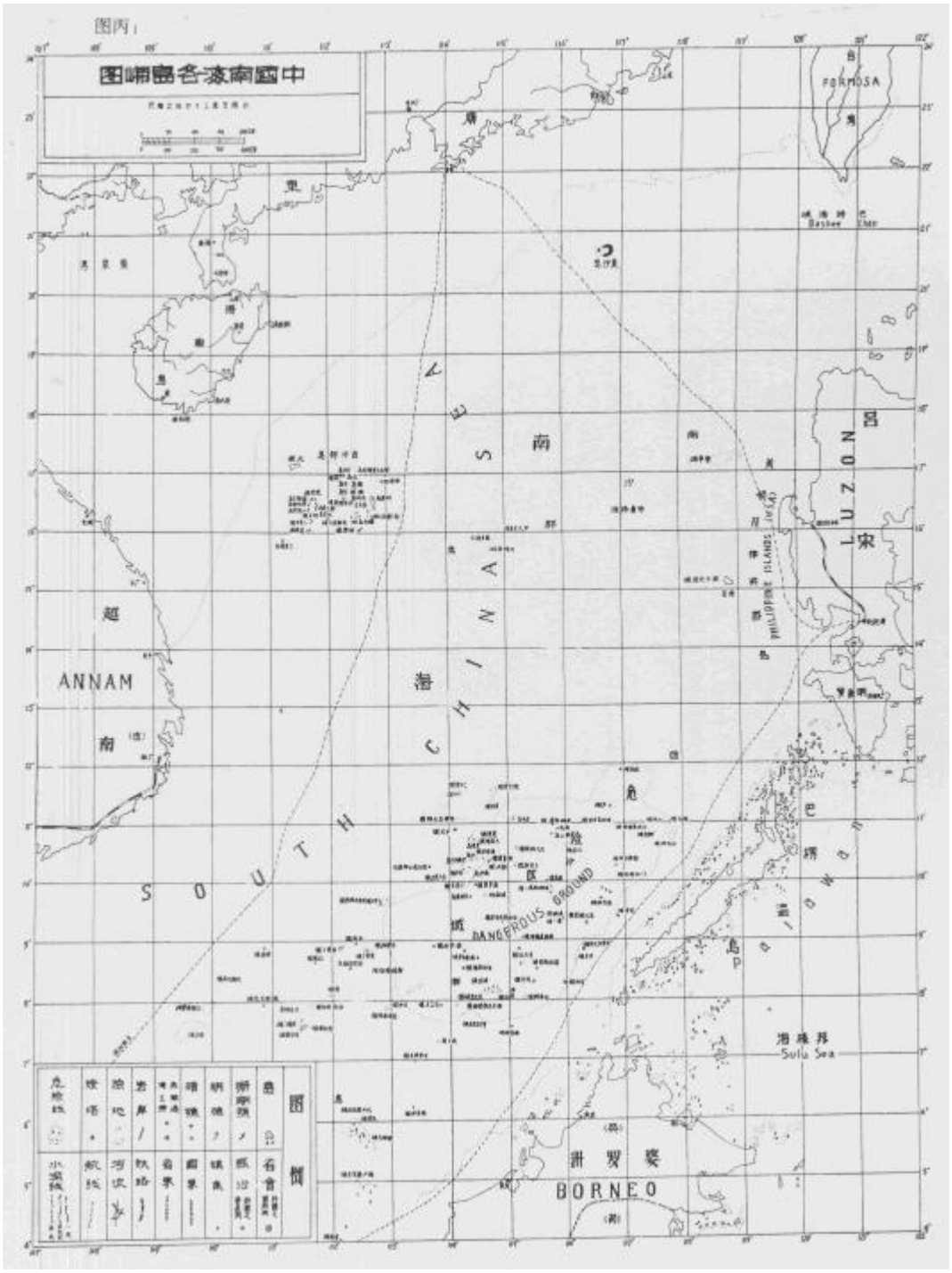


图 2：《中国南海各岛屿图》[1]

1936 年白眉初绘制的《中华建设新图》收录了《中国南海各岛屿图》，并命名为《海疆南展后之中国全图》，图中在南海疆域内标有东沙群岛、西沙群岛、南沙群岛和团沙群岛，周围用国界线标明，以示南海诸岛同属中国版图。[2]白眉

[1] 《水陆地图审查委员会会刊》第二期，1935 年 4 月出版。

[2] 白眉初：中华建设新图 • 海疆南展后之中国全图》，北平建设图书馆民国 25 年(1936 年)出版。转引自韩振华主编: 《我国南海诸岛史料汇编》，东方出版社，1988 年版，第 360 页。另外参见徐志良：《民国海疆版图演变与南海断续国界线的形成》，载于《太平洋学报》2010 年第 4 期。

初在图中注道：“（民国）廿二年七月，法占南海六岛，继由海军部海道测量局实测得南沙、团沙两部群岛，概系我国渔民生息之地，其主权当然归我，廿四年四月，中央水陆地图审查委员会会刊发表《中国南海各岛屿图》，海疆南展至团沙群岛最南至曾母滩，适履北纬 4°，是为海疆南拓之经过。”[1] 白眉初所绘的南海海疆线是今天中国南海地图上 U 形线的雏形。[2]需要指出，第一、白眉初所绘的 U 形线系实线而非虚线，但是该线的走向与 47 年官方所定 U 形线的走向大致相同。第二、《中华建设新图》是私人出版的地图，是否经过政府的审定后能否体现中国官方的正式立场仍有待于进一步考证。



图 3： 白眉初《中华建设新图 • 海疆南展后之中国全图》局部[3]

从“九小岛”事件不难发现，第一、民国早期中国对于自身的海疆范围并不明确，根据学者张明亮的考证，中国当时对于法国的抗议主要是依据 1928 年沈麟飞的《调查西沙群岛报告书》，该书称“西沙群岛我国最南之领土”。[4]后来学者对此颇多诟病，以为“授人以柄”。[5]但事实上二十世纪三十年代的中国仍处于

[1] 韩振华主编: 《我国南海诸岛史料汇编》，东方出版社，1988 年，第 360 页。
[2] 赵济、刘静、马箐、朱良：《圈画出南海疆域的北师大人》， http://www.bnu.edu.cn/xzhd/44617.htm， 。
[3] 白眉初著:《中华建设新图 • 海疆南展后之中国全图》，北平建设图书馆民国 25 年(1936 年)出版。
[4] 张明亮：《冷战前美国的南中国海政策》，载于《南洋问题研究》，2006 年第 2 期。
[5] 杜定友在 1948 年就批评沈麟飞的这种说法给外人以口实。见杜定友：《东西南沙群岛资料目录》，广州：

向民族国家的转型时期，国家内忧外患不断，尚无力测查所有领土边疆之范围；且在传统中国的天下体系下从来是中心清晰、边缘模糊，南沙诸岛又远离大陆，即便有南方渔民经年往来作业，南京政府也无力关心、无从知晓。[1]颇具讽刺意味的时，反倒是法国人称，岛上发现中国人若干或有中国人以专渔业等等。[2]其次，当时国民与政府的版图意识已经日益强烈，从民间的抗议与政府成立专门组织（水路地图审查委员会）以“编制标准地图，审查各类舆图”，试图以民族国家的标准用一条封闭的国界线划出“我与他者”之界限。第三、南沙在地缘政治上的价值已经日益为各国所洞悉。法国之所以占领南沙九小岛，目的是扩大战略纵深以维护其在印度支那的权益；日本染指南沙则是企图将之作为南进东南亚的跳板和基地[3]，事实上在二战期间，南沙群岛一带正是沟通东南亚与日本本土、中国等地的战略要道，也成为美国对日作战的重要战场。[4]

二、1947 年的南海诸岛位置图与 U 形线的定型

二战期间日本先后侵占东沙群岛、西沙群岛和南沙群岛。并将西沙群岛更名为平田群岛（Hirata Cunto），将南沙群岛为新南群岛（Sinan Cunto）。[5]日本战败后，最早是国民政府台湾省气象局派遣救济船一艘前往西沙群岛接收测候所，调查摄影，并竖立台湾省接收木标。[6]1946 年 1 月 7 日，中国对外宣布接收西沙群岛。从 1945 年 12 月到 1946 年 7 月 12 日，南海诸岛暂时由台湾省行政长官公署管辖。1946 年 7 月，南京国民政府将南沙、西沙群岛划归广东省政府管辖。[7]11 月 29 日，海军司令部派指挥官林遵率太平舰、中业舰，海军姚汝钰副指挥官率永兴舰、中建舰，巡弋各岛、测量绘图。1947 内政部方域司根据海军巡弋南海后所得资料，重新审定了各岛名称并绘制《南海诸岛位置图》，该图精确地标明了东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛和南沙群岛在南海中的位置，并绘有 11 段的 U 形断续线，最南端标在北纬 4° 左右曾母暗沙，1948 年 2 月对外公开发行。[8]自此，形成 U 形线的标准画法，U 形线基本定型。

西南沙志委员会，1948 年，转引自张明亮：《冷战前美国的南中国海政策》，载于《南洋问题研究》，2006 年第 2 期。

[1] 林金枝认为，由于当时国民党统治当局以及地图出版机构对于我国史籍和地图中有关南海各群岛的记载，没有进行系统的收集整理和分析研究；对于我国渔民、商人在南海诸岛的各种活动也缺乏了解，造成了对南海诸岛的认识受到很大限制。见林金枝：《南海诸岛范围线画法的由来演变》，载于《南洋研究》，1979 年第 4 期。

[2] Hungdah Chiu & Choon-ho Park, Legal Status of the Paracel and Spratly Islands, Ocean Development & International Law, Volume 3, Issue 1, 1975

[3] 日本还准备把太平岛建设为水上飞机基地，用来作为从台湾到印度支那和荷属东印度（印度尼西亚）巴达维亚（雅加达）之间的停靠站。日本外务省外交史料馆，〈机密：水上机基地新南群岛〉，《各领土见及系件／南支那海诸礁岛系／新南群岛系第二》，Ref. B02031162900，外务省外交史料馆 B-A-4-1-009，1939 年 9 月，影像编号：0448，页 34，《史资料》，<http://www.jacar.go.jp/DAS/meta/listPhoto? IS_STYLE=default&ID=M2006092115163739907&>。转引自陈鸿瑜：《旧金山和约下西沙和南沙群岛之领土归属问题》，远景基金会季刊第十二卷第四期 2011 年 10 月。

[4] 张明亮：《冷战前美国的南中国海政策》，载于《南洋问题研究》，2006 年第 2 期。

[5] 1939 年 3 月，日军相继占领了西沙群岛 9 个岛。日本将西沙群岛改名为平田群岛(Hirata Cunto)。澎湖马公要港部派出陆战队、气象情报部，以及通信派遣队进驻西沙的林岛（今永兴岛）和南沙的长岛（今太平岛）。转引自陈鸿瑜：《旧金山和约下西沙和南沙群岛之领土归属问题》，远景基金会季刊第十二卷第四期 2011 年 10 月。

[6] 韩祥麟：《军史一页——抗战胜利海军收复南海诸岛》，载于《海军军官季刊》23(3)。

[7] 李金明：《南海断续线: 产生背景及其法律地位》，载于《现代国际关系》 2012 年第 9 期。

[8] 1948 年 2 月，《南海诸岛位置图》被收入由傅角今主编、王锡光等人编绘的《中华民国行政区域图》中，由商务印书馆公开对外发行。另参见韩振华主编：《我国南海诸岛史料汇编》，第 363 页。

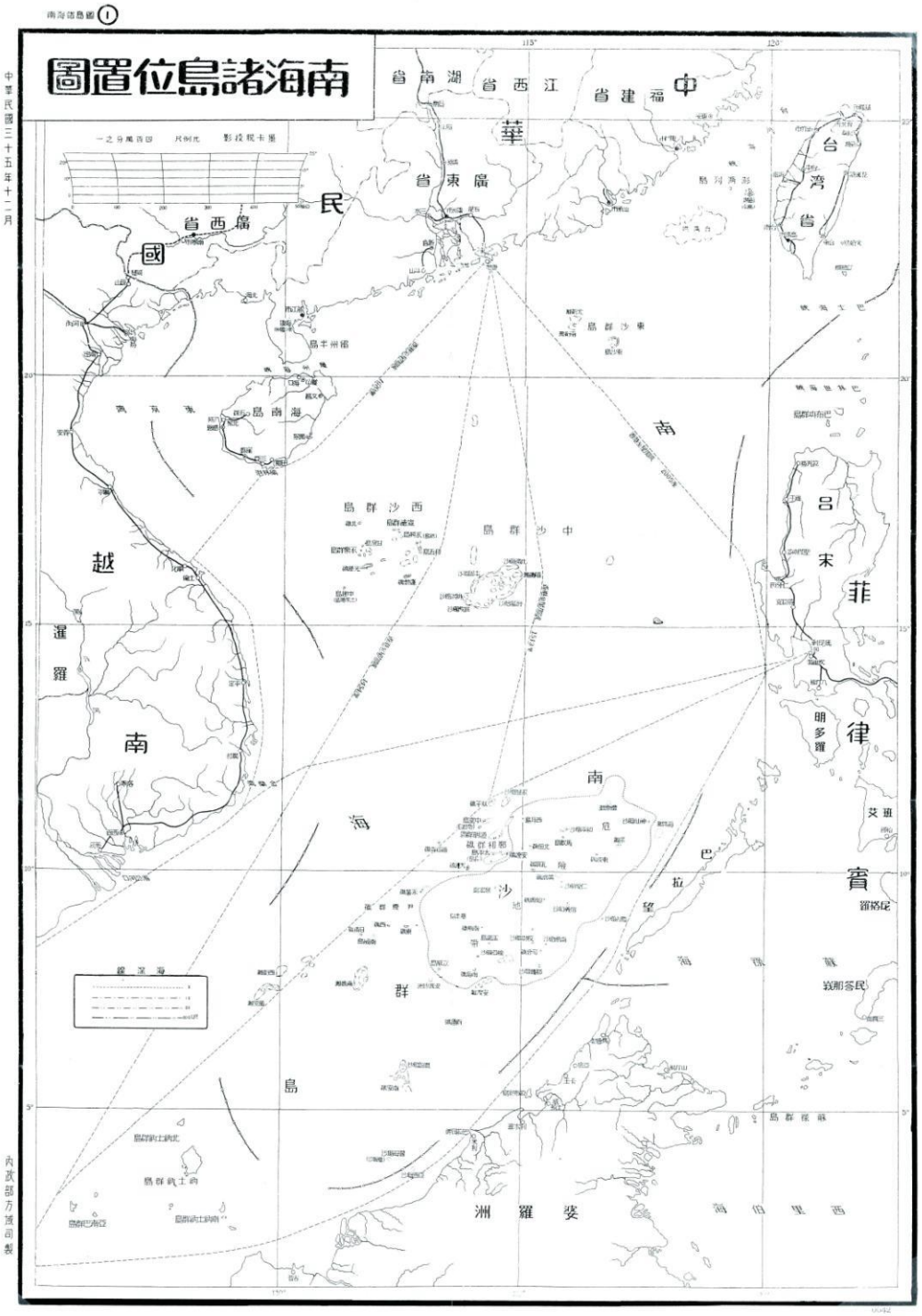


图 4：《南海诸岛位置图》（1947 年）[1]

[1] 台湾地区“内政部地政司” http://maritimeinfo.moi.gov.tw/marineweb/img/南海 1.jpg，此外也可参考上引《南海诸岛位置图》，识别码：386，总目-分目-编号：C-11-35，比例尺：4000000 图档：C11-0035，测绘者：内政部方域司，“中研院”近史所典藏地图数字化影像制作项目计划，http://webgis.sinica.edu.tw/map_imh/Snap_Image/C11-0035.jpg 。

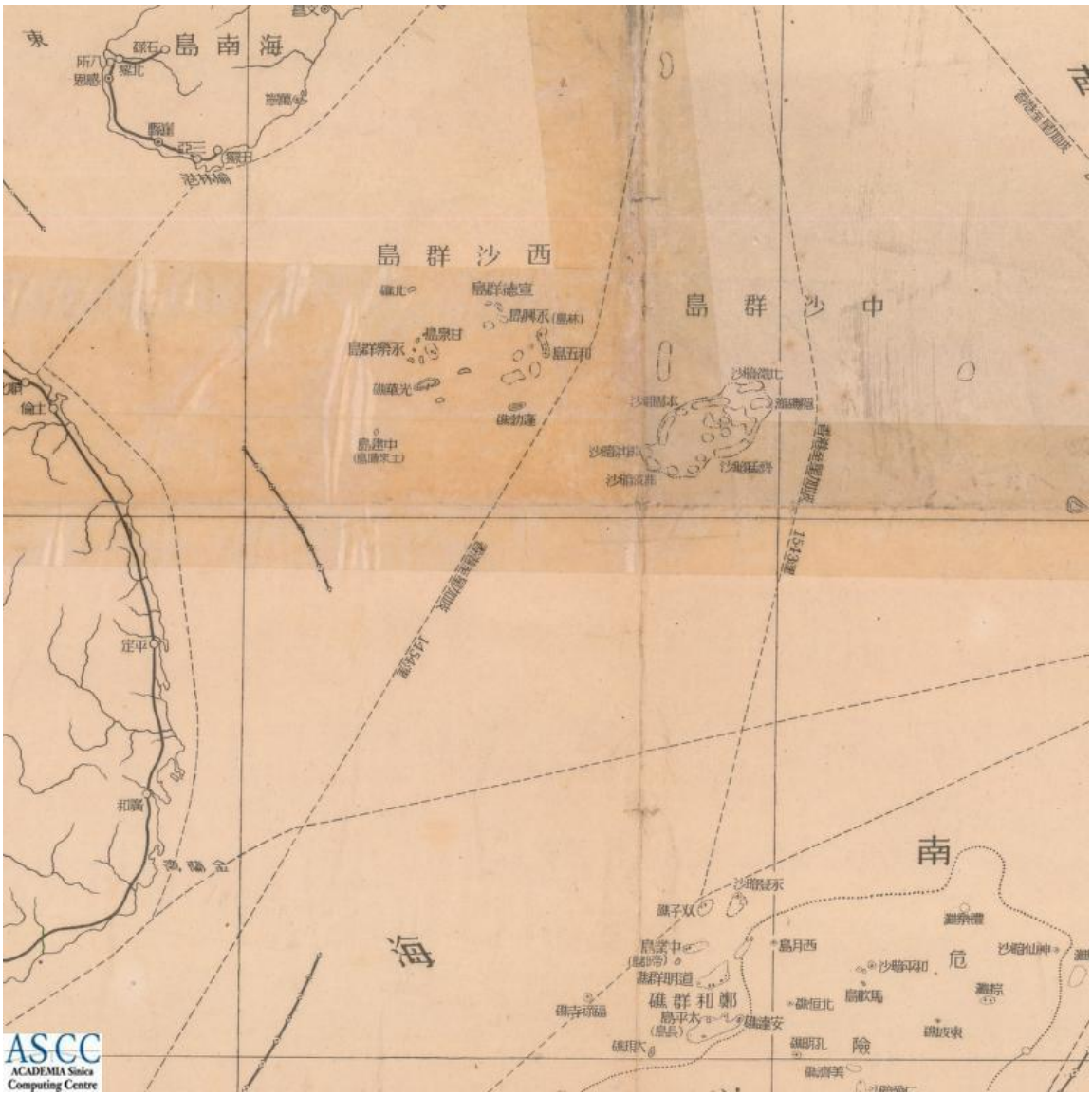


图 5：《南海诸岛位置图》局部之一[1]

[1] 据《南海诸岛位置图》所作的截图，原图识别码：386，总目-分目-编号：C-11-35，比例尺：4000000 图档：C11-0035，测绘者：内政部方域司，“中研院”近史所典藏地图数字化影像制作项目计划，下图 2-26、图 2-27 同一出处。http://webgis.sinica.edu.tw/map_imh/Snap_Image/C11-0035.jpg 。

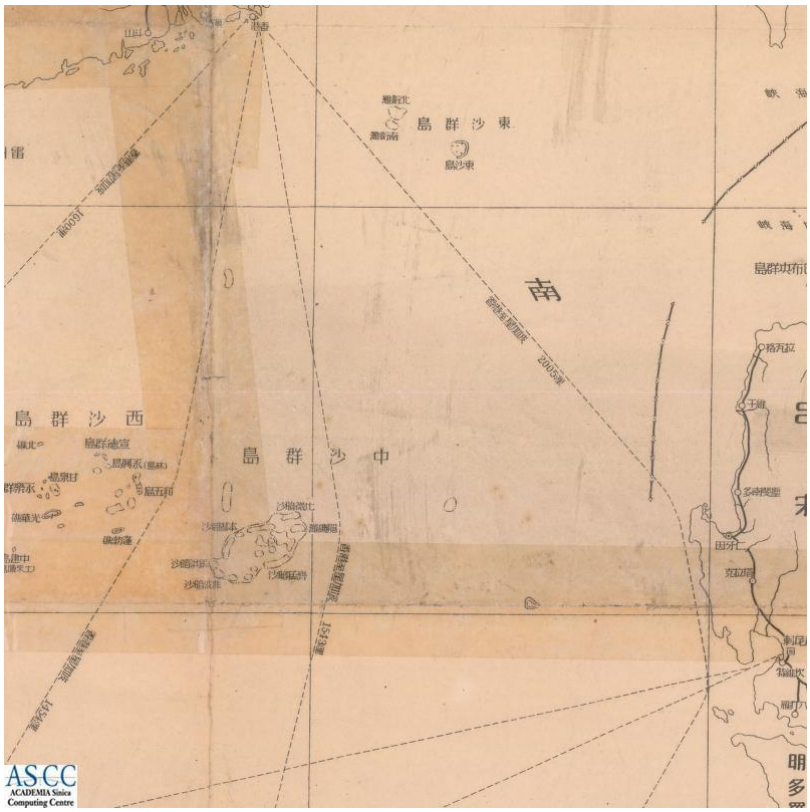


图 6：《南海诸岛位置图》局部之二

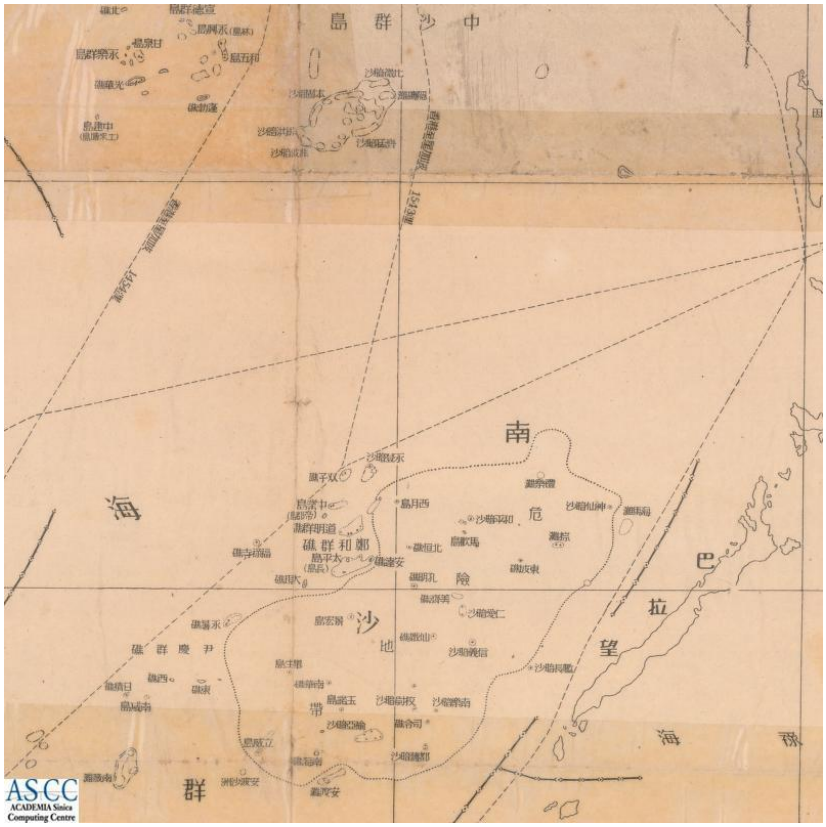


图 7：《南海诸岛位置图》局部之三

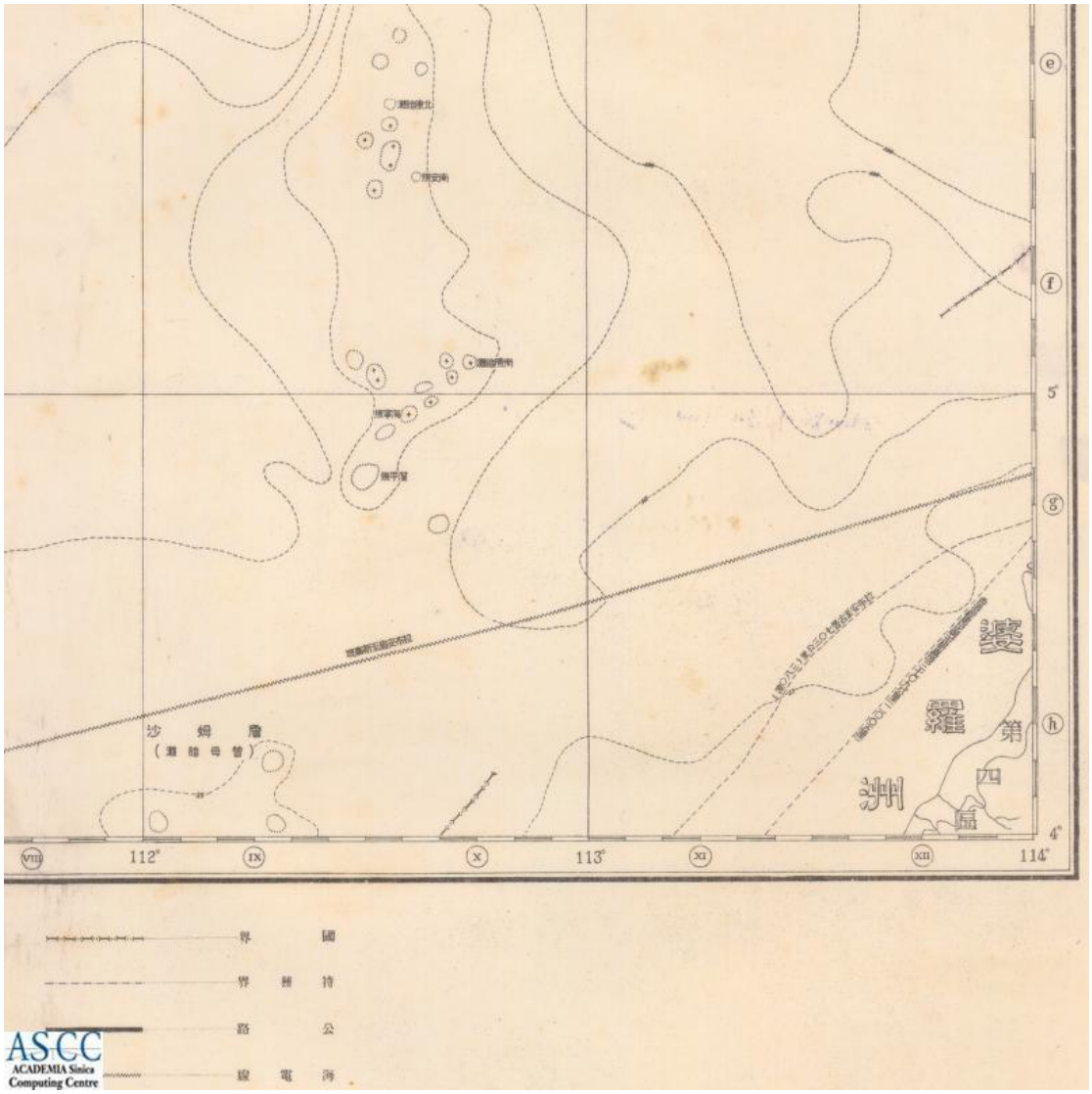


图 8：《詹姆沙图》（曾母暗沙）局部[1]

由于当时的内政部方域司对于 U 形线并未作说明，当时关于西南沙群岛范围及主权之确定与公布会议记录称：“1947 年 4 月 14 日下午 2 时，在内政部会议室举行会议，参加人国防部马定波、外交部陈泽湘，海军总司令部林遵、丁其璋，内政部傅角今、王政诗等人，由内政部傅司长主持，经会议讨论结果： 南海领土范围最南应至曾母暗沙，此项范围抗战前我国政府机关，学校及书局出版社，均依此为准，并曾经内政部呈奉有案，依照原旧不变”。[2]基于此，厦门大学林金枝教授认为，内政部的画法实际上是承袭私人地图的画法，只不过范围线包括的岛群有变化。他进而认为，国民党政府之所以未明确提出画范围线的依据，

[1] 对《詹姆沙》（曾母暗沙）所作的截图，原图识别码：386，总目-分目-编号：C-7-2，比例尺：1000000 图档：C07-0002，测绘日期：1947 年 11 月，测绘者：国防部测量局，中研院近史所典藏地图数字化影像制作项目计划。

http://gissrv1.sinica.edu.tw/map/bin/show.pl?client=map_imh&image=C07-0002.sid 。

[2] 《测量西南沙群岛沙头角中英界石》广东省革命委员档案馆全宗号 14，目录号四案卷号二。转引自林金枝：《南海诸岛范围线画法的由来演变》，载于《南洋研究》，1979 年第 4 期。

可能是约定俗成。[1]这种说法有一定的道理，但是缺乏说服力，还是不能解释为什么画在那个位置，正如前面所述，民初以来南海 U 形线是一个逐渐向南延伸的过程。另据后来当时参与绘图的内政部方域司第三科科长王锡光和绘图员鞠继武等的回忆，该线是按照中国所属的南海各岛礁与周边国家岸线、岛礁的中间线画出。[2]关于 U 形线的“中线说”，由于现代海洋法所确立的海洋划界原则基本吻合，被认为是比较有力的解读。

三、南海地图的功能与意蕴

在上述地图中，1935 年的《中国南海各岛屿图》与 1947 年的《南海诸岛位置图》是在政治变迁过程中出现的二幅重要的南海地图。从名称上，也不难看出《中国南海各岛屿图》、《南海诸岛位置图》均是以明确南海岛屿归属为目的指向的地图，不同的是《中国南海各岛屿图》的政治性与主权指向性更强，而《南海诸岛位置图》则逐步显现出地图的功能性与服务性色彩。以这二张图上的航线信息为例，《中国南海各岛屿图》只粗略的标绘了 3 条航线，而《南海诸岛位置图》则至少标绘了 7 条航线，另外还有距离、等深线等信息，无论从绘制技法、精密程度以及地图蕴含的信息量上看，二者均不可同日而语。[3]《中国南海各岛屿图》是在内外交困的情况下绘制的，当时法国、日本等诸强欲染指南海诸岛，民间社会对于国民政府在“九小岛事件”的反应迟钝、应对措施不得力，颇多指责和声讨。面对这种境况，国民政府在参照外国海图制作了该图，明确了中国南海主权之范围。[4]正如列文森所指出的，近代中国历史是一个从“天下”成为“民族国家”的历程。[5] “天下”是一个以接受中华文化、伦理秩序为基本公约数的文明秩序概念，[6]“天下秩序”下国家之间没有清晰的边界（boundary），只有政治力量逐渐消于无形和模糊的“边陲”（frontier）。[7]应当承认，南海诸岛原本就是中国的海防边陲，而《中国南海各岛屿图》是一幅正式明确中国陆地疆界的标志性地图，促进了中国向近代民族国家转型。《南海诸岛位置图》又在此基础上，画出了南海海上疆界的范围，清晰的界定我与他者的界限，试图以此宣告中国百年来“有海无防”的历史业已结束。[8]

---

[1]林金枝：《南海诸岛范围线画法的由来演变》，载于《南洋研究》，1979 年第 4 期。

[2] 《中国地图集》，上海亚光舆地学社，1948 年。另外参见中国科学院南沙综合科学考察队编：《南沙群岛历史地理研究专集》，中山大学出版社 1991 版，第 62-68 页。

[3] 《南海诸岛位置图》是《南海诸岛图》系列的总图，此外还有南沙群岛、太平岛、西沙群岛之永兴岛及石岛、中沙群岛、东沙岛等分图，各分图的比例尺更大也更加精密。徐永清、徐根才主编，《南海地图选编》，国家测绘地理信息局（内部资料），2011 年，第 85-87 页。

[4] 该图实为参照国外地图之作，比如在南沙海域以英文标出危险区域（dangerous ground），并且岛屿名多为外文译名，未能反映出中国人，特别是渔民千百年来对于南海的发现、命名、使用以及管理的历史。参见李国强：“民国政府与南沙群岛”，《近代史》，1994 年第 2 期；以及李金明：“南海断续线： 产生背景及其法律地位”，《现代国际关系》 2012 年第 9 期

[5]［美］约瑟夫·列文森，《儒教中国及其现代命运》，郑大华、任菁译；中国社会科学出版社 2000 年版，第 87 页。

[6] “天下是否有道”是天下存亡之关键，所以顾炎武说，“有亡国，有亡天下。亡国与亡天下奚辨？曰：易姓改号，谓之亡国。仁义充塞，而至于率兽食人，人将相食，谓之亡天下。……知保天下然后知保国。保国者，其君其臣，肉食者谋之；保天下，匹夫之贱与有责焉耳矣。顾炎武：《日知录·卷十三·正始》。

[7] 赵汀阳：《天下体系:世界制度哲学导论》，江苏教育出版社 2005 年版。另外参考郭渊：“海疆危机与近代中国的国家构建”，《中国边疆史地研究》，2012 年第 3 期。

[8] 若遥想一下当年海军巡弋接收南海诸岛的光景，体会一下“王者归来”的心情，或许不难理解王赓武先生所说的，“中国沉寂太久了，现在需要采取主动。1947 年地图存在的理由，或许不能解决所牵涉到的各种复杂问题，但其主权要求的由来，以及它为什么对中国重要，仍然十分关键。”See Wang Gungwu, China and the Map of Nine Dotted Lines, the Straits Times, 11 July 2012. 这在某种意义上说这大概就是所谓的“中国梦”吧，仁人志士的中华复兴之梦。但是这个梦是以“天下大同”为旨归，还是纯粹的民族国家的强国梦，还

	制作背景	内容	政治功能	隐喻
1935 年《中国南海各岛屿图》	法国、日本染指南海岛礁	南海诸岛名称、简单航行信息	主权与传统安全指向：确立岛屿主权归属（一元）	近代民族国家的建构（陆地边界）
1947 年《南海诸岛位置图》	抗战胜利后收复南海岛礁	南海诸岛名称、航行信息、海深线、11 段线	主权与传统安全指向：明确岛屿主权归属与海域范围（二元）	近代民族国家的建构（陆地与海洋边界）

表 2 南海地图功能对照表

在自身的权属范围内勿容他国染指，强调主权以及纯粹的政治指向。这可以说是这些幅地图一个很大的共性，但这必然会造成高度排他，它与海洋本身具有的沟通性与开放性也有相当的隔阂。特别在南（中国）海区域，我们更应当突出地图的功能性与服务性，弱化地图的政治性与唯主权指向性。[1]这与南海所处的特殊的地理位置，以及在区域一体化和全球化的过程中所起的作用息息相关。

需审慎抉择，因为二者的区别实不可以道里计。

[1] 大国过分强调主权，颇有些自掘坟墓的味道，事实上小国更加需要。当然大国和小国，强国与弱国总是相对而言的。

南海航行自由问题的思考

作者：庞凯华作者单位：大连海事大学

摘要：2014 年 5 月召开的第 24 届东盟峰会首次将“南海航行自由”写入其《主席声明》，同年 8 月召开的第 21 届东盟地区论坛在其《主席声明》中又提及“南海航行自由”问题，航行自由一直是国际海洋法中的一项重要内容，但是至今为止，仍没有一部公约或者任何相关的国际法的规定划定航行自由的界限。本文将以《联合国海洋法公约》为宪章的国际海洋法体系为基础，结合法理上的推定，论证航行自由在专属经济区与公海中的不同之处；同时试论南海水域中航行自由的界限，进而维护我国在南海水域的权益。

关键词：航行自由、公海、专属经济区、《联合国海洋法公约》

Abstract:In May 2014, the 24th of the association of southeast Asian nations summit for the first time to write "freedom of navigation in the south China sea" into the "presidential statement", held on August 21st annual regional BBS in the "chairman's statement also mentioned" freedom of navigation in the south China sea" Freedom of navigation has always been an important content in the international law of the sea, but so far, there is still no a convention or any relevant rules of international law defined the boundaries of freedom of navigation.This article will take the charter of the United Nations convention on the law to international law system, on the basis of combination of legal presumption, freedom of navigation in the exclusive economic zone and differences in the high seas;At the same time I try to talk about the boundaries of freedom of navigation in the south China sea waters ,then protect rights and interests of our country in the south China sea waters

Key word: Freedom of navigation、exclusive economic zone、high sea、UNCLOS

自从“国际法之父”荷兰法学家格老秀斯发表了著名的《海洋自由论》以来，历经数个世纪的沿革和发展，“海洋自由”已成为现代国际社会所广泛接受的原则，根据国际法的规定，每个人都可以在海上进行自由航行，并通过航行与他国进行自由贸易。[1]可以说，“海洋自由原则”基于其广泛的共识性，其效力层次上已属于国际强行法，作为古典“海洋自由”中最为基础的一项，航行自由自然被保留至今。自 1982 年《联合国海洋法公约》的颁布与实施之后，航行自由的范围被严格限定在公海以及专属经济区内。相较公海而言，专属经济区涉及到沿海国的利益，近年来以“妨碍航行自由”为名，侵犯沿海国利益的情况时有发生，那么专属经济区与公海的航行自由的界限在哪？作为海洋大国的中国应当如何处理类似争议？本文将对此予以讨论。

一、航行自由在专属经济区和公海的区别

(一) 专属经济区区别于公海航行自由的法律基础

1. 专属经济区独特的法律地位和法律适用

以美国为首的一些海洋大国认为，除领海之外的一切海域均属于“国际水域”，其他国家在沿岸国专属经济区享有同公海一样的航行、飞越等“公海自由”,包括各种军事利用的自由。他们强调专属经济区属于公海的一部分，要求专属经济区起码在主要方面应保持公海性质。[2]在航行自由方面，个别海洋大国主张专属经济区内的航行自由完全等同于公海中的航行自由。[3]其依据便是《海洋法公约》第 58 条第 1 款规定的：所有国家在一国专属经济区内享有《公约》第 87 条所规定的各项自由。而广大包括中国在内的发展中国家均认为专属经济区具有独立特定的法律地位，该区域不属于公海，其他国家在该区域内享有航行、飞越、铺设

[1]马忠法：《海洋自由论及其国际法思想》，载《复旦学报（社会科学版）》2003 年第 5 期，第 119—120 页
[2]李广义：“论专属经济区军事利用的法律问题”，载《西安政治学院学报》2005 年 4 月第 2 期，第 54 页。
[3]参见第三次联合国海洋法会议正式记录，第 2 卷，第 221 页。

海底电缆和管道的自由。然而这种自由是有条件的受限制的，任何形式的滥用都是违反国际法的。[1]

专属经济区拥有独立的法律地位是其拥有区别于其他海域的航行制度的前提，若专属经济区本身即为公海的一部分，则其航行制度自然与公海的航行制度并无二致。然而，笔者认为，专属经济区并非公海的一部分，其性质也不属于国际性水域，专属经济区拥有其独立的法律地位。有的国外学者也同样认为专属经济区既受到沿海国对其的管辖权的影响，同时其他国家在专属经济区内也拥有特有的权利，其法律地位不同于领海和公海。美国并非《海洋法公约》的缔约国。是否受《海洋法公约》约束便是一个问题。一般说来，国际条约只对缔约国产生效力，但这也不是绝对的，在某些情况下条约对第三国也产生法律效力。如条约的规定已形成国际习惯法规则。[2]著名的国际法学者詹宁斯·瓦茨认为，“专属经济区已经成为国际习惯法的一部分，并不需要等待 1982 年《联合国海洋法公约》的生效“，因为它已成为“各国实践形成的法条。[3]

2. 专属经济区航行自由与沿海国国家安全利益的关系

专属经济区的安全利益渊源于国家与生俱来的自卫权以及由此衍生的其他权利，是国家“自然延伸“了的安全利益，只要航行自由是在尊重沿海国国家安全利益、主权权利和专属管辖权的前提下行使的，就应该是安全的和有保障的通过自由。[4]此观点颇值赞同，除此之外，笔者认为，基于古典的”大炮射程原则“，沿海国的安全利益仅限于 3 海里以内，[5]因为在 3 海里之外的海域无法对沿海国的安全利益构成实质性的威胁。然而随着科技的发展，军事力量得到了巨大的提高，一些海洋大国的军事覆盖能力也愈发强大，故而沿海国的安全利益自然应向外延伸。值得指出的是，此处向外延伸的仅为沿海国的安全利益，即沿海国对他国军事行为的管辖权，而非领海的范围。

对于沿海国的安全利益与各国航行自由的关系，《海洋法公约》仅有原则性的规定，专属经济区内各国应顾及沿海国的权利和义务。笔者认为，从法律价值位阶的角度而言，沿海国的国家安全利益应当优先于他国的航行自由。其理由在于，第一，国家安全利益是国家的核心利益，是一国主权保障的底线。第二，正如《海洋法公约》中的第 58 条规定，他国行使其在一国专属经济区内享有的航行自由不得侵犯沿海国的国家安全利益。

3. 关于专属经济区沿海国管辖权的特别规定

《海洋法公约》第 246 条规定了一国在他国专属经济区内进行海洋科学研究，应经过沿海国的同意。从法律当然解释的角度而言，在一国专属经济区内进行对沿海国利益损害或损害威胁较小的海洋科学研究需经沿海国的同意，那么，对于会对沿海国利益造成较大损害或损害威胁的军事活动则更需经沿海国的同意方得进行。从比较法解释角度而言，许多国家在其法律中明确规定禁止一切在其专属经济区内的军事活动。[6]因此，我们认为，在专属经济区内所进行的有关军事活动的航行，均需征沿海国主管机关的同意。

(二) 航行自由在专属经济区与公海的界限与限制不同

1、 专属经济区航行自由的界限与限制

（1） 专属经济区中沿海国安全利益对航行自由的限制

[1]李广义：“论专属经济区军事利用的法律问题”，载《西安政治学院学报》2005 年 4 月第 2 期，第 55 页。
[2]邵沙平主编：《国际法》，中国人民大学出版社，2010 年第二版，第 300—303 页。
[3][英]詹宁斯·瓦茨.《奥本海国际法》，中国大百科全书出版社，1998 年版，第一卷，第二册，第 206 页。
[4]陈威：“论专属经济区的剩余权利 “，中国政法大学 2007 年博士毕业论文，第 5 页。
[5]陈德恭：《现代国际海洋法》，海洋出版社，2009 年第一版，50—51 页。
[6]陈威：“论专属经济区的剩余权利 “，中国政法大学 2007 年博士毕业论文，第 40 页。

前文已经论述专属经济区中国家安全利益的法理依据，以及其效力层次应当优于他国的航行自由。故而，在一国专属经济区内，他国的航行自由首先应受到的沿海国国家安全利益的限制，任何与航行相关的活动均不得对沿海国的国家安全利益造成威胁。从中我们可以得出结论：虽然《海洋法公约》并没有做出明确的规定，然而对他国在一国专属经济区内所进行的军事活动等可能威胁到沿海国安全利益的行为，沿海国拥有合法依据以行使其管辖权。

（2） 专属经济区中沿海国权利对航行自由的限制

前文已明确，除了公海航行自由所受的普遍管辖权限制以及船旗国管辖权限制外，专属经济区航行自由还受到来自沿海国的各种管辖权限制。在此，我们做详细论述。《海洋法公约》第 58 条规定了在专属经济区内，所有国家均享有第 87 条所规定的自由，然而，也应适当顾及沿海国的权利以及遵守沿海国的法律和规章。关于沿海国的权利，应分为两类，其一，是指沿海国依据国际法而享有的主权性质权利这种权利包括立法、提起司法程序等权利；其二，是指《海洋法公约》所赋予沿海国的为维护主权权利而享有的执行管辖权，如登临、紧追、检查、逮捕等。[1]由此可见，专属经济区航行自由是受到此类沿海国权利以及法律规章的限制的。

（3） “以和平目的利用海洋”原则的含义及其对航行自由的限制

《海洋法公约》的前言部分对“和平利用海洋原则“进行了规定，对于是否以“和平目的“利用海洋的问题，有学者便指出，在实践中如何识别，如何证明其相关的航行活动是以”和平目的“是具有难度的。[2]因而笔者认为，笔者认为，结合现实情况，在实践中将难以区分军事活动”是否以侵略为目的“的情形，也很难证明其航行活动是否以和平为目的，各国可以对其进行任意解释并最终使”和平利用海洋原则“落空。这也是为何许多国家均坚持在专属经济区内禁止一切军事活动的规定。因此，我们认为，军舰或其他可以进行军事测量等活动的船舶在专属经济区内的航行制度应当限定在类似与领海的”无害通过“制度，而其进行其余除”无害通过“之外的其他军事活动，均需获得沿海国的批准。理由在于：若进行除”无害通过“外的其他军事活动首先会威胁到沿海国的国家安全利益，其次，对于其是否是以”和平“为目的也难以识别。

2、公海航行自由的界限与限制

作为《海洋法公约》所确定的公海六大自由之一，航行自由是一项最为核心的内容，无论在战争和平时期，航行自由皆为国际社会所普遍承认。然而自由作为一种法律上的状态，从广义上而言，其性质与内涵与权利基本相同。[3]正如法谚所言“没有无限制的自由”任何自由都是天然要受到约束的，航行自由也不例外。1982 年《海洋法公约》以及 1958 年《公海公约》均原则性地规定了一国在享有航行自由的同时不应对沿岸国合法利益和良好的海洋公共秩序造成减损。除此之外，在公海上的航行自由，仍然受到普遍管辖权以及船旗国管辖权的限制。其中普遍管辖权是指基于对国际和平与安全及全人类的利益的维护，国家根据国际法对某些特定的国际罪行都有实行刑事管辖的权利。《海洋法公约》第 105、107、109、110、111 条都做出了明确规定。而船旗国管辖是公海航行自由的一项重要标志，《海洋法公约》第 92 条、94 条及 97 条，对船旗国管辖权进行了规定。船旗国行使管辖的方式包括: 临检、搜索、逮捕、扣押等。[4]除上述两项管辖权外，《海洋法公约》对公海的航行自由的限制

[1]张湘兰，张芷凡：“论海洋自由与航行自由权利的边界”，载《法学评论（双月刊）》2013 年第 2 期，第 78 页。

[2]宿涛：“试论《联合国海洋法公约》的和平规定对专属经济区军事活动的限制和影响—美国军事测量船在中国专属经济区内活动引发的法律思考“，载自《厦门大学法律评论》2003 年第六版，第 244 页。

[3]张文显主编：《法理学》，法律出版社，2007 年第三版，第 347 页。

[4]张湘兰，张芷凡：“论海洋自由与航行自由权利的边界”，载《法学评论（双月刊）》2013 年第 2 期，第 78 页。

做出了原则性的规定。

从前文论述，结合《海洋法公约》和其他相关国际法的规定，不难看出，专属经济区内的航行自由与公海的航行自由所受的限制是有明显差异的。具体而言，在公海范围内，航行自由主要受到普遍管辖权和船旗国管辖权的限制；而在专属经济区中，航行自由除了受到上述两项管辖权的限制外，还会受到沿海国不同内容的权利的限制，具体规定于《海洋法公约》第 60、62、211 条。

二、探讨我国南海航行自由的界限与范围

2014 年 5 月召开的第 24 届东盟峰会首次将“南海航行自由”写入其《主席声明》，同年 8 月召开的第 21 届东盟地区论坛在其《主席声明》中同样也提及“南海航行自由”问题。[1]从中可以看出：一是东盟国家出于自身利益考虑同时对中国南海政策的不信任，在美国等区外大国的煽动下，以此向中国施压；二是美国为了使其在我国南海专属经济区内的军事活动合法化，曲解和滥用“航行自由”原则。因此笔者在此探讨南海航行自由问题。关于南海“断续线“的性质，在法理上有四种不同的解释[2]，关于海域的性质部分，本文赞同其中一种观点，认为该线是“历史性所有权“的范围线，中国要求的是线内的历史性权利，包括岛、礁、滩、沙的主权和海域一切自然资源的主权权利。因此海域的法律地位大致相当于专属经济区，保留他国航行、飞越、铺设海底电缆和管道等三项自由。即虽然南海水域的性质与专属经济区的性质不同，但其法律地位，以及各国的权利义务内容大致相当于专属经济区，即各国享有航行自由，然而这种航行自由是“受到限制的航行自由“（具体内容上文已经论述）。在专属经济区内进行的军事活动必须以”和平利用海洋目的“为原则，其航行自由应建立在尊重沿海国的安全利益、沿海国权利之上的航行自由。故而美国的一些军事活动是不符合国际法规范的，严重威胁中国的国家安全利益的，我国在专属经济区内对军事测量等活动行使管辖不仅不违背《海洋法公约》的有关规定，而且符合《海洋法公约》的根本宗旨。

三、结束语

航行自由在专属经济区和公海的不同，也是专属经济区法律地位不同于公海之处的体现。他国的船舶在沿海国的专属经济区的航行自由受到更多的限制，不仅有法定的管辖权还可能有沿海国所做的限制，各国应受其约束，不能以在公海的航行自由等同于专属经济区。既然美国也承认专属经济区的法律地位，就应承认航行自由在专属经济区的更多限制。美国所提出的南海航行自由受到我国妨害的说法，是其重返亚太战略的先声，笔者从国际海洋法角度予以反驳其说法的错误。

针对南海航行自由问题之争，笔者认为应从以下方面着手（1）我国已经颁布了《领海及毗连区法》以及《专属经济区和大陆架法》，但对于航行自由的定义并不明确，应不断完善国内立法：第一，规定航行自由的细节内容，对我国专属经济区内航行自由的范围进行限定，保障贸易的自由及我国的海洋权益；第二，适当结合原则性的规定，从而有效避免法律漏洞，建立更加全面且体系化的国内海洋法律体系；（2）尽快确立南海“断续线”的性质和地位，进而明确我国对于南海海域及其海床和底土的不可侵犯的主权和管辖权；（3）加快推进构建南海安全合作的机制，东南亚各国之间加强沟通、互信、合作。比如在 2013 年第八届东亚峰会上，李克强总理提出了“建立一个符合地区实际、满足各方需要的区域安全架构”的倡议。（4）《海洋法公约》并没有明确界定外国的军事测量活动和沿海国的管辖权，站在维护发展中国家共同的海洋权益的视角，中国与东盟国家有必要进行深入沟通，达成共识。南海水域的航行自由事关我国的主权和海洋权益，必须明确南海水域航行自由的界限和范围，切实维护我国在南海水域的权益。

参考文献

[1]杨光海严浙《南海航行自由问题的理性思考》，载《新东方》2014 年第五期

[2]贾宇：“南海”断续线“的法律地位“，载自《中国边疆史地研究》2005 年 6 月第 2 期，第 116 页。

1、 马忠法:《海洋自由论及其国际法思想》，载《复旦学报（社会科学版）》2003年第5期，第119—120页

2、 李广义:“论专属经济区军事利用的法律问题”，载《西安政治学院学报》2005年4月第2期，第54页。

3、 第三次联合国海洋法会议正式记录，第2卷，第221页。

4、 李广义:“论专属经济区军事利用的法律问题”，载《西安政治学院学报》2005年4月第2期，第55页。

5、 邵沙平主编:《国际法》，中国人民大学出版社，2010年第二版，第300—303页。

6、 [英]詹宁斯•瓦茨.《奥本海国际法》，中国大百科全书出版社，1998年版，第一卷，第二册，第206页。

7、 陈威:“论专属经济区的剩余权利“，中国政法大学2007年博士毕业论文，第5页。

8、 陈德恭:《现代国际海洋法》，海洋出版社，2009年第一版，50—51页。

9、 陈威:“论专属经济区的剩余权利“，中国政法大学2007年博士毕业论文，第40页。

10、 张湘兰，张芷凡:“论海洋自由与航行自由权利的边界”，载《法学评论（双月刊）》2013年第2期，第78页。

11、 宿涛:“试论《联合国海洋法公约》的和平规定对专属经济区军事活动的限制和影响—美国军事测量船在中国专属经济区内活动引发的法律思考“，载自《厦门大学法律评论》2003年第六版，第244页。

12、 张文显主编:《法理学》，法律出版社，2007年第三版，第347页。

13、 张湘兰，张芷凡:“论海洋自由与航行自由权利的边界”，载《法学评论（双月刊）》2013年第2期，第78页。

14、 杨光海严浙《南海航行自由问题的理性思考》，载《新东方》2014年第五期

15、 贾宇:“南海”断续线“的法律地位“，载自《中国边疆史地研究》2005年6月第2期，第116页。

南海环境保护引入特别区域制度研究

张 辉*

[摘　要] 为保护海洋特定区域的环境，在国际法和国内法层面存在着一些特别区域制度，其中包括特殊海域制度、特别敏感海域制度、环境高风险海域制度等。我国南海地区地理环境特殊，海上交通运输繁忙，环境污染风险巨大，急需强化环境保护。引入特别区域制度，与我国既存的海洋特别保护区制度相结合，可以更有效地保护南海海域环境，并强化我国在南海地区的存在和管制。

[关键词] 南海 特殊海域 特别敏感海域 环境高风险海域 海洋特别保护区

南海是我国古代海上丝绸之路的重要通达地区，今天也仍是我国对外贸易的主要通道，是连接我国与外界特别是东南亚地区的纽带。这些经济交往和开发活动既给南海带来生机，也隐含着巨大的环境风险。为保护海洋特定区域的环境，在国际法和国内法层面存在着一些特别制度，笔者将其统称为特别区域制度，其中包括特殊海域制度（special area）、特别敏感海域制度（particular sensitive sea area，PSSA）、环境高风险海域制度（marine environmentally high risk area，MEHRA）等。在南海地区引入这些特别区域制度，将有助于南海环境保护，使南海这一海上丝绸之路永葆魅力。

一、南海环境保护引入特别区域制度的必要性

（一）南海生态环境面临的高风险

首先，南海生态环境的高风险与南海地理环境有密切关系。南海属于半闭海，[1]仅通过一些狭窄水道与其他洋或海相连，如台湾海峡、巴士海峡、马六甲海峡、龙目海峡等。在这样一种地理环境下，海水中的污染物不易扩散、消解，而容易长时间集聚。

其次，南海是世界范围内海上运输最繁忙的海域之一。世界海运的三大主干航线均为东西向，即欧亚、跨太平洋、跨大西洋航线，其中南海是欧洲-东亚航线的必经海域。有学者进行统计研究，认为每年经过南海地区运输的货物、石油、液化石油气等分别占世界货物贸易总量、石油运输总量和液化石油气总贸易额的 1/3、1/2 和 2/3，其中大型油轮每天运输的原油就有 1030 万桶。[2]从这一统计可以看出，南海航线上不仅仅运输繁密，每天通行大量

* 武汉大学法学院、国际法研究所教授，法学博士。

[1] 张海文：《 联合国海洋法公约释义集》，海洋出版社 2006 年版，第 248 页。

[2] 朱华友，鞠海龙：《南海航行安全对世界经济的影响》，《南洋问题研究》2006 第 3 期，第 16 页。

船舶，而且其中很多是具有环境损害风险的货物的运输。在我国近海，曾发生多起重大溢油污染事故，如 2004 年 12 月 7 日，在广东水域，巴拿马籍集装箱船“现代促进”轮与德国“伊伦娜”轮碰撞，导致 1200 多吨船舶燃料油溢出；2009 年 9 月 15 日，受台风“巨爵”影响，巴拿马籍集装箱船“圣狄”轮在珠海高栏岛附近海域搁浅，造成燃油泄漏入海。南海海域也是日本、韩国、中国大陆和台湾的石油输入大动脉，以及东南亚国家之间的交通动脉，发生船舶漏油的风险很大。有资料显示，中国进口石油的 50％以上都要通过这条航线。这些原因都给南海带来巨大的油污风险，因此，在南海地区的航行与运输应进一步强化监管，避免环境损害事故的频发。

再次，南海还是海上石油勘探开发的密集区域。随着海上钻井平台和海底输油管线以及海上石油储藏运输等的逐年增加，南海海域已属于溢油事故多发海域，特别是北部湾地区。在北部湾，中越两国均进行了大量的石油勘探开采，由于海上开采和输送原油活动的不断增加，油品运输的日益频繁，这里已经成为溢油事故的多发区域。另外，南沙海域有 1000 多口石油钻井，年采石油量超过 5000 万吨，在原油运输环节也存在发生溢油事故的巨大风险。

（二）加强中国在南海存在和管制的需要

南海诸岛最早被中国人发现和利用并提出主权主张，南海水域自古以来就是中国渔民的重要渔场。但长期以来，中国政府对南海岛礁以及水域的管辖或缺位或力度较弱，导致南沙大量岛礁被周边国家侵占。近 10 年来，随着中国国家实力的增强，建设海洋强国战略的提出，中国对南海的管辖力度不断增强。这种管辖主要体现在对资源开发的管理上，特别是对渔业活动的管理（例如护渔、规范渔业捕捞作业、制定休渔期制度等）。此外，也涉及对外国船只的海底油气勘探开发活动的管理。不过截至目前，中国对南海海洋环境的管理仍较为薄弱，环境保护执法力度有限。通过更有力的环境措施，强化南海环境保护，可以加强我国在南海特别是南沙区域的存在和管辖，不仅将对周边国家的利用和开发南海行为产生牵制和制约，而且对经由南海航线运输各种货物的国家也将产生制约效果，特别是对处于欧亚航线东端的东亚和东北亚各国。

基于争夺海洋资源目的的南海管理措施在实施中较易引发相关国家间的冲突与对抗，而基于环境保护目的的管理措施则相对缓和，并具有国际法的坚实基础。《联合国海洋法公约》在海洋环境方面为各国设定了权利和义务，如第 192 条：“各国有保护和保全海洋环境的义务”；第 194 条：“各国应适当情形下个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染”。在当今世界环境意识普遍提升，环境保护成为不可抗拒潮流的背景下，加强南海海洋环境保护在道德和舆论上将占据制高点。本文研究的特别区域制度可以建立在区域性合作框架之内，使南海周边国家参与到共同的环境保护中来，从而对其行为实现软性约束。

二、海洋环境保护特别区域制度的类型

（一）特殊海域制度

特殊海域制度经历了一个发展过程。1926 年，美英等 14 国召开的华盛顿专家预备会就建议各国在其沿岸设立禁止船舶排放油类物质和油类混合物的区域，但并未付诸实施。[1]1954 年，国际社会通过了《防止海洋石油污染国际公约》（International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil），对船舶排放油类物质和油类混合物设定了一定宽度的禁区。1967 年在英国西南海域发生的“托利·堪庸”（Torrey Canyon）号超级油轮溢油事故是有史以来最严重的海上油污事故之一。国际社会对油污问题开始高度关注，于 1973 年通过了《国际防止船舶造成污染公约》，并在 1978 年通过其修订议定书（The International Convention for the Prevention of Pollution From Ships，MARPOL 73/78）。MARPOL 73/78 提出了“特殊海域”概念，这是指由于海洋学和生态学的情况以及海上交通运输的特殊性质等公认的技术原因，需要采取特殊的强制办法以防止船舶污染的特定海域。MARPOL 73/78 的附则Ⅰ、Ⅱ、Ⅴ、Ⅵ分别就油类物质、有毒液体、船舶垃圾、船舶气体排放等规定了特殊海域。1982 年《联合国海洋法公约》也考虑到了 MARPOL 73/78 中的特殊海域制度，在其第 211 条第 6 款特别规定，如果有关的国际规则和标准不足以适应特殊情况，并且沿海国有合理根据认为其专属经济区某一明确划定的特定区域，因其海洋学和生态条件有关的公认技术理由，以及该区域的利用或其资源的保护及其在航运上的特殊性质，可提请国际海事组织批准制定和实施防止船舶污染的特别法律规章。但《联合国海洋法公约》第 211 条所指的特定海域仅限于一国的专属经济区内，而不能扩展至其他海域，但 MARPOL 73/78 中的特殊海域则可以包括专属经济区外的海域，如公海。

特殊海域针对的是封闭和半封闭的海域，该海域可以包含一个或几个国家的海域。根据国际海事组织《MARPOL 73/78 中特殊海域指定指南》，一海域必须满足下列三个标准之一，方能被指定为特殊海域：（1）海洋地理条件。该海域的海洋地理条件可能引发有害物质的聚集或滞留；（2）生态条件。该海域海洋物种受到有害物质威胁，或属于海洋生物的自然繁殖的聚集区域、重要海洋物种的产卵、哺育区域，或处于海鸟、海洋哺乳动物的迁徙路线，或生态系统稀有或脆弱；（3）船舶交通特性。考虑到该海域的海洋生态条件和船舶利用状况，MARPOL 73/78 所规定的船舶有害物质的排放标准对于该海域是不可接受的。目前，已经有 10 多个海域经国际海事组织批准成为特殊海域，涉及油污、有毒液体、垃圾、船舶气体排放等领域，如地中海、波罗的海、黑海、红海、南极水域等海域。

（二）特别敏感海域制度

特别敏感海域概念的产生相对较晚。1978 年，油轮安全和防止污染国际会议通过的第 9 号决议授权国际海事组织制定一个海洋环境保护的新制度，以弥补特殊海域制度的不足。[2]此后，国际海事组织海洋环境保护委员会（MEPC）讨论特别敏感海域制度多年。1990 年，

[1] 张海文：《 联合国海洋法公约释义集》，海洋出版社 2006 年版，第 248 页。

[2] Gerard Peet, Particularly Sensitive Sea Areas—A Documentary History, International Journal of Marine & Coastal Law. 1994(9):475.

澳大利亚大堡礁海域被认定为第一个特别敏感海域。1991 年，国际海事组织大会通过了《关于特殊海域指定和特别敏感海域认定的指南》的第 720（17）号决议，为特别敏感海域认定设定了标准。但由于指南中规定的程序冗长和复杂，特别敏感海域的认定在实践中很不成功，到 1997 年，只有一个海域被认定为特别敏感海域。为此，海洋环境保护委员会决定修改指南，2001 年，新指南经国际海事组织大会第 927（22）号决议获得通过。此后，有多个海域被认定为特别敏感海域。2005 年，国际海事组织大会又通过了第 982（24）号决议，对《特别敏感海域认定指南》进行了修订。

根据国际海事组织相关文件，特别敏感海域是指在生态、社会经济或科学方面具有经确认的重要性，且易受到国际航运活动的损害，从而需要国际海事组织采取特别行动加以保护的海域。特别敏感海域制度适用于任何海域，不仅仅限于封闭或半封闭海域，开阔海域也可适用。其认定标准有三个方面，只有满足至少一个方面的条件才能被认定为特别敏感海域：（1）生态标准，包括生态系统的独特性或稀有性、鱼类或海洋生物的重要栖息地、生物的相互依存性、生态代表性、多样性、整体性、脆弱性等；（2）社会、文化和经济标准，包括在渔业、休闲、旅游等社会经济方面的重要性、对当地居民生存的重要性、文化遗产等；（3）科学和教育标准，包括重要科学价值、监测研究的重要样本、存在特有的生态现象等。

（三）环境高风险海域制度

环境高风险海域是英国根据 1994 年“唐纳森报告”提出的。该报告是在 1993 年“Braer”号溢油事故之后提出的，共提出了 103 项建议，其中包括环境高风险海域概念。[1]此后，英国建立起环境高风险海域制度，目的在于确定哪些海域既具有环境敏感性，同时也受到海上运输的威胁。认定环境高风险海域主要考虑两方面因素：（1）海事方面，包括通过海域船舶及其运载货物的数量、类型，航线与海岸的距离，导致船舶碰撞风险升高的因素，与安全航行有关的水文条件，气象和潮汐情况等；（2）环境和社会经济方面，包括野生动物生存繁殖因素、可商业开发的生物资源、公众休闲等。在实践中，“环境高风险海域制度对于警示航海者航行危险并且具有高环境风险的海域提供了一个独特的工具”。[2] 这种保护模式在信息收集分配方面格外成功，有利于采取合适的保护性措施。[3]但相比特别敏感海域制度，环境高风险海域制度仅是英国的国内法制度，并未得到普遍效仿。不过，由于环境高风险海域制度不仅仅考虑环境敏感性，还考虑航行风险，对于特别敏感海域制度可起到弥补作用，有些学者呼吁澳大利亚在大堡礁海域引入环境高风险海域制度。[4]

---

[1] HMSO. Secretary of State for Transport, Safer Ships, Cleaner Seas: Report of Lord Donaldson’s inquiry into the Prevention of Pollution from merchant Shipping ,1994, p219.

[2] Great Barrier Reef Shipping Review Steering Committee, Review of Ship Safety and Pollution Prevention Measures in the Great Barrier Reef ,2001,p.45,http://www.amsa.gov.au/Shipping_Safety/Great_Barrier_Reef_and_Torres_Strait/GBR_Review_Report/Documents/gbr.pdf.

[3] Hélène Lefebvre-Chalain, Fifteen Years of Particularly Sensitive Sea Areas: A Concept in Development. Ocean And Coastal Law Journal, 2007(13), p.57.

[4] Great Barrier Reef Shipping Review Steering Committee, Review of Ship Safety and Pollution Prevention Measures in the Great Barrier Reef ,2001,p.1,http://www.amsa.gov.au/Shipping_Safety/Great_Barrier_Reef_and_Torres_Strait/GBR_Review_Re

三、海洋环境特别区域制度的比较分析

以上三种海洋环境保护特别区域制度虽然都意在防止和控制船舶污染，但其间区别十分明显，有着各自的特点。

（一）法律依据与效力

特殊海域制度确立的法律依据是 MARPOL 73/78 及其相关附则，特别敏感海域制度确立的法律依据是国际海事组织的大会决议和 MEPC 的决议，而环境高风险海域制度的法律依据则是一国的国内法。

任何一个被国际海事组织认定的特殊海域都必须经过 MARPOL 相关附则的修正程序，即通过条约修正的方式被订入条约文本。例如 MARPOL 73/78 附则Ⅰ第 10 条规定："就本附则而言，特殊海域为地中海区域、波罗的海区域、黑海区域、红海区域、海湾区域、亚丁湾区域、南极区域、西北欧水域、阿拉伯海的阿曼区域和南非洲海的南部海域，其界限如下：……"这些特殊海域都是在不同时间经条约修正案添加进去的，如亚丁湾是经 1987 年修正案、南极是经 1990 年修正案、西北欧是经 1997 年修正案加入的。因此，特殊海域是公约正式文本确立的，在法律效力上无可争议，对公约附则Ⅰ所有缔约国均有拘束力。截至 2013 年 1 月，公约附则Ⅰ有 152 个缔约国，其代表的商船总吨位占世界总吨位的 99.2%。

特别敏感海域制度不是经国际公约途径，而是由国际海事组织大会决议建立，每一个具体的特别敏感海域的认定则由 MEPC 通过决议方式进行。考虑到《海洋法公约》第 194 条的规定，以及公约第 197 条关于通过全球性和区域性合作保护海洋环境的规定，同时国际海事组织大会作为该国际组织的最高权力机构，其决议对全体成员国的拘束力，特别敏感海域制度无疑有其合法根据。但具体到某一特别敏感海域的认定的效力，则存在争议。MEPC 是国际海事组织的重要职能机构，在海洋环境保护方面具有主导性作用，但其决议却不具有法律拘束力。虽然成员国通常会遵守 MEPC 的决议，但也存在例外情况。例如，MEPC 第 53 届会议通过决议，认定托雷斯海峡是大堡礁特别敏感海域的延伸部分，承认了澳大利亚制定的双向航道及强制引航制度。但这一决议遭到许多国家反对，认为决议仅是建议性质，不能作为实施特别敏感海域措施的法律依据。

至于环境高风险海域制度，虽然我们可以认为其法律基础间接来自《海洋法公约》第 192 条、第 194 条等规定，但由于其只是英国的国内法实践，其效力颇有争议。有学者甚至认为，这一制度仅对英国籍船舶有效，[1]而不能拘束其他国家的船舶。不过，在实际制度实施中，英国将这一海域划定在其领海之内，其他国家并未反对英国这一做法。

（二）适用范围

特殊海域制度是建立在 MARPOL 73/78 框架内的制度，因此受到公约本身适用范围的制

port/Documents/gbr.pdf.

[1] Hélène Lefebvre-Chalain, Fifteen Years of Particularly Sensitive Sea Areas: A Concept in Development. Ocean And Coastal Law Journal, 2007(13), p.57.

约。其在地域范围上仅适用于封闭或半封闭海域，在污染类型上仅适用于油污、有毒液体、船舶垃圾和船舶气体排放。特别敏感海域制度则没有这些限制，可以适用于各种地理环境的海域，并且可以针对任何类型的污染。在适用的海域范围方面，特殊海域制度和特别敏感海域制度也有共同点，即不限于一国管辖海域，可以多个国家的管辖海域，甚至包括公海。环境高风险海域制度在适用范围上较接近特别敏感海域制度，但由于其仅是国内法制度，因此其只能位于一国管辖海域范围内，即领海、毗连区和专属经济区内。

（三）确立的标准

上文已经介绍了这三种特别区域制度的认定标准，比较而言，其间既有相同之处，也有不少差异。生态因素是三种制度均予以重点考虑的，并且彼此间在考察标准上没有本质性区别。就特殊海域制度和环境高风险海域制度而言，其间差别在于：（1）海洋地理条件是两种制度均涉及的，但二者侧重点不同，特殊海域制度强调地理因素是基于污染一旦发生不易消除这一考虑，而环境高风险海域制度则强调与船舶航行有关的地理因素，如航道、水文、气象、潮汐等，系基于航行安全考虑；（2）船舶和交通因素也是两种制度均涉及的，但特殊海域制度强调船舶交通状况导致的污染超出可接受限度，而环境高风险海域制度强调船舶和货物的通行状况是否具有风险。就特别敏感海域制度和环境高风险海域制度而言，二者均考虑社会经济因素，但特别敏感海域制度更为详细，此外特别敏感海域制度还强调了科学和教育因素，而环境高风险海域制度则不涉及。

（四）确立的程序

特殊海域和特别敏感海域均是国际法框架下的制度，其申请都需要提交 MEPC 进行审议。由于特殊海域的申请要经公约修正程序，申请国除提交符合《指南》中相关标准的文件证明外，还需要提交关于 MARPOL 73/78 的修正案草案。申请获得 MEPC 认可后，还需将修正案草案提交缔约国讨论通过，待修正案生效后才能在该海域实施有关环境保护措施。因此，特殊海域的申请往往历时较长。

特别敏感海域由于不涉及公约修改问题，程序相对简单快捷。申请国在将资料提交 MEPC 时，应附带拟采取的保护措施说明。MEPC 会对这些保护措施进行审议，考虑是否同意申请国采取此种措施。如果申请国拟采取的措施涉及船舶通航问题，如强制船舶报告、强制引航、禁航或避航区措施等，则需要经国际海事组织的海事安全委员会的批准。

至于环境高风险海域，由于只是国内法制度，因此只要符合国内法程序要求即可。

（五）可采取的环境保护措施

由于特殊海域制度处于 MARPOL 73/78 的框架内，并由公约附则明确规定，因此在特殊海域可以采取的环境保护措施也必须限制在公约允许的范围内，公约各附则针对油污、有毒液体、垃圾、气体等均有明确规定。而特别敏感海域制度下可采取的措施则相对灵活，不仅可采取各种限制污染物排放的措施，而且还可以采取强制引航、强制报告、定线制、分道通航、禁止通航、禁止锚泊等措施，这些措施更为直接和有力。环境高风险海域制度是国内法

制度，在可采取的措施方面也较为灵活。

四、我国在南海引入特别区域制度的考量

（一）我国的海洋保护区制度

我国从 1990 年起，即开始在海上设立国家自然保护区，以保护海洋环境。《海洋环境保护法》第 23 条规定："凡具有特殊地理条件、生态系统、生物与非生物资源及海洋开发特殊需要的区域，可以建立海洋特别保护区，采取有效的保护措施和科学的开发方式进行特殊管理。"但在具体立法方面，目前尚无专门的海洋保护区法，而只有两个部门规章，即国家海洋局 1995 年颁布的《海洋自然保护区管理办法》和 2010 年颁布的《海洋特别保护区管理办法》。海洋特别保护区与海洋自然保护区存在一定的区别：首先，设立目的不同，特别保护区以保护可持续利用的海洋资源为基本目标，自然保护区则以保护特定海洋生态环境为目标。其次，设立标准不同，特别保护区的设立主要侧重于海洋资源的综合开发与可持续利用价值，考虑因素涉及社会经济、自然资源和生态环境等多个方面，自然保护区设立则主要侧重于保护原始自然状态。再次，保护方式不同，特别保护区强调海洋资源开发的合理性，保护方式与开发相协调，自然保护区则采取强制与封闭性管理。

我国的海洋特别保护区与上文所涉及的三种海洋环境保护特别区域比较接近，而自然保护区则差别较大。从《海洋特别保护区管理办法》具体内容来看，我国的特别保护区制度在保护措施方面主要限于对资源开发的限制性和禁止性措施，而未涉及 MARPOL 73/78 中采取的排放控制措施，也未涉及强制引航、强制报告、禁止通航等国际海事组织承认的航行管理措施。并且，虽然根据《管理办法》，海洋特别保护区可以建立在内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架以及中国管辖的其他海域和海岛，但实践中，我国目前的 23 个特别保护区均集中于沿岸和近海，且在南海区域数量很少，在三沙市管辖海域则没有任何特别保护区。由于国内法中的海域特别保护制度可能对其他国家的航行自由产生影响，一国能否在领海之外设立这种保护区并施加航行管理措施存在争议，我国的《海洋特别保护区管理办法》对在领海之外设立特别保护区也十分慎重，要求必须经国家海洋局批准。从目前情况来看，我国尚未在领海之外设立特别保护区。在此种情况下，引入国际法上的特别区域制度更为必要，特别是对于南海这样的争议地区，它可以和我国既有的特别保护区制度相互协调和补充。

（二）南海引入特别区域制度的路径

1. 国内法路径

我国的海洋特别保护区制度在强调可持续利用海洋资源方面有其特色，因此应得到进一步完善和发展。笔者认为，可以借鉴英国的高风险海域制度，在考虑生态和社会经济因素之外，还可更多地考虑航行、航道、气象、水文等社会和自然因素，使特别保护区可采取的保护措施更为全面和细致，尽可能避免环境污染事故的发生。为此，可修订完善《海洋特别保护区管理办法》。在实践层面，我国目前在三沙市管辖的南海海域尚未设立特别保护区，

对此应特别加以弥补，其中原因在本文开始已经述及，其不仅有利于环境，也有利于中国对该地区的管辖。在南海设立特别保护区的行动主旨在于保护环境，符合《海洋法公约》中关于缔约国权利与义务的规定，不属于“使争议复杂化和扩大化和影响和平与稳定的行动”，因而与《南海各方行为宣言》并不冲突。但为了避免争议，特别是避免与非南海国家产生影响航行自由的争议，我们可以将特别保护区的海域范围限制在领海之内。南海岛礁众多，其中有相当大一部分位于我国所主张的“九段线”之内，属于我国领土。我们可以这些岛礁所拥有的领海为基础，划定海洋特别保护区，以加强这些海域的环境保护，彰显中国主权。

2. 国际法路径

国际海事组织管理的特殊海域制度和特别敏感海域制度也是我国保护南海环境、加强存在与控制的可行方法。根据《南海各方行为宣言》，在争议解决之前，各方开展合作的领域首先是海洋环境保护，我国可邀请相关各国共同申请南海中南部海域为特殊海域和特别敏感海域。虽然宣言不具有拘束力，但各方仍受到道义上的约束，难以直接反对特别区域的划定。而且，保护南海海洋环境对于沿岸国都有益处，特别是南海南部的周边国家。从特殊海域制度和特别敏感海域制度这两种海域的设立要件来看，南海海域都应符合其设立宗旨。从程序角度来看，特殊海域的申请涉及 MARPOL 73/78 的修改，需要取得特定多数缔约国的支持，过程较为漫长和复杂；而特别敏感海域的申请相对简单，只需要在国际海事组织海洋环境保护委员会内部获得批准，花费时间较短，并且，其可采取的保护措施也更直接与船舶航行相关。在申请中，我国可以将两种海域均加以申请，以便使两种制度相互补充，但在具体操作层面，可先推进特别敏感海域的申请，以尽快使南海环境保护措施落到实地。

南海渔业合作协定的模式选择

叶 泉

（东南大学 法学院，江苏南京 211189）

摘要：由于南海岛屿主权和划界争端悬而未决，周边国家之间的渔业纠纷此起彼伏。加之过度捕捞和欠缺养护措施，南海渔业资源日趋衰竭，甚至有些鱼种已经绝迹。屡见不鲜的渔业纠纷和入不敷出的渔业资源使得南海渔业合作已势在必行。渔业合作协定的模式选择是达成协定时的关键问题，鉴于南海的实际情况，划定临时渔业边界难以实现，白色区域协定模式和轻灰色区域协定模式均非最优选择，而灰色区域协定模式是周边国家短期内应努力争取达成的。但从长远来看，以生态系统方法为导向的区域合作模式才是南海渔业合作的最佳路径。

关键词：南海；渔业合作协定；模式选择；大海洋生态系统

南海以拥有丰富的渔业资源著称，这些渔业资源深深地影响着沿岸居民的生活方式。[1]渔业资源不仅是沿海居民的重要食物来源，还是其重要的就业途径，同时渔业出口也是国际贸易的重要组成部分。[2]多个世纪以来，南海一直对沿海国开放，渔民捕鱼时并不会受到其他国家的驱赶或管制。[3]然而，自《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）生效以来，南海周边国家为争夺管辖权，围绕渔业问题而产生的纠纷骤然增多，并呈现出愈演愈烈之势，有时甚至达到了剑拔弩张的地步。而且由于过度捕捞和缺乏合理的养护措施，南海渔业资源正在以前所未有的速度衰竭。渔业合作协定的模式选择，是签订渔业合作协定时的关键问题，在国际实践中，有关国家逐渐形成了划定一条临时边界协定、灰色区域协定、白色区域协定和轻灰色区域协定式几种模式。就南海而言，究竟采用哪种模式，抑或是运用其他方法，以实现公平分配以及合理养护与发展南海渔业资源，成为摆在我们面前需要深入探讨的问题。

一、南海渔业合作的动因

作者简介：叶泉（1986-），男，湖南醴陵人，法学博士，东南大学法学院讲师。

[1] Katharina Schlick, “Fishery agreements in view of the South China Sea Conflict: A regional cooperative approach to maritime resource conflicts and territorial disputes,” *China Papers*, 2009, No.19, p.5.

[2] 王冠雄：《南海诸岛争端与渔业共同合作》，秀威咨询科技股份有限公司 2002 年版，第 20 页。

[3] Peter Dutton, “Three Disputes and Three Objective: China and the South China Sea, ” *Naval War College Review*, 2011, Vol.64, No.4, p.59.

随着南海权益争端不断升温，周边国家对渔业资源的开发利用而产生的纠纷逐渐升级，严重影响到地区的稳定和渔民的生产生活。为缓和争端方的矛盾，规范南海渔业作业，建立互信，南海渔业合作已势在必行。

（一）南海渔业纠纷不断上演

由于南海划界与岛屿主权问题难解难分，为争夺渔业资源并借以行使主权或主权权利，一些国家罔顾国际法的规定，频频挑起争端，在驱赶、抓捕我国渔船和渔民的同时，却通过资助、补贴等方式鼓励本国的渔民肆无忌惮的进行捕捞。不难看出，渔业纠纷不仅仅是渔民之间的利益冲突，其背后更是国家海洋权益的角逐，南海周边国家渔业政策的推波助澜也是引发渔业纠纷纷争迭起的重要原因。据统计，1989-2010 年，周边国家在南沙海域袭击、抢劫、抓扣、枪杀我国渔船、渔民事件多达 380 起，涉及渔船 750 多艘、渔民 11300 人。其中，25 名渔民被打死或失踪，800 多渔民被抓扣判刑。[1]渔业纠纷已严重影响到南海周边国家的关系和地区的稳定。造成这种局面固然与海洋边界的缺失有关，但在划界陷入僵局且短期内难有定夺的情况下，缺乏有效的渔业合作协定难咎其辞。签订划界前渔业合作协定无疑是化解与缓和矛盾的重要途径，它可以暂时规避敏感的主权问题，使各国将重心放在共同关注的渔业问题上，避免武力相向，用对话代替对抗，确保各国渔民在南海捕鱼作业相安无事的进行。

（二）南海渔业资源快速消耗

得天独厚的气候和地理条件，造就了南海拥有无论是种类还是数量都极其可观的渔业资源。但由于过度捕捞等原因，南海渔业资源日渐式微。尽管渔业资源属于可再生资源，但是任何鱼类种群均有其最大可持续产量，一旦超过这一界限，将损害这些种群的自我更新能力，[2]造成难以估算和不可挽回的损失。同时，渔业资源作为一种共有资源，在缺少任何限制的情况下，渔民没有为防止过度捕鱼而限制其活动的动机，因为他无法保证其他渔民也会和他一样限制捕鱼活动，实际上，与之相反的做法更有可能发生，因为随着一个竞争者的离开，将会有更多可供捕捞的鱼类存在。[3]一个渔民加大捕鱼量对于整个海域的渔业资源来说，也许微不足道，但一旦所有渔民都为了一己之私，盲目开发渔业资源，则会陷入恶

[1] 国家海洋局海洋发展战略研究所：《中国海洋发展报告（2012）》，海洋出版社 2012 年版，第 71 页。

[2] Katharina Schlick, “Fishery agreements in view of the South China Sea Conflict: A regional cooperative approach to maritime resource conflicts and territorial disputes,” *China Papers*, 2009, No.19, p.4.

[3] R.R.Churchill & A.V. Lowe, *The Law of the Sea (third edition)*, Manchester University Press, 1999, p.281.

性循环，最终的结果便是出现哈丁（Garrett Hardin）教授所宣称的“公地悲剧”（The Tragedy of the Commons）[1]。因此，在南海渔业资源加速锐减的势态下，如若对该现象放任不管，后果将不堪设想，签订渔业合作协定宜早不宜迟。

（三）南海渔业合作的“溢出”效应

不同于油气资源，海洋边界的缺失并不意味着争议海域不会存在开发渔业资源的活动。[2]实际上，捕鱼活动在南海早已进行，而油气资源开发活动一旦引入南沙群岛海域将是一项新的活动。渔业合作只是更好的调整已经存在的活动，而不是在本已非常复杂的区域引入新的活动，更重要的是，开发渔业资源比共同开发油气资源的成本要低很多。[3]一般来说，国际石油公司并不愿意在争议区域从事勘探活动。即使勘探活动是成功的而且发现海底有油气资源，在没有财政以及法律的确定性和连续性时，开发也难以进行。[4]而渔业资源作为可再生资源，属于低敏感领域，各自为战效果并不明显，争端方更容易对相关问题作出让步，达成协定的可能性更大。在南海油气资源共同开发步履维艰的状况下，渔业合作将是打破僵局的不二法门。南海周边国家应以渔业合作为先导，逐步增强互信，进而对其他领域的合作产生“溢出效应”，[5]甚至使划界问题也迎刃而解。正如马来西亚海事分析师纳泽瑞·哈利德所言，“南海问题的解决需要耐心，双方应从不那么敏感的问题开始。‘先摘低处的果子’，在彼此加深了解并建立信心后，才会更愿意和平地解决问题。”[6]

二、南海渔业合作的国际法依据

《海洋法公约》被称之为“海洋的新宪章”，作为目前规范国际海洋秩序最全面的法律文件，公约中有多处直接或间接地表明相关国家应对争议海域渔业资源的开发与养护进行合作。具体来说，包括第 63 条跨界鱼类种群合作制度、第 74 条第 3 款海洋划界前临时安排制度以及第 122-123 条闭海或半闭海制度。

---

[1] Garrett Hardin,“The Tragedy of the Commons,” *Science*,1968,Vol.162, pp.1243-1248.

[2] R.R.Churchill, “Fisheries issues in maritime boundary delimitation, ” *Marine Policy*, 1993,Vol.17, Issue 1, p.45.

[3] NGUYEN DANG Thang, “Fisheries Co-operation in the South China Sea and the (Ir)relevance of the Sovereignty Question,” *Asian Journal of International Law*,2012, Vol.2, p.85.

[4] Clive Schofield et al., “From Disputed Waters to Seas of Opportunity: Overcoming Barriers to Maritime Cooperation in East and Southeast Asia, ” *NBR Special Report*, July 2011, p.7.

[5] “外溢效应”的产生过程是一个功能性合作由此及彼的过程，即通过国家间在某些领域的合作，以便建立信任关系，从而为其他领域的合作奠定基础，甚至克服主权争议的难题。参见葛红亮、鞠海龙：《南中国海洋地区渔业合作与管理机制分析——以功能主义为视角》，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2013 年第 1 期。

[6] 暨佩娟：《和平解决南海问题需要推进信心建设》，载《人民日报》2011 年 12 月 15 日第 003 版。

（一）跨界鱼类种群合作的法律制度

渔业资源的流动性决定了很多鱼种不可能遵循国家的边界，而仅仅在一国的专属经济区内游动，这些鱼种就是《海洋法公约》第 63 条标题所规定的“出现在两个或两个以上沿海国专属经济区的种群或出现在专属经济区内而又出现在专属经济区外的邻接区域内的种群”。《海洋法公约》对这两种鱼类种群没有另行命名，这也造成学者们对其称呼的混乱。有的学者并未对此予以区别，而是统一用跨界鱼类种群（transboudary stocks ）[1]来指代《海洋法公约》第 63 条第 1 款与第 2 款两种不同鱼类种群。[2]而有学者将公约第 63 条第 1 款规定的在专属经济区之间洄游的鱼类种群，称之为“共享鱼类种群”（shared stocks or joint stocks），即狭义上的跨界鱼类种群，而将第 63 条第 2 款规定的在沿海国专属经济区和公海之间洄游的种群（straddling stocks）称之为广义上的跨界鱼类种群。[3]

跨界鱼类种群的存在意味着相关国家在对其进行管辖时难以做到泾渭分明，对其养护和发展只有通过合作才能富有成效。《海洋法公约》第 63 条第 1 款规定，对于位于两个或两个以上沿海国专属经济区的生物资源，国家应“直接或通过适当的分区域或区域组织，设法就必要措施达成协定，以便协调和确保这些种群的养护和发展”。据此可知，公约要求沿海国是设法（seek to）达成协定，而不是必须达成协议的义务。在国际法的语境下，沿海国实际上承担的是一种善意协商的义务，这一义务要求有关国家应本着达成协定的观念进行协商，而不仅仅是作为缺乏协议时自行适用某种划界方法的前提条件而经过的一种正式协商程序；其次，协商必须是有意义的，而不是各方坚持原有立场不考虑任何修改。[4]尽管争端方很难对核心利益拱手相让，但至少要对一些无关宏旨的问题予以妥协，而不是漫天要价，否则势必造成谈判的破裂。当然，这并不代表争端方必须达成协定，正如常设国际法院在波兰与立陶宛轨道交通案中认为的那样，“本着善意尽力达成协定的义务，并不意味着要以牺牲一切为代价来达成一项协定的义务”。

[1] 跨界种群并非生物学上的某种鱼的名称，而是根据这些鱼类活动的习性所作的政治上的分类。这种分类以沿海国专属经济区的界线为标准，凡进出游跨此线的鱼群都可称为跨界种群。王翰灵：《跨界和高度洄游鱼类渔业争端的解决机制》，载《中国国际法年刊（2008 年）》。

[2] Ellen Hey, *The Regime for the Exploitation of Transboundary Marine Fisheries Resources: The United Nations Law of the Sea Convention Cooperation between States*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp.53-56; Moritaka Hayashi, “The Management of Transboundary Fish Stocks under the LOS Convention,” *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 1993, Vol.8, p.245.

[3] 薛桂芳：《国际渔业法律政策与中国的实践》，中国海洋大学出版社 2008 年版，第 26 页；R.R.Churchill & A.V. Lowe, *The Law of the Sea (third editon)*, Manchester University Press, 1999, p.294.

[4] North Sea Continental Shelf Case, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para.85(a).

1

由所捕获的鱼群分布区域和价值来看，南海海域中的渔业资源多为跨越多个国家管辖海域的鱼群，或是洄游距离更广的高度洄游鱼群。[2]因此，任何一个国家都无法凭借一己之力实现对南海渔业资源的养护与发展。考虑到南海渔业资源逐渐减少，而周边国家的需求却不断增加这一情况，周边国家的共同努力显得非常必要。[3]

（二）海洋划界前临时安排法律制度

《海洋法公约》第 74 条第 3 款规定："在达成第 1 款规定的协议以前，有关各国应基于谅解和合作的精神，尽一切努力作出实际性的临时安排，并在此过渡期间内，不妨害或阻碍最后协议的达成。"尽管《海洋法公约》未对临时安排的含义和类型给予进一步阐释，但这一条款规定了各国在海洋划界前应尽的两项义务。

第一项义务是尽一切努力达成实际性临时安排。在实践中，各国根据不同的诉求，达成了内容不一、形式各异的划界前临时安排。其中，有不少就是渔业合作协定。与跨界鱼类种群制度类似，该义务要求的也是一种善意协商的义务，即该义务是一个"过程导向型"而非"结果导向型"的义务。第二项义务是在过渡期内，不妨害或阻碍最后协议达成的义务。换言之，这是一种"共同克制"的义务。"共同克制"的义务并不等于完全暂停争议区域的一切活动。[4]事实上，考虑到专属经济区和大陆架创设的目的是为了资源开发，绝对的暂停并不合理，并且海洋划界并不是一蹴而就的事项。[5]至于哪些行为应被禁止，哪些行为会被视为妨害或阻碍最后协议的达成，公约并没有进一步规定。在苏里南/圭亚那仲裁案中，仲裁庭认为判断标准是行为是否会导致永久性物理损害。若不会造成永久性物理损害，则可以单独实施，反之，则只能根据争端方所达成的协议来实施。[6]由此可见，单方面开发争议海域油气资源应明显排除在被允许的行为之外。而作为

[1] Railway Traffic between Lithuania and Poland, 1931 P.C.I.J .(ser. A/B) No.42, para.31.
[2] 王冠雄：《南海诸岛争端与渔业共同合作》，秀威咨询科技股份有限公司 2002 年版，第 22 页。
[3] NONG HONG, *UNCLOS and Ocean Dispute Settlement: Law and Politics in the South China Sea*, Routledge, 2012, p.221.
[4] Rainer Lagoni, "Interim Measures Pending Maritime Delimitation Agreements," *American Journal of International Law*, 1984, Vol.78, pp.362-366; Arbitration Between Guyana and Suriname, Award, 17 December 2007, para.465.
[5] NGUYEN DANG Thang, "Fisheries Co-operation in the South China Sea and the (Ir)relevance of the Sovereignty Question," *Asian Journal of International Law*, 2012,Vol.2, p.70.
[6] Arbitration Between Guyana and Suriname, Award, 17 December 2007, paras.466-467.

可再生资源的渔业资源，单方面的捕鱼作业应得到允许。不过，捕鱼作业也并非没有限制，在冰岛渔业管辖权案中，国际法院对英德两国在冰岛主张的专属经济区内的年度捕获量施加了限制。[1]法院的判决表明，从某种程度上可以认为，争议海域的捕鱼活动可能损害相关国家的权利。[2]目前，已获得普遍认可的是不可持续的过度捕鱼行为将导致种群耗尽并最终崩溃，这实际上也相当于对海床造成永久性损害。[3]

南海争端涉及六国七方，各国的主张犬牙交错，近年来，声索国之间的争议从来没有停止。争端方的任何一步，无论是象征性的行为还是为经济目的开发岛屿及其附近水域的活动，常常会引来其他国家的外交抗议。[4]期待划界在短期内完成并不现实，在这种情况下，让所有争端方将精力放在划界上并非明智之举。尽管南海周边国家签订了一些关于渔业合作的文件，但大部分文件的法律拘束力及可操作性都存在缺陷，在避免和处理渔业纠纷上显得捉襟见肘。因此，南海周边国家必须要有实际性举措，签订具有实质性内容的渔业合作协定，才能避免合作流于形式的命运。

（三）闭海或半闭海法律制度

《海洋法公约》第 122 条对闭海或半闭海的定义规定了两项标准：两个或两个以上国家所环绕并由一个狭窄的出口连接到另一个海或洋的海湾、海盆或海域（狭窄出口定义）；全部或主要由两个或两个以上沿海国的领海和专属经济区构成的海湾、海盆或海域（领海或专属经济区定义）。[5]一般来讲，第一个标准主要指闭海，而第二个标准主要是指半闭海。[6]闭海或半闭海是一个相对独立的水体，这些海域的海洋环境和生物资源具有较大的封闭性和独立性，其渔业资源的更新基本上全靠自身的繁衍来进行，而难以通过其他海域的鱼种进行补充。因此，这些海域的渔业资源一旦遭到破坏，恢复的时间和难度都非常大。[7]

---

[1] Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J.Reoports 1972, paras.25-27.

[2] NGUYEN DANG Thang, “Fisheries Co-operation in the South China Sea and the (Ir)relevance of the Sovereignty Question, ” *Asian Journal of International Law*, 2012,Vol.2, p.72.

[3] *Ibid*.,p.73.

[4] Mingjiang Li, “Reconciling Assertiveness and Cooperation? China’s Changing Approach to the South China Sea Dispute,” *Security Challenges*, 2010, Vol.6, No.2, p.67.

[5] Christopher Linebaugh, “Joint Development in a Semi-Enclosed Sea: China’s Duty to Cooperate in Developing the Natural Resources of the South China Sea, ” *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014,Vol.52, p.548.

[6] 张海文：《<联合国海洋法公约>释义集》，海洋出版社 2006 年版，第 246 页。

[7] 黄瑶、李燕妙：《南海沿岸国渔业合作路径的新探讨——以<联合国海洋法公约>第 123 条为视角》，载《大珠三角论坛》2013 年第 3 期。

闭海或半闭海在政治、经济、地理或生态等方面具有与开阔海域不同的特点，任何沿岸国在这一区域的活动都可能直接影响到其他沿岸国的权利和义务，[1]可谓牵一发而动全身。因此，《海洋法公约》第123条规定闭海或半闭海沿岸国履行本公约所规定的权利和义务时应进行合作，其中之一就是应协调海洋生物资源的管理、养护、勘探和开发。当然，与跨界鱼类种群制度和海洋划界前临时安排制度相呼应，公约这一条所规定的合作义务也是善意协商的义务。这一义务无关乎海洋划界是否已经完成，换言之，即使在海洋划界已然确定的情况下，沿海国仍应遵守。

南海作为半闭海，各沿海国之间的利益休戚相关，若渔业资源出现衰退，海区内的任何沿海国都无法独善其身。尽管有些周边国家在自己管辖的范围内进行了相关调查和研究，但是其结果并不一定是准确和可靠的，甚至会严重偏离事实，从而导致某些养护措施收效甚微或是徒劳无功。因此，沿岸国应就该区域内的渔业活动展开合作，互通有无，共谋发展。

综上所述，《海洋法公约》所规定的跨界鱼类种群制度、海洋划界前临时安排制度和封闭或半封闭海制度所规定的义务主要是一种善意协商的义务和不妨害或阻碍最后协定达成的义务。善意协商的义务体现的是一种规劝与鼓励，有关国家若遵循这些规定展开实质性合作，将毫无疑问获得“共赢”；而不妨害或阻碍最后协定达成的义务表明争议海域的渔业作业只要不出现过度捕捞即被许可。

三、争议海域渔业合作协定模式的国际实践

海洋边界的缺失并不能阻止捕鱼作业在争议海域进行，而渔业资源作为一种共有资源，如果缺乏有效管理，渔业纠纷与过度捕捞问题将接踵而至。为避免这些问题的产生，有关国家在争议海域达成了诸多渔业合作协定。实践中，关于渔业合作协定的模式，有关国家根据价值取舍和政策考量大致形成了四种类型：划定临时渔业边界协定、灰色区域协定、白色区域协定和轻灰色区域协定。

（一）划定临时渔业边界协定

划定临时渔业边界协定是指缔约方在争议海域划定一条临时渔业边界，以这条线为界，缔约方各司其职，分别行使渔业管辖权的协定。因此，划定临时渔业边界协定并不存在一个共同渔业开发区域。例如，澳大利亚和印度尼西亚在谈判

[1] 张海文：《<联合国海洋法公约>释义集》，海洋出版社2006年版，第246页。

专属渔区划界时，澳大利亚主张赋予阿什摩尔及卡蒂埃群岛全效力，但印度尼西亚认为等距离线应该在印度尼西亚群岛和澳大利亚大陆之间来划定。[1]两国针锋相对，各执一词，致使划界谈判陷入僵局，最终两国于 1981 年达成一项谅解备忘录，备忘录中确立了一条“临时渔业监督与执法线”（PFSEL)。值得注意的是，这并不意味着双方的海洋边界已然确立，因为这条线只是一条临时的事实上的边界，而非法律上的边界。而且，作为海洋划界前的临时安排，协定中必定会包含“不损害条款”（without prejudice clause)，即《海洋法公约》第 74 条第 3 款中所指的“这种临时安排不妨碍最后界限的划定”。当然，这并不妨碍当事国将这种临时边界转变成永久边界。1998 年澳大利亚和印度尼西亚在最终划界时，只是将渔业协定中所确定的“临时渔业监督与执法线”稍作调整。毕竟临时边界是最终划界时的重要参考材料，将或多或少的对最终边界的划定产生影响。实际上，如果一个国家为了特定的目的而接受临时边界，这将可能会给另一个国家传递一个信号，即该国对于将该临时边界转变成永久边界持有灵活的态度，如果后者也愿意对其它问题妥协的话。[2]

此外，还有一种情况，假如存在一条事实上有利于 A 国的边界，并且 A 国对保持这条边界的意愿非常强烈，而 B 国对越过该条事实边界捕鱼的意愿十分迫切，在这种情况下，B 国不得不对事实边界的存在予以默认，同时在官方立场上又不认可这一事实边界。[3]1977年前苏联和日本签订的渔业协定便是如此。由于对南千岛群岛（日称“北方四岛”）的主权存在争议，两国并没有就海洋划界问题进行谈判。但是，考虑到日本渔民捕鱼极大的依赖以前属于公海而后被前苏联宣称为专属渔区的水域，两国签订了两个渔业协定，为了执行这些协定，日本不得不面对前苏联对争议海域行使管辖权的事实，并承认争议岛屿与日本群岛的等距离线作为事实上的海洋边界。[4]

（二）灰色区域协定

灰色区域（grey zone）协定是指缔约方所达成的对部分或全部争议海域内的渔业资源进行管理，并排除未经其许可的第三国渔船进入该区域捕鱼的协定。灰

[1] Jonathan I.Charney & Lewis M.Alexander, *International Maritime Boundaries (Vol. Ⅱ)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.1229.
[2] Sun Pyo Kim, *Maritime Delimitation and Interim Arrangements in North East Asia*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.140.
[3] *Ibid*., pp.129-130.
[4] *Ibid*.

色区域协定的适用范围包括但并不必然限于争议海域。灰色区域内的争议海域具有特殊的法律地位，它充当着准专属经济区的功能，即对于第三国而言，它属于专属经济区，但对于其他缔约方而言，则不属于专属经济区。一般而言，灰色区域内的管辖权归属于船旗国，但对于未获得任何一方颁发许可证而进入该海域的第三国渔船，双方均有管辖权。该模式可以避免划定一条临时边界给缔约方所带来的可能影响最终边界划定的顾虑，同时，采纳这种模式的协定中，往往会有一系列制度来协调缔约方关于渔业资源的分配及其养护。

由于灰色区域协定在避免争端方之间的渔业纠纷以及养护和发展渔业资源上的优势，在实践中，有很多渔业协定都采用该模式。例如，1978 年苏联与挪威在巴伦支海渔业协定中，划定了一块约 41500 平方公里的灰色区域，该区域不仅包括大部分存在争议的专属经济区，同时还包括一部分明显没有争议的分属两国的专属经济区。该协定规定，在灰色区域内，每一鱼类种群的年度总可捕获量由挪威-前苏联渔业委员会来决定，并大致上平均分配给两国，同时，在两国协商后，可以将一部分分配给第三国。协定还指出，每个国家只能对本国的渔船或经本国颁发许可证的第三国渔船行使管辖权，但对于未经任一缔约方授权的第三国渔船两国均有管辖权。此外，1977 年瑞典和丹麦关于延伸卡特加特海渔业资源管辖权协定、1978 年丹麦和波兰共同开发争议海域的渔业协定、1977 年并经 1985 年修订的委内瑞拉-特立尼达和多巴哥渔业协定、1999 年英国与丹麦海洋划界协定等，均采用了灰色区域协定模式。

（三）白色区域协定

白色区域（white zone）协定是指两个或多个国家，尽管都按照普遍认可的原则延伸其渔业管辖权，但同时又愿意保持适当的克制，因为他们知道，对渔业管辖权重叠的区域划界是一个异常复杂的问题，这一克制意味着在争议海域有公海（白色区域）的存在，所有国家均可依据公海自由原则在该区域捕鱼。[1] 可见，白色区域协定实际上是将争议海域公海化。[2]作为临时安排，白色区域毫无疑问是有效的，因为它可以阻止相关邻国争端的产生，然而，其有效性有多大完全取决于白色区域内国际渔业委员会的能力，如果没有委员会或者其规则制定权力非常弱，那么白色区域内就很有可能发生过度捕鱼的现象，在这种情况下，作为一

[1] R.R.Churchill, “Fisheries issues in maritime boundary delimitation,” *Marine Policy*, 1993,Vol.17, Issue 1, pp.48-49.

[2] 张湘兰、胡斌：《南海渔业资源合作的国际法思考》，载《海南大学学报人文社会科学版》2013 年第 4 期。

种临时安排，白色区域协定并没有灰色区域协定那么令人满意。[1]因此，白色区域协定模式的缺点也是显而易见的。公海捕鱼践行的是一种先来先得的规则，这就无可避免的引发各国争相捕鱼而疏于养护的困境。

沿海国选择白色区域模式往往是因为期待划界协定能够尽快完成，如果存在行之有效的关于渔业资源的管理计划，那么划界就很难确定，因为一旦渔业资源已得到有效关注，划界也就变得不那么必要了。[2]1977 年苏联和瑞典签订了关于两国之间渔业关系的协定，该协定划定了一块接近 13000 平方千米的重叠区域，该区域内渔业活动的管辖权不属于任一缔约方，而是继续由国际波罗的海渔业委员会来管理。不过，这种松散的管理体制，对白色区域内的渔业资源管理并不凑效，过度捕鱼现象仍十分严重，这也是促成两国于 1988 年达成划界协议的主要原因。[3]相反，苏联与挪威签订渔业协定采用的是灰色区域模式，两国的海洋界限直到 2010 年才得以划定。因此，到底选择灰色区域协定还是白色区域协定模式取决于缔约方是否想早日解决划界争端。如果短期内没有划界的可能，则灰色区域协定模式更为适宜。

此外，白色区域协定模式虽然在一定程度上符合《海洋法公约》有关沿海国在专属经济区内要适当顾及其他国家，尤其是“地理位置不利国家”权利的规定。但是对于沿海国而言，该模式并不可取，因为它放弃了沿海国在专属经济区内对生物资源的专属权，为其他国家渔民捕鱼打开了方便之门。虽然沿海国有义务在没有能力捕捞全部可捕量的情况下，应将剩余部分让给其他国家捕捞，但是他们在决定总可捕量或自身的捕捞能力时不受任何条件的制约，而且可以制定控制外国渔船捕鱼的条件和条款。一般来说，沿海国只有在对本国有益时，才会将剩余可捕量让给外国渔船捕捞。[4]

（四）轻灰色区域协定

轻灰色区域协定（light grey zone）是一种介于灰色区域与白色区域之间的协定，该概念是由英国著名海洋法学家丘吉尔(R.R.Churchill)创造。轻灰色区域协定有两个主要特征：首先，协定的适用范围要么大于争议海域，要么没有明确的

[1] R.R.Churchill, “Fisheries issues in maritime boundary delimitation,” *Marine Policy*, 1993,Vol.17, Issue 1, p. 49.
[2] Sun Pyo Kim, *Maritime Delimitation and Interim Arrangements in North East Asia*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.123.
[3] *Ibid.*, pp.124-125.
[4] 麦贤杰：《中国南海海洋渔业》，广东经济出版社 2007 年版，第 173 页。

适用范围；其次，对争议区域渔业资源进行管理并不是达成协议的主要原因。[1]例如，1979 年加拿大和美国关于修订 1953 年养护北太平洋和白令海比目鱼公约的议定书适用于美国和加拿大在北太平洋的整个渔业管辖区域，1989 年丹麦、冰岛和挪威关于格陵兰岛、冰岛和扬马延岛之间海域毛鳞鱼的协定并没有准确界定其适用范围。[2]在管辖权问题上，轻灰色区域协定与灰色区域协定类似，即实行以船旗国管辖为主，但对于未经许可的第三国渔船，任一缔约国均有管辖权。轻灰色区域协定模式在实践中并不多见，尽管其避免了争议海域难以判定所导致的无法达成协定的困境，但协定适用范围的模糊性并不能有效避免渔业纠纷的产生。另外，由于该模式只针对特定的鱼类种群，并不能阻止缔约方之间关于其他鱼类种群之间的争端。而且由于各鱼种之间相互依存的食物链关系，只对某一特定鱼种进行管理显然不具备科学性。

当然，即便是在同一个渔业协定中，也有可能划分几个区域，在不同的区域采用不同的模式，也即所谓的“混和性协定模式”。如 1998 年日韩渔业协定包括灰色区域和划定临时渔业边界、1997 年中日渔业协定和 2000 年中韩渔业协定均包括灰色区域和白色区域。

四、南海渔业合作协定模式的思考

争议海域渔业合作协定的国际实践为南海渔业合作协定的模式选择提供了丰富的参考素材，但考虑到南海问题所涉争端方更多，岛屿主权争夺与划界纠纷相互交织，在渔业合作协定的模式上不应拘泥于现有的实践，而应有所创新，才能使渔业合作协定的目标得到彰显。

（一）现有渔业协定模式在南海的适用分析

1.划定临时渔业边界模式不具备可行性

划定临时渔业边界往往存在较为特殊的原因，考虑到其对后续划界的潜在影响，南海周边国家未必愿意采取这种模式，以免在日后的划界谈判中授人以柄。因为根据以往的司法判例，当事国此前在争议海域的行为会被视为“相关因素”，对公平划界有着决定性的影响，这些行为包括对油气资源和渔业资源等自然资源的获取。[3]加之渔业资源的流动性特征，这一模式即便在南海实行，如果缔约方

[1] R.R.Churchill, “Fisheries issues in maritime boundary delimitation,” *Marine Policy*, 1993,Vol.17, Issue 1, p.47.
[2] *Ibid*., pp.47-48.
[3] Rodman R.Bundy, “Preparing for a Delimitation Case：The Practitioner’s View,” in Rainer Lagoni and Daniel Vignes eds., *Maritime Delimitation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp.100-101.

在渔业资源开发与养护方面缺乏协调一致的政策，最终仍难以有效扭转渔业资源衰退的困境。例如，一个国家从获得最大可持续产量的长远角度出发而采取严格的养护措施，并因此而大量减少短期内的捕获量，而其他国家却为了最大程度获得短期内的收益而大肆捕捞，其结果是对共享鱼种的管理不当以及收益分配的不公平，[1]这势必有悖于签订渔业协定的初衷。基于南海的现实状况，这一模式不具备可行性，即便被采纳，也只有在争议较小且只涉及两国的区域才有被实施的可能。

2.白色区域协定模式和轻灰色区域协定模式不应成为最优选择

渔业资源是南海沿岸渔民赖以生存与发展的重要依托，近年来南海渔业资源无论是质量还是数量都呈下降趋势。如果渔业合作协定模式选择不当，首当其冲的当属南海沿岸渔民。因此，如果开放争议海域，准许其他国家渔民前来捕鱼，将挤压南海周边国家渔民的捕鱼空间，在渔民转产转业困难的形势下，该模式的实行无异于雪上加霜。另一方面，争议海域公海化虽然能一定程度上减少争端方之间的渔业纠纷，使各国在协定所规定的区域内各取所需，但是该模式在养护和发展渔业资源方面却显得力不从心，并不能避免“公地悲剧”的发生。而且，南海划界争端的解决必定是一个旷日持久的过程，依据以往的国际实践，如果海洋边界无法在短期内划定，不宜采用白色区域协定模式。

至于轻灰色区域协定模式，尽管在南海争议海域难以断定的情况下，回避了这一难题，但该模式难以避免日渐突出的渔业摩擦与纠纷，而且该模式只针对特定鱼种也具有较大的局限性。因此，对于南海渔业合作协定而言，白色区域协定模式和轻灰色区域协定模式均不应成为最优选择。

3.灰色区域协定模式是短期内适合南海渔业合作协定的选择

如前所述，相对而言，灰色区域协定模式效果更为突出，该模式既能较好的调整缔约方在协定区域内的渔业活动，又能通过采取协调一致的措施来保障渔业资源得到一定程度的养护。可以说，这两个优势正是渔业协定所追求的两大并行不悖的目标，两者不可偏废，不能顾此失彼。因此，暂时来看，该模式应是我国与南海周边国家应尽力达成的。当然，灰色区域协定模式也并非尽善尽美。例如，它所确定的养护措施只适用于协定所规定的区域。鉴于渔业资源的流动性，如果争端方在各自管辖区域内实行的养护措施与协定区域内所规定的措施大相径庭，

[1] R.R.Churchill & A.V. Lowe, *The Law of the Sea (third edition)*, Manchester University Press, 1999, p.294.

则有可能使后者的养护措施失去应有的效用，从而引发新一轮冲突。

此外，在某些情况下，由于争议海域较大，各国对传统捕鱼区域以及其他问题的妥协程度不同，在同一个协定中，针对不同的区域采用不同的模式也未尝不可。需指出的是，从理论上讲，尽管各种模式在南海适用时有优劣之分，但究竟采用哪种模式最终仍取决于争端方的政治意愿。

（二）对现有管辖模式的反思

前述几个模式对南海渔业合作而言，都存在一定难度和局限性，也并非南海渔业合作最为理想的手段。无论是划定一条临时渔业边界抑或是划定一块共同开发区域都会造成对南海生态系统的人为割裂。南海作为一个完整的大海洋生态系统，以生态系统方法为导向进行合作，既避免了争议海域难以划定可能造成的合作搁浅，也更加符合渔业资源本身的特点以及发展规律。

1.大海洋生态系统的界定

大海洋生态系统（Large marine ecosystems, LMEs)的概念最先是由美国著名学者 R.Sherman 和 L.M.Alexander 提出，与《海洋法公约》采用距离标准及自然延伸标准来确认各国的管辖权不同，这一概念以独立的海洋生态系统为单位来进行管理，以达到更好的保护海洋生物资源的目的。根据他们的定义，大海洋生态系统是指包括从河流盆地的沿岸区域和海湾到大陆架边缘或到近海环流系统边缘的海域。大海洋生态系统一般大于 20 万平方公里，它具有独特的海底地貌、水文、生产力和生物种群营养相互依赖的特征。[1]从渔业资源的角度来看，大海洋生态系统内的所有国家是“一损俱损、一荣俱荣”的关系。大海洋生态系统所关注的不是沿海国在各种海域中所享有的权利，相反，它所追求的是如何规范各沿海国的合作，从而促使人类对海洋资源的永续利用。该概念的提出，是对传统国际海洋法制度是一个巨大突破。《海洋法公约》在对国家管辖权进行划分时，并未考量到鱼类在海洋中的生活习性与生存需求，鱼类当然不会遵循人类所划之无形界限。[2]因此，大海洋生态系所确定的边界与政治上的国家间的边界难以保持一致，很多大海洋生态系统都具有跨界性。

2.大海洋生态系统在南海的适用

[1] K.Sherman and L.M.Alexander, *Variability and Management of Large Marine Ecosysem,* Westview Press, 1986, p.99.

[2] 姜皇池：《国际海洋法》，台湾学林文化事业有限公司 2004 年版，第 1017 页。

南海是亚洲最大的半封闭陆缘海，从全球海洋生态系统的角度看，南海本身就是一个大海洋生态系统，美国国家海洋与大气局的大海洋生态系统计划中就将其定位全球 64 个大海区生态系统之一。[1]作为一个完整的大海洋生态系统，南海的各个组成部分都不可分割。鉴于当前南海地区的政治经济形势以及南海海洋生态环境保护与治理的需要，一种合理现实选择就是在整个南海海域进行协调性的全方位共同治理。[2]

以大海洋生态系统为基础对南海渔业资源进行管理，有利于对南海渔业资源有充分、全面的了解，从而制定出符合南海渔业资源本身特点及其发展规律的管理规则，并通过在南海实行协调一致的规则和协定的渔业分配比例，防止渔业纠纷的产生，实现对南海渔业资源的养护与发展，使各沿海国渔民的捕鱼作业能井然有序的进行。而且，从理论上讲，以南海大海洋生态系统为基础的渔业资源合作开发本质上不过是沿海国在海洋环境资源保护层面的国际合作，符合周边国家共同利益。[3]当然，在不触及领土争端的前提下讨论南海治理可能会有些天真。因为只要海洋管理的可操作性框架仍建立在分区的基础上，对南海进行分割就不可避免。[4]因此，以生态系统方法对南海渔业进行管理在推行过程中必然会遇到很多困难，各国的分歧在所难免，不是轻而易举便可达成。无论如何，界限只是拥有权力的一种限定，合作应该是养护资源的最佳途径，可持续利用则是最终目标，不应该让政治壁垒无限期地影响国家间的合作，即使海域划界问题没有得到解决，也不应该让养护鱼类种群的合作被束之高阁。[5]

结语

渔业纠纷已成为制约南海周边国家关系发展的瓶颈，而且由于过度捕捞和海洋环境污染等问题，南海渔业资源状况已不容乐观，渔业合作刻不容缓。在渔业合作协定的模式选择上，灰色区域协定应是我国与南海争端方短期内应尽力达成的。但考虑到南海作为一个完整的大海洋生态系统，各组成部分之间是一个有机的整体，以生态系统为导向对南海渔业资源进行管理才是最具前瞻性和科学性的

---

[1] 曹云华、鞠海龙：《南海地区形势报告（2012-2013）》，时事出版社 2013 年版，第 75 页。
[2] 同上，第 104 页。
[3] 张湘兰、胡斌：《南海渔业资源合作的国际法思考》，载《海南大学学报人文社会科学版》2013 年第 4 期。
[4] Thang NGUYEN DANG, Cooperation in the South China Sea: from Dispute Management to Ocean Governance, 2012, p.11, http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/hoi-thao-quoc-te-4/782-cooperation-in-the-south-china-sea-from-dispute-management-to-ocean-governance-by-nguyen-dang-thang.
[5] 薛桂芳：《国际渔业法律政策与中国的实践》，中国海洋大学出版社 2008 年版，第 179 页。

路径，也是实现对南海渔业资源可持续利用的长久之道。以生态系统为导向的渔业合作，并不妨碍划界的继续推进，实际上，两者是相辅相成的关系。渔业合作可以消弭争端方之间的紧张关系，逐步增强互信，从而为划界的最终解决奠定基础。反过来，即便在划界确定后，渔业合作协定的很多内容仍可以继续在南海实施，确保渔业资源得到永续利用。不过，无论哪种模式被南海周边国家采纳，都将具有里程碑式的意义。

南海争端对我国南海渔业经济发展的影响及对策*

代中现 邹丹*

摘要：本文分析了南海争端和南海渔业的现状，南海争端加剧，南海渔业资源衰减；南海争端升温，渔业监管难度加剧；南海争端现状复杂，渔民捕捞作业范围缩小；渔业资源衰减，捕捞作业成本上升，渔民捕捞增收困难等，然后分别从国际和国内两个方面提出了相应的对策，包括联合各国采取相关行动保护和恢复南海海域渔业资源和生态环境；积极促成与周边国家签订具有法律约束力的双边或多边协议，同时加强对国际法的研究；密切与南海周边国家的经济往来，加强渔业贸易与经济合作；制定相关扶持政策，确保渔民获得稳定收益；加强我国在南海海域的军队建设，保障南海海域渔民作业的安全发展对策。

关键词：南海争端；南海渔业；渔业经济；对策

一、 研究背景及现状

（一） 研究背景

众所周知,南海诸岛自古以来就是我国的领土，对这一事实的证明可以追溯到公元前 2 世纪汉武帝时期，但进入到 20 世纪，随着各国经济的飞速发展，对资源的需求日益增加，因此南海诸岛由于其地理位置优势，并且蕴含丰富的资源而成为了各国争相觊觎的“肥肉”，致使南海争端不断升温，严重威胁到我国南海渔业经济的发展，如我国在南海的渔业资源得不到有效保护和管理，渔民的相关利益受到损害等等。因此在当前南海主权争端不断激化、我国南海渔业经济发展受阻的情况下，进一步深入研究南海争端对我国南海渔业经济发展的影响，并提出应对措施显得极为迫切和重要。

（二） 研究现状

由于南海渔业经济的发展与我国、南海周边国家以及其他区域外大国的切身

*本文是下列项目的部分研究成果，中山大学港澳台区域研究项目：台湾与东海南海问题研究；南京大学中国南海研究协同创新中心项目资助；司法部 2012 年度国家法治与法学理论研究项目（12SFB5050）：两岸合作维护海洋权益的可行性机制研究；中山大学环南海研究项目（13wkjc25）：两岸合作维护环南中国海洋权益机制研究；黄瑶教授主持的 2014 年度国家社科基金重大项目《南海断续线的法理与历史依据研究》（14ZDB165）。

*作者简介：代中现，中山大学国际商学院副教授，硕士研究生导师，中国法学会国际经济贸易法学会理事。邹丹，中山大学国际商学院 2014 级研究生。

利益紧密相关，因此随着南海争端越来越激烈，对南海渔业经济发展的阻碍越来越大的情形下，国内外学者对此的关注度也越来越高。但目前国内学者大多数仍然停留在对南海争端的研究上面，如南海诸岛的主权归属，南海的政治、军事冲突以及一些解决南海争端的措施等，或者说仅仅研究南海渔业资源的现状，提出我国渔业发展的相关措施，而很少有学者把二者结合起来进行深入研究分析。譬如，邓景耀（2000）通过阐述我国海洋渔业资源的保护现状，分析了《联合国海洋法公约》对我国海洋渔业发展产生的影响；[1]全红霞（2010）从南海渔业资源开发的法律机制方面对南海渔业问题进行了分析，认为南海周边国家应该遵循搁置争议、联合开发的原则，通过中国与东盟一些国家的经济合作大框架和相关的双边和多边协议共同推动南海渔业资源的开发进程，促进南海区域渔业经济的发展；[2]李令华（2004）论述了南海渔业争端和海洋划界问题，在对问题进行详尽的分析之后，对问题的解决提出了一些解决方案；[3]黄硕琳（2007）认为缓和当前南海争端的紧张局势可以通过实施南海渔业资源区域合作，将南海争端与渔业共同开发与保护联系起来；[4]张士海（2006）提出我国与南海周边国家在渔业生产、渔业技术、市场需求方面有共同的基础，因此可以通过创建南海渔业资源共同开发合作机制，促进南海渔业经济的发展等。[5]而国外学者主要集中对南海海洋资源的共同开发、合作以及管理等方面进行研究，譬如，美国查理.刘的《主权在中国，资源共同开发：解决斯普莱特利争端的现实方案》通过对南海海洋资源的共同开发进行研究，提出了实现南海海洋资源开发合作的相关建议；英国学者斯托克研究了《联合国海洋法公约》“分区制”对南海海洋生物资源养护和管理的影响：如南海周边国家由于专属经济区的建立对该海域的生物资源享有主权权利；日本学者山泽逸平在他的《亚洲太平洋经济论——21 世纪 APEC 行动计划建议》中通过研究南海渔业资源的共同开发和合作利用，提出了实现南海渔业资源合作、共享的相关模式及建议等等。但这些研究成果大都是比较零散，还没有具体成型的，缺乏真正能对南海渔业发展提出有效方案的代表作。

二、 南海争端现状与南海渔业现状

[1]参见邓景耀.海洋渔业资源保护与可持续利用[J].载中国渔业经济,2000(12)。
[2] 参见全红霞.南海渔业资源合作开发法律机制探讨[J].载理论月刊,2010(10)。
[3] 参见李令华.世界级我国外大陆架划界面临挑战[J].载海洋开发与管理,2004(8)。
[4] 参见黄硕琳.传统捕鱼权与专属经济区制度[J].载水产学报,2007(11)。
[5] 参见张士海.中国与东盟渔业合作的框架与机制[J].海洋开发与管理,2006(1)。

目前，南海争端问题的现状主要表现在以下几个方面：第一，南海各岛礁被侵占。依据相关争端国家公布的情况看，目前东沙群岛被中国台湾实际控制；西沙群岛被中国大陆实际控制；中沙群岛多为暗礁，黄岩岛是其常年露出水面的唯一岛礁，也是中国与菲律宾存在争议的岛礁；南沙群岛的岛礁最多，情况最为严峻。在南沙群岛的全部岛礁（178 个）中，各国已占 51 个，其中他国占 42 个（越南 29 个，马来西亚 5 个，菲律宾 8 个），我国大陆控制 7 个，台湾控制 1 个，并且他国有继续霸占及强化南海岛礁之趋势，包括在本国内制定相关法律侵占南海岛礁，宣示对南海岛礁的主权等。第二，海域被分割。原本属于我国的大片海域已被越南、菲律宾、马来西亚、印度尼西亚、文莱等国分别划入各自的专属经济区内。第三，资源被掠夺。由于我国的海域被分割，岛礁被抢占，所以南海的资源遭到掠夺式开发，其中被掠夺最多的资源是石油和天然气。几十年来，南海周边国家不断深入到我国传统的九条断续线内勘探和开发油气资源。在周边国家已经开发的500多口油气井中,有200多口在中国的断续线内,而中国参与开采的极少。此外，我国渔民也多次遭到越南、菲律宾和马来西亚的驱赶、扣押、逮捕,甚至被判刑入狱,渔民的生命财产受到严重威胁。第四,大国干预强度增加。[1]区域外大国的介入，使得目前的南海问题全球化、复杂化、多边化。南海问题本身属于中国和南海周边国家的双边矛盾，本来应该在双边框架内解决，但东盟把美日印等区外大国引入，使得南海问题更加复杂化、国际化、多边化。

南海渔业资源丰富，是一个丰饶的大渔场，其中比较有名的有大黄鱼、小黄鱼、带鱼、鲐鱼、墨鱼、海龟、红鬼等。南部海域有鱼类约800种，南海北部大陆架已有记录的鱼类1064种，虾类135 种，头足类73 种。此外，还有珊瑚、海龟、海柳等多种受国家和世界保护的水生野生动植物。等更值得一提的是，南海拥有世界名贵鱼类——金枪鱼，并且其拥有的种类有10来种，譬如西、中沙群岛海域广泛分布有黄鳍金枪鱼，南沙群岛主要分布有黄鳍金枪鱼和大母金枪鱼。据有关单位初步调查显示：南海每年的鱼类资源的生产量高达900多万吨，其中鱼类资源有500多种，这中间有将近五分之一的鱼类具有昂贵的捕捞价值，有20多种具有较高的经济价值。

自20世纪中后期起来，南海周边国家先后进入经济发展上升阶段。而伴随经

[1] 参见罗超.南海争端解决机制法律框架初探[J].载太原理工大学学报（社会科学版）,2011(2),第 2 页。

济的发展，各国对渔业资源的需求也不断增加，从而导致捕捞强度的急速加剧，这一行为给南海渔业资源带来了很大的影响。到了21世纪80年代，南海渔业资源开始出现明显衰退，其主要原因是捕捞过度和海洋生态环境破坏。但从我国单方面来看，我国广东、广西、海南三省的海捕产量占总产量的比例在近几十年来是出于下降趋势的。据中国渔业统计年鉴调查结果显示，1949年，我国在南海区的海洋渔业产量为17.74吨，其中捕捞产量为17万吨，占97.7%，而到了2009年，产量达到639万吨，其中捕捞总产量为304吨，占47.57%，而从南海周边国家来看，菲律宾、马来西亚、印度尼西亚、泰国、越南、文莱等国家近几十年来在南海的捕捞总产量占其养殖总产量的比例出于不断增加的趋势。譬如，越南从事海洋捕捞的渔船约68000艘，而其中约54000艘在南沙海域从事捕捞作业；马来西亚在加大力度驱离在南沙南部海域作业的外国渔船的同时，大量批准本国渔船的作业，2000年以来，马海军批准本国渔船在南沙海域作业的艘数逐渐增多；菲律宾每年也组织大批渔船赴南沙海域作业，2009年菲律宾渔业捕捞的总产量高达230万吨；印度尼西亚近年来对渔业资源的开发也保持迅猛的增长趋势，从1988年的208万吨增长到2001年的420吨，增幅高达102%，而这其中有将近75%的捕捞量产自南海等。南海周边国家突然纷纷加大对南海渔业资源的开发和利用，其根本原因是随着近年来南海争端的不断升温，南海周边各国为了谋取各自眼前的利益，在南海渔业资源开发、利用和管理方面没有达成一致的意见，因此纷纷鼓励本国的渔民加大对南海渔业资源的开发，造成过度捕捞，致使南海渔业经济发展现状不容乐观。

三、 南海争端对我国南海渔业经济发展的影响

（一） 南海争端加剧，渔业资源日益衰减

20 世纪 80 年代以来，南海海域渔业资源逐渐萎缩的迹象已日渐凸显。目前，整个南海海域除中沙群岛和南沙群岛附近部分渔场、部分海域还有比较丰富的渔业资源以外，其余海域（包括南海北部大陆架渔场、北部湾渔场、西沙渔场等）渔场的渔业资源和 20 世纪 50 年代相比已呈现出大幅度下降的趋势，更严重的是部分海域的渔业资源种类已经接近枯竭状态。

虽然表面上看来，这种态势的出现是由于南海周边国家先后进入了一个经济快速发展的时期，因此带来对渔业资源的需求迅猛增加，从而导致渔业资源出现

快速地衰减，但事实上背后最根本的原因应当归结于南海主权和海域管辖权争端等问题。一方面，南海地区主权争端的升温导致了南海海域划界的困难和模糊，从而使得南海存在大量还没有划定界限的海域，而且还有很多海域由于岛礁主权争端还处于无管辖或者多国争相管辖的状态，[1]于是南海周边国家便出于自身利益与本国经济发展的需要积极鼓励本国渔民在南海未定界域与一些公共海域进行非法捕捞，尽可能早、尽可能多地抢占南海渔业资源等，这使得南海渔业资源的数量和质量出现大幅度下降的状态。另一方面，由于南海争端，我国在保护南海渔业资源方面做出的努力都是单方面的，比如说我国对在南海进行捕捞的资格和捕捞工具都有明确的规定，但南海周边某些国家为了本国利益，经常会在捕捞拖网作业时使用较小的网目、装配沉重的沉纲、底纲装配橡胶轮大纲等对南海海域生态环境造成严重污染的作业设施，少数国家甚至采取炸鱼、电鱼和毒鱼等毁灭性的捕捞作业方式，[2]使得南海海域渔业资源难以可持续发展。

（二） 南海争端升温，渔业监管难度加剧

由于南海争端的存在，使得南海渔业监管难度加剧。南海周边国家及地区为了保护各自专属经济区内的渔业资源，都会制定实施一系列的休渔政策，但现实情况是，南海周边某些国家正在实行休渔政策，进入休渔期，而南海周边其他国家则反其道而行之，大肆捕鱼；还有就是某国对作业工具和作业方式进行严格限制，而另外一些国家则鼓励本国渔民抢占渔业资源，甚至不惜违规捕捞，再加上南海的海洋渔业资源具有非排他性和竞争性的特点，这使得南海周边国家单方面保护渔业资源的行为缺乏效率，这严重影响损害到南海海域渔业资源。

另外，由于南海争端的存在，2009年3月10日，我国最大一艘渔政船——中国渔政311船从广州起程开赴南海执行渔政管理任务，将主要担负在我国南沙群岛和西沙群岛护渔护航的任务，并宣示中国对南海诸岛的主权。据了解，311船在近期的执法活动中，将起到指挥船的作用，在海上如果发现外国侵渔渔船目标，将同其它执法船一起依法严惩。[3]但由于南海周边国家的强行侵占某些岛礁，掠夺渔业资源，使得我国对南海超出200海域的渔业资源的监管难度增加，导致过去主要依靠海上执法检查的管理手段落后，未来应该在养殖业、种苗生产以及水

[1] 参见鞠海龙.南海渔业资源相关衰减相关问题研究[J].东南亚研究,2012(6),第 3 页。
[2]参见周永灿.南海渔业资源及其可持续开发利用[A].见：北京论坛(2014)文明的和谐与共同繁荣——中国与世界：传统、现实与未来：“人类与海洋”专场论文及摘要集(C),2014(11),第 8 页。
[3]参见车斌,熊涛.南海争端对我国南海渔业的影响和对策[J].载农业现代化研究,2009(7),第 3 页。

产品质量等方面加强执法管理。

（三） 南海争端现状复杂，渔民捕捞作业范围缩小

不论是从历史的角度还是从国际海洋法的角度来说，南海诸岛的主权都是属于中国的，并且一直以来这都是被国际社会所共同认可的。但自从进入二十世纪以来，随着全球化进程的加快，各国间相互竞争越来越激烈，而这种竞争更多地表现为资源方面的竞争，因此，拥有丰富的鱼类、鸟类、矿产、石油、天然气等资源，蕴藏着数量可观、价值连城的 “可燃冰”的南海自然成了各国争相夺取的风水宝地，致使南海周边国家和一些区域外大国不断对我国在南海诸岛的主权问题提出质疑，致使南海争端问题复杂化。比如南海周边国家在强化对已占岛礁及海域实施军事管辖的同时，又加紧了“主权”宣示和资源的开发与掠夺，严重威胁到我国在南海的海洋权益。

由于南海周边国家强行霸占南沙群岛中的众多岛屿，继而宣示对其实际占有，这样我国的渔民在原本属于我国的南海海域内捕鱼的范围就变得不确定了，以至于我国渔民每次到被他国非法占领的岛屿附件捕捞时都会受到强行驱赶、甚至被拘留逮捕。比如从 2009 年 1 月到 2010 年 12 月这短短的两年时间内，我国渔船在南沙海域发生被追赶、侵扰、抓捕、扣留事件高达 36 起、其中涉及渔船 150 艘，造成的直接经济损失约 4000 万元。这些侵扰事件中，与越南有关的有 19 起、菲律宾有关的有 5 起、与印尼有关的有 6 起、马来西亚的有 1 起，剩下的 5 起是与不明国籍有关的。[1]此外，中越北部湾渔业合作协定也对我国海洋权益产生了重大影响。2000 年 12 月，中越两国签署了《北部湾领海、专属经济学和大陆架划界协定》，这一协定生效后，我国高产优质渔场减少了，导致将近 10 万渔民面临着失业的威胁，66 万渔民的生活受到冲击等。[2]这些渔船侵扰事实以及渔民捕捞作业范围缩小都说明了南海主权争端严重威胁到了我国广大渔民的生命财产安全和国家在南海的海洋权益。

（四） 渔业资源衰减，捕捞作业成本上升，渔民捕捞增收困难

由于南海争端加剧，南海周边国家为了自己本国的利益，长期无节制的进行

[1] 参见王清印,刘世禄等.切实维护我国南海渔业权益的战略思考[J].载渔业信息与战略,2012(3),第 3 页。
[2]参见同上。

渔业开发，导致南海传统渔业生厂区的渔业资源大幅度减少，渔获质量也在不断下降。比如说 20 世纪 80 年代以来，虽然我国对捕捞工具进行了严格规定，但其他国家仍然把底拖网作为在南海作业的主要渔具，[1]而为了维持甚至提高其本国的捕捞量，捕捞作业量和捕捞能力在不断增加，长期以来这样的作业方式致使南海海域底层的渔业资源捕捞过度而出现衰减，一些海参类和贝类已经几乎绝迹，导致我国渔民渔获个体减少，幼鱼和低值鱼所占的比例越来越大，渔获质量也在不断降低，进而严重影响到渔民的捕捞收益。

另外由于渔业资源下降，我国渔船在南沙的生产海区范围急剧减少，作业面积锐减，再建设周边国家对本国周边渔场的干涉，使得我渔民一次往返的航程距离增加，而伴随着柴油价格和人力资本等价格的不断上涨，导致渔民的捕捞作业成本不断地上升，这进一步增加了我国渔民捕捞增收的困难。

四、 促进我国南海渔业经济发展的相应对策

（一） 国际方面应采取的相关措施

1、联合各国采取相关行动保护和恢复南海海域渔业资源和生态环境

目前，南海海域的渔业资源总体上出于衰减的态势已有目共睹，特别是在南海北部，很多渔业资源已濒临绝迹。然而，要保护和管理好鱼类这种具有高度流动性的再生资源，需要南海周边国家共同合作与努力。具体说来，主要可以从以下几个方面开展合作：首先，在各国签订的协议框架内，南海周边各国必须加强休渔期渔船管理，联合实行伏季休渔制度，保护产卵亲鱼和提高鱼卵、仔鱼、稚鱼的存活率，促进鱼类资源的恢复和增长；其次，各国应强化捕捞许可制度，严格按照农业部关于严格控制海洋捕捞强度和海洋捕捞产量“零增长”的新时期渔业政策，[2]适当控制作业渔船的规模，把海洋捕捞强度控制在一个合理的水平，实现渔业资源的可持续利用；[3]再次，各国在渔具规格上要建立相应的检查制度，严禁使用网目太小、装配沉重的沉纲或底纲装配橡胶轮大纲的拖网进行捕捞，可以考虑使用鱼种分离式、鱼虾分离式等拖网进行作业，从而保护幼鱼资源，提高渔获物的质量，改善南海海域生态环境；最后，各国应联合加强对南海渔业的养

[1] 参见陈作志,邱永松.南海区海洋渔业资源现状和可持续利用对策[J].载湖北农学院学报,2002(12),第 2 页。
[2] 参见周永灿.南海渔业资源及其可持续开发利用[A].见：北京论坛(2014)文明的和谐与共同繁荣——中国与世界：传统、现实与未来：“人类与海洋”专场论文及摘要集(C),2014(11),第 9 页。
[3] 同上。

护，[1]规范渔业作业方式，严禁炸鱼、毒鱼和电鱼等对水生生物资源造成毁灭性影响的非法作业方式，尽可能开发和推广使用对生态环境和幼鱼资源影响较小的作业方式，保障渔业生产的可持续发展。

2、积极促成与周边国家签订具有法律约束力的双边或多边协议，同时加强对国际法的研究

中国一直坚持“和平共处”的外交策略，在南海海域渔业经济发展问题上与周边国家进行积极磋商与合作，达成了许多的广泛共识，签订了一些双边和多边形式的合作协议，如中日签订了《中日渔业协定》、中韩签订了《中韩渔业协定》、中越签订了《中越北部湾划界协定》、《中越北部湾渔业合作协定》以及中国与其他国家签订的《北部湾共同渔区资源养护和管理规定》等，这些协定都具有相应的法律效力，但往往因为缺乏国际合作而难以产生应有的法律效果。除此之外，南海周边国家还通过上述双边和多边的协议，建立或参与了一些渔业组织，包括东盟渔业协调组（CGFI）、东南亚渔业发展中心（SEAFDEC）、西太平洋渔业磋商委员会（WPFCC）、联合国食品与农业组织印度洋太平洋渔业委员会（IPFC）、亚太水产养殖中心网络（FAO，UNDP）等，[2]但是遗憾的是由于缺乏有效的国际公约，这些组织在共同应对南海非法捕捞问题上并未起到预期的作用。因此，在当今世界都公认国际法的施行是能够推动南海海域渔业资源得以保护的唯一有效途径的情况下，我们应该加强对国际法的法理研究，把握住对我们有利的法律证据。

目前，可适用于南海地区渔业资源保护的国际法框架有《联合国海洋法公约》、《联合国鱼类种群协定》以及中国与东盟签署的《全面经济合作框架协议争端解决机制协议》，这些国际法有关条款对南海渔业资源的养护与管理提供了基本的国际法依据。[3]因此加强对国际法的研究，做好对维护南海海域渔业权益问题的法理准备，那么即使是有一天上了国际法庭，我们也可用确凿的法律依据去证明我国享有南海海域的渔业权益，从而推动我国南海渔业经济发展。

3、密切与南海周边国家的经济往来，加强渔业贸易与经济合作

在经济全球化的大趋势下，各国在经济上的联系和依存度越来越紧密，因此我们要抓住这一契机，积极搞好我国的经济建设，使得我国与南海周边国家在经济上

[1] 参见车斌,熊涛.南海争端对我国南海渔业的影响和对策[J].载农业现代化研究,2009(7),第 5 页。
[2] 参见鞠海龙.南海渔业资源相关衰减相关问题研究[J].东南亚研究,2012(6),第 4 页。
[3] 参见薛桂芳.国际渔业法律政策与中国的实践,中国海洋大学出版社,2008 年,第 213 页。

的相互依赖程度高于彼此间的斗争程度，这样一来，我国在维护南海海洋权益方面的局势就会更加稳定。近几年来，我国与东盟一些国家在渔业贸易与贸易合作方面的关系日益紧密，经济往来也越来越频繁。[1]如福建省于2002年在印度尼西亚创办了水产养殖场；2004 年1月，我国新疆维吾尔族自治区部分企业家到印度尼西亚投资渔业，总额约为6000万人民币；2007年，越南对其渔业部门加大投资力度，助其拓展我国渔业市场；2009年，我国与马来西亚举办渔业合作商务论坛，马政府设立专门渔业投资咨询机构，宣传马方渔业投资商机；2012年9月，中国—东盟渔业投资与贸易洽谈会在福州举行，通过相互介绍各国渔业发展政策与渔业贸易合作需求，就中国—东盟渔业投资与贸易合作展开讨论等。[2]由此看来，我国与东盟国家之间的经济贸易关系发展的潜力十分巨大，因此，我们需进一步加强与东盟各国的经济合作，扩大渔业方面的贸易和投资，使经济上出现“我中有你，你中有我”的互补性局面，[3]从而推动在维护南海渔业资源方面的相互理解、信任与合作。

（二）国内方面应采取的相关措施

1、制定相关扶持政策，确保渔民获得稳定收益

在当前前往南海捕捞的作业成本不断上升、南海海域捕捞范围不定的情况下，我国渔民难以获得稳定收益，因此要想更好地促进我国南海海域的经济发展，国家或者政府可以从以下几个方面采取措施：一是国家对长期在南海海域作业的渔民要给予相应的奖励；二是提高柴油补贴标准，大幅度提高在南海作业的燃料补贴；三是建立南海渔民保险制度，对渔船实行双保。目前赴南海作业的渔民，主要是单买船体险或者是单买机械险，差距很大，为维护我国南海渔业权益，建议给所有去南海生产的渔民，都购买最高保额的生命保险，对被外国抓扣的我国渔民家庭和个人给予一定数量的生活补助金；四是加快大型补给船舶建造。一般来说，在外海作业的生产渔船，可以按10 到15条渔船配1条大型补给船；[4]五是建立南沙渔业涉外基金，同时要加强基金的管理，制订管理办法，保证专款专用等等。[5]只有很好地保障了渔民的基本权益，才可以更好地维护我国在南海海域的渔业

---

1 参见高宁,王彦强.南中国海争端新趋势及中国的策略[J].前沿,2004(1):173- 175。

2参见陈超.南海渔业资源开发与保护国际协调机制研究[D].湛江:广东海洋大学,2013(6),第 38 页。

3 参见车斌,熊涛.南海争端对我国南海渔业的影响和对策[J].载农业现代化研究,2009(7),第 3 页。

4 参见王清印等.切实维护我国南海渔业权益的战略思考[J].载渔业信息与战略,2012(3):4—5。

5 参见郭文路,黄硕琳.南海争端与南海渔业资源区域合作管理的研究[M].海洋出版社,2005:108- 109。

资源，促进我国南海渔业经济的发展。

2、加强我国在南海海域的军队建设，保障南海海域作业的安全

不论是从历史角度还是法理角度来说，南海诸岛及其周边海域自古就是我国领土，这一直以来都是无可争议的，但进入20世纪90年代，一些南海周边国家为了维护本国的利益，开始采取各种非法手段侵占我国南海领土内的一些岛礁，并有意把争端多边化、国际化和复杂化，并时常在其周边海域袭击和抓捕我国渔船，严重威胁到我国渔民在南海海域的正常捕捞作业，导致我国渔民的生命和财产安全难以得到保障，从而严重影响了我国南海海域的渔业经济发展。因此，建议我国政府相关部门要加大外交斗争力度，切实维护我国南海诸岛主权，同时，在有争议的海域加强海军队伍建设，采用国际通行的海军护渔护航措施，加大海军护渔力度，扩大巡航范围，为前往南海诸岛进行渔业生产的广大渔民提供物质帮助和救助服务，保障我国渔民的人身和财产安全。

3、加强宣传，提高国民的海洋权益意识

要加强蓝色国土意识教育，充分利用国内外媒体以丰富的历史事实宣传南海诸岛主权属于中国的历史依据、法理依据。[1]充分宣传南海“主权属我”和使国内民众形成“主权属我”的共识。同时，要做好使用武力的舆论和法律准备，[2]为未来可能进行的海洋武力自卫反击作战做好舆论、法律准备，论证和宣传我方使用武力的合法性、正义性，[3]需在南海保持一定军力，随时应对来犯之敌，中国人民爱好和平，但中国人民不能坐视入侵。[4]

Abstract: This paper analyzes the present situation of the South China Sea disputes and the status of fisheries in the South China Sea. The events have a significant

1 参见戴旭.中国未来命运在海洋,应在南海建大型基地[EB/OL]. http://news.qq.com/a/20090318/001577.Htm,2009 03－18 /2011－12－25和鞠海龙.新思维找回失去的南海[J].载南风窗,2009(8):50 －53。

2 参见刘怡.南海能源开发与主权纷争[J].载现代舰艇,2006(6) : 9-13。

3 参见刘振华.西沙海战胜利原因分析及对当前南海争端的启示[J].载法制与社会,2009(9) : 366－367。

4 参见林红.论两岸在南海争端中的战略合作问题[J].载台湾研究集刊,2010(1) : 67－75。

impact on fisheries' economy of the South China Sea. There are several reasons: the South China Sea dispute situation is complex; the fishery resources of South China Sea are attenuating; fishery resources' supervision becomes difficulty; fishing operation range is narrow; fishing operations costs rise, fishers' income decrease, etc. The paper put forward the corresponding countermeasure respectively from the international and domestic aspects, including the United Nations preserves and restores fishery resources of the South China Sea; signs a legally binding bilateral or multilateral agreement with neighboring countries; strengthen the study of international law ; building economic exchanges with surrounding countries, strengthen the fishery trade and economic cooperation; building relevant policies to ensure stable revenues of the fishermen; strengthen the construction of our troops in the South China Sea, and ensure the safety of fishermen; raise awareness of the national Marine rights and so on.

Key words: South China Sea disputes; South China Sea fishery resources; fishery economy; relevant countermeasures

南海仲裁案管辖权立场文件的法律地位

郭壮

摘要：中国外交部受权发布《南海仲裁案管辖权立场文件》，声明仲裁庭对于菲中南海仲裁案无管辖权，这是中国与仲裁庭进行非正式合作的开端，对于仲裁的后续程序有重要影响。《南海仲裁案管辖权立场文件》因不符合辩诉状的内容、形式等要求，故不构成中国的辩诉状。它是中国的一份非正式通知，是不应诉的当事国可选择的诉讼策略，在国际司法实践中已有诸多先例可援。《南海仲裁案管辖权立场文件》纯粹论证仲裁庭无管辖权，而不讨论实质问题，仲裁庭应当认定构成《程序规则》第 20 条所规定的初步反对意见，且具备纯属初步性质。在后续的仲裁程序中，仲裁庭应当谨慎地认定《南海仲裁案管辖权立场文件》的性质，如构成初步反对意见，则应先裁管辖权。中国也应当继续通过非正式通知的方式维护国家利益。

关键词：辩诉状 非正式通知 初步反对意见 纯属初步性质

2013 年 7 月，菲律宾依据《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第 287 条与公约附件七提起的菲中南海仲裁案仲裁庭成立。2014 年 5 月 14 日，仲裁庭发布第二号程序令，确定 2014 年 12 月 15 日为中国提交辩诉状的截止日期。[1]在截止日期前一周，中华人民共和国外交部受权发布了《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》（以下简称《南海仲裁案管辖权立场文件》），从三个方面论证仲裁庭对本案无管辖权，即（1）仲裁事项实质是南海部分岛礁的领土主权问题；（2）中菲两国已经通过一系列有约束力的协议对磋商与谈判等友好方式之外的争端解决机制进行排除；（3）中国已根据《公约》规定就强制争端解决程序做出了排除声明。这份《南海仲裁案管辖权立场文件》意义重大，是中国“非正式参与”的一个里程碑，也是中国与仲裁庭进行非正式合作的开端，将对之后的仲裁程序产生重要的影响。本文将讨论《南海仲裁案管辖权立场文件》是否构成辩诉状、是否构成初步反对意见，并对其具备纯属初

中国人民大学法学院本科生、中国南海研究协同创新中心

[1] Third Press Release (English), dated 17 December 2014. See the official website of Permanent Court of Arbitration. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1529, accessed at 25 February 2015.

步性质进行分析。

一、《南海仲裁案管辖权立场文件》不构成辩诉状而是非正式通知

《南海仲裁案管辖权立场文件》发布于仲裁庭所定的中方提交辩诉状截止日期一周之前，但是这并不意味着该文件就是中国的辩诉状。

首先，《南海仲裁案管辖权立场文件》不具备辩诉状的基本内容。一般来说，一国在国际司法机构应诉所提交的辩诉状都会就对方诉状中的观点进行辩驳，特别是针对实体部分作出反驳。但是在《南海仲裁案管辖权立场文件》中，中国明确表示“不就菲律宾提请仲裁事项所涉及的实体问题发表意见”，“基于仲裁庭对本案显然不具有管辖权，中国政府决定不接受、不参与仲裁程序，以捍卫中国自主选择争端解决方式的主权权利”，可见这份文件只针对管辖权问题，而不是对菲律宾诉求中实质问题的逐条反驳，显然与一般意义上的辩诉状不同。

其次，《南海仲裁案管辖权立场文件》不符合《程序规则》规定的辩诉状提交方式。在仲裁书面程序，请求国提出诉状,被告国对此提出辩诉状，这些都属于提交书状（Written Submissions）。在《程序规则》第 18 条第 2 款中规定，提交方当以电邮送达其电子副本及相关证据、法律依据至仲裁庭、对方、书记官处。1而《南海仲裁案管辖权立场文件》是通过中国外交部正式发布，并不是通过电邮送达仲裁庭和菲方的材料，而且也没有附相关证据、文件，在提交形式上就不符合《程序规则》对辩诉状的要求。另外，诉状和辩诉状的提交一般都是保密的，本案中，2014 年 3 月 30 日，菲律宾提交了一份 4000 多页的诉状，基于尊重仲裁法庭之职权，其所提交诉状之详细内容有待仲裁法庭下达指示后才会被公开贴在常设仲裁法院的官方网站，目前必须维持此文件的机密性。2《南海仲裁案管辖权立场文件》是中国外交部公开发布的，不涉及到保密的问题，在这点上也不符合辩诉状的一般形式。

最后，中国官方并不承认《南海仲裁案管辖权立场文件》是辩诉状。在《南海仲裁案管辖权立场文件》发布后，外交部条法司司长徐宏在接受记者采访过程中表示“中国政府的立场文件不是关于仲裁案的辩诉状，也不是针对仲裁庭的要求作出的回应”3，这次采访可以看作外交部借媒体采访的形式对《南海仲裁案管辖权立场文件》进行解释说明，也就是说，官方否定了《南海仲裁案管辖权立场

---

[1] Rules of Procedure for the Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII To the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Philippines and China, 27 August 2013, Article 25. See http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1529, accessed at 25 March 2015.

[2] “Statement of Secretary Albert F. del Rosario on the Submission of the Philippines’ Memorial to The Arbitral Tribunal”, Department of Foreign Affairs, Republic of Philippines, https://www.dfa.gov.ph/index.php/2013-06-27-21-50-36/dfa-releases/2460-statement-of-secretary-albert-f-del-rosario-on-the-submission-of-the-philippines-memorial-to-the-arbitral-tribunal, accessed at 25 March 2015.

[3]外交部条法司司长徐宏谈中国政府就菲律宾所提南海仲裁案发表管辖权问题立场文件. 新华网.http://news.xinhuanet.com/2014-12/07/c_1113547462.htm.2015 年 2 月 17 日访问.

文件》是辩诉状的说法。

因此，不能仅仅以《南海仲裁案管辖权立场文件》发布的时间在提交辩诉状截止日期前就简单地认定其为辩诉状，从内容、形式、发布方式、官方态度方面综合来看，《南海仲裁案管辖权立场文件》并不具备一般辩诉状的特性。

《南海仲裁案管辖权立场文件》实际上是一份非正式通知（informal communication）。在国际实践中，一国不参与诉讼一般只能认为其不参与诉讼程序，而非与整个诉讼没有关联，基本上所有国家都会选择与仲裁庭进行某些非正式的合作以伸张本国利益，这其中包括非正式通知和非正式出庭，《南海仲裁案管辖权立场文件》当属于其中的非正式通知。1在 1976 年希腊诉土耳其“爱琴海大陆架案”中，土耳其选择不应诉，不提交辩诉状，但是土耳其在 1976 年 8 月 26 日提交给法院一封信件，并于同年 4 月 24 日、10 月 10 日送达法庭两份通知，系统地阐明法院对该案没有管辖权的立场。最终法院在管辖权判决中详细地考量了土耳其的书信和通知中的意见，裁定对该案无管辖权。2在 1986 年尼加拉瓜诉美国“军事和准军事活动案”实质问题程序中，美国选择不出庭应诉，但是美国在口头程序的第二天提交了一份 100 页的政府白皮书“境外革命，中美洲桑地诺干预”。在判决过程中，法庭谨慎地考虑了美国所提交的这份非正式通知，并说明“让法院知道不出庭一方的观点是有价值的，即使这些观点是以法院规则中没有规定的方式来表达的，诉讼双方平等的原则依然是基本原则”，在对美方的观点分别进行考量后，裁定其对本案有管辖权。3

由此可见，在不应诉的情况下，国家通过非正式通知的形式与法庭进行交流，不仅是维护国家利益和立场的可选方式，更是帮助法庭全面认识案情的通途。缺席诉讼的一方由于诉讼权利的部分缺失，如果不积极寻求这种非正式合作，那么法庭对于案件的判决很难向其倾斜。非正式通知的形式是多样的，常见的有信函、照会、白皮书、电报、备忘录等。一般来说，法庭都会谨慎地考虑缺席方的非正式通知，一方面是因为缺席方虽然不应诉，但是其作为“争端一方”的地位是不会被剥夺的，它就应当有提出意见被法庭听取的权利，另一方面，法庭判决如果无法一一否定非正式通知中的各项立场观点而作出不利于缺席方的判决，那么这个判决就会缺少说服力和公信力，这会引起国际社会对于法庭公正性的不信任。

二、《南海仲裁案管辖权立场文件》构成初步反对意见

“初步反对”（ Preliminary objection）这一权利主要是指案件当事国向法院提出请求，防止该案继续进行实体部分审理和判决而提出反对意见的资格。它源于

---

[1] 余民才、李博伟. 中国与南海仲裁庭的非正式合作及其效果. 《现代国际关系》.2015，2（46）.

[2]联合国《国际法院判决、咨询意见和命令摘要：1948-1991》.纽约：联合国出版物.1993:117

[3] 同上注，185 页.

1924 年“马夫罗马提斯特许权案”。 一方提出初步反对意见 ，法庭关于实体审理的程序必须中止,若否定性地解决了此问题 ，法庭才能继续审理实体问题。1初步反对程序的法理依据在于“国家同意”原则，即国际法只对已经同意的国家具有约束力2，法院的管辖权来自于国家的同意和授权，在裁判过程中，必须谨慎地审查自身对案件的管辖权和可受理性，否则就可能出现“西南非洲案”判决后国际社会对于国际法院普遍不信任的困局。3

在本案中，《南海仲裁案管辖权立场文件》对于后续的仲裁程序有深刻的影响，仲裁庭理应对于《南海仲裁案管辖权立场文件》进行谨慎的考量。如果其构成初步反对意见，则需先裁管辖权，那么就当停止案件实质问题部分的审理，独立地开启管辖权阶段；如果认为其不构成初步反对意见，则需据国际法原理逐一驳回中方意见，若说理不充分，则其裁判的公正性与合理性就会受到国际社会质疑。因此，对《南海仲裁案管辖权立场文件》是否构成初步反对意见是仲裁庭无法忽视的工作。

《程序规则》第 20 条详细规定了“初步反对”的相关问题，仲裁庭有权裁决仲裁过程中任何管辖权及可受理性异议。初步反对程序与案件实体审理程序是相互独立的，虽然中国反复强调“不接受、不参与”仲裁的立场，但是这只能理解为中国目前不参与实体问题审理程序，与中国提出初步反对意见并不冲突。在国际实践中，一国不出庭应诉却行使初步反对权利的先例也不在少数，如在 1976 年希腊诉土耳其“爱琴海大陆架”案中，土耳其选择不应诉，但是通过寄达国际法院信函，提出法院对此案没有管辖权的观点，并做出了详细地论证，最终法院以 12 票对 2 票作出无管辖权的判决。4因此，中国政府行使初步反对权利是正当可行的，并不说明其接受菲方提出的实体问题仲裁，对于初步反对的否定判决也不会影响到之后实体部分的判决。

《南海仲裁案管辖权立场文件》符合提出初步反对意见的时间要求。《程序规则》第 20 条第 2 款规定“对仲裁庭无管辖权之抗辩应于辩诉状之前提出”，也就是说，中国提出初步反对意见的期限也是 2014 年 12 月 15 日之前，《南海仲裁案管辖权立场文件》在此之前就发布了，显然符合时间要求。

《南海仲裁案管辖权立场文件》也符合初步反对意见的形式和内容要求。首先，初步反对意见必须以书面形式提出，即如上文所述信函、邮件、电报等；然后，初步反对意见的内容必须是针对管辖权和可受理性，如果涉及到案件实体问题的判定，则需要认定该初步反对是否为纯属初步性质，这在下文中将详细论述。从形式来看，《南海仲裁案管辖权立场文件》采用非正式通知方式，已经通过书

---

[1] 宋杰. 国际法院司法实践中的初步反对问题研究. 法学评论. 2007，1（46）

[2] L. Henkin（2005）.International Law: Politics and Values(p28),London： Oxford University Press

[3] 陈治世.国家法论丛.台湾：汉苑出版社，1978:271

[4] 联合国《国际法院判决、咨询意见和命令摘要：1948-1991》.纽约：联合国出版物.1993:117

记官处送达仲裁庭成员，中国政府同时还向书记官处表明“转交上述立场文件不得被解释为中国接受或参与仲裁”，这说明其符合形式要求。1从《南海仲裁案管辖权立场文件》的内容看，“本立场文件旨在阐明仲裁庭对于菲律宾提起的仲裁没有管辖权，不就菲律宾提请仲裁事项所涉及的实体问题发表意见”2，可见《南海仲裁案管辖权立场文件》的内容就是对仲裁庭的管辖权提出异议，符合初步反对的内容要求。

根据国际法院及国际海洋法仲裁庭的实践经验，《南海仲裁案管辖权立场文件》应当被视为初步反对意见。依《程序规则》规定，《南海仲裁案管辖权立场文件》最终能否确定为初步反对意见，进而启动案件的初步反对程序，还要由仲裁庭决定。“仲裁庭当以裁决一切关乎其管辖权的抗辩作为先决问题”3，在之前的国际法判例中，虽然国际法院等司法机构从未明确表示不应诉一方通过非正式方式提交的书面文件可以作为初步反对意见，但是实践中法院往往会采纳之。在国际法院涉及管辖权的十个案件中，有九个案件都启动了管辖权程序。在 1973 年国际法院作出的英国诉冰岛“捕鱼管辖区案”管辖权判决中，冰岛没有出庭应诉，也没有提交辩诉状，但是法院考虑了冰岛外交部长寄达的信件，将其作为初步反对意见从而启动了初步反对程序。4相似地，在 1953 年列支敦士登诉危地马拉“诺特鲍姆案”中，危地马拉没有按期提交辩诉状，但是在期限内危国外长提交了一份书信，陈述了法院对此案无管辖权，之后法院将其当做初步反对意见，要求列方在一定期限内提交书面补充陈述。5《南海仲裁案管辖权立场文件》与这两个案例中所涉的文件性质上类似，都是针对法庭管辖权的异议，在菲中南海仲裁案中，仲裁庭基于之前的裁判，也极有可能将《南海仲裁案管辖权立场文件》确定为中国政府提出的初步反对意见。仲裁庭书记官处在收到中国的《南海仲裁案管辖权立场文件》后，仲裁庭根据《程序规则》第 25 条之规定，要求菲律宾在 2015 年 3 月 15 日之前提交补充书面陈述，这和诺特鲍姆案的进程十分相似，仲裁庭在之后的程序中启动初步反对程序的可能性极大。6

三、《南海仲裁案管辖权立场文件》具有纯属初步性质

正如上文所述,《南海仲裁案管辖权立场文件》很有可能会影响到菲中南海仲裁案的后续程序，但是在法庭认定其构成初步反对意见之前，需要对其是否具

---

[1]仲裁庭要求菲律宾提交进一步书面论证. 常设仲裁法院官网. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1529. 2015 年 3 月 12 日访问.

[2] 同注 1，第 2 段.

[3]Rules of Procedure, (n 2), Article 23(3)

[4]联合国《国际法院判决、咨询意见和命令摘要：1948-1991》.纽约：联合国出版物.1993:96

[5]联合国《国际法院判决、咨询意见和命令摘要：1948-1991》.纽约：联合国出版物.1993:33

[6]同注 13.

有纯属初步性质进行审查。

“纯属初步性质”（ exclusively preliminary character），是法院在判断管辖权问题上的重要依据之一。通常来说,在初步反对程序中,包括在初步反对判决里,当事国和法院都不能涉及到实体方面的问题。如果某项初步反对意见涉及到案件地实体部分，法院认为对其判决将会影响到实质问题部分，就很有可能将该项意见并入案件实质部分。在 1964 年比利时诉西班牙“巴塞罗那牵引案”中，西班牙提出了四项初步反对意见，法院认为第三项和第四项反对意见和案件实质问题主要部分的拒绝司法是密不可分的，因此将第三项和第四项并入实质问题。1类似地，在 2007 年圭亚那诉苏里南仲裁案中，附件七仲裁庭认为苏里南所提初步反对意见在很大程度上与案件的事实和争议点根本相关，并没有纯属初步性质，遂将其并入实质部分。2

《程序规则》第 20 条第 3 款规定，“除非仲裁庭在征询双方意见后决定，该管辖权异议不具备纯属初步性质，则在此情形下，仲裁庭当结合事实裁定之。”如果认定具有纯属初步性质，那么仲裁庭就应当将管辖权问题和实质问题分离，启动单独的程序。《南海仲裁案管辖权立场文件》中开篇就表明“不就菲律宾提请仲裁事项所涉及的实体问题发表意见”,，虽然其中的一些段落涉及到诸如“九段线”、岛礁主权等问题，但是综合整个文件来看，提到这些问题并非是为了证明“九段线”的合法性、确定主权归属等，而是因为菲方提出的诉讼请求中含有相关内容，这些内容或是牵涉划界问题而不属仲裁庭管辖，或是中国已根据《公约》作出排除适用强制争端解决程序声明，据此中国论证仲裁庭无管辖权，文件与菲律宾所诉的澄清南海权利主张问题无关，基本符合“纯属初步性质”的要求。在 2013 年荷兰诉俄罗斯“北极日出号”仲裁案中，附件七仲裁庭已经裁定俄罗斯于 2013 年 10 月通过驻荷兰大使递交仲裁庭一份照会具有纯属初步性质，其内容只有两页，对于管辖权问题论述的充分程度比不上大量援引国际法原理和判例进行论证的《南海仲裁案管辖权立场文件》。另外，菲中南海仲裁案仲裁庭的沃尔夫拉姆（Rüdiger Wolfrum）、苏斯（Alfred Soons）、门萨（Thomas A. Mensah）等三位法官也是“北极日出号”仲裁庭的成员3，两案中中俄两国所提的非正式通知的内容和形式本质上是相似的，对于《南海仲裁案管辖权立场文件》具备纯属初步性质的判断理应和前案一致。所以，《南海仲裁案管辖权立场文件》应当被认定具备纯属初步性质。

---

[1]联合国《国际法院判决、咨询意见和命令摘要：1948-1991》.纽约：联合国出版物.1993:76

[2] In the Matter of an Arbitration between Guyana and Suriname（Guyana v.Suriname. ）. See http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1147, accessed at 21 March 2015.

[3] 其中，德国籍的沃尔夫拉姆为“北极日出号”仲裁案的仲裁庭庭长，而加纳籍的门萨为菲中南海仲裁案的仲裁庭庭长。Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia).
See :http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1556, accessed at 8 April 2015.
The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China.
See http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1529, accessed at 8 April 2015.

四、结语

《南海仲裁案管辖权立场文件》是中国政府在菲中南海仲裁案中的转折点，它不是中国的辩诉状，作为非正式通知，其符合构成初步反对意见的要求，且具备纯属初步性质，在仲裁案后续程序中应当被仲裁庭采纳为初步反对意见进而启动初步反对程序。《南海仲裁案管辖权立场文件》是中国非正式参与的一个新起点，通过非正式参与，中国试图影响仲裁庭的裁决，从而维护国家利益。在仲裁案的后续程序中，中国政府也应当更积极地作为，以期赢得有利的判决结果。

Abstract

Ministry of Foreign Affairs of China was authorized to release “Position Paper of the Government of the People’s Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines”, which states that the arbitral tribunal doesn’t have jurisdiction on the case. This is the beginning of informal cooperation between China and the tribunal. It will influence the subsequent procedure of arbitration greatly. “China’s Position Paper on the Matter of Jurisdiction” would not constitute a counter-memorial because it doesn’t meet the contents’ and forms’ requirements of a counter-memorial. It is informal communication of china, which is an optional responding strategy of respondent states. There are many such cases in the international judicial practice. “China’s Position Paper on the Matter of Jurisdiction” only addresses that the arbitration tribunal doesn’t have jurisdiction, not involving argument of merits. Therefore, the tribunal should consider it as Chinese preliminary objection according to the article 20 of rules of procedure and admit it possess an exclusively preliminary character. In the subsequent arbitration procedure, the arbitration tribunal shall carefully identify the legal status of “China’s Position Paper on the Matter of Jurisdiction”. If it is considered as a preliminary objection, the tribunal should start a jurisdiction procedure firstly. Chinese should also continue to safeguard national interests through informal communication.

Key words: counter-memorial – informal communication – Preliminary objection – exclusively preliminary character

南沙群岛的专属经济区和大陆架问题初论*

赵伟**

摘要：中国政府已正式表明对于南沙群岛的岛礁和邻近海域享有主权和管辖权。根据相关的国际法和国内法，以上所称的“邻近海域”包括南沙群岛的专属经济区和大陆架。对这一立场，应该结合《联合国海洋法公约》第121条的规定进行分析和解读。该条第3款规定，“不能维持人类居住或其本身经济生活的岩礁，不应有专属经济区和大陆架”。结合公约这一条款的立法过程和立法目的，在依据该款判断有关岛礁是否应该拥有专属经济区和大陆架时，应该从严解释。根据作者对多种资料对比分析的结果，即使对121条从严解释，南沙群岛中仍有不少岛礁符合“应该有专属经济区和大陆架”的情形，因为从淡水资源、土壤、动植物资源等方面考察，南沙部分岛礁都可以“维持人类居住和其本身的经济生活”。

关键词：《联合国海洋法公约》， 南沙群岛， 专属经济区， 大陆架

南海周边国家之所以对南海诸岛竞相提出主权要求，除了对于岛屿本身主权的关注之外，还有一个更为现实的利益计算。虽然《联合国海洋法公约》不直接解决陆地主权的归属问题，但是根据公约的规定，确定的陆地领土能够为沿海国带来范围广阔的海域权利。根据一般国际法上的“陆地决定海洋”原则，如果有关国家取得了相关岛屿的主权，则该国能够以该岛屿为基础，根据公约的规定主张领海、毗连区、专属经济区和大陆架等海域。因此，岛屿的主权归属直接决定了一个国家所能享有主权和管辖权的海域范围。

中国政府已经多次表对于南海岛礁及其邻近水域的主权和管辖权的基本立场。本文的立论即建立在南沙岛礁的主权确定地属于中国这一基础之上，所要解决的问题是：所谓的“邻近水域”是否包含相关岛礁的专属经济区和大陆架？

---

* 本文为作者的初步思考，观点尚不成熟。未经作者许可，请勿引用。

** 作者单位：河南大学法学院；法学博士。E-mail：emmapapa@163.com

一、《联合国海洋法公约》第121条的内容及其缺陷

（一）公约第121条的内容

从1951年起，国际法委员会就开始尝试制定一项有关岛屿的法律制度。1958年第一次海洋法会议通过的《领海与毗连区公约》第10条是对岛屿的定义，“岛屿是指四面环水，高潮时仍高于水面之自然形成之陆地”。“高潮时高于水面”就排除了低潮高地和浅滩属于岛屿；“自然形成的陆地”就排除了人工结构和设施的岛屿地位。

1982年《联合国海洋法公约》继承了1958年公约中的定义，所不同的是，由于1982年海洋法公约已经规定了专属经济区制度，因此公约对岛屿据以主张专属经济区和大陆架的能力做出了限制。海洋法公约第7部分“岛屿制度”第121条的内容如下：

1、岛屿是四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地；

2、除第三款另有规定外，岛屿的领海、毗连区、专属经济区和大陆架应按照本公约适用于其他陆地领土的规定加以确定；

3、不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁，不应有专属经济区和大陆架。

上述第121条第3款说明，除第3款所规定的情况外，岛屿和其他陆地领土一样，应该有自己的领海、毗连区、专属经济区和大陆架。121条第3款则是一个除外条款，规定了不应拥有专属经济区和大陆架的岛屿的情况。立法者制定这个除外条款的本意是防止一个国家根据一个非常小的离岸海洋地物来主张非常广阔的海洋空间和海床。比如，如果不存在和邻国的主张重叠的情况，高潮时高于海面的一个很小的海洋地物可以产生125,600平方海里（430，796平方公里）的专属经济区，而根据公约规定的大陆架制度，其所拥有的大陆架权利的范围还可能更广。海洋法公约的制订者认为，如果一个面积非常小的陆地领土能够产生与其不成比例的如此之大的海洋空间和底土空间，则是不公平的，因此制定了第121条第3款，并被各缔约国所接受。

看起来，公约第121条的规定是一个相当完善的条款。但是，如果仔细地研

读第 3 款的规定，会发现这个条款的内涵相当模糊，在解释和使用该条款时比较困难。第 121 条的表述最初出现在 1975 年 5 月的非正式单一协商案文（第三次联合国海洋法公约的第一个协商文本）的工作文件 8 的第 132 条之中，当时对其的讨论主要集中在该条第 3 款的规定，主要反映在两个方面：[1]

1、什么样的岛屿应该被认定为第三款所指的“岩礁”，在实践中应该按照什么标准区分岛屿和岩礁？

2、不能维持人类居住和其自身的经济生活的含义是什么？[2]

由于解释和适用第 121 条第 3 款的困难，很多学者建议，应该从协商文本中删除该款内容。然而，这种建议并没有被公约所接受。和公约很多部分的模糊性规定一样，公约的这个条款实际也是一种折衷方案，存在相当程度的模糊和解释空间，目的是为了使缔约国“一揽子接受”，实现公约的普遍性。

（二）面积不是区分第 121 条第 3 款规定的“岛屿”和“岩礁”的标准

在第三次海洋法会议期间，非洲 14 国拟根据岛屿的面积大小及其与沿海国海岸的距离远近区分其不同的法律地位，将其分为岛屿（islands）、小岛（islets）、岩石（rocks）和低潮高地（low-tide elevations）。岛屿是四面环水、高潮时露出水面、自然形成的一片广大陆地；小岛是四面环水、高潮时露出水面、自然形成的一片较小的陆地；岩石是四面环水、高潮时露出水面、自然形成的一片石质高地；而低潮高地是四面环水、低潮时露出水面而高潮时淹没于水面之下的自然形成的一片陆地。另外还有罗马尼亚提出的建议案，对岛屿的大小规定了 1 平方公里的标准，并强调了维持自身的经济生活及有无人员居住等条件的重要性。[3]公约最终的文本没有采纳按照面积的大小对岩礁和岛屿进行区分的建议，但是却对岛屿的经济生活和居住人员等建议有所体现。

当时有很多学者和机构也曾尝试从面积大小的角度来对“岩礁”和“岛屿”作出区分。如前美国国务院的地理学家霍奇森（Hodgson）就按照面积大小，对岛屿和岩礁进行了区分，并且还区分了不同类型的岛屿：[4]

---

[1] *Informal Single Negotiating Text*, Doc. A/Conf.b2/WP. 8, 7 May 1975, in Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. IV (New York), 170–171.

[2] Robert D. Hodgson and Robert W. Smith, “*The Informal Single Negotiating Text (Commit-tee II): A Geographical Perspective,*” Ocean Development and International Law Journal 3 (1976):230.

[3] 陈德恭：《海洋法中的岛屿制度》，载于赵理海主编：《当代海洋法的理论与实践》，法律出版社 1987 年，第 244 页。

[4] Robert D. Hodgson, “*Islands: Normal and Special Circumstances,*” in Law of the Sea; Emerging Regime of the Oceans, Proceedings of the Law of the Sea Institute, eds. J. K. Gamble and G. Pontecorvo (Cambridge, MA: Ballinger, 1974), 150–151.

1、岩礁（rocks）。面积小于 0.001 平方英里；

2、小岛（islets，isles）。面积介于 0.001 平方英里和 1000 平方英里；[1]

3、岛屿（islands）。面积大于 1000 平方英里。

按照霍奇森的划分，那些面积为 0.001 平方英里（2590 平方米）或者更小的岛屿，在海洋划界的意义上，应该被理解为“岩礁”。如果这个面积是当初立法者的本意，那么其面积大概是一个边长为 51 米的正方形，或者是半径为 28.7 米的圆形。[2]

按照以上所述的面积标准，霍奇森对全世界范围内可能属于公约第 121 条第 3 款所称的“岩礁”的情况进行了分析。如果能够接受 Hodgson 所提出的面积大小的标准，这些小型的海洋地物中的大部分都在沿海国海岸的附近。比如说，在阿拉斯加、智利、澳大利亚、中国、韩国和古巴的海岸附近，都存在数以千计的这种小岛屿。这种类型的近岸小岛屿很少会对国家之间的专属经济区和大陆架的划界或者国家对这些海域的权利产生影响。而沿海国近岸的那些不属于 121 条第 3 款情况规定的岛屿，则会对国家所能主张的海域权利有很大影响。实际上，大多数沿海国都选择将这些近岸的小岛屿包含在其直线基线之内，从而使得对这些问题的讨论并无更大的实际意义。[3]

还有一些不在沿海国近岸，而是距离较远，并且会对增加沿海国所管辖海域的面积产生重大影响的洋中岛屿（礁石）确实存在。这个方面一个较为知名的例子是英国的罗克尔岛（Rockall）的情况。这座属于英国的小岛面积大约为 624 平方米（或 0.000241 平方英里），位置距苏格兰西北海岸 162 海里。英国公开声明罗科尔岛是属于公约 121 条第 3 款规定的“岩礁”，因此该岛不应该享有专属经济区和大陆架。英国实际上也只是主张了从罗科尔岛领海基线量起 12 海里的领海，而没有对该岛的专属经济区和大陆架提出任何要求。[4]

其他可能属于 121 条第 3 款所称“岩礁”的情况，应该还包括美国的夏威夷

---

[1] 霍奇森还对 islets 和 isles 进行了区分，认为面积在 0.001 平方英里至 1 平方英里之间者应为 islets，面积大于 1 平方英里而不超过 1000 平方英里者应为 isles。由于很难以中文对这两种类型的小岛屿进行区分，本文统一将两者都称为“小岛”。

[2] Robert D. Hodgson, *“Islands: Normal and Special Circumstances,”* in Law of the Sea; Emerging Regime of the Oceans, Proceedings of the Law of the Sea Institute, eds. J. K. Gamble and G. Pontecorvo (Cambridge, MA: Ballinger, 1974), 231.

[3] Robert D. Hodgson, *“Islands: Normal and Special Circumstances,”* in Law of the Sea; Emerging Regime of the Oceans, Proceedings of the Law of the Sea Institute, eds. J. K. Gamble and G. Pontecorvo (Cambridge, MA: Ballinger, 1974), 232.

[4] See D. H. Anderson, “*British Accession to the UN Convention on the Law of the Sea*,” International and Comparative Law Quarterly 46 (1977): 778.

岛链之中的马洛礁（Maro Reef）。但是，该岛附近还有其他较大的岛屿和礁石，即使不以该岛为基础提出海域主张，对于美国的海洋权利也不会产生重大的不利影响。此外，巴西的圣彼得和圣保罗礁（St. Peter and St. Paul,面积大约为0.0016平方英里），新西兰的埃斯普伦礁（L’Esperance，面积大约0.01875平方英里）也应该属于这种情况，不过，这两个礁石的面积都稍大于Hodgson所提出的应该属于岩礁的标准。

尽管有相关的学术讨论，公约在以面积大小区分第121条第3款规定的“岩礁”和“岛屿”这一问题上却没有明文规定，也没有任何形式的暗示。因此，就没有一种客观的方式可以据以判定一个地理特征是否应该属于海洋法公约第121条第3款规定的“岩礁”，从而确定其是否应该拥有专属经济区和大陆架。法国著名海洋法学家杜比指出，“或许可以得出这样的结论，拥有岛屿特征的任何国家将抵制认为其结构只是‘岩礁’的一切努力，拥有‘岩礁’特征的国家将保留把它们视为岛屿的权利”。他还指出，“根据面积大小区分岛屿和岩礁必然失败，而且总是专断的。”[1] 因为无论岛礁的面积大小，其所属国总是倾向于将其解释为能够主张专属经济区和大陆架的岛屿，而不是第3款规定的“岩礁”。因此，以面积的大小作为区分岛屿和岩礁的标准，既缺乏国际法上的依据，在实践中也是行不通的。

（三）“不能维持人类生存或者其自身的经济生活”的含义为何

既然不能按照面积大小这一“量”的标准来对岩礁和岛屿进行区分，那么第121条第3款所规定的“不能维持人类生存或者其自身的经济生活”是否提供了一个“质”的标准呢？该条第三款的用语是“双重否定”的形式，并且用了“或”这样一个连接词。所以，逻辑上可以这样推论：只有同时符合这两项标准，才不是公约第121条第3款所排除的“岩礁”，才能享有专属经济区和大陆架的权利；只要不符合这两个条件中的任意一个标准，就属于公约第121条第3款所规定的岩礁，就不应该享有专属经济区和大陆架。为了充分理解这一问题，可以从以下几个方面进行理解：

第一、公约所称的“不能维持人类居住”，是指“不能居住”还是“无人居住”？公约第121条的定义本身没有特别指明为无人居住的岩礁，而是不能居住

[1] 转引自赵理海：《海洋法问题研究》，北京大学出版社1996年，第34页。

的礁石。另外，根据 1969 年的《维也纳条约法公约》，条约解释的原则一般以“文字的通常意义”为标准。[1] 所以，第 121 条第 3 款所规定的“不能维持人类居住”应解释为“不能居住”为宜。这样，无人居住的岩礁就不一定必然属于该条第 3 款所规定的除外情况，从而也可能享有专属经济区和大陆架。如果有人愿意在一个岛屿上居住，并且有人或者国家向这个岩礁补充食物和淡水的话，即使一个岛屿现在无人居住，仍然随时可以成为有人居住的情况。这在现代社会的条件下，并不难做到。

第二、所谓的“维持人类居住”的含义应该是什么呢？究竟维持多大数量的人类在多长时间内在一个岛屿居住，才能属于“能够维持人类居住”？公约也没有明确的标准。科尔认为“维持人类居住”的能力首先意味着岛上要有稳定的可饮用的淡水资源。[2] 马英九认为岛屿必须能在相当长的时间内维持人类居住。[3]

第三、“维持其自身的经济生活”究竟是指一个岩礁必须完全依赖其本身的资源，还是可以包括岩礁附近水域的资源呢？普雷斯科特（Prescott）认为，不能排除岩礁附近的资源作为“维持其本身的经济生活”的一部分。他主张，在高潮时没入水中的低潮暗礁上及其周围捕鱼，就有能否被视为经济生活的一部分的问题。[4]马英九认为“维持岛屿本身的经济生活”所必须的资源应仅限于岛屿本身所产，而不包括其领海内及外地输入的资源。[5]

第四、一个岛屿如果其自身的资源有限，但是借助于一定的外力能够维持经济生活，能否属于公约第 121 条第 3 款所规定的“维持自身的经济生活”呢？这种外力的帮助或介入可能包括一个国家从其陆地领土注入一定的经济资源，也可能是通过人工的结构或设施，增加一个岛屿利用其自身和附近水域资源的能力（而非完全是人工构造一个岛屿）。根据公约第 121 条的规定，如果一个岛屿能够“维持人类居住或者其本身的经济生活”，则可以据以主张 200 海里的专属经济区和至少 200 海里的大陆架。对于岛屿主权的所属国来说，这样的前景为其实施以上行为提供了充分的动力，因为其有限的投入可能带来巨大的海域范围的资源。约翰斯顿（Johnston）和桑德斯（Saunders）指出，一个国家从其陆地领土

[1] 王虎华、丁成耀编：《国际公约与惯例（国际公法卷）》，华东理工大学出版社 1994 年，第 297 页。
[2] Rear Admiral D.C. Kapoor I. N. (Retd.) & Captain Adam J. Kerr, *A Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Carswell, 1986, p.69.
[3] 马英九：《从新海洋法论钓鱼台列屿与东海划界问题》，正中书局，1986，第 130-131 页。
[4] J. R. V. Prescott, *The Maritime Political Boundaries of the World*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p.93.，转引自赵理海：《海洋法问题研究》，北京大学出版社 1996，第 87 页。
[5] 马英九：《从新海洋法论钓鱼台列屿与东海划界问题》，正中书局，1986，第 136 页。

注入的人工经济生活不能使一个岩礁拥有大陆架和专属经济区。[1]

以上四个方面的问题，只有第一个问题能够通过公约的条文明确判断，而对于后三个问题，公约第 121 条本身并没有提供明确的标准或答案。但是，1982 年公约第 121 条所规定的“岛屿制度”之所以区别于 1958 年的《领海与毗连区公约》所规定的岛屿制度，就在于其为了限制某些不符合条件的岛礁享有大陆架和专属经济区的权利，以至于造成严重的不公平的后果，从而在其第 121 条第三款规定了一个除外条款。公约被广泛接受，说明这个条款被为数众多的缔约国所认可。唯一的缺陷在于，它所规定的不能享有大陆架和专属经济区的岩礁的标准过于模糊，解释和适用起来较为困难。

为了使公约 121 条第 3 款的规定真正有价值，就应该对其进行从严解释，否则这项规定就失去了其意义。基于以上的分析和认识，对公约第 121 条第 3 款规定的“不能维持人类居住或者其本身的经济生活”应该做出如下解释：

第一、“维持人类居住”必须能够在相当长的时期内维持人类居住，但是，正如公约条文所明示，该项规定并不意味着必须“有人居住”；

第二、岩礁“能够维持其本身的经济生活”所需的资源应该限于其自身所产，而不包括其领海内及附近海域的资源；

第三、一个岛屿如果是通过外力的帮助和构造增加其资源和能力，从而使其能够“维持人类居住或者其本身的经济生活”，不应该被认定为能够主张大陆架和专属经济区的岛屿的情形。

二、南沙群岛可以主张专属经济区和大陆架

（一）中国反对日本以冲之鸟礁为基点主张的大陆架权利

冲之鸟（Okinotori）礁是海山突出海面的几块礁石，这个海洋地物的面积非常小，不足 10 平方米。日本政府在这个环礁之上建设了面积更大的人工设施，目的是防止其因为自然力的原因而消失。[2]2008 年 11 月，日本向联合国大陆架委员会提出了外大陆架划界案，其中主张冲之鸟礁拥有 200 海里以内及以外的大陆

[1] Douglas M. Johnston & Philip M. Saunders, *Ocean Boundary Making,: Regional Issues and Developments,* Croom Helm, 1988, pp.95, 175, 196. 转引自高健军：《中国与国际海洋法》，海洋出版社 2004，第 103 页。

[2] See, generally, Yann-huei Song, *“Okinotorishima: A ‘Rock’ of an ‘Island’? Recent Maritime Boundary Controversy Between Japan and Taiwan/China,”* in Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes,and the Law of the Sea,eds. Seoung-Yong Hong and Jon M.Van Dyke (Leiden, the Netherlands: Martinus Nijhoff, 2009), pp.151–161.

架权利。[1]日本的这一主张受到了来自中国的反对。韩国也向联合国大陆架委员会提交信件，反对日本在其大陆架主张中根据冲之鸟礁而提出的主张。[2]

2009 年 2 月 9 日，中国常驻联合国代表团就反对日本以冲之鸟礁为基点提出外大陆架划界案向联合国秘书长提交的照会中提出，“中国政府认真研究了日本划界案的执行摘要，尤其该划界案以‘冲之鸟岛’为基点划出的 200 海里大陆架范围以及以‘冲之鸟岛’为基点延伸的 200 海里外大陆架的三个区块。应当注意，所谓的冲之鸟岛实际是《公约》第 121 条第 3 款所称的“岩礁”。因此，中国政府提请委员会委员、《公约》缔约国和联合国会员国注意，日本将冲之鸟礁列入其划界案中是不符合《公约》的”。“现有的科学资料充分表明，冲之鸟礁以其自然状况，显然是不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁，不应有专属经济区和大陆架，更不具备扩展 200 海里外大陆架的权利。鉴于冲之鸟礁不具备拥有任何范围大陆架的权利基础，日本划界案中以冲之鸟礁为基点划出的 200 海里以内及以外的部分均超出了《公约》有关委员会作出建议的授权。中国政府谨要求委员会不对上述部分采取任何行动”。[3]

2009 年海洋法公约缔约国会议上，中国试图将第 121 条第 3 款问题的讨论提上日程，但是未获成功。[4] 大陆架委员会还是对日本的外大陆架划界案进行了审议，不过，从大陆架委员会对日本所提交的划界案的审议结果来看，大陆架委员会也没有认可冲之鸟礁为“能够维持人类居住和其本身的经济生活”的岛屿，从而也否定了日本以冲之鸟礁作为基点所主张的外大陆架权利。按照日本提交的划界案，其所申请的外大陆架权利为 74 万平方公里，但是，最终获得委员会认可的只有其中的 31 万平方公里。未被委员会认可的区域就包括根据冲之鸟礁所主张的面积约 25 万平方公里的南九州-帕劳洋脊区块，而委员会认可的冲之鸟以北的四国海盆区块，其实是日本其他陆地领土的外大陆架，与冲之鸟礁无关。[5]

（二）中国明确主张南海诸岛应该拥有专属经济区和大陆架

围绕着日本以冲之鸟环礁为基点提交外大陆架划界案的事件，中国政府所表

[1] 日本提出的外大陆架划界案，下载于 http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/jpn_execsummary.pdf

[2] Korea, Letter to the Secretary-General of the United Nations, Doc. MUN/046/09, New York, 27 February 2009, available at the Web site of the Commission.

[3] 中华人民共和国常驻联合国代表团向联合国秘书长提交的照会，CML/2/2009，2009 年 2 月 9 日。下载于联合国大陆架委员会网站：http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/chn_6feb09_c.pdf

[4] See Report of the Nineteenth Meeting of the States Parties, Doc. SPLOS/203, 24 July 2009,paras. 70–79 and 106–108.

[5] 中国外交部发言人洪磊就大陆架界限委员会公布涉冲之鸟礁问题处理结果答记者问，2012 年 5 月 16 日。

明的立场引起了国际社会的关注。在此之前，尽管中国政府在不同的场合一再表示对于南海诸岛的正式立场，表明对南海岛礁及其附近海域的主权，以及相关海域的主权和管辖权，但是都没有明确地就南海岛礁是否应该拥有专属经济区和大陆架表明立场。有观点认为，南海诸岛的大部分岛礁的情况和冲之鸟礁相似，如果中国政府在冲之鸟礁的问题上持反对立场，那么其对于南海诸岛中的岛礁是否应该拥有专属经济区和大陆架的立场将会变得引人关注。如果中国在南海诸岛上坚持了和冲之鸟礁相反的立场，那么其对《公约》第 121 条第 3 款的态度就自相矛盾了。[1]但是，这种观察其实完全对南沙群岛的自然地理和历史情况缺乏了解，仅从南海诸岛中的大部分岛礁面积较小，就得出其和冲之鸟礁的情况类似的结论，是缺乏深入研究和分析的。

实际上，中国对于日本以冲之鸟礁为基点提出的外大陆架主张的反对立场，和其坚持南沙群岛应该拥有领海、专属经济区和大陆架的立场并不矛盾。实践上，中国政府在对日本就冲之鸟礁的划界案提出反对后不久，就正式表明了其对南沙群岛应该拥有专属经济区和大陆架的立场。

2011 年 4 月 14 日，中国常驻联合国代表团针对菲律宾于 4 月 5 日提交的 000228 号照会（其内容是因中国在反对越南-马来西亚联合划界案的照会中重申了其对南海诸岛的立场，并附有带有“U 形线”的地图。菲律宾在反对越南-马来西亚联合划界案的同时，还表示反对中国对南海诸岛的立场）向联合国秘书长提交照会。照会强调中国对南沙群岛及其附近海域享有无可争辩的主权，并对相关海域及其海床和底土享有主权权利和管辖权，中国在南海的主权及相关权利和管辖权有着充分的历史和法律依据。同时，照会中还明确表示，“中国政府自 20 世纪 30 年代以来多次公布南沙群岛的地理范围及其组成部分的名称，中国南沙群岛的范围是明确的。按照《联合国海洋法公约》、1992 年《中华人民共和国领海和毗连区法》和 1998 年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》的有关规定，中国南沙群岛拥有领海、专属经济区和大陆架”。[2]

[1] Robert W. Smith, *Maritime Delimitation in the South China Sea: Potentiality and Challenges*, in Ocean Development and International Law, 2010, 41:3, pp.214-236.

[2] 中华人民共和国常驻联合国代表团提交联合国秘书长的照会，CML/8/2011，2011 年 4 月 14 日。文件下载于：http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2011_re_phl.pdf

三、南沙群岛哪些岛屿可以主张专属经济区和大陆架

尽管中国政府已经清楚表明南沙群岛应该有专属经济区和大陆架，但是，根据南沙群岛的情况，这种表述应该是一种概括的表述，并非是主张南沙所有岛礁都是公约第 121 条所规定的能够“维持人类居住和其本身的经济生活”的岛屿，从而可以据以主张专属经济区和大陆架。

南海尽管有超过 170 个海洋地物，但是其中的大部分都是淹没在水下的浅滩和沙洲。南沙群岛中只有 33 个小岛屿（沙洲）在高潮时高出海面，[1]满足第 121 条第 1 款所规定的岛屿的定义。这些符合《公约》所定义的岛屿的南沙岛礁的面积，如果按照上述霍奇森提出的标准，则全部属于“小岛”（islets 或 isles）和岩礁（rocks 和 reefs）的标准。根据对不同来源的资料对比分析的结果，作者认为南沙群岛中面积较大的岛礁沙洲有下列 14 个。

表 1：南沙群岛主要岛屿和沙洲及面积

岛礁（沙洲）名	面积（平方千米）	海拔（米）
太平岛	0.432	4.3
中业岛	0.37	3.4
弹丸礁[2]	0.38	3.0
西月岛	0.16	3.0
南威岛	0.15	2.4
北子岛	0.14	3.2
南子岛	0.13	3.9
马欢岛	0.06	2.4
鸿庥岛	0.08	6.2
南钥岛	0.07	1.8
景宏岛	0.08	3.7

[1] J. R. V. Prescott, *Maritime Jurisdiction in Southeast Asia: A commentary and Map,* East-West Environmental and Policy Institute Research Report, No.2, P.30. 其实，对于南沙群岛中在高潮时高出水面的岛礁数量，不同资料显示的数据也不一致，不过这并不影响对本文主题的讨论。

[2] 弹丸礁原有沙洲面积不足 0.1 平方公里，经过马来西亚 30 年来的人工添附和构造，面积已达 0.38 平方公里，仅次于南沙群岛中最大的太平岛，也是南沙群岛中第一大人工岛。

费信岛	0.04	1.8
敦谦沙洲	0.09	4.5
安波沙洲	0.02	2.7

来源：作者整理

以上所列南沙群岛的 14 个岛屿中，即使面积最小的安波沙洲也比日本的冲之鸟礁的面积要大很多。既然日本已经根据冲之鸟礁为基点主张了专属经济区和大陆架，那么，单纯从面积和其他自然条件的角度来说，南海诸岛礁（沙洲）中有很多都能够据以主张专属经济区和大陆架。当然，前面已经论述，面积并不是区分岛屿和礁石的标准。但是，从面积的角度进行比较，至少可以说明，即使单纯基于自然和地理环境方面的因素，中国政府提出南沙群岛应该拥有专属经济区和大陆架这一主张，也比日本政府在冲之鸟礁提出相同主张的理由要充分。

除了面积问题之外，这些散落在南海中南部的岛屿，是否能够“维持人类居住或者其自身的经济生活”呢？由于这些岛屿的面积都很小，并且周边国家对这些岛屿的主权存在争端，除了各国在较为重要的岛屿之上的驻防人员之外，即使以上所述的面积较大的岛屿中也没有人类长期居住，只有渔民作为其渔业生产的基地短期居住。另外，大部分争端方对其所控制和占据的岛屿都添加了人工设施和人工结构，除了防务的需要之外，这也从一个侧面印证了其中的大部分岛屿并不能依靠其自身的能力和资源“维持人类居住”。

上文中已经论述到，对于公约第 121 条第 3 款的规定，应该从严解释。只有那些完全依靠其自身的能力和资源能维持人类长期居住的岛屿，才能据以主张大陆架和专属经济区。作者认为，按照一般的理解，能够满足上述条件的岛屿应该至少符合以下条件：

（一）有较为充足的可饮用的天然淡水资源；

（二）有土壤可供植物生长，或者有动物生长繁衍的条件；

（三）以上两个条件基本可以保证岛屿能够“维持人类居住和其本身的经济生活”，就南海诸岛的情况而言，是否有人员居住可以成为一个辅助的判断标准。

用以上的三个条件对南沙群岛主要岛礁的情况进行分析，其基本情况可以列出简表如下：

表 2：南沙群岛具备淡水、土壤、资源和人员的岛屿情况简表

岛屿名称	淡水资源	土壤、动植物资源	岛上人员情况
太平岛	有水井， 水质较好， 适宜饮用	土壤肥沃； 植被茂盛、热带灌木丛生，有椰子树、麻枫桐、草海桐、海岸桐、木瓜树、香蕉树等； 多海鸟栖息	无常住居民； 2000 年后，台湾驻军改由海巡驻防，人数在百人左右。
中业岛	岛西侧有大水井，水质好	土壤肥沃（中部有鸟粪层）； 近岸有约 60 米宽的密林； 多海鸟栖息	菲律宾非法占据南沙群岛的指挥中心，驻有 50 人左右的军队；维持了一个规模在几十人的小型居住社区。
西月岛	有淡水， 水质差， 勉强可饮用	土质与西沙永兴岛类似，以沙土为主； 灌木草丛覆盖； 生长有少量高大椰树和其他植物； 附近海域为良好渔场	无常住居民； 菲律宾非法占据，有军队驻守，数量不详
北子岛	有水井， 淡水可饮用	土壤肥沃； 中部和南部为草地，西部草海桐等灌木丛生，也有乔木； 附近海域渔业资源丰富	无常住居民； 菲律宾非法占据，有军队驻守，数量不详
南子岛	中部有 3 口水井， 水质良好	灌木丛生、杂有乔木； 东南部有中国渔民种植的椰树（作为航行的标志）； 岛上多海鸟栖息；	越南在其非法占据的南沙群岛北部的据点，驻有约 200 人的部队

		附近海域海产资源丰富	
马欢岛	有可饮用的淡水	土质肥沃，可种植蔬菜	多海鸟栖息，水产资源丰富
南威岛	有可饮用的淡水	灌木丛生； 海鸟群集； 水产资源丰富	越南在其非法占据的南海岛礁的指挥中心，驻有一个营，约 550 人
鸿庥岛	有淡水资源， 水质差， 不能饮用	林木茂盛， 种有椰树； 有海鸟栖息	从其位置来看，应是越南在其非法占据的郑和群礁和九章群礁的指挥中心。越南非法驻有一个连，约 100 人
景宏岛	有水井； 淡水水质差， 不能饮用	灌木丛生	越南非法驻有一个连，约 100 人

来源：作者整理

通过以上简表的对照分析，从“能够维持人类居住和其本身的经济生活”的角度来考察，可以得出如下简单的结论：

（一）南沙群岛有充足的热量和丰沛的雨水，全年温度都很高，非常有利于植物的生长。在有土壤发育的岛屿上，自然植被非常茂盛，有树木和草本植物。不过，由于岛上人员很少，土壤的利用率很低。[1]所以，在南沙群岛面积较大的岛礁之上，都具备较好的土壤和植被条件。

（二）上表中所列的南沙群岛的 9 个岛屿，均能“维持人类居住”，因为现实的情况就是，这些岛屿上都有一定规模的相关国家的军事人员驻防，并且其轮换期一般为几个月长的间隔。在菲律宾非法占据的中业岛，甚至还维持了一个常

[1] 赵焕庭主编：《南沙群岛自然地理》，科学出版社 1996 年，第 300-301 页。

住的小型居住社区，有几十位渔民长期居住，还为岛上儿童建有幼儿园。

（三）如果以是否有可饮用的淡水资源为标准判断，则太平岛有天然可饮用的淡水资源，最符合以上条件；具备和太平岛相似条件的还有中业岛；西月岛、北子岛、南子岛、马欢岛、南威岛也有淡水，不过西月岛的淡水质量较差，勉强可饮用；鸿庥岛、景宏岛有淡水资源，但是淡水水质很差，不能饮用。[1]

如果从严解释“能够维持其自身的经济生活”，通过分析这些岛屿的淡水、土壤和动植物资源的情况，具备这种可能性的岛屿就只包括：太平岛、中业岛、北子岛、南子岛、马欢岛、南威岛等 6 个；西月岛也基本符合这个条件；鸿庥岛和景宏岛则因水质较差，不能饮用，从而不具备“维持其本身的经济生活”的能力。换言之，在南沙群岛的众多岛礁中，按照较为严格的解释标准，只有太平岛、中业岛、北子岛、南子岛、马欢岛、南威岛和西月岛符合《联合国海洋法公约》第 121 条第 3 款规定的“能够维持人类居住和其自身的经济生活”这一标准，从而可以据以主张大陆架和专属经济区。

[1] 资料来源：“南沙群岛简介”，载于《中华人民共和国三沙市地图》，星球地图出版社 2012 年。

尼加拉瓜诉哥伦比亚哥案中的有效控制与岛屿划界

——兼论对南海岛礁争端的启示[1]

内容摘要：尼加拉瓜诉哥伦比亚案反映了有效控制规则在司法实践中得到继续巩固和发展，国际法院倾向于将有效控制规则作为解决领土争议的最后手段。该案是一个少见的岛屿面对大陆的海洋划界的案例。该案的岛屿划界实践表明，面积大并拥有大量人口的岛屿应当作为专属经济区和大陆架临时中间线的基点。一个岛屿面积越小，离海岸或其他岛屿的距离越远，越不可能作为专属经济区和大陆架临时中间线的基点。此外，该案还强调不能无视海岸地理情况，随意地对岛屿进行飞地处理。

关键词：有效控制；岛屿海洋划界；南海岛礁

一、引言

2012 年 11 月 19 日，国际法院作出对尼加拉瓜诉哥伦比亚领土争端和海洋划界案（以下简称“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”）实质内容的判决。该案涉及国际法中的许多内容，例如：诉讼请求的变更和可受理性问题、领土主权争端、条约解释、等距离/相关情况划界方法和 200 海里以外大陆架划界问题等一系列问题，该案的复杂性足以使其入选国际法的经典案例。本文主要从领土争端和岛屿海洋划界两个方面对此案进行研究，并探讨该案对于南海岛礁争端的影响。领土争端和海洋划界本是国际法中独立的两个问题，前者适用领土法解决，后者适用海洋法解决。然而，在实践中，这两个问题往往又是互相联系的，根据陆地决定海洋的原则，海洋划界问题需要首先解决领土争端问题。南海岛礁争端就属于既涉及领土争端，又涉及海域划界的复杂问题。

值得特别注意的是，尼加拉瓜诉哥伦比亚案是一个少见的岛屿面对大陆海岸的海洋划界案例。在以往的许多案例中，岛屿往往作为大陆对大陆的海域划界背景中一个附带出现的地理情况予以考虑，例如：2009 年的黑海划界案中，蛇岛是乌克兰大陆海岸与罗马尼亚大陆海岸划界过程中出现的一个偶然情况。国际海洋法法庭 2012 年的孟加拉湾划界案中，圣马丁岛是孟加拉大陆海岸和缅甸大陆海岸划界过程中的一个特殊情况。然而，在尼加拉瓜诉哥伦比亚案，由于哥伦比亚所属岛屿远离其本国大陆海岸，因此哥伦比亚大陆完全不参与和尼加拉瓜的海洋划界，由哥伦比亚岛屿作为独立海岸地形参与划界。这一特殊的地理情况与南海岛礁远离我国大陆，我国与南海周边国家不仅对南海岛礁存在领土争议，还需要和南海周边国家进行海洋划界的情况有相似之处。因此，该案对我国南海岛礁的划界问题有一定的借鉴意义。

二、尼加拉瓜诉哥伦比亚案的背景事实

尼加拉瓜位于加勒比海西北部。尼加拉瓜北面是洪都拉斯，南面是哥斯达黎

[1] 卜凌嘉，广东财经大学讲师。

加和巴拿马。尼加拉瓜西北方向与牙买加相对，东面则与哥伦比亚大陆相对。哥伦比亚位于加勒比海南部。哥伦比亚东部与委内瑞拉接壤。

尼加拉瓜和哥伦比亚都曾经是西班牙的殖民省。哥伦比亚于 1810 年从西班牙独立。尼加拉瓜于 1821 年从西班牙独立。尼加拉瓜和哥伦比亚曾经于 1928 年 3 月 24 日签订《关于哥伦比亚和尼加拉瓜争议领土问题的条约》（以下简称 1928 年条约）。1930 年 5 月 5 日，尼加拉瓜和哥伦比亚又签署了关于 1928 年条约的《互换批准书议定书》（以下简称 1930 年议定书）

在 1960 年代末，尼加拉瓜对名为基塔苏埃尼奥的岛礁周围海域颁发石油开采许可证，引发哥伦比亚政府的抗议。哥伦比亚政府在 1969 年 6 月 4 日的照会中指出，根据 1928 年条约和 1930 年议定书，82 度经线是两国的海洋划界线。1969 年 6 月 12 日，尼加拉瓜作出的外交照会否认两国之间存在这样一条海洋边界。两国由此就海洋边界问题产生争议，并导致两国之间多年来的持续紧张关系。2001 年 12 月 6 日，尼加拉瓜在国际法院就其与哥伦比亚在西加勒比海的领土主权和海洋划界争议起诉哥伦比亚。2007 年 12 月 13 日，法院就该案的管辖权作出判决，认定自己对除圣安德烈斯岛（San Andrés）、普罗维登西亚岛（Providencia）和圣卡塔利娜岛（Santa Catalina）以外的海洋地物的主权和双方海洋划界争端拥有管辖权。[1]

三、岛屿主权争端

正如上文所述，在涉及领土争端的海洋划界案件中，解决领土主权争议成为海洋划界的前提。因此，该案首先解决尼加拉瓜和哥伦比亚的领土争端。尼加拉瓜和哥伦比亚之间有争议的海洋地物包括阿尔布开克礁（Alburquerque Cays）、新巴霍（Bajo Nuevo）、东-东南礁（East-Southeast Cays）、基塔苏埃尼奥（Quitasueño）、龙卡多尔（Roncador）、塞拉纳（Serrana）和塞拉尼亚（Serranilla）。法院指出，在解决这些海洋地物的主权之前，首先要判断这些地物是否可以被占有。根据国际法的规定，无论其面积多么小的岛屿都可以被占有，低潮高地则不能被占有。尼加拉瓜和哥伦比亚均同意阿尔布开克礁、新巴霍、东-东南礁、龙卡多尔、塞拉纳和塞拉尼亚在高潮时高于水面，因此作为岛屿，它们都可以被占有。但是，两国对于基塔苏埃尼奥上的地物是否岛屿有争议。[2] 由于基塔苏埃尼奥由许多小的海洋地物构成，海洋地质学专家罗伯特·史密斯博士将这些海洋地物标记 QS1 到 QS54。法院经过审理，认为 QS32 在高潮高于水面，因此属于岛屿，而基塔苏埃尼奥的其他海洋地物是低潮高地。[3] 换言之，包括基塔苏埃尼奥在内的上述海洋地物均为岛屿，都是可以由国家所占有的领土。

国际法院先后尝试根据国际条约、保持占有原则和有效控制三种方法解决阿尔布开克礁等岛礁主权问题。

一、1928 年条约无法解决岛屿主权争端

根据 1928 年条约第 1 款规定；“尼加拉瓜共和国承认哥伦比亚共和国对圣安德烈斯岛、普罗维登西亚岛和圣卡塔利娜岛以及其他构成圣安德烈斯群岛的岛屿、

[1] *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, pp.7-8, paras.1, 6.
[2] Ibid., p.19, paras.26-27.
[3] Ibid., p.22, para.38.

小岛和环礁的完整主权。本条约不适用于龙卡多尔、塞拉纳和塞拉尼亚，哥伦比亚和美国对龙卡多尔、塞拉纳和塞拉尼亚的主权存在争议。” 1930 年议定书规定：“1928 年条约中第 1 款中的圣安德烈斯和普罗维登西亚群岛不超过格林威治西经 82 度以西。”但是，1928 年条约和 1930 年议定书都没有规定圣安德烈斯群岛具体由哪些岛屿、小岛和环礁构成。因此法院必须弄清圣安德烈斯群岛由哪些岛屿组成。[1] 换言之，如果能够证明圣安德烈斯群岛的范围包括阿尔布开克礁等争议岛屿，那么阿尔布开克礁等岛屿属于哥伦比亚。

法院认为，阿尔布开克礁、东-东南礁的位置距离圣安德烈斯岛分别为 20 海里和 16 海里，它们可能被视为圣安德烈斯群岛的部分。相反，由于新巴霍和塞拉尼亚离圣安德烈斯岛距离遥远，它们不大可能构成圣安德烈斯群岛。然而，在法院看来，无论是根据争议海洋地物的地理位置还是 1928 年条约的规定都无法决定圣安德烈斯群岛的构成。而双方所提交的历史资料都没有明确说明哪些地物构成圣安德烈斯群岛。[2] 因此，法院无法根据 1928 条约解决阿尔布开克礁等岛屿的主权归属。

二、保持占有原则无法解决岛屿主权争端

由于尼加拉瓜和哥伦比亚都曾经是西班牙的殖民省，因此两国都主张根据保持占有原则解决岛屿主权争端。双方均援引殖民地时期的西班牙殖民政府颁布的法令或命令证明争议岛屿属于各自独立前的殖民省份所有，因此独立后应当维持其归属。然而法院在考察有关的文件之后指出，两国所援引的殖民法令都没有明确提到争议岛屿。因此，法院认为，保持占有原则不足以确定争议岛屿的主权，因为有关的法令无法说明这些岛屿在两国独立之前，是属于尼加拉瓜殖民省还是哥伦比亚殖民省。所以，尼加拉瓜和哥伦比亚都无法根据保持占有原则证明其对争议岛屿的主权。[3]

三、根据有效控制规则哥伦比亚拥有争议岛屿

（一）国际法院确定 1969 年为关键日期

法院指出，在涉及陆地主权的争议中，争议凝结的日期有重要意义。关键日期的意义在区别在争议凝固日期前发生的主权行为以及在此日期之后发生的行为，在确立和证明主权方面应当考虑在关键日期前发生的主权行为。[4] 法院认为，在 1969 年一系列外交照会之前，没有迹象表明两国发生争议。1969 年哥伦比亚和尼加拉瓜之间的照会可以体现两国就加勒比海西南地区海洋地物主权的不同看法。而且，哥伦比亚似乎并不反对尼加拉瓜所主张的关键日期。因此，法院认为，1969 年 6 月 12 日，即尼加拉瓜对哥伦比亚照会予以回应的日期，是有效控制的关键日期。

（二）有效控制行为

哥伦比亚认为，自己对圣安德烈斯群岛中的龙卡多尔、基塔苏埃尼奥、塞拉纳、塞拉尼亚、新巴霍、阿尔布开克礁和东-东南礁行使公开、和平和连续的主权已经超过 180 年。尤其是，哥伦比亚指出，自己对群岛实施关于渔业、经济活动、移民、研究和救助行动、公共工程和环境保护的法律和法规。它对整个群岛实施刑法；自 19 世纪中期以来，它对整个群岛实施监管行为。它授权第三方

[1] *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012*,pp.22-23,paras.39-42.
[2] Ibid,pp.25-26,paras.52-56
[3] Ibid, p.28, paras.64-65.
[4] Ibid, p.29, para.67.

在圣安德烈斯群岛海域勘探石油。为了保护和合理开发圣安德烈斯群岛的自然资源，它对该群岛开展了科学研究。哥伦比亚政府在群岛的岛礁上修建和维护公共工程，包括灯塔、海军分队的住房和设备、渔民所使用的设施以及无线电台的设备。[1]

尼加拉瓜反驳，哥伦比亚所实施的相关行为都是在 1969 年关键日期之后发生的。这些行为不能视为之前行为的正常延续，而是哥伦比亚政府为了加强其对尼加拉瓜法律立场而实施行为，因此与法院的判决无关。哥伦比亚政府所称有关圣安德烈斯群岛的法律和行政行为并没有具体提及争议岛屿，因此不能作为对争议岛屿主权行为的证据。[2]

法院认为，哥伦比亚的主权行为与争议地物有明确联系的。相关证据证明了哥伦比亚数十年来持续和一贯对争议地物实施主权行为。这些主权行为是公开的，也没有在关键日期之前受到尼加拉瓜的抗议。而且，与哥伦比亚对这些岛屿的管理行为相比，尼加拉瓜缺乏任何实施主权行为的证据。因此，法院认为上述事实强有力地支持哥伦比亚对争议地物的主权。[3]

（二）尼加拉瓜对涉及争议岛屿仲裁或条约的态度

法院认为，尼加拉瓜对 1900 年法国总统就哥伦比亚与哥斯达黎加的边界仲裁的回应表明当时尼加拉瓜不认为自己拥有争议岛屿的主权。该仲裁裁决明确指出阿尔布开克礁和本案中一些争议岛屿主权属于哥伦比亚，但是尼加拉瓜的抗议仅限于玉米岛和尼加拉瓜海岸附近的一些岛屿，而没有对裁决中有关本案争议岛屿的内容提出任何抗议。这一不作为表明尼加拉瓜当时并没有对那些争议岛屿提出主权要求。法院还指出，在 1928 年条约签订时，尼加拉瓜并没有对哥伦比亚和美国之间存在主权争议的龙卡多尔、基塔苏埃尼奥和塞拉纳这三个岛屿提出任何保留，这表明尼加拉瓜当时并没有对这些岛屿提出主权要求。[4] 法院认为，尼加拉瓜的行为在一定程度上支持对哥伦比亚对于相关岛屿的主权要求。

（二）第三方的立场

哥伦比亚指出，第三方文件或自己与第三国的条约支持哥伦比亚拥有争议岛屿的主权。英国政府的几份报告、备忘录、外交照会和通信表明，“英国政府清楚明白不仅从塞拉尼亚和新巴霍直到阿尔布开克礁，圣安德烈斯群岛作为一个整体属于哥伦比亚，而且群岛的附属岛屿也属于哥伦比亚。”哥伦比亚还指出，所有的邻国都承认哥伦比亚对圣安德烈斯群岛以及岛礁的主权。[5] 法院认为，从第三方实践证据整体看来，虽然有关的实践并没有表明第三方承认哥伦比亚对争议岛屿主权，但在某种程度上支持哥伦比亚的主张。[6]

综合上述证据，法院认为哥伦比亚而不是尼加拉瓜拥有阿尔布开克礁、新巴霍、东-东南礁、基塔苏埃尼奥、龙卡多尔、塞拉纳和塞拉尼亚的主权。

四、对领土争端规则的评析

法院首先从条约入手，试图从国际条约找到对争议岛屿的规定，然而由于资料不足，法院无从判断争议岛屿的归属。由于尼加拉瓜和哥伦比亚都曾经是西班牙的殖民省，法院于是试图从保持占有原则角度解决领土纠纷，然而西班牙殖民

[1] *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p.31, para.74.
[2] Ibid, pp.31-32, paras.76-79.
[3] Ibid, pp.32-34, paras.81-84.
[4] Ibid, pp.35-36,paras.88-90.
[5] Ibid, p.36,para.92.
[6] Ibid, p.37,para.95.

当局的文件中没有明确涉及争议岛屿的规定，因此保持占有原则无法解决两国之间的领土纠纷。因此，法院不得不考察两国对争议岛屿的有效控制来解决主权归属问题。法院通过两国之间关于岛屿主权问题互相对立的外交照会确定 1969 年 6 月 4 日为关键日期。法院在考察相关证据之后，指出哥伦比亚数十年来持续和一贯对争议地物实施主权行为，并且尼加拉瓜在关键日期之前没有对这些行为提出任何抗议。再考虑到尼加拉瓜对涉及争议岛屿的仲裁或条约的态度和第三方对于该问题的立场，法院最后认定哥伦比亚拥有阿尔布开克礁、新巴霍、东-东南礁、基塔苏埃尼奥、龙卡多尔、塞拉纳和塞拉尼亚的主权。分析尼加拉瓜诉哥伦比亚案中岛屿主权的上述判决，可以得出以下几点认识：

第一、国际法院对涉及领土争端的国际条约持严格解释立场。国际法院在适用 1928 年条约和 1930 年议定书时指出，根据条约或议定书的规定都无法说明圣安德烈斯群岛的范围，而双方所提供的历史资料也不能明确指出哪些岛礁构成圣安德烈斯群岛，因此法院无法根据条约解决阿尔布开克礁等岛屿的主权归属。由此可见，国际法院对领土边界条约进行严格解释，严格按照文字本身和可靠的历史资料对条约进行解释，不会进行扩张性解释或推论。而这一立场同样也反映在 2002 年的印度尼西亚诉马来西亚的利吉丹岛和西巴丹岛主权案中。在该案中，国际法院仔细考察 1891 年《英荷条约》的内容，指出该条约规定的边界线适用于婆罗门岛以东至塞巴蒂克岛，而没有明确塞巴蒂克岛以东的利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属，因此该条约无法解决利吉丹岛和西巴丹岛的主权争议。[1] 这说明，国际法院在适用国际条约解决主权争端时，对条约的用语持严格解释的态度，避免对条约进行推断或演绎。

第二，有效控制规则是解决领土主权争议的最后手段。阿尔布开克礁等岛礁在西班牙殖民时期就为当局所发现和利用，因此是西班牙的领土而不属于无主地。在尼加拉瓜和哥伦比亚从西班牙独立之后，这些岛礁的领土主权归属不明确。在该案中，国际法院优先适用相关的国际条约；在无法通过国际条约解决争议时，适用保持占有原则解决；在无法适用保持占有原则解决争议时，法院最后通过有效控制规则解决争议。该案表明有效控制规则适用于领土主权不明确的情况。尼加拉瓜诉哥伦比亚案对有效控制规则的适用符合 1986 年布基纳法索诉马里的边界争端案的相关论述。国际法院在边界争端案中指出“当主权行为与法律相符，有效管理是保持占有原则的补充，有效控制的唯一作用是确认行使法律权利的行为。当主权行为与法律不相符，争议领土由拥有法律权利以外的国家所实际管理时，应当赋予权利所有者优先权。如果主权行为不和任何法律权利共同出现，则必须考虑主权行为。在法律权利不能准确界定领土的范围的情况下，主权行为将在如何解释这一法律权利的实践中发挥重要作用。”[2] 在边界争端案中，法律权利指根据国际条约或殖民时期行政区划法令或地图产生的权利。这一段话表明，有效控制规则不能推翻法律权利。只有当根本不存在任何法律权利或法律权利无法界定领土边界时，主权行为才能发挥其重要作用。尼加拉瓜诉哥伦比亚案就是在无法通过国际条约和殖民地法令解决领土争端的情况下，适用有效控制解决岛礁归属问题。

2007 年尼加拉瓜诉洪都拉斯领土和海洋争端案的情况和本案有类似之处。尼加拉瓜和洪都拉斯同为西班牙的殖民省，并且都在 1821 年获得独立。两国均不

[1] *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), Judgment, I.C.J.Reports,2002*.pp. 652-653,paras.51-52.

[2] *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali), Judgment, I.C.J,Reports,1986,*pp.586-587.para.63.

认为加勒比海地区的博贝尔礁、萨凡纳礁、皇家港礁和南礁是无主地，且都主张对它们的主权。国际法院首先适用保持占有原则，但是殖民地时期文件或其他证据都没有明确提及争议岛屿。因此，保持占有原则无法解决争议岛屿的主权归属。最后，法院适用有效控制判决博贝尔礁等岛礁属于洪都拉斯。[1] 换言之，有效控制可以说是解决领土主权争端的一种最后手段。

第三，主权行为应当与争议岛屿具有直接的相关性。法院指出，哥伦比亚政府所进行的对渔业等经济活动的执法行为、移民管理、科学研究和救助行动、公共工程的建设和维护行为是发生在争议岛屿之上或附近水域，与争议岛屿存在直接和具体的联系。哥伦比亚所提交相关的法律和法规明确提到争议岛礁的名字。在尼加拉瓜诉洪都拉斯案也反映出国际法院要求主权行为与争议岛礁存在直接相关性。洪都拉斯在博贝尔礁等岛礁上所实施的刑事和民事法律执法行为、移民管制、渔业管理活动反映了该国对争议岛礁实施了明确和直接的管理或统治。这些主权行为和立法规定得到法院的认可，表明法院认为只有当有关的国家行为与争议岛屿存在直接和明确联系时，才构成证明有效控制的主权行为。

第四，争端国对涉及争议岛屿的仲裁和条约的沉默态度不利于其主权主张。1900 年哥伦比亚与哥斯达黎加之间的边界仲裁裁决明确指出阿尔布开克礁和本案中一些争议岛屿主权属于哥伦比亚，但是尼加拉瓜的抗议仅限于玉米岛和尼加拉瓜海岸附近的一些岛屿，而没有对仲裁裁决中有关本案的其他争议岛屿的内容提出任何抗议。尼加拉瓜在 1928 年条约中，并没有对哥伦比亚和美国之间存在主权争议的龙卡多尔、基塔苏埃尼奥和塞拉纳这三个岛屿提出任何保留，这表明尼加拉瓜当时并没有对这些岛屿提出主权要求。虽然法院不认为尼加拉瓜上述行为承认哥伦比亚对于有关岛礁的主权，但这一定程度上支持了哥伦比亚对于相关岛屿的主权要求。这表明法院认为，如果一国认为自己拥有争议岛屿的主权，则应当在各种场合积极地表达自己对该领土主权要求，包括在涉及争议岛屿的条约或谈判中提出保留，以维护自己对该领土的权利。否则的话，该国的沉默行为可能构成对他国主权主张的默认。

四、岛屿划界规则

在解决完岛屿领土主权争端之后，国际法院接下来要对尼加拉瓜和哥伦比亚之间海域进行划界。由于哥伦比亚不是 1982 年《联合国海洋法公约》的缔约国，因此双方同意根据习惯国际法进行海域划界。国际法院指出，对大陆架和专属经济区重叠区进行划界时，通常使用三步法。第一步是在双方之间划出一条临时分界线。第二步是考虑是否存在相关的情况对临时中间线进行调整或移动。第三步是评估双方根据调整或移动后的中间线所分得的海域与各自海岸线长度是否出现显著的不成比例。[2] 这暗示，国际法院认为等距离/相关情况法已经成为大陆架和专属经济区划界的习惯国际法。因此，岛屿的划界效力在等距离/相关情况法中分别体现为岛屿作为临时中间线的基点和岛屿作为相关情况调整临时中间线。

一、岛屿作为专属经济和大陆架临时中间线的基点

[1] *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p.727,para.227.

[2] *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012,* pp.71-72, paras.191-193.

专属经济区和大陆架临时中间线的基点对于临时中间线的走向有重要意义，将直接影响双方根据该线所分得的专属经济区和大陆架面积。岛屿如果能够成为专属经济区和大陆架临时中间线的基点无疑将直接影响岛屿海洋划界效力。

（一）国际法院确定两国临时中间线的基点

法院认为，尼加拉瓜大陆海岸附近的岛屿位于本国大陆东面海域，这些岛屿比大陆海岸更加接近需要进行划界的重叠海域，因此它们可以构成构建临时中间线的基点。法院采用爱丁堡礁、穆埃尔托礁、米斯基托礁、纳托马斯礁、乐卡泰尔礁、小玉米岛和大玉米岛作为基点。[1]

就哥伦比亚而言，由于哥伦比亚大陆海岸远离划界海域不能产生任何海域权利，因此其大陆海岸不能在本案中作为相关海岸，因此其大陆海岸不能作为临时中间线的基点。因为尼加拉瓜和哥伦比亚都同意安德烈斯岛、普罗维登西亚岛和圣卡塔利娜岛拥有领海、专属经济区和大陆架，因此这三个岛屿均可以作为临时中间线的基点。法院认为，基塔苏埃尼奥不能作为临时中间线的基点。基塔苏埃尼奥高潮时高于水面的面积非常小，仅有 1 平方米。如果将非常小的海域地物作为基点会扭曲相关的地形，那么应当在构建临时中间线时忽略这些地物。在黑海案中，蛇岛单独存在，位于距离乌克兰大陆海岸 20 海里的地方，将其作为海岸的相关部分，那相当于把不相关的因素嫁接给乌克兰海岸；其结果是在司法上重塑其地形，这既违反法律，也不符合海洋划界实践。因此，法院认为不应当将蛇岛（蛇岛在高潮时高于水面的面积为 0.17 平方公里，比基塔苏埃尼奥的出水面积要大得多）上作为基点。这些因素对于基塔苏埃尼奥更为明显。而且，基塔苏埃尼奥距离圣卡塔利娜岛有 38 海里，如果将其作为临时中间线的基点，将会使该线大大靠近尼加拉瓜。塞拉纳也是一个相对小的海洋地物，它距离哥伦比亚任何其他岛屿都有相当遥远的距离，这意味着将其作为基点将会对临时中间线产生明显与其面积与重要性不成比例的效果。因此，法院不选择塞拉纳作为基点。[2]

（二）对影响岛屿作为临时中间线基点因素的分析

法院在确定专属经济区和大陆架临时中间线基点时，是从岛屿的面积、地理位置这两个因素决定是否将其作为构建临时中间线的基点。法院指出有两个原因导致基塔苏埃尼奥不应作为临时中间线的基点：一是基塔苏埃尼奥高潮时高于水面的面积非常小，如果将非常小的海域地物作为基点会扭曲相关的地形；二是将基塔苏埃尼奥距离其他较大的岛屿遥远。如果将其作为临时中间线的基点，将会使临时中间线大大靠近尼加拉瓜。接下来，法院也以类似的理由指出塞拉纳不适合作为临时中间线的基点。

由此可见，法院在考虑岛屿能否作为临时中间线的基点时，会从以下角度予以考虑。一是岛屿的面积。法院指出，面积狭小岛屿作为临时中间线的基点会扭曲相关的地形，因此不能作为基点。值得注意的是法院没有说明多大的面积的小岛不应作为临时中间线的基点。在本案中，基塔苏埃尼奥高潮时出水面积仅为 1 平方米，显然属于极端小的岛屿。塞拉纳上最大的岛礁有 1000 米长，平均宽度为 400 米，也被认为是面积小岛屿。黑海划界案中蛇岛有 0.17 平方公里，尽管其面积比基塔苏埃尼奥大得多，但法院在判决中暗示蛇岛也属于非常小的岛屿。相反，面积大且拥有大量人口的岛屿则可以作为临时中间线的基点。安德烈斯岛、普罗维登西亚岛和圣卡塔利娜岛都面积较大，拥有大量人口的岛屿。圣安德烈斯

[1] *Territorial and Maritime Dispute(Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012,* p.74,para.201.
[2] Ibid,pp.74-75,paras.201-203.

岛面积约 26 平方公里，人口超过 70,000。普罗维登西亚岛面积为 17.5 平方公里，有各种植被，有永久人口 5000 人。因此，法院将这三个大岛作为临时中间线的基点。

第二，小岛与周围海岸或岛屿的距离，也是影响其能否作为临时中间线的一个因素。如果小岛与其他岛屿的距离遥远，意味着小岛作为临时中间线基点将对中间线产生不成比例的影响，因此孤立的小岛不应当作为临时中间线的基点。然而，法院没有指出小岛屿与其他地形相隔多远导致其不应当作为临时中间线的基点。基塔苏埃尼奥距离圣卡塔利娜岛有 38 海里，塞拉纳距离普罗维登西亚岛有 80 海里。法院认为如果把基塔苏埃尼奥作为临时中间线的基点，将会对临时中间线产生不成比例的效果。在黑海划界案中，蛇岛距离乌克兰海岸约 20 海里，法院强调蛇岛是位于乌克兰海岸外孤立存在的一个岛屿。蛇岛在乌克兰海岸属于一个孤立的地物。法院认为，如果将蛇岛作为临时中间线的基点，将会扭曲相关地形。[1] 令人感到困惑的是，法院选择阿尔布开克礁作为临时中间线的基点，但没有作出任何解释或说明。阿尔布开克礁位于圣安德烈斯岛以南 20 海里，是一个直径为 8 公里的环礁。既然蛇岛距离乌克兰大陆 20 海里，阿尔布开克礁距离圣安德烈斯岛也是 20 海里，法院却没有解释为什么蛇岛不能成为临时中间线的基点，而阿尔布开克礁则可以成为临时中间线的基点。

二、岛屿作为相关情况调整临时中间线

（一）国际法院根据岛屿的相关情况调整临时中间线

在本案中，存在两个相关情况：一是尼加拉瓜和哥伦比亚相关海岸线长度之间存在显著差异，哥伦比亚与尼加拉瓜海岸长度之比大致是 1:8.2。二是该区域的地理环境，哥伦比亚海岸由一系列岛屿构成，这些岛屿大部分非常小，且相互间距离遥远，无法形成一个连续的海岸。

对于第一个相关情况，法院赋予尼加拉瓜岛屿基点三倍于哥伦比亚岛屿基点的效力，对临时中间线进行显著的调整，其结果是使得中间线大大向哥伦比亚岛屿方向靠近。在 1993 年的扬马延划界案中，国际法院也是根据格陵兰岛和扬马延岛相关海岸线长度之比（格陵兰岛：扬马延岛为 9:1）为根据，按照 3:1 的比例对临时中间线进行调整。[2] 由此可见，本案判决遵循扬马延案的做法，大致采取两国海岸线长度比例的三分之一调整临时中间线。

对于第二个相关情况，法院将边界线沿纬度线延伸至尼加拉瓜海岸 200 海里处。最后，法院决定对基塔苏埃尼奥和塞拉纳划出飞地。基塔苏埃尼奥和塞拉纳均有 12 海里领海，但它们的领海位于尼加拉瓜的专属经济区和大陆架之内。

（二）对岛屿作为相关情况的评论

法院判决中有一个重要的观点：不能不顾海岸地理情况随意地对岛屿划出飞地。尼加拉瓜建议法院效仿英法大陆架案的做法对哥伦比亚的所有岛屿划出飞地。法院认为，这一做法将使哥伦比亚的几个飞地位于尼加拉瓜海域之中，这将对海洋资源的管理、巡查和海洋公共秩序产生不利的影响。法院指出英法大陆架案的情况和本案不同。在英法大陆架案中，“海峡群岛，不仅位于两国大陆所划出的中间线法国一侧，而且位于法国海岸所形成的海湾环抱之中。在英吉利海峡中的

[1] *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, pp.109-110, para.149.

[2] *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports* 1993, p.38.

这些岛屿，打破了两国在该地区大陆海岸线大体平等所产生的地质情况平衡。”[1]在本案中，哥伦比亚的的岛屿仅在一个方向面对尼加拉瓜，而且离后者的距离比海峡群岛离法国的距离要远得多。海峡群岛离法国海岸的最近的点不足 7 海里，而哥伦比亚岛屿最西边的岛屿——阿尔布开克礁离尼加拉瓜岛屿最近的点超过 65 海里，圣安德烈斯岛中的大部分岛屿离尼加拉瓜的距离则比这个距离更远。[2]

由此可见，法院指出英法大陆架仲裁案与本案的三个重要区别：一、英法大陆架仲裁案是大陆海岸对大陆海岸的划界案件，本案则是岛屿面对大陆海岸的划界案件。二、英法大陆架仲裁案中，海峡群岛作为英法大陆海岸线均等这一整体地质情况中的一个特别情况出现，并被到法国海湾所环抱。本案中，哥伦比亚岛屿本身构成海岸地质情况，且仅在一个方向对尼加拉瓜海岸相对。三、英法大陆架仲裁案中，海峡群岛离法国海岸的距离非常仅。而在本案中，哥伦比亚岛屿离尼加拉瓜海岸或岛屿较为遥远。因此，不应在本案中效仿英法大陆架仲裁案的做法，对所有岛屿划出飞地。

上述对比表明，岛屿在划界中的作用需要结合具体的案情，尤其是地理地貌情况才能得出结论。以往有关划界的案例很多都是大陆海岸对大陆海岸的案例，孤立存在的岛屿与大陆海岸地貌相比，是偶然的地貌，因此往往作为划界中的特殊情况予以考虑，因此其作用容易受到限制。而在岛屿面对大陆海岸的划界中，岛屿本身作为与大陆海岸相对的海岸地貌予以考虑，因此需要对岛屿给予足够的重视，不应该随意对岛屿划出飞地。

在本案中，法院仅对基塔苏埃尼奥和塞拉纳这两个面积狭小、距离其他岛屿遥远的孤立岛礁划出飞地，尽量避免因飞地造成水域隔断的不良效应。

五、对南海岛礁争端的启示

我国的南海岛礁由东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛和南沙群岛构成。菲律宾对中沙群岛的黄岩岛提出领土要求，越南对西沙群岛提出领土要求。而南沙群岛的情况最为复杂，中国、中国台湾、越南、菲律宾、马来西亚和文莱都主张对南沙群岛的领土主权。尼加拉瓜诉哥伦比亚案有关解决领土主权争议和岛礁划界的规则和方法对南海岛礁争端具有一定的启示作用。

（一） 国际条约对于解决南海岛礁问题具有优先效力

尼加拉瓜诉哥伦比亚案表明，国际法院解决领土争议应当首先考虑国际条约的规定。1885 年中法战争结束。法国成为越南的保护国，并与清政府签订的《中法越南条约》。但该条约仅规定了中法陆地边界事宜，未涉及岛屿及海上边界，因此该条约无法解决中国和越南之间的岛礁主权和海域划界争议。1887 年的中法签订《续议界务专约》第 3 条规定：“海中各岛，按两国勘界大臣所划红线向南接此线，正过茶山古社东边山头（茶山古社汉名万注，在芒街以南，竹山西南），即以该线为界，该线以东海中各岛归中国；该线以西，海中九头山（越名格多）及各小岛归越南。”根据条约的法文版，红线是东经 103 度 43 分线。西沙群岛和南沙群岛位于该线以东。值得注意的是，该条约并没有明确指出“该线以东海中各岛”包括哪些岛礁，因此难以判断此句是仅指该线以东附近的岛屿还是指该线以东的所有岛屿。可以肯定的是，《续议界务专约》没有提及西沙群岛和南沙群岛中任何岛礁的具体名称。由此可见，《续议界务专约》能否直接解决西沙群岛和南沙群岛之的主权归属是一个需要认真研究的问题。因此，尽管国际条约对于

[1] *Delimitation of the Continental Shelf between U.K and French* (1977), RIAA, Vol.XVIII, p.88, para.183.
[2] *Territorial and Maritime Dispute(Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012,* pp.84-85,para.231.

解决领土争端具有优先效力，但是有关条约对于解决南海岛礁争议的相关性和有效性需要进一步的研究。

（二）有效控制规则可能是解决南海岛礁领土争议的最后手段

根据尼加拉瓜诉哥伦比亚案，如果无法通过国际条约解决领土争端，那么国际法院将考虑通过保持占有原则或者有效控制规则解决问题。由于中国并非殖民地国家，因此南海岛礁领土争议无法适用保持占有原则。如果无法通过国际条约南海岛礁领土争议，那么不能排除周边国家主张适用有效控制规则解决南海岛礁的领土问题。国内对南海岛礁领土主权研究主要集中在适用先占取得无主地的规则论证我国对南海诸岛的主权。值得注意的是，以先占取得论证我国对南海岛礁的主权并不意味着完全排除适用有效控制规则。国际法院在 2008 年白礁岛、中岩礁和南礁案判决中，国际法院在承认马来西亚获得白礁岛原始权原的情况下，以新加坡实施有效控制行为结合马来西亚对新加坡主权行为的沉默，判决白礁岛的主权从马来西亚转移至新加坡。[1] 这一案例表明在国际司法实践中，有效控制规则与默认规则结合可以起到推翻先占取得主权的效果，导致领土主权发生转移。因此，从适用顺序上看，有效控制规则是解决领土争议的最后手段，但是从法律效果看，其效力并不低于先占取得规则。因此，先占取得与有效控制规则之间的关系是一个值得认真研究的问题。

（三）等距离/相关情况法对于南海岛礁海域划界的影响

尼加拉瓜诉哥伦比亚案反映了国际法院认为等距离/相关情况法构成大陆架和专属经济区划界的习惯国际法的立场。国际法院在援引 1985 年利比亚诉马耳他案和 2009 年黑海划界案之后，指出等距离/相关情况法三步法已经成为大陆架和专属经济区划界的通常做法。尽管尼加拉瓜提出该案的地理情况特殊，不应当适用等距离/相关情况法，但国际法院没有接纳其观点。在等距离/相关情况法中，岛屿的划界效力体现为岛屿作为临时中间线的基点和岛屿作为相关情况调整临时中间线。法院考虑某一岛屿能否作为临时中间线的基点，主要是从岛屿的面积、地理位置这两个因素来决定是否将其作为构建临时中间线的基点。尼加拉瓜诉哥伦比亚案表明，一个面积大并拥有大量人口的岛屿应当作为临时中间线的基点。一个岛屿面积越小，离海岸或其他岛屿的距离越远，越不可能作为临时中间线的基点，因为国际法院认为以这样的岛屿作为基点，会对中间线产生不成比例的影响。在南海岛礁中，有的岛面积较大、如西沙群岛中的永兴岛和南沙群岛中的太平岛。如果适用等距离/相关情况法进行大陆架和专属经济区划界，这些岛屿应当作为临时中间线的基点。而有的岛礁如南沙群岛的司令礁、南通礁等一些岛礁面积很小，且地理位置距离其他岛礁较远，这些岛礁不太可能作为临时中间线的基点。如果岛屿海岸长度与大陆海岸长度之间如存在显著差异，国际法院倾向于使用比例方法调整中间线。

（四）南海诸岛独特地理情况对划界有重要影响

尼加拉瓜诉哥伦比亚案表明，岛屿在划界中的作用需要结合具体的情况，尤其是地理地貌情况才能得出结论。以往有关划界的很多案例如英法大陆架案和黑海划界案都是大陆海岸对大陆海岸的案例，孤立存在的岛屿与大陆海岸地貌相比，是偶然的地貌，因此往往作为划界中的特殊情况予以考虑，因此其作用容易受到限制。而在岛屿面对大陆海岸的划界中，岛屿本身作为与大陆海岸相对的海岸地貌予以考虑，因此需要对岛屿给予足够的重视。国际法院指出，哥伦比亚的岛屿

[1] International Court of Justice, *Case Concerning Sovereignty Over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia v. Singapore)*,Judgment of 23 May, 2008.

本身构成海岸地质情况，且这些岛屿距离尼加拉瓜海岸或岛屿遥远，因此不能随意适用划出飞地的方法。南海诸岛均以群岛形式分布，岛礁众多，分布较为集中，互相之间的联系较为密切，因此构成南海中特殊和独立的海岸地理情况。在对南海诸岛进行海洋划界中，应当充分考虑这一特殊的海岸地理情况，避免随意适用划出飞地的方式，人为隔断各个岛礁之间海域，造成截断效应。

六、结语

尼加拉瓜诉哥伦比亚案是一个复杂领土争端和海洋划界案件，它对南海岛礁争端的影响深远。一方面，该案再度适用有效控制规则解决岛屿领土争议，反映了有效控制规则在司法实践中得以巩固和发展。该案反映，有效控制规则要求主权行为应当与争议岛屿具有直接的相关性。自 2002 年利吉丹岛和西巴丹岛案以来，国际法院已经连续在 2007 年加勒比海领土和海洋划界案、2008 年白礁岛案和本案三个案例适用有效控制规则解决领土争议，这表明国际法院越来越倾向于将有效控制规则作为解决领土的最后手段。这不可避免地导致周边国家以有效控制提出对南海岛礁主权，无论我国对有效控制规则适用于南海岛礁问题持何种态度，都应当对有效控制规则进行充分和彻底的研究。

另一方面，该案反映了国际法院认为等距离/相关情况法已经成为大陆架和专属经济区划界的习惯国际法的立场。在等距离/相关情况法中，岛屿的划界效力体现为岛屿作为临时中间线的基点和岛屿作为相关情况调整临时中间线。该案表明，一个面积大并拥有大量人口的岛屿应当作为临时中间线的基点。一个岛屿面积越小，离海岸或其他岛屿的距离越远，越不可能作为临时中间线的基点。对于南海诸岛在海洋划界中的作用，应当根据岛礁的具体情况进行分类评估。

值得注意的是，尼加拉瓜诉哥伦比亚案强调在岛屿面对大陆海岸的划界中，岛屿本身作为与大陆海岸相对的海岸地貌予以考虑，因此需要对岛屿给予足够的重视。不能无视海岸地理情况，随意地对岛屿进行划出飞地的处理。因此，对南海诸岛进行海洋划界时，应当充分考虑南海岛礁众多，分布较为集中，互相联系密切这一特殊的海岸地理情况，避免以划出飞地的方式人为隔断各个岛礁之间海域，造成截断效应。

Effectivités and the Maritime Delimitation of islands in ICJ case

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Colombia：

Its Influence on the Islands Disputes in South China Sea

Abstract: The ICJ case on *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* consolidated and developed the effectivités in judicial practices. The ICJ is inclined to take effectivités as the last method for territorial disputes. The case is on a rare maritime delimitation between islands and mainland. It reveals that big islands with a large population should be the base points for provisional median line. The smaller the island is and the further the distances between it and the mainland or other islands is, the less possibility it could be considered as base points for provisional median line. The case also emphasize that enclaves should not be applied without regard to the coastal geography in specific case.

Key words: effectivités; maritime delimitation of islands; islands in South China Sea

中国国际法学会 2015 年学术年会论文

所属议题：“海洋权益的维护与和平解决争端”

论文题目：《有效控制原则在钓鱼岛领土争端上适用的国际法基础》

单位：中央民族大学法学院

职务：国际法专业硕士研究生

姓名：包世烨

提交时间：2015 年 4 月 30 日

目录

一、有效控制原则在国际法院领土争端上的适用 1326
（一）有效控制原则涉及的一般要件.....1326
1、先占与时效.....1327
2、时际法与关键日期.....1328
3、有效控制，主权活动与主权权利行使.....1330
（二）有效控制原则在无居民海岛上适用的相对性.....1333
1、有效控制原则“适用标准”的相对性.....1334
2、有效控制原则证明“权利存在”的相对性.....1336
二、有效控制原则在钓鱼岛领土争端适用上的焦点问题 1338
（一）钓鱼岛领土争端上的先占与时效问题.....1338
（二）钓鱼岛领土争端上时际法与关键日期的选择问题.....1344
1、1895 年.....1345
2、1951 年.....1346
3、1969 年—1971 年.....1346
4、1996 年.....1348
5、2012 年.....1348
（三）钓鱼岛领土争端上关于有效控制适用的其他问题.....1349
三、我国对钓鱼岛实施有效控制的现实及建议 1350
（一）日本对钓鱼岛的实际控制情况.....1351
（二）中国对钓鱼岛的实际控制情况.....1353
（三）针对钓鱼岛我国应采取的有效控制措施.....1355

有效控制原则在钓鱼岛领土争端上适用的国际法基础

中央民族大学法学院

国际法专业硕士研究生 包世烨

摘要：国际法院在领土争端问题解决中，正逐渐形成一套相对明确、可预见的程序规则，其中“有效控制原则”起着重要的作用。一般，当无法通过相关国际条约及保持占有原则确定争议领土的合法在先权利时，法院将依“有效控制”，将争议领土的主权赋予控制情况相对更为有效的一方。“有效控制原则”在钓鱼岛领土争端上适用的特殊性在于，它是一个无居民海岛，在其之上的适用存在双重“相对性”（控制标准的相对性，权利证明的相对性）和一定的“最低要求”。 本文通过三个部分（有效控制原则在国际法院领土争端上的适用，有效控制原则在钓鱼岛领土争端上适用的焦点问题，我国对钓鱼岛实施有效控制的现实及建议）层层递进，试图通过对有效控制的研究，去探寻我国如何能在钓鱼岛领土主权上获得更优的权利主张。

关键词：钓鱼岛；有效控制原则；领土主权争端；无居民海岛

钓鱼岛列屿（**日本方面称“尖阁列岛”，台湾方面称“钓鱼台列屿”，以下全部统称“钓鱼岛”或“钓鱼岛列屿”**）是台湾的附属岛屿，它分布在东经 123º 20′—124º 40′，北纬 25 º 40′—26 º 00′之间的海域，依其主岛名称为钓鱼岛而得名，由钓鱼岛、黄尾屿（**日本方面称“久场岛”，以下全部统称“黄尾屿”**）、赤尾屿、南小岛和北小岛 5 个无人居住的小岛及南屿、北屿和飞屿 3 个荒芜的礁石组成。①

中日之间关于钓鱼岛领土主权争端历时已久。2012 年 9 月，日本政府宣布“购买”钓鱼岛及其附属的南小岛、北小岛，实施所谓“国有化”，使得争端再度激化。一个总面积 5.69 平方千米的钓鱼岛之所以引起各国特别的重视，甚至成为影响太平洋局势的焦点，是因为其战略位置重要，附近海域有丰富的渔业资源及大

① 参见季国兴：《中国的海洋安全和海域管辖》，上海人民出版社，2009 年，第 19 页。又参见中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 2 页。

量石油、天然气，并且由于中日双方对东海划界的不同主张[①]，失去钓鱼岛将意味着我国不但可能在战略地位上陷入被动，还可能失去“11700 平方海里的朝陆 200 米等深线的大陆架所有权”[②]及大量海洋权利。因此，对钓鱼岛领土争端问题进行研究，从法理的角度去寻找我国对钓鱼岛拥有主权权利的依据，刻不容缓。

一、有效控制原则在国际法院领土争端上的适用

虽然中日双方都不主张将钓鱼岛领土争端问题提交国际法院，但随着国际法在国际社会中的影响力越来越大，对于领土争端问题，一般当事国在反复通过政治谈判仍无法解决的情况下，上诉到国际法院正成为一条重要的司法解决途径。加上近年来在领土争端解决方面国际法院成效显著，逐渐在具体的司法实践中形成了一套可预见的程序规则，即：**首先通过条约信守原则及保持占有原则（uti possidetis）考察争议领土在争议发生前是否已存在合法所有人；如果存在，则不论现在领土由谁有效控制，争议领土的主权属于合法所有人；如果无法确定合法所有人，则根据“有效控制原则”（effective control）界定争议领土的归属**。[③] 事实上，领土争端的产生，往往伴随着相关国际条约的缺失，或当事国双方对相关条约解释的巨大争议；而“保持占有原则”则主要是针对摆脱殖民化的新独立国家，因此，国际法院在解决领土争端时往往最后涉及的关键问题便是“有效控制原则”，由此对“有效控制原则”的研究是绕不开的。

（一）有效控制原则涉及的一般要件

在具体操作中，该原则的适用往往涉及以下几个问题：

① 中国主张东海大陆架是中国陆地领土的自然延伸，而且一直延伸到冲绳海槽，因此不与日本共享一块大陆架。而日本方面则认为冲绳海槽只是两国大陆架的一个偶然凹陷，不足以中断两国大陆架的连续性，因此中日共享一块大陆架，应按照中间线原则划界。在这种情况下，由于钓鱼岛位于冲绳海槽内靠近我国的一边，如果日本强占钓鱼岛领土主权，意味着日方主张的中间线将从钓鱼岛向我国一边算起。参见白桂梅著：《国际法》（第二版），北京大学出版社，2011 年，第 384 页。

② 参见季国兴：《中国的海洋安全和海域管辖》，上海人民出版社，2009 年，第 19-20 页。

③ 参见朱利江：《试论解决领土争端国际法的发展与问题》，现代国际关系，2003 年第 10 期第 26-27 页。又参见邵沙平（主编）：《国际法院新近案例研究（1990—2003）》，商务印书馆，2006 年，第 406 页。

1、先占与时效

传统文献中习惯将先占(occupation)与时效(prescription)视为两种国际法上领土取得和变更的方式，而事实上这两个概念并不相互割裂，而是有着内在的联系，即**根据这两种方式取得领土都是基于“有效控制”**。① 因此将这二者放在“有效控制”这一框架中进行研究反而有利于我们对于问题的理解，② 并在具体司法案例中使问题更加清晰，而不是以割裂的角度使问题更加复杂化。

先占的传统定义是对无主地（terra nullius）的占领。其关键在于有效占领(effective occupation)，这一概念的实质与“有效控制”类似。而时效是指通过非法手段，或在有关情况下不能证明其取得合法性的对他国领土长期、持续、和平地占有。这种“占有”及期间所需满足的条件便是基于“有效控制”原则。

由于“时效”这一领土取得方式反映的是国际体系中对稳定性的需求，是对一种长期事实的合法化，如果用现代国际法原则来衡量，“非法的事实占领可以成为合法”就成了不合理的，③ 因此出现了国际司法实践中对以时效方式取得领土的不一态度，例：1909年瑞典和挪威之间“关于格里斯伯达纳海上边界仲裁案”、1928年美国和荷兰之间“帕尔马斯岛仲裁案”都认可了时效的概念，而在1959年国际法院对荷兰和比利时边境领土争端的判决中，则否定了荷兰以时效取得有关领土主权的要求。④ 国际法院在该案中强调，比利时从未放弃过它的主权，言外之意是国家不能占领本属于其他国家的领土，除非该国放弃了该领土。⑤

因此比较好的做法是**不纠结于能否套用“时效”这一领土取得方式，而将重点放在是否存在合法的在先权利，如果不存在，则考虑“有效控制”，这样便可将问题都划归到一个程序模式中，而避免不必要的争议和麻烦**。事实上，尽管理

---

① “Like occupation, prescription is based on effective control over territory.” 参见 Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law (7th Edition)*, Routledge, 1997, pp.150.

② 参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 396 页。又参见 Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law (7th Edition)*, Routledge, 1997, pp.150.

又参见 Brownlie, Ian, Principles of Public International Law (7th Edition), Oxford University Press, 2008, pp. 127. **“如果不是面临对领土取得方式的具体区分和选择问题，其实整个领土取得方式的概念都是不健全的，甚至会使我们对领土取得的现实地位的情况了解变得困难。在具体的仲裁中，关注的是在‘关键日期’能否提供更多的关于主权行使的证据，而不会在意传统的取得方式的分类。领土主权问题是复杂的，它涵盖了与实质性事实相关的各种法律规则，而不可能归咎于某个决定性的规则或某种领土取得方式。”**

③ 邵津主编：《国际法》（第四版），北京大学出版社，高等教育出版社，2011 年，第 109 页。

④ 邵津主编：《国际法》（第四版），北京大学出版社，高等教育出版社，2011 年，第 109 页。

⑤ 韩占元：《试析解决领土主权争端的有效控制原则——兼论我国的无人岛屿主权争端问题》，太原师范学院学报（社会科学版），2008 年 3 月第 7 卷第 2 期第 55 页。

论上对先占和时效有所区别，实践中这些概念是很难区分的，因为“对一块土地的主权或许会逐渐消逝，由此引发该土地是否已被遗弃成为无主地的疑问”。① 且绝大多数情况是不属于先占、时效这样清楚的理论范畴，其趋势是不指明特定的取得方式，而考虑国家提出的相对立的主张和从事的主权行为，② 即“有效控制”。

2、时际法与关键日期

关于时际法(intertemporal law)的概念，Sir Gerald Fitzmaurice 指出，即争议问题应当依照它产生时的国际法进行评判，而不是依照现在的国际法进行判断。③ 原因在于，随着时间的推移，国际法规则会产生巨大的变化，一项领土权利可能按照 16 世纪的法律理论是有效的，而根据 19 世纪的发展就是无效的了。“时际法”的产生是基于一种对稳定性的推测和需求。④

此概念是 1928 年常设仲裁法院的“帕尔马斯岛仲裁”案中，由胡伯法官提出的，他还指出，应当依据时际法原则在“权利的产生”和“权利的存续”之间作出区分，即权利的产生应当依赖于当时的国际法，而权利的存续亦应当符合发展的法律体系不断演化的条件。⑤

在国际法院的司法实践中，与时际法密切相关的一个问题是在具体的领土争端案件中选择一个“关键日期”（critical date）。其原理在于，“权利的存在必须根据涉及该权利存在的关键时刻的法律来确定”⑥ 具体来说，关键日期是指对某些问题可能存在某一特殊时期，这一特殊时期对问题的定性和解决起决定性作用，⑦ 在那一时刻，可推知各方权利已经明确，因此该日期以后的行为就不能够改变

---

① [英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 398 页。

② 参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 398 页。

③ 参见 Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law (7th Edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 124.

④ 参见 Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law (7th Edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 125. 又参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 400 页。

⑤ 尽管 Ian Brownlie 指出，**这一扩展受到了一些批评，因为如果权力的存续每时每刻都要符合当时的法律，将会给许多领土权利存续的合法性带来挑战，并因此带来不稳定。**但正如 Ian Brownlie 教授又言，**最终还是要关注到具体的使用情况，而时际法这一原则的适用并不是在真空中操作的，在实践中其理论范围会受到默认、承认、禁止反言、诉讼的具体情况等影响而缩小。**参见 Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law (7th Edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 125. 又参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 400-401 页。

⑥ “法律不溯既往是时际法的精髓。”转引自赵理海：《海洋法问题研究》，北京大学出版社，1996 年，第 3 页。

⑦ 参见 Jennings, Robert & Watss, Arthur, *Oppenheim's International Law (9th Edition)*, Longman, 1992, pp. 710.

法律立场。在“印度尼西亚诉马拉西亚案”的判决中，国际法院明确指出，除非关键日期后的行为是先前行为的正常延续，且作出此行为的目的不是为了加强依赖该行为一方的法律立场，才可以考虑。① 2012 年“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”国际法院亦对此进行了援引。②

应当说，如果“时际法”是关于争议问题需依其“权利产生”和“权利存续”时的国际法进行评判，那么“关键日期”就是在有“权利存续”的情况下，确定该争议问题于何时权利明确、应适用何时的国际法进行评判的关键时刻。马尔科姆·N·肖指出，此类时刻可能是某一条约规定发生争执的日期，也可能是占领领土的日期。③

然而并不是所有的领土争端中都应当存在或选择出这样一个关键日期，许多案件中又可能存在好几个具有这样特殊意义的时间。在“敏基埃岛和艾克利荷斯岛”案（the Minquiers and Ecrelzos case）中，法院就没有选出一个具体的“关键日期”；在“阿根廷诉智利边疆争端案”中，仲裁报告称，关键日期的概念在本案中并无太大价值，因此仲裁庭审查了所有提交的与案件相关的证据。④ 至于 2012 年“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”，法院虽然确定了以 1969 年 6 月 12 日为确定该案有效控制情况的关键日期，但是在证据考察部分又指出在 Pulp Mill 案（阿根廷诉乌拉圭）判决中，法院认为无需考虑过多的复杂因素，而只需考察双方提交的与案件事实相关的所有证据，并依此接纳了哥伦比亚提交的基于对 Quitasueño 岛情况的实地观察和科学分析而产生的“史密斯报告”，尽管尼加拉瓜质疑该报告是专为这次诉讼而新近的研究。⑤

应当说，**在我国钓鱼岛领土争端问题中，关于我国对钓鱼岛主权“权利产生”这一点上已有多方充分的论证，主要问题就在于我国对钓鱼岛主权“权利存续”上的合法性论证**。虽然 Ian Brownlie 曾指出，时际法在“权利存续”上的扩展意味着如果权力的存续每时每刻都要符合当时的法律，将会给许多领土权利存续的合

① Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002,pp. 682.
② 参见 Case Concerning Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 29.
③ 参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 401 页。
④ 参见 Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law (7th Edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 126.
⑤ 参见 Case Concerning Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 19-21, 29-30.

法性带来挑战，并因此带来不稳定。① 但在实际国际法院进行领土争端解决时，却又很难不考虑“权利存续”上的时际法应用。加上钓鱼岛领土争端历时长、历史背景复杂、存在好几个关键的争议爆发时间的特点，在这样的情况下，我国在对钓鱼岛主权“权利存续”证明这一方面，是否应当确定关键日期，如果应当确定，又应当选择怎样的关键日期、怎样的时际法以利于我方对钓鱼岛进行有效控制的主张情况，就显得尤为重要。

3、有效控制，主权活动与主权权利行使

有效控制（effective control），通常也会用主权活动（sovereign activities/ effectivités）来表示，事实上**能够体现有效控制的行为就是代表国家的主权活动**。根据司法实践，一般认为有效控制必须考虑两个要素：（1）作为主权者实施和继续实施统治行为的意愿（the intention and will to act as sovereign）；（2）这种权利的实际行使或显示(actual exercise or display of such sovereign power)，即主权权利行使（exercise of sovereign powers/ à titre de souverain）。② 其中“意愿”可以是通过明示表示和默示推定；而“权利的行使”则必须满足和平（peaceful），实际(actual)，充分(sufficient)和持续(continuous)四个条件③。

至于具体案件中何种行为属于有效控制，何种行为不属于，或者何种行为相比而言更为有效则需要具体考察。④ 我们能通过案例总结的基本要素如下：

（1）主权权利行使的行为和意愿之间要存在联系

国家在从事主权权利行为时，是否应当具有在其主权能力范围内维护其主张的意图，这一要求的重要性并不确定。例如，“东格陵兰”案强调了主权权利行使的事实是要按照国家取得主权的意图而造成的，但“帕尔马斯岛”案和“敏基埃岛和艾克利荷斯岛”案则并未将其作为首要因素加以考虑。**但可以明确的是，从事主权活动和主权主张的意愿之间需要存在某些联系**。⑤ 具体这种联系的程度

---

① 参见 Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law (7th Edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 125.

② Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002,pp. 682. 又参见邵沙平（主编）:《国际法院新近案例研究（1990—2003）》，商务印书馆，2006 年，第 404 页。

③ 转引自朱利江:《试论解决领土争端国际法的发展与问题》，现代国际关系，2003 年第 10 期第 28 页。

④ 朱利江:《试论解决领土争端国际法的发展与问题》，现代国际关系，2003 年第 10 期第 28 页。

⑤ [英]马尔科姆·N·肖:《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，

如何，通过之后几个案例的法院判决，我们可以认为**这种“联系”可以体现在，国家进行的有效控制行为应当是与争议领土具体相关的。**

比如在“尼加拉瓜诉洪都拉斯”领土和海洋争端案中，法院认为洪都拉斯提出的对争端岛屿的立法和行政控制并不能采信，因为洪都拉斯只是在《宪法》和《土地法》中笼统地规定，并没有专门提到争端岛屿，也未采用明确的方式将这些法律适用到争端岛屿。① 而在“利吉丹岛和西巴丹岛主权归属”案（印度尼西亚诉马来西亚）中，法院则认可了马来西亚对争议岛屿的立法和行政性质行为，因为这些许可制度和龟蛋采集的控制与管理师针对争议岛屿进行的。②

（2）主权权利的行使是关键因素

“厄立特里亚诉也门案”中仲裁庭指出，“现代领土取得（或归属）的国际法一般要求是：在一个连续与和平的基础上，通过行使管辖权和国家职能在国际上显示对该领土的权力和权威”。③ 由此可见，在**主权权利行使**中要注意以下几个问题：**a. 主权行为必须是能够代表国家的行为；b. 主权行为应当具有公开性；c. 主权行为对争议领土的有效控制应当持续、和平，即不受到他国的反对、抗议。**④ 本文重点讨论第一个问题和第三个问题。

关于第一个问题“主权行为必须是能够代表国家的行为”，Ian Brownlie 指出，主权权利行使必须由国家机构进行，而不是由未被授权的自然人或法人进行。⑤ 在“印度尼西亚诉马来西亚案”中，法院指出“私人行为如果不是基于官方规章或政府机关控制之下进行的，就不能视为主权活动”，⑥ 并因此否认了印度尼西亚提出的其国渔民传统上一直以来就在利吉丹岛和西巴丹岛捕鱼的活动属于主权行为。然而，如果除国家、政府行使以外的个人行为，随后被国家批准，或者由国

2011 年，第 405 页。

① 参见 Case Concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2007. 又参见曲波：《国际法院解决岛屿主权争端适用的法律原则》，法学杂志，2011 年第 2 期第 81 页。

② 参见 Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 684.

③ Case Concerning Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea/Yemen Arbitration, ILR, 1998.

④ 参见曲波：《国际法院解决岛屿主权争端适用的法律原则》，法学杂志，2011 年第 2 期第 80-81 页。

⑤ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law (7th Edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 135.

⑥ Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 683.

家允许从事此类活动的法人或公司代表主权者进行，则亦能被视为主权权力行使。①

在“尼加拉瓜诉哥伦比亚”案的判决中，法院援引了“尼加拉瓜诉洪都拉斯”案中判决意见，“主权权利的行使活动包括但不限于立法活动，行政管理行为，国内刑法或民法的相关适用和执行行为，还有对于移民的规范管理行为，对捕鱼和其他经济活动的规范管理行为，海军巡逻和搜救行为等”，② 并具体列出了其认为哥伦比亚对于争议海岛属于有效控制的主权行为类别，分别为：

公共行政和立法行为，1920 年 San Andrés 群岛地方长官向政府提交的关于 1919 年 5 月到 1920 年 4 月这段时间对 Archipelago 的公共行政管理机制报告；

对经济活动的规范管理，主要是对于在争议群岛上进行提取海鸟粪、收集椰子、开发生石灰磷肥等经济活动进行立法、设置许可等规范制度；

公共市政工程，即对 Alburquerque 和 East-Southeast 群岛上的灯塔进行维护；

另外还有法律执行措施，海军巡逻和搜救行为，以及领事代理制度。③

在“印度尼西亚诉马来西亚”案中法院对其认可的马来西亚进行的有效控制行为也有类似概括，诸如对采集海龟蛋、捕捉海龟等经济活动的管理，对争议岛屿附近海域捕鱼等建立许可制度，对岛上灯塔的建立和维护，以及对西巴丹岛上旅游业的规范和管理行为等。④

通过对这些案件判决的分析，**我们可以对何为代表国家的主权活动有一个界定，从而对何为国际法院解决领土争端中接受的体现“有效控制”的行为有一个界定。**

关于第三个问题，主权行为对争议领土的有效控制应当持续、和平，即不受到他国的反对、抗议，胡伯在“帕尔马斯岛”仲裁案中指出，所谓“持续”并不是毫不间断，但根据具体的案件情况，一定长度的时间性是必要的。⑤

---

① 参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 404-405 页。

② Case Concerning Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 32. 又参见 Case Concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp. 713-722.

③ Case Concerning Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 30-32.

④ Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002.

⑤ 转引自 Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law (7th Edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 148, 150.

“和平”强调的是“没有国家反对”及“没有其他国家提出主权要求”，尤其是在相当长的时间内没有当事国的反对或要求。① 需要注意的是，**如果一国对争议领土的有效控制性并不很强，但在争议岛屿情况特殊（如岛屿很小且人烟稀少），且未受到另一国的反对、抗议，则可能构成该国对争议岛屿进行了有效控制的确认**。例如，在“印度尼西亚诉马来西亚”案中，法院指出，灯塔和航行辅助物的建造、其正常运转的维护，在通常情况下不被认为是政府权力的显示，即在一般岛屿上这样的权利行使行为通常不认为具有较强的有效控制性。但是在1995年“卡塔尔诉巴林”海洋划界和领土问题中则确认了“航海辅助物的建造具有法律上的意义”，即认为在该案中航海辅助物建造的行为可以被认为是国家的有效控制行为，这是因为该案中是“涉及很小的岛屿场合”，且当这些行为发生时，印度尼西亚并未表示过异议或抗议，法院认为这种行为是很罕见的，② 因此法院判定马来西亚该行为属于对该岛的有效控制。

对这一问题探讨的原因在于，**钓鱼岛是个无居民海岛，对于无居民海岛的有效控制要求并不绝对严格**（之后部分会具体讨论），在这样的情况下，**是否对对方主权权利行使行为或类似主权权利行使进行“反对、抗议”就对其行为是否能构成“和平、持续”，乃至是否能够成“有效控制”至关重要**。

（二）有效控制原则在无居民海岛上适用的相对性

“有效控制原则”在钓鱼岛领土争端问题上运用的复杂之处在于，钓鱼岛上虽然盛产山茶、棕榈、仙人掌、海芙蓉等珍贵中药材，栖息着大批海鸟，③ 但因为岛上没有淡水，向来无人居住，④ 属于无居民海岛。对于权利维持的要求，在有人居住和无人居住的地域之间存在着不同，Peter Malanczuk 在 Akehurst’s Modern Introduction to International Law (7th Edition)中指出的，“对于荒芜、渺无人烟的地区建立有效控制要比对有居民的地区容易得多”，⑤ 但是这个“容易得多”的标

① 曲波：《国际法院解决岛屿主权争端适用的法律原则》，法学杂志，2011年第2期第81页。

② Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp.685. 邵沙平（主编）：《国际法院新近案例研究（1990—2003）》，商务印书馆，2006年，第387页。 Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), International Court of Justice, Judgment, Merits, I.C.J. Reports, 2001, pp.99-100.

③ 参见由国家海洋信息中心主办的“钓鱼岛专题网站”
http://www.diaoyudao.org.cn/2014-12/11/content_34289766.htm，访问时间2015年2月21日。

④ 参见季国兴：《中国的海洋安全和海域管辖》，上海人民出版社，2009年，第19页。

⑤ Malanczuk, Peter, Akehurst’s Modern Introduction to International Law (7th Edition), Routledge, 1997, pp.149.

准到底如何？正如仲裁庭在“厄立特里亚/也门”案（Eritrea/Yemen）中提出的，对取得领土主权而言“肯定存在一些绝对的最低要求”。① 因此后文要探讨就是这个“最低要求”，并希望借此为钓鱼岛领土争端问题的探究提供一些参考。

“有效控制原则”在国际法院领土争端解决适用中非常重要的一点就在于它的“相对性”，这种相对性主要体现在两个方面：（1）根据对象领土性质的不同，适用标准上存在相对性。即对于无人居住的荒岛，相比有部落生活的地方，有效控制的标准存在相对性；②（2）根据当事国双方不同，证明的权利存在相对性。即“在绝大多数情况下所证明的并非一个绝对的权利，而只是一个在考虑到诸如地理和国际反映等因素的情况下，与其竞争国相比相对较好的权利而已。”③ 这两点在无居民海岛领土争端的适用上体现得尤其明显。

1、有效控制原则“适用标准”的相对性

由于之前已经论证了无论是先占还是时效，其对领土的取得都是基于“有效控制”，且先占中的“有效占领”与“有效控制”实质概念类似，因此在这部分，为了不必要的复杂化，不再重点区分案例中领土取得的方式是先占还是时效，而是将控制情况的比较纳入具体的“主权权利行使”标准中一起讨论。

结合时际法的概念，我们可以看到，“有效控制”的产生和标准在传统国际法上经历了一定的发展过程。在 16 世纪之前对有效占领的要求并不十分严格，以“发现”为先导，即意识到某片土地的存在，即可产生初步权利④。随着时间的流逝，这一条件越发严格，⑤ 但即使在现代仍是一个相对的概念，**“相对”在于所涉领土的性质**，例如，对于荒芜、渺无人烟的地区进行有效占领要比对有居民的地区容易得多，对于后者也许需要军队的驻扎，而对于前者则不用。⑥ 正面的例

---

① 转引自[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 403 页。

② 参见朱利江：《试论解决领土争端国际法的发展与问题》，现代国际关系，2003 年第 10 期第 27 页。又参见曲波：《国际法院解决岛屿主权争端适用的法律原则》，法学杂志，2011 年第 2 期第 80 页。

③ [英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 403 页。

④ 初步权利（inchoate title）指“在一定合理期间内选择占领该领土，且在此期间内不允许他国占领该领土”。参见白桂梅著：《国际法》（第二版），北京大学出版社，2011 年，第 337 页。又参见 Malanczuk, Peter, Akehurst's Modern Introduction to International Law (7th Edition), Routledge, 1997, pp.149.

⑤ **奥本海在谈到领土取得时就将 15—16 世纪同 18—19 世纪的国际法截然分开。他指出，在大发现时期，象征性的行为即可满足要求，18 世纪后的国际法才要求“有效占领”，直到 19 世纪，各国实践才与这项规定相符合**。参见赵理海：《海洋法问题研究》，北京大学出版社，1996 年，第 4 页。

⑥ 参见 Malanczuk, Peter, Akehurst's Modern Introduction to International Law (7th Edition), Routledge, 1997, pp.149.

子是，在“克利珀顿岛仲裁”案中，涉及的是法国和墨西哥对一个无人居住岛屿的争端，仲裁员强调，“实际而非象征性”的占领是先占的必要条件，但由于本案领土无人居住的性质，法国海军军官对主权的宣告以及后来在火奴鲁鲁公之于众，视为足以产生有效的主权。①

可见，对于一般的岛屿（非无居民海岛），通过宣告即可确立统治的说法随着时间的推移和对有效控制要求的越发严格逐渐变得不能满足现在的需要，但是对于无居民海岛，即使在 20 世纪（“克利珀顿岛仲裁”案判于 1932 年），由于其特殊的领土性质，亦不严格要求“实际而非象征性”的占领。

对于现代有效控制原则对无居民岛适用情况，我们依据之前总结的“主权权利行使”的普遍要件，结合无居民海岛的特殊性，**将这种“相对性”的最低标准总结如下：**

首先，对于无居民海岛先占的有效性是相对的，在一些罕有情况下甚至只是象征性的，② 但至少需要对其主权的公开宣告，最好附加第三国对其主权的承认。例如在“东格陵兰”案中，丹麦对无人居住的格陵兰东部颁发了特许权，宣布所有涉及格陵兰的条约和立法都覆盖整个领土，并寻求他国对其关于整个领土主权的承认。③

其次，从“主权权利行使”的具体要求来看，主权权利行为在无居民海岛上的行使应当尽量满足其在一般领土争端上适用的要件，但在具体行使程度和行使要求上可以相对降低。具体地：

（1）国家实施主权行为需要有一定主权主张的意图，并且这种意图需要与具体主权行为有一定的联系。从之前分析过的“利吉丹岛和西巴丹岛主权归属”案中可以得出，至少国内的相关立法要与争议领土有一定的关系，最好有针对争议领土具体制定的制度。而不是像“马来西亚诉新加坡”白礁岛案中对于中岩礁的处理，马来西亚仅在国内的《渔业法案》中指出中岩礁水域属于其渔业水域，这

① [英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 404 页。又参见 The Clipperton Island Award (France v. Mexico), AJIL, 1932.

② [英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 404 页。

③ 参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 404 页。又参见 Case Concerning the Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), Permanent Court of International Justice, Judgment, PCIJ, 1933.

样的控制程度，对于一个礁来说，也许是可以的，尤其是在新加坡亦没有提出更有利的权利证据的情况下，但对于一个无居民“岛”的控制程度还是不够的。

（2）主权权利行使应当是能够代表国家的行为，例如之前说明的行政管理、立法司法、经济管理等行为。这种国家行为的要求在无居民海岛上并不是很高，但至少是能代表国家的行为，而不是纯私人的行为。例如一国渔民自发在争端海岛周围捕鱼，或一国国民自发在争端海岛上插国旗并不能视为国家行为，但如果这些行为是经国家授权、或颁发许可进行管理的，则可视为国家的主权权利行为。① 又如，在“印度尼西亚诉马来西亚”案中，法院援引了“敏基埃岛和艾克利荷斯岛”案中相关论述，称灯塔和航行辅助物的建造和维护通常情况下不认为是国家主权权利的显示，但另一方面，法院同时又援引了“卡塔尔诉巴林海洋划界和领土问题案”判决中的论述，认为如果是在很小的岛屿上，则航行辅助物的建造是有法律上意义的，在该案中，考虑到岛屿的大小，认为巴林在岛上采取的行为应当足以支持其对该岛的主权主张。并因此认为巴林案中的考虑也应当应用到当前“印度尼西亚诉马来西亚”案，② 认为马来西亚在利吉丹岛和西巴丹岛上建立灯塔和维护的行为体现了国家主权权利。

（3）主权活动要有一定公开、持续、和平性，但根据具体情况而定。在“帕尔马斯岛”仲裁案中，胡伯法官就指出，“根据所涉领土上是否有人定居，维持权利过程中的间歇和不连续自然也不相同”。③

更重要的是，这些主权权利行为的“相对标准”必须结合第二个“相对性”，即接下来要具体讨论的当事国双方不同的权利主张情况，考虑哪一方的主权权利行使更为有效。

2、有效控制原则证明“权利存在”的相对性

国际法院在“东格陵兰”案（the Eastern Greenland case）中指出，“如果不注意到下面的情况就无法读懂领土主权案件的判决，即只要另一个国家不能提出

① 参见曲波：《国际法院解决岛屿主权争端适用的法律原则》，法学杂志，2011 年第 2 期第 80 页。

② Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 685. Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), International Court of Justice, Judgment, Merits, I.C.J. Reports, 2001. 又参见邵沙平（主编）：《国际法院新近案例研究（1990—2003）》，商务印书馆，2006 年，第 387 页。

③ [英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 404 页。Island of Palmas Arbitration, RIAA, 1928.

更优越的主张，法庭在许多案件中都满足于十分有限的主权权利的实际行使。在对人烟稀少或无人定居的地区主张主权的情况下就更是如此。”① 意思是，**尤其对于无居民海岛，主权权利的实际行使有时是很有限的，重点不在于当事国一方能证明其对该争议领土具有绝对的权利，而在于能提出比另一方当事国更优越的权利主张和实际证明。**

这一点在“尼加拉瓜诉哥伦比亚”案和“印度尼西亚诉马来西亚”案中亦有体现。这两个案例的判决中都引用了“东格陵兰”案中的这一段，其中“印度尼西亚诉马来西亚”案进一步指出，“尤其在本案中像利吉丹岛和西巴丹岛这样无人居住的小岛，经济方面的重要性很低（至少到近期为止），有效控制的行为通常是很缺乏的”，② 因此应当考虑相对较好的权利即可。在“尼加拉瓜诉哥伦比亚”案中，法院更是指明另一国家对争议领土有效控制的程度是应当考虑的一个重要因素，③ 也是由此，在比较了尼加拉瓜和哥伦比亚分别对争议岛屿进行的控制后，得出结论，“虽然哥伦比亚大多数的有效控制行为是包含了所有争议特征的，只有一部分是特别针对争议中的海洋特征，但确实哥伦比亚对争议地区周围极其之上进行了有效控制”。④

可见，“与对方国家相比更优的”这种“相对”权利，在有效控制原则在无居民岛领土争端的适用上起着很重要的作用，尤其是当两国对争议领土的有效控制情况都不能满足在一般争议领土上的控制标准的时候，基于无居民岛荒无人烟、经济地位较弱的特性，和有效控制适用的“相对性”，法院有理由认为相较之下控制情况较优的一国拥有争议领土的主权。而这点在我国对钓鱼岛领土争端的处理上具有重要意义。

---

① Case Concerning the Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), Permanent Court of International Justice, Judgment, PCIJ, 1933. [英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 403 页。

② Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 682.

③ Case Concerning Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 32.

④ Case Concerning Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 32.

二、有效控制原则在钓鱼岛领土争端适用上的焦点问题

之前所有对“有效控制原则”及其在无居民海岛领土争端上适用的研究，都是为了探求我国在钓鱼岛问题上怎样才能获得更为有利的权利主张。在这部分，文章将说明几个在钓鱼岛领土争端上有效控制原则适用的焦点问题，具体如下：

（一）钓鱼岛领土争端上的先占与时效问题

在中日钓鱼岛领土争端中，一直存在一个重要的争议焦点，即何方依何领土取得方式先拥有了钓鱼岛的合法在先权利：

中国方面一直主张钓鱼岛是中国最早发现、命名，进而通过先占获得的无主地。① 而日本方面的说法则集中于（1）在日本对钓鱼岛进行实地考察并最终编入日本领土之时，没有迹象显示钓鱼岛之上存在中国主权，因此钓鱼岛是日本依“无主地先占”原则获得的；②（2）日方对钓鱼岛进行了长达 37 年以上连续、和平的控制，因此从有效控制的角度来说，日本也应通过时效这一方式取得钓鱼岛领土主权。③ 因此，在这里有必要对中方的观点进行一定的论证，同时对日方的观点进行一定的分析与驳斥。

对于**钓鱼岛是中国通过发现、进而通过先占获得的无主地**这一观点的证明，拥有的史料是比较丰富的。即使是美国学者在研究中日钓鱼岛争端时亦指出“中国在首先发现并使用钓鱼岛这方面的主张是有说服力的，早在 14 世纪的时候中国的海员就已经将钓鱼岛作为航标。他们在钓鱼岛周围的海域进行捕鱼，并时常在岛上躲避风暴。中国甚至还将钓鱼岛纳入了中国的海上边防系统，同时还将其中的三个岛授予了一位中国国民。”④ 这位美国学者 Alexander M. Peterson 所言都能在中国的历史资料中找到对应的记录：

现存最早记载钓鱼岛列屿的史籍，当属珍藏于英国牛津大学玻德林图书馆

---

① 参见中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 2 页。又参见梁咏：《从国际法视角看中日钓鱼岛争端及对策》，东方法学，2012 年第 6 期第 125 页。

② 参见 Peterson, M. Alexander, “Sino-Japanese Cooperation in the East China Sea: A Lasting Arrangement?”, Cornell International Law Journal, 42 CNLILJ 441 (2009), pp. 5. 又参见梁咏：《从国际法视角看中日钓鱼岛争端及对策》，东方法学，2012 年第 6 期第 126 页。

③ 参见 Peterson, M. Alexander, “Sino-Japanese Cooperation in the East China Sea: A Lasting Arrangement?”, Cornell International Law Journal, 42 CNLILJ 441 (2009), pp. 6. 又参见梁咏：《从国际法视角看中日钓鱼岛争端及对策》，东方法学，2012 年第 6 期第 126 页。

④ Peterson, M. Alexander, “Sino-Japanese Cooperation in the East China Sea: A Lasting Arrangement?”, Cornell International Law Journal, 42 CNLILJ 441 (2009), pp. 5.

（Bodleian Library）的《顺丰相送》，这本书的成书年代据考证最早为永乐元年，即 1403 年，最晚不迟于 1639 年。此书详细记载了中国人往返福建至琉球的航路以及航线上各岛屿的名称、航向（针位）、里程（更）等，此中的记载说明钓鱼岛列屿属当时中国海域范围及中国海船活动之领域。①

而 1561 年中国向琉球派遣的册封使郭汝霖所著的《使琉球录》（一说是郭汝霖于 1562 年在之前的册封使陈侃的《使琉球录》后著的《重编使琉球录》②）中还记载了将钓鱼岛作为航海驿站的情形：

*“闰五月初一日，过钓鱼屿。初三日，至赤屿焉。赤屿者，界琉球地方山也。再一日之风，即可望古米山矣。奈何屏翳绝驱，纤尘不动，潮平浪静；海洋大观，真奇绝也。舟不能行，住三日。初六日午刻，得风乃行，见土纳己山……”*③

至于钓鱼岛在明代就包括在中国的海上防御区域内，指的是 1562 年胡宗宪编纂的《筹海图编》，该书是将军胡宗宪总结与沿海倭寇作战经验，说明防御倭寇的战略战术、要塞哨所的配置，以及兵器舰船的制造方法的。其中卷一收录了整个遭受倭寇袭扰的中国沿海地图，其中包括从台湾基隆海面向东排列的含钓鱼群岛的诸岛，中国领土以外的地区都没有编入。④

另外对于官方将钓鱼岛列屿中三个岛授予一位中国国民，指的是清光绪 19 年（1893 年），慈禧太后为嘉奖为她治病的盛宣怀，下诏将钓鱼岛与黄尾屿、赤尾屿这三个岛屿赏赐给他作采药之用。盛宣怀之孙女盛毓真（又名徐逸）迄今保存着此诏谕，她现为美国公民，1971 年美国参议院外交委员会及国务院主要根据此诏书，认可盛毓真对这三个岛屿的所有权。诏书内容如下：

*“……盛宣怀所进药丸甚有效验。据奏，原料药材采自台湾海外钓鱼台小岛……知悉该卿家世设药局，施诊给药，救济贫病，殊堪嘉许。即将钓鱼台、黄尾屿、赤尾屿三岛赏给盛宣怀为产业，供采药之用……光绪十九年十月。”*⑤

---

① 参见郑海麟：《钓鱼岛列屿之历史与法理研究（增订本）》，中华书局，2007 年，第 3-4 页。又参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 3 页。

② 参见井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 22 页。

③ 参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 7-8 页。

④ 井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 25-26 页。

⑤ 季国兴：《中国的海洋安全和海域管辖》，上海人民出版社，2009 年，第 27-28 页。又参见王中建：《理清历史脉络，辨明钓鱼岛主权》，载《中国海洋报》，2012 年 8 月 24 日。

由此，如果日方认为其可以通过古贺辰四郎长期租用钓鱼岛而建立有效占领和控制，并因古贺过世由其儿子继承父业于1926年获得个人所有权，① 从而使国家通过“购岛”获得钓鱼岛的领土主权的话，那么早在1893年慈禧太后已通过授岛的官方行为将钓鱼岛所有权授予中国公民，且发生时间早于古贺辰四郎向日方提出租借申请的1895年，也就是说，在早于1926年的33年前（1893年）就已经有中国国民获得了钓鱼岛的个人所有权。可见，2012年，日本政府企图通过从私人处“购买”钓鱼岛及其附属的南小岛、北小岛，从而实施所谓“国有化”，是没有基础支持的。

对此，有日本学者认为慈禧太后下诏书（1893年）的8年前（1885年）日本政府已经命令冲绳县派调查团等对钓鱼岛行使了公权。② 但事实上，1885年，冲绳县令只是对钓鱼岛实施了调查，并向内务卿提出批准设立国标的请求。而该请求在1个月后日本外务卿对内务卿建立国标照会的答复中被否决了，理由是“岛屿靠近清国国境……其周围看似很小，清国竟附有岛名。近来清国报纸等盛载我政府占据台湾附近的清国属岛之传言，对我国怀有猜疑……我们若于此时遽尔公然建立国标，反易招致清国之猜忌。”③ 从答复中可见，日本非但并未在当时对钓鱼岛行使公权，反而是明知钓鱼岛列屿处于当时清政府的管辖之下。由此，即可见将日本学者认为日本政府在我国之前已对钓鱼岛进行了发现或行使公权的观点是不成立的。

另一方面，日本对于钓鱼岛较早的记载是始于1873年“向琉球藩辖内久米岛等五岛颁发国旗及律令的文书”，④ 远远晚于中国对钓鱼岛的发现、使用记载，因此，通过这些资料证明钓鱼岛是中国首先发现、命名并经先占、使用取得的无主地是没有问题的。

重点在于，日本政府真正暗中开始对钓鱼岛实行控制或是归于其版图范围内，是在1894年，中日甲午战争中日本已感胜券在握时，于12月27日由内务省发给

① 参见季国兴：《中国的海洋安全和海域管辖》，上海人民出版社，2009年，第29页。又参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001年，第171-172页，“日本人古贺辰四郎提出的租用九场岛等尖阁诸岛管有地申请书”。

② 参见郁志荣，《解决中日钓鱼岛领土主权争端途径的考量》，载于高之国、贾宇（主编）《海洋法前沿问题研究》，中国民主法制出版社，2014年，第33页。

③ 参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001年，第165-166页。

④ 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001年，第163页。

外务省一份秘密文书，协商答复冲绳县知事 1893 年 11 月提交的在钓鱼岛上建立国标的申请，并让其在钓鱼岛及久场岛（即黄尾屿[①]）建立标桩，[②] 即借着中国因战败无暇顾及钓鱼岛之时偷偷将钓鱼岛据为己有，并一直实施着控制行为。并且中途 1951 年因《旧金山和约》，日本称将包括钓鱼岛在内的北纬 29° 以南的南西群岛都交由美国托管，于 1971 年美国又将钓鱼岛的行政管辖权连同琉球一道“还”给日本，[③] 于是尽管《旧金山和约》、美国托管和“还”给日本的合法性、有效性，以及钓鱼岛是否包括在《旧金山和约》托管的岛屿内都是有疑问的，但毕竟相当于自 1894 年后钓鱼岛的管辖情况都相当复杂，这就给日本提出钓鱼岛是不处于中国主权控制下的“无主地”，日本可依先占原则获得钓鱼岛，又或者日本因对钓鱼岛进行了长期的控制可依时效取得钓鱼岛主权的论断有了可趁之机。

所以问题的关键就在于，**我国在 1894 年之前的控制情况是否足够显示我国及于钓鱼岛的主权权利**，如果足够，那么日本主张无主地先占原则获得钓鱼岛的主权就缺乏依据；另外，**我国 1894 年之后对钓鱼岛的控制情况是否能使得日本通过时效获得钓鱼岛。**

首先，对于第一个问题，在日本对钓鱼岛进行实地考察并将其编入日本领土时，钓鱼岛是否为“无主地”，其上是否没有迹象显示存在中国主权，**日本是否能依据先占原则获得钓鱼岛主权**？日本学者较有挑战性的说法是，中国古代《使琉球录》中关于钓鱼台的历史记录主要都是关于航海针路的记载，而没有明示钓鱼台就是中国的。如果仅仅依靠表明航海针路的记载，就认为钓鱼台是中国人的原始发现，这是很危险的观点。古代中国人到过日本，也有很多历史记载，但不能凭这些历史资料说明日本是中国的。[④]

我们不妨将此说法看作日方认为明清时期中国对钓鱼岛的控制程度不足以说明中国主权权利及于钓鱼岛。那么这个问题就回到，对于一个无居民海岛怎样的有效控制是合适的？根据之前的研究，我们得出，首先中国要有对钓鱼岛进行主权权利行使的意愿，并对钓鱼岛进行可以代表国家的主权权利行为。但是应当注

① 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 374 页。
② 井上清【日】：《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 110 页。
③ 王中建：《理清历史脉络，辨明钓鱼岛主权》，载《中国海洋报》，2012 年 8 月 24 日，参考：http://www.soa.gov.cn/xw/ztbd/2012/dydszgdsslt/bjzl_546/201211/t20121129_11211.htm，访问时间：2013 年 5 月 6 日。
④ 转引自张植荣：《日本有关钓鱼列屿问题研究评述》，中国边疆史地研究，2002 年第 1 期第 102 页。

意的是，这是对于近现代有效占领的要求。中国对于钓鱼岛的发现可追溯到 15 世纪，在 16 世纪之前对有效占领的要求并不十分严格，以“发现”为先导，即意识到某片土地的存在，即可产生初步权利（inchoate title），① 根据“克利珀顿岛仲裁”案的判决，通过宣告即可确立统治。那么对于钓鱼岛这样的无居民小岛，明清时代的中国人唯一能留给后世，告知后世他们发现了这个岛，有意识将此岛纳入中国领土范围内的做法就是确定这个岛的位置、给它命名、指示到那里的航线，并把这一切都记录下来，而纳入地图的范围即是一种宣告。这样做在当时的情况下即使依据当时的国际法亦是足够，而事实上明朝政府还做了更多，例如《筹海图编》中将钓鱼岛纳入海上防御区域，标出钓鱼岛所述辖区。② 这相当于现在对无居民海岛进行行政管辖和配置警力，应当说是程度很高的有效控制行为。在那个时代，没有雷达，没有无线电通信，更没有军舰、飞机，要做到对钓鱼岛时常巡视对于当时的中国来说几乎是不可能的，况且钓鱼岛“人都无法居住”，也不可能成为“海盗的巢穴”，因此这样的“时常巡视”和设立行政机构对于明清时代亦是毫无意义的。③ 另外，在《朝日亚洲评论》高桥庄五郎论文的“所谓尖阁列岛是日本领土吗”一节中提出，在国际法上成为“无主地”的岛屿一般不仅是无人岛，也是无名岛。在大海中与世隔绝的无人岛若没有任何国家的语言对其命名，则可视其为无主地，但如果它有一个正式的名字，则大多属于对其进行命名的国家的领土。④ 这一说法提醒我们注意岛名的重要性，也提醒我们注意“首先命名”这一点的重要性。的确，在那样的情况下，即使是离钓鱼岛很近的琉球人也不会认为一个以中文命名的岛屿是无主地。⑤

因此日方称钓鱼岛是无主地，没有中国发现和主权遗留痕迹的说法是不能让人信服的。而日方如果主张的“无主地”是采取其第二种含义，即曾经属于某国后来又被放弃的领土，那么日方则必须证明在其对钓鱼岛进行主张之前，中国不但有放弃该领土的事实，还有放弃该领土的意图。而事实是中方从未表达过放弃

① 参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 397 页。
② 井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 50-51 页。
③ 井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 50-51 页。
④ 转引自井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 142 页。
⑤ 井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 143 页。

钓鱼岛领土主权的主张，且日本直至 1970 年都从未公开向国民通报过政府将钓鱼群岛新纳入日本领土，① 这意味着至少 1970 年之前日本都没有公开占领，那么也就谈不上钓鱼岛是他们通过无主地先占得来的。因此日本通过先占原则获得钓鱼岛主权的说法是不能成立的。

其次，日方能否主张因其对钓鱼岛进行了长期的控制而通过时效这一方式取得钓鱼岛领土主权？首先根据之前的讨论，时效是对一种长期事实的合法化，先不论“非法的事实占领可以成为合法”是否符合现代国际法的原则，② 假设时效的取得方式可以使用，那么对于时效而言，很关键的一点是前主权者的默认是不可或缺的，“被赶走的主权者的抗议可能完全封杀任何时效的主张”。③ 那么中国是否有对日本对于钓鱼岛的控制进行抗议呢？由于篇幅有限，这里只举几个例子：

应当说钓鱼岛是日本通过甲午战争中国的战败而偷偷窃取的，④ 处于战败和亡国边缘的中国当时并不知情，而事实上 1895 年冲绳县在接到政府在钓鱼岛上建立国标的命令后一直并没有去岛上建立标桩，直到 1969 年 5 月 9 日琉球的石垣市才在钓鱼岛、黄尾屿、大正岛和南北小岛上建起方形的石质标桩。⑤ 这都是源于 1967 年开始的美国和日本相关研究报告认为“东中国海可能富藏海底石油”，而 1969 年 5 月联合国亚洲远东经济委员会（ECAFE）在曼谷发表调研报告，更明确地称“台湾东北 20 万平方公里，包括钓鱼台列岛海域可能富藏石油”。⑥ 可以说直到 1969 年日本才开始公然窥伺钓鱼岛资源、主张其在钓鱼岛享有权利，而当时中方的反应是，1969 年 7 月 17 日，“台湾当局发表声明指出：中华民国对邻接中国海岸大陆架的天然资源享有主权管辖权”。⑦ 而当 1970 年 8 月 10 日日本外相爱知揆一在日本参议院冲绳及北方问题特别委员会上说，“尖阁列岛（即钓鱼岛）

---

① 参见井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 123 页。
② 邵津主编:《国际法》（第四版），北京大学出版社，高等教育出版社，2011 年，第 109 页。
③ [英]马尔科姆·N·肖:《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 398 页。
④ 井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第十二章，第 110-119 页。
⑤ 参见井上清【日】:《钓鱼岛：历史与主权》，贾俊琪、于伟译，宁燕平校，中国社会科学出版社，1997 年，第 123 页。又参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉:《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 379 页。
⑥ 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉:《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 379 页。
⑦ 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉:《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 379 页。

是日本领土。台湾授予尖阁列岛海域的石油勘探权违反国际法。”时，1970 年 8 月 16 日，台湾当局监察院就提出动议，坚决主张中国对钓鱼岛列屿的主权。① 而中国大陆方面则于 1970 年 5 月、12 月在《人民日报》上连续发表三篇评论抗议日本政府妄图吞并钓鱼岛、掠夺钓鱼岛海域资源，并于 1971 年 12 月 30 日由外交部发表《关于钓鱼岛主权的声明》。②

可见日本企图占有钓鱼岛期间，只要日方一有公然的行动，中国方面都做出了迅速有力的回应和抗议，并且也可见在日方开始侵占钓鱼岛的 1970 年，中国台湾还掌控着钓鱼岛海域的石油勘探权。由此，对于日方主张的通过时效原则取得钓鱼岛主权的说法，一来中国方面始终的抗议完全可以封杀日方的这一主张，二来日方亦没有完全取得对钓鱼岛的持续平和控制，中国台湾方面亦掌握着对钓鱼岛海域的部分控制权。所以日方的这一主张亦是难以成立的。

（二）钓鱼岛领土争端上时际法与关键日期的选择问题

在钓鱼岛领土争端问题上，时际法和关键日期的选择是一个非常复杂的问题。由于钓鱼岛问题历时由中国的明朝而到现代，期间经历了中日甲午战争，第二次世界大战，中国单方又经历了解放战争，文化大革命等动荡，这之中又涉及到中国的台湾问题，期间中日对钓鱼岛爆发领土主权争议的时间点又有好几个，因此，是否选择具体的关键日期，如果选择，到底应该选择怎样的时际法和关键日期，才能对我方更为有利？这个问题笔者目前还不能提出一个明确的答案，本文目前做的是将几个具体产生争议的时间点列出，分析当时的历史背景和实际情况，以供讨论。

根据前文的论述，“时际法”是指“权利的产生”应当依赖当时的国际法，“权利的存续”亦应当符合发展的法律体系不断演化的条件，③ 而“关键日期”则主要与时际法中“权利的存续”相关联，是指对某些问题可能存在某一特殊时期对问题的定性和解决起决定性作用，在那一时刻，可推知各方权力已经明确。④

---

① 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 379 页。

② 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 28-36 页。

③ 参见[英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 400 页。

④ 参见 Jennings, Robert & Watss, Arthur, *Oppenheim's International Law (9th Edition)*, Longman, 1992, pp. 710-711. 又参见 Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), International

对于“权利产生”时的时际法问题应该说相对比较好解决，“权利产生”时的国际法应当选择我国史料记载发现钓鱼岛的 1403 年到 1561 年这段时间。这段时间处于 16 世纪之前，当时国际法对于先占的要求并没有那么高，根据“发现即取得”，辅以“在一定合理期间内选择占领该领土，且在此期间内不允许他国占领该领土”① 的初步权利产生的要求，根据我国丰富的史料不难证明我国对于钓鱼岛的发现，并进行了以当时的标准看来充分的有效控制，这一点在之前已有论述。而“权利存续”时的国际法，则比较复杂，需要结合“关键日期”的确定来确定。

这里需要考虑的日期有以下几个：

1、1895 年

1895 年 1 月 14 日，日本内阁通过决议，将黄尾屿、钓鱼岛纳入冲绳县管辖，拟建立国标。1 月 24 日，向冲绳县知事传达此决议。1895 年 4 月 17 日，日中签订《马关条约》。②

这个时间点列于此在于，日方有称，日本是于 1895 年起对钓鱼岛进行控制，且在 1885 年到 1895 年对钓鱼岛海域进行调查期间确认“该岛无人居住且没有中国主权控制的迹象”，③ 因此日本是基于无主地先占而取得钓鱼岛领土。而中方则主张日本明确知道钓鱼岛属于中国领土，是通过 1895 年清政府在甲午战争战败后与日本被迫签署的不平等条约《马关条约》第二条中，割让“台湾全岛及所有附属各岛屿”，使钓鱼岛作为台湾“附属岛屿”一并割让给日本的。④

如果主张这个时间点为“关键日期”，则在此之后日本对钓鱼岛的控制情况都将不予考虑。而争议焦点在于（1）钓鱼岛是否作为台湾“附属岛屿”在作为不平等条约的《马关条约》中被一并割让给日本；（2）当时日本是否处于秘密窃取，而未公开宣示，处于战败中的中国是否因为日本并未宣示而对钓鱼岛被日本窃取并不知情。

Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2002,pp. 682.

① 白桂梅著：《国际法》（第二版），北京大学出版社，2011 年，第 336 页。

② 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 376 页。

③ Peterson, M. Alexander, “Sino-Japanese Cooperation in the East China Sea: A Lasting Arrangement?”, Cornell International Law Journal, 42 CNLILJ 441 (2009), pp. 6.

④ 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 8 页。

2、1951 年

1951 年 9 月 8 日，美国等国在排除中国参与的情况下，与日本签订了《对日和约》（又称“旧金山对日和平条约”），其中第三条规定“将北纬二十九度以南之南西诸岛（包括琉球群岛与大东群岛）、孀妇岩岛以南之南方诸岛（包括小笠原群岛、西之岛与硫磺列岛）及冲之鸟岛与南鸟岛置于联合国托管制度之下”，而美国为唯一管理当局。①

这个时间点没有造成权利的确定，但产生了权利的变动。日方声称是依此条款将钓鱼岛置于美国托管之下，并由此顺理成章于 1972 年接受美国对钓鱼岛的归还。而中方一直以来的声明有两点：第一，该条约所确定的交由美国托管的西南诸岛并不包括钓鱼岛，② 因此不能依此条约认为钓鱼岛交美国托管，更不能依次顺理成章认为 1972 年美国有权将钓鱼岛“归还”日本；第二，《对日和约》的签订中国没有参加，中方不承认《对日和约》的效力，③ 因此它亦不能给中国强加不平等义务。

3、1969 年—1971 年

1969 年应当说是中日正式对钓鱼岛主权问题产生正面争端，正如之前所言，这是源于 1967 年开始，美国和日本的相关机构调查研究认为钓鱼岛海域有丰富的石油资源。具体地，1967 年 6 月，日本东海大学新野弘教授、美国 Woodshall 海洋学院 Emery 教授发表《中国东海与朝鲜海峡海底地层与石油的展望》研究报告，认为东中国海可能富藏海底石油；1968 年 10 月至 11 月，亚洲近海海底矿物资源共同调查委员会（COOP）组成有美、日、韩、台科学家参加的联合考察队对东海海域进行海底调查，认为台海富藏油矿。④ 而最直接的，是 1969 年 5 月 ECAFE 在曼谷发表调研报告，称“台湾东北 20 万平方公里，包括钓鱼岛列屿海域可能富藏石油”。

---

① 参见中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 10 页。又参见中华人民共和国外交部条约法律司（编译）：《领土边界事务国际条约和法律汇编》，世界知识出版社，2005 年，第 906 页（“对日和约”）。

② 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 10 页。

③ 参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 378 页。

④ 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 379 页。

于是 1969 年日本石垣市开始在钓鱼岛上设置标志，1970 年日本外相爱知揆一称“尖阁列岛（钓鱼岛）是日本领土”，同时台湾当局分别作出反应，“中华民国对邻接中国海岸大陆架的天然资源享有主权管辖权”，“坚决主张中国对钓鱼台列屿的主权”。中日对钓鱼岛领土主权的正面冲突由此激化，争端开始变得明确。

而 1971 年 6 月 17 日美日签署《关于琉球诸岛及大东诸岛的协定》（简称“归还冲绳协定”），美国国务院声明“冲绳归还的同时，钓鱼岛一起归还日本……美国将这一列岛的施政权归还其原有者日本的行动，不影响台湾对钓鱼岛的主张”，① 这一行为再次引起中日对钓鱼岛的激烈争议：

1971 年 6 月 18 日，台湾当局外交部发言人魏煜孙发表谈话“要求美国在冲绳归还问题上尊重中国关于钓鱼岛的立场”，台湾国民代表大会全体代表对日美两国政府提出强烈抗议；7 月 7 日，香港学生联合会在维多利亚公园游行示威，抗议日本侵犯中国领土钓鱼岛列屿，并向日本驻港总领事馆提出抗议书；12 月 12 日，日本政府发表“尖阁列岛是日本领土”的统一见解；12 月 30 日，中国外交部发表声明，“美日两国政府公然把钓鱼岛等岛屿划入‘归还区域’是对中国领土主权明目张胆的侵犯；钓鱼岛、黄尾屿、赤尾屿、南小岛、北小岛等岛屿是台湾的附属岛屿，自古以来就是中国领土不可分割的一部分。”②

应当说这段时间是中日双方对钓鱼岛领土争端明确化的时间段，如果考虑将这一时间作为“关键日期”的话，对于中国要重点注意的就是收集 1894 年到 1971 年这段时间对钓鱼岛有效控制的证据。但这段时间中，1949 年之前由于战争的原因，根据作者目前能找到的资料显示中国对钓鱼岛的控制并不多，而 1951 年之后钓鱼岛又几乎处于美国的控制之下，直到 1969 年开始台湾方面才对钓鱼岛有所控制。因此选择这个时间点对于我国是否有利，如果选择，那么对这段时间的控制情况能做怎样的补充和解释，也许是需要考虑的。

① 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 11 页。又参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 383 页。

② 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 11 页。又参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 384 页。

4、1996 年

这一次争端的引起是 1996 年 2 月日本内阁会议通过关于设置 200 海里排他性经济水域的基本方针，7 月设立 200 海里排他性专属经济区，并将钓鱼岛群岛包括在内；7 月 14 日，日本青年社在钓鱼岛上设置了一个高 5 米、重 210 公斤的金属结构灯塔；17 日日本内阁官房长官梶山静六在会见记者时说，日本政府不想对此进行干预。① 于是两国关于钓鱼岛领土主权问题再此交锋。

7 月 18 日中国外交部发言人崔天凯在记者招待会回答记者提问时说，“钓鱼岛等岛屿自古以来就是中国的固有领土。日本一些人擅自在岛上建造设施是对中国领土主权的严重侵犯，我们对此表示严重关切，要求日本政府立即采取有效措施消除由此产生的后果。”7 月 24 日，台湾当局外交部抗议日本在钓鱼岛设立灯塔。②

这个时间段与上一个时间段不同的地方在于，在中日台三方不停地抗议之后经历了 1978 年《中日和平友好条约》的签订，中日邦交正常化，对钓鱼岛问题“搁置争议，共同开发”，但日方建立灯塔、拦截台湾渔船等事件依旧不断。不过在此期间台湾方面对于钓鱼岛的控制情况有所改善，③ 而中国政府方面也有了实质性的立法，1992 年中国颁布《中华人民共和国领海及毗连区法》，其中第二条明确规定“中华人民共和国的陆地领土包括中华人民共和国大陆及其沿海岛屿、台湾及其包括钓鱼岛在内的附属各岛、澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛以及其它一切属于中华人民共和国的岛屿”，④ 这是通过立法明确钓鱼岛是台湾的附属岛屿，更是中华人民共和国的领土。

5、2012 年

这是最近一次与日方关于钓鱼岛领土主权问题产生较大争端。矛盾的激化在于 2012 年 9 月 10 日，日本政府宣布“购买”钓鱼岛及附属的南小岛、北小岛，

---

① 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 392 页。
② 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 392 页。
③ 参见浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 388-391 页。
④ 《中华人民共和国领海及毗连区法》（1992 年 2 月 25 日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过，主席令第五十五号公布）第 2 条。又参见中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 15 页。

实施所谓“国有化”。① 这次中国政府于当日就发表了《中华人民共和国政府关于钓鱼岛及其附属岛屿领海基线的声明》；中国政府国务院新闻办公室于当月就出版了《钓鱼岛是中国的固有领土》白皮书，在声明钓鱼岛是中国固有领土的同时，对日本窃岛、美日私相授受钓鱼岛的无效、中国对钓鱼岛主权维护的措施等进行了阐述；中国海监船舶编队于 9 月 14 日抵达钓鱼岛及其附属岛屿海域，对钓鱼岛及其附属岛屿附近海域进行维权巡航执法，并且时至今日一直保持着定期巡航，渔政执法船在钓鱼岛海域的执法巡航和护渔已成为常态化；另外中国还通过发布天气和海洋观测预报等对钓鱼岛及其附近海域实施管理。②

应当说 2012 年与 1996 年相比，中国对钓鱼岛的实际控制情况发生了比较大的变化，这一变化根据国际法院对有效控制的要求来看，与之前几个日期相比是更有利于我方的，尤其是在关于钓鱼岛的实质性立法上面：在 1992 年《中华人民共和国领海及毗连区法》之后，2009 年又颁布了《中华人民共和国海岛保护法》，确立了海岛保护开发和管理制度，对海岛名称的确定和发布作了规定，并据此 2012 年 3 月中国公布了钓鱼岛及其部分附属岛屿的标准名称。③

因此，如果将 2012 年定为“关键日期”，或者是不选择一个具体的关键日期，而证明应当考虑所有与案件相关的证据，是否可以使得更多有利于我国对钓鱼岛进行有效控制的证据得以提供。

（三）钓鱼岛领土争端上关于有效控制适用的其他问题

在第一部分中已经提出，主权行为应当具有公开性，并且对争议领土的有效控制应当持续、和平，即不受他国的反对、抗议。而总结之前的讨论，可以得出，日本在 1969 年之前对钓鱼岛的窥伺都是在暗中进行的，即使日方称其对钓鱼岛进行了实际控制，这种控制亦是没有经过公开宣誓的。根据“新加坡诉马来西亚”白礁岛主权争端中的判决情况，法院完全可以因为无法确认日方行为的公开性而对其有效控制的主张不予支持。至于持续性和平性方面，之前的大量内容也已证明，由于中方不停的抗议和反对，完全可以打破日方对钓鱼岛控制的和平、持续。

① 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 1 页。
② 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 15 页。
③ 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 15 页。

而对于中国来说，对钓鱼岛主权发现和占有的公开宣示是可以证明的，问题就在于要解决对钓鱼岛进行实际控制的持续性。虽然根据“帕尔马斯岛”仲裁案的裁判，“持续”并不是毫不间断的，“根据所涉领土上是否有人定居，维持权利过程中的间歇和不连续自然也不相同”。① 也就是说，对于无居民海岛控制的持续性标准可以相对降低，但是对于 1894 年到 1969 年在钓鱼岛的控制情况是否还是应当做出补充与解释？是否可以利用国际法“禁止使用武力或武力威胁”的基本原则，结合当时处于战争和不平等条约中的背景，对那段时间中国对钓鱼岛主权控制的间断作出解释，主张期间日方和美方对钓鱼岛的控制实际是战争与霸权侵占的一种延续，再结合 1969 年之前日方对钓鱼岛的控制并未公开，亦有瑕疵，从而主张日方在那段时间内的控制情况亦不能有效。

三、我国对钓鱼岛实施有效控制的现实及建议

鉴于“有效控制原则”是一个相对的概念，尤其是在领土争端的实际判例中，往往是通过对双方当事国权利的比较得出一个更好的，而不是证明某个绝对的领土权利。本文在查阅了大量资料后对中日双方自古而今分别对钓鱼岛的控制情况行了一定梳理，虽然难免会有不全，但希望这样的梳理能对中日双方对钓鱼岛的控制情况比较研究有一定帮助，并在此基础上根据我国目前的情形提出需要改进的措施和应当采取的对策。

在前文的讨论中已对中日双方对钓鱼岛的控制情况进行了一定的阐述，这里具体结合国际法院判例中对于国家主权权利行为的分类，进行进一步对应的分析。

根据之前的讨论，国际法院判例中对主权权利行使活动的分类包括但不限于以下几种：立法活动，行政管理行为，国内刑法或民法及于争议领土的适用和执行行为，对于移民的规范管理行为，对捕鱼和其他经济活动的规范管理行为，海军巡逻和搜救行为等。②

① [英]马尔科姆·N·肖：《国际法》（第六版），白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓辉译，北京大学出版社，2011 年，第 404 页。

② Case Concerning Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 32. 又参见 Case Concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), International Court of Justice, Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp. 713-722.

（一）日本对钓鱼岛的实际控制情况

就作者目前掌握的资料来看，日方的有效控制行为主要有[①]：

1895 年 1 月 14 日，日本内阁通过决议，将黄尾屿、钓鱼岛纳入冲绳县管辖，建立国标。1 月 21 日，向冲绳县知事传达此决议。

1896 年 3 月 5 日，日本政府颁布关于冲绳县郡制的敕令 13 号。冲绳县知事依据此敕令将钓鱼岛编入八重山郡。鱼钓岛、黄尾屿、南小岛、北小岛依次为日本国有地。

1896 年 9 月，日本内务府大丞批准古贺辰四郎在钓鱼岛、黄尾屿、南小岛、北小岛等 4 个岛的 30 年无偿开采权。

1901 年 5 月，日本临时冲绳县土地整理事务局赴钓鱼岛列屿实地调查。

1902 年 12 月，日本政府将钓鱼岛编入冲绳县石垣市大滨间切宇登野城村。

1907 年 8 月 19 日，日本福冈矿山监督署批准古贺辰四郎在钓鱼岛列屿的磷矿采掘权申请。

1908 年 7 月 13 日，日本熊本营林局继续以国有林地名义经营钓鱼岛列屿的 4 个岛，并存有底账。

1914 年，八重山村所属石垣、大滨、竹富、与那国等四部分与钓鱼岛一起，编入石垣村。

1917 年，日本海军水路部实地调查钓鱼岛。

1931 年 6 月，日本冲绳营林署赴钓鱼岛实地调查。

1932 年 5 月 20 日，日本内务省向古贺善次租借中的鱼钓岛和黄尾屿征收土地有偿费用，同年 7 月 15 日，南北小岛也被征收有偿费用。

1932 年 7 月，日本农林省资源调查团赴钓鱼岛进行资源地形调查。

1961 年 4 月 11 日，日本冲绳县石垣市依据土地凭贷安定法，对钓鱼岛进行土地等级设定，并派遣 11 人赴钓鱼岛调查。

1968 年 7 月，日本政府派遣调查团赴钓鱼岛调查。

1968 年 8 月 12 日，琉球政府派船巡视南小岛，并驱赶所谓不发登陆者（指台湾渔民）45 人。此后，美琉当局对尖阁列岛海域实行定期巡逻。

1969 年 5 月 9 日，日本石垣市在鱼钓岛、黄尾屿、大正岛和南北小岛设置标志，以示对八重山钓鱼岛列屿的行政管辖。

---

① 日本方面截至 2001 年的控制情况资料主要来源于由浦野起央，刘甦朝，植荣边吉共同编写的《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》

1969 年 5 月 30 日-7 月 18 日，日本政府第一次派遣学术调查团赴钓鱼岛考察。8 月 8 日提出调查报告书。

1970 年 5 月 25 日-6 月 27 日，日本政府第二次派遣学术调查团赴钓鱼岛考察。8 月 20 日提出调查报告书。

1972 年 3 月 3 日，琉球立法院通过：尖阁列岛（即钓鱼岛）的要请决议，主张尖阁列岛为日本的领土。

1972 年 5 月 10 日，日本防卫厅发布关于冲绳防空识别圈的决定，指出包括钓鱼岛列屿在内的冲绳列岛的防空识别圈范围为 34000 平方公里。5 月 15 日实施。

1972 年 5 月 16 日，日本海上保安厅巡逻船在钓鱼岛树立日本国旗。

1990 年 9 月 29 日，日本青年社一些右翼分子经政府允许，在钓鱼岛列岛的一个岛上修建灯塔。日本海上保安厅宣布承认该右翼团体 1979 年所建灯塔为正式航标。

1996 年 7 月 23 日，日本设立 200 海里排他性专属经济区，将钓鱼岛群岛包括在内。①

2012 年 9 月 10 日，日本政府正式确定钓鱼岛“国有化”方针。②

2015 年 2 月 22 日，日本冲绳县与那国岛岛民就是否准许陆上自卫队驻守开始投票，日本政府计划在距离钓鱼岛仅 150 公里的与那国岛上建立强大的通讯监视基地，除部署大型雷达之外，还将驻守 150 名陆上自卫队队员，以“强化”钓鱼岛防御并监控中方动向。③

由以上可见，**日本相应的主权权利行使主要集中在 1985-1917 年，1961-1972 年这两个时间段，而 1997 年到 2001 年期间的主权权利行使并不多**。根据之前的分类，**其主权权利行使主要集中在这几个方面**：将钓鱼岛纳入冲绳县、石垣市、编入八重山，建立国标、建立灯塔等行政管辖；批准私人和国有单位对钓鱼岛进行开采等经济活动的规范管理；政府组织对钓鱼岛进行实地考察等科学调研活动，并提交研究报告；对钓鱼岛海域进行海军巡逻，纳入防空识别圈、进行自卫队驻守等军事行为；以及对钓鱼岛进行相关立法。

① 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 376-379，385，389，392 页。

② 《日本政府正式决定“国有化”钓鱼岛》，来源：中国新闻网，更新时间：2012 年 9 月 10 日，载 http://news.163.com/12/0910/14/8B23UFV700014JB6.html，访问时间：2015 年 2 月 21 日。

③ 《日本与那国岛将投票自卫队驻守，距钓鱼岛百余公里》，来源：中国新闻网，更新时间：2015 年 2 月 22 日，载 http://www.chinanews.com/gj/2015/02-22/7074551.shtml，访问时间：2015 年 2 月 22 日。

（二）中国对钓鱼岛的实际控制情况

就作者目前掌握的资料来看，明清时期中国对钓鱼岛的控制资料非常丰富，之前亦论证了根据这些资料可以证明我国对钓鱼岛当时的发现和占有情况，这里暂不讨论，我们主要看**1895 年之后，中国对钓鱼岛的有效控制情况，大致有以下这些：**

1944 年，东京地方法院裁定钓鱼台为台北州所属。

1970 年 7 月，台湾当局授权美国海湾石油公司在钓鱼台群岛海域开始地质调查。

1970 年 8 月 25 日，台湾当局立法院通过《钓鱼台列岛海底石油勘探条例》。

1970 年 8 月 27 日，台湾当局国民大会全国联谊会通过决议：钓鱼岛列屿是中国的领土。

1970 年 9 月 2 日，台湾水产试验所所属船只“海宪号”在鱼钓岛登陆，插上台湾“国旗”。

1970 年 10 月 15 日，台湾当局发表关于对钓鱼岛列屿大陆架资源主权的主张声明。并决定在东海大陆架设立 5 个海域油矿保留区，准备进行中外合作勘探与开发。

1971 年 6 月 29 日，台湾军方派遣巡逻艇在钓鱼岛周边海域进行三个半小时的巡逻。7 月 2 日台湾军方发表对此正式声明。

1972 年 2 月 10 日，台湾宜兰县政府依据台湾当局行政院关于钓鱼岛列屿属宜兰管辖的正式决定，向教育厅发出通知。

1990 年 10 月 17 日台湾高雄市长吴敦义宣布，台湾区运会圣火将传递到钓鱼岛，以示政府维护主权的决心。10 月 21 日，台湾渔船两艘举行台湾区运会钓鱼岛圣火传递仪式，进入钓鱼台领海。

1991 年 4 月 7 日，日本渔船“第二繁好丸”在钓鱼岛海域受到中国公安巡逻艇的炮击警告。

1991 年 5 月 14 日，日本渔船在钓鱼岛海域受到中国海军快艇的炮击警告。

1992 年 2 月 25 日，中国公布《中华人民共和国领海及毗连区法》，明确规定钓鱼岛为中国领土。①

1995 年 5 月 30 日-6 月 7 日，中国资源调查船在钓鱼岛海域进行海洋勘察活动。

1997 年 11 月 4 日，中国海洋考察船“向阳红 9 号”在钓鱼岛海域进行海洋考察。

① 参见《中华人民共和国领海及毗连区法》（1992 年 2 月 25 日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过，主席令第五十五号公布）第 2 条。

1999 年 5 月 14 日，中国海洋科学考察船在钓鱼岛周边海域进行科学考察。①

2003 年 7 月 1 日，《无居民海岛保护与利用管理规定》开始实施，② 这是专门针对我国无居民海岛保护管理的立法。

2009 年，中国颁布《中华人民共和国海岛保护法》确立了海岛保护开发和管理制度，对海岛名称的确定和发布作出了规定，③ 并专门对无居民海岛作出了定义，对无居民海岛的保护作出了规定。④

2012 年 3 月，中国政府依据《中华人民共和国海岛保护法》中的规定，公布了钓鱼岛及其部分附属岛屿的标准名称。⑤

2012 年 9 月 10 日，中国政府发表声明，公布了钓鱼岛及其附属岛屿的领海基线。⑥

2012 年 9 月 14 日至今，中国海监开始定期在钓鱼岛及其附属岛屿海域开展维权巡航执法，体现我国政府对钓鱼岛及其附属岛屿的管辖。⑦

2012 年 9 月 28 日，由中国国务院新闻办公室编写、人民出版社出版的《钓鱼岛是中国的固有领土》白皮书首发。⑧

2012 年 10 月 17 日，国家海洋预报台开始对钓鱼岛附近海域进行天气预报，发布海浪、风暴潮预警。⑨

2012 年 12 月，国家海洋局组织编制的《中国钓鱼岛地名册》由海洋出版社正式对外出版发行。⑩

---

① 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 378-381，384，389-391，399-400 页。

② 《无居民海岛保护与利用管理规定》（2003 年 7 月 1 日起施行）。

③ 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 15 页。

④ 《中华人民共和国海岛保护法》（2009 年 12 月 26 日通过，自 2010 年 3 月 1 日起施行）第三节及附则。

⑤ 中华人民共和国国务院新闻办公室：《钓鱼岛是中国的固有领土（2012 年 9 月）》，人民出版社，2012 年，第 15 页。

⑥ 《中华人民共和国政府关于钓鱼岛及其附属岛屿领海基线的声明》（2012 年 9 月 10 日）

⑦ 《中国海监船舶编队于 2012 年 9 月 14 日抵达钓鱼岛海域开展维权巡航执法》，来源：国家海洋局，更新时间：2012 年 9 月 14 日，载 http://www.soa.gov.cn/xw/ztbd/2012/dydszgdsslt/dydszgdsslt_549/201211/t20121129_11344.htm，访问时间：2013 年 5 月 7 日。

⑧ 吴琼：《<钓鱼岛是中国的固有领土>白皮书首发》，载《中国海洋报》，2012 年 9 月 28 日，参考：http://www.soa.gov.cn/xw/ztbd/2012/dydszgdsslt/dydszgdsslt_549/201211/t20121129_11369.htm，访问时间：2013 年 5 月 6 日。

⑨ 《钓鱼岛海域将现大到巨浪，海浪风暴潮警报持续拉响》，来源：中国新闻网，更新时间：2012 年 10 月 17 日，载 http://www.chinanews.com/gn/2012/10-17/4254760.shtml，访问时间：2013 年 5 月 7 日。

⑩ 《<中国钓鱼岛地名册>正式出版发行》，来源：国家海洋局，更新时间：2012 年 12 月 4 日，载 http://www.soa.gov.cn/xw/ztbd/2012/dydszgdsslt/dydszgdsslt_549/201212/t20121224_23349.htm，访问时间：2013 年 5 月 7 日。

2013 年 11 月 23 日，国防部发布《中华人民共和国政府关于划设东海防空识别区的声明》。①

2014 年 12 月 30 日，由国家海洋信息中心主办的钓鱼岛专题网站上线，声明我国对钓鱼岛的基本立场。②

2012 年 9 月——2015 年 4 月，中国海警编队每月多次于钓鱼岛领海内巡航执法，形成常态化。③

可见，**我国对钓鱼岛的主权行为集中在 1970-1972 年，1990-1999 年，以及 2012 年开始在有效控制方面有了重大进展**。这些**主权权利行为集中在**：将钓鱼岛纳入台湾宜兰县，对钓鱼岛附近海域进行天气预报、风浪预警，插国旗等行政管辖及主权宣示行为；授权对钓鱼岛海域石油调查、开采等科研、经济活动的规范管理；政府组织对钓鱼岛海域进行海洋勘探等科学考察活动；对钓鱼岛海域进行维权巡航执法、设立东海防空识别区等军事行为；以及对钓鱼岛进行相关立法行为。

（三）针对钓鱼岛我国应采取的有效控制措施

应当说目前来看，我国对钓鱼岛的有效控制情况与日本相比，**劣势在于 1985-1970 年这段时间，而优势在于近年来对钓鱼岛有了大量相关的立法、巡航等主权权力行为**。结合之前所有的讨论，**我认为在钓鱼岛领土争端问题上我国的应对至少要注意以下几点：**

首先，要抓住钓鱼岛是个无居民海岛的性质，这意味着在钓鱼岛领土争端问题上，有效控制原则的适用具有双重“相对性”，（1）有效控制的标准具有相对性，不需要像有居民海岛的控制标准那样严格；（2）有效控制证明的权利具有相对性，不是证明一个绝对的权利，而是证明一个和对方当事国相比更好的权利。抓住第一点将有利于对我国有效控制情况的解释，而第二点则提示我们在研究、增强我方有效控制情况的同时，应当关注日本方面对钓鱼岛的控制情况。

---

① 《国防部发布:中华人民共和国政府关于划设东海防空识别区的声明》，新华社，2013 年 11 月 23 日，参考：http://news.xinhuanet.com/mil/2013-11/23/c_118262792.htm 访问时间：2015 年 4 月 30 日。

② 《钓鱼岛专题网站上线开通，显著位置声明我国基本立场》，人民网，2015 年 1 月 2 日，参考 http://japan.people.com.cn/BIG5/n/2015/0102/c35469-26312692.html，访问时间：2015 年 4 月 30 日。又参见钓鱼岛专题网站：http://www.diaoyudao.org.cn/ 访问时间：2015 年 4 月 30 日。

③ 参见国家海洋局网站，载 http://www.diaoyudao.org.cn/node_7217868.htm，访问时间：2015 年 4 月 30 日。

其次，就是要决定是否需要选择具体的“关键日期”。如果需要，那么选择适当的时际法和关键日期，将关系到我国和日方有效控制情况考察的结点。根据国际法院的判例，这个日期一旦选定，日期之后的任何行为都不能改变已存在的法律情形，除非关键日期后的行为是先前行为的正常延续，且作出此行为的目的不是为了加强依赖该行为一方的法律立场。这个问题直接影响到我国对钓鱼岛的有效控制行为哪些可以被支持，而哪些无法被支持。而如果认为不需要选择具体的“关键日期”，那么是否可以如“阿根廷诉智利边疆争端案”中证明“关键日期”的概念在此案中并没有太大价值，因此只需提供所有与案件相关的证据即可，而这样是否会更有利于我国有效控制的举证与主张？

再次，在加强国际法相关理论研究的同时，依据国际法院对有效控制的判例，**有针对性地加强我国对钓鱼岛的有效控制，并且为我国的控制情况搜集更多的证据**。其中，结合我国目前的控制情况，对比国际法院相关案例，我认为至少有以下几个方面是可以做的：

（1）**继续中国海监船舶编队对钓鱼岛及其附属岛屿附近海域的维权巡航执法，**使巡航执法和护渔活动保持常态化。并继续坚持通过发布天气和海洋观测预报等，对钓鱼岛及其附近海域实施管理。

（2）**继续推动立法工作**。应当说我国目前在海岛和无居民海岛方面的立法正在不断推进，2011 年 8 月，为了进一步规范无居民海岛的开发利用和使用秩序，国家海洋局在 2003 年《无居民海岛保护与利用管理规定》的基础上编制了《无居民海岛保护和利用指导意见》和《无居民海岛用岛区块划分意见》；[①] 2012 年 8 月，具体针对无居民海岛立案查处工作，为了配合《海岛保护法》的具体实施，中国海监总队又出台了《中国海监关于无居民海岛立案查处工作的意见》。[②] 应当说这些都是在为我国对钓鱼岛针对性的立法做准备。如果能在我国目前已有的相关立法基础上出台对钓鱼岛的专门性立法，或者是在无居民海岛的相关立法中针对钓鱼岛有进一步专门的规定，将在有效控制中立法行为这一方面使我国有更强的说服力。

① 《关于印发<无居民海岛保护和利用指导意见>的通知》（2011 年 8 月 25 日）。

② 王秋蓉：《中国海监总队出台无居民海岛立案查处工作意见》，载《中国海洋报》，2012 年 8 月 17 日，参考：http://www.soa.gov.cn/xw/dfdwdt/jsdw_157/201211/t20121109_16039.html，访问时间：2013 年 5 月 6 日。

（3）**政府授权或组织对钓鱼岛及其周围海域进行实地考察和调查研究，并作出详细全面对钓鱼岛情况记录的官方科学报告**。虽然我国对钓鱼岛附近海域组织过石油资源方面的勘探，但缺乏专门性的报告。这一方面的工作如果现在进行是否可纳入有效控制情况，可能需要更多论证，但正如“尼加拉瓜诉哥伦比亚”案中显示，哥伦比亚提出了对 Quitasueño 岛的调查报告，这是对该岛系统而科学的研究，尽管尼加拉瓜质疑该报告是专为这次诉讼而新近的研究，言下之意是该报告应属关键日期确定后应排除的有效控制行为，应当不予支持，而法院却认为应当予以考虑。应当说如果能够加强官方科学报告的进行，即使不能作为单独的我国对钓鱼岛进行有效控制的行为，也可在某种程度上作为我国进行了有效控制的补充证明。

（4）**争取对钓鱼岛上以及钓鱼岛海域经济活动进行进一步的规范和管理。**据调查，钓鱼岛上有鸟羽海产、丰富的磷矿和珍贵药材，钓鱼岛海域有丰富石油资源，史上亦有清光绪 19 年（1893 年），慈禧太后为嘉奖为她治病的盛宣怀，下诏将钓鱼岛等三个岛屿赏赐给他作采药之用。如果岛上草药可以利用，如果有商人需要采集岛上资源，如果有对钓鱼岛海域石油开采的需要，我国是否能有相应管理措施，设置一定的许可规范。这一点上，可以看到相应的进展是，2014 年 12 月 17 日，国家海洋局《海岛统计报表制度》获批执行，通过此项制度，我国可以及时、准确地了解掌握我国海岛生态保护、开发利用和海岛管理等方面的情况，为加强海岛保护、规范海岛开发秩序、发展海岛经济等提供数据支撑。① 如果此项制度可以延伸至钓鱼岛上经济活动的管理，那么将是一项重大突破。

（5）**加强在钓鱼岛上的公共行政管理行为**。我国目前是将钓鱼岛归为台湾附属岛屿，而 1972 年依台湾当局行政院规定将钓鱼台列屿归台湾宜兰县管辖。② 那么借鉴“尼加拉瓜诉哥伦比亚”案中哥伦比亚的有效控制情况，台湾宜兰县是否能定期或不定期向台湾当局提交对钓鱼岛的公共行政管理机制报告。

最后，我认为钓鱼岛问题的解决**离不开与台湾地区的合作**，③ 从地理的角度来看，钓鱼岛是台湾的附属岛屿，台湾将钓鱼岛归为宜兰县管辖，那么要解决钓

① 《国家海洋局将执行海岛统计报表制度，及时准确掌握海岛管理、保护等情况》，载《中国海洋报》，2014 年 12 月 19 日，参考：http://www.soa.gov.cn/xw/dfdwdt/jgbm_155/201412/t20141219_34583.html，访问时间：2015 年 2 月 22 日。

② 浦野起央，刘甦朝，植荣边吉：《钓鱼台群岛（尖阁诸岛）问题研究资料汇编》，励志出版社，刀水書房，2001 年，第 384 页。

③ 参见金永明：《东海问题解决路径研究》，法律出版社，2008 年，第 204 页。

鱼岛问题，最直接的就是通过台湾对钓鱼岛进行有效控制。因此如何加强与台湾方面的沟通协作，亦是一个重要的内容。

总之，钓鱼岛是我国领土的一部分，在这个国际法地位越来越重要的国际社会，要解决钓鱼岛问题必须要加强对国际法的研究，尤其是在领土争端问题中“有效控制”原则在无居民海岛上适用的研究，这样才能结合国际法理论有理有据地维护我国的主权。

气候变化对“世界遗产”可持续发展的影响及法律应对措施

华东政法大学国际法学院 李伟芳

一、可持续发展-----“世界遗产”保护与利用的重要原则

可持续发展（Sustainable development）在国际环境法中作为概念的提出始于1987年由挪威首相布伦特兰夫人领导的世界环境与发展委员会发布的题为《我们共同的未来》的研究报告。报告认为，“可持续发展”是指“既满足当代人的需要，又不对后代人满足其需求的能力构成危害的发展。它包括两个重要的概念：‘需要’的概念，尤其是世界贫困人民的基本需求，应将此放在特别优先的地位来考虑；‘限制’的概念，技术状况和社会组织对环境满足眼前和将来的需要的能力施加的限制”。①

可持续发展原则的内容涉及面很广，当前国际法学界尚未对此形成统一认识。英国著名国际环境法学者 Philippe Sands 在《国际环境法原理》一书中认为，可持续发展原则应包含代际公平、代内公平、可持续利用和环境与发展一体化四个核心要素。② “四要素”说切合可持续发展的主要内容，是目前学术界对该原则比较有代表性的概况。

可持续发展原则作为一项处于形成和发展中的原则，其重要性主要体现在以下几方面：

第一，多边环境条约承认或重申该项原则的内容。在 1987 年之前，比较重要的条约如 1949 年《国际捕鲸管制公约》，在其宗旨中要求缔约国“防止所有种类鲸鱼的过度捕猎”、“为未来世世代代子孙而保护鲸鱼族类这一丰富自然资源”和“建立国际捕鲸管制制度，以确保鲸鱼族类的适当养护和发展”。1972 年《濒危野生动植物物种国际贸易公约》在其序言中也明确提出“许多美丽的、种类繁多的野生动物和植物是地球自然系统中无可替代的一部分，为了我们这一代和今后世世代代，必须加以保护”。1987 年以后，比较重要的公约如 1992 年《生物多样性公约》在序言中重申“各国有责任保护它自己的生物多样性并以可持久的方式使用它自己的生物资源”。公约还将“持久使用”界定为“使用生物多样性组

① 世界环境与发展委员会编著：《我们共同的未来》，国家环保局外事办公室译，世界知识出版社 1989 年版，第 19 页。

② Philippe Sands: “Principles of International Environmental Law”, Cambridge University Press 2003, p 253.

成部分的方式和速度不会导致生物多样性公约生物多样性的长期衰落，从而保持其满足今世后代的需要和期望的潜力”。1992 年《气候变化框架公约》第 3 条第 4 款规定,保护全球气候系统的原则之一就是“可持续发展”。上述条款都表达了可持续发展原则的关键要素，即“代际关系”、“对需要的限制”、“持久使用”等内容。

第二，可持续发展原则还体现在一些重要的国际组织决议和宣言等文件中。比较重要的如 1972 年《人类环境宣言》，在其原则 1、原则 2、原则 3 及原则 5 中都体现了保护环境要考虑到“当代及后代的利益”的可持续发展理念。1992 年《里约宣言》更是在多项原则中直接提到可持续发展。如原则 3 提出“为了公平地满足今世后代在发展与环境方面的需要,求取发展的权利必须实现”;原则 4 提出“为了实现可持续的发展，环境保护工作应是发展进程的一个整体组成部分，不能脱离这一进程来考虑”。1992 年《21 世纪议程》为各国实现《里约宣言》的各项原则和实现可持续发展提供了具体的计划,《21 世纪议程》的核心是建立新的全球伙伴关系，促进可持续发展。上述国际组织的决议或宣言件虽然不是国际法的渊源而不具备法律的约束力，但至少可以表明国家在实践中对“可持续发展”概念的认可，从而推动法律规则的形成。

第三，国际司法实践。在这方面最为著名的案例是 1997 年联合国国际法院在多瑙河水坝案中对可持续发展原则的确认和应用。国际法院认为，因为对环境的损害往往是不可消除的，并且由于对于这类损害的补偿机制所固有的局限，所以在环境保护领域要求谨慎和预防。法院还指出：“在每个时代，人类出于经济和其他原因经常介入自然。过去，这样做时并没有考虑到对环境的影响。由于新的科学认识和对于人类——不仅仅是对本代而且还是对未来世代——所面对威胁越来越清醒地认识，这种威胁是由于人类不假思索、持续地进行这种介入所造成的。在过去 20 年中，在大量的法律文件中制定并提出了新的规范和标准。各国不仅在计划新的活动，并且还要在继续从过去开始的活动时，考虑这些新规范并适当重视这些新标准。在可持续发展的概念中适当地反映了经济发展与环境保护相一致的需要。”[①]从这段判决可以看出国际法院对可持续发展作为新的国际法规范的创立所持有的开放性态度。

① Judgment of 15 Septmber1997, para.140.

尽管在国际环境法中，可持续发展原则作为一项新的和处于发展中的原则，尚未取得国际习惯法的地位。然而由于其在环境保护领域中具有普遍指导意义，体现了国际环境法的特点，并构成国际环境法基础之一，可以认为可持续发展原则对国际环境立法与实践都将产生重要影响。

“可持续发展”概念能否适用于“世界遗产”的保护与利用，取决于世界遗产是否属于国际环境法律的适用对象。关于“环境”在法律语境下的定义及范围，很少有条约对“环境”做综合性的定义，目前有代表性的条款是 1991 年《南极环境保护议定书》第 3 条第 2 款。该款规定“南极的气候和天气模式、空气和水的质量、大气环境、陆地环境、冰川环境、海洋环境、动植物、以及具有生物学的、科学的、历史学的、美学和荒野的重要意义的区域”都是该议定书的保护范围。此外，一些重要的宣言或决议也对“环境”的概念作了界定。如 1972 年《人类环境宣言》虽然没有对“环境”加以明确的定义，却提出了“人类环境”的概念，并在绪言中明确“人类环境的两个方面，即自然和人为的两个方面，对于人类的幸福和对于享受基本人权，甚至生存权利本身，都是必不可缺少的。”[①]同时，在原则 2 中明确地球上的自然资源包括空气、水、土地、植物和动物，这些观点在 1992 年《里约宣言》被再次重申。在 2006 年国际法委员会二读通过了《关于危险活动造成跨界损害中的损失分配原则草案案文》中，进一步从广义规定了“环境”的概念，认为“环境”包括“生物和非生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素的相互作用；作为文化遗产的财产；以及景观的特征部分”。[②]在国内法层面，很多国家都对“环境”做出明确界定。如中国《环境保护法》第 2 条规定，本法所称环境是指“影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体，包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等”。

从上述各种表述中，可以概括法学上环境概念的基本特点：其一，它包括环境的自然因素和社会因素两方面；其二，它承认人类在环境中处于中心的地位；其三，它承认自然与人类之间的相互作用。从人与自然的社会关系而言，“世界遗

① 中国环境报社编译：《迈向 21 世纪－联合国环境与发展大会文献汇编》，中国环境科学出版社 1992 年，第 156 页。

② Draft Principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, Art. 2(a).

产”作为具有突出普遍价值的文物古迹与自然景观，应该是“环境”概念的法律要素之一，对“世界遗产”的保护与利用理应体现“可持续发展”的理念。世界遗产与可持续发展的关系应包括两层含义：世界遗产自身的可持续发展与世界遗产对人类可持续发展的贡献。正如国际古迹遗址理事会（ICOMOS）在第 17 届大会上通过的《巴黎宣言——遗产作为发展的驱动力》中所提出的，在发展进程中把文化遗产作为人类可持续发展的核心组成部分，强调遗产对可持续发展的价值和作用。世界文化遗产作为文化遗产的重要代表，是一种珍贵的不可再生资源，可以作为人类社会发展的精神资本、文化资本、社会资本和经济资本，是社会、环境、经济和文化多样性可持续发展的重要支撑。保护好文化遗产，使之永续传承，是谋求可持续发展的基础。[①]

二、气候变化-----影响世界遗产可持续发展的新议题

在讨论气候变化问题之前，首先要明确气候变化、温室气体、温室效应三个概念。气候变化是源于气候学的一个概念。从气候学的角度来看，气候变化是指气候平均状态随时间的变化，即气候平均状态和离差两者中的一个或两个一起出现了统计意义上的显著变化。离差值越大，表明气候变化的幅度越大，气候状态越不稳定。温室气体是指大气中能吸收地面反射的太阳辐射，并重新发射辐射的一些气体，如水蒸气、二氧化碳、大部分制冷剂等。它们的作用是使地球表面变得更暖，类似于温室截留太阳辐射，并加热温室内空气的作用。这种温室气体使地球变得更温暖的影响称为“温室效应”。上述三个概念就其本质而言，是相互影响不可分割的联合体。温室效应随着温室气体逐渐增加而不断增强，以致地球表面温度逐渐上升，而国际社会所讨论的气候变化问题，主要就是指地球表面温度上升导致的全球气候变暖、酸雨与臭氧层破坏问题。其中，气候变化导致全球气候变暖最为引人关注。

1988 年，为应对气候变化问题，世界气象组织和联合国环境规划署共同成立一个名为“政府间气候变化专家组”（简称 IPCC）的机构。IPCC 的主要任务是评价关于气候变化的知识，审查气候变化的环境、经济和社会影响，拟制关于气候变化的对此和战略，为相关国际立法提供科学依据。IPCC 为此成立三个工作组，即科学工作组、影响工作组和反应战略工作组。IPCC 自 1990 年起平均每六年发布

① See “Paris Declaration: on heritage as a driver of development”.

一次《气候变化评估报告》（以下简称《评估报告》），分别由第一工作组报告、第二工作组报告、第三工作组报告及综合报告组合而成。目前已发布五份报告。已发布的评估报告指出“气候系统的变暖是毫不含糊的，目前从全球平均气温和海温的升高、大范围雪和冰融化、以及海平面上升的观测中得到的证据支持了这一观点”。此外，科学家观测到的北极气温的变化、大范围的降雨量、海水盐度以及持续增长的极端天气的数量也从大陆、区域和洋盆尺度的角度佐证了气候变化的发生。①

造成气候变化的原因主要是源于大自然内部进程的客观因素与外部人为破坏因素两方面，从 IPCC 以往发布的《评估报告》来看，IPCC 倾向于人为因素是造成气候变化的主要原因。1995 年 IPCC 第二次《评估报告》认为“有证据清楚地表明人类对全球气候的影响”；2001 年第三份《评估报告》表示有“新的、更坚实的证据”表明人类活动与全球气候变暖有关，全球变暖“可能”由人类活动导致（“可能”表示 66%的可能性）；在 2007 年第四份《评估报告》中 IPCC 表示，全球气候系统的变暖已经是不争的事实，这一现象很可能是人类活动导致温室气体浓度增加所致（“很可能”意味着结论的可靠性在 90%以上），如果不采取行动，人类活动导致的气候变化可能带来一些“突然的和不可逆的”的影响。②世界资源研究所研究报告也指出，就气温变化这一全球气候变化的重要因素和体现，温室气体的排放是造成气候变暖的元凶。在过去的二十世纪，全球经济发生的巨大变革及我们正进行的工业化生产以及所享受着的生活方式每天均排放着大量的二氧化碳，占温室气体排放总量的 77%。二氧化碳排放主要源于能源的产生过程、交通运输及工业生产。③

有关气候变化对世界遗产影响的讨论始于 2005 年，联合国教科文组织世界遗产委员会在其第 29 届会议上首次就气候变化对世界遗产可能造成的影响展开讨论，此后，世界上许多文化遗产保护组织都就该议题进行了调研。2006 年第 30 届世界遗产大会上，世界遗产委员会通过遗产和气候变化战略，以应对气候变化对世界

①参见政府间气候变化专门委员会，2007：决策者摘要。气候变化 2007：自然科学基础。政府间气候变化专门委员会第四次评估报告第一工作组的报告。
http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/en/contents.html。

② 历次报告的内容参见 IPCC 网站：
http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml#1。

③ World Resources Institute Report： *Hot Climate, Cool Commerce: A service Sector Guide to Green house Gas Management*, published at May 2006. http://www.wri.org/publication/hot-climate-cool-commerce。

遗产的影响。该委员会要求成员国和所有伙伴执行这一战略，保护具有重要价值的遗产，保护世界遗产地的完整性和真实性，使它们免受气候变化所造成的消极影响。这次会议还决定，那些已经受到气候影响的遗产地应被列入《濒危世界遗产名录》。同时，世界遗产委员会还授权世界遗产中心与环保专家、国际组织和民间团体共同拟订有关气候变化对世界遗产影响的报告，并于 2007 年将该报告提交世界遗产委员会。

2007 年，世界遗产中心发布《气候变化与世界遗产案例研究》报告，该报告检视了气候变化对冰川、海洋及陆地生物多样性、考古遗址和古城等世界遗产带来的影响。报告指出，由于气温上升以及海洋持续酸化，到 2100 年时世界上 70%的深海珊瑚都会受到气候变化的影响。海洋气温上升导致大量珊瑚失去色彩和死亡，由此产生日趋频繁的“珊瑚漂白”现象将使包括澳大利亚大堡礁在内的世界上 58%的珊瑚礁受到影响，也会危及以这些珊瑚礁为安身之地的成百上千种鱼类。冰川的融化改变了很多以景色优美著称的地方的外貌，毁坏了很多珍稀野生物种赖以生存的自然环境，也严重威胁着人类的生存。报告还介绍了气候变化如何对陆地生物多样性构成威胁。报告指出，气候变化对于考古遗址的影响也是巨大的，雨季和旱季周期、空气湿度、地下水面高度和土壤化学成分的变化都会影响到考古遗迹的保护工作。北冰洋地区冻土的融化以及海平面的上涨也会给考古遗迹带来不利影响。气候变化导致的洪水和海水上涨给历史名城的破坏也很大。报告以欧洲、非洲和中东地区的几个历史名城为例，指出洪水会引起土壤湿度增加，导致建筑物表面因盐分结晶增加而受到侵蚀。湿度增加也容易造成地面隆起或下沉。①

从《气候变化与世界遗产案例研究》提供的案例分析中，我们可以得出结论，气候变化影响“世界遗产”的持久使用，从而对“世界遗产”的可持续发展构成威胁。

三、国际立法行动-----应对气候变化影响世界遗产可持续发展的法律手段

有关世界遗产保护与利用的国际立法主要是指 1972 年《保护世界文化遗产和自然遗产公约》（以下简称《世界遗产公约》。1972 年《世界遗产公约》在制定之初，“可持续发展”作为一个完整的概念尚未推出，但这并不意味着公约没有体

① See: Case Study on Climate Change and world Heritage.

现“可持续发展”的理念。公约第 4 条规定“本公约缔约国均承认，保证第 1 条和第 2 条中提及的、该国领土内的文化和自然遗产的确定、保护、保存、展出和遗传后代，主要是有关国家的责任。该国将为此目的竭尽全力，最大限度地利用该国资源，必要时利用所能获得的国际援助和合作，特别是财政、艺术、科学及技术方面的援助和合作”。本条款主要表达两层含义：其一，缔约国对本国境内世界遗产保护的责任范围；其二，保护的手段。在国家责任范围中，可以发现国家对文化和自然遗产有“遗传后代”的责任。“遗传后代”本身就包含着“代际公平”、“可持续利用”的理念，这是“可持续发展”原则的基本要素。换言之，保护本国境内的世界遗产可持续发展是缔约国应承担的条约义务。公约第 6 条还规定：1、本公约缔约国，在充分尊重第 1 条和第 2 条中提及的文化和自然遗产的所在国的主权，并不使国家立法规定的财产权受到损害的同时，承认这类遗产是世界遗产的一部分，因此，整个国际社会有责任合作予以保护。 2．缔约国根据本公约的规定，应有关国家的要求帮助该国确定、保护、保存和展出第 11 条第 2 和 4 段中提及的文化和自然遗产。3．本公约各缔约国不得故意采取任何可能直接或间接损害本公约其他缔约国领土内的第 1 条和第 2 条中提及的文化和自然遗产的措施。该条款明确，确保世界遗产的可持续发展不仅是国家的义务，同时也是国际社会的共同责任。为此，各缔约国在尊重国家主权的基础上，应采取合作的手段，保护世界遗产的持久使用。

尽管国际社会对气候变化的后果及起因有不同看法，但迄今为止，由气候变化引起的全球气候变暖影响世界遗产的可持续利用已是不争的事实。因此，国家采用何种手段应对气候变化问题，以确保本国境内的世界遗产可持续发展，是《世界遗产公约》当事国亟待考虑的问题。

国际上应对气候变化的多边谈判始于 1990 年 12 月，第 45 届联合国大会通过了关于保护气候的第 45/212 号决议，决定成立一个气候变化框架公约政府间谈判委员会，具体负责公约的谈判和制定工作，由此拉开国际社会应对气候变化立法谈判的序幕。经过五次艰苦的谈判，终于在联合国环境与发展大会前夕达成了妥协的一揽子交易，并于 1992 年 5 月 9 日通过了《联合国气候变化框架公约》（以下简称《公约》）的最后文本。《公约》在 1992 年 6 月在联合国环境与发展大会上开发签署，并于 1994 年 3 月生效，标志着气候变化问题正式纳入国际法的调整范

畴。《公约》的最终目标是“将大气中温室气体的浓度稳定在防止气候系统受到危害的人为干扰的水平上”。[①]为实现上述目标，《公约》规定一系列重要原则，如代际公平原则、共同但有区别的责任原则、风险预防原则、可持续发展发展原则、国际合作原则等。上述原则中，“共同而有区别”的责任原则尤为重要。它充分体现了在气候变化国际立法谈判中，发展中国家和发达国家之间妥协与冲突。它承认所有国家对全球环境保护有共同的责任，但同时考虑到发达国家在历史上给环境带来的压力远大于发展中国家，因此，发展中国家和发达国家在承担具体义务方面有所不同，发达国家缔约方应率先采取行动对付气候变化及其不利影响。为此，《公约》确立了关于控制温室气体排放的原则，对发展中国家、附件一缔约方（即所有发达国家包括正在朝市场经济过渡的前苏联和东欧集团国家以及欧共体）和附件二缔约方（即经济合作与发展组织的成员国、欧共体）三大类国家及区域经济共同体规定了不同的义务。但是，对于具体的内容，如限制和消减二氧化碳的排放量，《公约》没有规定明确的减排指标和时间表，而是将这些问题留给各国的国内法或成员国在未来另行制定议定书解决。

就上述气候变化国际立法的谈判及发展进程来看，应对气候变化的主要对策是“减缓”与“适应”两方面。所谓“减缓”，就是“将大气中温室气体的浓度稳定在防止气候系统受到危害的人为干扰的水平上”。对此，《京都议定书》作为人类历史上第一个针对发达国家规定温室气体具体减排义务的法律文件，在国际法上意义重大。它以量化的指标和具体的时间表落实了发达国家在控制温室气体排放中的“有区别”的责任，规定附件一缔约方应个别地或共同地确保附件 A 所列温室气体的排放总量（以二氧化碳当量计）不超过按照附件 B 所登记的其排放量限制、消减承诺和根据本条规定所计算的其分配数量，并使这类气体的全部排放量在 2008 年至 2012 年的承诺期间消减到 1990 年水平之下 5%。同时，规定所有缔约方，考虑到它们的共同但有区别的责任以及它们特殊的国家和区域发展优先顺序、目标和情况，制订符合《公约》减排目标的国家方案。所谓“适应”气候变化是指在气候变化背景下，人类活动要如何适应气候以求得最小的经济损失和社会损失。“减缓”与“适应”是密切关联的，“减缓”如若能彻底成功,，亦能免去适应之忧。但现实的问题是，气候变化的自然惯性和各种人为因素制约着“减

① 《联合国气候变化框架公约》第 2 条。

缓”的有效进行，在这种情况下，如何“适应”气候变化，并消减其不利后果的影响就至关重要。

从《公约》缔约国目录中可以发现，主要世界遗产地国家都是该公约的当事国，当然它们也是《世界遗产公约》的当事国。因而，作为《世界遗产公约》当事国，为履行对本国境内文化遗产可持续发展的义务，在应对气候变化对世界遗产可持续发展造成不利影响方面，应结合《公约》及其议定书所设定的义务及策略，采取具体措施，减弱气候变化所带来的影响，对遗产地进行监测并使其适应气候变化。作为“适应”气候变化的手段，具体可包括：1、缔约国应该保证各种利益相关人，包括遗址管理人、当地和地区政府、当地社区、非政府组织、其他相关团体和合作伙伴，参与世界遗产的确认、提名和保护，确保在本国境内世界遗产的确认、提名、保护、保存、展出以及代代相传；2、通过一项旨在使世界遗产在社会生活中起一定作用的总政策，并把遗产保护纳入全面规划方案，建立负责遗产保护、保存和展出事务的机构；3、建立风险预防机制，对本国境内世界遗产在气候变化影响中的“脆弱性”进行评估，进行预防性保护，以最大限度消减气候变化对本国世界遗产可能带来的威胁；4、世界遗产大会应加强与 IPCC、国际气象组织、联合国环境规划署等机构的合作，以确定现在以及未来温室气体排放对世界遗产构成的确定或潜在的威胁，并制定相应的适应性管理框架，以提高世界遗产地保护遗产的完整性和突出普遍价值的能力，确保世界遗产可持续发展的保护目标。

联合国安理会反恐决议实施问题研究*

王佳

（外交学院 国际法系，北京 100037）

摘　要： 联合国安理会在打击恐怖主义活动方面起到了举足轻重的作用，一般通过出台反恐决议的方式来防止和控制恐怖主义。反恐决议中常采用的措施是定向制裁，即以直接制裁掌权者为主要手段的制裁。然而，反恐决议的实施中存在着很多问题，如各国在实施中各行其是等；而且在实施中，反恐决议中的定向制裁措施本身的合法性也受到了质疑。本文以各国提交的对反恐决议的国别实施报告为基础，深入分析各国在立法措施和执行措施中存在的问题，并指出问题的根源，同时还指出我国在决议实施中存在的问题，并提出建议。

关键词： 安理会 反恐决议 定向制裁

恐怖主义和恐怖主义行为对国际社会的和平与安全造成了严重的危害。联合国安理会从国际和平与安全的角度审视恐怖主义，通过联合国集体安全制度对抗恐怖主义，在打击恐怖主义方面的作用是独特而举足轻重的。①安理会主要通过出台反恐决议的方式来防止和制止恐怖主义，并建立专门的反恐制裁机制以实施决议。值得注意的是，安理会的反恐决议是以直接制裁掌权者为主要手段的，比如，决议附制裁名单，对名单中所列的人施以资产冻结和禁止旅行的制裁措施。这种制裁措施就是定向制裁，即打击的目标是那些在安理会决议中被点名的掌权政治人物或实体，主要内容是冻结资产并阻止他们的金融交易，因为其行为正是实施制裁的缘由。它有别于大规模的制裁，自 1997 年在对安哥拉反政府武装的制裁决议中得以适用以来，这种制裁方式逐渐以其灵活性、副作用小等特点而得到认可，并基本取代了大规模制裁措施。当然，定向制裁措施也并非完美，其常因程序公正性不足等问题而遭到批判。不过，根据《联合国宪章》第五章的规定，安理会

* 本文由“中央高校基本科研业务费专项资金资助”(supported by “the Fundamental Research Funds for the Central Universities”)，项目名称为“联合国安理会反恐决议实施问题研究”，项目批准号为 3162014ZYQDZD01。

① 邵沙平主编：《国际法专题研究》，中国人民大学出版社，2009 年版，第 167 页。

决议对联合国会员国具有约束力，所以，安理会通过的决议应该得到实施。①而由于国际社会是一个松散的平面化社会，所以最终承担实施决议的责任的是各个国家。目前，对于实施安理会反恐决议，各国尚未形成统一的实施途径，而是各有各的做法，于是在实践中产生了很多问题。

一、对定向制裁的简要介绍

制裁（sanction），是安理会在冷战结束后常用的一种维护世界和平与安全的措施。《联合国宪章》第七章第四十一条构成了制裁的理论基础，该条规定，安全理事会得决定所应采武力以外之办法，以实施其决议，并得促请联合国会员国执行此项办法。此项办法得包括经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝。九十年代初期，制裁措施一般是大规模的，如对整个国家施以禁运、断绝关系的制裁等，但是，这种制裁措施带来了极大的副作用，因为它对一国统治层的影响还不及对无辜平民的影响大，因而，大规模制裁被讽刺地称为“安理会的大规模杀伤性武器”，或者“安理会的种族灭绝工具”。②

在不绝于耳的批评声下，安理会对制裁措施进行了改革，定向制裁应运而生，定向制裁的特点在于将制裁的范围限于一国的统治层，这样，制裁措施既不会影响无辜百姓的生活，更不会被批评为“迟钝和笨重的措施”了。以安理会通过的针对利比亚的第 1970 号决议为例，安理会将矛头直指向利比亚的统治层，认为他们是引发骚乱的根本原因。决议冻结了卡扎菲、他的 4 个儿子、1 个女儿以及 10 名亲信的资产，也禁止这 16 人出国旅行。在这一定向制裁决议后，就附有以上所述的个人的名单及其护照号码和简单介绍。③

有关定向制裁决议的争议集中于其“准司法”性质上，也就是说，定向制裁决议要求各成员国对特定人或实体实施冻结资产等措施，这些措施带有刑事惩罚的性质，在国内法中，做出这样的裁决或判决的只能是拥有审判权的法院。因而，在某种程度上，安理会实际上充任了“准司法”的角色。而且，在安理会行使职

①《联合国宪章》第五章第二十五条规定，联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议。
② Jeremy Matam Farrall, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2007，p.5.
③ 参见联合国文件，S/RES/1970(2011).

权时，还有可能影响个人在国际人权法上的权利，比如，受制裁的个人没有机会得到公正的司法机关的审判，也得不到有效的司法救济。这些问题使得反恐决议在很多国家和地区法院中被挑战，也使得各国在实施决议时犹豫不决。

二、世界各国在实施反恐决议时出现的问题

安理会反恐决议只有经过各国在国内实施才能真正发生作用。从实践上说，国际法在国内的具体实施方式并非统一的。以条约为例，就国际法层面而言，长期以来，国际法只要求缔约国善意履行国际义务，在条约法中即“条约必须遵守”，并不具体规定缔约国采取什么样的履行义务的方式；就国内法层面而言，实施途径大致可以分成两类：一类是在原则上作出规定，将条约作为国内法的一部分在国内法律秩序中直接予以适用，而不需要制定新的国内法。这种方式也被称为“并入”（adoption）。另一类是制定新的国际法，赋予条约规则以国内法效力，使条约规则在国内予以适用。这种方式被称为“转化”（transformation）。①在安理会决议的实施问题上，各国就更没有统一的做法了。本文拟以对塔利班和基地组织制裁的第 1267 号决议体系为例进行分析，原因有二，第一，该决议体系建立了制裁委员会，各会员国要向该委员会提交有关实施情况的报告，这些报告是分析实践中出现的问题的极佳资料；第二，1267 号决议是一个核心决议，在这一决议通过后，安理会又通过一系列辅助的决议来协助该决议的实施，这一决议体系有着很重大的影响。

（一）对各国立法措施的检视

对于安理会反恐决议在国内的实施问题，各国首先要在立法上做出修正或者纳入决议，然后进一步在执行中切实实施决议。本文将首先分析各国在国别报告中提到的立法措施。

从报告的情况来看，各国在立法措施上有不同的做法。这是因为，首先各国对于国际法在国内的适用就有着不同的规定；其次，各国还会依照本身情况的不同而选择不同的立法措施。比如说，对于大多数国家而言，资助恐怖主义活动的

① 邵沙平主编：《国际法》，中国人民大学出版社，2010 年版，第 34 页。

行为已经是一种犯罪行为，因而不须进一步制定立法，而对于那些尚未有这种规定的国家，如哥斯达黎加和越南等，可能采取对本国刑法进行修改或者颁布临时法规的方式。①

事实上，在决议实施中出现的最大的问题是，1267 号决议体系中没有对恐怖主义的定义，也没有对资助恐怖主义活动的定义，而各国对这一问题的理解不同，所以造成了各国立法也大相径庭。这样的不统一将对决议的有效实施造成根本的障碍。举例来说，比利时决定对本国立法不加以修改或者补充，因为其认为国内现行的反洗钱立法包含了资助恐怖主义活动的行为。②但是，反恐委员会主席就此指出，资助恐怖主义活动的行为可以通过合法的途径实施，而并不一定都通过洗钱的方式。③

在综合名单的问题上，只有极少数国家（如安哥拉、白俄罗斯）自动纳入了名单，即综合名单自动成为国内法的一部分。④绝大多数国家（如阿根廷、塞浦路斯、巴西和俄罗斯等）还是选择通过颁布政府命令的方式使之在国内法上生效，还有一些国家根本不认为有必要纳入综合名单，比如几内亚认为名单仅是通知各国政府要进行相关法律行动的事实说明，越南则认为法律的重要特点是对一般的主体采取适当的措施，而非对指定的个人或实体采取特别措施，所以，综合名单不具有成为国内法的资格。⑤

此外，各国的国内宪法条款对于相关立法措施也有很大的影响，阿尔及利亚的报告就表达了安理会决议对宪法中基本权利和自由条款侵蚀的担忧⑥，所以不愿意引渡本国公民，这将对国际司法合作产生不利影响，从而导致决议的实施不畅。另外，1373 号决议要求国家对恐怖主义分子采取措施，不论罪行发生在何处。如

① Report Submitted by the Republic of Costa Rica Pursuant to Security Council Resolution 1455 (2003), S/AC.37/2004/ (1455)/33, at 4； The Socialist Republic of Vietnam Report Submitted to the Committee Established under Resolution 1267 (1999) of the United Nations Security Council Pursuant to Paragraphs 6 and 12 of Resolution 1455 (2003) of the Security Council, S/AC.37/2003/(1455)/77, at para. 9.3.

② Second Report of Belgium on the Implementation of Security Council Resolution 1373 (2001), S/2003/526, at 6.

③ Report by the Chair of the Counter-Terrorism Committee on the Problems Encountered in the Implementation of Security Council Resolution 1373 (2001), S/2004/70, at 5.

④ Report of the Republic of Angola Pursuant to Paragraph 6 of Security Council Resolution 1455 (2003) S/AC.37/2003/(1455)/3, at 4； Report of the Republic of Belarus on the Implementation of Security Council Resolution1455 (2003) S/AC.37/2003/(1455)/25, at 2.

⑤ Report of the Republic of Guinea Submitted Pursuant to Paragraph 6 of Resolution 1455 (2003), S/ AC.37/2003/ (1455)/78, at 2； The Socialist Republic of Vietnam Report Submitted to the Committee Established under Resolution 1267 (1999) of the United Nations Security Council Pursuant to Paragraphs 6 and 12 of Resolution 1455 (2003) of the Security Council, S/AC.37/2003/(1455)/77, at para. 2.1.

⑥ Supplementary Report Submitted by Algeria to the Counter-Terrorism Committee Pursuant to Security Council Resolution 1373 (2001), S/2003/723, at 4.

果一个国家的国内法中没有对域外恐怖主义行为的管辖权的规定，那么就很难按决议的要求采取措施了。

(二) 对各国执行措施的检视

将决议中设定的义务纳入国内法体系中是实施决议的重要前提，但却并不能保障实施的顺利进行。事实上，执行问题是一个更加复杂的问题，因为它还牵涉了国内司法机关和执行机关的相关活动。正如反恐委员会主席抱怨的那样，国家常常只是批准反恐公约，却并未通过适当的措施来执行它们。①对安理会决议的实施也面临着同样的问题。尽管在英国、加拿大等国的报告中提到了令人惊讶的资产冻结的数目，但却基本没有提供执行措施的相关信息。②

为什么各国在执行中存在问题呢？主要原因是，在大多数国家，资产冻结措施一定是要在法院做出有罪判决后才能实施的。针对这个理由，反恐委员会指出，如果让国内司法介入到安理会决议的执行中，等于赋予国内法院的法官以对安理会决议的否决权。③

除此之外，在执行决议中存在的另一大问题是如何打击以合法形式进行的资助恐怖主义活动的行为，因为非法的方式尚可以通过国内的洗钱法来处理，而各国却缺乏处理合法形式的行为的经验。众所周知，资助恐怖主义活动的行为往往并非通过刑事犯罪活动，而是借助非营利性慈善机构或者非正式的银行体系——如哈瓦拉（hawala）。④伊朗、俄罗斯等国在报告中指出已经在国内禁止非正规性的银行体系；⑤荷兰要求非正规性的银行进行登记；⑥阿联酋试图将非正规银行纳

① Report by the Chair of the Counter-Terrorism Committee on the Problems Encountered in the Implementation of Security Council Resolution 1373 (2001), S/2004/70, at 6.

② Report of the United Kingdom Pursuant to Paragraphs 6 and 12 of Resolution 1455 (2003), S/AC.37/2003/(1455)/19, para.12, (£334,428.14);Report of Canada Pursuant to Security Council Resolution1455 (2003), S/AC.37/2003/ (1455)/20, at 12 (CAN$340, 000).

③ Third Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team Appointed Pursuant to Resolution 1526 (2004) Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, S/2005/572, 9 Sept. 2005, at para.48.

④ 哈瓦拉是独立于传统银行金融渠道的非正统、非主流的汇款系统。哈瓦拉一词的阿拉伯语含义是指“约定好的票据”或“交易用的账单”，后来这个词又进入了印地语，并增加了“信任”、“介绍”、“推荐”等新含义。目前很难说出哈瓦拉的确切出现年代，但有一点可以肯定，那就是它源于阿拉伯地区以及南亚地区。由于哈瓦拉系统开放、便捷、不需账单凭证或文字记录，顾客可以是匿名的，这对罪犯或恐怖分子而言，非常有吸引力。恐怖主义分子常通过哈瓦拉筹集、转移资金，购买武器，招募恐怖分子。参见徐飞彪：《黄金暗道哈瓦拉》，载于《世界知识》，2005 年第 23 期，第 52-53 页。

⑤ Supplementary Report of the Islamic Republic of Iran to the Security Council Counter-Terrorism Committee Pursuant to Paragraph 6 of Security Council Resolution 1373 (2001), S/2003/266, at 4; Information Provided by the Russian Federation in Response to the Additional Questions and Observations Prepared by the Counter-Terrorism Committee of the Security Council in Connection with the Supplementary Report of the Russian Federation Submitted in Accordance with Security Council Resolution 1373 (2001), S/2003/839, at 6.

入到正规银行体系中。①但是，印度却在报告中指出，要求登记哈瓦拉是一种自相矛盾的做法，因为哈瓦拉体系的本质就是秘密性并建立在互信的基础上的。②

此外，有些国家在报告中指出，由于本国力量不足无法有效执行决议，太平洋群岛国家甚至不能履行提交报告的义务，因为它们还要利用本国有限的资源做诸如解决饥饿等更重要的事情。③当然，还有一些国家指出，各国现在正在经历“报告疲劳症”，因为国家要向各种委员会提交各种各样的报告。④

另外，在移民和边界控制方面，一些国家在报告中指出无法利用现有的计算机系统或数据库有效执行决议，而这也不仅是国家的问题，安理会也应为此承担责任。因为许多国家都指出安理会的综合名单中信息提供不足，使得它们很难确定名单中的个人，特别是在名字相同或者翻译不同的情况下。如果名单中所列的名字太过常见的话，更会造成麻烦。⑤

三、反恐决议实施问题的根源探析

如上文所述，安理会反恐决议的实施中出现了许多问题，这些问题与国际社会的分散特征有很大的关系，还与国家力量和资源不同有关，而且也是在真正实施决议方面的政治意愿不足的体现。对各种问题进行深入探究，可发现问题的根源体现为以下两个方面。

（一）国内法实施路径不统一

国内法实施路径不统一首先是各国在实施国际法上的不同传统造成的，即使是在条约和国际习惯等传统国际法渊源的实施问题上，各国都有不同的做法，更

---

⑥ Fourth Report of the Netherlands on the implementation of Security Council Resolution 1373 (2001), S/2005/425, at 4.

① Third Report of the United Arab Emirates on Additional Information Submitted to the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1373 (2001) Concerning Counter-Terrorism, S/2003/1211, at 7.

② Fourth Report of India to the Counter Terrorism Committee, S/2004/451, at 8.

③ The letter dated 1 Dec. 2005 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to Res. 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council, S/2005/761, at 3-4.

④ 反恐委员会的主席也承认，向反恐和制裁的各委员会提交无尽的报告使得各国开始质疑报告的目的究竟是什么。参见安理会于 2006 年 5 月 30 日举行的“恐怖主义活动对世界和平与安全造成的威胁”会议中的讨论，UN Doc. S/PV.5446, at 5.

⑤ Report Submitted by France Pursuant to Security Council Resolution 1455 (2003) Concerning Sanctions against Al-Qa'idah. S/AC.37/2003/(1455)/37, at 3.

不用提安理会决议了。其次，各国的国情不同。比如，在立法上，有的国家已经有了有关反洗钱、反资助恐怖主义的较完备的法律体系；在执行上，有的国家对打击恐怖主义活动颇有经验，而且国内民众也支持进行此类活动。而有的国家一方面对打击恐怖主义毫无经验，另一方面国内民众又对美国主导的反恐战争有强烈反感，国家虽然在反恐的大趋势下对定向制裁决议表示支持，却在实施中犹犹豫豫。因此，如何保证联合国全部会员国参加到安理会做出相关决议的过程中，并达成政治共识是一个重要的问题。再次，安理会决议对相关问题没有下定义，如恐怖主义和资助恐怖主义活动，这就可能造成各国在实施决议中扩大或缩小恐怖主义活动的范围。而为了解决这个问题，安理会通过了太多的决议来保证实施，但是，规范的增多并不代表着能达到一致的执行后果，相反，规范的泛滥还会带来自相矛盾和混乱的实施后果。最后，安理会对决议的实施没有监督权导致会员国在实施中各行其是。显然，在没有监督和制约的情况下，仅凭国家提交一些书面报告显然是没有用的。既没有指导，也没有任何的纠正，国家在实施中出现不同的问题是可以理解的。所以，只有有了适当的监督机制，才能让国家提交的报告上的“纸面的事实”转变为“执行的事实”，而这将是一个任重而道远的目标。①

（二）反恐决议与基本人权的冲突问题

对于反恐决议对基本人权的侵蚀问题，已经成了人们讨论的热点。一方面，地区法院和国家法院都曾受理以基本人权受侵犯为由而提起诉讼的有关反恐决议的案件。②另一方面，国际法学者也总结出了反恐决议可能侵害的基本人权，如公平审判权，获得司法救济权，财产权等等。③更有一种被称为“规范等级说”的理论应运而生，“规范等级说”的主要观点是，在人权诉讼中，基本人权规则是强行法的规定，而国家豁免及其他的规则只是一般国际法规则，在两者发生冲突时，

① 关于“纸面的事实”和“执行的事实”的提法，请参见 Cardenas，“The United Nations Security Council’s Quest for Effectiveness”, 25 Michigan J Intl L(2004)1341,p.1343.

② 请参考以下案件：*Boshnjaku v. Federal Republic of Yugoslavia, 2002 WL 1575067 (N.D. Ill. July 18, 2002); Garb v. Republic of Poland, 207 F.Supp.2d 16 (E.D.N.Y. 2002); Abrams v. Societe Nationale des Chemins de Fer Francais, 175 F.Supp.2d 423 (E.D.N.Y. 2001); Joo v. Japan, 172 F.Supp.2d 52 (D.D.C. 2001); In re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation, 164 F.Supp.2d 1160 (N.D. Cal. 2001); Hirsh v. State of Israel, 962 F.Supp. 377 (S.D.N.Y. 1997).*

③ 参见 Andrea Bianchi, “Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, *17 EJIL881* (2006).

作为强行法规则的基本人权规则优先。①当然，这一理论本身也存在许多问题，如强行法如何定义以及规则范围如何确定等。但它反映出了人们关注的一个问题，即反恐据以规定的义务可能是与基本人权规则之间存在冲突的。事实上，这也是国际法委员会正在研究的国际法碎片化问题的例证，也就是国际法的扩张和多元化所带来的规则冲突等问题。②

其实，规则冲突的问题可以通过解释的方法来解决。比如，某些国内法院已经开始通过解释来试图解决这个问题。英国上诉法院在 Al-Jedda 案中就指出，安理会 1546 号决议所规定的义务要优先于国际人道法及人权法上的义务，因为《联合国宪章》第 103 条规定，联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时,其在本宪章下之义务应居优先。③当然，解释的方法是多种多样的，英国法院借助宪章第 103 条来解决这个问题的方法并不一定是最佳选择。事实上，反恐决议和国际人道法及人权法的规定没有实质的冲突，在解释这一表面上的冲突时，更好的办法是将安理会决议规定的义务与国际人道法和人权法上的义务解释为一致的。因为，前者对于实现国际人道法和人权法的规定有着重要的意义，它最终保证了集体安全和和平，从而才能更好地保障个人的基本权利。因此，国家应该把安理会决议下的义务解释为符合国际法下的其他义务，特别是与基本人权相关的义务。而这种解释也与安理会开始承认尊重人权的需要的潮流相一致。这样的解释有利于增强安理会决议的合法性，从而使得国家能更有效地实施之。

四、结论

反恐决议中的定向制裁措施是安理会为了消除大规模制裁的不利后果而推出的新的措施，在当今的国际舞台上发挥了很大的作用。然而，由于其带有一定的“准司法”的性质，所以还是存在很多争议的。对反恐决议的合法性的质疑，以及各国在实施决议上的政治意愿不同，再加上历史传统及国情的不同，这些问题

① 参见 Adam C. Belsky, Mark Merva, & Naomi Roht-Arriaza, Comment, “Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law”, *77 CAL. L. REV. 365* (1989).

② The Report of the Study Group of the ILC by Martti Koskenniemi on “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”,A/CN.4/L.682.

③ Al-Jedda v. Secretary of State for Defense,Court of Appeal,Judgment of 29 Mar.2006.

都使得各国在决议实施方面存在很多问题。而要想完全解决这个问题，在当今国际社会的现实图景下，还是任重道远的。

为了尽可能地减少决议实施的不畅，安理会应该首先在决议中对相关问题（特别是关键术语）做出界定，从而防止各国在理解上出现歧义。另外，安理会也应该总结各国在决议实施过程中的实践经验，并根据良好的实施机制和经验发展出一套决议实施指南。这样，才能对各个国家形成指导性的规范，以避免各行其是的现象出现。

对于我国来说，目前，我国对反恐决议常常是通过外交部发文通知其他相关机构和金融性机构来实施，这一路径只是在没有相关立法的情况下的权宜之计。因为，外交部是否是适格的决议实施主体以及外交部文件的效力都可以被质疑。况且，作为安理会常任成员国，我国有必要在遵守决议方面发挥带头作用，而目前这种无法可依的状态实在不能令人满意。事实上，如今，不仅世界各主要国家对安理会决议实施问题有相关立法，连我国香港地区都有专门的《联合国制裁条例》，一旦安理会通过制裁决议，特别是定向制裁的决议，香港地区就会依照该条例通过专门的“规例”建立制裁机制。为此，我国应该参照相关国家的立法和实施实践，在国内确立安理会制裁决议实施的立法和机制。

总之，安理会反恐决议的实施问题是国际法中新出现的重要问题，针对这个问题，在实践中尚存在很多争议，特别是各国在决议实施中路径不一以及决议本身存在缺陷等。然而，安理会决议仍然是具有拘束力的，是应该被遵守的。所以，我国作为安理会常任理事国和负责任的大国，应该对这一问题加以重视，积极借鉴他国立法和实践经验，完善国内立法，并推动国际法治的发展。

人工固岛的国际法分析[①]

摘　要

为应对气候变暖引起的海平面上升，避免岛礁被风化腐蚀，许多国家以人工方式对岛礁进行维护和改善，维护行为不会改变岛礁的法律地位，但在原岛礁基础上的人工延伸或建造使其成为自然与人工的混合体，其法律地位在《联合国海洋法公约》之下很难辨明。这种在原岛礁基础上的人工建造是对领土的人工添附，判断其法律地位应当将是否构成对人工添附的滥用考虑在内。此外，国家对海域主张的放弃、其他国家的反应、历史性权利等因素同样也会影响人工固岛后岛礁的海洋权利。

关键词 人工固岛　人工添附　岛屿　岩礁　人工岛屿

① 马玥：中国政法大学国际法学院 2013 级硕士研究生。

目录

摘　要..... 1377
一、引言..... 1379
二、人工固岛的概念辨析及国家实践..... 1380
三、 对岛礁的“维护行为”..... 1383
（一）“维护行为”与“建造行为”的区分..... 1383
（二）“海港工程”与“堤坝”..... 1385
四、对岛礁的“人工添附”..... 1386
（一）对岛屿的人工添附..... 1388
（二）对岩礁的人工添附..... 1390
五、影响人工固岛后岛礁海洋权利的其他因素..... 1391
六、结论..... 1393

一、引言

《联合国海洋法公约》第 121 条规定了岛屿的法律制度，定义岛屿为“四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域”，[①]岛屿可以产生领海、毗连区、专属经济区和大陆架，[②]但是作为一种特殊类型的岛屿，[③]“不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁，不应有专属经济区或大陆架”。[④]长久以来，涉及岛礁的争议主要有三类：岛礁的主权归属，岛礁在划界中所起的效力，岛礁之辨。

在岛礁之辨方面引起争议，主要是因为在第 121 条规定之下，岛屿和岩礁所享有的海洋权利相差甚远，如果岛屿周围 400 海里范围内无其他沿海国，其可管辖的海域宽度可延展至 200 海里，所能产生领海、毗连区、专属经济区、大陆架海域面积为 125664 平方海里或 431014 平方公里，[⑤]如果可以主张外大陆架，海域面积将更加宽广；但岩礁可主张的海域宽度至多延伸至 24 海里。国家总是希望领土之内的海洋地形获得岛屿的法律地位进而获得广阔的海域和丰富的资源，但由于第 121 条第 3 款措辞模糊，因而对“岩礁”、“岩礁与岛屿的关系”、“维持人类居住”、“维持其本身的经济生活”产生了不同的解释。[⑥]

另一方面，由于岛礁在取得海域方面的重要作用，国家总是竭尽所能保护已存在的岛屿和岩礁不被侵蚀或被海水淹没，因而便产生了对岛礁进行加固的实践；也有出于改善岛屿环境或加强对岛礁控制的原因，修建民用设施、飞机跑道、气象观测站等人工设施的实践；更有甚者，在加固的基础上通过人工延伸进行领土扩张，人工延伸活动可能会对岩礁条款构成了某种意义上的挑战，使得人工岛屿与岩礁条款之间发生内在的复杂联系，[⑦]有学者认为，它可能产生两种法律结果：一是岩礁最终转变为岛屿；二是自然岩礁转变为人工岛屿。[⑧]

---

① 《联合国海洋法公约》第 121 条第 1 款。

② 参见《联合国海洋法公约》第 121 条第 2 款。

③ 第 121 条的标题为岛屿制度，将第 121 条三个条款作为整体来理解，可以认为岩礁是岛屿的一种特殊类型，因而岩礁也需满足“高潮时露出水面”和“自然形成”要件。本文中“岛屿”与“岩礁”对比出现时，“岛屿”取狭义，即可以主张专属经济区和大陆架的海洋地形。

④ 《联合国海洋法公约》第 121 条第 3 款。

⑤ Victor Prescott and Clive Schofield, The Maritime Political Boudaries of the World, 2nd edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p.57.

⑥ 参见金永明：“岛屿与岩礁的法律要件论析——以冲之鸟问题为研究视角”，载于《政治与法律》，2010 年第 12 期；又见黄瑶、卜凌嘉：“论《海洋法公约》岛屿制度中的岩礁问题”，载于《中山大学学报（社会科学版）》，2013 年第 4 期，第 53 卷（总第 244 期）。

⑦ 参见白续辉：“解读岩礁问题的‘东南亚特色’：以学者观点为视角”，载于《东南亚研究》，2014 年第 3 期，第 13 页。

⑧ Zou Keyuan, The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes over the Spratly Islands,at the 2nd International Workshop on the South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development, Ho Chi Minh City, Vietnam, 10 -12 November, 2010.
http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/second-international-workshop/597-the-impact-of-art

在对人工固岛的法律效果的讨论中，有学者认为，这种对岛礁进行人工建造的行为使岛礁转变为《联合国海洋法公约》中所规定的“人工岛屿”，[①]其不能产生海域，至多只能有500米的安全区。[②]甚至有学者认为，即使只对岛礁进行加固而没有延伸，“如果一个岛屿在没有混凝土结构或人工设施的情况下不能继续存在，那么它就不再是一个自然岛屿，而是一个人工岛屿”。[③]也有学者认为，对这种“自然形成”基础上的“人工延伸”的法律地位难以评价，应当以善意解释条约的原则进行约束和限制。[④]另有学者认为，加固之后形成的“岛屿”的法律地位仍然取决于其原来的地形。[⑤]还有学者试图跳出海洋法范畴，将其与领土的人工添附进行对比。[⑥]可以看出，由此产生的一系列法律问题尚无定论：这种经过人工固岛之后的“岛屿”是否已经失去其自然属性而演变为人工岛屿？人工固岛行为是否能够使岩礁变为岛屿？

本文尝试在国际法层面对人工固岛进行分析，第一部分对人工固岛进行概念辨析，并考察人工固岛的国家实践；第二部分通过比较维护行为和建造行为，辨明维护行为的法律效果；第三部分探讨人工添附的法律效果；第四部分指出若干可能影响人工固岛后岛礁法律地位的因素；第五部分为结论。

二、人工固岛的概念辨析及国家实践

---

ificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-sparatly-islands-by-zou-keyuan

① 参见薛桂芳：“岩礁应拥有多大的海域？——以冲之鸟礁为例”，载于《中国海洋法学评论》，2011年第1期，第55页；Also see Leticia Diaz, Barry Hart Dubner and Jason Parent: When a “rock” an “island”?: another unilateral declaration defies “norms” of international law. Michigan State Journal of International Law. Vol. 15. 2007. p.519.

② 参见《联合国海洋法公约》第60（5）条：安全地带的宽度应由沿海国参照可适用的国际标准加以确定。这种地带的设置应确保其与人工岛屿、设施或结构的性质和功能有合理的关联；这种地带从人工岛屿、设施或结构的外缘各点量起，不应超过这些人工岛屿、设施或结构周围五百公尺的距离，但为一般接受的国际标准所许可或主管国际组织所建议者除外。安全地带的范围应妥为通知。

③ Bing Bing Jia, A Preliminary Study of the Problem of the Isle of Kolbeinsey, Nordic Journal of International Law,Vol 66, 1997, p.313.

④ See Zou Keyuan, The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes over the Spratly Islands,at the 2nd International Workshop on the South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development, Ho Chi Minh City, Vietnam, 10 -12 November, 2010.
http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/second-international-workshop/597-the-impact-of-artificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-sparatly-islands-by-zou-keyuan；
另参见谈中正：“科技发展与法律因应：人工固岛的国际法分析”，载于《武大国际法评论》第十六卷（第二期），第84页。

⑤ Andrew L. Silverstein,Okinotorishima: Artificial Preservation of a Speck of Sovereignty, Brooklyn Journal of International Law,Vol 16:2, 1990, p.429；另参见卢芳华：“从日本外大陆架划界案看冲之鸟礁之法律属性”，载于《华北科技学院学报》，第9卷第3期，2012年7月，第105页。

⑥ Zou Keyuan, The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes over the Spratly Islands,at the 2nd International Workshop on the South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development, Ho Chi Minh City, Vietnam, 10 -12 November, 2010.
http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/second-international-workshop/597-the-impact-of-artificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-sparatly-islands-by-zou-keyuan；另参见卢芳华：“从日本外大陆架划界案看冲之鸟礁之法律属性”，载于《华北科技学院学报》，第9卷第3期，2012年7月，第105页。

“人工固岛（artificial consolidation）”并非广为认可的规范性表述，这一概念目前只在两篇文章中出现过，[①]它指的是为应对气候变暖引起的海平面上升或避免岛礁被风化腐蚀，以人工方式对岛礁进行加固、维护、改善的行为，包括修建海防工程，如修筑海堤（sea walls）、丁坝（groynes），以及防波结构，如护岸（revetments）、离岸堤（offshore breakwaters）、护面块石（rock armour）、填石铁笼（gabions）等，或实施填海工程（reclamation work）、建造海岸（build up the coastlines），[②]或在岛礁上建筑人工设施，如飞机跑道、气象观测站、民用设施等。其显著特征就是在保留原有岛礁的基础上进行人工建造或扩建，使其成为自然与人工的混合体。

人工固岛的国家实践并不少见，但日本事实上是首个基于岩礁向外拓展海域主张的国家。[③]

冰岛的科贝恩塞岛（Kolbeinsey）一直受到海浪的侵蚀，在 17 世纪，该岛长 750 米，宽 110 米；到 20 世纪初，该岛面积已经减少至长 300 米，宽 30 至 60 米；1991 年，科贝恩塞岛仅高出海平面 6 米，而一个世纪前它还高于海平面 35 米。[④]冰岛为了防止该岛被淹没，采取“建岛（island-building）活动”，为避免仅剩的几块岩礁被侵蚀，冰岛政府计划用水泥将岛屿接合在一起（cement the island together）。[⑤]1989 年，作为加固岛屿的措施，冰岛当局在科贝恩塞岛上建筑混凝土直升机停机坪。2006 年，冰岛海岸警卫队监测到，几乎一半的直升机停机坪已经被摧毁，直升机已经不可能降落在上面。[⑥]

南海周边国家也对其实际控制的岛礁采取人工固岛及开发措施：弹丸礁自然形成的露出水面的礁石面积只有 0.1 平方公里，而现存的露出水面的岛礁范围，实际上为填海连接原来两座小礁而成，面积已达 0.37 平方公里，岛上拥有了大量的人工建筑和设施，包括豪华酒店、机场、海军基地等。[⑦]此外，南威岛、中业岛、

---

① “artificial consolidation”,see Bing Bing Jia, A Preliminary Study of the Problem of the Isle of Kolbeinsey, Nordic Journal of International Law,Vol 66, 1997；“人工固岛”，见于谈中正：“科技发展与法律因应：人工固岛的国际法分析”，载于《武大国际法评论》第十六卷（第二期）。

② Clive Howard Scolfield, The Trouble with Islands, A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Laws in The Faculty of Graduate Studies, the University of British Columbia, August 2009. p.222.

③ 不少国家也基于领土内自然岩礁主张专属经济区或大陆架，如英国罗卡尔礁，但是日本是首个通过拓展岩礁面积进而主张海域的国家。参见薛桂芳：“岩礁应拥有多大的海域？——以冲之鸟礁为例”，载于《中国海洋法学评论》，2011 年第 1 期，第 47 页。

④ See footnote 2 of “Bing Bing Jia, A Preliminary Study of the Problem of the Isle of Kolbeinsey”,Nordic Journal of International Law,Vol 66, 1997,p.302.

⑤ See Symmons, Some Problems Relating to the Definition of Insular Formations in International Law: Islands and Low-Tide Elevations, International Boundaries Research Unit Maritime Briefing,Vol.1. No. 5.1995. pp.2-3.

⑥ “Kolbeinsey half collapsed - no longer able to land a helicopter on the island ” March 9,2006 . http://www.lhg.is/frettirogutgafa/frettir/nr/212.

⑦ 参见中国南海研究院网站：“南海概况”，http://www.nanhai.org.cn/index.php/Index/Reef/index.html；另参见车玉琪：岛屿法律制度研究——论我国南沙岛礁的法律地位与划界效力，中国海洋大学硕士学位论文，2012 年，第 37 页；also see wikipedia:Swallow Reef,http://en.wikipedia.org/wiki/Swallow_Reef#cite_note-blog1-1.

永兴岛、太平岛上也都建有飞机跑道，[①]尽管这些岛屿属于自然形成的高潮高地，岛上有淡水、植被，常年有渔民居住，具有法律意义上的岛屿地位，可以拥有领海、毗连区、专属经济区和大陆架，[②]但是由于这些岛屿面积狭小，最大的太平岛仅 0.489 平方公里，南威岛只有 0.15 平方公里，[③]飞机跑道贯穿整个岛屿。而在中业岛、永兴岛上，部分飞机跑道是在岛屿的填海区域建造而成，由此形成了飞机跑道伸出岛屿的形态。[④]南子岛也明显可见西北、西南、东南造海区域，岛屿原先的长椭圆自然形态已经改变。[⑤]

相较而言，日本对冲之鸟礁的加固措施是一个极端的例子。冲之鸟礁是一组珊瑚环礁，其中大部分区域低潮时也位于海平面以下，台风与海水的侵蚀一直威胁着冲之鸟礁的存在，1925 年尚有 5 块礁石高出海平面，至今，仅有两块小岩礁可见，即东露岩和北露岩。高潮时，东露岩大约仅有双人床大小，且只高出海平面 16 厘米，而北露岩不如一间小卧室大，只高出海平面 6 厘米，[⑥]两块礁石总面积为 4.5 平方米。[⑦]为了防止仅剩的岩礁被海水淹没，日本先后在冲之鸟礁周围建造了防波堤和直径 50 米的混凝土墙，并为东露岩安装了钛合金防护罩，这种双层水泥加固工事将两块礁石完全包裹起来，使其不会被淹没。[⑧]此后，除了不断维护防波堤之外，日本还通过珊瑚增殖技术扩张陆地区域面积，投入大量珊瑚虫以及为珊瑚虫提供庇护的空心混凝土“培育箱”，人为增加珊瑚礁数量并使之露出水面，[⑨]其还在岩礁上修建灯塔，安装雷达系统，整修直升机停机坪，甚至设立了正式的地址标牌。[⑩]如今的冲之鸟礁已经变成两块以自然礁石为中心的圆形水泥建筑，周

---

① 参见中国南海研究院网站：“南海概况”，http://www.nanhai.org.cn/index.php/Index/Reef/index.html；另参见腾讯网报道“图话：从永暑礁到永暑岛”，http://news.qq.com/original/tuhua/yongshu_island.html；also see wikipedia:Spratly Islands,http://en.wikipedia.org/wiki/Spratly_Islands.

② 参见车玉琪：“岛屿法律制度研究——论我国南沙岛礁的法律地位与划界效力”，中国海洋大学硕士学位论文，2012 年，第 36 页-第 37 页。

③ 参见樊懿：“南海诸岛的法律地位”，载于《温州大学学报·社会科学版》第 27 卷第 3 期，2014 年，第 33 页，表 1。

④ 永兴岛鸟瞰图，载于中国三沙：三沙市人民政府网站，http://www.sansha.gov.cn/page.php?xuh=1217，另参见凤凰网报道“中国扩建永兴岛全貌曝光，机场跑道完工”，
http://news.ifeng.com/a/20141007/42147175_0.shtml；参见中业岛卫星图，
https://www.google.com/maps/d/viewer?ll=11.053208,114.284806&t=k&ie=UTF8&msa=0&spn=0.018701,0.040169&z=15&hl=en&mid=zIym14CoHj3s.kjRLps6mSj_A

⑤ 参见南子岛卫星图，
http://a.hiphotos.baidu.com/baike/c0%3Dbaike180%2C5%2C5%2C180%2C60/sign=b16f9ff93bdbb6fd3156ed74684dc07d/b64543a98226cffcfea294b0bb014a90f603ea2c.jpg

⑥ See wikipedia: Okinotorishima,http://en.wikipedia.org/wiki/Okinotorishima.

⑦ Yann-huei Song, Okinotorishima: A “Rock” or an “Island”? Recent Maritime Boundary Controversy between Japan and Taiwan/China, Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea, p.175.

⑧ Yann-huei Song, Okinotorishima: A “Rock” or an “Island”? Recent Maritime Boundary Controversy between Japan and Taiwan/China, Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea, p.175.

⑨ Leticia Diaz, Barry Hart Dubner and Jason Parent: When a “rock” an “island”?: another unilateral declaration defies “norms” of international law. Michigan State Journal of International Law. Vol. 15. 2007.pp.547-548.

⑩ 参见薛桂芳：“岩礁应拥有多大的海域？——以冲之鸟礁为例”，载于《中国海洋法学评论》，2011 年第 1 期，第 39 页-第 43 页。

围还堆放着珊瑚礁。[①]

由以上国家实践可知，人工固岛可分为三种情形：（1）为抵御海水或台风侵蚀而对岛礁进行的加固和维护，包括建筑防浪堤等工事，在保全其原有的海洋权利的同时，可能会引起领海基线的向海扩张；（2）对岛屿的填海造地，对于面积狭小的岛屿而言，填海建造的面积与原岛屿面积相当，甚至远远超过原岛屿面积，岛屿原有自然形态往往发生改变；（3）对面积狭小的岩礁进行过度的人工改造及延伸，改变其自然形态，改善居住环境和经济条件，甚至企图使岩礁获得岛屿的法律地位。后两种人工固岛情形可能会落入“人工岛屿陷阱”[②]，许多经过人工改造的岛礁，已经很难分清哪些是自然部分，哪些是人工部分，[③]进行过度的人工改造的岛礁在主张海域时往往会遭到其他国家的质疑。那么，国际法如何规制前述三种情形的人工固岛行为？人工固岛之后的岛礁有怎样的法律地位？下文将具体分析。

三、对岛礁的“维护行为”

（一）“维护行为”与“建造行为”的区分

一般认为，对既有岛屿的“维护行为”（preserving an area of land）与为取得法律上的岛屿地位而进行的“建造行为”（creating an area of land）是两种完全不同的行为，前者不会贬损岛屿的法律地位。[④]“维护行为”类似于“牙医为破碎的牙套上牙冠”[⑤]，而“建造行为”是指对水下构造进行建造，使在自然情况下无法永久位于海面之上的地形可以在高潮时露出海面，[⑥]如在水下地形或低潮高地上建造灯塔，人工抬升暗礁，或填海造岛等。

1893 年白令海海豹仲裁案曾引起关于“建于岩礁或海床上的灯塔是否拥有领海”的讨论。英国总检察长 Charles Russell 认为，如果一座灯塔建于岩礁或海底桩

① See wikipedia: Okinotorishima,http://en.wikipedia.org/wiki/Okinotorishima.

② “人工岛屿陷阱”是指人工岛屿只能拥有 500 米海上安全区，不得拥有其他海域。岛礁一旦被归入人工岛屿之列，将丧失大量海域权益。参见白续辉：“规避‘人工岛屿陷阱’：海洋岛礁的‘经济生活’概念及海洋旅游的特殊价值”，载于《中山大学法学评论》，第 12 卷第 1 辑，第 221 页。

③ Zou Keyuan, The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes over the Spratly Islands,at the 2nd International Workshop on the South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development, Ho Chi Minh City, Vietnam, 10 -12 November, 2010.
http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/second-international-workshop/597-the-impact-of-artificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-sparatly-islands-by-zou-keyuan

④ See Symmons, Some Problems Relating to the Definition of Insular Formations in International Law: Islands and Low-Tide Elevations, International Boundaries Research Unit Maritime Briefing Vol.1. No. 5.1995. p. 3.

⑤ See footnote 158 of “Andrew L. Silverstein, Okinotorishima: artificial preservation of a speck of sovereignty”, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 12. No. 1.2009. p.431.

⑥ See Symmons, Some Problems Relating to the Definition of Insular Formations in International Law: Islands and Low-Tide Elevations, International Boundaries Research Unit Maritime Briefing Vol.1. No. 5.1995. p. 3.

基上，它就成为了建造灯塔的国家的领土的一部分，而作为国家领土，它拥有为保护领土而享有的权利。但是，Jessup 并不同意这一观点，“允许国家以暗礁上的结构占有新的水域，这将是一项危险的学说”。[①]Gidel 认为，决定因素并不在于灯塔的性质，而在于灯塔建于哪种地形之上。[②]这一原则也得到 1958 年《领海及毗连区公约》的支持，领海的权利并不是来源于灯塔本身的地位，而是来源于其所依托的自然地形的地位。[③]国际法委员会对 1958 年《领海及毗连区公约》作出的评注也表明：仅于落潮时露出水面之高地，不能认为是岛屿，亦无领海可言，即使建有经常露出水平面之设备（例如灯塔），仍不得视为本条所称之岛屿。[④]

以水泥或其他材料在水下地形或低潮高地上进行建造使其能够在高潮时露出水面并不能获得岛屿的法律地位，例如，19 世纪 70 年代初，汤加王国通过倾倒沙石、水泥浇铸，使密涅瓦礁（the Minerva Reefs）的两处低潮高地露出海面，并声称其为岛屿，进而将汤加王国区域延伸了 100 英里。[⑤]再如，由于马尔代夫 80%的陆地高于海平面不足一米，为应对气候变暖引起的海平面上升，马尔代夫需要建造海拔更高的人工岛屿，其在环礁内用沙石、混凝土、粗砾建造了 Hulhumalé人工岛，环礁与人工岛的海岸有一定距离，环礁形成保护岛屿的天然屏障。[⑥]南海也存在类似的在暗礁上填海造岛的实践，如永暑礁、赤瓜礁等。[⑦]这些人工构造也不具备岛屿的法律地位。

1958 年《领海与毗连区公约》和 1982 年《联合国海洋法公约》均规定了“高潮时露出水面”和“自然形成”为构成岛屿法律地位的要件。水下地形及低潮高地不符合“高潮时露出水面”这一要件，因而不具有岛屿的法律地位，而经过上述建造行为后，即使其能够在高潮时高于水面，也不具备“自然形成”的要件。尽管学界对于“自然形成”的解释还没有统一，[⑧]一些情况下也很难分辨到底是自

---

① Philip C.Jessup ,The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction, G.A.Jennings Co.,Inc,.1927. p. 69.

② See D.H.N. Johnson, Artificial Islands, The International Law Quarterly, Vol.4. 1951.pp.207-208.

③ Nikos Papadakis,The Internatioanl Legal Regime of Artificial Islands,Sijthoff Publications on Ocean Development,1977.p.90.

④ Report of the International Law Commission Covering the Work of its Eight Session, U.N. Doc. A/3159 (supp),1956, p.16.

⑤ Nikos Papadakis,The Internatioanl Legal Regime of Artificial Islands,Sijthoff Publications on Ocean Development,1977.p.93; also see wikipedia: Minerva Reefs, http://en.wikipedia.org/wiki/Minerva_Reefs

⑥ BBC news: “Maldives rises to climate challenge” .http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/7946072.stm

⑦ 永暑礁已经升级为永署岛，取代太平岛成为南海群岛中的第一大岛。

永暑礁卫星图：

https://browse.digitalglobe.com/imagefinder/showBrowseImage?catalogId=1040010003680300&imageHeight=natres&imageWidth=natres

赤瓜礁卫星图：

https://browse.digitalglobe.com/imagefinder/showBrowseMetadata?csrfToken=jAXdkH4YQeETBb7fYbLTFUjICcCNvfP%2F%2F5xP3mJbWK9blp3rxQURIYkPnEU5yBYGxXuD%2FRiK7OOZE3SAhQ8JT6ag%2F8qMTCePCLRmlBGCBvsDxW0GrsG%2FJd4y3VS9JlDPVG%2BHzywMiIaE2L4LpsNoeWgB56z7cAyzw9Ih07e3dFrfZnPsbJZjagiJeVCbGXZFALQmT3eKlCYspJtciUAjni7mcjFawz36cAIpvueNcou%2FB3T5VdRXWlaOUZmsZof6xCWiIKwVKKP2%2B3x5tMA%2BG5liOXtLpLVyi2I4IGdtDvdJirKXgOkqN0eq3%2BHYZGkazNqf2il56unhaLPaHXDeqw%3D%3D&buffer=1.0&catalogId=1020010035AE1A00&imageHeight=natres&imageWidth=natres

⑧ Papadakis 认为，“自然形成”是指没有人工干涉的形成过程，排除了在浅滩倾倒沙石形成岛屿的做法，而

然形成还是人工形成，[①]但普遍认为直接的人工干涉不应当被认定为“自然形成”，[②]如水泥浇铸、吹沙填海等。

之所以要强调“维护行为”与“建造行为”之间的区别，是因为这是两个不同的阶段，适用不同的规则。“建造行为”是岛屿的形成阶段，因而，必须符合“自然形成”的要件，才能取得岛屿的法律地位；但是“维护行为”是对已经取得岛屿地位的地形进行加固，当一个岛屿在采取人工建造前已经拥有其专属经济区和大陆架，为防止其失去该法律地位而采取的人工加固是符合国际法的，尤其是在当前全球变暖和海平面上升的环境下，对它们而言，无论加固活动是多么规模浩大、花费巨大，也不被国际法所禁止。[③]区分二者最简单的方法就是看是岛屿存在在先还是人工干涉在先，[④]如果岛屿存在于人工干涉之前，那么就是“维护行为”，相反则是“建造行为”。

国家可能会借由加固而对岛礁进行延伸，形成“为破碎的牙套上牙冠”的伪装，[⑤]有学者主张，在很多情况下，“维护行为”和“建造行为”并非泾渭分明，甚至兼而有之，如日本在冲之鸟礁的实践。[⑥]尽管在加固和延伸之间并不存在清晰的界限，但事实上，无论是加固还是延伸均是对岛礁领土的添附，而增加面积远远超出原有规模的扩建将很难再被认为仅仅是对岛礁的维护，在这种情况下，与其说它是一种“建造行为”，毋宁说这是一种不成比例或不合理的“维护行为”，毕竟这种在岛礁基础上的建造不同于在水下地形基础上的建造。

（二）“海港工程”与“堤坝”

一般而言，维护行为并不会导致海洋权利的变化，但是正如在低潮线以外建造

“陆地区域（land of area）”则排除了类似于水泥设施的人工建筑；“自然形成”既指岛屿形成的方式也指岛屿形成的材料，see Alfred H. A. Soons, Artificial Islands and Installations in international law,Occasional Paper Series Law of the Sea Institute University of Rhode Island, July 1974, p.18；“自然形成”主要强调岛屿形成的方式，而不是形成的物质成分，如“安娜号案（the Anna Case）”中，由漂流入海的泥土和树木所造成的小泥岛，参见[英]詹宁斯，瓦茨修订，《奥本海国际法》，王铁崖，李适时，汤宗舜，周仁译，中国大百科全书出版社，1998 年，第一卷第二分册，第 81 页。

① 例如在海上筑起某一屏障，海中沙石由于海流的作用而移动，在这一屏障的周围堆积起来，年长日久就可能形成一个岛屿，参见赵理海：“关于南海诸岛的若干法律问题”，载于《法制与社会发展》，1995 年第 4 期，第 57 页。

② Clive R.Symmons, The Maritime Zones of Islands in International Law, Martinus Nijhoff Publishers,1979, p.36.

③ Zou Keyuan, The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes over the Spratly Islands,at the 2nd International Workshop on the South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development, Ho Chi Minh City, Vietnam, 10 -12 November, 2010.
http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/second-international-workshop/597-the-impact-of-artificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-sparatly-islands-by-zou-keyuan

④ Marius Gjetnes, The Legal Regime of Islands in the South China Sea, Master Tesis of Law at 35,Fall 2000, submitted to Department of Public and International Law, University of Oslo.p.36.

⑤ Leticia Diaz, Barry Hart Dubner and Jason Parent: When a “rock” an “island”?: another unilateral declaration defies “norms” of international law. Michigan State Journal of International Law. Vol. 15. 2007. p.554.

⑥ 谈中正：“科技发展与法律因应：人工固岛的国际法分析”，载于《武大国际法评论》第十六卷（第二期），第 78 页。

堤岸会不可避免地扩展领海宽度一样，[①]Jessup 认为以和海岸相连接的永久性人工陆地扩展得到的陆地和领海是可以得到认可的。[②]

海港工程的建造得到了《领海与毗连区公约》第 8 条[③]及《海洋法公约》第 11 条[④]的支持，即为船只提供停泊、维修、修理、装卸货物及乘客或其他便利的基地[⑤]将被视为“海港体系组成部分的最外部永久海港工程”而被视为海岸的一部分。也就是说，海港工程可能引起的领海基线的向海扩张得到了国际法的认可。

然而，情况并不总是如此。2009 年国际法院为了确定罗马尼亚与乌克兰的海洋边界，考虑了罗马尼亚使用的 7.5 千米（4.66 海里）长的苏利纳海堤（Sulina Dike）向海一端的端点，罗马尼亚早先曾通知联合国其适用海堤海上端点作为划领海基线的基点。[⑥]早在关于《领海与毗连区公约》第 8 条的准备工作材料中已经讨论了海港与向海延伸的堤坝之间的区别。1958 年会议的专家指出“防波堤等海港工程（被视为）……领土的一部分”，不过，值得注意的是，国际法委员会在其提交给大会的报告中提出了以下评论意见：“在此类结构中过长（例如，一条防波堤向海洋延伸数公里的情况）时，可能会有人质疑这一规定（《领海与毗连区公约》第 8 条）是否仍然适用……由于这种情况极其罕见，因此委员会虽然希望关注这一问题，但并不认为有必要就此发表意见。”鉴于上述情况，对于堤坝、防波堤或工程在哪个限度不再构成“海港体系组成部分”的问题，国际法委员会当时没有打算进行准确界定，国际法院因此得出结论认为，按照具体情况进行诉讼是有根据的，《海洋法公约》第 11 条的正文以及准备工作材料并没有排除对海港工程这一概念进行严格解释的可能性，以便避免或减少国际法委员会查明的建筑物过长的问题。[⑦]

四、对岛礁的“人工添附”

在已有岛礁基础上的建造是对领土的人工添附，这种人工添附也是人工固岛的实践之一。添附是指国家领土由于新的形成而增加，[⑧]分为自然添附和人工添附，

① D.H.N. Johnson, Artificial Islands, The International Law Quarterly, Vol.4. 1951.p.218.
② Philip C.Jessup ,The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction, G.A.Jennings Co.,Inc,.1927. pp. 69-70.
③ 《领海与毗连区公约》第 8 条：在划定领海界限时，出海最远之永久海港工程属于整个海港系统之内者应视为构成海岸之一部分。
④ 《联合国海洋法公约》第 11 条：为了划定领海的目的，构成海港体系组成部分的最外部永久海港工程视为海岸的一部分。近岸设施和人工岛屿不应视为永久海港工程。
⑤ Summary of the Judgment of 3 February 2009, Maritime Delimitation of the Black Sea (Romania v. Ukraine), ICJ, p.14.
⑥ [美]路易斯·B·宋恩、克里斯汀·古斯塔夫森·朱罗、约翰·E·诺伊斯、埃里克·弗兰克斯：《海洋法精要》，傅崐成等译，上海交通大学出版社，2014 年，第 65 页。
⑦ Summary of the Judgment of 3 February 2009, Maritime Delimitation of the Black Sea (Romania v. Ukraine), ICJ, p.14.
⑧ 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社，1991 年，第 146 页。

人工添附较为普遍的情形是在海岸以外围海造田，如日本曾经在神户附近的海上大规模围海造田，形成了 436 万平方米新的土地。[①]同样以围海造田著名的还有荷兰、新加坡、韩国、香港和澳门。这种围海造田通常与大陆海岸相连。

而对离岸岛礁而言，一方面，完全由人工填海建造形成的岛礁是人工岛屿，不能构成领土的添附；[②]另一方面，由自然作用产生的新的岛屿则不同，如果新的岛屿产生在河流、湖泊或领海里，它就添附于沿岸国的土地，而领海的范围这时就从该新生岛屿的海岸起算；在专属经济区出现的新生岛屿将产生类似的添附，还会产生环绕岛屿的领海。[③]对已存在的岛礁的人工添附不同于上述两种情形，岛礁属于陆地领土的组成部分，公约（《联合国海洋法公约》）起草者对岛屿和一国的其他任何领土是一视同仁的，对海域的主权和管辖权来自对陆地的主权，不论该陆地是大陆的一部分还是岛屿。[④]因而对岛礁的人工添附仍然等同于前述与陆地海岸相连的人工添附，进行大规模围海造田活动的新加坡、日本等均是对岛礁进行的人工添附。

根据“陆地统治海洋”原则，对陆地领土的添附自然会引起相应海域的变化，即使不会对邻国造成直接影响，也可能会侵蚀公海和国际海底区域。对于超出海港工程的人工添附领土，国际法并未禁止这种人工建造行为，除非这种人工添附违反了其他国际法规则或侵犯了其他国家的权利。

由于添附增加的领土，国家无须采取宣告或者其他法律行为，也无须其他国家的同意。[⑤]然而，事实上，单方面进行人工添附往往会引起与其他国家的争端。沿着海岸线建筑的堤堰、防波堤、围堤等以及不断向海延展的土地，可能会影响邻国领土的自然状态、生态环境及与邻国之间的海域划分。任何国家不得改变其本国领土的自然状态，使邻国领土的自然状态遭受不利。[⑥]在马来西亚诉新加坡围海造田案中，国际海洋法法庭也认为，新加坡进行填海活动不应采取可能对马来西亚的权利造成不可恢复的损害或对海洋环境造成严重危害的形式，[⑦]但法庭同样没有裁定暂停新加坡填海的临时措施，而是强调两国应当进行合作与协商，共同履行《联合国海洋法公约》之下保护海洋环境的义务。[⑧]由此可见，尽管进行人工添

① 参见周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社，2008 年，第 187 页。
② 参见周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社，2008 年，第 187 页。
③ [英]詹宁斯，瓦茨修订，《奥本海国际法》，王铁崖，李适时，汤宗舜，周仁译，中国大百科全书出版社，1998 年，第一卷第二分册，第 82 页。
④ Robert W. Smith & Bradford Thomas，赵秋丹译，“岛屿争端和海洋法：主权和划界争端评析”，载于傅崐成等编译：《弗吉尼亚大学海洋法论文三十年精选集 1977-2007》，厦门出版社，2010 年，第 539 页。
⑤ 周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社，2008 年，第 187 页。
⑥ [英]詹宁斯，瓦茨修订，《奥本海国际法》，王铁崖，李适时，汤宗舜，周仁译，中国大百科全书出版社 1998 年，第一卷第二分册，第 80 页。
⑦ See Order of Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), ITLOS, 8 October 2003,p.28.
http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_12/12_order_081003_en.pdf
⑧ See Order of Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), ITLOS, 8 October 2003, p.27.

附是国家的权利，但这一权利并不能滥用，不能与国家所承担的国际义务相抵触。

正如堤坝的过长延伸也会遭到国际法的否认一样，一般认为，人工添附权利的滥用是指通过人工添附增加的陆地领土面积与原有陆地领土面积不成比例的情形，这同时导致其海域面积不合理地大幅扩张。有学者主张，应当以人工形成陆地的“实际用途”来判断其取得海域的合理性，从而排除单纯地为扩张领土或领海而进行的人工建造，[①]否则，国家可能借助在水中倾倒沙石并确保其露出水面来扩大领海。[②]因而，有学者主张借鉴“实际用途”标准来判断人工添附的合理性，[③]即人工添附领土须有“实际用途”，否则其不应当拥有相应扩大的海域。然而，“实际用途”的含义并不清晰，有时，海洋地形的位置本身即具有价值，如作为设置光学望远镜或商业用途卫星跟踪站的最佳地点等，人类居住可能只是实现其价值的附随现象，[④]因而，难免国家总是能够找到扩张领土的“实际用途”。

对岛礁人工添附权利的滥用被公约第 300 条规定所禁止，该条款规定：“缔约国应诚意履行根据本公约承担的义务并应以不致构成滥用权利的方式，行使本公约所承认的权利、管辖权和自由。”对于人工建造部分所占比例大大超出其自然构成部分的岛礁，如果认可其相应扩大的海域，与“公海自由”原则及“人类共同继承遗产”原则不符。而从法理上讲，滥用权利者不得因此受益。也就是说，对岛礁进行不成比例的人工添附所获得的额外海域不应当被认可。这既包括人工添附岛屿对专属经济区和大陆架的扩展，也包括人工添附岩礁对专属经济区和大陆架的主张，下文将分别讨论。

（一）对岛屿的人工添附

将岛屿根据面积大小进行区分不止一次被讨论过。1973 年海底委员会会议上，对岛屿的定义形成了两种对立的观点：一方根据面积大小区分小岛（islet）和岛屿（island），认为面积大小在确定岛屿海域时应当被考虑，或直接判定小岛不应当主张海域；[⑤]另一方认为，岛屿是领土的组成部分，对岛屿的领土主权延伸至其领海、领空、海床、底土及其大陆架，对决定其他领土大陆架的规则同样适用于岛屿，

---

http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_12/12_order_081003_en.pdf

① Myres S. McDougal and William T. Burke, Public Order of the Oceans, Yale University Press,1962, pp.387-388.

② D.H.N. Johnson, Artificial Islands, The International Law Quarterly, Vol.4. 1951. p.94

③ Zou Keyuan, The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes over the Spratly Islands,at the 2nd International Workshop on the South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development, Ho Chi Minh City, Vietnam, 10 -12 November, 2010.
http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/second-international-workshop/597-the-impact-of-artificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-sparatly-islands-by-zou-keyuan

④ Leticia Diaz, Barry Hart Dubner and Jason Parent: When a “rock” an “island”?: another unilateral declaration defies “norms” of international law. Michigan State Journal of International Law. Vol. 15. 2007. P.547.

⑤ 持该观点的集团或国家：非洲统一组织、马耳他、非洲 14 国集团、罗马尼亚。

因而不同意以面积大小、人口、地理位置、地质结构来限定岛屿的特征。[①]之后，罗马尼亚进一步将没有人类居住和经济生活的小岛屿（small island）从岛屿中分离出，认为小岛（islet）和上述小岛屿（small island）不能拥有大陆架。[②]

第三次海洋法会议第二期会议还讨论了岛屿、小岛及其他相似海洋地形在海洋划界中的作用，并将岛屿制度与包含岛屿的划界区别开来。[③]罗马尼亚进一步提出，面积小于 1 平方公里的为“小岛（islet）”，面积虽大于 1 平方公里但是没有人类居住或不能供人类居住、没有其本身经济生活或不能维持其本身经济生活的为“近似小岛的岛屿（island similar to an islet）”，并限制二者主张海域的范围。[④]非洲 14 国集团根据面积大小区分了岛屿（island）和小岛（islet），同时将岩礁（rock）和低潮高地（low-tide elevation）作为另外两个地形分类，小岛、岩礁和低潮高地不能主张海域，只能享有合理宽度的安全区。[⑤]

美国地理学家 Hodgson 也认为，小岛（islets）面积为 0.001-1 平方公里，岛（isles）的面积为 1-1000 平方公里，岛屿（island）的面积则是 1000 平方公里以上。[⑥]国际水道组织也定义较小的小岛（small islets）为 1-10 平方公里，岛（isles）为 10-100 平方公里，岛屿（islands）为 100-530 平方公里。[⑦]

从对岛屿制度的编纂历史可知，岛屿的大小对于岛屿取得海域的能力具有重要意义。提出以面积大小对岛屿进行分类的国家的本意在于抑制面积较小的岛屿取得海域，毕竟“针尖大小（pin-point）”的岛屿或岩礁可以获得 125664 平方海里的专属经济区和大陆架，这是不成比例，也是不合理的。但是国家对于“岩礁（rocks）”、“小岛（islets）”、“较小的小岛（small islets）”、“岛（isles）”、“近似小岛的岛屿（island similar to an islet）”、“岛屿（islands）”等名词的含义和区别却没有一致的认识，也许是出于无法对岛屿的面积达成共识的原因，公约最终以“维持人类居住或其本身经济生活”作为区别岛屿产生海域的能力的标准。

然而，面积标准和“维持人类居住或其本身的经济生活”标准并不总是对应的，如果岛屿面积狭小，则其难以维持人类居住或其本身的经济生活；但能够维持人类居住或其本身的经济生活的岛屿也不总是面积较大，南沙群岛中最大的太平岛

① 持该观点的国家：希腊。

② Myron H. Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary, Volume II, Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne ed., Martinus Nijhoff Publishers 1993.p.330.

③ Myron H. Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary, Volume II, Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne ed., Martinus Nijhoff Publishers 1993.pp.330-332.

④ Myron H. Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary, Volume II, Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne ed., Martinus Nijhoff Publishers 1993.pp.332-333.

⑤ Myron H. Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary, Volume II, Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne ed., Martinus Nijhoff Publishers 1993.pp.333-334.

⑥ Robert David Hodgson, “Islands: Normal and Special Circumstances”,U.S. Dept. of State. Bureau of Intelligence and Research, Research Study ,1973, p.17.

⑦ See footnote 34 of “Jonathan I. Charney, Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, American Journal of International Law, Vol.93,1999, p.871.

也不过 0.489 平方千米。面积狭小的岛屿更容易产生人工添附的滥用，因为人工增加的面积很容易超过其原有面积。前已述及，南沙群岛中不少岛屿经过人工改造后已经失去其原来形态，添附的面积已基本与原岛屿面积相当，甚至远远超出原岛屿面积，如弹丸礁、中业岛等，这种人工添附以及相应的海域扩张很难被认为是合理的。也正是因为如此，东南亚国家虽不遗余力地加强已控岛礁的人工建设，却并不愿或不急于确认其法律地位。[①]

（二）对岩礁的人工添附

尽管《联合国海洋法公约》并没有规定岩礁的定义和大小，但一般认为岩礁是比小岛的面积还要小的海洋地形，以至于其无法维持人类居住或其本身的经济生活，[②]面积大小在岛礁之辨中起着重要作用，因而有的国家试图扩大岩礁的面积改善其生活环境。鉴于《联合国海洋法公约》给予岛屿和岩礁不同的法律地位，对岩礁进行不成比例的人工添附已经不只是对人工添附权利和《联合国海洋法公约》权利的滥用，更是一种“恶意规避法律”的行为，如果所有国家都采取这种人为创造《联合国海洋法公约》规定的岛屿条件而主张岛屿地位的方式，那么《联合国海洋法公约》将没有存在的必要，因为一切将陷入混乱。[③]

《联合国海洋法公约》第 121 条第 3 款的规定为“不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁，不应有专属经济区或大陆架”，从文本意义上来讲，“不能维持人类居住或其本身的经济生活”强调的是一种能力，而非现实的状态，因此，“如果海洋中某一地形过去无法维持人类居住或没有经济生活，但是后来由于经济需要、技术发展或新的人类活动而具备上述能力，那么它就不属于《联合国海洋法公约》第 121 条第 3 款的岩礁”。[④]但这意味着先进的科技可以将所有岩礁变为岛屿，这在当前的国际法框架下是不合理的。

但是，很难说这种不合比例的人工添附会使岩礁变为人工岛屿。《联合国海洋法公约》第 60 条、第 80 条分别规定了沿海国在专属经济区、大陆架上建造人工岛屿的权利，第 87 条规定了在公海上建造国际法所容许的人工岛屿的自由。但《联合国海洋法公约》并没有阐释人工岛屿及人工设施的含义。

1958 年《大陆架公约》第 5 条规定了“沿海国有权在大陆架上建立、维持或

---

① 参见白续辉：解读岩礁问题的“东南亚特色”：以学者观点为视角，载于《东南亚研究》，2014 年第 3 期，第 15 页-第 16 页。

② See Leticia Diaz, Barry Hart Dubner and Jason Parent: When a “rock” an “island”?: another unilateral declaration defies “norms” of international law. Michigan State Journal of International Law. Vol. 15. 2007. p.535.

③ Leticia Diaz, Barry Hart Dubner and Jason Parent: When a “rock” an “island”?: another unilateral declaration defies “norms” of international law. Michigan State Journal of International Law. Vol. 15. 2007. p.555.

④ Jonathan I. Charney, Rocks that Cannot Sustain Human Habitation, American Journal of International Law, Vol.93,1999, p.867.

使用为探测大陆架及开发其天然资源所必要之设置及其他设置，并有权在此项设置与装置之周围设定安全区以及在安全区内采取保护设置及装置之必要措施”，在《联合国海洋法公约》起草过程中，该条款被借鉴并被扩大适用于专属经济区中。[①]起初对人工设施的讨论既包括海面上的，也包括水体中和海底的装置，[②]且只限于为开采自然资源目的，之后美国提出了“人工岛屿和设施”这一措辞，但是也没有分别定义。1980 年国际法委员会草案及 1982 年《联合国海洋法公约》中该条款均使用的是“人工岛屿、设施和结构”这一措辞，其他条款中也可见诸如“设施”、“设施和设备”等措辞，起草委员会认为缺乏调和这些措辞的一致性和可能性，起草委员会有过详细说明“‘设施’包括了人工岛屿和构筑物”的意图。[③]根据这一条的措辞，人工岛屿、设施和结构之间只有少许或没有区别。[④]是否可以认为尽管该条款最初是为规制为开采自然资源而建造的人工设施，但《联合国海洋法公约》已将其扩展适用于其他类型的人工建造物？

学者们对此也有不同的理解：Soons 认为人工岛屿是指通过堆置自然材料如砂砾、礁石等而形成的结构，人工设施是指通过管道和支柱固定在海底的混凝土结构；[⑤]而 Johnson 却将石油钻井平台、自流井、浮标、灯塔等归入人工岛屿之列；[⑥]Papadakis 则将人工岛屿分为六类，分别是固定在海底的海上城市、为经济用途而建造的人工岛屿[⑦]、通信和交通设施[⑧]、科学研究和天气预报设施、娱乐设施和军事设施。[⑨]因此，人工岛屿与人工设施的关系并没有明晰。所以，即便能够认为过度的人工添附使岩礁失去其自然属性，也很难确定其能落入《联合国海洋法公约》中“人工岛屿”的范畴。

五、影响人工固岛后岛礁海洋权利的其他因素

有时，岛礁本身的位置即是其价值所在，而这种军事上的战略意义高于其海域主张的价值，国家会将岛礁加固成为军事基地，并配备飞机跑道和港口。尽管这

① Myron H. Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary, Volume II, Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne ed., Martinus Nijhoff Publishers 1993.pp.575-575.
② 由 3 个拉丁美洲国家提交的提案。
③ Myron H. Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary, Volume II, Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne ed., Martinus Nijhoff Publishers 1993.p.584.
④ [英]詹宁斯，瓦茨修订，《奥本海国际法》，王铁崖，李适时，汤宗舜，周仁译，中国大百科全书出版社 1998 年，第一卷第二分册，第 210 页。
⑤ Alfred H. A. Soons, Artificial Islands and Installations in international law,Occasional Paper Series Law of the Sea Institute University of Rhode Island, July 1974, p.3.
⑥ D.H.N. Johnson, Artificial Islands, The International Law Quarterly, Vol.4. 1951.p.203.
⑦ 包括开采和开发自然资源的设备、工业人工岛屿、渔场、开发非自然资源的设备、发电站。
⑧ 包括离岸港口、离岸储藏设备、浮动码头、离岸浮动机场、通信站。
⑨ Nikos Papadakis,The Internatioanl Legal Regime of Artificial Islands,Sijthoff Publications on Ocean Development,1977.pp.11-37.

种人工固岛的法律地位并不明晰，但国家也可能会放弃主张岛屿的专属经济区和大陆架的权利，例如，越南、马来西亚在向大陆架界限委员会提交的联合划界申请案中，均是从大陆领海基线开始测量其 200 海里界限及大陆架，而并不涉及其岛礁。[①]

其次，其他国家对人工固岛后海域主张的反应也会影响岛礁的海域。尽管划定领海基线、领海、专属经济区、大陆架属于一国主权范围事项，但这并不意味着这种单方面的划定可以当然地约束其他国家，尤其是对于还需经过大陆架界限委员会审议的外大陆架的划定。例如，日本以经过加固和延伸后的冲之鸟礁为基点划定 200 海里以外大陆架，并提交大陆架界限委员会审议，中国、韩国均对此表示反对，[②]中国认为其侵蚀了国际海底区域，影响了国际社会的整体利益。[③]但由于大陆架界限委员会没有权限解释适用《联合国海洋法公约》76 条以外条款，[④]当对划界案存在争端时，大陆架界限委员会不得审议该划界案，[⑤]因而，委员会在建议中指出，在中国、韩国、日本照会中提及的关于冲之鸟礁法律地位的问题得到解决之前，委员会无法就建议草案中关于南九州帕劳洋脊区块（以冲之鸟礁为基点主张的外大陆架区域）的内容采取行动。[⑥]虽然大陆架界限委员会不是争端解决机构，其“无法采取行动”的决定也不能被解读为其采纳或拒绝冲之鸟礁产生大陆架的权利，但事实上，中国、韩国等相关国家的反对起到了阻止日本扩张海域的效果。

再次，鉴于大部分国家在其国内法方面并未采纳第 121 条第 3 款的规定，而是不加区分地对其拥有的相关岛礁主张大陆架与专属经济区，[⑦]第 121 条第 3 款并未形成习惯法规则。[⑧]因而，与《联合国海洋法公约》并行不悖的习惯国际法为相关岛礁获得相应主权权利奠定了基础。例如，中国对其在南海九段线内的水域享有

---

① 参见马来西亚与越南联合划界案执行摘要，马来西亚选择从其大陆领海基线开始测量其专属经济区及大陆架。http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/mys_vnm2009excutivesummary.pdf

② 参见日本划界案：中国、韩国照会。
http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_jpn.htm

③ 日本划界案：中国照会。
http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/chn_3aug11_c.pdf
http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/chn_6feb09_c.pdf

④ 参见大陆架界限委员会第 24 届会议“大陆架界限委员会主席关于委员会工作进展情况的说明”，项目 8，第 23 段。http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/536/20/PDF/N0953620.pdf?OpenElement

⑤ 参见《大陆架界限委员会议事规则》附件一 5（a）：如果已存在陆地或海洋争端，委员会不应审议和认定争端任一当事国提出的划界案。

⑥ Summary of Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Submission Made by Japan on 12 November,2008, para.20.
http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/com_sumrec_jpn_fin.pdf

⑦ Barbara Kwiatkowska and Alfred H. A. Soons, Entitlement to Maritime Areas of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own, Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 21, 1990, p.177. 转引自谈中正：“科技发展与法律因应：人工固岛的国际法分析”，载于《武大国际法评论》第十六卷（第二期），第 42 页。

⑧ Yann-huei Song, Okinotorishima: A “Rock” or an “Island”? Recent Maritime Boundary Controversy between Japan and Taiwan/China, in Yann-huei Song and Jon M.Van Dyke,Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea,Martinus Nijhoff Publishers,2009. p.164.

关于渔业、航行及资源勘探与开发方面的历史性权利，[①]同时主张中国在南沙群岛有关岛礁滩沙的建设活动是中国主权范围内的事。[②]九段线内水域并非内水，但也难以以《联合国海洋法公约》项下的专属经济区、大陆架等制度来解释，与此同时，南海群岛包括岛、沙洲、礁、暗沙、暗滩等多种海洋地形，中国并没有对各类海洋地形及其相应的法律地位作出区分，而是将南沙群岛视为整体，认为按照《联合国海洋法公约》确定中国南沙群岛的海洋权利，必须考虑该群岛中的所有岛礁。[③]因而第 121 条第 3 款并无助于评价人工固岛之后南海岛礁的法律地位，而历史性权利对于明晰沿海国在相关海域内的主权权利的内容具有重要作用。

此外，随着气候变暖导致的海平面逐渐上升，不少岛国都面临着被海水淹没的危险，人工岛屿与设施将成为解决应对气候变化的重要途径，如马尔代夫，但是对于这种用作居住地的人工岛屿，仅赋予其至多 500 米的安全区是否足够？无论是以“实际用途”原则还是从专属经济区的设立目的[④]来考察，这种“海上城市（sea cities）”都应当具有相应的海域，但是当前国际法只对现存国家扩张海域作出了规制，而没有对领土消失后重新获取领土和海域作出规定。[⑤]此外，在当前国际法之下人工岛屿是否拥有海域与将来人工岛屿是否应该拥有海域是两个不同的问题。[⑥]这种在海平面上升背景下的对岛礁的“建造行为”也许会挑战并变更现有的国际法框架。

六、结论

人工固岛实践主要包括对岛礁的维护和对岛礁的添附。从物理形态上来讲，经过人工固岛后的岛礁既不是完全自然形成也不属于完全人工建造。对岛礁的维护行为不会影响原岛礁的法律地位，但是经过人工添附后的岛礁的法律地位在海洋法甚至国际法下都很难辨明。一般国际法及《联合国海洋法公约》均规定了不得滥用权利，所以不成比例的添附以及其产生的相应海域不应当被认可，这种不成比例的添附是指人工建造部分远远超出自然形成部分的添附，与之相对应的海域

① 高之国、贾兵兵：《论南海九段线的历史、地位和作用》，海洋出版社，2014 年，第 22 页。
② 2014 年 9 月 9 日外交部例行记者会发言人表态。
http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/wjdt_611265/fyrbt_611275/t1189387.shtml
③ “中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件”（2014 年 12 月 7 日），第 21 段。http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1217143.shtml
④ 专属经济区设立的主要目的是为保护沿海国和其沿海居民的经济利益。See Leticia Diaz, Barry Hart Dubner and Jason Parent: When a “rock” an “island”?: another unilateral declaration defies “norms” of international law. Michigan State Journal of International Law. Vol. 15. 2007. p.543.
⑤ Artificial Islands and Structures as a Means of Safeguarding State Sovereignty against Sea Level Rise. A Law of The Sea Perspective.pp.15-16.
⑥ Alfred H. A. Soons, Artificial Islands and Installations in international law,Occasional Paper Series Law of the Sea Institute University of Rhode Island, July 1974, p.18.

扩张既包括岛屿因面积扩大而相应扩大的海域，也包括岩礁因面积扩大而可能产生的专属经济区和大陆架。尽管如此，由于“岩礁条款”和“人工岛屿条款”的表述均模糊不清，因此无法得出一个统一的结论认为经过人工扩建的岩礁可以成为岛屿或人工岛屿。

除此之外，国家本身对其人工加固岛礁产生海域的主张、其他国家的态度以及历史性权利均可能影响相应岛礁的海洋权利。随着海平面上升导致的岛国被淹没的危险，国家不再仅仅为自保而进行“维护行为”，还可能为自保而进行“建造行为”，这种建造行为的法律效果同样不能在当前国际法下找到依据，因而，关于海洋法下的“岩礁条款”和“人工岛屿条款”均需要得到完善。[①]

① 参见卢芳华：“岩礁概念界定的缺失及其影响”，载于《广西社会科学》，2014 年第 8 期（总第 230 期）； 邹克渊认为，最好是通过 ITLOS 发布咨询意见对《海洋法公约》第 121（3）条作出权威的解释，see Zou Keyuan, The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes over the Spratly Islands,at the 2nd International Workshop on the South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development, Ho Chi Minh City, Vietnam, 10 -12 November, 2010.
http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/second-international-workshop/597-the-impact-of-artificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-sparatly-islands-by-zou-keyuan； Elferink 认为较为稳妥的办法是在 DOALOS 的主持下召开专家会议并通过对第 121（3）条的解释具有指导意义的报告，see Alex G. Oude Elferink , Clarifying Article 121(3) of the Law of the Sea Convention:The Limits Set by the Nature of International Legal Processes,p.64； also see Grigoris Tsaltas,Tilemachos Bourtzis and Gerasimos Rodotheatos, Artificial Islands and Structures as a Means of Safeguarding State Sovereignty against Sea Level Rise. A Law of The Sea, at 6th ABLOS Conference “Contentious Issues in UNCLOS - Surely Not?”, International Hydrographic Bureau, Monaco, 25-27 October 2010.pp16-17.http://www.iho.int/mtg_docs/com_wg/ABLOS/ABLOS_Conf6/S2P3-P.pdf.

参 考 文 献

[1][英]詹宁斯，瓦茨修订，《奥本海国际法》，王铁崖，李适时，汤宗舜，周仁译，中国大百科全书出版社，1998 年，第一卷第二分册。

[2]王铁崖主编：《国际法》，法律出版社，1991 年。

[3]周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社，2008 年。

[4]高之国、贾兵兵：《论南海九段线的历史、地位和作用》，海洋出版社，2014 年。

[5] [美]路易斯·B·宋恩、克里斯汀·古斯塔夫森·朱罗、约翰·E·诺伊斯、埃里克·弗兰克斯：《海洋法精要》，傅崐成等译，上海交通大学出版社，2014 年，

[6]车玉琪：岛屿法律制度研究——论我国南沙岛礁的法律地位与划界效力，[学位论文]，中国海洋大学，2012 年。

[7]Robert W. Smith & Bradford Thomas：“岛屿争端和海洋法：主权和划界争端评析”，赵秋丹译，载于傅崐成等编译：《弗吉尼亚大学海洋法论文三十年精选集 1977-2007》（第二卷），厦门出版社，2010 年，第 534 页-第 543 页。

[8]赵理海：“关于南海诸岛的若干法律问题”，载于《法制与社会发展》，1995 年第 4 期，第 50 页-第 63 页。

[9]金永明：“岛屿与岩礁的法律要件论析——以冲之鸟问题为研究视角”，载于《政治与法律》，2010 年第 12 期，第 99 页-第 106 页。

[10]黄瑶、卜凌嘉：“论《海洋法公约》岛屿制度中的岩礁问题”，载于《中山大学学报（社会科学版）》，2013 年第 4 期，第 53 卷（总第 244 期），第 174 页-第 188 页。

[11]白续辉：“解读岩礁问题的‘东南亚特色’：以学者观点为视角”，载于《东南亚研究》，2014 年第 3 期，第 11 页-第 17 页。

[12]薛桂芳：“岩礁应拥有多大的海域？——以冲之鸟礁为例”，载于《中国海洋法学评论》，2011 年第 1 期，第 35 页-第 59 页。

[13]谈中正：“科技发展与法律因应：人工固岛的国际法分析”，载于《武大国际法评论》第十六卷（第二期），第 71 页-第 95 页。

[14]卢芳华：“从日本外大陆架划界案看冲之鸟礁之法律属性”，载于《华北科技学院学报》，第 9 卷第 3 期，2012 年 7 月，第 101 页-第 106 页。

[15]樊懿：“南海诸岛的法律地位”，载于《温州大学学报·社会科学版》第 27 卷第 3 期，2014 年，第 29 页-第 37 页。

[16]白续辉：“规避‘人工岛屿陷阱’：海洋岛礁的‘经济生活’概念及海洋旅游的特殊价值”，载于《中山大学法学评论》，第 12 卷第 1 辑，第 201 页-第 229 页。

[17]卢芳华：“岩礁概念界定的缺失及其影响”，载于《广西社会科学》，2014 年第 8 期（总第 230 期），第 86 页-第 91 页。

[18]Victor Prescott and Clive Schofield, The Maritime Political Boudaries of the World, 2nd edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

[19]Philip C.Jessup ,The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction,

G.A.Jennings Co.,Inc,.1927.

[20]Clive R.Symmons, The Maritime Zones of Islands in International Law, Martinus Nijhoff Publishers,1979.

[21]Nikos Papadakis,The Internatioanl Legal Regime of Artificial Islands,Sijthoff Publications on Ocean Development,1977.

[22]Myres S. McDougal and William T. Burke, Public Order of the Oceans, Yale University Press,1962.

[23]Myron H. Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary, Volume II, Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne ed., Martinus Nijhoff Publishers 1993.

[24]Alfred H. A. Soons, Artificial Islands and Installations in international law,Occasional Paper Series Law of the Sea Institute University of Rhode Island, July 1974.

[25]Clive Howard Scolfield, The Trouble with Islands, A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Laws in The Faculty of Graduate Studies, the University of British Columbia, August 2009.

[26]Marius Gjetnes, The Legal Regime of Islands in the South China Sea, Master Tesis of Law , A Thesis Submitted to Department of Public and International Law, University of Oslo,October 2000.

[27]Zou Keyuan, The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes over the Spratly Islands,at the 2nd International Workshop on the South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development, Ho Chi Minh City, Vietnam, 10 -12 November, 2010.

[28]Grigoris Tsaltas,Tilemachos Bourtzis and Gerasimos Rodotheatos, Artificial Islands and Structures as a Means of Safeguarding State Sovereignty against Sea Level Rise. A Law of The Sea, at 6th ABLOS Conference “Contentious Issues in UNCLOS - Surely Not?”, International Hydrographic Bureau, Monaco, 25-27 October 2010.

[29]Yann-huei Song, Okinotorishima: A “Rock” or an “Island”? Recent Maritime Boundary Controversy between Japan and Taiwan/China, in Yann-huei Song and Jon M.Van Dyke,Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea,Martinus Nijhoff Publishers,2009. pp.145-176.

[30]Bing Bing Jia, A Preliminary Study of the Problem of the Isle of Kolbeinsey, *Nordic Journal of International Law*,Vol 66, 1997, pp.301-318.

[31]Clive R.Symmons, Some Problems Relating to the Definition of Insular Formations in International Law: Islands and Low-Tide Elevations, *International Boundaries*

Research Unit Maritime Briefing,Vol.1. No. 5.1995..
[32]Leticia Diaz, Barry Hart Dubner and Jason Parent: When a “rock” an “island”?: another unilateral declaration defies “norms” of international law. *Michigan State Journal of International Law*. Vol. 15. 2007. pp.519-555.
[33]D.H.N. Johnson, Artificial Islands, *The International Law Quarterly*, Vol.4. 1951.p.203-215.
[34]Jonathan I. Charney, Rocks that Cannot Sustain Human Habitation, *American Journal of International Law*, Vol.93,1999, pp.863-878.
[35]Alex G. Oude Elferink , Clarifying Article 121(3) of the Law of the Sea Convention:The Limits Set by the Nature of International Legal Processes,*Boundary & Security Bulletin*, Vol.6,no.2,1998,pp.58-68.
[36]Andrew L. Silverstein,Okinotorishima: Artificial Preservation of a Speck of Sovereignty, *Brooklyn Journal of International Law*,Vol 16:2, 1990, pp.409-432.
[37]Report of the International Law Commission Covering the Work of its Eight Session, U.N. Doc. A/3159 (supp),1956.
[38]Order of Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), ITLOS, 8 October 2003.
[39] Summary of the Judgment of 3 February 2009, Maritime Delimitation of the Black Sea (Romania v. Ukraine), ICJ, 3 February 2009.
[40]大陆架界限委员会网站：日本划界案。
[41]大陆架界限委员会网站：马来西亚与越南联合划界案。
[42]大陆架界限委员会网站：第24届会议“大陆架界限委员会主席关于委员会工作进展情况的说明”。
[43]中华人民共和国外交部网站:“中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件”（2014年12月7日）。
[44]《领海与毗连区公约》
[45]《大陆架公约》
[46]《大陆架界限委员会议事规则》
[47]《联合国海洋法公约》

网络恐怖主义对国家主权的挑战及对策*

谭畅**

[摘要] 网络恐怖主义已经成为二十一世纪恐怖主义活动的主要方式,给国家主权和国际社会的和平与安全带来巨大挑战。目前国际上尚未达成关于网络恐怖主义的统一定义，普遍认为，网络恐怖主义是国际恐怖主义在网络空间的延伸，它具备传统恐怖主义的所有共性，而且比传统恐怖主义具有更加明确的非对称性与高隐蔽性，侦查和归责难度大。普遍性国际反恐公约虽然不能直接适用于打击网络恐怖主义，但可以通过条约解释的方式扩大其适用范围，国际法的基本原则和规则亦适用于网络空间。在联合国的框架下已经形成较为完善的打击网络恐怖主义的机制。我国国家主权和安全受到网络恐怖主义的威胁，应当在完善我国反恐法律制度的基础上，通过加强国际合作，应对此项危机。

[关键词] 网络恐怖主义；国家主权；国际合作

网络恐怖主义已经不是一个危言耸听的传闻，近年来发生在世界各地的恐怖袭击大多与网络恐怖主义有关联。2004 年美国政府发布的对 911 事件的调查报告显示，基地组织在针对美国的恐怖袭击中大量使用互联网进行恐怖活动的策划与协调工作。2011 年 8 月英国伦敦等地出现的严重骚乱中，网络和社交媒体被骚乱分子用来互通声气、推波助澜，让英国政府意识到网络恐怖主义的严重威胁。近年来“东伊运”恐怖组织在中国境内发动的一系列恐怖袭击均为通过互联网策划和煽动。网络恐怖主义不仅仅是恐怖主义的一种新手段，而是“一个非传统安全领域的新的全球性问题”。[2]

一、国家主权内涵在网络空间的延展

国家主权的内涵与范围不是一成不变的，随着人类活动空间的拓展，国家主权概念的内涵发生了深刻的变化，从最初的陆地逐渐延伸至海洋甚至天空。不同于传统的陆、海、空、天这类界限明确的有形空间，网络空间是一个由相互依赖的信息技术网络组成的网络信息环境下的全球域（global domain），包括互联网，电讯网络，计算机系统和内含的处理器与控制器。威斯特伐利亚体系中的主权概念是与一定的地理空间相联系的，而虚拟的网络空间却与地理空间相对疏离。[3]传统的国家主权原理在虚拟网络空间的适用经历了一个从无到有的过程。

* 本文是西南政法大学 2014 年度研究生科研创新计划博士重点项目“网络恐怖主义对国家主权挑战及对策研究”（批准号：XZYJS2014007）的研究成果。作者的观点尚不成熟，有待完善。

** 作者简介：谭畅，女，广西桂林人，西南政法大学国际法学院国际法学专业 2014 级博士研究生，研究方向：国际公法。

[2] 俞晓秋：“全球信息网络安全动向与特点”，载《现代国际关系》2002 年第 2 期，第 37 页。

[3] 刘连泰：“信息技术与主权概念”，载《中外法学》2015 年第 2 期，第 505 页。

4

（一）初期阶段：自成一体的网络空间

相比其他的通信技术，网络通信的成本更低而且更加迅捷，它能够提供同时跨越多个国家的交易活动，而且对其的侦查和定位非常困难。1996 年世界经济论坛上，电子前哨基金会的创始人之一的约翰·佩里·巴洛发表了《网络空间独立宣言》，称网络空间没有国家的界限，国家主权不存在于网络空间。[5]在很多网络组织及其支持者看来，该宣言表达了网络空间的主权属于用户而不是国家或政府，传统的国家主权对网络空间并不适用。[6]有学者认为，网络空间创造了一个人类活动的新领域，这个领域不受领土的限制，侵蚀了以地理边界为基础的法律的适用性和合法性。[7]任何一个地理位置所发生的事件应当由其所处的主权实体适用相关的法律进行规制，他们认为，网络空间的跨国性与虚拟性破坏了这种对应关系。正因为如此，网络空间是一个自成一体的特殊领域，独立于国家的主权管辖，这类观点曾经在上世纪末期大行其道。[8]

（二）后期发展："再主权化"的网络空间

随着互联网的发展和普及，网络空间亟需国家和国际社会建立一套法律规则用以规范日益增多和复杂化的网络活动，明确各类行为主体的活动性质和可归责性，因此，国家主权原则被引入了网络空间法律规制中。[9]各国在网络空间和信息安全领域受到日益严峻的挑战，作为回应，网络空间的"再主权化"成为网络政治发展的新态势。[10]

1.网络主权的国际法确认

2003 年的信息社会世界峰会第一阶段会议上，国际社会首次公开承认国家在网络空间享有主权。会议通过了题为《建设信息社会：新千年的全球性挑战的原则宣言》（以下简称为《原则宣言》），其中第 49 条第 1 款规定，"与互联网有关的公共政策问题的决策权是各国的主权，对于与互联网有关的国际公共政策问题，各国拥有权利并负有责任。"2005 年信息社会世界峰会第二阶段会议通过了《信息社会突尼斯议程》，该文件的第 35 条第 1 款重申了《原则宣言》中关于国家在网络空间享有主权的表述。

2013 年 6 月 24 日，联合国大会发布了联合国信息安全政府专家组报告"从国际安全的角

[4] See Duncan B. Hollis, Re-Thinking the Boundaries of Law in Cyberspace: A Duty to Hack?, in Cyberwar: Law & Ethics for Virtural Conflicts (J. Ohlin et al. Eds., forthcoming 2015) (mannuscript at 3-7), available at SSRN.

[5] John Perry Barlow, A Declaration of the Independence of Cyberspace (Electronic Frontier Foundation，9 February 1996), see https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html，该文的中文译文载高鸿钧（主编）：《清华法治论衡》（第四辑），清华大学出版社，2004 年。

[6] Kristen E. Eichensehr, "The Cyber-Law of Nations", 103 Georgetown Law Journal 317, January 2015, p. 326.

[7] David R. Johnson, David Pose, Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace, 48 Stanford Law Review, 1367 (1996).

[8] See Timothy S. Wu, Note, Cyberspace Sovereignty?-The Internet and the International System, 10 Harvard Journal of Law and Technology 647, 648 (1997)

[9] Duncan B. Hollis, An e-SOS for Cyberspace, 52 Harvard International Law Journal, 373-404, 2011.

[10] 刘杨钺，杨一心："网络空间'再主权化'与国际网络治理的未来"，载《国际论坛》2013 年第 6 期，第 1 页。

度来看信息和电信领域的发展”（以下简称为“2013 年联合国专家组报告”），报告第 20 条指出：“国家主权和主权概念衍生出来的国际规范和原则，适用于国家开展的信息通讯技术活动，国家对其领土上信息通讯技术基础设施的享有管辖权。”该条款的本质就是承认了国家的“网络主权”。[11]

2.网络主权的中国立场

2010 年《中国互联网状况白皮书》首次表明了中国政府关于网络主权的观点，“中国政府认为，互联网是国家重要基础设施，中华人民共和国境内的互联网属于中国主权管辖范围，中国的互联网主权应受到尊重和维护。”2012 年 10 月，时任外交部条法司司长的黄惠康在“网络空间布达佩斯会议”上再次强调了“网络主权”原则，重申了《原则宣言》中关于“互联网公共政策的决策权是各国的主权”这一声明。

国家主权原则是否适用于网络空间？我国学者对此问题持有的观点比较一致，认为在当前的国际现实条件下，网络虚拟主权是存在的，网络主权由国家主权在网络空间的自然延伸而形成，是国家主权的一个重要组成部分，网络主权的主要内容是国家行使在网络空间的管辖权。[12]网络主权体现为对内和对外两个方面，对内体现为国家对其领域内任何信息的制造、传播和交易活动拥有最高权利；对外体现为国家有权决定采取何种方式，以什么样的程度参与国际信息活动，在网络空间利益受到它国侵犯时采取措施进行保护，决不允许任何外来干涉。[13]

3.不同声音：国家主权并非及于网络空间

由北约卓越合作网络防御中心组织国际法、国际问题和军事专家编写的《适用于网络战争的塔林国际法手册》（以下简称为《塔林手册》）第一条规则即明确了“主权”的规定，但是与 2013 年联合国专家组报告不同的是，《塔林手册》称国家对网络空间本身并没有主权，国家主权的行使对象仅限于在其境内的网络基础设施以及与之相关的网络活动。[14]《塔林手册》的作者回避了网络空间是否有主权这一难题，仅将网络空间外化为一种物理存在来适用国际法，以有形的网络基础设施和网络行为为网络空间主权行使勾画范围，使一个虚拟的空间有

---

[11] United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Fields of Information and Telecommunications in the Context of International Security (24 June 2013), A.68/98, para.20.

[12] 李鸿渊：“论网络主权与新的国家安全观”，载《行政与法》2008 年第 8 期，第 115 页。杨琳瑜：“网络主权视野下的互联网建设、运用、管理——‘谷歌事件’事件的理性解读及其启示”，载《云南行政学院学报》2011 年第 1 期，第 105 页。曹磊：“网络空间的数据权研究”，载《国际观察》2013 年第 1 期，第 56 页。朱莉欣：“《塔林网络战国际法手册》的网络主权观评介”，载《河北法学》2014 年第 10 期，第 131 页。杨嵘均：“论网络空间治理国际合作面临 的难题及其应对策略”，载《南京工业大学学报（社会科学版）》2014 年第 4 期。

[13] 杨琳瑜：“网络主权视野下的互联网建设、运用、管理——‘谷歌事件’事件的理性解读及其启示”，载《云南行政学院学报》2011 年第 1 期，第 107-108 页。

[14] Michael N. Schmitt ed., Tallinn Manual on the International Law applicable to Cyber Warfare, Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 16.

了一个现实世界的链接，网络空间的主权行使成了特定行为的物的强调。[15]

二、网络恐怖主义的界定

由于国家主权观念在网络空间的长期缺位，互联网遭到大规模非法滥用，网络空间成为了犯罪分子的天堂，传统的恐怖主义也在网络空间中找到了自己的栖身之所。相较于普通犯罪，恐怖分子利用计算机网络开展恐怖主义活动对国家主权和国际社会的和平与安全造成了更加严重的后果。[16]

（一）网络恐怖主义定义之争

网络恐怖主义是传统意义上的恐怖主义在网络化时代的新变化，它具有传统恐怖主义的所有特征，同时因为网络元素的加入被赋予了新的内涵。正如对“恐怖主义”的定义尚无国际统一的认识，目前，国际上对于“网络恐怖主义”也不存在统一的定义。因此，我们只能从学理、国际条约和某些国家的国内法中对“网络恐怖主义”的定义中窥见一二。

1.“网络恐怖主义”法理定义的缺失

目前国际社会陆续通过了 18 个打击恐怖主义的普遍性国际条约、议定书和修正案，但是这些普遍性国际公约中都没有对“网络恐怖主义”的定义，甚至根本没有“网络恐怖主义”这个概念。

有学者认为 2000 年英国议会通过的《反恐怖主义法案》是国际上第一部规定网络恐怖主义的法律。[17]但是纵观全文后可知，《反恐怖主义法案》只有第 1（2）（e）条规定了“故意严重干扰或者瓦解一个电子系统”的恐怖活动属于恐怖主义行为，该法案并没有明确出现“网络恐怖主义”的概念。[18]

2001 年美国颁布的《使用适当之手段来阻止或避免恐怖主义以团结并强化美国的法律》（以下简称《爱国者法案》）中第一次正式使用了“网络恐怖主义”这个法律术语，但是《爱国者法案》也没有给出“网络恐怖主义”的明确定义。

2001 年 11 月 23 日，欧洲委员会成员国和加拿大、日本、美国、南非在布达佩斯签署世界上第一个针对网络犯罪的有强制拘束力的国际公约《网络犯罪公约》。该公约中没有明确提到网络恐怖主义问题，但是在公约在其实施过程中将涉及犯罪的网络恐怖主义行为作为打击目标。

2.“网络恐怖主义”学理定义

学界通常认为，美国加州安全与智能研究所的研究员巴里·科林是最早提出“网络恐怖主

---

[15] 朱莉欣：“《塔林网络战国际法手册》的网络主权观评介”，载《河北法学》2014 年第 10 期，第 131 页。
[16] [加]唐纳德·K·皮雷格夫：“打击网络犯罪和网络恐怖主义中的国际合作”，卢建平，王君祥，杨易龙译，载《法学家》2003 年第 4 期，第 61 页。
[17] 皮勇：“论网络恐怖活动犯罪及对策”，载《武汉大学学报（人文科学版）》2004 年第 9 期，第 582 页。
[18] 朱永彪，任彦：《国际网络恐怖主义研究》，北京：中国社会科学出版，第 5 页。

义”概念的人，[19]他将网络恐怖主义定义为网络空间与恐怖主义结合的现象，指一种由国家或非国家主使的、针对信息、计算机程序和数据以及网络系统带有明确政治目的的攻击行动。[20]此后，陆续有大量研究恐怖主义和国家安全的学者、机构在专著、论文、报告中从不同的研究角度为“网络恐怖主义”下定义。[21]对学界现有的关于网络恐怖主义的定义进行归纳总结，网络恐怖主义的内涵至少应当包括以下几个方面：

第一，网络恐怖主义信息技术高度发达和广泛普及的社会副产物，是传统恐怖主义在网络空间的延伸，它具有传统恐怖主义的共性，即通过对一国或数国的民众或设施实施攻击行为或威胁攻击，造成人身伤亡或财产损失，并引起广泛的心理恐慌，以实现或传播某种政治性或泛政治性的要求。

第二，网络恐怖主义的行为者具有多样性，包括国家、非国家行为体即传统意义上的恐怖组织，以及个人即从事恐怖主义性质活动的黑客行为。[22]

第三，网络恐怖主义的攻击手段涉及计算机网络技术的应用，这包括工具型网络恐怖主义和目标型网络恐怖主义，[23]前者指将网络作为实施恐怖主义活动的工具，比如网上散布恐怖信息、网上招募人员从事恐怖活动、网上筹措恐怖活动资金、网上组织策划恐怖袭击等；后者指将网络作为恐怖主义活动的攻击对象，比如通过黑客或网络病毒使得网络通信暂时或永久瘫痪。[24]

（二）网络恐怖主义的特点

网络恐怖主义是近年来最显著的两种社会现象的结合，即国际社会和主权国家对网络的愈发依赖，以及恐怖主义对国家主权和国际和平与安全愈发严峻的挑战。[25]网络恐怖主义的特点即是网络和恐怖主义各自特点的双重叠加。

第一，网络恐怖主义具有非对称性，它的攻击成本低、恐怖后果严重。一般的交战活动中，交战双方的武装力量在一定程度上是对等的状态，而传统的恐怖主义活动则因为双方的实力严重不对称而被纳入“非对称战争”（asymmetric warfare）形式中，网络恐怖主义活动更

---

[19] 1996 年第 11 届犯罪与司法国际年会（11th Annual International Symposium on Criminal Justice）上，巴里·科林发表题为 The Future of CyberTerrorism: Where the Physical and Virtual Worlds Converge 的演说，该文章于次年刊登在 Crime and Justice International 杂志上，作者在文中明确表示，CyberTerrorism 一词是他十年前即 1986 年创造的。See Barry Collin, “The Future of CyberTerrorism: Where the Physical and Virtual Worlds Converge,” Crime and Justice International Journal , Vol. 13, Iss. 2, 1997.

[20] 郑永红：“网络恐怖主义的防范”，载《湖北社会科学》2004 年第 4 期。

[21] 参见永彪，任彦：《国际网络恐怖主义研究》，中国社会科学出版社，2014 年 7 月，第 5-10 页。

[22] 网络恐怖主义黑客与一般黑客的区别在于，前者与特定的政治或意识形态组织协同战斗以支持其行动。参见[新西兰]Lech J. Janczewski，[美]Andrew M. Colarik 等著：《赛博战与赛博恐怖主义》，陈泽茂，刘吉强等译，北京：电子工业出版社，2013 年 3 月，第 73 页。“伊尔哈比 007”案是众多网络恐怖主义黑客案中的典型案例。参见朱永彪，任彦：《国际网络恐怖主义研究》，中国社会科学出版社，2014 年 7 月，第 62-71 页。

[23] 朱永彪，任彦：《国际网络恐怖主义研究》，中国社会科学出版社，2014 年 7 月，第 19 页。

[24] 笔者认为，运用计算机技术实施恐怖主义活动应当是网络恐怖主义区别于传统恐怖主义的重要特点之一，如果是以武力方式毁坏信息网络基础设施，从而导致网络通信受到影响的行为，不应当定义为网络恐怖主义行为。

[25] Christopher E. Lentz, “A State’s Duty to Prevent and Response to Cyberterrorist Acts,” 10 Chicago Journal of International Law 799, p. 799.

是成倍地放大了传统恐怖主义活动中敌对双方的力量不对称性。在网络恐怖主义活动中，一个拥有基本网络技术的人和一台联网的计算机，就可能对实力强大的对手造成致命的打击，而且，越是信息化水平高、网络通信依赖性强的现代化国家，遭到网络恐怖主义袭击后的的恐怖后果就越严重。[26]

第二，网络恐怖主义活动的隐蔽性高，监控难度大。被称为“后现代恐怖主义”的网络恐怖主义有着更加松散的组织结构和去中心化（decentralized）的特征，网络恐怖主义攻击的发动十分容易，而对其的监管和控制却异常困难。只要有互联网存在的地方就可能发动网络恐怖主义袭击，加上网络空间具有匿名性和全球性的特点，现有技术很难在短时间内追踪和侦查发动网络恐怖主义活动的个人、组织或国家。网络空间使得恐怖分子在开展恐怖活动时更加灵活、分散，不受制于地理空间的限制，网络恐怖活动的归责难度也更大。

（三）网络恐怖主义对国家主权的威胁

网络恐怖主义比传统的恐怖主义危害性更大，对国家主权和国家政治安全带来了新的威胁和挑战，因此，网络恐怖主义被西方国家的安全部门称为当下最为忧虑的敌人。网络恐怖主义对国家主权的威胁主要表现在以下两个方面：

第一，网络黑客通过计算机病毒发动攻击，导致国家重要基础设施网络瘫痪，甚至一国网络全面瘫痪。2006 年，伊朗违背协议，在纳坦兹工厂安装使用大批离心机生产浓缩铀，重启核计划。美国和以色列情报机构利用“震网病毒”（Stuxnet）破坏离心机的程序使其无法正常工作，从而使得伊朗核电站延迟投入使用。2014 年 11 月，索尼电影娱乐公司遭到黑客攻击，导致大量商业信息泄露，此举被美国政府定性为恐怖威胁。同年 12 月底，朝鲜也受到大规模的网络攻击，全国网络系统全面瘫痪，虽无确切证据，但朝鲜方面称是遭到美国的报复。

第二，传统恐怖组织以网络为媒介进行恐怖主义活动。近年来，越来越多的激进团体和极端分子以互联网为媒介进行恐怖主义活动，主要通过在网络上发布恐怖文章、音频、视频，或者传播恐怖主义思想、招募恐怖分子、筹措恐怖活动资金。“东伊运”恐怖分子针对我国的恐怖袭击主要就是通过这样的方式。最近在中东地区活跃的极端恐怖组织“伊拉克和黎凡特伊斯兰国”（ISIS）也擅长利用网络，尤其是社交网络平台，作为其宣传恐怖主义思想、制造恐怖气氛、招募人员和筹集资金的主要渠道。“极端组织网络化”的发展趋势使得恐怖主义在全球的蔓延速度大为增加，危险性也愈发提高。

三、打击网络恐怖主义的国际法规制

[26] Different societies are vulnerable to cyberterrorism in different degrees in accordance with their level of dependence on technology and computer networks. The more dependent a state is on electronic communications and information processing networks, the more vulnerable to cyberterrorism it will be. See Gabriel Weimann, Terror on the Internet: The New Arena, the New Challenges, Washington DC, United States Institute of Peace Press, 2006, p. 148.

（一）打击网络恐怖主义的国际条约

1.现有的国际反恐公约对网络恐怖主义的适用性

在国际联盟时期，世界各国已经将打击恐怖主义提上议程。1937 年，国际联盟通过了《预防和惩治恐怖主义公约（草案）》，然而该草案从未生效。自 1963 年以来，在联合国等国际组织的推动下，国际社会陆续通过了 18 个打击恐怖主义的普遍性国际条约、议定书和修正案。[27]

（1）《关于在航空器内犯罪和其他某些行为的公约》（1963，东京）

（2）《关于制止非法劫持航空器的公约》（1970，海牙）

（3）《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（1971，蒙特利尔）

（4）《关于防止和算不算侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》（1973，纽约）

（5）《反对劫持人质国际公约》（1979，纽约）

（6）《核材料实物保护公约》（1980，纽约）

（7）《制止危及海上航行安全非法行为公约》（1988，罗马）

（8）《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》（1988，罗马）

（9）《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的议定书》（1988，蒙特利尔）

（10）《关于注标塑性炸药以便探测的公约》（1991，蒙特利尔）

（11）《制止恐怖主义爆炸的国际公约》（1997，纽约）

（12）《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》（1999，纽约）

（13）《制止危及海上航行安全非法行为公约议定书》（2005，罗马）

（14）《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书的议定书》（2005，伦敦）

（15）《制止核恐怖主义行为国际公约》（2005，纽约）

（16）《核材料实物保护公约修正案》（2005，纽约）

（17）《关于制止非法劫持航空器的公约的议定书》（2010，北京）

（18）《制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》（2010，北京）

上述这些公约规制的均为恐怖主义活动所针对的具体对象，包括民用航空器，外交代表、核材料、海上航行或海上平台等，并没有提及网络恐怖主义的形式。是否可以通过条约解释的方式将上述反恐公约和议定书适用于打击网络恐怖主义活动呢？

有学者认为，国际条约是“具有生命力的法律文件”（living documents），因此，可以在合

[27] 数据来源： http://www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml, United Nations Action to Counter Terrorism.

理的范围内对条约进行偏离其严格字面解释的方式进行解释，将条约适用于新的情势中。[28]一般认为，条约解释的规则规定在《维也纳条约法公约》中。按照《公约》的规则，解释条约有一定的顺序要求，即首先应当对条约进行“字面解释”，即依照条约的用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。如果“字面解释”无法得出结论或者得出结论显然荒谬时，则采用“补充解释”的方法，使用条约的准备工作及缔约情况在内的文件进行解释。

以 2010 年《制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》（以下简称为“《公约》”）为例，该《公约》第一条列举了被认为是犯罪的数种行为，但是没有限制实施犯罪的方式，即如果是通过互联网手段实施了恐怖主义活动，达到了《公约》中所规定的“毁坏使用中的航空器，或对该航空器造成损坏，而使其不能飞行或可能危及其飞行安全”，或者“毁坏或损坏空中航行设施，或妨碍其工作，如任何此种行为可能危及飞行中的航空器的安全”的效果，应当也可以认为是从事恐怖主义活动从而入罪。[29]

因此，虽然囿于时代和社会发展，上述反恐公约既没有在条文中提及网络恐怖主义，各主权国家在谈判和签署上述公约时，并没有将网络恐怖主义行为考虑在内。但是通过对公约条款的用语进行扩张解释，仍然可以将互联网作为恐怖主义活动工具的网络恐怖主义行为纳于反恐公约的打击目的之下。

2.制定专门性反网络恐怖主义国际条约的可行性分析

学界曾经有一段时间内认为，传统的国际法原则和规则并不适用于网络空间，我们应当为网络空间制定一套专门的法律规则。网络并不是我们第一次碰到的棘手问题，每当有一种新技术出现时，国际上都有要求针对该技术的实施运用制定新的规则的呼声。然而，只有极少数情况下才会针对一种新技术和新情况制定专门的法律规则。

2000 年 8 月，斯坦福大学推出了国际上第一个旨在打击网络恐怖主义的普遍性公约提案——“打击网络犯罪与恐怖主义国际公约的建议”（A Proposal for an International Convention on Cyber Crime and Terrorism）。[30]其中列举了制定专门性多边公约规制网络犯罪和网络恐怖主义活动的多项理由：（1）网络犯罪是跨国性的，应当需要跨国行动予以回应；（2）网络犯罪者利用国家在立法和执法方面的缺陷，将其他国家置于危险当中，这些危险已经超出国家自身或者通过双边合作能够解决的范畴；（3）网络活动的发展速度和技术复杂性要求对国际合作作出提前和共同的安排；（4）一项多边公约有利于提高各国在打击网络犯罪和恐怖主义方面

[28] Aviv Cohen, “Cyberterrorism: Are We Legally Ready?”, 9 Journal of International Business and Law 1, 2010, pp. 11-12.
[29] See H. H. Whiteman, “Cyber Terrorism and Civil Aviation,” in Abraham D. Sofaer, Seymour E. Goodman ed., *The Transnational Dimension of Cyber Crime and Terrorism,* Standford: Hoover Institution Press, 2001, pp. 74-89.
[30] Abraham D. Sofaer, Seymour E. Goodman et al., A Proposal for an International Convention on Cyber Crime and Terrorism, Hoover Institution, Stanford University (2000)

的有效性；（5）成立一个国际机构来提供国际论坛、回应技术发展以及为发展中国家提供技术帮助。

也有机构和学者对此问题持有不同的观点。国际社会和各国权国家都认为一般的习惯国际法应当适用于网络空间。[31]撰写《塔林手册》的国际法学者专家们也一致认为，“国际法的基本原则和规则适用于网络空间”。[32]欧洲委员会下调的恐怖主义专家委员会认为，就目前看来还没有必要为使用互联网从事恐怖主义活动的行为（包括对计算机网络实施恐怖主义攻击的行为）制定一项单独的公约，因为“针对计算机系统的大规模攻击行为已经被《网络犯罪公约》涵盖了。”[33]但是应当考虑到的是，《网络犯罪公约》的强制拘束力仅局限于缔约国之间，而且该《公约》并没有将网络恐怖主义作为打击目标。[34]

（二）联合国框架下打击网络恐怖主义的行动

除了国际法的支持，在联合国框架下行动也是打击网络恐怖主义的的必要手段。

早在 1997 年 1 月 16 日，联合国大会通过决议，要求联合国各会员国“注意恐怖分子使用电子通信系统和网络实施犯罪活动的危险”。[35]2006 年 9 月 8 日，第六十八届联合国大会通过了《联合国全球反恐战略》（United Nations Global Counter-Terrorism Strategy）。这份决议中，联合国首次明确了在适当顾及保密、尊重人权和遵守国际法义务的前提下，加强国际和地区层面的合作，打击互联网上一切形式的恐怖主义，同时也提出将利用互联网作为防止恐怖主义蔓延的工具。[36]

由联合国秘书长于 2005 年成立的联合国“反恐执行工作队”（以下简称为“工作队”）是联合国系统内部负责协调和组织反恐事项的机构，工作队的工作得到了《联合国全球反恐战略》的支持，2009 年，工作队根据联合国大会决定进行机构化改革，[37]在联合国政治事务部内设立了反恐执行工作队办公室（以下简称为“办公室”）。目前工作队由 34 个机构实体组成，[38]这些实体通过各自的工作，在反恐活动中发挥着重要作用。“制止利用因特网进行恐怖活动工作

---

[31] Wolff Heintschel von Heinegg, “Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace”, *International Law Studies*, 2013, pp. 123-124.

[32] Michael N. Schmitt ed., Tallinn Manual on the International Law applicable to Cyber Warfare, Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 13.

[33] Council of Europe Committee of Experts on Terrorism (CODEXTER), Opinion of the Committee of Experts on Terrorism (CODEXTER) for the Attention of the Committee of Ministers on Cyberterrorism and Use of Internet for Terrorist Purposes (2008),at 1.转引自 Michael A. Vatis, “The Council of Europe Convention on Cybercrime”, Proceedings of a Workshop on Deterring CyberAttacks: Informing Strategies and Developing Options for U. S. Policy, 2010, at 219.

[34] The Convention only addresses ‘crimes committed via the Internet and other computer networks, dealing particularly with infringements of copyright, computerrelated fraud, child pornography and violations of network security’ (Convention on Cybercrime, n.d.) and does not specifically include cyberterrorism.

[35] G.A. Res. 51/210, P 3(c), U.N. Doc. A/RES/51/210 (Dec. 17, 1996).

[36] United Nations General Assembly Resolution A/RES/60/288, Annex Plan of Action, para. 12.

[37] United Nations General Assembly Resolution A/RES/64/235.

[38] http://www.un.org/zh/terrorism/ctitf/entities.shtml

组”是工作队的下设机构，旨在确定并汇聚为恐怖主义目的滥用因特网方面的利益攸关方与合作伙伴，滥用因特网包括利用网络从事激进活动，以及招募、训练、行动策划、筹资及其他活动。工作组旨在与会员国协力探究恐怖分子使用因特网的方法，对此带来的威胁进行量化，并研究在国家、区域和全球各级解决该问题的备选方案，包括在不损害人权、基本价值观和因特网本身的开放性前提下，联合国可能发挥的作用。[39]

911 事件之后中，联合国安理会通过了一系列反恐决议打造了安理会反恐框架，这些决议已经注意到恐怖分子利用网络技术开展恐怖活动这一问题并要求会员国采取适当措施予以打击。2001 年 9 月 28 日，联合国安理会通过第 1373 号决议要求会员国就“恐怖组织使用通信技术”的问题通过交换信息资料的方式加强国际合作。[40]2013 年 12 月 17 日，联合国安理会一致通过第 2129 号决议，其中提到了恐怖主义与信息通信技术特别是互联网逐渐结合的趋势，要求反恐委员会执行主任（Counter Terroism Committee Executive Director, CTED）在这个问题上加强与会员国、国际性和区域性组织、私人部门和民间社会的合作共同。[41]这是安理会首次明确要求各国就加强打击网络恐怖主义采取具体措施。2014 年，联合国安理会又相继通过第 2160，2161 号决议，表达对愈发普遍的利用互联网煽动、招募、资助和策划实施恐怖主义的行为的担忧，并号召会员国将用于包括提供互联网托管服务在内的所有金融和经济资源予以不拖延的冻结。[42]随后，安理会通过 2178 号决议，号召会员国将通过因特网、社会媒体等信息和通信技术手段为恐怖组织提供资助、武器，进行策划，或为其招募人员的个人、团体、企业和实体列入名单，同时敦促会员国协作采取措施，防止恐怖分子利用技术、通信和资源，包括利用音频和视频来煽动支持恐怖行为。

四、构建我国网络恐怖主义的防范机制

（一）网络恐怖主义与中国

我国国家安全长期受到来自“东伊运”为首的“东突”恐怖主义的威胁。从 2013 年 10 月 28 日发生在北京天安门附近的吉普车冲撞事件，到 2014 年 3 月 1 日发生在昆明火车站的砍杀事件，再到同年 4 月 31 日发生在鲁木齐火车站的爆炸、砍杀事件，以及同年 5 月 22 日和 7 月 28 日分别发生在乌鲁木齐和喀什莎车县的恐怖袭击事件，造成大量无辜民众伤亡和财产损失。近年来，“东突”恐怖势力将互联网作为实施恐怖活动的工具，在境外的非法网站上大肆发布恐怖文章、音频、视频，或者传播恐怖主义思想、招募恐怖分子、筹措恐怖活动资金，或者

[39] http://www.un.org/zh/terrorism/ctitf/wg_counteringinternet.shtml
[40] S.C. Res. 1373, P 3(a), U.N. Doc. S/RES/1373 (Sept. 28, 2001).
[41] S.C. Res. 2129, para. 14, U.N. Doc. S/RES/2129 (2013) (17 December, 2013).
[42] S.C. Res. 2160, para. 6, U.N. Doc. S/RES/2160 (2014) (17 June 2014), S.C. Res. 2161, para. 5, U.N. Doc. S/RES/2161 (2014) (17 June 2014)

直接煽动对中国政府和人民发动袭击。[43]中国公安部网络安全保卫局局长顾建国称，从中国警方破获的大量恐怖案件来看，恐怖分子大多曾因收听、观看过东伊运恐怖组织发布过的恐怖音视频，受过宗教极端思想的洗脑，恐怖音视频已经成为中国境内特别是新疆地区恐怖袭击多发的重要诱因。

这些通过网络进行煽动的恐怖活动很大一部分是在我国境外实施的，但是由于互联网的全球性，这些行为已经对我国的互联网空间产生了不良的影响，在我国民众中造成了恐慌，而且这些恐怖活动的后果发生在我国境内，对我国的国家安全和人民生命财产安全造成了严重威胁。这些非法行为挑战了我国在网络空间的主权和管辖权，不仅危害了中国安全与稳定，也助长了国际恐怖极端思潮的泛滥，给国际社会安全与稳定带来严重隐患。就长远看来，不排除恐怖分子将互联网作为恐怖袭击的目标，对我国的网络通信活动本身进行攻击的可能。

（二）我国反网络恐怖主义法律制度

我国打击恐怖主义活动的法律主要以刑事法律为主。1997 年《刑法》首次规定了组织、领导、参加恐怖组织罪，同时还规定了具体的恐怖主义犯罪形式，如危害航空安全、航海安全、核材料方面的犯罪。[44]911 恐怖袭击事件发生后，在恐怖主义肆虐全球的大背景下，我国积极响应联合国会反恐决议的号召，于 2001 年 12 月通过了《中华人民共和国刑法修正案（三）》，对对刑法典专门规定恐怖主义犯罪的条款进行修订并增设新的内容，第一，增设“资助恐怖活动罪”（增加第一百二十之一条）；第二，将恐怖活动犯罪列为洗钱罪的上游犯罪（修改第一百九十一条）；第三，增设“投放虚假的爆炸性、有毒有害性物质罪，编造恐怖信息罪，故意传播恐怖性谣言罪”（增加第二百二十之一条）等。

2011 年 10 月，十一届全国人大常委会第二十三次会议通过了《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》，这是我国第一个专门针对反恐工作的法律问题，迈出了反恐立法的第一步。该《决定》对恐怖活动、恐怖组织和恐怖人员做出了界定，成立国家反恐怖工作领导机构负责全国反恐工作的领导和指挥，各司法行政机关和军警单位密切配合，合作防范和打击恐怖主义活动。

2015 年 2 月，我国首部打击恐怖主义的专项立法《中华人民共和国反恐怖主义法（草案）》（以下简称为“《反恐法（草案）》”）进行了第二次审议。《反恐法（草案）》详尽地规定了我国的反恐工作机构与职责、安全防范、情报信息与调查、应对处置措施、恐怖活动组织和人员的认定、反恐国际合作、保障与监督以及法律责任等问题，并第一次在法律上明确了“恐怖

[43] 古丽燕：“新时期‘东突’恐怖组织加剧网络恐怖主义的渗透”，载《新疆警官高等专科学校学报》2013 年第 1 期，第 6 页。

[44] 王秀梅：“论恐怖主义犯罪的惩治及我国立法的发展完善”，载《中国法学》2012 年第 3 期，第 139 页。

主义”的概念。[45]笔者认为《反恐法（草案）》对“恐怖主义”的界定存在一定的问题。第一，按照我国的立法惯例，作为《反恐法（草案）》核心概念的“恐怖主义”等一系列定义，应当开宗明义地罗列在第一章“总则”的第二条，紧跟在立法目的与宗旨之后。而令人费解的是在本草案中，“恐怖主义”的一系列定义却被置于结尾处第十章的“附则”中，此举甚为不妥。第二，《反恐法（草案）》定义的“恐怖主义”包括了“思想、言论和行为”，这样的规定可能导致恐怖主义的打击面太大，而且将思想列为打击对象是欠缺可操作性的。第三，《反恐法（草案）》并没有明确将利用互联网进行恐怖主义活动或者将互联网及其基础设施作为攻击目标的行为规定为“恐怖主义活动”。

我国规制和打击网络恐怖主义主要是通过强化互联网信息管理制度的手段进行。从法律角度加强对互联网信息的管理和监控是打击网络恐怖主义的有效手段，此法已为世界上主要国家所采用。[46]1994 年，国务院通过《计算机信息系统安全保护条例》，规定“任何组织或个人，不得利用计算机信息系统从事危害国家利益、集体利益和公民合法利益的活动，不得危害计算机信息系统的安全。”2000 年 4 月，公安部通过《计算机病毒防治管理办法》，禁止任何单位和个人制作、传播计算机病毒。2000 年 9 月，国务院通过了《互联网信息服务管理办法》，规定了经营性互联网信息服务的许可制度和非经营性互联网信息服务有备案制度。2000 年 11 月，信息产业部颁布了《互联网电子公告服务管理规定》，规范电子公告信息发布行为，并在第九条中对禁止在电子公告服务系统中发布的信息做出列举式规定。这些行政规章虽然没有直接规制网络恐怖主义进行规制，但是实质上却是对网络恐怖主义的具体活动进行规制。

（三）加强国际合作落实反网络恐怖主义策略

行之有效的法律执行机制是一个有效的国际反网络恐怖主义法律制度的重要支柱之一。[47]由于网络空间超越了传统意义上的国界概念，网络恐怖活动也不仅仅局限于某一个国家或者某一个地区，而是已经在全球形成了一个网状结构，单凭一个国家的力量难以实现对网络恐怖主义全面而有效的打击，因此世界各国必须要加强合作，联手应对网络恐怖主义对国家主权和世界和平与安全的挑战。

完善合作机制打击网络恐怖主义活动的思路：

---

[45] 《反恐法（草案）》第 104 条第一款规定：“本法所称恐怖主义，是指企图通过暴力、破坏、恐吓等手段，引发社会恐慌、影响国家决策、制造民族仇恨、颠覆政权、分裂国家的思想、言论和行为。”第二款中列举了恐怖活动的具体情形，包括“（一）宣扬、煽动、教唆恐怖主义的；（二）组织、领导、参加恐怖活动组织的；（三）组织、策划、实施恐怖活动的；（四）为恐怖活动组织或者人员提供信息、资金、物资设备或者技术、场所等支持、协助、便利的；（五）其他恐怖活动。”

[46] 美国国会通过的《爱国者法案》、《国土安全法》、《信息安全与互联网自由法》，英国议会 2014 年 7 月通过《紧急通讯与互联网数据保留法案》，德国、加拿大、法国、日本等国也同样强化了有关恐怖主义和互联网管控的法律制度。2006 年，韩国通过了《促进信息通信网络使用及保护信息法》强制实行“网络实名制”，引发了包括我国在内的其他国家的效仿。

[47] 一个有效的国际反网络恐怖主义法律制度包括四个主要支柱，分别是：达成一致的对网络恐怖主义的定义，联合国的领导作用，扩大并利用现有的国际公约和法律来建立一个紧密的、有生命力的制度，以及行之有效的法律执行机制。See Krishna Prasad, “Cyberterrorism: Addressing the Challenges for Establishing An International Legal Framework,”, 2012, p. 10.

第一，尊重各国网络主权是国际合作打击网络恐怖主义的前提。网络主权是国家主权概念在网络空间的延伸，尊重国家主权意味着尊重国家的网络主权。网络恐怖主义给各国主权带来严重挑战，国家有权采取包括制定相关政策和法律法规的方式治理本国的互联网主权空间，其他国家应当对此予以尊重和不加干涉。

第二，积极参加国际性和区域性的反恐法律建设是打击网络恐怖主义的重要方式。[48]我国积极加入一系列联合国反恐公约，同时积极开展区域反恐合作。作为上海合作组织成员国，我国在与中亚国家开展反恐合作方面效果显著，签署了包括《打击恐怖主义、分裂主义和极端主义上海公约》、《上海合作组织成员国关于地区反恐怖机构的协定》和《上海合作组织成员国合作打击恐怖主义、分裂主义和极端主义构想》在内的一系列反恐文件，并定期举行联合反恐军事演习。2002 年 11 月，第六次中国-东盟领导人会议通过了《中国与东盟关于非传统安全领域合作联合宣言》，启动了中国与东盟在非传统安全领域，包括反恐领域的全面合作。

第三，国际司法协助是打击网络恐怖主义的必要手段。虽然网络恐怖主义犯罪不受制于国界，但是法律实施经常要局限一国的主权范围内。因此，为了尊重国家的独立主权，为了调查搜集证据以便将犯罪分子绳之以法，在打击网络犯罪和网络恐怖主义中，国家间的国际合作是非常重要的。[49]通过国际司法协助的方式进行调查取证，以及对网络恐怖分子的引渡和起诉对于是否能够成功打击网络恐怖主义起着至关重要的作用。各国反恐怖主义机关应当通过国际合作建立一套针对网络虚拟空间的情报交换机制，在对网络恐怖主义活动进行侦查时依据互惠原则提供便利。同时，要加强引渡制度在惩治网络恐怖主义犯罪合作中的作用，限制“政治犯不引渡”原则的适用范围。

第四，主要私人部门的积极响应和充分参与是打击网络恐怖主义的必要保证。虽然国家最终承担了打击网络恐怖主义的责任，但是主要私人部门的积极响应和充分参与却是保证有效打击网络恐怖主义的关键因素。在绝大多数国家，提供互联网服务的网络基础设施的所有者都是私人部门，这些私人企业也同时拥有主要媒体、社交平台和搜索引擎，这些私人企业完全有能力对这些平台上发布的消息进行筛选和过滤的能力。同时，应当建立这网络私人部门与政府反恐怖主义机构之间的有效且畅通的对话机制，增进二者间的互利互信，一方面，网络私人部门能够更有效地贯彻执行国家的反恐政策和法律法规，将网络恐怖主义消灭在萌芽阶段；另一方面，在网络恐怖主义活动发生后，网络私人部门能够通过网络地址追踪和数据保留等技术，便利于网络恐怖活动的侦破。

---

[48] 惩治网络恐怖主义犯罪应当树立集体安全合作观。参见王秀梅：“论恐怖主义犯罪的惩治及我国立法的发展完善”，载《中国法学》2002 年第 3 期，第 138 页。

[49] [加]唐纳德·K·皮雷格夫：“打击网络犯罪和网络恐怖主义中的国际合作”，卢建平等译，载《法学家》2013 年第 4 期，第 61 页。

气候变化诉讼对国际气候变化治理的作用

唐颖侠 范金梅[50]

摘要：气候变化是个全球性的问题，气候变化与国际治理也是目前国际及国内的重要讨论议题。气候变化诉讼作为气候治理的一种选择路径，目前在全球范围内频繁的出现，本文将从国际、区域及国家不同层面梳理气候变化诉讼对于气候变化治理的作用，也希望能够对于中国今后在气候变化诉讼领域提供一些有益的借鉴。

关键词：气候变化诉讼 气候治理 温室气体 欧盟 ETS

一、 气候变化诉讼概述

气候变化诉讼是 21 世纪以来新出现的备受瞩目的诉讼类型。气候变化诉讼（Climate Change Litigation）与普通的环境侵权诉讼具有一定区别，普通的环境侵权诉讼是针对某一个具体的环境污染行为所造成的损害，而气候变化诉讼则是指与温室气体排放导致的全球变暖等气候变化有关的诉讼。总结国际气候变化诉讼的司法实践，根据香港大学法学院琼尼·林（Jolene Lin） 教授的观点，气候变化诉讼大致可分为以下三类：（1）要求进行气候变化管控类诉讼（pressing for regulatory）。这类诉讼一般多发在美国和澳大利亚。原告之所以诉诸司法途径去解决气候变化纠纷问题，其主要原因在于当地政府在气候变化这个领域缺乏充足完善的应对政策和措施，或者即使国会制定的法律授权某些机关作出某种行政行为或者规定行政机关承担某种义务，如果行政机关不作为或者不当作为，民众也可以通过提起诉讼的方式来促使行政机关作出相应的行为（2）要求对气候变化应对政策进一步规范的诉讼(Regulating the Regulatory Response)。该类诉讼多发在欧盟内部，且该类诉讼的焦点不是气候变化的消极影响（如：冰雪融化，海平面上升等），而是希望欧盟在已有的法律框架下，寻求建立一种新的交易机制既能实现欧盟内部政治经济的发展，又能够为气候变化治理作出应有的贡献。从法院的角度来讲，这类案件是最具挑战力的，实质上是要求欧盟在气候变化治理过程中要综合考虑到欧盟的政治经济利益（3）呼吁给予被边缘化的问题更多关注的诉讼（Articulating Marginalized Concerns）这类诉讼多体现在国际层面，主要是全球人类活动引起的温室效应严重的影响到了部分人群的生活方式、也威胁到了世界文化遗产的安全等。所以受到温室效应影响的人群及环境保护领域的组织向国际人权组织、世界文化遗产委员会等机构提起诉讼，呼吁全世界给予更多的关注，也希望主要的温室气体排放国能够采取相应的减排措施。当然上述的分类，只是从国际及引起气候变化诉讼的动因角度进行的概况性分类，具体到区域及国家层面，根据特殊的情况，从不同的角度可能会有不同的分类，本文将在气候变化诉讼的主要领域部分进行详尽的阐述。[51]根据目前的司法实践，气候变化诉讼主要发生在国际、区域

[50]唐颖侠，法学博士。南开大学法学院副教授，南开大学人权研究中心（国家人权教育与培训基地）副主任，主要研究方向为国际法、人权法、能源与气候变化法。邮箱：762095934@qq.com. 范金梅，南开大学法学院硕士研究生，主要研究方向为国际法、人权法。

[51] See Jolene Lin, Climate Change and the Courts, The Journal of the Society of Legal Scholars, Volume 32, issue 1, 2012, PP. 35-57.

性及国家等不同的领域，国际层面因为涉及到国际条约、司法管辖权等复杂的问题，诉讼案件量寥寥无几，大部分的诉讼案件都发生在区域及国家层面。

二、国际层面的气候变化诉讼

气候变化是近 50 年来环境领域的重要讨论问题，关于国际气候变化治理的讨论很大程度集中在国际气候变化的法律框架、政策制定和实现二氧化碳控制技术应对的前景方面。由于气候变化本身就是一个复杂的现象，其不仅仅涉及到法律问题，还涉及到科学、技术、文化等各个领域的问题，所以气候变化治理机制和路径的选择也必然呈现出多样性和多层次性。在国际层面，气候变化诉讼涉及到国际合作条约、司法管辖权等复杂的问题，所以它并不是国际层面的重要治理路径。目前国际层面的气候变化诉讼主要有三个比较典型的案例。

（一）国际层面的典型案例

1. 因纽特人诉美国案

2005 年 12 月 7 日，国际环境法中心（CIEL）代表美国、加拿大的 63 个因纽特人在极地因纽特人联合会的支持下向美洲人权委员会（IACHR）提出了针对美国的诉讼。原告认为美国拒绝为全球的温室气体排放作出应有的努力，由此造成的气候变化后果影响到了因纽特人及其他部落的生活，间接地影响了他们的人权[52]。因纽特人在诉状中指出受损害的权利主要为文化权利、享有和利用传统土地的权利、使用和享受个人财产权和对传统知识的知识产权、健康权、生命权、安全权、生存权、居住权、迁徙权和住宅不受侵犯权等。[53]他们更强调：仅占世界 5%的人口却造成了世界 25%的温室气体排放；美国不仅拒绝加入国际气候变化框架而且还极力阻碍全球采取共同行动的努力。2006 年 11 月 16 日 IACHR 驳回了该项申诉，但 2007 年 2 月美洲人权委员会举行听证会，要求三位申请人向委员会提供气候变化与人权的关系的相关依据,但最终还是没有对于此案进行裁决。[54]

2. 图瓦卢诉美国和澳大利亚案（Tuvalu v.United States of America and Australia）

图瓦卢是位于南太平洋的岛国由 9 个珊瑚岛群组成，由于全球变暖引起海平面上升图瓦卢很可能在未来 50 年内被海水吞没，早在 2002 年图瓦卢就打算向国际法院起诉美国和澳大利亚要求这两个国家对其损失承担国家责任。时至今日仍然没有付诸实践。[55]2002 年首次向国际法院申请赔偿，此后，既不向国际法院正式起诉也没有寻求其他国际机构的协助。在目前的国际法框架内即便抛开管辖权的问题不谈，图瓦卢政府的尝试也很难成功，其面临的主要障碍有如何证明温室气体排放国有不法行为，如何将私人的排放行为归因于国家，及如何证明温室气体排放与损害之间存在因果关系等。此外图瓦卢还没有被完全淹没海平面上升的损害尚未充分显露，也就是说图瓦卢的大部分损失在将来才会发生，而国际法院还没有支持预期损害的判例。

3. 非政府组织向世界遗产委员会申诉（World Heritage Committee Petition）

2004 年 10 月，世界遗产委员会收到了非政府组织的申诉，他们要求委员会将伯利兹城大堡礁（Beliza Barrier Reef）、秘鲁的瓦斯卡兰国家公园(Huarascan National Park)以及尼泊尔的萨加玛塔国家公园（Sagarmatha National Park）等世界遗产列入《世界遗产公约》项下的

---

[52] Sheila Watt-Cloutier, Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States (2005), p. 70, http://www.inuitcircumpolar.

[53] 同上

[54] 陈熹，《气候变化背景下土著人权的司法保护——因纽特人诉美国案评析》，载《世界民族》，2014 年第 5 期。

[55] The Amsterdam international Law Clinic, Michael G. Faure & Andre Nolkaemper, "Analyses of Issues to be Addressed Climate Change Litigation cases", Friends of the Earth Netherlands-Milieudefensie, 2007, P30.

濒危世界遗产名录。因为这些遗产都受到了气候变化的影响。按照《世界遗产公约》第 11 条第 4 款的规定，世界遗产委员会有义务建立濒危世界遗产名录。最终世界遗产委员会没有对申诉人的请求做相应的回应，但是却发布了《协助成员国采取措施应对气候变化的战略》，督促成员国采取相关应对措施。另外，美国和澳大利亚也先后向世界遗产委员会申请将冰川国家公园（Wateron-Glacier International Park）和蓝山世界遗产区域列入到世界遗产名录。[56]

（二）国际层面气候变化诉讼的意义

尽管因纽特人的申诉最终被驳回，图瓦卢的目标没有实现，濒危世界遗产也没有顺利地被列入到世界遗产名录中。但是因纽特、图瓦卢以及濒危世界遗产等问题却得到全球公众的普遍关注。[57]与国际社会通过制定条约等立法途径应对气候变化相比，从司法角度应对气候变化的诉讼一般是从人权保护、世界遗产保护或是公害侵权等多角度提出。目前国际法庭（International Court of Justice）在国际气候司法实践中的作用非常有限，若是由国际法庭受理气候变化的案件，其判决对各国气候政策以及司法实践都会产生重要的影响，但是未来国际法庭这方面到底扮演什么样的角色、发挥什么样的作用还是值得期待和关注的。[58]

三、区域层面的气候变化诉讼

（一）欧盟气候变化诉讼简介

欧盟是全球气候变化治理的引领者，也是全球气候谈判的积极推动者，在应对气候变化问题上也做了长足的准备。经历了萌芽、发展以及成形的阶段后，欧盟应对气候变化的政策已经基本形成。最具意义的是 2000 年欧盟启动了第一个“欧洲气候变化计划”，该计划为欧盟气候治理的综合行动提供了保障。其中像“欧盟排放交易指令、利用京都机制指令、发展热电联产指令、建筑能效指令、可再生电力指令、运输部门的生物燃料指令和汽车制造业的自愿协议”是该计划最核心的八项措施。[59] 2005 年欧盟先瞻性的建立了欧盟内部温室气体交易体系（ETS），ETS 是欧盟气候治理及实现减排目标的主要途径，也是全球最大的温室气体交易机制。和其他国家相比欧盟气候变化治理的政策及相应的治理机制还是比较完备的，所以欧盟内部气候变化诉讼一般以 ETS 和欧盟气候变化方面的行政指令为核心。ETS（Emissions Trading Scheme）的气候变化诉讼主要是由欧盟内部成员国、欧盟委员会、ETS 覆盖下的行业提起的，原告的基本诉求就是要求欧盟委员会和各个成员国具备构建和管理欧盟 ETS 的能力。[60]

（二）欧盟气候变化诉讼的主要类型

随着欧盟 ETS 的形成，碳市场诉讼也继而产生，与 ETS 相关的大量诉讼提交到了卢森堡法院，这些诉讼从概念上可划分为：（1）针对欧盟行政指令的有效性提出的诉讼（Challenges to the validity of the Directive）；（2）侵权诉讼（Infringement proceedings）；（3）针对欧盟委员会关于各国配额分配计划决定提起的诉讼（challenges to the decisions of the European Commission on the National Allocation Plans）。[61] 从司法诉讼实践角度可划分为：（1）援引先

---

[56] See Jolene Lin, Climate Change and the Courts, The Journal of the Society of Legal Scholars, Volume 32, issue 1, 2012, PP. 35-57.

[57] Cinnamon Pinon Carlarne, Climate Change Law and Policy: EU and US approach, Oxford University Press, 2010, pp98-140.

[58]张梓太、沈灏：《全球应对气候变化的司法诉讼研究—以美国为例》，载《江苏社会科学》，2015 第 1 期。

[59] 傅聪：《欧盟气候变化治理模式研究》，中国人民大学出版社，2013 年版，第 54-55 页。

[60] Sanja Bogojevic, EU Climate Change Litigation, The Role of the European Courts, and the Importance of Legal Culture, Law & Policy, July 2013.

[61] Luciano Butti, “The Tortuous Road to Liability: A Critical Survey on Climate Change Litigation In Europe and North America”, Sustainable Development Law & Policy, Issue 2 Winter 2011, p34.

决裁决（References for preliminary ruling）诉讼。援引先决裁决是指为了确保欧盟立法的统一有效以及防止法律解释的多样性，成员国法院有时必须参照欧洲法院的司法判例并请求有欧盟法解释权限的欧洲法院去解释遇到的法律问题，换言之，即成员国法院在解决纠纷的时候不能够将欧洲法院的相关裁定搁置一边，而是应将欧盟法的先决裁决作为上位法优先适用，且最终作为司法判决依据的成员国法律不能和欧洲法院的先决裁决相冲突。在气候变化诉讼领域，法院援引欧洲法院先决裁决的第一个案子是“Safety Hi-Tech Srl v. S. & T. Srl（C-284/95）”该案诉讼到欧洲法院是关于欧洲委员会第 3093/94 规则的适用和有效性问题。[62]（2）请求撤销行为的诉讼（Action for annulment）。撤销行为的诉讼一般是请求人要求撤销欧盟机构所采取的措施（规则、指令或决定）。欧洲法院对于成员国反对欧盟立法及欧盟委员会的行为具有专属管辖权。最近关于气候变化撤销行为的案例有“United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Commission”（该案在下文详述）。（3）未履行义务的诉讼(Action of Failure to fulfill obligations)，未履行责任的诉讼赋予欧洲法院在欧盟法的框架下审查成员国是否履行相关责任的权力。请求人在向欧洲法院提起诉讼之前，作为诉讼的前置程序，欧盟委员会被赋予答复欧盟成员国投诉的权力。如果前置程序过程中没能使成员国终结其不履行责任的行为，那么最终欧盟委员会可以侵犯欧盟法为由，将不履行责任的成员国诉至欧洲法院。司法实践过程中，该类诉讼原告一般是欧盟委员会。如果欧洲法院在审理案件的过程中，发现成员国确实没有履行规定的责任，那么该成员国必须毫不迟疑的继续履行。如果欧盟委员会采取了进一步措施之后，欧洲法院发现不履行责任的成员国仍然没有执行法院的裁定，这时法院将会判令该成员国缴纳固定期限或者周期性的罚金，这类诉讼以 Commission v UK（C-6/04）案和 Commission v Germany（C-98/03）案为典型。

（三）欧盟气候变化诉讼的经典案例

1. 美国航空运输协会诉英国案

2009 年 10 月 16 日，三家美资但国际化运营的航空公司—美国航空公司、大陆航空（Continental Airlines ）、联合航空公司（United Air Lines）以及美国航空运输协会共同将英国诉至欧洲法院，被告是英国气候与能源部部长。简言之，就是原告对于欧盟 2008/101/EC 法令的有效性提出了质疑：第一，原告声称欧盟违背了国际习惯法的许多原则。第二，断言欧盟在没有国际民航组织的支持下单方面的设置规定违背了《京都议定书》规定的成员国应承担的义务。第三，认为根据芝加哥公约和开放领空协议设立的自由航空运输原则，欧盟温室气体交易机制设立的征税和罚款的规定是被公约禁止的。本案中英格兰和威尔士的最高法院援引了欧洲法院的先决裁定。首先，管辖法院提出的问题是——个人援用国际习惯法原则或者国际条约规则去质疑欧盟航空指令的有效性是否合法？最终，欧洲法院认为欧盟航空指令即没有侵犯国际习惯法原则，也没有违背开放领空协议（Open Skies Agreement），欧洲法院认为原告诉请没有法律依据，驳回了其诉讼请求。[63]该案是典型的援引先决裁决的诉讼案件。

2. 英国诉欧盟委员会案

欧洲议会和欧洲理事会在 2003 年推出了一项旨在进行温室气体排放限额交易的指令（2003/87/EC），要求各成员国提交其限额总量的计划，并保留拒绝国家计划的权利。英国提交的国家分配计划（National Allocation Plan, NAP）被认为不符合欧盟委员会的规定，被要求

[62] The Amsterdam international Law Clinic, Michael G. Faure & Andre Nolkaemper, ”Analyses of Issues to be Addressed Climate Change Litigation cases”, Friends of the Earth Netherlands-Milieudefensie, 2007, PP 45-46.

[63] Sanna Keivanlo, The Role of the Judiciary in Climate Change Action -A Comparative Analysis of EU and US Jurisprudence, Faculty of Law Lund University, 2013. PP.31,32,33.

修改。根据要求，英国重新提交了新的国家分配计划，其中特别将排放限额增加了数百万吨，但是新的国家分配计划再一次被认为不符合委员会的修改要求而被拒绝。于是英国将欧盟委员会诉至欧洲法院，欧洲法院在审查该案的过程中认为欧盟委员会在拒绝英国的国家计划过程中适用法律存在错误，[64]撤销了欧盟委员会的决定。“United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Commission”案是原告英国申请撤销被告欧盟委员会的决定，因为欧盟委员会认为英国提议修改欧盟委员会的 C/2005/ 1081 的决定（温室气体排放配额分配计划）是越权的。最终欧洲法院决定撤销欧盟委员会的决定，并且裁定英国有权提议修改这个计划，甚至可以增加温室气体排放的总配额。尽管欧洲法院对于该案做出了司法裁定，但是欧盟委员会又重新采取一项决定仍然认定英国提出修正案的决定是不允许的。[65]虽然欧盟委员会进一步行使其制定行政决定的权力，但是也不能否定成员国有请求欧洲法院撤销欧盟委员会相关决定、指令的权利。

3. 欧盟委员会诉英国及德国案

在 Commission v UK（C-6/04）案中，欧盟委员会起诉英国没有履行欧盟委员会关于保护自然栖息地和野生植物和动物群第 92/43 EEC 指令（栖息地指令）。欧洲法院在审理案件过程中确认英国违反了栖息地指令（Habitats Directive）。在 Commission v Germany（C-98/03）案也是关于违反栖息地指令（Habitats Directive）的诉讼案件，该案被告德国承认自己在履行特殊领域“SACs”环境排放指令问题上是失职的，没有考虑到排放行为对于该特殊地区是否会产生重大的环境或者气候变化的影响。该案件也是间接的涉及到气候变化问题，虽然并没有相关证据说明该环境排放会导致气候变化，也没有说明禁止排放废气的目标就是控制气候变化，欧洲法院最终还是受理了欧盟委员会的诉讼请求，将该案件归入气候变化诉讼的类型中。[66]

（四）欧盟气候变化诉讼的意义

在欧盟气候变化治理的政策及相应的治理机制比较完备的背景下，气候变化诉讼并不能扮演气候治理的主要角色，也不会是气候治理框架的核心措施。但是诉讼对于气候治理却能起到监督补充的作用，欧盟 ETS 机制下的诉讼一般是成员国针对欧盟委员会的行政指令、规则有效性提起，也有一部分是欧盟委员会针对成员国未履行相关义务提起的，所以气候变化诉讼在欧盟体系下实质上起到监督气候治理政策实施的作用，是对气候变化治理政策进行的进一步规制。虽然诉讼不是气候治理机制的主要部分，但是缺少诉讼环节，气候治理机制将缺少了监督环节，那么气候变化治理机制的整体效能也将大打折扣。

四、国家层面的气候变化诉讼

（一）美国气候变化诉讼简介

气候变化诉讼最早发端于美国，目前世界上绝大多数的气候变化诉讼都发生在美国，[67] 从 2006 年到 2007 年间，美国气候案件的数量翻倍，随后的几年中数量维持稳定，但是 2010 年提起的气候诉讼在 2009 年的基础上翻了三倍。其中增长最多的一类环境诉讼是对联邦政府所采取的措施提出司法审查的诉讼，尤其是工业组织对 EPA 所发布的各种管理二氧化碳等温室气体的

[64]http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate-change/non-u.s._litigation_chart_2.27.15.pdf.

[65] The Amsterdam international Law Clinic, Michael G. Faure & Andre Nolkaemper, ”Analyses of Issues to be Addressed Climate Change Litigation cases”, Friends of the Earth Netherlands-Milieudefensie, 2007, PP 49-50.

[66] The Amsterdam international Law Clinic, Michael G. Faure & Andre Nolkaemper, ”Analyses of Issues to be Addressed Climate Change Litigation cases”, Friends of the Earth Netherlands-Milieudefensie, 2007, PP 51-52.

[67] http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ClimateChangeLitigationChart.pdf , 2015 年 2 月 3 日访问。

环境措施向法院提出司法审查。从 2001 年到 2010 年，有 24%的环境案件是由环境保护组织提起的，这部分的诉讼很多是为了阻止或者限制政府发行煤燃电厂的建设许可。美国气候变化诉讼在温室气体管控方面扮演着非常重要的角色。[68]美国气候变化诉讼呈现不断上升趋势和其国内政府应对气候变化的政策及立场不无关系。和欧盟相比，美国也是国际气候谈判中的关键参与者和主要责任者，但是二者在气候政策和谈判立场方面差异比较大。欧盟在国际气候谈判立场方面一直比较积极主动，并且欧盟气候政策一直具有连贯性且欧盟有着系统的气候治理框架和先进的节能减排技术。美国的国际气候谈判立场具有明显的不确定性，国内关于应对气候变化的政策也随着政府的更迭而呈现出不连贯性，美国的每一任政府都有着自己独特的气候立场。和欧盟相比，美国国内应对气候变化的政策及气候治理机制也相对不成体系。当然美国气候变化诉讼的兴起除了和气候变化政策有关系之外，和美国的政治经济制度、司法制度以及公众意识也有着密切的关系，本文在此不详述。

（二）美国气候变化诉讼的类型

美国气候变化诉讼从不同的角度可以进行不同分类，我们根据公法和私法的角度大致可分为以下两类：

1. 公法诉讼。公法诉讼亦称为对行政机关提起的诉讼，主要是要求行政机关行使职权，对影响气候变化的活动进行监管。这类案件中最具有代表性的就是“马萨诸塞州诉美国环保署”案，并且该类案件的法律依据是联邦成文法，包括 1990 年《清洁空气法》(CAA)、《濒危物种法》（ESA）、《国家环境政策法》（NEPA）。

2. 私法诉讼。私法诉讼是对私人提起的侵权诉讼，在这类诉讼中原告一般都提出温室气体具有公害性（Public Nuisance），并通过联邦普通法的侵权原则提出诉求。[69]这类案件中最具代表性的就下文将提到的康涅狄格诉美国电厂等案。

（三）美国气候变化诉讼的经典案例

1. 马萨诸塞州诉美国联邦环保署案

马萨诸塞州诉美国联邦环保署案是美国第一件具有里程碑意义的气候变化公益诉讼案件，该案体现了美国各州和民间力量通过公民诉讼方式促进政府采取温室气体减排行动的艰巨努力。1999 年，美国几家环保组织联名要求联邦环保局按照《清洁空气法》的规定对新车排放温室气体的事项进行管控。2003 年，美国环保署签发一项命令拒绝该申请，并辩称：一是《清洁空气法》未对环保署就全球气候变化问题制定法规标准的权力进行授权，二是即使环保署有权设立温室气体（GHG）的排放标准，此时制定该标准也是不适当的，因为它可能与现任政府针对气候变化问题所采取的措施特别是国际谈判相冲突。[70] 2003 年，依据《清洁空气法》的相关规定，马萨诸塞州联合环保组织等 20 多个原告，向华盛顿特区联邦上述法院提出诉讼，要求法院审查美国联邦环保署的决定，并要求联邦环保署履行管控职责，最终该诉求被初审法院驳回。原告在不服驳回决定的情况下，于 2005 年又向哥伦比亚地区巡回法庭提出上诉，结果败诉。按照美国的司法程序，原告于 2007 年向美国最高法院提出调卷审理请求。最高法院受理申请后，做出了华盛顿特区上述法院判决无效的决定，支持了原告的诉求。主要体现在：肯定了马萨诸塞州等原告的诉讼资格；认为全球变暖带来的一系列环境问题着

[68] See Growth of U.S. Climate Change Litigation: Trends &Consequences, https: //www. dbadvisors. com/content /_media/US_CC_Litigation.pdf.

[69]张梓太、沈灏：《全球应对气候变化的司法诉讼研究—以美国为例》，载《江苏社会科学》，2015 第 1 期。

[70] Control of Emission From New Highway Vehicles and Engines, 68 FR 52922-02, 2003 WL 2206800(F.R.).

实给原告造成了巨大的财产损失；联邦环保署拒绝对汽车尾气排放作出限制和原告的损失具有因果关系，应当负有责任；环保署有权力和责任对于汽车尾气排放的温室气体作出限制。[71]该判决对美国之后几年的气候和能源政策产生了重大的影响。

2. 康涅狄格州诉美电力公司案（Native Vill. Of Kivalina v. Exxon Mobil Corp）

2004 年 7 月， 康涅狄格州、加利福尼亚州、纽约州、爱荷华州、新泽西州 罗德岛州、佛蒙特州、威斯康辛州、纽约市和拥有生态保留地的私人组织，由前述几个州的检察总长作为原告，将美国电力公司等六家电力公司诉至南纽约联邦地方法院，以被告的温室气体排放造成全球变暖的公害侵权行为为由，请求法院判令限制这些企业的谈排放。法院认为本案争议属于不可诉的政治问题，驳回原告之诉。[72] 原告不服法院的驳回判决，上诉到了联邦第二巡回法院。2009 年，第二巡回法院作出裁决，认为原告不仅具备当事人资格，而且该案不属于不可诉的政治问题，应该使用联邦公害侵权普通法。接着，被告向联邦最高法院申请关于原告是否缺乏当事人资格，联邦法是否取代原告的主张以及本案是否属于不可诉之政治问题的调卷令，并被获准。2011 年，索托马约尔法官因曾在联邦第二巡回上诉法院参与该案的审理而自行回避，联邦最高法院以 8:0 裁决推翻联邦第二巡回上诉法院的判决，驳回了原告的诉讼请求。本案值得注意的是，最高院法官在审判过程中回避了对政治理论问题，采用了一种所谓的“取代理论”对该案作出判决。

3. 康迈尔诉墨菲石油公司案（Comer v. Murphy Oil USA Inc）

康迈尔诉墨菲石油公司案是美国第一起因气候变化引起的侵权赔偿诉讼案件。2005 年 8 月，由于一场名为卡特琳娜飓风的袭击，密西西比河海湾地区遭受严重灾难，损失惨重。随后，该地区居民科默及其他一些当地居民向密西西比州南区联邦地区法院起诉墨菲石油公司。[73]原告表示正是由于被告大量排放温室气体使得气候变暖、海平面上升，才造成了卡特琳娜飓风的发生，进而导致他们的财产受到损害、生存环境受到破坏。原告并未要求法院做出其他司法救济，而是提出要求被告进行经济补偿，以弥补他们在局风中遭受的财产损失。密西西比州南区联邦地区法院以该案属于“政治问题”而非属法院管辖范围为由认为该案不可诉，驳回原告诉讼请求。随后原告上诉至第五巡回法庭。第五巡回法庭分析了原告的诉请，认为其诉请属于州普通法上的诉讼请求，法院有管辖权。但在第五法庭对该案进行全席重审的过程中，由于八名法官因回避而缺席导致法院对该案丧失管辖权，原告的上诉被驳回。2011 年，原告再一次向法院提起气候变化侵权诉讼。此次，原告提出其州普通法上的侵权诉讼请求不应被联邦普通法替代的主张。2012 年 3 月 20 日，前一次审理该案的同一家法院再次驳回了原告的诉讼，理由是禁止一事两诉和禁反言原则。

（四）美国气候变化诉讼分析

1. 政治问题不审查原则

上述的“康涅狄格州诉美电力公司案”、“康迈尔诉墨菲石油公司案”等案都曾由于“政治问题”在一审中被法院驳回了原告的诉讼请求。“政治问题”这一概念首先是由最高院主管法官 Marshall 在 1803 年的 Marbury v. Madison 案中提出来的。宪法审查中的“政治问题不审查原则”也是法官 Marshall 在该案的判决书中创立的。我们知道法院的管辖权问题只限于处理公民私权的案件，法院对行政机关如何处理行政职务是没有管辖权的。宪法规定属于行

[71] Massachusetts v. Environmental Protection Agency, 127 S. Ct. 1438, 1446 (2007).
[72] Connecticut v. Am. Elec. Power Co. 406 F. Supp. 2d 265 （S. D. N. Y. 2005）
[73] Comer v. Murphy Oil USA, 585 F. 3d 855 (5th Cir. 2009) .

政机关管辖的事项，法院是没有管辖权的。尽管，Baker v. Carr 一案[74]中最高法院详细归纳出“政治问题不审查原则”的六个判断标准-**贝克原则**。[75]在法院管辖权的审查过程中，只要具备六要素之一，则该诉讼案件因可能涉及政治问题，而被法院作出不审理的决定。尽管有了贝克原则，但美国对于气候变化诉讼中的“政治问题”的判断还比较混乱，没有形成完善的规则和体系，在具体案件的审理过程中法院仍须对案件的具体情况进行了解，并针对不同案件的诉讼主体、诉讼请求、诉讼依据等进行进一步判断。

2. 原告的诉讼主体资格

无论原告的诉讼请求如何，依据的法律是什么，原告的起诉资格问题一直都是美国气候变化诉讼面临的主要问题之一。美国是三权分立的政治体制，但是宪法并没有将行政权、司法权、立法权这三种权力界限划分清楚，这就导致法院可能会审理应当属于行政机关管辖的案件。[76]在这种情况下，原告主体资格问题则成为一个判断某纠纷是否属于法院管辖的标准。美国环境诉讼中主体资格的判定一般都采用宪法第 3 条的三要素规则。[77]上述的马萨诸塞州诉美国环保总署案在法院受理伊始，原告的起诉资格就是本案的焦点，但本案最终判决使得在气候变化诉讼案件中对原告起诉资格的限制减少，对于美国气候变化诉讼原告起诉资格问题具有十分重大意义。就目前的发展趋势来看，法院放宽了气候变化诉讼中的原告资格，倾向于承认原告的主体资格，尤其是原告以美国环境法中公民诉讼条款提起的诉讼。[78]

3. NGO 参与美国的气候变化诉讼

在气候变化领域，NGO 一般会选择比较温和的策略推进气候变化的立法和治理政策的出台，气候变化诉讼虽然属于比较极端的对抗策略，但是我们仍然可以看到 NGO 活跃的身影。例如马萨诸塞州诉美国环保署一案比较典型。该案始于 1999 年几家环境组织向环保署提出申请，要求环保署根据《清洁空气法》讲机动车排放的二氧化碳等 4 中温室气体作为污染物并制定相关排放标准，环保署却未予以回应。随后该事件发展成包括塞拉俱乐部、EDF、地球之友、绿色和平等在内的十多家 NGO 和麻省等 12 个州、3 个市政府联合将美国环保署诉至哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院的诉讼案件。另外地球之友、绿色和平诉美国进出口案。2005 年，这两家 NGO 联合 4 个城市以违反美国《国际环境政策法》为由，控告进出口银行和海外私人投资公司在过去十多年中，向一些石油和其他化石燃料项目提供超过 320 亿美元的金融支持，却从未评价这些工程给全球变暖带来的影响。[79]这些案件都反映出 NGO 作为一支重要的社会力量，对于美国的气候变化治理、气候变化诉讼起着重要的推动作用，对于政府、企业、公众以及全社会极具教育价值。

（五）美国气候变化诉讼的意义

---

[74] Vieth v. Jubelirer, 541 U.S, 267, 277-78(2004) (quoting Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217(1962) .

[75] 第一，宪法中已明确规定将此问题的处理交由相应的立法或行政等政治部门；第二，对于解决该问题，法院没有相应的司法性的调查标准和裁决标准；第三，在没有相应的行政或立法等政治部门的具体政策指令的预判下，法院无法对案件进行处理；第四，如果法院对该问题做出独立处理会造成对与法院平行的其他政府相关部门的不尊重；第五，法院必须毫无疑义地绝对遵从已经做出的一项政治决定；第六，如果法院对该问题发表意见，则可能造成不同部门就同一问题产生不同态度的两难局面

[76]张梓太、沈灏：《全球应对气候变化的司法诉讼研究—以美国为例》，载《江苏社会科学》，2015 第 1 期。

[77]陈冬：《严格的起诉资格规则—以鲁坚案为中心析美国环境公民诉》，法律出版社，2004 年版。

[78] 张梓太、沈灏：《全球应对气候变化的司法诉讼研究—以美国为例》，载《江苏社会科学》，2015 第 1 期。

[79] 蓝煜昕、杨丽、曾少军：《美国 NGO 参与气候变化的策略及行为模式探析》，载《中国人口• 资源与环境》，2011 年第 12 卷第 12 期。

虽然美国在气候变化制度的国际舞台上态度不积极，国内联邦层面气候变化治理的立法和政策也相对不完善，但是美国州和地区层面还是作出很大努力的。美国气候变化诉讼大部分都遵循自下而上的路径，每年针对州和联邦政府机构的诉讼均呈现递增的趋势。相比较欧盟，美国社会各界提起气候变化诉讼的目的并在于监督行政机构政策实施，而是希冀联邦的立法及行政机构能够给予气候变化问题更多的关注，推动立法及行政机构能够出台更加具体完善的气候变化立法和政策。所以美国气候变化诉讼实质上是作为一种给立法机构和政府施加的工具，间接的促进联邦和州政府改变气候变化的消极立场、推动气候变化立法和政策的出台。

五、气候变化诉讼对于气候治理的作用

通过上述对于国际、区域及国家不同层面气候变化诉讼的梳理和分析，发现气候变化诉讼虽然是以零敲碎打的方式出现的，但是它对于全球范围内气候治理具有重要的促进作用，主要体现在如下几方面：

（一）将气候变化问题纳入公众视野

气候变化问题一直被认为是复杂的科学问题，相对于政治经济文化等领域，气候变化一直是个被边缘化的一个领域。通过诉讼使得公众有机会接触到气候变化这个复杂的问题、也为公众提供了塑造气候变化政策议题的机会，也为不同治理水平的主体提供讨论气候变化问题的机会。诉讼这种由诉讼当事人、法院、公众参与的形式与被政府垄断的气候变化谈判形成了非常鲜明的对比，[80]它把气候变化这个重要的议题直接纳入到了公众的视野，唤起了公众的环保和责任意识。

（二）促进气候治理政策的制定

气候变化诉讼虽然以零敲碎打的方式出现，但是气候变化诉讼对于各国未来的环境与能源政策产生着非常重要的作用。以美国为例，马萨诸塞州诉美国环保署案之后，二氧化碳符合《清洁空气法》下对污染物的定义，国会授权 EPA 管制二氧化碳等温室气体，EPA 在发布了《危害报告》之后制定了更加严格的机动车排放标准，美国国会也将为应对气候变化而力推新的立法[81]。另外，欧盟虽然有着比较系统的气候治理框架，但是通过 ETS 机制下的气候变化诉讼以及针对欧盟行政指令提起的诉讼，对于监督欧盟气候变化政策的实施有着非常重要的作用。可见诉讼和气候变化治理的政策在相互作用的过程，共同推动着气候治理的实现。

（三）推进现存气候变化法律机制的创新

全球范围的气候变化诉讼直指不负责任的国家和私人。气候变化诉讼的解决，实质上是法院重新解释现存的法律，推进新的法律机制的创制并保证其得到遵守的过程。气候变化的法律体系通过多种渠道正在快速的发展，气候变化诉讼在短期内激增也反映了这一趋势，这种趋势标志着环境政策进入了一个新时代：国际和国内责任的混合，国家、地区在影响公众和个人决策和活动中会实现前所未有的合作和行动，国家仍然在国际气候变化法律制定和联邦政策制定中发挥领导作用。国际、国内的法律政策同样越来越受到地方政策、个人活动和诉讼的影响并依赖于国际机制。

（四）实现气候变化诉讼的全球化

气候变化本来就是一个全球化的问题，气候变化诉讼不仅仅出现在上述的欧盟、美国，目

[80] Sanna Keivanlo, The Role of the Judiciary in Climate Change Action -A Comparative Analysis of EU and US Jurisprudence, Faculty of Law Lund University, 2013. PP.31-33.

[81]李艳芳：《从“马萨诸塞州等诉环保局”案看美国环境法的新进展》，〔北京〕《中国人民大学学报》2007 年第 6 期。

前英国、德国、澳大利亚、新西兰等国也存在类似这样的诉讼。随着气候变化诉讼的兴起、发展，它作为气候变化治理的一种路径可能会引起全球的关注。随着国际气候变化合作的加深，各个国家相互援引司法判例来解决国内气候变化诉讼也是未来的发展趋势，气候变化诉讼的全球化有助于推进国际气候治理的进一步发展，也为各个国家相互合作、共同实现国际气候治理提供了广阔的平台。

六、国际气候变化诉讼对于中国的启示

中国是世界上碳排放大国，在全球气候治理中的作用举足轻重，中国也一直在积极努力地参与国际气候变化协商与合作，积极地制定相关政策，着力探索解决碳排放的路径。和国际气候变化诉讼实践相比，中国目前还不存在类似的诉讼，但是随着中国工业化进程的加快和经济发展水平的不断提高，环境问题必定会日益凸显，气候变化诉讼很可能被逐步提上日程，制度完善的建议如下：

（一）完善与气候变化相关的立法

由于环境法相对于其他法律学科来讲起步较晚，且法律体系不健全，中国关于环境保护和气候变化方面的法律规范散见在《大气污染防治法》、《清洁生产促进法》、《节约能源法》、《可再生能源法》、《循环经济促进法》等。与环境及气候变化诉讼相关的程序基本上是以《民事诉讼法》中的一般规定为法律依据。2015 年 1 月 1 日生效的新《环境保护法》对于今后中国环境保护具有十分重要的意义。但是气候变化诉讼毕竟是一种有别于普通的环境侵权诉讼的一种诉讼形式，所以出台一部专门的综合性的气候变化立法，对于今后出现的气候变化诉讼无疑具有重大的意义，目前中国的环境公益诉讼在诉讼管辖、起诉资格认定、起诉主体顺位、诉讼请求范围、举证责任分配、证明规则、禁止令适用、诉讼费用负担、当事人和解、法院调解赔偿金归属等方面都缺乏具体的规则，[82]这些方面都不利于诉讼活动的正常开展，所以完善立法也是重要的环节。

（二）扩大环境诉讼主体，明确诉讼主体资格

气候变化诉讼主体资格一直是该领域的重点和焦点问题，对于环境公益诉讼主体资格的认定，美国的司法实践也曾经历“松弛-严格-松弛”的过程。中国目前的法律在主体资格规定方面还有诸多缺陷。如：环境公益诉讼主体资格认定标准过于严格、诉讼主体范围狭窄等问题。中国目前无论是民事诉讼还是行政诉讼都对于原告资格认定都采用“直接利害关系”标准。新《民事诉讼法》第 55 条规定公益诉讼的起诉主体具有法定性、广泛性和特殊性，即公益诉讼的原告不限于受违法行为侵害的直接利益关系人，但是其法定性的特征决定公益诉讼主体在起诉之前必须要获得法律的授权。美国很多环境法中都规定了公民诉讼条款，这样对于公众广泛参与环境 执法，督促行政机关执法具有非常重要的意义，而我国在这方面还没有相关的立法。[83]借鉴国外的经验，中国也应该放开诉讼主体的范围，将检察机关、相关环境行政机关、社会有关组织、个人等纳入到诉讼主体的范围中来。2014 年 10 月中国首例检察机关提起环境行政公益诉讼案发生在贵州，即检察机关首次为维护公众环境利益，以原告的身份对行政机关的失职行为提起诉讼，而检察机关环境行政公益诉讼原告资格的确认将使检察机关在今后保障环境公益方面发挥更为重要的作用，该案对于今后我国的环境公益行政诉

[82]王灿发、程多威：<新《环境保护法》下环境公益诉讼面临的困境及其破解>，载《环境保护》，2014 年第 10 期。
[83]张梓太、沈灏：《全球应对气候变化的司法诉讼研究—以美国为例》，载《江苏社会科学》，2015 第 1 期。

讼意义重大。

（三）提高我国的环境司法能动性

梳理欧美国家气候变化的司法实践，可发现最高法院和各层面的法院在促进气候变化治理层面发挥着重要作用，在气候变化领域，最高法院除了具有司法审查权和宪法解释权之外，还有一些重要的权力，如：通过宪法审查的方式对于立法、行政机构的行为作出裁定；审查行政机关相关行政行为与美国法律的是否兼容（compatibility）；美国是判例法国家，最高院可以通过法院创造普通法规则和原则，进而加快气候变化立法的进程。[84]我国也应该提高环境司法能动性，从完善环境立法，建立健全环境法律体系、提高司法队伍整体素质、保障司法独立性等方面努力，为未来的气候变化诉讼创造良好的司法环境。

（四）充分发挥环保公益组织的作用

环保公益组织在国际及国内层面均是气候变化诉讼的主要力量，审查国外气候变化诉讼的判例，大多数案件的原告都是环保公益组织，对于推动环保议题的发展，促进气候变化的治理发挥着重要的作用。[85]相比较之下，我国的环境保护组织起步时间晚、发展环境艰难但是发展还算迅速。中华环保联合会 2006 年调查显示，截止 2005 年底，我国共有各类环保民间组织 2768 家。政府部门发起成立的环保民间组织 1382 家，占 49.9％；民间自发组成的环保民间组织 202 家，占 7.3％；学生环保社团及其联合体 1116 家，占 40.3％；国际环保民间组织驻华机构 68 家，占 2.5％。[86]由于环保组织地域分布不均，行政依赖性强、组织活动水平较低、法律对于环保组织诉讼资格的限制等多方面的问题，我国环保组织在提起环境与气候变化公益诉讼方面的作用还十分有限，这也是今后需要继续努力的方向。

[84] Sanna Keivanlo, The Role of the Judiciary in Climate Change Action -A Comparative Analysis of EU and US Jurisprudence, Faculty of Law Lund University, 2013. PP.17-19.

[85]张梓太、沈灏：《全球应对气候变化的司法诉讼研究—以美国为例》，载《江苏社会科学》，2015 第 1 期。

[86]中华环保联合会：《中国环保民间组织发展状况报告》，载《环境保护》，2006 年第 10 期。

气候变化制度引入边境措施的现实困境与未来发展

陈红彦*

内容摘要：已有研究表明，试图以“边境税收调整措施”或者“反倾销税”、“反补贴税”为名实施的气候变化边境措施，与现行的 WTO 规则很可能存在冲突。边境措施若想获得 WTO 体制的认同，就需要 WTO 在涉及与产品无关的 PPMs、环境政策差异以及管制成本差异等问题上做出根本性调整。这超越了 WTO 作为一个贸易组织的功能定位，不符合 WTO 的理论基础，短期来看，也无法通过谈判实现成员方的利益协调。试图通过 DSB 来实现突破也注定不易。DSB 的自由裁量权不仅受到 WTO 成员之间现有利益共识的约束，也面临裁判过程中的诸多实际困难。结合边境措施的最新发展动向，我国在应对这一问题时，应根据自身利益需要，灵活选择碳定价制度和碳规制手段，同时对 WTO 之外的各种双多边机制的发展保持警惕。

关键词： 边境措施；WTO；PPMs；环境政策差异；DSB 自由裁量权；应对措施

2014 年 7 月，已实施两年的澳大利亚碳税法案终被废除，[87]国际社会一片哗然。作为最具效率的温室气体减排措施，碳税和碳交易等碳定价制度（carbon pricing），得到了联合国、[88]世贸组织[89]等国际机构的肯定和推崇，并逐渐成为一种国际共识。然而，真正践行这一机制的国家依然有限。究其根源在于，各国普遍担心，单边引入碳定价制度将导致本国产业竞争力受损以及碳泄露。为此，相关国家主张在本国的气候变化制度中引入边境措施。目前，尽管各国在边境措施的合法性等问题上存在巨大的分歧与争议，但发达国家依然对此孜孜以求。[90]可以肯定地说，在未能达成有效一致的全球减排机制之前，各国在此问题上的博弈将会持续，甚至有可能激化。本文将从世界贸易组织(World Trade Organization，下称“WTO”)的视角，论证气候变化制度引入边境措施的可行性问题，并进而研判我国在此问题上所应秉持的基本立场和对策。

一、已有研究述评：WTO 规则体系下边境措施的现实困境

尽管西方学者早就开始了气候制度边境措施的讨论，[91]但这一问题真正受到国际社会的关注则主要源于 2009 年美国《清洁能源与安全法》草案中的“国际储备配额制度”以及持续发酵的欧盟航空碳排放交易制度。近几年来，边境措施一直是理论研究的热点，而有关边境措施在 WTO 规则体系下的合法性问题，也成为法学研究的重点。

（一）相关概念的辨析

迄今，如何界定美国法律草案中的“国际储备配额制度”或者欧盟针对外国民用航空器的碳排放配额制度等相关措施的性质，学术界存在意见分歧，除了“边境措施”的表述之外，还存在“碳关税”和“边境税收调整”等概念。

从字面上看，“碳关税”强调的是与气候变化制度相关的关税措施。关税通常仅针对进出边境的产品，而不适用于国内产品。[92]因此，用“碳关税”来界定美欧立法中的相关措施是不妥当的。但由于这一表述已经成为西方政客和媒体指责我国环境政策的工具，我国学者也往往借用这一概念展开相关的学术探讨。[93]然而，这一概念本身缺乏学术严谨性。

---

* 陈红彦，华南理工大学法学院教授，主要研究方向为国际经济法学。

87 参见新华网：《澳大利亚通过废除碳税法案》，http://news.xinhuanet.com/world/2014-07/17/c_1111672993.htm，2014 年 07 月 17 日。

88 *See* UN, *Working Towards a Balanced and Inclusive Green Economy: A United Nations System-wide Perspective*, UN, 2011, p.133.

89 *See* WTO and UNEP, *Trade and Climate Change*, WTO, 2009, pp.98-103.

90 对边境措施最热衷的莫过于美欧两大经济体，比如美国 2009 年《清洁能源与安全法》草案中的“国际储备配额制度”、欧盟的航空碳排放交易制度等。最新的相关提案就包括美国《气候保护法 2013》中针对能源密集型企业的边境措施等。*See* S. 332, 113th Cong. §101 (2013).

91 北欧国家早在 20 世纪 90 年代初就开始实施碳税制度，而对碳税边境措施的学术讨论也从那时候开始。*See* OECD, *Economic/Fiscal Instruments: Taxation (I.E. Carbon/Energy)*, OECD, 1997.但当时对这一问题的讨论仅停留在学术层面，没有上升到政策和法规层面，因此并没有引起太多关注。

92 参见刘剑文：《财税法学》，高等教育出版社 2004 年版，第 462 页。

93 参见赵玉焕，郭付强：《碳关税与 WTO 规则的相符性研究——基于 WTO 对相关贸易与环境争端处理的分析》，载《国际商务(对外经济贸易大学学报)》2013 年第 3 期；马翠萍，刘小和：《GATT 第 20 条争端案例下的碳关税征收合法性分析》，载《国际贸易问题》2012 年第 3 期；叶波：《美国碳关税制度的法律和政治简析》，载《法学评论》2011 年第 4 期等。

“边境税收调整”是税法上的概念，它允许商品在出口时由出口国退还已缴纳的税费，而在进口时由进口国按照本国税率对其征税，从而保证处于国际流通中的商品不会因为各国税制的差异而损害其竞争力。“边境税收调整”的制度特征与美欧意欲实施的措施非常接近，它们都强调将国内措施扩大适用于进口产品，因此，西方学者更多的选择这一表述来展开研究和讨论。[94]然而，使用这一概念也存在明显的缺陷。税法理论上的“边境税收调整”仅适用于“税”这一对象，而发达国家则希望将适用于本国产品的碳税或者碳排放交易制度，扩大适用于进口产品。在“美国航空业协会诉欧盟航空碳排放交易制度”一案中，裁判法官明确指出，欧盟的碳排放交易制度既非“税”也非“费”，[95]也就无法构成“边境税收调整”的适用对象。由此可见，使用“边境税收调整”的概念并不恰当。

正是由于“碳关税”与“边境税收调整”表述的局限性，世贸组织和联合国环境署在其发布的联合报告中，建议使用“边境措施”的概念，即那些采纳了碳定价制度的国家，为了拉平进口产品与本国产品的生产成本而对进口产品实施的一种贸易措施。它既包括当本国实施碳税时而对进口产品实施的边境税收调整措施，也包括当本国实施碳排放交易制度时对进口产品实施的边境调整措施，抑或其他情形下的其他措施。[96]本文认为，这一表述更具科学性和严谨性，尤其是当其所界定的对象本身亦不断变化之时，用边境措施的概念可以做到内涵与外延足够的涵盖性与稳定性。

（二）边境措施与 WTO 规则的关系问题

气候变化制度的边境措施本质上是一种单边贸易手段，因此，其与 WTO 规则体系的关系就成为判断其合法性的关键。为了避免被指责为新型贸易壁垒，西方学者为边境措施在 WTO 体制下所寻找的理论依据主要包括边境税收调整措施、反倾销税或者反补贴税等。对此，我国学者也进行了对应性的研究。

1.以边境税收调整作为理论基础的边境措施与 WTO 规则体系的契合性

尽管 WTO 并不存在有关边境税收调整的专门性规定，但结合《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariff and Trade，下称“GATT”)第 2 条第 2 款和第 3 条第 2 款的规定来看，在满足国民待遇的基础之上，对进口产品征收与本国国内税相一致的费用是被允许的，这实际上承认了边境税收调整的“进口征税”行为的合法性。据此，西方学者认为，如果本国采纳了碳税或碳交易等碳定价制度，就可以运用边境税收调整措施，对那些尚未承担碳排放成本的进口产品征税或征收碳排放配额费用，以拉平本国产品与进口产品的生产成本。然而这一理论依据将面临两大障碍。

第一个障碍是，碳定价制度是否具有边境税收调整的适格性。税法理论中的边境税收调整措施通常只适用于间接税，而 GATT/WTO 文本对此问题则缺乏明确的规定。西方学者认为，GATT 第 3 条第 2 款允许对“过程税”这一“间接对产品的征税”适用边境税收调整。碳税属于“过程税”，因此满足 GATT 第 3 条第 2 款的规定。[97]然而，“过程税”的边境税收调整问题不仅缺乏 GATT/WTO 条文的明确授权，也没有相关的争端解决实践加以支撑，因此在这一问题上存在极大的不确定性。另一方面，西方也有不少学者认为，争端解决机构（Dispute Settlement Body，下称 DSB）审理的“美国超级基金法案”表明，GATT 第 2 条第 2 款允许“对产品投入物的征税”进行边境税收调整，这为碳税或碳交易的边境税收调整提供了最好的实践支持。[98]然而，包括超级基金法案在内的 WTO 的现有实践都仅仅表明，只有当投入物融入产品之中，边境税收调整才是被明确允许的。而对于碳税或碳交易而言，投入物在最终的产品中甚至连一点痕迹都没留下，其是否可以进行边境税收调整，存有很大的疑义。[99]

第二个障碍是“同类产品”的认定问题。WTO 非歧视原则要求进口国的国内税费政策不能对构成“同类产品”的进口产品造成歧视。然而，碳定价制度的边境措施的特点恰恰在于，对于“碳足迹”不同但其他方面相同或类似的产品，征收不同的碳排放税费。对此，部分学者认为，尽管目前 DSB 依然主要依据产品的物理特征、产品的终端使用、消费者的消费习惯和爱好以及产品的关税分类等四项标准来判断产品的

---

[94] *See* Joshua Elliott, “Unilateral Carbon Taxes, Border Tax Adjustments And Carbon Leakage”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 14, 2013, p.207.; Christine Kaufmann, “Carbon-related Border Tax Adjustment: Mitigating Climate Change or Restricting International Trade?”, *World Trade Review*, Vol.10, No.4, 2011, p.497.

[95] 裁判法官指出，费是为公共利益而收取的，其数量由公共机构事先单方面决定。而其它费，尤其是税，也是由公共机构单方面决定的，并且还需遵循某些事先确立的规则，比如税率、税基等。相反，排放配额的价格是根据自由市场的力量，由供需矛盾决定。*See* Case C-366/10, Air Transport Association of America, American Airlines, Inc, Continental Airlines, Inc, United Airlines, Inc v. The Secretary of State for Energy and Climate Change, OJ (2010) C260/9, 6 Oct. 2011, http://curia.europa.eu/. paras 214 and 216.

[96] 参见前引③，WTO and UNEP 文，第 98-104 页。

[97] *See* Paul Demaret & Paul Stewardson, “Border Tax Adjustments Under GATT and EC Law and General Implications for Environmental Taxes”, *Journal of World Trade*, Aug. 1994, p.5.

[98] *See* Steven Zane, “Leveling the Playing Felid: The International Legality of Carbon Tariffs in the EU”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol.34, 2011, p.199.

[99] 参见陈红彦：《“碳关税”的合法性分析——以边境税收调整的适格性为视角》，载《法商研究》2013 年第 4 期。

相似性问题，但在与环境相关的贸易问题上，DSB 已逐渐发展和运用了生产过程与生产方法（Processing and Product Methods，下称 PPMs）的方法来分析“同类产品”的问题，这就为碳足迹不同的产品被认定为非同类产品，提供了可能。[100]对此，有不少学者提出，WTO 的现有立场只能表明，只有那些“与产品有关的 PPMs”，才可以作为判断同类产品的依据。而碳税或者碳交易等制度所涉及到的碳足迹问题，是“与产品无关的 PPMs”，目前来看，其是否会影响同类产品的判断，WTO 在此问题上尚未有清晰的立场。[101]

如果被认定为同类产品，从而边境措施的实施违反了非歧视原则，那么能否通过 GATT 第 20 条的“一般例外”条款的第 2 款“保护人类及动植物的生命或健康所必需的措施”或者第 7 款“与养护可枯竭的自然资源有关的措施”而加以豁免呢？在此问题上学者们的意见有分歧，[102]疑虑则主要包括：边境措施是否构成实现进口国特定政策目标的不可替代的手段；其实施目的是否与环保例外条款的宗旨相符；其是否可能构成对他国的“任意的或不合理的歧视”等。

2. 以反倾销税与反补贴税为基础的边境措施与 WTO 规则的契合性

西方学者，尤其是经济学者认为，政府有动机通过降低环境标准而给予出口企业以补贴。出口国政府不实施碳定价制度，不仅对本国的能源密集型企业构成一种“事实上的补贴”，而且由于出口产品不承担碳减排成本，因此构成对其它国家市场的“环境倾销”或“生态倾销”，其它国家可相应采取征收反倾销税或反补贴税的边境措施，以拉平产品之间的成本。[103]对于经济学者的这一建议，即便是西方法学学者也认为，其与 WTO 现行规则存在明显的冲突。[104]

一方面，出口国未实施碳定价制度很难使其产品构成对他国市场的倾销。目前 WTO 判断倾销所依赖的“正常价值”标准，依据的是出口国自身的标准，而非进口国标准或者其它标准。[105]因此，即便出口国尚未采纳碳定价制度，这一事实本身并不会导致“出口价格”与“正常价值”之间的差异，倾销行为难以构成。

另一方面，根据《补贴与反补贴措施协议》的规定，出口国未实施碳定价制度也很难构成对本国产品的“财政资助”，进而构成补贴。财政资助有四种类型，与边境措施最相关的要属“放弃或未征收在其它情况下应征收的政府税收”这一类型。一国未实施碳定价制度，确实构成政府“放弃或未征收税费”，但这一放弃或未征收的税费却并非“在其它情况下应当”征收的税费。DSB 在“美国外国销售公司案”等案例中表明，WTO 不会迫使成员国选择某一特定的税收体制，是否构成“其它情况下应当征收”，取决于各成员方自行选择确立的税制。[106]因此，按照现行的 WTO 规则，出口国有充分的自主权来决定是否实施碳定价制度，绝不可能因为进口国已实施了这项制度而本国未实施，就被扣上补贴的帽子。

二、WTO 理论基础下边境措施的艰难突破

目前基于 WTO 规则的相关研究，直观反映出边境措施与 WTO 规则之间的潜在冲突。而当我们更深入地运用 WTO 理论基础来探讨相关问题时，不仅规则之间冲突的根源将一览无余，进而也可以大体判断出边境措施在 WTO 体制内的未来走向。总体来看，边境措施若想获得 WTO 体制内的合法地位，就需要多边贸易体制在众多根本问题上进行重新定位。然而，即便是面对气候变化这一全球公共问题时，WTO 可以为此所做出的努力与让步也显得非常有限。

---

[100] *See* Hufbauer, Gary Clyde, Steve Charnovitz, and Jisun Kim, *Global Warming and the World Trade System*, Washington, DC: Peterson Institute for International Economics, 2009, pp.36-37. 前引⑦，赵玉焕，郭付强文。

[101] 参见郑玲丽：《应对气候变化措施同 WTO 原则的冲突》，载《太平洋学报》2012 年第 6 期；前引⑧，Christine Kaufmann 文，第 497 页。

[102] *See* Kayla Gates, “The Certainties in Life: Death, Taxes, and Global Warming?: an Analysis of Border Tax Adjustments as Incentives for Promoting Worldwide Energy Efficiency”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol.36, 2013, p.397; Ryan Vanden Brink, “Competitiveness Border Adjustments in U.S. Climate Change Proposals Violate GATT: Suggestions to Utilize GATT'S Environmental Exceptions”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol.21, 2010, p.85; Arjun Ponnambalam, “U.S. Climate Change Legislation and the Use of GATT Article XX to Justify a 'Competitiveness Provision' in the Wake of Brazil-Tyres”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 40, 2008, p.261；前引⑦，马翠萍，刘小和文。

[103] *See* Joseph Stiglitz, A New Agenda for Global Warming, Economists’ Voice, July 2006, http://www.bepress.com/cgi/submit.cgi?context=ev.

[104] *See* Joost Pauwelyn, “U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law”, Working Paper, April 2007; Charles E. McLure, Jr., “The GATT-Legality of Border Adjustments for Carbon Taxes and the Cost of Emissions Permits: A Riddle, Wrapped in a Mystery, Inside an Enigma”, *Florida Tax Review*, Vol. 11, 2011, p.221.

[105] 根据 GATT 第 6 条的规定，“正常价值”的判断标准主要有三条，即产品在出口国的国内市场价格、第三国可比价格或推算价值。其中第三国可比价格是指“相关产品出口到合适第三国的可比价格”，推算价格是指通过“比较原产国的生产成本加合理金额的管理、销售和一般费用及利润”确定的价格。由此可见，“正常价值”的确立依据是出口国自身的标准。

[106] United States-Tax Treatment for Foreign Sales Corporations, WT/DS108/AB/R(2000),21 November 2000.

（一）非歧视原则的基础问题

首先，WTO 是否需要为气候变化问题而对现有的非歧视原则作出根本性调整。非歧视原则是多边贸易体制的基石，它要求不同出口国的“同类产品”之间以及进出口国的“同类产品”之间在待遇上的公平公正。尽管对于“同类产品”这一重要概念，WTO 从未对其进行过一般性的界定，[107]但考察 DSB 的已有实践，我们不难发现，目前 WTO 对“同类产品”的判断都是从产品的结果，即产品本身的特质这一角度出发的。然而，包括气候变化制度在内的环境法律规范则与贸易法的基本做法截然不同。环境保护法不仅涉及产品本身的问题，同时对产品的生产过程和生产方法所引起的环境问题也给予极大的关注。产品本身相同，但 PPMs 不同的产品在环境法律规范上将可能面临不同的法律后果。因此，尽管不同碳足迹的产品是贸易法上的相同产品，但却要承担不同的碳税或碳交易费用，这与现行的非歧视原则是格格不入的。

这一矛盾能否在 WTO 体制内得以协调解决的关键是多边贸易规则有没有可能采纳环境法律的规定，将 PPMs 纳入“同类产品”的判定标准。不少学者注意到，无论是法律规则还是判决实践，WTO 都已经一定程度上接受了 PPMs 的标准，然而这并不意味着多边贸易体制可以轻松接受气候变化制度的边境措施。因为，已有的实践只不过从另一角度证明了 WTO 在判断同类产品问题上所坚持的以“产品”为核心的基本态度。比如，《动植物检验检疫协议》、《技术性贸易壁垒协议》所涉及的都是与产品相关的 PPMs，[108]即 PPMs 的不同导致了产品本身的物理特征、性状、用途等的改变。在石棉案这一被众多学者认为印证了 WTO 已接受与产品无关的 PPMs 这一结论的经典案例中，上诉机构明确指出，“健康风险”不同使得温石棉纤维和替代纤维的“物理特征”产生不一致，[109]这才是“健康风险”这一 PPMs 被上诉机构认可的关键。与产品相关的 PPMs 的落脚点还是产品本身，WTO 接纳这类 PPMs 根本没有对即有的 WTO 实践产生任何冲击。

然而，气候变化法的边境措施则与上述 PPMs 不同。碳税或碳交易这类 PPMs，根本不会对最终的产品本身带来任何影响，WTO 要接纳这类 PPMs，就必需修改现行以产品为核心的判定标准。在金枪鱼案中，争端解决机构拒绝根据捕捞方式这一与产品无关的 PPMs 而对金枪鱼进行分类，[110]在美欧转基因案中，争端解决机构明确表明其裁判不涉及生物技术产品与以传统方法生产的产品是否是同类产品的问题，[111]从而避免了对这一与产品无关的 PPMs 和同类产品问题的关系做出判断。所有这些迹象均表明，WTO 并没有准备好在此问题上进行任何的改变或者突破。

WTO 之所以如此小心谨慎，是因为与产品无关的 PPMs 是一个尚未被全面开垦和认知的领域。即便是与环境相关的那些与产品无关的 PPMs，由于其所涉及的范围极其广泛、内容极其复杂而后果又难以预料，笼统地处理就会引起诸多问题，有些甚至冲击国家根本利益的范畴。比如，在讨论《清洁能源与安全法》草案中的“国际储备配额制度”时，美国国内就曾流露出一种较为普遍的担心，因为国际储备配额制度允许依据产品的生产流程而进行贸易限制。如果 WTO 认可了这一贸易限制做法的合理性，则美国出口的生物技术，比如转基因大豆、玉米等一定会得到贸易伙伴国的阻挠。[112]拓展开来看，PPMs 不仅可能涉及环境问题，还可能涉及诸如劳工、宗教、文化等诸多问题。如果说 WTO 允许以与环境相关的 PPMs 为由而进行贸易限制的话，那么“一个禁止妇女在某些生产性工厂工作的国家，是否可以因此禁止那些使用女性雇员的此类工厂生产的货物的进口呢？一个规定每周有宗教假期的国家，是否可以因此禁止没有这种假期的国家生产的货物的进口呢？”[113]由此可见，与产品无关的 PPMs 问题绝不是一个简单的贸易问题，其涉及到更深层次的政府管制和社会基础等问题。由于失去了与产品本身的联系，对于 WTO 这样一个贸易体系而言，采用何种方式、何种标准才能将这些 PPMs 进行区分，从而赋予它们不同的贸易后果，绝不是一件简单的事。这就意味着，如果多边贸易体制贸然接受气候变化制度中的边境措施，那就等于“打开了一个装有诸多问题的潘多拉盒子，并将在 GATT 中开凿一个巨大的漏洞”，[114]这个漏洞无疑将为各种贸易保护主义大开方便之门，而 WTO 所致力的贸易自由化目标，也将遭受极大的破坏。

---

[107] United States - Taxes on Petroleum and Certain Imported Substance, L/6175 - 34S/136, para.5.1.1, 17 June 1987.

[108] *See* Steve Charnovitz, “The Law of Environmental “PPMS” in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *Yale Journal of International Law*, vol.27, 2002, p.78. 黄辉：《WTO 与环保》，中国环境科学出版社 2004 年版，第 165－178 页。

[109] *See* European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Product, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001, para.145,151,152..

[110] *See* United States-Restrictions on Import of Tuna, panel Report, DS21/R (unadopted), para. 5.14.

[111] *See* European Communities- Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/23, 21 November 2006.

[112] *See* Sarah O’Connor and Alan Beattie, “Senators attack carbon tax proposals on US imports”, *Financial Times*, July 8 2009.

[113] John H. Jackson, “World Trade and Environmental Policies: Congruence or Conflict?” *Washington and Lee Law Review*, vol.49, Issue 4, 1992.

[114] Ibid.

（二）WTO 对环境政策差异这一问题的基本态度

气候变化制度中的边境措施，其实质是进口国试图通过贸易手段，拉平进出口国之间的环境政策差异。因此，WTO 需要面对的难题是，成员国之间的环境政策差异，是否属于 WTO 适合解决并且有能力解决的问题。

WTO 的目的是促进跨境贸易的自由化，追求经济学理论中的“比较优势”的利益。推动自由贸易的比较优势理论指出，各国之间的差异是进行贸易的一个重要原因。在李嘉图看来，这一差异仅仅指劳动生产率这一个要素，但对于当前绝大多数经济学家而言，劳动力、资本、技术等众多要素禀赋的差异才是决定比较优势的关键。[115]环境资源禀赋当然位列其中。而决定环境资源禀赋的，除了自然环境的条件之外，也包括环境政策、污染吸收能力以及环境的社会价值等方面，这些都属于经济学理论中的比较优势的范畴。[116]以这样的推论来看，既然 WTO 以比较优势理论作为其理论依据，而环境政策差异属于比较优势的范畴，WTO 就不应允许通过贸易手段来纠正这一差异，因为这一差异正是国际贸易得以展开的基础。

然而，这一结论并不能简单地适用于 WTO。其一，WTO 本质上仅仅是一个多边谈判的场所和机制，因此把某一特定的贸易理念归属于 WTO 其实是困难的。其二，贸易理论不等于贸易政策，尽管目前比较优势的理论和自由贸易的思想已经深入人心，但真正能做到自由贸易的国家为数极少。现实的贸易政策是复杂的，各种以增进整体社会福利为理由的自由贸易政策和贸易干预计划交杂着，成为各国贸易政策的核心特征。而 WTO 则提供了一种平台和机制，使得成员国可以对这些贸易干预措施进行谈判。这实际上就为多边贸易体制干预国内政策提供了合法的途径。而从 GATT/WTO 的多轮谈判实践来看，这一对成员国国内政策的干预越来越深入，与贸易本身的关联度越来越间接。即便是那些与 WTO 现行规则保持一致并被广泛使用的国内政策工具，也不意味着不会受到 WTO 规则的审查。随着国家之间在相关国内政策工具下的矛盾日益突出，WTO 的下一回合谈判可能将不得不处理这些问题。

这一结论同样适用于环境问题。换句话说，即便环境政策的差异目前依然属于 WTO 所认可的比较优势的范畴，但却并不意味着其不会受到 WTO 的审查。环境政策差异所导致的各国生产成本事实上的不一致以及由此给相关利益集团造成的冲击，将会日益成为刺激进口国推行贸易保护主义的主导因素。“不管是单边还是在 WTO 内，想把不公平贸易的概念扩大到包括环境或劳工标准差异的企图……其隐含的目标都是为了维持在缺乏竞争力的工业部门的就业。”[117]正是在这些利益的驱动下，进口国与出口国的矛盾会日益加深，最终这些矛盾也会被置于 WTO 的谈判框架之下。在多哈回合谈判中，《多哈宣言》明确授权对“环境措施与市场准入的关系”进行重点讨论。这表明，尽管环境政策的差异目前尚未成为多边谈判的议题，但在此问题上的国家利益之间的博弈已经拉开了序幕。博弈的双方表面上看是碳定价制度实施国和未实施国，其实核心是发达国家与发展中国家两大阵营。博弈的关键其实是两大阵营之间利益交换的可能性和空间。一个值得注意的问题是，经过八轮的谈判，WTO 的许多关税和非关税问题都得以成功解决，这意味着 WTO 体制本身所能提供的利益范畴日渐缩小，发达国家与发展中国家之间的利益交换空间已经非常有限。[118]发达国家如果拿不出令发展中国家满意的利益交换，环境政策问题将很难在 WTO 体制内有所突破，而这也正是多哈回合谈判在此问题上难有作为的关键所在。

（三）突破的路径选择问题

与 GATT 时期不同的是，现行的 WTO 体制，无论是规则体系，还是争端解决机构的司法裁判行为，都明显加强了对环境问题的关注，这也成为西方学者对气候变化边境措施保持乐观判断的根本原因。尽管如此，边境措施与现行 WTO 规则之间依然存在冲突。那么，WTO 有没有可能通过修改现行规则，从而赋予边境措施以合法地位呢？

短期来看，这不具有现实可能性。对于 WTO 体制而言，规则体系的调整依赖于多边谈判。尽管 2001 年开始的多哈回合谈判首次将“贸易与环境”的问题纳入多边谈判议程，但《多哈宣言》仅授权对“环境措施与市场准入的关系”进行重点讨论，而非谈判。即便如此，经过十余年的谈判，多边贸易体制在此问题上也未能形成任何倾向性的意见。[119]由于环境议题从多哈回合谈判一开始就与农业补贴问题形成事实上的捆绑关系，因此除非美欧在削减农业补贴问题方面基本满足了发展中国家的诉求，否则发展中国家根本

---

[115] 参见[美]斯蒂格利茨：《经济学》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 56-58 页。

[116] *See* Subramanian, A., “Trade Measures for Environment: A Nearly Empty Box?” *World Economy*, Vol. 15, No. 1, 1992, pp.135-152.

[117] [英]伯纳德·霍克曼，迈克尔·考斯泰基著，刘平等译：《世界贸易体制的政治经济学》，法律出版社 2000 年版，第 258 页。•

[118] 参见[美]保罗·R·克鲁格曼，茅瑞斯·奥伯斯法尔德：《国际经济学》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 224 页。

[119] 2013 年底 WTO 达成的《巴厘一揽子协议》（早期收获）并未涉及贸易与环境的关系议题。而根据 2011 年 4 月 21 日 WTO 公布的多哈回合谈判各谈判小组的主席为达成谈判准备的文件包，在涉及贸易与环境的谈判或重点讨论的议题中，成员国除了在环境货物的覆盖范围特别是关于环境货物的协调税则的问题上有所进展之外，其他议题均无实质性进展。参见 TN/TE/20, 21 April 2011(11-2083).

不可能在环境问题上让步。

除了通过环境议题这样一个专门的平台之外，边境措施也可能通过 WTO 其他规则的修订而达到被 WTO 认可的效果。比如，在乌拉圭回合谈判中就涉及到了管理性补贴（regulatory subsidy）的问题。所谓管理性补贴，“即政府用降低一定管理水平的方法，例如牺牲环境保护、降低劳动保护标准等，从而降低本国产品的成本”。[120]这一概念其实反映了西方国家试图通过反补贴制度拉平政府管制成本差异的企图。这也是著名经济学家斯蒂格利茨认为应对未承担碳定价成本的进口产品征收反补贴税的一个主要动因。[121]如果这一概念被 WTO 认可，那么出口国与进口国环境政策的差异就有可能构成对出口产品的补贴，并受反补贴规则的调整。不过，尽管乌拉圭回合涉及了这一概念，但并未引起广泛的讨论，多哈回合有关补贴的谈判中也未涵盖这一问题。

那么，面对气候变化这一全球公共安全问题，WTO 体制有没有可能通过寻求 DSB 的自由裁量权，从而赋予边境措施在 WTO 中的合法性地位呢？事实上，在有关气候变化的边境措施与 WTO 规则的关系问题上，的确存在大量的自由裁量的空间。比如“同类产品”的界定问题以及 GATT 环保例外条款的适用问题等。在此背景之下，我们需要思考，规则本身的模糊性以及自由裁量权的广泛存在，是不是为气候变化制度的边境措施在 WTO 体制内找到了一条更为便利的突破路径？不可否认，DSB 的自由裁量权在很大程度上比起多边谈判的博弈以及规则的修改要简单许多。即便如此，本文认为，在气候变化制度的边境措施问题上，DSB 绝不会表现得太过冒进。

尽管气候变化问题具有环境角度的特殊性和紧迫性，但气候变化制度的边境措施却与 WTO 的理论基础存在紧密的联系。对于 DSB 而言，它必需考虑到“牵一发而动全身”的危险性。接受气候变化制度的边境措施，意味着多边贸易体制将在与产品无关的 PPMs、管制成本的拉平等问题上做出实质性的突破。而这些问题，至少短期来看，都尚未进入 WTO 的谈判议题，或者难以达成一致性的谈判结果。因此问题的关键在于，DSB 自由裁量权的权限到底有多大？其有没有一种实质上的规则创设的权限？进一步说，DSB 有没有对那些缔约方尚未形成共识的问题而为缔约方设定义务的权限？对此，WTO《争端解决谅解备忘录》明确予以了否定。[122]对 WTO 而言，允许这种权限是相当危险的。说到底，WTO 仅仅是一个国际谈判的平台，缔约方接受的只可能是自身讨价还价的结果。自由裁量权的无限扩大可能将最终导致 WTO 的众叛亲离。这是 DSB 不得不认真思考的问题。除了这一最为根本的利益考量之外，在涉及气候变化制度的边境措施问题上，DSB 的自由裁量权也会遇到诸多实际的困难，比如在对边境措施立法目的的判断这一问题上。目前来看，引入边境措施的目的有两个，即拉平进出口产品的竞争成本，同时防止碳泄漏，促进全球温室气体减排。[123]而这两个立法目的在寻求现行的 WTO 的法理支持时将发生根本性的矛盾。

如果认为拉平产品竞争力是边境措施的立法目的，相关国家显然就不应寻求“环保例外”的法律支撑了。环保例外不能成为任何以经济动机为出发点的进口贸易限制措施的合法理由。[124]然而此时边境措施将遭遇逻辑判断上的尴尬局面。一方面，进口国试图使 DSB 相信，其之所以引入边境措施，是因为进口产品与本国产品之间具有竞争性，因此其与出口国之间的环境政策差异，导致本国产业的竞争力受损；另一方面，进口国又希望 DSB 以进口产品与本国产品之间不具竞争性从而不具有相似性为由，[125]判决其为非同类产品，因为只有这样，进口国对进口产品的差别征税或收费行为才不会违反非歧视原则。进口国这一前后矛盾的说辞，将使得 DSB 左右为难。

如果以促进温室气体减排这一环保目标作为边境措施的立法目的，并进而以“环保例外”作为边境措施的法律支撑的话，DSB 需要判断的是，进口国是否有权利以促进温室气体减排为由，通过贸易手段，强行要求出口国采纳与进口国相同的减排制度。目前，无论是《联合国气候变化框架公约》还是《京都议定书》、《巴里路线图》或是《坎昆协议》，都没有在温室气体减排制度的选择问题上，为成员国设定强制性

---

120 赵维田：《世贸组织(WTO)的法律制度》，吉林人民出版社 2000 年版，第 311 页。

121 参见前引⑰，Joseph Stiglitz 文。

122 《争端解决谅解备忘录》明确否定了 DSB 在解释协定过程中的“制定法律”的能力。*See* “Understanding on Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes”, WTO Agreement, Annex 2, art. 3.2 (“Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.”).

123 对此，《美国清洁能源与安全法》草案第 768 条有明确的规定。*See* American Clean Energy and Security Act of 2009 (Waxman-Markey), Sec. 768.

124 参见前引㉒，Steve Charnovitz 文，第 81 页。

125 WTO 认为，判断同类产品的关键在于确定产品之间是否具有竞争或者可替代关系。比如，GATT 对第 3 条第 2 款的注释就明确表达了这一立场，“凡符合第 2 款第一句要求的税收，只有在已税产品为一方和未同等征税的直接竞争或替代产品为另一方之间有竞争的情况下，才被认为与第二句的规定不符。”DSB 在争端解决实践中也反复表明，确定产品“相似性”的基础和关键就是要看产品之间是否具有竞争关系以及竞争关系的程度。参见前引㉓，European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Product，第 99 段。

的义务。相反，上述协议强调的是各国在此问题上的自主权和选择权。[126]事实上，各国实现环境目标所倾向于采取的手段与方法不尽相同，强调市场作用的国家更倾向于采用经济手段，而其他国家可能更希望运用行政手段，比如各种市场准入的门槛和标准等。根据国家主权原则，国家之间这种环境政策选择的不同，当然都具有合法性。尽管碳定价手段被认为是促进减排最具效率的市场手段，但其却未必能实现在所有市场的效率最大化。市场手段的运行效果与市场机制本身的发达程度密切相关。碳定价的成功实施更是依赖于许多基础市场条件和技术条件，比如税收的征管技术和征管能力、碳交易市场的建立维护、减排检测能力等。强行要求所有国家都采用碳定价制度是不现实的，也未必能达到减排的最佳效果。如果环境条约都尚未对各国减排制度的选择设定国际义务，WTO 更不应具有发言权。世贸组织前任总干事拉米就表示，“WTO 所拥有的反补贴、税收、知识产权等手段都是一种有效应对气候变化的手段。但只有当环境机制提供了明确的环境指标和指示时，这些手段才可以被使用。一个包括主要排污国的多边协定，才是指导 WTO 如何将环境的负的外部性进行内化的最好方法。也只有这样的机制，才能对有关国家在边境实施的措施是否是环境所必需的这一问题做出适当的裁判。”[127]在缺乏这一多边环境规则的前提下，DSB 贸然以环保例外作为进口国实施贸易限制的理由，将难以立足。

三、我国在边境措施问题上的基本立场和对策

面对西方国家实施边境措施的威胁，我国学者提出，一方面应积极构建碳定价制度，实现经济社会的转型升级，另一方面也应充分运用 WTO 规则，维护我国的合法利益。[128]对此，本文不再重复。由于边境措施是一个涉及贸易与环境的交叉问题，本文结合国际贸易制度与国际环境制度的最新发展动态，提出以下两点应对策略。

（一）我国应重视规制手段的运用

通常认为，促进减排的手段有三种：规制手段（西方学者称之为“命令—控制手段”）、经济手段（碳定价制度）和技术手段。规制手段强调政府的行政监管，经济手段突出市场的调节作用。迄今，发达国家多是将边境措施与经济手段相联系，用于解决未承担碳定价成本的进口产品与已承担碳定价成本的本国产品之间的不公平竞争问题。也正因为此，我国学者通常主张，构建我国的碳定价制度是有效应对边境措施威胁的应有之义。本文并不意在反对这一观点，而是强调，在如何促进低碳减排的问题上，我们其实有很大的自由决策空间，重视规制手段的运用，在很大程度上也可以应对边境措施的威胁。

一则，边境措施自身的发展端倪提示我们应重视规制手段的运用。近来，欧盟与澳大利亚之间有关油砂产品的差别待遇之争，颇引人关注。2009 年欧盟为了履行其减排承诺，公布新修订的《燃料质量指令》。该指令要求所有的燃料供应商到 2020 年，必须将其所提供燃料的“生命周期温室气体数量”削减 6%。为了确定燃料的生命周期温室气体排放量，欧盟于 2012 年出台一个草案，规定了不同燃料来源的排放默认值，其中从油砂中提炼汽油的排放默认值（值数为 107）比从原油中提炼汽油的排放默认值(值数为 87.5)高出 15%。[129]根据《燃料质量指令》的相关规定，进口含砂原油将因此面临非常不利的贸易后果，包括被征收惩罚性关税。由于加拿大是全球最主要的含砂原油出口国，其指责欧盟的这一做法具有歧视性，并威胁将此事诉诸 WTO。[130]尽管目前《燃料质量指令》尚未被通过，依然处于利益博弈阶段，但欧盟的这些举动具有风向标的意义，边境措施很可能会强化其与规制手段的联系。

二则，美国在气候减排问题上的动向同样值得关注。由于共和党对碳定价制度的阻挠，自 2009 年《清洁能源与安全法》草案在美国国会折戟以来，奥巴马政府已经将减排制度的重点从碳定价制度转移到规制手段。2013 年 6 月，美国政府绕开国会发布了《总统气候行动计划》，强调通过行政手段，大规模减少温室气体排放。[131]2014 年 6 月，美国政府公布了针对电力行业的减排新计划，要求这一温室气体排放量占全

---

[126] 比如，《联合国气候变化框架公约》和《京都议定书》仅敦促发达国家缔约方在利用市场机制促进减排方面加强协调和合作。《坎昆协议》虽然考虑设立一个或多个市场机制以促进减排，但强调缔约方的自愿参与权。参见《联合国气候变化框架公约》第 4 条，《京都议定书》第 2 条以及《坎昆协议》第 1/CP. 16 号决定第 80 条。

[127] Lamy: Doha Could Deliver Double-win for Environment and Trade, 9 December 2007, http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl83_e.htm.

[128] 参见崔连标，朱磊，范英：《碳关税背景下中国主动减排策略可行性分析》，载《管理科学》2013 年第 1 期；王慧：《美国气候安全法中的碳关税条款及其对我国的影响——兼论我国的诉讼对策》，载《法商研究》2010 年第 5 期等。

[129] *See* Draft Commission Directive Laying Down Calculation Methods and Reporting Requirements Pursuant to Directive 98/70 (EC) of the European Parliament and of the Council Relating to the Quality of Petrol and Diesel Fuels, Annex I, COM (2012) 0166 final, Feb. 23, 2012.

[130] 参见中国贸易救济信息网：《加拿大威胁将欧盟燃料品质指令诉至 WTO》 http://www.cacs.gov.cn/cacs/newcommon/details.aspx?articleid=112595，2013-05-13.

[131] 参见新华网：《奥巴马公布美首份气候行动计划》，http://news.xinhuanet.com/world/2013-06/26/c_116296697.htm，

美 40%的排放大户，到 2030 年时，煤炭和天然气等化石燃料发电厂的排放总量将比 2005 年减少 30%。[132]在减排问题上，美国向来是“严于律他，宽于待己”。此次奥巴马政府推出如此大规模的减排措施，可以想象，美国一定会通过各种手段，强化他国的减排纪律，而加强边境措施与规制手段的关系，很可能是备选项之一。

最后，WTO 规则和 DSB 判例同样支持减排制度选择的灵活化。西方学者通常都将 GATT 第 20 条“一般例外”的适用作为边境措施合法化的终极保障，而第 20 条适用的重要前提是，进口国的措施不能构成“任意的或不合理的歧视，以及对国际贸易的伪装的限制”。争端解决机构的裁判实践则表明，要求另一成员国采取与该国境内实质相同的综合管理计划就属于“任意的不合理的歧视”，因为严格而僵化的标准本身就已经证明了歧视的任意性和不合理性。[133]这样看来，即便出口国没有采纳碳定价制度，进口国也不能以此为由而对出口国的产品实施边境措施，前提是只要出口国采取了其他有效的减排措施。事实上，一如美国，如其真能贯彻落实《总统气候行动计划》，又怎会允许进口国对其出口产品施以边境措施呢？

以上分析都表明，我国在节能减排的制度架构问题上应掌握更多的自主权，是选择市场机制，还是依靠行政手段，应取决于我国的现实需要。碳定价制度的实施需要更为成熟的市场环境和配套措施，行政手段的推进则需要更有效的监管手段和能力、更科学的监管体制。无论哪一种，于我国而言，都是一条艰难之路。

（二）我国应重视 WTO 机制外涉及贸易与气候问题的双多边机制

当前，联合国所主导的多边气候谈判并不顺利，2015 年联合国巴黎气候大会能否如预期制定并通过一个确立 2020 年之后全球减排纪律的机制，[134]目前尚难预料；另一方面，边境措施短期来看也难以在 WTO 体制内获得实质性突破。在此背景之下，发达国家出现一种新的理论和实践倾向，他们主张将边境措施与双边或区域性贸易协定相挂钩，因为这样做不仅可以在一定程度上克服单边引入边境措施所遭遇的 WTO 规则的障碍，减少遭受贸易报复的可能性，而且也摆脱了对冗长并且经常无效的多边机制的依赖。[135]这种理论也一定程度上得到了实践的支撑。当前双边以及区域性的贸易投资协定越来越多的明确涉及到气候变化议题，[136]这一议题也不再是躲藏在环境议题背后的可有可无的配角。尤其值得注意的是，TPP 等极具影响力的区域贸易协定也开始明确涵盖气候变化议题，[137]使得贸易与气候变化的关系问题以及处理机制问题变得更为敏感和复杂。尽管目前来看，这些机制中所涉及的气候变化议题较为笼统，但如果 WTO 谈判以及联合国气候变化谈判持续呈现胶着状态，难以推进的话，那么这一新的处理贸易与气候变化问题的机制和平台将带来无限可能性，我们必须对此高度警惕。

2013-06-26.

[132] 参见高伟东：《美推出电力行业减排计划：决心很大，变数尚存》，载《经济日报》2014 年 6 月 6 日。

[133] United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 Oct. 1998, paras.163, 164.

[134] 联合国在全球气候减排制度的规则制定方面一直掌握主导权。目前，其工作重点是根据 2011 年在联合国德班气候大会上设立的“德班平台”，在 2015 年之前达成一个适用于《联合国气候变化框架公约》所有缔约方的法律文件，作为 2020 年之后各缔约方减排的依据。这一工作目前进展缓慢，困难重重。参见财经网：《华沙气候大会的德班平台之争》，http://international.caixin.com/2013-11-23/100608725.html，2013-11-23.

[135] 有关这方面的讨论，可参见 Rafael Leal-Arcas, *Climate Change and International Trade*, Edward Elgar Publishing, 2013, pp.405-146; Kateryna Holzer, Nashina Shariff, “The Inclusion of Border Carbon Adjustments in Preferential Trade Agreements: Policy Implications”, *Carbon & Climate Law Review*, Vol.6, 2012, p.246.

[136] *See* Agreement between Japan and Mexico for the Strengthening of the Economic Partnership (2004)；Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part, 2011.

[137] United States Trade Representative, “Outlines of the Trans-Pacific Agreement” (2011), www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2011/november/outlines-trans-pacific-partnership-agreement, 2011-11-12.

浅析境外追逃追赃与国际执法合作

Analysis of the overseas criminal chasing and international law enforcement cooperation

高明俊（1992-）福州大学国际法学硕士研究生，福建省福州市大学新区学园路2号57号楼503室邮编350108 邮箱 397197141@qq.com 电话 18950476475

摘要：随着全球化进程的不断加深，跨国犯罪、跨区犯罪、境外出逃等涉外性犯罪也日益严重，成为困扰世界各国的顽症。本文针对境外追逃追赃国际执法合作的完善，分析境外追逃追赃的方式，强调构建境外追逃追赃的民事诉讼机制、采取灵活的方式解决问题。深入分析中国参与境外追逃追赃合作存在的缺陷，提出完善境外追赃的一些建议。对境外追逃追赃司法实践活动有极其重要的意义。

关键词：境外追赃；境外追逃；民事诉讼；完善建议

Abstract: With the process of economic globalization continues deepening ,transnational crime, transregional crime, fled across the overseas is increasingly serious, become chronic distress all over the world. In this paper, aiming at improving the overseas criminal chasing of international cooperation in law enforcement, analyzes the foreign criminal chasing way, emphasizing the construction of overseas criminal chasing civil litigation mechanism, to adopt a flexible approach to solving problem. Analyzing the defects of Chinese participation in overseas criminal chasing cooperation ,puts forward some suggestions for improving the overseas disparity. It is very meaningful for the judicial practice of foreign criminal chasing.

Keywords: overseas booty; overseas pursuit; civil litigation ;improvement suggestions

当今全球化进程的不断加深，跨国犯罪、跨区犯罪、境外出逃等涉外性犯罪也日益严重。腐败现象的跨国化趋势也日益突出，许多贪官将国外视为避罪天堂。一些西方国家甚至已经

形成了具有特色的“贪官一条街”。建立较为完善的境外追逃追赃的国际执法合作机制日趋重要。

一、境外追逃追赃的国际方式现状

（一）检察官主导的刑事司法协助

按照国际社会的通行做法，境外追逃追赃要必须严格遵从司法合作的国际规律和规则。多数国家的刑事司法国际合作法、刑事司法协助法或引渡法都明确规定，检察官是对外开展刑事司法合作的主体，并确立了检察官主导国际合作的原则。从性质上看，追赃国际合作属于刑事司法协助范畴，并作为刑事司法协助的主要内容和方式之一。[138]

追赃国际合作是国际刑事协助的重要内容之一，是相对于对潜逃境外的犯罪嫌疑人、被告人进行引渡、遣返等而开展的追逃国际合作而言的刑事司法国际合作方式。它的合作范围限于被犯罪嫌疑人、被告人非法转移出境的赃款赃物，包括犯罪所得、犯罪收益和犯罪工具等与犯罪行为有关的一切涉案物品、资产或资金等。

各国开展刑事司法协助中央机关主要有两类:一类是在指定司法部的同时，指定总检察署作为中央机关(如俄罗斯、葡萄牙等国)，可以直接开展国际合作的，目前有 13 个国家。二是指定司法部作为中央机关(如美国、加拿大、澳大利亚等国)，但这些国家的司法部长往往兼任总检察长或在司法部内设检察部门，其国际合作主要通过其内设的总检察长办公室或委任的检察官开展工作。总之，通过发挥检察机关或检察官在司法合作中的职能作用，尤其充分运用引渡、刑事司法协助等方式开展境外追逃追赃，是国际社会的普遍做法。

（二）境外追逃追赃的民事诉讼机制

《联合国反腐败国际公约》中对资产追回的规定，建立境外追逃追赃的民事诉讼机制属于公约中规定的直接追回财产的措施，这种措施是指财产受害人按照财产所在地国家的法律规定和法律程序，直接向财产所在国家司法机关提出主张，通过民事诉讼的方式追回相关的资产。

该公约还规定了三种直接追缴资产的方式，一是财产受害人所在国或者相关的财产的合法所有人向财产所在地国家的法院就该财产提起民事诉讼，提出要求法院确认并且维护自己的合法权益并主张自己被转移的财产予以追回的诉讼请求。二是依照财产受害人所在国或者相关的财产所有人的请求，财产所在当事国家判决侵犯财产的被告人向财产受害人或者相关的财产所有人进行赔偿或者相应的补偿，这种措施可以兼用于民事诉讼和刑事诉讼。三是简易返还制度。

---

138 张智辉:《国际刑法通论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 355 页

通过民事诉讼方式开展境外追赃主要有以下两种方式：

一是由被害单位向赃款赃物所在国的法院提起确认所有权或侵权赔偿民事诉讼，由外国法院作出民事判决后返还财产。[139]

二是由被害单位向国内案件发生地的人民法院提起侵权或确认财产所有权民事诉讼，人民法院根据民事原告的请求，针对由民事被告（即潜逃犯罪嫌疑人或罪犯）转移到境外的犯罪资产的侵权行为进行审理，依法作出生效的返还或赔偿的民事判决后，通过相互承认与执行外国民事判决的司法协助程序，请求相关国家予以执行。

二、境外追逃追赃执法方式的评析

（一）检察官主导的刑事司法协助的限定性

检察官主导的司法领域国际合作存在一些问题，一些职务犯罪境外追逃追赃案件难以突破。不善于运用国际司法合作规律、策略和方式，照搬国内办案思维和模式处理涉外案件，过分依赖国际刑警作用。实际上，国际刑警组织在国际追逃追赃中的作用并非万能，其对逃犯采取的红色通报等羁押或扣押措施都属于临时性的。一般情况下，尤其是我国贪官外逃目的地比较集中的西方国家，红色通报并不能发生直接遣返或归还赃物的法律效力。即使国际刑警组织采取了相关措施，多数国家要求必须通过正式的司法合作渠道，才能予以配合。

（二）通过民事诉讼来追缴资产的缺陷

民事诉讼追赃存在的一些问题：一是在境外提起民事诉讼的费用和成本较高，除了高昂的诉讼费用，还包括聘请当地律师费用以及差旅费用。二是在民事诉讼中，对于发生在境外的犯罪所涉及的财产问题，法官往往会不太关心有关当事人切身的财产权利，因为距离遥远，不便执行，很可能以“不方便法院”原则不进行下一步的事实调查。三是在当事人申请诉前财产保全的情况下，法院会要求原告上缴一定的保证金，而此笔保证金费用是非常高昂的，当事人往往承担不起。但是综合来考量，在境外追逃追赃的工作中，建立民事诉讼制度对于资产的追回还是非常切实有效的。

（三）民事诉讼程序追赃的优势

民事诉讼程序追赃的优势：基于民事诉讼的特殊审理制度，缺席判决是民事诉讼的特点，利用这一优势，即使遭遇被告在途中潜逃、失踪、死亡等不能到庭的情形，只要法院履行了传唤被告的程序以及保证了各个诉讼环节，当事人双方均享有平等的诉讼权利，就可以缺席判决，并且该判决很快可以得到执行。[140]

139 陈雷:论我国追赃国际合作的法律依据和主要方式.法治研究 2013 年第 12 期 37 页
140 翟悦：境外追逃追赃国际警务合作机制完善建议，《人民论坛》，2014 年 14 期 第 245-246 页

《联合国反腐败国际公约》的第五十三条规定要求各个缔约国“允许另一缔约国在本国法院提起民事诉讼，以确立对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产的产权或者所有权”，这一创新性的规定，实际上为国家进行民事诉讼作为一方当事人铺垫了基础。

民事讼诉追赃也具有很强的可操作性。犯罪嫌疑人闫永明原为吉林通化金马药业股份有限公司董事长。2000 年 12 月，闫利用职务便利将 1000 万元人民币公款据为己有，并骗取身份证件，携款潜逃至澳大利亚、新西兰等国。2005 年 8 月 22 日，中国与澳大利亚联邦执法机关就此案开展合作。2006 年 11 月 15 日，澳大利亚联邦法院依法没收了闫永明部分赃款。2007 年 4 月 10 日，澳大利亚司法与海关部长决定将被没收的赃款 337.4 万澳元（约合 2159 万元人民币）全部返还中国。[141]

此外，余振东遣返案美国返还我国的 355 万美元赃款，也是通过美国民事没收程序没收后，依据《中美刑事司法协助协定》美方向我国移交的。

三、我国追逃追赃的实践及面临的问题。

（一）追逃追赃的国际合作法律体系

我国建立了《联合国反腐败公约》框架下双边、多边协作体系。与美国、加拿大、澳大利亚等国建立反腐败执法合作机制。与法国、西班牙、澳大利亚、意大利、葡萄牙等西方发达国家签订引渡条约。与美国、加拿大、法国、西班牙、葡萄牙、澳大利亚、新西兰、英国、比利时签订刑事司法协助条约。中国已对外缔结 39 项引渡条约，其中 29 项已生效，52 项刑事司法协助条约，其中 46 项已生效。

中国还积极参与《联合国反腐败公约》谈判、履约和相关工作。公约首次在国际层面建立了反腐败预防机制、刑事定罪与执法机制、国际司法合作和执法合作机制、资产追回与返还机制等，为中国开展追逃追赃奠定了多边法律基础。

（二）我国关于国际追赃合作条约的实践

我国缔结的引渡条约中，涉及适用“财物的移交”或“移交与犯罪有关物品”或“移交和返还涉案财物”等追赃国际合作具体有：

1.一般情况下，请求国在提出引渡犯罪人的同时，附带提出扣押或追缴物品或财产并予返回的请求。

2.该犯罪物品或财产，包括犯罪所得或犯罪利益、犯罪工具以及可作为诉讼证据的物品、文件。

3.在被请求国法律允许的范围内，并依照其法律规定，可以采取扣押等强制措施。

141《澳大利亚向中国移交没收吉林犯罪嫌疑人的赃款》，载新华网，2007 年 6 月 8 日报道；《澳大利亚向中国移交外逃嫌犯赃款 2159 万元》，载《法制日报》2007 年 6 月 8 日

4.在被请求国同意引渡的情况下，移交给请求国。即使因为被请求引渡人死亡、失踪或者脱逃而无法执行或实施引渡，请求追缴或返还的犯罪物品或财产仍应当移交。

5.移交犯罪物品或财物不应损害被请求国或者任何第三方对该财物的合法权利。被请求国、任何国家或个人对该财物已取得的合法权利应予保护，请求国应当根据被请求国的请求，在诉讼结束后尽快将被移交的财物无偿返还被请求国。如对该物品享有合法权益的第三人在请求国境内，请求国经被请求国同意，可将这些物品直接归还该人。

6.被请求国审理其他未决刑事或民事诉讼案件涉及所移交的财物，可以推迟移交直至诉讼终结，或者在请求国承诺返还的条件下临时移交这些财物。[142]

我国的司法实践中，开展追赃国际合作主要有四种方式：(1)在开展引渡、遣返等追逃国际合作的同时，随附请求移交赃款赃物；(2)由赃款赃物所在国启动国内法追缴程序，尤其是犯罪所得追缴法予以没收并请求返还的追赃国际合作；(3)在赃款赃物的所在国，通过启动民事诉讼方式追回犯罪资产；(4)启动新刑诉法违法所得没收特别程序追回犯罪资产。

（二）追逃追赃存在的问题

一是受传统执法观念的影响，重追逃轻追赃，对于开展境外追赃工作有畏难情绪；重刑轻民，在国内无法通过民事诉讼方式开展职务犯罪境内外追赃工作。

二是由于我国法律规定的追缴犯罪所得程序制度不够健全和完善，缺乏相应法律保障机制，影响境外追赃工作的开展。

三是在国际合作实践中，多数的地方办案部门对刑事司法国际合作的法律机制不甚了解，不知道或不善于运用我国已经缔结或加入的条约或公约机制，以“赃款赃物移交条款”为依据，或者借助外国追缴犯罪所得法开展追赃国际合作，司法协助中央机关的作用不能得到很好的发挥。

四是在运用违法所得没收特别程序开展境外追赃的司法实践中，由于有关规定设定的适用条件和要求较为严格，尤其因证据标准和司法认定等问题，许多案件还难以依据该程序开展追赃工作。

四、我国境外追逃追赃制度完善建议

（一）构建国内配套的法律制度

追赃国际合作的依据主要体现在我国的刑法、刑事诉讼法和引渡法中，此外单行法律中，如洗钱法、禁毒法、反恐怖决定等也包括了追赃国际合作的相关内容。应当加强刑事司法国际合作立法工作，进一步加强相关国际条约的缔结工作，尤其是我国的职务犯罪嫌疑人外逃

142陈雷：《反腐败国际合作理论与实务》，中国检察出版社 2012 年版，第 196～197 页

地方较为集中、且与我国尚未缔结引渡条约或刑事司法协助条约的国家，加快谈判签署和履约进程。

国际追赃的法律制度中重点应当完善实施新刑诉法违法所得没收的特别程序。新刑诉法第 280 条规定，违法所得特别没收程序是指对于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件，犯罪嫌疑人、被告人逃匿，在通缉 1 年后不能到案，或者犯罪嫌疑人、被告人死亡，依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的，人民检察院可以向人民法院提出没收违法所得的申请。[143]潜逃境外的犯罪嫌疑人主要是通过洗钱等非法途径将大量赃款赃物转移境外。人民法院依据特别程序可以对该违法所得的追缴进行审理，并依法作出没收裁定的诉讼。这一做法得到了《联合国反腐败公约》的支持和认可，该《公约》第 54 条第 1 款第 1 项规定："采取必要的措施，使其主管机关能够执行另一缔约国法院发出的没收令。[144]许多国家（如美国、英国、新加坡、澳大利亚等国）法律均允许了通过承认和执行外国没收判决或裁定，与其他国家开展追赃国际合作。

启动违法所得没收特别程序，并通过刑事司法协助程序，由人民法院对人民检察院申请没收的有证据证明系境外违法所得及其他涉案财产依法进行审理，作出生效的没收裁定后，依据我国缔结的刑事司法协助条约、含有刑事司法协助条款的国际公约或刑事司法协助互惠原则，请求赃款赃物所在国（或地区）承认与执行。进一步完善我国违法所得没收程序的司法制度，尤其是完善公告送达，以及相互承认与执行外国法院没收裁判制度，有利于实现我国境外追赃的目的。

（二）善于运用司法合作规则开展国际追逃追赃

通过积极参与有关反腐败国际合作条约、公约和规则的制定，通过参与谈判、起草、缔结或批准加入双边条约或多边公约，将我国对反腐败国际合作的主要关切、意愿体现在国际规则中。依据上述条约、公约和规则，在进一步加强双边司法合作的同时，重点依据《联合国反腐败公约》《联合国打击跨国有组织公约》等多边公约开展司法合作，综合运用公约设定的刑事定罪与执法、国际合作、资产追回等机制，积极推动国内法与公约接轨。

遵循并善于运用司法合作的国际规则、规律，开展我国境外追逃追赃工作。运用好我国缔结的刑事司法协助条约、引渡条约和《联合国反腐败公约》等国际公约的"没收事宜国际合作""资产返还"条款，利用好外国犯罪所得追缴合作法，实现境外追赃。

143 中华人民共和国刑事诉讼法第二百八十条第一款
144陈雷：《论我国违法所得特别没收程序》，《法治研究》2012 年第 5 期，第 38 页

在继续重视国际刑警组织在查找潜逃犯罪嫌疑人、采取临时羁押等控制措施的基础上，积极寻求通过司法合作方式，重点研究引渡措施的运用。

加强与有关国家移民当局的执法合作，研究运用非法移民遣返程序，实现境外缉捕的目的。

我国司法机关和执法机关要注意采取劝返和劝缴措施，促使潜逃境外的犯罪嫌疑人自愿回国自首，主动退赔涉案资产，降低国际合作的成本。

（三）检察机关应当发挥重要作用

公安机关与检察机关都是我国开展国际司法合作的职能机关，其国际合作职能具有国内法和相关国际条约或公约的依据和保障。鉴于许多国家，尤其是外逃目的地较为集中的西方国家司法制度确立了检察官主导国际合作的原则，因此，在开展引渡、刑事司法协助等司法合作事务中，公安机关与检察机关应当相互支持配合，协同作战。同时，还要积极遵循司法合作的国际规则和规律，检察机关应当充分发挥好我国反腐败国际司法协助中央机关以及开展职务犯罪国际追逃追赃中主管机关和职能机关的作用

总之，要在健全和完善我国追缴没收违法所得和其他涉案财产的法律制度的基础上，并在司法实践中进一步健全违法所得没收程序的诉讼制度，使诉讼证据标准能够达到大多数外逃追赃案件均能适用的基本要求；完善境外公告送达程序并保障利害关系人的诉讼权利；健全相互承认和执行外国没收刑事裁判制度，进一步促进由我国法院作出的生效没收裁决能够获得外国的承认与执行。

建立境外追赃犯罪所得分享机制。健全和完善我国境外追赃相关工作机制，通过整合国家现有的行政司法资源，为我国的境外追逃追赃工作找出一条既有效率，又富有成果的路径。加强境外追赃法律问题研究和专业办案人才的培养，提高境外追赃工作能力。

参考文献

[1]陈雷：《反腐败国际合作理论与实务》，中国检察出版社 2012 年版，第 196～198 页

[2]黄风：《引渡问题研究》，中国政法大学出版社 2006 年版

[3]陈雷:论我国追赃国际合作的法律依据和主要方式.法治研究 2013 年第 12 期 37 页
[4]张智辉：《国际刑法通论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 355 页

[5]陈雷：《论我国违法所得特别没收程序》，《法治研究》2012 年第 5 期，第 34-38 页。

[6]《澳大利亚向中国移交没收吉林犯罪嫌疑人的赃款》，新华网，2007 年 6 月 8 日报道；《澳大利亚向中国移交外逃嫌犯赃款 2159 万元》，载《法制日报》2007 年 6 月 8 日

[7]黄风、赵林娜等主编：《境外追逃追赃与国际司法合作》，中国政法大学出版社 2008 年版

[8]中华人民共和国刑事诉讼法条文

[9]翟悦：境外追逃追赃国际警务合作机制完善建议，《人民论坛》，2014 年 14 期 第 245-247 页

[10]甄贞：《〈联合国反腐败公约〉与国内法协调机制研究》，法律出版社 2007 年

权利义务相一致视角下的国家主权与人权关系新论

蒋圣力*

摘要：基于国内和国际的不同层面，国家主权可以被区分为国家权力和国际权利两方面内容；而国际人权保护则正是与主权国家在国际人权法法律关系中所享有的国际权利相对应的国际义务。由此，根据权利义务相一致原则，国家主权与人权的关系并非矛盾冲突、而是辩证统一的：即没有无权利的义务，对国际人权保护的国际义务的履行，必须以完全地享有国际权利、即国际层面上的国家主权为前提；同时，亦没有无义务的权利，对国家主权的行使，亦必须依赖于对国际人权保护的国际义务的充分地履行。

关键词：国家主权；人权；国际权利；国际义务；权利义务相一致

继“人道主义干涉”与“保护的责任”之后，国际社会于 2014 年一年间接连发生的一系列以全民公投为表现形式的民族自决事件，[145]又再次对既存国家的国家主权造成了严重的冲击，并且重又将“国家主权与人权的关系问题”这一当代国际法所面临的重大理论问题摆在了世人的面前。事实上，自早年个别涉及人权保护的国际实践引发“主权高于人权”与“人权高于主权”的争论起，国家主权与人权之间便始终存在难以消弭的矛盾冲突；而尽管近年来已有国内学者指出，尊重国家主权与保护国际人权实则是当代国际法同时追求的宗旨和目标，[146]但其对于诸如国家主权为何是国际人权保护的前提，主权国家为何应当保护国际人权等问题的法理解释却尚不十分透彻、明晰。由此，笔者希望以不同于以往将“国家主权”作为集合概念而在字面上做说文解字的循环解释的方法，通过在国内和国际层面将“国家主权”的内涵进行解构，将其区分为国家权力和国际权利两个方面的内容，并将国际人权保护作为与国际层面上的国家主权、即国际权利相对应的国际义务，从而基于“权利义务相一致”的法理原则论证国家主权与人权之间的辩证关系。

一、传统主权理论解释国家主权概念的理论问题

一般认为，“国家主权”的概念最初源于法国政治思想家、法学家让·博丹（Jean Bodin）的相关政治学说——其在于 1576 年发表的《共和国论》（亦称《国家六论》、《共和国六书》）中首次详尽地阐述了国家主权理论。[147]博丹认为，“主权是共同体所有的绝对且永久的权力”，[148]并且继而提出，“主权是凌驾于公民和臣民之上的最高的和绝对的权力”。[149]而后，格劳秀斯（Hugo Grotius）亦在其《战争与和平法》一书中基本接受了博丹就“主权”的概念所作的定义，提出凡行为不从属于其他人的法律控制，从而不致因其他人的意志的行使而使之无效的权力，称为“主权”。[150]由此，我国早期国际法学者便相应地提出了如下观点：“主权意味着最高的权力”，“把主权这一观念应用在国际法上，应该说，主权是国家具有的独立

* 蒋圣力（1989-），男，上海人，华东政法大学国际法专业 2014 级博士研究生，香港大学法学院访问学者。

[145] 当地时间 2014 年 3 月 16 日，（乌克兰）克里米亚举行“入俄公投”；当地时间 2014 年 9 月 18 日，（英国）苏格兰举行“独立公投”；当地时间 2014 年 11 月 9 日，（西班牙）加泰罗尼亚举行非正式的“独立公投”。

[146] 参见王虎华主编：《国际公法学》，北京大学出版社、上海人民出版社 2008 年版，第 440 页。

[147] Jean Bodin, De republica (six livres de la republique), 1576.

[148] （法）让·博丹：《主权论》，（美）朱利安·H.富兰克林编，李卫海、钱俊文译，北京大学出版社 2008 年版，“第一书第八章论主权”第 25 页。

[149] 在由博丹本人翻译、并且作为最后修正版本的《共和国论》拉丁文译本中，第 78 页 D6 行补充：“Maiestaw est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas.”

[150] （荷）格劳秀斯：《战争与和平法》，（美）A.C.坎贝尔英译，何勤华等译，上海人民出版社 2005 年版，第 88 页。

自主地处理自己的对内和对外事务的最高权力”，以及“分析起来，国家主权具有两方面的特性，即在国内是最高的，对国外是独立的。这两个特性是相关联而不可分的”。[151]此外，在论及主权构成国家作为国际法主体的基本特征时，我国学者还提出，“国家主权是国家作为国际法主体所固有的，是当然存在的，并不是国际法所赋予的；相反地，国际法却是在主权国家相互交往的事实的基础上形成而发展出来的。”[152]

对此，在笔者看来，上述我国学者提出的，将国家主权视为既存国家所固有的天然属性、“最高的权力”，并且作为一项集合概念，而将“对内最高”和“对外独立”作为其在任何情况下皆绝不可分的两重属性的传统主权理论，不仅使得“主权”与“独立”这两个通常被用作同义词的概念相互混淆，同时亦至少难以回答以下两项直接关乎主权自身的理论问题，即为何国际实践中存在部分政治实体的“主权”被否定，[153]以及拥有主权这一“最高的权力”的既存国家为何应当受到国际法的约束。具言之：

（一）国家主权的来源问题

倘若国家主权确实是国家所固有的天然属性，那么当解释为何国际实践中存在部分具备居民、领土和政府这三项要素的政治实体却仅能够作为一个既存国家的地方行政单位而无法成立国家时，便会陷入因为上述政治实体不具有主权所以无法成立国家，且上述政治实体之所以无法成立国家又是因为其不具有主权的悖论循环，而无法明确地回答诸如上述的政治实体无法拥有主权的真正原因。并且，尽管对于这一问题，有学者提出的解释是，因为上述政治实体“都未被国际社会承认为主权国家”，[154]但是，这一解释却又同时引发了这样一个问题，即既然国家对主权的取得并不依赖于国际法的赋权，那么国际社会据以否定上述政治实体得以成立主权国家、或者说拥有主权的依据又是什么？

（二）国家主权的法律效力问题

倘若确如博丹所说，主权是“绝对的权力”，只受神法和自然法的约束，[155]那么上述持传统主权理论观点的我国学者就国际法的概念所作的定义，“国际法是在国际交往过程中形成出来的，各国公认的，表现这些国家统治阶级的意志，在国际关系上对国家具有法律的约束力的行为规范”，[156]即将作为主权者而享有主权这一“最高的权力”的国家置于国际法的约束之下，则显然与上述博丹的观点，以及前述该学者本人的观点相互矛盾。并且，此处亦难以以虽然主权无需国际法赋予，但是国家仍应受到国际法的约束，即将主权与国家分离的说法解释上述矛盾。这是因为，既然主权不受国际法的约束，那么国家作为主权者、即主权的载体，[157]其亦理应可以以其所拥有的主权、或者说以其对主权的行使对抗国际法的约束。而由此，倘若上述主权是“绝对的权力”的观点确实得以成立，那么国际法存在的本身及其法律效力亦恐将有被否定之虞。

据此，由于传统主权理论并无法就由其主要观点引发的上述两个理论问题自圆其说，因而有必要重新审视该理论及其主要观点自身的合理性、科学性，即国家主权是否是所谓“主权国家”不假于国际法或者其他外物所固有的天然属性，以及其是否是一项在任何情况下均绝不可分的、绝对的“最高的权力”。

---

151 周鲠生：《国际法》（上册）， 武汉大学出版社 2010 年版，第 64 页。
152 周鲠生：《国际法》（上册）， 武汉大学出版社 2010 年版，第 50 页。
153 例如，加拿大的魁北克省、中国的台湾地区等。
154 参见王虎华主编：《国际公法学》，北京大学出版社、上海人民出版社 2008 年版，第 49 页。
155 （法）让·博丹：《主权论》，（美）朱利安·H.富兰克林编，李卫海、钱俊文译，北京大学出版社 2008 年版，“第一书第八章论主权”第 45 页。
156 周鲠生：《国际法》（上册）， 武汉大学出版社 2010 年版，第 3 页。
157 （荷）格劳秀斯：《战争与和平法》，（美）A.C.坎贝尔英译，何勤华等译，上海人民出版社 2005 年版，第 89 页。

二、国家主权源于国际社会基于国际法的承认

诚然，前述我国学者对于国际法的概念所作的定义，准确地反映了当代国际法的确切起源，即其是在主权国家相互交往的事实的基础上形成发展而来的。但是，倘若以此便作出因为国际法起源于主权国家的国际实践，所以国家主权在国际法产生之前即已存在，并因此当然地无需要由、同时亦不可能由国际法赋予的推论，那么即显然未能明确所谓“主权国家”究竟从何而来。

依照通说，自从威斯特伐利亚公会产生现代意义上的国家之后，国家的概念即逐渐形成；[158]而现代意义上的国家之所以得以产生，则正是基于威斯特伐利亚公会以及经由此次公会产生的《威斯特伐利亚和约》对于原神圣罗马帝国内部的诸多邦国成立独立的主权国家的承认。由此，标志着近代国际法的形成的主权国家的建立，实则即是指参加了三十年战争的原神圣罗马帝国内部的各个邦国以及除土耳其之外的欧洲各国，无论大小和战胜战败，均经由《威斯特伐利亚和约》的承认而得以以主权国家的身份参加公会解决争端；[159]至于其依据，则是和约第 63 至 69 条关于瑞士脱离神圣罗马帝国而独立，以及帝国内部的选候（选帝侯）、邦君、各邦享有主权的规定。[160]

是故，笔者认为，国家主权并非是所谓“主权国家”所固有的天然属性；事实上，无论是国家对于主权的取得，还是主权国家的建立，其均源于国际社会基于国际法的承认；并且，这种承认亦并非是单纯地对既定事实的确认，而是一种实际的赋权行为——正如有学者所指出的，“主权可被视为国际共同体颁发的、使它在某一片领土上成为一个独立政府的许可证”，[161]在参加威斯特伐利亚公会的原神圣罗马帝国内部的各个邦国和其他欧洲国家形成一个实在的国际社会的基础上，为了能够建立起某些原则或者规则以反抗教皇霸权并规范彼此的关系，上述各国便互相承认对方为主权国家，并且通过这种承认使得其均得以成为平等的国际关系主体以共同订立构成近代国际法滥觞的国际规则和秩序；同时，亦正是这种承认，方才赋予了各个邦国和其他欧洲国家以国家主权。

因为，尽管有学者提出，上述《威斯特伐利亚和约》中的条款只不过是对已经存在的事实——主权国家的存在和国家享有主权——的承认而已，[162]但是，显而易见地，在威斯特伐利亚公会之前，即便前述原罗马神圣帝国内部的各个邦国以及其他欧洲国家确实拥有主权，其主权亦至多不过是明珠暗藏，而未能够在上述各国之间产生任何拘束力，并且亦无任何得以实际地行使的空间。由此，是基于威斯特伐利亚公会而形成的国际社会根据《威斯特伐利亚和约》第 63 至 69 条的规定对于上述各国作为主权国家的承认，方才使得本不拥有主权的各国真正地拥有了国家主权，[163]或者说，至少使其本就拥有的国家主权由流于形式的应然转变为了实然——“任何个别国家恰好不是产生于自己的主权，而是产生于所有其他国家对领土国家的世界秩序的确认以及在此范围内对该国家的承认”。[164]

因而，诸如上述的这种承认并非单纯地只是对于既定事实的确认，而是形成实在的国际社会的原帝国

---

158 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 46 页。

159 参见黄德明：“论威斯特伐利亚和约对对国际法的影响”，载《江汉论坛》2000 年第 6 期。

160 参见黄德明：“《威斯特伐利亚和约》及其对国际法的影响”，载《法学评论》1992 年第 5 期。

161 Paul Taylor, “The United Nations in the 1990s: Proactive Cosmopolitanism and the Issue of Sovereignty”, Political Studies (1999), XLVII, p.538.

162 Leo Gross, The Peace of Westphalia 1648-1948, American Journal of International Law, L. 20, 1948, p.21.

163 需要注意的是，此处所指的“各国”并不拥有主权，因此并非现代意义上的（主权）国家。例如，尽管 1609 年的“十二年停战协定”即已在事实上承认了荷兰独立，但是荷兰的主权国家地位直到三十年战争之后方才得到国际社会的认可。参见黄德明：“论威斯特伐利亚和约对对国际法的影响”，载《江汉论坛》2000 年第 6 期。

164 （德）乌尔里希·贝克主编：《全球化与政治》，王学东、柴方国译，中央编译出版社 2000 年版，第 12 页。

各邦和其他欧洲国家的一种在其自身和他方之间互相赋权的行为，以使其均得以取得可以实际地行使的、能够在其彼此之间产生拘束力的主权，并进而获得真正的主权国家的地位。而又因为作为国际社会据以作出如上所述的承认的依据的《威斯特伐利亚和约》当然地构成国际法渊源（国际条约），且国际社会作出上述承认的方式直接表现为将其彼此之间对于自身和他方的主权的承认写入和约，并对和约的相关条款予以遵守，所以，前述各国之所以得以取得主权并进而成立主权国家，实则均源于国际社会基于国际法的承认，即一种以国际法为依据并由整个国际社会遵照执行的赋权行为。同时，亦正是因为如此，前述为何国际实践中存在部分政治实体的“主权”被否定这一理论问题便可以得到解答，即因为上述政治实体的“主权”为国际社会以国际法为依据而拒绝承认。不过，需要注意的是，前述现代意义上的主权国家取得可以实际地行使的国家主权的国际法依据，仅为包含明确赋予其主权的相关条款的《威斯特伐利亚和约》；而作为否定上述政治实体的“主权”的依据的，则是由主权国家形成的国际社会通过长期的国际实践形成发展起来的当代国际法的原则和规则，包括主权平等原则、领土完整原则等。

三、国家主权应区分为国家权力和国际权利

国家主权源于国际社会以国际法为依据的承认，使得其理应受到国际法的约束，即国际法得以设立作为国际社会确认某一政治实体的“主权”存在与否的依据的原则和规则。但是，倘若依照传统主权理论的观点，将国家主权视为既存国家在处理对内对外事务上的绝对的“最高的权力”，那么国际法无论是对国家主权还是对主权国家的约束，仍然恐将难以付诸实践。对此，笔者认为，国家主权实则并非是一项在任何情况下均绝不可分的“最高的权力”；根据行使空间的不同，分别于国内层面和国际层面行使的国家主权亦应当相应地有所区分。

无论是博丹还是格劳秀斯对于“主权”的认识，均因为囿于前述学者自身所处的时代背景和社会结构而不可能避免地存在局限性。基于巩固法国王权统治的需要，在“王权绝对主义”（royal absolutism）的影响下，博丹所持的“主权是不可分割的”的观点的基础，是将主权与王权相等同，而其所谓的“主权”实则亦即是统治者的主权。因此，作为博丹的主权理论的首要原则的“主权是不可分割的”，并非是针对主权的内涵本身，而是指主权不得被分割开来由各个个体享有或者分配给个体，而应当集体地集中于作为统治者的某个人或者某个集团。[165]至于格劳秀斯之所以将国家的“最高统治权”视为“主权”的唯一内涵，并进而提出主权不从属于其他人的法律控制、不从属于其他人的意志，则是因为，一方面与彼时正在如火如荼地进行的、旨在反抗教皇霸权的三十年战争遥相呼应，并为现代意义上的主权国家的建立提供理论支持；[166]而另一方面，亦是由于十七世纪时国家尚未被理解为一个道德组织，因此使得在对“主权”的概念进行界定时，忽略了其内涵中的道德基础，并由此方才使其被视为了不受其他任何因素限制的“最高的权力”。[167]有鉴于此，基于国际法本身即是一门不断发展进步的法律科学，在国际法的视野下对于主权的内涵的认识亦不应当墨守三、四个世纪之前的陈规，而理应作能够适应当代国际关系需要的，并且更加合理的、科学的理解。

事实上，当“主权”的概念第一次在中国出现时，其即被认为应当有内外之分——作为中国历史上翻

---

165 （法）让·博丹：《主权论》，（美）朱利安·H.富兰克林编，李卫海、钱俊文译，北京大学出版社 2008 年版，“导论”第 7 页。

166 前述《战争与和平法》公开出版于 1625 年，三十年战争发生在 1618 年至 1648 年之间。

167 （荷）格劳秀斯：《战争与和平法》，（美）A.C.坎贝尔英译，何勤华等译，上海人民出版社 2005 年版，“英文版导论”第 14 页。

译、引进的第一部西方法学著作，《万国公法》一书的第二章第五、第六节不仅直抒胸臆似地首先明确“主权分内外”，并且还在此基础上较为具体、详细地论述了“在内之主权”与“在外之主权”的来源和内容。[168]而即便是前述持传统主权理论的我国学者在对国家主权的内外之分进行解释时，实则亦是语焉不详、模棱两可的，即一方面如前所述地，将国家主权的“对内最高”和“对外独立”视为相关联而不可分的两个特性，似在强调其同一性；而另一方面，却又称国家主权同时有上述两者两方面的意义，即似在揭示其差异性。[169]由此可见，国家主权应当以行使空间为标准而被区分为两方面的内容，即至少是无法被否定的。

然而，有学者指出，对国家主权作“对内主权”和“对外主权”的区分，实则即是对主权国家在国内层次上行使主权和在国际层次上行使主权的、行使主权的层次的划分；[170]并且，另有学者又在此基础上提出，主权的本质与主权的行使存在分离，可以被分割的是主权的行使而非主权的本质，并且，前述传统主权理论是以国家主权对内对外的两重性回避了主权的本质与主权的行使的分离问题。[171]对此，笔者认为，主权国家于不同的空间对主权的行使，是据以对主权的内涵进行区分的标准，而并非区分的表现本身。因为，无论在哪一空间，主权国家对于主权的行使均应当是独立地、不受干涉地，因此并不存在差异；但在不同的空间，主权国家所行使的主权的内容却是存在明显的不同的，“主权可以指获得领土所有权的权力和在行使这种权力中形成的权利。”[172]具言之，主权国家于国内层面所行使的主权，是通过立法、司法、行政等方式，并运用经济、政治、文化乃至军事等手段，进行国内统治的权力，是作为统治阶级所享有的自上而下的权力；而其于国际层面所行使的主权，则是使之得以缔结国际条约、提起国际求偿、进行其他各类对外交往并享有外交特权和管辖豁免的权利，是于平权的国际关系中作为国际法主体而被赋予的平等的权利。由此，因行使空间的不同而有所区分的，应当是主权的内涵而非主权的行使；在国内层面和国际层面两个不同的空间，国家主权应当被相应地区分为国家权力和国际权利两个方面的内容。

同时，需要指出的是，不同于部分西方国际法学者有关主权内涵的可分性的观点，例如福希叶（Fauchille）的主权可分理论，[173]以及奥本海（Oppenheim）的“完全主权国家”和“非完全主权国家”的区分理论，[174]笔者虽然认为从应然的角度出发，国家主权应当被区分为于国内层面的国家权力和于国际层面的国际权利两个方面的内容，但当实际地行使主权时，上述两方面内容仍然应当无一例外地共同由同一主权国家一并行使。亦由此，在笔者看来，由于对于主权的内涵的区分本身实则并不影响主权集中地由同一主权国家独立地、不受干涉地行使，因此，尽管实践中确实存在对于主权的内涵的区分被用以支持帝国主义、殖民主义剥夺或者减损其属国的国家主权的情形，但亦不应当因为上述人为的谬误便因噎废食地否定主权内涵的可分性。

四、国际人权保护是国家的国际权利所对应的国际义务

国家主权源于国际社会基于国际法的承认，并应当被区分为国家权力和国际权利两个方面的内容，不仅阐明了国家主权和主权国家行使主权的行为应当受到国际法的约束的原因，同时还明确了当代国际法下

---

168 （美）惠顿：《万国公法》，（美）丁韪良译，何勤华点校，中国政法大学出版社 2003 年版，第 27-29 页。
169 参见周鲠生：《国际法》（上册）， 武汉大学出版社 2010 年版，第 50 页。
170 参见陈玉刚、俞正梁：“国家主权的层次分析”，载《欧洲》2001 年第 3 期。
171 参见刘青建：“国家主权理论探析”，载《中国人民大学学报》2004 年第 6 期。
172 （英）伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2003 年版，第 320 页。
173 Facuchille, Ttaité de droit international public, tome Ⅰ, pp. 224-225.
174 （英）劳特派特修订：《奥本海国际法》（第 8 版），第一卷，第一分册，王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1981 年版，第 105-106 页。

的国家主权相对性的具体表现，即“国家主权的相对性主要体现在国家的对外关系上”。[175]这是因为，主权国家在于国内层面行使主权、即行使国家权力，包括以任意自治的方式确定国家形式、政治体制、经济制度，处理行政、制定法律，建立军队和军事设施等时，仅需以消极的不作为的方式保证上述权力不致被滥用即可；而当其于国际层面行使主权、即行使国际权利，包括签订或者加入国际公约，与他国缔结双边协定，接受和派遣外交使节，参与国际会议等其他国际事务等时，则不仅上述权利本身即依赖于国际社会以国际法为依据而对主权国家的法律地位及其国家主权作出的承认，主权国家亦必须以积极的作为的方式确保其对上述权利的行使与相应的国际法原则和规则的要求相一致。而由此，主权国家之所以应当保护国际人权，实则亦正是因为国际人权保护构成了与主权国家的国际权利相对应的国际义务，并因此使得主权国家在平权的国际关系中行使国际权利的同时亦必须承担上述国际义务，以满足国际法原则和规则的要求。

事实上，主权国家之所以应当保护国际人权的原因，始终是我国国内法和国际法学者共同热议的对象：国内法学者通常将个人权利与国家权力视作一对辩证存在的对应概念，“个人权利是国家权力的基础，国家权力来源于个人权利，又受制于个人权利”，[176]并进而将保护个人权利作为国家权力采取作为或者不作为的方式所进行的自我限制、即国家义务的一项内容。[177]而国际法学者则大都从《联合国宪章》、《世界人权宣言》，以及包括《经济、社会、文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》及其两个“任择议定书”在内的大量的国际人权公约的规定出发，将国际人权保护作为主权国家基于上述国际法规则而应予履行的国际义务。[178]对此，在肯定国内法和国际法学者从不同的角度为主权国家应当保护国际人权提供了丰富的理论支持的同时，笔者认为，上述观点及其论证思路亦不免存在些许不尽理想之处：

首先，就上述国内法学者提出的观点及其论证思路而言，一方面，虽然个人权利与国家权力之间存在着辩证统一的关系，但是两者在理论上却属两个独立的法学范畴，并且在实践中亦分别采不同的运作模式，[179]因此，将个人权利的实现建立在国家权力的自我限制上，即将保护个人权利视为一项国家义务，则虽然符合权利与权力相平衡的法的价值追求，但却使得上述观点的证成因为必须加入对国家权力为何应当进行自我限制以让位于对个人权利的保护的论证而颇费周章。同时，另一方面，由于在国内法下的人权法律关系中，“从原始形态来说：从主体上，人权主体是个人，义务主体是国家”，[180]因此，权利、义务的主体的不一致更使得对国家为何应当作为以个人为权利主体的个人权利保护的义务主体的论证难以直观、通达。此外，由于上述“个人权利”的权利主体一般仅指某一主权国家中具有该国国籍的个人，而不包括外国人或者无国籍人，并且该权利的内容一般亦仅限于基本的政治、经济、社会、文化权利，而不包括前述据以自既存国家中分离的民族自决权等广义上的人权，因此，国内法学者所称的“个人权利”更多地实则是指“国内人权”，而并无法全然包含作为与国家主权成立辩证关系的的对应概念的人权、即“国际人权”。[181]

至于上述国际法学者提出的观点及其论证思路，则虽然明确了保护国际人权是主权国家应予承担的国际义务，但却未能够将主权国家之所以应当承担这一国际义务的原因与其所享有的国际权利联系起来，通

---

[175] 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 76 页。
[176] 袁钢：“国家人权机构导论”，载徐显明主编：《人权研究》（第七卷），山东人民出版社 2008 年版，第 263-264 页。
[177] 参见蒋银华：“论国家义务概念之确立与发展”，载《河北法学》第 30 卷第 6 期，2012 年 6 月。
[178] 参见王虎华主编：《国际公法学》，，北京大学出版社、上海人民出版社 2008 年版，第 437 页。
[179] 参见李拥军、刘晓林：“权利与权力的分野与暗合——对个人与国家权利关系的一种解析”，载《甘肃社会科学》2009 年第 5 期。
[180] 刘志强：“论人权法中的国家义务”，载《广州大学学报（社会科学版）》，第 9 卷第 11 期，2010 年 11 月。
[181] 关于“国内人权”与“国际人权”的比较，参见李林：“国际人权与国家主权”，载《中国法学》1993 年第 1 期。

过构建完整的国际法律关系对主权国家之所以应当保护国际人权的原因，以及国家主权与人权的辩证关系作出具有说服力的法理解释，以夯实其观点的理论基础，而仅是局限于以前述国际法律文件的实然规定为依据的、说文解字式的论证。并且，亦正是由于上述单一地围绕国际法律文件中的条文内容的论证，使得对国家主权与人权两者关系的研究，转变为了对同样均是由国际法律文件的实然规定确立的国家主权原则与人权原则的两相比较，[182]而恰恰更进一步地推动了“主权高于人权”与“人权高于主权”的争论。

有鉴于此，由于权利以义务的存在为存在条件，义务以权利的存在为存在条件，缺少任何一方，他方便不复存在，[183]而国际法法律关系亦同样是以权利和义务作为构成要素的，[184]因此，主权国家对于国际义务的承担，必然是与其所享有的国家主权于国际层面的部分内容、即国际权利密切关联的。而具体及于国际人权法法律关系，相关的权利与义务的主体又均是同一主权国家：主权国家所享有的国际权利，即是其基于国际社会以国际法为依据对其主权国家的法律地位及其国家主权的承认，而取得的缔结和批准加入相关国际人权公约的权利，以及上述公约赋予其作为缔约国所享有的各项具体权利；至于其所承担的与之对应的国际义务，则是根据上述国际人权公约的规定，由其自身、而非国际关系中的他方对国际人权进行保护。是故，将国际人权保护视作与主权国家在国际人权法法律关系中所享有的国际权利相对应的国际义务，便能够最为直观地厘清国家主权与人权之间的关系。

五、基于权利义务相一致原则的国家主权与人权的辩证关系

由于国际法所调整的，是由法律地位平等的国际法主体、主要是主权国家，形成的平权的国际关系，并且在这一国际关系中亦不存在凌驾于国际法主体之上的“超国际法主体”，因此，作为国际法法律关系的构成要素的权利与义务，便不可能产生类似国内法下的公法领域中的义务主体与公权力主体、而非权利主体相对的非对等性情形，而是当然地应当形成相互依存、相互制约的对等性关系。[185]同时，又因为如前所述地，在国际人权法法律关系中，相关的国际权利与国际义务的主体均为同一主权国家，即同一主体既享有权利又承担义务而具有双重性，所以，上述主权国家所享有的国际权利，实则即是对其所承担的国际义务的交换，而其所承担的国际义务，则同时又是对其所享有的国际权利的交换；并且，同属于同一主权国家的国际权利与国际义务在总量上又是相等的。[186]由此，在明确了权利义务相一致原则在国际人权法法律关系中的具体表现的前提下，国家主权与人权之间的辩证关系亦随之得以确立。

具言之，其一，国家主权与人权是相互依存、相互制约的。诚如马克思关于权利、义务关系的经典论述所言，“没有无义务的权利，也没有无权利的义务”，[187]一方面，主权国家对于国际人权保护的国际义务的履行，必然以该国完全地享有国际权利、即国际层面上的国家主权为前提。因为，只有在主权国家享有缔结和批准加入相关国际人权公约的权利的情况下，公约方有可能对该主权国家发生效力，并以此为其设立保护国际人权的国际义务；并且，亦只有当该主权国家取得得以根据公约的规定保护国际人权的权利时，其才能够切实地履行上述国际义务。与此同时，另一方面，主权国家对于上述国家主权的行使，包括独立

---

[182] 参见王虎华：“论国家主权与国际入权的辩证关系”，载《华东政法学院学报》2002 年第 5 期。
[183] 参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 1999 年版，第 88 页。
[184] 参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 1999 年版，第 87 页。
[185] 关于权利、义务关系的“对等性”与“非对等性”的具体情形，参见王文东：“论权利和义务关系的对等性和非对等性”，载《首都师范大学学报（社会科学版）》2007 年第 5 期。
[186] 参见王海明：“论权利与义务的关系”，载《伦理学研究》第 6 期，2005 年 11 月。
[187] 《马克思恩格斯选集》（第二卷），人民出版社 1972 年版，第 137 页。

地、不受干涉地根据国际人权公约的规定保护国际人权，以及参与其他相关的国际关系，亦必然依赖于该国对国际人权保护的国际义务的充分地履行。因为，倘若主权国家不予履行或者不当履行上述国际义务，则必将招致国际关系中的他方、即其他主权国家，基于该国上述违反国际人权法规范和“条约必须遵守”的国际法原则的行为，而对其国家主权予以限制。[188]

其二，对于国家主权的维护和对于国际人权的保护在总量上应当是相等的。“主权高于人权”或者“人权高于主权”的观点，实则即是过度地强调主权或者人权的重要性，而对于与之相对的对应概念的重要性则刻意地否定、减损。由此，之于国际权利与国际义务的关系的角度，上述观点即打破了权利、义务在总量上的相等性，因而是片面的、失当的。这是因为，主权国家所享有的国际权利，实则是国际法赋予其的一项收益，至于其所承担的国际义务，则是国际法规定其当为的一项付出，所以，倘若主权国家所享有的国际权利超出了其所承担的国际义务，那么该国即将取得为国际法所否定的、无相应的付出作为对价的额外的不当收益；反之，倘若其所承担的国际义务超出了所享有的国际权利，那么同样无相应的收益作为对价的付出亦意味着该国本应取得的、受到国际法保障的利益遭到了非法地剥夺。

是故，在国际人权法法律关系中，基于法理理论的应然性，主权国家对于国家主权的维护、即对其国际权利的行使，与其对于国际人权的保护、即对其国际义务的履行，在总量上即应当是相等的。更何况，从国际法的实然性看，一方面，虽然如前所述，主权国家完全地享有国家主权，是其得以切实地保护国际人权的前提和基础，但是，事实上，国家主权从未像理论上所设想的那样如此绝对，[189]主权国家亦从未被赋予可以因为国家主权而置人权于不顾的权利，[190]因此，主权国家对于国家主权的维护应当以与其对于国际人权的保护在相等的水平为限，而不应当使得对于国家主权的行使达到排除、否定人权的程度。同样地，另一方面，主权国家对于国际人权的保护亦不应当是不受限制的。以前述民族自决事件为例，当且仅当主权国家对其领土上的某一民族的统治严重违反基本人权(如实施种族灭绝)，或者由该国所造成的民族不平等的严重性已经确实达到了无法容忍的程度，相关民族方才得以通过行使自决权从上述国家分离出来；[191]并且，在此情形下，上述民族的自决权、即其国际人权是应当受到其本国的保护的，即相关主权国家应当容忍和接受该民族的分离。但是，倘若主权国家对于国际人权的保护超出了与其对于国家主权的维护在总量上相等的必要限度，而在不具有上述特定情形的情况下，仍然对由其国内某一民族任意地行使自决权而导致的分离予以认可，那么则不仅整个国际社会秩序将因为主权国家的国家主权被任意地剥夺、既存国际关系主体的轻易变更或者消亡而陷入紊乱，同时，主权国家的国家主权的丧失亦将使得国际人权保护这一国际义务本身由于权利基础和义务主体的缺失而成为无源之水、无本之木，无法得到切实地履行。

六、结论

国家主权与人权的辩证关系是有着深刻的法理基础的。首先，国家主权并非是一项“天赋的”、绝对的“最高的权力”，而是源于国际社会以国际法为依据的承认，并且根据行使空间的不同，应当被区分为国内层面上的国家权力和国际层面上的国际权利。而后，具体及于国际人权法法律关系，行使国家主权和保护国际人权分别构成主权国家所享有的国际权利和所承担的国际义务。由此，基于“权利义务相一致”

---

188 参见成帅华：“国家主权与国际人权的若干问题”，载《欧洲》2000 年第 1 期。

189 （日）篠田英朗：《重新审视主权——从古典理论到全球时代》，戚渊译，商务印书馆 2004 年版，第 265-266 页。

190 （瑞士）托马斯·弗莱纳：《人权是什么》，谢鹏程译，中国社会科学出版社 1999 年版，第 23-29 页。

191 参见蒋圣力：“国际法意义上全民公决的先决要件和主体要件研究”，载《安阳师范学院学报》2015 年第 1 期。

的法理原则，国家主权与人权是相互依存、相互制约的；并且，主权国家对于国家主权的维护和对于国际人权的保护在总量上亦应当相等。

全球森林治理：局面、理念、机制、机构

那力 荆珍

摘要：森林问题因其全球性的多方面影响引起了全世界的广泛关注。是否重启全球森林谈判，是否构建未来的全球森林治理体系和战略规划，目前的森林市场机制、认证机制和气候变化体制下的机制如何改革创建，国际森林机构如何分工、整合，如何应对全球森林治理的新趋向，都是需要亟待探讨和解决的问题。本文对这些问题一一做了探讨。

关键词： 全球森林治理 机制、机构、理念

【作者简介】那力（1949-），女，满族，法学博士，吉林大学法学院教授、博士生导师，主要研究方向为国际环境法、国际经济法。

荆珍（1975-），女，汉族，东北林业大学文法学院副教授，吉林大学法学院 2011 级国际法博士研究生，研究方向是国际环境法、国际经济法，zhenzhenjing@163.com。

【基金项目】黑龙江省教育厅人文社会科学研究指导项目（12544015），黑龙江省哲学社会科学研究规划项目（13D002）。

一、全球森林治理的局面

全球化发展迅速，气候变化问题日益严峻，生物多样性越来越受到重视，可持续发展理念深入人心，在这种大背景下，全球森林治理越来越受到国际社会的关注。但是，在森林问题上，由于各国利益冲突巨大，森林又处于各国领土上，因而是在各国主权的绝对控制之下，使得森林领域成为最缺乏国际法律调控的领域，这从 1992 年联合国环境与发展里约会议可见一斑。会上，气候变化和生物多样性问题都达成了国际公约，之后又有许多后续国际法律文件，唯独森林领域只是达成了没有法律拘束力的原则声明。

全球森林问题是目前国际社会关注的热点之一，森林问题因其全球性的影响引起了全世界的广泛关注。是否重启全球森林谈判，以及是否构建未来的全球森林治理体系和战略规划，一系列的问题，引起了各国的强烈关注与激烈争论。未来全球森林治理的机制如何改革创建，国际森林机构如何分工、整合，如何应对全球森林治理的新趋向，都是需要亟待探讨和解决的问题。

从某种角度来看，人类的文明史既是利用森林来提高人类生活质量的历史，也是一部毁林史。[192]现行的国际森林安排在法律、机构、资金、多利益群体参与和运作机制等方面存在着诸多弱点和局限性，无法全面有效地应对全球森林问题的新挑战，已不完全适应全球可持续发展的时代趋势。国际社会强烈呼吁重启国际森林谈判，探讨构建未来的全球森林治理体

[192] FAO, State of the World's forest 2012,Rome,(2012),内容提要.

系，而构建完善高效的未来国际森林安排，需要我们的智慧和创新性思维。

在全球森林问题上，国际社会取得的最重要成就，首先是对森林的价值估量与重要性的评价达成了共识。森林不仅有经济价值，同样重要的是森林的生态、环境价值，以及它的社会、文化价值。森林已成为目前应对气候变化、保护生物多样性、涵养水源、减轻贫困等环境与发展问题的交汇点与重要解决途径。这是人们认识上的一个重大变革。没有这种价值观的、理念上的转变，今天的全球森林治理就没有根基，没有出发点，也不会有达到今天的规模与程度。

但是，人们对森林的各种需求之间的冲突，使森林承受着巨大的压力，管理部门的协调难度加大。林业规制中至关重要的治理机制的缺乏，森林规制机构的庞杂重复，都加剧了这种冲突与难度，迫切需要进行与时代要求相适应的全球森林治理改革。

近年来比较突出的问题是，全球原始森林破坏严重，残存的原始森林只占地球陆地面积的 7%。在过去 10 年里全球毁林的速度有所下降，但在一些地方依然高得令人担忧，联合国千年发展目标中与森林相关的指标还不达标。全球森林面积减少的趋势尚未得到根本扭转，[193] 世界林业发展依然面临着严峻挑战，全球森林治理体系和机制仍不健全。

从制度、体制因素来看，非法木材贸易对全球森林治理的影响尤为严重。资金也是一个关键问题，目前各国，尤其是广大发展中国家在林业融资方面面临较大的资金缺口，国际上也缺乏一个专门的资金机制支持林业的发展和解决负面的森林问题。与森林资源保护和利用密切相关的制度问题，还有国家主权、林权、原住民的权益保护、森林管理机构的作用和改革等，而这些问题还不明朗或悬而未决。发展绿色经济、实现可持续发展现已成为国际社会的共识，实施森林可持续经营，发展现代林业是全球可持续发展的客观需求。

但是，因国际森林问题的复杂性，国际森林谈判迟滞、长期无果，一直未达成具有法律约束力的国际森林公约。在这种情况下，将森林问题纳入《联合国气候变化框架公约》、《联合国防治荒漠化公约》、《联合国生物多样性公约》及《湿地公约》等国际条约框架下，使全球森林治理的规则、制度只有一部分有国际法的制约，而主体部分仍旧游离于国际法之外。

当前的全球森林治理，适用的国际标准、规则或国际森林规制目标纷纷出台，出现了重复、重叠、零散、碎片化、甚至混乱等情况。全球森林治理体系面临挑战，亟需构建，如建立全球森林治理机构、制定可持续森林管理的国际标准，将环境正义原则纳入全球森林治理中。

全球森林治理的挑战。近来全球森林治理中出现了新现象、新问题、新趋势，主要有非

[193] 据估计，全球森林损失面积由上世纪 90 年代的每年 1600 万公顷降到了 2000-2010 年期间的每年 1300 万公顷，与此同时，算上森林更新和人工林，森林面积的年净减少量也由约 600 万公顷降到了 500 万公顷。参见 FAO, State of the World's forest 2011,Rome,(2011),第 5 页.

法木材贸易形势严峻，急需国际社会采取措施遏制，否则危害极大；国际气候变化制度对国际森林政策的影响越来越大；非国家治理在全球森林治理中越来越重要。

展望全球森林治理的形势与前景，应该明确全球森林治理的目标与挑战，重启全球森林谈判，补充和完善现有的国际森林文件，推行全球森林治理的善治，采取切实可行的全球森林治理改革举措。

二、全球森林治理的理论与理念：全球治理与国际法治

在全球森林治理中，国际法本应该发挥重要作用，但当前国际法对全球森林资源的规制是非常贫弱的。国际社会没有达成统一的《国际森林法》，涉林国际文件以《适用于所有类型森林不具法律约束力的国际文书》(Non-Legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Globle Consensus on the Magagement,Conservation and Sustainable Development of all types of Forests,UN Doc a/conf 15/126(1992，简称国际森林文书)为主。其他涉及森林的文件相当分散，多为宣示性的软法，缺乏有效的协调能力。

自从 1992 年联合国环境与发展大会之后，国际社会一直试图通过谈判达成一个具有法律拘束力的国际森林公约，但由于国际森林问题的复杂性及国家之间利益与立场的巨大分歧，最终未能达成。

对国际森林公约的制定，学界既有支持的，也有反对的。支持制定一部具有法律约束力的国际森林公约的学者认为，现有的国际森林文书已基本无效，范围极其有限，国际森林公约可解决现有公约重叠和不一致的问题。[194]还有学者主张各国可以使用国际森林公约展示森林问题的进展，对国内相关问题与立法可能造成一定的压力，从而有促进作用。[195]而反对的学者认为，当前还缺乏对国际森林公约关键问题的实质性全球共识，因此侈谈这样一个国际公约是不现实的。[196]

现在全球森林治理，其规则、制度、机构还未形成具有法律约束力的全球性规范。有关森林问题的国际谈判都以政治为主基调。各国在森林生态、经济和社会价值方面的分歧与竞争，妨碍、阻止了各方达成森林使用和管理的国际标准和协议，迄今为止，并没有出现对森林活动进行规制的国际法律体制。

当前，关于包括森林资源在内的全球资源与环境，应该如何被使用、被管理，国际社会还未就此达成全球共识。但是，存在着全球森林治理的有关文献，可以而且实际上直接影响着，或者间接地影响着各国国内的森林政策与法律。这里有国际法的成分与意味，但是大部

[194] D Vanderzwagg and D Mackinlay, Towards a Global Forest Convention: Getting out of the woods and barking up the right tree' in S Johnson (ed) *Global Forests and International Environmental Law*, (1996), at 1-4.
[195] David Humphreys, Logjam: Deforestation and the Crisis of Global Governance (2006), at 42.
[196] Richard Tarasofsky, Assessing the International Forest Regime, ICUN–The World Conservation Union (1999), at 4.

分仍然不具备法的形式与效力，而是停留于政策、自愿的行为准则的层面。已有的国际森林法律规则基本都是“软法”，并不具有法律约束力。各国可以选择是否遵守。此外，对相当一部分主体（包括国家、私人团体及个人等）来说，能否遵循自愿的国际规则，依赖于履行这种义务能否得到好处，能够得到多大好处。

因此，用国际法规制全球森林保护问题是不现实的。由于森林的国际法规制缺乏进展，国际上逐渐形成了一些进行国际森林规制的替代性办法，即进行全球森林治理。

然而，全球森林治理也是存在很多问题的。国际上缺乏专门的资金机制来支持森林可持续经营。很多国家尚未将林业纳入国家的总体发展战略，国内森林政策不能与国际森林规制同步，导致林业的国际合作进展迟缓，全球森林治理法律机制推行受阻。

法律上不具约束力的、自愿执行的国际森林规则确实存在，但是很少在实践中得到执行，因为主权国家认为履行这些义务并不能获得真正的好处。从成本收益的角度来分析，其实施成本远远超过了国际政治利益和环境效益等此类举措的经济和政治利益。负责森林规制的联合国机构缺乏权威和政治支持。许多规范森林的国际机构的存在，使森林制度支离破碎。没有国际司法机构解决履行国际森林义务产生的冲突，也是阻碍实行森林法治的一个大问题。

这种状态与情况，并不符合一般公认的法治标准，与“法治”相去甚远。

一般而言，人们将法治问题分类为发达国家的法治问题和发展中国家的法治问题。即使是发达国家，在森林规制方面也同样面临一些法治的挑战。例如，澳大利亚在森林管理方面是比较先进的发达国家，然而，对生产性森林实践的规制是由具有法律约束力的规则以及咨询政策来进行的，咨询政策起着重要作用。在森林保护区，对保护森林价值没有形成充分的管理责任，则是很多国家的普遍现象。

发展中国家面临另外类型的森林规制问题。一般来说，发展中国家森林法文本和实践之间存在很大的差距。[197]这与许多问题相关，例如，发展中国家的一般森林实践中，缺少有法律约束力的规则；发展中国家普遍治理能力薄弱；政府机构和官员腐败；缺乏公正的司法等。森林居民或社区也缺乏理解和执行林权的能力。因此，森林规制的透明性和可行性，更多的公众参与，都是发展中国家存在的问题和需要付出努力的领域。

现在，森林的可持续管理还未形成全球性的、有系统的规范，有关森林问题的国际谈判主要是政治性的，各国在森林生态、经济和社会价值方面的竞争、博弈，阻碍了各方达成森林使用和管理的国际标准和协议，所以用法律进行规制全球森林保护，其进展是相当迟缓的，而且其进展是不可预期的。对全球森林实行国际法管理与控制，施行国际法治，条件并不具

[197] Tom Blomley and Acacia Consulting, Evaluation of the work of the Forest Governance Learning Group 2005-2009, International Institute for Environment and Development (IIED), 2009.

备，在目前缺少国际森林法的前提下，全球森林治理起着重要作用。

法治与治理（包括国际法治与全球治理）的根本区别有两个，一是治理的主体不同，二是治理的手段不同。国际法主体才有资格成为国际法治的治理主体，显而易见，只能包括国家和政府间国际组织；而治理的主体则广泛得多，为多元主体参与治理，特别是非政府组织与国际民间社会的参与。（国际）法治的治理手段单一，以法律形式和司法机构为主，而全球治理的手段是多元化的，法律、经济、社会、道德、文化的，都在各显身手。

法治要求在法律规则的创建和实施方式上满足一定的条件。国际发展法律组织（IDLO）列举了一些对法治的要求，包括：一系列事先已知的具有法律约束力的规则；这些规则能够在实践中得到执行；可以确保规则通过适当运作的机构得到正确运用；在规则的运用中，通过独立的司法机关或仲裁机构作出具有法律约束力的决定，从而解决冲突；规则不能达到其目的时，用已知的程序修改这些规则。[198]由此可见，在森林问题上实行国际法治，这样的想法就脱离了森林问题的实际，太高、大、上了。

四、全球森林治理的机制

全球森林治理的机制和机构已经端倪初现，蔚然成型。森林市场机制、森林认证机制和国际气候变化制度下的森林机制是其三个主要机制，联合国森林论坛和世界银行是全球森林治理中最重要的机构，此外，联合国粮农组织与欧盟的作用也很突出。

以市场为基础的机制，都需要使用经济工具，提供经济激励，使用经济奖励或惩罚措施，这可以促进更符合成本效益原则的决策，并使跨国经济活动更公平、更活跃。

市场机制在广义上有两种形式。首先，根据“污染者付费原则”，设置一种费用，以反映污染者对环境损害的成本价值，把负面的环境成本和结果转嫁给消耗或破坏环境资源的人。第二种形式是创建市场，允许信用贸易或许可证贸易。这种活动只能在一个特定的部门内进行。分配给参与者一定数量的信用，可以出售配额给另一个参与者。这种交易已经为人们所逐渐熟悉。

任何类型市场的运作成功，必须有市场需求，可以说这是市场经济的先决条件，在林业背景下，创建对森林服务的需求非常有挑战性。森林提供的服务缺乏经济价值，普遍认为森林服务是公共性质，因此，森林服务的用户不用对森林服务付款。在两种情况下人们才愿意支付森林服务：或在私人自愿投资下，或者是政府干预的结果。私人自愿投资的前提通常是商品或服务具有经济价值，如植树造林和绿化。

经济激励工具可以分为以下几种：一是以财产权为基础的体系，包括建立清晰的产权环

[198] International Development Legal Organization, How does IDLO define the Rule of Law, http://www.idlo.int/English/External/IPXfaqs.asp at 28 January 2010.

境服务；二是建立市场，这需要创建产权，承认信用的形式或资格，可以在市场参与者之间进行交易；三是财政费用工具体系，通过消费或生产的全部或部分成本定价，鼓励负责任的行为；四是金融工具，使用绿色基金、优惠的利率和贷款，旨在保证财政收入和环境保护；五是责任工具，通过经济处罚，来惩罚未能符合监管标准的行为；六是履约保证和存退款体系，需要先有存款证明、押金等，只有当当事人遵守环境义务时才能退还。[199]

森林市场机制要扩大适用，首先要创建森林生态服务的市场，其次要解决土地使用权、可持续、渗漏和重复计算等问题。还应该明确森林市场机制的环境目标，澄清该机制保护的森林价值，设计简单明了的程序等。

森林认证机制对合规的森林产品贴标签来实施可持续森林管理。非政府组织“地球之友”1985 年就利用森林认证和标签进行过早期试验。

森林认证机制承认并促进所有的森林价值。森林认证有潜在的经济效益，其区分和支持认证的森林产品，为产品进入市场提供了经济激励，例如，认证的木材可能有价格优势。认证被用来促进社会目标和环境目标、公共健康目标的实现，如公平贸易、保护消费者权益、推广有机食品等。这一机制能够改变森林产品的使用、管理及消费模式，运用森林认证机制，必须使木材生产商国家看到参与森林认证计划的价值，使木材消费国的消费者者在提高环保意识的基础上，作出有利于森林可持续发展的绿色购买行为。认证必须有足够的消费者需求，并且消费者愿意支付认证商品的价格，即使认证后的价格高于未认证的价格。认证增强了环保主义者、木材生产商、消费者和政府之间的对话与合作。由此，森林认证满足了许多不同行业各自的利益。森林认证机制必须克服多种障碍，增加对认证木材的需求，提供激励，确保森林认证机构在国际森林政策中的地位。

国际气候变化制度下的森林机制包括 LULUCF、CDM、REDD 等，与其他机制相比，其能提供更强大的政治支持，有法律拘束力，也能提供融资来实施森林项目。

五、全球森林治理的机构

国际组织在全球森林治理中发挥着极为重要的作用，其对解决全球森林治理中出现的各种问题所起的作用，主要表现在三个方面：第一，通过调研世界森林状况、出具报告，为全球森林治理研究提供基本的信息资料，如FAO《世界森林状况》的报告；第二，为全球森林治理中的各国际机构、主权国家或地区之间的合作提供平台，如UN-REDD[200]、PROFOR[201]等；第三，为具体国家进行全球森林治理提供技术支持和研究支撑，如全球林冠组织的《REDD+手册》等。

国际组织与机构正通过全球森林治理来体现森林的价值，规制森林的使用与管理。例如，

[199] T Panayotou, Economic Instruments for Environmental Management and Sustainable Development, (1994).
[200] 指联合国 REDD 计划，具体请参见 http://www.un-redd.org.
[201] 指森林项目，具体请参见 http://www.profor.info.

联合国政府间气候变化谈判委员会的国际气候变化制度，体现了森林的碳汇价值；生物多样性公约秘书处制定的文件，体现了森林的生态公益林价值；国际热带木材机构体现了森林的生产、经济价值。

全球森林治理中两个最重要的机构是联合国森林论坛和世界银行。

联合国森林论坛是联合国内唯一专注于森林问题的机构，1992 年里约谈判使国际森林机构成立，当时称为林业专门委员会。论坛的目的是提供政府间政策协商平台，以促进森林管理。它保护所有类型的森林所有类型的森林和生物群落，如热带、寒带、土生自然林和人工林，并关注其生产。它促进森林的可持续发展，并着眼于加强长期的政治承诺。它组织成员进行森林谈判，制定了全球森林治理最全面、最重要的《国际森林文书》，它是未来国际森林法的基础。论坛亟需进行重大改革，吸引运营资金，成为国际和政府间森林项目的协调员，重新赢得成员和利益相关者的尊重。

联合国森林论坛有以下功能来实现既定目标：促进森林的管理、保护和可持续发展，监督会员国政府长期政策关注；促进可持续森林管理的全球共识；促进政府之间的对话；用一种全面的和综合的方式解决森林问题和新兴领域的问题；加强与森林相关问题的合作与协调；促进国际合作；监测、评估和报告以上功能和目标的进度；对管理、保护和可持续发展所有类型的森林加强政治承诺；提高森林的贡献，实现国际商定的发展目标，例如千禧年发展目标。鼓励和帮助各国制定和实施森林保护和恢复策略，提高区域森林的可持续管理，为了原住民的利益和依赖森林为生的社区居民的生计，减少森林退化；加强联合国森林论坛与相关区域及分区域森林有关的机制、机构和工具、组织和流程的互动。

世界银行在森林治理领域在国际上是领先的。世界银行的森林政策一是减少贫困，改善森林居民生活条件，二是扩大森林认证计划的实施，促进可持续森林管理原则的广泛运用。世界银行2004年作出了《可持续森林：发展策略》的报告。2013年通过了《国际森林安排独立评估报告》，又制定了《2007-2015年多年工作计划》，2015的会议将决定未来全球森林治理体系。世界银行与其他一些国际组织及机构已形成战略合作伙伴关系，开始了旨在整合全球森林治理安排的国际进程。

联合国粮农组织（FAO）一直关注全球森林问题。早在 1978 年，就做了“森林造福于人民”为主题的报告，对全球林业发展产生了深远的影响。FAO 每两年出版一本《世界森林状况》报告，到现在已出版了十一本。2014 年《世界森林状况》报告的主题是“提高森林的社会经济效益”，报告汇集并分析了森林的社会经济效益数据，弥补了这一关键的知识缺口。

2003 年欧盟发布并启动了《森林执法、治理和贸易行动计划》（FLEGT），打击非法采

伐，打击木制林产品的非法贸易。之后，又发布了一系列的报告和文件。[202]为推广该行动计划，欧盟作了许多工作，如欧盟与中国于 2009 年就森林执法与施政达成了双边调解机制。2010 年 10 月欧盟颁布《欧盟木材条例》，欧盟就此全面禁止了非法采伐的木材及相关产品进入欧盟市场。纵观国际社会，欧盟及其成员国依然是支持缔结具有法律约束力的森林公约的最重要力量。

联合国粮农组织在全球森林治理中也很重要。它归纳了渗透在所有国际森林政策的共同理念，提出了可持续森林管理和多元森林管理的概念，建议纳入国际森林政策中，以此开辟全球森林治理的新路径。这两个理念虽然有些抽象，也缺乏机制支持，实践起来有困难，但已经获得了相当的认可，并在一定程度上为国际社会所遵循，

可持续森林管理承认并且试图平衡森林的生态环境、社会文化、贸易和发展等不同的、有内在冲突的价值，以确保森林的所有价值得以实现，森林经济与服务能够平衡、可持续、永续发展。实施可持续森林管理的困难，在于要求不统一，没有执行机制，人们感到这个理念有些抽象。然而，尽管这个概念不够清晰，也不够确切，与“可持续发展”这样的国际话语有差距，但它至少达成了一定的共识，全球森林管理的总体目标应该是实现可持续的森林管理。。

多元森林管理为一个以上的目的管理土地或森林，如生产的木材或木材衍生产品，饲料和保护国内野生动物，景观维护，保护家畜，适当的环境条件，娱乐及保护水源等。这意味着森林用途的多样化，并替代以往单一关注木材生产的热带森林管理方式。多元森林管理受到很多限制，产品市场有限，非木制林产品因为规模不够阻碍了其商业化。由于市场不好，通常主要是通过中间人，以非常低的价格非法出售，而不是进入正规市场。这不仅大大减少了林业从业者的利润，也降低了多元森林管理的竞争力。

目前的问题是，治理机构之间需要进一步合作与整合，机制要更好发挥作用，这些都还需要各方面的更多努力。

---

[202] European Commission, “Public Consultation on Additional Options to Combat Illegal Logging Analysis and Report”,European Commission, Forest Law Enforcement, Governance and Trade Programme, 2006; European Commission, “What is FLEGT?” ,FLEGT Briefing Note Number 01, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007,1; European Commission, ‘What is Legal Timber?’ (FLEGT Briefing Note Number 02, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007, 1;European Commission, ‘A timber legality assurance system’ (FLEGT Briefing Note Number 03, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007,1;European Commission, “Legality assurance systems: Requirements for verification”,FLEGT Briefing Note Number 05, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007,1;European Commission, “Voluntary Partnership Agreement”,FLEGT Briefing Note Number 06, FLEGT Expert Group of the European Commission, 2007,1;European Commission Directorate-General for Environment, Potential Benefits of Integration of Environmental and Economic Policies: An incentive-based approach to policy integration, (1994), 7;European Union, Forest Law Governance (2007) Europa, viewed 24 September 2008, http://ec.europa.eu/environment/forests/flegt.htm,最后访问时间：2014年12月15日。

Global Forest Governance:

Situation, Doctrines, Mechanisms and Institutions

Na Li，Jing zhen
(Law School, Jinlin University, Changchun Jinlin 130012;
Faculty of Humanities＆Law, North-east Forestry University, Harbin Heilongjiang 150040)

Abstract: Forest issue has aroused wide concerns since its much global impacts. Whether global forest negotiation should be restarted, whether forest strategy and system should be constructed, how present market mechanism, verify mechanism and mechanisms under climate change should be improved, how functions of international forest institutes should be integrated, how to deal with new tendencies in forest governance, all these questions are explored in this article.

Key words: global forest governance, mechanism, institutes, doctrines

日本修改宪法第九条解释的国际法问题评述

吴燕妮*

（深圳市委党校龙岗分校，广东深圳）

摘要：2014 年 7 月，日本政府召开临时内阁会议，通过了修改宪法解释、解禁集体自卫权的内阁决议案，该内阁决议案推翻了日本历届内阁遵守的“自卫权发动三条件”，提出了新的“武力行使三条件”，因此，受到了国际社会的广泛关注。从历史上看，尽管日本一直存在修正和平宪法，走向“普通国家”的冲动，但事实上和平宪法的根基从未动摇过，和平宪法已经成为日本所必须遵守的国际法义务。日本也应当与国际社会一道，坚守国际法底线，只有这样才能共同发展共同繁荣。

关键词：日本修宪　和平宪法　　国际法义务

导语

2014 年 7 月，日本政府召开临时内阁会议，正式通过了修改宪法解释、解禁集体自卫权的内阁决议案，这意味着二战以来日本所确立的以防守和自卫为主的基本政策将发生变化。该决议推翻了日本历届内阁遵守的“自卫权三条件”，提出了新的“武力行使三条件”：（1）日本或与日本关系密切国家遭到武力攻击,威胁到日本的存亡，从根本上对日本国民的生命、自由和追求幸福的权利构成明确危险；（2）为保护国家和国民，没有其他适当手段可以排除上述攻击；（3）武力行使限于“必要最小限度”。在同时满足上述三个条件的情况下，日本可以通过“自卫”手段行使武力。此外，决议还允许日本自卫队在“非战斗现场”对其他国家的军事行动进行后方支援，并对介于军事冲突与和平状态之间的“灰色地带”事态加强应对措施，并简化了下令出动日本自卫队的手续。

这一动作随即引起了日本国内外，尤其是周边国家如中国、韩国的高度注意，中国政府当天即敦促日方切实尊重亚洲邻国的正当安全关切，慎重处理有关问题，不得损害中国的主权和安全利益。

一、日本和平宪法的制定与修改纷争

（一）战后和平宪法的制定

作为第二次世界大战的战败国，日本在战后初期内政由美军接管，美军也藉此对日本军

* 吴燕妮（1984-），陕西西安人，澳门大学法学院公法学与政法学博士，德国马克思普朗克研究所访问学者，深圳市委党校龙岗分校讲师。主要研究方向为国际法、国际组织法与国际法治。

国主义进行了彻底的改造，在日本推行了一系列“民主化改革”措施，其中最重要一点是制定了新宪法——《日本国宪法》，以最高法律的形式确保日本在战后的国际法地位。[203]该宪法第 9 条作出了明确规定，“日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国际和平，永远放弃以国权发动的战争、武力威胁或武力行使作为解决国际争端的手段”；“为达到前项目的，不保持陆海空军及其他战争力量，不承认国家的交战权”。[204] 也正是因为第九条对战争权的永久放弃，使得该宪法成为国际法上著名的“和平宪法”，其以最高法的形式所确立的“不战”原则，不仅对日本国内发生效力，同时也对日本国自身产生了相应的国际法约束。也就是说，彻底的和平主义是日本所应承担的国际法义务。

正是由于和平宪法的确立，才在此基础之上形成了著名的“日本防卫三原则”：无核原则、专守防卫原则以及不行使集体自卫权原则。也正是在日本宪法第 9 条和平主义理念指引下，日本迅速崛起为世界经济强国，亚洲也保持了大体的和平稳定。

（二）日本宪法的修订纷争

尽管“和平宪法”带来了诸多正面因素，但实际上日本国内谋求修改“和平宪法”的活动从未停止。修宪运动从上个世纪 50 年代鸠山内阁时期发端，自 1954 年自由党、民主党等组成宪法调查会，主张应对“天皇”、“放弃战争”等方面进行修改。1955 年 3 月，首相鸠山在众议院回答质询时认为，“为了自卫可以保持军队”，甚至“可以保持现代化的军队”。由于社会党、共产党等反对修宪的政党在国会中所占的议席超过了三分之一，鸠山修宪的意图无法实现。但是，也正是在这一时期，修宪与护宪之争从民间上升到政党之间、内阁与国会之间的高度，而自卫队的合宪问题一直未得到妥善的解决，成为战后日本修宪的一个争论焦点。修宪论者认为，“宪法是美国强加的”，即认为一国的宪法的制定应由本国人民自由意志决定，在美军授意下制定的日本国宪法是“强加宪法”，因此应重新制定一部自主宪法。但这一主张遭到了多数日本学者的反对，宪法强加论基本上得到澄清。随后日本修宪运动相对平稳，“和平宪法”基本上未受到实质性的挑战。

在这一阶段，影响较大的主要是日本政要小泽一郎的“正常国家论”。“正常国家论”是小泽一郎在 1993 年出版的《日本改造计划》中提出来的。小泽在书中提出，在冷战结束后，日本只有“作为真正意义上的国际国家才有出路”，真正的国际国家就是成为“正常国家”。

---

[203] 事实上，早在 1943 年初，美国政府即已开始讨论战后日本政治改革问题。1945 年 10 月 6 日，美国国务院和陆海军共同拟定了 SWN55/3 号文件，决定先把天皇制和裕仁天皇个人分开，然后考虑新宪法问题。1945 年 10 月，《明治宪法》的修改工作开始。当时的日本首相币原喜重郎专门指定了一个委员会负责修改工作。

[204] 参见《日本国憲法》第九条：“日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。”“前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。”
http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html, 访问日期 2014 年 7 月 4 日。

而成为“正常国家”有两个条件，一是，“对于国际社会视为理所当然的事情，就把它作为理所当然的事情来尽责实行”，为此要“在安全保障、经济援助等领域作出国际贡献”，“日本与欧洲、美国并立，构成世界三极中的一极。”“日本的一举一动已影响到世界各处。”“不管他喜欢不喜欢，都逃避不了作为大国的责任。”二是“对努力创造丰富稳定生活的国家以及地球环境等全人类共同的课题做出最大的合作。”小泽一郎在其《日本改造计划》中认为：“目前国际社会要求日本以联合国为中心做出贡献，必须把宪法同联合国宪章统一起来。社会的进步是如此之快，因此，在 50 年当中必须对宪法进行一次修改”。小泽的设想就是通过联合国，使日本可以抛弃联合国宪章中“敌国条款”的约束，可以向海外派遣军队、参与国际争端和冲突解决的“正常国家”。这种观点认为，日本把军队“完全置于联合国的指挥之下”，就不存在什么“国家使用武力”，而且日本军队可以“采取行动，甚至参加作战”而不违反日本宪法。

1999 年，小泽一郎又发表《日本国宪法修改试案》一文，在文章中小泽提出，在当今世界，日本不依靠国际协调就没有生路。日本应积极呼吁建立联合国军队，并且率先实行。日本应根据联合国宪章的宗旨，利用包括提供兵力在内的各种手段为世界的永久和平做贡献。这样做的结果，也是保卫日本自身的和平与安全。此后，日本各界都有提出宪法修正方案，尽管其修宪的方案各异，但有一点则是共同的，就是：针对国际现实而论，因为日本若不依靠国际协调、国际合作、即无法充分保证自身的安全，因此主张积极参加联合国维持和平的行动，参与联合国军队，于是才籍宪法第 9 条的修正，使自卫队的地位合法化。

当然，无论为国际安全还是为国际经济做贡献，都不是日本推行“正常国家化”战略的真实的战略目标。从更深层次的意义上讲，成为自主性的大国才是日本“正常国家化”战略的实质，其战略目标和核心就在于自主性，自主性构成了“正常国家化”战略的出发点和归宿点。

而实际上随着“正常国家化”战略的推进，日本已把成为安理会常任理事国作为自己整个外交战略的最核心目标。而日本对常任理事国地位的追求，就是为了达到成为“正常国家”的目的。

二、国际义务对日本宪法的挑战与争议

通过冷战后二十余年的努力，“正常国家化”已经成为日本国民的整体价值取向，可以说，“正常国家化”并不是日本少数右翼政治家的主张，而是日本人民的真实意愿。日本社会意识已经有着明显的保守化倾向，特别是 1990 年代以来，由于日本经济复苏乏力，政局动荡，

国民普遍对现实不满，求变心切，民族主义思潮日益高涨。一些主张对外强硬的政治家人气急剧上升。正因为如此，在日本经济状况没有明显好转，并且日本政府防卫政策调整不断加快的情况下，时任日本首相小泉纯一郎在日本民众中获得大量的支持。

由此，日本国民对于修宪的态度也开始发生转变。特别是战后成长起来的日本年轻一代，没有战争体验，护宪的口号不再像以前那样具有极大的魅力，民意开始向修宪倾斜。官方电视台 NHK 于今年 4 月 19 日起做了三天调查，得到全国约 1600 人回答结果是，赞成的民意为 42％，反对的只有 16％，说明赞成的比 2007 年调查时的 41％略增、反对的则减少 8％、犹豫的人增加了 9 个百分点为 39％；《日本经济新闻》发表的民调结果是，认为应修宪的民意有 56％、反对的为 28％。当然修宪的内容涉及甚广，而在涉及核心的宪法第 9 条以及第 96 条上，民间反对声音仍然比较强，近日《朝日新闻》公布的民意调查显示，对于自民党“修改宪法第九十六条”的主张，“反对”意见达 54%。而关于宪法第九条，有 52%的受访者认为“不应改变”。他们将成为日本修宪派的最大障碍。[205]

实际上，长期以来日本国内民众占多数反对对修改宪法第 9 条，由于《日本宪法》规定，修改宪法需得到众参两院全体议员 2/3 以上的同意，而且还要经国民投票并获得半数以上同意，修宪派要改动宪法第九条无法达不到法定的人数。于是，日本政府便改变策略，转换手法，将试图明文修宪改为解释修宪。

1972 年，田中内阁发表政府“统一见解”，称“战争力量”就是“为了自卫的必要的限度的力量”。只有超出“必要的最小限度的力量”的范围，才是违反了第 9 条的规定。而“必要的最小限度的力量”的具体界限，要根据国际形势和军事技术的进步状况来确定。自卫队根据自卫队法设置，没有超出防卫力量的界限，因此不违反宪法。“统一见解”不仅使自卫队的存在合法化，而且模糊了防卫的具体界限，从本质上篡改了宪法第 9 条的基本原则。

但是此后，随着日本在国际政治舞台上逐渐活跃，其所承担的国际义务也逐渐多样，和平宪法的矛盾也逐渐凸显。

1990 年 9 月 27 日，日本正式提出了《联合国和平合作法》，但是由于这部法案违背《和平宪法》，因而遭到在野党和民众的强烈反对，最终成为废案。针对这一法案“违宪”的指责，日本政府在 1991 年 8 月制定的《联合国维持和平部队与诉诸武力等问题》的文件中，着重解释了“诉诸武力”与“使用武器”的区别。文件指出：从联合国维和行动的目的、任务和组织来看，自卫队参加联合国维和行动并使用武器不等于诉诸武力，同宪法没有抵触；自卫队使用武器是防御性的，不同于宪法禁止的使用武力，是符合宪法的。[206]

---

[205] 李勇：《解析日本“普通国家化”战略》，载《凤凰周刊》2005 年第 28 期。

[206] 盛红生：《联合国维持和平行动法律问题研究》，时事出版社 2006 年版，第 156 页。

1992 年 6 月 15 日，经过十天“马拉松”式的审议，日本众议院全体会议在社会党和社民联 114 名众议员全体缺席的情况下，自民党、公明党和民社党“三党联盟”以 329 票对 17 票的绝对优势通过了旨在实现向海外派兵的《联合国维持和平行动合作法》（“PKO 法案”），从法律上确定自卫队可在境外执行联合国授权或主持的国际维和行动。

根据维和法案，日本参与以联合国为核心的国际集体安全机制主要是为了：（1）协助联合国维持和平行动；（2）协助国际人道主义救援活动；（3）协助国际监督选举活动。该法案还确立了具体的五项维和原则：（1）达成停战协议；（2）接受国同意；（3）保持中立；（4）上述三项任何一项没有得到满足的情况下，中断维和工作或停止派遣；（5）只允许最小限度内使用武器。PKO 法案通过后，日本先后向柬埔寨、莫桑比克、萨尔瓦多等国家和地区派出人员参与维和行动。[207]

2001 年 911 事件发生后，世界安全局势发生了巨大的变化，随着美国反恐怖主义行动的开展，日本政府也随之拓展了自卫队的活动空间。2001 年时任日本首相小泉纯一郎在日美首脑会谈期间向美国总统布什保证，在美军对恐怖袭击进行报复性打击时，日本自卫队将向美军提供后方支援，从而开启了战时派遣自卫队的先例。

2001 年 11 月，日本国会通过了《联合国维持和平行动合作法》修正案，一方面放宽自卫队参加维和行动时武器使用的限制，另一方面决定解除对自卫队参加联合国维和主体行动的限制。旧法案规定，日本自卫队只能从事医疗、运输、通信、抢救灾民等后方支援活动，而新的修正案则大大拓展了日本维和行动部队的活动范围，参加维和行动的日本自卫队今后能够参与监督停战或收缴武器等维和行动的主体业务。

此外，日本国会还先后通过了《反恐对策特措法》、《补给支援特措法》和《伊拉克人道复兴支援特措法》等法案，为自卫队在战区的准军事活动扫清了障碍。在《伊拉克人道复兴支援特措法》的支持下，日本陆上自卫队向伊拉克先后派遣了约 5500 人的部队，这是二战后日本首次向尚处于战争状态的地区派兵，其配备的装备从以往的轻武器升级为装甲车、无后坐力炮以及反坦克导弹等。值得注意的是，这是日本自卫队首次在联合国框架以外，派遣重型装备和大规模部队出国行动。[208]

2007 年 1 月 9 日，日本防卫厅升格为防卫省。随着防卫省的成立，自卫队的基本任务也正式增添“国际维和行动”这一项。而此前，向海外派兵参与维和行动只是自卫队的“附属任务”。总之，日本政府通过一系列的立法和政策调整，将海外派遣自卫队的行为制度化。现

[207] 赵磊：《日本参与联合国维和行动的历史脉络及特征分析》，载《教学与研究》2012 年第 3 期。
[208] 参见 http://news.xinhuanet.com/world/2008-06/06/content_8320017.htm, 访问日期 2014 年 7 月 10 日。

在，日本已经成为西方八国集团中向海外派遣非战斗军事力量最多的国家。[209]

三、坚持和平宪法是日本的国际法义务

如前所述，彻底的和平主义是日本应当承担的国际法义务。这一义务，是日本自我施加的约束，具有法律效力。一般论及国际法的渊源，学界均会援引《联合国国际法院规约》第38条的规定。尽管该条并没有直接规定一国的国内法可以成为国际法的渊源，但毫无疑问，国内法对国际惯例和国际习惯的形成具有重要的推动作用。国际法最主要的制定者是国家，而国家以法律形式确立的自我约束，无疑就具有了确定的拘束力。

1946年11月3日，日本和平宪法草案正式公布,并被分发到日本各地进行讨论。经过一个月的辩论，产生并收集了很多修改意见。1947年5月3日，经过1000多处文字修改，日本宪法正式生效实施。和平宪法的制定过程是战胜国与日本民众共同决定战后日本未来，谋求国家永远和平的过程。和平宪法本身也深深沁入了日本和平民众的民主愿望，这赋予了和平宪法强大的生命力。硝烟刚刚散尽时，要使国际社会重新接纳犯过错误的日本并不容易。作为发自内心的、深刻反省战争罪行、永不言战的新日本，制定和遵守和平宪法是日本总结战争教训之后向世界作出的承诺。瑞士曾在126年间修改了163次宪法，而日本宪法是世界上稀有的硬性宪法，一次也没有被修改过，足见和平宪法的法律确念（opinio juris）之深刻。

（一）宪法所坚持的是日本彻底的和平主义

全世界带有和平条款的宪法大约有20个，而日本宪法是其中以彻底的积极的和平主义为特征的。日本宪法在其序言表明，有责任和义务尊重全世界各国人民普遍的平等的和平的生存权利，此外，日本宪法所逐渐形成的不拥有军备与裁军的信念，以及不参加战争的基本理念已经根深蒂固。[210]

尽管日本政府多次反复地对第9条的扩张解释，有的意见认为这是宪法的和平主义让步于国际安全新局势，但宪法解释的变迁是政府适应时代变化的内在要求，不能说其彻底的和平主义受到摒弃。第二次世界大战以后发生的许多次战争日本一个都没有参加，武器输出也坚守一定的节度，无疑是和平主义的证明。

至于“不保持陆海空军及其他战斗力量”的宪法规定与现实的自卫队问题的矛盾，确实存在，但并不能因为矛盾的存在而否定和平宪法所确立的法律确念。因此，有学者认为，不

[209] 高峻：《冷战期间日本自卫队海外派遣的起源与演变》，载《国际政治研究》2008年第1期。
[210] 深濑忠一：《战争放弃与和平的生存权》，岩波书店1987年版第3章；另见深濑忠一主编：《为了恒久世界和平》，劲草书房1989年版，第35-103页。

仅在现阶段没有修宪的必要，也不希望修宪。上个世纪 90 年代以来，日本开展了多种多样的关于宪法第 9 条的宣传活动。2001 年全球性合作预防武力冲突日本组织（Global partnership for the prevention of Armed Conflict Japan 简称 GPPACJAPAN）推进的在东北亚以“邻人所见宪法第 9 条”为题集会研讨，2006 年 6 月加拿大温哥华召开的 WPF 世界和平论坛“第 9 条研究会”等这些都是第 9 条所象征的积极的和平主义的真正价值在海外也被论及的佐证。

事实上，参加有可能伴有强制行动和武力行使的联合国维和部队也是合乎宪法的。如前所述，日本政府《联合国维持和平部队与诉诸武力等问题》的文件指出，自卫队参加联合国维和行动并使用武器不等于诉诸武力，同宪法没有抵触；自卫队使用武器是防御性的，不同于宪法禁止的使用武力。而日本派遣军事要员到现场活动，应该与日本的“作为国权发动的战争和以武力威胁武力行使”相区别。而且日本参加联合国的和平活动，并没有成为纷争的当事国，而是使国家成为“解决国际争端的手段”。因此，日本参加联合国维和行动，从国际法上并不能认定为对其所承担的国际义务的违反，相反，参加维和行动是为了更好履行其所承担的国际义务而从事的国家行为。

但是，日本在《伊拉克人道复兴支援特措法》下为了进行人道的复兴援助而派遣的陆上自卫队，以及其后应安理会 1511 决议（2003 年）的请求作为多国部队的一部分，在联合国框架以外向海外派遣军事力量，这一行为并不能认为符合国际法及日本宪法的要求。

（二）禁止向未经联合国授权的多国部队派遣自卫队

联合国作为维持国际和平与安全的重要组织，其国际法合法地位毋庸置疑，但如若绕过联合国迳行军事行动，其法律效力则存在疑问。日本向没有联合国直接指挥的多国籍部队派遣自卫队，这一行为无疑违反了日本所承担的国际法义务。回过头来看，日本最早声明支持美国和多国籍部队对伊拉克进行攻击，2003 年 2 月日本内阁决定派遣自卫队，在陆上自卫队和空中自卫队被派遣到伊位克以后，应该和其他派遣国一样尽快撤离。但 2006 年 7 月，虽然陆上自卫队撤离了，但空中自卫队 7 月份以后在伊拉克的活动扩大了。从国际法上看，日本不应当向没有联合国指挥的多国部队派遣自卫队。[211]

和平宪法给战后的日本带来了安全与繁荣，也促进了亚洲地区乃至世界的和平与发展。当前国际关系进入深刻调整期，和平稳定面临严重的非传统安全威胁，国际社会应当维护好二战以来的国际安全秩序，坚守国际法底线。只有这样才能共同发展共同繁荣。

[211] 1992 年年日本通过的 PKO 协力法明确提出派遣自卫队参加 PKO 必须遵守五项原则：（1）停战合意；（2）争端当事人同意；（3）日本的中立；（4）撤离的可能；（5）必要的最小限度的武器使用。其中还对禁止在海外行使武力与宪法的整合性予以担保。然而 9・11 以后日本在没有停战合意和争端当事人同意下派遣了自卫队，使不行使武力的保证被动摇。

如何看待 1648 年之前的和平与安全

黄哲东

（武汉大学 法学院，湖北 武汉 430072）

摘要：和平和安全的关系并不是一对等同的概念。近年来，逐渐兴起了对古代社会中的国际关系和国际法的研究，但对古代社会中的安全状态却人停留在早前的认识阶段。作者通过分别对古代国际关系和古代国际法的发展的梳理，总结出国际关系学界把和平与战争视为一种自然状态，却忽视了古代社会中战争规范等国际法制度的发展。通过对古代国家间制度的梳理，作者最终得出古代社会虽然战争不断，但不能掩盖国际法关于战争和人道法规范的发展，进而可以窥视古代人类已经有逐渐厌弃战争的意识。

关键词：和平；战争；安全状态；国际法；国际关系

对古埃及和美索不达米亚历史的研究是在考古学家们在该地区有了一些发现之后的 19 世纪的末尾才开始的，而对于该地区的法律起源的考究则还要等到 20 世纪的上半页。这一观点也同样适用于其他地区和国家的法律史。有一种说法，认为对古代国际法研究不足的原因是该研究向社会科学界所做的研究陈述不是由法学家，而是由没能够运用法律视角的史学家、考古学家和人类学家完成的。[1]似乎可以得出，对于古代的国际法问题，非国际法学界存在误读的可能性。带着这样的疑问，本文将对古代的和平与安全做一探视。

一、和平与安全

和平与安全已成为当代国际问题中的焦点之一。暂且不就国际法和国家的产生作讨论，至少在古代的国际关系和国际法相对缺乏细致研究的情况下，对古代社会中的和平与安全形势作一点探视，不免算是有趣和必要之举。

（一）学界对于安全的定义

“安全”一词，古既有之。“是故君子安而不忘危，存而不忘亡，治而不忘乱，是以身安而国家可保也”，《易经》中就已提到这一概念。但国际关系范畴中的“安全”却产生于西方，在“二战”后才成为国际政治中的常用标准概念。对于“安全”的定义，始终没有权威之解释。弗雷、杰维斯、沃尔夫斯等，都否认安全有确切的含义，认为它不过是个模糊的象征。[2]针对概念的模糊性，多伊奇认为安全意味着和平

作者简介：黄哲东（1991- ），男，武汉大学法学院国际法硕士研究生。

[1] See Olga V. Butkevych, History of Ancient International Law: Challenges and Prospects, Journal of the History of International Law, Vol. 5, 2003, p. 189.

[2] See Peter Mangold, National Security and International Relations, London and New York: Routledge, 1990, p. 2.

及和平的维护。[3]但也有学者作出概念界定，布朗则把安全界定为保卫国家免受外来的颠覆和攻击。[4]相对于布朗把安全限定在客观状态，沃尔夫斯的主张是，“安全，在客观的意义上，表明对所获得的价值不存在威胁，在主观的意义上，表明不存在这样的价值会受到攻击的恐惧”。[5]

（二）学界对于和平的定义

奥古斯丁就曾对和平的概念作出系统考察：和平是一种特定的秩序，是由不同的、甚至部分敌对的元素构成的多元整体，并存在于一种未受干扰的宁静之中。康德主张普世和平知识一个可以不断接近却无法达到的理想目标，和平只有当战争发生到“精疲力竭”的情况下才能出现，战争史通向和平的路径。[6]瑞格比认为，和平概念包含一些核心要素，诸如战争和身体暴力的消除；人类潜能实现和创造力增大的必要条件；人类和谐的必要条件；与万物和谐统一、内心平静的必要条件。[7]加尔通提出了关于和平的两个定义：第一，和平是所有形式暴力的缺失或减少；第二，和平是非暴力和创造性的冲突转化。[8]

（三）和平与安全之关系

从上述的各方观点来看，似乎和平和安全等同。他们都是表达了一种没有恐惧、威胁和暴力的状态。假使和平就是安全，那何必又多此一举使用两种表达呢？

在此，我赞同阎学通教授的主张。他认为，安全状态是指人类集团间武装暴力行为的发生情况。根据武装暴力行为有无程度，安全状态可分为和平、非战非和与战争三种。[9]但安全状态显然又与安全非同一概念，那又如何划分？在此，需要综合沃尔夫斯的主客观主张，但与其所主张的内容又有所不同。沃尔夫斯的主张认为安全就是一种在主客观上都不存在威胁的情况，而忽略了安全状态包括了三种情况，战争只是与和平相对的一种不安全的状态。

综上所述，笔者认为安全是指一种在客观上具有和平、非战非和与战争三种状态，在主观上具有不安全、不太安全和较安全的程度的抽象概念。和平是安全状态中的一种表现形式。

二、从国际关系学界看古代社会的和平与安全

国际关系学界趋向于把和平看成人类社会的一种自然现象，认为和平也必然有一些自然特征。霍布斯认为，“战争”是一种时刻存在的可能性，而且，“即使最不好战的村落也会突然发现他们陷于激烈的战争中”。[10]雷德蒙德主张占据土地或赢得自然资源通道并不是部落战争的目标，首要目标是尽可能多地杀死敌人。恩格斯也写道，“战争是原始社会部落之间的正常关系，是常态。只要没有明确的约定，那么它们之间就是处于战争状态。”[11]对于安全状态的问题，似乎没有现实主义和自由主义的分野，“在远古时期战争频繁中，人类把战争当作日常生活来对待，而没有战争与和平的概念”的主张似乎成了普遍赞同的观点。[12]

（一）国际体系形成阶段

---

[3] 参见［美］卡尔·多伊奇：《国际关系分析》，周启鹏等译，世界知识出版社 1992 年版，第 283 页。

[4] See Harold Brown, Thinking About National Security, Colo. : Westview Press, 1983, p. 4.

[5] See Arnold Wolfers, Discorf and Collaboration, Johns Hopkins University Press, 1962, p. 13.

[6] 参见［德］海因里希·贝克：《文明：从“冲突”走向和平》，吴向宏译，中国社会科学出版社 1998 年版，第 128-144 页。

[7] 参见［英］安德鲁·瑞格比：《和平、暴力与正义:和平研究的核心概念》，熊莹译，载《学海》2004 年第 3 期，第 16-26 页。

[8] 参见［英］阿伦·亨特：《什么是和平研究——学科发展史》，陈仲丹译，载《学海》2004 年第 3 期，第 12-16 页。

[9] 参见阎学通：《和平的性质——和平≠安全》，载《世界经济与政治》2002 年第 8 期，第 4-9 页。

[10] 参见［英］巴里·布赞：《世界历史中的国际体系》，刘德斌等译，高等教育出版社 2004 年版第 146 页。

[11] 参见恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，载《马克思恩格斯选集》（第四卷），人民出版社，1972 年版，第 88 页。

[12] 参见阎学通：《和平的性质——和平≠安全》，载《世界经济与政治》2002 年第 8 期，第 4-9 页。

沃尔茨曾就国际体系的产生做一假定，认为国家初成时没有任何权力来影响其近邻，只有当国家的权力发展到他们开始互相撞击，国际体系即产生了。因而，关于安全状态就不必溯及至远古时期。布赞认为，这一形成的开始具有两个基本特征：定居社会的出现以及单位内部出现等级制。[13]依基本特征，还可以把这个阶段的主要单位划分为定居部落和酋邦。

国际关系理论界一般把定居部落视为在社会和经济上具有紧密联系，但之间却又不断发生战争的单位。在他们看来，村落是一种防御性质的单位。雷德蒙德记述的南美洲部落村中，它们各自之间的距离就从没有近到步行半小时的距离。考古学中，也主张村落间距离越近，他们就会变得更加注重防御。在考察公元前 5000 年巴尔干地区的黎波里文化群时，考古学家发现，随着这一地区人口密度的增长，居住地间隔距离日益靠近，从原来平均相距 23-24 公里发展到 3-4 公里。在这一过程中，居住地构筑起了防御性建筑，如栅栏、壕沟和土坝。[14]而蒂利的“战争造就国家，国家导致战争”[15]似乎可以认为从这而来。

相较于人人平等的定居部落，酋邦的关键性差异就在于等级制。布赞认为，部落的袭击旨在平息宿怨或提高参战人员在其本部落的声望；而酋邦参战则是为了拓展疆土和扩大酋长权力。酋邦的形成不是单单军事意义上的结果。[16]但是，从形成的酋邦中可以看出酋邦中复杂的政治权利结构。居于顶部的顶级村落成为最易受袭击的村落，而较低级的村落则是不设防的。权力和利益成为酋邦中的重要因素。

（二）国际体系的发展阶段

随着人口的不断增长，人类的活动范围也不断扩大，但政治组织的数目却在不断减少。而这种大规模组织吞没较小政治单位的规律始终伴随着人类社会的发展。麦克尼尔就曾主张，“作为人类社会最古老的基础——血缘关系，被一种新的社会凝聚法则所补充，并进而被取代，这种凝聚法则完全是空间和时间上接近的结果。”[17]进而出现城邦和帝国这类更大、更集中的单位。蒂利就把它们视为国家的早期类型：“它使一种强制性组织，它与家族和血族集团截然不同，并且在某些方面，它在确定地版图内享有优先于所有其他组织的绝对权力。”[18]因此，国际关系学界则主张国家一般是寻求政治自治的，它们通常有能力，且乐于为了攻击或防御的目的而诉诸战争。

提及城邦则不得不说苏美尔城邦。按照历史学家所提供的材料，到公元前 3000 年时，苏美尔地区已出现 12 个独立的城邦。各城邦相互征战不休，[19]所以，如同苏美尔人的历史所揭示的，频繁爆发战争史城邦体系所共有的特征。这种习俗磨砺了人们的战争技巧，城邦体系有时候能够成功地抗击帝国的入侵，就像发生在公元前 490 年希腊抗击波斯侵略的防御战所显示的那样。[20]但经常性的内部残杀却使城邦疲惫不堪，要么如同玛雅文明崩溃消失，要么像希腊和意大利最后还是被征服。而苏美尔人的相互征战，结果轻易地就被来自北方的印欧入侵者和来自南方的闪米特入侵者所征服。这种连续入侵的模式一直持续到近代，继阿莫里特人之后的入侵者还有赫梯人、亚述人、波斯人、马其顿人、罗马人、阿拉伯人和突厥人。

由于城邦体系中环境动荡不安，进而导致了一个具有强硬军事力量、高超统治技巧旺盛精力和残酷无情的领导阶层的新型单位帝国的产生。建立帝国的一个主要动机是控制贸易路线和课税的愿望。反过来，来自贸易的税收和征服的战利品，支撑了帝国的宏大气象和帝国的军事力量。迦太基对地中海地区施加的霸权就是帝国区别于城邦的重要特征。国际关系学界认为，但无论是凌驾于城邦之上的埃及，或是帝国更替的中国，还是其他地区，所以的帝国经历都证明了它们易于受到内部混乱和远在它们边界之外的其他行

---

[13] 参见［英］巴里·布赞：《世界历史中的国际体系》，刘德斌等译，高等教育出版社 2004 年版第 120 页。

[14] See Mallory, In Search of the Indo-Europeans: Language, Archaeology and Myth, London: Thames & Hudson, 1989, pp. 196-242.

[15] See Tilly, Coercion, Capital and European States AD 990-1990, Oxford: Basil Blackwell, 1990, p. 28.

[16] 参见［英］巴里·布赞：《世界历史中的国际体系》，刘德斌等译，高等教育出版社 2004 年版第 134 页。

[17] See McNeill, ‘The Rise of the West after Twenty-five Years’, in The Rise of the West: A History of the Human Community, 2nd edn. , Chicago: University of Chicago Press., 1990, p. 30.

[18] See Tilly, Coercion, Capital and European States AD 990-1990, Oxford: Basil Blackwell, 1990, p. 1.

[19] 参见［美］斯塔夫里阿诺斯：《全球通史：从史前到 21 世纪》，吴象婴等译，北京大学出版社 2006 年第 2 版，第 59 页。

[20] See Trigger, Bruce, Early Civilization: Ancient Egypt in Context, Cairo: American University in Cairo Press, 1993, p. 11.

为体的侵蚀性行为的冲击。

相较于定居形式发展起来的城邦和帝国，那些已经放弃所有定居生活的外在表现形式的游牧部落虽不是主要的单位类别，但在人类发展过程中是重要的角色，并且也是影响安全状态的重要因素。在城邦和帝国产生 2000 年后，游牧部落出现了。他们对农业文明展示了一种新型的威胁，当部落联合起来并形成一个帝国的时候，这种威胁大大增强。随着技术上的发展，马和铁制武器进行了结合，促使游牧民发起两次席卷诸文明中心的大规模的入侵浪潮。第一次约在公元前 1700 至 1500 年之间，入侵者通常是手执青铜武器，驾着马拉的战车侵入文明中心；第二次约在公元前 1200 至 1100 年之间，入侵者通常是骑在马上，用铁制武器作战。[21]现在广泛公认的是，当游牧民族与城邦的经济联系中断时，他们就会发起突如其来的军事袭击。[22]

同定居部落一样，游牧部落随着规模的扩大也发展到成为游牧帝国。同样，游牧帝国也和定居帝国一样具有可预示的规律性，即最初进行扩张和最后走向崩溃，已成为学界公认。但是，游牧部落不能被迫成为一个部落联盟，因为他们的游动性总是给他们一条逃脱帝国控制的途径。在这样的游动性之下，部落的碰撞也在不断发生。公元前 2 世纪，匈奴人开始实施扩张政策，他们再次占据了欧亚大草原并产生重要影响。因而，大月氏被迫迁移，但往西行进中又被乌孙击退，最终到了大夏。而在迁移中，大月氏也摧毁了大夏地区由希腊殖民者所修建的城市。公元 6 世纪初和 7 世纪末，突厥两次统一草原。公元 11 世纪初期，建立农业帝国的斯泰基人就因其他部落的压力而向西迁徙。[23]公元 13 世纪，蒙古帝国建立了迄今为止世界上最庞大的陆地帝国。草原上的周期性在不断重复。

（三）小结

在国际关系学界所描述的国际体系中，军事互动是一个频繁而必要的主题。从人类群聚组成单位开始，到古代社会的结束，战争是无时无刻不存在着。所以，和平被公认为不是人们在任何时候都追求的目的，也不是人类所追求的最高目的。摩根索认为，和平的道德根源存在于过去几百年欧洲的人道化和人际关系文明程度的提高，启蒙时代的哲学与自由主义的政治理论所主张的对生命的尊重，由此发展为将和平作为人道主义的任务。[24]而有学者更是主张，在传统社会中，以进行战争为职业的人拥有较高的社会地位，如东亚国家的将军与武士、欧洲的贵族与骑士、南亚国家的刹帝利。[25]甚至还有人认为以和平作为政治追求的目的是 19 世纪才出现的现象[26]，有的学者认为世界上最早的有组织的和平运动发生于 1815 年，即道奇和伍斯特在纽约和马萨诸塞发起成立的和平协会。因而，人们追求和平的观念更多地来源于其后天的社会性而不是先天的动物性成了公认的主张。在国际法出现以前的历史里，战争是一个正常而必要的存在。

三、从国际法学界看古代社会的和平与安全

通常认为国际法是现代国际社会的产物，但一些已经着手研究国际法史的学者们已经感受到忽视国际法历史的研究者无法在当前的时代感受到国际法的实质精髓。也有很多学者反对用现代意义上的国家去界定历史上存在过的单位及调整单位之间关系的规则。若对古代的“国际法”进行整理，很容易就能发现现代国际人道法的影子。倘若古代“国际法”就已经对于战争手段和方式做出限制，哪又如何去理解当时对

[21] 参见［美］斯塔夫里阿诺斯：《全球通史：从史前到 21 世纪》，吴象婴等译，北京大学出版社 2006 年第 2 版，第 76 页。

[22] See Schwaetz, ‘Pastoral Nomadism in Ancient Western Asia’, Civilization of the Ancient Near East, New York: Scribner, Vol. 4, 1995, p. 251.

[23] See Phillips, The Royal Horders: Nomad Peoples of the Steppes, London: Thames & Hudons, 1965, p. 110.

[24] 参见［美］摩根索：《国家间政治——寻求权力与和平的斗争》，徐昕等译，中国人民公安大学出版社，1990 年版，第 489 页。

[25] 参见阎学通：《和平的性质——和平≠安全》，载《世界经济与政治》2002 年第 8 期，第 4-9 页。

[26] 参见李巨廉：《战争与和平——时代主旋律的变动》，学林出版社 1999 年版，第 330 页。

于战争的态度，以及对于安全状态的认识？

（一）古代国际法的遗迹

孟德斯鸠曾经指出：“一切国家都有它们的国际法。甚至那些吃战争俘虏的易洛魁人也有他们的国际法。”[27]摩尔根在《古代社会》中就介绍了易洛魁人和邻族的交往：他们互派携带“白色的雪松枝”的使节，共抽一袋“和平烟管的烟”，甚至互赠一条贝珠带作为“信物”。[28]当然，若把二者之间的规则视为国际法，难免有过头之嫌。但就互派使节和维护和平来看，确实存在可以遵循的规律。在国际法学者看来，这一事实就是原始人类一方面从事战争，另一方面也追求和平的历史的缩影。

两河流域和埃及产生了最早一批的奴隶制国家，美索不达米亚平原上拉伽什和乌玛城邦签订的条约是目前所知最古老的国际法律文件。从公元前两千世纪中期保存到今天的条约就已经相当多了。最典型的条约当属约在公元前1300年赫梯皇帝哈图希尔三世与埃及法老拉姆婕斯二世签订的合约。条约的名称为:“赫梯王国哈图希尔大公，为恳请各国统治者的金牛神星、拉姆婕斯二世陛下按其意愿划定各国之疆界、赐予和平，而通过自己的使者塔拉切希甫及其使者拉莫斯向法老……送交此银版复制品。”条约的宗旨中，提出：“依照埃及伟大统治者以及赫梯王国大公之意图，在本合约之约束下，从此直到永远，他们之间不再发生敌对……”在合约中还约定了不再战的共同义务、履行从前条约的义务、相互帮助的共同义务。合约中甚至还包括对难民和引渡的约定。虽然在当时，战争的目的是为了掠夺奴隶、控制水源和灌溉设施，甚至可以看做是强者不熟限制的恣意妄为，但当时的战争法规则常被作为法律和人道的惯例得到遵守。[29]

希腊奴隶制关系的发展与古代东方各国的形成情况较为不同。在国际法的发展上也较为不同。或许希腊城邦国家间条约的数量与种类之多，是希腊世界中政治联结的最突出表现。精细程度相近的条约体系在国际范围内是到19世纪才出现的。无论条约的主题是什么，相似之处在于，它们都建立在宗教基础之上。通常，缔约方代表都要彼此宣誓。所以，尽管国家间彼此独立，但这些规则在性质上显然是宗教的城际间规则。例如，战争被认为是一个城邦的全体公民与另一个城邦公民间的争斗。甚至苏格拉底建议把战争的概念限定于与野蛮人的战斗，希腊人之间的战斗不是战争。[30]战争的结局可能是彻底征服敌人和兼并战败国，这时战败国连那一点名义上的虚幻独立性也丧失了。但如果是希腊人同室操戈，便往往不会发展到这种地步，军事行动以订立和平条约而告结束。

在古罗马的文化成就中，法律居于至高的地位。罗马的所有条约分为平等条约和不平的条约，在罗马国家存在的最初几个世纪里，签订的主要是和平条约和同盟条约。当时他们还没有就通商和外国人地位问题专门订立协定。所以，在公元前501年罗马同迦太基订立的第一个条约中就“公私兼具”。条约中规定罗马人和罗马人的盟友之间的友好关系必须以下列各项为条件：罗马人和罗马人的盟友除非因风暴或敌人所迫，航行不得超过阿比亚德海角。如果有人并非出于本意而来到这个区域，他不得……如果罗马热来到迦太基属下的西西里岛，则罗马人在各个方面享有和迦太基人同等的权利。另一方面，迦太基人不得欺侮罗马人和任何其他从属于罗马人的拉丁人。”[31]该条约虽以一定条件作为保证友好关系的前提，但人不妨罗马对于和平状态的需求。

至于南亚文明，在公元前一千纪后半叶和公元最初几个世纪，战争规范在印度是非常发达的。《摩奴法典》就主张战争是一切和平办法不能奏效之后而采取的解决争端的极端手段。[32]法典中就规定战争开始前应提出最后通牒。在进行军事行动和使用武器方面做了大量限制性规定，例如，杀死老人、儿童和妇女、军使和已投降的人是不能容许的。[33]对武器的种类和使用方法也做了限制：在对敌作战中，不要使用奸诈

[27] 参见［法］孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1997年版，第6页。
[28] 参见［美］摩尔根：《古代社会》，杨东莼等译，商务印书馆2009年版，第153-169页。
[29] 参见［苏］费尔德曼、巴斯金：《国际法史》，黄道秀等译，法律出版社1992年版，第2页。
[30] 参见［美］阿瑟·努斯鲍姆：《简明国际法史》，张小平译，法律出版社2011年版，第12页。
[31] 参见［苏］费尔德曼、巴斯金：《国际法史》，黄道秀等译，法律出版社1992年版，第23页。
[32] 参见［苏］费尔德曼、巴斯金：《国际法史》，黄道秀等译，法律出版社1992年版，第35页。
[33] See Nagendra Singh, History of the Law of Nations Regional Developments: South and South-Aisa, EPIL, Vol. 2, 1995, p. 829.

的武器、带齿的剑、毒箭和烧红了头的箭去杀死敌人。[34]在《摩诃婆罗多》史诗中，就规定对俘虏不得杀害，对其中受伤的，甚至应予释放。[35]另外，在古印度的战争法中，还规定了禁止对农民的侵犯和影响，对进行海战也制定了较为详细的规范。[36]从现代战争法中，能够看出古印度战争规范的影子。一个对于战争做了详尽规定的国家，势必对于战争这一解决问题的极端手段有较为深刻的认识。

在古代中国，签订条约的实践也非常丰富，主要涉及和平条约和同盟条约。以战国时期楚国和晋国签订的条约为例："楚国和晋国相互不再交战，他们将有共同的朋友和敌人，他们要共同怜恤出于不幸和危险境地的君主并准备帮助陷入不幸的人们。晋国必定进攻任何损害楚国的人，而楚国必定进攻热河损害晋国的人……两国将采取措施对付一切怀有敌对思想的人。"[37]相较于风险较大、成本较高的战争，中国地帝王们通常更倾向于采取纳贡的制度，通过馈赠去遏制战争。除纳贡制度外，还有联姻的做法。

（二）中世纪国际法的发展

中世纪的世界，各个国家都处于封建割据状态。欧洲学者把中世纪称为欧洲的黑暗时期，"中世纪的欧洲是不利于国际法的发展的"。[38]相较于现代国际法发源地在国际法发展的迟钝，世界各地也毫无疑问地处于类似境地。

谈论中世纪的西欧，似乎避免不了世俗权力和神权的背景。虽然战争在当时被认为是国际关系极为重要的部分，但常常可以看到避免战争的尝试。基督教就曾试图对把战争视为自然状态的看法加以限制。在发展起来的和平手段中，最重要的当属公断法庭和仲裁。公断的特点往往是公私混合，同时兼具国内和国际性质。而中世纪的西欧已经尝试建设常设仲裁机构。除了公断和仲裁，中世纪还运用其他国际法手段和屏解决争端：调解、斡旋、外交谈判、诉诸舆论、投阄等。所以，若说古代考虑的时战争的合法性问题，那么到了中世纪则越来越经常提出战争的正义性问题。进而，逐渐形成诸如宣战是公认和必要的做法、神职人员不应当参与军事行动、作战时间加以限制、俘虏待遇问题、伤员问题、中立和非军事化问题、海上战争问题等规则。[39]

伊斯兰教是典型的"政教合一"的"神权政治"宗教。伊斯兰教的宗旨是，建立一个以统一的宗教为基础的世界帝国。所以，所有伊斯兰教徒同时也是伊斯兰教的战士。"战争史伊斯兰教国际关系学说的中心问题。"[40]伊斯兰法理把正义战争分为五种：反对异教徒的战争，反对伊斯兰教背弃者的战争，反对不同意《古兰经》解释者的战争，反对强盗的战争和烦恼对基督教的战争等。所以，有学者认为，穆斯林和异教徒之间不可能有持久的和平。就如穆罕默德本人签订的第一个合约期限为十年，此后的停战持续的时间就被认为不应超过十年。但实际上，穆斯林国际法仍有对战争权的限制：妇女、儿童、精神错乱者和奴隶是不得加以杀害的，不过可以当做战利品；战争不得不必要地予以延长，调停者和认知不得加以杀害。虽说伊斯兰教统治了教徒的精神世界，但却并没有妨碍人道规则的发展。显然，战争成本和带来的损害也为其所认识。[41]

古代的非洲是一个发展极为不平均的地区。在古代，非洲的地区间和部落间的敌对状态也是常态，战士和部落成员之间也没有区别。俘虏也沦为奴隶。随着国家制度的发展，合法战争的概念逐渐产生，也出现了一些调整边界制度的规范。当时的非洲就已经有为和平目的自由通过其领土的原则。而同样地正义战争也出现在南美的印加帝国。

（三）小结

从上述的历史来看，似乎古代国际法的发展还有非常多可以挖掘的素材和可以研究的对象。但就战争

[34] 参见［苏］费尔德曼、巴斯金：《国际法史》，黄道秀等译，法律出版社 1992 年版，第 35 页。
[35] 参见杨泽伟：《国际法史论》，高等教育出版社 2011 年版，第 23 页。
[36] 参见刘达人、袁国钦：《国际法发达史》，商务印书馆 1936 年版，第 32 页。
[37] 参见［苏］费尔德曼、巴斯金：《国际法史》，黄道秀等译，法律出版社 1992 年版，第 40 页。
[38] 参见刘达人、袁国钦：《国际法发达史》，商务印书馆 1936 年版，第 18 页。
[39] 参见［苏］费尔德曼、巴斯金：《国际法史》，黄道秀等译，法律出版社 1992 年版，第 56-57 页。
[40] See Majis Khadduri, Islam and the Modern Law of Nations, AJIL, Vol. 50, 1956, p. 358.
[41] 参见杨泽伟：《国际法史论》，高等教育出版社 2011 年版，第 37 页。

法来看，古代的一些战争规则已经初具规模。因此，从人道原则来看也非常明显，古代的社会已经清晰地分辨出战争的利弊。特别是战争会给平民带来巨大痛苦，即便在人人不平等的等级制社会，统治阶级也考虑到平民的状况，故而在作战规则和作战方式上做出了限制。而诸如和平条约和同盟条约的签订也表明了统治者对和平的需求。即便古代社会较之现代社会更动荡不安，但战争只是作为解决争端的一种极端方式，人们也不断尝试用更为温和的方式解决问题，并发展出了诸多规则和制度。

四、结论

国际关系学界的学者们借助历史的、考古的等其他视角对人类的古代社会进行了系统的阐释，并得出了战争是古代社会之常态这一结论。他们认为战争是一种在用和平方法不能有效解决问题时会寻求的办法。并且将这一种现象归结为是一种自然状态，即和平和战争是人类社会的自然现象，具有自然特征，这种自然特征不是人类认识所赋予的，而是天然的。而从近年兴起的对国际法史的研究中，可以一窥古代国际法的发展状况。将战争视为解决问题的极端手段这一看法势必为普遍观点，但古代国际法中却早已有和平条约和同盟条约，并且发展出了一些较为完备的国际法规则和战争法规则。以当前的视角来看，这已算是较为超前的人道法思想。古代社会对战争的认识程度或许超乎我们当下的认识。

进而，古代社会较为动荡是一个广为认可的事实，从安全状态上来说，和平、战争、非战非和都是极为正常的状态。但是，即便以三种状态的普遍存在的事实认定古代社会中和平与战争就是一种自然现象，也不能忽视人们对战争行为的反思和尽可能的人道化。较之史前社会，人类已经开始发展出一些包括战争法、人道法的国际法规则。而在统治者的决策中也似乎将战争视为解决问题的最后选择，和平条约和同盟条约也广泛存在。虽然古代的“国际法规则”约束力较为薄弱，常为违背，战争状态仍广泛存在，但不能因此而否认相关规则的发展以及更为温和的解决办法的出现。因此，这并不是一个自然选择的结果，而是人类自身发展后而对和平与战争意识的觉醒，并且自主倾向选择和平的结果。所以，笔者得出：在古代社会，人类并非将战争视为神圣的活动，恰恰相反，战争往往是作为最后的选择。人类在古代就已经开始厌弃战争而企图摆脱战争，寻求其他和平的解决办法。

How to Look Upon the Peace and Security of the Age before 1648

Abstract: The relationship between Peace and Security is not a same concept. Recently, the research of the international relations and international law in ancient society has been gradually arising. The popular knowledge

about the security state of ancient society, however, remains old. Writer combed the development of ancient international relations and ancient international law separately, concluded that the scholars of international relations view war as a natural state, but ignore the development of rules of international law in ancient society. Writer made the final conclusion that even though the war appeared frequently in ancient society, it cannot cover up the development of the rules of war and humanitarian law. Furthermore, we can also realize that ancient people already had the consciousness to abandon war.

Key words: Peace; War; Security State; International Law; International Relations

商船无害通过权的新挑战

——以船上载私营武装保安和武器通过领海为切入点

任宪龙

（大连海事大学法学院，博士研究生，辽宁 大连， 116026）

摘要：商船使用私营海上武装保安成为航运业在反海盗行为中有效的防御措施。载有武装保安和武器的商船会途径易发海盗行为的高危水域的多个沿岸国的领海。航行自由与商船享有无害通过领海的权利属久已承认的国际习惯法规则，也已在《联合国海洋法公约》中成文化，但公约中无害通过的规定却是不完全清晰的，留待缔约国自由裁量解释的过多，破坏了公约的稳定性和可预见性。实践中，各沿岸国为保障自己的领海主权，对待船上使用武装保安和运输武器看法不一，也各自通过了法规和政策对通过其领海的这样的商船进行调整。故而，在载有武装保安和运输武器的商船的无害通过问题上，由于公约未明确提及和自身规定的模糊性，加之各国实践做法的不一致，所以有极强的统一和协调的意愿，进而才能保障商船使用私营海上武装保安这种反海盗行为的有效措施高效和顺畅的发挥作用。

关键词：沿海国；领海；无害通过权；私营海上武装保安；武器

现今，在航运公司使用私营海上武装保安已经成为最佳管理实践的一部分。[212]“使用私营海上武装保安的船舶从未被劫持成功过”的说法，[213]在航运业和海上保安业界广为传颂。国际海事局在海盗行为年报中对私营海上武装保安在反海盗行为中发挥的作用也给予了肯定。[214]实践中，2009 年悬挂美国旗的船舶马士基阿拉巴马号在该年内两次遭遇索马里海盗袭击，第一次因船上没有武装保安而遭劫持，第二次船上使用武装保安而成功脱险的截然不同境遇，以亲身经历验证了私营海上武装保安在防御海盗袭击保护船舶和船员免于伤害和劫持上重要作用。但事物往往利弊相交，武器和保安设备作为私营海上保安反海盗行为的重要工具，需要随船同行，实践中往往是在海盗行为易发的高危水域（HRA）的一端装上船，而在 HRA 的另一端卸离船舶，船舶载运武器和武装保安会途径多个沿岸国的领海，照理《联合国海洋法公约》（以下简称为“UNCLOS”）规定了“所有国家的船舶都享有无害通过领海的权利”，可 UNCLOS 中没有也不可能规定这种新生事物，沿岸国对待船上使用私营海上武装保安人员和载有武器（以下简称这种情况为“PCASP

---

212 Paul R. Williams, Lowry Pressly. Maritime Piracy: A Sustainable Global Solution. Case W. Res. J. Int'l L..2013(46):191.

213 Nicolas Florquin. Escalation at Sea: Somali Privacy and Private Security Companies. Small Arms Survey 2012: Moving Targets. 2012:191. http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2012/eng/Small-Arms-Survey-2012-Chapter-06-EN.pdf. 2015-4-30. Yvonne M. Dutton. Gunslingers on the High Seas: A Call for Regulation. Duke J. Comp. & Int'l L. 2013(24):109. Barry Hart Dubner, Claudia Pastorius. On the Effectiveness of Private Security Guards on Board Merchant Ships off the Coast of Somalia--Where Is the Piracy? What Are the Legal Ramifications?, N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.. 2014(39):1039.

214 国际海事局（IMB）2014 年的海盗行为统计年报分析认为：“该地区（指索马里，笔者注）联合海军打击海盗行动、加上航运业界加固船舶和遵守《反海盗最佳管理实践（第四版）》（BMP4）、**船上使用私营武装保安人员**，再加上索马里国内中央政府的日趋稳定共同努力导致该地区的海盗行为大幅下降”。ICC IMB. Piracy and Armed Robbery Against Ships – 2014 Annual Report. January 2015. P.19.
http://www.hellenicshippingnews.com/wp-content/uploads/2015/01/2014-Annual-IMB-Piracy-Report-ABRIDGED.pdf. 2015-4-30.

商船”）的态度又不一致，船上使用 PCASP 的商船是否还享有无害通过权，成为争论比较激烈的问题。另外，实践中，沿岸国对通过其领海的 PCASP 商船提出彼此差异的不同要求，使得利用这种反海盗行为的措施的效率大大降低，为此，本文拟就 PCASP 商船的无害通过问题进行解析，首先简单介绍航行自由原则和 UNCLOS 中无害通过权的定义；接着将 PCASP 商船与 UNCLOS 规定的有害通过行为对应分析是否违反无害通过；再次分析沿岸国针对 PCASP 商船实践做法和 IMO 制定的关于 PCASP 商船的沿岸国指南，发现各沿岸国的实践偏离 IMO 的指南要求;最后得出结论认为沿岸国的实践需要统一才能有效利用这种反海盗行为措施。

一、UNCLOS 中规定的无害通过权与航行自由

航行自由是管理海洋空间的法律领域内最古老也是最为广泛承认的原则之一。格劳修斯认为海洋是各国联系和合作的基本通道，因此，该通道应当是自由的和不受任何一国所控制的。[215]随着各国对海洋的主权要求，出现领海和公海的划分，国家可在其领海内行使如同其领土一样的属地管辖，航行自由在领海内受到阻碍。为避免领海国因在领海内主权的主张损害航行自由，外国船舶享有在领海内的无害通过权规则经长期的历史演变，形成了了传统国际法公认的规则，并得到理论和实践的一致支持。像 18 世纪瑞士学者瓦特尔、英国学者霍尔、法国学者里维尔和德国学者李斯特都曾评论并支持无害通过权。[216]无害通过权的存在，既是为保障海洋航行自由的利益，同时也要照顾到沿岸国的主权和安全利益，[217]正如美国学者杰塞普所形容的“无害通过权作为一项公认的原则，即使没有权威论据支持，其也已在国际法上牢固地确立下来。无害通过似是在海洋自由与领海理论两者之间取得协调的结果。国际社会既承认沿海国对其沿海水域享有权利，又不欲损害所取得的海洋自由”。[218]

UNCLOS 第 17-32 条对无害通过权做了规定，无害通过权是指“在 UNCLOS 的限制下，所有国家，不论为沿海国或内陆国，其船舶均享有无害通过领海的权利。”[219]此处的“通过”是指穿过领海但不进入内水或停靠内水以外的泊船处或港口设施；或驶往或驶出内水或停靠这种泊船处或港口设施。通过应继续不停和迅速进行。[220]

二、UNCLOS 无害通过的规定对 PCASP 商船的解释适用

判断 PCASP 商船是否会违反 UNCLOS 的无害通过的规定，需要从两个方面来分析，即 PCASP 商船是否落入到 UNCLOS 第 19 条所规定的情形，[221]这其中与 PCASP 商船相关是第 19 条第 1 款和第 2 款中（a）（b）

---

[215] Rüdiger Wolfrum. Freedom of Navigation: New Challenges. P.2. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/freedom_navigation_080108_eng.pdf. 2015-4-30.

[216] 周鲠生. 国际法（上册）. 武汉大学出版社. 2007: 320.

[217] 同上。

[218] Philip C. Jessup. The Law of Territorial Water and Maritime Jurisdiction. Henkin International Law. Case and Materials. 1980: 328. 转引自屈广清，曲波. 海洋法（第二版）.中国人民大学出版社. 2011: 76.

[219] UNCLOS 第 17 条. http://www.un.org/zh/law/sea/los/article2.shtml.2015-4-29.

[220] UNCLOS 第 18 条. http://www.un.org/zh/law/sea/los/article2.shtml.2015-4-29.

[221] UNCLOS 第 19 条“1. 通过只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全,就是无害的。这种通过的进行应符合本公约和其他国际法规则。2. 如果外国船舶在领海内进行下列任何一种活动,其通过即应视为损害沿海国的和平、良好秩序或安全:(a) 对沿海国的主权、领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力,或以任何其他违反《联合国宪章》所体现的国际法原则的方式进行武力威胁或使用武力;(b) 以任何种类的武器进行任何操练或演习;(e) 在船上起落或接载任何飞机; (g) 违反沿海国海关、财政、移民或卫生的法律和规章,上下任何商品、货币或人员;(1) 与通过没有直接关系的任何其他活动。”

（e）（g）（l）项；和落入 UNCLOS 第 21 条沿岸国可制定法律规章阻止 PCASP 商船无害通过的情形，[222]与此相关主要是第 21 条第 1 款（b）（h）项和第 2 款。

（一）PCASP 商船通过领海是否构成有害行为

1. UNCLOS 第 19 条第 2 款（a）项“针对沿岸国的主权、领土完整或政治独立的任何威胁或使用武力，或以任何其他方式违反联合国宪章中体现的国际法基本原则的行为”。该项仿效了《联合国宪章》第 2 条第 4 款，而《联合国宪章》第 2 条第 4 款只适用于国家之间，禁止一国针对另一国使用武力。因此，UNCLOS 该项是对《联合国宪章》禁止使用武力规定的重述，主要是用来解决军舰和政府船舶的。因此，商船不在该项的调整的范围之内。即使商船涵盖在本项规定之中，那商船上仅存在私营武装保安事实，也不代表着威力威胁，这就如该项下，仅仅是出现一艘军舰不等于威胁或使用武力的情形是一样的。另外，禁止使用武力的最重要例外是个人或集体的自卫。因而，PCASP 使用武力自卫也不属于该项范围内的使用武力的禁止形式。[223]

2. UNCLOS 第 19 条第 2 款（b）项“以任何种类的武器实施的任何操练和演习”该项如（a）项一样，总体来说也与商船不相关。操练和演习是针对某类行为的要求，与 UNCLOS 第 25 条第 3 款[224]的比较分析得出，很明显是指与使用武力行为有关，一般来说，同一术语不能在同一个法律文件中以不同的方式使用，因此，该项下的“以武器操练和演习”不能解读为包括自卫措施。该项也是仿效（a）项中禁止“任何威胁或使用武力“的一般条款。因此，PCASP 自卫或为他人防卫使用武力，不属于“任何种类的武器操练和演习”的措辞，所要求的使用武力的行为。[225]

3. UNCLOS 第 19 条第 2 款（e）项“在船上起、落或接收任何飞行器”也被认为会损害沿岸国的和平、安全和良好秩序。“任何飞行器”一词须作广义理解，包括国家和民用的飞行器。实践中，有些私营海上保安公司（PMSCs）在提供护航船为商船护航的服务时，配备有直升机或小型飞行器，如 ACADEMI 公司，其护卫船麦克阿瑟号，就在甲板上停放了一架直升机。如在第三国领海内，船上起、落或接收此类飞行器就会违反（e）项规定。当然，自卫的目的实施的此类行为，不构成对（e）项的违反。UNCLOS 第 19 条第 2 款（g）项，也可能与 PCASP 商船有关，其为“违反沿岸国的关税、财政、移民或卫生法律法规，装载或卸下任何商品、货币或上下人员”。如在第三国领海内，武器的装船或卸船和上下 PCASP 都必须依照沿岸国的法律来进行，否则会构成对（g）项的违反。[226]

4. UNCLOS 第 19 条第 2 款（l）项“与通过没有直接关系的其他任何行为”。该项在 UNCLOS 起草过程中国际航运公会曾提议试图以“同类解释规则”的方式来解释该项中“其他任何行为”，却未能成功，最终通过的该项内容实际上处在模糊的状态下，这就为沿岸国提供了大量自由裁量权，以决定哪一项通过行

---

[222] UNCLOS 第 21 条“1. 沿海国可依本公约规定和其他国际法规则,对下列各项或任何一项制定关于无害通过领海的法律和规章:(a) 航行安全及海上交通管理;(h) 防止违犯沿海国的海关、财政、移民或卫生的法律和规章。 2. 这种法律和规章除使一般接受的国际规则或标准有效外，不应适用于外国船舶的设计、构造、人员配备或装备。”

[223] Anna Petrig. The use of force and firearms by private maritime security companies against suspected pirates. I.C.L.Q.. 2013(62): 679-681.

[224] UNCLOS 第 25 条第 3 款 “3. 如为保护国家安全包括武器演习在内而有必要，沿海国可在对外国船舶之间在形式上或事实上不加歧视的条件，在其领海的特写区域内暂时停止外国船舶的无害通过。这种停止仅应在正式公布后发生效力。”

[225] *Supra*. Note 12. P.681.

[226] *Id*. PP.681-682.

为判定为有害行为。但从无害通过是意在沿岸国利益和航行自由利益之间达到平衡角度看，只要没有损害沿岸国的和平、安全和良好秩序，通过就是无害的。因此，即使一项行为不直接与通过相关，而若是违反了 UNCLOS 第 19 条第 1 款中提到的三种利益之一，就应当被认定为有害行为。[227]

（二）PCASP 商船是否属 UNCLOS 下允许沿岸国制定法律规章的情形

1. UNCLOS 第 21 条允许沿岸国在受限制的情形下，于特定事项上制定无害通过的法律法规（当然，要求制定的规则应与 UNCLOS 的规定和其他国际法规则保持一致），其特定事项中“航行安全与海上交通法规”与“防止违反沿岸国的海关法律法规”。按理说，PCASP 商船没有落入到“航行安全与海上交通法规”的范围内。因为，“航行安全”一词（该词也在 UNCLOS 的其他条款中出现过）特别指向的是，船舶的建造、装备、劳动条件和适航方面，因此，与 PCASP 商船无关。另外，沿岸国可在防止违反沿岸国的海关法律法规上制定法律和规章，这似乎允许沿岸国采取措施，旨在确保通过领海的私营船舶上的武器与海关法律法规保持一致。[228]如果 PCASP 商船运载武器没有遵守领海国的海关法律，其无害通过就会被阻止。

2. UNCLOS 第 21 条第 2 款限制了沿岸国控制“外国船舶的设计、建造、人员配备或装备”的权力，除非这些生效的国内规定，被接受为一般国际规则或标准。就 PCASP 商船而言，其与船舶的人员配备最为相关。禁止沿岸国在船舶的人员配备上实施法规（除非这些生效法规被总体上接受为国际标准）的基本原理，在于维护海上航行自由，如果每一个沿岸国都不受限制的实施其自己的人员配备标准，那大量的且很有可能是相互冲突的沿岸国法律，将会妨碍航行自由。由此推断，禁止主要是与船舶在航程中，不能调整人员配备标准相关，因为这样实际上剥夺了船舶的无害通过权。但是，在穿过外国领海时，商船上的 PCASP 可以在通过之前离船，将武器封存在船上，或者转移到一艘在公海上用作浮动军火库的船上。藉此，商船上 PCASP 的使用属于可变的情形，故沿岸国在此方面制定的法规，本身不会被 UNCLOS 第 21 条第 2 款排除。[229]这表明沿岸国可以针对 PCASP 商船制定法规，只要这些法规被接受为国际标准即可。

照理 PCASP 商船只要不属于 UNCLOS 第 19 条第 2 款规定的情形就可判断为无害行为，可通过上述分析我们实难给出一个明确的答案，第 19 条第 2 款（1）项留给沿岸国太多的自由裁量权，导致沿岸国可以不受约束的解释该项以达到其目的，致使无害通过的判断上失去确定性和可预见性。沿岸国能否在 PCASP 商船问题上制定法规来调整无害通过，通过 UNCLOS 第 21 条第 1 款和第 2 款的分析，我们同样无法得出确定性的答案，所以需要进一步考察高危水域沿海国的实践。

三、沿海国对 PCASP 商船通过其领海的实践

事实上，沿海国都制定 PCASP 商船通过其领海时，对船上武器和 PCASP 控制的法规和政策，如苏丹阿拉伯宣称在其领海内的商船允许为自卫目的运载武器。苏丹阿拉伯没有限定允许自卫目的使用的武器的最大口径，而是要求船长，在船舶到达领海之前，提供一份携带的武器和弹药的详细清单。此外，武器必须有苏丹官员封存，俟船舶离开苏丹领海，封条才可打开。而也门是限制武器的类型，允许商船上使用半自

[227] *Id.* PP.682-683.
[228] *Id.* PP.684-685.
[229] *Id.* P.684.

动武器。也门最近出台了严格的限制，船舶仅可以拥有武器 96 小时。也门因施加了不现实的条件和其要求一直变更而倍受到批评。在东南亚地区，多个国家实施法规禁止 PCASP 商船通过其领海，除非缴纳一笔费用。如马来西亚的官方政策是，任何想要在其领海内运营的 PMSCs 都必须向国土安全部申请许可，且在马来西亚领海内发现未经许可的私营保安公司，船舶会被扣押，船员会被当成恐怖分子或雇佣兵而逮捕。[230]印度规定，PCASP 商船进入印度领海时（离岸 12 海里）武器和弹药必须确保安全的锁在武器箱中。PCASP 商船穿越印度专属经济区（离岸 200 海里）必须向印度海岸警卫队和海军报告。这两种情况下都必须要在进入印度专属经济区的 96 小时内申报全部保安人员和武器的信息。[231]

通过分析沿海国的要求我们发现沿海国对 PCASP 商船通过其领海的要求繁杂多样且非常的不友好，由于当前多种法规处理无害通过权和登船与离船问题，船舶必须一直更新适用哪一些法律和这些法律的限定是什么。例如，在某些司法管辖区域，运输武器被看做为走私，而在其他地方，在进港但不离船情况下允许持有武器。另外，有关武器的储存、报告和可持有的武器类型的要求方面，各国规定差异很大。这些都严重影响了商船使用 PCASP 这种有效的反海盗行为措施的效率，而且从船舶穿越前一个国家领海到下一个国家的领海，法规要求变化莫测，使得商船使用 PCASP 和船上运载武器的合法性不断受到质疑，守法的成本也大大增加。在这方面亟待需要统一和协调。

四、IMO 针对 PCASP 商船指导沿海国的软法机制

IMO 于 2011 年针对沿岸国和港口国制定关于高危水域船上使用 PCASP 的暂行指南，后于 2012 年 5 月 25 日进行修订更新，形成名为 MSC.1/Circ.1408/Rev.1 的沿海国和港口国暂行指南。[232]指南中指出，便利化 PCASP 和其武器及保安设备移动受到沿海国和港口国国内立法和政策的影响。在此方面上，需要解决沿岸国和港口国关于载有 PCASP 及其武器和保安设备的船舶，进入、穿越或离开他们领海的问题。鉴于此问题的重要性和迫切性，需要制定和发布详细的指南和建议，以给予沿岸国和港口国有效的指导。但由于指南不具备法律约束，且指南第 2 条明确提到，指南不打算以任何方式凌驾或干涉一国国内立法的实施与执行或干涉国家在国际法下所享有的权利，因而，使得指南本身不能成为统一和协调 PCASP 商船问题上的国内实践的有力工具，而且事实上，来自易发海盗行为水域的沿岸国的大多数法规也都没有遵从 IMO 的指南，而是确立了严重官僚化和不友好的法规。错失了一次在 IMO 范围达成一致的机会。

五、结论

在 PCASP 商船问题上，沿岸国为确保自己的主权不至于受损，已纷纷制定各自的法规和政策来应对该问题，这无论从便利化商船使用 PCASP 这种有效的反海盗行为措施角度，还是从保障航行自由和确保无害通过权的实现的角度，都是利益失衡之举，尤其相互冲突的繁杂的规定，相当程度上抵消了航运业使用 PCASP 自卫措施的效用。但沿海国的主权也不能置之于不顾，完全利益偏向与支持商船使用 PCASP 一面，

---

230 *Id.* PP.685-686.

231 Rich Madden. The Armed Security Response to Piracy, and Some of the Hassles. GCAPTAIN. Sept. 17, 2012. http://gcaptain.com/armed-security-response- piracy/. 2015-4-30.

232 IMO MSC. REVISED INTERIM RECOMMENDATIONS FOR PORT AND COASTAL STATES REGARDING THE USE OF PRIVATELY CONTRACTED ARMED SECURITY PERSONNEL ON BOARD SHIPS IN THE HIGH RISK AREA. 25 May 2012. http://www.imo.org/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Guidance/Documents/MSC.1-Circ.1408-Rev1.pdf. 2015-04-30.

因此，较为全面的可行解决方式是统一和协调沿岸国在 PCASP 商船问题上的实践做法，在统一和协调上，可通过易发海盗行为水域的沿岸国磋商达成一致协议来实现，也可通过充分利用 IMO 论坛，来不断就此问题上达成共识，从而修改各自的国内法和政策，进而趋向于一致。

参考文献：

[1] Paul R. Williams, Lowry Pressly. Maritime Piracy: A Sustainable Global Solution[J]. Case W. Res. J. Int'l L..2013.

[2] Nicolas Florquin, Graduate Inst. of Int'l & Dev. Studies, Escalation at Sea: Somali Privacy and Private Security Companies[EB/OL], in Small Arms Survey 2012: Moving Targets. 2012. http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2012/eng/Small-Arms-Survey-2012-Chapter-06-EN.pdf. 2015-4-30.

[3] Yvonne M. Dutton. Gunslingers on the High Seas: A Call for Regulation[J]. Duke J. Comp. & Int'l L. 2013.

[4] Barry Hart Dubner, Claudia Pastorius. On the Effectiveness of Private Security Guards on Board Merchant Ships off the Coast of Somalia--Where Is the Piracy? What Are the Legal Ramifications?[J], N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.. 2014.

[5] ICC IMB. Piracy and Armed Robbery Against Ships – 2014 Annual Report[EB/OL]. January 2015. http://www.hellenicshippingnews.com/wp-content/uploads/2015/01/2014-Annual-IMB-Piracy-Report-ABRIDGED.pdf. 2015-4-30.

[6] Rüdiger Wolfrum. Freedom of Navigation: New Challenges[EB/OL]. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/freedom_navigation_080108_eng.pdf. 2015-4-30.

[7] 周鲠生. 国际法（上册）[M]. 武汉大学出版社. 2007.

[8] Jessup. The Law of Territorial Water and Maritime Jurisdiction[M]. Henkin International Law. Case and Materials. 1980.

[9] 屈广清，曲波. 海洋法（第二版）[M].中国人民大学出版社. 2011.

[10] UNCLOS. http://www.un.org/zh/law/sea/los/. 2015-4-29.

[11] Anna Petrig. The use of force and firearms by private maritime security companies against suspected pirates[J]. I.C.L.Q.. 2013.

[12] Rich Madden. The Armed Security Response to Piracy, and Some of the Hassles[EB/OL]. GCAPTAIN. Sept. 17, 2012. http://gcaptain.com/armed-security-response- piracy/. 2015-4-30.

[13] IMO MSC. REVISED INTERIM RECOMMENDATIONS FOR PORT AND COASTAL STATES REGARDING THE USE OF PRIVATELY CONTRACTED ARMED SECURITY PERSONNEL ON BOARD SHIPS IN THE HIGH RISK AREA[EB/OL]. 25 May 2012. http://www.imo.org/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Guidance/Documents/MSC.1-Circ.1408-Rev1.pdf. 2015-04-30.

少数民族刑事服刑人员特殊权益保护的民众认知状况调查

于敏娜[233]

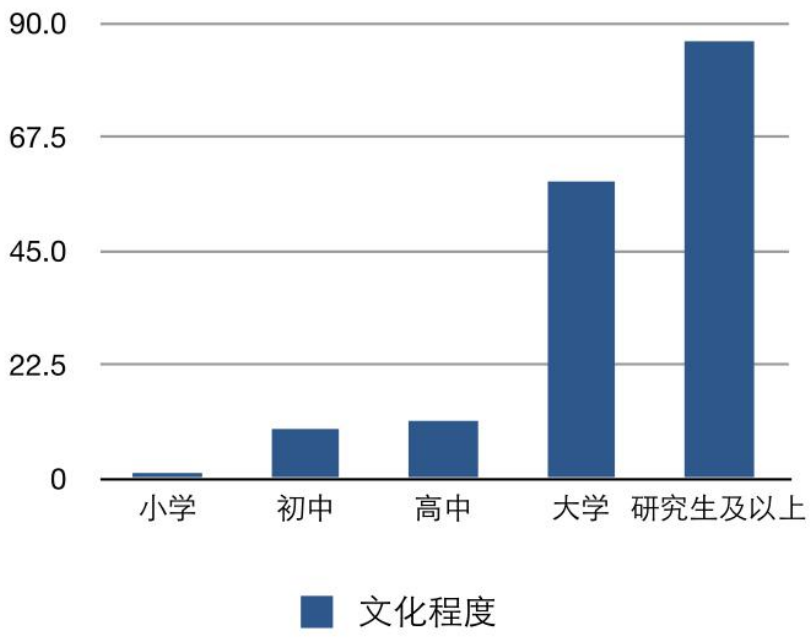
“五十六个民族，五十六枝花，五十六个兄弟姐妹是一家。”这首在上世纪 90 年代初响彻大江南北的歌曲正是我国民族众多的社会现实的生动写照。自新中国成立以来，党和国家始终坚持“各民族一律平等”的政策方针，尊重少数民族的风俗习惯和宗教信仰。考虑到少数民族在人数和经济发展水平上的不利地位，在许多方面给予其优惠，例如：对少数民族地区实行优惠的财政政策，对少数民族实行宽于汉族的计划生育政策等。然而，因犯罪而获刑的少数民族人员在监狱中是否还能继续享受这些基本权利，却鲜有人关注。本课题旨在通过发放调查问卷、进行数据分析的方式，了解民众对于少数民族刑事服刑人员在监狱中特殊权益保障的认知状况，为该方面的研究提供一些数据参考。

（一）概述

本次调查共发放问卷 1076 份，调查持续时间达三个月之久，除去无效问卷 56 份（占 5.6%），受访者中，男女比例 53.5%和 41.3%，分布在各行各业，遍布全国 6 个省。为以文化程度和被采访者亲朋好友中是否有刑事服刑人员作为参考变量，与第 13 和第 20 题进行交叉数据分析，从而了解这两个因素对于民众认知状况的影响；并通过对第 13 题和第 20 题这两个实质相同而情景不同的题目进行比较分析，看民众的选择是否有矛盾，以了解其真实想法，确保调查数据的真实科学。

影响因素一：文化程度。见表 4-0-1 除未作答或无效问卷 27 份，占问卷总量的 2.5%，其余 1049 份（97.5%）为有效问卷。其中，（1） 小学学历的占总量的 1.1%；（2） 初中学历占总量的 9.8%；（3） 高中（中专）学历的占总量的 11.4%；（4） 大学本科（大专）学历的占总量的 58.7%； （5）研究生以上学历的占总量的 86.4%。

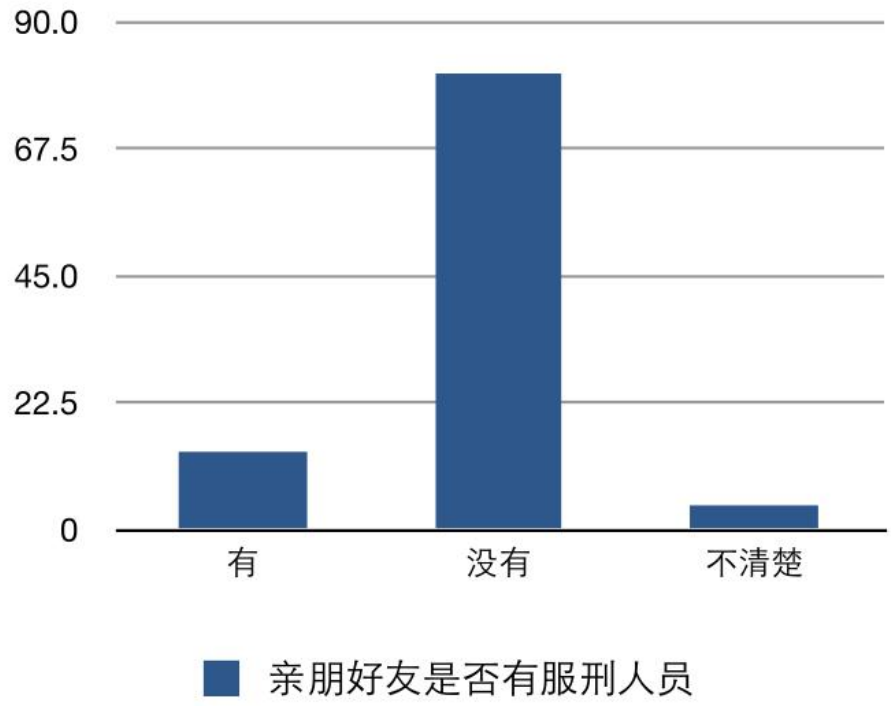
表 4-0-1



[233] 大连海事大学法学院研究生

影响因素二：亲朋好友中是否有服刑人员。除未作答或无效问卷 14 份，占问卷总量的 1.3%，其余 1062 份（98.7%）为有效问卷。其中，（1）选择“有”的占问卷总量的 13.8%；（2）选择“没有”的占问卷总量的 80.8%；（3）选择“不清楚”的占问卷总量的 4.3%。

见表 4-0-2



下面，我将以上述两个影响因素为视角，分析问卷结果，达到如下两个目的：第一，不同文化程度、与少数民族刑事服刑人员有不同关系的人在面对同一个少数民族罪犯的权益保护问题时所作的不同选择；第二，通过设计两个本质相似但情景不同的题目，对被调查者选择的真实性进行鉴别，了解其内心真实的想法，确保问卷结果的真实性和科学性。

（二）尊重少数民族风俗和宗教习惯的民众认知状况。

见表 4-1

Q13：某人，少数民族，入狱后要求依民族习惯或宗教习惯单独就餐，对于这种要求，您认为？			
		频率	百分比
有效问卷	合理，应当照顾	577	53.6
	不清楚	255	23.7
	不合理	230	21.4
总计		1076	100.0

调查结果显示，超过一半的群众（53.6%）认为少数民族罪犯的这一要求应得到满足，只有 21.4% 的人持这一要求不合理的态度。

如此看来，目前群众已经具有了普遍的权利意识，认为权利应当被尊重和保护。那么，具体细化到我们之前考虑的影响因素，结果是否会有不同呢？在进行调查之前，我们假设，大学本科以上学历的

人更认为少数民族罪犯的这一要求应得到保护。请看表 4-1-1

（一）不同文化程度受访者的认识状况：

Q13：某人，少数民族，入狱后要求依民族习惯或宗教习惯单独就餐，对于这种要求，您认为？					
Q3：文化程度		合理	不清楚	不合理	总计
	小学	5（41.7%）	4（33.3%）	3（25%）	12
	初中	40（38.1%）	35（33.3%）	30(28.6%)	105
	高中（中专）	87(42%)	66(31.9%)	54(26.1%)	207
	大学本科	372(58.9%)	130(20.6%)	130(20.6%)	632
	硕士及以上	71(76.3%)	16(17.2%)	6(6.5%)	93
无效问卷	27(2.5%)				
总计					1076

从这份交叉变量分析表中，我们不难得出如下结论：随着文化程度的升高，对于少数民族刑事服刑人员特殊权益的保障意识研究越强。不仅如此，“不清楚”本就是“对这方面不太了解、模棱两可”的一个选项，从上表中，我们可以看出，文化程度越高，对这一选项的选择比例就越低，这也能反映出，文化程度高的人对这一问题的了解更多。

（二）亲朋好友中是否有少数民族刑事服刑人员的认知状况：

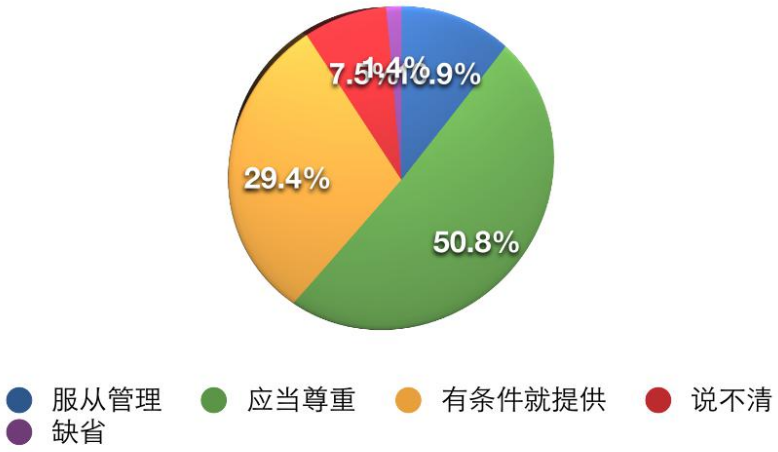
在设计这道题时，主要考虑的是：由于采样地实在汉族聚居的地方，能够直接代表少数民族和其特殊宗教信仰的利益的样本少之又少，而考虑到和刑事服刑人员具有利害关系的人可能更加关注其在监狱中的人权保障状况，对于我们研究这一问题能够有一些帮助，所以，为了能够更直接的了解这部分人的想法，我们设置了这一变量，作为衡量其他题目选项的标准。下面请看表 4-1-2

Q13：某人，少数民族，入狱后要求依民族习惯或宗教习惯单独就餐，对于这种要求，您认为？					
		合理，应尊重	不合理	说不清	总计
Q10：亲朋好友中是否有此类人？	有	53（55.8%）	19（20%）	23（24.2%）	95
	没有	500（54.5%）	222（24.2%）	196（21.4%）	918
	不清楚	23（46.9%）	13（26.5%）	13（26.5%）	49
无效问卷	14（1.3%）				
合计					1076

从上表中，亲朋好友中是否有刑事服刑人员和他们的认知状况关系并不是很大。但是，从表中，我们也能看出一些细微的差别，亲朋好友中有刑事服刑人员的人对于此要求持“合理，应支持”的观点的人数比亲朋好友中没有刑事服刑人员的比重稍高，这究竟只是一个正常的波动区间还是昭示着大部分人的想法呢？所以，我们决定再投入更多的问卷进行调查，对这组数据进行交叉变量分析，看看这一细微差别是否能有进一步的发展？

三、少数民族刑事服刑人员特殊权益保障民众认知状况验真题分析

见图 4-2



上图显示，除去无效问卷 1.4%；50.8%的受访者认为这一特殊要求应当被尊重；29.4%的受访者认为“有条件就提供，没有条件服刑人员也无权要求；”10.9%的受访者认为“入狱即应服从管理，放弃宗教信仰。”；仍有 7.5%的人“不清楚”。

由此可得，超过一半的受访者具有较强的人权意识。那么，不同文化程度、亲朋好友中是否有刑事服刑人员对他们的选择是否有影响呢？在进行数据分析之前，我们假设，文化程度越高的人权利保护意识越强，选择“尊重”的比重应当最大。

（一）不同文化程度受访者的认知状况　见表 4-2-1

	Q16：伊斯兰教教徒在斋月期间，只能在夜间饮食，白天不得进食，而监狱夜间不提供餐饮。对此，您认为：					
Q3：文化程度		服从管理，放弃宗教信仰	应当尊重，为其提供特殊安排	有条件就提供，没条件也不应要求	说不清	合计
	小学	1（8.3%）	2（16.7%）	4（33.3%）	5（41.7%）	12
	初中	21（20.8%）	44（43.6%）	22（21.8%）	14（13.9%）	101
	高中	43（20.8%）	85（41.1%）	55（26.6%）	24（11.6%）	207
	本科（大专）	45（7.1%）	352（55.7%）	201（31.8%）	34（5.4%）	632
	研究生及以上	4（4.3%）	56（60.2%）	29（31.2%）	4（4.3%）	93
无效	16（1.5%）					
合计					1076（100%）	

从上表中，我们不难发现：第一，随着学历的升高，选择“应当尊重，为其提供特殊安排”的比重也在升高，尤其是以大学本科（大专）作为分水岭，这一差距十分明显。究其原因，我们认为，主要是由于大学教育更加注重对人权的尊重，而大学以前的教育往往侧重于自然科学知识的学习，忽视人文情怀的修养。第二，与之相对应，选择“应当服从管理，放弃宗教信仰”也随学历升高而下降。第三，有趣的是，选择“有条件就提供，没条件服刑人员也不应要求”这一选项的被调查者在各个年龄段中都占了30%左右的比重。其实，仔细想想，也不难找到原因，大多数人都认为，其特殊权益应当是被尊重的，具体能否落到实处，也要考虑国家的人力物力财力，这是大多数人的想法。然而，真正的人权主义者很快就能发现这一选项的错误之处，宗教信仰自由和生活习惯受尊重都是人的基本权利，应当被无条件的尊重和保护。选择这一选项的受访者是务实者，却忽略了人权的本质。

总之，教育对于一个人关于人权的认识水平是有很大影响的。西方人之所以人权意识比我们强，很大一部分原因就是从小接受“权利神圣不可侵犯”的熏陶。我们不求一步到位，转型到高度保障人权的社会，只求从小加强学生的权利意识教育，使之在长大成人后能够制定更加人性化的政策，推动国家的民主化进程。

（二）亲朋好友中是否有刑事服刑人员对受访者认知状况的影响。 见表4-2-3

Q9：您的请朋好友中是否有刑事服刑人员	**Q16：伊斯兰教教徒在斋月期间，只能在夜间饮食，白天不得进食，而监狱夜间不提供餐饮。对此，您认为：**					
		服从管理，放弃宗教信仰	应当尊重，为其提供特殊安排	有条件就提供，没条件也不应要求	说不清	合计
	有	13（13.7%）	48（50.5%）	34（35.8%）	4（4.2%）	95
	没有	100（10.9%）	477（52.2%）	265（29%）	72（7.9%）	914
	不清楚	4（8.2%）	21（42.9%）	19（38.8%）	5（10.2%）	49
无效	18（1.7%）					
合计					1076（100%）	

从上表中，我们可以得出如下信息：

1.大多数人都认为，应当尊重这一特殊要求。

2.调查前，我们假设，亲朋好友中有刑事服刑人员的人出于对亲属朋友的利益考虑，对尊重和保障其特殊要求的呼声应当更高。但调查结果却与我们的假设恰恰相反，经过分析，我们认为，主要原因可能在于，刑事服刑人员刑满释放后，回归社会的状况不容乐观，使得其亲属朋友对服刑人员产生消极否定的态度。然而，这也只是我们的推论，是否准确还有待考察。

4.**Q13 和 Q16 交叉分析：受访者普遍存在矛盾心理。** 见表4-3

同时设计 Q13 和 Q16 的主要目的在于检验受访者的真实想法，防止其在做题时刻意寻求主观答案致使结果不真实。虽然这两题设置的情景不同，但其本质是一致的。即调查受访者是否具有人的基本权利应当被无条件保障的法律意识和人权意识，即使对于服刑人员也要一视同仁。

表 4-3

Q13：某人，少数民族，入狱后要求依民族习惯或宗教习惯单独就餐，对于这种要求，您认为？	Q16：伊斯兰教教徒在斋月期间，只能在夜间饮食，白天不得进食，而监狱夜间不提供餐饮。对此，您认为：					
		服从管理，放弃宗教信仰	应当尊重，为其提供特殊安排	有条件就提供，没条件也不应要求	说不清	总计
	合理，应照顾	33（5.7%）	379（65.7%）	141（24.4%）	24（4.2%）	577
	说不清	41（16.1%）	93（36.6%）	82（32.3%）	38（15%）	254
	不合理	43（18.7%）	75（32.6%）	93（40.4%）	19（8.3%）	230
	无效	15（1.4%）				
	合计	1076				

如前所述这两题互为“验真题”。而调查结果也和我们之前的假设所差无几。除无效问卷 15 份（1.4%）外，在第 13 题选择尊重其特殊习惯的受访者中，绝大多数（65.7%）在第 16 题中仍选择了“尊重”，可见，大部分民众具有较强的权利保障意识；然而，仍有 33 名受访者——占 5.7%——选择了“入狱应当服从管理，放弃其宗教信仰”，表现出自相矛盾。究其原因，除了前面提到的刻意寻求真实答案外，更重要的是其对人权观念的模糊。由此可见，加强人权普及教育势在必行。

5.结语及建议

本文从问卷题目设立的目的出发，以文化程度、亲朋好友中是否有服刑人员这两个影响因素为参考系，分析了 Q13 和 Q15 两道题目，并将这两道题进行交叉分析。最后得出结论如下：

1.目前，我国大多数民众已经具备了基本的法律知识和人权观念，认识到尊重和保障人权的重要意义。

2.总体来说，随着文化程度的升高，其对这类问题了解越多，人权保障意识越强；特别是以大学本科（大专）作为分界线，这一差别十分明显。

3.亲朋好友中有刑事服刑人员的受访者对这两道题目表现出较亲朋好友中无刑事服刑人员的受访者更为消极的态度。我们认为，主要原因可能在于，刑满释放人员回归社会状况并不乐观。

4.许多群众在对性质相同的题目进行选择时却有截然相反的答案。可见，很多群众的人权保障意识仅仅停留在表面，并未认识到，作为一项基本权利，宗教信仰自由和特殊民族习惯受到照顾应是被无条件尊重和保护的。

根据上述结论，我们主要提出以下几点建议：

一、加强国内立法。目前，我国对于人权保障，尤其是刑事服刑人员权益保障的立法主要集中在《中

华人民共和国宪法》、《中华人民共和国监狱法》当中，《中华人民共和国宪法》第三十六条规定了“信教自由”，但并未规定少数民族刑事服刑人员的宗教信仰自由；《中华人民共和国监狱法》，而《监狱法》也未对此进行相关规定。所以，少数民族刑事服刑人员的特殊权益保障在中国尚未有明确的法律依据。

二、动用政府相关部门、事业单位、社会团体的力量普及基本权益保障的相关法律知识，加强民众的法律素养。

三、发挥学校在教育方面的功能，注重对少年儿童和青少年的基础法律素养教育。

四、促进监狱人性化改革，充分发挥监狱在教化方面的作用，而不仅仅是惩罚犯罪分子；做好刑满释放人员出狱后的回归社会跟踪调查和绑住工作，避免其出狱后因难回归社会而再次走上违法犯罪的道路。

总之，随着社会主义市场经济的发展，人民生活水平的提高。群众的关注点不再仅仅停留在温饱上，进而转向关注发展型和享受型权利，尤其是一些特殊权益的保障。与之相对应，少数民族刑事服刑人员的权益保障问题研究也提上日程。本文的目的在于进行民众调查，了解目前群众对这一问题的看法和呼声，为少数民族刑事服刑人员特殊权益的保障尽绵薄之力。



北京大学
PEKING UNIVERSITY

公海海洋保护区的法律地位探究

Reflections on the Legal Status of the High Seas Marine Protected Areas

姓名：	沈寒
学校：	北京大学
院系：	法学院
研究方向：	国际法
选题：	(一)9.海洋权益的维护

二O一五年四月

摘要

“公海海洋保护区”是指国家在公海上划定的、为实现一定保护目标而对其范围内的人类活动进行综合管理的海洋区域。尽管有关公海海洋保护区的实践已得到一定发展，但公海海洋保护区的法律地位仍未得到完全解决。现有公海国际法律制度规定，国家享有公海自由，各国的管辖权仅延伸至悬挂其旗帜的船舶；同时，国家负有养护生物资源和保护海洋环境的义务，这已成为一项习惯法义务。因此，国家设立并管理公海海洋保护区的首要条件是，其管理措施仅针对本国船舶。东北大西洋区域组织是最早设立公海海洋保护区的区域机制之一，其公海海洋保护区的管理分为缔约方管理和东北大西洋区域组织与主管机关合作管理两方面。从现有管理框架及其实施情况来看，非成员国的权利并未受到明显影响，但未来管理措施将如何发展尚不可知。为此，笔者分不同情形探讨了公海海洋保护区的合法性，试构建现行国际法框架下公海海洋保护区的法律地位。

关键词：公海海洋保护区合法性管理措施

Abstract

High Seas Marine Protected Areas (“HSMPAs”) are geographicallydefined areasinthe high seas within which human activities are regulated applying the ecosystem approachfor one or more protective objectives. Although State practice related to HSMPAshas got some progress, the legal status of HSMPAs remains obscure. The current international legal regime of the high seas provides that States enjoy freedom of the high seas and their jurisdiction only extends to ships flying their flags; meanwhile, States bear the obligation to conserve living resources in the high seas and to protect the marine environment, which have been recognized as a rule of customary international law. Hence, the prerequisite for States to designate and manage HSMPAs is that their management measures are only binding on ships flying their flags.OSPAR is one of the regional mechanisms whichhave established HSMPAs. These HSMPAs are managed by two ways: one is by Contracting Parties to the OSPAR Convention; the other is by OSPAR Commission and Competent Authorities collectively. Based on the existing management framework and its operational condiction, the right and interestsof Non-contracting States to the OSPAR Convention are not apparently affected; however, any further development is unknow yet. Accordingly, the present article is designed to analyse the legitimacy of HSMPAs in different situations and trys to address the legal status of HSMPAs under the current international law.

Keywords: High Seas Marine Protected Areas, legitimacy, management measures

缩写

《2003/3 建议》	《东北大西洋区域组织关于海洋保护区网络的 2003/3 建议（OSPAR Recommendation 2003/3 on a Network of Marine Protected Areas）》
《东北大西洋公约》	《保护东北大西洋海洋环境公约（Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic）》
《公约》	《联合国海洋法公约（United Nations Convention on the Law of the Sea）》
《管理指导》	《东北大西洋公约区管理海洋保护区的指导方针（Guidelines for the Management of Marine Protected Areas in the OSPAR Maritime Area）》
《集体安排》	《关于管理东北大西洋国家管辖范围以外选定区域的主管机关间集体安排（Collective Arrangement between Competent Authorities on the Management of Selected Areas in Areas beyond National Jurisdiction in the North East Atlantic）》
《鱼类协定》	《1982 年 12 月 10 日<联合国海洋法公约>有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定执行协定（Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention of the Law of the Sea of 10 December 1982, Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks）》
《甄选指导》	《东北大西洋公约区确定和甄选海洋的指导方针（Guidelines for the Identification and Selection of Marine Protected Areas in the OSPAR Maritime Area）》
《执行计划》	《可持续发展世界首脑会议执行计划（Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development）》
特设工作组	研究国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题的不限成员名额非正式特设工作组（Ad Hoc Open-ended Informal WorkingGroup to study issues relating to the conservation andsustainable use of marine biological diversity beyondareas of national jurisdiction）
FAO	Food and Agriculture Organization of the United Nations（联合国粮农组织）
HSMPAs	high seas marine protected areas（公海海洋保护区）

ISA	International Seabed Authority（国际海底管理局）
IUCN	International Union for Conservation of Nature（世界自然保护联盟）
IMO	International Maritime Organizatino（国际海事组织）
MPAs	marine protected areas（海洋保护区）
NEAFC	North-East Atlantic Fisheries Commission（东北大西洋渔业委员会）
RFMOs	Regional Fisheries Management Organizations（区域渔业管理组织）
WWF	World Wildlife Fund（世界自然基金会）

一、引言

国家管辖范围以外的海洋保护区（marine protected areas beyond national jurisdiction），特别是公海海洋保护区（high seas marine protected areas，简称 HSMPAs），成为近年来联合国大会讨论的热点。2004 年，联合国大会决议设立不限成员名额非正式特设工作组（Ad Hoc Open-ended Informal Working Group）（以下简称“特设工作组”），专门研究国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题。[234]特设工作组每年召开至少一次会议，与会代表包括联合国会员国、《联合国海洋法公约（United Nations Convention on the Law of the Sea）》（以下简称“《公约》”）缔约国和观察员（包括全球和区域政府间组织、联合国系统的组织和机构以及非政府组织）。在法律方面，特设工作组首先检验了现有规范，发现尽管《公约》提供了养护和可持续利用国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的基本框架，但在执行、管理、协调、信息共享等方面仍存在漏洞。[235]与会代表随后展开讨论，研究是否须要在《公约》之下制定执行协定。2013 年，联合国大会决议请求特设工作组就执行协定的范围、要素和可行性发表建议。[236]为此，特设工作组于 2014 年 4 月 1-4 日、6 月 16-19 日和 2015 年 1 月 20-23 日举行了三次会议。

在世界范围内，有关公海海洋保护区的实践也已得到一定发展。例如，在东北大西洋地区，国家通过区域组织设立了七个国家管辖范围以外的海洋保护区，其中五个为公海海洋保护区、两个为国家管辖范围外海洋保护区；在地中海地区，国家建立了特别保护区清单（List of Specially Protected Areas of Mediterranean Interest），其中地中海海洋哺乳动物海洋水层保护区（Pelagos Sanctuary for Mediterranean Marine Mammals）是唯一的国家管辖范围以外的海洋保护区；[237]在南大洋地区，2009 年出现了第一个国家管辖范围以外的海洋保护区，即南奥克尼群岛南部大陆架海洋保护区（South Orkney Islands southern shelf MPA）。[238]

然而，回到一切发展的起点，公海海洋保护区在现行国际法框架下的合法性仍是一个未得到完全解决的问题。这从部分国家在特设工作组会上提出的质疑也可以看出。[239]对此，笔

[234]联合国秘书长 A/59/24 报告，第 73 段。

[235]特设工作组 A/66/119 报告，第 34 段。

[236]联合国秘书长 A/68/70 报告，第 199-200 段。

[237]Christiansen, S., *Background Document for the High Seas MPAs Regional Approaches and Experiences*, WWF, Germany(2010), 19；参见《建立地中海海洋哺乳动物保护区的联合声明》、《创设地中海海洋哺乳动物保护区的协议》。

[238]参见南极海洋生物资源养护委员会《保护南奥克尼群岛南部大陆架的 91-03 养护措施（2009）》、《建立养护南极海洋生物资源的海洋保护区总体框架的 91-04 养护措施（2011）》。

[239]例如，特设工作组 A/66/119 报告，第 28 段：“一些代表团指出［……］现有区域和部门论坛面临［确定/指定国家管辖范围以外的海洋保护区］的合法性问题”；特设工作组 A/67/95 报告，第 22 段：“一些代表团指出，国家管辖范围以外的海洋保护区的设立缺乏多边商定的法律制度。在这方面，有代表团指出，海洋保护区不能单边地、由一个国家或国家集团设立。他们对这些行动和措施的合法性表示关切”，第 37 段：“一些代表团表示，对一些区域组织在国家管辖范围以外区域设立海洋保护区的合理性和合法性以及这些举措与《公约》框架的相符性持保留意见”。

者拟通过考察现有制度和实践，并在此基础上假设和分析，以就公海海洋保护区的合法性问题提供个人见解。

二、公海海洋保护区的概念

“公海海洋保护区”是指国家在公海上划定的、为实现一定保护目标而对其范围内的人类活动进行综合管理的海洋区域。从地理角度来分，海洋保护区可以分为国家管辖范围以内的海洋保护区和国家管辖范围以外的海洋保护区，其中后者又分为公海海洋保护区（仅含该区域内水柱）、“区域（the Area）”海洋保护区（仅含该区域内海底）和国家管辖范围外海洋保护区（同时包括该区域内水柱和海底）。由此可见，明确“公海海洋保护区”的概念须首先明确“海洋保护区”的概念。

“海洋保护区（marine protected areas，简称 MPAs）”这一概念在不断丰富和被澄清中发展。截至目前，全球范围内尚未形成对海洋保护区的共同理解[240]，不少国际组织或公约都在给出自己的解释[241]。笔者拟从历史角度考察海洋保护区的涵义。

“海洋保护区”作为一种管理工具，最显著的特征是划区性（area-based），即以特定区域为基础为实现一定目标采取一定措施。1982 年《公约》中两处涉及划区管理工具（area-based management tools）：第 62 条 4 款 c 项规定，沿海国可在其专属经济区内设定渔区，对可使用的渔具和渔船的种类、大小和数量实行管制；第 211 条 6 款 a 项规定，沿海国可在其专属经济区内划定特殊区域，制定并采取防止船只污染的特别强制性措施。1992 年《生物多样性公约（Convention on Biological Diversity）》要求缔约方建立保护区（protected areas）制度，在区域内采取特别措施保护生物多样性。1995 年，生物多样性公约第二次缔约方大会通过《关于海洋和沿海生物多样性的雅加达任务（Jakarta Mandate on Marine and Coastal

[240]参见特设工作组 A/69/82 报告，附件第 29 段、附录；特设工作组 A/69/177 报告，附件第 59 段。

[241]例如，《生物多样性公约》将“海洋和沿海保护区”定义为：“任何在海洋环境之内或海洋环境毗邻，凭借法律或包括习俗在内的其他有效方式专门划出，以便使其海洋/或沿海生物多样性受到比周围地区更高程度保护的具有明确界限的地区,包括覆盖该地区的水域和相关的植物、动物、历史和文化特征。”世界自然保护联盟（IUCN）将“海洋保护区”定义为：“为保护部分或整个封闭环境而依据法律和其他有效手段保留的任何潮间或潮下地域，连同其上覆水体和相关动植物、历史和文化特征。”联合国粮农组织（FAO）将“海洋保护区”定义为：“依照法律或其他有效手段在领水范围内或公海上划定的受保护潮间或潮下地体，连同其上覆水域和有关的动植物、历史和文化特点。海洋保护区根据允许的利用程度，对重要的海洋生物多样性和资源；特定生境（例如红树林或珊瑚）或鱼种、或亚种群（例如产卵鱼或幼鱼）提供某种程度的保全和保护。海洋保护区的利用（为科学、教育、娱乐、开采及包括捕鱼在内的其它目的）受到严格管制，也可以被禁止。”

Biological Diversity）》。该任务是在养护和可持续利用海洋和沿海生物多样性方面执行《生物多样性公约》的行动方案，包括五个专题，其中之一为“海洋和沿海保护区（marine and coastal protected areas）”，这就是海洋保护区的最早形式。在 2006 年以前，联合国海洋和海洋法秘书长报告一直将海洋保护区定义为“实现具体养护目标”[242]的工具，所以海洋保护区主要包括禁渔区、禁捕区和养护区。2007 年，秘书长报告对划区管理工具进行了一次全面阐述，将海洋保护区与禁渔区（fisheries closures）、禁捕区（sanctuaries）、保留区（reserves）、特殊区域（special areas）和特别敏感海区（particularly sensitive sea areas）等列为并列关系；其他划区管理工具仅针对渔业或航行等单一部门，而海洋保护区则采用综合和生态系统方法，处理各种活动和使用者冲突产生的累积影响；海洋保护区可以实现环境、文化、历史、审美、科学等一种或多种保护目标。[243]此后，海洋保护区的定位未再变化。[244]

在一些实践中，国家设立的保护区名称为“特别保护区（specially protected areas）”[245]或“特别管理区（speciallymanagedareas）”[246]。这些保护区亦被视为海洋保护区。[247]这表明，名称并非海洋保护区区别于其他管理工具的特征。

综上笔者认为，海洋保护区的涵义包含以下四个要素：（1）保护目标；（2）特定区域；（3）管理措施；（4）生态系统方法。“保护目标”要素是指国家划定海洋保护区所要实现的目标。保护目标是多元的，可以包括物种管理和养护，海洋美景、文化、考古或古迹保护，休闲和公共娱乐，环境检测和评价，科学研究等。[248]“特定区域”要素表示这是一种划区管理工具。“管理措施”要素是指国家为实现保护目标，在特定区域内采取相应的管理措施，其对象、种类和强度不一[249]。“生态系统方法”要素是指国家在海洋保护区内根据对生态系统及其动态变化的现有最佳科学知识，全面综合地管理人类活动。[250]

---

[242]联合国秘书长 A/58/65 报告，第 224 段。

[243]联合国秘书长 A/62/66/Add.2 报告，第 117-161 和 328 段。

[244]参见联合国秘书长 A/63/63/Add.1 报告，第 218-227 段；联合国秘书长 A/65/69/Add.2 报告，第 290-308 段；联合国秘书长 A/66/70 报告，第 160-186 段；联合国秘书长 A/67/79/Add.1 报告，第 116-127 段。

[245]例如，《关于地中海特别保护区和生物多样性的巴塞罗那公约附加议定书》框架下的地中海特别保护区；《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》框架下的特别保护区；《关于环境保护的南极条约议定书》框架下的南极特别保护区；《保护和开发大加勒比区域海洋环境公约关于特别保护区和野生物的议定书》框架下的特别保护区。

[246]例如，《关于环境保护的南极条约议定书》框架下的南极特别管理区。

[247]参见联合国秘书长 A/62/66/Add.2 报告，第 136 段。

[248]联合国秘书长 A/62/66/Add.2 报告，第 117 段。

[249]Baur, D. C., Irvin W. R. & Misenko, D. R., *Putting “Protection”into Marine Protected Areas*, 28 Vt. L. Rev. 497 (2003-2004), 507.

[250]联合国秘书长 A/61/63 报告，第 107-113 段。

和海洋保护区相似，公海海洋保护区也是一个集合名词。从前述四个要素的角度来看，除“特定区域”要素确定为公海外，公海海洋保护区的其他要素仍为变量。

三、公海国际法律制度

在探讨公海海洋保护区的合法性之前，有必要先梳理清现有的公海国际法律制度。与公海海洋保护区相关的，主要是公海自由原则和国家养护生物资源与保护海洋环境的权利与义务。限于篇幅，笔者将暂不讨论区域性国际法律文件在这方面的规定，而仅讨论全球性国际法律文件。同时，考虑到决议、宣言等软法在国际环境法中的重要地位[251]，笔者将该等文件一并纳入考察。

（一）公海自由原则

《公约》确立了公海自由原则。根据《公约》第 87 条，公海自由包括航行自由、飞越自由、捕鱼自由、科学研究自由、铺设电缆和管道的自由和建造人工岛屿和其他设施的自由。这些举例并非穷尽的。这一原则在《公约》中得到另两项规定的加强：一是“任何国家不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权之下”（第 89 条）；二是公海自由原则不区分沿海国和内陆国（第 87 条 1 款）。

国家行使公海自由的方式，是通过与其有关联的客体在公海上进行活动。这些客体为船舶，而关联为船舶悬挂的该国的旗帜。[252]这种联系保证船旗国能够基于公海自由原则，要求其他国家不干涉其船舶，也即确立了船旗国的专属管辖权。这一关于管辖权的规定体现在《公约》第 92 条。

与 1958 年《公海公约（Convention on the High Seas）》相比，1982 年《公约》的规定除了增加了两项自由，即建造人工岛屿和其他设施的自由和科学研究的自由以外，还对公海自由施加了一些限制。这些限制多数都反映了 1958 年以后海洋法的新发展。[253]《公约》之后，

[251]帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著：《国际法与环境 (International Law and the Environment)》（第二版），那力、王彦志和王小钢译，高等教育出版社 2007 年版，页 23：“［软法］对于在国际环境法这样一个快速成长和尚未定型的领域中确立了一种新的法律秩序，作出了重要贡献。软法性质的指南和规范体现了对某些基本原则的普遍赞同［……］它不仅促进了新的国际法和国内法的演进，也促进了全球层面上环境法律和标准的协调。”页 53：“鉴于国家在这些建议基础上行动，国家实践被不断监督，根据实践对这些指南的地位进行重新评估，这一系列作法使‘硬’法和‘软’法之间的区分变得越来越模糊了。”

[252]马克思普朗克国际公法百科全书，词条“High Seas”，第 12-13 段。最后访问日期 2015 年 2 月 20 日。

[253]白桂梅著：《国际法》（第二版），北京大学出版社 2010 年版，页 387。

此类发展还在延续和创新。

（二）国家养护生物资源与保护海洋环境的权利与义务

1. 1982 年《联合国海洋法公约》

公海自由原则不是绝对的。《公约》规定了两项与公海海洋保护区相关的限制，即国家养护生物资源的义务（第七部分第二节）与保护海洋环境的义务（第十二部分）。对于这两项义务的关系，《公约》并未提供任何机制来考虑或清晰界定。[254]有学者指出，养护渔业资源和防止污染之间存在固有的相互关系，《公约》第十二部分的标题“海洋环境的保护和保全”（而不是“防止污染”）就是为了强调这种相互关系。[255]因此，尽管 1982 年《公约》第十二部分的内容主要是防止海洋环境污染（仅第 194 条 5 款涉及保护脆弱生态系统和濒危物种），但“保护和保全海洋环境”应是“养护生物资源”和“防止环境污染”的上位概念。

《公约》第七部分第二节规定，国家负有养护和可持续利用公海生物资源的义务。对应到人类活动上，指的主要是捕捞行为。所有国家均有义务为该国国民采取，或与其他国家合作采取养护公海生物资源的必要措施（第 117 条）。各国应相互合作以养护和管理公海区域内的生物资源。凡其国民开发相同生物资源，或在同一区域内开发不同生物资源的国家，应进行谈判，以期采取养护有关生物资源的必要措施。为此目的，这些国家应在适当情形下进行合作，以设立区域或分区域渔业组织（第 118 条）。

《公约》第十二部分规定，国家负有保护和保全海洋环境的义务。这些义务体现在捕捞（第 116-120 条）、航行（第 211 和 217-220 条）、海洋科学研究（第十三部分，特别第 240 条）、铺设电缆和管道以及建造人工岛屿和其他设施（第 192-196 条）、海底资源勘探（第 145 条）等各类活动中。各国应在适当情形下个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染，确保在其管辖或控制下的活动不致使其他国家及其环境遭受污染损害，并确保在其管辖或控制范围内的事件或活动所造成的污染不致扩大到其行使主权权利的区域之外（第 194 条）。各国在为保护和保全海洋环境而拟订和制定符合本公约的国际规则、标准和建议的办法及程序时，应在全球性的基础上或在区域性的基础上，直接或通过主管国际组织进行合作，同时考虑到区域的特点（第 197 条）。

1982 年《公约》第十二部分标识着更明确的保护海洋环境义务的出现。[256]1958 年日内瓦海洋法会议对海洋环境保护未给予特别的重视，1958 年的《公海公约》对该主题几乎没有涉及。1972 年《联合国人类环境会议宣言（Declaration of the United Nations Conference on

[254]帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 625。

[255]Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary* (Dordrecht, 1991), iv, 9-12；评论员认为“保全 (preserve)”意味着保护自然资源，并且长期保持海洋环境质量。

[256]参见帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 339。

the Human Environment）》提出对全球公共区域（例如公海）的保护。第 21 条原则规定："各国［……］有责任保证在他们管辖或控制之内活动，不致损害其他国家的或在国家管辖范围以外地区的环境"，这超出了基于特雷尔冶炼厂仲裁案（the *Trial Smelter Arbitration*）[257]的"不损害他国领土及其上财产和生命"的古老的习惯法。1982 年《公约》重申了这项义务，其所提出的"保护环境高于国家开采自然资源的主权"的观点，代表着对已经成为新的习惯法部分的"现存"原则的法典化。[258]

2.《联合国海洋法公约》之后的发展

（1）1992 年联合国环境与发展会议及《21 世纪议程》

1992 年，联合国环境与发展会议（United Nations Conference on Environment and Development）在巴西里约热内卢召开，172 个国家参与。会议通过了三个文件：《关于环境与发展的里约热内卢宣言（Rio Declaration on Environment and Development）》、《21 世纪议程（Agenda 21）》和《关于森林问题的原则声明（Statement of Forest Principles）》。《21 世纪议程》是比 1972 年联合国人类环境会议（United Nations Conference on the Human Environment）通过的《人类环境行动计划（Action Plan for the Human Environment）》更激进且更详细的文件。尽管联合国环境与发展会议把《公约》视作是对现存有关海洋环境法律对一种编纂，认为它为追求对海洋、海岸及其资源对保护和可持续发展提供了国际基础，然而《21 世纪议程》第 17 章"保护包括封闭和半封闭海以及沿海区的大洋和海洋，并保护、合理利用和开发其生物资源"创设了一些《公约》中没有的因素，例如保护生态系统和生物多样性、可持续利用海洋生物资源、对海洋环境和海岸环境的保护进行整体考虑等。由此，海洋环境保护不再只限于控制海洋污染源，而是扩大到防止环境退化和保护生态系统。

根据《国际法院规约》第 38 条，《21 世纪议程》并非国际法渊源，不能对《公约》进行修正，且对各国无拘束力。但是，各国在解释和履行《公约》时将对其加以考虑[259]；其"方针具有作为软法的说服性价值，而正被各国所执行"[260]。《21 世纪议程》的影响说明了在海洋环境保护方面"一种更为高级的概念"如何从《公约》发展而来。[261]正如一位评论家所述"如

---

[257] *Trial Smelter Arbitration*, 33 AJIL (1939), 182; 35 AJIL (1941), 684.

[258] 帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 339；参见帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 625："随后的国家实践，都有力地证明公约许多条款目前代表国际习惯法的程度，特别是在管辖权问题上"；参见《21 世纪议程》第 17.1 段："国际法，如联合国海洋法公约条款中所反映的"。

[259] 帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 336。

[260] Ansari, A. H.& Jamal, P.,*The Convention on Biological Diversity: A Critical Appraisal with Special Reference to Malaysia*, 88 Ind. JIL 134 (2000), 151，转引自帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 541。

[261] Falk, R. A.&Elver, H., in, Vidas &Østreng (eds.), *Order for the Oceans at the Turn of the Century* (The Hague, 1999),153，转引自帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 337。

果撇开《公约》与《21 世纪议程》之间的紧密联系和相互作用，那么，现代海洋法的发展和与海洋相关的国际环境法的出现是难以想象的”。[262]

（2）1995 年《1982 年 12 月 10 日<联合国海洋法公约>有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定执行协定》

1995 年，联合国跨界鱼类和高度洄游鱼类会议通过《1982 年 12 月 10 日<联合国海洋法公约>有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定执行协定（Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention of the Law of the Sea of 10 December 1982, Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks）》（以下简称“《鱼类协定》”），规定了养护和管理国家管辖范围内和公海上的海洋生物资源的主要法律制度，以及有关跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的具体规则[263]，弥补了《公约》在这方面的不足[264]，象征生物多样性纳入《公约》对海洋的构制[265]。82 个国家批准、加入或继承了该协定。[266]《鱼类协定》给传统的公海自由原则带来了明显限制。[267]根据《鱼类协定》，非缔约国尽管没有适用养护和管理措施及在这方面合作的义务，但亦无法取得该等措施所管理水域内的渔业资源（第 8 条 4 款、第 17 条 2 款）。

（3）2002 年可持续发展世界首脑会议及《可持续发展世界首脑会议执行计划》

2002 年，可持续发展世界首脑会议（World Summit on Sustainable Development）在南非约翰内斯堡召开，数万名参与者包括国家和政府首脑，国家代表，非政府组织、商业团体和其他主要团体的领导人。[268]会议全面审查和评价《21 世纪议程》执行情况，通过了《关于可持续发展的约翰内斯堡宣言（Johannesburg Declaration on Sustainable Development）》和《可持续发展世界首脑会议执行计划（Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development）》（以下简称“《执行计划》”）。《执行计划》提出要维持重要和脆弱的海洋和

---

[262] Yankov, A., in, Boyle and Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (Oxford, 1999), 272，转引自帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 337。

[263] IMO, *The 1995 United Nations Fish Stock Agreement*, available from: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/Background%20paper%20on%20UNFSA.pdf [accessed on 20 February 2015].

[264]帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著，见前注 18，页 632。

[265]Craig, R. K., *Protecting International Marine Biodiversity: International Treaties and National Systems of Marine Protected Areas*, 20 J. Land Use & Envtl. L. 333 (2004-2005), 366.

[266]United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements as at 3 October 2014*, available from: http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#Agreement%20for%20the%20implementation%20of%20the%20provisions%20of%20the%20Convention%20relating%20to%20the%20conservation%20and%20management%20of%20straddling%20fish%20stocks%20and%20highly%20migratory%20fish%20stocks [accessed on 20 February 2015].

[267]Scovazzi, T., *Marine Protected Areas on the High Seas: Some Legal and Policy Considerations*, 19 Int'l J. Marine & Coastal L. 1 (2009), 7.

[268]United Nations Division for Sustainable Development, *What is Jahannesburg Summit 2002?* available from: http://www.un.org/jsummit/html/basic_info/basicinfo.html [accessed on 20 February 2015].

沿海地区，包括国家管辖范围内外的生产力和生物多样性（第 32(a)段），并要发展和促进多种方法和工具的使用，包括根据国际法和科学信息设立海洋保护区、到 2012 年建成具有代表性的海洋保护区网络（第 32(c)段）。

（4）2012 年联合国可持续发展大会及《我们希望的未来》

2012 年，联合国可持续发展大会（United Nations Conference on Sustainable Development）在巴西里约热内卢召开，197 个国家参与。大会成果文件为《我们希望的未来（The Future We Want）》。在海洋方面，各国表示“我们认识到国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用的重要性”（第 162 段），“重申包括海洋保护区在内的划区养护措施的重要性”（第 177 段）。

（三）小结

通过分析有关公海海洋保护区的国际法律制度，可以发现：

一、保护海洋环境是国家的一项习惯法义务，其内涵不仅包括防止环境污染，还包括养护生态系统和生物多样性。该义务的丰富和强化可见于 1982 年《公约》及其后不断发展的全球性国际法律文件。与此国家义务增加相伴的是国家管辖权的扩张，即一国在公海上的管辖范围不再局限于悬挂本国旗帜的船舶，而有时会干涉他国船舶的活动。除了《鱼类协定》规定非缔约国不得取得公约保护水域内的生物资源外，《防止船舶污染国际公约（International Convention for the Prevention of Pollution from Ships）》[269]和《关于环境保护的南极条约议定书》附件二《保护动植物（Conservation of Antarctic Fauna and Flora）》[270]、附件五《南极特别保护区（Area Protection and Management）》[271]等也有类似不同程度的规定。这些干涉他国船舶活动的条约的特征是：条约机构（例如，国际海事组织（IMO）和区域渔业管理组织（RFMOs））的委任和合法性确信无疑，因而它们的空间措施能够影响第三国在公海上的权利和自由，即便不是通过非船旗国的强制实施。[272]而现有国际习惯法并未提供国家为保护环境在其管辖范围以外区域干涉他国的依据。换句话说，船旗国专属管辖原则仍为公海国际法律制度的基础。

二、作为养护和可持续利用生物多样性的工具，公海海洋保护区制度尚未成为国际习惯

[269]《防止船舶污染国际公约》第 5 条 4 款：“对于非本公约缔约国的船舶，必要时缔约国应运用本公约的一些要求，以保证不给予这些船舶较为优惠的待遇。”

[270]《关于环境保护的南极条约议定书》附件二《保护动植物》第 5 条：“各缔约国应准备并向正在或打算进入南极条约地区的所有人员提供信息，特别是被禁止的活动和特别保护种类及相关保护地区的名单的信息，以确保他们了解和遵守本附件的规定。”

[271]《关于环境保护的南极条约议定书》附件五《南极特别保护区》第 9 条 1 款：“各缔约国应向正在或打算进入南极条约地区的所有人员提供信息，特别是以下信息，以确保他们了解和遵守本附件的规定：[……]”

[272] Molenaar, E. J. & Elferink, A. G. O., *Marine Protected Areas in Area beyond National Jurisdiction – The Pioneering Efforts under the OSPAR Comvention*, 5 Utrecht L. Rev. 5 (2009), 18.

法。在全球层面上，现有国际法仅是认可了公海海洋保护区的地位和重要性，而未对如何选定和管理公海海洋保护区等问题作出回应；在区域层面上，不同区域机制下的国家实践不尽相同。正如上文所述，公海海洋保护区是一个集合概念；在公海海洋保护区内采取什么限制措施、管理哪些人类活动，更直接决定了其是否合法。而在这一方面，国际法尚未发展出统一规则。

四、公海海洋保护区在国际法上的合法性

（一）公海海洋保护区合法性问题的由来

公海自由是公海法律地位的重要特征。国家在公海上设立海洋保护区似乎与公海自由原则相悖。公海海洋保护区的划区性让人不禁联想到国家的圈地行为：国家设立公海海洋保护区是否意味着管辖权扩张？他国的权利和自由是否会受到影响？这些疑虑直指公海海洋保护区的合法性问题，其核心是公海海洋保护区对第三国的效力。

（二）公海海洋保护区的合法性——初步分析

公海海洋保护区的合法性与其保护目标、管理措施和运用生态系统方法所管理的人类活动密不可分。因此，探讨公海海洋保护区的合法性问题是一个建构的过程：追求什么保护目标、采取何种管理措施、规制哪些人类活动的公海海洋保护区是为国际法所允许的。

国家设立公海海洋保护区须以相关权利为基础。根据上文对公海法律制度的分析可知，国家在公海上仅享有船旗国专属管辖权，因此符合国际法的公海海洋保护区的设立不得超过国家行使船旗国专属管辖权的边界。具体来说，对于本国船舶，国家可以在公海任何部分实施管理措施，也包括在某个特定区域（例如公海海洋保护区）内进行管理；而对于他国船舶，国家无权管理。因此，从定义海洋保护区的四个要素来看，公海海洋保护区的合法性首先取决于设立国在该区域内采取的管理措施所针对的对象。在国际法框架下，国家设立公海海洋保护区所采取的管理措施只能针对本国船舶。对于本国船舶，国家原则上可以自由决定管理措施的种类和强度、保护目标以及被规制的人类活动的种类。

（三）公海海洋保护区的合法性——从实践考察：以东北大西洋区域组织为例

经初步分析可以发现，公海海洋保护区符合现行国际法的基本原则是国家采取的管理措

施仅针对本国船舶。实践中，已经设立了公海海洋保护区的区域组织或国家在相关法律文件中也是如此规定的。然而，在具体操作过程中，国家在管理本国船舶活动的同时是否会实质上影响到他国船舶？笔者拟通过东北大西洋区域组织个案来考察这一问题。

1. 东北大西洋区域组织概况

东北大西洋区域组织（OSPAR）共 16 个成员（欧盟、比利时、丹麦、芬兰、法国、德国、冰岛、爱尔兰、卢森堡、荷兰、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典、瑞士和英国），其设立目的在于通过成员间合作保护东北大西洋公约区（见图 1）的海洋环境。东北大西洋委员会（OSPAR Commission）是成员合作的平台，每年召开一次会议，其工作宗旨是通过生态系统方法综合管理海洋环境中的人类活动。



Region I	Arctic Waters
Region II	Greater North Sea
Region III	Celtic Seas
Region IV	Bay of Biscay and Lberian Coast

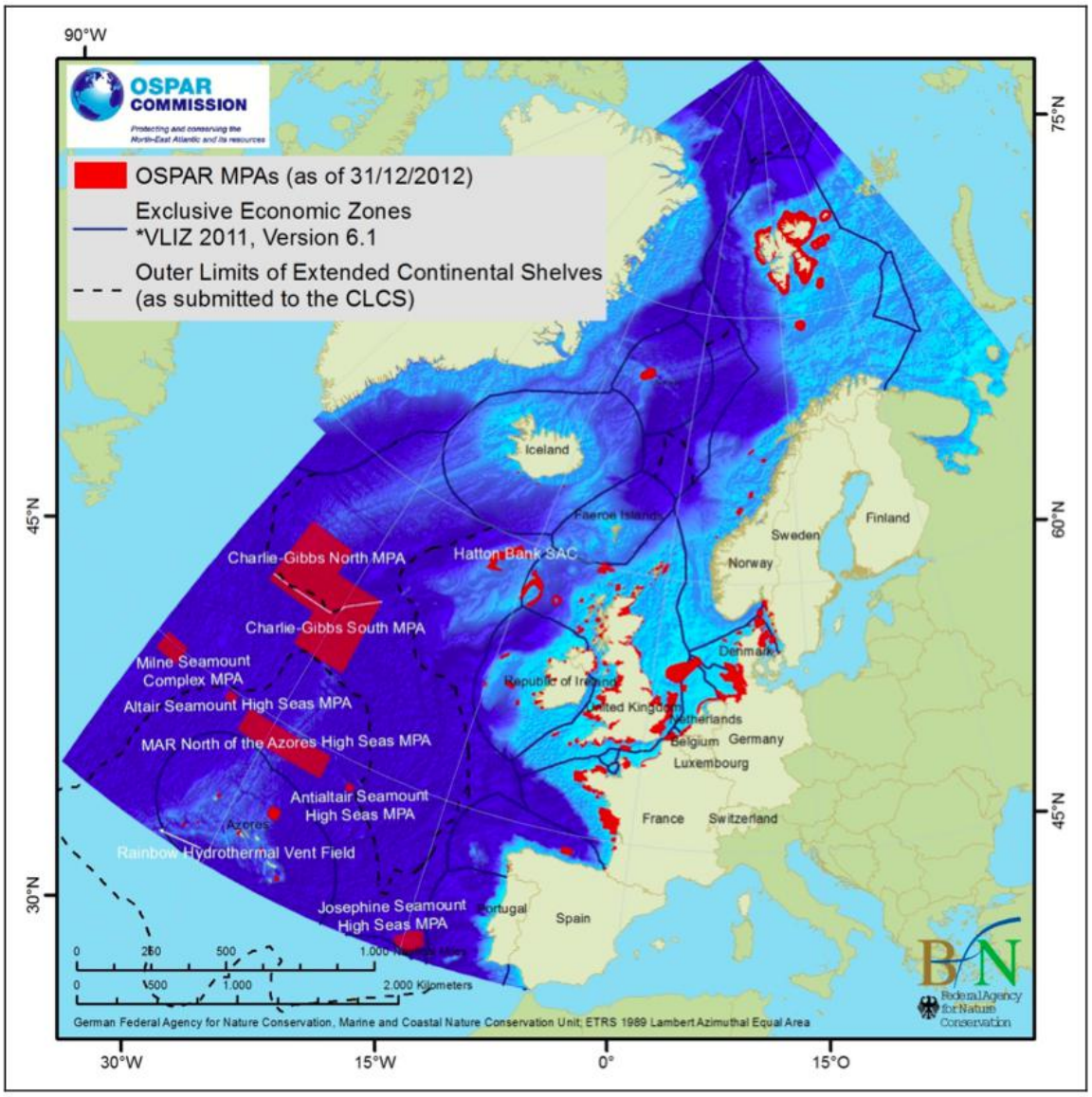
图 1

东北大西洋区域组织的法律框架包括《保护东北大西洋海洋环境公约（Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic）》（以下简称“《东北大西洋公约》”）及其五个附件。其中，附件一至三分别关于防止和消除陆源污染、倾倒或焚烧污染和远洋污染，附件四关于海洋环境质量评估，附件五关于保护和养护生态系统及生物多样性。《东北大西洋公约》规定，东北大西洋委员会制定的措施（measures）包括决定（decisions）、建议（recommendations）和其他协议（other agreements）（第 13 条）。附件五规定，东北大西洋委员会负有制定控制人类活动的项目和措施的责任，包括开发发起关于特定区域、地区、物种或栖息地的养护、修复、预防措施的途径（第 3 条 1 款 b 项(ii)）。该条款在后来的文件中被援作设立东北大西洋海洋保护区的法律基础。[273]

2003 年，东北大西洋委员会通过《东北大西洋区域组织关于海洋保护区网络的 2003/3 建议（OSPAR Recommendation 2003/3 on a Network of Marine Protected Areas）》（以下简称“《2003/3 建议》”）和两个附属协议，即《东北大西洋公约区确定和甄选海洋的指导方针（Guidelines for the Identification and Selection of Marine Protected Areas in the OSPAR Maritime Area）》（以下简称“《甄选指导》”）和《东北大西洋公约区管理海洋保护区的指导方针（Guidelines for the Management of Marine Protected Areas in the OSPAR Maritime Area）》（以下简称“《管理指导》”）。根据《2003/3 建议》，东北大西洋海洋保护区网络既包括缔约方管辖范围以内的海洋保护区也包括缔约方管辖范围内外的海洋保护区（第 1.1 条）。

截至 2014 年底，东北大西洋区域组织已设立 410 个海洋保护区。其中，403 个是国家管辖范围以内的海洋保护区，七个是国家管辖范围以外的海洋保护区（见图 2）。后者包括两个国家管辖范围外海洋保护区（米尔恩海隆复合区海洋保护区和查尔利-吉布斯南部海洋保护区）和五个公海海洋保护区（阿尔泰海隆公海海洋保护区、安蒂阿尔泰海隆公海海洋保护区、约瑟芬海隆公海海洋保护区、亚速尔群岛以北大西洋中脊公海海洋保护区和查尔利-吉布斯北部公海海洋保护区）。

[273]例如，《2003/3 建议》序言；《东北大西洋区域组织关于设立米尔恩海隆复合区海洋保护区的 2010/1 决定》序言；《东北大西洋区域组织关于设立查尔利-吉布斯北部公海海洋保护区的 2012/1 决定》序言。



OSPAR Marine Protected Areas beyond National Jurisdiction (*as of 31 December 2014*)

Altair Seamount High Seas MPA

Antialtair Seamount High Seas MPA

Josephine Seamount High Seas MPA

Milne Seamount Complex MPA

Charlie-Gibbs South MPA

图 2

2.东北大西洋公海海洋保护区的管理

（1）一般规定

《2003/3 建议》要求缔约方为每个在其管辖范围以内、由其选定的海洋保护区，根据《管

理指导》制定管理计划和管理措施。《2003/3 建议》未规定国家管辖范围以外的东北大西洋海洋保护区该如何管理。

《管理指导》主要包括两部分：（1）制定管理计划的操作指导；（2）人类活动及其影响和与此相应的管理选择。第一部分仅适用于国家管辖范围以内的海洋保护区，[274]第二部分在适用上没有区分国家管辖范围以内和以外的海洋保护区。第二部分列举了油气开发、废物倾倒、工程建设、军事活动、旅游娱乐、科学研究等 16 项人类活动，以及气温变化、沉积物增加、放射性污染、富养化、物种灭绝、种群结构改变等 26 项物理、化学和生物影响，并强调这些举例并非穷尽的。针对产生不同影响的人类活动，管理时可选择：保持活动的现有水平、规定活动的强度、规定活动的空间、规定活动的时间、引入污害较小的设备或做法、替换材料或物质、完全禁止活动和修复。

（2）东北大西洋区域组织缔约方管理

东北大西洋委员会在发布设立国家管辖范围以外的海洋保护区的决定（decisions）的同时，发布了管理这些保护区的建议（recommendations）。[275]这些管理建议的内容大体相同。管理建议指出，国家管辖范围以外的海洋保护区的管理框架包括设立决定、管理建议和东北大西洋委员会未来制定的其他措施。[276]根据管理建议，缔约方应当施行的管理项目和措施包括：（1）在国家层面提高设立海洋保护区和养护海洋生物多样性的意识；（2）与国内利害关系者分享有关海洋保护区内生物多样性和生态系统以及人类活动影响的信息和知识；（3）鼓励国内科研机构参与在海洋保护区的国家研究项目；（4）在人类活动计划可能严重破坏海洋保护区生态系统时，提请东北大西洋委员会关注，并在适当情况下对该项活动进行环境影响评估（Environmental Impact Assessment）；（5）向第三国和相关国际机构传播海洋保护区的养护目标，并鼓励它们实施上述项目和措施。

缔约方就管理建议的执行情况每年提交报告，东北大西洋委员会隔年出版现状报告

---

[274]《管理指导》脚注 2。

[275]《东北大西洋区域组织关于设立米尔恩海隆复合区海洋保护区的 2010/1 决定》,《东北大西洋区域组织关于管理米尔恩海隆复合区海洋保护区的 2010/12 建议》;《东北大西洋区域组织关于设立查尔利-吉布斯南部海洋保护区的 2010/2 决定》,《东北大西洋区域组织关于管理查尔利-吉布斯南部海洋保护区的 2010/13 建议》;《东北大西洋区域组织关于设立阿尔泰海隆公海海洋保护区的 2010/3 决定》,《东北大西洋区域组织关于管理阿尔泰海隆公海海洋保护区的 2010/14 建议》;《东北大西洋区域组织关于设立安蒂阿尔泰海隆公海海洋保护区的 2010/4 决定》,《东北大西洋区域组织关于管理安蒂阿尔泰海隆公海海洋保护区的 2010/15 建议》;《东北大西洋区域组织关于设立约瑟芬海隆公海海洋保护区的 2010/5 决定》,《东北大西洋区域组织关于管理约瑟芬海隆公海海洋保护区的 2010/16 建议》;《东北大西洋区域组织关于设立亚速尔群岛以北大西洋中脊公海海洋保护区的 2010/6 决定》,《东北大西洋区域组织关于管理亚速尔群岛以北大西洋中脊公海海洋保护区的 2010/17 建议》;《东北大西洋区域组织关于设立查尔利-吉布斯北部公海海洋保护区的 2012/1 决定》,《东北大西洋区域组织关于管理查尔利-吉布斯北部公海海洋保护区的 2012/1 建议》。

[276]例如,《东北大西洋区域组织关于管理查尔利-吉布斯南部海洋保护区的 2010/13 建议》脚注 3：“管理框架包括《2010/2 决定》、本建议中相关管理行动和东北大西洋委员会制定的为实现查尔利-吉布斯南部海洋保护区养护目标的其他措施。该等未来措施应当明确规定它们属于管理框架的部分。”

（Status Report）。第一期现状报告即《东北大西洋海洋保护区网络 2012 年现状报告（2012 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas）》显示，国家内行动执行良好，但国家间合作不足。[277]2014 年现状报告的缔约方执行情况报告已经完成，这些信息将成为 2014 年现状报告的新的一节[278]，最终在 2015 年 6 月的东北大西洋委员会后发布。

在 2014 年东北大西洋区域组织生物多样性委员会（Biodiversity Committee）会议上，缔约方承诺，于 2016 年以前完成所有在 2010 年前设立的海洋保护区的管理措施的制定。[279]这包括除查尔利-吉布斯北部公海海洋保护区以外的六个国家管辖范围以外的海洋保护区。世界自然基金会（WWF）在同年生物多样性委员会会上提交关于约瑟芬海隆公海海洋保护区的管理计划草案，内容包括对人类活动的分析和可能的管理对策。该管理计划草案尚未得到讨论。[280]

（3）东北大西洋区域组织与主管机关合作管理

在设立国家管辖范围以外的海洋保护区之前，东北大西洋委员会邀请法学家/语言学家组（Group of Jurists/Linguists）就东北大西洋区域组织设立该等海洋保护区的法律能力、东北大西洋区域组织的能力与第三方在《公约》和国际习惯法下具有的权利和义务的关系、指定该等海洋保护区的可选程序等问题发表意见。[281]法学家/语言学家组在回应“东北大西洋区域组织的能力与第三方在《公约》和国际习惯法下具有的权利和义务的关系”时指出，由于第三方没有义务遵守东北大西洋区域组织的规定，因此东北大西洋区域组织应当积极开展与其他国际组织的合作，以制定可能约束第三国的规则。

2010 年 3 月，第一次核心利害关系者非正式会议召开。东北大西洋区域组织、国际海底管理局（ISA）和东北大西洋渔业委员会（NEAFC）发起草拟了主管机关集体协议，旨在加强东北大西洋区域组织与其他国际组织在管理国家管辖范围以外的海洋保护区方面的合作。2011 年 6 月，东北大西洋委员会通过《关于管理东北大西洋国家管辖范围以外选定区域的主管机关间集体安排（Collective Arrangement between Competent Authorities on the Management of Selected Areas in Areas beyond National Jurisdiction in the North East Atlantic）》（以下简称“《集体安排》”）。该《集体安排》属于东北大西洋委员会制定的“其他协议（other agreement）”，是国家管辖范围以外的海洋保护区的管理框架的一部分，被视为东北大西洋区域组织与其他国际组织未来合作的框架和新的起点。[282]2012 年 1 月，在第二次核心利害关系者非正式会议上，主管机关表示将把《集体安排》纳入各自议程进行讨论。截至 2014

[277]东北大西洋区域组织关于执行物种和栖息地保护和养护措施的闭会通信组 15/6/1-E 会议，报告摘要，第 2.7(a)段。

[278]东北大西洋区域组织生物多样性委员会 14/9/1-E 会议，报告摘要，第 4.17 段；东北大西洋区域组织关于海洋保护区的闭会通信组 14/9/1-E 会议，报告摘要，第 5.2 段

[279]东北大西洋区域组织生物多样性委员会 14/9/1-E 会议，报告摘要，第 4.17 段。

[280]东北大西洋区域组织生物多样性委员会 14/9/1-E 会议，报告摘要，第 4.20 段。

[281]东北大西洋委员会 08/24/1-E 会议，附件八。

[282]东北大西洋委员会 11/20/1-E 会议，报告摘要，第 4.15 段。

年 6 月，《集体安排》已得到东北大西洋渔业委员会同意，留待在该委员会会议上通过。[283]

根据《集体安排》，主管机关应当：（1）互通任何最新科学信息和环境评估及监测数据；（2）互通现有和拟议的人类活动；（3）在环境影响评估、战略环境评估等方面进行合作；（4）每年就各自在选定区域的目标实现情况、管理措施的适当性等相互咨询，并在必要情况下，提出改善建议；（5）在适当情况下，通过交换数据、分享数据库和以标准化格式收集数据，合作取得对选定区域的更佳了解。

3. 小结

东北大西洋区域组织是最早设立公海海洋保护区的组织之一，然而就其现有管理框架来看，管理措施还停留在“提高意识”层面，尚未深入到如何对污染环境的人类活动采取管理措施。这反映了公海海洋保护区的普遍发展现状。在实施现有管理措施时，第三国的权利没有受到明显影响，但未来管理措施是否会影响甚至损害第三国权益，仍是未知数。从各国在特设工作组会议上表达的对区域组织设立公海海洋保护区的担忧来看[284]，有必要对采取不同管理措施的公海海洋保护区分情形讨论。

（四）公海海洋保护区的合法性——分情形讨论

尽管国家设立仅限制本国船舶的公海海洋保护区是符合船旗国专属管辖制度的，然而该等公海海洋保护区的合法性仍然受到质疑，原因可能在于其对第三国的潜在影响。笔者假设并分析了以下情形。在探讨不同情形下的公海海洋保护区的合法性时，也就是在构想哪些管理措施是为国际法所允许的。

1. 公海海洋保护区直接影响第三国

公海海洋保护区所覆海底，或为第三国 200 海里外大陆架[285]，或为“区域”。根据《公约》，国家对 200 海里外大陆架享有主权权利，可以开发资源（开发非生物资源须缴付一定费用和实物），铺设海底电缆和管道，建设人工岛屿、设施和结构。对于“区域”，根据平行开发制度，国家及其自然人和法人可以向国际海底管理局提出两块经探明的具有同等商业价值的海底区域，一块经国际海底管理局选定为保留区，由国际海底管理局企业部开发；另一块为合同区，由申请人开发。

[283]东北大西洋委员会 14/21/1-E 会议，报告摘要，第 10.17 段。

[284]参见特设工作组 A/67/95 报告，第 37 段；特设工作组 A/69/82 报告，第 18 段；特设工作组 A/69/177 报告，第 64 段。

[285]例如，北大西洋区域组织的阿尔泰海隆公海海洋保护区、安蒂阿尔泰海隆公海海洋保护区、约瑟芬海隆公海海洋保护区和亚速尔群岛以北大西洋中脊公海海洋保护区所覆海底为葡萄牙的 200 海里外大陆架。

当国家或区域组织设立的公海海洋保护区所覆海底为第三国 200 海里外大陆架或“区域”时，国家或区域组织在公海海洋保护区实施的管理措施可能会影响到第三国在 200 海里外大陆架或“区域”的开发或建设活动。例如，公海海洋保护区设立国要求任何活动（包括海底开发和建设）对保护区的污染都不得超过一定水平，而该规定比国际通行标准要更为严格。

对该等管理措施合法性的分析，涉及规定管理措施的法律文件的层级：如果其层级低于开发“区域”的国际环保标准文件的层级，那么保护区设立国的管理行为可能在国际法上不具有法律效力；如果其层级等同于开发“区域”的国际环保标准文件的层级，那么保护区设立国可能面临国际法律义务的竞合。因此，有学者提出，保护区设立国应当与国际海底管理局、200 海里外大陆架所属国就如何整体规划及管理展开积极合作。[286]

此外，公海海洋保护区设立国尽管不能对第三国采取管理措施，但可能以管理本国船舶为理由，要求第三国船舶进入保护区时主动报告，或将第三国船舶置于监控之下（如同防空识别区的管理）。在这一情形中，防空识别区（Air Defense Identification Zone，简称 ADIZ）的发展可能成为公海海洋保护区发展的一个方向。

2. 公海海洋保护区间接影响第三国

公海海洋保护区设立国在管理本国航运或其他相关产业时，可能间接影响第三国。例如，在国际贸易中，第三国货物的承运方可能为一个设立或与他国共同设立公海海洋保护区的国家。当承运国船舶行至公海海洋保护区时，须要遵守公海海洋保护区的规则和标准。承运方可能会将履行环保义务的成本转嫁到第三国身上。在某些情况下，船舶可能被限航甚至禁航，第三国就会受到较大影响。然而在这种情形下，公海海洋保护区的合法性并不因为影响第三国而减损。

另外一种间接影响的情形是，通过区域组织或谈判合作设立公海海洋保护区的国家，为了履行自己在国际法上的义务，制定可能影响到第三国的国内法。例如，公海海洋保护区设立国要求本国公司进口的原材料都由排污量低于一定水平的船舶运输。这在规制本国承运者的行为同时，也会影响到第三国承运者。

针对这种情形，世界贸易组织（WTO）的《1994 年关税与贸易总协定（General Agreement on Tariffs and Trade）》规定各成员享有“环保例外权”，即有权以“保障人民、动植物第生命或健康”（第 20 条(b)款）和“与国内限制生产与消费的措施相配合，为有效保护可能用竭的天然资源”（第 20 条(g)款）为理由，采取限制贸易的措施，但不得构成武断的或不合理的差别待遇，或构成对国际贸易的变相限制。

[286]参见 Tanaka, Y., *Reflections on High Seas Marine Protected Areas: A Comparative Analysis of the Mediterranean and the North-East Atlantic Models*, 81 Nordic J. Int'l L. 295 (2012), 320-324.

3. 公海海洋保护区通过法律以外方式影响第三国

在不违反强行法的情况下，一国可以通过外交手段无需任何理由制裁他国。但显然，单方的、没有合理根据的制裁是无力的或对自己造成严重不良后果的。当多个国家合作设立公海海洋保护区时，如果它们希望第三国也遵守该区域养护生物资源的规定，例如减少捕鱼量，那么它们可以向第三国集体施压。此时，公海海洋保护区的管理措施就“延伸”到了第三国，而从法律角度上讲，公海海洋保护区的合法性不因此减损。

在军事方面，公海海洋保护区的设立亦会对他国产生影响。美国于去年 9 月将“太平洋偏远岛屿海洋国家保护区”的面积从 8.7 万平方海里扩大到 78.2 万平方海里，范围包括公海。保护区内的很多岛屿都是或曾经是军事基地，扩大保护区对民用活动施加了更多限制，为这些军事基地岛屿进一步增添了神秘色彩。正如美国《国家利益》杂志评论的那样，“美国的海洋国家公园也是这个国家建立在中西太平洋的强大的地缘政治优势和领土的纪念碑”。[287]

4.有关公海海洋保护区的实践累积发展成新的国际法

设立公海海洋保护区的国家或区域组织会制定选定和管理公海海洋保护区的规则，指导本国机构或区域公约缔约方的相关活动。一些国际组织也会制定此类指南。例如，鉴于海洋科学研究对深海海底、尤其时对热液喷口构成威胁，海脊间组织草拟了《养护和可持续使用热液喷口地点行为准则的可能要点》。国际海底管理局秘书长在非正式协商进程第五次会议上发言时声称，该行为准则的基本原则可以作为国际海底管理局下一次研讨会的重要依据，供用于编写关于深海海底探矿者和探测者一般惯例的建议。[288]随着这些实践积累，新的国际法可能会发展出来，约束未参与或反对这些实践的国家。

[287]邓文等：《奥巴马设立史上最大保护区政治军事内涵引关注》，载《环球时报》，2014 年 6 月 20 日。

[288]联合国秘书长 A/59/62/Add.1 报告，第 293-294 段。

五、结语

现行国际法的发展逐步认识到海洋环境的重要性，并提出采取划区管理工具，例如海洋保护区，来保护海洋生态系统和生物多样性。然而，有关海洋保护区的制度尚不健全[289]，国家针对谁、采取什么管理措施、规制哪些人类活动都可能影响到海洋保护区的合法性，而这一问题在公海海洋保护区上尤为突出。通过对现有公海国际法律制度的分析可知，公海海洋保护区合法的首要条件是国家采取的管理措施仅针对本国船舶。但是，在此条件下，他国的权利和自由仍可能受到影响。该等影响并不一定违反国际法：一方面，随着保护海洋环境意识的提高，国家行使公海自由的空间在被压缩；另一方面，这种影响可能是非法律性质的，例如政治或军事上的影响。

公海海洋保护区法律地位的解决需要全球性法律框架，规范公海海洋保护区的概念、目标、甄选、管理等。特设工作组已召开三次会议就这一问题进行研究。在最近一次会议上，各国就是否须要制定新的、具有法律拘束力的协定仍存在分歧。[290]笔者认为，一个有益的借鉴是公海渔业制度：具有基本性质的问题在全球层面（联合国大会和粮农组织）解决，与特定区域相关联的问题在区域渔业管理组织框架或安排下解决。[291]回到公海海洋保护区问题上，未来的发展可以在全球层面制定公海海洋保护区制度的一般原则，在区域层面制定甄选和管理公海海洋保护区的具体办法。

---

[289]参见 Lodge, M. W. & Nandan, S. N., *Some Suggestions Towards Better Implementation of the United Nations Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks of 1995*, 20 IJMCL 345 (2005), 380; Reeve, L. L. N., Domino, A. R., & Gjerde, K. M., *The Future of High Seas Marine Protected Areas*, 26 Ocean Yearbook 265 (2012), 273：“与更现近的法律文件相比，《公约》未包含生态系统管理和预防原则，或者例如有代表性的海洋保护区网络、环境战略评估等工具。此外，《公约》没有反映现代治理规范，例如透明度、问责制、包容性等。”

[290]特设工作组 2015 年 1 月 20-23 日会议成果（事先和未经编辑），第 11-13 和 27 段。

[291]参见 Rayfuse, R. & Warner, R.,*Securing a Sustainable Future for the Oceans beyond National Jurisdiction: the Legal Basis for an Integrated Cross-Sectoral Regime for High Seas Governance for the 21st Century*, 23 IJMCL 399 (2008), 411.

参考文献

（一）国际法律文件

文件名称	通过年份
国际法院规约（Statute of the Internaiontal Court of Justice）	1945
公海公约（Convention on the High Seas）	1958
联合国海洋法公约（United Nations Convention on the Law of the Sea）	1982
1982 年 12 月 10 日《联合国海洋法公约》有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定执行协定（Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention of the Law of the Sea of 10 December 1982, Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks）	1995
关于执行 1982 年 12 月 10 日《联合国海洋法公约》第十一部分的协定（Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982）	1994
生物多样性公约（Convention on Biological Diversity）	1992
关于海洋和沿海生物多样性的雅加达任务（Jakarta Mandate on Marine and Coastal Biological Diversity）	1995
防止船舶污染国际公约（International Convention for the Prevention of Pollution from Ships）	1973
关税与贸易总协定（General Agreement on Tariffs and Trade）	1994
联合国人类环境会议宣言（Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment）	1972
人类环境行动计划（Action Plan for the Human Environment）	1972
关于环境与发展的里约热内卢宣言（Rio Declaration on Environment and Development）	1992
21 世纪议程（Agenda 21）	1992
关于可持续发展的约翰内斯堡宣言（Johannesburg Declaration on Sustainable Development）	2002
可持续发展世界首脑会议执行计划（Plan of Implementation of the World Summit on	2002

Sustainable Development）	
我们希望的未来（The Future We Want）	2012
保护东北大西洋海洋环境公约（Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic）	1992
东北大西洋区域组织关于海洋保护区网络的 2003/3 建议（OSPAR Recommendation 2003/3 on a Network of Marine Protected Areas）	2003
东北大西洋公约区确定和甄选海洋的指导方针（Guidelines for the Identification and Selection of Marine Protected Areas in the OSPAR Maritime Area）	2003
东北大西洋公约区管理海洋保护区的指导方针（Guidelines for the Management of Marine Protected Areas in the OSPAR Maritime Area）	2003
关于管理东北大西洋国家管辖范围以外选定区域的主管机关间集体安排（Collective Arrangement between Competent Authorities on the Management of Selected Areas in Areas beyond National Jurisdiction in the North East Atlantic）	2011
东北大西洋区域组织关于设立米尔恩海隆复合区海洋保护区的 2010/1 决定（OSPAR Decision 2010/1 on the Establishment of the Milne Seamount Complex Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于管理米尔恩海隆复合区海洋保护区的 2010/12 建议（OSPAR Recommendation 2010/12 on the Management of the Milne Seamount Complex Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于设立查尔利-吉布斯南部海洋保护区的 2010/2 决定（OSPAR Decision 2010/2 on the Establishment of the Charlie-Gibbs South Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于管理查尔利-吉布斯南部海洋保护区的 2010/13 建议（OSPAR Recommendation 2010/13 on the Management of the Charlie-Gibbs South Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于设立阿尔泰海隆公海海洋保护区的 2010/3 决定（OSPAR Decision 2010/3 on the Establishment of theAltair Seamount High Seas Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于管理阿尔泰海隆公海海洋保护区的 2010/14 建议（OSPAR Recommendation 2010/14 on the Management of theAltair Seamount High Seas Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于设立安蒂阿尔泰海隆公海海洋保护区的 2010/4 决定（OSPAR Decision 2010/4 on the Establishment of the Antialtair Seamount High Seas	2010

Marine Protected Area）	
东北大西洋区域组织关于管理安蒂阿尔泰海隆公海海洋保护区的 2010/15 建议（OSPAR Recommendation 2010/15 on the Management of the Antialtair Seamount High Seas Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于设立约瑟芬海隆公海海洋保护区的 2010/5 决定（OSPAR Decision 2010/5 on the Establishment of the Josephine SeamountHigh Seas Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于管理约瑟芬海隆公海海洋保护区的 2010/16 建议（OSPAR Recommendation 2010/16 on the Management of the Josephine SeamountHigh Seas Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于设立亚速尔群岛以北大西洋中脊公海海洋保护区的 2010/6 决定（OSPAR Decision 2010/6 on the Establishment of the Mid-Atlantic Ridge North of the Azores High Seas Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于管理亚速尔群岛以北大西洋中脊公海海洋保护区的 2010/17 建议（OSPAR Recommendation 2010/17 on the Management of the Mid-Atlantic Ridge North of the Azores High Seas Marine Protected Area）	2010
东北大西洋区域组织关于设立查尔利-吉布斯北部公海海洋保护区的 2012/1 决定（OSPAR Decision 2012/1 on the Establishment of the Charlie-Gibbs North High Seas Marine Protected Area）	2012
东北大西洋区域组织关于管理查尔利-吉布斯北部公海海洋保护区的 2012/1 建议（OSPAR Recommendation 2012/1 on the Management of the Charlie-Gibbs North High Seas Marine Protected Area）	2012
关于地中海特别保护区和生物多样性的巴塞罗那公约附加议定书（Protocol Concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean）	1995
建立地中海海洋哺乳动物保护区的联合声明（Joint Declaration Concerning the Institution of a Mediterranean Sanctuary for Marine Mammals）	1993
创设地中海海洋哺乳动物保护区的协议（Agreement on the Creation of a Mediterranean Sanctuary for Marine Mammals ）	1999
保护南太平洋区域自然资源和环境公约（Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region）	1986
关于环境保护的南极条约议定书（Protocol on Environment Protection to the Antartic Treaty）	1991
保护南奥克尼群岛南部大陆架的 91-03 养护措施（Conservation Measures 91-03: Prtection	2009

of the Sourth Orkney Islands southern shelf）	
建立养护南极海洋生物资源的海洋保护区总体框架的 91-04 养护措施（Conservation Measures 91-04: General framework for the establishment of CCAMLR Marine Protected Areas）	2011
保护和开发大加勒比区域海洋环境公约关于特别保护区和野生物的议定书（Specially Protected Areas and Wildlife Protocol of the Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wilder Caribbean Region）	1990

（二）国际会议报告

发布机构	文件编号	年份
联合国秘书长	A/58/65	2003
	A/59/24	2004
	A/59/62/Add.1	2004
	A/61/63	2006
	A/62/66/Add.2	2007
	A/63/63/Add.1	2008
	A/65/69/Add.2	2010
	A/66/70	2011
	A/67/79/Add.1	2012
	A/68/70	2013
特设工作组	A/66/119	2011
	A/67/95	2012
	A/69/82	2014
	A/69/177	2014
	2015 年 1 月 20-23 日会议成果（事先和未经编辑）	2015
东北大西洋委员会	08/24/1-E	2008
	11/20/1-E	2011
	14/21/1-E	2014

东北大西洋区域组织生物多样性委员会	14/9/1-E	2014
东北大西洋区域组织关于海洋保护区的闭会通信组	14/9/1-E	2014
东北大西洋区域组织关于执行物种和栖息地保护和养护措施的闭会通信组	15/6/1-E	2015

（三）国际组织出版物

Dotinga, H&Molenaar, E. J., *The Mid-Atlantic Ridge: A Case Study on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction*, IUCN, Switzerland (2008).

OSPAR Commission, *2012 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas*, OSPAR Commission, UK (2013).

OSPAR Commission, *Annual Report 2013/14*, OSPAR Commission, UK (2014).

OSPAR Commission, *Annual Report 2012/13*, OSPAR Commission, UK(2013).

Christiansen, S., *Background Document for the High Seas MPAs Regional Approaches and Experiences*, WWF, Germany (2010).

UNEP/MAP/Plan Bleu., *Analysis of Mediterranean Marine Environment Protection: the Case of the Pelagos Sanctury*, UNEP/MAP, France(2012).

UNEP-WCMC, *National and Regional Networks of Marine Protected Areas: A Review of Progress*, UNEP-WCMC, UK (2008).

（四）著作

白桂梅著：《国际法》（第二版），北京大学出版社 2010 年版。

帕特莎·波尼 (Patricia Birnie)和埃伦·波义尔 (Alan Boyle)著：《国际法与环境 (International Law and the Environment)》（第二版），那力、王彦志和王小钢译，高等教育出版社 2007 年版。

Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary* (Dordrecht, 1991), iv.

（五）论文

Ansari, A. H.& Jamal, P.,*The Convention on Biological Diversity: A Critical Appraisal with Special Reference to Malaysia*, 88 Ind. JIL 134 (2000).

Baur, D. C., Irvin W. R. & Misenko, D. R., *Putting "Protection" into Marine Protected Areas*, 28 Vt. L. Rev. 497 (2003-2004).

Craig, R. K., *Protecting International Marine Biodiversity: International Treaties and National Systems of Marine Protected Areas*, 20 J. Land Use & Envtl. L. 333 (2004-2005).

Falk, R. A.&Elver, H., in, Vidas &Østreng (eds.), *Order for the Oceans at the Turn of the Century* (The Hague, 1999).

Lodge, M. W. & Nandan, S. N., *Some Suggestions Towards Better Implementation of the United Nations Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks of 1995*, 20 IJMCL 345 (2005).

Molenaar, E. J.& Elferink, A. G. O., *Marine Protected Areas in Area beyond National Jurisdiction – The Pioneering Efforts under the OSPAR Comvention*, 5 Utrecht L. Rev. 5 (2009).

Rayfuse, R. & Warner, R.,*Securing a Sustainable Future for the Oceans beyond National Jurisdiction: the Legal Basis for an Integrated Cross-Sectoral Regime for High Seas Governance for the 21st Century*, 23 IJMCL 399 (2008).

Reeve, L. L. N., Domino, A. R., & Gjerde, K. M., *The Future of High Seas Marine Protected Areas*, 26 Ocean Yearbook 265 (2012).

Scovazzi, T., *Marine Protected Areas on the High Seas: Some Legal and Policy Considerations*, 19 Int'l J. Marine & Coastal L. 1 (2009).

Tanaka, Y., *Reflections on High Seas Marine Protected Areas: A Comparative Analysis of the Mediterranean and the North-East Atlantic Models*, 81 Nordic J. Int'l L. 295 (2012).

Yankov, A., in, Boyle and Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (Oxford, 1999).

（六）案例

Trial Smelter Arbitration, 33 AJIL (1939), 182; 35 AJIL (1941), 684.

（七）电子资料

邓文、李珍、青木、谷棣、邢晓婧、南平：《奥巴马设立史上最大保护区政治军事内涵引关注》，载《环球时报》2014 年 6 月 20 日，http://world.huanqiu.com/exclusive/2014-06/5027362.html.

IMO, *The 1995 United Nations Fish Stock Agreement*, available from: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/Background%20paper%20on%20UNFSA.pdf.

Max Planck Encyclopedia of Public International Law, entry: *Air Defence Identification Zone*, available from:http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e237?rskey=tedACK&result=1&prd=EPIL.

Max Planck Encyclopedia of Public International Law, entry: *High Seas*, available from:http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1174?rskey=hrrgxI&result=1&prd=EPIL.

United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements as at 3 October 2014*, available from: http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#Agreement%20for%20the%20implementation%20of%20the%20provisions%20of%20the%20Convention%20relating%20to%20the%20conservation%20and%20management%20of%20straddling%20fish%20stocks%20and%20highly%20migratory%20fish%20stocks.

United Nations Division for Sustainable Development, *What is Jahannesburg Summit 2002?* available from: http://www.un.org/jsummit/html/basic_info/basicinfo.html.

湿地资源保护的国际法思考

——从国际环境合作机制的视角

邓瑞，方悦颖

292

内容摘要：2015 年是联合国成立与世界反法西斯战争胜利 70 周年，伴随着这一背景国际法治下的国际秩序已经基本建立，湿地资源保护的国际法治规则体现的较为明显。湿地资源保护对于维持生物多样性、涵养水源等方面具有重要的作用。从国际环境合作机制的理论研究湿地资源保护是一个新的视角。以其机制蕴含的哲学法理为出发点，介绍当前湿地保护国际合作机制的基石（湿地公约）、重要机构（湿地国际）以及平台（国际湿地大会），并对国际合作机制中参与主体（国家、国际组织、非政府组织、企业和个人），参与形式（条约、章程）和实施机制、监督机制、争端解决与责任机制等方面加以整合和完善。在这种趋势下，作为湿地资源大国的中国，在国内层面以及国际层面都必须有所行动。

主题词：湿地资源　国际环境合作机制　国际法

一、湿地保护的国际合作机制的概念界定

根据《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》第二条规定，湿地是指，不亲问其为天然或人工、长久或暂时的沼泽地、泥炭地或水域地带，带有静止或流动的淡水、半咸水或咸水水体，包括低潮时水深不超过 6 米的水域。湿地被誉为“地球之肾”，作为一个独特且重要的生态系统，湿地在涵养水源、保持水土、维护生物多样性方面发挥着重要作用。

国际合作机制理论是国际关系学领域的重要内容。对于国际合作机制的概念学界存在着众多的分歧，但比较公认的观点是美国著名政治学家斯蒂芬·克拉斯纳提出的定义：指一系列的原则、规范、规则以及决策程序，行为者对某个既定国际关系领域(问题)的预期围绕着它们而汇聚在一起，它对于克服各国之间就全球问题进行合作所面临的信息障碍，提供行动和政策预期，降低交易成本，减少国家利己的机会主义行为倾向，以及形成合作的激励性机制等方面扮演着举足轻重的角色，具有促进实现国家间的长期、平稳、规范合作的潜力。[293]对于国际环境合作机制是指国际关系学上的国际合作机制理论在环境法领域的应用，而湿地资

[292] 邓瑞(1991 年 2 月—)，男，汉，武汉大学法学院 2014 级硕士生。研究方向：国际环境法。
方悦颖（1992 年 7 月—），女，汉，东南大学法学院 2014 级硕士生。研究方向：国际法，法理学。

[293] 王杰主编：《国际机制论》，新华出版社 2002 年版，第 5 页。

源保护的国际合作机制是这一理论在环境法领域的更加具体的应用。

二、湿地资源保护的国际合作机制的理论基础

（一）国际法国际合作原则的要求

国际合作原则是国际法的一项基本原则，[294]国际合作的原则在《联合国宪章》等一些列国际法文件中都有体现。国际合作机制是国际法原则的制度化规定，自然在湿地资源保护领域建立国际合作机制必然要遵循国际法规则，从国际法的角度诠释湿地资源保护的国际合作机制的必要性是其重要的法理依据之一。

目标的一致性是各方合作的重要条件。在湿地资源领域，各国对于自己主权范围内的湿地资源进行保护会产生两个目的：一是出于保护自己国家内的自然资源，实现国家的可持续发展。另一方面，为了全人类的福祉，为了让子孙后代能够享受到湿地资源带来的福利。这样，对于湿地资源保护目标的一致性便成为了各国有动力开展合作的重要条件。

各国经济、科技、法律制度等方面的差异性是各国开展合作的重要推动力。在湿地资源保护领域，由于各国经济发展水平与社会制度的差异，各国在资源保护的能力与力度方面并不是一致的，有些国家有保护的想法，但是出于国家发展的需要而忽视湿地资源保护。在这种情况下，开展湿地资源保护的国际合作就显得特别有必要，通过国家间的互补互助，达到资源保护的共同目的。国际法是国家间意志协调的产物，在国际舞台上对湿地资源进行保护则要求国家进行利益的取舍，求同存异，才能利益达成一致采取共同的步伐。

（二）湿地资源自身的特性

湿地资源按照区域划分的话属于国家主权范围内的资源，对于境内湿地资源的保护首先是国内管辖的事项，何以需要国家之间的合作，需要国际组织进行协调进行保护，原因之一在于湿地资源自身的特性，使得跨国界的保护成为一种必然。

间接流动性与间接影响性。湿地资源间接流动性与间接影响性是相对于大气、流域水的直接流动与直接影响性而言的。作为一种独特的生态系统，湿地资源的生态功能是多样的，这些多样性的生态功能就使得湿地资源才具有这样的特性。首先，以涵养水源为例，湿地资源被誉为巨大的水源地。湿地所蕴含的的水资源是流域水的重要来源，如果这些流域是跨国界的，那么湿地的间接流动性就体现出来了。再以调节气候为例，湿地有着“生态环境的优化器”之称，主要是指大面积的湿地，通过蒸腾作用能够产生大量水蒸气，不仅可以提高周围地区空气湿度，还可诱发降雨,增加地表和地下水资源。这样，湿地所引起的气候变化，由气候变化导致的影响可以间接归属于湿地的间接调节性。

价值的全人类性。价值的全人类性侧重于强调湿地资源独特的价值，而且这一价值应当成为全人类的共同福祉，值得全人类共同努力加以保护。这一价值主要表现在湿地资源是重要的物种资源库。以中国为例：全国内陆湿地已知的高等植物有 1548 种，高等动物有 1500 种；海岸湿地生物物种约有 8200 种，其中植物 5000 种、动物 3200 种。这些物种具有重要的经济价值、生态价值和科学研究价值。[295]

---

[294] 王曦著：《国际环境法》，法律出版社 2005 年版，第 112 页。

[295] 秦玉峰：《我国湿地资源保护立法的必要性》，载《学术交流》2004 年第 7 期。

（三）全球环境问题的共治

从“公地悲剧”到“囚徒困境”再到“集体行动逻辑”，公共资源难免会被遭到过度的使用。奥尔森曾经提出过社会科学领域的两条定律：第一条定律是：有时当每个个体只考虑自己的利益的时候,会自动出现一种集体的理性结果,第二条定律是:有时第一条定律不起作用,不管每个个体多么明智地追寻自我利益,都不会自动出现一种社会的理性结果。[296]从国家的视角而言，全球环境问题需要国家之间合作，主要是考虑国家的单个非理性活动，当国家只考虑自己的经济发展，会忽视湿地资源的保护，造成集体不理性的结果，带来世界湿地资源的巨大破坏。此外，湿地资源保护领域国际组织的增长、区域环境合作的开展、国际条约的发展等等都使得全球环境问题的共治成为一种可能。

三、湿地保护的国际合作机制的基本框架

（一）湿地保护国际合作机制的基石——《拉姆萨尔公约》

在 20 世纪 60 年代，由于湿地破坏的严重性，国际水禽资源局等一系列致力于通过国际合作保护湿地的国际组织组织参加了一系列国际学术会议，主张湿地保护的全球性保护。在 1971 年 2 月 2 日在伊朗的拉姆萨尔草拟并最后签署了“国际重要湿地特别是水禽栖息地公约”，简称《拉姆萨尔公约》，于 1975 年 12 月 21 日条约正式生效。这是国际上第一个致力于保护湿地而达成的国际条约，是湿地资源开展国际合作保护的重要基石。条约的主要内容表现在三个方面：[297]

1.确立了“湿地保护”和“明智利用”相结合的原则。

2.缔约国有义务将境内至少及个以上的有国际重要意义的湿地列入湿地名单，并加以保护。

3.缔约国应根据本国的制度对所登记的湿地进行保护和管理,并在其生态学特征发生变化时向秘书处报告。

（二）湿地保护国际合作机制的重要机构——湿地国际

1.湿地国际的成立与性质

创建于 1995 年的湿地国际由由亚洲湿地局、国际水禽和湿地研究局和美洲湿地组织合并组成。[298]它是一个致力于湿地保护与合理利用的非赢利性的全球组织，在全球、区域和国家三个层面开展湿地保护的工作。

2.管理与组织

湿地国际成立了湿地国际董事会和湿地大会。其中董事会是由各成员国的代表、国际组织代表和湿地专家组成。湿地国际具体的操作与运转主要依靠成员大会，它是湿地国际最高决策机构，每三年开一次大会，主要负责商定湿地国际战略，审议工作计划等工作。

3.湿地国际的活动方式

湿地国际的活动方式呈现出多样性的特点。比较典型的有传播信息资料开展培训活动和进行湿地管理社区协调项目的方式。

4.湿地国际与中国

目前中国已经成立中华人民共和国国际湿地公约履约办公室与中国履行《湿地公约》国家委员会作为专门的机构做好与湿地国际的对接工作。

---

[296] 苏长和著：《全球公共问题与国际合作：一种制度的分析》，上海人民出版社 2000 年版，第 2 页。

[297] 参见《拉姆萨尔公约》官方网站，http://www.ramsar.org/cda/en/ramsar-home/main/ramsar

[298] 参见湿地国际中国官方网站，http://www.wetwonder.org

（三）湿地保护国际合作机制的平台—国际湿地大会

国际湿地大会是由湿地工作组每四年举办一次。湿地工作组(INTECOL Wetlands Working Group—WWG)是国际生态学协会的下属的影响最大的工作组。[299]湿地工作组成立于 1978 年召开的国际生态学会大会，多年来在湿地研究与科学交流、组织国际湿地会议与湿地资源信息的共享发挥着重要作用。目前，湿地工作组正在筹备第十届常熟国际湿地大会。下面盘点几次重要的湿地大会：

1.第五届国际湿地大会。第五届国际湿地大会于 1996 年 9 月在澳大利亚佩斯举行，会议主要围绕着“湿地的未来”这一主题展开，会议内容重点阐释了保护世界湿地的意义。这次会议讨论的视角从湿地环境效益，物理、化学和生物学过程，应用研究和湿地管理政策与规化而展开[300]。

2.第六届国际湿地大会。第六届国际湿地大会于 2000 年 8 月在加拿大魁北克市举行，大约 70 个国家的 2100 人参加这次会议。会议的主题是“千年湿地活动”，这是新千年开始的一次重要会议，对未来湿地研究、保护、管理、恢复和利用等都有重要的指导意义。

3.第七届国际湿地大会。第七届国际湿地大会于 2004 年 7 月 25 日—30 日在荷兰乌得勒市举行，这次会议的主要回顾世界范围内有关水资源综合管理的主要热点问题，围绕着湿地在综合水资源管理中的角色，湿地在水环境改善中的作用等主题展开讨论[301]。

4.第八届国际湿地大会。第八届国际湿地大会于 2008 年 6 月 20 日至 25 日在巴西科亚巴市举行。这次会议的口号是“大湿地，大关注”，会议主要讨论了在气候变化对湿地的区域性和全球性影响以及湿地如何影响气候变化[302]。

四、对合作机制基本框架的评析与思考

湿地资源保护的国际合作机制的实质就是在各国共同意志或者契约的基础之上通过国际法律规则的形式来规制国家的行为。笔者通过仔细分析合作机制的基本框架，得出以下思考：

1.《拉姆萨公约》以国际条约的形式规定了国家在湿地资源保护领域的权利，义务以及违反义务所承担的责任。公约的内容体现的是国家意志的协调，是对主权的一种让渡，即公约尝试将国家对其自然资源的主权与其保护脆弱环境的责任协调起来。公约承认缔约国对其领土范围内的湿地享有专有主权，但规定缔约国同时承担责任，包括养护、管理和合理利用迁徙水禽群，制定和实施对《名录》中湿地进行保护的计划。[303]

2.湿地国际作为湿地资源保护的重要机构。从湿地国际董事成员的组成可以看出，湿地国际的国际法主体具有多样性，包括成员国代表、国际组织等。湿地国际的大会活动则体现了国际法主体的互动性。

3.国际环境合作平台和合作组织的广泛建立，是国际环境合作不断深化的又一个重要标志。以国际环境会议、论坛及国家间机制为代表的合作平台已经成为

---

299 国际生态学协会作为国际生物科学协会的生态学部于 1967 年成立。国际生态学协会的职责是: 促进生态科学的发展以及生态学的原理应用于全球的需要,特别是通过国际合作来实现这个目标。

300 赵魁义:《国际湿地第五届大会在佩斯召开》，载《地理科学》 1996 年第 16 卷。

301 左平:《从第七届国际湿地会议看全球湿地研究热点及进展》，载《湿地科学》2005 年 3 月刊

302 陈晶:《第八届国际湿地大会在巴西科亚巴召开》，载《湿地科学与管理》2008 年 12 月刊

303 皮里阳:《湿地保护的国际法发展》，载《湖北社会科学》2009 年第 11 期。

国际环境合作的基本样式。[304]国际湿地大会一方面为国家与国家之间，国家与国际组织等之间的交流提供一个平台，也为各国各地关于湿地资源保护的科学研究，保护状况，经验介绍提供了一个很好的交流契机。除了国际湿地大会之外，还有《湿地公约》缔约国大会，湿地国际会议等重要会议，在湿地资源保护国际合作方面都承担着重要的功能。

五、湿地保护的国际合作机制的基本框架的整合与完善

（一）国际合作机制中参与主体的整合与完善

1、国家主体地位的巩固。在国际社会中，国家是承担国际法上的权利和义务的主要主体。[305]过去在有关湿地环境保护的国际合作中，湿地条约的签订、履行、实施与监督最终都需要依赖于国家的意志。以《湿地公约》的签订与发展为例，最初在伊朗拉姆萨尔共同签署条约的国家只有 18 个，2012 年增长到 160 个，2014 年已经达到了 168 个。可以看出，世界上超过五分之四的国家都已经成为《湿地公约》的重要成员，国家也同样成为了公约的主要力量。

2、国际组织主体地位的巩固。政府间国际组织是国际湿地环境保护的一支重要的力量。它们为各国提供关于国际环境合作和协调的论坛。[306]在湿地保护的国际合作中，存在着众多的国际组织，比如世界自然保护联盟，[307]比较典型的是湿地国际。湿地国际是湿地保护国际合作机制的重要组织，并且在很多国家都有办事处，定期召开大会商讨湿地保护对策。

3、非政府组织力量的扩大。尽管非政府组织不是严格意义上的国际法主体，但是在国际湿地环境的保护中，非政府见国际组织的湿地保护行动却是非常活跃的。在过去几十年来，国际社会上涌现出众多保护湿地的非国际组织，比如湿地科学家学会，大自然保护协会等等。[308]在湿地环境的国际合作领域，重视非政府组织的作用，发挥非政府组织的主动性与优势，可以弥补政府以及政府间国际组织力量或者能力的不足，真正实现环境保护的全球性与公益性。

4、企业、个人以及其他参与主体的引入。湿地保护的公益性与全球性在一定程度上也催生了私人企业或者个人等一些主体的参与。作为国际法蓬勃发展的新领域之一，国际环境法在许多方面都对国际法理论有所突破，其中比较典型的就是企业（包括跨国公司）、个人等能否作为国际社会的主体。[309]笔者认为在湿地保护的国际合作框架中，应当把个人以及企业（包括跨国公司）纳入主体的考虑范围，原因在于：第一，个人，包括一系列土著居民，生活在湿地周围的居民，他们是湿地环境的最直接感知者，同时也是湿地保护重要的实施者与监督者，充分利用当地居民的力量，发挥公众参与的力量，既有效又节约财力、物力等资本投入；第二，企业（包括跨国公司）、个人同时也是湿地破坏的责任者之一，把他们纳入合作机制的主体范围便于追究责任。第三，国际社会中许多私人企业有着科技研究、财产等优势，[310]与其合作更利于湿地资源的国际保护。

---

304 杨晨曦：《全球环境治理的结构与过程研究》，吉林大学[博士论文]2013 年 6 月

305 王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 65 页。

306 王曦：《国际环境法》，法律出版社（第二版），第 76 页。

307 世界自然保护联盟由政府、非政府组织以及个人成员组成，笔者在此将其归为政府间国际组织。

308 资料来源：湿地中国：拉姆萨尔湿地公约与其他公约和国际组织合作
http://www.shidi.org/lib/lore/convention-ramsar-partnership.htm

309 马骧聪：国际环境法——个新兴的国际法部门，环球法律评论，1993-06-28

310 比如达能集团拉姆萨尔埃维昂项目、星空联盟网络。

（二）国际合作机制中参与形式的整合与完善

1、条约。条约是湿地保护领域国际合作的重要形式之一。它包括有关湿地环境保护的双边条约、多边条约、区域条约和全球性条约。[311]《湿地公约》是典型的多边条约，这是国际上第一个致力于保护湿地而达成的国际条约，共有168个国家参加。然而有关湿地保护的双边条约、区域性条约发展相对比较缓慢，在有关湿地保护的区域合作方面，比较成功的是澳大利亚与新西兰在湿地保护方面的合作。[312]

2、国际组织以及非政府组织章程。章程是关于组织机构组成、办事流程与规则等内容的规章制度。把这个概念移植到国际组织中，可以看出许多国际组织同样也存在着内部的章程，这些章程规定着组织的目标、内部组成，内部投票与选举规则等，是成员国开展合作的文本表现。在湿地资源保护的国际合作领域，存在着众多的国际组织以及非政府组织章程，比如湿地国际章程。因此，通过国际组织的章程的制定与实施，同样在能在湿地资源保护的合作方面发挥重要的作用。

3、国际会议。国际会议是国际社会成员国合作的重要平台。在湿地资源保护领域更是如此，湿地公约缔约国大会、国际湿地大会、湿地科学家学会大会等一系列会议都是动态国际法主体利益协调的场所，是湿地资源保护合作的动态表现。第一次湿地公约缔约国大会通过了湿地公约，规定各缔约国湿地保护的义务；第二次湿地公约缔约国大会确定了公约实施的重要框架；[313]第三次湿地公约缔约国大会确定了“明智利用”的原则等等。

（三）国际合作机制中实施、监督与责任机制的整合与完善

国际合作机制中实施、监督与责任机制比较多，笔者重点以《湿地公约》为例，通过对于湿地公约的分析来整合国际合作机制中的实施、监督与责任机制。

1、实施机制。国际环境法的实施指的是国际环境法主体行使国际环境法规范所赋予的权利并承担义务，其目的是实现国际环境法的法律规范。[314] 一般认为国际合作机制中的实施机制应当涵盖国内实施机制、国际间执行机制。其中国内实施侧重于国家通过制定法律或者规范性文件贯彻执行条约的内容，比如中国成立湿地公约履约办公室；国际执行只要还是指国际间的合作，比如公约第六条关于缔约国会议职权的规定。

2、监督机制。监督是保证合作有效进行的重要举措之一，在国际条约的执行与实施当中更是如此。在《湿地公约》中，比较典型的监督机制体现在有关湿地保护信息的报告和设立缔约国会议两个条款。在公约第三条第二款规定，缔约国应当想常务办事处的组织或者政府报告列入《名录》中湿地的生态特性变化情况；在第六条第一款规定成立督促和检查公约实施的缔约国会议。

3、争端解决与责任机制。《湿地公约》中对于争端解决与责任机制规定的较少，大部分侧重于公约表决的程序性要求，笔者认为可以吸收其他领域内的争端解决与责任机制。在争端解决机制方面，借鉴WTO中的规则来保护湿地资源是十分有效的，对于不履行《湿地公约》的义务的国家可以采取经济制裁等多种手段让国家承担国家责任或者国际责任。

---

311 王曦：《国际环境法》，法律出版社（第二版），第69页。

312 澳大利亚与新西兰在环境保护的合作方面成立了澳大利亚和新西兰环境与保护委员会，这个委员会涉及到湿地资源保护的工作，包括环境政策与计划的制定。

313 皮里阳：《湿地保护的国际法发展》，载《湖北社会科学》2009年第11期。

314 林灿铃：《国际环境法实施机制探析》，载《比较法研究》2011年第2期。

六、中国参与湿地资源保护国际合作的积极应对

2015 年 1 月 1 日，史上“最严”新《环保法》开始实施，这次《环保法》修改的一个亮点就是把湿地这个环境要素在环境法第二条中凸现出来，表明了学者多年呼吁的对于湿地保护，进行湿地保护立法等一系列夙愿开始慢慢变成现实。就我国国内目前的湿地保护资源的现状而言，新《环保法》第二条的对于环境含义的转变也就意味着国家开始对湿地资源保护观念与意识的转变。另一方面，中国需要紧跟着国际社会湿地保护的步伐，有必要了解国际上在湿地保护的规则，特别是湿地保护的国际合作机制的规则，积极参与湿地保护的国际合作以改善国内的湿地现状。

（一）制定《湿地资源保护法》

新《环保法》的实施，“湿地”这一重要环境因素被逐渐纳入了环境的含义的外延。但是新《环保法》的这一举措只是暂时性的，初步的。制定《湿地资源保护法》是国内层面上湿地保护的深入发展，也是在国际层面上对于湿地资源保护的开展国际合作的一个条件。目前，我国有关湿地的法律规范仍然散见于诸多其他法律文件之中，尚无一部专门的湿地立法，甚至我国现行的国内环境资源立法还没有对湿地的内涵、外延进行明确的界定，因此对《湿地公约》中“合理开发”的落实更是无从谈起。[315] 新《环保法》第二条的修改，正好是《湿地资源保护法》的制定的最佳契机。一方面，国内的湿地资源不断遭到破坏与要求湿地资源保护的呼声越来越高；另一方面，国际上关于湿地保护的活动、会议如火如荼的进行，我国制定《湿地资源保护法》势在必行。

（二）完善湿地国际中国等国内机构职能，并与国际组织积极合作

湿地国际中国办公室、湿地公约履约办公室等作为中国为履行国际条约与国际责任与义务的专门机构，对做好湿地资源保护国际合作对接工作发挥着重要作用。中国作为一个湿地大国，同时又是许多国际组织的重要成员，理应肩负履行好成员的责任与职责。在湿地领域的国际组织方面，中国可做的三点：

第一，加入湿地资源保护国际组织。

第二，积极与湿地保护国际组织开展项目合作，比如以国内大学为依托，开展湿地资源保护的研究工作。

第三，发展国内湿地保护环保组织，并且重视决策以及环保行动中的公众参与。在环境保护进程中，政府通过公众参与有效地增强了公众的环保意识。公众在不断了解自身环境问题的同时，也增强了参与国际环境合作的内在自觉性。

（三）积极参与国际上有关湿地会议、公约的制定与修改等，争做规则制定者

作为《湿地公约》的缔约国，中国有义务履行公约的义务。国际条约在国内实施面临的困难有两个：一个是对国际规则没有充分的了解；另一个则是没有能力去实施。[316]中国参与湿地资源保护合作的一个前提就是需要了解国际上湿地保护的规则，然而，被动的知晓国际规则只能是规则的实践者，无法充分保障国家的利益。因此，中国应当参与国际上湿地会议与公约的修订，争做规则制定者，这样在国际社会上才会更有话语权，维护国家利益。

---

[315] 张磊：《湿地资源开发利用的国际法思考》，载《上海政法学院学报》2006 年第 9 期。

[316] [法]亚历山大·基斯著：《国际环境法》.，法律出版社 2000 版，第 357 页。

邓瑞(1991 年 2 月—)，男，汉，武汉大学法学院 2014 级硕士生。研究方向：国际环境法。联系方式：15927578541，联系邮箱：wuda_dengrui@126.com 或者 2673589462@qq.com，联系地址：湖北省武汉市武昌区武汉大学法学院。

方悦颖（1992 年 7 月—），女，汉，东南大学法学院 2014 级硕士生。研究方向：国际法，法理学。联系地址：江苏省南京市江宁区东南大学法学院（九龙湖校区）。

试析中国设立防空识别区的法理依据

摘要：防空识别区是沿海国基于国家安全需要，从本国海岸线向外延伸一定距离划定的海上空域，在该空域，沿海国要求对所有外国航空器进行识别。设立防空识别区是基于主权国家对防卫权的有限行使和剩余权利原则对天空飞越自由的限制；其规范形式虽然是国内法，但规范性质属于正在形成的国际习惯。中国设立东海防空识别区有充分的法律依据，但与国际社会的通常做法相比，中国防空识别区制度有待完善。

关键词：防空识别区；有限防卫权；法理依据

越来越多的国家设立了防空识别区，但是在国际法中，防空识别区设立的法律依据仍然不明确，因此国际社会对防空识别区的态度众说纷纭，只在上世纪 50 年代从法律的层面对防空识别区进行过一次讨论，没有达成统一认识”[317]：一些国家认为可以设立防空识别区，这是国家主权的范畴；另一些国家则对该制度持反对态度，认为该制度没有设立的法律依据。2013 年我国也划定了东海防空识别区，但是遭到了不少国家的诟病，因此需要从法理的角度分析设立防空识别区的法律依据，维护中国国家主权。

一、防空识别区的历史发展

“防空识别区出现的直接技术原因是，二战后战机结束螺旋桨时代开始进入喷气时代”，[318]飞机飞行的速度大大提高。加上核武器的巨大杀伤力以及美国在珍珠港事件中的惨痛教训，让美国政府深刻认识到了对空中袭击进行预警的重要性。为此，美国率先提出了“防空识别区”的概念，并在 1950 年设立了防空识别区。

上世纪 50 年代至 70 年代，“美国为防御来自苏联的战略轰炸机和弹道导弹的预警需要，相继在其东西海岸包括阿拉斯加、关岛、加勒比海沿岸和夏威夷海面上设立了防空识别区，并建立起完善的常规化监控与巡逻体系”。[319]但随着后来远程洲际导弹的出现和苏联的解体，北美防空识别区的作用在逐渐下降。直至上世纪 80 年代，防空识别区对美国来说，已超越了传统安全领域，新增预防和打击贩毒功能。美国政府可以通过防空识别区来识别身份不明的飞机，以防止运载毒品飞机进入本国。至此，“防空识别区不仅成为美国抵御潜在战争威胁的警戒区，而且承担了打击走私、贩毒等犯罪和非法移民的监视区”。[320]9・11 事件后，以恐怖主义为代表的现代非传统安全问题引起世界各国的关注，防空识别区的安全防御功能又重新获得美国重视，并对防空识别区的规则进行了多次修正。防空识别区的概念逐渐完善并得到了多个国家的支持。

经过几次变迁，美国的防空识别区制度已经非常完善。现行美国有关防空识别区的规定，是 2003 年联邦法规中的《空中飞行和一般操作规则》。[321]防空识别区经过 60 多年的实践，截至目前，“已经有美国、加拿大、德国、法国、英国、澳大利亚、缅甸、韩国、古巴、芬兰、希腊、冰岛、印度、意大利、利比亚、日本、巴拿马、菲律宾、土耳其、泰国、越南、中国等 20 多个国家设立防空识别区”。[322]

---

317 李居迁：“防空识别区：剩余权利原则对天空自由的限制”，《中国法学》，2014 年第 2 期，第 7 页。
318 若英：“我国东海防空识别区划定的意义何在”，《红旗文稿》，2013 年第 24 期，第 36 页。
319 王雷：“论防空识别区的法律地位与相关法律概念”，《法制与社会》，2014 年第 6（下）期，第 239 页。
320 胡若愚：“‘防空识别区’的‘前世今生’”，《新华每日电讯》，2013 年 11 月 30 日，第 003 版。
321 参见美国联邦法规 CFR-2003-title14-vol2-chapI-subchapF。
322 若英：“我国东海防空识别区划定的意义何在”，《红旗文稿》，2013 年第 24 期，第 36 页。

尽管各国设立防空识别区的原因各有不同，但出发点都是基于国家安全考虑以及应对非传统安全带来的威胁，加上防空识别区在维护国家主权和海洋权益方面的突出作用，沿海国设立防空识别区是历史的必然。

二、中国设立东海防空识别区的法理依据

2013 年 11 月 23 日，我国依据《国防法》、《民用航空法》、《飞行基本规则》，由国防部发布公告 ，正式宣布设立东海防空识别区，并同时发布东海防空识别区内的识别规则。我国设立防空识别区从现实的层面看是维护国家安全与主权的体现；从法理的层面看，其设立的法律依据主要是主权国家对防卫权的有限行使和剩余权利原则对天空自由的限制；从法律的层面看，不但符合国际条约的规定，也符合国际习惯和一般法律原则。

（一）现实依据：设立防空识别区是国防建设的需要

近年来，领空侵犯、海上挑衅、非传统安全以及沿海国海洋资源信息安全等问题的存在已经是不争的事实。而当今海洋事业在全球的经济、社会、环境军事和政治上的作用越来越大，海洋权益已经被各国所关注。发展海洋事业也必将是世界的趋势。因此为了国家安全，将在本国领土之外的自由区域进行有限的国防建设，以此来维护国家主权和海洋利益是符合世界发展趋势的。所以国家设立防空识别区是主权国家对防卫权的有限使用，是国家生存与发展的选择。我国出于国家安全与和平的目的设置防空识别区具有必然性和合法性。

（二）理论依据：传统的自卫权理论不能有效保护沿海国的利益

1. “自卫”不等于“防卫”

根据主权平等原则，每个国家在国际法中都平等享有独立权、平等权、管辖权和自保权。自保权是国家保卫自己生存和独立的权利，是已经被《联合国宪章》所确认的“自然权利”。它包括两个方面的内容：一是防卫权，指国家在和平时期，为防止外来侵犯有权进行国防建设的权利；二是自卫权，指当国家遭遇外国侵略或武力攻击时，有权行使单独或集体自卫的权利。[323]很明显“防卫”与“自卫”不同。自卫权则只有在受到武力攻击的时候才享有。“进行自卫的必要性是瞬间的，非常强烈、别无选择，而且没有时间考虑”。[324]而各国设立防空识别区法规的目的不是对进入识别区的航空器进行“先发制人”的打击，更不像美国对伊拉克那样进行“先发制人”的防卫，而是为了保卫自身安全而采取的一种有限防御措施，是一国对进入本国防空识别区的飞行器进行定位、监视和非常有限的管制，是主权国家有限防卫权的体现。它不仅仅是在受到武装力量袭击的时候才实施。因此，“即使最坚决的支持者也不认为这是自卫的一种形式；相反，它属于更加宽泛的“自我保护”范畴。自卫跟自我保护不同。前者是为了击退袭击而作出的，而后者则包括采取预防性措施。”[325]

2.“防卫权”的行使应该有边界

事实上，一个多世纪以来，美国就一直主张某种域外的权力，其基础就是国家享有防卫权。而这种防卫权已经越过了边界，上升到对别国的干预、侵犯，所以仍有必要对国家在防空识别区域内行使防卫权的界限进行探讨，否则当国家打着“防卫权”的旗号从而达到了“干预”、“侵犯”的程度时，防空识别区设立的目的会发生异化。因此，在设立防空识别区时，国家需要考虑防卫权行使的边界，对该区域行使防卫权作出一定的限制，而不能过分扩张。防空识别区是国家行使保护性管辖的结果。尽管公海上空各国都有飞行的自由，但仍应考虑自由的限度，否则自由过度就必然伤害到他国的自由权利。毕竟，为了自身利益而在自由的

---

[323] 王丽华：《国际法》，北京：中国政法大学出版社，2001 年第 3 期，第 25 页。

[324] [加拿大] 伊万·L·海德：“防空识别区、国际法与邻接空间”，金朝武译，《中国法学》，2001 年第 6 期，第 155 页。

[325] 同上注，第 154 页。

国际空域对外国航空器进行某种程度的识别，其本身就是对他国自由权利的一种限制。至少对内陆国家来说，总会有些心理上的不平衡，感受上的不公平。因此，强调国家在防空识别区行使“有限”的防卫权是必要的。而这种“有限”下的行使也必须符合正义的、和平的目的，合理考虑行使防卫权的必要性。强调防卫权的正当性、必要性，有限对自由的国际空域行使防卫权，也是合乎人类自然法传统的。

（三）法律依据：设立防空识别区符合国内法、国际法的规定

尽管一些国家从自身利益出发认为中国不应该划分东海防空识别区，但无法构成对防空识别区设置的法律挑战。首先设置防空识别区并非中国独创；其次中国设置东海防空识别区有充分的法律依据，不仅是主权国家行使有限防卫权的体现，而且是对剩余权利原则的合理有效运用，也是《公约》赋予沿海国的合法权利，更是对国际通行做法的积极实践。

1．设立防空识别区制度符合国内法的规定

我国设立防空识别区主要根据《中华人民共和国国防法》、《中华人民共和国民用航空法》、《中华人民共和国飞行基本规则》的规定。《国防法》第 26 条规定“中华人民共和国的领陆、内水、领海、领空神圣不可侵犯。国家加强边防、海防和空防建设，采取有效的防卫和管理措施，保卫领陆、内水、领海、领空的安全，维护国家海洋权益”。《民用航空法》第 2 条规定“中华人民共和国对领空享有完全的、排他的主权”。《飞行基本规则》第 112 条规定“外国航空器飞入或者飞出中华人民共和国领空，或者在中华人民共和国境内飞行、停留，必须按照中华人民共和国的有关规定获得批准”。此外，我国《领海及毗连区法》和《专属经济区和大陆架法》等法律也对维护我国领空主权和海洋权益作了明确的规定。

2．设立防空识别区制度符合国际法的规定

（1）符合国际条约的规定

《联合国海洋法公约》第 58 条第 1 款规定了各国享有在专属经济区航行和飞越的自由，同时，第 3 款规定：“各国在专属经济区内根据本公约行使其权利和履行其义务时，应适当顾及沿海国的权利和义务，并应遵守沿海国按照本公约的规定和其他国际法规则所制定的与本部分不相抵触的法律和规章。”依据该条，沿海国在其他国家航空器飞越该区域时，其权利和义务应被“适当顾及”。这就意味着，沿海国以某种形式约束其他国家飞越专属经济区的航空器并非毫无道理；也意味着其他国家飞越专属经济区的自由并非毫无限制。至于这种限制是否包括设置防空识别区，公约本身并无明确规定，即没肯定，也没否定。有学者则进一步认为，“这就是说任何国家的航空器在沿海国领空以外的专属经济区所享有的飞越自由是一种有条件的自由”，防空识别区“本身并没有限制其合法正常的飞越自由，是在国际法所允许的范围内所进行的空中管制。”[326]

（2）符合国际惯例的要求

《国际法院规约》第 38 条关于国际习惯(International Custom) 的表述为: “作为通例之证明而经接受为法律者”。可见，构成国际习惯需要满足两个条件，一是国际通例，通常也叫物质因素；二是对通例的法律确信，通常也叫心理因素，二者缺一不可。

目前设立防空识别区的国家有 20 多个，而且经过了半个多世纪的发展，虽不具备广泛的国际实践，但勉强可以认为具有通例性质。但是防空识别区从法律确信的角度来看比较微弱，因为防空识别区大都依据国内法设立，约束力不强，对未服从防空识别区规定的行为，也只是从国内法方面给予处理，并不存在承担国际责任。因此，防空识别区要成为国际习惯仍缺乏足够的心理因素条件。因此“防空识别区”制度本质上是一种正在形成的国家习惯”

[326] 张林，张瑞：“建立海上防空识别区的法理依据及其对策”，《西安政治学院学报》，2007 年第 6 期，第 77 页。

327

尽管“国际习惯形成的过程中，由于是基于国际实践发展起来的，不同时期、不同地区的国家实践也有所不同。”[328]且实质差别太大的国家实践，很难形成通例，也就无法构成国际习惯。但在防空识别区这一特殊区域，设置各国一方面要受到其本国法律的限制，另一方面又不能违反国际法已经明确规定的规则，因此，长期发展，是可以形成类似行为规范的。这样所构成的通例，有助于被国际社会所接受，构成国际习惯。[329]因此即使防空识别区制度目前虽然不属于国际习惯，但各国设置防空识别区的做法，实质是为国际习惯的形成积累国家实践，使防空识别区制度有了成为国际习惯的可能。

（3）符合一般法律原则------剩余权利原则

剩余权利就是法律未加明文规定或禁止的权利。[330]美国 1791 年《权利法案》第 10 条规定: “‘凡宪法未授予合众国政府行使，而又不禁止各州行使的各种权力，均保留给各州政府或人民行使之’。这是针对宪法规定之外的公共权力归属的明确规定。”

“海洋法中的剩余权利应指《联合国海洋法公约》中没有明确规定或没有明令禁止的那部分权利。”[331]按照这一原则含义，在专属经济区或者公海设置防空识别区，并没有为该公约所明确禁止，因此是符合该原则的。基于上述逻辑，有研究者进一步肯定认为，“建立海上防空识别区是沿海国对专属经济区内剩余权利的合理有效运用，这是《公约》所赋予沿海国的合法权利。”[332]也有研究者认为“《奥本海国际法》中规定的：沿海国对相连海洋区域享有某些管辖权利，也为划设防空识别区提供了依据”。[333]

剩余权利原则之所以能够对在公海上空设置防空识别区提供解释，其中隐设了一个条件，那就是对双方利益的考量。不难发现，虽然在自由的公海设置防空识别区会给他国航空器带来某种程度的不方便，但沿海国的国家安全利益显然是要大于对他国航空器的某些限制。从法经济学的角度说，“我这样做对我比对你更有效；而且我这样做也是自由的，并且没有违法”。因此，只有沿海国基于和平目的，且利益要大于对他国航空器的限制时，剩余权利原则就能对沿海国在公海上空设置防空识别区提供更有说服力的解释。

综上可见，中国依据国内法设置东海防空识别区，既符合国内法的规定，也不违反国际法。事实上东海防空识别区设立不到一个月，“就有 20 个国家的 55 个民用航班向中国申报了飞经中国东海防空识别区的航班计划。”[334]可以说，中国的做法得到了大多数国家的尊重和支持。中国设立东海防空识别区有助于推动防空识别区制度的发展，丰富了该问题上的国家实践，对形成国际习惯具有推动作用。

三、中国设立防空识别区制度存在的不足与完善

我国设立东海防空识别区，并同时发布东海防空识别区内的识别规则。根据该规则的规定，目前我国设立的“防空识别区”规则包括四项要求：（1）飞行计划识别。 位于东海防空识别区飞行的航空器，应当向中华人民共和国外交部或民用航空局通报飞行计划。（2）无线电识别。 位于东海防空识别区飞行的航空器，必须开启并保持双向无线电通信联系，

---

327 吴燕妮：“东海设立防空识别区国际法分析及海峡两岸合作”，《法制研究》，2014 年第 2 期，第 99 页。

328 [英] 詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，中国大百科全书出版社，1995 年 12 月版，第 17 页。

329 李居迁：“防空识别区：剩余权利原则对天空自由的限制”，《中国法学》，2014 年第 2 期，第 14 页。

330 周忠海：“论海洋法中的剩余权利”，《政法论坛》，2004 年第 5 期，第 175 页。

331 同上注，第 175 页脚注。

332 张林，张瑞：“建立海上防空识别区的法理依据及其对策”，《西安政治学院学报》，2007 年第 6 期，第 77 页。

333 胡若愚：“‘防空识别区’的‘前世今生’”，《新华每日电讯》，2013 年 11 月 30 日，第 003 版。

334 朱峰：“东海防空识别区争议：中国须挺直脊梁”《观察》。2014 年。

及时准确回答东海防空识别区管理机构或其授权单位的识别询问。（3）应答机识别。位于东海防空识别区飞行的航空器，配有二次雷达应答机的应当全程开启。（4）标志识别。位于东海防空识别区飞行的航空器，必须按照有关国际公约规定，明晰标示国籍和登记识别标志。[335]我国防空识别区从无到有，这是一个巨大转折。但是，我们看到进步的同时也应认识到，与成熟发达国家相比，中国东海防空识别区的规定还存在不足，需要完善。

（一）“防空识别区”的定义不够严谨

东海防空识别区公告全文只有六条，规定相对简单。且没有对“防空识别区”的概念进行严格界定。防空识别区属于基础概念，概念不界定清楚，势必会影响公告规定的执行效率。比较美国 2003 年联邦法规《空中飞行和一般操作规则》的规定可以发现，美国在此规则中对“防空识别区”进行了明确的定义。规定“防空识别区”:“指陆地和水域之上的一个空域，对进入其中的民用航空器，基于国家安全利益的要求，立即予以确定身份、定位和控制。”[336]因此，中国在未来设置防空识别区的过程中，应予以完善。

（二）采取了效力较低的部门规章设定

设置东海防空识别区的声明和公告是由国防部颁布的，属于部门规章，相对于法律，法律效力较低。“我国做法与其他国家选择立法、行政法规的形式进行规定相比，我国防空识别区规则的法律属性较弱，公告在国内法上效力层级不高，不利于我国防空识别区制度的执行和完善”。[337]因此，借鉴国际社会成熟经验，立足本国实际，从有效推动我国防空识别区制度体系化和获得更广泛认可的角度出发，建议我国将东海防空识别区制度提高效力等级，以法律的形式进行完善。

（三）没有详细的应急处置方案

中国东海防空识别区对应急处置方案规定模糊，降低了规定的严肃性，不利于别国的认可和遵守。规则的有效性有赖于中国对规则有一致、透明的解释和可靠、可预测的反应。因此，法律规范中应当对我国东海防空识别区的应急处置预案进行详细的规定，同时，还应当建立健全严格的执行制度。执法不一致和解释的任意性只能降低法律规则的严肃性和有效性，最终损害法律的权威。因此，建立确定实施《中华人民共和国防空识别区管理条例》和处理相关事项的领导机构，对空中监管各职能部门进行协调，提高预警和监管效率。对于航线密集或外国海空活动频度高、争议海域等重点海域，结合现有海防体系，优化预警体系和防卫力量配置。充分提高防空识别区的作用效果。

结　　论

防空识别区制度已存在了半个多世纪，设立之初虽然找不到法律依据，但是这是沿海国为了自身安全而采取的一种有限的防御措施，它并非针对外来的侵略也非直接使用威力对外国航空器进行反击，因此符合人类本性，具有道义上的正当性，越来越多的国家先后设立了防空识别区。中国设置东海防空识别区的做法也是为了预防可能发生的武力威胁，因此此举不仅丰富了国际实践，而且推动防空识别区制度的形成。

作者简介：

第一作者：　盛秋生，男，江西师范大学政法学院法理学硕士研究生。手机：15170002800（地址）江西省南昌市紫阳大道 99 号江西师范大学瑶湖校区政法学院（研究生）邮编：330022 电子邮箱 1134595632@qq.com

[335] 参见《中华人民共和国东海防空识别区航空器识别规则公告》第 2 条。

[336] 参见该联邦法规第 99.3 条。

[337] 吴燕妮：“东海设立防空识别区国际法分析及海峡两岸合作”，《法制研究》，2014 年第 2 期，第 99 页。

水下文化遗产的国际法保护理念探究

邹欣蔚[338]

摘要：中国有着悠久的海上贸易史，附近海域的沉船如同巨大的文物宝藏库。但是，由于种种原因，中国对于水下文化遗产保护的力度远比不上陆上文物的保护力度。针对如何更好地保护水下文化遗产的问题，本文通过对水下文化遗产的国际法保护理念进行探究，结合我国实际情况，寻求适用于我国的水下文化遗产的保护模式。

关键词：水下文化遗产 国际法 保护理念

中国作为有着漫长海岸线的文明古国，航海历史悠久，对外贸易发达，拥有一段闻名世界的海上丝绸之路，因此我国的水下文化遗产资源十分丰富，具有高度的文化与考古价值。我国的内水领域有著名的千岛湖水下遗址。我国的领海水域有于 2007 年整体打捞上来了轰动社会各界的“南海一号”南宋早期沉船，以及位于丹东海域、大连海域、胶东半岛海域和其他海域目前正在进行打捞的我国 24 艘甲午战争沉船。不过，与丰富的水下文化遗产资源相反的却是我国对水下文化遗产的保护规定的不甚详细的法律和社会对于水下文化遗产的保护给予的冷淡，这便导致了水下文物遭到破坏和盗窃。就如美国人菲尔．格雷科就从菲律宾和中国之间的南海海域中的数艘中国沉船中打捞了逾 2.3 万件的中国文物，中国文物以这种方式流入外国实在是令人扼腕叹息。那么，如何运用法律的手段保护水下文化遗产并最大限度利用其价值就成为了我们应思考的问题。

在国际法上，与水下文化遗产保护有关的国际公约可分为习惯法和有拘束力的条约法。前者如一些不具有拘束力的国际建议和区域性条约，虽然在一定的程度上也反映了有关方面国际法保护的发展潮流，但没有十分大的影响力，因此在这里不做赘述。后者则包括《联合国海洋法公约》和联合国教科文组织组织 2001 年通过的《保护水下文化遗产公约》（以下简称 2001 年《公约》），他们在国际上对水下文化遗产的保护管理和开发利用作了比较详细的规定，尤其是渗透于其中的保护理念非常值得我们思考与借鉴。

一、水下文化遗产的定义

比较权威的是 2001 年《公约》第 1 条规定：“‘水下文化遗产’是指至少 100 年来，周期性地或连续地，部分或全部位于水下的具有

[338] 邹欣蔚，大连海事大学研究生，导师：王淑敏

文化、考古或历史价值的所有人类生存的遗迹，但不包括海底铺设的管道和电缆以及海底铺设的管道和电缆以外的，仍在使用的装置。”[339]

二、1982 年《联合国海洋法公约》对水下文化遗产保护的规定

水下文化遗产的保护并不是《联合国海洋法公约》中的主要内容，公约中只有第 149 条和第 303 条明确地提到了“在海洋发现的考古和历史文物”。公约第 149 条规定，在区域内发现的一切考古和历史文物，应为全人类的利益予以保存或处置，但应当对来源国，或文化上的发源国，或历史和考古上的来源国予以特殊的考虑，适当给予他们一定的优先权利。第 303 条则规定在海洋中发现的考古和历史文物分为以下几种情况：首现，应当明确各国都有保护在海洋中发现的历史和考古性文物的义务，并应当以此为目的的进行合作。其次，为了防止对这种文物的买卖和运输，沿海国可在适用第 33 条（关于毗连区的规定）时推定，在没经过沿海国许可的情况下将这些文物移出本条所指的海域之海床，将造成在其领土或领海内对该条所指法律和规章的违反。再次，可辨认的物主的权利、其他海事法规或打捞法不受本条的任何规定的影响，本条规定也不影响与文化交流相关的法律和惯例。并且，该条规定不妨害与保护历史和考古性文物相关的其他国际协定或国际法规则。该公约虽然涉及水下文化遗产的内容不多，其涵盖的思想却很值得分析。其中比较明确的是合作保护的理念，虽然公约仅要求缔约国合作保护海洋考古和历史物，没有指明合作的途径、方式和内容，但也明确表达了合作保护的重要性。

三、2001 年《保护水下文化遗产公约》对水下文化遗产保护的规定

2001 年《公约》是第一个现存的在国际层面上专门处理水下文化遗产的国际文件，是国际社会多年来保护水下文化遗产努力的成果，它代表着水下文化遗产国际法保护领域的最新进展。虽然公约在制定过程中不得不对这些经济、政治与国防利益作出让步，许多条款由于其敏感性而不得不故意作出模糊化处理。但 2001 年《公约》是国际社会多年来保护水下文化遗产努力的成果，它代表着水下文化遗产国际法保护领域的最新进展。这种进展表现在《公约》为水下文化遗产保护所确定的各项原则与制定的多种调控和保护制度，这些原则与制度构成了保护体系不可分割的统一体。[340]公约条文众多，本文限于篇幅原因，将对公约中的主要原则和制度进行分析。

（一）、保护公共利益原则

保护公共利益原则是文化遗产保护的核心原则，其他的原则都是为了保护公共利益原则的辅助性原则。随着人类社会的价值观念从

[339] 2001 年《保护水下文化遗产公约》第 1 条

[340] 傅崐成、宋玉祥著.水下文化遗产的国际法保护——2001 年联合国教科文组织<保护水下文化遗产公约>解析.法律出版社 2006 年版.第 177 页

“个人本位”向“社会本位”甚至“国际社会本位”转变，公共利益优先原则已得到社会的公认。[341]《公约》的序言即写道:“认识到水下文化遗产的重要性,它是人类文化遗产的整体组成部分,也是各个国家与民族的历史及其在共同遗产方面的关系史上非常重要的内容;认识到保护和保全水下文化遗产的重要性,所有国家都应负起这一责任。”保护公共利益这一理念也体现在《公约》的一般性规定和具体制度上: 首先，《公约》界定的“水下文化遗产”十分宽泛，力图将大部分的水下人类生存遗迹纳入保护范围。其次，《公约》要求对水下文化遗产实行就地保护，严格限制利用水下文化遗产的活动，包括发掘活动，只有当这些活动符合保护遗产的要求，且目的是保护、认识或改善遗产，并经过了国家主管部门的批准时方可进行。即使批准开发也不得进行商业开发，且原则上不得适用救助法或发现物法。而且，有关开发活动应遵守附件《关于开发水下文化遗产活动的规章》的规定。[342]无论是个人还是国家,一旦采取的针对水下文化遗产的活动不利于公共利益保护或者没有能力很好保护水下文化遗产,相关主管部门都可以不批准这一活动,以防止水下文化遗产的破坏。

（二）、就地保护原则

2001 年《公约》第 2 条规定，在允许或进行任何开发水下文化遗产的活动之前，就地保护应作为首选。考古学家们指出，由于目前技术水平有限,特别是保存技术有限，对水下文化遗产进行考古发掘、打捞出水并非最有效的保护方式;水下环境相对较为稳定，物品进一步受侵蚀、坏变的速度相对缓慢；而一旦打捞出水，新一轮的侵蚀过程很快就开始了,物品很容易遭受坏变乃至彻底灭失；因此，在出现更先进有效的技术之前，让这些文化遗产继续处于原位，反而更有利于保全这些文化遗产。[343]不过，对于一些已经受到破坏的或者其所在环境剧烈变化的水下文物，继续任其留在原地已经不利于对它的保护，则应当采取措施将其打捞上来以便延长其寿命。总之，在允许或采取任何针对水下文化遗产的活动之前，应首先把对其实施原地保护作为优先选择。然而，为更好地保护水下文化遗产或大力促进对其的认识，也可批准对相关物品实施打捞。

（三）、禁止商业性开发原则

2001 年《公约》第 2 条规定，不得对水下文化遗产进行商业开发。商业开发对水下文化遗产的破坏是十分巨大的，许多开发者为了投资少收益高，其开发行为往往是粗暴的、掠夺性的。不过，虽然公

[341] 李双元.国际社会本位的理念与法院地法适用的合理限制.《武汉大学学报》（社会科学版）2001 年第 5 期

[342] 张亮、赵亚娟著.论水下文化遗产保护的国际法理念.《社会科学战线》2012 年第 8 期

[343] 周双林.谈谈考古发掘中文物的现场保护.《文物世界》1999 年第 4 期

约表达了其禁止商业开发的立场，却缺少与其相对应的明确的具体规则。这引起的最基本的问题就是什么样的行为才能称得上是公约中所说的“商业开发”呢？虽然规章对公约进行了解释，称公约所禁止的并不是“一切”商业性开发,而是“以交易或投机为目的”的对水下文化遗产进行的商业性开发。但是，如果直接地对水下文化遗产进行以买卖文物为目的的的开采发掘是为“以交易或投机为目的”，那么若以无偿的方式（比如赠与）对水下文化遗产进行转让为目地的开采发掘是否也触犯了该原则呢？再比如，对于一些经济实力没有那么雄厚的国家来说，若其管辖范围内有需要发掘的水下文化遗产，又申请不下国际组织的援助，那么他是否可以以部分文物为代价来要求一些发掘公司或机构对其进行发掘呢？所以虽然从长远来考虑，完全禁止商业性开发则是未来对水下文化遗产保护的趋势，不过由于现阶段许多相关规则的不完善，完全禁止商业性开发必然会遭到一些国家的反对。国际社会应促使或者派专员全程指导监督允许商业性开发的国家的水下文物的发掘工作，以尽可能实现对水下文化遗产的保护之目的。

（四）、国际合作原则

目前，保护水下遗产的最大障碍之一是水下考古学还是一门最近才发展起来的学科，在资金需求、人员的专业性、海洋考古技术方面都有较高的要求，并且这些资源在各个国家分配的很不均衡，很多国家没有足够数量的训练有素的水下考古学家。因此，公约鼓励开展水下考古学方面的培训、技术转移和信息共享。《公约》第 19 条规定了在保护与管理方面的国际合作和信息共享：“1. 缔约国应依据本公约在水下文化遗产的保护和管理方面相互合作 互相帮助，有可能的话，也应在对这种遗产的调查、挖掘、记录、保存、研究和展出等方面开展协作。 2. 在不违反本公约宗旨的前提下，各缔约国要与其它缔约国分享有关水下文化遗产的信息，包括水下文化遗产的发现、所处位置、违反本公约或国际法或违反与这种遗产有关的其他国际法、有关的科学方法和技术以及有关法律挖掘或打捞的文化遗产。 3. 缔约国之间，或教科文组织与缔约国之间分享的有关水下文化遗产的发现或其位置的信息，只要泄露后可能危害水下文化遗产或危及水下文化遗产的保护工作，就应在不违反缔约国国内法律的前提下，作为只有缔约国主管当局了解的机密。 4. 缔约国应采取一切可行的措施，并在可行的情况下，包括利用有关的国际数据库，公布有关违反本公约或国际法挖掘或打捞的水下文化遗产的信息。”[344]以及第 21 条规定了在水下文化遗产保护方面的技术培训和技术转让：“缔约国应开展合作，提供水下考古、水下文化遗产保存技术方面的培训，并按商定

[344] 2001 年《保护水下文化遗产公约》第 19 条

的条件进行与水下文化遗产有关的技术的转让。”[345]这两条条款不仅考虑到了对水下文化遗产直接的保护，还考虑到了对于保护水下文物的后续力量的培养，只有这样，才能在最大程度上互通有无、了解人类历史，才能将保护水下文物的工作传承下去并且越做越好。

四、对我国的启示

在我国，与水下文化遗产保护有关的专门性法律主要为 1982 年颁布、2001 年 10 月重新修订的《文物保护法》，1982 年制订、2003 年五月修订的《文物保护法实施条例》以及 1989 年的《水下文物保护管理条例》。其中对水下文化遗产的保护最详细的还是 1989 年的《条例》。虽然有西方学者认为，就有关水下文化遗产的法律与政策而言，中国处于领先地位。不过《条例》制定的时间毕竟比较早，与先进的国际立法相比还是显得比较陈旧，许多新的、先进的理念未能融入其中，还需要完善。具体来说：

第一、引入就地保护原则。我国的 1989 年《条例》并未确定就地保护原则。新修订的《文物保护法》虽有第 20 条的规定：“建设工程选址，应当尽可能避开不可移动文物；因特殊情况不能避开的，对文物保护单位应当尽可能实施原址保护。”[346]不过规则的侧重点仅仅是在修建工程的时候要避免破坏文物，并非就地保护原则。笔者认为可以在修订《条例》时可以将 2001 年《公约》的就地保护原则纳入其中，并且制定与该原则相关的具体规则，比如若有工程遇到疑似有水下文物的地址应报告当地的文物局或相关部门，文物部门在接到报告后应派专家前往鉴定，若鉴定确为水下文物，施工队应避开该处文物，若违反则应受到处罚。

第二、完善禁止商业开发原则。《条例》第 7 条规定：“水下文物的考古勘探和发掘活动应当以文物保护和科学研究为目的。任何单位或者个人在中国管辖水域进行水下文物的考古勘探或者发掘活动，必须向国家文物局提出申请，并提供有关资料，未经国家文物局批准，任何单位或者个人不得以任何方式私自勘探或者发掘。”[347]《条例》第 10 条规定：“…破坏水下文物，私自勘探、发掘、打捞水下文物，或者隐匿、私分、贩运、非法出售、非法出口水下文物……依法给予行政处罚或者追究刑事责任。”[348]可见我国的立法对于 2001 年《公约》中的禁止商业开发原则还是有所体现的，不过公约公约所禁止的是一切“以交易或投机为目的”的对水下文化遗产进行的商业性开发，而依《条例》的意思则如果不是私自开发而是经过国家文物局的批准是

[345] 2001 年《保护水下文化遗产公约》第 21 条

[346]《中华人民共和国文物保护法》第 20 条

[347] 《中华人民共和国水下文物保护管理条例》第 7 条

[348] 《中华人民共和国水下文物保护管理条例》第 10 条

否就可以进行商业开发了呢？笔者认为，在修订条例之时应该对此规定更加严格，明确规定严格禁止对水下文物的商业开发。

修改法律是一条很长的路，而单单依靠法律也无法将保护水下文化遗产的保护工作进到尽善尽美，我国还要加强相关人才方面的培养，加强与其他国家进行经验交流，对于水下文化遗产应进行更多的宣传和合理利用，比如举办巡回的展览。只有做到这些，我国对水下文物的研究团队才能更好地担当起评估、保护和发掘的重任，我国才能获得世界上关于保护水下文物的最新信息和知识，我国国民才能看到水下文物的浩繁动人、才能意识到保护水下文化遗产是一件多么重要的事。



国际公法 论 文

论文题目

探析争议海域相关国家责任

院　　系：　　法学院

专　　业：　　国际法

姓　　名：　　赵凝露

学　　号：　　13210270056

目录

摘要.....1536

引言.....1536

一、争议海域沿海国的国际法律义务和单方行为违法性的判定.....1537

（一）“尽一切努力做出实际性临时安排的积极义务”.....1538

1.关于善意磋商义务——何为善意（good faith)？.....1539

2.不符合积极义务要求的国家行为.....1539

3.符合积极义务要求的国家行为.....1540

（二）不妨碍或妨害达成最后协议的消极义务.....1540

1.争议海域内自然资源勘探开发的单边行为——永久性物理变化标准？...1540

2.争议海域内的单边执法行为——是否可以使用武力？.....1542

二、争议海域国际不法行为的法律后果.....1543

（一） 停止和保证不再重犯（Cessation and Non-repetion）.....1543

（二） 赔偿（Reparation）.....1543

1. 补偿（Compensation）.....1543

2. 抵偿（Satisfaction）.....1543

（三）反措施（countermeasures)....1544

结语.....1545

参考文献：.....1545

中文文献：.....1546

英文文献：.....1546

摘要

本文从 UNCLOS 第 74 条第 3 款和第 83 条第 3 款的规定入手，结合相关案例，阐述了争议海域沿海国在尚未达成最终划界协议之前，应当履行的相关国际法律义务：尽一切努力达成临时安排的积极义务和不妨碍或妨害达成最终划界协议的消极义务，初步界定了善意磋商行为，并对仲裁庭判断一国行为是否妨碍达成最终协议时，采用的永久物理性改变的标准进行了反思，探析了违反上述义务而承担的国家责任——进行补偿、抵偿以及采取反措施的界限，最后针对我国的实际情况提出了看法和意见。

关键词：争议海域；国家责任；联合国海洋法公约；临时安排

引言

本文所指的争议海域[349]是指尚未划界的专属经济区和大陆架权利主张的重叠区域。在最终界线确定前，争议海域内的自然资源归属和管辖权归属都处于不确定状态，争议当事国的单方行为容易被争议他方当事国主张违反国际法义务，从而应承担相应的国家责任。由于对争议海域的利益诉求正在增长，国家在争议海域采取单方行为的频率也大大提高。[350] 本文认为争议海域沿海国应遵守联合国海洋法公约(UNCLOS)的第 74.3 和第 83.3 的规定的义务，违反上述义务的争议海域沿海国理应承担相应的国家责任。但是国际司法实践和仲裁实践都尚未对争议海域的相关国家责任问题作出正面解答。众所周知，国家责任是国际法的一项基本原则，每当一国对别国犯下国际不法行为时，就在两国之间建立了国家责任。[351] 国家责任由若干要素组成：首先，特定国家间应存在一项有效的国际法律义务；其次，可归因于责任国的作为或不作为违反了该义务；最后，不法行为或不作为产生了损失或损害。[352]至于不法行为国的主观状态是否应该作为构成国家责任的要素之一，学界有着截然对立的理。鉴于国际法委员会的《国家责任条款草案》未将国家的主观状态纳入其中，似乎代表了其理论导向倾向于国际责任的“客观责任”理论。因此下文将主要对国际法律义务要素、国际不法行

[349] 广义上的争议海域包括沿海国对尚未划界的专属经济区和大陆架权利主张的重叠区域以外，还包括存在领土主权归属争议的海中孤立岛屿周边水域以及和因对条约解释不同而对相关海域的法律地位产生争议的海域。参见 龚迎春：《争议海域的权利冲突及其解决途径》，载《中国海洋法学评论》，2008 年第 2 辑，第 78 页-第 89 页。

[350] 其原因可能由以下两点：第一，全球经济危机以及在传统天然气和油田资源的逐渐用竭，因此需要勘探和开发新的领域，包括两百海里以外的大陆架，甚至权利归属还有争议的地区。第二，国际恐怖主义和海盗的威胁，促使国家在管辖权仍有争议的海域采取强有力的措施。

[351] Malcolm N. Shaw, International Law (5th edn, CUP, London 2003) 694

[352] H.Mosler, The International Society as Legal Community, (Dordrecht 1980) 157 以及 E. Jimenez de Arechaga, International Responsibility in Manua of Public International Law (London 1968) 531,534

为要素进行分析从而探讨争议海域沿海国的相关国家责任。

一、争议海域沿海国的国际法律义务和单方行为违法性的判定

联合国海洋法公约(UNCLOS)有关争议海域划界问题的条款是第 73 条和 83 条[353]，其中两个条文的第 3 款与本文探讨的国家责任有关。根据维也纳条约法公约，要分析第 74.3 和第 83.3 的条文的涵义，需结合其上下文进行分析：

第 1 款是是关于划界原则的实体规则，即应根据国际法院规约所规定的的国际法渊源及辅助性资料，通过当事方的协议，公平解决划界问题。“通过协议划界”表明，尽管确定专属经济区外部界限通常通过是一国的单方声明，但对同一海域有重叠主张之时，各有关国家应做好磋商的准备。与此有关，在领海与公海的划界案件中，国际法院作出如下声明：“海域划界总是国际性的，其不能仅仅从表达沿海国意志的国内法出发。尽管确定海域边界行为必然为沿海国的单方行为，因为只有沿海国才有能力确定边界，但涉及其他国家的划界行为时，一国确定海域外部界线行为的效力要由国际法来判断。”[354] 对“公平”的概念，UNCLOS 并未作出界定。[355]

第 2 款是关于海域划界争端解决的规定，即应诉诸 UNCLOS 第十五部分的争端解决程序，前提条件是当事方在合理期限内没有达成划界协议。

从以上分析我们可以看出，第 1 款的措辞十分笼统和抽象，弹性很大。尽管国际法院已经对争议海域的划界原则作出了一系列详细阐述，但是对于争议海域的最终界线仍有很大的解释余地，因为正如国际常设仲裁法院裁决中所说，“几乎从来没有一条界线是绝对公平的 ”

---

[353] Article 74 Delimitation of exclusive economic zone between States with opposite or adjacent coasts: “1. The delimitation of the exclusive economic zone between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution. 2. If no agreement can be reached within a reasonable period of
time, the States concerned shall resort to the procedures provided for in Part XV. 3. Pending agreement as provided for in paragraph 1, the States concerned, in a spirit of understanding and co-operation, shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation.
4. Where there is an agreement in force between the States concerned, questions relating to the delimitation of the exclusive economic zone shall be determined in accordance with the provisions of that agreement.”

[354] 参见 Fisheries case, 1951 ICJ Reports 116, 132. 这条法律格言自此被适用于渔业管辖权争议案件的渔区划分，例如：United Kingdom v. Iceland; Federal Republic of Germany v. Iceland, 1974 ICJ Judgment , page 22, para. 49; Tunisia /Libyan Arab Jamahiriya, 1982 ICJ Judgment para. 87.paras

[355] 这是由于在这两个条文的起草过程中，各国对划界原则的主张形成了对峙的两大阵营，一是主张按照公平原则通过协议划定界线，一是主张按中间线或等距离线作为划界的一般原则。参见 UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.，796-816 以及 UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Martinus Nijhoff Publishers, 2013，948-985

[356]。此外，第 2 款提及的争端解决程序规定由于可以被公约成员国保留，“合理期限”界定不明等原因，争议海域的划界争端成为历久不能解决的问题有其必然性。在最终界线确定以前，相关当事国有必要根据第 3 款的规定进行善意磋商以及避免作出妨害或者妨碍达成最终协议的单方行为是善意履行公约义务和和平解决国际争端的应有之义。

第 3 款规定了在最终划界协议达成以前有关国家的程序性义务。首先，该条实际上规定了两个义务，即尽一切努力作出实际性临时安排的积极义务以及不妨害或妨碍最后协议达成的消极义务。第一个义务是对争议海域相关国家行为的规范而非对结果的规范。因为该条款并没有将达成任何具体的临时安排作为相关国家必须履行的义务，而只是要求“尽一切努力”。不妨害或妨碍最后协议达成的义务旨在限制相关国家在争议海域实施某些行为。根据联合国海洋法会议的历次会议的文案和记录材料，相关当事国不能单方作出某些行为，意味着一切行为需以相关当事国的共同同意，不损害相互损害各自利益为准，因此在作出行为之时要履行通知，磋商等程序性义务。UNCLOS 第 74 条第 3 款与第 83 条第 3 款规定的义务与第 1 款规定的义务互相独立却又相辅相成。其独立性在于：为达成临时安排而进行的磋商并不依赖于先前为达成最终海域界线而进行的磋商。[357]其相辅相成在于：争议海域临时安排的方式为相关国家重新坐下来磋商最后海域界线提供了可能性。[358]在某些情况下，履行不妨碍或妨害达成最后协议的义务也成为划界磋商的前提条件。

（一）“尽一切努力做出实际性临时安排的积极义务”

UNCLOS 第 74.3 和第 83.3 规定的第一项义务是一项积极义务：海域划界争议的当事国应尽一切努力（make every effort)做出实际性临时安排以解决重叠主张。“尽一切努力”的措辞表明，公约对当事国作出临时安排只是倡导性的建议性质，由于争议海域涉及的自然资源权利的争夺和管辖权冲突，各国政治关系的错综复杂，要达成临时安排也并非易事，从实证上看，全世界就临时安排达成协议的国家只有二十多个[359]。但这并不意味着该条对争议

[356] Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, PCA Final Award(2006), para. 244.

[357] 参见 UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, page 815 and 984， para 74.11(d), 83.19(d)

[358] 仲裁庭在 Guyana/Suriname 圭亚那/苏里南）案中认为， “一国可能对重新开始谈判设定条件，即另一国应停止其可能会对达成最终解决方案造成损害的行为。”"a State may pose as a condition for the starting or the resumption of negotiations the fact that the other State ceases conduct that could possibly hamper the reaching of an agreed solution."参见 圭亚那/苏里南 Award (note 1), para. 476.

[359] 参见邹立刚、叶鑫欣: “南海资源共同开发的法律机制构建略论”，载《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 1 期。

海域沿海国没有施加任何义务。该条款旨在促使各方达成临时安排[360]，该条款并没有要求当事方一定有达成临时安排的结果，而是应为达成临时安排作出一切努力的行为，例如善意磋商的行为，要求他们为此作出积极行为，而不仅仅是被动的不作为。

1.关于善意磋商义务——何为善意（good faith)？

善意履行条约义务在国际法中可以体现为联合国宪章第 2 条第 2 款[361]："各会员国应一秉诚意（good faith)，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。"此外，在 1969 年维也纳条约法公约中，也规定了对条约进行善意解释的原则。根据布莱克法律词典，善意[362]的含义首先是一种主观状态（a state of mind),其次，这种主观状态包括目的的诚实信用和对义务履行的正确和责任承担的认真等。因而，虽然善意原则无论在国际法还是国内法领域都是一项基本原则,但其含义却随着不同的法律背景和具体案情而变化，具有一定的模糊性。

在圭亚那/苏里南仲裁案中，仲裁庭的裁决可以为国家在尚未划界的争议海域的善意磋商义务的含义提供指引，其认为"公约起草者意图要求当事国进行磋商，并做好让步的准备以达成临时安排。"[363] 因而，我们可以认为，善意磋商的义务首先要求争议海域沿海国进行磋商的目的是为了达成临时安排，而非旨在拖延时间等违反诚实信用的恶意磋商。沿海国不应仅仅将磋商看作形式主义的前置程序，而没有任何做出妥协和让步的意图。[364]

2.不符合积极义务要求的国家行为

---

[360] UNCLOS 第 74 条第 3 款和 83 条第 3 款的雏形是第三次联合国海洋法会议 1975 年第三次会议的工作文案（《非正式单一磋商文案》，下文简称《单一文案》）的第六十一条第三款和第七十条第三款，它们分别规定：在协议未达成之前，任何国家均无权将其专属经济区和大陆架扩展到中间线或等距离线以外。然而，这个条款在 1976 年的第四会议中遭到主张公平原则国家的强烈反对。因此在这次会议上，通过了《修订的单一磋商文案》对其进行了重大的修改: "在达成协议或取得解决之前，有关国家应考虑到第 1 款(即划界原则) 的规定作出临时安排。"至此，临时安排（Provisional Arrangement)的概念正式出现在正式文本中。在第 7 次会议和第 8 次会议中各国着重探讨了临时安排的条款，并由于以下问题的观点强烈对峙而陷入了僵局：一、临时安排是否是相关沿海国在争议阶段的义务；二、临时安排的具体应符合何种标准以及是否应该禁止沿海国的单方行为等。在第 9 次会议以后，经过各方妥协，在联合国海洋法公约的非正式草案中，对于临时安排的规定最终确定为: "在达成第 1 款规定的协议以前，有关各国应基于谅解和合作的精神，尽一切努力作出实际性的临时安排，并在此过渡期间内，不妨害或妨碍最终划界协议的达成。这种安排应不妨碍最后界限的划定。"参见 UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Martinus Nijhoff Publishers, 2013，page 796-816, 958-985

[361] "All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter. "

[362] 参见 Bryan A.Garner , Black's Law Dictionary, Ninth Edition,2009: "good faith: A state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one's duty or obligation,(3)observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade of business,or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage.

[363] 参见 Guyana v. Suriname Award, para. 461..

[364] 参见 UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Martinus Nijhoff Publishers, 2013， page 813-814，以及 North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of GermanylDenmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), 1969 ICJ Judgment page 47， para. 85(a)

根据圭亚那/苏里南仲裁案，违反该条款积极义务的行为可能包括：拒绝向承诺参加的会议派出代表；对他国的磋商请求没有回应，甚至拒绝他国提出的磋商请求；没有通知他国本国在争议海域拟采取的行动[365]。

3.符合积极义务要求的国家行为

上述案件中仲裁庭也指出了符合该条款项下积极义务的某些行为:积极邀请他国进行谈判；接受他国磋商请求；对于本国可能采取的行动给予他国详细的官方通知；在可能采取的行动方面寻求他国的合作；在争议海域内的勘探成果与他国分享；对在争议海域内的活动所得经济利益与他国分享[366]。

笔者认为，仲裁庭的上述列举并不是非常严谨。例如，在双方关系紧张的局势下，或者争端他国提出了过分的权利主张，此时要求争端一国与争端他国共享信息或勘探成果、经济利益似乎勉为其难。

总而言之，尽力达成临时安排的义务意味着积极、善意磋商的义务，其并不意味着缔结一个临时协议的的义务，尽管达成临时协议当然完全符合该条款。圭那亚/苏里南案作为涉及 UNCLOS 第 74.3 和第 83.3 的第一个案例，仲裁庭对争议海域沿海国遵守积极义务的行为的列举显然并非穷尽也并不十分严谨,但对评估国家的行为在一定程度上提供了有用的指引。

（二）不妨碍或妨害达成最后协议的消极义务

毫无疑问，国家对其专属经济区和大陆架的自然资源有专属权利和相关事项的管辖权；没有该国授权，任何一国，组织或个人均不得在此区域内从事与该区域自然资源有关的勘探开发活动。但在争议海域，由于海域界线不明，有关国家很可能对自然资源的主权权利和相关事项的管辖权发生冲突。因此，有关国家在某些情况下应对自身的行为进行自我限制，即遵守 UNCLOS 第 74.3 和第 83.3 规定的第二项义务。这项义务是消极义务：海域划界争端当事国必须避免以有碍达成最终解决方案的方式行事。解释和适用该条款的最主要的困难来源于如何平衡两个不同且对立的利益。一方面，应尽可能得避免任何可能恶化争端和威胁国际和平和安全的单边行为；另一方面，又不能完全排除沿海国在某些情况下的单边行为。

1.争议海域内自然资源勘探开发的单边行为——永久性物理变化标准？

根据圭亚那/苏里南仲裁案，自然资源勘探开发的单边行为是否构成对消极义务的违反，可以通过海洋环境的永久物理性改变的标准进行判定，仲裁庭认为:“沿海国的单边行为可以区分为：引起海洋环境物理变化（permnant physical change to the marine environment)的

[365] Guyana v. Suriname Award , para. 473.
[366] Guyana v. Suriname Award , para. 477.

单边行为以及不会引起海洋环境物理改变的单边行为，并非所有的单边行为都会妨害或放弃达成最终划界协议，只有引起海洋环境永久物理性改变的单边行为才违反了 UNCLOS 第 74 条和 83 条项下的义务。例如，地震调研就属于不会造成海洋环境物理性改变的活动，而钻探开发资源则会导致物理性改变。[367] 该标准很大程度上源于国际法院在爱琴海大陆架案中拒绝采用临时措施(provisional measures)的命令。[368]

根据国际法院规约第 41 条[369]，法院如果认为有必要情形(circumstances so require)，有权命令当事国以保全彼此权利的办法实施临时措施。在爱琴海大陆架案中，希腊请求国际法院采取临时措施命令禁止土耳其在争议海域以传递声波的方式探测海床的行为。国际法院拒绝采取临时措施命令的理由如下：(1)地震探测不会给海床或底土造成任何损害；(2) 这种探测行为只是暂时性的，并且没有建立任何设施；(3) 土耳其没有对自然资源进行实际的开发利用[370]。据此，圭亚那案仲裁庭认为圭亚那授权 CGX 公司进行资源勘探的行为，未导致海床的物理改变，因而不违反“不妨害或妨碍达成最终划界协议”的消极义务。[371]

然而，笔者认为，适用物理改变的标准来判断争议海域一国的单边行为的界限并不是那么周全。正如仲裁庭在裁决中也承认的那样，国际法院的临时措施命令的标准非常严格和局限，其针对的对象是在极少数情况下，可能会造成无可挽回的损失的一方行为。[372]直接照搬国际法院临时措施命令的标准判定争议海域沿海国的单方行为未免过于机械。从逻辑上来说，造成无可挽回的损失的国家行为必定是违反了 UNCLOS 第 74.3 和第 83.3 的消极义务，妨碍了最后划界协议的达成。但反过来说，并非所有妨碍达成最后划界协议的单边行为都必须满足“造成无可挽回的损失”。[373]仲裁庭得出的结论似乎没有考虑到这样一种情况：在局势紧张的时候，争议海域一国所采取的的任何行动都有可能引发另一国的激烈回应。一国对争议海域自然资源的勘探，即使没有加以实际利用，也可能会被另一国认为是对“不妨害或妨碍最终划界义务”的违反，尤其是当前者在采取勘探行为之前没有通知后者的时候。这样一来，毫无疑问，最后划界协议的达成将会受到严重阻碍，变得遥遥无期。另外，关于对可再生资

[367] Guyana/Suriname Award，para 467

[368] Ibid, para 468

[369] Statute of the Court of Justice , Article 41:“1. The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party. 2. Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the parties and to the Security Council.”

[370] 参见 Aegean Sea Continental Shelf (Greece v.Turkey) ，Order of 11 September 1976，para．30．http: //www.icj－cij.org/docket/files/62/6219

[371] Guyana/Suriname Award 465-470

[372] Ibid，para 469

[373] 宋荟伊：《论争议海域各方在达成划界协议前的国际法义务》，载《研究生法学》，2012 年 10 月第 27 卷第 5 期，56-67

源（例如生物资源）的开发，国际司法机构或仲裁机构都尚未有这方面的实践。在这种情况下，行为国也很容易为其单边开发可再生资源的行为进行辩护，主张对可再生资源的勘探和开发并没有对资源造成永久性的物理改变，因为资源可以再生得以恢复，并且争议海域沿海国都可以在同一海域分别勘探开发[374]。

因而，判定一国单边勘探开发争议海域自然资源行为的标准还有待国际司法实践、仲裁实践加以发展。

2.争议海域内的单边执法行为——是否可以使用武力？

虽然 UNCLOS 没有就沿海国在行使执法权时是否能使用武力的问题作出明文规定，但 UNCLOS 第 111 条允许一国军舰对涉嫌违反本国法律的外国船舶行使紧追权的规定暗示着 UNCLOS 承认沿海国在海上执法过程中是可以使用武力的。同时，一些国家的实践和国际案例的裁决也都表明，沿海国在海上执法过程中在一定条件下使用武力是国际习惯法所许可的。[375]

在圭亚那/苏里南仲裁案中，仲裁庭裁决苏里南对 CGX 勘探船只进行驱逐，构成了“威胁使用武力”，违反了“不妨害或妨碍达成最终划界方案”的义务，而并非合法的执法行为。显然，为解决争端而威胁使用武力，不仅违反了联合国宪章第 2 条第 4 款的基本原则，也对达成最后的解决方案造成了阻碍。但并非执法活动不能使用任何武力。仲裁庭援引了“孤独号”[376]案和“赛加号”[377]案，认为只要符合不可避免性，必要性和比例原则，沿海国在争议海域执法时是可以使用武力的。[378]但无论如何，针对争端他国的船只或非本国颁发许可证的私人实体实施伴有武力或武力威胁的执法活动应是最后的选择，并且应以极为谨慎和严格遵守国际法要求的方式进行，即在紧急情况下，采取了其他方式仍不能救济本国权利的情况下才可以采用。换言之，争端一国针对侵犯其权利的行为，应积极采取与争端他方进行磋商、

374 国家实践中，不止一个国家在争议海域颁发渔业许可证的现象并不奇怪。参见 Nicaragua/Honduras(note 65), para. 131.，洪都拉斯和尼加拉瓜都对加勒比海上的争议岛屿附近水域的渔民颁发许可证。

375 高健军：《海上执法过程中的武力适用问题研究》，载《法商研究》2009 年第 4 期（总第 132 期）第 23-31 页。

376 S. S.“I’m Alone”(Canada, United States) United Nations Reports of International Arbitration Awards, 30 June 1933 and 5 January 1935, page 1615,para 2: “On the assumptions stated in the question,the United States might consistently with the Convention, use necessary and reasonable force for the purpose of effecting the objects of boarding, searching,seizing and bringing into port the suspected vessel.”

377 Saiga Case，(Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)[Judgment，ITLOS，1999，paras.155-156]: “Although the Convention does notcontain express provisions on the use of force in the arrest of ships, international law, which is applicable byvirtue of article 293 of the Convention, requires that the use of force must be avoided as far aspossible and, where force is unavoidable, it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances. Considerations of humanity must apply in the law of the sea, as they do in other areas of international law.”

378 仲裁法庭将苏里南的行为归类为“威胁使用武力”，并且驳回了苏里南行为是执法行为的主张。参见 Guyana/Suriname Award , para. 445.

启动海洋法公约的争端解决机制，寻求国际海洋法庭的临时措施[379]，怠于行使上述救济方式导致最后不得不使用武力或威胁使用武力时不能免责。

无论如何，在争议海域内对争议他国的渔船或争议他国许可证持有人执行本国国内法必须被当做最后救济，并且应该满足以下条件：（1）情况紧急；（2）本国对本国的权利危险状态没有过错[380]，即在此之前没有怠于寻求其他更为缓和的保护其权利的方式；（3）以非常谨慎且严格遵守国际法的要求的方式进行；（4）适用武力需以必要为前提并符合相称性原则。

二、争议海域国际不法行为的法律后果

（一）停止和保证不再重犯（Cessation and Non-repetion）

违反 UNCLOS 第 74 第 3 款和第 83 条第 3 款的第一个后果就是不法行为国有义务停止不法行为并保证不再重犯。争端当事方应该持续遵守该条款的要求，例如应尽快启动磋商或接受对方的磋商邀请。

（二）赔偿（Reparation）

根据《国家责任条款草案》第 31 条以及第二部分第二章的规定，对受害国的赔偿范围不仅包括物质损害，也包括精神损害。赔偿的形式包括可以单独或合并采取恢复原状（Restitution）、补偿（Compensation）和抵偿（Satisfaction）。恢复原状是进行赔偿的不言而喻的手段，因为它旨在重建不法行为实施前存在的情势，尽管这种赔偿形式在过去时有发生，但在今天很少见。[381]

1.补偿（Compensation）

对于争议海域内的国际不法行为，受害国有权要求行为国进行金钱补偿，补偿的范围仅仅包括可计算的物质损失及利润的损失。补偿通常以损失的财产的“公平市场价值”为基础进行评估，尽管用来计算损失的方法可能视相关财产的类型而又所不同。[382]

2.抵偿（Satisfaction）

抵偿针对的是非金钱损失，包括由不法行为国官方道歉、表示遗憾、惩处负有责任的下级官员或者承认责任国的行为的违法性等合理方式。抵偿不应与损失不成比例，而且不得采

[379] Guyana/Suriname Award , para. 446
[380] Guyana/Suriname Award , para. 476
[381] 马尔科姆.N.肖 著，白桂梅、高健军、朱利江、李永胜、梁晓晖译：《国际法》第六版（下），北京大学出版社，2011 年：第 634 页。
[382] Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session， *Draft articles on , Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*，page 102，para (22)

取羞辱责任国的方式。[383]

虽然补偿是承担国家责任的最普遍方式，但从有关国家责任的陆地争议领土案例来看，国际法院及仲裁庭等机构虽然认为有关补偿的国家责任属于受理范围，但最终都未支持原告或仲裁申请人的补偿主张，而是采用了宣告责任国行为违法的抵偿方式。例如在 2002 年的喀麦隆-尼日利亚案判决中，国际法院认为喀麦隆所遭受的损失，由于法院最后的划界，命令尼日利亚撤回其军队和行政管理机关，使喀麦隆的损失得到了充分的处理。法院认为没有必要确认尼日利亚的占领行为是否构成国家责任及其程度，尽管喀麦隆对有关财产的毁坏和环境破坏的提出了补偿请求。[384] 作为一种司法策略，法院仅仅宣告尼日利亚占领行为违法的判决，其目的是对胜诉方整体诉求的概括满足而非对败诉方施加过重的负担。换句话说，法院试图创造一个非对峙的局面，这样双方能够快速执行判决，在事关当地人口的利益方面合作，一次性解决所有争议，而不再启动一个的计算复杂的金钱补偿的程序。[385]在圭亚那/苏里南仲裁案中，仲裁庭也重申了国际法院关于陆上领土争端中要求承担补偿的国家责任的实践，即仲裁庭仅作出宣告救济。虽然仲裁庭驳回圭亚那要求补偿的请求是因为圭亚那不能对其损失的证明程度不能达到仲裁庭满意的标准[386]，可以推测是，未来的争议海域沿海国违反第 74.3 和 83.3 项下义务导致的合适赔偿形式，很有可能会继续采取宣告救济的抵偿方式。

（三）反措施（countermeasures）

与此国家责任相关的是为了迫使争端他国遵守义务而采取的反措施。一般而言，反措施可以排除行为的违法性，只要其符合比例原则并且不违反国际法强行规则，包括避免使用或威胁使用武力的义务。因而，一国可以不遵守第 74.3 和 83.3 项下的义务，但仅限于针对争端他方事先不遵守义务的情况。一方面，采取反措施不必以事先采取海洋法公约的争端解决机制为前提，因为国际法委员会在讨论国家责任时明确排除了在采取反措施之前要事先寻求所有友好的争端解决程序。另一方面，只要争端解决机制已经启动，根据国际法委员会的国家责任条款草案的第 22 条，国家就不能继续采取反措施了。反措施包括例如退出磋商以及暂停共同达成的临时安排等消极行为。反措施是否可以以积极作为构成呢？下述两种情况值得考虑：

---

[383] Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts ,Article 37

[384] 参见 Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, ICJ Judgement (2002), para 319

[385] 参见 Cameroon/Nigeria Judgement , para. 316 ：“the implementation of the present Judgement will afford the Parties a beneficial opportunity to co-operate in the interests of the population concerned, in order notably to enable it to continue to have access to educational and health services comparable to those it currently enjoys. Such co-operation will be especially helpful, with a view to the maintenance of security, during the withdrawal of the Nigerian administration and military and police forces.”

[386] Guyana/Suriname Award , para. 452

首先，一国是否可以将在争议海域授权开采的行为作为反措施是有争议的。实际上，单边授权开采活动可能会构成对第 74.3 和 83.3 项下义务的严重违反。即使在某些特定的情况下，一国可能辩称其授权开采活动是合法的、符合比例原则的反措施，但由于开采活动很容易演变成不符合比例的活动，从而加剧争端的恶化，因而可能会妨碍最终解决方案的达成，所以总体上应该避免将单边授权开采资源的行为作为反措施。

第二，有学者认为单边执法活动可以被视为针对他方事先违反国际法规则的合法反措施。在争议海域，执法活动多数情况下是被允许的，其并不构成对国际法规则的违反。但如果执法活动采取了超出合法范围的武力，或者没有对人权进行合理的尊重或者构成了违背人道主义原则的报复行为，那么在任何情况下，这种执法活动都不能被视为排除违法性的反措施。

结语

根据和平解决国际争端的原则和 UNCLOS 第 74.3 和 83.3 项下的义务，争议海域各沿海国应当积极履行善意磋商的义务，以便尽早达成争议的临时安排并最终达成划界协议，在最终划界协议尚未达成期间，争议各国应当限制自身在争议海域的执法行为，避免对他国船只实施武力或武力威胁，避免妨碍最终划界协议的达成。在针对争端他方的国际不法行为时，可以采取和平的反措施，例如终止外交关系，暂停经济贸易合作等，并且反措施应符合比例原则。

我国与其他国家在东海和南海均存在海域划界争端。在已存在临时安排的情况下，我国与他国都应严格遵守临时安排的规定，如在“9.7 钓鱼岛事件”[387]中，中日两国在争议海域，至少在渔业管辖方面，本应根据两国之间签订的《渔业协定》来执行，不应该单边进行伴随武力行为的“执法”。对于日方违法逮捕我国渔船并延期羁押的行为，不仅违反了临时安排的规定，也违反了 UNCLOS 第 74.3 和 83.3 项下的“不妨碍达成最终划界协议”的义务。非法逮捕我国渔船不仅侵害了我国渔民的私人利益，也造成了对我国国家利益的损害，即使是非物质性损害。在不排除对私人主体的民事救济的情况下，日方还应对我国承担包括赔礼道歉、承认行为违法、保证不再重犯等抵偿形式的国家责任。

参考文献：

[387] 参见 罗欢欣：《论 9.7 钓鱼岛事件中的国家责任问题》，载《政法学刊》，2010 年 12 月，第 27 卷第 6 期，第 22-23 页：中国与日本于 1997 年分别达成了《中日渔业协定》、《中日渔业协定之协议议事录》等临时安排，规定设立中日渔业联合委员会进行管理，即使是依法由一国行使管辖权，逮捕了对方渔船，也必须在提出担保之后“迅速获得释放”，对没有设立暂定措施的水域，两国也互相“承诺不得将其本国渔业法律适用于该海域”。 两国政府均表示：“将继续坦诚进行两国关于专属经济区和大陆架划界的磋商，并努力达成双方都能接受的协议”，“规定的暂定措施水域的设定，不得认为有损两国有关专属经济区和大陆架划界的各自立场”等。

中文文献：

1. 龚迎春：争议海域的权利冲突及其解决途径，《中国海洋法学评论》，2008 年第 2 辑，78-89

2. 宋荟伊：论争议海域各方在达成划界协议前的国际法义务，《研究生法学》2012 年 10 月第 27 卷第 5 期，56-67

3. 罗欢欣， 论 9·7 钓鱼岛事件中的国家责任问题，《政法学刊》，2010 年 12 月，第 27 卷第 6 期，19-25

4. 冯学智：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社，2013 年

5.高之国、贾宇、张海文：《国际海洋法问题研究》，海洋出版社，2011 年

6. 邹立刚、叶鑫欣: 南海资源共同开发的法律机制构建略论，《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 1 期，59-63

7. 罗国强，“共同开发”政策在海洋争端解决中的实际效果: 分析与展望，法学杂志 2011 年第 4 期，14-17

8. 高健军：海上执法过程中的武力使用问题研究——基于国际实践的考察，《法商研究》2009 年第 4 期，23-31

9. 马尔科姆.N.肖 著，白桂梅、高健军、朱利江、李永胜、梁晓晖译：《国际法》第六版（下），北京大学出版社，2011 年：第 634 页

英文文献：

1. Malcolm N. Shaw, International Law (5th edn, CUP, London 2003)

2. Barbara Kwiatkowska, Decisions of the World Court relevant to the UN Convention on the Law of the Sea: a reference guide,(2nd edn, Leiden; Boston) Martinus Nijhoff Publishers, 2010

3. UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Martinus Nijhoff Publishers, 2013

4. Enrico Milano and Irini Papanicolopulu, State Responsibility in Disputed Areas on Land and at Sea, 71 Zeitschrift fűr ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2011), 587-640

5. GAO Jianjun, Comments on Guyana v. Suriname,Chinese Journal of International Law (2009), Vol. 8, No. 1, 191-203

从绝对豁免到限制豁免：国家身份到国家职能的转变

李颖*

摘要：国家豁免原则是国际法的基本原则之一，国家豁免问题是国际法上传统的“老”问题，也是现代的“新”问题。国家豁免基于国家主权平等原则，根据“平定者无管辖权”的古老法彦，国家之间享有管辖豁免。这是因为国家是主权者的**身份**，而不管国家的**行为**。这是绝对豁免原则的要义。限制豁免原则关注的是国家的行为。只有国家的主权行为（*acta jure impreii*）才享有管辖豁免，管理行为（*acta jure gestionis*）则不能享有管辖豁免。

国家豁免问题实质是一个外国主权国家在国内的地位问题。绝对豁免原则的基础是国家“是”什么；限制豁免原则的基础是主权国家的行为，即国家“做”什么。从主权国家的身份过渡到主权国家的职能，从绝对豁免原则发展到限制豁免原则，反映了外国主权国家在一国国内地位的变化，国家不能以特殊的身份而享有特别的权利，侵害个（法）人的利益，国家必须依法保护个（法）人的权益。尽管限制豁免原则面临着难于判断国家行为的理论困难，然而，用法律规范外国国家在国内的行为仍然符合法治的要求。

关键词：国家的身份；国家的职能；国家行为；法治要求

论文主要结构：

一、绝对豁免原则：国家是主权者，享有绝对的权利

二、限制豁免原则：国家“做”什么？

三、中国与国家豁免原则

结论

一、绝对豁免原则：国家是主权者，享有绝对的权利

早在 1812 年美国联邦最高法院在“交易号”案（the Schooner Exchange v. M’Faddon）中裁定，停靠在美国港口的法国军舰不受美国法院管辖，即使原告

* 作者简介：李颖，女，副教授，法学博士，天津外国语大学滨海外事学院法学系，电子邮箱地址：liyingruclaw@126.com。

称该船是法国早先非法扣押所得。[388]美国联邦最高法院认为，虽然一国的司法管辖权在其本国领土内是排他的和绝对的，但它必须有所克制，否则就是有害的。但这种克制必须是国家同意的。[389]“交易号”案是绝对豁免原则的经典案例，但在判决中并没有涉及主权的外在特性的讨论，只是强调法院地国的司法管辖权在面对一个外国主权国家时应当是克制的。

1880 年英国法院在“比利时国会号”案（Paslement Belge Case）的判决中提出“国际礼让说”，即“每个国家作为独立的主权国家以及出于国际礼让应该互相尊重主权，如果不是根据协议，在其本国的领土内针对另一个国家的代表或大使、或外国的用于公共目的公共财产、或大使的财产行使法庭的管辖时，各国都会拒绝。”

1938 年怀特法官（Lord Wright）在“克里斯蒂娜”案（The Cristina）中进一步指出，“源自于国际礼让和礼仪，但现在视其为国际法规则更合适，也为国际社会所接受。它对国内法院有约束力，而且是法院应该执行的。这个原则的确包含了对国家主权的减损，其限度在于国内法庭对于即使是发生在其领土范围内的事情也不得行使管辖权。这个规则是建立在“平等者间无管辖权”（*par in parem non habte jurisdictionem*）原则上的，没有一个主权国家对另一个主权国家可以行使管辖权，或者也可以是基于一个国内法庭不能强制外国主权国家，或者这种意图被视为不友好的行为，又或者是基于互惠原则，国际社会里每个国家都在类似的领域里减少一些主权。我不用再讨论其他的解释。这个原则是主权（国家）自然而然同意放弃的，国家也希望通过法律判决来确定它的权利。”[390]

美国法院这样描述“礼让”：（礼让）并非是绝对的责任（absolute obligation）……也不仅仅是礼貌或者良好的愿望（courtesy and good will）……然而这是普遍承认的，即一个国家允许在自己的领土内另外一个国家的立法、行政和司法行为，这样做是出于国际义务和便利的考虑（international duty and

388 托马斯·伯根索尔、肖恩·D. 墨菲：《国际公法（第 3 版）》，黎作恒译，法律出版社，2008 年，第 161 页。

389 The High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, HCMP 928/2008, FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, China Railway Group (Hong Kong) Limited, China Railway Resources Development Limited, China Railway Sino-Congo Mining Limited and China Railway Group Limited (Secretary for Justice of HKSAR, intervener), judgment, 12 December, 2008, para. 184.

390 The High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, HCMP 928/2008, FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, China Railway Group (Hong Kong) Limited, China Railway Resources Development Limited, China Railway Sino-Congo Mining Limited and China Railway Group Limited (Secretary for Justice of HKSAR, intervener), judgment, 12 December, 2008, para. 62.

convenience)……[391]国际法上的很多基本原则的基础理论就在于“你这样做，也希望他人这样对你”（doing to others as you would have them do to you）。[392]

这些典型案例说明，主权的外部属性是平等性，因此“平等者无管辖权”，除非外国国家“同意”放弃这种权利。所以，在以外国国家为被告的诉讼中，国内法院一般都会给予外国国家豁免权，这种豁免就是绝对豁免原则。马歇尔法官精准地描述了主权和绝对豁免原则之间的关系，他认为：[393]

第一，这个世界是由主权平等和独立的国家组成的。如果一个国家试图审判另一个国家就会破坏平等和独立的原则。为了避免破坏平等和独立，国家互相同意主权豁免原则。

第二，给予外国主权以主权豁免不会贬损外国主权的尊严和荣誉。这一点从各国给予外国使节的实践中得到最好的验证，这样做是为了不破坏国际关系，也为了执行国家的对外政策。

第三，各国向外国派遣使节并不是意图让自己的使节屈从于外国当局。使节们的使命使得他们必须独立于接受国，而且要绝对忠于自己的国家。接受国同意接纳使节就意味着同意授予使节为了完成他们的使命而必要的权利和特权。

绝对豁免原则的基础是国家主权平等，主权是一种权利，尤其看重的是主权的拥有者—国家的身份。在以主权国家为被告的诉讼中，根据平等者无管辖权的原则，国家当然地享有豁免，除非它自愿放弃这种权利。

二、限制豁免原则：国家“做”什么？

限制豁免原则，又称有限豁免原则或相对豁免原则。限制豁免原则将国家行为分为主权行为（*acta jure impreii*）和管理行为（*acta jure gestionis*）。在司法实践中，英美国家将这两种行为称为主权行为和商业行为，大陆法系国家则称之为公法行为和私法行为。对于国家实施的主权行为或公法行为，如国家的政治、军事、外交等，属于国家豁免的范围；而对那些管理行为或商业行为，则不属于豁免的范围。[394]

---

391 Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 191, 40 L. Ed. 95, 16 S. Ct. 139 (1895).

392 Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, 87 L. Ed. 2d 444, 105 S. Ct. 3346 (1985).

393 Thomas H. Hill, “A Policy Analysis of the American Law of Foreign State Immunity”， Fordham Law Review, Volume 50, 1-1-1981.

394 朱文奇：《国际法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社，2009 年第 2 版，第 350 页。

1、审判的对象：是“主权国家”还是“国家行为”

最早出现的国家豁免的公约，如 1926 年《关于统一国有船舶豁免若干规则的公约》（以下简称《布鲁塞尔公约》）及其附加议定书，确立了国有船舶从事商业行为不再享有国家豁免的原则。[395]虽然各国对该公约的理解并不一致，在司法实践中甚至认为《布鲁塞尔公约》调整的是特定标的物，并没有对国家豁免原则产生一般的效果[396]。然而不可否认的是，《布鲁塞尔公约》的目的也并非要挑战国家豁免原则，仅仅是针对国有船舶从事的商业活动—特定的行为—进行规范。

二战结束后，国家越来越多的参与商业活动，尤其在苏联的影响下，在东、南欧以及亚洲的社会主义国家，经济完全掌握在国家手里，实行国有经济。在与外国进行商业贸易活动时，外国个人或法人处于一种不利的地位。英国枢密院法官克劳斯（Lord Cross）从四个方面解释法院为何不遵循先例转而支持限制豁免原则，（1）上诉法院错误地认为他们应该遵从“比利时国会号案”的判决；（2）在“克里斯蒂娜号案”中上议院中有法官认为国有船只参与商业活动享有豁免；（3）有趋势表明反对绝对豁免；（4）在西方国家的法庭上国家可以因商业合同而被起诉，但外国国家却享有豁免，这是错误的，也是没有道理的。[397]

限制豁免原则认为国家豁免只能给予国家的主权行为，而国家的商业行为不再享有豁免。国家的主权行为被认为是具有公法性质的行为，而商业行为则被认为具有商法或私法性质的行为。[398]

限制豁免原则主要涉及到三个问题，第一个是限制豁免原则的理论基础。鉴于这个问题太过复杂，联合国国际法委员会 1989 年第 41 届会议上决定避免讨论这个基本理论问题，转而集中讨论《联合国国家及其财产管辖豁免公约》中的具体条款。[399]为了避免各国在国家豁免原则上的巨大分歧，公约甚至避免使用“限制豁免原则”的字眼而代之以“国家豁免的例外”。在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》最后文本里规定的国家豁免例外情形与美英等国遵循限制豁免原则规定的内容基本一致（详见表一）。不管是国家豁免的例外还是限制豁免原则，只是一个用词的不同而已。

---

395 《关于统一国有船舶豁免若干规则的公约》第一、二、三条的规定。

396 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社，1994 年，第 75 页。

397 Malcolm N. Shaw, *International Law*, (New York: Cambridge University Press, 6th edn, 2008), p. 705.

398 [英] M. 阿库斯特：《现代国际法概论》，汪瑄、朱奇武、余叔通、周仁译，中国社会科学出版社 1983 年第 2 版，第 129 页。

399 参见联合国国际法委员会第 41 届会议报告，http://untreaty.un.org/ilc/summaries/4_1.htm#_ftnref13.

既然无法解决基本理论问题，只能退而求其次，针对国家的行为进行规范。这就是第二个问题，即，区别主权行为和管理行为的标准。西方发达国家和发展中国家在这个问题上分歧很大，前者坚持性质标准，后者主张目的标准。《布鲁塞尔公约》首次确定了按照性质划分主权行为和管理行为的方法，英美等国的国内法也都规定性质标准，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》采用的是以性质标准为主，目的标准为补充的混合标准。不过这些标准在具体适用时并不总是能起作用，法官们还必须借助其他方法才能解决具体问题。

比如，同样是面对科威特航空公司诉伊拉克航空公司的案件，英国法院和加拿大法院采取了不同的作法，英国上议院采用的是“区分”的方法，而加拿大最高法院采用的是“整体”（contextual approach）的方法。英国上议院大多数法官认为，伊拉克航空公司夺取科威特航空公司飞机的行为不是一般意义上的公司兼并，而是与伊拉克入侵科威特的行为联系在一起，是为了执行伊拉克 1990 年 9 月 17 日颁布的第 369 号命令，这是一个主权行为，应该享有豁免。夺取飞机之后，其中 4 架飞机在摩苏尔的轰炸中被毁，另外 6 架飞机被伊拉克航空公司用于商业飞行。所以，法官们认为摩苏尔的 4 架飞机用于战争而应享有豁免不必赔偿，另外 6 架飞机则不享有豁免，伊拉克航空公司应就这 6 架飞机的损失进行赔偿。[400]加拿大最高法院的法官们认为，那种目的标准作为性质标准的补充的方法毫无用处，在判断一个行为时不仅要考虑行为的性质、目的，还要将行为发生的背景考虑进去综合判断。特别是在用单一的标准无法对行为进行判断时，应该采取这种方法。[401]

限制豁免原则面临的第三个问题是国家行为原则，这个问题与第二个问题—判断国家行为的标准—既有关联又有区别。二者的联系在于都要判断国家行为是主权行为还是管理行为；区别在于，判断国家行为是主权行为还是管理行为要根据实体法，而国家行为原则在解决法院的管辖权阶段起作用，也就是要先解决程序问题。如果法院没有管辖权，也就不会有之后的判决。

英国早在 17 世纪开始适用国家行为原则，在“布拉德诉邦菲尔德”案（Blad v. Bamfield）中法官认为，英国法官有权决定丹麦国王在其自己的领土内授予其

[400] Judgment of Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others, House of Lords of UK, http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm , May 16, 2002.
[401] Malcolm N. Shaw, *International Law*, (New York: Cambridge University Press, 5th edn.), pp. 634-635.

公民的专利许可行为是否合法是“荒谬的和不合理的”[402]，因此排除了英国法院的管辖权，驳回起诉，案件终结。

美国法院使用这个原则更多，美国法官认为这个原则是从美国宪法的分权原则中引申出来的一个规则，即法院不应对外国国家的行为提出异议，以免给行政部门在处理外交关系时造成困难。[403]美国联邦最高法院法官富勒（Fuller）对国家行为原则做过经典的阐述，“每一主权国家都有义务尊重其他国家主权的独立，一国法院不应对其他外国国家在其领域内实施的行为进行审判，对此类行为造成的损害的补偿应通过主权间可行的方式进行。”[404]

1964 年，美国联邦最高法院法官在“古巴国有银行诉萨巴蒂诺”案（Banco National de Cuba v. Sabbatino）中几乎一致认为，“本案中在没有条约或者其他协议规定法律原则的情况下，与其决定或反复确认一个僵化的规则，我们决定还是认为司法机构无权审查一个外国主权国家政府在其自己的领土内对财产采取措施的有效性，即使原告声称被告的行为违反了习惯国际法。”[405]美国国会对该案判决非常不满，不久通过了第二个“西金卢普修正案”（the Second Hickenlooper Amendment, 22 U.S.C § 2370）。该修正案要求美国法院在涉及 1958 年后的外国国家征收财产的案件中拒绝适用国家行为原则，以此保护本国国民在海外的利益。[406]

美国联邦最高法院 1990 年在“凯克派克公司诉塔克托环境公司”案（W. S. Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics Corp., Int’l）中又要求各级法院，在判定外国国家行为合法性的时候应按照该外国的法律进行，严格适用国家行为原则，即美国法院只能在宣布外国行为“在本国不合适、因此也没有效果”时适用国家行为原则。[407]英国法院在适用国家行为原则时也基本持这样的观点，正像法官尼科尔斯（Lord Nicholls of Birkenhead）在“科威特航空公司诉伊拉克航空公司”案中阐释的那样，“只有违反人权的法律是不可接受的”[408]。

---

[402] Blad v. Bamfield, 36 Eng. Rep. 992 (Ch. 1674). 转引自任明艳：《美国国家行为原则评析》，《比较法研究》，2006 年第 7 期，第 120－127 页。

[403] [英] M. 阿库斯特：《现代国际法概论》，汪瑄、朱奇武、余叔通、周仁译，中国社会科学出版社 1983 年第 2 版，第 61 页。

[404] Underhill v. Hernandez, 168 U. S 250 (U. S. 1897).

[405] Banco Nacional De Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (U.S. 1964).

[406] 同上。

[407] W. S. Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics Corp., Int’l, 493 U.S. 400 (U.S. 1990).

[408] Judgments of Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others, House of Lords of UK, http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm .

国家行为原则的作用在于：第一，排除法院的管辖权。在奉行限制豁免原则的国家里，可以基于国家行为原则排除法院的管辖权，从而终结法律程序。第二，确定选择哪个国家法律的作用，也就是选择哪个国家的法律作为准据法来判断国家的行为。在审查外国国家行为的时候，法院要以被告国家的法律作为判断行为的标准，而不能适用法院地国的法律。

2、判断国家行为的标准：性质还是目的，或其他

限制豁免原则核心的问题在于如何判断国家行为是主权行为还是管理行为。在现代社会，统治权行为和事务权行为的划分不能建立在稳固的逻辑基础上。[409]与哪些行为属于不享有国家豁免的范围一样，哪些行为属于主权行为也总是不确定的。劳特派特认为下列行为应该作为国家主权行为享有豁免：[410]

（1）国家的立法行为以及执法行为。这种行为包括国家依据法律对外国人的财产实行的国有化，即使这种行为被认为与国际法相冲突也是如此。外国国家的立法行为之所以享有豁免，仅仅是因为要使该外国国家与内国国家处于相同的地位，因为后者不可在自己的法院使前者就其立法行为被诉。

（2）外国国家在它自己的领域内的行政和管理行为享有豁免。例如，指控外国国家不公正的驱逐、征税、非法监禁或拒绝司法，外国国家享有豁免。而且，特别不应该对外国国家及其机关在自己领域内的侵权行为提起诉讼。这些问题必须留待在外国国家内的司法救济或适当的外交行为来解决。

（3）按照国际私法规则，与外国国家或由外国国家缔结的合同，如果在国外缔结或不包含应由法院所在国的法院适用本国法律的因素，应豁免于该法院地国的法院管辖。

（4）在外交豁免问题上，不得与公认的国际法原则相抵触，受理外国国家的诉讼，或对外国国家采取执行措施，也不得对为外国武装力量一部分的军舰或类似船舶进行对物之诉、或没收或扣押。

瑞士国际法学者拉利弗认为国家公法行为包括：国内的行政行为；立法行为；涉及国家武装部队的行为；涉及外交活动的行为。公共贷款行为不在此列。[411]

英国国际法学家布朗利教授则根据各国的立法和司法实践将国家豁免的例

---

[409] 劳特派特：《外国国家的管辖豁免问题》，载于《英国国际法年刊》，1951 年，英文版，第 224－225 页。转引自黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社，1987 年，第 92 页。

[410] 同上。

[411] 拉利弗：《国家和国际组织的管辖豁免》，载于《海牙国际法学院讲演集》，1953 年，第 3 分册，第 286－287 页。转引自黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社，1987 年，第 112－113 页。

外总结为七种情形，说明国家基于属物理由而可以对外国国家行使管辖权，除此之外的国家行为都属于主权行为，但是这些分类无论是单独还是综合起来都不能是国家豁免的全部例外，这七种情形分别是：[412]

（1）对外国国家的商业行为的诉讼中，法院地国可以行使管辖权。

（2）外国国家在私法关系中产生的法律争端中，法院地国法院可以行使管辖权。私法关系包括（但不限于）：商业合同，提供服务的合同，贷款和财政安排，有关财政义务的担保和赔偿，财产的所有权、占有和使用、知识产权和工业产权的保护，有关有限、无限实体与社团、合伙的法律事务，对船舶和货物的对物（in rem）诉讼，汇票。

（3）在法院地国家归类为不具有“私法特征”的、但是依据当地法律应基于善意与信任（法律保险）的关系产生的法律诉讼中，法院地国法院可以行使管辖权。

（4）在雇佣合同和外国国家为当事一方的专业服务合同诉讼中，法院地国法院可以行使管辖权。

（5）在因为外国国家或者其机关的作为或者不作为而导致的自然人的死亡或者伤害，或者有形财产的损失或者损害的诉讼中，法院地国法院可以行使管辖权。

（6）外国国家通过产生于继承、赠与或者无主物的权利，或者管理构成死者或者神智不健全或者破产人财产一部分的权利或者利益、或者管理遇清算或者破产公司财产的权利或者利益、或者管理基于信用的财产或者委托财产中的权利或者利益而取得对动产或不动产的利益，在这些权利或者利益的诉讼中，法院地国法院可以行使管辖权。

（7） 有关财政责任、所得税、关税、印花税、登记费用以及类似的课税的诉讼中，如果按照当地法律制度，这些责任是商业性关系和其他法律关系的伴随物，或者如果可以无歧视地使用相关的立法，法院地国法院可以行使管辖权。

限制豁免原则的理论困境在于，国家基于属人理由而享有豁免，因为国家是主权者。但是当国家从事“私”性质的行为时，基于属物理由而不能享有豁免。然而这个“私”性质的行为究竟是哪些行为，范围并不确定，从而导致属物范畴的不确定性。为了解决不确定性的问题，各国的立法和《联合国国家及其财产管

412 [英]伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良等译，法律出版社 2007 年，第 292 页。

辖豁免公约》制定时只能采用列举的方式，从而避免法规的模糊性和不确定性。而现实也是如此，没有哪个国家在国家豁免的立法中采用限制豁免或限制豁免原则的字眼。

限制豁免原则的立足点就在于对国家这个特殊主体的行为进行规范，这是回避“国家是什么”这个问题的必然结果，转而关注“国家做什么”。国家的行为都是主权行为吗？显然，以限制豁免原则的立场来看，不都是。那么哪些是主权行为，而哪些不是主权行为呢？这个范畴总在变化，以前认为是主权行为，现在则属于管理行为，比如国家发行国债、国有化等。对主权行为范畴的定义影响着国家在国家豁免问题上的政策和立场。借用美国 1952 年“泰特信函”（Tate’s Letter）里的话，这种变化反应出来的是，“实行国营贸易的国家之愈加坚持绝对豁免的理由，使得美国有**改变政策的必要**，政府广泛地和日益频繁地参加商业活动的实践，使得有必要发展由法院来决定同政府做生意的人的权利的惯例。”[413]

三、中国与国家豁免原则

2008 年 5 月，香港特区的法院受理了一起以刚果民主共和国为被告的案件，此案成为我国法院审理的第一个与国家豁免相关的案件。“刚果（金）案”再次引发了人们对中国在国家豁免问题上的关注，特别是对中国在国家豁免立法上的讨论。

1、中国的国家豁免政策和立法

2011 年 6 月 8 日，香港终审法院 5 位法官以 3 比 2 的多数作出了一个“临时性的”判决，并且首次根据《香港基本法》第 158 条第 3 款的规定向全国人大常委会提出释法请求，[414]然后根据释法的结果再作出相应的安排和处理。[415]

全国人大常委会 2011 年 8 月 26 日通过了《关于<中华人民共和国香港特别行政区基本法>第十三条第一款和第十九条的解释》[416]的解释，这次释法的主要内容可以归结为以下两点：

---

[413] 亨金、普格、夏赫特尔、斯密特：《国际法：案例与资料》，1980 年，英文版，第 502－504 页。转引自黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社，1987 年，第 103 页。

[414] 人民网，“香港终院首度请人大释法，各界给予正面回应”，http://www.people.com.cn/h/2011/0610/c25408-15169491.html。

[415] “刚果（金）案”香港终审法院判决第 413－416 段。

[416] 中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2011-08/27/content_1670103.htm 。

第一，国务院是负责中国外交事务的机关，有关国家豁免的政策和立场属于外交事务的范畴；《香港基本法》第 19 条第 3 款中的“国防、外交等国家行为”包括中央政府决定国家豁免政策的行为；[417]

第二，香港作为中国享有高度自治权的一个地方行政区域，直辖于中央政府，必须执行中央政府的政策；香港特区法院对中央政府的行为不仅没有管辖权，而且香港特区法院还有责任适用中央政府的政策，不得采取与中央政府政策不相一致的立场。[418]

在此之前，中国外交部驻香港特派员公署还曾向香港原讼法院、高级法院和终审法院审理案件时分别发出公函，阐明中国在国家豁免问题上的立场。[419]

三封公函和全国人大常委会的法律解释可以说明我国在国家豁免问题上的政策或者原则立场：

第一，在国家豁免这个问题上，不管是司法管辖豁免还是执行豁免，我国都坚持绝对豁免原则；

第二，按照绝对豁免原则，我国既不接受外国法院针对我国国家和国家财产的诉讼，同时我国法院也不接受或审理针对外国国家和其国家财产的诉讼；

第三，虽然签署了《联合国国家及其财产司法管辖豁免公约》，由于该公约尚未生效，因此对我国并没有约束力，我国坚持绝对豁免原则的立场没有改变。

中国政府认为，国家豁免的具体含义是：（一）未经一国放弃司法管辖豁免，另一国不得受理和审判以该国为被告的诉讼；（二）即使一国已放弃了司法管辖豁免，如未经该国放弃执行豁免，另一国法院不得对该国国家财产采取强制措施。国家豁免建基于国家主权和平等的原则，既是一个法律问题，又是一个涉及国家对外关系的政策问题。作为法律问题，它涉及一国法院对外国国家及其财产是否拥有管辖权，外国国家及其财产在一国法院是否享有豁免权；作为国家对外政策问题，它直接关系到一国与外国国家的关系和该国对外政策的实施，直接涉及国家的对外关系和利益，各国都按照本国国情需要和对外政策，采用符合本国利益的国家豁免制度。[420]

---

[417] 《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国香港特别行政区基本法>第十三条第一款和第十九条的解释》第一和第三。

[418] 同上，第二和第四。

[419] “刚果（金）案”香港原讼法院判决第 5 段，香港上诉法院判决第 91 段，香港终审法院判决第 47 段。

[420] 《关于<全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释》第一。

目前，除了《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》（以下简称《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》）以外，我国还没有专门的国家豁免的法律，[421]《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》也适用我国香港和澳门地区。[422]

《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》是中国第一部关于国家财产豁免的专门立法，该法只有 4 个条款，主要内容是：

（1）豁免的对象是外国中央银行财产。外国中央银行，既包括外国的中央银行，也包括区域经济一体化组织的中央银行，以及履行中央银行职能的金融管理机构。

（2）豁免的范围限于司法强制措施，即我国法院对外国央行的财产在判决前不能采取查封、扣押、冻结等财产保全措施，在判决后不能采取查封、扣押和执行措施。

（3）享有豁免的外国中央银行或该行所属国政府有权放弃强制执行豁免。通常放弃豁免有两种方式：一种是书面明示放弃，另一种是默示放弃，即指定央行的某一财产可被法院用于财产保全，或可被法院强制执行。

（4）对外国央行财产的豁免实行对等原则。如果外国不给予或给予我国中央银行或港澳两个特区的金融管理局财产的豁免低于本法规定的，我国对该外国央行的财产同样将不给予或只给予相应的豁免。

从《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》的内容上来看，我国在对待外国中央银行财产方面奉行的是绝对豁免原则和对等原则的双重原则。对外国的中央银行财产以及货币当局的财产的强制措施采取绝对豁免原则也是大多数国家的实践，这为外国央行在中国的财产提供了法律保障，有利于吸引外国央行的资产，特别是对于香港这个国际金融中心来说，也有利于将上海建设成为国际金融中心的规划。[423]然而，《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》规定的对等原则仅限于书面规定，到目前为止还没有任何司法实践。

有关国家豁免的规定散见于我国的一些法规里，主要包括：

首先，《民事诉讼法》第 237 条规定，对享有管辖豁免的外国人、外国组织

---

421 段洁龙：《中国国际法实践与案例》，法律出版社 2011 年版，第 2 页。

422 2006 年 3 月 2 日，中国外交部网站，《我国第一部国家财产豁免立法公布施行》，http://www.fmprc.gov.cn/chn/pds/wjb/zzjg/tyfls/xwlb/t238012.htm。

423 新浪网，2009 年 3 月 26 日，《国务院：将上海建成国际金融中心和航运中心》，http://news.sina.com.cn/c/2009-03-26/031017482257.shtml。

或国际组织提起的民事诉讼，按照中国的有关法律和中国缔结或参加的国际条约的规定办理。法律规定中的“享有管辖豁免的外国人、外国组织或国际组织”是指外国使领馆、外国组织或国际组织中的外交人员、使领馆的工作人员及其家属，中国要按照 1961 年《维也纳外交关系公约》、1963 年《维也纳领事关系公约》、1969 年《特别使团公约》、1973 年《国际保护人员的公约》等中国缔结或参加的公约的规定给予这些人员和组织以管辖豁免特权。外交人员和国际组织的豁免实际上是一种职能豁免（functional immunity），这是东道国为了保证这些人员和组织在其境内行使职务而给予的便利。[424]这种外交豁免与国家及其财产豁免是有区别的。

其次，1992 年颁布的《领海及毗连区法》，第 10 条规定：外国军用船舶或者用于非商业目的的外国政府船舶在通过中华人民共和国领海时，违反中华人民共和国法律、法规的，中华人民共和国有关主管机关有权令其立即离开领海，对所造成的损失或者损害，船旗国应当负国际责任。此规定与中国 1996 年批准的《联合国海洋法公约》第 30 条、第 31 条、第 32 条的规定是一致的，实际上是规定军舰和政府所有或经营的非商业船舶享有绝对的豁免特权。

除了国内的法律规定以外，中国签署的国际公约中也有关于国家豁免规定的内容，如中国 1980 年加入的 1969 年《国际油污损害民事责任公约》第 11 条规定，缔约国就油污损害赔偿案件放弃在油污损害所在缔约国法院的管辖豁免；中国 1996 年批准《联合国海洋法公约》，其中第 32 条、第 95 条、第 96 条等规定军舰和其他用于非商业目的的政府船舶享有绝对的豁免权；1974 年中国加入《国际民用航空公约》，其中第 3 条将一国的航空器分为国家航空器和民用航空器，国家航空器包括军事、海关和警察部门的航空器，该公约中规定的各种权利，如在缔约国领土上空飞行的权利、载客载物的权利等不适用于国家航空器；1996 年中国加入《1989 年国际救助公约》第 25 条规定，公约不应被用于任何法律程序的捉拿、逮捕或监禁，或用于针对任何国家所有的非商业船只的程序。

尽管《联合国海洋法公约》、《国际民用航空公约》和《1989 年国际救助公约》中都有将航空器船舶进行商业性和非商业性区分的规定，不过这些规定都是对国家所有或经营的非商业用途的船舶和航空器享有司法管辖豁免的肯定，中国只在海上油污损害赔偿这个问题上不再坚持绝对豁免原则的立场。

424 [英]伊恩·布朗利著：《国际公法原理》，曾令良等译，法律出版社 2007 年版，第 307 页。

中国不仅在政策和法律上坚持绝对豁免原则的立场，在外国法院起诉以中国（包括中国国有企业）为被告的诉讼中也坚持绝对豁免原则的立场。最初，中国政府甚至拒绝出庭，比如 1952 年的“两航公司案”，另一个是 1957 年的“贝克曼诉中华人民共和国案”（Beckman v. the People’s Republic of China），自 1979 年“烟花案”之后，我国改变了之前的做法，开始指派人员出庭参加法庭辩论。

除了中央政府在国外的法院被起诉以外，我国的地方政府也有被起诉的经历，即“仰融案”和“天宇案”，被起诉的分别是辽宁省政府、四川省政府和成都市青羊区政府。“仰融案”涉及的是政府征收行为是否是政府行为从而享有豁免，“天宇案”涉及的是执行政府政策导致无法继续履行合同是否属于商业例外。我国地方政府也是通过积极应诉最后赢得了诉讼。[425]

中国在外国法院被起诉的案件中更多的是针对中国国有企业的诉讼，如 1977 年的“海后一号案”[426]、1991 年的“中国民航总局案”[427]、1998 年“中国银行案”[428]、2005 年“江苏 SOPO 公司案”[429]、2005 年新加坡“中海油案”[430]、2007 年“中粮集团案”[431]等等，这些国有企业在法庭诉讼中无一不主张国家豁免，除了“海后一号案”外，其他国有企业都以败诉告终，都没有获得国家豁免。

我国的诉讼经历说明：第一，中国政府面对外国法院起诉的态度非常重要，从消极被动的抗议到积极主动的应诉，这种转变不仅没有损害中国的主权，反而维护了中国的主权；第二，中国国有企业虽然主张国家豁免，但几乎无法获得法庭的支持。

海外诉讼多数针对我国国有企业，且我国国有企业主张国家豁免的诉求并未获得支持，表面看来是外国法律对我不利。不过，对于国有企业的地位问题，中国政府认为，“国有企业具有独立的法人资格，自主经营、自负盈亏，有起诉和被诉的能力，无论在理论上还是实际上都不应被看作是国家的一部分，应当对其

---

425 和讯网，2010 年 8 月 6 日，《盘根错节，娓娓道来“仰融案”始末》，http://auto.hexun.com/2010-08-06/124512719.html。

426 黄惠康、黄进：《国际公法国际私法成案选》，武汉大学出版社 1987 年版，第 314－315 页。

427 《美国联邦上诉法院判例汇编》（第二编）第 923 卷第 957 页。转引自齐静博士论文《国家及其财产豁免的国内立法问题研究》，2009 年。

428 VOEST-ALPINE Trading USA Corporation v. Bank Of China; Bank of China New York Branch, No. 97-20322, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, June 12, 1998.

429 BP Chemicals LTD v. JIANGSU SOPO Corporation (Group) LTD., No. 04-1814, United States Court of Appeals, Eighth Circuit, August 25, 2005.

430 黄韬、陈儒丹：《国家豁免：并非中海油的庇护所》，载《法人》2005 年第 7 期。

431 百度网，2007 年 12 月 24 日，《中粮集团国家豁免权案在美败诉》，http://hi.baidu.com/dingo8282/blog/item/176882d4a8693802a18bb7f0.html。

与国家作出明确的区分。”[432]在国内，国有企业实际上有着特殊的地位；在国外的司法诉讼中，尽管国有企业有权主张国家豁免作为辩护理由，但最终还是由法庭来决定国有企业是否可以享有国家豁免的特权。

2、中国的法治建设与国家豁免的立法

没有改革开放，就没有中国的今天；改革开放，法律先行。

改革开放之初，中国社会面临着两种迫切的需要：一是社会稳定，二是发展经济。1979 年中国颁布了三部法律，《刑法》、《刑事诉讼法》和《中外合资经营企业法》。《刑法》和《刑事诉讼法》重建国家的社会秩序和司法体系，《中外合资经营企业法》开启了中国特色的社会主义市场经济建设的步伐。

旧的传统被打破，我们这个时代的法律文化正经历着重大的转变，表现在以下几个方面：[433]

（1）规范体系的转变。从自给自足的小农经济转变到多元的市场经济，人与人之间的关系向多元化、契约化的方向发展。

（2）规范方向的转变。从传统的义务本位向权利本位的转变，从原来的“和为贵”转变为“为权利而斗争”，原来的息讼观念向着求助于司法的方向转变。

（3）国家立法功能的转变。从惩戒违背社会道德规范转变为实现国家经济目标的手段，并对权力和权利进行调整的转变。

（4）作为社会分化结果的权力分配的转变。从自给自足的小农经济到通过国家和市场进行调整的市场经济，使得原来的行政控制的社会转变为法律控制的社会。

（5）统治结构的转变。从法律作为阶级统治工具向作为政治制约手段，即从“法制”到“法治”的法权国家的转变。

中国改革开放 35 年的发展不仅是经济的发展，也是法治建设的过程。目前我国已经建立起比较完善的法律体系，《物权法》保护公民和法人的财产权，《反垄断法》、《反不正当竞争法》等维护市场竞争，还有打击犯罪的《刑法》，规范政府和个人关系的《行政法》和《行政诉讼法》•••••• 可以说，国家和社会生活的方方面面都有法律，唯独缺一个外国国家在我国地位的法律。

国家豁免问题，是外国主权国家在国内的地位问题。我国坚持的是绝对豁免

---

[432] 段洁龙：《中国国际法实践与案例》，法律出版社 2011 年版，第 9 页。

[433] [德] 何意志：《法治的东方经验－－中国法律文化导论》，李中华等译，北京大学出版社 2010 年，第 11 页。

原则，意味着外国国家在我国享有绝对的司法管辖豁免特权。然而，在那些坚持限制豁免原则的国家仍然会对我国及国有企业提出诉讼。比如，在“杰克逊诉中华人民共和国案”（即著名的“湖广铁路债券案”，以下简称“湖广铁路债券案”）中，开始时中国坚持绝对豁免原则的立场，不出庭应诉，美国阿拉巴马州地方法院判决中国败诉，且声称要强制执行判决。在中国政府的压力下，美国国务院给司法部和阿拉巴马州地区法院发出了说明书，法院重新开庭，中国政府委派了律师出庭辩论，并最后胜诉。

自“湖广铁路债券案”后，中国政府对海外诉讼的态度从原来的消极逃避到积极应诉，这是一个重大而积极的转变。面对这些持限制豁免原则的国家，中国不仅在对外方面要积极主动，也要在国内采取相应的对策，也就是要充分论证中国是否有必要进行“外国国家豁免法”的立法。

立法的一个重要特征是“指向未来，并通过制定一个新规则去改变现行状况，而这个规则将在日后被适用于那些受其权力管辖的所有或部分对象”。[434]中国颁布“外国国家豁免法”也会改变现行状况，并为其所管辖的对象提供法律上的指引。而改变现状将带来国内和国外两方面的影响。

（1）国内影响

颁布“外国国家豁免法”就意味着现行的绝对豁免立场将发生根本改变，即使不是英美等国的限制豁免原则也会是类似于《联合国国家及其财产司法管辖豁免公约》的立场——绝对豁免原则和限制豁免原则折衷的产物。[435]这意味着某些原来由外交部决定的问题将交给法院来决定。

“外国国家豁免法”颁布意味着我国处理对外关系的多元化，并不在于某个案子的胜与负。这一点从美国决定颁布《外国主权豁免法》中得到借鉴。在美国，外交事务主要是由行政机关处理，法院面对外国国家为被告的诉讼时会尽量听取并愿意接受来自行政机关的意见。在“FG 公司诉刚果（金）案”里，香港律政司司长作为第三方（intervener）参与诉讼，陈述政府的意见。在《外国主权豁免法》颁布前，国家豁免的诉讼一直被当作是包含了法律和外交政策的问题来处理，而不是一个单一的法律问题。“涉及国家豁免的案件总是起始于法院，最后

---

434 [美] E·博登海默：《法理学法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 432 页。

435 宋锡祥、谢璐：“国家及其财产管辖豁免的国内法调整到国际公约的转变－－兼论莫里斯和仰融两案”，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 39－44 页。

发言权却握在国务院手中。”[436]在《外国主权豁免法》颁布后，这类案件交由法院处理。法院在处理这类诉讼时还经常以“国家行为理论”限制自己的管辖权，避免给本国政府在处理外交事务时陷入尴尬的地步。[437]

中国颁布“外国国家豁免法”，政府和法院之间的关系将发生变化，政府管理国家的权力和法院行使司法权都要在法律规定的范围内、按照法律规定的程序进行。这才是“外国国家豁免法”对国内产生的最大影响，即行政权和司法权的划分和行使。

近年来我国对外关系面临着新的机遇和挑战，既有传统问题，如划定边界、国家豁免问题等，也有新问题，如反恐、网络犯罪、环境保护等，特别是实施“一路一带”战略时，面临的将是更为错综复杂问题和利益诉求。如何“摆平”这些关系，这就要求我国在处理对外关系时更加务实、更加专业化、更加多元化。在处理对外关系时，外交部门、法院、民间组织互相补充，互相配合，这将为实现我国的对外战略争取更多的空间和话语权。

（2）国际影响

毋庸置疑，由于将外国国家是否享有国家豁免的权力转移到了法院，外国国家不再享有绝对豁免，这将会给我国的对外关系带来更多的不确定性。在这个问题上，我国可实行对等原则，即，对实行绝对豁免原则的国家我们也对其适用绝对豁免原则，对实行限制豁免原则的国家我们才适用“外国国家豁免法”。

这种方法只能是“临时的”，法律一经颁布即对所有人都平等适用。那么，“外国国家豁免法”会不会给我国的对外关系带来“灾难”呢？

美国从绝对豁免原则转变到限制豁免原则的经历或可为前车之鉴。

这其中最典型的例子就是美国 1952 年的“泰特信函”。

“泰特信函”（1952 年）中说明美国国务院从绝对豁免原则转为限制豁免原则的理由：第一，实行国营贸易的国家越来越刻板地坚持“绝对豁免论”；第二，美国政府自己接受本国法院管辖，并且放弃了国有商船在外国的豁免；第三，外国政府大量地从事商业活动，应该使与政府做生意的个人能够诉请法院以保护其权利。[438]

“泰特信函”中所指的“实行国营贸易的国家”是指以苏联为首的社会主

[436] 黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 139 页。
[437] Republic of Mexico v. Hoffman, U.S. Supreme Court, No. 455, 324 U.S. 30 (1945).
[438] 陈纯一：《国家豁免问题之研究－－兼论美国的立场与实践》，台北三民书局 2000 年版，第 124 页。

义国家。苏联以国家主权平等原则为基础，始终坚持国家在法律上的平等和相互独立，不接受任何其他国家对苏联的国家机构和财产行使管辖权。[439]而美国则采取与苏联相反的做法，放弃了国有商船在外国的豁免。美国却而奉行限制豁免原则，尤其是在冷战时期，给本来就剑拔弩张的两边关系更增添了一份不确定性。然而，美国在执行豁免方面却几乎仍坚持着绝对豁免的立场。即要行使司法管辖权，又不能执行判决，还可能会给美国的对外关系带来紧张的局面，这难道就是美国需要的“利益”吗？

事实并非如此。美国以自由市场经济立国，奉行私有财产神圣不可侵犯的原则，[440]国有经济在美国经济中所占比重极少，[441]而苏联的计划经济则几乎百分之百的是国有经济。如果美国继续执行绝对豁免原则，那么对苏联更为有利，对美国自己的私营经济来说反而不利。以“泰特信函”发表的 1952 年为例，美国当年的 GDP 占世界 GDP 的 28.4%，而苏联只占 8.7%。[442]相比较来说，美国市场对于苏联的经济更加重要，而苏联的市场对于美国来说无关紧要。因此，转而执行限制豁免原则将限制苏联在美国的经济利益，即使由于实行管辖权会给美国的外交关系带来一些压力，但是，限制苏联的经济利益也是美国的外交利益之所在。对于美国来说，最大的经济利益也是最大的政治利益，外交活动是为美国的经济利益服务的。这才是美国转而奉行限制豁免原则的政治意图。

如果中国改为实行限制豁免原则，从经济利益来说，显然不会对那些以私营经济为主的国家造成什么影响，只会影响那些还坚持绝对豁免原则的国家。此外，中国实行限制豁免原则根本也不是针对哪个外国国家的经济利益，毕竟中国自己的国有经济占全部经济总量的三成左右，[443]远远高于美国的国有经济比重。

---

439 黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 200-207 页。

440 美国宪法第四修正案规定：人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依据可能成立的理由，以宣誓或代誓宣言保证，并详细说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查和扣押状。

441 安俊：西方公司制及其借鉴意义，载《市场经济管理》第 11 卷第 2 期，1997 年 5 月。在这篇文章里，提及美国的国有经济成分只占国家经济总量的 2%。但是，这个数字没有标明出处，因此，这里只做参考。有关美国的国有经济的报道也不是很多，凤凰网上有一篇《美国：国有企业“没地位”》的文章，指出美国的国有企业的生产总值占全国 GDP 的 5%，详情请见 http://news.ifeng.com/opinion/topic/diwang/201003/0326_9855_1587903.shtml，2010 年 3 月 26 日。

442 www.ggdc.net/maddison/China_book/.../Table2.2ab.pdf 。

443 笔者在检索中国国有经济在中国总体经济中所占比例的过程中发现，在这方面并没有一个明确的统计数字，有报道称 2011 年来自美国国会美中经济和安全委员会的报告说中国各种形式的国有实体在中国的国内生产总值（GDP）的比重约为 50%，（参见 http://www.wfgg001.com/news/info_6107.html）。然而，各分类的统计数字则表明这个比例显然有夸大的成分。比如，国有企业在城镇固定资产投资的比重 2009 年时为 43.4%，国有企业在工业总资产和工业总产值的比重 2008 年时分别为 43.8%和 28.4%，呈逐年下降的趋势。然而国家统计局却没有一个国有经济在整个国民经济中所占比重的数据，只能说国有经济在国民经济的发展中

除此之外，实行限制豁免原则的国家很多，既有美英等发达国家，也有印度南非这样的“金砖国家”，这些国家的外交关系并未受到“负”影响，原因就在于有一系列的“法律安全阀”在起作用。

除了“国家行为”原则之外，还有其他的法律技术可以排除法院的管辖权。1982 年“湖广铁路债券案”里，法庭最初判决中国政府败诉，影响了中国与美国的关系。在中国政府与美国国务院多次交涉后，美国法院重新开庭，中国政府转变态度，委派律师出庭应诉。法院最后判决时认为美国《外国主权豁免法》没有溯及力，而且传票没有翻译成中文，通知方式不合程序，撤销了原来的判决。2005 年在“莫里斯诉中华人民共和国案”时，由于美国联邦最高法院在“奥地利诉奥特曼案”[444]中判决《外国主权豁免法》具有溯及力而使情况发生了改变，中国政府不能再以溯及力问题为理由了，然而法庭根据原告起诉的事由并非《外国主权豁免法》规定的国家豁免的例外情形而无法适用[445]，判定中国政府享有管辖豁免。

（3）小结

毫无疑问，在中国处理与外国国家的关系的职责归中央政府行使，国家豁免规则属于国家对外事务中的外交事务范畴，中央人民政府有权决定中华人民共和国的国家豁免规则或政策，在中华人民共和国领域内统一实施。[446]中国经历了 35 年的改革开放，取得了世人瞩目的成就，中国和中国人也越来越多地融入国际社会，走出国门；同时我们国内也接纳了大量的外国人、外国公司、外国国家和国际组织驻中国的代表，中外之间的关系不仅有官方之间、民商之间的关系，也有官民之间的关系，调整这些关系需要法律，而我国就缺少一部调整外国国家（包括国际组织）和我国公民和法人机构之间的“官民”关系的法律。当然，在没有法律的情况下，这类“纠纷”可以通过外交途径解决，可我国并没有关于个（法）人诉诸外交救济的规定和程序。

的作用很重要，但却没有一个可信赖的数字。近两年又出现了有关“国进民退”的争论，相关的报道很多，可以参见如下报道：《温家宝：目前不存在所谓国进民退问题》，http://news.sina.com.cn/c/2011-03-14/120022111679.shtml：《陈志武：国有经济比重越高对经济转型越不利》，http://money.163.com/11/0112/14/6Q73AF3B00254L3R.html：《“国进民退”五大案例背后》，http://news.163.com/10/0330/11/6314U8NB00011SM9.html：《国进民退成体制之争，学者称权贵资本主义抬头》，http://news.qq.com/a/20100323/000080.htm：《纽约时报深度报道：中国经济“国进民退”的背后》，http://www.kaixin001.com/repaste/100735_2881477227.html 等等。

[444] Republic of Austria v. Altmann, No. 03-13, U. S. Supreme Court, June 7, 2004.

[445] 黄进、李庆明：“2007 年莫里斯诉中华人民共和国案述评”，载《法学》2007 年第 9 期，第 60－68 页。

[446] 2011 年 8 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国香港特别行政区基本法>第十三条第一款和第十九条的解释》。

按照中国《行政法》的规定，中国公民可以向法院起诉自己的政府，那么，为什么不能起诉外国政府呢？我们有理由相信，随着中国法治不断完善，通过法律规范外国国家在我国境内的行为，不仅有力于保护我国个（法）人的权益，更有力于维护我国的司法管辖权和主权。

结论

国家豁免规则的本质是关于国家承担民事责任的问题，国家豁免规则也是从国家主权原则发展出来的国际法的规则，[447]到目前为止，有关的国家豁免规则“深深地植根于各国的国家实践”当中。[448]从传统的绝对豁免原则到目前的限制豁免原则，由原来的凡是国家的行为都要予以豁免，到后来国家的商业行为不再享有豁免，只有国家的主权行为才享有豁免，这种发展变化建立在对国家和主权这两个概念不断理解的基础上。限制豁免原则认为，国家在进入私法领域时应该和个人及法人享有平等的权利义务，这样做并没有损害国家主权的权威。其中的道理其实不难理解。私法领域里的规则也是国家立法规定的，当国家进入这些私法领域时，比如和私人或法人签订商业合同，那么国家也要遵守相关的法律，不能以自己国家主权者的特殊身份随意变更合同、侵害合同当事人的权益，而之后却又不负任何责任。国家这样做实际上是在违反“自己”制定的法律规范，破坏“自己”所要维护的法律秩序。国家其实早已看了这一点。所以，才会有宪法、行政法和行政诉讼法。宪法规定国家如何行使主权权力，行政法则起着平衡主权权力和公民个人权利的作用，个（法）人起诉国家按照行政诉讼法的规定。

那么，当这个国家变成了外国国家时，情况是不是就变了呢？毫无疑问，领土国应该给予外国国家豁免权，这是基于主权平等以及履行主权国家职能的便利。同时，外国国家在履行国家职能之外的行为时，也应该遵守领土国的法律。

绝对豁免原则的基础是“身份”豁免，由于国家的主权特性，相比较其他的个人或法人主体来说，国家享有豁免的特权。但问题是，什么是国家，什么是主权。国家和主权的定义有那么重要吗？国家的定义通常并不重要，当定义涉及对

[447] Judgment on Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), para. 57, 3 Feb. 2012.

[448] *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II (2), p.147, para.26. 转引自 Judgment on Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), para. 57, 3 Feb. 2012.

各种事件的影响时才变得重要。[449]如联合国将巴勒斯坦从“观察员实体”升格为“观察员国”，[450]支持或反对的国家都会使用“国家”的定义。

当我们还搞不清楚国家“是什么”的时候，只能退而求其次，试图搞清楚国家“做什么”。国家行为理论将国家的行为分为主权行为和管理行为。在国家豁免的诉讼中，国家行为理论发挥的是排除法院管辖权的作用，特别是当外国国家被指控从事了违反国际法的行为时。国家行为理论提醒我们，在每个国家的背后都是特定的利益和狭隘的体制 •••••• 每个国家应当更加努力地履行国际义务 •••••但是，当法院所在国的自身利益或其国民利益引起争议时，还能相信某国及其国家体制，乃至竭力维持独立与公正的法院来实施针对他国的国际法吗？这是国内体系适用国际法带来的必然后果。[451]

限制豁免原则应该是一种法治理念，表面上看是限制了国家主权，而实际上规范的仅仅是外国国家与个（法）人的关系，这种关系的建立并非基于主权平等，而是基于某种商业利益，那有什么理由还要给予这样的行为以豁免权呢？又将领土国的主权置于何地呢？

不过，还有很多国家不接受限制豁免原则，联合国为了能够制定一个能为更多国家接受的国家豁免公约而使用“国家豁免的例外”，以避免理论争论带来的分歧。然而限制豁免原则的现状也不能满足现实的需要。

2012 年 2 月 3 日，国际法院对“德国诉意大利有关国家司法管辖豁免案”[452]的判决真实反映了国家豁免原则的现状，即各国在限制国家主权问题上的审慎态度。即使国家违反了国际法中的强行法规则，例如，禁止侵略，禁止奴隶和奴隶买卖，禁止实施种族灭绝和种族隔离等行为，[453]即使毫无疑问国家应该承担国家责任，然而，问题在于**国家如何承担这种国家责任**，国家承担责任的规则是否也属于强行法，受害的个人的求偿权利是否也属于强行法。到目前为止，国际法上这样的规则还并不明晰。“德国诉意大利有关国家司法管辖豁免案”说明，在当今国际法上，在没有一个高于国家的法律执行机构的情况下，国际法的执行仍然依靠每个国家的自觉。

---

449 [美]路易斯·亨金著，《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 16 页。
450 2012 年 11 月 29 日，联合国大会通过第 67/19 号决议，接纳巴勒斯坦为联合国大会的“观察员国”。
451 [美]路易斯·亨金著：《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 109 页。
452 Judgment on “Jurisdictional Immunities of the States” (Germany v. Italy, Greece Intervening), 3 Feb. 2012.
453 Article 40, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two.

表一

根据《联合国国家及其财产管辖豁免公约》、《欧洲国家豁免公约》、美国《外国主权豁免法》和英国《国家豁免法》的有关规定制作

国家豁免的例外情形	**联合国国家及其财产管辖豁免公约**	**欧洲国家豁免公约**	**美国《外国主权豁免法》**	**英国《国家豁免法》**
明示同意行使管辖	第 7 条	第 2 条	1605（a)(1)	第 2 条
反诉	第 9 条	第 1 条	无	第 2 条第 6 款
商业交易	第 10 条	第 4 条、第 7 条	1605（a)(2)	第 3 条
雇佣合同	第 11 条	第 5 条	1605（a)(5)	第 4 条
人身伤害和财产损害	第 12 条	第 11 条	1605（a)(5)	第 5 条
财产的占有、所有和使用	第 13 条	第 9 条、第 10 条	1605（a)(3)和（4）	第 6 条
知识产权和工业产权	第 14 条	第 8 条	1605（a)(3)	第 7 条
参加公司或其他集体机构	第 15 条	第 6 条	无	第 8 条
国家拥有或经营的船舶	第 16 条	无	1605 （b）	第 10 条
仲裁协定的效果	第 17 条	第 12 条	1605（a)(6)	第 9 条
酷刑和恐怖主义例外	无	无	1605（a)(7)	无
增值税、关税等	无	无	无	第 11 条

参考文献：

一、专著：

1、朱文奇：《国际法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社，2009 年第 2 版。
2、龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社，1994 年。
3、黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社，1987 年。
4、黄惠康、黄进：《国际公法国际私法成案选》，武汉大学出版社 1987 年版。
5、陈纯一：《国家豁免问题之研究－－兼论美国的立场与实践》，台北三民书局 2000 年版。
6、段洁龙：《中国国际法实践与案例》，法律出版社 2011 年版。
7、齐静的博士论文《国家及其财产豁免的国内立法问题研究》，2009 年。
8、任明艳：《美国国家行为原则评析》，《比较法研究》，2006 年第 7 期。
9、[美]路易斯·亨金著，《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社，2005 年 2 月第 1 版。
10、[英]伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良等译，法律出版社 2007 年。
11、[德] 何意志：《法治的东方经验－－中国法律文化导论》，李中华等译，北京大学出版社 2010 年。
12、[美] E·博登海默：《法理学法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版。
13、托马斯·伯根索尔、肖恩·D. 墨菲：《国际公法（第 3 版）》，黎作恒译，法律出版社，2008 年。
14、[英] M. 阿库斯特：《现代国际法概论》，汪瑄、朱奇武、余叔通、周仁译，中国社会科学出版社 1983 年第 2 版。
15、Malcolm N. Shaw, *International Law*, (New York: Cambridge University Press, 6th edn, 2008).

二、期刊论文：

1、宋锡祥、谢璐：“国家及其财产管辖豁免的国内法调整到国际公约的转变－－兼论莫里斯和仰融两案”，载《政治与法律》2007 年第 1 期，第 39－44 页。
2、黄进、李庆明：“2007 年莫里斯诉中华人民共和国案述评”，载《法学》2007 年第 9 期，第 60－68 页。
3、安俊：西方公司制及其借鉴意义，载《市场经济管理》第 11 卷第 2 期，1997 年 5 月。
4、黄韬、陈儒丹：《国家豁免：并非中海油的庇护所》，《法人》，2005 年第 7 期。
5、Thomas H. Hill, “A Policy Analysis of the American Law of Foreign State Immunity”, Fordham Law Review, Volume 50, 1-1-1981.

三、法律法规：

1、1926 年《关于统一国有船舶豁免若干规则的公约》
2、2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》
3、1976 年《关于国家豁免的欧洲公约》
4、1976 年美国《外国主权豁免法》
5、1987 年英国《国家豁免法》
6、2011 年 8 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国香港特别行政区基本法>

第十三条第一款和第十九条的解释》
7、Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001.
8、2012 年 11 月 29 日，联合国大会通过第 67/19 号决议，接纳巴勒斯坦为联合国大会的“观察员国”。
9、联合国国际法委员会第 41 届会议报告，
http://untreaty.un.org/ilc/summaries/4_1.htm#_ftnref13.

四、案件判决：

1、Judgment on “Jurisdictional Immunities of the States” (Germany v. Italy, Greece Intervening), 3 Feb. 2012.
2、The High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, HCMP 928/2008, FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, China Railway Group (Hong Kong) Limited, China Railway Resources Development Limited, China Railway Sino-Congo Mining Limited and China Railway Group Limited (Secretary for Justice of HKSAR, intervener).
3、Judgments of Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others, House of Lords of UK, May 16, 2002.
4、Republic of Austria v. Altmann, No. 03-13, U. S. Supreme Court, June 7, 2004.
5、Republic of Mexico v. Hoffman, U.S. Supreme Court, No. 455, 324 U.S. 30 (1945).
6、BP Chemicals LTD v. JIANGSU SOPO Corporation (Group) LTD., No. 04-1814, United States Court of Appeals, Eighth Circuit, August 25, 2005.
7、Blad v. Bamfield, 36 Eng. Rep. 992 (Ch. 1674).
8、Underhill v. Hernandez, 168 U. S 250 (U. S. 1897).
9、Banco Nacional De Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (U.S. 1964).
W. S. Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics Corp., Int’l, 493 U.S. 400 (U.S. 1990).
10、Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 191, 40 L. Ed. 95, 16 S. Ct. 139 (1895).
12、Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, 87 L. Ed. 2d 444, 105 S. Ct. 3346 (1985).
13、VOEST-ALPINE Trading USA Corporation v. Bank Of China; Bank of China New York Branch, No. 97-20322, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, June 12, 1998.

国际仲裁法庭对中菲南海争端的管辖权问题研究

作者：王雅雯

摘　　要

2013 年 1 月，菲律宾以《联合国海洋法公约》（“公约”）附件七的规定为依据，就南海的海洋管辖权问题针对中国提起仲裁。中国和南海沿岸国家围绕南海岛礁主权和海洋权利的争端，不仅是中国建设海洋强国战略中面临的紧迫挑战，更是涉及历史与现实、领土与海洋、外交与司法、理论与实践等多个面向的重大研究课题。本文探讨了国际仲裁法庭对中菲南海争端的管辖权问题，大致分为四大部分：第一部分介绍了当今中菲南海问题的背景与局势；第二部分介绍了国际仲裁法庭的概念；第三部分主要阐述了菲律宾对南海问题的诉求；第四部分主要从四个部分说明国际仲裁法庭对中菲南海争端的管辖权问题。列举了一些排除国际仲裁法庭对中非南海争端之管辖权的理由，如从法理上排除，利用《南海各方行为宣言》排除，从前置程序角度分析，排除国际仲裁法庭管辖权，以及以中国在 2006 年对《联合国海洋法公约》第 298 条作出的保留为依据，排除国际仲裁法庭管辖权，从而得出国际仲裁法庭对中菲南海争端问题无管辖权的结论。

关键词：中菲南海争端；管辖权；《联合国海洋法公约》

一、当前背景与局势

中国与菲律宾之间的南海争端主要是双方就南海相关岛礁归属与海洋划界的争议，中国一贯主张，对南海诸岛及其附近海域拥有毋庸置疑的主权。但从20 世纪 70 年代开始，菲律宾侵占了中国南沙群岛的 8 个岛礁，并对其他 22 个岛礁及相关海域提出要求。《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》） 通过并生效之后，两国又就专属经济区和大陆架的划界产生争议。2009 年 3 月 10 日，时任菲律宾总统阿罗约签署“领海基线法”，将中国的南沙部分岛礁和黄岩岛划入菲律宾领土范围，更是将中菲南海争端扩大化; 4 月 8 日，菲律宾向联合国大陆架委员会提交了该国大陆架外部界限主张，侵犯了中国在南海的主权，主权权利和管辖权。近年来，中菲南海争端久拖不决，并时常引发两国之间的政治对峙。一直以来，中国主张并努力通过谈判协商等和平方式解决中菲南海争端，但菲律宾却逐渐认为其已经穷尽了所有政治与外交途径以争取和平协商解决南海争端，2013 年 1 月 13 日，菲律宾在中国反对的情况下，单方面将中菲南海争端提交国际仲裁程序，更是令中菲南海争端的解决复杂化，国际化。

二、国际仲裁法庭

菲律宾将中国诉到国际仲裁庭，此庭是由国际海洋法法院组成的一个仲裁庭，国际海洋法法庭和国际法院虽然性质类似，但相差甚远。在地位上看，国际法院是联合国的主要机关之一，而且是联合国的主要司法机关。而从《公约》第 287 条第 1 款和附件六第 1 条第 1 款的规定看，国际海洋法法庭是按照《公约》附件六设立的。所以，国际法院是联合国主要的常设性司法机关，而国际海洋法法庭只是《公约》这一体制内的常设性专业机构。

管辖权上看，《国际法院规约》第 36 条第 1 款规定：国际法院的管辖包括各当事国提交之一切案件，及联合国宪章或现行条约及协约中所特定之一切事件。《国际海洋法庭规约》第 21 条规定：法庭的管辖权包括按照本公约向其提交的一切争端和申请，和将管辖权授予法庭的任何其他协定中具体规定的一切申请。对于属事管辖，《国际法院规约》规定的是一切案件；而《国际海洋法庭规约》规定的是与《公约》有关的一切争端和申请。可见，国际法院的管辖事项是多于甚至包含国际海洋法法庭的管辖事项的。

三、菲律宾的诉求

自 2012 年 4 月菲律宾在南中国海黄岩岛海域制造事端以来，导致中菲两国在南海的争端不断升级。2013 年 1 月，菲律宾根据《联合国海洋法公约》（以下称《公约》）第 287 条和附件 7，向国际海洋法法庭提起仲裁程序。4 月和 6 月，该法庭庭长柳井俊二先后任命了斯坦尼洛夫帕夫拉克等五名法官组成仲裁法庭，开始着手审议中菲南海争端[454]。

2014 年 3 月 30 日，菲律宾向仲裁法庭提交 4 000 页的诉状，恳求国际仲裁法庭裁决涉及 4 个方面的 10 条诉求：一是主张中国在南海以九段线为基础的权利主张不符合《公约》规定，是无效的；二是主张美济礁、西门礁、南薰礁、渚碧礁等由中国实际控制且建造人工设施的、高潮时低于水面的水下地形，不构成《公约》定义的岛屿且不在中国大陆架上，妄称美济礁、西门礁是菲律宾大陆架的组成部分；三是主张黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁、永暑礁在高潮时仅有部分岩石高于水面，是《公约》121 条所定义的“岩礁”，仅具有不超过 12 海里的领海权利；四是主张菲律宾根据《公约》享有从群岛基线起算的 12 海里领海、200 海里专属经济区和大陆架的权利。中国利用了菲律宾专属经济区和大陆架的资源，并且阻止菲律宾合法利用专属经济区和大陆架的资源，干扰了菲律宾的航行自由权[455]。

中国外交部于 2013 年 1 月收到菲外交部关于提请国际仲裁的书面通知后，即刻通过外交途径予以退回，并重申根据中国对《公约》的保留声明不接受仲裁。在此情形下，菲方强行单方面提起仲裁，并于 2014 年 3 月向仲裁法庭提交了正式书面陈述，这标志着仲裁程序将正式展开。对此，多数学者建议以中国的“保留声明”来否认仲裁法庭的管辖权。其实，依据相关国际法规定，该仲裁法庭明显不具有有管辖权，甚至无权启动仲裁程序。如果该法庭在缺乏法理基础的情况下强行推进仲裁，将会丧失其公正立场，损害其自身的权威。因此，下文将客观理性地审视国际仲裁法庭的管辖权问题。

四、国际仲裁法庭的管辖权问题

对于强制程序的启动，《公约》规定了以下两个基本前提：（1）一个国家在签署、批准或加入《公约》之时或在其后的任何时间，以书面声明的形式自由选择其中一种或一种以上，但是，如果缔约国没有选择任何一种强制程序或者接受的并非一种强制程序，则应被视为已接受《公约》附件 7 所规定的仲裁法庭仲裁（第 287 条第 1 款、第 3 款和第 5 款）。（2）在“第 3 节限制”下，“争端已诉诸第 1 节规定的程序而仍未得到解决”（第 286 条）。在这里，“第 1 节规定的程

454 国际海洋法法庭 2013 年新闻公报，国际海洋法庭网。

455 德尔·罗萨里奥.菲律宾外交部长关于菲律宾就中菲南海纠纷向国际海洋法法庭提起仲裁程序的声明，菲律宾共和国外交部网站。

序”是指传统上基于国家同意的和平解决程序，如谈判、协商或调解，“第 3 节限制下”主要是指《公约》第 298 条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的任何争端即涉及海洋划界、领土争端或军事活动等争端，中国政府不接受《公约》第 15 部分第 2 节规定的任何国际司法或仲裁管辖（以下简称《2006 年声明》）。

（一）厘清启动仲裁程序的权利与仲裁法庭管辖权的区别

《公约》第 287 条规定了强制启动仲裁程序的条件：即争端各方如果没有就争端解决程序达成协议，那么一方是可以强行推动仲裁程序的。同时，《公约》第 288 条规定，“对于法院或法庭是否具有管辖权如果发生争端，这一问题应由该法院或法庭以裁定解决。”由此看来，仲裁法庭对菲律宾提交的中菲南海争端是否有管辖权，包括菲律宾所提出的诉求是否属于《公约》争端解决机制管辖范围、是否与中国 2006 年 8 月的“保留声明”相冲突等问题，应当由组成的仲裁法庭来裁决。因此，启动仲裁程序并不意味着仲裁法庭就一定有管辖权。并且，如果中国在这个程序中向法庭提交相关证据以证明法庭没有管辖权，这一行为从法律意义上看，也不应被视为接受国际仲裁法庭的管辖。

（二）从法理学上分析管辖权

首先，从法理上讲，菲律宾要求中国接受其从未同意的所谓“管辖权”，是不符合国际法内在逻辑的行为，实在国际法是国家意志合意的产物，[456]没有国家的同意，就不会有国际条约和国际习惯，更不会有国际司法裁判，因为国际司法机构只能依据条约"国际习惯等作为裁决的依据。[457]国际法上没有国内法意义上的实施机制，放眼国际社会，不存在中央立法和司法机构，国际司法机构的管辖权本质上依赖于国家的承认或接受，不存在类似于国内法院的“强制”管辖权。通常来讲，国家只有在有关的国际条约中接受了国际司法机构的管辖权，才能在以后的国际争端中被要求参与某种强制性的争端解决程序，也就是说，国际争端解决机构的管辖权来自于国家的事先接受而一国是否接受，以及在多大程度上接受国际司法机构的管辖权，完全属于该国自由裁量的范围，以最具代表性的国际司法机构国际法院为例，其诉讼管辖权分为自愿管辖、协定管辖和任择性强制管辖，但无论何种管辖，都是以当事国的事先同意为基础，只是具体操作方式略有不同而以国际海洋法法庭为代表的当代海洋争端解决机制，也是遵循这一原理的，故而有学者在评价海洋法法庭的管辖权的时候强调说，当事方的合意是被认为具有决定意义的。

在本案中，菲律宾依据《公约》申请的仲裁，实际上也属于协定管辖的类型，

[456] 参见王铁崖:《国际法》，法律出版社，1999 年，第 9 页。

[457] 参见王林彬:《国际司法程序价值论》，法律出版社，2009 年，第 5 页。

但协定管辖对提出保留的缔约国是除外的，[458]也就是说，一国可以根据其意志，选择在加入《公约》的同时不接受公约所指定的国际司法机构的管辖权。这是当前世界上缔约国际条约的主要做法，一旦加入条约就必须接受其所规定争端解决机制的情况仅仅属于极少数的例外。[459]此外，一国还可以根据有关条约的规定，决定是否撤销、在哪些内容上撤销以及何时撤销对于某国际司法机构的管辖权的接受，只有在适用强行法的特殊情况下，才存在无需当事国同意的强制管辖权，[460]而作为性质较为普通的岛屿主权与海洋划界争端，无论是案件的实质问题还是管辖权问题，均与强行法根本无涉。

可见，菲方想在中方从未同意的情况下强行将中方拉入司法程序中，是不符合国际法基本逻辑的。

（三）菲律宾提交仲裁程序是否满足《公约》第十五部分第一节

就中菲南海争端解决现状而言，双方之间并没有协议选择和平方法来排除《公约》强制程序，也没用通过一般性、区域性或双边协定或以其他方式接受导致有拘束力裁判的程序来替代《公约》的强制程序。有学者认为，我国可以援引2002年《南海各方行为宣言》作为依据，坚持该宣言排除了《公约》附件七规定的强制仲裁程序但这一观点很难被仲裁法庭所采用，因为《南海各方行为宣言》并不是一个具有法律约束力的协议，而只是各方宣示和平解决南海问题的政治文件，也没有规定出中菲两国具体的权利与义务。因而很难起到排除强制仲裁程序的效果。

（四）从提起国际仲裁前置条件看仲裁法庭的管辖权问题

根据《公约》283条之规定，缔约国对涉及《公约》解释或者适用的争端，应当以谈判或者其他和平方法交换意见，哪怕这种解决程序在争端得以解决之前已经终止，各方也应当着手交换意见。而《公约》295条更是明确规定，缔约国只有在用尽当地补救办法之后，才可以把争端提交给《公约》规定的争议解决方式。亦即缔约国只有在尽了“交换意见”的义务和“用尽当地救济”之后，仲裁庭对案件才有管辖权。

首先，就第295条依照国际法用尽当地补救办法的条件而言，《公约》的规定却比较模糊，并且国际社会对于用尽当地救济也有不同的法律标准。一种观点认为，2013年菲律宾外长德尔·罗萨里奥在菲方就南海问题提起国际仲裁的声明中声称：菲律宾自 1995 年以来几乎用尽了所有政治和外交途径试图解决中菲

---

458 参见梁西主编: 《国际法》（第二版），武汉大学出版社，2010年，第346页。

459 参见余敏友:《世界贸易组织争端解决机制法律与实践》，武汉大学出版社1998年，第123—134页。

460 罗国强:《强行法的国际法渊源属性》,《中国国际法年刊!》（2008），世界知识出版社，2009年，第162—164 页。

南海争议。事实上，中国一直主张以和平谈判方式解决与包括菲律宾在内的利益相关各方在南海的权利主张的冲突，且在 2002 年 11 月与东盟签署了《南海各方行为宣言》，明确了各方要在包括《公约》在内的国际法原则的指导下，由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判，以和平方式解决领土和管辖权争议。为了落实《宣言》的要求，各方在 2002 年至 2013 年已经召开了 6 次高官会议和 9 次联合工作组会议。这充分说明中国与包括菲律宾在内的各方就南海相关岛礁的主权和相关海域管辖权问题的磋商，从来没有中断过。因此菲律宾方面所谓“几乎用尽了所有政治和外交途径”的说法是根本站不住脚的。另一种观点认为，尽管如此，根据仲裁法庭在赛加号案(圣文森特和格林纳斯汀诉几内亚) 中的观点，用尽当地救济原则一般适用于违反国际法义务的国家与受到该国国际不法行为侵害的个人或法人之间，因而该前提条件也很难适用于本案。笔者支持后一种观点。

其次，双方是否就有关《公约》的争端履行交换意见的义务，在实践中则存在很大的解释空间。国际海洋法法庭在麦氏金枪鱼案中认为，根据法庭的观点，当争端一方判断解决争端的可能性已经穷尽时，它没有义务履行《公约》第十五部分第一节规定的程序，这一观点为在圭亚那诉苏里南案中再次被确认，这表明，履行交换意见的义务不是绝对的，法庭对是否履行此项义务的解释有较大裁量余地。因而在本案中，以没有满足《公约》第 295 条规定的前提条件为由提出管辖权异议的主张被仲裁法庭接受的可能性较小。

（五）菲律宾的诉由属于中国依据第 298 条声明所涉及的争端

在无法完全排除菲律宾所提争端属于有关《公约》的解释和适用的争端以及无法满足第十五部分第一节和第 295 条规定的前提条件的情况下，排除管辖权的关键就是证明菲律宾所提诉由属于中国 2006 年依据《公约》第 298 条第 1 款所作的管辖权排除声明所涉及的争端。

从具体国际法依据上讲，菲方将中方早已排除在外的争端提交仲裁是站不住脚的。根据《公约》第 298 条，一国在签署、批准或加入本公约时，或在其后任何时间，在不违背一般规定的前提下，可以书面声明对于下列各类争端的一类或一类以上，不接受导致有拘束力裁判的强制程序:（1）关于划定海洋边界的规则在解释或适用上的争端，或涉及历史性海湾或所有权的争端，以及任何必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端; (2)关于军事活动的争端; (3)正由联合国安全理事会执行《联合国宪章》所赋予的职务的争端。同时根据《公约》第 299 条，以一项按照第 298 条发表的声明予以除外，只有经争端各方协议，才可提交《公约》第 15 部分第 2 节所规定的导致有拘束力裁判的强制程序。有学者一阵见血地指出，从 299 条可以看出，297 条（适用第 2 节的限制) 和 298 条(适用第 2 节的任择性例外) 的效果就是阻止某

些成员国将被排除在外的争端单方面提交强制程序。[461]

而中国恰恰运用了上述法律效果。2006 年 8 月 25 日，中国依据上述规定，向联合国秘书长提交书面声明，对于《公约》第 298 条第 1 款(a)、(b) 和(c)项所述的任何争端(即涉及海洋划界规则的解释获适用、涉及历史性海湾或所有权、涉及大陆或岛屿陆地领土主权或其他权利、涉及军事活动"涉及安理会行使职权的争端) ，中国政府不接受《公约》第 15 部分第 2 节规定的任何国际司法或仲裁管辖。

由于中国与菲律宾之间的海洋争端不仅涉及海洋划界规则的解释与适用，而且涉及黄岩岛等岛礁的主权归属，还涉及相关岛礁所附带的对于专属经济区和大陆架的海洋权利问题，更涉及到“九段线”内的“历史性权利”问题，故而属于《公约》允许缔约国通过书面方式不接受导致有拘束力裁判的强制程序之列，而中国早在 2006 年就已经做出了此种书面声明。因此显而易见，从国际法的现行规定上讲，仲裁法庭对此案没有管辖权。

可见，既然《公约》允许成员国排除强制管辖权并且不主张单方面启动强制程序，而且中国早已通过书面声明排除了《公约》对特定案件的管辖，那么就应该得出《公约》争端解决机构对此类案件无管辖权的结论，菲律宾无视如此明确的规定而强行提交仲裁申请，纯属“揣着明白装糊涂”，除了滥用《公约》的争端解决机制，实在对此找不出更为合理的解释。

这表明，如果部分争端当事国已经根据第 298 条发表声明将海洋划界争端排除出《公约》导致有拘束力裁判的强制程序，而且该争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端的话，则不适用《公约》强制性的争端解决程序，当然也就不能适用仲裁程序。

综上所述，于中国而言，有正当理由认为国际仲裁法庭对中菲南海问题没有管辖权。

结　　语

通过对当今中菲南海争端的背景与局势的分析，对国际仲裁法庭概念的了解，以及在法理上、前置程序上、以及在 2006 年，中国对《联合国海洋法公约》第 298 条所作出的保留等方面的分析，可以明确，于中国而言，国际仲裁法庭对中菲南海争端问题是没有管辖权的。

[461] See Yoshifumi Tanaka, The International Law the Sea , Cambridge University Press, 2012 , p .403.

参 考 文 献

[1]王铁崖.《国际法》，法律出版社，1999 年，第 9 页。

[2]王林彬.《国际司法程序价值论》，法律出版社，2009 年，第 5 页。

[3]梁西.《国际法》（第二版），武汉大学出版社，2010 年，第 346 页

[4]余敏友.《世界贸易组织争端解决机制法律与实践》，武汉大学出版社 1998 年，第 123—134 页。

[5]罗国强.《强行法的国际法渊源属性》,《中国国际法年刊!》（2008），世界知识出版社，2009 年，第 162—164 页。

[6]See Yoshifumi Tanaka, The International Law the Sea , Cambridge University Press, 2012 , p .403.

[7]余民才.菲律宾提起南海争端强制仲裁程序与中国的应对［J］,现代国际关系,2013(5):51-57.

[8]郑斌.国际法院与法庭适用的一般法律原则［M］. 韩秀丽，蔡从燕，译. 北京: 法律出版社,2012.

[9]吴慧,国际海洋法法庭研究［M. 北京: 海洋出版社,2011

[10]J.G.梅里尔斯. 国际争端解决［M］. 韩秀丽，李燕纹，林蔚，石钰，译. 北京: 法律出版社，2013

网络攻击行为的国际刑法规制

——以《罗马规约》对于战争罪的认定为展开

陈沛文*（华东政法大学）

摘要：在信息时代，网络攻击已近成为了一种全新的作战方式，网络攻击在现代战争之中往往会起到“四两拨千斤”的效果。然而这样的一种新的作战方式，是否会受到国际刑法的规制，对于其造成的非人道结果，是否可以在《罗马规约》框架下以战争罪进行惩治。这需要我们从网络攻击的属性，网络空间的国际法地位，以及网络攻击与武装冲突之间的关系入手，结合国际法上的归因原则与责任转嫁原则分析其责任承担的模式。综合以上分析我们可以发现，网络攻击是可以满足造成大规模附带性伤害的战争罪的构成要件，现有的国际法体系内，就可以对于网络攻击予以规制。

关键词：网络攻击；战争罪；罗马规约

一、信息时代与网络攻击

美国著名的未来学大师阿尔温·托夫勒曾做出这样的预言：“谁控制了网络，谁就掌握了未来社会的根本信息源，他就拥有了控制整个世界的能力。[462]”不容置疑，我们正身处这样一个信息时代，我们的文明也正在走向信息文明。而计算机网络技术，则是信息社会中推动社会进步与发展的主力军。然而计算机网络技术在对于人类社会带来巨大冲击的同时，也对于军事领域带来了一种颠覆性的变化。现在战争与武装冲突，已近不仅仅局限于传统的动能武器之间的打击与较量，信息战、网络战已近成为了现代战争的典型，通过对于敌国网络事实的破坏或干扰，往往能起到“四两拨千斤”的效果，使得网络攻击发动方，短时间内就能取得极具优势的战争利益。

运用网络攻击协助现代武装发动的标志性事件是，2007 年在爱沙尼亚发生的大规模网络攻击事件，该次攻击导致了爱沙尼亚公共服务网络系统全部瘫痪，并被迫关闭。随后在俄罗斯与格鲁吉亚的武装冲突中，俄罗斯网络部队协同地面武装部队对于格鲁吉亚进行了全方位军事打击，这被认为与传统军事同步的首次网络攻击[463]。自此网络攻击的手段在现在战争领域被广泛使用，2010 年伊朗布什尔核电站遭遇的“蠕虫”（被称为震网行动）攻击，2014 年乌克兰遭受的“蛇”病毒攻击[464]，都是网络攻击在现代军事领域的进一步发展。而这几次的网络攻击均导致了被攻击国大量的经济损失，甚至还附带了大量的人员伤亡，最危险的一

*陈沛文，华东政法大学研究生，联系电话：13588703243，电子邮件：260096157@qq.com，地址：上海市普陀区顺义路 216 号华东政法大学 2 号楼 209，邮编：200063

[462][美]阿尔温·托夫勒：《创造一个新的文明——第三次浪潮的政治》，上海：三联书店出版社，1996 年版，第 31 页。

[463]《俄罗斯与格鲁吉亚交锋网络战场》[EB/OL]，人民网：http://book.people.com.cn/GB/69399/107423/207171/13142107.html

[464]《外媒：乌克兰电脑网络遭“蛇”袭 黑手疑为俄罗斯》[EB/OL]，新华网：http://news.xinhuanet.com/world/2014-03/10/c_126242994.htm

次，伊朗布什尔核电站，险些由于攻击而导致大面积核泄露[465]。

然而，面对如此严峻的国际形势，现有的战争法却并没有对网络攻击行为予以明确的定性。国家是否可以对于网络空间行使主权？网络攻击行为，是否属于战争法上的攻击？由于网络攻击所造成的人道主义遭难，国际刑法是否可以予以规制？这些都是当前国际法（特别是战争法和国际刑法）亟需解决的问题。2008 年，在首次遭受网络攻击的爱沙尼亚首都塔林，北约设立了网络安全中心，并邀请了 20 名法律专家，在国际红十字会和美国网络战司令部的协助下撰写了《塔林手册》，意图探索在现有的国际法的框架下，是否可以对于网络攻击行为予以国际法上的规制[466]。

国际社会对于战争法层面上的网络攻击规制问题已近展开了深入的讨论，然而由于网络攻击通常伴随着国家的军事行动同时发生，由于互联网的无限性与复杂性，这样的攻击极有可能造成被攻击国大量基础设施的破坏，甚至造成大量无辜平民的附带性伤亡。是否可以通过国际刑法，特别是在国际刑事法院框架下，对于这种可能构成战争罪的网络攻击行为予以制裁，维护国际社会的网络安全，以及保障平民在网络攻击中的利益，也是一个不容忽视的命题。

二、网络攻击的国际刑法规制的基础性问题

想要在国际刑事法院框架下，以《罗马规约》对于战争罪的相关规定，制裁造成严重危害的网络攻击行为，首先要解决的一个问题是，现有的战争法体系下，是否可以将网络攻击这种新行的攻击方式纳入其中。这是网络攻击行为国际刑法规制的起点，也是相关“犯罪”行为构成要件符合性不可分割的一个环节。

（一）网络攻击行为是否构成使用武力

《联合国宪章》的第 2（4）条规定了禁止使用武力或以武力相威胁的国际法原则，明确各国应当避免通过武力或以武力相威胁的手段来侵犯他国主权，破坏其领土完整与政治独立。《宪章》第 2（4）条所称的武力（即武装力量），是指正规或非正规的军事部队所使用的力量（force），其前提条件是要有武装（armed force）存在，而从这些用词中，我们可以看出，实质上对于武装攻击暗含了一种使用暴力武器的色彩。但由于科技发展致使作战手段日新月异，加之第 2（4）条并没有明确对于其所规定的相关武装形式予以明确的列举，那么随着时代的变化， 如何解释使用武力，是否可以将网络攻击当做一种新的武力形式，已然一个无法回避的问题。

而对于武器的解释中，武装冲突法中经典的“马腾斯条款（Martens Clause）”，可以作为解释武器含义的一个重要参照。“马腾斯条款”记载于《海牙陆战法规和惯例公约》前言第九段，其具有预见性的指出——由于战争法对于战争行为的规制，总是落后于战争手段的发展，因此即使有一些现有战争法并未进行明确规制的攻击行为被实施，可能会受到这种攻

[465]《因遭“震网”病毒袭击伊朗核电站可能发生泄露事故》[EB/OL]，新华网：http://news.xinhuanet.com/mil/2011-02/01/c_121045777.htm

[466]朱莉欣、朱雁新、陈伟等：《<塔林网络战国际法手册>述评》，载《中国信息安全》，2013 年第 11 期。

击行为影响的平民和作战员，仍然应当受到由既定的国际习惯、人道主义原则和最普世的公众良知而产生的国际法原则的保护[467]。而国际法院在“关于热核武器的咨询意见”中，对于该条款也进行了新的运用，其认为：《宪章》中有关禁止使用武力条款的适用，并不取决于被所使用装置的外部特征，某种装置能够被称之为武器，不是由于其具有攻击性的设计，也不是以其惯常的用途加以判断，而使用者使用这种装置的意图和该装置所可能造成的后果，是判断其是否属于武器的关键[468]。因而，只要该武力使用“被认为是一种交战形式，并被用以破坏生命和财产”，就是被第 2（4）条所禁止的“武力”或“武装力量”。而在历史上，武器的内涵也是一步步被扩大的，从最早的冷兵器，到具有冲击波和热度的爆炸性常规武器，再到有毒、生物和化学武器，再到大规模杀伤性武器，随着时代的发展，武器这个词本身的内涵和外延也发生了变化，因此在当前的网络时代，将网络攻击认为是一种使用武力的行为，是可行并且十分必要的。

（二）网络空间是否属于国家领土的一部分

传统上战争主要局限于四中领域——陆地、海洋、天空和太空，每个领域的战争都有各自的武装冲突法予以规范，然而随着网络攻击这种新行战争手段的兴起，战略家们已经确定了最新的第五战争领域——网络空间。

网络空间是一个虚拟空间，它依赖于现实中的计算机设备、通讯设施，通过运行设备设施中的信息系统实现数据的存储、修改以及交换等互联行为。尽管这个世界没有清晰的楚河汉界，却已经对传统的国家主权理论中的物理国土提出了挑战。但如果从计算机技术上进行分析，实际上网络的是由两个分支构成的：一是资源子网，主要由网络的服务器、用户计算机和其他设备及相关软件所组成，是网络中用于资源共享的设备及软件的集合；二是通信子网，由通信设备、网络通信协议、通信控制软件等设备及其软件的集合而成的[469]。就资源子网而论，其中的每一台用户计算机、网络服务器都是为具体的个人、企业、团体或者国家所有；就通信子网而言，其中的通信线路、通信控制设备则多由网络运营商及国家所有。

因此，就网络这个集合的名词而言，其没有明确的主体，也不属于任何国家、地区、团体，谁都无权对其进行支配和管辖。但是，就互联网中的各个局域网及其背后的物理设施而言，却都是有着明确所有者的，都是由网络 TCP/IP 协议互联后形成的无限互联和不受地域限制的巨型网上的一个分子，而这个分子确是一个可以判定权属的区域性网络。

因此，从虚拟网络的物理本体来看，网络本就是属于国家主权范围内的。而网络中信息资源也是从一定的主体共享而来，网络域名也透过注册为一定主体所有，自然国家当然享有其领域内设施所形成的局域网络空间的主权。而不论是何种形式的网络攻击，都是要依赖这些最基础的服务器设施做出的，而且也会跨域不同国家的服务器设施，对于攻击目的国的网

[467]《海牙陆战法规和惯例公约》：前言第九段。
[468]宋杰：《“国家在战争或武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案”述评》，载《武大国际法评论》，2007 年第 2 期。
[469]黄芬梅：《浅析计算机网络》，载《中国外资》，2009 年第 18 期。

络造成一定的损害，致使其瘫痪或产生其他附带性的危害。正是因为这些攻击路径中，所依赖的基础设施，其权利归属是可以确定的，那么网络空间的虚拟性实际上是不会对于判定网络攻击的行为发生地与结果（目标）发生地有所影响。我们也不需要确定新的管辖原则，依据属地管辖就可以进行对于网络攻击行为的管辖权判定。

（三）网络战是否构成武装冲突

国际人道法只适用于有武装冲突存在的情况下，是对于武装冲突中的使用武力行为进行规制。因此，在探讨网络攻击的国际刑法规制问题时，我们首先要把一般意义上对于网络安全予以侵害的网络攻击行为，和发生在武装冲突中的网络攻击行为进行区别。“网络攻击”、“网络恐怖主义”等这些新的用词，很容易让人把网络攻击当成一种作战方法，但实际上种意义上所致的发生的类似“网络战”的行为，并不一定发生在武装冲突之中，很多的网络攻击与作战并没有任何关系，更多的是一种非法获取或者搜集信息的方法。但国际刑法中，对于网络攻击行为的规制，主要是针对那些发生在武装冲突之中，具有军事目的网络攻击行为。

对于武装冲突的定义，前南刑庭在塔迪奇案中，给出了一个可以广泛达成共识的定义：“国家之间或者国家与有组织与有组织武装团体或者有组织武装团体之间，相互使用武力的行为[470]。”那么从这个定义中，我们可以看出武装冲突，一定是发生在双方之间，一定是双方之间存在使用武力的行为。如果网络攻击是在武装冲突之中，伴随武装冲突而发生的，那很显然网络攻击只是此次武装冲突中的一种攻击手段。但如果是单纯的网络攻击行为，与对其进行防御的网络攻击行为之间，是否构成武装冲突，这是一个颇具争议的问题。

一般认为，如果网络攻击及其相应的反网络攻击行为如果是零星的、小规模的，那么一般无法将其认定是一种网络武装冲突，想要构成真正意义上的网络武装冲突，这样的攻击与反攻击行为必须是有组织的、大规模的、具有破坏严重性的[471]。由此看来，网络攻击以及其所引发的网络自卫行为并不必然导致武装冲突的发生，也无法必然导致战争法被适用。更重要的是，网络攻击与实体攻击中，使用武力的行为也存在很大的差别。对于是武力的认定，“一般被认为是一种交战形式，并被用以破坏生命和财产”，但网络武器可能带来的混乱，并不必然会导致看得见、摸得着的、血淋淋的后果，这样如果一个没有造成损害结果或财产破坏的网络攻击，是否还构成使用武力，这在现有的国际法框架下，是没有办法解决的。

还需要指出的是，如果对于网络攻击中的防守方，使用一些技术手段来对抗网络攻击行为，这样的对抗仅仅是一种防卫，没有造成伤害的故意，也不会存在任何的损害结果，这样的防卫，只是避免由于遭受网络攻击所可能的损害。这样的行为很难被认为是使用武力，那么在这种情况的网络攻防之中，实际上并不存在双方使用武力的行为，在现有的国际法框架下，将其认为是武装冲突有些牵强。因此，我们可以看出，伴随着武装冲突所发生的网络攻击行为，是可以通过战争法予以规制的。但单纯的网络攻防行为，由于攻击行为缺乏导致伤

[470]ICTY, Prosecutor v Tadic,Case No.IT-94-1-A,Judgment,Appeals Chamber,15 July 1999,para.53-55.
[471]李伯军：《论网络战及战争法的适用问题》，载《法学评论》，2013 年第 4 期。

害的必然，以及防守行为的非武力特性，在现有的战争法框架下，这样的网络战，很难被认定为武装冲突。

三、网络攻击在国际法上的归因问题

网络攻击如果想通过国际刑法予以规制，那么网络攻击的归因问题，也是一个无法回避的问题。从国际法角度来说，归因的目的在于确定某一行为可否归于一个国家而成为该国的国家行为。虽然国际刑法中，追究的是个人责任，但是对于网络攻击是否满足使用武力、是否构成武装冲突这些构成要件的基础性判断，依然需要判断网络攻击的作出以及其所产生的损害是否可以归因于一国，否则将会混淆网络犯罪与战争罪之间概念的区隔。

2001 年，联合国国际法委员会通过的《国家责任条款》对于国际法上有关的归因规则进行了系统编纂，形成了国际法上有关归因的一般规则。其总结出的这些归因规则的总体原则是——在国际法层面，只有由一国政府机关做出的，或者是有这些机关指挥、唆使或控制下的人做出的行为，是可以归因于该国家的。这些早在网络空间形成之前，就作为国际习惯法存在的这些归因的原则与规则，是否可以适用于网络攻击的归因问题，这是一个同样需要解决问题。

（一）网络攻击归因国家的两种控制标准之争

由于网络攻击是一种技术类的攻击手段，因此很多的网络攻击都是由个人完成的，那么这些个人发起的攻击，是否可以归因于特定的国家？原则上，国际不能对个人的行为负责，但同样也禁止国际通过利用私人的行为，从事某些违反国际法与国家应遵循的国际义务的行为。而解决这个问题的关键，是要考虑如何在两种不同的要求之间达到平衡。《条款》第 8 条指出，个人或一群人或按照国家指示、指挥、控制下所做出的行为，应当被视为一国的行为。[472]这种归因的条件，前提是存在国家指示、指挥、控制的行为，其中指示、指挥含义比较明确，而对于控制的解释，则是一个比较负责的问题。国际法院在尼加拉瓜诉美国案中，对这个问题进行了讨论，并提出了“有效控制”的标准：既一国不仅要对相关团体从事的特定行为达到了“总体的控制”，还需要对该团体从事的特定行为作出明白无误的指令，这才是可以将相关行为归因于国家的“控制”[473]。但前南刑庭在“塔迪奇”案中对这一严苛的标准提出了批评，其提出的“全面控制”标准认为：国家控制的归因，并不以国家向相关团体或个人发布指令为前提，而只需要有国家的对于相关团体的武装、资助，同时还对于其作出的行为予以协调、帮助、策划就可以将该行为归因于一国[474]。

就具体的网路攻击而言，由于这类攻击的隐秘性与私人性，很多学者都认为在归因时运用“全面控制”标准比“有效控制”标准更为合理，这样可以避免一国轻而易举的掩盖其网络战的行为。虽然从判例的效力来看，尼加拉瓜诉美国案是唯一作为国际责任归因的国际法

---

[472]《国家责任条款》：第 8 条。

[473]ICJ, Reports of Judgments, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State, Merits, Judgment of 27 June 1986, para.115.

[474]ICTY, Prosecutor v Tadic,Case No.IT-94-1-A,Judgment,Appeals Chamber,15 July 1999,para.116.

先例，而塔迪奇案只是个人责任归因的先例，在这样的情况下，并不能简单地认为，有效控制标准被全面控制标准推翻和取代了。但在国际刑法的领域，特别是以《罗马规约》为体系的国际刑事法院，均是采取了个人责任的归责标准，因此，塔迪奇案所确立的“全面控制”标准，在战争罪领域，规制网络攻击是可以接受的。同时，由于网络攻击的隐蔽性，对其设定过高的“控制”标准，可不利于国际网络安全的维护，以及对于网络战可能造成的大规模附带风险的防范。

（二）私人网络攻击的责任转嫁

对于网络攻击的责任归结，还有一种常见的情形，即如果网络攻击是由另外一国的私人在其境内发起的，并且该私人与政府并无任何攻击，或者攻击者身份难以查明时，是否可以要求所在地过对于相关网络攻击的后果承担责任？由于这种情形并不存在可以查明的指示、指挥、控制行为，因此很难使用国际法上的归因原则，因此部分学者提出“责任转嫁”是解决这一困境的良方。即如果网络攻击发出国，未能采取必要措施预防从其领土内发起的网络攻击，那么这些网络攻击的责任就会被转嫁，该国将因此承担相应的国家责任[475]。这样的责任归结原则，实质上是在“9.11”恐怖袭击之后，逐渐形成的，由于塔利班政府为基地组织提供了庇护，尽管无证据表明塔利班政府对基地组织进行了全面或有效的控制，但其也要因为庇护行为承担责任。国际法院曾在“科孚海峡案”中对于这一原则进行过深入的阐述：“一国不应在知情的情况下，允许其领土被用于从事有损他国利益的行为，这样的行为与主权平等原则相悖，一旦违反，将会产生国际责任[476]。但有一个悬而未决的问题在于，国家究竟应当采取哪些具体措施来履行该义务并防止产生转嫁责任？一般观点认为，一国所采取的具体措施至少包括立法将网络攻击规定为犯罪，是否积极介入相关网络攻击的侦查、起诉，是否对于网络攻击受害国对于网络攻击的调查和起诉予以了配合[477]。但由于网络攻击相对于传统动能武器的攻击而言，国家想要对于其进行有效监控，难度明显过大。同时，由于不同国家的网络技术能力也有很大的差异，以何种标准对一国领土范围内发起的网络攻击实行转嫁责任，必然会是一个颇具争议的问题。

四、网络攻击行为的战争罪构成要件分析

罗马规约对于战争罪采取了严格的罪行法定原则，如果要将网络攻击行为，纳入《罗马规约》对于战争罪的规制中，关键问题就是网络攻击是否满足构成要件的符合性。而依据网络攻击的特性，适用《罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 4 目，关于造成大规模附带性伤害的战争罪予以规制[478]，即满足网络攻击行为的特质，又满足国际人道法对于战争行为的规范

[475]David E. Graham, Cyber Threats and the Law of War, 4 Journal of National Security Law and Policy 87,93 -96 (2010).
[476]ICJ, Reports of Judgments, The Corfu Channel Case (The United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment of 9 April 1949, p. 22.
[477]David E. Graham, Cyber Threats and the Law of War, 4 Journal of National Security Law and Policy 87，96 (2010).
[478]《罗马规约》，第 8 条第 2 款第 2 项第 4 目：故意发动攻击, 明知这种攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体或致使自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏, 其程度与预期得到的具体和直接的整体军事利益相比

要求。

（一）行为人发动攻击

依据前文论述，网络攻击行为，只有被认为是一种交战形式，并被用以破坏生命和财产时，就可以被认定为战争法上的攻击行为。而行为人发动攻击，则主要是对于网络攻击的归因，问题的阐释，前文已近充分论述，这里稍作总结。行为人发动攻击的构成要件，需要有军事上的故意，通过网络对于另一国的网络空间予以攻击，实质上是一种对于他国领土主权的侵犯，但在国际刑法的领域，这样的网络攻击需要是有政府直接指挥、指示、或控制的情况下所做出的，单纯的私人行为不因被认为是国际刑法中的网络攻击，而指示一种单纯的网络犯罪。

（二）该攻击造成大规模的附带性伤害

造成大规模附带性伤害的战争罪的最为核心的构成要件，就是需要相应的攻击行为会造成平民伤亡或破坏民用物体或致使自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏。而这样的破坏程度，是要比通过攻击所取得的军事利益远远超出，显然过分。这里需要解决两个问题，即网络攻击是否会造成大规模的附带性伤害？战争法上的比例原则如何在伤害与军事利益之间权衡？ 网络攻击首先被攻击的是一国的移动通信网络和互联网，通过大量的分布式拒绝服务信号，使得被攻击国境内的通讯，网络全方位的奔溃与瘫痪。只是网络攻击直接作用的损害，简单的看通讯与网络的崩溃，并不会造成财产损失或人员伤亡，但由于现代社会是一个信息化的社会，通讯与网络的崩溃所产生的蝴蝶效应是不可想象的。

现代化的发电设备是依靠电信号对外输送电力，其核心的发电机组也是由计算机网络所控制的，一旦网络通讯瘫痪，则电力系统无法正常运转。在这种情形下，与之相关的一系列需要涉及适用电力的部门，特别是医院、机场等与人生命安全息息相关的场所，所带来的危害是显而易见的。同时，由于现代的水净化与供水系统也是由电力所驱动的，这也会同时导致整个受攻击地区的饮用水无法净化，也无法供给，造成大面积的缺水情况。更甚至如果网络攻击导致核电站的核物质泄漏，这样的附带性伤害更是不可想象。

同时，网络攻击所能够带来的军事利益，只能是扰乱，使得一国处于一种瘫痪与奔溃的状态。而这样的状态所能产生的军事利益，不过是更容易使一国遭受到其他的动能武器的攻击，而无法进行有效的反抗。但由于网络攻击所产生的蝴蝶效应式的损害，却是不断地扩张，不断的放大的，这明显违反战争法上的比例原则。一种不可控的非人道主义伤害的蔓延，在战争法上应当是绝对禁止的。

（三）行为人对于附带性的伤害的明知的

显然是过分的。

现代社会，通信、网络、电力、供水是平民日常得意有序运转的基石，一个现代国家，如果突然中断这些最基础的设施，那所带来的混乱和危害是不可想象的。1977 年，美国纽约大停电，整个纽约市供电系统中断仅 25 小时，就造成了有近千人伤亡。而现实中，网络攻击所可能造成的危害，是一个城市全部基础设施的全方位瘫痪，一旦这样的情形发生，被攻击国家势必混乱如同人间地狱一般。这样的情形，如果任何一个生活在现在国家的人，都能够宣称自己对于这样的附带性伤害是不知情的，显然是不和常理的。而且，否认这样的明知，也无法解决行为人发动网络攻击固有的目的，因为使得被攻击国呈现出全方位瘫痪的混乱现状，正是网络攻击行为所追求的。而这也正与《罗马规约》第三十条，关于心理要件的规定相吻合：“明知是指意识到存在某种情况，或者事态的一般发展会产生某种结果[479]。”

（四）存在国际性的武装冲击并与该冲突有关

由于《罗马规约》在战争罪中，对于国际性武装冲突与非国际性武装冲突情况下，不同的战争罪予以了明确的列举，而造成大规模附带性上海的恶武装冲突又仅规定在了国际性武装冲突之中，所以存在国际性武装冲突，是构成造成大规模附带性伤害的战争罪的基础。而对于是否存在国际性武装冲突的认定，则存在三种不同的情况。

第一，网络攻击如果是伴随着国际性武装冲突而发生的，仅仅是作为国际性武装冲突中的一种攻击方式或者辅助手段，那么可以认定存在国际性武装冲突并与该冲突有关。第二，是国内武装冲突国际化，即一国与一国内准军事组织的武装冲突本是非国际性的武装冲突，但由于第三国对于该武装冲突的介入，将可能导致国内武装冲突国际化，伴随着这种武装冲突所存在的网络攻击行为，也可以以造成大规模附带性伤害的战争罪予以规制。而判定一国的介入行为，是否会导致国内武装冲突国际化的关键，就在于干涉国支持被干涉国反政府武装行为本身，是否构成了对于禁止使用武力规则的违反[480]。《国际法原则宣言》中规定：一国有义务避免在他国发动、煽动、协助，参加内战或恐怖活动，否则其行为将违反禁止使用武力或以武力相威胁的国际法原则。通过这样的逻辑，我们就可以判定，是否存在国内武装冲突国际化的情形。第三，两国之间单纯的网络战行为，则需要区分两种不同的情况，如果两国之间网络战的双方相互进行网络攻击，那么在这种情形下，以前文所述，如果这样的网络攻击是出于军事的目的，并会造成生命和财产的损失时。我们可以认定，两国之间相互使用武力的情形，存在国际性的武装冲突。而在两国之间，只有一方发动网络攻击，另一方仅仅防御的情况下，由于防守一方的行为，并不存在造成生命或财产损失的可能，因此不存在相互使用武力的情况，也就不存在武装冲突，在现有国际法框架下，尚无法通过战争罪对于这种性质的网络攻击进行规制。

五、结语

网络攻击的行为规制，是当前网络安全法律治理的一个前沿问题，最核心的法律争议就

[479]《罗马规约》：第 30 条第 3 款。

[480]ICJ, Reports of Judgments, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State, Merits, Judgment of 27 June 1986, para.72-75.

在于网络攻击是否可以通过现有的国际法予以规制，还是需要创造新的国际立法来对其进行治理。实际上，现有的国际法框架中，特别是以《罗马规约》为基础的国际刑法体系，已近可以对于网络攻击予以规制。但由于网络攻击毕竟是一种新生的作战方式，因此难免会存在一些悬而未决的法律争议，因此我们需要在坚持现有国际法的情况下，对于这些未能达成共识的问题予以梳理，通过加强国际网络安全合作和立法，以期进一步完善对于网络攻击的认定标准与归因规则，维护国际网络安全，避免网络攻击所带来的不可预知的蝴蝶效应被进一步的放大。

参考文献

[1][美]阿尔温·托夫勒:《创造一个新的文明——第三次浪潮的政治》，上海：三联书店出版社，1996 年版。

[2]《俄罗斯与格鲁吉亚交锋网络战场》[EB/OL]，人民网：http://book.people.com.cn/GB/69399/107423/207171/13142107.html

[3]《外媒：乌克兰电脑网络遭“蛇”袭 黑手疑为俄罗斯》[EB/OL]，新华网：http://news.xinhuanet.com/world/2014-03/10/c_126242994.htm

[4]《因遭“震网”病毒袭击伊朗核电站可能发生泄露事故》[EB/OL]，新华网：http://news.xinhuanet.com/mil/2011-02/01/c_121045777.htm

[5]朱莉欣、朱雁新、陈伟等:《<塔林网络战国际法手册>述评》，载《中国信息安全》，2013 年第 11 期。

[6]宋杰:《“国家在战争或武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案”述评》，载《武大国际法评论》，2007 年第 2 期。

[7]黄芬梅:《浅析计算机网络》，载《中国外资》，2009 年第 18 期。

[8]ICTY, Prosecutor v Tadic,Case No.IT-94-1-A,Judgment,Appeals Chamber,15 July 1999.

[9]李伯军:《论网络战及战争法的适用问题》，载《法学评论》，2013 年第 4 期。

[10]ICJ, Reports of Judgments, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State, Merits, Judgment of 27 June 1986.

[11]David E. Graham, Cyber Threats and the Law of War, 4 Journal of National Security Law and Policy 87,2010.

[12]ICJ, Reports of Judgments, The Corfu Channel Case (The United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment of 9 April 1949.

国际视域下中国少数民族权利保护论纲

吴双全

摘　要：在我国这样一个多民族国家，少数民族权利保护问题是一个极为重要的问题。我国历来十分重视并不断加强对于少数民族权利的保护。与其他国家和区域相比，我国少数民族权利保护有着诸多优势，但也存在着一些不足。通过比较研究我国与其他国家和区域保护少数民族权利的立法与实践，可以为完善我国少数民族权利保护提供可行的路径选择。

关键词：少数民族；民族区域自治；权利保护；完善

[**作者简介**]吴双全，男，法学博士，兰州大学法学院教授（甘肃　兰州　730000）。

“少数民族”一般是指多民族国家中人数最多的民族以外的民族。在我国，少数民族就是指汉族以外的通过民族识别、由中央政府确认的55个民族。作为我国公民的各少数民族公民，除了同汉民族公民一样广泛地享有宪法和法律赋予公民的各项平等权利以外，还依法享有其特有的各项权利。这些权利主要包括：平等参与国家事务管理的权利，自主管理本地区和本民族事务的自治权利，自由信仰宗教的权利，使用和发展本民族语言文字的权利，保持或改革本民族风俗习惯的权利及保护本民族的文化遗产的权利等。我国少数民族所在地域一般比较偏远，交通不太便利，经济不太发达，使其往往处于相对弱势的地位，其权利保护也就受到诸多制约。在人人平等、各民族平等的今天，借鉴国外少数民族权利保护的实践经验，探讨我国少数民族权利保护的优势、不足及其完善，对于实现民族平等、发展和共同繁荣，以及人权保障、社会和谐、国家稳定都有着十分重要的意义。

一、中国少数民族权利保护的优势

研究我国少数民族权利保护之不足及完善，对于其他国家及区域少数民族权利保护的立法与实践进行借鉴十分必要。比如，美国和欧洲各国少数民族为数众多，民族关系复杂，其对少数民族权利的保护具有一定的典型性，再加上欧美与我国文化与制度的差异，借鉴其在这方面做法，有利于我国在少数民族权利保护方面拓宽思路，取长补短，取得成效。当然，我们也要看到我国在少数民族权利保护方面所取得的巨大成就及其所体现出来的一些优势。

1. 通过民族区域自治，我国充分保障少数民族参与国家事务管理的权利。

少数民族进行政治参与不仅是民主政治的要求，其参与本身就是一种目的。[481]在我国，少数民族公民与汉民族公民一样都有权选出本民族的全国人大代表，通过他们平等参与国家事务和各级地方事务的管理。例如，我国《宪法》第4条规定，我国“各民族一律平等”，“禁止对任何民族的歧视和压迫”。第34条规定：“中华人民共和国年满18周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权”。

但是，基于少数民族的特殊性，其参与国家事务管理的权利受到国家的特殊保护。这既体现在民族区域自治制度被确定为我国的一项基本政治制度的法律规定上，也体现在少数民族代表的选举以及少数民族对本民族事务的自主管理上。比如，各少数民族都依据《宪法》和《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》的规定，选出代表本民族的全国人大代表。人口特别少的民族，即使达不到法律规定的产生一名全国人大代表的人数，至少也要有一名全国人大代表。又如，《民族区域自治法》第17条规定：“自治区主席、自治州州长、自治县县长由实行区域自治的民族的公民担任。自治区、自治州、自治县的人民政府的其他

481 [美]格林斯坦、波尔斯比编.政治学手册精选（下卷）[M].储复耘译，北京：商务印书馆，1996.294.

组成人员，应当合理配备实行区域自治的民族和其他少数民族的人员。” 其实在中央和地方国家权力机关、行政机关、审判机关和检察机关都有相当数量的少数民族人员，参加国家和地方事务的管理。另外，《立法法》第75条规定：“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。……自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。”

相较于美国的**联邦制**，我国的民族区域自治更能确保全国政令法律的统一和国家权力的集中，而经过变通的法律规定更能适应各少数民族的具体情况。1975 年美国国会通过的《**印第安人自治法**》规定，对印第安人实行自治制度。这说明美国也有民族自治制度，但除了印第安人，很少有民族在美国拥有自治权。[482]而且，美国更加注重的是对于作为少数民族成员的个人权利的保护，不太关注**对于作为群体的少数民族权利的保护**。所以，与美国只对个别少数民族及其个体成员予以特别保护相比，我国对于各少数民族的保护显然更为全面，也更加平等。

欧洲各国对少数民族的特殊保护，主要侧重于在经济和文化方面努力营造各民族平等的环境，使得民族文化多样性得到尊重，经济发展方面的差距缩小。

在文化多样性方面，欧洲国家 1995 年缔结的《**保护少数民族框架公约**》和 1992 年缔结的《**欧洲区域或少数民族语言宪章**》规定了对少数民族群体权利，尤其是文化、宗教、语言等权利的保护。其中《保护少数民族框架公约》规定，应该采取必要措施以使少数民族享有使用媒体进行信息、文化传播的权利；尽量使得少数民族成员有机会用他们本民族的语言接受教育等。《欧洲区域或少数民族语言宪章》主要是为解决少数民族语言上的有限性和平等性的问题而订立，该宪章规定了 68 项对语言的保护措施。

在经济发展方面，**2000 年**欧盟通过了一项 10 年经济发展规划——**里斯本战略**。之后，以该战略为指导，欧盟制定和实施了一系列打击社会排斥、促进少数群体融入的计划和政策。**2006 年**，欧盟委员会创建了少数民族社会与劳动力市场融入高级组织，负责寻求促进少数民族融入社会和市场的可行办法。此时，欧盟不仅将少数民族权利保护问题看作人权问题，而且将其看作关系欧盟融洽和未来发展的社会问题。为此，欧盟要求所有成员国都要积极参与“社会融入”计划。在这个计划中，欧盟要保护的主要对象是中欧国家的罗姆人、波罗的海周围的俄罗斯人和西欧国家的穆斯林。[483]

但是应当看到，欧洲各国十分重视少数民族文化权利的保护和社会融入的实现，对少数民族**政治（参与）**权利的保护，远远不及我国。

另外，需要说明的是，我国实施的民族区域自治不是民族自决。它既不妨碍少数民族对于自身权利的争取，也有利于防止有人借口民族自决，搞民族分裂。所以，民族区域自治有利于保证国家统一，并从根本上保证少数民族权利的更好实现。

2. 我国对于少数民族宗教信仰自由的保护更加有力。

我国《宪法》第 36 条规定：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。国家保护正常的宗教活动。”根据相关的政策，宪法规定的宗教信仰自由包括：每个公民既有信教和不信教的自由，也有信此教与信彼教的自由；对于同一宗教，有信仰这个教派与信仰那个教派的自由；有过去不信教而现在信教的自由，也有过去信教而现在不信教的自由。[484] 可见，我国从多个方面为少数民族的宗教信仰自由提供了切实的保护。这从

---

[482] 美国的少数民族主要包括土著美国人（印第安人）、非裔黑人、亚裔人及拉美裔人等。

[483] 杨友孙.欧盟少数民族保护理念的发展脉络及评价[J].世界民族.2012(5):21-22.

[2] 中共中央：《关于我国社会主义时期宗教问题的基本观点和基本政策》（中发（1982）19 号）。

侧面也反映了我国的各个宗教彼此平等，没有上下之分和优劣之别，这反过来也肯定了我国少数民族的宗教信仰是自由平等的，无分高低贵贱的。

由于历史的原因，在欧美各国，基督教[485]居于主宰地位。在欧洲历史上相当长的时间内，宗教曾经与君权相结合，造就了“君权神授”的神话。而宗教也利用君权来传播教义，设置宗教裁判所来打击和铲除异端。君主则利用宗教维护公共秩序，并以“传播基督的光明”的口号来进行殖民活动乃至奴隶贸易。这种情形下的政教合一使得宗教与国家密不可分乃至形同一体，以至于**异端如同叛国一般无法被容忍**。虽然，近现代以来西方国家对于各个宗教的态度日益宽容，但是诸如 1606 年的《维也纳条约》、1648 年的《威斯特伐利亚和约》等其相关条约，大多是针对基督教的不同教派订立的。这充分说明了基督教主导地位的根深蒂固，历史的积淀使得这些国家的文化之中蕴含着对非基督教排斥乃至歧视的元素，这很不利于少数民族宗教信仰自由的保护。

相比较而言，我国少数民族享有的宗教信仰自由更具现实性。我国历史上出现过不少宗教，少数民族民众大多有宗教信仰，所以像**道教、佛教、伊斯兰教、萨满教、基督教**等宗教都在不同民族民众的心目中有着其独特的地位。但是在我国历朝历代，政教历来彼此分离，从没有哪个宗教能够真正地左右政治，宗教通常成为统治者强化统治的工具**和**手段，也因统治者的意志而盛行或衰微。没有哪一个宗教在中国能够占据绝对的主导地位，各个宗教往往处于一种百家争鸣、百花齐放的状态。这就有利于形成更加宽松的宗教信仰氛围，使得各个宗教在竞争中不断发展却又和谐共存。所以，在我国，少数民族的宗教信仰自由更容易得到认同、尊重和保护。

3. 我国有更好的文化多元化认同环境。

文化多样性对整个人类来讲就像生物多样性对于维持生态平衡那样必不可少。从这个意义上讲，文化多样性是人类的共同遗产，应当从当代人和子孙后代的利益考虑予以承认和肯定。[486]少数民族文化也是文化多样性的重要内容，保持民族文化的多样性，其实包括了两个方面。一方面，由于少数民族权利保护具有普遍性，我国少数民族在发展教育、使用语言、信仰宗教等方面与汉族享有同等权利。比如，我国《民族区域自治法》第 37 条规定：“民族自治地方的自治机关自主地发展民族教育，扫除文盲，举办各类学校，普及九年义务教育，采取多种形式发展普通高级中等教育和中等职业技术教育，根据条件和需要发展高等教育，培养各少数民族专业人才。”另一方面，我国也对少数民族文化的特殊性给予了特殊保护。比如，我国《宪法》第 119 条规定：“民族自治地方的自治机关自主地管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育事业，保护和整理民族的文化遗产，发展和繁荣民族文化。”

此外，我国对于少数民族的文化遗产（包括物质文化遗产和非物质文化遗产）也给予了相应的保护。《民族区域自治法》第 38 条规定：“民族自治地方的自治机关自主地发展具有民族形式和民族特点的文学、艺术、新闻、出版、广播、电影、电视等民族文化事业，加大对文化事业的投入，加强文化设施建设，加快各项文化事业的发展。民族自治地方的自治机关组织、支持有关单位和部门收集、整理、翻译和出版民族历史文化书籍，保护民族的名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产，继承和发展优秀的民族传统文化。”至于非物质文化遗产，它既包括文学著作、美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技，也包括手工艺技术、医药、历法、礼仪、节庆、体育、游艺、住宅、服饰等文化。这些都是宝贵的财富，在传统文化严重流失的今天也应当得到加倍的保护和珍惜。

中国有着五千多年的历史，在如此漫长的历史过程之中，不同的民族文化之间必不可免地存在着这样那样的碰撞、冲突、互动、交流、融合，也形成了各民族文化并存的良好环境，

---

485 这里的基督教是作为广义上来讲的，包括了天主教、东正教、新教。而在中国，基督教则往往主要指新教。

486 联合国教科文组织：《世界文化多样性宣言》第 1 条。

为我国能够更好地做好少数民族文化保护工作奠定了基础。

相比较之下，美国作为一个移民国家，其人口构成中移民众多，自然形成了不同的文化群，亚洲、非洲、欧洲、美洲等地区的文化同时在美国出现。由于其历史较短，不同文化之间的交融与共存还处于一种磨合期，各种民族文化的矛盾冲突也就在所难免，给社会稳定造成了诸多障碍，以至于美国**一度**对多元文化采取的是**强行同化**的态度。虽然现在美国的多元文化正朝着并存、共处、求同的方向发展，美国不少学校也正积极探索在教学内容和教学形式上更多地增加“多元化”的成分，例如举办民族艺术节、民族文化展等活动，并以此来表示对少数民族学生及其特有文化的认可与接纳，**增强**少数民族学生的自尊心和自信心，但是这些措施要真正发挥应有的效用，还需要各方面积极努力。

欧洲各国通过《**保护少数民族框架公约**》和《欧洲区域或少数民族语言宪章》对少数民族群体权利，尤其是文化、宗教、语言等权利的保护，作了具体规定。其中《**保护少数民族框架公约**》规定，鼓励不同民族的文化之间的友好对话；提供教育方面的资源以便于不同民族的师生之间得以更加便捷地进行教育交流等。《欧洲区域或少数民族语言宪章》为了解决少数民族语言上的有限性和平等性问题，要求缔约国每三年即向专家委员会报告本国的少数民族语言的学习、使用以及保护状况，其中包括该缔约国**承诺**的兑现状况、取得的成果和存在的不足等情况。可见，欧洲国家的上述文件对少数民族文化权利的保护不但规定了具体的权利内容，而且规定了相应的执行机制，很有针对性和可操作性，但是其关于少数民族权利保护的范围过于狭窄，更多地集中于语言方面，其他方面的规定较少。

我国则不仅注重对少数民族语言文字的保护，而且注重对少数民族**生活方式**的尊重；不仅注重保护少数民族的名胜古迹、珍贵文物等物质文化遗产，而且也注重保护少数民族的文学著作、音乐、舞蹈、工艺技术等非物质文化遗产。可以说，我国对于少数民族文化权利的保护更加全面，更加系统，力度更大，保护层次也更加深入。

4. 我国对少数民族的经济发展扶持力度更大。

让各少数民族得到发展和进步是整个国家的利益。[487]我们社会主义的民族政策就是要使所有的民族得到发展和共同繁荣。[488]为此，国家大力支持和保障少数民族的经济发展。

一方面，民族区域自治地方拥有经济自主权。对此，国家法律有明确规定。比如，《民族区域自治法》第32条规定：“民族自治地方的财政是一级财政，是国家财政的组成部分。民族自治地方的自治机关有管理地方财政的自治权。凡是依照国家财政体制属于民族自治地方的财政收入，都应当由民族自治地方的自治机关自主地安排使用。民族自治地方在全国统一的财政体制下，通过国家实行的规范的财政转移支付制度，享受上级财政的照顾。民族自治地方的财政预算支出，按照国家规定，设机动资金，预备费在预算中所占比例高于一般地区。民族自治地方的自治机关在执行财政预算过程中，自行安排使用收入的超收和支出的节余资金。”

另一方面，国家对少数民族地区的经济发展实行政策倾斜和资金扶持。《宪法》第122条规定：“国家从财政、物资、技术等方面帮助各少数民族加速发展经济建设和文化建设事业。国家帮助民族自治地方从当地民族中大量培养各级干部、各种专业人才和技术工人。”《民族区域自治法》第55条规定：“上级国家机关应当帮助、指导民族自治地方经济发展战略的研究、制定和实施，从财政、金融、物资、技术和人才等方面，帮助各民族自治地方加速发展经济、教育、科学技术、文化、卫生、体育等事业。国家制定优惠政策，引导和鼓励国内外资金投向民族自治地方。”第56条规定：“国家根据统一规划和市场需求，优先在民族自治地方合理安排资源开发项目和基础设施建设项目。”第57条规定：“国家根据民族自治地方的经济发展特点和需要，综合运用货币市场和资本市场，加大对民族自治地方的

487 毛泽东.接见西藏国庆观礼团的讲话[J].新华月报,1954（7）:1.

488 周恩来选集(下卷)[M],北京:人民出版社,1984.269.

金融扶持力度。”第62条规定：“随着国民经济的发展和财政收入的增长，上级财政逐步加大对民族自治地方财政转移支付力度。通过一般性财政转移支付、专项财政转移支付、民族优惠政策财政转移支付以及国家确定的其他方式，增加对民族自治地方的资金投入，用于加快民族自治地方经济发展和社会进步，逐步缩小与发达地区的差距。”这些规定使少数民族经济发展**空间愈加广阔**且外部条件十分优越。[489]

相比之下，其他国家虽然大多也对其少数民族地位予以认同，承认其平等地位，不应受到歧视和不公平待遇，但是对少数民族经济发展等方面的扶持却往往很不够。比如，美国对少数民族的教育、就业等也制定了一些优惠政策。1964 年通过的《公民权利法》明确规定：在就业领域，因种族、性别、宗教等方面的歧视而对个人施以不平等待遇的行为是违法的，应当确立就业权利方面的机会均等。但是不难看出，美国实际上更加注重的是个人经济机会的平等，而对少数民族群体的经济发展所给予的支持却有所欠缺。

从前面的论述已经可以看出，欧洲各国比较重视对于作为整体的少数民族的扶持。再比如，2004 年 3 月，匈牙利出台促进罗姆人社会融入的 1021 号政府法令，旨在促进罗姆人在教育、就业等方面的社会融入。2005 年，斯洛伐克**实施**“罗姆支持者计划”，派遣了 1600 余名志愿者到罗姆人聚居地进行支教活动，并提供了相当数额的财政拨款。[490] 但是这种扶持大多属于“支援”性质，投资力度虽有，持续性没有保证，也就更谈不上长远。

我国对于少数民族的扶持，更加注重整个少数民族群体，扶持力度也是其他国家**不能比的**，因为我国政府不仅对于少数民族的政治、教育等给以特殊照顾，而且对于少数民族地区的经济发展给予了大量的资金投入和政策扶持，而且这种扶持是持续的、一贯的，有利于少数民族地区长远的、根本的发展。

二、中国少数民族权利保护存在的不足

1.《民族区域自治法》的一些规定不够完善，影响其保护少数民族权利作用的发挥。

《民族区域自治法》对我国少数民族权利的保护发挥了不可或缺的作用，但是其规定也存在的一些缺陷：

首先，《民族区域自治法》的不少规定是**原则性**、政策性的，内容和标准不够明确和具体，可操作性不强，不便于有效实施。因此，要切实保护少数民族权利，就需要将民族区域自治制度进一步具体化，所以修改《民族区域自治法》、出台《民族区域自治法》实施细则就显得十分必要。

其次，《民族区域自治法》的国家**指导性**明显，甚至有些规定的计划经济色彩浓厚。如第 25 条规定：“民族自治地方的自治机关在国家计划的指导下，根据本地方的特点和需要，制定经济建设的方针、政策和计划，自主地安排和管理地方性的经济建设事业。”这一规定已经不适应市场经济发展的要求。

再次，《民族区域自治法》**没有**对破坏民族区域自治和侵犯少数民族权利的行为作出**惩罚性**的规定。缺少监督机构及惩戒和制裁机制，就难以使得法律的规定落到实处，也就难以体现法律的威慑力。这也是该法有待完善的地方。

国际层面上的少数民族权利保障机制和救济机制则较为完备，可操作性也比较强，值得我们借鉴。

2. 保护少数民族权利法律体系不够完善，对于散居少数民族权利保护缺乏充分依据。

由于民族自治地方的立法进程缓慢等原因，我国保护少数民族权利的法律主要是《民族区域自治法》，目前还缺乏相应的配套法规，尤其是五个民族自治区的地方自治条例迟迟未能出台，这使得我国保护少数民族权利的完善的法律体系的建立显得任重而道远。

《民族区域自治法》主要针对少数民族聚居区制定，对于散居少数民族权利的保护却未

489 廖敏文.国际人权法与我国少数民族人权的法律保护[J].西南民族大学学报（人文社科版）.2004,（3）:240.
490 杨友孙.欧盟少数民族保护理念的发展脉络及评价[J].世界民族.2012(5):22.

有具体规定。我国 55 个少数民族中有 51 个少数民族的散居人口占其人口总数的 10%以上，仅仅依据《民族区域自治法》这一更多的是针对少数民族聚居区的法律来对散居少数民族的权利进行保护显然不够全面，也缺乏专门性。1993 年，国家民委颁布了《民族乡行政工作条例》和《城市民族工作条例》。虽然这两个条例对散居少数民族权利的保护发挥了一定的作用，但其立法层级和效力等级相对于其保护对象和适用范围来讲相对较低，实施效果也不太理想。而各省、直辖市制定的保护散居少数民族权利的条例、规定等，在很大程度上只是照搬了《民族区域自治法》的规定，且内容不够全面，规定不够具体，也难以给予相关的散居少数民族提供充分的法律保护。

相比较而言，欧美国家尤其是美国，更加注重少数民族成员个人权利的保护，这就间接地使其不用区分聚居与散居少数民族，都一律给予同样或者相近的保护。这里也有值得我们借鉴的地方。

3.民族自治地区大多经济发展滞后，使得国家扶持政策难以得到有效实施。

中西部地区是少数民最集中的地区，全部的自治区，90%的自治州，69%的自治县分布在这个地区，55 个少数民族中有 50 个世居在这个地区。[491]与东南沿海相比较，中西部生存环境不佳，生产条件较差，生产水平较低，个别地方的居民甚至还未能够解决温饱问题，其经济发展自然也较为落后，这也是我国少数民族权利保护方面存在的先天缺陷。这种情况加剧了少数民族地区本就存在的严重的资金短缺和人才不足。这就决定了，一方面国家的一些优惠政策、扶持措施因为资金缺乏而难以实施乃至于无从落实；另一方面，那些生活贫困的少数民族民众经济问题都难以解决，而经济基础决定上层建筑，他们自然也就无暇顾及其更多权利的保护问题，这当然使得少数民族权利保护工作难以有效开展。

在欧美一些国家，虽然个别少数民族地区也存在着贫困落后现象，但便利的交通，发达的科技等使得这些地区的发展比我国少数民族地区快很多，其经济方面的进步更容易实现。

4. 少数民族的教育水平一般较低，权利保护意识相对薄弱。

我国少数民族地区一般都存在着教育水平不高的问题，如果将教育水平作为一个起点，那么较低的教育水平可以形成这样一个恶性的因果关联：教育水平的低下导致了文化水平不高，文化水平不高使得权利保护意识往往较为薄弱，权利保护意识薄弱也就导致了难以维护甚至意识不到自己被侵犯的正当权利，这样就会造成权利保护进程很难得到推动，保护少数民族权利也就难以落到实处。甚至于在实践中，少数民族地区的一些国家干部权利意识淡薄，连自己的权利都不知道怎样去保护，更不要说保护少数民族普通群众的权利了。这无疑就加剧了权利保护的难度，对少数民族权利的保护造成了诸多阻碍与不便。

从这个方面来讲，我国的少数民族权利保护与国际上尤其是欧美发达国家相比，是有着一定的差距的。当然，这也激励我们学习欧美国家所长——通过提升教育水平，达到增强少数民族权利保护意识的目的。

三、中国少数民族权利保护的完善

我国少数民族权利保护有成功之处，也有不足之处。在借鉴国外少数民族权利保护经验的基础上，完善我国少数民族权利的保护可以从以下方面努力。

1.建立保护少数民族权利的专门机构。

建立保护少数民族权利的专门机构，有助于在少数民族权利受到侵犯时给予及时救济，从而实现对少数民族权利的专门化、专业化的保护。

我国实际上已经成立了一些与特定群体权利保护相关的机构，如残联、妇联、律协等。但是这些机构功能单一，而且并不是专门的权利保护机构。而保护少数民族权利的部门以国家民委为代表，但是它既不足以体现少数民族权利保护的专门化，也缺少此方面的应有的专业性。从国际实践来看，人权保护如果能够同专门机构相结合，则容易解决专业性、专门性、

491 黄铸.西部大开发与民族统战问题[J].中国统一战线,2000（11）:10.

系统性等问题，从而取得良好的效果。欧盟便有相应的专家委员会来保护少数民族权利，对其成功的经验，我国应当加以借鉴。

2. 建立完善的保护少数民族权利的法律体系。[492]

前已述及，我国尚没有完善的保护少数民族权利的法律体系，这使得我们在解决相关问题时法律依据不够充分，故从以下三个方面着手，建立完善的保护少数民族权利的法律体系已成为必然选择。

一是对《民族区域自治法》进行修改。首先，应当明确，我国是一个统一的多民族国家。这是前提和基础，不能以民族区域自治而改变这个事实。其次，要修改《民族区域自治法》中对民族区域自治的较为原则、模糊的规定，把政策宣示改成可行性较强的具体措施，减少易生歧义的表述。最后，要建立相关的监督机制和法律责任追究机制，加强对违反民族区域自治制度的行为的监督审查工作，并对违反该法规定的个人、组织或单位规定相应的处罚措施，使得少数民族的权利保护能够真正做到有法可依，违法必究。

二是制定《民族区域自治法》的配套法规，亦即要确保在各民族区域自治地方有相应的自治条例和单行条例与该法配套实施。五个民族自治区要加快出台本自治区自治条例的步伐。自治区一级的配套法规加上国家法律的原则性规定及其相关解释，就形成一个立体多维的法律体系。基于此，民族区域自治制度才会更具生命力，少数民族的权利保护才会上一个新的台阶。[493]

三是制定专门的保护少数民族权利的法律。在这方面，首先要制定《少数民族权益保护法》。只有有了专门保护少数民族权利的法律，我国少数民族的特有权利才可能得到真正的有效保护。其次要制定《散居少数民族权益保护法》。实际上，全国人大常委会早在**1986年已经开始起**草《散居少数民族权益保护法》，但是到现在仍旧没有通过。鉴于散居少数民族权利保护依据不足的现实，应当加快出台这一专门法律。

3. 提高少数民族文化教育水平，增强少数民族权利保护意识。

权利保护意识得不到提高，权利的救济就无从谈起，因为人们只有意识到自己的权利被侵犯了，才会启动保护和救济机制，少数民族的权利也不例外。由于少数民族往往处于弱势地位，权利保护意识不强，也就不善于保护自己的权利。而**美国**之所以特别注重少数民族成员个人权利的保护，很大程度上是由于美国公民个人有着较强的权利保护意识，这就使得其能够更好地争取和维护自己的权利。所以，在我国，可以通过提高少数民族教育水平，从根本上促进其权利意识的增强，以便彻底消除在真正实现对少数民族成员个人权利进行有效保护的过程中所可能遇到的各种障碍。

4.提高少数民族地区的经济发展水平。

我国的少数民族多分布于**边疆地区、内陆地区或者高山地区**，交通不方便使其经济交流等受到了一定阻碍。经济的不发达进而加剧了少数民族地区在很多方面的所面临的困境。邓小平同志曾经指出：“实行民族区域自治，不把经济搞好，那个自治就是空的。”[494]提高少数民族地区的经济发展水平可以从三个方面去努力：一是国家继续并强化对少数民族地区的财政支持和政策倾斜。为了实现共同富裕，国家有责任也有义务支持少数民族地区的经济发展，更大程度地实现社会的公平。二是民族区域自治地方政府根据本地方实际情况制定切合实际的经济发展战略，以本民族本地区的特色文化推动本地经济的发展。三是少数民族民众自身积极投身经济发展大潮。这是民族经济发展的出发点和落脚点。只有本民族民众积极参与到民族经济发展中，才能最终彻底地实现本民族本地区经济的长远发展。

5. 加强少数民族传统文化和传统知识的保护。

---

492 张敏. 论我国少数民族权利的法律保护[J]. 民族论坛, 2010, (10): 27-29.

493 徐岭.论少数民族权利的保护[D].华中师范大学硕士学位论文 2009.22。

494 邓小平.关于西南少数民族问题.邓小平文选（第一卷）[M].北京:人民出版社，1989.167。

每种文化“都具有尊严和价值，必须予以尊重和保存”，“所有文化都是属于全体人类的共同遗产的一部分”，“应尊重每一种文化的特殊性质”。[495]但是，由于各种因素的影响，少数民族传统文化和传统知识面临着种种发展困境，这就要求我们做好各种保护工作。一是要引导少数民族传统文化和传统**知识**的合理利用。只有实现合理利用，才能实现对少数民族传统文化和传统知识的可持续保护。我们应当建立适合市场经济发展需要的少数民族传统文化和传统知识保护与持续利用的政策体系，以解决保护与开发之间的矛盾，同时要建立市场监控体系，规范市场行为，以确保少数民族传统文化和传统知识的可持续开发利用。[496]二是要加大资金投入，加强政府支持和引导，以支持少数民族传统文化和传统**知识**保护，其中，尤其要重视基础建设投入。三是要转变保护观念，正确对待少数民族传统文化和传统知识的衰退，不可固步自封，而是要使得少数民族传统文化和传统知识不断创新，做到传统与现代的结合，保持传统文化和传统知识的活力。四是强化宣传与教育，既要提高人们对少数民族传统文化和传统知识的保护意识，又要调动各方的力量积极参与少数民族传统文化和传统知识的保护工作。

6. 切实履行保护少数民族权利的国际义务。

少数民族权利的国际保护与国内保护联系密切，相辅相成，但真正采取措施保护少数民族权利还需靠国家，这既是国家的国际义务，也是国家的权利。[497]这从侧面说明了，要想在国内保护好少数民族权利，借鉴国际社会的规定与实践也是必不可少的。如国际人权公约中规定的定期报告制度，要求缔约国把其为保护少数民族权利所采取的措施以及最终的相关进展定期报告给有关机构。再如，欧洲安全与合作组织通过“少数民族问题高级专员制度”可以及早地发现少数民族问题造成的或可能造成的紧张局势并及时提出早期预警报告，以确保少数民族问题得到及早解决，而不至于演变成冲突。国际法所规定的少数民族权利保护往往是得到普遍认同的少数民族基本权利的保护。一个国家要更好地保护少数民族权利，就要认真履行其国际义务，并将国际法的相关规定转化成为国内法的规定，将少数民族权利具体化、现实化。遵循和借鉴这些规定和做法，有利于推动我国少数民族权利保护的加强与完善。

总之，我国少数民族权利保护确实取得了巨大的成就，但是与美国和欧洲各国的实践以及国际人权公约的要求相比较，我们在某些方面还存在一些不足之处。通过借鉴国外的成功经验，对这些不足之处进行补充和修正，使得我国少数民族权利保护更加完善，我国的少数民族权利保护将取得更大的进步，更加体现我国制度的优越性，从而为世界少数民族人权保护事业的发展做出应有的贡献。

495 联合国教科文组织:国际文化合作原则宣言.1966.第 1、6 条。

496 龙运荣.我国少数民族传统知识的保护战略[J].内蒙古社会科学.2011,32(1):62.

497 马晓玲.论少数民族权利的国际保护[J].西北第二民族学院学报（哲学社会科学版）.1992(4):61.

从民族自决原则探析克里米亚公投及其对中国的影响

学校名称：武汉大学法学院

专业名称：国际公法

学生姓名：刘曦

二○一五年四月

摘要

民族自决原则是国际法的基本原则。本文从克里米亚公投入俄这一事件入手，通过结合科索沃独立、苏格兰公投等实践，分析民族自决原则的适用条件以及在现代国际法背景下的发展。民族自决原则的实现不仅要求其适用主体具有民族性，还要求只有受到压迫和殖民统治的民族才可能成为其主体，其实施必须要求在国家主权的限制范围内并在联合国安理会的权威性监督下，才可能发生效力。从而得出克里米亚公投并不符合国际法的结论。在此基础上，从我国自身的仍存在“台独”、“疆独”、“藏独”等势力的现状出发，分析其对我国潜在和实际的影响，并在国内和国际两个层面提出相应对策，要求我国一方面在国际上表明立场，坚决禁止违反国际法的分裂情况发生，另一方面积极制定国内法律和确立相应机制保障我国这一多民族大国的团结和谐发展。

关键词：公投；民族自决；克里米亚；中国

ABSTRACT

The national self-determination is the fundamental principle of International law. This article analyzes the prerequisite of the principle of the national self-determination based on the issue of the return of Crimea to Russia by the means of combining the Kosovo's declaration of independence and the plebiscite of Scotland. In order to match the principle of the national self-determination, there are four conditions that must be satisfied: the subject of the principle should be a nation which is against the colonial rule and the plebiscite should be hold under the supervision of the Assembly of United Nation, meanwhile in the restriction of state sovereignty. Therefore, a conclusion is made that the issue of the return of Crimea to Russia is not legal. Based on the above statement, in the terms of the reality of Taiwan Independence, Xinjiang Independence, and the Tibet Independence, the article discusses the influence made by the Crimaea and takes the measures from the national and international way. In the one hand, China should state its attitudes apparently so as to forbid the separation of our nation. On the other hand, our nation should make domestic rule and set the mechanism for the harmony and unity of China.

Key word: plebiscite; national self-determination; Crimaea; China

一、 事件背景

2014 年 3 月 16 日，克里米亚就其地位问题及是否归属于俄罗斯举行了公民投票，投票者中 96.6%的民众支持克里米亚脱离乌克兰并加入俄罗斯，遂于 3 月 17 日克里米亚决定其独立成为主权国家“克里米亚共和国”，同时决定加入俄罗斯联邦。各方对此反应不一，欧美国家认为克里米亚这一行为违反国际法和乌克兰宪法，持反对态度；联合国大会也投票通过克里米亚的公投无效；中国、印度等发展中国家持中立态度：中国在联合国安理会 3 月 15 日就美国提交的乌克兰克里米亚公投问题决议草案的强行表决中投了弃权票。外交部发言人洪磊表示：克里米亚问题应在法律框架下通过政治手段解决；而俄罗斯方认为克里米亚举行的公民投票符合民族公决的条件，有科索沃的先例[498]，这一行为并不违法，并称克里米亚一直是，也将是俄罗斯不可分割的一部分[1]。

乌克兰和俄罗斯就乌克兰的地位问题由来已久[499]，克里米亚地区在苏联联邦时期经历了三个阶段，第一个阶段是斯大林时期的颜色革命[500]，将非俄罗斯族人驱逐出克里米亚境内，使其民族纯种化；第二个阶段是在赫鲁晓夫执政期间，由苏联最高苏维埃主席团通过决议，将克里米亚半岛作为“恒久的象征”划归乌克兰管辖；第三个阶段就是在戈尔巴乔夫时期，苏联联邦已经面临解体，在 1991 年，克里米亚以自治共和国的身份加入了乌克兰。历史上，克里米亚举行过多次公投，但这次的公民投票意义最为重大，甚至可能成为造成国际主权打破的代表性案例。这一事件主要包含克里米亚是否有权举行公民投票，该公民投票是否符合民族自决的构成要件，该公投结果是否有效，俄罗斯是否有权不顾乌克兰主权与克里米亚签署协议发表声明同意其并入俄罗斯等问题。下文将以分析民族自决为原则核心，明确上述问题并浅析上述事件对中国的影响。

二、 民族自决概述

（一）相关规定

民族自决经历了较长时间的发展历程，第一次世界大战结束之前民族自决还是一个政治概念，主要适用于“十月革命”的俄国以及德意志共和国，在两次世界

[498]BBC News, “Crimea Crisis: Russian President Putin’s Speech Annotated” , 19 March 2014. See http: //www.bbc.com/.news /world－European－26652058.

[499]参见凤凰网：《人生若只如初见———回顾俄乌三百年爱恨情仇》，http://news．ifeng．com/history /shijieshi /special /wuesanbainianguanxishi/.

[500]斯大林在联共（布）第十四次代表大会上所作的《中央委员会的政治报告》（1925年12月18日），载《斯大林全集》第7卷，北京：人民出版社1958年版，第225-227页.

大战间隔期间，主要适用于各民族广泛寻求独立的欧洲。民族自决第一次成为具有广泛约束力的国际法律规范是在《联合国宪章》第一章第二款规定："发展中国家之间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系，并采取其他适当方法，以增强普遍和平"。之后在联大《关于对殖民地及人民给予独立之宣言》以及《国际法原则宣言》中，正式将其确定为一项非殖民化原则[2]；到 1966 年两项基本人权公约中正式将其确立为一项具体权利，归属于集体人权。国际法上的民族自决基本上可以定义为一切出于外国殖民统治、外国占领和外国奴役下的民族，具有决定自己命运、政治地位和自主地处理其内外事务的权利，并且这种权利应该受到国际社会的尊重，所有国家均承担不得以任何方式阻碍、干涉、破坏和剥夺此项权利的义务，否则就构成国际不法行为，有关行为国家应承担国际责任。从该定义及国际实践不难看出，自决权的主体已不再限于殖民地与受压迫的民族，而是所有民族包括独立的、托管的以及非自主领土。在冷战结束之后，民族自决这一权利已有适用的新情形，即不仅包括对内自决，还包括既有国家少数民族区域在特定条件下享有的独立或脱离的对外自决的权利。

（二）概念区分

同样作为国际法基本原则的国家领土完整和民族自决原则，除了均属于强行法性质必须遵守之外，有很多不同之处。民族自决原则提出的时间较晚，相较于国家领土完整原则主要以习惯和条约为法律基础而言，其更多的是以条约和决议的规定为基础；国家领土完整是国家主权的第一要素，侧重于国际法的国家核心利益，而民族自决主要体现在国际人权法中，是各民族为了反抗殖民和压迫实现独立自治的一种集体人权。二者之间当然也存在一定的相互影响，民族的"对内自决"对国家的领土完整不构成影响，而"对外自决"对国家的领土完整必然构成影响[3]，上述克里米亚"脱乌入俄"如果符合民族自决条件下即属于对外自决的形式，会破坏国家领土完整，进而影响国家主权。依照国际法上的国家主权原则，允许国际法适用于其领土边界内的某一事项，即意味着该国国家主权的某种让渡和缩减[501]。案例实践也表明，民族自决原则已经改变了国家主权原则及领土完整原则的具体内涵和适用范围，以国际法保障国内民众的合法权利。

---

[501]See Sophie Clavier,Contrasting Franco-American Perspectives on Sovereignty,14 Ann. Surv. Int'l& Comp.L.1,14 －15 (2008) ; see John R. Worth,Note,Globalization and the Myth of Absolute National Sovereignty: Reconsidering the"Un-signing"of the Rome Statute and the Legacy of Senator Bricker,79 Ind. L. J. 245，265(2004) ; see Schooner Exch. v. McFaddon,11 U.S. 116,136 (1812).

（三）实践应用

1. 苏格兰公投

苏格兰独立公投是苏格兰政府在 2014 年 9 月 18 日发起的一场公投，让苏格兰选民决定是否从英国独立，公投的关键问题包括经济政策、国防协定、未来与英国的关系和在多国组织中的位置[502]。次日，根据苏格兰独立计票结果公布，苏格兰仍然属于英国的一部分。从 2011 年以来，苏格兰独立运动势头高涨，2012 年 10 月，英国首相卡梅伦与苏格兰首席大臣萨尔蒙德签署了关于苏格兰举行独立公投的《爱丁堡协议》，该协议意味着公投已获准正式启动[503]。不同于克里米亚的公投，苏格兰的公投获得了主权国家政府即英国政府的同意，联合国安理会规定公投生效的一种方式就包括主权国家的同意，在这种情况下，以公投为主要手段的民族自决就转化为由国内法规制的对内自决行为，其结果自然不会有任何违法性和争议。

2. 科索沃独立

科索沃曾是南斯拉夫的一个自治省，但这种自治地位于 1990 年被取消，导致科索沃阿尔巴尼亚族人的反对。1999 年，南斯拉夫联盟共和国军队和科索沃武装人员之间冲突的升级导致北约的军事干涉，随后联合国的介入，安理会通过第 1244 好决议将科索沃置于联合国的管理之下。科索沃议会于 2008 年 2 月 17 日宣布脱离塞尔维亚独立，塞尔维亚则拒绝予以承认[4]。2008 年 10 月 8 日，联合国大会通过第 63/3 号决议，请求国际法院就“科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法”提出咨询意见。国际法院在考虑了几十个国家的意见、评论、陈述以及科索沃代表的陈述之后，于 2010 年 7 月 22 日作出咨询意见：科索沃单方面宣布独立没有违反国际法，因为一般国际法并不包含可适用的对宣布独立的禁止，而且科索沃宣布独立也不违反安理会的第 1244 号决议创立的特别法[504]。1945 年以后，在非殖民统治或外国占领的情况中，一国的一部分脱离该国而宣布独立基本上有两种情况：一种情况是就是上述苏格兰试图分离经过英国明示的同意；另一种情况就是没有经过母国同意的单方面分离，科索沃显然属于第

[502]陶短房：“苏格兰‘独立公投’幕后玄机”《凤凰周刊》，2012 年第 31 期（11 月 1 日）.

[503]第一次公投于 1979 年 3 月举行，因票数未达到登记选民总人数的 40%这一门槛而无果；第二次公投于 1997 年 9 月举行，74%的投票赞成设立苏格兰议会。这两次公投都以向苏格兰下放权力、特别是设立苏格兰议会为直接目标.

[504]Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of KosovAdvisory Opinion ,I. C. J. Reports 2010,p.403,para. 123(3); paras. 78－121. 以下脚注中简称“Advisory Opinion”.

二种情形。但是不同于克里米亚未经乌克兰同意公投独立，科索沃在联合国管理之后，塞尔维亚没有对科索沃行使任何治理权，而乌克兰对克里米亚的主权和治权是连贯的，尽管冲突不断，但克里米亚从未就其地位与乌克兰政府进行任何正式谈判而是径行公投、宣布独立。除此之外，科索沃独立事件提交至国际法院并出具了法院咨询意见[505]，实际上国际法院的意见较为晦涩难懂，既没有直接肯定允许分离的权利，也没有任何反对行为，以至于支持或反对单方面宣布独立的任何一方都可以宣称自己获得了胜利：支持者说这没有违法国际法，反对者说这没有得到国际法的承认[506]。但无论如何，基于国际法院没有断言科索沃单方面宣布独立违反国际法，至多只能得出克里米亚公投独立也没有违反国际法的结论，但绝不能说科索沃单方面宣布独立或克里米亚公投独立是对国际法所规定或承认的一种权利的行使[5]。

（四）理论发展

通过上述对民族自决的规定以及实践应用的陈述，结合克里米亚事件中以以公投为主要形式的民族自决来看，民族自决原则的目的在于实现被压迫民族的独立发展，但随着经济政治不断发展，不少分裂分子打着民族自觉原则的旗号企图独立，破坏国家主权和领土完整，引起国际局势的动荡，这是违背民族自决原则的初衷的，同时也是国家主权原则和国家领土完整原则坚决杜绝的。从适用主体来看，谁拥有自决权与公民投票的主体和合法性等一系列问题相关，该原则的主体只能是民族而非个人；进一步来看，就援引民族自决的前提来看，只有出现殖民统治或被压迫等情形，才能行使民族自决权，而克里米亚显然不存在此情形。一方面，国际社会现存的单一民族国家寥寥无几，若民族自决原则无条件地适用于每个民族，将导致国际社会的碎片化，其结果是全球各民族之间无休止的战乱和国际社会共同利益的毁灭,另一方面，随着国际社会中殖民压迫情形逐渐减少，民族自决的适用情形是否需要相应情形的修正值得考量；[6]其次，在民族自决适用范围来看，民族自决针对的对象只能是对该民族加以殖民或压迫统治的其他民族，而非本民族或本民族内部的其他成员，就克里米亚事件来看，其公投主体并不符合民族特征，尽管在苏联时期经过“颜色革命”肃清了一些民族，但是克里米

[505]咨询意见内容：“科索沃单方面宣布独立是否符合国际法？”按一般逻辑，国际法院应从正面回答这一问题: 如果国际法中存在禁止一个国家的一部分单方面宣布独立的规范，则科索沃的行为不符合国际法即违反国际法；如果国际法中存在允许一个国家的一部分单方面宣布独立的规范，则科索沃的行为符合国际法.

[506]John R. Ablan, Signal and Affirm: How the United Nations Should Articulate the Right to Remedial Secession,45 Vanderbilt Journal of Transnational Law (2012),p.243.

亚并不具有和乌克兰不同民族从而反抗殖民或压迫这一特征；再有，民族自决应在联合国的监督下且有正当理由的独立的意志表达，而克里米亚的公投没有一个权威机构监督，不符合这一条件；最后，该原则应当受到国际主权原则的合理限制，联合国前秘书长加利也指出不能滥用民族自决原则[507]。

总之，根据上述民族自决原则的适用条件及发展，克里米亚公投不符合国家法中民族自决的相关规定，应该予以制止并规范[7]。但是，在国际社会的发展历程中，不仅要考量国际法的相关规定，也要结合国家之间政治经济的发展情形，在博弈之中达到最好的平衡，最终使国家主权得到保障，被压迫民族获得人权，被殖民统治民族获得独立。

考察国际法维度上的独立公投全球实践，截止 2014 年 5 月，共有 62 个国家或地区通过 87 次独立公投意图实现民族自决，随着克里米亚独立公投并在俄罗斯的承认下实现“脱乌入俄”，可能会有更多民族和地区人民在这样的导火索下寻求独立，下面就中国面临的现状和受此事件的影响加以阐述。

三、 民族自决对我国的影响

（一）我国的现状

我国是以汉族为主、多民族组成的单一制国家，少数民族地区自治，实行“一国两制”的治理模式。从主流角度来看，我国政治稳定开展、经济稳步发展、民族多样和谐，不断深化和推行我国的社会主义核心价值观，全国人民都在以实现“中国梦”为目标努力奋斗，团结一心。但是在主流背后仍然不能回避一些不稳定的逆流因素，“台独”、“疆独”、“藏独”等势力依然存在[8]，不同的自治地区仍然在一定程度上存在试图取得独立甚至鼓吹反一个中国言论的不法势力，最近香港爆发的“占中”运动，也在一定程度上否定国家的政权，当然这些不稳定的反动势力都在我国正确制度的控制之下，但是我们也不能放松警惕，保证国家继续完整和谐的向前发展。

（二）直接或潜在影响

在科索沃独立、苏格兰公投、克里米亚“脱乌入俄”等地区纷纷通过民族自决争取独立的大背景下，分裂势力可能会受此影响趁机大造分裂舆论，在国内试图制造分裂和恐怖主义活动，这种行为不仅是国际法，国内法律也是绝对禁止的。

---

[507]。联合国前秘书长加利曾指出，“以种族、宗教社会、文化和语言为借口进行惨无人道的斗争，正在威胁着国与国之间的和睦关系”，他警告说：“如果每个种族、宗教或语言集团都要求建立国家，那么世界将会出现一种完全支离破碎的情景，全人类的和平、安全和经济利益都将受到损害。”.

中华人民共和国中央人民政府是代表中国的唯一合法政府，已得到国际社会的广泛承认，充分表明它在国际上代表全体中国人民。国家主权具有统一和唯一性，仅属于国家和这一国家的全体人民，一个国家的任何一寸领土的主权是由这个国家的全体人民所拥有的，任何国家内部的“个体”或“群体”均无权处置。

（三）我国的对策

在涉及国家主权或领土完整这样关乎国家命运的大事时，如果仅仅由少数人或一部分人的参与显然不符合国家创立时的宗旨，只有全体人民共同参与并得到全体人民的一致同意才算通过，任何地区或者民族的发展都不是完全由少数人决定的。

因此，在这样的背景下，从国内层面，建议国家安全委员会研究制定增强国家安全的中长期发展规划纲要，其中国家主权和国土安全是重中之中，，应有专门的、系统的防范和加强。另一方面，要从国际角度，重视民族自决原则的贯彻，明辨不同情形下是否符合民族自决的条件，在国际上鲜明的表达自身的立场，以防止我国的反动势力模仿其他地区或民族的自决方式。

四、 结语

本文从克里米亚“脱乌入俄”这一事件入手，从国际法中公共投票方式切入，论述了民族自决原则的历史沿革，并通过分析其构成条件，结合实践中影响力较大的“苏格兰公投”和“科索沃独立”，展望了民族自决原则的发展前景。联系克里米亚“脱乌入俄”事件，民族自决运动可能会在该原则理论发展的背景下盛行，一方面可能真正能够鼓励现在仍然挣扎在殖民与反动统治边缘的民族，真正实现人权自由，实现领土主权独立；另一方面，类似民族自决事件的频繁发生，可能会导致一些分裂势力以此为借口大肆鼓吹其非法的独立目的，造成国际局势不稳定，国家内部动荡不安。将一切理论和经验教训应用于我国，并分析其潜在和实际存在的影响，面对我国仍存在“台独”、“疆独”、“藏独”等分裂势力，我国应不遗余力的避免此类事情的发生，并竭力在国家上积极表态，表明我国坚决反对滥用民族自决原则，对外自决也不适用于中国，这类民族自决只要能够适用于被殖民、被压迫统治的民族，从而真正实现我国领土完整，国家主权不被侵犯，多民族和谐团结发展。

参考文献

[1]曾晶晶.从国际法角度谈克里米亚公投[J].哈尔滨师范大学社会科学学报，2014（4）.

[2] 余民才.科索沃“独立”的国际法透视[J].现代国际关系，2008(5) : 29.

[3]杨泽伟.民族自决和国家主权[M].中国人民大学出版社,2002.

[4] 联合国安全理事会.安全理事会访问南斯拉夫联盟共和国科索沃和贝尔格莱德代表团的报告, S/2002 /1376.

[5] Andrew Clapham. Brierly’s Law of nations[M].Oxford,p44-58

[6]王铁崖主编.国际法[M].法律出版社，1995:239.

[7]白桂梅.论内部与外部自决[J].法学研究，1997 (3):108-109.

[8]韩燕利.国际法视野下台湾“民族自决”问题研究[D].济南: 山东大学硕士学位论文， 2008

[9] 季卫东.自决权与宪政理论[J].21 世纪，2003（2）.

论邪教非法活动的国际法治理

黄素梅 *

[摘要]近年来，世界各地的邪教组织非法活动日趋国际化，各国仅凭一己之力，难以进行有效防范，需要加强国际合作，利用国际法进行治理。现行国际法律制度中，联合国宪章是治理邪教非法活动的顶层设计，国际人权条约、国际刑法等法律制度是治理的重要依据，但缔结有针对性的治理邪教的国际条约，构建专门的国际治理机构，搭建国际合作平台，将更加有力地打击日趋猖獗的跨国邪教非法活动。

[关键词]邪教非法活动　国际法治理　国际邪教治理条约

一、邪教非法活动的国际化需要国际法的治理

据不完全统计，目前世界上的邪教组织有3000多个。自2000年以来，这些邪教组织日趋系统化和邪恶化，其宣扬更具欺骗性，活动方式由公开转为半公开乃至地下。美国、欧洲、日本等发达国家邪教组织非法活动不仅日趋猖獗，而且向亚、非、拉美等国家进行扩张。许多邪教组织不仅限于在本土范围内开展非法活动，而是在世界范围内寻找机会，加强对社会各个阶层的渗透，不断扩大活动范围，呈现出跨国化、国际化的发展趋势。

面对日益猖獗的邪教非法活动，各国纷纷完善相关法律、制订新的立法为打击邪教提供法律依据。如法国、德国等欧盟国家、日本、韩国等纷纷修改、设立反邪教有关法律制度。世界各国政府采取了一些切实可行的积极措施，坚决打击邪教组织非法活动，严惩邪教头目和骨干分子；建立健全反邪教专职常设机构，加强对邪教活动的研究、监控、限制和防范；动员社会舆论揭露邪教非法活动的危害，增强国民对邪教组织非法活动的免疫力，发动各界力量抵制邪教；各国国内公众亦强烈呼吁抵制、取缔邪教组织，自动组织起来成立各种民间组织，如反对人民圣殿教的“有关亲属委员会”、反对上帝之子的“把我们的子女从上帝之子会解放出来的父母委员会”、反对奥姆真理教的“居民与自治体间的联络会”等与邪教做斗争。

虽然各国通过法律手段结合民间治理，对邪教组织非法活动的治理取得了较

*黄素梅（1971-）：女，湖南娄底人，法学博士，副教授，湖南大学法学院法学博士后流动站研究人员，湖南工业大学法学院教师；主要研究方向：国际经济法，国际法；屈茂辉（1962-），男，湖南邵阳人，法学博士，教授，博士后合作导师，湖南大学法学院党委书记；主要研究方向：民法。

基金项目：湖南省社科规划课题：《国际社会治理邪教非法活动的立法现状与趋势研究》[14TWB40]。

大成效。然而，邪教组织的飞速发展和国际化趋势的加强，致使跨国邪教非法活动此起彼伏，邪教组织跨国犯罪现象日趋增多，其反人类、反社会的本质日益凸显出来，邪教非法活动给国际社会所带来的灾难性的破坏是不可估量的。如何有效治理邪教组织非法活动已成为世界各国的共识。各国如果仅在国内层面单独治理，以求达成有效目的，是不太乐观的。因为各国对邪教的判断标准不一，导致对邪教认定存在分歧，从而对邪教非法活动打击不力。

在世界各国的邪教非法活动愈演愈烈的情况下，抵制邪教的进一步蔓延已成为全世界人民面临的共同任务，仅依靠一国之力难以取得终极成效，迫切需要国际社会共同应对，国际法是治理邪教非法活动必不可少的利器。因此，各国除了依靠国内法律对邪教非法活动进行治理外，更应该重视通过国际法来治理，尤其是在邪教组织与邪教活动日益国际化的背景下，依靠现有国际法律制度，同时建构新的国际法律制度，结合各国国内法制，达到有效治理日趋猖獗的邪教非法活动之目的。

二、利用现有国际法律制度对邪教非法活动进行治理

（一）《联合国宪章》是治理邪教非法活动的基本国际法律规范

《联合国宪章》序言指出宪章“重申了基本人权、人格尊严与价值，以及男女与大小各国平等权利之信念”，“促成大自由中之社会进步及较善之民生”；第一条进一步指出“不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”《世界人权宣言》、《公民权利与政治权利公约》两个最基本的国际人权保护的国际法律文件都在其序言中分别指出，“鉴于各联合国国家的人民已在联合国宪章中重申他们对基本人权、人格尊严和价值以及男女平等权利的信念”，“考虑到按照联合国宪章所宣布的原则……考虑到各国根据联合国宪章负有义务促进对人的权利和自由的普遍尊重和遵行”，都强调了其是根据《联合国宪章》有关规定缔结以更好地保护人权。因此，可以认为，《联合国宪章》是人权保障制度概括性的顶层设计。任何国家、组织、机构或个人所为都应遵循相关规定，否则，根据《联合国宪章》，各成员国家有义务以相应方式予以制止。

纵观世界各大邪教，其教义与《联合国宪章》中所规定的尊重“人权、人格尊严与价值”是背道而驰的。如印度的“唯一教”宣扬性自由是接近上帝之路；肯尼亚的“共济会”组织教徒乱伦，喝人血，吃人肉；美国“心智学教会”主张

集体纵欲，宣称其教典可抵御核武器；美国的三 K 党宣扬极端种族主义，“大卫教派”以宗教统治为目的，控制教徒思想，对抗政府，组织自焚，“天堂之门”宣传超能力，自残；日本“奥姆真理教”宣传超能力进行骗财，投毒；乌干达的“恢复上帝十诫运动”聚敛钱财，组织自焚；法国的“科学教”欺诈敛财。

而各大邪教所组织和进行的活动，则更是与《联合国宪章》所规定的“不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”相违逆。如美国的“人民圣殿教”在教主琼斯胁迫下，在南美圭亚那琼斯镇组织的集体自杀；墨西哥的“撒旦崇拜教”在其“撒旦崇拜”仪式中将活人杀害作为活祭；秘鲁的“基亚班巴圣灵降临”组织教徒绝食；德国的“少年撒旦教”将活人杀死作为祭品；瑞士、法国的“太阳圣殿教”在加拿大、瑞士、法国等组织教徒集体自杀；日本的“奥姆真理教”制造东京地铁沙林毒气事件，

总之，邪教组织所进行的大规模的集体自杀行为、教主膜拜与愚忠、施放毒气等破坏公共秩序、危害社会安全等非法活动都是违背《联合国宪章》的规定的，可以说，这些规定从国际法的顶层制度设计对邪教组织反人类、反社会的非法活动进行了原则性的限制。作为联合国的成员国，承担着宪章所规定的义务，应该尊重人权和人格尊严，促进社会进步和较善之民生，因此，应该尊重和依照《联合国宪章》，对各类邪教组织非法活动进行治理。

（二）国际人权条约是治理邪教非法活动的主要国际法依据

宗教信仰自由是国际人权条约保护的内容之一。《世界人权宣言》第十八条规定：“人人有思想、良心和宗教自由的权利；此项权利包括他的宗教或信仰的自由，以及单独或集体、公开或秘密地以教义、实践、礼拜和戒律表示他的宗教或信仰的自由。”《公民权利和政治权利公约》第十八条第二款，《欧洲人权公约》第九条第一款、《美洲人权公约》第十二条第一款、《非洲人权和民族权宪章》第八条第一句等都规定了类似的保障宗教信仰自由的规定。

“国际宗教自由包括宗教信仰自由、宗教信仰表示自由和新兴宗教与传统宗教平等原则。宗教信仰自由是指人们对宗教有信与不信的自由，信教群众在多样性的宗教之间以及同一宗教的不同教派之间有择教自由，已经信教的人有改变或放弃自己宗教信仰的自由。宗教表示自由是指人们以一定方式将其内心属于思想范畴的宗教信仰表示于外部的行为，宗教表示自由是指人们可以单独或集体，公

开或秘密地以礼拜、戒律、实践和教义等形式标明他的宗教信仰，包括举行宗教仪式自由、宗教集会自由、宗教结社自由、传教自由、宗教捐赠自由和接受宗教捐赠自由以及宗教营销自由等。”[508]

上述有关国际人权公约所规定的属于思想领域的宗教信仰自由，是一种绝对自由，应予以尊重和保护；但是，这种思想上的宗教信仰自由一旦以某种外部形式表现于外，则属于宗教表示或者说宗教行为，从而进入了法律调控领域，并非绝对自由了，也就是说，一旦宗教信仰自由外部化，无论是集会、结社、游行还是宣扬、鼓动或其他外部行为都是受国际人权条约所约束的。

《世界人权宣言》第二十九条谈及人人在行使他的权利和自由时，“只受法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于保证对他人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”

《公民权利和政治权利公约》第十八条第三款规定：“表示自己的宗教或信仰的自由，仅只受法律所规定的以及为保障公共安全、秩序、卫生或道德、或他人的基本权利和自由所必需的限制。” 第十九条第三款规定：“本条第二款所规定的权利的行使带有特殊的义务和责任，因此得受某些限制，但这些限制只应由法律规定并为下列条件所必需：（甲）尊重他人的权利或名誉；（乙）保障国家安全或公共秩序，或公共卫生或道德。” 第二十条规定：“任何鼓吹战争的宣传，应以法律加以禁止。任何鼓吹民族、种族或宗教仇恨的主张，构成煽动歧视、敌视或强暴者，应以法律加以禁止。” 第二十一条规定：“和平集会的权利应被承认。对此项权利的行使不得加以限制，除按照法律以及在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序，保护公共卫生或道德或他人的权利和自由的需要而加的限制。”第二十二条第二款对结社自由进行了规定：“除法律所规定的限制以及在民主社会中为维护国家安全或公共安全、公共秩序，保护公共卫生或道德，或他人的权利和自由所必需的限制。”

《欧洲人权公约》第九条第二款规定：“表示个人对宗教或者信仰的自由仅仅受到法律规定的限制，以及基于在民主社会中为了公共安全的利益考虑，为了保护公共秩序、健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而施以的必需的限制。”

508 《〈中国的人权状况〉（白皮书）学习材料》，红旗出版社 1991 年版，第 5 页。转引自刘正峰《论反邪教立法的国际法渊源》，《国际问题研究》，2010 年第 3 期，第 41-42 页。

第十条第二款规定：“行使上述各项自由，因为负有义务和责任，必须接受法律所规定的和民主社会所必需的程式、条件、限制或者是惩罚的约束。这些约束是基于对国家安全、领土完整或者公共安全的利益，为了防止混乱或者犯罪，保护健康或者道德，为了保护他人的名誉或者权利，为了防止秘密收到的情报的泄漏，或者为了维护司法官员的权威与公正的因素的考虑。”第十一条是关于和平集会和结社自由的，第二款规定：“除了法律所规定的限制以及在民主社会中为了国家安全或者公共安全的利益，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德或者保护他人的权利与自由而必需的限制之外，不得对上述权利的行使施以任何限制。”

《美洲人权条约》第十二条第三款、第十三条第二款、第五款、第十五条、第十六条第二款、《非洲人权与民族权宪章》第八条、第九条、第十条、第十一条也有类似规定。国际人权事务委员会第 11 号一般性意见中表明任何宗教均不可以教义、礼拜、戒律、相关行为和实践等形式鼓动战争、民族、种族或宗教仇恨，鼓动危害公共安全、秩序、卫生或道德及他人的基本权利和自由。

这些规定所表达的主要意思为，宗教信仰的外在表示例如集会、结社或其他行为并非与宗教信仰的内在表示即思想上的信仰一样是绝对、完全自由的，这些外部表示除了应受到法律的限制外，还应受到公共秩序、国家安全、社会安全、公共健康、卫生与道德、他人自由与健康等需要的限制。

邪教组织所进行的各种反人类、反社会的非法活动，是一种外部的信仰表示行为，并非具有绝对自由。这些行为不仅对他人的人身健康与生命带来危害，而且扰乱社会公共秩序、危及社会安全，具有明显的违法性，各缔约国完全可以根据上述人权公约对其加以必要的治理。

（三）国际刑法是治理邪教非法活动的重要法律制度

国际刑法是国际社会在同国际犯罪的斗争中发展起来的，是指通过国际法律义务去调整由个人或集体所为的违犯国际禁止规范、应受刑罚处罚的行为的国际法律制度。[509] “所谓国际犯罪，是指由国际法创设或者推动因而被国际社会普遍予以犯罪化并且严重危害国际社会共同利益的行为，具有以下三方面的特征：一是国际法创设性，国际犯罪是由国际法创设或者推动因而被普遍犯罪化的行为；

[509] M.C.Bassiouni, International Criminal Law----A Draft of International Criminal Law, Sijthoff & Noordhoff International Publishers 1980, p.22.

通常来说，习惯国际法之下的罪行都是国际犯罪，而国际公约中规定的犯罪不一定是国际犯罪；二是国际禁止性，国际犯罪时受到国际社会普遍禁止的行为；对国际犯罪的普遍禁止，是通过习惯国际法规范、国际公约和各国的国内刑法来进行的，且应被整个国际社会所认可，当然，这种禁止只需要具有普遍性即可，并不需要绝对性；三是国际危害性，国际犯罪时严重危害国际社会共同利益的行为，其严重性体现在它们是对国际社会共同利益的根本性危害。即一方面国际犯罪都是侵害整体国际社会根本利益的行为，例如危害人类和平与安全、基本人权等；另一方面，国际犯罪通常都会导致非常严重的实际损害，如大范围的人员伤亡、严重伤害、财产损失等。”[510]目前的国际犯罪主要有劫机、侵略、恐怖主义、贩毒、贩奴、种族清洗与屠杀、海盗、国际航空罪等等罪行。“国际刑法理论处于不断发展、变化中，其体系和罪名也处于不断完善和丰富之中。”[511]

邪教组织蔑视人的价值、人格和尊严，蔑视人类公认的伦理道德和价值观念，肆意践踏法律，剥夺人的独立、自由和生命、财产，对教徒和其他普通民众从事身心控制，绑架勒索、搜刮钱财，奸淫妇女、破坏家庭，自杀“升天”、施放毒气等种种犯罪活动，不仅摧残了广大信徒的身心健康，危害了他们的生命安全，而且严重扰乱了社会秩序，对公共安全和国家安全造成重大威胁，[512]对人类共同利益造成巨大威胁，其危害性为世界各国所普遍承认，符合国际犯罪的特征，理当纳入到国际刑法的调整范畴。各国可以根据国际刑法有关国际公约和国际习惯，对邪教犯罪活动进行治理。

三、构建新的国际法律制度加强对邪教非法活动的治理

邪教组织的许多非法活动已经跨越了国界，超越了洲界，没有东西方之别，其后果与国际恐怖主义活动所致相比并不逊色。尽管目前已有部分治理邪教非法活动的国际法渊源，但现有治理邪教的国际法律规范主要散落在国际人权法和国际刑法范畴，较为分散和碎片化，具有一定的局限性，难以有效遏制邪教非法活动。为了更好地应对邪教非法活动的全球化，国际社会应建构新的法律制度，缔结专门的治理邪教国际法律文件或国际条约。

（一）建构治理邪教非法活动区域国际法

---

510 卢有学：《论国际犯罪与国内犯罪的关系》，http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_70288.shtml，2014 年 6 月 20 日。

511 杨开江：《邪教犯罪与国际刑法》，《安徽警官职业学院学报》，2003 年第 5A 期，第 75 页。

512 杨开江：《邪教犯罪与国际刑法》，《安徽警官职业学院学报》，2003 年第 5A 期，第 76 页。

在反邪教区域法治的建设中，欧盟做了有益的尝试。“欧盟议会每年定期公布邪教情况，以提醒各国对邪教进行制约。1992 年 2 月，欧洲委员会议会通过了《关于宗派和新兴宗教运动的建议》，对宗派和新兴宗教运动活动所带来的问题表示关注，并呼吁各成员国采取包括教育和法律在内的各种手段，对付宗派和新兴宗教运动活动所带来的问题。1999 年 6 月，欧洲委员会通过了《关于宗派非法活动的建议案》，要求各成员国政府利用正常的刑事和民事法律程序对抗以宗教的、秘密的或灵性的团体名义进行的非法活动，在相关国家和地区鼓励成立帮助此类团体活动的受害者的非政府组织等。”[513]目前该建议案已正式成为欧盟各成员国必须遵守的法律文件。

无疑，该建议案是欧盟在反邪教非法活动中进行区域合作的一个重要里程碑，为国际社会树立了值得借鉴的做法。但从法律角度而言，该建议案仅仅是软法，欧盟成员国的遵守是出于一种国际合作和道义，而非法律义务，若成员国不遵守，则欧盟尚不能要求其承担法律责任。因此，从法律角度看，该建议案弱化了欧盟成员国在反邪教非法活动中的法律责任和义务。

鉴于邪教组织非法活动日趋国际化和全球化，我们期待，欧盟在该法律文件的基础上，在适当的时机推动制定一项区域条约或协定，将该法律文件由软法转变为硬法，以便更有力、更有效地治理邪教组织的跨国非法活动。

我国一直受到邪教非法活动的困扰，许多在我国境内进行非法活动的邪教组织总部都设在境外，与周边乃至西方国家的邪教组织有着千丝万缕的联系，仅依靠我国国内法律及国内其他方式治理，无法达到理想的治理效果。同时我国周边许多国家也饱尝邪教非法活动的苦果，在亚太地区同样如欧盟一样，有进行反邪教区域法律合作的现实需要。

我国作为一个新兴大国，在推动世界经济的发展中扮演了重要角色，是时候发挥维护国际和平与稳定、促进人类进步的重要作用了。我国可以借鉴欧盟做法，推动亚太地区进行邪教治理法治区域合作的对话，建立相关国际法律文件如治理邪教非法活动的建议书、行动框架等。在此基础上，推动亚洲或亚太区域条约的谈签和缔结。以此带动其他地区如非洲、美洲等地治理邪教非法活动区域协定或条约的制订。

---

[513] 佚名：《各国反邪教措施概览》，道德教育信息网 http://www.jdedu.org/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=49839。

（二）建构治理邪教非法活动全球性条约体系

区域法治合作和区域办法仅仅是解决邪教非法活动的一个暂时性的办法。邪教组织遍布全球，且绝大部分邪教组织全球化趋势加强，打破了国界、洲界的限制，邪教组织如水母般将触手伸向了世界各地，其开展的非法活动也不是仅限于某国某地区，而是全球联动和合作，各地互相呼应和支持。若要彻底治理邪教非法活动，还是需要进行全球法治合作，建构全球性的多边条约体系才是治本之道。

因此，在各地区法律合作加强的基础上，我国可适时联合其他国家，积极倡导、推动治理邪教非法活动的全球性条约的制订和实施。该条约与各区域性条约相互辉映，形成治理邪教非法活动的条约体系。果如此，则邪教非法活动对善良人们的伤害可减至最低，乃全人类的福祉。

新形势下民族自决的效力

作者简介：李伟，大连海事大学，法学院国际法

摘要

民族自决是反殖民主义的产物，自其诞生以来对建立近现代民族的国家、推进世界非殖民化过程起了重要的作用。然而随着殖民体系的瓦解，民族自决越来越多的被民族分裂势力所利用，导致一些国家面临着分裂的威胁，本文从民族自决的发展历史出发考察民族自决从观念到政治原则及其实践的过程，认为民族自决对外主要表现为主权 ，对内主要表现为人权。然而在新形式下民族自决将如何运用，如何发展，其效力如何，值得我们思考。

关键词：民族自决；公投；效力

案例引入：克里米亚公投

2014 年 3 月 16 日，乌克兰克里米亚自治共和国就其是否从乌克兰独立，并且加入俄罗斯联邦问题举行了全民公投决定。97%选民赞成脱乌入俄之动议。大部分西方国家和乌克兰临时政府拒绝承认此公投。而克里姆林宫、俄罗斯联邦政府、乌克兰政府、克里米亚政府则全部都拒绝承认乌克兰临时政府，并指责乌克兰临时政府是非法政变产生的叛乱组织，无权就公投发表任何意见。这次公投的效力究竟如何引起了各界的广泛争论，公投与民族自决之间的关系如何，民族自决在现代社会有什么样的效力等问题值得研究。

一、民族自决与公投的关系

（一）民族自决的含义

民族自决原则是现代国际法公认的国际法基本原则之一，这项原则对于反对帝国主义、霸权主义和殖民主义以及支持民族解放斗争、保证民族国家独立权利的行使具有十分重要的意义。其含义是指在外国奴役和殖民统治下的被压迫民族享有自由决定自己命运、摆脱殖民统治、建立民族独立国家的权利，任何国家或国家集团都不得以任何方法和理由，对被外国奴役和压迫下的民族采取干预或剥夺其争取自由和独立权的行为准则。[514]

（二）全民公投的含义

全民公投制度作为直接民主的一种形式，是实现民族自决权的民主方式，但它并不能保证独立后的国家一定是民主国家。他是指在某个国家或地区内，由享有投票权的社会全体成员对本国或本地区具有重大影响的问题，以投票的方式进行直接表决的制度安排，简称“ 公投 ” 或 “ 公决 ”。有学者统计，仅在 20 世纪里，以民族自决为理念基础的全民公决大约就举行过 100 多次。[515]

---

[514] 王家福等：《 中国人权百科全书 》，第 401 页，中国大百科全书出版社，1998 年版。

[515] David Butler and Austin Ranney，eds ，Referendums around the world：The Growing Use of Direct Democracy，Washingt on,D1C1: American Enterprise Institute Press 1994 ， p ． 225．

然而，伴随着全民公投这种非暴力自决形式的广泛运用，“人们从自决言辞中听到的更多是动荡和破坏，而非和平与繁荣 ”。 一时间，对自决投票的褒贬之声此起彼伏。目前，要求 “ 自决 ”和 “ 独立 ” 的全民公投运动仍在继续，比如今年 9 月 18 日举行的苏格兰公投，这些公投涉及到独立主权国家的存亡，因此应当如何看待全民公投制度与民族自决权的关系及所发挥的作用，就引起了各国学者的研究兴趣。全民公投制度作为直接民主的一种形式，是实现民族自决权的民主方式，但它并不能保证独立后的国家一定是民主国家。那么民族自决的效力在当代如何，笔者将从民族自决的主体内容及其在新时代的走向上分析。

二、民族自决权的主体

对民族自决的主体目前学界有不同的看法。一种认为应为非独立民族, 即受殖民主义压迫和剥削的非自治领土、托管领土、殖民地和半殖民地人民。第二种认为应为狭义的民族，即不同人种、不同宗教、不同文化和不同语言族群，它们都可以自由决定自己的国际地位，都可以要求脱离国家而独立。第三种认为非殖民情况下行使自决权的条件是一国某部分领土的人民被拒绝民主、少数者权利或基本人权，此时该领土的人民就可以行使自决权。[516]

笔者同意第一种观点，理由如下：首先，作为国际法原则的民族自决权中的“民族”有其特定的历史涵义。虽然一战后作为政治口号的民族自决仍然体现为种族自决。但实际上，在 1945 年以前，国际法中没有规定民族自决权。二战前后，世界政局面发生了重大的变化，其中之一便是亚非拉人民的民族解放战争和独立运动轰轰烈烈地进行，殖民体系逐渐被瓦解。正是在这种情况下，亚非殖民地国家对于解放的追求使战后与战前的民族自决原则相区分开来，从一战后种族意义上的自决演变为非殖民化的自决。

其次，相关的国际法文件对“民族”有特殊的界定。1945 年的《联合国宪章 》第一条第二项宣布：“发展国家间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系，并采取其他适当办法，以增强普遍和平”。此后，以 1960 年《给予殖民地国家和人民独立宣言》为代表的一系列联合国决议进一步巩固和发展了民族自决权的传统理论，即：“一切处于外国殖民统治、外国占领和外国奴役下的民族都具有决定自己政治地位和自主地处理内外事务的权利。”虽然宪章没有明确“自决”的含义, 但从其措辞“发展国家间之友好关系，并采取其他适当办法，以增进和平”可以看出，自决原则的引入不可能以牺牲世界和平与主权国家之间的友好关系为代价的。[517]把民族自决作扩大性解释显然与宪章的这种宗旨相矛盾。

第三，从国际实践看，殖民地人民争取民族自决运动得到了国际社会的承认和声援，而利用民族自决搞分裂活动却遭到了谴责和抵制。1960 年联大第 1514(X V) 号决议指出 : “ 任何旨在部分或整个分裂一个国家的民族统一和领土完整的企图 , 都是与联合国宪章的目的与原则相违背的”。[518]1970 年联大第 2625 (XXV) 号决议也宣称 : “ 以上各项原则 (指民族自决的规定) 不得解释为授权或鼓励采取任何行动 , 局部或全部破坏或损害 ……自主独立国家之领土完整或政治统一”。1960 年联大第 1514(X V) 号决议指出 : “ 任何旨在部分或整个分裂一个国家的民族统一和领土完整的企图 , 都是与联合国宪章的目的与原则相违背的”。在联合国的实践中, 大会曾在纳米比亚和葡萄牙位于非洲的属地等的非殖民化进程中，呼吁所有国家、联合国的专门机构和其他组织，向这些人民提供道义和物质援助以支持其争取自由和独立的斗争，然而 1962 年比夫拉从尼日利亚分离时, 安理会秘书长在 1970 年 1 月 4 日接见记者时称, 联合国从未承认一部分国家分离的原则, 今后也

[516] 玛格丽特摩尔．民族自决与分离 [A]．世界民族自决原则的发展与当代国际法的困境[J] ．太平洋学报.20 03，(1): 21.

[517]钱雪梅．民族自决原则的国际政治限制及其含义[J]．民族研究，2005，(6).

[518]联大 1514(X V) 号决议(1960 年 12 月 15 日)，转引自中国社会科学院法学研究所．国际人权文件与国际人权机构[G]．北京：社会科学文献出版社， 1997.

不会承认。正如英国的国际法教授迈尔可姆肖认为：“自决必须被确定在公认的殖民地领土范围内。任何旨在扩大这个范围的尝试都从未获得成功过，而且联合国总是极力反对任何旨在部分或全面地破坏一国国内统一和领土完整的企图。各国对在国内行使民族自决权更是不可接受。”

三、民族自决的内容

（一）自由决定其政治地位的权利

在殖民体系瓦解前，民族自决主要是指政治上的自决权，尤其是政治上的独立权。列宁曾指出：“民族自决权只是一种政治意义上的独立权，即在政治上从压迫民族自由分离的权利。具体说来，这种政治民主要求，就是有鼓动分离的充分自由，以及由要求分离的民族通过全民投票来决定分离问题”。[519]当前非殖民化已经取得了伟大的胜利，大多数前殖民地都建立了独立的国家，但这并不意味着其政治自决权的行使也应告一段落。建立了国家并不是非殖民化的最终目的，逐步构建起适合本国国情的政治框架，建立健全的政治和法律制度也是行使政治自决权的表现，而这个过程是艰难和漫长的。尤其是当前一些西方国家标榜自己的民主制度，把它视之为民主的唯一标准，恣意批评他国制度之不民主，并妄图通过 各种干涉手段，挑拨分裂运动，甚至不惜动用武力，以改造这些所谓“不民主”国家。面对这种严峻的挑战，第三世界国家更应珍惜自己来之不易的“独立”。以民族自决权赋予的权利坚决抵制别国的干涉和侵略，维护国家主权和领土完整，自由决定其政治地位。

（二）自由追求经济、社会及文化发展的权利

根据联大而 1970 年通过的《国际法原则宣言》指出：“根据《联合国宪章》所尊重各个民族享有平等权利及自决之原则，各民族一律有权自由决定其政治地位，不受外界之干涉，并追求其经济、社会及文化之发展。”由此可见，民族自决权并不只有摆脱殖民统治，建立自己的国家的含义，它还包括自由追求自己的经济、社会及文化发展的权利。因此自决权的重心从政治转向经济是后殖民时代的民族自决权发展的特点。殖民体系瓦解后，广大第三世界国家在政治上获得了独立，但经济不得不依附于西方发达国家。政治上独立但没有经济上的自决就是不完整的、脆弱的民族自决, 也远没有达到根据这个权利，自由地发展他们的经济和文化的目的。因此，广大第三世界国家纷纷进入经济非殖民化的斗争，即要求改变国际经济旧秩序, 发展本国民族经济体系，实现经济自主。在广大第三世界国家的努力下，1962 年 12 月 14 日联合国大会通过了《关于国家对天然资源的永久主权宣言》, 承认天然财富和资源是国家和民族生存的物质基础；承认天然财富和资源的永久主权是民族自决权的一部分；确立了各国处置其财富与天然资源之自主权利应予以尊重的基本原则。1974 年 5 月 1 日联合国大会通过了《建立新的国际经济秩序宣言》和《建立新的国际经济秩序的行动纲领》。新秩序宣言重申：每一国对自己的天然资源和一切经济活动拥有充分的主权；任何一国不应遭受经济、政治及其他形式的胁迫，以致不能自由和充分地行使这一不容剥夺的权利；对于遭受外国占领、统治或种族隔离的国家，有权对因其自然资源遭受剥削、消耗和损害要求偿还和充分补偿。同年 12 月 12 日联合国大会通过的《各国经济权利与义务宪章》还将“各民族平等和民族自决”作为指导各国经济关系的基本原则之一。至此，第三世界新独立国家在经济方面的自决权得到了国际社会的普遍承认。[520]但事实上，不公正不合理的国际经济旧秩序依然影响着世界经济的发展，捍卫经济自决权也是一场长期的斗争。广大第三世界需要继

[519]《列宁全集》，人民出版社 1990 年版，第 27 卷，第 254 页.
[520] 杨泽伟．论国际法上的民族自决与国家主权[J]．法律科学， 2002，(3)：47-48.

续为之奋斗。

（三）自决权不包括分离权

无论是《给予殖民地国家和人民独立宣言》、《国际法原则宣言》还是两个人权公约，其规定的自决权均是自由地决定政治地位，自由地追求经济、社会和文化的发展。正如上文所述，自由决定其政治地位，即可以是独立，又可以与某以独立国家自由结合或合并，或采取任何其他政治地位。就算是独立，也不等于分离。民族的“独立 ”，是指前殖民地人民从宗主国或殖民国分离出来成立独立的国家或加入其他国家；民族的“分离”，是指属于一个主权国家内一部分的人民从该主权国家脱离出去。[521]国际法不承认“分离权”，《联合国宪章》第一条第二项：“发展国际间以尊重人民平等权利及自决为根据之友好关系，并采取其他适当办法，以增强普遍和平。”分离与联合国的宗旨和目的背道而驰，与国家主权和领土完整原则相对立，是为国际社会所反对的。克里米亚公投之所以没有得到联合国和有关国家的认可，除了各国在政治上、经济上的利益外，还因为克里米亚公投实际上是克里米亚脱离乌克兰的一次分离。

四、新时代下民族自决的走向

（一）正确理解民族自决权

如上所述民族自决权的内容在殖民体系瓦解以前主要是指自由决定其政治的权利，如今殖民体系已经瓦解，而相关国际国内法赋予了民族自决权更广泛的内容，不应在狭隘的看待民族自决，新时代下的民族自决还包括自由发展其经济、文化和社会生活的权利，在当代广大第三世界的国家更应该充分利用民族自决权发展经济、文化和社会生活的权利，这也是民族自决权继续存在的重要意义之所在。

（二）应对民族自决权的行使进行合理限制

民族自决权是作为民族整体的权力而存在，不能把民族自决权解释为个人的权利，1952年联大通过的《联合国大会关于人民与民族的自决权的决议》指出：人民与民族自决权，这正说明人民与民族是一个统一的整体，是不可分割的，民族自决权原则的运用，既要反映主体民族人民的要求，也要尊重生活在这个地区时其它民族居民的意愿。其次，民族自决权中的政治独立权的行使是有条件的，在当今主权国家内，人们拥有推翻现有政府，行使政治独立权，但这是有条件的，《联合国宪章》第二条第二款规定：发展各国间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系，并采取其他适当办法以增强普遍和平，民族自决权的行使不得侵犯他国主权和领土完整。第三，公投不能作为实现民族自决权的唯一衡量标准，以美国为首的一些西方国家，宣传在统一的多民族国家中，如果统治当局拒绝人民的自决权利，那么该国的人民可以通过多党制，自由选举或全民公决，甚至武力来行使自决权。无疑这种观点是极其有害的，正如耶鲁大学政治学家达尔指出：“民主选举只能决定既定的政治体内部的事务，却不能用于解决政治体边界的事情。”因为按照民主选举多数原则的计算，已经预设了大家共同接受的政治体的边界，若硬要以公民投票的形式推行对内民族自决权，必不

[521] 白桂梅. 国际法上的自决［M］. 北京: 中国华侨出版社，1999:102－103.

能对各民族一视同仁。[522]

（三）发展多样化的民族自决方式

公投是民族自决的方式之一，公投自然有其优势，一些民族的确是通过全民公决脱离殖民统治建立起本民族的主权国家，从一定意义上说，它使一些有生命力的、发育臻于成熟的民族摆脱了外族的束缚走上了独立发展的道路，显示了其不灭的建构力量；但公决制度的运用也加剧了对国家主权的侵蚀，当多民族国家成为当今世界的最主要的国家形态时，全民公决制度的强大解构能量，扩大了多民族国家内部民族之间的矛盾和斗争，在一定程度上引导着多民族国家朝着分裂的方向发展。[523]就当今世界通过全民公投来实现民族自决的情况来看，这一制度还远未达到人们所期望的程度，它也不是实现民族自决的最佳方式，因此在当代社会只有实现民族自决方式的多样化，才能更好的发挥其作用。

1.要完善民族自治。民族自治是行使民族自决权的一种方式，体现了对内自决权的多元化的实现方式，在新的国际形势下，应把自治制度作为平衡各团体和少数民族的有利工具之一，给予少数民族自治权，自主的管理地方事务。自治地方的管理应以民族的共同参与和民主协商为原则，实行少数民族地方自治与国家统一相结合的民族自治制度。民族自治体现了对少数民族政治权利的承认，是为了保障少数民族更好的参政议政，有利于更好的管理国家。

2.发展民族共治。民族共治是实现民族自决的另一种形式，民族共治就是在国家统一的前提下，由各民族共同造就的以共和为目标，以权益平衡发展为核心，以民族关系良性互动为宗旨的政治结构，运作机制和实现工具民族共治是实现民族自决权的必然性结果。[524]一方面，当今国际形势下多民族国家存在的必然性使民族自决权的行使方式表现为共同治理国家。一体化和现代化建设进程中，各民族之间形成的密不可分的利益关系，各民族在政治、经济、文化、社会各方面的相互制约，相互渗透，形成一种结构性存在，这种密切关系在自决权的表现上即为民族共治另一方面，民族公治既可以促进少数民族自身发展经济，也可以促进整个国家经济的发展。

结语

民族自决是解决国际争端的主要方式之一，也是国际法的基本原则之一，当今世界非殖民化已基本结束，在这种情况下，民族自决并非不能运用，民族自决的效力也不能因此被否定。而是应该正确理解与运用民族自决，使之朝着多元化方向发展。与此同时还应该结合理论与实践对民族自决的主体、内容和实现方式进行合理限制和正确理解，只有这样才使民族自决原则朝着更好，更利于国际和平的方向发展。

---

[522] 崔之元．民族自决权人权与主权－从南斯拉夫解体谈起［J］．战略与管理，1999(04).
[523] 邓立群．民族自决理论及其中国实践[J]．广西民族研究, 2010, (01).
[524] 朱伦．《民族共治论》，《中国社会科学》，2001 年第 4 期 ．

北极地区法律制度构建探析

武汉大学法学院 2014 级国际公法硕士研究生 徐雏

摘要：随着全球气温的不断升高和能源需求量的增加，加之长期的历史纠纷，北极地区日益成为各国竞相关注的焦点，也引来了一系列的纷争。北极地区争议纠纷错综复杂，但是大陆架的划定及其之上的资源是引起纷争的最主要原因。在目前众多的解决方案中，完善《联合国海洋法公约》和制定“北极条约”是法律制度构建最合理的方案，但是又都存在着不足，需要进一步的改进。我国要加强对北极地区的关注，通过积极参与北极地区法律制度构建等事务充分融入北极地区，增强海洋法领域的话语权。

关键词：北极地区 争议焦点 《联合国海洋法公约》 “北极条约” 法律制度构建

引语

北极地区由于气候恶劣、地理位置偏高、通行不便等原因，在历史上并未受到国际社会的重视。然而，伴随着二十一世纪全球政治经济新格局的发展和全球气温的升高导致的海冰消融，这里丰富的海洋生物、油气资源和便捷快速的商业通航日益引起各国的广泛关注，成为周边国家觊觎的盘中大餐。与南极地区不同，作为区域性政治合作起步最晚的地区之一，北极地区的国际地位和法律规范尚未健全，但是各种法律体系和制度纵横交错，并不是处于绝对的真空状态，也为各国带来不一样的新的问题与挑战。其中，《联合国海洋法公约》作为目前解决北极地区法律定性最重要和关键的法律制度，尤其值得我们借鉴和思考。借助《联合国海洋法公约》的框架和我们对南极地区做出的探索，对这些问题与挑战的正确面对和妥善解决，势必对全球政治的合作和经济的良性发展产生深远的影响。

一、北极地区的概念及各国的争议焦点

（一）北极地区的概念

探讨北极地区的法律地位，首先需要明确北极地区这个概念。“北极地区由环绕陆地占地面积巨大的水体——北冰洋构成，而北冰洋被五个沿岸国家加拿大、丹麦（此处指格陵兰岛）、挪威、俄罗斯和美国来宣示主权。虽然他们的沿岸不包括北冰洋，但是芬兰、冰岛和瑞典仍然被认为是属于北极地区，因为他们的领土延伸到了北极圈内，即北纬 66 度 32 分以内。”[525]由于有了较为明确的法律规范，在北极地区法律争端存在的问题中，关于大陆和岛屿的划分和归属基本不存在争议，而问题的焦点就在于作为领土边界的大陆架的延伸部分，这也构成了北极地区地缘和资源争夺的基础和关键。“由北冰洋沿岸国家所谓的‘北极议题’指的其实就是覆盖在水下从他们的沿岸一直向北极点延伸的外大陆架（海床）问题。另外的一些指的是地区内一系列悬而未决的双边海洋划界问题。”[526] 只有彻底解决这些争议和问题，北极地区的法律地位才能够得到合理的解决。

（二）北极地区争议的由来

关于北极地区法律地位问题的争端可以追溯到上个世纪初。随着 1907 年加拿大政府提出“扇形原则”的理论来主张对北极地区的所有权，相继吸引了前苏联等国家的附和和诉求。随后的几十年间，环北极圈国家诸如丹麦、美国等都对北极的部分地区宣称拥有领土主权，并进行了持续相当长时间的争端和协商。“在

---

[525] Louise Angélique de La Fayette．*Oceans Governance in the Arctic*．The International JournalofMarine and Coastal Law，2008，23(12)：531–566．

[526]TimoKoivurova．*Climate Change and International Security*. http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/reports/99387.pdf, 2008-03-14．

最近的五年内，随着国际社会的关注目光逐渐重新被北极地区所吸引，加拿大、俄罗斯联邦、美国和其他极地国家相继都出台了针对北极地区或者向北的高纬度地区的官方规划文件。”[527]生效于 1994 年的《联合国海洋法公约》规定由于当前没有充分的证据，北极点及其附近地区不属于任何一个国家，北极点附近的北冰洋被视为国际海域。然而，也正是由于这一公约，使得北极地区的争端进一步升级，因为它规定，各个缔约国必须在 2009 年 5 月 31 日之前向大陆架界限委员会递交大陆架划界方案。以俄罗斯、加拿大、美国、英国等为代表的主要环北极圈国家都纷纷力求在这场争夺战中分得一杯羹，向国际社会表明自己的主权渴求。可以说，新时代的北极争端有愈演愈烈的趋势。

（三）各国对北极地区的争议焦点

正是在新世纪，各国针对北极地区的争议不断，也因此激发了很多专家学者探析北极地区法律制度构建的兴趣。要想制定出行之有效的法律制度，就需要找出各国针对北极地区的争议焦点，集中精力解决这几个方面的问题。虽然各国在北极地区矛盾重重，但是最主要的争议焦点还是集中在以下几个地方：

1. 大陆架划界的认定

北极地区的争端错综复杂和法律地位的难以确定一直都是国际社会关注的焦点，最直接也是最主要的矛盾就集中在大陆架的认定上。随着时间的推移，纵使有很多大陆架划界的问题得到了解决，但是还是有不少地区存在着争议。“加拿大和格陵兰岛的大陆架划界问题随着 1973 年双边协议的签订而逐步解决，仅存一小部分关于汉斯岛和林肯海的地区还没有得到解决。然而，加拿大和美国关于育空领地和阿拉斯加沿岸的波弗特海的洋底边界还存在着争议。”[528]《联合国海洋法公约》第 76 条对于大陆架的划界是这么规定的：“沿海国的大陆架包括其领海以外以其陆地领土的全部自然延伸，其扩展到大陆边缘的海床和底土，其范围从领海基线量起的自然的大陆架宽度不足二百海里的扩展到二百海里，而在有证据证明的情况下最多可以扩展到三百五十海里或不超过连接二千五百公尺深度各点的二千五百公尺等深线一百海里。”而大陆架上的各种主权和权利便是基于大陆架的划界而产生。但是事实上，“《联合国海洋法公约》作为一份全球性普遍适用的‘海洋宪章’，没有也不可能在制定的时候就考虑到北极地区特殊的地理环境，所以并没有专门的篇幅针对北极地区法律地位、资源开发利用、科学考察、环境保护和军事化行动等方面的法律制度作出特别规定”[529]。因为北极地区并不是一个国际法上的真空地带，却也并没有严密合理的法律体系，加之随着其

---

[527] Alyson JK Bailes ,lassiHeininen．*Strategy Papers on the Arctic or High North: A comparative study and analysis*．The International Journal of Marine and Coastal Law，2010，21(12)：212–266．

[528]DonatPharand．*Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Government ofCanada relating to the Delimitation of the Continental Shelf between Greenland and Canada*. http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/DNK-CAN1973CS.PDF, 1973-12-17.

[529]郭丛溪．“北极之争”法律问题研究．西南政法大学硕士学位论文．2010：13-14．

资源、地理位置价值的体现，才引起了国际社会的诸多争议。例如在北极地区的争夺中最为积极的俄罗斯，早在 2001 年就向大陆架界限委员会提出划界案申请，设想把俄罗斯本国 200 海里外的大陆架外部界限扩展到位于北冰洋中部的罗蒙诺索夫海岭水域，失败受阻后又制造了震惊世界的 2007 年北冰洋洋底插上俄罗斯国旗的行为来宣示自己的主权。甚至还有俄罗斯杜马会议议员要求国家自然资源部起草新的大陆架划界草案，提出俄罗斯联邦的鄂霍茨克海地区 200 海里外大陆架延伸的主张，以进一步实现争夺北极地区利益的目的。与此同时，美国和加拿大也加紧了对于大陆架的勘探和划界工作，将重点放在收集有关北极大陆架和海床底土的科学数据上，以此主张自己的大陆架及其资源的所有权。然而，由于北冰洋地区很多被冰川和皑皑白雪所覆盖，在实际勘探工作中会带来很多不便，难以进行事实上的举证和科学上的查明工作。此外，一些历史上的判例和海洋划界中所倡导的的“衡平原则”使得这个问题更加趋于复杂化。“正如对大陆架宣示主权那样，双边的洋底划界问题至关重要。因为它决定了哪一个国家在大陆架和专属经济区的自然资源上享有主权。这些资源包括了生物资源（渔业资源、甲壳类动物和无脊椎软体动物）和非生物资源（主要是指石油和天然气资源）。”[530]正是由于大陆架本身所蕴含的丰富的生物资源和能源资源，在能源危机突显的今天对于一个国家经济和社会的发展显得尤为重要，也导致其已经单纯地超出了地质界的勘探和国际法习惯的层面，而更像是周边国家一场为了追逐利益而做出的政治和外交手段的博弈。

2. 北极航道的争端

北极地区另外一个主要争端集中在北极航道上。随着全球温度的升高和海冰的融化，北极地区的航运价值开始凸显，它大大缩短了不同洲际的航行时间，对于全球商船和贸易的发展产生了重要的影响。“即使北极航道气候严寒环境相对艰苦，不时有浮冰阻挡，而且目前看来只有冰雪消融的短暂时期才适合通航，但是选择北极航道仍然潜藏着相当大的低成本优势。”[531]曾几何时，苏伊士运河和巴拿马运河一直是作为国际航道的主要航线，然而在日益膨胀的货物运输量和渐隐渐现的海盗等威胁国际航运安全的因素显现的今天，北极地区的航道作为分担甚至替代它们的计划被提上日程。在众多水域和群岛组成的北极航道中，东北航道和西北航道的发展尤其引人注目。其中东北航道联通着大西洋和太平洋，具有极高的商运价值。“目前，东北航道主要行驶的是当地往返于北方城镇间的用于运输石油和天然气资源的轮船。随着冰川的逐步融化，它可以被用来从太平洋到北冰洋和大西洋之间的通航。这对于长距离的石油和天然气的大规模集装箱运输是非常便捷的。”[532]由于历史的原因，从前苏联到现在的俄罗斯，均一直主张东

[530]前注 1，Louise Angélique de La Fayette，545–569.
[531]前注 5，郭丛溪，15-16.
[532]前注 1，Louise Angélique de La Fayette，521–523.

北航道是该国领海和内水的组成部分，享有绝对的主权，任何经过该航道的商船均需要缴纳高额的费用，其法律主张主要基于历史性水域和历史性权利的主张。“而以美国为首的更多的国家则一直在坚持主张北方航道连通大西洋和太平洋的重要意义，以及随着全球变暖，北极冰盖消融之后，北方航道应该具有的用于国际航行的海峡的法律地位。”[533]另外一条航道是西北航道。“西北航道是穿越位于加拿大大陆北部的北极群岛，连接大西洋和太平洋的海洋航线。不久之前，这条航线还是处于冰封的状态，通航基本是不可能的。然而，在 2007 年 9 月份，这条航道一连数周都处于无冰状态。如果冰川的融化足够使西北航道在夏季月份期间一直保持无冰的状态，通航于其中的船舶就可以与现有的通过巴拿马运河的航线相比节约大量的时间、燃料和成本。”[534]西北航道可以更经济便捷地连通北美洲的两边，因而引起了美国和加拿大的航道之争。“美国一直主张西北航道是用于国际航行的海峡，按照国际法的规定理应对世界各国开放，相反，加拿大则坚持主张加拿大群岛之间的海洋应该被认定为内水。”[535] 因此，加拿大政府主张对其享有绝对的主权。但是由于政治和经济发展的需要，虽然西北航道现在由加拿大控制，但是美国一直享有经过和通航的自由，实际上已经达成了一个默认的妥协。

3. 自然资源的纷争

第三个焦点就是北极的自然资源了。北极地区的自然资源可以分为生物资源和非生物资源。其中，作为渔业资源作为生物资源的典型代表，具有巨大的价值。“由于特定种类的鱼群会游向北方区寻找食物和更加寒冷的水域，因此鱼群的分布是在不断变化的。巴伦支海好白令海之内的鱼群是世界上产量最高的鱼群，也引起了商业领域内要求载分配资源的呼声。”[536] 不过，对于生物资源而言，更大的威胁和焦点是集中在肆意的捕捞所带来的生物灭绝和生态环境的破坏方面，这远远比生物资源的划界更显得迫在眉睫。在非生物资源方面，和南极地区一样，北极地区蕴藏着大量油气资源，“一份 2008 年 5 月份俄罗斯新闻报道显示，北极地区蕴含着大量的碳氢化合物，在浅大陆架蕴含的数量中，30%属于北极地区，70%由俄罗斯享有。俄罗斯预测，在北冰洋东海岸地区蕴藏的天然气等能源与他们陆地上所有的能源总量相当”[537] 。尽管当今在开采方面还存在着一定的难度，但是显而易见的是，油气资源及其背后蕴藏的巨大经济利益对于任何一个国家都是难以抗拒的诱惑。正如我们之前所分析的，油气资源主要还是存储在领海的底土、大陆架和共同海地区域上，资源问题的归根解决还是取决于大陆架等领土争

[533]郭培清，管清蕾．北方海航道政治与法律问题探析．中国海洋大学学报，2009，12（4）：5-6.
[534]前注 1，Louise Angélique de La Fayette，531-566.
[535] John Donihee．*Safe Northern Passage*．http://www.nrc-cnrc.gc.ca/highlights/2007/0701passage_e.html, 2008-4-3.
[536]前注 1，Louise Angélique de La Fayette，432–456.
[537]同上

端的解决。

4.北极在军事战略上的重要性

北极地区最后一个争议的焦点集中在由地理位置引起的军事战略的重要性。现代战争越来越强调制空权，北极地区独特的地理位置决定了其在卫星巡航和检测中处于盲点的地位，有利于国家在开展军事演习和实际战争中不被对方发现而掌握主动权，有利于开展科技战和反击战，这对于现代战争发展的走向具有举足轻重的影响，因而北极地区便成为军事演习和战略争夺的重要地带之一。基于现代战争和军事价值的考量，美俄两大力量对于制海权和制空权展开了激烈的争夺，体现出其高度的关注程度和激烈的互相挤压的意图。“北极地区主权权利的争夺已经持续了一个多世纪，现在军事战略争夺也有从暗到明且愈演愈烈的趋势，国际社会应该在联合国的主导下加强在北极地区的协商与合作，遵守和平开发北极的宗旨，防止任何一个国家凭借着军事优势独占北极。”[538]

以上几项各国针对北极地区争议的焦点对于创建和完善北极地区的法律规定具有非常关键的作用。正确处理好这几个问题，会对北极地区法律制度的发展发挥重要的作用，产生深远的影响。

二、依据《联合国海洋法公约》构建北极地区法律制度

目前关于北极地区法律制度的构建主要存在着以下几个构想：第一个是借鉴《斯瓦尔巴德条约》，即斯匹次卑尔根群岛的条约，来创建一个具有国际色彩的政府间协议。《斯瓦尔巴德条约》是 1920 年由 33 个缔约国所订立，很好地解决了北极地区斯瓦尔巴德群岛的纠纷，实现了挪威政府权利和义务的统一，是解决北极地区领土争端的成功典范。如果采取模仿《斯瓦尔巴德条约》的办法，那么在该协议的范围内，不仅任何缔约国的公民都可以正当的生产生活居住，各国的科考队伍都可以获得便利的场所和政府的保护，为促进北极地区科学考察重大结果的发现做出贡献。与此同时也要保证主要国家主权和义务的对等，有效解决了该区域的领土和主权纠纷；第二个是通过加强北极理事会的作用和职权，在北极事务方面协商一致进行集体合作与磋商，来促进北极地区法律问题的合理解决。北极理事会是在 1996 年创建，主要是为实现北极资源可持续发展、加强对北极地区自然环境和原住民的权益保护而设立的，也的确在这些方面做出了行之有效的贡献；第三个是通过国际法院的判决，对于有争议的问题做出处理，以此形成历史上的判例，使其作为国际法上可以适当采纳的渊源来促进北极地区法律地位的合理解决。然而，《斯瓦尔巴德条约》只能适用于局部的地区，主要规定的事项涉当地的居民，气候和历史文化因素，难以扩大到冰原覆盖、人烟稀少的广大北极地区；北极理事会创建之初的目的也并不是解决政治和军事上的纠纷，更多

[538]荷生．美“环保”航母或介入北极暗战．世界报，2009(17)：23-25.

的是对于自然环境和原住民的人道主义上的关怀，而且缺少约束力的机制和难以保障资金的来源，在很多议题存在着不小的争议，有些成员国和观察员国又由于各自国家利益的关系貌合神离，通过北极理事会达成一致的意见集体协作存在着相当大的难度；在国际法院方面，通过法律程序和法院判决来解决争议不失为一个值得采纳的方法，但是由于争议问题数量众多错综复杂，单单靠国际法院的判决难以架构全部的法律规范，只能是具体问题具体方面的零星修补，另外，倘若一味依赖国际法院的，会给本就繁忙的国际法院又增加浩繁的工作量和巨大的工作压力，难以保证每个案件的时间、投入的精力和效率，势必对国际社会其他案件的解决产生不利的影响。

在目前讨论得最为激烈的法律制度构想中，最引人注目也是最具有现实可能性的便是依据《联合国海洋法公约》来构建北极地区法律制度和“北极条约”的制定了，正确处理好这两个设想，将对于北极地区法律制度构建发挥不可多得的作用。

（一）《联合国海洋法公约》介绍

在目前众多专家学者提出的构思当中，争论最为广泛也最引人注目的是《联合国海洋法公约》和借鉴我们已经在南极地区的制定《南极条约》的做法来制定“北极条约”。在《联合国海洋法公约》方面，无论是从公约的缔约国的数量，还是从公约所覆盖的面积，亦或公约对于各个缔约国的约束力的角度，目前还没有任何一个条约可以和《联合国海洋法公约》相媲美。而借助于海洋法的广泛接受度和执行效力，对于北极地区法律地位的解决也是一个切实有效的途径。 《联合国海洋法公约》的诞生经历了漫长而又复杂的过程。“在联合国第三次海洋法会议和及其之前的协商时间（1967—1982），都是与持续几十年的冷战的最后周期相伴随。在苏联和美国两个超级大国的相互威慑和共同利益的驱使下，达成了一项含蓄的禁止将战略性的北冰洋问题放置到显而易见的海洋法的构建会议上的双边协定。但是随着这些协商的进展好得到的成果，在 1982 年的《联合国海洋法公约》里面，确实对于北冰洋地区在不同方面产生了重要的影响。在某些特定领域构筑起了三次不同法律发展的进程。综合来看，它们构筑起了对于北冰洋地区国际法律问题的基本框架，即使是对仍旧不属于它们的成员国诸如加拿大和美国而言已然是有效的。”[539] 尽管仍有以美国为代表的某些国家并没有签署及批准，但是《联合国海洋法公约》依旧对全球海洋秩序的构建起着举足轻重的作用。

（二）《联合国海洋法公约》在北极地区适用上的规定

目前《联合国海洋法公约》在适用于北极地区的规定，主要涉及以下几个方面：

[539] Douglas M. Johnston．*The Future of the Arctic Ocean: Competing Domains of International Public Policy*．The International Journal of Marine and Coastal Law，2009，23(12)：597–598．

1.可以确定主权的领土

对于环北极圈的国家而言，其领土的主权问题是毋庸置疑的，有关于领海、专属经济区和大陆架的规定都符合国际社会的做法，分别在12海里，200海里和200公里以内享有无可争议的主权。在这样的主权之下，各个沿岸国都享有对自己领土管辖和防卫的权利，对于领土范围内的自然资源开采和使用的权利，以及对生态环境进行保护的义务。

2.难以确定的大陆架划界部分

对于超过200海里以外的大陆架的界限问题，这也正是目前最为关键和棘手的部分。任何希望主张200海里以外大陆架权益及其资源开采的国家都需要向在1997年成立的大陆架界限委员会提交自己国家的声明，并且附带有关于支持声明的科学技术证明和数据统计，以为自己的主张提供证明。倘若得到了大陆架界限委员会的同意，则相应的从该国家所享有的领海基线开始向大陆架方向延伸350海里均为该国的主权所有，该国也享有完全的自然资源所有权和开采权。

3.和平争端解决机制

在关于领土主权和资源开采方面产生争议的时候，各国可以采取相对应的和平解决争端机制，通过谈判、斡旋、协商等手段来促进问题的合理解决，“就是按照《联合国海洋法公约》第 287 条的规定，将争端提交1国际海洋法法庭、2国际法院、3仲裁法庭、4特别仲裁法庭”[540]。由于这种在海洋法中的强制性争端解决办法是国际社会各国应该遵守的义务，因此对于解决有关北极地区的法律争端、促进北极地区问题的和平解决具有非常重要的作用。

（三）《联合国海洋法公约》在北极地区适用规定的缺陷

但是，在看到《联合国海洋法公约》对于北极地区法律构建发挥巨大作用的同时，我们也要看到其本身所存在的缺陷和不足。具体表现为以下几点：

1.无法有效适应科技发展

目前我们关于北极地区法律地位构建的规定其实都是受制于科学技术的发展的，科学技术水平的迟滞不前是阻碍北极地区法律地位确定的最大障碍。关于是否属于大陆架的自然延伸部分是需要科学技术水平的提高和国际社会各国的通力合作来完成的，现行的《联合国海洋法公约》在有关于大陆架解决部分的规定都是按照一成不变的规则来执行，无法合理有效地适应环境的变化和时代的发展。

2.对大陆架最外边界规定的不确定

《联合国海洋法公约》在有关超过200海里的大陆架的认定上规定，对于超过了200海里的大陆架的部分，其最远不得超过350海里或者2500米等深线以外100海里，以此作为大陆架最远的边界。这项在《联合国海洋法公约》里面的

[540]邵津．国际法．第3版．北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2000：391-392．

文字规定中对于大陆架最外边界规定的相对不确定性，使得沿岸利益纷争国纷纷以此为依据扩大自己的权益范围，都会在自己想要争夺的部分据理力争，而这恰巧又都符合公约里面的文字表述，也相应地促进了北极地区之争。

3.难以应对北极地区具体情况

《联合国海洋法公约》对于海洋制度的构建是有着很大的作用，“然而，海洋法，尤其是指《联合国海洋法公约》， 对于北冰洋地区问题的解决是行之有效的法律框架吗？特别指出《联合国海洋法公约》并不是为了北极地区而专门作出的规定，虽然第 234 款明确了对于冰雪覆盖海域的准确规定，但是对于在冰川逐步融化的明确的北极地区却很难创建一个清晰易懂的法律框架”[541] 。由于其诞生本身并不是针对北极地区而特别设立的，因此在处理北极地区问题时还是只能按照海洋法法律体系的基本原则和规范，却难以制定出针对北极地区具体情况的特色的规范体系。

4.规定的执行力受到质疑

“这项条款之外，《联合国海洋法公约》对于北极地区目前所面临的海洋法问题，诸如外大陆架划界问题、海洋划界纷争解决问题、通航适当和自由问题以及对于生物资源和非生物资源的管理和控制问题都创制了一系列的管理体系。然而，《联合国海洋法公约》在哪些方面没有做出明确的规定远比它们在哪里做了规定要重要得多。”[542]现在的法律体系只是规定了要管理什么，为什么要管理，但是在怎么样管理上却还存在着真空，尤其是对于美国这些未签署和批准加入《联合国海洋法公约》的国家来讲，如何对他们产生规制，使其能够按照成员国的规范和流程行事以期达到这种既定的目标，还是一个很大的挑战。这种不完善的状态势必对于北极地区法律问题解决产生不利的影响。

5.争端解决机制的强制力不足

虽然《联合国海洋法公约》对于争议问题的解决拥有自己的强制性争端解决机制，但是在实际问题中遇到棘手的纷争，还是会凸显强制力的不足和惩戒性不够的弱势，难以对于破坏北极地区和平划界的行为进行有足够震慑力的措施。也正是这些主要的弊端，使其在应对北极地区法律地位解决方面尚存在不足之处，需要迫切地加以完善。

正是这些存在的缺陷，使得《联合国海洋法公约》在北极地区法律规制上存在着不足。

（四）《联合国海洋法公约》在北极地区适用规定的完善

现有存在的北极地区的法律调解机制既有发挥重大作用的积极一面，但是同时还是存在着一些不足，使得问题不能得到合理的解决。“在北极地区法律构建

---

[541] Donald R. Rothwell．*The Arctic in International Affairs: Time for a New Regime*．The International Journal of Marine and Coastal Law，2008，11(12)：37–38．

[542]前注 17，Donald R. Rothwell，37-38.

和管理上的争辩集中在是创建一个新的体系还是利用现有的多元化的国际间的法律框架。”[543]从纵向和横向的角度来看，我们已经具有了初步的法律构建，也使得我们明确，其注意点在于“改进”而不是“创造”。那么，如何进一步完善目前的争议处理调解机制，以便更好的确定北极地区的法律地位呢？

由于有全球海洋法范围内的广泛接受度和遵守效力，《联合国海洋法公约》最有资格在北极地区法律秩序构建方面发挥巨大的作用，在北极地区问题的解决方面，完善的措施主要有以下方面：

1.将北极地区情况不同的部分分别处理

北极地区情况错综复杂，有些部分是各国公认毋庸置疑的，而有些部分则是各国争议的焦点所在地。对于目前尚不属于各国利益争议的部分，我们可以按照《联合国海洋法公约》的规定，将北极地区沿海作为全人类共同的宝贵财富，受到全球各国的共同保护和平等使用。集中精力解决存在争议的部分，使得我们在处理北极地区法律构建问题时更有效率，更节约时间和精力。

2.共同进行科学技术的开发

对于目前科学技术并为勘探明确或者是各国各争一词众说纷纭的情况，建议联合国的专门机构本着“平等互利，共同勘探”的原则，召集各主要国家的科研人才和力量，共同完成对目前主权争议尚存争议的地区的考察工作，以便早日解决这些问题。在考察过程中应该有各国和相应的国际组织的广泛监督，使其实现意见达成一致的效果。对于目前技术达不到的程度和无法进行勘探开发的地区，建议暂时搁置，都不进行开发，等待时机成熟，再集体进行科学考察。也可以继续设定一个时间安排表，倘若届时还是未能从科学技术角度进行查明的话，可以将存有争议的地区划定为各国可以共同开发利用的公海或者是几个争议国家共同享有的专属经济区。

3.精确文字表述

通过科学技术水平的进步与发展，根据最新的科学进展去获取第一手的科学资料。根据现有的技术和水平，共同协商使《联合国海洋法公约》在适用北极地区法律规定部分的文字表述更加规范与精确，尽快确定一些事项的单一性的审核标准和法律规制，避免争议和不确定现象的发生。对于仍然存有争议难以达成一致意见的部分先搁置争议，维持原状。

4.完善大陆架界限委员会人员的组成

为了应对发展进步的科学技术水平，也为了平衡国际社会不同地区和不同力量，适当地对大陆架界限委员会进行相应的改组，在组织构成方面更多地融合全球社会特别是发展中国家的力量，汇聚一大批具有相应技术的科学考察人员和国际法律的专业人员，更多地依靠不涉及沿岸利益纷争的各国的力量来促进问题的合理

[543] Charles K. Ebinger，EvieZambetakis．The geopolitics of Arctic melt．International Affairs，2009，85(6)：1215–1232．

解决。进一步吸引非北极圈国家的目光，促进北极地区法律制度的构建和实现立足于国际社会更广的平台。

5.促进大陆架界限委员会在更广层面上的交流

只有实现不同国家、不同国际组织之间更多的交流和沟通，更多地进行资源共享和人才流动，互相交换最新进展信息，才能够实现资源的合理配置，寻找出更为合理的法律制度构建方案。当前，大陆架界限委员会主要是针对各提交国的资料和证据进行审核，以此来确定大陆架界限问题，但是与北极理事会等其他重要的赖以解决北极地区的组织诸如北极理事会等还存在交流不足的弊端，应该在更大程度和更广的范围内进行交流与合作，实时进行信息沟通与咨询共享，对于北极地区法律地位确定和全球科学技术水平的发展都是具有积极意义的。

通过以上做法虽然不能解决全部问题，但是毕竟是针对《联合国海洋法公约》在关于北极地区法律制度构建方面的主要不足而言的，这样便会抓住制度完善的核心之处，以促进问题更好地得到解决。

三、“北极条约”的制定

另外一个引人注目的解决方案便是“北极条约”的制定，即将对待北极的方式按照对待南极的方式去对待，签订类似于《南极条约》的“北极条约”，以一种成文的规范化的形式来确定该地区的法律地位，确立各个缔约国的权利义务。这个解决方案在当今国际社会也是引起了很大的争议，既存在制定的必要性和合理性，也存在着制定上与《南极条约》相比更大的困难。

（一）“北极条约”制定的必要性和合理性

1.“北极条约”制定的必要性

“相似的环境问题和全球变暖对于这两个地区的共同影响，会导致北极圈地区也会形成一个类似的条约。这对于北极地区周围的国家在污染控制、野生动物管理、当地居民的权利以及该地区的海洋法等诸多多方协商的议题上产生有利的影响。”[544]北极地区在面对全球气候和环境问题的挑战上还是与南极地区一样严峻，一旦北极地区自然资源和生态系统被破坏，对全球人类的生存都会产生不利的影响。正是这种紧迫的状况催生着建立“北极条约”的想法。我们可以参考《南极条约》的创立目的和宗旨，确定北极地区和南极地区一样为全人类所共同开发和科学研究应用的目的，禁止军事化的发展，以此来形成对于生态环境和自然资源的保护层面上的 制度性法律性规定，促进各国遵守条约规定，协调自身行动，即使出现不合理的状况，也可以运用强制程序的力量去制止不适当的行动，增强各国遵守条约规定的震慑力度。

虽然世界上大多数国家都主张表示北极地区和南极地区一样，应该为全人类

[544]前注 17，Donald R. Rothwell，23–33.

所共同享有的宝贵财富，不应该存在某个或者某些国家的主权要求。但是还是有一些国家通过实际行动在宣示着自己的主权要求。国际社会仅有的谴责是不具备法律约束力的。只有在机制上进行约束力和强制力的确保，才能够更好地维护北极地区的和平，守卫好这一人类的净土。“北极条约”的制定便可以解决这样的需求。条约是国际法的渊源之一，在条约的法律效力的基础上，每一个签署国都要恪守条约的规定，克制自己的行为，也就会为保护北极地区这一全人类共同的宝贵财富创造基础。

2.“北极条约”制定的合理性

“北极条约”的制定除了必要性之外，还存在着制定的现实合理性。“由众多部分组成的南极条约，会对北极地区国家提供更多的启发，至少在普遍适用的原则和所包含的事项上面。”[545]由于《南极条约》在法律构筑方面的巨大价值，也因此使得“北极条约”的制定具有了合理性。“这种国际法上普遍适用的规则和原则的改造使得对于北极地区的特殊情况和地位产生一定程度上的确立北极地区领土和岛屿的法律地位的可能性，除了丹麦和加拿大之间在关于汉斯岛屿上的纷争，因为它们目前并不具有北极国家领土主权上突出的法律问题。”[546]正是基于这种原则和规定的具体化和适应性的优势所在，使得通过制定“北极条约”来构筑合理完善的法律秩序的方法得到了一定的支持，也为我们问题的解决带来了曙光。

正是这种必要性和合理性的存在，使得“北极条约”制定的呼声愈加强烈，也会对人类历史的进程产生深远的影响。

（二）“北极条约”制定的困难

然而，不可回避的是，这种设想的背后也还是存在着很多困难，使得这一进程的发展变得迟缓。

1.地理环境因素的影响

地理环境因素的影响是“北极条约”制定的最大困难。“在地理原因上，北极地区与南极地区正好相反，南极地区是由海洋环绕的大块冰封的陆地所组成的。虽然有些国家宣示对于南极地区主要领土的主权，但是这些宣示都在普遍程度上不被接受并且被《南极条约》所‘冻结’。《南极条约》创建了该地区的法律构建，甚至包括一直到南纬 60 度的环绕它的水域。”[547] 南极地区主要以南极大陆为主，进行界限划分较为容易，但是北极地区主要是围绕极点附近的北冰洋，在地里勘探上存在较大难度。地理环境在根本上便决定了其规划的难以实施。

2.政治和主权方面的影响

这些因素其实与南北极在人类认识和开发自然中所经历的不同历史有很大

[545]前注 1，Louise Angélique de La Fayette，333–346.
[546] Claudia Cinelli. *The Law of the Sea and the Arctic Ocean*. Arctic Review on Law and Politics，2011，2(1)：4–24.
[547]前注 1，Louise Angélique de La Fayette，333–346.

关系。南极地区长期处于无人知晓、无人开发和利用的状态，因此南极地区在制定《南极条约》之前是一块未经人烟和居住的“处女地”，不必考虑居民和文化因素的影响，但是北极地区则不尽然，这里早就有人类居住和生活的痕迹，事实上也正是生活在极圈附近的因纽特人成为了加拿大领土主权诉求的重要因素之一。而最为重要的莫过于《南极条约》已经明文规定南极地区不为任何国家所有，是全人类共同拥有的财富。但是由于人类涉足北极地区的时间较早，现在已经确定北极地区有些领土是隶属于某一个或者某些国家的，因此在问题性质上存在着截然相反的地方，某些国家在条约制定上就会消极对待甚至极力阻挠。因此北极地区特殊的政治和主权状况也会给“北极条约”的制定带来一定的难处。

正是基于以上的缺陷，“北极条约”的制定过程也是进展缓慢，举步维艰。

（三）“北极条约”的制度设想

在借鉴南极的法律发展方面，虽然“北极条约”的制定过程困难重重，但是我们还是开始了有益的探索和尝试。“在北极地区已经有现存的近似于《南极条约》的规定了。第一个是由加拿大在 1970 年提出的，还需要更多深入的探讨。”[548]“第二个规定是北极地区合作协议。”[549]“第三个类似的便是北极理事会了。它在 1998 年开始被世人所知，但是却没有实际上被授予的权力，北极理事会的角色定位还需要进一步的决定。”[550]这些尝试和渐进的过程都给我们的进一步探索带来了经验和教训。在“北极条约”的制定过程中，我们需要借鉴《南极条约》的精神和价值，使得可以适用的部分更好地发挥应有的作用。“从《南极条约》所获得的用于创建“北极条约”的观点包括：科考研究的重要性、对于自然资源保护的必要性、马德里协议所创建的环境保护原则、生态保护措施以及在国际政府和商业交往中的合作。”[551]在具体的改进措施中，需要更好地做到以下几个方面：

1. 明确主权意识

“首先，对于现存的主权问题要保持敏感度，将既存的北极主权权利之前已经具有的明确而清晰的相关声明也包括其中是十分必要的。”[552] 提前明确主权意识便是做到了与《南极条约》相区分的第一步，在明确了这种主权意识之后，对于已经确立主权的地区不再予以讨论，作出适当的尊重和保护，对于目前还不能确定主权的地区进行深层次的协商。这样可以减少很多环北极圈国家的抵触，使得北极地区法律体系的构建之路更加通畅。

2. 引入协商处理机制

协商处理是解决任何事情的最好办法，在北极地区的法律制度构想里面也不

[548]前注 17，Donald R. Rothwell,，339–340.
[549]前注 19，Charles K. Ebinger，EvieZambetakis，49–79.
[550]Ohnston．*Arctic Council*．http://www.arctic-council.org, 2010-03-01.
[551]前注 1，Louise Angélique de La Fayette，333-346.
[552]前注 17，Donald R. Rothwell，8–37.

例外。在自然资源的管理层面引入允许对有争议的部分进行协商处理的机制，可以解决最为关键的问题。基于大陆架上的资源才是北极地区争夺最为关键的部分，通过协商处理资源的开发和利用问题，在最富有争议的部分解决纷争，对于整个事情的圆满解决具有事半功倍的效果。

3.创建基本原则

“一系列的基本指导原则应该创建，这些原则包括在处理事务时尊重自然环境、自然资源的保护和可持续发展的管理、科学研究的自由和对于本土居民权益的尊重和保护。”[553] 相比较于南极地区而言，北极地区具有与之不同的特殊性。如何协调好与当地居民和人文历史的关系已经贯彻好生态保护的原则，是一个严峻的挑战。也正是基于此，我们才需要在制定“北极条约”的过程中对普适的基本原则加以贯彻和执行。

4.对北极地区全面考量

“第四，基于地理上的研究，条约需要涉及的范围需要扩展到所有的北冰洋，并且需要创建一个整个地区包括公海部分的便于理解的自然管理机制。”[554] 正如前文所述，北极地区是一个更为复杂和多样化的系统。在这种体系之下，我们所需要涉及的就不仅仅是北极地区这一小块部分，更需要综合考虑，全面衡量，才能制定出合理的法律规范体系。

5.考虑全球利益

在处理北极地区法律构建的问题时要考虑到提出意见和表决意见的成员的构成，不仅需要面对包含作为核心成员的八个北极国家，更应该清楚地认识到这片区域还是非北极国家和全球人类共享的区域。北极地区的利益不仅仅只涉及到环北极圈的国家，更是全人类的福祉所在。只有通过扩大北极地区利益共享的范围，扩展北极地区利益共享的渠道，才会凝聚全世界的力量，共同处理好北极地区的法律问题。

当然，由于“北极条约”的制定是一个极其繁杂艰巨的过程，以上的几项措施还是远远不够的。“当然不可避免的是还需要创建附属的协议来强调某些特定的事项，诸如通航和航运、洋底资源管理、海洋自然环境的保护和本地居民的切身利益和兴趣。”[555] 在能源开发的同时还要注重照顾当地居民和生态保护，只有综合考虑了各个方面的利益诉求，“北极条约”的制定才会显得更加合理与可行。

四、中国参与北极地区法律制度构建

（一）中国参与北极地区法律制度构建的必然性

虽然中国并不是环北极圈国家，从表面来讲北极事务不属于我们应该关心的

[553]参见前注 17，Donald R. Rothwell，1215-1232.
[554]同上
[555]前注 17，Donald R. Rothwell，8–37.

议题，但是在实际上，北极地区法律制度构建的发展与我们息息相关，值得我们重视。这不仅仅是因为我们是《联合国海洋法公约》的成员国之一，是联合国安全理事会的常任理事国，是实现外交政策的基本目标——维护我国的独立和主权，促进世界的和平与发展的途径之一，更是从很多实际方面值得我们去加以重视，积极参与。

1.北极理事会观察员国的身份要求

我国在 2007 年成为北极理事会——这一旨在保护北极地区的环境，促进该地区在经济、社会和福利方面的持续发展的最重要组织的“特别观察员”国，并于 2013 年 5 月确认“正式观察员”国的身份。这就表明北极地区的很多议题都与我们有实际关系。虽然北极理事会目前在北极地区的事务中还是局限在自然环境和资源、当地居民权利保护层面，在更广的政治合作和外交事务上难以发挥手段，但是不能忽视它的力量，毕竟这是关系到环北极圈最核心利益的八个国家的组织。出于自身职责所在，出于更好地与北极地区国家进行交往，加强合作的目的，我们也应该着手了解北极事务。

2. 我国科学考察的事业要求

当前我们国家在北极地区的活动主要集中在科学考察和技术研发的层面，自 1990 年着手北极科学考察准备工作时开始，至今已先后完成了四次北极科学考察，并于 2004 年在北极地区划时代地建立了中国第一个北极科学考察站“黄河站”，对站区科学考察工作的开展发挥了巨大的作用。在北极事务上积极参与，在北极地区法律制度构建中筹谋划策，更是为我们的科考事业保驾护航的基本保障。享有北极议题上的合法权利，与环北极圈国家开展更多的科学交流，都会促进我国在极地科学技术活动的开展和水平的提高，也最终会转化为生产力来支持国内经济和社会的发展。

3. 我国在海洋事务中的地位要求

参与北极事务，对于我们海洋法知识的丰富，在海洋问题上发出自己的声音，扩大自主权还是大有裨益的。我国目前的海洋问题最只要集中在东海和南海议题上。长期致力于陆路建设而忽视海洋问题导致我们现在海洋知识匮乏和海洋纷争众多。北极地区一直是海洋法领域一个非常重要而又值得研究和开发的方面，通过在北极地区大有可为的进程，对于我们海洋法领域地位的提高和知识漏洞的弥补是大有价值，也促进我们在海洋外交领域运行和实际操作的能力，以期更符合国际社会公认的准则，对于解决我国自己的海洋问题具有很高的参考和学习价值。

另外，从更广的层面上来讲，参与北极事务也是海洋法基本精神的体现。“除了为了共生的合作精神，包含着北极和其他国际社会实体，环北极圈和非环北极圈的管理和规定的国际海洋法体系也适用（或者说应该被适用）于北冰洋地区。”

[556]参与北极事务更好地体现了合作与共存的原则，也符合现代海洋法所倡导的价值追求。从以上分析我们便可以得出，积极参与北极地区法律地位的构建，是我国自身的职责所在，也对于我国的发展是非常有利的。

（二）中国参与北极地区法律制度构建的做法

既然我国在北极地区法律制度的构建上存在着必然性，那么我们该如何更好地参与北极事务，为该地区法律制度的构建和发展做出贡献呢？结合当前海洋法领域关于北极地区法律制度构建的设想，我认为主要集中在以下三个方面：

1.在《联合国海洋法公约》适用于北极地区的法律制度完善方面

在《联合国海洋法公约》这个平台上，我认为中国最应该完善的是科学考察和大陆架的认定方面。当前我国在北极地区最主要的事务就是科学考察和技术研发，也随着时代的发展掌握了一些先进的知识和设备。通过我国与其他国家的通力合作，协同互助，不仅可以更好地发挥自己在北极地区的优势所在，帮助北极地区大陆架的划界这个关键问题尽早得到解决，完善《联合国海洋法公约》在北极地区法律制度构建中的空白点，同时也在与各国交往和协作的过程当中积累了经验、拓宽了见识，为我们国家下一步在北极地区科考事业上的发展做好准备，可谓是“一举两得”的好事情。

2.在“北极条约”的制度设想构建方面

在“北极条约”的制定这个构思和方案上，我认为中国政府最有能力做到的便是引入基本原则和协调各方之间的关系与利益。之前在“北极条约”制定的困难里面讲过，条约的制定需要涉及各方面的利益，权衡各种利弊，也迫切需要一些基本原则来加以规制。当前我们国家是《联合国海洋法公约》的缔约国，是北极理事会的正式观察员国，更是联合国安全理事会常任理事国和新兴发展的大国的代表，在国际社会上享有很高的威望，更是赢得丹麦等北欧国家的信任和支持。我们完全可以在“北极条约”的制定过程中充分维护非北极圈国家的利益，使得北极这个全人类共同享有的财富得到保护，还有能力去协调各个不同利益群体之间的关系，为“北极条约”的制定扫清障碍，同时也会在这个过程中使自己的国际地位和国际威望进一步的提高。

3. 在北极理事会的平台方面

虽然北极理事会在外交和政治方面还是显得乏力，但是毕竟是环北极圈国家所创建的致力于北极事务的正式组织并在生态环境和自然资源保护、原住民的基本权利尊重方面还是做出了许多建树。中国是北极理事会的正式观察员国，这是一个很好的机会，那么就可以和环北极圈国家在环保、资源方面进行更多的沟通和交流，互相交换发展的讯息，一起进行资源的开发，在北极理事会创立的宗旨也是行之有效的领域进行沟通与交流，派驻科研人员在环北极圈国家互访，通过

[556]前注 22，Claudia Cinelli，4-24.

一系列的努力适当凝聚北极地区国家的力量，增强北极理事会的行动力和一致性，在客观上促进北极地区法律制度的构建。

以上的几个方面都只是针对不同的设想而提出的，而且还是显得过于保守和笼统。其实中国完全可以在很多方面深入开展工作，展现自己的大国姿态，推动北极地区法律制度的最终构建，也会为自己在世界上赢得更多国家的尊重和信任。

结语

如今，随着全球气温的升高和世界能源需求紧张的局面，北极地区日益成为各国所关注的焦点，伴之而来的便是激烈的北极地区主权争夺战，而在其背后展现的，是各个国家利益需求和综合实力的较量。“北极地区主要被以《联合国海洋法公约》所代表的国际海洋法律体系所治理，并且由北极理事会培养和促进出了合作精神，另外还存在着在相互竞争追求利益的国家之间的双边协定和理解。”[557] 我们不缺少法律制度，但是缺少的是对于问题紧迫的认识性和解决问题的坚定性。“这里最难以确定的就是时间表，因为乍看起来很容易解决的北极问题其实还需要在未来走很长的路。”[558]北极地区法律问题的解决不是一朝一夕顺顺利利就能够解决的，但是纵然前方路途凶险，也要披荆斩棘、乘风破浪地勇往直前。“虽然科学技术的发展水平目前还不能很精确地适用于北极地区，但是这并不意味着不开展有关北极地区经济、环境、法律和政治方面的行动和路线。”[559]只要每一个参与北极地区法律地位构建的国家都能怀着和平共处的理念，希冀带给全人类一个安全和谐的北极，那么北极地区的争端就一定能够得到解决，北极地区正当合理的法律新秩序也一定会得以建立，从而为全人类造福。

Abstract: With the global temperature rising and the energy demand increasing, the Arctic region is increasingly become the focus of attention, and also drew a series of disputes. The focuses of the disputes remain the continental shelves and the resources involved. The revision of the United Nations convention on the law of the sea and the plan of the Arctic treaty can be applicable to the arctic region. However, there still exist defects and need to be improved. Our country should actively be involved in the Artic legal practices and the experiences within it could also be used to deal with the issues integrated into the Arctic affairs in the whole world.

Key words: Arctic region; focus of dispute; the United Nations convention on the law of the sea; Arctic treaty; the construction of legal instrument

[557]前注 19，Charles K. Ebinger，EvieZambetakis，1215–1232.
[558]同上
[559]参见前注 19，Charles K. Ebinger，EvieZambetaki，1215-1232.

论 21 世纪海上丝绸之路建设对南海争端解决的影响[560]*

杨泽伟 **

内容摘要：21 世纪海上丝绸之路建设是国际法上一种国际合作的新型态，它将对南海争端解决的产生积极影响，如有益于推动中国与东盟国家《南海各方行为准则》的签署、有利于实现中国与东盟国家间在南海油气资源共同开发方面的新突破、有助于推进中国与东盟国家间在海洋非传统安全领域的全面合作，为南海争端的解决提供和平的外部环境等。而南海争端是 21 世纪海上丝绸之路建设的最大挑战，但是海上丝绸之路建设步伐不会因南海争端而停顿。今后需要把 21 世纪海上丝绸之路的倡议以国际合作法律制度的形式转化为国际共识，并且还要完善与 21 世纪海上丝绸之路建设有关的国内法律制度，向海上丝绸之路沿线国家特别是东盟国家提供更多的共同产品。

关键词：21 世纪海上丝绸之路建设 南海争端 国际合作

[560]* 本文系作者主持承担的“教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目‘海上共同开发国际案例与实践研究’（项目批准号13JZD039）”阶段性成果之一。

** 杨泽伟：武汉大学珞珈特聘教授、法学博士、法学院和“国家领土主权与海洋权益协同创新中心”博士生导师，联系电话：1354 5296 645，电子邮箱： fxyyzw@whu.edu.cn 或 2293639101@qq.com

应对恐怖活动犯罪的国际做法与中国路径

赵星，胡宗金
（中国海洋大学，法政学院， 青岛，266100）

【摘　要】近年来，恐怖主义犯罪呈现出国际化、组织化的新特点。在这种背景下，反恐问题必须依托国际合作，借助国际公约、条约将各国联合起来。在国际公约转化为国内法的过程中，应该注意引入的制度与我国法律体系或特定语言表述的契合性。本文以《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》中“没收制度”向国内法的转化为例，说明了这一问题，并认为，应对新形势下的恐怖主义犯罪需要在《刑事诉讼法》中引入缺席判决制度。
【关键字】恐怖活动犯罪；　国际公约；　缺席判决

一、 恐怖主义犯罪的新发展及应对

近年来，恐怖主义犯罪活动异常猖獗。仅 2014 年，在全球范围内就有四起严重恐怖主义袭击事件发生，其中有两起发生在我国。[561]恐怖活动犯罪在过去特征的基础上，形成了国际化、组织化的新特点，给恐怖活动犯罪的预防和控制带来了一定的挑战。全面分析近年来恐怖主义犯罪的新变化，对于预防恐怖主义犯罪具有重要意义。

（一）恐怖主义犯罪的新特点

传统的恐怖活动是以达成某种政治要求为目的，采取暴力破坏的手段，对无辜群众进行残忍杀害的行为。恐怖活动从一开始就具有历史性、宗教性、残忍性等特征。[562]随着时代的变迁，恐怖活动也呈现出了一些新的趋势。近年来，恐怖主义犯罪在原有特征的基础上，呈现出国际化、组织化等新特点。[563]

恐怖活动的国际化是恐怖分子们应对国内打击的主要方式。恐怖活动的严重社会危害性使得国家加大了对于恐怖活动的制裁力度。以我国为例，随着“宽严相济”[564]刑事政策的出台，我国加强了对恐怖犯罪的预防和打击力度。世界上的其他国家也开始以完善立法方式对恐怖活动犯罪进行法律调控，比如，2006 俄罗斯联邦通过了《俄罗斯联邦反恐怖主义法》，对恐怖主义犯罪进行了单独的立法规定。在世界各国均将恐怖主义犯罪列为重点打击对象的时代背景下，恐怖活动趋向国际化就成为他们规避国内打击的必然选择。跨国性恐怖主义的出现是对传统犯罪追究机制的严重挑战。众所周知，在全球范围内，刑事管辖权一般是以属地管辖为主，这使得案件的侦查机关一般为犯罪地的司法机关，但是，恐怖分子们往往采用在一国实施犯罪，而在他国躲藏行踪或将组织机构设在他国的做法逃避追捕。在侦察过程中，出于尊重他国主权的考虑，犯罪行为发生地的公务人员要想进入他国追逃犯罪分子或逮捕犯罪集团的首要分子，需要履行一系列复杂、琐细的审批手续。这些手续耗费大量时间，甚至会丧失抓捕犯罪分子的有利时机，这就使得侦查、破获跨国恐怖主义犯罪变得困难重重。

同时，现代的恐怖活动一般不是某个人或某几个人的暴力活动，大多是由某个组织精心

---

561 四起重大恐怖袭击分别为：昆明火车站暴恐事件、新疆乌鲁木齐市沙依巴克区公园爆炸事件、尼日利亚东北部恐怖袭击、巴基斯坦白沙瓦市枪击事件。参见，http://baike.baidu.com/link?url=UkoppPbUSjS-bVyz5UxSu-9eL5PJCgQRTpUGveO5r0VDHpmzVE2chXhE5jPBuGwbFTG2unRuGXpwQ77oRAAIuK，登陆日期，2015 年 3 月 31 日。

562 张金平、肖宪：《当代中东恐怖主义的特点》，载《西亚非洲》2004 年第 2 期，第 36—38 页。吴远亮：《威胁我国安全的恐怖主义特点分析》，载《犯罪研究》2008 年第 5 期，第 48—50。

563 王雪梅：《恐怖主义犯罪发展特点分析》，载《环球法律评论》2013 年第 1 期，第 31 页。

564 “宽严相济”刑事政策要求，对恐怖活动采取从重的刑事政策，从重、从快打击。参见，赵秉志：《和谐社会构建与宽严相济刑事政策的贯彻》，载《吉林大学社会科学学报》2008 年第 1 期，第 11 页。

策划而实施，背后具有雄厚的资金支持，甚至有财团为其活动提供资金资助。恐怖活动的这一特征也是恐怖主义犯罪与传统犯罪的重大差别，这一特点使得恐怖活动具有顽固性。换言之，即使某个恐怖袭击事件的犯罪分子死亡或者被捕，该恐怖组织仍然可以依托其雄厚的资金，而在短期内再次实施恐怖活动。传统刑法是以制裁具体犯罪分子为主要规制方式，但是，组织化的现代恐怖活动规避了传统刑法的制裁方式，只要恐怖组织的运作方式没有受到影响，具体的恐怖分子只是随时可以更换的棋子。这也使得在恐怖袭击发生后，对袭击者进行制裁为时已晚，传统的刑法制裁方式对制裁恐怖主义犯罪“有心无力”。

（二）应对措施

恐怖主义的这些新变化给我们应对恐怖活动提出了更高的要求。针对恐怖活动“国际化”的特点，国际法在打击跨国恐怖主义犯罪上的优势就体现出来。打击恐怖主义也成为国家合作的重点领域，并出台了一系列的国际公约以应对这一挑战。比如，1997 年《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，以及由我国为主制定的《打击恐怖主义、分裂主义和极端主义上海公约》都是各国政府在加强反恐问题上做出的努力。我国也积极加入了上述公约，并在反恐问题上一直保持高压态势。

相关国际公约、条约的出台较好地回应了恐怖活动国际性的特点。通过国际公约、国际条约的规定，若干国家联合起来，在应对特定恐怖犯罪行为上达成一致，同时，在对恐怖活动犯罪的侦查、引渡、起诉等司法活动中互相提供帮助和便利。这在一定程度上可以有效地打击恐怖主义，尤其是跨国的恐怖主义犯罪。同时，恐怖活动所具有的“组织性”特点，使得反恐不只是抓获特定的犯罪分子，抓获在某一袭击事件中的犯罪分子是一种“治标不治本”的做法。要想在根本上消灭一个恐怖组织更重要的在于破坏他们的组织体系，尤其是冻结他们的活动资金，使得他们的组织体系和运作方式不能有效运行，这就在根本上限制了恐怖组织的形成和发展。

也是出于这两种考虑，在反恐国际公约中，规定了较具特色的“恐怖活动资金没收制度”（以下简称“没收制度”）[565]。比如，《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》[566]第 8 条规定：（1）每一缔约国应根据其本国法律原则采取适当措施，以便识别、侦查、冻结或扣押用于实施或调拨以实施第 2 条所述罪行的任何资金，以及犯罪所得收益，以得以没收。（2）每一缔约国应根据其本规法律原则采取适当措施，以没收用于实施或调拨以实施第 2 条所述罪行的资金，以及犯罪所得收益。

没收制度是应对恐怖主义的一项重要措施，对于在根本上限制恐怖主义的发展具有十分重要的意义，我国加入的国际公约也要求我国尽快完善相关制度。我国一般是将国际条约规定转化为国内法以间接适用。也就是说，上述制裁恐怖主义的国际公约，包括没收制度，要想在我国具有法律上的效力，需要通过立法的方式转化为国内法。仅就没收制度而言，我国的做法主要是在修改《刑事诉讼法》的过程中，将其吸收进来，增设特殊程序专章对恐怖活动违法所得的没收程序进行了规定。然而，该制度在转化为国内法的过程中，却与我国的立法现状、立法精神存在一定冲突。因此，如何实现从国际公约到国内立法的衔接是本文研究的重要内容，并在此基础上，探寻一条应对新形势下恐怖主义犯罪的中国道路。

二、 国际公约与国内法的衔接问题

根据国际公约，尤其是《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》的精神，我国在《刑事诉讼法》的最近一次修订过程中，对恐怖活动犯罪嫌疑人死亡或者逃匿之后没收违法所得规

[565] 此外，其他国际公约也对“没收制度”做出了明确规定。比如，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 12 条第 1 款规定：“缔约国应在本国法律制度的范围内尽最大可能采取必要措施，以便能够没收。”

[566] 我国于 2001 年 11 月 14 日签署了该公约，该公约于 2002 年生效。此外，还有一些国际公约规定了类似制度，比如，《打击跨国有组织犯罪公约》中规定，“缔约国应在本国法律制度的范围内尽最大可能采取必要措施，以便能够没收”。

定了特殊程序，即“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”。《刑事诉讼法》中规定的没收程序，是对我国在《公约》中承担义务的转化，体现着我国在打击恐怖主义犯罪上的坚强决心。但是，我们认为，该转化与国内法的很多规定相冲突，因此，有必要加以指出并改正。

该没收程序是何性质？这与对“没收”的理解有关。根据刑法基本理论，对于犯罪分子财产的处分主要分为两种情形：对犯罪物品的没收和对合法物品的没收（或者分别称为“特殊没收”、“一般没收”）。二者在性质、对象上具有显著差异。“对犯罪物品的没收”规定在《刑法》第 64 条；“对合法物品的没收”则规定在第 34 条。前者属于刑事诉讼过程中对于犯罪物品的处理；后者属于一种刑罚种类（法定附加刑）。前者的没收对象为犯罪物品，具体包括犯罪分子违法所得、犯罪分子所用的财物；后者的对象为犯罪分子的个人合法财产，是对犯罪分子的一种惩戒。那么，《刑事诉讼法》中规定的没收程序应该属于哪一种没收呢？因为该没收程序是对“违法所得”的没收，因此，很显然，我国《刑事诉讼法》规定的没收程序在性质上属于对犯罪相关物品的没收，即特殊没收。对于特殊没收的性质，有学者将其视为一种保安处分措施。[567]也就是说，该种没收在内涵上与对犯罪分子判处的没收财产刑罚并不一致。

但是，即使对犯罪物品的没收不属于一种刑罚种类，也并不能表明刑诉法中规定的没收程序具有合理性。众所周知，只有在行为人的行为构成违法，同时，对行为人动用刑罚处罚没有效果时，才对行为人施加保安处分措施，即保安处分也是以该行为人已经实施了不法行为为前提。比如，精神病人、不满 14 周岁的未成年人不能理解刑罚的性质，即使判处刑罚也起不到预期效果，因此，对于造成严重社会危害后果的精神病人和未满 14 周岁的未成年人，也不对其判处刑罚，而是对其使用强制医疗或收容教养等保安处分措施。由于保安处分措施是以消除不法分子的危险性为目的，且不受责任原则的约束，因此，保安处分措施也会极大地侵犯人身自由，其侵害程度甚至比刑罚的影响更大。刑法理论要求即使对某人使用保安措施的惩罚方式，也需要对其是否实施了不法行为进行严格认定，只是在最终的处理方式上不同于刑罚措施而已。我们不能以该没收不属于一种刑罚，而忽视该制度会对现实造成的影响。除此之外，我们认为，刑事诉讼法规定的没收特别程序还具有以下问题。

首先，新《刑事诉讼法》新增的“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”存在逻辑性问题。该表述使用了“犯罪嫌疑人、被告人”（而非“犯罪分子”）这一称谓，这表明立法者并未将被通缉者或者死亡者视为犯罪分子，同时，启动没收程序的要求为“通缉一年后不能到案”或者“死亡”，也就是说，此时，案件仍然处于侦查阶段，尚未对其进行宣判，不应该将其视为犯罪人。但是，该程序的后果却是“没收违法所得”。一方面，没收的对象已经被定性为“违法”所得，即已经认可了嫌疑人实施了不法行为；另一方面，从“没收违法所得”这一后果上来看，之所以对犯罪嫌疑人使用该保安处分措施，而不对其使用刑罚处罚，主要是因为其死亡或者尚未到案，在客观上无法对其施加刑罚。因此，“没收违法所得”的后果表明，立法者又认为行为人已经实施了不法行为。这就在没收程序是否为有罪判决上产生了矛盾。有学者将刑诉法规定的这一新特殊程序称为“判决前的财产没收”[568]，这一称谓较为精确地概括了没收程序的矛盾之处——没有进行判决，没收其财产的依据何在？

其次，我们认为，对嫌疑人的“违法”所得财产处罚措施违反了《刑事诉讼法》第 12 条规定的“法院定罪原则”。我国《刑事诉讼法》第 12 条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”这句话可以得出两个基本结论：第一，按照当然解释的解释原则，既然未经法院判决不能对任何人确定有罪，也就意味着不能对任何人适用与有罪判决同

[567] 张明楷：《论刑法中的没收》，载于《法学家》2012 年第 3 期，第 55 页。
[568] 陈卫东：《论新<刑事诉讼法>中的判决前财产没收程序》，载《法学论坛》2012 年第 3 期，第 6 页。

等效果的措施。新《刑诉法》规定的“没收程序”就违反了此规定，绕开了有罪判决，采用裁定的方式直接对嫌疑人使用类似刑罚的保安处分措施。第二，人民法院只有以“判决”的方式才能确定一个人有罪，而不能以“决定”或者“裁定”的方式进行，而新《刑诉法》规定的“没收程序”就是以“裁定”方式剥夺了嫌疑人的所谓“非法”财产，这是对无罪推定原则的违背。在时间顺序上，对犯罪物品的处理，是在认定犯罪行为之后进行，这一点可以在刑法典对二者规定的先后顺序上得出，但是，刑事诉讼法的做法是在不认定犯罪的基础上，试图使用特殊程序对侦查期间案件中的财产作出裁定，存在着侵犯人民财产权的极大危险，因此，新增的没收程序在法理上并不能行得通，在实践中也容易产生错误。

最后，只是没收涉案财产，而不做有罪判决并不利于有效地打击恐怖主义犯罪。在一些恐怖主义的场合，恐怖分子之所以选择接受恐怖主义的相关训练，成为恐怖活动的犯罪人，他们正如基于功利主义的基本原理分析的那样有自己的苦乐衡量和算计。也就是说，对于他们而言，他们的恐怖袭击行为尤其是那些自杀性的恐怖袭击行为，即使会给自己带来死亡或者被捕后的消极后果和否定性评价，但是，在经受过洗脑训练之后的恐怖分子，他们在行动之前大多已经完全抛弃了自己的自由、财产乃至生命。这并不意味着他们不重视其行为给其亲人，尤其是子女的带来的消极影响。虽然罪责自负是近现代刑法的基本原则，但是，在经验层面，刑罚总是以某种方式波及或连累罪犯的家人。[569]有罪判决给犯罪分子的家人带来的耻辱效应，尤其是会给其子女以后发展带来的不利，有可能会成为阻止更多人实施恐怖活动的重要因素。刑诉法规定，对于逃匿或者死亡的恐怖分子只是没收其财产，不将其作出有罪宣告，这就使得这些恐怖分子在实施恐怖活动时抛开了所有顾虑。相反，在构成犯罪以后，有罪宣告给犯罪分子的亲人带来的耻辱效应可能会发挥比对犯罪分子本人实施现实的刑罚制裁更为有效的作用，新刑诉法的没收程序在一定程序上忽视了有罪宣告对恐怖主义罪犯亲人的耻辱效应。

三、 《刑诉法》的应对建议

打击恐怖活动犯罪在客观上要求没收恐怖活动犯罪的资金和财物，同时，我国加入的国际公约也对我国完善没收制度提出了具体的要求。但是，国际公约只是规定，各国应该“采取适当措施，以便于没收”（《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 8 条（1）、（2）），也就是说，国际公约只是要求各国健全法律制度以方便对恐怖活动犯罪资金的没收，并没有要求各国统一建立“没收”制度。同时，正如上文所述，我国建立的没收制度与我国刑事诉讼法、刑法基本原则精神相悖离，且不利于预防和惩治恐怖主义犯罪。这就更使得该制度丧失了存在的必要。

没收恐怖犯罪分子的财产是预防、惩治恐怖犯罪的重要措施，必须继续坚决执行，但是我们应该对制度进行改良，在符合我国法律基本原则、精神的基础上，设置一种新的模式。我们认为，对逃匿、死亡的犯罪分子的财产在侦查初期可以使用查封、扣押、冻结的方式，在侦查过程中，如果可以搜集到确实、充足的证据，就可以对犯罪嫌疑人实施缺席判决。

我们的上述建议分为两个部分：在侦查期间，使用侦查措施控制犯罪嫌疑人的财产；侦查之后，对被告人进行缺席判决。前部分在《刑事诉讼法》中有明确的条文规定。《刑事诉讼法》第 139—142 规定了在侦查期间侦查机关可以依照规定扣押、冻结犯罪嫌疑人的物证、存款、汇款、债券等财产，也就是采取强制措施对犯罪嫌疑人的财产、证据进行保全。在侦查期间，侦查机关利用这些规定，既可以控制犯罪嫌疑人的经济来源，防止其利用这些财物继续实施连环恐怖活动，也可以防止其将财产转移出国，同时，也有利于在案件查证属实后对其财产的没收提供便利。该建议的后部分是一种制度突破，即在刑事诉讼法中引入缺席判决制度。将缺席判决制度引入刑事诉讼法绝非异想天开，而是具有一定的理论支撑和现实必

[569] 苏力：《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负》，载《法学》2011 年第 6 期，第 3 页。

要性。

我国在民事、行政诉讼法中均规定了缺席判决制度，刑事诉讼法中则没有规定该种制度。目前的刑事诉讼法没有将缺席判决规定在立法之中，并不意味着缺席判决与刑事诉讼法的立法精神不相符合。随着社会情形的变迁，完全可以在刑事诉讼法中出现缺席判决制度。我们认为，之所以在此前的刑事诉讼法中没有规定缺席审判制度，主要是因为刑事诉讼的判决结果会给当事人带来严重的后果，在证据获取相对困难，一般还需要依靠犯罪嫌疑人的口供辅助认定犯罪的时代，缺席审判的确会存在侵犯的人权的巨大风险，所以，在漫长的刑事审判中，犯罪嫌疑人归案，甚至获得其有罪供述才可以展开审判活动。但是，随着证据获取能力的进步，DNA 技术、指纹识别技术等证据识别、鉴定技术可以将判决的正确率达到相当高的程度，在此时，犯罪嫌疑人的口供的重要性就刚开始下降。口供证据能力的下降在刑事诉讼法的规定中反映出来。比如我国《刑诉法》第 49 条规定：“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”；第 53 条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”也就是说，在刑事诉讼过程中，被告人有罪的举证责任在于检察院，个人无须通过口供的方式证明自己有罪，同时，刑诉法的规定还表明，即使没有被告人的口供，只要案件的证据确实、充足就可以定案，在实践审判中，也经常出现“零口供”[570]定案的情形。科学技术的进步、证据搜集能力的提升，是促进近代刑法变革的主要动力，[571]这也使得将缺席判决引入刑事诉讼的条件已经成熟。

缺席判决的引入可以改变“审判前没收程序”与现行法律之间的一系列矛盾和冲突之处。一方面，通过物证、书证、鉴定意见侦查笔录等各种证据就可以确实、充分地证明犯罪嫌疑人的罪行，即使被告人因为逃匿或者死亡而缺席诉讼活动，也不会因此而影响到案件的公正。此外，再辅之以必要的程序性要求，比如，缺席判决的对象必须是犯罪嫌疑人逃匿，且通缉一年不能到案或者死亡，并且在缺席判决前要进行长时间（比如，六个月）的公告。通过这样的程序确保犯罪嫌疑人确实是不敢参加诉讼，而不是因为不知情而不能参加诉讼。另一方面，通过缺席判决，在认定犯罪的基础上，随后的违法所得没收程序也就顺理成章，不存在法理上的任何问题。其实，审判前的没收程序在本质上就是一种缺席判决，即通过一个特殊程序在犯罪嫌疑人不在场的条件下，实现对犯罪分子涉案财产的处理，在最终的处理效果上与缺席判决没有不同之处。但是，由于在立法上不使用“缺席判决”这一表述，而是以“裁定”的方式对犯罪嫌疑人的财产进行处理，与我国的法治原则产生了很大的冲突。因此，只需要我们突破对缺席判决的固有成见，在刑事诉讼中引入缺席判决制度，就可以更好地解决对于恐怖主义犯罪的预防与打击。

当然，出于谨慎的考虑，缺席判决在适用上应该严格限制。除了上文中提及的在发动程序上进行限制外，还需要在适用犯罪种类上进行限制，比如，该种判决只适用于社会危害性极其严重的恐怖主义犯罪、贪污贿赂犯罪等类型，这需要在立法中进行严格、具体的列举，而不应该将其适用种类扩大化。

四、 余论

近年来，恐怖主义犯罪呈现出国际性、组织性等一系列的新特征，这使得在反恐问题上，加强国际合作成为应对这一问题的唯一出路，国际公约、条约在这一过程中发挥着举足轻重的作用。在加入某一公约后，随后面临的，将国际公约、条约转化为国内法的过程是落实公约精神的关键一步。以反恐问题为例，在将国际公约中规定的“没收制度”转化为我国刑诉法的没收程序的过程中，虽然较好地契合了国际法的精神，但是，在某种程度上却与国内法

[570] 滨海县人民检察院：《新刑诉法修改视野下“零口供”问题探究》，http://www.jsbinhai.jcy.gov.cn/ShowArt.asp?id=1035，登录时间，2015 年 4 月 2 日。

[571] 桑本谦：《科技进步与中国刑法的近现代变革》，载《政法论坛》2014 年 9 月，第 46、47 页。

存在一定的冲突。因此，在将国际法转化为国内法时，要考虑到我国特殊的法律表述以及立法精神，不能照搬国际公约中的术语和制度，适当必要的创新在所难免。

作者简介：赵星(1970–)，男，山西太原人，中国海洋大学法政学院副教授，主要研究方向：刑法学；电话：15192088981

胡宗金（1991-），男，山东费县人，中国海洋大学法政学院刑法学专业硕士研究生，主要研究方向：刑法学。

应对气候变化的环境技术转移困境及克服

——以利益平衡原则为视角

郑玲丽* 刘畅**

摘要：在全球治理气候问题的背景之下，应对气候变化的环境技术是核心力量，也是发展中国家进行气候治理最为迫切的需要。但与气候相关的环境技术转移普遍出现转移率低、转移成本高、转移质量差、条件苛刻等困境。上述困境与技术转移中的利益平衡问题不无关系，包括技术转移自由与公平承担气候治理责任的平衡、个体利益与群体利益的平衡以及政治经济利益与社会公共利益的平衡。本文以利益平衡原则为视角，从制约、促进、平衡三个角度做出如下考虑，即界定技术所有人合法垄断权界限；提供促进技术所有人维护公共利益的制度平台；建立兼顾技术所有人经济权益的资金制度。

关键词：气候变化 环境技术转移 利益平衡原则

将于2015年年底在巴黎召开的联合国气候变化大会被视为实现气候变化治理新突破，以及达成2020年后全球应对气候变化新行动依据的重要契机。这意味着新一轮的气候谈判博弈展开，其中直接作用于节能减排、清洁能源的环境技术转移议题因涉及私主体与公共群体、发展中国家与发达国家、经济效益与社会公益等诸多利益的协调，而备受外界关注。在全球应对气候变化的新节点上，各国应坚持在利益平衡原则之下解决气候相关的技术转移困境，实现各方利益最大程度的协调一致。

一、气候相关的技术转移蕴含利益平衡的内在需求

在应对气候变化过程中，运用气候相关的环境技术是治理关键，但技术的创新与发展离不开传播应用，这就要求技术持有人向外转移技术，扩大技术受益范围。但应对气候变化的

*郑玲丽，女，法学博士，南京师范大学法学院副教授，研究方向：国际经济法。

电话：1506-225-4736 邮箱：zhengll.gm@gmail.com

**刘畅，女，南京师范大学法学院硕士研究生，研究方向：国际经济法。

电话：1875-200-2356 邮箱：liuchang_njnu@foxmail.com

环境技术转移绝非简单的技术交易，不同形式的技术转移涉及不同主体、牵涉利益错综复杂，反而使气候相关的技术转移成为众多利益的博弈平台。

通常，技术需求方获得环境技术转移的渠道包括与跨国企业签订技术转移合同、与外方合资经营时外方进行技术出资以及发达国家为实现减排目标开展清洁发展机制。其中，技术转让双方签订技术转移合同是最普遍的环境技术转移途径，在内容上多为引进清洁生产设备或是设计图纸，通过设备或图纸载体间接传播清洁生产技术；另一方式则是与外国企业合资经营，试图从外企的技术出资中获得先进技术，我国风电产业在早期发展阶段即是采取此模式。在以上两种途径中，技术持有方与技术需求方在形式上都体现为私主体，但技术需求方在节能减排，发展绿色经济的共同目标之下被视为一个整体，代表了社会群体的整体利益。此时，技术转移所牵涉的乃是个体与群体利益，私主体经济利益与社会群体公共利益间的平衡问题。同时，技术持有方对技术享有所有权，因而可自由处分及获取收益，这带来了气候相关的技术不转移或转移成本高的现实困境，在合作治理气候问题的背景之下，技术持有方却反而获得收益优势，这在一定程度上又带来了技术持有人转移自由、定价自由与公平承担治理气候责任的法益协调问题。

区别于技术持有方在交易市场中因需求而转移技术的被动模式，由《京都议定书》确立的“清洁发展机制”则推动掌握核心气候友好型技术的发达国家主动与发展中国家开展节能减排合作。此时，技术转移涉及的主体为独立的主权国家，技术流向也多为发达国家向发展中国家转移，但近年来，国际气候谈判中发达国家学者提出，以中国、印度为代表的发展中国家也逐渐成为技术转移主力一方，因而在气候治理责任承担上应相应减少发达国家负担，削减技术转移等义务的强制性。[572]随着这一主体间气候转移形势和国际间气候责任承担态度的演变，国际气候谈判中的国家博弈将愈演愈烈，这同时意味着发达国家追求的政治经济利益与需求技术援助的发展中国家代表的气候治理公共利益间的博弈也将愈加激烈。

即使是代表私权利的主体与代表公权力的国家主体间在气候相关的技术转移问题上也存在利益平衡的要求。由于历史等原因，发达国家的企业（主要是跨国公司）掌握了全球 90%以上的先进技术（含气候相关的环境技术），当它们在进行技术转让时唯企业利益而非政府履行国际义务为导向，借发展中国家需要技术的迫切性来抬高技术许可使用费，或提出种种附加条件，或在认为无利可图时则拒绝转让技术时，强调私权神圣不可侵犯的发达国家政府该如何处理。[573]此时，个人权利自由必然需要受到公权力的制约，权利自由与公权力制约的边界在利益衡量原则下也需求解答。

---

572 Neel Maitra, “Access to Environmentally Sound Technology in the Developing World:A Proposed Alternative to Compulsory Licensing”,Columbia Journal of Environmental Law,2010,p.434.

573 马忠法：《论应对气候变化的国际技术转让法律制度完善》，载《法学家》2011 年第 4 期，第 125 页。

由此，在与气候相关的环境技术转移中，公私主体之间存在着两两交叉的利益协调问题，在新的气候谈判中，考虑如何平衡气候相关的技术转移涉及的各方利益具有现实需求。

二、利益失衡情形下的气候相关技术转移困境

在应对气候问题时，与之相关的国际环境公约、宣言以及知识产权协定均对环境技术转移做出了规定，凸显其在气候治理中的核心地位。最早明确表明技术转移对于环境和发展具有重要意义的国际性文件是1972年联合国人类环境会议上通过的《斯德哥尔摩宣言》，[574]在其首次表明发展中国家应获得环境工艺支持后，随后的国际性文件相继出现类似规定。在国际公约和多边环境协定中，《关于破坏臭氧层物质的蒙特利尔议定书》（1987）和《联合国气候变化框架公约》（1992）及其补充条款的《京都议定书》（1997）同样包含了鼓励技术转移的条款及激励机制，并被视为环境技术转移规定中的成功典型。此外，联合国气候大会还通过了一系列旨在推动气候相关技术转移的决议，包括《哥本哈根协定》、《坎昆协定》，为环境交换议题出现实质性突破持续做出努力。但近年来，气候相关的国际会议及协定仍将环境技术转移作为谈判重点，国际上对技术强国加强技术转移的呼声也愈发高涨，除气候恶化的现实压力外，既有的国际条约、协定在制度设计上未能兼顾好公私利益平衡，导致国际实践离预期效果差异大，也是重要因素，在利益失衡的影响下，环境技术转移所面临的困境，具体可归纳为以下几点：

1、环境技术实际转移率低。

技术转移不仅意味着技术持有方向技术受让方转移设备图纸，还包括使用的技能以及专有技术（know-how）。[575]而发达国家虽将设备或图纸出售，但有关设备制造、软件开发等方面的专有技术却时常并未一起转移，导致发展中国家仅能在设备层面改进生产，无法实现自身的技术突破。环境技术转移率低的现象在清洁发展机制之中则更为明显。根据联合国气候变化框架协议（UNFCCC）网站的官方统计数据，截止2015年2月28日，联合国清洁发展机制执行理事会(EB)披露的已注册CDM项目总数为7598个，预计到2015年年底将累计签发CERs47.237亿吨。其中中国CDM项目数达到3763项，获得的CERs签发量接近全球总额的50%，成为全球最大的CERs供应商。[576]但在庞大数据的背后，却并不代表等量的环境技术转移。在2008年EB公布的待注册的3296个CDM项目中，涉及技术转让的项目比率为36%；而在2010年的世界银行报告中，只有1/3的CDM项目有技术转让；低技术转移率的现状在

[574] 《斯德哥尔摩宣言》中与会国和国际组织取得了七点共同看法和二十六项原则，其中第20条原则规定：必须支持和促使最新科学情报和经验的自由交流以便解决环境问题；应该使发展中的国家得到环境工艺，其条件是鼓励这种工艺的广泛传播，而不成为发展中的国家的经济负担。

[575] Margaret McInerney, “Tacit Knowledge Transfer with Patent Law: Exploring Clean Technology Transfers”, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, winter, 2011, p.455.

[576] The database is available at http://cdm.unfccc.int/Statistics/Public/CDMinsights/index.html.

项目总数最多的中国同样得到验证，据调查，在 2009 年和 2010 年间规划的项目中，仅有 14%的项目涉及技术转移。[577]此外，CDM 项目中的技术转移也多发生在规模较大的减排项目中，小规模项目和单边项目的技术转移比例则更低。[578]在这些统计数据中，对技术转移的界定实际十分宽泛，通常将单纯的设备转移也视为技术转移的一种。通过对近年来数据的分析，技术转移率往往在 30%—40%间徘徊的 CDM 项目表明在环境技术转领域，并未因发达国家与发展中国家合作数量上的增长，而带来气候相关的环境技术转移也蓬勃发展。

2、环境技术转移成本高

在气候治理的过程中，环境技术转移大多发生为发达国家向发展中国家单边转移，造成这一趋势的原因在于发达国家由于具备更强的资金和科研实力，往往在环境技术开发上更具优势。当通过市场机制进行技术转移交易时，转让方的技术垄断地位以及受让方的迫切需求所形成的的供需不平衡，促使了环境技术转移的价格高涨。同时，由于技术转让的单向性，受让人根本无法确认技术的价值，也举不出反证说明技术出让方的价格不合理性，所以很难断定自己支付的价格如何，致使技术转让市场在等价有偿性上存在缺陷。[579]

发达国家除了直接在技术转移合同中漫天要价以外，在以出资形式转移技术的模式中，也给发展中国家受让技术的企业带来高额成本压力。以我国风电企业为例，在早期的合资中，因为外方不愿转让专有技术给合资企业，而是采取进口主要部件方式，导致生产成本比完全进口机器更加昂贵，使该企业不仅未获得持续发展的核心技术，还增加了企业经营成本，往往带来合资失败，技术转让终止。[580]

3、环境技术转移质量不高

发达国家在气候相关的环境技术转移上不仅转移率低，转移的技术质量也不尽如人意。在以转移设备和图纸为主的转移模式中，由于从研究到完全开发需要耗费大量时间，等投入到产品运用中时，所转移的技术已在激烈的市场竞争中过时而遭遇淘汰。同时，环境技术转移成本高的困境也导致发展中国家企业因无力承担掌握最先进技术的的企业报价，而被迫转向购买国外中小企业的低水平技术，虽在短时间内较以往的清洁生产能力有所提升，但始终无法实现长足发展，所获得的转移技术也并非该领域的核心专有技术。

此外，在以给予温室气体减排量为激励措施的 CDM 机制中，发达国家将在本国已落后过时的技术转移给发展中国家以取得减排量的现象也时常发生。在技术转移牵涉利益衡量时，发展中国家为追逐利益最大化，用落后技术换取发展中国家的减排量，也屡见不鲜。事实上，

577 马忠法：清洁发展机制在技术转移方面的特点、问题及其应对研究，张乃根、马忠法主编：《清洁能源与技术转移》，上海交通大学出版社 2011 年版，第 57 页。
578 韩缨：《气候变化国际法问题研究》，浙江大学出版社 2012 年版，第 112 页。
579 马忠法：《国际技术转让法律制度理论与实务研究》，法律出版社 2007 年版，第 75 页。
580 王树平、王灿、许益民等著：《知识产权与气候变化》，社会科学文献出版社 2013 年版，第 30 页。

发展中国家不应成为发达国家淘汰技术的汇聚地，即使不能获得清洁能源生产的最新技术，但在全球合作治理气候恶化的共同目标下，也应受让实现低能耗、可再生的技术。[581]

4、环境技术转移条件苛刻

发达国家即使在应对气候问题上与发展中国家达成了合作治理的共识，但在相关的技术转移上却仍附加了许多苛刻的条件。除了掠夺性的技术转让费用，发达国家往往还在转移条件中增加限制性竞争的条款，譬如，限制被许可方从其他来源获得技术的自由，规定若从第三方获得的权利或技术同其转移的技术形成竞争，将被视为对转让协议的实质性违约；限制被许可方在协议的技术上后续研发的自由，要求被许可方在做任何更改时有义务通知许可方，并获得书面同意；限制被许可方的境外生产和销售。[582]

技术持有方的拒绝许可、搭售、掠夺性定价行为以及通过垄断协议限制发展中国家企业购买新技术或者开发新技术的行为，[583]实际上反映了其在技术优势之下滥用自由支配权，这无疑给以发展中国家为代表的技术需求方在环境技术转移困境上雪上加霜。

三、气候相关的技术转移困境之利益失衡成因

气候相关的环境技术转移在参与主体上既包括拥有技术的企业或个人的私主体也包括参与国际协议谈判的主权国家，各主体之间的利益冲突围绕着自由与平等、个体与群体、政治经济利益与公共利益展开，但不同主体之间在利益平衡需求上展现出不同侧重。在私主体与国家之间，技术持有人的自由权利边界受到质疑，以强调私权保护为重要法治精神的技术持有人母国面临公平承担气候治理责任和维护自由权的抉择；在私主体之间，代表个体利益的技术持有方与代表群体利益的技术需求方面临个体利益与群体利益偏向的抉择；在国家主体之间，气候治理技术强国凭借技术优势获取经济利益一定程度上也阻碍了气候治理的公共利益实现。在气候相关的技术转移中，这些利益较量的失衡从不同角度导致了技术转移困境。

（一）技术转移自由与气候治理责任公平承担的利益失衡

气候相关的环境技术所有人对技术最常见的保护方式即是将其作为专利获得知识产权领域的保护。而作为环境技术的所有人，知识产权对于其最大的意义在于赋予技术垄断的合法依据。由于知识产权的特性，它需要通过一定的法律程序获取由国家授予的、对其技术在特定时期的排他使用权，即在一段时间内的垄断权。而专利等知识产权作为私人权利，本质上是市场经济中合法的、有期限的垄断权，是一种经过政府许可的排除他人就该技术与之竞

581 Elizabeth Burleson,“From Fragmentation to Innovation Coordination”, Georgetown International Environmental Law Review,summer,2012,p.495.

582 张乃根：论后《京都议定书》时期的清洁能源技术转让，张乃根，马忠法主编：《清洁能源与技术转移》，上海交通大学出版社 2011 年版，第 10 页。

583 郑书前：《论我国环境技术转移面临的知识产权困境及其克服》，载《重庆理工大学学报》（社会科学）2011 年第 25 卷第 9 期，第 31 页。

争的独特权利，即其在一定范围内享有合法垄断权。[584]技术所有人凭借该权利享有技术转移自由、定价自由、条件附加自由。

国家运用公权力赋予技术持有人自由支配权的同时，在国际气候协定中也做出了参与治理气候问题的承诺，尤其是作为气候早期变化的主要责任方以及掌握更多技术资源的发达国家被要求在资金和技术援助上投入更多，以实现治理气候的责任公平承担。但在气候友好型技术大部分掌握在个人或企业的私主体手中时，国家主体面对受法律保护私权的技术持有方也无能为力。但更坏的一种情形是，一些发达国家以技术所有人享有合法垄断权无法强制其转移为借口，被动履行气候治理的责任。曾出现一种观点，即中国区别于他国单纯获取技术的做法，而通过设备研究还原核心技术，并以此造成与原技术所有人的不当竞争，因而呼吁发达国家在对华技术转移规则上需做出调整。[585]在这一情形下，自由作为技术不转移的借口一定程度上阻碍了公平的实现，带来了技术转移率低、转移技术落后的局面。

（二）技术转移中个体利益与群体利益的失衡

在应对气候变化问题时，享有技术优势的企业或是发达国家不仅是技术转移的主力，也是参与全球气候治理的重要主体。但技术交易市场上买卖主导权及定价权的垄断现象表明该市场长期处于供需不平衡的状况，作为少数群体的技术供应方仅代表了个体利益，而大部分市场参与者则是技术需求方，该群体在获得技术转移及实现节能减排、清洁生产的目标上具有共同利益。

在马克思唯物观中，个体利益与集体利益是辩证统一的关系。从对立角度看，通常个人利益表现为局部利益和眼前利益，而集体利益则强调全局利益，两者在价值追求上存在矛盾冲突。这一论述在气候治理问题上也得到充分印证，技术供应方更多的是关注个体从技术转移中获取经济收益，而未考虑在增加技术受让成本时阻碍了全球气候治理进程，显然违背了社会集体的可持续发展主张。但个体利益与集体利益的平衡不意味着忽略个体需求，仅以群体利益为导向，否则又走向制约个体发展的另一个极端。在气候问题上，若过度放宽技术受让条件或压制转让价格，将抑制技术所有人创新热情，在技术发展层面上同样影响气候治理速度。

实际上，个体利益与集体利益既有对立性，又有统一性。一方面，个人利益和集体利益互为前提存在，另一方面，个人利益和集体利益相互促进。在此理论下，想推动群体利益的实现，必然需要协调好其与个体利益间关系。

（三）技术转移的政治经济利益与社会公共利益的失衡

---

584 马忠法：《国际技术转让法律制度理论与实务研究》，法律出版社 2007 年版，第 23 页。

585 Matthew Burns, “A Sustainable Framework for International Green Technology Transfer”, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, summer, 2012, p.409.

《联合国气候变化框架公约》为实现减少温室气体排放，减少人为活动对气候系统的危害，减缓气候变化的目标，确立了五项基本原则，其中第一项即是“共同但有区别的责任”原则，要求发达国家率先行动并给发展中国家提供资金和技术支持，发展中国家在得到技术和资金支持下采取措施减缓或适应气候变化。但在实践中，发达国家并未积极履行其在国际条约中所做出的承诺，一方面由于大部分技术掌握在企业之中，国家出于私权保护而不加干预，另一方面则是由于发达国家出于政治、经济利益考虑而故意消极对待。甚至在近几年的气候议题谈判中，发达国家试图增加发展中国家义务以减轻自身责任。此外，发达国家为持续性的保持其技术上的优势，往往也会对发展中国家施加压力促使其提高国内知识产权保护水平，利用技术引进国的知识产权制度合法排除竞争者，并减小其技术垄断可能面临的压力。

其中美国为主导的《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP 协定）在知识产权章节的设计上，就明显体现这一趋势。[586]TPP 协定的知识产权章节虽然在直接涉及“技术转移”的条款多上多为原则性规定，但在章节具体规则制定上，却大刀阔斧的提高了知识产权保护标准，某些领域与现有知识产权制度存在明显差异，显然使技术转移的法律环境更为严苛。以专利制度为例，TPP 协定放宽了专利的申请条件，一项新的形式使用或者使用一个已知产品的方法也可以满足专利的标准，即使这样的发明并没有改善该产品的现有功效，缔约方都应当保证其可以获得专利权；同时，它还扩大了授予专利权的范围，以往明确不授予专利权的动植物品种、诊断治疗以及外科手术方法此时都纳入授予范围，[587]这些规定表明发达国家在专利保护上进一步加强权利控制，也就意味着要求发达国家带有援助性质的转移气候治理技术显然与其现阶段所持的专利权利紧缩政策不符，预示着未来专利技术的转移将更加艰难。

上述种种迹象表明，发展中国家在气候谈判博弈中仍以本国的政治、经济利益作为优先考虑，在“效率优先”的同时显然未“兼顾公平”——改善气候环境的社会公共利益亟需提高地位。

四、利益平衡原则指导下的技术转移困境克服

（一）限制——限定技术所有人合法垄断权的行使范围

技术所有人享有合法垄断权的概念是基于技术转换为专利受到知识产权保护的前提，因而在讨论垄断权限制问题时，知识产权制度调整是无法绕开的角度。而气候相关的环境技术转移面临的最大阻碍即是来自于知识产权与气候治理背后环境权的性质冲突。在可持续发展成为 21 世纪人类共同战略选择的情况下，技术持有人的合法垄断权即使来源于国家公权力，

[586] TPP 协定的知识产权章节草案于 2013 年 11 月 13 日在维基解密网站（WikiLeaks）披露，随后在 2014 年 10 月 16 日又公布了更新的知识产权章节，但无官方披露文本。文本内容可访问：http://wikileaks.ch/tpp-ip2/。

[587] 亢梅玲、陈安筠：《TPP 中知识产权强保护与中国的策应》，载《亚太经济》2013 年第 6 期，第 57 页。

在其阻碍国家承担气候治理公平责任时仍需受到限制。欧洲知识产权局的研究报告曾预测：气候变化带来的灾难，让发达国家政府看到了加快技术创新和扩散的迫切需求；公共温升问题将社会公共利益摆在了头等重要的位置，公民社会在知识产权上获得主导发言权，知识产权私权性被削弱，并向公共利益倾斜。[588]这就要求不能仅把知识产权看成是私权,还要从环境保护和可持续发展、社会公益等多视角分析知识产权的性质和功能，[589]促使知识产权制度的核心从自由转向兼顾公平，从私益转向与公益的结合，从全面支配到有限支配。[590]

利益平衡原则即强调技术资源分配的合理性,防止知识产权权利人通过在全球气候变化领域所拥有的先进技术，利用优势地位攫取垄断利润，目的是在私人垄断与公众分享之间保持平衡，建立知识产品的创造者、传播者与使用者利益兼顾的平衡模式，从而实现知识产品合理分配与利用，实现社会效用最大化。[591]在知识制度中落实这一原则，即是在知识产权法中解决好这种专有权的范围、限度——法律上体现为对知识产权的权利限制、时间性和地域性等，以及公众可以自由或有限地接近的领域和程度。[592]

在解决气候相关的技术转移困境时，现有相关知识产权制度包括专利的保护期限设置、合理使用制度以及强制许可制度，这三项制度依次体现了国家公权力干预的加深。其中，强制许可制度作为最严厉的国家干预手段，是国际市场中技术需求方最强有力的手段。

环境友好技术从自身性质上看，本身就具有准公共物品的性质，仅靠纯市场方式的扩散有其局限性，而国家间的技术传播涉及国家经济利益尤为如此。[593]这意味着，发展中国家在面临气候相关的技术转移困境时，不能单纯依靠市场机制调节，寻求国家干预是重要措施。“强制许可制度”即源于公共利益与知识产权人私益的博弈，是知识产权平衡原则在知识产权制度中的重要体现,强制许可制度的生态化就是以公权力介入的形式明确知识产权制度中对生态环境保护的要求，从而抑制知识产权制度的生态负效应。[594]目前，“强制许可”制度存在适用条件局限的缺陷，其以维护公共健康利益为核心，在运用上仍集中在药品专利许可上，而与技术转移相关的环境保护却并未以条款形式明确纳入到“公共利益”的含义之中，这为发展中国家在与发达国家以谈判形式商讨环境技术转移失败后寻求救济增添了难度。在此情形下，明确环境保护与公共利益的关系，通过知识产权制度调整推动知识产权的属性发

588 王树平、王灿、许益民等著：《知识产权与气候变化》，社会科学文献出版社 2013 年版，第 170 页。
589 潘爱叶、侯作前：《从环境保护一体化看我国知识产权制度的完善》，载《政法论丛》2006 年第 1 期，第 51 页。
590 宋军：《浅论知识产权制度的生态化法治选择》，载《党史博采》2007 年第 9 期，第 19 页。
591 腾飞：《全球气候谈判中的知识产权问题探析——以工具主义为视角》，载《知识产权》2015 年第 1 期，第 76 页。
592 冯晓青：《试论以利益平衡理论为基础的知识产权制度》，载《江苏社会科学》2004 年第 1 期，第 211 页。
593 崔玉清：《国际环境合作与环境友好技术转让辨析》，载《开放导报》2014 年第 1 期，第 53 页。
594 黄莎：《从利益平衡原则看知识产权制度生态化》，载《河南财经政法大学学报》2013 年第 5 期，第 117 页。

展对技术转移有重要促进作用。

（二）促进——提供制度平台便利技术所有人顾及公共利益

利益平衡是个动态的过程，[595]尤其是在利益博弈激烈的领域，时刻酝酿着新的结果产生。以专利技术与公共健康平衡为例，在 2001 年 11 月《多哈部长宣言》、《TRIPs 协议与公共健康宣言》宣布以前，发达国家同样将药品专利技术牢牢控制，但经过发展中国家据理力争，《宣言》突破了技术垄断的严密防线，尤其是在 2003 年的《关于与实施有关的问题和关注的决定》中，进一步允许发展中成员和最不发达成员在发生公共健康危机时,可通过强制许可自己生产有关专利药品,无生产能力的国家也可以获得由此生产的药品。这表明在利益平衡的博弈中，公共利益获得动态发展具有现实可能性。但利益平衡的实现需要依托制度平台来实现，技术所有人通过践行制度体现对公共利益的顾及。

发达国家国内的专利当然许可制度具有一定借鉴意义。专利当然许可是指技术所以人在申请并取得专利权后向专利主管机构请求登记，在专利权的有效期间范围内，任何人可以不经与其另行谈判，只要缴纳一定数额的使用费即可以实施其专利技术的一种许可形式。专利的当然许可制度便捷了专利技术进入市场流通，使其得到充分利用，推进技术的创新，因此设置该制度的国家通产对其持鼓励态度，并从法律上给予优惠：规定专利适用当然许可制度时，国家会减少其所应当缴纳的年费。[596]在促进气候相关的环境技术流通措施中，引入当然许可制度可节省专利权人与技术需求企业谈判与博弈的环节，加大技术转移的效率，同时还可避免掌握核心技术的优势方在转让中漫天要价，肆意提高转让价格。

此外，构成技术需求方主体的发展中国家联合建设技术共享机制也为技术持有人提供了兼顾公益的平台。技术共享机制的主要功能在于效益最大化的帮助发展中国家获取更多治理气候的环境技术，形式上可采取类似专利池的方式，在获得专利所有人授权后，将专利放入公共平台，但专利共享机制的建立必然以技术所有人愿让渡部分利益，尤其是经济利益为前提，这也恰好促使其做出保护公共利益的贡献。

（三）平衡——建立兼顾技术所有人经济权益的资金制度

利益平衡原则的真正内涵在于双方兼顾，技术所有人虽作为优势主体，但其享有合理范围内的经济利益，这一权利即使是在强制许可情形下仍不可剥夺。而技术需求方凭借专利池

[595] 黄玉烨：《知识产权利益衡量论——兼论后 TRIPs 时代知识产权国际保护的新发展》，载《法商研究》2004 年第 5 期，第 95 页。

[596] 徐红菊：《国际技术转让法学》，知识产权出版社 2012 年版，第 58 面。

等制度解决了技术不转移困境后，也许仍将面对受让成本高的困境。[597]此时，气候相关的技术转移专项基金制度在双方主体上都能发挥重要作用。

在实践中，国际社会为专项基金建设做出过尝试，其中主要的已设基金包括“全球环境基金”、“特别气候变化基金”、“最不发达国家基金”、“适应基金”以及“绿色气候基金”。这些已设基金制度的共通性问题包括：实际到位资金与承诺不符；基金管理主体仍存争议；适用范围广，落实到技术转让领域的资金份额小。最早在 2009 年哥本哈根气候大会上提出的“绿色气候基金”约定，发达国家应在 2010 年至 2012 年出资 300 亿美元作为绿色气候基金的快速启动基金，并在 2013 年至 2020 年间每年出资 1000 亿美元帮助发展中国家积极应对气候变化。然而直到现在，这一切还仅仅是纸上谈兵，在 2014 年 12 月召开的利马会议上，尽管启动基金的筹资目标已缩水至 100 亿美元，但目前仅仅筹得 93 亿。[598]此外，虽然发展中国家以促进气候友好型技术的研发、推广和应用为目的提出建立专项基金，促使《联合国气候变化框架公约》中加入“发达国家应增加、新增或额外补充可预见和充足的资金以促进技术开发和转让”的条款，但上述基金制度普遍适用广泛的气候环境问题，并未在技术转移领域投入较多，以特别气候变化基金 2010 年数据为例，在实际到位的 1.1 亿美元捐款中，仅有一千四百多万美元流入技术转让领域。[599]

由此，为缓解技术转移中受让成本压力，以及提高技术持有方转移动力，建立技术转移专项基金制度具有现实意义。在制定该项基金制度时，有以下几点核心问题需要考虑：基金谁掌控、资金来源、法律地位、项目谁决定、过渡性安排。[600]发展中国家一直担心基金成为出资国掌控的工具，因而发展中国家如何联合起来加大话语权是保障技术转移基金走向的关键。同时，结合以往基金落实的现状来看，现实与承诺差距悬殊，督促出资承诺国家落实诺言是基金生存的保障。此外，发展中国家在资金援助下购买的技术权属及处分权范围也应当一并讨论。构建技术转移专项基金制度的过程实际上也是又一次利益博弈的过程，坚持利益平衡原则仍是贯穿始终的精神。

---

[597] Stéphanie Chuffart,“The Technology Transfer And Diseminaton Under The NFCCC:Achievements And New Perspective”, available at https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate-change/files/Publications/Collaborations-Visiting-Scholars/Microsoft%20Word%20-%20Technology%20Transfer%20Under%20the%20UNFCCC%20_Chuffart_.pdf.

[598] 刘隆、陈威华：“利马气候大会期待破冰，绿色气候基金未达筹资目标”，新华网，2014 年 12 月 2 日，http://finance.sina.com.cn/world/gjjj/ 20141202/113520975525.shtml。

[599] 韩缨：《气候变化国际法问题研究》，浙江大学出版社 2012 年版，第 105 页。

[600] 张雯、朱留财：“绿色气候基金的喜与忧”，科学新闻网，2012 年 1 月 15 日，http://www.sciencenet.cn/skhtmlnews/2012/1/1652.html。

我国南海权益的国际习惯法依据：以历史性权利为视角*

於佳**　　江河**

摘　要：《联合国海洋法公约》是国际海洋法领域最全面、最普遍的公约，然而其固有缺陷使我国不得不从国际习惯法中寻找维护我国南海权益的依据。历史性权利说可以最大限度的维护我国南海的既得权利，然而历史性权利的性质和内容在国际社会尚且存在争议。国际习惯由“通例”和“法律确信”两个要素共同构成，历史性权利完全符合国际习惯法的这两个要素。我国长期在南海的各种活动和国际社会尤其是周边国家的承认，使我国南海断续线内的历史性权利已经形成。其他国家应当予以尊重，而不得违反国际习惯法损害我国的合法权益。面对周边国家侵犯我国南海权益的行为，中国应积极采取对策，维护我国的既得权利。

关键词：国际习惯法；历史性权利；南海断续线；既得权利

中国在南海享有广泛的历史性权利，我国是最早发现、开发、经营南海诸岛及其海域的国家，并受到周边国家以及国际社会长期以来明示或默示的承认。然而，随着上世纪七十年代起南海海域内丰富的油气资源的发现，这片海域迅速成为周边国家竞相争夺的对象。周边国家加紧对南海岛屿的争夺和控制，使我国处于十分被动和不利的地位。而在国际社会，断续线的性质和内容并非完全确定是各国质疑其合法性时主要的攻击对象。关于南海断续线的性质，目前中国国内主要有四种理论，其中历史性权利说可以最大限度地保护我国在南海的既得权利。然而以历史性权利主张权益也存在一些弱点，一些国家质疑历史性权利的性质以及我国断续线内历史性权利的存在。因此，首先必须论证历史性权利是国际习惯法，其次要寻找我国断续线内历史性权利的依据，这是本文试图解决的两个主要问题。

一、国际习惯法的理论界定与实践发展

《联合国海洋法公约》的局限性使我国有必要从国际习惯法中为我国的既存权利寻求法律依据。国际习惯是国际法最主要的渊源之一，它是在各国反复的实践中形成具有法律约束力的规则。因此，其普遍约束力可以弥补条约法的局限性。国际习惯由“通例”和“法律确信”两要素构成，它们互相独立，又互相补足。

* 本论文为国家社科基金项目“我国南海权益维护及其两岸合作机制的法律研究”（项目编号：13BFX163）的中期研究成果。

** 於佳，女，1991 年生，湖北省黄冈人，法学硕士，中南财经政法大学硕士研究生，研究方向：国际海洋法。电子信箱：cocoyujia@hotmail.com。

** 江河，男，1973 年生，湖北浠水人，法学博士，中南财经政法大学副教授，研究方向：国际法基础理论和国际海洋法。电子邮箱：bernardjh2002@yahoo.com。

国际习惯法的最新理论和实践促进了两要素说的进一步发展和完善。

（一）从国际习惯法角度讨论维权的必要性

1. 《联合国海洋法公约》（以下简称“公约”）是当今各国解决海洋争端最有力的法律依据。然而遗憾的是，它却不能为我国维护南海权益提供有效的法律依据。究其原因主要包括以下：第一，历史性权利是我国南海权益十分重要的法理依据，而公约关于历史性权利的内容缺乏具体性和可操作性。由于历史性权利本身难于界定和各国利益的分歧，公约只是概括性的将历史性权利规定在分散的条款中，因此缺乏可操作性是必然的。第二，公约的部分制度对我国南海的既存利益存在消极影响。根据公约第 13 条、第 47 条和第 121 条的规定，我国既不能利用礁石划定基线，又不能依据这些礁石主张领海、专属经济区和大陆架，显然对维护我国的权益十分不利。第三，公约产生时间晚于南海争端产生的时间，根据“法不溯及既往”的古老的原则，确定权利的依据适用事实发生时的法律，而不是争端产生时的法律。因此，中国要维护南海的权益，必然要从国际习惯法中寻找其理论依据。

2. 历史性权利可以最大限度的维护我国在南海海域的合法权益，同时又不妨碍他国在这一海域航行、铺设管道等的自由，因此可以比较容易为各国接受。但是各国对其性质和内容并没有达成明确的共识，由于它产生于国际习惯法，因此从国际习惯法开始分析有助于明确历史性权利的性质和内容。中国在断续线内的历史性权利，不影响我国依据先占、时效等国际习惯法规则对一些岛屿主张主权，也不影响依据岛屿主张领海、专属经济区和大陆架的权利。历史性权利至少保证了中国在南海长期实践基础上形成的权益。

3. 为了应对南海周边国家在国际司法机构对我国提出的诉讼，我国也应做好应对准备。2013 年菲律宾在常设仲裁法庭对我国提起仲裁，企图歪曲事实和制造不利于我国的舆论，以将南海争端国际化，将来也不排除其他国家作出相似的行为。虽然说我国更倾向于通过政治方法解决南海争端，但是面对这些国家提起的诉讼和国际社会的质疑，也必须做好应对的准备。既然《公约》不能有效维护南海的既存利益，那只能从国际习惯法中寻找依据。

（二）国际习惯法的理论界定

国际习惯伴随着国际法而产生，国际习惯法在国际法上具有尤其重要的地位。国际社会对国际习惯基本达成共识：即国际习惯是在各国反复实践和国际社会的法律确信的基础上形成的，包含“通例”和“法律确信”两个构成要素。也有学者试图对国际习惯作出不同的解释，最终的结果都是促进了“两要素说”的进一步发展和完善。

1. 国际习惯法的概念和地位

国际习惯是最古老的国际法渊源，已经有无数的权威学者对其作过界定。主流观点认为，“国际习惯规则是各国在实践中反复形成的，具有法律约束力的不成文的行为规则”[601]。这一定义与《国际法院规约》第 38 条对国际法渊源进行列举时所称，“国际习惯，作为通例之证明[602] 而经接受为法律者”的规定是一致的。这种定义中，国际习惯包括“通例”和“法律确信”两个要素，各国的反复和长期实践形成“通例”，是“物质因素”；而通例被接受为法律则构成法律确念，是“心理因素”。

在条约体系尚不发达之前，国际法主要是由国际习惯规则组成。许多国际习惯规则对当今的国际社会的法律秩序产生了决定性的影响，比如“条约必须遵守”、“禁止使用武力”、“和平解决国际争端”等；关于领土取得的古老习惯规则如先占、时效等，对当今世界版图产生了重要影响。其他的国际法渊源，在效力上归根结底都是以国际习惯法为依据的。[603] 虽然随着条约法的兴盛和国际法编纂的发展，条约因为更具明确性和便于操作性日渐增多，但国际习惯的地位仍然无可取代。虽然国际司法机构更倾向于援引条约，但在适用条约发生疑问时，仍要以国际习惯为背景加以解释。当国际习惯规则包含有强行法规则而条约与其相抵触时，在抵触的范围内习惯优于条约。国际习惯法的普遍约束力也是其优势，它为国际法的普遍约束力提供了理论基础。相比较而言，条约的效力局限于“条约效力不及于第三国”的规则，而且条约的加入和退出取决于国家的自愿，这成为国际法效力受到质疑的原因之一。国际条约和国际习惯作为国际法的渊源，它们的地位都很重要，没有必要在理论上分出主次优劣。由于它们各有自己的特点和优点，所以它们可以互相补充，共同推进国际法的完善。国际条约经常将某些重要的国际习惯纳入条约之中，习惯规则逐渐有成为条约规则的趋势，[604] 这样就使抽象的国际习惯具体化，使其更加易于操作和遵守；条约的自愿性、效力的局限性、内容的有限性，导致在解释和适用国际法常常找不到条约法依据，此时国际习惯法就发挥着重要的作用。

2. 国际习惯的构成要素

当代主流观点认为国际习惯包括“通例”和“法律确信”个要素。但在通例和法律确信谁起主导作用的观点上，不同的学者又各有自己的观点。有的学者特别强调通例的决定性作用，他们认为通例主导着国际习惯的形成，法律确信则可

[601] 王献枢：《国际法》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 19 页。
[602] “作为通例之证明”的说法受到学者的普遍批评，通例作为国际习惯的构成要素，应当是国际习惯存在的证明，而不是反之。参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 71 页。
[603] 参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 67 页。
[604] 王献枢：《国际法》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 20 页。

以从通例中推导出来。[605] 有的学者特别强调法律确信的作用，认为国际习惯正是基于法律确念才有普遍效力，没有国家同意就没有遵守国际习惯法的义务。[606] 还有的学者将二者置于同等重要的的位置，如布朗利认为习惯应包括四个要素：1）时间的持续性；2）做法的一致性、连贯性；3）做法的一般性；4）法律及必要的信念。[607] 除了对实践作出细致的规定外，他同时特别强调国家的义务感的重要性及其与通例之间存的区别。[608] 这里的义务感就是国家将惯例规则作为法律并约束自我行为的法律确信。可以看出他将通例和法律确信视为同等重要的构成要素。无论如何，“两要素说”在当今国际社会占据着主流地位，构成国际习惯的主观因素和客观因素是相辅相成，缺一不可的。

通例是指各国对某种事项长期重复的采取的类似行为，[609] 它又常被称为常例或惯例。从定义可以看出对类似行为的反复实践是习惯法形成的基础。国际法委员会于 1950 年列出了几种促成国际习惯形成的国家实践的几种有效形式：条约、国内法院和国际法院的裁决、国家立法、外交文书、国家法律顾问的意见、国际组织的实践。上述各项列举不是为了穷尽所有的依据，而是为我们提供一个讨论的基础。[610] 一般认为满足通例的实践必须符合三个具体的要求：首先，实践需要具备时间性。这意味着通例的形成要经过时间的检验。一般来说，这个时间都比较漫长，尤其是在现代国际法产生之前，但也并非全然如此。在“北海大陆架案”中，法院指出“即使未经过相当长的时间，有极为广泛和具有代表性的国家参加，本身就已足够了，特别是那些利益特别受影响的国家在内”。随着现代社会交通、通讯、科技的进步，国际习惯法的形成所需的时间也越来越短。其次，实践需要连续性和一致性，不能经常间断或者反复无常。对实践的连续性要求不是绝对的，实践在形成国际习惯的过程中，可能出于许多原因被打断。正如童金所说“大概任何一个国际法惯例规范都不是没有间断的国际实践中产生出来的”。完全没有间断才能产生国际习惯的观点是不符合国际实践的[611] 。相比较而言，实践的一致性更加重要，在北海大陆架案中，法院指出，尽管经过一段短时间不必然阻碍新的习惯规则的形成，但是国际习惯规则形成的一个必不可少的条件就是利益特别受影响国家的实践应该是广泛的又是实际一致的。最后，实践需要一定程度的广泛性。国际习惯的形成需要一定数量的国家的直接实践。国家直接参加实践固然可以促成国际习惯的形成，但是间接地不作为是否具有同样作

---

605 See Anthony A. D’ Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, 1971, p. 54.

606 如童金把国家之间对习惯法规范的承认视为一种默示协议，认为国际法规则是在这种协议的基础上建立起来的。多数国家的长期实践建立的国际法规则应当对其他国家有约束力的观点，违反了现代国际法的平等原则。[苏] 格·童金：《国际法原论》，尹玉海译，中国民主法治出版社 2006 年版，第 97-105 页

607 James Crawford, Brownlie’ s Principle of Public International Law, pp. 24-26.

608 [英] 伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2003 年版，第 6-7 页。

609 王献枢：《国际法》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 19 页。

610 ILC Yearbook,1950, pp. 368-372

611 [苏]格·童金：《国际法原论》，尹玉海译，中国民主法治出版社 2006 年版，第 94 页。

用？答案应该是肯定的。在习惯法形成的过程中并不一定所有国家都有机会参与实践，没有直接参加实践的国家不作为也可以间接促成国际习惯法的形成。以专属经济区制度的形成为例，许多没有海岸线的内陆国选择消极不作为和忍耐，最后促成了与专属经济区制度相关的国际习惯规则的形成。从反面来说，如果以积极的实践为唯一的根据，那么在塑造国际习惯法的过程中，那些有能力涉足广泛领域的发达国家无疑占据着主导地位。

一般学者将法律确信解释为，国家认为其有按照特定方式行事的义务。[612] 通例要经国家承认，表明遵守该通例是一项义务之后才具有法律约束力。国家作为独立的国际法主体，可以做出自己的意思表示。这种意思表示可以通过具有代表性的国家机关，如国家元首、立法、司法和行政机关表达出来。外交代表在特殊的场合如参加国际会议和签署条约时作出的意思表示也应当具有代表性。关于法律确信的争论包括以下几种：第一，国际法院法官哈德森认为，法律确信是各国相信它们的行为是现行国际法要求的，这种理论被质疑存在“循环问题”，无法创造国际法；第二，默示论，一些学者认为只要对某一具体做法没有提出抗议，就视为支持了习惯法规则所必须的确信或可以作为确信的证据；第三，条约表达确信论，即国家的法律确信可以从双边或多边条约中反复确认的规则中寻找；第四，共识论，即认为法律确信就是“共识”。[613] 在“北海大陆架案”中，法院指出，法律确信是“是新国际习惯法形成必不可少的……是实质性的……有关各国必须感受到他们遵守的是一种法律义务的东西。”所以说，法律确信是国家感到它有义务遵守惯例的一种内在信念。国家的法律确信也可以从其积极地作为或消极的不作为推算出来。尤其是如果国家的实践不符合其国家利益，就更能说明其遵守某种国际习惯规则的法律确信。

在两要素说中，“通例”和“法律确信”是可以互相补足的。“习惯国际法形成委员会”指出，如果各国的行为以及国际法院或法庭的行为实质性地证明他们接受了某一习惯规则的存在，这就可以补偿实践的相应不足，反之亦然。国际法庭的诉讼案件显示，即使数量不足的国家实践，倘能辅以相当数量国家的法律确信之证据，不影响习惯国际存在的证明。[614]

3. 国际习惯法的新发展

由于全球化的发展和国际社会正发生的变革，许多学者认为两要素说不能满足国际法发展的需要，需要作出相应调整。依据传统理论，国际习惯的形成所需

[612] ［英］蒂莫西·希利尔：《国际公法原理》，曲波译，中国人民大学出版社 2006 年版，第 24 页；［苏］格·童金：《国际法原论》，尹玉海译，中国民主法治出版社 2006 年版，第 97 页；［英］伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2003 年版，第 7 页。

[613] 姜世波：《习惯国际法的司法确定》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 91-103 页。

[614] The London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, International Law Association London Conference, p. 9.

时间漫长。而随着现代通讯、交通等技术的发展，国家之间的交往在范围和频率上远远超过以前，可以大大缩短国际习惯形成的时间。新的“单要素说”和“重构理论”试图对国际习惯作出重新解读。单要素说包括“国家实践说”和“法律确信说”。国家实践说认为国家实践是形成国际习惯法的唯一要素。凯尔森说：“（国际）习惯法是习惯所创造的法律，习惯是一种惯常的或习以为常的行动过程，是一种长期确立的实践。”[615] 因此他抛弃了法律确信的要素，但也无法解决国际习惯的效力问题。法律确信说的代表人物郑斌认为，法律确信的存在和法律确信的具体内容构成了国际习惯的基础，只要国家之间存在共同的普遍的法律确信，就能确认特定国际习惯已经形成。[616] 国家的态度可以是“默认”，这种默认可以从国家实践、声明等具体行为中得到明确。他的观点被批判为脱离了传统国际习惯法概念可以涵盖的范围。重构理论的代表人物是安东尼·达玛托，他主张国际习惯法形成的内在要素是对于某个国际法规则的“明确表述”。[617] 如果一国遵循已被表述的某一国际规则行事，那么这一行为就向其他国家展示了一个明确的信息，即这一国际规则获得了承认和效力。如果后来的国家在相类似的情况下也遵循这一规则，那么这一国际规则就获得了越来越多的承认，并最终确立国际法地位。许多学者认为这一观点比传统观点更加复杂，而且过于激进，不符合国际法实践。

目前，两要素说任然占据着主流的地位。但是这些新的学说的提出并非毫无意义，单要素说某种程度上证明了两要素之间可以互相补足，重构理论则有助于理解国际习惯法的效力来源。它们致力于推动国际习惯适应变革中的国际社会和国际法，推动了人们对两要素说更加深入地思考和完善。

（三）国际习惯法的效力来源及其社会实践

作为国际法的渊源之一，国际习惯法的约束力是毋庸置疑的。国家有义务遵守国际习惯，违反这一义务将构成国际不法行为，并引起该国的国际责任。[618] 国际习惯法的效力来源问题，在某种程度上也是国际法的效力来源问题。这一直是国际法上备受争论的一个问题，许多学者都提出了自己的观点。一般来说，可以大致将他们分为自然法学说和实在法学说两大类，还有试图调和两种学说的折衷法学说。[619] 自然法学说试图从自然法中需找国际法效力的依据，将国际法的效力归因于正义、理性、良知、国际社会的一般利益等。实在法学说则从现实主义、功利主义、工具主义等来寻找国际法的效力，如各国的共同意志、“条约必须遵守”、政策定向等。折衷法学派试图调和两者，不过总是对其中的某一方有所偏

[615] 汉斯·凯尔森：《国际法原理》，王铁崖译，华夏出版社 1989 年版，第 256－257 页。
[616] 参见郑斌：“国际法的渊源:国际习惯法和条约”，李斐南译，载《环球法律评论》，1986 年 01 期。
[617] See Anthony A.D’ Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, 1971, p. 76.
[618] 参见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 1、2 条。
[619] 参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 26 页。

向。[620] 国际习惯法的特点，决定了它的效力来源有不同于国际条约一些特点。国际习惯法的形成具有自发性，而且其形成的时间性、内容的抽象性，都使得国家共同意志在其效力来源上发挥的作用，不如条约那么重要。如果说条约是国家合意达成的协定，可以由大国主导来制造，那么国际习惯法的形成则更多地依赖于正义、理性等自然法的概念联系。正是因为如此，许多国际习惯法规则才能够经历漫长的实践检验并留存下来，并能为各国自觉地遵守。

国际习惯法的效力在国际社会和国内社会的实践中均得到了普遍的承认。在国际实践中，国际习惯是许多重要的国际公约的组成部分和国际司法机构判决时直接援引的法律依据。如《联合国海洋法公约》规定："确认本公约未予规定的事项，应继续以一般国际法的规则和原则为准据"，这里的一般国际法规则当然包括国际习惯规则；《维也纳条约法公约》序言也规定："确认凡未经本公约各条规定之问题，将仍以国际习惯法规则为准。"在"北海大陆架案"中确认了公平划界原则是划分大陆架范围的国际习惯规则。在国内实践中，国际习惯法的效力也得到了各国的普遍承认。美国将国际习惯法纳入宪法，美国联邦最高院在"交易号案"中依据"平等者之间无管辖权"的国际习惯法做出判决。[621] 英国将国际习惯法转化为国内法加以适用，1735 年"巴步特案"确立了"万国公法全部构成英国法一部分之原则"。《德意志联邦共和国基本法》第 25 条规定，国际法之一般规则构成联邦法律之一部分，所以德国也将国际习惯直接纳入国内法。我国没有在宪法中规定国际习惯法的地位和效力，其适用散见于一些法律条文中，如《民法通则》第 142 条 3 款规定："中华人民共和国法律和中华人民和国缔结或参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。"国际习惯法应当得到遵守，是各国普遍达成的共识。

二、历史性权利的理论和实践

历史性权利在《联合国海洋法公约》中得到明确的承认，它包括专属性的历史性权利和非专属性的历史性权利两种，后者是在前者的基础上发展起来的。历史性权利的形成也需要各国反复的实践行为和其他国家的承认两个方面的条件。历史性权利存在的证据广泛存在于国际司法机构、国际组织和主权国家的实践之中。

---

[620] 上世纪六十年代起，出现了一些新的试图解释国际法效力问题的理论，它们包括：1. 从法律过程中寻找国际法的效力。将国际法的效力置于跨国主体的互动中来衡量，通过互动将国际法规则融入到各国国内法中。最终，这种学说或者认为国际法的效力来源于正确的政策选择，或者来源于国家参与"过程"时的自愿选择。2. 从国际法的规则自身来寻找国际法的效力来源。这种学说认为，国际法的效力来源于其创制过程中的"合法性"，这种合法性包括：规则明确透明、确认的仪式、概念和适用标准的统一性、规则形成中的一致性。符合了这些要求的国际法就具有自我执行的能力，能被国家自觉遵守。3. 通过国际政治理论来研究国际法的效力来源。将国家假设为理性的行为体，国际法之所以能够被遵守，是因为国际法是各国理性博弈之后互相妥协的产物。总之，以上无论哪种观点，都是以肯定国际法有约束力，国家必须遵守为前提的。

[621] 参见曾令良："现代国际法的人本化发展趋势"，载《中国社会科学》2007 年 01 期。

（一）历史性权利的界定

1. 历史性权利的概念和性质

在英文中，“title”和“right”是两个不同的概念，前者指所有权，后者指法律权利。所以“historic title”和“historic right”的概念是有所区别的。根据《元照英美法词典》，前者是指“历史性所有权”，即因取得实效而获得对某地域的所有权；后者是指“历史性权利”，即根据国际法的一般规则本来不属于一国，而由于该国在相当长的历史过程中反复主张并得到国际社会的默认所取得的权利，例如一国对其历史性海湾所拥有的权利。[622] 显然，所有权是属于权利的一种，但权利远不止所有权一种。然而，《联合国海洋法公约》中明确规定的是历史性所有权，即“historic title”。公约第 19 条第 6 款规定“上述规定不适用于所谓‘历史性’海湾”；第 15 条规定海岸相向国或邻国领海划界不得超过中间线，但历史性所有权是例外；第 298 条规定，涉及历史性所有权的争端不适用任择性强制管辖。同时公约序言规定“本公约未予规定的事项,应继续以一般国际法的规则和原则为准据”来规范。可以推断，公约承认的历史性所有权是国际习惯法规则。公约中的历史性所有权特指对历史性海湾和历史性水域的所有权，但历史性权利不限于此，它还包含其它的一些特殊权利，如历史性捕鱼权、历史性通过权、海洋科研调查的历史性权利等。

由于所有权是私法上的概念，在国际公法上就是主权。所以说历史性权利可以分为主权性的和非主权性质的。[623] 前者是专属性的，而后者是非专属性的。举例来说，一国的历史捕鱼权可能是专属性的也可能是非专属性的，如果一个国家主张某一海域的专属性历史捕鱼权，则其必须证明自己一直声称对该海域拥有专属捕鱼权，并且禁止他国渔民在该海域捕鱼。而对于后者，只要能证明该国渔民历史上长期在这一海域捕鱼就可以了。它们的区别在于前者是排他性的，后者则不是。目前有关历史性权利的国际实践集中于海洋，但实际上它也可以适用于陆地。陆地中的历史性权利，如在 1960 年印度领土过境权案中，国际法院判决葡萄牙享有本国的私人、货物、政府文职人员，为进出达曼及飞地达德拉一阿维利而在印度领土上通行的权利。据此法院认为在印度和葡萄牙之间，已经形成关于通行的惯例，当事国之间长时间和连续不断的实践，已经说明它们之间的权利义务关系已经建立。[624] 该案中的历史性权利实际上是一种非主权性质的国际地役权。[625] 无论是适用于陆地还是海洋，历史性权利的形成是建立在国家的反复

[622] 薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 641 页。
[623] 袁古洁、李任远：“历史性权利对海洋权利的影响——兼及中国对南海的权利主张”，载《中山大学法律评论》，第 12 卷第 3 辑。王军敏：《中国在南海的历史性权利》，载《中国边疆史地研究》，2014 年 04 期。
[624] Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), ICJ Judgment, 12 April 1960.
[625] 袁古洁、李任远：“历史性权利对海洋权利的影响——兼及中国对南海的权利主张”，载《中山大学法律评论》，第 12 卷第 3 辑。

实践的基础上的，国家实践形成的每一项惯例，决定了历史性权利的形态与性质。国际法委员会在《历史性水域（ 包括历史性海湾） 的法律制度》中指出，国家所行使的权力构成一项历史性权利主张的基础，国家行使权力的范围与提出权利主张的范围应当是一致的。[626]

2. 历史性权利的构成要件

1962 年国际法委员会《关于历史性水域（ 包含历史性海湾） 的法律制度》的报告中指出，判断国家是否获得海洋区域的历史性所有权（historic title）一般来说必须考虑以下三个要素：主张历史性权利（historic right）的国家应对该区域行使权力；行使权力的连续性；外国的态度。为了获取历史性所有权国家首先必须对争议水域行使权力；其次，行使权力必须持续相当长的一段时间，实际上应该足以形成一个惯例（usage）；最后，其它国家对一国行使权力的行为的立场，是默认或者不反对。[627]

实际上，历史性权利的构成要件可以分成两个部分。第一部分反复行使权利的行为；第二部分是其他国家的立场。对国家行使权利的要求体现在以下几个方面：首先，就行为的性质来说，对专属性的历史性权利和非专属性的历史性权利的要求不同。对专属性的历史性权利来说，必须是国家实施的排他性的主权行为。在英挪渔业案中，英国认为国家的主权行为构成了历史性所有权的基础，正是因为在很长一段时间内持续地与和平地行使主权行为，使这种行为具备了国际重要性，并成为国际法律秩序的组成部分。[628] 在这里，英国行使的是排他性的主权行为，这种长期的主权行为在实践中逐渐形成了专属性的历史性权利。在这种情况下，一国自然人的行为或者国家的非主权性行为就不能构成所需的有效实践。对于后一种非专属性的历史性权利而言，国家的非主权性为和自然人的行为也能构成形成惯例的有效实践。比如 1998 年在“厄立特里亚/也门仲裁案”中，国际常设仲裁院认为，当事国几个世纪在红海捕鱼的历史性权利，是一种不具有主权性质的国际地役权。[629] 在该案中，这种捕鱼行为不是主权行为，而是作为自然人的渔民从事的私人行为。其次，这种行为必须具有公开性，而不是秘密进行的，至少有让其他国家知道的机会，这是国家主张的权利被其他国家承认，从而得以国际化的基础。最后，这些行为需要一定的连续性。国际法委员会称，国家的统治行为形成惯例是历史性水域的基础[630]，而持续性是惯例形成的要求之一。满足

[626] See Juridical Regime of Historic waters including historic bays, at Yearbook of the International Law Commission 1962, p. 5.
[627] See Juridical Regime of Historic waters including historic bays, at Yearbook of the International Law Commission 1962, p. 13.
[628] International Court of Justice, Pleadings, Oral Arguments, Documents, Fisheries Case, vol. I, pp. 567-568.
[629] Award of the Case between Eritrea and Yemen（Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage) (Eritrea/Yemen), 1998, p.38.
[630] See Juridical Regime of Historic waters including historic bays, at Yearbook of the International Law

了以上的条件，国家的重复行为已经形成了惯例，但是这个惯例只是国家的国内行为，除非被其他国家承认，否则就没有国际法上的意义。

历史性权利的构成要件的第二个部分，是其他国家对一国反复的主权实践的默认。国际法委员会是这样解释的：其他国家的默认（acquiescence）对于历史性权利的产生来说是必要的。历史性权利将原本属于“人类共同继承遗产”的公海转为某个国家所有。实际上，这个国家一开始处于一个不合法的地位，可是最后却随着时间的推移被合法化。这种合法化不能仅仅通过时间的推移来实现，而必须经过合法所有者的默认。[631] 国际习惯法的法律确信包含四种学说，但是国际法委员会在此采用了默示论。这或许是由于历史性所有权的获得是一个从“不合法”到“合法”的过程。默认就是其他国家知道一国“非法”行使主权的行为，但是却只是容忍和不采取任何行动。由于事件本身的“非法性”，所以只要其他国家的采取容忍或者不作为的态度就足以表明立场了。默认的真正作用是为了补偿缺乏其他国家表示同意的证据。[632] 只有其它国家采取积极的反对的行动才能够真正阻止一国和平的持续的行使主权的行为。在“英挪渔业案”中，国际法院就说道：“由于缺乏可信的相反证据，法院认为挪威自 1869 年以来就持续地、不被打扰地适用它的划界体系，直到争端产生……其他国家对挪威实践的普遍容忍是一个不可改变的事实……非法事实的存在、国际社会的普遍容忍、英国在北海的容立场、英国自己陷入争议的利益和它长时间的弃权，都可以成为挪威的划界体系对抗英国的证据。”[633] 所以其他国家的积极反对行为在阻止历史性权利的形成上有十分关键的作用。那么什么样的国家行为才能构成积极地反对行为呢？国际法委员会指出，反对必须通过某种积极的行动表示出来，这种行为可以是外交抗议、提案、公开发表声明、拒绝执行该国的主权要求或采取其他的反对行动。[634]

（二）历史权利的国际实践及其新发展

在国际法上，关于历史性权利的实践最早集中于历史性海湾和水域领域，后来才逐渐扩展到非专属性的历史性权利上。最初的大量的国际司法判例促成了这一国际习惯规则的形成，后来在一些国际条约中直接规定出来。许多国家如美国、加拿大、澳大利亚包括我国，均在国内法中直接规定了历史性权利。联合国和国际法委员会也对其进行了专门的研究。

Commission 1962, p. 15.

631 See Juridical Regime of Historic waters including historic bays, at Yearbook of the International Law Commission 1962, p. 16.

632 See Juridical Regime of Historic waters including historic bays, at Yearbook of the International Law Commission 1962, p. 16.

633 Fisheries case, Judgement of 18 December 1951, I.C.J. Reports, 1951, p. 138.

634 See Juridical Regime of Historic waters including historic bays, at Yearbook of the International Law Commission 1962, p. 17.

1. 国际司法判例

1951 年国际法院在英挪渔业案中指出，历史性水域是指那些被视为内水的水域，但是如果没有历史性权利的存在，这些水域将不具有内水的性质。英国政府提到的历史性权利的概念是关于内水和领海的，并且是源于一般国际法的。因此，挪威可以通过在很长的一段时内行使必要的主权，和其他国家没有反对的情况下，来使这片水域正当地成为内水或者领海。这导致的法律后果是，现在挪威对这片水域的管辖权必须被承认，尽管它构成了对现有规则的减损。[635] 该案中，法院承认历史性权利源于一般国际法。

1998 年，国际常设仲裁法院在厄里特里亚/也门仲裁案的判决中明确写道，“在国际法中，历史性权利……的所有权通过时效或者默认的过程，或长期的占有而被创造或者固化，从而被法律接受为所有权。”[636] “当事国几个世纪以来在红海南获取渔业资源的历史性权利， 经由历史得以巩固， 是一种不具有主权性质的国际地役权。”在该案中，法院认可了专属性和非专属性的两种历史性权利。

在 1992 年的“丰塞卡湾（Gulf of Fonseca）案”中，国际法院判决丰塞卡湾是一个历史性海湾，对封口线中部向海的领海、大陆架和专属经济区的权利，由拉美三国——萨尔瓦多、洪都拉斯和尼加拉瓜三个沿岸国共同所有。[637]2007 年，三国共同签署了《马那瓜宣言：丰塞卡湾成为和平、可持续发展与安全区》。[638] 这一国际实践确立了一个水域的历史性权利可以被多个国家享有的原则，是对历史性水域实践的重大发展。

2. 国际公约的规定

《领海与毗连区公约》第 7 条第 6 款和第 12 条与《联合国海洋法公约》第 10 第 6 款和第 15 条做了类似规定，即公约中规定的海湾制度和海岸相向或相邻国家间领海划界的原则不适用于历史性海湾。另外《海洋法公约》298 条第 1 款（a）项规定，涉及历史性海湾或所有权的争端排除公约任择性强制管辖的约束。可以看出，两个重要的公约对历史性水域的地位和历史性所有权都是承认的，只是没有在公约中加以具体的规定，而把它留给一般国际法原则和规则，也就是国际习惯法[639] 来规范。

---

635 Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I. C. J. Reports 1951, pp. 129-130.

636 Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage, Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, Permanent Court of Arbitration, October 9, 1998.

637 Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of September 11, 1992, p. 19.

638 杨昊、蔡拓：“公地化：解决领土主权争端的另一种思考”，载《国际安全研究》2013 年 03 期。

639 “一般国际法，别名为习惯国际法。”参见[英]郑斌：“国际法的渊源：国际习惯法和条约”，李斐南译，

3. 国家的实践

1887 年，太平洋上的岛屿国家汤加（Tonga），划定位于南纬 15°—23°30′，西经 173°—177°之间的一个四方形海域内所有岛屿、岩体、礁体、海滩和水域都是其领土，这部分海域原属公海，汤加主张其为历史性水域。这是最早关于历史性水域的实践之一。

1973 年，加拿大外交部宣布北极群岛水域“基于历史原因，属于加拿大内水”。加拿大学者为此提出的证据包括：1880 年大不列颠将其在北美的领土交给加拿大之前，其势力范围已经覆盖北极群岛水域；移交后加拿大对北极进行定期探查，以加强和巩固对北极群岛的所有权和水域的控制权；一战后，加拿大曾对美国在该地区的补给船予以管辖，美国没有反对。这些事实足以满足对该水域在一定时期内行使管辖权和得到外国默认两项条件。[640]

美国最高院曾判称：为了确定一个水域为历史性海湾，沿岸国必须“传统地主张并维持统治权，并取得外国的默认，”而且，“在决定历史性海湾的地位中有三个重要的因素：（1）主张的国家必须对该区域行使权力；（2）权力的行使必须是连续不断的；（3）外国必须默认该权力的行使”。[641] 1975 年“美国诉阿拉斯加州案”涉及库克湾，该湾的入口各点远远超过 24 海里。法院判决，它不是历史性海湾，“因为这表明，主权的行使必须在历史上主张排除所有外国船舶和航行。法院所发现和依据的捕鱼和野生动物规章的执行显然在范围上是不足以确立库克湾为内水的历史性权利的。”[642]

我国《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第 14 条规定：“本法的规定不影响中华人民共和国享有的历史性权利。”表明了我国不因为专属经济区和大陆架制度的建立而放弃周边海域的历史性权利的立场。

1978 年，澳大利亚和巴布新几内亚之间的协定确认传统权利影响了渔区的边界；1978 年《西班牙专属经济区法》规定，西班牙在专属经济区内保留捕鱼权，但受其他国家自然人所有的渔船惯常在该区域内捕鱼的限制。1972 年美国《百慕大渔业法》和 1976 年《美国渔业养护和管理法》（又称为《马格努森——史蒂文斯法》[643]）都明确承认了历史性权利。

载《环球法律评论》1986 年 01 期。

[640] 郭渊：“论海洋法中的‘历史性权利’”，载《中国海洋法学评论》2008 年 01 期。

[641] [英]詹宁斯·瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 43 页。

[642] [英]詹宁斯·瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 121 页。

[643] Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act, Art. 109-479, available at http://www.nmfs.noaa.gov/sfa/magact/mag1.html

4. 国际组织的研究

联合国第一、二次海洋法会议在讨论扩大领海宽度、设立专属渔区以及第三次海洋法会议在讨论群岛水域、专属经济区问题时，一些国家也援引了历史性权利理论，其中包括历史性捕鱼权的问题。[644] 沿海国扩大领海宽度，设立专属渔区或专属经济区，将原来属于公海一部分的海域变成其领海的一部分或将渔业资源置于其专属管辖之下，势必影响其他国家原来基于海洋自由原则享有的航行自由和捕鱼自由。为此，联合国秘书处还特别进行了历史性水域的研究，最后形成了《历史性水域：包括历史性海湾的法律制度》的报告，载于国际法委员会年刊中。虽然由于历史性权利自身及其牵涉的利益的复杂性，《联合国海洋法公约》最后没有针对它做出明确的规定，但是仍然就历史性权利在有关专属经济区、大陆架、群岛制度的条款中，作出了特别规定。新建立的海域制度，只能向没有国家主权管辖的公海扩张，同时不能损害主权国家的既存的历史性捕鱼权、历史性通过权等历史性权利。[645]

三、历史性权利与国际习惯法的关联论与我国在南海的既存权益

历史性权利的取得，一方面取决于国家的实践，另一方面取决于其他国家的承认。历史性权利的效力的根本来源是国际习惯法，虽然某些国际条约也对其明文规定。南海断续线是我国确定南海岛屿主权与海洋权益的界限，南海断续线的形成是我国历史上长期实践和国际社会承认的结果，是我国政府对既存的历史性权利的确认。

（一）历史性权利与国际习惯法的关联论

关于历史性权利是不是国际习惯法的问题，学术界有两种观点。一种认为历史性权利是国际法规则的一种例外，而不是国际习惯法；另一种观点认为历史性权利是国际习惯法。历史性权利是在国家广泛的实践和承认的基础上形成的，是国际习惯法。

1. 历史性权利不是国际法习惯法，而是国际法规则的一种例外。[646] 这种观点认为历史性权利是国家对某些海域在历史上一直享有并被国际法所确认的权利，往往作为一般规则的例外而为所涉国家继续享有。[647] 大部分历史性权利来自于国家对某一地区通过长期和平统治建立起来的惯例，惯例产生时间远远早于

[644] 参见王军敏：《国际法中的历史性权利》，中共中央党校出版社 2009 年版，第 244—260 页。
[645] 此外，许多公法学家也对历史性权利作了专门研究：如国际法学家维歇、劳特派特，我国海洋法学者傅崐成等。《奥本海国际法》对“历史性权利的巩固”的条目作了专门论述；傅崐成著《海洋管理的法律问题》中有“中国在南海的历史性水域与台湾的法律立场”的专门论述。但是都没有提出或总结这一概念的内涵，而只是将其作为解决领土或海域纠纷时适用的国际习惯法准则而进行研究。
[646] 黄奕：《海洋秩序与国际习惯法》，学林文化事业有限公司 2000 年版，第 409 页。
[647] 王军敏：“中国在南海的历史性权利”，载《中国边疆史地研究》，2014 年 04 期。

近代海洋法确立的实践。因此逻辑上，历史性权利的产生依据的是一项长期存在的事实，而不是业已存在的国际法规则。历史性权利不是创设一个新权利，而是对已经存在的权利的确认[648]，这是这一制度存在的基本价值。这一观点还常常援引《联合海洋法公约》的规定和英挪渔业案中法院的观点来证明其例外论。在公约中，提及历史性权利时都在说公约的规定不适用于历史性海湾等，似乎有意将历史性权利作为独立的制度加以适用。在英挪渔业案中，法院在判决中写道：挪威在这些水域的主权构成一种例外，历史性权利使那些原本与国际法相冲突的情形正当化。[649] 法院在此似乎是在说历史性权利作为与国际法相冲突的制度，而不是国际法的一部分。

2. 历史性权利是国际习惯法[650]。这种观点认为，历史性权利满足国际习惯的两个构成要素，在国际社会存在大量的证据足以证明。历史性权利并不是国际习惯法的例外，而恰恰就是国际习惯法。[651] 在习惯法上，任何得到国际社会承认的权利都是合法权利，因此历史性权利的效力也是不容置疑的。历史性权利毫无疑问是国际习惯法，《公约》的规定并不是说历史性海湾是一个例外，而是说历史性海湾应当适用其在国际实践中形成的习惯规则，正如公约序言所规定的。英挪渔业案中对国际法院的观点的理解其实是一种误解。实际上法院在接下来的判决文本中，继续说道，“……法院无法认同英国主张‘关于挪威的基线，是要求承认一个例外的体系’的观点……法院能看到的全部是在一个具体的案件中适用一般国际法。”[652] 在接下来的判决中，法院进一步解释道，“挪威政府在解释其历史性权利时辩称，挪威政府不是利用历史来使自己例外的权利合法化，并要求本来为一般国际法所否定的一些海域。挪威援引历史和其他的因素，只是为了通过一般国际法来使自己的主张合法化。法院认同这种观点，并说，“挪威使用的历史性权利的概念与挪威政府理解的一般国际法规则是一致的。这些国际法规则考虑到事实的多样性，承认直线基线的划定必须与不同地区的特殊情况相适应。因此 1935 年法令规定的划定直线基线的方法并不违反一般国际法，而是为了适应当地的情况。”[653] 由此可见，法院从来没有将历史性权利放在一般国际法的对立面，反而认为历史性权利的适用是考虑到了事实的多样性，是更好地运用一般国际法规则。在 1909 年“Grisbadarna Case”中，国际常设仲裁法院认为“一个已经存在并且长期存在的事实状态，应当尽可能地减少改变”是一个已经建立的

---

[648] Yehuda. Z. Bulm, Historic Title in International Law, Maritinus Nijhoff Publishers, 1965, p. 17.

[649] Fisheries case, Judgement of 18 December 1951, I.C.J. Reports, 1951, p. 131.

[650] 王建廷：“历史性权利的法理基础与实证考查”，载《太平洋学报》2011 年 03 期；田昕清：“历史性权利在国际习惯法中的地位及效力——由中菲南海仲裁案引发的思考”，载《法制与社会》2015 年 01 期。

[651] 王建廷：“历史性权利的法理基础与实证考查”，载《太平洋学报》2011 年 03 期。

[652] Consequently, the Court is unable to share the view of the United Kingdom Government, that "Norway, in the matter of base-lines, now claims recognition of an exceptional system". As will be shown later, al1 that the Court can see therein is the application of general international law to a specific case. See Fisheries case, Judgement of 18 December 1951, I.C.J. Reports, 1951, p. 131.

[653] Fisheries case, Judgement of 18 December 1951, I.C.J. Reports, 1951, p. 133.

国际法原则。尽可能减少改变，一方面意味着尽可能不改变当前争议地区的实际权利归属现状；另一方面意味着尽可能维护传统权利国在争议地区的历史性权利。[654] 所以作为国际习惯法的历史性权利，是由一个长期的稳定的实践形成的历史事实，得到承认后而形成的，它具有确定性和约束力，它一旦形成就不得轻易改变，其他国家应当予以尊重。

（二）南海断续线的性质与我国在南海的既得权利

1. 南海断续线的概念和性质

南海断续线，又称 U 型线，即确定中国南海的岛屿主权与海洋权益线，指中国政府于 1947 年确定并于 1948 年正式对外公布的在地图上由九条断续线所标示的由北到南围绕南海的形似 U 型的海上权利范围线。[655] 为了确定对西、南沙群岛范围的管辖范围和主权[656]，中国于 1947 年公布了《南海诸岛位置图》，其中标绘了一条由 11 段线构成的南海断续线，并在 1948 年公开出版《中华民国行政区域图》中正式确立南海的领土范围。1953 年中国政府划掉了北部湾内的两条断续线，自此 11 段线变成了 9 段线。1954 年地图出版社出版《中华人民共和国地图》，确认了南海断续线并沿用至今。南海断续线提出很长时间里，周边国家一直处于默认状态，并没有提出正式抗议。然而随着 20 世纪 70 年代以来南海丰富的油气资源被发现，周边国家的态度开始发生转变。[657] 对此，中国在反驳马来西亚和越南对南海的权利主张中指出，中国对南海诸岛及其附近的海域拥有无可争辩的主权，并对相关海域及其海床和底土享有主权权利和管辖权。[658]

近年来随着南海争端的升级，南海周边国家对南海断续线的性质和合法性提出了质疑，认为其性质模糊不清，并质疑其效力。然而断续线是我国主张南海权益的前提，因此我国许多学者试图从不同的角度对南海断续线作出解读，主要包括以下几种观点：（1）岛屿归属线说。即断续线内的南海诸岛及其附近海域属于

---

[654] 王建廷：“历史性权利的法理基础与实证考查”，载《太平洋学报》2011 年 03 期。

[655] 参见吴士存：《南沙争端的起源与发展》，中国经济出版社 2013 年版，第 29 页。

[656] 民国政府内政部致函广东省政府中说明 1947 年出版《南海诸岛位置图》和标明 11 段线的事由：“为西南
沙群岛范围及主权确定与公布一案函请查照办理”。可以看出，南海断续线的最初公布是为了确定中国对西南沙群岛的管辖范围和主权。参见李金明：“国内外有关南海断续线法律地位的研究述评”，载《南洋问题研究》2011 年 02 期。

[657] 1968 年，联合国亚洲暨远东经济委员会成立的“亚洲外岛海域矿产资源联合探勘协调委员会”的勘察报告指出，越南邻近海域和南沙群岛东部、南海南部蕴藏丰富的油气资源。1977 年，越南颁布《关于越南领海、毗连区、专属经济区和大陆架的声明》，主张对南海尤其是西沙、南沙群岛周围海域的石油、天然气的主权，因为这些资源位于其专属经济区和大陆架内。菲律宾、马来西亚自 1968 年后也开始对南沙资源表现出强烈的兴趣，纷纷划定 200 海里专属经济区，甚至直接出兵占领南沙岛礁。参见吴士存：《南沙争端的起源与发展》，中国经济出版社 2013 年版，第 5-6 页。关于委员会的勘察报告，参见：ECAFE Committee for Coordination of Joint Prospecting for Mineral Resources in Asia Off-Shore Areas(CCOP), Technical Bulletin, 1969(2).

[658] 参见《中国对有关国家大陆架划界案和初步信息致联合国秘书长的照会》，载国家海洋局海洋发展战略研究所课题组编：《中国海洋发展报告（ 2011） 》，海洋出版社 2011 年版，第 593-598 页。

中国。断续线内的水域地位视岛礁或群岛的法律地位确定。（2）海上疆界线说。即南海断续线划定的范围是我国领土主权的范围，确认了我国至少 15 世纪以来的海上疆界线。中国对线内海域的海床、底土和上覆水域的生物与非生物资源享有历史性权利。（3）历史性水域说。即中国对于线内的岛礁沙滩享有历史性权利，断续线内的整个海域是中国的历史性水域，这种观点得到了台湾“行政院”的支持。（4）历史性权利说。即中国在断续线内享有历史性权利，包括对岛礁沙滩的主权，对线内内水以外的海域和底土享有主权权利，同时也承认其他国家航行、铺设海底电缆和管道的自由权利。[659]

历史性权利说是比较合理的。岛屿归属线说虽然提供了我国对南海诸岛的主权的依据，但不能保证断续线内水域的权利，我国在历史上长期对南海进行主权管辖，虽然在一些海域没有达到完全排他控制的程度，但是仍然在捕鱼、海洋研究调查等方面存在着广泛的既存权利，这一观点不能充分地维护我国的南海权益。海上疆界线说的主张过于极端，南海最远处离中国海岸线一百多海里，这一学说无异于将中国的领海扩大到最远一百多海里，几乎没有可能得到其他国家的承认，也是不符合实际情况的。历史性水域说和海上疆界说类似，主张历史性水域等于将断续线内的海域视为我国的内水或者领海，然而我国目前缺乏足够的资料来证明对南海全部海域的管辖达到了主权管辖的地步，因此也是不符合实际的。而且从国际社会的实践来看，对历史性水域的权利主张的明确性和持续性要求十分严格。在英挪渔业案中，法官认为挪威对 Lopphavet 海盆的主张的历史性水域的诉请缺乏精确性，挪威无法展示禁止其他国家捕鱼法令的适用范围，而这对界定历史性权利是否存在至关重要。而且，鉴于历史性权利可以包含主权、非排他性权利以及适用特别习惯法的权利，笼统的提出权利主张不能获得法院支持。[660] 历史性权利说既保证了我国对线内岛礁沙滩及其附近海域的主权，又保护了我国在线内海域的历史性权利，同时不妨碍他国在线内的既存利益，相对而言比较容易为他国接受。因此，它能最大限度地保护我国在断续线内的既存权利。

2. 我国在南海的既得权利

从南海断续线的历史发展可以看出，南海断续线是中国政府和人民在南海长期实践的结晶，是对中国在南海既得权利的确认。中国在南海断续国内的所享有的权利，是在断续线确立前就已经确立的既得权利，[661] 是在丰富的历史实践的基础上形成的。这些在实践基础上形成的历史性权利，远远早于断续线而存在。具体来说，历史性权利说试图证明的我国在南海的权利包含两个方面的内容，这两个部分的权利所依据的习惯法规则不能混同，否则不利于界定断续线的性质。

[659] 参见金永明：《中国海洋法理论研究》，上海社会科学院出版社 2014 年版，第 188–189 页。
[660] 徐栋：“英挪渔业案中的历史性权利研究及对中国实践的启示”，载《中海商法研究》2003 年 01 期。
[661] 赵建文：“联合国海洋法公约与中国在南海的既得权利”，载《法学研究》2003 年第 2 期。

首先，我国对线内的岛礁沙滩拥有主权。但是对岛礁沙滩的主权的国际法依据不仅包括历史性所有权，还包括传统的关于领土取得的国际习惯法规则：先占。在 18 世纪以前，“无主物归于先占者”的规则是国家取得陆地领土主权的基本规则。英国学者詹宁斯说：“不加占领的单纯发现在过去是可以赋予权利的”；然而 18 世纪以后，国际法除了要求发现以外，还要求以占有的意思进行有效占领。[662] 根据时际国法的原则，我国对南海诸岛的拥有主权法律事实早在 18 世纪以前就依据先占的国际习惯法规则产生了。[663] 我国早在汉代就有关于南海诸岛的记载，并在宋代开始了对南海诸岛的行政管辖。即使按照 18 世纪以后的国际法的，国际习惯法规则对于像南海诸岛这种不宜居住的土地也有特别的规定。在克利伯顿案裁决中，法院陈述道：“对于不宜居住的土地的占领，只要占领国一直绝对地没有争议地支配该领土，就构成了完全占领，并不要求行使有效的行政管辖和有效控制。”更何况中国不但发现了南沙群岛，而且长期以来一直积极对其行使管辖权。

其次，除了依据领海、专属经济区、大陆架以外，我国对断续线内的水域享有一些特定的历史性权利。我国对断续线内海域的历史性权利是在悠久的实践和各国承认的基础上形成的。尤其是在捕鱼、海洋科研调查等方面，在历史上均有着丰富的实践。但是这种权利的内容和范围要根据历史上行使权利的实践的内容和范围来确定，如果国家不能充分证明在特定海域有排他性地行使这些权利，那么这些权利就是非专属性质的。以捕鱼权为例，如果中国不能证明在南海海域禁止他国在此捕鱼，那中国在南海的捕鱼权不是专属性质的，而应该是一种优先性质的。中国在整个断续线内的海域的历史性权利，并不减损依据海洋法公约而享有的岛屿的专属经济区和大陆架的主权权利。

（三）我国在南海既存权利的国际习惯依据的实证研究

我国不仅对断续线内的岛礁沙滩拥有主权，而且对断续线内海域拥有历史性权利，在这两个方面的权利上，我国在历史上均存在着广泛的连续的实践，而且得到了其他国家的见证和承认。

1. 我国对南海岛礁沙滩享有主权的实证分析

我国最早发现南海诸岛，并以占有的意思对其实施主权管辖。我国古代航海事业的兴盛，为我国对南海地区有效地进行实际控制提供了基础。我国近代长期

[662] 根据 18 世纪以后的国际法，先占必须具备：第一，先占的主体是国家；第二，先占的客体是无主地，即未经他国占领的无人荒岛和地区或虽经占领但已被放弃的土地；第三，主观上要有占有的意思表示；第四，客观上要实行有效占有，即适当地行使和表现主权。

[663] 法律事实应根据与其同时代的法律来评断，而不应根据与该事实有关的争议产生或提交解决时的有效法律来评断；如果一个特定案件牵涉不同时期存在的不同法律制度，在确定应当适用哪一法律制度时，必须在权利的创设和权利的存在之间加以区别，即创设权利的行为须服从权利产生时有效的法律。参见吴士存：《南沙争端的起源与发展》，中国经济出版社 2013 年版，第 42 页。

反对外国侵略者的实践，使我国在南海的历史性权利得到不断巩固。我国在南海主权也得到了其他国家的广泛承认。这些都是我国对南海的岛礁沙滩拥有合法主权的证据。

① 我国最先发现南海诸岛。汉代开辟海上丝绸之路，所以中国人早在汉代就发现了南海诸岛。东汉时杨孚的《异物志》和三国时万震的《南州异物志》都有对南海诸岛的描述，如“磁石”、“崎头”等。万震的《扶南传》更对南海诸岛作了精确的描述：“涨海中，倒珊瑚洲，洲底有盘石，珊瑚生其上也。”[664] 所以早在汉代，中国就发现了南海诸岛，并对其形成了一定的认识。

② 我国以占有的意思对南海诸岛长期进行主权管辖。由于古代生产力水平低下和南海诸岛距离中国大陆遥远，历代政府实行管辖和行使主权最常见的方式是派遣水师巡海视察。宋代的《武经总要》、明代的《广东通志》、清代的《万州志和》、《康熙琼州府志》等均记载了中国水师巡视南海诸岛、驱逐海盗和护送外国来使进贡的情况。南宋将“千里长沙”、“万里石塘”纳入广南西路的琼管辖。清朝政府将南海诸岛置于广东省琼州府万州管辖，并将它们列入海防范围。[665] 清政府官方绘制的《大清万年一统天下全图》将“七洲洋”划为一个府，并标明“南澳气”（东沙）、“万里长沙”（西沙）、“万里石塘”（中沙）及“七洲洋”（南沙）划归该府管辖。[666] 清代后期，清政府在海南岛设崖州协水师营，负责分管南海洋面。[667]

③ 我国古代航海事业的兴盛及对南海的控制。中国在古代的航海事业一度领先于世界，南海处于中国的有效控制之下，甚至成为“中国湖”。约瑟夫·尼达姆就宋朝对中国航海史的贡献总结道：“在近两个世纪里，南宋水军先是……完全控制了东部的中国海，它的后继者元朝水军接着控制了南海。到了明朝，则控制了印度洋。”[668] 15 世纪 20 年代，中国水军已经是世界上最强大的水军了，势力延伸到很远的海外。1405 年—1433 年，郑和率领一支巨大的舰队—以炮、火箭和枪武装，沿途从东南亚到印度洋进行贸易，展示着中国的海军力量，驱赶海盗，重新打开了与印度、阿拉伯东非和奥托曼帝国的贸易。郑和的船队还包括一种“宝船”[669]———一种远洋战舰，执行长途贸易、外交任务，并把所得财宝带

[664] 参见吴士存：《南沙争端的起源与发展》，中国经济出版社 2013 年版，第 13 页。
[665] 1838 年严如煜的《海防辑要》卷一《直省海洋图》，将南海诸岛列入清政府海防范围。
[666] 民间的许多地图包括《四海总图》、《七省沿海图》之《环海全图》、《皇朝舆地图略》之《环海全图》、《瀛寰志略》之《南洋各岛图》等，均明确地标绘了“气”、“沙头”、“长沙”、“石塘”、“七洲洋”，囊括了南海诸岛的四组岛群，并以小点表示礁沙滩。以小方块岛屿。参见李国强：《南中国海研究：历史与现状》，黑龙江教育出版社 2003 年版，第 160 页。
[667] 《琼州府志》对崖州协水师营的职责记述为“：崖州协水师营，分管洋面。东自万州东澳港起，西至昌化县四更沙止，共巡洋面一千里，南面直接暹罗、占城夷洋。”
[668] [加]詹姆斯·P·德尔加多：《沉舰———3000 年海战史的考古之旅》，北京图书馆出版社 2004 年版，第 46 页。
[669] 值得注意的是，在近代欧洲也有这种在政府授权加以武装的商业船舶，被称作私掠船。 这种船舶在和

回国。[670] 因此郑和下西洋并不简单是一种商业贸易行为或宣扬国威的行为，本质上来说它是一次规模空前的政府行为。这次行动向沿线国家展示中国强大的综合国力，有效地打击了南海的海盗，维护了南海的稳定，从这种意义上说这次行动还带有外交和国防的性质，增强了中国对南海海域的主权控制。在随后的时间里，由于中国实行闭关锁国政策，中国的航海事业开始逐渐衰落，不过中国政府仍然没有放弃对南海的主权，而是反复进行宣示和继续对其进行行政管辖。

④ 我国反对外国主权侵略的实践。1933 年，法国非法侵占我国南沙“九小岛”，岛上渔民进行激烈的自卫反击，全国各地也纷纷致电外交部要求收回九小岛。国民政府 1933 年 7 月 26 日发表了抗议，谴责法国侵占我国领土的行为，法国最终停止了非法行为。甲午中日战争后，日本通不平等条约侵占了中国的台湾及其附近岛屿。随后日本发动“水产南进”运动，以南海岛礁为根据地从事捕捞活动和开采磷矿。1939 年 9 月 30 日，日本驱逐法国，占领南沙群岛，将其划归台湾总督管辖，编入高雄市。1945 年 8 月，日本战败。根据《开罗宣言》和《波茨坦公告》，由中国政府接收南海诸岛。1946 年，中国舰队到达南沙群岛主岛太平岛，并在岛上立碑、升旗，举行接收仪式。为巩固对南沙群岛的管辖，中国政府还派军队驻守太平岛，设立电台，进行行政管辖，并设立广东省西沙、南沙群岛岛志编纂委员会。

⑤ 其他国家的承认。南海周边国家包括利益特别受影响的国家，以及域外大国，都曾对中国在南海的主权作出明示或默示的承认。根据“禁止反言”（estoppel）的原则，一国已经承认的事实，就不能轻易予以否定。这些承认，也进一步巩固了我国在南海的历史性权利。由于历史事实太多，以下仅简要列举一些重要的事件。

越南对中国拥有南沙群岛主权的承认广泛见于其政府的声明、照会等官方文件，也见于其报刊、地图和教科书。1958 年 9 月 14 日，越南总理范文同给周恩来总理的照会中表示：“越南民主共和国政府承认和赞同中华人民共和国政府 1958 年 9 月 4 日关于规定中国领海的声明”，“越南民主共和国政府尊重这一决定”[671]。1960 年越南人民军总参谋部地图处编绘的《世界地图》，用中国名称标注“西沙群岛（中国）”、“南沙群岛（中国）”。[672]

平时期从事正常的商业贸易活动，但是战争时期就会武装成战舰，也可以用于打击海盗。这与中国的宝船十分相似，宝船也出现在郑和的船队中。参见沈洋、李洋：“近代西方私掠船活动初探”，载《国家航海》2011 年 01 期。

[670] ［加］詹姆斯·P·德尔加多：《沉舰——3000 年海战史的考古之旅》，北京图书馆出版社 2004 年版，第 44–45 页。

[671] 参见《中国对西沙群岛和南沙群岛的主权无可争辩——评越南外交部关于中越关系的白皮书》，人民出版社 1980 年版，附件四。

[672] “越南正在欺骗世界舆论”，载《环球时报》，2012 年 7 月 5 日，http://news.xinhuanet.com/world/2012-07/05/c_123375620.htm，最后访问时间：2015 年 4 月 3 日。

1956 年 5 月，菲律宾外长加西亚在一次记者招待会上曾宣称，在南中国海上包括太平岛和南威岛在内的一些岛屿应属菲律宾领有，旋即遭到中国外交部和台湾当局的抗议。7 月 7 日《马尼拉日报》就发表文章，承认南沙群岛一直属于中国。

1974 年 1 月 21 日，马来西亚槟城《光华日报》以“中越在西沙群岛冲突”为题发表社论称：“无可否认的，无论从历史或地理条件说，在中国海的这四个群岛，均属于中国领土的一部分，乃不可争论的事实。过去因中国忙于应付各种内乱外患问题，本身没有强大海军力量，而这些岛屿又没有经济价值，遂变成鞭长莫及，任令其荒废不管。”[673]

日本除了《开罗宣言》和《波茨坦公告》中归还南海诸岛归的规定以外，1952 日本在《日华条约》对《旧金山和约》模糊不明的条款作出了明确的补充解释，进一步明确了我国主权。此后日本的诸多权威性资料如《标准世界地图集》[674]、《中国年鉴》等均标明南海诸岛的主权属于中国。

美国是《开罗宣言》和《波茨坦公告》的签字国，因此承认日本侵略我国的南海诸岛应予以归还。1962 年纽约出版的《哥伦比亚利平科特世界地名辞典》在论述南沙群岛时说：“斯普拉特利群岛，即中国的南威岛，中国在南海的属地，是广东省的一部分。”[675]

2. 我国对断续线内水域享有历史性权利的实证分析

我国在断续线内还存在许多其他特殊的历史性权利，如历史性捕鱼权、海洋科研调查等的历史性权利等。

① 我国渔民在南海海域的捕鱼活动和官方的保护。南海诸岛自古以来就是我国渔民活动的一个重要区域，南海出产的贝壳在古代被用作货币，南海的珊瑚也在汉代的长安都城出现，在一千多年前的晋代，我国渔民就开始在南海捕鱼。明清时代的渔民在南海捕鱼的数量和范围日益扩大。由于世代相传的经验，每年渔民都会组织远涉重洋到南海作业，因此积累了大量的关于航行、地形、水文、土质、淡水等方面的知识和经验。还有许多渔民在一些岛上定居，搭建茅屋、播种农作物，也把陆岛文化带到了这些岛上，修建寺庙、进行祭祀。在长期的实践中，渔民还形成了固定的作业路线、航行生产作业时间、固定的生产组织形式、一套适宜南海航行的技术和定名系统。18 世纪初海南岛渔民自制的《更路簿》，

[673] 参见吴士存：《南沙争端的起源与发展》，中国经济出版社 2013 年版，第 54 页。
[674] 这是由日本外务大臣冈崎胜男签字推荐的，由日本全国教育图书公司 1952 年出版，其中标注南沙群岛属于中国。参见《中国对西沙群岛和南沙群岛的主权无可争辩——评越南外交部关于中越关系的白皮书》，人民出版社 1980 年版，附件三。
[675] 参见邢广梅：“中国拥有南海诸岛主权考”，载《比较法研究》2013 年 06 期。

记载了南海诸岛的数十处地名，准确标明西沙、南沙群岛所经过的地方，及这些地方之间的罗盘方位和时间、距离，表述了各个岛礁沙洲和水道的大小、地形、方位等。这说明我国渔民对南海的认识已经十分成熟，这种认识是建立在长期的捕鱼的实践的基础之上的。抗战胜利之后，在南海诸岛尚未完全接收之前，为了保证南海渔民正常的捕鱼活动，中国政府广东省政府和海军总司令部对前往西南沙群岛捕鱼的我国渔民予以保护并给予运输、通讯的便利。

②我国官方对南海进行调查研究和驱赶外国调查者。为了更好地开发经营南海，维护我国在南海的主权，我国政府在历史上长期存在着在南海进行海洋科研调查的习惯。元代郭守敬在元帝的批准下，进行全国的测量活动，史书记载其“抵南海”，测得“南海，北极出地一十一五度”[676]。这是一次范围空前的政府行为，郭守敬的“南海”测量被认为是在今天的西沙群岛。明代郑和在出使之前，曾率船队对南海进行了多次调查和测量，最后绘制了《郑和航海图》，标出了各群岛和许多暗礁的地理位置。1909 年，清政府派李准对南海诸岛进行巡视，李准奉命组织了对西沙群岛的深度调查。1927 年，广东省政府对西沙群岛进行实地调查，并提出了详尽的报告。1935 年，中国政府组建的水陆地图审查委员会对南海进行调查，并以此为基础绘制了《中国南海各岛屿图》。19 世纪下半叶，英国和德国在南沙群岛海域进行测量，被中国制止。

结语：中国的应对之策

我国在南海的既存权利有丰富的国家实践和广泛的法律确信的支撑。在十九世纪七十年代以前南海本来是一片平静的海域，南海争端之所以扩大化和复杂化，是诸多因素相互作用的结果。除了南海丰富的油气资源以外，域外大国的干涉和《公约》的影响也是重要的原因。在周边国家争夺南海的不法行为日益猖獗的情况下，中国需要积极的思考应对之策，以下几点值得考虑：（一）在《公约》的框架内维护南海权益。虽然公约产生的时间比较晚，但其专属经济区和大陆架制度是周边国家主张南海权利的依据，因此我国不得不思考公约对我国南海权益产生的影响。首先，公约保护一国的既得权利尤其是历史性权利。一国虽然可以主张专属经济区、大陆架制度，扩大自己的主权管辖，但是只能向公海海域扩张，而不得损害他国的既得权利。[677] 所以其他国家以公约的专属经济区和大陆架制度来主张南海地区的主权，显然损害了我国的早已形成的历史性权利，这是公约所明确禁止的。其次，一些国家根据公约的强制性管辖条款，向公约规定的司法机构提起仲裁并试图制造不利于我国的国际舆论，然而公约明确将与国家主权事

[676] 大概相当于今天的北纬 14° 47″，今天的西沙群岛在北纬 15° 47″至 17° 08″，相差仅 1 度左右。实际上这次测量所有的数据均有 1 度左右的误差。《元史》卷四十八《天文志一》，开明书店版。转引自李国强：《南中国海研究：历史与现状》，黑龙江教育出版社 2003 年版，第 155 页。

[677] 参见赵建文：“联合国海洋法公约与中国在南海的既得权利”，载《法学研究》2003 年 02 期。

项有关的争端排除在强制管辖之外，这显然是侵犯我国主权的行为。我国可以不应诉，也可以根据公约规定的管辖权异议的条款作出回应。（二）巩固在南海的既得权利，加强对南海的实际控制。历史性权利是以一国的国家实践和他国的承认为基础的，历史性权利的存续需要一国连续的实践，否则将会遭到削弱甚至逐步消失。目前的现实状况是越南、菲律宾、马来西亚等国家占据了我国南沙的大量岛礁沙滩，将专属经济区和大陆架的范围扩展到断续线以内的水域。如果长时间放任这种情况继续下去，显然会削弱我国在南海地区的历史性权利。因此，想要进一步巩固我国在南海的历史性权利，就要进一步增加我国在南海的实践行为，驱赶外国侵略者，增强对南海的有效控制。（三）抵制话语霸权，加强国际社会的舆论支持。由于国际法的固有缺陷，国际社会经常成为国家实力的角斗场。南海争端的扩大化和复杂化，一个很重要的原因就是域外大国，尤其是美国的干涉。美国为了自己的国家利益重返亚太，对越南、菲律宾等国提供经济、军事支持，周边国家也仰仗着大国的支持，制造中国霸权论的国际舆论，严重扭曲了历史事实。然而，话语霸权并不能掩盖客观存在的历史事实，中国大量的历史资料都是证据，是中国在南海地区拥有主权和历史性权利有力证据。中国应坚决反对域外大国的干涉，与周边国家国家积极开展双边或多边交流与合作，增加政治互信，从而在各国之间创建命运共同体，促进南海争端的和平解决。

论国际法与国际秩序的“包容性”* ——基于《联合国宪章》的视角

张乃根**

摘要：《联合国宪章》是战后国际法与国际秩序的基石。以“我联合国人民”的名义制定的该《宪章》涵盖了一定的“包容性”。联合国从 51 个创始会员国发展为全世界 193 个主权国家组成的国际社会大家庭这一事实表明，其所基于的《宪章》具有对不同文明、文化和制度的“包容性”。但是，这种“包容性”存在许多问题。深入研究国际法与国际秩序中的文明、文化和制度的“包容性”及其实现的路径，尤其是将面向 21 世纪新形势下的中美关系置于国际法与国际秩序的“包容性”大框架下加以思考，谋划相应战略策略，紧密结合中国的国际法实践，创新具有中国特色的国际法理论，是摆在中国国际法学界面前的一项十分紧迫和重要的工作。

关键词：《联合国宪章》；文明；文化；制度；包容性

一、引言

国际法是调整一定国际关系的法律制度总和，由此形成国际法规约下的国际秩序。1945 年 6 月 26 日签署的《联合国宪章》（简称《宪章》）[678]被公认为是“国际社会的基本法律文件”[679]（也有称之为“宪法”[680]）和“更和平、更繁荣、更公正的世界不可或缺的基础”[681]。70 年后的今天，“《宪章》的原则依然是指导当代国际关系的基石”。[682] 《宪章》开篇以“我联合国人民”（We the Peoples of the United Nations）为第一（集体）人称，意味深长。从当年 51 个签署国[683]到如今 193 个会员国，《宪章》代表着正义战胜邪恶，体现了一切爱好和平的人们共同利益。同时，从现代国际法与国际秩序的演变来看，以“我联合国人民”的名义制定的《宪章》涵盖了一定的“包容性”（inclusiveness）。

通常，人们将 17 世纪中叶至 1945 年的国际关系史划分为“近代”和“现代”，[684] 其后

---

* **未定稿，仅供年会交流。**

****复旦大学特聘教授、中国国际法学会常务理事。**

678 Charter of the United Nation, 1 U.N.T.S. XVI. 《联合国宪章》英、法、中、俄、西班牙文签署文本原件，参阅 UN Treaty Collection: https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf，最后访问时间：2015 年 3 月 28 日。以下访问时间同，均略。中文本也可参阅《国际条约集》（1945-1947），世界知识出版社 1959 年版，第 35 页。根据《联合国宪章》第 111 条，5 种文字的作准本具有同等的国际法效力。下文援引《联合国宪章》，均以签署原件中文本为准，并参考英文本，出处略。

679 Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (London: Longman Group UK Limited, 9th ed,1992), Volume 1, p.31.

680 Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2009).

681 《2005 年世界首脑会议成果文件》，A/RES/60/1(2005)，第 1 页。

682 Wang Yi，“United Nations Charter should be Used instead of being Worshiped”，http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1240732.shtml.

683 波兰当时未签署《宪章》，1945 年 10 月 15 日以联合国创始会员国的资格签署。参阅 UN Founding Member States: http://www.un.org/depts/dhl/unms/founders.shtml, (Last visited March 8, 2015)。

684 参阅王绳祖主编：《国际关系史》（十七世纪中叶——一九四五年），法律出版社 1986 年第 2 版。

为“战后”（其中可分“冷战”与“冷战后”）。[685] 也有西方学者赞同从“全球化”（Globalization）角度，将地理大发现之后的历史分为“打开”（open up）世界的“全球化 1.0”时代（15 世纪末至 1800 年）、“多国合作”（multinational cooperation）“全球化 2.0”时代（1800-2000 年）和“全球化 3.0”的当代（2000-）。[686] 但是，从格劳秀斯创立的国际法学说及其影响下形成的威斯特伐利亚体系演变至今的历史来看，特别是以《宪章》为视角，看待当代国际法与国际秩序及其发展趋势，可见《宪章》的诞生标志着国际法从欧洲国家间法，最终真正成为全球性法律制度；以《宪章》为基础的联合国已从第二次世界大战时反法西斯的国家联盟发展为战后国际社会最广泛、最具代表性的“大家庭”。因此，近四百年的国际法与国际秩序的形成与发展，也不妨以《宪章》为分界线划分“之前”和“之后”。这些不争的事实亦表明：基于《宪章》的国际法与国际秩序，本质上有着独特的“包容性”。

以“我联合国人民”为主体的《宪章》涵盖的这种“包容性”意味着人类社会的各种文明、文化和制度的包容。惟有这种包容达至理想的境地，人类社会的永久和平才具有坚实的基础。在纪念《宪章》70 周年之际，探讨这种“包容性”及其实现的路径，具有特别重要的理论与实际意义。

二、国际法与国际秩序中的文明“包容性”

（一）什么是“文明”或“文明国家”？

《宪章》本身通篇没有“文明”（civilization）一词，但是，根据《宪章》第 92 条，连同《宪章》一起签署的《国际法院规约》（简称《规约》）“系以国际常设法院之规约为根据，并为本宪章之构成部分。”[687] 该《规约》第 38 条第 1 款（c）项规定：“一般法律原则为文明各国所承认者”是法院裁判的可适用法之一。这不仅是《规约》，而且因其为《宪章》不可缺少“之构成部分”（an integral part），故可视为《宪章》唯一采用“文明”词语之处。尽管《规约》这一规定本身有悖于《宪章》的主权国家平等原则，[688] 但是，这毕竟已成为《宪章》的一部分。因此，有必要从国际法与国际秩序中的文明“包容性”角度加以分析。

郑斌教授在最初作为博士论文于 1950 年完成的《国际法院与法庭适用的一般法律原则》中，对《规约》第 38 条第 1 款（c）项做了堪称后人叹为观止的全面、深入研究，[689] 尽管国际常设法院（PCIJ）和国际法院（ICJ）从未直接以“一般法律原则”作为裁判的可适用法，而是“采用这些原则作为其推理或支持其基于其他依据所做裁决的一部分”，[690]本文亦

---

[685] 参阅方连庆等主编：《战后国际关系史》（1945-1995），北京大学出版社 1999 年版。

[686] 这是托马斯•弗里德曼在《共同的世界》（*Plat World*）中提出的划分法。有关评述，参阅 Daniel Bethlehem, “The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law”, *The European Journal of International Law*, Vol.25, No.1 (2014), p.19.

[687] Statute of the International Court of Justice, 1 U.N.T.S. XVI, 《国际法院规约》英、法、中、俄、西班牙文签署文本原件，参阅 UN Treaty Collection: https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf, 下文援引《国际法院规约》，均以签署原件中文本为准，并参考英文本，出处略。

[688] 参阅 Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun (translation), *North Sea Continental Shelf*, Judgment of 20 February1969, ICJ Reports 1969。该单独意见谈及如对大陆架划界存有异议，是否存在《规约》第 38 条第 1 款（c）项下的各国公认一般法律原则时，特别指出：“首先重要的是看到《规约》第 38 条第 1 款（c）项所指‘文明国家承认之一般法律原则’在其制定的形式上是不适用的，‘文明国家’的用语与《联合国宪章》相关规定相悖，因而是对一般法律原则的不当限定。”（Sep.op. Ammoun, p.133. Para.33）

[689] 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2012 年版。该书中文版序言介绍“本书系统分析了 1794 年现代国际仲裁开始至 1953 年本书第一版出版之际，约 130 个国际法院于法庭的 600 余个曾适用国际法‘一般法律原则’的裁决”（第 1 页）。

[690] Vladimir Degan, *Sources of International Law*, (The Hague: Kluwer Law International, 1997), p.53.

无意探讨这个问题。值得研究、思考的是：郑斌教授作为具有华裔背景的著名国际法学者，无论是他发表于 20 世纪 50 年代初的原著，还是在 2009 年撰写的该书中文版序言，均未对“一般法律原则”之限定用语——“文明各国”（civilized nations），尤其是“文明”一词，作比较详尽的专门论述。似乎，这是不言自明的，“因为任何国家作为国际社会的成员必然被认为是文明的”。[691] 问题恰恰在于从欧洲为中心到以《宪章》为核心的国际法与国际秩序演变过程中，哪些国家有资格，以及如何成为国际社会的成员，本身就充满了争议和冲突。正如郑斌的导师施瓦曾伯格教授坦言：“依然有许多事情要做。首先，确定文明民族这一术语之含义的切实可行的标准是国际法社会学的责任。”[692]

什么是文明国家或民族呢？这取决于回答问题的视角。基于《宪章》及其实践的国际法视角，凡是联合国会员国或永久观察员国，均为文明国家或民族。诚然，获得这样的国际法地位本身是非常复杂的过程。这正是国际法与国际秩序的“包容性”所涉及的问题。从历史的视角看，“文明”和“社会”这两个术语可以互换使用。英国历史学家汤因比在《历史研究》绪言中列举的古代希腊社会以及源于天主教会的西方基督教社会和东正教社会、伊朗和阿拉伯社会及叙利亚社会（伊斯兰教社会）、古代印度社会、古代中国社会、米诺斯社会、苏末社会、赫梯社会和巴比伦社会、埃及社会、安第斯社会、尤卡坦社会、墨西哥社会和马雅社会[693]是西历公元前至公元约 1000 年在地球上形成的主要文明形态。[694] 汤因比反对“文明统一”的错误概念，并指出“自我中心”的错觉在中国清朝乾隆皇帝时期也非常突出。[695]

（二）具有基督教文明内部“包容性”的欧洲国际法及其演变

现代国际法肇起于西方基督教社会。格劳秀斯在 1608 年 11 月匿名发表的《海洋自由论》[696]中开宗明义，指出：“所有人依国际法均可自由航行”。为论证这一“国际法”（Law of Nations）的公理，格劳秀斯以创世的“上帝自己借自然之口道出此原理”为出发点，认为“上帝赐予人类环抱整个地球，且在其上可到处航行的海洋”，并援引在《旧约圣经》代上帝之言的摩西（Moses）史上的故事，说明海洋如同“公路”（high roads）一样是对全人类开放。后来的“公海”（high seas）由此得名。显然，格劳秀斯将之作为自然法的国际法理念是基督教社会的产物。“特别是近代国际法。其本身的存在应归功于自然法学说。”[697]

但是，格劳秀斯采取了将自然法学说从神学中解放出来的“决定性步骤”。[698] 这首先体现在他对于神学的创新解读。譬如，在《捕获法》中，为了回应当时荷兰东印度公司部分股东质疑采用武力取得葡萄牙商船的货物作为战利品补偿股东的做法，格劳秀斯强调：“无论采取何种推理思路，无论接受什么权威论述，我们都必须得出这一结论：从所有的法律角度

---

691 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，第 27 页。
692 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，前言，第 2 页。
693 [英]汤因比：《历史研究》上，曹末风等译，上海人民出版社 1966 年第 2 版，第 15-43 页。
694 《泰晤士世界历史地图集》，生活•读书•新知三联书店 1985 年版，第 16-20 页。
695 [英]汤因比：《历史研究》上，第 45-47 页。
696 Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas*, (New York: Oxford University Press, 1916), Introductory Note, p. v. 该英译本的拉丁文版封面出版年期为 1608. 也有学者考证认为：荷兰东印度公司于 1608 年 10 月要求格老秀斯匿名发表其为该公司所涉“凯萨琳号案”辩护所写《捕获法》第十二章（即《论海洋自由》），因当时荷兰与西班牙正在谈判签署《安特卫普休战协定》，故推迟至 1609 年 4 月底发表。参见 Gugo Grotius, *Mare Liberum* 1609-2009, Edited and Annotated by Robert Feenstra, (Leiden: Brill, 2009), Preface, p. ix. 下文均援引[荷]雨果•格劳秀斯：《论海洋自由》，马忠法译，上海人民出版社 2013 年第 2 版，并参考英译本，出处略。
697 [英]劳特派特：《奥本海国际法》上卷第一分册，王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1971 年版，第 63 页。
698 [英]劳特派特：《奥本海国际法》上卷第一分册，第 64 页。

看，对基督徒而言，有些针对基督徒的战争是正当的。”[699] 这包含了新教思想。格劳秀斯的代表作《战争与和平法》更是直截了当地说：“上帝的权力是无限的，但是，可以说世上有些事情连这种权力也无法逮及，因为此类事情仅仅说过，而无现实回应及自相矛盾。就如同上帝也不能使 2 加 2 不等于 4，他也不能使本质上邪恶者不邪恶。”[700] 没有这种世俗化的新教思想，不可能催生相对于格劳秀斯之前时代而言，新的国际法与国际秩序。

新的国际法具有包容新教观念的特点。格劳秀斯时代正是欧洲因新、旧教冲突引起的 30 年战争时期。“1648 年威斯特伐利亚和约结束了 30 年宗教战争，标志着接受新的欧洲政治秩序。”[701] 该和约第 2 条规定：“永远宽恕在战争中各自无论何时何地所作所为，不再以任何方式加害或不允许加害他方，并完全废止战前或战时所为。”[702] 这一新的欧洲政治秩序仍是一个基督教文明的社会，但以法国等西欧世俗国家为中心，承认独立的各民族国家主权平等、新旧教的平等，最大限度地包容了当时欧洲的 16 个国家和 66 个神圣罗马帝国名义下享有主权的王国。[703] 这就是 17 世纪中叶具有基督教文明内部“包容性”的欧洲国际法与国际秩序，也是欧洲人视野中的国际社会。

此后，欧洲人的这一国际社会逐步扩展到美洲、澳洲、亚洲和非洲等地区。19 世纪末、20 世纪初，有许多事件可以佐证这一发展。譬如，1883 年《保护工业产权巴黎公约》于翌年生效时有法国、比利时、西班牙、意大利、荷兰、葡萄牙、塞尔维亚、瑞士、英国、丹麦等欧洲 10 国，巴西、瓜地马拉、美国、萨尔瓦多、厄瓜多尔、多米尼加等美洲 6 国，新西兰、昆士兰（澳大利亚）和亚洲国家日本以及最靠近欧洲的北非国家之一突尼斯；1900 年该公约又增加德国、奥地利、匈牙利、卢森堡、挪威、瑞典和俄罗斯等欧洲 7 个缔约国。[704] 这大致是当时的国际社会情况。又譬如，1900 年美国联邦最高法院在审理一起捕获法案件时，为了论证战时不得抓捕敌方渔船及船员这一习惯国际法的存在，先后列举了 15 世纪以来英国、法国、荷兰、美国、普鲁士（德国）、墨西哥、奥地利和日本等“文明国家”（civilized nations）战时区分渔船与军用船只的惯例，并特别说明日本是“最后一个加入文明国家行列的国家”，[705]还以当时美国、英国、阿根廷和德国的国际法学说作为学理依据。可见，国际社会仍具有显著的基督教文明特征，虽已不限于基督教社会。第一次世界大战结束后于 1919 年签署的《凡尔赛和约》及 1920 年成立的国际联盟包括了更多的非基督教社会成员，尤其是中国作为国际联盟 44 个创始会员国之一，进入了当时仍以欧洲为中心的国际社会成员行列。纵观《宪章》及联合国诞生之前约 300 年的历史，以欧洲为中心的国际法与国际秩序包容了基督教文明内的几乎所有国家和民族，甚至“当时欧洲在确定国际体系成员资格时没有沙文主义。譬如，奥斯曼帝国通过 1649 年缔约被接受为[国际体系]成员。”[706]然而，对于非

---

[699] [荷]雨果•格劳秀斯：《捕获法》，张乃根等译，上海人民出版社 2006 年版，第 49 页。

[700] Hugo Grotius, *on the Law of War and Peace*, (Oxford: at the Clarendon Press 1925), p.42.

[701] Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations*,(Oxford: Oxford University Press, 2012), p.5.

[702] Peace Treaty between the holy Roman Emperor and the King of France and their respective Allies. 英文本来源：Treaty Text （Yale Law School）http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp, (Last visited March 15, 2015). 《威斯特伐利亚和约》中文本，可参阅《国际条约集》（1648-1871），世界知识出版社 1984 年版，第 2 页。

[703] 参阅 http://en.wikipedia.org/wiki/Peace_of_Westphalia.

[704] *Union internationale pour la protection de la propriété industrielle*, Paris, A. Pedone, Éditeur,1901，p.8. 载于法国网：http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6105575f/f5. image.

[705] *The Paquete Habana,* 175 U.S. 677 (1900).

[706] Instrument for the Prolongation of the Peace between the Emperor of the Holy Roman Empire and the Sultan

基督教文明的各国或地区而言，该国际法与国际秩序缺乏本质上的“包容性”。

（三）基于《宪章》而具有文明“包容性”的全球国际法与国际秩序

基于《宪章》的国际法与国际秩序具有本质上的“包容性”。首先，《宪章》源于第二次世界大战中反法西斯联盟的一系列主要国际法文件。这包括 1941 年 6 月 12 日在伦敦圣詹姆斯宫通过的 14 国《联盟国宣言》，[707] 同年 8 月 14 日美英首脑《联合宣言》，[708]1942 年 1 月 1 日由美国、英国、苏联和中国等 26 个世界反法西斯联盟的国家代表签署的《联合国家宣言》。[709] 这些国际法文件道出了善良正义的人类处于生死存亡之际发自内心的肺腑之言：“持久和平的唯一真正基础是摆脱了侵略威胁，人人享有经济与社会安全的世界上自由人民之自愿合作”（《联盟国宣言》）；“待纳粹暴政被最后毁灭后，两国希望可以重建和平，使各国俱能在其疆土以内安居乐业，并使全世界所有人类悉有自由生活，无所恐惧，亦不虞匮乏的保证”（《联合宣言》）；“深信完全战胜它们的敌国对于保卫生命、自由、独立和宗教自由并对于保全其本国和其他各国的人权和正义非常重要”（《联合国家宣言》）。字里行间没有任何基督教文明色彩，甚至于没有任何特定文明的印记，只有人类企求和平自由、安居乐业的呼声。这代表了全人类（那些无比残暴对待善良人类的纳粹主义者、军国主义者只有兽性，毫无人性可言，必须除外）的共同利益，因而本质上具有最大的包容性。上述宣言的核心理念与《宪章》序言及第 1 条所表明的三大宗旨相吻合：维持国际和平及安全；促进国际间合作以解决国际间属于经济、社会、文化、及人类福利之国际问题；尊重和保护个人、人民的人权。[710] 2006 年联合国大会关于成立新的人权理事会决议进一步明确这三大宗旨：“和平与安全、发展和人权是联合国系统的支柱，也是集体安全与福祉的基础”。[711] 同样，这些宗旨构成了当代国际法与国际秩序的“包容性”之基础。

其次，《宪章》的首要基本原则——各国主权平等——第一次在国际法上明确“大小各国平等”而无文明之不同或差别，从而消除了先前以基督教文明国家为限（如威斯特伐利亚体系）或为中心（如国际联盟）的旧痕迹，为包容国际社会的所有成员提供了法律保障。《宪章》的这一基本原则源于 1943 年 10 月 30 日由中国、苏联、美国和英国政府代表在莫斯科签署的《普遍安全的四国宣言》（《莫斯科宣言》）。[712] 该宣言第一次明确提出“根据一切爱好和平国家主权平等的原则，”建立一个全新的联合国。“所有这些国家无论大小，均得加入为会员国，以维持国际和平与安全”。签署《宪章》的联合国创始会员国不分大小，先由中

---

of Turkey, 1 July 1649, 1 CTS 457. 参阅 James Crawford, ed., *Brownlie's Principles of Pubic International Law*. 8th edition (Oxford: Oxford University Press, 2012),p.4.

[707] 该决议又称《圣詹姆斯宫宣言》(*The Declaration of St. James's Palace*)，由英国与英联邦成员（加拿大、澳大利亚、新西兰和南非）以及被德国和意大利侵占的欧洲国家而被迫流亡英国的比利时、希腊、卢森堡、荷兰、挪威、波兰和南斯拉夫等国政府和捷克斯拉伐克临时政府以及自由法国领导人戴高乐将军的代表签署。参阅“《联合国宪章》历史”：http: //www.un.org/aboutun/charter/history/index.shtm。通常，这被称为《联盟国宣言》，或《伦敦宣言》，参阅饶戈平主编：《国际组织法》，北京大学出版社 1996 年版，第 34 页。

[708] 又称《大西洋宪章》（*The Atlantic Charter*），影印件原文《联合宣言》（Joint Declaration）参阅《美国历史文献选萃》（康马杰编辑），香港：今日世界出版社 1979 年版，第 107 页；中文本参阅《国际条约集》（1934-1944），世界知识出版社 1961 年版，第 337 页。

[709] *Declaration by United Nations* (January 1, 1942)，载“《联合国宪章》历史”：http://www.un.org/en /aboutun /history/declaration.shtml。中文本参阅《国际条约集》（1934-1944），世界知识出版社 1961 年版，第 342 页。

[710] 参阅张乃根：“试析联合国宗旨下的国际秩序及其演变”，《东方法学》2012 年第 2 期。

[711] 联合国大会决议《人权理事会》A/RES/60/251（2005 年 3 月 15 日）。也可参阅张乃根：“论联合国‘三重’理事会——以改革中的人权理事会为视角”，《国际法研究》2014 年第 3 期。

[712] *Declaration of the Four Nations on General Security (Moscow Declaration)*，中文本参阅《中苏美英四国关于普遍安全的宣言》，《国际条约集》（1934-1944），世界知识出版社 1961 年版，第 403 页。

苏美英四国以联合国会议的发起国身份按字母顺序，法国作为安理会常任理事国其后，其余均严格按字母顺序，由本国代表团成员签名。这与先前的国际联盟规定可加入的成员国分为“完全自治国家”（full self-governing State）、“领地”（Dominion）和“殖民地”（Colony）[713]形成鲜明对比。1970 年联合国大会关于国际法原则的宣言进一步诠释了“各国主权平等”的要素，包括“各国法律地位平等”；“每一国均享有充分主权之固有权利”；“每一国均有义务尊重其他国家之人格”；“国家之领土完整及政治独立不得侵犯”；“每一国均有权利自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度”；“每一国均有责任充分并一秉诚意履行国际义务，并与其它国家和平共处”。[714] 新的联合国人权理事会更是体现了各国主权平等的包容原则。按照《人权理事会》决议，该理事会成员资格“向联合国所有会员国开放”；“由大会通过无记名投票，以会员国过半数直接选举产生”“以公平地域分配为基础”的 47 个成员。“理事会成员任期三年，在连续两任后没有资格立即再次当选”。[715] 自诩为“人权卫士”的美国等不再享有以往在人权委员会的不断连任特权，以致美国不仅是反对新的人权理事会成立的 4 个国家之一，而且在该理事会运行后 3 年才不得不申请入选该理事会。

总之，基于《宪章》的国际法与国际秩序，更趋向于对各种文明的“包容性”，亦即“不同文明兼容并蓄、交流互鉴”。[716] 诚然，这种包容远未达到理想境地。譬如，战后至今，巴勒斯坦与以色列的对立除了受制于地缘政治的影响，凸现了伊斯兰教与犹太教这两大文明之间的冲突，以致在以色利占领区的巴勒斯坦国至今无法建都，并因美国和以色利的坚决反对而未成为联合国会员国。这是中东地区局势长期动荡不定的根本原因之一。

三、国际法与国际秩序中的文化“包容性”

（一）文化的含义及其意识形态的包容

《宪章》多项条款涉及“文化”。第 1 条第 3 款规定：联合国宗旨之一是“促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化、及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”第 62 条第 1 款规定：“经济及社会理事会得作成或发动关于国际经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关事项之研究及报告”。第 73 条第 1 款关于非自治领土的规定：“充分尊重关系人民之文化下，保证其政治、经济、社会及教育之进展，予以公平待遇，且保障其不受虐待。” 上述条款中的“文化”的英文为“cultural”或“culture”。但是，作为《宪章》构成部分的《国际法院规约》第 9 条规定：法官“选举人不独应注意被选人必须各具必要资格，并应注意务使法官全体确能代表世界各大文化及各主要法系。”其中“文化”的英文为“civilization”。可见，在不同的上下文，文化的含义有所不同。狭义者与经济、社会的要素并列；广义者指某一人民的文化或文明。

紧接着联合国成立，于 1945 年 11 月 16 日创建，并在其《组织法》明文规定为联合国专门机构的教育科学文化组织（UNESCO）强调“文化之广泛传播以及为争取正义、自由与和平对人类进行之教育为维护人类尊严不可缺少之举措，亦为一切国家关切互助之精神，必

---

[713] 《国际联盟盟约》第 1 条。《国际条约集》（1917-1923），世界知识出版社 1961 年版，第 266 页。
[714] 《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》A/RES/2625(1970 年 10 月 24 日)。
[715] 联合国大会决议《人权理事会》A/RES/60/251（2005 年 3 月 15 日）。
[716] 习近平：“迈向命运共同体，开创亚洲新未来”（2015 年 3 月 28 日），载外交部网站：http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/zyjh_611308/t1249640.shtml。

须履行之神圣义务”；[717]“致力于在尊重共同价值观的基础上为不同文明、文化和民族之间开展对话创造条件。”[718] UNESCO《世界文化多样性宣言》“重申应把文化视为某个社会或某个社会群体特有的精神与物质，智力与情感方面的不同特点之总和；除了文学和艺术外，文化还包括生活方式、共处的方式、价值观体系，传统和信仰。”[719]显然，这是广义的文化。

无论是狭义或广义的文化，均与人类的精神世界休戚相关。文化的本质在于思想观念。作为具有最高思维能力的自然生物，人类的吃穿住行及其手段的创造、使用属于物质生活或活动；相对应的是人类的思想与相互交流的外化形式，包括语言及表述、艺术创作及表现等。思想的最高境界是哲学，这是人类对自己社会及其自然界的存在与各种物质、精神生活的根本性思考。可以说，哲学是文化的灵魂。“自从人类能够自由思考以来，他们的行动在许多重要方面都有赖于他们对于世界与人生的各种理论，关于什么是善、什么是恶的理论。”[720] 这种理论是人类思想、观念和意识的核心。这些产生于人类物质生活的这些思想、观念和意识可统称为“一般意识形态”。[721] 从思想观念角度看待文化，国际法与国际秩序中的文化“包容性”离不开意识形态的要素。

（二）冷战的历史教训：国际法与国际秩序中的意识形态“包容性”

如前文所述，近 400 年来的国际法与国际秩序的形成与发展，可以《宪章》为分界线划分“之前”和“之后”。尽管基于《宪章》的国际法与国际秩序具有本质上的“包容性”，但是，这种应然的“包容性”在联合国成立后长达近半个世纪的冷战时期，受到东西方两大阵营的排他性意识形态的严重制约。美国总统杜鲁门于 1947 年 3 月 12 日在美国国会声称：“目前几乎每个民族度必须在两种生活方式之中选择其一。”[722] 他所说的“两种生活方式”是“自由国家”与对立的“极权国家”中人民的不同生活方式。“自由”和“极权”的思想观念显然包含了善与恶的意识形态。在这种意识形态支配下，各国被划归“自由”抑或“极权”的两个世界。与此相反，前苏联的国际法学者认为当时“以诽谤社会主义制度，歪曲共产党的目标和政策以及整个马列主义学说为主要内容的反共政策成为帝国主义的主要思想武器”。[723] 敌对的意识形态导致了对峙的两大体系：“在人类从资本主义过渡到社会主义和共产主义的时代，两种相互对立的社会经济体系——社会主义和资本主义——的相互作用是国际关系的决定因素。”[724] 冷战时期的国际法与国际秩序充满了此类意识形态的敌意或阴影。战后 50 年代的朝鲜战争、60-70 年代的越南战争和 80 年代的阿富汗战争都是冷战的产物。在这样的历史背景下，联合国难以按照《宪章》发挥其维护国际和平与安全，促进国际合作和保护人权的应有作用。这是冷战的历史教训。正如 UNESCO《保护和促进文化表现形式多样性公约》序言所强调的：“忆及在民主、宽容、社会公正以及各民族和各文化间相互尊重的环境中繁荣发展起来的文化多样性对于地方、国家和国际层面的和平与安全是不可或缺的”。

---

[717] 《联合国教育、科学及文化组织组织法》，载《联合国教育、科学及文化组织基本文件》，2014 年版。
[718] ：《何为教科文组织？》，教科文组织 2009 年，载于 http://www.unesco.org/new/zh/unesco/about-us/who-we-are/introducing-unesco/。
[719] 《世界文化多样性宣言》（2001 年 11 月 2 日）。
[720] [英]罗素：《西方哲学史》上卷，何兆武、李约瑟译，商务印书馆 1963 年版，第 12 页。
[721] 马克思和恩格斯：《费尔巴哈》，载《马克思恩格斯选集》第一卷，人民出版社 1972 年版，第 22 页。
[722] 哈里•杜鲁门：“杜鲁门主义”，载《美国历史文献选萃》（康马杰编辑），第 113 页。
[723] [苏联]Ф•И•科热夫尼科夫主编：《国际法》，刘莎等译，商务印书馆 1985 年版，第 9 页。
[724] [苏联]Г•В•伊格纳钦科、Д•Д•奥斯塔频科主编：《国际法》，求是等译，法律出版社 1982 年版，第 2 页。

725

前车之覆，后车之鉴。在当代国际法与国际秩序中，冷战思维依然阴魂不散。尽管中国一贯坚持独立自主的和平外交政策，倡导并身体力行地实践“互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处”这一“开放包容的国际法原则”，[726] 但是，在国际关系中将中国视为“共产主义国家”、“非市场经济”，采取带有浓厚意识形态色彩的歧视性政策或措施，远未销声匿迹，甚至拉帮结伙，在军事上企图围堵中国。

面对严峻的挑战，中国更应坚定地走和平发展道路，强调国际法与国际秩序中的意识形态“包容性”，以柔克强，外交上不打意识形态战，善于超越意识形态分歧，寻求可接受的共同理念，促进相互理解，合作共赢。

（三）国际法理论中的意识形态“包容性”问题探析

在强调国际法与国际秩序中的意识形态“包容性”这一前提下，下文扼要地探析国际法理论中的相关问题。自鸦片战争前后欧美国际法论著经翻译传入中国，至 1932 年由周鲠生教授发表中国学者编写的第一本《国际法大纲》[727]（这也是民国时期“出版的、发行量最大的一本国际法教科书”[728]），清末民初深受西方国际法学说的影响。如周鲠生教授所言：“书中所述原则，大抵依据西方先辈学者的著作”。[729] 新中国成立后相当长时间里，前苏联的国际法理论在不同程度上又影响了中国学者，加上当时极左思潮严重，国际法论著也难免留有意识形态冲突的痕迹。譬如，1976 年出版的周鲠生教授遗著《国际法》援引苏联国际法教科书的观点，认为国际法具有阶级性，“同时代表着各国的统治阶级的意志”。[730] 1981 年出版的王铁崖教授主编《国际法》集当时中国国际法学界之精华而成，仍然认为：“国家的意志就是国家的统治阶级的意志。由于国际法的效力的根据在于国家，在于国家的意志，这就表现了国际法的阶级性。”[731] 直到 20 世纪 80 年代末、90 年代初，中国国际法学界才开始抛弃这种观点，同时也探索具有中国特色的国际法理论。[732]

近 10 多年，随着中国加入世界贸易组织，综合国力显著增强，中国的国际法理论创新愈加成为一项十分重要的工作。这包括“运用国际法主张在多样性中和谐共处，在差异性中求同存异，建设一个开放、包容的和谐世界”；[733]“研究提出适合我国和平发展需要的系统的国际法观，向世界宣示中国对国际法律事务的基本理念和原则，争取更大的国际规则制定话语权。”[734] 中国学者已经在这方面做出了可喜的努力。老一辈国际法学者潘抱存教授在《中

---

[725]《保护和促进文化表现形式多样性公约》（2005 年 10 月 20 日），中国于 2006 年 12 月 29 日决定批准加入。

[726] “习近平在和平共处五项原则发表 60 周年纪念大会上的讲话”（2014 年 6 月 29 日），载外交部网站：http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/zt_611380/dnzt_611382/hpgc_668028/t1169582.shtml。

[727] 周鲠生:《国际法大纲》,商务印书馆 1932 年。“此书是我国第一部由中国人编写的有关国际法学的专著”。引自该书勘校本，周鲠生：《国际法大纲》（周莉勘校），中国方正出版社 2004 年，“勘校者序”。

[728] 端木正：“国际法发展史的几个问题”，载黄瑶、赵晓雁编：《明德集：端木正教授八十五华诞祝寿文集》北京大学出版社 2005 年版，第 494 页。

[729] 周鲠生：《国际法大纲》，序。

[730] 周鲠生：《国际法》，商务印书馆 1976 年版，第 8 页。

[731] 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1981 年版，第 9 页。

[732] 参阅潘抱存：《中国国际法理论探讨》，法律出版社 1988 年版；潘抱存：《中国国际法理论新探索》，北京：法律出版社 1999 年。

[733] 曹建明：“努力运用国际法，为构建和谐世界服务”，载《中国国际法年刊》（2006），世界知识出版社 2007 年版，第 5 页。

[734] 李适时：“将中国国际法事业不断推向新台阶”，载《中国国际法年刊》（2012），法律出版社 2013 年版，第 5 页。

国国际法理论新发展》中提出：中国和平发展的国际法律观包括的主要内容是“维护世界和平”；“维护全人类共同利益”；“维护国际秩序，倡导国际社会组织化”；“树立新的世界安全观”和“和谐世界的理念”。[735] 年青国际法学者罗国强教授在《国际法本体论》等论著中试图将新形势下的东方和谐观与西方的正义、公平、平等、善意等原则结合，构建新的自然国际法基本原则与学说。[736] 何志鹏教授在《国际法哲学导论》中初步提出了国际法的中国理论构想，包括国际法的本体论、价值论、方法论和运行论。[737] 易显河教授提出的国际法“共进”（co-progressivenenss）理论也引起了国内外学界的关注。[738]

中国的国际法理论创新需要我们进行长期坚忍不拔的努力。国际法院前院长史久镛教授在为外交部条法司编写的《中国国际法实践与案例》序言中指出：“由于种种原因，中国法学界对自己本国国际法理论实践缺乏系统研究和著作”。[739] 这为我们创新中国的国际法理论指明了方向，即，在密切结合并善于总结中国的国际法实践的基础上系统研究国际法理论。近代中国在鸦片战争之后逐步了解源于欧洲的国际法，并引进了有关理论；新中国之后相当长时期又受到前苏联国际法学说影响；近 30 多年来开始探索中国的国际法理论。但是，当前仍以欧美国际法学说为主导。在一定程度上，这与国际关系与国际秩序的现实有关。中国的国际地位提升及影响扩大，正在显著地加快。我们应该贡献与之相适应的国际法理论。20 世纪初之后，美国开始在世界舞台上发挥主导作用。同时，在卡内基研究院的赞助下和时任《美国国际法学刊》主编及美国国务院法律顾问斯考特（James Brown Scott）教授的主持下，一套完整翻译欧洲最有代表性的古典国际法论著英译本文库问世。[740] 其目的是为了让美国政府和学界全面、深入地了解国际法理论。这也为以后美国的国际法理论创新提供了很好的学理基础。同属西方文化的“后起之秀”美国况且这样。这启示我们：一方面应结合中国的国际法实践，一方面应进一步了解当今“仍占绝对优势”[741]的西方国际法理论。“知己知彼，百战不殆。”打战如此，理论创新也是这样。

中国的国际法理论创新应在紧密结合中国的国际法实践的基础上，对国际法各个领域进行系统、深入的研究，包括对西方国际法理论的研究、吸取，提炼而成。如同在国际法与国际秩序中应强调意识形态的“包容性”，善于超越意识形态的分歧，中国的国际法理论创新也应如此。中国特色的国际法理论应具有含蓄的意识形态基调，即，中国视野下的善恶观、正义观等，并包容不同意识形态，是为世界各国能够接受的国际法理论。[742]

---

[735] 潘抱存、潘宇昊：《中国国际法理论新发展》，北京：法律出版社 2010 年版，第 6-10 页。

[736] 罗国强：《国际法本体论》，北京：法律出版社 2008 年版； 罗国强：《论自然国际法的基本原则》，武汉：武汉大学出版社 2011 年版。

[737] 何志鹏：《国际法哲学导论》，长春：吉林大学出版社 2013 年版。

[738] Sienho Yee, *Towards an International Law of Co-progressiveness, Part II*, (London: Brill Hijhoff, 2014).

[739] 史久镛：“序言”，载段洁龙主编：《中国国际法实践与案例》，北京：法律出版社 2011 年版。

[740] The Classics of International Law (1912-1950)，包括：亚亚拉（Ayala, Balthazar）《战争的权利和职务与军纪》；宾刻舒克（Bynkershoek, Cornelius van）《海洋主权论》；真提利斯（Gentili, Alberico）《使节法》和《为西班牙辩护》；格劳秀斯（Grotius, Hugo）《战争与和平法》、《海洋自由论》和《捕获法》；勒格那诺（Leguano, Giovani da）《论战争、报复与交战》；瓦特尔（Vattel, E. de）《万国法》；普芬道夫（Pufendorf, Samuel von）《自然法上人和公民的义务》；苏支（Zouche, Richard）《国际法与法院》；沃尔夫（Wolff, Christian von）《国际法方法论》。

[741] 史久镛：“序言”。

[742] 中文虽是联合国官方语言之一，但英文是当今国际通用的工作语言，因而中国学者贡献的，为世界各国能够接受的国际法理论，至少应具备英文版。迄今中国学者撰写的，有国际影响的国际法通论英文版鲜为人知。

四、国际法与国际秩序中的制度“包容性”

（一）康德的《永久和平论》及其对制度“包容性”的思考

70 年前在反法西斯战争的全面胜利前夕通过的《宪章》宣布：“我联合国人民同兹决心，欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸”。复数“后世”（generations）表明了人类企盼永久和平的呼声。康德在 1795 年发表的《永久和平论》针对当时欧洲国家之间战争不断与和平条约订而又废的恶性循环，提出建立一个永久的和平国际联盟，即“自由国家的邦联”（a federation of free states）。[743]“这是各民族的联盟，而不是由各民族组成的一个国家。和平联盟与和平条约的区别在于：后者仅仅企图结束一次战争，而前者却要永远结束一切战争。”[744] 这是永久和平论的核心思想。以《宪章》为基石的战后国际法与国际秩序以永久和平为宗旨，这是不同于以前的国际法与国际秩序之根本区别。为此，《宪章》第 4 条第 1 款规定：“凡其他爱好和平之国家，接受本宪章所载之义务，经本组织认为确能并愿意履行该项义务者，得为联合国会员国。”国际法院对“联合国会员加入条件（《宪章》第 4 条）”的咨询意见认为：《宪章》第 4 条第 1 款包括了 5 项“穷尽”（exhaustive）条件，即，“（1）一国家；（2）爱好和平；（3）接受宪章的义务；（4）能履行这些义务；（5）愿意履行。”[745] 其中，“爱好和平”（peace-loving）是加入联合国的国家之对外关系要求，而不论其国家内部的政治、经济和社会制度如何。这体现了《宪章》所具有的制度“包容性”。

然而，在新中国恢复联合国合法席位的问题上，美国等西方国家曾抱着对“共产主义中国”（communist China）的敌对立场，不仅违背了《宪章》第 4 条第 1 款明文规定，即，加入联合国的是“国家”，而非“政府”，将新中国作为全中国唯一合法政府在联合国的合法席位与新会员加入混为一谈，而且攻击新中国不符合“爱好和平”的会员国条件。[746]

上述文明、文化的“包容性”讨论侧重广义，亦即，“文明”和“社会”可互换使用；“文化”指某一人民的文化或文明，包含意识形态要素。制度的“包容性”则特指一个国家内部的政治、经济和社会制度。新中国从诞生第一天起至今始终是共产党领导下的社会主义国家。事实上，作为联合国发起国和安理会常任理事国之一的前苏联也是共产党领导下的社会主义国家。《宪章》对于会员加入不设置任何国内制度的先决条件，而要求“爱好和平”，本身就反映了由第二次世界大战中形成的反法西斯联盟演变而来的联合国，超越了联盟国或会员国的国内政治、经济和社会制度的差别障碍。正如凯尔森在 1944 年发表的《经过法律达到和平》一书中所言：“根除战争是我们头等重要的问题。这是国际政策的问题，且最重要的国际政策手段就是国际法。”[747] 70 年前如此，今天依然没有过时。追求和达到人类社会的永久和平，这是联合国首要的崇高宗旨。为了实现到这一共同目标，世界各国人民应该也完全可以超越不同的政治、经济和社会制度。这就是《宪章》具有制度的“包容性”之根

---

[743] Kant, *Perpetual Peace*, edited by Lews White Beck, (Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1957),p.16.

[744] Kant, *Perpetual Peace*, p.18.

[745] *Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4)*, Advisory opinion, ICJ. Reports 1948, p.62.

[746] 1950 年 9 月 19 日，美国操纵联合国大会通过所谓“谁应代表中国出席大会问题”的第 490 号（V）决议，公开地阻扰中华人民共和国作为中国唯一合法政府行使在联合国的代表权。有关美国攻击中国不符合“和平条件”，参阅 Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law 7th ed.,* (London: Routledge, 1997), pp.371-372.

[747] Hans Kelsen, *Peace Through Law*, (New York: the University of North Carolina Press, 1944),p.18.

本原因。

在新中国恢复联合国合法席位的问题上，美国等曾严重违背《宪章》的宗旨及明文规定。这折射了有关制度的“包容性”所涉许多深层次的理论与实践问题。限于篇幅，下文仅对源于康德的国际组织理论作扼要剖析。如上所述，康德在《永久和平论》中提出建立一个“自由国家的邦联”作为永久和平的国际法之基础。他认为：在这个邦联中，“每个国家的政治宪法应该是共和制。”[748] “政治宪法”（civil constitution）也有翻译为“公民体制”。[749] “共和制主义是行政权（管理）和立法权分离的政治原则”。[750] “政府人员越少（统治者人数越少），其代表性就越大，并且越接近于共和制主义可能性的宪法路径”。[751] 有学者对此评论：在康德看来，“共和制宪法不仅是政治宪法的合法形式，而且是源自于建立国家的始初契约的观念这一隐含的宪法原则。这也是致力于建立持久国际和平的那些国家所采纳的宪法。”[752] 显然，康德主张永久和平的邦联成员应具有政治“同质”（identified qualities）性，即，均为共和制的自由国家。这既集中体现了他基于人道主义而反对一切战争的观点，也反映了他所受到的当时法国大革命影响。这种政治“同质”性原理也许可以适用于欧洲，但不可适用于全世界。《宪章》作为国际社会“大家庭”——联合国的国际法依据，几乎未提任何政治制度作为组织性构成要素。[753] 这不仅是基于战时的反法西斯联盟之需，而且在一定程度上隐含了《宪章》起草者们的政治性妥协——既然联合国的最重要机制，即大国集体安全保障机制需要前苏联和美国这两个政治制度截然不同的国家合作，那么回避政治“同质”性就是最明智的选择。

（二）基于《宪章》的制度“包容性”及其面临挑战

在回避政治“同质”性的意义上，《宪章》所具有的制度“包容性”与不干涉内政的国际法原则有关。根据《宪章》第 2 条第 7 款，除非在发生危及国际和平的情况（适用第 7 章内执行办法），“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决”。国际法院在“尼加拉瓜军事与准军事行动案”中认为：《宪章》第 2 条第 7 款“不能严格地解释为适用于不干涉各国处理其内外事务的原则”，然而，鉴于战后 50 年代至 80 年代，互不干涉内政原则已为大量双边条约和国际法律文件所确认，并有充分的国家实践，国际法院第一次明确指出：“不干涉原则包含了每个主权国家不受外来干预处理自己事务的权利，虽然违反该原则的例子不少，但是，本法院认为这是习惯国际法的一部分。”[754]

无论是作为条约法的《宪章》第 2 条第 7 款，还是作为习惯国际法的不干涉内政原则的适用，都碰到一个棘手的问题：何谓“本质上属于任何国家国内管辖之事件”。国际常设法院在“关于突尼斯与摩洛哥国籍法令”咨询意见中曾认为：根据国际法（包括习惯国际法、一般或特殊的条约法），“某一事项是否纯属一国管辖内事项，本质上是相对的问题，取决于

---

[748] Kant, *Perpetual Peace*, p.11.

[749] [德]康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆 1990 年版，第 105 页。

[750] Kant, *Perpetual Peace*, p.14.

[751] Kant, *Perpetual Peace*, p.15.

[752] Charles Covell, *Kant and the Law of Peace: A Study in the Philosophy of International Law and International Relations*, (London: Macmillan Press Ltd. 1998)P.120

[753] 只有《宪章》第 73 条第 2 款关于非自治领土的安排规定：“对该人民之政治愿望，予以适当之注意；并助其自由政治制度之逐渐发展。”这反映了西方国家对此类非自治领土的政治发展之主导。

[754] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Report 1986,p.106.para.202.

国际关系的发展。”[755] 譬如，一国国民的国籍首先取决于国内法的规定，但如涉及国籍冲突，尤其在一定国际关系下引起国际法问题，就不是纯属一国内政。又譬如，国际法院在“科索沃单方面宣布独立”咨询意见中认为：非殖民化时代之后，一国主权之下部分领土上的人民自行宣布独立是否属于一国内政，国际法上尚无清楚界定。“在二十世纪下半叶，自决权的国际法以如此方式为非自治领土上的人民和受外国征服、统治和剥削的人民创设了独立权。大量新国家作为行使该权利而诞生。但是，也有一些不属于此类范畴的独立宣言。在后一类情况中的国家实践未说明出现新的国际法规则禁止这类独立宣言。”[756] 事实早已证明科索沃独立事件不完全是一国内政。与科索沃独立事件不同，1998 年加拿大经国内司法程序解决魁北克要求单方面独立的问题，[757] 2014 年依据英国中央政府与苏格兰地方政府所签署的有关协议以及公投法案而举行的苏格兰独立公投，[758]均为一国内政。

近年来，行使“保护的责任”对《宪章》的制度“包容性”构成了挑战。西方学者将 2010 年底开始在北非突尼斯、利比亚和中东地区的埃及、也门和叙利亚等国发生的政治动荡，冠以“阿拉伯之春”（Arab Spring），与 20 世纪 80 年代末和 90 年代初的东欧剧变相提并论，认为这“说明了自由的必要”。[759] 这些国家的部分民众对本国政治体制以及造成的社会弊端不满是客观事实，然而，这毕竟是这些国家的内政，联合国无权干预，其他国家也不应干涉。值得反思和研究的是：当一国的反政府活动演变为内战时，国际社会能否行使“保护的责任”？众所周知，“保护的责任”之最初表述是：“主张主权国家有责任保护本国公民免遭可以避免的灾难——免遭大规模屠杀和强奸，免遭饥饿，但是当它们不愿或无力这样做的时候，必须由更广泛的国际社会来承担这一责任”。[760] 2005 年联合国世界首脑会议文件明确：“国际社会通过联合国也有责任依据《联合国宪章》第 6 章和第 8 章，采取适当的外交、人道和其他和平方式帮助平民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害。”[761] 显然，根据《宪章》行使“保护的责任”与国际社会或他国干预一国制度变革的内政，毫无关系。至于借“保护的责任”为名，行武力干涉之实，更是与《宪章》完全背道而驰。

（三）中美关系所涉制度“包容性”问题

70 年前，中美两国携手作战打败了危害亚太及世界和平与安全的日本军国主义，并共同发起建立联合国，成为安理会常任理事国；如今作为世界上两个最大的经济贸易伙伴，面向 21 世纪，应共同构建新型大国关系，造福于两国与世界各国人民，避免重蹈历史上守成与新兴大国间冲突。可以说，中美关系所涉制度的“包容性”是当今国际法与国际秩序中的“包容性”所涉及的核心问题之一。

中美两国政治、经济制度截然不同。根据中国现行《宪法》序言和总纲规定，中国是共产党领导下人民民主专政的社会主义国家，实行以生产资料的社会主义公有制为基础的社

---

[755] *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion of 7 February 1923, PCIJ, B,4, p.24.
[756] *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Report 2010, p.37, para. 79.
[757] *Reference re Secession of Quebec,* [1998] 2 S.C.R. 217.
[758] *Official text of the Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013,* 参见英国政府网站：http://www.legislation.gov.uk/asp/2013/14/contents。
[759] Carlo Panara and Gary Wilson ed., *The Arab Spring: New Patterns for Democracy and International Law*, (Leiden: Martinus Hijhoff Publishers, 2013), preface.
[760]《保护的责任》中文本，http://www.iciss.ca/pdf/Chinese-report.pdf。
[761] 2005 World Summit Outcome , United Nations World Summit, 16 September 2005. A/60/L.1, para.139.

会主义市场经济体制。[762] 美国联邦《宪法》则规定立法、行政和司法权分立和相应的参众两院议员和总统的选举制度及法官任期终身制等，并通过宪法修正案规定有关公民基本权利。至于生产资料的所有制和市场经济活动，该《宪法》不做任何规定。[763] 美国对于新中国曾长期持敌视立场，即便是 1979 年 1 月中美建交后，美国仍根据其国内法向台湾地区出售武器，[764] 严重违反中美三个联合公报特别是“八• 一七”公报精神，粗暴干涉中国内政，损害中国主权和安全利益。根据“八• 一七”公报：“美国政府声明，它不寻求执行一项长期向台湾出售武器的政策，它向台湾出售的武器在性能和数量上将不超过中美建交后近几年供应的水平，它准备逐步减少它对台湾的武器出售，并经过一段时间导致最后的解决。在作这样的声明时，美国承认中国关于彻底解决这一问题的一贯立场。”[765] 过去 30 多年，美国既没有逐步减少它对台湾的武器出售，也无意彻底解决这一问题。其根本原因在于美国视中国为根本对立的政治制度国家而持有冷战思维，采取对华“接触+遏制”战略。[766]

中国一贯主张不同社会制度的国家应摒弃冷战思维，“尊重各自选择的发展道路和社会制度，尊重国际法和国际关系准则，尊重文明的多样性。”[767] 然而，期待美国彻底放弃其冷战思维和对华“接触+遏制”战略，可能是不现实的。唯有采取适当的应对战略和策略。在战略上，中国应坚持基于《宪章》的国际法与国际秩序中文明、文化和制度的“包容性”这一国际关系的“制高点”，努力增进中美之间政治、经济和军事各领域的来往、合作及人文交流，同时抛弃期望美国彻底放弃对华“接触+遏制”战略的幻想，加大国防建设，构筑维护国家和人民利益的坚不可摧的“底线”，防范一切不测事件。作为这一战略的组成部分，中国应坚持《宪章》宗旨和原则，坚决维护战后基于《宪章》的国际法与国际秩序，营造世界各国各地区和平共处和经济发展的合作共赢大格局，逐步削弱美国的霸权，迫使其欲为而不能为或不敢为。在策略上，中国应以柔克强，尽可能避免与美国的军事冲突；在经济贸易和投资领域，中国应尽最大努力促进中美交往，给两国人民带来实实在在的好处；在有利于双方共同利益的全球或地区事务中，加大中美合作，引领国际关系朝着符合《宪章》宗旨和原则的方向发展。

总之，中美关系不仅是 21 世纪最重要的双边关系之一，也是在很大程度上决定了今后相当长时期国际关系发展的总体方向。为此，研究人类社会的各种文明、文化和制度的包容，尤其是中美之间制度的包容性以及促进合作，避免冲突的路径，是十分重要和必要的。

五、结论

在纪念反法西斯战争胜利和联合国成立 70 周年之际，重温《宪章》和回溯近 400 年来，尤其战后国际法和国际秩序的发展，研究基于《宪章》的国际法和国际秩序中的文明、文化

---

762 《中华人民共和国宪法》（1982 年 12 月 4 日通过，2004 年 3 月 14 日修正）。

763 《合众国宪法》、《权利法案》，参阅《美国历史文献选萃》（康马杰编辑），第 23-38 页。

764 2014 年 12 月，美国再次决定向台湾出售武器装备。参阅 2014 年 12 月 19 日外交部发言人主持例行记者会答记者问。载外交部网站：http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/fyrbt_602243/jzhsl_602247/t1220992.shtml。

765《中华人民共和国和美利坚合众国联合公报》(1982 年 8 月 17 日)。

766 根据最近对美国 158 位中国问题专家的观点调查，主张对华以遏制为主占 16%，主张接触为主占 25%；主张接触+遏制占 59%。可见美国对华政策的基点之一是遏制。参阅《美国中国问题专家怎么看中美关系？》，《中国社会科学报》2015 年 4 月 1 日 A04 版。

767 外交部长王毅：“弘扬联合国宪章宗旨和原则，构建合作共赢新型国际关系——在安理会公开辩论上的发言”，载外交部网站：http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/zyjh_611308/t1239932.shtml。

和制度“包容性”及其实现人类社会永久和平的路径，将面向 21 世纪新形势下的中美关系置于国际法与国际秩序的“包容性”大框架下加以思考，谋划相应战略策略，紧密结合中国的国际法实践，创新具有中国特色的国际法理论，乃是中国国际法学人义不容辞的时代使命。

世界秩序与文明崛起——纪念联合国 70 周年

赵宏瑞

[摘要]：文明崛起，是指一国绝不侵损它国文明总量的国家兴盛。中国文明崛起理论，是回应“中国威胁论”的文明自信与思想武器；它包含中国文明总量中的和谐安全思想与大国守成传统；它需要将“公法统筹”、“和安守成”等中国文明特色，落实到国家安全法治体系的建设当中去。作者基于《世界文明总量论》中的观点，论述当前世界秩序，论述应在中国国家安全领域中升级和平崛起理念、构筑起中国文明崛起的理论体系。

[ABSTRACT]: Civilized rise means not to defend the other countries' "Civilization Aggregate" and to peacefully rise. The theory of China's civilized rise is to response to the opinions of China threats by mean of civilization confidence and thoughts "weapons", which includes peace and retainment thoughts in Chinese tradition, and which is to fortify Chinese character with public law and peace and retainment into the construction of rule of law in national security system. Based on the opinions from the book, "World Civilization Aggregate Approach" by the author, this paper addresses the nowadays world order and China's civilized rise.

[关键词]：和平崛起，文明崛起，文明总量，和安守成，国家安全法治体系

[正文]：

如果说和平崛起是一项政策宣示，文明崛起就是一个理论体系；如果说和平崛起是《联合国宪章》的最低要求，文明崛起的实现，就会为其增添更多的正义内涵。中国的国家安全法治建设，源于 2013 年习近平在三中全会上提出“国家安全委员会主要职责是制定和实施国家安全战略，**推进国家安全法治建设**”[768]，强化于 2014 年四中全会确立依宪治国、依法治国时代进程的开启。但是，这一政策需求，目前在国内还缺失上位法的足够支撑，在国外还围绕着“和平崛起”引发了学术上的争论与分歧。[769]中国的国家安全，从“和平崛起”的政策宣示要上升为重构法治，[770]有必要深化研究“中国文明地崛起”这一课题。

---

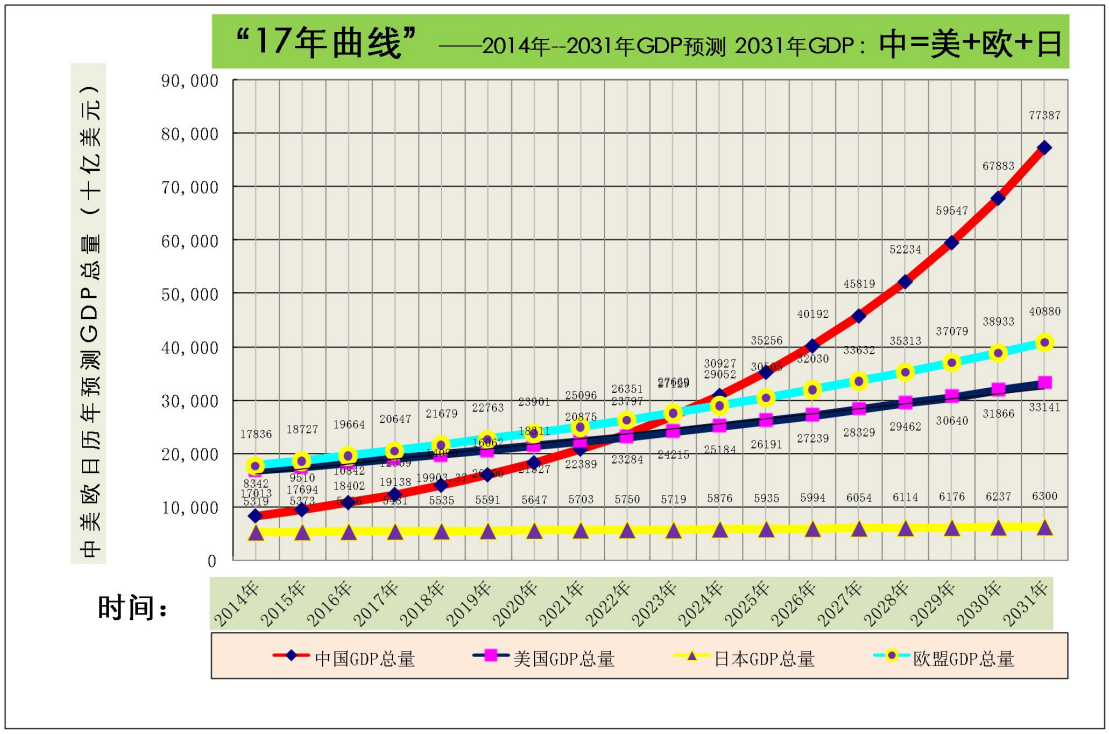
[768] 参见：习近平，《关于“中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定”的说明》，《党建研究》，2013 年第 11 期，第 31 页。

[769] 美国芝加哥大学政治学教授约翰·米尔斯海默在 2013 年 12 月接受《环球时报》采访时谈及**“中国不可能和平崛起”，并一如既往地坚持其中国威胁论**的观点。参见《凤凰网》：http://news.ifeng.com/mil/4/detail_2013_12/03/31750195_0.shtml。

[770] **中国的和平崛起政策**，源于 2003 年 11 月 3 日郑必坚提出“中国和平崛起”论题，随后通过国家领导人的政策宣示予以确立。自此，改革开放、和平崛起、科学发展，成为中国崛起的时代主题。在当时，和平崛起是指：不发生体系性战争的“大和平”概念，特指到本世纪中叶，中国的崛起将是“与邻为善”的、不挑战霸权国、而是争取平等地位的和平崛起过程。参见：郑必坚，2003 年 11 月 3 日，在博鳌亚洲论坛上发表的题为《中国和平崛起新道路和亚洲的未来》，载于《学习时报》（2003 年 11 月 17 日）、《光明日报》（2003 年 12 月 22 日）；另参见：温家宝，《把目光投向中国——温家宝总理在哈佛大学的演讲》，《对外大传播》，2004 年 5 月 20 日；载于《人民网》：http://www.people.com.cn/GB/shehui/1061/2241298.html；另参见：胡锦涛，《胡锦涛在纪念毛泽东诞辰 110 周年座谈会的讲话》，载于中华人民共和国中央人民政府网站：http://www.gov.cn/test/2009-11/27/content_1474642.htm；另参见：阮宗泽，《中国和平崛起发展道路的理论探讨》，载于《国际问题研究》，2004 年 4 期。

一 “17 年曲线”，昭示着世界看待中国崛起的世纪猜想

国际货币基金组织，是早于中国建国就存在了的国际组织，按其公布的 2014 年以前“中、美、欧、日”四大经济体过去 17 年 GDP 数据，[771]可以计算得出：中国的 GDP 大约在 8 年以后超过美国、在 10 年以后超过欧盟 28 国、在 17 年前后超过美、欧、日三大经济体的总和。据此可以画出如下的《变革世界中的未来“17 年曲线”》。[772]



《变革世界中的未来“17 年曲线”》，仅仅标示着经济体的总量关系，并非经济体的人均总量关系。到了 17 年后的 2031 年，中国的人均 GDP 大约是 5 万美元，而美欧日的人均 GDP 大约是 10 万美元。17 年后中国“体量”的崛起，并不会给美欧日的人均 GDP“体质”，带来额外的贫富差距。

但是换位思考一番，美欧日基于其历史文明的认知惯性，并不会心安于中国的“人均总量非冲击性”，而是会各自思考并猜测中国“体量”引发的安全威胁。中国的周边邻国，往往也会难察全球大国关系的演变，容易感到无所适从。

二 世界秩序，成于“均”、“霸”、“和”三种大陆文明

欧洲，是“均”的文明。

欧洲是以“均势”（equilibrium）为安全特色的思考习惯。[773]“均势”状态本身是基

[771] 参见：国际货币基金组织的英文网站：http://www.imf.org/external/index.htm。

[772] 《变革世界中的未来“17 年曲线”》，是在不考虑中国经济“新常态”、不考虑美国 2014 年度调增其本国 GDP 核算方法和增速、不考虑地缘冲突与世界大战改变全球经济增长、不考虑技术进步发生突变而打乱经济秩序、不考虑各大经济体货币超发和汇率动荡的情况下，基于如上五个“不考虑”，画出的。

[773] 参见：[荷]胡果·格劳秀斯 著； [美]A.C.坎贝尔 英译；[中]何勤华等 汉译，《战争与和平法》（1625 年），上海人民出版社，2013 年 6 月；参见：[德]赫尔穆特·史密特，《均势

于国家之间的纷杂矛盾。15 世纪意大利历史学家伯纳多·鲁塞莱，首次运用“均势”原则对意大利北部城邦国家之间的关系进行了结构性分析。列宁也提出过“两制”均势的观点。[774]在欧洲均势传统中，以“状态”和“政策”为两大视角，“均势”多被描述为国家或国家集团之间彼此制衡的状态。本文从国家安全视角，定义欧洲为“均”的安全文明。中国“体量”的崛起，必然带来世界经济总量占比的“不均”；如何思考“再均”，必然是欧洲学界的求索指向。

美洲，是“霸”的文明。

以美国为代表，其历史基因是摩根索现实主义主导下的“霸权”（hegemony）思考习惯。[775]自 1823 年美国“门罗主义”提出以来,随着实力的增长,美国沿着稳固美洲、重返欧洲、再平衡亚太的轨迹拓展着霸权。本文定义其为“霸”的安全文明。鉴于中国“体量”的崛起，他们已经在思考这将会给美国“领导世界”的全球霸权带来何等冲击；那么，如何思考“再霸”、“同霸”、乃至“分霸”或者回到“孤立”、甚至盘点英国一般的“霸后遗产”，恐怕也是美国学界正在探究的学术指向。

亚洲，是“和”的文明。

亚洲历史上的“和”（harmony）源于“礼”（politenesslism），其在亚洲文明成长中展现了“和”以致大、“和”以致安、“和”以致友、“和”以致正的文明特色。亚洲的“和”文明，早在 2300 年前中国春秋战国时代，就已经经历和体会过了“均”文明、“霸”文明。亚洲的“和”文明，含“均”与“霸”，一体为“和”，人人守礼，天地一家。古代中国惯于实施“法术势”多维一体的有效治理，理性坚守和平底线，审时把握“患不均”的社会贫富差距。

世界上的大国，分属于各自的大陆文明总量之内。诸如英国、日本那样的海洋国家，也分别隶属于欧洲文明和亚洲文明。在历史上的国家之间安全文化交流之中，各大国都展现了其自身独有的文明特殊性，都体现各自特定的国家安全体系和模式，这都源于各自“均”、“霸”、“和”三种不同类型的大陆地缘文明。

三 大国崛起，各有其“文明总量”中蕴藏着的历史基因

“大陆”（continent）一词的最初英文含义，是指英国对面的欧洲大陆，继而才用于描述美洲大陆、非洲大陆、亚洲大陆等，是国际公认、地缘清晰的空间和区域。

本文提出“文明总量”的概念，[776]是以大陆、或大洲作为典型的地缘安全载体和国家安全视角，旨在体现最基本的人文平等理念与集体安全需求，对等量化和平行阐释不同国家的安全模式，提炼和总结相关地缘国家的安全智慧、安全理念、安全惯性、安全法治。

研究文明总量，并非相对于“海洋文明”、“物质文明”、“精神文明”、“宗教文明”等既

战略——德国的和平政策和超级大国》，上海人民出版社，1975 年版。

[774] 参见：刘从德、李曼，《列宁的“两制”均势思想及其对欧洲均势传统的反思和创新》，《当代世界与社会主义》(双月刊)，2010 年第 6 期。

[775] 参见：[美]C. P. Kingdleberger，The World in Depression:1929-1931 [J]，Berkeley, University of California Press，1973. 参见：[美]Robert Gilpin，War and Change in World Politics，Cambridge University Press，1981；参见：[美]罗伯特·基欧汉 著，苏长和等 译，《霸权之后》，上海人民出版社，1999 年；参见：[美]Andrew Walter, World Power and World Money：the Role of Hegemony and International Monetary Order[J]，New York: St. Martin's Press，1991。

[776] 大陆、或大洲，在英文中具有完全等同的含义（continent）。

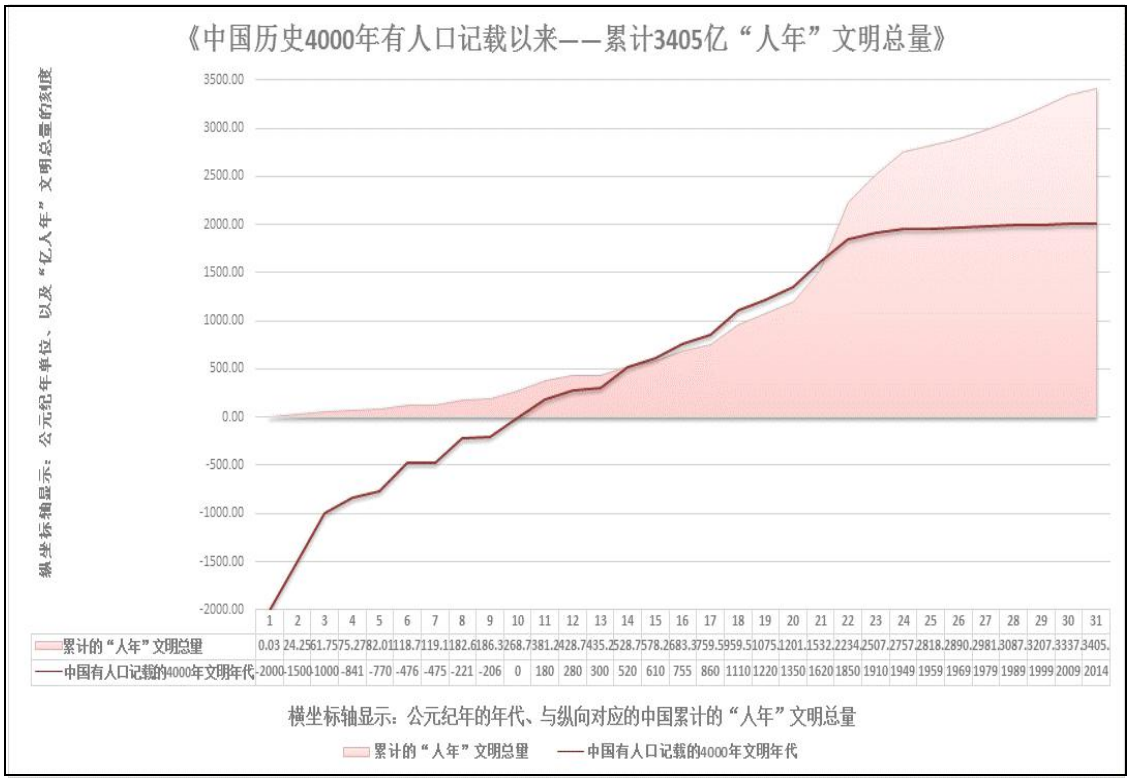
有的文明定义，也非校正和反驳所谓“文明的冲突”、[777]“历史的终结”[778]等学术研究范畴中的文明界定。本文也非致力于历史和考古学意义上的全部文明总量数据考证。

在国家安全这一基本问题上研究文明总量，是出于担心某一范畴下的文明界定或有遗漏和或有遗算，引发或有的历史误导与文明冲突。它可以确定以“人年”为单位，本质上是可量化、可实证、并随着考古进展不断精确化的客观存量数据。当然，文明总量大、并非掌握的真理就大；文明总量多、并非拥有的正义进步性就多。研究总量概念，在于视角均等、内容客观，便于促进彼此耐心、真诚地交流。把文明归结为总量，是为最大程度地避免：片面解析历史、夸大文明冲突、痴迷自身理念、猜忌安全困境、阻滞文明交流、随意“打扮”过去、危及世界和平。

大国崛起，是否存在着不殖民、不侵略、不掠夺、不欺诈的文明模式？若存在摈弃了殖民、侵略、掠夺、欺诈的模式，就应当被界定是文明的崛起。时代已经变迁。大国的文明崛起，就应当不侵损他国的文明总量，及其领土、人口、财富、文明自主性。

大国的崛起，都有其在各自“文明总量”之中蕴藏着的历史基因。“文明总量”，等于各大洲的国别文明总量之和，它体现人类的存在理性与安全理想。在各大陆文明的内部，各个独立国家之间大多难以做到永久地和平相处，难免发生地缘冲突和战争。久而久之，各国渐渐地形成处理地缘冲突的解决习惯，体现出各自国家安全理念的差异。

统和现有世界学术资源，中国的历史“人年”文明总量如下图所示：



[777]参见：[美]塞缪尔·亨廷顿 著，周琪 等译，《文明的冲突（与世界秩序重建）》（1996 年），新华出版社。

[778] 参见：[美] 弗朗西斯·福山 著，毛俊杰 译，《政治秩序的起源：从前人类时代到法国大革命》（2011 年），广西师范大学出版社，2014 年 9 月第 2 版；另参见：[美]弗朗西斯·福山 著，陈高华 译，孟凡礼 校，《历史的终结（与最后的人）》（1992 年），广西师范大学出版社，2014 年 9 月。

美国的崛起，伴随其主导二战后的雅尔塔体系和布雷顿森林体系的建立，似乎使世界走上了公平贸易的道路，然而，随着 1971 年美元与黄金的脱钩，美元的超发、华尔街的金融掠夺，越来越被学界“存疑”，[779]尽管其一直打着“普世价值”的旗号。

英国的崛起，是伴随着贩奴、殖民、贩卖鸦片、不平等贸易等等不公正的做法，尽管其曾打着“文明世界”的旗号，但它明显地侵占了他国的国别文明总量——领土、人口、财富。

日本的崛起，也伴随着侵略、抢夺、殖民等等野蛮做法，尽管它也打过“亚洲共荣”的旗号，它也明显侵占了他国的国别文明总量——人口、财富、土地。

四 中国是守成大国、不是新晋大国，不卷入跨洲“均势”

美国《外交家》网站报道：美国国务卿希拉里．克林顿在 2012 年 9 月 5 日访华并会晤杨洁篪时提出：“正如我此前所言，贵我两国，正在一道做着创世之举，即正在改写当守成大国（An Established Power,她指美国）遇到崛起大国（a Rising Power,她指中国）的历史答案”。[780]

图：希拉里．克林顿 2012 年 9 月 5 日言及守成大国遇到崛起大国



然而，规范分析“守成大国”，不能对应英文中的“Established Power”，而须对应翻译为“Retained Power”或“Maintained Power”，以表示“既有”、“固守”之意；英文“Established Power”对应中文语境下的“既成大国”，不论此前是否“已成”、今后是否“坚守”，“Established”只有“已经建成”的含义。守成、既成，虽是两字之差，在国家定位上，却是谬以千里。

---

[779] 美国是否进行了金融掠夺、如何进行、以及掠夺数量的实证研究，应当专门从美元的货币总量研究入手，本文暂不做此研究。

[780] 参见：美国《外交官》网站，2012 年 9 月 5 日社评：
http://thediplomat.com/2012/09/established-power-vs-rising-power/

从国别文明总量的研究结果上看，当今世界中：**美国是“既成大国”（An Established power），中国是“守成大国”（A Retained Power）；欧盟或欧洲中的英、法、意、德、奥五国是“均势强国”（The Equilibrium Powers），俄罗斯是打破了欧洲两百年“均势”、在冷战后又重现的“新晋大国”（A Re-Emerging Power）。**

然而，中美俄欧并未形成全球守成的理想格局。这是由于自二战后欧洲原有“六大强国”的“老均势”，发生了跨洲“均势”漂移，变成了“欧洲五强+美国 VS.俄罗斯”的跨洲“新均势”。“新均势”自冷战以来已持续了近 70 年，至今依然构成着世界安全格局中的主流框架性图景。在“均势”漂移、跨洲遏制的当今世界中，中国坚守不结盟原则、防范被“新均势”拖下水，自持避免处于“新均势”格局的冲突之中与框架之内。

上述这些学理看法，是平等地出于各自国别文明总量的学术研究结果。**而“崛起”（rising）本身，并不属于各国文明中的天然禀赋，它仅仅是一国在某一时段的发展状态，也许是 5～10 年间、乃至 50～100 年间一国的兴衰趋势。**历史是最好的老师，通常不会就某一时的表现，轻易地给学生下定论；通常是综合一个学生的全部表现，即从“总量”的角度，来做出评判和预言。

五 公法统筹，中国特色的国家安全法治升级

文明崛起，不是争霸而是“守成”；文明崛起，必须要有“守成”基因、而非扩张基因。欧洲经由战争与“法权”，在过去 370 余年中大部分时间里，追索着康德所言的“永久和平”。自 1648 年经由“三十年战争”、确立“威斯特伐利亚体系”以后，英、法、意、德、奥、俄六强征战，又确立过 1814 年拿破仑战争后的“维也纳体系”、1919 年基于一战的“凡尔赛体系”，[781]凝聚了大量“均势”签约的历史经验。在 1943 年筹划二战胜利曙光的“雅尔塔体系”中，曾短暂达成过“美、苏、英、中”世界“四大警察”全球维和的安全体系，[782]它是具有“准均势”、“准守成”意味的国际安全稳定格局。

当今世界的各国安全，呈现出三大国家安全法治模式：一是俄罗斯式的宪法模式；二是美国式的总法模式；三是英国式的散法模式。在各自国家安全法治体系的背后，体现出的是各自国家安全文明的历史抱负与决心。具体表述为法律语言的话，中国需要秉持“公法统筹、和安守成”的立法思想，从总法模式入手，再上升为宪法模式运行，需要尽快完成国家安全法治体系的文明重铸。

所谓“公法统筹”，是指践行五项原则、严守联合国宪章关于和平与安全的公法准则，通过借鉴美国领导世界的“一盘棋理论”（A Whole of Government Approach）、“增强国家能力”（Strengthening National Capacity 等具体立法，[783]统筹安内攘外的国家安全均衡设置，将我国的军事、外交、情报等相关体系纳入“一盘棋”统筹；所谓“和安守成”，即是在国家安全立法中确立亚洲文明中的和安谐安全思想、文明守成传统，彰显守护人际和谐、

---

[781] 参见：葛勇平编著，《国际关系理论与实践》，哈尔滨工业大学出版社，2014 年 3 月。

[782]参见：[美]简·爱德华·史密斯 著，《罗斯福传》，长江文艺出版社，2013 年 8 月；[美]富兰克林·罗斯福 著，《总统，是人民的工具：罗斯福自传》，江苏文艺出版社；2013 年 5 月；[美] 富兰克林·罗斯福 著，《罗斯福：炉边谈话》，中国社会科学出版社，2009 年 07 月。

[783]参见：奥巴马 2010 年 5 月《国家安全战略》第二部分“战略理论”附件、“增强国家能力——‘一盘棋理论’”，载于白宫网站。

人与内心和平、人与自然和睦的和安文明理念，提出并巩固存在、安全、正义三位一体的国家安全要义，确立中国特色的国家安全立法根基。

展望未来世界的安全，须回顾全球“四大警察”维和倡议提出 8 年之前的 1935 年，毛泽东提出欧、美、亚三大洲各自守成的“昆仑三截”和平理念。他通过“遗、赠、留、还”的诗词比喻，比喻出了“大洲守成”的世界和平图景。**世界为何不能回归各大洲各自守成的格局？反而呈现为“跨洲均势”的动荡岁月？恐怕“洲际遏制”是三大洲“难以守成”的根本源头，“跨洲均势”是安全困境的核心原因。随着中国“和”文明“体量”的增大，“均”文明也许会失去一角之“势”，但必定会是公平交易、等得等失的结果；“霸”文明也许也会失去一角之“权”，但必定失去的是负担、得到的是大于所“霸”付出的代价，是得大于失、归于和安。**

美国国际关系著名学者江忆恩，曾专章著述中国在毛泽东时代具有“备战”、“好战”的倾向，[784]但是，江忆恩教授并未关注到毛泽东在红军长征即将胜利时所撰写的诗词——《念奴娇·昆仑》（1935 年首创，1958 年修订），其中明白地显示出毛泽东前瞻世界安全格局时所代表的“和”文明。本文援引了该诗词作为结尾，以品味其在 80 年前预言中国文明崛起的和安本色：

“横空出世，莽昆仑，阅尽人间春色。飞起玉龙三百万，搅得周天寒彻。夏日消溶，江河横溢，人或为鱼鳖。千秋功罪，谁人曾与评说？而今我谓昆仑：不要这高，不要这多雪。安得倚天抽宝剑，把汝裁为三截？**一截遗欧，一截赠美，一截留中国。太平世界，环球同此凉热。**”

——1958 年 12 月 21 日，毛泽东修订上述诗词，又批注写到：“昆仑，主题思想是反对帝国主义，不是别的。改一句，**一截留中国，改为一截还东国。忘记了日本人是不对的。这样，英、美、日都涉及了。**”。[785]

[784] 参见：[美]彼得·J.卡赞斯坦主编，宋伟、刘铁娃译，《国家安全的文化：世界政治中的规范与认同》，北京大学出版社，2009 年 3 月。

[785] 参见：中共中央文献研究室编，《毛泽东年谱（1893～1949）》（上卷），中央文献出版社，2013 年，第 476 页。

作者照片：



作者简介：

赵宏瑞，哈尔滨工业大学法学院，院长、教授、博导；北京大学中国经济法学士、国际经济法学硕士、中国社会科学院经济学博士、财政部财政科学研究所博士后（在站）；曾在美国华盛顿大学、德国汉堡大学担任过访问学者；在美国明尼苏达大学、美国仲裁协会进行过国际交流；2006 年受科技部指派，在欧盟轮值主席国芬兰“21 世纪知识经济论坛”发表知识产权演讲；在德国施密特国防大学、意大利米兰大学进行过国际局势的讲学。现任民盟中央法制委员会委员、经济委员会委员，2005 年主持过的两项重大课题获得全国政协、国务院书面表彰；历年出版专著 2 部、合著 4 部、教材 5 部、发表论文 60 余篇，约 300 万字。代表性著作《中国货币总量论》（中国经济出版社，2013 年）、《世界文明总量论》（中国法制出版社，2015 年 3 月）；目前主要研究方向为国家安全法治、国际金融法治、财政平衡理论、货币发行理论。

国际恐怖主义行为犯罪化的困境

——以基地组织应对立法之碎片化为例

郑婉雯*　　江河*

摘要：“9.11”事件后，国际反恐公约及安理会的决议，对于国际恐怖主义行为的犯罪化而言，特别是在基地组织应对的立法方式上,并没有取得实质上的进展，它一方面要求各国将与恐怖主义相关的行为予以犯罪化，另一方面却不对“恐怖主义”及“恐怖主义行为”的概念予以统一界定。各国为了履行其国际义务，纷纷通过国内立法来应对国际恐怖主义行为，依据一般立法将基地组织绳之以法，因此导致了国际反恐在立法上的碎片化，从而在各国之间形成了相互独立的反恐法律体系。为了有效地国际恐怖主义行为的严重挑战，应发挥安理会在国际反恐立法上的协调作用，中国也应结合国际实践适时地完善其反恐立法。

关键词：国际恐怖主义行为；基地组织：犯罪化；国际反恐法律；碎片化

2001 年 9 月 11 日，“基地组织”（AL-Qaeda）的成员以自杀性劫持民航客机的方式撞击美国世贸大厦和五角大楼，给美国及其他国家人民造成了生命和财产的巨大损失，国际社会也愈加憎恶国际恐怖主义行为，安理会迅速通过决议谴责国际恐怖主义行为是对“国际和平与安全的威胁”，规定所有国家均有义务预防和惩治，联合国大会也于 2005 年 4 月 13 日通过了《制止核恐怖主义行为国际公约》。然而，“9.11”事件的教训并没有改变之前国际反恐法律有关恐怖主义行为犯罪化的应对手段，各国仍按照自己的“恐怖主义”定义来制定反恐应对之法。

一、国际恐怖主义行为犯罪化的现状及其困境

（一）国际恐怖主义行为犯罪化的现状

国际上有关恐怖主义的公约都是针对某一具体领域或某一类型恐怖主义犯罪的专门性质的公约，故又被称为“专门性反恐公约”或“部门性反恐公约”，主要涉及民航安全 、特殊人士保护、禁止资助恐怖主义活动等方面。[786]但是联合国框架下的 13 个专门性反恐公约仅有少数公约明确要求各国将与国际恐怖主义相关的特定行为予以犯罪化。[787]相比之下，安理会在应对基地组织和恐怖主义之威胁方面一直发挥着较为积极的作用，根据《联合国宪章》的规定，安理会应断定任何对和平之威胁、和平之破坏或侵略行为是否存在。[788]为此，安理会通过的一系列决议无不体现了国际社会不断要求各国将特定组织的行为或某种事件予以犯罪化的愿望。

1、专门性公约对国际恐怖主义行为的犯罪化

第一个将危害国际民航安全的恐怖主义行为确认为犯罪的公约是 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》（以下简称《海牙公约》），因为 1963

* 郑婉雯：中南财经政法大学国际公法 13 级硕士研究生。江河：中南财经政法大学法学院副教授，法学博士，主要研究国际法基础理论和国际海洋法。

786 黄瑶：《联合国全面反恐公约研究——基于国际法的视角》，法律出版社 2010 年版，第 5 页；王世洲：《现代国际刑法学原理》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 562 页。

787 列举这些公约或其中主要的几个公约。

788 参见《联合国宪章》第五章第 24 条和第六章第 39 条。

年《关于在航空器内犯罪和其他某些行为的东京公约》（以下简称《东京公约》）并未明确表示劫机行为为犯罪行为。《海牙公约》的第二条要求“各缔约国对上述罪行给予严厉惩罚”，但非刑法处罚和惩罚方法也能适用，遂可以理解为该条对犯罪化没有作出要求。1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》（以下简称《蒙特利尔公约》）虽规定了五种危害民用航空安全的行为为犯罪行为，但其第三条[789]与上述《海牙公约》第二条一样也没有要求对特定的国际恐怖主义行为犯罪化。

有关特殊人士保护的公约中，1973 年联合国《关于防止和惩处侵犯受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的第二条要求每一缔约国将对应受国际保护的人员进行谋杀、绑架或对他们的公用馆舍、私人寓所进行暴力攻击等行为界定为国内法上的罪行，并按照这类罪行的严重性予以适当处罚。通过“犯罪”一词的使用，明确了各缔约国以国内立法对特定行为犯罪化的要求。1979 年《反劫持人质国际公约》虽扩大了可惩罚罪行的犯罪和主体，但没有要求将这种行为犯罪化。

1988 年《制止危及海上航行安全非法行为公约》及《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》强调在船上的恐怖主义行为，虽将可惩罚的罪行扩大至未遂犯、教唆犯和“迫使某自然人或法人从事或不从事某种行为”[790]的人实施的行为，但却没有明确要求缔约国对这些行为犯罪化。

1991 年《在可塑炸药中添加识别剂以便探测的公约》第二条要求“各缔约国采取必要和有效的措施来禁止和阻止在其领土上制造非注标炸药”，[791]关于该条是否要求各国进行刑事立法存在争议，但其使用“禁止”和“阻止”，表明其远未达到犯罪化的程度。[792]

1980 年《核材料物质保护公约》第三条以“在国内法范围内采取符合国际法的适当步骤”来表述其恐怖主义行为的应对义务[793]，但在该公约下并没有对于国内法和刑法的明确要求。1977 年《制止恐怖主义爆炸的国家公约》和 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》的第四条都要求每一缔约国酌情采取必要措施，在各国国内法下规定第二条所述行为为刑事犯罪，从而在实质上构成了犯罪化义务的基础，并且《制止恐怖主义爆炸的国家公约》第五条进一步要求各国以国内立法确保该公约下的犯罪行为不以政治、种族、宗教等原因辩护，以受到严厉惩罚。

2005 年的《制止核恐怖主义国际公约》是“9.11”事件后签署的国际反恐公约，其中第五条要求各国采取必要措施以国内立法将恐怖主义行为犯罪化，但无论是第二条规定的犯罪类型还是其犯罪化的要求，基本上都与“9.11”事件之前所制定的公约类似，如第五条要求各国将第二条中的行为规定为犯罪，并按犯罪的严重程度给予处罚。

上述专门性公约以特定的恐怖主义行为为调整对象，针对性强且突出了不同

---

[789] 1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》第三条：“各缔约国承允对第一条所指的罪行给予严厉惩罚。”

[790] 1988 年《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》第二条第 2 款（c）项。

[791] 1991 年《在可塑炸药中添加识别剂以便探测的公约》第二条。

[792] James D. Fry: The Swindle Of Fragmented Criminalization: Continuing Piecemeal Responses To International teroriam And Al Qaeda, *New England Law Review*,2009.

[793] 1980 年《核材料实物保护公约》第三条：“每一缔约国应在其国内法范围内采取符合国际法的适当步骤，以便尽可能切实保证其国境内的核材料，或装载在往来该国从事运输活动并属其管辖的船舶或飞机上的核材料，在进行国际核运输时，均按照附件一所列级别予以保护。”

犯罪及其应对措施的特点，[794]但这些公约关于是否要求将恐怖主义行为犯罪化的态度不一，而且都回避了对“恐怖主义”及“恐怖主义行为”的定性问题，从而削弱了国际反恐公约的实效。

2、安理会决议与国际恐怖主义行为的犯罪化

安理会第1267号决议是在美国驻肯尼亚罗毕使馆和驻坦桑尼亚达累斯萨拉姆使馆于1998年8月7日分别遭到拉登策划的爆炸袭击后通过的。[795]该决议要求塔利班停止对恐怖主义行为的支持并引渡乌萨马·本·拉登，所有国家均应冻结塔利班本身、或是由塔利班拥有或控制的企业，所拥有或直接间接控制的财产所衍生或产生的资金。[796]涉及法律诉讼内容的主要体现在第8段，“要求各国对在其管辖下违反上文第4段所指定措施的人和实体提出控诉，并施以适当惩罚”，因此为了起诉，必然要求实施法律的不同形式，“惩罚”也应包括刑罚和非刑罚方法。该决议要求所有国家将对本·拉登及其同伙提供庇护的一切行为规定为非法，该决议在某种意义上是对国际恐怖主义行为的犯罪化。

安理会于“9.11”事件发生后迅速通过了第1373号决议，该决议呼吁各国紧急合作，防止和制止恐怖主义行为。第1段（b)要求各国将领土内为恐怖主义行为提供或筹集资金的行为规定为犯罪，第2段(e)进一步要求各国在国内法中将参与资助、计划或犯下恐怖主义的行为规定为严重刑事罪行，处罚也应反映此种恐怖主义行为的严重性。其他段落涉及对各种形式恐怖主义行为的防止和惩治，也可以理解为间接地要求犯罪化。[797]

为应对基地组织和其他相关恐怖组织犯下的多起旨在造成无辜平民和其他受害者死亡和财产损失的恐怖主义罪行，安理会于2003年1月17日通过了第1455号决议，加强了针对塔利班和基地组织的制裁措施，特别是在第5段中号召各国继续采取紧急步骤，酌情通过立法或行政措施执行并加强国内法律或规章。[798]

以上仅是几个具体针对塔利班和基地组织的反恐决议，这些反恐决议与以往安理会的一般决议不同，它更强调决议的普遍适用性，尤其是在打击和制止恐怖主义行为方面。《联合国宪章》第二十五条的规定使安理会决议具有法律拘束力的特征，[799]国际社会也未否定安理会的“准立法”职能，所以各会员国有义务履行安理会的反恐决议，如以国内立法的方式将为基地组织提供庇护的行为犯罪化。

（二）国际恐怖主义行为犯罪化的困境

1、各国国内反恐立法缺乏一致性

国际反恐公约和安理会的某些决议，都要求各国将与恐怖主义相关的行为犯罪化，各国为了履行国际义务必须对诸如“恐怖主义行为”“恐怖主义”等概念进行自我界定，以此来判断自己的国内法是否达到公约或决议的要求，上述安理会1373号决议对各国如何界定的问题甚至没有任何具体规定或建议。这种现状使各国的国内反恐立法不尽相同，尤其体现在涉恐罪名的确定以及打击恐怖主义犯罪的规范方面。

例如，英国的反恐立法规模与所遭受的恐怖主义侵害是成比例增长的，它先后颁布了《恐怖主义法案》、《反恐怖、犯罪与安全法案》、《预防恐怖主义法案》、

---

[794] 陈晓济：《国际反恐法律现状与我国反恐立法构建》，载《公安学刊》2007年第2期。
[795] 王佳：《从反恐决议看联合国安理会职能的扩张》，载《国际论坛》2011年第4期。
[796] 参见联合国文件S/RES/1267(1999)，1999年10月22日。
[797] 参见联合国文件S/RES/1373(2001)，2001年9月28日。
[798] 参见联合国文件S/RES/1455(2003)，2003年1月17日。
[799] 《联合国宪章》第25条：联合国会员国同意依宪章之规定并履行安全理事会之决议。

《恐怖主义法案》、《反恐怖法案》、《恐怖分子财产冻结法案》等，涉恐罪名在几年时间内新增了 50 多个，但反恐立法的增多使对“恐怖主义”的界定也愈加宽泛，更加带有主观色彩，从而偏离了国际反恐公约的基本宗旨；美国的反恐立法由反恐单行法、反恐基本法和反恐综合法构成，“9.11”事件后美国致力于消除全球的恐怖主义威胁，随即《爱国者法案》标志着政府行政权力在打击恐怖主义犯罪中的扩大，公民权利和犯罪嫌疑人的权利受到了侵犯，国务院、联邦调查局及国防部都有权对“恐怖主义”进行界定。

2、国内立法的一般性与国际恐怖主义行为的特殊性

根据安理会的决议，所有国家都认识到必须将基地组织的行为予以犯罪化，然而事实上只有少部分国家另行通过了专门针对基地组织的法律法规，这也表明尽管有些国家意识到了基地组织带来的特殊威胁，但仍继续以一般立法打击像基地组织这样的主体所从事的特殊国际恐怖主义行为。基地组织由奥萨马·本·拉登于 1988 年创立，最初只是训练和指挥对抗苏联军队的阿富汗义勇军，现如今发展成为全球性的恐怖主义网络。之所以说基地组织的恐怖主义行为具有特殊性，是因为“后本拉登”时代的基地组织更趋向于一种意识形态的象征，代表着伊斯兰圣战运动，圣战主义盟友遍布世界各地，美国、欧洲、印度、中国都是基地组织暴恐袭击的目标。

瑞士于 2001 年 11 月 7 日以条例的形式取缔基地组织，联邦委员会宣布基地组织在瑞士为恐怖主义组织且受刑法的约束，联邦法院以拒绝释放与基地组织有关的嫌疑犯的司法实践确定了该条例的效力。该条例虽可被认定为基地组织行为的犯罪化，但“条例”并不相当于“法律”，联邦委员会也只是联邦议会选举产生的行政机构；[800]美国在其《反恐和有效死刑法》、《爱国者法》及《美国法典》中都将为恐怖组织包括基地组织提供资金和物质支持的行为视为犯罪，但是对于参加恐怖组织的成员或组织本身是否也构成犯罪则没有规定；英国 2000 年《反恐怖主义法案》对参加恐怖组织的行为以刑事认定，2005 年以修正案的形式将基地组织列入恐怖组织清单中；澳大利亚 2002 年《安全法修正案（恐怖主义》对“恐怖组织”进行了界定，并规定由法院根据特定的标准或法规具体判断，对基地组织的性质没有单独说明。安提瓜和巴布达 2001 年《预防恐怖活动法》将为基地组织及本·拉登提供物质支持的行为规定为犯罪，但在其 2005 年的修正案中删除了“基地组织”这一特指，代之以一般性的恐怖主义组织。

从宏观上来说，世界各国在惩治恐怖主义犯罪的基本立场上是一致的，但是从微观上来看，则受到不同的政治立场、经济利益及思维视角的影响，不同国家对同一恐怖主义行为存在不同的应对立法甚至相互冲突的应对立法。[801]基地组织作为当前国际恐怖主义组织的典型代表，其极端性、暴力性及全球性特征并没有引起各国的特别重视，本就存在困境的反恐应对立法也就愈加无法遏制基地组织不断制造的暴力恐怖活动。

二、基地组织行为犯罪化困境的成因分析

关于基地组织行为犯罪化困境的成因，总的来说可以归因于一个权威有效的全面国际反恐公约的缺乏，同时，反恐怖主义委员会的设立也是造成基地组织应对立法困境的主要原因，具体来说，这种困境包括以下三个方面：

---

[800] 参见 The Swiss Federal Council, http:// www.admin.ch/ch/e/cf/index.html，访问时间：2015 年 4 月 8 日。

[801] 高铭暄：《全球化视野下我国惩治恐怖活动犯罪立法研究》，载《法治研究》2013 年第 6 期。

（一）国际反恐法律文件对是否要求犯罪化的态度不明

不是所有的国际反恐公约都要求将恐怖主义行为犯罪化。仅仅只有上述所分析的《关于防止和惩处侵犯受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、《制止恐怖主义爆炸的国家公约》和《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》明确要求各国将特定的行为犯罪化。其次，《海牙公约》、《蒙特利尔公约》、《反劫持人质国际公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》及《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》只是模糊地表述这些罪行是应受处罚的，是否上升到犯罪化的层面仍为学者们所争论。而《东京公约》和《核材料物质保护公约》则完全缺乏恐怖主义行为犯罪化的要求。

因此，认为所有的国际反恐公约都要求缔约国以国内立法对国际社会认为的恐怖主义行为犯罪化的观点是值得商榷的。同时，一些公约要求将恐怖主义行为犯罪化，该“要求”不应理解为“建议”，它应解读为具有法律拘束性，因为根据“条约必须遵守”原则，各缔约国应严格按照生效条约的规定，行使自己的权利并履行其义务，所以各缔约国应按特定公约要求将所述罪行规定为国内法上的犯罪。

（二）有关基地组织之“恐怖主义”界定的分歧

界定是对某一事物或现象的性质和特点的精确表述，对“恐怖主义”的界定本不是什么困难的问题，但“恐怖主义”的定义恰恰成为基地组织行为犯罪化面临困境的最大原因之一。[802]对一些国家来说恐怖主义是一种犯罪行为，对某些国家来说却是反抗压迫的正当行为，亦或是为获得和平和安全的行为等等，所以在不同的政治意识形态和犯罪背景下，各国对“恐怖主义”的理解不同。

联合国大会曾经试图对“恐怖主义”进行界定，[803]但一些西方国家认为，一个全面的定义不仅不可能得出，而且还可能被某些组织利用，如巴勒斯坦解放组织就试图把恐怖主义和民族解放运动区别开来，以便推动自己的事业。[804]在区域性反恐公约中，阿拉伯国家和非洲统一体组织明确地将民族解放运动排除在“恐怖主义”的定义外。在对基地组织的界定上，美国前驻阿拉伯大使称，“美国错误地将‘基地’组织归结为一种并不存在的意识形态——伊斯兰法西斯主义，错误的判断使我们把毫无根据的成见强加于穆斯林，把阿拉伯世界的朋友误当称敌人，又把阿拉伯世界的敌人误当成朋友，这种局面导致阿拉伯领导人不愿公开与美国交往或打击恐怖分子”[805]。虽然基地组织的头目本·拉登被美国击毙，但是基地组织并没有因此而消灭，相反形成了强劲的发展势头，究其原因之一在于它获得了中东穆斯林人民的支持和认同，而且西方国家受美国舆论导向，总是将穆斯林文化作为恐怖主义的根源，将伊斯兰政府扭曲成一个邪恶势力抬头的政府。所以受文化观念、宗教信仰影响，对基地组织的行为是否构成“恐怖主义”行为这一争论，伊斯兰国家和其他国家之间也存在差异。

（三）反恐怖主义委员会与基地组织应对立法的碎片化

“9.11”事件后，安理会一致通过第 1373 号决议成立由 15 名成员组成的反恐怖主义委员会（以下简称“反恐委员会”），该委员会致力于加强联合国会员国

---

[802] 黄瑶：《联合国全面反恐公约研究——基于国际法的视角》，法律出版社 2010 年版，第 28 页。

[803] 联合国大会于 1972 年通过第 3034 号决议，建立一个特别委员会专门负责讨论国际恐怖主义的定义问题。在 1972 年到 1979 年期间，这个委员会共举行了三次会议，发展中国家认为，对恐怖主义应该从其根源进行探究，如种族主义、殖民主义等，并且应该与民族解放运动相区别。由于西方国家强烈反对这些观点，这些讨论未取得实质性的进展。

[804] 王世洲：《现代国际刑法学原理》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 553-554 页。

[805] 蔡斯·弗里曼：《美国对外政策与阿拉伯世界》，《美国全球主义者》在线杂志，2007 年 8 月 22 日。

预防境内外和各区域的恐怖主义行为的能力，[806]主要的工作是审议各国提交的关于实施第 1373 号决议的措施报告，具体包括：第一，确保各国有与第 1373 号决议相对应的立法，特别是打击资助恐怖主义活动的立法。反恐委员会认为，法律是关键因素，若没有有效的法律架构，则国家无法形成执法机制来防止和打击恐怖主义活动，对恐怖主义者及其资助者进行审判。[807]第二，关注各国执法机制的改进以便更好实施反恐立法，例如确保各国建立高效的情报部门及政策来监控和逮捕参加恐怖主义活动的人。第三，关注反恐法律和执法措施的实施情况，特别是对恐怖主义者及其资助者进行公正审判的情况。

在反恐委员会设立之初，国际社会对其改善反恐立法的作用寄予厚望，但事实上并不尽如人意。例如，科威特、斯洛伐克和沙特阿拉伯这些国家在其提交给反恐委员会的报告中坚称自己本国目前的刑法足够有效应对国际恐怖主义犯罪，瑞士甚至连续三份报告都声称本国的一般刑法完全满足第 1373 号决议的要求，尽管其最后迫于压力单独进行了反恐立法，可见各国在其报告中只写明反恐怖委员会想知道的内容，而无意修改自己的法律。

虽然反恐委员会在 2004 年进行了改革，但在其建议案中始终无法提出打击以基地组织为首的国际恐怖主义的根本方法，只是一味的要求各国积极地缔结国际反恐公约，鼓励他们以国内立法的方式对与恐怖主义相关的行为犯罪化，从而导致国际社会应对基地组织立法的碎片化。[808]

三、基地组织惩治立法碎片化的应对建议

基地组织惩治立法的碎片化必然削弱国际反恐法律的实际运作效果，为改善这种困境，国际社会应尽快促成全面国际反恐公约的制定和通过，从而为各国的反恐法律规制提供普遍性的法律依据，安理会及反恐委员会也应发挥主导作用，规范并协调国家间的反恐法律实践。

（一）积极制定、缔结全面的国际反恐公约

1、“恐怖主义”的统一界定

“恐怖主义”最早的定义可追溯至国际联盟 1937 年的《防止和惩治恐怖主义公约》，但是该定义并没有区分政治犯罪和非政治犯罪，演变到二战后为非殖民地化问题——以暴力反抗压迫和殖民统治的“自由战斗者”，尽管这些好战人们的行为符合恐怖主义的定义，但很多都得到了世界其他国家的支持。为了改变这种政治瓶颈，国际社会暂时放弃了“恐怖主义”的定义，转而将与恐怖主义相关的特定行为规定为非法，并为此扩大国家的域外管辖权，因而制定了一系列公约，如有关非法劫持航空器、劫持外交人员、恐怖主义爆炸、核恐怖主义的国际公约。[809]

鉴于各国在“恐怖主义”是否应包含民族解放组织争取自决权的行为，是否包括国家恐怖主义等问题上一直争论不休，又考虑到国际法律文件的特殊性，笔者认为在统一界定“恐怖主义”时无需反复纠缠这些问题，只要以实事求是的态度界定即可，这样必须做到：明确界定“恐怖主义”构成的主客观要素；划清与相关概念的界限，如不能将所有的严重暴力行为视为恐怖主义行为，也不能将恐

[806] 参见 http://www.un.org/zh/sc/ctc/，访问时间：2015 年 4 月 20 日。

[807] See About the CTC: Setting Priorities,http://www.un.org/Docs/sc/committee/1373/priorities.html.

[808] Jame D. Fry: The Swindle of Fragmentedd Criminalization: Continuing Piecemeal Responses to International Terrorism and AL QEADA, *New England School of Law*,2009.

[809] Thomas Weigend: The International Community Grappling with a Definition, *Journal of International Criminal Justice,*1 November 2006.

怖主义行为以一般刑法处理，在肯定反抗侵略的民族自决权的合法性时，又必须将其与反抗手段的非法性区别开来；使用的措辞用语必须客观严谨，不能存在任何一方以漏洞豁免的可能；只要符合构成要素的行为都是“恐怖主义”，无论是国家恐怖主义行为还是非国家恐怖主义行为。我国刘振民大使在联大第六届委员会讨论“消除恐怖主义的措施”时说，打击恐怖主义活动须在一视同仁、采取同一标准而非双重标准的原则下进行。[810]

2、制定统一的国际恐怖主义犯罪的定罪量刑情节

目前对于国际恐怖主义犯罪的定罪和量刑，分别规定在国际反恐公约中和各国的国内立法中，但由于各国在“恐怖主义”认识上的局限性，受恐怖主义势力影响的程度不同，以致出现对国际恐怖主义犯罪定罪和量刑不一致的情形。

在有关国际恐怖主义犯罪定罪方面，俄罗斯在《俄罗斯联邦刑法典》中规定了恐怖活动罪，其下又分设了 3 个罪名，即恐怖主义罪、故意虚假报道有关恐怖活动罪和谋害国家要员或社会要员的生命罪；法国将恐怖主义犯罪作为刑法普通法条外附加的独立犯罪，如劫持飞信器罪、军舰或其他运输工具罪，抢劫、敲诈、摧毁、破坏和毁坏罪，绑架和关押罪等。[811]在对参加恐怖组织人员的量刑问题上，瑞士《刑法典》第二百六十条对参加恐怖组织的成员处以最多 5 年的徒刑；澳大利亚 2002 年《安全法（修正案）》规定对恐怖组织成员处以最多 10 年的徒刑，对于招募、训练、筹资和其他形式对恐怖主义组织活动予以支持的人员处以最多 25 年的徒刑；英国 2000 年《反恐法案》对参加恐怖组织的成员处以最多 10 年的徒刑或罚款；美国《爱国者法》规定，资助外国恐怖组织的人处以最多 15 年的徒刑或罚款；以色列《刑法典》对参加恐怖组织的成员处以 1 年的徒刑。[812]

各国有关恐怖主义犯罪定罪和量刑的差异，使恐怖主义分子可以利用法律来规避对自己的严重处罚，所以必须统一对国际恐怖主义犯罪定罪和量刑的情节，在罪名和刑期上威慑恐怖主义者的行为，从而遏制国际恐怖主义活动的蔓延。

3、将国际恐怖主义犯罪纳入国际刑事法院的管辖范围

作为一种常见犯罪，国际恐怖主义行为被排除在国际刑事法院的管辖范围外，但是“9.11”事件无论在恐怖袭击的规模还是对美国和其他国家造成的破坏力方面，都可纳入反人道罪概念的外延，即国际刑事法院应享有管辖权。但是美国作为受害国不仅不是国际刑事法院的缔约国，而且强烈反对通过国际刑事法院起诉恐怖主义分子，究其原因在于美国担心国际刑事法院以政治动机起诉美国的官员或军人。虽然美国未签署《罗马国际刑事法院规约》，但其在《美国军人保护法》中增加了一个条款，“本法案不禁止美国寻求国际力量以起诉萨达姆·侯赛因、米洛舍维奇、本·拉登及其他基地组织的成员，伊斯兰圣教组织以及犯下灭绝种族罪、战争罪、反人道罪的外国公民。”该条款说明，美国也没有否认国际刑事法院在有效打击国际恐怖主义犯罪上的司法作用。

国际刑事法院管辖权的补充性原则使其只有在国内法院不愿或无能力对国际恐怖主义者进行起诉时才能受理案件，这也是尊重国家主权的表现。鉴于这一点，将国际恐怖主义犯罪纳入国际刑事法院的管辖范围，能促使各国反思并改进其国内的反恐立法。而且，由国际刑事法院审理国际恐怖主义犯罪，能最大限度地实现个案公正，实现受害者的利益诉求，惧怕国际刑事法院的政治化是对国际刑事法院的不信任，将国际恐怖主义犯罪排除在国际刑事法院的管辖外，不利于

---

[810] 黄瑶：《联合国全面反恐公约研究——基于国际法的视角》，法律出版社 2010 年版，第 62 页。

[811] 王世雄：《冷战后国际恐怖主义的新特征及其成因》，载《世界经济与政治论坛》2000 年第 3 期

[812] Jame D. Fry:The Swindle of Fragmentedd Criminalization: Continuing Piecemeal Responses to Intenational Terrorism and AL QEADA, *New England School of Law*,2009.

发挥国际刑事法院在惩治犯罪和维护人类共同利益上的作用。[813]

（二）发挥安理会及其反恐委员会的统一和协调作用

1、以“准立法”职能规范打击基地组织的国际反恐规则

与国际条约只对缔约国当事方有约束力不同，安理会的反恐决议约束所有国家，具有一般适用性，而这正是法律所具有的普遍性特征，足以证明了安理会进行了国际造法活动，具有“准立法”的职能。[814]多边国际反恐公约或联合国大会主导的反恐公约，虽反映缔约国的意志，且易于通过，但由于对生效条件所作的限制性要求，难以立刻发挥这些公约在有力打击国际恐怖主义活动上的作用，相比之下，安理会决议具有更为普遍的适用性。

各国在打击以基地组织为代表的国际恐怖主义行为规则上，因受恐怖主义影响程度及政治利益的不同而不同。如美国在“9.11”事件后大肆抓捕嫌疑人，建立关塔那摩监狱以关押基地组织和塔利班成员，对他们进行刑讯逼供，同时以本·拉登藏匿在阿富汗受到塔利班庇护为名，对阿富汗发动大规模的军事打击，擅自使用武力，以反恐推行自己的意识形态，将中东作为自己的战略据点，结果基地组织势力不但没有得到遏制，而且以分散状态快速发展。美国《爱国法案》允许秘密法庭对一些恐怖主义嫌疑分子等进行审判，很多美国民众在不知情的情况下就莫民奇妙地遭到调查。[815]所以应发挥安理会决议在打击基地组织的国际反恐规则上的规范作用，禁止任何国家在反恐的过程中侵犯人权，保障犯罪嫌疑人的基本权利。

2、加强各国基地组织应对立法的信息交流

安理会的反恐委员会虽然加剧了各国基地组织应对立法的碎片化程度，但不可否认其提高了各国反恐刑事立法的透明度。据统计，已有 600 多份有关国家的报告已提交给反恐委员会，反恐委员会将各国报告译成英文后发布于其官方网站上。[816]可以说，反恐委员会掌握的有关各国打击国际恐怖主义的能力和实践方面的数据是非常丰富的和全面的，有利于各国相关立法的比较研究。

应对基地组织的立法各国都是不同的，在尚无全面国际反恐公约的情况下，应通过反恐委员会这一职能加强各国基地组织应对立法的信息交流。2005 年 7 月在伦敦发生了恐怖袭击事件，死伤惨重，经专家分析作案，其手法与基地组织的惯用手法相同，欧盟 25 个国家的内政部长召开紧急会议，协调各国调阅和获取有关电话和电子信息资料的立法。[817]反恐委员会可以参考欧盟的这一做法，利用收集到的报告，反馈各国在基地组织应对立法上的异同，统一制定其对策。

四、我国反恐立法的启示

“东突”——“疆独”，也称东突厥斯坦，是我国目前面临的最主要的恐怖主义威胁。近几年来，东突恐怖主义分子在新疆及我国其他地区不断策划，制造暴力恐怖活动，对我国人民造成了严重的伤害。俄罗斯有关媒体曾报道，东突恐怖势力与基地组织关系密切，许多极端分子都在阿富汗接受过训练，甚至参加在科索沃的武装斗争，在积累经验后再返回我国进行恐怖主义活动，西方反华势力也对东突势力提供经费等物力上的支持。面对在国际反恐大背景下的这种特殊性，反恐立法无疑是应对恐怖主义活动的有效手段。

---

[813] 宋丽弘，史秀娟：《国际刑事法院评析》，载《内蒙古民族大学学报》2006 年第 4 期。

[814] 王佳：《从反恐决议看联合国安理会职能的扩张》，载《国际论坛》2011 年第 4 期。

[815] 张敏：《美<反恐怖法>在国内引发争论》，载《法制日报》，2008 年 9 月 10 日。

[816] http:// www.un.org/sc/ctc/laws.html，访问时间： 2015 年 4 月 7 日。

[817] http://news.sina.com.cn/w/2005-07-25/10226521472s.shtml，访问时间：2015 年 4 月 7 日。

（一）完善我国的反恐立法现状

1、尽快制定专门、系统的《反恐怖主义法》

目前，我国的反恐立法主要散见于《刑法》、《反洗钱法》及其他行政规章之中，《刑法》中与恐怖主义相关的罪名也分别规定在不同的章节，甚至连恐怖活动、恐怖行为罪这样的基本罪名都缺乏明确的规定，反恐立法缺乏全面性及系统性。“新疆 7.15 事件”发生后，由于未制定《反恐怖主义法》，对暴力恐怖分子只能按照危害公共安全罪、危害国家安全罪及侵犯公民人身权利、财产权利等相关罪名定罪处罚，虽然这样定罪没有什么不妥，但以一般刑法应对特殊的恐怖主义行为，不利于有效打击恐怖主义犯罪。

所以我国应尽快制定专门、系统的《反恐怖主义法》，从预防、罪名、处罚、程序等方面对恐怖主义行为进行完整的规定，应尽可能地列明所有的恐怖主义罪名及刑罚。当然，由于法律的滞后性，《反恐怖主义法》不可能涵盖未来出现的所有恐怖主义行为，而且越来越多的恐怖主义分子趋向使用自杀式的方式实施暴恐活动，所以在制定《反恐怖主义法》时因重点放在对恐怖主义犯罪的预防上。

2、结合国情界定恐怖主义犯罪的内涵

尽管各国的反恐立法在惩治恐怖主义犯罪的手段、对象、目的等方面规定大体相同，但我国在界定时不能照搬照抄别国的概念，而应结合国情考虑东突暴恐势力与民族分裂、宗教极端势力之间的关系，以此才能有力打击针对我国的暴恐活动。

（二）国际反恐法与国内法的有效衔接

我国对于恐怖主义问题一直都极为重视，不仅参加了全部 13 个国际反恐公约，而且积极开展多边、双边合作以加强反恐立法，但是对于已批准生效的国际反恐公约中的反恐内容在国内立法上却没有完全的体现，国际反恐法律与我国反恐立法出现了不一致的情形。

要加强国际反恐法律与国内立法的有效衔接，必须通过“转化”方式实现我国所承担的国际反恐义务。国际法和国内法是两个不同的法律体系，且国际法无法直接约束某个国家的公民，国际反恐法律中的内容只有体现在各个国家的国内法中，尤其是宪法和刑法中，才能有力地打击国际恐怖主义犯罪。例如，中国在适用国际航空保安公约方面就主要采用了“转化”方式，制定和颁布了一系列有关航空保安的法律、法规和规章，构建了国内法与国际公约初步接轨的航空保安法律体系。[818]安理会 1373 号决议要求各国将对恐怖主义行动提供资助和支持的行为规定为刑事犯罪，我国《刑法（修正案 3）》就增设了“资助恐怖活动罪”。

目前，我国立法对国际反恐法律的“转化”存在许多空白，尤其在危及海上航行安全、大陆架固定平台安全等行为的犯罪化上。如对于危及海上航行安全的行为，按照我国《刑法》可以以劫持航空器罪、故意杀人罪、故意伤害罪、破坏交通工具罪等处罚，但是这些罪名都没有体现行为发生在航行中的船舶上，没有体现《制止危及海上航行安全非法行为公约》的主要精神，所以未来在《反恐怖主义法》中应增设独立罪名——危及海上航行安全罪，以此才能有力打击海上的恐怖主义行为。

结语

基地组织及其恐怖活动引发的国际恐怖主义浪潮，并没有使国际层面应对立法发生变革，相反加剧了各个国家国内法定罪的碎片化，国际反恐继续以无秩序

[818] 刁伟民：《论国际航空保安公约在中国的适用》，载《北京航空航天大学学报》2012 年第 2 期。

的方式进行。因此，在拟定《国际反恐公约》同时，各国要相互磨合各自的反恐立法，在统一界定“恐怖主义”之前，更要遵守国际反恐公约及安理会决议中的精神和具体规定。针对目前国际社会对恐怖主义行为犯罪化的技术不是很成熟的现状，我国的反恐立法应积极与国际反恐法律接轨，吸收和借鉴外国优秀的反恐立法经验，理解和配合各个国家的不同反恐理念。尽管未来的国际恐怖主义行为定罪会引发更多的理论和实践问题，但相信没有国界的反恐定能有效应对恐怖主义分子所带来的挑战。

中菲南海仲裁案之前景

高聖惕

摘要

菲律賓於 2013 年 1 月依據聯合國海洋法公約第十五部分對中國啟動公約附件七的強制性仲裁，中國隨即表示不參加仲裁，中國的理由之一為仲裁庭對於菲國提請解決的爭端不具備管轄權，然而，仲裁庭是否具備管轄權，依據公約規定，係由仲裁庭判斷之。本文提出另一種觀點，說明中國不必參與本仲裁案。因為無論本仲裁案的最後結果是菲國勝訴，還是中國勝訴，敗訴的一方在法律上皆具備充分理由持續執行本仲裁案所審理之爭議行為。換言之，本仲裁案的判決不能解決中菲兩國在南海的海域爭端。深層來論，中菲兩國在南海的核心爭端並未被提交仲裁，因而基於核心爭端所產生的中菲南海衝突不會因本仲裁庭所做出之判決而止息。

關鍵字

中菲南海仲裁案、聯合國海洋法公約爭端解決機制、南海 U 形線

The Prospects for the Sino-Philippine Arbitration on the South China Sea (U-Shaped Line) Dispute

Michael Sheng-ti Gau [#]

I. Introduction

On January 22, 2013, the Philippines invoked Article 287 and Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)[819] and presented a diplomatic notification to initiate arbitration against China.[820] As said by the Notification and Statement of Claim (the Notification),[821] the goal is "to seek a peaceful and durable resolution of the dispute in the West Philippine Sea (WPS)" between these two States. The Philippines challenged against China's claims and entitlement to the eastern part of South China Sea (SCS) enclosed by the "nine-dash-line", requesting the Arbitral Tribunal to declare the area as its exclusive economic zone (EEZ) and continental shelf.[822] Five groups of claims were presented by the Notification:

Firstly, China's rights concerning the SCS maritime areas are those established by UNCLOS only and consist of the territorial sea, the contiguous zone, the EEZ and the continental shelf. China's maritime claims therein based on the "nine-dash line (U-Shaped Line)"[823]

[#] LL.M. (Cambridge), LL.M. (King's College London), Ph.D. (Leiden). Professor of International Law, Institute for the Law of the Sea, National Taiwan Ocean University. This paper is dedicated to celebrate the 70-year birthday of Professor dr. Tzu-Wen Lee (李子文), who tutored the author in 1985-1986 for the Philip C Jessup International Law Moot Court Competition. The author is grateful to the reviewers for their comments. The opinions expressed here do not represent those of any government agencies. Author's email: mikegau97@msn.com

[819] United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982, in force on 16 November 1994. Reprinted in 21 I.L.M. 1245 (1982). For the text of UNCLOS, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (last visited on March 10, 2015)

[820] For the official explanations of the Philippines, http://www.imoa.ph/press-releases/statement-by-secretary-of-foreign-affairs-albert-del-rosario-on-the-unclos-arbitral-proceedings-against-china-to-achieve-a-peaceful-and-durable-solution-to-the-dispute-in-the-wps/ (last visited on March 10, 2015).

[821] *See* paragraph 2 of page 1 of the Notification and Statement of Claims, issued by Department of Foreign Affairs of Republic of the Philippines in Manila to the Embassy of the People's Republic of China in Manila, serial no. 13-0211, January 22, 2013, https://www.dfa.gov.ph/index.php/component/docman/doc_download/56-notification-and-statement-of-claim-on-west-philippine-sea?Itemid=546 (last visited on March 10, 2015).

[822] *Id.* paras. 31 (Section III: The Philippines' Claims) & 41 (Section V: Relief Sought) of the Notification.

[823] The term 'nine-dash line' is interchangeable with 'U-Shaped Line' and 'eleven-dash line.' For various names of this line, Keyuan Zou, "China's U-Shaped Line in the South China Sea Revisited", 43 *Ocean Development & International Law* 18 (2012).

contravene UNCLOS and are invalid.[824] *Secondly*, the Mischief Reef (美濟礁), McKennan Reef (西門礁), Gaven Reef (南薰礁) and Subi Reef (渚碧礁) are submerged features not above sea level at high tide, and should not be deemed as islands or rocks according to Article 121 of UNCLOS. None of them are located on China's continental shelf. Rather, the Mischief and McKennan Reefs are part of the Philippines' continental shelf. China's occupation of these four maritime features and construction activities thereon are unlawful and should be terminated.[825] *Thirdly*, Scarborough Shoal (黃岩島), Johnson Reef (赤瓜礁), Cuarteron Reef (華陽礁), and Fiery Cross Reef (永暑礁) should be considered as rocks under Article 121(3), and may only generate state entitlement to the territorial sea. Having unlawfully claimed maritime entitlements beyond 12 nautical miles (M) *from* these features, China should refrain from preventing Philippine vessels from exploiting the living resources in waters adjacent to Scarborough Shoal and Johnson Reef, and from undertaking other activities inconsistent with UNCLOS at or in the vicinity of these features.[826] *Fourthly*, the Philippines is entitled under UNCLOS to a 12-M territorial sea, a 200-M EEZ, and a continental shelf measured from its archipelagic baselines. China has unlawfully claimed and exploited the living and non-living resources in this EEZ and continental shelf, and prevented the Philippines from exploiting the living and non-living resources therein.[827] *Fifthly*, China has unlawfully interfered with the Philippines' exercise of its navigational rights and other rights under UNCLOS within and beyond the Philippines' EEZ. China should desist from these unlawful activities.[828]

On February 19, 2013, China officially refused to join the litigation,[829] based on, *inter alia*, its 2006 Declaration[830] covering the disputes brought by the Philippines and depriving the Arbitral Tribunal of

---

[824] *See* 1st-2nd claims under para. 31 and 1st-3rd reliefs under para. 41 of the Notification, *supra* note 3.

[825] *Id*. 3rd-5th claims under para. 31 and 4th-7th reliefs under para. 41 of the Notification.

[826] *Id*. 6th-7th claims under para. 31 and 8th-9th reliefs under para. 41 of the Notification.

[827] *Id*. 8th-9th claims under para. 31 and 10th-11th reliefs under para. 41 of the Notification.

[828] *Id*. 10th claim under para. 31 and 12th-13th reliefs under para. 41 of the Notification.

[829] *See* the statement made on February 19, 2013 by the spokesman of the Foreign Ministry of China (English translation), http://www.fmprc.gov.cn/eng/xwfw/s2510/2511/t1015317.shtml (last visited on March 10, 2015).

[830] On August 25, 2006 China made a written declaration according to Article 298 of UNCLOS. It reads: "The Government of the People's Republic of China does not accept any of the procedures provided for in Section 2 of Part XV of the Convention with respect to all the categories of disputes referred to in paragraph 1 (a) (b) and (c) of Article 298 of the Convention", http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China upon ratification (last visited on March 10, 2015).

necessary jurisdiction to entertain the case. The default rules[831] were applied to establish the arbitral tribunal. On June 25, 2013, the fifth arbitrator was appointed and the arbitral tribunal was established (the Tribunal).

The first meeting of the Members of the Tribunal was held on July 11, 2013, when they decided to use the Permanent Court of Arbitration (PCA) as Registry.[832] On August 27, 2013, the Tribunal adopted the PH-CN Rules of Procedure (ROP) for this arbitration and issued the first Procedural Order to fix March 30, 2014 as the deadline for the Philippines to submit its Memorial (the Memorial). The Tribunal directed the Philippines to fully address all issues in the Memorial, including matters relating to the jurisdiction of the Tribunal, the admissibility of the Philippines' claims, and the merits of the dispute.[833]

As directed, the Philippines presented the Memorial consisting of 15 Submissions which largely maintain the structure of the Notification. In the Memorial the Tribunal is requested to adjudge and declare that:

> "(1) China's maritime entitlements in the South China Sea, like those of the Philippines, may not extend beyond those permitted by the United Nations Convention on the Law of the Sea;
>
> (2) China's claims to sovereign rights and jurisdiction, and to 'historic rights', with respect to the maritime areas of the South China Sea encompassed by the so-called 'nine-dash line' are contrary to the Convention and without lawful effect to the extent that they exceed the geographic and substantive limits of China's maritime entitlements under UNCLOS;
>
> (3) Scarborough Shoal generates no entitlement to an EEZ or continental shelf;
>
> (4) Mischief Reef, Second Thomas Shoal and Subi Reef are low-tide elevations (LTEs) that do not generate entitlements to a territorial sea, EEZ or continental shelf, and are not features that are capable of appropriation by occupation or otherwise;
>
> (5) Mischief Reef and Second Thomas Shoal are part of the EEZ and continental shelf of the Philippines;
>
> (6) Gaven Reef and McKennan Reef (including Hughes Reef) are LTEs that do not generate entitlement to a territorial sea, EEZ or

[831] Articles 3(e) of Annex VII to the UNCLOS, *supra* note 1.

[832] For the information released by the PCA, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1529 (last visited on March 10, 2015).

[833] *Id*. The Rules of Procedure can be found in the same website.

continental shelf, but their low-water line may be used to determine the baseline from which the breadth of the territorial sea of Namyit and Sin Cowe, respectively, is measured;
(7) Joshson Reef, Cuarteron Reef and Fiery Cross Reef generate no entitlement to an EEZ or continental shelf;
(8) China has unlawfully interfered with the enjoyment and exercise of the sovereign rights of the Philippines with respect to the living and non-living resources of its EEZ and continental shelf;
(9) China has unlawfully failed to prevent its nationals and vessels from exploiting the living resources in the EEZ of the Philippines;
(10) China has unlawfully prevented Philippine fishermen from pursuing their livelihoods by interfering with traditional fishing activities at Scarborough Shoal;
(11) China has violated its obligations under the Convention to protect and preserve the marine environment at Scarborough Shoal and Second Thomas Shoal;
(12) China's occupation of and construction activities on Mischief Reef: (a) violate the provisions of the Convention concerning artificial islands, installations, and structures; (b) violate China's duties to protect and preserve the marine environment under the Convention; and (c) constitute unlawful act of attempted appropriation in violation of the Convention;
(13) China has breached its obligation under the Convention by operating its law enforcement vessels in a dangerous manner causing serious risk of collision to Philippine vessels navigating in the vicinity of Scarborough Shoal;
(14) Since the commencement of this arbitration in January 2013, China has unlawfully aggravated and extended the dispute by, among other things: (a) Interfering with the Philippines' rights of navigation in the waters at, and adjacent to, Second Thomas Shoal; (b) Preventing the rotation and resupply of Philippine personnel stationed at Second Thomas Shoal; and (c) Endangering the health and well-being of Philippine personnel stationed at Second Thomas Shoal.
(15) China shall desist from further unlawful claims and activities".[834]

[834] Through an interview with a Philippine scholar, the author obtains the information about the 15 Submissions made by the Philippine Government against China for this arbitration.

To echo the above-mentioned Philippine claims, the US Department of State released on December 5, 2014 its serial study on "Limits in the Seas No. 143" entitled "China: Maritime Claims in the SCS" that questioned each of China's possible SCS maritime claims with the U-Shaped Line.[835] Simultaneously, the "Statement of the Ministry of Foreign Affairs of Viet Nam for the attention of the Tribunal in the Proceedings between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China" was received by the Tribunal.[836] As said by the press, this Vietnamese document supported the Philippine position that the Tribunal has jurisdiction over the disputes presented.[837] On December 7, 2014 the "Position Paper of the Government of the PRC on the Matter of Jurisdiction in the SCS Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines (the Position Paper)" was released. Arguing that the Tribunal has no jurisdiction over the disputes, the Position Paper however was neither meant to be a Counter-Memorial by China,[838] nor treated as such by the Tribunal.[839] This made Article 25(2) of ROP[840] applicable. Accordingly, the Tribunal gave the Philippines a list of questions to be answered before March 15, 2015 in the form of Further Written Argument. China is also requested to provide its comments on such Philippine supplemental arguments by June 15, 2015.[841] Most recent information indicated that the Tribunal may hold its hearing on July 8-20,

---

[835] This study can be downloaded from http://www.state.gov/documents/organization/234936.pdf (last visited on March 14, 2015).

[836] *See* Press Release by the Tribunal on December 17, 2014, which can be downloaded from: file:///D:/Documents%20and%20Settings/user/My%20Documents/Downloads/PH-CN_20141217_Press_Release_No_3%20(ENG)%20(6).pdf (last visited on March 14, 2015)

[837] This is according to the news story entitled "Int'l tribunal seeks more arguments from Philippines" from the Philippine Star, written By Camille Diola, updated on Thursday December 18, 2014 - 2:46pm. The news can be seen:
http://www.philstar.com/disputed-seas/2014/12/18/1404065/intl-tribunal-seeks-more-arguments-philippines
(last visited on March 14, 2015).

[838] This Position Paper can be seen: http://www.chinadaily.com.cn/china/2014-12/07/content_19037946.htm (last visited on March 14, 2015)

[839] *See* Press Release of the Tribunal, *supra* note 18.

[840] Article 25(2) of the ROP reads: "In the event that a Party does not appear before the Arbitral Tribunal or fails to defend its case, the Arbitral Tribunal shall invite written arguments from the appearing Party on, or pose questions regarding, specific issues which the Arbitral Tribunal considers have not been canvassed, or have been inadequately canvassed, in the pleadings submitted by the appearing Party. The appearing Party shall make a supplemental written submission in relation to the matters identified by the Arbitral Tribunal within three months of the Arbitral Tribunal's invitation. The supplemental submission of the appearing Party shall be communicated to the non-appearing Party for its comments which shall be submitted within three months of the communication of the supplemental submission. The Arbitral Tribunal may take whatever other steps it may consider necessary, within the scope of its powers under the Convention, its Annex VII, and these Rules, to afford to each of the Parties a full opportunity to present its case." *Supra* note 15.

[841] This is requested by the Procedural Order No. 3 of the Tribunal issued on December 17, 2014. *Supra* note 18.

2015 and release its award by early 2016.[842]

The goal of this arbitration, as declared by the Philippines, is to facilitate the resolution of the Sino-Philippine SCS disputes, through settling certain legal issues by the Tribunal without being barred by the 2006 China's Declaration.[843] However, doubts remain that the facilitative role of this Tribunal with limited subject-matter jurisdiction[844] may not serve the goal eventually. Two questions should be asked here. If the Philippines loses the case in the merits, will it lose legal grounds to counter China's activities as identified by the Memorial? If the Philippines wins in the merits phase, will China become legally unjustified to carry on those activities as contested? Both answers seem negative, based on the author's preliminary study on the Notification.[845] To provide a detailed examination of this fundamental issue so as to evaluate the efficacy[846] of this arbitration, the following sections will examine the available legal arguments for the losing party to justify the continuation of its disputed actions. As the Philippine Submissions will be divided into four groups for the sake of discussion, the examination of the possible legal arguments will be made in each of the groups. Most

---

[842] It was reportedly the statement made by the Foreign Minister of the Philippines, Albert del Rosario. For the news in Chinese language, see: http://money.udn.com/storypage.php?sub_id=5641&art_id=758876 (last visited on March 14, 2015)

[843] On January 22, 2013, the Secretary of Foreign Affairs of the Philippines, Mr. Albert del Rosario, made a statement in a press conference which explained the initiation by the Philippines of an arbitral proceedings against China to achieve a peaceful and durable solution to the dispute in the WPS (South China Sea), http://www.gov.ph/2013/01/22/statement-the-secretary-of-foreign-affairs-on-the-unclos-arbitral-proceedings-against-china-january-22-2013/ (last visited on March 10, 2015).

[844] *See* Andreas Zimmermann & Jelena Bäumler, "Navigating Through Narrow Jurisdictional Straits: The Philippines – PRC South China Sea Dispute and UNCLOS", 12(3) *Law & Practice of International Courts and Tribunals* 431 (2013); Ted L. McDorman, "The South China Sea: The U-Shaped Line, Islands and the Philippine-China Arbitration", 56 *German Yearbook of International Law* 33 (2013); Stefan Talmon & Bing Bing Jia (eds.), *The South China Sea Arbitration: A Chinese Perspective* (2014); Mincai Yu, "China's Responses to the Compulsory Arbitration on the South China Sea Dispute: Legal Effects and Policy Options", 45(1) *Ocean Development & International Law* 1 (2014); Sienho Yee, "The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections", 13(4) *Chinese Journal of International Law* 663 (2014); Mincai Yu, "China's Informal Participation in the Annex VII Philippines v. China Arbitral Tribunal's Proceedings", 30(1) *International Journal of Marine and Coastal Law* 54 (2015).

[845] Michael Sheng-ti Gau, "The Sino-Philippine Arbitration of the South China Sea Nine-Dash-Line Dispute: Applying the Rule of Default of Appearance", 28 *Ocean Yearbook*, 81-133 (May 2014).

[846] In the very first case which came before the Permanent Court of International Justice, it was decided that the PCIJ neither could nor should contemplate the possibility of its judgment not being complied with. See PCIJ, The Wimbledon (1923), A.1, p. 32. Quoted from Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* 339 (1953). However, applying the principle of *res judicata*, what is not decided by this Tribunal will not be affected by the award. In other words, those disputes (1) not submitted to the Tribunal for settlement and (2) submitted but beyond the jurisdiction of the Tribunal will remain disputed after the award is given. This is only concerning the valid judgment. If the award is given under the circumstance that the Tribunal is exercising a power that is actually not given to it, the award will be considered invalid. The principle of *res judicata* then becomes inapplicable. *See* Bin Cheng, *id*. 356.

importantly, the general principle of *res judicata* embodied by Article 296 of UNCLOS will be discussed and then applied in support of these contentions throughout the examination.

II. The *Res Judicata* Principle and its Application to the Disputes constituted by the Philippine Submissions

Entitled "finality and binding force of decisions", Article 296 of UNCLOS reads: "1. Any decision rendered by a court or tribunal *having jurisdiction* under this section shall be final and shall be complied with by all the parties *to the dispute*. 2. Any such decision shall have no binding force except between the parties and *in respect of that particular dispute*".[847] Article 11 of Annex VII to UNCLOS[848] and Article 26(2) of ROP[849] restate this rule of *res judicata* that is also a general principle of law recognized by civilized nations.[850]

Clearly, the finality and binding force of decisions cannot be established without two conditions. *First*, the dispute must fall within the subject-matter jurisdiction of the tribunal.[851] *Second*, the dispute must have been presented to the tribunal for settlement. Sometimes the tribunal is presented with a dispute that allegedly goes beyond the scope of the tribunal's subject-matter jurisdiction. Then most likely the tribunal will have to address the preliminary dispute concerning whether it has jurisdiction over the dispute.[852] When the answer to this preliminary question is held to be negative, the tribunal will refrain from determining the merits. Consequently, the dispute in merits will be left unsettled. On the other hand, any dispute, whether within or beyond the scope of the tribunal's jurisdiction, will remain unresolved if it is *not* presented to the tribunal for its resolution.

In this Sino-Philippine Arbitration, the situation is more complicated where the two Parties have disputes of multiple layers in the SCS.[853]

---

[847] *Supra* note 1.

[848] Article 11 (Finality of award) of Annex VII to UNCLOS reads: "The award shall be final and without appeal, unless the parties to the dispute have agreed in advance to an appellate procedure. It shall be complied with by the parties to the dispute." The text is available http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/annex7.htm (last visited on March 10, 2015).

[849] Article 26(2) of PH-CN Rules of Procedure adopted on August 27, 2013, reads: "Pursuant to Article 11 of Annex VII to the Convention, the award shall be final and without appeal, unless the Parties agree in advance to an appellate procedure. It shall be complied with by the Parties." *Supra* note 15.

[850] Bin Cheng, *supra* note 28, 336.

[851] Stefan Talmon & Bing Bing Jia, *supra* note 26, 26-53.

[852] Article 288(4) of UNCLOS, *supra* note 1. *Also see* Article 20(1) of ROP, *supra* note 15, 9.

[853] Michael Sheng-ti Gau, *supra* note 27, 121. The real Sino-Philippine SCS disputes are four-fold: (i) territorial

While the disputes on the surface layer have been presented to the Tribunal for settlement, the inner layers (the core) disputes are neither within the subject-matter jurisdiction of the Tribunal nor brought to the Tribunal by the Philippines.[854] Being no-less-important and hotly debated, the issue whether the Tribunal has jurisdiction to try the surface disputes submitted[855] is *not* the focus of this paper. The author rather intends to address the part of un-presented core disputes and explore the consequences of such incomplete submission of disputes by the Philippines.

Given the situation of none-submission of core disputes, can the award *settle* the Sino-Philippine confrontations reflected by the Philippine Submissions as consequent on such surface disputes? Will the confrontations go on instead? If so, what may justify such protraction of clashing policies, claims, and actions in the SCS? Is it because the unsettled core disputes constitute the *real* causes of conflict? How can the *res judicata* principle apply (or not be violated) in such a scenario?

In this connection, the authoritative study by Professor Bin Cheng (鄭斌) is inspiring. According to him, *res judicata* has two effects: (1) "that which is *res judicata* is definitive"; and (2) "what has been finally decided by a tribunal is binding upon the parties".[856] More important is the *limits* of such principle, "[it] applies only where there is *identity of … the question at issue*".[857] In the words of Article 296 of UNCLOS, any decision rendered by a tribunal having jurisdiction under Section 2 of Part XV shall have no binding force except … *in respect of that particular dispute*.[858] In other words, *res judicata* principle is "to prevent legal

disputes over Scarborough Shoal and all the maritime features within Philippines' KIG, which is part of China's Nansha Islands; (ii) disputes concerning legal capability of certain reefs or rocks in China's Nansha Islands to establish the territorial sea, the EEZ, and the continental shelf; (iii) disputes concerning the legality under UNCLOS of China's possible historical rights claims within the U-shaped line; and (iv) disputes concerning maritime boundary delimitation for the overlapping Sino-Philippine maritime claims.

[854] Para. 7 of the Notification reads: "The Philippines does not seek in this arbitration a determination of which Party enjoys sovereignty over the islands claimed by both of them. Nor does it request a delimitation of any maritime boundaries. The Philippines is conscious of China's Declaration of 25 August 2006 under Article 298 of UNCLOS, and has avoided raising subjects or making claims that China has, by virtue of that Declaration, excluded from arbitral jurisdiction." Para. 40 then reads: "It follows that the Philippines' claims do not fall within China's Declaration of 25 August 2006, because they do not: concern the interpretation or application of Articles 15, 74, and 83 relating to sea boundary delimitation; involve historic bays or titles within the meaning of the relevant provisions of the Convention; concern military activities or law enforcement activities; or concern matters over which the Security Council is exercising functions assigned to it by the UN Charter." *Supra* note 3, 3 & 16.

[855] This issue has been discussed by a few papers and official statements. See supra notes 17, 20, 26-27.

[856] *Supra* note 28, 337-338.

[857] This was held by the British-United States Claims Arbitral Tribunal (1910), as quoted by Bin Cheng, *id*. 339-340.

[858] The identity of "that particular case", as one of the conditions of *res judicata*, means "the matter in that dispute" or "the same question at issue". It covers both "the object" and "the grounds of the claim" of that

principles accepted by the Court in a particular case from being binding … *in other disputes*",[859] and "what is not *res judicata* between the parties has *no* authoritative and binding effect".[860]

Perhaps this very principle, as analyzed by Professor Bin Cheng, can be applied to explain, if not to justify, the possible outcome of this arbitration that is the lingering row. To be submitted, no matter which Party wins the case in the merits phase, the losing Party will not be stripped of legal grounds to carry on its disputed actions. It is probably based on the unaffected and undefeated claims of the losing Party for territorial sovereignty over SCS maritime features or/and for maritime delimitation in the SCS region. Such un-interrupted behaviors would not do violence to the award and could even conform to the *res judicata* principle for four reasons. *First*, the core Sino-Philippine territorial and maritime delimitation disputes rather constitute the *causes of* the confrontations reflected by the Philippine Submissions. *Second*, such core disputes are undoubtedly beyond the subject-matter jurisdiction of the Tribunal and have not been brought to the Tribunal for settlement in the first place. *Third*, the legality of claims of either Party in such core disputes shall not be adjudged by the Tribunal. *Fourth*, no matter which award the Tribunal may give in the merits, there can be no *res judicata* between the Parties over such core disputes. The potential legal arguments to be advanced by the losing Party are substantiated as follows.

A. The Legality Dispute of the U-Shaped Line indicated in Submissions 1-2

1. Philippines' possible arguments when losing the case

In case that the award is not in favor of the Philippines with respect to Submissions 1-2, the Philippines will probably not lose its legal grounds for complaining. The continued condemnation against China's U-Shaped

dispute. "[W]here new rights are asserted, there is a new case which ought not to be barred by a previous decision even if the parties and the object be identical." "In the case of the Compagnie generale de l'Orenoque (1905), it was decided that counter-claims, as well as claims that might be presented by way of setoff, constituted independent actions. Even though they could have been pleaded in a previous action, if in fact they were not presented and considered, subsequent action upon them was not precluded by the previous decision." *See* various decisions cited by Bin Cheng, *id.* footnotes 16-17, 341, 343, & 345-347.

[859] *See* PCIJ's position as summarized by Bin Cheng, *id*., in footnote 22 at 341.

[860] *Id*. 341.

Line by the Philippines will be fully expected and justified, due to the following reasons.

First, it could be argued by the Philippines that the Tribunal is not authorized to settle the Sino-Philippine territorial disputes[861] with respect to *all* the maritime features in the Kalayaan Islands Group (KIG) and Scarborough Shoal, not limited to those nine maritime features identified in Submissions 3-7. Hence, the award of the Tribunal may neither affect nor dismiss Philippine territorial claims to these maritime features, including those islands within the KIG that are considered capable of generating territorial water, EEZ and continental shelf according to Article 121 of UNCLOS. By the same token, the award may not be interpreted as upholding China's competing territorial claims with regard to those maritime features and islands. As a consequence, from Philippine perspectives, it is impossible for the award to vindicate China's claim for any maritime entitlement to territorial waters, EEZ, and continental shelf in the WPS that may be generated by these islands. The U-Shaped Line as the boundary of China's *maritime claim* remain baseless, as China is not even entitled to have any maritime zones under UNCLOS legal regime within the eastern area enclosed by the U-Shaped Line (i.e. WPS) in the first place.

Second, the original version of the U-Shaped Line indicated on the Location Map of the South China Sea Islands (南海諸島位置圖) published by the Republic of China Government in 1947[862] (see Figure 1 of this paper) may not be justifiably kept by China in its official map according to the award in favor of China. It is because that such an award does not serve to endorse China's competing territorial claims over the maritime features lying within the U-Shaped Line. Since all or part of these maritime features have been claimed by other States (including the Philippines, Vietnam and/or Malaysia) the legality of the U-Shaped Line to mark the whereabouts of *China's* territories in the SCS remains doubtful. In other words, the maintenance of the original version of the U-Shaped Line by China remains legally questionable even if China wins the case.

2. China's possible arguments when losing the case

[861] *See* para. 7 of the Notification, supra note 3. *Also see* Robert C. Beckman & Clive H. Schofield, "Defining EEZ Claims from Islands: A Potential South China Sea Change", 29 *The International Journal of Marine & Coastal Law* 208 (2014).

[862] *See* Limits in the Seas No. 143, *supra* note 17, 3. *Also see* Stefan Talmon & Bing Bing Jia, *supra* note 26, 4.

On the other hand, should the award be given in favor of the Philippines, China will probably be justified for its non-deletion of the U-Shaped Line for the following reasons.

First, China may contend that, as the Tribunal is unauthorized to settle Sino-Philippine territorial disputes in SCS region, the award may not be construed as overruling China's much older and comprehensive territorial claims for all the maritime features within the U-Shaped Line drawn in the 1947 Map. As this map indicates China's SCS territorial claims,[863] the legal effect of the U-Shaped Line within this map may neither be affected nor be denied by the award. As a result, such (older) version of U-Shaped Line can be kept on the map without legal problems.

Second, concerning the *advanced* version of the U-Shaped Line allegedly used by China as the boundary of its *maritime claims* in SCS seen by the Philippines,[864] it can also stay under any outcome of this litigation. This is because the U-Shaped Line must be and has been removed after maritime boundaries between China and other SCS bordering State are drawn.[865] In other words, this version of the U-Shaped Line or *deletion of this line* is part of the overall maritime boundary delimitation settlement. The issue of the U-Shaped Line is therefore *concerning* the application of Articles 74(1)[866] and 83(1)[867] of UNCLOS.

The key issue here is the interpretation of the term "concerning" as the second word in Article 298(1)(a)(i).[868] The ordinary meaning to be

---

[863] Michael Sheng-ti Gau, supra note 27, 100-104.

[864] *See* Philippines' Submission 2, supra note 16.

[865] Keyuan Zou, *infra* note 57, 245-246, 248. *Also see* Keyuan Zou, *infra* note 56.

[866] Article 74(1) of UNCLOS reads: "The delimitation of the exclusive economic zone between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution." *Supra* note 1.

[867] Article 83(1) of UNCLOS reads: "The delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution." *Id.*

[868] Article 298(1)(a)(i) of UNCLOS reads: "1. When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State may, without prejudice to the obligations arising under section 1, declare in writing that it does not accept any one or more of the procedures provided for in section 2 with respect to one or more of the following categories of disputes: (a)(i) disputes concerning the interpretation or application of articles 15, 74 and 83 relating to sea boundary delimitations, or those involving historic bays or titles, provided that a State having made such a declaration shall, when such a dispute arises subsequent to the entry into force of this Convention and where no agreement within a reasonable period of time is reached in negotiations between the parties, at the request of any party to the dispute, accept submission of the matter to conciliation under Annex V, section 2; and provided further that any dispute that necessarily involves the concurrent consideration of any

given to the term[869] "concern" as a verb is:[870] (1) have relation to, (2) *affect*,[871] and (3) be of importance to. Therefore, the term "concerning" should be interpreted as (1) having relation to or *relating to*,[872] (2) affecting, and (3) being important to. It follows that any dispute *relating to, affecting, or important to* the application of Article 74(1) and 83(1) should be considered as *concerning* the application of these two articles and caught by Article 298(1)(a)(i). To be noted, both Articles 74(1) and 83(1) explicitly address delimitation agreements concluded by disputing parties. However, as ITLOS said in Bangladesh v. Myanmar, these two provisions also apply to judicial and arbitral delimitation decisions.[873] In other words, any dispute affecting, important to, and relating to the application of these two provisions to the maritime delimitation *judicial settlement* will also be covered by Article 298(1)(a)(i).

Here, the original (1947) eleven-dash line, the 2009 nine-dash line (see Figure 2 of this paper), and the present (2013) ten-dash line (see Figure 3 of this paper) all seem to be relating to, affecting, important to, and concerning maritime boundary delimitation between China and

---

unsettled dispute concerning sovereignty or other rights over continental or insular land territory shall be excluded from such submission;" *Id*.

[869] Articles 31-32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaty, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf (visited on March 10, 2015).

[870] Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English, A S Hornby (as General Editor), third edition published in 1980.

[871] As confirmed by the ICJ in the Greece v. Turkey, the meaning of the term "concern" as a verb can be interpreted as "affect". See Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 37, para. 89. "In the present case, moreover, quite apart from the question of the status of the above-mentioned Greek islands for the purpose of determining Greece's entitlement to continental shelf, the Court notes that during the hearings in 1976 the Greek Government referred to a certain straight base-line claimed by Turkey which is, however, contested by Greece. Although it recognized that the resulting discrepancy between the Greek and Turkish views of the limits of Turkey's territorial sea in the area is not great, it observed that the discrepancy 'obviously *affects* the question of the delimitation of the continental shelf'. The question of the limits of a State's territorial sea, as the Greek Government itself has recognized, is indisputably one which not only relates to, but *directly concerns* territorial status." [italic added]

[872] The term "relating to" has been interpreted by the ICJ in Aegean Sea Continental Shelf Case as "emanating from" and "being an automatic adjunct of". "86. … The question for decision is whether the present dispute is one 'relating to the territorial status of Greece', not whether the rights in dispute are legally to be considered as 'territorial' rights; and a dispute regarding entitlement to and delimitation of areas of continental shelf tends by its very nature to be one relating to territorial status. … In short, continental shelf rights are legally both an emanation from and an automatic adjunct of the territorial sovereignty of the coastal State. It follows that the territorial regime – the territorial status – of a coastal State comprises, ipso jure, the rights of exploration and exploitation over the continental shelf to which it is entitled under international law. A dispute regarding those rights would, therefore, appear to be one which may be said to 'relate' to the territorial status of the coastal State." Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 36, para. 86.

[873] *See* Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar), Judgment of 14 March 2012, para. 183. The judgment is available online: http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/C16_Judgment_14_03_2012_rev.pdf (last visited on March 10, 2015)

other States with opposite coasts, based on (1) the diplomatic practice by China for its negotiations with Vietnam concerning the disputes in the Gulf of Tonkin, (2) one of the dashes between Taiwan and the Philippines, and (3) another one dash between Taiwan and Japan.

For the original U-Shaped Line or eleven-dash line on the 1947 Map, there were two dashes between China's Hainan Island and Vietnam. These two dashes were removed in 1960s. The PRC Government did not explain the reason. Based on his long-time observation, Professor Zou Keyuan is of the opinion that such removal might have been related to the transfer of the sovereignty over the Bai Long Wei (or Bach Long Vi) Island in the Gulf of Tonkin from China to Vietnam.[874] If Professor Zou's observation is correct, then those two dashes would have a bearing on China's territorial claim while not directly related to China's maritime claims. Still, an indirect impact would be produced upon maritime boundary delimitation between China and Vietnam as Bai Long Wei Island would most probably *affect and be important to* the process of delimitation in Vietnam's favor.[875] If Professor Zou's observation is not true, the fact that those two dashes were removed before China and Vietnam reached maritime boundary delimitation agreement in the Gulf of Tonkin[876] would strongly suggest that those two dashes were previously used by China as a provisional maritime claim. Making the dashes *negotiable or even dispensable* will doubtlessly facilitate the Sino-Vietnam maritime boundary delimitation negotiation. Put differently, after drawing Sino-Vietnamese maritime boundary in the Gulf of Tonkin, the maintenance of those two dashes, if acting as China's maritime claim, would be not only redundant but confusing. In any case, those two dashes between China's Hainan Island and Vietnam should be deemed either indirectly or directly *relating to, important to, affecting, and concerning* maritime delimitation between China and Vietnam.

There is another dash between Taiwan and the Philippines which appears in both the 1947 Map and the 2009 Map, the latter of which is attached to the 2009 China's Note Verbale (NV).[877] In addition, the

[874] Keyuan Zou, *Law of the Sea in East Asia: Issues and Prospects* 50 (2005).

[875] Keyuan Zou, "Maritime Boundary Delimitation in the Gulf of Tonkin", 30 *Ocean Development & International Law*245-246, 248 (1999).

[876] The Sino-Vietnam Agreement on the Delimitation of the Territorial Sea, Exclusive Economic Zone and Continental Shelf in the Beibu Gulf (which is also called Gulf of Tonkin) was signed on December 25, 2000 and entered into force on June 30, 2004. *See* Keyuan Zou, "The Sino-Vietnamese Agreement on Maritime Boundary Delimitation in the Gulf of Tonkin", 36 *Ocean Development & International Law* 13-24 (2005).

[877] Mission of the People's Republic of China to the United Nations, NV, CML/17/2009, May 7, 2009, available online: http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf

U-Shaped Line appearing in the most recent map published in January 2013 by China has one more dash between Taiwan and Japan. It is well-known that the maritime boundary between Taiwan and the Philippines and the boundary between Taiwan and Japan are yet to be drawn. It will be unbelievable if these two dashes represent Taiwan-Philippine and Taiwan-Japan maritime boundaries. However, when the time comes for such boundary to be drawn after agreements are reached by the parties concerned, such dashes most probably will be removed, if used as a provisional maritime claim by China. Thus, it is fair to say that the U-Shaped Line or the present ten-dash line drawn by PRC, if used to indicate China's maritime claim, would be relating to, important to, affecting, and *concerning* sea boundary delimitation between China on the one hand and other States with opposite coasts on the other hand.

Covered by Article 298(1)(a)(i), the legality issue of the U-Shaped Line, if treated as the provisional boundary of China's maritime claim in the SCS, would be precluded from adjudication by the Tribunal in accordance with the 2006 China's Declaration. Since it is legally impossible for the award to address such an issue, non-deletion of the U-Shaped Line, as China's maritime claim, cannot be inconsistent with the award and *res judicata* principle.

B. The Dispute concerning Legal Status of Certain Maritime Features and China's Trespass to Philippine EEZ identified by Submissions 3-9

1. Philippines' possible arguments when losing the case

In case that the Philippines loses in the part of disputes constituted by Submissions 3-9, it will mean that the Tribunal declares that according to Article 121 of UNCLOS: (1) Scarborough Shoal, Johnson Reef, Cuarteron Reef, and Fiery Cross Reef may generate EEZ and continental shelf; (2) Mischief Reef, Second Thomas Shoal, Subi Reef, Gaven Reef and McKennan Reef may at least generate territorial water; (3) *consequently*, China also has EEZ and continental shelf in SCS so as to justify its interference with enjoyment and exercise of Philippine sovereign rights with respect to living and non-living natural resources within Philippine

and Mission of the People's Republic of China to the United Nations, NV, CML/18/2009, May 7, 2009, available: http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/chn_2009re_vnm_c.pdf (last visited on March 10, 2015).

EEZ and continental shelf in the WPS; and (4) China's protection given to its nationals and vessels when exploiting the living resources in Philippine EEZ and continental shelf is lawful because such exploitation also occurs in China's EEZ and continental shelf.

When such possible result occurs, the following legal reasons remain available for the Philippines to justify its continued counter-actions against China.

The Philippines (together with Vietnam and Malaysia) may probably argue that even if those maritime features can be considered as islands under Article 121 of UNCLOS so as to be capable of generating maritime zones like territorial water, EEZ and/or continental shelf, such benefit does not accrue to China. As just discussed, this is because, from Philippine view, China does not have sovereignty over these features and China's territorial claims over these features cannot be endorsed by the award of this Tribunal. China's territorial claims over all the maritime features in the Spratly Islands Group and Scarborough Shoal are contested by the Philippines, Vietnam, and Malaysia, while the award of this Tribunal does not settle such disputes. China's maritime entitlements to EEZ and continental shelf in the WPS thus lack legal foundation. It is not possible for China and the Philippines to have any overlapping EEZ and continental shelf claims in the WPS, as China has none. In such a vast maritime area deemed as Philippine EEZ and continental shelf, China's interference with the enjoyment and exercise of Philippine sovereign rights with respect to the living and non-living resources of the Philippines cannot be justified even by the award in favor of China. By the same token, China's protection given to its nationals and vessels that exploit the living resources in the Philippine EEZ remains unjustified.

2. China's possible arguments when losing the case

On the other hand, should China lose in the part of disputes constituted by Submissions 3-9, it will mean that the Tribunal declares that: (1) Scarborough Shoal, Johnson Reef, Cuarteron Reef, and Fiery Cross Reef may not generate EEZ and continental shelf for China (and for any other State); (2) Mischief Reef, Second Thomas Shoal, Subi Reef, Gaven Reef and McKennan Reef may not generate territorial water for China (and for any other State); (3) *consequently*, China has no EEZ and

continental shelf in the WPS so as to justify China's interference with the enjoyment and exercise of Philippine sovereign rights with respect to living and non-living natural resources within Philippine EEZ and continental shelf in the WPS; and (4) in the same maritime area China's protection given to its nationals and vessels when exploiting the living resources in Philippine EEZ and continental shelf becomes unlawful.

Under such circumstances, it can be expected that China will not stop its disputed actions. It will probably offer the following legal justifications.

First, China may contend that it is pointless for the Philippines to bring Submissions 3-7 to the Tribunal for settlement, as China does not rely on those nine maritime features *individually* to claim maritime entitlements under UNCLOS legal regime. What has been used by China to claim EEZ and continental shelf in the eastern part of SCS enclosed by the U-Shaped Line is the Spratly Islands Group as a whole,[878] which includes at least 12 non-rock islands legally capable of generating EEZ and continental shelf[879] for China according to Article 121 of UNCLOS. In other words, no disputes[880] can be constituted by Submissions 3-7 for the Tribunal to entertain in the first place. Therefore, the Tribunal must refrain from entertaining such *moot* dispute.

Second, even if China uses those nine maritime features to claim EEZ and continental shelf, China at the same time relies on other maritime features, including non-rock islands, in the Spratly Islands Group to justify such maritime zonal claims. As the Tribunal may not deny China's territorial claims over, *inter alia*, those 12 non-rock islands, the award cannot be construed as dismissing its maritime entitlements to EEZ and

---

[878] Mission of the People's Republic of China to the United Nations, NV, CML/8/2011, April 14, 2011, http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2011_re_phl_e.pdf (last visited on March 10, 2015).

[879] Robert C. Beckman & Clive H. Schofield, *supra* note 43, 210-211. The 12 non-rock islands are (1) Taiwan-occupied Itu Aba; (2) Philippines-occupied Thitu Island, West York Island, Northeast Cay, Nanshan Island, Loaita Island; and (3) Vietnam-occupied Spratly Island, Southwest Cay, Sin Cowe Island, Sandy Cay, Namyit Island, and Amboyna Cay.

[880] In the judgment of *The Mavrommatis Palestine Concessions*, the Permanent Court of International Justice has defined a dispute as "a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons." *The Mavrommatis Palestine Concessions*, [August 30, 1924] PCIJ Series A, No. 2, 11, available online: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf>. Seen as an elaboration of such a definition, J.G. Merrills said that, "a dispute may be defined as a specific disagreement concerning a matter of fact, law or policy in which a claim or assertion of one party is met with refusal, counter-claim or denial by another." *See* J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 1 (4th ed. 2005). A.V. Lowe and J. Collier also describe the dispute as "a specific disagreement relating to a question of rights or interests in which the parties proceed by way of claims, counter-claims, denials and so on." *See* J. Collier and A.V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, 1 (1st ed. 1999).

continental shelf in the WPS that such islands may generate.

Third, since China has unaffected and undefeated maritime entitlements to EEZ and continental shelf in the WPS, it becomes undeniable that Chinese and Philippine EEZ and continental shelf claims *overlap* in such a vast maritime area. In other words, between China and the Philippines there is a maritime boundary delimitation dispute in WPS.

Fourth, the Tribunal is powerless to draw the maritime boundary for China and the Philippines so as to settle the above-mentioned Sino-Philippine maritime boundary delimitation dispute.[881] It follows that the award cannot be interpreted as a settlement of such overlapping maritime zonal disputes. In short, the Sino-Philippine boundary line in the SCS remains missing even after this Tribunal gives its award.

Fifth, before the boundary line is drawn, what is being complained by the Philippines in its Submissions 8-9 will not end. It is simply a reflection or symptom of the mutually exclusive competition out of overlapping maritime zonal claims. The Sino-Philippine maritime confrontations will continue as such core (maritime boundary delimitation) dispute remains unsettled. For China as the losing party in this arbitration, it is still justified to invoke its undefeated EEZ and continental shelf entitlement in the WPS to support its disputed interference under Submission 8 and protective activities opposed by Submission 9, as long as these activities occur in the area within 200 M from any non-rock island within the Spratly Islands Group. In fact, what have been contested by the Philippines in the entire arbitration in terms of Sino-Philippine maritime confrontations happened in the EEZ and continental shelf generated by those non-rock islands within the Spratly Islands Group, except for those incidents occurring in the water adjacent to Scarborough Shoal. Table 1 and Figure 4 of this paper demonstrate that such Chinese maritime entitlements to EEZ and continental shelf *reach* the location of Reed Bank and eight of those China-occupied maritime features (excluding Scarborough Shoal).

C. The Maritime Confrontations in the water adjacent to Scarborough Shoal under Submissions 10-11 and 13

[881] *Supra* note 36.

1. Philippines' possible arguments when losing the case

In case the Philippines loses with respect to its Submissions 10-11 and 13, it will mean that the Tribunal declares that: (1) China's prevention of Philippine fishermen from their livelihoods by interfering with latter's traditional fishing activities at Scarborough Shoal is not unlawful; (2) China has not violated its obligations under UNCLOS to protect and preserve the marine environment at Scarborough Shoal; and (3) China has not breached its UNCLOS obligations by operating its law enforcement vessels in a dangerous manner causing serious risk of collision to Philippine vessels navigating in the vicinity of Scarborough Shoal.

Under such circumstances, the Philippines will still have legal justifications to continue its verbal objections and physical counter-measures against China's no-longer-disputed actions in the waters adjacent to Scarborough Shoal, for the following reasons.

First, as the Sino-Philippine territorial dispute over Scarborough Shoal and the territorial water thereof remains unsettled by the award of the Tribunal, Philippine sovereignty over this "rock" and its territorial water remains unaffected. The award cannot be construed as endorsing China's competing territorial claim, otherwise it would mean that the Tribunal has made an *ultra vires* decision. The Tribunal will be wise enough not to do this.

Second, in the situation that the Philippines has territorial sovereignty over Scarborough Shoal and its territorial water, what is left for China as a non-coastal State will be the *right of innocent passage* under UNCLOS legal regime.[882] Pursuant to innocent passage rules, any non-coastal State (including China) has no right to prevent local (Philippine) fishermen from conducting fishing activities, including traditional fishing activities. Such prevention is incompatible with the basic idea of *passage* as defined by Article 18 of UNCLOS.[883] Moreover, such prevention, as it has no direct bearing on passage, should be considered prejudicial to the peace, good order or security of the

[882] *See* Articles 17-21 of UNCLOS. *Supra* note 1.

[883] Article 18 (Meaning of passage) of UNCLOS reads: "1. Passage means navigation through the territorial sea for the purpose of: (a) traversing that sea without entering internal waters or calling at a roadstead or port facility outside internal waters; or (b) proceeding to or from internal waters or a call at such roadstead or port facility. 2. Passage shall be continuous and expeditious. However, passage includes stopping and anchoring, but only in so far as the same are incidental to ordinary navigation or are rendered necessary by force majeure or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress." *Id*.

Philippines (as the coastal State) in accordance with Article 19(2)(l) of UNCLOS.[884] Once China resumes its preventive actions as indicated by Submission 9 after this arbitration, the Philippines can still lawfully take actions against China's activities that are inconsistent with the innocent passage rules.

Third, from Philippine perspectives China may only have the right of innocent passage when its law enforcement and fishing vessels find themselves in the water adjacent to Scarborough Shoal. China's law enforcement vessels have no right to interfere with Philippine law enforcement vessels that try to enforce Philippine fisheries rules against Chinese fishing vessels harvesting in such Philippine territorial water. To begin with, the fishing activities conducted by Chinese fishing vessels in this Philippine territorial water violate the rules of innocent passage according to Article 19(2)(i).[885] Moreover, when such Chinese vessels have done something harmful to the marine environment in such Philippine territorial water, Philippine law enforcement vessels have every right to prevent and punish such activities according to Article 21(1)(d)-(f).[886] China's law enforcement vessels will doubtlessly violate international law when (1) taking actions to protect its own fishing vessels that have violated Philippine fisheries rules and (2) interfering with Philippine law enforcement activities. It will then justify Philippine condemnation and counter-measures, irrespective of the award in favor of China concerning Submission 11.

---

[884] Article 19 (Meaning of innocent passage) of UNCLOS reads: "1. Passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State. Such passage shall take place in conformity with this Convention and with other rules of international law. 2. Passage of a foreign ship shall be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State if in the territorial sea it engages in any of the following activities: (a) any threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of the coastal State, or in any other manner in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations; (b) any exercise or practice with weapons of any kind; (c) any act aimed at collecting information to the prejudice of the defence or security of the coastal State; (d) any act of propaganda aimed at affecting the defence or security of the coastal State; (e) the launching, landing or taking on board of any aircraft; (f) the launching, landing or taking on board of any military device; (g) the loading or unloading of any commodity, currency or person contrary to the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State; (h) any act of wilful and serious pollution contrary to this Convention; (i) any fishing activities; (j) the carrying out of research or survey activities; (k) any act aimed at interfering with any systems of communication or any other facilities or installations of the coastal State; (l) any other activity not having a direct bearing on passage." *Id*.

[885] *Id.*

[886] Article 21(1)(d)-(f) (Laws and regulations of the coastal State relating to innocent passage) of UNCLOS reads: "1. The coastal State may adopt laws and regulations, in conformity with the provisions of this Convention and other rules of international law, relating to innocent passage through the territorial sea, in respect of all or any of the following: …(d) the conservation of the living resources of the sea; (e) the prevention of infringement of the fisheries laws and regulations of the coastal State;(f) the preservation of the environment of the coastal State and the prevention, reduction and control of pollution thereof;" *Id*.

Fourth, since in the water adjacent to Scarborough Shoal China as non-coastal State only has the right of innocent passage under UNCLOS, the actions of Chinese law enforcement vessels to block the way of Philippine vessels while causing near-collision incidents will be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the Philippines as the coastal State. This is because that such actions of China are not having any direct bearing on passage in accordance with Article 19(2)(l) of UNCLOS.[887] Again, it will justify Philippine condemnation and counter-measures, irrespective of the award in favor of China concerning Submission 13.

2. China's possible arguments when losing the case

On the other hand, should China lose in this arbitration with respect to Philippine Submissions 10-11 and 13, China will probably refuse to cease the disputed actions. The following justifications may probably be invoked by China.

First, as the Tribunal is powerless to settle Sino-Philippine territorial dispute over, *inter alia*, Scarborough Shoal, the validity of China's territorial claim over this "rock" and its adjacent water remain unchallenged by the award of this Arbitration. In this area the status of China as a coastal State remains unaffected, whereas the Philippines may only have the right of innocent passage under UNCLOS legal regime. While exercising the right of innocent passage in this Chinese territorial water surrounding Scarborough Shoal, Philippine fishing vessels may not conduct fishing activities in accordance with Article 19(2)(i)[888] of UNCLOS, including traditional fishing. It would justify China's continuous prevention against the exercise of Philippine traditional fishing in such area.

Second, for the award in favor of the Philippines with respect to Submission 11, China may probably argue that it is only acceptable if the premise of the award is that *the water adjacent to Scarborough Shoal is China's territorial water*. China may be willing to follow the rules of UNCLOS, if any, for the coastal State to protect and preserve the marine environment in its territorial water and will probably be ready to rectify any mistakes committed in its own territorial water. On the other hand,

[887] *Supra* note 66.
[888] *Id*.

China perhaps will not accept any judicial decision on this submission premised on treating it as a non-coastal State. China may argue that any award by the Tribunal may not be interpreted as denying China's territorial claim over Scarborough Shoal and its adjacent water, based on the reason already mentioned. China has legal grounds to differ if considered to be in breach of rules of marine environmental protection under UNCLOS, while being treated as *a non-coastal State*. It will be especially so if China is required to demand its fishing vessels harvesting in the water adjacent to Scarborough Shoal to yield themselves to the law enforcement actions by the Philippine government vessels there (which only enjoy innocent passage). China's continued actions that have been opposed by Submission 11 will be justified in such a scenario.

Third, for the award in favor of the Philippines with respect to Submission 13, China may probably point out the on-going Sino-Philippine competition for occupying Scarborough Shoal and its adjacent water that the Tribunal may ignore throughout the litigation due to Philippines' omission both in its Memorial and the hearing. China, as the one getting upper hand only recently, has been vigilant about the danger of its territory being lost again to the Philippines. No matter what kind of operation carried out by the Philippines, be it by civilians[889] or officials, through fishing boats or law enforcement vessels, either navigable or immobile,[890] China's reactions may be primarily for maintaining its territorial integrity by holding on to the maritime features it has recovered. The rules to be followed by China's law enforcement vessels, in this context, turn out to be the limitations imposed by the principle of self-defense under the United Nations Charter and customary international law.[891] Clearly, the dispute to be constituted by

[889] The Philippine civilian, Cloma, who was an owner of a fishing company and director of the Philippine Maritime Institute, sailed to Spratly Islands and "discovered" Kalayaan Islands (the Freedomland) in May 1956. Then in December 1974, President Marcos of the Philippines received a document from Cloma transferring all the rights of Tomas Cloma & Associates in "Freedomland" to the Philippine Government. In June 1978 President Marcos issued a decree officially claiming part of the Spratly Islands and making it a municipality in Palawan province. The area claimed was almost identical with Cloma's claim. *See* Shicun Wu, *Solving Disputes for Regional Cooperation and Development in the South China Sea: A Chinese Perspective* 127-128 (2013). *Also see* Stefan Talmon & Bing Bing Jia, *supra* note 26, 6.

[890] On Second Thomas Shoal, the Philippines uses an immobile warship, BRP Sierra Madre, to occupy that maritime feature since 1999. *See* Darshana M. Baruah, "Second Thomas Shoal: The New Battleground", *The Diplomat* (April 30, 2014), available online: http://thediplomat.com/2014/04/second-thomas-shoal-the-new-battleground/ (last visited on March 17, 2015).

[891] For the two authoritative treatments of this topic, see D.W. Bowett, *Self-Defense in International Law* (1958). And see Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (1963). *Also*, "Although the Convention does not contain express provisions on the use of force in the arrest of ships, international law, which is applicable by virtue of article 293 of the Convention, requires that the use of force must be avoided as far as

Submission 13 has been removed from the subject-matter jurisdiction of the Tribunal,[892] as it falls within the scope of disputes concerning military activities covered by Article 298(1)(b)[893] and therefore caught by the 2006 China's Declaration. Since the Tribunal has no power to try such a dispute in the first place, the award may not be construed as dismissing China's legal positions for conducting such military activities. If China decides to take further actions of this nature, it should not be considered as non-compliance of the award and Article 296, either.

D. The Maritime Confrontation in Mischief Reef and Second Thomas Shoal under Submissions 11-12 and 14

1. Philippines' possible arguments when losing the case

With respect to the Sino-Philippine maritime confrontations in Mischief Reef and Second Thomas Shoal, in case that the Philippines *loses* in Submissions 11-12 and 14, it would mean that the Tribunal declares that:

> (11) China has *not* violated its obligations under UNCLOS to protect and preserve the marine environment at Second Thomas Shoal;
>
> (12) China's occupation of and construction activities on Mischief Reef did *not* (a) violate the provisions of UNCLOS concerning artificial islands, installations and structures; (b) violate China's duties to protect and preserve the marine environment under UNCLOS; and (c) constitute unlawful acts of attempted appropriation in violation of UNCLOS; and
>
> (14) China has *not* unlawfully aggravated and extended the dispute by (a) interfering with the Philippines' rights of navigation in the waters at, and adjacent to, Second Thomas Shoal; (b) preventing the rotation and resupply of Philippine personnel stationed at Second

possible and, where force is unavoidable, it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances. Considerations of humanity must apply in the law of the sea, as they do in other areas of international law" (*The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment of 1 July 1999, para. 155).

[892] *Supra* note 36. This dispute was not even submitted by the Philippines to the Tribunal in the first place.

[893] Article 298(1)(b) of UNCLOS reads: "1. When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State may, without prejudice to the obligations arising under section 1, declare in writing that it does not accept any one or more of the procedures provided for in section 2 with respect to one or more of the following categories of disputes: … (b) disputes concerning military activities, including military activities by government vessels and aircraft engaged in non-commercial service, and disputes concerning law enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction excluded from the jurisdiction of a court or tribunal under article 297, paragraph 2 or 3;" *Supra* note 1.

Thomas Shoal; and (c) endangering the health and well-being of Philippine personnel stationed at Second Thomas Shoal.

It is submitted that, under such circumstances, the Philippines will not stop its opposition and counter-actions against China and will probably offer the following legal justifications.

To begin with, the Philippines may probably contend that the award of the Tribunal may not be interpreted as endorsing China's territorial water, EEZ and continental shelf claims in the WPS. It is because of the limited subject-matter jurisdiction of the Tribunal that the award may not be interpreted as *upholding* China's territorial claims over all the maritime features in the Spratly Islands Group and Scarborough Shoal, including those islands capable of generating territorial water, EEZ and continental shelf under Article 121 of UNCLOS. Therefore, the award cannot affect the Philippines' position that China does not have maritime entitlements to territorial water, EEZ and continental shelf in the WPS. Being LTEs, Mischief Reef and Second Thomas Shoal are incapable of generating even territorial waters. Located within 200 M from Philippines' archipelagic baselines, they are part of the Philippines' continental shelf. These two LTEs are not standing on China's continental shelf, as China has none. To be added, the award may not be construed as denying the Philippines' territorial claims over the maritime features in the KIG. Therefore, the Philippines' continental shelf and EEZ to be generated from those islands within KIG over which the Philippines enjoy territorial sovereignty can also reach Mischief Reef and Second Thomas Shoal (see Table 1 and Figure 4 of this paper).[894]

Second, it follows that China, as a non-coastal State, has no grounds to construct artificial islands, installations and structures on Mischief Reef in accordance with Articles 60 and 80[895] of UNCLOS, as it is not within China's EEZ and continental shelf. On the other hand, the right of the Philippines to conduct such activities may not be dismissed by the award. Furthermore, the Philippines as the coastal State is entitled to have the exclusive right to authorize and regulate the construction, operation and use of (China-built) installations and structures which *may interfere with* the Philippines' exercise of its rights as the coastal State in

[894] To be noted, the Philippines claims territorial sovereignty over maritime feature within KIG, including Itu Aba Island, Thitu Island, and West York Islands. *See* Stefan Talmon & Bing Bing Jia, *supra* note 26, 6.

[895] Article 80 (Artificial islands, installations and structures on the continental shelf) of UNCLOS reads: "Article 60 applies mutatis mutandis to artificial islands, installations and structures on the continental shelf." *Supra* note 1.

the zone, pursuant to Article 60(1)(c).[896] Therefore, the Philippines will be legally justified not only for its continuous objection raised in its Submission 12, but also for its interference with China's activities on Mischief Reef.

Third, for the part of protecting and preserving the marine environment of Mischief Reef and Second Thomas Shoal under Submissions 11 and 12(b), what have been disputed are the actions by China's law enforcement vessels which prevented their Philippine counterpart from enforcing Philippine laws upon Chinese fishing vessels conducting activities *harmful* to marine environment in Philippine EEZ. From Philippine perspectives, those Chinese fishing vessels are harvesting in the Philippines' (but not China's) EEZ. Therefore, China should ensure that its fishing vessels follow Philippine fisheries laws and regulations pursuant to Article 58(3).[897] When fishing activities endanger Philippine marine environment, Philippine law enforcement vessels have every right to detain and punish these fishing vessels in accordance with Article 56(1)(a)[898] and 56(1)(b)(iii).[899] Such right of the Philippines may not be dismissed by the award in any way. China as a non-coastal State has the duty to comply with the obligation under Article 58(3) to have due regard to the rights of the Philippines and to comply with the laws and regulations adopted by the Philippines. When China fails to observe such obligations, the Philippines' counter-actions will be legally justified. Even the award of this Arbitration in China's favor cannot be interpreted as depriving the Philippines of such rights.

Fourth, for the part of Submission 14, the Philippines may contend

---

[896] Article 60(1)(c) (Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone) of UNCLOS reads: "1. In the exclusive economic zone, the coastal State shall have the exclusive right to construct and to authorize and regulate the construction, operation and use of: …(c) installations and structures which may interfere with the exercise of the rights of the coastal State in the zone." *Supra* note 1.

[897] Article 58(3) (Rights and duties of other States in the exclusive economic zone) of UNCLOS reads: "…3. In exercising their rights and performing their duties under this Convention in the exclusive economic zone, States shall have due regard to the rights and duties of the coastal State and shall comply with the laws and regulations adopted by the coastal State in accordance with the provisions of this Convention and other rules of international law in so far as they are not incompatible with this Part." *Id*.

[898] Article 56(1)(a) (Rights, jurisdiction and duties of the coastal State in the exclusive economic zone) of UNCLOS reads: "1. In the exclusive economic zone, the coastal State has: (a) sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the seabed and of the seabed and its subsoil, and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds;" *Id*.

[899] Article 56(1)(b)(iii) (Rights, jurisdiction and duties of the coastal State in the exclusive economic zone) of UNCLOS reads: "1. In the exclusive economic zone, the coastal State has: … (b) jurisdiction as provided for in the relevant provisions of this Convention with regard to: … (iii) the protection and preservation of the marine environment;" *Id*.

that, as the coastal State whose EEZ and continental shelf extend to Second Thomas Shoal, the Philippines has the *exclusive right* to construct artificial island, installations and structures on Second Thomas Shoal under Article 60 and 80 of UNCLOS. *A fortiori*, it is justified for the Philippines to place any facility less permanent than artificial island, installations and structures on this LTE, not to mention that the ship BRP Sierra Madre was not intentionally placed on this LTE by the Philippines. Since the Philippines as the coastal State has the *exclusive* jurisdiction over such ship on this LTE, including jurisdiction with regard to health and safety laws and regulations pursuant to Article 60(2),[900] the Philippines will still be legally justified to exercise jurisdiction over the actions of China's vessels that are endangering the health and safety of the personnel on the ship BRP Sierra Madre after this Arbitration. Even the award by the Tribunal in favor of China cannot be interpreted as precluding the Philippines from exercising such an exclusive right and jurisdiction.

2. China's possible arguments when losing the case

On the other hand, should China lose the case with respect to the Philippines' Submissions 11-12 and 14, it can be expected that China will not cease its disputed actions, either. The possible legal justifications for China to put forth are as follows.

First, China may probably argue that the award cannot be interpreted as dismissing China's maritime entitlements to EEZ and continental shelf in the WPS, due to the Tribunal's limited subject-matter jurisdiction as discussed above. Moreover, China's EEZ and continental shelf generated by the Spratly Islands Group *as a whole* and by certain islands *individually* within the Spratly Islands Group can reach Mischief Reef and Second Thomas Shoal (see Table 1 and Figure 4 of this paper). Therefore, these two maritime features, even if considered as LTEs by the award, are part of China's EEZ and continental shelf. China's status as a coastal State in the waters surrounding these two LTEs cannot be affected or overruled by the award whose legally binding force does not reach this matter.

Second, Mischief Reef and Second Thomas Shoal, as LTEs, fall within

[900] Article 60(2) (Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone) of UNCLOS reads: "…2. The coastal State shall have exclusive jurisdiction over such artificial islands, installations and structures, including jurisdiction with regard to customs, fiscal, health, safety and immigration laws and regulations." *Id*.

the overlapping area claimed as EEZ and continental shelf by both China and the Philippines. Since the Tribunal is not authorized to draw maritime boundary for both China and the Philippines in such overlapping area, the award cannot be interpreted as denying these LTEs as part of China's EEZ and continental shelf.

Third, as the award cannot deny Mischief Reef as part of China's EEZ and continental shelf, China will probably be justified to exercise its exclusive rights under Articles 60(1)-(2) and 80 of UNCLOS as a coastal State for this LTE. Therefore, China's continuous activities of occupying and constructing artificial islands, installations, and structures on Mischief Reef are neither unlawful, nor inconsistent with the award in the Philippines' favor regarding Submission 12.

Fourth, for the part of protecting and preserving the marine environment of Mischief Reef and Second Thomas Shoal under Submissions 11 and 12(b), the targets of complaint are the actions taken by China's law enforcement vessels which prevented their Philippine counterpart from enforcing Philippine laws upon Chinese fishing vessels conducting activities allegedly *harmful* to marine environment in the waters adjacent to these two LTEs. From China's viewpoint, those Chinese fishing vessels are harvesting in China's (but not Philippine) EEZ. For the part of possible environmental damage caused by the fishing vessels, China perhaps may express its willingness to exercise its jurisdiction with regard to the protection and preservation of the marine environment according to Article 56(1)(b)(iii), and to rectify any mistakes ever committed. However, for the part of obstruction of Philippine law enforcement activities as the core of these two submissions, China may probably insist on the unaffected validity of its actions against the Philippines. This is because in such area of China's EEZ and continental shelf, it is China (but not the Philippines) that has the sovereign right for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the sea-bed and of the sea-bed and its subsoil in accordance with Article 60(1)(a).[901] Besides, since China has jurisdiction with regard to the protection and preservation of the marine environment in China's EEZ and continental shelf according to Article 56(1)(b)(iii), it will be justifiable for China to insist on exercising jurisdiction over its own fishing

[901] Article 60(1)(a) (Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone) of UNCLOS reads: "1. In the exclusive economic zone, the coastal State shall have the exclusive right to construct and to authorize and regulate the construction, operation and use of: (a) artificial islands;" *Id.*

vessels, if not upon Philippine fishing vessels as well. In such kind of overlapping EEZ and continental shelf, it will be better for China to exercise jurisdiction over its own fishing vessels. To ask China to yield to the Philippines in letting the Philippines' law enforcement vessels exercise jurisdiction over Chinese fishing vessels will be itself aggravating and extending the disputes, instead of lessening the tensions between the two parties.

Fifth, for the part of China's obstruction of Philippines' law enforcement vessels in the waters surrounding Mischief Reef and Second Thomas Shoal as disputed by the Philippines in Submissions 11 and 12(b), China may probably argue that the award cannot be interpreted as denying the legality of such actions of China. This is because the 2006 China's Declaration has precluded the jurisdiction of the Annex VII-Tribunal to try disputes concerning law enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction excluded from the jurisdiction of this Tribunal under Article 297(3).[902] To be noted, what may be excluded by Article 297(3)(a) covers any dispute relating to the sovereign rights of the coastal State with respect to the living resources in the EEZ or the exercise of such sovereign rights.[903] Since the jurisdiction of this Tribunal to try such dispute has been excluded by the joint operation of the 2006 China's Declaration, Article 298(1)(b), and Article 297(3)(a), the award of the Tribunal cannot be interpreted as affecting or overruling the legal positions of China in such a dispute. With its validity unchallenged by the award, China's obstruction activities against its Philippine counterpart (which are law enforcement actions by nature), once resumed, cannot be considered as non-compliance of the award.

Sixth, for the continued actions complained by the Philippines' Submission 14, China may probably offer the following justifications. To begin with, as Second Thomas Shoal cannot be denied by the award as part of the continental shelf and EEZ pertaining to China, it is not unlawful for China to exercise the exclusive right under Articles 60(1)(c)

[902] See Article 298(1)(b) of UNCLOS, *supra* note 76.

[903] Article 297 (Limitations on applicability of section 2) of UNCLOS reads: "… 3. (a) Disputes concerning the interpretation or application of the provisions of this Convention with regard to fisheries shall be settled in accordance with section 2, except that the coastal State shall not be obliged to accept the submission to such settlement of any dispute relating to its sovereign rights with respect to the living resources in the exclusive economic zone or their exercise, including its discretionary powers for determining the allowable catch, its harvesting capacity, the allocation of surpluses to other States and the terms and conditions established in its conservation and management laws and regulations." *Supra* note 1.

and 80 of UNCLOS to authorize and regulate the construction, operation and use of installations and structures which may interfere with the exercise of China's rights as the coastal State in the zone. *A fortiori*, anything less permanent than installations and structures that *may* interfere with China's exercise of its rights as the coastal State may not be placed or erected there unless being authorized and regulated by China. It follows that the Philippine ship the BRP Sierra Madre sitting on Second Thomas Shoal may be regulated by China as the coastal State of the EEZ and continental shelf reaching this LTE. Moreover, Article 60(2) of UNCLOS[904] empowers China to have exclusive jurisdiction over such artificial islands, installations, and structures (that may interfere with the exercise of China's right as the coastal State in the zone), including jurisdiction with regard to *immigration* laws and regulations. Applying such legal provisions to the Philippine ship, China will be fully justified to interfere with the Philippines' actions for the purpose of rotation and re-supply of Philippine *personnel* stationed at Second Thomas Shoal.

III. Conclusion

One of the outstanding events in international dispute settlement in 2013 is the Sino-Philippine Arbitration on the South China Sea (U-Shaped Line) Disputes. This arbitration is extra-ordinary for several reasons. *First*, a whole set of complicated disputes with multiple layers have caused the confrontations, part of which are hoped (by the Philippines) to be settled through this arbitration. *Second*, not every part of the disputes has been submitted to the Tribunal for settlement. *Third*, the core disputes (territorial disputes and maritime boundary delimitation disputes) have not been submitted to the Tribunal for resolution. *Fourth*, had the Philippines submitted such core disputes, the Tribunal would not have entertained them due to its limited subject-matter jurisdiction. *Fifth*, the Philippines initiated this arbitration against the will of China, which declared shortly afterwards that it will not participate in this arbitration, due to, *inter alia*, that the disputes submitted go beyond the scope of Tribunal's jurisdiction.

So far, academic papers on this subject have focused on the part of disputes *submitted* to the Tribunal and discussed whether such part of disputes fall within the subject-matter jurisdiction of the Tribunal. If

[904] Supra note 82.

eventually the answer is affirmative, China's possible non-compliance with the unfavorable award in the merits phase may probably be seen as a breach of Article 296 of UNCLOS to which China is a Contracting Party. However, if this is a problem, it is not merely China's problem. As discussed by this paper, this is *not* an issue of violating Article 296, but rather a common phenomenon for both Parties that even conforms to *res judicata* principle and Article 296.

To prove this point, this paper looks at *the missing part* of the disputes that have not been submitted to the Tribunal, i.e. the core disputes. This paper finds out that such core disputes are the real causes of the Sino-Philippine confrontations reflected by the Philippine Submissions. In other words, *partial* submission of surface disputes by the Philippines does not help to even reduce the confrontations. This has been confirmed by all the potential arguments for the losing Party (be it China or the Philippines) to justify its refusal to cease its disputed SCS claims, and law enforcement, if not military, activities.

On the other hand, this paper applies the *limits* of the *res judicata* principle embodied by Article 296, as analyzed by Professor Bin Cheng, to the un-submitted core disputes which will (and must) go un-adjudged by the Tribunal. In other words, the award will have to refrain from determining or rejecting the legality of claims and activities by either Party made in such core disputes. As Professor Bin Cheng puts it, "what is not *res judicata* between the parties has no authoritative and binding effect"[905] and *res judicata* principle is "to prevent legal principles accepted by the Court in a particular case from being binding … in other disputes".[906] Therefore, the continuous behavior of the losing Party based on its unaffected territorial or maritime boundary delimitation claims will not be inconsistent with the award and the *res judicata* principle, especially the *limits* of such a general principle.

Last but not the least, should the Philippines lose in this arbitration in the merits phase, its continuation of complaining and counter-measures against China's territorial and maritime claims and actions in the SCS will not violate Article 296. This would then contradict with the declared "goal" of Philippine initiation of this arbitration in the very beginning.[907] Perhaps China's non-participation in this essentially unappealing arbitration becomes comprehensible this way.

---

[905] *Supra* note 41.
[906] *Supra* note 42.
[907] *Supra* note 24.

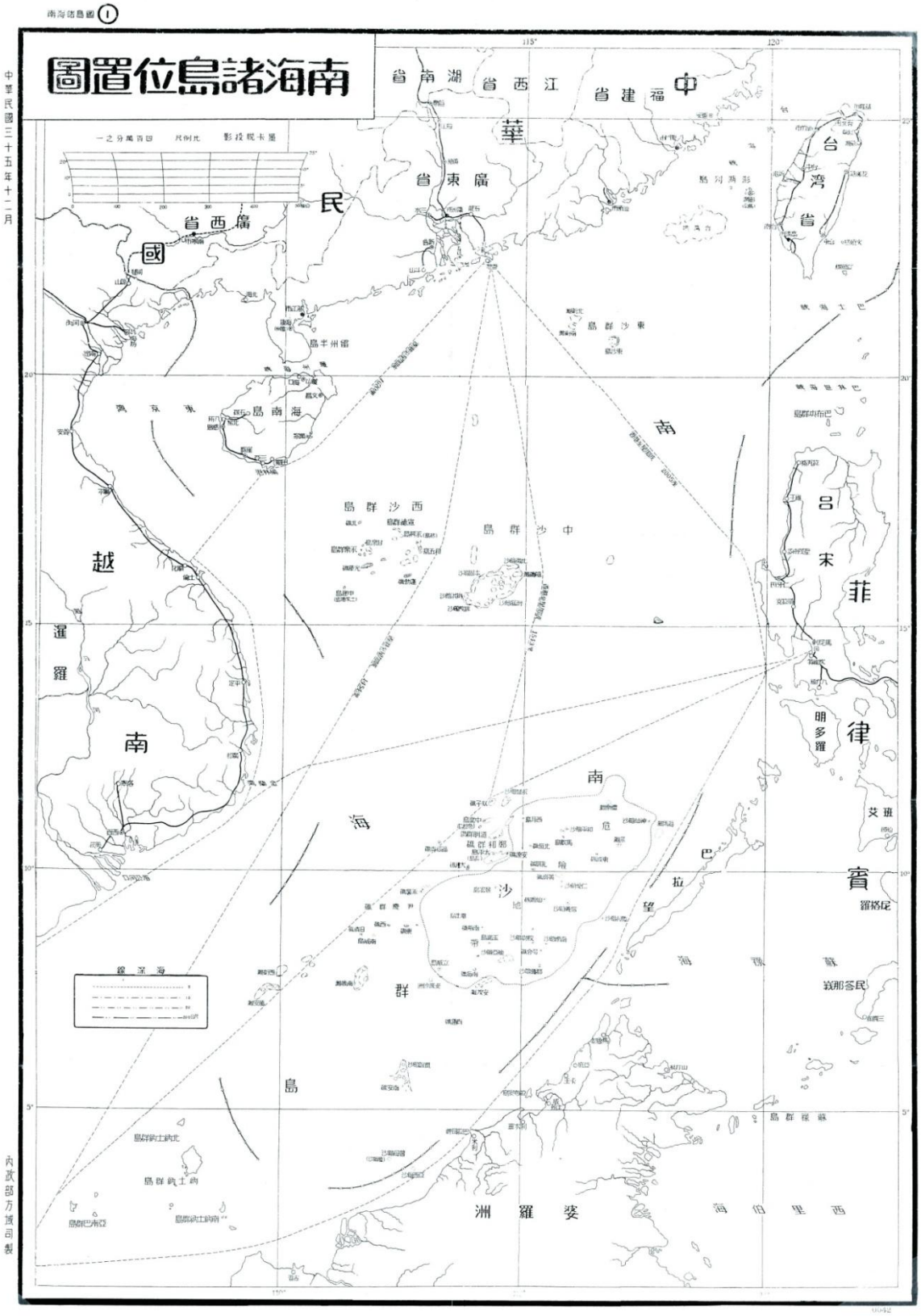


Figure 1: The 1947 China's Location Map of the SCS Islands

Source: Drawn by the Division of Territory & Boundary, Ministry of the Interior, December 1946 (the 35th Year of the Republic of China), ROC Government (published in Dec. 1947)

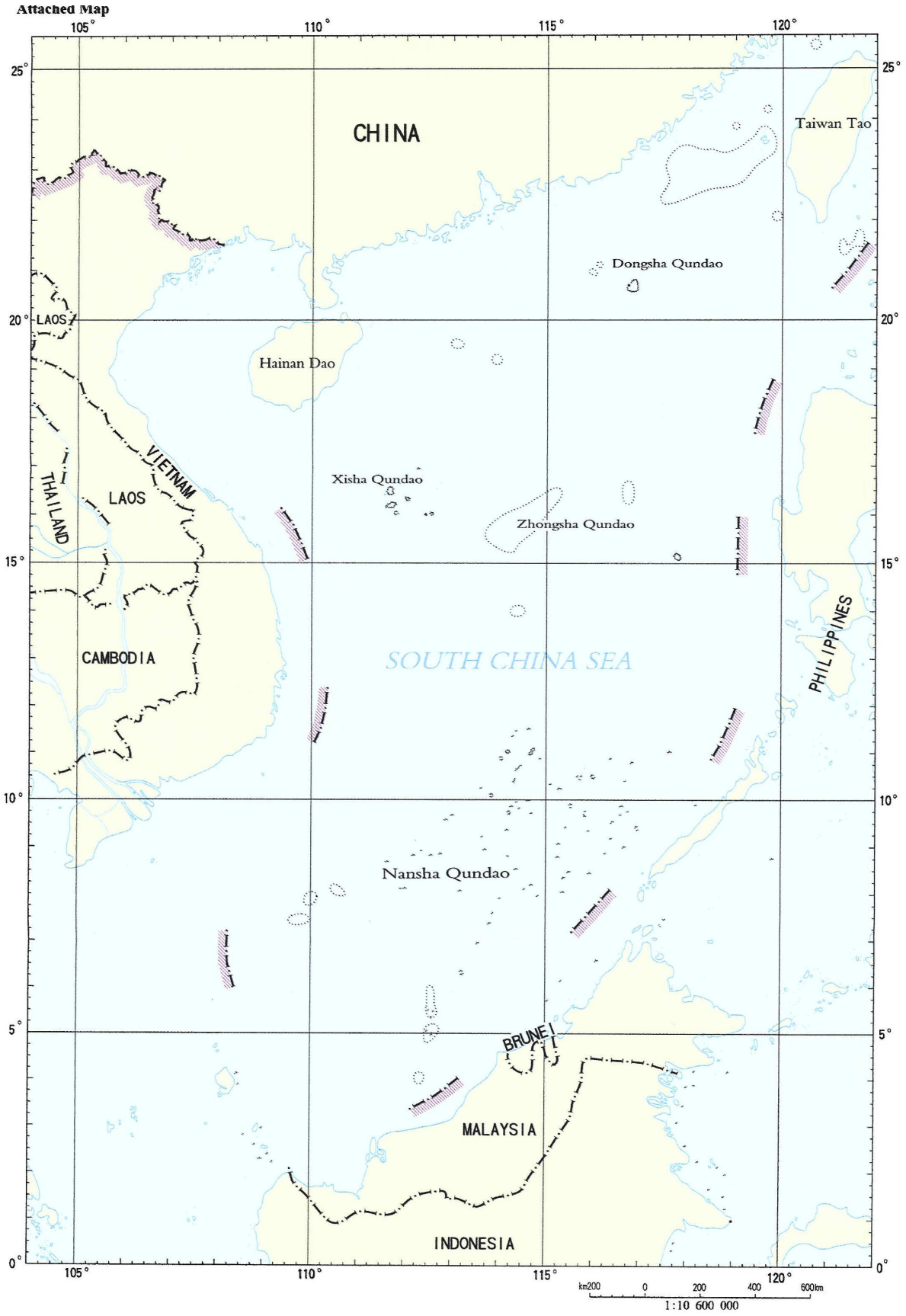


Figure 2: China's SCS Map with the Nine-Dashed Line in its 2009 NV

Source: Chinese (PRC) Government released in 2009 in its NV delivered to the UN

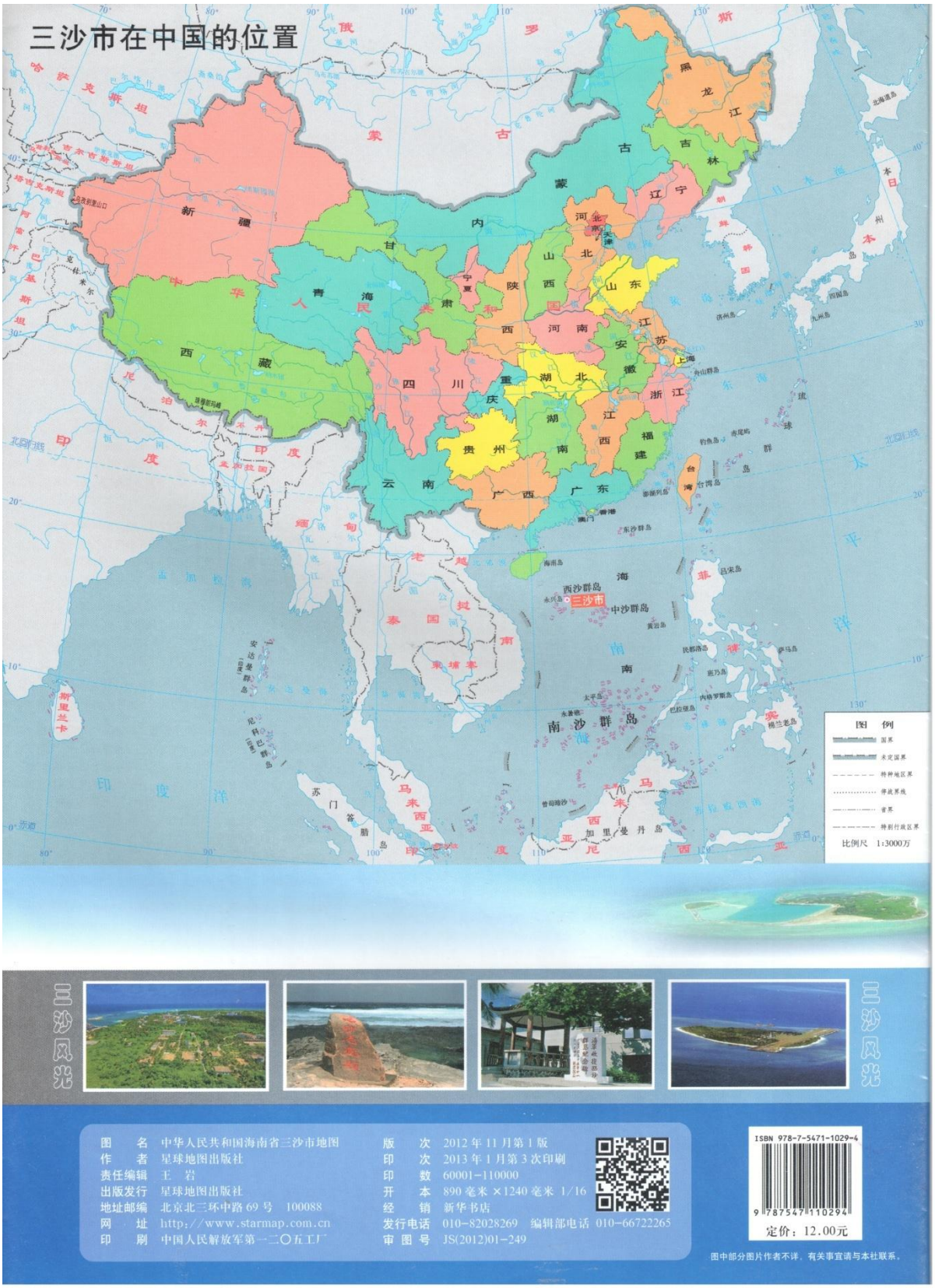


Figure 3: The 2013 China's Ten-Dashed Line

Categorization Given by the Philippines	**Names of the Maritime Features**	**Location Coordinates[908]**	**Distance[909] from Itu Aba (M)** 10°23' N, 114°22' E	**Distance from Thitu Island (M)** 11°06' N, 114°17' E	**Distance from West York Is(M)** 11°05' N, 115°02' E	**Position in Philippines' Submission**
Low-tide elevation Under UNCLOS Article 13	Mischief Reef 美濟礁	9°52'-9°56' N, 115°30'-115°35'E	**77-78**	**114**	**91-93**	4-5, 12, 14
	McKennan Reef 西門礁	9°54' N, 114°28' E	**42**	**91**	**101**	6
	Gaven Reef 南熏礁	10°10'-10°13'N, 114°13'-114°15'E	**7-9**	**56-58**	**75-77**	6
	Subi Reef 渚碧礁	10°54'-10°56' N, 114°04'-114°07' E	**21-22**	**31-32**	**63-65**	4
	Second Thomas Shoal 仁愛礁 (Ayungin Reef)	9°39'-9°48' N, 115°51'-115°54'E	**90-91**	**125-128**	**99-104**	11, 14
Rocks Under UNCLOS Article 121(3)	Johnson Reef 赤瓜礁	9°42' N, 114°17' E	**49**	**98**	**110**	7
	Cuarteron Reef 華陽礁	8°51'-8°52'N, 112°50'-112°53'E	**143-145**	**181-182**	**211-213**	7
	Fiery Cross Reef 永暑	9°30'-9°40'N, 112°53'-113°04'	**86-114**	**120-143**	**153-181**	7

[908] The coordinates for these maritime features are based on the List of Partial Standard Names for China's Islands in South China Sea (我國南海諸島部分標準地名). It was reproduced on the website of http://www.unanhai.com/nhzddm.htm (last visited on March 10, 2015)

[909] The distances are calculated by the Latitude/Longitude Distance Calculator provided by the National Weather Service, National Hurricane Center of National Oceanic and Atmospheric Administration. See the website for calculation: http://www.nhc.noaa.gov/gccalc.shtml (last visited on March 10, 2015)

	礁	E				
	Reed Bank 禮樂灘	11°06'-11°55'N, 116°22'-117°20'E	**128-193**	**121-181**	**71-132**	

Table 1: Distance between 3 biggest Islands and 9 maritime features in the Spratly Islands under Submissions 3-7 of the Philippines' Memorial

Source: drawn and calculated by the author with the help of NOAA website.

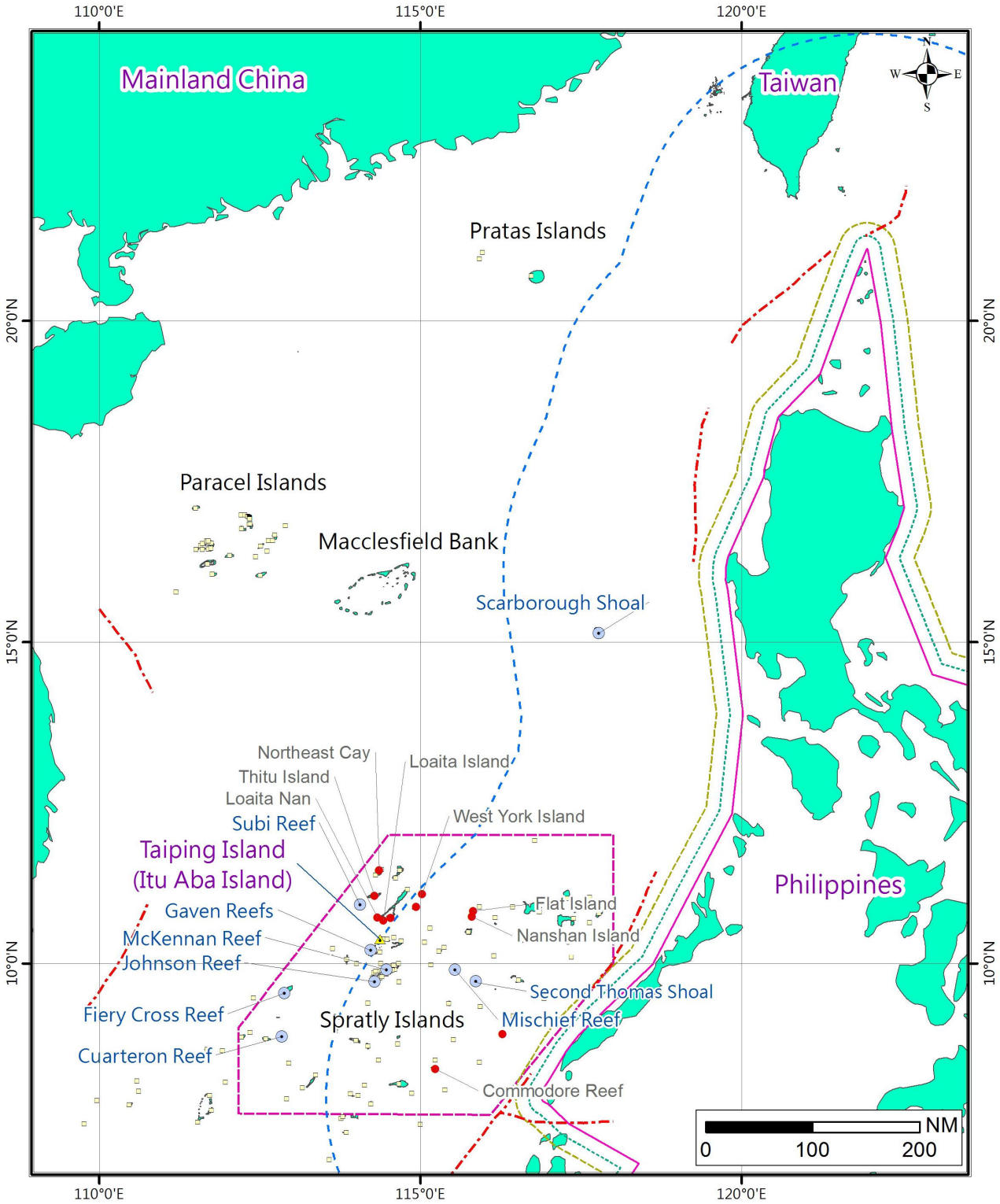


Figure 4: Maritime Features Occupied by PRC,[910] Taiwan,[911] and Philippine[912] Governments

Source: Prepared for the author by Mr. Jui-Hsien Huang

[910] The Frog-egg like features are occupied by Beijing Government and identified by Submissions 3-7 of the Philippine Memorial.

[911] Taiping Island (Itu Aba) is occupied by Taiwan.

[912] Thitu Island, West York Island, Northeast Cay, Nanshan Island, Loaita Island, Flat Island, Loaita Nan, and Commodore Reef are occupied by the Philippines

中国法律中有关酷刑犯罪规定的分析和研究

——基于联合国《禁止酷刑公约》人权保障的视角

中国政法大学人权研究院　马腾

摘要

联合国成立 70 年来，在促进人权保护和国际法治的领域起到了重要作用。自 1945 年以来，联合国陆续通过了一系列重要的国际人权公约，其中就包括《禁止酷刑公约》。该《公约》在酷刑概念的定义和酷刑犯罪的惩治等方面作出了具体明确的规定，对缔约国也设定了详细的条约义务。1988 年，该《公约》对中国生效。

本文对中国法律中有关酷刑犯罪的规定进行了分析研究，从酷刑犯罪的概念定性角度出发，以酷刑犯罪的行为主体和惩处标准为切入点，详细论述了中国法律中有关酷刑犯罪规定的现存问题，并提出了相应的改进措施。

关键词：联合国，禁止酷刑公约，酷刑犯罪概念，中国刑法规定

一、 导言

今年是联合国成立 70 周年。追溯至 1945 年，随着联合国的成立，国际社会也开始发展出一门新兴的法律分支——国际人权法，旨在从国际层面强化对人权的保护力度，以防止二战中大规模侵犯人权的悲剧重演。《联合国宪章》序言开宗明义地指出：“我联合国人民同兹决心，欲免后世遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸，重申基本人权，人格尊严与价值……”促进和保护人权也被确定为联合国工作的重要目标和指导原则。1948 年，《世界人权宣言》将人权列入国际法范畴，此后联合国通过了大量的国际人权公约，构建了普遍性的国际人权标准。其中，有一些公约规定了特别重要的基本人权，这些公约构成了通常意义上的“核心人权公约”，而《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（下文简称《禁止酷刑公约》）就是其中一项重要的核心人权公约。

《禁止酷刑公约》于 1984 年 12 月 10 日被联合国大会通过，并于 1987 年 6 月 26 日正式生效。《公约》下设禁止酷刑委员会，负责接受各缔约国关于履行《公约》条款的国家报告，并负责作出针对各缔约国的结论性意见。这些结论性意见虽然不具有明确的法律效力，但它们在实际上往往起着指引各缔约国履行国际义务的作用。中国于 1986 年 12 月 12 日签署《禁止酷刑公约》，并于 1988 年 10 月 4 日批准该《公约》。同年 11 月 3 日，《公约》对中国生效。自 1988 年《公约》对中国生效以来，根据中国提交的国家报告，禁止酷刑委员会分别于 1993 年、1996 年、2000 年和 2008 年通过了 4 份针对中国的结论性意见。在这些结论性意见中，委员会不止一次地提到了要求中国完善有关酷刑犯罪定义的问题，中国政府也对此作出了一些回应。本文立足于《禁止酷刑公约》文本、禁止酷刑委员会的结论性意见和有关领域的个人来文申诉，在梳理酷刑犯罪概念的基础上，对中国法律中有关酷刑犯罪的规定进行简要的分析，以便于进一步解决国内立法层面尚存的问题，促进对免受酷刑权的尊重和保障。

二、 国际人权文书中的酷刑概念规定

联合国成立以来通过了一系列国际人权文书，一些文书对酷刑的概念进行了表述和界定，其中包括作为专门法律文件的《禁止酷刑公约》，也包括除此之外

的其他人权文件：《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》以及《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》（下文简称《禁止酷刑宣言》）。本部分介绍了各个法律文件中的酷刑概念规定，并以《禁止酷刑公约》为标准对酷刑行为的具体构成进行了分析，以便于在后文中阐述中国法律相应规定的亟待改进之处。

1. 其他国际人权文书中的酷刑概念

在《禁止酷刑公约》诞生之前，一些国际人权文书对酷刑行为也作出了或详或略的规定，它们对后来的《禁止酷刑公约》都产生了不小的影响。

1948 年 12 月 10 日，联合国大会颁布了《世界人权宣言》。《世界人权宣言》是人类历史上第一个公开弘扬普遍人权的价值并呼吁加强对人权的国际保护的专门文件，其第 5 条宣布："任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。"这是国际人权文书第一次将酷刑明确表述为"酷刑和残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚"，后来的国际人权文书对酷刑的用语基本上都沿用了这样的经典表述。[913]

1966 年 12 月 12 日，联合国大会通过了《公民权利和政治权利国际公约》。《公民权利和政治权利国际公约》在前述《世界人权宣言》的基础上扩展了禁止酷刑的具体要求，其第 7 条规定："任何人均不得加以酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。特别是对任何人均不得未经其自由同意而施以医药或科学试验。"本条中将"未经其自由同意而施以医药或科学试验"纳入了酷刑的范畴，主要是考虑到现实存在的——尤其是二次大战中——对人所施加的惨绝人寰的活体解剖、细菌试验等行为，认为它们已经构成了酷刑，并且需要加以特别禁止。

1975 年 12 月 9 日，联合国大会颁布了《禁止酷刑宣言》，这是国际社会第一个专题关注酷刑现象的人权文件。《禁止酷刑宣言》第 1 条第 1 款明确规定："为本宣言目的，酷刑是指政府官员、或在他怂恿之下，对一个人故意施加的任何使他在肉体上或精神上极度痛苦或苦难，以谋从他或第三者取得情报或供状，

[913]如果说从中文上看，此处的表述和后来的经典表述尚有用语形式之不同的话，那么在英文中，连这样微小的不同也是没有的：torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

或对他做过的或涉嫌做过的事加以处罚，或对他或别的人施加恐吓的行为。按照《囚犯待遇最低限度标准规则》施行合法处罚而引起的、必然产生的或随之而来的痛苦或苦难不在此列。”从这一款的内容可以看出：第一，酷刑的实施主体是政府官员或其怂恿之人；第二，酷刑的实施对象是“一个人”；第三，酷刑的实施主观上为故意，目的是谋从他或第三者取得情报或供状，或对他做过的或涉嫌做过的事加以处罚，或对他或别的人施加恐吓；第四，酷刑的实施客观上表现为使一个人在肉体上或精神上极度痛苦或苦难。

2. 《禁止酷刑公约》中的酷刑概念

作为一项规定酷刑问题的专门性法律文件，《禁止酷刑公约》对酷刑进行了权威而详细的界定。

《禁止酷刑公约》第 1 条规定：“‘酷刑’是指为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。”这一条款涵盖了酷刑行为的诸多方面特征：

第一，从行为主体方面来看，酷刑的实施主体是公职人员，或以官方身份行使职权的人员，或在前两种人的唆使、同意或默许下实施酷刑的人，或与上述人员合谋或参与实施酷刑的任何人。此处的主体主要是国家公职人员或以官方身份行使职权的其他人员，包括但不限于刑事司法系统的工作人员。[914]

第二，从行为主观方面来看，酷刑的实施在主观方面表现为故意，其目的是为了向某人或第三者取得情报或供状，或为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的的任何理由。实际上，从《禁止酷刑公约》的制定过程看，其中所列的目的是“宣示的”而非“穷尽的”。[915]

---

[914]参见张智辉：《国际刑法通论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 194 页。

[915]参见王光贤：《禁止酷刑的理论与实践——国际和国内监督机制相结合的视角》，上海世纪出版集团、上

第三，从行为客观方面来看，酷刑的实施在客观方面表现为施行了使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的行为。这种“行为”应当被理解为可以具有“作为”的形式，也可以具有“不作为”的形式。酷刑行为的本质特征在于能对人的身体和精神进行摧残和折磨，使其产生疼痛或痛苦的效果，不论手段方法如何，只要具有此种性质，就有可能构成酷刑行为。[916]

第四，从行为对象方面来看，酷刑的实施针对的是“一个人”，可以是不受限制的任何人。当然，在很大程度上，酷刑的对象主要是被剥夺或被限制人身自由的人，因为他们更容易遭受官方身份人员的侵害。但这并不意味着只有被剥夺或被限制人身自由的人才可以作为酷刑施加的对象。

需要指出，《禁止酷刑公约》不仅规定了酷刑的定义和要件，还要求缔约国将酷刑行为作为犯罪加以惩处。《公约》第 4 条规定：“每一缔约国应保证，凡一切酷刑行为均应定为触犯刑法罪。该项规定也应适用于有施行酷刑之意图以及任何人合谋或参与酷刑之行为。每一缔约国应根据其性质严重程度，对上述罪行加以适当惩处。”这也为缔约国在这方面的国家义务提供了依据。

三、 中国法律中的酷刑犯罪概念规定

作为《禁止酷刑公约》的缔约国，中国有义务将对酷刑的禁止纳入国内刑法的框架，并且应当确保所设置的罪行在定罪和量刑方面与《禁止酷刑公约》中的规定相吻合。本部分所列出的，是中国《刑法》中关于酷刑的定义和惩罚方面较为典型的条款，其中包括一些 1979 年旧《刑法》的内容。对此类法律条款单独进行归纳，有利于从时间跨度上把握中国《刑法》中对酷刑行为认定的变迁。在此基础上，笔者以刑讯逼供罪作为典例进行详细分析，将其犯罪构成内容与《禁止酷刑公约》的规定进行比较，并借此分析中国法律中对酷刑犯罪有关规定的疏漏之处。

海人民出版社 2007 年版，第 35 页。

[916]参见张绍谦：《国际社会反酷刑问题研究》，载赵秉志主编：《酷刑遏制论》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 417 页。

1. 酷刑犯罪相关法律条款

1979 年《刑法》第 136 条（刑讯逼供罪）：严禁刑讯逼供。国家工作人员对人犯实行刑讯逼供的，处三年以下有期徒刑或者拘役。以肉刑致人伤残的，以伤害罪从重论处。

1979 年《刑法》第 143 条（非法拘禁罪）：严禁非法拘禁他人，或者以其他方法非法剥夺他人人身自由。违者处三年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡的，处七年以上有期徒刑。

1979 年《刑法》第 189 条（体罚虐待被监管人罪）：司法工作人员违反监管法规，对被监管人实行体罚虐待，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。

1997 年《刑法》第 238 条（非法拘禁罪）：非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚……国家机关工作人员利用职权犯前三款罪的，依照前三款的规定从重处罚。

1997 年《刑法》第 247 条（刑讯逼供罪、暴力取证罪）：司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪从重处罚。

1997 年《刑法》第 248 条（虐待被监管人罪）：监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚虐待，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪从重处罚。监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的，依照前款的规定处罚。

2. 刑讯逼供罪的罪状分析

刑讯逼供罪是中国《刑法》中规定的最典型的酷刑犯罪，笔者在下文中将以刑讯逼供罪作为典型例证，分析有关的犯罪构成要件，并简单梳理该罪设置与《禁

止酷刑公约》规定的差距。

在 1979 年《刑法》中，对刑讯逼供行为进行了粗浅的禁止。依照 1979 年《刑法》第 136 条的规定，刑讯逼供是指国家工作人员在审讯中对人犯使用肉刑或者变相肉刑以逼取口供的行为。刑讯逼供罪的构成要件如下：

第一，本罪的行为主体是特殊主体，仅限于国家工作人员。对应于所谓“人犯”而言，这里的国家工作人员通常是指人民法院、人民检察院和公安机关等特定机关工作人员。第二，本罪的主观方面表现为故意，并且具有获取供述的特殊目的。至于获取供述的动机，无论是因为急于破案，还是因为逞强好胜，均不影响本罪的构成。第三，本罪的行为对象是“人犯”。在当时的法律规定和法律意识中，所谓“人犯”即犯罪嫌疑人、被告人。第四，本罪的客观方面表现为使用肉刑或变相肉刑的行为。所谓“肉刑”，是指使用戒具或徒手对被害人施加的各种折磨行为，意图使被害人的身体遭受摧残和疼痛。[917]

根据上述分析可知，1979 年《刑法》已经对刑讯逼供罪的框架有了初步的规定，这使酷刑概念中一个类型的行为得到了法律条款的落实和惩罚，表明了对公民人格和人身权利的尊重。但是，同时必须承认的是，1979 年《刑法》中还存在很多不契合《禁止酷刑公约》约文的规定，甚至存在有违现代法治精神的措辞。首先，本条中所定义和惩罚的行为限定于刑讯逼供，也正因为这样的立法定位，其行为主体仅仅包括特定的国家工作人员，主观方面仅仅包括逼取口供的目的，这与《禁止酷刑公约》中对酷刑的定义在上述两方面的规定上尚存在不小差距。其次，本条中所使用的“人犯”一词是旧时候对犯罪者的通称，用在《刑法》条文中，则显示出对犯罪嫌疑人、被告人和罪犯的歧视，潜意识里不仅有违无罪推定的原则，而且是对犯罪者的“人”的属性和本体的否定。再次，本条中所使用的“肉刑”一词具有狭隘性和不确定性，将刑讯逼供的行为更多地限制在了对被害人身体的摧残方面，而对恐吓、威胁等精神迫害的行为则有所忽视，这也不符合《禁止酷刑公约》的规定。

另外，1979 年《刑法》和 1997 年《刑法》中还规定了有关虐待被监管人的犯罪。这一罪状所面临的问题和上文中所述刑讯逼供罪所面临的问题具有相同的性质，即都没有全面地囊括《禁止酷刑公约》的要求，此处不赘。

[917]参见李秀石：《谈刑讯逼供罪》，载《河北法学》1984 年第 1 期。

1997 年，八届全国人大五次会议通过了新的《刑法》，其中第 247 条对 1979 年《刑法》规定的刑讯逼供罪进行了修订，不再使用“人犯”的表述，也不再写明“肉刑”一词。此外，该条还增加了暴力取证罪的罪状特征。但遗憾的是，修订后的 1997 年《刑法》第 247 条在犯罪的构成要件上仍然没有实质性改革，与《禁止酷刑公约》的要求仍然不相匹配；此外，新修订的 1997 年《刑法》还将犯罪主体由“国家工作人员”限缩为“司法工作人员”，这与《禁止酷刑公约》有关“官方身份”的规定差距更加拉大，可谓不进反退。

通过本部分的立法例证分析，可以发现，中国法律中有关酷刑犯罪的规定与国际人权标准尚存在一定差距。而在 1993 年、1996 年、2000 年和 2008 年通过的针对中国的结论性意见中，禁止酷刑委员会也确实不止一次地提到了要求中国完善有关酷刑犯罪定义的问题；然而，中国政府对此也作出了回应，表示中国法律中已经对酷刑犯罪进行了全面的规定，并未违反基于《公约》承担的义务。对于这个问题，笔者将在下文中详细进行讨论和说明。

四、 中国法律中有关酷刑犯罪规定的漏洞

尽管有学者指出中国的酷刑犯罪已经非常完善，无需进行改进，[918]但正如上文所言，笔者认为，中国《刑法》未将《禁止酷刑公约》所规定的酷刑行为的范畴全面地纳入犯罪的构成之中。这样的现状直接导致继 1996 年之后，禁止酷刑委员会在 2000 年针对中国作出的结论性意见中再次提出“委员会建议缔约国考虑，将完全符合公约所载定义的酷刑定义纳入其国内法”。[919]针对禁止酷刑委员会的结论性意见，中国政府在 2009 年的回应中表示了异议：“首先，《结论》中所说的‘无法涵盖以官方身份实施酷刑的其他人’的问题并不存在。中国《刑法》可以适用于实施酷刑行为的各项罪名，都不以行为人的身份、意图、目的为要件……其次，中国法律规定应予处罚的酷刑行为既包括采取殴打、用刑具等方式造成肉体上痛苦的行为，也包括采取虐待、侮辱等方式造成精神上的痛苦的行为。”此外，中国政府还表示：“本段所述的情况——‘缔约国关于执法人员实施酷刑

[918]持此类观点的学者不在少数，参见王秀梅：《关于酷刑罪的思考》，载《现代法学》2001 年第 2 期；王光贤：《“酷刑”定义解析》，载《国家检察官学院学报》2002 年第 2 期。

[919]A/55/44（SUPP），para.123，2000

或虐待的指控很少被调查或起诉，对一些实施酷刑的行为只施以纪律或行政处分’、‘缔约国应确保及时、有效和公正地调查所有关于酷刑和虐待的指控’——是不符合事实的。”[920]

然而在笔者看来，中国政府的上述回应值得商榷。下文将从两个方面深入论述中国《刑法》有关酷刑犯罪规定的问题。

1. 有关行为主体的规定不利于处罚酷刑犯罪

第一点，在行为主体方面，中国政府认为目前《刑法》中不存在“无法涵盖以官方身份实施酷刑的其他人”的问题。但现实中确实有一些特殊主体实施酷刑行为，却难以得到有别于普通犯罪行为的法律评价，并不利于将酷刑视为一个整体现象加以防止和惩罚。这在下面这起案件中体现得淋漓尽致：

69 岁的温岭市百货公司退休职工陈安稷，退休后被聘为温岭宾馆会计。2000 年 4 月 5 日，既非党员又非干部的陈安稷，被台州市纪委以温岭“3·23”案件涉案知情人为由叫至椒江“谈话”，期间与外界隔绝，其家属多次要求探望，均被纪检部门拒绝。

2000 年 5 月 21 日夜里，也就是被剥夺人身自由 45 天之后，陈安稷在谈话地点天台隋梅宾馆，被几位临时抽调上来协助办案的纪委干部活活打死。后经调查，陈安稷在“谈话”过程中遭遇了残酷的刑讯逼供，手段包括：打耳光；抓住被害人头发进行转动；用打了结的湿毛巾抽打被害人；用手抓被害人胸、襟、皮带；用遥控器敲击被害人的受伤部位和手心；用牙签戳被害人手指、脚趾；用茶叶罐敲打被害人等。

2000 年 10 月 18 日，宁波市中级人民法院一审以故意伤害罪判处被告人陈家跃、翁师君、周孝阳刑期不等的有期徒刑。2001 年 5 月 10 日，浙江省高级人民法院二审维持原判罪名，对被告人陈家跃的量刑部分予以改判。

本案是中国首例纪检人员因刑讯逼供致人死亡的案件。[921]中国国家法律体系中没有对纪检机关办理案件的有效监督规定，这就使纪检人员在“谈话”过程中

[920]CAT/C/CHN/CO/4/Add.2，2009

[921]参见东方新闻网：http://news.eastday.com/epublish/gb/paper10/20001130/class001000013/hwz254537.htm，最后访问日期：2015 年 3 月 18 日。

不受监督和制约——其实，纪检机关的所谓“谈话”并没有《宪法》上的依据。《宪法》第 37 条明确规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”而在现实中，纪检机关的所谓“双规”（在规定的时间和规定的地点交代问题）等行为显然违反了《宪法》上述条文的规定。在这种情况下，纪检机关及其工作人员随意限制人身自由，实质上是对公民的合法权利的侵犯，其严重程度丝毫不亚于司法机关工作人员所实施的刑讯逼供行为。[922]笔者认为，纪检人员所掌握的实际控制力和影响力已经符合《禁止酷刑公约》有关“官方身份”的规定。而在本案以及类似案件所反映出的其他方面中，获取情报、施加惩罚、进行威胁等主观目的也能够具备（尤其是第一种目的），并且可能会导致被害人的身体或精神上的剧烈疼痛或痛苦。所以笔者认为，纪检机关及其工作人员在办理案件过程中如果实施类似本案中的行为，完全可以在实质上构成《禁止酷刑公约》所规定的酷刑。

但是，因为本案中行为主体的身份不属于“司法工作人员”，且陈安稷也不属于“犯罪嫌疑人、被告人”，因此在中国无法用刑讯逼供罪进行评价。可见，刑讯逼供罪的犯罪对象也被限制为“犯罪嫌疑人、被害人”，这也在很大程度上影响了《禁止酷刑公约》在中国的落实。本案最后以故意伤害罪对被告人陈家跃、翁师君、周孝阳定罪，其实是把他们作为私主体进行了认定，这样就将纪检人员的刑讯行为与普通公民的殴打、拘禁等行为置于同一个平台和范畴内，但实际上这两类犯罪的性质和特征是完全不同的，由纪检人员实施的虐待和侮辱体现的是公共权力和“官方身份”的要素，而如果只用私主体之间的故意伤害罪课定他们的刑事责任，又无法体现《禁止酷刑公约》中反酷刑条款旨在对公权力进行限制的法律意图，也无法体现酷刑的“官方身份”特征。

由“陈安稷案”可见，中国政府对禁止酷刑委员会的回应虽不能谓之错误，但至少并不与《禁止酷刑公约》的宗旨相契合。委员会在关于酷刑定义的一般性意见中表达了这样的观点：“《公约》中的定义若与国内法中纳入的定义有重大差距，就会出现实际或可能的漏洞，从而导致有罪不罚。”[923]委员会认为：“缔约国

[922]参见聂晓生、张尧：《检察机关与纪检机关协作配合时应注意哪些问题》，载《检察实践》1999 年第 4 期。

[923]CAT/C/GC/2，para.9，2008

若将酷刑行为界定为有别于普通攻击行为或其他犯罪行为的罪行，将可直接促进防止酷刑和虐待的总目标。将酷刑行为称为酷刑并加以界定，有助于实现《禁止酷刑公约》的目标，特别是可促使每一个人——包括行为者、受害者和社会公众——都认识到酷刑罪行的特别严重的性质。将这种行为定为罪行，还可：（a）突出按罪行的严重程度加以适当惩罚的必要性;（b）加强禁止规定本身的威慑作用;（c）使负责官员更能够追查具体的酷刑行为;（d）使公众有能力和有权力对违反《禁止酷刑公约》的国家行为和国家不行为进行监督和在必要时提出质疑。”[924]仔细分析上述一般性意见，不难发现，正如委员会所言，对酷刑的单独定罪不只具有形式上的意义，而且也有利于《公约》在国内层面的最完整落实。毕竟相比于分散的条文，一项统一的罪名和处罚更能够包容最广泛的酷刑客观行为方面，也最能对犯罪行为构成集中性的威慑。另外，将《公约》条款直接规定在国内法中，也能使公众得到有效的国际人权法教育，并提高他们的监督意识和能力。

关于酷刑的定义和入罪问题，禁止酷刑委员会还作出了一系列针对缔约国的结论性意见。在 2013 年对加蓬初次报告作出的结论性意见中，委员会表示：“加蓬《宪法》第 1 条第 1 款和《刑法》第 253 条在提到酷刑时没有为酷刑下定义，缔约国的刑事立法其它各条款也没有酷刑罪的定义，这显然违反了《公约》规定的义务……缔约国有义务修改法律，以根据《公约》第 1 条通过关于酷刑的定义，包括造成精神痛苦的行为，并附以将其专门定为罪行的规定。”[925]同样地，在 2013 年对秘鲁的结论性意见中，委员会表示：“委员会关切的是，《刑法典》中的酷刑定义没有把‘任何一种歧视’列为酷刑要素之一……委员会建议缔约国修改其《刑法典》，使酷刑定义包括《公约》第 1 条中提到的所有要素。”[926]需要了解的是，《禁止酷刑公约》第 1 条的内容往往和第 4 条的内容相联系，后者规定：“每一缔约国应保证，凡一切酷刑行为均应定为触犯刑法罪……”在研究委员会的有关结论性意见时，必须要把两个条款结合起来进行分析。在 2014 年最新通过的对几内亚的结论性意见中，委员会表示：“委员会仍然关切几内亚的国内法中没有酷刑定义。委员会还极其关切此类行为本身尚未被视为构成刑事罪，正如《几内亚刑法典》第 287 条所规定，此类行为只有在另一种刑事罪中构成加重情节时才

[924]CAT/C/GC/2，para.11，2008

[925]CAT/C/GAB/CO/1，para.7，2008

[926]CAT/C/PER/CO/5-6，para.7，2008

被定为犯罪……（委员会）强烈敦促缔约国确保改革委员会修订立法，使酷刑或虐待行为成为一种单独的刑事罪，并纳入与《公约》第 1 条规定相符的酷刑定义。此外，根据委员会关于缔约国执行第 2 条情况的第 2 号一般性意见（CAT/C/GC/2，para.9，2008），委员会认为，‘国内法中规定的定义若与《公约》所载定义有重大差距，就可能会出现实际的或潜在的漏洞，从而导致有罪不罚’。缔约国还应当确保这方面规定的惩罚与所实施的行为严重性相称。”[927]可见，相比于中国法律对酷刑行为的分散性、普通性定义，单独设立酷刑罪的立法模式更符合委员会所发表的意见的宗旨，也更利于对酷刑行为加以防止和惩罚。

另外，禁止酷刑委员会在一些个人来文之中也重申了上述观点。在 2010 年的“Gerasimov v. Kazakhstan”案中，来文者 Gerasimov 被哈萨克斯坦警方强迫承认一起谋杀罪，并遭受塑料袋蒙头窒息等残酷的虐待。案发以后，哈萨克斯坦对提起酷刑犯罪之诉十分消极，来文者声称，警方对他实施的酷刑违反了《禁止酷刑公约》第 1 条的规定。委员会指出：“来文者所报告的事实构成了《公约》第 1 条所指的酷刑；缔约国没有尽到预防和惩治酷刑的职责，因而也违反了《公约》第 2 条第 1 款。”[928]需要说明的是，哈萨克斯坦对酷刑也没有作出单独而专门的犯罪规定，而是在《刑法》第 347 条第 1 款第 2 部分（a）项中规定了有关酷刑的内容，但并不全面。可见，缺乏对酷刑罪的单独定义，不利于实现“有罪必罚”的目标和宗旨。

需要强调的是，对酷刑罪的单独定义并不仅仅具有国内法上的意义，在国际司法协作上也具有重要作用。《禁止酷刑公约》第 3 条第 1 款规定：“如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返或引渡至该国。”这就是国际法上著名的不驱回原则，旨在最大程度上保护人类的安全与自由。但是，要顺利落实不驱回原则，就必须首先对酷刑的定义达成广泛的一致。这种一致不仅仅应当体现在国际公约上，更应当体现在各国国内法上，只有这样，才能在国际司法协助中使所有的国家都能站在同一个平面上分析和确定某种行为是否属于酷刑的范畴。禁止酷刑委员会在一些个人来文申诉中也表达了同样的意见，这恰恰强调了对酷刑罪进行单独定义的重要性。例如在 2007

[927]CAT/C/GIN/CO/1，para.7，2014

[928]CAT/C/48/D/433/2010，Gerasimov v. Kazakhstan

年的“Njamba and Balikosa v. Sweden”案中，来文者声称自己被瑞典政府遣送回刚果，而在那里她们会遭受酷刑待遇。如果她们被递解到刚果，就将成为违反《公约》行为的受害者，因为她们担忧在刚果她们会遭受酷刑。Njamba 女士相信，如果回归，她会受到保安部队的酷刑和处死，或者会被那些认为被她、她丈夫和她姻兄出卖的家庭毒打或杀死。缔约国指出：“缔约国回顾，只有在相关人员面临遭受到《公约》第 1 条界定的酷刑风险时，《公约》第 3 条才能适用。”[929]尽管本案的争议焦点是“一个国家存在严重、公然或大规模侵犯人权的惯常情况本身是否构成确定某一个人回到该国就必定面临遭受酷刑危险的充分理由”，但对于这一问题的确定在很大程度上也建立在对酷刑罪的定义共识的基础上。如果一个国家在国内法中依照《禁止酷刑公约》对酷刑罪作出了单独完善的定义，那么很多案件就不会被个人提交到条约机构来解决，而是直接在国家层面即可达成一致，并可以直接依据有关规则处理。可见，对酷刑罪作出单独定义也是国际司法协助的要求。

2. 有关惩处标准的规定不利于处罚酷刑犯罪

第二点，在惩处标准方面，不可否认的是，现实中得到惩处的酷刑案件主要是那些情节十分严重、被害人的权利遭受严重侵害的行为。在中国法律中，后果的严重性直接决定了某种侵害行为是否能够立案审查并诉诸法庭。

根据 2006 年发布的最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》，刑讯逼供罪立案的标准如下：“涉嫌下列情形之一的，应予立案：1、以殴打、捆绑、违法使用械具等恶劣手段逼取口供的；2、以较长时间冻、饿、晒、烤等手段逼取口供，严重损害犯罪嫌疑人、被告人身体健康的；3、刑讯逼供造成犯罪嫌疑人、被告人轻伤、重伤、死亡的；4、刑讯逼供，情节严重，导致犯罪嫌疑人、被告人自杀、自残造成重伤、死亡，或者精神失常的；5、刑讯逼供，造成错案的；6、刑讯逼供 3 人次以上的；7、纵容、授意、指使、强迫他人刑讯逼供，具有上述情形之一的；8、其他刑讯逼供应予追究刑事责任的情形。”此外，关于暴力取证罪、虐待被监管人罪等相关罪行，最高人民检察院也设置了类似的立案标准。由此可见，虽然《刑法》中对刑讯逼供等酷刑行为进行了不分程度的

[929]CAT/C/44/D/322/2007，Njamba and Balikosa v. Sweden

笼统定性，但在法律适用的过程中，只有那些符合一定标准的严重行为才可能作为犯罪予以追究。根据最高检《规定》可知：一方面，通常只有造成“重伤”、“自杀”或“死亡”等极其严重后果的，才够得上立案标准；另一方面，严重的后果通常都是由“损害犯罪嫌疑人、被告人身体健康”的肉体折磨所造成的，这样的立案标准明显对受侵害者的精神痛苦相对忽视。

在实践中，对刑讯逼供、暴力取证等行为的处罚力度较轻，处罚数量较少。对有刑讯逼供违法行为的干警，有的负责人或睁一只眼、闭一只眼，不管不问；或违法行为已被他人控告，就搞大事化小，小事化了。据统计，1986 年至 1993 年间，上海市各级检察机关共受理刑讯逼供案件 66 件，其中立案侦查仅仅 8 件；且在这 8 件仅有的立案侦查案件中，有 6 件被免予起诉，有 2 件被判处缓刑。[930]

1995 年 3 月 19 日至 21 日，辽宁省抚顺市望花区公安分局治安科长焦志帮以“涉嫌组织卖淫”为名义将抚顺市财源餐饮娱乐大世界的员工带至专案队，并组织指挥四名民警实施刑讯逼供行为。因受拷打和惊吓，被害人付丽新两次大小便失禁，付丽新不堪忍受折磨和摧残，从四楼跳下，后经医院抢救无效死亡。她被刑讯逼供到被逼跳楼，前后仅半个多小时。此外，被害人宋志敏、高飞飞等在“审讯”过程中都遭受到不同程度的吊铐、捆绑、殴打，身体的各个部位都曾被电警棍乱捅乱击，精神和肉体都受到一定的伤害。然而事后，由公安局党组讨论通过，由副局长陈卫国与死者家属签订了一份协议书。内容是，对死者付丽新的尸体不解剖和不作检查，不追究死亡原因；分局一次性给死者家属 6.5 万元； 死者家属把有关死者死亡的一切材料和照片底片交给分局；此后双方不再追究付的死亡有关事宜，否则将负法律责任。[931]

从上述案件可以看出，对刑讯逼供的行为想方设法认定为一般违法行为，或千方百计地认定为从轻处罚，这些错误做法不仅在客观上对刑讯逼供采取了放任态度，并且在一定程度上助长了刑讯逼供等行为的滋生。而要想在实践中减少此类现象的发生，首先需要考察立法方面有关惩处标准的规定。

从惩处标准上看，关于立案标准和起诉定罪方面的问题，《禁止酷刑公约》第 4 条规定：“每一缔约国应保证，凡一切酷刑行为均应定为触犯刑法罪……每

[930]参见苏仁兴：《关于刑讯逼供罪案的立法探讨》，载《法治论丛》1994 年第 6 期。

[931]参见正义网：http://review.jcrb.com.cn/ournews/asp/readnews.asp?id=7827，最后访问日期：2015 年 3 月 18 日。

一缔约国应根据其性质严重程度，对上述罪行加以适当惩处。”可见，约文要求缔约国对一切酷刑行为均加以起诉并定罪，而不论其程度或造成后果之轻重；至于对不同严重程度的酷刑行为之惩处，则是进入到刑罚裁量和执行的层面以后才加以考虑的问题。禁止酷刑委员会在关于酷刑定义的一般性意见中表达了这样的观点：“《公约》中的定义若与国内法中纳入的定义有重大差距，就会出现实际或可能的漏洞，从而导致有罪不罚。”[932]根据该一般性意见，对任何酷刑行为均应保证避免“有罪不罚”现象的存在。然而，依照上述最高检《规定》的立案标准来看，大量的刑讯逼供等酷刑行为都被排除到提出起诉和进行审判的门槛之外，只有少数造成“重伤”和“死亡”等严重后果的酷刑行为才会受到刑事罪的追究，这显然不符合《公约》条文的要求和委员会所认定的标准。

笔者注意到，类似情况在禁止酷刑委员会的结论性意见中屡有提及。委员会在 2008 年对中国澳门特别行政区的结论性意见中表示：“委员会注意到澳门特区报告以及对问题的答复中说明的《刑法典》第 234 条（酷刑行为）和 236 条（严重酷刑行为）所规定的罪行之间的差别。委员会关切的是，这种区分可能导致形成一种观念，认为酷刑罪有重有轻，这不仅是一种错误的区分，而且可能会阻碍切实有效地对一切酷刑案提出起诉。澳门特区的《刑法典》应该完全根据《禁止酷刑公约》第 1 条和第 4 条界定酷刑，将其定为刑事罪。为此，委员会建议酷刑罪构成一项单独的罪行，但须按酷刑罪适用的相关加重情节处罚。”[933]可以看到，澳门特区《刑法典》依据行为的轻重程度而将酷刑分为两部分——酷刑行为和严重酷刑行为，并针对不同的轻重程度施加不同的法律评价。对此，禁止酷刑委员会认为，这样的区分将导致出现“酷刑有重有轻”的错误观念，并且 “阻碍对一切酷刑案提出起诉”。另外，委员会在对其他国家的结论性意见中也多次表达了对“有罪不罚”现象的关切。例如，委员会在 2014 年最新通过的对塞浦路斯的结论性意见中指出：“委员会欢迎关于批准《公约》的第 235/90 号法的第 3 和第 5 条将酷刑和虐待定为犯罪，该法充分纳入了《公约》所列酷刑的定义。但是，委员会评论说，在国内法院，该法第 3 条从未被援用或适用，而且在 2006 年至 2010 年间登记的 11 起指控警官实施酷刑的刑事案件中，第 5 条只被援用了

[932]CAT/C/GC/2，para.9，2008

[933]CAT/C/MAC/CO/4，para.5，2008

4 次。委员会还极为关切地指出，同一时期，在诉控警察事务独立调查局所调查的 128 起酷刑和虐待相关投诉中，只有一起以普通殴打的罪名被刑事定罪。”[934]同样地，在 2014 年最新通过的对乌拉圭的结论性意见中，委员会认为“最高法院拒绝允许追溯性适用关于危害人类罪不受制于法定时效的条款，违反了国际人权法……缔约国应继续努力，确保对危害人类罪，包括酷刑和强迫失踪行为不实行任何法定时效、特赦或有罪不罚。”[935]

从更高层面的意义上说，对酷刑行为有罪必罚，而不仅仅是达到某种严重程度才予以处罚，这不但是国际人权条约的规定，也是人类文明的要求——文明的社会不允许对自己的手足施加残害且能够逃避法律的追究。“现在为打击酷刑和有罪不罚所做的一切已经足够了吗？”黎巴嫩的“重新开始”暴力和酷刑受害者康复中心（Restart Centre for Rehabilitation of Victims of Violence and Torture）主任苏珊娜·雅布女士（Suzanne Jabbour）问道。她说，这个问题的答案是，不够。“如果你对这个答案感到尴尬，如果你也仍在怀疑这应该是多么基本的问题，那么请在今天重新做出承诺。”雅布说。[936]比起具体的人权问题，这样的人权理念和价值观念或许更值得中国社会借鉴和思考。

五、 结语：中国酷刑犯罪规定的改革

根据对全文引证材料的分析，笔者认为以下两点是值得进一步改善的：一方面，中国现行有关酷刑定义的立法在行为主体等方面并不完全符合《禁止酷刑公约》条文的要求，也不完全符合禁止酷刑委员会的意见中所确立的标准和规范。因此，中国需要依照委员会意见的指导，设立专门而独立的酷刑罪条款，以便包含任何具有官方身份的人所实施的基于任何一种特定理由的酷刑行为。另一方面，中国对酷刑犯罪的立案、起诉和责任追究制度尚不能达到国际人权标准的要求，在立法和实践层面上的确导致了“有罪不罚”情况的发生。因此，中国需要依照委员会意见的指导，对有关酷刑犯罪的立案、起诉和审判等追责制度进行改革，将一切酷刑犯罪均纳入刑事处罚的范畴，不因其程度较轻就免于刑事起诉和惩罚。

[934]CAT/C/CYP/CO/4，para.8，2014

[935]CAT/C/URY/CO/3，para.16，2014

[936]参见联合国人权事务高级专员办事处：

http://www.ohchr.org/CH/NewsEvents/Pages/TortureFundMeeting.aspx，最后访问日期：2015 年 3 月 20 日。

其实，如果从社会心理和意识角度分析，中国怠于对酷刑进行定义和惩处的现象是有深厚的根源的：有的民众对于刑讯逼供的反对其实有着道德的基础。与其说他们反对刑讯逼供，不如说他们反对无辜者受到刑讯逼供；与其说他们憎恨刑讯逼供者，不如说他们憎恨的是刑讯逼供导致冤案者。因此，中国社会所关注的刑讯逼供案件，几乎都以冤案的发生而昭示世人，而那些既非冤案，又未造成严重后果的刑讯逼供，则可能一直处于人们视线之外，受害者的声音也可能被遮蔽。[937]因此，中国政府不仅需要在技术层面加强立法，以确保对酷刑的全面定义和惩处，而且也需要加强人权和法治观念的教育和变革，树立对人本身的尊重和保护意识。

[937]参见吴丹红：《该以怎样的态度和措施遏制刑讯逼供》，载《人民检察》2010 年第 5 期。

国际法语境中的核安保与核恐怖主义：兼论中国的应对

张钰羚[938]

（北京大学法学院，北京 100871）

摘　要：作为非传统安全领域中的威胁，核恐怖主义隐患的存在，使得全球的核安保形势愈趋严峻和复杂。如何维护与加强核安保，防范和打击核恐怖主义，是摆在世界各国面前的重要课题，而仅凭一国之力无法应对，需要国际社会与各国的共同努力。为了探讨应对之策，为防范和打击核恐怖主义提供规范性的模式，本文共分为四部分进行论述：首先分别对核恐怖主义和核安保的概念进行了界定与解析，指出加强核安保的目的之一是为了防范核恐怖主义；接着对国际法层面的应对措施——国际核安保法律体系与合作机制的现状、不足与完善进行了阐述，然后对中国的应对之策——核安保立法与监管机制的现状、存在的问题与改进建议进行了阐述，最后进行了总结。

关键词：核恐怖主义；核安保；国际法与合作；中国；国内立法与监管

时间的脚步匆匆迈入 21 世纪第二个十年，但世界范围内的核能和平与安全利用进展得并不顺利：日本“311 大地震”导致福岛核电站发生严重泄漏，由此对人体生命健康和自然生态环境造成的恶劣影响尚不可估量；伊核问题各谈判方虽于日前达成限制伊朗铀浓缩活动和相关储备的框架性协议，但是日后发展态势并不明朗；朝鲜 2013 年宣布退出朝鲜战争停战协议，多年朝核问题会谈取得的成果瞬间烟消云散，今后走向更加波谲云诡。这些看似属于一个国家内部的事务并非仅对个别国家造成影响，而是与整个世界的安全息息相关。

目前看来，全球性核战争的阴影虽已逐渐淡去，但核材料扩散与核恐怖主义带来的威胁，令当今全球的核安保形势愈趋严峻和复杂。2001 年“911”恐怖袭击事件使人们认识到，非国家行为体对全球和平与稳定的威胁不亚于国家；更为严重的是，近些年来，不断被披露的涉及多个国家和地区的国际地下核交易表明，恐怖组织和其他非国家实体获取核技术与核武器的风险正在日益增大，而现有的国际法律和出口管制方面的强制措施已经不足以阻止核技术、核材料扩散的趋势。巴基斯坦核武器之父卡迪尔·汗建立的“核武器黑市”的曝光、苏联解体导致的对核危险材料管制的放松以及“基地”组织对核武器的寻求，都使人们认识到：

[938]作者简介：张钰羚，女，北京大学法学院博士研究生，研究方向：核政策与法律、国际经济法。

没有领土和人民需要维护的恐怖组织一旦掌握了核武器，那将是人类的灾难。[939]

因此，核恐怖主义是当前国际核安保领域亟需解决的重大问题，各国必须对此加以警惕。不过，维护核安保虽是国家应尽的国际法责任，但是仅靠各国各自的力量尚不足以应对，还需从国际层面进行解决。

一、核安保（nuclear security）与核恐怖主义（nuclear terrorism）

核安保与核恐怖主义是两个紧密相关的概念：核安保的目的之一便是打击核恐怖主义。

（一）核恐怖主义（nuclear terrorism）

所谓“核恐怖主义”（nuclear terrorism），是指“非国家行为体为了某种特定目的，拥有和使用或威胁使用核装置、其他放射性装置，攻击或破坏核设施的跨国恐怖主义行为。”[940]

1.核恐怖主义的行为种类

依据《制止核恐怖主义行为国际公约》[941]的规定，“核恐怖主义”作为一种犯罪，包括以下几种行为：一是，拥有放射性材料或制造或拥有一个装置，其目的是致使死亡、人体受到严重伤害，或致使财产或环境受到重大损害；二是，以任何方式利用放射性材料或装置，或利用或破坏核设施，以致放射性材料外泄或有外泄的危险，其目的是致使死亡、人体受到严重伤害，或致使财产或环境受到重大损害，或迫使某一自然人或法人、某一国际组织或某一国家实施或不实施某一行为；三是，通过威胁或使用武力，非法和故意索要放射性材料、装置或核设施；威胁利用放射性材料或装置，或威胁利用或破坏核设施。

2.核恐怖主义威胁的表现形式

核恐怖主义威胁主要表现为：“一是，偷窃和爆炸核武器；二是，利用偷盗、走私、购买等手段获取核材料，制造和爆炸核装置；三是，攻击核电站及其他核设施，造成放射性泄漏；四是，散布非法渠道获得的放射性材料、制造并爆炸放射性‘脏弹’。”[942]

---

[939] [美]卡内基和平基金会：《普遍履约：全新的核安全战略》，世界知识出版社 2005 年版，第 19 页。

[940]杜彬伟：“国际核恐怖主义的行为特征分析——国外学者视野中的国际核恐怖主义威胁与防范”，载《太平洋学报》，2012 年 8 月，第 20 卷第 8 期，第 91 页。

[941]该公约于 2005 年 4 月 13 日在第 59 届联合国大会上获得一致通过，并于 2007 年 7 月 7 日生效。我国全国人大常委会于 2010 年 8 月 28 日表决通过了关于批准《制止核恐怖主义行为国际公约》的决定，批准了这一公约。

[942]张沱生：“核恐怖主义威胁与中国的政策”，载《世界知识》，2010 年第 2 期，第 34-35 页。

（二）核安保（nuclear security）

根据国际原子能机构（IAEA）的定义，“核安保”（nuclear security）是指“防止、侦查和应对涉及核材料和其他放射性物质或相关设施的偷窃、蓄意破坏、未经授权的接触、非法转让或其他恶意行为[943]”。[944]核安保的目的之一便是防范核恐怖主义，也就是说，要想打击核恐怖主义，必须加强核安保体系的构建。

核安保在 1950 年代末期尚未受到关注，1960 年代至 1970 年代的核电大发展导致的全世界范围内的核反应堆（技术）的转移和核电生产促使核材料实物保护概念的诞生；“911”恐怖袭击事件的发生使得核安保的范围从核材料扩展到核电站、核科学与技术。[945]

二、国际法的回应：核安保法律体系与合作机制

为了打击核恐怖主义，国际法领域做出了不懈的努力。联合国与国际原子能机构发挥各自的作用，积极构建全球核安保法律体系，但是该体系仍有待进一步完善，相应的合作机制也应逐步建立。

（一）现有国际核安保法律体系

现有的国际核安保法律体系主要由联合国和国际原子能机构分别牵头构建。

1.联合国下的国际核安保法律体系与机制

联合国一向重视打击恐怖主义，进入 21 世纪以来，联合国不断呼吁所有会员国开展国际努力，以防范打击核恐怖主义。

首先，2001 年 9 月，联合国安理会通过了“第 1373 号决议”，决定各国须迅速采取有效措施，防止和制止资助恐怖主义行为。2004 年 4 月，联合国安全理事会通过了“第 1540 号决议”[946]。这一决议是促进防止核和放射性恐怖主义的一个重要的国际文件，其主要目的是要求各成员国采取措施，防止非国家行为体获得核生化武器及其运载工具。“决议”确定了“非国家行为者”的基本概念

[943]具体而言，这些恶意行为可以分为四类：盗窃核材料或者放射性物质、利用盗取的核材料或放射性物质制造爆炸装置、散布放射性物质装置（也称“脏弹”）、以及破坏核设施或者运输中的放射性物质。上述任何一种行为都有可能导致综合性的后果。See Tetsuya Endo, “Countries planning to introduce nuclear power generation and the 3Ss: making the 3Ss an international standard”, The Japan Institute of International Affairs, June 2009, p5.

[944]参见国际原子能机构：《国际原子能机构安全术语：核安全和辐射防护系列》（2007 年版），第 123 页。

[945] See SitakantaMiShra, “Nuclear safety-Security-Safeguards: The Intricate Interface”, *AIR POWER* Journal, Vol. 8 No. 3, MONSOON 2013 (July-September), pp.129-155.

[946]安理会还根据 1540 号决议建立了一个委员会，以报告本决议的执行情况以供审查，并吁请各国向该委员会提交报告，说明为执行本决议所采取或准备采取的步骤。2006 年 4 月，联合国安理会又通过了第 1673 号决议，决定延长 1540 委员会的任务，并鼓励该委员会与会员国和区域组织继续就全面执行决议的各种问题进行对话。

和防止向“非国家行为者”扩散的必要性，要求各国建立有效的国家管制，并向安理会特设的委员会报告决议执行情况。[947]中国对这两个决议均表示支持。

其次，2005 年 4 月，在联合国第 59 次大会上，以协商一致方式通过了《制止核恐怖主义行为国际公约》，这一公约既是关于打击恐怖主义的第十三项多边法律文书，也是目前为止对应核恐怖活动最专门的国际公约。公约再次强调了核恐怖主义的威胁性，并对“核材料”、“核设施”等核恐怖领域的诸多基本概念做出了详细规定。公约还列举了可以视为核恐怖活动的行为，对引渡从事核恐怖活动的人员以及缴获核材料的处理等具体事务也作了规定。在防范和打击核恐怖主义领域，《制止核恐怖主义行为国际公约》是目前为止最为全面具体的国际法律文件。[948]

第三，会员国于 2006 年 9 月 8 日通过了《联合国全球反恐战略》。该战略的形式为一项决议以及所附的行动计划（A/RES/60/288）。它是一份独特的全球性文书，有助于加强国家、区域和国际反恐工作。这是全体会员国首次就一种共同的反恐战略方法达成一致，该战略的通过即是履行了世界领袖们在 2005 年 9 月首脑会议上做出的承诺，它所基于的是秘书长 2006 年 5 月 2 日题为“团结起来消灭恐怖主义：关于制定全球反恐战略的建议”的报告提出的诸多要素。[949]

此外，为了加强核安保的国际合作，从 2010 年开始，国际社会定期召开安保峰会（Nuclear Security Summit）[950]，迄今为止，分别于 2010 年在美国首都华盛顿、2012 年在韩国首都首尔、2014 年在荷兰海牙召开了三次核安保峰会。

2.国际原子能机构下的国际核安保法律体系

国际原子能机构自 20 世纪 70 年代初开始提供特别实物保护培训起，一直根据请求向各国提供援助和支持它们为建立和加强核安保制度进行的国家努力。

首先，1975 年，IAEA 印发了《核材料实物保护的建议》，并在以后对其进行了五次修订。1997 年，在接到关于非法贩卖核材料和其他放射性物质活动的报告后，制订了“材料安保计划”。

---

[947]“联合国安全理事会第 1540（2004）号决议”，http://www.un.org/zh/sc/1540/，最后访问日期：2015 年 4 月 15 日。

[948]2005 年第 60 届联合国大会又通过了第 60/78 号“防止恐怖分子获取大规模毁灭性武器的措施”决议。决议吁请全体会员国考虑签署和批准《制止核恐怖主义行为国际公约》，以使其尽早生效。王雷，赵晓乐：“从国际法上看防范核恐怖主义的全球合作”，载《法制与社会》，2007 年第 1 期，第 748 页。

[949]“联合国全球反恐战略”，http://www.un.org/zh/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml，最后访问日期：2015 年 4 月 15 日。

[950]我国习惯翻译为“核安全峰会”，严格来说并不准确。

其次，1986 年 9 月 24 日，在维也纳召开的国际原子能机构特别大会上，通过了《核事故或辐射紧急情况援助公约》[951]，旨在进一步加强安全发展和利用核能方面的国际合作，建立一个有利于在发生核事故或辐射紧急情况时迅速提供援助，以尽量减少其后果的国际援助体制。同日，还通过了《及早通报核事故公约》[952]，其主旨是进一步加强安全发展和利用核能方面的国际合作，通过在缔约国之间尽早提供有关核事故的情报，以使可能超越界的辐射后果减少到最低限度。

第三，1987 年 2 月 8 日，在 IAEA 的主持下商订的关于防范核恐怖的最重要的法律文件《核材料实物保护公约》生效。该公约是处理核材料实物保护问题的惟一具有法律约束力的多边文书，为之后许多有关法律文件所引用。公约规定了对用于和平利用目的的核材料国际使用、储存、运输中应当达到的实质保护水平，并将核材料的输入输出置于 IAEA 的监督之下。除此之外公约还规定了各缔约国应在国内法中对非法持有、盗抢、散布核材料的行为加以规定和惩处，并在发生核材料被盗抢事件后尽速通知相关国家和 IAEA。在这种情况出现时，公约还规定缔约国之间有相互交换情报的义务。

2005 年 7 月，IAEA 又以协商一致的方式通过一项《核材料实物保护公约》修订案，这项修订案实质性地加强了公约，并将其范围扩大，涵盖核设施实物保护以及核材料的国内运输、贮存和使用，从而加强了全球核安保。[953]

（二）不足与完善

虽然在联合国安理会与国际原子能机构的主持下已经制定了一系列国际核安保的法律文件，也展开了关于核安保的国际对话与合作，但是目前看来，这一体系还不够完善，特别是两个重要的国际公约，仍存在一些问题。

例如：《核材料实物保护公约》已经生效，但其适用范围较狭窄；《制止核恐怖行为国际公约》内容虽较为全面，但是其第 4 条第 4 款明确规定，现有的反核恐怖主义国际法只打击非国家行为体的核恐怖活动，而将国家主体排除在外。这影响了反核恐怖法的完整性和普遍性，并且不利于全面打击核恐怖主义。此外，现有的反核恐怖主义的国际法主要集中在如何惩治核恐怖活动，对如何防止恐怖组织获得核武器或核材料规定得甚少；同时，现有的反核恐怖主义国际条约的原

[951]该公约于 1986 年 10 月 27 日生效，并于 1987 年 10 月 11 日对我国生效。
[952]该公约于 1986 年 10 月 27 日生效，并于 1987 年 10 月 11 日对中国生效。
[953]王雷，赵晓乐：“从国际法上看防范核恐怖主义的全球合作”，载《法制与社会》，2007 年第 1 期，第 748 页。

则性规定较多，也不利于各国的贯彻执行。[954]

为此，可以考虑从以下几个方面加以完善：

1. 建构有效的全球核安保体制

建构全球核安保体制需要一种多途径的整体方法，包括：防止大规模杀伤性武器和有关资料的扩散；保护敏感设备和技术；放射源自始至终的控制；探查涉及核材料及其他放射性材料的恶意行动；以及为响应和减轻任何这种行动的应急和事件准备。IAEA 的使命、技术能力、丰富的经验和全球影响，使它成为一个能够有效地帮助各国改进其核安保系统，从而建立全球核安保体制的国际组织。因此，建立有效的全球核安保体制，应以 IAEA 为核心。IAEA 未来的工作重点应放在更积极推进全球核安保合作之上，同时应在全球范围内加强对核武器、核材料的保护，建立“从生到死”的全程监督，防止恐怖分子有机可乘。[955]

不过，由于 IAEA 面临着资金与工作人员有限、职权不够等现实情况，使它不可能对全球发生的核安保问题都做到有效、及时的解决；而且，IAEA 对非国家行为体的约束需要通过各主权国家来完成，IAEA 的各项建议也需要由各主权国家来接受与执行。因此，IAEA 能否有效运作依赖于各主权国家的支持。IAEA 需要进一步发挥核心作用，同时，协调与各主权国家的关系，调动更多的国家加入核安保体制。[956]

2. 加强防范核恐怖主义的国际合作

核恐怖主义具有跨国性，仅凭一国之力完全无法应付，应对这一非传统安全威胁应主要通过多国合作。当前，国际层面的合作以“合作减少威胁计划”、八国集团的“全球伙伴计划”和“打击核恐怖主义全球倡议”较为突出。

众所周知，联合国是当今最大、最具有权威性的国际组织，其建立的集体安全制度在维护国际和平与安全方面发挥着重要作用。因此，应对核恐怖主义应该依靠联合国，建立不依赖核武器的集体安全制度，构建一种新的全球核秩序，形成更有效的反核恐怖国际合作。[957]

---

[954]高宁：“防范核恐怖主义的国际法对策分析”，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》，2007 年第 3 期，总第 127 期，第 129 页。
[955]高宁：“国际核安全合作法律机制研究”，载《河北法学》，2009 年 1 月，第 27 卷第 1 期，第 33-34 页。
[956]高宁：“防范核恐怖主义的国际法对策分析”，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》，2007 年第 3 期，总第 127 期，第 130 页。
[957]高宁：“防范核恐怖主义的国际法对策分析”，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》，2007 年第 3 期，总第 127 期，第 131 页。

同时，尽可能发挥“核安全峰会”等国际机制的作用。虽然核安全峰会的象征意义或许大于现实意义，其主要作用还在于尽可能为各国凝聚预防核扩散的共识。但是，核安全峰会毕竟是核安保类的国际峰会，目的很明确地指向核材料的安全，主要针对防止恐怖主义势力窃取核材料从而危害国际安全的问题。[958]因此，一定程度上也能为推动各国朝着共同防范和打击核恐怖主义的目标前进。

3. 各国相互缔结协议，对打击核恐怖主义和加强核安保做出承诺

前两项完善措施都是从多国合作的角度进行考虑。各国家之间还可通过两两合作、相互缔结协议的方式，共同建立核安保机制、打击核恐怖主义。这也是国家做出承诺的方式之一。

采取两两缔结双边协议的方式，可以使国家更好地根据本国的现实情况和意愿与他国进行合作，由此签订的协议和做出的承诺也更具有执行力，从而切实地为合作加强核安保、打击核恐怖主义贡献力量。

三、中国的应对：核安保立法与监管[959]

如前所述，核安保的主要目的之一便是打击和防范核恐怖主义。因此，中国在面对当前严峻形势时，除了加强核恐怖主义的专门立法与控制之外，更应该注重核安保的立法与监管。

作为拥有核武器的大国，中国一贯重视对核恐怖主义的防范和打击，积极配合构建国际核安保机制，并加强国内核安保制度的建设。

在国际法层面，中国作为联合国安理会的常任理事国和 IAEA 的成员国，一直积极参与配合并推动联合国和 IAEA 有关核安保体系构建以及核恐怖主义防范的努力。不仅参加了相关国际条约[960]，积极履行相关国际义务，还积极与他国进行合作与对话，明确展示出积极参与和支持加强核安保和防范核恐怖主义行为的决心，也反映了中国作为一个负责任的有核武器国家的明确态度[961]。

在国内法层面，我国自 1987 年颁布《中华人民共和国核材料管制条例》以来，便对核材料实行许可证制度；自 2003 年起，我国又相继发布《中华人民共

[958]“解码海牙核安全峰会”，http://news.163.com/14/0331/11/9OLO8CA900014AED.html，最后访问日期：2015 年 4 月 15 日。

[959]本部分内容部分来自于北京大学核政策与法律研究中心的研究资料，研究人员包括北京大学博士研究生胡帮达等人。

[960]例如：中国于 1989 年 1 月加入《核材料实物保护公约》，并积极支持条约的修订；2005 年 9 月，中国签署了《制止核恐怖行为国际公约》。

[961]例如：我国国家主席习近平在海牙核安全峰会上阐述了中国关于“发展和安全并重、权利和义务并重、自主和协作并重、治标和治本并重”的核安全观。

和国放射性污染防治法》等法律法规。此外，我国还陆续发布、并及时修订和补充有关核安全导则，规范核材料管制和实物保护的设计、建造、运行的技术要求，保证国际核安保基本目标的实现。

（一）国内现状与成绩

有关核安保的国际文件要求各国建立核安保的国内法律框架和独立于核能发展部门的监管机构，在制度措施方面主要包括：对核材料与核设施进行实物保护（例如设立警卫和武装防御力量、限制重要区域的进入、搜集情报等），打击核材料、装置和技术的非法交易，以及打击核恐怖主义三方面。[962]

1. 法律法规方面

我国制定了多项有关法律法规，例如：《核材料管制条例》（1987 年）规定了核材料许可证持有单位建立核材料衡算、安全保卫、安全保密、报告等制度要求，明确了核材料许可的审批机构和程序，以及相关部门的配合义务；《放射性污染防治法》（2003 年）规定了核设施营运单位和生产、销售、使用、贮存放射源的单位建立健全安全保卫制度、报告制度和应急制度的要求；[963]《放射性物品运输安全管理条例》（2009 年）规定了放射性物品的托运人制定核与辐射事故应急方案、在放射性物品运输中采取安全保卫措施的要求。[964]

2. 监管体制方面

我国建立了核安保的相关监管体制，其中：

国防科工局（工业和信息化部管理的国家局）负责核材料管制、核设施实物保护，核领域的国际交流合作，参加国际原子能机构的活动。2011 年，国防科工局建立了国家核安保技术中心作为其核安保、核材料管制、核出口管理和国际合作的技术支持部门。

公安部与国防科工局合作，审批核设施和安保系统的设计基准威胁，负责放射性物质运输方面的安保工作，负责反核恐怖活动、核材料走私，侦查应对放射性方面的犯罪，在国家核安全局的帮助下追回丢失的放射性物质等。

国家核安全局作为核材料管制和实物保护的监督管理部门，对核材料和核设

[962] See Carlton Stoiber, Nuclear security: legal aspects of physical protection, combating illicit trafficking and Nuclear Terrorism", in: "International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook", OECD-NEA, 2010, P221.
[963]参见《放射性污染防治法》（2003 年）第 23 条、25 条。
[964]参见《放射性物品运输安全管理条例》（2009 年）第 6 条。

施的实物保护实行分级管理[965]，具体负责核材料、民用核设施、放射源及相关设施、放射性废物及相关设施、放射性物质运输活动等实物保护监督管理工作。

（二）存在的问题及原因

目前看来，我国的核安保法律法规和监管体制仍然存在以下问题。

1.部分法律规定陈旧

例如，在民用核设施与核材料的实物保护方面，《核材料实物保护公约》（1987年）在2005年已经修改为《核材料与核设施实物保护公约》，而我国适用的仍然是《民用核设施安全监督管理条例》（1986年）和《核材料管制条例》（1987年），这两个条例没有反映最新的国际要求，缺乏对核设施实物保护问题的规定。

2.监管机构职能交叉

例如，核安全局和国防科工局都对民用核材料与核设施的安保负有监管职责。国防科工局制定有关核安保的规章，核安全局制定实物保护和衡算方面的导则。[966]监管职能的交叉导致机构的重复建设、权责不明，浪费监管资源、影响监管效力，并给被监管者（运营者或许可证持有人）造成沉重的负担。

3.监管缺乏独立性

我国核安保的主要主管部门——国防科工局同时为我国民用核能发展的推动部门，根据国务院“三定方案”的要求，负责“以国家原子能机构名义研究拟定我国和平利用原子能的政策法规，制定发展规划、计划和行业标准；负责和平利用核能项目的组织论证、立项审批以及科研项目的监督执行；负责核材料管制、核设施实物保护及核出口的审查和管理”。这种将核能发展与核安保监管职能授予同一机构的体制安排，显然有违于有关国际公约的“独立性原则”[967]。

（三）改进的对策与建议

1. 抓紧制定《核安全法》，为核安保提供基础法律框架

---

[965]《核材料管制条例实施细则》（1990年）中明确了核材料的实物保护等级，核安全导则《核设施实物保护》（试行）（2008年）中首次规定了核设施实物保护等级，我国所有的核与辐射设施都建立了实物保护系统，一些老旧设施也在不断改造和升级现有的实物保护系统以满足法规要求，提高实物保护水平。

[966]如国家核安全局2008年发布的《核设施实物保护(试行)》（HAD501/02）和《低浓铀转换及元件制造厂核材料衡算》（HAD501/01）、《核设施出入口控制》（HAD501/04）、《核材料运输实物保护》（HAD501/05）、《核设施实物保护和核材料衡算与控制安全分析报告格式和内容》（HAD501/06）、《核动力厂核材料衡算》（HAD501/07）等。

[967]2005年修订的《核材料实物保护公约》（《核材料与核设施实物保护公约》）关于主管部门的基本原则是：“国家应设立或指定负责实施法律和监管框架的主管部门，并赋予充分的权力、权限和财政及人力资源，以履行其所担负的责任。国家应采取步骤确保国家主管部门与负责促进或利用核能的任何其他机构之间在职能方面的有效独立性。”

核安保方面的国际公约要求国家负责建立和维护核安保的法律和监管框架。当前，我国已经将核安全作为国家安全体系中的重要组成部分，[968]作为国家安全层面的核安全应当具有更广泛的外延，即应当涉及与之相关或相互协同的核安保和保障制度。为此，《核安全法》立法应当高屋建瓴，对核安保制度进行顶层设计，为核安保的监管和具体制度的构建与完善提供法律层面的依据；针对核安保监管机构之间存在的职能交叉问题，明确规定核安保的监管机构及其职责分工，以及彼此之间的协调或合作机制。

2. 强化核安保监管的独立性

国际公约要求核安保的监管职能要和推动核能发展的职能有效的分开。这主要是担心核安保让位于核能发展，损害公众的健康和环境利益。美国等核大国基本上都建立了高度独立的核安保监管机构，部分国家如日本、韩国、加拿大等甚至建立了核安全与核安保合一的监管机构。

我国目前核安保监管机构的独立性在一定程度上存在瑕疵，其主要原因在于，国防科工局身兼推动核能发展、实施核安全和核安保监管的三重职能。针对这种不合理的体制，今后应当在明确核安保监管体制时，将核安保监管与核能发展的职能进行分离，强化核安保的独立性[969]。

四、结束语

综上所述，核恐怖主义威胁的危险性不容忽视。国际社会应当在现有基础上继续国际立法与合作机制的构建。而中国也应认识到加强核安保的重要性，在继续履行应有防范和打击核恐怖主义的国际义务的同时，注重国内核安保体系的进一步构建与完善，为国家和平安全发展和人民幸福健康生活保驾护航。

[968]参见习近平讲话“坚持总体国家安全观 走中国特色国家安全道路”，来源于人民网 http://politics.people.com.cn/n/2014/0416/c1024-24900227.html，最后访问日期：2015 年 4 月 15 日。

[969]需要注意：国际原子能机构指出，由于核安全和核安保关系的密切性，很多国家体会到了设立一个单独机构实施这两种监管职能带来的优势，如果设立两个机构分别实施这两项职能时则有必要建立一个协商和协调机制确保提出的监管要求具有协同性。See International Atomic Energy Agency, The Interface Between Safety and Security at Nuclear Power Plants（INSAG-24, a report by the International Nuclear Safety Group）, Vienna, 2010, pp.8-9.

参考文献

杜彬伟. 国际核恐怖主义的行为特征分析——国外学者视野中的国际核恐怖主义威胁与防范. 《太平洋学报》，2012 年 8 月，第 20 卷第 8 期

高宁. 防范核恐怖主义的国际法对策分析. 《中国人民公安大学学报（社会科学版）》，2007 年第 3 期，总第 127 期

高宁. 国际核安全合作法律机制研究. 《河北法学》，2009 年 1 月，第 27 卷第 1 期

国际原子能机构.《国际原子能机构安全术语：核安全和辐射防护系列》（2007 年版）

“解码海牙核安全峰会”. http://news.163.com/14/0331/11/9OLO8CA900014AED.html，2015-04-15

[美]卡内基和平基金会.《普遍履约：全新的核安全战略》. 世界知识出版社，2005 年

“联合国安全理事会第 1540（2004）号决议”. http://www.un.org/zh/sc/1540/，2015-04-15

“联合国全球反恐战略”. http://www.un.org/zh/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml，2015-04-15

王雷，赵晓乐. 从国际法上看防范核恐怖主义的全球合作. 《法制与社会》，2007 年第 1 期

习近平. 坚持总体国家安全观 走中国特色国家安全道路. http://politics.people.com.cn/n/2014/0416/c1024-24900227.html，2015-04-15

张沱生. 核恐怖主义威胁与中国的政策. 《世界知识》，2010 年第 2 期

Carlton, S. Nuclear security: legal aspects of physical protection, combating illicit trafficking and Nuclear Terrorism. In: International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook. OECD-NEA, 2010

International Atomic Energy Agency. The Interface Between Safety and Security at Nuclear Power Plants（INSAG-24, a report by the International Nuclear Safety

Group）. Vienna, 2010

Sitakanta, M. Nuclear safety-Security-Safeguards: The Intricate Interface. *AIR POWER* Journal, Vol. 8 No. 3, MONSOON 2013 (July-September)

Tetsuya, E. Countries planning to introduce nuclear power generation and the 3Ss: making the 3Ss an international standard. The Japan Institute of International Affairs, June 2009

“中国威胁论”与布什主义的本质：文化、宗教、历史和法律的视角

陈东*

摘要：“中国威胁论”在国际学术界备受争议。本文的目的在于掀开“中国威胁论”的面纱，对“威胁问题”提供某种多视角的分析。“中国威胁论”之所以甚嚣尘上，其本质根源是基于对中国文化的误解、对“大国崛起”的历史经验逻辑的误读，以及，基于基督教文明与中国文化独特性之间的鸿沟和基督教文明先天固有的扩张性。相反地，布什主义（包括但不限于“先发制人论”）是对中国的潜在威胁；而日本，这个处于美国庇护且对于二战的战争罪行毫无忏悔之意的国家，当下及未来对中国将是一个真正的威胁。奥巴马撤出中东“重返亚太”的政策并没有改变布什主义的基石。平等地对待中国是西方的最佳对华策略。中国的统一和稳定，就是对世界和平的最大贡献；任何对“中国威胁论”的支持，则是对世界和平、以及对未来国际法存续的最大威胁。

本文结构：

一、引子

二、所谓“中国的崛起”与“中国威胁论”

三、“中国威胁论”的本质：文化、宗教和历史的视角

四、布什主义与“中国威胁论”：谁威胁谁？

五、中国近两百年的“内忧外患”与国际法的未来

六、结论

一、引子

在过去的二十年，“中国威胁论”早已不是个新鲜词汇。实际上，该种论调可以追溯到 19

*作者现为中山大学法学院副教授。邮址：cd1117@sina.com与本文主题相关的已发表英文版（Who Threatens Whom? The “Chinese Threat” and the Bush Doctrine, V7, N.1, *Journal of East Asia and International Law, Spring 2014*）与英文版初稿在结构、内容等方面差异很大。我在写作时为省精力没有弄中文版，现将未删节的英文版初稿译成中文，供参考。

世纪末无政府主义代表人物巴枯宁的《国家制度与无政府主义》，这或许是学术界第一次提出“来自东方的致命的威胁”。后来，德意志的威廉二世发明了一个新词——“黄祸”，[970]这个词生动地描述出了欧洲人内心深处对于 1895-1900 年间这一世纪转折点的中国人的印象。彼时，中国在军事上败于日本，其后果直至 21 世纪尚未消除。西方基督教以及西方在中国培植的中式基督教被义和团运动扼杀了[971]，这成为包括法国、英国、美国、日本、俄国、德国、奥匈帝国和意大利在内的八国联军侵华战争的导火索。战争结束后，中国被迫签署“另一个不平等条约”，强制中国赔款、保障西方列强对中国的进一步占领。部分欧洲人把黄色皮肤的中国人看作是“未开化的”、愚蠢的蝗虫，会对“文明”造成巨大的威胁，即便这种威胁是潜在的。“黄祸”一词便由此而生。

“黄祸”一说，并没有渐行渐远。尔后，大约自二十世纪九十年代中期以降，某些西方政客和学者提出的所谓“中国威胁论”不绝于耳。这个“威胁”内涵是多维度的，包括经济、政治和军事等等侧面。尽管中国很少被标榜为“流氓国家”（在 1989 年之后的某个短暂的时期可能是一个例外）并且从来没有被布什（George Walker Bush，以下统一简称布什，不称“小布什”）列入所谓“邪恶轴心”的名单，但是，面对布什发布的具有空前侵略性的、激进的“布什主义”这一对外政策，对于中国在当代国际秩序中的战略定位以及中国正扮演的“可能重塑现行国际规则”的角色，来自美国及其盟友的质疑及担忧的心态是可以理解的。

在过去的布什到奥巴马执政的这十余年间，无数的疑问在我的脑海中涌现。中国曾经是、或者现在“就是”对世界的威胁吗？中国将来会对世界构成威胁吗？硬币的另一面则是，在中国的某些学者、部分公众甚至是政客的眼中，美国以及他的附庸们，比如说日本，才是真正的威胁。进一步的必须解惑的疑问是，究竟到底是“谁威胁谁”。

本文试图从一个中国法律人的视角去回答这些问题。不论我提供何种回答，随着大国之间在“意念或想象中的”“威胁与反威胁”关系的轮回变化，国际政治经济秩序以及相应的法律规则也将在不断的构建和重构的进程中演变；我的回答，则或许在消除或减少相互误

---

[970]The introduction of “Yellow Peril” <available only in Chinese>, The Baidu Encyclopedia Website, *available at*http://baike.baidu.com/link?url=WeZEvy1lzuCwEwKcFQA7301YQqm0OroQxxCYcJDQO_cop4PO2vccnvxzvy99qtqAtOFcHjFqTWthaQBDHTbevq , and The Wikipedia Website, *available at* http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%BB%84%E7%A5%B8%E8%AE%BA。Prof. An Chen simplified the issue as“Yellow Peril Theory of Russian and German style”. See, An Chen, *“Chinese Threat”: Sources, Essence of “Yellow Peril” and the Newest Hegemonic varieties*, 33 Mod Legal Sci (XiandaiFaxue) 10-36 (2011). An Chen’s paper indicates a typical emotion of nationalism from a proportion of Chinese top intellectuals.

[971]See generally, JEsherick，THE ORIGINS OF THE BOXER UPRISING(1988).

解误判方面有利于世界和平、有利于国际法律秩序不至于走到崩溃的方向。

二、所谓的“中国的崛起”和“中国威胁论”

对于中国的崛起，美国国务院东亚和太平洋事务局在七年前发布报告称，1978 年以来，中国实现了“大幅度地消灭贫困，以及国民收入的快速增长，这是前所未有的”。[972]尽管中国的系统性的贪污腐化从来没有间断过，地方政府报告的不科学的评价机制也经常有信息错误或夸大其词，但是，至少数据上显示，中国的经济直到今天也一直在保持着高速或中高速增长。从某些关键的经济指标中也能看出这一增长趋势。到 2013 年底，中国的外汇储备增长至接近四万亿美元，是官方储备的最大持有者，其外汇储备的四分之三都是以美元计价的。[973]

“中国的崛起”并非仅仅体现在经济层面。军费预算的增加以及相关的透明度问题也许更值得关切。亚太地区的国家表面上依附于美国，大部分也是担忧中国“潜在的军事威胁”。正如某位观察家指出的：“军事保密对一国来讲是无可厚非的，但是在中国这个一向低透明、高保密的国家，军事保密就非同寻常了。”[974]另外一个令人担忧和感到威胁的舆论是：“应该让中国明白，只要中国维持和平、愿意合作，那么世界各国会欢迎并且协助中国的发展；但是如果中国恃强凌弱、藐视国际规则，就会失去发展机会，壮大反华联盟。”[975]让我在意的是：为什么偏偏是中国？“中国威胁”真的存在吗？

西方的中国观察家们乐此不疲地争论这些问题。晚近十数年的争论源于两篇 1997 年发表在《外交事务》的文章，分别是：理查德·伯恩斯坦（Richard Bernstein）和罗斯·芒罗（Ross Munro）的《与中国即将到来的冲突》（“The Coming Conflict with China”）以及罗伯特·罗斯（Robert Ross）的《作为保守型大国的中国》（“Beijing as a Conservative power”）。这两篇文章被充满好奇心的五角大楼的鹰派和美国国会的人权观察家们所器重，他们大肆叫嚣并警告世人，中国正努力恢复其在东亚的传统霸权地位。[976]“乐观主义者”安慰说，今天中国的领导人无非是想“把重点放在使中国融入到世界体系中去”；而“悲观主义者”则认为，中

---

[972][972]U.S. Dep't of State, Bureau of East Asian and Pacific Affairs, Background Note: China, The U.S., available at http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/18902.htm.

[973]官方数据可参考 http://www.safe.gov.cn.

[974]A.Whiting,*ThePLAandChina'sThreatPerceptions*, 146 The Chin Q 596-615 (1996). 最新一期美国《四年防务评估报告》在很大程度上将关注点放在透明度问题上。该报告虽然并没有直接把中国当做威胁，但可以明显看到中国的影子。

[975]D. Roy, *The “China Threat” Issue: Major Arguments*, 36 Asian Survey 771 (1996).

[976]R. Bernstein and R. Munro, *The Coming Conflict with China*, 76 Foreign Aff.18-32 (1997).

国的中央政府正在寻求“恢复中国在亚洲的历史地位”，觊觎恢复中国历史上传统的朝贡体系，使邻国向中国进贡并承认其宗主国的地位。[977]

对于“中国威胁”是否存在、如若存在则“威胁的程度”究竟是多大，正反两方的争论一直很激烈。其中的一个例子是，学术界的某些人担忧，中国经济影响力的扩大会对美国在拉丁美洲的经济、政治和军事利益构成潜在的威胁。[978]另一个例子则是非洲，中国在非洲的活动已经备受指责。中国在非洲的许多经济活动与传统的毛泽东式“输出革命”毫无关联，并且几乎与所谓共产主义完全脱节；在实质意义上，这些活动被认为是一种新殖民主义，此种论调为“中国威胁论”起到推波助澜的作用。[979]

在战争与和平的问题上，自 1945 年以降，东亚的地缘政治态势一直是复杂的、潜在的并且随时可能爆发的某种混乱，具体表现为中国大陆、台湾、日本、美国之间关系的暗潮涌动。冷战虽在欧洲已经结束，但在东亚，冷战远未烟消云散。传统势力各方之间的不信任感是深刻的。日本和台湾担忧中国大陆经济和政治实力的不断增强。中国大陆担心台湾在美国和日本的庇护下寻求独立。在这种地缘政治环境下，对于美国单边主义的挑衅政策，中国自然要比欧洲更加敏感。

在过去的两三年，钓鱼岛（日本和美国称为“尖阁群岛”）冲突的升级备受瞩目，再加上美国和日本的同盟关系，中日关系也许会陷入危机。“9·11 事件”后，日本实行所谓“借船航行”战略（strategy “to borrow boat to sail”），使最初受制于和平宪法的日美同盟不再是“名义上的同盟”，而成为了“具有实际行动力的同盟”。日本首相安倍晋三——二战甲级战犯的孙子——在许多国际性会议或其他场合不断公开且强硬地叫嚣所谓“中国威胁论”。

是时候揭开这个论调的面纱了。

三、“中国威胁论”的本质：文化、宗教、历史的视角

亨利·基辛格称：“中国文明的一个关键特点是，似乎无法追溯到她的起源；在历史进程中，与其说中国是一个传统意义上的民族国家，不如把她当作一个永久的自然而然的现象。”[980]“传统民族国家”是威斯特伐利亚体系后在欧洲大陆出现的术语，难以用来描述中国。正

[977]P. GRIES, *A “China Threat”? Powerand PassioninChinese"FaceNationalism "*, 162 World Aff.63-75 (1999).

[978]J. Vega, *China's Economic and Political Clout Grows in Latin America at the Expense of U.S. Interests*, 14Minn. J. Global Trade 377 (2005).

[979]S. Mancuso, *China in Africa and the Law*, 18 Ann. Surv. Int'l& Comp. L. 243 (2012).

[980]H. Kissinger, ON CHINA 5, Penguin Books(2012).

如许多中国通们例证的，中国传统上的“天下观”是独一无二的，并且，历史上的中国也一直用一种近乎傲慢的口吻称呼自己为“中央帝国”或“天朝大国”。我所关注的不是对“中华文明独特性”（“Chinese uniqueness”，或可以译为“中国的唯一性”，该种表述在“中国研究”的著述中汗牛充栋）的详细解读，而是中西方文化之间的联系和冲突，比如东西方神秘的宗教，再如所谓“法治”——如果“法治”在中国真正存在的话。我相信，通过这种方式，可以更准确地理解“百年屈辱史”[981]以及“中国威胁论”的本质。

宗教和法律都是社会意识形态的表现形式，都起着规范人们行为的作用。在远古时代，宗教和法律某种程度上就像是硬币的两面。在政教合一的国家，很难将两者截然分开；而在政教分离的国家，二者也有相辅相成之效——布什政府就是最好的例子，我将在下一部分详细阐述。尽管“儒家思想是否某种宗教”一直存疑，但自汉武帝刘彻采纳董仲舒的“罢黜百家、独尊儒术”的建议，儒家思想迄今仍是中国传统文化的中流砥柱。在汉武帝后大约四百五十年，罗马君主君士坦丁一世和李锡尼颁布了“米兰敕令”，确立了基督教的合法性。虽然这两个事件没有多大关联，但从中可以看出，中国和西方的统治者都注重利用宗教，将其作为控制被统治者内心活动的手段，从而进一步加强对国家的控制。

传统中国一直是一个政教分离（以孔夫子思想为内核）和搞偶像崇拜（比如信仰佛教）的国家。传统中国充其量只不过是以“异教”而非赤裸的“反基督教”进行统治的国家，于是，在基督教国家看来，他们应该向中国传播福音，而不是去灭掉中国。欧洲天主教堂是在中国进行传教的先行者。美国独立之后，美国的传教士们也陆续来到中国宣扬基督教新教的教义。对于当时的中国人而言，基督教是一个极度排外的、以自我为中心的外来文化，进而，它在近代中国的传播遭遇了阻碍，并且引发了一系列的典型事件，比如天津教案（中国和西方的基督徒被杀害）、义和团运动以及中国在十九世纪末二十世纪初对马克思主义的迅速接受。传教士利用基督教使中国人相信上帝并且征服中国的野心和“崇高使命”因之付诸东流。

另一方面，基督教文明对中国的法律文化的影响则一直是存在的。比如，在晚清，第四次传播基督教的活动[982]就对中国的法律文化（法律观念、体制乃至法律学科的建设等方面）

---

[981]毫无疑问，美国的顶级知识分子们深知，日本和欧洲列强给中国带来的耻辱已经是不可辨驳的事实。 See, S. Huntington, THE CLASH OF CIVILIZATIONS AND THEREMAKING OF WORLD ORDER 105 (2002).但，“百年耻辱史”背后的历史细节及相应的成因和“反思”，学界的激烈争论依然存在。

[982]在中国历史上共有四次基督教传教活动。但是唐朝（618-907AD）、元朝（1271-1368AD）以及明朝（1368-1644AD）的三次传教活动都是基于平等的文化交流，基督教与中国当时的政治及法律没有直接的联系。利玛窦（1552-1610）是传教活动中贡献最突出的一个，他是将代表中国传统文化内核的《四书》翻译成拉丁文的第一人。

起到了不可忽视的作用。最明显的例子就是，现代中国的法学教育之门是由西方传教士开启的。清末的总理衙门建立了京师同文馆。一个叫丁韪良的美国传教士被聘请到京师同文馆教授万国公法，并且长期担任学校的教务长。丁韪良也担任过京师大学堂（北京大学的前身）的教务长和督导。他将法学教育纳入教育总纲，并聘请外国传教士作为翻译人员。实际上，在丁韪良等传教士从事法学教育和翻译工作以前，“法学教育”、“国际法”或曰“万国公法”等语汇从未被中国的官员和儒学家们所知晓，更不用说普通百姓了。我们必须承认，传教士的活动对中国有相当大的贡献，但，一个耳熟能详的说辞是，“在这个过程当中，西方新教徒和天主教徒却被帝国主义拿来作为侵略中国的工具，某些西方教士扮演着可耻的角色”——这在 1949 年后的中国中学教科书中被反复重申。这个逻辑听起来的确是有些荒谬的。然而，我想说的是，纯粹外来的基督教文化与中国传统文化确实存在着激烈冲突，并且，这种文化的某种意义上的所谓“侵略”是与鸦片战争后中国“百年屈辱史”相生相伴的。

与所谓“侵略”问题相随的是，基督教基本教义与中国传统文化之间的巨大差异和鸿沟一直是一个无法避免且必须回答的问题。最明显的鸿沟，大致为以下四点：（1）谁是世界的创造者，上帝还是人类自己？（2）“罪感文化”与“德感文化”；（3）“神爱”与“仁爱”；（4）基督教固有的扩张性与中国文化的隐忍性。

1. “神创说”与“人创说”

一方面，基督教教义明确指出人与上帝之间存在着一条不可逾越的界限，[983]上帝的超越性的神性维度使其具有沟通“有限”与“无限”的可能。在中国的传统文化中，人与（各类）神之间并没有明确的内在的区分，人与神的相似性与亲近关系导致难以形成截然分立的此岸世界与彼岸世界；也可以说，无论人或神，都同处“现世”之中、“现世”并非神创。随着古代的宗教信仰与民族意识在历史发展中渐渐融合，中国人逐渐被认为是一个充斥着现实主义和功利主义而宗教意识淡薄的民族。千百年来，“不成功便成仁”、“成王败寇”的教条深深植根于中国传统文化之中，便是佐证。另一方面，传统的基督教在其发展过程中自始至终强调上帝的唯一性、绝对性和完整性，而中国传统文化中的“诸神”的身份是多元的和不确定的，致使中国文化中缺少对唯一神的信仰传统。因此，从这个角度来看，自 1949 年

[983]比如，伊甸园的禁令，违反及其后果。THE BIBLE,Genesis 2:16-17, ;The story of the tower of Babel, THE BIBLE ,Genesis 11 .

迄今，对于中国人“没有信仰”的批评，似不能仅仅归咎于中国共产党所支持并宣扬的“无神论”。

2. “罪感文化”与“德感文化”

通常来说，多数中国人比较难以理解基督教所称的“原罪说”。中国传统文化中对“罪”的理解主要是指犯法和实际恶行，而基督教中的“罪”则是指人类与上帝关系破裂之后所处的孤立状态、是此种孤立状态随之引发的人自身对背离理性的自觉认识。[984]“罪感”是把个体生命与超绝的神性意义联系起来的动因，是把人与神联系起来的第一个环节，他使人意识到自己的自然状态在价值形态上的非自足性。然而，在中国的传统的“德感文化”的熏陶之下，中国人的个体心态已经是绝对的充盈自足体，而没有外在的上帝之存在的必要。比如，“王道美政”[985]、“天人合德”[986]的落脚点还是将一切的价值规定留给了君王或现世的人。并且，德感文化从未将“君主或政府本性即恶”作为不证自明的先在假设，因此，自然难以形成“有限政府”的宪政理念和制度环境。也难怪，人们把难以在中国建立“法律规则”的原因归咎于，两千多年来贯穿并主导中国政治始终的是传统的“道德规则”，而不是“法律规则”。正如余英时所断言，中国文化中的“内向超越”与基督教的“外在超越”[987]存在着尖锐的矛盾。在第三代领导人——江泽民时代，“道德规范”（“以德治国”）也经常在政府报告中与“法律规范”如影随行，就是最典型的例证。直到现在，虽然在习近平当政时期，中国共产党的正式文件中并没有出现“以德治国”的字样，但这是否意味着“依法治国”就能够植根于中国，仍须拭目以待。在我看来，如若仅从宗教和文化的维度思考，很难想像中国会存在与美国类似的宪政理念、进而变成一个在宪政体制上的“美国化的中国”。

3. “神爱”与“仁爱”[988]

基督教中，耶稣无私地爱所有的人，十字架事件就是这种无私之爱的显现。[989]在上帝面前人

[984]在亚当和夏娃违反神的禁令，偷吃了能够分辨善恶的禁果以后，他们懂得了羞耻。接着，他们的眼睛被打开，发现自己衣不蔽体，于是，他们将树叶缝制在一起来遮盖身体。THE BIBLE, Genesis 3:7.
[985]Dim Cheuk Lau, MENCIUS 2-3, 6-8, 10-13 (2003).
[986]R. Grousset, THE RISE AND SPLENDOUR OF THE CHINESE EMPIRE 14 (1953).
[987]OuYangbin, *Yu Yingshi-It Would be extremely Difficult for China to Turn Around*<available only in Chinese>, N. Y. TIMES CHIN, *available at*http://newsletter.nytcn.net/article/bcc467c18946c4128589619f2d0ea6bb/.
[988]J. Legg, THE ANALECTS OF CONFUCIUS Book 12, available at http://ebooks.adelaide.edu.au/c/confucius/c748a/book12.html.
[989]THE BIBLE (KJV) John 19.

人都是平等的，这种爱带有普世性质。[990]但这并不是说历史上的和现今的基督教就不存在等级、就不存在歧视了。儒学中的“仁爱”思想其实与等级分明的“礼”须臾难分。孟子曾对人伦关系做了归纳，称为“五伦”，其中“君君、臣臣、父父、子子”最为重要。[991]这些规则将自然人伦扭曲为一种等级森严的宗法人伦。这些主要特点，在当代中国社会和政治架构中也并无实质改变。至于“国际”关系，中国古代的统治者认为，强权国家（中央帝国）与弱小国家联系的唯一纽带就是仁爱——前者对后者的仁爱。中央帝国想要教育、感化、控制、保护被其称作“蛮夷”的弱小国家，以彰显统治者的仁爱。[992]

以利玛窦为代表的传教士自明末至二十世纪初在中国有着漫长的传教历程，有的人奉献了毕生的经历，但福音在中国的传播仍旧举步维艰。这不仅仅是因为马克思主义迅速为中国所接受，而且源于以“仁爱”为中心的根深蒂固的等级文化，源于充斥着现实主义、功利主义而宗教意识淡薄的传统文化，源于大多数的中国人的思想中从来没有存在过唯一的完整的神——不管是哪路神仙，即使存在，也只存在于他们的灵魂当中，而不是外在的世界。我以为，要理解中国人面对和解决内忧外患的态度（详见下文），有两点是不可忽视的：寻找“明君”并为其鞠躬尽瘁（其潜台词是“君不明或君不仁则随时可以更换或推翻之”）、服从上级以寻求一个稳定且和谐的世界。

4. 基督教固有的扩张性与中国的隐忍文化

既然是绝对信念的追求，基督教自始至终站在最高点俯视众生，其救世的渴望、使命感、优越感从未停歇。[993]此种与生俱来的优越感与“歧视”简直就是孪生兄弟。譬如，历史上的基督教是西方种族主义的来源之一。这一方面表现在基督教对于宗教异端的歧视与压迫——这在《圣经》中就有所反映，比如自然死亡的动物以色列人不能吃、但可以卖给外邦人吃；借给本族人的钱财和粮食不可以取利，而借给外邦人则可以取利等。另一个例子则表现在白人对基督教的主导性方面。对于西方大多数神学家和基督教徒而言，上帝的肤色也许根本是不证自明的——上帝理所当然是白人，这可以从诸多宗教绘画作品中找到佐证。作为基督教牧师的马丁·路德·金凭借自己的勇气和才干积极参加反对种族隔离制度的斗争，在全

[990]THE BIBLE (KJV) John 3:16.

[991]*Supra* note 19, at Chapter 11. 需留意的是，孟子和孔子的思想存在不同，孟子主张“民贵君轻”，这也是历史上一些帝王诟病孟子的原因。

[992]Jingshen Tao, *Barbarians or Northerners: Northern Sung Images of the Khitans*, in CHINA AMONG EQUALS: THE MIDDLE AND KINGDOM AND ITS NEIGHBORS, 10th AND 14th CENTURIES, 66-68 (1978).

[993]He said to them, go into all the world and preach the good news to all creation.THE BIBLE ,Mark 16:15 .

美甚至全世界引起了极大反响，树立了基督教理想与被压迫种族人权斗争的典范。然而，即便如此，基督教本身对异教的歧视本性从来没有根本性的改变。

从历史上看，基督教作为一种在世界上具有强势地位的宗教，往往习惯于将普世性、超越性和排他性视为其理所当然的应有之义。普世性乃超越人类存在之时空的意义；超越性乃其神秘性的源泉；排他性则是指在本质上的唯我独尊、傲视群雄及其排斥其他宗教的心态。基督教文明具有强烈的扩张性，先后造就了罗马帝国、大英帝国和二战后的美利坚新帝国，并由武力的扩张演变为资本的扩张和福音的扩张；基督教为西方文明的扩张注入了“传播上帝福音”的道德动力。因为基督教，才有了 15、16 世纪的航海开拓；欧洲人不止为了寻求新的贸易机会，而且还有向蛮荒传播基督教福音的使命感。比起东方的儒佛道精神，基督教富有外在的侵略性；基督教徒除了自己笃信，还要向外布道，与中国低调内蕴与世无争的精神侧面恰恰相反。基督教成为强势信仰，自耶稣十字架事件的那一刻开始，已经为西方文化定了位，也为基督教“入侵”中国 170 年多年埋下了伏笔。自十九世纪中叶的基督教文明世界以武力逼迫中国开放市场的鸦片战争，到二十一世纪初的中国主动加入被个别美国学者描绘成“新自由主义霸权的代表”的基督教治下的 WTO，[994]无论是否伴随着弥漫硝烟抑或剑影刀光，此种基调的本质并无改变。

中国文化和传统中根本的最普遍的因素就是儒家思想与法家思想，而在纷争不断的上世纪，西方文明和马克思主义也对中国造成了巨大的影响，其中不乏军事冲突与翻天覆地的社会变革。1840 年是中国社会变革的肇始。在此之前，儒家思想一直是调整社会行为的主导规范，而所谓的法家思想——完全不同于基督教文明下的“法”之内核，自秦始皇（259BC—210BC）以降迄今都是统治者的主要工具。鸦片战争后，西方新旧殖民者的入侵使“天下崩溃”，雪洗百年民族屈辱史以及恢复中国“平等国家”地位的努力成为中国式变革的主要的甚至是唯一的动力和历史使命。习近平主席反复强调的“实现中华民族的伟大复兴”只是鸦片战争后这一历史使命的延续，并且伴随着大多数中国人的持久和不懈的强力支持。中国要的是在世界之林中的“平等”，而非霸道和强占。

由此，我可以肯定地说，所谓“中国威胁论”的本质，其实并不存在任何“威胁”的

---

[994]M. Abélès, *Globalization, Power and Survival: An Anthropological Perspective*, 79 Anthropological Q 499 (2006).另详见拙作，《评<手把手地教导中国：GATT 究竟为何物>——兼论“基督教治下”的 WTO 法律文化对中国法治的影响》，删节版载于《国际经济法学刊》第 19 卷第 1 期，北京大学出版社 2102 年版；未删节完整版载于曾华群、杨国华主编：《WTO 与中国：法治的发展与互动——中国加入 WTO 十周年纪念文集》，中国商务出版社 2011 年版。

因子，所有对“中国威胁论”的臆想都是源于一系列的误解——对中国文化的误解，对历史事件和所谓大国崛起的历史经验逻辑的误读，尤其是，对千百年西方基督教文明与中华文化独特性之间的潜在鸿沟的有意忽略，以及对基督教文明先天固有的扩张性的视而不见。

四、布什主义与“中国威胁论”：谁威胁谁？

“民族国家”的内涵尽管在威斯特伐利亚体系建立前后有所变化，但无可否认的是，大国对“国家间”规则的建立和重构都是为了满足他们真实的或可感知的利益。我这里用的“利益”一词，还包括了心理上的某种“使命感”的满足，即便此种“使命感”与真实的国家利益可能没有直接的关联、甚至在一定时期可能对国家利益存在负面影响（过去 20 多年，美国在中东的存在和战争及其后果即为例证）。举例来说，海洋法、空间法、贸易法等一直都是为大国的利益而服务、反映霸权者的利益，不论是罗马、西班牙还是英国、美国。[995]“布什主义”某种程度上就是试图建立当代的国际战争法，企图以多边条约的形式明确先发制人战略的合法性，即使这种企图很可能违背传统的国际法理。[996]国际法学者对“国际霸权法”（international hegemonic law）的出现普遍表现出深深的担忧，因为国际霸权法的使命就是为了迎合霸权者——唯一的超级大国——的安全需要和利益需求。[997]对布什先发制人的对外军事策略的尖锐批评出自美国国际事务学者约翰·艾肯伯理（John Ikenberry）之口，他形容布什的政策是一个“伟大战略”，是“美国追求单极世界，消灭能于之匹敌的竞争者的基本保证的开始”，这个政策会威胁到世界，“使世界陷入危险和分裂——同时也使美国自己陷入不安全之中。”[998]

布什主义出台之初，严格来讲，是针对恐怖主义和大规模杀伤性武器的，似乎与所谓的“中国威胁论”没有直接的联系。不过，事情并没有看上去那么简单。在过去的 26 年，有关中国的人权问题引发了很多关注，包括但不限于“人权主义干预”及其与国家主权完整之间的冲突。1999 年，北约在科索沃问题上对塞尔维亚的干预是违反当代国际法的，然而，有论者明确主张，该事件却或多或少产生了某种“法律确信”（*opinio juris*），外国势力介入一主权国家、阻止该国统治者的大清洗和种族灭绝行为，即使不合当时的国际法，但是至少

[995]See generally N. Krisch, *International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order*, 16 EuR. J. INT'L L. 369 (2005).
[996]很多文章把关注的焦点放在布什主义合法与否的争论上，硬币一面的探讨已经很充分。我本人站在反对的立场上。Citations of the academic works omitted.
[997]B. Jones, S. Forman and R. Gowan, COOPERATING FOR PEACE AND SECURITY, IN EVOLVING INSTITUTIONS AND ARRANGEMENTS IN A CONTEXT OF CHANGING US SECURITY POLICY,Preface (2013).
[998]See generally G.Ikenberry, *America's Imperial Ambitions*, 81 Foreign Aff. 44 (2002).

是合理的，尤其当这种干预是多国不约而同所为的时候。[999]那么，我们不禁会问，有西方干预的天安门六四事件在将来会再次发生吗？未来是否会存在多国一致进行国际干预的可能呢？甚至是先发制人的军事干预？另一个想象的例子是，让我们假定焦灼的中日关系在未来会引发军事冲突（不管机会有多大），先发制人的战略都会产生相同的疑问。布什主义，从狭义上理解，也许只是针对恐怖主义。然而，从国际法规则的转换以及国际法基本原则的角度来看，布什主义势必要与“不干涉内政原则”产生激烈的冲突，而“不干涉内政原则”不仅仅是中国一贯主张的对外政策，也是威斯特伐利亚体系以来国际法的基石之一。也就是说，一个固守布什主义的美国，即使在奥巴马执政时期或之后没有实际实施布什主义，对中国也是一个潜在的威胁；同时，受到美国庇护的、对二战罪行毫无悔过之心的日本，现在是、并且终将会是中国真正的威胁。[1000]

这里，有必要回顾一下美国《国家安全战略报告》（NSS）上关于布什主义的前提性文字表述：

“我们必须接受这样一个概念，敌方的能力和目的会对我们构成迫近的威胁。流氓国家和恐怖分子不会用传统的方式攻击我们，他们明白这种攻击会失败。相反，他们依靠恐怖袭击，潜在地，运用大规模杀伤性武器——这些武器便于隐藏和运输，可以在没有任何预警的情况下发动。”[1001]

为了摧毁**流氓国家**核武器的使用，美国将采取先发制人的战略，但是这种战略如何能在联合国宪章下取得合法的地位，学者们提出了一些看法。其基本立场可以表述为：像伊朗和朝鲜这样长期保持现实武力攻击可能的国家，这些国家本身就使美国的先发制人战略在国际法下取得了合法性。[1002]我所关注的焦点是，在法律术语文本中“流氓国家”的准确含义和定义。遗憾的是，我没有在任何国际法律文件及学理解释中找到该词的准确含义。布什自己也没有提供一个准确的定义。“流氓国家”的一个可替代的术语也许可以表述为“拥有大规

---

[999]B Brown, *Humanitarian Intervention and Kosovo: Humanitarian Intervention at a Crossroads*, 41 WM. & MARY L. REV. 1683 (2000).

[1000]早在 2010 年 11 月，美国国务卿希拉里·克林顿宣称，钓鱼岛应由《日美共同合作和安全条约》管辖，致使矛盾进一步升级，中美关系越发紧张。

[1001]白宫发布的《国家安全战略报告》发展了这一原则。TheWhite House, *The National Security Strategy of the US of America,* The White House Website (Sep. 17, 2002),
available at http:/lwww.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf(last visited on Mar. 25, 2014.

[1002]G.Maggst, *HowThe USMightJustify APreemptive StrikeOnARogueNation's NuclearWeaponDevelopmentFacilities UnderTheU.N.Charter*, 57 Syracuse L. Rev. 465 (2006).

模杀伤性武器的独裁者”。[1003]我们或许也可以说，之所以没有准确的定义，其意就是要留给最强大的国家来自由裁量。萨缪尔·亨廷顿曾明确声称，世界上的许多国家将美国看作“流氓强权国家”，或曰“入侵者、干涉主义者、剥削主义者、单边主义者、霸权主义者、伪善者”。[1004]但是，没有人知道中国是否曾为流氓国家，[1005]比如，1989 年 6 月 4 日前后一两年的中国。也没有人知道，布什及其继任者们是否会以审查其他国家的态度来决定中国是否“流氓国家”。此外，对三个“W”的表述进一步揭示了布什主义的灵魂：“只要存在恐怖组织或来自一国的可能的威胁，不论何时何地，都应该立刻将其消灭，而没有必要得到国际社会的支持。”（“*whenever and wherever* a terrorist group or *possible* threat from a state is located, it should be destroyed *without necessarily having the support of the international community*”）[1006]中国是否被列入“流氓国家”实为生死存亡的大事。作为联合国安理会常任理事国的中国，自然而然会警惕联合国集体安全机制的某种可能的变异，不论未来可能的威胁来自何方。

这只是布什主义其中的一个维度。布什主义的内涵不只是军事层面的先发制人那么简单。布什相信他从上帝那里得到了使命的召唤，他的激进行为屡次证明，他意欲完成一些宏图伟业来让他的批评者们大吃一惊。[1007]相比近些年来其他几位总统，布什的执政更依赖于信仰。[1008]毫无疑问，美国是一个政教分离的国家。一位总统的个人宗教信仰不应该对他的政治生涯造成过多的影响。但是，尤其是在布什身上，情况却恰恰相反。在他竞选总统时，他多次并毫无掩饰地表达过自己的宗教立场，并由此从福音派基督教那里得到了可观的支持。根据美国《国家安全战略》报告书的内容，布什主义包含四个关键内核，并且这四个内核都与福音派基督教有着千丝万缕的联系。**第一**，极度自信、毫不犹豫地进行单边行动；而单边主义的立场则是福音派基督教的显著特点。[1009]福音派基督教甚至坚信，所有的类似于联合国的国际组织都是反基督教的存在。[1010]这完全与布什对伊拉克的行事作风相契合。**第二，**“邪恶轴心”。“邪恶”这一术语本身在基督教里面是用来形容魔鬼撒旦的，布什自己当然明白这一

[1003]*Remarks by the President at 2002 Graduation Exercise of The US Military Academy at West Point,* The White House Website (Jun. 1, 2002), *available at* http://whitehouse.gov/news/releases/2002/06/ 200206013.html (last visited on Mar. 25, 2014).
[1004]S. Huntington,*The Lonely Superpower*, 78 Foreign Aff. 35-49(1999).
[1005]The attempts to place Chinese adherence to international law in a wider context apparently reflect residual concerns about the motives and quality of commitments of a former “*rogue*” State which is rapidly evolving into a global power, having already achieved a prominent regional status. R. Mushkat, *China's Compliance with International Law: What Has Been Learned and the Gaps Remaining*, 20 Pac. Rim L. &Pol'y J. 41-69(2011).
[1006]*Supra* note 32.
[1007]P. Gordon,*The End of the Bush Revolution*, 85 Foreign Aff. 75-86 (2006).
[1008]S. Mansfield, THE FAITH OF GEORGE W. BUSH 59 (2004).
[1009]M. Rozell and G. Whitney, RELIGION AND THE BUSH PRESIDENCY 216 (2007).
[1010]D. Oldfield, *The Evangelical Roots of American Unilateralism: The Christian Right's Influence and How to Counterit*, Foreign Policy In Focus 15-17 (2004).

术语的宗教内涵。同时，他还用“十字军东征”来概括“布什战争”的属性。在美国，三分之一的基督徒称自己为福音派；而许多福音派基督徒相信，与反基督教派大战一场之后，在中东就会迎来耶稣的复活。[1011]**第三**，先发制人战略。这个战略起源于布什对经典作品《上帝之城》中奥古斯丁对“正义战争理论”的理解：“必须先发制人并且一定能够胜利，因为上帝和我们同在”——用的是标准的布什主义口吻。**第四**，美国的使命是帮助其他国家实现民主。福音派基督徒和其他基督教教派的主要区别是，福音派更执着热衷于向外界布道。布什把自己当作摩西，认为美国的价值观是最真实最完美的，应该散播宣扬到全世界。就像布什的某位同盟者曾提到的：

“尽管我们不能像可口可乐或肯德基一样将民主出口到国外，但是我们可以在有需要的地方以适度的武力来建立和培植民主势力，这些地方充斥着基地组织这般试图用中世纪的邪恶替代现代邪恶的团体。虽然这种被培植出的现代化看起来不同于我们的现代化体系，也不能像我国的体系一样起作用——也许这些国家不得不保留仁慈的寡头政治体制或者维持某种原始部落传统而非个人主义至上——但是，对于我们和这些国家的人们来说，我们在这些国家培植出的民主力量也总比这些国家现在的独裁政体或者激进的伊斯兰原教旨主义者控制下的神权政体要好得多。”[1012]

尽管中国的经济增长已经客观上提高了对司法改革的需求，但是许多批评家仍旧诟病中国法制不健全、司法不独立、掌权者醉心于贪污腐败。一言以蔽之，中国是一个“缺乏民主的独裁国家。”怀着散播美国式民主和在全球促进言论自由的希冀，美国想要阻止国内的科技公司在“极权体制”或“互联网限制”的国家开展业务，中华人民共和国就包括在这些国家之中。[1013]

就算中国可能会试图利用其经济上的优势在世界其他地区寻找政治上的支持，然而，囿于儒家思想中固有的隐忍精神，中国也不会利用其经济强势地位去迫使贫困国家全盘接受自己的政治理念及意识形态。文化大革命中的“输出革命”是个一去不复返的例外。这是一

[1011]T. Carver, *Bush Puts God on His Side*, The BBC Website (Apr. 6, 2003), *available at* http://news.bbc.co.uk/2/hi/2921345.stm.
[1012]Michael D. Huckabee, *America's Priorities in the War on Terror Islamists, Iraq, Iran, and Pakistan*, 87 Foreign Aff. 155 (2008).
[1013]Paula Bruening and Leslie Harris, *Global Online Freedom Act of 2007, H.R. 275, 110th Cong. Memorandum from Ctr. for Democracy & Tech.* The Center for Democracy and Technology Website (Jul. 12, 2006), *available at* http://www.cdt.org/international/censorship/20060712cdt.pdf (last visited on Mar. 25, 2014).

段永远逝去的灾难性的历史，大多数中国人的内心深处对其有着极度的厌恶和抵触情绪。[1014]即使中国在经济上真的能够与美国相匹敌，中国也不会像美国一样，用经济影响力去强迫美国放弃自己的政治和法律体系而接受中国的政治理念及意识形态。

再说说军事层面。中国已经公开承诺“不首先使用”核武器，而美国却没有这么做，我们也不可能指望它会这么做。[1015]阎学通说，传统中华美德能够保证一个强大的中国也将会是一个友善之邦。中国的传统文化将靠武力攫取利益看做是可耻的行为。中国功夫，对“中国的军事和政治有着非常重要的影响”，其荣誉准则教导人们，武术应该被用来“强身健体和自我防卫，而不能被用来欺凌弱小”。传统的道德像中国功夫一样教育人们，战争必须基于正义。因此，如果今天中国的领导人“决定是否使用武力，他们将在很大程度上受制于正义原则的要求”。[1016]

幕后的真正的问题是日本。对于大多数的知识分子和政治家而言，一个已经达成的共识是，“日本自身也明白，其国内的军国主义复活将会激起其他亚太国家组成反日同盟，最后或将导致日本自取灭亡。”[1017]然而，日本的两位首相，小泉纯一郎和安倍晋三似乎对这个共识视而不见。日本军国主义的复活，包括核武器的扩充，[1018]早已彰显它意欲再次对中国形成实质威胁的野心。

历史和地缘的因素使得中日关系对冲突格外敏感。中国的侵略史跟日本相比根本不值一提——历史上，中国从未侵犯过日本的本土。从日本的角度把中国当作威胁，在逻辑上是愚蠢和荒谬至极的，[1019]日本唯一可能担忧的是中国未来的报复或者是索要二战的赔偿。日本并没有领悟，一个意志坚决的中国会有什么样的动作。中国近期在东海和南海以及钓鱼岛的领土争端问题上表现出的一定程度的“好斗”，仅仅应该被视为，中国已经厌倦了日本屡屡挑衅中国底线的一种正常且合理的反应。外交部长王毅在一年一度的全国人民代表大会的新闻发布会上，就边界问题主张：“不论从历史的角度，还是依据主权原则，都没有任何妥协的余地。”在回答当代中日关系与一战前德英关系的比较这一问题时，王毅用从未有过的严

[1014]文化大革命是二十世纪最大的政治动荡和社会剧变，这一时期，法治完全被破坏，对任何文明来讲，都是最成功的文化自杀运动。本质上，我认为文化大革命在某个侧面是另一场义和团运动；该运动的其中一个功效是，再一次地针对西方法治和基督教、并将他们剔除出中国。

[1015]C. Peloso, *Crafting An Updated Nuclear Non-Proliferation Treaty: Applying The Lessons Learned From The Success Of Similar International Treaties To The Nuclear Arms Problem*, 9 Santa Clara J. Int'l L. 309 (2011).

[1016]Xuetong Yan, *China's Post-Cold War Security Strategy*, 5 ContemIntRelat 6-7 (1995).

[1017]Stephen M. Walt, THE ORIGINS OF ALLIANCES 17-26 (1987).

[1018]R. Whymant,*Japan May Go Nuclear, Hawk Tells Beijing*, THE TIMES, Apr. 8, 2002, *available at*http://nuclearno.com/text.asp?2526; D. Plesch, *Without the UN Safety Net, Even Japan May Go Nuclear*, THE GUARDIAN, Apr. 28, 2003,*available at*https://www.commondreams.org/cgi-bin/print.cgi?file=/views03/0428-05.htm.

[1019]D. Roy, *Hegemon on the Horizon? China's Threat to East Asian Security,* 19Int Sec 149-168 (1994).

肃语气答称：“现在是 2014 年，早已不是 1914 年，更非 1894 年。”[1020]全国人民代表大会在 2014 年 3 月前批准了两个新的全国纪念日，一天是为了纪念抗日战争的胜利，另一天是缅怀南京大屠杀的受难者，彰显中国力图维护二战后国际政治和法律秩序的决心。

咱们接着把目光转向日本最重要的“同盟”。美国在冷战时期对外政策的一个基本特点就是所谓包容性——只要反对共产主义，不论该国政体如何，美国都愿意接纳。美国与苏联展开军备竞赛，其施行的持续全面的敌对政策最后导致苏联的解体。中国与美国从来就没有根本上的利益冲突。是日本偷袭珍珠港导致了反法西斯同盟的成立，随后使中国和美国有机会在战后国际秩序重建过程中共同发挥重要作用。美国的智囊们非常清楚大和民族的本性。然而，自 1949 年后，中国就没有做过一天的美国的“盟友”。这也许真的是因为中国对外一贯坚持“不结盟政策”，但是，表象背后真正的原因往往是意识形态。历届美国总统和他的同僚也不可避免地提出同样的疑问：谁才是“真正的盟友”。对于那些“民主的”并且对美国价值观有着强烈的或貌似强烈的信仰的国家，包括日本在内，可以做出肯定性的回答。布什主义的核心本质，也是类似性质的追问与回答。

进一步需要观察的是，有的学者一直在试图论证“中国看起来比日本更易发动武力”。相应的“理由”包括：首先，日本政府是民主的、稳定的，而中国属于典型的第三世界国家，是独裁的、不稳定的。第三世界国家的统治者往往对外采取挑衅性的行为来转移民众对国内政治问题的注意力。[1021]没有国内的民主，就没有理由期待一国对外做出温和的行为。如同沈大伟宣称的那样，中国“国内的分裂化越严重，其对外的对抗性就越明显”。[1022]第二个原因是，中国是一个不满足于现状而企图变革的国家，而日本则基本安于现状。日本已经从现有的国际秩序中捞到了巨大的好处，其经济的发展与现存的国际环境能够恰到好处地彼此依赖；而中国则相反，中国一直在努力完成统一大业，恢复在西方国家中的声望，雪洗百年民族之耻。[1023]我不会说，这些理由都是无稽之谈。事实上，李鸿章早在 1863 年就警示，日本将会成为中国安全的主要威胁。李鸿章是看透日本真面目的第一个中国人。类似地，在如何看待中国的问题上，西方的大部分学者没有亨利·基辛格和杰罗姆·艾伦·科恩（Jerome Alan Cohen）的眼光，也不算是奇怪的事。科恩近年在中国大陆的人权保护斗争中投入了不少精力，周永康担任中共中央政治局常务委员的时候，科恩曾着实为周永康权力下的中国法治的倒退感到

[1020]Xinhua, *China Vows No Compromise with Japan on History*<available only in Chinese>, The China Daily Website (Mar. 8, 2014),*available at*http://www.chinadaily.com.cn/world/2014-03/10/content_17335302.htm.

[1021]*Supra* Note 50, at 160-1.
[1022]D. Shambaugh, *China's Security Policy in the Post-Cold War Era*, 34 Surv 89 (1992).
[1023]*Supra* Note 50, at 162.

深深的忧虑。[1024]相比科恩，亨利·基辛格更倾向于实用主义的路数。[1025]即便他们的使命感或“主义”略有分歧，但两位智者都未曾也无法否认中国独特的历史和文化，否则就会轻易地陷入一个强盗式的逻辑陷阱：因受害者军事实力的增强，强盗感受到了威胁，受害者反倒要被责难；抑或，中国自卫能力的增强，暗含着对强盗造成了威胁的意味。前文提到的“中国比日本更易动用武力”就是这种强盗逻辑的体现。

五、中国近两百年的“内忧外患”与国际法的未来

穆尔（B. Moore）在其著述中声言，在现代化的过程中，英国、美国、法国、日本、俄国、德国和印度等社会都经历了“颠覆性的历史挑战”，但是惟有中国的现代化“几乎完全没有依靠中央政府。中国的政体，其中的许多关键特征已经绵延几个世纪，却在西方（自1840 年鸦片战争后）的影响下，在不到一百年的时间里分崩离析。”[1026]此种历史上的“中国/天朝中心主义”被连根拔起，使国人丧失了对国家的历史认同感，于是统治阶层试图依靠意识形态来重建他们的国家。从历史脉络看，统治者大致有四次机会去努力寻求国人对国家认同感的恢复并使国家复兴：（1）十九世纪中后期开始，至 1898 年百日维新的失败而告终；（2）1911 年到 1949 年的革命，中国在这段时期面临深重的内忧外患，尤其是日本对中国的侵略给中国造成了最致命和最久远的伤害，致使中国的现代化戛然而止；[1027]（3）1949 年后，国际环境趋于和平，但中国国内却非常“折腾”（英文一般译为“Z-turn”，一个流行的网络用词，意思是“搞来搞去却没有任何实际意义、甚或只有负面效果”）；（4）习近平掌权以及他的“中国梦”蓝图，这也许是中国最后一次寻求和实现民族认同感的机会了。

自 1979 年“改开”以来，中国已经不再是一个纯粹的极权主义国家了。中国现在的政治秩序渐渐变成了威权主义，已经与毛泽东治下的极权主义迥异。不得不承认的是，在对外开放政策的引导下，中国的经济和社会已经实现了跨越式发展。然而，中国的“内忧”一直是阻碍中华民族“伟大复兴”的最大障碍。这些内忧包括但不限于：（1）经济改革中的新自由主义，伴随着政治架构的高度集权化，为中国的经济发展留下难以消除的巨大隐患，国际

[1024]这是在 2013 年香港举办的国际学术会议上，科恩与我进行的私下交流时表达的忧虑。科恩了解中国，了解中国政治尤其是中国的法律文化。在其半世纪前发表的论文中，他突出强调了中国法律的本质。不过，他没有将中国语境下的“法”的真正含义与基督教文明的“法”进行比较。他在当时声称：“传统中国的法律主要是统治者推行儒家社会规则的工具，进而约束乱民，达到专制统治的目的”J. Cohen,*The Criminal Process in the People's Republic of China: An Introduction*, 79 Harv. L. Rev. 472 (1966).

[1025]基辛格所采实用主义路数，在他近期的著作有明显的反映。*supra* Note 11.

[1026]B. Moore, Jr., SOCIAL ORIGINS OF DICTATORSHIP AND DEMOCRACY: LORD AND PEASANT IN THE MAKING OF THE MODERN WORLD 182 (1993).

[1027]20 世纪早期的启蒙运动，其最初目的是为了挽救民族危亡，日本的侵略使改革被迫升级为革命。

经济关系的紧张态势将持续相当长的时期；（2）所谓统治合法性，主要依赖经济增长率和人民生活水平的改善，大部分的政治问题（尤其是“维稳”）通常依靠武警和民警来解决，尤其是在周永康任中央政治局常委时期；（3）贪污腐败盛行之下伴随着较高的基尼系数，引发了民众的仇富心理和对政府及其各级官员的敌对情绪；（4）“精神空虚”和“道德缺失”在全国持续蔓延，人们把金钱作为衡量“成功”的唯一标准，不计子孙后代利益的竭泽而渔弥漫全社会；（5）地缘政治、社会、宗教和文化的冲突愈发复杂和令人担忧，中国大陆晚近发生的多次恐怖袭击就是明证。[1028]

对于“内忧”的第一点表象，我相信，某些西方人看到“一个欣欣向荣的国家笼罩在高度专权之下”会觉得不可思议和无法接受。需要强调的是，我们不应该遗忘历史悠久的中央集权制下的简单的中式逻辑，自 2236 年前中国第一个大一统王朝秦以降，这种中式逻辑就产生了——中央集权制下基本的政治体制和统治术完好无损地流传下来。纵观自公元前 221 年以来的中国政治史，可以发现一个显而易见的特征：不论何时，只要有机会，任何人，请注意我这里强调的是“任何人”，都会费尽心思地要做皇帝。[1029]在“官本位统治下的”传统中国社会，即使没有机会成为帝王，任何人也都会使出浑身解数去跻身高位。处理帝王和大小封侯之间的政治、军事矛盾，维持中央与地方的关系，完成全国大一统的政治目标，一直是中国政治史的基本主题。当下，面对和平时期普遍的道德败坏，要统治如此庞大的国家，采用铁腕进行统治是过渡集权的一定程度上的合理方式或“次佳选择”，这不仅是为中国人民的长远利益，也符合全世界人民的利益。一个分裂、骚乱的中国才彻彻底底是全世界的噩梦，才是真正的“中国威胁”。尽管推进民主与法治进程是习近平在任时期最高的目标之一，但是，要一个已经士气低落的国家再一次重振旗鼓是艰难的。至于其他四点“内忧”，习近平主席和李克强总理早已意识到，并且已经大力采取全面的措施防止可预见的内部离心那一天的到来。中国共产党第十八届三中全会及其关于加快推进反腐倡廉和实质性经济改革的决议，可以被视为当代中国共产党决定摆脱危险困境、实现民族复兴的标志，尽管路途艰辛，任重而道远。

[1028]2014 年 3 月 2 日，美国驻中国大使馆在其微博（一个中国的在线社交网站）中重申在昆明火车站发生的“愚蠢的暴力行为”。CNN 报道了该次恐怖袭击，并加住了一个可疑的引号：持刀“恐怖分子”在中国火车站致 29 人死亡、130 人受伤（3 月 2 日）。中国媒体强烈谴责那些西方媒体用“双重标准”在标题中使用各种暗示并非“恐怖袭击”的字眼，一定程度上展示了对中国抱有的固有歧视。

[1029]此处我用的“皇帝”是个抽象概念，正如中国某个乡村的乡长或村长也常被冠以“土皇帝”之称谓。中国历史上所有的农民起义都可以追溯到公园前 23 年陈胜的一句千古名言——“王侯将相宁有种乎？”十九世纪中期太平天国运动的兴衰就是典型的证明。

再看中国所处的国际环境。这是一个国内事务国际化、国际事务本地化的时代。通常来说，中国面对国际事务一向行事低调，把注意力一方面放在解决国内问题上，另一方面力图不使自己被他国视作威胁。通过检索中国在联合国安理会的投票记录就可以看出这一点。但是，中国却陷入了戏剧性的困境中：低调行事会招致指责，说中国“不愿承担大国所应当承担的国际责任”，而高调行事又会被禁锢在“中国威胁论”的枷锁之中。困境一向都在，但是中国共产党的领导人对于“干涉”问题的观点却非常明确、简单和直截了当：中国绝不允许国家分裂，也绝不会忍受外国插手国内事务。更进一步，当主权受到分离主义者的挑战（尤其是那些外国强权支持的分离主义），中国政府完全会将仁慈弃之不顾。中国的首要政治底线就是主权高于一切，在某种程度上与当代国际法上备受争议的“人道主义干涉”产生了直接的冲突。

《联合国宪章》对人道主义干涉是保持沉默的。除非得到安理会的授权，否则人道主义干涉就既不是自卫行为，也不是合法的反措施。人权观察执行官罗思（Kenneth Roth）争论说：“在实施人道主义干涉前，得到安理会的授权是有重大价值的”，但是“在**特别**情况下，安理会的授权是不需要的。”[1030]美国实行人道主义干涉的历史记录表明，美国并没有给予安全理事会应有的尊重；对于美国的激进主义者来说，美国的政策是否得到世界的支持根本就无关紧要。[1031]周思哲（J. Stromseth）则声称：“即便美国有时需要采取单边行动，但是他仍旧需要组建和维持强大的同盟与伙伴关系，从而维持美国的长远利益和价值。美国在一些事务上需要与其盟友合作，比如反恐行动中，在面对新的威胁的时候，需要与盟友一起共同强化规制使用武力的规则”。[1032]实际上，布什政府已经显现出对接受任何超国家组织和规则的极大的不情愿。这种不情愿已经反映在了《京都议定书》、《国际刑事法院规约》、《反酷刑公约》以及《海洋法公约》[1033]等等国际造法活动中，但并不限于此。作为美国发动伊拉克战争借口的“大规模杀伤性武器”实际上并不存在——给世人留下的普遍印象是，美国为了诉诸战争，对其所受到的威胁夸大其词，该战争明显违反了国际法——这使人们对美国的对伊政策和其他对外政策的合法性产生了严重质疑。[1034]

[1030]K. Roth, *Setting the Standard: Justifying Humanitarian Intervention*, 26 HARVARD INT'L REV. 62 (2004).

[1031]*Supra* note 38, at 80.

[1032]J. Stromseth, *Law and Force after Iraq: A Transitional Moment*, 97 AM. J. INT’L. 637-42(2003).

[1033]美国部分学者催促美国国会批准制衡中国威胁的条约，S. Ashfaq, *Something For Everyone: Why the US Should Ratify the Law OfThe Sea Treaty*, 19 J. Transnat'l L. &Pol'y358-398 (2010). 那些反对意见将使美国的国家安全和经济利益陷入危机之中。在我看来，所谓的“国家安全与经济利益”只不过是霸权主义的一种隐讳的表述，单边主义仍然处在首要地位。

[1034]最尖刻的批评, see N. Boaduo, *Invasion of Iraq: Introspective Analysis of US Long Term Foreign Policy in the*

这看起来是奥马巴政府政策转变的原因之一，我将这些转变归纳为：多边主义 v. 单边主义、谦逊 v. 自大，蠢实力 v. 巧实力。然而，那些以总统名字命名的美国对内对外政策（杜鲁门主义、艾森豪威尔主义、尼克松主义、里根主义、布什主义、奥巴马主义）之间或许各有妙趣，但万变不离其宗的是：美国对全球的领导及其霸权地位。先发制人战略并不是布什的独创。罗斯福、肯尼迪、克林顿以及他们大多数的政府官员，对于布什 2002 年国家安全战略的陈述都表示赞同。奥巴马也不例外。美国追求世界第一大国、渴望领导世界、青睐开放国门和自由市场、在意军事霸权、时刻准备在他认为必要的时候采取单边行动、不拘一格地将本国利益和价值统一起来、自认为其自身对于全球各国的绝对的不可或缺——所有的这些都已经存在，并且会继续维持，不会改变。”[1035]

在 9・11 以前，布什政府长期把关注的焦点放在对华、对俄政策以及中东问题能否和平解决的问题上。在伊拉克问题几近尘埃落定、布什主义看似日渐式微之时，奥巴马“回归了”。更多的美国人认为，自越南战争以后，美国比任何时候都应该“先管好自己的事”。[1036]奥巴马从中东撤退显示出了另一种“想要只管好自己的事”的态度。我的疑问是，奥巴马撤出中东的幕后原因，是缺少国际社会的支持，还是参与中东的战争行为本身就违反国际法？相比后者，前者更像是真正的原因。然而，美国未能在战略上取得优势地位，[1037]也许也是其撤出中东的另一原因。让我们来假设，越南战争和中东战争的结果是相反的，美国占有压倒性的优势，其战略目标完全实现，那么大多数的美国人还会有“管好自己的事”的想法吗？另一个例子是，不管是通过直接的武装干涉（在面对可能的中日冲突的时候）还是“和平演变”，美国总是希望能够将中国改造成“中华共和国”，一个拥有令美国高兴的**真正的**民主政体的国家。这样的中国，也许真的是中国大陆“一小撮”“右翼”“公知”所期望的美国梦。这些“公知”被“左翼”人士称为“卖国贼”。不论美国价值观在中国大陆的争论谁胜谁负，对这个问题的重要关切在很大程度上都是对地缘政治的关切，而不是关于国际法上合法性的一个法律问题的争论。即便如此，只要布什主义在美国历史上的固有基因继续存在，只要奥巴马政府及其未来的继任者们对子虚乌有的“中国威胁论”固执己见，中国就必定会否认美国的“先发制人战略”以及未经安理会授权发动的直接针对中国的人道主义干涉的合法性，进而维护中国自身的“底线性质的”国家利益。只有当中国本身正在面临恐怖主义带来的严

Middle East, 19 J Pol Stud 87-96(2012).

[1035]M. Leffler, *9/11 in Retrospect: George W. Bush's Grand Strategy, Reconsidered*, 90 Foreign Aff. 33 (2011).

[1036]*Supra* note 38, at 80.

[1037]与促进伊拉克的高度自由、稳定和民主相去甚远，美国的侵略导致的是旷日之久的战乱、伊拉克平民和美国士兵的重大伤亡，并且引发了爆发内战的高度风险。*Id*, at 79.

重后果时，中国才（也许）会利用其经济、政治实力去施压，迫使那些不情愿或没有能力的国家，消除在其国内大范围使用杀伤性武器所带来的危害，或者在中国境内直接消灭造成直接威胁的恐怖分子。无论如何，未经安理会授权的先发制人战略，不会成为中国的选项。

这里应该强调和澄清的，是对一个老生常谈问题的重新探讨："国际法是真正的法律吗？"美国在当今国际事务中的独特地位，以及在诸多影响国际法的现实问题中美国所处的地位，已经为以下结论提供了佐证：国力，确实是，国际法的核心组成部分。由此就不难理解，联合国建立的那段日子，每当安理会自己陷入僵局的时候，[1038]美国就会宣称采取单方行动。没有富兰克林·D·罗斯福的坚持不懈和鼎力支持，蒋介石就不会有机会参加 1943 年的开罗会议，中华民国也不会成为联合国安理会的常任理事国。尽管之后中国在蒋介石的伟大领导下牺牲了数以千万计的生命，组成了强大的持久的抗日阵线，扭转了大平洋和东南亚的局势，但是这一重大的历史功绩在西方的历史教科书上有关二战的部分被有意地或多或少的忽略掉了。丘吉尔和斯大林对中国和远东事务都心怀鬼胎。对他们来说，中国是个羸弱的国家，中国的利益可以被轻易地忽略和牺牲掉。对于所谓"五大强国"来说，他们有义务去重建战后国际新秩序，美国是他们共同的领导者。在联合国建立初期，国力上的不同所造成的不平等就已经存在、并坚若磐石了。本质上，权力导向的国际法并没有多少改变，规则导向的国际法仍旧是一个美好的梦。另一个例子就是晚近在联合国大会上的诡异呼声，俄罗斯在叫嚣"人权高于主权"，美国在驳斥俄罗斯"主权不应该被侵犯"，中国在怒斥恐怖主义，英国在疾呼国家统一。人们也许会想知道，这些国家代表是不是拿错了发言稿。气氛似乎有一些不对劲，然而，关键的节奏和国际法秩序的逻辑理路始终是一样的。

民主与专制的意识形态之争随着"历史的终结"[1039]也似乎被某些人视为已经尘埃落定了。保留基督教文明的国家视美国和其他民主主义国家为同盟，这些国家对自由的国际秩序有着共同的渴望，他们通过国家的法律和国家间的条约建立民主原则并紧密联系在一起，尽管并不完美。在某个历史时段，"随着强大的专制主义者实力和影响的不断增强，以及来自极端伊斯兰恐怖主义的坚决的反民主斗争，自由的国际秩序渐渐迎来了压力。"[1040]毫无疑问，俄罗斯和中国属于"强大的专制主义者"阵营。对于中国，大多数的"左翼"知识分子和政府官员担心"中国政治体制的完全西化"。我坚信，这是一个非常幼稚和愚蠢至极的看法。

[1038]从法律上讲，任何赞同安理会能够授权预防性自卫的企图，都面临着巨大的挑战。See for details, T.ANDERSON,*LegitimizingtheNewImminence:Bridgingthe GapBetweentheJustWarandtheBushDoctrine*,8 Geo. J.L. & Pub. Pol'y, 284 (2010)。

[1039]R. Kagan, America, the World, and George W Bush, 87 Foreign Aff. 25 (2008).

[1040]*Id,* at 39.

承载着如此悠久深远的文化传统和独特的历史基因，中国永远不会被完全西化。

中国共产党近期公布了 24 个核心价值观，其中，“民主”居于特别值得追求的价值之列。民主的实现是一场持久战，无法依靠外界军事力量而迅速实现，也无法奢求依靠急速的“内变”加以完成。就像李光耀指出的：“美国应该接受，没有任何单一的权力、宗教或意识形态能够征服世界，也没有任何一个国家能够按照自己的想像去重构世界。”[1041]大多数的美国学者和政府官员不能够理解历经暴政和独裁传统的独特的中华文化。他们往往低估了中国人的民族主义情绪，相反，却往往高估中国人对民主的需求。事实是，民主固然重要，但那仅仅是占中国人口很小一部分的精英阶层所特别关注的东西，尽管此种关注是重要的、理性的、眼光长远的和情怀深切的。作为世界人口最多的国家，中国离消灭贫困和走向繁荣的目标还有很长的路要走，这个时候，美国就已经并且反复谈及“中国威胁论”了。令美国人疑惑不堪的是，中国人民如此支持中国政府的一个重要原因竟然是，美国所提出的所谓“中国威胁论”以及美国借口民主和人权问题来对中国施压。平等看待中国——既不将中国当作次等国家一样驱使，也不将其看作超级国家一样叩拜——才是西方最佳的对华政策。中国在国际组织中的更多参与，势必给中国在当今国际秩序中增加更大的砝码。排斥或者“遏制”中国只能激起中国民族主义者抵制西方、寻求自绝于世界的情绪，并企图建立排斥美国、以中国为中心的亚洲秩序。如此，将确实导致真正的中国威胁。

一个经济发展迟缓、毫无秩序的中国，肯定不如一个高度繁荣和统一的中国令世人期待。对中国实力和野心的夸大只有两个可能的原因：一是源于误解，[1042]另一个就是怀有敌意地想要证明中国威胁论的存在。另一个极端就是，夸大中国彻底崩溃的可能性。怀有这种臆想的人根本没有意识到中华民族最突出的特点：无法想象的忍耐力，以及在无限的苦难中生存下来的力量。中国的统一和稳定是对世界和平最大的贡献，任何对“中国威胁论”的支持才是最大的威胁。只有当那些“已经民主化的国家”认识到不同文明之间相互理解、和平共处的重要性的时候，打着基督教文明深深烙印的国际层面的法律规则和“法治”才能得到长足、稳健的发展。

六、结论

[1041]KuanTew Lee, *The US, Iraq, and the War on Terror: A Singaporean Perspective*, 86 Foreign Aff. 2 (2007).

[1042]亨廷顿在其 20 世纪末的作品中简要指出：“未来的危险冲突主要源于西方的傲慢、伊斯兰教的偏执、中国的过分自信这三者的相互作用。Supra note 12, at 184. 按照我的理解，中国对外界的态度并非“过分自信”那么简单。这是典型误解。

儒家精神中的隐忍和顺从已深深植根于中国的民族性之中，中国对于其他国家来说，不仅现在，将来也不会构成实质威胁。“中国威胁论”之所以甚嚣尘上，其本质根源只是基于对中国传统文化的误解、对“大国崛起”的历史经验逻辑的误读，以及，基于基督教文明与中国文化独特性之间的鸿沟和基督教文明先天固有的扩张性。

回顾中国的基本外交政策——“和平共处五项原则”(《中华人民共和国宪法》的序言)，亦即（1）互相尊重主权和领土完整；（2）互不侵犯；（3）互不干涉内政；（4）平等互利；（5）和平共处，很明显地，这些原则与蕴含于布什主义中的先发制人、干涉、民主输出、军事霸权的原则有着强烈的冲突。

中国传统文化与基督教文明有许多明显的分歧：(1)“神创说”与“人创说”；(2)“罪感文化”与“德感文化”；(3)“神爱”与“仁爱”；(4)“基督教固有的扩张性”与“中国的隐忍文化”。这使得中国成为一个政教分离和偶像崇拜的国度，只能不自觉地等待真理的召唤，而不可能被基督教文明强行“征服”。作为基督教文明“继承者”的布什主义，则有四个支撑点：（1）极度自信、毫不犹豫地实施单边行动；（2）单方面划分所谓“邪恶轴心”；（3）先发制人战略；（4）以“帮助其他国家实现民主”为重大使命。布什主义可能是中国潜在的威胁，尤其是，必须关注西方插手的天安门“六四”事件再次重演并伴随“人道主义干涉”的可能性、以及焦灼的中日关系愈演愈烈最后演变成军事冲突。并且，中日关系中的历史和地理因素，将使美国、中国、日本对这些矛盾更加敏感；一个在美国庇护下对二战罪行毫无悔过之心的日本，终将是中国真正的威胁。

中国的崛起也许会使中国利用其经济优势在世界上寻找政治支持。然而，中华文化的“内在超越”，以及中国正在面临的内忧外患，使得中国不会利用经济优势将她的政治原则及意识形态强加于其他国家，更不会采取侵略性的军事行动。

历史上，美国对中国和中国人民曾有过巨大的帮助，比如，帮助中国建立了现代高等教育体系；在 1931 年日军侵华并建立伪满洲国的时候，坚持“不承认原则”；在二战时期，是中国抵制日军的最重要的盟友。中美之间的“新型大国关系”应该发扬历史。中国的统一和稳定是对世界和平的最大的贡献。任何对中国威胁论的支持本身，将会转变为对世界和平的最大威胁，将会对未来联合国集体安全体制的改革带来巨大的障碍，同时，也会阻碍国际法未来的存续和发展。

中国与南海争端仲裁庭的非正式合作及其效果

余民才

摘要：中国不参与菲律宾提起的仲裁不意味着中国不以某种非正式方式与南海争端仲裁庭合作。参照国际上通行做法，中国可以通过提交非正式通知甚至非正式出庭的方式参与仲裁庭的程序。中国积极的非正式参与有助于仲裁庭从中国的主张或其支持证据中获得帮助，理解争端的真正问题，应该为仲裁庭所考虑或接受。仲裁庭可以通过一个说明理由的程序令，决定下一轮程序单独讨论案件管辖权问题。

关键词　南海争端仲裁庭　中国非正式合作　非正式通知　非正式出庭

南海争端仲裁庭即是菲律宾于 2013 年 1 月 22 日对中国就南海争端提起 1982 年《联合国海洋法公约》（下称《公约》）第十五部分附件七强制仲裁而于当年 6 月 21 日完成组建的 5 人仲裁庭（以下简称南海争端仲裁庭）。2013 年 8 月 27 日，仲裁庭发布第一号程序令，确定 2014 年 3 月 30 日为菲律宾提交诉状的日期和适用于仲裁的《程序规则》以及常设仲裁法院作为该仲裁的书记官处。菲律宾按时提交了由 10 卷组成、将近 4000 页的电子版诉状，其中载明它认为仲裁庭对其所有主张具有管辖权和可接受性的法律理由以及它所寻求的具体救济及其包括地图在内的支持证据。2014 年 6 月 3 日，仲裁庭发布第二号程序令，确定 2014 年 12 月 15 日为中国提交辩诉状的日期。2014 年 12 月 16 日，仲裁庭发布第三号程序令，确定菲律宾在 2015 年 3 月 15 日之前按仲裁庭的要求提交补充书面陈述，中国在 2015 年 6 月 16 日之前提交对菲律宾补充书面陈述的评论。仲裁庭将在这个日期之后的一个适当时间决定开庭审理的后续程序。

中国自菲律宾提起仲裁程序以来，一直奉行“两不”政策，即“不接受、不参与菲律宾提起的有关仲裁”。[1043]那么，中国不参与是否意味着它与仲裁庭没有任何形式的合作？如果有，如何合作？这种合作将产生什么后果？这是本文所讨论和回答的问题。

一、中国与南海争端仲裁庭非正式合作的方式

中国人民大学法学院副教授、中国南海研究协同创新中心研究员

1043《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》，2014 年 12 月 7 日。

争端当事一方不参与法律程序是所有法律所共有的一项制度，是国家在国际法律程序中不时利用的一种诉讼策略。联合国国际法院自1946年开始运行后第三年即面对被诉国不参与的问题，迄今共有10多个案件涉及被诉国部分或全部不参与法院的程序。这种不参与也出现于国际海洋法法庭。2013年，在荷兰就俄罗斯在其专属经济区内登临和扣留悬挂其旗帜的“极地曙光号船”及其人员而提起公约附件七仲裁的“极地曙光号船案”中，俄罗斯不参与荷兰根据《公约》第290条第5款提起的请求国际海洋法法庭指示临时保全措施的程序。俄罗斯也拒绝参与附件七仲裁程序。它没有单独指定1名仲裁员，也没有与荷兰协议指定其余3名仲裁员和仲裁庭庭长。仲裁庭的其余4名仲裁员都是国际海洋法法庭前庭长柳井俊二经荷兰请求指派的。[1044]在2014年2月27日致常设仲裁法院的照会中，俄罗斯确认“它拒绝参与本仲裁”。[1045]因此，中国不参与菲律宾提起的仲裁程序只不过是国际上既有不参与现象的延续。

不参与附件七仲裁程序的问题主要为《公约》附件七第9条所规范。这个条款与规范不参与相应法律程序的《国际海洋法法庭规约》第28条和1965年《关于解决各国和其它国家国民之间投资争端的公约》第45条以及2006年《国际投资争端解决中心仲裁程序规则》第42条直接来源于《国际法院规约》第53条。因此，国际法院适用第53条所发展起来的有关被诉国不参与程序的原则和法理同样适用于公约附件七仲裁。

通过考察缺席审理的国际判例可以发现，不参与不意味着不参与国从不与一个国际法庭互动。事实上，缺席国总是以某种非正式方式与一个国际法庭合作。这种合作有两种方式：一是提交非正式通知，二是非正式出庭。

提交非正式通知就是不参与国以一个国际法庭的规约、规则或程序令所没有规定的方式，向该法庭提交其对争议案件的主张及其支持证据的相关文件。这是在国际法院的缺席程序中盛行的做法。从来没有一个案件的缺席国不以某种方式提请国际法院注意其对有关法律和事实的评论和反对意见。这种做法的具体形式有邮件、信函、电报、备忘录、白皮书或评论意见等。比如在美国不参与“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”（以下简称“尼加拉瓜案”）的实体问题程序中，美国国务院在国际法院举行口述程序前一天向法院书记官处提交一份由100多页组成的题为《我们边界之外的革命——桑地诺干涉中美洲》白皮书，并在其后将之作为一份联合国正式文件向会员国散发。[1046]这种做法为俄罗斯在“极地曙光号船案”中所仿效，它通过提交一份通知，反对国际海洋法法庭

1044 Arbitrators appointed in the arbitral proceedings instituted by the Kingdom of the Netherlands against the Russian Federation in respect of the dispute regarding the Arctic Sunrise, 13 January 2014, http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_english/PR_207_E.pdf。

1045 Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia), Note Verbale from the Russian Federation to the PCA dated 27 February 2014; Press Release of 21 March 2014,http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1556。

1046 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua(Nicaragua v. US) (hereinafter Nicaragua Case), I.C.J. Reports 44 (1986).

给予国际绿色和平组织出庭的资格。[1047]

非正式出庭是指不参与国不按一个国际法庭的规约、规则或程序令的规定，出席法庭以陈述其对案件的立场及其理由。这种方式很少见，可以查证的一个实例是法国非正式参与“请求根据1974年12月20日法院关于核试验案（新西兰诉法国）的判决书第63段审查局势案”（以下简称请求审查局势案）的特别程序。1995年6月13日，时任法国总统希拉克公开宣布，法国将从1995年9月起在南太平洋进行最后八次地下核试验。这引起新西兰的强烈反对，它遂于同年8月21日向国际法院提出请求，以审查“法国宣布的一项拟议行动所产生的”局势，“这一行动如付诸实施，将影响1974年12月20日法院关于核试验案（新西兰诉法国）的判决书的基础”。[1048]与在1973—1974年“核试验案”中的做法一样，法国声称国际法院对新西兰提出的请求没有管辖权基础，不委派代理人，也不承认新西兰重新指定的专案法官。但是，与在“核试验案”中拒绝参与的做法不同，法国派代表参加法院院长举行的听取双方对新西兰请求的法律性质及其效果的意见的会议，并应法院院长的邀请，提交陈述其立场的“非正式备忘录”。法国还派遣一个由其外交部法务司司长、三名著名国际法教授组成的代表团出席公开庭，陈述其对法院所提问题的观点，并对法院法官在口头辩论期间所提出的问题在规定时限内作出书面答复。但是，法国强调，它提交的文件绝不构成《国际法院规约》和《国际法院规则》所指程序的一部分，也绝不构成法国对于法院管辖权的接受，亦绝不妨碍其未来立场；它只是“为会谈而参与会谈”、“为听讯而参与听讯”。法国还不采用对待国际法院常任法官的方式书面答复专案法官的问题，它称专案法官帕默尔为“先生”而非“法官”。[1049]

因此，借鉴国际上的通行做法，中国可以在口述程序结束之前的相应阶段向仲裁庭提交非正式通知。第一份这种通知应该在不晚于今年12月15日通过中国驻海牙大使馆向常设仲裁法院提交，其形式可以是一封信件，并在信尾附一份题为立场声明的文件。事实上，在提交被诉状截止日期前一个星期，中国外交部经授权发布《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》（以下简称《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》）。[1050]这份文件经中国致送仲裁庭书记官处的通知而递交于仲裁员手中。[1051]在提交辩诉状的最晚日期提交非正式通知很重要，尤其是在仲裁庭将之视为对其管辖权的初步反对意见时。因为从程序上说，如果仲裁庭掌握“对所提反对问题做出决定所必要

1047 The Arctic Sunrise case (Netherlands v. Russia), ITLOS, Order for request for provisional measures, 22 November 2013, p. 15, http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22_11_2013_orig_Eng.pdf.

1048 Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) case, I.C.J. Reports 289 (1995).

1049 Request for an Examination of the Situation，pp.291, 293, 296-297.

1050 《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》。

1051 PCA, Third Press Release, 17 December 2014, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1529.

的一切事实”，就必须在程序的初步阶段对这些问题做出答复。[1052]也就是仲裁庭应该开始一个单独的管辖权程序。在这个程序中，仲裁庭将暂停审议案件实体问题。反之，仲裁庭则将在合并程序中审议案件管辖权和实体问题。在2003年“阿韦纳和其他墨西哥国民案”中，国际法院指出，及时提出初步反对意见的效果是暂停案件实体问题程序。美国没有遵守《国际法院规则》第79条第1款规定的3个月期限，在墨西哥提交诉状4个多月后才提出对管辖权和可接受性的反对意见，因而美国丧失了引起暂停案件实体问题程序的权利。[1053]

中国甚至可以借鉴法国的做法，在仲裁庭开庭时派遣一个由驻荷兰大使或者外交部条法司司长带领的专家组非正式出席，因为菲律宾提起仲裁的策略与新西兰提起诉讼的策略相类似。新西兰在决定通过国际法院的程序阻止法国核试验之后，就面临一个法院管辖权基础的棘手问题。因为法国在 1974 年退出了 1928 年《和平解决国际争端总协定》和撤销了对国际法院强制管辖权的接受，因而新西兰像在 1973 年诉请书那样基于这些管辖权基础对法国提起一个新程序的大门已经被关闭。因此，新西兰唯一的选择是利用国际法院 1974 年判决书第 63 段预留的窗口，恢复以前案件的程序。该段写道：“一旦法院认为某国对其今后行为做出了某些承诺，就不需要猜测它可能不遵守。然而，如果影响到判决根据，请求国可以要求按照规约的规定审查局势。”[1054]即便如此，新西兰仍然面临着困难，因为重启案件的“基础”在 1974 年判决书中仅仅指大气层核试验。[1055]为了避开这个障碍，新西兰将这个“基础”解释为“任何核试验”，因而认为法国计划进行的地下核试验影响了 1974 年判决书的基础，它因此有权恢复 1973 年提起的程序。[1056]

菲律宾似乎受到新西兰重启案件技巧的启发。2012年4月“黄岩岛事件”发生后，菲律宾提议将黄岩岛问题提交国际海洋法法庭或者国际仲裁解决，这被中国拒绝。[1057]显然，菲律宾将岛礁主权问题寻求第三方解决必须越过中国同意的障碍。《公约》附件七仲裁提供了这种可能性，因为中菲两国都是该公约的缔约国，且都没有根据《公约》第287条第1款对该条款提供的四种强制解决争端程序（即国际法院、国际海洋法法庭、附件七仲裁庭和附件八特别仲裁庭）做出选择，因而被视为已接受附件七仲裁。然而，菲律宾仍然需要跨过另一道门槛，那就是中国2006年根据《公约》第298条第1款所发表的将有关岛礁的领土主权及其海洋划界的争端排除任何强制管辖的声明（下称“2006年声明”）。因此，为了避开这个限制，菲律宾将中菲双方在南海的岛礁主权争端及其相关的海洋划界争端人为地包装成为一个海洋权利争端。

1052 Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 852 (2007).

1053 Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States), I.C.J. Reports 28-29 (2004).

1054 Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I. C.J. Reports 477 (1974).

1055 Nuclear Tests，p.466.

1056 Request for an Examination of the Situation，p.290.

1057 参见《2012年4月18日外交部发言人刘为民举行例行记者会》，http://www.mfa.gov.cn/mfa_chn/fyrbt_602243/jzhsl_602247/t924078.shtml.

中国可能担心其非正式出庭被解释为接受仲裁庭的管辖权。这种顾虑完全可以消除，因为在国际法律实践中，不参与程序的被诉国为反对管辖权所采取的行动不被视为默示接受管辖权。国际法院在“尼加拉瓜案”中指出，一个国家主张适用于一个特定案件的法律来源于一项特定的渊源是一回事，该国同意法院有管辖权受理该争端、因而将该法律适用于该争端完全是另一回事。[1058]甚至被诉国正式参与国际法院的程序也不被视为接受其管辖权。在2002年“在刚果领土上的武装活动案”中，国际法院说道，卢旺达（被诉国）在程序的所有阶段中明确并反复地反对其管辖权，因而卢旺达的态度不能被视为接受其管辖权。鉴于卢旺达参与的目的是质疑本院的管辖权，因此，卢旺达参与本案的所有程序不能被解释为同意本院对案件实体问题具有管辖权。[1059]

二、南海争端仲裁庭对中国非正式合作的接受

中国提交非正式通知或者非正式出庭不构成《公约》附件七、《程序规则》和程序令规定的参与形式，由此引起仲裁庭是否予以考虑或接受的问题。从仲裁庭的角度来说，争端当事方参与有助于它从当事方的主张或其支持证据中获得帮助，以公正司法，而不参与将对其“司法活动产生负面影响”。[1060]然而，这种影响可以因不参与国的积极非正式合作在一定程度上得到弥补，它至少为仲裁庭履行《公约》附件七第9条的“查明”责任提供了便利的直接官方来源，因而与完全的不合作相比，中国的非正式参与应该值得鼓励，应该为仲裁庭所考虑和接受。而且，由于中国仍然被视为仲裁程序的一方，[1061]它就享有程序上的权利，因而它可以自由地采取它认为合适的方式与仲裁庭合作。《公约》附件七第6条也要求争端方“用一切可用的方法”“向法庭提供一切有关文件、便利和情报”，以“便利仲裁法庭的工作”。考虑被诉国提交的非正式通知是既定的国际法理。在“尼加拉瓜案”中，国际法院指出，有关当事国尽管正式不参与程序，但是，它通常以《法院规则》所没有规定的方式向法院提交信函和文件。让法院了解不出庭的一方的观点是有价值的，无论这些观点是以何种方式表达出来的。“法院知法”原则的意义是，法院在适用法律方面不能单纯依赖出庭一方的观点，而无视缺席一方的影响。[1062]国际海洋法法庭在“极地曙光号船案”中同样说道：“它将考虑一方在听证结束之前可能向它提出的任何意见”。[1063]在“爱琴海大陆架案”中，国际法院不仅考虑土耳其提交的信函，而且最终拒绝了它对希腊所提起争端的管辖权。

中国非正式出庭被仲裁庭接受的可能性或许受到怀疑，因为南海争端仲

1058 Nicaragua Case, pp. 33-34.

1059 Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 19 (2006).

1060 Nicaragua Case, p. 23.

1061 The Arctic Sunrise case, p.13.

1062 Nicaragua Case, pp. 24-25.

1063 The Arctic Sunrise case，pp.5, 13.

裁案不同于“请求审查局势案”，后者是一个特别程序，即1974年判决第63段所设想的程序。该程序既非一项新诉请书所启动，也非《国际法院规约》第60条的判决解释程序和第61条的判决复核程序。然而，“请求审查局势案”仍然是一个正式程序。首先，1974年判决第63段要求“根据规约的规定”提起请求审查局势。[1064]新西兰的请求虽然不是以传统的诉请书形式提出的，但是仍然被列入法院案件总表的第97号，是法院迄今共列入其案件总表的161个案件之一。[1065]其次，新西兰重新指定了一位专案法官。再次，法国曾试图将公开听证定性为“非正式的”，这被法院拒绝。[1066]最后，法院的所有法官与在其他案件中一样，都身穿法袍出席公开庭。[1067]因此，新西兰请求审查局势被视为一个新案件或者1974年案件的第三阶段（即“对可接受性的反对”）。[1068]在此方面，南海争端仲裁案与“请求审查局势案”具有相似性，因而如果中国非正式出庭，看不出仲裁庭有什么理由不将之视为一个值得欢迎的发展。至关重要的是，正如法国非正式出庭“请求审查局势案”使国际法院成功解决其处理的争端那样，中国非正式出席能够使仲裁庭获得中国对相关事实和法律的观点，这有助于仲裁庭解决争端，而不是中国以什么方式与仲裁庭合作。

仲裁庭考虑中国的非正式通知引起一个问题：即是否将它视为对其管辖权的初步反对意见，因为被诉国不参与程序主要是它们反对法院或法庭的管辖权，中国毫无疑问将在非正式通知中挑战仲裁庭的管辖权。事实上，中国在《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》中公开提出反对意见，表示“仲裁庭对菲律宾提起的仲裁明显没有管辖权”。[1069]在12月15日的记者招待会上，中国外交部发言人重申这一立场。[1070]为支持其立场，中国提出如下反对理由：“菲律宾提请仲裁事项的实质是南海部分岛礁的领土主权问题，超出《公约》的调整范围，不涉及《公约》的解释或适用；以谈判方式解决有关争端是中菲两国通过双边文件和《南海各方行为宣言》所达成的协议，菲律宾单方面将中菲有关争端提交强制仲裁违反国际法；即使菲律宾提出的仲裁事项涉及有关《公约》解释或适用的问题，也构成中菲两国海域划界不可分割的组成部分，而中国已根据《公约》的规定于2006年作出声明，将涉及海域划界等事项的争端排除适用仲裁等强制争端解决程序。”[1071]

1064 Nuclear Tests，p. 477.

1065 I.C.J. Cases, http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3.

1066 Don MacKay, “Nuclear Testing: New Zealand And France In The International Court Of Justice”, in 19 Fordham International Law Journal (1996), p. 1877.

1067 Request for an Examination of the Situation，declaration of Vice-President Schwebel, P.309.

1068 Barbara Kwiatkowska, “New Zealand v. France Nuclear Tests: The Dismissed Case of Lasting Significance”, in 37 Virginia Journal of International Law (1996), p. 180.

1069 《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》。

1070 《2014年12月15日外交部发言人秦刚主持例行记者会》，http://www.mfa.gov.cn/mfa_chn/fyrbt_602243/t1219307.shtml。

1071 《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》。

在国际法律实践中，国际法院虽然没有明文提到不出庭一方提交的非正式通知构成初步反对意见，但是，国际法院通常都是这样对待的。在“诺特鲍姆案”中，法院说道，虽然危地马拉政府在规定时限内没有提交辩诉状，但是，危地马拉外交部长在该时限届满之前提交了一封日期为1952年9月9日、编号为12580号的通知，该通知宣称法院对有关危地马拉的案件没有管辖权。鉴于这个事实，法院确定了列支敦士登对危地马拉的通知提交书面意见的时间表。[1072]国际法院的法官在其个人意见中很少对此表示不同意见，只有极少数法官在个别案件中曾经这样做。在“渔区管辖权案”中，本格宗法官和希门尼斯·德·阿雷查加法官在其联合反对意见中认为，冰岛外交部长于1972年5月29日提交的一封信函不能被视为构成初步反对意见。但是，这不意味着两位法官否认适时提交的信函构成初步反对意见，因为他们的不同观点是基于这封信函是冰岛在法院规定英国或德国提交诉状的时限之前而非之后提交的。在两位法官看来，初步反对意见必须是在法院所规定提交辩诉状的时限内提交的。也就是说，初步反对意见必须在诉请国提交诉状之后而非之前提交。只有在那时提交的反对意见才具有《国际法院规则》第62条第3款规定的暂停实体问题程序的效果。[1073]在“爱琴海大陆架案”中，史塔辛诺波洛斯专案法官在其反对意见中指出，根据《国际法院规则》第67条所规定的形式，土耳其于1976年8月25日和1978年4月24日提交的两封信函不构成初步反对意见。尽管如此，他认为这些形式仍然应该予以考虑。[1074]更重要的是，1972年《国际法院规则》第67条没有要求初步反对意见必须以辩诉状的形式提出，而只是要求以书面形式提出。

从上述国际法院的实践和国际法院法官的个别意见中可以看出，被诉国在如下两种情况下提交的非正式通知应该被视为初步反对意见：（1）在法院对案件管辖权问题采取进一步行动之前；（2）在被诉国提交辩诉状的时限内。因此，中国在规定时限内提交的非正式通知至少可以被方便地视为对仲裁庭管辖权的初步反对意见，辩诉状的形式不是决定性的。在“极地曙光号船案”中，仲裁庭认定，俄罗斯在2013年10月22日照会中所作声明构成对其管辖权的反对意见，《程序规则》第20条第3款应予适用。[1075]而且，根据《菲中仲裁庭程序规则》第20条，中国有权提出初步反对意见。[1076]至关重要的是，无论仲裁庭是否将《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》或其他类似公开声明视为初步反对意见，它在6

1072 See Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala), I.C. J. Reports 7-8 (1953).

1073 Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Order of 18 August 1972, I.C.J. Reports 1972, Joint Dissenting Opinion of Judges Bengzon and Jiménez de Aréchaga, pp.184-185.

1074 Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978, Dissenting Opinion of Judge Stassinopoulos, p.74.

1075 The Arctic Sunrise Arbitration Arbitral Tribunal, Procedural Order No. 4 (Bifurcation), 21 November 2014, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1556.

1076 Rules of Procedure for the Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII To the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Philippines and China dated 27 August 2013(hereinafter Philippine-China Rules of Procedure), Article 20, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1529.

月16日之后决定其后续程序时都将征求菲律宾是否同意首先讨论案件的管辖权问题。

三、南海争端仲裁庭的后续程序

如果菲律宾同意，仲裁庭便将开始一个与案件实体问题相分离的管辖权程序。这种取决于争端当事双方同意的做法是附件七仲裁庭的既定实践。在1999年“南方南鳍金枪鱼案”中，日本在国际海洋法法庭经澳大利亚和新西兰请求指定临时保全措施的程序中即主张附件七仲裁庭对该争端缺乏初步管辖权。2000年1月19日，争端当事方与仲裁庭庭长协商，达成日本就对管辖权的初步反对意见提交书面陈述以及仲裁庭就管辖权问题举行听证会的时间表。[1077]然而，菲律宾同意的可能性似乎没有，因为它希望仲裁庭缩短仲裁程序，尽早做出裁决。[1078] 尽管如此，菲律宾同意一个单独的管辖权程序可能是符合其利益的。荷兰在此方面树立了一个榜样。它在“极地曙光号船案”中认为，仲裁庭将该案件的管辖权程序与实体程序分离开来是非常重要的，俄罗斯2013年10月22日和2014年2月27日的外交照会是一个有关管辖权的主张，该主张应该被视为本仲裁庭程序规则第20条第3条所规定的先决问题。[1079]

然而，无论菲律宾是否同意一个单独的管辖权程序，仲裁庭都将在征求菲中双方的意见之后，自己对其后续程序做出决定。它有权通过一个载明理由的程序令，决定下一轮程序单独讨论案件的管辖权问题。首先，在被诉国缺席仲裁的情况下开始一个单独的管辖权程序是“极地曙光号船案”仲裁庭的做法。2014年11月21日，该仲裁庭发布第4号程序令（分离程序），决定它无需举行一次听证会而将俄罗斯关于管辖权的主张作为一个初步问题来裁决。[1080]这也是国际法院在被告缺席情况下最常见的做法。在涉及管辖权的10个缺席案件中，国际法院在其中9个案件中开始一个先决问题程序。特别是在巴林与卡塔尔之间“海洋划界与领土问题案”中，国际法院在其历史上第一次进行了两轮管辖权程序。[1081]

其次，仲裁庭决定将案件管辖权问题与实体问题分离的标准是中国的反对意见是否具有纯属初步的性质。只要反对意见具有这种性质，仲裁庭就必须立即对它们作出决定，反之，则将在案件实体问题阶段予以讨论。因此，纯属初步的性质涉及反对意见与案件管辖权问题和实体问题之间的关联度。如果反对意见

1077 Southern Bluefin Tuna case (Australia and New Zealand V. Japan), Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000.

1078 Philippines seeks quick ruling on suit with China, June 18, 2014, http://www.philstar.com/headlines/2014/06/18/1336224/philippines-seeks-quick-ruling-suit-china.

1079 The Arctic Sunrise Arbitration Arbitral Tribunal, Award on Jurisdiction dated 26 November 2014, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1556.

1080 The Arctic Sunrise Arbitration Arbitral Tribunal, Procedural Order No. 4 (Bifurcation) 。

1081 Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain, I.C.J. Reports 112 (1994); I.C. J. Reports 6 (1995).

完全与案件管辖权问题相关，以至于必须在案件程序的先决阶段对此做出决定，该反对意见即具有纯属初步的性质。但是，纯属初步性并不排斥反对意见与案件实体问题的联系。如果初步反对意见仅仅“涉及”案件实体问题，其纯属初步的性质不受影响。[1082]然而，如果初步反对意见与案件实体问题存在实质性联系，以至于对该反对意见做出决定将裁决案件实体问题，该反对意见就不具有纯属初步的性质。[1083]公约附件七仲裁庭就是以这种方式来裁定将对管辖权的反对意见合并于案件实体问题或者驳回初步反对意见的纯属初步性质主张。在“海洋划界及相关事项案”中，附件七仲裁庭裁定苏里南的初步反对意见不具有“纯属初步的性质”的理由是苏里南支持其初步反对意见的事实和根据与案件实体问题所依据的那些事实和根据大体相同。[1084]这种“否定性标准”遵循了国际法院的模式。在“洛克比空难案”中，国际法院认为，英国基于联合国安全理事会1992年第748号决议和1993年第883号决议的反对意见与案件管辖权问题的关系和与案件实体问题的关系基本相同，因而它不具有纯属初步的性质。[1085]

南海争端仲裁案的实体问题是菲律宾请求仲裁庭确认它在南海的海洋权利，包括：宣布中国在南海基于“九断线”的海洋主张非法无效；宣布黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁和永暑礁是《公约》第121条第3款中只拥有12海里领海的岩礁而非第2款中拥有专属经济区和大陆架的岛屿；宣布中国“非法占领”构成菲律宾大陆架之一部分的美济礁、西门礁、南薰礁、渚碧礁和仁爱礁。[1086]中国在《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》中陈述的反对意见与上述所谓海洋权利请求无关，具有纯属初步的性质。

第一，在“极地曙光号船案”中，仲裁庭裁定，俄罗斯2013年10月22日照会所述对其管辖权的主张“具有纯属初步的性质”。[1087]根据这个裁定，中国《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》和其他类似公开声明无疑也具有这种性质。

第二，“中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权。……中国最早发现、命名和开发经营南海诸岛，最早并持续对南海诸岛实施主权管辖。”“20

1082 Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I. C.J. Reports 29 (1998).

1083 Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, pp.849, 852.

1084 In the Matter of an Arbitration between Guyana and Suriname, Order No. 2 of 18 July 2005.

1085 Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Preliminary Objections，pp. 28-29.

1086 Notification and Statement of Claim on West Philippines Sea, pp. 12-14, 17-19, http://www.dfa.gov.ph/index.php/newsroom/dfa-releases/7300-statement-by-secretary-of-foreign-affairs-albert-del-rosario-on-the-unclos-arbitral-proceedings-against-china-to-achieve-a-peaceful-and-durable-solution-to-the-dispute-in-the-wps ； Statement of Secretary Albert F. del Rosario on the Submission of the Philippines' Memorial to The Arbitral Tribunal", 30 March 2014, https://www.dfa.gov.ph/index.php/2013-06-27-21-50-36/dfa-releases/2460-statement-of-secretary-albert-f-del-rosario-on-the-submission-of-the-philippines-memorial-to-the-arbitral-tribunal.

1087 The Arctic Sunrise Arbitration Arbitral Tribunal, Procedural Order No. 4 (Bifurcation).

世纪70年代之前，菲律宾的法律对其领土范围有明确限定，没有涉及中国的南海岛礁。”南海问题是自70年代以来，菲律宾非法侵占中国南沙群岛的许多岛礁并非法将它们宣布为所谓“卡拉延岛群”以及对这些岛礁和黄岩岛及其周边大范围海域提出主权主张和非法从事资源开发活动引起的。[1088]因此，根据“陆地统治海洋”的国际法原则，菲律宾所称海洋权利争端本质上是两国对南海部分岛礁的主权争端及其在相关海域的划界争端。[1089]在“查戈斯群岛周围‘海洋保护区’案”中，对于毛里求斯关于英国不是《公约》范围内的一个“沿海国”和无权在查戈斯群岛周围建立一个包括专属经济区在内的海洋保护区的主张，英国反驳道：“根据1982年公约第五部分宣布和划定一个专属区域的权利”涉及哪个国家对英属印度洋领土具有主权的问题。“第五部分中沿海国词语的解释和适用问题”，即英国是否是一个沿海国，同样涉及谁对该领土具有主权的问题。[1090]毛里求斯本身也承认解释和适用“沿海国”词语将要求仲裁庭对查戈斯群岛的主权提出看法。[1091]

国际法理支持菲律宾所称岛礁地位的问题是一个涉及领土主权和海洋划界问题的主张。在“领土与海洋争端案”中，尼加拉瓜和哥伦比亚对加勒比海中阿尔布开克礁群、东南-东礁群、基塔苏埃尼奥礁、龙卡多尔礁、塞拉纳礁、塞拉尼亚礁和新低地的主权存在争端，对它们是岛屿还是岩礁的法律地位也存在分歧。国际法院在确定它们的法律地位之前，首先审查并决定它们的主权归属。[1092]国际法院的判决和国际仲裁庭的裁决一再确认，一个海上自然地形是岛屿还是岩礁的地位问题总是与它们对划界区域边界线的影响有关。[1093]菲律宾从其总统到外交部长再到案件代理人，均承认本仲裁案是为了解决领土问题和海洋划界问题。[1094]菲律宾在其诉状中所附40多幅地图的目的也在于显示菲律宾对所宣称岛礁的主权和海洋权利范围。因为在国际判例中，地图要么是被用于证明对争议土地的主权，要么是被用于证明存在一个海洋边界线。[1095]因此，不管菲律宾诉状如何包装，

1088 《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》；《中国对中菲南海争议的立场》。

1089 《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》；《中国对中菲南海争议的立场》。

1090 Preliminary Objections to Jurisdiction Submitted by the United Kingdom, 31 October 2012, pp.22, 30-38， http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1429.

1091 Memorial Of the Republic of Mauritius, Volume I, 1 August 2012, p.93, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1429.

1092 Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), I.C.J. Reports 645-662 (2012).

1093 Delimitation of the Continental Shelf (UK/France); Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), I.C.J. Reports 120, 121, 122-123 (2009).

1094 Statement of President Aquino during the press conference with U.S. President Obama, April 28, 2014, http://www.gov.ph/2014/04/28/statement-of-president-aquino-during-the-press-conference-with-u-s-president-obama-april-28-2014/ ； Hon. Secretary Albert F. del Rosario, Managing the South China Sea and other Regional Security Issues, 9 July 2013, https://www.dfa.gov.ph/index.php/2013-06-27-21-50-36/dfa-releases/306-managing-the-south-china-sea-and-other-regional-security-issues；Mario J. Mallari, PCG disputes Gazmin’s ‘white-on-white’ option, 28 February 2014, http://www.tribune.net.ph/headlines/pcg-disputes-gazmin-s-white-on-white-option.

1095 See Case concerning the Temple of Preah Vihear(Cambodia v. Thailand), I.C. J. Reports 6 (1962)；In

菲中南海争端的实质是双方围绕南海岛礁主权和海域划界的争端。

然而，领土主权问题不是《公约》的解释和适用问题。而且，中国“2006 年声明”将领土主权问题和海洋划界问题排除在强制管辖权之外。菲律宾为逃避管辖权限制，人为塑造争端以使之符合《公约》第十五部分强制解决争端程序的做法不应该得到支持。国际法院指出：“争端当事方在诉讼程序过程中不能将提交本院的争端转变成一个具有不同性质的争端。”[1096]国际海洋法法庭在 2013 年“M/V 路易莎号船案”判决中重申，它“不允许将通过请求书提交给它的一项争端在诉讼程序过程中被转变成具有不同性质的另一项争端”。[1097]菲律宾的做法实际上是企图利用《公约》的条款作为将主权问题强行提交仲裁庭的工具。因此，在面临中国关于岛礁主权和海洋划界争端反对意见的情况下，南海争端仲裁案的实体问题是仲裁庭首先应该查明的问题。

最后，《南海各方行为宣言》（以下简称宣言）排除仲裁庭的管辖权。根据《公约》第281条第1款，只要争端双方自行协议选择的和平解决争端方法排除“任何其他程序”，争端就不得提交《公约》规定的强制解决程序。《宣言》第4条明文规定，有关南海的“领土和管辖权争议”“由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判……解决”。一般认为，《宣言》是一个“政治宣言”或政治协议，[1098]菲律宾在其诉状中肯定也会以此主张《宣言》第4条不是具有排除效果的协议。然而，考察第281条第1款的起草历史可以发现，该条款中的“协议”没有任何形式的限制，或者说，这种协议无论是否以条约的形式表现。这一点可为附件七仲裁的法理和权威观点所支持。“南方南鳍金枪鱼案”仲裁裁决在讨论1993年《养护南方南鳍金枪鱼公约》第16条（争端解决条款）与第281条第1款之间的关系时说道，“许多国际协议通过明确要求争端通过相互同意的程序来解决，无论通过谈判和协商或者经争端当事方同意的其他方式来加以排除。”[1099]该案的日本顾问、剑桥大学劳特派特研究中心的创始人、著名国际法学家劳特派特教授说：“第281条涉及当事方以任何协议自行选择的不具有强制性的和平解决争端方法，无论是以条约的形式还是其他形式。”[1100]附件七“专属经济区和大陆架划界案”仲裁庭指出：第281

---

the Matter of the Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration Between the People’s Republic of Banglades and the Republic Of India, Award of 7 July 2014, pp.31-39, http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1376.

1096 Oil Platforms (Iran v. United States), Judgment, I.C.J. Reports 213 (2003).

1097 The M/V "Louisa" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Spain), Judgment, 28 May 2013, p.44, http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_18_merits/judgment/C18_Judgment_28_05_13-orig.pdf.

1098 李金明：《从东盟南海宣言到南海各方行为宣言》，载《东南亚》2004（3）；Nguyen Hong Thao, “The 2002 Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea: A Note”, in 34 Ocean Development & International Law (2003), p. 281.

1099 Southern Bluefin Tuna case, Award on Jurisdiction and Admissibility, pp. 45-46.

1100 Questions Of The Arbitral Tribunal For The Parties, Answers by Japan, Question #6, p.8, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=7_9.pdf.

条主要涉及当事方对所出现的特定争端所应采取的解决方法达成临时协议的情形。只要这种协议排除任何其他程序，所涉争端就不得诉诸《公约》第十五部分的强制程序。[1101]

《宣言》是 1995 年中菲美济礁事件后中国与包括菲律宾在内的东盟国家达成的包括解决南海岛礁主权和管辖权争端在内的临时协定。该协定第 4 条规定的由直接有关的主权国家谈判解决争端的承诺为中菲双方在此后的一系列双边文件，包括 2011 年《中菲联合声明》所再三重申。[1102]即使在提起仲裁程序之后，菲律宾仍然主张“全面有效执行东盟南海各方行为宣言”是其法治立场的首要组成因素。[1103]因此，《宣言》第 4 条应该属于《公约》第 281 条第 1 款中排除强制仲裁的“协议”。借用国际法院在“领土和海洋争端案”中的话说，《宣言》是否排除仲裁庭的管辖权不构成案件实体问题，而是仲裁庭应该决定的一个先决问题。[1104]

四、结论

提交非正式通知和非正式出庭是缺席国际法律程序的被诉国与相关国际法庭非正式合作的方式，中国有理由也有必要采取这种方式与南海争端仲裁庭非正式合作。这种合作有助于仲裁庭理解其管辖权的局限性和争端的真正问题。正如中国所反复强调的，菲中南海争端的本质是两国对南海中某些岛礁的主权争端及其在相关海域的划界争端。如果仲裁庭对菲律宾所谓的海洋权利争端做出有利于菲律宾的裁决，这不仅无法使争端“获得一个持久的解决”，而且可能使之更加恶化。这一点为近来具有反华情绪的菲律宾犯罪团伙企图发动针对中国驻菲使馆、公司和商城的爆炸和菲律宾一个准军事组织誓言“要收复被中国所占领的岛屿”所表明。[1105]中国积极的非正式参与应该能够帮助仲裁庭意识到它作为第一个裁判缺席案件的附件七仲裁庭的地位，在它本身的利益及与中国和菲律宾各自利益之间达成适当平衡，通过启动一个单独的管辖权程序找到解决复杂问题的适当方法。

1101 Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, decision of 11 April 2006.

1102 《关于南海仲裁案管辖权问题的立场文件》；《中国对中菲南海争议的立场》。

1103 Speech of Secretary Albert F. del Rosario on the occasion of the 2014 Annual Spring Summit Asia Pacific Council of American Chambers of Commerce, 21 March 2014, https://www.dfa.gov.ph/index.php/2013-06-27-21-50-36/dfa-releases/2393-speech-of-secretary-albert-f-del-rosario-on-the-occasion-of-the-2014-annual-spring-summit-asia-pacific-council-of-american-chambers-of-commerce.

1104 Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, p.852.

1105 《2014 年 9 月 12 日外交部发言人华春莹主持例行记者会》，http://www.mfa.gov.cn/mfa_chn/fyrbt_602243/t1190642.shtml；Pamatong vows to reclaim China-occupied territories, September 8, 2014, http://www.philstar.com/headlines/2014/09/08/1366610/pamatong-vows-reclaim-china-occupied-territories.

主权内容分野下的中菲南海仲裁案[1106]

马玉[1107]

摘要：《联合国海洋法公约》附件七设置的强制仲裁程序作为《公约》争端解决程序的剩余方法具有一定的兜底性，反映了力求将争端在《公约》框架内解决的立约原意。具体表现为仲裁程序提起、推进的强制性。然而在实践中这种强制性如果被滥用，就会产生不当影响，甚至影响《公约》本身的权威。本文在对主权理论发展进行梳理的基础上，指出在现阶段的国际实践中，主权内容有着分野的现实，并概括总结了主权内容分野的内涵与结构，指出诸如中国就《公约》之加入即是引起主权内容分野的动作，但依据《公约》做出的保留之内容仍处于主权内容的核心内野部分，不应为他国所包装的诉求挟持而适用《公约》附件七之程序，并从主权内容分野的角度对中国目前就中菲南海仲裁案应对方式的合理性进行了分析。

关键词：主权内容分野；附件七仲裁；中菲南海仲裁案；

科技的进步扩大了人类利用海洋的广度和深度，由此产生的国际争端愈加频繁。针对这一现实，《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）在第十五部分与公约的四个附件中对海洋争端的解决原则和方法做出了规定。其中，公约对海洋争端强制解决机制的设置在第三次联合国海洋法会议上引起了各国重视，产生较大分歧，问题的实质就集中在机制的强制性与国家主权的关系上。而菲律宾利用《公约》附件七强制仲裁程序试图将中国挟入南海仲裁案以满足自身不合理主张。本文拟以辩证的视角，从对国家主权内容分野的探讨出发，对海洋争端强制解决机制的效力来源、菲律宾在强制仲裁中的操作以及中国就强制仲裁的应对进行分析。

一、国家主权内容的分野

各国相互尊重主权是是处理国与国之间关系的基本原则。然而随着社会生产力的发展与社会历史条件的改变，主权的内涵和外延却不会原则性固定，而是会有着相应的调整，这种调整在国家主权理论的发展中体现得较为明显。

[1106] 『基金项目』本文为教育部重大攻关项目“中国与邻国海洋权益争端问题的国际法理研究”（12JZD048）的研究成果之一。

[1107] 『作者简介』马玉，大连海事大学法学院 2013 级博士研究生。

（一）国家主权理论的发展

近代国家主权理论是适应西欧孕育和形成民族国家的特殊需要的产物，学界普遍认为较规范的国家主权理论最早由法国古典法学家和政治家让•布丹于1576年在其《论共和国六书》中提出:“主权是超越于一切公民与属民之上的不受任何限制之最高权力。”他认为“最高权力的出现是把国家同包括家庭在内的其他一切群体区别开来的标志”,“国家只是在公民服从一个共同主权者的统治的情况下才存在”。[1108]布丹的主权理论着重体现了主权的绝对性与最高性，但只涉及了国家内部的最高权力体现，并未触及主权的外部性。而格老秀斯将主权的特征分为两点：对内最高和对外独立，在国家的对外主权问题上进行了系统阐述，将主权国家作为国际法的主体特别强调对外方面行使国家权力，推进了布丹的主权理论。其后，霍布斯、洛克、奥斯丁与黑格尔陆续对国家主权理论进行了丰富和发展，形成了现代国家主权学说的内容，概括来讲，其内容主要包括国家主权的最高性、不可分割性与不可让渡性共性在于总体上突出国家主权的绝对性，可谓之绝对主权理论。

与近代国际法主权理论伴随民族国家之需要而产生不同，现代国家主权理论的完善与国际组织的兴起密不可分，两次世界大战之后的国际形势也使主权理论在实践中得到了发展和深化。国际法对现代国家主权理论的首要发展就是对主权原则的确认，这主要体现在《联合国宪章》中第2条明确规定的“各国主权平等之原则”。国际法对主权原则的确认一方面体现了对国家主权的尊重和保护，另一方面规定各国主权的平等也破除了国家主权的绝对性，体现为各国在行使主权时互为限制。此外，联大在1946年通过的《国家权利义务宣言草案》明确规定：“各国有义务遵照国际法及国际法高于各国主权之原则处理与他国之关系。”可见现代国家主权理论源于国际实践的现实，不再秉承主权的绝对性，而是承认国家主权的相对绝对性，可谓之相对主权理论。

随着冷战结束，国际安全形势逐渐好转，经济活动愈发活跃。在全球经济一体化的基础上，各国经济被纳入到统一的世界经济体系中，互相依赖渗透，使得世界各国逐渐产生了各种不可分割的相互联系，这种联系影响着国际关系的发展，形成了新的制度安排。主权虚无论在此背景下逐渐走上舞台。主权虚无论最早的雏形可以认为是二十世纪初法国公法学家莱昂•狄骥的主权否定论，狄骥认为主权的概念已过时，在国际关系的运行上没有意义，并进一步提出“国家不是一种权力，就连国家主权本身也只是一种臆想的虚构，并不存在”。其绝对性会使“国际法成为一纸空文”。[1109]之后的主权虚无论支持者或者认为主权是战争的根源，

[1108]何汝璧、伊承哲：《西方法律政治思想史》，甘肃人民出版社，第92页。
[1109][法]莱昂•狄骥：《公法的变迁：法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社，第183页。

或认为国家作用已为全球化的跨国协调与规则所左右，[1110]或者认为应当成立统一的世界性政府，[1111]对主权的态度表现得较为激进，可谓之主权虚无理论。

无论是绝对主权论还是主权虚无论都有其极端之处，绝对意义上的主权会使国际法失去落脚之地，而绝对虚无化主权则抽离了国际法这个概念的本身—消灭了主权的概念也就没有了国家的概念，也就无所谓国际了。从绝对主权至主权虚无，国家主权理论的发展的核心问题就在于国家主权本身的地位和性质，即主权是否具有绝对性，是否可以分割。奥本海认为主权具有绝对性，不可分割不可限制，但是在三种情形下例外：1.国内的分割与限制 2.主权的自我分割与限制 3.依据国际法所做的分割限制。[1112]对目前的国际社会发展条件与国际活动现实情况，这种观点显然是比较务实的。

（二）国家主权内容分野的形成与内涵

主权理论的发展在一定程度上呼应了客观环境的需要，经过两次世界大战的国际社会对秩序化的要求空前强烈，而有效率的秩序化过程需要在一定程度上包含权威与服从的内涵，必然对传统的绝对主权论产生冲击。纵观国家主权理论的发展，主权虚无论虽然作为一个结果较为极端，但是随着全球一体化的进程，国家主权受到的限制却是一种切实的趋势，[1113]国家主权理论的未来发展也将是一国主权逐渐削弱的过程：从一国的最高权力体现走向各国彼此平等尊重各自的对内最高与对外自主，逐渐形成国际范围内的秩序化与一体化，直至这种变化形成一个以全世界为范围的权力平衡点。这个平衡点不代表国家主权自身的消灭，只是国家主权与国际秩序化之间的一种协调状态。然而到达这个状态需要较长的发展期，在这个过程中，转化的性质决定国家主权的范围将不断被蚕食、收窄，国家主权的内容也将在这个转化期中不断调整，国家主权内容本身自然会出现分化。国际社会秩序的权威性一方面源自各国主权内容的分化，另一方面又在促成各国主权内容的分化。而这种秩序化过程在各国的进程又是彼此不同的，也就使得各国主权内容的分化程度并不统一。在这种情况下，用“分化”一词只能表达主权内容调整变动的趋势，是一种动态的概括，无法完整反映各国主权内容分化程度不同的现实状态。对这种分化本身需要一个词语加以概括，笔者认为“分野”一词较为合适。

选择使用“分野”一词来概括国际社会秩序化过程中各国主权内容的变动与状态，有着两方面考虑，同时也体现了分野的两方面内涵

[1110]David Held & Anthony McGrew , Governing Globalization , Polity Press , 2002 ,p305 - 324.
[1111][法]J•拉梅乐：《世界合众国》，1946 年法文版，第 21-22 页。
[1112][英]劳特派特•：《奥本海国际法》商务印书馆，第 101 页。
[1113] Gordon Smith &Mois Naim , Altered States : Globalization , Sovereignty , and Governance , IDRC ,1999 , p27.

一方面，分野一词的内涵与各国主权内容的分化有着相似的外部结构，能够完整与其作类比。“分野”这一词语由我国古代占星家创造，指将天上星空区域与地上州国的相互对应、界分。[1114]笔者认为国家主权内容的分化也包含了“对应”、“界分”两层意义：国家主权内容由主权受限之处所“界分”；界分出的两部分分别与未受到限制之“核心主权内容”和受到限制之“非核心主权内容”的范围相“对应”。其中，“非核心主权内容”是国家为置换秩序化利益所分化出的主权内容的外野部分，“核心主权内容”是国家为自身独立性所保留的体现对内最高和对外自主的主权内容的核心内野部分。另一方面，“分野”这一词语原意中表达的土地界限，其对应参照的星空区域本身是客观的，“分野”本身也存在形容一种静态的、中立的事实状态之表达的意味，体现着一种客观性，这种客观性在国家主权内容的分化中可以与两种表现对应：其一，国家主权内容之分野表示着主权界分的客观状态；其二，国家主权内容的变化本身也是客观的—随着国际社会组织化与全球一体化的推进，无论一国主观上是否愿意主动通过对自身主权的限制来享受国际性秩序化带来的权利和效率，一国作为国际社会的组成部分，都将不可避免地被这种客观变化所挟裹。分野的客观性使其不仅着眼于对引起主权内容分化的具体动作作出评价，以相应动作为起点考虑其现实与其调整影响下的主权内容的最终状态，还以这最终状态作为标准来衡量与主权内容相关的其他外部活动，无论这种活动是自发的还是外部的，分析其触及的是主权内容分野的哪一部分，并据此对该活动是否触及一国核心内野做出判断。由于各国的国际政治实践差异，各国主权内容的分野也各不相同，分野的“界分”作用对把握各国主权内容的状态也就具有相当重要的意义。

（三）主权内容分野的结构与作用

根据前述主权内容分野的内涵，其概念存在两层结构，一是主权内容分化的动态活动，二是分化后主权的静止状态。这两层结构彼此也发挥着不同的作用。

主权内容分化的动态活动一般以主权的自我限制和主权的外部限制为表现形式。主权的自我限制通常有两种方式，一种是国家通过参与国际公约或与其他国家签署涉及主权性权利的双边、多边条约的方式对主权进行限制，这种限制的出发点在于通过对部分主权内容的分化来置换秩序性利益，是多边行动的结果；另一种是通过立法、声明等方式放弃、缩小自己的主权内容，如荷兰通过宪法规定国际法渊源的位阶，使国际法渊源优先于国内法适用。[1115]这种限制的出发点或为国际地理便利，或为盟友行动等政治考量出发，原因多样，是单边行动的结

[1114] 我国古代占星术认为，地上各周郡邦国和天上一定的区域相对应，在该天区发生的天象预兆着各对应地方的吉凶。如《国语·周语下》：“岁之所在，则我有周之分野也。” 韦昭注为：“岁星在鹑火。鹑火，周分野也，岁星所在，利以伐之也。”

[1115]《荷兰宪法》第 56 条规定:如果国内法的适用与任何其他国际协定的规定相矛盾，则国内法在王国范围内不予执行，而不管国际协定的生效是在国内法之前或是之后。

果。主权的外部限制主要也有两种方式，一是一国主权的行使需要考虑对习惯国际法和国际强行法规则的遵守，这是国际法理的基本要求。[1116]二是特殊历史条件造成的主权限制。如日本作为二战战败国，不能拥有自己的军队等。[1117]把握一国主权内容分化的动态活动才能够正确掌握该国主权内容中外野与内野的界限，从而正确认知一国主权内容的状态。

主权内容分野也表示主权内容分化后的静态状态，即以主权内容分化的动态活动为限，确认主权内容分化后的核心内野部分与为秩序化而置换的外野部分。一般来讲，只要主权内容分化的动态活动得到正确把握，无论从主权分野国自身还是外部国家的视点出发，对这种静态状态的客观认知应当是确定一致的。但是一旦由于认识的错误或者恶意的滥用导致了对主权内容分野认知的有偏差的解读，扩大了主权内容外野部分的范围，并由此做出了涉一国主权的外部的行为，那么主权内容分野体现的静态状态可以作为一种尺度来考量该行为是否触及绝对性的核心内野部分，并可以依据国家主权平等原则之保护无效化触及一国主权核心内野部分的外部行为。

国家主权的绝对性理论虽已日渐式微，虽然国际社会一体化进程有所加快，但目前的社会发展阶段仍未达到虚无化国家单位的那个质变点的程度。以整个国际社会的现实维度为视点，无论主权分化的方式属于主动限制还是被动限制，未改变的事实在于，国家主权相较国际秩序而言仍然处于核心地位。在这层意义上，可以说目前各国主权内容分野的源动力并不是追求国际社会的一体化或国际权力的集中化，而是着眼于通过享受国际社会的秩序化利益更好地维护主权内容中核心的内野部分，主权内容分野的实质就是以牺牲主权内容的外野部分为代价构建更利于保护主权核心内野部分的秩序化活动，通过主权相对化的形式强化了核心主权内容的绝对性。而以一国的现实维度为视点，国家主权内容分野的意义既然在于加强对主权核心内野内容的保护，那么如果这种界分在最终效果上反倒损及一国主权的核心内野内容，就违背了分野的初衷，显然是不合逻辑的。在这层意义上，可以说主权内容分野能够通过对主权内容外野内野的正确界定从法理上证伪涉及主权核心内野部分的国家外部的行为之正当性。

二、中国主权内容就《公约》附件七强制仲裁程序之分野

《公约》第十五部分建立的全面综合的海洋争端解决机制被认为是《公约》最重要的成功之一。在组成海洋争端强制解决机制的四种不同的争端解决方法之

[1116] Morgenthau,Politics among Nations:The Struggle for Power and Peace,McGraw-Hill,2005,p.332

[1117]根据日本《和平宪法》第九条及相关国际条约的明文规定：日本的军事实力只能维持在自卫所需的水平，总兵力不得超过 10 万，军舰数量不得超过 30 艘，总排水量不得超过 10 万吨，不能拥有航母及核动力潜艇，作战飞机数量不得超过 500 架，不得拥有远程轰炸机，不得发展弹道导弹技术。

中，《公约》附件七建立的强制仲裁程序存在着一定特殊性，在一定条件下会对缔约国对外自主性产生非常规的影响，有必要运用主权内容分野来对这种影响进行评估。

（一）附件七强制仲裁程序的特殊性

1. 地位的特殊性

通过分析《公约》第十五部分对海洋争端解决机制的设计，附件七建立的强制仲裁程序不但是与另三种方法并列的争端解决方式，还是唯一附件七的剩余方法。《公约》第 287 条第 3 款规定：缔约国如为有效声明所未包括的争端一方，应视为已接受附件七所规定的仲裁。该款可以被理解为当某一缔约国作出了有效声明，但声明并不覆盖所有涉及《公约》解释或适用的争端，而如果遇到这个声明未包括之争端的情况时，该缔约国就应当接受附件七仲裁。在这个意义上，附件七仲裁就具有了一种默示应用的作用，也就是说从一个具体争端出发，如果缔约国没有对争端解决方式进行选择，那就视为其接受并且只接受附件七仲裁。另外，《公约》第 287 条第 5 款规定：如果争端各方未接受同一程序以解决这项争端，除各方另有协议外，争端仅可提交附件七所规定的仲裁。该款从另一方面表明了附件七仲裁的剩余性质。[1118]

可见附件七强制仲裁程序作为《公约》争端解决机制的剩余方法，起到了“兜底”的作用，在设计之时有着尽量将各种海洋争端都纳入《公约》争端解决机制进行解决的想法，使争端解决机制本身不至于在实践中被架空以致影响《公约》自身的权威。也正是为了贯彻这种想法，《公约》赋予了附件七强制仲裁程序各种特殊运作条件以达到兜底的实效，以求各种争端都能通过公约的争端解决机制得到处理，扩大公约的实用性。

2. 运作的单方性

附件七被称为强制仲裁程序，其“强制性”并不是指裁判结果的强制力。“强制仲裁”之“强制”意味着，依据附件七第 1 条，任何争端方向对方发出提起仲裁的书面通知即可强制启动附件七仲裁程序，其启动不需要通常程序下所必须之存在该争端提交仲裁的事先或事后的特别协定或条款，。当然，该通知需遵守《公约》第十五部分规定，并“附有一份关于其权利主张及该权利主张所依据的理由的说明”，但无需争端他方明示或默示的同意，体现为程序提起的单方性。此外，附件七强制仲裁程序在仲裁程序推进上也具有单边性。一方面，在争端一方不应诉时，申请方仍可请求仲裁庭继续程序以作出裁决，一方应诉与否并不妨碍程序的运作；另一方面，参与程序的争端端各方如果就仲裁庭中仲裁员的指派无法达

[1118] 刘衡：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁：现状与问题》，载《中国海洋法学会 2014 年学术年会论文集》

成一致时，任何一方可请求海洋法法庭庭长作出此种指派并从中选派仲裁庭庭长。[1119]

3. 潜在的专制性

如前所述，附件七强制仲裁具有的提起和推进程序的单边性已经颠覆了仲裁约定性的基本原理，一方面其启动无需当事方合意，从而造成一方意志优于另一方的专制可能；另一方面其重要程序事项无须当事方合意，如仲裁员的指派，仲裁规则的制订在缺乏当事方合意的情况下，仲裁庭拥有决定权。而对单边提起的强制仲裁，如果另一方不予接受也就自然无法形成双方合意。在这种情况下拥有决定权的仲裁庭就形成了专制地位。约定性是仲裁的基本特点，理论上从程序的提起到裁判的作出，甚至裁判的终局性，争端当事方都可以作出约定。只有在当事方没有约定的情形下才适用有限的法律规定。而法定性是司法的基本特点，从程序的提起到裁判的作出都有严格的法律规定，脱离争端当事方的意思自治。纵览《公约》附件七的强制仲裁程序会发现其抛弃了仲裁的约定性，代之以相应的强制性，而这种强制性又未严格上升至法定性程度，表现出相当的随意性，导致最后将决定权集中在少数特殊个体手中，这就形成了一种潜在的专制性。

总体而言，《公约》附件七强制仲裁程序的特殊性虽然反映了《公约》追求其自身实践操作性的努力，但是其不但突破了对仲裁的传统理解，还对缔约国的主权表现之一的对外自主性有着相当的影响。

（二）中国主权内容分野与附件七强制仲裁程序的特殊性

附件七强制仲裁程序的特殊性在相当程度上削弱了争端参与国的对外自主性，那么这种程序设计是否触及了一国主权内容分野中的核心内野，需要从一国就该领域的主权分野本身来具体分析。

从中国主权内容分野的动态性来看，中国作为《公约》的缔约国，自始至终参加了第三次联合国海洋法会议。1996 年八届人大第十九次会议批准了《公约》，同年在中国政府向联合国秘书长交存批准书之后，《公约》开始对中国生效。这一系列的国家行为有着对主权内容进行分野的实效。在这层意义上来说，即便《公约》附件七规定的强制仲裁程序之特殊性对中国对外自主性有着较为明显的影响，但是由于这种影响是建立在中国先期缔约行为对自身主权内容分野之基础之上的，属于界分后的外野部分，理论上中国对附件七规定的强制仲裁程序的设置本身在法理上应该是接受的。但是与前述相反，从更细化的主权内容分野静态状态上来看，中国的一系列实践行为并未将其界分入外野部分。2006 年 8 月 25 日，

[1119] 同上。

中国根据《公约》第二百九十八条的规定向联合国秘书长提交声明。[1120]该声明称：“关于《公约》第二百九十八条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的任何争端，中华人民共和国政府不接受《公约》第十五部分第二节规定的任何程序”。也就是说，对于涉及海域划界、历史性海湾或所有权、军事和执法活动以及安理会执行《联合国宪章》所赋予的职务等争端，中国政府不接受《公约》第十五部分第二节下的任何强制争端解决程序，包括强制仲裁。缔约国根据《公约》第二百九十八条作出的排除性声明理应受到尊重，2006 年排除性声明一经作出即应自动适用，其效力是，根据《公约》第二百九十九条的规定，未经中方同意，其他国家不得针对中国就相关争端单方面提交强制争端解决程序。同时，中国也放弃了就同类争端针对其他国家单方面提起强制争端解决程序的权利，体现了权利与义务的对等；从中国主权内容分野的静态性来看，其排除性声明表现出在中国认为相较《公约》附件七带来的解决关于《公约》第二百九十八条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的争端效率，更重视在这些问题上的对外自主性，所以将其在这些争端上的自主性划入主权内容的核心内野部分。中国在此问题上放弃以接受强制争端解决程序相关的主权内容置换向其他国家提起强制争端解决程序的秩序性利益，只为维护这部分的主权核心内野。总而言之，中国在这个问题上的主权内容分野并未给予强制争端解决程序适用的空间，即便作为《公约》缔约国需承担条约义务，附件七强制仲裁的适用也没有法理依据。

三、中菲南海仲裁案的主权分野视角

2013 年 1 月 22 日，菲律宾外交部助理部长 Teresa Lazaro 传召中国驻菲律宾

[1120]《联合国海洋法公约》第二百九十八条： 1．一国在签署、批准或加入本公约时，或在其后任何时间，在不妨害根据第 1 节所产生的义务的情形下，可以书面声明对于下列各类争端的一类或一类以上，不接受第 2 节规定的一种或一种以上的程序：（a）（i）关于划定海洋边界的第 15、第 74 和第 83 条在解释或适用上的争端，或涉及历史性海湾或所有权的争端，但如这种争端发生于本公约生效之后，经争端各方谈判仍未能在合理期间所达成协议，则作出声明的国家，经争端任何一方请求，应同意将该事项提交附件Ⅴ第 2 节所规定的调解；此外，任何争端如果必要涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端，则不应提交这一程序；（ii）在调解委员会提出其中说明所根据的理由的报告后，争端各方应根据该报告以谈判达成协议；如果谈判未能达成协议，经彼此同意，争端各方应将问题提交第 2 节所规定的程序之一，除非争端各方另有协议；（iii）本项不适用于争端各方已以一项安排确定解决的任何海洋边界争端，也不适用于按照对争端各方有拘束力的双边或多边协定加以解决的任何争端；
（b）关于军事活动，包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端，以及根据第 297 条第 2 和第 3 款不属法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端；
（c）正由联合国安全理事会执行《联合国宪章》所赋予的职务的争端，但安全理事会决定将该事项从其议程删除或要求争端各方用本公约规定的方法解决该争端者除外。

2．根据第 1 款出声明的缔约国，可随时撤回声明，或同意将该声明所排除的争端提交本公约规定的任何程序。

3．根据第 1 款出声明的缔约国，应无权对另一缔约国，将属于被除外的一类争端的任何争端，未经该另一缔约国同意，提交本公约的任何程序。

4．如缔约国之一已根据第 1 款（a）项作出声明，任何其他缔约国可对作出声明的缔约国，将属于被除外一类的任何争端提交这种声明内指明的程序。

5．新的声明，或声明的撤回，对按照本条在法院或法庭进行中的程序并无任何影响，除非争端各方另有协议。

6．根据本条作出的声明和撤回声明的通知，应交存于联合国秘书长，秘书长应将其副本分送各缔约国。

大使马克卿，并递交了外交照会，照会中附带一份通知，声明将“与中国就菲利宾在西菲利宾海的海洋管辖权引起的争端”提交按照《海洋法公约》附件七设立的仲裁法庭，要求进行强制仲裁。并在声明中指定了 1 名仲裁员。中国 2013 年 2 月 19 日向菲律宾提交照会，阐述了“中方在南海问题上的立场和主张”，拒绝接受书面通知并将其退还菲律宾。但是根据《公约》的规定，争端方拒绝应诉不影响附件七强制仲裁程序的进行。仲裁庭组建完毕后，分别于 2013 年 7 月 11 日和 2014 年 5 月 14 日至 15 日召开了第一次和第二次仲裁会议，并发布了第一号和第二号程序令，确定了仲裁的初步时间表和程序规则。中国已经被菲律宾挟裹入强制仲裁程序。

（一）主权内容分野下中菲南海仲裁案的实质

根据前文的分析，中国虽为《公约》缔约国，但其并未就《公约》第二百九十八条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的任何争端为对他国应用《公约》附件七强制仲裁程序的考虑而分野其主权内容，由于这种保留是根据《公约》自身规定有效作出的，相关事项就归为了中国自身保留的内野主权部分，《公约》第二百九十八条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的任何争端在法理上也就无法针对中国提出。然而菲律宾显然对这一点有着充分的认知和准备，其提交仲裁的诉求并未直接涉及上述争端。菲律宾的诉求可以归纳为以下几项：

1. 要求仲裁庭裁定中国南海九段线违反《海洋法公约》的规定；

2. 要求仲裁庭裁定中国占领的南沙岛礁（黄岩礁的六个小岛和永暑礁、华阳礁、赤瓜礁都是“岩礁”，都是《公约》规定的“岩礁”，不能主张专属经济区和大陆架；

3. 要求仲裁庭裁定中国占领的美济礁、西门礁、南薰礁和渚碧礁只具备“水下特征”，属于“暗礁”，不能主张领海。

4. 要求仲裁庭裁定中国阻碍菲律宾行使《公约》规定的在专属经济区和大陆架的权利。

综合菲律宾提请的这几项请求，其意图非常明确，不论是其九段线还是岛屿的请求，目的都在于使得中国都不能主张从这些“岩礁”外缘起算 12 海里以外海域的权利，结合近年来菲律宾对于黄岩岛的主权主张与相关行动不难发现，强推中菲南海仲裁案，消除中国对上述海域权利的主张只是菲律宾的第一步行动，是为其后续依据《公约》进一步对这些“岩礁”主张权利奠定国际司法和舆论基础，其最终目的仍集中在南海部分岛礁的主权归属上。[1121]可以说菲律宾就仲裁

[1121]从本世纪初，菲律宾就开始声称黄岩岛在其 200 海里专属经济区内，多次在黄岩岛逮捕和扣留中国渔船。2003 年菲律宾在中业岛举行“设立卡拉延市 25 周年”纪念活动。2006 宣布将重修中业岛上的飞机跑道。

案的诉求内容存在两面性，表面上似乎不涉及中国排除性声明针对的内容，实质上却会对其产生相当重要的影响。菲律宾实质上是将自身诉求做了包装，将涉及中国主权内野部分不适用附件七强制仲裁程序的请求打包成可适用附件七强制仲裁程序的主权外野部分内容，希望以此绕过中国的相关保留声明，绕过分野所在的界限从而使附件七的强制仲裁程序得到适用。在这层意义上菲律宾对中国就《公约》相关事项之主权内容分野的静态状态其实是有着充分的认识的，并依赖这种认识刻意掩盖真实诉求，将中国拉入强制仲裁程序。

（二）主权内容分野下中菲南海仲裁案的应对选择

2013 年 2 月 19 日，在菲律宾将南海仲裁案递交强制仲裁后一月内，中国政府退回菲律宾政府的照会及所附仲裁通知，并在其后多次郑重声明，中国不接受、不参与菲律宾提起的仲裁。

从中国主权内容分野角度分析中国政府“不接受、不参与”的立场，可以从主、被动两个角度切入。

被动角度是分析该立场对于中国自身坚持不应就相关事项适用强制仲裁之主张的合理性。由于《公约》附件七强制仲裁的特殊性，单方行为也可以启动仲裁程序，无需争端他方明示或默示的同意。如前文分析，这也正是强制仲裁程序之强制所在。但是值得注意的是，这种单边性仅限于仲裁程序之内，作用仅仅及于程序提起，并不代表争端相对方有接受该程序的义务，也不代表争端相对方有参与仲裁程序的义务。这与《公约》附件五强制调解的规定是不同的。也就是说，即便中国作为缔约国就《公约》对主权内容作出了分野，这种分化本身也不会导致对接受、参与强制仲裁的义务承担，不接受、不参与菲律宾提起的仲裁有充分的法理依据。而相反的是，首先，中国政府如果选择积极参与附件七强制仲裁程序，就存在被解读为“以行动表示对强制仲裁程序的默示接受”的可能性。这层意义上，这种参与程度本身也是一种分野主权内容的行为，会导致相关领域先行权义的改变；其次，综合考察利用附件七提起强制仲裁的过往案件，争端参与方对仲裁庭的管辖权争议占这些案件的绝大多数，几乎案案存在，但是由于管辖权之争议由仲裁庭自身裁决，之后管辖权确立的情况也占这些案件的绝大多数。[1122] 通过参与仲裁程序来否认仲裁庭的管辖权成功的几率较小；最后，与中国存在海

2009 年菲律宾参议院通过 2699 号法案，即“菲律宾群岛领海基线议案”，将南沙群岛中的部分岛屿和黄岩岛划为菲律宾领土。同年，菲律宾众议院通过 3216 号法案，即“菲律宾群岛领海基线确定案”，将上述两处岛屿划入菲律宾领海基线。 2011 年，菲律宾将南海海域改名为“菲律宾西海”，在 2012 年 4 月的“黄岩岛事件”中，中菲在黄岩岛附近海域的对峙一再升级。 在“黄岩岛事件”后，菲律宾将中菲在南海的相关争议提交《公约》附件七设立的国际仲裁，表明其试图使用国际司法手段将其侵占中国南海岛礁的行为合法化。

[1122]依据《公约》附件提起强制仲裁的前 10 起案件中所有的案件都出现了管辖权异议，但是所有的案件的管辖权最终都得到了确立。

洋争端的周边邻国较多，一旦菲律宾的单边行为产生了令中国政府被动应对的效果，难免在其他潜在争端国家中引发跟随效应。

主动角度是分析该立场对于采取其他方法应对中菲南海仲裁案的助益。选择不接受、不参与强制仲裁程序就不会对原有的相关主权内容分野产生变动，也就为其他方法、立场的设置保留了可能。如前文分析，强制仲裁程序设计的缺陷使得仲裁庭获取了过大的决定权，在这种情况下在程序外提出管辖权异议更为稳妥。在这个前提下，中国可以从诸如缔约过程、保留声明等相关行为考察自身主权内容就《公约》相关方面的分野，证明涉及《公约》第二百九十八条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的任何争端的解决方式选择问题属于中国主权的核心内野部分，中国作为一个独立的主权国家，就《公约》中其保留之事项的对外自主应得到尊重。相比参与一个制度存在缺陷，结果具有不确定性的仲裁程序来由仲裁庭自身否认其管辖权，利用国际法基本原则之一的国家主权平等原则之推论显然更有效率。

从以上角度切入，可以认为中国政府现时针对南海仲裁案“不接受、不参与”的立场并不是对国际秩序的轻视或是对条约法义务之违反，而是出于维护自身主权的需要，具有相当的合理性。

作为规则和作为决策过程的历史性权利

牟文富*

内容摘要：历史性权利的概念无法自足，其相关法律规则亦不完备性，这导致无法在相关国家之间建立清晰的权利－义务关系。本文拟放弃将历史性权利作为法律规则来，使用“政策取向方法”——将法律视为一种“权威决策过程”——来考察历史性权利。本文将关注国际裁判机构过去决策趋势以及未来趋势描述。国际法院、仲裁庭曾发展了历史性权利的“对抗性”法律功能，但这种对抗性在多大程度上具有持久性、是否具有普遍性，特定的问题领域有不同的答案。从裁判实践来看，历史性权利更多地出现在海洋划界争端中，历史性权利要么予以考虑被主权权利吸收，要么因为不予考虑而丧失。其中可识别的决策趋势是历史性权利经常性地被放弃作为相关情况予以考虑。

关键词：历史性权利；政策取向方法；海洋法公约；决策过程；对抗性

—正文—

在国际法中，法律规范被理解为是国家同意或国家意志的表达。规范需要凝固成文本，但本文本身不能说话，而是被人们谈论。法律文本的意义并非触手可及，只有在解释行为中才获得生命。[1123]一种更令人关注的情况则是，“国际法律体系之运行经常涉及一些因素，其规范地位、含义、范围并非径直建立在公认的国际法渊源上。不能（完全）说国家按照创设国际法律规则的相同方法去接受、承认它们。这种非法律性质的因素（non-legal elements）影响了国际法法律人格的权利、义务。”[1124]这两种情况给我们留下双重的困难：一是法律文本有待解释，第二是法律规则本身尚未凝固，导致权利、义务属性不明。不幸的是，当我们遇到有关历史性权利（historic rights）的争端时，正面临此种双重处境。更何况历史性权利的术语、概念本身仍然存在澄清的空间。

历史性权利是中国在南海权利的重要组成部分。《中华人民共和国专属经济区及大陆架法》第14条规定“本法的规定不影响中华人民共和国享有的历史性权利”，历史性权利的英文表述为“historic rights”。[1125]该法并没有提及“历史性权利”与哪片特定的海域有关，但已有的研究表明，将“历史性权利”

*四川省社会科学院法学研究所，副研究员、法学博士；“中国南海研究协同创新中心法律平台”兼职研究员。Email：mouwenfu@163.com。

[1123]See: Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law*, Oxford University Press, 2012, pp.1-2

[1124]Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p.105

[1125]《中华人民共和国专属经济区及大陆架法》英文文本，参见：国家海洋局政策法律和规划司编：《中华人民共和国海洋法规选编》，海洋出版社，2012 年，第 308 页。

与南海联系起来是自然而然的事情，相关的讨论已经比较充分。[1126]不过中国在南海的历史性权利主张受到广泛的攻击。有西方学者认为中国没有正式地用法律术语对南海广泛的主权要求进行界定，其中包括“历史性权利”术语。[1127]在“南海仲裁案”中，菲律宾在其起诉状中认为《联合国海洋法公约》没有任何规定准许中国主张历史性权利，所以它否认中国有资格主张历史性权利。无疑，公约没有规定并不意味着这项权利不存在，历史性权利受习惯国际法的支配，公约序言第7段的措辞——“确认本公约未予规定的事项，应继续以一般国际法的规则和原则为准”——表明，中国所主张的历史性权利的基础不在于公约而在于习惯国际法。

尽管中国有资格在南海中主张“历史性权利”，而且也有更无可辩驳的历史事实为依据，但有一个问题仍然需要进一步澄清：这种权利所具有的法律功能究竟是什么？换言之，“历史性权利”产生的法律关系是什么？它在何种范围内可以对抗南海周边其他国家对南海提出的主张？这种对抗性是在何种背景中产生的？它是历史性权利概念本身所具有的法律功能吗？

要回答这些问题，一般可预期的方法是识别有关“历史性权利”的法律规则，然后构筑一套清晰的权利－义务关系。然而，倘若把“历史性权利”视为一种自足的规则体系，希望从中找到答案，恐怕我们要失望。首先在术语上，中文使用的历史性权利（historic rights）与其他几个术语——“historic title”、“historic waters”、“historic bay”——有着千丝万缕的联系，而我们又很难在中文中找到“historic rights”、“historic title”精

[1126]李金明：《南海断续线的法律地位：历史性水域、疆域线、抑或岛屿归属线？》，《南洋问题研究》，2010年第4期，第22-29页；郭渊：《论海洋法中的“历史性权利”》，《中国海洋法学评论》，2008年卷第1期；王建廷：《历史性权利的法理基础与实证考查》，《太平洋学报》2011年第3期；黄伟：《论中国在南海U形线内“其他海域”的历史性权利》，《中国海洋大学学报（社会科学版）》，.2011年第3期，第41-45页；Keyuan Z, “Historic Rights In International Law and in China's Practice”, *Ocean Development & International Law*, 2001, 32(2): 149-168; ZouKeyuan, “South China Sea Studies In China: Achievements, Constraints And Prospects”, *Singapore Year Book of International Law*, 2007, p.85-98; ZouKeyuan, *Law of the Sea in East Asia: Issues and Perspective*, London and New York: Routledge, 2005, p.137-152; Nordquist Myron H. Koh,Tommy T.B. and Moore, J. N. eds. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, Leidenn: MartinusNijhoff Publishers, 2009:283, 300; ZhiguoGao and Bing BingJia, “The Nine-Dash Line In The South China Sea: History, Status, And Implications”, *The American Journal Of International Law*, Vol. 107, 2013; Dupuy F, Dupuy P M. , “A Legal Analysis of China's Historic Rights Claim in the South China Sea”, *American Journal of International Law*, 2013 (1): 124-141

[1127] Florian Dupuy and Pierre-Marie Dupuy, “A Legal Analysis of China's Historic Rights Claim in the South China Sea”, 2013, p.127-128, 130

准的对应物。它们甚至需要在相互对比、相互界定过程中才可能获得自己的内容。其次，我们所依赖的法律文本，如1958年《海洋法公约》、1982年《联合国海洋法公约》甚至习惯国际法，事实上对上述概念及其法律内容保持沉默。

这里本文不打算在哲学上质疑实证主义国际法。事实上，“实证主义在指涉国际法的结构性基础的过程中是独一无二的”，“实证主义仍然是国际法律推理的基础”。[1128]不过考虑到在海洋法的立法过程中，诸如与“历史性海湾”相关的问题被有意地留下空白，此类问题被留给解决争端的法院，[1129]那么联合国国际法院、专门国际法仲裁法庭就被赋予了立法者的角色。事实上，与历史性权利有关的争端正是在这些裁判机构中得以展开的，其法律功能、权利内容也是在此种过程中以个案方式得以澄清。

这种过程也正符合“政策取向”对法律的界定。“政策取向”方法将国际法作为一种过程，这不仅包括国际法的创制，也包括它的运作、实施。该过程是通过参与者、场景、权力基础、战略、结果这些要素来描述的社会过程。[1130]对于作为过程的国际法，国际法院前法官希金斯（Rosalyn Higgins）曾这样论述到：“如果被授权的个人或机关在恰当的场所、在某些既定的实践和规范框架内作出决策，那么所发生的事件就是合法决策过程（legal decision-making）。换言之，国际法就是一个持续的权威决策过程。本观点拒绝将法律观念视为仅仅是规则的公正适用。国际法就是整个的决策过程，并非仅仅指涉被称之为‘规则’的过往决策趋势。该概念不可避免地产生了对未来政策方案的关注，尤其是过去的决策趋势并非是特别清晰。”[1131]对于历史性权利问题，作为“过去决策趋势”的《联合国海洋法公约》不能为我们提供确定各方权利的依据，而现实是海洋争端由各方谈判解决，或者由第三方裁判结构解决。前者是一个充满政治考量、交易、妥协的过

[1128] Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2007, p.53

[1129] See: United Nations, “Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays” (Document A/CN.4/143), *Yearbook of International Law Commission*, 1962, Vol. II, p.3

[1130]参见：哈罗德·D·拉斯韦尔、迈尔斯·D·麦克道格尔：《自由社会之法学理论》，曹晴等译，法律出版社，2013 年，第 22-25、124-137、149-158 页；W. Michael Reisman, et al., “The New Haven School: A Brief Introduction”, *The Yale Journal Of International Law*, Vol. 32, 2007, p.576-582; Siegfried Wiessner, “The New Haven School of Jurisprudence: A Universal Toolkit for Understanding and Shaping the Law”, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 18, No 1, 2010; Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell& W. Michael Reisman, “The World Constitutive Process of Authoritative Decision”, *Journal of Legal Education*, Vol. 19, No.3, p.255; M. McDougal and W. Burke, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, New Haven and London: Yale University Press, 1962, p.12-14.

[1131] R. Higgins, “Policy Consideration and the International Judicial Process”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1968, Vol. 17, p.58. See R. Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use it*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p.2

程，一个令人着迷但却无法从外部窥测的过程。后者是裁判结构在履行争端解决的功能，在希金斯看来是一个发展国际法的过程。[1132]裁判机构充实了历史性权利的内容、发展了其法律功能，在此意义上，裁判机构也是在行使立法职能。本文以此为基础来考察作为决策过程——这里是法官作为权威决策者——的历史性权利。

本文将“政策取向”方法作为考察历史性权利的分析工具，但并不打算严格按照权威决策过程的所有要素——参与者、场景、权力基础、战略、结果——逐一展开，而是集中在国际法院、专门国际仲裁法庭的活动上。原因在于这些机构在“政策取向”方法中具有双重性。第一是它们构成了参与者（participants）进行互动的场所（arena），是参与者参与价值分配而提出的多种诉求（claims）之间发生复杂互动的场所。[1133]一个国家提出在某海域享有历史性权利，无疑就是参与价值的分配。第二是法官、仲裁员作为权威决策者，其判决就是决策的结果。

本文将关注国际裁判机构（国际法院、专门仲裁法庭）的过去决策趋势以及未来趋势描述。为此，本文内容安排如下。第一部分分析有关历史性权利之相关规则的完备性、明确性。作为一种法律概念的历史性权利，其在法律文本中缺乏一种明确的法律关系，无法在相关国家之间建立清晰的权利－义务关系。如果将历史性权利作为规则，那么其局限性是显而易见的。第二部分指出，“历史性权利”总是在与其他相关概念的对比中来界定其自身的法律内涵，然而它仍然无法获得自足的法律关系，仍然是一个有待澄清的法律范畴。第三部分将国际裁判视为“权威决策过程”，并考察裁判机构作出的有关历史性权利主张的案例，总结过去的决策趋势。第四部分立足于过去趋势而预测国际裁判机构未来的决策走向。

一、历史性权利：规则的局限性

在特定国际争端中，一方主张某项权利，倘若所主张的权利无论以哪种方式被确认，那么我们可能期待在争端当事方之间确立一种明确而清晰的法律关系，也即用霍菲尔德的权利、特权、豁免、权力这些基本法律概念所构建的法律关系。

[1132] See R. Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use it*, 1994, p.202

[1133]See M. McDougal and W. Burke, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, New Haven and London: Yale University Press, 1962, p.38-39

[1134]在国家的相关权利可以被确定的情况下，这种法律关系无疑是能够建立起来的。例如，在1982年《联合国海洋法公约》中，国家之间的利益分配完全可以用霍菲尔德的基本法律概念来构造。[1135]联合国海洋事务与海洋法总署编辑的《联合国海洋法公约及补充协定之缔约国义务》表明，在公约中，在各种海洋区域内相关国家之间的权利义务关系也是清晰的。[1136]例如，以霍菲尔德法律概念中两对相关关系（correlative relation）——权利-义务、特权-无权利——来论，[1137]设某海域为A国的领海，A国享有主权，则A国拥有令B国不得进入该领海的权利，而B国则对A国负担不进入该领海的义务。A国有特权进入其领海，于B国则表现为其无权利进入。当然这是就一般情况而论，领海要受无害通过的限制。就权利享有方而言，这种法律关系体现为A国拥有的权利束——排除权（right to exclude）、占有权、剥夺权（right to alienate）、获益权、管理权等等。[1138]出于本文的目的，一种更为简约的表达是用排他性来描述某种权利的法律性质。

这当然是一幅令人欣慰的图景。清晰、明确的法律关系可以在相关国家之间建立稳定的关系，这于各方都有益。我们当然也期待，中国主张在南海享有历史性权利，若该权利被确认，中国与南海的其他声索国之间的权利、义务关系也可以清晰地建立起来。例如，历史性权利的法律性质是否如同主权或主权权利那样，理所当然地具有排他性？尽管主张权利的当事国家都希望能达到这样的法律效果，然而，一项权利毕竟不是一种先验性的存在，其所昭示的法律关系根本无法通过一种演绎的方式加以阐明。倘若权利争论是在特定的国际争端中提出来的，那么该权利存在与否、其内容是什么，则需要根据《国际法院规约》第38条所指向的国际法渊源来解决。即便如此，历史性权利仍然处于迷雾中。除了1958年《领海及毗连区公约》第7条第6款、1982年《联合国海洋法公约》第10条第6款（“海湾”）、第15条（“海岸相向或相邻国家间领海界线的划定”）规定历史性海

[1134] Wesley Newcomb Hohfeld, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, Vol. 23, No. 1 (Nov., 1913), pp. 16-59

[1135] Philip Allott, “Power Sharing in the Law of the Sea”, *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 1, 1983, p. 9

[1136] Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, *Obligations of States Parties under the United Nations Convention on the Law of the Sea and Complementary Instruments*, New York: United Nations, 2004

[1137] Wesley Newcomb Hohfeld, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, p.30-33

[1138] Philip Allott, “Power Sharing in the Law of the Sea”, p.9

湾、历史性所有权（historic title）问题不适用公约相关条款、第298条规定可以对有关历史性海湾、历史性所有权之类的争端排除在争端解决条款之外，其它再无更为翔实的规定。这些条款的共同点是它们都排除了历史性海湾、历史性所有权在公约中的适用。事实上，海洋法立法史表明，联合国国际法委员会的海洋法特别报告员佛朗索瓦（J. P. A. François）认为，委员会手中没有必要的材料进行彻底地研究，他认为委员会可以简单地使用“历史性海湾”这个术语，如果发生了争端，就把它留给法院。[1139]后来的1982年公约本文也仅仅使用了历史性海湾、历史性所有权两个术语，关于国际争端中的历史性海湾、历史性水域问题，也确实留给国际裁判机构来解决。至于历史性权利这个术语，《联合国海洋法公约》根本未提及它。甚至可以认为，所有关于“historic title”的争端不属于《联合国海洋法公约》下的争端。期待通过国际条约来确定历史性权利的法律功能也是不现实的。

国际法院在“突尼斯-利比亚大陆架划界案”（1982年）中指出，历史性权利与历史性水域一样，都受习惯国际法中特定法律制度的支配。[1140]至于习惯国际法中的历史性权利，可能对它的构成要件有一些共识，[1141]但也仅此而已。布卢姆（Yehuda Z. Blum）提到一国能够针对另一国或针对整个国际社会确立历史性权利，[1142]但一国与另一国因此而确立的法律关系究竟如何，并不明晰。这种局面也是可以理解的。在实际的国际争端中主张历史性权利的情况屈指可数，其中每个国家主张权利的具体情况并不相同，国际裁判机构即便认可了历史性权利的存在，但每种历史性权利产生的法律后果并不同。历史性权利确实难以展现一种单一的法律含义。

有鉴于此，要考察历史性权利到底产生何种法律后果，恰当的方法是考察不同个案中历史性权利被提出的背景、主张权利的国家所意欲获得的而裁判结果实际赋予的法律地位，看看有何启示。当然，这种方法并不是从判例中总结出共同

[1139] United Nations, “Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays” (Document A/CN.4/143), *Yearbook of International Law Commission*, 1962, Vol. II, p.3

[1140]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 100

[1141] Y. Blum, ‘Historic Rights’, *Encyclopaedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1984, p.122-124

[1142] Y. Blum, ‘Historic Rights’, 1984, p.121

点，然后通过演绎方式给出历史性权利所产生的法律关系，因为演绎的结果并无多大价值，而且在国际法中，国家之间的权利关系并非演绎的结果。如同历史性海湾、历史性水域的情况一样，每一种主张历史性权利的情况都是独特的，这也是习惯国际法之特别制度的本来面目。再者，个案也不构成先例，对以后的案件没有约束力，所以启示也有限。不过，国际法院、国际仲裁法庭在一定程度上发展了国际法，尽管其判决、裁决只约束争端当事国家，但鉴于它们是对法律的权威性表述，其他国家涉及同样法律问题时，出于司法理念的一致性，法院、法庭会得出同样的结论。[1143]另一方面，国际裁判机构的判例相当于是过去的决策，对过去趋势（past trends）的分析可以为未来政策提供基础。

二、历史性权利：有待澄清、后续发展的法律问题

（一）“historic title”和“historic rights”：属概念与种概念

在考察“历史性权利”时，不得不谈到“historic title”这个术语，二者之间存在关联但又有差别。[1144]“Historic rights”、“historic title”这两个概念的联系如此之近，以至于二者不可避免地纠缠在一起。这里还涉及到一个中文语境所没有的概念——title。该术语是罗马法、普通法、欧陆法中关于权利基础的概念。“title”在中文中一般翻译为“所有权”、“产权”。[1145]在《联合国海洋法公约》中，第15条中出现的英文术语“historic title”，其中文文本也表述为“历史性所有权”。但在普通法的语境中，“title”的本质并非等同于“所有权”、“产权”，而是产生权利的基础。在英美国家长期被视为经典著作的萨尔蒙德（John W.Salmond）的《法理学》是这样阐释“title”的：“‘title’为事实性的前提（the de facto antecedent），权利乃该前提的法律后果（the de jure consequent）。如果法律将一项权利赋予一个人而非另一个人，原因在于某些事实于他为真、于另一人则否，这些事实就是权利的前提（title of the right）。”“无论权利是原生性的（inborn）还是继受性的(acquired)，都需要title作为必要前提。”[1146]例如，债权（title to a debt）的事

[1143] See R. Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use it*, 1994, p.202

[1144]ZouKeyuan, *Law of the Sea in East Asia: Issues and Perspective*, 2005, p.137; Florian Dupuy and Pierre-Marie Dupuy, “A Legal Analysis of China's Historic Rights Claim in the South China Sea”, 2013, p.124-141

[1145]参见《元照英美法词典》“title”词条，第 1345 页

[1146] John W. Salmond, *Jurisprudence*, 8th, London : Sweet & Maxwell, Limited, 1930, p. 357

实性前提是契约、判决或交易。“从法律上讲，“title”这一术语是指所有的事实、行为、或情势，它们构成一项权利的原因或基础。”[1147]因此，“title”这个术语本身的意思指权利的基础、前提、渊源。

据“title”之本意，“historic title”的字面意思指历史事实/因素乃是权利的前提，因此，尽管中文惯常的翻译是“历史性所有权”，但其本质是权利的历史基础。[1148]在国际争端中，一方往往诉诸“historic title”理由来强化其权利主张，其本质在于，一个国家所主张的相关权利基础同该国行使主权有关的历史性因素相关。在常见的陆地领土争端、历史性海湾、历史性水域、历史性权利问题中，争端当事国一方或双方都诉诸历史因素作为权利的基础。有三种情况：（1）在领土争端中，这些历史性因素所指的对象往往是陆地、岛屿；（2）涉及历史性海湾、历史性水域一类的争端中，历史性因素则指向根据国际法本来属于公海的某片海域，《联合国海洋法公约》第10条、第298（1）（a）（i）中的“historic bays”所指的就是这种情况；（3）也有的争端所涉及的历史性因素会指向对特定海域中的某些行为，如捕鱼活动、通行、避难。当然这只是抽象层面的问题。事实上，历史因素作为权利基础的背景各有不同，需要具体考察才能理解它支撑的权利对争端当事国家的法律关系的影响。

但是《联合国海洋法公约》第15条、第298（1）（a）（i）中“historic title”所指究竟是上述三种情况中的一种还是全部，从立法历史来看，该术语当时并未给予清楚地解释。因此有的学者将其中之一作为属概念（generic term），另一个则作为种概念（specific term）。另外的学者则可能相反。布鲁姆（Y．Blum）认为，历史性权利概念“意味着国家在某陆地或海洋区域拥有一些权利，而在正常情况下，根据一般国际法规则该国不会拥有这些权利。”[1149]他以领土主权作为参照来将其界定为：“历史性权利可能相当于完全的领土主权，或者不含领土主权因素的权利，后者诸如通行权、特别捕鱼权或者有关海洋划界方式的特别权

[1147] J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 212；伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良等译，法律出版社 2003 年版，第 132 页

[1148]《1982 年联合国海洋法公约》第 15 条中“historic title”对应的中文文本为“历史性所有权”。“historic title”的各种中文翻译，包括日本学者翻译成“权原”，参见李扬：《国际法中的“historic title”》，《北大国际法与比较法评论》，第 10 卷，总第 13 期，北京大学出版社 2013 年版，第 30 页。在涉及《1982 年联合国海洋法公约》时，本文在一些场合保留了“历史性所有权”的用法。在多数时候，用“权利的历史渊源”这种解释性的用法来指称“historic title”。

[1149] Y. Blum, ‘Historic Rights’, 1984, p.120

利。”[1150]他将历史性水域、历史性海湾、非排他性海洋权利（non-exclusive maritime historic rights）都归于历史性权利概念之下，[1151]他在最为宽泛的意义上使用历史性权利概念，也即把“历史性权利”作为一个属概念。邹克渊教授在一定程度上也是将“historic rights”作为一个属概念来对待的。[1152]由于“历史性权利”概念被布鲁姆作为一个属概念，领土主权就成了他用来区分其中的不同权利类型的一个参照点。他认为，历史性水域、历史性海湾就是他所说的“相当于完全的领土主权”。

在“渔业管辖案”（英国诉挪威）中，国际法院对“历史性水域”的定义是：“通常的意思指那种被视为内水的水域，但要是该水域不存在权利的历史渊源（historic title），则它就不具有那样的特征。”[1153]该定义表明，“historic title”的存在是历史性水域主张得以成立的基础。在“大陆架案”（突尼斯诉利比亚）中，国际法院用历史性权利（historic rights）来指称突尼斯所主张历史性捕鱼权，认为“历史性权利仍然需要根据其本身情况予以考虑”，同时也说到，“‘historic titles’应受到尊重，而且保留其长期运用的面貌。”“historic rights”之后紧接着“historic titles”，其中的关系在于，从“title”的本意出发，国际法院倾向将“historic title”视为一种属概念，而历史性权利是一个种概念，因为主张历史性权利的基础仍然是“historic title”。说‘historic titles’应受到尊重，显然指更一般的状况。这就是为什么在“陆地、岛屿及海洋边界争端”（萨尔瓦多诉洪都拉斯）中，谈到调查丰塞卡海湾的特殊历史时，法院又引用了“‘historic titles’应受到尊重，而且保留其长期运用的面貌”这句话。

基于上述分析，这里把“historic title”作为属概念，而把“historic rights”作为种概念。鉴于“渔业管辖案”中国际法院在“历史性水域”定义中同时使用二者，就很难把“historic title”专门用于领土主权之争的场合。

[1150] Y. Blum, ‘Historic Rights’, 1984, p.121

[1151] Y. Blum, ‘Historic Rights’, 1984, p.124-125

[1152]参见：ZouKeyuan, *Law of the Sea in East Asia: Issues and Perspective*, 2005, p.147-148, 151

[1153]“By ‘historic waters’ are usually meant which are treated as internal waters but which would not have that character were it not for the existence of an historic title.”*Fisheries Case*(UK/Norway), I.C.J. Report, 1951, p.130

（二）作为事实的历史要素及权利主张

1、基于历史性因素对特定地理空间主张排他性的领土主权

基于历史性因素对特定地理空间主张排他性的领土主权，主要有两种情况，一是基于历史因素/事实而对陆地主张领土所有权（title to territory）问题，[1154]二是历史性海湾/水域问题。首先是基于历史因素对特定陆地（包括岛屿）主张领土主权。在中文语境中，这类问题通常用“历史性所有权”来表述。尽管“title”是私法中关于权利基础的概念，但国际法中通过类比方式（analogy）用“title”去构建领土权利、领土主权，尤其是“占有（possession）”概念被移植到领土取得的方式中去。[1155]在“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚vs.也门）”中，仲裁庭将“established title”等同于“最佳的占有权”（best right to possession）。[1156]因此，在涉及领土争端的时候，权利基础/渊源（title）的本质在于，主张领土主权的有效性以对抗其他国家。[1157]在国际裁判实践中，领土所有权成了当事国竭力证明、裁判机构需要查明的关键问题。[1158]从“title”所蕴含的权利渊源、事实性前提意义来看，伊恩·布朗利（Ian Brownlie）认为构成“领土所有权”的事实性前提一般包括：根据条约的割让、转让；根据“占有保留”原则的继承国的权利；以国际社会名义作出的领土处置；放弃；国际裁判；有效占有；取得时效；[1159]默许和承认。[1160]

从布朗利所列举的事实性前提来看，权利的历史渊源似乎并不在构成“领土所有权”独立的基础或渊源之列。既然“historic title”的字面意思是历史因素乃是某权利的基础，它本身并不属于领土取得的方式之列，即单纯的历史事实并非是领土权利的基础。然而，在领土争端中诉诸历史乃司空见惯，例如“从历史来看”、“自古以来”、“古老的权利”这类涉及时间因素的主张。到底是什么历

[1154]这里保留了“Title to territory”通常“领土所有权”的中文译法，但如同 title 这个术语本身一样，“Title to territory”的实质指的是领土取得的基础、事实性前提。

[1155] H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Union: The Lawbook Exchange, Ltd., 2002, p.99-104; Robert Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester : Manchester University Press, 1963, p.4

[1156]*United Nations, Reports of International Arbitral Awards*(“RIAA”), Vol. 22, p.239

[1157] J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 212

[1158] Yehuda Z. Blum, *Historic Titles In International Law*, The Hague: MartinusNijhoff, 1965, p.2

[1159]“取得时效”难以作为一种独立的领土取得方式，在领土争端中它总是与默许、承认、有效占有这些原则相关。Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th, Oxford: Oxford University Press, 2008, p.148-151

[1160] Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, The Hague: MartinusNijhoff Publishers, 1998, p.153-155

史因素才构成领土权利的基础？按照布朗利的意见，“权利的历史渊源”概念“表明了‘自古占有’原则，并且要依赖有关历史事实事项的一般陈述或意见作为证据”。[1161]这表明“historic title”学说不能离开有关领土历史的事实，因此它起到的作用是用以支持一国长期占有领土之主张的辅助功能，如果长期占有成立，则构成了“发现、先占”。[1162]例如，中国对南海各岛屿的主权主张，其历史性的权利渊源在于中国对这些岛屿不间断地行使主权。[1163]

其次，与历史因素相关的概念是历史性水域/历史性海湾。除了“渔业案管辖案”（英国vs.挪威）中国际法院对“历史性水域”的定义之外，布歇（L.J. Bouchez）对“历史性水域”的定义是“沿海国在相当长一段时间内、经过国际社会的默许，明确、有效、持续地行使主权权利的水域”。[1164]“历史性水域”一般地与沿海国对某海域的主权主张联系在一起。如果沿海国针对某片海域能够成功地建立“历史性水域”的法律地位，那么该海域具有内水或者领海的地位。与“历史性水域”概念难以分开的是“历史性海湾”（historic bay）。事实上“历史性水域”概念产生的背景正是在国际海洋法大会中面对的“历史性海湾”问题。[1165]然而，这两个概念并非完全一样，“历史性水域”的范围广，包括了“历史性海湾”。虽然后者使用频率高，但并不意味着沿海国只能基于历史对海湾提出权利要求。[1166]

在“渔业管辖案”中，国际法院对“历史性水域”的界定表明，历史因素——权利的历史渊源(historic title)——仍然是取得内水法律地位的前提。这在一定程度上也暗示“historic title”具有属概念的功能。哪些历史因素可以成为对沿海国对某水域享有权利的事实性前提，也即什么才是在这些水域取得权利所必需的前提（title to such waters），[1167]这就是“历史性水域”构成的法律要件。公认的要件包括如下历史事实：1、实际行使主权权力。沿海国家为建立历史性所有权而行使的必要权力，其范围必须与所有权主张的性质相吻合。要确立历史性水域，

[1161] J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, p.221

[1162]ZhiguoGao and Bing BingJia, “The Nine-Dash Line In The South China Sea: History, Status, And Implications”, 2013, p.114

[1163]ZhiguoGao and Bing BingJia, ibid., p.114

[1164]L.J. Bouchez, *The Regime of Bays in International Law*, Sythoff, Leyden, 1964, p 281.转引自：Clive R. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea-A Modern Re-Appraisal*, Leiden: MartinusNijhoff Publishers, 2008, p. 1

[1165] United Nations, “Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays” (Document A/CN.4/143), *Yearbook of International Law Commission*, 1962, Vol. II, p. 1-6

[1166] United Nations, “Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays” (Document A/CN.4/143), *Yearbook of International Law Commission*, 1962, Vol. II, p.6

[1167] United Nations, “Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays” (Document A/CN.4/143), *Yearbook of International Law Commission*, 1962, Vol. II, p.7

沿海国行使的权力在历史上必须是排除所有外国船舶和航行。2、持续地使用要求。根据国际法和国内法，对主张的水域公开行使主权权力所持续时间必须充分长，以便创设一种惯例。3、国际社会的态度——外国的默许。沿海国主张历史性水域，即使有主权行为的支持和长时间地持续，若没有国际社会的接受，仍然无效。此外，还涉及举证责任的问题。沿海国主张毗邻其海岸的某片水域具有内水性质，而在正常情况下该水域并不具有此种性质，则沿海国承担证明责任。[1168]

权利的历史渊源概念对于陆地领土取得的意义在于诉诸它来强化持续、有效的占领，但它似乎是取得历史性水域、历史性海湾法律地位的一种独立方式，不过其本质也是基于“取得”、“先占”原则。[1169]

判例法、学术研究都直接地针对海湾的情形而非针对历史性水域的一般情形。[1170]不过，原则上历史性水域问题的范围不仅仅是海湾，而且还包括不构成海湾的其他海域，如群岛水域、群岛与邻近大陆之间的水域、海峡、河口等水体。

基于历史性因素对特定陆地、海湾或其它水域主张主权，如果主张成立，那么相关空间的法律地位就是某一主权国家所属领土。其产生的法律后果表现为：“对其领土和永久居住其上的人口的初步的排他性管辖权；在此排他性管辖权区域内其他国家的不干涉义务。”[1171]领土主权的法律地位初步地构成了清晰的霍菲尔德式法律关系——权利-义务、特权-无权利。

2、基于历史性因素主张非排他性权利：历史性权利

由历史因素而产生权利的另一个概念是历史性权利。如果将历史性权利作为一个种概念，则是狭义的历史性权利，仅指布鲁姆所说的非排他性性质的权利。在国际争端解决实践中，裁判机构确实也并非把历史性权利作为一个属概念来泛指所有争端主题。在“陆地、岛屿的领土主权及海洋边界争端案（萨尔瓦多v 洪都拉斯）”中，争端明确地涉及丰塞卡海湾是否为历史性海湾的问题。在“渔业

[1168] United Nations, “Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays” (Document A/CN.4/143), *Yearbook of International Law Commission*, 1962, Vol. II, p.20-23; Sally J. Cummins and David P. Stewart, eds.,*Digest ofUnited States Practice in International Law*(2002), The International Law Institute, 2003, p.742-747

[1169]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 100

[1170] Clive R. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea-A Modern Re-Appraisal*, Leiden: MartinusNijhoff Publishers, 2008, p.283-284

[1171] James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, Oxford: Oxford University Press, 2012, p.447

管辖案”（英国vs. 冰岛）、“突尼斯-利比亚大陆架划界案”（1982年）、“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚vs.也门）”三个案件中，都是用历史性权利来指历史性捕鱼权，也包括通行权、避难权。因此，在海洋争端中使用历史性权利这个概念时，一般将其限定在那些非排他性请求上。

在实际的国际争端中，所主张的通行权、捕鱼权可能还往往位于他国的海域，被称之为“反向历史性权利”（historic rights in reverse）。[1172]就通行权、捕鱼权这些历史性权利的本质来看，它们“与‘有效管辖’这种更为特别的问题相互关联”。[1173]“不含领土主权因素的权利”就是“非排他性海洋权利”，但非排他性到底是在何种背景中发挥其功能的？非排他性是否意味着与其它权利共存？若如此，而这关系如何？这都还有待进一步分析。

取得历史性权利的过程是通过权利的历史性渊源进行巩固的过程。[1174]这类权利的构成要件与“历史性水域”的构成要件基本相同：（1）持续性地使用惯例；（2）其他国家的默认。[1175]这样看来，“历史性权利”的法律构成也就是权利的历史性渊源。[1176]这就更增加了将历史性权利与历史性水域二者的法律功能混淆的可能性，即认为历史性权利与历史性水域一样当然地具有排他性。事实上，差别在于相关请求是否主张对特定海洋空间主张主权。一般认为有关历史性权利主张不涉及地理空间的主权。[1177]

历史性权利存在的地理空间，既可能在陆上，也可能在海上。[1178]就海上而言，西蒙斯（Clive R. Symmons）认为，取得“历史性权利”的区域一般在公海上，但并没有对该区域有主权要求的意思，如捕鱼权。[1179]在公海上取得历史性权利这种论断可能太过抽象了。确实，从历史性权利的起源来看，它所依赖的历史事实发生之际，有关的海洋空间可能就是公海，但在海洋法发展过程中，沿海国都在扩展海洋权利、进而形成了一个权利主张的交叉地带，这才导致了权利冲突。

[1172] Y. Blum, ‘Historic Rights’, 1984, p.124
[1173] Clive R. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea-A Modern Re-Appraisal*, 2008, p.4
[1174] Y. Blum, ‘Historic Rights’, 1984, p.121
[1175] Yehuda Z. Blum, “Historic Rights”, in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.7, Elsevier Science Publishers, 1984, p.122-124
[1176] Clive R. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea-A Modern Re-Appraisal*, 2008, p.4
[1177] Clive R. Symmons,*Historic Waters in the Law of the Sea-A Modern Re-Appraisal*, 2008, p.4
[1178] Y. Blum, ‘Historic Rights’, 1984, p.121
[1179] Clive R. Symmons,*Historic Waters in the Law of the Sea-A Modern Re-Appraisal*, 2008, p.4

国际法院在“关于缅因海湾地区海洋划界案”（加拿大 v 美国）中对这种情况有一个明确的描述：“……直到最后，这个广大的地区还是公海的一部分，因此不单向美国，而且向其他国家的渔民自由开放，而且确有许多其他国家的国民在那儿捕鱼。但是沿海国家建立200海里专属渔业区后，形势便急转直下，第三国及其国民发现它们被剥夺了进入这些海区的权利，并失去了能够在这些地区获得利益的地位。”[1180]因此，很难抽象地断言在1982年《联合国海洋法公约》意义上的公海中取得历史性权利，第86条关于公海的定义就将专属经济区、领海、内水、群岛国水域排除在外。由于沿海国在这些水域中拥有主权、主权权利、管辖权，因此沿海国再主张在这些海域中享有历史性权利似乎没有必要。在孤立的情况下，沿海国在公海主张历史性权利并没有先例。但有一种可能性是一国主张的历史性权利与另一国主张的专属经济区冲突，[1181]但这多是在在海洋划界的情况下发生的。在这种情况下，历史性权利所起的作用是什么，这正是后文要涉及的问题。

在“突尼斯-利比亚大陆架划界案”中，国际法院对历史性海湾和历史性权利作了这样的评论：“……历史性权利（historic rights）自身仍须考虑。权利的历史性渊源（historic titles）应受到尊重，而且保留其长期运用的原貌。……在第三次海洋法会议的公约草案中也没有任何关于历史性水域制度的规定，既没有这一概念的定义，又没有对历史性水域和历史性性海湾的法律制度的详尽阐述。但是，它以一种对草案中的规定保留的形式，提到了“历史性海湾”、“权利的历史性渊源（historic titles）”、“历史性原因”（historic reasons）。看来很清楚，这一问题仍受一般国际法支配。一般国际法没有为“历史性海湾”或“历史性水域”规定单独的制度，而只是为每一个具体的、公认的“历史性水域”或“历史性海湾”案件作了规定。显然，事实上基本可以说，

[1180]Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada vUnited States of America) (1984) , at para. 235。中文参见国家海洋局政策研究室编：《国际海域划界条约集》（续集），海洋出版社，1990 年，第 226 页

[1181]Leonardo Bernard, “The Effect of Historic Fishing Rights In Maritime Boundaries Delimitation”, at:http://www.law.berkeley.edu/files/Bernard-final.pdf, visited on August, 25, 2014

历史性权利或历史性水域的概念和大陆架概念都由习惯国际法中特别法律制度（distinct legal regimes）的支配。第一种制度建立在“取得”、“先占”基出上，第二种制度基于“事实本身和自始就有（ipso facto and ab initio）。””[1182]

国际法院的评论揭示了这样的事实：历史性权利仍然属于特别问题，每一种此类权利主张的内容各不相同，需要分别去认定此类权利是否存在、它的范围是什么、如何可以对抗其它国家。但国际法院提到历史性权利建立在取得、先占基础上，这固然是因为历史因素乃是它的基础，但是，陆地领土主权、历史性海湾／水域的法律性质在于所属国家具有绝对的排他性管辖权，而历史性权利究竟与陆地领土、历史性海湾／水域的取得、先占有何不同？国际法院在“突尼斯-利比亚大陆架划界案”中没有回答这个问题，因为它本身就正在处理一个特殊的问题——历史性权利是否可以作为海洋划界中的“相关因素”予以考虑。同样，在此前、此后的其它案件中，历史性权利在不同的背景中产生，都构成了独特的问题。从下面的判例研究中可以看出这一点。

三、作为决策过程的“历史性权利”

上文已表明，历史性权利的概念需要澄清，其蕴含的法律规则并不明确，所以主张该权利的国家与他国之间的权利－义务关系究竟如何，单从概念本身无法得出结论。

事实上，当一个国家提出其享有历史性权利，它并非简单第地提出要适用一种国际法规则。在相当程度上，它是以参与者的身份提出了关于价值分配的权利要求。这种要求一般会在两种过程中得以解决。一是有关各方直接谈判达成协议，二是诉诸第三方争端解决机构，这两种途径的过程都可以视为决策过程。第一种类型的决策过程往往秘密进行，其中充满讨价还价，各方遵循什么样的原则，除非了解所谓内幕，我们往往依据结果并结合更广阔的背景对该过程进行重构。对于第二种类型的裁判过程，决策过程的参与者是法官、仲裁员，他们掌握了主动

[1182]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 100。中文参见国家海洋局政策研究室编：《国际海域划界条约集》，海洋出版社，1989 年，第 270-271 页。译文略有改动。

权，决定了价值如何分配、权利主张国家的命运。但他们又遵循什么样的原则，我们往往依据判文或裁决重构这个过程。下文涉及的三个判例——“渔业管辖案”（英国vs. 冰岛）（1974年）、“突尼斯-利比亚大陆架划界案”（1982年）、“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚vs.也门）——基本代表了三个不同的问题类型，裁判机构的处理方式是个案式的，结果也各不相同。

（一）决策过程中的历史性权利：判例研究

1、“渔业管辖案”（英国 vs. 冰岛）

“渔业管辖案”（英国vs. 冰岛）（1974年）中，冰岛单方面将渔业区扩展到50海里，英国认为冰岛扩大渔业区的做法在国际法上没有根据、因而无效。冰岛主张的基础是沿海国享有优先权。冰岛、英国对12海里内的优先权没有争议，问题在于12海里之外其他国家的权利问题。英国一方面承认冰岛享有优先权，但同时诉诸自己在同一海域中享有历史性捕鱼权（historic fishing rights）”，[1183]以一种“历史性的、特别利益”来对抗冰岛的做法。[1184]英国诉诸的历史性捕鱼权的历史因素包括“英国多少个世纪以来一直在冰岛海域捕鱼、50年来它们一直进行着与目前方式相类似的活动”。[1185]

国际法院认可沿海国设立专属渔业区是习惯国际法。但对于沿海国的优先权，国际法院认为，“优先权概念与排除其他国家捕鱼活动的做法不符。沿海国拥有的优先权并非自由地、通过单方行动并按其自己的裁量去确定这些权利的范围。沿海国因处于特殊依赖的情况而取得的优先权意味着某种优先地位，但是这并不意味着取消其他国家同时存在的权利。”[1186]国际法院认定，冰岛单方将渔业区扩展到超过12海里的做法不能对抗英国，尽管冰岛拥有优先权利，但英国仍然有既得权利（established rights）。法院将追溯了双方权利的法律基础：“《1958年日内瓦公海公约》第2条表达的合理顾及他国利益的原则要求冰岛、英国两国合理顾及它方利益、开发这些资源过程中它国的利益。”[1187]

对于冰岛、英国各自的权利及相互之间的关系，国际法院裁定说，“必须对双方的权利都给予承认，即英国在争议区域的捕鱼权、冰岛的优先性权利。任何

[1183] Territorial Sovereignty Fisheries Jurisdiction (UK/Iceland), judgment, 1974, para. 54
[1184] Territorial Sovereignty Fisheries Jurisdiction (UK/Iceland), judgment, 1974, para. 65
[1185] Territorial Sovereignty Fisheries Jurisdiction (UK/Iceland), judgment, 1974, para. 63
[1186] Territorial Sovereignty Fisheries Jurisdiction (UK/Iceland), judgment, 1974, para.62
[1187] Territorial Sovereignty Fisheries Jurisdiction (UK/Iceland), judgment, 1974, para.63

一种权利都不是绝对的：根据沿海国对渔业的特别依赖、考虑其他国家权利的义务以及资源养护的需要，沿海国的优先权利要受到限制；其他捕鱼国家的既得权利也因沿海国对渔业的特别依赖、自身必须考虑包括沿海国在内的其它国家权利的义务、养护资源的需要而受到限制。”[1188]“两个国家都有义务充分考虑另一方的权利、在这些海域显示出确有必要的渔业养护措施。”[1189]

法院认为最适当的争端解决方法就是双方进行谈判。“其目标是在沿海国的优先权与其他国家的权利之间划分当事方的权利和义务，就最高捕捞数量限额、份额分配、对禁渔区的相关限制、船舶数量及类型的许可、监督协议条款的形式这些公平问题进行平衡和规制。”[1190]法院还在判决中详细规定了双方在谈判中应当考虑的各种因素。

2、“突尼斯-利比亚大陆架划界案”

在“突尼斯-利比亚大陆架划界案”（1982年）中，突尼斯主张划界的时候不能侵害突尼斯享有历史性权利的那些海域，这些历史性权利是突尼斯在其沿岸经过长期的捕鱼活动中取得的，所以突尼斯要求在划界的“相关因素”中考虑突尼斯的经济性要求。[1191]而利比亚则认为，突尼斯所主张的作为历史性权利的捕鱼权，即使可以查明，也同本案中的大陆接划界不相关。[1192]

第一、突尼斯希望其所诉诸的历史性权利在划界中发挥一定的功能。突尼斯认为其所主张的历史性权利来自于由来已久的利益、其人民在地中海近海海底和水域捕鱼的活动。具体而言。突尼斯人自古以来就在开发多种鱼类并行使财产权，同时突尼斯当局也在行使相当于主权权利的监管权，而第三国至少是容忍并默认，结果就是突尼斯取得了相关海底区域的历史性权利。它因而主张大陆架的划界不能损害突尼斯拥有的这些历史性权利。[1193]突尼斯对传统捕鱼海域底土的自然特性以及历史性权利的强调，试图将二者绑在一起，说明相关海域底土是陆地领土的自然延伸，划界时必须予以考虑。[1194]

第二、海洋划界中是否应当考虑历史性权利的情况。法院觉得没有必要去处

[1188] Territorial Sovereignty Fisheries Jurisdiction (UK/Iceland), judgment, 1974, para.71
[1189] Territorial Sovereignty Fisheries Jurisdiction (UK/Iceland), judgment, 1974, para.72
[1190] Territorial Sovereignty Fisheries Jurisdiction (UK/Iceland), judgment, 1974, para.73
[1191] Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, Para.81
[1192]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 15, 81, 97
[1193]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 98
[1194]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 99

理历史性权利问题对于领海基线的合理性性，只有当法院认为其采用的合理划界方法会损害或可能损害存在历史性权利的区域，这个时候法院才必须去确定在大陆架划界的背景中这些历史性权利的有效性和范围、利比亚对这些权利的可反对性。然而，若法院采用的划界方法与突尼斯所行使的那些权利无关，以至于划界全然不会妨碍在那些区域行使权利、直到利比亚可以反对为止，那么法院就历史性权利问题做出裁定就毫无必要。[1195]

第三、历史性权利与经济利益。此外，突尼斯还要求将历史性捕鱼权作为经济性因素在划界中应当予以考虑的理由。法院则认为经济性因素不能在大陆架划界中予以考虑。它是一种不相干的因素，它多变，对国家财富的关系也是不可预测。[1196]

第四、历史性权利并非必要的相关因素。考虑到法院面临的问题是指定划界的国际法原则、规则以及运用它们划界的具体方法，所以只有在法院认为出于划界之目的必须那样做的时候，才会涉及同大陆架的一般法律规定有关的历史性权利、捕鱼区问题。[1197]总的来看，国际法院认为历史性权利不是一个必须考虑的相关因素。

3、“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚 vs.也门）”

在“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚vs.也门）”中，仲裁法庭也遇到“历史性权利”问题。在第一阶段的领土主权裁决中，双方都诉诸“historic title”作为其权利的历史性渊源。[1198]在就争议岛屿的主权作出裁决之前，仲裁庭先就红海南部水域的历史与法律地位作出了认定。仲裁庭注意到红海南部与也门、厄立特里亚两国之间的历史联系。仲裁庭认为，红海南部开阔水域中开放式的捕鱼、通行无阻的交通、两国沿海人民对岛屿的共同使用，这些重要因素能够创设“历史性权利”。通过作为一种“国际性地役（*servitude internationale*）”的历史性巩固（historical consolidation）进程，它被赋予给双方。国际性地役缺乏领土主权。为维持数个世纪就存在、红海两岸人民都受益的“共有地”的某些特征，这些历史性权利提供了充分的法律基础。其次，非洲海岸对一些岛屿进行管理，阿拉伯海岸则对另一些岛屿进行管理，奥托曼帝国时期就存在的这种管辖方面的差

[1195]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 105
[1196]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 107
[1197]Continental Shelf (Tunisia/Libya), 1982, para. 132
[1198]*United Nations, Reports of International Arbitral Awards*(“RIAA”), Vol. 22, p.239

异也构成了必须考虑的历史因素。[1199]

仲裁庭还注意到，从古到今，红海南部海域两岸人民在文化上交织在一起，从事同一类社会经济活动。自远古时起，他们不但在人文与商业上有交流，而且穿越那些海域自由地捕鱼、航行，利用那些岛屿间或停靠，北风来临时则作为临时避难之所。多少世纪以来这些活动发生时并无须得到红海两岸的亚洲或非洲统治者的任何准许，也没有公共机构对此施加限制或进行管理。这种情况反映了根深蒂固的文化模式，形成了从法律观点来看可以称之为“共有地”的存在，非洲人、也门渔民都可以毫无限制地穿越整个地区往来于两岸、在那些无人岛上临时躲避风暴，这些都没有遇到政治或者管理上的困难。[1200]

在确定南部红海中岛屿的主权归属时，仲裁庭用“有效占有”的构成要素去检验双方提出的证据。双方都没有说服仲裁庭法律上存在有利于自己的历史性的权利基础。[1201]仲裁庭将岛屿分为两组分别衡量各自证据的重要性，作出了有利于也门的裁决。但仲裁庭同时也裁定，在属于也门主权的那些岛屿及其附近海域，也门应当确保传统厄立特里亚和也门两国人民的捕鱼权利、自由。[1202]

仲裁庭认为，在也门拥有主权的那些岛屿周围海域的传统捕鱼制度是一种两国渔民可以自由进入、自由享有的制度，是为了他们利益而保留的。这意味着厄立特里亚能够以其国民的名义进行起诉，要么通过外交途径，要么向该仲裁庭提出诉讼主张。

此外，传统捕鱼制度并非对资源的共有权（entitlement in common to resources），也非共享资源权利。为了使这种应得权不至于成为理论上的，传统捕鱼制度必须承认相关的权利，包括在相关岛屿上自由出入、不受阻碍地穿越也门岛屿所在的水域。这种自由通行权不仅存在于这些岛屿同厄立特里亚之间，也存在于这些岛屿同也门海岸之间。进入有关港口、在此出售、推销鱼类的权利是这种传统捕鱼制度组成部分。[1203]在空间范围上，这种传统捕鱼权不仅仅存在于相关岛屿的领海之中，而是整个地区，超越了两国的领海。[1204]

因此，仲裁庭认为，传统捕鱼制度的存在或保护并不取决于法庭划定一条国

[1199] RIAA, Vol. 22, p.244
[1200] RIAA, vol.22, p.244
[1201] RIAA, vol.22, p.268, 311
[1202] RIAA, vol.22, p.329-330
[1203] RIAA, vol.22, p.360
[1204] RIAA, vol.22, p.360

际边界。也门在仲裁程序进行中已经承认要适用、实施、尊重这种制度。而且，划定海洋边界也不受第一阶段裁决中对这种制度的裁定的限制。[1205]仲裁庭还认为，两国甚至在法律上不必达成进一步协议来促成这种制度的延续，它的基础在于对等的自由、不存在单方施加条件限制。[1206]

这三起案件所涉及的历史性权利的内容，都包括传统捕鱼权。此外，“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚vs.也门）”中还涉及通行权、自然灾害发生时的避难权。那么到底历史性权利包括哪些内容呢？这取决于争端当事国家所主张的内容，而且它是否成立，应当放在历史性权利的构成要件中去检验。例如，在“专属经济区及大陆架划界仲裁案”（巴巴多斯 v特立尼达和多巴哥）中，仲裁庭认为证据并不支持巴巴多斯享有历史性捕鱼权的存在。[1207]因此，争端当事国在提出某项权利是否是历史性权利是，首先应当考虑该国在历史上是否确实开展过相关的活动。

（二）国际裁判机构对历史性权利之法律功能的发展：对抗性问题

布卢姆描述了一种是更为有限的权利主张，与在相关水域中行使某种权利有关，如捕鱼权，但同时并不涉及完全又不受限制的主权。“历史性权利”就是如此，因为它并不隐含着完全主权的意思，在此意义上它属于非排他性的历史性权利（non-exclusive historic rights）。[1208]上述三个判例分别代表了不同的情况，其中的历史性权利确实是非排他性的，但国际法院、仲裁庭赋予它们的法律功能则并不相同。然而，这些法律功能并非不言自明的，而是裁判机构构造的结果。

第一，作为他国对抗沿海国“优先权”的“历史性权利”。“渔业管辖案”中所反映的“优先权”与“历史性权利”是这种纯粹的对抗关系。优先权的根据可能源于《1958年捕鱼及养护公海生物资源公约》第6条（1）、（2）规定的精神，冰岛“对于邻接其领海之公海任何区域内生物资源生产力之保持，有特别利害关系”。即使冰岛国民不在该区域捕鱼，“亦有权以平等地位参与该地区内关于养护公海生物资源之研究及管理制度”。[1209]作为沿海国的冰岛在渔业区的权

[1205] RIAA, vol.22, p.360
[1206] RIAA, vol.22, p.360
[1207] RIAA, Vol 27, paras 250, 266, p.217-218, 222
[1208] Yehuda Z. Blum, *Historic Titles In International Law*, The Hague: MartinusNijhoff, 1965, p.247-248
[1209]《捕鱼及养护公海生物资源公约》第六条。《国际条约集》（1958-1959），世界知识出版社 1975 年版，第 182 页

利被国际法院定位为“优先权”，由于存在英国在冰岛渔业区的历史性权利/既得权，冰岛的优先权就不能对抗后者，所以优先权并非是排他性的，即不能排除其它国家的历史性捕鱼权。英国的历史性权利所起到的法律功能就是对冰岛在渔业区中权利的限制。正因为如此，冰岛的权利才被称之为优先权，而非主权权利。优先权概念本身意味着多种权利并存，互不排斥，只不过它具有优先地位。

庄士敦（Douglas M. Johnston）认为，“若历史性捕鱼权与沿海国的优先权冲突，则后者优先”。[1210]那么优先权与其它国家的历史性权利相比，它在何处优越于后者？它的优先性又如何与它国历史性权利共存呢？对于此类问题，向无公式可供参照。国际法院的判决是双方唯有谈判协商才能解决，在此过程中必须考虑分配问题。冰岛人民生活水平和经济发展特别依赖沿海渔业，在此范围内冰岛有权获得优先的份额。而英国人民生活及经济福利对该海域的渔业资源有依赖而拥有既得权。此外还涉及到养护渔业资源等措施问题。国际法院指定的谈判要点表明，除了进行联合开发之外，无论冰岛还是英国似乎无法单方实施法院的判决条款。

第二，历史性权利的主权权利化企图。“突尼斯-利比亚大陆架划界案”中突尼斯希望将其历史性捕鱼权作为相关因素考虑进去，如果成功，那么突尼斯的历史性捕鱼权所存在的那片海域有可能被划入它的陆地领土所支配的海洋空间，结果就是突尼斯对其中的自然资源享有主权、主权权利，对于利比亚而言，突尼斯的历史性权利是排他性的。当然，法院倾向于认为历史性权利不是一个必须考虑的相关因素。“突尼斯-利比亚大陆架划界案”中利比亚的主张代表了一种问题类型：海洋划界中有关历史性权利——主要是传统的捕鱼权——是否作为相关因素去调整临时中间线/等距离线。

第三，历史性权利构成国际性地役、共有地。在“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚vs.也门）”中，历史性权利并非只有争端当事国中的一方提出去对抗另一方。仲裁庭奉行了似乎是一种司法能动主义的态度。它根据红海南部历史状况而为该海域提炼出了一种特别制度——国际性地役、共有地。这种特别制

[1210] Douglas M. Johnston, *The International Law of Fisheries-A Framework for Policy-Oriented Inquiries*, New Haven: New Haven Press, 1987, p.287

度在两个方面具有对主权、主权权利的限制功能。首先，在属于也门主权的那些岛屿及其附近海域，也门有义务确保传统厄立特里亚和也门两国人民的捕鱼权利、通行自由。其次，因为国际性地役、共有地特别制度的存在，也门、厄立特里亚两国人民的历史性捕鱼权的存在、保护并不取决于法庭划定一条国际边界作出规定，甚至不需要两国为此专门达成协议，因此在划界过程中无需将其作为相关因素加以考虑。仲裁庭划定的海洋边界也不能对抗这种国际性地役特别制度。

从1982年《联合国海洋法公约》签署以来有关涉及历史性权利的国际争端来看，“渔业管辖案”（英国vs.挪威）、“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚vs.也门）”中产生的问题类型竟然昙花一现，再也无争端与此相似。不过，“突尼斯-利比亚大陆架划界案”中突尼斯提出的在海洋划界中考虑历史性权利的主张却不断重现，如后来的“缅因湾划界案”（加拿大 vs. 美国）、“海洋划界案”（几内亚 vs.几内亚比绍）、“格陵兰与扬马延地区海洋划界案”（丹麦 vs. 挪威）、“专属经济区及大陆架划界仲裁案”（巴巴多斯 vs.特立尼达和多巴哥）等案件。

上述三种情况并非穷尽了历史性权利产生的所有法律关系，甚至也很难说是典型。此外，今后若因历史性权利产生了争端能，或争端中存在历史性权利因素，到底它们在争端当事方之间建立了或意图建立何种法律关系，可能的结果是这些法律关系不同于已有的类型，这就更符合国际法院在“突尼斯-利比亚大陆架划界案”中所陈述的特别制度地位，事实上没有两种情况是相同的。如果用简单的术语去概括历史性权利的法律功能的话，可能“对抗性”（opposability）是合适的一个术语。奥康奈尔在论及传统捕鱼权与后来产生的渔业区之间的关系时认为，传统捕鱼权可以对抗渔业区制度。[1211]“渔业管辖案”中英国主张的历史性捕鱼权、“领土主权与争议范围仲裁案”中厄立特里亚渔民在也门拥有主权及管辖权之海域中享有的捕鱼权、通行权、避难权就在于它们的对抗性。在此两种情况下，历史性权利都不具有排他性，相反，它们正是在对抗他方可能主张的排他性权利。通行权、避难权也没有排他性特征，也是在对抗也门主权和管辖权的时候它们才具有实质意义。“渔业管辖案”中的历史性权利与优先权之间的关

[1211] D. P. O’connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, p.537

系大概是这种对抗关系的一种典型。不过，每一种争端中所呈现的对抗性各不相同，它们难以为今后争端的解决提供样板。在历史性捕鱼权方面，没有什么先例可循，完全依赖于国家实践。[1212]问题在于，这种国家实践呈碎片化状态，其发展也不充分。而且，即便存在国家实践，要查明也困难。因此，有两个问题仍然有待考察：国际裁判发展出的历史性权利的对抗性在多大程度上具有持久性？它们是否具有普遍性？只有在具体的问题领域中才能回答。

四、过去决策趋势分析

（一）当代的典型问题领域

确认历史性权利的法律关系涉及两个方面的内容：作为事实的历史性因素、基于事实而产生的权利义务关系。事实对法律规则的创设、内容、解释、适用及更改会产生影响。被视为事实的因素包括行为、态度、立法、法律实施、违约。[1213]在上面几个涉及历史性权利的判例中，作为事实的历史性因素就是被名之为“title”的事实性前提（the de facto antecedent），具体内容其实就是构成要件。确认事实是起点。在“专属经济区及大陆架划界仲裁案”（巴巴多斯 vs. 特立尼达和多巴哥）一案中，仲裁庭拒绝了巴巴多斯提出的其传统捕鱼权可以促使调整临时等距离线，原因是巴巴多斯提出的证据并不足以支持其渔民的活动构成传统捕鱼权。[1214]在相关事实证明历史性权利成立的时候，则它处于被保护、尊重的地位。所以在“突尼斯-利比亚大陆架划界案”中，国际法院认为“历史性权利（historic rights）自身仍须考虑。权利的历史性渊源（historic titles）应受到尊重”。如何考虑历史性权利自身的状况、如何尊重权利的历史性渊源，而且在多大程度上给予考虑、尊重，只有在具体的争端中才能展现。下面是两种典型的问题类型。

[1212] D. P. O’connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, p.538

[1213]See Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2007, p. 108

[1214]RIAA, Vol 27, paras 250, 266, p.217-218, 222

1、历史性捕鱼权与专属经济区之间关系的问题

奥康奈尔（D．P．O'connell）注意到专属渔业区、专属经济区产生背景下的历史性捕鱼权问题。在海洋法的发展历史中，沿海国主张对毗连海域的渔业资源有排他性的权利，这衍生了渔业区的概念，[1215]而且渔业区制度具有习惯国际法的地位。[1216]渔业区产生的大背景是扩张领海的趋势，渔业区是扩大领海宽度企图受阻后的一个替代方案。在领海宽度为3海里的情况下，主张渔业区的目的就在于要超过领海范围，达到12海里。[1217]世界上一些主要的海洋国家都宣布了专属渔业区，这导致其他国家在相关海域的传统捕鱼活动受到影响。因此，奥康奈尔注意到，早期，在几乎所有建立专属渔业区的情况下，沿海国与相关国家都达成了“逐步退出期”（phase-out period）之类的协议，即有关双方通过协议来安排其他国家渔民在沿海国渔业区的捕鱼问题。对于这类退出协议，奥康奈尔认为与其说是表明其承认外国渔民在沿海国渔业区从事捕鱼的特殊权利的法律义务，不若说是一种外交上的权宜之计以避免捕鱼活动的突然中断给渔民造成的负面经济后果，而且通过谈判达成的默契来强化沿海国的主张。只要渔业区范围发生变化，就会利用到这种谈判机制。[1218]他还认为，专属经济区概念发展的后果是将退出模式（modalities of phasing out）、传统捕鱼权从12海里的范围中剥离出来。[1219]然而，“渔业管辖案”中国际法院对沿海国优先权与传统捕鱼权关系的判决意见并没有紧跟这种趋势，它认为任何一种权利都不是绝对的。国际法院也没有肯定此前的“逐步退出期”实践。[1220]“渔业管辖案”之后，海洋法中一个急剧的发展是专属经济区制度的出现。在评估“渔业管辖案”判决的长期影响时，奥康奈尔认为，“除非清晰地呈现相反的国家实践，较为可取的假设是（国际法院所信奉的）原则在整个后续的变化中是稳定的。（专属经

[1215] James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2012, p.275; Dupuy-Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, Dordrecht: MartinusNijhoff Publishers, 1991, Vol. 1, p.275-276; D. P. O'connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, Oxford: Clarendon Press, 1982, p.510

[1216] James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2012, p.275; Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p.124-125

[1217] D. P. O'connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, p.530-531, 533, 542

[1218] D. P. O'connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, p.536-537

[1219] D. P. O'connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, p.538

[1220] D. P. O'connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, p.540

济区的出现）属于个别领域的变化而非整个大环境的变化。”[1221]他似乎暗示，历史性捕鱼权仍然可以继续对抗沿海国的优先权。然而，这种对抗关系仍然是一个抽象表述，它无法毫无区别地适用于任何场合，而且也没有后续国家实践佐证。而且即使这种对抗关系成立，其前提条件是必须使沿海国的专属经济区的外部界限是明确的，不存在领土争端、海洋划界一类争端的干扰。这种情况显然不适合南海争端的现状。

历史性权利同专属经济区发生联系的另一种情况是一个国家可能在他国专属经济区内主张历史性权利。同样，这个问题发生的前提是后一国家的专属经济区范围是明确的，否则争端又可能回复到海洋划界问题。是否可以在他国专属经济区内主张历史性权利，有一种意见是只有在《联合国海洋法公约》第62条（2）规定的“可捕量的剩余部分”的框架内通过双边谈判达成协议来解决，这意味着尊重沿海国对专属经济区内资源的主权权利。[1222]这似乎是一个合理的意见。另有一种情况，根据《海洋法公约》第56条（2），沿海国在专属经济区内根据公约行使其权利和履行其义务时，应适当顾及其他国家的权利和义务，那么他国的“权利”中是否包括传统的捕鱼权？第56条（1）中“主权权利”概念可能会产生不利于其他国家享有历史性捕鱼权之立场的推论。

2、海洋划界中的历史性权利

但是，一个国家在他国专属经济区内主张历史性权利的情形基本上只是一种模拟问题，似乎也没有先例。历史性权利问题更多地出现在海洋划界案件中。这里核心的问题在于是否、在多大程度上传统捕鱼权是海洋划界中需要考虑的相关因素。不过在国际裁判实践中，有关历史性捕鱼权的重要性并没有一致的意见，也是一个难以回答的问题。[1223]一方面是存在否定的倾向。在“缅因湾划界案”（加拿大 v. 美国）（1984）中，国际法院并不倾向将历史性捕鱼权作为一个划

[1221] D. P. O’connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1, p.542-543

[1222] Leonardo Bernard, “The Effect of Historic Fishing Rights In Maritime Boundaries Delimitation”, available at: http://www.law.berkeley.edu/files/Bernard-final.pdf, visited on 2014-8-27

[1223] Rodman R. Bundy, “Preparing for a Delimitation Case: The Practitioner’s View”, Rainer Lagoni and Daniel Vignes, ed., *Maritime Delimitation*, Leiden: MartinusNijhoff Publishers, 2006, p.110-111; Yoshifumi Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*, Oxford: Hart Publishing, 2006p.306; Leonardo Bernard, “The Effect of Historic Fishing Rights In Maritime Boundaries Delimitation”, available at: http://www.law.berkeley.edu/files/Bernard-final.pdf, visited on 2014-8-27

界需要考虑的因素。[1224]在“海洋划界案”（几内亚 v.几内亚比绍）（1985年）中，仲裁庭认为捕鱼权一类的经济性因素并不足以调整临时边界。[1225]另一方面，对历史性捕鱼权的意义也没有完全否定。在“英国-挪威渔业案”中,国际法院承认挪威的传统性捕鱼权,并以此作为支持挪威的领海直线基线的理由，[1226]尽管背后的实质理由是挪威海岸的特殊情况。同样是在“利比亚-突尼斯海洋划界案”中，国际法院明言历史性权利必须予以尊重。在“格陵兰与扬马延地区海洋划界案”（丹麦 v. 挪威）（1993年）中，国际法院强调了双方公平获取毛鳞鱼等资源的重要性。[1227]在“厄立特里亚 v.也门主权及海洋划界仲裁案”(1995年)的中，仲裁庭承认厄立特里亚渔民在也门领海中的传统捕鱼权。[1228]这种历史性捕鱼权不影响海洋划界，反之，海洋边界的存在也不影响历史性捕鱼权。在2006年的“专属经济区及大陆架划界仲裁案”（巴巴多斯 v特立尼达和多巴哥）中，仲裁庭拒绝了巴巴多斯提出的其传统捕鱼权可以促使调整临时等距离线，不过其原因是巴巴多斯提出的证据并不足以支持其渔民的活动构成传统捕鱼权，[1229]仲裁庭强调，“这并不意味着基于捕鱼活动的论点没有事实依据或者毫无法律后果。”[1230]“巴巴多斯捕鱼活动的模式与划界任务是相关的，它是一种影响海洋边界走向的相关因素。然而，考虑捕鱼活动便以确定边界走向，此事全然不同于考虑捕鱼活动以便确定当事国在某水域中与捕鱼有关的权利义务，作为海洋划界的结果，这些水域成为一方或另一方的专属经济区。此类权利、义务的争端不属于仲裁庭的管辖范围……。”[1231]该仲裁庭对“厄立特里亚-也门”裁决的解读得出了这样的结论：“……该仲裁庭应当明确表示，它基于权利的历史基础而对主权归属做出的判决裁决并没有消灭在该地区既存的传统捕鱼制度，包括通行权。这完全不同于说一个仲裁庭在划界争端中拥有固有的权力通过救济方式去创设一种准入权。”[1232]巴

[1224] Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America) (1984) ,para 237. See Guenther Dahlhofff, ed., *International Court of Justice, Digest of Judgments and Advisory Opinions, Canon and Case Law 1946–2012*, MartinusNijhofff Publishers, 2012, p.542

[1225]“几内亚、几内亚比绍海上疆界划分仲裁法庭裁决书”第 121-123 段，参见国家海洋局政策研究室编：《国际海域划界条约集》（续集），海洋出版社，1990 年，第 118-119 页

[1226]Fisheries Case (United Kingdom v Norway) (1951). Guenther Dahlhofff, ed., *International Court of Justice, Digest of Judgments and Advisory Opinions, Canon and Case Law 1946–2012*, p.89

[1227]Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark/Norway), 1993, para.75, 76. See Guenther Dahlhofff, ed., *International Court of Justice, Digest of Judgments and Advisory Opinions, Canon and Case Law 1946–2012*, p.778

[1228] RIAA, Vol 23, paras 56-57

[1229] RIAA, Vol 27, paras 250, 266, p.217-218, 222

[1230] RIAA, Vol 27, para 272, p.223

[1231] RIAA, Vol 27, para 276, p.224

[1232] RIAA, Vol 27, para 279, p.224-225

巴多斯及特立尼达和多巴哥仲裁庭的立场表明，历史性权利属于既存的权利而非仲裁庭创设的权利。“渔业管辖案”中英国的传统捕鱼权也属于这种情况。[1233]考虑到巴巴多斯、特立尼达和多巴哥两国争端涉及的鱼类种群属于《联合国海洋法公约》第63条规定的跨专属经济区的情况，仲裁庭认为两国有义务就渔业的养护、开发进行谈判以期达成协议。[1234]

3、南海争端中的历史性权利及其性质

现在回到南海争端中的历史性权利问题。长久以来包括中国在内的南海周边各国的渔民确实在南海从事捕鱼活动，这是一个符合历史与现状的事实性描述。[1235]不过这个历史事实在今天被置于各种争端的漩涡。有关国家都试图将这类传统的捕鱼活动转化为法律上的权利，但它们所依据的法律各有不同。这些问题涉及到岛屿主权争端、岛屿拥有海洋空间的资格问题、历史性权利所存在的海洋空间的性质及其法律基础。中国、越南、菲律宾都对整个南沙群岛提出主权主张，这使问题更加复杂。在南海仲裁案中，菲律宾主要依据其专属经济区制度来排除中国渔民长久以来的捕鱼活动。根据以往的国际争端解决实践来看，历史性权利问题最主要产生在海洋划界中，但菲律宾把这种争端简化为一种抽象的问题，即一国不能在他国专属经济区内主张历史性权利。这首先涉及到主张历史性权利的资格问题、其次是该权利存在与否的证明问题。考虑到《联合国海洋法公约》没有处理历史性权利问题，而且第298条的保留又排除了历史性海湾或者历史性所有权一类问题的管辖权，因此有关它的争端甚至可能不构成一个《联合国海洋法公约》中的争端，所以这类完问题全不属于仲裁庭管辖范围。[1236]退一步讲，菲律宾所主张的在他国专属经济区内不能主张历史性权利的抽象问题听起来有道理，但前提条件是菲律宾专属经济区的范围是清晰的。在中国、越南、菲律宾都对南沙群岛提出领土要求的情况下，菲律宾专属经济区的外部边界还有待划定。

[1233] Leonardo Bernard, “The Effect of Historic Fishing Rights In Maritime Boundaries Delimitation”, available at: http://www.law.berkeley.edu/files/Bernard-final.pdf, visited on 2014-8-27

[1234] RIAA, Vol 27, paras 283-286, p.226

[1235] Leonardo Bernard, “The Effect of Historic Fishing Rights In Maritime Boundaries Delimitation”, available at: http://www.law.berkeley.edu/files/Bernard-final.pdf, visited on 2014-8-27

[1236] Stefan Talmon, “The South China Sea Arbitration: Is There a Case to Answer?”, In Stefan Talmon and Bing BingJia, ed., *The South China Sea Arbitration: A Chinese Perspective*, Oxford: Hart Publishing, 2014, p.252-254; ZouKeyuan, *Law of the Sea in East Asia: Issues and Perspective*, 2005, p.140

鉴于仲裁庭管辖权限制，菲律宾在其仲裁请求中完全回避了岛屿领土主权争议、海洋划界的问题，径直去否定中国有权在菲律宾专属经济区内主张历史性权利。菲律宾的法律立场是否成立，还有待解决一些涉及菲律宾专属经济区范围之类的先决问题。另一方面，确定菲律宾专属经济区范围的实质问题是海洋划界，中国的历史性捕鱼权是否属于需要考虑的相关因素，这是需要通过谈判或第三方机构解决的问题，而非像目前菲律宾所主张的那样，直接请求仲裁庭宣布中国无权在菲律宾专属经济区内主张历史性权利。

（二）过去决策趋势分析

晚近的历史性权利争端基本都出现在海洋划界争端中。这种情况表明，裁判机关曾经发展出的历史性权利的对抗性在这种情况下被极大地弱化了。海洋划界是永久性地分配权利，结果就是历史性权利要么被主权权利吸收，要么因为不予考虑而丧失。判例也表明，裁判机构历史性捕鱼权在海洋划界中的重要性的认识并不统一。不过有一个倾向是，作为一种既存的权利，即使历史性捕鱼权的存在没有被否认，但在海洋划界的技术性方法中，它很少作为一种必需考虑的相关因素。一种解释认为，历史性权利并非排他性的权利。[1237]这种解释的预设是，非排他性是历史性权利固有的、内在的法律本质。当然，这种预设是有问题的，非排他性并不是内在的本质，而是裁判机关构造出来的。因为法庭还同时考虑了极端情况。在“缅因湾划界案”中，国际法院事实上暗示在极端例外的情况下要考虑的情况：“本庭觉得有理由担心的是：虽然使用了公平标准和使用了使之产生作用的适当方法得出了结果，但仍唯恐全面的结果会出乎意料的不公平，即对有关国家的人民生计和经济福利带来灾难性的影响。”[1238]国际法院还回过头去检验划界方法是否造成了它所担心的那种灾难。[1239]需要强调的是，在承认历史性权利的那些判例中，国际性法院、仲裁庭都强调争端各方有义务通过谈判达成协议来最终解决渔业的养护、开发及环境保护问题。

[1237] Edward Collins Jr and Martin A Rogolf, “The International Law of Maritime Boundary Delimitation” *Maine Law Review*, 1982, Vol. 34, No. 1, p.58; Leonardo Bernard, “The Effect of Historic Fishing Rights In Maritime Boundaries Delimitation”, available at: http://www.law.berkeley.edu/files/Bernard-final.pdf, visited on 2014-8-27

[1238]Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America) (1984) , para 237。中文译文参见国家海洋局政策研究室编:《国际海域划界条约集》(续集)，海洋出版社，1990 年，第 227 页

[1239] Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America) (1984) ,para 238-241

结论：未来趋势评估

“渔业管辖案”（英国vs. 冰岛）、“领土主权与争议范围仲裁案（厄立特里亚vs.也门）两个案例中的历史性权利问题太过特殊，后来再也没有重现。可以认为，几乎所有涉及历史性权利的海洋争端都可以简化为海洋划界中的一个问题侧面。

从更为广泛的政策视角来看，裁判机关解决划界争端究竟意味这什么？作为决策者的法官、仲裁员心目有否什么政策目标可遵循？这需要回到《海洋法公约》的宗旨之一：为整个海洋建立一种法律秩序。在卡尔.施米特的视野下，其实就是分割海洋（sea-appropriations）的进程。[1240]公约又是根据什么原则来支配对海洋的分割呢？它是一种地理上的形式主义：“沿海国对大陆架、专属经济区享有的权利基于“陆地支配海洋”这个原则。在不考虑相邻、相向国家因素的情况下，衡量利益分配的数量取决于海岸线／领海基线的长短。”[1241]裁判机关解决划界争端实际上在完成分割海洋的最后进程。地理上的形式主义也严重影响了历史性权利在分割海洋进程中的分量。

细言之，国际法院、仲裁庭的实践表明，海洋划界的技术过程并不特别偏向历史性权利。划界的起点首先是确定相关海岸状况（relevant coasts），然后是确定相关海域（relevant maritime area），之后才是确定临时等距离线、考虑相关情况、比例性检验三个步骤，总共5个环节。其中只有相关情况中才可能提出考虑历史性权利，至于是否考虑又是另一回事。而且，如果考虑历史性权利因素导致不能通过比例性检验的结果，那么反而可能将导致调整。国际法院在“缅因湾划界案”中提到一种极端状况或许可以作为考虑历史性权利的条件。

过去决策的趋势是在海洋划界中没有将历史性权利作为相关情况。未来的趋势要也会如此。例外的情况就是“缅因湾划界案”中“灾难性影响”检验。

（—完—）

[1240] Carl Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, New York: Telos Press, Ltd., pp.42-43.

[1241]牟文富：《美国在<海洋法公约>之外塑造海洋秩序的战略》，《中国海洋法学评论》，2014 年第 2 期

International Law, Domestic Courts, and the Rise of China

Congyan Cai *

Abstract: There is a trend that, since the 1990s, domestic courts have been more actively applying international law, highlighting their role in rule of law, national and international. The application of international law may be influenced by, and serve to enhance, particular public policies in different countries at different time. In this process, national factors which may be political, economic and ideological, and international factors which, for instance, include how international law is applied in other states are variables of different weights. In past three decades, China's fundamental public policy or grand strategy is to seek its rise as a new great power. This significantly contributes to the approach, methodology, structure of the application of international law by Chinese courts and their future development.

Introduction

Since the 1990s, domestic courts have been highlighting their presence in public affairs, especially in transitional states. They often voice on great constitutional controversies, significantly influencing national political process. [1242] They also exhibit their role through more application of international law, especially human rights treaties which were regarded to signify 'New Civilization'.[1243] In particular, they are more aggressive against the executive branch than before.[1244] This trend inspires some theorists to propose a new field of comparative international law. [1245]

Wholly speaking, Chinese courts follow this trend. Although those treaties which are the focus of Western international lawyers (e.g. human rights treaties) have hardly been applied by Chinese courts, which makes Nollkaemper place Chinese courts and courts of Afghanistan, Cuba, Iran and North Korea in a group and derides that they 'play no role whatsoever in fulfilling' the protection of the international rule of law,[1246] increasing applications of international law by Chinese courts could and should be developed as a new, indispensible reservoir for comparative international law. Actually, it has been increasingly attracting attention of international lawyers.

---

* Professor of international law, Xiamen University School of Law, China.

[1242] See generally Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein, and Robert A. Kagan eds., Consequential Courts, Cambridge University Press, 2013.

[1243] See Jack Donnely, Human Rights: A New Civilization?, 74 International Aff.1(1998).

[1244] See David Sloss eds., The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study, Cambridge University Press, 2009; Sharon Weill, The Role of National Courts in Applying International Humanitarian Law, Oxford University Press, 2014.

[1245] See Anthea Roberts, Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law, 60 ICLQ 57(2011).

[1246] André Nollkaemper, National Courts and the International Rule of Law, Oxford University Press, 2011, pp.13, 55.

Unfortunately, these published works concern themselves with purely textual analysis or case description at random. More importantly, they fail to explore the public policy underlying the judicial policy of structural application of international law by Chinese courts. [1247] Putting it in the context of the rise of China which is significantly reshaping international relations in this century, [1248] and employing internal and external perspective, [1249] however, we may have a quite different understanding.

In addition to Introduction and Conclusion, this article is divided into four parts. Part I first categorizes international law, establishing the analytical framework for further review on the application of international law by Chinese courts. Then, the Part examines Chinese context in which Chinese courts apply international law, establishing the ideological framework for that review. Part II introduces the methodology of applying international law by Chinese courts, its merits and demerits. Part III reviews the structure of international law applied by Chinese courts, exploring its relationship with and implications on the rise of China. Part IV examines a pending but far-reaching case, showing that Chinese courts have begun to be involved, in a subtle manner, in foreign relations through applying international law. The core argument of this article is that China's grand strategy to pursue its rise as a great power and its ideological approach, Beijing Consensus, significantly contributes to the approach, methodology, structure of the application of international law by Chinese courts and their future development.

I. Chinese Judicial Policy toward International Law: International Experience and Chinese Context

A. International Experience

From the perspective of domestic judicial application, Sloss distinguishes three types of treaty provisions: (a) horizontal provisions regulating relations between states; (b) vertical provisions regulating relations between states and private parties, and (c) horizontal provisions regulating relations between private parties across national boundaries. [1250] I agree with Sloss

[1247] See Dai Ruijun, The National Implementation of International Human Rights Treaties (in Chinese), Social Sciences Academic Press, 2013, Chapter 7; Zheng Sophia Tang, International Treaties in Chinese Private International Law, 42 Hong Kong L.J.311(2012); Sanzhuan Guo, Implementation of Human Rights Treaties by Chinese Courts: Problems and Prospects, 8 Chinese J. Int'l L.161(2009); Jie Huang, Direct Application of International Commercial Law in Chinese Courts, 5 Manchester J. Int'Econ. L.105(2008); Xiao Yongping and Long Weidi, Selected Topics on the Application of the CISG in China, 20 Pace Int'l L. Rev. 61(2008); Wang Guanxian, Theory and Practice against Torture(in Chinese), *Shanghai* Century Publishing Group, 2007; Gong Renren, Implementing International Human Rights Treaties in China, in Errol P. Mendes and Anik Lalonde-Roussy eds., Bridging the Global Divide on Human Rights, ASHGATE, 2003, pp.99-110; Li Zhaojie, The Role of Domestic Courts in the Adjudication of International Human Rights, in Benedetto Conforti and Francesco Francioni eds., Enforcing International Human Rights in Domestic Courts, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp.329-354.

[1248] See Congyan Cai, New Great Powers and International Law in the 21st Century, 24 EJIL 755(2013).

[1249] As to the two perspectives, see Anthea Roberts, Paul Stephan, Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg, Comparative International Law: Defining the Field, in Anthea Roberts, Paul Stephan, Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg ed., Comparative International Law, Oxford University Press 2015(forthcoming).

[1250] David Sloss eds., The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement, Cambridge University Press, 2009, p.1.

that the first type of provisions is rarely applied by domestic courts and, therefore, it is not worthwhile to be examined separately. [1251] As will be readily discerned, however, there is remarkable difference between vertical provisions. Thus, I would like to refine international law as *four categories: (a) Category A, under which a State may be challenged by aliens at foreign courts. The* United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property (hereinafter, 'State Immunity Convention') *is grouped into this category; (b) Category B, in accordance with which a State may be brought a claim by its own nationals. Human rights treaties are the very case; (c) Category C, upon which a State can rely to exercise authority toward private parties. Rules on piracy in Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (hereinafter, 'Navigation Safety Convention') and United Nations Convention on the Law of Sea (hereinafter, 'UNCLOS'), for instance, may be included in it; and (d) Category D, in accordance with which individuals can sue against other individuals. The United Nations Convention on the International Sale of Goods (hereinafter, 'CISG') belongs to it.*

Traditionally, neither Category C nor Category D was a major concern in the application of international law by domestic court because: (a) for Category C, the exercise of the public authority toward private parties is of little relevance because private parties have long been marginal in international affairs; and (b) for Category D, disputes between private parties have nothing to do with public authority. Some changes happen. As individuals such as pirates and terrorists are posing serious challenges threatening security of individual States and that of international community as a whole, Category C is of increasing importance. [1252] *Therefore, domestic courts are expected to be more employed to cope with these threats, e.g., piracy.*[1253]

Category D is widely treated as transnational private law rather than public international law as generally understood. Thus, international lawyers like Louis Henkin have hardly published works on CISG, even though it is a treaty as defined in Vienna Convention of the Law of Treaties (hereinafter, 'VCLT').[1254]

In contrast, Categories A and B highly relate to the challenge of public authority. Category A has long been a major source of controversies in international law and, upon its emergence in the second half of 20th century, especially its boom since the end of Cold War, Category B has become a new major concern.

Category A is readily involved in traditional foreign relations, namely, state-state relations. Since foreign relations are '*much less capable to be directed by antecedent, standing, positive laws' than domestic affairs, the power to conducting foreign affairs defined by Locke as* the Federative Power *should be* left to the executive branch, *'the Prudence and Wisdom of those hands it is in, to be managed for the publick good'*. [1255] Domestic courts always avoided being

[1251] Id.

[1252] See, e.g. UNSC Resolution 1816 of June 2008.

[1253] M.D. Saiful Karim, Prosecution of Maritime Pirates, 32 Wis. Int'l L.J. 37(2014).

[1254] In his general report, Sloss mentions this international law (David Sloss eds., *supra*, p.1), but national reporters hardly touches it.

[1255] John Locke, Two Treatises of Government, Cambridge University Press, 14th reprint, 2003, pp.365,366.

involved in foreign relations. In particular, they *defer to executive authority, which is defined as Deference Approach.*[1256] *The adoption of* State Immunity Convention in 2004, however, indicates that there is global consensus that domestic courts are expected to play a larger role in foreign relations. Several s*tates go further. In Grundlagenvertra Case*, for instance, a Greek local court decided that Germany could not invoke immunity for the killing and rape committed by German SS in Greek village in 1944 because they violated *jus cogen*. This decision was affirmed by Greek Supreme Court. Upon enforcement proceeding, however, Greek Ministry of Justice refused to seize German property and, interestingly, this position was supported by the Supreme Court. [1257] Some Greek claimants later initiated enforcement proceeding in Italy where several similar judgments were made out of justifications relied upon by Greek courts. As a response, Germany sued Italy before International Court of Justice (ICJ). The Court held that Italy violated the right of sovereign immunity of Germany under international law.[1258] Similar controversies were raised in other jurisdictions, for instance, Spain. [1259] In one word, there are sharp disagreements how far domestic courts should go further as to Category A.

With the end of Cold War, a new Check Approach emerged. [1260] *Under this approach, domestic courts, in applying international law, may deviate from or challenge executive authority. This new approach appears being understood to compete with the Deference Approach. However, it mainly applies to Category B rather than Category A. For transitional states Category B is of special significance because, generally speaking, the judicial check against executive authority is crucial for rule of law, especially in an era of 'administrative state';* [1261] *specifically speaking, many transitional states are in the process of moving from authoritarian or dictatorial regimes to democratic regimes. An encouraging development in past two decades is that judiciaries of transitional states like India apply human rights treaties more actively than before.*[1262] *As will be seen, nevertheless, this trend does not occur in China, also as a transitional state.*

B. Chinese Context

The Chinese context refers to the judicial policy toward international law pursued by China in past three decades. In this author's opinion, there are two main variables upon which China rely to devise that judicial policy: Socialist regime; the rise of China.

Deng Xiaping, the 'Chief Designer' of China's reform and opening-up policy, once argued that

'[T]he greatest advantage of the socialist system is that when the central leadership makes a

---

[1256] *Eyal Benvenisti,* Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law, 4 EJIL 159(1993).

[1257] See Kerstin Bartsch and Bjorn Elberling, *Jus Cogens* vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany* Decision, 4 German L.J. (2003).

[1258] *Jurisdictional Immunity of State (Germany v Italy: Greece Intervening),*Judgment of 3 February 2012.

[1259] Mugambi Jouet, Spain's Expanded Universal Jurisdiction to Prosecute Human Rights Abuses in Latin America, China, and Beyond, 35 GA. J. INT'L & COMP. L.495(2007).

[1260] See Shaheed Fatima, Using International Law in Domestic Courts, Hart Publishing, 2005; David Sloss eds., supra note; André Nollkaemper, supra note .

[1261] See A. M. Gulas, The American Administrative State, 28 Duq. L. Rev. 489(1989-1990).

[1262] See Neha Jain, The Democratizing Force of International Law: Human Rights Adjudication by the Indian Supreme Court(included in this volume).

decision, it is promptly implemented without interference from any other quarters. When we decided to reform the economic structure, the whole country responded; when we decided to establish special economic zones, they were soon set up. We don't have to go through a lot of discussion and consultation, with one branch of government holding up another and decisions being made but not carried out. From this point of view, our system is very efficient. The efficiency I'm talking about is overall efficiency. We have advantage in this respect, and we should keep it -- we should retain the advantages of the socialist system.'[1263]

Deng's words reflect the institutional environment where Chinese courts administer the justice. According to current Constitution (1982), the Chinese Communist Party (CCP) is the sole ruling party. [1264] Through its Party Committees at different levels, CCP can control the operation of legislative, executive and judicial organs because almost all of their heads are leaders of Party Committees. It is rightly observed that 'the CCP's influence and control is ubiquitous; it penetrates every aspect of society,' so 'there is no such thing as government policy independent from the CCP'. [1265] As the result, all state organs could thus be effectively motivated to pursue public policy set by CCP. It is logical that China's executive branch is empowered with much broader authority than that in states such as U.S and that its executive authority is awarded with more shields than that in states such as U.S. where the executive authority is the main target of checks and balances.[1266] Any coin has two sides, of course. The more authority the executive branch has, the more risky it would be abused, thereby threatening the rule of law. Of course, Socialist states are enshrined with some other attributes that have important influence on their judicial policy toward to international law. For instance, what Socialist States are concerned with is 'collective rights' rather than 'individual rights', which is taken for granted as the genesis of human right in the Western world.

Closely related to China's Socialist identity is the rise of the China. In the late 1970s, China was at the edge of economic collapse, political paralysis, and social turmoil after ten years of 'Cultural Revolution' (1966-1976). It is marvelous that China took less than three decades to develop itself as a new great power. *The ideological approach for China's rise is labeled as Beijing Consensus, which is regarded alternative to Washington Consensus proclaimed by Western states.*[1267] *Beijing Consensus has two core elements: (a) the priority is* economic growth rather than political democracy and social justice. This echoes P. Kennedy's argument that economic

---

[1263] Selected Works of Deng Xiaoping, Volume III, Foreign Language Press, 1993, pp.187-188.

[1264] China's Constitution (1982, as amended in 2004), Preamble.

[1265] Zhu Suli, Political Parties in China's Judiciary,17 Duke J. Comp. & Int'l L. 533,535,538,(2006-2007).

[1266] Indeed, there is 'no universally accepted system for achieving the separation of powers' , which depend on a variety of factors including conception of democracy, social, political and economic forces, and the history of governmental institutions. K O'Regan, Checks and Balances Reflections on the Development of the Doctrine o f Separation of Powers under the South African Constitution, 8 Potchefstroom Elec. L.J. 1,2(2005). However, the divergences among judicial checks and balances against the executive branch appear far less than legislative checks and balances against the executive branch in Western states. Therefore, it is safe here to ignore the difference among the former systems.

[1267] Bradley Klein, Democracy Optional: China and the Developing World's Challenge to the Washington Consensus, 22 UCLA Pac. Basin L.J.89(2004).

power is fundamental to the rise of great powers; [1268] and (b) an authoritarian regime, especially executive branch, is maintained to pursue public policies as efficiently as possible, albeit not always legitimate.

Because of two variables examined above, the respect for and the shield executive authority from challenge is a key element of Chinese judicial policy. While international lawyers hardly touch this issue, it has been much debated among national law scholars. For instance, Administrative Procedure Law (APL, 1990) and State Compensation Law (SCL, 1994), two key laws to control the abuse of executive power, were blamed of not well being done and enforced in practice: what the APL (1990) seeks is to 'support' rather than 'supervise' the executive branch, [1269] and remedies available to victims of executive misconducts are too rigid under the SCL (1994). [1270] Furthermore, Chinese courts *often convince themselves or are required to respect, coordinate with, and assist the executive branch to pursue their economic policies, tolerating executive authority,* [1271] *enhancing the 'Chinese Great Rejuvenation' or 'Chinese Dream'.* [1272] *It cannot be denied that the respect for executive authority often goes too far. The executive branch frequently unduly interferes in the administration of justice, seriously damaging judicial independence and integrity.* [1273]

Some observers assumed that Beijing Consensus challenges conventional Western wisdom, posing serious challenges to Washington Consensus and providing a new option for states at early-stage development, while some other people consider it is too early to conclude that Beijing Consensus is long-term viable.[1274] Anyway, what are happening now is that, as waves of governmental scandals are exposed, social instability deteriorates, and the public lose their confidence on judiciary mechanism, [1275] China is adjusting its traditional strategy of national development, highlighting closer surveillance of public power. [1276] In particular, in 2014 the CCP adopted the first decision exclusively dealing with rule of law.[1277] Some important measures have been taken. For instance, APL (1990) was amended in December 2014, stressing to

---

[1268] P. Kennedy, The Rise and Fall of the Great Powers, Vintage Books, 1989, xv, xxii.

[1269] See Administrative Procedural Law of China (1990), article 1; Ji Weidong, The Judicial Reform in China: The Status Quo and the Future Direction, 20 Ind.J. Global Legal Stud.185, 196(2013).

[1270] See Ying Songnian and Yang Xiaojun, Some Theoretical and Practical Issues on State Compensation Law (in Chinese), 1 Chinese Legal Science 3(2005).

[1271] Hou Meng, A Study on the Supreme People's Court of China (in Chinese), Law Press, 2007, pp.67-71.

[1272] See, e.g, Zhou Qiang(Chief Judge and President of SPC), Report on the Work of the Supreme People's Court Delivered at the Second Session of the Twelfth National People's Congress on March 10, 2014, available http://news.xinhuanet.com/legal/2014-05/09/c_126481178.htm(last visited August 20, 2014). In that report, Chinese courts are required to 'make new and greater contribution to achieve... the Chinese Dream of great rejuvenation of the Chinese nation!'

[1273] Randall Peerenboom, China's Long March Toward Rule of Law, Cambridge University Press, 2002, 302-309.

[1274] Id., at 147.

[1275] See Ji Weidong, supra note, at 208-209.

[1276] See *The Decision on Major Issues Concerning Comprehensively Deepening Reforms adopted by the CCP's Central Committee* (November 16, 2013), Parts IX and X, at http://www.sn.xinhuanet.com/2013-11/16/c_118166672.htm(last visited August 22, 2014)

[1277] See The Decision of Major Issues Concerning Comprehensively Governing State by Law (October 23, 2014),at http://news.xinhuanet.com/2014-10/28/c_1113015330.htm visited November 10, 2014).

'supervise' the exercise branch, repealing the word 'support', [1278] and including provisions that discourage the executive interference and enhance courts to administer justice. The question, however, is whether the positive trend is reflected in China's judicial policy toward international law, which will be examined later.

Ⅱ. Methodology of the Application of International Law by Chinese Courts

There are two methods of application of international law by domestic courts: automatic incorporation and transformation. As a rule, the automatic incorporation empowers courts to give effect to international law. International law, under transformation, may not be directly invoked by courts to adjudicate disputes, but it does not mean that they cannot be applied totally. There is a principle of Consistent Interpretation, in accordance with which national law is interpreted in conformity with international law.[1279]

A. Finding

In contrast with most countries, China's Constitution, from the first (1954) to current one (1982, as amended in 2004), is silent on the status of treaties in national legal system. Rather, it treats this issue on a case by case basis.

1. Automatic Incorporation

From 1978 to 2004, there are more than 100 provisions in nearly 80 laws which, to different extent, embrace automatic incorporation. [1280] For instance, article 72 of APL (1990) provides that 'if a provision of an international treaty which China has concluded or acceded to is different from that of the present law, the treaty provision shall apply, unless China has made reservation to the provision.' A more important is *Article 142 of General Principles of Civil Law (hereinafter, 'GPCL(1986)'), providing that if any international treaty concluded or acceded to by China contains provisions differing from those in 'civil laws' of China, the treaty provisions shall apply, unless China has announced reservations. Its significance lies in that it refers to plural 'civil laws' instead of singular 'civil law', therefore it should be interpreted to apply not only GPCL itself but also all laws to be enacted subsequently, which, by their nature, could be clarified as 'civil laws'.*[1281]

Most Chinese international lawyers agree that the Constitution's silence does not deprive treaties of direct effect in China.[1282] Professor Wang went further to argue that automatic incorporation would be a general principle;[1283] if a treaty to which China is a party contains

---

[1278] See Administrative Procedural Law (as amended in 2014), article 1.

[1279] André Nollkaemper, supra note, at 73-81.

[1280] Wang Yong, Fundamental Theory of the Application of Treaties in China (in Chinese), Peking University Press, 2007, p.146.

[1281] Wang Tieya, International Law in China: Historical and Contemporary Perspectives, *Recueil des cours*, Vol.221, 1990, at 332.

[1282] Dinah Shelton, International Law and Domestic Legal Systems, Oxford University Press, 2011, at 168.

[1283] Wang Tieya, supra note, at328-329.

provisions inconsistent with Chinese laws, treaty provisions should prevail, unless China has made reservations. [1284]

2. Transformation

Transformation is the most common way for China to implement its treaty obligation.[1285] However, it is until China's accession to World Trade Organization (WTO) in 2001 that it had begun to be taken seriously. Most Chinese international lawyers once proposed that at least some WTO rules could be directly applied by Chinese courts. [1286] They are disappointed by Rules on Issues Concerning Adjudication of Administrative Cases of International Trade issued by the SPC in 2002 (hereinafter, 'Judicial Interpretation (2002)'). Judge Li Guoguang, then SPC's Deputy President, explained that, according to Articles 7 and 8, [1287] WTO rules could not be directly applied in disputes between private parties and executive organs. This means that private parties cannot invoke WTO rules to bring a claim or defend themselves in courts and that courts shall not directly use WTO Agreements as the legal basis for adjudication.[1288] In *Shengzheng* Chengjie*'er Trade Co., Ltd Case* (2012), the respondent, Tianjin Customs authority, detained the imported goods of Plaintiff, Chengjie' er. The Plaintiff argued that the detention was so prolonged that breached Article 55 of Agreement On Trade-related Aspects of Intellectual Property Right (hereinafter, 'TRIPS Agreement'). [1289] The court in Tianjin decided that, according to Judicial

---

[1284] Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee & L. Benjamin Ederington eds., National Treaty Law and Practice, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p.164.

[1285] Xue Hanqin and Jin Qian, International Treaties in the Chinese Domestic Legal System, 8 Chinese J. Int'l L 299, 308(2009).

[1286] See Cai Congyan, Private Structural Participation in the Multilateral Trade System (in Chinese), Peking University Press, 2007, at 265-268.

[1287] Article 7: According to Paragraph 1 of Article 52 of the Administrative Procedure Law and Paragraphs 1 and 2 of Article 63 of the Legislation Law, a people's court shall, in the hearing of international trade administrative cases, follow the laws and administrative regulations of the People's Republic of China, as well as the local regulations, which relate to or affect the international trade, enacted by the local legislatures within the statutory legislative authority.

Article 8: According to Paragraph 1 of Articitle 53 of the Administrative Procedure Law and Articles 71, 72 and 73 of the Legislation Law, a people's court shall, in the hearing of international trade administrative cases, refer to the departmental regulations, which relate to or affect the international trade, enacted by the departments under the State Council within their respective authority in accordance with laws and the administrative regulations, decisions and orders of the State Council, and shall refer to the regulations of local governments, which relate to or affect the international trade, enacted by the people's governments of the provinces, autonomous regions, municipalities directly under the Central Government, cities where the people's governments of the provinces and autonomous regions are located, cities where the special economic regions are located, and relatively large cities approved by the State Council in accordance with the laws, administrative regulations and local regulations.

To support his argument, Li also cited Paragraph 67 of the Working Party Report of China, which states that "the WTO Agreement would be implemented by China in an effective and uniform manner through revising its existing domestic laws and enacting new ones fully in compliance with the WTO Agreement.

See Li Guoguang, Speech at the Press Briefing related to Brief on Rules on Issues Concerning Adjudication of Administrative Cases of International Trade, August 29, 2002, at http://www.lawxp.com/statute/s898388.html(visited August 10, 2014).

[1288] Id.

[1289] Article 55 of TRIPS Agreement provides that 'If, within a period not exceeding 10 working days after the applicant has been served notice of the suspension, the customs authorities have not been informed that proceedings leading to a decision on the merits of the case have been initiated by a party other than the defendant, or that the duly empowered authority has taken provisional measures prolonging the suspension of the release of the goods, the goods shall be released, provided that all other conditions for importation or exportation have been complied with; in appropriate cases, this time-limit may be extended by another 10

Interpretation (2002), Chinese laws instead of TRIPS Agreement should be applied. [1290] In *Longines Watch Co. Ltd.Case* (2012), the court in Beijing did not refer to that judicial instrument, but it affirmed that the defendant, the Trademark Appeal Board of State Administration of Industry & Commerce of China, was justified not to rely upon TRIPS Agreement because its provisions "have been included in the current Trademark Law." [1291]

While excluding the direct effect of WTO rules, Judicial Interpretation (2002) includes the Principle of Consistence Interpretation. There are rare countries whose laws explicitly provide the Principle,[1292] one of which is China. Article 9 of Judicial Interpretation (2002) provides that 'If there are two or more reasonable interpretations for a provision of the law or administrative regulation applied by a people's court in the hearing of an international trade administrative case, and among which one interpretation is consistent with the relevant provisions of the international treaty that the PRC concluded or entered into, such interpretation shall be chosen, unless China has made reservation to the provisions.' In *Chongqing Zhengtong Pharmaceutical Co. Ltd. Case* (2007), the SPC for the first time referred to this provision. It held that the meaning of 'agent' referred in Article 15 of China's Trademark Law can be interpreted in accordance with 'agent' and 'representative' referred in Article 6 of Paris *Convention on the Protection of* Industrial Property (1883).[1293] Judicial Interpretation (2002) is the sole Chinese law providing the Principle. This shows that the WTO regime is so profound as to prompt China to establish this sophisticate judicial policy. Furthermore, the Principle is sometimes employed to interpret Chinese laws which do not include this method. In *Nangning XX Service Co. Ltd. Case (2012)*, for instance, there was disagreement on the meaning of 'workplace'. Regulation of on Work-Related Injury Insurance of China (2010) fails to provide a definition. The court finally accepted the argument that the Regulation should be interpreted in conformity with Article 3(c) of the Convention concerning Occupational Safety and Health Convention and the Working Environment to which China a Contracting Party, providing that 'the term workplace covers all places where workers need to be or to go by reason of their work and which are under the direct or indirect control of the employer'.[1294]

Consistent Interpretation might be more used in a subtle manner. In searching on the Pkulaw.con(北大法宝), a leading legal database in China, it can be found that international law often mentioned in case reviews by judges who are colleagues of judges hearing the cases. It might be assumed that, while not appearing in judgments, the Principle is employed in judicial reasoning. This supports the presumption that the Consistent Interpretation is of particular importance for international law to be applied by transformation.

---

working days...'.

[1290] China *Applied Law Institute of the Supreme People's Court ed.,* Selected Cases of People's Court, People's Court Press, 2013, pp.365-368.

[1291] See Pkulaw.cn, [Citation Code] CLI.C.1447190.

[1292] André Nollkaemper, supra note, at 143, 147.

[1293] Gazette of the Supreme People's Court of the People's of Republic of China, No.11, 2007, pp.29-30.

[1294] Pkulaw.cn, [Citation Code] CLI.C.1065351.

B. Comments

Two reasons may be proposed to explain the silence of China's Constitution on the status of international law in its domestic legal system. One is the influence of Soviet international legal theory. Soviet states once criticize that international law was historically manipulated by a handful of Western states. Therefore, the Soviet Union and other Socialist states never mentioned international law in their constitutions. As a matter of fact, China's *Constitution (1954) was modeled on Soviet Union's Constitution (1936). The other is China's own history of one-century humiliation since the Opium War (1848). China concluded many 'unequal' treaties with Western powers under undue duress. Thus, China was hostile to international law most of time in past two centuries.* [1295]

The silence of China's Constitution contributes to the fragmentation and less predictability of the application of international law in China, which has long been noticed by Chinese international lawyers. Almost all of them proposed that this issue be clarified at constitutional level. [1296] However, it appears that China's government still has no intention to do that. The latest development is that, during debates on the amendment of Legislation Law in 2014, some members of National People's Congress (NPC), highest legislature in China, suggested that the would-be new Law include provisions clarifying the status of treaties in Chinese legal system. Some other NPC members, however, maintain that these provisions might be too rigid, damaging the integrity of Chinese legal system.[1297] Finally, the new Law amended in Mach 2015 remains the issue intact.

Examined from another angle, the fragmentation and less predictability imply flexibility. For a rapidly rising state in this ever changing world, like China, flexibility rather than stability often matters more. Flexibility can grant China more margins to pursue a public policy. As examined in Part Ⅲ, the application of international law at Chinese courts is the very case. Interestingly, China, in some sense, coincide with the recent trend that states tend to incorporate international law in national legal systems in a more flexible manner than before in order to balance concerns of effectiveness in terms of international law and legitimacy in terms of domestic governance. [1298]

Ⅲ *Structure of International Law Applied by Chinese Courts and Its Implication on China's Rise*

A. Finding

[1295] Wang Tieya, supra note, at 250-262.

[1296] See Zhu Xiaoqing and Huang Lie ed., Relations between International Treaties and Domestic Law (in Chinese), World Knowledge Press, 2000, at 17, 40, 159.

[1297] 'The application of treaties in China should be clarified', at http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2014-11/16/content_5844527.htm?node=20908(visited March 1, 2015).

[1298] See Pierre-Hugues Verdier and Mila Versteeg, International Law and National Legal Systems: An Empirical Investigation,

1. Category A

Absolute state immunity is a long policy for China. Chinese courts neither have exercised jurisdiction over acts of foreign States, nor have they enforced any decisions involving public property of foreign States.[1299] However, it was of great importance for China because it had been often relied upon by China to prevent from being exercised jurisdiction, including the famous *Jackson Case* (1979).[1300]

On September 14, 2005, China signed *the State Immunity Convention (2005), signalizing clearly that China would shift its traditional absolute immunity to relative immunity. This provides Chinese courts to apply Category A with international legal basis. Indeed, since China has not ratified it so far, it still strategically uses its traditional policy in several occasions including Morris Case* (2005) [1301] and *Democratic Republic of the Congo and Others Case (2010)*. [1302] Furthermore, other factors, for instance, the doubt on professional capability of judges and the lack of national enabling law, may discourage Chinese courts to apply state immunity law.[1303] *It is almost certain, however, that Chinese courts would hear claims against foreign states sooner or later. The major reason is that Chinese private parties have been tremendously expanding their engagements with foreign states at home and abroad as China is rising as a great power. For instance, more Chinese are employed by or contract with foreign diplomatic bodies in China and more Chinese trade and invest abroad. Actually, there are many reports showing rights and interests of Chinese are infringed by host governments. In 2014 China declared a new state strategy of 'protecting the legal rights and interests of Chinese nationals and corporate abroad in accordance with laws', making it an important component of rule of law.* [1304] *This policy has two features. First, China's government will attach more importance to the protection of expanding private interests, which obviously are an important constituent of the rise of China. Second, China would more rely upon legal rather than diplomatic means than before, depoliticizing affairs between Chinese individuals and foreign states.*

A provoking issue is whether a foreign state would be sued in China because of its activities infringing j*us cogen*. In China, a number of international lawyers contend that Chinese courts is justified to do so against Japan for its activities such as lethal bacteria use and indiscriminate bombing in China during World War II, arguing that Japan cannot invoke state immunity. [1305] And several lawsuit initiatives have been proposed against Japan's government. For instance, In September 2012, some Chinese victims of Chongqing Grand Bombing, which was conducted by Japanese air force during World War II, brought claims against Japan's government before

---

[1299] Xue Hanqin, Chinese Contemporary Perspective on International Law, 355 Recueil des courts 41, 100,101(2011)

[1300] Id., at 101-102. See also Jill A. Sgro, China's Stance on Sovereign Immunity, 22 Colum. J. Transnat'l L. 101(1983-1984).

[1301] See Marvin L. Morris, Jr. v. The People's Republic of China, F. Supp. 2d, 2007 WL 851217 (S. D. N. Y.) ; 2006 WL 2581974 (Trial Motion, Memorandum and Aff idavit) Reply Memorandum of Law in Further Support of the People's Republic of China's Mot ion to Dismiss (Aug. 11, 2006).

[1302] Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC，FACV 5,6＆7 /2010.

[1303] Dahai Qi, State Immunity, China and Its Shifting Position, 7 Chinese J.Int'L L 307(2008).

[1304] See the CCP, *The Decision on Major Issues Concerning Comprehensively Deepening Reforms(2014), Part VII(7).*

[1305] See, e.g. Xiao Mingqing, Are National Immunity Rights Applicable to Bacteria War Lawsuit ?(in Chinse), 1 Journal of Hunan University of Arts and Science 23(2005).

Chongqing High People's Court. [1306] Again, in March 2014 some forced workers and their descendants filed cases against Japan's government and several Japanese companies before Tangshan Intermediate People's Court. [1307] In Memorials,[1308] plaintiffs in both cases argue that Japan's government cannot invoke state immunity because its wrongs were in breach of *jus cogen*. Both courts neither nodded nor rejected to exercise jurisdiction so far, making tow cases pending. This indicates that on the one hand, China so far is cautious to exercise jurisdiction; on the other hand, the possibility for Chinese courts to do some day so remains.

2. Category B

In retrieving Pkulaw.con(北大法宝), we find that Category B has been applied by Chinese courts, albeit occasionally only. The important thing is that human rights treaties, which is the core of Category B and which, as indicated above, has been playing an increasing role in enhancing rule of law especially in transitional states, have never been given into direct effect in China.

China has ratified many human rights treaties, including most of all Core Conventions, e.g., International Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment(hereinafter, 'CAT)'), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights(hereinafter, 'ESCR Covenant'). China assented to grant direct effect to CAT at least. *China's representative once stated '…according to the legal system of China, as soon as the Chinese government approves or participate in any related international treaty it becomes effective in China and the Chinese Government will be responsible for the respective obligation. In other words, the Convention against Torture has become directly effective in China. Acts of tortures, as defined by the Convention, are strictly prohibited according to the laws of China.'* [1309] *This statement was widely regarded as important evidence that treaties can be directly applicable in China.*[1310] *More importantly, China once explicitly agreed that CAT* Could be invoked 'before the Chinese courts.' [1311] *Unfortunately, the fact is that, although the torture in China was serious and China's Criminal Law does not include the Crime of Torture,*[1312] *Chinese courts have never given CAT into direct effect as China's representative promised at international level. Interestingly, however, Ministry of Public Security (MPE) once ordered that its local branches 'strictly abide by*

1306 'Victims of Chongqing Grand Bombing bring lawsuit against Japan and the biggest claim reaches RMB 80 million', at http://www.scopsr.gov.cn/shgj/shkx/201209/t20120911_181769.html(visited January 10, 2015)

1307 'Private Lawsuits against Japan- Following up lawsuits brought by Chinese labors against Japanese government and enterprises', at http://cn.nikkei.com/politicsaeconomy/politicsasociety/8622-20140327.html(visited August 14, 2014).

1308 These Memorials are on the author's file.

1309 See UN Committee against Torture, 4th Session, Summary Record of the 51st meeting, Geneva, 27 April 1990, UN Doc.CAT/C/SR.51(4 May 1990), 2.

1310 See, e.g., Li Zhaojie, supra note at 341; Sanzhuan Guo, supra note at 165.

1311 Summary record of the 419th meeting : China, Poland. 12/05/2000 CAT/C/SR.419. (Summary Record) , p.5.

1312 Wang Guanxian, supra note, at 273-274; Dai Ruijun, supra note, at 273; Consideration of Reports Submitted by States parties under Article 19 of the Convention, Concluding observations of the Committee against Torture: China, CAT/C/CHN/CO/4, 12 December 2008, para.11.

the relevant provisions' of CAT.[1313]

ESCR Covenant has a similar story in China. Noting that not all Covenant provisions have been incorporated in Chinese laws, the ESCR Committee suggested the all rights under the Covenant are directly enforceable in China.[1314] Although China recognized 'the enjoyment of certain rights still cannot meet the requirements of the Covenant', it recently explained that human rights treaties 'do not directly function as the legal basis for the trial of cases in Chinese courts, …; rather, they are applied after being transformed into domestic law through legislative procedures.' [1315] This argument is not totally convincing. First, as indicated above, China at least recognized the direct effect of CAT. Second, according to Article 72 of APL (1990), it is justified for Chinese court to give direct effect to ESCR.

However, Article 72 of APL (1990) was deleted in its amendment in December 2014, without giving any explanation.[1316] This is the first time for China to repeal provisions of international law in its laws. Chinese courts, according to the amended Law, [1317] thus have to exclusively invoke national laws to decide claims against executive organs and international law at best could be used for interpretative purpose. This development is very negative. Generally speaking, it would be assumed that Chinese judicial policy toward international law tends to be more conservative as China signs more and more treaties. More specifically, this repeal creates a big trouble for China to honor its relevant treaty obligations. For instance, all Chinese investment treaties provide that foreign investors have a right to bring claims against China's government, but Chinese courts, according to the APL (2014), could not decide investor-state disputes based upon a Chinese investment treaty.

A likely reason for that repeal might be proposed. Article 72 in practice is not often invoked so that it is not necessary to remain. This assumption might be reasonable, considering that Category B has not been often applied by Chinese courts as indicated above. There might be another assumption, albeit seemingly less likely. China is alert to the prospect that Chinese courts might be more aggressive to apply Category B to check executive authority since the judicial independence would be strengthened arising from the ongoing judicial reform as mentioned above. Therefore, China seeks to shield its executive authority from potential judicial challenges through depriving courts of directly invoking Category B. Anyway, one thing is clear that Category B has been very marginal in Chinese courts.

1313 Ministry of Public Security, Note on Strictly Implementing Provisions in International Conventions Related to Public Security, March 24, 1989, [89]Gongfazhi 33.

[1314] Concluding observations on the second periodic report of China, including Hong Kong, China, and Macao, China, E/C.12/CHN/CO/2, 13 June 2014, para.9.

[1315] Second periodic reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant: China, E/C.12/CHN/2, 6 July 2012,at 9.

1316 Report by the Legal Committee of National People's Congress on the Amendment of Administrative Procedural Law (draft), at http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/2014/2014-08/31/content_1876868.htm(visitedJanuary10, 2015).

[1317] See APL (2014), article 65.

3. Category C

Before the 1980s, there was no Chinese law relating to the exercise of jurisdiction according to Category C. In 1987, in order to honor the obligation to exercise jurisdiction toward crimes prescribed in several treaties to which China acceded, [1318]China enacted a law requiring courts 'within the scope of its treaty obligation, exercise criminal jurisdiction over crimes prescribed in the international treaties' to which China is a party.[1319] This requirement later was incorporated in Criminal Law (1997).[1320]

Perhaps because of the lack of knowledge of international law, [1321]Chinese authorities failed to exercise jurisdiction in some occasions to which they should have done. In *M.V.Petro Ranger Case* (1998), for instance, M.V. Petro Ranger, a Malaysian Cargo ship, was hijacked by twelve Indonesian pirates at South China Sea and renamed as *Wilby* with Honduran flag. The ship was later detained in China being suspected of smuggling. Chinese authority was informed that all persons other than crew were pirates. However, all suspects were not prosecuted because Chinese authority explained that there was no convincing evidence. This inaction was criticized by the International Maritime Bureau (IMB).[1322]

In several occasions, Chinese courts exercise jurisdiction in accordance with international law. For instance, in June 1999, ten pirates hijacked *Siamxanxai,* an oil tanker flagging Thailand, at the sea adjacent to Malaysia. Later, the hijacked tanker entered into Chinese territorial sea and was arrested by Chinese police. A Chinese court held that these pirates infringed treaties to which China is a Party, including UNCLOS and Navigation Safety Convention. Since China's Criminal Law does not prescribe the crime of piracy, the court finally held that they conducted the crime of robbery in accordance with the Law.[1323]

4. Category D

What Chinese courts apply most is Category D. Some cases studies have been done as to the application of CISG, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter, 'New York Convention'), Paris Convention for the Protection of Industrial Property (hereinafter, 'Paris Convention'), Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (hereinafter, 'Berne Convention'), International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (hereinafter, 'CLC').[1324] For the mandate of this article, it is not necessary to introduce more cases here. Rather, it suffices to provide several figures. On searching on the

[1318] For instance, Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft(Hague Convention), Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (Montreal Convention), Convention on the Psychotropic Substances and Single Convention on Narcotic Drugs.

[1319] Decision of SCNPC Regarding Exercising Criminal Jurisdiction over the Crimes Prescribed in the International Treaties to Which the People's Republic of China is a Party or Has Acceded, June 23, 1987.

[1320] China's Criminal Law(1997), article 9.

[1321] The SPC on several occasions urged that local judges increase their knowledge of international law. See SPC, Note Concerning Some Issues related to the adjudication of foreign-related civil and commercial cases and the Enforcement of Judgments, April 17, 2000.

[1322] See Tong Weihua, Terrorist Crimes at Sea and Criminal Regulation on the Crime of Piracy (in Chinese), Law Press, 2013, at 8-9.

[1323] Pkulaw.cn, [Citation Code] CLI.C.235055.

[1324] See Zheng Sophia Tang; Jie Huang; Xiao Yongping and Long Weidi, all see *supra* note 5.

Pkulaw.con, so far CISG has been applied in over 100 cases; New York Convention, over 40; Paris Convention, over 100; Berne Convention, over 450;CLC, over 15. Although there are some drawbacks in their applications, [1325] the policy of SPC is firm: these treaties should be applied in good faith in China. The SPC established the reporting and reviewing mechanisms to guide and supervise the treaty application by local courts. [1326]As an empirical study shows, these mechanisms effectively remedy legal errors occurring at local courts level.[1327]

Interestingly, treaties obviously aiming to regulating relations between Contracting Parties are sometimes used to adjudicate disputes arising between privates. A prominent example is the TRIPS Agreement, which, as said above, lacks direct effect in claims against executive organs. As indicated by Pkulaw.cn, the TRIPS Agreement has been applied in several dozens of disputes happening between privates. In *Beijing XX Information Technology Co.Ltd. Case (2011)*, for instance, the plaintiff got the exclusive license from HIM International Music Inc, a company in Taiwan, to distribute MTV products in Mainland of China. The plaintiff accused that the defendant's use of these products infringed his exclusive right. The court noted that Taiwan and Mainland of China both are Contracting Parties of TRIMPS Agreement and that, according to the national treatment obligation under the Agreement, Mainland of China should apply to HIM China's Copyright Law. The defendant finally was held liable for his infringements. [1328] However, the WTO obligation to award national treatment is not imposed upon individuals but WTO Members while that infringement occurred between two individuals, not between an individual and a WTO Member.

B. Comments

Firstly, there are several factors for the lack of judicial application of Category A in China so far: (a) legal factor. This, in particular, refers to the conception of sovereignty of Socialist states and developing states. For a long time these states maintained the view of absolute state immunity and China is not an exception. Of course, China can also invoke the conception of sovereignty as legal justification in lawsuits against it at foreign courts; (b) factual factor. It is until one or two decades ago that Chinese private parties had begun to increasingly engage in foreign-related activities involving a foreign state, for instance, trading and investing abroad and working for foreign diplomatic bodies in China; and (c) political factor. At the early stage of reforming and opening-up, maintaining friendly political state-state relationship is of special important for China, [1329]which helped increase confidence of private investors and traders on

---

[1325] Xiao Yongping and Long Diwei, supra note at 101-102.

[1326] See SPC, Notice Concerning the Establishment of Reporting Mechanism toward Important Economic Disputes (hereinafter, Judicial Interpretation(1989)), January 31,1989; Notice Concerning Issues of Dealing with Foreign-related Arbitration and Foreign Arbitration by People's Court, August 28, 1995; Notice Concerning the Revocation of Foreign-related Arbitral Awards, April 23, 1998.

[1327] Yang Honglei, Field Report of the Review of Judicial Review on Foreign-related Arbitration by People's Courts, 9 International Law Review of Wuhan University 304, 311(2009).

[1328] Pkulaw.cn, [Citation Code] CLI.C.1338513. See also *Beijing Tianyu Simultaneous information technology Co., Ltd.Case*, [Citation Code] CLI.C.821508; Chen Tizhong Case, [Citation Code] CLI.C.456642; *Chaozhou Grant Clothing Co., Ltd. Case*, [Citation Code] CLI.C.166449.

[1329] It is well known that 'Keeping low profile' proposed by Deng Xiaoping has been a basic principle of Chinese

China. If Chinese courts would apply Category A, it would be highly risky of provoking diplomatic confrontations between China and other states, especially Japan, discouraging other states and their nationals to invest in and trade with China.

As China is rising, however, it becomes more powerful against other states than before and it has begun to take seriously the protection of dramatically expanding Chinese private interests against foreign states. As a matter of fact, China recently has refined its traditional conception of sovereignty, including signing State Immunity Convention. Sooner or later, therefore, Chinese courts would adjudicate disputes arising between its nationals and foreign states.

Secondly, there is a salient feature in the application of Category B in China. On the one hand, China embraces many treaties which may be used to contain executive authority, especially human right treaties. It is well known that, since the late 1980s, especially Tiananmen Square incident in 1989, there were fierce confrontations between China and Western states. China was accused of systematic violations of human rights.[1330] More embracement of human rights treaties helps China better integrate into international community, which clearly is significant for a state having ambition to rise as a new great power in the era of human rights;[1331] on the other hand, China seeks to alleviate the international pressure on its executive authority through neutralizing, in the judicial process, the application of treaties. In particular, China in practice rejected the automatic incorporation of those treaties under which the executive authority might be systematically challenged. The CAT is the very case. As the result, China's executive branch can take advantage of its Socialist efficiency advantage. The amendment of APL in 2104 appears to confirm that China would continue its unique road.

Thirdly, Chinese courts sometimes were reluctant to exercise their jurisdiction under Category C. As China more extensively engages with the globalization, activities such as piracy, transnational organized crimes, international terrorism, which have been within the reach of international law, are threatening ever expanding economic interest and security of China and interest of international community as a whole. These threats are defined by China as 'non-traditional security'. China has expressed its firm position. For instance, Huang Huikang, a chief legal official of Ministry of Foreign Affairs (MFA) of China, argued that there is no legal hindrance for Chinese courts to exercise universal jurisdiction toward Somali pirates.[1332]

Fourthly, a major strategy for China to resume its collapsing economic after ten years of Cultural Revolution is to attract capital and technology from Western states. However, on the one hand, China's Command Economy and the corresponding legal regimes would chill investors

---

foreign policy in past three decades.

[1330] See generally Rosemary Foot, Rights beyond Borders, Oxford University Press, 2000; Ming Wan, Human Rights and Chinese Foreign Relations, University of Pennsylvania Press, 2001; Katrin Kinzelbach, The EU's Human Rights Dialogue with China, Routledge, 2015; Concluding observations on the second periodic report of China, including Hong Kong, China, and Macao, China, E/C.12/CHN/CO/2, 13 June 2014, para.30.

[1331] See Theodor Meron, International Law in the Age of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

[1332] Huang Huikang, Fighting Somali Pirates by Naval Escort: Legal Basis and Judicial Procedure, 1 Annual of Chinese Maritime Law 1, 5(2009).

and traders who operate in market economy; on the other hand, China could not create fledged market economy-rooted legal regimes in a short time. Therefore, it is expedient for China to incorporate international legal regimes, for instance, the CISG and Paris Convention, into domestic legal system, which effectively increases foreign confidence on China and which do not seriously derogate executive authority. Thus, huge foreign capital and technology flow to China, [1333] contributing to the marvelous economic growth of China.

There is close relationship between the structure of international law applied by Chinese courts interacts with the rise of China. Initially, China, for the pursuit of economic rise, strongly stressed the application of Category D, rejected to exercise jurisdiction under Category A, and paid little attention to Category C. As China has been recognized as a new great power, it has begun to adjust its traditional judicial policy toward international law, mainly referring to potential exercise of jurisdiction under Category A and more exercises of jurisdiction under Category C. But little change so far has happened to Category B, especially human rights treaties and, as indicated by the amended APL (2014), no meaningful progress can be expected in the near future. This implies that China still seeks to maintain its Socialist advantage, especially strong executive authority, through neutralizing the judicialization of Category B.

Ⅳ *Case Study: International Law in a Lawsuit against Japanese Companies at Chinese Court*

A. New Role of Chinese Courts' Application of International Law

Among all four Categories of international law, the application of Category A by domestic courts is especially susceptible to disagreements and has long been the focus for international lawyers. The reason is simple. This category relates to the traditional foreign relations, namely, state-state affairs. From *Jackson Case* to *Grundlagenvertra Case* and to *Jurisdictional Immunity of State Case*, diplomatic disputes arise in almost all cases against a sovereign state. In recent years, there is a trend that domestic courts, at least American courts which were once aggressive in traditional foreign relations, have begun to shift judicial activism to judicial passivism.[1334]

If we can say that domestic courts like American courts once went too far, Chinese courts stay at the other extreme. They have no say in foreign affairs. It is not surprised that they are reluctant to exercise jurisdiction in lawsuit initiatives against Japan's government brought by Chinese victims during World War II.

[1333] Therefore, this incorporation, for the most part, is selective since these treaties can only be applicable in 'foreign-related' circumstances of civil and commercial nature. See, e.g., *General Principles of Civil Law (1986), Article 142*.

[1334] See Harold Hongju Koh, Transnational Public Law Litigation,100 Yale L.J. 2347(1990-1991);Anne-Marie Slaughter and David Bosco, Plaintiff's Diplomacy, 79 Foreign Affairs 102(2000); John Norton Moore, Foreign Affairs Litigation in United States Courts, Martinus Nijhoff Publishers, 2013; Curtis A. Bradley, Supreme Court Holds that Alien Tort Statute Does not Apply to Conduct in Foreign Countries, ASIL Insights, Vol.17, Issue.12, 2013.

As China is rising as a new great power, it is inevitable for Chinese courts to increase, more or less, their role in foreign relations. Wang E'xiang, then Vice-President of the SPC, suggested that the role of Chinese courts in foreign relations should be enhanced, including empowering them to decide whether a treaty is self-executing or non-self-executing.[1335] While it is hardly possible for Chinese courts to play a prominent role like that by American courts, a larger role of Chinese courts in foreign affairs may be expected, which is evidenced by a pending case discussed below.

B. Judicial Wisdom of Chinese Court in a Lawsuit against Japanese Companies

In March 2014, the Beijing First Intermediate People's Court registered a case filed by 37 Chinese forced workers and their descendants against two Japanese companies, arguing that Japanese companies should be liable for their involvement in forced working program during World War II. This is the first time that Chinese courts exercise jurisdiction over disputes arising from the aggression of Japan to China.[1336]

At first glance, this case is not different from other transnational private disputes. However, it is concerned with the application of a Communiqué signed between China and Japan in 1972 (hereinafter, China-Japan Joint Communiqué), which deals with the war compensations arising from Japan's aggression and which is a key issue of almost all claims brought by Chinese victims against Japan's government and nationals in Japan. Paragraph 5 of that Communiqué provides that '[T]he Government of the People's Republic of China declares that in the interest of the friendship between the Chinese and the Japanese peoples, it renounces its demand for war reparation from Japan.'

Since the mid 1990s, some Chinese war victims and their descendants had begun to file lawsuits in Japan, accusing that Japan's government and some Japanese companies should be liable for their wrongs, for instance, forced labor and 'comfort woman'/ sexual slavery, during World War II. Chinese plaintiffs won in none of cases. One of justification for Chinese courts is that China's government waived the right of China's government and nationals to claim compensation. [1337] Among all cases, *the Nishimatsu Construction* case and the *Second Chinese "Comfort Women"* case[1338] are decisive. In two judgments both done on 27 April 2007, Japan's Supreme Court (JSC) held that '[i]t should be out of doubt that, all claims arising from the war, including the claims by private individuals, are abandoned mutually'.[1339] This was the first time

---

[1335] Wang E'xiang eds., A Study on the Relationship between International Law and National Law(in Chinese), Peking University Press, 2011, pp.476-481,.

[1336] 'Court Accepts Chinese WWII Forced Labors Lawsuit', at http://english.cri.cn/6909/2014/03/19/3521s818167.htm(last visited August 15, 2014.)

[1337] Zhang Xingjun, Evolution of Compensation Claims by Chinese War Victims in Japanese Courts and the Response of China's Government(in Chinese), 4 Tsinghua L.J.96 (2007); Guang Jianqiang, Equity, Justice, and Dignity—Legal Foundation of Claims against Japan by Chinese Victims of Japan's Aggression to China (in Chinese), Shanhai People's Press, 2006.

[1338] For the description of the two cases, see Masahiko Asada and Trevor Ryan, Post-War Reparations between Japan and China and the Waiver of Individual Claims: Japan's Supreme Court Judgments in the Nishimatsu Construction Case and the Second Chinese "Comfort Women" Case, 19 Italian Y.B. Int'l L. 207 2009.

[1339] 中国人強制連行広島訴訟等上告審判決，平成 17 年（受）第 1735 号，平成 19 年 4 月 27 日.

that JSC came to such a definite conclusion. As the result, the window for Chinese victims to seek justice in Japan was closed. Immediately, the spokesman of China's MFA condemned that JSC's interpretation was 'void, invalid' and requested that Japan's government 'take Chinese concern seriously and resolve this issue properly'. [1340]

Actually, China and Japan disagree with the meaning of Paragraph 5 of China-Japan Joint Communiqué. On several occasions, Chinese leaders clarified what was waivered in that Communiqué confined to the right of China's government, not of its nationals. [1341] China's government, however, has never taken serious legal actions. Even upon JSC's judgments in 2007, it still stopped at oral protest, without taking further actions, especially allowing Chinese victims to bring claims at Chinese courts.

Entering the second ten years of 21st century, more confrontations happen between China and Japan. For instance, in September 2012 Japan's government decided to 'buy' the Diaoyu Islands toward which both two States claim their sovereignty from a Japanese family who, under Japanese law, is the owner. China has taken successive responses, including issuing a Whitepaper on Diaoyu Islands, [1342] establishing the East China Sea *Air* Defense *Identification* Zone (ADIZ), [1343] and publicizing confessions by forty five Japanese war convicts.[1344] China, a new great power, and Japan, an old great power, are falling into strategic confrontations. [1345]

Judicial wisdom in this case is interesting. First, it is expected that two Japanese defendants will invoke two judgments of SPC in 2007 to defend themselves. The court in Beijing thus has an opportunity to clarify the meaning of Paragraph 5 of China-Japan Joint Communiqué and it must affirm the established position of China's executive branch, refuting the SPC's judgments. Second, in contrast with lawsuit initiatives in Tangshan or Chongqing, Japan's government is not listed as a defendant in this pending case. The risk of diplomatic confrontations can thus be significantly reduced. According to Judicial Interpretation (1989) and another instrument to which SPC and MOF are two co-issuers, [1346] it is impossible for the Beijing Court to hear the case without SPC's consent and MFA's support. The judicial administration Beijing court actually can be regarded as

---

[1340] 'China Opposes Japan's Supreme Court's Arbitrary Interpretation of the Relevant Provisions of China-Japan Communiqué', at http://news.xinhuanet.com/mrdx/2007-04/28/content_6039307.htm(last visited August 15, 2014).

[1341] Se 'Experts advise Chinese WWII laborers to file class action', People's Daily Online, (15 January 2002); Xing Aifeng and Li Tianzhi, War Reparation and Civil Reparation (in Chinese), 9(1) International Forum 57, 60(2007).

[1342] State Council Information Office of the People of Republic of China, Diaoyu Dao, an Inherent Territory of China, September 2012, at http://www.chinadaily.com.cn/china/2012-09/25/content_15782158.htm(last visited August 10, 2014).

[1343] 'Defense Ministry spokesman on China's air defense identification zone', available at http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-12/03/c_132938762.htm(last visited August 10, 2014).

[1344] 'Confessions of Japanese War Criminals', available at http://www.chinadaily.com.cn/china/2014-07/07/content_17651495.htmsited August 10, 2014)

[1345] See Kent E. Calder, China and Japan's Simmering Rivalry, 85 Foreign Aff. 129(2006).

[1346] MFA, SPC, the Supreme People's Procuratorate (SPP), Ministry of Public Security (MPS), Ministry of State Security (MSS), the Supreme of Justice (MOJ), Rules on Concerning Resolving Foreign-Related Cases, June 20, 1995.

one of measures taken by China against Japan. Therefore, it is assumed that Chinese judiciary has come to be involved in foreign relations through applying international law in a subtle manner.

Conclusion

Since the end of Cold War, domestic courts have been more actively applied international law. Generally speaking, more application of international law by domestic courts helps enhance national rule of law and international rule of law. For different states, however, the application of international law may be influenced by, and seek to enhance, more specific public policies. In this process, political, economic, cultural regimes and ideology and international identity of their own are variables of different weights.

For China in past three decades, the fundamental public policy or grand strategy is to rise as a new great power, including economic rise in particular. To this end the basic approach is Beijing Consensus, which argues for an authoritarian regime, especially referring to executive authority, and places its priority on economic growth rather than political freedom and social justice. Chinese judicial policy toward international law aims itself to enhance the rise of China within the ideological framework of Beijing Consensus.

The Soviet international legal theory and practice and China's own history of 'unequal' treaty-making contributed to the silence of China's Constitution on the status of international law in its legal system, which has to be dealt with on case by case basis. This means fragmentation. It may reduces the predictability of the application of international law and damage the role that international law could have played in enhancing national rule of law and international rule of law. From another angle, however, this implies flexibility. It makes China more expedient to decide the methodology to apply a specific treaty.

In context of the rise of China, the structure of international law actually applied by Chinese courts in past three decades-- namely, no application of Category A and parts of Category B (especially human rights treaties and WTO Agreements), rare application of Category C, and frequent application of Category D--can be well explained. Furthermore, it is assumed that, as China continues its rise, Category A and Category C will be more applied by Chinese courts and that, since China still is inclined to maintain an authoritarian regime, which is the essence of Beijing Consensus, it is dim for human rights treaties to be given into direct effect at Chinese courts.

It should be admitted that, the main purpose of this research is not to appraise the legitimacy of the strategic, structural applications of international law by Chinese courts and to further join debates between Beijing Consensus and Washington Consensus. Rather, it is just aimed to discern the strategic and structural nature of such applications and to inform people that this judicial policy does enhance the rise of China. This suffices to make China judicial practice as a new, indispensible reservoir for comparative international law.

Tokyo Trial's Negative Legacy for International Criminal Law

The trials before the two international tribunals established just after the Second World War, namely the International Military Tribunal at Nuremberg and the International Military Tribunal for Far East (hereinafter referred to as the Nuremberg Trial and the Tokyo Trial), laid down the foundation for the modern International Criminal Law(hereafter ICL). Admitting their significance, there is no denying the fact that they both have shortcomings. Both sharing some same criticisms, it is a common view in the literature of ICL that the Tokyo Trial is far less credited as a good example of international criminal process than its European counterpart. The Tokyo Trial clearly drew far more criticisms. It is even strange to see that the Tokyo Trial drew criticisms from all participants and stakeholders of the Trial.

As much literature has been written regarding the shortcomings of the two Trials by Japanese and western scholars, who either turned a deliberate blind eye to the Asian victim part of the war or more often than not carried with them a strong sense of Eurocentrism, this essay will focus on an analysis of the negative elements of the Tokyo Trial compared to the Nuremberg Trialand relevant modern tribunals from Asian victim countries' perspective and as well go beyond the shortcomings per se to examine its legal, political and moral implications. By making the comparative analysis as appropriate and exploring the differentiating criticisms from all stakeholders, this essay attempts to conclude that the Tokyo Trial contributed to the development of ICL in an reverse way in the sense that its failures

prevent us from making same mistakes and make revision thereof.

Shared criticisms of both Tokyo Trial and Nuremburg Trial

While the success of the Nuremberg Trial obscured its criticisms, the failure of Tokyo Trial obviously magnified its shortcomings. Both created in the aftermath of the Second World War to prosecute major war criminals and based on similar Charter reflecting the same positive international law at the time, the Tokyo Trial and Nuremberg Trial inevitably shared some same criticisms, but to a different extent. The most prominent ones may include the problem of "victors' justice" and "ex post facto" legislation.

Victors' justice. Telford Taylor pointed out the shortcomings of the two Tribunals that 'they were unilateral; they were constituted by the victor nations and had jurisdiction only over the vanquished'.[1347] While they sharedsame criticism of being victors' trial, the Tokyo Trial apparently suffered more literally. The US historian Richard Minear took it as a precedent bad enough to cast doubt on the Nuremberg precedent and even made the "victor's justice" as title of his book.[1348] The Japanese defendants themselves filed a "victors' Justice" motion,[1349] and even found supporters from the bench of the court. Indian Judge Pal labeled the Trial as 'a sham employment of legal process to satisfy the Allied thirst for revenge'.[1350] Pal's dissent opinion gave the Japanese right wings the strongest support and had been invoked ever since. The fact that the court did not gave a reason in the judgment for

[1347]Telford Taylor, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy* (Quadrangle Books; distributed by Random House 1970) 82.
[1348]Richard H Minear, *Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial* (Center for Japanese Studies, University of Michigan 1971) xi.
[1349]Neil Boister and Robert Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal - A Reappraisal* (Oxford University Press 2008) 32-33.
[1350]William A Schabas and Nadia Bernaz, *Routledge Handbook of International Criminal Law* (Taylor & Francis 2010) 26.

dismissing the defendants' 'victors' motion' added more confidence to Japanese nationalists and revisionists. From the legal point of view, this criticism didn't hold much water because the positive source of international law at the time do recognize a belligerent right to try war criminals,[1351] not to say the state of Japan had in fact given its consent to the Trial by accepting the Instrument of Surrender.[1352] However, even apart from the above legal justifications, it is a hard fact that the Japanese critics' Tu Quoque argument against the imperialist practice by the former colonial power and the US using of atomic bombs did not apply to the Asian victim countries that also belong to victorious Allies. When blasting the Tokyo Trial both the Japanese and the western critics had chosen to ignore the existence of Asian victim countries as if the Tokyo Trial was only one between Japan and Allied colonial powers. Those Asian victim countries provided the main battlefield for the war, fought the longest war against Japanese aggression and suffered magnitude loss of life and property and psychic pains. Let alone other atrocious deeds, The Nanking Massacre alone took 300,000 lives.[1353] If we take an extremely simple sense of justice, do those Asian victim countries alone deserve a sense of justice being done to the most heinous atrocities the Japanese committed? To the worst case, wasn't it a great progress of law and civilization that the victors abandoned the summary execution practice that Japan itself took and subject those perpetrators to international judicial process? Admitting the flaws in the victors' justice, it nevertheless brought the least than not a sense of justice to the Asian victim countries. It is the lack of

[1351]Boister and Cryer (n 3) 33.
[1352]Schabas and Bernaz (n 4) 18.
[1353]'Nanjing Massacre' <http://www.nj1937.org/english/> accessed 13 January 2014.

"victim's justice" that should be the lessons to be learned.

Ex post facto legislation. With regard to Charter provisions in association with the crime against peace and the crime against humanity, the defence counsel before the two Trials both raised the issue of ex post facto legislation, arguing that it violated the legal principle of Nullum crimen, nulla poena sine lege and affect the fair application of law.[1354] In response to defence argument, the Nuremberg Trial gave its simple reasoning:

> In the first place, it is to be observed that the maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished.[1355]

The Tribunal thus was convinced that Crimes against Humanity, Crimes against Peace, and the other standards laid down in the Charter did not constitute new law.[1356] At the Tokyo Trial, both the prosecution and the majority judges relied much on the Nuremberg proposition and took the Charter as reflecting the existing law.[1357]

[1354]John W Dower, *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II* (WW Norton & Company/New Press 1999) 464; Yuki Tanaka, Timothy LH McCormack and Gerry J Simpson, *Beyond Victor's Justice?: The Toyoko War Crimes Trial Revisited* (Martinus Nijhoff Publishers 2011) 150.
[1355] 'International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, October 1, 1946' (1947) 41 AJIL 217.
[1356]Schabas and Bernaz (n 4) 11.
[1357]Boister and Cryer (n 3) 137-138.

Judge Pal exceptionally concluded that the provisions 'were ex post facto laws and violated the prohibition on non-retroactivity in international law'.[1358] Judge Bernard Röling opined that 'retroactivity in this case is not so bad as it sounds'.[1359] While in strict legal terms the ex post facto legislation accusation hold water to a large extent, we have to view the development of international law from a dialectic perspective. The development of international law needs precedent setting to mark the birth of new rules. The legal technicalities should not obscure the material justice. For the development of ICL, the two Trials just happened to be there to make a precedent setting new rules. In this regard, the difference was that the Nuremberg Trial set a strong precedent and the precedent of the Tokyo Trial was often doubted.[1360]

Shortcomings exclusive to the Tokyo Trial

Critics labeled Tokyo Trial as a bad precedent of international criminal process because it hadin a great sense exclusive shortcomings, which made it an outstanding failure compared with Nuremberg Trial. Those correlated weak points, ranging from procedural issues to subject matters, had been denounced ever since by all stakeholders. Above all, the American political policy had a great impact on all aspects of the Tokyo Trial. Judge Röling commented: 'The Americans were in control of most aspects of the trial. The trial was very much an American performance'.[1361] Most of the negative performance of the Tokyo Tribunalcould find its origin in the influence of American policy. The Eurocentrism was another element that hung over both the conduct of the Tokyo Trial and its evaluation. Therefore, the analysis of all

[1358]Tanaka, McCormack and Simpson (n 8) 129.
[1359]Antonio Cassese and BVA Roling, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger* (Wiley 1994) 68.
[1360]Ibid 90.
[1361]Ibid 19.

the other shortcomings of eithersubstantiveor procedural issues in this part will take into account these two elements appropriately and also the analysis will pay special attention tothe perspective of Asian victim countries.

Politically motivated Trial. The chief Prosecutor was an American. All the judges were formally appointed by MacArthur. 'The United States was the primary architect of the Tokyo Trial and it designed the trial to serve its purposes'.[1362] General MacArthur was said to have preferred the idea of a small trial purely on those responsible for the surprise attack on Pearl Harbour.[1363] Röling recalled in his book a different version of four American arguments to support a trial.[1364]However, Röling himself took the Trial as 'very much an American performance', 'a vehicle for America's taking revenge for the treacherous attack on Pearl Harbor' and 'a means of assuaging American national guilt over the use of atomic weapons in Japan'.[1365] The Japanese public opinions may vary depending on their age, occupation and whether they are nationalists and revisionists or not. However, many interviewees linked the Trial with American political aims. A Japanese scholar is right to summarize that a significant effect of American domination of the Tokyo Trial 'was susceptible to US political considerations, that is, the US occupation policy and its Cold War strategy in the Far East'.[1366] Given the reactions from all sides, it is

[1362]Schabas and Bernaz (n 4) 18.
[1363]Robert Cryer and Neil Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment, and Judgments* (Oxford University Press 2008) xxxvii; Schabas and Bernaz (n 4) 18.
[1364] The four arguments included: 1) executive action "would be violative of the most fundamental principles of justice, common to all the United Nations"; 2) execution of enemy leaders would encourage Germans and Japanese to turn the criminals into martyrs; 3) Condemnation of the war criminals after a trial "would command maximum public support in our own times and receive the respect of history"; and 4) the use of the judicial method would in addition "make available for all mankind to study in future years an authentic record" of German and Japanese criminality. Cassese and Roling (n 13) 88.
[1365]Ibid 5, 31.
[1366]Madoka Futamura, *War Crimes Tribunals and Transitional Justice: The Tokyo Trial and the Nuremburg Legacy* (Routledge 2007) 63.

reasonable to say that, when judicial formality is used to achieve political purpose, the performance of the Trial will surely get off the track of justice. As a result, the defendant side may feel innocent, and the victim side may feel too lenient. This is just the case for the Tokyo Trial.

Selectivity of the Trial. The selective problem of only prosecuting the looser has been mentioned above when discussing the victors' trial, but that is only an argument from the vanquished. From the perspective of the Asian victim perspective, selectivity is one of the most controversial problems of the Trial. Omission of offenders and offences may be the biggest problem of the Tokyo Trial that still remains unresolved for the Asian victim peoples. The most obvious ones are the exclusion of the Emperor Hirohito from defendant list and omitted crimes involving bio-chemical warfare and the sexual enslavement of "Comfort women". Other individuals and groups absent from the Trial in spite of their active role in the war include industrialists (zaibatsu), leaders of the ultra nationalistic secret society and the military police.[1367] This makes a sharp contrast with the Nuremberg Trial that tried both the individuals and organizations such as the SA, the SS, and so on.[1368]

Several reasons combined to cause the indefensible omissions of the Tokyo Trial. First and foremost, the American political consideration played the most import role in this injustice selection process. The most wanted whom the US harbored is Emperor Hirohito. In judge Bernard's opinion, the Emperor is 'a principal author who

[1367]Boister and Cryer (n 3) 60-69; Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal* (n 17)xliv-xlvi; Futamura (n 20) 137.
[1368]Cassese and Roling (n 13) 2.

escaped all prosecution and of whom in any case the present accused could only be considered accomplices'.[1369] The Australia labeled the emperor as 'war criminal number one', and even the Japanese were struck by the absence of the Emperor not only merely as a defendant but also from the overall trial procedures.[1370] In spite of the fact he was wanted by many, the Emperor was not indicted apparently at General MacArthur's insistence for better enforcing the American occupation policy.[1371] Another neglected category of suspects immunized by the US is those who are responsible for bio-chemical experiments and warfare. Clear and abundant evidence have shown that the Unit 731 of the Kwantung Army and Unit 1644 in the Central China Expeditionary Army carried out biological experiments and used it in the front lines in China.[1372]But this time for purely national egoism the US 'grant immunity to criminals in order to secure a monopoly on the most up-to-date information concerning techniques of warfare'.[1373]

Second is the problem of Eurocentrism. It is revealed most noticeably with regard to the neglected crimes against Asians, for the most part the crime of sexual enslavement of "comfort women" and the bio-chemical experiment. One South Korean professor took this neglect of Crimes against Humanity as 'one of the most serious defects of the Tokyo trial'. He proceeded to comment that it was 'because the victims of these Crimes against Humanity were not nationals of the victorious

[1369]Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal* (n 17)lxxv.
[1370]Futamura (n 20) 137; Boister and Cryer (n 3) 65, 68.
[1371]Schabas and Bernaz (n 4) 22.
[1372]Chihiro Hosoya, *The Tokyo War Crimes Trial: An International Symposium* (Kodansha America, Incorporated 1986) 68; Boister and Cryer (n 3) 63; Schabas and Bernaz (n 4) 22.
[1373]Hosoya (n 26) 68; Cassese and Roling (n 13) 48.

nations'.[1374] The American historian John Dwoer was right to put it: 'Fundamentally, it was a white man's tribunal', where colonial powers 'represented' many of the victims.[1375] The Eurocentrism was also reflected by some western understanding of the nature of the Crimes against Humanity committed by the Japanese during the war. Judge Röling on a number of occasions described the differences between atrocities committed by the Germans and Japanese perpetrators. He thought 'there was no question of similarity': the Japanese were not 'real scoundrels' or 'sadists' and 'the Japanese accused had no bad conscience'; but 'the Nuremberg accused were quite a different story'. Röling also agreed with the decision not to try the Emperor as a war criminal.[1376] Given the significant outnumbering of lives taken and atrocious deeds done beyond the description of language by the Japanese perpetrators, theAsian victim peoples couldn't help but ask: is the life of the Asian victim people inferior to or humbler than that of the westerners so that the same or even more heinous atrocities committed by the Japanese are less serious to the atrocities committed by the Germans? Or are the atrocities committed by any perpetrator can even be compared to that of another perpetrator at all? As for the Emperor, how can he be taken as innocent without a judgment at all? How can you explain the contradiction that on the one hand he is claimed to 'have no power at all' and on the other hand he can play a 'decisive role in ending the war'?[1377] The Emperor's role is far from being mainly titular. In addition to a decisive role in ending the war, more recent evidence has revealed his involvement in decisions to go to

[1374]Hosoya (n 26) 54.
[1375]Dower (n 8) 469-470.
[1376]Cassese and Roling (n 13)39-42, 46.
[1377]Ibid 39.

war.[1378]

Lastly, the absence of the subsequent trials either international or national contributed to the omission in an objective way. Unlike the German situation where subsequent zonal Trials under the Control Council Law No 10 were held and where German people also held their own pursue war responsibility outside the context of the Nuremberg Trial, in the Japanese case, due to changes of political environment there were neither previously envisioned second round of the Tokyo Trial nor autonomous Trials by the Japanese themselves.[1379] Although there were some quick national military trials by the allies.

The unfortunate omission of the Trial for whatever reason had significant consequences for both the victim and the vanquished and has been the cause of the tension between Japan and its Asian neighbors over the history issues. Morally speaking, the omission has a great impact on perception of the Japan's war responsibility by both sides. For the Japanese side, 'by immunizing the Emperor, the Tokyo Trial obscured Japanese war responsibility in a rather distorted way'; 'Unclear criteria for the selection of defendants gave the impression that "the accused were selected as scapegoats" or were merely "unlucky men", and thus even aroused sympathy towards the defendants'.[1380] For the Asian victim people, the omission made them feel justice completely undone. As both Judges Webb and Benard commented that the Emperor's absence 'both from the indictment and the

[1378]Schabas and Bernaz (n 4) 22.
[1379]Hosoya (n 26)81-83; Futamura (n 20) 61; Schabas and Bernaz (n 4) 123.
[1380]Futamura (n 20)121, 124.

proceedings made for a narrative that was far from complete'.[1381] Chinese and Korean victims have brought proceedings before Japan's national courts for claims of State Compensation. In December 2000, the Women's International War Crimes Tribunal on Japan's Military Sexual Slavery was convened through the efforts of non-governmental organizations throughout Asia to ensure some form of accountability for the aging former "comfort women".[1382] Politically speaking, the different perception of the Tokyo Trial directly lead to different perception of the history of the Japanese aggressive war, the issue of which have plagued the relationship between Japan and its Asian neighbors in recent years. Legally speaking, the omission seriously influenced the universal application of international law and raised the fundamental question of fairness in international criminal process.[1383]

Misapplication of law. In addition to the retroactive application of law discussed above, the imbalance of charges and misapplication of law relating to crimes under its jurisdiction is evident for the Tokyo Trial. The Tribunal has jurisdiction over three categories of crimes: the Crimes against Peace, the War Crimes and the Crimes against Humanity. The prosecution divided the indictment into three groups of charges totaling 55 counts. However,they are not correspondent to the three categories of crimes under the Tribunal's jurisdiction. Counts 1-36 charged Crimes against Peace and conspiracies to commit that crime. Counts 37-52 charged murder and conspiracies to murder. Counts 53-55 charged

[1381]Boister and Cryer (n 3) 132.
[1382]'Tokyo Tribunal 2000' <http://www.iccwomen.org/wigjdraft1/Archives/oldWCGJ/tokyo/index.htm> accessed 12 January 2014.
[1383]Boister and Cryer (n 3) 73.

conventional War Crimes.[1384]There are problems relating to application of law with each group of charges.

If it is a truth that the two Trials all heavily relied on the Crimes against Peace, the Tokyo Trial apparently went even further 'to detriment of important War Crimes charges'.[1385] One commentator labeled the Tokyo Trial as 'a trial mainly of Crimes against Peace'.[1386]First, according to the charter all crimes withinTribunal's jurisdiction have to be 'charged with offenses which include Crimes against Peace'. This provision did have a blanket effect and made other charges less important. Second, There are lots of controversies over the applicable law at the time. The defence fought hardly over the validity of crimes against peace through motions and petitions, but the Tribunal relied heavily on the Nuremburg judgment. The Charter did not define a 'war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances'.[1387] The most contentious issue is whether there is positive law prohibiting aggression and even so whether the individual should take responsibility for waging aggressive war. In spite of the majority opinion relying on the Charter and the Nuremberg judgment referring to the Kellogg-Briand Pact, Judge Pal took a quite opposite opinion denying the existence of prohibition in the relevant treaties and admitting the right of self-defence.[1388]Judg Röling echoed Pal's opinion. Röling's support of defence argument of self-defence based on even the communist threat is another show of Eurocentrism.[1389] From the Asian victim

[1384]Ibid 70.
[1385]Ibid 175.
[1386]Schabas and Bernaz (n 4) 24.
[1387] Article 5 of the Tokyo charter, Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal (n 17)*8.
[1388]Boister and Cryer (n 3) 121.
[1389]Cassese and Roling (n 13) 87.

perspective, the Japan's self-defence argument cannot explain its aggression against China. Finally, Judge Röling also criticized that conspiracy, as the linchpin of the charge of the crime against peace, was a legal concept found exclusively in Angl-Saxon jurisprudence prior to the Charters.[1390]

TheGroup Two murder charges are quite controversial in that the prosecution took the just-war theory as its basis. The theory simply followed the logic that the Japanese war was aggressive and thus unjustified in international law so that all killings in unlawful war were murders.[1391]Killing is just a means of committing other crimes. The application of the International Humanitarian Law does not depend on the nature of the armed conflict has been firmly established as positive law prevailing at the time. Both lawful and unlawful armed conflict justified killing and such counts have never been prosecuted again at the international level.[1392]The murder counts were obviously easy and convenient for the prosecution to tackle. However, it brought serious side effects. The Crimes against Humanity were clearly abandoned and may replaced or absorbed by the murder charges and War Crimes charges.[1393]

The main challengein developing the Group Three charges againstWar Crimes is the application of the theory of negative criminality in proving command responsibility, namely the legal culpability for having failed to prevent the commission of War Crimes.[1394]The problem arises when applying the theory to the

[1390]Ibid 5.
[1391]Boister and Cryer (n 3) 154.
[1392]Ibid; Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal (n 17)*xlviii.
[1393]Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal (n 17)*li.
[1394]Cassese and Roling (n 13) 71; Tanaka, McCormack and Simpson (n 8).Schabas and Bernaz (n 4) 27.

high-ranking civilians officials. Judge Röling was firmly convinced that accountability for 'failure to act' went much too far in the majority judgment as it related to Hirota, Shigemitsu, and Togo.[1395]In one defendant Hirota's case, he is found guilty concerning the Rape of Nanjing. It became controversy when relying on retention of cabinet membership by the accused to prove his diligent execution of his officialduty.[1396]Telford Taylor later criticized this theory when discussing the criminality of the military authorities in Vietnam War. If the responsibility of omission were applied in the Tokyo Trial way, American leaders would have been guilty.[1397]Finally, as with the murder counts, some charges within War Crimes counts should have been brought against Crimes against Humanity. The systematically committedmass atrocities against civilians in the Nanjing Massacre are examples that would more fit to the category of Crimes against Humanity.However, in thedefinition of Crimes against Humanity, the words "against any civilian population" were deleted from the Tokyo Charter.[1398]

Lastly, the neglect crimes against humanity not only left the heinous atrocities against Asian civilians unaccountable, but also lost an opportunity to leave positive legacy for ICL. Given the evidences acquired in recent years regarding the Unit-731 related crimes, the trial of those crimes could have set good precedents in ICL comparable to the Medical Case in the subsequent Nuremberg Trials. The issue of "comfort women" as well, as the 2000 Tokyo Women Tribunal later showed, the trial of crimes relating to "comfort women" could have set a good precedent in charging

[1395]Hosoya (n 26) 19.
[1396]Schabas and Bernaz (n 4) 27.
[1397]Taylor (n 1) 74-75.
[1398] Article 5 of the Tokyo charter.

sexual related Crimes against Humanity.

Failure trial procedures. While the Nuremberg Trial relatively made a good example in terms of fair trial, the Tokyo Trial is marked by a failure of complying withthe most elementary trial standards, which made it a counter-example in international criminal process. Scholars spare no language to criticize its unfairness.[1399]The Charter did have provisions concerning a fair trial. The Article 1 laid down a general principle ensuring 'the just and prompt trial and punishment'. The main provisions are contained in Section III entitled "Fair Trial For Accused". It stipulated the procedures regarding the indictment, language, counsel for accused, evidence for defence and the production of evidence for the defense. However the Charter's rules were more of a general nature. 'The rights on paper are less than half the story' and 'it was not substantively fair in terms of the application of those rules'. The trial procedure drew criticisms from both the defence and the Judges on the Bench. The unfairness could be easily detected from the trifle issue of translator to important issues of court structure, the rights of the defence and accused, the rules of evidence and the forming of judgment.There were barely heard any voice of the victims. Some of the points will be highlighted here.

First, the structure of the court, for the most part the selection of the judges and prosecutors, reflected the deeply rooted Eurocentrism in that the 'judicial proceedings mirrored a world still skewed by the harsh realities of race, power, and powerlessness'.[1400] The Initially envisioned nine justices have only one Asian

[1399]Boister and Cryer (n 3) 102, 114; Schabas and Bernaz (n 4) 23.
[1400]Dower (n 8) 469.

representative. There were no representatives from the victim countries of Korea, Vietnam, Malaya, and Burma. All those countries suffered the greatest damage at Japanese hands. Indonesia was represented by its colonial power Dutch although as many as a million or more of them may have died under the brutal regimen of forced labor the Japanese imposed after occupying the "Netherlands East Indies".[1401] Also, Judges from England and France assumed seats on the bench instead of Malaysians or Vietnamese.Unlike the Nuremberg Trial where the four justices each had an alternate, the eleven judges composing the bench had no alternates and did not have equal saying. Web clearly had a stronger voice.[1402]As for Prosecutors, there were only one Chief Prosecutor and prosecutors from other countries are associated with him. This was also different from the Nuremberg where there were four chief Prosecutors with equal rights.[1403]

Second, the rights of the defence and accused were not ensured as then they appearedin the articles of the Charters.Article 9 provided for the fair trial rights including the right to a clear statement of the offences they faced in a language they understood, a right to the conduct of the trial in Japanese and translation of the testimony and documentary evidence, a right to counsel, a right to conduct his defence and examine witnesses, an also provided that the defendants could apply to the Tribunal for the production of witnesses and documents. But there were no provisions in the Charter relating to the rights of suspects during arrest and search, seizure, and interrogation were purely executive processes without any judicial

[1401]Ibid 470.
[1402]Schabas and Bernaz (n 4) 20.
[1403]Cassese and Roling (n 13) 2-3.

supervision at any stage.[1404]As the Trial took on more of the Anglo-Saxon features, American lawyers were assigned to assist the Japanese defence counsel. Apart from the paper rights they got, the defence were plagued by a lack of resources and time.[1405]

Third is the rules of evidence. Article 13 of the Tokyo Charter provides for the core content of the rules of evidence. With regard to admissibility, the Tribunal shall not be 'bound by technical rules of evidence'. Article 19 provides that 'it shall adopt and apply to the greatest possible extent expeditious and non-technical procedure, and shall admit any evidence which it deems to have probative value.' The stipulation abandoned the common law exclusionary rules of evidence so as to facilitate the admission of a range of evidence inadmissible in a common law trial for whatever probative value it may have.[1406] This built-in flexibility may due to a lack of required evidence because the Japanese military had systematically ruined all the valuable documents by fire.[1407]This unorthodox flexibility drew criticism from the defence and Judge Pal also echoed.[1408] Apparently, the broad rules of admissibility of evidence could not meet any fair standard at the time.

Last, the forming of judgment at the Tokyo Trial was irregular and reflected a sharp split of opinions. Article 4(b) of the Charter provided that all decisions were to be taken by a majority but it later proved to be quite problematic. The opinions in the majority judgment were not fully discussed among all Judges present to reflect

[1404]Boister and Cryer (n 3) 75.
[1405]Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal (n 17)* lxi.
[1406]Schabas and Bernaz (n 4) 23.
[1407]Cassese and Roling (n 13) 47.
[1408]Boister and Cryer (n 3) 111; Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal (n 17)* lx.

general line of agreement. Seven Judges struggled among themselves to draft the majority opinion and then presented the result to the other four judges as a *fait accompli*.[1409]Judge Bernard and Rölingtook the forming of the majority judgment as a serious violation of the Charter.[1410]Compared with the Nuremberg Trial, it was also obvious that the eleven judges did not enjoy quite independence from the prosecutors as well as from the states they represented.[1411]Finally, the split of opinion is reflected by the result that the majority judgment was accompanied by two dissents, one partial, one separate opinion and one concurring opinion.[1412]

Sentence and commutation. There are no specific rules in both Charters regarding concrete procedure of sentence and commutation. The Charters leave it to the discretion of the seating judges at the courts to render punishment with exact terms of each crime. At Nuremberg, all the sentences were faithfully executed and the last defendant died in 1987 in the Spandau prison.[1413] However, the Tokyo Trial did not learn much from the good precedent of the Nuremberg Trial except for its weakness. First, there is a controversial imbalance of sentence among different counts in both Trials. Given the 'supreme crime' nature of the crime against peace, Röling commented that in both Trials the sentences given for the crime against peace were more lenient than one would expect. Shigemitsu was only sentenced seven years' imprisonment for waging an aggressive war.[1414] The Judges even couldn'tagree on the use of death penalties. Second, the rather politicized

[1409]Cassese and Roling (n 13) 63.
[1410]Ibid.
[1411]Hosoya (n 26) 17.
[1412]Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal (n 17)*lxix-lxx.
[1413]Schabas and Bernaz (n 4) 12.
[1414]Cassese and Roling (n 13) 67.

commutation due to the political climate change of the Cold War hugely damaged the authority and prestige of the Trial as a whole. 'By 30 March 1956 all surviving prisoners were out on parole and on 7 April 1958 the ten surviving parolees were given an unconditional release'.[1415] 'At its most basic, criminal justice is a retributive exercise, in which justice demands the imposition of an adequate punishment'.[1416] The rapid release with out legally due process 'resulted in massive reductions in effective sentences served, and a failure in criminal justice'.[1417]

The Tokyo Trial failed completely to achieve either the historic purpose of international criminal process to record history through judicial form or the didactic function to educate people by punishing criminals. Even the Japanese people doubted by questioning 'what was the Tokyo Trial after all'.[1418] It surely sent wrong messages to both side. For those Japanese who take the Tokyo Trial as pursuing collective responsibility, they took the non-indictment and release of'Class A' defendants as the closure of Japanese war responsibility once and for all. The identified shortcomings of the Trial surely became a driving force in Japan for revisionist to deny completely the aggressiveness of the war and even the existence of the heinous atrocities convicted such as "Nanjing Massacre". But for the Asian victim people, the non-indictment and unduly release of the convicted defendants and the other 'Class A' criminals makes them think the justice undone and robbed away. As some formal 'Class A' defendants resumed influential positions in the

[1415]Cryer and Boister, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal (n 17) lxxxii.*
[1416]Kim C Priemel and Alexa Stiller, *Reassessing The Nuremberg Military Tribunals: Transitional Justice, Trial Narratives, and Historiography* (Berghahn Books 2012) 288-289.
[1417]Boister and Cryer (n 3) 269.
[1418]Futamura (n 20) 124.

government and business and militarism restored rapidly by the new government, the Asian victim people couldn't help but take it as a exact example of mocking the dead and making cynics of victims. It surely widened the already existing gap of Japanese war responsibility and sowed seeds of tensionsin the ever-soaring relationship between Japan and its Asian neighbors.

Lessons learned and problems unsolved

For all those negative elements and shortcomings, the Tokyo Trial had been more criticized than celebrated. Some suggested to forget it and move on. However, we must take into account the historical background at the time and recognize that ICL was still in its infant age when it has to fall before walk. Whatever flaws it made, as first two Trials of mankind to hold individual accountable, they laid down the fundamental principle of individual criminality in ICL, which constituted the cornerstone of the ICL. Good or bad, it was undeniably precedent in ICL. Some elements relating to command responsibility, sentence and punishment have been referred in some modern international military tribunals.[1419]To sum up, if only the Tokyo Trial can guide us to prevent the making of the same mistakes, then all its shortcomings would be turned into a positive legacy for the revival of ICL. Fortunately, we have seen mistakes corrected and procedural shortcomings addressed in the statutes, rules and practice of the modern international criminal tribunals.[1420]It is safe to say that upon the ruins of the Tokyo Trial have built a whole new international criminal justice system. Prominent learned Lessons may include:

[1419]Boister and Cryer (n 3) 192, 252, 270, 305-306.
[1420]Ibid 102-103.

the rapid development of substantive positive law, which also added a new category of crimes of genocide and changed the name of the Crimes against Peace to the crime of aggression,have madethe problem of ex post facto legislation hard to survive; the existence of permanent and ad hoc international criminal tribunals lessened the possibility of victors' justice challenge; the flourish of International Human Rights law provided the ICL with the most advanced fair trial standards which would protect the rights of defendants and accused to the greatest extent; the completely neglected rights of victimsand witnesses at the Tokyoare newly developed to ensure their voice safely heard and reparations provided.

Above being said, there still remain unsolved problemsvexing the development of ICL up to date. The definition of the Crime of Aggression has not achieved unanimous agreement. The international criminal justice still lives in the shadow of international politics.[1421] The complementarity of national and international jurisdiction is yet to be polished and refined. Despite these problems, just like the Tokyo Trial and its successors, new rules will be set up by new precedents. It's exactly this vitality of the ICL that have been the driving force behind international criminal justice, through the form of whichinternational peace will be achieved and international history will be recorded.

[1421] Big powers are still outside the Rome Statute, with American in particular signing the Article 98 bilateral agreement with more then 100 countries to exclude jurisdiction of ICC; Situations brought before the ICC are all from the African, unequivocally arousing doubt about the question of monopoly by western powers; In the only chance of bring possibly victor war criminals from NATO countries to the trial before the ICTY the case was dismissed for no direct evidence, a very convenient way to cover the political deal with judicial coat.

Bibliography

Boister N and Cryer R, *The Tokyo International Military Tribunal - A Reappraisal* (Oxford University Press 2008)

Cassese A and Roling BVA, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger* (Wiley 1994)

Cryer R and Boister N, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment, and Judgments* (Oxford University Press 2008)

Dower JW, *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II* (WW Norton & Company/New Press 1999)

Futamura M, *War Crimes Tribunals and Transitional Justice: The Tokyo Trial and the Nuremburg Legacy* (Routledge 2007)

Hosoya C, *The Tokyo War Crimes Trial: An International Symposium* (Kodansha America, Incorporated 1986)

Minear RH, *Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial* (Center for Japanese Studies, University of Michigan 1971)

'Nanjing Massacre' <http://www.nj1937.org/english/> accessed 13 January 2014

Priemel KC and Stiller A, *Reassessing The Nuremberg Military Tribunals: Transitional Justice, Trial Narratives, and Historiography* (Berghahn Books 2012)

Schabas WA and Bernaz N, *Routledge Handbook of International Criminal Law* (Taylor & Francis 2010)

Tanaka Y, McCormack TLH and Simpson GJ, *Beyond Victor's Justice?: The Toyoko War Crimes Trial Revisited* (Martinus Nijhoff Publishers 2011)

Taylor T, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy* (Quadrangle Books; distributed by Random House 1970)

'Tokyo Tribunal 2000' <http://www.iccwomen.org/wigjdraft1/Archives/oldWCGJ/tokyo/index.htm> accessed 12 January 2014

国际经济法目录

上海自贸试验区视角下的金融服务外包制度研究.....3
论国际投资仲裁中东道国的证明妨害及其救济.....8
国际投资仲裁书证出示规则研究.....19
金融危机国际治理的法律机制：现状、问题与完善.....30
国际经济法的地缘新格局.....56
国际投资协定的政治经济学：一项研究议程.....62
论自贸试验区贸易便利化制度的实践与完善.....127
亚投行与互联互通的国际法律制度.....139
ICSID 仲裁裁决承认与执行机制研究.....157
欧盟成员国保加利亚的外资法体系：中国投资者.....175
应有的关切.....175
PPP 在“一带一路”基础设施建设中的法治研究.....188
WTO 争端解决视角下的中美互联网措施之争.....201
国际法对动物福利的规范与启示:以欧共体海豹产品案为视角.....214
部分拉美国家反 ICSID 管辖权的研究.....224
出口信用保险立法的制衡问题*.....230
从稀土案败诉看《瓦森那协定》在 WTO 框架下的效力.....237
从准负制度探究中国外资法体系重构的框架.....244
反倾销和反补贴协定中损害确定的条约解释.....251
——以 DS414 为例.....251
国际投资法上的公平公正待遇原则.....322
——兼述对中欧双边投资协定中相关规定的建议.....322
国际投资条约保护了谁？.....334
——投资者的“条约选购”问题研究.....334
国际投资争端解决制度的最新发展及其对中国的启示.....350
——结合 CETA 文本分析.....350
国际邮轮乘客权利法案适用探究.....358
国家豁免中的“商业交易”.....371
----兼论我国国家豁免的制度完善.....371
自贸区能为人民币国际化提供资本项目开放的有效试验吗？.....381
《联合国气候变化框架公约》下碳关税的合法性分析.....394
“国籍真实联系原则”与限制公司投资者挑选条约.....402
基于外资法草案对协议控制投资模式的探析.....409
加拿大外资法国家安全审查制度述评.....416
——兼论中国外资法草案.....416
市场范式下气候有益技术转让国际治理的实证分析.....433
可再生能源补贴措施的困境与出路.....444
——以加拿大可再生能源案为例.....444
国际投资仲裁中股东行使间接求偿权问题研究.....458
论“一带一路”推进中的国家风险与法律防控.....475
——海外投资国家风险管理的视角.....475
论“一带一路”区域国际投资仲裁多元模式的构建.....502
论“一带一路”战略下海外投资保险制度构件的必要性.....513

论“有关国际法规则”在 WTO 争端解决中的应用.....527
论《贸易便利化协定》对上海自贸区建设的借鉴意义.....537
论保险合同解除权与撤销权的适用关系.....547
论国际投资协定中的一般例外原则.....559
论经济制裁在 WTO 中的可诉性.....569
——“美国有关克里米亚危机银行制裁措施”WTO 争端解决预分析.....569
中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的几点思考.....576
————以 WTO《贸易便利化协定》为视角.....576
论我国出口管制法律体系的重构.....587
——基于“稀土案”的思考.....587
论中国——东盟自贸区升级版的准入前国民待遇加负面清单模式.....598
完善 WTO 争端解决报复制度的再思考.....610
——以发展中国家改革方案为视角.....610
美国境外财产冻结交付令对中国金融机构的影响.....623
美国三角并购所得税法律制度的借鉴与启示.....631
美国知识产权执法战略及中国应对.....638
美国专利法对国际贸易进出口的影响.....657
论我国新型外国投资投诉协调处理机制的构建.....662
——兼评《外国投资法（草案征求意见稿）》相关规定.....662
中国国际身份的调整与“一带一路路线图”.....672
——国际关系理论与国际法学科的交叉解读与建议.....672
中欧 BIT 的投资者-东道国争端解决机制.....682
——基于中加 BIT 与 CETA 的比较分析.....682
欧盟综合性国际投资协定述评.....697
“一带一路”战略的国际税法思考.....713
丝绸之路经济带市场准入国际法律制度构建研究.....719
浅析双边投资条约中的准入前国民待遇.....732

上海自贸试验区视角下的金融服务外包制度研究

蔺 捷
（上海对外经贸大学副教授）

摘要：中国（上海）自由贸易试验区的建立，为我国金融服务外包业的发展提供了机遇。同时，我国金融服务外包也面临着一系列制度瓶颈。鉴于我国金融服务外包的发展态势，抓住上海自贸试验区金融服务创新和金融市场开放的机遇，借鉴国外特别是欧盟关于金融服务外包的规制，逐步构建起契合我国资本市场发展需要、推进核心业务外包发展、防控金融服务外包风险、保障金融服务外包业健康有序发展的金融服务外包法律制度。

关键词：自贸试验区　金融服务　服务外包　核心业务

2014年7月25日，上海市人大常委会通过了《中国（上海）自由贸易试验区条例》，于8月1日起施行。这标志着于2013年9月29日建立的上海自贸试验区有了更加明确的法律规范指引，也预示着上海自贸试验区沿着明确的法律指引运行和发展。就私法主体而言，法无禁止即可为。条例也明确鼓励公民、法人和其他组织在上海自贸试验区积极开展改革创新活动。就金融服务外包领域而言，无论是区内还是区外，我国的金融服务外包产业仍处于较低端较零散的水平。而在国外发达金融市场，金融服务外包已然成为金融服务业创新发展的助推力量。完善的金融市场立法也为金融服务外包业的健康有序发展提供了法制保障。我国成立一年有余的上海自贸试验区探索建立“负面清单”管理模式，顺应国际形势发展和借鉴国际通行规则，是我国新形势下推进市场开放的法治化路径。而这份最新负面清单目录相较我国入世做出的服务承诺表，金融业部分有所调整，也为金融服务外包从低端向高端、从非核心业务向核心业务领域延伸发展提供了可能。

一、金融服务外包研究文献综述

国际层面上，巴塞尔委员会出台过有关金融服务外包的法律文件，即《金融服务外包》（Outsourcing in Financial Services， Joint Forum by Basel Committee on Banking Supervision）。该文件不仅涵盖了外包责任和外包监管原则以及外包相关概念界定等基础性内容，而且以列表形式说明不同国家和地区金融服务业的外包实践和发展趋势。附录还列出5个有关金融业服务外包的案例，包括德国贷款工厂案、澳大利亚监管当局调查银行外包案等。区域层面上，金融服务外包法制较为健全的欧盟则以《金融工具市场指令》的颁布和实施为投资服务外包制度在各成员国的协调推进保驾护航。指令对投资服务外包作了较为全面的规范，对投资公司进行外包应遵循的前提条件以及持续监督义务作了规定，协调了欧盟内部的外包活动。新形势下，欧盟推出新的金融监管体系和金融监管机构，为投资服务外包规则在欧盟层面得到更加协调一致的实施提供了有效保障。学者对于欧盟投资服务外包制度的研究较为深入，并结合指令在成员国的实施探讨金融危机背景下投资服务外包制度的完善。

国内研究主要集中在对金融服务外包特别是传统银行业服务外包方面，而结合金融市场发展现状对投资服务外包制度展开研究的并不多。有对境外金融服务外包展开讨论，如魏秀敏的《国际金融服务外包的运作模式及其启示》（2007），邵学言和朱昭瑜的《欧盟金融服务离岸外包：现状、特点与趋势》（2008），蔺捷的《欧盟投资服务外包制度研究》（2011），黎四奇的《〈金融服务外包文件〉之评析——兼议我国金融外包监管立法的建设》；有从风险监管角度讨论金融服务外包，如曾康霖和余保福的《金融服务外包的风险控制及其监管研究》（2006），王庆喜的《金融服务外包风险及其对策》（2005），景瑞琴和邱伟华的《金融服务外包的利益与风险分析》（2007），唐柳、赵昌文和王军的《金融服务外包风险治理机制及管

理框架构建》（2009），曹淑艳的《商业银行金融服务外包现状与风险监管研究》（2009）；有从发展趋势角度探讨金融服务外包策略，如王铁山、郭根龙和冯宗宪的《金融服务外包的发展趋势与承接策略》(2007)，詹政和王铁山的《中印金融服务外包的竞争格局与策略》(2009)，王瀛和赵鹏大的《基于风险控制的金融服务外包策略》（2008），姜荣春的《全球金融服务外包产业发展最新趋势及中国策略》（2010），杨琳的《全球金融服务外包外溢效应与发展趋势研究》（2009）。

二、上海自贸试验区背景下的金融服务业准入和开放

（一）上海自贸试验区背景下我国金融服务市场开放

入世以来，经过十余年的探索与实践，我国已基本形成多层次和多领域的金融市场对外开放体系。无论是多边贸易体制、区域经济一体化、双边经济战略对话等多层次，还是保险、银行、证券等多领域，我国金融市场对外开放体系在稳步中推进，在创新中发展。

首先，保险市场开放。保险业是我国加入 WTO 后金融服务业开放力度最大的行业。我国保险业严格履行入世承诺，积极有序地开放保险市场。五年过渡期结束，我国已全面履行了入世时就保险业全面开放作出的承诺。此后，外资进入我国保险市场基本已无门槛，中外合资保险公司和外资保险公司数量成倍递增。保险业基本实现了全面对外开放，但仍然存在一些限制，例如外资产险公司不得经营机动车第三者责任险、外资设立寿险公司必须合资且股比不超过 50%等。其次，银行市场开放。我国银行业度过了一个渐进开放的过程。《中华人民共和国外资银行管理条例》及其实施细则的颁布和实施，突显了国民待遇和审慎监管的核心原则，同时出于更加充分、全面、有效监管的考虑，鼓励外国银行设立或将已设立的分行转为法人银行，体现了全球银行业审慎监管要求和我国银行体系安全、稳健运行要求。条例的颁布标志着我国在逐步开放金融领域的过程中迈出了历史性的一步，更标志着我国入世银行业开放承诺的全面履行。最后，证券市场开放。我国在加入 WTO 时就证券服务市场开放作出承诺，外国证券机构可直接（不通过我国中介）从事 B 股交易。加入 WTO 后，我国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）顺时颁布了《外资参股证券公司设立规则》，明确外资参股证券公司的设立条件和程序，加强对其监督管理。随着证券市场的不断开放发展，我国证监会先后修订了《外资参股证券公司设立规则》和《证券公司设立子公司试行规定》。境外股东参股证券公司的比例上限提升至 49%，同时合资券商申请扩大业务范围的经营年限要求由满 5 年降至满 2 年。外资参股证券公司可申请扩大的业务，包括一定区域内的经纪业务、证券投资咨询业务、资产管理业务等。

（二）上海自贸试验区的金融服务业开放

上海自贸试验区 2013 年 8 月 22 日经国务院正式批准，于 9 月 29 日正式设立，涵盖上海市外高桥保税区、外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区。2014 年 6 月 30 日，备受关注的《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2014 年修订)》正式发布。负面清单按照《国民经济行业分类及代码》（2011 年版）分类编制，包括 18 个行业门类。其中，金融业列在第十项，涵盖了货币金融服务、资本市场服务、保险业及其他金融业。特别管理措施分别对应前述四个领域：（1）货币金融服务。投资银行业金融机构须符合现行规定；（2）资本市场服务。限制投资证券公司，外方参股比例不超过 49%，初设时业务范围限于股票（包括人民币普通股、外资股）和债券（包括政府债券、公司债券）的承销与保荐、外资股的经纪、债券（包括政府债券、公司债券）的经纪和自营，持续经营 2 年以上符合相关条件的，可申请扩大业务范围，限制投资证券投资基金管理公司，外方参股比例不超过 49%，限制投资证券投资咨询机构，仅限港澳证券公司，参股比例不超过 49%，限制投资期货公司，仅限港澳服务提供者，参股比例不超过 49%；（3）保险业。限制投资保险公司（含集团公司，寿险公司外方投资比例不超过 50%）、保险中介机构（含保险经纪、代理、公估公司）、保险资产管理公司；（4）其他金融业。投资融资

租赁公司的外国投资者总资产不得低于500万美元，公司注册资本不低于1000万美元，高级管理人员应具有相应专业资质和不少于3年从业经验。

上海自贸试验区探索建立“负面清单”管理模式，顺应国际形势发展和借鉴国际通行规则，是我国新形势下推进市场开放的法治化路径。上海自贸试验区的这份最新负面清单目录相较我国入世做出的服务承诺表，金融业部分有所调整，其中资本市场服务领域规定的更加明确和细致。外资参股证券公司的上限仍为49%，初始业务将人民币普通股的经纪业务排除在外。2014年1月10日，国泰君安证券上海自贸试验区分公司挂牌开业，也是首个入住上海自贸试验区的证券公司。随后，海通证券股份有限公司和申银万国证券股份有限公司相继在上海自贸试验区设立分公司。设立自贸试验区分公司的证券公司表示将按照国际投行标准，在自贸试验区全面开展跨境证券业务、跨境财富管理业务、跨境资产管理业务和跨境投行业务，致力于为投资客户提供多元化的综合金融服务。

上海自贸试验区成立不到一年，上海市人大常委会于2014年7月25日通过了《中国（上海）自由贸易试验区条例》。其中专章涉及金融服务，鼓励金融要素市场、金融机构根据国家规定，进行自贸试验区金融产品、业务、服务和风险管理等方面的创新；根据自贸试验区需要，经金融管理部分批准，支持不同层级、不同功能、不同类型、不同所有制的金融机构进入自贸试验区，支持在区内建立面向国际的金融交易以及服务平台等。此外，还提出上海市配合金融管理部门完善金融风险监测和评估，建立与自贸试验区金融业务发展相适应的风险防范机制。这为金融服务外包发展提供了法制保障和支撑，推促我国金融服务外包产业向更广泛金融领域横向并纵深发展。

三、对我国金融服务外包制度的思考

（一）我国金融服务外包的发展和瓶颈

我国金融服务外包业务起步较晚但发展迅速，这和我国资本市场的发展态势是息息相关的。我国的金融服务外包要追溯到上世纪九十年代的IT外包，并率先在银行领域展开，其次是保险领域。金融服务外包主要包括核心业务外包和非核心业务外包两类。目前，我国金融服务外包主要集中在银行、保险、证券等行业的非核心业务领域，即非核心业务外包。商业银行将自己的非核心业务进行外包，一方面将专业性和技术性很强的业务外包给更为专业的机构，以减少业务本身面临的风险，另一方面能够集中资源创新和发展自己的核心业务。

随着IT行业和技术管理咨询行业的迅速发展，金融服务外包业也进入到发展的快轨。不仅新技术的应用推动金融服务外包向纵深发展，金融服务外包供应商也从金融服务的“加工厂”变为其战略合作伙伴。[1]金融服务外包业务的市场细分越来越深入，国内还出现了一些专业化的金融服务外包商。与此相对应的是，我国陆续建立了一些金融服务外包园区，吸引金融机构后台中心入驻，助力金融服务外包业的集约发展，如天津京津金融服务外包园区和昆山花桥金融服务外包产业园。正值上海建设国际金融中心的最佳时机，上海嘉定打造了以高科技金融服务外包为特色的金融产业园，即“上海金融谷”。上海金融谷划分为金融综合服务核心区和金融服务产业集群区，以金融服务外包产业体系为基础、以现代智能互联网为核心技术体系、以资本平台为杠杆搭建全新的产业园运作模式。

我国金融机构能够有效利用外部资源，集中物力财力人力于核心业务，缩短了新业务或新产品推向市场的时间，在降低成本方面取得了明显效果。[2]但同时也暴露出我国金融服务外包存在的缺陷：种类单一和产业成熟度低。具体来说，我国金融服务外包业务以操作简单、重复性强的基本后台处理业务为主，如数据加工、IT服务等，而鲜有如金融市场研究和数据分析、批发银行、投资服务等前台业务或者核心业务。[3]最早开展外包活动的商业银行其

---

[1] 郭利华，李海霞：《Shanghai金融服务外包发展竞争力分析》，《国际金融研究》，2013年第7期。
[2] 李廷辉：《加快我国金融服务外包发展的思考》，《新金融》，2011年第7期。
[3] 姜荣春：《金融服务外包：国际趋势与中国实践》，《银行家》，2010年第2期。

金融服务外包通常是信息技术外包（ITO）和业务流程外包（BPO）两种类型，也少有诸如金融衍生品设计研发、金融分析等高端服务外包。[4]保险业的外包也主要集中在保单出单系统、财务系统、风险管理系统等 IT 系统的建设规划，以及新契约录入、保单打印、保单送达、定损、理赔等非核心业务领域。同商业银行和保险公司的做法一样，证券公司为降低成本、提高服务质量，也越来越多地将后台业务外包给专业服务供应商。

同时，我国金融服务外包也面临着一些瓶颈问题，如核心业务外包如何发展、外包风险如何更好防控等。随着我国证券市场的不断开放和深入发展，合资券商的数量日渐增多，市场占有份额也逐步提升。参股合资券商的外资者除了能够带来国际投行的先进理念和管理做法外，也为我国资本市场开放注入了活力，为我国探索发展核心业务外包提供思路。但在我国资本市场尚未全面放开以及现有金融特许牌照的当下，核心业务外包需渐进、逐步开展，并且由金融机构谨慎确定拥有特定业务资质的服务提供商。而在实践中，已有券商在内部试行营业部投资咨询服务外包。拥有研究团队、专业能力较高的投资顾问群体的少数大型证券营业部将现有的投资咨询服务打包为产品，提供给公司内部其他营业部，并获得相应收入。此类服务推出后受到不少营业部的欢迎，特别对于缺少专业投资顾问、投资咨询能力偏弱的营业部而言，获得外包服务将有利于拓展客户、提升客户满意度以及增加收入。[5]此外，我国金融服务外包还面临着风险如何更好防控的问题。金融服务外包面临众多风险，如战略风险、名誉风险、合规风险、操作风险、对手风险等。[6] 其中，外包服务提供者可能会根据自身的利益，采取与外包机构的整体战略目标不一致的做法，金融机构未能对外包提供者实施适当的监督或者监督服务提供者的能力不足都会导致战略风险。[7]如果不能防范甚至无视这些潜在的风险，那么金融服务外包业的发展将会堪忧。

（二）构建我国的金融服务外包制度

鉴于我国金融服务外包的发展态势，抓住上海自贸试验区金融服务创新和金融市场开放的机遇，借鉴国外特别是欧盟关于金融服务外包的规制，我们要逐步构建起契合我国资本市场发展需要、推进核心业务外包发展、防控金融服务外包风险、保障金融服务外包业健康有序发展的金融服务外包法律制度。

一是在金融单行法律中加入金融服务外包的相关规定。当前，我国关于金融服务外包的规定或是法律层级太低，或是涵盖领域过窄，或是自律性规则主导。我国关于银行业金融服务外包的监管制度散见于银监会发布有关银行业金融机构外包风险管理指引或者银行业金融机构信息系统风险管理指引等文件中。关于保险业务外包的规定主要有保监会于 2014 年 9 月 28 日发布的《保险公司所属非保险子公司管理暂行办法》。其中专节规定“外包管理”，规范的是保险公司将原来由自身负责处理的某些业务活动或管理职能委托给其非保险子公司进行持续处理的外包行为。专节分别对提供外包服务的非保险子公司资质、保险公司建立外包管理制度、保险公司与受托方签署书面合同、保险公司加强对外包活动风险的监测等方面作出了规范。而关于证券基金业务外包，仅有自律性规则，如我国证券投资基金业协会 2014 年 11 月 24 日刚刚发布的《基金业务外包服务指引》，该指引对公募、私募基金管理人开展业务外包的主要环节进行原则性规定，涉及外包机构的备案要求、外包机构应具备的基本资质、基金管理人的法定职责不因外包而免除等内容，将于 2015 年 2 月 1 日起正式实施。这一指引并没有强制的法律效力，而且其中有关基金业协会对基金业务外包活动实施事后自律监管的内容并没有很好的回应基金外包最关注的风险防范问题。

具体而言，在《证券法》、《商业银行法》和《保险法》等金融基本法中增加有关金融服务业务外包的规定。首先，金融服务外包原则。欧盟《金融工具市场指令》规定了三项投资

---

[4] 曹淑艳：《商业银行金融服务外包现状与风险监管研究》，《中央财经大学学报》，2009 第 12 期。
[5] 游芸芸：《券商自我救赎 业务外包扬长避短》，《证券时报》，2012 年 10 月 12 日 A6 版。
[6] 王瀛，赵鹏大：《基于风险控制的金融服务外包策略》，《江西社会科学》，2008 年第 8 期。
[7] 王庆喜：《金融服务外包风险及其对策》，《华东经济管理》，2005 年第 5 期。

服务外包原则，即外包自由原则、投资公司外包责任原则和有效监管原则。[8]我们首先应明确的当属外包自由原则，但前提是不违反法律的强制性或禁止性规定。特别是在我国资产市场尚未全面放开的背景下，外包自由原则应当是包含了向适格主体发包含义的自由原则。这里的适格主体外延要比境外资本市场开放度高的国家和地区的主体外延窄。但毋庸置疑，随着我国资本市场的逐步放开，外包自由原则的内涵和外延都将逐步丰富。另外两项原则——金融机构外包责任原则和有效监管原则，也应涵盖在法条当中。其次，金融服务外包领域。在金融单行法中加入外包领域的规定，则从立法上明确了金融机构将核心业务外包的做法。我国的金融服务外包应走区域联动发展之路，分层次推进金融服务外包从低端向高端发展，从非核心业务外包向核心业务外包领域延伸。上海自贸试验区有条例的法律指引后，可以率先尝试区内金融核心业务外包的做法。最后，金融服务外包风险和责任。在立法中明确潜在的外包风险，并规定金融机构和监管当局各自担负的相应责任。这部分规定关乎整个金融服务外包业的未来发展，更应重视并应向社会公众、相关利益主体广征意见，以发挥法律稳定性、规范性和指引性的作用。

二是金融机构监管当局发挥监管职责。为了加强外包系统性风险防控，银监会于 2013 年 11 月组织多个银监局和多家银行业金融机构建立起银行业信息科技外包风险联合监督平台，开展对高集中度、重点外包服务的持续性风险监控与防范。[9]然而，在我国转变政府管理职能、强调理顺政府和市场关系的今天，金融机构监管当局更应把握好这个度，不能事事监管甚至过度监管，而应引导金融机构自身实施好对外包和金融服务外包提供者的监督。

三是金融机构自身要担负起审慎外包的责任。在发包前，确定主体资格，即服务提供商是否具备相关服务资质，特别是核心业务外包的情形。可以考虑建立金融服务外包提供者准入评级体系，有效对外包提供者的技术实力、经营状况、社会信誉等因素进行综合评定，以测定外包提供者的资质等级。[10]在与外包提供者签订外包协议的过程中，要逐条核实，尽量全面。不仅外包风险要有所预估并建立风险预警和处理机制，而且外包责任要落实到具体部门和具体人员。从长远发展来看，金融机构要设立符合其自身发展需求的服务外包总体战略，分层次、分区域、逐步开展。金融服务外包总体战略具有全局性、整体性和指导性的特点，能够为金融业务的高效运行和金融机构的健康运转夯实根基。

---

[8] 蔺捷：《欧盟金融服务外包制度研究》，《德国研究》，2011 年第 4 期。

[9] 银行业信息科技外包联合监督平台召开 2014 年度工作会议,http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/96AC939B016147B6AB3B35BD6E91288C.html 2014 年 12 月 15 日访问。

[10] 曾康霖，余保福：《金融服务外包的风险控制及其监管研究》，《金融论坛》，2006 年第 6 期。

论国际投资仲裁中东道国的证明妨害及其救济

崔起凡*

摘要：在国际投资仲裁中，当事方尤其是东道国可能实施威胁证人或专家证人、拒绝披露证据等证明妨害行为。关于证明妨害，投资协定或仲裁规则缺乏具体规定。不过，仲裁庭享有依据案情采取救济措施的固有权力。仲裁庭可以自行或依据申请采取包括进行不利推定、临时措施、费用分配等救济措施。

关键词：投资仲裁；东道国；证明妨害；固有权力

Abstract: in international investment arbitration, the parties especially the host states may intimidate the witness or expert, refuse the request to produce evidence, or commit other spoliation of evidence. While the conventions and arbitration rules lack of detailed provisions on the issue, the tribunals have inherent power to adopt measures according to the circumstances of each case. The remedies available to the tribunals include interim measures, adverse inference, cost sanctions, etc.

Keywords：International investment arbitration; Host state; Spoliation of evidence; Inherent power

引言

仲裁作为国际投资争端解决的优选方式获得广泛接受。截止2012年底，外国投资者诉东道国的案件已超过514起；[11]另一方面，随着我国海外投资规模持续快速增长，海外投资企业利益在东道国也不断遭受侵害，由于这些侵害往往由东道国政府直接主导或幕后支持，单纯依靠东道国国内救济难以获得公正有效解决，因此我国海外投资者诉诸国际仲裁的积极性在近年来大为提高。[12]，比如平安保险集团诉比利时案、黑龙江国际技术合作公司诉蒙古案、北京城建集团诉也门案等等；同时，外国投资者也将其与我国政府之间的一些投资争端诉诸仲裁，比如，Ekran公司（马来西亚）诉中国案、安城公司（韩国）诉中国案，等等。在投资仲裁程序中，当事方尤其一些东道国可能不择手段恣意滥用程序并获得优势地位，其中很多行为属于证明妨害，包括威胁证人或专家、窃听、伪造与隐瞒文件，等等。投资仲裁中的证明妨害影响着投资者对国际投资仲裁作为争端解决机制的信心。

*崔起凡，男，浙江大学宁波理工学院法律系讲师，浙江大学光华法学院博士后，主要研究国际仲裁法。Email: 316463718@qq.com

11 UNCTAD: World Investment Report 2013.http: / /www.unctad.org.

12 漆彤：《论中国海外投资者对国际投资仲裁机制的利用》，载《东方法学》2014 年第 3 期，第 92 页。

本文从国际投资仲裁中证明妨害的概念及具体表现、证明妨害的性质界定入手，进而探讨投资仲裁庭处罚证明妨害行为的权力来源或理论依据，最后论述仲裁庭可以采取的具体救济方法。

一、国际投资仲裁中证明妨害的具体表现

证明妨害是指诉讼当事人或非当事人，通过影响证明主体或证明手段干扰和阻挠诉讼证明活动，使本可能为一方当事人所用的证据，无法或不能以本来面目呈现于法庭，进而导致案件事实证明不能或证明困难的行为。[13]

东道国实施的最典型证明妨害行为是通过侵扰、阻碍以及威胁对方证人（包括专家证人）对作证进行妨碍。这种妨害可以采用直接的非法方式，比如暴力威胁、逮捕、扣押或者金钱诱惑，[14]也可以采用间接或含蓄的方式，表现为与所涉投资仲裁表面无关的政府合法行为，比如对证人提起公诉，申请并获取针对证人作证的法院禁令，拒绝签证，威胁解除任用，对证人进行纳税调查或者违法调查，基于安全理由没收护照或旅行文件，等等。专家证人或证人在遭遇这种妨害行为时，很容易意识到威胁将会发生，即使警告信号非常含蓄，证人或专家证人很可能因有顾虑而停止作证。

在投资仲裁中，东道国实施的另一种证明妨害行为是拒绝证据披露。在国际投资仲裁中，仲裁庭有权命令一方当事人提供其掌握的证据尤其是书证，包括对其自己不利的书证。[15]政府部门拒绝披露证据命令时常常援引的理由是公共利益特权。公共利益特免权，是指因披露相关信息会导致国家利益或者公共利益的损害而免于作证的权利，它在世界各国国内司法中获得普遍接受。在投资仲裁中东道国常常依据本国的相关法律规定主张该特权，比如，在 Biwater Gauff 案[16]，UPS 案[17]，Glamis 案[18]以及 Pope 案[19]中。国际投资仲裁庭需依据投资协定或仲裁规则

---

13 于鹏：《民事诉讼证明妨害研究》，中国政法大学 2011 年博士论文，第 34 页。

14 比如在一起国际争端案中，被诉方因操纵及贿赂证人而被认定藐视法庭（contempt of the tribunal）Prosecutor v. Tadic, Case IT-94-1-A-R77, Judgment of the Appeals Chamber, 31 January 2000, available at www.un.org/icty/tadic/.

15 参见国际律师协会《国际仲裁取证规则》第 3 条。在实践中，《国际仲裁取证规则》不仅适用于国际商事仲裁，也适用于国际投资仲裁。

16 Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22 , Procedural Order No. 2(24 May 2006).

17 United Parcel Service of America INC v. Canada, NAFTA, Decision of the Tribunal relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege,(October 8, 2004),.

18 Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objections to Document Production Withheld on Ground of Privilege (November 17, 2005).

而不是某一国内法解决争端，而且它们被授权调查国际条约或习惯国际法下国家的行为和责任。如果国家可以以本国法为由规避书证出示义务，无疑造成双方当事人之间的不平等，违反平等原则。仲裁庭在就特免权作出决定时应适用比各国国内法严格得多的标准。

投资仲裁中可能涉及的其他证明妨害行为包括：文件的伪造与隐匿，提供虚假证词，对书信、电话以及电子邮件的非法监视以及拦截，甚至网络入侵等等。如果东道国政府利用其掌握的资源实施这些证明妨害行为，都很容易置对方当事人于不利地位。

在国际投资仲裁中，尽管私人投资者也可能实施其中某些证明妨害行为，但毫无疑问这些行为更多地由东道国政府，这是因为几乎每一个国际投资仲裁均标的额巨大，常常涉及东道国的公共利益，也可能统治集团或某些政客的私利；另一方面，东道国政府掌握大量的权力和资源，比如，警察、军队、法院以及情报机构，往往更有条件和意愿实施这些证明妨害行为。当面临证明妨害，外国私人投资者可能难以在东道国国内寻求到有效的救济。

东道国的证明妨害并非仅仅是一种理论上的可能性，实际上在具体投资争端中常常涉及。欧洲理事会的一项调查报告指出，在外国公司与政府或国有企业之间的案件中，威胁、监视以及拦截通信曾被报道，并且将会持续下去。[20]比如监视，在Methanex案中，仲裁庭考虑到这种可能性，指出：对于美国来说，滥用情报机构暗中监视Methanex公司及其证人并且将由此产生的材料作为证据在仲裁中提交是错误的。[21]另外，有些案件涉及律师与客户往来信件的拦截。[22]在Libananco案中，当事方主张存在东道国威胁其证人和律师的情况，尽管仲裁庭最终未能认定这一事实，但是它特别强调威胁证人和律师是对ICSID仲裁程序核心原则包括程序公正的破坏。[23]在Enron案和Sempra案中，阿根廷获取了地方法院禁令阻止对方的证人出庭披露曾在私有化运动期间因服务于政府而获得的保密信息，理由是证人这样做将违反它对于政府的保密义务。不过，最终仲裁庭采纳

---

[19] Pope & Talbot Inc. v. Canada, Decision of 6 Sep. 2000, para.1.3.

[20] Report by the Rapporteur for the Council of Europe, S. Leutheusser-Schnarrenberger, 2005, available at http://assembly.coe.int

[21] Final Award, Methanex v. U.S, August 3, 2005, para.54.

[22] see Libananco Holdings Co. Limited v. The Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decisionon Preliminary Issues, 23 June 2008, paras. 72 ff.

[23] Libananco Holdings Co. Limited v. The Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, para. 78.

了该证人的书面证言。[24]在City Oriente案中，仲裁庭认为对于申请人的行政主管（涉案证人）提起公诉是对申请人提起ICSID仲裁申请的威胁。[25]最终，仲裁庭下达程序令要求厄瓜多尔政府停止对该证人提起公诉。由于对证人包括专家证人的威胁往往通过含蓄和隐蔽的方式进行，被披露和报道的类似案件只能算是冰山一角。

二、国际投资仲裁中证明妨害行为的性质界定

（一）违反武器平等原则

欧洲人权法院在1968年的纽梅斯特（Neumeister）案中最先提及武器平等（equality of arms）原则。“武器平等原则”又称“平等武装原则”，是指各方当事人应当具有同等效果的进攻和防御手段,强者不应利用与法律无关的天然优势压服弱者。程序制度的设计，不仅应当确认各方当事人形式上的平等参加地位,还应当在此基础上保障在程序中各方当事人进攻和防御手段配置的平等化。武器平等是公正审理的重要因素。

武器平等原则被认为是投资仲裁的基本原则。[26]在国际投资仲裁中，投资者和东道国之间存在先天的地位差异，虽然理论上两者地位平等，但现实却远非如此。投资仲裁中双方当事人之间的具有明显的非对称性，这不仅因为东道国是主权国家，而且其行使权力常常借以公共利益之名。如果在仲裁程序中，东道国凭借其掌握的国家机器以及丰富的资源实施各种证明妨害行为会轻易使得对方处于不利地位，改变本应有的攻防形势，极大地破坏武器平等原则。

仲裁庭有义务实现公平与有效的案件审理，为此，它不应仅仅满足于双方在程序中形式上的平等,还需要防止当事方尤其是东道国采取证明妨害行为及其他滥用程序的行为，以实现武器平等。

（二）违反善意原则

依据《布莱克法律词典》，“善意”包含了“诚实”、“忠于义务或责任”、

---

[24] see Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award,September 28, 2007, para.31; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May, 2007, paras.141-142.

[25] City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa EstatalPetróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on ProvisionalMeasures, November 2007, paras. 64 ff.

[26] Thomas Walde, “Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges”, in Katia Yananca-Small (ed.), Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Oxford Univ. Press, 2010), p.161.

“毫无谋取过分利益的意图等因素的思想状态。[27] 善意作为程序法的一般原则体现在相关公约和争端解决实践之中。《维也纳条约法公约》，《联合国宪章》等文件都规定了善意原则是争端方以及仲裁庭应当遵守的原则。[28]另外，国际法院在审理1999年巴基斯坦与印度之间发生的航空事故案中就从《联合国宪章》联合国成员国应遵守的善意原则中引申出争端方负有以善意为基础解决纠纷的更为具体的义务。国际司法机构越来越重视程序中的善意原则，其核心目的在于防止滥用程序和法律技巧，从而获取法外权益，这种程序法中的善意原则使得国际法领域对更加突出以规则为导向、而非以权力为导向的追求成为一种新趋向。[29]

国际投资领域的条约比如《ICSID公约》第34条以及国际投资仲裁实践同样将善意原则确定为争端方以及仲裁庭应当遵守的原则。在Methanex案中NAFTA仲裁庭认为：“……在仲裁中每一争端方对于其他争端方和仲裁庭都负有在仲裁程序中善意行事，尊重它们之间武器平等的一般法律义务……”[30]在Libananco案中，仲裁庭指出，“当事方应以善意进行仲裁的义务”，而且“这一原则适用于所有仲裁，包括投资仲裁，适用于所有当事方，包括国家。”[31]

在国际投资仲裁中，由于缺乏国内法院那样的强制性权力，主动收集证据的能力和渠道都非常有限，在这种情况下对当事方履行合作义务更为依赖，更需要当事方遵守善意原则。当事方对证人及专家证人的威胁、窃听或者拦截信件等行为是为追求胜诉而实施的积极性的不正当手段，严重损害对方的正当利益，是对善意原则的严重违反；拒绝证据披露作为一种消极行为，是一方当事人基于私利试图阻碍对方完成证明，使对方当事人在证明过程中处于不利地位，同样妨碍了仲裁庭查明事实职能的实现，违反了善意原则。

从条约法层面出发来看国际投资仲裁中的证明妨害行为，它亦属于违反善意原则的行为。《维也纳条约法公约》第 26 条规定，每个生效的条约对当事方都有约束力，并且必须被缔约方善意履行。善意履行条约义务要求当事方必须依据其精神而不是字面意思履行。东道国为履行“公平与平等待遇”这一国际投资法义务而应当保护仲裁程序的安全性和公正性。这些义务延伸至争端，体现了东道

---

[27] Brayan A. Garner, Black’s Law Dictionary (8th edition), West Publishing Company, 2004, p.713.
[28] 参见《联合国宪章》第 2.2 条,《维也纳条约法公约》第 26 条。
[29] Marion Panizzon, Good Faith in the jurisprudence of the WTO, Portland: Hart Publishing Ltd, 2006, p.17.
[30] Methanex v. U.S, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 Aug. 2005, para. 54.
[31] Libananco Holdings Co. v. The Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008, paragraph 78.

国政府的双重角色，即它既是争端方也是对经济社会治理富有责任的主权国家。

三、仲裁庭处罚证明妨害行为的法理基础：固有权力

与国内法不同，对于投资仲裁中的证明妨害及其救济，投资公约及仲裁规则缺乏具体的规定，那么投资仲裁庭是否有权进行处罚，权力的理论基础和法律依据为何？

国际司法机构包括投资仲裁庭的权力来源主要包括宪章性文件（比如《ICSID 公约》）、程序性规则（比如《ICSID 仲裁规则》），以及国际司法机构的固有权力。当然，争端当事方临时达成的一致意见也可以赋予同样的权力。

固有权力是因指职位、地位或身份而必然产生的权力。[32]也就是说固有权力是仅凭作为裁判者的事实或地位即可享有的权力，只有当在特定的争端解决中为履行其司法职能必要时才能够实施，这就是它具有正当性的理由，[33]其实施不依赖宪章性文件的明文规定，固有权力的内容取决于权力实施的具体情境。这构成一项可反驳的推定，即各国通过同意创设一个国际司法机构，也同意了授予这样的必要权力。当然，“固有权力”也是有边界的，比如，不得违反宪章性文件的明文规定，并为履行司法职能所必须。

固有权力与默示权力是相似但有区别的两个概念。默示权力仅指未被明确授权的情况下享有的权力。固有权力可以是默示权力，也可以是明示权力。不管是否经过明确或默示地授权，投资仲裁庭总可以依据固有权力有效地解决争端，以有效履行其职责。

尽管相关规定比较宽泛，没有明确涉及证明妨害，ICSID 仲裁庭处理程序问题的固有权力在成文规则中有相应的体现。依据《ICSID 公约》第 44 条，“如果发生任何本节或仲裁规则或双方同意的任何规则未作规定的程序问题，则该问题应由仲裁庭决定”。《ICSID 仲裁规则》第 19 条进一步强调，仲裁庭应当根据程序进行所需下达命令。

仲裁庭的固有权力在争端解决实践中也一再被仲裁庭重申。比如，在 Libananco 案中，涉及仲裁庭针对威胁证人之类的不当程序进行惩罚的固有权力，尽管它最终并未认定在该案中存在对证人的威胁。仲裁庭认为它毫无疑问具有这

---

[32] Brayan A. Garner, Black’s Law Dictionary (8th edition), West Publishing Company, 2004, p.3379.

[33] Chester Brown, the Inherent Powers of International Courts and Tribunals, 76 British Yearbook of International Law195, 222-9(2005).

样的权力，因为像“任何其他国际法庭，它必须被认为被赋予维护其程序所需的固有权力。”[34]其他一些投资仲裁庭也将固有权力作为对相关规则中缺乏明确规定的一些问题行使管辖权的基础，包括接受法庭之友陈述[35]，下达临时措施命令以及评估证人可信度，等等。[36]

四、证明妨害的救济

投资协定或国际投资仲裁规则缺乏对证明妨害行为的具体规定。比如，依据《ICSID仲裁规则》第34条第3款，双方当事人在证据的收集与提供方面应与仲裁庭合作，仲裁庭应将一方当事者未履行合作义务及其理由作正式记录，仅此而已。国际投资仲裁庭缺乏象国内法院那样的强制性手段，也通常不能期待获得东道国法院协助对东道国政府采取强制措施。在这种情况下，投资仲裁庭需要行使其固有权力，管理仲裁程序。在EDF案中，仲裁庭指出，争端的程序完整性和免于争端恶化的目的在于保护当事方在平等基础上接受审理以及能够为支持其诉请或抗辩收集和提供必要证据的权利——尽量减少对任何当事人、证人、专家或者参与仲裁程序的任何人的外部压力当然在仲裁庭的任务范围之内。[37]仲裁庭可以自行或依据申请而采取的救济措施包括：

(一)不利推定

当事方实施的证明妨害行为意在阻止或妨害另一方当事人完成证明责任。针对这些行为，投资仲裁庭可以作出不利推定。

不利推定是指事实裁判者从一方当事人实施证明妨害的事实得出对其不利的推定。[38]不利推定的依据是经验法则，即当证据的内容不利于某一当事方时，他通常不会积极提供甚至采取妨害行为。作为认定事实的一种方法，不利推定在各国国内诉讼和国际争端解决中获得广泛地认可。有学者甚至认为不利推定是国际仲裁庭施加给不合作及违反善意原则的当事方“最有效的惩罚”。[39]

---

[34] Libananco Holdings Co. Limited v. The Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, para. 78.

[35] see e.g., Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA, Vivendi Universal SA v Argentina, ICSID Case no ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, May 19, 2005, p.10; Methanex v. United States, Decision on Petition from Third Persons to Intervene as Amicus Curiae of 15 January 2001, paras. 25–27.

[36] Cutor v. Tadic, Appeals Chamber Judgment of 15 July 1999, para.322.

[37] EDF v. Romania, Procedural Order No. 2 of 30 May 2008, paras.46, 48.

[38] Bryan A. Garner. Black’s Law Dictionary (8th ed.)Thomson West,2004, 793.

[39] Sandifier, Durward, V., Evidence Before International Tribunals, The University Press of Virginia, 1975, 147.

不利推定作为救济机制来维护对方当事人的合法权益，对损害对方当事人权益的恶意行为进行遏制，符合公平正义的价值理念，也是善意原则在国际仲裁程序中的运用。不过，为了平衡双方的利益，不利推定的作出需要满足基本的条件，要求作出不利推定的当事人至少必须提供初步证据。[40]

在一些投资仲裁中，仲裁庭运用了这种救济方法。比如，在Waste Management v. Mexico案中，仲裁庭明确援引1999年《国际商事仲裁取证规则》第9条第5款，指出“对拒绝披露的最终惩罚是进行不利推定”。[41]在另外一些投资仲裁中，东道国以公共利益特权为由拒绝披露证据，仲裁庭裁定公共利益特权的主张不能成立的同时，指出拒绝披露将导致在争议问题上的不利推定。[42]

（二）禁止令

国际法庭或仲裁庭有权下达临时措施命令为各种仲裁规则或条约所认可。[43]事实上，即使仲裁规则没有作出规定，下达临时措施命令也是仲裁庭的固有权力。临时措施的主要目的是在裁决作出之前对当事方的权力予以保护并阻止争端的恶化或升级。投资仲裁中的临时措施，包括针对东道国证明妨害行为的禁止令（Cease and Desist Orders）。

在City Oriente案中，申请人向仲裁庭申请临时措施命令，要求被申请人不得征收作为仲裁标的系争税款，而且不得起诉与该税款有关的申请人的高级管理人员。仲裁庭同意了这两个申请，下达了禁止令，并认为在就该争议作出裁决之前，任何一方不得使争端恶化之原则应予适用。[44]显然，厄瓜多尔政府强制征收存在争议的税款将对申请人造成经济压力；对申请人的高级管理人员的逮捕、公

---

40 通过对伊朗-美国索赔裁判庭的判例进行研究和归纳，有学者得出针对拒绝证据披露进行不利推定的适用标准：1、要求作出不利推定的当事人必须提供所有其可取得的支持该不利推定的证据；2、要求作出不利推定的当事人必须确认对方当事人已经或应当已经取得被要求出示的证据；3、试图作出的推定必须是合理的，与记录的事实相符，并且与未提供之证据的可能性质具有逻辑上的关联；4、要求作出不利推定的当事人必须提供初步证据；5、仲裁庭在针对其作出不利推定之前，应给被要求出事证据的当事人充分机会提供证据。Sharpe, Jeremy K.; Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence, 22Arbitration International 549,551(2006).

41 Waste Management, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)00/3, Procedural Order Concerning Disclosure of Documents, 1 Oct. 2002, para.6.; 另参见 Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Procedural Order No. 2 , 3 May 2000, para.8.

42 UPS case, Decision of Oct. 8, 2004 (NAFTA Ch. 11), paragraphs 15; S.D.Myers v. Canada,NAFTA/UNCITRAL, unnumbered (2002),Procedural Order No.10; Pope & Talbot Inc. v. Canada, Decision of September 6, 2000,para.1.8.

43 比如，《ICSID 公约》第 47 条，《ICSID 仲裁规则》第 39 条。

44 City Oriente v. Ecuador, Decision on Provisional Measures of 27 Nov. 2007, para. 57.

诉也可能影响申请人依靠其作证或提供证据的能力。实际上，这严重影响了申请人陈述案情并进行抗辩的权利。该案表明仲裁庭享有发布临时措施命令保护争端方的权力，包括使当事方的潜在证人免受威胁的权力。

当然，如果已经发生的不当行为造成不可弥补的损失，比如律师当事人之间电子往来信息的拦截，禁止令尽管有用，但它不足以恢复武器平等，需要补充以其他措施，尤其是具有赔偿性的救济措施。

（三）赔偿与费用分配

如果当事方不正当行为造成另一当事方不必要的费用，那么另一当事方的这些费用应当可以得到赔偿。在评估损害赔偿数额时，仲裁庭也可以考虑当事方的不当行为。在AGIP案中，仲裁庭指出它在评估申请人遭受的损失时将考虑被申请人即东道国在书证出示中的不合作。[45]仲裁庭不仅在评估损害赔偿数额时享有一定的自由裁量权，而且甚至可以考虑对事实证明妨害的当事方施加惩罚性赔偿。关于征收的赔偿数额是否可以具有惩罚性质，有一些学者持肯定观点。[46]理论上，东道国的证明妨害违反了提供“公平与平等待遇”或“持续保护与安全”(constant protection and security)[47]的义务，因此它可以引发额外的赔偿请求。[48]

赔偿可以在关于费用的裁定中作出，也可以在损害赔偿裁决中作出。即使在申请人的仲裁申请不能得到支持的情况下，仍然可以基于被申请人的不当行为而施以惩罚，即裁定由被申请人承担费用，不仅包括仲裁费用，也包括代理费。许多国际仲裁立法或规则在仲裁成本的评估与分配方面给仲裁员广泛的自由裁量权。[49]这也被投资仲裁实践所接受。[50]比如，在Feldman案中，仲裁庭警告当事人不合作将导致裁决中仲裁费用的惩罚。[51]在LETCO案中，仲裁庭基于利比里亚程序方面的非善意，裁决被申请人承担申请人参与仲裁的所有费用，包括其代理费。

---

[45] AGIP v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARI3/77/1, Award of 30 Nov. 1979, reprinted in 1 ICSID Reports 306, 317-318.

[46] Wade/Sabahi, Compensation of Damages in Investment Disputes, in HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Muchlinski et al., eds., Oxford University Press 2008).

[47] 参见《能源宪章条约》第 10 条第 1 款。

[48] See e.g., Pope&Talbot v. Canada; Desert Line v. Yemen.

[49] 依据《ICSID 公约》第 61（2）条，除非当事方另有约定，仲裁庭将决定仲裁费用如何既有由谁承担；《ICSID 仲裁规则》第 47 条授权仲裁庭在考虑个案具体情况机场上分配费用。NAFTA 第 1135(1)条规定仲裁庭可以依据可适用的仲裁规则对费用进行裁决。

[50] See Libananco Holdings Co. Limited v. The Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision of 23 June 2008, para. 59; Thunderbird v. Mexico, Final Award, paras.213, 215.

[51] Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1,Procedural Order No. 5, 6 Dec., 2000, para.8.

[52]

（四）证据排除

在国际投资仲裁中，如果东道国从第三人获取档案、账目、以及其他证据，同时通过施加压力阻止对方当事人从第三人获取证据，将其置于不利地位，仲裁庭可以要求东道国停止这种妨碍行为或者要求东道国直接向对方提供从第三方获取的全部证据，仲裁庭也可以考虑拒绝采纳东道国在该第三人处获取的证据。仲裁庭可以通过行使其固有权力，援引圭亚那诉苏里南案的以下做法。

在圭亚那诉苏里南案中，争端方之间因边界争端进行仲裁。圭亚那要求对方出示一些关键文件，这些文件是荷兰语的历史记录，属于荷兰外交部的档案材料。苏里南通过向荷兰政府施压成功阻止圭亚那从荷兰外交部获得被要求出示的文件。苏里南这样做的理由是文件具有保密性，而且国际法原则下它没有义务保证对方获取该证据。[53]从技术上看，苏里南通过政治影响，阻止圭亚那收集证据没有违反法律。不过，仲裁庭认为苏里南的行为破坏了武器平衡。为此，仲裁庭阻止苏里南运用其从荷兰外交部所获取的档案中的证据，除非它提供完整的档案给圭亚那或者要求荷兰如此行事。[54]

（五）其他救济措施

如果当事方威胁对方证人或专家证人具有很大可能性，并影响到武器平等，仲裁庭在可能的情况下可以使用国内司法模式保护证人或专家证人，比如，秘密审理(hearing in camera)，允许证人或专家证人通过视频会议（video-conference）的方式参加开庭，接受书面证言而不要求证人或专家证人出庭。这些变通措施对于案件审理可能会有所帮助。

在证人或专家证人面临极端以及不断的威胁时，依据利益受损当事方的申请，仲裁庭可以考虑整体地或部分地驳回另一当事方的请求或主张，而无需审理相应的实体问题。这种惩罚似乎与正当程序原则相冲突，但是当事人不应被允许从他的错误中获取优势并损害另一方的利益，而且如果为保护仲裁程序的公平公正所需，这样做也并非绝对不可。尽管它过于严厉而在实践中很少被主张或使用，当

---

[52] LETCO v. Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award of 31 March 1986, 2 ICSID Rep. 343, 378.

[53] Guyana v. Suriname, Permanent Court of Arbitration, unnumbered, Procedural Order No. 1 (2005), 64. http://server.nijmedia.nl/pca-cpa.org/upload/fi les/Order%201%20fi n%20rev.pdf. 1

[54] *Guyana v. Suriname*, Permanent Court of Arbitration, Transcript from 8 July 2005. Found at www.pcacpa. org.

仲裁庭缺乏有效手段时，它仍不失为一种可能的救济措施。有些国家的仲裁立法提供了这样的实例，比如《英国仲裁法》第41条第7款第1项。该法律规定佐证了该救济方法在极端情况下作为正当程序原则的例外具有正当性和合理性。[55]

五、结论

《ICSID公约》以及其他现代投资条约中争端解决条款的主要目的是基于法律和平解决投资争端。如果允许当事方通过威胁证人和专家等方法进行证明妨害，将等于破坏了这些目的的实现，私人投资者对于投资仲裁的信任度会下降，反过来会纷纷寻求外交保护等传统救济方法，这将是一种倒退，正如美国学者亨金指出“在各国的关系中,文明的进展可以认为是从武力到外交，从外交到法律的运动。”[56]主要通过国际仲裁解决投资争端而不是外交保护或者国内救济代表着一种合理的趋势。

虽然投资仲裁的公约与规则对于仲裁庭施加惩罚的权力没有规定，而且仲裁庭缺乏强制性权力，但是可以依据其固有权力针对破坏武器平等原则或善意原则的当事方采取救济措施，包括不利推定、发布临时措施、仲裁费用分配，等等。仲裁庭可以自行或依据申请根据具体案情采取适当的救济措施。我国海外投资企业在国际投资仲裁中应注意到这些可利用的救济措施并向仲裁庭提出。这些救济措施的采取有利于实现争端解决的公平公正，强化国际社会对仲裁作为争端解决方式的信心，以及维护投资的国际法治。

作者联系方式：

浙江宁波鄞州区日丽东路学府苑 4 幢 204(邮编 315100)

崔起凡（收）

Email: 2456132646@qq.com

Tel: 13685828181

[55] 对于非 ICSID 仲裁（non-ICSID arbitration）而言，如果仲裁地是在英国，《英国仲裁法》将会适用于该仲裁。

[56] Louis Henkin, How Nations Behave: Law and Foreign Policy (2nd edition), Columbia University Press, 1979, p1.

国际投资仲裁书证出示规则研究

崔起凡*

摘要：关于国际投资仲裁中的书证出示，《ICSID 公约》、《ICSID 仲裁规则》等相关规则缺乏具体的规定。通过对国际投资仲裁实践的考察得知，书证出示的范围与条件已形成了具有共识的标准和规则，而对于书证的特免权保护，寻求普遍接受的规则成为解决这一问题的优先方法。如果持有书证的当事人拒绝出示书证，仲裁庭可以自行或依据申请采取不利推定、仲裁费用分配等救济方法。
关键词：国际投资仲裁；书证出示；特免权

On the Rules of Document Production in International Investment Production

CUI, Qifan

Abstract： as to the issue on document production in international investment arbitration, the rules such as ICSID Convention and ICSID Arbitration Rules lack of detailed provisions. In the practice, the standard and rules on scope and requirements of document production come into being, and the protection of privilege on document, to seek the widely accepted rule is the preferred method. If the parties refuse to produce the document in their control, the tribunal may at the request of a party or on its own motion adopt the measures such as adverse inference, distribution of arbitration cost.
Key words: international investment arbitration; document production; privilege

引言

在国际仲裁领域，书证被看作是最好的证据形式，[57]书证出示往往成为仲裁庭查明事实的关键。不过，投资仲裁当事人所需要的书证常常在对方控制之下，对方当事人是否有义务予以出示？仲裁庭要求其出示的法律依据为何？仲裁庭在何种范围或条件下可以要求该当事人出示书证？如果该当事人拒绝出示书证，有何救济途径？关于这些问题，《ICSID 公约》、《ICSID 仲裁规则》以及《UNCIRAL 仲裁规则》等条约或仲裁规则皆少有涉及。同时，国际投资仲裁参与人包括仲裁员、当事人以及代理人通常具有不同的法律文化背景，在书证出示或披露方面法律文化差异巨大。在这种情况下，国际投资仲裁中书证出示如何进行？以下笔者

* 崔起凡，男，浙江大学宁波理工学院法律系讲师，浙江大学光华法学院博士后，主要研究国际仲裁法。Email: 316463718@qq.com
[57] [英]艾伦·雷德芬等：《国际商事仲裁法律与实践（第四版）》，林一飞、宋连斌译，北京大学出版社 2005 年版，第 319 页。

通过对以 ICSID(国际投资争端解决中心)投资仲裁和 NAFTA(《北美自由贸易协定》)投资仲裁为代表的实践进行考察，探寻国际投资仲裁的书证出示规则，以期为我国政府或海外投资企业参与国际投资仲裁程序提供初步的必要指引。

一、仲裁庭命令书证出示的法律依据

在国际投资仲裁中，仲裁庭具有命令当事人出示书证的权力，这可以在相关条约以及投资仲裁规则中发现依据。比如，《ICSID 公约》第 43 条授权仲裁庭在程序任何阶段命令证据出示，《ICSID 仲裁规则》第 34 条第 2 款、《UNCITRAL 仲裁规则》第 24 条第 3 款以及《IBA 证据规则》[58]第 3 条对于仲裁庭命令当事人出示书证的做法都进行了明确的认可。

即使国际投资仲裁适用的仲裁规则没有明确规定仲裁庭这一权力，命令书证出示也属于仲裁庭固有权力。固有权力是因指职位、地位或身份而必然产生的权力，[59]裁判者在特定的争端解决中为履行其司法职能必要时能够实施，并不依赖法律、条约或仲裁规则是否有明文规定。命令书证出示是仲裁庭为履行查明案件事实这一职能所必需，它可以自行或依据当事人申请如此行事。

与仲裁庭的固有权力相对应，投资仲裁当事人负有合作义务。在国际投资仲裁中，由于缺乏国内法院那样的强制性权力，主动收集证据的能力和渠道相对有限，对当事人履行合作义务更为依赖。拒绝证据出示或披露从性质上讲违反善意原则，因为由于当事人基于私利试图阻碍对方履行证明责任，使对方当事人在程序中处于不利地位，妨碍了仲裁庭查明事实职能的实现。对于当事人的这种合作义务，甚至有一些国际投资仲裁规则作出了明确规定，比如《ICSID 仲裁规则》第 34 条第 3 款，《IBA 证据规则》第 9 条第 5 款。

二、国际投资仲裁中书证出示的范围与条件

关于国际投资仲裁中书证出示的范围与条件，相关条约或仲裁规则缺乏明确规定。仲裁庭需要在具体案件中通过行使自由裁量权填补空白，尽管仲裁员们通常不会直接遵循某一国国内证据法，但或多或少地受其法律文化背景影响。一般而言，比起大陆法国家，在普通法国家的法官要求当事人出示书证（包括于己不利的书证）的范围要宽泛得多，普通法国家实践的优点在于裁判者通过证据披露

[58] 1999《国际商事仲裁取证规则》简称《IBA 证据规则》，在 2010 年修订该规则时，考虑到国际投资仲裁也可以适用该规则，题目中“商事”二字被删除掉，即《国际仲裁取证规则》。

[59] Brayan A. Garner, Black’s Law Dictionary (8th edition), West Publishing Company, 2004, p.3379.

程序全面查明事实并准确作出判决，但缺点在于成本较高、效率较低。由于普通法证据披露的成本高昂，在投资仲裁中仲裁庭通常不予采纳，它通常需要在准确裁决与仲裁效率之间追求一种平衡。

需要特别强调的是，《IBA 证据规则》第 3 条第 3 款适当平衡了在书证出示方面不同法律文化之间的冲突以及仲裁效率与仲裁公平之间的冲突，在国际仲裁界获得广泛认可。《IBA 证据规则》系国际律师协会编纂，在国际投资仲裁中的适用没有强制性，可以由当事人约定或仲裁庭选择而适用。

（一）书证的特定性

在 Thunderbird 案中，仲裁庭阐述了当事人书证出示的“有限及特定（narrow and specific）”标准。仲裁庭指出依据《IBA 证据规则》第 3 条第 3 款 a 项目，被要求出示的文件种类应该“有限及特定”，即应当是被严格限制的（narrowly tailored），也就是说依据案件中提出的出示请求在时间和主题上是受到合理限制的。[60]在一个依据 UNCIRAL 规则进行的 NAFTA 仲裁中，书证出示的请求人只是简单地列举各种问题，并声称它寻求“所有相关的书证”，仲裁庭裁定这样的出示请求与 IBA 第 3 条不符，简单地予以拒绝。[61]在 Myers 案中，仲裁庭要求当事人提出的出示请求需要对书证或书证类别进行充分的特定性界定。[62]

在CME案中，投资者一方最初提交一份仅仅对文件类别做一般描述的出示请求，仲裁庭认为这与《IBA证据规则》第3条不符拒绝了该请求。[63]后来，投资者一方第二次提出出示请求，仲裁庭同意了其中大部分文件的出示。仲裁庭认为，请求人请求提交的文件具有特定性，这些文件的类别通过日期或通过特定文件数量进行了界定。[64]

实践中，当事人提交出示请求必须限制其试图获取的文件的时间范围，这个时间范围应与其试图证明的主张相称。而且，尽可能，当事人应当将文件类型限定于与相关问题具有密切联系的范围。另外，“特定性”标准要求请求方使用最佳方式界定文件本身。如果无法给出文件的准确名称，至少当事人应提供文件在功能上的描述，比如董事会会议记录，这足以让对方当事人或仲裁庭将这些文件

---

60 Int'l Thunderbird Gaining Corp. v. Mexico, UNCITRAL, Procedural Order No. 2 (31July 2003), para.2.
61 Grand River Enterprises et al. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL (2007), Procedural Order (14 May 2007), paras.3 and 5.
62 S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL Procedural Order No. 1 (28 May 1999), paras. 5-15; see also, e.g., ,Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1,Procedural Order No. 2 (3 May 2000), p. 8.
63 CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, paras.14 -15.
64 CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, para.17.

区别出来。

（二）相关性与重要性

在 Aguas 案中，仲裁庭指出，它“在评估是否作出证据出示命令时有一些因素需要考虑，这些考虑因素包括：该出示请求对于请求方希望支持的主张而言的必要性，请求方试图支持的主张的相关性与可能的价值，……”[65]可见，不仅文件的相关性，尤其文件的重要性影响仲裁庭是否决定作出书证出示命令。“重要性”与“相关性”存在微妙的差别。“相关性”是指证据与当事人主张的事实之间具有某种联系，可以用来确立或反驳该事实主张，“重要性”是指在具备相关性的基础上，证据为仲裁庭准确作出裁决所必需。

Glamis案仲裁庭指出，以往投资仲裁庭处理当事人书证出示问题时，采用了书证的重要性标准。[66]仲裁庭不仅分析那些书证是否是证明特事实主张所需，而且也要分析这些主张本身对于将来的裁决是否有影响。在Methanex案中，投资者试图从东道国获取关于NAFTA条约的谈判文本、会议记录以及备忘录以便确定NAFTA条约中一些条款的意图。对此，仲裁庭要求投资者提交一个合理解释，阐述为什么谈判历史将影响仲裁庭对条约文本本身的理解。[67]也就是说，仲裁庭决定书证出示时看重的一点是谈判历史是否影响最终裁决。仲裁庭最终否决了投资者关于谈判历史文件的出示请求，原因是这与《IBA证据规则》的要求不符。[68]

（三）证据在对方控制之下

被请求出示的文件是否仅仅在对方控制之下，抑或可以通过其他方式获取，这一点也是当事人书证出示请求能否获得同意的关键。

在Glamis案中，投资者试图从美国政府获取文件。美国政府回应称，这些被请求出示的信息很有可能已经属于公共记录的一部分。仲裁庭认可美国的理由，拒绝投资者一方的请求，同时指出如果能证明情况确实并非如此，投资者一方可以重提出请求。[69]在Marvin Feldman 案中，仲裁庭仅要求被请求人出示那些请求人通过其他方式不能获取的文件。[70]

---

[65] Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia, Procedural Order No. 1, ICSID Case No. ARB/02/3 (8 April 2003).
[66] Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objections to Document Production Withheld on Ground of Privilege (November 17, 2005), para.18.
[67] Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Methanex’s Request for Documentary Disclosure by the USA (3 Aug. 2005), Part II-Chapter H
[68] Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Methanex’s Request for Documentary Disclosure by the USA (3 Aug. 2005), Part II-Chapter H.
[69] ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID No. ARB (AF)/00/1, Procedural Order No. 3, para.4.
[70] Feldman v. United Mexican States, ICSID Case ARB (AF)/99/1, Interim Decision on Preliminary Jurisdictional

在ADF案中，被请求人拒绝投资者的书证出示请求，理由之一是那些文件可以在国家档案馆公开获取。[71]请求人认为，那些文件应由被请求人提交，文件可以在公共领域获取不是可以接受的理由。因为依据《美国信息自由法》，每个政府文件都是可以通过公共方式获取。[72]而且，它不应被要求在每个政府部门门口排队询问相关文件的存在及其可获取性。仲裁庭裁定，当被请求出示的文件处于公共领域，双方可以平等并有效地获取，没有必要要求另一方将该文件出示并提交给请求人。最终，仲裁庭决定由被请求人指明那些请求人应该可以实际获取所需文件的具体政府部门即可。[73]

有些情况下，证据实际上掌握在第三人手中，但是第三人与投资仲裁当事人之间存在特殊关系，这时判断证据是否在当事人控制之下成为一个困难的问题。比如，对于投资者一方而言，如果文件控制在与其同属一个集团的另一公司，仲裁庭是否可以命令文件出示？这时，是否存在实际控制关系或者是否存在刺破公司面纱的理由是仲裁庭能否下达该命令的考虑因素。[74]

另外，持有书证的第三人与东道国之间可能存在着特殊关系也可能也可能影响书证出示请求能否成立。比如，在一项国际投资中可能涉及不同的主体，除了投资者还包括：东道国中央政府和地方政府、东道国银行、以及与投资者一方具有合资合作关系的东道国企业（比如国有企业），等等。它们可能与投资者存在不同的合同关系。东道国地方政府以及企业具有各自利益以及独立运行的机制，虽然受到东道国中央政府这样那样的制约，但并非一定受中央政府的完全控制。它们占有的合同、发票、会议记录等都文件可能与投资仲裁中的待证事实有关而成为潜在的证据。此时，是否应认定第三人控制的这些文件是东道国一方控制之下，不能一概而论，而应具体分析。如果东道国中央政府能够提出有说服力的依据，则不宜认定为其控制之下的书证。

（四）其他条件

1、提出出示请求的时间

Issues (6 Dec. 2000) , para.16.

[71] ADF Group, Inc. v. United States of America, ICSID Case ARB (AF)/00/1, Objection to Claimant's request of documents of the Respondent the United States of America (August 17, 2001), para.13.

[72] ADF Group, Inc. v. United States of America, ICSID Case ARB (AF)/00/1, Investor's response to objections raised by the Respondent the United States of America to production of documents (August 24, 2001), paras.41 - 42.

[73] ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID No. ARB(AF)/00/1, Procedural Order No. 3, para.4.

[74] Kaufmann-Kohler and Bärtsch, discovery in international arbitration: how much is too much, Schieds VZ, Heft 1, 2004, p.19.

如果仲裁庭就书证出示给出确定的期限，当事人的出示请求应当在期限内提出。如果请求方没有满足该期限条件而且没有给出合理理由，仲裁庭可以拒绝该请求。

不过，请求人或被请求人不能简单地在提交仲裁请求书或答辩书时，或者在双方仅仅交换了书状以后就提出书证出示请求，这很可能被仲裁庭拒绝。那些启动仲裁程序所需要的文件难以包含非常全面详细的事实主张以及法律意见，仲裁庭在这样的早期阶段缺乏足够依据就该出示请求是否满足相关性和重要性作出决定。通常,只有当事人已经在第一轮中充分交换了关于事实和法律的意见，双方的各种证据已经被充分讨论,仲裁庭才能对出示请求作出决定。

在 Noble Ventures 案中，请求人在初步交换书状之后提出出示请求，仲裁庭指出“仅在仲裁庭收到请求人提出仲裁程序申请以及书证出示请求的材料之时，……仲裁庭在请求人提出的涉及众多书证的出示请求之中难以确定哪些文件对于仲裁庭决定救济应当是相关的和重要的。[75]

2、出示请求不应造成不合理负担

书证出示请求如果真地给对方造成过分负担，可以构成拒绝出示的理由。仲裁庭在 Aguas 案中指出，它在评估是否作出证据出示命令时考虑的因素，除了相关性和重要性，还包括出示请求导致的费用与负担，以及出示请求如何具有特定性以便既能满足一方当事人的正当请求同时不会导致程序滥用。

在大多情况下，仲裁庭认为出示请求构成过重负担的原因是文件所处的位置或者获取该文件需要付出艰难的努力。在 Railroad 案中，投资者一方申请临时措施，要求东道国保全它认为重要且相关的书证。仲裁庭认为请求过于宽泛，为履行该请求东道国搜寻的文件种类难以界定。“仲裁庭怀疑这样一个无所不包的请求，如果仲裁庭作出建议，是否真地能够实施。[76]

书证出示是否构成负担可能会受到法律文化影响。在Noble Ventures案中，仲裁庭特别指出在国际仲裁中一定数量的书证披露是被允许的，而且这应当考虑被请求人罗马尼亚政府是“大陆法系国家，在这些国家书证出示要比私人投资者所来自的普通法国家要少。”[77]可见，仲裁庭认为当事人一方或双发的大陆法法

---

[75] Noble Ventures Inc. (U.S.) v. Romania, ICSID, No. ARB/01/11, Award of 12 Oct. 2005, p.32-33.
[76] Railroad Development Corporation and Republic of Guatemala, ICSID Case. No. ARB/07/23, Decision on Provisional Measures, p16.
[77] Noble Ventures Inc. (U.S.) v. Romania, ICSID, No. ARB/01/11, Award of 12 Oct. 2005, pp.31-32.

律文化背景是适当权衡书证出示所考虑的因素。

一方当事人要求对方提供证据造成的负担应当与书证的价值进行权衡，如果不成比例，就构成不合理负担。在 Waste 案[78]中，仲裁庭拒绝了证据出示请求，因为被请求人请求出示的发票从表面上看数量过大，而且这些发票的内容基本上没有争议。

（五）总结与评价：

通过实证考察，国际投资仲裁中书证出示的范围与条件相比于普通法的证据披露而言受到了严格限制，与《IBA 证据规则》第 3 条第 3 款体现的标准相近。关于这一点，曾经的一项 ICSID 仲裁裁决中的评价具有代表性：《IBA 证据规则》虽然在该案中没有直接适用，并且它主要为商事仲裁领域的使用而规定，但是可以被认为（尤其是第 3 条和第 9 条）是为投资者与东道国之间的 ICSID 仲裁程序中可能的文件出示请求及其命令提供了重要标准的指示。[79]

国际投资仲裁与国际商事仲裁中书证出示有一定的区别。在国际商事仲裁中，因为当事人通过协议选择仲裁而不是诉讼，当事人通常追求效率，不希望进行较宽范围的书证出示；而在国际投资仲裁中，争端解决的方式并非仲裁双方当事人之间直接选择的结果，它们启动仲裁程序是基于条约，[80]而且由于国际投资仲裁更多地牵涉公共利益，标的额往往数额巨大，案情更为复杂，这样对于仲裁庭而言有更重的责任查明事实，国际投资仲裁庭应当倾向于比纯粹国际商事仲裁中更多数量的书证出示。

三、国际投资仲裁中书证出示的例外：特免权

特免权（privilege）是指法律认可的拒绝向仲裁庭提供证言或书证的权利，包括阻止他人披露上述证据的权利。[81]对于受特免权保护的信息，仲裁庭应不予采纳，也不应命令证人或当事人出示。特免权制度是为了保护特定的社会关系或利益。特免权在各国诉讼程序中得到普遍认可，但各国具体制度差异较大。特免权包括律师-当事人特免权[82]，公共利益特免权[83]，不受损害特免权，[84]商业秘密保

---

[78] Waste Management v. Mexico, ICSID No. ARB(AF)/00/3 (2002).
[79] Noble Ventures Inc. (U.S.) v. Romania, ICSID, No. ARB/01/11, Award of 12 Oct. 2005, p.31.
[80] Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objections to Document Production Withheld on Ground of Privilege (November 17, 2005), p.3, n1.
[81] Norah Gallagher, Legal Privilege in International Arbitration, International Arbitration Law Review, Issue 2, 2003, p.45.
[82] 律师-当事人特免权是指在律师与当事人之间进行的信息交流免于作证的权利，出发点在于保护谈话者之

护特免权，[85]等等。在国际投资仲裁实践中最为常见的特免权是律师-当事人特免权和公共利益特免权。

（一）国际投资仲裁特免权规则的适用

关于国际投资仲裁中的特免权，条约或仲裁规则缺乏具体明确的规定，甚至没有涉及。《IBA证据规则》第9条第2款和3款关于特免权仅有一些原则性的规定。这是因为特免权问题比较复杂，各国对特免权保护的范围与程度差异较大，难以形成共识。在实践中，确定特免权的规则需要更多地依赖仲裁员依据案件自由裁量。关于国际投资仲裁特免权规则的确定与适用，主要存在两种方法：国际私法方法和寻求被广泛接受的规则。

1、国际私法分析

仲裁庭可能倾向于使用“最密切联系原则”这种方法解决法律冲突。关于特免权的连接点众多，至少涉及仲裁地，特免权信息的交流发生地，特免权信息的存放地法，当事人的本国法，等等。如何界定“最密切联系”比较困难，需要根据具体案情。另外，双方当事人分别援引的不同书证适用“最密切联系原则”可能因连接点不同导致适用不同国家的法律，由于不同国家法律的特免权规则宽严标准不同，规则适用的最终结果可能违反“公平与平等”原则，为解决该问题的一个办法就是“最惠国原则”，即在所适用的两个以上特免权规则之中，选择其中对特免权信息给予最大程度保护的特免权规则来适用。这种方法使得各方当事人获得平等与公平的对待。

2、寻求被广泛接受的规则

书证特免权问题的解决不一定非得正式援引某一国的法律，可以通过比较法方法或者求助国际法原则而获取被广泛接受的原则或规则。

这种方法并非一定考虑国际公法或国际商法，也可以仅仅考虑相关的国内法。在Glamis案中，投资者一方试图获取加利福尼亚政府雇佣的律师拟定的一些文件，而东道国主张律师-当事人特免权而拒绝出示。双方由于同意适用美国法但就适用哪一州的法律没有协商一致，双方主张了不同州的法律。仲裁庭采用的方法是

间的信赖关系以及促进彼此坦诚的交流。

[83] 公共利益特免权，是指因披露相关信息会导致国家利益或者公共利益的损害而免于作证的权利。

[84] 不受损害特免权是指当事人为和解的目的所进行的书面或口头交流，在和解努力失败后将其作为仲裁或诉讼中的证据不得被采纳。出发点在于鼓励当事人和解，使参与和解的当事人无须担心和解过程中的交流被对方作为证据使用。

[85] 商业秘密保护特免权是指因有充分的保护商业秘密的理由而免于作证的权利。

对多个州包括加利福尼亚和哥伦比亚特区的法律进行考察，试图发现不同法院之间可以形成一般共识并能够适用于国际仲裁的方法，这样有助于确定当事人在此情况下的合理期待，然后仲裁庭在此基础上考虑特免权的保护规则。[86]

在Myers案中，仲裁庭指出，加拿大法律是相关的，除了加拿大证据法，其他几个法律文件也需要被考虑，包括商事仲裁法（Commercial Arbitration Act）以及《NAFTA执行法》（NAFTA Implementation Act）[87]仲裁庭也认识到在该案中解决公共利益特免权问题的背景是依据UNCIRAL规则进行的NAFTA仲裁，并潜在地需要考虑国际法和国内法。[88]在BIWATETR案中，仲裁庭分析了坦桑尼亚国内相关立法，但援引了Pope案仲裁庭在2000年9月6日的裁定中关于公共利益特免权保护范围的立场以及《IBA证据规则》第9条第2款f项的规定。事实上，BIWATETR案仲裁庭试图采纳体现于其他投资仲裁实践或国际规则中的一个国际标准，而不是坦桑尼亚的国内法。[89]

上述“寻求被广泛接受的规则”的方法包括三个步骤：第一，考虑有哪些可适用的法律选择，在Glamis案中仲裁庭审查了美国多州的法律，因为当事人约定适用美国法。在其他案件中，仲裁庭可以求助于国际公法、与该仲裁有关的国内法以及各种国际商法，比如机构仲裁规则或示范法。第二步，仲裁庭考察这些不同法律渊源并决定存在被一般接受的原则或规则。最后，仲裁庭在考虑以下事实的基础上最终确定规则，即当事人选择国际仲裁，它们对程序公平的期待应当通过考虑维护国际商业良好秩序的一般的国际实践和政策予以对待。

对于仲裁庭而言，适用第二种方法更适合发现那些体现在不同国内法或国际法中的现代实践，也更可能接近那些选择国际仲裁而非国内诉讼解决纠纷的当事人对程序公正的期待。

四、国际投资仲裁中拒绝书证出示之救济

依据《ICSID仲裁规则》第34条第3款规定，双方当事人在证据的收集与提供方面应与仲裁庭合作。仲裁庭应将一方当事者未履行合作义务及其理由作正式记

---

[86] Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objections to Document Production Withheld on Ground of Privilege (November 17, 2005), p.3.
[87] S.D.Myers v. Canada,NAFTA/UNCITRAL, Explanatory Note to Procedural Order No.10, para.9.
[88] S.D.Myers v. Canada,NAFTA/UNCITRAL, Explanatory Note to Procedural Order No.10, para.10.
[89] Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2 (24 May 2006), p.8-9.

录。另外，仲裁庭还可以采取以下救济方法:

（一）不利推定

如果当事人拒绝书证出示命令而又未提供合理理由，可以合理地认为这是试图阻止或妨害另一方当事人履行证明责任，对此，投资仲裁庭可以作出不利推定。不利推定是指事实裁判者从一方当事人实施证明妨害的事实得出对其不利的推定。

不利推定意味着仲裁庭认可另一方当事人的主张,可以对损害另一方当事人权益的恶意行为进行遏制。不过，为了平衡双方的利益，不利推定的作出需要满足一些基本的条件，其中最基本的一个条件是另一方当事人至少必须提供初步证据。[90]

在一些国际投资仲裁中，针对当事人拒绝书证出示，仲裁庭运用了不利推定这一救济方法。比如，在 Waste 案中，仲裁庭明确援引 1999 年《IBA 证据规则》第 9 条第 5 款，指出“对拒绝披露的最终惩罚是进行不利推定”。[91]在一些投资仲裁中，东道国以公共利益特免权为由拒绝披露证据，仲裁庭裁定公共利益特免权的主张不能成立的同时，指出拒绝披露将导致仲裁庭在争议问题上进行不利推定。[92]

（二）仲裁费用分配

国际投资仲裁中仲裁员在仲裁成本的评估与分配方面享有广泛的自由裁量权。这可以从相关条约和国际投资仲裁规则找到法律依据，比如，《ICSID公约》第61（2）条规定，除非当事方另有约定，仲裁庭将评估仲裁费用并决定仲裁费用如何以及由谁承担。NAFTA第1135(1)条规定仲裁庭可以依据可适用的仲裁规则对费用进行裁决。《IBA证据规则》第9（7）条规定，如果仲裁庭认为一方当事人在取证程序中缺乏善意，仲裁庭可在决定仲裁费用（包括任何因取证而产生的

---

[90] 通过对伊朗-美国索赔裁判庭的判例进行研究和归纳，有学者得出针对拒绝证据披露进行不利推定的适用标准：1、要求作出不利推定的当事人必须提供所有其可取得的支持该不利推定的证据；2、要求作出不利推定的当事人必须确认对方当事人已经或应当已经取得被要求出示的证据；3、试图作出的推定必须是合理的，与记录的事实相符，并且与未提供之证据的可能性质具有逻辑上的关联；4、要求作出不利推定的当事人必须提供初步证据；5、仲裁庭在针对其作出不利推定之前，应给被要求出事证据的当事人充分机会提供证据。Sharpe, Jeremy K.; Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence, 22Arbitration International 549,551(2006).

[91] Waste Management, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)00/3, Procedural Order Concerning Disclosure of Documents(1 Oct. 2002), para.6.; 另参见 Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Procedural Order No. 2(3 May 2000), para.8.

[92] See e.g., United Parcel Service of America INC v. Canada, Decision of the Tribunal relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege Decision of Oct. 8, 2004, para. 14, para.15; Pope & Talbot Inc. v. Canada, Decision of 6 Sep. 2000, para.1.8.

或与取证有关的费用的分担）时对该情形予以考虑。

由于当事人拒绝书证出示而产生的不必要费用一般认为应当可以要求该方当事人承担或进行赔偿。比如，在Feldman案中，仲裁庭警告当事人不合作将导致裁决中仲裁费用的惩罚。[93]在AGIP案中，仲裁庭指出它在评估申请人遭受的损失时将考虑被申请人东道国在书证出示中的不合作。[94]

仲裁费用的分配可以在通过裁定作出，也可以在损害赔偿裁决中作出。即使申请人的诉请最终不能得到支持，它仍可以基于被申请人的非善意行为而施以惩罚，即裁定由被申请人承担仲裁费用，其中包括申请人的律师代理费。

五、结论

在国际投资仲裁中书证出示的范围与条件，条约或仲裁规则缺乏明确具体的规定，相关具体规则需要由仲裁庭根据案情通过行使自由裁量权加以确定。但通过对投资仲裁实践的考察可以发现，具有一定共识的书证出示规则已经形成，即书证须要具有特定性，相关性和重要性，并在对方当事人的控制之下，以及不受特免权保护。事实上，这接近于《IBA证据规则》的标准。不过，《IBA证据规则》在国际投资仲裁中的适用不具有强制性，具体的书证出示规则仍然可能受到国际投资仲裁参与人尤其是仲裁员法律文化背景的微妙影响。总体而言，国际投资仲裁中书证出示规则与我国的法律文化存在明显差异，我国政府或海外投资企业在投资仲裁程序中应熟悉相关规则，并能根据具体案情合理主张权利，包括提出必要的书证出示请求，针对过分的书证出示请求提出异议，以及主张特免权，以维护自身的正当利益。

---

[93] Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1,Procedural Order No. 5(6 Dec., 2000), para.8.
[94] AGIP v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARI3/77/1, Award of 30 Nov. 1979, reprinted in 1 ICSID Reports 306, 317-318.

金融危机国际治理的法律机制：现状、问题与完善

杨松、石启龙

（辽宁大学 辽宁 沈阳 110854）

【中文摘要】金融全球化趋势使金融危机的国际化与传统危机治理的地域化冲突加剧，催生出金融危机国际治理法律机制。当前存在“主权国家”模式、“主权国家联合”模式、“区域组织”模式、“国际组织”模式等金融危机国际治理法律制度实践，但各自均存在相当问题，影响其危机治理功效。构建有效的金融危机国际治理法律机制一是应确立有效治理的标准，二是明确治理主体权限，区分金融危机国际救助的发起者、组织者、参与者、接受者以及监督者各自权利义务，三是在对国际货币基金组织（IMF）等国际机构公平性和有效性改革的基础上确立其在国际治理中的核心地位。

【关键词】金融全球化、金融危机、治理、法律机制

一、问题的背景及意义

经济的周期规律决定了金融危机的发生具有它的客观性，而金融在经济中的核心地位决定了金融危机治理的必要性。经济发展带来日益丰富的金融形态，使得金融危机呈现出越来越多样化趋势，直接影响了金融危机的治理路径。全球化是对当今世界时代特征最具共时性的概括，[95]全球化也是当前金融发展的总趋势，[96]是指因全球范围内金融管制放松和金融开放加速使各国资本在全球自由流动的趋势，是形成统一全球统一金融市场事务趋势。[97]全球化使金融危机逐渐突破主权界限，与传统的偏重于地域性危机治理机制发生冲突，成为当下治理金融危机面临的首要问题。

金融全球化增强金融危机外溢性、放大危机破坏力的同时，也加大主权国家

作者简介：杨松，辽宁大学法学院教授，博导。石启龙，中国刑事警察学院法律部讲师，辽宁大学博士研究生，主要研究方向：经济法和国际法。辽宁省沈阳市塔湾街 83 号，邮编 110854，邮箱 shiqilong99@yahoo.com.cn，
基金项目：司法部国家法治与法学理论研究立项重点课题（12SFB1006），教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目（13JZD012），公安部软科学基金（2010LLYJXJXY046）；中央高校基本科研业务经费项目“公安机关应急处置极端突发事件的法治保障系统研究”

[95]参见博温托·迪·苏萨·桑托斯：《迈向新法律常识———法律、全球化和解放》，刘坤轮、叶传星译，北京：中国人民大学出版社2009年版，第203-212页。

[96]黄达主编：《金融学》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 669 页。

[97]阎庆民：《现代银行业监管前沿问题研究》，中国金融出版社 2010 年版，第 80 页。

危机治理行为的外溢性，“这种溢出效应是指国内经济政策（如货币政策）实施后没有或者只有很小一部分作用于国内有关经济变量，从而使经济政策达不到预期的目标”，[98]但却对其他国家的金融安全产生积极或消极影响，以至于“一个国家的最佳政策能否实现，取决于其他国家的行动，这种政策上的相互依存是由于结构上的相互依存和目标上的相互依存所直接引起的”[99]，“各自为政”的地域性危机治理行为极易在国际社会层面相互抵触而减损其有效性，甚至恶化危机。以 2008 年全球金融危机为例，各主要国家在危机中采取降息、注资、债务担保、签订货币互换协议等治理行为，欧洲中央银行、国际货币基金组织（IMF）、世界银行（IBRD）等国际组织也积极参与救助，为成员国提供了紧急贷款以缓解危机国的短期资金压力。这一番“多管齐下”的国际金融危机治理中却突显出由于相应法律制度欠缺，当前主权国家及国际组织的金融危机国际治理行为的启动、实施、退出在掺杂国际政治等不确定因素后显得相当随意，欠缺应有的可预见性，危机之初，共同利益使各方主体尚能同舟共济，一旦危机态势有所缓和，在自身利益驱使下，合作的局面便受到各自利益影响，往往使危机治理事倍功半，不必要地延长了危机的持续时间。

当前，为应对金融危机国际化的挑战，国际社会需要在“全球治理”[100]理念的指引下构建相应的国际联合的危机治理机制，以有效解决金融危机国际化与危机治理机制地域化的冲突。国际化金融危机治理机制的建立需要解决“谁来治理、如何治理、治理什么”等等一系列棘手问题，这些问题关涉到不同主权国家金融利益冲突，其根本原因在于当前国际社会的私有制基础。[101]合理平衡利益冲突的最佳路径便是借助法律力量，确立对国际金融危机治理权的制约机制，协调、规范危机治理行为，提升危机治理的能力。对此，本文先在实证层面描述和解释金融危机国际治理的生成逻辑以及当前存在的主要问题，后在规范层面尝试提出解决问题的基本路径，以期对设计理想的金融危机国际治理法律机制、提升金融危机国际治理的合法性和有效性有所助益。

二、金融危机国际治理法律机制的生成逻辑

以权利与义务的视角观察，金融是融资交易及监管调控过程中所发生的横向

[98]陈学彬：《金融监管学》，高等教育出版社 2003 年版，第 485 页。
[99]徐忠：《金融全球化与金融风险》，云南人民出版社 2003 年版，第 176 页。
[100]参见赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，载《中国社会科学》，2014 年第 10 期。
[101]杨松：《国际法与国际货币新秩序研究》，北京大学出版社 2002 年版，第 73 页。

权利义务关系和纵向职权职责关系的集合，金融危机便是两种关系在一定领域或区域内出现突发性、整体性的紊乱、失衡状态，而危机治理有广义与狭义之分，前者意指融资关系主体实施的事前预防，或事后平复突发、整体紊乱失衡融资权利义务关系和职权职责关系的行为，包括自力治理和公力治理；后者仅指危机的公力治理，意为融资监管调控主体动用国家力量实施的事前预防，或事后平复突发、整体的紊乱失衡金融权利义务关系及职权职责关系的国家干预行为，其中，事前防范性干预行为是预警行为，事后处置性干预行为是救助行为，二者构成金融危机治理行为的内涵。以法律予以规范，形成金融危机治理法律制度，会更有效解决治理问题。

（一）金融危机治理法律制度的初建

金德尔伯格将 1618—1628 年发生在神圣罗马帝国的货币危机视为历史上第一次真正意义的金融危机，在这次危机中却并不存在任何救助行为。[102]此后的荷兰郁金香危机、英国南海危机以及法国密西西比危机中亦不存在危机治理行为，更谈不上危机治理法律制度了。之所以如此，一方面是因为当时正处于商品经济初期，金融的功能还十分有限，危机破坏力不大，社会尚未产生治理危机的迫切需求；另一方面，也是因为当时对金融及金融危机的认识也十分浅薄，未形成对其治理的规律性认识。

这一局面随着经济发展逐渐变化。其一，在金融发展早期，以商业银行为中介的间接融资是主要金融形态，商业银行是金融体系的核心，其核心功能是通过“低买高卖”将对存款人分散的高流动债务转换为对贷款人集中的低流动债权，转换产生了两种货币请求权：一是存款人对银行的即期性货币请求权，二是银行对贷款人的期限性货币请求权，二者期限性差异产生的流动性风险极易引发银行挤兑危机，使银行严重依赖公众信任和外部资金；其二，商业银行的融资中介作用随经济发展愈发重要，其破产倒闭对实体经济的溢出效应愈发显著，银行危机引发经济危机、社会危机甚至政治危机；其三，银行危机随着宏观经济逐渐具有周期性，若继续放任不理，坐等危机自行平复，即便有可能也需要社会付出极大代价，由此产生了治理金融危机的社会需求。

早期金融体系结构决定了金融危机的主要形式是银行挤兑危机，相应的治理

[102][美]金德尔伯格：《疯狂、恐慌和崩溃——金融危机史》（第四版），朱隽、叶翔译，中国金融出版社 2007 年版，第 4 页。

方式便是为危机银行提供外部资金以恢复其基本功能，但最初由谁提供并不确定，早期往往是由实力雄厚的大型商业银行承担，如在 1837 年美国金融危机时期，美国的苏福克银行（Suffolk Banking System）向新英格兰地区的危机银行提供了外部资金，有效缓解了危机。[103]在 1907 年金融危机中，是摩根银行等大型商业银行联合向危机银行提供了外部资金。[104]但银行作用的提升放大了挤兑危机的破坏力，提供外部资金的成本显著提高并显现出公共产品属性，商业机构逐渐无力亦无意承担这一责任，迫切需要国家力量介入，而中央银行由于独占存款准备金、承担货币发行职权及金融体系最后信用来源等属性成为最佳选择。在此背景下，巴林爵士提出了“最后贷款”（LOLR）概念，认为英格兰银行应成为所有商业银行在危机时期获取最后流动性的“最后依靠”，[105]英格兰银行也与 1866 年救助“奥弗兰——吉尼公司”危机而开始承担最后贷款职责，并由此成为真正意义上的中央银行。[106]由于最后贷款具有直接性（将流动性直接注入金融机构）和无限性（理论上不存在数额限制）特征，[107]成为中央银行维护金融稳定的重要工具。[108]当时的中央银行法在确认央行最后贷款人职责，确立了中央银行在危机治理中的核心地位，[109]同时为克服道德风险，法律也详细规定最后贷款的限制，一是对象只能是陷于流动性而非清偿力危机的商业银行；二是征收惩罚性利率；三是商业银行应提供相应担保；四是贷款方式多样化。[110]

（二）金融危机治理法律制度的发展

20 世纪末期，市场经济高度发展激励金融创新，金融业务逐渐交叉，界限日渐模糊，证券、保险、基金等非银行金融形态的作用愈发重要，混业经营成为金融发展的新趋势，[111]金融危机的形式也不再限于银行危机，而是出现银行危机、货币危机、债务危机及综合危机等多种形式。同时，混业经营使金融机构规模膨胀，增加经营风险，加大了危机爆发的频率及破坏力。此外，金融在经济中的核心地位也放大了金融危机的破坏力，提升了其治理成本，以最后贷款人制度为核

---

[103]Rolnick AJ, Smith BD, Weber， Lessons from a laissez-faire payments system: the Suffolk Banking System (1825–58). Federal Reserve Bank of St. Louis Rev 80(3):105–116 (1998).

[104][美]安德鲁·索尔金：《大而不倒》，巴曙松等译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 113 页。

[105] T. Humphrey and R. Keleher, The Lender of Last Resort：A Historical Perspective ,Cato Journal4(1), 1984:275, 282.

[106] 李世宏：《中央银行最后贷款人职能研究》，中国金融出版社 2008 年版，地 28 页。

[107] Andrew Campbell & Rosa Lastra, Revisiting the Lender of Last Resort, 24 Banking & Fin. L. Rev.2009:463.

[108] 刘锡良等：《中央银行的金融危机管理》，中国金融出版社 2011 年版，第 34 页。

[109] Eric Hughson & Marc Weidenmier, Financial Markets and a Lender of Last Resort: Lessons from the Founding of the Federal Reserve, Nov. 28, 2008, http://www.voxeu.org/index.php?q=node/2625. 2014年2月24日访问。

[110] See infra Part IV.B.

[111]黄达主编：《金融学》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 167-168 页。

心的拯救危机制度不能有效及时解决金融危机的损失，亟待发展。

首先是金融危机治理对象的变化。其一，由于金融的核心地位及商业银行的基础性功能，救助对象不能再限于“流动性危机”银行，而是扩展至“系统重要性”的银行；[112]其二，由于混业经营模糊了金融机构的界限，各机构资产负债表密切关联，使救助对象不仅包括“系统重要性”的银行，而是扩展至证券、保险、基金等“系统重要性”的金融机构；其三，金融体系的复杂结构使得“系统重要性”的金融市场因其愈发重要的融资功能而成为救助对象；其四，由于金融与实体经济间的反馈联动机制日渐明显，具有系统重要性的经济实体亦成为救助对象，[113]如美国在大萧条时期通过复兴金融公司（RFC）对工商企业给予大量贷款和津贴以恢复其生产能力，[114]次贷危机时期美联储更是绕过金融体系直接向重要企业放贷。

其次，救助对象的多元化意味着治理成本的激增，单凭央行最后贷款人工具无法真正解决危机问题，因此各国立法扩展了危机治理的主体并赋予相应的治理工具。其一，央行的危机治理工具不再限于最后贷款人制度，还包括货币政策工具及汇率政策工具等；[115]其二，基于商业银行所具有的基础性金融功能，各国不但创建存款保险法律制度，还注意迅速有效地处置问题银行，以维系公众对商业银行的信心；其三，立法授权财政部实施积极的财政政策，如增加政府公共投资、建立或扩张社会保障体系等经济刺激计划，及对系统重要性金融机构注资或提供担保等；通过持续的危机治理探索以及立法的紧密跟进，当前各国基本形成了由中央银行、存款保险公司、财政部构成的“三驾马车”式的危机救助法律制度。

最后，随着金融危机破坏力增强及救助成本激增，加之对金融危机及其治理的认识逐渐深入，各国开始改变单一的事后被动救助的消极治理模式，开始探索通过事前主动监管，及早发现问题，降低危机的治理成本。由此，各国家通过立法设置金融监管机构，构建危机预警法律制度，授权特定监管机构收集金融风险信息并进行评估、判断，测试金融风险走向及汇聚爆发为金融危机的可能性、破坏力及波及范围，及时发布警告信号，制定应急预案，最大程度降低金融危机爆发的可能性，或减少金融危机爆发后救助的反应时间以及成本。

---

[112]Andrew Campbell & Rosa Lastra, Revisiting the Lender of Last Resort, 24 Banking & Fin. L. Rev.2009: 463.
[113]周仲飞：《银行法研究》，上海财经大学出版社 2010 年版，地 298 页。
[114]张荔等：《金融危机救助：理论与经验》，中国金融出版社 2011 年版，第 91 页。
[115][美]艾立克·波斯纳、亚德连·佛缪勒：《行政国家的危机治理》，《北京大学学报》2010 年第 6 期。

（三）金融危机治理法律制度的国际化

20 世纪 70 年代的全球经济竞争使放松管制成为西方国家的主导金融政策，由此开启了金融自由化时代，在信息技术助力下，资本打破主权地域限制而在全球范围内流动，驱使各金融机构加速扩张规模，设立跨国分支机构提供金融服务，金融全球化的程度不断提升，70 年代包括欧美等主要工业国家，80 年代延伸到拉丁美洲和东亚，90 年代则扩展到中欧国家及俄罗斯。[116]今天，虽然在融入程度上存在差异，但世界主要国家（地区）已基本成为全球金融体系的参与者。金融全球化打破了金融机构和市场的主权疆界，改变了金融图景，在提升金融资源配置效率的同时，亦增加了风险跨国传染的途径，使金融危机具有了国际化的时代特征，而相应的金融危机国际治理法律制度也初具雏形。

首先，危机治理主体日趋国际化。金融全球化极度放大了金融危机的破坏力极其治理成本，并使各国治理行为的溢出效应明显，致使危机治理主体除国内层面的“三驾马车”外还扩展至国际层面：一是主权国家通过外交协议、国际论坛等方式，或达成危机治理行为的协同一致，或为危机国家提供短期信贷、债务重组等紧急援助，合力应对危机；二是随着金融危机的国际化，危机治理逐渐具有国际公共产品属性，国际组织逐渐成为危机治理的重要力量，如当前国际货币基金组织（IMF）担负着对全球范围金融风险的监测责任，定期发表《世界经济展望》（World Economic Outlook）和《全球金融稳定性报告》（Global Financial Stability Report）等，以维护国际金融体系的稳定；此外，在开放的金融体系中，一国中央银行的最后贷款人制度是不足以应对危机的，“从金融危机的国际传递性，从最后贷款人在一定情形下的有效性，从历史记录看，可以推论出需要一个国际最后贷款人。”[117]金融危机国际化趋势迫切需要国际社会确立一个稳定的“国际最后贷款人”，在 20 世纪 80 年代的拉美债务危机、1994 年墨西哥比索危机、1997 年亚洲金融危机及美国次贷危机、欧洲债务危机中，都可以看到 IMF 充当国际最后贷款人的角色。

其次，危机治理对象日趋国际化。金融全球化使金融危机的波及范围不再局限于国家主权领域内，危胁国际社会秩序稳定，需要相应扩展金融危机治理的对象。除传统国内层面的系统重要性的金融机构、市场及实体经济部门外，主权国

[116][美]兰姆弗莱斯：《新兴市场国家的金融危机》，西南财经大学出版社 2002 年版，第 57 页。
[117][美]金德尔伯格：《疯狂、恐慌和崩溃——金融危机史》（第四版），朱隽、叶翔译，中国金融出版社 2007 年版，第 4 页。

家（地区）也成为危机治理的对象，如在 20 世纪 80 年代拉美债务危机，危机救助的对象不是特定的金融机构或金融市场，而是拉美债务国家，在 1997 年亚洲金融危机中，危机救助的对象是泰国、韩国等陷入危机的主权国家，最近的欧洲主权债务危机中，救助的对象是希腊、葡萄牙等国家。

最后，危机治理工具日趋国际化。为应对金融危机国际化趋势，危机治理工具除传统主权国家最后贷款等工具外，还扩展至由 IMF 等国际组织的创新工具。如为救助 1997 年亚洲金融危机，IMF 推出“补充储备机制”（SFR），以高于普通贷款的利率向危机国发放短期贷款；1999 年，IMF 推出相机信用额度（CCL），以非惩罚利率对经过事先认证的成员国提供快速贷款；[118]在 08 金融危机中，IMF 又推出灵活信贷额度，确保危机国在不具备相应贷款条件下先期获得紧急救助资金，以缓解危机国短期流动性压力，同时改革备用安排（SBA），增加其贷款额度并允许前倾式贷款，使 SBA 成为成员国的危机防范工具。此外，还取消实际效果不佳的救助工具，如补充性储备协议（SRF）、补充性融资协议（CFF）、短期流动性协议（SLF）等；[119]

三、金融危机国际治理法律机制的基本模式

金融危机的国际化迫切需要相应的国际治理法律制度体系，以在国际社会层面规范主权国家及相关国际组织危机治理行为，然而国际化的金融危机在生成机理、传导机制及表现形式等方面极其复杂，致使相应的治理也成为复杂的国际法律现象。治理模式是对危机国际治理实践的高度抽象，事实上，对于复杂多变的危机国际治理其实是多种治理模式共同参与的。

（一）“主权国家”模式

“主权国家”模式是最早出现的金融危机国际治理模式，意指由单一主权国家实施的国际金融危机治理行为。早期金融危机的“地域化”属性致使“地域化”危机治理机制，但金融危机的国际化趋势与“地域化”治理机制的冲突催生出早期金融危机国际治理的理论构想和制度实践。学界最初认为国际社会需要“世界经济中心”承担类似中央银行的“国际最后贷款人”职责以治理国际金融危机，“在金融危机中，当一国的困难将超越国境时，占统治地位的中心就被认为有责

[118][法]梯诺尔：《金融危机、流动性与国际货币体系》，陈志俊、闻俊译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 57 页。

[119]Kotaro, I., Stone, M and Yehoue, E.B. ,Unconventional Central Bank Measures for Emerging Economies, IMF Working Paper, 2009 No.226.

任充当其他国家的最终贷款人”[120]。实践中，被视为“世界经济中心”的国家也确实充当过国际最后贷款人角色，如早在 1838 年，英格兰银行通过输送 68 万枚金币的方式紧急救助处于困境的美国银行，[121]在 1994 年墨西哥金融危机爆发后，美国政府通过外汇稳定基金（ESF）和美联储交换网络为墨西哥提供了总计 200 亿美元的紧急贷款，以稳定墨西哥金融秩序。[122]在欧债危机中，作为欧洲经济火车头的德国先是通过了应急法律向希腊提供 224 亿欧元的紧急贷款，又向爱尔兰和葡萄牙提供了大笔财政援助。[123]

虽然治理国际金融危机从来不是“世界经济中心”国家的明确法律责任，但“主权国家”模式一直活跃在危机治理实践中，一是因为金融全球化使各国产生“一损俱损”的关联关系，“世界经济中心”国家不仅难以在危机中独善其身，甚至会付出更大代价，使得这些国家无法坐视不管；二是因为“世界经济中心”国家若对他国金融危机置之不理，势必招致国际怨言和批评，损害其世界领导的“软实力”；此外“主权国家”模式存在还在于早期金融危机的国际化程度以及破坏力有限，“世界经济中心”国家拥有一定的治理资源、工具及经验，具备对治理国际金融危机的能力。

（二）“主权国家联合”模式

随着金融危机的国际化程度提升，破坏力增强，推高治理成本，而“世界经济中心”国家的治理资源却因主权地域等因素而呈现有限性，二者冲突催生出“主权国家”模式的加强版——“主权国家联合”模式，即由两个以上的主权国家联合实施的国际金融危机治理行为，可在一定程度上缓解国际金融危机治理成本激增与单一国家治理资源有限之间矛盾。由于缺乏明确的法律制度规范，“主权国家联合”模式在早期一般采取特定国家之间签署国际协议方式来规范国际治理行为，但这种一次性或期限性国际协议的协商及执行成本相当高昂，[124]往往错失对危机的最佳治理时机。伴随金融危机国际化程度加深及爆发频率加快，为降低联合治理成本，缩短治理启动的反应时间，G7、G8 及 G20 等国际性论坛先后

---

[120][美]金德尔伯格：《疯狂、恐慌和崩溃——金融危机史》（第四版），朱隽、叶翔译，中国金融出版社 2007 年版，第 115 页。

[121]参见[美]金德尔伯格：《疯狂、恐慌和崩溃——金融危机史》（第四版），朱隽、叶翔译，中国金融出版社 2007 年版，第 229——235 页。

[122]Douglas Arner, An analysis of international support packages in the Mexican and Asian financial crises, Journal of Business Law，1998, Jul, 380-396.

[123]吴志诚：《欧盟对欧洲主权债务危机的救助》，载《南京大学学报》2013 年第 2 期。

[124] 田野：《国际关系中的制度选择：一种交易成本的视角》，上海人民出版社 2006 年版，第 75 页。

成为“主权国家联合”模式的制度平台。

成立于 1975 年的 G7（7 国集团）是布雷顿森林体系崩溃后国际金融体系最初治理机制，[125]其本意是以发达国家之间相互协调的“软制度”替代布雷顿森林体系的“硬制度”，其成立后一段时间避免了全球金融危机的爆发。但随着中国、印度、巴西等新兴国家崛起，G7 占世界经济中比重不断下降，其封闭性弊端愈发明显，对国际金融秩序控制愈发力不从心，以至东亚金融危机、俄罗斯金融危机、阿根廷金融危机等区域性金融危机频发。为此，G7 通过吸纳俄罗斯，将 G7 演进为 G8（8 国集团）等改革措施提高其代表性，但未彻底根治其封闭性和保守性，2008 全球金融危机彻底暴露出 G8 在国际金融治理方面的弊端，摧毁其存在的合法性。G20 最初只是部长级国际会议论坛，最初定位是弥补 G7/8 缺陷的辅助性机制，2008 年全球金融危机送别 G8 同时将 G20 推上前台，其从部长级会议论坛提升为首脑级会议论坛并被正式制度化，成为治理国际金融重要制度平台。在两年时间内召开五次首脑峰会，国际社会通过 G20 制度平台紧密协商，共同制定危机治理方案，协调各国治理行为。如改革国际货币基金组织（IMF），使其更好承担“国际最后贷款人”职责，[126]将金融稳定论坛更名为金融稳定委员会，并扩大其成员代表性，联手出台了一系列应对金融危机救助政策，[127]取得了显著的实效，避免了“大萧条”的重演。

（三）“区域组织”模式

金融危机的国际化是从区域化开始的，由此产生了金融危机区域治理的理论和实践，特定区域内的国家（地区）通过组建区域性组织来提升区域金融一体化融合程度，规避“主权国家联合”模式存在的联合成本巨大弊端，形成了“区域组织”模式，即由特定的区域性组织在本区域内实施金融危机国际治理行为，以区域组织一体化程度为标准，分为“区域合作”模式及“区域一体化”模式。

1、“区域合作”模式

区域合作组织其是区域性组织的初级阶段，是指特定区域的国家（地区）在一定合作框架下实现区域经济“一体化”，但其融合程度尚未达到成立区域中央银行并发行区域通用货币的程度，因此，“区域合作”模式无法以区域中央银行

[125]陈晓进：《中国与八国集团》，时事出版社 2006 年版，第 15 页。
[126]崔志楠、邢锐：《从“G7 时代”到“G20 时代”——国际金融治理机制的变迁》，载《世界经济与政治》，2011 年第 1 期。
[127]The G20 Seoul Summit Leaders' Declaration，November 12, 2010．http://www.g20.utoronto.ca/2010/g20seoul.html．2015 年 4 月 3 日访问。

最后贷款方式治理危机，而是通过货币互换协议或区域货币基金等合作的方式来治理危机。

以东亚金融合作组织为例，在1997年的亚洲金融危机中，以美国为代表的发达国家及以IMF为代表的国际组织的危机救助措施不仅未能缓解危机，甚至还恶化了危机，促使东亚国家产生成立东亚金融合作组织的愿望。1997年9月，日本提出由中、日、韩和东盟国家参加的“亚洲货币基金”构想，以为东亚地区遭受金融危机的国家提供紧急援助。1999年11月，东盟 10+3 集团正式成立，主题便是加强东亚地区金融合作。2000年东盟10+3集团财长会议通过了以双边货币互换为基础，旨在应对外汇短缺危机为主要内容的“清迈倡议”（CMI）。2001年5月，东盟10+3财长会议提出在东盟 10+3 合作框架下建立东亚地区的金融危机早期预警系统，以防范区域性金融危机。[128]2009年末，东盟10+3集团正式签署《清迈倡议多边化协议》，扩大东亚地区金融合作的范围和程度。[129]在外汇储备基金建设方面，2007年，东盟10+3财长会议提出设立共同外汇储备基金的设想，2008年，东盟10+3财长会议同意筹建规模至少800亿美元的共同外汇储备基金，以帮助成员国抵御可能发生的金融危机，2009年，东盟10+3财长会议进一步达成建立规模为1200亿美元的外汇储备库，在金融危机时以借贷方式向出现流动性困难的成员国提供资金援助，就此确立了亚洲货币基金的雏形。[130]。截至目前，东亚金融合作组织是在东盟10+3合作框架下运行的，危机治理工具包括早期预警系统、亚洲外汇储备基金、双边货币互换协议以及双边国债回购协议。

区域合作组织契合了金融危机的国际化趋势，在2008年金融危机中已显现出其自身优势，但区域性中央银行缺位无疑限制其危机治理能力，从长远看，区域合作组织成员间的合作共识、合作范围以及合作程度必将随着金融危机国际化程度加深而增强，逐渐过渡至“区域一体化”模式。

2、“区域一体化”模式

与区域合作组织相比，区域一体化组织的优势在于其高度融合程度，能最大程度降低联合治理危机的成本。以欧洲主权债务危机为例，危机爆发后，欧盟立即修改《欧盟条约》中禁止向成员国注资以弥补财政亏空的规定，通过《欧元附加公约》，就财政整顿、促进就业、维护金融稳定和增强经济竞争力做出原则性

[128]郭景平：《亚洲金融危机治理研究》，吉林大学博士论文。
[129]周士新：《清迈倡议多边化的演进与前景》，载《金融与经济》2012 年第 5 期。
[130]黄梅波、朱丹丹：《亚洲货币基金建设及其与 IMF 的关系》，载《亚太经济》2013 年第 2 期刊。

规定；修改《稳定与增长公约》（SGP），建立新的宏观经济失衡监管体系，通过签订《欧洲货币联盟稳定、协调和治理条约》（TSCG），建立新的危机救助法律框架。

在新的危机救助法律框架下，欧盟创新金融救助机制。2010 年5月9日，欧盟创建欧洲金融稳定基金（EFSF），向成员国提供临时援助，2011年1月5日，欧盟创设欧洲金融稳定机制（EFSM），允许以欧盟预算作为担保在金融市场上融资，确保欧洲金融稳定。2010年5月10日，欧盟联合IMF推出总额7500亿欧元的财政风险防范机制。[131]2011年3月，欧盟通过应对欧债危机的全面解决方案——永久性欧洲稳定机制（ESM）。[132]

最后，2011年欧盟启动“欧洲学期”作为危机防范机制，成员国将其预算方案和改革计划提交欧盟委员会审议，由其提出相应建议，成员国根据这些建议制订本国预算和改革方案，并提交欧盟委员会评估，随后，欧盟部长理事会将根据欧盟委员会的评估结论对每个成员国发布政策指导，各成员国政府据此完成第二年的预算草案并提交本国议会批准。通过“欧洲学期”措施，欧盟成员国将考虑其危机治理对其他成员国的外溢效应。[133]“欧洲学期”机制彰显了欧盟发展为“一个深化和真正的经济货币联盟”的决心。[134]

此外，区域一体化组织存在超主权的中央银行，欧洲中央银行便是典型的成员国以协议方式让渡部分金融货币权而创建的区域性中央银行，其合法性源于以《欧洲联盟条约》及《关于欧洲中央银行体系和欧洲中央银行议定书》为核心的欧洲中央银行法律体系所赋予的发行区域货币法定职权。[135]自此，欧元区成员国不再拥有独立的货币政策，其中央银行也成为欧洲央行货币政策的执行者和维护者，[136]这就为治理区域金融危机奠定了坚实的合法性基础。为应对欧洲主权债务市场，欧洲央行除调节流动性，加强其信贷支持外，还扩大“证券市场计划”（SMP）和启动新的担保债券购买计划，[137]开始购买财政脆弱的欧元区成员国的政府债券。

---

[131]张荔等：《金融危机救助：理论与经验》，中国金融出版社 2011 年版，第 91 页。

[132]周小川：《国际金融危机：观察、分析与应对》，中国金融出版社 2012 年版，第 366 页。

[133] Klaus Regling，Europe’s Response to the European Sovereign Debt Crisis，June 8，2012. http: / /www. Efsf. Europa. eu /attachments．2014年2月21日访问。

[134]邢骅：《欧盟治理危机引起的擅变与开辟的前景》，载《国际问题研究》2013年第2期。

[135]Protocol (No. 4) on the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank, art.14.3, May, 9, 2008. http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/en_statute_from_c_11520080509en02010328.pdf.2014 年 2 月 24 日访问。

[136]孙杰：《主权债务危机与欧元区的不对称性》，《欧洲研究》2011年第1期，第37页。

[137]European Commission，European Financial Stability and Integration Report 2011，Commission Staff Working

同时，欧洲央行又推出直接货币交易机制（OMT），许诺必要时可无上限地购买成员国债券。2011年12月，欧洲央行再推出“长期再融资操作”（LTRO），向欧元区银行提供1%固定利率的无限制贷款，[138]有效缓解了欧元区银行的流动性危机。

（四）“国际组织”模式

金融全球化趋势使金融危机不仅突破地域国界，还跨越区域限制，逐渐成为一种国际现象，危机治理逐渐显露出国际公共产品的属性，迫切需要确定的国际组织充当“国际最后贷款人”，承担危机治理职责，由此催生“国际组织”模式，即由特定国际组织，如国际货币基金组织（IMF）、世界银行（IBRD）和国际清算银行（BIS）等，在世界范围内实施的金融危机治理行为、

目前，国际货币基金组织（IMF）是金融危机国际治理的主要机构。1944年，美国等44个国家签订《国际货币基金协定》，成立IMF来承担维系布雷顿森林体系下固定汇率制的法定职责，在成员国出现国际收支逆差时提供紧急贷款以帮助其恢复国际收支平衡。1973年布雷顿森林体系崩溃后，IMF援引《国际货币基金协定》的第一条“宗旨”部分的第五款，[139]认为其应当维持充足的资金以确保必要时提供临时性资金为成员国恢复国际收支平衡创造便利条件，避免采用危害本国或者国际经济繁荣的措施。[140]IMF自此成功变身为“国际最后贷款人”，不仅未退出历史舞台，而且在金融全球化和金融危机国际化背景下强化了其在国际金融治理中的地位和权威，如在拉美债务危机，IMF不仅提供紧急援助，而且充当债务国的贷款担保人以及帮助债务国进行债务重组。[141]此后墨西哥金融危机、亚洲金融危机中，尽管受到相当质疑，但IMF的救助仍然起到了一定作用。[142]在2008年全球金融危机中，IMF积极参与救助，发放紧急贷款、协调各国危机治理行为，发挥了重要作用。在危机预警方面，IMF通过个别监督和多边监督两种方式防范危机，并通过发布《全球金融稳定报告》对当前全球金融风险作出多边评估并提出政策建议。墨西哥金融危机后，IMF建立了一套含有多项指标的全新危机预警

Document，SWD (2012) 103 final，Brussels，April 13，2012.

[138]ECB，Assessing the Financing Conditions for the Euro Area Private Sector During the Sovereign Debt Crisis，Monthly Bulletin，August，2012，p. 95.

[139]《国际货币基金组织协定》第一条规定第五款规定：在充分保障下，以基金的资金暂时供给会员国，使有信心利用此机会调整其国际收支的不平衡，而不致采取有害于本国的或国际的繁荣的措施。

[140][美]保罗·布卢斯坦：蔡丽等译：《惩戒：金融危机与国际货币基金组织》，蔡丽等译，中信出版社2003年版，第37 页

[141]黎文龙：《“拯救”还是“干预”：国际货币基金组织的悖论分析》，载《东南亚纵横》2008 年第 5 期。

[142][比]兰姆弗莱斯：《新兴市场国家的金融危机》，周凯等译，西南财经大学出版社 2002 年版，第 31 页。

机制，1996年便已预测到东南亚金融危机并向相关国家提出警告和建议，其中菲律宾长期受IMF严密监督，在危机爆发后展现出良好的危机抵抗能力。[143]

但 IMF 并非是真正意义上的世界中央银行，其并不发行货币，不具备传统中央银行的危机治理工具，[144]IMF 更像是国际信用合作组织，通过发行基金份额（quota）建立资金蓄水池，以此向成员国提供最后贷款，以解决其短期流动性不足问题。同时，作为危机管理者，IMF 还可以组织和协调成员国的危机治理行为，募集更多资金。[145]当前，随着金融全球化和金融危机国际化程度不断提升，IMF 逐渐担当起“危机防范者”、“危机贷款人”和“危机管理者”的职责，[146]成为金融危机国际治理领域的重要主体。

除 IMF 外，还有其它国际金融组织也参与到国际金融治理中，如国际清算银行（BIS）则通过巴塞尔委员会（BCBS）制定银行监管国际标准来防范危机，并通过市场委员会（MC）监督和规范全球外汇市场资本流动，对国际资本的投机攻击发出预警信号；在危机救助方面，BIS 与 IMF 协调互补，共同承担国际最后贷款人职责，BIS 的贷款规模较小但行动迅速，IMF 则能够提供大笔的贷款但需附条件，此外，BIS 既能通过货币互换体系在短期内维护币值稳定，也可以通过短期桥梁贷款填补危机国等待 IMF 贷款时的流动性缺口。[147]同时，世界银行（IBRD）在 IMF 批准其成员国的危机处置计划后也会对该国提供资金援助，但由于金融危机治理并非这些组织的主要职能，因而其在危机治理中主要是利用自身优势来协助 IMF 发挥职能。

四、当前国际治理法律机制存在的主要问题

（一）“主权国家”模式存在的主要问题

金融危机国际化趋势放大了危机治理的成本，以至于“世界经济中心”国家已无力承担，而且治理国际金融危机从来也不是特定国家的法定职责，加之金融危机治理逐渐显露出国际公共产品属性，单一国家基于“搭便车”考虑也无意独立承担治理责任，致使当前“主权国家”模式出现一系列问题。

---

[143]谢世清、曲秋颖：《国际清算银行与国际货币基金组织之比较研究》，载《宏观经济研究》2012 年第 9 期。

[144]周小川：《关于改革国际货币体系的思考》，载《中国金融》2009年第4期。

[145]Stanley fischer , On the Need for an International Lender of Last Resort , http://www.imf.org/external/np/speeches/1999/010399.htm
2014 年 2 月 12 日访问。

[146]宣海林等编译：《IMF 应扮演何种角色》，http://www.jrj.com.cn/NewsRead/Detail.asp?NewsID=858520，2013 年 12 月 30 日访问。

[147]谢世清、曲秋颖：《国际清算银行与国际货币基金组织之比较研究》，载《宏观经济研究》2012 年第 9 期。

首先，金融危机国际治理与国内治理存在巨大差异。一是主权国家负有国内治理的法定职责，亦存在规范治理法律框架，而国际治理中主权国家既不承担法定职责，亦无相应法律框架；二是主权国家拥有相应的国内治理工具，如可不受限制“自由放贷”的最后贷款人职能等，[148]但其类似国际治理工具；三是现代国家的危机治理资源受民主法治制度约束，国内治理尚且备受争议，将之用于国际治理必然面临国内公众巨大压力，如欧债危机中德国在通过紧急救助的应急法律后，德国宪法法院迎来大量投诉，声称其因违背欧盟“不救助条款”而欠缺法律依据。[149]

其次，由于缺乏专门国际法律框架，“主权国家”模式的危机治理行为随意性极大，缺乏必要可预见性；此外，“主权国家”模式只能以签订双边协议方式个别化实施，协议的签订和执行难免掺杂政治因素，一方面，苛刻的附加条件使危机国不到“最后时刻”不会主动寻求救助，另一方面，救助国也会评估危机对本国利益影响度以及危机国与本国利益的相关性决定是否以及如何提供救助，如美国之所以大力救助墨西哥金融危机，一是在政治层面，此举可以体现北美自由贸易区（NAFTA）国家之间的团结和相互支持，二是防止发生“连锁反应”，以免此前发放给“新兴市场经济”大量信贷出现问题。[150]极端情况下，个别国家甚至会阻碍危机救助，如国际社会曾试图协调共同救助“大萧条”危机，但在 1933 年世界货币会议中美国基于自身利益考虑拒绝加入致使协同救助方案失败。[151]

最后，当前国际社会制度的基础是国际私有制，“国际私有制通过对全球生产要素的分割，形成国家利益对人类整体利益的分割，……追逐国家利益也是一只看不见的手，在协调着国际关系，确定着国际秩序。”[152]国家利益是主权国家行为动机，维护本国金融安全是主权国家是否及如何参与危机国际治理的首要目的，因此，对国内金融危机，主权国家将积极予以关注和处置，对周边或主要伙伴国的金融危机，其第一选择是阻断其国内传播渠道，而后才考虑是否提供救助，但面对巨大的危机治理成本决定了除非是“殃及池鱼”，否则主权国家第一选择是“自保”，这也解释了为何在现今金融危机国际治理中“主权国家”模式愈发

[148]周仲飞：《银行法研究》，上海财经大学出版社 2010 年版，地 286 页。

[149] Hans-Werner Sinn，Rescuing Europe， Special Issue CESifo Forum，11，2010， http://www. cesifo — group. de. 2014年2月24日访问

[150][美]金德尔伯格：《经济过热、经济恐慌及经济崩溃：金融危机史》，朱隽、叶翔译，北京大学出版社 2000 年版，第 11~12 页。

[151]张荔等：《金融危机救助：理论与经验》，中国金融出版社 2011 年版，第 140 页。

[152]杨松：《国际法与国际货币新秩序研究》，北京大学出版社 2002 年版，第 73 页。

少见，即便出现也只是起辅助性作用。

（二）“主权国家联合”模式存在的主要问题

“主权国家联合”模式只是部分缓解“主权国家”模式存在的国际金融危机治理成本激增与单一国家治理资源有限间的冲突，同时，在金融危机的国际治理同样也并非是部分国家的法定职责，而且由于缺乏相应法律框架，“主权联合国家”模式的治理行为同样随意性极大。加之参与国家较多，联合治理的协商、执行成本巨大，虽然当前依托于 G20 制度平台，“主权国家联合”模式取得了一定效果，但 G20 机制本身就存在较大缺陷。

首先，G20 机制缺乏明确的法律章程，治理国际金融危机亦非其明确法定职责。G20 宗旨在于促进工业国家和新兴市场国家就国际经济重要问题开展对话，并通过对话，为实质问题的讨论和协商奠定广泛基础，以寻求合作并推动国际金融体制改革，促进国际经济稳定和持续增长。但 G20 并非建立在完整法律框架基础上的制度性紧密国际组织，只是一个主要国家就具体问题进行事务性磋商的非正式功能性国际合作平台，具有相当松散性。此外，G20 也并未设置常设性秘书机构，这限制了成员国之间信息交流的程度、频率以及对危机的反应速度，直接影响其对金融危机治理实效。

其次，G20 是建立在成员国协商一致基础上的非正式国际会议论坛而非基于投票的决策实体，这使 G20 可以比较容易地达成国际协议，但协议的结果只是以联合声明形式呈现，声明既非国际协定也非国际条约，不具有法律约束力，只是“国际软法”，对不遵守协议规定义务责任的国家并无惩罚措施，这虽然增加组织的灵活性以及议事效率，也使得 G20 的行动能力和执行能力相当有限，以至于其成员国对自己在多大程度上实现承诺都表示怀疑。[153]

最后，G20 是在打破 G7/8 的封闭性基础上建立的，通过将中国、印度、巴西等新兴国家吸收为成员国，G20 在世界经济的所占比例大幅上升，获得了广泛的世界代表性以及在此基础上的合法性，但同时，成员数量的增多也导致 G20 协商和执行成本的激增，制约了 G20 对国际金融危机的反应速度和治理功效。

上述缺陷使得依托 G20 为制度平台的“主权国家联合”模式存在一系列问题，其启动、实施以及退出具有很大临机性、随意性及滞后性，制约了“主权国家联

[153]崔志楠、邢锐：《从“G7 时代”到“G20 时代”——国际金融治理机制的变迁》，载《世界经济与政治》，2011 年第 1 期。

合”模式在危机国际治理中的实效性。

（三）“区域组织”模式存在的主要问题

“区域组织”模式的最大优势在于区域组织是在明确的法律章程基础上运行，并具有确定的治理区域金融危机的法定职责，使其治理行为具有相对固定启动、运行以及退出模式，并在实践中取得了很大实效，然而“区域组织”模式亦存在自身问题。

就“区域合作”模式而言，以东亚金融合作组织为例，东亚金融合作框架比较松散，更像是金融合作互助组织，其并不存在区域性央行，不发行区域通用货币，极大限制了其危机治理的能力。货币互换协议（CSA）是东亚金融合作组织主要的危机治理工具，虽然CSA可以缓解提供的流动性对突发性资本流出造成的货币贬值，但以CSA为主要内容的《清迈倡议》以及《清迈倡议多边化协议》存在重要缺陷，即与IMF关联性，只有IMF对危机国提供金融支持后方可实施CSA规定内容，[154]这严重限制了CSA应有救助功能。同时，中、日、韩拥有大量外汇储备等危机治理资源，东盟国家则相对有限，致使东亚金融合作存在地域性失衡，合作基础较弱。此外，东亚地区复杂的政治格局也在相当程度上制约了东亚金融合作组织危机治理能力。

“区域一体化”模式凭借“一体化”合作降低区域危机治理的联合成本，以欧盟为例，当今世界绝无仅有的经济金融一体化以及不断迈向新高度的政治一体化使欧盟拥有巨大的金融危机治理资源。但欧盟同样存在一些问题，特别是其决策机制及法律授权问题。

首先，欧盟一直以其均等参与的民主化决策机制标榜，但在08金融危机中欧盟的决策机制因其程序繁琐、效率低下而备受争议。[155]同时，欧盟的政治一体化进程滞后于经济一体化，造成政治的分散决策和经济的区域一体化冲突，如欧洲金融稳定基金(EFSF)在救助危机过程中就成员国如何分担责任便出现极大纷争，德国认为欧元债券不是解决危机的最佳方法，但法国、西班牙、意大利和欧盟委员会都支持发行欧元债券来筹集救助资金。[156]分离的主权政府与统一的欧洲中央

---

[154]Ogawa Eiji, Regional Monetary Coordination in Asia after the Global Financial Crisis: Comparison in regional monetary stability between ASEAN+3 and ASEAN+3+3, http://ideas.repec.org/p/eti/dpaper/10027.html, 2014年2月11日访问。

[155] 周小川：《金融危机中关于救助问题的争论》，载《金融研究》2012 年第 9 期。

[156] EU political union after “urgent” response to crisis: France，June 8，2012，http: / /www． eubusiness． com/news /finance —public — debt．gze /． 2015年4月3日访问。

银行格局并不能确保危机治理行为的完全协调，这也是制约其危机治理能力的重要因素。

就欧洲中央银行而言，欧洲央行的独立性实际上与成员国利益有着不可调和的冲突，[157]此外，法定职责的单一性同样制约其金融危机治理能力。依据欧盟相关法律，欧洲中央银行的首要职责是确保欧元稳定，[158]以及与之相关的价格稳定、促进就业、可持续发展以及非通胀增长等相关目标，[159]其未被赋予“最后贷款人”等危机治理职责。同时，欧元区各国央行由于失去完整的货币创制权，其最后贷款人职能形同虚设。欧债危机爆发后，欧洲央行在是否充当“最后贷款人”问题上摇摆不定。危机加剧促使欧盟认识到修改相关法律让欧洲央行承担“最后贷款人”，比建立统一的财政政策的救助效果更加明显，但部分成员国担心欧洲央行直接救助将损害欧元的稳定和信誉，反对其救助金融危机，但实际上，欧洲央行制定复杂方案规避法律限制，以欧洲金融稳定基金（EFSF）为中间人置换希腊债券，增加对希腊的贷款援助，此后更在2011年直接购买意大利和西班牙国债，这在法律上无疑存在瑕疵，对此欧洲中央银行只能强调这是作为货币市场工具来维护欧元稳定。而欧洲央行的长期再融资操作（LTRO）也是备受争议，一是欠缺法律明确授权，二是与欧洲中央银行的低通胀目标冲突。[160]事实上，欧盟治理金融危机已经越来越依赖于欧洲中央银行，但迄今却没有相应明确的法律授权。

（四）“国际组织”模式存在的主要问题

IMF 等国际组织一成立便在完备的法律框架内运行，具有相对超然的国际地位，其危机治理行为的启动、实施、退出等具有相对固定模式，也积累了相当经验，这些优势使得“国际组织”模式在近年来的国际金融危机治理中取得相当成绩，但实践中“国际组织”模式在运行中也存在一些问题。

首先，国际组织缺乏治理国际金融危机的明确授权。如 IMF 原本是在布雷顿森林体系下处理国际汇率问题的国际组织，《国际货币基金协定》第一条规定的宗旨中并未明确授予其治理国际金融危机的职责。[161]布雷顿森林体系崩溃后，IMF

---

[157]徐聪：《从欧债危机看欧洲央行的独立性困境》，《欧洲研究》2012 年第4 期，第32 页。

[158] Tasks, Eur. Cent. Bank. http:// www.ecb.int/ecb/orga/tasks/html/index.en.html. 2014年2月18日访问。

[159] Ryan W. Tanselle, Some Secrets do not Hurt Everyone: The Case For Additional Discount Window Reform in The United States' Federal Reserve, Indiana International & Comparative Law Review,2011.,Rev. 147.

[160]周小川：《金融危机中关于救助问题的争论》，载《金融研究》2012 年第 9 期。

[161]《国际货币基金组织协定》第一条规定：（一）通过设置一常设机构，便于国际货币问题的商讨与协作，以促进国际货币合作；（二）便利国际贸易的扩大与平衡发展，以促进和维持高水平的就业和实际收入，以

在国际金融体系中的定位愈发不确定，与急剧增长的国际流资以及日益膨胀的各国央行外汇储备相比，IMF 的资金规模在相对缩减，虽然经过数次增资后 IMF 资金规模大幅增长，但在 2008 年全球资本流动规模就已达到 16773 亿美元，[162]与之相比，IMF 可动用的资金数目可以说是“小巫见大巫”，难以确保有充足资金应对全球系统性危机的融资需求。[163]“除了充当规模较小的新兴市场国家贷款者外，IMF 已无法再成为令人信服的国际最后贷款人，只能逐渐致力于新兴市场国家的扶贫计划，而这又与世界银行（WB）的传统职能发生冲突，甚至存在被 WB 或其它国际援助发展机构边缘化的可能。”[164]针对这一局面，有学者建议彻底剔除 IMF 的金融危机治理职能，将其转型为单纯的建议咨询机构，[165]但丧失金融危机治理职能后，IMF 的建议能否起到应有作用则存在相当大的疑问。

其次，自IMF在墨西哥债务危机中开始承担“国际最后贷款人”后，关于IMF等国际组织应如何治理国际金融危机的争论持续至今，虽然IMF的介入使墨西哥危机迅速终结，但也引起学界关于这可能扰乱国际金融秩序的担忧，特别是这种国际救助将引发国际金融市场道德风险，鼓励国际借款者忽视甚至无视风险控制而不适当地大量借贷。[166]同时又使国际债权人片面追求高额回报，有意放松或者疏忽对信贷的风险控制，如果这种道德风险进一步发展，就可能会使国际债权人诱使发展中国家迅速开放本国金融市场并提高大量国际短期贷款，忽视越来越高的信贷风险，[167]这就为爆发新的金融危机埋下隐患。

再次，为克服国际危机治理的道德风险，IMF 为危机救助设定了严格的启动条件、繁琐的程序以及过长的审核周期，且危机国所能获贷款规模受其缴纳份额限制，特别是 IMF 忽视不同金融危机个性差异，在紧急贷款中一律附加诸如实施双紧缩的财政政策和货币政策、平衡国际收支等苛刻条件，尽管 IMF 声称关于任

及所有会员国生产资源的发展，作为经济政策的首要目标；（三）促进汇价的稳定，维持会员国间有秩序的外汇安排，并避免性的外汇贬值；（四）协助建立会员国间经常性交易的多边支付制度，并消除妨碍世界贸易发展的外汇管制；（五）在充分保障下，以基金的资金暂时供给会员国，使有信心利用此机会调整其国际收支的不平衡，而不致采取有害于本国的或国际的繁荣的措施。（六）依据以上目标，缩短会员国国际收支不平衡的时间，并减轻其程度。基金的一切政策与决定，均应以本条所列宗旨为原则。

[162]中国科学院研究生院国际资本流动研究课题组：金融风暴下的国际资本流动态势与展望，《中国金融》，2009年第 1期。

[163] 张明：《全球金融危机的发展历程与未来走向》，载《国际经济评论》2009 年第 6 期。

[164]Patrick Bolton, David A. Skeel, Jr， Redesigning the International Lender of Last Resort, Chicago Journal of International Law Summer 2005.

[165]Chari and Kehoe, Asking the Right Questions about the IMF, Federal Reserve Bank **of** Minneapolis Annual Report Issue 2005.

[166]Patrick Bolton, David A. Skeel, Jr， Redesigning the International Lender of Last Resort, Chicago Journal of International Law Summer 2005.

[167] 郑振龙、江孔亮：《关于 IMF 能否作为国际最后贷款人问题之研究》，载《现代财经》2000 年第 9 期刊。

何贷款协议的条款，其始终是与危机国进行谈判协商而非单方命令，但实际上，这类谈判或协商都是一边倒，全部权力都握在 IMF 的手心里。[168]甚至连 IMF 自己也承认在对亚洲金融危机救助中其在传统的限制性条件（如要求危机国财政收支透明公正）之外又提出一些与危机治理相关度不高的敏感性条件，如要求危机国解决公司治理问题和“任人唯亲”问题等做法是错误的。[169]这也使得泰国政府对 IMF 隐瞒其外汇储备真实数据，因为其担心一旦提供真实数据将会使救助贷款条件更加严厉，甚至可能导致 IMF 退出危机治理，在相当程度上影响了 IMF 对亚洲金融危机治理效果。此外，IMF 单一的片面追求外部平衡的救助方案虽有克服道德风险的考虑，但结果却使危机国承担了过重的危机救助成本，致使 IMF 的危机救助方案因缺失公平而缺乏应有认同，备受诟病的同时甚至恶化金融危机。

最后，当前国际金融危机治理方案之所以欠缺应有的公平性，根源于IMF等国际组织自身存在内部结构性失衡。基于历史原因，国际组织普遍受发达国家控制，如经济合作与发展组织（OECD）本身便是“富人俱乐部”，国际清算银行（BIS）则受西方发达国家控制，即便是成员国最为广泛的IMF也不例外，虽然表面上IMF由一个代表所有成员国的执行委员会管理，但其投票权却与成员国所缴纳的份额挂钩，而缴纳份额又与成员国的经济发展水平挂钩，虽然近期经过一系列改革，新兴市场国家的份额有所扩大，但仍难改IMF由美国等发达国家主导的局面，如亚洲金融危机中IMF援助韩国时便要求韩国允许外国金融机构在其国内市场建立分支机构和经纪行，而实际上这一要求是美国提出的。[170]此外，美国还是IMF中唯一拥有否决权的国家，“如果华盛顿不是独自操纵 IMF 的那个人，它就是在危机发生时控制着绝大多条线的那个人，这是一个公开的秘密”[171]，甚至有学者认为IMF越来越像美国推行其对外政策的私有工具。[172]这就导致其在对发展中国家的危机救助方案中附加强制性苛刻条件，存在公平性质疑。这可以理解IMF等国际组织在国际金融危机治理的主要目的在于恢复危机国（往往是发展中国家）的清偿力，避免因国际债权债务链条断裂而危及国际债权人（也就是发达国家）

[168][美]约瑟夫·E·斯蒂格利茨：《全球化及其不满》，夏业良译，机械工业出版社2004 年，第 32 页。
[169][美]本·斯泰尔、罗伯特·E·利坦：《金融国策：美国对外政策中的金融武器》，黄金老等译，东北大学出版社，2008 年，第 137 页。
[170][美]保罗·布卢斯坦著：《惩戒：金融危机与国际货币基金组织》，蔡丽等译，中信出版社2003 年，第133 页。
[171][美]戴维·德罗萨：《金融危机真相》，朱剑锋、谢士强译，中信出版社2008年，第162 页。
[172]Stone, Randall W., The Scope of IMF Conditionality, International Organization, Vol62, Issue4, Cambridge University Press , 2008, pp589.

的利益，也可以解释为何当处于国际金融体系核心的发达国家遭受危机时，IMF等国际组织便束手无策。[173]

五、金融危机国际治理法律机制的完善

经济运行的周期规律决定了金融危机发生的必然性和客观性，金融危机的不同形式直接影响金融危机治理的图景，当前金融全球化以及金融危机国际化趋势使得金融危机国际治理成为必然趋势，有成效的国际治理机制需要将国际社会各方主体纳入到统一的制度框架之下，妥善协调，合理平衡、分摊治理成本，以共同应对金融危机国际化的挑战，

（一）金融危机国际治理有效性的标准及路径

1．金融危机有效国际治理的标准

首先，金融危机治理必须快速反应，及时启动，否则便丧失最佳时机，不必要地增加治理成本。这就要求建立统一制度框架，将现有危机治理主体纳入框架之中，确保治理行为的协调性、一致性和可预期性。此外，制度框架中应设置一个居于核心地位的领导者，评估金融危机的出现可能性及其危害程度，判断是否以及如何救助，迅速出台救助方案并协调不同主体实施执行方案。

其次，参与国际治理的主体间应有明确分工，承担有所不同、但各自明确的权利、义务及责任，在危机治理的启动、运行、监督、退出等各环节中能够各司其职，各担其任，相互配合，协调一致，严格执行既定方案。

最后，危机治理方案的公正合理要求治理方案的商议、制定、执行情况应定期进行信息披露，使金融危机国际治理受到国际社会的严格监督，确保其公正性和有效性。共同利益诉求是金融危机国际治理存在的前提和基础，但在治理中必然会涉及不同主体利益的纷争，在确保维护国际社会共同利益的基础上，治理方案妥善、合理分配国际治理的义务及成本，[174]避免部分国家借机谋求本国私利，侵害危机国或其它参与国利益。

2、金融危机有效国际治理的构建路径

国家主权和金融利益的存在决定了在金融危机国际治理中必然存在利益冲

---

[173] George Friedman, Peter Zeihan, The United States, Europe and Bretton Woods II, Geopolitical Weekly, October 20, 2008 ,http://www.stratfor.com/weekly/20081020_united_states_europe_and_bretton_woods_ii.2014年2月18日访问。

[174]刘瑞等：《公共治理视角下的美国金融危机救助机制分析》，载《陕西师范大学学报》2009年第5期。

突问题，平衡利益冲突最佳路径便是依赖明确的法律协调机制，构建金融危机国际治理法律框架，合理分配国际治理成本，明确参与治理各方主体的权利、义务以及责任，确定治理中的发起者、组织者、参与者、接受者、监督者。

首先，在当前国际社会私有制情况下，金融危机国际治理必须要依据明确的法律制度，否则，治理行为会因缺乏必要规范而丧失本应方向，导致治理的无序和低效；同时，缺乏明确的法律授权也会使治理主体面临着“越权”、“缺位”、“错位”的困境和指责；此外，金融危机国际治理涉及错综复杂的国际利益关系，应由相应的法律规范予以调整、平衡，一是明确国际治理主体的法律人格，授予IMF等相关国际组织危机治理权限，并根据需要相应扩大其治理职权；[175]二是及时将G20等国际论坛达成共识的危机治理政策以法律形式固定，并加以系统化梳理，形成具有可操作性的法律制度；三是明确国际治理关系各方主体的权利义务、职权职责以及相应的惩处机制。

其次，构建金融危机国际治理体制度框架，针对过往国际治理实践中组织混乱、监督缺位的弊端，完善国际治理的主体结构，确定金融危机国际预警主体及其职权职责，基于国际救助更为复杂，需要确定救助发起者、救助接受者、救助组织者、救助参与者、救助监督者等系统全面的国际救助主体结构框架，其中，一是确立救助组织者的核心领导地位，二是设立独立的监督主体，负责监督其它国际治理主体，特别是救助组织者的治理行为，防止其滥用职权侵害他国，特别是危机国的利益。

最后，合理配置各方治理主体的权利、义务和职权、职责，这是确保金融危机国际治理机制合法性和有效性的基础。为保证上述法律资源配置的公平合理，一是应以各主体在治理中所起的不同作用为标准来配置；二是要应以公平原则为主旨，实现治理主体的权利与义务匹配、职权与职责相匹配，避免出现失衡情况；三是为避免出现国际治理权力滥用情况，应设置相应的权力约束机制，以实现金融危机国际治理权的法治化运行。

（二）金融危机国际治理主体及其职责

金融危机国际治理主体层次多元，种类繁杂，数量众多，既包括IMF、BIS等国际组织，也包括欧盟、东盟等区域组织，以及各主权国家，相互之间的关系错综复杂，需要相应的法律协调机制，明确赋予各方主体各自的职责，以此确立

[175]向雅萍：《后次贷危机时期IMF改革的法律思考》，载《武汉理工大学学报》2010年第4期。

金融危机国际治理中的权力约束机制和利益平衡机制。

1．国际预警主体及其职责

金融危机的国际化放大了其破坏力，需要建立能够全面、正确跟踪国际金融体系风险的危机预警机制，以最大程度防范国际金融危机，或者及时启动危机的国家救助，有效的金融危机国际治理首先需要国际预警机制，有效预警机制的关键在于确立一个常设性机构承担预警职责，在全球范围内收集、整理、分析相关息，定期发布金融风险评估报告，对可能发生金融危机的国家（地区）及时警示，并预判危机可能的严重程度以及波及区域。国际预警主体有效履行自身职责需要具备相应的先决条件，一是以法律规范赋予国际预警主体必要的独立性，使其在人事、财务、职能上独立于其它国际组织和各主权国家，特别是主要经济体国家；二是以法律规范赋予国际预警主体必要的权威性，使其有权直接要求有关国际组织及主权国家（地区）提供相关经济金融信息数据，并对拒不提供者和虚假提供者的设置相应的惩罚机制，以此确保国际预警的准确性和及时性。

2．国际救助主体及其职责

与国际预警相比，金融危机的国际救助更为复杂，借鉴过往实践，可将参与国际救助的不同主体类型化为国际救助发起者、国际救助组织者、国际救助参与者、国际救助监督者以及救助接受者五类，这五种类型主体在危机国际救助中发挥不同功能，履行各自职责。

救助发起者是提出金融危机国际救助申请的主权国家（地区）或国际组织，具体可以是危机国、关注危机国金融危机的其它国家以及国际组织等。由于救助牵扯甚广、成本巨大，其启动在确保及时的同时，也必须合理适度，这就要求救助发起者应承担以下责任：一是能够准确监测相关本国（地区）经济状况，比较准确地预测金融危机发生的可能性、破坏力及其波及范围，并能出示相关的证明材料；二是能够通过国际交流渠道与其他国际救助主体进行有效的信息沟通，对所提出的救助申请进行详细的解释和说明。

救助组织者意指在国际金融危机救助中掌控全局，对救助进行组织、管理的主权国家和国际组织。救助组织者是国际救助的领导者和核心力量，其行为直接关系到国际救助能否顺利实施并达到预期效果，因此，救助组织者应担负以下责任：一是接受救助申请者的救助申请并进行评估，决定是否有必要启动国际救助程序；二是根据对金融危机发展态势的预判，在广泛吸取各方意见的基础上设计、

制定国际救助方案，分摊国际救助成本，如在墨西哥金融危机中，美国基于自身利益考虑率先提出总计 488 亿美元的国际联合救助方案，并具体分配了各国及国际组织所承担的救助份额。[176]；三是组织实施既定国际救助方案，筹集救助资金，督促各救助主体履行所承担救助义务，并对违反者进行相应惩处；四是协调解决各救助主体在国际救助过程中的冲突，特别是各主权国家之间救助行为冲突；五是对国际救助效果进行跟踪评估，处置各种突发性事件，保证国际救助能够顺利实施，有序退出；最后，确保国际救助全程透明，定期进行信息披露，接受救助监督者以及国际社会的监督。

救助参与者意指在金融危机的国际救助中参与救助方案的设计和实施的主权国家（地区）和国际组织。救助参与者在国际救助中的主要责任是服从救助组织者安排，履行国际救助方案中所规定的救助义务，一是承担国际救助方案分摊到的救助成本，保证救助资金及时到位；二是依据国际救助方案配合实施相应的经济金融政策，减少政策的负向溢出效应；三是作为救助资金的提供中，救助参与者有权在救助方案制定或实施过程中表达意见，但必须遵守相关程序。

救助接受者意指在因受国际金融危机影响而接受国际救助的主权国家（地区）。救助接受者既是国际金融危机的受害者，也是国际救助的对象和受益者，救助接受者的主要责任是履行国际救助方案所规定的义务，但与救助参与者相比，其国家主权不可避免受到一定限制，一是救助接受者要保证所获救助资金严格按国际救助方案规定使用，不得挪用它途；二是救助接受者应依据国际救助方案实施国内经济金融政策，并根据方案改革相关经济金融领域；三是救助接受者要定期向救助领导者、救助监督者等通报救助资金使用情况以及相关经济金融信息数据；四是救助接受者要接受救助组织者、救助监督者的相关检查。

救助监督者是在金融危机的国际救助中对救助的启动、实施、退出等全程实施监督的国际组织。金融危机的国际救助涉及复杂的国际政治经济格局，关系重大的国际利益关系，为防止相关国际救助主体滥用国际治理权力，侵害相关国家利益，国际社会有必要本着公平合理原则设置专门的国际救助监督主体，承担以下职责：一是监督国际救助方案的制定，确保方案的公正合理；二是监督救助资金筹集、使用情况，确保救助资金以既定方案及时到位，并依既定方案使用；三

[176]Douglas Arner, An analysis of international support packages in the Mexican and Asian financial crises, Journal of Business Law，1998, Jul, 380-396.

是监督各主体依据国际救助方案实施经济金融政策，救助接受者依据既定方案改革相关经济金融领域；四是重点监督国际救助组织者的国际救助行为，确保救助过程的公正合理。

上述对国际救助主体的类型化分析只是对及其复杂的国际救助实践的简单理论抽象，在实践中往往会出现国际救助主体身份竞合的现象，如某一国家可能既是国际救助发起者，又是国际救助参与者或接受者等，但为防止出现身份利益冲突，国际救助监督者必须独立于其他国际救助主体，以确保其监督的公正可信，为此，任何主权国家都不适宜担任这一角色，国际社会有必要确定一个独立的国际组织充当金融危机国际救助的监督者。

（三）确立 IMF 在金融危机国际治理中的核心地位

在金融危机国际治理的诸多主体中，国际预警主体与国际救助组织者居于核心地位，是国际治理成败的关键，因此，其人选至关重要。鉴于当前金融危机国际治理具有明显的国际公共产品属性、国际社会私有制的现实，以及在管辖领域、国际权威、治理资源等方面的局限性，主权国家及区域性组织在危机国际治理中的作用有限，比较而言，国际组织对金融危机的国际治理中更具优势，而在诸多国际组织中，IMF 是最为适宜的选择。

首先，IMF 具有广泛的国际代表性。目前，IMF 共拥有 186 个成员国，各成员国根据 IMF 章程缴纳份额，履行义务，在此基础上，IMF 原则上每年与成员国进行一次协商，对成员国的金融形势和政策作出评价。此外，IMF 还构筑多种渠道加强成员国之间的信息交流与合作，如国际货币基金组织和世界银行年会等，可以最大程度降低国际预警和国际救助的联合成本。这些优势使 IMF 具有提供金融危机国际治理的基础条件，这些条件不仅各主权国家和区域性组织不具备，而且绝大多数的国际组织也不具备，例如，虽然国际清算银行（BIS）为成员国提供的信息交流更加频繁，贷款也更为及时且没有附加条件，但其成员仅限于发达国家，与发展中国家基本无缘，而发展中国家的金融危机又较发达国家普遍，以此，BIS 在国际援助是有限的。[177]

其次，基于国际社会私有制现实，主权国家以及区域性组织在国际社会中的行动首先关注的是自身或所代表区域的利益，为此甚至不以牺牲全球金融安全为代价，与之相比，广泛的代表性使得 IMF 在国际社会中具有更为超然的地位，其

[177]李世宏：《中央银行最后贷款人职能研究》，中国金融出版社 2008 年版，地 28 页。

并不纠结于个别金融市场或特定区域的金融风险，而是关注全球范围内的金融风险状况，整体评估金融危机可能的破坏力和波及范围；能够成为金融危机国际治理这种国际公共产品的最佳供给者；同时，广泛的代表性也可以保证 IMF 在组织国际预警以及国际救助中可以更有效地协调各国经济金融政策的冲突，还可以保证其做出的决策更为公平合理。

再次，相比主权国家和其他国际组织，IMF 拥有更为雄厚的危机治理资源来履行国际预警和国际救助的组织职责。IMF 经过长期的发展，积累了相当的资金实力，其成员国认缴的份额大部分是美元、欧元、黄金等具有高度国际流动性的资金，在 2009 年的 G20 伦敦峰会上，与会国一致同意将 IMF 的资金规模由 2500 亿美元扩大至 7500 亿美元，最终将 IMF 的借贷资金规模增加至 1 万亿美元。此外，IMF 还有其创设的特别提款权（SDR），而且 IMF 还可以组织和协调成员国在危机中募集更多的资金。[178]由 IMF 充当危机救助的管理者，它可以利用本身拥有的各种货币资源，从而大大降低交易成本，提高救助的效率。[179]

最后，IMF 参加了过往多次金融危机的国际治理，积累了相当的经验和教训，特别是在 20 世纪 70 年代金融全球化加速以后，国际金融危机救助中都会出现 IMF 的身影，从 20 世纪 80 年代的拉丁美洲债务危机到 20 世纪 90 年代墨西哥金融危机，从 20 世纪末的亚洲金融危机到 21 世纪伊始的阿根廷、土耳其金融危机，从 2008 年美国次贷金融危机到紧随其后的欧洲主权债务危机，IMF 扮演愈来愈重要的角色，已经逐渐适应了金融危机国际治理核心使命。

但是，目前 IMF 自身还存在相当多的问题，需要一系列的改革予以完善：在组织治理方面，实施内部决策民主化改革，进一步提升新兴市场国家在 IMF 中的份额，增强欠发达国家在 IMF 的发言权，遏制发达国家的权威，加强 IMF 的公正性及国际社会认可度；在国际金融危机治理职能方面，增加紧急贷款规模，缩短贷款周期，弱化贷款的附加条件，创新贷款工具以应对国际金融危机的新趋势。尽管存在上述问题，但不可否认，伴随金融全球化及金融危机国际化趋势加强，IMF 治理职能和权威在历次金融危机国际治理中不断加强，IMF 逐渐在国际社会中担当起“危机防范者”、“危机贷款人”和“危机管理者”的职责，成为国际金融危机治理的首要主体和核心力量。

---

[178]Giannini, C. the IMF and the Lender of Last Resort Function. Finance and Development,1999, 36(3),9.
[179]任康钰：《全球化背景下中央银行最后贷款人的角色探讨》，载《国际金融研究》2010 年第 8 期。

国际经济法的地缘新格局

何力*

摘　要：国际经济法及其规则受地缘影响，具有地缘性。国际经济法的地缘既存格局是西方国家主导的，即“西方中心”。二战以后的冷战时代，前苏联东欧经互会和布雷顿森林体制两种模式的东西竞争，结果是西方平定了东方。战后亚非新国家的参与，提出建立国际经济新秩序的主张，演变成南北之争，最后也被西方国家搞定。WTO 时代新兴经济体的崛起改变了国际经济大格局，成为国际经济法地缘重构的契机，但西方国家顽固保守难有进展。唯有中国因素的登场，使得国际经济法地缘新格局终于开始形成。

关键词：国际经济法；地缘格局；新兴经济体；中国要素

孟德斯鸠在《论法的精神》中提到地理环境对法律的影响，主要是通过对气候条件对人的性格的影响来分析国家的政治和法律制度。[180]这样的推断并没有得到历史的实证，但给我们一个思考问题的新的角度。实际上，地理环境，或者说地缘要素对于各种社会现象，包括法律制度乃至法律规则或多或少会产生影响的。国际经济法及其法律规则也概莫能外。国际经济法是受着地缘要素影响的。我们可以把其叫做国际经济法的地缘性，而由其地缘特征形成的国际经济法及其规则所体现的国家群体的意志和利益在世界范围内的势力分布、冲突和协调，就是国际经济法的地缘格局。以下，本文准备探讨第二次世界大战后国际经济法作为一个法律部门出现以来，其地缘格局及其变迁，然后分析在中国要素以及若干新兴经济体强势登场后，国际经济法面临的地缘格局重组及其新格局。

一、国际经济法的地缘既存格局：西方中心

历史学界曾经批判过“欧洲中心论”，[181]但当代世界多数国家的法律，包括中国，的确是来自欧洲。至于国际经济法的相关规则，从地缘上看西方特征特别明显。这里的“西方”（Western World）在不同的场合有不同的含义，但一般而言是指基于源于西欧文明而演化出来的国家群。其地理位置主要是指北大西洋两岸的所谓“欧美”。国际经济法是具有鲜明地缘特征的。

国际经济法及其规则的渊源从历史上看基本上都源于西方，并非世界各大法律文明结合的产物。国际经济法的渊源大体上有调整国际经济关系的国际法、私人经济交往的国际协定、作为跨国法的国际习惯法、各国规制国际经济活动的涉外经济法。[182]国际经济条约是国际条约的一种。私人经济交往的国际协定出现在第二次世界大战前，都是西方国家之间制定的。第二次世界大战后建立 GATT、IMF 和世界银行的三大国际经济条约才是调整国际经济关系的国际法的系统建立。即使创始成员来自世界各地，但其主导国家主要是美国，以及英国。调整私人之间的国际贸易关系的国际贸易惯例是英国法律传统的产物，它们通行于世界，成了国际经济法中的不成文法部分即国际贸易惯例则更多是英国法律传统的产物。各国规制国际经济活动的涉外经济法，虽然在国家主权原则下由各个国家自己制定，真正能够推广到各国

*何力，复旦大学法学院教授，博士生导师，法学博士。

[180] 见孟德斯鸠：《论法的精神》第三卷第十四章“法律和气候的性质的关系”，邢贲思等主编《影响世界的著名文献 法律·军事卷》，新华出版社，1997 年，第 554 页。

[181] 陈立柱：《西方中心主义的初步反省》，《史学理论研究》，2005 年第 2 期。

[182] 【德】马蒂亚斯·赫德根，江清云等译：《国际经济法》第 6 版，上海人民出版社，2007 年，第 13-27 页。

并广为采用的还是以美国的相关法律制度为主，特别是美国从20世纪初开始出现的贸易救济法律制度到30年代的“罗斯福新政”时期的各种涉外经济法相关机制。

布雷顿森林体制下的GATT、IMF和世界银行的建立和运行，国际经济法才自成体系。战后70年来，国际经济法从体系到具体规则的大部分都是在美国为首的西方国家的主导下发展起来的。它规范和规制西方国家通行的国际经济关系，并随着西方国家主导的市场经济向全世界推广，特别是WTO的成立和成功运行，国际经济法规则就成为通行全世界的法律规则，已具有全球统一性。它既是地缘的，即以美国为首的西方国家主导，也是普世的，因为它几乎构成了国际经济法的全部。

以贸易救济规则的发展就可以看出这样一个演化史。贸易救济的观念和制度规则形成于主要是美国的北美的市场理念。[183]在1947年商讨GATT规则时，美国硬是把贸易救济条款塞进来了，成为GATT第6条，第16条和第19条的内容。这一下子就成为了世界性的。从GATT到WTO的贸易救济法律规则的完善和争端解决实践的发展可以看到，国际经济法的很多规则首先是产生于美国的实践，然后通过GATT及WTO规则等成为世界性规则，然后又在WTO等国际经济组织或国际经济条约的制度或义务的约束下又成为很多国家的国内法，这就是既是地缘的，又是普世的缘由所在。这一过程也被称为“美国法全球化”。[184]

为了维系西方主导国际经济法的地缘特征，美国等西方国家在国际经济法制度设计上不遗余力，深谋远虑。IMF表决机制中美国一国否决权的设计就是一例。[185]在IMF成立的20世纪40年代末，这样的设计是美国经济规模、实力和对国际经济的义务和责任能力的真实体现，是无可厚非的。但是在后来运行的几十年里，国际经济形势发生很大的变化，美国的经济实力早已相对下降，这样的设计尽管已经不合理，但并没有任何办法来加以更改，其美国和西方的地缘特征就非常明显了。世界银行的表决机制也是这样设计的。

二、国际经济法地缘格局的东西模式的竞争：平定东方

战后几十年，并非西方国家主导下的国际经济法及其规则是唯一模式。冷战状态将世界经济分为苏联东欧的社会主义计划经济体系和美国西欧主导了市场经济体系。奉行社会主义计划经济的国家群体除了南斯拉夫之外，采用了苏联斯大林体制下的立国和经济体制的理念，因而对于国际经济合作及其法律机制有着自己的独特的理解。它们对西方国家主导下构建布雷顿森林体制的法律框架和规则无动于衷，同时开始自己独立的国际经济法律规则体系的创建和发展历程。

1949年，前苏联主导下，苏联、保加利亚、匈牙利、波兰、罗马利亚、捷克斯洛伐克等国在莫斯科成立了经济互助委员会(Mutual Economic Assistance，简称经互会，Comecon)，建立了计划经济模式下的国际经济合作机制。[186]它们的成员国、咨询国或观察员国在后来被融入欧美主导下的市场经济圈之前，都是按照经互会的规则进行国际贸易和国际经济合作交往，游离于美国以及西欧主导下的国际经济法律体系之外，自成体系。经互会成员主要在西欧和北美的东边，因此与欧美主导的市场经济圈相对而立，就构成了国际经济法的“东对西”地缘格局。

经互会下设各专业委员会，其中就有法律委员会，专门处理经互会相关的国际经济法律事务。其他的还有下设的专业性估计经济组织，比如联合工业组织、国际投资银行、国际经济合作银行等等。其中1963年成立的国际经济合作银行确定卢布为转账货币，经互会各国间采用卢布进行多边结算。但是卢布并不是经互会流通的国际货币，只是银行的记账货币。经互会在前苏联倡导的有限主权论下实行国际分工，统一协调经济政策和国民经济计划，促

---

183 黄东黎、何力：《反补贴法与国际贸易》，社会科学文献出版社，2013年，第53页。
184 高鸿钧：《美国法全球化》，《中国法学》2011年第1期。
185 谢世清：《国际货币基金组织的份额与投票权的改革》，《国际经济评论》2011年第2期。
186 李兴：《论经互会的问题与苏东关系》，《世界历史》，1997年第6期。

进国际生产专业化和协作，并签订了上千项双边经济协定和150多项多边经济协定，建立了30多个超国家性质的国际经济合作组织。1964年起，成员国之间使用转账卢布结算，贸易顺差以商品作抵偿。[187]

经互会的出现和一度兴旺，使得当时若干新独立的发展中国家眼前一亮，似乎在西方模式之外看到了新的道路，吸引了很多亚非拉国家的参加。但到了20世纪80年代，东西对决已分胜负。市场经济在世界范围内取得了对计划经济的胜利，经互会国家也相继融入市场经济圈，接受西方国家主导下的国际经济法规则。最后在冷战结束的1991年，经互会宣告解散，长达40余年的国际经济法的东西地缘格局之争最终划下的句号。经互会的崩溃，使得西方国家终于搞定了东方国家，国际经济法从此在西方模式下一统天下，世界范围的市场经济法律规则终于完全取代了计划经济法律规则。

三、国际经济法地缘格局中变动：搞定南方

与苏联东欧国家另搞独立的国际经济法体系不同，非殖民化的独立运动下一系列亚非新国家的诞生，它们中间绝大部分并没有被苏联东欧国家的计划经济模式误导，因而自然成为西方国家主导下的市场经济的国际经济法律秩序的一部分。这一动向成为国际经济法地缘格局的变动要素，即南方国家发起的对西方主导下的国际经济法及其规则的冲击。这集中体现为建立国际经济新秩序的主张。

发展中国家主要地处亚洲、非洲和拉丁美洲。亚洲的发展中国家集中在东南亚、南亚和西亚，加上中国，总体上在亚洲偏南地带。非洲和拉丁美洲相对于北美洲和欧洲也处于南方，因此发展中国家和发达国家之间是处于一种南北方位的关系，即“南北关系”。[188]这样，单从西方国家主导下的国际经济法圈子内，发展中国家在国际经济法上的主张和要求就成为一种方向性的要素，并随南北关系的势力对比变化而导致国际经济法地缘格局的波动。

发展中国家在战后国际经济关系中在自由贸易体制下经济得到很大的发展，但相对于发达国家越来越处于不利地位。发达国家在战后数十年长期独占拥有资金、技术和国际贸易的中高端制造业，更是在国际经济法律规则繁荣制定方面拥有绝对优势地位，因此其利益得到最大限度的维护。发展中国家很多只能出口资源，而自然资源也很多是被控制在发达国家的跨国公司手中，即使出口资源，利润也大部分落到发达国家跨国公司手中。而发达国家的制成品随着附加值越来越高，发展中国家也越来越难以入手，从而使得发达国家与发展中国家之间形成了实质上的不等价交换。而这一切都是在由发达国家主导下的国际经济法框架内以自由贸易、市场原则名义下进行的，并在业已形成的不公平的国际分工中更加强化。[189]

发展中国家开始在联合国等舞台进行抗争，提出了国家的经济主权原则和建立国际经济新秩序的主张。这一南北对抗最后导致了发达国家做出了一定的让步，在GATT谈判和其他一些场合开始贯彻对发展中国家及最不发达国家实行优惠原则，建立了国际贸易的普遍优惠制，在世界银行集团中成立了国际金融公司等专门促进发展中国家经济发展的国际融资机构。在国际投资法领域，对于发展中国家的国有化和征收措施有一定理解。所有这些，使得20世纪80年代以后南北关系出现了明显缓和。但是，这一切是否带来了国际经济法的地缘格局根本性变化呢？

在WTO乌拉圭回合谈判中，以印度、巴西为首的发展中国家据理力争，在WTO规则创制中一定程度反映了某些南方国家的主张。并且WTO《农产品协定》、《纺织品协定》在一定程度上体现了发展中国家的立场，因为农业和纺织品是当时发展中国家具有一定竞争力的两大领域。但发达国家仍然主导了WTO规则的创制。作为开放纺织品和服装市场以及一定程度开

187 卢志渊、张俺元：《论苏联在经互会中的得与失》，《泉州师范学院学报》，2007年第3期。
188 陈本红：《论南北关系的发展演变》，《湘潭师范学院学报》，1999年第4期。
189 张贵洪：《全球化与南北关系》，《世界经济与政治》，2000年第9期。

放农产品市场，美国主导了 GATS 和 TRIPS 两大协定，使得服务贸易和知识产权保护纳入到了 WTO 法律体系里。[190]如果再看看在国际投资法和国际金融法等方面更加自由化，更加反映发达国家和跨国公司利益的倾向，可以说明在最近二三十年新自由主义主导下的国际经济法地缘格局的西方国家主导的性质并没有发生根本性变化。国际经济新秩序并没有建立，旧秩序经过一定改良仍然健在。

在经济全球化进程中，国际经济法及其规则作为西方国家主导的规则更主要反映的它们的意志和利益，其本意还是要让过去矛盾重重的西方国家之间能够用他们公认的法律规则化解矛盾，解决争端。这在美欧和美日的经济贸易争端中表现特别明显。所以，国际经济法及其规则，最主要的还是协调西方国家之间的利益冲突。

四、国际经济法地缘格局重构的契机：新兴经济体

战后数十年西方国家主导的国际经济法及其规则稳扎稳打，平定了东方，搞定了南方，终于在 WTO 时代一统天下，成为独步世界的无二普世法律规则。苏联东欧集团另立门户，南方发展中国家抱团挑战，最后也不了了之。但任何事物盛极必衰也是一种发展规律，国际经济法的西方主导的地缘格局也是这样，地缘格局重构或早或迟总会发生的，问题是发生在什么时候？重构的契机在哪里？

20 世纪 90 年代是国际经济法西方主导的全盛时期。WTO 及其规则和机制就是这一全盛下史无前例的杰作。它所体现的经济全球化将人类社会推向又一个繁荣的巅峰，但又似乎出现了物极必反的兆头。随着自由贸易体制、投资自由化和国际金融自由化，跨国公司的自由活动和扩张导致了世界性的国际分工变化，发达国家的制造业开始向发展中国家转移。一些发展中国家趁机快速实现了工业化。工业化大大增加了对能源和矿物资源的需求，又带活了世界资源市场的兴盛。[191]这样源于发达国家产业大转移引发出国际经济新的循环模式。这一循环的结果就是，制造业逐渐远离一些发达国家，以“金砖国家”为代表的一些新兴经济体快速兴起，成为制造业大国和资源大国，改变了世界经济结构和地缘格局。

新兴经济体首推金砖国家。美国高盛的首席经济学家吉姆·奥尼尔（Jim O’Neill）于 2001 年首创“金砖国家”一词，是为巴西、俄罗斯、印度和中国四国第一个字母缩写语 BRIC。后来加上南非构成金砖国家集团，其中前四个进入 21 世纪就进入了经济的高速增长期。[192]中国成为制造业大国，印度主攻服务业兼顾制造业，而巴西俄罗斯都以资源大国享尽繁荣。四个国家人口众多，大大超过发达国家集团中除了美国日本外的其他第二梯队国家，并于最近全部跻身于世界 GDP 十强之列。决定国际经济大政方针和法律规则的西方七国集团在 2008 年金融危机开始弱化，二十国集团成为国际经济社会的主角。二十国集团的成员中除了金砖五国以外，相当于以往南方国家的发展中国家成员还有阿根廷、印度尼西亚、墨西哥、沙特阿拉伯、土耳其和韩国，数量超过发达国家集团，构成了国际经济格局中的“新兴经济体”。[193]新兴经济体成为新的一轮世界经济增长的动力。而发达国家一边从金融危机开始，又是欧债危机接踵而来，国际经济地位相对下降。国际经济势力对比的巨变使得国际经济法的地缘格局有了重构的契机。WTO 多哈回合谈判谈判中中国、印度、巴西等发展中国家大国谈判力不断增强加大。IMF、世界银行等国际金融机构的表决机制也进行了重大调整，增加以中国为首的新兴经济体所占股份和表决权。

新兴经济体的勃兴在国际经济法地缘格局中有所反映本是极其自然的，但国际经济的法律规则作为上层建筑领域往往表现出其滞后性。这样的滞后性推迟了国际经济法的地缘格局重构，但改变不了大趋势。变革的焦点集中在美国一国身上。2010 年 4 月 25 日，世界银行

---

190 张向晨、孙亮：《论发展中国家参加多边贸易体制的得与失》，《世界经济》，1999 年第 6 期。

191 梅琳：《经济全球化与国际产业转移》，《当代经济管理》，2011 年第 3 期。

192 李向阳：《金砖国家经济面临的共同机遇与挑战》，《求是杂志》，2011 年第 8 期。

193 张宇雁、田丰：《新兴经济体的界定及其在世界经济格局中的地位》，《国际经济评论》，2010 年第 4 期。

发展委员会春季会议通过了发达国家向发展中国家转移投票权的改革方案。这倒还顺利。但同年年底 IMF 通过了治理与份额改革方案， 6%的份额将向新兴经济体和发展中国家转移。但根据 IMF 规则，重大改革事项需 85%投票权支持才能通过。在美国一国占有超过 15%的投票权情况下，美国拥有否决权。但美国政府不能搞定国会，导致 IMF 改革受阻，已达 5 年。

WTO 多哈回合谈判旨在形成促进贸易进一步自由化的新的法律规则，但却久拖不决，而最近十年的事实表明，是新兴经济体通过适应 WTO 规则而获得了更大的好处，而美国以及西方国家在现行规则下受益有限。于是，美国开始另辟捷径，维护美国主导下的西方国家在国际贸易、国际投资等规则方面的主导权。我们可以从 TPP、TTIP、ACTA、TISA 等新动向看出，国际经济法的地缘格局中存在着的明争暗斗。

五、国际经济法地缘新格局的形成：中国要素

国际经济法律规则的地缘格局变化之难，实质是因为西方国家不愿意放弃其主导地位。新兴经济体的崛起，经济实力已经形成与西方国家分天下之势，但西方国家通过对国际经济法规则的支配而不愿放手，从而维护者其西方地缘特征。如何才能形成国际经济法规则的地缘新格局，真实反映国际经济格局变化的现实，关乎国际经济法能够进一步发展。但最近几年的努力也似乎陷入困局。如何才能对现有的国际经济法的规则形成机制和框架的突破，这一历史使命最后落到最大的新兴经济体中国的肩上，中国成为国际经济法地缘格局重构的关键要素。

随着中国经济规模、外贸和外汇储备总量的急速扩大，中国在国际经济格局中的地位也大幅度提高。中国的 GDP 占世界的份额到 2014 年已经达到 12%，是 2001 年中国入世时不到 4%比例的 3 倍多。中国对外贸易总额已于 2013 年超过美国成为世界第一，而外汇储备早已居世界第一。中国已经有实力，也有权重构国际经济法的地缘格局。至今为止，改变所有这些在国际经济法规则改革中并没有真正得到反映。在 2010 年世界银行投票权改革中，中国的投票权从 2.77%增加到 4.42&，成为第三大股东国。在当年 IMF 的投票权改革中，中国投票权将从 3.65%提高到 6.19%，仅次于美国列第二位，却被阻拦在美国国会大门外。WTO 的多哈回合谈判受阻，除了中国印度与美国在农业问题上难以达成一致是直接原因外，美国政府获得贸易协定批准的快车道程序授权过期，难以获得美国国会重新授权也是一个重要原因。现在美国已经进入到重启快车道程序授权的阶段，但其目标是为了批准 TPP 谈判，而非直接是为了 WTO 多哈回合谈判。

国际经济法的地缘新格局在非常规的场合已经显现。从 2013 年开始，中国提出了一系列新主张和举措，都具有改变现有国际经济法规则及其地缘格局的意义和作用。

最宏观的是“一带一路”战略的新思维。它通过推动沿线国共建丝绸之路经济带和二十一世纪海上丝绸之路，意在开创中国与亚欧各国乃至非洲国家的国际经济合作，互联互通实现经济的长期稳定增长。中国开始突破现存的国际经济法规则格局已经引起了美国等西方国家的高度关注。2015 年 4 月 25 日，美国总统奥巴马在周末电视演讲中谈到促进 TPP 谈判时说，如果我们不去建立新的世界经济规则的话，那就是中国去制定新的规则了。[194]

在国际金融法领域，我们看到在世界银行、IMF 在规则变更中出现僵局的情况下，以中国为首的新兴经济体开始了很多新行动，改变着国际金融法的规则。其中有 2013 年 3 月 27 日在南非德班成立的金砖国家开发银行。亚洲基础设施投资银行将于 2015 年底成立，到 2015 年 4 月 15 日已有包括英国、德国、法国、意大利等西方七国集团成员在内的 57 个国家。丝路基金于 2014 年 12 月 29 日正式注册，2015 年 4 月 20 日，第一个丝路基金项目落户巴基斯坦。上海合作组织银行也在筹备之中，海上丝绸之路银行拟注册 50 亿元人民币，私筹 1000 亿元人民币。

194 《美国总统呼吁早期达成 TPP 合意》，《读卖新闻》【日】，2015 年 4 月 26 日。

在国际投资法领域，“一带一路”战略和各种促进基础设施建设的银行和基金的应用也会催生国际投资新规则的产生。亚洲有着巨大的基础设施建设需求，将要进行大规模的铁路、高等级公路、油气管道、油气资源开发、发电设施等建设。它们从亚洲基础设施投资银行、丝路基金等获得融资，或者采取 BOT、PPP、TOT 等经营建设模式，都与建筑工程承包紧密相关。中国企业、设备和劳务在国际建筑工程承包中具有不可比拟的绝对优势，而这方面的国际法律规则目前显然还很不完善，很多方面现在还存在空白，因而是可以大有作为的。如何维护国际建筑工程承包企业的权益，有无必要在国际投资协定和投资争端解决中设立相关规则，都是应该研讨的新课题。

在国际贸易法方面，随着“一带一路”战略的展开，欧亚大陆地区的国际物流也将迎来重大转折。除了传统的海上货物运输规则继续主导海运之外，欧亚之间的陆上运输将会有一个很大的发展。这包括中国经中亚或俄罗斯到欧洲的各种亚欧货运班列，日韩经中国到欧洲或中亚的海陆联运，未来随着中巴铁路、中缅铁路的建设而兴起的中国到南亚、非洲的陆海联运等。这将是未来丰富和发展国际货物运输规则，包括国际多式联运规则的极好机会，也是中国发挥自己的作用，提高话语权的国际舞台。

仅从这几个方面可以看出，国际经济法律规则的地缘格局陷入困境的时候，中国因素已经活跃起来。它首先会从以上国际金融法的区域性金融机构规则的创造、国际投资法中的基础设施建设及其承包规则的构建以及国际贸易法领域的陆上、海陆、陆海运输规则的完善作为突破口，将大大提高中国在新的国际经济法规则形成中的话语权，从而带动新兴经济体一道，向国际经济法的地缘格局的传统西方国家主导发起挑战，或早或迟将会改变这一地缘格局。其未来不可能是由发展中国家所曾寻求的低层次的“国际经济新秩序”，而是一个由中国带头的新兴经济体的强大集团代表新兴力量一方，西方国家集团代表传统保守一方，在冲突和妥协中共筑未来的国际经济法律秩序，共创国际经济法新规则。那时的国际经济法的地缘新格局将不是东西格局，也不是南北格局，而是东南对西的新格局。这就是本文的结论。

国际投资协定的政治经济学：一项研究议程

王鹏*

（西安交通大学 法学院，陕西西安，710049）

摘要：自双边投资协定伊始，国际投资治理体系采取双边主义的合作机制，以双边投资协定为主要法律渊源，呈现高度法律化和重度逆中心化的制度趋向。本研究从体系、国家和个体三个层面重述了关于国际投资协定的政治经济学研究，梳理了学界对国际投资协定体系可行性、功能性和正当性的学术追问。本研究从国际投资法律过程的现实约束出发提出了一个约束-选择-竞争框架，以更系统地解释国际投资治理体系变迁中行为者的动机、行为选择以及其所呈现出了制度特征，指出国际投资协定体系呈现出明显的代际差异性和权力依赖特征，权力政治依然是国际投资法律过程中鲜活的制度变量，去政治化的国际投资协定仍由政治化的权力结构作为支撑。

摘要：权力结构；国际投资协定；可欲性；可行性；交易成本

Political Economy of International Investment Agreements: A Research Agenda

WANG Peng, GUO Jianping

（Xi'an Jiaotong University School of Law, Shaanxi Xi'an, 710049）

Abstract: International investment law regime consisted by bilateral investment agreements is highly legalized yet decentralized. This research restates the political economy literature concerning international investment agreements (IIAs), reviews the intellectual enquiry towards the feasibility, functionality and legitimacy of IIAs system. IIAs system has a clear division of generations and a power-dependent evolutionary characteristic which reveals that power still plays great role in international investment legal process and highly legalized IIAs system is based on balance of powers. Sovereign states remain primary actors in international investment legal process and therefore state-centered analysis constitutes the basic framework of political economy inquiry of IIAs. System-centered and society-centered analyses are supplementary to state-centered models. This research proposes a rational consequentialism theory anchored on a Constraints-Choice-Competition framework to systematically explain the similarity and diversity of IIAs regime, emphasizing the meta-assumption of realist constraints stakeholders face in the legal process of IIAs regime.

Keywords: power structure, international investment agreements, desirability, feasibility, transaction cost

* 王鹏（1987- ），男，山东枣庄人，西安交通大学法学院博士研究生，剑桥大学劳特派特国际法研究中心访问学者，研究方向为国际投资法，陕西省西安市咸宁西路 28 号，邮编 710049，联系电话 15209245844，邮箱 wangpeng6165@126.com。

本文系教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“推进丝绸之路经济带建设研究”（编号 14JZD022），国家社科基金重点项目“丝绸之路经济带建设与中国对外开放战略研究”（14AZD052），国家社科基金青年项目“TPP 投资协议中的争端解决机制研究”（编号 14CFX052）和陕西省社会科学基金重点项目“丝绸之路经济带贸易投资便利化法律框架研究”（编号 13SC032）的阶段性成果之一。

国际投资协定的政治经济学：一项研究议程

国际投资法可算是一般国际法理论和实践的“异类”，私人投资者可以援引数以千计的国际投资协定（International Investment Agreements, IIAs）[195]直接将国家起诉到国际法庭。在其他国际法领域下，私人从未享有如此程度和数量的“史无前例”的国际法权利。一系列疑问随之而来：国家出于何种动机做出如此程度的国际法“让步”，国际投资法又是如何逐步从一般国际法体系下分离出来，何种因素能够解释国际投资协定体系的独特性；在资本输出国和资本输入国双重角色国家增多、国有企业跨国投资增多的新常态下，国际投资协定体系又会走向何处?对国际投资协定的传统的法律教义学研究或可以向我们展示国际投资协定的内容是什么、投资者据此享有何种权利、缔约国承担何种义务，但是无法解释国际投资协定从何而来、为何而来、如何而来，[196]更无法回应跨国投资新常态下“国际投资协定向何处去”的学术追求。在此意义上，国际投资法的跨学科研究就成为一种“学术必需品”。

IIAs 体系的权力因素[197]是值得进一步探讨的制度性现象。[198]权力在 IIAs 法律过程中（谈判、设计、裁判、解释和执行）过程中扮演何种角色?[199]权力如何影响或限制各国供给国际投资治理制度的能力？在多大程度上，权力因素能够解释类似经济立场国家签订的 IIAs 的多样性和不同经济立场国家签订的 IIAs 的相似性？除了权力因素之外，何种其他因素能够解释 IIAs 体系在时序上的代际差异性并解释 IIAs 体系现有的立法趋向？权力因素与其他因素如何互动？[200]传统国际法学者常常忽视国际投资法律过程的分配效应（distributional effects），[201]

---

[195] Americo Beviglia & Pierre Sauve, International Investment, in Andrew T. Guzman & Alan O. Sykes eds., Research Handbook in International Economic Law (Edward Elgar, 2007) at 211-270.

[196] Todd Allee & Clint Peinhardt, Evaluating Three Explanations for the Design of Bilateral Investment Treaties. World Politics, (2014), 66(1), 47-87, p.47.

[197] 权力是一个很难定义的要素。绝大多数现实主义国际关系论者对权力采取一种限缩的解读，过于强调或几乎将权力等同于强制能力（coercive ability）。当然，权力也被更宽泛地解读为行动能力，“在社会的语境下，影响其他行动者选择我们希望的结果的能力”。Joseph Nye, The Future of Power (2012), 6; Kenneth E. Boulding, Three Faces of Power, 1989; Massimiliano Vatiero, Towards a Law % Economics of Power, PhD Dissertation, University of Siena, 2008.

[198] Michael Barnett & Raymond Duvall (eds), Power in Global Governance, (Cambridge University Press, 2005); Tomer Broude, Marc L. Busch and Amelia Porges, The Politics of International Economic Law, (CUP, 2011); Axel Berger and Max Buge, Determinants of International Investment Agreements: The Case of China, draft paper for ETSG 2014 conference, available at http://www.etsg.org/ETSG2014/Papers/159.pdf; J. W. Yackee, Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment, in Law & Society Review 42 (4), 805-832; William W. Burke-White, Power Shifts in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism (January 10, 2014). U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 14-2, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2378912 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2378912; Tai-Heng Cheng, Power, Authority and International Investment Law. American University International Law Review, Vol. 20, p. 465, 2005, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=879769.

[199] 法律过程中的权力（Power in the process of law）与法律对国家行为的影响（Power of law to constraint state behavior）是相关但又有本质区别的两个问题。然而，本文仅试图探讨权力及其再分配如何影响 IIAs 的立法和司法过程以及 IIAs 的具体制度设计。

[200] 国际法学者的经典观点固然忽略了权力对国家行为和国际法的影响，但现实主义国际关系理论往往过于强调权力的作用，假设国家将追求权力最大化视为最主要价值。然而，除了权力之外，国家还有一系列其他追求并拥有如同个体一般的一系列偏好，这些都会影响国家的行为。国家的偏好决定了这个国家是否追求某种利益、这种利益的政策优先级以及动用多少权力来实现这种利益。Andrew Moravcsik, Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics, 51 INT’L ORG. 513 (1997).

[201] 经典国际法理论否认权力对国际法的任何影响，“权力或弱势在这方面毫无建设性，法律对聋

因此，主导的国际法文献并没有完全正视和系统分析跨国投资监管的政策需求与国际投资法的功能和角色之间的协调。相比之下，国际关系理论对国际法律现象中的权力因素抱以持续且全面的学术关注。[202]然而，国际关系理论很少甚至并没有将国际法（包括国际投资法）视为一种区别于国际政治的独立现象或学科。法律仅仅被视为国家政治过程的副产品，是“权力的附带现象”（epiphenomenon of power），国际法仅在与以权力为后盾的国家利益相同或相补充的情形下才得以存在。[203]然而，国际关系与国际法僵硬的学术边界正在模糊，例如**理性选择**框架都已为国际法学者[204]和国际关系学者所使用，用来解释在缺乏强制执行机制的所有语境下，国家为何以及如何通过国际法而行动。

本文是这种跨学科学术努力的初步尝试，从不同行为体（actor）的研究假设出发，梳理不同研究层面（国际体系、国家和个人）上关于国际投资协定的跨学科研究，[205]总结前人关于国际投资协定体系权力结构和演化的思想传统。在更大范围上，本研究拟从权力视角反思国际投资协定体系中几个最重要的根本性问题：[206]国际投资协定的本质功能是什么？国际投资协定是如何被选择、设计和改变的？国际投资协定变迁的动力和演进方向又是什么？

一、围绕国际投资协定的争议

作为独特的国际法律实践，国际投资协定现象吸引了越来越多的跨学科学术注意力。例如，Santa Clara journal of international law 在 2013 年第 12(1)期组织学者专刊讨论“外国投资的法律与政治”（Law and Politics of Foreign Investment），[207]国际政治和国际关系期刊 World Politics 在 2014 年第 66(1)期也组织四篇文章专题讨论“国际投资机制：外国直接投资、双边投资条约和贸易协定”（Regime for International Investment - Foreign Direct Investment,

---

子与巨人一视同仁”。EMMERICH DE VATTEL, THE LAW OF NATIONS OR THE PRINCIPLES OF NATURAL LAW APPLIED TO THE CONDUCT AND THE AFFAIRS OF NATIONS AND OF SOVEREIGNS, p.17 (Charles G. Fenwick Trans., Carnegie Ed. 1916) (1758).当然也有例外，晚近越来越多的国际法学者注意并正视国际法律过程中的权力因素，例如Kenneth J Vandevelde, Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation (OUP 2010) 19–24 (in particular); Kenneth J Vandevelde, The Economics of Bilateral Investment Treaties, 41 Harv. Int'l L.J. 469 (2000). Notably, Symposium on the Law and Politics of Foreign Investment, Santa Clara Journal of International Law (2014), 12 (1).

[202] About the general discussion about relations between power and international law, see Richard H. Steinberg & Jonathan M. Zasloff, Power and International Law, The American Journal of International Law, (2006), vol.100, 64-87.

[203] Hans J. Morgenthau, Positivism, Functionalism, and International Law, 34 AM. J. INT’L L. 260 (1940), at p275.

[204] Alexander Thompson, Applying Rational Choice Theory to International Law: the Promise and Pitfalls, Journal of Legal Studies, (2002), vol.31, 285; Jeffrey Dunhoff & Joel Trachman, Economic Analysis of International Law, 24 Yale Journal of International Law 1 (1999); William J. Aceves, The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice, 17 U. Pa. J. Int’l Econ. L. 227 (1996).

[205] Analysis of IIAs without inquiry to its contribution to and interaction with the underlying political, economic and political power is incomplete. Stephan Schill, The Multilateralization of International Investment Law, (CUP, 2009), at p.xv.

[206] 不同学科有各自的术语，因为在跨学科文献梳理中，同一语词含义可能不同，因此，问题才是交叉研究中梳理各流派文献的应有进路。

[207] 该期的主要文章包括，Rudolf Dolzer, Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours, Santa Clara Journal of International Law (2014), 12 (1); August Reinisch, The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements, Santa Clara Journal of International Law (2014), 12 (1); Catherine A. Rogers, The Politics of International Investment Arbitrators, Santa Clara Journal of International Law (2014), 12 (1); Jason Webb Yackee, Do States Bargain Over Investor-State Dispute Settlement? Or, Toward Greater Collaboration in the Study of Bilateral Investment Treaties, Santa Clara Journal of International Law (2014), 12 (1).

Bilateral Investment Treaties, and Trade Agreements），[208]另在 2014 年 12 月，德国发展研究所（DIE）和瑞士世界贸易研究所（WTI）联合举办“国际投资协定的政治经济学”（Political Economy of International Investment Agreements）专题会议。[209]在更宽泛意义上，国际（经济）法与国际关系的交叉研究也为国际投资协定的政治经济学分析提供了知识背景，典型专著如“国际法与国际关系”、[210]“国际法与国际关系的跨学科维度”、[211]“国际经济法研究手册”、[212]“国际经济法的政治维度”[213]等。

关于国际投资协定的传统理论是资本输入国-资本输出国两分的南北分析框架，即**大谈判理论（Grand Bargain）**：资本输入国通过在国际条约中承诺保护投资者的私人权利来吸引来自资本输出国的私人投资，以促进本国经济发展。[214]由于国际投资协定初现时期，资本输出国多是地处北半球的发达国家，资本输入国多是地处南半球的发展中国家，大谈判理论属于典型的“南北冲突理论”。大谈判理论框架清晰、结构简单，能够解释早期国际投资协定（以投资保护为主）的内容设计和扩散现象。[215]然而，随着发展中国家之间订立的南南 IIAs 和发达国家之间订立的北北 IIAs 的增多和国际投资仲裁庭的实践日益多元，大谈判理论已经

---

[208] Helen V. Milner, Introduction: The Global Economy, FDI, and the Regime for Investment, World Politics, 2014, 66(1); Beth A. Simmons. Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment, World Politics, 2014, 66(1); Tim Buthe & Helen V. Milner. Foreign Direct Investment and Institutional Diversity in Trade Agreements: Credibility, Commitment, and Economic Flows in the Developing World, 1971-2007, World Politics, 2014, 66(1); Todd Allee & Clint Peinhardt, Evaluating Three Explanations for the Design of Bilateral Investment Treaties, World Politics, 2014, 66(1). 国际关系和国际政治经济学相关期刊刊发的其他关于 IIAs 的典型文章包括 Lauge N. Skovgaard Poulsen, Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties, International Studies Quarterly, (2014) 58, 1-14; Lauge N. Skovgaard Poulsen and Emma Aisbett, When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning, World Politics, (2013), 65 (2), 273-313; Alexander Thompson and Daniel Verdier, Multilateralism, Bilateralism, and Regime Design, International Studies Quarterly, (2014), 58, 15-28。

[209] 会议议程可见 DIE 网站，https://www.die-gdi.de/en/events/international-investment-agreements/。本文作者也有幸参加了此次会议，并作为题为“权力转移与国际投资协定体系的转型”（“Shift of Power and Transformation of IIAs: A Power Structure Analysis of International Investment Agreements Regime”）的英文报告。

[210] Beth A. Simmons & Richard H. Steinberg eds., International law and International Relations (CUP, 2006).

[211] Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack eds., Interdisciplinary Perspectives on International law and International Relations: The State of Art (CUP, 2013).

[212] Andrew T. Guzman & Alan O. Sykes eds., Research Handbook in International Economic Law (Edward Elgar, 2007).

[213] Tomer Broude, Marc L. Busch & Amelia Porges eds., The Politics of International Economic Law, (CUP, 2011).

[214] Jeswald W. Salacuse, The Law of Investment Treaties (OUP, 2010), p.111. Karl P. Sauvant & Federico Ortino, Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future, Ministry for Foreign Affair of Finland, 7 September 2013, 21. (a promise of protection of capital in return for the prospect of more capital in the future.)

[215] First generation of BITs in this research refer to the BITs modeled on European-style BIT signed before and in early 1990s. and largely the second generation of BITs refer to the BIT with more complex and comprehensive instruments, namely substantive coverage and ISDS system. Second generation of BIT partly collided with FCNs. However, institutional difference remains between FCN and BIT. See Jeswald W Salacuse & Nicholas P Sullivan, “Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain” (2005) 46 Harv Int’l LJ 67.(noting that FCN treaties were primarily signed between developed countries and reflected the spirit of symmetrical political and economic relations. In the context of reciprocity, each contracting parties would only demand what it was willing to give in return resulting in finely balanced treaties. BITs, in contrast, emerged in the context of asymmetrical political and economic relations. The balance underlying BITs was hence not a reciprocal trade-off between rights and obligation, but a ‘grand bargain’ of Northern capital in exchange for Southern countries tying their hands to investment protection standards.)

无力解释国际投资协定在内容、形式和执行机制等方面的多样性。关于 IIAs 的更具体、更细致的学术探索围绕 IIAs 的制度本质、立法形式和执行机制等三个方面展开。

（一）国际投资协定的起源、扩散与制度理念

国际投资协定体系呈现出形式多样性与内容趋同性并存、高度法律化与重度逆中心化并存的演化悖论。时至今日，投资协定体系多样性与趋同性并存。国际投资协定体系仍以多样的双边投资协定（BIT）为主要渊源，但 BIT 实体内容——尤其是投资保护核心条款——却存在可识别的趋同性，与 OCED 流产的多边投资协定（MAI）草案条款并无太大实质差别。虽然晚近 IIAs 内容不断扩张，涵盖范围日益扩大，但核心投资保护条款却并无实质性差异。国际投资协定的高度法律化是指投资者具有高度权利化的投资保护待遇，可直接在国际法庭起诉东道国政府。然而，此种意义非凡的私人权利却缺乏一种制度化的执行机制，只能由特设的国际投资（ISDS）仲裁庭个案执行。国际投资协定这种去中心化[216]的制度降低了 IIAs 执行结果的一致性，导致私人权利的负面影响增大，有悖于规避风险的制度设计理念。

不容否认，从序言到附件、从实体待遇条款到争端解决程序、从字面表述到核心内容，国际投资协定都呈现出很大的多样性与差异性。一个非常普遍而又似是而非的解释是不同国家在不同投资协定中的国家利益不同。国家利益包括哪些内容，可以通过何种变量观察，在具体条约设计过程中如何起作用，这些问题都未有明确的、具有普遍解释力的理论。抽象的国家利益论虽然指明了思考的方向，但并未进一步具体化，并不具有情境化的理论阐释能力。

有效承诺工具论（Credible Commitment）[217]将国际投资协定视为东道国的承诺机制：资本短缺越严重，国内治理机制越差，国际声誉越差，资本输入国越倾向于与资本输出国签订保护承诺最强、义务范围最广的投资协定。[218]国际投资协定体系去中心化的体系特征加剧了潜在东道国之间的竞争。潜在东道国资金越短缺，那么其谈判能力越弱，[219]故而越容易在投资条约中作出繁重的承诺以限制政府行为（hand-tying）。[220]国际投资协定上述经济解释具有不容忽视的局限。BIT 与 FDI 流量的正相关性不甚明显；一些双边投资协定因缔约国国内政治体制变革而不被另一缔约国批准的事实表明促进投资流量的增加并不总是国际投资协定的直接目标；发达国家与发展中国家缔约存在明显的选择性，即发展中国家政治重要性是发达国家缔约与否的重要影响因素。[221]

理性设计论（Rational Design）[222]将国际条约视为为促进未来国际合作而有意设计的、

---

[216] Limited annulment procedure is available under ICSID convention.

[217] Ryan J. Bubb & Susan Rose-ackerman, “Bits and Bargains: strategic aspects of Bilateral and multilateral regulation of foreign investment.” International Review of Law and Economics, 2007, vol.27, 291–311; Büthe, tim, and helen v. milner, “Bilateral investment treaties and foreign direct investment: a political analysis.” in Karl p. sauvant and lisa sachs, eds., The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment, (New York: Oxford University Press 2009), 171–224; Andrew Kerner, “Why should I Believe You? the Costs and Consequences of Bilateral investment treaties.” International Studies Quarterly, (2009), 53(1), 73–102; Yoram Haftel, “Ratification Counts: US investment treaties and FDI flows into developing Countries.” Review of International Political Economy, (2010), 17(2), 348–377.

[218] Such as expropriation history, quality of domestic institutions and power of the executive branch in host state.

[219] Todd Allee & Clint Peinhardt, Evaluating Three Explanations for the Design of Bilateral Investment Treaties. World Politics, (2014), 66(1), 47-87, at 60.

[220] Beth A. Simmons, Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment. World Politics, 2014, 66(1) 12-46, at 20.

[221] Adam Chilton, The Politics of the United States’ Bilateral Investment Treaty Program, 2014, memo.

[222] 关于国际制度的理性设计理论，参见 Barbara Koremenos, Charles Lipson, and Duncan Snidal, The Rational Design of International Institutions, International Organization, 2001, 55(4) 761-799. Mark S. Copelovitch and Tonya L. Putnam, Design in Context: Existing International Agreements and

意在增强缔约国合作承诺、减轻缔约国机会主义行为的机制。未来的不确定性和机会主义行为是条约设计中的主要考虑因素。未来世界——即缔约国对自己行为的后果、其他国家的行为和国际制度的行为的知识——的不确定性越高，条约的集中化程度（Centralization）和灵活性程度（Flexibility）越高，表现为条约越倾向于纳入集中化制度以提供额外信息或澄清条约模糊之处。外国投资的数额越高，国内的经济形势越差，东道国违约的可能性越大，因此在缔约时，缔约双方越可能纳入强力的争端解决机制。总体而言，理性设计理论和有效承诺工具理论都认为最急需投资、国内治理机制最差的国家会签订保护承诺最强、争端解决机制最有利、义务范围最广的投资协定。然而，国际投资协定在条文设置上具有很大的相似性，MFN 条款的存在使投资协定的优惠待遇具有放大效应。而且，最急需投资、国内治理机制最差的国家并没未必然签订保护承诺最强、义务范围最广的投资协定。也有学者注意到国际投资协定的国内效应，从协调国内政策和促进国内改革的政策动机出发，指出国际投资协定能够比国内政策机制更有效地保持一国国内政策稳定性（Lock-in Effect）。[223]虽然具有广泛国内分配效应的国际投资协定的谈判难度更大，因为反对利益集团可能阻碍谈判过程，但是，一旦国际投资协定成型并得到国内立法机构的批准，相关国内机构和得益利益集团就构成国际投资协定执行的国内推动力。[224]

权力和偏好理论（Power and Preference）强调国际投资协定设计中的内生不对称性，强调资本输出国的政策倾向。资本输出国倾向于在投资协定中纳入保护程度高、执行机制强的条款，东道国的承诺可信度无关最终条约设计。资本输出国偏好保护程度较高的投资协定，而且国内行动者（例如，跨国公司）的偏好促使资本输出国寻求与所有缔约伙伴签订更易执行的条约。资本输出国越强势，国内行动者的倾向越强烈，投资协定的保护程度越高。

晚近，有实证研究表明资本输出国的偏好和权力——而不是资本输入国的相关特性和条件——是决定国际投资协定内容的主要因素。[225]国际投资协定体系的核心功能是可信承诺机制，国家在国际投资协定中的承诺的内容由缔约国的利益和议价能力决定。[226]无论其资本短缺程度、国内治理制度、国际声誉如何，资本输入国基本上都签订了保护程度较强的投资协定。虽然指出了权力因素在国际投资协定设计过程中的重要作用并且很具说服力，但既有的权力和偏好理论并未进一步解释投资母国权力的构成部分、测度因素以及与东道国权力的互动，同时也未能解释国际投资治理体系权力结构变迁对 IIAs 演化的影响。[227]晚近，新兴经

New Cooperation (December 21, 2012), International Organization, Forthcoming, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2281980.

[223] Tim Buthe & Helen V. Milner, Foreign Direct Investment and Institutional Diversity in Trade Agreements: Credibility, Commitment, and Economic Flows in the Developing World, 1971-2007, World Politics, 66(1), 2014, at.28.

[224] Tim Buthe & Helen V. Milner, Foreign Direct Investment and Institutional Diversity in Trade Agreements: Credibility, Commitment, and Economic Flows in the Developing World, 1971-2007, World Politics, 66(1), 2014, at.8.

[225] Todd Allee & Clint Peinhardt, Evaluating Three Explanations for the Design of Bilateral Investment Treaties. World Politics, 66(1), pp 47-87. See also Beth A. Simmons (2014). Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment, World Politics, 66(1), 2014, pp.12-46, at 27-29.

[226] Beth A. Simmons, Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment, World Politics, 66(1), 2014, pp 12-46, at.40-43. (acknowledging that beyond FDI attraction, credible commitment dilemma is another core issue in IIAs regime, and arguing power asymmetries imply pressures on developing countries to make concessions to powerful exporting countries and the terms of commitment are and always have been determined by interests and bargaining power of the states)

[227] Andrew Guzman, "Why lDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of bilateral investment treaties," Virginia Journal of International Law, (1998), 38, 639–88; Elkins, Zachary, Andrew Guzman, and Beth Simmons."Competing for Capital: the diffusion of bilateral investment treaties, 1960–2000." International Organization, (2006), 60(4), 811–46; Beth A. Simmons,

济体国家经济实力上升，逐渐兼具资本输入国与资本输出国的双重身份，这对既有的权力和偏好理论是否会带来冲击？这些问题学术界尚没有进一步的具体分析。

有效承诺工具论、理性设计论、权力和偏好论虽然关注的核心问题侧面不同，但都在某种程度上揭示了国际投资协定的多样性。有效承诺工具论和理性设计论关注个体国家如何在投资协定中可信地承诺不干预投资者商业经营的投资保护义务，反映了微观层上政治化的**新自由主义理念**。相比之下，权力和偏好论关注国家间在稀缺的国际投资领域如何最大化本国的国家利益，反映了宏观层面上政治竞争性的**国家主义理念**。[228]

新自由主义与国家主义理念之争根植于 IIAs 体系多样的宏观制度源起，[229]表现为 IIAs 在微观制度设计上呈现出的相互交织的政策导向。一方面，IIAs 体系的出现是传统外交保护体系的替代，[230]部分赋予私人投资人直接起诉东道国的国际法权利；另一方面，IIAs 体系从友好通商条约（FCN）体系中分离而来，晚近又重新与具有厚重经济外交色彩[231]的自由贸易协定（FTA）体系相融合。[232]因此，IIAs 体系既是解决国际投资争端的功能性制度，又是各

"Bargaining over Bits, arbitrating awards: the regime for protection and promotion of international investment." World Politics, (2014), 66(1), 12–46.

[228] Kenneth J Vandevelde, Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation (OUP 2010) 19–24 (in particular); Kenneth J Vandevelde, The Economics of Bilateral Investment Treaties, (2000), 41 Harv. Int'l L.J. 469; Kenneth J Vandevelde, The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty, (1998), 92 The American Journal of International Law 621-641.

[229] Julie A. Maupin, Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach, 54(2) VIRGINIA J. INT'L L (forthcoming 2014)

[230] 外交保护是指一国以本国利益因本国国民利益受损而受损为由，以本国名义匹配（espouse）相关纠纷而发起相关国际裁判程序。就比较优势而言，外交保护的发起较为灵活，无需相关国家事前订立相关条约。就制度条件而言，外交保护发起的程序较为严格，需要以本国国内用尽当地为前提，而且母国是否发起外交保护全由自己裁量，取决于纠纷国内的国内游说能力。而且，母国发起外交保护的政治敏感性较高，很可能因外交保护而影响两国政治外交大局，所以，在两国政治关系密切或母国相对较为弱小时，外交保护发挥作用的可能性有限。外交保护的效率较低，即使启动也不能保证达成令双方都能接受的方案。因此，就功能定位而言，外交保护只能作为相关国际争端和平解决的默认制度，功能有限，而且随着国际争端解决制度化和法制化的加深，外交保护的制度空间越来越小。外交保护手段的"功能失灵"领域正是 IIAs 的功能区域，IIAs 法制化的争端解决机制及由此带来的"政治脱敏"优势使得 IIAs 在纯经济纠纷领域和两国政治关系良好的情形下具有更大的制度可欲性。综上而言，机会成本分析表明 IIAs 可欲性的核心优势在于其中立的、事前一体保护的、法律化的争端解决过程。IIAs 可欲性前提要求各国参加 IIAs 的收益高于不参加 IIAs，而只有在 IIAs 的优势功能区域，潜在成员国参加 IIAs 的收益才高过其他替代性机制。

[231] Donald H. Regan, What Are Trade Agreements For? – Two Conflicting Stories Told by Economists, With a Lesson for Lawyers, Journal of International Economic Law (December 2006) 9 (4), 951-988.（经济学理论关于 FTA 的功能有两种理论：保护主义限制论（restraining protectionism）和贸易操纵限制论（restraining trade manipulation as purposeful exploitation of market power），Donald H. Regan 认为保护主义限制论在理论上和经验上更优说服力，并认为国内理性的一国监管措施在国际层面也是有效率的，WTO 应当基于效率——而不是平衡——的原则给予尊重。）Giovanni Maggi, Internatioanl Trade Agreement, Handbook of International Economics, vol.4, 2014.（考察了关于 FTA 的经济学理论，关注三个问题 FTA 的缔约动机、FTA 的规则和制度的设计和区域性 FTA。FTA 的解释模型主要有限制一国操纵贸易条件的贸易条件论（term of trade）、一国政府限制国内代理人权限的国内承诺论（domestic commitment）和改进目前不完美贸易竞争现状的新贸易论（new trade）。该文从交易成本的视角（contracting friction, enforcement friction）来解释 FTA 实体规则、执行规则和争端解决程序的设计，并从经济和政治两个视角探讨区域 FTA 的决定因素。）Donald H. Regan, Explaining Trade Agreements: The Practitioners' Story and the Standard Model, EUI Working Paper RSCAS 2014/113.（关于政府订立 FTA 的政治动因，该文梳理了两种理论，强调减轻政治性保护主义和国内对出口者政治支持的实务者理论（practitioners' story）和认为政治因素在促成（securing）FTA 方面无影响空间的标准理论（standard model），并认为实务者理论更有说服力。）

[232] Anthea Roberts, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. American Journal of International Law, vol.107, p45 (2013). Available at SSRN:

国经济外交的一般工具，兼具投资保护（与监管）、投资促进和投资外交等三种相互交织的政策取向，深度体现了新自由主义与国家主义在国际层面的纠缠。

（二）国际投资协定体系的多样性

国际投资协定体系的去中心化趋势与去多边化趋势并存，本部分试图从权力维度思考国际投资立法的双边主义、区域主义与多边主义的演生逻辑，进而系统思考国际投资立法在主体范围和规则强度方面的替代性变化。

1.无政府状态与大国协调一致

在无政府状态的根本约束下，国际法在本质上依赖于各国的自力执行，因此具备更强行为能力的大国的偏好往往决定了国际法规则的存废与设计。基础性的国际权力对比不仅影响国际法的执行，更是直接影响国际法的设计，即国际立法过程。国际法的自力执行机制决定了国际法在内容设计上的大国偏好依赖性。国际法自力执行的根本约束具有筛选效应。只有符合大国偏好的国际法才有可能被大国同意并因此被制定出来，不符合大国偏好的多边立法要么不可能成行，要么即便被制定出来也会因大国的不履行而实质归于无效。故此，国家同意是并且依然是国际立法的基本模式，大国协调一致是国际多边立法得以成行的决定因素。

既然无论是否采取国际法形式，大国都依赖自己的力量来执行自己的政策偏好？那么，大国为何要放弃自己的自由裁量权，反而用国际法来彰示自己对特定问题的态度并约束自己在未来的选择和行为？对大国而言，国际法至少存在某种程度的功能。第一，国际法具有传递偏好信息的规模效应。大国在特定问题上通过国际法与他国互动，不仅在特定关系中表明了自己的立场，也对国际社会的其他行为者，尤其是那些可能在类似问题上与该大国互动的国家，传递了自己的政策偏好。第二，国际法具有风险规避功能。在未来权力对比变化的可能性较大的情形下，出于消除风险（Risk-Adverse）和稳定预期的目的，大国是有激励与其他国家尤其是其他大国订立国际法，依照目前的权力对比固化本国与其对手的权利义务。第三，国际法具有国内协调功能。大国可以用国际法固化本国对特定问题的政策偏好，从而为协调国内集体行动提供了基本的聚焦点（focal point）。

由于国际社会的无政府本质，大国只有在符合其利益和政策偏好的情形下才会使用并具体设计国际法规则。因此，涵盖主体范围广泛的多边国际立法能否成型取决于大国能否就特定事项协调一致，而影响大国能否协调一致的重要——如果不是最重要——的因素之一是国际社会的权力结构，尤其是权力的不对称性（Asymmetry）。

在偏好冲突一定情形下，权力的（不）对称性决定了大国协调谈判各国立场的难度。在国家主权平等的原则下，国际立法——尤其是多边立法——都采用协商一致的立法模式，然而具有平等法律权利的各国在实质上并不具有平等的谈判能力。“主权国家组成的国际体系虽然在法律权威分布上说是无政府状态的，但是在权力分布上从来就不是无政府状态的。”[233]虽然大国完全有可能采取不平等的立法模式，例如联合国安理会的决策模式，但协商一致的立法模式无疑具有更真实、因而也更重要的偏好显示功能，能为大国拟定实质上更易为各国所接受的方案提供较为充实的信息。这种信息功能是权力多数决或资本多数决立法模式所

---

http://ssrn.com/abstract=2033167. (This Article critiques the role that the five most common interpretive paradigms, namely public international law, international commercial arbitration, public law, trade law and human rights law, are playing in attempts to understand the nature of the investment treaty system. It provides a schema for analyzing what these approaches reveal and obscure about the system and why they often support conflicting outcomes on controversial issues, and explores also why different actors - including states, investors, NGOs, arbitrators and academics - are likely to argue for, or default to, different paradigms based on their divergent interests and/or backgrounds.)

[233] 小约瑟夫•奈，戴维•韦尔奇著，张小明译，理解全球冲突与合作：理论与历史，第九版，上海人民出版社，2012 年，55 页。

无法实现的。大国的权力优势在谈判的后期尤其是最终的妥协阶段具有重大的影响，各国要么在大国方案基础上实现在主体、义务和承诺可信性的妥协，要么无法实现国际立法。

权力的不对称性越高，大国的权力优势越明显，大国“说服”其他国家接受妥协方案的能力越强，因此多边规则谈判的可行性越高且规则对大国偏好的契合度越高。相反，大国的数量越多且大国之间权力的对称性越强，大国的权力优势越不明显，各国协调一致的难度越大，多边规则谈判的难度也越大。能够达成的妥协方案往往在规则的义务强度（例如硬法-软法）和主体范围（例如多边规则-区域规则-双边规则）维度上加以限缩。[234]

国际立法强度的限缩主要体现为国际法规则采取软法形式（例如宣言）还是硬法形式（条约），后者还可细分为是否纳入第三方争端解决机制。国际立法的强度越高，各国未来违约的成本越高，国际法规则的事前谈判的难度越大。如果各国能够有效妥协，国际立法可能采取硬法形式；如果各国妥协难度较大，软法倒不失为一种避免国际立法完全失败的政治选项。具有相互冲突政策偏好且权力对称性较高的大国之间达成妥协的难度最大。

国际立法主体范围的限缩表现为最终立法是采取多边形式，还是复边或双边形式。多边立法往往会因为大国政策偏好差异较高或权力差异较小而失败，但大国完全可能在各自（可以有效说服和控制）的权力范围内以自己的偏好为基准主导范围较小的复边（plurilateral）立法，往往形成区域化（以主导国的权力范围为边界）和专业化（以主导国偏好为基准）的国际立法。大国甚至可能建立制度化程度较高的区域化国际组织，前提是大国能够对国际组织实现有效控制且国际组织能够协调国家间的集体行动。

总结而言，大国协调一致是国际多边立法成行的决定因素。大国的数量越多且权力的不对称性越低，多边谈判的可行性越低，因此国际立法往往在规则强度和主体范围方面进行妥协，进而形成区域化和专业化的立法趋势。

2.国际经济立法的主体范围变化

国家同意仍是国际立法的主要形式。各国某一领域的政策偏好越大，各国需要妥协的领域越多、程度越深；各国权力的对称性越大，强势国家说服弱势国家的难度越大。因此，国际经济治理体系权力对称性和偏好差异性共同决定了多边经贸立法谈判的可行性。在潜在缔约国权力不对称性高且对谈判议题的偏好差异小的情形下，缔约国之间国际立法谈判成功的可能性最高；权力对称性高且对谈判议题的偏好差异大的情形下，谈判成功的可能性最低；介于两者之间的情形，谈判具有中等的可能性。

国际立法谈判	权力不对称性	权力不对称性低
偏好差异大	可行性中等	可行性低
偏好差异小	可行性高	可行性中等

国际经济治理体系权力结构呈现权力分散化和权力弥散化的变迁趋势，各国权力的不对称性降低，国际经济立法可行性下降，因此可观察到的成功的多边国际立法较少。然而，深度全球化导致的国际经济治理政策需求又要求各国集体行动以提供不同程度的国际立法，因此次优的国际立法成为比较实际的政策选项。缔约国可以通过调整多边规则谈判的潜在缔约国范围（主体范围）和议题范围，以降低偏好的差异性或增加权力的不对称性，以促成妥

[234] 徐崇利教授指出从利益角度看，国际法律过程（国际立法和争端解决过程）是各国之间分配利益的过程，即国家作为利己的主体必然追求自身利益的最大化，遵循结果性逻辑（工具理性），以结果是否于己有利作为行为的先导。国际法的理性选择模式得到现实主义和制度主义国际关系理论的支持。从价值角度看，国际法律过程是实现各国观念的过程，遵循的是适当性逻辑（价值理性），即各国以适当与否作为自己是否行为的准则。国际法的这种价值选择模式得到了理想主义和建构主义国际关系的支持。各国实力由软硬两种实力组成，硬实力对应的是国际法的利益维度，直接影响各国利益分配，软实力关涉国际法的观念维度，影响国际法律过程的价值判断。徐崇利，软硬实力与中国对国际法的影响，现代法学，第 34 卷第 1 期，2012 年，151-160。

协形式的国际立法。

增加权力的不对称性的逻辑是，主导谈判国仅选择那些其可以控制和影响的国家进行谈判，以牺牲拟定协议的主体范围换取国际立法的可行性，通常表现为以主导国家权力范围为边界的区域化国际立法，最极端的表现形式无外乎强势国家与弱势国家间具有政策输出性的双边立法。[235]因此可以预见，以美国为主导的 TTP 谈判短期内接纳其难以影响的中国的可能性不大。

降低缔约国偏好差异性的逻辑是，主导谈判国仅选择那些在某一或某些特定议题上具有类似政策偏好的国家进行谈判，通常表现为以主导国家政策偏好为标准的关于特定议题的多元化国际立法。缔约国政策偏好的差异性越小，缔约国在某一国际立法中覆盖议题的范围越大，该国际立法的综合性越强。因此可以预见，政策差异偏好较小的欧美 TTIP 谈判的综合性应高于 TPP。

综合国际经济规则谈判议题维度与主体维度的妥协难度，双边专业化立法将最为常见，双边综合性立法和区域专业化立法呈增加趋势，区域综合性立法仍较为少见，多边综合立法难度最大因此也将最为少见。

总结而言，具有相互冲突的政策偏好和权力对称性较高的大国无法相互妥协往往导致多边立法的失败，但大国完全可能在各自（可以有效说服和控制）的实力范围内以自己的偏好为主导的复边立法，往往形成区域化（以主导国的权力范围为边界）且专业化（以主导国偏好为基准）的国际立法。

3.国际经济立法的规则强度变化

在义务程度方面的限缩主要体现为国际法规则是仅具有宣示意义的宣言形式还是采取具有法律拘束力的条约形式，是否纳入第三方仲裁机构以及是否纳入再谈判和退出条款。[236]国际立法的强度程度越高，各国违约成本越高，因此国际规则事前谈判的难度越大。如果各国能够有效妥协，国际立法可能采取硬法形式（条约-第三方仲裁机构-无退出与再谈判条款）；如果各国妥协难度较大，软法（宣言-无第三方仲裁机构-再谈判与退出条款）[237]倒不失为一

---

[235] “Multilateral institutions benefit from economies of scale when it comes to information dissemination and may serve as a focal points for bilateral negotiations.” Thomas Rixen, Bilateralism or Multilateralism? The Political Economy of Avoiding International Double Taxation (2010) European Journal of International Relations 16(4) 589-614 (providing a rationale for the coexistence of institutions with different membership rules and degrees of obligation, and it moreover hints at the importance of acknowledging institutional interdependencies that go beyond issue linkages across and within institutions).

[236] Laurence Helfer, Flexibility in International Agreements, in Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack (eds.), INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS: THE STATE OF ART (CUP, 2013). (Four overarching constraints that treaty negotiator faces are participation constraint-problem of collective action, sovereignty constraint - anarchy, information constraint – uncertainty and incomplete contracting, problem structure constraint. Flexibility devices include formal mechanisms, such as reservations, escape clauses, and withdrawal provisions, and informal practices, such as auto-interpretation, nonparticipation, and noncompliance.) Ronald B. Mitchell Problem Structure, Institutional Design and the Relative Effectiveness of International Environmental Agreements (2006) Global Environmental Politics 6(3) 72-89. Todd Sandler, Global Collective Action (CUP, 2004).

[237] Guzman, Andrew T. and Meyer, Timothy, International Soft Law (August 4, 2010). The Journal of Legal Analysis, Vol. 2, No. 1, Spring 2011(proposing four justifications of soft law: coordination game theory, loss avoidance theory, delegation theory, and international common law). Guzman, Andrew T. and Meyer, Timothy, Soft Law (May 16, 2014). The Research Handbook on the Economics of Public International Law (E. Kontorovich ed.) (Elgar Publishing, 2014); UGA Legal Studies Research Paper No. 2014-17; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2437956. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2437956 (arguing that the move toward legislative soft law in international

种避免国际立法完全失败的政治选项。[238]

国际立法的规则强度可以通过三种灵活性机制加以调节：实体规则（去）法律化、程序规则（去）组织化、时间开放性。实体规则法律化是指某一协议是否具有法律拘束力，具有法律拘束力的条约比不具有法律拘束力的宣言的强敌更高约。程序规则组织化是指国际立法是否纳入第三方仲裁机构以及制度化机构以执行和监督国际立法的履行，具有制度化机构的国际立法的强度较高。时间开放性是指国际立法是否允许缔约方在未来选择退出与再谈判，体现了缔约国在现在和未来之间的权衡，退出或再谈判门槛较高的国际法规则的强度较高。[239]

实体规则法律化

实体规则法律化（legalization）[240]具有多重功能。首先，国际立法允许缔约国以规则的形式在现今权力对比的基础上确定在未来一段时间内缔约方之间的权利义务分配，可以推迟权力变迁对强势国家的不利影响；其次，当特定议题具有较大国际听众（international audience）或观察者，或特定纠纷有可能重复出现时，一国通过规则的形式彰显本国在该问题上的立场具有规模效应，可以降低国际合作的信息成本；[241]最后就国内协调而言，一国国际立法也为国内相关机构的协调提供了基础和聚焦点。[242]

不考虑其他因素，缔约方权力差异越大，强势国家越有可能拟定对其更有利的实体规则；但在网络化权力结构下，缔约方权力差异变小，各国达成妥协的难度变大，在此情形下，缔约国要么妥协达成较为均等的法律化实体规则，要么达成不具有法律拘束力的宣言。不具法律拘束力的软法将是“屡谈屡败”的多边谈判的现实出路之一。

程序规则组织化/制度化

程序规则组织化的强度反映了缔约国在国际立法中承诺的可信程度，因为独立的制度化组织对条约义务履行的监督更具中立性因而也更加可信。制度化组织不仅包括第三方争端解决机制，甚至包括授权更大的上诉机制。

国际经济治理体系网络化权力结构导致大国之间难以协调一致建立多边国际组织。然而，区域大国甚至可能建立制度化程度较高的区域化国际组织，只要大国能够对国际组织实现有效控制且国际组织能够协调国家间的集体行动。在大国对某一国际组织具有相反的利益时，该大国很可能不会参加该组织；当该组织有可能促进其竞争对手国的利益是，该大国很有可能从初始阶段就阻碍该组织的建立。地区大国在面临大国竞争时，地区大国可能以区域

---

affairs reflects an effort to enhance international law’s effectiveness by weakening the status quo bias inherent in hard law rules to which each state bound must consent)

[238] 硬法和软法存在多种定义，最宽泛的定义要考虑三个要素，义务的程度（obligation），规则的精确程度（precision）和授权程度（delegation）。在三个要素方面都较高的国际立法即为硬法，反之则为软法。研究软硬立法形式的主导进路有二，一种是功能主义的（functionalist approach），强调软硬法对集体行动、不完全契约和不确定等不同问题的制度优势并解构国家选择软硬法形式的条件。另一种是分配主义的（distributive approach），强调国际立法的分配效应并以此解释国家对软硬法不同的偏好。Gregory Shaffer & Mark A. Pollack, Hard and Soft Law, in Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack (eds.), INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS: THE STATE OF ART (CUP, 2013), 202-204.

[239] Exit and escape clauses seem to resolve different problems than definite duration, but that the delegation of decision-making authority may be a viable alternative to limiting a treaty’s life span. Barbara Koremenos, Contracting around International Uncertainty (2005) American Political Science Review 99(4) 594-565, 561

[240] 法律化的三个维度：义务程度、精确性和授权程度(obligation, precision, delegation)。

[241] Paul B. Stephan, Symmetry and Selectivity: What Happens in International Law When the World Changes (2009-2010) 10 Chicago Journal of International Law 91, 99.故此，软法与硬法在此方面仅具有程度而不是实质的差别。

[242] Paul B. Stephan, Symmetry and Selectivity: What Happens in International Law When the World Changes (2009-2010)10 Chicago Journal of International Law 91, 97.

国际立法和国际组织的形式来促进区域的固化和自洽。在大国权力影响范围内的国际组织可为地区大国带来专业知识、信息成本效应、灵活性等优势，因此在权力对称性较高的前提下，区域化立法和区域化国际组织仍可能出现。[243]在网络化权力结构下，缔约国权力不对称性降低，多边国际经济组织包括多边争端解决机构建立的难度较大，区域性和双边国际组织将成为主导的程序组织形式。

时间开放性

上升国家加入以当前权力对比为基础制定的国际立法的机会成本较高，因为未来其权力上升导致的议价能力更高，更有可能议定对其更有利的实体条款。因此为了弥补这种机会成本，未来上升国家在当前国际立法谈判中要么要求更优惠的实体条款，要么要求在现今国际立法中纳入再谈判（renegotiation）或退出条款（withdrawal），以降低上诉国家的退出成本。低退出成本能够允许上升国家在其具有更大的议价能力时进行再谈判。当然，同意在现今国际立法中纳入退出成本更低的再谈判或退出条款，下降国家在现今谈判中做出实体条款让步的压力就较小。[244]如果下降国家更重视在现今国际立法中获得更优惠的实体条款，下降国家确有可能同意在立法中纳入退出条款。

因此，退出条款为上升国家和下降国家在现在与未来进行权衡提供了妥协机制，进而扩大国际立法合作的空间。[245]低折现率（重视未来利益）的上升国家与高折现率（重视现今利益）的下降国家最有可能达成相对平衡的实体条款和低成本退出条款；高折现率的上升国家与低折现率的下降国家最有可能达成对上升国家更优惠的实体条款和高成本退出条款。

实体规则、程序规则和时间开放性之间也可能存在多种互动模式，[246]具体制度组合仍有赖于具体语境中的约束条件和问题结构。本部分无意穷尽所有可能的制度组合，而仅意在指出条约灵活性设计之间相互替代和妥协变化的可能性。总结而言，在网络权力结构下，多边国际立法的可行性降低，大国更倾向于在其有效权力范围内进行复边国际经济立法。区域化和专业化的国际经济立法将成为主导的立法形式，各种灵活性立法机制将逐渐增多。

（三）国际投资立法与国际投资司法

IIAs 体系最引人注意之处在于私人投资者的直接国际诉权，数以百计的国际投资仲裁庭在 IIAs 体系演化中具有不容忽视的影响。国际投资仲裁庭在实践中过于宽泛的条约解释，涉嫌超出国际投资协定的授权，引发了缔约国群体性的担忧，导致晚近国际投资协定体系的正当性之争。[247]在去中心化的仲裁实践中，国际仲裁庭扩大司法权（乃至行使实际立法权）的

---

[243] Paul B. Stephan, Symmetry and Selectivity: What Happens in International Law When the World Changes (2009-2010)10 Chicago Journal of International Law 91, 100-101.

[244] Timothy Meyer, Power, Exit Costs, and Renegotiation in International Law (2010) Harvard International Law Journal 51(2) 379-425, 382-383.

[245] Laurence Helfer, Existing Treaties (2005) Virginia Law Review 91(7) 1579-1648. (A principal challenge facing treaty negotiator is to select a suite of appropriately constrained flexibility mechanisms that facilitate agreement among states ex ante while deterring opportunistic uses of those mechanisms ex post after the treat enters into force.)

[246] Kal Raustiala and Anne-Marie Slaughter, International Law, International Relations and Compliance, in Walter Carlnaes, Thomas Risse and Beth Simmons (eds.), THE HANDBOOK OF INTERNATIONAL RELATIONS (Sage Publications, Ltd., 2002), 538-558. (Three dimensions: form of agreement, substance of the agreement and structure for review of performance.)

[247] Susan D. Franck, Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration, Harvard International Law Journal, Vol. 50, No. 2, Summer 2009. (This suggests that the investment treaty arbitration system, as a whole, functions fairly and that the eradication or radical overhaul of the arbitration process is unnecessary. The existence of two statistically significant simple effects – namely that tribunals with presiding arbitrators from the developing world made smaller awards against developed states in particular circumstances – suggests that particularized reform could enhance the procedural integrity of arbitration.)

实践涉嫌入侵了缔约国的立法权限，引发了学者们关于国际投资仲裁庭的功能、制度设计与缔约国关系等问题的讨论。

国际社会仍旧无政府状态的现实意味着国际法规则仍旧是自力（self-helping）执行的，国家同意尤其是大国同意仍旧是国际立法的主要方式。即便在法治化程度较高的国际投资协定机制下，国家利益和国家权力仍旧是鲜活的制度变量。由是观之，作为工具，国际法（包括国际投资法）反映的主要是强势国家的利益和偏好；国际法可能促进国家福利的改进；如果国际法与强势国家的长期利益相背离，强势国家不会遵守国际法。[248]从无政府主义的根本约束出发，权力基础上的**分配主义进路**（distributive approach）是思考国际规则供给、存续、修订周期（即生命周期）的**逻辑起点**。

然而并非所有的国际法规则都是分配逻辑主导的，因为某些国际法规则存在本身可以有效协调国家的行为，对所有参与国的利益都是增进的，而不是此消彼长的零和分配。这种不具有利益分配效应的国际法规则（也被成为非政治性国际法，nonpolitical international law）的出现回应的是国际社会存在的另一现实约束：信息不对称约束。同个人一样，作为行为体的国家的政策偏好的主观形成过程对另一国家而言是封闭的、不可直观观察的。在某一具体的条约谈判中，一国只能从另一缔约国的所言和所行去推测其偏好信息并因此安排与其的未来互动。这种信息不对成可能导致本来对所有参与国都有利的国际集体行动的直接失败。因此，在某些情形下，各国直接以条约的形式昭示其对某些领域和某些事务的态度和偏好有利于降低国际合作的交易成本。例如，国际法可以降低协商的沟通成本，能够提供某种形式的可信承诺机制，提供各国政策协调的聚合点（focal point）。[249]由是观之，国际法规则对特定国际合作问题（集体行动、不完全缔约和不确定性等）的回应性决定了其存在的合理性和可能范围，有效性基础上的**功能主义进路**（functionalist approach）是思考国际规则生命周期（尤其是国际制度需求）的**重要补充**。

分配主义进路强调国际立法的分配效应并以此解释不同国家对国际法规则的偏好，相比之下，功能主义进路从国际法回应特定国际合作问题的功能出发分析不同制度设计的优劣并以此解释国家偏好。[250]分配主义进路与功能主义进路分别关注国际社会的不同约束变量，并着力解释国际规则生命周期的供给和需求的不同维度，都能部分地解释国际立法和司法现象。这种根本约束关注的不同导致两种分析进路并不是相互排斥的（mutual exclusive），反而是可以相互借鉴以共同解释特定国际法律现象。

大略来看，国际法律过程大致包括立法和司法两个环节，国际法规则的生命周期遵循

---

[248] Richard H. Steinberg, Wanted – Dead or Alive: Realism in International Law, in Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack, INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVE ON INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS (CUP 2013), 150

[249] Robert O. Keohane,The Demand for International Regimes, in Stephen D. Krasner ed., International Regimes (Cornell University Press 1983), 325-355. Robert O. Keohane, After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy (Princeton University Press 1984). Kenneth W. Abbott, Trust But Verify: The Production of Information in Arms Control Treaties and Other International Agreements(1993) Cornell International Law Journal 26, 1-58. Geoffrey Garrett & Barry R. Weingast, Ideas, Interests, and Institutions: Constructing the European Community's Internal Market, in Judith Goldstein and Robert O. Keohane eds., Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions and Political Change (Cornell University Press 1993), 173-206. Arthur Stein, Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World, in Stephen D. Krasner ed., International Regimes (Cornell University Press 1983), 115-140. Timothy L. Meyer, From Contract to Legislation: The Logic of Modern International Lawmaking, 14 Chicago Journal of International Law 559 (2014). Timothy L. Meyer, Shifting Sands: Power, Uncertainty and the Form of International Legal Cooperation, 2014 ESIL annual meeting.

[250] Gregory Shaffer & Mark A. Pollack, Hard and Soft Law, in Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack (eds.), INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS: THE STATE OF ART (CUP, 2013), 202-204.

立法-司法-再立法的动态过程，就国际投资协定立法亦不例外。国际投资立法主要是国家间权力基础上的投资政策偏好的加总，分配正义进路具有更大的解释力。就国际投资司法过程主要是仲裁庭解释和适用国家间订立的协定的过程，更多是工具理性的存在，国际投资仲裁庭并不享有或并不应享有具有分配效应的实际立法活动。然而，由于国际投资协定的抽象性和内生不完全性，仲裁庭为了实现裁断投资纠纷的功能设定不可避免地享有一定的裁量权，仲裁裁决往往具有超越个案的效应，赋予仲裁庭某种程度的实际立法权。仲裁庭的实际立法权并不必然或天然的是一个弊端，因为仲裁庭可据此填补国际投资协定的立法空白，并在具体投资纠纷语境下定纷止争。然而，仲裁庭实际立法权的出现导致投资仲裁制度运作的分配效应增强，侵蚀了缔约国，尤其是强势缔约国的权力。一旦投资仲裁庭具有分配效应的仲裁裁决和解释严重偏离和国家的政策偏好，国际投资再立法过程就不可避免了。缔约国可以通过联合解释和再谈判的方式修订既有投资协定，也可以再行订立新投资协定。当然，回应仲裁庭“越权”裁断并不是缔约国投资再立法的唯一动机，缔约国经济立场的易位导致投资政策的变化也会导致国际投资协定的再谈判。

就国家-仲裁庭互动而言，仲裁庭司法实践与国家立法意图的背离导致国际投资仲裁对东道国公共政策的挤出效应增大。随着双重角色国家的增多，国际投资协定中心国家（美国、欧盟、中国）专向更平衡的投资政策，确保投资仲裁庭对税收权的正当尊重成为 IIAs 演化的重要方向，缔约国逐渐在投资条约中纳入更具体的例外条款和更多过程控制机制。就不确定因素而言，国家-仲裁庭互动的波幅更大，特设且没有及制度化上诉机制的投资仲裁更能充分展示抽象国际投资立法的实践可能性。

从分配主义和功能主义的双重路径来看，较为确定因而也较为理想的国际法律过程是国家间进行分配主义进路的国际立法，仲裁庭进行功能主义进路的国际司法。然而，投资仲裁庭在管辖权问题上的宽泛仲裁实践入侵了缔约国的立法权力，虽然扩大了投资仲裁的范围，但其代价确是却损害了整个国际投资仲裁体系的正当性。毕竟，主权国家仍然是掌握创制、修订和终止国际法律体系主动权的行动者。

国际投资仲裁庭制度定位之争根植于**不完全性条约立法**（incomplete treaty making）。裁断纠纷的国际投资仲裁庭必须享有一定的裁量权（discretion 或 delegation）[251]在具体的纠纷的语境中解释和适用条约。换言之，仲裁庭或多或少地都享有一定的裁量空间，知识程度有所区别。仲裁庭的裁量权较小，缔约国的控制越强，仲裁庭的制度定位越反映功能主义理念，越体现**功能主义工具论**色彩。[252]工具论的仲裁庭的核心制度设定是功能性，[253]而非中立性或正当性。相比之下，仲裁庭的裁量权越大，缔约国的控制越小，仲裁庭的制度定位越反映分配主义理念，越体现**分配主义立法论**色彩。立法论的仲裁庭的核心制度设定是正当性，仲裁庭因为中立性强而正当性高。

依国际立法的不完全性程度，国际法可以分为标准（standard）和规则（rule）两类。规则的确定性程度高，缔约国约定的权利义务较为明确，因此仲裁庭的裁量空间较小；标准较为抽象，不确定性程度高，如果缔约国允许仲裁庭裁断纠纷，要么仲裁庭的裁量权较大，要么缔约国约定了过程或事后控制机制。

根据国际组织（包括仲裁庭）所享有的权威/授权程度不同，全球治理——尤其是全球

---

[251] 与此相对的一个理论是 Margin of appreciation 或 regulatory sovereignty，主张仲裁庭在审查东道国公共政策行为时应对东道国的监管主权报以充分或正当的尊重。

[252] Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, American Journal of International Law, Vol. 104, p. 179, 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1514410 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1514410. (International relations theory offers two principal models, agency and trusteeship, which largely correspond to the two aims of increasing efficiency and enhancing credibility.)

[253] IIAs 的制度功能可以从三个视角加以分析：双方视角（Relation-specific function）、单方视角（State-specific function）、问题结构（Context/Issue-specific function）。

经济治理理论——主要流派包括主张科层结构的**全球宪政理论**（Constitutionalism）、[254]主张存在部分普适标准的**全球行政法理论**（Global Administrative Law）、[255]主张特殊性和功能性的**法律多元理论**（International Legal Pluralism）[256]和以国际制度为核心的**国际组织公共权威理论**（Public Authority）。[257]宪政理论的理论建构性强，力图以个体基本权利为出发点，回应全球化时代经济相互依赖和主权式微的国际治理需求。全球行政法理论以财产权保护为出发点，在社会利益保护的调整过程中厘清政府的规制权限，并为政府善政提供可观察、可检测的标准。[258]法律多元理论则从地方性知识出发，推导出不同知识背景的社群可能对社会政策

---

[254] See generally Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance (CUP, 2009); Alec Stone Sweet, Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier (2010) 4(1) Law and Ethics of Human Rights 47; Ernst-Ulrich Petersmann, Constitutional Problems of Multilevel Judicial Governance in Trade and Investment Regulation, EUI working paper, http://cadmus.eui.eu/handle/1814/21435.

[255] Benedict Kingsbury, Nico Krisch and Richard B. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=692628 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.692628（一些正式和非正式的国际监管机制的国际决策和规则制定行为越来越普遍。这些主体的行为构成了一个全球行政域，监管上述机构决策即规则制定的原则、程序、审查机制即是全球行政法。良好行政标准，如透明度、参与、推理、审查、合理性原则等，对国际监管制度的完善有诸多助益。关于全球行政法的规范性起源，存在三种理念，多元主义（pluralist）、社会连带主义（solidarist）和天下主义（Cosmopolitan）。国内行政法向全球监管机制的扩散（Bottom-up）和创制新监管标准（Top-down）是建构国际行政法的两种路径。）Benedict Kingsbury and Lorenzo Casini, Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law (January 20, 2010). International Organizations Law Review, Vol. 63, No. 2, 2009; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-04. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1539564（全球行政法的进路可以更好地分析国际组织的运作问题，包括国际组织活动的人权影响、公私合作问题、非条约监管工具，例如指南、政策衡量等。良好行政标准，如透明、参与、推理、审查、责任性等，可以分析国际组织的不良实践，并改进有益的行为。）Esty, Daniel C., Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. Yale Law Journal, Vol. 115, pp. 1490-1562, 2006.（讨论了相互依赖的世界中结构性国际合作的政策需求与因嵌生于国际制度的政策制定权威相伴随的政治限制之间的矛盾关系。国内行政法诸多用来正当化国内监管政策制定的工具可以类比适用到国际层面。超国家治理层面并不存在民主基础，其他正当性来源值得重视，例如促进社会福利的专长和能力，法治的秩序与稳定性，分权制衡机制，结构性的协商民主（structured deliberation），以及依照良好行政法规则和程序设置的决策程序。尽管超国家治理不可避免地面临传统分歧、文化差异和政策偏好，但发展一套行政法基准规则工具确能促进超国家的政策制定。）Benedict Kingsbury, The Concept of 'Law' in Global Administrative Law (February 25, 2009). IILJ Working Paper 2009/1 (Global Administrative Law Series); NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-29. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1397308 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1397308（就全球行政法的法的概念，该作者强调作为社会事实的法的概念，强调渊源和承认规则，并引入了法的公共性概念（publicness）。公共性概念包括实体对合法性、理性、比例性、法治和人权的坚持，因此全球治理实体的公共性要求包括推理、公开与透明度要求。公共性要求越强，决策实体依赖既有法律渊源和承认规则的需求越低。虽然全球行政法领域并没有统一的承认规则，但全球行政法领域确有可操作的法的概念。）

[256] See Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance (CUP, 2009), 33-35（全球宪政学派、行政法学派和法律多元主义学派都关注主权国家向国际组织转移的监管权威和正当性，都以各自的逻辑回应全球化、碎片化和全球治理问题。全球宪政学派关注碎片化引起的跨国事物的监管与局限，力图厘清不同法律体系和宪政结构下，跨国事物监管的权威分配和范围问题，即各国主权的监管边界问题。全球行政法学派聚焦国际监管体系下行政行为的多样性和重要性，解构政府监管的正当性和可问责性问题。相比之下，法律多元主义学派强调国际法律体系的碎片化特征，但常低估秩序和科层制度的可欲性和可能性，主张不同领域的国际法律制度并不存在可以借鉴的共同之处）。. 国际关系学者的类似研究，参见 Grainne de Burca, Robert O. Keohane & Charles F. Sabel, New Modes of Pluralist Global Governance, march 2013, available at: http://ssrn.com/abstract=2225603.

[257] Armin von Bogdandy, Rudiger Wolfrum, Jochen von Bernstorff, Philipp Damm, Matthias Goldmann eds., The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law (Springer, 2010).

[258] Gus Van Harten 和 Martin Loughlin 明确将国际投资仲裁视为全球行政法的一个子种类。Gus

持有不同的政策取向，故而同一事项的国际治理可能面临政策偏好的影响而采取不同的组织形式。不同群体交往的程度越深，知识的地方性程度越低，不同群体对同一事项治理组织形式的共识程度可能增加。

就理论的建构性程度而言，宪政理论追求的治理制度结构最为复杂，法律多元理论主张从特定的问题和功能出发建构专门性的国际组织以回应特定领域的治理问题，全球行政法理论认为存在一定的善治标准，适用于所有行政治理机构，相比之下，公共权威理论则相对零散，主张从问题的视角出发解决问题，并没有特别注重治理制度纵向结构的研究；就理论适用的一般性而言，宪政理论最为宽泛，力图从个体的基本权利保护出发，构建一套普适的治理理念和制度，全球行政法理论试图仅在行政监管部门的善治标准方面寻求共识，用以规限和佐证行政部门的监管过程，相比之下，公共权威理论从国际组织行使公共权威的实践为出发点，理论一般性较小，而法律多元理论则仅从某一领域的治理需求出发建构治理制度，强调问题的独特性和地方性知识，适用范围最小。

（四）学术脉络：一个概念，两个假设，三层分析，四个流派

围绕国际投资协定的学术探讨集中于三个问题展开：国际投资协定的制度本质（IIAs 扩散之谜）；国际投资协定的立法过程（IIAs 多样性之谜）；以及国际投资协定的司法过程（投资者权利之谜）。这个三个问题不仅涉及国家间关系，也设计国家与个人、国家与国际组织的关系。以私人投资者权利保护为触发点，国际投资协定糅杂了国家利益的幽灵，阿多诺仲裁庭的介入使得国家立法平衡更加复杂。国际投资立法在不同情形中呈现多种妥协形式，表现为双边、区域和多边共存的混同立法趋势。关于国际投资协定的各种理论研究在核心关注问题上有所侧重，因而在理论假设、理论的分析层次、理论语境和边界[259]存在差别。总结来看，国际投资协定的学术梳理可以从一个概念、两个假设、三个分析层次和四大流派切入。

国际投资治理中的权力是一种很难定义的因素，[260]可能定义包括：实现己所欲的能力；实现他人行其所不欲的能力；实现设定议题且令他人行其所不欲的能力；说服他人或令他人行其所不欲的能力。[261]不同权力类型要素暗示不同的测度因素：[262]两要素说，包括相对外交权力、[263]相对物质权力；四要素说，GDP、人口规模、军费、技术；七要素说，包括 GDP、人口规模、军费、技术、健康、教育、治理等（Mathew J. Burrows, 2012）。在日益复杂的全球化世界，权力的大小和权力的行使结果之间很可能受到其他偶然因素的影响，从而导致单向度因果关系假定的失真。换言之，权力语境不仅影响主体间权力的大小，还影响权力的作用机制（韩真，2014）。权力在本质上是相互的，只有在互动关系中才存在讨论权力大小的

Van Harten and Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, Eur J Int Law (February 2006) 17 (1): 121-150

[259]“一个理论的成功，除了对现实世界具有解释力以外，就是在其边界内的逻辑一致。”盛洪，治大国如烹小鲜——关于政府的制度经济学，上海三联书店，2003 年第 1 版，14。

[260]韩真，张春满，在全球化环境下重新定义和测量权力，社会科学，2014 年第 6 期，3-12；兰德公司，2005，Measuring National Power（测量国家权力）（侧重论述作为结果的权力）；Keith Dowding, Rational Choice and Political Power, Edward Elgar Publication, 1991.（权力本身可能是结构性的，而非个体之间的相对关系）

[261]韩真，张春满，在全球化环境下重新定义和测量权力，社会科学，2014 年第 6 期，7。（权力包括三个维度：一维权力，如 AB 兴趣相左，A 使用强制力使 B 按其意愿行事；二维权力，如 AB 兴趣相左，A 通过影响力使 B 按其意愿行事；三维权力，如 A 使用各种手段使 B 相信 A 的兴趣也是 B 的兴趣，进而避免 B 产生自己的与 A 相左的兴趣。权力定义体现了权力属性的可观察性：持有的权力；通过他人行为结果表现的影响他人的能力；通过设定议定影响他人选择范围（意愿）的能力（消弭潜在的冲突的可能性）。通过行为结果反推权力的大小和影响有利于学者们进行可观察的精确的研究，避免定性研究和推断行为者主观意愿所导致的不准确性。但这种结果导向的权力研究进路预设权力与结果之间的直接甚至单一因果性。）

[262] US National Intelligence Council, Global Trends 2030: Alternative Worlds, p.16.

[263]外交权力可以从一国参加的国际组织数量、大使数量、条约数量等指标衡量。

可能。所以，**权力可以理解为一种（主动）施加或（被动）承受成本的能力**。[264]国际投资治理体系权力结构变迁不仅影响主体间权力的对比关系，而且在更大程度上影响权力的作用机制。如果我们将军事、政治、经济、文化、社会影响等视为权力的有机组成部分并将不同维度权力要素的粘联程度视为权力的**聚合程度**（Aggregation）的表现，并且将权力在不同国家之间的分散样态——即主体间权力的对称度——视为权力的**分散程度**（Diffusion），那么，我们就得出了国际投资治理体系以权力聚合度和权力分散度为向度的**两维权力分析框架**。权力的分散度描述了权力结构的主权间性特征，刻画了不同主体间权力的分布样态，体现了权力的分散程度，具体表现为强势影响力国家之间的相互关系。权力的聚合度描述了权力结构的要素间性特征，刻画了不同权力要素之间的粘联程度，体现了权力的聚合程度。粘联程度体现了不同权力要素作用时的相互关系，在此意义上，聚合程度表现为权力作用机制的行使特性。权力的作用方式包括外交协商、军事胁迫、经济吸引、社会影响和法律吸引等。主导国家的政治意愿和相对权力是影响国际投资协定生成的至关重要的因素，是克服成本约束、实现制度供给的直接动力机制。

两大假设即国际投资法律过程中的行为体（actor）和行为动机假设，即何者出于何种动机从事何种行为，主要反思行为体是理性的（rational actor），有限理性的（bounded rational actor）还是一个社会性的行动者（social actor）。[265]国家行为的原因是什么呢？国家行为是否比个体具有更大的可预见性？根据经典政治现实主义者的观点，国家行为的唯一逻辑是在无政府的状态下最大化自身权力。[266]制度主义者认为，国际法可以通过提供信息或促成共同一例的合作来影响国家行为。[267]自由主义理论的根本假设是国家的偏好决定了国家（在外生的物质条件下）的行为。[268] 从偏好异质程度和执行机制的关系出发，徐崇利教授指出当国家利益、偏好冲突严重时，硬法比软法更有助于保证合作承诺的执行。[269]强势一国可借助硬法，防止弱势国在承诺作出后的机会主义行为。在双方偏好差异不大的情形下，软法即可满足协调两国行为的功能；当两国偏好差异较大时，再分配式合作需要两国在相关问题上相互权衡，此时国际合作不是简单的协调行为，则是双方合意基础上的利益再分配，因此需要可观察性较高的执行机制来保障合作的履行。[270]由于其比较优势和内生缺陷，软法适合在事务

---

[264] 此处权力定义参考了巴尔泽对权力的定义。约拉姆•巴尔尔著，钱勇、曾咏梅译，国家理论——经济权利、法律权利与国家范围，上海财经大学出版社，2006 年，第 26 页（巴泽尔认为：权力是强加成本的能力）。

[265] 国家理性假设构成很多国际法理论的基础性框架，理性假设并不能完全描述国家在各种复杂情形下的决策过程，但理性选择框架确是有效梳理各种理念和分析各种制度的实用工具。即便是秉持理性选择理论的国际法学者也不否认由于政体和个体领导人差异，国家有时的确不遵循理性行事。Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, the Limits of International Law, (OUP, 2005)。已有很多学者指出理性选择假设的不足，认为国家既是理性行为者，也是社会行为者，国家的行为不仅遵循利益计算逻辑，也受制于社会结构和社会规范。Sungjoon Cho, International Economic Cooperation as a Social Phenomenon: A Reply to Posner & Sykes, 87 Southern California Law Review Postcript 30 (2014), 34-36.

[266] Hans J. Morgenthau, Positivism, Functionalism, and International Law, 34 AM. J. INT'L L. 260 (1940), at p269.（国际法需要结合其置身的社会语境加以解读，包括经济利益，社会冲突、对冲突的渴望。这些社会语境是国际领域内的驱动力。）

[267] Robert Keohane & Joseph Nye, Power and Interdependence: World Politics in Transition (1977); Robert O. Keohane, After Hegemony (1984).

[268] Michael Doyle, The Ways of War and Peace (1997); Anne-Marie Slaughter, A Liberal Theory of International Law, 94 Am. SOC'Y Int'l L. Proc. 240, 2000; Andrew Moravcsik, Taking Preference Seriously: A Liberal Theory of International Politics, 51 International Organization 513, 516, 1997; Andrew Moravcsik, Liberal Theories of International Law, in Jeffrey Dunoff & Mark Pollack eds., Interdisciplinary Perspective on International Law and International Relations (2013).

[269] 徐崇利，全球治理与跨国法律体系：硬法与软法的中心-外围构造，国外理论动态，2013 年第 8 期，19-28 页。

[270] 徐崇利，全球治理与跨国法律体系：硬法与软法的中心-外围构造，国外理论动态，2013 年

性而非基础性的国际关系领域发挥作用，但仍只是一种过渡形式，硬法才是国际合作的主导和最终形态。[271]

三个分析层次是指以国际体系为中心（system-centered）的体系视角，主要分析国家间互动对国际投资立法的影响；以国家政权为中心（state-centered）的国家视角，主要分析国家战略对国际投资协定的影响；以国内社会为中心（society-centered）的社群和个体视角，主要分析个体行为对国际投资协定的影响，一定程度上打开国家作为行为体的“黑箱”。现实主义认为，国家在国际体系中的地位决定着它如何界定自己的利益，并预示该国对外政策的走向。自由主义者和建构主义者则认为，国家利益不仅仅是由国家在国际体系中的地位所决定的，他们对国家偏好和国家利益是如何形成的提出更多解释，认为国家利益的界定在很大程度上取决于该国国内社会的性质和所具有的文化。[272]国家利益的界定一直存有争议，虽然在抽象层面上大家一致认为权力和安全是重要的国家利益，但对于促进国家利益的具体政策则经常存在分歧。”[273]

四大流派则是分析国际投资协定政治经济学研究背后反映的国际关系的核心理念支撑，关注国家、利益和权力的现实主义，关注制度功能和交易成本的制度主义，关注规范（norms）和市场资本主义的自由主义，[274]关注行为适应性（appropriateness of behaviors）的建构主义。[275]现实主义对国际合作保持怀疑，甚至敌意的态度，其假设国家最关心，甚至只关心其收益与损失。一项能够使全体成员国受益的国际合作，很可能因为某一国家获益不如其他国家多而遭到该国家的阻挠。自由主义学派试图解构国家，其理论更加重视对国家组成部分的行动

第 8 期，22 页。

[271] 徐崇利，全球治理与跨国法律体系：硬法与软法的中心-外围构造，国外理论动态，2013 年第 8 期，27 页。

[272] 小约瑟夫•奈，戴维•韦尔奇著，张小明译，理解全球冲突与合作：理论与历史，第九版，上海人民出版社，2012 年，60。

[273] 小约瑟夫•奈，戴维•韦尔奇著，张小明译，理解全球冲突与合作：理论与历史，第九版，上海人民出版社，2012 年，61。

[274] Robert J. Jackson, Global Politics in the 21st Century (CUP, 2913), 63-67

[275] 国际政治经济学范式的基本原则和假设，参见王正毅，国际政治经济学：历史、理论与方法，欧洲，2002 年第 1 期，27-37. P34.

	现实主义	自由主义	马克思主义	全球化
经济与政治相互关系的本质	政治决定经济政策	完全分离	经济决定政治	不可分离
国际政治经济的本质	为了权利而斗争	合作	贫富斗争	冲突与合作
国际制度的作用	小到不存在	促进合作	资本家控制的工具	实用机制推进有限合作
国际政治经济的冲突程度	高	小到不存在	高	依问题和行为体而异
市场的本质	不完全	完全	不完全	不完全
资源分配	小到不存在	小到不存在	必要的从富到贫的重新分配	最小
国家的作用	最大化	小到不存在	资产阶级的工具	混杂的：与公司竞争
所有制	国家支配	个人私有	资产阶级	混杂：国家和私人
经济行为动机	国家扩张	个人利润	缩小平复差距	个人利益和国家扩张
经济权力	国家	个人	从资产阶级向社会公众	个人和国家

者（sub-state actors）的分析。[276]制度主义则重视国际制度在促进国际合作，协调国际集体行动中的作用。国际法作为一种制度具有促进国际合作的制度功能。国内利益集团对国家的国际行为当然有重大影响，国内政治与国际政治相互依赖，但现在并不存在有效的模型来分析国内利益集团对国际行为影响的一般问题。[277]

二、国际投资协定的体系分析视角：供给（权力）分析

对国际投资协定的体系层面研究关注的主要问题是IIAs体系法律过程和演化的动力学，尤其是IIAs体系的分配效应与可行性，着力分析作为制度的IIAs的供给问题。体系层面的分析假设国家为单一行为体，从国家间互动的视角分析IIAs体系的特征，现有理论基本属于现实主义和制度主义的混合体。

（一）南北框架

1. 国际投资协定体系的不平等起源

集体行动的困境与权力逻辑

对群体有益的结果可能因为个体搭便车的行为而无法成行，这就是集体行动的困境。“没有武力，信约便是一纸空文，完全没有力量使人们得到安全保障。如果没有建立一个权力或权力不足以保障我们的安全的话，每一个人就会，而且也可以合法地依靠自己的力量和计策来戒备所有其他的人。”[278]所以，没有强大的公共权力（政府），个体之间只能维持“人人相互为战”的自然状态。[279]故而，在霍布斯眼中，无政府状态下群体不能自发产生和维持合作与秩序，“无政府就是无秩序”。[280]通过公共权力的惩罚行为改变个体的预期，从而改变个体行为的激励结构以防范搭便车行为是霍布斯正当化公共权力的最主要基础。[281]然而，霍布斯没有解释或没有承认在国家权力尚未产生、无力覆及或不愿调整的地方，群体仍然形成、维持了一种社会秩序。那么一个紧接着的问题必然是，何种机制维持了这种“无需法律的秩序”？以及，霍布斯的理论“为什么错了、在何种程度上错了以及究竟错在哪里”？[282]

以自下而上（bottom-up）的经验观察为基础，曼瑟尔·奥尔森在《集体行动的逻辑》（1965）一书中向我们展示了小群体如何在多种情形下自发促成和维持的合作与秩序。在小群体中，如果某个个体为群体提供某种集体物品的收益（个体所分得的收益）大于该个体提供该物品的成本时，即便没有群体其他成员的合作，该个体也会提供该物品。“因为某些小集团中的每个成员，或至少其中一个成员，会发现他从集体物品获得的个人收益超高过了一定量集体物品的总成本；有些成员即使必须承担提供集体物品的所有成本，他们得到的好处也要比不提供集体物品时来得多。”[283]奥尔森进一步指出，“在存在着相当程度不平等的小集

---

[276] 王彦志，新自由主义国际投资机制初探：以国际机制理论为视角，国际关系与国际法学刊，2011年第1卷，113-163。（王彦志从国际机制视角探讨国际投资机制，指出国际投资法具有不局限于特定缔约国的规范意义和事实效应，体现了利益相关者主体在国际投资监管领域已经形成规范性共识。由此国际投资法形成了以新自由主义为原则，投资保护和自由化待遇为规范，双边构造、私人执行、仲裁驱动的国际机制）

[277] Joel P. Trachtman, 2009, International Law and Domestic Political Coalitions: The Causes of Compliance with International Law, http://ssrn.com/abstract=1431956.

[278] 霍布斯著，黎思复、黎廷弼译，杨昌裕校，利维坦，商务印书馆，1986年，128页。

[279] 霍布斯著，黎思复、黎廷弼译，杨昌裕校，利维坦，商务印书馆，1986年，92-97。

[280] 桑本谦，无政府状态下的合作与秩序，：一种关于社会秩序二元论的技术性区分，143。

[281] 桑本谦，无政府状态下的合作与秩序：一种关于社会秩序两元伦的结束性区分，文史哲，2005年第5期，143。

[282] 桑本谦，无政府状态下的合作与秩序：一种关于社会秩序两元伦的结束性区分，文史哲，2005年第5期，144。

[283] 曼瑟尔·奥尔森著，陈郁 郭宇峰 李崇新译，集体行动的逻辑，三联书店 上海人民出版社，

团中，集体物品就常常可以通过集团成员自发、自利的行为提供。”但同时，奥尔森也承认“即使在最小的集团里，集体物品的提供一般也不会达到最优水平，换句话说，集体成员不会以公共利益的水平来提供集体物品。一个集团成员从他人那里免费得到的集体物品会进一步降低他自己支付成本来提供该物品的动力，因此，集体越大，它提供的集体物品的数量就会越低于最优数量。”[284]“集团越大，成员就越不可能去增进它的共同利益。”[285]有共同利益的小群体，提供集体物品的成员往往拥有更大的实力和权力，但同时，实力和权力较小的其他小成员却免费地从大成员那里获得一定数量的集体物品。[286]换言之，奥尔森的分析默认“在一个小群体中，如果有强有力的个体发现社会秩序能够给他带来巨大利益，他就会依靠自己的力量来维持这种秩序”，强力个体无形中扮演了警察的角色，某种程度上行使了霍布斯意义上的“公共权力”的职能。正如桑本谦所言，“奥尔森挑战霍布斯的背后竟然隐藏着霍布斯主义一次出其不意的胜利。”[287]

任何集体行动困境都可以最终抽象两个个体在互动关系中的合作与惩罚问题。在公共物品中，搭便车行为反映了搭便车者对群体其他任何一成员的“剥削”，同时也反映了其他任何一群体成员无力也无动机去惩罚搭便车者。无政府状态下，两人合作难题的典型理论解释是**“囚徒困境”**模型。由于信息不对称和其他协调制度的缺乏（信任、习俗），对双方均有利的合作结果无法发生。囚徒困境抽象但清晰地向我们展示了，在没有制度背景的环境中，自利个体之间的合作与背叛关系。在“个人私欲”与“群体利益”相冲突的地方，囚徒困境都会发生。但是现实生活并没有像囚徒困境模型预示的那样充满了背叛，相反，合作是人类社会的普遍现象，无论是国内社会，还是国际社会。现实与理论的反差并不意味着囚徒困境模型的错误，而只是说明现实生活中个体互动的环境不同于囚徒困境模型所依赖的假设条件。

如果放松囚徒困境的假设条件，将双方的互动过程由一次扩展到多次，那么囚徒困境博弈就变成了重复博弈，互动双方就可以从对方的行为中学习了解对方的信息，包括行为模式、收益预期等，并将未来的收益引入当期的决策中。在多轮的合作-背叛互动中，互动双方完全有可能从相互背叛转向相互合作。这正是 Axelrod 在《合作的演化》（Evolution of Cooperation）（1984）一书中向我们展示的“以牙还牙”策略如何使互动双方在重复博弈中维持相互合作的关系：对对方合作行为回以合作行为且对对方背叛行为回以背叛行为的以牙还牙策略，通过友好（不首先背叛）避免不必要争端，通过报复惩罚背叛行为，通过谅解回复双方合作关系，通过清晰明确的回应规则使双方明确知悉对方的反应模式，从而促生了双方的长期合作。[288]

从静态到动态，从相互背叛到以牙还牙，合作的起源与演化过程仍遵循“多维试错、适者生存”进化论逻辑。Axelord 向我们表明了，在没有公用权力的无政府状态，自私自利的个体之间如何形成合作关系。既然在无政府状体下个体能够维持合作关系，那么政府为什么会出现，并成为维持诸多合作关系的必要条件呢？从契约的执行视角来看，以牙还牙策略属于交易双方的自力救济，而政府的公共权力救济则属于第三方救济。约拉姆 •巴泽尔在《国家理论》一书中即从契约执行机制的比较优势视角出发，指出政府在执行契约方面的优势决定了政府对维持高级、复杂的合作形式的制度优势并决定了国家在社会事务监管中的范围。

1995 年，28。

[284] 曼瑟尔·奥尔森著，陈郁 郭宇峰 李崇新译，集体行动的逻辑，三联书店 上海人民出版社，1995 年，29。

[285] 曼瑟尔·奥尔森著，陈郁 郭宇峰 李崇新译，集体行动的逻辑，三联书店 上海人民出版社，1995 年，30。

[286] 即智猪博弈。

[287] 桑本谦，无政府状态下的合作与秩序：一种关于社会秩序两元伦的结束性区分，文史哲，2005 年第 5 期，145。

[288] Robert Axelrod, The Evolution of Cooperation, Basic Books Inc. Publishers, 1994, p.54.

[289]因此对初级合作而言，“私人之间的监控与惩罚”就足以阻止集体行动中的搭便车行为，从而维持某种程度的秩序。[290]尽管现在不少学者从全球行政法，甚至全球宪政的视角解读国际投资法，但在初期，国际投资协定确是（全球）无政府状态下各国自发合作、自我执行的产物。

国际投资协定的不平等起源：权力基础上的互惠合作

合作问题值得注意不仅仅是因为合作往往可以增加合作国家的利益，更重要的是合作往往是理论的反常现象。[291]现实主义国际关系理论认为合作似乎是“国家为了生存而必须进行的权力平衡过程的一个要素，这种制衡很可能是短期的而且没有很好地制度化，因为盟友仍然是潜在的敌人。”[292]然而，现实主义却无法解释国际之间长期的、制度化合作。“国际法基本上反映了国际政治的分散性质（fragmented nature）。国际政治中的共同体观念薄弱，这意味着国家不太愿意出于履行义务或者服从权威的考虑，而遵守规则或者约束自己。由于世界上缺少一个拥有合法使用武力垄断权的全球性行政机构，主权国家处于以自助、武力和生存为特征的环境中。当生存问题出现以后，法律通常是第二位的。”[293]但这并不意味，作为一种制度，国际法完全没有存在的空间。当国际冲突出现时，依照国际法解决问题可以使这些问题去政治化并使其解决具有一定的预见性。依国际法解决纠纷的预见性有助于增强国家间交往和合作，并避免冲突的升级。此外，国际法也可以增加国家行为的合法性。合法国际行为的政策成本低，更易于被其他国家认同和接受。[294]

国家自愿签订某项国际条约并不必然意味着该国际条约下，各方的权利义务是平等的，相反，这只能意味着一国签订该条约的收益要大于不签该条约的收益。虽然国际条约可以视为是两国之间的契约，但国内合同法上的契约平等原则——尤其是内容（权利）平等原则——恐不能完全类比适用于国际条约。“并非只有平等主体才可以订立契约，契约完全可以缔结于强弱、上下、主仆之间，并且平等从来就不是契约追求的目的，契约分配义务的依据是立约者之间的实力对比关系，而不是简单的平等原则。”[295]

国际投资协定是互利的、自足的，但却是不平等的。国际投资协定的出现满足发达国家与发展中国家追求自我利益最大化的行为目的。尽管在内容上，国际投资协定并没有实现平等，但投资协定对缔约双方而言依然是互利的，缔约双方的境况都有改善，发达国家可以保护本国海外投资，发展中国家吸引外国投资。如果国际投资协定内容上的不平等对发展中国家而言是一种不幸的话，那么改变这种不平等将是对发展中国家更大的不幸。[296]没有国际投资协定，发达国家将频繁对发展中国家发起外交保护，而发展中国家也无法获得本国发展所需的资本。外国资本流入本身对东道国就是一种收益。然而，贸易则不然，过多地进口外国产品及服务会损害本国竞争性行业。除非其他国家也承诺予以相同的贸易优惠措施，东道国一般没有动力单独采取鼓励进口的优惠政策，因此贸易政策仍建立在互惠性的双边承诺上，

---

289 约拉姆·巴泽尔著，钱勇 曾咏梅译，石磊校，国家理论：经济权利、法律权利与国际法范围，上海财经大学出版社，2005 年，尤其是第三章。

290 桑本谦，私人之间的监控与惩罚，山东大学博士学位论文，2005 年。

291 海伦·米尔纳著，曲博译，王正毅校，利益、制度与信息：国内政治与国际关系，上海人民出版社，2010 年，4 页。

292 海伦·米尔纳著，曲博译，王正毅校，利益、制度与信息：国内政治与国际关系，上海人民出版社，2010 年，5 页。

293小约瑟夫•奈，戴维•韦尔奇著，张小明译，理解全球冲突与合作：理论与历史，第九版，上海人民出版社，2012 年，226。

294 小约瑟夫•奈，戴维•韦尔奇著，张小明译，理解全球冲突与合作：理论与历史，第九版，上海人民出版社，2012 年，227 页。（Nye 指出了人既不是完全按照道德原则行事，也不完全是自私自利的，有关对与错的信念是人们行为的动力之一，因此合法性也是一国软实力的一个源泉和资源。）

295 桑本谦，论契约的不平等，浙江社会科学，2004 年第 1 期，124。

296 桑本谦，论契约的不平等，浙江社会科学，2004 年第 1 期，126.

主要体现本国内组织良好的出口行业的利益。而如果出口商享有私人诉权，贸易领域内的私人诉讼无疑会打乱贸易国家间的互惠安排。这就解释了为什么投资领域投资者可能并且也实际享有私人诉权，而贸易领域则不可能由此安排。[297]

以发达国家和发展中国家为两大群体的“南非分析”框架经常被学者用来解释 IIAs 的扩散和制度特征。国际投资协定的产生历史揭示了其不平等起源。投资协定产生的直接动因是二战后新独立的发展中国家对发达国家投资者的直接投资施加的征收行为。在初期，发展中国家掌握缔约的比较权力优势。发展中国家通过在联合国的集体行动确立了国家的征收主权，[298]因此在国际法上，东道国有权征收外国投资者在本国的投资。联合国宪章、国际对自然资源永久主权的决议限制了投资母国（初期主要是发达国家）通过武力解决投资纠纷的能力。发达国家只能通过传统的外交保护来保护本国投资者的海外投资。然而，外交保护程序繁琐，投资者外交保护申请数量众多，动辄启动外交保护程序将会影响发达国家与发展中国家的外交大局，尤其是那些与发达国家关系密切的发展中国家。一方面，发展中国家不愿意签订投资协定，因为这限制了国家征收主权。但另一方面，发展中国家签订投资协，虽然一定程度限制了本国征收主权，但也避免了在投资纠纷发生时面对发达国家的强力外交保护，以法律途径规避了强国的权力政治压力。所以在产生初期及之后的相当时间，国际投资协定数量寥寥，缔约主体多是在政治关系较为紧密的发达国家与发展中国家，且内容上也是传统的国际条约规则，并未有 ISDS 机制。

国际投资协定的出现和扩散昭示了发展中国家集体行动的失败。发展中国家发展需要持续的资金，直接征收可以缓解一时资金短缺，但并不具有持续性。20 世纪 70 年代，拉美国家通过主权债务的方式向发达国家融资，但到 80 年代时，主权债务已构成拉美国家沉重的财政负担。发展中国家面临如何吸引外国私人直接投资的政策难题。此时，国际投资协定缔约的主动权又回归到发达国家手中，换言之，发达国家拥有更大的权力。发展中国家都处在缔约的不利地位，经济上需要发达国家的私人投资，政治上不具有与发达国家相抗衡的能力，法律上也不具备专业的谈判能力。国际投资协定的大谈判理论即解释了国际投资协定扩散的实质：发展中国家通过条约限制本国政府行为以承诺保护的方式吸引发达国家私人直接投资。此时，国际投资协定的扩散基本呈现发达国家向发展中国家输出的形式。20 世纪 90 年代出现了第一个国际投资协定缔约高潮，缔约内容基本以发达国家的范本和既有条约为基础，对投资者权利的保护呈现增强的趋势，ISDS 机制逐渐成为主导的纠纷解决机制。

换言之，国际投资协定是互利的、自足的，但却是不平等的。国际投资协定的出现满足发达国家与发展中国家追求自我利益最大化的行为目的。国际投资法兼具专门化的投资实体待遇和投资者-国家仲裁机制，可以有效回应国际投资监管的治理需求。对于东道国而言，国际投资协定传递了其保护投资的承诺，有利于吸引外资。法律化的争端解决方式也使东道国在投资纠纷解决方面免于遭受大国政治的胁迫。对投资母国而言，国际投资法可为本国海外投资者提供切实的投资保护，将其从数量众多的外交保护纠纷中解放出来，避免因为私人投资者的投资纠纷而影响两国的政治大局。对投资者而言，国际仲裁庭具有较高的中立性和

---

[297] Alan O. Sykes, 2005, Public vs. Private Enforcement of International Economic Law: Of Standing and Remedy. Journal of Legal Studies 34, 631–666. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 235, http://ssrn.com/abstract=671801.

[298] A.T. Guzman, “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”. Virginia Journal of International Law, vol.38, 1998, 639–688. Guzman 教授认为发展中国家在联合国试一次典型的集体行动，发展中国家通过联大决议明确了对外资进行征收且不予补偿的权力，这相当于承认国家对外资进行征税的权利。但在个体的 BIT 谈判过程中，发展中国家面临“囚徒困境”。如果发展中国家承诺不征收外国投资，发展中国家就可能吸引更多本来流向其他发展中国家的外国投资。由此发展中国家大量签订的 BIT 是对发展中国家集体利益的大规模背离。但 Guzman 认为 BIT 的普及有助于增进全球福利，因为东道国通过 BIT 承诺从市场领域退出，增加了私主体的自主权。

声誉，国际投资法能够有效地降低或确定投资者的海外投资风险，直接起诉东道国政府的国际仲裁庭诉权也使得投资者握有投资纠纷解决的主动权。

国家自愿签订某项国际条约并不必然意味着该国际条约下，各方的权利义务时平等的，相反，这仅意味着一国签订该条约的收益要大于不签该条约的收益。虽然，国际条约可以视为是两国之间的契约，但国内合同法上的契约平等原则——尤其是主体权利平等原则——恐不能完全类比适用于国际条约。“并非只有平等主体才可以订立契约，契约完全可以缔结于强弱、上下、主仆之间，并且平等从来就不是契约追求的目的，契约分配义务的依据是立约者之间的实力对比关系，而不是简单的平等原则。”[299]尽管在内容上，国际投资协定并没有实现平等，但投资协定对缔约双方而言依然是互利的，缔约双方的境况都有改善，发达国家可以保护本国海外投资，发展中国家吸引外国投资。如果国际投资协定内容上的不平等对发展中国家而言是一种“不幸”的话，那么改变这种不平等将是对发展中国家“更大的不幸”。[300]没有国际投资协定，发达国家将频繁对发展中国家发起外交保护，而发展中国家也无法获得本国发展所需的资本，国际投资治理将处在一种不安定的无序状态。

权力基础上的国际投资治理机制虽然以权力为基础，也可能有悖于直观的实质平等观念，而且发展中国家也的确存在被边缘化的困境，但这都不是否认权力基础上的国际投资治理机制的依据。相反，在无政府的国际社会，以权力为基础的国际投资治理机制为国际投资争端的解决提供了一种和平的、非武力的规则体系，避免了更无效状态的出现。换言之，如果没有国际投资法，发展中国家的境况可能更糟糕。发展中国家可能随时面临强势国家的没有任何预见性的外交保护甚至武力政策。因此，以权力为基础的国际投资治理机制为资本输入国、资本输出国、私人投资者的投资行为及争端解决提供了一个相对稳定同时又具有一定可预见性的规则体系。

2. 国际投资协定体系的互利性/功能性

IIAs 如何降低国际（投资）合作的成本？

国际投资协定是各国对跨国投资监管的合作形式，体现了国际投资治理的集体行动，在本质上是一种国际公共物品。[301]国际公共物品能否顺利生成不仅取决于制度本身的可欲性，即潜在成员国的制度需求和成本；还取决于制度的可行性，即主导国家是否有供给能力和供给意愿。[302]理论上互惠的国际合作可能因多种原因无法成行，例如交易成本、缔约国机会主义行为（事前搭便车行为和事后敲竹杠行为）、信息不对称等，这就是集体行动的困境。[303]国际集体行动不可避免地受到集体行动困境的约束，即何者承担集体行动的协调成本，国际投资治理亦不例外。国际投资治理的成本包括机会成本和交易成本。作为国际投资治理的主要形式，国际投资协定只有在相关国家克服机会成本和交易成本约束的条件下才能衍生。

机会成本约束意味着国际投资治理机制必须在启动时能够激励潜在成员方加入，这要求该机制相比于其他替代性机制能够更有效地改善成员方的境况，即成员方参与该制度的收益大于该制度的机会成本。相同条件下，其他替代性国际投资治理制度的收益即是国际投资协定的机会成本。 除了制度和规则本身的收益、成本分析外，制度的设计、谈判、执行都需要成本，本研究将这些成本归结为**交易成本**。[304]交易成本越高，制度生成的难度越高，制

---

[299] 桑本谦，论契约的不平等，浙江社会科学，2004 年第 1 期，124。
[300] 桑本谦，论契约的不平等，浙江社会科学，2004 年第 1 期，126。
[301] Louis Henkin, How Nations Behave: Law and Foreign Policy (Council on Foreign Relations, 1979).
[302] 经济一体化要求的法律规则一体化，然而法律规则一体化不仅仅需要一体化的经济基础，还需要一体化的政治基础。换言之，一体化的政治诉求和意愿也是法律一体化的前提。
[303] 桑本谦，论契约的不平等，浙江社会科学，2004 年第 1 期。
[304] 运用交易成本理论分析国际法和国际关系的研究，参见田野，交易成本经济学之于国际关系研究：文献回溯与评估，欧洲研究，2004 年第 6 期，32-47；田野，国际制度的形式选择——一个基于国家间交易成本的模型，经济研究，2005 年第 7 期，99。

度供给的数量越低。换言之，交易成本具有制度筛除效应，是制度生成必须克服的门槛。

交易成本约束意味着必须有国家在制度设计和维持时克服交易成本以促成国际合作。影响国际投资协定生成交易成本的因素包括各国政策偏好差异度、缔约谈判的成本、条约的执行成本。各国政策偏好的差异越大，协调各国政策的难度越大，国际投资协定谈判的成本越大，因而交易成本越高。谈判国家越多，协调各国集体行动的成本越大，因而交易成本越高。国际投资协定达成后，履约行为的可观察性越低，各国事后机会主义行为的可能性越大，执行成本越高，因而交易成本越高。在国际投资治理的语境下，交易成本越高，越需要大国作为制度供给者的支持和启动。典型的南北 BITs 一般由发达国家启动，因为发达国家具有更大的权力资源，更能低成本地克服交易成本。[305]

IIAs 是否促进了 FDI 的流动？

在承诺工具理论之下，IIAs 通常被认定为风险降低工具（risk-mitigating instruments）。一个简单的推论是，在其他条件不变的情形下，签订 BIT 的发展中国家应是更具吸引力的投资目的地国家。然而关于 BIT 与 FDI 流动的相关关系，既有实证研究并不存在确定性的结论。[306]Jeswald W. Salacuse 和 Nicholas P. Sullivan 认为 BIT 具有三个目的预设，即投资保护、市场自由化和投资促进，并认为 BIT 可能并没有直接或实质地促进 FDI 的自由流动，但 BIT 的确促进了美国与发展中国家的资本流动。[307]然而，Jason Webb. Yackee 通过回归分析指出 BIT 与政治分析并不存在显著的正相关性，而且也指出投资风险保险提供商并未将 BIT 纳入到保险费用计算的考虑事项，因此认为 BIT 可能并不构成外国资本流动的显著促进因素。[308]

关于政治风险、IIAs 与 FDI 流动的关系，Sokchea Lim 通过线性分析认为 BIT 对 FDI 流动具有积极促进作用，且 BIT 与一国国内的政治风险水平存在互替关系。Sokchea Lim 指出在南

---

[305] 虽然南南国家并不存在绝对优势的强势国家，但由于南南国家国际投资协定政策偏好差异不大，交易成本较低，所以南南 BITs 也能成行。

[306] Karl P. Sauvant & Lisa E. Sachs, The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treatiese, and Investment Flows (OUP, 2009). Gleider I. Hernández, The Judicialization of International Law: Reflections on the Empirical Turn, European Journal of International Law (2014) 25 (3), 919-934. (The proliferation of international courts and tribunals in the last two decades has been an important new development in international law, and the three books under review are at the vanguard in substantiating the claim that the judicialization of international law reflects its deepened legalization. All three have adopted ambitious empirical frameworks through which to assess the impact of international courts, and present valuable insights with respect to the phenomenon. Whilst all seek to make intelligible the growing relevance of the various international courts, their empirical methodology and mapping exercise reflects a faith that the legalization/judicialization of international law is a positive development, one that might nevertheless be contested. With the Oxford Handbook's mapping exercise, Karen Alter's 'altered politics' model of effectiveness, and Yuval Shany's 'goal-based' method for assessing effectiveness, the three books represent the forefront of scholarly efforts to study the practice of international courts. One should be careful, however: because the empirical exercise attempted in these three books goes beyond mere description into an attempt to model future outcomes, it has the drawback of privileging certain modes of cognizing the phenomenon of the proliferation of international courts. Although an important contribution, a solely empirical approach would create the impression of a purely linear progression in the judicialization of international law, one which might not be borne out in reality.)

[307] Jeswald W. Salacuse, Nicholas P. Sullivan, Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties Grand and Their Grand Bargain, Harvard International Law Journal 46(1), 2005, 67-130, p. 36-38.

[308] Jason Webb. Yackee, Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence, Virginia Journal of International Law 51(2) 2010, 397-442, p. 405-414. Jason Webb. Yackee, Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? Law and Society Review 42(4), 2008, 805-832.

亚、东亚和东南亚区域，每签订一个 BIT 能够促进 FDI 流动增加 2.3%。[309]相比之下，Lauge N. Skovgaard Poulsen 通过访谈的形式研究究竟 IIAs 能在多大程度上影响 FDI 流动。Lauge N. Skovgaard Poulsen 指出：根据资本输出国 BIT 谈判者，投资者很少在投资决定时向其咨询 BIT 缔约情形；IIAs 对政治风险保险（无论是商业保险还是 MIGA 提供的政策保险）的保险范围和价格的影响不大。[310]

Hallward-Driemeier 试图从实证上检验 BIT 是否促进了 FDI 的流动。2000 年之前，从 OECD 国家流向发展中国家的 FDI 中的一般由 BIT 所保护；然而，越来越多的国家签订 IIAs，东道国并未因此获得额外的 FDI 流入；IIAs 与缔约国国内的制度质量和当地财产权利呈现相互补充而非相互替代的关系。[311]类似的，Susan D. Franck 在梳理了经济学研究文献和投资者在国际投资仲裁中享有的程序性权利后，认为国际投资仲裁对 FDI 流动的精确影响难以测定（unclear）；但 IIAs 和国际投资仲裁对促进法治方面仍具有重要影响。[312]

关于法律制度在中国吸引 FDI 中的作用，单文华和张生在 2001 年和 2008 年两次调查问卷的基础上考察法律在吸引流向中国的 FDI 中的作用，指出法律制度的完善在促进中国吸引外资方面发挥了重要作用，尽管 2001 年以后中国法律制度不断完善，但中国的法律体系仍未成为一个完全有效（fully effective）的体系。[313]尽管 IIAs 在多大程度上促进 FDI 的流动在实证研究中并未有明确结论，但就中国而言，Kate Hadley 指出 BITs 的确促进了 FDI 的流动。另一方面，Kate Hadley 指出中国与发展中国家签订的 IIAs 并未促进 FDI 流向其发展中国家缔约伙伴，进而认为与发达国家缔约伙伴，中国将 BIT 视为一种保护投资和自由化投资政策的承诺工具，而与发展中国家缔约伙伴，中国 BIT 项目的首要服务对象是政治目标，而非经济目标。就中国国内法与 BIT 的互动而言，Kate Hadley 认为由于中国签订 BIT 中倾向于投资者和倾向于法治的条约表述促进了中国国内法律制度的完善，发达国家签订的 BIT 项目的确在很大程度上构成保护投资者权利和促进法治的政策工具。[314]

IIAs 的深度（depth）是否影响 FDI 的流动？Arslan Tariq Rana 和 Mazen Kebewar 认为不同类型的 FTA 存在性质上的差别，全面型 FTA（ full-fledged trade agreements, FTA-CU）更能向投资者提供可信承诺，国内的民主制度也能够锁定此种承诺效应，相比之下局部型 FTA（partial scope agreements, PSA）的承诺可行性不足，缺乏国内民主制度的调和。Arslan Tariq Rana 和 Mazen Kebewar 分析了 122 个发展中国家从 1970 年到 2005 年的数据，通过回归分析得出结论：全面型 FTA 与 FDI 流动存在明显正相关，局部型 FTA 与 FDI 流动并不存在明显

---

[309] Sokchea Lim, Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Foreign Direct Investment (June 1, 2007). Asia Pacific Journal of Economics & Business, Vol. 11, No. 1. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=909760 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.909760.

[310] Lauge N. Skovgaard Poulsen, The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence (October 1, 2010). YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND POLICY 2009/2010, K. Sauvant, ed., Oxford University Press, 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1685876. (A great number of studies and surveys indicate, however, that the vast majority of multinationals do not appear to take BITs into account when determining where - and how much - to invest abroad.)

[311] Mary Hallward-Driemeier, Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit…And They Could Bite (June 2003). World Bank Policy Research Working Paper No. 3121. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=636541

[312] Susan D. Franck, Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law. McGeorge Global Business and Development Law Journal, Vol. 19, p. 337, 2007. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=882443.

[313] Wenhua Shan and Sheng Zhang, FDI in China and the Role of Law: An Empirical Approach (2011). Journal of World Investment & Trade, 2011, 12(4): 457-486.

[314] Kate Hadley, Do China's BITs Matter? Assessing the Effect of China's Investment Agreements on Foreign Direct Investment Flows, Investors' Rights, and the Rule of Law, Georgetown Journal of International Law, vol.45, 2013, 255-321.

相关性；全面型 FTA 与缔约国国内民主机制存在明显的互补性，局部型 FTA 在 FDI 流动问题上与国内民主机制不存在明显相关性。[315]

EU 的 BIT 项目是否显著影响 FDI 流动? Selen Sarisoy Guerin 认为 OECD BIT 和 EU BIT 对 OFDI 具有显著的正相关性。其者讨论的变量包括私有化进程（作为经济改革的控制变量），贸易关联水平，国内民主水平和征收的风险。[316] Sophie Meunier 在一份政策报告中指出中国对欧洲进行的越来愈多的对外直接投资可能导致欧美之间为吸引外资而产生不健康（unhealthy）的竞争关系。[317]

新兴经济体国家是否正在形成独特的 IIAs 政策路径？

权力基础上的互惠合作解释了国际投资协定的起源。但随着发展中国家经济的发展，尤其是新兴经济体的崛起，发展中国家之间的跨国投资增多。传统发达国家与发展中国家之间签订的南北 BITs 无法解释发展中国家之间日益增多的南南 BITs、发达国家之间的北北 BITs。近二十年，世界经济已经由南北互动转为新兴经济体国家间的南南互动，这对发展中国家而言或许是一个福音，[318]发展中国家能够摆脱对北方国家市场的过度依赖，从而获取独立的可持续发展，那么发展中国家，尤其是新兴经济体国家是否正在或已经形成独特的 IIAs 政策路径？

虽然南南国家之间签订的 BITs 早在 1960s 年代已经出现（1964 Kuwait - Iraq BIT），但作为一种值得注意的制度现象，南南 BITs 的大规模出现是上个世纪末的事情。现今为止，南南 BITs 占 BITs 总存量的四成，100 余个发展中国家牵涉其中。[319]Lauge N. Skovgaard Poulsen 通过大样本 BITs 考察发展中国家签订的 BIT 中的国民待遇和转移条款，认为相比于传统南北 BIT，南南 BIT 在范围上更加限缩（less wide-ranging）。[320]然而，Lauge N. Skovgaard Poulsen 指出 MFN 条款平整了（levelled out'）不同 BITs 的条约间差异，而这种缔约悖论可能是发展中国家缔约谈判者的无心之误,[321]发展中国家经常忽略 BITs 可能带来的风险，直到发展中国

---

[315] Arslan Tariq Rana, and Mazen Kebewar, The Political Economy of FDI Flows into Developing Countries: Does the Depth of International Trade Agreements Matter? (February 1, 2014). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2389489 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2389489. (This paper analyses the impact of heterogeneous TAs, and their interaction with domestic institutions, on FDI inflows. There is considerable debate whether the domestic political institutions (specifically, the country's level of democracy) of the host developing country toward foreign investors are effective in establishing the credibility of commitments are still underway. Researchers have also analyzed the effect of international institutions such as (GATT-WTO) membership and Bilateral Investment treaties (BIT) in their role of establishing the credibility of commitment to attract foreign investments. In addition, most recent studies have examined the effect of International Trade Agreements (TAs) on FDI flows as they contain separate investment chapters and dispute settlement mechanism, thus providing confidence to investor regarding the security of their investments.)

[316] Selen Sarisoy Guerin, Do the European Union's Bilateral Investment Treaties Matter? (July 26, 2010). CEPS Working Document No. 333, July 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1650095.

[317] Sophie Meunier, Political Impact of Chinese Foreign Direct Investment in the European Union on Transatlantic relations, 2012 European Parliament Briefing Paper, 4 May 2012.

[318] Ewelukwa, Uche, South-South Trade and Investment: The Good, the Bad and the Ugly — African Perspectives (2011). Minnesota Journal of International Law, Vol. 20, 2011.（非洲国家发展面临机遇，但也面临挑战，弱小国家即便在南南互动中也面临被边缘化风险。）

[319] UNCTAD, "South-South Cooperation in International Investment Agreements", Series on Issues in International Investment Policies for Development (2005).

[320] Lauge Skovgaard Poulsen, The Politics of South - South Bilateral Investment Treaties, T. Broude, A. Porges, and M. Busch (eds.), The Politics of International Economic Law (Cambridge, Cambridge University Press, forth.), 20-21.

[321] Lauge N. Skovgaard Poulsen, The Politics of South-South Bilateral Investment Treaties. In: Tomer Broude, Amy Porges, and Marc Busch (eds.), The Politics of International Economic Law (CUP 2011). Partly reprinted from: Northwestern Journal of International Law and Business, 2010, vol. 30, issue 1,

家在具体投资仲裁中被起诉。在此意义上，国家与个人类似，在很大程度上仅具有有限理性：在没有预见具体立场的情形下，行为者倾向于忽视可能性较低、但影响极大的风险。[322]

（二）霸权框架

以主权国家为基础的当代国际法体系可以追溯至 17 世纪的威斯特法利亚体系。威斯特法利亚体系建立的主权与教权分离、主权平等的原则奠定了现代国际法的基本架构和国家互动的基本方式。[323]国家利益由此取代了宗教神圣原则成为国际关系和国际法的支配因素，宗教逐渐退出了世俗领域，地域和民族基础上的民族国家成为国际互动和治理的主体。威斯特法利亚虽然未能带来“条约治下的和平”，但却为各国解决争端提供了一个相对合理的游戏规则和基本秩序。在两次世界大战的惨重教训下，民族国家，尤其是世界有影响力的大国终于能够缓和对各自国家利益的追求，就关乎世界安全与和平的根本性制度问题达成一致，订立了以雅尔塔条约为基础的雅尔塔体系，并建立了当前国际治理，尤其是国际政治治理中的最重要的国际组织——联合国。

二战以降，美国霸权衰落，其国际制度供给和维持能力都在下降，国际社会权力结构易转，全球经济秩序虚置。二战后，美国以其国家实力为基础建构了全球性经济秩序，实现全球“美国治下的和平”。美国与苏联的冷战吸引了过多的目光，以国家安全为基础的政治秩序主导了相当长时间内的国际法和国际关系研究。然而，被忽视的经济关系并不意味着不起作用。苏联的崩溃最终是个经济问题。苏联解体后，美国虽然获得了世界头号甚至唯一的超级大国的头衔，但这并不能掩饰冷战后美国实力——尤其是经济实力——的相对衰落。在经济领域，发展中国家，尤其是新兴经济体国家的经济实力上升，在国际经济事务中参与的主动性增强，开始影响国际经济事务，但他们在既有的国际经济体系中的话语权与其经济实力并不相符。美国在全球经济体系的主导地位与美国经济实力的不匹配虚置了整个全球经济体系。经济实力与制度话语权的不匹配导致现行国际经济体系中的诸多制度及机制在回应全球经济治理问题时显得苍白无力。

现今所言的国际体系，通常是指建立在国家主权基础上的威斯特伐利亚体系，国际法上各国主权平等，主权国家之上并不存在一个共同的统治者。[324]在法律权威上，主权国家之上并不存在集中的主权政府。但在权力上，国际社会并不是一团无序的混沌，而是存在某种结构。戴维·莱克（David A. Lake）在《国际关系中的等级制》指出“虽然大国关系仍然是无政府状态下的权力政治，但是，它们之间可能存在着种无形的交换契约，一些国家靠大国

---

pp. 101-130.

[322] Lauge N. Skovgaard Poulsen and Emma Aisbett (2013) When the claim hits: bilateral investment treaties and bounded rational learning. World politics, 65 (2), 31-32 （从政治经济学的角度，结合有限理性（bounded rationality）学说和建构主义视角（constructivist approaches），分析政府如何运用自己的能力最大化其自认为（self-perceived）的利益，并十分重视政府的认知限制（cognitive constraints））。

[323] Dan Sarooshi, Sovereignty, Economic Autonomy, the United States, and the International Trading System: Representations of a Relationship (September 2004). European Journal of International Law, Vol. 15, Issue 4, pp. 651-676, 2004.（讨论经济自决权为核心基础的主权概念及美国的实践模式，经济自主权主要表现为公司能力和政府对特定经济事项的自主决策能力。）

[324] 小约瑟夫·奈，戴维·韦尔奇著，张小明译，理解全球冲突与合作：理论与历史（Understanding Global Conflict and Cooperation: An Introduction Theory and History），第九版，上海人民出版社，2012 年，5 页。（国际政治是一个自助体系，17 世纪托马斯·霍布斯即将无政府状态形容为“自然状态”，所有人反对所有人，没有一个更高的权威来维持秩序，在这样的一个世界中，生存是艰难的、野蛮的和短命的。国内政治与国际政治的共同体观念不同，在全球层面，各主体又相互竞争的效忠对象，人们对正义和正当性问题的观念分歧颇大，因此，在正义和秩序经常相互脱节，两者之间存在着巨大的鸿沟。）（P32，霍布斯认为，为了摆脱一切人对一切人战争的自然状态，个人要把自己自由的一部分让渡给一个利维坦以寻求保护。而在国际社会中，国家之间之所以没有结成一个超级利维坦的原因在于“国际层次的不安全感没有个人层次的不安全感那么强烈。）

庇护而减少自身的防御投入，大国也会因此而获得一些国际权威，建立国际秩序。”戴维·莱克将权威[325]总结为正式-法律型权威和关系型权威两类，权威作为自变量而等级制作为因变量，权威的大小决定了等级程度的高低。[326]威廉姆·瓦特（William W. Burke-White）认为国际政治领域权力的弥散化（diffusion）、[327]非加总（disaggregation）、[328]情境化不对称（issue-specific asymmetry）[329]导致国际法体系形成一种既不同于双极结构（Bipolarity）也不同于多极结构（Multipolarity）的多轴心结构（Multi-hub）。[330]多轴心权力结构导致国际法体系实体规则的多元化，并将国际法创新和演化的压力从全球层面转移到诸多更加灵活的、情景化的国际法子体系。权力的再分配不仅影响国际政治，也会影响国际法的法律过程（创制、解释和适用）和实体内容。[331]

1. 国际投资协定扩散之谜

Guzman 考察了 BIT 的发展历史，尤其是其“扩散”之谜。[332]绝大多数发展中国家的支持下联合国通过了国家对自然资源永久主权的决议，肯定了主权国家对国内资源的永久主权，以此对抗主要体现发达国家诉求的关于向投资者提供及时、充分征收赔偿（prompt and adequate）的习惯国际法。然而，晚近诸多发达国家与发展中国家签订的大量 BIT 中，发展中国家都承诺放弃或部分放弃经济主权，承诺对投资者提供高标准的赔偿。Guzman 教授认为发展中国家在联合国试一次典型的集体行动，发展中国家通过联大决议明确了对外资进行征收且不予补偿的权利，这相当于承认国家对外资进行征税的权利。但在个体的 BIT 谈判过程中，发展中国家面临“囚徒困境”。如果发展中国家承诺不征收外国投资，发展中国家就可能吸引更多本来流向其他发展中国家的外国投资。由此发展中国家大量签订的 BIT 是对发展中国家集体利益的大规模背离。但 Guzman 认为 BIT 的普及有助于增进全球福利，因为东道国通过 BIT 承诺从市场领域退出，增加了私主体的自主权。

Elkins, Guzman 和 Simmons 通过三个变量实证分析 BIT 扩散的原理：各国出口目的地市场的重合，出口部门的重合，劳动力供给和基建行业结构的相似性。他们认为如果出口竞争国家已经签订了 BIT，本国政府更有可能签订 BIT。他们认为这印证了 BIT 作为低投资成本的信号传递机制的作用。Sykes 从贸易和投资比较分析的视角研究为何投资者私人诉权为何能够成为可能。[333]Sykes 认为投资条约作为一种信号，是东道国向外国投资者发出的保护投资者投资的承诺。为了尽可能减少引进外资的成本，东道国只有最大限度地实现其条约承诺，

---

[325] 在戴维·莱克的研究中，权威是权力的一种形式，与强制相区别。同时，权威是变量而不是常量。戴维·莱克著，高婉妮译，国际关系中的等级制，上海人民出版社，2013 年，20-21 页。

[326] 戴维·莱克著，高婉妮译，国际关系中的等级制，上海人民出版社，2013 年，1-3 页。（Hierarchy in International Relations）

[327] Diffuse means a relatively large number of states are amassing significant power.

[328] Disaggregated means different states have relative advantages in different types of power (military power, economic power and soft power) that have variable effectiveness in different areas of law.

[329] power is asymmetrically distributed—many states have or can develop significant power advantages over others in the system on an issue-specific basis. Power shift, p.5.

[330] William W., Power Shifts in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism (January 10, 2014) (hereinafter, Power Shifts). U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 14-2. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2378912 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2378912。

[331] On the lack of scholarship in this space, see Nico Krisch, International Law in Times of Hegemony, Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order, 16 EUR. J. INT'L L. 369, 372 (2005). For a review of scholarship on power, see Richard H. Steinberg & Jonathan Zasloff, Centennial Essay: Power and International Law, 100 AM. J. INT'L L. 64 (2006).

[332] A.T. Guzman, “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, Virginia Journal of International Law 38, 1998a, 639–688.

[333] Alan O. Sykes, Public vs. Private Enforcement of International Economic Law: Of Standing and Remedy, Journal of Legal Studies 34, 2005b, 631–666.

对投资者给予征收补偿。换句话说，东道国通过保护投资吸引更多外国投资本身就收益颇丰，而无需投资者母国的互惠性承诺，也无需考虑投资者是否在母国拥有政治影响力。换言之，外国资本流入本身对东道国就是一种收益。然而，贸易则不然，过多地进口外国产品及服务会损害本国竞争性行业。除非其他国家也承诺予以相同的贸易优惠措施，东道国一般没有动力单独采取鼓励进口的优惠政策，因此贸易政策仍建立在互惠性的双边承诺上，主要体现本国内组织良好（well-organized）的出口行业的利益。而如果出口商享有私人诉权，贸易领域内的私人诉讼无疑会打乱贸易国家间的互惠安排。这就解释了为什么投资领域投资者可能并且也实际享有私人诉权，而贸易领域则不可能由此安排。

2.多边投资协定失败之谜

从哈瓦那宪章到 OECD 1998 年 MAI 草案到 WTO 框架下的投资议题谈判，多边投资协定谈判屡试屡败。OECD 1998 年 MAI 草案综合性强、保护水平高、涵盖领域广、自由化程度高，主要承袭发达国家维护海外投资者的传统做法，[334]力图一步到位地建立高标准全球性投资保护规则。[335]虽然 1998 年 MAI 草案由 OECD 发达国家启动，反映主要发达国家对国际投资协定核心议题的基本立场，但发达国家间的政策分歧——例外事项、环保、劳工事项——最终搁浅 MAI 谈判。有学者言，即便 MAI 最终成行，鉴于其超出发展中国家的发展水平和经济承受能力，发展中国家很难被吸引入 MAI 体系。[336]

OECD MAI 计划搁浅，发达国家“移师”WTO，力图在多哈回合中纳入多边投资协定谈判议题。[337]2003 年，WTO 坎昆会议落幕，WTO 框架内多边投资协议谈判最终失败。考虑到 WTO 成员代表性、谈判的灵活性以及一揽子协议谈判方式，WTO 的确是建构多边投资协定的优势场所。[338]然而，多边投资协议的利益分配效应始终是困扰新协议进程[339]并最终搁浅整个谈判：美国主张高度投资自由化和高度投资保护的多边投资协定，不愿接受一个妥协的空心化多边投资协定；欧盟等其他发达国家支持 WTO 框架内启动投资议题的谈判；大多数发展中国家反对多边投资协定谈判。[340]

MAI 屡试屡败的谈判历史或许表明在当时的权力结构下，多边投资协定谈判不具政治可行性，但这是否也意味着 MAI 不具有政策上的可欲性呢？OECD1998 年版的 MAI 的谈判失败伴随的是内容类似的 BIT 的大幅扩散。[341]通过 MFN 条款和投资者的国籍规划行为，以 BIT 为主要渊源的 IIAs 体系是一个实质的多边投资协定体系。如果现行 IIAs 体系能够实现实质的 MAI 的功能，那么为何发展中国家晚近尝试缔结超级区域性 IIAs？如果双边 IIAs 本质上优于 MAI，那么为何不同经济立场的国家订立了类似的 IIAs 且发达国家签订的 IIAs 具有明显的代际性？

在 MAI 支持者看来，一个 MAI 可以降低 IIAs 立法与协调成本，增加国际投资规则的稳

---

[334] M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, 2nd edition, CUP, 2004, p.291-292.
[335] 刘笋，从 MAI 看综合性国际投资多边立法的困境和出路，中国法学，2001 年第 5 期，141。
[336] 刘笋，从 MAI 看综合性国际投资多边立法的困境和出路，中国法学，2001 年第 5 期，144。
[337] 徐崇利，WTO 多边投资协定议题与中国的基本策略分析，法律科学，2004 年第 4 期，120。
[338] 曾华群教授认为将 MAI 谈判纳入 WTO 体制缺乏法律依据。曾华群、多边投资协定谈判前瞻，2010 年，国际经济法学刊，第 17 卷第 3 期，71。
[339] 徐泉，多边投资协定的新趋向与我国外商投资法的完善对策，经济法论坛，2004 年第 00 期，423。
[340] 徐崇利，WTO 多边投资协定议题与中国的基本策略分析，法律科学，2004 年第 4 期，120。
[341] The history of IIAs can be briefly divided into three stages: the Colonial Era, 18th centurey to the end of World War II; the Post-Colonial Era, from end of World War II to approximately 1990 with the collapse of the Soviet Union; and the Global Era, since 1990. See Kenneth J. Vandevelde, A Brief History of International Investment Agreements (2005) 12 U.C.-Davis Journal of International Law & Policy157, 158.

定性和可预见性，[342]有助于建立更加公平的市场基础，适应全球价值链的现代商业模式，同时填补 BIT 和 FTA 的制度空白。[343]换言之，MAI 的制度价值增量主要不在于其实体投资待遇内容，而在于其它制度设计，包括发展中国家更大的谈判能力，投资政策更大的自洽性，[344]避免扭曲投资激励等。[345]曾华群教授主张“成功的 MAI 应有发达国家和发展中国家的普遍认同和参与，并主张平衡资本输出国与资本输入国的权益”，并强调“发展中国家比任何时候都需要联合自强，确立和维护共同的价值和基本立场，在南南 BITs 中创立更加平衡的新型 BITs，进而形成普遍的国际投资立法新实践，进而为创立新型 MAI 奠定必要的国际实践基础”。[346]然而，在 MAI 反对者看来，导致 1998 年 OECD MAI 失败的因素依然存在，例如投资、投资者尚不存精确的定义，一般例外事项的不明确性，ISDS 程序的调整范围和限制程序。[347]此外，以双边投资协定为主要渊源的国际投资协定体系在 MFN 条款和投资者条约规划的影响下形成了一个双边基础上的实质多边体制，故而，一个形式上的 MAI 的制度边际贡献有限。而且，一个 MAI 很可能加剧，而不是减轻，当前国际投资协定的多层碎片化趋势。[348]

3.权力结构变迁与国际投资协定体系的演进

传统的文本分析无力解释 MAI 的失败之谜。[349]随着新兴经济体国家对外投资增多和以 TPP、TTIP 为代表的新一代区域综合经济协议谈判的启动，学者们对国际投资协定区域化的讨论逐渐增多。[350]

不同于 OECD MAI 失败时的经济基础，晚近国际投资治理体系的权力基础出现了结构性变动，为国际投资立法增加了新的制度可能性。首先，新兴经济体国家对外直接投资增多，发展中国家投资者在发达国家国内投资市场越来越活跃，发展中国家与发达国家传统的资本输入-输出截然两分的经济属性模糊，[351]代之而来的是资本输入-输出兼具的双重身份国家。由此，国际投资协定实体投资待遇的分歧降低。其次，东道国政府对外资的期待正由手段转向目的，[352]更加关注外资对本国经济和社会可持续发展的贡献。[353]再者，随着 ISDS 案件增

---

[342] 李玉梅，桑百川，国际投资规则比较、趋势与中国对策，经济社会体制比较，2014 年第 1 期，180-181。

[343] Gary Hufbauer and Sherry Stephenson, The Case for a Framework Agreement on Investment, Columbia FDI Perspectives, No.116, March 3, 2014, p2。

[344] 盛斌，国际投资协定：多边安排是唯一的途径吗，南开经济研究，2003 年第 3 期，7。

[345] Joachim Karl, The Spaghetti Bowl of IIAs: The End of History?, Columbia FDI Perspectives, No.115, February 17, 2014, p.2. (the author argues milestones in multilateralism may result from extraordinary catalytic events and all the values added by MAI have not been strong enough to trigger a move toward a multilateral investment treaty and existing spaghetti bowl of IAIs is likely to continue with all its complexity.)

[346] 曾华群、多边投资协定谈判前瞻，2010 年，国际经济法学刊，第 17 卷第 3 期，77。

[347] Rainer Geiger, The Transatlantic Trade and Investment Partnership: A Critical Perspective, Columbia FDI Perspective, No.119, April 14, 2014, p.2.

[348] Axel Berger, The Futile Debate over a Multilateral Framework for Investment, Columbia FDI Perspective, No.102, August 26, 2013, p.1.

[349] Tim Buthe & Helen V. Milner. Foreign Direct Investment and Institutional Diversity in Trade Agreements: Credibility, Commitment, and Economic Flows in the Developing World, 1971-2007, World Politics, 2014, 66(1).

[350] Beth A. Simmons. Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment, World Politics, 2014, 66(1).

[351] Karl P. Sauvant and Federico Ortino, Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future, Ministry for Foreign Affair of Finland, 7 September 2013, 35.

[352] Kathryn Gordon, Joachim Pohl, Marie Bouchard, Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment 2014/01, available at http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvgx1zlt-en.

[353] UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development. UNCTAD IIA Issues Note, 2013 No.5, Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD’s Fresh

多，不论是发达国家，还是发展中国家，都逐渐直观体验国际投资仲裁的优势和缺陷，缔约国对 ISDS 程序的事前前置程序和事中过程控制逐渐增多，[354]一个平衡的投资仲裁程序正逐步成为政策契合点。[355]

Approach to Multilateral Investment Policy-making.

[354] a possible greater use of state-to-state dispute settlement, amicus curiae submission in ISDS and re-engagement of non-disputing state in the process of ISDS. S. Lalani & R. Polanco (eds), The Role of The State in Investor-State Arbitration (Martinus Nijhoff/BRILL, 2014). B. Choudhury, `Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?' (2008) 41 Vanderbilt JTL 775; E. Levine, `Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation' (2011) 29 Berkeley JIL 200 (calling for a reassessment of the current frameworks in order to formalize amicus curiae status in ISDS and thereby promote procedural and substantive legitimacy of ISDS); P. Friedland, `The Amicus Role in International Arbitration' (12 April 2005), Conference Paper at the School of International Arbitration, London, 9 (Some scholar may argue that amicus curiae injures the equality of the treatment of the parties. However, they, too, acknowledge amicus submissions could generate greater social good and confront the social impact of ISDS awards); Lucas Bastin, The Amicus Curiae in Investor–State Arbitration (2012) 1(3) Cambridge Journal of International and Comparative Law 208. Karl P. Sauvant and Federico Ortino, Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future, Ministry for Foreign Affair of Finland, 7 September 2013, 46; Wolfgang Alschner, The Return of the Home State and the Rise of 'Embedded' Investor-State Arbitration (October 20, 2013). Forthcoming in S. Lalani/ R. Polanco (eds), The Role of The State in Investor-State Arbitration (Martinus Nijhoff/BRILL, 2014), available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2405393 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2405393

[355] States are of growing awareness of social and environmental impact of FDI. Other competing objectives such as national interests, essential security, protection of certain industries, also gain increasing attention of states. All these factors contribute to diversified and nuanced national approaches to FDI. See, e.g., Rahim Moloo and Justin M.Jacinto, "Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law" in Kaul P. Sauvant (eds), Yearbook of International Investment Law and Policy (OUP 2012). (analyzing the merits of adopting an additive deferential standard of review for adjudication of investment treaty claims relating to public interest regulatory measures and finding that it is neither necessary nor appropriate for tribunals to adopt an additional deferential standard of review as a general matter (i.e., to govern the overall application of the treaty.) Rahim Moloo and Justin M. Jacinto, Environmental and Health Regulation: Assessing Liabilities under Investment Treaties (2011) 29 Berkeley J. Int'l L. 1. (A threshold question for public health claim is whether the state measure was legitimate. In answering that question, tribunals focus on the procedural soundness of the measure and whether it was motivated by proper regulatory objectives. The overall legal framework thus deviates significantly from the approach taken in the international trade law context, and appears to provide limited space for a claimant to prevail on a claim relating to a bona fide environmental or health regulation.) William J. Moon, Essential Security Interests in International Investment Agreements (2012) 15 Journal of International Economic Law 481 (The author investigates the historical origins and state usage of security provisions found in international economic agreements and argues an essential security defense may be raised only in circumstances involving national security interests. While states ought to be given a margin of appreciation on what constitutes a threat to their own national security interests, the burden falls on the signatory states to diverge from the shared linguistic expectations attached to the ordinary usage of treaty terms. This approach injects a degree of predictability into the meaning of otherwise silent terms, reducing the detrimental reliance problem introduced by treaties that are designed to induce good faith investment by third party beneficiaries). Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of international investment law (2ed edition OUP 2012), 10. For instance, in China-Canada 2012 BIT, Canada insists that noting in the BIT shall apply to measures in respect of cultural industries in Article 33 (1) (General Exceptions). Equally in new signed EU-Canada CETA, such culture exception clause is also included. See also CETA Technical Summary of Final Negotiated Outcomes: Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (18 October 2013), 22 <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ceta-final-negotiated-outcomes.pdf> accessed 1 March 2014 (indicating that the Exceptions for measures with respect to cultural industries are included in various chapters to maintain Canada's flexibility to protect and promote cultural industries, policies

南北两极权力结构下，双边投资协定为发达国家与发展中国家投资纠纷的解决提供了一个兼顾东道国、投资母国、投资者利益的去政治化的三赢方案。在发达国家的强力推动下，双边投资协定呈扩散之势。在多中心网络权力结构下，随着各国投资保护共识的提高，双边投资协定的制度优势与制度成本降低，双边投资协定宣示意义增大，南南 BITs 与北北 BITs 初现。在南北国家利益冲突固化的两极结构下，涉及多缔约国的区域投资协定的可行性较低。随和权力的弥散和非加总化，各国国际投资协定政策偏好的可变通性增强，区域投资协定的可行性和可欲性增加，并呈现扩散趋势。在多中心网络权力结构下，国际投资法体系内各国利益分歧的协调难度降低，多边投资协定机制的可行性增加。虽然，多边投资协定的可欲性仍取决于实体条文设计，但存在着合作的参与约束区间。可欲的多边投资协定机制必须容纳既有 BIT、FTA 规则，并且减轻既有国际投资协定体系的缺陷。在双边-区域-多边的规则多边化发展基础上，国际投资治理体系的制度集中化结构增强。就未来世界投资组织的设计而言，世界投资组织在规则设计上应平衡权力与权利的关系，协调一般义务与例外事项，统筹机制稳定性与灵活性，并在体系顶层设计层面回应体系的正当性和可问责性等原则问题。

以双边投资协定为主体的国际投资协定体系难以满足国际投资立法的政策需求。权力结构层面，新兴经济体国家经济实力上升，改变了国际投资治理体系的权力结构，甚至有学者主张新兴经济体成为传统南北国家群体之间的中间层，形成南北中三元结构。[356]新兴经济体国家经济实力与制度话语权的失衡导致国际投资治理体系新的利益-制度均衡尚未形成，国际投资协定体系的回应性和有效性不足。规则层面，逆中心化的制度结构虽然能够快速回应新的政策需求，但国际投资协定之间规则的重叠、冲突导致国际投资规则体系缺乏确定性、稳定性和可预见性。此外，投资引发的不正当竞争、劳工、环保、监管寒蝉效应等新议题需要国际投资治理体系顶层设计、集体行动，一国或少数国家凭一己之力断无完成之可能。[357]虽然在涵盖范围上更广、成员国利益平衡方面较为合理且具备多边投资协定雏形，新近迅猛发展的区域投资协定仍面临不容忽视的制度劣势。区域投资协定内容上的排他性增加了国际投资规则体系的冲突，增加了投资政策的不确定性。以资本输出国为主导、以政治、经济、地缘、文化为拟合点的区域投资协定加剧了发展中国家的边缘化程度，在经济相互依赖的基础上阻滞了全球化进程。[358]

晚近兴起的区域性投资协定正是矫正国际投资协定体系重度去中心化趋向、迈向多边投资协定机制的第一步。[359]TTIP 的投资章节对 OECD 1998 年 MAI 草案具有明显的继承性，[360]而 TPP 则是美国主导的力图在政治、经济上全面整合亚太经济区、推进亚太一体化的综合战略机制，[361]力图构建亚太地区新的结构动力。[362]一旦达成，[363]TPP、TTIP 无疑是下一代全球

---

and programs in EU-Canada CETA). EU proposed a General Exception Clause including measures necessary for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value. See Nathalie Bernasconi-Osterwalder, IISD Commentary to the Draft Investment Chapter of Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (May 2013), 27< http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=2889> accessed 1 November 2014.

[356] 叶玉，全球经济治理体系的冲突与协调，国际观察，2013 年第 3 期，77。

[357] 吴岚，结合 BITs 缔结实践谈中国在 WTO 多边投资协定谈判中的应有立场，学术探索，2012 年第 6 期，82。

[358] 李玉梅，桑百川，国际投资规则比较、趋势与中国对策，经济社会体制比较，2014 年第 1 期，178-179。

[359] Nicolle Graugnard, Toward a Multilateral Framework for Investment, Columbia FDI Perspective, N.103, September2, 2013, p.2.

[360] Rainer Geiger, The Transatlantic Trade and Investment Partnership: A Critical Perspective, Columbia FDI Perspective, No.119, April 14, 2014.

[361] Jonathan S. Kallmer, The Global Significance of Transatlantic Investment Rules, Columbia FDI Perspective, No.99, July 15, 2013, p.3.

[362] 美国 TPP 战略对中国对外政策各个方面都会产生重要影响。TPP 协定的达成将对中国形成贸易歧视和贸易转移效应，而迫使中国考虑加入 TPP，或与 TPP 成员国单独签订 FTA 网络。美国

投资协定的范本。[364]此外，中国与美国和欧盟同时展开的中美 BIT、[365]中欧 BIT 谈判也为全球投资立法提供了另一种可能。[366]作为发展中的大国，中国与主导发达国家订立的投资协定将弥合发展中国家与发达国家传统的缔约分歧，并可能提供一个多边投资协定谈判蓝本。[367]那么，在新的权力结构下，国际投资立法应当采取什么形式呢？是继续传统的双边投资协定，并促进双边基础上的多边化？或是制定抽象的、软法性质的多边投资框架（MFI）？还是采取晚近逐渐显现的区域投资协定（RTA/FTA）？亦或是制定一个统一的多边投资协定（MAI）并以此建立世界投资组织（WIO）？这些都是亟待系统回应的理论命题。

三、国际投资协定的国家分析视角：需求（功能）分析

以国家视角分析国际投资协定的多样形式具有认知上的简洁性，因为国家毕竟是国际法律过程中的主要行为者。国家层面的分析倾向于将国际投资协定的实践差异归结于各国对国际投资协定的国家战略定位不同和各国国内宪政体制（polity）的差异，关注 IIAs 制度的功能性和可欲性（需求），因而能够在很大程度上解释 IIAs 体系的多样性和碎片化。[368]在流派归属上，国家层面分析多体现制度主义为和自由主义国际关系理论的认知脉络。[369]

从各国利益的差异出发，Jack L. Goldsmith 和 Eric A. Posner 提出了解释国际法为何存在的四种模型：利益耦合模型、协调模型、合作模型和强制模型（coincidence, coordination, cooperation and coercion）。[370] Andrew Guzman 以双边囚徒困境（Bilateral Prisoner's Dilemma）

试图通过 TPP 覆盖或替代现有东盟 10+3、10+6 和中日韩三国峰会机制，破坏中国日益主导的东亚一体化进程，也避免东亚国家在“选中国、还是选美国”的战略决策中作出不利于美国的决定，最终重新站占据在亚太地区的绝对领导权。TPP 将使中国与美国在东亚和东南亚的确争夺盟友和建立贸易集团的斗争更加激励，美国将利用 TPP 对亚洲的商业联盟进行大规模结构充足，达到分化和瓦解其他国家与中国的双边关系。最后美国希望 TPP 来推动新的 FTA 假设以此约束中国的发展空间和影响力、规范中国的市场竞争行为、促进中国的民主化进程和监督中国承担更大的国际责任。盛斌，美国视角下的亚太区域一体化新战略与中国的对策选择——透视“泛太平洋战略经济伙伴关系协议”的发展，南开学报（哲学社会科学版），2010 年第 4 期，78-79。

[363] 张弛认为日本加入 TPP 谈判，一定程度上削弱了美国的权力优势，虽然美国主导 TPP 的局面短期内难以改变。张弛，权力博弈、制度设计与规范建构——日本加入 TPP 后中国应对的策略思考，国际观察，2014 年第 2 期，151。

[364] Jonathan S. Kallmer, The Global Significance of Transatlantic Investment Rules, Columbia FDI Perspective, No.99, July 15, 2013, p.3. 邢厚媛，全球治理中的国际投资规则变化与对策，国际经济合作，2013 年第 12 期，6。

[365] David A. Gantz, Challenges for the United States in Negotiating a BIT with China: Reconciling Reciprocal Investment Protection with Policy Concerns, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 14-03, 2014.

[366] 邢厚媛认为中国参与国际投资规则重构的决策定位，仍处在有所作为阶段，高于“韬光养晦”，尚不及“敢作敢为”。以我为主的全球产业布局和分工体系尚未成形，全球分工体系、机制片体系和全球投资规则体系正发生相互交织的新变化，中国难以主导全球性多边投资协定的形成，因此在战略顺位上，区域投资规则先于多边投资协定。邢厚媛，全球治理中的国际投资规则变化与对策，国际经济合作，2013 年第 12 期，7。

[367] Karl P. Sauvant and Huiping Chen, A China-US Bilateral Investment Treaty: A Template for a Multilateral Framework for Investment, Columbia FDI Perspective, No.85 December 17, 2012, p.3.

[368] Anne van Aaken, Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection, Finnish Yearbook of International Law (2008) Vol. XVII, pp. 91-130, atp.129.. (This article connects the fragmentation debate in international law with international investment law and jurisprudence with a view to substantive conflicts and possibilities of harmonious interpretation as well as institutional problems, and argues that substantive issues of fragmentation cannot be seen independently from the institutional issues, especially if the special regimes of international law differ so much in their monitoring mechanisms and their openness to stakeholders and therefore an strong judicial mechianism is needed.)

[369] 田野，于敦海，对外经济政策分析的国家主义视角：缘起与流变，外交评论，2008 年第 5 期，95-102。

[370] Coincidence of interest: When a pattern of behavior—here, not violating the border—results from

为理论框架，从协调（states are likely to behave in same way with or without a treaty）和合作（degree of tension between interests of parties）两种基本互动类型出发，提出了基于互惠、声誉和未来报复（reciprocity, reputation and future retaliation）为执行机制的国际法解释模型。[371]由于最优合作政策的不确定性和时间敏感性，确定性的合作规则和可信的执行机制都难以设计，因此国家间宏观经济合作的难度较大。[372]

（一）国家战略与国际投资协定

1.作为法律手段的国际投资协定

国际投资监管的政策需求在不同历史时期有不同的表现形式。在国际投资法产生初期，征收条件及补偿标准是跨国投资纠纷的主要形式。所以，确立投资待遇和保护水平及一个去政治化的争端解决机制是最主要的政策需求。[373]政策需求的主体不仅仅包括东道国与投资母国，还有投资母国代表的投资者。海外投资者权利保护十分重要，但动辄卷入到因私人投资而引起的外交保护争端对投资母国来说也是一个不小的政治挑战，尤其是这种外交保护可能影响两国总体的外交大局。海外投资利益保护是一国对外政策的重要一环，但外交政策的其他政策追求，例如增强国家间政治合作关系、维持一国军事安全、打击国际犯罪也是十分重要——如果不是更重要——的政策目标。一个去政治化的投资争端解决机制是国际投资保护与监管的最核心政策需求。

Thomas Schultz 和 Cedric G. Dupont 认为 IIAs 主要具备三种功能：发达国家控制发展中国家的新型殖民工具（neo-colonial instrument），促进东道国国内法治的工具，促进国际法治的工具。通过分析 1972 年到 2010 年的 541 个仲裁案件，Thomas Schultz 和 Cedric G. Dupont 指出，在 90 年代中期以前，IIAs 主要是发达国家保护本国利益和强加法治体系的工具；在 90 年代中期之后，IIAs 的主要功能是通过界定国际投资仲裁庭的授权空间，实现促进国际投资法治的工具。然而，无论何时，国际投资法体系对穷国的影响显然高于富国。[374]

---

each state acting in its self-interest without any regard to the action of the other state. Coordination: states receive higher payoffs if they engage in identical or symmetrical actions than if they do not. Cooperation: states reciprocally refrain from activities (here, invasion or incursion) that would otherwise be in their immediate self-interest in order to reap larger medium- or long-term benefits. Thus, the states agree (implicitly or explicitly) on a border that reflects their interests and capacities, and the border is maintained by mutual threats to retaliate if the other state violates the border. Coercion: Coercion results when a powerful state (or coalition of states with convergent interests) forces weaker states to engage in acts that are contrary to their interests (defined independently of the coercion). The authors identify four types of IL rules based on static benefits of rules. However, the authors does not reveal the approach to supply of such rules from a dynamic perspective. Different from the authors' angle, this research endeavors to in more details explore the supplying process of IIAs in transnational investment governance and explains the diversity of IIAs designs under various power relations. Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, the Limits of International Law, (OUP, 2005).

[371] Andrew Guzman, How International law Works: A Rational Choice Theory, (OUP, 2008), 121.

[372] Eric A. Posner & Alan O. Sykes, International Law and the Limits of Macroeconomic Cooperation, 86 S. CAL. L. REV. 1025 (2013).

[373] Kenneth J. Vandevelde 认为美国 BIT 战略在初期有多重目的，首先在意提供一套发展中国家与发达国家都支持的征收补偿标准；其次，BIT 能够通过纳入投资的习惯国际法保护规则，进而提供一套稳定、透明、有利的投资环境；最后，在十分初级的意义上，BIT 能够向发展中国家宣示那些受投资者欢迎的法律环境。当然，BIT 的首要创新之处在于投资者的国际投资仲裁庭直接诉权。Kenneth J. Vandevelde, US International Investment Agreements (OUP 2009), 26-27.

[374] Thomas Schultz, and Cedric G. Dupont, Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, 25(4) European Journal of International Law 1147-1168, 2014. (It is seen as serving to control developing countries by acting as a neo-colonial instrument for developed states, or to foster the domestic rule of law in the host state of the investment, or to strengthen the international rule of law. Until the mid-to-late nineties, investment arbitration was

然而，各国面临 IIAs 有限政策工具与各国多重政策目标的困境。随着国际仲裁数量不断增多，国际投资法的挤出效应逐渐显现，限制了缔约国公共政策空间的“监管寒蝉效应”（Regulatory Chill）。当因东道国公共政策引起的间接征收成为国际投资争端的主要表现形式时，以直接征收为预设对象的国际投资法体系在运行中出现了部分偏离缔约国意图的趋向。如何在保护跨国投资的同时为东道国保护与投资密切相关的社会利益预留必要的政策空间成为国际投资监管的新政策需求。

2.作为外交手段的国际投资协定

资本互动是 IIAs 制度建构的经济基础。如果两国目前或预期 FDI 资本流动潜力不大但又切切实实地签订了 IIAs，那么，非经济性的、宣示性的外交功能则很可能是 IIAs 体系的主要政策考量。

IIAs 完全可能构成宣示性的外交手段，具有更大封闭性的 FTA 战略尤甚。[375]传统学术观点认为发达国家通过 BIT 来保护本国的海外投资。但 Adam S. Chilton 认为美国启动 BIT 项目的历史并不符合这种传统的学术解释，[376]反而 Adam S. Chilton 认为美国在很大程度上将 BIT 用作一种外交政策工具（foreign policy tool）：用来增强与具有战略重要地位的发展中国家的关系，发展中国家在美国外交体系中的地位是更准确的观察变量；政治收益至少构成 BIT 战略的一个组成部分。[377]Adam S. Chilton 认为政治考量比投资考量能更好地解释美国 BIT 战略的规律，[378]而美国 BIT 政治收益主要表现为缔约伙伴在联合国与美国保持一致，但却不足以激励缔约伙伴允许美国驻军或与美国结成军事同盟。[379]

就 FTA 战略而言，TPP 除了是区域经贸协定之外，也是美国“重返亚洲”地缘战略的构成部分，是美国主导的力图在政治、经济上全面整合亚太经济区、推进亚太一体化的综合战略机制，[380]力图构建亚太地区新的结构动力。[381]一旦达成，[382]跨太平洋的 TPP 和跨大西洋的

---

used to a large extent both as a neo-colonial instrument to strengthen the economic interests of developed states and as a means to impose the rule of law in non-democratic states with a weak law and order tradition. Since the mid-to-late nineties, investment arbitration seems more oriented towards serving the function for which most international courts and tribunals are created – that is, to strengthen the international rule of law. In doing so, however, it seems to favor the “haves” over the “have-nots”, making the international investment regime harder on poorer than on richer countries.)

[375] 张玉环，李巍，自由贸易协定的政治经济学研究述评，国际政治研究，2014 年第 2 期，110-129。

[376] Adam S. Chilton, Reconsidering the Motivations of the United States’ Bilateral Investment Treaty Program, American Society of International Law Proceedings (2015), Forthcoming, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2467963.

[377] Adam Chilton, The Politics of the United States’ Bilateral Investment Treaty Program, working paper, 17 January 2014, p.13. Adam Chilton 用美国既有军事援助的数额和是否是前社会主义国家来衡量潜在缔约伙伴对美国的战略重要性。

[378] Adam Chilton, The Politics of the United States’ Bilateral Investment Treaty Program, working paper, 17 January 2014, p.21. Adam Chilton 分别比较 investment protection, US FDI flow, military aid, former communist 四个变量与 BIT 趋势的相关关系。

[379] Adam Chilton, The Politics of the United States’ Bilateral Investment Treaty Program, working paper, 17 January 2014, p.12.（BIT 是一种低成本政策工具：BIT 并不要求缔约国进行积极的资金或军事投入；BIT 仅要求国家做出冗余的承诺；BIT 容易在国内进行“保护本国投资者海外投资”的宣传；BIT 谈判以范本为依据，谈判的边际成本低。）

[380] Jonathan S. Kallmer, The Global Significance of Transatlantic Investment Rules, Columbia FDI Perspective, No.99, July 15, 2013, p.3.

[381] 美国 TPP 战略对中国对外政策各个方面都会产生重要影响。TPP 协定的达成将对中国形成贸易歧视和贸易转移效应，而迫使中国考虑加入 TPP，或与 TPP 成员国单独签订 FTA 网络。美国试图通过 TPP 覆盖或替代现有东盟 10+3、10+6 和中日韩三国峰会机制，破坏中国日益主导的东亚一体化进程，也避免东亚国家在“选中国、还是选美国”的战略决策中作出不利于美国的决定，最终重新占据在亚太地区的绝对领导权。TPP 将使中国与美国在东亚和东南亚地区争夺盟友和建立贸易集团的斗争更加激励，美国将利用 TPP 对亚洲的商业联盟进行大规模结构重组，达到分

TTIP 无疑重构了下一代全球经济的竞争规则。[383]这也是为什么中国与欧美可能同时进行 BIT 谈判，但中国绝无可能在现有情形下与任何一方启动 FTA 谈判。这也部分解释了亚太自贸区（FTAAP）战略和丝绸之路经济带战略（Silk Road Economic Belt Scheme）为何会如此吸引各方的政治注意力。[384]

3.作为政治手段的国际投资协定

国际投资活动具有广泛的社会嵌入性。受保护的国际投资几乎涵盖所有有价值的资产，以及与资产相关的所有活动。投资者的投资活动可以等同于个体在东道国既有法律框架下所享有的所有权利与自由的代名词。投资活动深深地嵌入到东道国既有的治理监管体系中，触及东道国法律体系的各个层面。国际投资法在东道国具有广泛的社会效应。因为国际投资活动具有广泛的社会嵌入性，对跨国投资的监管不可避免地与既有的治理和监管体系相关联、相互动、相作用，并进而对东道国的大众利益具有不容忽视的影响。换言之，国际投资法对外国投资者的保护与监管不限于外国投资者，东道国社会利益和个体权利都可能受国际投资法的影响。所以，国际投资法在东道国具有广泛的社会效应。国际投资法的社会效应可能是积极的，对东道国治理具有溢出效应（Spill-Over Effect），也可能是消极的，干预东道国的公共利益的保护和公共政策的制定，挤出本应实施的公共政策，对东道国监管具有挤出效应（Crowding-out Effect）。

IIAs 在缔约国国内具有不容忽视的政策效应，这种原本非主导性的政策效应反倒有可能被缔约国利用，用来促进某些国内战略。例如，Ronald Dworkin 认为国家具有遵守国际法的表面义务（prima facie obligation），因为这可以增强国家在国内的政治合法性（political legitimacy）。[385]Adam S. Chilton 明确反对 Ronald Dworkin 的此种观点，认为其未能解释具有较高国内合法性的民主国家为何要遵守他们反对或没有同意的国际法规则。[386]

中国即采取以开放促改革[387]的国际投资协定战略，例如中美 BIT 谈判也多被学界称为第二次入世谈判。首先，积极的国际投资协定战略可以强化国内法治改革意识，强化政策话语和政策宣传的一致性。例如晚近所提出的，“开创高水平对外开放的新局面，[388]适应建设法治政府的新形势，应对维护国家安全稳定的新挑战，担当国际舞台的新角色”，[389]都需要中

化和瓦解其他国家与中国的双边关系。最后美国希望 TPP 来推动新的 FTA 架构以此约束中国的发展空间和影响力、规范中国的市场竞争行为、促进中国的民主化进程和监督中国承担更大的国际责任。盛斌，美国视角下的亚太区域一体化新战略与中国的对策选择——透视“泛太平洋战略经济伙伴关系协议”的发展，南开学报（哲学社会科学版），2010 年第 4 期，78-79。

[382] 张弛认为日本加入 TPP 谈判，一定程度上削弱了美国的权力优势，虽然美国主导 TPP 的局面短期内难以改变。张弛，权力博弈、制度设计与规范建构——日本加入 TPP 后中国应对的策略思考，国际观察，2014 年第 2 期，151。

[383] Jonathan S. Kallmer, The Global Significance of Transatlantic Investment Rules, Columbia FDI Perspective, No.99, July 15, 2013, p.3. 邢厚媛，全球治理中的国际投资规则变化与对策，国际经济合作，2013 年第 12 期，6。

[384] 王江雨，亚太自贸区：博弈中彰显中国力量，法制日报，2015 年 1 月 6 日。

[385] Ronald Dworkin, A New Philosophy for International Law, 41 Phil & Pub Aff 2 (2013).

[386] Adam S. Chilton, A Reply to Dworkin's New Theory of International Law (August 10, 2013). University of Chicago Law Review Dialogue, Vol. 80, 105-115, 2013. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2323538

[387] 欧盟的国际投资协定战略似乎也有类似的考虑，欧盟通过 IIAs 谈判撬动欧盟内部权力整合，促进欧盟的内部一体化进程。

[388] “涉外法律工作还存在不少薄弱环节，对外投资、对外援助、口岸、开发区、领事保护等领域无法可依或法规层级较低，对外贸易、国籍、在华外国人管理等领域的法律法规比较原则笼统，内外资法律法规不尽统一，一些政策性法规缺乏透明度，都制约着对外开放进一步深化。”汪洋，加强涉外法律工作，人民日报，2014 年 11 月 06 日，http://news.xinhuanet.com/legal/2014-11/06/c_127182933.htm。

[389] “我国经济总量已居世界第二位，对外贸易居世界第一位，双向投资居世界前列，综合国力、

国加强涉外法律工作。其二，国际法治可以锁定国内政策，强化国内法治完善的制度环境及政策预期。通过签订国际条约落实法治改革的政策取向，减少政治周期更替对规则和政策稳定性的破坏。其三，中国与世界日益密切的经济互动和相互依赖是中国积极参与国际法治的经济动因，促进中国树立与中国经济地位相适应的国际地位，为国内发展与改革营造更好的国际环境。涉外法律事务则构成国际法治与国内法治互动的纽带。中国可结合中国国情和实际借鉴国际有益经验，[390]积极参与国际规则制定。“国际规则的制定是国际博弈的结果，是各国政治、经济、外交综合实力的反映，”“积极参与国际规则制定，推动依法处理涉外经济、社会事务，增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力，运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益。”

（二）国家制度与国际投资协定

国际法律体系内有两对挥之不去的根本紧张关系，一对是国际法律体系规范维度和权力维度的关系，一对是国际法律体系与国内法律体系的关系。[391]对这两对关系的认知和理解直接决定了一国对国际法律体系的政策取向和路径。关于国内法律体系与国际法律体系互动关系，学界存有不同的认知。一种流派主张国家内部的法律体系决定了国际法律体系的特征（并主张自由主义国家之间的国际法不同于或应当不同于自由主义与非自由主义国家之间的国际法），例如镜面模型（second image model）、民主的和平理论（democratic peace thesis）；[392]一种流派主张国际秩序塑造（molds）国内法律体系，例如反向镜面模型（second image reversed model）[393]及其关于民主、人权和法治的政策取向（prescription）。[394]

二战以降，民族自决和国家主权成为联合国的基石性原则。主权原则构成我们现今讨论国内法治与国际法治互动的制度语境。但这个制度语境不是从来就有的，而是“历史的产物”，因而也是可以质疑的，甚至是可能消亡的。主权是西方的泊来词，具有深厚的西方历史背景。主权体系是世俗权力与宗教权力斗争的产物，而后构成了欧洲国家之间协调利益、维持平衡的机制，并随着西方国家的全球殖民扩及全球。欧洲国家在共同文化传统和经济相互依赖基础上启动了超国家一体化进程，逐渐提供了一种（但并不唯一的）全球治理的范式，主权反倒成为一个可以质疑并可以放弃的机制。主权概念的流变与既有的文明国家（主要是西方国家）的实践和历史相对应，理论演进反映的是历史的实践。

国际竞争力、国际影响力大幅提高。我国已进入国际重大政治、发展和经贸问题谈判的核心圈，在联合国、二十国集团、世界银行、国际货币基金组织等全球治理体系中发挥越来越重要的作用。但我国作为现行国际规则适应者、接受者的角色还没有根本改变，这与我国的综合国力和国际地位不相称。积极参与全球治理，做国际规则的维护者、建设者，既是维护我国发展利益、塑造良好外部环境的迫切需要，也是国际社会的普遍期待。这就需要按照《决定》部署，积极参与国际规则制定，提升国际事务话语权，增强运用法律手段维护国家利益的能力。”

[390] 汪洋，加强涉外法律工作，2014年11月06日，人民日报，http://news.xinhuanet.com/legal/2014-11/06/c_127182933.htm（“任何国家都不能在封闭条件下谋发展，也不能关起门来兴法治。一个国家要面向世界，实行的法治也要面向世界。我国对外开放的时间还不长，涉外法治建设的经验还不多，这也是中国的国情和实际。加强涉外法律工作，需要学习借鉴其他国家法治建设的有益内容，结合我国实际不断创新，体现开放性和包容性，节约探索成本，少走弯路”）。

[391] Jacques deLisle, China’s Approach to International Law: A Historical Perspective, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) (2000) Vol.94, 267-275. P.268.

[392] Joel P. Trachtman, International Law and Domestic Political Coalitions: The Grand Theory of Compliance with International Law (April 18, 2010), available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1549337.

[393] Peter Gourevitch, The Second Image Reversed: The International Source of Domestic Politics, International Organization, Vol. 32(4), 881-912.

[394] E. H. Carr, Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate (David A. Baldwin ed., 1993); New Thinking in International Relations Theory (Michael W. Doyle & G. John Ikenberry ed., 1997).

在主权结构下，国内政治对国际政治的影响要远远大于国际政治对国内政治的影响，原因在于主权基础上的辅助性原则（subsidiarity）：国际政治与法律在国内法律和政治层面仅仅发挥辅助性角色。换言之，一国只有在获得更多政策收益的情形下才会选择参与国际法律体系；而诸多事项大多适合在国内层面解决，以避免受国际事务的影响或干预。这就决定了一国参与的国际事务，包括国际法律事务都由其坚定的国内政策基础，或可被视为国内政治或法律体系的国际扩展与延伸。在这个意义上，所有的国际政治都是国内的。[395]

1.国际制度是国内制度的延伸

如果从国内制度视角来解释一国对国际制度的偏好，国际制度可以被视为国内制度的延伸。从这个假说出发，一个自然的推论是不同国家，尤其是不同性质的国家之间的 IIAs 应存在可识别的类型学差异。国家性质有不同分类，但市场经济、法治与民主是经常被学者们讨论的叙述话语（narrative），因而也构成国家分类的性质标签。

市场经济是 IIAs 体系的基础，对新自由主义的基本认同是 IIAs 体系的前提。在市场经济基础上的“开放经济的政治学”（open economy politics）[396]理论认为，国内与国际法律秩序和制度相互影响与互动，只有在两种秩序的互动中才能全面捕捉国际政治的复杂性。由于主权基础上的辅助性原则（subsidiarity）的存在，国内政治对国际政治的影响显然要比相反情形更明显。[397]

国家资本主义与市场资本主义国家的 IIAs 战略是否存在明显的差异性呢？目前看来，两种经济模式下各国 IIAs 实践尚不存在明显差异。但是，随着国有企业和政府控制投资的增

---

[395] John Kurt Jacobsen, Review: Are All Politics Domestic? Perspectives on the Integration of Comparative Politics and International Relations Theories, Comparative Politics, vol. 29(1), 1996. Kristian Skrede Gleditsch, All International Politics Is Local: The Diffusion of Conflict, Integration, and Democratization (University of Michigan Press, 2002). Robert D. Putnam, Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Tw-Level Games, International Organization, vol.42(3), 1988. Bruce Bueno De Mesquita, Domestic Politics and International Relations, International Studies Quarterly vo. 46, 1-9, 2002. (提出了三种应相互结合使用的研究方法：数理逻辑，个案档案研究逻辑，统计逻辑。Mathematical logic to ensure internal consistency in argements about complex and contingent relations among variable, case studies and archival research to evaluate verisimilitude between theory and action, statistical analysis to establish the generality of the hypothesized relations among variables) Stephen Chaudoin, Helen V. Milner, Xun Pang, Internatioanl Systems and Domestic Politics: Linking Complex Interactions with Emprical Modles in International Relations, International Organization, 11 November 2014, http://dx.doi.org/10.1017/S0020818314000356. (Following older debates in international relations literature concerning the relative importance of domestic versus systemic factors, newer debates emphasize interdependence among states and the complex interactions between systemic and domestic factors. As globalization and democratization advance, theories and empirical models of international politics have become more complicated. We present a systematic theoretical categorization of relationships between domestic and systemic variables. We use this categorization so that scholars can match their theory to the appropriate empirical model and assess the degree to which systemic factors affect their arguments. We also present two advances at the frontier of these empirical models. In one, we combine hierarchical models of moderating relationships with spatial models of interdependence among units within a system. In the other, we provide a model for analyzing spatial interdependence that varies over time. This enables us to examine how the level of interdependence among units has evolved. We illustrate our categorization and new models by revisiting the recent international political economy (IPE) debate over the relationship between trade policy and regime type in developing countries.) 完全不同的切入点分析可见，Daniel W. Drezner, All Politics Is Global: Explaining International Regulatory Regimes (Princeton University Press, 2007).

[396] David Lake, Open Economy Politics: A Critical Review, Review of International Organization, vol. 4(3), 219-244, 2009.

[397] Joel P. Trachtman, Open Economy Law, in Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack eds., Interdisciplinary Perspectives on International law and International Relations: The State of Art (CUP, 2013), 544-567.

多，IIAs 越来越有可能直接纳入国有企业条款。不同经济模式国家对国有企业的整体认知和法律制度存在明显差异，这既涉及市场经济国家与前计划经济国家的“东西差异”，也涉及新兴经济体与发达经济体的“南北之争”。Lauge N. Skovgaard Poulsen 认为仲裁庭在管辖权问题上的宽泛实践极有可能影响各国政府对国家资本主义的正当监管，但其也认为中美、中欧 BIT 谈判可能为建立平衡的 SOE 投资治理体系提供良好的制度起点。[398]

强民主国家与弱民主国家是否存在明显不同的 IIAs 政策偏好呢？已有理论假设一国的民主程度影响该国参与、批准、遵守 BIT 的动机，[399]因为民主国家对财产权利的保护足够充分，不需要通过签订 BIT 的方式进行冗余的财产权利保护承诺。[400]

法治程度显然是影响一国 IIAs 战略的重要因素。强法治国家间完全可能订立不包含 ISDS 机制的 IIAs，例如美国-澳大利亚 2005 年 FTA。而且，也有很多学者主张 TTIP 投资章节也无须纳入 ISDS 机制，[401]因为美欧良方的法治程度都较高，无需 ISDS 来提供投资者权利的司法执行机制。

2.内外投资法的互动

无论是成文立法还是判例法，国内法都能以多种途径影响国际法。国内法可以为国际条约提供一种范本，并为习惯国际法的演进提供实践推演，并且，国内法及其实践本身就是一般法律原则的有机组成部分。[402]尤其值得注意的是，国内法庭的角色——司法法理及判例构成一国国家实践的重要组成部分，同时也是一国法律同意（*opinio iuris*）的重要形式，这些在习惯国际法之证成、国家豁免以及国内法治外法权（extraterritorial jurisdiction）[403]方面

---

398 Lauge N. Skovgaard Poulsen, Investment Treaties and the Globalization of State Capitalism: Opportunities and Constraints for Host States. In Roberto Echandi and Pierre Sauvé eds., Prospects in International Investment Law and Policy (Cambridge University Press, 2013), 73-90.

399 Rachel Brewster, and Adam S. Chilton, Supplying Compliance: Why and When the United States Complies with WTO Rulings, Yale Journal of International Law, vol. 39, no. 2, 2014. (In studies of compliance with international law, the focus is usually on the "demand side" – that is, how to increase the pressure on the state to comply. Less attention has been paid, however, to the consequences of the "supply side" – who within the state is responsible for the compliance. This Article is the first study to systematically address the issue of how different actors within the United States government alter national policy in response to the violations of international law.)

400 Monty G. Marshall, and Keith Jaggers, Polity IV Project: Political Regime Characteristic and Transitions, 1800-2010, 2011. Kurt Taylor Gaubatz, Democratic states and commitment in international relations, 1996. Abram Chayes, Antonia Handler Chayes, On compliance, International Organization, Vol. 47, No. 2 (Spring, 1993), pp. 175-205. Judith Goldstein & Lisa L. Martin, Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note, 2000. (This Article presents empirical evidence that who within the government must supply compliance is the most important factor in explaining both whether and when the United States government complies with WTO rulings, even after controlling for important characteristics of the state filing the request and the political importance of the affected industry. These results demonstrate that understanding the domestic supply of compliance is a critical, if neglected, aspect of international law theory. The results also highlight how the dominant "unitary actor" model (adopted by international law scholars to explain compliance) obscures important causal pathways in the compliance process.

401 Lauge Poulsen, Jonathan Bonnitcha and Jason Yackee, Transatlantic Investment Treaty Protection, CEPS Special Reports, March 2015, http://www.ceps.eu/book/transatlantic-investment-treaty-protection; 不同意见，参见 Freya Baetens, Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee, CEPS Special Reports, March 2015, http://www.ceps.eu/book/transatlantic-investment-treaty-protection-–-response-poulsen-bonnitcha-and-yackee.

402 美国反腐败法对 OECD 反贿赂公约的影响以及 Truman Proclamation 对大陆架相关习惯国际法的影响即为例证。Classic examples are the impact of the US Foreign Corrupt Practices Act on the OECD Anti-Bribery Convention or the Truman Proclamation’s influence on the customary international law of the continental shelf.

403 关于国内法域外适用的分析，参见 Stephen J. Choi and Andrew T. Guzman, The Dangerous

都意义重大。早在 1927 年，H. Lauterpacht 在博士论文《Private Law Sources and Analogies of Law》[404]中就探讨国际法的私法渊源，包括领土-财产和占有规则、条约-合同、证据规则等类比，及其国际仲裁中私法的援引实践。张文彬在其博士论文《论私法对国际法的影响》中继续探讨了了私法对国际法理论和实践的影响，从万民法-万国法、自然人-国际法主体、所有权-领土主权和契约-国际条约四个方面证成了国际法的私法印记。[405] 蔡从燕在《国内公法对国际法的影响》一文中指出，日益复杂的国际交往要求建立某种等级制和集中化架构的国际法，即公法意义上的国际法。国内公法理论在结构设计、主权平等、民主问题都有可能施加制度影响。当然，蔡从燕也指出，在主权国家尤其是大国没有政治意愿，而且也没有必要建立世界国家的情况下，国际法不可能完全借鉴民族国家语境下衍生出来的公法理论。[406]

国际投资法领域的国际法与国内法互动与相互影响十分明显。[407]投资仲裁本身就是国际投资仲裁庭以国际法为依据审查东道国政府的行为，且多涉及东道国为追求合法的公共政策目的而实施的监管行为。BIT 中以“东道国法律和法规”为依据的待遇规定为国内法在国际仲裁中的适用提供了渠道，尽管国际仲裁庭并不是适用国内法的优势机构。[408]在国际投资法领域，财产权和征收的概念及保护标准具有明显的国内法印记。公平公正待遇和持久保护与安全待遇条款也有欧美国家国内立法及司法实践的影子。对国际投资法具有影响的国家显然对国际投资法的发展与建构具有很大的话语权。因此，发达国家国内法显然对国际投资法的发展具有很大的移植影响。晚近，新型经济体国家在国际投资协定缔约中的议价能力不断提高，这些国家的国内法如何影响国际投资法的演进仍有待进一步观察。如中国这样的全球经济体如何影响国际投资法的演进恐怕对整个国际法体系都有结构性、制度性的意义。国际投资法在国内具有实际效力，乃至公共权威，这是否意味着国际投资法可能构成对国内法的替代（substitution）？[409]某些情况下，国际投资法是否可能与国内法相互配合、相互补充（complements）？[410]这些纵向结构的建构问题以及利益相关者的动态互动问题尚无理论阐释。

国际投资法与国内法的互动可以从法律互动和事实互动两个维度来归纳。东道国国内

Extraterritoriality of American Securities Law (1996), Northwestern Journal of International Law & Business 17:207 (1996), available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2175992.

[404] H. Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies of Law (Longmans, Green and Co. Ltd, 1927).

[405] 张文彬，论私法对国际法的影响，中国人民大学 博士学位论文，1999 年。

[406] 蔡从燕，国内公法对国际法的影响，法学研究，2009 年第 1 期，178-193。

[407] 王贵国教授指出当地国际投资法的特点是直接关系规范投资的条约、协定与公法原则互为表里，国际规范与内国法紧密相关、互为补充，例如政府行为的定性与归因、企业法人的定义及国籍要求等。王贵国，略论晚近国际投资法的几个特点，比较法研究，2010 年第 1 期，第 69-73 页。

[408] 相比之下，国内法庭或仲裁机构更有能力查明和适用东道国国内法。国际仲裁庭即便适用国内法也只是“浮光掠影”，国际仲裁庭显然在适用国际法方面更有优势。

[409] In context of taxation, there is empirical evidence indicating a complementary relationship between BITs and domestic institutional quality which contradicts the traditional notion of BITs to act as substitutes for institutional stability. Till Siegmann, The Impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investments (November 2007). U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2008-22. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1268185 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1268185, p.49-50.

[410] Tom Ginsburg, International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance. International Review of Law and Economics, Vol. 25, Issue. 1, March 2005, 107-123; U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE06-027. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=916351. (The conventional wisdom is that such international commitment devices help to remedy local institutional deficiencies. Using an empirical analysis of bilateral investment treaties, the author argues that, under some circumstances, international devices may be substitutes for local institutions and lead to reductions in governance quality. The presence of such international substitutes may explain the intractability of governance indicators in developing countries.)

法在国际投资仲裁中有很大的直接适用空间。在长期演化过程中，国际投资法体系与国内法体系都以多种途径相互作用。从国际投资法历史来看，投资者-国家仲裁机制在处理纯经济性的投资纠纷时具有制度优势，而在应对具有广泛社会影响和政治敏感性的投资纠纷时则显乏力。从静态交互界面来看，待监管事项的市场化程度越高，国际投资法的适用空间越大；待监管事项的社会化程度越高，国内法的适用空间越大。从动态缔约过程来看，国际投资法越依赖国内法的支持，国内法的影响越大。国际投资法所应调整的事项是缔约国共识程度较高的投资待遇问题，而那些共识程度较低的投资关联事项则应由东道国国内治理机制调整。[411]

中国对国际法治的理解和参与经验完全不同于西方国家，中国对国际法律体系的参与伴随着国内法律体系的完善。[412]国内法律体系建设和国际法律体系建设在中国实践中遵循相互加强的逻辑。这种互动是双向的，参与国际法治不仅完善了国内法律体系重构，国内法律体系的完善反过来也增强了中国参与国际立法的能力，从而促进国内与国际双层法治的实现。[413]这意味着国际法治在中国转型语境下更有可能构成促进国内法治体系的积极因素。

四、国际投资协定的社群和个体分析视角

从个体和社群的视角分析 IIAs 体系的特征在研究假设上否认国家的自主性，将国家行为视为各利益集团相互妥协结果的表现。国家并不是具有自主意识的“个人”，而是个体和群体集体决策的机制与框架。社群层面分析在解释 IIAs 制度的功能性的同时也回应 IIAs 体系的正当性问题，在知识谱系上涉及自由主义和建构主义两种流派。

（一）跨国投资活动的社会嵌入性

国际投资法的社会效应可能是积极的，对东道国治理具有**溢出效应**。国际投资法可能对东道国当地救济制度具有效率改善的效应。国际投资法以新自由主义经济学为基本理念，强调个体权利保护与市场经济。虽然新自由主义经济学并不完全排斥政府（国家）在经济发展中的作用，并承认市场失灵时政府（国家）存在的必要性，但其总体上反对政府对市场和经济的不当干预。国际投资法体系有助于建立产权保护、市场秩序和有限政府。国际投资法体系对一些国家的国内宪政建构、法律制度完善等方面都有积极的示范和促进作用。国际投资法也可助力东道国国内改革，国际投资法国际义务的国内履行在一定程度上构成国内改革的外部激励，并为改革的启动提供契机。国际投资法赋予外国投资者直接诉权，投资者以启动国际投资仲裁的方式监督东道国各级政府的行为也有助于东道国国内推行善治的变革。然而，在某些情况下，国际投资协定中的制度设定可能对东道国当地救济制度都成替代，从而导致东道国当地治理水平的下降。[414]

仲裁庭在裁决具体纠纷过程中不可避免地审查东道国政府行为。国际投资协定及国际投资仲裁实践可能过于强调投资自由化和投资保护，从而干预东道国的公共利益的保护和公共政策的制定，挤出本应实施的公共政策，对东道国监管具有**挤出效应**。例如，仲裁庭对乌拉圭和澳大利亚关于香烟包装的裁决，针对德国原子能裁决，针对阿根廷 2001-2002 年金融危机应急法案的裁决，针对美国、加拿大、墨西哥环境和劳工标准的裁决，都表明了投资者-国家仲裁裁决对东道国公共政策的影响能。为吸引和保护外资而放弃的其他社会权益和利

---

411 王鹏，论国际投资法与国内法的互动，国际经贸探索，2014 年第 9 期。

412 Jacques deLisle, China’s Approach to International Law: A Historical Perspective. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) (2000) Vol.94, 267-275. P.268.

413 Hanqin Xue. Chinese Contemporary Perspectives on International Law: History, Culture and International Law (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p.219.

414 Tom Ginsburg, “International substitutes for domestic institutions: Bilateral investment treaties and governance,” 25 International Review of Law and Economics107 (2005), p. 113.

益的保护，体现了东道国对与投资关联的其他事项的监管存在政策放松或政策迁抑。国际投资法的挤出效应主要有两种形式：监管寒蝉效应（Regulatory Chilling Effect）和监管逐底竞争（Regulation Race to Bottom）。

监管寒蝉效应主要是因为东道国政府因已经存在或可能存在的投资仲裁而抑制本来应当实施的监管行为或公共政策。投资者在国际投资仲裁庭起诉东道国国内广泛适用的公共政策行为本身对东道国政府就构成一种战略威胁。投资者一旦胜诉，东道国必须用本国的财政资产来支付裁决，这意味着东道国的全体国民负担仲裁裁决。对于尚未实施的公共政策和监管行为，东道国政府可能因为预见到并顾忌投资者可能提起的投资仲裁裁决而避免或减少使用可能涉及投资者权利的政策，而这无疑已经干扰了东道国政府最佳的公共政策决策。此外，由于现在国际投资仲裁庭的成本——无论投资者是否赢得仲裁——一般由纠纷当事人分担，这无形中降低了投资者启动仲裁程序的成本，现实中也的确存在投资者滥诉的行为。

监管逐底竞争主要表现为一些缔约国为了吸引更多的外国投资而放松监管体系，如降低劳工标准和环境保护标准等。在此种宽松的监管体系下，投资者为了营利更可能采取不负责任的运行方式，投资因而可能存在更大的负社会效应。逐底竞争行为有悖于国际投资法体系中的通过外国投资以促进缔约国经济发展和人民福利提高的体系目的。

不少学者认为国际投资法已经初步具有治理结构的雏形，能够在东道国国内事务和国际事务治理方面发挥治理效应。国际投资仲裁裁决超越个案纠纷的政策外部性效应是国际投资仲裁体系发挥治理功能的前提条件。国际投资裁决政策外部性效应的原因之一在于投资纠纷很大程度上本身就涉及公共利益问题。例如外资较为集中的电力、石油天然气等行业本身关系国计民生，金融银行业和快速消费品行业也牵扯到东道国大众的日常生活，[415]因为东道国管制香烟消费而产生 *Philip Moris v. Uruguay* 和 *Philip Moris v. Australia* 案即为一例。原因之二在于 ISDS 仲裁庭的主要工作在于审查东道国政策的合法性，仲裁庭通过个案裁决的方式促进东道国国内行政管理水平的提高。数量较小、相对较为封闭、互动较强的国际投资仲裁员群体自觉不自觉地自我加强了 ISDS 裁决的政策外部性效应，使得国际投资仲裁逐步获得了制度的自持性，从而初步形成了发挥治理效应的制度结构。[416]国际投资仲裁特设本质要求仲裁员在裁决时必须充分说理，故而仲裁员大量援引先前判决。在相互援引的过程中，数量较小、互动较强的仲裁员群体逐渐对国际投资协定的核心概念和条款形成了基本的共识。[417]国际投资协定中 MFN 条款使得单个 IIA 与整个国际投资法体系联系在一起。作为一个法律体系，国际投资法逐渐成型，各国很难通过单独修订本国缔结的 IIA 来改变国际投资法体系的核心内容。因此，国际投资法和国际投资仲裁逐渐体系化、制度化，获得了一种能够保持自身独立与稳定的制度自持性。

本研究并不否认这种趋势，正相反，本研究也认同从功能角度看，国际投资仲裁已经从产生之初的单纯以投资纠纷解决为核心的争端解决机制演化为以纠纷解决为主、改善治理

---

[415] 根据 ICSID 数据，截止到 2012 年底，所有的 ICSID 案件的经济部门分布比例为：石油、天然气与矿业，25%；电力，能源行业，12%；农业、渔业，5%；建筑业，7%；旅游业，4%；运输业，11%；金融业，7%；水行业，6%；信息行业，6%；服务贸易业，4%；其他行业，13%，See ICSID caseload statistics, Issue 2013-1, p.12, available at https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English42.

[416] 关于国际投资仲裁机制的动态演进，参见 Sergio Puig, “Emergence and Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor- State Arbitration, and International Investment Law” 44 Georgetown Journal of International Law 531 (April 2013).

[417] Ten Cate, Irene M., The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration (September 19, 2012). Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 51, p. 418, 2013; Marquette Law School Legal Studies Paper No. 12-26. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2149245; Pedro J. Martinez-Fraga & Harout Jack Samra, “The Role of Precedent in defining Res Judicata in Investor-State Arbitration” 32 (3) Nw. J. Int’l L. & Bus. 419, online: (2012) Scholarly Commons.

为辅的准治理机制。[418]在经验层面上，投资者-国家仲裁机制满足发挥治理功能的制度条件，已经发挥公共政策功能；规范层面上，国际社会应当将投资者-国家仲裁机制定位为一种全球经济治理机制，加以改进和发展，以应对全球经济治理困境。国际投资仲裁具备发挥国内治理功能的制度条件。作为演进中的治理机制，国际投资仲裁机制具备国际纠纷的强制管辖权、不完全的准据法（涉及公共利益的国际投资法条款，即国际法庭内生的实际立法权）和裁决良好的承认与执行。满足上述条件，国际裁判能够发挥公共政策功能，成为一种善治机制。

（二）国际投资协定体系的网络监管理论

关于网络监管理论，学界主要存在三种范式：国际关系领域的政策网络论，经济学领域的经济组织网络论和社会学领域的社会网络论。[419]三种范式从不同视角解读网络化监管的特质，对我们以网络分析框架解构国际投资法具有重要启示作用。

政策网络（Policy Network）主要被国际关系学者用来分析国家间关系，其基本假设是国家关系结构与社会关系结构不是离散的、不连续的两个个体，而是经常相互渗透的。两种结构都能够解构、分化为数量众多的独特子群体，这些特定子群体能够在某一特定治理领域的政策协调中集体行动，形成跨国网络结构（trans-governmental network）。在政策网络中，私人行动者——包括企业和非政府组织——有很大的作用空间。在私人参与政策制定的同时，次国家行动者——例如法官、行政部门的监管者和立法者——在与其他国家相关群体的互动中也发挥重要作用。正因为政策网络中的国家是可解构的，政策网络中的公私参与者的权力范围因活动与参与机制不同而存在差异。国际监管存在多重、重叠的权威领域，在许多政策领域，不同机制内的行动者的管辖权存在重叠，因而，治理过程也呈现出多层治理的特点。故此，在政策网络内，行动者能够在多层结构中发挥杠杆效应，借助国际层面的权威来影响国内或区域政策。[420]

---

[418] 相关理论请参见，Benedict Kingsbury and Stephan W. Schill, Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law (September 2, 2009). NYU School of Law, Public Law Research Paper No.09-46, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1466980 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1466980; Tom Ginsburg, International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance. International Review of Law and Economics, Vol. 25, 2005（在某些情况下，国际制度在某些情况下构成对东道国国内制度的替代）; Juanita Olaya, Good Governance and International Investment Law: The Challenges of Lack of Transparency and Corruption (July 6, 2010). Society of International Economic Law (SIEL), Second Biennial Global Conference, University of Barcelona, July 8-10, 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1635437 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn635437; Alec Stone Sweet, Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier, Law and Ethics of Human Rights, Vol. 4, No. 1, pp. 47-76, 2010; Yale Law & Economics Research Paper No. 405, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1569412; Gus Van Harten, Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection (2004). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1468690 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1468690.

[419] Anne-Marie Slaughter and David T. Zaring, Networking Goes International: An Update (December 2006), Annual Review of Law and Social Science, Vol. 2, 211-229, 2006.（讨论了监管网络的三个问题：网络的益处何在，网络体系的必要责任机制如何建构，监管网络如何与传统政府间关系和国际组织相互配合。）Abraham Newman, and David T. Zaring, Regulatory Networks: Power, Legitimacy, and Compliance (July 14, 2013). Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art (Jeffrey Dunoff & Mark Pollack, eds.) Cambridge University Press, Forthcoming. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2293580.（国际关系关于监管网络的研究集中于权力行使问题，国际法研究则集中于监管网络的表述和正当性基础。然而，对网络决策的遵守问题则连接了两个研究领域。）

[420] Keck 和 Sikkink 描述了国际网络如何利用全球规范来促进国内政策的变化。Keck Margaret & Kathryn Sikkink, 1998, Activist Beyond Borders, Advocacy Networks in International Politics, Cornell University Press.

缘起于经济组织理论的网络理论主要研究一种介于科层与市场之间的治理组织形式（Networks between Hierarchies and Markets）。经济组织网络理论的核心假设是在一个体系或监管领域内可能存在多种协调组织机制，不同组织形式具有不同的制度优势和适用局限。最佳的治理体系是寻求治理对象与治理方式的最佳组合，即问题-方案组合。科层组织集中控制程度高，传递的信息量大但信息量流动缓慢。市场机制集中化程度低，信息传递的速度快，但信息量小。相比而言，网络组织具有较大的信息传递速度和容量，而且具有一定程度的纵向结构。在国际监管合作领域，国家根据待解决的问题和治理体系所需要的解决问题的制度能力，在科层、市场和网络组织之间有意选择、有机组合。[421]此外，非正式的监管网络某种程度上在传统的科层条约之外提供了一种灵活的、快速的替代方案。

社会网络（Social Network）理论运用社会学中的结构进路——社会网络分析法——的基本概念和理论来解释国际网络现象，其基本假设为社会互动（tie）造成了节点（node）之间的联系，这些节点加总，形成了网络结构。社会互动（tie）包括各种类型——物质、社会和规范性——的互动，并不局限于国际互动。不同的社会互动与节点加总时，新的网络结构类型出现了，新网络结构反过来又可以影响网络参与者的行为。在此视角下，科层、网络和市场结构并不存在本质结构上的差异，只不过是节点的数量和分布存在差异而已。当网络节点较少且当网络内的社会互动围绕一些少数节点进行时，这些节点构成了网络的中心节点，此时的网络可以称之为星状网络。因此，中心节点在网络中的作用至关重要，这些节点成为信息传递的中心，能够触及网络内流动的所有信息。星状网络在相当高效的同时也可能十分脆弱，星状网络可以快速传递信息，但如果中心节点出现问题，整个网络体系可能迅速崩溃。当网络内的节点较多且社会互动沿着很多节点进行时，网络组织内并不存在明显的中心节点，这种网络呈现出真正的网状结构，故可称之为网状网络。网状网络内社会互动的数量增加了网络的可靠程度但也增加了网络的协调成本，网状网络内的强社会互动很可能更多影响政策制定后的执行过程。社会网络分析进路解释了不同行动者之间反复互动形成的结构限制，强调监管网络互动所引起的潜在的不平等性和权力更替演进过程。如同政策网络进路一样，社会结构网络进路并没有把焦点放在合作的有效性上，而是更多地关注国际监管合作过程中的政治、权力和不平等维度。

本研究更加注重从决策结果视角描述和分析国际投资法的结构特征。在更大范围上，跨国投资治理既有私人（合同）秩序，也有东道国监管体系，还有正式的以 IIAs 体系为代表的条约秩序。不同法律秩序之间的差异很多，其中包括决策主体和决策机制的不同。[422]

---

[421] Kahler, Miles and David Lake, Economic Integration and Global Governance: Why so Little Supranationalism? In Walter Mattli and Ngaire Woods (eds), The Politics of Global Regulation (Princeton University Press, 2009), 242-276.

[422] 社会选择理论（social choice theory）研究表明在相同参与主体和偏好倾向的情形下，不同的偏好加总机制（如一般多数决等）可能导致不同的决策结果。这种社会选择困境在国际法庭的司法决策中也存在：多成员的国际法庭的决策过程可能因偏好加总机制的不同而变得不确定（indeterminate）。由于国际法庭的权威性十分脆弱，立基于纠纷当事人的承认，社会选择困境效应在国际裁判过程中有可能放大。因此，在国际条约立法阶段，事前确定的偏好加总机制与灵活的偏好加总机制的利弊需要仔细权衡。Adam S. Chilton & Dustin H. Tingley, The Doctrinal Paradox & International Law, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 7, No. 1, 2012. 在社会选择困境的基础上，Christian List 和 Philip Pettit 发展出一种四要件的集团代理不可能理论。偏好加总机制尽可能宽泛地纳入每一个个体的意见，即普世主体（Universal domain）；偏好加总机制必须产生一致的、完全的集体决策偏好，即集体理性（Collective rationality）；无论主体的个人背景，每一个主体的意见在偏好加总机制中占据同等的重要性，即匿名民主性（Anonymity）；在偏好加总机制下，集体的偏好完全取决于参与决策的个体对特定事项的偏好，与个体对其他事项的主张无关，个体态度与集体态度的依赖性在所有议题上均相同，即系统性（Systematicity）。Christian List 和 Philip Pettitt 提出同时满足普世主体、集体理性、匿名民主性、系统性的偏好加总机制是不存在的。四要件不可兼得的集团代理不可能理论表明如果国际机制想要形成一种所谓“集体性决策”，国际机制的设计必须在四个要件之一进行放松和妥协。Christian List & Philip Pettit,

由于跨国投资活动的社会嵌入性，国际投资法所调整的事项是缔约国共识程度较高的投资待遇问题，而那些共识程度较低的关联事项则应由其他治理机制调整。因而，跨国投资治理的政策需求在理论上不可能仅靠国际投资法体系来完成。在实践中，国际投资协定中日渐增多的例外和保留事项更是凸显了国际投资法体系的治理边界。国际投资法网络监管的最佳制度空间是纯经济性的投资争端。国际投资仲裁庭裁决社会影响较大的投资纠纷表面上看是国际投资法扩大的规制空间，其实损害了国际投资法的正当性和制度优势。长期来看，利益相关者的理性反应必然是在下一个互动环节中限缩国际投资法的作用空间。换言之，国际投资法规制范围的扩张带来的是国际投资法可靠性的降低。国际投资法涵盖的事项越多、社会属性越强，缔约国和仲裁员的共识程度越低，仲裁庭在裁决中偏离仲裁庭意图的可能性就越高，国际投资法的挤出效应就越明显，溢出效应就越小。

国际投资法网络化体系应与私人合同机制、东道国国内监管体系相互配合，形成网络化的治理体系，即**国际投资法网络化的网络化——形成以条约秩序为主、合同秩序优先、东道国当地监管体系为补充的跨国投资的网络化治理体系**。无论对东道国监管体系还是国际投资法体系，具体投资纠纷当事人的意思自治无疑具有最高的优先性。考虑到东道国监管体系与国际投资法体系可能具有不同的正当性基础（参与程度）和权威（制度能力），[423]两者的纵向制度合作存在多种可能。当国际投资法同时具有较高的正当性和较大的权威时，国际投资法体系处于主导的监管地位，东道国国内监管体系处在从属地位。当国际投资法具有较大的权威但具有充分的正当性时，国际投资法可以充当相关国内法规则的执行机制。当国际投资法具有较大的正当性但却不具有充分的权威时，国际投资法可以充当国内法规则的监督机制。当国际投资法既不具有充分的正当性也不具有较大的权威时，国内法此时应占据主导的监管地位，国际投资法体系处在从属地位。

国际投资法具有超越特定条约和国家的网络效应，其组成部分（国际投资协定和利益相关者）在体系内部多维、动态互动，共同构成了一个复杂系统（Complex System）。[424]国际投资法的网络效应包括规范维度和事实维度。规范维度是国际投资法具有超越特定国家和条约的法律意义上的效力，主要通过三种途径实现：MFN 条款（IIAs 的波及效应），投资条约选择（用脚投票），仲裁员角色转换和解释（网络间体效应）。事实维度是指国际投资法与相邻法律体系的（东道国国内法、其他国际法子体系）的互动和演进，主要包括国际投资法的国内治理效应，国际投资法的国内渊源，国际投资法与其他国际法子体系的互动。

除了在条约执行过程中重新界定缔约国实力和比较优势外，在监管网络体系下，处在网络中心的国家可能利用其较大的制度供给能力和影响能力，采取可能负面影响整个网络体系的**掠夺策略**，增加所有网络参与者的成本，以自身受损为代价以打击反应能力更弱、更易受损的竞争对手，从而在未来网络的互动中获得更大的比较优势。网络中心国家的掠夺行为降低了整个网络的连通度，增加了合作的制度成本，体现了**网络监管的异化**。此种网络异化反过来也可能威胁整个监管网络的继续存续，轻者降低网络监管的效率，重者可能导致网络解体。

在治理网络中，不同制度参与者的权威和实际影响力不同，处在网络中心的利益相关者可能采取最大化其利益的、但有违整个体系福利最大化的策略。就缔约国而言，不同缔约

Group Agency: The Possibility, Design and Status of Corporate Agents (OUP, 2011), 49.

[423] Abraham Newman & David Zaring, Regulatory Networks: Power, Legitimacy, and Compliance (July 14, 2013) in Jeffrey Dunoff & Mark Pollack, eds., Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art (Cambridge University Press, Forthcoming) 244, 258 http://ssrn.com/abstract=2293580.

[424] Joost Pauwelyn, At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed (January 24, 2014). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2271869 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2271869.

国的缔约能力和影响能力是不同的。处在网络中心节点的国家有能力推广、扩散新的规范和规则，具有较强的制度供给能力，相比之下，处在网络边缘的国家的制度供给能力则弱很多，影响制度变迁的成本高很多。如果网络内所有参与国家对新规则或新制度的适应能力或成本承担能力（易损性）存在较大差异的话，网络中心的缔约国很可能采取新的规范或制度，增加所有网络参与者的制度参与成本，以打击适应能力更弱或成本更高的竞争对手，以在未来的网络互动中获得更大比较优势。换言之，**掠夺策略的原理**在于通过采取掠夺策略，增加网络的制度成本，降低网络的有效性，削弱对网络依赖性强且易受损的竞争对手的相对竞争优势，处在网络中心的参与者可以提高自己的相对竞争优势，意实现在未来获得更多的潜在收益的战略目的。

在国际投资法监管网络体系下，网络中心国家，通过采取更高标准、更自由化、更多适应成本的投资保护和监管规则，增加缔约国参与国际投资法网络的制度成本，削弱那些执行成本高、适应能力低、急需外资的缔约国的相对竞争优势，从而提高本国的相对竞争优势，以在国际投资法新规范和新制度的框架内吸引更多跨国投资并享有更大的制度供给和影响能力。国际投资法网络体系下可供选择的掠夺策略包括（但不限于）高标准的投资自由化政策、高标准的投资保护政策、限制逐底竞争条款。这些策略增加了国际投资法网络体系下所有参与者的参与成本，但不同国家的适应能力不同，发达国家具备更快的适应能力和更低的适应成本，因而处在更不易受损的位置，发展中国国家则一般处在更易受损的位置。

掠夺策略一般由处在网络中心的参与者发起，但掠夺策略的成功实施有赖于**既有网络的权力结构**。易催生掠夺策略的网络权力结构至少需满足：网络体系中存在明显的网络中心节点，网络中心参与者与其他边缘参与者的影响能力差异较大；网络中心节点较少，网络中心参与者的合谋可能性较高；不同网络参与者对网络规范的适应能力存在差异，竞争对手的易损性更大。

从长期来看，掠夺策略可能成为治理网络的基础性规范，即与监管网络的长期演化方向一致；但也有可能阻碍网络的有效运行。国际投资法社会化趋势的部分动力与国际投资法网络体系的掠夺策略存在部分竞合，这说明掠夺策略在长期来看可能是一个中性的策略，可能加速整个国际投资法体系的演进。

网络体系的掠夺策略无疑体现了国际投资法体系中的大国问题。只有具备较强经济实力和较大制度影响力的大国才有可能成为掠夺策略的发起者。毋庸置疑，大国之间的共识是任何国际法体系形成并稳定维持的必要条件。国际投资法的出现和系统调整历史无疑体现了这一点，当前国际投资法社会化趋势如何从抽象规范落实为具体规则也有赖于大国的示范和支持。然而，掠夺策略无疑体现了国际法缺乏权力制衡机制的最本质的元问题（Meta-Issue）。虽然全球经济一体化下各国经济相互依赖程度增加、共识程度提高，国际事务不断法律化，国际争端解决不断制度化，但包括国际投资法在内的国际法体系依然未能完全脱离权力为基础的丛林秩序。

虽然一般而言，处在中心节点的大国对国际投资法体系的演进的影响要比处在边缘位置的小国大得多。但是由于国际投资法体系以一种渐进、多维度、试错的方式演化，加之国际投资法网络体系的网络效应，小国在其投资协定或投资仲裁中的行为可能具有体系层面的影响力。由于最惠国条款和投资者的国籍规划行为，某些小国的国际投资协定可能被投资者利用而引发体系性变革。虽然这种影响的可能性随小国的影响力而降低，但或然性的事件仍不可忽视。例如意大利投资者针对国债的投资仲裁案件和 Philip Morris 针对乌拉圭国内健康法案的仲裁都具有体系层面的震动和影响。国际投资法体系在某种程度上具有自适应复杂体系（adaptive complex system）的特性，换言之，国际投资法体系在某种程度上类似于生态系统，对初始制度设定和偶然事件都十分敏感。这或许解释了为什么国际投资法体系自产生之初就一直处在一种动态的系统演进中。

东道国监管体系与国际投资法体系可能存在合作领域也可能存在替代领域。基于比较优势的网络化监管体系的运行也可能导致作为其制度基础的各国权力结构的相对优势的变化，国际投资法体系中的条约规则和规范的执行过程也是一个缔约国权力和比较优势重新界定的过程。网络治理体系的异化凸显了国际法与国际治理中的大国问题。任何制度变革或演进离不开大国的共识和支持。国际法纵向结构仍囿于国际社会既有的权力结构。就目前而言，全球化及其带来的民族融合还没有产生支持国际法进一步纵向化的社会需求和制度条件。

（三）跨国公司研究

“作为资本国际扩张的重要载体和现代企业全新的生产组织形式，跨国公司的迅猛发展使它与主权国家并列为世界经济和国际关系的行为主体。在促进世界经济增长的同时，跨国公司也主导了全球财富乃至权力的再分配。在推动经济全球化发展的进程中，发达国家跨国公司以对外直接投资为载体直接服务于其母国利益。主要表现在，公司国籍清晰的跨国公司主导全球价值链进而操控全球财富分配，增加了母国财富；同时，母国政府为跨国公司的进一步扩张提供国内外制度保障；由此形成的利益共同体对东道国（尤其是发展中东道国）经济来讲是一柄双刃剑。”[425]赵可金和尚文琦提出，公司外交是公司为了维护国家利益和国家形象、增强公司的合法性，同各国政府、公司、非政府组织、公众和个人之间开展的制度性的跨国沟通和交流活动。[426]公司外交具有游说外交、商务外交和社会外交三种运作机制。[427]

OECD 从公司法的视角探讨国际投资仲裁实践，尤其注重公司国籍的认定标准和平行诉讼的可能性。[428]Dirk A. Zetzesche 指出国际投资法正将焦点从投资者保护转移到资本和市场治理的双重目的，而此双重目的正是金融法的规制对象。[429]金融监管者致力于平等地最求保护投资者和保护市场功能的目标。当两者冲突时，欧盟《替代性投资基金管理指令》[430]试图平衡两者：降低市场风险的同时给予投资者一些市场机会。如果再行引入利益相关者治理理论，投资监管就形成三维政策目的，这无疑会降低个体投资的回报率并增加金融危机的整体风险。而且，在公司运营层面，持股公司的资产剥离行为也不适合机构投资者。因此，公司法——而不是投资法或金融法——可能更合适引入利益相关者理论。

---

[425] 关雪凌，张猛，发达国家跨国公司是如何为国家利益服务的——跨国公司的政治经济学分析，国际政治经济学学术研究，http://www.21ccom.net/articles/world/qqgc/20141017114844.html。

[426] 赵可金，尚文琦，公司外交：对跨国公司外交职能的一项研究，国际政治研究，2014 年第 5 期，29。

[427] Dustin Tingley, Christopher Xu, Adam Chilton & Helen V. Milner, The Political Economy of Inward FDI: Opposition to Chinese Mergers and Acquisitions, The Chinese Journal of International Politics, vol.8(1), 2015, 27-57. (although most legal barriers to foreign M&As are based on national security considerations, objections on these grounds are often vehicles through which to channel other grievances, and that economic distress and reciprocity are also key drivers of political opposition.)

[428] David Gaukrodger, “Investment treaties as corporate law: Shareholder claims and issues of consistency. A preliminary framework for policy analysis", OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, 2013, OECD Investment Division, www.oecd.org/investment/working-papers.htm; David Gaukrodger, “Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvgngmr3-en; David Gaukrodger, “Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice”, OECD Working Papers on International Investment, 2014/03, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/5jxvk6shpvs4-en.

[429] Dirk A. Zetzsche, Investment Law as Financial Law: From Fund Governance over Market Governance to Stakeholder Governance? (October 23, 2013) in H.S. Birkmose, M. Neville & K.E. Sørensen (eds.), The European Financial Market in Transition (Kluwer Law International December 2011) 339, 356-357. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2344340 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2344340.

[430] The Alternative Investment Fund Managers Directive 2011/61/EU ("AIFMD").

（四）仲裁员市场的政治

关于仲裁员的实证研究多与国际投资仲裁体系的正当性讨论密切关联。通过赋予私人投资者国际诉权，国际投资法体系提升了个人在国际法上的地位。尽管国际投资法体系的建立和存续都有赖于国家的持续同意和支持，但 IIAs 体系允许（部分）私人任命的仲裁员裁断东道国-投资者纠纷，这使得 IIAs 体系总体上偏向于大型跨国公司。[431]由于仲裁员的权力（power）和义务（duty）来源于纠纷当事人的同意，因此不同于国内司法机构下法官的权利；[432]由于国家的参与且投资纠纷涉及的监管主权，解决投资纠纷的仲裁庭也具有国际公法的维度，因而在制度本质上并非与国际商事仲裁完全相同；[433]国际投资仲裁是一种公私兼具的特殊的国际裁判机制。[434]

仲裁员与 IIAs 体系的正当性

仲裁员具有相当大的裁量权，其仲裁裁决影响东道国-投资者、东道国-投资母国、东道国公共政策等诸多关系，但仲裁员并不对所有利益相关者负责（accountable），甚至都不对任命他们的纠纷当事人负责。[435]国际投资仲裁体系下，裁决者与受影响者在责任性上的制度性断裂可能引发 IIAs 体系的正当性困境。

Gus Van Harten 认为在既存国际投资仲裁机制下，仲裁员的独立性（independence）和中立性（impartiality）难以得到客观保证，因此需要建立一个国际投资法庭（International Investment Court）。通过对 2010 年以前 140 仲裁裁决的法律解释分析，由于仲裁程序启动权的不对称性和仲裁员独立性的客观标记系统的缺失，Gus Van Harten 认为国际投资仲裁员在管辖权问题上确实存在系统性偏私。[436]国际投资仲裁是一套公法裁判体系，但既有仲裁框架并不满足公法裁判的独立性和中立性要求，因此国际投资仲裁程序应参照广泛接受的公法原则进行重构，由其需要纳入独立（independence）和公开（openness）原则。否则的话，国际投资仲裁体系遵照法治、尊重所有缔约国（尤其是发展中国家）、去政治化地解决投资纠纷的制度设定恐难以实现。[437]与此相对，Susan D. Frank 比较分析了东道国发展状况、首

---

[431] Gus Van Harten, Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection (2004). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1468690 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1468690

[432] Lee Epstein and Tonja Jacobi, The Strategic Analysis of Judicial Decisions (December 1, 2010). Annual Review of Law and Social Science, Vol. 6, pp. 341-358, 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1708412 or http://dx.doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152921. (On strategic accounts, in other words, judges do not make decisions in a vacuum, but rather take into account the preferences and likely actions of other relevant actors, including their colleagues, their judicial superiors, and members of the other branches of government. After defining strategic analysis and how it differs from other approaches to judicial decisions, we examine the literature on the forms of strategic behavior in which (preference-maximizing) judges engage when interacting with these three sets of actors.)

[433] The role, function and qualifications of arbitrators in investment treaty arbitration, in Eric De Brabandere eds., Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications (CUP, 2014), pp. 73-121

[434] Gary B. Born, A New Generation of International Adjudication, 61 Duke Law Journal, 775, 2012. Catherine A. Rogers, The Politics of International Investment Arbitrators, Santa Clara Journal of International Law, Volume 12 Issue 1, 2014.

[435] Susan D. Frank, Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration, North Carolina Law Review, Vol. 86, 1-88, 2007, p.76. Susan D. Frank 以 145 起仲裁案件为样本库，分析了国际投资仲裁中仲裁员国家、性别的问题，指出来自 OECD 国家的男性仲裁员统治了国际投资仲裁庭。

[436] Gus Van Harten, Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration (April 19, 2012). Osgoode Hall Law Journal, Forthcoming, p.50; Osgoode CLPE Research Paper No. 41/2012. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2149207.

[437] Gus Van Harten, A Case for an International Investment Court (June 30, 2008). Society of

席仲裁员的发展情况和这些变量影响投资仲裁结果的效应之间的互动。Susan D. Frank 指出投资仲裁与发展状况并不存在显著的相关性，并因此认为投资仲裁机制总体上运作良好。[438]

国际投资仲裁员的分布相当集中，形成一个相对封闭的仲裁员群体（grand old men）。Sergio Puig 通过分析 1972 年到 2011 年所有可得仲裁案件的仲裁员任命情形，分析国际投资仲裁员群体的社会结构（social structure），解释国际仲裁员任命在职业声誉、性别、科层结构和动态互动等方面的特征，指出越是频繁被任命的仲裁员越有可能得到未来的任命。[439]

仲裁员的适格标准

仲裁员的首要和基本要求是独立性（independence）和中立性（impartiality）。[440]纠纷当事人基本有权任命其中意的仲裁员。[441] ICSID 公约规定了较为具体的仲裁员资格要求（qualifications）：被任命为仲裁员的个人应具备“高度的道德品质和公认的在法律、商业、工业或金融等领域的专业能力”。[442]

就仲裁员本身的正当性而言，在比较分析了 WTO 专家组成员和 IIAs 仲裁员的法律专长和职业背景的基础上，Jose Augusto Fontoura Costa 认为两套专家系统都致力于生成正当性，但生成路径有别：具有集中化制度架构的 WTO 争端解决机制更类似于国内法律制度，其正当性生成更倾向于韦伯意义上的形式理性（bureaucratic and formalized rational legitimacy）；国际投资仲裁并不具有科层化的制度架构，仲裁员的职业背景具有明显的时序特征，且律师、公务人员和学者的比例逐渐均衡，正当性生成路径源于仲裁员的中立性、专长和裁判者的身份，[443]更倾向于韦伯意义上的个人魅力（charisma，例如仲裁员的某些特质）和传统理性（tradition，例如仲裁员在商业仲裁中的职业经验），[444]因此国际投资仲裁员的选任标准和程序吸引了更多的政治注意力。

International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1153424 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1153424

[438] Susan D. Frank, Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration. Harvard International Law Journal, Vol. 50, No. 2, Summer 2009; Washington & Lee Legal Studies Paper No. 2009-04. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1406714.

[439] Sergio Puig, Social Capital in the Arbitration Market, European Journal of International Law (2014) 25(2), 387-424.

[440] ICSID Convention, arts. 14(1), 40(2) (requiring an exercise of “independent judgment”); ICSID, Additional Facility Rules, sched. C, art. 8 (2006) [hereinafter ICSID/AF Rules], available at http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm (requiring an exercise of “independent judgment”); UNCITRAL Arbitration Rules, supra note 47, arts. 6(4), 9(permitting challenges to arbitrators where there are “justifiable doubts as to the arbitrators impartiality or independence”); SCC Rules, art. 14 (requiring arbitrators to be “impartial and independent”); Int’l Chamber of Commerce, Rules of Arbitration, art. 7 (1997) [hereinafter ICC Rules], available at http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_ documents/rules/rules_arb_english.pdf (requiring arbitrator “independence”); see also Catherine A. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, 54 KAN. L. REV. 1301, 1314–15 (2006) (noting that subjective arbitration discretion has been reduced by implementation of objectives, standards, and increased transparency); Richard C. Rueben, Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth, 54 KAN. L. REV. 1255, 1276 (2006) (explaining “real and perceived impartiality of the arbitrator is widely recognized as a core value of the process”).

[441] But see Emilia Onyema, Empirically Determined Factors in Appointing Arbitrators in International Commercial Arbitration, 73 ARB. 199, 200–04 (2007) (suggesting that in some institutional arbitrations there are institutions that retain discretion to approve a party nomination).

[442] ICSID Convention, supra note 47, arts. 14(1) and 40(2); ICSID/AF Rules, supra note 340, art. 8.

[443] Joost Pauwelyn, WTO Panelists Are From Mars, ICSID Arbitrators Are From Venus: Why? And Does it Matter? (January 1, 2015). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2549050 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2549050

[444] Jose Augusto Fontoura Costa, Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: The Creation of International Legal Fields (May 5, 2011). Oñati Socio-Legal Series, Vol. 1, No. 4, 2011, 22-23. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1832382.

五、理性结果主义国际投资法理论：一个约束-选择-竞争框架

自二战以来，随着外商直接投资数量、流动格局（变单向输出为双向流动）、投资形式（主权基金投资、债权股票投资）的变化，发达国家与发展中国家在双边、区域和多边投资协定层面持续博弈，经过 60 余年演化，形成了一个缺乏全球性多边投资协定、以双边投资协定为主体、区域投资协定迅猛发展的双边、区域、多边投资协定并存的规则体系。[445]然而一个看似简单的根本问题仍未有清晰的理论阐释：一个资本输入国为何要与资本输出国签订国际投资协定呢？因为国家之间权力的不对等或强权国家的强制（coercion）？[446]发展中国家通过国际投资协定降低投资者的投资成本以吸引更多外资？[447]发展中国家之间为了吸引发达国家的外资而进行相互竞争而导致的囚徒困境？[448]抑或是，国家在缔约时根本不清楚其所承诺的内容？[449]这个看似理所应当的问题却并没有一个理所应当的答案。2000 年之后，发展中国家之间签订的国际投资协定（南南 BIT）[450]与发达国家之间在自由贸易协定（FTA）中纳入的投资章节（北北 BIT），[451]更是进一步挑战了既有的关于国际投资协定演生和差异的解释理论。

从上述文献梳理来看，国际投资协定的政治经济学研究处在起步阶段，并未形成系统性的理论模型，在研究语境和核心假设上多有分歧。首先，既有分析的默认语境存有差异。体系-国家-个体三个层面的研究，分析视角不断深入、不断具体化和特殊化，越不具有一般性，上一层级越来越构成下一层级的分析的前提/约束/外生语境。然而，由于世界政府的实然不存在性或理论不可能性，国际集体行动面临集体选择和行动困境，主权作为节省决策费用机制的出现是制度竞争的结果。在本研究中，主权国家仍是分析国际投资法律过程的基本行为单位，是分析的基本框架、互动结构和互动模式。体系和个体分析的理论功能性强，但建构性不足，是辅助性的补充视角，处于附带或补充地位。第二，既有分析在行为体是否理性的前提问题上存在分歧。关于国家理性的既有研究多讨论国家行为时是否遵循理性逻辑，然而本研究却采用不同的理论切入点，将国际投资和各国政策工具的稀缺性——而不是国家理性——作为分析国家行为的前提。本研究认为现实约束的竞争下，不理性的国家投资政策偏好都被或将会被淘汰了或筛除了，国家（有限）理性是各国选择竞争的结果，而不是各国行为的必然前提，国家行为的最大前提是稀缺性。本研究试图提出以约束为前提的竞争理论，从行为的结果而不是前提出发解释 IIAs 体系的合理性、功能性与正当性，提出一个表现为理性结果主义的约束-选择-竞争模型（Constraints-Choice-Competition Model, 3C Model）。据此，本研究试图加入到国际投资协定政治经济学分析的学术讨论，为分析国际投资法律过程提供一个一般性的分析框架，研究作为经验现象的 IIAs 实践，以图更好地解释 IIAs 体系的多样性和趋同性。

（一）国际投资立法的现实约束

各国参与国际投资立法面临四大现实约束：私人投资的稀缺性、缔约国政策工具的有

---

445 李玉梅，桑百川，国际投资规则比较、趋势与中国对策，经济社会体制比较，2014 年第 1 期，1767。

446 M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, (CUP, 3ed, 2010).

447 Alan Sykes, Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy, 34 Journal of Legal Studies (2005) 631-666.

448 Zachary Elkins, Andrew T. Guzman, and Beth A. Simmons, Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000, 60 International Organization (2006) 811-846.

449 Lauge N. Poulsen, Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality, London School of Economics and Political Science, 2011.

450 UNCTAD, World Investment Report, 2011, at 100（2010 年共有 54 个新 BITs 被签订，其中 20 个是发展中国家之间或转型经济体之间签订的南南 BITs）。

451 例如晚近刚签订的欧盟-加拿大 CETA 和正在谈判中的欧盟-美国 TTIP。

限性、国际社会的无政府状态和国家交往的信息不对称性。这些现实约束构成了各国参与国际投资治理体系的最大假设。

现实约束一：私人投资的稀缺性

资本是个稀缺品。所谓稀缺品，即有胜于无、越多越好的物品。由于资本在经济社会发展中的重要作用，私人投资具有稀缺性，成为各国竞相吸引的对象。然而从投资者角度来看，如何进行投资本质上是一个商业行为，很大程度上决定于成本收益分析。投资收益自然以资本投资回报率来衡量，但除了直接资本投入之外的投资成本（例如，母国对本国投资者海外投资的保护力度、东道国的私人产权保护水平、投资争议的解决程序和赔偿标准）也是影响投资决策的重要因素。

现实约束二：缔约国政策工具的有限性

私人投资遵循逐利逻辑。从缔约视角来看，如何增加投资收益并降低投资成本是一国吸引外资或保护本国投资的政策选择。就增加投资收益而言，缔约国可以通过直接税收激励，以增加投资回报率进而吸引外资；就降低投资成本而言，缔约国可以通过完善投资保护程度，健全法律制度，降低投资成本进而吸引外资，具体可以从完善国内法律体系和缔结国际条约来实现。国际投资协定就是一种降低投资成本的政策工具。

然而，国内法律体系和国际条约体系是一国仅有的法律工具，不仅要实现吸引外资的政策目标，同时还需要实现其他各异的国内（促进国内改革等）和国际政策（改善外交关系等）目标。故此，有限政策工具与多重政策目标的紧张关系决定了保护和吸引外资并**不总是**国际（投资）法的最优先目标。在政府控制投资日渐增多的情形下，投资政策工具的有限性困境更加明显。相较于私人跨国投资，政府控制投资的复杂性更高，政府控制投资的政治外溢效应更强，其或明或隐的非逐利动机更加明显（公司外交）。国际投资协定既有条款设计无法实现政府控制投资与私人投资的分离监管。

除了资本稀缺性和政策工具有限性的约束之外，一国参与国际投资协定立法还面临交易成本的约束，主要包括国际社会的无政府状态和信息问题。

现实约束三：国际社会的无政府状态[452]

以主权国家为基础的当代国际法体系可以追溯至 17 世纪的威斯特法利亚体系。威斯特法利亚体系建立的主权与教权分离、主权平等的原则奠定了现代国际法的基本架构和国家互动的基本方式。[453]国家利益由此取代了宗教神圣原则成为国际关系和国际法的支配因素，宗教逐渐退出了世俗领域，地域和民族基础上的民族国家成为国际互动和治理的主体。威斯特法利亚虽然未能带来“条约治下的和平”，但却为各国解决争端提供了一个相对合理的游戏规则和基本秩序。

当偏好不同时，两国就存在冲突的可能。当冲突发生时，可能的和平纠纷解决方式包括三种，权威、妥协、改变偏好。一种方式是一方获胜、一方失败，获胜一方通过自己的权威确保维持现状。解决的另外一种方式是相互妥协，通过协商谈判部分得到原来的目标，从而化解纠纷。第三种解决冲突的方式是冲突一方说服另一方或冲突双方都改变偏好。和平地

---

[452] 这里对前国家状态的假设显然是极度抽象的，因而也是十分基础性的。国家理论对国际法的整体建构都有不容忽视的基础性作用。总体来看，本研究采取的推理进路类似于霍布斯的现实主义国家理论。国家，与个人一样，都是自利的行动者。国家的出现是个体为终结人与人的战争状态。当然，洛克的自由主义和康德的自由主义对国际法的整体建构也有很大的启示意义，详细讨论参见 Michael W. Doyle & Geoffrey S. Carlson, Silence of the Laws? Conceptions of International Relations and International Law in Hobbes, Kant, and Locke, (2008) 46 (3) Columbia Journal of Transnational Law 648。

[453] Dan Sarooshi, Sovereignty, Economic Autonomy, the United States, and the International Trading System: Representations of a Relationship (September 2004). European Journal of International Law, Vol. 15, Issue 4, pp. 651-676, 2004.（讨论经济自决权为核心基础的主权概念及美国的实践模式，经济自主权主要表现为公司能力和政府对特定经济事项的自主决策能力。）

解决纠纷通常需要各国相互合作，然而合作并非常态，常需要一方或多方促成。这本质上属于一群主体为达成某一协议而进行的集体行动。各主体偏好各异但需要解决一个共同面临问题，那么在理论上，这群主体能否在尊重各自多元偏好（多元）和各自自主选择权（民主）的基础上实现有效率（理性）的合作方案呢？在国内的语境下，政府是诸多合作问题解决的推动者，国家就是一个“使用暴力执行合约的单一的终极第三方”，[454]其核心功能在于提供秩序并以暴力执行之；在国际层面，不存在类似的世界政府，国际合作机制建立的难度更大。[455]

在缺乏世界政府的根本缺位约束下，国际法在本质上依赖于各国的自力执行，因此具备行为能力的大国的偏好往往决定了国际法规则的存废与设计。基础性的国际权力对比不仅影响国际法的执行，更是直接影响国际法的设计，即国际立法。大国对国际法自力执行的实质意义决定了国际法在内容设计上的大国偏好依赖性。国际法自力执行的根本约束具有筛选效应。只有符合大国偏好的国际法才有可能被大国同意并因此被制定出来，不符合大国偏好的多边立法要么不可能成行，要么即便被制定出来也会因大国的不履行而实质归于无效。[456]故此，国家同意是国际立法的基本模式，国际投资立法过程具有广泛的分配效应，是各国权力基础上的偏好加总过程，大国协调一致是国际多边立法得以成行的决定因素。

现实约束四：信息约束

权力平衡时国际投资协定立法成行的必要条件，但不是充分条件。国际投资协定的某些政治中性（politics-neutral，power neutral）的制度功能有可能积极促成了 IIAs 的成型。国际投资立法的功能性根源于其降低了信息不对称约束导致的交易成本。

如同个体间的谈判一样，国家互动面临信息约束，尤其是国家间的政策偏好信息的不对称性，一国只知道本国对 IIAs 的政策偏好，但是不知道潜在缔约国的政策偏好。换言之，在国际投资协定谈判过程中，一国对潜在缔约国的谈判立场和政策底线是不清楚的，一国需要付出成本利用各种机制来搜寻和探知另一国的偏好信息，从而决定最佳的谈判策略；类似地，当两国订立 IIAs 之后，一国对另一国的履约行为的监督也是有成本的，一国既无很强的政策动机也无很强的政策能力来全面且实时监督另一国对投资者的待遇，此时私人投资者更有动机并且更有优势监督东道国的履约行为；一旦一国涉嫌违反投资协定，因为利益冲突，缔约双方并不是裁断违约与否的最佳主体，中立的国际仲裁庭显然是提供此类信息的优势主体。

---

[454] 约拉姆 • 巴泽尔著，钱勇、曾咏梅译，国家理论——经济权利、法律权利与国家范围，上海财经大学出版社，2006 年，7 页。

[455] “虽然国际合作一般来说比国内合作更加困难，但是绝大多数国际冲突也都是以和平方式得到解决。当解决冲突的努力失败后，大多数的结果是陷入僵局或者继续寻找措施寻找可以接受的解决方式。”小约瑟夫·奈，戴维·韦尔奇著，张小明译，理解全球冲突与合作：理论与历史，第九版，上海人民出版社，2012 年，223 页。

[456] 徐崇利教授指出从利益角度看，国际法律过程（国际立法和争端解决过程）是各国之间分配利益的过程，即国家作为利己的主体必然追求自身利益的最大化，遵循结果性逻辑（工具理性），以结果是否于己有利作为行为的先导。国际法的理性选择模式得到现实主义和制度主义国际关系理论的支持。从价值角度看，国际法律过程是实现各国观念的过程，遵循的是适当性逻辑（价值理性），即各国以适当与否作为自己是否行为的准则。国际法的这种价值选择模式得到了理想主义和建构主义国际关系的支持。各国实力由软硬两种实力组成，硬实力对应的是国际法的利益维度，直接影响各国利益分配，软实力关涉国际法的观念维度，影响国际法律过程的价值判断。徐崇利教授从利益和观念两个角度指出国际法律过程（国际立法和争端解决过程）的工具理性和价值理性两种生成逻辑都有其国际关系理论支持，并且对应国家权力的硬实力和软实力两个维度。但徐崇利教授的利益和观念的概念两分法仍保有南北国家对抗、利益截然分离的前提预设，且并未对至关重要的国家利益的概念加以解析。虽然徐崇利教授正确地指出了软硬实力均衡对中国影响国际法的重要作用，但其并未能进一步提供具体的解释框架来分析国家利益与国际制度的耦合（利益相同 vis-à-vis 制度设计不同，或利益不同 vis-à-vis 制度设计相同）。徐崇利，软硬实力与中国对国际法的影响，现代法学，第 34 卷第 1 期，2012 年，151-160。

立法过程、条约履行和司法裁判过程中的信息不对称都有可能阻碍国家间的国际投资治理合作。因此，能够降低信息不对称程度、以较低成本显示相关信息的 IIAs 制度设计具有较大的可欲性。

（二）竞争规则下的显性行为选择

在四大现实约束中，投资稀缺性和政策工具的有限性多影响一国单方的政策动机，无政府状态和信息约束直接作用于国家间互动，影响国际投资协定的最终供给，构成了各国 IIAs 政策偏好向国际投资协定设计转化过程中的竞争规则。

第一竞争规则（分配主义路径）：只有符合权力对比的权利义务分配约定才能最终落实成为“行动中的国际法”，国际投资立法遵循权力平衡标准。

第二竞争规则（功能主义路径）：在权力中性的领域，能够更有效地降低信息成本的制度具有更大的存活/功能区间，国际投资立法遵循效率标准。

一国对 IIAs 的偏好的决定因素很多，主要取决于一国的国家战略和国内制度。然而现实约束是统一适用的，竞争规则是各国偏好的加总机制。IIAs 形式多样性是各国对 FDI 和 IIAs 政策偏好的多元性的反映。由于权力约束，IIAs 往往反映强国的偏好，与强国相冲突的弱国的政策偏好往往被筛除了；在分配效应较小的领域，具有更强信息功能的 IIAs 制度具有更大的生命力。

各国 IIAs 偏好的加总以分配主义路径为主、功能主义路径为辅。分配主义路径和功能主义路径关注 IIAs 立法过程的不同现实约束，基本相互分离，虽然也可能存在共同作用或相互冲突的情形。由于无政府状态的现实约束，分配主义路径是第一性的竞争规则，也是 IIAs 得以成行的必要条件，在理论上优先于功能主义路径。只有在制度分配效应较低的领域，功能主义路径才会成为主导性的决定因素，“不同立场讲政治，相同立场讲功能”。

IIAs 义务对既有状态的偏离程度越大，IIAs 的分配效应越大，因而权力因素的作用空间越大；主体范围越大，集体行动的权力集中度要求越高，权力因素的阻碍作用越大。因此，制度可行性而言，BIT 制度可行性最高，MAI 制度可行性最低，RAI 制度可行性居中。

IIAs 可以通过三种制度设计缓解信息约束对 IIAs 立法的阻碍作用，促成各国的国际投资监管合作：作为一种正式的制度化合作，IIAs 增加了缔约国之间的相互依赖程度，增加了各国通过未来履行行为影响缔约国当期行为的筹码；IIAs 可以通过定期履约审议或 ISDS 仲裁显示各国的履约情形；在各国偏好差异不大的情形，IIAs 可以成文立法的形式协调各国行动，促成各国的宣示性合作。

政策导向 （问题结构）	分配主义影响 （权力问题）	功能主义影响 （信息问题）	制度表现形式
投资保护/监管	小：产权保护的冗余承诺	大：市场经济逻辑，新自由主义	制度化合作：投资仲裁作为信息显示机制
投资促进/自由化	大：积极合作	小：国家主义理念	各国立场多元，合作难度大
投资外交	大	小	宣示性合作

分配主义逻辑阻碍了 MAI 谈判，功能主义逻辑促进了 BIT 的扩散，分配主义与功能主义相互作用决定了 IIAs 体系的多样性。首先，具有相互冲突的政策偏好和权力对称性较高的大国无法相互妥协往往导致多边立法的失败，但大国完全可能在各自（可以有效说服和控制）的实力范围内以自己的偏好为主导的复边立法，往往形成区域化（以主导国的权力范围为边界）且专业化（以主导国偏好为基准）的国际立法。其次，IIAs 的实体规则、程序规则和时间开放性之间也可能存在多种互动模式，[457]具体制度组合仍有赖于具体语境中的约束条件和

[457] Kal Raustiala and Anne-Marie Slaughter, International Law, International Relations and

问题结构。本部分无意穷尽所有可能的制度组合，而仅意在指出条约灵活性设计之间相互替代和妥协变化的可能性。总结而言，在国际投资治理体系目前的网络权力结构下，多边国际立法的可行性降低，大国更倾向于在其有效权力范围内进行复边国际经济立法。区域化和专业化的国际经济立法将成为主导的立法形式，各种灵活性立法机制将逐渐增多。

（三）国际投资协定体系的动态演化

IIAs 体系演化的诱因可能国家偏好的变化，也可能是竞争规则的变化，而后者的影响更为深远和持久。“行为体的政策偏好会根据情势和政策领域的不同而变化。”[458]一国 IIAs 偏好改变的可能原因有很多：由于一国经济立场易位（油资本输入国变成资本输出国，或反之，或变成双重角色国家），一国对 IIAs 的偏好会发生变化；随着一国对 IIAs 体系的深入参与，该国对 IIAs 制度的功能和运作有了更全面和具体的认知，因而其 IIAs 政策偏好变得更加具体和精准；由于一国在 ISDS 仲裁中的过度暴露而是一国针对性地调整 IIAs 的设计。

竞争规则的动态变化则更加复杂。经典经济学进化理论认为“无效的制度会面临最有效率的替代制度的竞争，通过实践、法律或习俗，最有效率的制度最终会在制度竞争中存续下来，因而存续下来的制度被假定为有效率的”。[459]Mark J. Roe 指出虽然经典经济学进化理论指出有效率的制度倾向于存续的现象，但并未能全面解释制度选择和存续的具体过程。相反，Mark J. Roe 进一步补充，制度存续不仅仅依赖于制度的效率，也依赖制度建立的初始环境（混沌理论）、不同时期制度致力于解决的首要问题（路径依赖）和制度结构渐进演化过程中的黑天鹅事件（演化事件）。[460]

制度的出现，一方面正式或非正式地“建立一个人们相互作用的稳定结构” 从而减少了交易各方行为的不确定性，[461]另一方面，在交易各方直接自利的行为基础上实现了某种集体利益。在《制度与社会冲突》（Institutions and Social Conflicts）一书中，Jack Knight 从权力视角解构社会制度的发生过程，指出涌现的社会制度是社会群体因权力不对称而争夺利益的副产品，这些制度完全不必满足帕累托效率标准或正义原则，因为其产生的根源是权力而不是群体福利标准。“社会行为人尊重制度规则不是因为他们表示同意，也不是因为达成了帕累托改进，而仅仅是因为他们没有更好的选择”。[462]制度变迁需要一个均衡结果的变化，这个结果是社会行为人所共同期待的社会互动问题的解决方案。策略行为人将继续尊重现存的社会制度，除非（1）假设他们有力量改变规则，外部事件改变了规则所产生的长期利益，

Compliance, in Walter Carlnaes, Thomas Risse and Beth Simmons (eds.), THE HANDBOOK OF INTERNATIONAL RELATIONS (Sage Publications, Ltd., 2002), 538-558. (Three dimensions: form of agreement, substance of the agreement and structure for review of performance.)

[458] 海伦·米尔纳著，曲博译，王正毅校，利益、制度与信息：国内政治与国际关系，上海人民出版社，2010 年，27-28 页。

[459] The classical evolutionary paradigm as: “What survives is presumptively efficient: if it were inefficient, the practice, the law, or the custom would be challenged by its more efficient competitors”. 关于经济组织演化中的自然选择理论，经典文献可见 Armen A. Alchian, Uncertainty, Evolution, and Economic Theory, 58 Journal of Political Economy 211 (1950); Milton Freidman, Essays in Positive Economics (1953); Richard R. Nelson & Sindey G. Winter, An Evolutionary Theory of Economic Change (1982); Oliver E. Williamson, The Economic Institutions of Capitalism (1985)。关于法律制度的演化理论分析，参见 Robert C. Clar, The Interdisciplinary Study of Legal Evolution, 90 Yale L. J. 1238 (1981); E. Donald Elliott, The Evolutionary Tradition in Jurisprudence, 85 Colu. L.Rev. 38 (1985); George L. Priest, The Common Law Process and Selection of Efficient Rules, 6 J. Legal Stud. 65 (1977), Paul Rubin, Why is the Common Law Efficient?, 6 J. Legal Stud. 51 (1977); Mark J. Roe, Chaos and Evolution in Law and Economics, 109 Harvard L. Rew. 641 (1996).

[460] Mark J. Roe, Chaos and Evolution in Law and Economics，Harvard Law Review, Vol.109, 1996, p. 641-668, 667-668. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=10018。

[461] 道格拉斯 C•诺斯著，刘守英译，制度、制度变迁与经济绩效，上海三联书店，1994 年，8。

[462] 杰克·奈特著，周伟林译，制度与社会冲突，上海人民出版，2009 年，131。

或者（2）假设其他的安排将产生一个更加有力的分配方式，并且他们能解决集体行动问题，而这个问题是制度变迁的先决条件。这在很大程度上是一项改变社会预期的任务，任务的难度与相关群体的规模有关：群体的规模越大，改变预期的成本将会越大，因而制度变迁所产生问题的复杂性也越大。[463]

秉持分配功能是制度根本属性的相同前提假设，杜玉申认同行为体通过制度设计来稳定和维护自身利益的论断，并进一步指出制度形成过程是行为体基于权力的利益冲突协调过程。“制度的选择是一个交易过程，因而也是权力的运用过程。”[464]经济制度（而不是政治制度）的变迁在财富分配以及由此形成的权力分配的逐期迭代中完成的。短期内，制度均衡似乎沿着效率改进的方向演进，但长期内，如果制度长期不变，富者愈富的正反馈循环始终发挥作用并导致长期制度的财富分配失衡。[465]

具体到国际投资协定体系，Joost Pauwelyn 认为 3000 余个国际投资协定和 500 多个仲裁裁决构成的国际投资法体系是一种适应性复杂系统（Complex Adaptive System）。国际投资法体系以小规模的、渐进的、偶然的方式出现，通过组成部分之间互动而形成的一种自组织、去中心化的方式运行，并通过局部的准子博弈均衡的方式演进。国际投资法体系对初设设定条件十分敏感，大规模事件或微小事项都可能扰乱国际投资法体系的演进。类似于生物种群，国际投资法通过试错、多维度、多方向的演进方式，寻求灵活性与秩序的平衡，国际投资法体系可能并不如一些学者主张的那样急需自上而下的顶层设计，短期内的次优制度设计在长期可能更具制度生命力。[466]虽然，相较于集中化结构的联合国或 WTO，去中心化的国际投资法体系的变革的协调成本相对较小，但仍然面临着改革信息的确定与传递、利益相关者的公共选择行为和 MFN 条款、公司国籍规划等导致的网络效应等改革困境。[467]

总结来看，IIAs 体系的网络效应导致 IIAs 法律过程越来越具有一种“无知之幕”的谈判情景，[468]分配主义路径的影响减少，功能主义路径的影响增加，国际投资治理的法治化程度增加。

（四）理性结果主义国际（投资）法理论的反思

本研究提出的**理性结果主义国际（投资）法理论**借鉴现实主义、制度主义国际关系理论与理性选择的微观经济学理论，综合功能主义和分配主义两种进路，分别解释国际法规则

---

[463] 杰克·奈特著，周伟林译，制度与社会冲突，上海人民出版，2009 年，132。
[464] 杜玉申，基于权力视角的制度变迁机制研究，吉林大学，博士学位论文，2012 年，95。
[465] 杜玉申，基于权力视角的制度变迁机制研究，吉林大学，博士学位论文，2012 年，96。
[466] Joost Pauwelyn, At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed (January 24, 2014). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2271869 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2271869.
[467] Joost Pauwelyn, At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed (January 24, 2014). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2271869 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2271869, p.65-68.
[468] Eric A. Posner and Cass R. Sunstein, Institutional Flip-Flops (January 21, 2015). U of Chicago, Public Law Working Paper No. 501. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2553285 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2553285. (Our primary explanation is that many institutional flip-flops are a product of “merits bias,” a form of motivated reasoning through which short-term political commitments make complex and controversial institutional judgments seem self-evident (thus rendering those judgments vulnerable when short-term political commitments cut the other way). Judges might join opinions with which they do not entirely agree, and the consequence can be a degree of institutional flip-flopping. In principle, institutional flip-flops should be reduced or prevented through the adoption of some kind of veil of ignorance. But in the relevant contexts, the idea of a veil runs into severe normative, conceptual, and empirical problems, in part because the veil might deprive agents of indispensable information about the likely effects of institutional arrangements. We explore how these problems might be overcome.)

的需求和供给维度，提供一种能够广泛适用的**约束-选择-竞争**（**Constraints-Choice-Competition**）理论框架。[469]

1.理论元假定与经验研究

能够解释现象的理论都是好理论。纵观林林总总的社会科学理论，最具解释力的莫过于理性选择理论：行为体在既定约束条件下寻求福利的最大化，或获益最大，或损失最小。或许有人质疑，当然也有相当的学术文献已经指出，作为个体的人的理性是有限度的（bounded）。这种质疑或许是对的，也或许是那种理性以我们尚未理解和发现的方式存在着。如果我们把一些暂时解释不了的现象归为行为人的不理性的话，我们就相当于自己给自己设定了认知的边界，换言之，是“不理性”的。因此，对于各种国际法律现象，本研究的**出发点**是探求行为体行为背后的理性逻辑以及貌似不理性行为背后的理性约束，揭示行为体行为所面临的或明示或默示的约束条件及各种选择的合理性。与一般理性选择框架不同，[470]**本研究的最大假定（元假定，Meta-Assumption）是行为体的理性是约束-选择-竞争的产物，而不是行为的前提，行为体的理性在不同约束条件下表现出来的行为模式不同。**看似不理性的现象揭示的是隐性的根本性约束条件，扰动了——而不是否定了——既有理性选择理论框架的解释能力。这同时也意味着理性选择模型在不同约束条件之下存在多种子模型的可能性，不同约束条件的放松和重新组合大大扩展了理论的解释力，使我们有可能重新认识纷繁复杂的国际法律现象。

本研究可以贴附很多标签，例如后果主义、功能主义、工具主义、实用主义等，但最贴切的理论属概念当是经验主义，即本研究在最根本意义上秉持经验——而非先验——的指导理念。正因为秉持经验研究的出发点，本研究提出的理论框架具有超越国际投资法子学科的一般意义，能够被借鉴乃至移植于其他经验问题的研究中。本研究以国际投资法为具体研究对象研究国际法律现象规律，原因有三：国际投资法属于一般国际法理论的“异常现象”，理论挑战性强，因而理论创新的可能性大；IIAs 体系代际性时序特征明显，符合竞争演化理论的直观判断；国际投资法律过程中行为者数量足够多，IIAs 法律实践足够多样，IIAs 体系的总体复杂性高，具备仿生学经验研究的样本基础。国际投资法体系的这些特点为本研究的约束-选择-竞争框架提供了理论建构和探讨的便利性，但并未必然地约束本研究的一般意义。本研究提出的理论框架可以被借鉴到其他经验问题研究中，只不过约束条件和行为选择的具体内容须因情景而异、因主体而变，但行为体在既定约束下进行竞争性行为选择的概念化框架是相通的。

2.问题意识与核心现象

作为分析工具，理性选择理论被用来解释国际法律过程，主要是国际法规则的创制过程，即行为体在何种语境下对何种规制对象制订了什么类型的国际法规则，而不是或不主要是用来解释国际法规则本身。在这个意义上，国际法只是国际行为体（actors），主要是国家，相互合作与协调的工具之一。换言之，理性主义国际法理论并不认为国际法具有先验的正当性或合理性，国际法仍是具体的历史实践的产物，其存在或暗示其存在的功能性或折衷性，

---

[469] 早在 1982 年，Robert O. Keohane 就已经提出了一个约束-选择（Constraints-Choice）框架用来解释国际机制的需求，参见 Robert O. Keohane, The Demand for International Regime (1982) in Beth A. Simmons & Richard H. Steinberg eds., International Law and International Relations (CUP, 2006), p.20-23. 本研究的理论建构过程明显借鉴并可能发展了 Robert O. Keohane 的学术探索。

[470] 理性选择的一般假定是，国家是最大化个体利益的理性行为者，对待选结果的政策偏好镶嵌于一国的国家利益中，而一国的政策偏好是一致的、完全的、可传递的。Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, the Limits of International Law, (OUP, 2005). 国家只有在其福利有所改善的情况下才会签订特定国际条约。Andrew Guzman, How International law Works: A Rational Choice Theory, (OUP, 2008).

但这并不意味着国际法在任何条件下都应当存在或都应不存在。

IIAs 体系的三个问题具有挥之不去的理论吸引力：理性问题，合作问题，演化问题。首先，国家为何会签订对自己利益相悖的 IIAs，这种异常现象能够在多大程度上从理性选择的视角加以解释？在竞争过程中，不理性的偏好或行为选择如何被筛除而无法显性？其次，“合作”一直是理论的异端、实践的主流，各国竟然在相互冲突、竞争的偏好选择过程中实现了广泛合作，订立了数以千计的 IIAs，对具有广泛解释力的理论框架的需求尤为迫切。第三，时间/动态维度是三维生物的视觉盲点，因此也易成为人们思维的盲点，但 IIAs 体系明显的代际性时序特点暗示国际投资法体系存在动态演进的维度。[471]

3.视角转换与分析框架

理性主义国际法的核心分析框架沿用理性选择理论，即行为体在既定约束下寻求个体效用最大化。因此，理性选择方法论本质上是个体主义的，具有还原主义的倾向，认为群体的行为和结构最终可以拆解为一个个同质或基本同质并遵从相同行为逻辑的行为体的个体行为。当然，这种个体主义的分析框架具有功能性，它可以使我们更具体地、更可检验地理解国际法律过程。当然，个体主义方法论总归有边界。我们通常将国内法体系下的个人和国际法体系下的国家一般视为默示的不可再分的行为体，这里的“一般视为”有两层含义，一是这种不言而喻的假设节省了我们论述的信息成本，能够在相对简单的假设上基本解释存有问题的现象，二是这种假设是一种或仅仅是一种便于人们方面理解的权宜之策，并不是绝对的、超语境的。这就要求我们在能够解释现象的范围内遵循假设最简单原则，提出尽可能简化的理论；在不能解释的现象的范围内，我们需要反思并放松我们的假设，增加假设的信息量和复杂性，以求更好地解释现象。

假设的简单性和可放松性决定了理性主义国际法理论可能存在不同分析层次。本研究提出的理性结果主义国际法的基本框架是**国家理性选择模式**，即将主权国家作为国际法律过程的主要行为体，分析作为黑箱的、不可再分的国家在特定的情境下为何以及如何创制何种类型的国际法律规则。这种国家主义的假设适合用来分析国家安全、权力等传统的国际法问题。

国家理性选择模式有**两个前提假设**，一是国家是可以隔离出来的基本分析单位并且可以单独决策，即**国家行为体假设**；二是国家在相互竞争中实现最终的行为结果，国家的政策偏好和初始行为选择是多元的，可能是理性的，也可能是非理性的，[472]但在国家竞争中存活因而呈现显性状态的行为结果必然是现实约束下最合理因而最理性的结果，即**理性结果假设**。[473]这两个假设都可以从不同维度进行放松，用以分析不同层面的国际问题和国际法律现象：

---

[471] Lowe, Vaughan, Changing Dimensions of International Investment Law (March 2007). Oxford Legal Studies Research Paper No. 4/2007. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=970727 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.970727.

[472] Lauge N. Skovgaard Poulsen and Emma Aisbett (2013) When the claim hits: bilateral investment treaties and bounded rational learning. World politics, 65 (2), 31-32 （从政治经济学的角度，结合有限理性（bounded rationality）学说和建构主义视角（constructivist approaches），分析政府如何运用自己的能力最大化其自认为（self-perceived）的利益，并十分重视政府的认知限制（cognitive constraints））。类似研究亦可见 Lauge N. Poulsen, Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality, London School of Economics and Political Science, 2011

[473] Armen A. Alchian, Uncertainty, Evolution, and Economic Theory, Journal of Political Economy, Vol. 58, No. 3 (Jun., 1950), pp. 211-221. (Alchian suggests an approach: This approach embodies the principle of biological evolution and natural selection by interpreting the economic system as adoptive mechanism which choose among exploratory actions generated by the adaptive pursuit of success or profit; The modification incorporate incomplete information and uncertain foresight as axioms,but dispense with profit maximization,and doesn’t rely on the predictable individual behavior;

国家可能是理性的，能够收集决策所需要的所有信息，并一贯地追求最能实现外生的国家偏好的决策，但国家也可能是不理性的，或是因为国家仅具有有限的因而有所选择的信息处理能力，国家仅分析并依据其能搜集到的信息进行决策，或是因为国家偏好本身是内生的，受其所处的国际体系中的位置的影响；国家可能是可以进一步拆分或整合的行为体，并不是最基本的行为体，[474]或是某一个国际体系更具有分析的合理性，一国的行为取决于更大国际体系的决定，或是国内行为体的相互竞争与平衡决定了国家的对外政策取向，国家并不存在所谓的国家偏好。这些假设的放松都会产生国家理性选择的衍生理论，进一步扩充而不是消弭理性结果主义国际法理论的分析能力。

本研究实现了**三种研究视角的转换**。从**行为的结果向行为的约束条件**转换，关注的问题不限于“国家做出了何种选择”，而是“国家在何种约束条件下做出了这种选择”。从**静态分析向动态分析**转换，在互动关系和竞争演化中理解 IIAs 体系的多样性。从**政法两分向政法一体**转换，着力关注法律过程中的政治和权力因素。

延续（有限）理性选择的学术脉络，[475]本研究将国际投资协定视为具有不同谈判能力和外生 IIAs 政策偏好的国家间的契约工具（contractual instruments）。第一，IIAs 具有强烈的分配效应，依照缔约国的权力分配权利义务。[476]第二，IIAs 本质上是国家间管理冲突进而促进合作的政策工具。投资保护、投资促进和发展议题是可以识别的 IIAs 具体政策目标，而签订 IIAs 本身则具有宣示性的外交功能。

4.概念化路径

理性结果主义国际法的概念化或理论化过程（conceptualization）遵循理性选择理论的一般概念化框架（Conceptualization of Rationalist Approach），基本可以被总结为以下五步：[477]

Adaptive ,imitative,trial and error behavior in the pursuit of positive profit is utilized instead of the sharp contrast.)

[474] Chien-Huei Wu, The Many Faces of States in International Investment Law: Supranational Organizations, Unrecognized States and Sub-State Entities (January 2, 2014). Shaheeza Lalani and Rodrigo Polanco (ed), The Role of the State in Investor-State Arbitration (Martinus Nijhoff 2014 Forthcoming). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2373852.（国家并不是 IIAs 法律过程的唯一正式参与者。作为超过家组织的 EU，作为未被承认的政治实体的台湾和一国之下特别的地方行政区，例如中国香港，都是 IIAs 缔约过程的重要参与者。这些非主权国家行为体给 IIAs 体系带来的可能问题包括，政府行为的归因和认定，仲裁裁决的执行问题。有鉴于此，国家责任法中对归因的认定将对 ISDS 仲裁带来系统性的影响。）

[475] Lauge N. Skovgaard Poulsen, Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties, International Studies Quarterly, (2014) 58, 1-14; Lauge N. Skovgaard Poulsen and Emma Aisbett, When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning, World Politics, (2013), 65 (2), 273-313; Alexander Thompson and Daniel Verdier, Multilateralism, Bilateralism, and Regime Design, International Studies Quarterly, (2014), 58, 15-28; Lauge N Skovgaard Poulsen, Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality (London School of Economics and Political Science, 2011), < http://etheses.lse.ac.uk/141/1/Poulsen_Sacrificing_sovereignty_by_chance.pdf > accessed 1 March 2014.

[476] Although the anarchy nature of international community may vary the roots of analogy of contract theory into political economy analysis of international investment law, the core logic remains intact that states as rational persons act maximize their interests under given constraints. Peng Wang, Shift of Power and Transformation of IIAs: A Power Structure Analysis of International Investment Agreements Regime (November 24, 2014). Conference paper, Political Economy of International Investment Agreements Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2530153 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2530153.

[477] James Fearon and Alexander Wendt, Rationalist v. Constructivism: A Skeptical View, in Handbook of International Relations (Walter Carlsnaes, Thomas Risse and Beth A. Simmons eds.) (SAGE Publications) 53.

（1）识别待解释的行为模式；（2）确定具有行为能力的行为体的集合；（3）提出互动结构，即上述识别的行为体选择的优先顺序，将待解释的行为模式嵌生于一个更大的可能性光谱/集合，某些要素可能被视为外生，例如行为体对特定结果的偏好、信念和技术能力；（4）论证行为体对可能性集合中可能结果的偏好程度，或在演化博弈分析中论述行为体对决策的偏好程度，提出假说解释不同行为模式或决策结果如何与不同行为体的组合和特定决策环节的决策规则相伴生；（5）在行为体坚守其信念并顾及其他行为者决策而进行理性行为的语境下，明确如何以及在何种条件下待解释的行为者的决策结果或行为模式会出现，行为体的信念在动态分析中是可以通过博弈（Beyesian）均衡和有限理性下的学习行为而自我修正的。[478]

5.理论扩展与理论一般性

很多基于约束-选择框架的跨学科理论都可以用来分析和解释国际法现象，例如契约理论（contract theory）、博弈论（game theory）、社会选择理论（social choice）、集体行动（collective actions）、公共选择理论（public choice）、[479]复杂系统论（complex system or complex adaptive system）等。这些理论试图从个体、双方、群体等层面解释不同的行为模式，形成了**个体分析（契约理论）、双方分析（博弈论）、群体分析（复杂系统理论）**的分析范式。

最简单的选择模型是**单行为体模式**，仅分析单个行为体如何在既定的条件下进行选择以实现自身效用最大化，这种模式不考虑行为体之间的互动因而适合分析行为体行为独立于其他行为体的情形，其他行为体的行为并不纳入该行为体的行为决策中。契约理论是这种单行为体模型的代表，分析视角立足于如何最大化委托人的利益，而制度环境和代理人的行为

---

[478] Tomer Broude, Behavioral International Law (September 18, 2013). 163 University of Pennsylvania Law Review (2015 Forthcoming), available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2320375 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2320375. (This article systematically explores the application of insights from behavioral economics to international legal issues. Economic analysis has in recent years made significant inroads into the study of international law, but most of this literature relies upon assumptions of perfect rationality of states and decision-makers. This approach is inadequate, both in its insufficient empirical grounding and in its question-begging tendency towards often unsophisticated and outdated forms of 'Realist' international relations theory. A behavioral approach would augment legal research by providing new hypotheses to address puzzles in international law while at the same time introducing empirically grounded concepts of real, observed bounded' rationality, which diverge from the assumed, perfect rationality of traditional law and economics. The article addresses some possible methodological objections to the application of behavioral analysis to international law, namely: the focus of behavioral analysis on the individual; the empirical foundations of behavioral economics; and behavioral analysis' relative lack of parsimony. It then offers indicative behavioral research frameworks for three outstanding puzzles in international law: (a) the relative inefficiency of the development of international law; (b) collegiality and dissent in international tribunals; and (c) target selection in armed conflict. Behavioral research of international law can serve as a viable and enriching alternative and complement to economic analysis and other theoretical approaches to international legal research, so long as it is pursued with academic and empirical rigor as well as intellectual humility.) Anne van Aaken, Behavioral International Law and Economics, 55 Harvard International Law Journal (2014), pp. 421-481. (Whereas the rational choice approach to international law has been widely accepted in legal scholarship and international relations theory, challenges to the rational choice paradigm in economic analysis of international law have hitherto not been systematically explored. Nevertheless, behavioral law and economics and psychology have been successfully applied to national law constellations. Behavioral economic insights have furthermore been used in international relations scholarship under the heading of political psychology but international norms are neglected. Building on all those insights, the article explores the potential and challenges of extending the behavioral law and economics approach to public international law and thus to further refine our understanding of international law. It looks specifically at treaty design problems and compliance questions. This ties in with increased use of empirical research in international law: a clear desideratum for evidence-based international law.)

[479] 运用经济学的分析工具和方法研究非市场决策的理论，力图将理性人或经济人的范式扩展到政治问题的研究中。适用问题范围：公共物品分析、联盟和搭便车现象，政治经济模型，关税和贸易限制，国际组织设计等问题。王正毅，国际政治经济学：历史、理论与方法，欧洲，2002年第 1 期，27-37，P 37。

和偏好都是外生的。契约不完全性而产生的委托代理理论可以用来分析国内政治人物行为（公共选择理论）、国家国际行为的国内基础（国内-国际互动分析）、国际制度的设计（国际机制理论）等。

如果每个行为体的行为取决于其他行为体的行为，效用最大化决策取决于其他行为者的选择，那么双方主体的互动分析成为必要，这种**双行为体模型**的基础理论框架来自博弈论。博弈论明确了行为模式中的权力维度，扩展了单行为体模型的信息不完全条件。双行为体模型关注在偏好-信息-权力约束下的行为体决策加总机制，可以系统解释从行为体平等基础上的实质自愿交换到权力的不平等基础上的非实质自愿交换等系列现象。

分析多主体群体行为的理论包括社会选择、集体行动、团体代理（group agency）理论。这些理论从不同的切入点分析社会如何维持整体存在、如何进行群体决策。如果从个体和双方视角都无法解释特定现象，那么这种现象在很大程度上属于**复杂现象**，必须从群体层面加以解释。复杂现象的首要特征在于系统的显性性状无法从组成部分的性状中推理得出（有循环定义之嫌）。[480]系统并不遵循线性演化（non-linear Dynamics），非线性演进，过了某个临界值，正反馈就可能转变为负反馈（边际效应先增后减的拐点）；并且系统与组成部分相互适应（Co-adaptation），组成部分受整个系统的影响，但也会影响整个系统。[481]在复杂系统中，某一特定触发因素引发系统组成单位的正负反馈，正负启动共存的导致自我加强和自我抑制机制，在特定系统结构下加总进而决定系统的突变性状。[482]

体系分析与单行为体和双行为体分析的最大不同在于如何隔离其他变量（核心约束与边缘约束的取舍）的影响，并揭示隐性的约束条件。复杂系统理论暗含分析的时间维度，而时间维度是理性选择模型的重要缺陷和理论困境。

6.动态竞争与正当性之问

国家签订投资协定固然有理性选择和制度设计的因素，但国际投资协定一旦成型，国家在未来决定是否以及如何签订投资协定时必然参考既有实践。既有制度的路径依赖和偶然事件触发的体系性反馈恐也是国际投资协定体系演化不容忽视的影响因素。[483]

理性主义国际法理论本质上遵循制度竞争和演化的逻辑，国际法规则可以存在多种类型，但最能适应基础性社会语境的规则能够在动态的规则-制度竞争中存活下来，所谓“存在即合理”。这在很多程度上意味着理性主义国际法分析的逻辑起点是自下而上的（bottom-up logic of international law）的仿生学逻辑，而不是自上而下（top-down）的演绎选择逻辑。借用计算机术语，理性主义国际法分析的逻辑起点应当是模仿-进化算法，而不是选择-进化算法。然而，在动态分析中，尤其是动态规范分析中，如果我们的研究存在规范性的追求，那么自上而下的演绎逻辑（选择-进化算法）则为我们比较各种可能制度选择提供了思想实验的工具。

本研究通过约束-选择-竞争的分析框架展示的理论途径似乎太过灰暗和冷酷，与法理学中“温情脉脉”的规范性追求有所出入。[484]本研究并不认为，规范性层面的正当性仅仅是一

---

[480] Seva Gunitsky, Complexity and Theories of Change in International Politics, International Theories (2013), 5(1), 35-63.

[481] Seva Gunitsky, Complexity and Theories of Change in International Politics, International Theories (2013), 5(1), 35-63, p.42-43.

[482] 作为复杂体系的 IIAs 机制主要分析行为体、反馈、体系动态平衡的相互关系。体系的复杂演化趋向取决于系统内正反馈与负反馈的加总。正反馈会强化 IIAs 体系的初始变化，负反馈会对冲 IIAs 体系的初始变化，反馈效应的叠加以国家为基本框架，分为国内过程和国际过程两个层面。

[483] Joost Pauwelyn, At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed, 2014, p6。

[484] 法律是无情的吗？国际法是无情的吗？

种虚假宣传的口号，或权力政治的遮羞布，相反，法律（尤其是国际法）正当性也是竞争性选择的产物，具备一定的功能区间，并不仅仅是政治性宣传。正如竞争性的现实约束能够实现合作性的行为选择，冰冷的政治现实中也能以冷酷的逻辑实现看似温情的正当性规范，让整个 IIAs 体系“看上去更美一些”。

国际投资协定体系正当性的功能性之问？因功能而正当？可用正当性标准包括：IIAs 是否保护了跨国投资；IIAs 是否促进了 FDI 的跨国流动；IIAs 是否增进了缔约国的外交关系。因行为/追求而正当？可用正当性标准包括：IIAs 是否促进了缔约国的国内发展/法治/善治/人权改善；IIAs 是否限制了缔约国的公共政策空间。因行为或追求而确定的正当性标准具有内生主观性和多元性的特点，而因功能而确定的正当性标准则具有普遍性。如果我们将 IIAs 体系视为一种正在形成过程中的全球治理结构的话，那么，IIAs 体系提供的国际投资治理秩序恐怕是 IIAs 体系正当性的最大来源。

在诸多第三方执行机制中，政府最大的比较优势在于垄断终极暴力[485]政府出现的核心任务和最大动力在于政府能够为其统治的群体提供其他治理机制无法（低成本）提供的秩序。政府出现的核心任务和最大动力在于政府能够为其统治的群体提供其他治理机制无法（低成本）提供的秩序。提供秩序的功能是政府（主权）的最大正当性基础[486]和最基本属性。秩序是一种以主体及其互动关系为主要内容的规则和规范体系，行动主体的知识结构和政策偏好无疑对秩序的形成和维持具有重要的影响（或曰基础性作用）。故地方性、多元主义是政府监管的基准。普适主义伴随着各族群交往互动中的融合过程（归化的过程），是多元主义基础上的融合。从静态来看，普适主义与多元主义貌似存在对立，但从动态演化过程来看，两者并不存在不可弥合的理论鸿沟。这意味着“IIAs 体系是否存在一个普遍接受、普遍适用的正当性标准”的问题应当更准确地重述为：在什么领域，IIAs 体系的正当性标准的普适属性较大；在什么领域，IIAs 体系的正当性标准的地方属性较大。

7.理性结果主义国际投资法推论

自产生之初，IIAs 体系即呈现出一种双边主义为主、权力依赖的渐进演化特征。双边投资协定一直是国际投资协定的主要渊源。虽然存在产业性和程序性的多边条约，但历次全面的多边投资协定谈判均流产，[487]虽然广泛扩散的 BIT 与失败的 MAI 存在诸多实体和程序相似性。[488]相比之下，同为国际经济治理机制的国际贸易法却自二战之后即行开始多边化进程。其次，国际投资协定的产生与扩散与资本输出国的推动密切相关，国际投资协定的内容主要体现以投资保护和投资自由化为导向的资本输出国政策偏好，发达国家投资协定范本对国际投资协定体系的演进有不容忽视的示范效应，因此国际投资协定演化具有明显的权力依赖特

---

485 “尤其在保护产权和解决产权纠纷方面，政府的效率远远高于其他形式。政府的警察系统和常备军在提供保护产权的服务方面具有规模经济型，因而单位成本是相当低的。”盛洪，治大国如烹小鲜——关于政府的制度经济学，上海三联书店，2003 年第 1 版，82。

486 人权保护也也能部分解释政府正当性，但并不是政府正当性最基础的因素，也无法提供更多有具体指导意义的命题。本文认为权利本质上是一种社会属性的概念，权利的内核在于社会承认和保护，是一种情景具体化、社会嵌入的权利义务规则。抽象的人权主张更类似一种道德主张（这本身也是一种需要解释、可以结构的非终极、非先验的社会制度），除了情感的宣泄外并没有强有力的理论阐释力。

487 About the common included provisions and its variations, see UNCTAD, International Investment Agreements Negotiation Handbook: APEC/UNCTAD Modules, 2012, available at http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_APEC%20Handbook.pdf.

488 About the common included provisions and its variations, see UNCTAD, International Investment Agreements Negotiation Handbook: APEC/UNCTAD Modules, 2012, available at http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_APEC%20Handbook.pdf. Rainer Geiger, The Transatlantic Trade and Investment Partnership: A Critical Perspective, Columbia FDI Perspective, No.119, April 14, 2014.

征。投资协定的双边主义合作模式意味着国际投资协定体系的制度性创新往往以零星条约实践为开端，以其他国家效仿、学习为进程，以多维试错、适者生存为结果，呈现出一种渐进演化的动态过程。

IIAs 的约束-选择-竞争框架论：各国参与国际投资立法面临四大现实约束：私人投资的稀缺性、缔约国政策工具的有限性、国际社会的无政府状态和国家交往的信息不对称性。国际投资和各国政策工具的稀缺性约束决定了各国通过 IIAs 进行跨国投资监管竞争的基本关系，是分析国家国际投资法律行为的前提。国际社会的无政府状态和国家交往的信息不对称性约束构成各国进行跨国投资监管竞争的竞争规则。在世界政府缺位的国际投资治理领域，国家同意仍是国际投资立法的基本模式，国际投资立法过程具有广泛的分配效应，是各国权力基础上的偏好加总过程，大国协调一致是国际多边立法得以成行的决定因素。立法过程、条约履行和司法裁判过程中的信息不对称都有可能阻碍国家间的国际投资治理合作，因此，能够降低信息不对称程度、以较低成本显示相关信息的 IIAs 制度设计具有较大的功能性。

IIAs 供给的权力平衡论：只有符合权力对比的权利义务分配约定才能最终落实成为“行动中的国际法”，国际投资立法遵循权力平衡的分配主义路径。

IIAs 需求的功能论：在权力中性的领域，能够更有效地降低信息成本的制度具有更大的存活/功能区间，国际投资立法遵循效率的功能主义路径。

IIAs 的妥协与扩散论：IIAs 形式多样性是各国对 FDI 和 IIAs 政策偏好的多元性的反映，各国 IIAs 偏好的加总以分配主义路径为主、功能主义路径为辅。由于权力约束，IIAs 往往反映强国的偏好，与强国相冲突的弱国的政策偏好在缔约过程中被筛除了；在分配效应较小的领域，具有更强信息功能的 IIAs 制度具有更大的生命力；在 IIAs 偏好差异较大的情形下，潜在缔约国可以通过主体范围与规则强度等灵活性机制进行妥协。[489]一国对 IIAs 的偏好的决定因素很多，主要取决于一国的国家战略和国内制度。

IIAs 体系的动态演进推论：长期来看，一国对 IIAs 的政策偏好和国际投资监管竞争的竞争规则都可能发生变化。国家参与 IIAs 体系呈现出一种习得性理性的行为模式，一国在国家间互动、国家-仲裁庭互动中更加全面和理性地认知 IIAs 体系。IIAs 体系的网络效应导致 IIAs 法律过程越来越处在一种“国家立场模糊”的“无知之幕”的谈判情景，分配主义路径的影响减少，功能主义路径的影响增加，国际投资治理的法治化（rule of good law）程度将增加。

六、结论与展望

国际投资协定的内容主要体现以投资保护和投资自由化为导向的资本输出国政策偏好，明显的代际性和时序差异表现了国际投资协定演化具有明显的权力依赖特征，揭示了权力关系和结构对 IIAs 设计和扩散的决定作用。国际投资协定的政治经济学研究处于起步阶段，并未形成系统性的理论模型。各种理论从多个侧面切入国际投资协定体系的可行性、功能性与正当性问题，在分析层次与研究语境、核心假设和问题意识上多有分歧。体系层面的分析更适用来解释 IIAs 的可行性和供给过程；国家层面的分析更关注 IIAs 的功能性和需求过程；社群和个体层面的分析主要回应 IIAs 体系的正当性。国际投资协定的既有跨学科研究补充了传统法学研究的不足，大大拓宽了我们对国际投资协定体系的智识，但是能够充分描述 IIAs 体系动态演化的复杂图景并且具有广泛解释力的理论框架仍未出现。

自双边投资协定伊始，国际投资协定体系采取双边主义的合作机制，以双边投资协定为主要法律渊源，呈现高度法律化和重度逆中心化的制度趋向，在制度定位上体现新自由主义与国家主义的纠缠，在法律过程中体现功能主义与分配主义的纠缠。本研究提出了一个现实约束出发的约束-选择-竞争框架用来解构国际投资治理体系变迁中行为者的动机、行为选

[489] 类似于量价质的互替，IIAs 立法过程可以通过偏好、权力、时间等维度进行调和：BIT, RAI, MAI; Hard Law, Soft Law; ex ante control, process control, ex post control。

择以及其所呈现出了制度特征。各国参与国际投资立法面临四大现实约束：私人投资的稀缺性、缔约国政策工具的有限性、国际社会的无政府状态和国家交往的信息不对称性。国际投资和各国政策工具的稀缺性约束决定了各国通过 IIAs 进行跨国投资监管竞争的基本关系，是分析国家国际投资法律行为的前提。国际社会的无政府状态和国家交往的信息不对称性约束构成各国进行跨国投资监管竞争的竞争规则。在世界政府缺位的国际投资治理领域，国家同意仍是国际投资立法的基本模式，只有符合权力对比的权利义务分配约定才能最终落实成为“行动中的国际法”，国际投资立法遵循权力平衡的分配主义路径。立法过程、条约履行和司法裁判过程中的信息不对称都有可能阻碍国家间的国际投资治理合作，因此，在权力中性的领域，能够更有效地降低信息成本的制度具有更大的存活/功能区间，国际投资立法遵循效率的功能主义路径。各国 IIAs 偏好的加总以分配主义路径为主、功能主义路径为辅，一国对 IIAs 的偏好主要取决于一国的国家战略和国内制度。IIAs 形式多样性是各国对 FDI 和 IIAs 政策偏好的多元性的反映。需要指出，本研究侧重理论探讨，实证性不足，约束-选择-竞争的理论框架在未来需要通过经验性的个案研究和比较个案研究乃至量化研究来加以检验和完善。

主要参考文献

[1] Tim Buthe & Helen V. Milner, Foreign Direct Investment and Institutional Diversity in Trade Agreements: Credibility, Commitment, and Economic Flows in the Developing World, 1971-2007, World Politics, 2014, 66(1).

[2] Beth A. Simmons, Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment, World Politics, 2014, 66(1), p.12–46.

[3] Todd Allee and Clint Peinhardt, Evaluating Three Explanations for the Design of Bilateral Investment Treaties, World Politics, vol.66(1), p.47-87, 2014.

[4] Jonathan Bonnitcha, Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis, CUP, 2014.

[5] Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Viñuales, The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice, OUP, 2014.

[6] Sungjoon Cho, International Economic Cooperation as a Social Phenomenon: A Reply to Posner & Sykes, Southern California Law Review Postcript, vol. 87, 2014.

[7] Joost Pauwelyn, At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed, 2014, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2271869.

[8] William W. Burke-White, Power Shifts in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism, University of Pennsylvania Law Scholl, Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 14-2, 2014.

[9] Joost Pauwelyn, Ramses A. Wesseland, Jan Wouters, When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking, European Journal of International Law (2014) 25 (3), 733-763.

[10] Rainer Geiger, the Transatlantic Trade and Investment Partnership: A Critical Perspective, Columbia FDI Perspective, No.119, 2014.

[11] Gary Hufbauer and Sherry Stephenson, the Case for a Framework Agreement on Investment, Columbia FDI Perspectives, No.116, 2014.

[12] Alexander Thompson and Daniel Verdier, Multilateralism, Bilateralism, and Regime Design, International Studies Quarterly, 2014, 58, 15-28.

[13] Lauge N. Skovgaard Poulsen, Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties, International Studies Quarterly, 2014, 58, 1-14.

[14] Lauge N. Skovgaard Poulsen and Emma Aisbett, When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning, World Politics, 2013, 65 (2), 273-313.

[15] Karl P. Sauvant and Federico Ortino, Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future, Ministry for Foreign Affair of Finland, 7 September 2013.

[16] Jonathan S. Kallmer, the Global Significance of Transatlantic Investment Rules, Columbia FDI Perspective, No.99, 2013.

[17] Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack eds., Interdisciplinary Perspectives on International law

and International Relations: The State of Art, CUP, 2013.
[18] Eric A. Posner & Alan O. Sykes, International Law and the Limits of Macroeconomic Cooperation, S. CAL. L. REV., vol.86, p.1025, 2013.
[19] Karl P. Sauvant and Federico Ortino, Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future, Ministry for Foreign Affair of Finland, 2013.
[20] Gus Van Harten, Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration, OUP, 2013.
[21] Mathew J. Burrows, Global Trends 2030: Alternative Worlds, US National Intelligence Council, 2012.
[22] Karl P. Sauvant and Huiping Chen, A China-US Bilateral Investment Treaty: A Template for a Multilateral Framework for Investment, Columbia FDI Perspective, No.85, 2012.
[23] Tomer Broude, Marc L. Busch & Amelia Porges eds., The Politics of International Economic Law, CUP, 2011.
[24] Jose E. Alvarez, Karl P. Sauvant, Kamil Girard Ahmed, and Gabriela P. Vizcaino, The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options, OUP, 2011.
[25] Joseph S. Nye, the Future of Power, Public Affairs, 2011.
[26] Junji Nakagawa, Multilateralism and Regionalism in Global Economic Governance: Finance, Trade and Investment, Routledge, 2011.
[27] Lauge N. Poulsen, Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality, London School of Economics and Political Science, PhD Dissertation, 2011.
[28] Stephan Schill, The Multilateralizaiton of International Investment Law, CUP, 2009.
[29] Rodolphe Desbordes, Vincent Vicard, Foreign direct investment and bilateral investment treaties: An international political perspective, Journal of Comparative Economics, vol.37, p.372–386, 2009.
[30] Elinor Ostrom, Xavier Basurto, The Evolution of Institutions: Towards a New Methodology, School of Public and Environmental Affairs Indiana Unviersity Research Paper No.2009-07-01, 2009.
[31] Andrew Guzman, How International law Works: A Rational Choice Theory, OUP, 2008.
[32] Andrew T. Guzman & Alan O. Sykes eds., Research Handbook in International Economic Law, Edward Elgar, 2007.
[33] Beth A. Simmons & Richard H. Steinberg eds., International law and International Relations, CUP, 2006.
[34] Zachary Elkins, Andrew Guzman, and Beth Simmons, Competing for Capital: the diffusion of bilateral investment treaties 1960–2000, International Organization, vol.60 (4), p.811–846, 2006.
[35] Richard E. Baldwin, Multilateralising Regionalism: Spaghetti Bowls as Building Blocs on the Path to Global Free Trade, the World Economy, p.1451, 2006.
[36] Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, the Limits of International Law, OUP, 2005.
[37] Jurgen Kurtz, NGOs, The Internet and International Economic Policy Making: The Failure of the OECD Multilateral Agreement on Investment, Melbourne Journal of International Law, vol.3, p.213, 2002.
[38] Mancur Olson, the Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups, Harvard University Press, 1965, 20th printing, 2002.
[39] Kenneth J Vandevelde, The Economics of Bilateral Investment Treaties, Harvard International Law Journal, vol.41, 2000.
[40] Michael Byers, Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International law, CUP, 1999.
[41] Kenneth J Vandevelde, The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty, The American Journal of International Law, vol. 92, 1998, 621-641.
[42] Andrew Guzman, “Why lDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of Bilateral investment treaties”, Virginia Journal of International Law, vol.38, p.639–688, 1998.
[43] Elinor Ostrom, Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action, CUP, 1990.
[44] Robert M. Axelrod, The Evolution of Cooperation, Basic Books, Inc., Publishers, 1984.
[45] Louis Henkin, How Nations Behave, Columbia University Press, 1979.
[46] Armen A. Alchian, Uncertainty, Evolution, and Economic Theory, Journal of Political Economy, Vol. 58, No. 3, 1950, pp. 211-221.

[47] 韩真，张春满.在全球化环境下重新定义和测量权力，社会科学，2014 年第 6 期。
[48] 张弛，权力博弈、制度设计与规范建构——日本加入 TPP 后中国应对的策略思考，国际观察，2014 年第 2 期。
[49] 盛斌，迎接国际贸易与投资新规则的基于与挑战，国际贸易，2014 年第 2 期。
[50] 李玉梅，桑百川，国际投资规则比较、趋势与中国对策，经济社会体制比较，2014 年第 1 期。
[51] 邢厚媛，全球治理中的国际投资规则变化与对策，国际经济合作，2013 年第 12 期。
[52] 叶玉，全球经济治理体系的冲突与协调，国际观察，2013 年第 3 期。
[53] 杜玉申，基于权力视角的制度变迁机制研究，吉林大学，博士学位论文，2012 年。
[54] 吴岚，结合 BITs 缔结实践谈中国在 WTO 多边投资协定谈判中的应有立场，学术探索，2012 年第 6 期。
[55] 曾华群，多边投资协定谈判前瞻，国际经济法学刊，2010 年，第 17 卷第 3 期。
[56] 盛斌，美国视角下的亚太区域一体化新战略与中国的对策选择——透视“泛太平洋战略经济伙伴关系协议”的发展，南开学报（哲学社会科学版），2010 年第 4 期。
[57] 金学凌，赵红梅，论国际投资法制的多边化发展趋势，南昌大学学报（人文社会科学版），2010 年第 41 卷第 6 期。
[58] 蔡从燕，风险社会与国际争端解决机制的解构与重构，法律科学－西北政法大学学报，2008 年第 1 期。
[59] 徐崇利，WTO 多边投资协定议题与中国的基本策略分析，法律科学，2004 年第 4 期。
[60] 桑本谦，论契约的不平等，浙江社会科学，2004 年第 1 期。
[61] 徐泉，多边投资协定的新趋向与我国外商投资法的完善对策，经济法论坛，2004 年第 00 期。
[62] 都毫，多边投资框架的发展趋势——兼论中国对策，法制与社会发展，2003 年第 2 期。
[63] 盛斌，国际投资协定：多边安排是唯一的途径吗，南开经济研究，2003 年第 3 期。
[64] 刘笋，从 MAI 看综合性国际投资多边立法的困境和出路，中国法学，2001 年第 5 期。

论自贸试验区贸易便利化制度的实践与完善

马 乐*

内容提要：自贸试验区贸易领域的改革重在监管创新，突出表现为贸易便利化的提升。以海关监管模式创新为代表的贸易便利化措施使《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》的目标落到实处，《中国（上海）自由贸易试验区条例》的立法规定对贸易便利化提供了法制保障。在顶层设计业已完备的情况下，自贸试验区贸易便利化需要通过细化政策和立法实施规则、建立制度创新协同推进机制、完善单一窗口制度等途径进一步实施和深化。

关键词：自贸试验区；贸易便利化；监管创新

一、上海自贸区贸易便利化的基本理论

（一）贸易便利化的内涵

贸易便利化与贸易自由化都是世界贸易组织（以下简称 WTO）的重要目标。但是，二者不能完全等同，其间既有区别又有联系。贸易便利化可以看做是贸易自由化的具体体现与实施路径，贸易自由化则是贸易便利化所体现出的目标和价值。

1.贸易便利化与贸易自由化

WTO/GATT 作为一整套调整货物贸易关系的法律体系也有不同层级的价值构造。建构有序的国际贸易环境可以看作是 WTO/GATT 的秩序价值，通过这种秩序最终实现贸易自由化才是其目标与宗旨。WTO/GATT 的生发轨迹，背后思潮以及立法目标都表明，贸易自由化一直都是其不变的目的价值。

从历史维度来看，GATT 从出现就承载着重塑战后国际贸易秩序的任务。以美国为代表的发达经济体原意是建立一个“国际贸易组织”以推行全球范围的贸易自由化，抵御日益严重的贸易保护主义。由于各方分歧过大，成立国际贸易组织的想法最终未获实现。然而，在此过程中各方达成的关税减让承诺被保留下来并最终通过临时议定书的形式发生效力，这也就是后来的 GATT。从 1947 年到 1986 年，GATT 缔约方共进行了八轮多边回合谈判，其中最主要的任务和成果是削减关税，取消关税及非关税壁垒。在此过程中，无论国际贸易格局与各国贸易政策如何变化，推进贸易自由化都是 GATT 不变的目的价值。一直到乌拉圭回合谈

* 马乐，法学博士，华东政法大学国际法学院讲师，中国自贸区法律研究院研究人员。

判，WTO 的成立使得贸易自由化的目的价值进一步固化。尽管 WTO 法律体系涵摄了更多贸易与非贸易议题，但未改变贸易自由化的价值导向。

从思想基础来看，多边贸易体制的演进历程体现了作为自由贸易理论支撑的自由主义的演进历程。经济自由主义演进和发展为多边贸易体制的演进和发展提供了坚实的理论支撑。以亚当•斯密经济学理论为代表的古典自由主义为多边自由贸易体制创立奠定了理论基础，其所主张的反对重商主义和贸易保护主义的观点正好契合了贸易自由化的价值追求。面对“市场失灵”，以凯恩斯政府干预理论为代表的新自由主义（New Liberalism）开始影响国际经济体制的发展。尽管如此，新自由主义继承了古典自由主义的自由贸易思想，大力宣言“三化”，即自由化、私有化与市场化。[490]这使得多边贸易体制仍然未偏离贸易自由化的价值导向。随着新自由主义经济政策暴露弊端，向古典自由主义回归的新古典自由主义（Neo-Liberalism）思潮开始崛起，由此也促动了多边贸易体制从 GATT 向 WTO 的转型。“可以说，多边贸易体制整整六十年的演进历程，也是其对经济自由主义所推崇的贸易自由价值的守望和追求的历程。”[491]

从文本角度来看，GATT 在前言中明确了立法目标，即“缔约各国政府认为在处理它们贸易和经济事业的关系方面，应以提高生活水平，保证充分就业、保证实际收入和有效需求的巨大持续增长、扩大世界资源的充分利用以及发展商品的生产与交换为目的，切望达成互惠互利协议，导致大幅度地削减关税和其他贸易障碍，取消国际贸易中的歧视待遇，以对上述目的做出贡献，经各国代表谈判达成如下协议：……”尽管该目标也包含了“提高生活水平”，“保证充分就业”等公共政策目标，但是，从“认为”（Recognizing）与“切望”（Being desirous）的不同表述上不难发现，实现贸易自由化的目的更为紧迫和具象，也更贴合 GATT 作为贸易协定的特点。这种对贸易自由化的强调在 WTO 协定中体现得更为明显。在《建立 WTO 协定》中，除了“切望达成互惠互利协议，导致大幅度地削减关税和其他贸易障碍，取消国际贸易中的歧视待遇……”的表述外，协定前言还明确“决心”（Resolve to）发展包含“过去贸易自由化努力结果”（the results of past trade liberalization efforts）的多边贸易体制。这既是对 GATT 成就的肯定，也是对贸易自由化目的价值的强调和坚持。

2.WTO 语境下的贸易便利化

贸易便利化作为 WTO 框架下多边贸易谈判的重要议题，早在 1996 年 WTO 第一次部长级会议（新加坡）中就被提出。当时，欧盟等发达成员提出要在 WTO 中谈判多边投资框架

[490] 参见中国社会科学院课题组：《新自由主义研究》，载《经济学家》2004 年第 2 期。
[491] 文强：《WTO 法价值研究》，西南政法大学博士学位论文，2009 年提交，第 23 页。

协议，包括贸易与投资、贸易与竞争政策，贸易便利化以及政府采购透明度这四个新议题（简称新加坡议题）。但由于高关税壁垒依旧是当时国际贸易的主要障碍，贸易便利化议题便被暂时搁置。

在 2001 年 WTO 第四次部长会议上通过的《多哈部长宣言》中，贸易便利化被列入新一轮多边贸易谈判的议程。该宣言指出，认识到进一步加速货物（包括过境货物）的流动、放行和清关，以及有必要在该领域提高技术援助和建设能力，我们同意在第五次部长会议之后举行谈判，谈判以该会议上对谈判方式以明确一致的方式形成的决定为基础。在第五次会议前的期间内，货物贸易理事会应当审查，适当澄清和改进 GATT 1994 第 5 条，第 8 条和第 10 条的相关方面，并确定各成员尤其是发展中和最不发达国家的贸易便利和优先权。

根据《多哈部长宣言》的授权，货物贸易理事会就贸易便利化主要围绕以下三个核心议程开展工作：1.审议并澄清 GATT 第 5 条，第 8 条及第 10 条的相关内容；2.确定各成员，特别是发展中和最不发达国家在贸易便利化方面的需要和优先事项；3.提高技术援助和能力建设。[492]

2013 年 12 月，WTO 第九次部长级会议（巴厘岛）通过了《贸易便利化协定》（Agreement on Trade Facilitation）。尽管该协定并未对贸易便利化做出明确界定，但在其前言中，协定强调了之前部长级会议对贸易便利化的要求，即“使得包括过境货物在内的货物的流动、放行及清关便捷”。[493]

可见，尽管贸易便利化与贸易自由化有一定区别，但从二者的关系上看，贸易便利化是贸易自由化的具体体现。实施贸易便利化，其重点就在于改革现有的海关程序和过境手续，从而使进出口货物更加方便和低成本地通过一国的关境。但在实践中，长期以来由于过时的海关和边境程序得不到更新，导致大量的时间和金钱被浪费。据联合国估计，在国际贸易中，海关通关平均要经过 20 至 30 个不同的部门，填写 40 份文件，然后在每 3 次通关中，至少有两次必须又一次提供已经送交过的每一个文件。完成海关通关的所花费用通常超过进口所付的关税。批评者们说，这是一种主要的贸易障碍，特别是对那些中小公司来说更是如此。[494]

（二）上海自贸区对贸易便利化的诉求

1.《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》

首先，根据总体方案的总体要求，自贸试验区肩负着我国在新时期加快政府职能转变、

---

[492] See Doha Ministerial Declaration, para 27.
[493] See Agreement on Trade Facilitation, Preamble.
[494] 参见秦阳：《贸易便利化：一箭双雕》，载《中国海关》2003 年第 9 期。

积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验的重要使命，是国家战略需要。贸易便利化是总体要求的一部分。

其次，根据总体方案的总体目标，上海自由贸易区要力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区，为我国扩大开放和深化改革探索新思路和新途径，更好地为全国服务。贸易便利化是自贸区建设目标之一。

复次，总体方案提出监管制度创新，建立国际高水平的贸易服务体系，促进试验区内货物、服务等各类要素自由流动，推动服务业扩大开放和货物贸易深入发展，形成公开、透明的管理制度。其中，关于“贸易便利化”的内容，主要涉及的是“一线放开”、“二线安全高效管住”两项改革。

“一线放开”的主要内容是允许企业凭进口舱单将货物直接入区，再凭进境货物备案清单向主管海关办理申报手续，探索简化进出境备案清单，简化国际中转、集拼和分拨等业务进出境手续；实行“进境检疫，适当放宽进出口检验”模式，创新监管技术和方法。探索构建相对独立的以贸易便利化为主的货物贸易区域和以扩大服务领域开放为主的服务贸易区域。

2.《进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》

为贯彻落实党中央、国务院关于进一步深化自贸试验区改革开放的要求，深入推进《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》确定的各项任务，制定本方案。

其中， 根据“总体要求”中对于“发展目标”的规定，按照党中央、国务院对自贸试验区“继续积极大胆闯、大胆试、自主改”、“探索不停步、深耕试验区”的要求，国务院提出要深化“以贸易便利化为重点的贸易监管制度”。

首先，要在自贸试验区内的海关特殊监管区域深化“一线放开”、“二线安全高效管住”贸易便利化改革，推进海关特殊监管区域整合优化，完善功能。加快形成贸易便利化创新举措的制度规范，覆盖到所有符合条件的企业。加强口岸监管部门联动，规范并公布通关作业时限。鼓励企业参与“自主报税、自助通关、自动审放、重点稽核”等监管制度创新试点。

其次，还要推进国际贸易“单一窗口”建设。完善国际贸易“单一窗口”的货物进出口和运输工具进出境的应用功能，进一步优化口岸监管执法流程和通关流程，实现贸易许可、支付结算、资质登记等平台功能，将涉及贸易监管的部门逐步纳入“单一窗口”管理平台。探索长三角区域国际贸易“单一窗口”建设，推动长江经济带通关一体化。

3.《中国（上海）自由贸易试验区条例》

根据《中国（上海）自由贸易试验区条例》的第一章“总则”部分第三条的规定，推进

自贸试验区建设应当加快转变政府职能，建立与国际投资、贸易通行规则相衔接的基本制度体系和监管模式，培育国际化、市场化、法治化的营商环境，建设具有国际水准的投资贸易便利、监管高效便捷、法治环境规范的自由贸易试验区。

其中关于第二章“管理体制”的内容，第六条规定：按照深化行政体制改革的要求，坚持简政放权、放管结合，积极推行告知承诺制等制度，在自贸试验区建立事权划分科学、管理高效统一、运行公开透明的行政管理体制。

而第四章则专设一章的内容来规定“贸易便利化”的措施。其中第十八、十九条顺应国务院关于“一线放开”、“二线安全高效管住”两项改革措施，按照通关便利、安全高效的要求，在自贸试验区开展海关监管制度创新，促进新型贸易业态发展。第二十条则按照进境检疫、适当放宽进出口检验，方便进出、严密防范质量安全风险的原则，在自贸试验区开展检验检疫监管制度创新。第二十一条至二十四条则是对于“单一窗口”、服务贸易便利化、航运服务改革创新以及区内外籍人员的就业便利化等作出了规定。

二、上海自贸试验区贸易便利化的实践

（一）贸易便利化的制度安排

1.对标国际标杆

自贸试验区建立贸易自由化便利化制度安排，主要对标的是国际自由贸易园区货物进出自由的“境内关外”高效、安全、便捷海关监管制度。从自贸试验区进展情况看，在贸易自由化便利化制度方面主要是在原综保区良好基础上，以通关便利为核心实现制度创新，制度设计已对接国际惯例。

一是通关便利化制度。如“先入区、后报关”（截至 2014 年 7 月底享受该便利的企业已增至 300 家）、“一次申报、一次查验、一次放行”等制度的实施，使货物进入区内仓库时间平均缩短 2-3 天，降低企业物流成本 10%左右。上海国际贸易“单一窗口”平台正式上线运行，收单业务通过“单一窗口’，完成一般贸易进口货物的申报手续；“卡口智能验收”改造工程已实现过卡入区全流程智能化作业；检验检疫实行“一线入境免签、二线预检核销”等制度。

二是货物状态分类监管制度。已形成监管方案和操作规范，根据保税货物、非保税货物、口岸货物三类不同货物状态进行分类监管，实行同仓存储，采用“联网监管+库位管理+实时核注”监管模式，这已经是国际通行的货物状态分类监管模式。下一步需要在开展试点的基础上，加快研究探索与之相配套的税收等相关制度。

三是企业分类监管制度。推行“经认证的经营者（AEO）”互认制度（目前已与新加坡、韩国、中国香港、中国台湾、欧盟签署 AEO 互认的合作协议），使区内 118 家 AA 类企业同时享受国内及货物出口国海关最高等级通关便利措施。区内高资信报关企业在全国首次实现“一地注册，全国申报”。

四是区港一体运作。推行区内企业货物流转自行运输、简化统一进出境备案清单(备案格式由原来外高桥保税区、保税物流园区备案清单申报项 36 项、洋山保税港区和浦东机场综保区备案清单申报项 42 项，统一为 30 项)等，进一步推进自贸试验区四大区域联动和区港一体。

2.促进国内改革

自贸试验区建立贸易自由化便利化制度安排，对我国全面深化改革的促进作用主要体现在，为保税区、保税物流园区、保税港区、出口加工区等特殊监管区域转型升级提供可复制可推广的经验借鉴。同时更为重要的是，要培育发展新型贸易业态、推动贸易转型升级，进而提升我国在全球贸易价值链中的地位、促进我国由贸易大国加快迈向贸易强国。从自贸试验区进展情况看，在贸易自由化便利化制度方面主要是复制推广了一批海关监管制度创新，促进国内特殊监管区域转型升级成效明显。

一是海关监管制度创新复制推广。2014 年 6 月一线进境货物先进区、后报关、区内企业货物流转自行运输、融资租赁海关监管制度、简化统一进出境备案清单等制度在长江经济带 51 个海关特殊监管区域复制推广；8 月青岛保税港区启动复制自贸试验区海关监管制度创新工作；9 月深圳海关启动复制推广自贸试验区“先入区、后报关”、“批次进出、集中申报”以及“简化无纸化通关附单证”等首批 6 项制度创新。

二是新型贸易业态实现突破。在总部经济（挂牌以来新增 10 余家跨国总部）、跨境电子商务（跨境通正式运行、亚马逊设立国际贸易总部、1 号店等大型电商在内的 30 余家企业完成试点备案工作）、离岸业务开展（德国曼恩、中外运-捷普电子等维修项目积极推进，努力打造混合型全球维修基地）、大宗商品交易平台（上海国际能源交易中心、国际黄金交易中心在区内注册；拟打造钢材、棉花、有色金属等大宗商品现货交易平台）、进口商品直销平台（已形成自贸区店、森兰商都体验店和龙阳广场店等进口商品直稍中心）、国际中转集拼（2013 年底开展国际快件中转集拼业务试点）等方面实现进展或突破。

3.响应企业诉求

企业主体对自贸试验区建立贸易自由化便利化制度安排不仅关注通关便利化水平的提升，更加看重是开展新业务的制度配套和实施细则。从调研反映情况看，企业主体普遍认为

海关监管制度创新举措效果良好，通关便利化水平明显提升。[495]

（二）上海自贸区贸易便利化的具体措施

1.海关

上海海关继 2014 年上半年推出凭舱单“先入区、后报关”等 14 项试点后又推出企业注册登记改革等 5 项制度，企业通关效率大大提高，平均节约物流成本 10%。2014 年 8 月起，14 项海关监管创新制度将陆续在长江经济带海关特殊监管区域、全国海关特殊监管区域以及全国海关范围内复制推广。

（1）“一线放开”

2014 年 4 月 2 日起对自境外直接进入上海自贸试验区的一线进境保税货物，海关不再验核检验检疫部门签发的《入境货物通关单》。这是海关进一步简化一线进境手续，提高贸易便利化而推出的一个具体措施。

（2）“区港直通道”

上海自贸区洋山保税港区“区港直通道”于 2014 年 9 月 1 日正式启用，标志着“区港一体化”运作进入了新的发展阶段，将为进一步探索贸易监管制度创新打下基础。

“区港直通道”位于自贸区洋山保税港区海港大道同望路口，是连接自贸区洋山保税港区岛域和陆域的内部通道。“区港直通道”启用前，一线进出境车辆需先经二线卡口，再经口岸查验区上东海大桥，单程多绕行 6 公里，且需两次卡口验放；“区港直通道”启用后，一线进出境车辆通过“区港直通道”直接验放，进一步完善了自贸区洋山保税港区交通网络的整体布局，降低了区内企业的物流成本，提高了物流时效。

与此同时，“区港直通道”实施 7×24 小时验放模式，对进出境车辆过卡口实行自动比对、自动判别、自动验放等智能化管理，有效提高了企业承运车辆的通行效率，也完善了洋山保税港区的物流监控体系。

（3）浦东机场综合保税区启动关检联动“三个一”通关

“一次申报、一次查验、一次放行”（简称“三个一”）模式通过简化通关手续，优化空运运作流程，提高了通关效率，降低了企业成本。据初步测算，关检联动“三个一”通关，仅在查验环节就比实施前为企业节省了约 3—5 个小时。这一模式的实施，将对进一步提升浦东机场综保区贸易便利化水平，营造区域良好运作环境发挥重要作用。

（4）通关“简政” 助自贸试验区增效提速

---

[495] 参见上海市发展改革研究院：《关于中国（上海）自由贸易试验区功能制度创新深化研究的汇报》，2014 年 10 月 11 日，第 7 页。

2014 年 12 月 9 日，上海海关对外宣布，在自贸区开展“自主报税、自助通关、自动审放、重点稽核”作业模式试点，这是对目前自贸区通关模式改革的又一次增效提速，也标志着自贸区 23 项改革措施全面落地。

2.进出口检验检疫

（1）取消许可证委托加工备案

上海市质监局自 2014 年 2 月 1 日起在中国（上海）自由贸易试验区开展取消工业产品生产许可证委托加工备案试点。

上海市质监局决定自 2014 年 4 月 15 日起，将取消工业产品生产许可证委托加工备案事项从中国（上海）自由贸易试验区推广至本市所有区（县）。这标志着中国（上海）自由贸易试验区质监改革举措首次形成可复制、可推广的经验，并在相当的短的时间内复制推广至上海全市。

从 2014 年 4 月 15 日起，注册在上海的企业，作为委托企业或被委托企业，从事委托加工实行生产许可证制度管理的产品时，不再需要办理工业产品生产许可证委托加工备案，仅需将工业产品生产许可证委托加工信息表报送所在地区县质监局。注册在中国（上海）自由贸易试验区的企业，仅需在实施委托加工生产之前到上海市质量技术监督局自由贸易试验区分局网站进行工业产品生产许可证委托加工信息公告。委托加工的产品仍需按照《中华人民共和国工业产品生产许可证管理条例实施办法》规定进行标识标注。

（2）“进口货物预检验制度”

2014 年 5 月 1 日起，上海出入境检验检疫局在中国（上海）自由贸易试验区范围内全面推行进口货物预检验制度，企业可在货物入境进区或在区仓储时申请预检验，对预检合格的货物实施核销放行，免于检验。该项制度实行后，货物进境通关时间普遍缩短 50%以上。

进口货物预检验及核销，是指根据企业申请，检验检疫部门对区内货物实施集中检验，分批核销出区的工作模式。企业在货物入境进区或在区仓储时申请预检验，即可以由检验检疫机构一次完成检验检疫工作，货物一经检验合格，检验检疫机构将登记预检验合格信息，并签发核销凭证。凭此凭证，预检验合格货物可以免于检验，随时分批出区，直接核销放行。通过预检验及核销制度的实施，可以在自贸试验区“二线”严密防范质量安全风险的同时，有效地将刚性的进口现场检验和实验室检测时间前置到货物的在区仓储期间，实现了货物出区时“零等待”和预检验后，货物进境到进口通关的整个流程时间至少缩短 50%。进口工业品从 7 到 8 个工作日缩短至 3 到 4 个工作日，进口化妆品从 12 个工作日缩短到 5 个工作日。

（3）自贸试验区全面推广“即查即放”现场查验放行模式

上海出入境检验检疫局于2014年8月5日宣布，经过系统升级与优化部署，即日起正式在上海自贸试验区内全面推广“即查即放”现场查验放行模式。此举也是为搭建面向消费者、企业、政府部门共享的自贸区检验检疫信息查询服务平台而做的“预热”。

“即查即放”现场查验放行模式，是利用物联网、云存储等先进技术与口岸查验监管、服务外贸措施相结合的一种查验放行方式，通过手持式移动执法终端，可以实现检验检疫现场查验无纸化以及多系统一键放行（已实现与国家质检总局业务主干系统、上海口岸海港电子闸口系统的联动）。这种模式解决了监管人员和被检人员在查验现场办公区域往返奔波、查验过程无法追溯、查验结果重复录入、现场放行等候排队等问题，在规范执法把关流程的同时，又有效加快了查验放行速度。

“即查即放”推广范围涉及自贸区范围内的机场综保区、洋山保税港区及外高桥保税区内的总计8家检验检疫集中查验场站，并在进境集装箱货物、木包装检疫查验的基础上，首次将进口能效标识产品、民用入境验证商品、小家电、服装、仿真饰品、食品接触产品、玩具以及一次性卫生用品等近10项检验监管业务纳入“即查即放”系统平台，这些新纳入的业务全部是以面向公众的消费品为核心。统计显示，自2013年9月28日“即查即放”试点启动至今，上海出入境检验检疫部门已通过“即查即放”模式，完成货物现场查验放行4802批次、1.42万标箱。

（4）检验检疫负面清单

“探索建立负面清单管理模式”，是“中国（上海）自由贸易试验区总体方案”（以下简称“总体方案”）提出的上海自贸试验区制度创新最突出的亮点。政府由“正面清单”转向“负面清单”的监管理念转变，虽然初衷是用于投资准入领域，但这种“法无禁止即合法”的管理理念，已成为发达国家普遍运用于包括经济管理领域在内的社会管理的各个方面，与限定企业“只能做什么”的管理模式相比，无疑会让市场发挥更大作用，降低政府监管的成本，有效解决资源错配、宏观调控边际效率下滑和审批腐败频发的问题。

除外商投资领域负面清单以外，近期上海自贸试验区再增添了一份“信用负面清单”，即上海公共信用信息服务平台率先与上海自贸试验区对接，发布记录企业与经营者信用污点的报告。这是“负面清单”理念在信用管理领域应用的探索，将有效提高违约失信的成本，有助于形成事中、事后监管的有效模式，起到事半功倍的效果。

三、上海自贸试验区贸易便利化制度的完善

（一）上海自贸试验区贸易便利化存在的问题

尽管上海自贸试验区在贸易便利化方面的制度突破和创新方面已经卓有成效，但仍然存在一些需要完善的地方，集中体现在以下几个方面。

1.制度配套不完善、实施细则不明确。

包括：企业分类监管制度还需要建立海关与检验检疫等部门的统一认证机制；国际贸易“单一窗口”管理制度还需要进一步纳入税务、外管等部门；海关监管模式和实际操作流程还需要四个区域联动和区港一体等。

2.制度创新系统性、联动性不够。

主要表现为：部门与部门之间政策联动、制度创新配套衔接不够。各部门政策举措推进不同步、协同创新不足，创新举措缺乏整合效应。如，贸易便利化不仅涉及海关监管制度创新，还需要工商、税务、检验检疫、外汇等部门协同联动创新。

3.新型贸易制度改革亟待突破。

亟需形成与货物贸易向服务贸易、实体贸易向数字贸易转型的通关便利制度、监管制度、外汇管理制度、税收管理制度安排。形成离岸在岸联动、现货期货联动、线上线下联动的面向全球的大宗商品交易和资源配置平台制度安排。[496]

（二）上海自贸试验区贸易便利化制度的完善路径

1.制订并完善制度实施细则。

从《总体方案》到《上海自贸区条例》，自贸试验区贸易便利化的顶层设计已经比较完善，接下来的工作主要是围绕对制度和政策进行具体实施。这就需要制订并完善可供执行的实施细则。自贸试验区可以通过制订条例实施细则完善贸易便利化的制度环境，同时进一步通过部门执行使得贸易便利化的规则能够落到实处。

2.建立制度创新协同推进机制。

建立跨部门的沟通交流平台，对涉及多部门的改革事项进行联动协调，一加强部门政策创新的联动性、协同性、配套性，特别是对新开放跨界领域探索建立标准统一、流程优化、高效便捷的联合监管机制。完善信息共享和服务平台建设，借鉴新加坡公共平台模式，加强信息共享和服务平台的信息整合、服务整合、监管整合功能，整合各部门服务资源和流程，强化“一站式”对外服务和公众参与互动，推动跨部门协同联合监管和服务。

3.完善“单一窗口”管理制度。

国际贸易单一窗口进一步纳入外管、税务等部门业务功能，推进企业运营信息与口岸监

[496] 参见上海市发展改革研究院：《关于中国（上海）自由贸易试验区功能制度创新深化研究的汇报》，2014年10月11日，第19-21页。

管系统全面对接，简化通关要素和流程，实现企业与进口、出口（包括转口）贸易有关的申请、申报、审核、许可、管制等全部手续均通过统一平台进行。企业准入单一窗口通过进一步纳入统计、商务、海关、检验检疫等相关准入环节，拓展延伸服务功能；通过对企业需要提交审核的相关材料一口明示，提高服务效率。

4.完善以信用档案为基拙的企业分类监管制度。

完善 AEO 互认制度，推动海关与检验检疫等部门统一认证，根据不同授权类型的 AEO 资格实施差别化监管，确保企业享受与其 AEO 资格授权相对应的便利措施。完善企业信用档案建设，推动第三方评估、检验和结果采信制度建设，共享企业诚信信息，真正建立以企业信用档案和信用评级制度为核心的差异化监管制度。

5. 完善区域一体监管制度。

完善自贸试验区四个海关特殊监管区域的统筹监管机制、监管模式和实际操作流程，建立统一的海关监管机构，整合统一 4 个海关特殊监管区域的海关代码。优化区内自行运输的运作机制和管理机制，尽快扩大推广，真正实现四个区域间自行运输的无障碍。积极探索与区外海关特殊监管区域的监管联动。

四、结语

上海自贸试验区成立一年多来，贸易领域的改革重在监管创新，突出表现为贸易便利化的提升。以海关监管模式创新为代表的贸易便利化措施使《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（以下简称“《总体方案》）的目标落到实处，《中国（上海）自由贸易试验区条例》（以下简称“《条例》）的立法规定对贸易便利化提供了法制保障。接下来，在注重对接国际经贸规则的要求下，自贸区势必进一步推动贸易便利化，同时提升贸易开放程度。

作为自贸区的基本法，《条例》设专章对“贸易便利”做出规定。从第 18 条到第 24 条，《条例》对货物贸易与服务贸易便利化便利化措施做出详尽规定，其中尤以货物贸易为甚。

从行文来看，《条例》将贸易便利化措施的具体政策转化为立法规定，由此进一步明确了监管机构的权力与义务以及被监管者的权利及义务。尽管条文内容仍然具有明显的政策意味，但由于自贸区在促进贸易便利化方面仍有巨大创新空间，立法不宜做出太过具体的规定。因而，这种对政策的演绎和固化不失为自贸区在立法方式上的一项创新。

从内容来看，《条例》不仅对货物贸易便利化措施进行了相对明确具体的规定，并且涉及航运、人员流动等服务贸易便利化措施。尽管后者比重较小，但是，这也在一定程度上确定了自贸区未来在服务贸易开放与便利化方面的诉求。

从对接国际经贸规则方面来看，《条例》对贸易便利化的规定与一些国际规则中的规定具有一致性。例如，在通关便利方面，《条例》对“单一窗口”，快速放行，信息互换等措施的立法确认与世界贸易组织成员在2013年底达成的《贸易便利化协定》（未生效）具有一定程度的一致性。尽管该协定尚未对成员真正构成约束，但其中的规定仍然是贸易便利化多边规则的最新发展，其中的透明度规定，对贸易商的权利保护及救济程序规定等内容仍然具有借鉴意义，应当成为自贸区进一步促进贸易便利化措施的方向。

经过一年探索与发展，自贸区在促进贸易便利化方面已经形成一批可复制、可推广的经验，这为进一步提升贸易便利与开放程序，形成国际化、法治化营商环境奠定了良好基础。在未来一段时间内，自贸区在探索本土创新的同时应当着重加强对TPP（《跨太平洋伙伴关系协定》）、TTIP（《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》）、TiSA（《国际服务贸易协定》）等国际经贸规则最新发展的对接。

货物贸易方面，自贸区在研究如何加强风险可控前提下应当进一步放松贸易管制，发展过境贸易，提升透明度，保障贸易商权利及完善救济程序。服务贸易方面，自贸区应当通过扩大服务业开放授权，加大人员跨境流动程度，限缩负面清单内容等方式促进服务贸易便利与开放。总之，贸易便利化既是自贸区建设的目标和任务，也是自贸区对接国际的手段和方法，是推进改革和提高开放型经济水平的重要标志，应当继续坚持并促进。[497]

[497] 参见马乐：《自贸区贸易便利化领衔贸易创新》，载《法制日报》2014年11月4日，第10版。

2015年中国国际法学研讨会参会论文提纲

亚投行与互联互通的国际法律制度*

杨丽艳♣

一、亚洲基础设施投资银行（Asian Infrastructure Investment Bank）建立的背景和意义

（一）背景

1.后金融危机：全球经济复苏缓慢。

2.亚洲是全球经济最活跃地区

需要基础建设应该是该地区的最优先选项之一。有估算称，在未来6年里，亚洲需要至少8万亿(8trillion)基建投资。亚洲基础设施投资银行，简称亚投行（英语：Asian Infrastructure Investment Bank ，AIIB）是一个政府间性质的亚洲区域多边开发机构，重点支持基础设施建设，总部设在北京。亚投行法定资本1000亿美元。

2013年10月2日下午，中国国家主席习近平在雅加达同印度尼西亚总统苏西洛举行会谈时表示表示，为促进本地区互联互通建设和经济一体化进程，中方倡议筹建亚洲基础设施投资银行（Asian Infrastructure Investment Bank），愿向包括东盟国家在内的本地区发展中国家基础设施建设提供资金支持。2014年10月24日，包括中国、印度、新加坡等在内21个首批意向创始成员国的财长和授权代表在北京签约，共同决定成立亚洲基础设施投资银行。2014年11月5日，印度尼西亚在雅加达签署筹建亚投行备忘录，成为亚投行第22个创始成员国。2015年4月15日，亚投行意向创始成员国确定为57个，其中亚洲域内国家37个、亚洲域外国家20个。[498]东南亚国家联盟（东盟）10国全数加入，拥有28个成员国的欧洲联盟（欧盟）有14国加入，20国集团（G20）中也有14国加入，而金砖5国则全部跻身首发阵容，其他国家和地区今后仍可以作为普通成员加入。各国将于2015年年中完成亚投行章程谈判并签署，年底前完成章程

*该文是该论文是教育部项目RTA协定中投资机制研究（11YJA820098）、2012国际社科基金项目：国际投资争端解决机制最新发展及中国对策研究（12BFX140）系列论文之一

♣杨丽艳，西南政法大学国际法学院教授，ylian68@qq.com

[498]史耀斌副部长就亚投行筹建有关问题答记者问。财政部网站，2015年4月20日查http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/201504/t20150415_1217358.html

生效程序，正式成立亚洲基础设施投资银行。[499]

（二）意义:实现双赢，实现国家战略，实现各国人民的美好生活的到来；弥补现存的国际金融投资的不足：现存的亚洲开发银行(ADB)，布雷顿斯林体系下的IMF 和世界银行无法满足这个需求亚洲的基础设施资金需求，而亚洲基础设施投资银行承诺无条件提供资金，很具诱惑力。

2.满足亚洲人民对美好生活的预想和期望。

3.对于中国来说，可以输出我国的生产能力、我国的技术等。

二、互联互通内涵和外延

（一）互联互通的由来

1. 互联互通与一带一路：

1）一带一路及其意义：“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路” 。“一带一路”这条世界上跨度最长的经济大走廊，发端于中国，贯通中亚、东南亚、南亚、西亚乃至欧洲部分区域，东牵亚太经济圈，西系欧洲经济圈。

意义：

第一它是世界上最具发展潜力的经济带，无论是从发展经济、改善民生，还是从应对金融危机、加快转型升级的角度看，沿线各国的前途命运，从未像今天这样紧密相连、休戚与共。

第二，“一带一路”不仅是实现中华民族振兴的战略构想，更是沿线各国的共同事业，有利于将政治互信、地缘毗邻、经济互补等优势转化为务实合作、持续增长优势。

第三，通过“一带一路”建设，无论是“东出海”还是“西挺进”，都将使我国与周边国家形成“五通”。“一带一路”战略合作中，经贸合作是基石。遵循和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢的丝路精神，中国与沿线各国在交通基础设施、贸易与投资、能源合作、区域一体化、人民币国际化等领域，必将迎来一个共创共享的新时代。筑牢“利益共同体”和“命运共同体”。如： 据中国经济网了解，2013 年中国与“一带一路”国家的贸易额超过 1 万亿美元，占中国外贸总额的 1/4。过去 10 年，中国与沿途国家的贸易额年均增长 19%。未来 5 年，中国将进口 10 万亿美元的商品，对外投资将超过 5000 亿美元，出境游客数

[499]楼继伟部长就亚投行筹建情况答记者问。财政部网站，2015 年 4 月 23 日查

量约 5 亿人次，周边国家以及丝绸之路沿线国家将率先受益。

2.互联互通的内涵

1）互联互通是指在一带一路的实现中的必须的客观条件。笔者认为有物质的文化的。前者如交通、通讯、以及相关的基础设施；后者则是文化、教育以及法律机制一体化等的方面。目前我国的战略重点是基于前者，后者也在努力。

2）互联互通的实现

第一，要有足够的资金。目前设计是由亚投行承担主要的资金来源。亚洲基础设施投资银行，实际上，应当说是对整个全球金融治理结构的一个补充。亚洲和“一带一路”国家，绝大部分对基础设施的需求是一个不争的事实。实际上亚投行是个开放的体系，不仅在域内，现在有 20 多个国家已经作为创始国，而且现在域外的一些国家，包括一些发达国家也都在和我们商谈，它是一个开放的体系。我并不认为这是一个像当年马歇尔计划是一种援助计划，我认为更多是合作、共赢，是带有优势互补和共同求发展、求繁荣，而不是带有中国去主导，中国去设立一个金融机构和哪个金融机构，去形成一种竞争关系。[500]第二，为亚投行设计有效、公平、透明的运行机制

一是参照原来的已经运行的政府间国际金融多边机构的机制：

可否按照亚洲开发银行机制？可否按照世界开发银行机制？可否依据国际投资法？

可否按照国际金融法？或自建一套采用中国的价值取向的机制？

三、亚投行与国际法律制度

（一）亚投行与国际金融、投资法律制度

1.要明确确定亚投行的投资性质、投资去向以及风险评估的确定是否要依据国际金融多边机制的贷款制度？如亚投行的投资性质是公益性低利率还是无息的？还是商业性的微利的？还是要有盈利的商业投资？如世界银行的贷款世界银行对贷款的规定就对于贷款对象、贷款行业、贷款的审批、还贷能力及时间等[501]那么亚投行是否要考虑这些因素呢？

---

[500]商务部部长高虎城解读中国对外开放“新棋局”。商务部网站，2015 年 4 月 25 日查。

[501]如世界银行的贷款制度就有：（1）贷款对象必须是成员国政府、政府机构或能获得政府和订关机构担保的公私企业。贷款主要集中投放在成员国的公益行业农业、能源、教育、人口计划和旅游等项目上；（2）成员国必须经世界银行的专家认可确实具有偿还能力，才能获得借款资格；（3）借款国已无法按合理的条

2. 亚投行投资的行业已经很明确：铁路、公路、电力电网、港口以及通信。这些属于基础设施的行业有着建设周期长，收益资金回笼慢的特点。那么如果是商业性的就要充分考虑这些投资的风险及其应对方案。同时出现了投资争端该如何解决。如何协调与互联互通上的东道国的各种出现的投资、环境、劳工、宗教、民族等问题。

（二）亚投行与国际组织法律制度

1. 作为一家新成立的多边开发银行，亚投行在治理结构、环境和社会保障政策方面将充分借鉴现有多边开发银行通行的经验与好的做法，同时也要避免其走过的弯路，以降低成本和提高运营效率，更好地为成员国服务。亚投行将设立理事会、董事会和管理层三层管理架构，并将建立有效的监督机制，确保决策的高效、公开和透明。目前各创始国正在认真研究现有多边开发银行的治理模式和经验，并广泛听取包括非成员国和其他多边开发银行在内的有关方面意见，在此基础上对如何设计亚投行的治理模式进行深入讨论。[502]这是我国官方的设想。但是如果从国际组织法来说，这是很不够的。比如说基本文件、参与者、会员、组织机构及职能（最高决策机关、执行机关、行政机关）、议事规则、决策机制、它的目标宗旨与实施机制的一致性、争端解决机制、内部行政机制等等。

2. 与其他国际金融多边机构的关系

（三）与国际各类多边机构的关系

（四）争端解决机制的设计

总之，在由中国牵头的有 57 个国家参与的亚投行，目前正在酝酿其运作的各类机制。作为主要出资国，我国固然可以享有充分的话语权，但是该话语权要基于方案的科学可行、价值取向的崇高公平、以及制度的智慧和巧妙。否则话语权的作用会大打折扣。

件从其它渠道获得资金，才可申请贷款；4）项目贷款必须用于规定的项目，并要接受基金组织专家的监督。世界银行也对非项目进行贷款，但只能用于进口某项物资设备，支持生产；或用于自然灾害后维持发展生产，而且贷款的使用均斋要受银行的监督。世界银行除了对贷款对象进行严格的规定和审查外，为了保证贷款的成功，在贷款中也形成了一整套严格的制度；（5）贷款的审批程序严格，常常要派专家到借款国去实地考察、认证，贷款的审查时间通常要 l—2 年；贷款以后，世界银行还要定期派人对项目检查和总结，以保证贷款获得预期的经济效益；6）贷款的资金一般占项目所需资金的 50%左右，有时甚至高达 70%左右；（7）贷款的期限一般较长，平均在 10 年左右，项目贷款则按项目的建设长短而定；（8）世界银行的贷款均以美元计值，借款国偿还贷款的货币必须和原借入货币一致，同时借款国还要承担汇率风险；（9）贷款利率参照资本市场的利率，但一般低于市场利率。等

[502]楼继伟部长就亚投行筹建情况答记者问。
http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/201503/t20150320_1205011.html。财政部网站 2015 年 4 月 29 日查

CEPA 实施的成效、面临的主要法律问题及其改进

宋锡祥 *

摘要：CEPA 是中国内地和香港及澳门地区加强经贸联系的一项重大举措，CEPA 及其 11 个补充协议相继实施以来，为港澳经济与贸易的发展增添了新的活力和生机，并取得了显著的成效。但是，实践中仍有些亟待解决的问题困扰法学界和经贸界，影响了 CEPA 效能的有效发挥。因此，在新形势下有必要对现行 CEPA 原产地规则进行适当的调整，简化办理原产地证书的手续，新增企业自主申报原产地种类，让进出口厂商有更多的选择权；在 CEPA 争端解决机制方面，应用尽当地救济手段，同时，由独立的第三方介入，成立专门的专家组，设定争议解决期限，并建立一个由内地和港澳三方代表参加的专门委员会来解释和适用法律等。

关键词：港澳 CEPA；补充协议；原产地规则；争议解决方式

为了进一步落实“一国两制”的方针，促进内地与港澳之间的经贸融合，保障港澳经济的健康稳定发展，应对经济全球化和区域经济一体化的挑战，内地与香港和澳门相继于 2003 年 6 月 29 日和 10 月 17 日签署了“关于建立更紧密经贸关系的安排”（Closer Economic Partnership Arrangement，简称 CEPA），并分别于翌年 4 月 1 日和 1 月 1 日起付诸实施，标志着港澳和内地的经济关系已进入一个通过制度性安排去规范和推动经济整合的新阶段。

在符合 WTO 规则的前提下，按照“先易后难、逐步推进”的原则，内地与港澳分别签署了与 CEPA 相互配套的 11 个补充协议，不断扩大和新增 CEPA 的开放领域和放宽服务业市场准入条件和地域限制，进一步加强贸易投资便利化方面的合作，尤其是以“服务贸易自由化”为重点的合作正在向纵深发展。尤其是关于内地在广东与香港和澳门基本实现服务贸易自由化的两份协议于 2014 年 12 月 18 日分别在香港和澳门签署，并于 2015 年 3 月 1 日起付诸实施。这是在 CEPA 框架下签署的新协议，也是内地首次参照国际标准，以准入前国民待遇加负面清单的方式制定的自由贸易协议。无论开放的深度还是广度均超过以往的 CEPA 措施。

CEPA 实施以来，内地与港澳经贸合作取得了显著的成效，各项工作推进顺利，货物贸易零关税的预期目标已经完成，并取得了长足进展。包括金融在内的服务贸易领域的合作稳步推进并取得实效。三地之间的合作机制得到进一步优化，合作环境得以健全和完善。

同时，内地也从 CEPA 中获益不浅。在货物贸易中，全部货物享受进港澳零关税；在服务业方面，港澳企业的进入可以帮助提高管理水平、服务标准，更快与国际标准接轨。因此，CEPA 在三地的经贸发展中都起着功不可没的作用。但事实上，CEPA 在货物贸易方面的作用相对有限，而随着服务贸易领域市场准入条件和限制的进一步放宽，尤其是金融服务业的逐步全面开放，三地经济的融合程度势必会加快，CEPA 及其 11 个补充协议的贯彻实施，强化了贸易投资便利化方面的合作。与此同时，在 CEPA 的实施过程中还存在制度设计上的缺陷和操作层面的不足，需要我们去审视和面对，并不断加以充实和完善。

一、CEPA 在港澳实施中取得的主要成效分析

CEPA 实施 12 年来，随着每年增加一份补充协议，这种优惠安排体制带给港澳特区及其各界民众的一份“大礼”，显示出中央政府和全国人民的关心和关怀，确保了港澳经济的稳定、繁荣和发展，进一步加快了内地与港澳三地之间经贸合作与经济融合，并取得了令人可喜的显著成效。归结起来，这些主要表现在：

（一）建立 CEPA 有助于提升港澳经贸投资的溢出效应，创造新的就业机会

CEPA 是致力于实现内地与港澳资源共享、优势互补、增强区域经济实力和竞争力的

* **作者简介：**宋锡祥，上海对外经贸大学法学院教授，法学博士。

域优惠性贸易安排。在 CEPA 区域贸易安排中有几项重要内容，包括：服务贸易、投资协定、技术合作、贸易便利化以及促进自然人的流动等，港澳的服务业在服务经验、公司管理、服务理念相比内地都有明显的竞争优势，而内地具有广阔的市场和发展需求。[503] 这些项目的实施无疑会促进各方的经贸流动，拉动相关产业的生产，创造新的就业机会，刺激经济的繁荣。例如，CEPA 付诸实施的头 3 年仅在香港已创造约 36000 个新职位，带来愈 50 亿元额外投资。[504]仅 2005 年内地吸引港、澳服务业投资项目数比 2004 年增长 23%。到 2007 年 3 月底，共有 2052 家港澳服务提供者按照 CEPA 的优惠申请到内地投资；在建筑领域，共有 1425 人通过两地相互认证取得对方的专业资格；在工商领域，内地共注册港澳私营企业 2746 户，从业人员 7006 人，注册资金 1.5 亿元。[505] 自 CEPA 实施至 2011 年底，香港出口内地 CEPA 项下受惠货物累计达 46.6 亿美元，关税优惠累计 26.64’亿人民币。同期，澳门的该两项数字分别为 3056.3 万美元和 1788.5 万元人民币。与澳门相比，香港分别是澳门的 194.4 倍和 187.4 倍。在这一期间，香港的制造业增加值累计 384.9 亿美元，澳门仅有 21.96 亿美元，香港是澳门的 17.53 倍。[506]

据统计，10 多年来，CEPA 的实施有效地促进了内地与港澳的经济融合。截至 2013 年底，在货物贸易方面，共有 71.61 美元的港产货物，享受零关税优惠进入内地，节省关税 39.83 亿元人民币。[507] 香港特区政府共发出 2700 多份“香港服务提供商证书”，令港服务业以 CEPA 优惠条件进入内地市场，协助香港在全球经济危机中逆水行舟。[508] 截至 2013 年底，内地共注册香港个体工商户 5982 户，从业人员 16476 人。[509] 就澳门而言，从 2006 年至 2014 年 12 月止，澳门原产货物零关税进入内地累计已达 5.66 亿澳门元，免关税 4554 万澳门元。[510] 原产地货物已有初期的 273 项扩大至 1283 项；[511] 截至 2014 年 12 月 31 日，澳门共签发原产地证书 3375 份，服务提供者证明书累计共发放 444 张。最新数据显示，在内地注册的澳门个体工商户由 2012 年 12 月的 897 户增至 2014 年 6 月的 1018 户，从业人员由原先的 2161 人增至 2580 人，注册资金 8065 万元人民币。其中，在广东省注册的澳门个体户有 730 户，占全国总数的 71.7%，注册资金 5178 万元人民币，占其总金额的 64.2%。[512] 这些个体工商户主要经营零售、餐饮、美容保健等；开设的地点也从以前相对集中于珠海、广州扩散至珠江西岸的中山、江门、佛山以及东岸的深圳、东莞等地。[513] 目前，内地居民来澳自由行扩展至 21 个省市 49 个大中城市，累计 5690 万人次；2014 年，澳门入境旅客总数上升 7.5%，多达 3,152.6 万人次。内地的旅客上升 14.1%，达到 2,125.2 万人次，其中 45%为个人游旅客。[514] 至 2012 年，澳门共有 12 人通过国家司法考试，3 人通过会计师考试，228 人考取国家医师资格证书。还有 1390 人考取并获得维修、个人形象服务、烹饪、花艺、服装、社会服务、管理、计算机等领域国家职业资格证书，1 人获得专利代理人资格。[515]

---

503 历力著：《原产地规则及其在区域贸易安排中适用问题研究》，中国海关出版社 2009 年版，第 204 页。
504 同上注第 204 页。
505 历力、刘平、郑冬阳编著：《原产地规则研究：原理与实践》，法律出版社 2011 年 3 月版，第 120 页。
506 参见刘毅：《CEPA 十年效应：港澳比较视角》，《澳门研究》2013 年第 4 期，第 80 页。
507 中华人民共和国国务院新闻办公室：《“一国两制”在香港特别行政区的实践》，人民出版社 2014 年版，第 24 页。
508《CEPA 补充协议十 内容呈现三大亮点》，
509中华人民共和国国务院新闻办公室：《“一国两制”在香港特别行政区的实践》，人民出版社 2014 年版，第 25 页。
510 上述数据是本人与上海社会科学院法学所一行 6 人于 2015 年 1 月 27 日赴澳门经济局调研所获得的材料。
511《澳门日报》，2013 年 8 月 31 日，第 A10 版。
512 上述数据是本人与上海社会科学院法学所一行 6 人于 2015 年 1 月 27 日赴澳门经济局调研所获得的材料。
513《澳门与区域经济协作发展研究》，澳门经济学会 2012 年版，第 29 页。
514 上述数据是本人与上海社会科学院法学所一行 6 人于 2015 年 1 月 27 日赴澳门经济局调研所获得的材料。
515《澳门日报》，2013 年 8 月 31 日，第 A10 版。

（二）CEPA 及其 11 个补充协议的作用日益显现，形成了系统和全方位的开放格局

2003 年 CEPA 的正式签署和实施，随后每年增加一份补充协议，合作领域进一步扩大，合作重点从以往的制造业为主转为制造业与服务业结合推进，合作领域从经贸为主转为向经贸、旅游、科技、教育、文化、环保、体育、卫生、服务业等多领域全方位推进，港澳服务业更便捷地进入内地。[516] 三地间贸易投资便利化合作有条不紊地开展，涉及贸易促进、通关、商检、动植物检验、检疫、食品安全、卫检、认证认可及标准化管理、电子商务、法律法规、中小企业、产业合作、知识产权、品牌合作与教育合作等广阔领域等。[517]按照 WTO 的标准， CEPA 及后续 10 个补充协议签署和施行，意味着在货物贸易领域，内地与香港已全面实现了自由化；在服务贸易领域，内地对香港共采取了 403 项开放措施，对香港服务贸易开放的部门已达到 149 个，占世贸组织（WTO）160 个服务贸易部门分类的 93.1%。CEPA 对香港的开放程度一直代表着内地对外开放最高水平，[518]它是目前内地商签的开放程度最高的自由贸易协议。此外，广东服务业对香港开放的现行先试措施达 82 项目。[519] 去年 12 月 18 日，关于内地在广东与香港和澳门基本实现服务贸易自由化的两份协议分别在香港和澳门签署，相当于 CEPA《补充协议十一》并于 2015 年 3 月 1 日生效。这又将是服务贸易自由化的重要一步。这些举措将有效地促进了三地的经济融合，为香港的货物、服务和投资，提供更佳条件进入内地市场，有利于香港发挥其金融、商贸配套和航运物流的优势甚至带动香港的产业升级。

（三）进一步放宽服务贸易开放和便利贸易投资的措施、市场准入条件和相关限制等

香港 CEPA 补充协议十包含了多项内地与台湾于 2013 年 6 月底在《海峡两岸经济合作框架协议》（ECFA）下签署的《服务贸易协议》中优于 CEPA 的开放措施。其中，新协议共有 73 项服务贸易开放和便利贸易投资的措施，当中包括 65 项服务贸易开放措施，以及 8 项加强两地金融合作和便利贸易投资的措施。这表明，新增各项措施，有利香港服务业拓展内地市场，促进两地经贸合作发展。[520]

对于澳门的开放也不例外，补充协议十是在澳门 CEPA 及其九个补充协议的基础上，将进一步扩大对澳门在服务贸易的开放力度，其中包括继续广东先行先试政策、进一步放宽地域限制至福建省、新增“合同服务提供者”内容，以及进一步加强贸易投资便利化方面的合作。

在服务贸易方面，内地对澳门将采取 6 5 项具体措施，在法律、建筑、计算机及其相关服务、房地产、市场调研、技术检验和分析、人员提供与安排、建筑物清洁、摄影、印刷、会展、笔译和口译、电信、视听、分销、环境服务、银行、证券、医院服务、社会服务、旅游、文化娱乐、体育、海运、航空运输、公路运输、货物代理、商标代理等 2 8 个领域在原有开放承诺基础上，进一步放宽市场准入条件、放宽股权限制、经营范围和经营地域限制等。同时，新增复制服务和殡葬设施服务的开放承诺。协议生效后，内地对澳门服务贸易领域累计总开放措施将达到 3 8 3 项。

此外，CEPA 补充协议十在金融合作、贸易投资便利化等领域增加了新的合作内容。双方同意为符合资格的澳门保险业者参与经营与内地交通事故责任强制保险业务提供支持和便利。为支持澳门企业开拓内销市场，双方将加强商品检验检疫、质量标准领域的认证认可及标准化管理和知识产权保护领域的合作。

---

[516]《澳门与区域经济协作发展研究》，澳门经济学会 2012 年版，第 39 页。

[517] 杨允中：《实现“中国梦”，澳门不能缺席》，《澳门研究》2013 年第 4 期，第 76 页。

[518]《中央支持参与区域经济合作 香港获先机》，http://www.shandongbusiness.gov.cn/public/html/news/201402/299218.html，2014 年 11 月 17 日。

[519] 中华人民共和国国务院新闻办公室：《“一国两制”在香港特别行政区的实践》，人民出版社 2014 年版，第 24 页。

[520]《香港与内地签署 CEPA 补充协议十 加强经贸合作》，载泛珠三角合作信息网，http://www.pprd.org.cn/news/dongtai/201308/t20130830_415527.htm，2014 年 11 月 14 日访问。

根据 CEPA 补充协议十，除了在广东省通过先行先试政策对相关服务扩大开放之外，同时也对福建省相对扩大开放。实际上，该协议是继 CEPA 补充协议八之后，朝着实现服务贸易自由化的目标前进的重要步骤。其主要开放内容是：对在福建省投资的生产型企业从事货运方面的道路运输业务立项和变更的申请，委托福建省省级交通运输主管部门进行审核或审批。此外，允许澳门服务提供者在内地设立合资（澳资股权比例不超过 4 9 %）或合作道路客运站（场）。[521]

而 2014 年 12 月内地与港澳分别签署的 CEPA 升级版，即补充协议十一在粤港澳率先基本实现服务贸易自由化方面具有划时代的意义。就整体而言，广东对港澳服务开放 153 个服务贸易分部门，涉及 WTO 服务贸易 160 个部门总数的 95.6%，其中 58 个部门完全实现国民待遇；在采用负面清单的 134 个服务贸易分部门中，保留的限制性措施共 132 项；针对“跨境交付”、“境外服务”、“自然人流动”服务模式，以及电信和文化领域，新《协议》采用正面清单扩大开放的部门新增 27 项开放措施。为了支持港澳居民 “北上”创业，对其个体工商户新增开放行业 84 个，累计开放行业达 130 个。[522]在投资便利化方面，港澳服务提供者在广东设立公司及相关的合同章程审批改为备案管理。此外，给予港澳最惠待遇条款以《协议》的方式确定下来，这就意味着今后内地与其他国家和地区签署的自由贸易协定中，优于 CEPA 的优惠措施均将适用于港澳特区。与此相配合，内地各有关部门已会同广东省对港澳探索建立健全与负面清单管理模式相适应的相关配套制度，为广东与港澳基本实现服务贸易自由化提供制度保证。[523]

（四）CEPA 及其 11 个补充协议的有效实施有利于地促进澳门经济适度多元化

根据《安排》补充协议七的内容，内地与澳门双方同意加强在会展业领域的合作，为内地参展人员办理赴澳门出入境证件及签注提供便利，方便内地企业及人员参加在澳门举办的会展活动。双方同意支持会展产业领域相关半官方机构、非官方机构和业界在促进两地会展产业合作中发挥作用。为了使补充协议七的有关会展业的合作事宜落到实处，内地商务部与澳门特区政府于 2012 年 9 月 21 日共同签署《加强会展业合作协议》（简称《协议》），该《协议》对内地与澳门会展业合作目标、合作内容、政策支持、合作机制等方面作出了更加明确的规定，旨在促进内地与澳门会展业合作及共同发展。这势必为澳门产业适度多元化带来更多利好因素。与此相配合，澳门特区政府积极推进会展活动激励计划，其经济局透过向在澳门筹办会议展览的主办单位提供协助及支持，提升会展业的竞争力，进一步推动澳门会展业的发展；同时通过粤澳区域合作，将内地品牌会展引入澳门，并取得显著成效。据统计，2014 年前 3 季度，在澳门举行的各种会议 686 项，平均会期 2.1 天，与会人次达 9.1 万。举办各种展览 57 项，平均展期 3.2 天，入场人次 146 万。展览主办机构总收入 1.25 亿澳门元。目前，澳门可供会议展览的场地面积达 14 万平方米。其中，澳门威尼斯人会议展览中心占了 10 万平方米，[524] 设有多个不同用途的展览场地，可同时举行约 10 个大小不同的商务活动，包括服务设施先进的大型会场及各种展览馆。而 CEPA 的双向开放，既有利于澳门企业和产品进军内地，又方便内地企业、产品和人员进军澳门。澳门的贸易伙伴主要是中国内地、香港、美国和欧盟。主要出口产品包括：纺织品及成衣、机器设备及零件、食品等；进口产品主要有：食品、首饰、燃料及建材等。2014 年 1-11 月出口总额为 89.5 亿澳门元，增长 10%；进口总额为 811 亿澳门元，增长 11%。

---

[521]《<内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排>补充协议十签署》，载中央政府门户网站：http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/jrzg/2013-08/30/content_2478028.htm，2014 年 11 月 17 日。

[522] 《<内地与澳门 CEPA 关于内地在广东与澳门基本实现服务贸易自由化的协议>在澳门签署》，载商务部网站：http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201412/20141200838808.shtml，2014 年 4 月 18 日。

[523] 参见《CEPA 升级版：粤港基本实现服务贸易自由化协议签署》，载凤凰财经网：http://finance.ifeng.com/a/20141219/13367338_0.shtml，2015 年 4 月 20 日。

[524] 上述数据是本人与上海社会科学院法学所一行 6 人于 2015 年 1 月 27 日赴澳门经济局调研所获得的材料。

从 2013 年澳门经济的行业结构看，虽然博彩业增长 18.6%，达 3607 亿澳门元，创历史新高。[525]尽管如此，但由于澳门其他行业有所发展，对于澳门至关重要的博彩业在其所占的比重为 46%，比以往年份略有下降。其中，不动产业务占 9%；批发零售占 8%；酒店业和租赁及向企业提供的服务各占 5%；建筑业和公共行政各占 4%；饮食业和运输、仓储及通讯业各占 3%；教育占 2%；制造业、水电及气体生产供应业和医疗卫生及社会福利三者各占 1%；其他团体、社会及个人服务及雇用佣人的家庭占 3%。可见，澳门各行业分布更加广泛，产值结构发生了变化，在一定程度上降低了博彩业实际所占的比重。不可否认，博彩业“一业独大” 的局面没有大的改变，其他产业仍处于弱势地位，需要逐步培育。但 2014 年全年，澳门博彩收入为 3515.21 亿澳门元，比 2013 年下跌 2.6%。[526]这势必有助于澳门经济结构的调整，并进一步推动澳门经济适度多元化的发展。

当然，澳门经济及访澳旅客持续增长，也极大地带动了澳门零售业的快速发展。2013 年澳门零售业销售额为 661.3 亿澳门元，同比增长 24%。2014 年前 3 季度零售业销售额为 505.6 亿澳门元，同比增长 6%。其中，钟表及珠宝占 27%；百货货品占 17%；皮具制品和成人服装各占 10%；超市货品和汽车各占 6%；化妆、美容及卫生用品和药房货品各占 3%；其他占 18%。[527] 这些成效与 CEPA 及其 11 个补充协议逐步落到实处密不可分或息息相关。

二、关于内地与港澳两个 CEPA 性质的认定

对于 CEPA 的性质研究，学者的观点众说纷纭，莫衷一是，归结起来，主要有三种观点。

第一种观点认为，CEPA 属于 WTO 区域一体化的范畴[528]，既不属于国际法，也不属于国内法。这个观点提出有两点原因，其一，CEPA 是内地、香港和澳门三个 WTO 成员间的经贸关系协议，所以，CEPA 不能被视为任何一个成员内的法律。其二，当今世界上区域经济一体化主要有四种形式：主权国家之间的、主权国家与已存在的区域性组织之间的、区域性组织之间的以及宗主国与殖民国之间的。而 CEPA 不属于其中任何一种，因此不可纳入到国际法的范畴。于是该文作者认为在“传统的国际法与国内法之间出现一个中间地带。”[529]

对于此种观点，笔者提出两点意见：第一、作者忽视了这样一个事实：中国内地和香港作为 WTO 的成员不仅仅是独立关税区，同时更是一个主权国家的组成部分。因此，两者之间的经贸协议，不能只从 WTO 体系进行分析，应同时从两者的双重身份上考虑，权衡轻重。第二，CEPA 介于国际法与国内法之间，这样的观点的确在学术上达到了平衡状态，但是，却给法律适用带来了一定的麻烦，因为这意味着 CEPA 既不能按照国际条约进行转化、并入，在国内适用；也不能按照国内法适用。那么 CEPA 该怎样才能得到实施呢？

第二种观点认为，CEPA 属于一个主权国家框架之下经贸领域的一项区际协议；CEPA 属于 WTO 框架下自成一类的自由贸易区协定[530]。

笔者认为，此种观点在阐述了 CEPA 的国内属性的同时，也论述了它的国际属性，但是有侧重其中一方面提出较为明确的看法，实际上并没有解决 CEPA 的性质问题。

第三种观点认为，CEPA 从本质上讲是一类自由贸易协议的中国经济一体化安排[531]。其

理由主要为，CEPA 是在我国“一国两制”的方针政策下中国经济一体化的产物，并且 CEPA 的区域经济合作不具有国际组织的性质。作为一个主权国家的两个关税区（内地关税

---

525 梁天柱：《澳门“自由行”不盲扩 可优化》，载于《人民日报海外版》2014 年 01 月 28 日，第 3 版。

526 《受内地反腐影响 澳门博彩业收入首现负增长》，载于新浪网：http://news.sina.com.cn/c/2015-01-04/090231356909.shtml，2015 年 2 月 13 日。

527 上述数据是本人与上海社会科学院法学所一行 6 人于 2015 年 1 月 27 日赴澳门经济局调研所获得的材料。

528 韩龙、肖小晶：《论 CEPA 的法律性质》，《河南省政法管理干部学院学报》2005 年第 4 期，第 110 页。

529 同前，第 113 页。

530 许楚敬：《内地与香港 CEPA 的法律定位》，2006 年《国际经济法年会论文集》，第 322 页。

531 陈晓燕：《论内地与香港 CEPA 性质的界定——类自由贸易协议的国内区际经贸法律安排》，《兰州学刊》2005 年第 5 期（总第 146 期），第 166 页。

区和香港单独关税区）和 WTO 两个成员，内地与香港签订的 CEPA 既是符合 GAAT 第 24 条的 WTO 成员之间的协定，实质上又不是国际条约，而是部分内容受 WTO 规则规范和调整的一国国内的区域经济一体化安排。

对于此种观点，笔者持赞同意见，并认为从严格意义上讲，CEPA 的性质应定位于国内层面，国际属性只是其一项特色，对于 WTO 其他成员产生约束力，部分内容要受到 WTO 规则的调整和约束。但是该作者并没有明确阐明 CEPA 在国内的确切法律地位。当然，对于 CEPA 性质的界定不应过分拘泥于套用现有模式，实现国家利益最大化是我们处理国内事务的根本出发点和归宿。

笔者认为，CEPA 是我国国内带有某些国际法特点的政府间的职务协助。在 2005 年 3 月 4 日由中国九个省区和香港、澳门特别行政区签署的《泛珠三角区域合作框架协议》，该协议与 CEPA 有相近似的性质，两者都是政府间关于经济合作的协议。从法理上分析，政府间订立经济合作协议的行为在性质上属于抽象行政行为，协议所形成的法律关系是一种特殊的职务协助关系。职务协助是指，行政主体在对某一事务无管辖权时，可以依法请求有管辖权行政主体运用职权予以协助的制度。[532]地区间的经济合作就是相互间提供优惠，一区域对他区域的优惠政策是无管辖权的，通过合作协议的方式请求他方给予协助，因此符合职务协助的定义。CEPA 与此界定稍有不同的是，第一、签订协议的双方中一方是中央人民政府，另一方是特区政府，属于中国两个地方政府，并不是处于对等地位的政府；第二，CEPA 的法律基础来源于 WTO 规则，并受 WTO 调整和约束的自由贸易区协定，不仅仅是纯国内的合作协议。但是事实上，在实现 CEPA 的具体过程中，仍要具体化到各个省市与香港特区之间的相互优惠政策，即从本质上说仍属于特殊的职务协助。

职务协定的具体实施，是根据给予优惠地区本地的有效法律、法规和规章的规定来实现的。这些规定可以是在合作协议出台前已经存在的，也可以是在合作协议签署后，由各地根据协议新制定的法律。在 CEPA 达成后，内地诸如北京、上海、长沙、广东、深圳等地都制定了本地相应的法规、规章，为更好地在本地实施 CEPA 制定具体的规则。这个也是完全符合一般政府间合作协议的实施规则。

这个看似类似于国际法中的“转化”，但是实质上是国内政府间协议进一步具体细化的过程，没有改变其为国内规定的性质。

同时，笔者也注意到 CEPA 拥有较强的国际法特点，具体体现在，CEPA 的签署方为 WTO 的两个单独关税区的政府。CEPA 是在 WTO 框架下建立的，必须完全符合 WTO 对于成员方的规定，受到 WTO 规则的制约。而且，CEPA 中也声明其是依 WTO 规则而形成的：在 CEPA 第一条开宗明义提到，《安排》的实施与今后修订的原则是，遵循“一国两制”的方针；符合世界贸易组织的规则等。WTO 是一个国际组织，国际组织的成员依据组织的章程达成的协议毫无疑问是具有某些国际属性的。

综上所述，笔者认为 CEPA 从性质上来说是国内一个中央的政府与两个地方政府（港澳）之间签订的区际职务协助协定，CEPA 具有以国内法为主的性质，除了一个主权国家之外，其他成员方都是地方政府，同时又含有受国际法约束的特点。也就是说，CEPA 相当于国际上通行的自由贸易区，在某种程度上受到 WTO 规则的调整，要符合 WTO 多边贸易规范，并具有国际法上的约束力，对于 WTO 其他成员产生法律效力。但是，CEPA 与自由贸易区也有重要区别。一般自由贸易区协议通常一经签署就不能随意更改，而且往往适用于国家与国家之间的协议，如 2014 年 7 月 1 日起开始实施的中国与瑞士和中国与冰岛双边自贸协定。而 CEPA 则遵循“先易后难、逐步推进”的原则，朝着不断扩充，逐步深化的方向发展。自 2003 年内地与港澳分别签署 CEPA 并于 2004 年实施以来，作为与 CEPA 相配套的 11 个补充协议也相继签署并施行，尤其是 2013 年 8 月 29 日 CEPA 补充协议十分别在香港和澳门签署，

[532] 叶必丰著：《行政法学》，武汉大学出版社 2003 年版，第 152 页。

并于 2014 年 1 月 1 日起正式实施。该补充协议是在《安排》及其九个补充协议的基础上，对港澳进一步扩大开放，包括服务贸易开放、金融合作、贸易投资便利化等内容。[533]这体现了在“一国两制”的原则和 WTO 框架下一个国家内部不同独立关税区之间的特殊关系和客观现实。在 CEPA 的框架下，港澳与内地经贸合作和交流日益密切，尤其是与广东珠三角的经济一体化进程步伐在逐步加快。随着沪港通于 2014 年 11 月 17 日的正式启动，香港金融管理局随即取消香港居民每日最多兑换两万元人民币的限制，以便利港人参与沪港通和进行各种人民币金融交易。[534] 开展沪港通下的股票交易将有助于促进香港与内地市场的战略性融合，推动人民币国际化和资本项目下可兑换的进程，增加人民币资本在岸及离岸健康的双向循环，进一步提高香港离岸人民币市场的流动性，并在过程中巩固和提升香港作为离岸人民币业务中心的地位。这就意味着香港将再次成为连接内地与世界的桥梁，发挥其作为国际金融中心的重要作用，促使中国资本市场形成新的合力。[535]

实际上，CEPA 的最终目标是将内地和港澳经济和金融发展融为一体，将其逐步打造成为“共同市场”的阶段，加之，港珠澳大桥将于 2017 年建成并通车运行，达致珠三角区域内人流、物流、资金流和信息流能畅通地双向自由流动，实现区域内生产要素和社会资源的最优配置。[536]

三、CEPA 框架下原产地规则及其相关问题完善思考

自由贸易区只是在组成此区域的成员方之间消除关税或其他贸易限制措施，在地区内实行贸易自由化，其成员方各自实行不同的关税和贸易政策，对于区域外的国家继续保持通商主权以及通商政策方面的自由。因此在区域内，制定统一的原产地规则是至关重要的。

（一）CEPA 中原产地规则的规定及实施

原产地规则是指各国用于确定进口产品最初生产地点的法律、法规和行政措施[537]。原产地规则往往同反倾销等问题联系在一起，因此在国际贸易中发挥着重要作用。CEPA 对原产地证的签发作了原则性的规定，即为了保证货物贸易优惠措施的实施，双方将加强和扩大行政互助的内容和范围，包括制订和实施严格的原产地证签发程序，建立检查监督机制，实行两地发证和监督机关联网、电子数据交换等措施。

为了使原产地认定标准落到实处，在 CEPA 附件二对享受零关税的香港产品作了规定，确定了原产地规则的基本原则：“二、一方直接从另一方进口的在《安排》下实行零关税的货物，应根据下列原则确定其原产地：（一）完全在一方获得的货物，其原产地为该方。（二）非完全在一方获得的货物，只有在该方进行了实质性加工的，其原产地才可认定为该方。”即，在 CEPA 中确立了两种原产地标准，完全获得标准和实质改变标准。在附件二中，对于实质改变标准又细分为制造或加工工序标准、税号改变标准、从价百分比标准、其他标准及混合标准。

CEPA 中的原产地规则中实质性改变规则具有其独特之处，主要表现为：

其一，CEPA 实质性改变规则是以加工工序标准为主。加工工序标准指在一方境内进行赋予加工后所得货物基本特征的主要制造或加工工序。这一标准不仅要求产品要在一方境内加工，而且要求要通过此次加工取得产品主要特征。香港进出口贸易中，占重要比例的货物是纺织品及服装、首饰珠宝、化妆品等。[538]在这种情况下，以加工工序作为原产地的主要

---

[533] 《CEPA 补充协议十今天在澳门签署》，载搜狐网：http://roll.sohu.com/20130830/n385488201.shtml，2014 年 11 月 15 日访问。

[534] 尹世昌：《香港居民兑换人民币不再有限额》，载人民网：http://finance.people.com.cn/bank/BIG5/n/2014/1113/c202331-26012576.html#，2014 年 11 月 16 日访问。

[535] 徐达内：《沪港通 周一见》，载于易网财经：http://money.163.com/14/1114/12/AB0RRTBD00253B0H.htm，2014 年 11 月 16 日访问。

[536] 参见《澳门与区域经济协作发展研究》，澳门经济学会 2012 年版，第 39 页。

[537] 徐冬根主编：《国际经济法论》，武汉大学出版社 2004 年版，第 170 页。

[538] 钟立国：《论 CEPA 的原产地规则》，《河北法学》2006 年第 2 期，第 50 页。

的原产地标准，可以鼓励更多的制造商到香港来投资办厂，引进更多先进的加工技术，促进香港制造业的蓬勃发展。

其二，CEPA实质改变标准多样化。在乌拉圭回合多边贸易谈判达成的《原产地规则协定》，其中规定了三种“实质性改变”的标准：税目改变标准、从价百分比标准和加工工序标准。世界上各国主要利用的是前两种标准，例如欧盟、日本、韩国等多数国家主要以税则归类改变为标准；澳大利亚、加拿大等一些国家采用从价百分比标准。[539]对于NAFTA，所含进口成份的税则号与最终产品的税则号不同，才被视为产自于北美地区，在某些情况下，对含有进口成份的产品同时规定了百分比标准。[540]从上述国家和地区的原产地原则来看，CEPA中的5种规定可以称得上是考虑周全、完备，为香港进行零关税进口提供了多种途径，扩大可涉及的货物范围。

CEPA 在头三年的实施中，完全遵守 CEPA 附件一第 3 条的规定，内地自 2004 年 1 月 1 日起分阶段对原产香港的进口货物实行零关税，即对于原产地为香港的货物分为四阶段逐步实现零关税。CEPA 第一阶段，内地对原产自香港的 273 种货物实行了零关税；在 2005 年 1 月 1 日始的第二阶段，实行零关税的货物达到了 1087 种；从 2006 年 1 月 1 日起的第三阶段，1370 项香港原产的货物进口到内地都实行零关税，并且在 CEPA 补充协议二中，进一步完善了“实质性加工”的标准，当原 5 种标准仍不能确认原产地时，经双方一致同意，可采用附加条件（如品牌要求等）；2006 年 6 月 29 日公布的 CEPA 补充协议三中，零关税产品再次提升到 1407 项，也就是第四阶段零关税货物又增加了 37 项。至 2006 年 5 月 31 日，货物出口总值超过 46 亿港元[541]。自 2007 年 1 月 1 日起，享受 CEPA 零关税优惠的香港原产货物由 2004 年的 273 种增加到 1449 种。[542] 但是，以加工贸易方式进口的货物不包括在此优惠范围内。[543]

（二）CEPA 在原产地规则实施中引发的法律问题

概括起来， CEPA 项下进口货物的原产地认定标准主要有“完全获得标准”和“实质性改变标准”。后者又可分为：“制造或加工工序”、“税（目）号改变”、“增值百分比（30%）”、“混合标准和”其他标准“等模式；在原产地证明种类上，只有原产地证书一种，显得不够灵活和多样化。上述原产地规则在某些方面已不合时宜，亟需作出调整和适时改进。具体来说，主要体现在以下三个方面：

1．关于原产地规则的认定标准存在的不足

如前所述，CEPA 对原产地的确定有 2 条原则，并作了进一步的解释，但笔者认为这些原则存在如下问题：

第一，对于货物等加工的工序规定过于简单化，在实践中可能变得捉摸不定。

在对“完全在一方获得的货物”的解释中，对于货物的很多规定显得较为简单，大多均仅涉及了原材料或者第一道工序，如果在应对一些涉及非常复杂的养殖或生产的问题时，即便结合具体的原产地标准表，可能也不能够很好的起到作用。例如，《香港 CEPA 原产地规则执行规定》第 4 条规定“完全在香港获得的货物”在动物方面指“在该方出生并饲养的活动物”，而在植物或植物产品方面仅仅指“在香港收获或采集的植物或植物产品”。在实践中，可能会有在内地生长的植物运抵香港，在香港收获后将原产地定为香港，而其实此植物在内地生长，真正的产地应该是内地。香港是一个自由港，进口货物一般不须缴付关税，须缴税

---

[539] 张宗良：《国外原产地规则运用浅析》，《商场现代化》2006 年 3 月（中旬刊）（总第 461 期），第 28 页。
[540] 郭燕：《北美自由贸易协定中的原产地规则》，《国际贸易》1994 年第 11 期，第 15 页。
[541] 王友金：《 CEPA 怎么了？ 》，转引自香港《明报》，《国际经济法年会论文集》，第 342 页。
[542] 数据来源于商务部新闻办公室年终专稿：《2006 年内地与港澳通过 CEPA 实现共赢》 http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/a/200701/20070104300382.html,(访问时间：2007 年 3 月 10 日)。
[543] 田自安、惠泽华、方明辉编著：《原产地规则与 CEPA 实用知识手册》，中国海关出版社 2006 年版，第 76 页。

的仅酒类、烟草、碳氢油类及甲醇[544]。而内地则对进口货物普遍征收高低不同的关税，CEPA规定的原产地规则的作用主要是为了使香港进口到内地的货物可以享受比最惠国待遇更优惠的关税待遇，因此该原产地规则针对的是香港生产商。随着内地与香港在贸易领域的进一步开放，今后享受零关税优惠的原产港澳货物种类会进一步增加，遇到的问题势必更加复杂，可能会产生一些“规避”现象，CEPA在此方面的规定应该更加具体，避免此类情况的产生。

另外，附件2第2条第（二）款中所指的“实质性加工”，第5条中对此作了五种标准，其中第一种“‘制造或加工工序’是指在一方境内进行赋予加工后所得货物基本特征的主要制造或加工工序。”该定义中，三个修饰制造或加工工序的定语确定了实质性加工的三个特点：（1）在一方境内进行；（2）赋予加工后所得货物基本特征；（3）主要的。在这三个特点之中，确定第二、三个特征比较困难。当代社会的产品制造、加工越来越复杂，某一产品往往要经过多道工序才能最终完成，要确定哪一道工序才是“赋予货物基本特征的”、“主要的”工序并非易事。并且，特点中的“主要”是形容整个货物的加工工序还是形容“赋予加工后的货物基本特征”的加工工序，此两种情况在实践中会有所冲突。香港出口贸易中主要货品是机械器具、通信器具、纺织品以及珠宝制品[545]，其中机械器具、通信器具和珠宝制品大多是采用进口原来在香港进行组装加工的方式获得香港原产地属性的。例如钟表业，香港没有表芯制造，表芯是进口的，而对于手表的制造而言，表芯能赋予加工后货物（手表）的基本特征。那么该手表的原产地按照“制造或加工工序”标准，主要工序应当是表芯的制造工序，还是将表芯简单安装到表壳中的装配工序呢？其他如通信器具也存在着同样的难题。

第二，程序上过于繁琐，耗时费力，周期较长。

截至2006年12月底，香港发证机构共收到原产地证书申请19765份，签发了19033份原产地证书，2006年，内地进口香港零关税货物货值为4．4亿美元，免征关税3．2亿元人民币。[546] 但这个数字远没有达到理想目标，据预期的估计，每年至少可节省7至8亿元以上关税。之所以出现问题主要是由于CEPA对货物的原产地证明有一套严格的签发和核查程序，需要多个工作日，还需要由指定律师机构验证，其手续费成本不菲，某些标准的设计过于复杂，导致进口商在证明其货物满足原产地要求时必须为此提供大量证明材料。例如为了证明满足从价百分比的标准，进口商必须提供大量的材料，例如由注册会计师出具的审计报告等，来证明其在计算公式中的各项价值的实际数额。由于各项价值的数据还会随着市场供需关系的变化而变动，进口商就不得不就每次进口提供材料，即使是相同的货物。这无疑增加了进口商的贸易成本，导致CEPA实施以来，零关税政策的效应并不明显。以广东江门市为例，CEPA实施以来，CEPA协议中的“零关税”优惠在江门受到了“冷落”，有15家企业价值700多万美元的货物放弃了220多万元的关税优惠，整整两个月尚无一宗货物申报享受“零关税”优惠。[547]

这些优惠贸易协议项下的进口货物均没有提供香港原产地证书，海关只能按照最惠国税率征税。一些进口商虽然从媒体、海关对外宣传等途径对CEPA有所了解，但是没有申请香港原产地证书，放弃享受“零关税”，原因在于考虑到货物数量小、货值低、而申请原产地证书需要一定时间。对于小额进口商而言，零关税优惠有限，由于怕麻烦宁可缴税进口。一

---

[544]见《应课税品条例》（香港法例第109章），引自香港海关官方网站，http://sc.info.gov.hk/gb/www.customs.gov.hk/chi/major_dutiable_freeport_c.html，（访问时间：2007年2月10日）。

[545] 资料来源于香港政府统计处2007年2月27日发布的2007年1月对外商品贸易统计附表中“2007年1月份按国家/地区及货品分析的对外商品贸易统计”http://sc.info.gov.hk/gb/www.censtatd.gov.hk/press_release/press_releases_on_statistics/index_tc.jsp?sID=1863&sSUBID=8327&displayMode=D，（访问时间：2007年3月10日）。

[546] 同注31。

[547] 资料来源于江门市统计局官方网站，http://tjj.jiangmen.gov.cn/tjfx/fx0504/zl0443.htm，（访问时间：2007年3月10日）。

些厂商生产急需产品，而申请香港原产地证书审批时间较长，只得被迫放弃零关税待遇。

在澳门，生产商申请原产地证书，必须提供生产工序等相关材料，填妥申请表，需支付70元澳门币手续费，并交给澳门经济局进行资料审核，一般历时2个工作日，生产商就可以拿到原产地证书，享受出口零关税的优惠。但也有放弃零关税的情况，如有100件商品要出口到香港和内地，其中，5件发往内地。生产商不会应5件商品而向澳门经济局申请核发原产地证书。[548]在这种情况下，有关厂商会放弃出口零关税的优惠。尽管手续并不复杂，但还是要耽搁几天时间并支付相应的费用。

鉴于上述情况，笔者认为：为了使关税优惠政策真正落到实处，不至于在某些地方受到“冷落”，有必要对CEPA具体制度上的设计作出适当的修改和调整，尽可能使原产地规则的认定标准具体化、规范化，便于实际操作。同时内地与港澳三地的主管部门要通力协作，步调一致，在研究制定和执行规范货物产地来源相关配套制度时应多为生产企业着想，力求做到简化程序，缩短审批时间，减轻费用负担，提高办事效率，尤其是对于某些中小企业，面临一批出口数量有限的商品，只要该厂商提供了审核所需的完整资料，应实行减半收取手续费，并采取当天审核即可拿到原产地证书的简易程序。

2．原产地规则引发的倾销问题及相应的解决方式

作为自由港，香港对于来自内地其他国家和地区的产品既没有关税限制，也没有反补贴、反倾销政策，这就使内地面临第三方的倾销商品通过香港涌入内地市场，对内地相关产业造成损害的危险。也许上文所提数10亿港元对于香港总的货物出口总值来说只是一小部分，但是，零关税带来的利益诱惑却会使一些出口商试图以非法手段利用这一契机进行倾销。

根据国际通行的规定，倾销是指进口产品不仅对本国生产同类或相竞争产品的企业造成了损害、损害威胁或实质性阻碍了这类企业的建立，而且还是以低于正常价值的价格进行销售[549]。

香港CEPA第7条规定：双方承诺一方将不对原产于另一方的进口货物采取反倾销措施。即，CEPA完全排除了在WTO规则中所强调的一项措施，这与各个国家纷纷用反倾销来保护本国企业大相径庭。CEPA第7条是与其第4条紧密相连的。第4条规定，双方同意《中国加入世界贸易组织议定书》第15条的内容不再适用于内地与香港之间的贸易。即在中国内地加入WTO十五年后，香港仍给予内地以非市场经济的待遇。这样将有助于我国的强项产品通过在香港进行部分加工，以“香港制造”的名义出口，从而得以排除外国可能对我国采取的歧视性反倾销措施。[550]而香港的制造业以加工为主，并且产品数量对于内地来说占份额很少，很难对内地市场造成倾销影响。鉴于以上两方面的理由，CEPA排除了双方间的反倾销措施。

但是，外国出口商同样可以利用这一口径进入中国内地市场进行倾销。而进行倾销的途径就是寻找CEPA“原产地规则”中的漏洞。这不得不让我们再次审视已相对完善的原产地规则中的实质改变规则。

对于制造或加工工序这一项标准，共有两个条件：（1）在一方境内完成；（2）赋予货物基本特征的主要工序。对于第二点的认定存在一定的模糊性，何谓“基本特征”？何谓“主要”工序？现代社会生产分工越来越细，在所有工序中确定一项为构成其基本特征的步骤，这是较为困难的。因为一个基本特征很有可能是由数项工序来完成，每一个工序单独并不能实现基本特征，在这种情况下，以其中任何一个工序来认定都是有失偏颇的。在这种范围界限模糊的情形下，其他国家的进口商就有可能趁虚而入。

对于“从价百分比”标准，企业要提供完备的财务数据，包括原料价格、组合零件、

---

[548] 上述数据是本人与上海社会科学院法学所一行6人于2015年1月27日赴澳门经济局调研所获得的材料。

[549] 徐冬根主编：《国际经济法论》，武汉大学出版社2004年版，第193页。

[550] 王超：《论CEPA下内地与香港之间的反倾销法律问题》，《政法学刊》2005年第4期，第9页。

劳工成本和产品开发支出价值。但对于前三者，CEPA 中都没有给出确切的定义及适用范围。特别是其中的劳工成本的计算，对于这个概念可有不同的理解，弹性余地较大。企业完全可以通过控制这项支出来达到 30%的要求。这又给倾销提供了可乘之机。

通过以上存在问题的分析可以发现，内地与港澳自贸区的原产地规则与发达国家相比仍不够成熟，需要作出相应的改进和完善，为此，笔者提出如下建议：

其一，在原有基础上，对现行 CEPA 原产地规则进行适当的调整，并制订更详细而更具有可操作性的规则。与欧美发达国家相比，CEPA 中有关原产地规则过于简单，这在一定程度上限制原产地规则发挥其应有的效应。由于澳门 CEPA 原产地规则是以香港 CEPA 原产地规则为基本格局或蓝本制定的，相似之处比比皆是，尽管前者在制定过程中澳门制造业和贸易的特点；后者参考了 WTO 协调非优惠原产地规则、北美自贸区（NAFTA）原产地规则、欧盟原产地规则等。[551] 但总体上还是过于雷同和简单，而不是过于复杂。当务之急是要改变 CEPA 原产地规则过于简单的做法，针对一些特殊的高新技术行业（电子元器件、通信产品、电子计算机、医药核心成分等产品），应制定更严格的有利于这些行业和产品结构的特定原产地标准，通过提高区域价值成分或增加技术含量的加工工序要求，使得外商投资的高新技术企业加大对内地和港澳的投资层次，从而促进这些行业的发展。

其二，在“实质性加工”的主要认定标准中，除了上述两种之外，就是“税号改变标准”。的确，对于香港相对发达的加工出口业来说，“制造或加工工序”标准较合适，但由于定义不够明确而缺乏可实施性，因此可以考虑把“税号改变标准”作为主要标准。作为世界大多数国家比较青睐的一种标准，“税号改变标准”指非一方原产材料经过在该方境内加工生产后，所得产品在《商品名称及编码协调制度》中四位数级的税目归类发生了变化，且不再在该方以外的国家或地区进行任何改变四位数级的税目归类的生产、加工或制造。从此概念中不难看出，实施方便，制造商只要从税目归类表就可以得知是否符合优惠待遇，而且如此一目了然的操作也避免了其他地区的商家妄图利用 CEPA 为自己谋利。而在 CEPA 附件二的列表中，273 项货物中只有 46 项为“税号改变标准”，20%都未达到。可见在这一部分存在很大隐患。而现在 CEPA 四个阶段的零关税开放已全部结束，所以，只能在现有的相关货物上进行改动，以期能逐渐转为以“税号改变标准”为主，与国际同步，共同抵抗倾销问题。

其三，加强内地与香港监管部门的合作。2006 年 10 月 31 日人大常委会通过了《关于授权香港特别行政区对深圳湾口岸港方口岸区实施管辖的决定》，即在深圳开始实行“一地两检”制度。“一地两检”制度指内地与香港双方监查人员在同一口岸分别对出入境人员进行检查。这一制度对于 CEPA 原产地原则的实施也是大有裨益的，双方可以更密切协作、共同审查过境物品是否符合原产地原则。但同时，笔者也注意到这个决定非常简单，究竟双方如何在检查过程中进行进一步地磨合，在出现分歧时如何解决？为此，应该再制定更具体可行的细则规定来弥补这一缺憾，便利内地与香港监管部门之间的紧密协作。

内地自澳门进口货物设立预检制度。澳门 CEPA 补充协议八第 5 条规定：双方同意进一步加强商品检验、动植物检验检疫、食品安全、卫生检疫、认证认可及标准化管理领域的合作，鼓励内地符合资格的专业检验检疫机构在澳门设立分支机构，加强与澳门政府现有化验所的技术合作。为支持澳门经济适度多元发展，国家质检总局对澳门输往内地的传统食品、葡萄酒等商品在准入条件、检验检测和通关方面给予便利措施，指定珠海出入境检验检疫局对进口澳门产品实施预检。

其四，趋利弊害，严格把好原产地审查关。在 CEPA 的实施过程中，应密切监控自由贸易区可能给内地带来的负面影响，要建立一个行之有效的预警机制，防范和化解风险的能力，包括重视收集相关信息，及时反馈，建立与内地各个行业协会的沟通机制，合理运用好原产

[551] 参见田自安、惠泽华、方明辉编著：《原产地规则与 CEPA 实用知识手册》，中国海关出版社 2006 年版，第 75 及 102 页。

地规则和 CEPA 的保障措施，力求在保障港澳特区利益的同时，也要使得内地免受倾销之苦。

其五，对于出现第三国倾销后的补救措施。第三国利用内地与港澳之间的互惠政策，倾销到内地，将会对港澳在内地的货物市场有所影响，损害港澳方的利益。《关于执行 1994 年关贸总协定第六条的协议》（《反倾销协议》）第 14 条规定了代表第三国的反倾销行动，即由于出口国对进口国的倾销而使第三国的国内产业产生损害，那么在第三国的申请下，进口国可以代为采取行动。同时，第三国应向进口国提供帮助，以使后者获得充分证据。从这项规定中，可以看出第三国与进口国间关系密切，因此适合用于区域贸易间的合作。但是我国 2004 年修订的《对外贸易法》第八章的对外贸易救济涉及的代表第三国反倾销的规定中，没有包括我国作为进口国的情况。这一疏漏使在 CEPA 体系下发生倾销问题时，内地与港澳的合作没有法律上的保障。因此，我们应该在《对外贸易法》中加入我国作为进口国所承担的第三国反倾销义务，保障港澳企业在受到损害时启动该程序的申请权。

3.CEPA 原产地证书制度较为单一，与国际上原产地规则趋于多元态势不相吻合。

无论是内地与香港的 CEPA，还是内地与澳门的 CEPA，在原产地证明种类上，均采用原产地证书制度，而缺乏企业自主声明原产地模式。实际上，中国内地早期与发展中国家签订的协定中仅适用政府授权机构签发的原产地证书。2008 年底实施的中国—新西兰自贸区原产地规则增加了原产地声明的适用。这就意味着原产地声明不需要政府授权机构签发，货物的生产商、制造商、供应商和出口商均可自行作出证明。这种原产地声明显然节约了货物出口的时间成本和费用，更有利于鼓励有关出口商和进口商利用该规则，增加区域成分含量。[552]

2014 年 7 月 1 日实施的中国—瑞士自贸协定，在原产地实施程序方面，中瑞两国作出了最大程度的让步来加强两国的贸易往来。首先，两国同意通过企业自主声明的模式，同意放宽原产地声明格式和签章有关要求。这表明瑞士自中新自贸协定之后第二个通过中瑞《协定》允许我国企业自主声明原产地的国家。瑞士是首个正式允许我国企业实施原产地声明制度的欧洲自由贸易伙伴国。原产地声明作为一种新的原产地证据文件，是由获得原产地声明人资格的企业自主声明出口产品的原产地，其法律地位等同于原产地证书，也是出口货物在进口国享受优惠关税待遇的凭证。例如，淄博永华陶瓷有限公司等 7 家山东省出口企业首批通过国家质检总局核准，获得中瑞自贸区原产地声明人资格。与此同时，没有取得原产地声明人资格的企业应主动申领优惠原产地证书。优惠原产地证书是我国出口企业在进口国享受优惠关税待遇的凭证，对瑞贸易企业有必要及时前往出入境检验检疫机构申领中国-瑞士自贸区优惠原产地证书，享受瑞士进口零关税待遇。对于《协定》生效后已从中国启运的尚未抵达瑞士而在途中以及中转货物，一旦货物出口后，即可在 2014 年 12 月 31 日前申请补发有关原产地证书。[553]其次，两国同意建立原产地声明电子信息交换系统，并同意相互提供声明序列号，加强风险管理。可见，在原产地种类上，中国已经由原来的一种模式逐步向两种模式并行发展，这在很大程度上弥补了原产地证书单一性的不足与缺陷，让进出口厂商有更多的选择权。[554]

相比之下，中国内地与港澳的 CEPA 在原产地规则方面存在明显的缺失，向有关部门申请获得原产地证书程序繁琐，耗时费力，尤其是对小批量的时令商品出口季节性强，往往为了快速出口，出口商宁愿放弃零关税优惠，使得 CEPA 安排的初衷打了折扣。依笔者看来，似乎可以考虑先修改和充实原产地规则，增列由出口商自行认证，将直接向其客户出示，提供原产地证明，使得出口商出口的货物在进口所在地享受零关税优惠待遇。与此同时，建议

---

552 厉力著：《原产地规则及其在区域贸易安排中的使用问题研究》，中国海关出版社 2009 年版，第 200 页。

553 http://fta.mofcom.gov.cn/article/chinaswitz/chinaswitznews/2013 08/13095_1.html，2014 年 4 月 5 日访问。

554 宋锡祥、马小茜：《中瑞双边自贸协定的特色及其对两国经贸投资的影响》，《海峡法学》2015 年第 1 期，第 39 页。

申报的出口商需要在受惠所在地（内地或港澳）的主管机构注册，从而方便出口后的管理。也就是说，内地和港澳三地需要建立一个互通互联的注册出口商的电子档案和中心数据库，受惠所在地已登记注册的出口商都会被录入该数据库之中。在海关申报前，进口商可以免费查阅其出口商是否属于受惠所在地的注册企业。这样做的好处在于，促使出口商所在地的权威机构减少原产地证明的繁琐程序，重新聚集其资源来应对涉及原产地证明的欺诈和滥用行为。[555]

四、CEPA 争议解决机制存在的问题及解决方式

根据 CEPA 有关机构安排的规定（第 19 条）由于双方高层代表或者指定的联合指导委员会，其职能之一就是解决 CEPA 执行过程中可能产生的争议。而解决争议的方法是本着友好合作的精神，采取协商一致的方式作出决定。根据这一规定可以看出，有关 CEPA 的唯一解决争议的方式就是通过该委员会协商。

CEPA 的签署方为中央人民政府和香港、澳门特区政府，而不涉及自然人与企业。那么，当这些私主体之间产生争议时，该如何解决呢？是否仍是由联合指导委员会来协调处理？这样的处理结果是否具有约束力呢？其裁决是否为终局性的？如果一方当事人诉至法院，另一方请求该委员会解决，哪个方式具有优先效力？即使允许当事人向两地法院提起诉讼，那么该法院管辖的依据是什么？应当由那个法院来行使管辖权，在有关当事人向法院起诉前，是否由该委员会作出起诉前的前置程序。这些疑问在 CEPA 规定中都没有现成的明确答案。

因此，CEPA 必须有完善的争议解决体制，而不能只通过协商的方式解决问题。现有两种已存的争议解决方式可在 CEPA 下适用。

第一，可以以 WTO 下的争端解决机制作为范例。但在 CEPA 体系下不可以直接适用，原因有二：其一，WTO 下的争端解决要权衡的是发达国家与发展中国家之间的利益关系，而中国内地与香港、澳门同属于一个主权国家内，其基本利益是共同的，要进行调和的只是双方贸易中的个案公平问题。其二，争端解决机制最终的制裁手段是报复。通常是用于国与国之间的贸易领域。试想，如果在内地与香港和澳门之间适用这一制度，CEPA 协议作为一项两个地区间的区域一体化的作用又何在？由此可见，虽然 CEPA 属于 WTO 体系内，但是不能直接适用 WTO 内的争端解决机构（Dispute Settlement Body, 简称 DSB）系统。但笔者认为，其中的专家组的设置还是值得 CEPA 参照和效仿的。例如，由独立的第三方介入，成立奇数的专家组解决争议，并设定事了案解的期限，而不能久拖不决。

第二，用尽当地救济手段，适用各法域的法律进行裁判。在这种方式下，由于内地与香港和澳门之间有相互认可与执行民商事判决和仲裁裁决等一系列的司法协助的安排，所以两地私人间纠纷的裁判等在某些领域可以获得对方的认可与执行并得以妥善解决。但是，如果当事人是对于 CEPA 协议中的某些规定产生歧义，法院是否有权解释 CEPA 呢？笔者认为，法院是没有这项权力的。因为 CEPA 是三地政府间的一项协议，而内地最高人民法院的解释权是针对国内的法律，CEPA 并不属于其范围之内。基于这一点理由，不能依靠法院来解决 CEPA 下的争议问题。但是，从维护中央的权威出发，不妨由全国人大常委会授权，建立一个由内地和港澳三方代表参加的专门委员会来解释和适用法律。

当然，有一点必须肯定，CEPA 应建立自己独立的争议解决体系。从国际层面上看，有不少区域性组织都拥有自己独特的解决争议的方式：欧盟是通过司法系统——欧洲法院；NAFTA 是通过政治性与司法性机制并用的方式。中国也有类似的实践，就是中国——东盟争端解决机制，其中规定了启动争议仲裁的条件、仲裁的职能、程序、执行等一系列的规定。

依笔者之见，CEPA 争议解决体系要吸收 WTO 和中国——东盟各自规定中的优势和长处。依照 WTO 的模式，CEPA 应建立争端解决的专门机构，规定专家组的组成人员的资历、解决

---

[555] 参见中华人民共和国商务部编：《国别贸易投资环境报告 2014 年》，上海人民出版社 2014 年版，第 116-117 页。

争议的期限、程序。这些程序性的规定使 CEPA 下的问题解决更有权威性。同时，依照中国——东盟的模式，较强调前期的双方间磋商、调解的过程。由于 CEPA 是双方协议，当然要以协商为主，给双方提供友好解决争议的可能。而且中国——东盟模式适用的是仲裁解决方式，这又是一种缓和当事人间对立的良方。所以，CEPA 的争议解决方式应该综合两者，以规定期限内双方友好协商破裂为前提，启动仲裁程序，争端解决专门机构选择专家组成员，始得仲裁。对于裁决作出后的执行，如果不能在合理期限内完成，则应该仲裁庭与双方当事人共同协商达成新的调整协议。

总的来说，有关 CEPA 中争端解决机制仍有很大的改进和发展空间，双方当事人既可以通过协商解决争议，也可以通过政府协商求得解决。有关个人和政府之间的争端，应当用尽当地救济手段和途径。同时，待时机成熟或条件具备时，应私人请求，允许成立争端解决专家组来解决争议。现实情况表明，有些争议案件往往舍近求远，到国外寻求解决。以澳门为例，由于澳门的民商事律师大多为土生葡人，他们通常倾向于到葡萄牙或英美进行诉讼，导致民商事案件很少采取多元化争端解决机制。这种局面理应逐步得到改变，而 CEPA 中有关争端解决机制亟需日臻完善也是至关重要的。

五、结束语

依笔者看来，解决上述问题是 CEPA 正常有效实施的重中之重。当其妥善解决之时，CEPA 对于三地的经贸投资的作用将会得到更充分的发挥，释放更大的能量。实际上，CEPA 及其 11 个补充协议的有效实施，为内地与港澳工商界提供了新方向和商机，为港澳经济发展注入了新活力，为澳门经济适度多元化奠定了基础，创造了有利的条件。但是，对于货物贸易，港澳进口到内地的货物所占内地出口份额并不大，CEPA 的作用相对有限。

但随着关于内地在广东与香港和澳门基本实现服务贸易自由化的两份协议于 2014 年 12 月 18 日分别在香港和澳门签署，并于 2015 年 3 月 1 日起付诸实施。这是在 CEPA 框架下签署的新协议，也是内地首次参照国际标准，以准入前国民待遇加负面清单的方式制定的自由贸易协议。无论开放的深度还是广度均超过以往的 CEPA 措施。

这就意味着粤港澳三地开放程度的进一步拓展和服务贸易自由化向深度和广度方向发展，尤其是金融服务业扩大开放，香港在亚太的金融中心地位更加牢固，沪港通的开闸和营运有助于内地与香港证券市场的进一步融合，为两地投资者投资股票开辟了道路。新形势下澳门金融业势必有了新的发展机遇。以往由于 CEPA 开放服务业的“门槛”过高，澳门企业规模较小，竞争力有限，这是不争的事实。而澳门补充协议九放宽进入“门槛”，允许澳门银行分行在横琴设立分行或法人机构，参与横琴业务的发展需要，同时，准予其在广东境内设立社区银行、村镇银行等新型金融机构，拓展经营空间。而 CEPA 升级版补充协议十一，在这方面的功能也将逐渐显现出来并得到充分有效的发挥。

尽管 CEPA 及其补充协议在实施过程中仍存在一些不尽其人意之处，需要逐步改进，并不断与时俱进，但是它对于内地和港澳的正面效应始终是占主导地位，随着 CEPA 补充协议不断增多，市场准入门槛的降低，地域和项目限制的逐步放宽，势必会加速推动港澳与内地经济的深度融合及经贸合作迈上新的台阶，把三地的国际竞争力共同提升到一个新的更高的发展水平。只要把 CEPA 中存在的主要法律问题能够得到妥善的解决，并加以不断健全和完善，就势必有助于进一步促进内地与港澳三地资源整合、产业结构调整、外贸进出口、以及外资投资和相互投资的比重，推进金融服务业的发展，提高服务业的水平和档次，从而推动和确保三地经济的可持续协调发展。

ICSID 仲裁裁决承认与执行机制研究

蔡镇顺[556]　詹妙灵[557]

摘要：我国还没有承认与执行 ICSID 仲裁裁决的司法实践，但这并不表明，我国不需要明确有关 ICSID 仲裁裁决承认与执行的国内法制度。有关制度的构建不仅有利于我国更好地完成和履行《华盛顿公约》项下的义务，也会为我国人民法院处理针对其他国家的 ICSID 仲裁裁决的承认与执行申请时提供法律依据。通过对有关国家司法实践的考察，可以发现，在 ICSID 仲裁裁决承认与执行问题上，国内法院的审查标准、承认与执行的区别以及国家及其财产豁免规则的影响重大。为此，我国有必要对上述问题开展正式的研究，以尽早制订与《华盛顿公约》相配套的国内法。

前　言

以主权国家为当事人的条约仲裁逐渐成为晚近涉国家纠纷解决的生力军，主要表现为双边投资条约和与投资有关的多边公约中约定的仲裁条款。其中，以《华盛顿公约》为基础设立的国际投资争端解决中心（以下简称“ICSID”）仲裁机制，运用广泛，影响力大。公约所提供的争端解决机制满足了私人投资者和东道国双方对投资争议解决手段的需求和选择。就外国私人投资者而言，ICSID 争端解决机制使其可在平等的基础上与东道国进行交涉，为其通过国际机构解决争端提供了可能和便利；对于东道国来说，ICSID 争端解决机制也排除了来自私人投资者母国对投资争端的政治介入与外交干预，从而免去了后顾之忧。然而，任何一项国际商事仲裁的作用和效力终究还是得要取决于其所作的裁决能否得到败诉者或某一法院的承认与执行。《华盛顿公约》自带一套完整的仲裁裁决的承认与执行机制，随着投资者诉东道国的 ICSID 案件日渐增多，ICSID 仲裁裁决的承认与执行问题也日益凸显。例如，2001 年阿根廷因为国内经济危机引致了 50 多个 ICSID 仲裁案件，在已经作出终局裁决的案件中，阿根廷半数以上以失败而告终，ICSID 仲裁庭裁决其支付外国私人投资者巨额赔偿金。就承认和执行 ICSID 仲裁裁决而言，阿根廷表现出的拖延态度引起国际社会的关注。[558]

作为《华盛顿公约》的缔约国，中国通过对外签订投资协定，准许外国投资者将投资过程中产生的投资争端提交 ICSID 仲裁。另一方面，中国政府也在实施中国企业“走出去”的政策，鼓励它们进行大量的海外投资。这意味着中国今后

---

[556] 广东外语外贸大学法学院教授、广东省法学会副会长
[557] 广东外语外贸大学研究生
[558] 刘京莲.阿根廷国际投资仲裁危机的法理与实践研究:兼论对中国的启示[M].厦门：厦门大学出版社，2011

以东道国或者以投资者母国身份会更加频繁的涉及 ICSID 仲裁裁决，因此我国必须考虑未来 ICSID 仲裁裁决承认与执行中可能出现的问题，事实上，中国私人投资者和中国政府也已经卷入到 ICSID 仲裁中。2007 年中国公民谢业深诉秘鲁政府和 2011 年马来西亚诉中国政府两个案件引起海内外学界和实务界的关注。[559]再者，即使 ICSID 案件当事人不涉及中国政府或中国私人投资者，如果被申请执行人在中国境内有可供执行的财产，当事人也有可能向我国人民法院申请承认与执行有关的 ICSID 仲裁裁决。因此，我们确实有必要考察 ICSID 仲裁裁决在有关国家承认与执行的司法实践，分析其存在哪些问题，在此基础上研究我国应该采取的应对办法。

一、 ICSID 仲裁裁决承认与执行概述

（一） ICSID 仲裁裁决承认与执行法律规范分析

《华盛顿公约》第 6 节是关于仲裁裁决承认与执行的规定，即第 53 至 55 条为 ICSID 仲裁自带的完整的仲裁裁决承认与执行机制。

根据第 53 条规定，争议双方受裁决的约束，每一方都应遵守和履行裁决，提起上诉或使用除公约规定外的其他救济方法都是不被允许的；[560]该规定针对的是争议双方当事人，在 ICSID 仲裁合意的前提下，争议双方必须遵守和履行 ICSID 仲裁所作出的裁决。另外，《华盛顿公约》第 52 条专门规定由 ICSID 组织“专门委员会”审查关于撤销 ICSID 裁决的申请的制度，列举的撤销理由仅仅包括仲裁庭组成不适当、明显超越权力、成员受贿、严重违反基本程序规则、仲裁裁决的法律和事实依据不充分五项。[561]结合第 52 和 53 条的规定，可以认为 ICSID 裁决撤销审查仅仅局限于 ICSID 内部，排除了有关国内法院对 ICSID 仲裁裁决的审查，与传统国际商事仲裁裁决的承认与执行制度有很大不同。也正是因为如此，在传统国际商事仲裁领域被广泛采纳的，基于执行地国家公共政策而拒绝承认与执行有关国际商事仲裁裁决的规定并没有被纳入到 ICSID 裁决撤销事由中。与此不同，《纽约公约》第 5 条列了 7 项法院得以拒绝承认与执行仲裁裁决的事项，包括“仲裁机关之组成或仲裁程序与各造间之协议不符”等与上述类似的事项，也包括“承认或执行裁决有违该国公共政策”等上述条文没有涉及到的事项。[562]

---

559 Tza Yap Shum v. Peru (ICSID Case No.ARB/07/6)
Ekran Berhand v. People. s Republic of China (ICSID Case No.ARB/11/15)

560 参见《华盛顿公约》第 53 条

561 参见《华盛顿公约》第 52 条

562 参见《纽约公约》第 5 条

根据第 54 条的规定，任一缔约国应承认 ICSID 仲裁裁决的效力，而且要将其视作为本国法院的终审判决，并且执行裁决中的金钱义务。[563]与第 53 条的规定不同，第 54 条的有关规定针对的是所有公约缔约国。作为非争议一方的缔约国首先应承认 ICSID 仲裁裁决的效力，然后执行该裁决所施加的财政义务。第 54 条第 1 款规定了 ICSID 仲裁裁决应被视为本国法院的终审判决，这呼应了第 53 条的相关规定，即缔约国国内法不能约束和审查 ICSID 裁决的效力。此外，《华盛顿公约》第 54 条第 2 款明确要求缔约国指定主管 ICSID 仲裁裁决承认与执行的法院或其他机构，而且如果该机构发生了变更，秘书长必须被告知相关的变更信息。

依据第 55 条规定，具体适用上述第 54 条不能违反缔约国关于国家主权执行豁免的任何法律法规，[564]由此可见，强制执行 ICSID 仲裁裁决受到法院地法关于国家豁免立法的限制和约束。

简而言之，在《华盛顿公约》框架下，ICSID 裁决承认与执行是自治的、简化的，其否定国内法院对 ICSID 仲裁裁决的审查，国家及其财产豁免规则成为拒绝强制执行有关 ICSID 裁决的唯一理由。

（二） ICSID 仲裁裁决承认与执行总体成效分析

ICSID 仲裁庭作出裁决的结果各异，其中，仲裁庭裁决支持申请人（通常是投资者）请求的裁定一般都涉及金钱义务，要求被申请人（东道国）支付巨额赔偿金。此时，ICSID 裁决承认与执行简化为两类：一，被申请人自愿服从裁决并将赔偿金支付给投资者；二，被申请人不主动履行裁决，获得有利裁决的投资者有可能请求某一缔约国承认 ICSID 裁决并执行其中的财政义务。因此，ICSID 仲裁裁决承认与执行机制主要被私人投资者用于执行对东道国不利的仲裁裁决。本文亦是以此为视角进行 ICSID 仲裁裁决的承认与执行机制研究。

绝大多数 ICSID 仲裁案件中的败诉国都主动遵守和履行有关 ICSID 仲裁裁决，[565]其主要原因如下：第一，从理论上看，与《纽约公约》相比，ICSID 仲裁裁决承认与执行机制具有优越性。《华盛顿公约》将 ICSID 裁决视为一国法院终审判决，而且不允许成员国实质审查该仲裁裁决，以公共秩序保留拒绝承认与执行 ICSID 仲裁裁决也不行，这充分表明其可执行性更高。与此不同，仲裁裁决在《纽约公约》下属于外国裁决或非本国裁决，法院地国有权审查该裁决，拒绝承认和执行裁决的事项也不少。第二，从实践看，真正进入承认与执行程序的裁决并不多。第三，败诉东道国有自愿遵守和履行 ICSID 仲裁裁决的动力。遵守和履行对

563 参见《华盛顿公约》第 54 条

564 参见《华盛顿公约》第 55 条

565 See https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp，2015 年 3 月 26 日访问

依《华盛顿公约》所作裁决是缔约国的条约义务，否则会遭到国际社会的谴责，影响其国际声誉和国际形象，并可能承担国家责任。若东道国不遵守 ICSID 裁决，投资者母国可能运用外交保护权或诉诸国际法院，[566]这有利于 ICSID 仲裁裁决的有效执行。来自世界银行的压力也会在一定程度上促使败诉东道国尽早遵守和履行 ICSID 裁决，原因在于世界银行发放新贷款时可能考虑未解决的补偿支付义务，比如负担的 ICSID 仲裁裁决债务。

二、 ICSID 仲裁裁决承认与执行面临的挑战

诚然，ICSID 裁决承认与执行在过去取得了不错的效果，但是，独特的 ICSID 仲裁裁决承认与执行机制以及投资者诉东道国案件日益增加，特别是阿根廷在 ICSID 败诉案件中拖延履行仲裁裁决的倾向，使得 ICSID 仲裁裁决在有关国家的承认与强制执行问题也日益突出。

（一）败诉东道国或第三国试图以国内法审查 ICSID 仲裁裁决

由于 2001 年国内金融危机的影响，阿根廷面临外国投资者对其提起的 50 个 ICSID 仲裁案件。败诉的 CMS 案和 Azurix 案，阿根廷需承担约 3 亿美元赔偿金额；[567]然而，它没有主动将赔偿金支付给胜诉投资者。对此，阿根廷声称，按《华盛顿公约》第 54 条第 1 款规定，ICSID 裁决视同缔约国国内法院终审判决，其至少应受到和本国法院终审判决同样的审查；缔约国没有事先同意给予 ICSID 裁决执行申请人比当地法院终审判决执行申请人更好的待遇。[568]可见，若投资者希望在阿根廷境内获得上述 ICSID 仲裁裁决的承认与执行，必须根据阿根廷执行国内法院终审判决的程序向相关法院申请执行，而且阿根廷国内法可以审查该项 ICSID 裁决。另外，阿根廷最高法院的有关判例表明，任何不合宪、不合法、不合理的仲裁裁决都会受到其国内法院的司法审查。由上可知，基于对《华盛顿公约》第 54 条第 1 款的理解，败诉东道国主张被申请执行地国有权依照其本国国内法对有关 ICSID 仲裁裁决进行审查，进而直接影响 ICSID 仲裁裁决的承认与执行效果。

Benvenuti & Bonfant v. Congo（班邦公司诉刚果案）也遇到类似的问题。[569]班邦公司与刚果政府签订设立生产塑料瓶公司的协议，出现纠纷后其向 ICSID 申请仲裁，ICSID 仲裁庭支持班邦公司。刚果政府拒绝履行 ICSID 仲裁裁决后，获得有

---

[566] 参见《华盛顿公约》第 27 条和第 64 条

[567] CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12)

[568] 肖芳.国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行[J].法学家，2011，（6）：101

[569] S. A. R. L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/77/2) 该案案情及法国法院判决书的中文译文参见陈安.国际投资争端案例精选[M]. 上海：复旦大学出版社，2005：16-64

利裁决的班邦公司向巴黎民事法院启动 ICSID 裁决承认与执行程序，要求强制执行位于法国境内的刚果商业银行的财产。审查后，法院认为该项 ICSID 裁决并不存在与法国法律及公共秩序相冲突的地方，因此承认并发布了执行令。然而，巴黎上诉法院认为，初审法院混淆了 ICSID 仲裁裁决的承认与执行和一般国际商事仲裁裁决的承认与执行，运用法国法及公共秩序对相关 ICSID 仲裁裁决进行审查的做法被上诉法院予以否定。时隔 8 年，法国法院受理了另一起 ICSID 仲裁裁决承认与执行案件——SOABI v. Senegal（西非混凝土工业公司诉塞内加尔案）。[570]西非混凝土工业公司与塞内加尔政府达成了关于由其在塞内加尔首都为低收入者建造住宅的协议，后来塞内加尔终止该项协议，西非混凝土工业公司向国际投资争端解决中心提起仲裁并获得有利裁决。塞内加尔拒绝履行裁决，西非混凝土工业公司向法院请求承认与执行该项 ICSID 裁决。对此，法国巴黎初审法院立即承认了 ICSID 仲裁裁决并发布执行令。然而，法国巴黎上诉法院认为，承认与执行针对某一外国国家财产的 ICSID 仲裁裁决将会违反关于国家豁免的“国际公共秩序”，因此撤销初审法院判决。最后，上诉法院判决被最高法院推翻，明确指出，《华盛顿公约》第 53、54 条的规定排除《法国新民事诉讼法典》第 1502 条关于 ICSID 仲裁裁决与公共秩序相抵触的规定的适用。由上述两个发生在法国的承认与执行有关 ICSID 仲裁裁决案件的分析可知，第三国法院试图根据本国国内法及公共秩序对有关 ICSID 仲裁裁决加以审查，尽管将本国国内法和公共秩序作为 ICSID 仲裁裁决的审查标准的做法都被一一否定。

（二）第三国混淆 ICSID 仲裁裁决承认与执行的区别

在班邦公司诉刚果案中，给予执行令的巴黎法院同时指出，为确保刚果的国家主权执行豁免，不能强制执行刚果位于法国境内的财产，这使得有关 ICSID 裁决实际上无法强制执行，班邦公司以此为由提出上诉。法国巴黎上诉法院认为，ICSID 裁决承认与执行分为颁布执行令和实际执行，颁布有关 ICSID 仲裁裁决执行令只是表示法国法院承认 ICSID 仲裁裁决，而实际执行有关 ICSID 仲裁裁决才是公约所称的执行。公约第 55 条说明法院不应该超越权限去解决 ICSID 裁决国家豁免问题，因此将给予 ICSID 仲裁裁决执行令问题与国家主权执行豁免相挂钩的行为是不恰当的。所以，法国巴黎上诉法院最终判决删除上述保留。

在西非混凝土工业公司诉塞内加尔案中，法国初审法院承认有关 ICSID 仲裁裁决并发布执行令后，塞内加尔以执行豁免权为由上诉。法国上诉法院认为，塞内加尔政府签署公约意味着放弃 ICSID 管辖豁免的同时并不表示其放弃了援引 ICSID 执行豁免的权利。因此，初审法院判决被撤销。西非混凝土工业公司于是

[570] Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal (ICSID Case No. ARB/82/1) 该案案情及法国法院判决书的中文译文参见陈安.国际投资争端案例精选[M]. 上海：复旦大学出版社，2005：497-512

向巴黎最高法院上诉。经审理，最高法院撤销上诉法院判决，裁定执行令有效，并对该案 ICSID 仲裁裁决承认与执行的区分作出了详细的解释。在承认 ICSID 仲裁裁决方面，应采用 ICSID 创设的自动承认机制，简而言之，法院审查 ICSID 仲裁裁决的真实性后发布执行令即表示承认 ICSID 仲裁裁决。在执行 ICSID 仲裁裁决方面，只有附加了财政义务的 ICSID 仲裁裁决得到法院承认后，法院才需考虑执行阶段可能出现的国家主权豁免问题。因此，法院在 ICSID 裁决承认阶段无需提及国家豁免，而发布执行令本身也并不构成对国家主权执行豁免权的挑战。

与上述法国法院不同，美国法院将 ICSID 裁决的承认与执行区分成两个不同阶段。承认裁决，是由法院作出承认裁决的判决；颁发执行令属于实际执行裁决。LETCO v. Liberia（东方木材公司诉利比里亚案）是美国法院受理的第一起 ICSID 仲裁裁决承认与执行案件。[571]利比里亚授予东方木材公司开采其木材的特许权，并签订相关协议。为了保护和恰当利用森林资源，利比里亚在 1980 年开始限制东方木材公司的特许权，后来全部终止该项特许权。东方木材公司依据特许协议的规定诉诸 ICSID 仲裁，在利比里亚拒绝参加仲裁的情况下，ICSID 仲裁庭作出了有利于东方木材公司的裁决。1986 年，在利比里亚政府拒不履行裁决后，东方木材公司向美国纽约南区法院要求承认与执行该 ICSID 仲裁裁决。法院认为，依据美国法律和《华盛顿公约》有关规定，该 ICSID 仲裁裁决具有该法院终局判决的效力，东方木材公司有权要求强制执行对其有利的裁决，遂作出承认 ICSID 仲裁裁决的判决。基于该项判决，法院颁布执行令，对利比里亚位于美国境内的若干财产采取执行措施。利比里亚以该判决违反其国家主权豁免为由要求撤销该判决。经查明后，上诉法院否决了关于撤销承认 ICSID 裁决的申请。理由在于，利比里亚政府签署《华盛顿公约》以及在特许权协议将争议交付 ICSID 仲裁就意味着放弃主权管辖豁免，继而利比里亚政府无权就承认有关 ICSID 仲裁裁决享有豁免权，因此法院对该案件享有管辖权，其承认上述 ICSID 仲裁裁决的判决是正确无误的。

尽管相关法院最终都承认了 ICSID 仲裁裁决，我们可以看出，ICSID 仲裁裁决的承认与执行的区分在实践中确实存在困难，导致投资者申请承认 ICSID 仲裁裁决的过程一波三折。一般国家国内法并未明确区分承认与执行为两个不同的程序，不了解《华盛顿公约》在仲裁裁决的承认与执行方面与《纽约公约》的不同，因而司法实践容易出现混淆。

---

[571] Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia (ICSID Case No. ARB/83/2) 在美国请求承认与执行的情况参见 Order and Judgment, In the Matter of the Application of Liberian Eastern Timber Corporation, Arbitration Award Creditor, for Enforcement of an Arbitration Award against the Government of the Republic of Liberia, Arbitration Award Debtor, United States District Court Southern District of New York, September 5, 1986; In the Matter of the Application of Liberian Eastern Timber Corporation Arbitration Award Creditor, Plaintiff v. the Government of the Republic of Liberia Arbitration Award Debtor, Defendant, Civil Action No.87-173, United States District Court for the District of Columbia, April 16, 1987

（三） 第三国以国家主权执行豁免为由拒绝执行 ICSID 裁决

上述案件中，尽管相关法院都承认了 ICSID 仲裁裁决，但是最终都未实际执行仲裁裁决，原因就在于国内法规定的国家主权执行豁免。

在班邦公司诉刚果案中，执行对象是位于法国境内的刚果商业银行的财产。尽管班邦公司提交的 ICSID 仲裁裁决得到法国法院的承认并获得执行令，但是法国最高法院认为，该项 ICSID 仲裁裁决针对的是刚果政府，刚果商业银行并非刚果政府的分支机构，它们是不同的独立实体，因此刚果商业银行无需对该项裁决的金钱义务承担责任。所以，该项裁决并未获得法国法院的强制执行。

在东方木材公司诉利比里亚案中，作为执行对象的是利比里亚政府在美国应收取的轮船吨费、登记费和其他税费。纽约南区法院尽管承认了裁决，因适用国家主权执行豁免的法律，东方木材公司还是未获得裁决规定的金钱补偿。根据《华盛顿公约》第 55 条，美国法院适用了本国关于国家主权执行豁免的规定。根据《美国外国主权豁免法》的相关规定，外国主权者用于商业目的的财产无法获得主权执行豁免。法院认为，作为执行对象的利比里亚政府在美国应收取的轮船吨费、登记费和其他税费是利比里亚政府的税收收入，不属于商业性质财产，不符合上述规定所指的例外，因此该类财产享有国家主权执行豁免。后来，东方木材公司指出位于华盛顿的利比里亚大使馆银行账户被用于商业行为，向美国哥伦比亚特区法院诉请扣押令。在法院支持上述请求并签发扣押令后，利比里亚政府随即提出撤销扣押令的动议。1987 年，哥伦比亚特区法院作出撤销扣押令的判决，指出虽然该账户的部分资金可能用于商业行为，但这并不是使用所有资金的主要方面，因此并不导致大使馆账户失去主权执行豁免权，根据《维也纳外交关系公约》和《美国外国主权豁免法》，大使馆的银行账户可免于扣押执行。

由以上分析可知，根据《华盛顿公约》第 55 条的有关规定，尽管相关法院均承认了 ICSID 仲裁裁决，对于为执行 ICSID 仲裁裁决而申请强制执行某特定财产而言，法院地国关于国家及其财产执行豁免的规定将得以适用。正是因为法院地国家关于国家及其财产执行豁免的规定，上述两个案件中获得有利仲裁裁决的申请人就特定财产申请强制执行 ICSID 裁决的请求都没有得到支持。被申请强制执行的财产要么被认定为不属于国家财产，如班邦公司诉刚果案中刚果政府控制的商业银行，因此不得用于执行针对刚果政府的仲裁裁决；要么被认定为属于国家主权财产，如东方木材公司诉利比里亚案中的大使馆银行账户，因此享受国家主权执行豁免。

三、ICSID 仲裁裁决承认与执行受挫的原因

无论在败诉国如阿根廷，还是在第三国如法国和美国，ICSID 仲裁裁决承认

与执行过程频频遭遇挫折，笔者认为，主要原因在于以下两个方面。

（一） ICSID 仲裁裁决承认与执行的有关条款规定不清晰

《华盛顿公约》关于承认与执行 ICSID 仲裁裁决的条文仅有屈指可数的 3 条，而且用语表述过于简单化，条文之间的关系混乱，导致有关国家在具体适用时产生不同的理解和做法。例如，公约第 53 条关于“不得进行任何上诉或采取除本公约规定以外的其他补救之法”的规定，以及第 54 条关于“正如该裁决是缔约国法院的终审判决一样执行该仲裁裁决所施加的财政义务”的规定，是否可以完全排除缔约国法院对有关 ICSID 仲裁裁决的审查？以阿根廷为例，其基于第 54 条第 1 款关于 ICSID 仲裁裁决应被视为缔约国法院“终审判决”的规定，声称有关 ICSID 仲裁裁决应受被申请执行地国国内法和公共秩序的审查。而法国初审法院在有关案件中也曾经试图将本国的公共秩序作为审查有关 ICSID 仲裁裁决的标准，但是这一做法被最高法院否定。再比如公约第 54 条第 2 款是关于申请执行人提供 1 份经秘书长核证无误的有关 ICSID 仲裁裁决副本的义务，但公约并没有明确是否只要提供了公约所要求的文件后即可获得被申请执行地主管法院或其他机构对上述 ICSID 仲裁裁决的承认。换言之，由于《华盛顿公约》条文本身的措词以及不同条文相互之间的关系不清晰，导致在国内法院申请承认与执行有关 ICSID 仲裁裁决存在法律适用的困难。

（二） 缔约国缺乏与《华盛顿公约》相配套的国内法

缔约国没有制订与《华盛顿公约》独特的仲裁裁决承认与执行机制相配套的国内法。比如，《华盛顿公约》自身明确区分了仲裁裁决的承认与执行两个阶段，承认有关 ICSID 仲裁裁决不应使用被申请执行地国的国内法律程序，而执行要受被申请执行地国家关于执行判决的现行法律的管辖；承认不涉及被申请执行地国家关于国家主权豁免的法律，而执行要遵守被申请执行地国家现行的关于该国或任何外国执行豁免的法律。但是，一般国家国内法并未明确区分承认与执行为两个不同的程序，因而司法实践容易出现混淆，导致上述 ICSID 仲裁裁决在承认过程中就遭遇了一波三折的困境。另外，大量的国际商事仲裁裁决依赖《纽约公约》在内国法院得到承认与执行，因此有些法院习惯性地依据《纽约公约》对国际商事仲裁裁决进行司法审查，忽视《华盛顿公约》与《纽约公约》在仲裁裁决承认与执行方面的不同。例如，《纽约公约》第 5 条列举了 7 项国内法院得以拒绝承认与执行仲裁裁决的事项，而《华盛顿公约》并没有明确赋予国内法院类似的权力。

四、ICSID 裁决承认与执行问题的应对方法和建议

（一）完善 ICSID 仲裁裁决承认与执行的办法

基于上述对 ICSID 仲裁裁决承认与执行受挫的原因分析，笔者认为应该从《华盛顿公约》自身和缔约国两方面完善 ICSID 仲裁裁决的承认与执行机制。

1、 ICSID 行政理事会对《华盛顿公约》具体条文做出官方解释

如前所述，缔约国对公约第 53、54、55 条有不同的理解，导致在承认与执行 ICSID 仲裁裁决出现不一致的做法。笔者认为，ICSID 仲裁裁决的承认与执行问题是一个仲裁问题。根据公约第 6 条规定，通过仲裁程序规则是行政理事会的权力和职能；实践中，行政理事会也多次制定并修改仲裁程序规则。可见，行政理事会有权以仲裁程序规则的方式对第 53、54、55 条的具体含义予以明确。为达到上述目的，秘书处可组织专家研究上述条文的具体含义和相互关系，作出权威解释，以此作为行政理事会决定的依据。[572]

2、缔约国制订与 ICSID 裁决承认与执行相配套的国内法

如前所述，由于缺乏与 ICSID 仲裁裁决承认与执行机制相配套的国内法，导致有关 ICSID 仲裁裁决在某些缔约国境内的承认与执行频频受挫。与此不同，为执行《华盛顿公约》，英国于 1966 年制定《(国际投资争端)仲裁法》，该法详细区分了 ICSID 仲裁裁决的承认与执行程序；[573]所以，英国承认和执行 ICSID 裁决时不存在像法国那样的一波三折。此外，为履行《华盛顿公约》的义务，澳大利亚也修改了 1963 年《国际组织法(特权与豁免)》和 1974 年《国际仲裁法》，并于 1990 年制定《华盛顿公约实施法》，以符合《华盛顿公约》的要求。[574]实际上，《华盛顿公约》第 69 条的规定使得每一缔约国有义务尽早制订与 ICSID 裁决承认与执行相配套的国内法。

（二）处理 ICSID 仲裁裁决承认与执行问题的具体建议

行政理事会对《华盛顿公约》进行官方释义以及缔约国制订与公约相配套的国内法仅仅只是完善 ICSID 仲裁裁决承认与执行机制的方法和制度安排，就承认与执行 ICSID 仲裁裁决出现的具体问题而言还远远不够，因此下文针对承认与执行 ICSID 仲裁裁决的司法实践难题进一步提出建议。

1、被申请执行地法院无权对 ICSID 裁决进行国内法审查

按照公约第 54 条第 1 款规定，ICSID 裁决视同国内法院“终审判决”。依据

---

[572] 陈辉萍.ICSID 仲裁裁决承认与执行机制的实践检视及其对中国的启示[J].国际经济学刊，2011，Vol.18（2）：138~139

[573] Arbitration Act (International Investment Disputes), 1966

[574] International Arbitration Act, 1974
International Organizations Act (Privileges and Immunities), 1963
ICSID Implementation Act, 1990

一些国家的法律，法院终审判决可能受到国内法上其他制度的限制。具体说来，一些国家的民事诉讼法授权法院审查终审判决，以判断该判决是否存在法律或事实认定错误等。如前所述，不管是败诉国还是第三国都试图以本国国内法和公共秩序对有关 ICSID 仲裁裁决进行审查。那么，《华盛顿公约》关于 ICSID 仲裁裁决与执行的规定是否能够真正排除被申请执行地法院按照本国国内法和公共秩序对有关 ICSID 仲裁裁决的审查呢？笔者认为，答案是肯定的。其一，公约第 52 条关于由 ICSID 组织专门委员会对 ICSID 裁决撤销进行审查的规定间接排除有关国家国内法院对 ICSID 仲裁裁决的审查。其二，从各方对上述做法的反应来看，被申请执行地法院无权对有关 ICSID 仲裁裁决进行国内法审查。阿根廷的有关立场遭到了有关 ICSID 仲裁庭的反对；在 Vivendi 案中，ICSID 裁决撤销特别委员会表示，强制性效力是 ICSID 裁决的内在性质，不受其他条件的约束。[575]法国法院以本国的法律及公共秩序作为标准判断是否承认与执行有关 ICSID 仲裁裁决的做法最终也被否定。另外，《华盛顿公约》的签订历史表明，受理承认与执行 ICSID 裁决申请的法院无权对 ICSID 仲裁裁决进行公共秩序审查。[576]公约签订过程中，德国代表团试图将国内法院关于公共秩序方面的规定作为是否执行 ICSID 裁决的判断标准，但是该主张没有得到公约最终的采纳。[577]由此，受理承认与执行 ICSID 裁决申请的法院（或其他机构）无权运用国内法审查有关裁决，即使法院地的公共秩序也不能构成拒绝承认与执行 ICSID 仲裁裁决的正当理由。

2、 明确区分 ICSID 仲裁裁决的承认与执行程序

由前面对具体案件的分析可知，尽管有关 ICSID 仲裁裁决最后都得到相关法院的承认，但是 ICSID 仲裁裁决承认与执行的区分在实践中确实存在困难，导致投资者申请承认 ICSID 仲裁裁决的过程一波三折。实际上，公约将 ICSID 裁决的承认与执行区分成两个阶段。首先，根据第 54 条第 1 款规定，承认是承认整个 ICSID 裁决具有法律约束力，而执行是仅仅执行 ICSID 仲裁裁决中的财政义务。其次，根据公约第 54 条第 2 款和第 3 款的有关规定，承认仲裁裁决的程序相当简单，相关主管法院（或其他机构）只审查经秘书长核实的裁决的真实性，不应使用被申请执行地国的国内法律程序，而执行要受被申请执行地国家关于执行判决的现行法律的管辖。最后，根据公约第 55 条的规定，执行要遵守被申请执行地国家现行的关于该国或任何外国执行豁免的法律，而承认不涉及被申请执行地国家关于国家主权豁免的法律。原因在于，国家签订投资协定接受 ICSID 仲裁解决有关争端，一般被认为放弃与该仲裁有关的管辖豁免，这已被《联合国国家及其

---

[575] Companiá de Aguas del Aconquija S. A.and Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case No.ARB/97/3)

[576] Christoph H.Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 1118

[577] Edward Baldwin, Mark Kantor, Michael Nolan. Limits to Enforcement of ICSID Awards[J]. Journal of International Arbitration, 2006, Vol.(23): 5

财产豁免公约》以及相关国内立法所确认。因此，对于 ICSID 仲裁裁决的承认，国家不能享受豁免。简而言之，对 ICSID 仲裁裁决的承认几乎是无条件的，排除了被申请执行地国家国内法的适用。执行指实际执行仲裁裁决，但执行程序和执行豁免要受被申请执行地国家国内法的限制，[578]这是因为不同国家有不同的法律制度，对于实际执行 ICSID 仲裁裁决自然也可能有各自的模式和方法。例如，在班邦公司诉刚果案中，颁布执行令仅仅表示法国法院“承认”有关 ICSID 仲裁裁决，而实际执行有关 ICSID 仲裁裁决才是公约所称的“执行”。在东方木材公司诉利比里亚案中，美国法院首先作出承认裁决的判决，实际执行则另外颁发执行令。

3、不放弃国家主权执行豁免原则并重新解释国内豁免立法

在国家及其财产豁免理论下，当外国私人投资者好不容易获得一项胜诉的 ICSID 仲裁裁决，在其请求一国法院强制执行该项仲裁裁决时可能因被申请执行人享有执行豁免而不能获得本应属于他的金钱赔偿，这种情况是相当矛盾的。因此，在前述的以国家主权执行豁免为由拒绝强制执行 ICSID 仲裁裁决实例接连出现后，一些学者建议，为保护投资者合法权利，应该在仲裁协议中纳入放弃国家执行豁免的条款。[579]也有学者指出，《华盛顿公约》自身也有必要明确缔约国放弃与 ICSID 仲裁裁决执行有关的豁免的规定。[580]笔者不同意上述观点，认为从必要性和现实可能性两方面考量，我们不应轻易废除国家及其财产豁免原则。

首先，废除国家及其财产豁免原则缺乏必要性，理由如下：其一，国家及其财产豁免原则是一项获得广泛接受的国际法原则，国际社会普遍尊重有关国家及其财产豁免的国内法。换言之，即使使用国家及其财产豁免的理由拒绝强制执行 ICSID 裁决，其他国家也不大可能对此大加谴责和非议。其二，“投资者权利法案”是现双边或多边投资协定的代名词，实践中，ICSID 仲裁庭也往往片面强调投资者权益的保护。可见，在投资者权益已得到较为充分的保护时，如果再取消国家及其财产豁免原则，投资者的私人权益和东道国的公共利益将严重失衡。其三，即使有关法院以国家主权执行豁免为由拒绝强制执行 ICSID 仲裁裁决，这并不表示败诉的东道国可以不履行 ICSID 仲裁裁决，败诉国仍负有遵守和履行仲裁裁决的条约义务，否则将导致《华盛顿公约》第 27 条和第 64 条的适用。简言之，即使因国家主权豁免原则而使得投资者申请强制执行 ICSID 仲裁裁决的请求无法得以落实，私人投资者还有其他诸如寻求本国外交保护或投资母国诉诸国际法院等

---

[578] Vincent O.Orlu Nmehielle. Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement Disputes (ICSID Convention)[J]. Annual Survey of International and Comparative Law, 2001, Vol.(7): 32

[579] Vincent O.Orlu Nmehielle. Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement Disputes (ICSID Convention)[J]. Annual Survey of International and Comparative Law, 2001, Vol.(7): 39

[580] Georges R. Delaume. Contractual Waivers of Sovereign Immunity: Some Practical Considerations[J]. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 1990, Vol.(5): 253

救济途径，因此着实没有必要废除国家及其财产豁免原则。

其次，实践中废除国家及其财产豁免原则不具有现实可能性，理由如下：第一，在私人投资者与东道国签订的投资合同或仲裁协议中纳入一条放弃执行ICSID仲裁裁决国家豁免的条款，此种做法未必有效。一方面，让东道国主动放弃与执行ICSID仲裁裁决的豁免本身就十分困难，任何国家都不愿意过多地放弃国家豁免以免被投资者大肆起诉；[581]另一方面，法院地的国家豁免立法未必承认合同双方的规定具有约束力，换言之，即使东道国放弃执行豁免，此种放弃的效力还得根据被申请执行地国家的法律来予以确定。[582]例如，在某一起案件中，执行被申请人刚果政府于合同中承诺在法院地国法律允许范围内最大程度地放弃豁免权，包括执行豁免。对此放弃国家豁免权的条款，美国联邦法院表示，外国国家不可以将自己位于美国境内的所有财产的豁免全部放弃，只有商业性质的财产才是执行豁免的例外。[583]第二，由《华盛顿公约》自身规定放弃执行豁免的做法也是不可取的。为弥补公约在仲裁裁决执行规定上的缺陷，中心推出了一条示范条款，明确规定作为争端一方的国家应声明自始放弃财产执行豁免，[584]然而实践中该项示范条款并未得到广泛采纳。实际上，公约起草者也考虑拟定限制主权执行豁免条款，但是，考虑到广大发展中国家会坚决反对放弃国家及其财产执行豁免权，阻碍公约的批准和生效；而且，公约的起草者们无法就国际、国内层面上争议颇多的国家及其财产豁免的含义及其适用范围达成一致共识，最终公约第55条还是把这个问题留给各个缔约国。简言之，相关示范条款无法获得广泛采纳的现实以及公约的签订历史均表明通过修改《华盛顿公约》自身的规定让东道国放弃执行豁免的尝试或许是徒劳无功的。

因此，我们可以推测，在未来很长的一段时间里，强制执行ICSID裁决的一大障碍是国家及其财产豁免——特别是执行豁免。尽管如此，这并不意味着国家及其财产执行豁免规则使得ICSID仲裁裁决的强制执行永远无法成为现实。在现今国际社会，国际社会的交往不再只是主权国家之间，个人和公司已经成为重要的国际法主体。主权国家越来越多地介入到民商事活动中，为了适应新情况、新变化，国家及其财产豁免立法应该加以适当调整。所以，与其试图在法律文本中进行大刀阔斧的改革，不如通过对现行的国家及其财产豁免规则进行重新解释，在司法实践中逐渐做出调整，或许可以为ICSID仲裁裁决在有关国家的强制执行提供更大的可能性。

一般说来，执行主权国家的财产有以下三个途径：第一，主权国家放弃财产

---

[581] Giuliana Canè. The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?［J]. American Review of International Arbitration, 2004,Vol.(439)

[582] Christoph H. Schreuer. Commentary on the ICSID Convention[J]. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 1999, Vol.14(1): 143-144

[583] Af-Cap Inc. v. Chevron Overseas (Congo) Ltd. , 475 F. 3d 1080, 1087 (9th Cir. 2007)

[584] ICSID Model Clauses[Z]. Y. B. Com. ARB. 1984, (9): 173

执行豁免；第二，主权国家有用于执行特定 ICSID 仲裁裁决的专门财产；第三，如果上述两种情形都不满足的话，作为执行对象的国家财产必须具备商业性质。有些国家还规定了其他限制条件，例如《美国外国主权豁免法》规定财产必须“用于为了美国境内的商业活动”。由于国家及其财产豁免理论和立法，相关法院在处理强制执行针对其他国家的 ICSID 仲裁裁决的问题上相当谨慎。比如，在解释国家参与 ICSID 仲裁与放弃管辖豁免时，法院普遍认为国家没有放弃执行豁免。所以，实践中，对于执行申请人而言，执行豁免主张本身并非执行主权国家财产的实际障碍，而是在于寻找和确定可供执行的具备商业性质的国家财产。[585]理论上，当主权国家从事商事行为时，其身份属于私性主体，强制执行针对其从事商事行为的商业财产所作出的 ICSID 仲裁裁决是国家及其财产豁免理论发展的必然结果。然而，现实中，法院往往要求执行申请人承担证明作为执行对象的某一特定国家财产的商业性质的举证责任。具体而言，在西非混凝土工业公司诉塞内加尔案中，法国巴黎上诉法院明确，只有塞内加尔在法国的商业性质财产才能适用于 ICSID 仲裁裁决执行；西非混凝土工业公司无法证明在法国执行裁决与塞内加尔的执行豁免权不存在冲突，因此拒绝强制执行有关 ICSID 仲裁裁决。换言之，法国法院认为，应该由执行申请人证明执行对象是具备商业性质的国家财产。司法实践中，如果能够调整举证责任，即由私人投资者证明国家财产的商业性质改为由败诉东道国证明其非商业性质，那么私人投资者或许就可以从难以完成的任务中脱身。[586]有鉴于此，笔者认为，有关国家的法院可以考虑由执行被申请人——国家证明作为执行对象的某一特定国家财产的非商业性质，否则予以强制执行有关 ICSID 仲裁裁决。

再以前述的东方木材公司诉利比里亚案为例，就具有混合性质的利比里亚大使馆银行账户资产而言，美国法院表示，由于大使馆银行账户资产关于商业目的的使用是“非主要的”、“附带的”，因此无法使整个银行账户失去国家及其财产执行豁免的保护。笔者认为，上述通过对特定国家财产主要性质的分析判断是否免于强制执行的做法是恰当的。如果该银行账户资产主要用于商业目的，美国法院完全可以戳破其面纱，从而强制执行其中主要用于商业目的的那部分财产。在当今国际社会，一国国家财产的使用目的越来越多元化和复杂化，某项特定的国家财产可能既有主权性质，又同时用于商业活动。如果仅仅由于该财产的一小部分具有主权性质就认为该财产的整体都受国家及其财产豁免规则的保护，未免过于轻视私人投资者的权益。因此，笔者建议，面对同时具备主权性质和商业性质的国家财产，法院可以强制执行其中主要用于商业目的的那部分财产。

---

[585] 杨玲.论条约仲裁裁决执行中的国家豁免——以 ICSID 裁决执行为中心[J].法学评论，2012，（6）：77

[586] 王佳.论国家豁免原则对国际投资仲裁裁决执行的影响[J].岭南学刊，2014（2）：80

五、 对中国的启示

我国 1987 年正式加入《华盛顿公约》，该公约规定了缔约国负有承认与执行 ICSID 仲裁裁决的义务。可见，ICSID 仲裁裁决在中国境内的承认与执行理论上不存在大的问题。但是，只有得到缔约国国内立法的配合，《华盛顿公约》的相关制度才能得到贯彻执行，我国立法并没有就此进行相应的安排，因此 ICSID 仲裁裁决在我国人民法院的承认和执行问题也不甚明确。为了更好地遵守和履行《华盛顿公约》第 69 条规定的条约义务，确保 ICSID 仲裁裁决在我国的承认与执行顺利进行，我国有必要对承认与执行 ICSID 仲裁裁的标准和与之相关的国家豁免等问题开展正式研究，以尽早制订和《华盛顿公约》相配套的国内法。

（一）《华盛顿公约》在我国的适用问题

《华盛顿公约》第 69 条的规定使得每一缔约国有义务尽早制订与 ICSID 裁决承认与执行相配套的国内法。就其他国家的相关做法来看，有些国家，如非洲的一些缔约国，已经指定了接收 ICSID 仲裁裁决书副本的法院或其他机构并制订相应的国内法，以便在国内法律框架下实施《华盛顿公约》和履行公约所规定的国际义务。[587]也有些国家直接根据公约第 54 条的规定，将 ICSID 仲裁裁决按照一般国内法院终审判决的执行来处理。例如在东方木材公司诉利比里亚案中，美国纽约南区法院承认一项针对利比里亚政府的 ICSID 仲裁裁决，指出该裁决应如同该法院的终审判决一样具有同样的效力，继而签发了执行令。可见，各国就《华盛顿公约》在国内的实施方式主要依赖于国际公约在该国国内法上的地位及其在该国国内的适用情况。

就我国而言，条约在我国国内适用的方式主要有直接适用和转化适用两种。[588]但是，立法并未对直接适用和转化适用的标准作出指导性规定，因此某项条约能否在我国直接适用取决于不同的条约和具体法律的规定。按照《华盛顿公约》第 54 条第 1 款的规定，ICSID 仲裁裁决在缔约国国内是有约束力的，缔约国应该将其当做本国国内法院的终审判决，并且有责任在本国境内执行仲裁裁决附加的金钱义务，这主要涉及我国的民事诉讼法，是需要我国国内法予以贯彻的。依据 2012 年《民事诉讼法》第 260 条的规定，在法律适用方面，除声明保留的条款外，我国缔结或者参加的国际条约优先于民事诉讼法，这说明与该法有关的国际

---

[587] Amazu A. Asouzu. International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 370~378

[588] 直接适用指条约被直接并入国内法并且成为当事人向国内权力机构主张权利的直接依据。例如，《民法通则》第 142 条第 2 款规定，“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”另外，司法实践中也有很多直接适用国际条约的案例。转化适用指通过立法将对我国生效的条约转化为国内法予以间接适用的做法。例如，《民用航空法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》和《海商法》等有关规定就是根据我国参加的有关国际条约所制订或修改的

条约在我国是可以直接适用的。2001 年《最高人民法院关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》中对有关国际仲裁裁决在我国的承认与执行的规定也说明了这一点。[589]因此，可以认为，《华盛顿公约》在我国是可以直接适用的。

明确了《华盛顿公约》的直接适用后，接下来需要解决的是 ICSID 仲裁裁决在我国境内承认与执行的相关程序问题。《华盛顿公约》第 54 条第 2 款明确要求缔约国指定主管 ICSID 仲裁裁决承认与执行的法院或其他机构，而且如果该机构发生了变更，秘书长必须被告知相关的变更信息。目前，我国似乎尚未指定适当的法院或其他机构。就其他国家的做法来看，大多数国家指定的是法院，也有一些国家指定其他机构，如埃及指定司法部，几内亚指定总检察长，莱索托指定外交事务常任秘书长，塞拉利昂指定财政部内阁大臣等。[590]根据公约第 54 条第 2 款的规定，缔约国指定的主管法院或其他机构的主要作用限于对 ICSID 仲裁裁决书副本上的秘书长的签字的真实性进行确认，裁决的执行始终需要通过有关法院来进行，因此建议我国指定最高人民法院或外交部作为相关资料的接收主体。

综上，笔者认为，可以参考最高人民法院于 1987 年发布的《关于执行我国加入的<纽约公约>的通知》，至少在以下两个方面予以完善：其一，对《华盛顿公约》在我国的直接适用效力予以确认，可以明文规定，“《华盛顿公约》与我国民事诉讼法有不同规定的，按该公约的规定办理”；其二，对我国法院在处理有关案件时需要特别注意的具体事项包括管辖法院、具体程序等予以明确，以使我国法院更好地履行我国所承担的国际义务。

（二）承认与执行 ICSID 仲裁裁决的审查标准

1、 承认与执行 ICSID 仲裁裁决和审判监督制度

按《华盛顿公约》第 54 条第 1 款规定，ICSID 裁决相当于内国法院的“终审判决”。而根据我国的民事诉讼法，法院的终审判决受制于审判监督制度。由此就会产生一个疑问，ICSID 裁决在我国会不会如国内终审判决一样因审判监督制度而受到我国人民法院的制约和审查呢？

如前所述，阿根廷在有关案件中的类似主张受到了有关方面的反对。因此，假如我国法院以《华盛顿公约》第 54 条第 1 款的规定，即 ICSID 裁决等同于人民法院的“终审判决”为由，要求相关 ICSID 裁决受到中国民事诉讼法关于审判

---

[589] 2001 年《最高人民法院关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》第 3 点称：“对涉外仲裁裁决和国外仲裁裁决的审查与执行，要严格依照有关国际公约和《中华人民共和国民事诉讼法》、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》中有关涉外执行的规定和最高人民法院（法）经发〔1987〕5 号通知、法发〔1995〕18 号通知、法释〔1998〕28 号规定及法〔1998〕40 号通知办理。”

[590] Amazu A. Asouzu. International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 370-378

监督制度的制约，主张我国人民法院有权对上述裁决进行审查，那么必然受到来自有关投资者的强烈反对，以及可能引起国际社会对我国违反公约义务的批评与谴责。尤其是外国私人投资者向人民法院申请承认与执行针对中国政府的 ICSID 裁决时。

2、承认与执行 ICSID 仲裁裁决和公共秩序保留原则

根据《中国民事诉讼法》和《纽约公约》相关规定，就承认与执行外国仲裁机构裁决而言，如果人民法院认为其违背我国社会公共利益的，可以拒绝承认与执行上述裁决。[591]具体到本文，ICSID 裁决的执行被申请人大都是主权国家，这导致承认与执行针对某一主权国家的仲裁裁决可能遭到因侵犯外国国家主权而违背公共秩序保留原则的抗辩。

通过比较考察《华盛顿公约》和《纽约公约》的有关规定，可以发现，公共秩序保留原则是一国法院判断是否承认与执行传统国际商事仲裁裁决的重要标准之一，但是它却不能构成 ICSID 特别委员会撤销 ICSID 仲裁裁决的理由，法院更不能以此拒绝承认与执行 ICSID 裁决。就有关国家的司法实践来看，也有法院试图将公共秩序作为是否承认与执行 ICSID 裁决的审查标准，但都遭到了有关 ICSID 仲裁庭和国际理论学界的反对。签订《华盛顿公约》的历史也证明这一事实。由此可见，《华盛顿公约》创立了一种简化的 ICSID 仲裁裁决承认与执行机制，其并不受制于国内法院关于公共秩序保留的限制，是独立于一般的国际商事仲裁裁决的承认与执行的有关规定。另一方面，尽管各国对“公共秩序”的理解不一样，但是各国法院在运用公共秩序保留原则时都显得非常谨慎。就我国而言，自加入《纽约公约》以来，以公共秩序保留为由拒绝承认和执行外国仲裁裁决的仅有一例，[592]在所有其他案件中，执行被申请人关于公共秩序保留的抗辩理由都没有获得法院的采纳。有鉴于此，我国法院今后在处理关于承认与执行有关 ICSID 仲裁裁决的申请时，不应将公共秩序保留原则作为 ICSID 裁决承认与执行的判断标准。

3、承认与执行 ICSID 仲裁裁决和国家及其财产豁免规则

就 ICSID 裁决执行中的国家豁免而言，我国可能面临的问题有两个：一，我国作为 ICSID 裁决的执行被申请人，在执行地法院如何主张国家豁免；二，我国人民法院受理承认与执行针对主权国家的 ICSID 裁决申请时应该适用怎么样的国家及其财产豁免规则。

---

[591] 参见 2012 年《民事诉讼法》第 282 条和《纽约公约》第 5 条第 2 款

[592] 2008 年，济南市中级人民法院拒绝承认及执行国际商会仲裁院第 13464/MS/JB/JEM 号仲裁裁决，该案是自 1995 年我国对国际商事仲裁司法监督实行内部报告制度以来最高人民法院首次同意以公共政策理由拒绝承认和执行外国仲裁裁决。在该案中，法院认为承认与执行该国际商会仲裁院的仲裁裁决会构成对我国国家司法主权的侵犯。案件详情及评述参见万鄂湘，于喜富. 中国法院不予承认及执行国际商会仲裁院第 13464/MS/JB/JEM 号裁决述评[J]. 国际经济法学刊，2009，Vol.16（3）； 赵秀文. 从永宁公司案看公共政策作为我国法院拒绝执行外国仲裁裁决的理由[J]. 法学家，2009（4）

就第一个问题而言，由于被申请执行地法院一般适用其本国的国家豁免规则，且主要是限制豁免理论，因此，深入研究法院地国对豁免主体的区分和特定财产的保护规则，积极地主张国家及其财产执行豁免不失为一种良好的尝试。

对于第二个问题，我国至今没有关于国家豁免的专门立法，对国家及其财产豁免问题的立场主要反映在相关的国内法律法规，已经缔结或加入的双边或多边国际条约，以及中国在国际社会的外交和司法实践中。仅有的关于国家豁免的规定散见于《外交特权与豁免条例》和《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》。其中，依据《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第 1 条明文规定，除非书面放弃或特别指定，外国中央银行的财产在我国享受财产保全或执行的豁免，[593]可见我国对中央银行财产坚持绝对豁免理论。就国际条约方面，2005 年，我国签署采纳限制豁免理论的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。[594]不过，该公约尚未生效，因此对我国没有产生法律约束力。就外交和司法实践方面，1983 年的“湖广铁路债券”案中，中国在致美国政府的官方文件中反复强调绝对豁免的主张。从全国人大常委会对《香港基本法》的解释以及外交部在刚果（金）案的观点看，绝对豁免论依是我国政府的核心立场。[595]因此，现阶段，我国法院不会受理针对主权国家的 ICSID 裁决执行申请。

坚持绝对豁免理论、立法分散、缺少与国际公约相一致的立法实践是目前我国在国家及其财产豁免领域的主要特点。如前所述，考虑到放弃国家豁免权的必要性和现实性，缔约国不应轻易放弃国家及其财产豁免原则。因此，中国在国家及其财产豁免规则的完善问题必须坚持国家主权豁免原则这一根本出发点。其中，我们必须清醒地看到，未来始终坚持绝对豁免立场来解决 ICISD 仲裁裁决执行中的国家豁免问题是不合适的。首先，只有境内的我国主权国家财产和他国主权国家财产才能受到绝对豁免规则的保护；因适用执行地国法，即很可能是国际社会广泛采纳的限制豁免规则，位于境外的我国国家财产难以幸免。由此，不对等的国家豁免规则客观上并不利于保护我国国家财产。其次，我国已签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，在公约义务范围内尽快制订我国的国家豁免法应是恰当的选择。因此，坚持国家及其财产豁免的根本立场，克服绝对豁免理论的缺陷，在不损害国家利益的前提下有条件地采纳限制豁免理论，尽快出台符合我国国情的国家及其财产豁免专门立法仍为上策。

---

593 参见《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第 1 条

594 即使签署了采纳限制豁免主义的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》也不代表我国彻底转向限制豁免理论，我国对《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的签署行为只是意味着过去坚持的绝对豁免的立场开始有所松动，出现了采纳限制豁免理论的倾向。参见王博.论 ICSID 仲裁裁决在执行中的国家豁免问题研究[D]：[硕士学位论文]，郑州：郑州大学，2013

595 杨璠.由“刚果（金）案”看国家豁免的相关问题[D]：[硕士学位论文]，北京：外交学院，2012

结语

ICSID 行政理事会有必要对《华盛顿公约》相关条文的含义和具体适用问题进行官方释义，使胜诉的私人投资者和败诉的东道国在遵守和履行有关 ICSID 仲裁裁决时有章可循。此外，各缔约国也应尽早制订与《华盛顿公约》相配套的国内法，使 ICSID 仲裁裁决在国内法院的承认与执行更为便利与清晰。具体说来，ICSID 仲裁裁决一旦作出，除公约自身所设置的内部复审程序外，排除国内法院在承认与执行阶段对仲裁裁决的审查，被申请执行地法院的职能仅限于审查有关 ICSID 仲裁裁决书副本的真实性，无权就仲裁庭的管辖权、仲裁程序的公正性以及仲裁案件的实体问题进行审查，甚至也不审查仲裁裁决是否违反被申请执行地的“公共政策”。另外，应明确区分有关 ICSID 仲裁裁决的承认与执行阶段，国家及其财产豁免规则仅仅适用于仲裁裁决的执行阶段；应该在坚持国家及其财产豁免原则的前提下，重新解释国内豁免立法，以提高 ICSID 仲裁裁决在有关国家获得强制执行的可能性。

就中国而言，尽管我国还没有承认与执行 ICSID 仲裁裁决的司法实践，但这并不表明，我国不需要明确有关 ICSID 仲裁裁决承认与执行的国内法制度。有关制度的构建不仅有利于我国更好地完成和履行《华盛顿公约》项下的义务，也会为我国人民法院处理针对其他国家的 ICSID 仲裁裁决的承认与执行申请时提供法律依据。通过对有关国家司法实践的考察，可以发现，在 ICSID 仲裁裁决承认与执行问题上，国内法院的审查标准、承认与执行的区别以及国家及其财产豁免规则的影响重大。为此，我国有必要对上述问题开展正式的研究，以尽早制订与《华盛顿公约》相配套的国内法。

欧盟成员国保加利亚的外资法体系：中国投资者应有的关切

*康斯坦丁·沃尔科夫**

（KONSTANTIN VOLKOV）

内容摘要：
2013 年中国政府正式地推荐“一带一路”发展战略的建设。为实施“一带一路”战略，中国需要查验所有支持该战略的国家的法律体系特征。“一带一路”最后的目的地为欧盟，从而了解欧盟成员国的涉外投资法律体系对中国投资者十分重要。由于保加利亚是“一带一路”的前沿国，因此本文以该国的涉外投资法律体系为主。本文的目标不是分析所存在的国外投资者待遇的具体法律问题，而是对中国投资者解释涉外投资法律体系的机构以及适用原则。本文把保加利亚的涉外投资法分为四个部分进行考察，分别为：宪法、欧盟法、国际投资法以及国内法，以期使中国投资者进一步了解保加利亚的涉外投资法律体系，促进中国投资者在保加利亚的海外投资。

关键词：中国投资者；保加利亚；涉外投资法律体系

引言

在今天的国际经济体系当中中国的角色愈来愈大。国家的经济按照统计比 1978 年设施“改革开放”政策的开始大 70 倍。据专家的预报，至 2027 年中国将超过美国的经济发展。与此同时，中国将变成世界上经济最强的国家。其之政策导致中国在经济外交积极的参与：自 2001 年 12 月中国加入世界贸易组织至双边贸易协定，自在非洲实施的援助与投资项目至国际金融管理与气候变化合作[596]。

中国在世界经济愈来愈大的角色的重要因素为国家与其他经济主体的贸易

*厦门大学法学院国际法专业 2014 级博士研究生。

[596]见 See *Rafael Leal- Arcas, “International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance”, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar 2010, 第 103-108 页。*

投资关系。与此之间，中欧关系为世界上最吸引他人的关注之一。就贸易而言，只有欧美比中欧双边贸易关系更大[597]。该关系就以国内以及国际涉外投资法为依据。

因此，本文的基础为中国投资于欧盟的法律条件的分析。该分析从欧盟成员国保加利亚的视角将进行。由于本文将反映保加利亚不同调整投资法律关系的条款：宪法、欧盟法、国际法以及涉外投资国内法的条款，因此，分为四个部分：适用宪法相关的条款、保加利亚涉外投资的欧盟法、保加利亚国际投资法以及涉外投资相关的国内法。其主要目标为介绍调整中保贸易投资关系存在的法律机构。

一、背景

2013 年中国政府正式地推荐“一带一路”发展战略的建设[598]。该战略等于新丝绸之路经济带或者中国与其他亚洲、欧洲、非洲国家的经济发展以及一体化。更具体“一带一路”指的是建设中国与支持该战略国家之间的贸易、投资、自然能源使用等关系以及人民币的国际化。

战略不可缺少的部分就母国与东道国之间的投资关系。该关系的建设以及发展仍然是国际投资法的调整对象之一。另外，新丝绸之路经济带上的每一个国家都有不同法律体系。因此，为了实施“一带一路”发展战略，中国需要确定这些所有国家法律体系的特点。

尽管目前缺乏具体以及最终的新丝绸之路经济带地理线，据习近平主席，欧洲为该战略的一个方向[599]。统计信息的分析指示中国是欧盟最快扩展的出口市场[600]。据欧盟委员会“中国是欧盟贸易关系的唯一最重要的挑战”[601]。因此，欧盟委员会被鼓励为中国提供公开贸易，与此同时，欧盟以及成员国被鼓励为中国的出口产品仍然提供公平公开的进入。其次中国主权财富基金以及国有企业投资于欧盟可以贡献出创造工作机会、经济发展、双边利益以及投资流畅的平衡，从而受热烈的欢迎[602]。

欧洲国家之间，大部分都是欧洲联盟成员国家[603]。关于欧盟的性质，它的独特法律人格（*sui generis*）之理论已经取得了公认[604]。于是，欧盟的特征为其既

---

[597] 见脚注 1，第 118 页。

[598] 见 http://www.gov.cn/gzdt/2013-12/27/content_2555714.htm ;
http://www.gov.cn/xinwen/2014-03/24/content_2644368.htm ;
http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201408/20140800694120.shtml（中文）
见 http://www.chinadaily.com.cn/china/2015-01/13/content_19309666.htm ;
http://www.chinadaily.com.cn/regional/2014-11/17/content_18928687.htm（英文）

[599] 见 http://www.china.com.cn/opinion/think/2015-03/23/content_35128785.htm（中文）

[600] 见 See *Rafael Leal- Arcas, “International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance”, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar 2010, 第 125 页。*

[601] 见脚注 5，第 123 页。

[602] 见 European Parliament Resolution on Trade and economic relations with China (2008/2171(INI)), OJ C E67/132, 18.03.2010
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.CE.2010.067.01.0132.01.ENG

[603] 见 http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm；如在欧盟正式的网页上指出的，欧洲有些国家不是欧盟成员国，例如瑞士、挪威、冰岛等。

[604] *见 John McCormick, “Understanding the European Union: A Concise Introduction”, New York: St. Martin’s Press 1999, 第 29, 85, 87,120-122, 145 页.*。The author explains that EU is “the most highly evolved example of regional integration in the world”, “where laws an decisions that govern the lives of Europeans are being made less at local or national level, and increasingly as a result of negotiations and compromises among the EU member states”。
Besides although “there is in fact no transfer of sovereignty”, “instead there has been a transfer of the right to exercise sovereignty in selected areas from national governments to the EU institutions.” 但是我们无疑问地可以

不等于国际组织、也不等于统一国家、并具有特殊法律体系的性质[605]。

对中国投资者来讲，他们决定投资于欧盟之后，难度最高几点为欧盟法的存在以及其在所有 28 个成员国的适用方式[606][607]。其次，欧盟法在每一个成员国当国内法不可分割的一个部分[608]。另外，成员国的涉外投资法律体系以共同的原则为依据[609]，但是它们也有国内法律体系的特征[610]。因此，中国投资者进入某欧盟成员国之前，应该对其国内法律体系进行查验。

下面本文将介绍欧盟成员国保加利亚与中国的关系以及它外资法体系如何组织。

保加利亚是巴尔干半岛上的一个国家。它的地理位置便中国投资者容易进入欧洲的东与西部分，因为中国的投资通过中亚-土耳其-保加利亚直接至其他欧洲国家的距离最小。保加利亚是世界上第二个正式地承认 1949 年中华人民共和国的建立的国家。目前中国仍然是保加利亚在东亚最大的贸易伙伴。2012 年保加利亚向中国的出口增长 88%。于是，除了土耳其之外，中国与非欧盟国家相比，变成了保加利亚的第二大贸易伙伴。按照保加利亚经济政府部门的统计，2014 年 1 月至 10 月内国家与中国双边贸易的总额到达 1566.6 万美元。与 2013 年同样的阶段相比，本总额增长了 2.1%[611]。据保加利亚驻华旅游投资发展促进局的局长[612]保加利亚不能预期中国投资者将投资于国家因为“国家的消费”的原因是保加利亚的人口为 750 万人。其中劳动力而实际消费者为 250 万人。因此，保加

看见，欧盟仍然不等于统一国家。
与此同时，欧盟也不同于其他国际组织，例如在决策过程中，见 *See Nicholas Moussis, “Access to European Union: law, economics, policies”, European Study Service 1998, 第 37-42 页*。

[605]见 *Van Genden Loos v. NederlandseAdministratie der Belastingen (Case 26/62), [1963] ECR 1, Court of Justice of the European Communities*: “…the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights…”。
另外，见 *Costa vs. ENEL (Case 6/64) [1964] ECR 585, Court of Justice of the European Communities:* “By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system...The transfer by the States from their domestic legal system to the Community legal system of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a permanent limitation of their sovereign rights, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the Community cannot prevail…”。

[606]见 *Robert Schütze “An Introduction to European Law”, Cambridge University Press 2012*, 第 108 等页。本作者把欧盟法分别为基本法（包括所谓的欧盟基础条约《欧洲联盟条约》、《欧洲联盟运行条约》以及欧盟成员国加入条约）以及第二级法律（包括条例、指令、决定、建议以及意见）。

[607]见《欧洲联盟运行条约》第 288 条, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), OJ C 326, 26.10.2012. (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT). 注意该法律文件不同的适用方法以及法律效果。

[608]见 *Costa vs. ENEL (Case 6/64) [1964] ECR 585, Court of Justice of the European Communities*:” [The legal system of the Community] became an integral part of the legal systems of the Member States…which their courts are bound to apply”. Thus, EU law provisions relating foreign investment issues (see below) also become a part of the foreign investment legal systems of the EU Member States。

[609]见 Art. 207 (1) TFEU, OJ C 326, 26.10.2012. (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT): “The common commercial policy shall be based on *uniform principles…*” 见 Art. 207 (3) *in fine*: “The Council and the Commission shall be responsible for ensuring that the agreements negotiated are compatible with *internal Union policies and rules*.”

[610]众所周知的是有些国家法律体系属于普通法，例如英国，而其他国家，例如德国、法国、保加利亚属于大陆法体系国家。

[611]见保加利亚经济政府部门网页上的消息：http://www.mi.government.bg/bg/themes/kitai-192-333.html。注意网页的英文版不完整。因此，结论的基础为保加利亚语版。

[612]**保加利亚驻华旅游投资发展促进局**（建立于 2012 年在索菲亚）是非营利组织机构。其主要职能为发展以及促进保加利亚与中国之间的双边投资、商贸、旅游、文化、信息等交流及协助。保加利亚驻华旅游投资发展促进局以建立一个促进双边多方面关系的发展以及建设双边战略项目之平台为住。于是，商业组织多元化、高科技、绿色经济、文化、留学等领域为双边战略合伙的基础。
(http://chinainbulgaria.com/static.php?content_id=1)

利亚在中国以“保加利亚：欧盟的门口”为口号[613]。此外，中国已经向保加利亚提供了投资于国内特别经济区的建立。该特别经济区的预算利润为一百亿欧元/年。另外，该提供包括建立物流中心为中国产品传递至欧盟其他成员国[614]。
保加利亚 2007 年加入了欧盟[615]。自此之后，所有欧盟原则、价值、规定在国内适用。

二、适用宪法相关的条款

中国投资者进入保加利亚之后，首先需要查验涉外投资保护相关的宪法条款[616]。原因是按照第 5 条第 1 款[617]宪法是保加利亚法律体系当中最高的法律，并其他法律不能与宪法冲突。保加利亚宪法理论共同承认“其他法律”的含义[618]包括国会制定的法规、行政机关的法律[619]、保加利亚国际法以及欧盟法[620]。因此，与其他法律相比，宪法优先，从而它对中国投资者的利益提供最强的保证。

其次，按照第 5 条第 2 款[621]宪法典的条款享受直接适用。后者意味着每一个法律主体可以适用宪法典的条款寻求权利保护[622]。总而言之，中国投资者查验相关的宪法条款之后，也许发现宪法与其他涉外投资法律之不一致。此时，他们直接可以依靠宪法以保护自己的权利[623]。因此，保加利亚宪法是涉外投资法律体系之第一关键元素[624]。

具体宪法典涉外投资的条款于其第一章“一般原则”以及第二章“公民的基本

---

[613]见与保加利亚驻华旅游投资发展促进局的局长整个面谈：
http://www.economy.bg/home/view/7688/Kitajci-gotovi-da-investirat-v-ikonomicheska-zona-u-nas-s-oborot-do-10-mlrd-evro

[614]见以上，第二个问题。

[615]见保加利亚及罗马尼亚加入欧盟条约（Treaty concerning the accession of the Republic of Bulgaria and Romania to the European Union, OJ L 236, 23.92003. The full text in English can be downloaded under http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12005S/TXT）

[616] Promulgated State Gazette 56/13.07.1991, Amended State Gazette 85/26.09.2003, State Gazette 18/25.02.2005, State Gazette 27/31.03.2006, State Gazette 78/26.09.2006, Constitutional Court Judgment No.7/2006, State Gazette 12/06.02.2007. 宪法典的英文版可以见 http://www.parliament.bg/en/const。注意唯一正式版是保加利亚语版。例如，宪法典的第 19 条第 3 款的英文翻译不正确。翻译应该以
“All investments and economic activity by **Bulgarian and foreign**citizens and legal entities shall enjoy the protection of the law”为住。

[617]宪法典的第 5 条第 1 款: “The Constitution shall be the supreme law, and no other law shall contravene it”.

[618]“其他法律”具有广义以及狭义。本文章以其广义为住。

[619]见宪法典的第 114 以及 115 条。 The Council of Ministers can adopt decrees, ordinances and resolutions. The acts of the ministers are divided into rules, regulations, instructions and orders.

[620]见脚注 46。

[621]见宪法典的第 5 条第 2 款：“The provisions of the Constitution shall apply directly”.

[622]该原则服务于所谓的自动生效的宪法条款。但是宪法典也包括非自动生效的条款以及法律原则。在后者情况下，它们的适用取决于是否存在国会制定的法规或者宪法法院的决定。见 *Evgeni Tanchev, Martin Belov, Cristian Ionescu, “Constitutional Law of 2 EU Member States: Bulgaria and Romania. The 2007 Enlargement”, Kluwer Law International 2008, 第 I-15 页*。

[623]宪法典的直接适用只能出现于具体的案件。此时，中国投资者应该证明宪法与相关的法规之不一致。按照第 150 条第 2 款最高法院或者最高行政法院应该中止该案件，并提请宪法法院的判决。若宪法法院发现法规与宪法典冲突，它有权力中止法规的适用。在此情况下，若存在旧的法规，它重新生效以避免规范漏洞的出现（见 *Evgeni Tanchev, Martin Belov, Cristian Ionescu, “Constitutional Law of 2 EU Member States: Bulgaria and Romania. The 2007 Enlargement”, Kluwer Law International 2008, 第 I-17-I-18 页。见 Decision 22/31.10.1995 of the Constitutional Court*）。若不存在旧的法规，该案件必须按照法律原则被决定。此时，宪法典的抽象原则被适用。

[624]第 19 条第 4 款以及第 22 条是唯一直接使用“外籍人”的宪法典条款。无论如何，我们无疑问地承认，宪法典也为外籍人，包括外国投资者提供权利保护（见以下第 41 点）。因此，外国投资者可以完全依靠宪法以保护自己投资利益。

权利与义务”。可见，凡是涉外投资的条款都于宪法典的最前面。于是，保加利亚以外来投资的建立与保护为国家经济发展的基础。

该条款的分析指出它们可以分为四个类型：

第一类[625]列举保加利亚经济体系的基本原则：1.自由经济动议；2.经济活动的公正待遇；3.禁止滥用垄断与不公平竞争；4.消费者保护；5.国内以及国外自然人以及法人经济活动与投资保护。

以上列举的原则是保护外来投资的国内法之基础。若中国投资者发现涉外投资的法规与该原则之不一致，他们可以直接适用宪法以保护自己的投资权利[626]。

第二类型[627]与财产有关系。更具体的该条款指出国内不同种的财产、合法征收的条件以及如何把不动产转移至外国自然人与法人。就该条款的分析而言，保加利亚强调私人财产的待遇与国家利益平衡的保护。于是，一由宪法典严格地确定合法征收的条件[628]，二又由宪法典调整不动产转移至外国自然人与法人的关系。后者的穷尽式条件件如下：1.欧盟法具有相关的规定；或者 2.保加利亚与第三国之间的双边协定如此规定，并且该协定：（1）被保加利亚批准；（2）被颁布；（3）生效[629]。

该条款适用于其生效日期之后建立的所有法律关系（*ex nunc*），并不包括 2007 年 1 月 1 日之前生效的国际协定[630]。另外，不动产能通过法定继承转移至外国自然人与法人。可见，保加利亚加入欧盟之后，国家的经济体系进一步放宽限制，并专门对国外投资开放。总而言之，由于基本上投资以财产为主，涉及到财产，中国投资者可以完全依靠宪法以保护投资的利益。

第三类[631]调整国家所有权[632]、国家主权[633]以及它们的行使。国会有权力制定某些领域内[634]创造国家独占的条款[635]，并把国家所有权以及国家主权的行使通过特许协议或者许可证[636]转移至国内以及国外投资者。在不同的情形下，法规确定

---

[625]见宪法典的第 19 条。

[626]法规与宪法原则之不一致意味着法规违宪。因此，中国投资者可以寻求权利保护。最后，旧的法规会生效或者宪法法院必须按照列举的原则决定具体的案件。见脚注 28。

[627]见宪法典的第 18、21、22 条。

[628]见宪法典的第 17 条第 2 款。合法征收的条件如下：1。征收的目的为满足国家或者地区的需要；2。存在国会制定并调整具体财产类型的合法征收的条件的法规；3。不存在其他办法满足以上的需要；4。提前支付适当补偿。

[629]国际协定何时生效取决于具体的情况。

[630]见宪法典的第 22 条。注意保加利亚国会网页上的翻译不准确。“1 January 2007”之后还需要加“[this provision] does not apply to the existing international agreements”。

[631]见宪法典的第 18 条。

[632]见宪法典的第 18 条第 1 款。

[633]见宪法典的第 18 条第 2 款。

[634]按照 Decision 2/6.02.1996 of the Constitutional court (Promulgated State Gazette 16/1996) 以及宪法典的第 18 条第 4 款宪法典包含国家独占对象的穷尽式列举：铁路、国家电话邮局、核能使用、核能生产、武器、爆炸品以及生物危险品。另外，宪法典还包含国家所有权对象以及国家主权对象的穷尽式列举。

[635]见例如铁路法（Law on Railway Transport (Promulgated State Gazette 97/28.11.2000, in force from 1.01.2002, Amended State Gazette 47/10.05.2002, 96/11.10.2002, 70/10.08.2004, in force from 1.01.2005, 115/20.12.2004, in force from 1.01.2005, 77/27.09.2005, in force from 27.09.2005, 88/4.11.2005, 36/2.05.2006, in force from 1.07.2006, 37/5.05.2006, in force from 1.07.2006, 62/1.08.2006, in force from 1.01.2007, 92/14.11.2006, in force from 14.11.2006, 108/29.12.2006, in force from 1.01.2007, 22/24.03.2009, 35/12.05.2009, in force from 12.05.2009, 74/15.09.2009, in force from 15.09.2009, 81/13.10.2009, 87/5.11.2010, 47/21.06.2011, in force from 21.06.2011, 15/15.02.2013, in force from 1.01.2014, 68/2.08.2013, 17/6.03.2015, in force from 6.03.2015) ）。按照铁路法的第 3 条第 2 款有两种可以使用国家铁路的主体：国有企业“铁路”或者其他按照特许权法获得特许权的主体（见脚注 42）。因此，铁路尽管是国家独占的对象，但是也有可能性外国投资者通过特许协议投资于本领域，并使用国家铁路。

[636]见 *Decision 18/30.06.1998 of the Constitutional Court (Promulgated State Gazette 77/1998)*。

具体哪一个方式有效[637]。该条款对中国投资者十分重要，因为可以便他们确定哪些领域对投资者无限制地开放，或者哪些领域内必须满足具体的法律条件以克服所存在的投资限制。

第四类不是专门对外国投资者制定的，但是每一个外国投资者可以适用该条款，若需要更强的权利保护。它们位于宪法典的第二章“公民的基本权利与义务”。尽管本章使用“公民”，但是从条款分析的视角而言，该条款所调整的实际上是基本人权，从而享受普遍的适用。因此，中国投资者也可以依靠第四类条款[638]。

综上所述，关于保加利亚投资法律体系，中国投资者需要关注的首要方面是宪法：1. 与国内、国际、欧盟法[639]相比，宪法是保加利亚最高的法律；2.宪法享受直接适用，因此，中国投资者可以在以上分析的条件下依靠宪法以保护投资权利；3. 有四类型涉外投资的宪法条款：（1）关于保加利亚经济体系的基本原则；（2）关于调整财产关系；（3）关于国家所有权、国家主权以及国家垄断；（4）关于基本人权。

三、保加利亚涉外投资的欧盟法

2007 年 1 月 1 日保加利亚加入了欧盟。自此之后，主体可以在国内完全适用所有欧盟原则、价值以及规定[640]。保加利亚享受欧盟成员国人格的结果之一为国内新的法律体系的创造。对中国投资者来讲，最难涉及到欧盟法的几点如下：1. 欧盟法在国内如何适用？它与国内以及国际法的关系如何？2.欧盟法有哪些涉外投资的条款以及它们的适用？

以回复第一个问题，中国投资者必须对欧盟法的体系以及渊源有相关的知识[641]。其次，另外一个问题会出现：欧盟法是国内还是国际法？按照欧盟法以及保加利亚宪法理论，欧盟法有独特法律性质（*sui generis*）。后者意味着，欧盟法不等于国内法，但是为国内法律体系之一个部分。因此，欧盟法不是被国会制定的，但是对国内议题适用[642]。理论上，欧盟法的位置为国家宪法与国际法以及国内法

---

[637]见特许权法（Law on Concessions (Promulgated State Gazette 36/2.05.2006, in force from 1.07.2006, Amended State Gazette 53/30.06.2006, in force from 1.07.2006, 65/11.08.2006, in force from 11.08.2006, 105/22.12.2006, 41/22.05.2007, 59/20/07/2007, in force from 1.03.2008, 109/20.12.2007, in force from 1.01.2008, 50/30.05.2008, in force from 1.03.2008, 67/29.07.2008, 102/28.11.2008, 47/23.06.2009, in force from 24.09.2009, 99/15.12.2009, in force from 1.01.2010, 103/29.12.2009, 52/9.07.2010, 54/16.07.2010, 50/1.07.2011, in force from 1.07.2011, 73/20.09.2011, in force from 20.10.2011, 45/15.06.2012, in force from 1.09.2012, 102/21.12.2012, in force from 1.01.2013, 15/15.02.2013, in force from 1.01.2014, 24/12.03.2013, in force from 12.03.2013, 66/26.07.2013, in force from 26.07.2013, 98/28.11.2014, in force from 28.11.2014, 107/24.12.2014, in force from 1.01.2015, 14/20.02.2015) ）。
还见铁路法（脚注 40）。国家所有权的行使是通过特许协议转移的。与此不同，按照铁路法的第 31 条，国内以及国外投资者可以通过许可证投资于铁路的使用。

[638]见 *Evgeni Tanchev, Martin Belov, Cristian Ionescu, “Constitutional Law of 2 EU Member States: Bulgaria and Romania. The 2007 Enlargement”, Kluwer Law International 2008, 第 I-40-I-47 页*。作者认为， “*the 1991 Bulgarian Constitution contains an exhaustive catalogue of civil rights. They are drafted as rights that belong to every human being and are not restricted to Bulgarian citizens…Some of the political rights, such as the freedom of assembly, the freedom of association, the right to lodge petitions, proposals and complaints and make comments, the freedom of expression, the freedom of press and the other media as well as the right to information are granted to all human beings, and are thus universal”*。
另外，还存在义务，并*“falling not only on Bulgarians but also on foreigners that reside in the country”:* the duty to observe the Constitution and the law, to respect the rights and freedoms of other people, to pay taxes, to protect environment。

[639]见脚注 48。

[640]见“消息背景”。

[641]见脚注 11、12。

[642]见 See *Costa vs. ENEL (Case 6/64), [1964] ECR 585, Court of Justice of the European Communities*:”By

之间[643]。于是，保加利亚把国家主权的部分转移至欧盟。

涉及到欧盟法以及调整涉外投资的关系，值得提到的是，欧盟法相关的条款可以分为两个部分：欧盟以及成员国与第三国之间的关系所适用的条款（外部）；欧盟制定并在欧盟内适用的条款（内部）。

第一类条款于所谓的"欧盟国际协定"[644]。该协定生效之后，为欧盟法律体系不可分割的部分，于是，在成员国享受欧盟法的等级[645]。因此，该条款高于欧盟法第二级以及成员国的国际与国内法[646]。涉及到投资，相关的条款可以在于其他国际协定[647]或者双边投资协定（BIT）。具体对保加利亚而言，欧州共同体、欧盟所有涉外投资签订的协定在国内适用，并高于欧盟法第二级以及国内法[648]。因此，中国投资者需要查验该协定以能够适用于争端情况下。

涉及到外国投资，对中国投资者来讲，中欧谈判的 BIT[649]的效果导致一系列其他问题：

第一，谁有权能签订中欧 BIT：欧盟还是成员国？该问题的回复要求欧洲联盟运行条约（TFEU）[650]条款的系统分析。原因是 TFEU 高于其他欧盟法的渊源[651]、确定涉外投资的欧盟权能并指出行使该权能的效果。相关条款的分析指出以下的条款关系：按照 TFEU 的第 3 条第 1 款（e）[652]在共同商业政策的领域上欧盟有专属权能。共同商业政策解释于 TFEU 的第 207 条第 1 款[653]。该领域包括关税税率的变化、涉及货物与服务贸易的关税与贸易协定的缔结、外国直接投资(FDI)等。因此，保加利亚在 FDI 领域上把行使国家主权转移至欧盟。具体涉及到 FDI 欧盟

---

creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane…, the Member States have limited their sovereign rights…and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves."
另外见 *AmministrazionedelleFinanze vs. Simmenthal (Case 106/77), [1978] ECR629, Court of Justice of the Europena Communities*: "…the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but…also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions."

[643]注意该结论以理论为主，因为欧盟既不是统一国家，也不是联邦。因此，成员国仍然是独立国家，并每一个成员国都有自己的法律体系。在该法律体系当中宪法原则上是最高的法律。实际上，欧盟法在成员国是否有最高法律的性质已经于系列案件被讨论过。（见 Case 11/70 InternationaleHandelsgesellschaft；另外见 *Karen Davies, "Understanding European Union Law", Cavendish Publishing 2003, 第 55-59 页*。）实际上，之所以成员国必须修改宪法典在宪法典与欧盟法的不一致之情况下，是因为欧盟法院已经承认了欧盟法高于成员国的其他所有法律渊源。这是为何保加利亚加入欧盟之前必须修改宪法典的第 22 条以允许外国人在国内能够取得不动产的所有权。否则，成员国不能加入欧盟或者加入之后，会在欧盟法院被告。

[644]见 Art.216 , Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), OJ C 326, 26.10.2012.

[645]见 *Francesca Martines, "Direct Effect of International Agreements of the European Union", The European Journal of International Law, Vol. 25 no. 1*。

[646]见脚注 50。

[647]例如自由贸易协定、合作协定、联合协定等。见 http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/30#iiaInnerMenu

[648]注意按照 TFEU 的第 351 条保加利亚加入欧盟之后该国际协定高于保加利亚国际法。对于保加利亚加入欧盟之前签订的国际协定与欧盟国际协定的冲突，保加利亚必须采取相关的措施以保证法律体系的一致。

[649]见 European Commission, "Commission Proposes to Open Negotiations for an Investment Agreement with China" Press Relase (23 May 2013) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-458_en.htm

[650] OJ C 326, 26.10.2012. The full text in English can be found under http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT

[651] This is because the TFEU is part of the EU primary law and in this sense is a "framework treaty". It establishes "the objectives of the European Union", and endows it "with the powers to achieve these objectives." 见 Robert Schütze, *"An Introduction to European Law", Cambridge University Press 2012, 第 112 页*。

[652] OJ C 326, 26.10.2012. The full text in English can be found under http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT

[653]见脚注 57。

具有专属权能。后者意味着只有欧可在此领域立法并通过具有法律约束的指令，成员国仅在获得欧盟授权或为实施联盟指令的情况下才可在此等领域立法或通过具有法律约束的指令[654]。最后，按照 TFEU 的第 3 条第 2 款欧盟也具有缔结某类国际协定的专属权能。该条款的字面解释可以指出 TFEU 生效之后欧盟有缔结涉及 FDI 国际协定的专属权能。后者是否等于只有欧盟当中欧 BIT 的缔约方？

实践指出即使 TFEU 已经不包含相关的条款[655]，在贸易投资领域[656]欧盟趋向签订所谓的“混合协定”[657]。实际上该协定缔结于欧盟以及成员国具有部分权能的情况下[658]。问题在于 TFEU 不解释具体的 FDI 范围[659]。于是，中欧谈判的 BIT 是否等于“混合协定”？由于不存在中欧谈判的 BIT 的草案，因此本人提供以下的理论分析：（1）若中欧谈判的 BIT 使用 FDI 的广义，它就涉及外国直接投资以及外国间接投资[660]。后者是成员国的权能领域，于是这种协定要求以“混合协定“为主。因此，协定的缔约方为欧盟与成员国以及中国；（2）另外一个选择是中国与欧盟签订自由贸易协定或者合作协定，并该协定的部分为投资保护[661]。就欧盟实践而言[662]，由于它们的适用范围部分仍然于成员国的权能，因此这种协定是典型的“混合协定”；（3）也许中国与欧盟签订单独的保护 BIT（涉及市场准入之后的阶段）[663]或者 BIT 包括市场准入之前的待遇[664]。此时值得争论 TFEU 涉及 FDI[665]的范围是否包括市场准入之后还是市场准入之前与之后的投资保护。总而言之，该问题不具有共同的回复[666]。若接受第一个选择，该 BIT 将有“混合协定”的性质，因为市场准入之前的权能仍然属于成员国。在第二情况下，欧盟与中国应该当唯一的协定缔约方。

第二，谈判的 BIT 是否有“混合协定”的性质有什么差异？若该协定以“混合协定”为依据，协定的缔约方为欧盟与成员国以及中国。因此，以便该协定在每一个成员国生效，必须通过欧盟以及所有成员国的批准手续。此时，中国投资者能够在保加利亚依靠新的中欧 BIT 以保护自己的投资权利。否则，即使一个成员国不批准该协定，它不能生效。因此，中国投资者在保加利亚仍然要适用中保 BIT。至今欧盟没有缔结任何单独的 BIT，并中欧谈判的 BIT 的草案不存在。因此，

---

[654]见 TFEU 的第 2 条第 1 款。

[655] Compare with Art.133 (6) of Treaty of Nice, OJ C 321/2006

[656]见 See http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/30#iiaInnerMenu

[657]见“混合协定”的解释：Under “mixed agreement” should be understood “…agreements that are signed and concluded by the EU and (some of) its Member States on the one hand, and by one or more third parties on the other hand”. See Mauro Gatti, Pietro Manzini, “External Representation of the European Union in the Conclusion of International Agreements”, Common Market Law Review, 49/2012

[658]见 See *YouriDevuyst, “European Union Law and Practice in the Negotiation and Conclusion of International Trade Agreements”, The Journal of International Business & Law 259/2013.*

[659]见脚注 63，第 266-267 页。

[660]见 *Catherine Yannaca-Small, LahraLiberti, “Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements”, International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, OECD 2008, 第 49 页。*

[661]见 *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, IMPACT ASSESSMENT REPORT ON THE EU-CHINA INVESTMENT RELATIONS ,Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on an investment agreement between the European Union and the People's Republic of China, SWD(2013), 第 22-23 页。*

[662]见脚注 61。

[663]见脚注 66：*“This agreement would cover protection and treatment of investments once undertaken (post-establishment), but not market access”。*

[664]见脚注 68。

[665]见脚注 57。

[666]见 *August Reinisch, “The EU on the Investment Path- Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements”, Santa Clara Journal of International Law 111(2013), 第 115-117 页。*

本人不争论新的 BIT 是否直接还是间接适用。本人只能建议在缔结中欧单独 BIT 的情况下，无论 FDI 的范围包括什么，只有欧盟能够签订该协定，并其成员国把涉外投资缔结国际协定的主权完全转移至欧盟。原因是里斯本的改革之后在国际关系内欧盟具有单独的法律人格，并 TFEU 不区别涉及 FDI 的欧盟权能。因此，该协定应该不需要被每一个成员国批准[667]。

第三，新的中欧 BIT 对每一个成员国与中国存在的 BIT 将有什么影响？具体，中欧 BIT 生效之后，中保 BIT 是否仍然适用？该问题的回复在于欧盟条例 1219 / 2012（Regulation (EU) No. 1219/2012）[668]。按照其第二章中国与欧盟成员国签订的 BIT 可以仍然有效力。必要的条件如下[669]：（1）BIT 是欧盟成员国与非欧盟成员国签订的；（2）该 BIT 是 2009 年 12 月 1 日之前或者成员国加入欧盟之前签订的；（3）成员国把愿意适用 BIT 的通知寄至委员会；（4）该通知包括 BIT 的复印件。

就保加利亚的情况而言，中保 BIT 符合第一个条件[670]。该协定生效于 1989 年 6 月 27 日，并 2007 年 6 月 27 日缔约方签订了协定的附加议定书[671]。保加利亚已经通知委员会关于愿意适用 BIT。该通知包括中保 BIT[672]。因此，按照条例的第 3 条[673]，该协定仍然有效力，于是中国投资者可以依靠该协定以寻求权利保护。中欧 BIT 生效之后，将中止中保协定的适用，若前者协定不规定例外。原因是新的 BIT 将提供更高的投资保护标准[674]。因此若无例外，在后者情况下，中国投资者既不能适用旧的协定，第三国的投资者也不能依靠该协定。

欧盟法涉外投资的第二部分条款规定欧盟与成员国之间的关系，并在所有成员国有效力。

部分在于 TFEU。除了以上分析的条款之外，其他在保加利亚适用的条款如下：第 7-17[675], 26-66[676], 101-118[677], 169, 170-172, 173, 174-178, 191, 194-195 等条。重要的条款为 TFEU 的第 206 条第 6 款[678]，因为该条款规定保加利亚仍然能制定涉外投资的国内法以保证国内法与国家涉外投资利益的一致。

其次，某些条例也包括涉外投资的条款。除了以上分析的条例之外，另外一个例子是条例（欧盟）1286/2014[679]。在欧盟制定条例的情况下，该条例在保加利亚享受直接效力以及适用，并高于国内法。因此中国投资者可以依靠相关的条例以寻求权利保护[680]。

---

667 见 *Joachim Karl, "The Competence for Foreign Direct Investment: New Powers for the European Union?", The Journal of World Investment & Trade 413/2004, 第 428 页。*

668 见 OJ L 351/40, 20.12.2012. The full text in English can be found under http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32012R1219&qid=1427357499132

669 见条例的第 2 条。

670 见 http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/au/201002/20100206774517.html

671 见 http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/Nocategory/201002/20100206774607.html%3Cbr/%3E

672 见 OJ C 169, 05.06.2014. The full list in English can be found under http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.169.01.0001.01.ENG

673 见脚注 73

674 见条例的序文，第 6 点 *in fine*。

675 见脚注 55, Title II "Provisions having general application".

676 见脚注 55。Those provisions have effect only within the EU but as soon as they establish some principles of the common economic system of the EU, they are important for Chinese investors as well.

677 见脚注 55， Title VII "Common rules on competition, taxation and approximation of laws".

678 见脚注 73。

679 见 **Regulation (EU) No 1286/2014 of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on key information documents for packaged retail and insurance-based *investment* products (PRIIPs), OJ L 352/9.12.2014。**

680 见 *Karen Davies, "Understanding of European Union Law", Cavendish Publishing 2003, 第 36-37 页。*

另外，具体涉外投资的指令也存在[681]。该指令不能在成员国直接适用，因为需要实施。通过后者成员国在涉外投资的领域可以享受更大的灵活性。涉及指令的直接适用，后者为例外的情况。因此，中国投资者可以依靠该直接适用若保加利亚不按时实施具体的指令[682]。

最后，欧盟机构有约束力的制定条款为决定。中国投资者应该查验该决定以创造一个完整的涉外投资法律体系的关切[683]。

本文未讨论剩下的建议以及意见，因为该法律文件不具有约束力。

总而言之，中国投资者关于涉外投资的欧盟法所需要关注的是：（1）理论上，欧盟法低于保加利亚宪法，同时高于保加利亚国际法。实际上，在欧盟法与宪法不一致的情况下，保加利亚必须修改其宪法；（2）外投资的欧盟法在于两个部分：外部以及内部；（3）中欧 BIT 生效之前，中保 BIT 可以适用。前者生效之后，若无例外，将取代后者；（4）新的中欧 BIT 是否在所有 28 个成员国直接适用不是无矛盾的。该协定的适用方式与方法取决于 BIT 的适用范围以及同样的 TFEU 解释。

四、保加利亚的国际投资协定

保加利亚国际投资法是国家涉外投资法律体系当中的第三关键元素。因此，中国投资者也应该查验该元素以保护投资利益。实际上，按照宪法典的第 5 条第 4 款[684]国际协定为国内法的部分。但是由于该协定与国内法的不同缔结国方法以及协定与国内法的关系[685][686][687]，本人把国际投资法区别于国内法的分析。

首先，凡是国际协定符合宪法典的条件[688]都等于国内法。从该视角而言，中保 BIT 不是例外。

其次，国际协定当国内法的一个部分之后，高于所有制定的国内法。对中国投资者来讲，若例如某一个法规符合宪法典以及欧盟法的条件，但是与中保 BIT 冲突，他们可以直接适用该国际协定。另外，在争端情况下，争端应该按照国际

---

[681]见例如 **Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and** *investment* **firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC,**OJ L 176/27.06.2013

[682]见脚注 84. 见 " Robert Schütze, "An Introduction to European Law", Cambridge University Press 2012.

[683]见例如 **Decision No 466/2014/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 granting an EU guarantee to the European** *Investment* **Bank against losses under financing operations supporting** *investment* **projects outside the Union**, OJ L 135/8.05.2014。

[684]见 State Gazette 56/13.07.1991. 见 http://www.parliament.bg/en/const

[685]按照宪法典国际协定除了宪法之外，高于国内法。因此，只能存在国际协定与国内法的冲突。原因是若该协定符合宪法典的要求，并当国内法的一个部分，原则上合宪。否则国会不能批准该协定。理论上，也许国会批准违宪的国际协定。在或者情况下，宪法法院有权力确定国际协定本身或者协定批准法的违宪性。见 Decision No. 9/16.06.1999 of the Constitutional Court (State Gazette, 57/1999) 。

[686]基本上宪法法院可以通过两种方法确定国际协定与宪法典的一致：签订该协定之前或者之后。后者只能出现于具体的案件。（见 Decision No. 9/16.06.1999 of the Constitutional Court (State Gazette, 57/1999); 见 Art. 149 (1) 2, Constitution (State Gazette 56/13.07.1991)）。

[687]请注意保加利亚宪法法院确定国际协定当国内法的一个部分之后，该协定有普通法规的功能。因此，像普通法规一样，宪法法院有权力承认国际协定的违宪性。于是，在后者情况下，法律效果为中止该协定的适用（见 Decision 22/31.10.1995 of the Constitutional Court (State Gazette 105/1995)）。

[688]按照宪法典的第 5 条第 4 款以及 Decision No. 7/02.07.1992 of the Constitutional Court (State Gazette 56/10.07.1992),有三个累积的条件：1、国际协定必须通过相关的批准手续（见宪法典的第 85 条以及第 158 条第 2 点）；2、该国际协定必须颁布于国家公报；3、该国际协定对保加利亚生效（生效的日期取决于国际协定的相关规定，见 Decision No. 7/02.07.1992 of the Constitutional Court (State Gazette 56/10.07.1992) ）。

协定来解决[689]。

即使中欧 BIT 生效，并取代中保 BIT，中国投资者仍然需要查验保加利亚国际投资法。原因是尽管在 FDI 领域欧盟具有专属权，但是按照欧盟条例 1219/2012 的第三章保加利亚仍然有权利与第三国开始谈判或者缔结国际投资协定。因此，可以总结，尽管涉及 FDI 欧盟获得了更大的权利，但是实际上权能仍然共享[690]。保加利亚以能够行使该权利，必须符合以下的条件[691]：（1）委员会获得了保加利亚缔结 BIT 意向的通知；（2）该通知寄至委员会正式谈判开始至少 5 个月之前；（3）BIT 与欧盟法无冲突；（4）欧盟没决定与同样的国家开始 BIT 的谈判；（5）该协定符合欧盟在国际关系的原则与目标；（6）该协定不构成欧盟与第三国谈判或者缔结协定的严格障碍。

总而言之，若委员会许可保加利亚与第三国开始 BIT 的谈判，并后者生效，该协定当保加利亚国内法的一个部分。此时，若该协定提供更高的权利保护，中国投资者可以寻求同样的投资权利保护[692]。

另外，保加利亚与非欧盟成员国的 BIT 为 36。其中 26 个协定生效[693]。该协定的法律效果与其他国际协定一样：它们当国内法的一个部分，并除了宪法典之外，高于国内法。若欧盟与同样的国家不缔结 BIT，以上列举的协定仍然适用。因此，中国投资者可以依靠该协定以保护投资利益[694]。

综上所述，中国投资者投资于保加利亚，需要关注以下列举的几点：（1）保加利亚国际法高于国内法；在争端情况下，若具体的国际协定在于自动生效的条款，中国投资者可以直接适用该协定；（2）尽管在 FDI 领域欧盟具有专属权，保加利亚仍然可以谈判并缔结 BIT。因此，中国投资者应该查验该协定以保护投资利益。

五、保加利亚涉外投资相关的国内法

由于涉外投资的国内法为保加利亚涉外投资法律体系的最后一个元素，因此，中国投资者也需要查验相关的国内法条款。基本上，该条款在于商法（公司法）、

---

[689]若有两种具有同样的适用范围的条款：国际法以及国内法的条款，并它们相互冲突，法律主体必须依靠国际法。原因是按照宪法典的第 5 条第 4 款国际法与国内法有同样的法律效果，并国际法高于国内法。其次，国际法直接高于国内法，该不需要特殊确定（见 *Decision 3/21.03.2012 of the Constitutional Court, State Gazette 26/2012*）。因此，在争端情况下，若存在国际与国内法的不一致，法院必须直接按照国际法来决定该争端，并必须像国内法适用相关的国际法条款。后者只能对自动生效的国际法条款有应用。否则，实施非自动生效的条款相关的法律必须制定。自动生效的条款是否存在取决于国际协定的目的、机构以及语法（见 *Francesca Martines, "Direct Effect of International Agreements of the European Union", The European Journal of International Law Vol. 25 no.1*）。

[690]见 *Magdalena Słok- Wódkowska, KatarzynaŚledziewska, "European Bilateral Investment Agreements- Is There a Real Value Added?", European Society of International Law, Conference Paper No. 13/2014.* Chapter III of Regulation (EU) No. 1219/2012 "effectively changed the division of competence between the EU and its Member States. The competence remained *de facto* shared, although the EU gained a solid mandate for negotiating its own BITs on the EU level."

[691]见 See Chapter III of Regulation (EU) No.1219/2012, OJ L 351/40, 20.12.2012; http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32012R1219&qid=1427357499132

[692] For example if there are no exceptions, Chinese investors could rely on **most- favored- nation treatment** which goal is *"to ensure that the relevant parties treat each other in a manner at least as favorable as they treat third parties"* and invoke the BIT between Bulgaria and the third country. *(See Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, "Principles of International Investment Law", Oxford University Press 2012)*

[693]见 OJ C 169, 05.06.2014. The full list in English can be found under http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.169.01.0001.01.ENG
见 http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/30#iiaInnerMenu

[694]后者取决于具体的 BIT 是否对第三人有效果。见脚注 97。

银行法、保险法、税法、金融法。涉外投资国内法的分析指出一下的特征。一，保加利亚采用国内与国外投资者的国民待遇的原则。后者意味着无论是否涉及市场注入之前还是之后的阶段，国内与国外投资者能获得同样的法律待遇。于是，制定的鼓励投资法[695]对国内与国外投资者同样适用。值得指出的是该法规取代了旧的鼓励外资法。二，除此之外，对外国投资者存在的限制在于宪法，例如以上分析的外籍人获得不动产的所有权的条件。另外，宪法还确定国家行使所有权、主权以及独占的领域。因此，在该领域国家有权力限制投资者的经济活动。但是限制的法律条件不区别于国内与国外投资者。

以上国内法的分析只以国外投资者待遇的原则为主。由于具体条款的解释将超过本文章的目标，因此，所存在的国内法律问题将成为单独分析的对象。

结论

以实施“一带一路”的政策，中国需要查验所有支持该政策的国家的法律体系特征。尤其是它们涉外投资法的元素，因为投资法为经济发展，从而实施该政策的基础。由于“一带一路”最后的目的地为欧盟，因此，了解欧盟成员国的涉外投资法律体系对中国投资者十分重要。本文章以欧盟成员国保加利亚的涉外投资法律体系为主，因为该国家为“一带一路”的前沿国。文章的目标不是分析所存在的国外投资者待遇的具体法律问题，而是对中国投资者解释涉外投资法律体系的机构以及适用原则。因此，以便中国投资者了解保加利亚的涉外投资法律体系，本文章把国家涉外投资法分为四个部分：宪法、欧盟法、国际投资法以及国内法。中国投资者获得该法律体系的机构相关的知识之后，可以便他们进一步了解不仅仅投资于保加利亚，而且投资于其他欧盟成员国的基本原则。

The Foreign Investment Legal System in Bulgaria as an EU Member State: Chinese Investors’ Considerations

Konstantin Volkov

Abstract:

In 2013 Chinese government officially started a new development strategy called “One belt, one road”. In order to fulfill it, Chinese investors should take into account the specifications of the legal orders in all the countries which support the strategy. One possible direction of “One belt, one road” development strategy is European Union (EU). Thus, Chinese investors need to examine its legal order as well. Bulgaria as one of the EU Member States is among the countries which are situated on the front line of this strategy. Hence, its foreign investment legal system is of main importance for Chinese investors and will become a center for analysis in the present paper. This article does not have the purpose to discuss the existing problems in the above mentioned system, but only to introduce to Chinese investors the structure and principles of the Bulgarian foreign investment legal system. Therefore, the present paper will separately analyze the relevant provisions on four levels: constitutional, EU law, international and domestic. The proposed result would be to introduce to Chinese investors how Bulgarian foreign investment legal system is

[695]见 Law on Encouraging of Investments (Promulgated State Gazette 97/24.10.1997, Amended State Gazette 99/29.10.1997….Title Amended State Gazette 37/2004…Amended State Gazette 14/20.02.2015)。

organized as well as to increase by this meanthe Chinese investments in the country.

Key words: Chinese investors; Bulgaria; Foreign Investment Legal System

PPP 在“一带一路”基础设施建设中的法治研究

安健飞*

摘　要：近年来，财政部、发改委连续下发文件，提倡 PPP（PublicPrivate Partnerships）合作，促进基础设施建设，缓解地方债务危机。从中央到地方，政府力推 PPP 模式进行融资，鼓励企业参与公共基础设施建设，发挥市场力量，提高建设和运营效率，降低成本。尽管 PPP 在中国并非新生概念，但在新的一波社会经济发展的浪潮中，PPP 已经逐步被赋予了新的时代意义。习近平主席提出共建“一带一路”，随后丝路基金和亚投行吸引了世界的眼球，“一带一路”被注入了更加丰富的内涵。“一带一路”关联近 60 个国家的经济利益，带动国内 18 省市的经济发展，逐步成为世界经济发展的新动力。要建立政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体，“一带一路”相关国家和地区的基础设施建设是前提，投资渠道多元化，吸引国内外资本进入“一带一路”基础设施建设领域，是加快“一带一路”进程的必由之路。PPP 模式则是动员社会力量与私人资本参与基础设施建设的有效途径。在“一带一路”基础设施建设中推广 PPP 模式，需要解决的主要问题是完善法规、健全制度。通过不断地努力，确保 PPP 在“一带一路”基础设施建设中的依法发挥其应有的作用。

关键词：一带一路；PPP 模式；基础设施；PPP 中心

一、推进 PPP 助力“一带一路”基础设施建设

（一）中国 PPP 的历史演进和发展现状

1．中国 PPP 的历史演进

1994 年，国家计划委员会（现发改委）筛选了 5 个 BOT 项目（项目包括：广西来宾 B 电厂项目、广东电白高速公路项目、成都第六水厂项目、长沙望城电厂项目和武汉军山长江大桥项目）进行试点。1995 年 5 月，广西来宾 B 电厂项目通过审批，由此确定了中国 BOT 项目的起点，也被视为中国 PPP 元年。[696]

1994 年到 2002 年，中国 PPP 的试点阶段，试点的重点是电力、水务和交通项目，采用模式多为 PPP 中的 BOT 模式，并且主要以与外资合作为主，出现了如上海黄浦江大桥 BOT 项目、北京西红门经济适用房 PPP 项目、北京第十水厂

*安健飞,（1985- ），男，汉族，大连人，大连海事大学国际法学博士。

[696]石倩.浅议 BOT 投资方式与电力基建的新模式[J].社会科学论坛 B.2005,(4):149-151.

BOT 项目、北京肖家河污水项目等经典案例。国内的学者也开始对 PPP 这种新的融资模式进行了相关理论研究，并取得了一定的成果，如《BOT 项目指南》、《BOT 项目运作手册》等相关课题成果。

2003 年到 2008 年，中国 PPP 进入推广阶段。2004 年，建设部出台《关于加快市政公用行业市场化进程的意见》和《市政公用事业特许经营管理办法》，为 PPP 项目提供了政策和法律上的依据。借此东风，2003 年全国各主要城市掀起了 PPP 高潮，如合肥王小郢污水 TOT 项目、兰州自来水股权转让项目、北京地铁四号线项目、北京亦庄燃气 BOT 项目、北京房山长阳新城项目等。用目前 PPP 的概念来看，第一个官方认可的 PPP 项目是北京地铁四号线项目。在此过程中，由于 PPP 项目量增长过快、地方政府思想不够开放、项目运作不够科学等原因，出现了一些失败案例，由此引发了各界对 PPP 发展的反思和对未来的担忧。[697]

2009 年到 2012 年，中国 PPP 发展到了反复阶段。在此期间，中国城市化发展过快，导致公共设施的供给不能满足需求，基础设施建设项目缺口极大，但是 PPP 项目发展迟缓，外资和私人资本没有机会参与到公共基础设施建设之中。

2013 年开始，中国 PPP 开启了新纪元。十八届三中全会提出，积极发展混合所有制，探索推进 PPP 融资。随后，在国务院常务会议中李克强总理强调，要大力创新融资方式，积极推广政府与社会资本合作 PPP 模式；并通过了《基础设施和公用事业特许经营管理办法》为 PPP 模式提供法规支持，进一步的制度创新激发了民间投资活力。财政部积极贯彻中央精神多次召开 PPP 专题会议、培训班和研讨会，并从制度、机构、项目和能力建设等多方面着手大力推广 PPP 模式；财政部成立 PPP 工作领导小组；出台《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》和《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》；公布的首批 30 个 PPP 示范项目，总投资 1800 亿元；财政部 PPP 中心正式获批，主要承担 PPP 工作的政策研究、咨询培训、信息统计和国际交流等职责。国家发改委举措不断，首先启动 PPP 立法工作；其次又推出首批 80 个引入社会资本的基础设施建设示范项目；随后，发改委发布，《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》和《关于开展政府和社会资本合作

[697]金永祥.从中国 PPP 发展历程看未来[EB]. http://jinyongxiang.blog.caixin.com/archives/74840,2014.

的指导意见》；近日，发改委投资司副司长罗国三表示，国家发改委正准备建一个 PPP 项目库，目前正在收集、汇总地方的 PPP 项目，为日后的中国 PPP 发展提供数据支持。[698]

2. 中国 PPP 的发展现状

中国 PPP 正处于进行时，断言结果为时尚早，但发展的趋势是积极乐观的。从 2014 年下半年以来，全国各地 PPP 项目有序推进。安徽省、重庆市、四川省、江苏省、福建省、湖南省、青海省、河南省、浙江省、江西省等 10 个省市已经公布了各自的 PPP 示范和试点项目。此外，山东省、广东省、广西省等地区也将陆续启动项目试点。2014 年 8 月，重庆市公布了 10 个项目，总投资额约 1018 亿元；青海省公布了 80 个项目，总投资额约 1025 亿元。9 月，安徽省公布了 42 个项目，总投资额约 709.53 亿元；江苏省公布了 15 个项目，总投资额约 875 亿元；福建省公布了 28 个项目，总投资额约 1479 亿元。12 月，四川省公布了 264 个项目，总投资额约 2534 亿元；湖南省公布了 30 个项目，总投资额约 583 亿元。2015 年 1 月，河南省公布了 87 个项目，总投资额约 1401 亿元。在已经公布 PPP 示范项目各省的投资规模都在千亿级别，简单加总将是万亿规模，中国 PPP 正步入万亿时代。中国 PPP 在撬开万亿市场空间的同时，将会把中国公共基础设施提升到一个新高度和水平，惠及民生，带动经济，护航区域经济发展，推进“一带一路”互联互通，可谓全世界人民的福祉。

（二）“一带一路”与 PPP 模式相互促进

“一带一路”作为合作发展的理念和倡议，其内涵是丰富多彩的，其外延是可以无限伸缩和拓展的。不能狭隘的将“一带一路”看作是一个经济实体或一些创新机制的集合体。“一带一路”是依靠中国与有关国家既有的双多边机制，借助既有的、行之有效的区域合作平台，旨在借用古代“丝绸之路”的历史符号，高举和平发展的旗帜，主动地发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。[699]“新丝绸之路经济带”串联着亚太经济圈和欧洲经济圈，是世界上最长、最具有发展潜力的经济大走廊”。“21 世纪海上丝绸之路”通过海上互联互通、港口城市合作机制以及海洋经济合作，将中国和东南亚等国家临海港口城市连接在一起。“一

[698] 白淑芬.经济新常态下构建公私合作伙伴关系（PPP）势在必行[EB]. http://www.chinajsb.cn/bz/content/2015-02/02/content_151554.htm,2015.

[699] 2015《政府工作报告》缩略词注释[OL].http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/11/content_2832629.htm,2015.

带一路”将带动整个中国东西部发展，贯穿南北解决中国的区域间发展差距问题，以实现新时期国内的城乡、区域间均衡性发展。[700]因此，“一带一路”实际上是统筹改革开放的全新战略，是我国经济新时代的标志，是世界经济发展的新动力。

第五届国际基础设施投资与建设高峰论坛数据预测，到 2030 年，全球基础设施投资需求将达 57 万亿美元，据分析发展中国家的份额将近过半，“一带一路”关联国家的基础设施投资量超过预测总额的三分之一。由此可见，“一带一路”为 PPP 基础设施建设提供了巨大的发展平台，PPP 模式也为“一带一路”基础设施建设提供了多元的融资渠道，二者相辅相成，相互促进。“一带一路”战略的首要工作是互联互通，基础设施建设是互联互通的重要环节，关系到亚太乃至世界的长远发展，“一带一路”实践中，基础设施建设必须先行。推广 PPP 模式，不仅能拓宽“一带一路”国家基础设施建设的融资渠道，还能有效化解国家融资平台债务风险。有利于创新投融资机制，拓宽社会资本投资渠道，增强经济增长内生动力；有利于推动各类资本相互融合、优势互补，促进投资主体多元化，发展混合所有制经济；有利于理顺政府与市场关系，加快政府职能转变，充分发挥市场配置资源的决定性作用；有利于引进民企先进的管理经验，提升科学决策、科学管理水平。[701]最终通过 PPP 模式，让“一带一路”相关国家的企业资本进入中国的基础设施建设领域，同时中国企业资本也能够以 PPP 模式参与到“一带一路”国家的基础设施建设之中，相互促进交流，分享经验和成果，为“一带一路”的繁荣发展共同贡献力量。

二、PPP 的定义和分类

（一）PPP 的定义研究

PPP 本身是一个意义非常宽泛的概念，加之各个国家意识形态的不同，要想使世界各国对 PPP 的确切内涵达成共识是非常困难的。[702]PPP 的定义也是一个动态发展的过程，随着历史的发展和演进，其定义的内容也在不断发展和变化。最早，从英国提出的 PFI (Private Finance Initiate，私人融资倡导)到发达国家在基础设施建设领域所广泛践行的 Concession(特许经营)、BOT (Build-Operate-Transfer，建设-运营-移交)，发展至今 TOT (Transfer-Operate-Transfer，移交-运营-移交)、

[700]张飞.丝绸之路经济带新起点建设[J].环球市场信息导报,2013(47):2.
[701]黄群慧.新时期如何积极发展混合所有制经济[J].行政管理改革,2013(12):49-54.
[702]沈桂平.城市基础设施 PPP 模式研究[D].北京：交通大学，2007.

DBFO(Design-Build-Finance-Operate，设计-建造-投资-运营)等多种模式，PPP 已经发展成为基础设施投资领域多元融资模式的代表。中国 PPP 发展 20 年，在借鉴发达国家的成功经验并结合自身实践，逐步定义了中国自己的 PPP。联合国培训研究院认为 PPP 包含两层含义，其一是为满足公共产品需要而建立的公共和私人倡导者之间的各种合作关系，其二是为满足公共产品需要，公共部门和私人部门建立伙伴关系进行的大型公共项目的实施；[703]欧盟委员会对 PPP 的定义是公共部门和私人部门之间的一种合作关系，其目的是为了提供传统上由公共部门提供的公共项目或服务；[704]加拿大 PPP 国家委员会对 PPP 的定义是在欧盟委员会的基础上强调了资源分配、风险分担和利益共享机制；[705]而美国 PPP 国家委员会则认为 PPP 是介于外包和私有化之间并结合了两者特点的一种公共产品提供方式，它充分利用私人资源进行设计、建设、投资、经营和维护公共基础设施，并提供相关服务以满足公共需求。[706]

由此可见，PPP 有广义和狭义之分。广义的 PPP 泛指公共部门与私人部门为提供公共产品或服务而建立的各种合作关系，而狭义的 PPP 可以理解为一系列项目融资模式的总称，包含 BOT, TOT(Transfer-Operate-Transfer，移交-运营-移交)、DBFO(Design-Build-Finance-Operate，设计-建造-投资-运营)等多种模式。狭义的 PPP 更加强调合作过程中的风险分担机制和项目的资金价值(Value For Money)原则。

中国 PPP 趋近于狭义 PPP 定义，认为 PPP 是政府和社会资本合作模式：指政府通过特许经营权、合理定价、财政补贴等事先公开的收益约定规则，引入社会资本参与城市基础设施等公益性事业投资和运营，以利益共享和风险共担为特征，发挥双方优势，提高公共产品或服务的质量和供给效率。[707]

（二）PPP 分类

中国 PPP 由试点阶段到推广阶段，再到反复阶段，再到如今的大力推广阶段，在这 20 年发展中，学者们对 PPP 的分类进行了相对系统的研究。通过比较研究世界银行的分类、联合国培训研究院的分类、欧盟委员会的分类以及加拿大

[703]王秀云.PPP 在基础设施领域的应用及建议[J].郑州航空工业管理学院学报,2007(6):97-100.
[704] The European Commission. Guidance for successful PPP[R]. 2003.
[705] Allan R J. PPP a review of literature and practice[C].Saskatchewan Institute of Public Policy Public Policy Paper, 1999(4).
[706] The National Council For PPP USA. For the good of the people using PPP to meet America's essential needs[R]. 2002.
[707] 2015《政府工作报告》缩略词注释：http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/11/content_2832629.htm

PPP 国家委员会的分类，并结合国内目前的应用现状，笔者认同中国 PPP 可以按如下三级结构的方式(见图 1)进行分类。

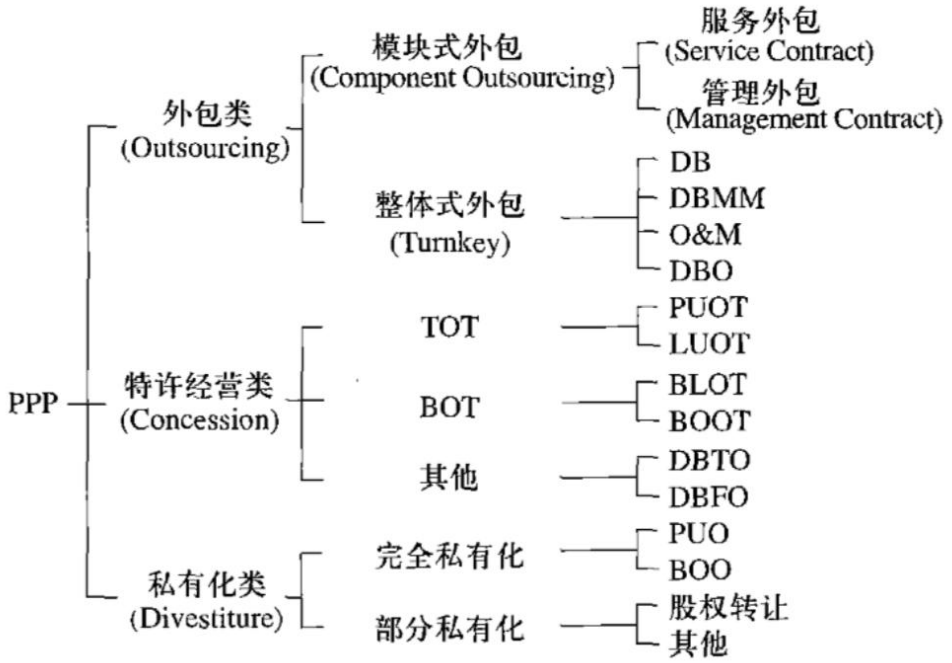


图 1　PPP 的结构分类[708]

1. 外包类 PPP

一般是由政府投资，私人部门承包整个项目中的一项或几项，如只负责工程建设，或者受政府之托代为管理维护设施或提供部分公共服务，并通过政府付费实现收益。在外包类 PPP 项目中，私人部门承担的风险相对较小。[709]

2. 特许经营类 PPP

需要私人参与部分或全部投资，并通过一定的合作机制与公共部门分担项目风险，共享项目收益。根据项目的实际收益情况，公共部门可能会向特许经营公司收取一定的特许经营费或给予一定的补偿，这就需要公共部门协调好私人部门的利润和项目的公益性两者之间的平衡关系，因而特许经营类项目能否成功在很大程度上取决于政府相关部门的管理水平。通过建立有效的监管机制，特许经营类项目能充分发挥双方各自的优势，节约整个项目的建设和经营成本，同时还能提高公共服务的质量。项目的资产最终归公共部门保留，因此一般存在使用权和所有权的移交过程，即合同结束后要求私人部门将项目的使用权或所有权移交给

[708]王灏.PPP 的定义和分类研究[J].都市快轨交通,2004(5):26.
[709]王灏.PPP 的定义和分类研究[J].都市快轨交通,2004(5):27.

公共部门。[710]

3. 私有化类 PPP

需要私人部门负责项目的全部投资，在政府的监管下，通过向用户收费，收回投资实现利润。由于私有化类 PPP 项目的所有权永久归私人拥有，并且不具备有限追索的特性，因此私人部门在这类 PPP 项目中承担的风险最大。上述分类方式在考虑到国际上主要分类原则的基础上，兼顾国内的术语使用习惯，使每一个术语对应一种特定模式，对应相应的含义（见表 1）。

模式名	英文含义	中文含义
DB	Design-Build	设计-建设
DBMM	Design-Build-Major Maintenance	设计-建设-维护
O&M	Operation & Maintenance	经营维护
DBO	Design-Build-Operate	设计-建设-运营
LUOT	Lease-Upgrade-Operate-Transfer	租赁-升级-运营-移交
PUOT	Purchase-Upgrade-Operate-transfer	购买-升级-运营-移交
BLOT	Build-Lease-Operate-Transfer	建设-租赁-运营-移交
BOOT	Build-Own-Operate-Transfer	建设-所有-运营-移交
DBTO	Design-Build-Transfer-Operate	设计-建设-移交-运营
DBFO	Design-Build-Finance-Operate	设计-建设-投资-运营
PUO	Purchase-Upgrade-Operate	购买-升级-运营
BOO	Build-Own-Operate	建设-所有-运营

表 1　缩写含义[711]

三、“一带一路”基础设施建设中引入 PPP 的重要性

（一）缓解地方政府债务危机

近年来，地方政府债务问题突显，“一带一路”沿线城市也不例外。根据国家审计署审计报告，截至 2013 年 6 月底，地方政府负有偿还责任的债务 10.88 万亿元，负有担保责任的债务 2.66 万亿元，可能承担一定救助责任的债务 4.33 万亿元。[712]巨额债务负担引发了中央的重视， 2014 年 10 月 2 日国务院发布《国务

[710]贺涛.基于 PPP 模式的武警部队通用资产投资问题研究[D],北京:国防科技大学，2010.
[711]周畅.基于公私合作制的公共事业投融资研究以北京市地铁四号线为例[D],北京：对外经济贸易大学，2010.
[712]邬云霞.地方债务谁买单[J].决策与信息,2014(2):7-8.

院关于加强地方政府性债务管理的意见》，从加强地方政府性债务管理，建立规范的地方政府举债融资机制，防范可能的财政金融风险以及推广 PPP 模式。通过政府举债与 PPP 之间的分工与协调，共建公共经济领域的科学发展模式以此推动城市建设管理的创新。[713]

“一带一路”战略的渐入佳境，离不开沿线城市完善的基础设施，如公路、铁路、港口、电力、水利等。基础设施建设资金投入大、建设周期长、项目回报慢等特点决定了，推广使用 PPP 模式，鼓励社会资本通过特许经营等方式参与到“一带一路”沿线城市基础设施事业投资和运营之中。通过 PPP 模式将政府债务转化为企业债务，及时化解政府财政危机，同时促进 “一带一路”沿线城市基础设施建设和公益事业发展。所以重视 PPP 模式在“一带一路”基础设施建设领域的运用，将成为现实“一带一路”互联互通的不二选择。[714]

（二）拓宽“一带一路”融资渠道

2014 年 11 月 16 日，国务院印发了《关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》，针对生态环保、农业水利、市政设施、交通、能源设施、信息和民用空间设施、社会事业等七个重点领域提出了吸引社会投资的政策措施。随后，国家发改委发布《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》，指出开展 PPP 是创新投融资机制的重要举措，对拓宽社会资本投资渠道、促进投资主体多元化、发展混合所有制经济、加快政府职能转变具有重要意义。财政部也推出了《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》及《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南》。这一系列的新政策，一方面考验了地方政府能否在新常态下把握机会，通过 PPP 创新融资模式推进经济建设发展；另一方面，为“一带一路”基础设施互联互通提供融资平台，解决资金需求问题。[715]因为引入 PPP 模式，“一带一路”的融资渠道更加丰富，在原有的丝路基金和亚投行的基础之上，创新融资渠道使“一带一路”战略，有充足的资金基础保证。

（三）激活社会资本惠及国计民生

众所周知，大型的基础设施，如地铁、高铁、核电、水利设施等，前期投资少则几十亿，多则上百亿，单凭地方财政完全无法承担，所以鼓励社会资本参与

---

[713]杨雅琴.我国地方政府债务管理制度的演进及改革[J].现代经济探讨,2013(8):56-60.
[714]张鹏.从沈阳市开行贷款项目中的问题看政府债务风险及防范[J].辽宁广播电视大学学报,2008(1):83-84.
[715]白淑芬.经济新常态下构建公私合作伙伴关系（PPP）势在必行[EB].
http://www.chinajsb.cn/bz/content/2015-02/02/content_151554.htm,2015.

其中是十分重要的。这些基础设施项目都关系到国计民生，关乎老百姓的切身利益。相当一部分基础设施项目具有公益性与收益性并存的特点，项目自身经济效益不足是项目融资的最大障碍，除政府以外，一般情况下没有企业对这类项目的投资有积极性。不过采用 PPP 融资模式后，可以通过政府对项目的扶持，提高项目的经济强度，降低项目风险，维护投资者和贷款方的利益，使项目融资成为可能。通过国家层面的行政指导，鼓励社会资本参与基础设施建设，保证社会资本合理、稳定的收益权利，既弥补了政府资金匮乏的现状，又满足了公众的设施需求，还可以促进社会资本的有效流通，PPP 模式一举多得，对强化基础设施互联互通十分重要。[716]

四、PPP 在“一带一路”基础设施建设中存在的问题和对策

PPP 在“一带一路”基础设施建设领域具有得天独厚的优势，而且可以促进基础领域运营机制的改革，提高项目经营效率，加快实现产权多元化，降低设施运营成本。[717]现阶段在中国推进“一带一路”战略中推行 PPP 融资方式，两大问题急需解决，一是完善法律法规，依法推进 PPP 的问题；二是健全配套机制，保证 PPP 模式科学发展的问题。

（一）法律法规的补充和完善

从狭义角度来看，规制我国 PPP 的规范性文件主要包括：《中外合作经营企业法》，《关于以 BOT 方式吸收外商有关问题的通知》，《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》，《关于借用长期国外贷款实行总量控制下的全口径管理的范围和办法》，以及近期国务院召开的常务会议通过的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》，以上法律文件所涵盖的内容基本上确立了我国项目融资的法律框架，但是由于上述规范性文件年代久远，软法政策居多，法律法规欠缺，因此国际上 PPP 项目融资的一些惯例和做法与我国现行的规定存在冲突。[718]

针对 PPP 项目的特点对现行法律法规进行补充完善，使之与“一带一路”接轨，与国际接轨，应该采取如下对策。

首先，依据十八届三中全会精神，抓紧修改“外资三法”完善立法衔接，明确

[716]赵华兴,周敏凯.民生问题与构建和谐社会进程中的政府"善治[J].中共宁波市委党校学报,2007(6):31-36.
[717]王周喜,张勇.PPP 融资模式在西部基础设施建设中的可行性分析[J].西北农林科技大学学报,2003(2):106-110.
[718]邹昱昙.浅析我国基础设施建设中 PPP 模式应用问题[J].商业时代,2009(24):2.

PPP 的主体界限。完善国内投资法律体系，建议通过制定《中华人民共和国投资法》，以此明确政府与社会资本合作的法律地位和权利义务关系，在法律上给予 PPP 明确定位。在国家层面的 PPP 立法中，还应规定政府审批权限、流程和管理程序，退出机制和纠纷处理机制，各地项目规模上限与政府财力比例，中长期预算机制，会计准则(如采用权责发生制或收付实现制)，信息披露、政府监管与公众参与制度等，使之具备全国统一的原则性做法和较强的法律效力，避免因中央部门或地方法规政策带来的冲突，特别是，需要处理过去国家层面其他法律如《合同法》、《公司法》、《招标投标法》、《政府采购法》、《会计法》、《税法》、《银行法》、《仲裁法》等未覆盖到 PPP 模式或与其有冲突的内容。[719]

其次，必须清晰发改委和财政部的职能划分和立法界限，避免立法分歧。发改委和财政部要统一立法的观点，无论是 PPP 法，还是特许经营法，应当有效整合、科学制定法律法规，规制 PPP 利益相关各方的合作行为。制订全国性的 PPP 项目实施指南，包含但不限于对上述 PPP 法律各方面内容的更具体的操作程序和细节，特许经营合同示范文本等，规范全国各中央部门和各地政府的不同做法。这样既承继历史沿革，又有创新发展，对促进中国 PPP 的良性和蓬勃发展十分有益。

再次，健全行政救济和司法救济。毋庸置疑，PPP 合同具有很强的“行政属性”，政府部门在合同中具有特权（包括合同履行的指挥权、单方面解除合同权、单方面变更合同权、和制裁权），因而私营部门在 PPP 合同中处于劣势地位，需要明确的合同救济规则对政府特权进行规制，以寻求法律上的平衡。因此，政府在 PPP 合同中行使特权时，应履行充分说理义务，并在采取行动前，应通知私营部门；私营部门具有咨询权、抗辩权、听证权等；应将厘清 PPP 合同的合同属性，依据明确的合同属性确定适用法律法规；推广和创新争议解决方式，建立 PPP 项目争议仲裁解决机构，针对 PPP 项目的特殊性进行合议仲裁。[720]

（二）健全配套机制

“一带一路”基础设施建设中 PPP 应用的配套机制有待健全，科学的机制构建有助于 PPP 模式在“一带一路”中的健康发展。便捷的基础设施是保证“一带一路”互联互通的基础条件，中国作为“一带一路”倡议发起国，有责任健全

[719]张明霞.BOT 的立法问题研究[D],山西:山西大学,2006.
[720]王守清,刘婷.PPP 项目监管:国内外经验与政策建议[EB].东方早报 http://www.dfdaily.com/html/8762/2014/12/2/1210953.shtml.2014.

本国 PPP 的配套机制，通过科学政府监管保证 PPP 模式在基础设施建设项目发挥其预期的作用，满足公众对公共基础设施的需求，促进市政公用事业市场化健康发展。

1．建立政府信用约束机制

从实践角度看，PPP 项目的期限往往会超过数届政府任期，下一届政府官员由于政绩或其他要求，很可能改变当地发展战略，当违背合同能获得大于遵守合同的利益时，政府部门可能出现失信违约行为，因此需要建立政府投资信用约束机制，保持政策的持续性和透明性。需要结合现有的财税制度改革，建立中长期预算机制，以保证政府按协议付费；通过信息公开，实现对政府财政风险和履约能力的监管，以制约政府权力并督促政府履约。

2．建立 PPP 项目中心

2014 年 5 月，财政部成立 PPP 工作领导小组，王保安任组长，金融司、经建司、条法司、预算司、国际司和中国清洁发展机制基金管理中心相关负责人为成员，在金融司设立办公室。以此作为我国现有的 PPP 项目监督管理机构，过于简约。借鉴欧盟、美国、加拿大等国的经验，建立国家 PPP 委员会或者 PPP 项目管理中心是国际 PPP 管理的主流趋势。我国应该在，中央层面建立国家 PPP 中心，根据省市或地区需要设立 PPP 中心派出机构。制定统一的准入监管办法，对立项和审批要点统一负责政策指导、总体规划和综合平衡，对政府财政风险进行监管和审批，并与央行、银监会保持密切沟通；负责建立 PPP 数据库，构建 PPP 信息平台，为将来类似项目的评估提供基础资料，实现国家或区域内 PPP 采购的标准化，并共享最佳实践经验，促进市场的竞争，提高政府监管水平。[721]

3．建立价格管控与调节机制

“一带一路”基础设施建设项目周期长达十几甚至几十年，要求项目参与者准确预测和独立承担项目所有风险是不实际的。应该结合项目运行期间的通胀、汇率、供需、成本、利息等因素，用动态的标注评估风险，充分平衡政府和企业之间风险划分和利益分配，做到相对的交易公平。因为基础设施建设领域多数都与民生相关，如地铁、高速、水务、能源等，项目运营定价备受关注。在 PPP 项目建立价格管控与调节机制的过程中，要充分考虑老百姓的承受能力，不光要

[721]戈世平.转变政府职能,加强市场监管[J].华东经济管理,2003(1):22-25.

关注项目运营收费标准，还要设计动态调控价格的机制，充分区别对待固定成本和变动成本的因素，有效降低风险，并设立创新机制设定条件重新开启调控价格谈判，保护社会和谐稳定。政府应根据不同的制度环境、风险和监管目标，采取不同的定价方式，并设立动态调节价格机制。[722]

4．建立 PPP 项目信息公开发布机制

建立统一的 PPP 项目信息发布机制，要向社会公布相关信息，保证项目信息的及时、准确和一致性，做到公开公平公正，以利于提高效率，防止腐败，也有利于研究、总结和传播经验教训、进行人员培训，进行能力建设，以实现知识管理，不断优化和改进 PPP 模式的应用。

建立“一带一路”PPP 项目信息平台，通过现代立体传媒平台将“一带一路”相关国家或地区的基础设施建设信息公开发布，进行有效的招标和评标，激励良性竞争，促成合理溢价。“一带一路”沿线政府应该及时公开有效信息，有利于潜在投标企业的评估和决策，提高项目对企业的吸引力；有利于公众和独立的咨询机构等积极参与其中，提供合理化建议，完善决策过程；也有利于避免黑箱操作，预防腐败。在项目建设和运营过程中，公开信息则有利于社会监督和激励企业控制成本、提高效率，提高服务水平，保障政府和公众利益，提高后续类似项目的决策和管理水平。积极发挥独立咨询机构，如会计事务所、律师事务所、银行等机构的作用，完善政府的决策机制，保障社会公众利益。[723]

五、结论

基础设施互联互通作为我国实施“一带一路”战略的先导与重要内容，对“一带一路”沿线国家的可持续经济发展具有无可替代的作用。发展项目 PPP 融资模式有利于动员社会力量与私人资本参与基础设施建设，加快以市场导向促进“一带一路”基础设施领域的改革步伐，打通民间资本直接进入基础设施领域的投资渠道，促进“一带一路”基础设施的快速发展。PPP 模式成熟稳定发展，与丝路基金和亚投行遥相呼应，相互促进和影响。在我国倡导的“一带一路”基础设施领域推广 PPP 融资模式，要重视法治化发展，补充和完善现行的法律法规，

[722]王守清,刘婷.PPP 项目监管:国内外经验与政策建议[EB].东方早报 http://www.dfdaily.com/html/8762/2014/12/2/1210953.shtml.2014.

[723]贺凯,何新民.论 PPP 融资模式在城市基础设施建设中的应用[J].城市建设理论研究,2012(19):12.

健全配套机制，PPP 模式才能可持续。在经济新常态背景下，积累丰富的理论和实践经验，在未来的中国企业“走出去”的道路上，增强企业经验和实力，最终为“一带一路”沿线国家的基础设施建设增添动力。

WTO 争端解决视角下的中美互联网措施之争

龚柏华　谭观福*

摘　要：本文从 WTO 争端解决视角对可能发生的几类中美互联网措施（互联网屏蔽、过滤和攻击）之争进行预分析。本文分析了 GATS 第 3 条（透明度）、第 6 条（国内法规）、第 16 条（市场准入）、第 17 条（国民待遇）和第 2 条（最惠国待遇）对中美互联网措施适用的可能性。本文认为，中国存在一定抗辩余地，当然也存在一些软肋。对于美国渲染的所谓中国军人互联网“商业间谍”案，中国亦可依据 TRIPs 第 39 条和第 73 条进行抗辩。

关键词：WTO　争端解决　互联网　屏蔽　过滤　GATS

从早期互联网屏蔽和过滤措施到近期所谓的互联网攻击引发的“商业间谍”之争，美国一些人士一直试图就中国的相关互联网措施在 WTO 发起争端诉讼。本文从 WTO 争端解决视角，对可能发生的几类中美互联网措施之争进行预分析，意在未雨绸缪。

我国的互联网审查包括以政府为主体实施的审查，以及通过法律制度安排将审查转移至服务商（如网络运营、搜索引擎以及内容网站等）的“自我审查”。“防火长城”（GFW）在我国互联网审查中发挥了重要作用，它主要指中国对因特网内容进行自动审查和过滤监控、由计算机与网络设备等软硬件所构成的系统。GFW 中的主要技术包括国家入口网关的 IP 封锁、主干路由器的关键字过滤阻断、域名劫持和 HTTPS 证书过滤等 4 种。与对境内网站采用直接的行政干预和关闭的过滤方式不同，对于境外网站，例如用户在检索某些关键词时，连接将会被重置，导致境内用户在几分钟或更长的一段时间内无法连接该网站。由于防火墙系统对境外网站页面的分析和过滤，会导致境内用户在连接网站时速度异常缓慢。[724]

---

* 龚柏华，复旦大学法学院教授、上海 WTO 事务咨询中心业务总监；谭观福，上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院在读硕士研究生。本文是上海市教委科研创新项目（KBH3457556）“中美互联网措施 WTO 争端解决预分析”阶段性成果。

[724] 姜昭琪：《GATS 框架下的我国网络监管制度》[硕士学位论文]，厦门大学，2014 年，第 8 页。

2011 年 10 月，美国贸易代表办公室（USTR）根据 GATS 第 3 条第 1 款和第 4 款有关信息通报的要求，写信给中国驻 WTO 大使易小准，要求回答有关中国互联网限制措施可能对美国相关服务提供者的影响。[725]

一　WTO 争端解决视角下的中美互联网屏蔽措施分析

美国对中国互联网屏蔽措施可能的 WTO 诉讼根据是 GATS 第 3 条（透明度）、第 6 条（国内法规）、第 16 条（市场准入）和第 17 条（国民待遇）等。

（一）　GATS 第 6 条（国内法规）下的中国互联网措施分析

GATS 第 6 条规制的对象是那些不具有歧视性，对国内和国外服务提供者统一适用的国内法规。因此，即便某种国内政策措施既符合国民待遇和最惠国待遇的要求、也不违反 GATS 第 16 条关于市场准入的规定，也仍然存在被判定为不符合 GATS 第 6 条规定的可能。

在“美国——赌博案”中，专家组确定 GATS 第 6 条第 1 款下的义务并不适用于国内措施的实质内容，而仅针对其实施程序。[726]因此，中国互联网措施的具体内容，例如对公开的信息屏蔽标准是否合理合法，并不在 GATS 第 6 条第 1 款考虑范围内。但是，由于中国互联网监管体系庞杂，“何谓国内措施的实质内容，何谓实施程序”将可能成为争议的焦点。中国若能将相关措施或做法归为“措施的实质内容”，将能有效规避该款规定的义务。

至于“合理、客观、公正”之标准，可以借鉴专家组在“阿根廷——牛皮和皮革案”中，对 GATT 第 10 条第 3 款（a）项的分析，因为该款的措辞和精神与 GATS 第 6 条第 1 款非常接近。[727] 根据专家组在该案中的解释，“对竞争关系可能产生的影响”是衡量一项措施是否违反该款要求的标准之一。[728]据此，国外相关的互联网服务供应商必须证明中国互联网措施的实施方式如何使该公司的市场竞争关系受到了不利影响。

---

[725] See Office Of The United States Trade Representative, United States Seeks Detailed Information on China's Internet Restrictions, http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/october/united-states-seeks-detailed-information-china's-i ,最后访问时间：2014 年 3 月 5 日。

[726] United States - Measures Affecting the Cross - Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R (10 November 2004), para.6.432.

[727] GATT 第 10 条第 3 款（a）规定：每一缔约方应以统一、公正和合理的方式管理本条第 1 款所述的所有法律、法规、判决和裁定。

[728] Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather, WT/DS155/R (19 December 2000), para.11.77.

按 GATS 第 6 条第 2 款的要求，中国的互联网立法应维持或尽快设立对影响互联网服务贸易的行政决定进行审查的司法、仲裁或行政法庭或程序，在受影响的互联网服务提供者的请求下，对相关行政决定迅速进行审查，并在请求被证明合理的情况下提供适当的救济。

对于通过商业存在方式向我国提供互联网服务的供应商，我国提供了相应的申诉机制。例如，2002 年《信息产业部行政复议实施办法》第 5 条和第 6 条规定，如果外商投资电信企业设立申请人认为符合法定条件，向工信部门（包括省级通信管理局）申请颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，以及审批、登记有关事项，工信部门没有依法办理的，申请人可以向工信部门提出行政复议申请；对行政复议决定仍然不服的，可以依照《行政诉讼法》的规定向人民法院提起行政诉讼，也可以依照《行政复议法》的规定向国务院申请裁决。但是，对于在中国境内无商业实体，而通过跨境交付方式向中国提供互联网服务的供应商，是否也有相应的司法救济保障？美国可能指控对于境外的互联网服务提供者，当其网站被屏蔽时似乎并不能得到正式的通知，缺乏确定其网站在中国是否已经或将会被屏蔽的渠道，一旦被屏蔽，将得不到有效的救济。

2014 年 6 月，最高人民法院通过了《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》），[729]该《规定》第 14 条第 2 款写道："擅自篡改、删除、屏蔽特定网络信息或者以断开链接的方式阻止他人获取网络信息，发布该信息的网络用户或者网络服务提供者请求侵权人承担侵权责任的，人民法院应予支持。接受他人委托实施该行为的，委托人与受托人承担连带责任。"那么，国外互联网服务提供者能否依据该款的规定，就我国政府影响互联网服务贸易的互联网过滤或屏蔽审查行为，在我国法院对互联网监管部门提起行政诉讼从而寻求司法救济？换而言之，我国可否将该款作为我国履行了 GATS 第 6 条第 2 款项下义务的证据之一？

《规定》的第 14 条第 2 款并未明确侵权人的范围，亦即并未明确该款可以适用于我国的互联网审查行为。从《规定》的名称和相关上下文来看，中国较难主张该款为在中国互联网审查中受影响的国外互联网服务提供者提供了司法救济。首先，《规定》适用的对象是"利用信息网络侵害人身权益的民事纠纷案件"，

[729] 以下简称"《规定》"，该《规定》于 2014 年 10 月 10 日起施行。

第 1 条对此解释为：指利用信息网络侵害他人姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权等人身权益引起的纠纷案件。而 GATS 规制的是影响“服务贸易”的措施，这只涉及网络服务提供者的财产权而非人身权。其次，《规定》的第 6 条、第 8 条在明确表述“采取删除、屏蔽、断开链接等措施”的主体时，均只提到“网络服务提供者”，而不涉及网络监管机关。

GATS 第 6 条第 5 款的内容，可以理解为在根据第 4 款的谈判结束前，对 WTO 成员实施的许可要求、资格要求和技术标准作出了最低限度的要求。中国的互联网措施应当属于 GATS 第 6 条第 5 款所指的“许可要求、资格要求和技术标准”。 依据第 5 款，实施措施不得超出成员做出具体承诺时的合理预期，此处“合理预期”取决于具体承诺表的范围和程度。换言之，具体承诺表制定时的所有措施均是合理预期的，仅有新措施的合理性按照第 5 款推定。[730]

中国互联网措施的相当一部分在我国加入 WTO 前就已经存在，因此这符合其他成员在中国作出相关服务贸易承诺时的合理预期，从而不受该款约束，例如《互联网信息服务管理办法》、《中华人民共和国电信条例》、《互联网电子公告服务管理规定》等。而对于中国入世后出台的互联网措施，如果被视为是“新措施”，那么其应该受到第 5 款的约束，仍存在被指控违反该款义务的可能性，例如《互联网出版管理暂行规定》、《中国互联网络域名管理办法》、《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》等。

如果中国能将入世后出台的互联网措施解释为已有规定的完善和具体化，那么应该被认为是符合其他成员的合理预期的，从而可以规避 GATS 第 6 条第 5 款下的义务。

（二） GATS 第 3 条（透明度）下中国互联网措施分析

中国通过 GFW 对互联网采取的屏蔽措施的很多具体实施程序，并未通过法律法规进行公布。国外有学者对中国互联网监管政策进行实证研究后指出，被中国屏蔽的网站名单绝不是静止不变的，有关互联网屏蔽和过滤的名单随时都在更新，随着这些变化，某些大众普遍感兴趣的、知名度高的网站，时而被屏蔽时而不被屏蔽，尤其像 CNN 和 Slashdot 这类新闻网站最为明显。[731]

---

[730] 王衡、柯杨：《<服务贸易总协定>国内规制实体规则缺陷及应对》，载《法学》2012 年第 9 期，第 83-84 页。

[731] Jonathan Zittrain & Benjamin Edelman, “Empirical Analysis of Internet Filtering in China”, Berkman Center for Internet & Society, Harvard Law School, http://cyber.law.harvard.edu/filtering/china/ ,最后访问时间：2014 年

对此，中国可援引 GATS 第 3 条之二的“机密信息的披露”进行抗辩。中方需要证明中国互联网监管方面未公开的相关标准、具体实施程序等属于该条所定义的机密信息，这些信息“一旦公开就会阻碍法律的实施或违背公共利益，或损害特定公私企业合法商业利益”。然而，WTO 争端解决实践并未对该问题做出过权威解释，要举证证明存在一定难度。

此外，中国还可援引 GATS 第 14 之二的“安全例外”进行抗辩。该条第 1 款 a 项规定：“本协定的任何规定不得解释为要求任何成员提供其认为如披露则会违背其根本安全利益的任何信息。”该条允许 WTO 成员拒绝提供公开后会违背其根本安全利益的任何信息。如果进行这种援引，中国需要承担完全的举证责任，例如证明“根本安全利益”的存在，以及我国的互联网措施对保护这一利益产生了作用。

中国目前的互联网立法在内容上过于抽象、原则，法规在语义上较为模糊、笼统，没有明确的判断、分级和执行标准。此外，还有一些兜底性条款，如“含有法律、行政法规禁止的其他内容的”，都给监管留下了过大的自由裁量空间，使中国互联网措施容易遭遇“透明度”方面的挑战。

（三）GATS 第 2 条（最惠国待遇义务）下中国互联网措施分析

GATS 第 2 条第 1 款规定，关于本协定涵盖的任何措施，每一成员对于任何其他成员的服务和服务提供者，应立即和无条件地给予不低于其给予任何其他国家同类服务和服务提供者的待遇。由于最惠国待遇的义务是无条件的，因此，中国的互联网措施不能对不同的外国网站构成歧视。

有观点指出，中国的互联网审查主要针对中文网站，这些网站大多建立在拥有大量华人移民的国家，即美国、加拿大、澳大利亚、日本和一些欧洲国家。[732] 这似乎导致来自不同国家即使包含相同敏感性内容的网站，基于语言差异，而受到不同程度的审查，即在同类情况的国家间构成不合理的歧视，从而违反最惠国待遇义务。

GATS 最惠国待遇条款适用的一个前提是其他成员的服务和本国服务，以及其他成员的服务提供者和本国服务提供者具有同类性（likeness）。中国在抗辩时

---

8 月 15 日。

[732] Henry Gao, “Google's China Problem A Case Study on Trade, Technology and Human Rights Under the GATS”, Asian Journal of WTO& International Health Law and Policy, Vol. 6, Issue 2 (September 2011), pp.376-377.

需要考虑的是，这里的语言差异是否属于“同类情况”？换句话说，中文网站和外文网站提供的互联网服务是否是“同类服务”，以及其他成员的互联网服务提供者和中国互联网服务提供者是否“同类”？这种同类性的确定是一个先决问题。

在 WTO 争端解决实践中，专家组在数起案件中阐述了判断 GATS 下服务和服务提供者“同类性”的根据，但尚未形成成熟法理。在同类服务的判定上，“欧共体香蕉 III 案”专家组依据服务的性质和特性，而“中国电子支付服务案”专家组引入了竞争条件标准。在同类服务提供者的判定上，“欧共体香蕉 III 案”和“加拿大汽车案”专家组依据所提供服务是同类服务，“中国出版物和音像制品案”专家组依据差别待遇是否仅以来源地为基础，“中国电子支付服务案”则似乎引入了竞争标准。迄今，上诉机构尚未有机会考虑这一重要的法律问题。[733]

值得注意的是，世界上主要的互联网过滤软件和技术都由美国公司生产，因此它们的审查项目也更多地针对英文网站。[734]笔者认为，仅仅因为主要针对特定语言的网站进行审查，就被认为违反最惠国待遇义务的指控难以成立。

（四） GATS 第 16 条（市场准入）下的中国互联网措施分析

中国目前的互联网限制措施以屏蔽措施为主。屏蔽措施是否违反 GATS 第 16 条市场准入义务，必须具体分析我国《减让表》是否对相关互联网服务作出市场准入的承诺以及承诺的具体范围，因此要确切的回答这个问题必须逐案分析，而无法作出一个笼统的结论。假定中国未能成功主张未对相关互联网服务作出市场准入的承诺，中国的互联网屏蔽措施可能涉嫌违反 GATS 第 16 条市场准入义务。以 IP 地址为基础的屏蔽最容易受到指责，因为它不区分允许和不允许的内容，而是屏蔽给定 IP 地址上的一切内容，其屏蔽范围过于广泛，而且被屏蔽的 IP 地址的名单是变化的。[735]有些综合性或技术性的外国网站只是因为含有少量的或可能牵涉到“有害或不良信息”，也会被整体封锁，这显然超出了中国网络审查的必要限度，容易被指控违反市场准入义务。

（五）GATS 第 17 条（国民待遇）下中国互联网措施分析

---

[733] 李晓玲：《GATS 下服务与服务提供者的“同类性”研究》，载《上海对外经贸大学学报》2014 年第 4 期，第 5 页。

[734] Kristen A. Knapp, “Internet Filtering: The Ineffectiveness of WTO Remedies and the Availability of Alternative Tort Remedies”, John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. 28, Issue 2 (Winter 2010), p. 285.

[735] Kristen A. Knapp, “Internet Filtering: The Ineffectiveness of WTO Remedies and the Availability of Alternative Tort Remedies”, John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. 28, Issue 2 (Winter 2010), p. 284.

近年来，国外媒体和学者频频指责中国互联网屏蔽措施违反了 GATS 第 17 条的国民待遇义务。类似于市场准入义务，要确定中国的互联网屏蔽措施是否违反 GATS 第 17 条的国民待遇义务，需要具体分析中国《减让表》中是否对相关互联网服务作出了国民待遇的承诺以及承诺的范围，因此也必须逐案分析。

有学者指出，“同样情况下，审查机构可能只要求某个国内网站移除有违法内容的单个页面，而对于外国网站则更倾向于进行不合比例的整体屏蔽，这种差别措施始终是违反 GATS 中的国民待遇承诺的”。[736]有学者认为，中国通过不公正地执行表面上中立的法律来改变竞争条件，从而有利于国内的互联网服务提供者。[737]还有观点认为，当国内的互联网服务供应商有可能从事禁止性的行为时，也能享受到上述“更优惠的待遇”。[738]

如果中国不能成功主张未对涉案互联网服务作出国民待遇的相关承诺，在抗辩时将存在诸多软肋。服务贸易国民待遇的适用对象是同类的服务和服务提供者，中方首先需证明其对国外和国内互联网不同形式的监管是针对不同种类的服务和服务提供者。但如前所述，在 GATS 下服务和服务提供者的“同类性”的认定，并未形成统一标准，举证难度很大。其次，根据 GATS 第 17 条的规定，GATS 成员给予外国服务及其提供者的待遇可以与本国服务及其提供者享有的待遇在形式上相同，也可以在形式上不同，但如果“形式上相同或不同的待遇”改变了竞争条件，从而使该成员的服务和服务提供者处于较为有利的地位，则这种待遇应被认为是较低待遇。GATS 国民待遇条款更注重平等的实际效果。[739]因此，中方应证明，中国对国外和国内互联网不同形式的监管，未在实质上改变竞争条件。

二　WTO 争端解决视角下的中美互联网过滤措施分析

对互联网进行过滤审查是包括西方发达国家在内的普遍做法。基于各自法律传统和现实国情的差异，各国在互联网监管措施的方式和严厉程度上存在较大的

---

[736] ［英］布赖恩•欣德利、［瑞士］李-牧山浩石：《网络审查与国际贸易法》，载《环球法律评论》2012 年第 2 期，第 57 页。

[737] Cynthia Liu, “Internet Censorship as a Trade Barrier: A Look at the WTO Consistency of the Great Firewall in the Wake of the China-Google Dispute”, Georgetown Journal of International Law, Vol. 42, Issue 4 (2011), p. 1228.

[738] Jordan Calinoff, Beijing's Foreign Internet Purge, Foreign Policy (Jan. 15, 2010), http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/01/14/chinas_foreign_internet_purge ,最后访问时间：2014 年 10 月 2 日。

[739] 石静霞著：《WTO 服务贸易法专论》，法律出版社 2006 年版，第 102 页。

差别。在WTO争端解决视角下，我国互联网过滤审查制度可能涉及到的问题是对GATS第3条透明度、第6条国内法规以及第17条国民待遇相关义务可能的违反。前面两个问题在互联网屏蔽制度中也涉及，上文已进行分析。

相较于完全、永久的屏蔽网站，对网站的搜索结果进行选择性过滤对国际贸易的限制程度较小，因为它至少保留了外国公司的商业权利。我国通过GFW对互联网信息进行过滤审查，那么对境外互联网服务供应商的审查措施，是否较中国同类服务和服务提供者，构成了较为不利的待遇，从而违反国民待遇义务？国外有学者认为，虽然表面上中国境内的互联网服务提供者受制于与境外互联网服务提供者似乎相同的过滤和审查程序，但GATS关注的是这些措施的实际影响。在中国，国外网站（如Google）受到中国互联网过滤审查制度的影响明显不同于国内同行（如百度）。[740]境外网络服务提供者由于受到防火墙系统的分析和过滤，如果过滤审查失当将导致网络连接速度变慢，影响其贸易服务质量乃至直接减少成交金额和业务量，并且，由于网速变慢导致访问量减少，从而影响特定服务的广告收入和其他收入。因此，美国可能争辩认为，中国的互联网过滤审查制度“改变了竞争条件”，有利于国内服务提供者，从而违反了GATS第17条项下的国民待遇义务。

然而，这种连接速度的比较在举证上有一定难度；并且，其是否只是跨境提供模式下存在的固有竞争劣势，也是值得怀疑。此外，GATS第17条第1款的注释规定：“根据本条承担的具体承诺不得解释为要求任何成员对由于有关服务或服务提供者的外国特征（foreign character）而产生的任何固有的竞争劣势作出补偿。”[741]因此，如果中国能证明外国网站连接速度上的劣势是由于该互联网服务或服务提供者的“外国特征”而产生的固有竞争劣势，那么它并非属于国民待遇涵盖的义务。

三　WTO 争端解决视角下中美互联网“商业间谍”之争

2014 年 5 月 19 日，美国司法部部长霍尔德宣布，以涉嫌经济间谍犯罪，起诉中国人民解放军的 5 名军官，认为他们通过网络攻击窃取内部敏感文件，以帮

[740] Ritika Patni & Nihal Joseph, “WTO Ramifications of Internet Censorship: The Google-China Controversy”, NUJS Law Review, Vol.3, Issue 3 (July-September 2010), p.358.
[741] GATS 第 17 条第 1 款注释。

助中国企业在与美国企业的商务谈判中取得优势。据霍尔德说，中国军官窃取的经济情报涵盖了核反应堆资料以及美国太阳能公司的资料，而这些资料最终都给了中国公司。[742]当天，中国外交部发言人秦刚指出，美方蓄意捏造事实，以所谓网络窃密为由宣布起诉 5 名中国军官，此举严重违反国际关系基本准则，损害中美合作与互信。[743]

2014 年 5 月 22 日，美国国会议员查尔斯·舒默（Charles E. Schumer）写信给美国贸易代表迈克尔·弗罗曼（Michael Froman），要求将中国军人案提交到 WTO。信中提到，中国军官已经非法搜集了美国太阳能、核能以及金属行业的企业信息，对这些攻击行为的允许不仅对这些具体的公司构成威胁，更对整个国家的经济安全构成威胁。尽管之前司法部对这 5 名军官提起了诉讼，但是一旦中国拒绝引渡，将难以对其进行制裁。采取强有力的执行机制来惩罚允许网络攻击的国家，以确保美国企业的网络安全，至关重要。TRIPs 协定要求每个 WTO 成员保护商业秘密，中国默许网络间谍的政策明显违反了该协定。[744]

美国仅依靠私营部门Mandiant的报告是否能满足WTO争端解决的举证责任要求，连美国学者也表示怀疑。[745] 美国极力主张在 WTO 告中国的律师也不得不承认难点在于“认定计算机入侵的来源，所获得的信息，什么类型的信息给了中国境内的商业活动”。[746]网络攻击的隐秘性使得攻击者身份和源头的确定也极为困难。[747]

笔者暂且不去讨论美国是否能够达到举证责任问题。[748]本文仅抽象地分析网络攻击窃取商业秘密的行为是否可在 WTO 争端解决。

---

[742] 互联网新闻研究中心编著：《美国是如何监视中国的——美国全球监听行动纪录》，人民出版社 2014 年版，第 108 页。

[743] 外交部：《中方强力反击美方“起诉”中方人员》（2014 年 5 月 20 日 ）http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/fyrbt_602243/t1157508.shtml ,最后访问时间：2014 年 10 月 1 日。

[744] See Schumer Calls On U.S. Trade Rep To File WTO Suit In Response To Chinese Cyber-attacks-Says Indictments Against Chinese Hackers Are Good First Step But Impossible To Enforce & International Penalties Are Needed, May 22, 2014.

[745] David P. Fidler, "Economic Cyber Espionage and International Law: Controversies Involving Government Acquisition of Trade Secrets through Cyber Technologies", Insights 17, no. 10 (March 20, 2013), http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/10/economic-cyber-espionage-and-international-law-controversies-involving , 最后访问时间：2015 年 1 月 16 日。

[746] Dr. Stuart S. Malawer, “Confronting Chinese Economic Cyber Espionage With WTO Litigation”, New York Law Journal, December 23, 2014.

[747] 黄志雄：《论网络攻击在国际法上的归因》，载《环球法律评论》2014 年第 5 期，第 167 页。

[748]有美国学者认为，在 WTO 起诉的举证责任比起在美国地区法院的刑事起诉要容易得多。参：James P. FarwellDarby Arakelian, “China Cyber Charges: Take Beijing to the WTO Instead”, THE BUZZ (The National Interest) (May 20, 2014), http://nationalinterest.org/blog/the-buzz/china-cyber-charges-take-beijing-the-wto-instead-10496 , 最后访问时间：2015 年 1 月 17 日。

美国的指控主要针对的是中国军人利用互联网攻击来访问在中国境外私人企业具有商业价值的信息（通常被知识产权所保护）的行为。换言之，美国关心的是在中国境外“窃取”受知识产权保护的信息。

TRIPs 涉及的知识产权保护是以属地管辖原则为前提的。WTO 协定或 TRIPs 没有任何地方明确地强制要求中国保护在其他成员领土范围内有商业价值的信息，中国入世承诺中也未就在其领土外的间谍活动作出过特殊承诺。正如有美国学者所指出的“TRIPs 并不要求 WTO 成员禁止本国国民或公司从事在外国国内的公司商业间谍活动，同时，TRIPs 也不规制政府主导的在其他国家国内的经济间谍活动。”[749]

假设根据美方的指责中国军人案被 WTO 争端解决机构受理，那么就会涉及 TRIPs 第 39 条对未披露信息的保护这一条款的分析。TRIPs 第 39 条第 2 款规定，自然人和法人应有可能防止其合法控制的信息在未经其同意的情况下以违反诚实商业行为的方式向他人披露，或被他人取得或使用，只要此类信息：（a）属秘密，即作为一个整体或就其各部分的精确排列和组合而言，该信息尚不为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道，或不易被他们获得；（b）因属秘密而具有商业价值；并且（c）由该信息的合法控制人，在此种情况下采取合理的步骤以保持其秘密性质。

笔者认为，TRIPs 协定第 39 条只是要求成员承担商业秘密保护义务，并未进一步规定要求成员如何对域外商业秘密给予保护，这仍属于成员自行立法决定的权限范围。在商业秘密问题上，国内法是否保护域外商业秘密各国可能立法不一致。

对此，美方可能抗辩道：中国军人通过网络“窃取”美国境内企业的商业秘密，其侵权行为发生地为中国，所以仍然违反中国域内保护的义务。这里又面临一个解释问题，即“网络侵权行为地”该如何界定。就我国而言，侵犯商业秘密行为属于侵权行为，国家对侵权行为产生管辖权会基于若干因素，如侵权行为地、侵权结果发生地、侵权主体所在地等。本案中，商业秘密主体在美国，网络侵权行为发生在网络，侵权结果发生在美国，我国对此是否有管辖权，值得进一步研

[749] Fidler, "Why the WTO is Not an Appropriate Venue for Addressing Economic Cyber Espionage," (Feb. 11, 2013): www.armscontrollaw.com; Fidler, "Economic Cyber Espionage and International Law: Controversies Involving Government Acquisition of Trade Secrets through Cyber Technologies," Insights 17, no. 10 (March 20, 2013).

究。

美国有些学者或律师也意识到引用 WTO 条文起诉的困难性，但又主张尝试“非违反之诉（non-violation complaint）。[750] 但要知道，根据 TRIPs 第 64.2 条的规定，TRIPs 中非违反之诉的使用目前已被暂停。该暂停最近将延长到 2015 年 12 月。另外，根据 DSU 第 26.1 条要求，主张非违反之诉的起诉方必须“提供详细的正当理由，以支持任何就一项不与适用协定产生抵触的措施而提出的起诉”。这在本案中美国几乎是难以满足要求的。

假设 WTO 受理了该案，中国还可援引 TRIPs 第 73 条的安全例外进行抗辩，拒绝披露相关信息。美国为了举证，可能需要访问中国军方的计算机系统或者需要中国军方提供相应材料，但是军方内部网络以及相关资料可能涉及大量的军事机密，如果将其披露，显然将严重危及中国的国家安全。因此，中国可据此 TRIPs 第 73 条 a 款规定拒绝提供相关资料。TRIPs 第 73 条 a 款规定，本协定的任何规定不得解释为要求一成员提供其认为如披露则会违背其根本安全利益的任何信息。该款的措辞与 GATS 第 14 条之二第 1 款（a）项以及 GATT 第 21 条（a）款基本一致。该款允许 WTO 成员拒绝提供披露后会违背其根本安全利益的任何信息，并且“其认为”的措辞意味着将判断权交给援引这一例外的成员。中国在援引该条抗辩时的关键问题是对“国家根本安全利益”的解释。按照中国 2015 年 1 月 19 日公布的《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》第 57 条（六）的定义，“国家根本安全利益”包括“对我国信息和网络安全的影响”。

四 结 语

在 GATS 规制下，按照美国贸易代表谈判办公室对中国互联网措施的指责，美国对中国互联网屏蔽和过滤限制措施可能的诉讼根据是 GATS 第 3 条（透明度）、第 6 条（国内法规）、第 16 条（市场准入）和第 17 条（国民待遇）等。根据上文分析，从应诉策略上看，中国存在一定抗辩余地，当然也存在一些软肋。对于美国最近渲染的所谓中国军人互联网“商业间谍”案，中国亦可依据 TRIPs 第 39 条和第 73 条进行抗辩。

互联网监管本身在 WTO 法上并未被禁止，各国对互联网进行一定的监管是

[750] Skinner, "An International Law Response to Economic Cyber Espionage," Connecticut Law Review 1165 (May 2014). James Farwell, "China Cyber Charges: Take Beijing to the WTO Instead," THE BUZZ (The National Interest) (May 20, 2014).

国际通行做法。WTO 规则也并未一味强调国际服务贸易自由化，而是意图在主权国家对服务贸易的管制权与服务贸易自由化之间确立适当的平衡。这也是中国政府需要提高执政能力，平衡好两者的关系。

Legal Analysis of the Sino-US Internet Regulatory Measures under the Perspective of WTO Dispute Settlement

Gong Baihua Tan GuanFu

Abstract: This article makes some pre-analysis of several disputes in Sino-US internet regulatory measures which may occur from the perspective of WTO dispute settlement, including internet blocking, filtering and attacks. The article analyzes the possibilities of applying article 2, 3, 6, 16 and 17 of GATS in this potential WTO dispute case. It can be found that China has some leeway to demur, notwithstanding some weaknesses within the framework of WTO rules. As for the so called case of "Chinese economic cyber espionage" propagated by the United States, China can also invoke article 39 and 73 of TRIPs to demur.

Keywords: WTO, Dispute Settlement, Internet, Block, Filter, GATS

国际法对动物福利的规范与启示:以欧共体海豹产品案为视角

叶波 梁咏*

摘要：随着当代国际法的发展，已经有若干国际条约规范了动物福利问题，但保护动物福利是否构成国际法上的基本原则仍然存在争议。在世贸组织处理的第一起涉及动物福利的欧共体海豹产品案中，争端解决机构承认了欧盟保护动物福利的主张可以按照一般例外条款中的保护公共道德条款获得合法性证明，但其实施存在瑕疵。该案件说明，贸易自由化进程日益受非贸易价值的影响，采取贸易限制措施需要掂量和平衡诸多因素。

关键词：动物福利 欧共体海豹案 一般例外 公共道德

随着晚近国际法的发展，国际法的调整范围日益扩大，其中就包括动物福利问题，国际社会制定了诸如《保护濒危动物国际贸易公约》(Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, CITES)[751]、《保护大西洋海豹公约》等国际法条约规范上述问题。在 WTO 体制中，2009 年的欧共体海豹产品案[752]涉及保护动物福利的因素，欧盟就以保护动物福利

* 叶波，上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院副教授，上海高校智库国际经贸治理与中国改革开放联合研究中心研究员；梁咏，复旦大学法学院副教授。本文受上海市教育委员会 2014 年科研创新项目“经济体贸易政策变化研究：以自贸协定为视角”（项目编号：14YS098）、中欧关系研究 2015 年“指南针计划”项目“欧盟贸易政策的最新趋势及其对中国的启示”、上海市高校“085 工程项目”、2013 年国家社科基金项目“WTO 争端解决机制下中国参与国际经贸规则制定的实证研究及对策”（项目编号：13BGJ034）、2012 年上海市哲学社会科学青年项目“欧债危机背景下中国与欧盟贸易摩擦与对策研究”(项目编号：2012EFX001)资助。

751 截至 2015 年 4 月，该公约共对 187 个国家和区域国际组织（欧洲联盟）生效，对世界绝大多数国家都具有法律约束力。See CITES,List of Contracting Parties, http://www.cites.org/eng/disc/parties/chronolo.php,2015 年 4 月 29 日访问。

752 欧共体有关海豹产品的措施 2009 年通过，并于 2010 年生效。制定欧盟海豹法规的原因主要是基于欧盟成员有关动物福利的信仰，认为在宰杀海豹时要考虑到动物的痛苦。该法令同时也反映了有关动物和人类福利的哲学思考，欧盟委员会要求欧洲食品安全局下的专家组就发生在加拿大和其他国家的海豹捕猎活动提交专家意见。专家意见并没有就海豹捕猎活动表达明确的道德立场，而是介绍和评估了捕猎海豹的方法对海豹产生的影响。总的来说，该报告认为海豹是具有感情的动物，捕猎海豹活动使海豹遭受了痛苦。出台该法令的争论可以追溯到 20 世纪 60 年代，1964 年，加拿大捕猎海豹的活动引起了国际社会的注意,国际社会开始关注加拿大当地的捕猎者采取了残忍的手段捕猎海豹。欧洲经济共同体 1983 年就海豹皮毛产品

作为实施进口禁令的理由，并进而产生了若干争论。

本文首先概述了国际法上对动物福利问题的规范及最近发展趋势，接着结合WTO争端解决实践说明了一般国际法与WTO法的互动，也就是外部法律渊源在WTO法律体系中的地位，并试图说明产生上述现象的原因。由于欧共体海豹案的争议焦点是欧盟的海豹产品禁令是否可以依一般例外条款获得合法性证明，所以侧重分析了一般例外条款在海豹案中的适用，最后得出结论。

一、一般国际法中的动物福利问题

动物福利传统上被认为是国内法规范的事宜，国际法直到最近才开始关注该事项，但始终存在比较大的争议，直到目前为止也没有专门的国际条约规范动物福利问题，当然有些国际条约间或涉及动物福利。至于说有关动物福利的规则是否构成国际习惯法或者国际法基本原则，更加是众说纷纭。有观点认为，要求保

发布了临时禁令,并且在1989年该临时禁令成为了无限期禁令,而且获得欧洲公众的普遍支持,可见欧共体对动物福利问题的关注和重视。为了应对国内和国际社会的压力,加拿大政府1986年成立了专业委员会来处理海豹捕猎问题,并且在1987年通过了《渔业法案》(Fisheries Act)、《海洋生哺乳动物法规》(Marine Mammal Regulation)关注海豹捕猎问题，禁止出于商业目的捕猎海豹幼仔。总而言之，有关捕猎海豹的争论一致持续到了今天，对于加拿大原住民来说，捕猎海豹代表了传统生活方式，而关注动物福利的组织则要求禁止捕猎海豹，认为捕猎海豹必然会严重侵害动物福利。就目前而言，反对捕猎海豹的呼声占了上风，主要的海豹捕猎国家，包括加拿大、冰岛、挪威反对保护动物福利，而包括欧盟在内的国家或经济体越来越多地发布了禁止进口和商业贸易海豹产品的禁令，例如美国早在1972年就发布了禁止进口海豹产品的禁令。晚近以来,众多国家和地区都实施了相同的禁令,墨西哥在2006年宣布禁止包括海豹在内的海生哺乳动物的进出口,2011年,俄罗斯等国宣布对格陵兰海豹产品实施禁令,我国台湾地区也在2013年宣布对所有的海洋生哺乳动物的贸易实施禁令。欧共体海豹产品案起源于2009年11月挪威要求与欧盟就有关海豹产品贸易的法规及相关措施展开磋商，该欧盟海豹产品法规的主要内容是禁止进口和销售加工和未经加工的海豹产品，当然也允许一些例外，主要是基于原住民和海洋资源管理的理由。冰岛和加拿大随后也加入了磋商。原告方主要认为欧盟的海豹产品法规违反了《TBT协定》第2.1、2.2条和GATT 1994第1.1条。2013年11月，专家组报告发布，裁决认为欧盟的海豹法规属于技术法规，由于法规一定程度上实现了保护动物福利的目标也就是保护了欧盟主张的公共道德，所以没有违反《TBT协定》第2.2条，但有关原住民例外的规定违反了GATT 1994第1.1条，有关海洋资源管理的例外规定违反了GATT1994第3.4条，同时原住民例外和海洋资源管理例外都不能依据一般例外条款第20条(a)项的公共道德例外条款获得合法性证明，原因在于没有遵守第20条前言规定的条件。在专家组报告发布之后，加拿大、挪威和欧盟先后上诉。上诉机构2014年5月发布了上诉机构报告，裁决认为欧盟的海豹法规并不构成《TBT协定》附件1中的“技术法规”，认为欧盟的海豹法规符合一般例外条款(a)项中的“公共道德”例外的实质条件，但依然认为欧盟的海豹法规没有满足一般例外条款前言规定的程序性条件，所以欧盟的上述措施不能依据GATT第20条获得合法性证明。See WTO,European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products,https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds401_e.htm，2015年4月28日访问。

护动物的规则属于欧洲或者说西方的价值观，应当予以抵制，在这方面的典型例子就是将停止捕杀鲸鱼的主张认定为是文化帝国主义，本案中欧共体的海豹产品法规也是相似情形。具体到欧盟，英国早在 1822 年通过了《马丁法案》(Martin Act)禁止虐待动物，而欧盟确实将动物福利视为其基本价值之一，欧盟各国国内法或多或少都规定了动物福利,禁止对动物采取不必要的虐待措施。保护动物福利目前确实构成了国际法上的义务，并且获得了一定程度上的国际共识。

总之，国际社会一般认为保护动物福利的理念起源于欧洲，一些重要的国际条约在规定了诸如保护野生动物、保护环境等事项的同时，也就动物福利问题做了相应规定。虽然上述国际条约并不直接适用于欧共体海豹产品案，但说明动物福利已经成为国际条约关注的对象，有必要在裁决案件时认真考虑这个问题。

(一)保护动物福利的国际法规则

在分析动物福利问题时，首先需要界定“国际动物”的概念。如果某些动物在不同边境间迁徙或者不是居住在一国之内，那就需要开展国际合作规范上述事宜，这方面的典型例子就是《保护濒危动物国际贸易公约》该条约主要涉及动物保护问题，但也有相当篇幅涉及动物福利。可以这么认为，该公约反映了包括动物福利问题在内的相当广泛的国际社会共识。

鲸鱼和海豹属于典型的海洋哺乳动物，属于国际动物。就目前国际法对海洋哺乳动物的规范而言，动物福利是其中的重要内容。海洋哺乳动物一般比较巨大，多生活在高纬度的寒冷艰苦环境中，猎捕上述动物的方法难免残忍和不人道，所以海洋哺乳动物的人道主义关注问题引起了国际社会的关注。这方面的典型例子就是《国际捕鲸公约》对捕鲸活动的监管，同时按照该公约建立了国际捕鲸委员会。公约的最初目的是为了促进捕鲸产业的有序发展，但国际捕鲸委员会随后将工作重点集中在减少捕鲸活动中的残忍措施，道德关注的因素逐渐增加。与鲸鱼相似，国际法也对捕杀海豹作了类似规定，要求避免残忍地捕杀海豹。早在 1958 年，联合国海洋法会议就一致通过决议，要求在捕杀鲸鱼和海豹的时候尽量避免采取残忍的措施，1972 年的《保护大西洋海豹公约》要求以“迅速、无痛和有效的方式捕杀海豹”。虽然商业捕杀海豹的活动并不受上述条约和决议的约束，但条款规定反映了关注动物福利的宗旨，总的原则是应当避免对动物造成不必要的痛苦，而国际法应当在一定程度上实现上述政策目标。

（二）动物福利的道德因素以及保护动物福利是否构成国际法原则

除了具有法律约束力的国际条约规范了动物福利问题之外，不具有法律约束力的国际组织的宣言和声明也在一定程度上涉及这个问题，这说明动物福利已经在一定程度上具有了公共政策或者说公共道德的因素，逐渐获得了国际社会的承认。在这方面的典型例子就是《有关动物福利的普遍宣言》草案文本的逐步发展，该宣言的目的最初是国际社会为了保护动物，总的基本原则是应当尊重动物福利，并在国内和国际层面采取措施保护动物福利。

就目前而言，国内法和国际法同时关注了动物福利的问题，这说明动物福利涉及法律的共同价值，也就是属于所谓的法律基本原则的情形，上述法律基本原则可以适用于包括 WTO 协定在内的国际条约解释过程中，也就是可以将保护动物福利视为是公共道德(public morals)，以此为理由为贸易限制措施提供合法性证明。从 WTO 争端解决实践的角度来看，欧共体荷尔蒙案和生物技术产品案的专家组、上诉机构采取了比较谨慎的做法，认为无论预防原则是否构成国际法上的原则，对案件结果都没有影响。是否适用其他国际法规则或者说外部法律渊源，表明 WTO 的专家组或者上诉机构是否愿意考虑国际法的发展而与时俱进。该问题并不是一个特定的或者说技术性问题，而是在解释和适用法律规则的过程中是否将 WTO 法和其他法律规则作为整体看待。

总的来说，国际法仍然处于发展状态中，对动物福利的关注也不断增长，动物福利的问题逐渐成为国际法关注的新领域。即便有关动物福利的国际法规则仍然处于演进状态中，有些国际法规则即便没有法律约束力，也仍然可以适用于欧共体海豹产品案中，专家组在解释和适用 WTO 法时应当将其视为国际法的组成部分，这样才可以适应国际法的逐渐发展而不是罔顾大势。保护动物福利反映了国际人权的基本原则，反映了国际法的逐渐发展，虽然人权和动物福利传统上都是国内法的调整对象，但目前都成为了国际法所关注的事宜。

二、以 WTO 争端解决机制为视角分析一般国际法与 WTO 法的互动

总的来说，世界贸易组织法律体系是自成一体的法律制度，WTO 的争端解决机制也主要依据 WTO 协定裁决案件，但毫无疑问，世界贸易组织也深受一般国际法的影响。《争端解决谅解》就此问题也做了明文规定，要求以“符合解释国际

公法一般原则”的方式解释 WTO 协定。在美国汽油标准案中，上诉机构就认为上述规定说明 WTO 条约不应隔离于一般国际法之外而加以解释和适用。上诉机构进一步认为，应当按照《维也纳条约法公约》第 31.2 条中的文本通常含义，善意地解释。在日本酒精饮料案中，上诉机构也认为《维也纳条约法公约》第 31 条也可以适用于本案。可以这么认为,《维也纳条约法公约》第 31.3 条可以用来确定 WTO 协定和一般国际法的关系,任何相关的国际法规则都可以在解释条约时适用。在这方面,WTO 争端解决可以在多大程度上关注非贸易价值，争端解决实践和学理已经有了很多探讨。在美国虾和虾制品进口限制案中，在援引《维也纳条约法公约》第 31.3 条(c)项解释第 20 条一般例外条款时，上诉机构认为可以从一般国际法的原则来寻求解释。但在该案件后，WTO 的争端解决机构采取了一种比较保守的做法，在欧共体荷尔蒙案中，上诉机构并不认为预防原则构成了国际法上的基本原则。在欧共体生物技术产品案中，专家组认为在有关国际条约的问题上，适用于于争端方的国际规则仅仅是指对所有 WTO 成员都有效的国际条约，这样做无疑将在很大程度上限制其他国际条约在 WTO 争端解决中的作用。然而，上诉机构在欧共体大型民用航空器案中的裁决可能被视为是一个转折点,上诉机构又采取了一种更加开放的方式，认为应当从更广泛的国际法规范角度来解释 WTO 协定。

总的来说,从美国汽油标准案到美国虾和虾制品进口限制案的争端解决实践说明，上诉机构援引了一系列国际公约和不具有约束力的宣言来得出结论，但一般国际法在 WTO 争端解决中的地位和作用仍然存在争议。如果要限制一般国际法在 WTO 争端解决中的适用，主要是基于以下两个理由：第一，WTO 的专家组和上诉机构对于国际法上的非贸易问题保持谨慎；第二，如果过度援引了其他国际条约，WTO 的专家组、上诉机构认为这会破坏当年谈判达成的巧妙平衡，认为他们的裁决不应增加或者减少 WTO 协定规定的权利和义务。但是从政策考量的角度而言,在解释和适用 WTO 法时应当考虑一般国际法,主要是出于以下几个原因:第一,当代国际法的发展已经比较完善，对大多数领域的问题都有涉及，在解释和适用 WTO 法时不可避免地要参考外部法律渊源，而且国际法和国内法之间也存在相互影响和借鉴的情形。就 WTO 争端解决实践而言，大多数 WTO 争端都涉及国际法的相关领域，需要参考其他国际法规则；第二，在 WTO 处理非贸易关注时援引外部

法律渊源可以一定程度上增强 WTO 的合法性，因为国际法反映了大多数国家的共识，在 WTO 争端解决机制中适用外部法律规则可以增强 WTO 作为一个规范国际贸易组织的合法性。[753]

非贸易领域的国际法规则在解释和适用第 20 条一般例外条款时尤其重要。一般例外条款的核心问题就是平衡贸易自由化的承诺和其他非贸易价值之间的关系。欧共体海豹产品案的关键在一定程度上取决于欧盟的海豹法律是否可以依据第 20 条获得合法性证明，由于欧盟禁令同时适用于欧盟内部和进口产品，至少从表面上看欧盟的措施并没有违反 WTO 规则。由于动物福利问题属于公共道德问题，对欧盟的措施可以援引第 20 条(a)项公共道德例外条款加以规范，我们需要分析欧盟措施涉及的价值重要性、欧盟措施在多大程度上实现了目标，以及贸易自由化措施和非贸易价值之间的巧妙平衡。

具体来说，在美国赌博案和中国视听产品案中，WTO 争端解决机构对 WTO 成员对“公共道德”的界定予以了相当程度的尊重，但上述对公共道德的尊重并不是无限制的，而是应当在一定程度上受国际法规则的约束。在欧共体海豹产品案中，主要问题涉及到欧盟的价值观与国际法规则之间的冲突和互动。本案的争议焦点之一就是动物福利是否构成国际法上的基本原则，如果构成基本原则，是否属于《维也纳条约法公约》第 31.3 条(c)项中的“适用于当事方之间的相关国际法规则”。即便动物福利如同与预防原则为一样没有成为国际法上的基本原则，WTO 的专家组、上诉机构在运用 WTO 法判断欧盟措施的合法性时，动物福利也应当成为其中的考虑因素以反映国际法的不断发展。在笔者看来，动物福利目前已经成为国际法关注的新热点，但并没有成为国际法上的基本原则，保护动物福利是否可以作为条约解释的基本原则，存在争议。总之，欧共体海豹产品案可以比较典型地说明 WTO 协定和一般国际法之间的关系，尤其可以比较典型地说明了动物福利这样正处在发展过程中的国际法规则在 WTO 争端解决中的地位和作用。

---

753 在这方面，外部法律渊源在 WTO 争端解决机制中的适用有不同的方式。有学者认为应当以符合国际习惯法的方式解释条约，也就是外部法律渊源应当可以自动适用于 WTO 争端解决机制，除非这样做将削弱 WTO 体制的地位和作用。按照上述观点，外部法律渊源将在 WTO 争端解决中发挥很大的作用。欧共体生物技术产品案则采取了另外一种方法，要求相应的国际法规则必须在争端方之间适用。在美国虾和虾制品进口限制案中，上诉机构提出了另外一种观点，认为外部法律渊源可以用来作为说明条款通常含义的证据，也就是将外部法律渊源作为事实看待。按照上述方法，在解释和适用 WTO 法时就可以适应国际法的发展而与时俱进。

三、欧共体海豹产品案中一般例外条款的适用分析

本部分将按照 GATT 第 20 条一般例外条款对欧盟的措施进行合法性分析，主要分析措施是否属于(a)项中的保护公共道德的措施，同时也分析措施是否是(b)项中的保护公共健康的措施。

分析措施是否可以按照第 20 条获得合法性证明，首先分析措施是否保护了第 20 条明确规定的价值，然后分析措施是否切实实现了所追求的目标，也就是进行必需测试，最后分析措施是否满足了第 20 条前言规定的程序条件。

如果一项措施保护了动物福利，那措施确实可以归入到第 20 条(a)、(b)项的公共政策范畴，按照中国视听产品案和美国赌博案分别对第 20 条(a)项和《服务贸易总协定》第 14 条对“公共道德”的解释，WTO 成员在界定“公共道德”的问题上拥有比较广泛的自由裁量权。在美国赌博案中，专家组就认为 WTO 成员根据自身的体制和价值观，拥有相当的空间界定和实施“公共道德”的概念，中国视听产品案的上诉机构也沿袭了上述主张。在欧共体海豹产品案中，专家组、上诉机构都肯定了欧盟的措施是为了保护欧盟的道德价值，也就是保护动物福利。

有很多证据可以用来证明动物福利属于公共道德例外的范畴，现代国际法的实践已经证明，为了保护动物福利而对运送动物采取限制措施属于公共道德例外的范畴。国际贸易法可能是最早关注动物福利的国际法制度。同时也可以将保护动物福利的措施归入到第 20 条(b)项中的保护公共健康的措施，认为避免使动物遭受痛苦也可以受一般例外条款(b)项约束，例如在第二次金枪鱼案中，专家组在解释《技术性贸易壁垒协定》第 2.2 条时，就认为保护动物健康可以包括保护动物福利的情形。总之，欧盟有关海豹的禁令可以归入到一般例外条款中保护公共道德或者保护公共健康的情形中，在该案中，WTO 的专家组、上诉机构主要围绕公共道德例外条款展开分析。

但是有两点需要说明：

第一，WTO 有关公共道德例外的实践并不是很多。在美国赌博案和中国视听产品案中，WTO 成员拥有自主界定“公共道德”的内涵和外延的权力，但具体含义并不清楚。正如在美国赌博案中的专家组所说的，WTO 成员应当被允许给予一些空间，但上述空间并非没有限制，WTO 成员并不应当借由“公共道德”的名义无限制地扩展监管措施的范围，很明显不合理的措施恐怕也是很难站得住脚。具

体到欧共体海豹产品案中，就有观点认为欧盟的措施仅仅保护了海豹，但却同时允许在欧盟境内捕杀其他动物，而保护海豹的原因仅仅认为海豹比较聪明，保护海豹的措施可以被认为在道德上是任意的，也就是应当同时保护保护其他动物。但也有观点认为，欧盟保护海豹的法规是朝着普遍保护动物的有益尝试，主要是因为海豹这种海生哺乳动物在国际法上的地位比较特殊，国际社会认为需要对海豹予以特别保护。

第二，国际社会已经承认保护海豹是为了保护动物福利，上述措施获得了国际社会相当程度的共识。欧盟的海豹禁令在立法意图上可以被认为是为了保护动物福利，也就是即便为了满足人类需要而捕杀动物，也应当减少动物不必要的痛苦，在一定程度上贯彻保护动物福利的目标。各国国内法和国际法都有观点认为不应当对动物采取引起痛苦的措施，在目的和手段之间应当保持平衡。在解释第20条一般例外条款中的“公共道德”措辞时，应当适应不断演进的国际法发展，遵守比例原则而不是绝对化。具体到WTO的争端解决实践，美国第二次金枪鱼案中的上诉机构就认为，在解释“动物健康”时应当包括动物福利，[754]这种解释也是符合当代国际法发展的。总之，保护动物福利的考虑确实可以受第20条一般例外条款的约束。以下分析欧盟的措施是否是必需。

在中国视听产品案中，上诉机构认为判断措施是否必需，需要掂量和平衡一系列因素，其中的因素包括：所追求的目标的重要性、措施可以在多大程度上实现目标、措施产生的贸易限制影响，以及是否存在可合理获得的对贸易限制更少的替代措施。在欧共体海豹产品案中，保护动物福利这个价值可以用来评估所追求目标的重要性，那接下来就需要分析是否存在可合理获得的替代措施。

一般来说，在WTO争端解决中评估成员国内措施的重要性往往是比较微妙的，尤其是在公共道德的问题上更是如此。但如果一项价值获得了普遍的国际承认，那应当认为这项价值有其合理性，这并不是说获得国际承认的道德原则比主权国家内部的价值观念更重要，而是认为某种价值获得了国际承认，可以说明其重要性。某种价值获得国际上的承认并不见得说明其重要，但如果一种价值获得了国际社会的普遍承认，那也可以说明该价值是重要的。具体到WTO，如果一种价值

754 保护动物健康曾经仅仅是指限制有损人类利益的动物疾病的传播，或者说是避免家畜受损。随着当代国际法的发展，“动物健康”包括了减少动物痛苦的内容。上述理解可以反映在世界动物健康组织的工作中，该组织目前正在从事有关动物福利的工作，要求在保护动物福利方面形成相关的指导原则，原则之一就是要求人类在利用动物时要尽可能确保动物的福利。

获得了国际社会的普遍承认，那 WTO 成员如果以该获得普遍承认的价值为理由采取贸易限制措施，比较容易获得合法性证明。正如美国赌博案和中国视听产品案的判决所表明的，第 20 条(a)项当然是保护公共道德的，但保护公共道德不能成为采取贸易保护主义措施的理由。在这方面，如果一项价值获得了国际社会的普遍承认，那就可以在相当程度上获得合法性证明。

具体到欧共体海豹产品案中，关键问题就是相较于本案中欧盟的措施而言，是否存在对贸易限制更少的替代措施。欧盟禁令的反对者认为，可以建立一个标签和认证制度，如果能够证明海豹是采取人道的方式屠宰的就能够销售，这是可合理获得的替代措施。针对这个问题，欧盟措施的目的就显得非常重要了。在本案中，欧盟认为上述标签制度不能实现欧盟认为适当的保护水平，而且专家组也必须分析措施是否符合 WTO 法。专家组、上诉机构在进行上述评估时，一般来说会考虑的因素包括国际法在多大程度上保护动物福利，尤其是对诸如海豹这样的海生哺乳动物的保护。总的来说，当前国际法上制定了众多的国际条约来保护这种动物，欧共体海豹产品案不过是上述对这种动物保护在 WTO 争端解决中的体现而已。

一般例外条款前言主要是对有关措施规定了一些程序上或者说实施上的限制，要求措施不能构成对国际贸易的变相限制等等。在本案中，欧盟的海豹禁令也规定了一些例外情形，所以批评者就认为没有实现欧盟所主张的保护动物福利的目标。欧盟的海豹法规确实就原住民捕猎海豹等情形规定了一些例外情况，但欧盟作上述规定其实是出于政策平衡的考虑，例如尊重原住民的自治和传统、以可持续的方式管理海洋资源等等。总的来说，上述例外规定尊重了原住民的权利等获得国际普遍承认的价值，也可以获得诸如《联合国有关原住民权利宣言》等国际法律文件的支持。总之，欧盟的海豹法规既尊重了道德价值，又遵循了目标和手段之间的比例原则，比较好地实现了各种价值目标的调和与平衡。

四、结论

就欧共体海豹产品案而言，动物福利不再仅仅是一个国内法规范的问题，而是逐渐获得了国际法上的承认，并且也形成了相应的国际法律文件。本案表明，在解释和适用 WTO 协定的时候需要考虑到其他的国际法规则和一般原则，例如在

本案中就将动物福利认定为属于公共政策的范畴之内。这并不是说任何保护动物福利的国际法规则都是与 WTO 规则一致的，但可以这么认为，如果一项措施确实保护了动物福利，应当在一定程度上考虑该措施的合法性。总的来说，本案表明贸易自由化进程始终面临着很多道德因素的影响，在本案中，动物福利的因素支持了欧盟措施的合法性，而在 WTO 争端解决的未来运行过程中，非贸易关注的问题将持续存在。

部分拉美国家反 ICSID 管辖权的研究

银红武*
（湖南师范大学法学院， 湖南 长沙 410081）

摘要：基于法律、经济与政治层面的考虑，部分拉美国家通过采取一系列具体举措来限制甚或反对 ICSID 的管辖权。但从现实效果看来，这些具体举措对 ICSID 在解决国际直接投资争端中所处的重要地位影响有限。尽管 ICSID 投资保护作用的发挥程度仍将取决于 ICSID 仲裁庭能否从投资争端案件中找到管辖的依据，但是在目前，ICSID 仍维持其全球（当然也包括拉美地区）外国直接投资保护的国际性中心地位。

关键词：《解决国家与他国国民间投资争端公约》；投资；仲裁；管辖权

On the Anti-ICSID Jurisdiction by Some Latin American Countries

YIN HONGWU
(Law School of Hunan Normal University, Changsha Hunan 410081)

Abstract: On account of the legal, economic and political reasons, some Latin American countries have adopted series of countermeasures to limit or even oppose the ICSID jurisdiction. From the perspective of practical effects, these countermeasures just imposed limited influence on the key role of ICSID in settling international direct investment disputes. Although the extent of ICSID's role in protecting foreign investment will be measured by the jurisdictional findings of the ICSID tribunals in the investment cases, ICSID presently still maintain its central role in the protection of foreign direct investments all over the world (including the Latin American region).

Key words: *ICSID Convention*; investment; arbitration; jurisdiction

毋庸置疑，以《解决国家与他国国民间投资争端公约》（以下简称ICSID公约）为核心的ICSID法律制度已成为当今世界最重要的外国投资争端国际性解决机制。[755]截至目前，全球共有158个国家签署了ICSID公约，其中150个缔约国已交存了公约批准书、接受书或认可书。[756]但是，由于种种原因，几个重要的拉美国家迄今仍未加入ICSID公约。[757] 并且，近年来三个先前为缔约国的拉美国家相继退出ICSID公约。事实上，在拉美世界表现出的这种限制或反对“解决国家与他国国民间投资争端国际中心”（以下简称ICSID）管辖权的态势有其深刻的法律、经济与政治原因。

一、部分拉美国家反 ICSID 管辖权的主要原因

首先，自 ICSID 公约签订并生效以来，有关其制度的设计与执行方面的质疑之声从未停

---

*作者简介：银红武（1973-），男，汉族，湖南武冈人，湖南师范大学法学院教师，国际法学博士，主要研究方向：国际投资法、条约法与国际贸易法。

[755] 截至 2013 年 12 月 31 日，ICSID 已经在 ICSID 公约与 ICSID 附设机构（Additional Facility）下总共登记了 459 个案件。以 2013 年为例，全年在 ICSID 处登记了 40 例关于投资者与东道国间的投资争端案，而在其它非 ICSID 国际仲裁庭合计登记了 9 例。
https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English51. [2014-03-14].

[756]https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home. [2014-03-14].

[757] 如巴西、古巴等国家。

止过。

（一）ICSID 仲裁制度设计与执行方面的不足

1. 仲裁程序设计方面的瑕疵

ICSID 仲裁规则中的关于仲裁员选任的公正性问题以及规则缺乏对仲裁员提出异议情形的细化处理规定，很容易成为质疑 ICSID 仲裁程序不透明的焦点问题，而这也常常会引起争端当事方的强烈反对，并最终有损 ICSID 仲裁制度的公正性声誉。

根据 ICSID 仲裁规定，外国投资方与东道国政府均可各指定一名仲裁员，而首席仲裁员的选任可由双方进行协商。但如果双方未能达成合意，则由 ICSID 作最终的决定。鉴于 ICSID 与世界银行集团的特殊关系，因此在处理关乎世界银行集团的仲裁案中，ICSID 在挑选首席仲裁员的时候，难免不会采取一些带有倾向性的作法，关于这点拉美国家颇有意见。如在 *Compañía General de Electricidad S.A. & CGE Argentina S.A. v. Argentine Republic* 案[758] 中，世界银行与国际金融公司都与仲裁申请方有着紧密的经济关联——前者在申请方的公共服务特许经营项目和私有化程序管理模式的制定方面起着主导作用，而国际金融公司则持有申请方一定比例的股份。

另外，虽然 ICSID 公约第 57 条赋予了“当事人一方可以根据仲裁员明显缺乏公约第 14 条第 1 款所规定的品质的任何事实，向委员会或仲裁庭建议取消其任何成员资格的权利”。但是对于“仲裁员明显缺乏相关品质”的“任何事实”的认定，缺乏细化规定，争端方主张起该权利来，可操作性较差。

还有，ICSID 仲裁制度由于上诉程序设计的缺失[759]、裁决撤销规定的可操作性不强等问题，历来饱受诟病。

2. 诉讼合并规则的缺失

鉴于 ICSID 仲裁制度没有规定诉讼合并，可能会导致引发平行诉讼的结果。而一旦发生同一家公司的不同股东向 ICSID 的不同仲裁庭提出相同的诉求却得到不同的裁决，或当事方针对类似的法律问题或涉及类似的事实但得到不同的裁决结果等情况的话，那么 ICSID 的权威与公正性将会受到极大的考验。[760]

3. 仲裁效率过低

ICSID 仲裁从申请人递交书面申请到 ICSID 秘书处设立仲裁庭的平均时间是 263 天，而这已远远超过了其它国际仲裁庭经历同一程序需花费的时间。以世界贸易组织为例，该组织的仲裁庭的组成最多需 30 天。还有，总体而言 ICSID 仲裁审理的时间也拖得过长：裁决的做出平均要花费 3.6 年，而这也大大地多于 WTO 的平均一年的争端解决时间。截至 2014 年 3 月 14 日，在 ICSID 总共登记的 468 例仲裁案中，只有 281 例已结案，其余的 187 例仍处于审理过程中。[761]需注意的是，2013 年全年在 ICSID 登记的案例仅为 40 例。

（二）ICSID 仲裁制度倾向于过分保护投资者

近年来，许多外国投资者基于部分拉美国家所采取的征收或国有化运动[762]、对外国投资

---

[758] ICSID Case No. ARB/05/2.

[759] 一部分学者主张，应创建一种上诉机制来审查关于国际投资协议的仲裁裁决。GANTZ D.. An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges[J]. V. J. T. L. , 2006(49): 39; FRANCK S.. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions[J]. F. L. R., 2005(1521) : 73; FRANCK S.. Integrating Investment Treaty Conflict and Dispute Systems Design[J]. Minn LR., 2007(161): 92

[760]卡利娜. 拉美国家应对 ICSID 的挑战及对策研究[D]. 大连：大连海事大学. 2011: 5.

[761] https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases. [2014-03-14].

[762] 最典型的国家为委内瑞拉。自该国总统查韦斯执政后，颁布了对私营组织参与能源部门加以限制的 1999 年新宪法，明确规定委内瑞拉石油公司为国营公司。为实现“石油完全主权”，查韦斯政府自 2004 年起，分步骤采取了一系列的石油国有化政策措施。2006 年 12 月 3 日，查韦斯第三次当选总统。此后，查韦斯政府加快了国有化的步伐，而且将国有化逐渐扩大到其他部门。

者实行不公正待遇、以及违反特定合同义务（如有关外国投资的税收待遇问题）等行为，向 ICSID 递交仲裁申请，提出向这些拉美东道国索赔的要求。[763] ICSID 仲裁庭的裁决结果往往是（虽然并非全是），要求拉美东道国政府进行赔偿。仲裁的依据或是认为相关国家不依法履行合同，或是不遵守双边投资条约义务。

其实，拉美国家“动辄”处于 ICSID 仲裁案“输家”这样一种尴尬地位，在相当的程度上还是因为上文提及的特定外国投资者与世界银行集团的利害关系以及世界银行集团与 ICSID 的特殊关系。换言之，在某些特定仲裁案中，可以毫不夸张地说，世界银行集团既是“法官”，又是“争端当事方”。世界银行集团内的世行与国际开发协会热衷于向一些东道国提供附条件的贷款，强迫政府做出直接符合外国投资者利益的结构性调整。有时，世行甚至通过国际金融公司对拉美国家直接投资。为了降低投资者的海外投资风险，世行还利用其旗下的多边投资担保机构向投资拉美的外国投资者“推销”保险，作为换取投资保障的对价。

基于利益错综复杂的现实考虑，ICSID 的仲裁裁决有时会表现出过于保护投资者的倾向。至此，也就不难理解厄瓜多尔总统拉斐尔·科雷亚所说的，ICSID 的仲裁制度代表的是“关于跨国公司、华盛顿和世界银行的殖民主义和奴隶制度。”[764]

（三）拉美地区一体化运动

自本世纪初以来，委内瑞拉一直是拉美和加勒比地区经济增长率较高的国家之一。委国政府一贯表示，将继续在地区事务中发挥积极作用，下决心以能源合作为动力，推动拉美地区一体化。也正是在以委内瑞拉为代表的部分拉美国家的积极推动下，“美洲玻利瓦尔替代计划”（ALBA）得以创建并走向深化。“美洲玻利瓦尔替代计划”旨在建立一种拉美地区一体化的新自由主义模式（neoliberal model of integration），其初衷是对以美国为主导的“美洲自由贸易区（ALCA）”的一种反应。“美洲玻利瓦尔替代计划”所设想的区域一体化致力于团结、促进并保护各国社会权利，尤其是（当然不全是）贸易自由化目标的实现。[765]这一计划于 2001 年被首次提出，2004 年通过委内瑞拉与古巴间所签署的一个协定得以成立。[766]该计划的实施还包括成立了一个专门银行(Banco de ALBA)[767]，采用共同的货币（SUCRE）[768]，并定期召开各国领导人高峰会议。2007 年 4 月，“美洲玻利瓦尔替代计划”第五次领导人会议在委内瑞拉举行。委内瑞拉总统查韦斯在会上表示，“美洲玻利瓦尔替代计划”正在不断壮大，而美洲自由贸易区“已经死亡”。在 2009 年召开的第六次高峰会议上，“美洲玻利瓦尔替代计划”正式改名为“美洲人民玻利瓦尔联盟”[769]。迄今，该联盟包括八个成员国。[770]

二、部分拉美国家反 ICSID 管辖权的具体举措

近年来，随着世界政治与经济形势的变化，一些拉美国家又重新援引卡尔沃主义来规避

---

http://ilas.cass.cn/cn/kygz/content.asp?infoid=22137. [2014-3-11].

[763] 截至 2013 年 12 月 31 日，提交至 ICSID 仲裁的国际投资争端案共有 459 例，其中 34%的仲裁案是针对拉美国家的。
https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English51. [2014-03-14].

[764] ICSID in crisis: Straight-jacket or investment protection? [N/OL]. http://www.brettonwoodsproject.org/art-564878. [2012-10-18].

[765] http://www.alternativabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=2080. [2012-09-18].

[766] 2004 年 12 月 4 日，委内瑞拉总统与古巴国务委员主席在哈瓦那签署了实施“玻利瓦尔替代计划”的协定。http://www.alternativabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=2079. [2012-11-18].

[767] 2007 年 6 月 6 日，玻利维亚、古巴、尼加拉瓜与委内瑞拉在加拉加斯签署了创设 “玻利瓦尔替代计划银行”的谅解备忘录。
http://www.alternativabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=1996. [2012-07-13].

[768] 准确地讲，是一个记账单位，目前还只是一种虚拟货币。

[769] 2009 年 6 月 24 日委内瑞拉通信与信息部长所作的宣言。http://www.vtv.gob.ve/noticias-nacionales/19957. [2012-06-07].

[770] El Parlamento de Honduras Ratifica Su Salida de la ALBA[N/OL]. http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6939247. [2012-11-23].

自身在对外国投资实行国有化运动中而引发的相关责任。[771] Santiago Montt 声称，这种“新卡尔沃主义”不能仅仅停留在喊出“最多给外国投资者以国民待遇”的口号上，还必须要求东道国政府所签署的双边投资条约至少应该与发达国家的内国公法一样合理。[772]正是在这种“新卡尔沃主义”的影响下，拉美世界爆发了一次较大范围的、反 ICSID 管辖权的“地震”。美洲玻利瓦尔替代计划(ALBA)的成员国正在评估或实施一系列的选择：从本国的宪法改革或修订法律条款到退出 ICSID 公约。[773]

（一）修订国内宪法

拉美国家反对 ICSID 管辖权的第一种措施就是对包括 ICSID 在内的国际仲裁施以宪法限制。在厄瓜多尔，国会主权、一体化、国际关系和整体安全委员会向制宪大会全体会议建议通过一系列宪法修正案。全体会议通过的条款包括：“不得达成在有关本国与他国自然人或公司间的商事或合同事项上，本国需放弃管辖权而优先选择仲裁法庭条款的条约或公约（选民会议批准的宪法修正草案第七条）。”[774]另外，制宪大会还考虑废除原宪法的第 14 条的最后一款，该款规定：“除非国际公约有其它规定，本国实体与外国国民或公司签订的合同须规定放弃外交保护，若该合同是在厄瓜多尔领土达成，双方又没有取得求助国外管辖权的合意。”[775] 2011 年 5 月 7 日，包括修宪在内的十项改革措施在厄国全民公决中获得多数支持。

同样，2007 年 12 月 9 日，玻利维亚选民会议通过了旨在限制外国投资者求助国际仲裁的新宪法文本。该文本规定：“外国投资将受玻利维亚法院、法律和政府的管辖，任何人不得反对该管辖，也不得为了获得更优的待遇而申请外交保护（建议案 320 条第 II 款）。”“代表玻利维亚在石油与天然气开采相关领域从事活动的所有外国公司必须遵守玻利维亚主权、法律与政府机构。寻求外国法庭或管辖的行为在任何情况下都不会得到认可，任何人也不得援引存在仲裁协议而诉诸国际仲裁或求助于外交保护（建议稿第 366 条）。”2009 年 1 月 25 日，该国莫拉莱斯总统的修宪提案获得全民公决 67%的赞成票通过。总体而言，玻利维亚的新宪法被描述为具有本土化倾向，不愿引入外国直接投资。[776]无疑，国内修宪强化了玻国不愿将投资争端递交 ICSID 仲裁的意愿。

（二）做出限制 ICSID 管辖权的公开声明

另一种旨在限制 ICSID 仲裁管辖权的应对措施就是拉美国家纷纷做出相关的公开声明。2007 年 12 月 4 日，厄瓜多尔通知 ICSID，对于递交 ICSID 管辖的几种投资争端，该国将不予承认。通知内容为：“厄瓜多尔共和国不同意将在开发自然资源（如石油、天然气、矿产等）的经济活动中所涉的投资待遇争端问题提交 ICSID 仲裁管辖。包含有厄瓜多尔共和国先前同意将以上争端种类递交中心管辖之类表示的任何法律文件，只要在提示该通知的日期前仍未被争端另一方以明白表示的方式所接受，均为厄瓜多尔共和国所撤回，该撤回即日起生效。”

另外，其他拉美国家如委内瑞拉、阿根廷、尼加拉瓜等国也公开表态，声称将效仿厄瓜多尔，也会这样做。还有些拉美国家则表示，将在与他国所签署的双边投资条约中限制提交

---

[771] WITTEN AMILY A.. Arbitration of Venezuelan Oil Contracts: a Losing Strategy[J]. Texas Journal of Oi1, Gas and Energy Law, 2008(14): 62.

[772] SANTIAGO MONTT. State Liability in Investment Treaty: Global Constitutional and AdministrativeLaw in the BIT Generation[M]. Oregon: Oxford and Portland, 2009: 81.

[773] EMMANUEL GAILLARD. Anti-Arbitration Trends in Latin America[J]. New York Law Journal, 2008 (239): 139.

[774] 但是拉美国家间可制定例外的条约，即对于解决本国国民与来自其他拉美国家的国民之间的争端可提交地区仲裁机构。

[775] EMMANUEL GAILLARD. Anti-Arbitration Trends in Latin America[J]. New York Law Journal, 2008 (239): 140.

[776] FERNANDO CABRERA. Bolivian voters approve new constitution as government continues to nationalize oil assets[N/OL]. Investment Treaty News, February 4, 2009. http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/02/04/bolivian-voters-approve-new-constitution-as-government-continues-to-nationalize-oil-assets.aspx. [2010-02-11].

仲裁的争端范围。[777]

（三）退出 ICSID 公约

作为“美洲玻利瓦尔替代计划”的部分行动，玻利维亚于 2007 年 5 月 2 日向 ICSID 公约保管机构递交了退出公约的书面通知，成为第一个正式退出 ICSID 公约的拉美国家。紧接着，2009 年 6 月 12 日，厄瓜多尔国会投票表决通过了退出 ICSID 公约的议案，其原因也正是厄国反对 ICSID 公约在外国个人投资者与厄瓜多尔政府间发生投资争端时给国际投资者所提供的仲裁机制。最近，作为“玻利瓦尔替代计划”积极倡导者与践行者的委内瑞拉也身体力行，于 2012 年 1 月 24 日向世界银行集团发出书面通知，宣称退出 ICSID 公约。

（四）提议建立区域性的替代性投资争端解决机构

当然，几个拉美国家之所以做出退出 ICSID 公约的决定，还有其如意算盘：即考虑在 ICSID 之外创设一个解决投资争端的区域性机构，以此替代 ICSID 仲裁机制。

基于此，厄瓜多尔提议，所创建的 UNASUR 拉美地区替代性争端解决机制应包括三项内容：一是建立一个仲裁中心；二是建立投资争议咨询委员会；三是制定仲裁员和调解员的行为准则。UNASUR 仲裁中心的受理范围不仅应包括投资争议，还应包括任何需要中心帮助的纠纷。该中心在受理成员国之间以及成员国与投资者之间的纠纷时，应设置前置磋商和调解程序。仲裁不应排斥主权国家所主张的公共政策原则。UNASUR 咨询委员会将提供法律指导、技术支持和研究，特别是投资纠纷的研究和法律支持。UNASUR 仲裁中心和咨询委员会在初期只受理 UNASUR 成员国间的争议。在中期，可以受理中美洲和加勒比海国家的争议，最后将向所有愿意适用该仲裁中心的国家开放。[778]

三、部分拉美国家反 ICSID 管辖权的现实影响

那么，关于部分拉美国家出于反 ICSID 管辖权的初衷而采取的以上种种举措，是否能够取得预期的效果呢？答案为，并非所有的这些措施都能实现拉美国家所期望的目的。

（一）国内修宪的法律影响与限制 ICSID 管辖权通知的效力

首先，对于部分拉美国家所采取的修改国内宪法，意图限制或削弱 ICSID 管辖权的各种行为，其法律效果又如何呢？一些学者认为，“处于中立国家的仲裁庭是否会承认这样的一些限制性法律规定呢，毕竟已存的仲裁协议是由争端方（如商事主体，国有企业，甚至是这些国家本身）自由达成的？关于这点很值得怀疑。”[779]还有学者坚持，即使是玻利维亚通过修改宪法条款排除 ICSID 及其它外国法院的管辖权，但 ICSID 专家小组仍然能完全独立地对递交至其面前的案件的管辖权进行审查。[780]

另外，针对上文提及的厄瓜多尔出于限制 ICSID 管辖范围的目的而向 ICSID 做出的通知，其法律效力又会怎样呢？这一问题的答案也许需要从 ICSID 的仲裁实践中去找寻——尽管有关 ICSID 公约第 25 条第 4 款项下“通知的效力”的案例并不多。在 *Alcoa Minerals Jamaica v. Jamaica* 案中，仲裁庭裁定，公约第 25 条第 4 款项下的“通知”不具有溯及效力，并不能形成为撤回缔约国受 ICSID 仲裁管辖同意的一种方式。该种“通知”只是给 ICSID 以及将来潜在的投资者提供信息，且在今后才起作用。[781]在 *PSEG Global Inc. v. the Republic of Turkey* 案中，仲裁庭认为，“通知”仅仅是允许缔约国表明他们将不受某些政策问题约束的一种方

---

777 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. 中国法学，2011(2): 134.

778 卡利娜. 拉美国家应对 ICSID 的挑战及对策研究[D]. 大连：大连海事大学. 2011: 9.

779 相关案例参见 Fouchard, Gaillard, Goldman. International Arbitration[M]. Netherland: Kluwer Law International, 1999: paras. 547et seq.

780 KEITH ROSENN. The Uncertain Future of ICSID in Latin America[D]. Miami: University of Miami School of Law, 2009.

781 Decision on Jurisdiction and Competence[R/OL]. July 6, 1975, Y.B.COMM. ARB., Vol. IV, 1979, p. 208. [2014-03-09]. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal.

式，“通知”不会给其他方创设权利。……要想使“通知”的内容产生效力，缔约方必须将其体现于在今后缔结的协定或条约内所表示的受 ICSID 管辖的“同意”之中。[782]

由此看来，尽管缔约国依照 ICSID 公约第 25 条第 4 款的规定将特定种类的投资争端排除出 ICSID 管辖范围的行为是否有效仍然没有得到证实，但是根据仲裁庭于 *PSEG Global Inc. v. the Republic of Turkey* 案中所作的推理，似乎完全适用厄瓜多尔通知 ICSID 的这一情况。[783]

（二）退出 ICSID 公约的法律效果

退出 ICSID 公约的国家不再是该公约的缔约方。然而，退出并不影响该国的、在 ICSID 公约对其有拘束力期间为其所创设的权利与义务。基于此，ICSID 公约第 72 条（依照《维也纳条约法公约》第 70 条第 1 款所编纂的国际习惯法规则）规定，“缔约国依照第 70 条或第 71 条发出的通知，不得影响该国或其任何组成部分或机构或该国的任何国民在保管人接到上述通知以前由他们其中之一所表示的同意受中心的管辖而产生的由本公约规定的权利和义务。”事实上，同意 ICSID 的管辖并非来源于该国作为 ICSID 公约缔约方的地位，而是按照公约第 25 条第 1 款所要求的、双方应出具同意中心管辖的书面文件。那么，当事方既可以在合同中，也可以在其它文件中表示同意受中心的管辖。当然，当事方的“共同同意”也可来自投资者后来对东道国先前在其内国立法或出于保护投资目的而签署的双边投资条约中所作的受 ICSID 管辖的“同意”的“接受”。若投资者处在 ICSID 接到退出通知前或在退出生效前、自中心接到退出通知起的六个月之内已接受了退出国先前所作的受中心管辖的同意，由于该东道国仍为 ICSID 公约的缔约方，因而其受 ICSID 仲裁管辖的义务不受影响。

现在的问题是，若投资者在退出已经生效后仍表示“接受”退出国受中心管辖的“同意”，那么仲裁的合意是否还能达成？这一问题就关乎到 ICSID 公约第 72 条的解释与适用了。该条规定，缔约国在保管人接到退出通知前、基于其先前所表示的受中心管辖的同意而产生的义务仍具有拘束力。因为该条特意指出“同意”是国家所作的“同意要约”，而不是争端双方接受仲裁的“共同合意”。因此，一国在诸如双边投资条约的文件中所作的受中心管辖的“同意表示”足以表明该国仍有义务将投资争端提交 ICSID 仲裁。[784]——毕竟，退出国在其先前所签署的双边投资条约中所作的受 ICSID 管辖的“同意要约”应被视为一项独立于 ICSID 公约的国际义务，因而应被解释为一个不能撤销的“实盘”。

还有一点须注意，即便是退出国后来通过终止这些双边投资条约，以确保退出国在有关条约内所作的、关于投资受 ICSID 仲裁管辖的同意的撤销，但退出的拉美国家在双边投资条约下的义务并非就此全部终止，因为此类双边投资条约往往还包括一个在条约有效时已进行的投资在今后相当长的时期内仍将受到保护的“存续条款”。[785]

四、结论

综上，基于法律、经济与政治层面的考虑，部分拉美国家通过采取一系列具体举措来限制或反对 ICSID 的仲裁管辖权。但从现实效果看来，这些具体举措对 ICSID 在解决国际直接投资争端中所处的重要地位影响有限。尽管 ICSID 投资保护作用的发挥程度仍将取决于 ICSID 仲裁庭能否从投资争端案件中找到管辖的依据，但是在目前，ICSID 仍维持其全球（当然也包括拉美地区）外国直接投资保护的国际性中心地位。

---

[782] Decision on Jurisdiction[R/OL]. June 4, 2004, paras. 144-145. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal. [2014-03-09].

[783] EMMANUEL GAILLARD. Anti-Arbitration Trends in Latin America[J]. New York Law Journal, 2008 (239): 139.

[784] EMMANUEL GAILLARD. The Denunciation of the ICSID Convention[J]. New York Law Journal, 2007(237): 156.

[785] EMMANUEL GAILLARD. Anti-Arbitration Trends in Latin America[J]. New York Law Journal, 2008 (239): 139.

出口信用保险立法的制衡问题*

李本

内容摘要

当前中国的出口信用保险体系出现了贸易融资方式加速创新等新特点,更加加深了对我国出口信用保险立法进程及制度建构问题的拷问。对出口信用保险进行立法设计,其中关键需要进行四个方面的制衡考量:首先是资金注入及盈亏制衡;其次要针对 WTO 贸易政策审查中敏感度较高的出口信贷担保进行预警,尽量设计能获得豁免对待的,满足“君子协定”相关条件的条款,并最终为加入该“君子协定”做好准备;第三是对目前银保合作的推动和监管应充分关注并吸纳相关国际金融软法立法机构和伯尔尼协会的有益建议;最后,随着几大重要的国际区域性投资协定的谈判开启,我国必须通过对海外投资险进行立法协同从而和相关的国际投资利益进行博弈制衡。

关键词:出口信用保险　出口信贷担保 海外投资险

出口信用保险制度历来是一国推行国家出口战略,进行海外投资保驾护航的利器,特别是在后国际金融危机时期,出口信用保险成为重要的危机应对手段,充分发挥了逆周期的调控效果。[786] 同时,官方出口信用保险机构基于以公共利益为追求目标的特点,在危机时比商业保险公司更容易保持稳健运行,加之政府以官方出口信用保险机构为重要通道对贸易融资活动提供支持,新型的银行与保险合作形式被大量开发,在支持全球贸易活动恢复等方面大放异彩。

与此同步,中国的出口信用保险业务发展态势也出现了以下特点:其一,各种险种保险覆盖率有了很大提高,特别以往海外投资保险的承保占比有了提高,中信保公司成功化解了中亚某国石油开采收购后续股权转让项目海外投资债权风险,东南亚某国电力 BOT 项目海外投资债权风险,等等案例极大丰富了投资保险,信用提升的新模式,提振企业海外投资信心;其二,近期短期出口信用市场已经放开,人保财险成为首家获得这一经营这类业务资格的商业保险公司,对于解决外向型小微企业的风险保障问题,商业保险公司将会发挥极大的助力作用;其三,随着银行保险合作的不断加强和深化,一种新的贸易融资方式——出口信用保险项下的贸易融资应运而生,并且规模不断扩大,日益成为商业银行相互竞争的新业务。这些新特点的出现更加加深了对我国目前出口信用保险立法进程及制度建构问题的拷问。

我国出口信用保险制度构建起步甚晚。直到 2001 年 5 月 29 日中国才根据《国务院关于组建中国出口信用保险公司的通知》组建了独家经营的从事政策性出口信用保险业务的国有独资保险公司——中国出口信用保险公司。根据《通知》规定:“公司按照国务院批准的《中国出口信用保险公司组建方案》和《中国出口信用保险公司章程》运营。待条件成熟后单独立法。” [787]对出口信用保险进行立法设计,其中关键需要考量哪些必须制衡的问题?

一. 出口信用保险的资金注入及盈亏制衡

中国出口信用保险公司 (简称中国信保) 是我国惟一承办出口信用保险业务的政策性保险公司,资本来源为出口信用保险风险基金,由国家财政预算安排。国际上出口信用保险承保责任总额与风险准备金的合理比例一般为 15:1 左右,而我国出口信用保险现行比例一

*本文为 2010 年教育部人文社会科学研究一般项目“出口信用保险立法的制衡问题研究”(项目编号:10YJA820044)的阶段性成果。

786 参见田辉:《金融危机时期全球出口信用保险发展新特点》,载《发展研究》2012 年第 6 期。

787 李本:《出口信用保险制度立法的技术性考量》,载《法学》2011 年第 1 期,第 148 页。

般为 20：1，其承保水平远低于世界平均水平。风险基金少，又缺乏增补机制，一方面会限制对高风险国家和买家的承保能力，另一方面也会限制我国出口信用保险业务总体规模的进一步扩大并造成保险业务比例的失衡。如何构筑合适的资金注入和补给机制？笔者曾在《出口信用保险制度的财政风险与监管设计》一文中论证中国信保既应有一定的国家财政支持，同时也应能通过自己所能提供的部分融资功能，风险规避技术服务等手段来最大化实现保本经营。[788]

中国信保要同时经营政策性和商业性两种性质不同的出口信用保险业务，因此有学者建议应当设立两个经营账户—政策性业务账户和商业性业务账户。[789]政策性业务账户主要用于从事政策性保险业务，此类险种时间较长且风险较大，主要包括中长期信用保险、投资保险、外汇汇率保险等业务，一般由财政直接拨款并纳入透明清晰的财政预算体系。这部分基金来源是很有限的，无法承担增补功能，而这部分业务又往往是风险大，回报少，一般商业性保险机构不愿介入，有限的资金来源只能导向信保公司对承担这类保险没有积极性。如何在这两类业务的发展和基金的注入上进行制衡呢？

对于商业性业务的资金补给问题，笔者曾建议由中国投资有限责任公司作为出资部门来实现，不能动用国家财政拨付的风险准备基金来弥补亏损。[790]这样建议首先是出于资金补给和盈亏制衡的考虑。中国投资有限责任公司是经中华人民共和国国务院批准设立的国有大型投资公司。该公司的资金来源于中国的国家外汇储备，是全球最大主权财富基金之一，这样并不改变中国信保的国家出资性质，公司治理机制还可以提高财政投入和产出的效率性；其次也是基于对资源整合的考虑：目前中投公司下设有不少能够和中国信保的技术支持功能相整合的机构，对提高中国信保为企业海外投资技术支持的力度和广度是很有裨益的。[791]再次，将中国信保作为中投的子公司，从归口处引入公司法人治理，利于调控和监管中国信保的财政风险，利于海外国有资产监管部门统一监管。

2012 年 12 月 18 日，中国出口信用保险公司宣布，中投公司已通过汇金公司向中国信保注资 200 亿元。这一注资举措与笔者的建议不谋而合。中国信保获得注资后，其注册资本增至 271.6 亿元人民币，是原注册资本的 6.8 倍。随着中国信保体制改革进一步推进，该公司资本实力显著增强，公司治理结构、政策性职能定位等重大安排基本确立。[792]

而对于商业性业务和政策性业务账户的发展制衡问题，则必须要进行 WTO 的合规性考量。由于出口信用保险涉及政府提供资金支持，世界贸易组织《补贴与反补贴措施协定》中明确了出口信用保险作为一种“禁止性”的补贴的可能性。WTO《补贴与反补贴措施协定》还通过附件一“出口补贴例示清单”对禁止性补贴进行了例示性列举。其中第(j)项规定：“政府(或政府控制的特殊机构)提供的出口信贷担保或保险计划、针对出口产品成本增加或外汇风险计划的保险或担保计划，保险费率不足以弥补长期营业成本和计划的亏损属于出口补贴。”

从《补贴与反补贴措施协定》规定来看，亏本经营实际上就是变相地提供财政资助，从而很可能构成禁止性补贴。中国信保公司成立伊始，即在《国务院关于组建中国出口信用保险公司的通知》中明确规定信保公司“按商业化方式运作，独立核算，保本经营。” 从这个意义来看，要达到保本经营，将商业性业务账户的盈余来作为政策性业务账户的增补基金应该是两全其美的思路。

二．出口信贷及保险与“君子协定”的制衡

---

788 参见李本：《出口信用保险制度的财政风险与监管设计》，载《华东师范大学学报》（哲社版）2012 年第 6 期。

789 王海峰：《我国进出口政策性金融制度的改革》，载《法学》2012 年第 12 期，第 126 页。

790 参见李本：《出口信用保险制度的财政风险与监管设计》，载《华东师范大学学报》（哲社版）2012 年第 6 期。

791 参见同上。

792 参见《中国信保获中投 200 亿元注资》新闻报道，载《中国保险报》2013 年 01 月 04 日第 1 版。

WTO 贸易政策审查机制是监督成员方政府立法和政策制定活动的制度，目的在于促进 WTO 的所有成员遵守其在多边贸易协定项目下的规则、纪律和承诺，通过更多了解成员的贸易政策和做法，实行更大程度的透明度，使多边贸易体制更加顺利地运作，避免贸易摩擦。其核心是贸易政策审议机制(TPRM)，体现在要对各成员的贸易政策与措施及其对多边贸易体制作用的发挥所产生的影响进行经常性的审议。按照 TPRM 评审周期的规定：贸易额在全球排名前四位的成员，每两年进行一次评审，我国目前已经跻身于 2 年评审一次的国家行列。自 2006 年起，我国每隔两年需接受一次 WTO 的相关审议并被罗列清单，最新近的是 2012 年 6 月出台的 WTO 对中国第四次贸易政策审议问题清单。该秘书处报告提供了有关中国进出口银行和中国出口信用保险公司的活动的信息，其中一项提问是："除进出口银行和中国出口信用保险公司外，中国是否还有其他机构或单位开展与出口相关的融资或类似对外经济活动？如果是，这些机构或单位是如何运作的？"[793]这样的问题不止一次在年审报告中出现，充分显现出其他成员方对我国出口信贷与保险制度是否符合 WTO 相关政策的质疑态度。

中国对此的答复是："中国主要通过官方出口信贷机构(中国进出口银行)提供出口信贷融资，通过中国出口信用保险公司提供出口信贷保险。中国进出口银行和出口信用保险公司对国内外企业提供出口信贷和出口信贷保险的相关规定和条件都是一样，而且并没有本地成分要求的限制。""除进出口银行外，其他商业银行也可开展出口信贷业务。商业银行均是市场化运作。"这是一个避实就虚的回答，但随着中国信用对出口信贷保险业务的激增，这样的回答恐难成应对。

根据《SCM 协议》附件 1"出口补贴例示清单"第(k)项第 1 款的规定，如果出口信贷方面的利率低于官方利率或其授权、委托的机构获得该项资金实际应对的利率，或在同等条件下从国际资本市场借入时应付的利率，或者低于获得该信贷所应产生的全部或部分费用，足以使他们获得出口信贷方面的实质性优势，那么，该出口信贷就构成禁止性出口补贴。这条规定暗含的意思是信贷机构所提供的利率必须不低于正常获得该信贷所应产生的全部或部分费用。同时根据后面的相关规定，如果出口信用保险机构对这类信贷提供了保险，导致保险费率不足以弥补长期营业成本和计划的亏损也就属于出口补贴。根据此条款及相关规定，巴西和加拿大曾因支线飞机补贴问题多年在 WTO 兴讼，巴西曾举证例举对方如何通过"加拿大账户"给该国相关企业提供低息出口信贷，加拿大出口开发公司（加拿大官方出口信用机构）如何配合提供融资和贷款担保。

很显然，一成员国的出口信贷和担保政策很可能成为他国的盯梢对象。在 2012 年 WTO 对中国第四次贸易政策审议问题清单中，有这样的描述："欧盟饶有兴趣地阅读了一份中美联合公告，声明中美拟将建立一个由主要出口信贷提供商组成的国际性团体，共同制定有关出口信贷的国际性指引，以期于 2014 年底前达成一份新的协议。"中国对此询问的答复是："今年（指 2012 年）2 月份和 4 月份，中国进出口银行主办了两轮中美官方出口信用机构双边技术交流，参加方包括中国进出口银行，中国出口信用保险公司，美国进出口银行和美国财政部，双方仅在技术层面对出口信贷业务进行了交流，没有涉及任何出口信贷政策问题。"

出口信贷和保险的制度设计对一国的出口战略影响很大。怎样避免在此雷区与其他成员国交火？这里有无安全通道？中国在出口融资的信贷担保方面采取怎样的政策策略才能利益最大化实现？

从"出口补贴例示清单"入手，第(k)项第 2 款就规定了一个豁免条款，即如果某一成员方是一出口信贷国际协定的参加方，或某一成员方在实践中实施的出口信贷利率与该国际协定的规定相符，则符合该国际协定规定的出口信贷不被视为禁止性出口补贴。这个国际协定就是 1978 年 OECD 成员国为避免出口信贷过度竞争的负面效果所达成的《关于官方支持的出

[793] See: Secretariat's report, page 61—63,paragraphs 154—165

口信贷准则的协定》。该协定的效力不具有强制性，而是基于各成员国在道义上的承诺，所以该约定通常被称为“君子协定”。“君子协定”规定了各参加国在为有关货物和/或服务销售合同或者为与此销售合同具有同等效力的租赁合同提供偿还期为2年或2年以上官方支持的出口信贷时，所能给予的最低商业参考利率(CIRRS)，OECD成员的官方出口信贷利率只要高于CIRRS约定的利率，就不构成禁止性出口信贷补贴，反之，则构成禁止性出口信贷补贴。因此，各国提供的出口信贷只要符合OECD“君子协定”的条件，就不在WTO禁止性出口补贴之列。[794]

中国是否可以加入“君子协定”以求出口信贷及保险获得豁免对待？事实上，中国早已是OECD的观察员，中国的进出口银行和中国出口信用保险公司近年来都参加了OECD的会议以及 “巴黎俱乐部”（二十国委员会）。中国进出口银行将OECD的君子协定和其他国家出口信贷机构的实践当做其运营和开展业务的重要参考。但目前来看，该“君子协定”旨在规范和解决发达国家之间的国际竞争问题，没有充分体现发展中国家的发展理念，国际上也没有发展中国家加入该协定的先例，中国尚不具备加入该协定的条件。

作为发展中国家，我国的出口信用安排具有鲜明的发展中国家的特色，与OECD存在不同之处。但今后的方向则必须结合国民经济发展水平，经济结构和企业的特点，充分吸收借鉴包括该安排在内的国际有益经验，在实践中不断完善本国的出口信用安排，同时在对出口信用保险进行立法设计时也应尽量设计满足“君子协定”相关条件的条款。

三．银保合作的推动和监管问题制衡

后金融危机时期出现了一个全球性趋势：银行业和保险业作为贸易融资供给方面的两类主要金融机构，彼此间合作显著加强。一种新的贸易融资方式——出口信用保险项下的贸易融资应运而生，并且规模不断扩大，日益成为商业银行相互竞争的新业务。

贸易融资是指银行在为进出口商办理国际结算的过程中，为进出口商提供的与国际结算相关的短期资金融通或信用便利，传统的贸易融资方式主要包括授信开证、打包贷款、押汇、票据贴现、国际保理、福费廷等。出口信用保险项下的贸易融资，是指出口企业在投保出口信用保险并将赔款权益转让给银行后，银行向其提供贸易融资，在发生保险责任范围内的损失时，出口信用保险人根据《赔款转让协议》的规定，将按照保险单规定应付给销售商的赔款直接全额支付给融资银行的业务。在传统融资方式下，企业需要以抵押和担保为条件进行融资。但是一些企业在初创阶段、高速发展阶段可能会出现无抵押、质押物的情况，尤其是小企业、新企业更得不到银行信用授信，信保贸易融资方式则很好地解决了这一问题：通过对建立在销售商资金实力和商业信用基础上的偿付能力的全面分析，在销售商投保出口信用保险并将赔款权益转让给融资银行的前提下，银行针对销售企业的真实销售行为和确定的应收账款金额提供信用贷款，从而有利于降低银行的融资风险，并改进信保公司的运营机制，达到多赢目标。[795]

目前中国进出口银行主要提供直接融资，包括卖方信贷和买方的出口信贷。根据权威统计，由中国进出口银行提供的，做出口业务的卖方的信贷总额在2011年达到了1556亿人民币（2009年为2242亿人民币）。在1556亿人民币出口信贷中，真正被提供的是1442.2亿人民币（2009年为1731亿人民币），其中33.2%用于海外投资工程；30.4%用于高新技术产品；9%用于造船业出口；8.6%用于通用机械和电子产品；3.6%用于农产品的出口。2010年中国进出口银行新提供的信贷总值达到356亿人民币，而实际的贷款为326亿人民币，是2006年149亿贷款的两倍还要多。[796]

同时，数据显示，2010年中国出口信用保险公司承保和担保的总额达到了1960亿美元，

---

[794]王海峰：《我国进出口政策性金融制度的改革》，载《法学》2012年第12期，第121页。

[795] Egger Peter；Ural Thomas. World Economy, Apr2006, Vol. 29 Issue 4, p399-418.

[796] See: Secretariat’s report, page 61—63,paragraphs 154—165

比 2009 年增长了 68.5%，是 2005 年总额的 9 倍多。当年度由中信保承保的出口信贷的比例为 10.4%（2006 年为 3%），而所有的贸易中信用保险覆盖率为 22.8%。大多数的中信保的出口信贷保险都是短期的，但是中长期的保险也很多，主要的形式为买方信贷。在 2010 年，机械和电子产品的保险额最大，达到了 881 亿美元，其次为高新技术产品，为 430 亿美元，纺织产品第三，为 219 亿美元。2010 年造船业相关的产品的保险额上升了 147%。[797]

以上数据充分说明我国银保合作的广度和深度。在这种新型合作方式被鼓励被推动的同时，也面临风险防范和监管问题。根据国际金融软法对银行业提出“更多的资本、更多地流动性、更少的杠杆率、更多的监管”要求，新巴塞尔协议将同时对银行业和保险业产生影响。例如在新引入的杠杆率指标中，要求分母应覆盖表内外所有风险暴露。其中无条件可撤销承诺的转换系数为 10%，其他非衍生品表外项目(信用证、保函等)均采用 100%的转换系数。[798]有学者认为，这种不加区分地对待所有表外产品的做法，很可能在一定程度上限制银行贸易融资产品的供给。进一步地，一旦银行减少贸易融资活动，可能会降低贸易商对风险管理活动的需求，从而影响出口信用保险的业务发展。[799]目前出口信用保险机构的国际组织——伯尔尼协会一直追踪着巴塞尔协议的进展，并代表出口信用保险行业期望巴塞尔委员会应更加慎重地评估新的资本协议框架可能产生的全面影响。[800]对银保合作的推动和监管也应是我国信保立法需要制衡的一个考量方面，应充分关注并吸纳相关国际金融软法立法机构和伯尔尼协会的有益建议。

四. 海外投资险的立法协同及其制衡

实施“走出去”战略以来，我国政府着力推动对外直接投资管理体制创新，引导企业积极开拓海外市场，开展跨国经营活动。近 10 年来我国对外直接投资以年均 41.6%的速度快速增长，到 2012 年中国以对外投资 878 亿美元跻身世界第三大对外投资母国。[801]但与快速扩大的海外投资相比，我国海外投资保险的覆盖面仍较低。2010 年，我国对外直接投资累计净额约 3047.5 亿美元，而海外投资保险的承保责任余额为 173 亿美元，承保占比仅为 5.68%。[802]

中国信保官网显示，海外投资保险业务是中国信保为鼓励投资者进行的海外投资，对投资者因投资所在国发生的汇兑限制、征收、战争及政治暴乱，以及违约风险造成的经济损失进行赔偿的政策性保险业务，目前已成为包括短期出口信用保险，中长期出口信用保险，融资担保等在内的几大主要业务板块之一。但在中国信保公司成立开始，并没有海外投资保险的业务机构设置。2004 年开始在公司内部设了境外投资政治保险风险专门业务部门——投资保险部，2007 年把业务放到各个下属分支机构，属地化经营。直到 2011 年，中国信保才进入新的发展阶段，按国家要求进行了新的体改，体改的亮点有几个大的方面，其中在业务方面初步达成了共识，将境外投资保险也作为一个政策性的保险业务列入到中国信保章程里面，可以在更大范围、更大规模、更高的层次上、更大的集中支持企业的境外投资。

但要全面推进海外投资保险，必须有相应的一系列法规体系保障。截止目前，我国尚未建立完整的海外投资保险制度，只在一些法律文件和实践中有所体现。在国际法层面，我国参加的有关海外投资保险的国际多边条约主要有三个，即 1988 年加入的《多边投资担保公约》、1993 年加入的《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》以及 2001 年 加入的 WTO 一揽子协议中的《与贸易有关的投资措施协议》；双边协定方面，目前我国已与 130 个国家

---

797 Ibid.

798参见田 辉：《金融危机时期全球出口信用保险发展新特点》，载《发展研究》2012 年第 6 期。

799田 辉，《金融危机时期全球出口信用保险发展新特点》，载《发展研究》2012 年第 6 期，第 78 页。

800 同上。

801 数据来源于中国出口信用保险公司官方网站。

802参见“中国企业存巨大海外投资风险，保险护航严重不足”，http:/ / cq.people.com.cn/ News. 访问日期 2013-04- 25

签订了双边投资保护协定，而在国内法层面的相关配套立法则十分薄弱，尽管海外投资保险业务目前已构成中国信保公司的新增亮点，但从制度架构上包括《国务院关于组建中国出口信用保险公司的通知》,《中国出口信用保险公司章程》都没有明确其承保机构的设立、投保人的资格条件、承包范围等基本内容。由于国内没有相应的海外投资保险制度与国际双边投资保护协定相配合，导致这些双边投资保护协定中有关我国海外投资保护的条款落空，无法发挥出其应有的效用。

已有不少学者呼吁进行海外投资保险立法,是否需要单独立法还是放在出口信用保险立法体例内,笔者认为区别并不大,相对由出口信用保险立法进行贸易险和投资险的全面整合可能更符合目前的实践,关键是要能对我国已经签订的双边投资保护协定的相关内容进行国内法的纳入。同时，更值得关注的是，随着全球经济区域化发展，各种类型的 FTA，RECP 应运而生。美欧跨大西洋贸易与投资伙伴协议(TTIP)已经宣布开启第一轮谈判，2013 年 1 月 21 日备受关注的中欧双边投资协定谈判也已正式宣布启动。据欧盟委员会主席巴罗佐透露，这一协定一旦达成，将作为一个总文本代替当前欧盟成员国与中国之间的 27 个双边投资协定，为中国企业进入欧洲各个市场提供方便。欧盟驻华大使马库斯·艾德和则透露，中欧投资协定将把现行中国与欧盟成员国间的双边投资协定精简为一个统一版本。[803]这个统一版本的投资协定一定会对我国的海外投资保险立法提出更高的要求。从另一个意义上看，这也是我国通过对海外投资险进行立法协同和国际投资利益博弈制衡的一个重要契机。

结语

对出口信用保险进行立法设计，其中关键需要进行四个方面的制衡考量：首先是资金注入及盈亏制衡，必须要符合 WTO《补贴与反补贴措施协定》的相关规定，达到保本经营，将商业性业务账户的盈余来做为政策性业务账户的增补基金;其次要针对 WTO 贸易政策审查中敏感度较高的出口信贷担保进行预警，尽量设计能获得豁免对待的，满足“君子协定”相关条件的条款，并最终为加入该“君子协定”做好准备；第三是对目前银保合作的推动和监管应充分关注并吸纳相关国际金融软法立法机构和伯尔尼协会的有益建议；最后，随着几大重要的国际区域性投资协定的谈判开启,我国必须通过对海外投资险进行立法协同从而和相关的国际投资利益进行博弈制衡。

The Coordination of Legislation on Export Credit Insurance

Abstract

Li Ben

Currently, China’s export credit insurance system has appeared great changes, which captures more attention to the thinking of its legislative process and system construction. During the establishment of legislation, four vital points are supposed to be considered. Primarily, it involves the coordination of fund injection and breakeven. In addition, an early warning mechanism for sensitive ECG cases in WTO’s trade policy review is necessary, which adapts to the “gentlemen's agreement” on export credit. Namely, it can be recognized as China’s first step to join the “gentlemen's agreement”. Moreover, in the promotion and regulation of bancassurance, pay close attention to and adopt some valuable suggestions and proposals from the Berne Union as well as some related soft law legislative institutions on international finance. Eventually, as significant regional investment treaties initiate the negotiations, China has to coordinate legislation in overseas investment insurance to balance with international investment interests.

Keywords: export credit insurance; export credit guarantee; overseas investment insurance

[803] 参见《中欧双边投资协定谈判今日宣布启动》新闻报道，载《北京商报》2013 年 11 月 21 日第 1 版。

作者:

李本，女，汉族，1971 年 6 月 8 日生。上海大学法学院教授,国际法教研室主任，国际经济法专业博士。

联系地址:上海市杨浦区政和路 999 弄 39 号 603 室

邮编:200438

手机:13636601238

电邮:liben@shu.edu.cn

从稀土案败诉看《瓦森那协定》在 WTO 框架下的效力

王海镇[804]

【摘要】去年 8 月，WTO 公布了美国、欧盟、日本诉中国稀土、钨等相关产品出口管理措施案的上诉裁决，认定中方有关涉案产品的出口关税、出口配额措施不符合有关世贸规则和中方加入世贸组织的承诺，至此广受各方关注的稀土案终以中方败诉而告一段落。西方媒体将这一裁决奉为 WTO 近年来最重要裁决之一，因为此前 WTO 为避免干涉成员国内政的嫌疑，很少对成员国的出口限制进行干预，其关注点更多是在成员国的进口限制方面，但若加上此前中国焦炭出口措施案的话，WTO 已连续两次在有关中国的出口限制案中裁定中方败诉，西方媒体强调相关裁决“体现了”WTO 为实现自由贸易的宗旨和决心。然而，包括日美欧等本案的提诉方在内的一些西方国家时至今日，仍在借安全保障之名，对包括中国在内的其他一些 WTO 成员实施歧视性贸易政策，限制特定产品，技术，物资对这些国家的出口，这些同样明显违反自由贸易规则的行为在 WTO 框架下又该如何定性呢，若中国必须对日本或美国出口稀土等，那日本和美国禁止向中国出口新型碳纤维材料或电脑芯片的理由又在哪里呢，所谓《瓦森纳协定》效力真可以凌驾于 WTO 义务之上吗，本文拟就这些问题做一些探讨，以期为更好地解决此类问题做些铺垫性行研究。

关键词；瓦森纳协定出口管制安全保障

一 WTO 对出口限制措施的基本立场

GATT 第 11 条规定“成员国（对进口产品）除了征收关税或相关税费以外，不得设立或维持配额，进口许可证或其他限制或禁止其他成员国产品的输入，或向其他成员输出或销售产品”。本条款一直被视为是禁止成员国采取数量限制措施的法律依据，也是消除非关税贸易壁垒的主要手段。从内容来看，该条款不仅适用于对进口产品的数量限制措施，同样也可以被适用于对产品的出口限制措施。但事实上，在 WTO 长期的实务操作过程中，该条款由于种种因素很少被适用于成员国的出口限制措施。

首先，在 WTO 争端解决程序中，一方成员若依据 GATT 第 23 条第 2 款提诉的话，除了必须满足 GATT 第 23 条第 1 款前 3 项要件，即；

“a）未曾履行基于协定的义务，

b）或采取了某项措施的结果，

c）国内存在的某种状态；以外，还必须满足结果要件，即由于上述缘由“致使（提诉方）依据本协定的规定直接或间接可获得的利益受到损害或无效化，或导致协定目标的实现受到妨碍”，而这里所说的“直接或间接可获得的利益”来源只能是通过交涉得到的来自其他成员的关税减让的承诺结果，即为本国产品进入对方市场争取到的机会，而出口国对其本国产品的出口是否征税或征多少税一般不会成为其他成员关心的事项，也不会成为两国关税减让交涉的对象，故即使出口国对特定产品的出口实施管制，受该管制影响的一方也很难证明己方对受管制产品的出口拥有“直接或间接获得的利益”[805]，但若出口国在实施出口管制过程中存在歧视性行为，有违反最惠国待遇嫌疑时，则可

[804]上海外国语大学法学院副院长。

[805]在 1979 年审议澳大利亚对欧共体的砂糖出口补贴案件的专家组报告中，专家组虽然认定欧共体的相关制度涉嫌违反第 16 条第一款，但澳大利亚并未证明澳大利亚依据协定可获得的什么利益被无效化了，或被侵害，或如何影响了协定的目的实现了，因而中止了案件的实体审查，BISD 26S/290. Para.V(I))。

能构成“妨碍实现 WTO 协定目标”的状况，因而成为被诉对象。

另一方面，对出口实施限制首先受到损害的应该是出口国自身（即意味着白白浪费了通过交涉获得的出口机会），当出口国宁可牺牲出口机会也决定要对本国特定产品的出口实施限制的话，不难推测该决定的背后有难以回避的国内压力，同时由于一般出口限制不至于直接损害其他成员的利益（除非有歧视性行为），为避免有干涉内政的嫌疑，WTO 对出口管制鲜有深入干预的[806]。尽管在中国的焦炭和稀土案中，因为这两个案件都涉及到了《中国入世议定书》中的对中国不利条款[807]，WTO 的裁定结果似乎也有其可自圆其说之处，但 WTO 如此深入地介入一成员的出口管制措施，不得不令人感到些许的不自然。

二日美等国的对中国出口限制

2011 年 11 月下旬，日本神奈川警方对位于东京都品川区的天祥集团日本公司总部实施了突击搜查，该公司被指对中国出口了具有自动控制装置功能的二手半导体设备，涉嫌违反日本《对外贸易及外汇管理法》及《出口管理法令》等[808]。同年 12 月，日本警视厅公安部也启动了对位于东京都中央区的吴宇化工的子公司可瑞芬公司（法人）及原管理部长（个人）的刑事提诉程序，该公司被指向中国出口高级碳纤维，也涉嫌违反日本外汇管理法及出口管理法[809]。

稍早前，日本静冈县警方与福冈县警方对位于静冈县境内的雅马哈公司的 20 多处场所实施了联合搜查，该公司被指涉嫌向中国出口喷洒农药的无人农用直升机，日本政府怀疑该直升机可能被中国转为军用[810]。

另，就在本月（4 月）9 日，美国商务部发布了一份公告，决定禁止向中国四家国家超级计算机中心出售“至强”（Xeon）芯片。理由是，这四个计算机中心与当今世界运算速度最快的超级计算机天河二号有关，并被疑从事了违反美国国家安全或外交政策利益的活动[811]。

如上所述，日美等国在向 WTO 提诉中国限制特定产品出口措施违反 WTO 自由贸易原则的同时，他们自身也在频繁地，甚或是明目张胆地对中国及其他一些 WTO 成员国实施出口限制措施。对此，他们的解释是他们对中国的禁运措施是依据《瓦森纳协定》来的，因《瓦森纳协定》禁运的对象属安全保障领域，不在 WTO 自由贸易范围，故他们对中国的禁运是有合法依据的，

---

[806]虽然第 11 条的第 2,3 款也设定了一些例外状况，但这些例外范围依然是很有限的，不一定能满足成员国特定政策的适用，如美国政府依据 1938 年天然气法（Natural Gas Act of 1938,15 U.S.C. §717b）的规定，对天然气的出口视对象不同适用不同的标准，即对与美国签订了含有国民待遇条款 FTA 协定的国家无条件并快速予以许可，对与美国无上述协定的国家，则采取个案审批的程序，主要评估标准是对该国的出口是否符合美国的“公共利益”，通常这种审批程序需要二，三年的时间，这一做法也不符合第 11 条的例外条件。对此，美国著名智库《彼得森国际经济研究所》的高级研究员 Gary Clyde Hufbauer 在 2013 年 1 月 24 日的一篇文章中说到“美国在限制天然气出口的同时，却无视国内天然气的自由消费，这无疑是一种伪善，是违反 WTO 规则的”，见 LNG Exports: An Opportunity for America；日本（国际贸易投资研究所）理事长畠山襄也断言：“从欧美诉中国的焦炭出口限制案以及美，欧，日诉中国的稀土出口措施案来看，若有（国家）诉美国天然气出口限制的的话，美国也必输无疑”（畠山襄，<残された課題------WTO の輸出国偏重>，国際貿易と投資 Autumn 2013/No.93●1），但迄今为止既无其他成员提诉，WTO 依据附属文件三的审查机制也从未触及这一问题。

[807]在《中国入世议定书》第 11 条第三款中约定“中国应取消适用于出口产品的全部税费，除非本议定书附件 6 中有明确规定或按照 GaTT1994 第 8 条的规定适用。”

[808]见（日本经济新闻）http://www.nikkei.com/article/DGXNASDG29012_Z21C11A1CC0000/。

[809]见 2011 年 12 月 7 日《読売新聞》。

[810]见 2006.1.23，《每日新闻》。

[811]见 2015.4.14.新华网报道。http://news.xinhuanet.com/finance/2015-04/14/c_127687249.htm。

即他们可以自行决定不向中国出口什么，但中国必须向他们出口他们想要的什么。那么《瓦森纳协定》果真有如此效力吗？中国果真只能听之任之吗？

三《瓦森纳协定》效力的分析

新中国诞生后，中国的经济发展可说一直是在西方主要国家的多重刁难，多方封锁的情形下一路艰难走过来的，其中尤以所谓的《巴统协定》及其后续替身《瓦森纳协定》对中国的经济发展的限制影响最为明显，并且，这种不正常状态一直延续至今。

所谓《巴统协定》(CoCom : Coordinating Committee for Multilateral Export Control》是指 1949 年 11 月由美国政府牵头设立的一个非正式的国际机构，该机构通过设在美国驻法国巴黎大使馆的（战略物资出口控制委员会），对当时以苏联为代表的社会主义东方国家阵营实施战略遏制，禁止或限制西方国家的战略物资和先进技术流入东方阵营国家，以免增强对方的军事能力。由各成员国政府内负责监管进出口贸易的官员组成的巴统委员会定期在美驻巴黎大使馆举行磋商，交换并确认禁运物资清单，这些清单覆盖军事武器装备、尖端技术产品和战略产品等三大部分。《巴统协定》的正式成员有北约 15 个成员国（爱尔兰除外）以及 1952 年加盟的日本，除此之外，还有一些被称为巴统协助国的（自愿与巴统成员采取统一步骤的）成员国家，1952 年朝鲜战争爆发后，中国也被纳入了禁运对象范围。从国际法角度看，因为《巴统协定》属绅士协定，没有明确的条约和组织程序，故各成员国对清单上的禁运对象都是通过制定相应的国内法来控制和实施《巴统协定》清单的。另一方面，尽管《巴统协定》属绅士协定，该协定对成员国无强制约束力，但由于美国对此协定的实施极为重视，对违反协定的国家和企业不惜处以重罚[812]，故该协定一直以来，对国际贸易，特别是东西方贸易有着不可忽视的影响，可说是很“忠诚”地体现了美国冷战时期的遏制战略意图。

上世纪 90 年代初，随着德国的统一及前苏联解体，冷战宣告结束后，国际社会舆论普遍认为世界安全的主要威胁不再来自军事集团和东方社会主义国家，《巴统协定》的宗旨和目的也与现实国际形势不相适应了，《巴统协定》遂于 1994 年 4 月 1 日宣布正式解散，然而，仅过了两年，1996 年 7 月《巴统协定》的替身《瓦森纳协定》便粉墨登场了[813]。全称为《关于常规武器和两用物品及技术出口控制的瓦森纳协定》 (The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Good and Technologies)，其成员也在原《巴统协定》基础上有了扩大，目前共有包括美国、日本、英国、俄罗斯等前东欧国家共 40[814]个成员国，由于前苏联解体后，中国仍坚持自己的政治

---

[812]如著名的东芝公司事件，日本东芝公司的子公司东芝机械公司在 1982 年到 1984 年期间，将巴统协定清单中禁运的精密加工机床出口前苏联一事被察觉后，迫于美国的压力，日本政府对东芝机械公司及其相关个人提起了诉讼，两名负责人分别被判 10 个月及一年监禁（缓期一年），罚款两百万，作为母公司的东芝公司总裁及总经理被迫辞职（外国為替及び外国貿易管理法違反被告事件、昭６２特（わ）１５４７），东芝公司也被禁止三年内参加美国的政府采购，东芝机械公司五年内不得介入美国商务。此外，如“上海，北京工展会ココム事件”（日本东京地方法院 1969 年 7 月 8 日判决）、1982 年西伯利亚输油管事件等（见，小原喜雄；《国際的事業活動と国家管轄権》有斐閣、1993，12，20.P296.

[813]由于成员国的禁运是依据国内法实施的，故尽管《巴统协定》宣布解散，成员国的国内法却未曾同步废除，而《瓦森纳协定》的重启，即意味着《巴统——瓦森纳协定》从未中断过，可谓名副其实的换汤不换药。

[814]对接纳俄罗斯的加入，目前尚未找到相关第一手资料的说明，笔者以为可能基于以下几点原因；1）俄罗

及外交立场，故理所当然的不仅被挡在《瓦森纳协定》之外，而且还是《瓦森纳协定》的主要禁运对象。

以美国为主导的《巴统—瓦森纳协定》体制在相当长的时期里，严重影响并阻碍了中国的经济和产业顺利发展，特别是《瓦森纳协定》对军民两用技术的“高科技”比重在明显加重，除了其《巴统协定》遗留的冷战印记外，《瓦森纳协定》已明显被日美等国用来对中国进行技术封锁，遏制甚或延迟中国技术乃至经济及社会发展的工具。这种带有明显冷战思维印记的歧视性行为，事实上已明显违反了 WTO 自由贸易的基本原则。

如前所述，无论《巴统协定》还是《瓦森纳协定》本身对成员国及成员国企业是均无约束力的，它是通过成员国国内法的制定来完成遏制目标的，即成员国的出口限制从国际法上看是依据其国内法而非《巴统协定》或《瓦森纳协定》来完成的。另一方面，在 WTO 诞生前，由于《关贸总协定》本身也不是严格意义上的国际条约，因其未经过大多数成员国宪法规定的条约批准程序[815]，故其效力也不及国际条约，而是类似一般行政协定，若成员国的国内法与《关贸总协定》相关规定有抵触时，成员国可借口国内法规定或祖父条款[816]来主张例外。虽然，在涉及《巴统协定》内容的 WTO 相关案例中，被诉方都援用《关贸总协定》第 21 条的安全保障条款来辩解，但无论是当事方还是争端解决机构实际上都是以《巴统协定》的存在为前提来审议案情的，或干脆就把《关贸总协定》第 21 条与《巴统协定》等同起来看，给成员国造成了凡涉及第 21 条安全保障要素的事例似乎即意味着不应在 WTO 审理范围之内的感觉[817]，而具体什么可纳入安全保障内容是可由成员国自行决定的事项。

但 WTO 诞生后，情形便完全不一样了。因为 WTO 是一个正式的国际条约，所有成员国都履行了国内宪法规定的条约批准程序，且《WTO 协定》第 2 条第 2 款明确规定，“附件 1、附件 2 和附件 3 所列协定及相关法律文件（下称"多边贸易协定）构成协定的组成部分，对所有成员具有约束力”，故在 WTO 框架下，除满足 WTO 协定自身规定的特定例外情形之外，均不得主张例外，包括祖父条款[818]，而且根据国际法的一般基本原则，当国内法与本国参加的国际条约规定相抵触时，国内法必须为国际条约的义务让路,”所有有效的条约都必须被遵守……当事国不得以国内法作为不履行条约义务为正当化的依据”[819]。

在 WTO 框架下，可能被用作《瓦森纳协定》出口禁运对象措施的合法性依据的，只有《关贸总协定》第 21 条所明确列举的具体情形了，但细看该

斯当时经济疲惫，已不具备对西方构成威胁的能力，2）西方一度把俄罗斯视为“可教育好”的对象，有明显怀柔色彩，这也是当时接纳俄罗斯进八国集团的原因之一，3）俄罗斯依然拥有先进的军事技术，通过笼住俄罗斯可防止其军事技术流入被视为更具潜在威胁的中国之手。

[815]由于 1948 年《哈瓦那宪章》未得到美国国会的批准，而《关贸总协定》当时只是通过签署一份临时适用协议而生效的，又因为美国国会最终也再未通过《哈瓦那宪章》，故只有临时身份的《关贸总协定》的身份一直颇多非议，见（1947 Protocol of Provisional Application,55 UNTS 308;30October 1947,61 Stat.pts.5,6TIAS No.1700）。

[816]也称“祖父权”Grandfather rights,在法学领域指当新的立法产生时，对已然存在的权益予以尊重和维护的意思。在《关贸总协定》语境中，在成员批准《协定》时，或有新成员加入时，此前各自国内法中亦已存在并与《关贸总协定》第二部分相矛盾的规定依然可以维持的意思。

[817]1982 年英国与阿根廷之间爆发福岛战争时，GATT 理事会就讨论有关对阿根廷的贸易禁运措施时，美国政府就非经济理由的贸易制裁做了如下表态（C/M/157.159.）“GATT 对于为维护本国自身安全保障重大利益时，应采取何种措施最为必要的判断是完全托付于各成员国的，GATT 理事会不具备对此判断提起疑问的权能”。欧共体，加拿大，澳大利亚也大致表达了类似的观点，即第 21 条可涵盖哪些对象，成员可采取哪些禁运措施，是完全交由成员国自行决定，GATT 不能介入，C/M/157,159。

[818]WTO 诞生后的祖父权限，仅限于 1994《关贸总协定》第一条第三款 a 项的内河航运船舶条款。

[819]参见《条约法条约》二十六条，二十七条。

条内容便不难发现，该条规定很难为《瓦森纳协定》大部分禁运对象提供合法性依据，特别是所谓军民两用技术，敏感技术，因为该条款提供保护的范围是；

a）有关本国自身安全保障重大利益的信息公开，

b）为维护本国安全保障上的重大利益而采取的下列必要措施；1）有关裂变材料或提炼裂变材料的原料的措施，2）武器、弹药和军火的贸易或直接和间接供军事机构用的其他物品或原料的贸易措施;3）战时或其它国际关系处于紧急状况时采取的措施；

c),成员国为维护国际和平与安全依据联合国宪章义务而采取的措施。

由此可见，WTO 框架下成员可采取的禁运对象只能是与武器弹药或直接和间接供“军事设施”用的物资或原料，或有安理会决议等，这也符合 WTO 最大限度在全球范围内推行自由贸易的宗旨，即将例外对象严格限制在最小范围之内。因而目前《瓦森纳协定》成员对包括中国在内的其他 WTO 成员国实施的所谓敏感物资，两用技术的禁运都没有国际法上的依据，同时也是违反国际条约义务的行为。

四中国的可考虑应对方案

方案一；WTO 提诉

如前所述，在没有出现其他新的法律依据的情况下，《瓦森纳协定》成员对包括中国在内的其他 WTO 成员实施的大部分技术及相关设备，产品的出口限制措施明显涉嫌违反《关贸总协定》（最惠国待遇）（第 1 条）以及（禁止数量限制原则）（第 11 条）的规定，中国完全可以利用 WTO 的争端解决机制对违反条约义务的国家提诉。由于《瓦森纳协定》是通过成员国的国内法来实施的，从 WTO 实务角度看，被诉对象应该是特定国家的国内法以及相关法令和程序，如日本的《对外贸易及外汇管理法》(Foreign Exchange and Foreign Trade Act)第 25，48 条，相关的行政法规有《出口管理法令》(Export Control Order)及其附属（管制货物清单）以及（管制技术清单），此外还有各部门的相关规章，通告等。美国的有《出口管理法》(Export Administration Act（1979 年修改)以及据此制订的（出口管理规则 Export Administration Regulations（EAR））和相关出口申报，审批程序规定等，欧盟出口管制依据有 European Union Code of Conduct on Arms Exports 和相关程序规定等，只要可能被各国用于限制对中国出口贸易的法律法规，行政程序等都可被纳入提诉范围，这本身也是作为 WTO 成员的一项基本权利。

由于 WTO 协定生效后，《瓦森纳协定》已不能作为限制出口措施的挡箭牌，因而被诉方的辩解空间应该很有限，即中方胜诉的可能性很大。退一步说，即使由于种种难以预测的原因，导致最后审理结果不尽如人意，但提诉本身依然具有很重要的积极意义。

首先，早就有一部分协定成员国已不愿继续维持对中国的禁运措施，因为这样即可能丧失向中国出口的巨大经济利益，同时歧视中国也不符合他们的政治利益，更重要的是他们自己都已不相信中国会成为国际和平的威胁，维持对中国的出口限制只是让他们在这场游戏中扮演了美，日等极少数国家遏止中国的帮手，而对他们自身而言则是有弊无利的。此前无奈维持对中国的禁运，是因为有《瓦森纳协定》这一层薄纸罩着，谁也不想去积极捅破它，但现在若有机会从正面揭开《瓦森纳协定》面纱的话，也许也可能正是相关各方放弃这

一莫名其妙联盟的合适机会。

其次，考虑到事实上迄今为止 WTO 无论在法律的技术运用层面上，还是对法律传统的解释方面都在很大程度上受到了美国及西方主要国家的操控和影响，因而 WTO 对类似涉及《瓦森纳协定》等的敏感事项采取有利于被诉方的立场也并非不可能，即将此问题硬性纳入安全保障范围并借机回避正面审理[820]。但即便是如此，考虑到 WTO 与 GATT 身份性质的不同，WTO 争端解决机构也有义务明确第 21 条的适用范围和评估标准，这会让 WTO 争端解决机构面临极为棘手的难题，至少通过提诉在此后涉及相关问题的处理方面，可在很大程度上挤压西方国家滥用国际规则的空间。

方案二：双边交涉途径

如果 WTO 最后以事涉安全保障为由不予受理中方的相关提诉，则中国还可考虑通过双边交涉途径来解决问题。根据我国《对外贸易法》第七条的规定；“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”

美日等国对中国的禁运措施明显属于“歧视”行为，在 WTO 置身事外的情形下，从国内法寻求救济也符合国际法“用尽当地救济”的基本原则。

根据《对外贸易壁垒调查规则》第 3 条第 1 款的规定“外国（地区）政府采取或者支持的措施或者做法，存在下列情形之一的，视为贸易壁垒：

(一) 违反该国（地区）与我国共同缔结或者共同参加的经济贸易条约或者协定，或者未能履行与我国共同缔结或者共同参加的经济贸易条约或者协定规定的义务；

（二）造成下列负面贸易影响之一：

……

对该国（地区）或者第三国（地区）的产品或者服务向我国出口造成或者可能造成阻碍或者限制。”

显然，WTO 框架下对中国的禁运措施，除非禁运对象属第 21 条明确例外的范围，其余应都在 WTO 可诉范围，若 WTO 选择逃避的话，则《对外贸易法》所提供的双边交涉途径应是合适考虑方案。

方案三：其他选择

反制立法

如果 WTO 争端解决机构以对中国禁运的技术或物资属安全保障范畴，不在自由贸易原则适用范围之内的话，则中国当然可将焦炭，稀土之类产品也可依据《对外贸易法》第 17 条适用范围，放入中国出口管制清单，实行许可制管控，也可有针对性对不同国家进行战略牵制。

其实在此次美国政府公布对中国芯片“限售令”之前，中国计算机学会已向国家相关部门建议制定《反禁运法》，“其他国家对我国禁运的装备、器材、技术及软件等在我国研发成功之后，一定时期不得进口该国的同类产品或对其征收高额关税，以此作为反制措施，保护我国的国家利益、民族产业利益和科技

[820]仔细翻阅 GATT 到 WTO 的大部分案例，不难发现几乎所有的条款的运用方法，相关概念的解读或参照都受到西方特别是美国相关专家或理论的影响，这里既有美国方面拥有最为丰富的经验和相关知识乃至资料等因素外，其政治等方面的影响也不应忽视。

人员的积极性”[821]，虽然这一建议主要重点在于通过该法的制定，压缩美国企业在中国市场未来可预见的经济利益来敦促美国政府反思其禁运政策，但这也反映了国内企业已开始考虑运用立法手段来维护自身合法权益的途径了。

当然，通过双边 FTA 协定的交涉和缔结，也可能逐步解决这一问题，但这一途径不仅费时较长，也不能排除对方借口《瓦森纳协定》给 FTA 留下空白之处，因而看来 WTO 提诉应该是优先考虑的方案。

结束语

如前所述，今天的《瓦森纳协定》从多种角度看早已偏离了其维护国际和平的订立初衷，已沦为日美等国遏制甚或拖延其现在或潜在的竞争对象国的技术及经济发展的工具了。并且无论中国是否愿意，事实上中国在很长一段时期内一直是《巴统——瓦森纳协定》的主要适用对象，并且此种状态还可能将持续下去，很有些“匹夫无罪，怀壁其罪”的意味。

考虑到今日的国际局势以及中国所处的地缘政治状况的变化现实，中国政府是时候应考虑采取断然措施消除任何针对中国的歧视性措施，至少对一些明显违反国际规范又侵害中国权益的行为，应有所表示，打消一些对中国怀有阴暗心理国家的妄念，给中国企业乃至国民提供一个更为公正，公平的国际环境，至少在提升国民信心，改善中国企业在国际市场的公平境遇方面可做一些有实质性意义的挑战。

[821]见（《参考消息》2015.4.21（11 版）报道；“天河”团队首回应美限售芯片：不惹事不怕事。

从准负制度探究中国外资法体系重构的框架

石胜囡*

内容摘要：由于中国的外资法长期推行内外资双轨制，使得立法体系与结构严重失调，法律、法规内容多有交叉，重复立法现象严重，不符合当前经济快速发展的要求。准负制度，又称准入前国民待遇加负面清单的管理模式，是目前中国外资法体系重构的方向。中国目前推行准负制度一定程度上可以促进目前的内外资改革，也可为其他发展中国家提供外资准入的范本，彰显大国本色。从上海自由贸易试验区的先行先试到《外国投资法（草案征集意见稿）》体现了当前外资法体系改革的决心，但目前所推行的政策规定还有诸多不妥之处，我们应借鉴国外相关成功经验并结合中国国情尽快重构我国的外资法体系。

关键词：负面清单　准入前国民待遇　外资法体系重构

一．负面清单

1.含义

负面清单，又称否定清单或特别管理措施，是指凡是针对外资的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施或业绩要求、高管要求等方面的管理措施均以清单方式列明，即在投资协定中指代那些在外资准入阶段不适用国民待遇原则的特别管理措施。在负面列明的领域中，外资被限制或禁止进入，而在其之外的领域，外资可按规定进入，充分体现了“法无禁止即可为”的思想。

依据国际标准，外资准入模式可以分为以下五类：（1）投资控制模式，即东道国保留对外资准入的完全控制；（2）“选择开放模式”，即东道国承诺部分开放，即正面清单；（3）“区域性产业化项目模式”，即仅对东道国参与的区域协定的其他成员提供完全的准入，以促进区域一体化；（4）“互惠式国民待遇模式”，即依据区域性或双边协定相互提供完全的准入；（5） “国民待遇和最惠国待遇综合模式”，即依据国民待遇或最惠国待遇中更优惠的条件提供完全的准入，但可以清单方式列明除外，即负面清单。[822]

而在国际贸易或投资协定中，通常由两种模式来明确投资方的义务，一是以《与服务贸易有关的总协定》（GATS）为代表的正面清单模式,例如其第 17 条第一款的规定：承诺表中的各部门，成员方应给予其国民待遇，其以明确的条文来规定投资各方的义务。[823]在此种模

* 作者简介：石胜囡（1992-），女，山东淄博人，华东政法大学 2014 级研究生，研究方向：国际私法。

[822] See Thomas Pollan, Legal Framework of the Admission of FDI,Eleven International Publishing,20006 pp 136-137.

[823] 参见：《GATS》第十七条 第一款：在列入其承诺表的部门中，在遵照其中所列条件和资格的前提下，每个成员在所有影响服务提供的措施方面，给予任何其他成员的服务和服务提供者的待遇不得低于其给予该国相同服务和服务提供者的待遇。

式下，当事各方的义务都在协议中做出正面规定，未列入的为当事各方的保留范围，不被允许，一般来讲，发展中国家更喜欢采用此种模式来加强对该国的投资风险控制。另一种是以《北美自由贸易协定》（NAFTA）为代表的负面清单模式，NAFTA 开创了准入前国民待遇加负面清单的投资管理模式（又称准负制度），该措施是对最惠国待遇、国民待遇及其他义务的例外规定。[824]

因此，简单说，负面清单为清单列明的事项不可为或需按规定附件条件为之，不在清单范围的被认为允许实施，与之相对正面清单则是规定可为的领域。

2.负面清单的利弊分析

（1）条款清晰明确，利于提高外资准入效率

为维护国家主权及金融安全，主权国家一般会规定东道国的相关领域外国投资者禁止进入或限制进入，其中，有的国家以特别管理措施具体规定，有的国家采用“负面清单”的提法。 负面清单采一般列举的方式列明限制或外资准入的领域，清晰明确地列明相关领域，使得外资在进入东道国之前，可自行测算自己能否被东道国接受，大大提高了外资准入的效率。

（2）符合目前世界各国外资法展的大趋势

美国在其 BIT 范本中，明确采负面清单模式，加拿大，日本，新加坡及部分拉美国家也采用此模式。[825]但是，各国的外资准入实践中并未统一的负面清单模式，具体操作还应由各国结合本国的经济状况来具体实施。

（3）高效实施需辅以必要的审查监管机制

负面清单并不穷尽每一事项，而且经济发展的快速波动，也使得实践往往超前于立法。负面清单所列明的限制或禁止领域需要东道国在外资准入使辅以必要的安全审查来准确界定其是否可进入，同时必要的事中、事后监管机制也是负面清单推行中的一大保障，此外，还有信息报告制度等手段来促进其有效实施。

3.中国《外商投资产业指导目录》的定性

对于中国的《外商投资产业指导目录》究竟是正面清单模式还是负面清单模式，长期以来，学界一直争论不休。

2015 年 4 月 10 日起施行的《外商投资产业指导目录（2015 年修订）》中，分为鼓励、限制和禁止外商投资产业目录三部分。不管是哪一部分，都是明确规定外资的进入领域，因此，有人将其称为正面清单，同时因为其含有限制，特别是禁止外商投资产业目录，使得部分学者将其称为负面清单。笔者认为，《外商投资产业指导目录（2015 修订）》中既有鼓励的领域也有限制或禁止的领域，并不能完全将其一味的看作是正面清单或负面清单，它只是中国目前的外资产业准入领域的指导性规定，区分其正面清单还是负面清单的性质对于外资发展来讲，并无多大实质意义。

---

[824] See The North American Free Trade Agreement,art.1102-1106.

[825] See Thomas Pollan, Legal Framework of the Admission of FDI,Eleven International Publishing,20006 p179.

4. 上海自贸区负面清单的实践

俗称负面清单的中国（上海）自由贸易试验区外商准入特别管理措施（2014 版），在农、林、牧、渔业、采矿业、制造业等领域规定了在上海自贸区内的限制或禁止投资事项。8262014 版较之前的 2013 年减少了 51 条，共计 139 条，其中限制性措施 110 条，禁止性措施 29 条，大大提高了外资准入的效率。业内预测，2015 年版将会进一步有所删减。

二. 准入前国民待遇

准入前国民待遇，是指将在传统投资协定中在投资建立之后阶段给予外国投资者及投资的待遇不低于在相似情形下给予本国投资者及投资的待遇延伸至投资发生和建立前的阶段，即在企业设立、取得、扩大等阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。

我国长期以来的外资政策是给予外资的国民待遇只限于准入后阶段，不包括准入前阶段，以保障对外资准入的充分监管。2013 年 7 月，第五轮中美战略与经济对话结束，我国表示将接受准入前国民待遇和负面清单的模式，这意味着我国对外资实施准入前国民待遇将势在必行。

长期以来，我国推行内外资双轨制，而随着 2015《外国投资法（草案征求意见稿）》的出台与修订，准入前国民待遇已成改革方向，因此，必须配合相应配套措施来应对此改革大势。有学者建议，应取消以资本来源为区别的企业设立审查制度，建立以行业为标准的企业设立审查制度，通过行业来对外商投资进行管理，同时，加强和完善外资并购的国家安全审查制度。[827]

对比来看其他国家的安全审查制度，不难发现：很多国家基于本国的特有国情形成了各具特色的外资审查制度，如美国的单独外资并购安全审查制度，加拿大的涵盖国家安全外资联合审查制度，德国、法国公共秩序和国家安全结合的外资审查制度，俄罗斯的战略产业外资安全审查制度，韩国的外资国家安全审查制度，印度涵盖国家安全审查的外资自动准入和政府准入制度。[828]而中国的安全审查制度也一直随对外开放的程度不断发展，外资的进入难免会在一定程度上冲击我国的市场经济发展，例如外国先进的技术、性能更高的产品，周到的服务，知名的品牌等等，因此，有必要建立审慎的外资安全审查制度，来保障中国国民经济的稳步发展。

2015《外国投资法（草案征求意见稿）》第七十五条规定了信息报告制度，即构建“有限许可加全面报告”的准入管理制度。[829]具体而言，外国投资者在负面清单所列的领域内投

---

826 参见：中国（上海）自由贸易试验区外商准入特别管理措施（2014 版）。

827 参见：陶立峰《我国外资准入前国民待遇的现状与对策》，载《经济纵横》2014 年第 3 期。

828 参见：李军《外资国家安全审查制度历史考察及我国制度选择》，载《云南大学学报法学版》，第 27 卷第 6 期。

829 参见：《外国投资法（草案）》第七十五条：国家建立和完善外国投资信息报告制度，及时、准确、全面掌握全国外国投资情况和外国投资企业运营状况，为制定和完善外国投资法律法规及政策、促进和引导外

资，均需申请外资准入许可；与此同时，外国投资者在中国境内投资，不管是否属于负面清单，均需履行报告义务。这也是对国家安全审查制度又一保障，双重砝码相加更加有利于准入前国民待遇的落实，以及维稳内资的发展，使外资与内资的期许都得到保障。

三．外商投资准入模式

1.中国外资准入模式的发展演变

长期以来，中国的外商投资一直实行逐案审批制，而随着全球化的加深、对外贸易的快速发展，其弊端逐渐显现，拉低了外商投资的效率。

首先，审批制使得政府主管部门的权利过大，容易造成权利寻租，即使外商符合条件，也可不审批，并不需附加理由，使得外资准入灰色地带密集，降低了外资准入的积极性，不利于我国经济与世界接轨。同时，审批制使得外资准入过程中，外商为尽可能的获得审批，虚假披露信息，将其过度包装，制假造假，又因审查机制存有漏洞，使得外商投资过程中潜在法律风险及金融风险加深。

从2015《外国投资法（草案征求意见稿）》来看，中国目前欲采用准入前国民待遇加负面清单的管理模式。在世界各国推行准负制度的同时，该制度已成为目前外资体制改革的方向，但是，必须配合切实可行的监管措施才可将其有效实施。

2.中国上海自贸区的实践

根据上海市政府的说明，对负面清单之外的领域，按照内外资一致的管理原则，外商投资项目实行备案制（国务院规定对国内投资项目保留核准的除外）；外商投资企业设立和变更实行备案管理。对负面清单之内的领域，外商投资项目实行核准制（国务院规定对外商投资项目实行备案的除外）；外商投资企业设立和变更实行审批管理。

但是，从目前的外资准入实践来看，外商投资的政府审批制并未根本改变，外资备案制并未得到真正有效的实行，似乎背离了上海自贸区备案制与核准制并行的初衷。上海自贸区对负面清单之外的领域，实行备案制，旨在提高外资准入的效率，但备案制需辅以完善的事中、事后监管机制，才能真正改变目前外资准入“重审批、轻监管”的局面。负面清单内的领域除国务院规定采用备案制的之外，实行核准制。审批制向核准制转变的过程体现了目前金融改革的方向，核准制相对审批制来讲，在不被核准的情况下，需说明理由，变得稍显透明、公正，为一大进步，但在实践中要严格遵守程序，避免其发展为升级版的审批制，而使改革法案形同虚设。

3．准入前国民待遇加负面清单管理模式的转变

2015《外国投资法（草案征求意见稿）》说明，中国欲推行准入前国民待遇加负面清单的管理模式。从国内外发展趋势来看，中国目前推行准负制度一定程度上可以促进目前的内外资改革，也可为其他发展中国家提供外资准入的范本，彰显大国本色。

国投资提供依据。

准负制度的实行有助于目前外商法制改革，但准入前国民待遇势必会拓宽外资准入权，开放程度加大的同时也带来了管理困难，但这并不意味着我们会丧失对它的监管。首先，安全审查制度是一道防线，信息报告制度又是第二道防线，同时辅以必要的政策措施来列明相关例外情况，使得准负制度发挥最大促进效能。

2013 中美 BIT 谈判，确定了双方将实行此模式。美国的 2012 修订版 BIT 范本新范本继承了 2004 年范本的主要内容，继续维持了在保护投资者利益与维护政府出于公共利益采取管理措施权力之间的平衡。[830]在待遇条款方面,承袭了旧范本有关待遇条款的规定："坚持将国民待遇和最惠国待遇的适用范围扩大至市场准入阶段"，这也将是后来中美 BIT 谈判的亮点，在 2013 年中美第五轮 BIT 谈判中，双方同意在准负制度的前提下进行磋商，在 2015 年启动负面清单的谈判。但谈判不可能一蹴而就，从目前的进程来看，因政治等因素考虑，谈判又遭遇放缓。而且外资改革也不能急于求成，应渐进地、逐步地对中国现有模式进行改革，稳中有进，最终实现外资准入的全方位高效进入模式。

上海自贸区的外资准入制度改革可谓先行先试，但实践中，上海自贸区可复制可推广的美梦并未实现，中美 BIT 谈判也停滞不前，而未来，因负面清单牵扯到两国切实的经济利益，更是寸步难行。考虑到未来谈判的艰难性，中国应坚守底线，结合 2015 新修订的《外商投资产业指导目录》来制定适合中美两国需求的负面清单，在促进我国经济发展的同时守住我们的主权地位，大国话语权。而结合《外国投资法草案征求意见稿》，我国目前欲实行准负制度，但该《草案》中的信息报告制度、安全审查制度都一定程度上饱受诟病，如何推行切实有效的措施来保障准负制度的实行还任重而道远。

上海自贸区准入前国民待遇加负面清单的管理模式，可以给我们带来一些思考。有学者指出：上海自贸区的规定有三个重要特征：第一，法律效力适用的地域范围仅为上海市某些地区；第二，"准入前"表明了该制度适用的投资领域的广度；第三，"负面清单"是该制度的补充。[831]仔细研究上海自贸区的实践可以发现，并无清晰的概念来明确"准入前国民待遇"一词，其可以分为两种，即"完全的准入前国民待遇"和"有限的准入前国民待遇"，模糊的界定为法律适用带来一定的困难，因此有必要尽快明确其含义，做到于法有据。其与"准入后国民待遇"的重要区别就是举证责任倒置，在"准入后国民待遇"的情形下，东道国政府只是承诺给予外国投资国民待遇，至于这种待遇具体落实在哪些领域，这需要外国投资者自己去了解。因为开放的领域只是少数，更多的领域是不开放的。即使在开放的领域，还会有各种各样的限制条件：如出资规模、出资比例等。而东道国政府的规定又往往分布在不同部门制定的规章里。然而在"准入前国民待遇"的情形下，东道国需要明确列举哪些领域是限制或禁止包括外资在内的各类民营资本进入，除此之外，不存在其他限制条件。[832]

---

[830] See "United States Concludes Review of Modern Bilateral Investment Treaty",http://www.ustr.gov/2012/united-states-concludes-review-model-bilateral-inves.

[831] 参见：许维维《我国"准入前国民待遇"制度研究——以上海自贸区为视角》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2014 年第 4 期。

[832]参见：胡加祥《 国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 1 期。

四．国外外资准入模式所带来的启示

1.美国 BIT 范本的有益借鉴

美国作为世界第一大经济体，与多个国家均签订了双边投资协定，其 2012 年 BIT 范本是目前美国投资模式的代表，其中规定了采用准入前国民待遇加负面清单的管理模式。

美国负面清单所涉及的行业大致可归纳为以下六个领域：一是自然资源及土地的使用；二是能源；三是海洋及航空运输；四是广播及通讯；五是金融%保险及房地产；六是涉及所有行业的水平型限制。[833]虽然美国与多个国家均签署了投资协定，但几乎对所有国家的限制性领域都相同，这表明美国的外资准入领域有一个明确清晰的范围，只是在不同国别的表述中存有不同。而且，美国的负面清单中的规定大多以其签署的国际条约中的条款相关，可谓是国内国际法律的良好对接，值得中国借鉴，有利于摆脱目前存在的国际、国内法律体系脱节的现象，也有利于我们争得更多全球法律舞台的话语权。其负面清单采取较宽泛的表述方式，而且大多与国家安全有关，这样使得其他国家也难以“挑刺”，有效减少了未来的经济摩擦。目前中国的双边投资协定比如中欧、中美谈判都举步维艰，中国作为世界最大的发展中国家，经济势头潜力无限，劳动力市场，消费市场形势一片大好，如何使我们的经济实力有效地转为我们在世界经济舞台的话语权，是目前通过多个投资谈判所要实现的目标，因此，美国的 2012BIT 范本未尝不是一种有益的指导。

2.中加 BIT 的有益探索

2012 年 9 月，中国与加拿大签署了两国的双边投资协定，开启了两国贸易发展的新篇章。

此次签署的文本在国民待遇、最惠国待遇、间接征收方面均做了具体的规定。[834]这对目前的外资法制体系改革是一大推动。加拿大与美国的投资体系有相似之处，中加 BIT 谈判也将成为中美 BIT 很好的推动力。但是，通过分析此投资协定文本，我们需要注意区别发达国家、发展中国家的贸易发展情况，比较发展中国家的经济水平、政治局面都较发达国家有很大不同，因此，在与不同国家签署投资协定时，不能采取统一的过高或过低的保护标准。

3.菲律宾、印度、越南等国的转型模式借鉴

虽然上海自贸区在负面的清单的制定中，参考了美国的 2012BIT 范本，但诸如中美，中加，中欧等谈判以及发达国家的经验的参考价值还是很弱的，因此我们需要从发展中国家的转型模式中汲取有益经验，指导我国的外资法制改革。

菲律宾的外资法是第 7042 号共和国法令，又称之为 1991 年外商投资法，之后经过数轮修订。该法令的主要内容之一就是负面清单，负面清单包括两个内容：A 清单和 + B 清单，A 清单列出的是依据菲律宾宪法或其他法律限制外资投资比例的领域，B 清单列出的是依据

---

[833] 参见：陆建明、杨宇娇、梁思焱《美国负面清单的内容、形式及其借鉴意义——基于 47 个美国 BIT 的研究》，载《亚太经济》2015 年第 2 期。

[834] 参见：中国与加拿大 BIT 第 5、6、10 条。

国家安全、防卫、健康和道德风险或者保护中小企业等原则限制外资投资比例的领域。[835]该负面清单更多地体现的是一种透明度的完善，将一般的审批程序取消，负面清单之外的领域采取备案制，清单之中的进行限制或禁止准入，同时保留国家安全审查制度。

印度并未明确采用“负面清单”的提法，但是其法律规定中的“自动许可”实质等同于“负面清单”，对非自动许可的业务保留了审批程序。越南 2006 年 7 月实施的《投资法》采用了“负面清单”的模式，但其并不是将所有不属于负面清单的领域均完全放开，而是设定了相应的金额限制，即 3000 亿越南盾（约 2000 亿美元）以下的投资无需政府批准，这就说明越南的外资准入还是门槛颇高的。另外，像斯里兰卡，尼泊尔等国的负面清单都比较长，这都是我们要避免的现象。

五．结论

中国长期实行的内外资双轨制，使得目前的一些法律条文过于陈旧，不符合经济发展的趋势。重塑外资法体系是一项纷繁复杂的工程，应以现行立法为基础，
有条不紊地逐步推进，最终统一外商投资立法，实现单轨制。《外国投资法（草案征求意见稿）》是对目前外资法体系的重构，应尽快实现以准入前国民待遇加负面清单管理模式为依托，辅以国家安全审查制度、信息报告制度等为一体的外资法体系。

参考文献

[1]陈安.国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践【M】复旦大学出版社，2007。
[2]陶立峰《我国外资准入前国民待遇的现状与对策》,《经济纵横》,2014 年第 3 期。
[3]李军《外资国家安全审查制度历史考察及我国制度选择》,《云南大学学报法学版》，第 27 卷 第 6 期。
[4]许维维《我国“准入前国民待遇”制度研究——以上海自贸区为视角》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》,2014 年第 4 期。
[5]胡加祥《 国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单》,《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 1 期。
[6]陆建明、杨宇娇、梁思焱《美国负面清单的内容、形式及其借鉴意义——基于 47 个美国 BIT 的研究》,《亚太经济》,2015 年第 2 期。
[7]王中美《“负面清单”转型经验的国际比较及对中国的借鉴意义》,《国际经贸探索》,第 30 卷第 9 期。
[8]See Thomas Pollan, Legal Framework of the Admission of FDI,Eleven International Publishing,20006 pp 136-137.
[9]See “United States Concludes Review of Modern Bilateral Investment Treaty”,http://www.ustr.gov/2012/united-states-concludes-review-model-bilateral-inves.

[835] 参见：王中美《“负面清单”转型经验的国际比较及对中国的借鉴意义》，载《国际经贸探索》第 30 卷第 9 期。

反倾销和反补贴协定中损害确定的条约解释

——以 DS414 为例

彭雅慧*

摘要：2009 年 6 月 1 日，我国对产自美国的进口取向电工钢产品发起反倾销反补贴调查，这是我国首次进行“双反”调查。倾销或补贴与损害联系极为密切，损害确定是实施反倾销、反补贴措施的必要条件，对反倾销、反补贴的调查中的损害确定的研究具有重要意义。反倾销协定（AD）和反补贴协定（SCMA）也均对此做出了规定。本文对“美国诉中国取向电工钢反倾销和反补贴案”（DS414）进行简要回顾，结合上诉机构报告，综合把握“反倾销和反补贴协定中损害确定”条款的整体框架以及各部分之间的关系，并对反倾销协定（AD）第 3.2 条和反补贴协定（SCMA）第 15.2 条进行详细解读。在此基础上，针对性地解释我国在处理该种问题时存在的疑惑，为我国国际贸易摩擦的顺利解决服务。

关键字：反倾销　反补贴　价格影响　损害确定

损害确定构成了反倾销和反补贴法律制度的重要部分，其是调查机关进行倾销或补贴调查，以最终确定实施反倾销或反补贴措施的关键步骤。根据反倾销协定和反补贴协定，采取反倾销措施和反补贴措施，只有在倾销或补贴的产品对进口国国内产业造成了损害时，才是必要的和合理的。严格的损害确定既利于保护进口国国内产业，又限制了反倾销和反补贴措施的滥用。

“我国对美国的进口取向电工钢产品反倾销反补贴调查案”（以下简称 DS414 案）经历了 WTO 争端解决机制的各个步骤，无论从中国首次对进口产品进行“双反”调查，还是在走完 WTO 整个救济程序来看，是一个相对完整的案件，具有鲜明的代表性。中国在上诉中认为：专家组未能正确解释和适用 AD 第 3.2 条和 SCMA 第 15.2 条。针对这一问题，本文将回顾 DS414

案件的发展进程，以DS414案为例，结合上诉机构报告中对AD第3.2条和SCMA第 15.2条的解读，解释反倾销和反补贴措施中损害确定的相关条款。在此基础上，针对性地解释我国在处理该种问题时存在的疑惑，为我国国际贸易摩擦的顺利解决服务。

一、美国诉中国——取向电工钢反倾销和反补贴案案情简介

2009年6月1日，商务部正式发布立案公告，决定对产自美国的进口取向电工钢产品发起反倾销反补贴调查。这是我国首次对进口产品进行反补贴调查，也是首次对来自一个国家的进口产品同时进行反倾销和反补贴调查。同年12月10日，商务部发布初裁公告，裁定产自美国的进口取向电工钢存在倾销和补贴。2010年4月15日，商务部发布对美国进口取向电工钢反倾销和反补贴调查的最终裁定，决定对原产于美国的取向电工钢产品征收反倾销税和反补贴税。

2010年9月15日，美国对中国取向电工钢反倾销和反垄断案向WTO提出磋商请求，磋商未果。2011年2月11日，美国提请WTO设立专家组，将案件推进到专家组审理程序。2011年3月25日，专家组成立。2012年6月15日，WTO公布专家组报告。专家组支持了美国关于中国发起反补贴调查时未提供充分证据、对被调查产品价格影响分析未客观检查证据、未要求调查申请者提供足够的非保密信息摘要等主张，裁定中国贸易救济调查机关的做法违背了相关世贸规则；而在使用“可获得事实”计算应诉企业补贴率、应诉企业倾销幅度的信息披露、与政府采购有关的补贴利益的信息披露等争议问题上，支持了中方主张，裁定中方做法符合世贸规则。[836]

2012年7月20日，中国提起上诉。2012年10月18日，WTO上诉机构就中国对美国取向电工钢征收反倾销税和反补贴税案发布裁决报告。上诉机构未推翻专家组做出的主要认定，但支持了中方关于调查机关在价格影响评估中不需要证明价格影响与倾销或补贴进口之间具有因果关系等观点。[837]

2013年2月8日，美国根据DSU第21.3(c)条就争端解决机构建议和裁决的合理执行期限问题提出仲裁申请。2013年5月3日， WTO发布中对美取向电工钢征收反倾销税和反补贴税案的DSU第21.3（c）条仲裁裁决，裁定中国履行该案争端解决机构建议和裁决的期限为自上诉机构和专家组报告通过之日起8个月零15天，即截至2013年7月31日。至此，DS414案落下帷幕。

---

[836] http://www.chinalawinfo.com/wto/wtojdaldetail.asp?jdalid=27

[837] 中国贸易救济编辑部：“中国-取向电工钢反倾销反补贴案上诉机构裁决要点”，中国贸易救济，2012（6）.

二、反倾销和反补贴协定中损害确定条款的基本框架及内部联系

（一）反倾销和反补贴协定中损害确定条款的基本框架

AD 第 3 条和 SCMA 第 15 条命名为“损害的确定”。“损害”在这些协定中被定义为：对国内产业的实质损害，对国内产业实质损害威胁或建立这样一个产业的实质阻碍。第 3 条和第 15 条都用了几个段落说明调查机构在反倾销和反补贴调查中应当考虑各个方面的义务。[838]

AD 第 3 条和 SCMA 第 15 条旨在为调查机构的分析，勾画出框架和相关的规律，从而达成一个倾销或补贴进口引起的损害的最终的认定以及确保分析和由此得出的结论是稳健的。

第 3．1 条规定，在进行损害确定时，必须考虑进口数量、进口产品对价格的影响、以及进口对国内产业所造成的影响，且其认定必须依照肯定性证据，并以客观之方式加以审查；第 3．2 条规定了倾销进口产品数量的确定以及倾销的进口产品对价格影响的确定问题；第 3．3 条规定了损害的累积评估问题；第 3．4 条规定了倾销进口产品对国内产业影响的审查问题；第 3．5 条规定了倾销进口与损害之间的因果关系；第 3．6 条规定了同类产品的国内生产评估问题；第 3．7 条和第 3．8 条则针对“实质损害威胁”的确定做了特别的规定，以防止反倾销措施成为贸易保护措施的工具。

（二）反倾销和反补贴协定中损害确定条款之间的联系

反倾销协定第 3.1 条是一个总体的规定，其列明了成员国进行损害认定的基础性、实质性义务，3.1 条以后的段落列明了更为详细的义务。3.1 条和 15.1 条要求损害认定应依据肯定性证据，并应包括对下述内容的客观审查：（a）倾销或补贴的进口产品的数量，倾销或补贴的进口产品对国内市场同类产品价格造成的影响(b)这些进口产品对国内该同类产品生产商造成的后续影响。肯定性证据与证据的质量相关，因为调查机关可能依赖它做出决定，因此需要它是肯定的，客观的，可核查的和可信的。客观审查要求调查机构的审查符合关于诚信的基本原则和基本的公正的规定，审查以公正的方式进行即在审查中，不会偏袒任何利害关系人或一组利害关系人的利益。除了说明调查机构的倾销或补贴进口对国内产业损害认定的方式的首要义务，3.1 条和 15.1 条也概述出这样一个由以下三部分组成的认定内容：（1）倾销或补贴进口量；（2）此类进口产品对国内同类产品价格的影响；（3）此类进口产品对国

[838] CHINA – COUNTERVAILING AND ANTI-DUMPING DUTIES ON GRAIN ORIENTED FLAT-ROLLED ELECTRICAL STEEL FROM THE UNITED STATES［EB/OL].世界贸易组织官网，2010.http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_e.htm

内同类产业所造成的影响。

第 3 条和第 15 条的其他段落进一步阐述 3.1 条和 15.1 条中的三个重要组成部分。3.2 条和 15.2 条包含了（1），（2）项，清楚地说明调查机构考虑关于倾销或补贴进口量以及此类进口产品对国内价格的影响的具体内容。3.4 条，15.4 条和 3.5 条，15.5 条包含（3）项，也就是说，“进口产品对国内同类产业造成的影响”。更具体地说，3.4 条和 15.4 条说明了关于此类进口产品在国内同行业中的影响必须进行评估的经济因素。3.5 条和 15.5 条要求调查机关证明，倾销或补贴进口正在对国内产业造成损害。

总之，AD 第 3 条和 SCMA 第 15 条详细规定了调查机关在确定倾销或补贴进口对国内产业造成的损害方面的义务。这些规定提供给调查机构进行损害认定和因果关系分析的相关框架和规律，其考虑到一个合乎逻辑的调查使得调查机构能够确定最终损害和因果关系。调查机构的调查需要考虑倾销或补贴进口量和价格影响，且要检查所有与此类进口产品对国内产业的影响相关的经济因素。调查机构将所有正在被考虑和评估的因素考虑进去，这些因素随即通过倾销或补贴进口和国内产业损害之间的因果关系分析连接起来。具体而言，根据第 3.5 条和 15.5 条，必须证明倾销或补贴进口通过倾销或补贴进口的影响造成了损害，正如第 2 段和第 4 段所列明的那样。因此，为了回答第 3.5 条和 15.5 条的根本的问题即倾销或补贴进口是否是造成国内产业损害的原因，3.2 条和 15.2 条所提出的调查，3.4 条和 15.4 条所要求的审查，都是必要的。这些调查结果被考虑在 3.5 条和 15.5 条中，从而形成整体的因果关系分析的基础。

三、AD 第 3.2 条和 SCMA 第 15.2 条的详细解读

AD 第 3.2 条 和 SCMA 第 15.2 条规定：

关于倾销或补贴的进口产品的数量问题，调查当局应该考虑是否已存在着倾销或补贴进口产品的大量增加，不论其在进口成员的生产或消费方面是绝对的或是相对的。关于倾销或补贴的进口产品对价格的影响问题，调查当局应当考虑，与进口成员的同类产品相比，倾销或补贴的进口产品是否已存在着大幅度地降价销售的情况，或者从另一方面来看，该进口产品是否产生严重抑制价格的情况，或者是否在很大程度上会导致阻碍产品价格的提高。单独一个因素或其中几个因素都不能必然地起到决定性的指导作用。

“考虑”的概念即迫使它将某些事情考虑进去以达到它的认定。通过使用“考虑”这个词，3.2 条和 15.2 条未施加义务于调查机构让其作出一个关于倾销或补贴进口量和此类进口产品对国内价格的影响的最终裁定。然而，调查机构考虑倾销或补贴进口量和他们的价格

影响也是受 3.1 和 3.2 条款下的总体规则支配的，即应依据肯定性证据，并涉及一个客观的审查。换句话说，未被要求明确认定事实并不减少 3.2 条和 15.2 条下的调查的精确性。

审查事项是和最终裁定该事宜区别开，但这不缩小调查机关需要考虑的范围。调查机构只需考虑而不是做出最终裁定的这样的事实，并不改变 3.2 条和 15.2 条下需要考虑的倾销或补贴问题，其中包括倾销或补贴进口的影响是否产生严重抑制价格的情况，或者是否在很大程度上会导致阻碍产品价格的提高。调查机构根据 3.2 条和 15.2 条的考虑必需反映在相关的文件中，比如调查机关的最终裁定中，以便允许利害关系人去查证调查当局是否确实考虑了这些因素。

AD 第 3.2 条和 SCMA 第 15.2 条的第二句话规定，关于倾销或补贴进口对价格的影响，调查机构必须考虑与进口成员的同类产品相比，倾销或补贴的进口产品是否已存在着大幅度地降价销售的情况，或者从另一方面来看，该进口产品是否产生严重抑制价格的情况，或者是否在很大程度上会导致阻碍产品价格的提高。

“影响”这个词的定义是，除其他事项外，完成的事情导致或产生了一个结果或后果。这个词的定义意指其他事情的结果的影响。虽然“影响”这个词可以独立于产生它的因素而使用，但这不是在 3.2 条和 15.2 条的情况下。相反，这些规定要求对“倾销或补贴进口对国内价格的影响”进行一定的调查，而且每次调查都要将倾销或补贴进口和国内同类产品价格连接起来。

首先，调查机构必须考虑与进口成员的同类产品相比，倾销或补贴的进口产品是否已存在着大幅度地降价销售的情况。3.2 条和 15.2 条通过要求做出两者之间的一个比较，明确地建立了倾销或补贴进口和国内同类产品价格之间的关系。其次，调查机构必须考虑倾销或补贴进口对国内同类产品的影响是否是造成明显的价格压低或抑制。通过问“倾销或补贴进口的影响是否是造成明显的价格压低或抑制”这个问题，3.2 条和 15.2 条的第二句特别指示调查机构考虑一定价格的影响是否是倾销或补贴进口的后果。而且，通过“抑制价格”和“阻碍价格提高”的形式所表达出的语法关系的主语（倾销或补贴进口）对宾语（国内价格）做了一定的事情。3.2 条和 15.2 条的语句，明确了明显的价格压低和抑制与倾销或补贴进口之间的关系，而且将两个变量之间的关系考虑到调查中，即倾销或补贴进口和国内价格。更具体地说，调查机构被要求去考虑第一个变量即倾销或补贴进口是否对第二个变量即国内价格的明显压低或抑制的出现具有解释力。在第 3.2 条和 15.2 条的第二句中列明的两个调查事项被“或者”和“否则”两个词分开了。这表明重大削价考虑的相关要素可以不同于明显的价格压低或抑制考虑的相关要素。因此，即使倾销或补贴进口的价格不显著削弱国内同

类产品的价格，倾销或补贴进口仍然对国内价格有一个价格压低和价格抑制的影响。

鉴于 3.2 条和 15.2 条要求考虑倾销或补贴进口和国内价格之间关系，调查机构以考虑明显的价格压低或抑制为目的，只限制性地考虑国内价格正在发生着什么是远远不够的。因此，比如，当考虑明显的价格压低时，在调查期间确定一个国内同类产品价格下行的趋势，或者在分析重大价格抑制时，要注意价格没有上升，即使他们通常会被预期已经上升，这些是远远不够的。相反，为了理解倾销或补贴进口是否对国内价格的明显压低或抑制的出现具有解释力，调查机构被要求将国内价格和倾销或补贴进口结合起来进行调查。此外，3.2 条和 15.2 条下的倾销或补贴进口的影响表明这个影响源于进口的相关方面，包括价格和/或此类进口产品量。

3.2 条和 15.2 条通过具体要求调查机关考虑倾销或补贴进口的影响是否是压低价格或防止价格提高，把国内价格的影响和先前的特定事件导致的倾销或补贴进口连接起来。这些不定式——压低和防止，说明了倾销或补贴进口可能影响国内价格的方式。因此，3.2 条和 15.2 条中影响并不仅指现状，其还指导调查机构考虑倾销或补贴进口是否对某些特定的后果即国内价格的明显压低或抑制有解释力。

价格压低指的是价格被某些事情压低或降低的一种情形。价格压低的审查，根据定义，需要不仅是一次简单的价格下降的观察，还包括分析是什么推动了价格下降。就价格抑制而言，3.2 条和 15.2 条要求调查机构考虑，倾销或补贴进口的影响是否在很大程度上影响价格的提高。通过这些规定的条文，如果未考虑若倾销或补贴进口不存在，价格是否会提高，则价格抑制不可能被适当地审查。价格压低和价格抑制的概念因此都隐含着这样的一个分析即什么带来这样的价格现象。因此，3.2 条和 15.2 条下的明显的价格压低或抑制的分析，根据定义，包括了是否是因为倾销或补贴进口导致了国内价格的压低或抑制。作为这种理解的必然结果，3.2 条和 15.2 条似乎做出一个关于倾销补贴进口对国内价格的影响的统一的分析更为合适，而不是两个步骤的分析即首先寻求识别市场现象，然后，作为第二个步骤，考虑这样的现象是否是倾销补贴进口的影响。

四、DS414 中，上诉机构解读中国对 AD 第 3.2 条和 SCMA 第 15.2 条解释与适用的疑惑

中国认为专家组没有正确分析 3.2 条和 15.2 条下的“考虑”和“影响”这两个词的意思。相反，专家组错误地将 3.5 条和 15.5 条下的因果关系的严格标准并入 3.2 条和 15.2 条中。中国还提出专家组曲解了相关的案例所提供的指导和错误地排挤中国试图利用有关指

导。最后，中国争辩说,专家组的解释性错误体现在其对美国就商务部对明显的价格抑制的调查的要求的分析上。

1.中国认为,专家组的声明即调查机构必须证明这样的价格压低是倾销或补贴进口的影响，忽视了 3.2 条和 15.2 条下的“考虑”，而创造了一个根据规定不存在的“证明”或“说明”倾销或补贴进口和价格影响之间因果联系的义务。

上诉机构解释说：如上文所述，由于“考虑”这个词，调查机构需要考虑在 3.2 条和 15.2 条中提到的价格影响，以达到其整体损害和因果关系的认定。因此，调查机构没必要做出一个最终的价格压低和抑制的认定。专家组通过说 3.2 条和 15.2 条要求调查机构“考虑”价格压低是否受到倾销或补贴进口的影响来开始它的分析。专家组仍然使用“说明”和“证明”这两个似乎不同标准的词。在我们看来，专家组使用“显示”和“证明”在一定程度上意味着调查机构需要做出一个最终的认定，而专家组对这两个词的运用并不符合第 3.2 条和 15.2 条中的“考虑”一词的正确理解。然而，专家组用“说明”和“证明”在一定程度上意味着调查机构对价格影响的考虑必须反映在机构通过调查出台的相关文件中,且必须建立在直接证据和客观调查的基础上，这样才符合我们的理解。无论专家组如何模棱两可的运用“说明”和“证明”两词，我们都认同专家组，因为 3.2 条和 15.2 条要求调查机构考虑倾销或补贴进口的影响是否是在很大程度上抑制国内产品价格，“仅表明显著的价格抑制的存在并不满足 AD 第 3.2 条和 SCMA 第 15.2 条目的”。对于第 3 条第 2 款和第 15 条第 2 款中规定的调查目的而言，调查机构仅仅将它的考虑局限在国内价格发生了什么是不够的。

2.中国还进一步指出，专家组解释“影响”这个词时将其作为动词，从而不符合 3.2 条和 15.2 条所要求的商务部考虑进口影响国内价格。为了支持这一观点，中国列出了以下几点：(1)专家组对 3.2 条和 15,2 条的相关义务的解释的分析相当于条款文本的重述； (2)专家组在其处理的“EC—DRAM 芯片的反补贴措施”案的报告中的观点； (3)专家组对中国商务部有关明显价格压低的调查的分析。

上诉机构解释：专家组对 3.2 条和 15.2 条下的相关义务解释在一定程度上代表了 3.2 和 15.2 条的文本重述，但这本身并没有什么错。一个单纯的重述，不能判别问题解释的对错与否。在任何情况下，我们也不会被这样的论据说服即专家组对“3.5 条和 15.5 条下的与倾销或补贴进口和国内产业损害之间的因果关系的分析有关的义务”的解释与 3.2 条和 15.2 条重复了。专家组只是重复了根据这些规定被明确要求了的“调查机构必须考虑倾销或补贴进口的影响是否是明显压低或抑制国内价格”。而且，就如之前所讨论的，3.2 条和 15.2 条中要求的“倾销或补贴进口对国内价格明显压低和抑制的说明力”的考虑和 3.5 条

和 15.5 条下的因果关系分析是不重复的。相反，3.5 条和 15.5 条下的分析是和倾销或补贴进口和国内产业损害之间的因果关系相关的，而且，与 3.2 条和 15.2 条下的相关因素分析相比，它包括了一个更宽泛的因素范围。

专家组回应中国，其处理的“EC—DRAM 芯片的反补贴措施”案的争论点是和这个案例是不同的。尤其是，那个案件中，专家组必须考虑韩国的说法即欧盟应该已经检查了除倾销或补贴进口外的影响国内价格的已知的多样因素。专家组回应说根据 SCMA15.2 条，这样一个对所有已知因素的分析是不必要的，但是还指出这样的分析是 SCMA 15.5 条所要求的。在目前的情况下，专家组是不会遇到这个争论点的。美国没有表明中国商务部应该已经考虑了其他已知因素对国内价格的影响。美国仅仅说根据 SCMA 15.2 条，中国商务部应该考虑倾销或补贴进口对价格的影响。

上诉机构认为，这个问题是在削价分析的上下文中，调查机构有没有被要求考虑在国内市场上，一定数量的其他影响 DRAM 价格的因素。专家组在那场争端中发现，有关削价，SCM 协定 15.2 条没有要求调查机构去建立一个补贴进口和国内价格之间的因果关系，而是要求调查机构去检查在同一时间内所有影响国内价格的其他因素。因此，作出这个发现，专家组认为 15.2 条下的“调查”重点在补贴进口对价格的影响上，而不是 15.1 条中的一个全面的非归因性的分析。在任何情况下，专家组的有关明显削价的考虑的上诉发现，不会影响我们的理解即根据“表明其他因素可以解释国内价格的压低和抑制”的相关证据，倾销或补贴进口对明显的价格压低和抑制的解释力必须被看到。此外，在这场争端中，我们不是要求去解释调查机构“考虑是否有明显削价是由倾销或补贴进口引起的”的义务的范围和意思。因此，我们认为，在目前这场争端中，专家组正确地推断 “EC—DRAM 芯片的反补贴措施的专家组报告”并不代表这个提议即根据 SCMA 15.2 条，调查机构无需去考虑明显的价格压低或抑制是否受倾销或补贴进口的影响。

3.中国认为，专家组对“美称中国商务部的价格影响调查未依据肯定性证据也没有进行以下两方面的客观审查（1）调查期间存在明显的价格压低和抑制；（2）任何这样的价格压低或抑制是否是受倾销或补贴进口的影响”的分析是不合理的。

上诉机构在报告中说，专家组关注商务部调查中的客观性的缺乏和在商务部的调查下的肯定性证据的质量即倾销或补贴进口对明显的价格抑制的影响的质量。正如专家组发现的那样，虽然商务部依据价格-成本比的变化发现了明显的价格抑制，但是它未能确保 07 年和 08 年的成本结构是可比的。专家组还发现有关 08 年宝钢启动成本的的证据即表明成本结构可能不具有可比性的证据，应该促使商务部去考虑“价格-成本比”对于发现“明显的国内

价格抑制是受倾销或补贴进口的影响”是否是一个可信的依据。因此，专家组的调查是针对商务部失败地考虑有关国内产业的成本结构的证据是否质疑倾销或补贴进口对明显的国内价格抑制具有解释力。因此，依我们看来，专家组的分析表明其所采用的标准是和我们以上的解释是相符合的。

五、结论

自我国加入 WTO 以来，主要贸易国家尤其是发达国家越发频繁地对我国采取反倾销或反补贴措施，对我国的进出口贸易产生严重影响。反倾销、反补贴措施已经成为制约我国经济发展的双重限制。加强对世界贸易组织反倾销和反补贴协定的文本研究，着重把握文本含义，并以此指导我们反倾销和反补贴调查的实施，具有重要的意义。本文以美国诉中国取向电工钢反倾销和反补贴案为视角，着重分析倾销或补贴进口产品对价格影响的确定问题，但仍有一定的缺陷。希望在今后，我们更加着重把握世界贸易组织相关规则准确的文本含义，脚踏实地，为我国国际贸易摩擦的顺利解决服务。

公共健康视角下 ACTA 及 TPP 的知识产权执行机制

焦海洋*

内容摘要：2001 年多哈回合谈判受阻，美国、欧盟转而依托区域贸易协定以及双边贸易协定实现其利益诉求，高标准的知识产权保护乃其追寻的目标之一。其中，TRIPS(《与贸易有关的知识产权协议》)确立了各成员国在知识产权保护方面的最低国际义务，而 ACTA（《反假冒贸易协定》）与 TPP（《跨太平洋战略经济伙伴关系协议》）作为后 TRIPS 时代，TRIPS 扩张极具代表性的产物，极大地提升了知识产权及其权利人的保护水平、大幅扩展了知识产权的保护范围、强化了知识产权的执行机制，而知识产权的强保护已成为一种趋势。概言之，超 TRIPS 协定对私权给予充分的保护，却在一定程度上忽视了公共利益、漠视了公共健康。

关 键 词：ACTA　　TPP　　公共健康

知识产权作为私权，具有垄断性。同时知识本身又具有公共属性，公众有获取和使用知识的权利。为实现私益和公益的平衡，《保护工业产权巴黎公约》、《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》以及《与贸易有关的知识产权协定》等与知识产权有关的多边条约，和成员国的国内立法均规定了平衡机制，如保护期、合理限制、例外或强制许可等。而 TRIPS 附加协定对私权的倾斜保护，势必会打破私益和公益的平衡，在公共健康领域尤为明显。

一、ACTA 项下的知识产权执行机制

《Anti-Counterfeiting Trade Agreement》即《反假冒贸易协定》（以下简称为 ACTA）是由美、日等知识产权强国发起的旨在全面加强国际贸易中知识产权保护的多边协议。其内容广泛，主要包含知识产权保护的民事、行政、刑事、边境及数字环境执法措施，全面提升了知识产权的保护水平。

（一）TRIPS-Plus 协议签订的国际法依据

TRIPS 作为最广泛的国际知识产权保护协议，在一定程度上实现了利益的审慎平衡，即发达国家与发展中国家在知识产权保护方面的利益平衡、私益与公益的平衡、权利人与使用者之间的利益平衡，其仅规定了各成员国知识产权保护的基本义务和知识产权保护的最低标准，成员国并无提供高标准知识产权保护的国际义务，但 TRIPS 并未禁止成员国缔结高标准的知识产权保护协议[839]，而承担高标准的知识产权保护义务亦是各成员国行使主权的表现。此外，ACTA、TPP 明确规定不减损缔约方在 TRIPS 项下承担的义务，这意味着 ACTA 和 TPP(《Trans Pacific Strategic Economic Partnership》)的缔约方将承担比 TRIPS 项下更多、更高标准的知识产权保护义务。

（二）ACTA 强化知识产权执行机制的表现

ACTA 作为高标准的知识产权保护多边协议，其知识产权保护措施更加强化、全面和明确，具体如下：

---

*焦海洋，武汉大学法学院 2014 级国际法博士研究生。

[839]参看 TRIPS 第一条义务的性质和范围 1.“各成员应实施本协定的规定，各成员可以，但并无义务，在其法律中实施比本协定要求更广泛的保护，只要此种保护不违反本协定的规定。各成员有权在其各自的法律制度和实践中确定实施本协定的适当方法。”

1、民事执法措施

（1）强化了对知识产权权利人的保护

知识产权权利人有权获得民事救济或者行政救济，而本国法官可向另一缔约方发出停止侵权行为的禁令，此外，权利人有权依民事程序要求销毁盗版产品和假冒产品，并要求侵权人提供其所控制的侵权产品的信息。[840]

（2）明确了赔偿标准

TRIPS 第 45 条第 1 款并未明确损害赔偿标准，而 ACTA 第 9 条明确了损害赔偿的标准即缔约方的司法当局可考虑权利人主张的合法估价方法，包括利润损失、被侵权财产的市场价格或者建议的零售价格。该条款因其正当性遭到了广泛批评，这一核算原则无法反映出权利人所遭受的实际经济损失。

（3）扩大了临时措施的适用范围

ACTA 第 12 条规定，司法机关有权对当事人，以及在其司法管辖范围内的第三方采取临时措施。TRIPS 第 50 条规定临时措施的被申请人为“正在实施或者即将实施侵犯他人权利”的人，并没有将被申请人扩大到第三方。[841]

2、边境执法措施

（1）适用范围得以扩展

依据 TRIPS 第 51 条，海关当局可依权利人依法提起的书面申请，暂扣进口的疑似盗版产品或者假冒产品，而 ACTA 第 16 条第 1 款将边境执法措施的适用从进口扩展至出口。此外，依 ACTA 第 16 条第 2 款对于转运中的疑似侵权货物，缔约方也有权采取相关措施。

（2）海关当局的职权得以扩张

依 ACTA 第 16 条，海关当局可依职权主动或经权利人的请求对疑似侵权货物采取相关措施，而依 TRIPS 第 51 条海关当局不能主动暂扣疑似侵权货物，只有在权利人提出书面申请，且有初步证据的前提下，海关当局才可暂停放行疑似侵权货物。

3、刑事执法措施

（1）刑事执法的范围得以扩展

ACTA 第 23 条第 1 款指明对于故意侵犯商标权、版权或邻接权并达到商业规模的行为应给予刑事处罚。而 TRIPS 第 61 条规定成员方应对于达到商业规模的故意侵犯商标权或版权的行为施加刑事处罚，却缺乏对于邻接权的保护。

此外，依据 ACTA 第 23 条第 4 款，对于协助或教唆行为，成员方也应追究刑事责任。

（2）“商业规模”的含义得以厘清

依据 ACTA 第 23 条第 1 款，具有商业规模的行为至少包含为了直接或间接的经济或商业利益而实施的行为，该条款实质上降低了刑事执法的门槛。

（3）法人可以作为犯罪主体

依据 ACTA 第 23 条第 5 款，犯罪主体不仅仅限于自然人，还包括法人。[842]

---

[840] <Anti-Counterfeiting Trade Agreement>, chapter II：Legal Framework for Enforcement of Intellectual Property Rights, section2: Civil Enforcement, available at http://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf,visited on 15th, March, 2015.

[841]施姝婧、林道海：《从 ACTA 看国际知识产权保护的趋势与动向》，载《行政与法》2012 年第 6 期，第 118 页。

[842]See<Anti-Counterfeiting Trade Agreement>article 23(5):”Each Party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability, which may be criminal, of legal persons for the offences specified in this Article for which the Party provides criminal procedures and penalties. Such liability

4、数字环境下的知识产权执法措施

随着社会科技水平的快速提升，在面对由信息技术引发的知识产权执法问题时，TRIPS却无能为力。互联网的发展使假冒和盗版从技术上变得更容易实现，侵权活动更加秘密，风险也更小。[843]基于此，ACTA第27条对于数字环境下的知识产权执法做出了规定，即在数字环境下，对于侵犯知识产权的行为应采取有效的措施，即建立民事和刑事执行机制。

二、TPP项下的知识产权执行机制

TPP(《Trans Pacific Strategic Economic Partnership》)即《跨太平洋战略经济伙伴关系协议》(以下简称为<TPP>)，因美国加入谈判而倍受关注，TPP不仅在缔约方之间推行完全的贸易自由化，而且确立了高标准的知识产权保护义务。TPP的覆盖面非常广泛，包括知识产权、制药价格、投资者与东道国争端解决机制、劳工标准以及竞争政策等诸多议题。如果谈判成功，TPP将形成约8亿人口的市场、覆盖占全球经济40%的规模。[844]

（一）知识产权权利的保护范围进一步扩展

1、商标权的保护

《TPP》规定：任何缔约方不得对仅由声音或气味组成的标识拒绝给予商标注册；任何一方应对地理标志提供商标形式的保护;缔约方应保证对商标中有关商品或服务通用名称的使用要求，如大小、位置、风格等，不对商标的使用或有效性构成障碍；缔约方应提供商标电子申请程序，商标申请、注册的在线电子数据库应予以公开。[845]

关于驰名商标保护,《TPP》规定：任何缔约方不得以某商标已在其境内或其他缔约国注册、被纳入驰名商标目录或存有其为驰名商标的认知，作为认定驰名商标的条件。[846]上述规定扩大了商标权的客体范围，推进了相关信息的公开，并强化了对驰名商标的保护。

2、版权与邻接权的保护

《TPP》规定：所有缔约方应保证作者、表演者以及唱片制作者有权授权或禁止对其作品、表演或唱片进行任何形式的复制，不论永久性的、还是暂时性的。所有缔约方应确保作者、表演者以及唱片制作者有权授权或禁止对其作品、表演或唱片进行进口、销售，或通过其它方式改变其所有权。[847]

此外,《TPP》延长了版权及邻接权的保护期，作品（包括摄影作品）、表演权或唱片权，其保护期在以自然人的生命为基础计算时，为作者终生加死后70年；如不以自然人的生命为基础进行计算，则从作品第一次被授权出版、表演或唱片发行日历年末起计不少于95年，或如自作品创作完成、表演或唱片制作完成之日25年内并没有授权出版、发行，其保护期为该作品、表演或唱片完成之日起不少于120年。[848]

---

shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the criminal offences."

[843]孙益武：《论 ACTA 与网络环境中的知识产权执法》，载《电子知识产权》2012年第2期，第68页。

[844]王齐：中国必要时可考虑加入 TPP[N].东方早报，2013-04-09。

[845]See<Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating positions>, section C:Trademark,page12,13,14,15,available at http://wikileaks.org/tpp-ip,visited on 16th March 2015.

[846]See <Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating positions>,section c:Trademark article QQ.C.15(1):"No Party may require as a condition for determining that a trademark is well known that the trademark has been registered in the Party or in another jurisdiction, included on a list of well-known trademarks, or given prior recognition as a well-known trademark. "

[847]See<Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating positions>, section G:Copyright and Related Rights, page33,34,35,available at http://wikileaks.org/tpp-ip,visited on 16th March2015.

[848]See<Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating

3、专利权的保护

在《Trips》项下，各成员可拒绝对下列内容授予专利权：(a)人类或动物的诊断、治疗和外科手术方法；(b)除微生物外的植物和动物，以及除非生物和微生物外的生产植物和动物的主要生物方法。

《TPP》则扩大了专利权的客体范围，依美国、日本和新加坡的建议草案，缔约方应对以下发明授予专利（1）动植物；（2）对人或动物的诊断、治疗和外科手术方法。[849]而为了实现权利人的私益与公共利益的平衡，缔约方只有在为保护公共秩序、环境、人类和动植物生命健康的情况下，才可对特定发明拒绝授予专利。

（二）知识产权执行机制的进一步完善

《TPP》进一步强化了对知识产权权利人的保护、增强了缔约方知识产权保护方面的义务、进一步完善了知识产权执行机制。

1、民事、行政执法措施

首先，至少对于版权或者邻接权侵权和商标假冒行为而言，缔约方应在其民事司法程序中规定，司法机关有权判令侵权人赔偿，至少依第 2 款的规定，赔偿侵权行为所得。[850]在依第 2 款确定赔偿金额时，司法机关应有权考虑权利人提出的任何合法的损失评估措施，包括营利损失、以市场价格测算侵权产品或服务的价值、或者建议的零售价格。[851]

其次，在假冒注册商标、侵犯版权以及邻接权的民事司法程序中，缔约方应建立先行赔付制度。依第 7 款和第 8 款设定的赔偿金额，应足以赔偿权利人所受损失。[852]此赔偿机制实质上相当于国际征收补偿中的“赫尔原则”[853]。再次，司法机关应有权扣押涉嫌侵权产品、原材料、生产工具及文字资料等，司法机关有权要求侵权人提供其掌握的其他侵权信息。在民事司法程序中，若侵权人拒不遵守司法机关的判令，则司法机关有权采取罚款或拘留措施。[854]

2、刑事执法措施

《TPP》明确界定了“商业规模”，（1）不以直接或间接营利为目的，但对版权人或邻接权人的市场利益有实质的不利影响；（2）以商业利益或营利为目的的故意侵权行为。[855]

以下行为达到商业规模的，缔约方应给予刑事处罚：（1）恶意进口或出口假冒商标产品、盗版产品的行为；（2）恶意进口或在国内未经许可使用与注册商标相同的标识、包装；货物或服务贸易中，在与注册商标相同的产品或服务上使用注册商标的标识、包装。每一个成员方应规定足够严厉的刑事程序和刑罚，以阻却未经许可复制影视作品的全部或重要部分，且达到商业规模的行为。此外，对于侵犯知识产权犯罪中的帮助、教唆行为，缔约方也应施以刑事处罚。[856]

---

positions>, section G:Copyright and Related Rights, Article QQ.G.6,page37.

[849]See <Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating positions>, section E article QQ.E.1(3),page23.

[850]See <Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating positions>,section H article QQ.H.4(2),(3),page46.

[851]Ibid, article QQ.H.4(4),page46.

[852]Ibid, article QQ.H.4(7),(8),(9),page47.

[853] 美国国务卿科德尔.赫尔（Hull）在 1938 年提出的：认为实行国有化的国家有义务以“充分、即时、有效”的方式对财产被国有化的外国投资者支付全部赔偿。

[854]See<Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating positions>,section H article QQ.H.4(13),page48;article QQ.H.5(3),page50.

[855]Ibid, article QQ.H.7(1),page53.

[856]Ibid, article QQ.H.7(2),(3),(4),(5)page54,55.

3、边境执法措施

权利人可向缔约方有关机关申请中止放行涉嫌假冒和盗版货物，该机关对有关侵权信息的要求不得不合理地阻碍中止放行程序的进行。而缔约方应保证中止放行的申请适用于其境内的所有港口，中止放行措施从申请之日起至少不低于 1 年，或与受保护版权或商标权的有效期相同，二者以时间较短的为准。[857]

此外，缔约方应允许有关机关对于进出口、转口贸易中的涉嫌侵权货物自主采取行政处罚等措施。

4、数字环境下的执法措施

缔约方除应确保民事和刑事执法措施适用于数字环境下的商标、版权及邻接权侵权行为外，还应确立防止侵权的及时救济措施。而缔约方应通过颁布有关法律、法规和发布行政命令等，要求政府各部门不得使用盗版计算机软件。[858]

为保证执法的有效性，缔约方应通过相关法律措施鼓励网络服务提供者与版权人进行合作，以阻止未经授权的有关版权资料的存储和传播。

《ACTA》及《TPP》均体现了知识经济发展水平较高的发达国家的利益，并对私权给予倾斜性的保护。其虽有利于充分保护知识产权权利人的权利，但却忽视了公共利益，其中，由药品专利高标准保护所导致的公共健康问题尤为突出。

三、TRIPS－plus 协定与公共健康问题

《ACTA》及《TPP》作为高标准的知识产权保护协定在充分保护权利人权利的同时，也增加了公众获取知识产权成果的成本与难度，尤其在药品领域，药品商标权以及专利权的高标准保护将提升药品价格、增大消费者的获取成本。联合国健康权特别报告员阿南德．格罗沃尔在越南的讲话中指出，有关知识产权的 TPP 规定可能会妨碍国内仿制药生产的扩大："在 TPP 谈判期间，存在达成 TRIPS-plus 规定（即超出 TRIPS 规定的最低要求的条款）的风险，这将会阻碍政府利用 TRIPS 的灵活性。这可能会耽误包括本土生产的仿制药在内的所有仿制药的引用，从而导致药品价格进一步上涨，其他国家的经验已经证明了这一点。"[859]

（一）药品专利保护与公共健康的冲突

据世界卫生组织(WHO)统计，全球每年有 1400 万人死于传染性疾病，其中 90%以上发生在非洲、亚洲和南美洲。主要的致死性传染疾病是爱滋病、呼吸传染、疟疾和结核病。而每一天在发展中国家约有 8000 人死于爱滋病。[860]而用于治疗包括艾滋病在内的传染性疾病有关药品的专利，只掌握在少数发达国家跨国制药公司手中，严格的药品专利保护带来垄断，从而造成药价高昂。高昂的药价使得发展中国家和最不发达国家无法获得防治传染性疾病的药品，以致无法保障本国居民的生命权与健康权。

生命权与健康权是公民最基本、也最重要的人权，是公民享有其他权利的基础。1948 年《世界人权宣言》和 1966 年两个国际人权公约及两个任择议定书作为国际人权宪章，确立了缔约方在人权保护领域的国际义务、确立了人权平等原则，规定了应受国际保护的人权，

---

[857]陈福利:《知识产权国际强保护的最新发展——<跨太平洋伙伴关系协定>知识产权主要内容及几点思考》，载《知识产权》2011 年第 6 期，第 75 页。

[858]See <Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating positions>,section H article QQ.H.11,page58.

[859]See http://www.ipr.gov.cn/guojiiprarticle/guojiipr/guobiehj/gbhjnews/201112/1271653_1.html,visited on 26thMarch,2015.

[860]See UNAIDS, Report on the Global HIV/AIDS Epidemic 125, 129, 133 (UNAIDS 2000), http://www.unaids.org/epidemid_update/report/Epi_report.pdf,visited on 26th March,2015.

其中，生命权与健康权作为基本人权，《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条第 2 款明确规定生命权是不得克减的权利。[861] 而 TRIPS－plus 协定将对药品专利权人私益的保护置于公共利益之上。

综上，TRIPS 及 TRIPS－plus 协定与国际人权保护存有一定的紧张关系，如何在保护知识产权权利人权利的同时，不减损公共利益，实现私益与公益的相对平衡是亟待解决的问题。本文以为 TRIPS 确立了缔约方在知识产权保护领域的最低标准，各成员方不可能再缔结更低标准的知识产权协定，诚然知识产权的强保护已成为一种趋势。基于此，发展中国家应在 WTO 框架下与发达国家达成相关协定。因为在 WTO 框架下，发展中成员众多、有着共同的利益、具备较强的谈判能力，有一定的话语权。

（二）《多哈宣言》对于公共健康问题的回应

在发展中国家成员方的坚持和推进下，为了平衡药品专利权与公共健康权的冲突，WTO 第四次部长会议于 2001 年 11 月通过了《TRIPS 协定与公共健康多哈宣言》（以下简称《多哈宣言》）。

1、《多哈宣言》的主要内容

首先，它承认了国家采取措施维护公共健康是不可减损的权利。《多哈宣言》第 4 条规定:“我们同意 TRIPS 协议不能够也不应该妨碍各成员采取措施以维护公共健康。因此,在重申对 TRIPS 协定承诺的同时,我们确认该协议能够也应该在解释和执行方面支持 WTO 成员维护公共健康的权利,特别是促进获得药品的权利。由此,我们再次确认 WTO 成员充分使用 TRIPS 协议中为此目的提供灵活性的条款的权利。”

其次，它明确了 TRIPS 协议中可以用于保护公共健康、对抗知识产权专有权利的弹性条款。[862]（1）对 TRIPS 协议应按在其目标和原则中所表述的宗旨和目的来解释；（2）各成员国有权批准强制许可，并且可以自由决定批准强制许可的理由。（3）成员国有权决定构成国家紧急状况或其它紧急情况的条件，公共健康危机，包括与艾滋病、结核病、疟疾以及其他传染病可理解为国家紧急状况或其它紧急情况。（4）明确了成员方平行进口的权利,规定 TRIPS 协定中与“知识产权权利用尽”有关条款的效力，允许每一个成员自由确立自己的权利用尽制度,但不得违背 TRIPS 协议所规定的最惠国待遇原则和国民待遇原则。

再次,它将最不发达国家在医药产品方面履行 TRIPS 协定有关义务的过渡期延长至 2016 年。有关义务指的是根据 TRIPS 协定第二部分第 5 节(专利保护)和第 7 节(未披露信息的保护)中所规定的义务。[863]这一规定为最不发达国家推迟药品专利保护及生产仿制药品提供了法律依据。[864]

最后,它认识到医药产业生产能力不足或无生产能力的成员方在运用强制许可措施方面存在困难，而责成 TRIPS 理事会寻求解决问题的方法，并在 2002 年年底之前向总理事会报

---

[861]参看《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条之一：在公共紧急状态威胁到国家的生存并经正式宣布时，本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务，但克减的程度以紧急情势所严格需要者为限，此等措施并不得与它根据国际法所负的其他义务相矛盾，且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。第 4 条之二：不得根据本规定而克减第六条、第七条、第八条（第一款和第二款）、第十一条、第十五条、第十六条和第十八条。

[862]参见《TRIPS 协议与公共健康多哈宣言》第 5 条，
https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm，2015 年 4 月 6 日访问。

[863]同上，第 7 条。

[864]贺小勇：《从<多哈宣言>到<总理事会决议>看国际知识产权保护，》载《法学》，2004 年第 6 期，第 107 页。

告。[865]2003 年 8 月 30 日 WTO 总理事会通过了《关于实施多哈宣言第 6 条的理事会决议》(以下简称《总理事会决议》)。根据该《总理事会决议》,对于缺乏药品生产能力或药品生产能力不足的贫穷国家,可以进口其它成员方通过强制许可而生产的廉价仿制药品。此外，《总理事会决议》重申依照 TRIPS 协议 66 条 2 款的规定，发达国家成员有义务鼓励其企业和公共机构，向最不发达成员国家转让技术。[866]

2、《多哈宣言》的作用和不足

《多哈宣言》是由代表 WTO 各成员的部长们经协商所达成的协议，故可视为 WTO 成员方依据 WTO 协定第 9 条第 1 款作出的决议。[867]《多哈宣言》首次确认了公共健康优先于私权，赋予了成员方应对紧急状况特定的灵活处置权,并规定了最不发达国家延迟履行 TRIPS 项下相关义务的过渡期，《多哈宣言》对于缓解因公共健康危机引发的紧张关系、有效应对公共健康危机起到了重要作用，其为发展中国家成员方集体行动的成果，但并未从根本上解决知识产权保护与公共健康保障之间的冲突。

本文以为《多哈宣言》只是暂时缓解了公共健康危机，而《总理事会决议》也只是缓解公共健康危机的临时性安排，其法律稳定性较低；此外，发达国家成员方的知识产权保护水平及知识经济发展水平较高，其在知识产权保护的规制谈判中占据主导地位，《多哈宣言》和《总理事会决议》是其迫于压力而做出的让步和承诺，发达国家成员方本不愿承担更多的义务，发达国家成员方承诺给予发展中国家成员方的优惠往往附加了各种条件，实为口惠而实不至。而向最不发达成员方转让技术的义务缺乏约束力和执行力，即使最不发达成员方获取了技术，也因缺乏生产条件而无法满足国内的药品需求。易言之，发达国家成员方与发展中国家成员方在知识产权强保护方面存在根本的利益冲突，鉴于此，知识产权保护与公共健康保护之间的冲突无法从根本上解决，只能通过临时性安排缓解公共健康危机。

此外，只有最不发达国家能从《宣言》第七条所确立的过渡期中获益。然而，在 WTO 的 159 个成员中,只有 30 个是最不发达国家,仅代表了世界人口的 10%。而面临公共健康危机的不仅仅是最不发达国家。此外，截至 2016 年 1 月 1 日最不发达国家在医药产品方面履行 TRIPS 协议有关义务的过渡期将届满,届时最不发达成员方需履行专利保护义务和未披露信息的保护义务，而公共健康问题将会加剧。本文以为，在过渡期届满之前，发展中国家成员方应在 WTO 框架内与发达国家成员方开展协商、谈判，以期进一步延长过渡期。

综上，本文以为知识产权的强保护已成为一种趋势，鉴于当前我国的知识经济发展水平和知识产权保护水平不高，我国不宜缔结或加入 TRIPS－plus 协定，不应承担更高标准的知识产权保护义务。当前，我国宜充分利用《多哈宣言》及《总理事会决议》中的弹性条款，进一步完善知识产权法律体系、逐步强化执法机制，进而有效地维护公共利益，并可借鉴《ACTA》及《TPP》的相关规定，进一步完善我国的知识产权执行机制，为技术创新和知识经济的发展提供良好的法律保障。而广大的发展中国家应持一致的立场，充分利用 WTO 框架下的集体谈判优势，进一步解决因承担《Trips》及其附加协定项下义务而引发的公共健康

---

[865]参看《TRIPS 协议与公共健康多哈宣言》第 6 条，
https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm，2015 年 4 月 6 日访问。

[866]同上，第 7 条。

[867]参看《世界贸易组织协定》第 9 条第 1 款规定：“世界贸易组织应根据 1947 年 GATT 的规定继续通过协商一致作出决策。除非另有规定,当一项决议无法通过协商一致达成时，应通过投票决定。在部长会议和总理事会上，WTO 的每一成员应享有一个投票权……。部长会议和总理事会的决议应由多数投票通过，除非本协议或相关的多边贸易协定另有规定。”

问题。

参考文献：

[1] 施姝婧，林道海. 从 ACTA 看国际知识产权保护的趋势与动向.《行政与法》，第 117-120 页。

[2] 蔡斌. 浅析 ACTA 对国际知识产权保护的影响及对中国启示. 法制与社会，2013 年第 1 期,第 7-8 页。

[3] 孙益武. 论 ACTA 与网络环境中的知识产权执法. 电子知识产权，2012 年第 2 期，第 68-75 页。

[4] 陈福利. 知识产权国际强保护的最新发展——《跨太平洋伙伴关系协定》知识产权主要内容及几点思考.《知识产权》，2011 年第 6 期，第 71-78 页。

[5] 毛海波. TRIPS_递增扩张及其在《反假冒贸易协定》中的生长. 世界贸易组织动态与研究，2011 年第 18 卷第 5 期，第 27-33 页。

[6] 蔡晓东. 后 TRIPS 协议时代的贸易协定与知识产权条款. 西南政法大学学报，2012 年第 14 卷第 1 期，第 44-50 页。

[7] 王齐.中国必要时可考虑加入 TPP[N].东方早报，2013-04-09。

[8] C.L.Lim, Deborah K. Elms, Patrick Low. The Trans-Pacific Partnership：a quest for a twenty-first century trade agreement. Cambridge：Cambridge University Press；New York，c2012,page,155-170.

[9]《TRIPS 协议与公共健康多哈宣言》，
https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm.

[10] Anti-Counterfeiting Trade Agreement, available at.
http://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf.

[11] Secret TPP treaty: Intellectual Property Chapter working document for all 12 nations with negotiating positions,available at http://wikileaks.org/tpp-ip.

国际投资仲裁中的合并仲裁制度

郭丹 中山大学法学院2013级法律（法学）专业硕士研究生

摘要：国际投资仲裁中的合并仲裁在提高仲裁效率的同时，还存在挑战当事人的仲裁合意、保密信息泄露等问题。由于部分仲裁规则、投资条约和仲裁协议中没有设置合并仲裁的内容，实践中会出现合并仲裁的缺乏依据的尴尬局面。笔者从现有公开的国际投资仲裁相关案件分析合并仲裁的问题，从东道国、投资者和仲裁机构的角度提出解决方法，尝试能够解决实际问题。

关键词:国际投资仲裁；合并仲裁；ICSID

一、国际投资仲裁中合并仲裁的现状

（一）投资仲裁中合并仲裁的经典案例

1.高浓度玉米案

玉米产品有限责任公司（Corn Products International, Inc.以下称CPI公司）是一家墨西哥公司的全资子公司、高果糖玉米果汁的主要生产商，在墨西哥拥有大型的高果糖生产规模，其中大部分都供应给墨西哥软饮料行业。Archer Daniels Midlands公司（以下称ADM公司）和Tale & Lyle Ingredients Americas(以下称TLIA公司)是两家依照美国法律设立的公司。2005年1月7日，墨西哥政府通知ICSID，各方达成一致意见，组成合并仲裁庭。2005年5月20日，合并仲裁庭发布程序令，拒绝了墨西哥政府要求合并仲裁的请求，反对采取完全意义上的合并仲裁，而采用了事实上的合并仲裁。事实上的合并仲裁是指两个案件具有法律上或事实上相同的部分，虽然没有采取同一个仲裁庭的形式来进

行审理，但是由于其仲裁庭成员的组成是相同的，在对两个案件分别进行审理时，对该案件的案情的了解程度相当，因此在事实上构成了合并仲裁。仲裁庭认为，申请方之间的竞争会影响他们在合并仲裁中展示案情的能力，在此情况下，合并仲裁程序令不能达到为了公平和有效解决纠纷的目的。而采用两个仲裁庭可以比一个仲裁庭更加公平和有效地处理两个单独的案件，由于申请方都是直接、主要的竞争对手，同时诉求涉及具有竞争性和商业敏感性的事项，因此，拒绝了被申请方完全意义上的合并仲裁，采取了事实上的合并仲裁。

2.软木材案

另一个关于合并仲裁的经典案例是 Canfor 公司、Terminal 公司、Tembec 公司诉美国案（Canfor, Terminal, Tembec v. United of America，以下称软木材案）。Canfor 公司、Terminal 公司和 Tembec 公司是三家加拿大的木材生产商。投资者们称，美国对加拿大软木材征收的反倾销、反补贴税措施以及美国政府实施的伯德修正案违反了 NAFTA（《北美自由贸易协定》，North American Free Trade Agreement）第 11 章，导致他们遭受了巨大损失。在本案中，被申请人美国政府提出合并仲裁的请求，申请方三家公司均反对合并仲裁。美国认为，本案合并仲裁具有相同的事实基础，三个申请方同为一国软木材生产商，合并仲裁有利于公平和高效地解决争议。三个申请方均认为合并仲裁没有必要进行，且在合并仲裁条件下不会得到一个公平的庭审环境。最终，仲裁庭支持了被申请人的诉求，进行了合并仲裁。

（二）国际投资仲裁进行合并仲裁的必要性

1.提高仲裁效率

设置仲裁的最初目的之一是提高解决争议的效率，而仲裁过程中因案件复杂、举证冗长等情况的出现，导致案前准备的时间、成本等方面消耗较大，因此合并仲裁应运而生，通过把需要分别进行的程序在同一个程序中一并进行，减少了所需耗费的时间、降低了各方面的成本，提高了多个案件审理的进程，有利于提高仲裁效率。

2.避免仲裁裁决结果的不一致

除了提高仲裁效率外，合并仲裁作为解决平行程序的弊端的方法之一，还能避免矛盾裁决。投资仲裁庭可能在类似的法律问题上、相关的相同或类似的法律事实上得出不同的结果。关于这点，ICSID 仲裁庭的 CMS[868]、Enron[869]、Sempra[870]案与 LG&E[871]案有所体现。[872]而作为国际投资争端解决中心，建立起国际仲裁公信力至关重要。裁决不一致的情形，会影响在有关的相同争端程序中核心问题的一致性和可预测性。[873]鉴于合并仲裁的上述优点，合并仲裁的推广具有必要性和可行性。

二、国际投资仲裁中合并仲裁存在的问题

（一）合并仲裁条件不明确

1.国际投资条约中的合并仲裁条款规定不明确

目前，在各国签订的全部双边（Bilateral Investment Treaty,以下简称 BIT）或多边投资条约中，涉及到合并仲裁的投资条约至少有 26 条。[874]以下选取部分国家的规定进行分析。

2005 年《美国-乌拉圭 BIT》第 25 条各方同意合并仲裁的第 1 款，“根据本条约中此部分，各方均同意提交仲裁。”[875]在第 26 条各方同意仲裁的条件和限制

---

[868] CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ARB/01/8, Award

[869] Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/3, Award

[870] Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award

[871] LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/02/1, Decision on Liability

[872] Michael Warbel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin, The Backlash against Investment Arbitration Perceptions and Reality, Kluwer Law International, 2010, pp. 116

[873] Michael Warbel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin, The Backlash against Investment Arbitration Perceptions and Reality, Kluwer Law International, 2010, pp. 117

[874] 见 http://oxia.ouplaw.com/search?ct_118=5a10e3a7-2e90-4d94-9780-61cb54390537&page=3&pageSize=10&prd=IC&q=consolidation&sort=relevance，最后访问：2015 年 3 月 31 日。

[875] Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (Date signed:04 November 2005), Article 25: Consent of Each Party to Arbitration

中第 2 款，“没有诉求能提交仲裁，除非满足以下部分：（a）申请方同意根据本条约设置的程序来书面提交仲裁；且（b）提交仲裁意向书……”[876]该 BIT 条款中仅对仲裁的合意进行规定，而未写明各方的合并仲裁合意。“各方同意提交仲裁”与“各方同意合并仲裁”两者含义不可等同。前者意味着各方愿意让选定的仲裁庭行使管辖权，在此情况下的仲裁，一般仅涉及当事人双方。在合并仲裁中，因可能存在的各方当事人较多，各方对同意合并仲裁往往会出现多重顾虑故同意进行仲裁的当事人不一定会同意进行合并仲裁。故无论是“各方同意提交仲裁”，还是“与各方同意合并仲裁”，均为不可省略的措辞，且前者无法覆盖后者的含义。

在 NAFTA 第 1126 条合并仲裁中，第 2 款“依据该条设立的仲裁庭，要满足依照第 1120 条，仲裁庭为了公平和有效地解决诉求，可以在听取争议的各方后，要求：（a）受理案件、审理或决定全部或部分诉求；或（b）受理案件、审理或决定一个或多个诉求，它们的决定将会对其他案件的解决产生帮助。”[877]本条第 8 款“依照第 1120 条设立的仲裁庭不应该有管辖权来决定一个诉求或诉求某个部分，而依照本条（第 1126 条）设立的仲裁庭可以受理案件。”[878]基于第 8 款的内容，对 NAFTA 第 1126 条[879]的解读，不能脱离第 1120 条[880]。该条约第 1120 条向仲

---

[876] Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment（Date signed:04 November 2005）, Article 26: Conditions and Limitations on Consent of Each Party

[877] <North American Free Trade Agreement>, Article 1126: Consolidation

[878] <North American Free Trade Agreement>, Article 1126: Consolidation

[879] Article 1126: Consolidation. 2. Where a Tribunal （established under this Article ）is satisfied（that claims have been submitted to arbitration under Article 1120 ）that have a question of law or fact in common, the Tribunal may, （in the interests of fair and efficient resolution of the claims）, and after hearing the disputing parties, by order: (a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims; or (b)assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which（ it believes ）would assist in the resolution of the others.

[880] Article 1120: Submission of a Claim to Arbitration. 1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under: (a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention; (b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or (c) the UNCITRAL Arbitration Rules. 2. The applicable arbitration rules shall govern the arbitration except to the extent (modified by this Section.)

裁提交诉求中，第 1 款：“除了附件 1120.1 条和在产生争议后超过了六个月之外，争端投资者可以将诉求提交仲裁，依照：（a）ICSID 公约，如果争议方和投资者一方都是公约的缔约方；（b）附加议定规则，如果争端当事国或投资者国家是 ICSID 公约的缔约国，并非双方均为此身份；或（c）UNCITRAL 仲裁规则。”[881]

在非合并仲裁的情况下，适用第 1120 条，即把第 1120 条作为一项普通的条款予以适用。在进行合并仲裁时，此时优先适用第 1126 条，而不适用第 1120 条。基于这样的情形，NAFTA 第 1120 条与第 1126 条的关系可以看作为一般条款与特殊条款的关系。

根据第 1126 条的措辞，仲裁庭“可以”听取各方当事人的意见，而不是“应该”听取。即说明了无论各方当事人同意与否，都不能构成是否同意合并仲裁的条件，最终的合并仲裁的决定权仍然是在仲裁庭的权利范围之内。此处不妥。各方当事人选择进行仲裁，是当事人合意的体现，也是法律争端解决多样性与灵活性的表现。双方当事人同意进行仲裁，是当事人各自将自己部分权利让步给仲裁庭，授予仲裁庭解决双方当事人之间争端的权利。但是，当该权利扩大到其他与本案有关的当事人之间时，已经超出了原双方当事人与仲裁庭所达成的仲裁范围。此时，若仲裁庭认为有必要进行合并仲裁，首先应该必须告知各方当事人具体的原因，必须听取当事人的意愿。若当事人有一方拒绝合并仲裁，仲裁庭可以进一步沟通，但是，若该当事人坚决反对合并仲裁，则仲裁庭应该尊重当事人的意愿，不进行合并仲裁审理。

根据文本，是由仲裁庭来判断是否有利于“公平和高效地解决纠纷”，仲裁庭的判断存在弹性。一方面，此处也没有考虑是否需要存在“法律或事实问题的共性”，对合并仲裁的条件要求过于模糊。另一方面，合并仲裁并不必然保证能够有效、高效地解决纠纷。

在我国签订的众多投资条约中，目前仅有一个条约设置了合并仲裁条款，即 2008 年我国与墨西哥签订的 BIT 第 16 条合并仲裁：“ICSID 秘书处作为指定仲裁员的机构，当一个合并仲裁庭满足如下条件时，为了公平和有效地解决争议，依照第 15 条提交给两个或两个以上的仲裁庭的诉求具有共同的法律或事实问题，

---

[881] <North American Free Trade Agreement>, Article 1120: Submission of a Claim to Arbitration

此时合并仲裁庭可以根据所有涉及的争端方的争议，进行合并仲裁。”[882]本条条款一方面没有将当事人的合并仲裁的合意写明，另一方面过于强调仲裁庭对决定合并仲裁的权利，且在仲裁庭“可以”合并仲裁的情况下，也没有提及是否需要一方当事人提出合并仲裁的请求。

在2005年《卢森堡—秘鲁BIT》，第11条投资争议的解决中，第6款：“依照该条，当两个或两个以上的诉求分别提交争议解决，且存在法律上或事实上的相同之处，且产生于相同的事件或条件下，则任一争端方都可以依据各方当事人的协议来寻求合并仲裁程序令。”[883]在该BIT的第十一条内容中，由于合并仲裁没有详细写明具体的要求，一旦仲裁庭作出合并仲裁的决定，则不利于仲裁庭给出其依据。在现有的其他国家的合并仲裁的条款中，并未出现如本条中所提及的“产生于相同的事件或条件下”，并且对该措辞没有具体的说明。这个条件将当事人寻求合并仲裁的条件难度增加。一方面既要存在法律上或事实上的相同之处，另一方面又要产生于相同的事件或条件下。对“相同的事件或条件”，在没有给出具体说明的情况下，可以有不同的理解。文本中使用“相同”该措辞在实际情况中可能难以满足要求，如何界定相同的情况并不明确。

以上这些条约中的合并仲裁的条款，至少存在以下五个方面的问题：1.仲裁庭在合并仲裁决定权限中发挥自由裁量权权限的大小；2.是否需要经过一方当事人提出合并仲裁的请求；3.满足合并仲裁的条件是否有所增加；4.是否需要各方当事人均同意进行合并仲裁。5.对“公平和有效地解决争议”的措辞的具体范围没有解释。

这些规定均提及了仲裁庭在合并仲裁情况下可以主动采取进行合并仲裁的权利。仲裁庭主动进行合并仲裁应该分情况予以对待。如果争议方拒绝合并仲裁的请求，且经过仲裁庭的沟通之后仍然不改变意愿，则仲裁庭不应进行合并仲裁，否则，构成了强制合并仲裁。

---

[882] Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Date signed: 11th July 2008)

[883] Agreement between the Belgian-Luxembourg Economic Union, on the one hand, and the Government of the Republic of Peru, on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (Date signed: 12th October 2005)

2.仲裁规则关于合并仲裁的规定不明或欠缺

仲裁员、仲裁机构和法官尊重仲裁规则的效力，是出于尊重当事人意思自治的需要。[884]但这并不意味着当事人可以任意使用意思自治原则予以对抗仲裁程序。在国际商会（The International Chamber of Commerce，简称 ICC）、中国国际经济贸易仲裁委员会（以下称贸仲委）的机构的仲裁规则中设置了相关内容。

依据 ICC 仲裁规则第十条的合并仲裁条款，“经一方当事人要求，并符合下列条件之一，仲裁院可将仲裁规则项下未决的两项或多项仲裁案合并为单个仲裁案：a）当事人已经同意进行该合并；或 b）各仲裁案的所有仲裁请求依据同一份仲裁协议提出；或 c）若各仲裁案的所有仲裁请求是依据多份仲裁协议提出的，各仲裁案当事人相同且各争议所涉及的法律关系相同，且仲裁院认为各仲裁协议彼此相容。”[885]在香港国际仲裁中心的仲裁规则第 28 条仲裁的合并也有类似表述。[886]根据 ICC 仲裁规则第十条，合并仲裁包括了三种情况，但在后两种情况中，并未提及是否需要当事人的同意，而是经一方要求，且满足依据同一份仲裁协议提出。此时，若当事人一方提出合并仲裁，其他各方拒绝，而仲裁庭基于是依据同一份仲裁协议提出的，进行了合并仲裁，仅仅因存在相关联的法律或事实问题，并没有对存在的问题对仲裁结果影响的大小作出规定，且忽视了当事人的意志。此情况合并仲裁不妥。

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015 年版)》（以下称贸仲委 15 年仲裁规则）第十九条合并仲裁的第 1 款“符合下列条件之一的，经一方当事人请求，仲裁委员会可以决定将根据本规则进行的两个或两个以上的仲裁案件合并为一个仲裁案件，进行审理。”[887]贸仲委的合并仲裁规则[888]比其他机构的合并仲裁规则便于适用。在该规则中，一方当事人请求合并仲裁必然是在己方已经同意且

---

884 《商事仲裁法学》，谢石松主编，高等教育出版社，2003 年 2 月第 1 版，第 79 页。

885 《国际商会 ICC 仲裁规则，调解规则》，国际仲裁院，国际 ADR 中心，中译本，第 10 页。

886 <2013 Administered Arbitration Rules>, Hong Kong International Arbitration Centre.

887 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015 版)》，中国国际贸易促进委员会/中国国际商会，2014 年 11 月 4 日修订并通过，2015 年 1 月 1 日起施行。见 http://www.cietac.org.cn/Rules/index.asp，最后访问时间 2015 年 3 月 31 日。

888同上，第十九条第 1 款：“符合下列条件之一的，经一方当事人请求，仲裁委员会可以决定将根据本规则进行的两个或两个以上的仲裁案件合并为一个仲裁案件，进行审理。1.各案仲裁请求依据同一个仲裁协议提出；2.各案仲裁请求依据多份仲裁协议提出，该多份仲裁协议内容相同或相容，且各案当事人相同、各争议所涉及的法律关系性质相同；3.各案仲裁请求依据多份仲裁协议提出，该多份仲裁协议内容相同或相容，且涉及的多份合同为主从合同关系；4.所有案件的当事人均同意合并仲裁。”

愿意的前提下，且各方当事人同意，尊重了各方当事人的意思自治。另一种情况既体现了仲裁庭在管辖权行使中发挥的积极主动的作用，也兼顾了当事人的意愿，是对当事人仲裁合意的进一步延伸。以上两种情况都突出了当事人的意愿，若一方当事人拒绝合并仲裁，则仲裁庭无权下达合并仲裁程序令。与其他仲裁机构合并仲裁条款不同的是，贸仲委 15 年仲裁规则将各方当事人是否一致进行合并仲裁的合意提到极其重要的高度。同意进行仲裁且同意合并仲裁，这包含了两次合意，即先后通过仲裁解决争议的合意和合并仲裁的合意，排除了任何一方当事人不愿参加合并仲裁却因仲裁庭认为可以合并仲裁而强制进行的情况。

虽然该条并没有使用类似于“为了公平和有效地解决争议”、“存在共同的法律或事实问题”等措辞，但是在优先考虑各方当事人的意愿的前提下，文本已经暗含这样的意思。首先，即使对于彼此间具有竞争性的其他当事方，如果各方当事人能够同意合并仲裁，是当事人综合考虑的结果，对本身的利弊得失进行过衡量，愿意自行承担，且是有利于各方均在公平的条件下进行仲裁。其次，一般而言，当事人各方若同意合并多个案件，意味着较为认可合并仲裁的效率。再次，在本条中，是否存在共同的法律或事实问题并不影响合并仲裁。因为若各个案件之间并无实质联系，各方没有同意合并仲裁的必要。故即使文本中没有“共同的法律或事实问题”，也不妨碍对该条的理解。

以上仲裁机构的仲裁规则的文本都表明，仲裁庭具有一定的权限，影响是否合并仲裁。区别在于，以上不同机构的仲裁庭决定合并仲裁的自由裁量权的程度不同。各个仲裁机构对合并仲裁的规定出入较大，主要是因国际上并无统合并仲裁的定义，而现有的文献中对合并仲裁的概念主要是从现有的公开的国际投资仲裁的案例中提取的，且没有相关合并仲裁的学说的论证，在理论上缺乏根基。这是各个机构对该内容区别较大的原因之一。

（二）合并仲裁对仲裁合意的挑战

1.在争议双方均同意合并仲裁的情况下

合意合并仲裁是指经一方当事人提出合并仲裁的请求，各方当事人均同意合并仲裁的情形。理论上认为，合并仲裁的主要问题在于，当事人各方均是自愿参

与，且经过各方的同意。[889]若当事人之间存在一定的竞争关系或虽无竞争关系、但存在不愿让第三人知晓的保密信息，则难以各方均同意合并仲裁。

如果双方均同意合并仲裁，则此时仲裁庭对是否进行合并仲裁的问题不存在自由裁量权。仲裁庭的自由裁量权是建立在双方仲裁协议或仲裁条款、法律事实清楚的前提下，在各方当事人赋予的权限范围内和相关法律原则的范围内所可以行使的权利。而各方均同意合并仲裁，已经排除了强制合并仲裁或拒绝合并仲裁的情况，限制了仲裁庭的自由裁量权。

一般来说，此时也不存在保密性事项的问题。即使一方存在保密信息，但是经该方认为可以让涉及的各方当事人知晓，或本案涉及的内容虽然有所泄露，但是不至于造成损害，则此时所谓的保密信息不存在实质上的保密内容。

2.在争议方拒绝合并仲裁的情况下

争议各方有意思自治的权利，而意思自治又涉及以下的问题：

2.1 在决定合并仲裁时，意思自治原则与仲裁庭自由裁量权存在冲突

当仲裁庭认为应该进行合并仲裁，若部分当事人反对，但最终合并仲裁的情况，意思自治原则与仲裁庭的自由裁量权存在冲突。但是，意思自治原则出于对当事人意愿的尊重是存在限度的，并不是无限地扩大、可以被用来对抗任何情况下的合并仲裁，相反，是应该在保证正当程序、不违反仲裁地法院公共秩序保留原则的前提下，当事人在合法权利的范围内行使意思自治原则。

同时，能否进行合并仲裁也并非受各方当事人的意愿绝对的限制。应该优先考虑、重点突出当事人意思自治，但是如果合并仲裁涉及到仲裁地国家的公共利益或公共秩序时，则此时，无论各方当事人是拒绝还是均同意合并仲裁，仲裁庭可以行使自由裁量权。故当事人意思自治原则的行使是相对的，并非绝对可以任意使用，对抗仲裁庭的自由裁量权。

2.2 强制合并仲裁，可能违反仲裁当事人意思自治原则

强制合并仲裁可能出现在以下的情况中，如若仲裁庭主动提出合并仲裁，各方均拒绝时，仲裁庭认为满足合并仲裁的条件强制合并仲裁。再如，若一方申请合并仲裁，其他方拒绝，仲裁庭强制合并仲裁。

在软木材案中，三个申请方分别拒绝了美国合并仲裁的请求，但是理由各不

[889] Michael Warbel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin, The Backlash against Investment Arbitration Perceptions and Reality, Kluwer Law International, 2010, pp.120

相同，综合概述如下。申请方 CANFOR 公司认为，没有必要为了公平和快速解决争议而采取合并仲裁，因：本案提出了不同的问题；软木材行业是竞争激烈的行业；合并仲裁是难以实行的；美国政府在迟延提出合并仲裁的申请证明否认了合并仲裁的申请；出于保证成本的考虑否认了合并仲裁的申请；合并仲裁会导致仲裁结果的推迟；各方应该有权利选择自己的仲裁员；没有矛盾决定的风险。[890]申请方 TEMBEC 公司认为，美国申请合并仲裁不是为了公平或高效地解决争议，因申请方会因合并仲裁遭受损害；各方提出诉求的自治权将通过合并仲裁而妥协；申请人特有的观点、发现和程序事项在合并仲裁程序中效率低；有关义务的诉求的共性，合并仲裁不会有效；且 TEMBEC 公司不应承担美国在 CANFOR 公司和 TERMINAL 公司的挫折的重担。[891]申请方 TERMINAL 公司认为，不应分享保密信息，即使在合并仲裁的条件下也不能得到一个公平的庭审。[892]

当事人之所以选择仲裁主要是基于仲裁本身的效率性、灵活性和意思自治原则。这是复杂、冗长的法院诉讼程序所欠缺的。相反，若当事人拒绝合并仲裁，但是却因仲裁庭命令而违反自己的意愿被迫参加，则与当初选择仲裁解决争端方式的初衷相左。

当满足合并仲裁的条件时，如果没有任何一争议方提起合并仲裁的请求，仲裁庭可以建议合并仲裁，但是不能强制合并仲裁。合并仲裁是各方当事人在进行仲裁的合意后的第二次合意的表达，各方享有同意与拒绝的权利。在软木材案中，仲裁庭认为，申请方认为合并仲裁违反了仲裁的合意原则（或意思自治）的情形是不存在的。[893]因 NAFTA 第 11 章 B 部分的争端解决机制是三个国家协商的国际条约的结果。他们国家与投资者之间的争端解决提供了国际法予以约束。在此处，仲裁庭驳回了当事方以意思自治原则来拒绝合并仲裁的请求。此处，NAFTA 第 1126 条规定的合并仲裁的内容看似与拒绝合并仲裁相冲突，但二者并不矛盾。

---

[890] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.33

[891] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.40-41

[892] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.53

[893] Canfor Corporation, Tembec ET AL and Terminal Forest Products LTD v. United States of America, ICSID Order of the Consolidation Tribunals, para 135

虽然 NAFTA 第 1126 条的内容约束于美、加、墨三国及其本国的投资者。但是合并仲裁为仲裁的形式之一，仲裁的性质、基本原则也适用于合并仲裁，意思自治原则即是。故在 NAFTA 第 1126 条的约束下，在仲裁的范围内仍然能援引仲裁的意思自治原则和保密性原则，两者并不矛盾。

2.3 强制仲裁不一定属于仲裁庭管辖权的扩大

仲裁庭的管辖权来源于有效的仲裁协议或仲裁条款，但根本上说，也是来自当事人的仲裁合意。仲裁协议或仲裁条款中规定的内容是仲裁庭管辖权的范围，超出该内容则仲裁庭无权管辖。故仲裁庭行使自由裁量权也应以仲裁协议或仲裁条款中涉及的内容为主。但是，若在仲裁中，当事人各方达成新的合意，授予仲裁庭更大的权限，则仲裁庭可以基于该新合意行使扩大后的自由裁量权。故若在仲裁中，并无任何一方当事人提出合并仲裁，或仲裁庭提出合并仲裁，部分当事人反对，则当事人并没有达成给予合并仲裁的合意，仲裁庭基于此情形，没有当事人进一步的授权对合并仲裁行使管辖权。若此时仲裁庭强制合并仲裁，则属于仲裁庭管辖权的扩大。

在仲裁庭发布合并仲裁令中，最根本的是当事人均同意进行合并仲裁的意愿。因为从根本上来说，仲裁庭的管辖权的来源来自双方当事人的合意的授权，而这个授权最直接的体现在当事人之间的仲裁协议或仲裁条款以及东道国与投资者本国签订的双边或多边投资条约。既然仲裁庭的管辖权来自当事人间的合意，则必须考虑各方的意愿。能够进行仲裁的前提条件之一是双方自愿采取仲裁的方式解决争议。合并仲裁是仲裁的形式之一，也应遵循这样的前提，在合并仲裁中，进行合并仲裁也应是各方同意合并仲裁。若仅因一方当事人的意愿在理，其余方当事人拒绝意愿，有违当事人的合意。故此时，仲裁庭支持任何一方的合并仲裁的请求都违反了当事人意思自治原则。而国际商事仲裁中的意思自治、灵活性和高效率，正是争议双方愿意选择通过仲裁解决纠纷的关键所在。

基于以上分析，仲裁庭在合并仲裁中应该如何发挥其作用？仲裁庭在决定是否进行合并仲裁时，势必与当事人的意思自治存在一定冲突，尊重当事人是否进行合并仲裁的意愿应优先考虑，经仲裁庭查明，在当事人是善意地拒绝合并仲裁时，仲裁庭可以建议当事人进行合并仲裁。若当事人仍然坚持单独仲裁或有证据表明当事人是恶意地拒绝合并仲裁，则仲裁庭为了仲裁的高效和有效地解决，强

制合并仲裁。关键在于，通过证据认定当事人是否为善意。

3.各方同意合并仲裁，但仲裁庭反对

在高浓度玉米果汁案中，被申请方墨西哥政府通知 ICSID，申请人 ADM 公司、TLIA 公司、CPI 公司与被申请人达成一致意见，组成合并仲裁庭，并确定了合并仲裁庭的组成。[894]仲裁庭认为，若进行合并仲裁，申请方之间的竞争会影响他们在合并仲裁中展示案情的能力。对于任何争端解决程序而言，正当程序是根本的。争议双方不应该要求不同的程序来使适应证据和提交的意见中的具有竞争性的敏感信息。在此情况下，合并仲裁程序令不能达到为了公平和有效解决纠纷的目的。而采用两个仲裁庭可以比一个仲裁庭更加公平和有效地处理两个单独的案件，在这两个仲裁庭中的申请方都是直接、主要的竞争对手，同时诉求设计到具有竞争性和商业敏感性的事项。基于以上原因，仲裁庭拒绝了墨西哥政府合并仲裁的请求。[895]

仲裁的效率和保密性信息主要是对当事人各方而言的。关于仲裁的效率，虽然采用合并仲裁的效率不必然高于单独仲裁，但是如果能对合并仲裁庭仲裁庭成员的组成和合并仲裁开始的程序达成一致，各方当事人均诚意致力于高效地解决争议，则合并仲裁的效率会高于逐个案件的仲裁。而仲裁庭在此处并没有详细论证为何合并仲裁的效率会低于单独仲裁，说服力不足。关于保密性信息方面，防止保密信息泄露对持有该信息的当事人有利，以防竞争对手知晓敏感性内容，在市场竞争中处于优势。若当事人各方已能对涉及的保密性信息的公开没有顾虑，意味着其自愿承担对相关信息公开的后果。虽然保密信息一般是要通过仲裁庭进行最后认定，但是提出哪些信息为保密信息的权利所在方为持有该信息的当事人。仲裁庭作为第三方主要任务是以公正、效率、灵活的方式解决争议，对各方当事人作出裁决。

（三） 合并仲裁对保密性原则的挑战

---

[894] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, para.18

[895] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.9-20

1.保密性信息的认定不明确

在国际商事仲裁中，对于“保密信息”的内涵，条约和仲裁庭的内容有所不同。

根据 NAFTA 第 1111 条第 2 款，NAFTA 的起草者认为，至少就国家一方而言，保密性商业信息可以受到保护，不被损害性的公开：尽管第 1102 条或第 1103 条，一方可能会要求另一方投资者或在其领土上的投资来提供出于信息的或统计的目的的常规信息。该方应该保护这些保密性的商业信息，以免他们被公开来损害投资者或投资的竞争地位。本段的内容不应被解释为，阻止一方获得公开、公平、诚信地适用法律的信息。[896]由此可见，在 NAFTA 对保密信息的认定中，也要求需要善意地使用保密信息。

在高浓度玉米果汁案中，仲裁庭对保密信息有如下表述：在程序中，争议双方提交的任何包含保密信息的文件应该由提交方制定为保密性的。根据程序令中涉及的事项，所有这样的保密文件和来源于此处的信息，并非来自于任何独立于保密文件的资源，都被作为保密信息对待。但以下情况不被认为是保密信息：(i)在指定的时间已经出现在公共领域； (ii)随后通过不违反程序令的方式为公众所知；或(iii)通过不受任何保密义务约束且有作出此项公开行为权利的第三方公开给接收方。[897]同时，仲裁庭在第 6 条[898]，争议各方应该善意且非任意的方式制定信息作为保密信息。保密信息为（i）依照美国法律例如反垄断法和贸易救济法，申请方受保护不向公众公开的的商业机密，和（ii）依照墨西哥 FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA GUBERNAMENTAL 和可以适用的私法，墨西哥政府拥有的受保护不向公众公开的信息。如果一方不同意另一方制定的信息为符合这些标准的保密信息，可向仲裁庭要求裁定争议信息是否受此程序令的约束。[899]以上内容并没有明确定义保密信息。

---

[896] Canfor Corporation, Tembec ET AL and Terminal Forest Products LTD v. United States of America, ICSID Order of the Consolidation Tribunals, para 142

[897] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, para.32

[898] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, para.32

[899] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company

2.保密性原则对抗合并仲裁

保密性措施往往是当事人援引对抗仲裁庭合并仲裁的理由之一，但它不能必然成为拒绝合并仲裁的原因。

在软木材案，仲裁庭认为，NAFTA 第 1115 条，在合并仲裁的情况下，保密性原则损害了程序的效率性或正当程序的准则是属于例外情况的，且不可能经常发生。[900]仅仅因保密性原则一般不会损害仲裁程序的高效或正当性就驳回当事人的诉求，并不合理。一般性的情况并不能排除例外情况的出现，且仲裁庭在本案中并未进一步论证本案不属于例外情况。故仅仅因非例外情况而拒绝援引保密性原则说服力不足。

在仲裁中，保密信息一定会被泄露给第三人吗？在软木材案中，仲裁庭认为保密性原则一般不会损害仲裁程序的正当性和高效率。且“为了确保信息的保密性，当可以确定各方能够提供一个充分的机会呈现本案，仲裁庭可以采取如下有效措施，包括：保护令；强加保密承诺书；不公开的部分独立聆讯；对提交的意见、文件和证据进行分类；任命一个保密性顾问；编辑校订公共存取的仲裁裁决。”[901]仲裁庭认为，以上的措施足以保证保密信息不会发生泄露。在庭审过程中，对保密内容的部分会需要质证，对不公开的部分独立聆讯已经不便于各方当事人举证，不便于举证则无法质证。这个措施确实利于预防保密信息的泄露，但在实践中难以实施。

三、 完善国际投资仲裁中合并仲裁制度的建议

（一） 明确合并仲裁的条件

---

and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, para.6

[900] Canfor Corporation, Tembec ET AL and Terminal Forest Products LTD v. United States of America, ICSID Order of the Consolidation Tribunals, para 147

[901] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para. 143

1.明确“共同的或相同”的法律或事实问题的认定

在国际投资仲裁中，不同的仲裁庭、仲裁规则、国际投资条约和协定对该问题的措辞不同。

首先，在关于问题的“共性或相似性”方面。在软木材案中，为了帮助仲裁庭作出关于案件共性的决定，仲裁庭要求各方当事人提交图表，陈述提到的与第1120条仲裁相关的法律和事实部分的问题。仲裁庭指出，美国政府提交的图表很有用。仲裁庭进一步指出，申请方TEMBEC公司提交了一个图表来证明，决定TEMBEC公司的诉求的法律材料中的问题对申请方CANFOR公司和TERMINAL公司的诉求都不是实质上解决的，也提交了另一个图表来证明软木材工业在加拿大东部和西部的极其的事实上的差别。[902]

本案的仲裁庭此处的表述过于简单，若能具体写明美国提交的图表包括的具体内容、分别说明的事项、在仲裁庭分析时具体起到了何种作用，将会对以后合并仲裁的各方提交图表形成一个正面的参照。

在软木材案中，美国认为，合并仲裁有如下理由：1.三个申请方声称的被申请方违反的NAFTA的条款相同，同时具有相同的事实基础；2.三个申请方都是加拿大软木材生产商，均向美国市场出口软木材；3.三个申请方提出的诉求都是针对相同的美国政府的措施，包括（i）2001年8月美国商务部的反补贴税的预先决定；（ii）2001年8月商务部预先紧急情况的决定；（iii）2001年10月商务部预先反倾销的决定；（iv）2002年3月商务部最终反补贴决定；（v）2002年3月商务部最终反倾销决定；（vi）美国国际贸易委员会2002年5月最终实质损害的决定；（vi）2002年10月美国国会颁布的持续反倾销和补贴法案。4.合并仲裁有利于公平和高效地解决争议，有利于节约资源，是唯一的降低矛盾结果的不公平和风险的方法。[903]

高浓度玉米案仲裁庭认为：“两个仲裁庭可以分别处理两个案件，这比一个仲裁庭更加公平和有效。两个申请方之间是直接、主要的竞争者，其诉求会提高竞争性和商业敏感性。”同时，又提到：“竞争者之间的保密信息在各自的仲裁庭

[902] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para. 173

[903] Canfor Corporation, Tembec ET AL and Terminal Forest Products LTD v. United States of America, ICSID Order of the Consolidation Tribunals, para 28

里更容易得到保护，反过来，这样在该情形下也允许了一个更加有效的仲裁程序。”[904]两个仲裁庭对“共同的法律或事实问题”的认定方式不同，对合并仲裁效率更高和信息的保密性观点不同。

在软木材案中，仲裁庭主要是从条约涉及的条款、事实的起因、当事人、东道国采取的措施和立法几个方面来考虑是否为“相同或类似的”法律或事实问题。而在高浓度玉米果汁案中，却未提及“相同或类似的法律或事实问题”。仲裁庭对“相同或类似”的定性并不明确，同时，在国际投资条约、仲裁规则中并没有对相同或类似的程度进行规定。

其次，在关于“共同的事实或法律问题”的认定方面，共同的法律或事实问题必须是对案件的处理具有实质性的。在软木材案中，仲裁庭认为，所谓“实质性的”共同的问题，是对案件的最终结果非常重要的或是有影响的。然而，仲裁庭不会使用例如并没有出现在第 1126 条的“实质的”或“重要的”限定词，因它们可能会被解释为过度缩减依照第 1126 条仲裁庭的自由裁量权。[905]

笔者赞同仲裁庭的观点，案件中所涉及的问题较多，若仅因多个案件之间的问题存在关联便认为是存在共同的法律或事实问题，缺乏对关联事件重要程度的判断。故有必要对共同问题的性质进行界定，应是对案件的主体或仲裁结果造成较大影响的问题，而关于影响程度由仲裁庭善意行使自由裁量权。

2.明确“公平和有效地”解决争议

仲裁庭此处行使自由裁量权，对“公平”和“有效”的界定弹性较大。

在软木材案中，美国政府认为，“为了公平和有效地解决争议”是一个绝对的标准。美国认为，第 1126 条第 2 款并不是只能在最公平和有效的解决争议的情况下使用合并仲裁，或必须在分别比依照第 1120 条的仲裁庭进行的程序更加公平和有效的情况下使用。而是在一方提起合并仲裁的请求，依照第 1126 条，仲裁庭来决定其合并仲裁的程序令依照第 2 段是否是公平和有效的。美国认为，第 1126 条公平和有效的标准包括三个因素：（i）时间；（ii）成本；和（iii）避免冲突裁决。[906]

---

[904] Canfor Corporation, Tembec ET AL and Terminal Forest Products LTD v. United States of America, ICSID Order of the Consolidation Tribunals, para 222

[905] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.44-45

[906] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company

申请方 CANFOR 公司、TERMINAL 公司认为，公平和有效必须与争议各方依照第 1120 条各自的程序相关，同时，“公平和有效”这个词语不能被解释的很抽象。认为程序的公平和有效包括以下因素，例如：所有当事人的成本；庭审的时间长度；程序的复杂性；各方当事人的意愿；当事人彼此的行为和代表；意思自治的影响；保密性原则的重要性和复杂性；申请合并仲裁的时间；依照第 1120 条的仲裁的进程。[907]

申请方 TEMBEC 公司认为，“为了公平和有效地解决争议”不应被孤立地解释，而是应该与现有的第 1120 条仲裁相对比。尽管 TEMBEC 公司没有列出应该被考虑进来的详细的因素，显然它认为依赖如下因素：成本；滥用的和分裂的诉讼技巧；没有损害展示自己案件的能力；意思自治（包括各方合并仲裁的意愿）；程序的低效率；迟延；和保密性原则。[908]

仲裁庭认为，在适用“为了公平和有效地解决争议”时，第 1126 条第 2 款没有指出必须对第 1120 条仲裁与第 1126 条进行比较。仲裁庭认为，程序经济的有效性是依照第 1126 条合并仲裁的可操作目标。它基本上是一个客观的、以事实为驱动的标准，第 1126 条仲裁庭可以适用，因它在该情况下是恰当的。[909]

在软木材案中，在考虑“公平和有效地解决争议”时，保密性不是被考虑的因素。除非在一些例外情况下，依照 NAFTA 第 1115 条，合并仲裁会影响程序的有效性或损害正当程序原则。在仲裁庭看来，申请方在这方面的诉求缺乏根据。申请方的诉求并不能使仲裁庭相信若合并仲裁会产生例外情况。

关于“公平”，第 1126 条仲裁庭认为，要求各方涉及的利益都应该在考虑的情况下，什么是程序上的经济，应该被均衡。必要的平衡进一步要求要考虑到，所有各方都应该继续得到正当程序的根本权利，正如在 UNICITRAL 仲裁规则的第 15 条第 1 款设置的。[910]

---

and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.121

[907] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.123

[908] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.123

[909] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.124

[910] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company

一方面，在程序上要求绝对的“公平”是不存在的，公平只能是相对的。合并仲裁的耗时并不能保证必定比单独仲裁所需时间短、成本低、信息更加利于保密，因合并仲裁存在着合并仲裁仲裁庭的组成、审理从何处开始的问题，合并仲裁会比各方单独仲裁耗时更长。另一方面，“有效”首先意味着仲裁能够得到实质性的结果，发生法律效力，且应尽可能地高效。故仲裁庭应该综合考虑时间成本、经济成本、保密信息的保护，并非一概考虑各方当事人，而是着眼于整体。

在实践中，当事人拒绝合并仲裁也可能是出于有意拖延仲裁的进程，并非为了顾及保密信息的泄露或合并仲裁的时间更长，故应该对拒绝合并仲裁的条件增加“善意的”内容。在实践中，仲裁庭可以通过证据判断当事人是否为恶意地拒绝合并仲裁。若当事人善意地拒绝合并仲裁，则仲裁庭应该优先考虑当事人各方的意见。若当事人恶意地拒绝仲裁，实际是为拖延仲裁进度或其他原因，仲裁庭可拒绝当事人拒绝合并仲裁的请求，合并仲裁。

3.仲裁庭合并仲裁的依据

在仲裁机构的仲裁规则、仲裁协议或仲裁条款中写明了合并仲裁内容时，可以将其视为合并仲裁的法理依据。各方当事人的仲裁协议的仲裁事项的范围决定了仲裁庭的管辖权范围，而各方当事人的仲裁协议是当事人之间意思一致的结果，是意思自治原则的体现。这里的意思自治原则要求理性行使权利。

但是，当仲裁机构没有设立了合并仲裁的仲裁规则且仲裁协议或仲裁条款也没有该内容时，强制合并仲裁的法理依据来自何处？在软木材案中，仲裁庭是基于以下几点原因：在合并仲裁的情况下，也应该考虑仲裁的效率性；当事人提出的意思自治原则与合并仲裁无关；保密信息泄露的情况一般不会发生，且仲裁庭采取了有效的措施防止信息的泄露。而仲裁庭的分析是基于仲裁本身的特点，并非来自法理依据。

（二）解决合并仲裁与当事方合意之间的冲突

1.从仲裁庭角度：采取事实上的合并仲裁

---

and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.125

若仲裁庭逐一审理又会严重增加仲裁机构的成本，耗费大量时间。此时，仲裁庭可以采取事实上的合并仲裁。但是，采用事实上的合并仲裁在关于仲裁庭的组成方面也存在问题。如果在上述涉及合并仲裁的案件中，仲裁庭的组成人员一致，特别是首席仲裁员相同，则采取事实上的合并仲裁兼顾了各方的利益。一方面，防止了当事人各方的保密信息的对外泄露，另一方面，仲裁庭审理这些案件时，因法律或事实问题相同或类似，仲裁庭对案件的接触更为全面，对已经审理的部分进行了分析判断，无形中提高了裁决的效率。

如果仲裁庭的组成人员完全不一致，或虽仲裁员相同、但首席仲裁员不同，此为两种情况。在前者情况中，仲裁庭组成人员不一致，仲裁庭的组成成员可能有部分相同或完全不同，导致有的仲裁员对相关几个案件的情况了解，而有的仲裁员只参与其中一个案件，不知其他案件的情况。而事实上的合并仲裁是在仲裁庭组成人员相同的情况下，对相关的各个案件均参与了审理。此时，各个案件有各自当事人选任的仲裁员组成了仲裁庭，各自仲裁庭组成人员不同，与事实上的合并仲裁的仲裁员的组成方式相矛盾。故此时采取事实上的合并仲裁有所不妥。若仲裁庭成员完全不同，则案件面临着逐一审理的局面。但是，若仲裁庭成员有部分相同，可以由相同部分的仲裁庭成员提出合并仲裁的建议，若当事方均同意合并仲裁，则另行组成合并仲裁的仲裁庭。

在仲裁过程中，当仲裁员与首席仲裁员的意见不一致时，以首席仲裁员意见为准。在第二种情况中，即仅首席仲裁员相同，首席仲裁员知晓该些案件的情况，而其他仲裁员并不知晓。故应该以首席仲裁员的意见为准。

2.从投资者角度：事后签订合并仲裁协议

鉴于国际投资条约往往是经过较长时间的谈判才能够达成一致的，在投资者与东道国发生争议后，即使短期内有相关两国的国际投资条约签署，不溯及既往的原则，新签订的投资条约在生效后也不能保护已经受损的投资者的合法利益。故投资者在东道国投资且自身合法权益收到侵害时，应该从法律途径捍卫自己的合法权益。特别是当东道国为发达国家、投资者为发展中国家时，后者往往处于弱势地位，故保护正当的投资权益迫在眉睫。

为防止争端发生后，合并仲裁的情况的出现，投资者应该预先签订合并仲裁协议，并明确双方进行合并仲裁的条件。若没有预先签订，建议投资者在争端产

生后，与东道国签订合并仲裁的协议作为补救措施。对合并仲裁协议的设置可借鉴投资条约的设置，但是更应强调双方合并仲裁合意的优先性。同时，合并仲裁庭从哪里开始、仲裁庭的组成方式也应该在协议或条款中写明。仲裁庭认为，仲裁庭有权利来决定合并仲裁从哪里开始。在这个方面，UNCITRAL 仲裁规则第 1126 条提供了一个参考："依照第 11 条到第 13 条，如果独任仲裁员或首席仲裁员被替换，任何先前进行的庭审应该重复进行；如果其他的仲裁员被替换，此情况下，先前的庭审可依照仲裁庭的自由裁量权来决定是否重复进行。"[911]依照这个原理，一旦发布合并仲裁令，仲裁庭拥有自由裁量权来决定合并仲裁程序的行为和顺序，但是，在运用自由裁量权时应经与各方磋商。故仲裁庭拥有自由裁量权来决定合并仲裁的案件从哪里开始，那么，若合并冲裁从头开始，合并仲裁审理的时间可能比单独审理更加冗长，不一定提高效率。若在哪里停止就从哪里开始，仲裁庭组成不一定相同，可能出现仲裁员被更换的情况，当事人各方在对合并仲裁的仲裁庭组成的争议也拖长了案件审理的时间。故为了保证案件审理的高效，在合并仲裁协议或合并仲裁条款中写入合并仲裁仲裁庭从何处开始审理案件确有必要。

3.从东道国角度：缔约时应纳入合并仲裁内容

东道国在合并仲裁条款的设置方面，应该分情形予以对待：当一方提出合并仲裁的请求，争议各方当事人均同意时，应尊重当事人的合意，采取完全意义上的合并仲裁的形式；在一方提出合并仲裁的请求，争议其他方拒绝，可采取事实上的合并仲裁；在一方提出合并仲裁的请求，争议其他方意见不统一，仲裁庭可进一步沟通，征询当事人的意见是否愿意对案件的部分内容进行合并仲裁。若当事人仍然拒绝，则仲裁庭可采取事实上的合并仲裁。同时，在拒绝合并仲裁的原因中，无论是出于顾虑保密信息、还是意思自治原则或其他，都应该秉持善意。

出于以上的考虑，在投资条约中合并仲裁的条款可以增设如下内容："提出合并仲裁的诉求在法律或事实问题上要存在相同或类似之处，为了便于仲裁的公平且有效的解决，仲裁庭或当事人一方提出合并仲裁的诉求，优先进行合意合并仲裁。若对合并仲裁无法达成合意，经仲裁庭查明，当事人恶意地拒绝合并仲裁，则仲裁庭可以强制合并仲裁。"

---

[911] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate& Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID, CASE No. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunals, para.153

（三）保密性原则有条件地适用

1．明确保密性信息的范围

综合以上的观点，对保密信息的认定存在一定的弹性，并没有允许由当事人一方单独自行认定为保密信息，而是由当事人一方提出己方的保密信息，在其他方有争议时，由仲裁庭予以认定。由仲裁庭进行认定，一方面，仲裁庭可以促使当事人能够正确界定是否为保密信息，防止认定上出现错误，另一方面，可以防止当事人恶意地援引该项原则来对抗合并仲裁，从而保障正常的仲裁程序的进行。

2.保密性原则有条件地对抗合并仲裁

保密性信息对各方当事人自己来说非常重要，多涉及商业机密等敏感性内容，当事人不愿意泄露给竞争对手。若在仲裁庭认为不会被泄露，但是没有足够的措施完全保密时，当事人有权利援引保密性原则予以对抗合并仲裁的请求。但是，若当事人恶意援引保密性原则，实为拖延仲裁进程，仲裁庭通过证据能够证明恶意确实存在，则此时当事人援引保密原则无效，仲裁庭可驳回当事人的请求。

结语

合并仲裁具有不可替代的优点，但相关规定在 BIT 与仲裁规则中并不明确，可能影响当事人仲裁合意和保密性信息的保护。建议相关规则应该明确合并仲裁的具体内容，在措辞方面，强调当事人善意、合理的意思自治原则。仲裁机构也应考虑在仲裁机构的仲裁规则中加入合并仲裁的规则，而我国贸仲委的合并仲裁规则的设置优先考虑了当事人的合并仲裁的合意，同时兼顾了仲裁庭发挥主动性，行使自由裁量权，值得借鉴。尽管目前囿于我国《仲裁法》的规定，国内仲裁机构还不能在我国境内受理国际投资仲裁案件，但随着我国法制改革的不断推进，未来贸仲也可能成为受理国际投资仲裁案件的常设仲裁机构，届时，其仲裁规则

被适用于国际投资仲裁案件。在国际投资实践中，我国作为东道国可以借鉴墨西哥的做法，在与外国签订投资条约时，加入合并仲裁的内容。我国的投资者在进行外国投资时，也可以在事前把合并仲裁的条款写入到仲裁协议或加入到仲裁条款中，若事前没有此类内容，则在争议发生后，签订合并仲裁协议，以确保自身的合法权益得以保障。

上海自由贸易试验区负面清单的国际法律问题研究

单位：云南大学法学院

姓名：杨真

联系方式：18801219901

摘　要

在改革开放和现代化建设的这个新时期，十二五规划的开局之年，上海自由贸易区应运而生。上海自贸区的任务是探索一条适合国情、面向世界的经济发展新模式，改变政治经济制度中不合历史潮流的因素，形成一系列可复制可推广的道路，为新时期我国的社会主义建设二服务。上海自贸区的意义重大，可与经济特区甚至特别行政区相媲美

在建设上海自由贸易试验区，是对外开放战略的新举措，在我国政治经济体制改革的进程中翻开了崭新的篇章，是释放新制度红利的必然要求。这就离不开负面清单这个重要概念。负面清单作为外商投资的指导，直接关系到自贸区建设的成败，这是中国政府需要高度重视的关键一环。

论文的第一章对自贸区的建设、组成部分、作用与意义进行了阐述，并对自贸区的法制建设做了分析。

第二章是论文的主体。讲述了负面清单的起源与发展，实行负面清单的投资管理制度，不仅有利于吸引外资，为我国经济建设服务，也符合现代法治精神，对我国法治建设影响深远。

论文的第三章也是主体之一，是分析问题和解决问题的关键部分。通过与外国相关制度的对比，提出了我国负面清单的一些问题，并提出了解决对策，希望能给我国的自贸区建设和负面清单的完善，起到一定的建言献策作用。

关键词：上海自贸区；负面清单改；改革。

ABSTRACT

In the new period of reform and opening up and modernization construction, the first year of the twelfth five year plan, Shanghai free trade zone came into being. Shanghai FTA task is to explore a suitable for China and the world economic development in the new model, not the historical trend of political and economic system, the formation of a series of replicable replicable way, for the new era of China's socialist construction two service. Shanghai free trade zone is significant, and the special economic zones and special administrative region match

In the construction of Shanghai Free Trade Zone, is a new measure of strategy of opening to the outside world, opened a new chapter in China's political and economic system reform, is the inevitable requirement of the release of the new bonus system. It cannot do without the concept of negative list. Foreign investment negative list as the guide, is directly related to the success or failure of the construction of China ASEAN Free Trade Area, which is a key part of the Chinese government to attach great importance to.

The first chapter of the thesis, part of the construction of the FTA, the role and significance are described, and the construction of legal system of free trade zone is analyzed.The second chapter is the main body of the thesis. About the origin and development of the negative list, the implementation of negative list of investment management system, not only conducive to attract foreign investment, to serve our economic construction, but also in line with the spirit of modern rule of law, has profound influence on the construction of rule of law in china.

One of the third chapter of the thesis is subject, is the analysis of the problem and the key part of the solution to the problem. By comparing with foreign related system, and puts forward some problems in the negative list, and puts forward some countermeasures, hoping to improve the China's free trade zone and the negative list, play a certain role of advice and suggestions.

Keywords: Shanghai FTA； negrtivelist change； reform.

目 录

一． 上海自由贸易试验区相关理论概述.....295

（一）上海自由贸易区共有七大监管区域：.....295

1．外高桥保税区。.....295

2．外高桥保税物流园区。.....295

3．洋山保税港区.....296

4．浦东机场综合保税区.....296

（二）自贸区最先于上海设立的缘由.....296

1．上海有良好的经济基础。.....296

2．上海的管理经验丰富，监管制度比较完善.....297

3．具有良好的区位优势.....297

（三）上海自贸区自贸区成立的动因.....297

1．以经济改革推动政治改革.....297

2．推进人民币国际化.....298

3．促进产业结构升级转型.....298

4．重塑上海亚太金融中心地位.....299

（三）上海自由贸易试验区的法制建设.....300

1.与特别行政区法治的比较.....300

2.与经济特区法治的比较.....301

3.与我国行政法部门的比较.....301

4.全国人大及其常委会应当专门针对上海自贸区制定一部法律.....302

二．负面清单相关理论概述.....302

(一)现在国际投资领域出现的新变化.....302

1．贸易自由化是世界各国主要的对外政策.....302

2．世界经济大国正在体加速快自由贸易协定的构建.....303

3．新科技革命革命对世界投资格局的改变.....303

（二） 负面清单总论.....303
1.负面清单的起源与发展.....304
2.现今已被各国广泛被采用。.....304
3.各国清单所列内容各不相同，有长有短。.....305
（三）负面清单模式更加符合现代基本的法律精神.....306
1.破除垄断.....306
2.充分发挥政府职能.....307
3.正确处理三者间的关系.....307
（四）负面清单与正面清单的区别.....308
1.准入依据不同.....308
2.吸引外资的激励机制不同.....308
3.社会效果不同.....309
（五）美国关于负面清单的相关理论与实践.....310
1.美国负面清单的主要特点.....310
三、负面清单的问题及解决方案.....314
（一）负面清单的问题所在.....314
1．涵盖范围较广，开放程度还不够高.....314
2．对服务业的开放做出了较多的限制.....314
3．市场准入制度不够完善.....315
4．相关法律、法规与政策还不够健全.....316
5．覆盖面积狭窄.....316
（二）完善负面清单管理制度的举措.....317
1．进一步缩小负面清单的涵盖范围.....317
2．加快相关法律法规的制定和完善.....318
3．建立一套合理的监管体系.....319
参考文献.....320

一． 上海自由贸易试验区相关理论概述

上海自由贸易试验区（Free Trade Zone，FTZ），是设立于中国最大的城市——上海的一个自由贸易区，同时也是中国境内第一个建成的自由贸易区。

经过又一次拓展，试验区总面积扩大到为120.72平方千米，共分为七大板块，有上海市外高桥保税物流园区，外高桥保税区、洋山保税港区、上海浦东机场综合保税区以及2014年年底新加入的上海浦东机场综合保税区、金桥出口加工区、张江高科技园区和陆家嘴金融贸易区。自贸区管理委员会在这之前的上海综合保税区管理委员会的基础之上设立。上海市委常委、副市长艾宝俊同志任管委会主任。

（一）上海自由贸易区共有七大监管区域：

1．外高桥保税区。

1990年6月，经国务院批准，外高桥保税区正式成立，它是中国首个保税区。设立保税区，面积为10平方千米。现如今，许多中外企业来到这里安居落户，开拓疆土，及大地活跃了当地的经济。它是我国规模最大、各项功能最为齐全的海关特殊监管区域。2011年9月，它被授予 “国家进口贸易促进创新示范区”，是第一个获此殊荣的单位。由此可见，它已经成为上海乃全国极为重要的对外贸易窗口。

2．外高桥保税物流园区。

面积为1.03平方千米，它成立于2004年4月15日，是经国务院批准设立的中国第一个保税物流园区，享受着国家许多优惠政策，目前已是外商面向中国的重要采购和中转基地。

作为自贸区的重要组成部分，外高桥港区的货物贸易额年增加量明显，现已逼近亿吨，几乎占到上海港的五分之一；它的大宗商品运输量和交易量在2015年已达到两千万吨，因此年年获得”全国国际船舶吞吐量最高的港区“这一光荣称号。

3．洋山保税港区

经国务院常务会议审议通过，洋山保税区在2005年成立，它由区大陆、小洋山港口和起到连接作用的东海大桥组成，它位于干净整洁的海滨，风景优美，交通便利，是一个值得投资的好去处。它作为上海“国际航运发展综合试验区”的中心区，洋山保税港区集聚了包括通信及电子产品、汽车及零部件、高档食品、品牌服装等的分拨配送中心基本形成了面向欧美的分拨配送基地、大宗商品产业基地、面向国内的进口贸易基地以及航运龙头企业集聚地。[912]它是我国的的第一个保税港，面积为14.16平方千米。目前，洋山保税港区在许多考核标准当中位列榜首，是全国十余个保税港区当中发展速度最快、效率最为可观的保税区。

4．浦东机场综合保税区

该区域于2009年7月设立，2010年9月28日正式投入运行，规划面积3.59平方千米。机场综合保税区汇集了保税区、出口加工区和保税物流园区的三大区域的几乎各项功能，并充分发挥上海的区位优势，把空乘运输业务提升到一个新的高度。机场综保区已逐步形成空运亚太分拨中心、融资租赁、快件转运中心、高端消费品保税展销等临空功能服务产业链。[913]

以上四大区域是最先成立的。而仅仅一年多之后，上海浦东机场综合保税区、金桥出口加工区、张江高科技园区和陆家嘴金融贸易区陆续成立，总面积扩大了3倍。之前的四大区域都零星分布在上海港的沿岸，距离市区较远.而现今迅速往内地拓展，辐射范围更加广泛，可见自贸区的发展已经得到高度重视。它被誉为上海浦东地区的“第二个十年机遇”。

（二）自贸区最先于上海设立的缘由

1．上海有良好的经济基础。

上海是一个举世闻名的重要港口，不论是对内抑或对外，与外界的联系都十分紧密。各大世界五百强的企业在这里聚集，因此试点的起点很高，也具备较为强大的应对各类风险的实力。上海自由贸易试验区由现有的四个海关特殊监管区

[912]上海社会科学联合会编：《中国（上海）自由贸易试验区150问》，格致出版社，2013年版，第13页。
[913]上海社会科学联合会编：《中国（上海）自由贸易试验区150问》，格致出版社，2013年版，第13页。

域组成，基础设施建设做的比较到位。这片区域已经吸引各类投资企业上万家，世界五百强企业投资了上百个项目，2013 年，进出口贸易额达到了 1400 亿美元。

2．上海的管理经验丰富，监管制度比较完善

上海市政府于 2009 年建立了综合保税区管理委员会，这个机构，具备应对各类风险的能力。它能够往更深层次里创新监管模式，促进各类要素的自由流动。

3．具有良好的区位优势

上海位于长江三角洲的终端，并有辽阔而发达的经济腹地，辐射效应极为明显。通过自贸区的建设，可以加强长江流域各城市的联系，从而达到优化资源配置、促进人员流动、增强企业实力的目的，以此来开发，带动我国整体经济的发展。

（三）上海自贸区自贸区成立的动因

1．以经济改革推动政治改革

现今中国要进行更加深入的政治体制改革，十八届三中全会已经对此做出了全面部署，习近平总书记兼任全面深化改革领导小组组长。在这个崭新时期，政府应当贯彻落实新“两个凡是”[914]重要思想，我们要端正态度，摆正市场和政府的位置和关系。而要想真正实现改革，获取社会进步而带来的红利，就必须要从一系列的制度入手，从根本上解决存在已久的痼疾，达到标本兼治的最终效果。现在我国在如火如荼地推行简政放权政策，削减各项有碍工作效率和官民情谊的行政审批事项。李克强总理将之称之为“壮士断腕”，但我认为，这不仅不是断腕，反而是一种“养生”，是“大病”之后，政府的自我调理，甚至是一场救赎。它不仅是政府的自我革命，也是遏制腐败的重要步骤。

当然简政放权只是其中的一步棋，要推进改革，不仅需要“内功”的不断积累，还必须借助外力。而上海自贸区就可以充分吸收这些外力。在 2014 年，据权威报告表明，中国的经济自由度指数在全世界仅排名第 137 名，是非常靠后的，但值得肯定的是，该研究明确指出，在促进贸易和投资自由化中，我国的进展显

[914] 新“两个凡是”，即凡公民、法人或者其他组织能够自主决定，市场竞争机制能够有效调节，行业组织或者中介机构能够自律管理的事项，政府都要退出。

著，这当然与上海自贸区所起的重要作用是分不开的。

2．推进人民币国际化

货币竞争是国家间竞争的新形式，人民币国际化是我国的长远目标。为了实现本国货币最大程度上国际化，强大的国力以及政治经济社会的稳定是最根本的保障。美元、英镑、欧元等货币一直以来都能在国际舞台上唱主角，其国力的强大是最根本的因素。中国的 GDP 在飞速增长，目前已经是仅次于美国的世界第二大经济实体，因此对人民币国际化的要求也随之水涨船高。还有我国的外汇储备一直居于世界首位，至今年，也就是 2015 年，我国外汇储备达到惊人的 4 万亿，远远超过日本、欧元区和德国等发达国家和地区。在 2014 年，据有关机构发布的统计报告称，人民币作为世界货币，排名下降一位，居于第八名。根据相关数据数据可以看出，虽然我国 GDP 居于世界第二的高位，外汇储备更是稳居第一，但人民币国际化程度仍然跟不上步伐，这亟待转变，因为现实情况对人民币国际化提出了更高的要求。

然而，应当说明的是，由于从美国引发而迅速蔓延至全球的次贷危机的强烈负面影响，使得美元的国际信用受到冲击，这是人民币国际化的一个机遇。这些年来人民币的，越来越多的外国人倾向兑换和适用人民币，诸如印度的一些地区。但人民币的使用率仍然比较低。美元和欧元的统治地位虽然显现出松动的迹象，但仍难动摇。这就要求我们采取新的措施来加快人民币国际化的步伐。上海自贸区成立之后，对外交往进一步深化，纷纷来华的公司都应当把人民币作为交易和结算的首选，人民币的影响力会逐步扩大，国际化进程必然进一步加深。

3．促进产业结构升级转型

产业结构升级转型历来都是我国经济的重头戏，但成绩一直不是很理想。而上海自贸区恰恰在这一重要环节为中国带来了新的契机。第一、二产业尤其是重工业曾经为我国的经济建设尽了关键之力，而现如今，诸多国家的经验表明，凡是发展程度高，商品经济活跃的国家，都是服务业占据主导，从无例外。那些欧美发达国家，服务业所占 GDP 的比重明显高于中国，德国和日本的服务业比重均超过 70%，而中国只有大约 45%，比第二产业还低。因此至少相对来说，服务业在我国对外贸易中是较为薄弱的一环，缺少了服务业的支撑，我国不可能更好地

推进政治和经济体制改革，实现人民币的国际化，更不可能实现产业的升级转型和提高老百姓的生活水平。正因为如此，上海自贸区作为促进中国产业升级转型的排头兵，要尽快步入正轨，大力引进外国的高端服务业入境投资，诸如航运业、金融保险业、教育、文化、体育以及与人民生活息息相关的公共事业，为我国经济建设服务；不仅对第三产业，自贸区同样有助于第二产业的发展，我们能更方便地向欧美各国学习新技术，以最小的成本引进节能减排设备，使得污染严重的煤炭、钢铁行业迎来属于自己的春天。而且我们也完全有理由期待，自贸区有能力肩负起这个重任。

金融危机的噩梦也渐渐消散。在这个后金融危机时代，中国迫切需要采取对外贸易新战略来减轻危机带来后遗症。现如今，中国必须利用自贸区这个新平台来转变经济发展方式，使其发挥领航作用，为我国产业升级转型做出最大贡献，以此来应对愈来愈强的国际竞争与来自各方的冲击。

4．重塑上海亚太金融中心地位

第一，上海具有远东金融中心的历史。上海自从上世纪初开始，便是中国最大的国际经济和金融中心。在上世纪 30 年代，上海就已拥有近 200 家中外银行，规模较大的外国银行均在上海设立了分行，诸如美丰、花旗。可见，在那个贫穷落后的使其，上海就已经是亚洲金融的中心。在解放后，虽然政治中心随之移到了北京，但上海的地位依旧不可动摇。上海作为中国最大的城市，拥有天然优势的地理位置和社会条件，因此我国的各大金融机构、金融监管机构、各大交易所、上市公司以及许许多多实力雄厚的跨国银行、证券保险公司纷纷在此扎根拓展地盘，甚至都有把总部迁至上海的意愿。上海的金融优势更胜于北京。

第二，中国要提高国际竞争力，争夺国际社会的话语主导权，就必须要在金融中心的建立上大下功夫。美国、日本、瑞士之所以能够引领国际经济潮流，与纽约华尔街、东京、苏黎世等大城市的作用是紧密相连的，这些金融中心正是国家的“对外一张脸”，对塑造国家形象的作用极其关键，对国民经济的积极影响不言而喻。据权威研究报告指出，资产阶级革命之后的几百年历史中，国际金融中心的变化与国力大小是直接挂钩的，这从欧洲历史中可见一斑：16 到 17 世纪中期，荷兰的对外贸易总额占据全世界的一半，但在后来对外扩张的进程中，荷兰屡战屡败，国力迅速被英法超越，金融中心自然转移到了伦敦。第二次世界大

战之后，欧洲遭到重创，英国伤痕累累，美国成为世界霸主，国际金融中心再一次发生转移——从伦敦到纽约。在过去是这样，到现在也是如此，邓小平在南巡时就指出，上海一定要抓住难得的机遇，在国际金融领域占得先机。上海自贸区恰恰能够帮助上海乃至中国实现这个目标。

（三）上海自由贸易试验区的法制建设

1. 与特别行政区法治的比较

“一国两制”是我国现今重要的基本国策。我国在大陆实行社会主义制度，在香港、澳门、台湾实行则本主义制度。这种治国思路在之前几千年来的人类历史中是从未有过的，不仅是历史悠久的古印度、古罗马、古埃及，抑或欧、美、日等发达经济体，都没有类似的先例可循。一直以来，中国人骨子里就有一种保守的性格，而现今面对着来自各方的冲击，必须要进行这种改变。而在几十年前，邓小平就以其开阔的国际视野，提出了“一国两制”这一“令人神往的构想”，而在今天，我们更应该摈弃保守的思维，面向全球，开创新的制度。

目前，对于上海自贸区的制度建设，可视为对“一国两制”中，介于“两制”之间的一种新制度的探索。现今自贸区的面积已经扩大到 120 平方公里，是澳门的整整三倍，可见中国对它的重视程度。我国若要对自贸区进行相关立法，可以充分借鉴全国人大常委会制定的《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》，为自贸区的法制建设添砖加瓦。

关于司法机关，比如澳门由低到高设立了初级、终极和终审法院。自贸区当然没有必要效仿澳门建立如此多层次的法院制度，但完全可以设立一个属于本区域内专门的法院，来审理自贸区内发生的各类关于经济、劳动保障、工资待遇、两反一保（两反一保，是反倾销、反补贴，和保障措施）等方面的纠纷。自贸区法院的独立性应当更强，这也能为我国司法体制改革提供一个崭新的思路。

我国香港和澳门基本法规定，居民有罢工的自由。香港居民可以罢工，而上海自贸区的劳动者若要罢工，理应得到允许。

当然，关于自贸区的立法，主要应当限定在经济管理、社会工作的层面。对于在日常生活的方方面面，还是应当遵守我国基本法律，遵守我国大陆的社会政策。港澳不实行计划生育政策，自贸区的常住居民当然不能效仿，仍然应当遵守

规定，贯彻落实计划生育的基本国策（单独二胎政策与计划生育并不矛盾）。再比如，港澳居民有传教自由，而我国是政教严格分离的国家，除一些少数民族聚居地区之外，是禁止公开传教的。自贸区主要是工作、经营的地方，因此在自贸区内公开传教是不能被允许的。值得一提的是，台湾的自治程度更高，甚至可以拥有自己的军队，而上海自贸区内当然是禁止“拥兵自重”的，香港和澳门的防务都要由国务院负责，更遑论上海自贸区。

由此可以看出，自贸区立法在开放程度上虽然难以超越特别行政区，但完全可以大量效仿，甚至可以对某些条款完全拿来为我所用。

2. 与经济特区法治的比较

经济特区是邓小平在祖国的最南端“画的一个圈”。我国的经济特区包括最先成立的深圳、珠海、厦门、汕头，以及紧步后尘的海口。而在上海自贸区也是十八大以来新一届领导集体在上海这个长江之尾、东海之滨的重要战略部署，意义绝不亚于经济特区，同样是为了顺应时代潮流。现今，中国经济到达了一个特殊时期，如果说经济特区的建立，已经把中国经济做大，那么上海自贸区的成立，目的是为了把中国经济做更强，尽善尽美。

对于上海自贸区，目前还不能给予它等同于特别行政区的优势地位，但完全能够超越经济特区。可以赋予自贸区管委会相应的立法权，制定法规和规章之后，再报上级备案即可。

比如深圳市委书记任广东省委常委，官至副部级。而上海自贸区的一把手，也就是管委会主任艾宝俊，任市委常委，同样是副部级。从领导人的级别来看，自贸区完全已经达到了和经济特区相提并论的地位。

3. 与我国行政法部门的比较

行政法部门是我国法律体系中极为重要的一部。它关系到政府能否有效地行使行政权力。现今，约束公权力，保障私权利成为行政法的主流。

新《行政诉讼法》亮点多多，如扩大诉讼范围；提起诉讼的时间由三个月增加至六个月；被诉的行政机关负责人，也就是“一把手”应当出庭应诉。这充分体现了我国从严格执法向保护人权倾斜。上海自贸区也应当充分领悟和学习新《行政诉讼法》的精神，在人权保护的工作中加大力度，而且决不能比我国内陆

做得差，只许更好，不能坏。

4. 全国人大及其常委会应当专门针对上海自贸区制定一部法律

鉴于上海自贸区如此重要的地位，我国完全可以专门制定一部法律，从自贸区组织机构、经济管理制度、行政机关、对外事务等多方面入手，把自贸区的重要性提高到一个更深的程度。而相反，港澳基本法第三章“居民的基本权利与义务”不应当列于自贸区立法当中，毕竟上海属于中国大陆，而自贸区又从属于上海，所以自贸区只是我国本土的一部分，并不像特别行政区那样有着极强的独立性。因此在自贸区内，无论是我国居民还是外国居民，都应当遵守我国《宪法》、《民法》等法律当中关于公民权利与义务的规定，不应当有特殊对待。

二．负面清单相关理论概述

(一)现在国际投资领域出现的新变化

1．贸易自由化是世界各国主要的对外政策

世界上有 200 多个国家，它们的经济发展水平各不相同，包括了美、日、英、德、法、奥、瑞士、挪威、卢森堡等发达国家，也有大量诸如索马里、阿富汗、马拉维等欠发达国家。各国经济水平不等，因此他们对投资自由化的接受程度必然也不一样，甚至截然相反。但在整体上，不论其社会制度和意识形态如何，大多数国家还是认同投资自由化的，一般都会打开国门，让内资走出去，把外资引进来。投资自由化的领域和程度都在日益增大，这从各国针对外资的立法便可见

一斑。金融危机过后，各种形式的保护主义开始抬头，但贸易自由化仍然是占据着主流地位。是因为发生了金融危机，导致各国经济质量不断下滑，各国才更需要推进自由化，共同携手一道。联合起来，促进世界经济的平稳持续发展。

2．世界经济大国正在体加速快自由贸易协定的构建

金融危机的骤然降临，使得欧美国家的经济受到严重冲击，一片萧条，大量企业破产倒闭，失业率激增。因此，各国迫切需要共同开创新的方式来应对危机。从自由贸易区发展现状来看，主要有三个特点：一是数量不断增加，二是商贸、金融功能不断完善，三是涉及的领域越来越广。以跨太平洋伙伴关系协议为例，其核心议题不仅包括以往大多数自贸协定中的降低商品关税、促进服务贸易等，还涵盖安全标准、竞争政策、技术贸易壁垒、食品安全、知识产权、政府采购、绿色增长和劳工保护等综合性制度安排，全球贸易和投资新规则的雏形已然显现。[915]

3．新科技革命革命对世界投资格局的改变

新科技革命如火如荼地开展，随着科学技术的进步，经济的不断增长，整个世界更新换代的速度越来越快，正所谓“会议上还在讨论的，会后就会过时”。这一切都深刻地影响着世界投资的格局。各国均在采取对策，努力发掘自己的优势，以求在国际投资中引领时代潮流，成为世界经济的龙头。欧、美、日发达国家意图利用自己先进的技术与强大的实力，进行商品和资本输出，打开发展中国家的市场，谋求领导地位。与此相对的是，发展中国家也在奋起直追，不甘落后，积极探索新的发展模式。比如印度，印度虽然是一个发展中的大国，经济落后，尤其是贫穷人口众多，但凭借这些年来 IT 行业的发展，成为仅次于美国的世界第二大软件输出国，力图在国际投资中占据有利制高点。

（二） 负面清单总论

负面清单管理模式，是一种反向的开放方式，它指的是一国在引进外资过程中，对于禁止外商投资的产业，以清单形式公开列明。这种模式的优越性在于，它可以使外商一目了然地看出哪些行业不得进行投资，从而节省时间和效率。

[915] 袁志刚主编：《中国（上海）自由贸易试验区新战略研究》，2014 年版，第 67 页。

负面清单有以下几个重要特点：（1）取消和下放一批一些无关紧要的外资审批程序；（2）把一些行业的登记制改为备案制，不做实质性审查；（3）仍然保留一些特定行业的事前审批，但必须与中方企业一视同仁，体现国民待遇（4）辅之以更为严格的监督执法，以此抵消简化事前审批可能带来的不利影响。

准入前国民待遇是和负面清单同时使用的经济词汇，而它往往是许多东道国不情愿提及的，因为它可能会使外资大量涌入，本国产业从而受到冲击甚至破产倒闭。放眼世界各国，规定了准入前国民待遇的国家，采用负面清单管理模式的几率较高；凡是设立各种壁垒抵制外资进入的国家，一般也很难采取负面清单的管理模式。

1.负面清单的起源与发展

1953 年，美日双方签订的《友好通商航海条约》中规定：“缔约方应当给予另一方的国民或企业国民待遇，以在其境内从事商贸、工业、金融和其他商业活动，但公用事业、造船、空运、水运、银行等行业除外。”[916]这一条规定的公共事业、造船、空运、水运、银行等行业，便可视为对负面清单的规定。因此，我们可以把这个条约（美日《友好通商航海条约》是负面清单重要的渊源，但不限于此）视为负面清单的雏形。

以上只是负面清单的初级阶段。而其真正解开自己神秘面纱，从而出现在世人眼前，是在四十多年之后的 1994 年。当年 1 月 1 日，《北美自由贸易协定》正式生效，北美自由贸易区随之成立，是世界三大贸易区之一，它在推进负面清单不断完善的进程中不遗余力。

2.现今已被各国广泛被采用。

在美国的推动下，越来越多的国家从疑惑到观望，再到现在的积极接受，负面清单逐渐成为全球通用的投资规则，世界各国也在不断开拓贸易自由化的新境界，这具体表现在以下方面：

首先，数十个国家先后都与美国签订了双边投资条约，几乎全部采用了负面清单的模式，这些国家不仅包括发达经济体，其他诸如加纳等非洲欠发达国家同样不甘示弱。其他发达国家诸如澳大利亚等国也在诸多的条约中采用了负面清单

[916] 出自《友好通商航海条约》，第七条。

的投资模式。例如澳大利亚与越南、坦桑尼亚签订的投资协定，运用了负面清单的模式。

其次，诸多欧洲国家也学习美国，欧盟成员共对外签定了超过 1000 个投资保护协定，占全世界的一半。这些协定对外资的保护做得比较到位，不过于强调投资准入事项，因而负面清单的管理模式较少被应用其中，但能起到负面清单的效果。

3. 各国清单所列内容各不相同，有长有短。

世界上已经有 77 个国家采用了负面清单的投资管理模式。实施负面清单制度的国家，都是在国民待遇、最惠国待遇等方面承担了十分积极的义务。国民待遇包括准入前国民待遇和准入后国民待遇两大类，而前者则更为平等和开放，它要求在外资进入我国之时就应当给予在相同情况下不低于本国投资者的待遇，而不拖到其正式设立，时间更为提前。

从内容来看，世界上许多国家的负面清单，分为行业列表和措施列表两大类，前者规定了外商不得投资的行业，后者列举了一些外商进入后的禁止性行为，涵盖内容较为全面。美国与外国进行相关缔约活动时，一般都会对措施列表中存在问题的具体措施进行说明。还有，发达国家和发展中国家的投资协定中亦有所体现——在日本和越南的投资定中，措施列表和行业列表几乎没有差别，因为它列举了禁止或限制投资的行业，至于不合规定的措施，事后再进行通知或简单签署协议就可以了。还有泰国与澳大利亚签署的双边协议也体现了这一点。

而从数量上看，负面清单虽然有长有短，但其长短和经济发展程度似乎关系并不大。因为发达国家针对自己本国的优势产业更加注重审慎保护，而发展中国家的相关产业极弱甚至为零，因此，它们并不很在意外资进入对本国产业造成不利影响，相反，它们还希冀通过缩短清单长度，利用许多优惠政策引进外资，来学习外国先进技术，解决本国就业问题，提高劳动者的科技文化素质。比如在日本和缅甸签署的协定中，缅甸列了 10 个行业，而日本基于对本国国情的考虑（日本国土面积狭小，资源困乏，但森林覆盖率高），因此比缅甸列举的行业更多。

（三）负面清单模式更加符合现代基本的法律精神

用正面清单监督政府，用负面清单管理市场

2013 年召开的十八届三中全会，文件中所提出的关于政府如何管理企业和市场，也就是所谓的“负面清单管理制度”。简而言之，就是只要未在清单上列明的事项，都是可以放手大胆去做的。不论是资本主义还是社会主义，只要在实行市场经济的国家当中，负面清单制度都是应当重要的管理原则，也是一个法制性原则。负面清单和正面清单好比好一个法治硬币的两面，正面清单就是：法律没有明文规定可以做的，政府就不可做，即法有规定才可为。这需要加大人民对政府的监督力度。如果我们现在要实现市场经济的主导作用，就必须要让政府充分发挥其职能，对企业和市场全面实施“负面清单管理”模式，对政府则实行“正面清单管理”进行监督。三中全会的文件中提出各级政府必须列出权利清单，做好自己的本职工作，将体制改革充分落实贯彻下去，从而将改革和发展推进一个新的阶段。

负面清单制度的施行，就是为了让市场在资源配置中起到决定性作用。市场作为企业的载体，其作用在于为市场主体们提供充分的平台，通过开展有效的竞争来提高生产和服务效率。企业是以盈利为目的，向市场提供产品或劳务的法人或其他经济组织，其作用在于生产出更多的产品，提供更好的劳务，以满足广大群众的物质文化需要，并承担税收和解决就业的社会责任；政府的作用是制定一系列政策法规，进行有效的宏观调控。正确处理好他们的关系，是让市场能够在经济活动中起到决定的作用的一个重要条件。笔者认为，实行负面清单制度，使得市场在资源优化配置中起到决定性的作用，必须在以下几点中加大投入：

1. 破除垄断

自从 1978 年十一届三中全会以来，我国在改革开放的历程中，就是一个不断打破各种形式的垄断垄断，鼓励竞争的过程，2007 年生效的《反垄断法》，标志着我国反垄断工作迈向了一个新纪元，市场经济的发展有了更可靠的法律保障。然而，时至今日，中国的市场经济人处于一个不完善的阶段，许多政治经济改革进程未过半就戛然而止了。因此，仍旧存在着各种有形或者无形的壁垒，使得生产要素的公平竞争和自由流动方面受到严重的遏制。在某种程度上，政府部门甚

至通过扩大职权不断形成了取代市场局面，致使资源配置出现错位、效率降低和信息不真实等问题的发生。想要在经济改革工作上有所突破和创新，必须破除各种垄断形式和无形的制度壁垒。

2. 充分发挥政府职能

在市场资源优化配置工作上，一直以来，都有其自身的缺陷存在。公共产品的生产问题无法依靠市场来解决，比如生态平衡、公共基础设施、环境保护等国名经济发展所必需的不以盈利为最终目的的投资项目，都是市场机制难以解决问题。依靠市场自身的力量根本无法解决社会化大生产过程中社会总需求和社会总供给之间的平衡问题及产业结构合理调配的问题。市场的功能主要是调节、分配和提高效率，但如果仅依靠市场自身进行资源的分配又很可能出现高低悬殊的差距，甚至出现严重的两极分化问题。因此在强调市场是决定因素的同时，政府的作用也绝对不可偏废。

3. 正确处理三者间的关系

要使市场在资源优化配置中发挥出决定性的作用，必须正确处理好政府和市场二者间的关系，将两者有机结合在一起。一方面，要防止有否定市场化改革方向的倾向问题的出现，另一方面，则要防止只注重市场化而忽视政府作用的不良倾向。社会经济的发展并不是一种静态上的资源配置，也不是只按照计划行事，其发展不但要依靠市场这只无形的手，又要充分发挥出政府的职能，才能够使市场有力的发挥出决定性作用。由于市场存在其固有的缺陷，仅靠自身无法解决所有问题，所以，一方面它必须依靠政府来提供良好环境和市场规则，另一方面需要政府必要的保障来保护市场上存在的弱势群体，在转型阶段，还需依靠政府来推动和引导社会经济的健康发展。因此，要想促进社会主义市场经济的健康持续发展，如何处理好二者之间的关系，是摆在我们面前的重要课题。

政府、企业和市场三者间的关系是社会经济发展过程中，我们必须正确认识和处理的重要关系，处理好了，经济社会必将行驶在良性轨道上；如若处理不当，对国民经济和人民切身利益的负面影响是灾难性的。用正面清单对政府进行监督管理，用负面清单对市场和其中“微观细胞”进行合理管理，才能使市场发挥出更完美的作用。

在负面清单的管理模式中，外商对于清单中未明确列明的投资项目，均可以放心大胆尝试。投资者可以完全根据自己对于市场和相关产业的预测来作出决定，而不必考虑是否有政府的支持。

（四）负面清单与正面清单的区别

1. 准入依据不同

长期一段时间以来，我国政府一直是采用正面清单的模式对外商投资实施登记管理，凡是没有在正面清单上明确写出的，就不可为，甚至一些较为模糊的规定，我国也是谨慎地采取了否定的态度。我国制定了许多法律，诸如中外合资、中外合作和外商独资企业法，这么多法律加之司法解释共同构成了一套完整的法律体系，规定了外商的审批流程、持股比例，利润分配方案，组织机构，破产重整等方方面面，许多都是强制性规定，比如中外合资经营企业的组织形式只能是有限责任公司，而其法定代表人只能由董事长担任（我国《公司法》规定，公司法定代表人可以在董事长、执行董事、经理当中三选一）；这么多年来，对外商投资的管理，《外商投资产业指导目录》是最主要的依据，目录中体现了我国的政策导向，囊括了我国鼓励、限制、禁止类的行业，规定了第一、二、三产业的方方面面，总字数接近两万，看得人眼花缭乱，外商若想来华投资创办企业，必须在目录规定的范围内投资，不能跳出目录所规定的内容；不能越雷池一步。

同时，来华投资的外资企业必须将所有资料提交有关政府部门审查审核通过后才能正式生效。其实根本没有必要进行的如此复杂冗余。而现在，政府将禁止或限制投资的事项清楚明确地列出，直接表明这也行业是禁止或限制投资的，绝对不能掉以轻心。而相反，依照“法无禁止即可为”的基本法理，只要在清单之外的，针对这些行业进行投资，根本无需政府插手审批，径直去工商部门申请登记就可以了，工商部门必须颁发营业执照。二者看起来很像，但一正一负，截然相反，寓意也完全不同。

2. 吸引外资的激励机制不同

一直以来，中国的政局较为稳定，主要靠“地大物博”的资源优势和实施税收优惠政策来吸引外资。正是由于看中了中国的广大消费市场和廉价劳动力，外

商才纷至沓来，乐此不疲地前来投资设厂。在几十年前，这这一切确实发挥了重要作用。但现在这个阶段，各类新问题随之纷纷出现：环境污染与破坏，资源的过度开采，尤其煤炭、石油等能源越来越匮乏，已经难以为继，国内企业税收压力大，老百姓工资收入下降等等，这一切使得中国面临着巨大的经济下行压力，老套的发展模式已经越来越不适应当今新的要求，必须要从新的层面入手，下大气力，才能取得根本的改观。近年来，税收优惠逐步取消，外资和内资一视同仁，适用相同的税率，比如自 2010 年税制改革之后，外资和内资都要缴纳城建税和教育附加费，并且适用相同的税率。我国现在已经做出了重大改变，把着眼点放在法律制度层面上，而摈弃存在已久的老套行为。因此外商投资的关注点，逐渐从政策优惠转移到东道国法律法规等方面。实行负面清单管理模式，有助于建立一套与国际经贸通行规则相互衔接的新制度体系，实现对投资与贸易的高效管理，通过改变滞后的管理模式，不断释放制度红利，从而参与国际贸易与投资分工。[917]

3. 社会效果不同

不仅在外商投资方面，而且对我国国内的行政审批制度曾长期发挥了不可小觑的作用的正面清单，现在引发了许多制度层面上的问题。在其实施效果不及负面清单。

《外商投资产业指导目录》实行的是正面清单的模式，类似于行政法所讲的“行政许可”。每一个条款，自由裁量权太大，政府及其工作人员容易运用手中的特权对市场经济活动进行非法干预，进行寻租，获取不正当利益，因此腐败现象接二连三的发生也就是情理之中的了。由此可见，以往的审批制度已成为中国经济的严重瓶颈，于国于民害处极大。许多企业围绕国家产业指导目录和产业优惠政策进行投资和扩大再生产，最终往往带来大量产能过剩和整体产业结构失衡；[918]许多大型国有企业利用优势地位排挤、限制竞争，而政府甚至是“助纣为虐”，进行行政垄断；广大中小企业常常面临着三难问题：贷款难、融资难、经营难，好多中小企业往往支撑了没几年就关门歇业，但它们是解决就业问题的重要砝码，缺少了它们，中国经济将会更加不景气。这些丑恶现象使得市场难以发挥其应有

[917] 上海社会科学联合会编：《中国（上海）自由贸易试验区 150 问》，格致出版社，第 71 页。
[918] 马宇：《自贸区：如何让“负面清单”模式不只是个概念》，载于《话题》。

的调节资源配置的关键作用，而其劣根恰恰在于政府的过多插手，对市场经济的肆意摆布。政府可以经常发布命令，让市场主体成为自己手里的玩物。这又将回到计划经济的老路上去。

而推行负面清单后，由审批制改为备案制，将取消一大批政府在市场准入领域中的行政审批，有利于划清政府与市场的界限。就像李克强总理所说，以壮士断腕的心态去推进简政放权，无所畏惧，要清除有碍社会公正的因素，使得明规则战胜潜规则。同时，负面清单制度有助于预防腐败的发生。要想真正反腐，不是靠道德教化，更不是靠抓捕，而必须要从制度入手，营造一个不敢贪、不能贪、不想贪的清明政治环境，而推行负面清单制度，便是从制度反腐中走出了绝妙的一步棋。从“集权”到“放权”，再到制度反腐，负面清单一定会发挥更强劲的威力。这在今后的几年乃至更长时间内一定会显现出来。

（五）美国关于负面清单的相关理论与实践

负面清单管理的模式，在我国根本无先例可循。而他山之石，可以攻玉，其他国家和地区关于负面清单的一些经验及教训可为我国的相关经济、法治建设提供借鉴。

1. 美国负面清单的主要特点

以国际的视野观察，相当少的国家在管理外商投资行为时会对负面清单进行统一的列举和出台统一的相关文件。笔者在详细查阅美国的外商投资管理行为的相关文件，并没有找到统一的负面管理清单。并且美国秉承一种开放、包容的胸襟和气度对待外商投资，对外商投资给予准入前的国民待遇，外商投资进入美国并不需要进行区别于本国国民投资的特别要求，只需按照普通程序进行直接申报。当然即使如此，完全的投资自由化是不现实也是不可能实现的。美国出于对关于国民生计、金融安全的考虑，在地方法律层面上对建筑业、银行金融业、通信业、航空海运业等外资投资行为进行了规制；还有，美国通过严格的国安审查，对外资入境也做出了规制。

美国负面清单管理模式出现在其与其他国家签署的 BIT（双边投资协定，全称为 Bilateral Investment Treaty）或者 FTA（即自由贸易协定，全称为 Free

Trade Agreement）中。早在第二次世界大战后签订的友好通商航海条约中，美国就已经体现了负面清单的萌芽，但真正成型并在实践中大量使用，则是20世纪80年代美国与其他国家签订双边投资协定以后。BIT中专门将例外行业以附件的形式列举，形成负面清单模式。为此，美国从1982 年开始还专门制定BIT 范本，作为谈判的基础，接下来，美国不断对BIT 范本进行了修订。目前，美国负面清单管理实践的主要特点有：

（1）作为重要渊源的双边投资协定是负面清单管理的最主要依据

美国与外国的双边投资协定属于国际条约，是最主要的国际法律渊源，作为美国对外投资谈判的基本参照，适用广泛，对于双边或多边条约均可以适用。目前美国签署的BIT和FTA基本都包含了以BIT范本为基础的准入前国民待遇和负面清单。美国BIT范本对宽泛的投资以负面清单的形式实行准入前国民待遇。2012年美国BIT 范本第3条国民待遇条款明确表述:“缔约一方应当对缔约另一方投资者在其境内设立、并购、扩大、管理、运营、转让或其他投资处置方面，在同等情况下给予不低于本国国民享有的待遇。缔约一方应当对合格投资在其境内建立、取得、扩张、管理、实施、运营、出售和其他投资处置方面，在同等情况下给予不低于本国国民投资享有的待遇。”[919]这就是关于准入前国民待遇的细致规定——不仅在事后的运营管理中，在审批和建立阶段同样给予与内资相同的优惠政策。正是因为美国积极贯彻落实准入前国民待遇，才能够顺利推行负面清单制度。此外，范本中还规定了重大安全、金融服务以及税收等条款，作为对外国投资者国民待遇的例外。

（2）负面清单因约束力不同分为两大类

从美国签署的BIT 和FTA看，按照国际约束力的强弱，其负面清单将保留限制措施的服务和投资分为两类：第一类是服务和投资允许保留现有的限制措施；第二类负面清单不但允许维持现有的限制措施，缔约方同时保留对相关行业现有的限制措施进行修订或设立更严格的新的限制措施的权利。[920]由此可见，后者的要求更为严格，美国拥有更高的“自治权利”，可以不经过外方同意而径行修改，体现了美国世界经济霸主的地位，可以随意左右双边与自贸协定。

（3）对金融业设立专章式负面清单

[919] 《美国BIT》范本，第3条

[920] 聂平香，戴丽华:《美国负面清单管理模式探析及对我国的借鉴》，载于《中国经贸》2014年第4期。

美国的负面清单一般包含三个附件，前两个附件分别为两类不同的清单内容，第三个附件单独将金融、证券、银行业的的不符措施列了出来。在金融服务负面清单中，也根据约束力的不同，区分了两种类型的不符措施。正所谓国情决定国策，美国作为世界金融业的领头羊，必然及其注重自己的金融安全，尤其是经济危机的打击，使得美国对金融业的重视程度不断拔高。但美国的开放程度毕竟是其他国家难以比拟的，以美国和韩国签订的自由贸易协定为例，第 13 章专门对金融服务的“国民待遇”和“负面清单”进行了规定，第 3 条明确列出了双方适用的金融服务国民待遇的例外：①构成公共退休计划或法定社会保险体制的金融活动：②保证缔约方财政来源的金融活动；③政府金融服务部门政府采购有关的法规。[921]在该附件中，美国针对金融领域进行了详细的列表式列举，想这就是美韩两国金融业负面清单的全部内容。

（4）两类负面清单中的不符措施包含的基本要素略有不同。美国现有的负面清单中，从条款看，针对国民待遇的不符措施最多；从行业看，主要是针对服务行业或部门的不符措施。从两类负面清单看，不符措施包含的基本要素略有不同。第一类中每条不符措施主要由以下要素构成：行业或部门，涉及的部门可能是某一特定行业，某几个行业，也可能是全部的行业；涉及的义务，针对国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高层管理人员和董事会中的某条或几条的例外；政府层级，说明该不符措施是中央政府采取的，还是地方政府采取的，也可能是中央政府和地方政府同时采取的不符措施；不符措施的法律依据，涉及的法律法规；对不符措施的具体描述。第二类不符措施的基本要素相对简单，主要有三个：行业或部门，涉及的义务和不符措施的描述。如果不符措施涉及现有法律法规，那就涵盖第四个要素，即现有的不符措施法律法规依据。从现有签署的负面清单看，在第二类负面清单中很多不符措施没有现存的法律法规依据，只是保留对某一行业或部门进一步采取限制措施的权利，给予缔约国外商投资管理更多自主权。

（5）负面清单中不符措施透明度要求高

透明度是 WTO 的三大目标之一，这是遵守国际义务，树立国际形象的重要因素，能够在很大程度上避免日后纠纷的发生。尤其是贸易大国，非常重注透明度要求，而且往往对自己要求更为严格。美国签订的双边或自由贸易协定当中，正

[921] 美韩《FTA 协定》，第 13 章。

文主体部分都有专门的透明度条款，对相关信息的公开和提供作出了明确要求。从趋势上看，美国对于透明度条款的要求越来越高，在 2013 年针对外国所制定的一些新双边投资协定当中，美国进一步提高了透明度标准，力求让其他缔约国更快捷地了解本国的法规规章和政策变动，避免损害国家利益的行为发生。除了第二类负面清单外，在第一类负面清单和金融服务的负面清单中，美国现有的不符措施基本要求有法律法规依据，所涉及条款都需列出，有些不符措施涉及的法律法规可能不止一部，也需全部列出。如果这些发生变更，都必须及时通知对方；而且对方有权利提出质询，美国应当及时、如实地回答，并且进行双边磋商，不得拖延。如在美国与的韩国 FTA 协定中，韩国能保留采取与投资准入、获得相关的任何措施的权利，但前提是韩国要及时向美国发出书面通知，且采取的措施满足相关要求。[922]除了以附录形式展现负面清单的内容，美国在双边和自贸协定中列出了许多相关条款，比如公司税收。在生效的 FTA 中，实际内容大同小异，只在形式上和个别条款当中有不同之处，只是将投资协定中的一般例外、重大安全、税收以及信息披露等条款合并成一条例外条款，明确指出在这几方面不承担相关义务。

总而言之，美国负面清单管理模式的核心，是深刻落实准入前国民待遇，即在准入阶段就给予外国投资者较高的优惠，以此深入推动贸易自由化。但为了保证国内公共安全，也通过特定的法律法规和外资并购安全审查制度对外资进行管理。在国际上，通过签署和批准 BIT 和 FTA，将国内较为零散的法律法规中关于国民待遇、最惠国待遇、透明度要求等重要条款一一列明，这正是“不列入即开放的模式”，符合负面清单最基本的精神。

[922] [922] 陆颖：《世界部分国家和地区的自由贸易区建设》，载于《上海人大》，2013 年 10 月，第 1 页

三、负面清单的问题及解决方案

（一）负面清单的问题所在

1．涵盖范围较广，开放程度还不够高

负面清单公布之后，各界对其的评价并不是很高。负面清单与之前颁布的《外商投资产业指导目录》在条款规定及数目上较为类似。在这之前，我国对外商进行投资管理，都是依据该指导目录的规定。我国的产业指导目录分为鼓励类、限制类、禁止类这三大类，虽然鼓励类占多半，但限制禁止类相对而言仍是较多的。而负面清单当中的许多禁止类和限制类的条款和《产业指导目录》较相似，两者的吻合度很高，几乎目录中的所有限制类和禁止类条目都出现在负面清单之中.甚至清单中的限制性和禁止性管理措施比原投资目录更为严格，就扩大开放的行业领域而言突破并不大。[923]与其他国家尤其是发达国家相比，上海自贸区的负面清单显得冗余，过于谨小慎微。负面清单对我国来说属于新事物，没有历史渊源。虽然外国有较为充分的经验可供借鉴参考，但囿于国情所限，不能照搬，如果负面清单所概括的行业范围过于广泛，它就起不到良好的效果。

2．对服务业的开放做出了较多的限制

从我国负面清单的内容当中可以看出，它对服务业开放的进展较为缓慢，至少相对于发达国家而言是这样。以下四个方面充分表明了我国对许多服务业的限

[923] 程婉秋：《上海自贸区负面清单相关法律问题》，载于《新经济导刊》，2014 年 7 月。

制还很严格：

一是对外国流行甚广的行业做出禁止性规定，自贸区内禁止投资高尔夫球场、互联网经营、博彩业、色情业、大型主题公园和别墅的建设。在我国当然要禁止色情和赌博产业，因为这二者的社会危害性巨大，有碍我国社会风气，与公序良俗的法律基本原则相违背，更有甚至会导致违法犯罪行为的发生；但网吧、高尔夫球场、大型主题公园的建设，笔者认为不应当列入负面清单当中。如果让实力强大的跨国公司来华投资网吧，可以把良好的互联网技术与设备带到中国；如果可以引进资质具备的外国建筑公司来华建造别墅和高楼大厦，我认为别具一格的“外国风”、“西洋风”能够在中国强劲地刮起，改变中国“千城一面”、缺乏个性和文化底蕴的现实。

二是禁止新闻、出版、图书、报纸、音像制品、电子出版物和电信、广播服务甚至是社会调查。在我国，宣传部门是政府的重要“喉舌”，而外国的媒体的社会活跃度要远远高于中国，诸如美国媒体曝光的前总统克林顿与莱温斯基的丑闻，因此克林顿成为美国第二位遭到弹劾的总统，个人名誉受到极大影响。中国实行一党专政，目前不太可能接受外国新闻媒体入境后的“狂轰滥炸”，因此，拒绝外国新闻出版业入境，至少在目前是合理可行的，但仍然反映了中国的保守性。

三是持股比例要求。外商投资除应用商店以外的信息服务业务、保险寿险公司、控股比例不得超过 50%。这些限制，要求该产业的主导权必须掌握在中方手里。虽然股权比例要求是正当合法的，但究竟哪些行业应当适用该要求，并且今后如何做出改变，是值得商榷的一个重要问题。

四是正加了一些其他限制。投资航空业，法定代表人必须是中国公民；设立投资性公司，注册资本有最低限额的要求，与 2014 年新修订的《公司法》精神是相违背的。这些条款甚至比《产业指导目录》的限制性内容更多。

3．市场准入制度不够完善

现今中国的对外开放和引进外资，第三产业，也就是服务业是最为关键的，比第一、二产业重要得多。自贸区规定了多个服务领域的开放性举措，特别是有关金融领域开放创新的承诺，在自贸区内积极推进推动人民币国际化和利率市场化，这些方案是第一次提出，具有划时代的历史意义。但与“跨太平洋战略经济

伙伴协定”和“跨大西洋贸易与投资伙伴协议”形成的国际区域经济体系相比，上海自贸区的对外事项集中于投资、金融、公司等领域，而对一些资源合理开发与利用、保护商标专利权、政务公开等未作提及。我们必须打破各种妨害市场竞争的负面影响。今后，我们要不断修改完善负面清单，在修改时，参照外国标准国际准则，不断开拓市场准入的新领域。

4．相关法律、法规与政策还不够健全

负面清单管理制度在我国法治建设的道路上，具有里程碑式的深远影响。当然，应当阐明的是，我国的法律法规还并非很健全，一些规定比较滞后，亟待修改完善。有这样几个法律问题需要破解：第一，关于外商标准的划分，究竟是按照注册等级地，还是按照主要住所地来认定外商，存在着不小的争议。从法律体系来看，我国属于大陆法系，而英国是英美法系的起源，国际贸易与投资领域采用较多的也是英美法系，两个法系在法律结构、司法体制和法官权限、诉讼程序等方面完全不同，对自贸区出现的贸易投资纠纷如何仲裁是一个问题。[924]第二，金融自由化问题是自贸区的最为热门的问题之一，然而，金融业虽然效益可观，但风险一旦发生，问题是极其严重的，2007 年从美国爆发而迅速蔓延至全世界的全球性次贷危机充分说明了这一点，然而负面清单对这类金融法律风险的把控不足，甚至完全没有意识到。第三，良好的市场竞争秩序并未形成，诸如侵犯知识产权等行为屡见不鲜，监管不力。这种种现象，说了明我国负面清单管理模式还并不成熟，缺乏详尽、确定、和广泛适用的标准。新加坡之所以能够在几十年来长期处于世界政治金融中心之一，具有强大的国际影响力，这不仅在于它优越的地理位置、发达的科技水平、博大的包容精神，其完善合理的法律制度的和严格的执法力度是其重要的保障。比如新加坡拥有完全开放的外汇市场，开放、高效、低税负而形成的国际竞争力，使其成为世界经济的中心之一。[925]因此从这个层面上来说，上海自贸区在国际金融、投资法领域的法治建设还有较长的一段路要走。

5．覆盖面积狭窄

---

924 《中国（上海）自由贸易试验区 150 问》，格致出版社，2013 年 12 月版，第 43 页

925 吴向阳：《中国与新加坡自由贸易区现状和前景探讨》，载于《现代商贸工业》，2013 年第 19 期，第 2 页

目前，负面清单管理制度还只局限于120.72平方公里的试验区内。要想真正实现市场经济的宏伟目标，打造中国经济的升级版，现今的成果是远远不足的。诸如在国内行政审批过程中，虽然简政放权的工作在如火如荼地开展，“正面清单”的理念仍是深入人心。如何将“对外”转向“对内”，是摆在我们面前的重要课题。

综上所述，负面清单作为一个新生事物，为人们所热议，在我国现在这个深刻的变革转型时期，其意义之深是不言而喻的。当然任何事物都有两面性，它在实行的过程中，必然存在着诸多问题，需要党和政府带领广大群众去开拓进取、克服困难，并大胆积极借鉴外国的成功经验，使得负面清单管理制度日趋完善。

（二）完善负面清单管理制度的举措

从法律的角度上来讲，上海自由贸易区的建立，标志着我国经济和法治建设在某种意义上迈向了一个新的阶段，但同时给我们提出了更高的要求，我们面临的国内和国际形势也十分严峻。李克强指总理指出，将上海自由贸易园区作为我国推动改革和提高经济开放程度的一块“试验田”，这将是本届政府拓展新的经济增长空间，打造经济特区的升级版的重要举措。[926]这不仅关系到上海，对于全国改革开放的整体活动也是重中之重。就我国而言，自从十一届三中全会以来，经过了近四十年改革开放的风雨历程，给我们的经验启示就是：缩小负面清单的限制，扩大市场准入范围，以此来引进外资，为我国经济和法治建设服务，是历史的必然要求。从科学立法、行政执法、公正司法等几个方面，多管齐下，同时对自贸区的日常运营情况保持行之有效的监管，使其在合法、合理的良性轨道上运营。

1．进一步缩小负面清单的涵盖范围

只要不影响我国经济的宏观大局和社会公平正义，我们就应当缩小负面清单的限制范围。上海自由贸易区的设立，并非是为了一定要把上海建成世界顶级乃至第一大贸易港口，而是要通过新的贸易政策，要吸引世界各大实力雄厚的公司踊跃进入，以此探索一条新的发展模式。这就应当更加重视质量，而不能只把目

[926]上海财经大学自由贸易区研究院编著《赢在自贸区：寻找改革红利时代的财富和机遇》，北京大学出版社，2014年版，第22页

光停留在量的不断积累。从负面清单的整体内容上看，我国政府对服务业的管控至少相对来说是严格的，市场准入限制过多。但是随着我国经济的飞速发展，尤其是2010年上海世博会的成功举办，第三产业的重要性愈来愈凸显。我们应当逐步取消，至少是暂停对投资者规模实力、经营业务范围持股比例等各方面的限制，充分实施国民待遇，对内资外在最大程度上资一视同仁。当然，对于直接关系我国经济命脉的支柱产业，我国还是应当把控制权牢牢掌握在自己手中。正因如此，在自贸园内，应当削减清单内容，使外资企业和我国企业处于同一起跑线上，共同提高发展速度，并由此提升中国的全社会的经济活力。根据外国的相关实践结果充分证明了，不论何种行业，开放程度高，外资活跃，竞争激烈的国家，发展程度就高。

同时，作为世界贸易投资谈判的敲门砖，负面清单制度也为我国和国际市场起到了更好的衔接作用。[927]为此，学习外国的经验，取长补短，扩大开放，显得尤为必要，这样才能不断吸引外资进入我国，才能使我国经济建设不断迈向新台阶。

2．加快相关法律法规的制定和完善

十八届四中全会的召开，依法治国作为我国的基本国策被提上了一个更高的层次，任何事情都要在法律的轨道中运行。在这个新的历史时期，要求我国政府必须尽快出台相应的法律法规，为自贸区营造一个公平有序的竞争环境。欧盟为了规制所有成员国的自贸区建设，制定了许多法律；新加坡也制定了《自由贸易园区法案》等多部法律来对其国内的自由贸易区进行管理。[928]相比较而言，我国处于自由贸易区建设的实验阶段，也就是初级阶段，因此与之相配套的法律还非常匮乏，还不够完善，无法上升到“法律”的层面，即目前全国人大及常委会现在还不太可能专门为自贸区制定一部专门法律，只能先由国务院甚至个别组成部门来制定法规、规章。毫无疑问，这会对自贸区的法治建设产生不利影响，一些违法犯罪行为可能会趁机钻空子。这或许和我们对自贸区建设的重视程度不够有着千丝万缕的关系，因此，加快立法进程，把它的重要性提升到整个国家和社会

[927] 吴志毅：《浅议“法不禁止即自由”——对上海自贸区“负面清单”模式的思考》，载于《时代经贸》，2013年6月，第1页。

[928] 王鹏：《负面清单对我国经济的影响探析——以上海自贸区为例》，载于《时代金融》，2014年4月，第2页

的高度，显得尤为必要。

一直以来，在除了自贸区之外的中国广大土地上，在许多内容当中，我国对外国投资者和本国投资者的管理，都依照不同的法律法规——《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》以及《外资企业法》，是最主要的三部法律。在自由贸易区内，虽然这三资企业法已经暂停实施，但并无新的法律法规来代替，甚至会使得三资企业法再度于自贸区内“死灰复燃”。笔者认为，完全可以大胆在自由贸易区内施行简单易行的法律模式，统一相关的商、经济法典，使得外国投资者与本国投资者共同遵守，既简便易行，又最大程度上实现了内外平等。相对于区外的“复杂双轨制”而言，“简单双上海自贸区负面清单相关法律问题轨制”相比而言更加适合上海自由贸易区的发展模式，并且与我国的经济、政治体制相适应，能够更好的促进上海自由贸易区的发展与完善。[929]

3．建立一套合理的监管体系

正所谓“宽进必将严出”，既然市场已经更为开放，外资来华更加简易，就必然需要更加完善的监管制度。由于市场经济存在着自发性 he 盲目性的缺点，资本主义攫取利益的本性或许会逐渐暴露出来，对自贸区的建设和我国宏观经济运行不利，甚至会产生一系列违法犯罪的行为。

三资企业法侧重于对外资准入阶段的规定，在《中外合资经营企业法》第四、六、九条，《中外合作经营企业法》第六、七、八、十二条，《外资企业法》第六、七条等多个法律条文中均有所体现。而对事后监未有明确细致的规定，这已经不适应现阶段的监管要求，需要得到改变。

为此，我国应当多方面、多角度，运用各种合理手段，建立起一套合乎我国国情的风险监督管理体系，完善投诉监督机制，比如外商投资我国自然保护区经营建设之后，如果发生破坏环境和侵犯消费者合法权益等行为，游客和中方工作人员随时可以举报。尤其是要加强立法，从生态环境保护、金融外汇安全、劳动者合法权益保护、税收、洗钱风险等做出全方位的规定，对违反者坚决予以查处，才能保障自贸区建设健康稳定顺利进行。

[929] 《中国（上海）自由贸易试验区 150 问》，格致出版社，2013 年版，第 145 页

参考文献

[1]陈安.国际经济法[M].北京大学出版社. 2013.3

[2]邵沙平.国际法[M].高等教育出版社. 2013.6

[3]王传丽.国际贸易法[M].法律出版社.2012

[4]漆彤.国际贸易法新编[M].武汉大学出版社.2009.

[5]何其生.珞珈国际法：学人与学问[M].武汉大学出版社.2011

[6]宗未.上海自贸区:实体经济和金融改革的新窗口[N].中国税务报,2013(02).

[7]胡欣欣. 不能单础8平方公里看上海自由贸易试验区[N]. 21世纪经济报道，2013(06).

[8]朱菲娜，张倪. 上海自贸区如何破题[N]. 中国经济时报，2013(01).

[9]王勇. 在自由贸易区试行一揽子创新：上海的新引擎[N]. 上海证券报，2013(07).

[10]向利，聂莉. 上海自贸区：知识产权保护与管理体系轮廓初现[N]. 中国知识产权报. 2013-12-18.

[11]徐小平.自贸区对知识产权保护的影响与司法对策[N]. 人民法院报，2014(1)--(7).

[12]李立. 自贸区惠利上海国际航运中心建设[N]中国水运报，2013-7-26(5)

[13]五大开放五大创新，上海自贸区政策猜想.证券时报，2013.7

[14]陈革.上海自贸区成立的现实意义与发展思考.行政事业资产与财务，2013.（9）

[15]沈玉良. 上海国际贸易中心建设研究[M]. 上海：上海人民出版社，2009：81—82.

[16]王显峰 当代中国非法移民研究[学位论文] 2004

[17]刘珈利 非法移民治理研究[N].云南大学学报法学版.2013.1.26

[18]李佳霖.“宽进”后须“严管[N].经济日报,2014-01-07

[19]张伯晋.新公司法倒逼社会信用体系建设提速[N].检察日报,2014-03-08
[20]周汉民.建设中国(上海)自由贸易试验区，以更大的开放促进更深入的改革[N].2014,1
[21]马忠法.论中国(上海)自由贸易试验区制度下的知识产权问题[N].2014(2)
[22]陆颖.世界部分国家和地区的自由贸易区建设[N].上海人大月刊，2013（10）
[23]林彦含，蔡向阳.上海自由贸易区里的“新法制”.法制博览，2014.01
[24]王冠凤.上海白贸区推进贸易自由化研究[N].中国流通经济，2014,3
[25]羌建新.上海自贸试验区——助力中国经济“升级版”[N].2014,7
[26]赵有权.“上海自由贸易区和李克强经济学”问题设计[N].中学政史地，2013（11）
[27]郭殿生，盛彬彬.论上海自由贸易区设立对中国市场化改革的影响[N].青年与社会，2013（31）
[28]徐长乐.再造长三角[N].中国经济和信息化.2013（16）

国际投资法上的公平公正待遇原则

——兼述对中欧双边投资协定中相关规定的建议

金方剑

摘要：近年来，公平公正待遇原则在国际投资争端解决领域发挥着举足轻重的作用，俨然成为投资者与东道国在国际投资仲裁中博弈的焦点，进而也成为双边投资协定、区域投资协定中各国考量的重点。然而该原则自提出至今的近一个世纪里，从标准到内容都处于备受争议的状态之中。对该问题的研究将影响到中欧双边投资协定中相关的规定，例如，中欧双边投资协定中对于公平公正待遇原则究竟采广泛国际法的标准，还是国际习惯法上的最低待遇标准，抑或仍按照中国与其他国家签订的双边投资协定中一贯采取的不与国际法相联系的标准。对该问题的研究，无论是理论还是实践都极具现实意义。

关键词：公平公正待遇原则、双边投资协定、投资争端

作者简介：金方剑（1992-），女，天津人，华东政法大学 2014 级国际法学硕士研究生

邮箱地址：jinfangjian_ecupl@126.com

一、引言

目前，中国与欧盟的双边投资协定正在如火如荼的进行。中美双边投资协定的文本谈判虽已基本完成，但对该原则如何规定，又将做出如何解释，尚不得而知。作为发展中国家中最大的经济体，中国与美国、欧盟等经济体缔结投资协定，在更高的层面提升中国投资者权益保护水平，促进对外投资，对中国与其他经济体的谈判具有极强的示范效应。而如何看待公平公正待遇原则、在投资协定应如何做出规定也因此变得更加重要。

本文将从等公平公正待遇原则的由来、立法目的、公平公正待遇原则的标准、要素等几个方面展开，对公平公正待遇原则做出剖析，并试就中国的投资协定现况以及发展预期做出分析以及提出相应的应对措施。

二、问题的由来

1948 年《哈瓦那宪章》[930] 首次提出公平公正待遇原则。该宪章虽未生效，但是对美国在投资条约方面尤其是双边投资保护协定的实践造成了很大的影响。宪章 11(2)(a)(i)规定

[930] Havana Charter, available at: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf

国际协定的协商义务“以保证成员国之间企业、技术、资本、艺术和技术享受公平公正待遇。”

而在国际投资领域，该原则首次出现是在 1959 年起草的《海外投资保护协定》。[931]协定第一条规定，“缔约方应始终确保缔约他方的国民财产享受公平公正的待遇。”1967 年经合组织起草的《保护外国财产公约草案》[932]的表述也与之保持一致。

20 世纪后期，国际社会就国际投资领域展开过多次讨论。经济合作组织在 1995 年到 1998 年进行了一次缔结综合性多边投资条约的最新尝试，起草了一份《MAI》[933]草案，该草案虽最后因各方利益冲突、意见达不成一致而搁浅，但其内容也很大程度上反应了各国对国际投资的态度。《MAI》草案也涉及公平公正待遇原则，草案第四部分规定的是投资保护，其第一条一般待遇 1.1 款规定，“缔约方应始终给与缔约他方公平和公正待遇、全面保护并保证安全，不能低于国际法要求的待遇。”[934]

尽管在多边投资公约的最初尝试中得到体现，但是公平公正待遇原则成为一项普遍原则很大程度上还是依赖于双边投资协定。[935]早在二战之前，美国就通过签订友好通商航海条约来维持与其他国家的友好通商关系，公平公正待遇原则得到体现；二战后以美国为首的西方发达国家稳稳占据资本输出国的地位，为进一步加强对本国投资者的保护，更是重视公平公正待遇原则。然而我们会发现一个很有意思的现象。公平公正待遇原则已经诞生逾半个世纪，仲裁庭也引用该原则来解决投资争端，然而对该原则的概念与内涵做出分析却是近几年的事情，且至今尚无形成定论。

以 ICSID 为例，根据《华盛顿公约》[936]第 42 条第三款的规定，当事人无论是在有法可依，或无法可依，或法律规定不明的情况下，均可授权仲裁庭根据公平善意原则进行裁决。尽管该公约在 1966 年生效，但是直到在 1994 年 Tradex Hellas S.A.(Greece) v. Republic of Albania case[937]才第一次涉及到该原则，仲裁庭援引了《阿尔巴尼亚投资法》，其第 2（2）条规定：“外国投资应当受到公平公正待遇并充分享受保护和安全。[938]但是仲裁庭对于公平

---

931 Herman Abs & Lord Shawcross, *Draft Convention on Investments Abroad*, 9 J. PUB. L. 116 (1960), *reprinted in* U.N. Conference on Trade and Dev. (UNCTAD), *International Investment Instruments: A Compendium*, 301, U.N. Doc. UNCTAD/DITE/2 (Vol. 5) (2000).

932 Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Draft Convention on the Protection of Foreign Property, Oct. 12, 1967, 7 I.L.M. 117, 119.

933 MAI draft article, available at: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf

934 Ibid

935 OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Working Paper on International Investment 2004/03

936 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (signed March 18, 1965, entered into force October 14, 1966), 575 UNTS 159

937 *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2

938 张正怡，《论 ICSID 仲裁庭对公平公正待遇标准的发展——兼评 AES Summit、AES-Tisza v.Hungary 案》，

公正待遇并未进行细致的探究。直到AES Summit、AES Tisza诉Hungary一案，ICSID仲裁庭才首次对公平公正待遇的标准进行全面剖析。

仲裁庭之所以回避公平公正待遇标准的讨论，很大程度上是因为其本身包含哪些因素在理论和实践上都是模糊的。该原则的性质、公平公正待遇的要素都处于不断变动且备受争议的状态之下。要全面理解这个问题，笔者认为要从三个角度去分析：立法目的与发展历程、公平公正待遇的标准、公平公正待遇的内容。接下来笔者逐一分析。

三、立法目的

公平公正待遇不像国民待遇或者最惠国待遇有明显的定义，公平、公正等皆为概念模糊内容抽象的词，甚至处于不同文化背景、不同发展阶段的国家对其理解也各有不同。然而各国都承认，公平公正待遇原则给了仲裁庭自由裁量的权利，以在解决国际投资争端的过程中，灵活运用该原则，保护弱者的利益。

国际投资领域争端（这里只讨论国际私人直接投资）不同于其他国际争端的显著标志就是，争端发生在投资者与东道国之间。在国际投资发展的初期，与强大的国家机器相比，投资者明显处于弱者的身份，需要适当限制东道国的权利从而保护投资者的利益。而如今，随着国际投资的不断发展，对外国投资者的保护日益得到重视，争端解决机构在处理涉及公平公正待遇的问题上，更倾向于保护作为外国投资者，乃至造成该原则开始对东道国的经济管理主权造成了损害。[939]东道国的权利与投资者的利益好比利益天平的两端，任何一端过重都会导致利益天平的失衡。而公平公正待遇原则的立法目的，洽洽是在这场利益博弈中寻求一个平衡点，既不至东道国过分强势损及投资者的利益，又不至过分保护投资者而损及东道国的合法权益。

20世纪70年代之前，公平公正待遇原则的发展缓慢，究其原因，一是发展中国家的经济从战争中复原较慢，二是相应的法律体系尚未建立。而70年代之后，发展中国家为了发展本国经济，必须吸引外资，而作为资本输出国的发达国家为了保护本国投资者的利益，在与发展中国家签订双边投资协定时，几乎都将公平公正待遇原则列入其中。一定程度上也说明在这一阶段，该原则是弱国向强国妥协的结果。

正因为在国际经济体系的地位不相同，发达国家与发展中国家对于公平公正待遇原则的认识是不同的。资本输出国的发达国家自然要求给予投资者较高的待遇标准，然而资本输入

939 陈姿羽，<中国-东盟《投资协议》之公平与公正待遇研究>，广西师范大学

国的发展中国家难以给予外国投资者那么高程度的保护，过分妥协则会损及本国利益。国家利益的抗衡加剧了争端解决的复杂过程。不难想象，这是仲裁庭迟迟未分析公平公正待遇原则的标准的原因之一。

四、公平公正待遇的标准

对比不同 BIT 版本我们不难发现，即便这些 BITs 都规定了公平公正待遇原则，其标准是不同的。具体分析之，可以大致分为三类：国际习惯法上的最低标准、包含所有渊源在内的广泛国际法标准、不与国际法相联系的独立标准。[940]

（一） 国际法上的标准

前两类可以统称为国际法上的标准。国际文件中的规定不尽相同。

《OECD 保护外国人财产公约草案》第一条的注释和评述中，负责该草案的委员会指出，公平公正待遇原则的概念来源于“公认的国际法”一般原则，即国家负有尊重和保护其他国国民财产的义务”。该委员会还指出“有关公平公正待遇原则这一习惯用语，指的是国际法所确立的各国应给与外国国民财产的待遇标准，该标准要求为了基本安全利益，根据该《公约》给予的保护一般应是有关成员国给予其本国国民的保护，但是，由于是国际法规定的，所以当一国国内法或行政实践低于国际法的要求时，该标准可能更为严格。该标准要求在效果上和国际习惯法上的“最低标准”相一致。”[941]

上文提到的《MAI》草案第一条一般待遇 1.1 款规定，“缔约方应始终给与缔约他方公平和公正待遇、全面保护并保证安全，不能低于国际法要求的待遇。”[942]

在双边投资协定与区域投资协定中的规定也各有不同。

欧盟成员国之一的法国缔结的一些投资协定中规定了“与国际法或国际法一般原则一致的公平公正待遇”。[943]不少国家则是选择了习惯国际法上的最低标准。以美国为例，美国 2004 年的双边投资协定范本第五条最低待遇标准规定：缔约方应当按照国际习惯法的要求赋予合格投资公平公正待遇、全面的保护并保证投资安全。[944]2012 年版本的双边投资协定范本在这一点上沿袭了 2004 年的规定。[945]

---

940 OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Working Paper on International Investment 2004/03 （OECD Paper）

941 Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment Number 2004/3

942 MAI draft article, available at: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf

943 Catherine Yannaca-Small 著 樊林波、卓海译，《国际法上的公平与公正待遇标准》，《国际经济法学刊》2006 年第 13 卷第 3 期

944 Treaty between the Government of The United States Of America and the Government of [Country] Converning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, available at www.state.gov/documents/organization/117601.pdf

945 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, available at www.state.gov/documents/organization/188371.pdf

为避免产生歧义，第一款规定将国际习惯法上外国人最低待遇标准作为对合格投资的最低待遇标准。公平公正待遇和全面保护并保证安全的概念既不能超出最低待遇标准，也不创设格外的实体权利。附件 A 特别声明，缔约双方都必须承认最低待遇标准是习惯法以保障经济利益和外国投资者的利益。

而在区域投资协定方面，ICSID 仲裁庭曾认为，NAFTA 第 1105 条（最低待遇标准）中规定的的“公平与公正待遇”的权利是“依据国际法享有的待遇”之外附加的待遇，不受国际法的限制，因为受国际法的限制会导致外国投资者获得低于国内投资者的待遇。如此解释公平公正待遇原则无疑在很大程度上扩大了该原则的适用范围。

在引起广泛关注的 Matalclad 公司诉墨西哥联邦政府案[946]中，Matalclad 公司取得墨西哥联邦政府的危险废物处理设施开发的项目许可，但墨西哥 Guadalcaza 市政当局宣布该项目所在地是为保护稀少的仙人掌而设的“生态地域”，拒绝发建设许可证并阻止 Matalclad 公司经营。仲裁庭裁定，由于在要求投资者尽力遵守墨西哥联邦政府关于危险废物处理设施场地的法律过程中，未能给投资者提供透明和可预见的构架，墨西哥政府违反了第 1105 条（最低待遇标准）的规定。

然而依据 1105 条 A 节的规定，缔约国并不存在向投资者提供透明度的明确义务，习惯国际法上也无东道国透明度义务的要求。所以，该案仲裁庭的裁决引起了广泛的争议，人们普遍认为，随意施加给东道国以投资法透明度义务，并将之作为最低待遇标准的要求，加重了东道国在投资法上的义务，而对公平公正待遇包括最低待遇标准的宽泛解释，势必使得东道国的相关管制法规较易于被认定为违反该待遇，这样就会危及到政府对环境管制的权利。

NAFTA 仲裁庭在 S.D.Myer 案中也对公平公正待遇原则做出了扩大的解释，过分苛求东道国的利益，仲裁结果遭到了质疑。因此在 2001 年 NAFTA 仲裁庭对在解释该条款时，将依据国际法享有的待遇中的“国际法”解释为习惯国际法，而“公平公正待遇原则”则解释为不要求给予习惯国际法关于外国人最低待遇标准之外的待遇，从而提高了公平公正待遇原则的适用门槛。

笔者认为，尽管最低标准的适用仍然存在争议，但是要想使公平公正待遇原则更好得发挥作用，便不能对其任意扩张解释。提高该原则的适用门槛是极有必要的。对公平公正待遇原则适用国际习惯法上的最低标准正在理论界和实践中慢慢占据主导地位。

（二）不与国际法相联系的独立标准

这个标准的支持者中发展中国家起着主导地位。作为典型的发展中国家，中国在双边投

[946] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

资协定中对于公平公正待遇原则向来采取不与国际法相联系的独立标准。

中英双边投资协定第二条规定，任一缔约方的国民或者公司的投资在缔约他方境内享有公平公正待遇以及全面保护和保证安全。任一缔约方要保证，在缔约他方的投资不触犯东道国法律法规的前提下，对投资者管理、维护、使用、享有以及处分其投资的行为，东道国不得采取任何不合理的、歧视的措施。[947]

中国与东盟的投资协定第七条投资待遇的第一款规定：各缔约方应给与另一方投资者的投资公平和公正待遇，提供全面保护和安全。

迄今为止，在中国对外缔结的 120 余个双边投资协定中，采用的都是不提及国际法的公平公正待遇原则的准条款。从上述两个投资协定的内容不难看出，中国承担了给予缔约他方投资者以包括全面的保护与安全在内的公平与公正待遇，而这个公平与公正待遇的具体要求就是在法定或行政程序中给外国投资者以公平待遇。

中国拒绝在关于公平与公正待遇标准的规定中提及国际法，主要是因为担心西方国家会利用其将该待遇解释成一项抽象的、概括性的“国际习惯法上最低待遇标准。”国际习惯法是国际法的渊源之一，发展中国家认为，国际投资领域的国际习惯是发展中国家与发达国家在不平等交往中形成的不平等实践。这体现了发展中国家在国际投资领域仍保有较强的自我防御心理。然而不与国际法相联系直接导致的后果之一就是缔约方各按照本国法来解释，使该标准没有相对固定的参照，其实更加剧了公平公正待遇原则在争端解决过程中的不稳定性与适用的复杂性。

五、公平公正待遇原则的要素

公平公正待遇原则本身模糊，难以达成统一认识。公平公正待遇原则包含哪些要素，各国在 BIT 中有无具体规定，包含了哪些要素，仲裁庭如何解读等等，在实践中都不尽相同。这无疑大大加重了该原则的不确定性，也增加了仲裁庭在仲裁过程中引用其解决具体国际投资争端的难度。

传统国际法上，公平公正待遇一般被认为有三个要素，分别是无差别待遇、国际最低标准和东道国保护外国人财产。

近年来，国际投资争端中的公平公正待遇标准在实践中有了一定的发展。以 ICSID 仲裁庭为例，公平公正待遇的发展经历了以双边投资保护协定为基础、独立界定单一要素以及多重要素分析的三个阶段。

---

[947] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People’s Republic of China concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Treaty Series No.33 (1986)

（一）以双边投资保护协定为基础

在公平公正待遇原则的发展初期，仲裁庭鲜有利用该原则解决国际投资争端。即便援引也多是以双边投资保护协定中的规定为基础，且并不直接用于投资争端的解决。

在 Elettronica Sicula Spa（ELSI）（美国诉意大利）[948]一案中，国际法院的判决指出，意大利和美国签订的友好通商航海条约（BIT 的一种）中提出的持续保护和安全的要求，并非承诺美国投资者在任何情况下都不会发生损害。意大利政府对美国投资者所有的一家意大利公司的征用并没有违反该规定。该裁决中虽然未曾提及，但是持续保护和安全的要求属于公平公正待遇原则的范畴。Schwebel 法官在其反对意见中也证实了这一点：该条约及其补充协定的内在原则之一就是“公正待遇”。[949]

（二）独立界定单一要素的公平公正待遇标准：

该阶段，公平公正待遇原则包括稳定的法律和商业环境以及投资者的合理期待这两个要件。

1、稳定的法律和商业环境标准：公平公正待遇的条约标准和要求商业环境的稳定和可预测性是以法律和合同义务为基础的，与国际法最低标准以及国际习惯法并不相同。该要件并非要求东道国的法律或者政策一成不变。若东道国不论遇到什么情况、不论出于何种动机，只要其措施影响了法律和商业环境就违反了公平公正待遇，明显是不公平的。立法是国家的主权权力，不因要提供稳定的法律和商业环境标准而受到限制。立法权做出了太大的让步，无疑会损及东道国的合法利益。

一国的经济发展不可能总是平稳的，各种突发事件或危机时有发生，在此情况下，为保障经济安全、公共健康和利益或经济的良性发展，有关国家必须采取相应的措施应对或调整，这就不可避免地会在某种程度上影响或改变原来的法律和商业环境。即便是稳定的法律环境，也需要适应日常情形的变化。

此外，仲裁庭区分了公平公正待遇原则与国际法最低标准的区别，不再认为前者是后者的补充，而是认为作为一项实体标准，需要申诉方和被申诉方进行论证。

2、投资者的合理期待：

投资者的合理期待需要满足如下几个要件：

（1）合理期待必须是在其做出投资时所形成的。需要考量诸多因素，包括投资的相关事实，东道国的政治经济文化等。

---

[948] *Elettronic Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America.v. Italy)* [1989] ICJ Rep 19

[949] *Elettronic Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America.v. Italy)* [1989] ICJ Rep 19, Dissenting opinion of Judge Schwebel

（2）合理期待必须是基于东道国为投资者提供的条件而使得投资者产生充分信赖而进行投资。在投资时合理期待一旦建立，东道国就有责任和义务保证这种期待，以确保投资的稳定持续。

（三）多重要素分析的公平公正待遇原则

2005 年以后在 EDF(SERVICE)LIMITED 诉 ROMANIA 案中，仲裁庭首次提出了确定公平公正待遇的若干要素，包括透明度、稳定性、保护投资者的合理期待、善意履行、防止强迫和侵扰，遵循合同义务[950]。然而仲裁庭并未对这些要素进行系统分析。

直到 AES Summit、AES Tisza 诉 Hungary 一案，ICSID 仲裁庭才首次对公平公正待遇的标准进行全面剖析。

申诉方 AES Summit、AES Tisza 于 2007 年 7 月 6 日向中心提出仲裁请求，认为匈牙利政府通过颁布定价法令重新引入行政定价违反了 ECT 下的义务，具体包括：(1)违反提供公平和公正待遇的义务；(2)通过不合理和歧视措施损害了 AES 的投资；(3)违反提供国民待遇的义务；(4)违反提供最惠国待遇的义务；(5)违反提供持续保护和安全的义务；(6)违反征收的义务。该仲裁请求提出之后，被申诉方并未提出异议。ICSID 仲裁庭通过对管辖主题、涉案事项、当事双方是否自愿、ECT 的规定等方面进行分析之后，肯定对此案拥有管辖权，并受理了此案。

申诉方从合同义务、违反善意履行及尊重合法期待的义务、商业的稳定和可预见性、专断地引入定价法令缺乏透明度和正当程序方面考量，认为匈牙利没有尽到为投资者提供公平公正待遇的义务。匈牙利抗辩认为：申诉方对重新引入行政定价不具有合法期待；匈牙利的做法既不专断也没有滥用国家权力；匈牙利与申诉方的交易发生在引入定价法令之前，是对收购协议的合理及善意行事；不存在不正当的程序。关于合法期待，匈牙利特别指出了两项必要因素，即存在政府陈述和保证；投资者基于对担保的信任而做出投资，并认为 2001 年申诉方并没有建立这样的合法期待，即使存在新的“期待”，也无法创设权利，因为未达到“合法”标准。在缺乏合法期待的情形下，只有“任意专断的行为”和“滥用国家权力”会违反公平公正标准待遇。匈牙利进而认为定价法令与政治目标无关，在程序方面投资条约并没有要求国家确保透明度通知。

仲裁庭根据双方的争议焦点，就上述匈牙利提供公平公正待遇义务的四个方面进行分析：

[950] *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13

首先，合同义务。关于合同义务，由于 ECT 附件 IA 中列出匈牙利不适用 ECT 第 10 条第 1 项下的国际仲裁，故仲裁庭对合同义务的范围没有管辖权，无法判定申诉方在 2001 年收购协议下的权利主张，因此仲裁庭不再分析匈牙利对合同义务的履行。

其次，投资者的合法期待。在合法期待方面，仲裁庭援引 ICSID 仲裁庭先前的裁决表明合法期待只能在投资时建立，并采纳了匈牙利政府的两项必要因素，认为需要判定是否存在：(1)向申诉方作出的政府陈述和保证使得其得以合法信赖；(b)匈牙利做出了有悖于政府陈述和保证的行为。仲裁庭认为匈牙利并未作出此项承诺，2001 年和解协议第 21 条中有关“任何一方合理请求”的表述不构成匈牙利政府的具体承诺，该协议也不构成稳定条款。

第三，稳定的法律和商业环境。尽管 ECT 第 10 条第 1 款鼓励缔约方根据条约规定为他方投资者创造稳定的条件，然而这并不构成稳定条款。法律环境的稳定被认为要求适应日常情形的变化，国家有权行使包括立法在内的主权权力。对稳定性的判断需要考量投资者的投资决定与东道国的公共利益两项具体标准。本案中，仲裁庭认为匈牙利政府没有做出具体承诺来限制行使法律变动(例如稳定条款)的主权，也并未使得投资者合法地产生对不发生法律变化的信赖。此外，2001 年收购协议中明确表明法律变化可能导致协议下的相关义务不合法、不可执行或无法履行。

最后，正当程序、专断及透明度。仲裁庭仅就定价法案生效的方式和方法进行分析，进而判断这一程序是否构成对公平公正待遇的违反。仲裁庭认为只有在裁决前国家的行为或程序上的省略明显不公正不合理才被认为违反了公平公正待遇。经过质证以及对案件事实的考察，仲裁庭最终认定定价法案属于可接受的立法和管制行为，不得被定义为不公正和不合理的待遇。因而，被申诉方匈牙利政府并没有违反 ECT 第 10(1)条、10(7)条和第 13 条规定的相关义务。

在 ICSID 仲裁庭之后的裁决中，申诉方更加注重对公平公正待遇原则的引用。以 Cargill v. United Mexican States case 为例，申诉方提出，在 teemed 案中，仲裁庭主张，提供公平公正待遇的东道国不得实施违背投资者最基本的期待的行为。外国投资者希望投资东道国行为保持一致，避免模棱两可的行为，与外国投资者的关系保持完全透明。根据申诉方的主张，公平公正待遇的四个条件分别是：（1）不违背投资者基本信赖的稳定的可预测的投资环境；（2）东道国不专断、不模糊、行为一致；（3）透明度原则；（4）不歧视待遇。[951]

笔者认为，仲裁庭在分析公平公正待遇标准时，着重考虑了合法期待、稳定的法律和商业环境、正当程序、专断及透明度的问题等要素。除前两者传统要素意外，仲裁庭的考虑因

[951] Cargill v. Untied Mexican States, ICSID Case No.ARB (AF)/05/2 [243]

素扩张到了正当程序、专断以及透明度等。尽管排除了对合同义务的管辖权，仲裁庭在对其他考虑因素的分析却更加细致和全面。体现出了仲裁庭多重要素分析公平公正待遇原则的倾向。对中国缔结双边投资协定有很好的借鉴。

六、对中国的借鉴意义

1982 年起，中国已与除爱尔兰以外的其他 27 个欧盟成员国订有双边投资协定。然而在具体规定方面，在欧盟各成员国之间也存在不小的差异。随着欧盟越来越活跃在世界经济的舞台，与美国分庭抗礼，欧盟已成为我国重要的资本市场，中国对于欧盟也是不可或缺的。目前中国与各成员国之间的双边投资协定给予投资保护的程度有限，在投资保护与扩大投资准入方面已经不能满足中欧双方的期待。与欧盟签订更强保护力度的双边投资协定的重要性不言而喻。

尽管之前的双边投资协定几乎都包含公平公正待遇原则，但是由于缺乏公平公正待遇的具体解释，在实践上容易产生歧义。因此笔者认为有必要在中欧双边投资协定中着重规定一下该原则。

（一）内容上的借鉴

提高投资保护的程度，首先要摒弃发展中国家一贯的不将公平公正待遇原则与国际法相联系的做法。但是又要避免仲裁庭在争端解决过程中，将之与广泛意义的国际法标准先联系，对该原则作出过于宽泛的解释。因此笔者认为，中国应将公平公正待遇原则解释为国际习惯法上的最低待遇标准。这与 NAFTA 等规定保持一致，在发生争议后，仲裁庭对是否违反该原则的判定有判例可循，相对提高了仲裁结果的可预见性。

其次在内容方面，应当具体列明公平公正待遇原则的标准。以中国与东盟投资协定为例，其第七条投资待遇第二款规定：为进一步明确，（一）公平和公正待遇是指各方在任何法定或行政程序中有义务不拒绝给予公正待遇；和（二）全面保护和安全要求各方采取合理的必要措施确保另一缔约方投资者投资的保护与安全。

综合上述分析，笔者认为，在中国与欧盟双边投资协定中，公平公正待遇原则应当包含以下标准：1、各方应为缔约他方的投资提供稳定的商业、法律环境。2、各方应满足缔约他方投资者的合理期待。3、正当程序。（各方在任何法定或行政程序中有义务不拒绝给予公正待遇）4、透明度原则。5、例外条款。（包括一般例外与国家安全例外）

其中前两项属于传统要素，第三项不仅仅是国际投资领域的要求，亦属于各国都应遵循的国际法上的一般原则。第四项透明度原则可以区别于公平公正待遇原则，做出单独规定。以美国与阿尔巴尼亚的双边投资协定为例，其第二条第三款规定了双边应给与对方公平公正

待遇原则，而在第五款单独规定了透明性条款，要求任何一方都必须保证其法律、规章、行政行为和一般申请程序、裁决决定，涉及到投资的部分必须公开并且使得公众可以获得。[952]但是不得要求一方提供或允许接触机密信息，揭露此类信息会阻碍法律实施、、违背公共利益或损害特定法人、公众或私人的合法商业利益。

例外条款则作为前四款的兜底条款。例如为保障经济安全、公共健康和利益或经济的良性发展，有关国家必须改变原来的法律和商业环境，这种情况符不属于对公平公正待遇的违反。

（二）中国的应对措施

提高对外资的保护程度是国际投资领域的必行之势，而公平公正待遇原则又是其中的关键环节，这一方面有利于吸引外资，维系投资者与东道国之间、投资母国与东道国之间的经济往来，另一方面却也是对国家的考验和挑战。

探本溯源，中国首先需要做的是审慎选择投资活动。作为投资东道国，在吸纳外资时，一方面对该投资审慎调查，一方面也要完善外资相关的法律、政策，完善披露、查询系统。而作为投资者，在投资前应了解所在行业在东道国的发展，了解东道国相关立法与政策。

而当发生与公平公正待遇相关的纠纷之后，首先应当考虑采用磋商、谈判等非诉讼手段解决。当非诉讼手段不能解决，再考虑诉讼手段。

1、争端提交东道国国内法院解决

法院应十分重视解决纠纷过程中的正当程序。若程序不当，极易被外国投资者用以佐证东道国违反了公平公正待遇原则。

当然，提高当地救济的效率，例如提高立法水平，依法行政等措施都是行之有效的措施。东道国法院树立良好形象，也无形中为化解纠纷提高了成功率。

2、提交仲裁机构解决

我国全面接受 ICSID 的管辖，对于缔约一方与另一方投资者因有关投资而发生的任何争议，都有被提交仲裁的可能性。我国应仔细研究 ICSID 已有判例里面对该原则的分析与适用。虽然从现有判例来看，对于东道国违反公平公正待遇原则的认定条件较为严苛。但是作为投资东道国仍不可放松警惕。不排除投资者利用该原则滥诉，给国家带来司法负担的可能性。

若我国的海外投资者受到不公正待遇，例如国家的法律和商业环境不稳定造成投资者损失，政策等不符合透明性要求、拒绝司法救济、违反了投资者的合理期待等，作为投资者首先要善于选择对自己最有利的仲裁机构，其次要善于通过援引该原则，注重事实的举证，切

[952] http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_002622.asp accessed 27 January 28, 2015

实以法律武器保护自身的合法权益。在无法避免不利于自己的判决时，要有能力把损失降至最低。

七、结语

公平公正待遇原则因其自由裁量、灵活运用的特性，以及对于国民待遇、最惠国待遇无法调整到的那部分国际投资关系、外国投资者及外国投资的保护起到很好的查缺补漏的作用，而受到双边投资协定、区域投资协定的青睐。

本文从公平公正待遇原则的由来、立法目的、公平公正待遇原则的标准、要素等几个方面展开，对公平公正待遇原则做出剖析，并就中国的应对措施提出了建议。随着国际投资法的不断发展，公平公正待遇原则的适用也在不断发展，各国都应该仔细研究该原则，并相对应地通过立法或国家政策等手段规制对该原则的适用，以期规避其不利影响，使其发挥最大的效用。

国际投资条约保护了谁？

——投资者的“条约选购”问题研究

徐　树*

摘　要　为了追求投资保护的最大化，投资者可通过在第三国设立的中间公司来“选购”第三国与东道国间投资条约以寻求保护。而一般国际法并不禁止投资者“选购”条约，揭开公司面纱制度与善意原则对于限制“条约选购”现象而言作用有限。缔约国如希望对“条约选购”予以限制，须在国际投资条约文本中予以明确。限制“条约选购”可采取的应对模式包括限制“投资者”的定义、订入拒绝授惠条款、嗣后联合解释以及修改或取消投资者与国家间争端仲裁条款。但是否限制以及如何限制取决于缔约国之间的政策考量与利益权衡。中国应审慎评估和应对投资者的“条约选购”，从而将其不利影响控制到最小。

关键词　国际投资条约　国际投资仲裁　条约选购　国籍构造　国家应对

近年来，国际投资条约的数量迅速膨胀，〔953〕截至2013年底，国际上现有的BIT数量多达2902个，而其它类型的国际投资条约也有334个。〔954〕与习惯国际法以及早期国际投资条约不同的是，现代国际投资条约不仅施加了高标准的投资保护义务，还纳入了投资者与国家间投资争端仲裁条款。该条款作为国际投资条约的“牙齿”，〔955〕赋予了投资者就其与东道国间投资争端直接寻求国际仲裁的权利。投资者援引投资条约寻求保护的前提是具有非东道国的某一缔约国国籍，而投资者母国与东道国间可能并未缔结投资条约或者所缔结的投资条约对于投资者而言还不够有利。为了追求投资保护的最大化，投资者可通过在第三国设立的中间公司对东道国进行投资，〔956〕据此“选购”第三国与东道国间的投资条约以寻求保护，这也被称为投资者的“条约选购”（Treaty Shopping）或“搭便车”行为。

然而，“条约选购”行为的“合法性”与正当性却始终备受争议，站在不同的利益立场将给出不同的结论。被诉东道国往往极力否定其合法性，认为对“选购”投资条约的投资者给予条约保护不符合条约的目的与缔约国的本意。投资者则认为即使缔约国的本意并不包括对中间公司的保护，但只要条约文本未明确排除，中间公司即有权援引投资条约的实体性和程序性保护。而投资仲裁庭对于“选购”条约的投资者是否有权援引投资条约也并未给出一致的解释。那么，投资者是否可以自由地“选购”任一投资条约以寻求保护？国家可以采取何种措施予以有效限制？本文将结合相关投资条约与投资仲裁案例对这些问题进行探讨，并就国家的应对措施作出评析和建议，以期对我国投资条约实践有所裨益。

＊华南理工大学法学院讲师，清华大学法学博士、日本东北大学法学博士候选人。联系邮址：laxushu@scut.edu.cn。

〔953〕国际投资条约主要包括双边投资保护协定（简称BIT）以及包含投资章节的双边或多边自由贸易协定（简称FTA），例如北美自由贸易协定（简称NAFTA）、东盟全面投资协定（简称ACIA）、欧洲能源宪章（简称ECT）、中国与新西兰FTA等。

〔954〕UNCTAD, *World Investment Report 2014*, United Nations Publication, 2014, p. 114.

〔955〕A. C. Sinclair, “The Substance of Nationality Requirement in Investment Treaty Arbitration”, 20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 357 (2005).

〔956〕中间公司（Intermediate Corporations）这一概念在不同场合也经常被称为控股公司（Holding Corporations）、特殊目的公司（Special Purpose Vehicles）、空壳公司（Shell Corporations）、邮包公司（Mailbox Corporations）或导管公司（Conduit Corporations）等。

一、“条约选购”的途径：转投资与返程投资

“条约选购”的核心在于通过多层级控制关系的运作，从而对其控制链条下公司的国籍身份进行包装。〔957〕这种国籍的包装行为，在实践中也被称为国籍构造（Nationality Structuring）、国籍筹划（Nationality Planning）或国籍追逐（Nationality Hunting）。〔958〕投资者对东道国的一项投资可以经过多个环节，而不同的环节可以构造出具有不同国籍的中间公司。不同的中间公司以及作为该项投资间接股东的最终控制者可能援引不同的国际投资条约对该项投资寻求条约保护。

实践中，条约选购者进行国籍构造的形式主要有三种情形。其一，当投资者母国与东道国间未签订国际投资条约时，投资者可通过在第三国成立的中间公司对东道国进行投资，从而寻求该第三国与东道国间投资条约的保护。其二，当投资者母国与东道国间投资条约未纳入投资仲裁条款或者该条款的范围并不能涵盖某投资争端时，投资者也可通过在第三国成立的中间公司对东道国进行投资，从而寻求该第三国与东道国间更为有利的投资条约的保护。其三，具有东道国国籍的投资者为了规避东道国的国内管辖，可通过在其它国家设立的中间公司对东道国进行投资，从而寻求该国与东道国间投资条约的保护。前两种情形可统称为投资者的第三国转投资，第三种情形则可称为投资者的返程投资。

从选购的时间点来看，条约选购也可分为事前选购（*ex ante*）与事后选购（*ex post*）。事前选购即在投资争端发生之前通过国籍构造将一项投资置于特定的投资条约保护之下，而事后选购即在投资争端发生之后通过国籍构造将投资权益转移至另一国公司从而寻求该另一国与东道国间投资条约的保护。

二、“条约选购”的基础：对中间公司、间接股东的条约保护

（一）投资者国籍的条约标准

投资者是否有权援引某项投资条约，关键在于其是否为该条约某缔约国的“国民”或“投资者”。试图进行条约选购的投资者必须在满足具有缔约国的国籍这一要求后才可援引其希望的投资条约。而不同的投资条约对于公司投资者国籍的界定标准并不完全一致。从现有的国际投资条约文本来看，绝大多数条约都采用了注册地标准（或准据法标准），德国、法国等国签订的部分条约单独或结合采用了住所地标准，此外也有部分条约采用了控制标准或其它混合标准。

根据注册地标准（或准据法标准），依据一缔约国法律在该国注册成立的公司具有该国国籍。例如，中国与英国 BIT 第 1 条第 1 款对“公司”作出如下界定：在中国方面，系指在中国领土内任何地方依照有效法律设立或组建的公司、商号或社团；在英国方面，系指在英国领土内依照有效法律设立或组建的公司、商号或社团。注册地标准的优势在于标准的明确性和简易性，依据哪国法律在哪国成立这一事实易于确定。而该标准的劣势则在于投资者与国籍国之间联系的无足轻重，在一国设立的公司并不一定在该国开展经营活动或发生其它实质性联系。注册地标准的单一性使得任何在一国成立的公司都可能寻求该国签订的投资条

〔957〕 在最惠国待遇条款适用于争端解决事项的情况下，投资者无须通过公司国籍的包装而可径直依据最惠国待遇条款选购第三方条约，但理论和实践对此存在激烈争论，本文暂不讨论该问题。参见 A. F. Rodriguez, “The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?”, 25 *Journal of International Arbitration*, 89-102 (2008)；徐崇利：“从实体到程序：最惠国待遇适用范围之争”，《法商研究》2007 年第 2 期；沈伟：“论中国双边投资协定中限制性投资争端解决条款的解释和适用”，《中外法学》2012 年第 5 期。

〔958〕 See Mattew Skinner, Cameron A. Miles & Sam Luttrell, “Access and Advantage in Investor-state Arbitration: The Law and Practice of Treaty Shopping”, 3 *Journal of World Energy Law & Business*, 260-285 (2010).

约的保护。〔959〕

因此，少数投资条约为了限制条约所涵盖的投资者范围，在注册地标准之外结合采用了其它实质性联系标准，比如要求在缔约国开展实质性经济活动或者进行有效管理等。例如，菲律宾与英国 BIT 第 1 条第 4 款规定，缔约国“公司”是指依据一缔约国法律注册或成立，且在该国领土的任何部分实际开展经营活动且进行有效管理的公司、合伙或其它社团。

而根据住所地标准，在一缔约国具有住所的公司具有该国国籍。例如，中国与德国 BIT 第 1 条第 2 款规定，非自然人的“投资者”一词在德国方面系指任何住所在德国境内的法人，在中国方面系指根据中国的法律法规设立或组建且住所在华境内的经济实体。但是该规定并未对“住所”进行明确的界定。“住所”概念的不明确很容易为投资者所利用，因为住所既可能表示主要营业地或公司管理所在地，也可能仅仅表示登记住所地，而登记住所地与公司注册地一般会重叠。〔960〕在国际投资实践中，一个公司很可能依据 A 国法律在 A 国注册成立，其公司管理中心则在 B 国，而其主要营业地却在 C 国。〔961〕

控制标准或者混合标准的出现则是近年来投资条约的一个发展趋势。控制标准的不同运用对于投资者概念的范围会产生不同的影响，该标准既可用来限制投资者的范围，也可用来扩张投资者的范围。而现有的单独或混合采用控制标准的投资条约，多数都意在扩张投资者的范围。例如，中国与瑞士 BIT 第 1 条第 2 款规定，“投资者”包括“（二）依照该缔约方法律设立或以其它适当的方式组建、且在其领土内有住所和实际经营活动的法律实体；（三）根据第三国法律设立、但为本条第二款第一项所定义的自然人或第二项所定义的法律实体有效控制的法律实体。”该规定第二项的“投资者”虽然需要同时满足注册地标准、住所地标准和实际经营活动标准，但是第三项则另外明确将在第三国设立并由缔约国国民有效控制的法律实体也纳入到投资者范围之内，因而实质上扩张了投资者范围。

采用控制标准以限制投资者范围的国际投资条约并不多见。例如，日本与新加坡 FTA 第 72 条规定，“另一缔约国的公司”是指依据另一缔约国适用法律成立或组建的公司，但是由非缔约国国民所拥有或控制且在另一缔约国未开展实质性商业运营的公司除外。该条款将那些虽在缔约国成立但却由非缔约国国民拥有或控制且在该缔约国未开展实质性商业运营的公司明确排除在投资者范围之外，而且对拥有和控制的概念进行了界定，因此明确限定了该协定所保护的投资者范围，留给投资者进行条约选购的空间非常有限。

（二）国际投资条约所保护的“投资者”与“投资”

实践中公司的跨境投资一般包括多层级的控制关系，其境外投资也往往涉及到多个国家的多个公司，所涉及的公司类型主要包括投资者在东道国成立的当地公司、当地公司的母公司、当地公司的多数股东和少数股东、当地公司的间接股东、中间公司。这些公司要成为特定国际投资条约所涵盖的投资者，需要同时满足该条约对“投资者”和“投资”的定义。一公司如果被认定为特定投资条约所保护的“投资者”，即有权援引该投资条约对东道国提起投资仲裁程序，而这正是投资者进行条约选购的主要动力之一。

其一，就投资者在东道国成立的当地公司而言，根据注册地标准其具有东道国国籍，因此一般不被认定为投资条约中所保护的另一缔约国投资者。但是，《解决国家与他国国民间投资争端公约》（简称 ICSID 公约）第 25 条第 2 款（b）项允许投资争端当事方例外地将该公司视为另一缔约国投资者，但前提是争端当事方同意且该公司“受外国控制”。实践中，有部分东道国通过条约、国内立法或投资合同的形式明确同意将当地公司视为另一缔约国投

〔959〕 UNCTAD, *Scope and Definition: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations Publication, 2011, p. 82.

〔960〕 International Law Association German Branch, *The Determination of Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*, 2011, pp. 28-31.

〔961〕 OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OECD Publishing, 2008, p. 18.

资者。在 TSA v. Argentina 案中，TSA 作为在阿根廷注册成立的公司即依据荷兰与阿根廷 BIT 第 10 条第 6 款对阿根廷提出 ICSID 仲裁请求，因为该条款规定在东道国成立的公司如符合 ICSID 公约第 25 条第 2 款（b）项的条件则应被视为另一缔约国国民。〔962〕

其二，当地公司的母公司或者公司股东是投资条约下最为常见的“投资者”。母公司或者公司股东对于当地公司享有全部或部分股权，因此其对当地公司投资的形式表现为股份或者其它形式的参股。而现有的国际投资条约多数都将股份作为投资的一种形式进行列举。例如，中国与荷兰 BIT 第 1 条对投资的定义包括“公司股份、债券、股票和任何其他形式的参股”。在投资仲裁实践中，不论是单一股东、控股的多数股东还是不控股的少数股东都被认定为投资条约下的投资者，而且不同的股东可以独立提出各自的投资仲裁请求。在 Camuzzi v. Argentina 案〔963〕与 Sempra v. Argentina 案〔964〕中，Camuzzi 为卢森堡籍公司，对阿根廷两个当地公司持有多数股份，而 Sempra 为美国籍公司，对该两个公司持有少数股份，但仲裁庭并不认为所持股份的比例会影响其对两个案件的管辖权。尽管也有仲裁庭对少数股东可单独提出仲裁请求表示担忧，认为这可能引发无休止的一连串仲裁请求，但其仍然对少数股东的仲裁请求予以管辖。〔965〕

其三，间接股东在仲裁实践中也被认定为投资条约所涵盖的“投资者”。一国投资者可以通过在母国、东道国或第三国设立一个或多个中间公司，并通过该中间公司对东道国进行投资。该投资者即为东道国当地公司的间接股东。在 Siemens v. Argentina 案中，仲裁庭明确指出，股权形式的间接投资也是投资条约所保护的投资，投资条约并未要求在投资和公司最终控制者之间不得插入中间公司。〔966〕在 Waste Management v. Mexico 案中，Waste Management 是美国籍公司，其通过在开曼群岛的中间公司向墨西哥当地公司进行投资。仲裁庭认为中间公司的存在并不影响间接投资者援引 NAFTA 提出投资仲裁请求的权利，并指出 NAFTA 缔约国本可以将仲裁请求范围限制在那些遭受直接损害的公司上，但 NAFTA 文本中并不存在这样的限制，因此中间公司的国籍并不影响本案的仲裁请求。〔967〕也有仲裁庭认为有必要寻找一个分界点，从而确定那些与受影响的公司之间存在较远关系的间接投资者所提出的仲裁请求是不被允许的，但该仲裁庭同时也承认，这个分界点的确立取决于东道国同意提交仲裁的范围。〔968〕而多数投资条约在纳入投资仲裁条款的同时并未对不予受理的仲裁请求范围进行规定。因此从投资条约对投资者和投资的宽泛定义出发，间接股权形式的间接投资属于投资条约所保护的“投资”，而该间接股东则属于投资条约所保护的“投资者”。〔969〕

其四，中间公司在仲裁实践中可独立提出投资仲裁请求。中间公司通常只是投资者进行跨境投资的一个中间平台，因此与中间公司所在国可能并无实质性的经济联系。但是，在仲裁实践中，中间公司援引投资条约提出投资仲裁请求的权利得到了肯定，但前提是该中间公司所援引的投资条约对公司国籍采用注册地标准。根据注册地标准，即使中间公司与注册地国无实质经济联系，其仍然具有注册地国国籍，是注册地国与东道国签订的投资条约所涵盖

〔962〕*TSA Spectrum de Argentina SA v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award. 本文引注的国际投资仲裁案例可从下列网站查询：http://italaw.com/ 以及 https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases。

〔963〕 *Camuzzi Int'l S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction.

〔964〕 *Sempra Energy Int'l v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction.

〔965〕 *Enron Creditors Recovery Corp. (formerly Enron Corp.) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, para. 50.

〔966〕 *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, para. 137.

〔967〕 *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, para. 85.

〔968〕 *Enron Case*, *Supra* note 13, para. 52.

〔969〕 See Martin J. Valasek & Patrick Dumberry, “Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes”, 26 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 55 (2011).

的投资者。在 Saluka v. Czech 案中，Saluka 对捷克当地的一家公司进行投资，而 Saluka 是在荷兰注册成立的公司，其由在英国注册成立的野村欧洲有限公司全资控制。〔970〕捷克政府认为，Saluka 是野村欧洲有限公司的一个空壳公司，因此无权援引荷兰与捷克 BIT。而仲裁庭认为荷兰与捷克 BIT 第 1 条对公司国籍采用了注册地标准，Saluka 与野村欧洲有限公司的紧密关系并不影响其本身的投资者地位。〔971〕

需要注意的是，有部分投资条约将在第三国成立但却由缔约国国民控制的公司也纳入到条约所保护的“投资者”范围之内。例如，根据中国与瑞士 BIT 第 1 条第 2 款的规定，中国或瑞士的投资者在第三国设立并有效控制的中间公司也可以援引中国与瑞士 BIT 对东道国提出投资仲裁。当然，如果该第三国与东道国（即中国或瑞士）之间存在单独的投资条约且对公司国籍采取注册地标准，则该中间公司还可以援引该项投资条约对其投资寻求保护。

三、国际法对“条约选购”的限制：揭开公司面纱与善意原则

（一）揭开公司面纱制度对“条约选购”的限制

1. 揭开公司面纱制度的可适用性

揭开公司面纱制度为大陆法系和普通法系国家所普遍接受，该制度目的在于防止公司股东滥用公司人格以侵害公司债权人或其它利益群体的利益。〔972〕揭开公司面纱制度在国际法上的可适用性也得到国际法实践的认可，例如在 Barcelona Traction 案中，国际法院认为揭开公司面纱制度在国际法中的一定适用是可以接受的。〔973〕但国际法实践中所适用的揭开公司面纱制度在功能上与国内法下的这一制度不同，其主要目的在于确定公司的国籍，即在确定公司的国籍时是否需要考虑公司背后控制者的国籍。

揭开公司面纱制度在国际法中的运用主要表现在国际投资条约保护领域。当一项投资控制链条上的某个公司援引特定投资条约寻求保护时，须确定是否揭开该公司的面纱以及揭开多少层公司面纱，从而确定该公司是否为特定投资条约所涵盖的“投资者”。但是，揭开公司面纱并不否定该公司在国内法上的权利义务，而仅就投资条约保护的目的否定或者肯定该公司的缔约国国籍，从而否定或者肯定该公司援引投资条约寻求保护的资格。

就投资条约下公司国籍的判断而言，揭开公司面纱的适用体现在两个方面：第一，投资条约明文授权的揭开公司面纱；第二，条约未明文授权，但仲裁庭依据一般国际法揭开公司面纱。当条约对公司国籍采纳控制标准时，仲裁庭即可依据该标准透过公司面纱考察其背后股东的国籍情况。但正如前文所述，控制标准既可用来限制投资者的范围，也可用来扩张投资者的范围。在限制投资者范围的控制标准下，揭开公司面纱的运用在于否定公司的某缔约国国籍，而在扩张投资者范围的控制标准下，揭开公司面纱的运用则在于确立公司的某缔约国国籍。此外，当条约未对公司国籍采纳控制标准时，仲裁庭仍然可能依据一般国际法对公司的股东情况进行考察，从而决定是否揭开公司面纱。

2. 转投资情形下的适用

转投资的条约选购者通过在第三国设立的中间公司对东道国进行投资。当中间公司依据特定投资条约寻求对投资的保护时，首先要确定是否揭开公司面纱以及揭开多少层公司面纱。而在这一问题上，仲裁实践表现出了明显的否定倾向，但同时也认可在公司涉及欺诈或者其

〔970〕 荷兰与捷克BIT第8条允许投资者就“任何争端”提交仲裁，而英国与捷克BIT第8条则仅允许投资者就与征收、投资收益转移等有关的争端提交仲裁。前者在仲裁范围上相比后者更为广泛，因此该案投资者选择由荷兰籍中间公司提起仲裁程序。

〔971〕 *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (Mar.17, 2006), para. 229.

〔972〕 参见朱慈蕴：“论公司法人格否认法理的适用要件”，《中国法学》1998年第5期。

〔973〕 *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain)*, Judgment, 1970 ICJ Rep. 3, paras. 56-58.

它滥用公司人格的情况下有必要揭开其公司面纱。

在 Saluka v. Czech 案中，Saluka 作为中间公司对东道国捷克政府提出了投资仲裁请求。而捷克政府主张与缔约国没有真实联系且受到第三国公司控制的空壳公司没有援引投资条约的权利，允许他们援引投资条约将导致对投资条约的选购和对仲裁程序的滥用。尽管仲裁庭在裁决中对于这样的主张“表示一定的同情”，但其同时指出其行使管辖权的主要考量因素是投资条约的用语。缔约国本可以在条约中约定将受到第三国公司控制的中间公司排除在“投资者”的定义之外，但荷兰与捷克 BIT 中并没有这样的限制，因而仲裁庭无权对 BIT 中的“投资者”定义作出额外的限制。同时，仲裁庭也注意到在一些情形下有必要透过公司结构去审查其背后的控制者，但是捷克政府并未能证明本案投资者存在“欺诈或者不法行为”，因此仲裁庭拒绝对申请人揭开公司面纱。〔974〕

同样，在 ADC v. Hungary 案中，加拿大投资者通过在塞浦路斯注册成立的两家中间公司对匈牙利提起仲裁。〔975〕仲裁庭认为，在塞浦路斯与匈牙利 BIT 明确采纳注册地标准的情况下，公司资本的来源以及公司的控制者国籍与该公司的国籍认定没有关联。而且，揭开公司面纱只适用于“真正受益者滥用公司人格以掩盖其真实身份并逃避债务的情形”，而本案并不存在这一情形。〔976〕

而 Aguas del Tunari v. Bolivia 案中涉及的投资者关系更为复杂。Aguas del Tunari 为在玻利维亚注册的当地公司，在其控制链条上端存在多个层级的中间公司，其中包括若干荷兰籍中间公司，但投资最终由美国公司和意大利公司共同控制。在该案中，Aguas del Tunari 援引荷兰与玻利维亚 BIT 提起仲裁。根据该 BIT 第 1 条对“国民”的定义，依据玻利维亚法律成立的公司，如果受到荷兰国民直接或间接的控制，则该公司属于荷兰的“国民”。仲裁庭肯定了对该案的管辖权，并认为在条约未明确限制的情况下，投资者通过另一国进行投资运作从而获得更有利的税收、公司管理环境以及投资条约的保护在实践中“屡见不鲜而且是合法的”。尽管仲裁庭承认中间公司的运作方式有可能导致公司人格被滥用，而且在公司人格被滥用的情况下可以揭开公司面纱，但是其认为从提交证据来看本案不存在这样的情形。在仲裁庭看来，虽然 BIT 名为“双边的”投资条约，但是通过对“国民”或“投资者”的宽泛定义，该条约在很多情况下将被第三国投资者用来进行构造或重组投资。多数 BIT 中对国民的宽泛定义也表明投资的国籍迁移与条约的目的以及缔约国的本意是相符的。〔977〕

因此，就转投资的条约选购来看，仲裁实践并不否定条约选购者援引特定投资条约寻求保护的权利，但同时仲裁实践也肯定了揭开公司面纱在少数情形下的可适用性。仲裁庭在决定是否揭开公司面纱时主要考虑是否存在滥用公司人格或滥用权利等情形，相关因素包括投资时间、投资争端发生的时间、转投资的目的以及中间公司在注册地国开展的活动等。

3. 返程投资情形下的适用

与转投资的条约选购不同，返程投资的条约选购受到了一定的质疑。支持者认为判断投资者是否有权援引投资条约的保护仅需考察其是否符合条约对投资者的定义，而不论该项投资是否最终由东道国国民控制。而反对者认为，国际投资仲裁的目的在于为真正的外国投资者提供救济，而返程投资的条约选购将原本的国内争端“国际化”，从而规避国内法院的管辖，因此应对其揭开公司面纱，否定其援引投资条约的资格。

---

〔974〕 *Saluka Case*, *Supra* note 19, paras. 229-241.

〔975〕 之所以由塞浦路斯籍中间公司而非加拿大籍投资者提起仲裁，是因为塞浦路斯与匈牙利BIT相比加拿大与匈牙利BIT更为有利。由于加拿大在当时并非ICSID公约的成员国，根据加拿大与匈牙利BIT的规定加拿大投资者无法提交ICSID仲裁，而根据塞浦路斯与匈牙利BIT的规定塞浦路斯投资者可提交ICSID仲裁。

〔976〕 *ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Mgmt. Ltd. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, paras. 353-359.

〔977〕 *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, paras. 245, 321, 330-332.

在 Tokios v. Ukraine 案中，Tokios 是在立陶宛成立的公司，而该公司的 99%股份由乌克兰国民享有。Tokios 援引乌克兰与立陶宛 BIT 提起仲裁。根据该 BIT 第 1 条第 2 款（b）项的规定，依据立陶宛法律法规并在其境内成立的任何实体是立陶宛投资者。仲裁庭通过对该 BIT 用语的通常意义、上下文并参考其目的和宗旨进行解释后，认为本案唯一需要考虑的是申请人是否为依据立陶宛法律所成立的公司，任何运用控制标准以限制投资者范围的主张与条约的目的和宗旨都是不相符的。缔约国本可以采用控制标准或者保留对特定群体拒绝予以条约保护的权利，但在该 BIT 中并没有这样的规定。因此，尽管 Tokios 的 99%股份由乌克兰国民拥有，但是仲裁庭拒绝“透过申请人去探寻其股东或者其它对该申请有利益的法律实体”。在仲裁庭看来，Tokios 的条约选购行为并不构成对其立陶宛法人资格的滥用，而且，Tokios 的设立并非为了获得针对乌克兰向 ICSID 提交投资仲裁的目的，因为该公司在乌克兰与立陶宛 BIT 生效的六年前即已经设立，没有证据表明投资者利用 Tokios 的公司人格来达到其不正当目的。〔978〕

但是，作为该案仲裁庭主席的 Weil 法官对该管辖权裁决表示强烈的反对。其在反对意见中指出，ICSID 机制的目的不在于允许更不在于鼓励 ICSID 公约缔约国的国民通过一个现有或者专门成立的外国公司来规避其本国国内法院的管辖和国内法律的适用，其目的在于保护和鼓励“国际投资”。而本案投资争端并非立陶宛投资者与乌克兰间的国际争端，实质上是乌克兰国民与乌克兰之间的国内争端。〔979〕

同样地，Rompetrol v. Romania 案仲裁庭对投资条约下的公司国籍也采取了形式化的文本解释。在该案中，Rompetrol 是在荷兰注册的公司，其依据荷兰与罗马尼亚 BIT 提起仲裁，而该 BIT 对公司国籍采纳注册地标准。东道国罗马尼亚对于 Rompetrol 符合 ICSID 公约与 BIT 关于国籍的形式要求并无异议，但其主张 Rompetrol 实际上是由罗马尼亚国民控制，因此 Rompetrol 无权援引该 BIT 寻求保护。而仲裁庭并未支持东道国的主张，其认为一般国际法中并不存在要求公司与国籍国之间存在“真实且有效联系”的规则，国家可以自由约定采取何种标准以确定公司的国籍。荷兰与罗马尼亚 BIT 对公司国籍采取了注册地标准，而未对所有或者控制、资本来源或者有效住所作出要求，因此根据条约解释规则，不得对该注册地标准作出其它不同的解释。而且，仲裁庭并不认为对 Rompetrol 的仲裁请求进行管辖将导致对 ICSID 机制的滥用。〔980〕

而在 TSA v. Argentina 案中，仲裁庭对返程投资的条约选购者援引投资条约的资格予以了否定。该案中，TSA 是在东道国阿根廷成立的当地公司，其由荷兰公司直接控制，但公司的最终控制者是阿根廷国民。TSA 依据荷兰与阿根廷 BIT 第 10 条第 6 款的规定，主张其受荷兰公司的“外国控制”，因而应被视为荷兰“国民”。仲裁庭则认为，为确定其是否真实地受到“外国控制”，有必要揭开其公司面纱考察其背后的实际控制者。尤其当公司的最终控制权掌握在东道国国民手中时，仲裁庭有充分理由而且有必要揭开公司的多层面纱以寻求其最终控制者。〔981〕因此，仲裁庭首先揭开 TSA 第一层面纱确定其由荷兰公司控制，随后揭开荷兰公司的第二层面纱确定该荷兰公司最终由阿根廷国民控制，进而认定 TSA 并不存在 ICSID 公约第 25 条第 2 款（b）项所要求的“外国控制”，从而否定了 TSA 在荷兰与阿根廷 BIT 下的“投资者”资格。这一裁决也得到了 Schreuer 教授的认可，其认为就 ICSID 公约第 25 条第 2 款（b）项的“外国控制”要求而言，最好的办法是将那些最终由东道国国民控制

〔978〕 *Tokios Tokelés v. Ukraine,* ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, paras. 38-43, 56.

〔979〕 *Tokios Tokelés v. Ukraine,* ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion of Prosper Weil, paras. 27-30.

〔980〕 *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Jurisdiction, paras. 81-85.

〔981〕 *TSA Case*, *Supra* note 10, paras. 140-154.

的法人排除在 ICSID 的管辖权之外。〔982〕

对比上述三个案件可知，不同仲裁庭（包括个别仲裁员）对于返程投资的条约选购者是否揭开公司面纱有所分歧，而造成这一分歧的主要原因在于国际投资条约对投资者国籍的不同要求。在前两个案件中申请人均为在非东道国的缔约国成立的公司，而在 TSA v. Argentina 案中申请人为在东道国成立的当地公司，而 ICSID 公约第 25 条第 2 款（b）项对于在东道国成立的当地公司特别要求须受“外国控制”。在前两个案件中仲裁庭依据的是相关 BIT 对公司国籍采纳的注册地标准，而在 TSA v. Argentina 案中仲裁庭依据的是 ICSID 公约和荷兰与阿根廷 BIT 对东道国当地公司所要求的“外国控制”标准。

因此，就返程投资的条约选购来看，仲裁实践并未一般性地确立对返程投资的条约选购者进行揭开公司面纱的规则，是否揭开公司面纱取决于特定国际投资条约对公司国籍的特定要求。当条约对公司国籍明确采纳控制标准时，仲裁庭将据此对公司揭开公司面纱寻求其背后的控制者国籍；而当条约对对公司国籍明确采纳注册地标准时，仲裁庭则倾向于承认条约选购者的缔约国国籍而不考虑其背后的控制者国籍。

可见，仲裁实践并未因转投资或返程投资的不同而对特定类型的条约选购予以特别限制。无论是转投资还是返程投资的中间公司，只要在形式上符合投资条约对投资者的国籍要求，仲裁庭都倾向于将其视为投资条约下所保护的投资者。依赖习惯国际法下的揭开公司面纱原则来否定公司在投资条约下所具有的国籍是很难成功的，条约选购本身并不能构成揭开公司面纱的依据。〔983〕在注册地国籍标准下，除非具有注册地国籍的公司存在欺诈或者其它滥用公司人格等情形，否则仲裁庭不会对其揭开公司面纱。而投资者欺诈或滥用行为的认定，则涉及对善意原则的解释和适用。

（二）善意原则对“条约选购”的限制

仲裁庭在适用揭开公司面纱制度上的谨慎，源于其对条约选购者的善意推定。通过转投资或者返程投资进行条约选购的投资者只要在形式上符合投资条约对投资者的国籍要求，仲裁庭即推定其具有援引该投资条约的资格，除非东道国能证明该投资者存在欺诈或者其它滥用公司人格等“恶意的”情形。

条约选购的“时间”是仲裁庭考虑“恶意”的关键性因素。在 Phoenix v. Czech 案中，Phoenix 是一家在以色列成立的公司，由捷克自然人 Beno 全资控制。Phoenix 购买了在捷克成立的两家公司，而这两家公司由 Beno 的家人最终控制。Phoenix 援引以色列与捷克 BIT 提起仲裁，要求捷克对其购买的两家捷克公司造成的损害予以赔偿。仲裁庭从投资的时间、提起仲裁请求的时间、公司转让的本质、整个投资运作的实质等方面对投资者的条约选购行为进行了分析，认为 Phoenix 购买两家捷克公司的行为仅仅是 Beno 家庭内部财产的转移，其唯一目的在于将已有的争端寻求 ICSID 仲裁救济。Phoenix 是为收购捷克公司而专门设立的，在完成收购后其并没有进行任何实质性的经济活动。Phoenix 购买捷克公司并不是“善意的”交易，而仅仅是为了将已有的国内争端转化为可以依据以色列与捷克 BIT 提交投资仲裁的国际争端，因此不是 ICSID 体制和 BIT 所保护的“投资”。〔984〕可见，在争端发生后通过投资运作进行的条约选购并不能得到仲裁庭的认可。对此，作为本案仲裁庭主席的 Stern 教授也专门撰文指出，为了获得国际投资仲裁申请资格的“事后选购”并不符合善意原则。〔985〕但是事前选购则并不构成对 ICSID 体制和 BIT 的滥用。

---

〔982〕 See Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2009, p. 323.

〔983〕 See Christoph Schreuer, “Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests”, 24 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 525-526 (2009).

〔984〕 *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic,* ICSID Case No. ARB/06/5, Award, paras. 100, 135-144.

〔985〕 See Brigitte Stern, “Are There New Limits on Access to International Arbitration”, 25 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 26-36 (2010).

在 Mobil v. Venezuela 案中，美国埃克森美孚公司通过一系列中间公司在委内瑞拉进行能源投资，在其投资过程中埃克森美孚公司决定对投资进行重组，通过在荷兰设立新的中间公司并由该公司取得投资的间接控制权。在发生投资争端后，在荷兰设立的中间公司以及由该公司控制的其它中间公司依据荷兰与委内瑞拉 BIT 提起投资仲裁。〔986〕仲裁庭在对投资时间、争端发生的时间进行考察之后指出，尽管投资者的投资重组行为主要目的在于获得向 ICSID 提交仲裁的资格，但这是投资者的“合法目的”，只要其所指向的是“未来的争端”。而针对“已有争端”进行的、目的仅在于获得 BIT 保护管辖的投资重组行为则是“对 ICSID 公约和 BIT 下国际投资保护体制的滥用操纵”。因此，仲裁庭仅对投资重组之后所发生的投资争端予以管辖。〔987〕同样，Mihaly v. Sri Lanka 案〔988〕和 Banro v. Congo 案〔989〕也涉及投资者的事后选购。在这两个案件中，加拿大公司在对东道国的投资发生争端后，将投资权益转移至在美国设立的公司，试图通过美国公司对东道国提起投资仲裁请求。而加拿大并非 ICSID 公约的缔约国，因此加拿大公司无法提起 ICSID 投资仲裁。两案的仲裁庭对申请人的事后选购行为均予以了否定，并认为在投资争端发生后将投资权益转移至 ICSID 缔约国国民的做法并不能赋予其援引相关 BIT 提起投资仲裁的资格。

但是，事前选购与事后选购在某些情形下并非一目了然，而可能难以确定二者的分界时间点。对此，Pac Rim Cayman v. El Salvador 案仲裁庭作出了进一步的阐述。其认为这一分界点在于有关当事方已获知某项已有投资争端或者可以预见某项特定争端将很可能发生之时。在该时间点之前，投资者的国籍包装行为通常不构成滥用，而在该时间点之后发生的国籍包装行为则通常可认定为滥用行为。不同案件中由于案件事实的不同可能答案会完全不同。但仲裁庭同时也意识到，这一分界线不太可能是一条泾渭分明的红线，相反会存在“一个显著的灰色地带”。〔990〕尽管如此，仲裁庭最终认定本案申请人在将注册地从开曼群岛变为美国之时并未预见到其与萨尔瓦多之间的投资争端，因而认定申请人的国籍变换并不构成程序滥用行为。〔991〕

（三）小结

在国际投资仲裁中，投资条约所采纳的公司国籍标准是仲裁庭对条约选购行为进行考察的主要依据。当投资条约对公司国籍采纳控制标准时，仲裁庭将通过对“控制”用语的解释，揭开公司面纱并对其背后控股股东的国籍情况予以考察。但是，明确采纳控制标准的投资条约仅为少数。

对于采纳注册地标准的多数投资条约而言，仲裁庭通常不会主动揭开某注册地国公司的面纱，除非东道国能证明该公司存在滥用权利或滥用公司人格的行为。滥用行为性质的认定，其依据在于善意原则。在投资者被认定违反善意原则的若干仲裁案件中，投资者进行条约选购行为的“时间点”是仲裁庭所考虑的关键要素。只有在投资者已获知某项现有投资争端或者可以预见某项特定的未来投资争端之后，其所进行的条约选购行为才会被例外地认定为恶意的滥用行为。因此，投资者的条约选购行为本身并不构成揭开其公司面纱并否定其注册地国籍的依据，除非这一行为发生的“时间点”晚于某项投资争端的形成。

---

〔986〕 由于美国与委内瑞拉之间并未缔结双边投资条约，因此埃克森美孚公司只能通过其荷兰籍中间公司对委内瑞拉提起投资仲裁。

〔987〕 *Mobil Corp. and others v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, paras. 190-205.

〔988〕 *Mihlaly Int'l Corp. v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award.

〔989〕 *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, Award.

〔990〕 *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, paras. 2.99.

〔991〕 该案中可适用的投资条约为《中美洲自由贸易协定》。美国、萨尔瓦多为该协定成员国，而本案申请人的原国籍国英国以及申请人母公司的国籍国加拿大并非协定成员国。

仲裁庭对投资者条约选购行为的宽容立场，与其形式化的条约解释逻辑息息相关。而在该条约解释逻辑背后，则隐含了仲裁庭通过宽泛解释以最大限度扩张其仲裁管辖权的自由化立场。在考察具体案件的仲裁管辖权时，仲裁庭的首要考量因素是可适用投资条约的文本。而多数投资条约对于投资者国籍标准均采纳注册地标准。在多数仲裁庭看来，在缔约国进行注册是投资者享受投资条约保护的唯一条件，至于该投资者是否为所谓的“空壳公司”则在所不问，因为投资条约中并未包含类似的限制条件。在形式化的文本解释之外，仲裁庭还经常以目的解释作为其支撑论据。允许投资者通过空壳公司来“选购条约”被认为有利于实现保护国际投资的条约目的，而否定空壳公司的条约保护资格将与投资保护的条约目的相违背。尽管被诉东道国频频以揭开公司面纱或善意原则作为质疑仲裁庭管辖权的抗辩依据，但是由于揭开公司面纱和善意原则没有条约文本上的依据，仲裁庭在是否以及如何适用该原则的问题上具有较大的裁量权。因而，揭开公司面纱和善意原则在具体的仲裁案件中能否限制投资者的条约选购行为并不具有可预见性。〔992〕

正因如此，有学者认为，权利滥用原则或者善意原则对条约选购问题的适用并非令人满意的普遍性方案，因为其仅在极其特殊的例外情形下才可适用。仲裁庭就该问题的逐案分析很难实现法律的确定性，最为可靠的方式仍然是由国家在国际投资条约中予以明确。〔993〕

四、国家对“条约选购”的条约控制

国际投资条约对投资者的宽泛界定以及一般国际法对条约选购问题的限制不足，使得投资者可以通过构造投资以选购投资条约从而寻求投资保护的最大化。在这样的背景下，条约选购或者国籍构造本身并不是非法的或者不道德的。〔994〕有学者甚至据此认为国家遵守投资条约的唯一方式只能是对所有投资者一视同仁而不区分其资本的来源地，东道国在 BIT 下的“双边性”义务已实际转化为对所有投资者的义务，〔995〕或者说已具有了“多边化”特征。〔996〕但是，正如仲裁实践所反复确认的，投资条约是缔约国之间的特别国际法，缔约国有权在条约文本中就条约选购进行限制，从而避免“陌生的”投资者选购该条约。当然，是否限制以及采取何种模式进行限制则要视缔约国之间的政策考量与利益博弈而定。

（一）限制“投资者”的定义

条约选购现象的存在，其前提是投资条约对于“投资者”国籍标准的较低要求。因此，要求投资者与缔约国间存在更紧密的联系从而限制条约所涵盖的投资者范围是应对条约选购现象最为直接和有效的方式。

实践中，部分投资条约在注册地标准之外还要求公司在缔约国实际开展经营活动、进行有效管理或者要求其主要营业地或公司管理所在地位于缔约国等。这些额外的要求对于限制条约所涵盖的投资者范围可发挥一定作用，但是投资者仍可在满足这些要求的前提下实现选购条约。例如，A 国与 B 国在 BIT 中要求投资者在一缔约国注册且开展实际经营活动并进行有效管理，而 C 国投资者仍可在 A、B 任何一国设立中间公司并由该中间公司向另一国进行投资从而寻求该 BIT 的保护，只要中间公司在注册地国开展少量经营活动且定期在当地召开董事会等即可满足要求。

与此不同的是，要求投资者在一缔约国成立且须由该缔约国国民拥有或控制则可实质性

〔992〕 See Mark Feldman, “Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration”, 27 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 301 (2012).

〔993〕 International Law Association German Branch German Branch, *Supra* note 8, at 51.

〔994〕 See Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 54.

〔995〕 See Barton Legum, “Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?”, 22 *Arbitration International*, 521-526 (2010).

〔996〕 See Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 217-219.

地限制条约选购的空间。例如，日本与新加坡 FTA 第 72 条规定，“另一缔约国的公司”是指依据另一缔约国适用法律成立或组建的公司，但是由非缔约国国民所拥有或控制且在另一缔约国未开展实质性商业运营的公司除外。根据该条定义，第三国投资者在日本或新加坡设立并拥有或控制的中间公司将不是该条约所保护的投资者。但是，该定义并未排除返程投资的条约选购情形，例如新加坡投资者可以通过在日本设立中间公司并由该中间公司对新加坡进行投资，从而寻求该条约对投资的保护。因此，为了同时限制转投资和返程投资的条约选购，缔约国可以在“投资者”的定义中明确，法人投资者是指在一缔约国成立且在该国开展实质性商业活动的公司，但是由非缔约国或东道国国民拥有或控制的公司除外。

但是，实践中缔约国是否采纳上述控制标准或者其它联系标准以限制条约选购，取决于缔约国之间的利益平衡和政策取向。发展中国家迫于吸引外资的压力不得不接受对投资和投资者的宽泛界定，而部分发达国家则希望通过宽泛的投资者定义来保护跨境投资的本国投资者以及增强本国对条约选购者的吸引力。例如，荷兰在其对外签订的 96 项投资条约中，多数对投资者国籍采纳注册地标准，而且将在非缔约国成立但由缔约国国民控制的实体也纳入到投资者范围之内。荷兰作为投资者寻求投资保护的“条约天堂”，其作用在近年来的投资仲裁案件中得到了体现。根据学者的统计，在现有的 ICSID 仲裁案件中，荷兰投资者提起的仲裁案件约占 10%，而这些投资者当中多数都是所谓的“邮包公司”，其最终控制者或者母公司并不在荷兰，而且其在荷兰并没有实质性经济活动甚至没有任何雇员。〔997〕

（二）订入拒绝授惠条款

拒绝授惠条款是限制条约选购较为常见的模式。拒绝授惠是指在特定条件下缔约一方保留拒绝给予另一缔约方投资者在投资条约项下一部或全部利益的权利。〔998〕拒绝授惠的对象主要包括非缔约国投资者以及东道国投资者两类，即分别针对转投资的条约选购者和返程投资的条约选购者。拒绝授惠条款与限制投资者定义虽然在限制条约选购的效果上相似，但是各自的政策基础并不相同。对投资者定义的限制从源头上将条约选购者从“投资者”的范围中予以排除，而拒绝授惠条款的前提是认可条约选购者在投资条约下的“投资者”地位，但缔约国同时保留拒绝给予其条约保护的权利。因此，拒绝授惠条款的内在政策逻辑可以作出如下归纳：投资者可以选购条约，而同时国家也有权对条约选购者拒绝予以条约保护。〔999〕

NAFTA、ECT、ACIA 以及美国、加拿大、新加坡、日本、中国〔1000〕等国家签订的部分 BIT 或双边 FTA 含有拒绝授惠条款。但是不同投资条约对于拒绝授惠条款的适用对象、适用条件以及适用程序的规定并不完全相同。在适用对象上，NAFTA 等部分条约同时将转投资和返程投资纳入到拒绝授惠的范围之内，而 ECT、中国与墨西哥 BIT 等部分条约仅规定了针对转投资的拒绝授惠。在适用条件上，多数条约一般要求东道国拒绝授惠需要同时满足两个条件，即该投资者在另一缔约国未从事实质性商业活动以及该投资者由非缔约国国民或者东道国国民控制，〔1001〕其中部分条约对于实质性商业活动和控制也作出了定义。在适用程序上，NAFTA、中国与墨西哥 BIT 等条约要求东道国拒绝授惠须“经事先通知及磋商”或“经缔约双方共同磋商”，而 ECT、美国与新加坡 FTA 等条约未对此作出要求。

但是，在仲裁实践中仲裁庭对拒绝授惠条款的适用作出了严格解释，东道国援引该条款主张对条约选购者拒绝授惠极少为仲裁庭接受。在 Plama v. Bulgaria 案中，东道国主张 ECT

〔997〕 See Roos van Os & Roeline Knottnerus, *Dutch Bilateral Investment Treaties: A gateway to “treaty shopping” for investment protection by multinational companies*, Amsterdam, SOMO, 2011, pp. 28-29.

〔998〕 参见漆彤：“论国际投资协定中的利益拒绝条款”，《政治与法律》2012年第9期。

〔999〕 See Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung & Claire Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, p. 11.

〔1000〕 包括中国与墨西哥BIT、中国与乌兹别克斯坦BIT、中国与加拿大BIT、中国与东盟投资协定、中国与新西兰FTA、中国与秘鲁FTA、中国与智利FTA等。

〔1001〕 UNCTAD, *Supra* note 7, at 93-94.

第 17 条授予缔约国直接和无条件的拒绝授惠的权利，而仲裁庭则认为权利的存在与权利的行使不同，ECT 第 17 条下缔约国拒绝授惠的权利需要通过向投资者事先通知或者其它形式的宣告予以行使，尽管该条并未明文要求东道国在拒绝授惠之前须作出通知。而且，东道国就拒绝授惠作出的通知或者宣告不具有溯及力，其只能针对在通知日之后作出的投资。[1002] 仲裁庭的这一解释将极大地限制拒绝授惠条款的实际作用，[1003] 甚至使该条款变得毫无意义。[1004] 在 AMTO v. Ukraine 案中，东道国同样援引 ECT 第 17 条主张对 AMTO 拒绝授惠。而仲裁庭认为 ECT 涵盖的投资者包括两类，一类是不得否定其权利的投资者，另一类是可以否定其权利的投资者。当东道国援引 ECT 第 17 条对可以否定其权利的投资者拒绝授惠时，其须承担证明该投资者存在可以拒绝授惠情形的举证责任。而 AMTO 在 ECT 成员国拉脱维亚实际开展了商业活动且雇佣了少量员工，因此认定东道国未能证明 AMTO 存在可以拒绝授惠的情形。[1005] 东道国的举证责任在 Generation Ukraine v. Ukraine 案中也得到了确认。在该案中，东道国援引美国与乌克兰 BIT 第 1 条第 2 款主张对申请人拒绝授惠，而仲裁庭认为东道国未能证明申请人由第三国国民控制。[1006] 同样，在 Yukos v. Russia 案中，仲裁庭认为 ECT 第 17 条拒绝的利益范围仅限于 ECT 第三部分的实体权利，而不包括第五部分的争端解决机制，因此东道国是否援引该条主张拒绝授惠并不影响仲裁庭对案件的管辖。而且，仲裁庭对于以往裁决关于通知要求、拒绝授惠通知的无溯及力等解释立场也表示认可。[1007]

可见，拒绝授惠条款在仲裁实践中的运用受到了较大的限制，国家能否依据现有的拒绝授惠条款有效限制条约选购仍然存有疑问。尽管有学者对仲裁庭的限制性解释能否反映缔约国的真实意图表示怀疑，[1008] 但这并不能阻止仲裁庭按照自身的理解对拒绝授惠条款进行限制解释。为了防止仲裁庭的限制解释，缔约国有必要在条约中使用清晰的用语以明确拒绝授惠条款的适用对象、条件和程序。具体的调整措施可包括：第一，避免使用“保留拒绝的权利”或“有权拒绝”的表述，而是使用“应予拒绝”（shall be denied）等具有直接或自动适用效果的表述；第二，将拒绝授惠的适用对象明确包括转投资和返程投资，例如，由中国商务部起草的 2010 年《中国双边投资保护协定范本》（草案）第 10 条第 1 款和第 2 款分别对第三国转投资和返程投资作出了拒绝授惠的规定；[1009] 第三，明确实质性商业活动以及控制的含义；第四，在拒绝授惠条款中或者在概括性的宣告中事先明确将对条约选购者拒绝授惠，以应对上述仲裁裁决对东道国作出的程序性要求；第五，在拒绝授惠条款中明确东道国可在任何时间对条约选购者拒绝授惠，例如根据中国与加拿大 BIT 第 16 条的规定，缔约国可“在任何时间”对转投资的投资者和返程投资的投资者拒绝授惠，且任何时间包括在投资仲裁程

〔1002〕 *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, paras. 155-165.

〔1003〕 UNCTAD, *Supra* note 7, at 98.

〔1004〕 Michael Waibel *et al.*, *Supra* note 47, at 26.

〔1005〕 *Limited Liability Company AMTO v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Award, paras. 61-69.

〔1006〕 *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, paras. 15.7-15.9.

〔1007〕 *Yukos Universal Ltd.(Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 441-443, 456-459.

〔1008〕 A. C. Sinclair, *Supra* note 3, at 385.

〔1009〕 根据《中国双边投资保护协定范本》（草案）第10条第1款的规定，如果缔约另一方的企业是由非缔约方的国民或企业拥有或控制且该企业在另一方境内为从事实质性商业经营，则缔约一方可拒绝给予该企业以本协定项下的利益。而根据该范本第10条第2款的规定，如果一项投资是由缔约一方的国民或企业拥有或控制的企业在该缔约一方进行，且该企业在缔约另一方境内未从事实质性商业经营，缔约一方可拒绝给予该企业享有缔约另一方的企业及其投资以本协定项下的利益。有关该条文的内容和评论，可参见温先涛：“《中国投资保护协定范本（草案）》论稿（二）”，《国际经济法学刊》2012年第1期。

序被提起之后。[1010]

（三）嗣后联合解释以拘束仲裁庭

投资条约在签订时可能对于特定概念、条约用语有意或者无意地不予以定义或者进行宽泛的界定，而定义的不存在或者模棱两可容易导致实践中适用的分歧。因此，缔约国之间如果通过嗣后的联合解释对特定概念、条约用语予以界定，将可以避免实践中的分歧。

缔约国之间嗣后的联合解释对于仲裁庭具有拘束力。《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款即规定，“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”应与上下文一并考虑予以解释。因此，仲裁庭在对投资条约进行解释时，须将缔约国之间关于条约解释的协定与条约上下文一并考虑进行解释。部分投资条约对缔约国联合解释的效力也予以了确认，例如根据 NAFTA 第 1131 条第 2 款的规定，由缔约国组成的贸易委员会对该条约条款作出的解释对仲裁庭具有拘束力。

但是，由于缔约国之间的利益协调、政策考量甚至是准备不足，投资条约的缔结不可避免地伴随着一些未经定义的概念或者模糊宽泛的用语。对于这些概念、用语，缔约国之间可能始终存在不同的理解，因此作出联合解释的可能性并不高。

（四）修改或取消投资者与国家间争端仲裁条款

对于选购条约的投资者而言，援引一项有利的投资条约对东道国提起投资仲裁程序是其选购条约的主要动力。投资者可以选购投资条约的直接原因是多数投资条约对投资者的宽泛界定、拒绝授惠条款的不存在或在规定上的模棱两可，但根本原因在于多数投资条约中纳入了投资者与国家间争端仲裁条款。缔约国通过该投资仲裁条款，同意投资者就其与东道国间的争端提起投资仲裁程序。

因此，为了应对条约选购现象，最为彻底的方法是在投资条约中限制或取消投资者与国家间争端仲裁程序。现有投资条约在投资仲裁条款中“同意”提交投资仲裁程序主要包括“概括同意”、“有限同意”和“逐案协商”三种类型。在“概括同意”模式下，投资者可就“任何投资争端”寻求投资仲裁。在“有限同意”模式下，投资者可就东道国同意仲裁的特定投资争端提交仲裁，例如，我国早期的 BIT 多规定投资者仅可就征收补偿数额争端提交投资仲裁。而在“逐案协商”模式下，投资者须与东道国就特定争端进行协商同意才可提交投资仲裁，这种模式在现代投资条约中较为少见。因此，采用“有限同意”模式可以限制投资者提起投资仲裁程序的范围，而采用“逐案同意”模式或者不纳入投资仲裁条款则赋予了东道国就具体投资争端是否同意提交投资仲裁程序的决定权。

在投资条约中不纳入投资仲裁条款已开始成为一些国家的缔约政策。例如，澳大利亚政府于 2011 年 4 月在其贸易政策报告中明确表示，在之后的投资条约谈判中将不再纳入投资者与国家间的争端解决条款。[1011] 该政府在其报告中承认此前与发展中国家签订的投资条约纳入投资争端解决条款主要出于保护本国商业的考虑，但考虑到该条款赋予外国投资者相比国内投资者更多的法律权利以及该条款对东道国在经济、社会、环境、健康等方面权力的限制，该政府将不再支持纳入该条款。澳大利亚政府的这一政策立场将有效限制澳大利亚 BIT 对条约选购者的吸引力，因为投资条约中如果没有了投资仲裁条款，那么投资者将失去了可以在国际层面对抗东道国的“牙齿”。

但是，修改或取消投资者与国家间争端仲裁条款应是缔约国的最后选择。尽管这一方案可以有效限制条约选购现象，但同时也可能降低投资条约对本国投资者的保护力度和对外国

〔1010〕 中国与加拿大BIT于2012年9月9日签订，并于2014年10月1日生效。BIT全文参见加拿大外交与国际贸易部官方网站：http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-text-chine.aspx?lang=en&view=d，2015年4月25日访问。

〔1011〕 报告全文参见澳大利亚外交与贸易部官方网站：http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.pdf, 2015年4月25日访问。

投资者的吸引力。投资者与东道国间仲裁程序作为投资者保护的重要内容，是东道国吸引外国投资、避免投资者母国滥用外交保护也是资本输出国保护其对外投资的法律保障。一旦投资仲裁程序受到限制或取消，外国投资者对东道国的投资决策可能更为顾虑，而且当投资争端发生时，东道国还可能面临来自外国政府的强势外交保护。因此，在考虑是否限制或取消投资仲裁条款时，缔约国必须对本国的资本输入、输出利益进行谨慎权衡，并且充分考量外交保护在解决投资争端上的可操作性及相应风险。

值得注意的是，在双边互惠主导的投资条约体制下，缔约国事实上难以彻底消除投资者的条约选购行为。限制条约选购的理想途径是缔结一项广泛参与的多边投资条约，但时至今日，国际投资保护仍以双边条约为主，历次多边投资条约谈判的努力均以失败告终。而在数量众多的双边投资条约网络下，一项限制条约选购行为的双边投资条约仅在其双边缔约国之间有效，而并不能改变其它双边投资条约可能被投资者“选购”的事实。只有当所有双边投资条约都同样限制条约选购行为时才可能在任意两国间实现对条约选购的限制效果。而且，对条约选购行为的限制也由于举证困难而难以取得理想成效。实践中，由于公司间控制关系的隐蔽性，某缔约国的注册公司是否受到第三国或者东道国投资者的控制往往难以获取充分的证据。因此，在投资者未主动披露其实际控制者的信息时，缔约国事实上难以彻底杜绝投资者的条约选购行为。

五、结语：“条约选购”问题的务实立场

投资者为追求投资保护最大化而通过构造第三国中间公司的国籍来“选购”其认为有利和合适的投资条约，这在当前的国际投资实践中已是较为普遍的现象。而国际法中并不存在规制条约选购行为的一般性国际法规则。中间公司只要在形式上符合投资条约的国籍要求，即为投资条约所保护的投资者。

因此，缔约国如果希望对条约选购予以限制，就必须在条约的文本中明确地予以体现。而是否限制以及采取何种模式进行限制则要视缔约国之间的政策考量与利益权衡而定，而且针对不同的缔约相对国也完全可能采取不同的模式。一国在对外签订投资条约时需要综合评估投资条约对外资的吸引力、对本国投资者的保护、对条约选购者的限制、对促进本国经济发展的作用以及对本国政策空间的可能限制等。在当前仍然以大力吸引外资和推动对外投资为主导的政策背景下，东道国对投资者选购投资条约的现象更倾向于有限度地容忍。

中国在其签订的投资条约中，多数规定法人投资者具有注册地国国籍，而未对其作出其它的国籍联系要求或者纳入拒绝授惠条款，因此留给投资者进行条约选购的空间非常大。根据商务部的统计，在中国吸引外商直接投资中，有相当的部分是其他国家或地区通过英属维尔京群岛、开曼群岛、萨摩亚、毛里求斯等自由港进行的对华投资。〔1012〕而在中国对外直接投资中，多数流向中国香港、英属维尔京群岛、开曼群岛。〔1013〕对于中国政府而言其面临着第三国投资者通过上述自由港选购投资条约的风险，而对于中国投资者而言则意味着可以通过上述自由港的离岸优势寻求更为有利的投资条约的保护。因此，对于不同的缔约相对国是否有必要限制条约选购以及如何限制条约选购并不能得出一刀切的结论。

投资者的条约选购无可厚非，但控制条约选购对本国的不利影响至关重要。缔约国有必要在投资条约中明确是否允许以及允许哪些条约选购行为以维护本国及本国投资者利益。尽管目前中国仅有两例被诉案件，〔1014〕而中国投资者对外国提起的四起投资仲裁案件也并无涉

〔1012〕 参见商务部外商投资统计专栏：http://www.fdi.gov.cn，2015年4月25日访问。

〔1013〕 参见2013年度中国对外直接投资统计公报：http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI/wztj/jwtztj/default.htm，2015年4月25日访问。

〔1014〕 *Ekran Berhad v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/11/15, suspended pursuant to the parties' agreement on 22 July 2011 and discontinued pursuant to ICSID Arbitration Rule 43(1) on 16 May 2013; *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25, pending as of April 2015.

及条约选购问题。〔1015〕但是随着中国吸引外资和对外投资的迅猛发展，中国被外国投资者起诉或中国投资者起诉外国政府“只是个时间的问题”。〔1016〕中国有必要对其对外签订且已生效的104项BIT〔1017〕以及5项已生效的含有投资章节的FTA〔1018〕进行评估，并考察投资者在这些条约下可进行条约选购的潜在空间以及对中国的不利影响，如有必要可积极寻求修改或终止某条约。同时，对于尚未生效或正在谈判中的BIT与FTA，进行事前的条约评估也尤为重要，通过系统的指标评估，可以将投资条约中的权利义务以及条约选购的潜在风险转化为效益和成本，进而作出相应的预案。〔1019〕

以投资仲裁条款为例，在中国已生效的104项BIT中有69项仅允许投资者将“与征收补偿额有关的争议”提交国际仲裁，〔1020〕有3项并未赋予投资者以国际仲裁请求权，〔1021〕仅有32项允许投资者将“任何投资争端”提交国际仲裁。〔1022〕此外，中国与东盟投资协定、中国与巴基斯坦FTA等7项FTA也允许投资者将“任何投资争端”提交国际仲裁。其中，限制投资者仲裁请求争端范围的条款被称为限制性仲裁条款。相比限制性仲裁条款，宽泛性仲裁条款对于投资者保护无疑更为有利。因此，含有限制性仲裁条款的缔约国投资者为了扩大可仲裁的争端范围，可以通过在第三国成立空壳公司以选购该第三国条约中的宽泛性仲裁条款。例如，英国投资者如直接对中国进行投资则只能依据英国与中国BIT将“与征收补偿额有关的争议”提交国际仲裁，而如果英国投资者通过在荷兰注册的空壳公司间接对中国进行投资，则其可依据荷兰与中国BIT将“任何投资争端”提交国际仲裁。同样，对于中国投资者而言，在对投资条约中包含限制性仲裁条款的国家进行投资时，也可尽量通过第三国进行转投资以选购更为有利的投资条约。可以选择的“第三国”包括荷兰、德国等有着广泛的投资条约网络的国家，这些国家因其投资条约的数量众多以及高标准保护而被称为“条

〔1015〕 *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29, pending as of April 2015; *China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial, and Beijing Shougang Mining Investment v. Republic of Mongolia, UNCITRAL Case,* pending as of April 2015*; Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Award, 7 July 2011; *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, pending as of April 2015.

〔1016〕 See Zhuang-Hui Wu, “International Arbitration for Chinese-Foreign Disputes: Emerging Choices in 2012”, 41 *International Law News*, 1 (2012).

〔1017〕 数据来源于作者的整理。参见中国商务部条约与法律司官方网站中的BIT列表：http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml，以及UNCTAD的国际投资条约数据库：http://unctad.org/Sections/dite_pcbb/docs/bits_china.pdf。此外，2014年5月17日生效的中国、日本与韩国三方投资协定作为广义的BIT也在本文的统计范围之内。

〔1018〕 包括中国与东盟投资协定、中国与巴基斯坦FTA、中国与新西兰FTA、中国与秘鲁FTA以及中国与智利FTA。此外，中国与冰岛FTA、中国与瑞士FTA已生效，但是投资章节无实质性规定。中国与新加坡FTA规定在投资义务方面适用中国与东盟投资协定。中国与哥斯达黎加FTA在投资义务方面确认双方在中国与哥斯达黎加BIT中的义务，但该BIT尚未生效。参见商务部自由贸易区服务网专栏：http://fta.mofcom.gov.cn/fta_qianshu.shtml，2015年4月25日访问。

〔1019〕 参见车丕照：“认真对待条约——写在中国‘入世’10周年之际”，《国际经济法学刊》2011年第2期。

〔1020〕 在这69项已生效的BIT中，缔约另一方分别为：挪威、意大利、丹麦、奥地利、英国、波兰、保加利亚、匈牙利、斯洛伐克、希腊、乌克兰、摩尔多瓦、白俄罗斯、阿尔巴尼亚、克罗地亚、爱沙尼亚、斯洛文尼亚、立陶宛、冰岛、塞尔维亚、马其顿、新加坡、科威特、斯里兰卡、日本、马来西亚、巴基斯坦、孟加拉国、土耳其、蒙古、吉尔吉斯斯坦、亚美尼亚、菲律宾、哈萨克斯坦、越南、老挝、塔吉克斯坦、格鲁吉亚、阿联酋、阿塞拜疆、印度尼西亚、阿曼、以色列、沙特阿拉伯、黎巴嫩、柬埔寨、叙利亚、也门、卡塔尔、巴林、澳大利亚、新西兰、巴布新几内亚、加纳、埃及、摩洛哥、毛里求斯、津巴布韦、加蓬、苏丹、佛得角、埃塞俄比亚、玻利维亚、阿根廷、乌拉圭、厄瓜多尔、智利、秘鲁以及牙买加。

〔1021〕 包括中国与泰国BIT、中国与罗马尼亚BIT以及中国与土库曼斯坦BIT。

〔1022〕 在这32项已生效的BIT中，缔约另一方分别为：德国、瑞典、法国、比利时与卢森堡、芬兰、荷兰、瑞士、俄罗斯、葡萄牙、西班牙、马耳他、塞浦路斯、乌兹别克斯坦、韩国、日本与韩国、朝鲜、伊朗、缅甸、印度、南非、马达加斯加、赤道几内亚、坦桑尼亚、突尼斯、马里、古巴、巴巴多斯、特林尼与多巴哥、圭亚那、墨西哥、哥伦比亚以及加拿大。

约天堂”。

此外，香港也是中国大陆投资者在对外投资时可充分利用的一个投资保护平台。香港作为高度自治的特别行政区，与英国、日本、澳大利亚等多个国家共签订了 15 项双边投资协定。〔1023〕这些双边投资协定不仅包含高标准的实体保护规则，而且允许投资者将任何投资争端提交国际仲裁。〔1024〕例如，总部位于美国的烟草巨头 Morris 公司即曾通过其设在香港的子公司，依据香港与澳大利亚 BIT 向澳大利亚提起投资仲裁，主张澳大利亚政府对烟草包装的管制措施侵犯了其投资权益。〔1025〕由于英国、日本、澳大利亚等国与中国的双边投资条约中仅允许投资者就“征收补偿额争端”提交仲裁，因此中国大陆投资者如通过香港的控股公司对上述国家进行投资，则可寻求香港与上述国家间双边投资协定更为宽泛的保护。

值得注意的是，中国商务部于 2015 年 1 月 19 日对外公布《中华人民共和国外国投资法》（草案征求意见稿）。对于“外国投资者”，该征求意见稿在依据注册地标准对外国投资者予以定义的同时，引入了“实际控制”的标准。一方面，受外国投资者控制的境内企业，视同外国投资者；另一方面，外国投资者受中国投资者控制的，其在中国境内从事限制目录范围内的投资，在申请准入许可时，可视作中国投资者的投资。与此同时，该征求意见稿对于“控制”进行了较为明确的界定，并且要求外国投资者就其实际控制人情况履行报告义务。这一安排将有助于中国政府及时、全面地掌握可能存在的返程投资、转程投资情况。但是，该征求意见稿无意于限制或禁止返程投资、转程投资进行。恰恰相反，关于实际控制人情况的报告义务规定是以返程投资、转程投资的存在为前提的。外国投资者受中国投资者控制的，在获得准入许可后，仍可视作外国投资者的投资。而且，征求意见稿也没有否定转程投资的外资属性。因此，返程投资、转程投资是否受到一项国际投资条约的保护，仍将取决于该条约对“投资者”和“投资”的定义。

〔1023〕缔约另一方分别为：澳大利亚、奥地利、比利时与卢森堡、丹麦、法国、德国、意大利、日本、韩国、荷兰、新西兰、瑞典、瑞士、泰国、英国。参见香港特区官方网站“促进和保护投资协定列表”，http://www.legislation.gov.hk/ctable2ti.htm，2015年4月25日访问。

〔1024〕例如，香港与日本BIT第9条第2款规定：缔约一方的投资者与缔约另一方之间有关前者在后者地区内投资的争端如未能解决，可在提出要求的书面通知六个月后，按照争议双方同意的程序解决。如在该六个月内没有就此种程序达成协议，在有关投资者的要求下，应依照当时有效的联合国国际贸易法委员会仲裁规则，将争端提交仲裁。

〔1025〕之所以由香港子公司而非美国籍母公司提起仲裁，是因为美国-澳大利亚 FTA 中并未授权投资者就投资争端提起仲裁请求，而香港-澳大利亚 BIT 则包含投资仲裁条款。该案引发了澳大利亚国内社会对投资条约可能过分限制公共健康利益的担忧，这也成为澳大利亚政府调整其对投资仲裁条款的政策立场的导火索。案件进展参见 *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, pending as of April 2015。

国际投资争端解决制度的最新发展及其对中国的启示

——结合 CETA 文本分析

王永正[1026]

摘 要

近 3 年来，国际投资争端解决领域蓬勃发展，渐成国际经济法热门议题。由 ISDS 机制所引发的大量投资仲裁案件对国家主权形成了挑战。ICSID 中心裁决不一致、程序缺乏透明度以及仲裁员公正独立性被质疑也受到越来越多的关注及批评，国际投资争端解决制度改革迫在眉睫。《欧盟-加拿大全面经济与贸易协定》于 2014 年 9 月 26 日公布，该协议是目前国际上最新一代的综合性区域自贸协定，它无论在覆盖经济总量、涉及国家数目还是争端解决规则上都是极为领先的。由于早于 TTIP、TPP 生效，CETA 争端解决机制所确立的新规则、新标准将对目前国际投资争端解决领域的争议热点作出调整，并对 TTIP、TPP 的议定产生示范作用。本文主要结合了 CETA 文本，对该协议的争端解决制度如何限制 ISDS 机制、提升 ADR 作用、增强国际投资仲裁透明度、约束仲裁员行为等问题作出了较为详细的阐述。此外，作者结合 UNCTAD 数据，就 CETA 规则对中国的启示进行了总结。

关键词：国际投资、争端解决、ISDS、ICSID、CETA

时间行至 2015 年，全球经济业已从 08 年金融危机的重创中缓慢复苏过来，而各国政府也在逐步恢复本国经济的过程中反思着过度放任资本自由化倾向所带来的教训。同时，发展中国家在法律制度、经济制度上越来越向国际化标准靠拢，尤其像中国这样的发展中国家，愈发明显地身兼资本输入国及资本输出国的双重身份，并开始更多地影响到国际投资法领域的规则制定。但是，现有的国际投资争端解决制度囿于其成型时的时代需要，对晚近几年迅速变化的国际投资争端领域未能起到良好的化解作用，本文将在系统厘清晚近 3 年（2012~2015）国际投资争端解决制度所出现的一系列问题的基础上，以《欧加全面经贸协定》（EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement,CETA）文本[1027]为参照，就目前国际投资法领域对这些问题进行的最新调整作出阐述，并结合上述问题及应对措施分析其对于我国的启示。

一、ISDS 机制引发广泛而激烈的争论

ISDS 是英文 Investor-State Dispute Settlement 的缩写，译作“投资者-国家争端解决机制”，国际上也有学者将其缩写为 ISDM，即 Investor-State Dispute Settlement Mechanism。若投资者母国（Home State）与东道国（Host State）订立

[1026] 王永正，男，汉族，1990 年生，河南濮阳人，广西师范大学法学院 2013 级国际经济法方向研究生。

[1027] 本文系作者向中国国际法学会 2015 年学术年会提交的会议论文，CETA 协议第 33 章争端解决机制的中文译稿将作为本文的附件一并提交给会务组。

的 IIA，BIT，RTA 等各式双边、多边投资协定中同意以 ISDS 机制解决因投资产生的争端，那么投资者就可以据此绕开东道国国内司法解决途径，以其个体身份，直接将投资争端提交给一个具有管辖权的国际仲裁机构进行裁决。在绝大多数情况下，这个仲裁机构为世界银行（World Bank）下属的 ICSID（解决投资争端国际中心），其余具有相似职能的机构还有伦敦国际仲裁院、国际商事仲裁院、香港国际仲裁中心等。ISDS 机制设立之初的目的是为了给投资者和东道国之间提供一个非政治性的争端解决方式，在该机制出现之前，国际投资争端主要依赖外交途径（diplomatic protection）解决，实践中不但不利于维护投资者的利益，反而容易给东道国和投资者母国之间的外交关系增添不稳定因素。国际间资本的流动长时期内保持从发达国家向发展中国家输出的流向，但由于发展中国家的法律制度不健全及政治不稳定因素的影响，投资者很难通过东道国国内司法途径维护其合法利益。ISDS 机制的出现就是为了在这样的局面下为投资者提供具有国际标准的投资保护，帮助投资者有效地维护自身权益。

但时过境迁，由于国际间资本流速的加剧及资本流向的逐渐双向化，越来越多的投资争端被提交仲裁。长期以来被视为发达国家借以维护其海外资本利益的 ISDS 机制亦开始反噬其自身，不仅仅发展中国家更加频繁地成为国际投资仲裁中的被告，欧美发达国家于近年来也屡屡因 ISDS 机制而蒙受损失。

单纯就提交的国际投资仲裁案件的总量上来看，根据 UNCTAD（联合国贸发会议）公布的统计数字显示，在 2001~2011 这 10 年间，借由 ISDS 机制而提起的国际投资仲裁案件就已经翻了 4 倍之多，而 2012 年的受理案件数目更是达到了历史峰值。仅 2012 年一年，就有 58 起新的国际投资争端被提交仲裁[1028]，这一年，已知的由 ISDS 机制所触发的投资仲裁案件总数更是达到了 514 起之多，这一数字是 2002 年水平的 5 倍以上[1029]。国际投资仲裁在经济成本、司法资源成本上都远高于其它 ADR 机制（磋商、调解、调停、斡旋等）与普通的国内司法解决途径，且不论裁决的最终结果，单就组建专家组、支付仲裁程序费用一项而言，如此数目的投资仲裁案件累积在一起即可以产生相当可观的仲裁费用。此外，以目前国际仲裁机构的处理能力而言，呈现指数曲线增长的投资仲裁案件极有可能导致国际仲裁机构超负荷运转，造成仲裁程序的延迟，更加不利于国际投资争端的解决。

从被诉国的经济发展水平来看，已经不再仅仅是发展中国家占据主要被诉份额，包括美国在内的发达国家被起诉的次数开始迅速增加，且发展中国家利用 ISDS 机制反制发达国家的态势在近年来有显著增长。数据显示，2014 年，在被起诉的次数最多的国家排行榜上，前 15 名中，捷克、加拿大、波兰、美国分别

[1028] 'In 2012,58 new cases were initiated,which constitutes the highest number of known treaty-based disputes ever filed in one year and confirms that foreign investors are increasingly resorting to investor-state arbitration.'Quoted from <Recent Developments In Investor-State Dispute Settlement(ISDS) Updated for the Multilateral Dialogue on Investment,28-29 May 2013>,UNCTAD IIA Issues Note,NO.1 May 2013.

[1029] See Figure 2.Known ISDS cases(cumulative, as of end 2012) of <Recent Developments In Investor-State Dispute Settlement(ISDS) Updated for the Multilateral Dialogue on Investment,28-29 May 2013>, UNCTAD IIA Issues Note,NO.1 May 2013.

占据第 3、5、10、11 位。在这一年中，共有 42 起借由 ISDS 机制提起的投资仲裁案件，其中 40%的案件是投资者用以对抗发达国家而呈递的，而此类对抗发达国家的案件在全部投资仲裁案件中的比例的历史平均值为 28%，增幅之大不可小视[1030]。但必须指出的是，在提起仲裁次数最多的国家排行榜上，欧美发达国家依然牢牢占据着绝对优势。2014 年，在提起仲裁次数最多的国家排行榜上，前 10 名全部为欧盟成员国及美国，其中，美国以单年提起近 130 起国际投资仲裁案件高居榜首，几乎是第 2 名波兰提起仲裁数量的 2 倍。将上述的两组数据对比一下，我们不难从这种互相将对方扔上被告席的频繁仲裁案件中嗅出一种政治对抗的味道。ISDS 机制设立的初衷原本是提供非政治化的纠纷解决机制，但如今愈发神似政治对抗在投资领域的延伸，这无论对于国际投资还是国际关系来说都是无益的。

至关重要的一点，ISDS 机制已经越来越严重地危及到东道国的主权，该机制对东道国公共利益（包括环境、健康卫生、金融管制等方面的决策权）已经形成了一定程度的妨碍。凭借 ISDS，投资者可以非常轻松地对一国政府制定的政策指手画脚、索取赔偿，这就必然导致东道国在制定符合本国利益的公共政策时畏首畏尾、瞻前顾后。例如，乌拉圭政府在发布了国内烟草管控新规之后，美国烟草巨头 Philip Morris 即向 ICSID 呈递了仲裁请求[1031]；德国政府在日本福岛核事故之后拟放弃核电，瑞典能源公司 Vattenfall 遂将德国政府诉至 ICSID[1032]；埃及政府提升国内最低工资水准，法国公司 Veolia Proprete 当即向 ICSID 提起仲裁请求[1033]。从东道国的公共利益角度出发，上述国家政府所采取的举措符合其国民的根本利益，跨国公司要求的“超国民待遇”从根本上与国际经济法的国家经济主权原则相悖。

二、ICSID 仲裁规则亟待改进完善

前文已经提到，ICSID 仲裁中心是目前主要用以处理国际投资争议的国际机构，该机构根据 1965 签订的《华盛顿公约》而设立，迄今已有近 50 年历史。在 ISDS 机制饱受诟病的时期，ICSID 作为主要受理因 ISDS 机制触发的仲裁案件的机构亦未能幸免，对该中心的批评声音主要集中在 3 个方面：1、同类案件裁决不一致，又欠缺必要的上诉机制来明确裁决的指导方向；2、仲裁程序欠缺透明度；3、仲裁员的独立性和公正性受到质疑，仲裁员的选任及撤换程序缺乏实践性。

国际投资法的体系相对而言是比较庞杂、零散的，其中有极大比例的双边投资条约（BIT），一定比例的区域贸易协定（RTA），多边的、统一的国际投资条

[1030] 'Investor continue to use the investor-state dispute settlement(ISDS)mechanism.In 2014,claimants initiated 42 known treaty-based ISDS cases.With 40 percent of new cases initiated against developed countries,the relative share of cases against developed countries has been on the rise(compared to the historical average of 28 percent).'Quoted from <Recent Trends in IIAs and ISDS>,UNCTAD IIA Issues Note,NO.1 February 2015.
[1031] ICSID Case No.ARB/10/7
[1032] ICSID Case No.ARB/09/6
[1033] ICSID Case No.ARB/12/15

约则较少。众多的 BIT、RTA、IIA 协议对于投资待遇等各类事项均有不同的规定，这些不同的规定缠杂在一起，产生冲突和争端是必然的，即所谓的“意大利面碗”效应。而《华盛顿公约》并未对国际投资仲裁中投资待遇、征收认定标准等问题作出明确规定，只是在遵循意思自治原则的基础上，将选择权更多地下放到了双边投资条约上。在法律适用问题上，可供争议双方选择的准据法范围极广，只要双方达成合意，他们可以从 BIT、国内法、第三国国内法、尚未生效的国际条约、业已废除的国际条约或国内法中任意挑选。对仲裁庭而言，这无疑给仲裁员的工作带来了不便，法律查明、适用、解释等方面出错的几率大幅上升，出现对同类案件裁决不一致的情况也就不足为奇了。例如，在 SGS 公司诉巴基斯坦案[1034]及 SGS 公司诉菲律宾案[1035]中，ICSID 仲裁庭因为对“保护伞条款”界定范围作出了不同解释，导致这两个相类似的案件得到了截然不同的裁决。裁决不一致所带来的直接影响就是削弱了 ICSID 裁决对国际投资的指引性，原本由 ISDS 机制启动的仲裁案件已经逐日飙升，而 ICSID 裁决的不一致性更使得投资者在提起仲裁时抱有机会主义心态，进一步刺激了仲裁案件数量的增长。

此外，由于国际投资仲裁脱胎于商事仲裁，保留了商事仲裁秘密进行的特点，涉及案件的信息、文件、程序都在完全排除第三方参与的情况下开展，其公正性容易受到质疑，尤其在目前缺乏有效上诉机制的情况下，对于国际投资仲裁暗箱操作的指责批评声音更是日渐高涨。ISDS 机制越发触及到东道国的公共利益，从利益涉及面来讲，已经正式覆盖到东道国国民，因此，公众对于切身相关的问题理应享有知情权，而事实则恰恰与之相反。国际上越来越多的声音将与 ISDS 机制密切挂钩的 ICSID 中心称为“秘密仲裁机制”或“秘密仲裁法庭”，在欧盟成员国 2014 年多次、多地爆发的反对 ISDS 机制的游行集会上，有人将“投资者-国家仲裁”条款比作打入东道国内部、挑战经济主权的“特洛伊木马”，这一比喻形象地影射出国际投资仲裁在程序上透明度不够的问题。

深度加强国际投资仲裁不公正形象的另一大原因，就是 ICSID 中心仲裁员选任及撤换的制度问题。实践中，投资者或东道国频繁任命特定仲裁员参与投资仲裁案件的情况常有发生，就仲裁员自身而言，这只会增长其因参与仲裁工作而获得的报酬，且有可能培养出仲裁员的倾向性。长期以来，ICSID 中心对于涉案争议双方提出的对于特定仲裁员的撤换请求均未以支持，严格贯彻撤换仲裁员“必须要有确凿证据，举证责任至关重要，要求提出撤换申请一方必须掌握事实，且保证事实显而易见、极有可能发生，而不仅仅是可能发生[1036]”这一苛刻的标准，直到 2014 年 9 月在 Caratube 国际石油公司（美国）诉哈萨克斯坦案[1037]中，这一现象才被纠正，而这也是 ICSID 中心自成立以来，历史上首次产生仲裁员对其他同案仲裁员的撤换予以支持的案例。

[1034] ICSID Case No.ARB/01/13
[1035] ICSID Case No.ARB/02/6
[1036] Quoted from <Caratube v. Kazakhstan:For the First Time Two ICSID Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator>,Chiara Giorgetti,*The American Society of International Law*,September 29,2014,Volume:18,Issue:22.
[1037] ICSID Case No.ARB/08/12

总而言之，由于 ISDS 机制的挑衅及 ICSID 仲裁规则的漏洞，发达国家、发展中国家对于目前的国际投资争端解决制度均表达了不同程度地不满。持较为激烈反对意见的国家，例如厄瓜多尔、委内瑞拉、玻利维亚[1038]等南美洲国家重申“卡尔沃主义”，强烈要求捍卫国家主权，已相继退出《华盛顿公约》，表示不再接受 ICSID 中心管辖。持乐观改良意见的欧盟及美国[1039]表示需要对目前国际投资争端解决制度做出必要的修改以保障金融危机后经济复苏的持续进行。《欧加全面经贸协定》作为最新一代、大范围、高水准的 RTA 协议，自然而然地承担起了这一历史使命，它的生效及争端解决机制的运作将为后续的 TPP、TTIP 协议做出示范。

三、CETA 对国际投资争端解决制度作出的调整

EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement，缩写为 CETA，中文译名全称为《欧盟-加拿大全面经济与贸易协定》，该协议滥觞于 2008 年 10 月欧盟与加拿大共同发布的联合报告《对欧盟与加拿大建立更紧密经济伙伴关系的成本及收益评估》。2009 年 5 月 6 日，欧盟与加拿大领导层在捷克首都布拉格举行峰会，正式开启 CETA 的磋商程序。2013 年 10 月 18 日，加拿大总理哈伯和欧盟主席巴罗佐就 CETA 文本的原则性条款举行了签约仪式。2014 年 8 月 1 日，双方完成最终谈判，9 月 25 日就 CETA 最终文本进行了签字，翌日将文本向公众公布，预计 2016 年内在欧盟及加拿大领域内正式生效。该协议被视作与 TTIP 规模相当的最新一代区域自贸协定，覆盖的领地面积之广、涉及的经济范围之宽、产生的效益之大都是之前的 RTA 协议所难以企及的。据有关机构预测，CETA 正式生效后，在欧盟加拿大两地辖区内，“将会产生数百万个优质就业岗位，且至少为欧洲每个家庭每年增加 600 欧元以上的收入[1040]”。

鉴于 TTIP 与 TPP 的谈判磋商议程已然滞后于 CETA，在此时刻隆重登场的 CETA 肩负起了对于现有的国际经济争端解决机制的修正任务，尤其是已经备受争议的国际投资争端解决领域。

首当其冲的是对于 ISDS 机制的限制。在 CETA 的磋商历程中，德国一度态度强硬，称如果不修改 ISDS 机制以维护国家利益，那么德国将不参与 CETA 协定，加拿大多省也发生了不同规模的游行抗议，要求修改或废除该项制度。UNCTAD 在 2013 年 6 月的<IIA Issues Note>中对改良 ISDS 机制提出了 5 点具体建议：1、提倡 ADR 方式解决争端；2、通过独立的 IIA 协定修正现有的 ISDS 机制；3、限制投资者利用 ISDS 机制；4、引入上诉机制；5、创设一个永久性的国际投资法庭。

CETA 在定制规则的过程中吸收了上述建议，目前，结合 CETA 文本来看，

1038 上述几国在近年来遭遇国际投资仲裁申请数量上居前 5 名。

1039 作者在前文已有论述，近年来提起投资仲裁申请的投资者母国多为欧盟成员国及美国。

1040 Quoted from<A Response to the European Commission's December 2013 Document"Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement(CETA)>conducted by IISD(International Institute for Sustainable Development).

对 ISDS 机制的限制大致可以分为程序性规则方面的限制和实体性规则方面的限制。

程序性规则方面，CETA 在第 14 条第 6 款“争端解决程序的启动”一项中明文规定磋商未能解决争议方可提交仲裁[1041]，即把磋商作为提起仲裁的强制前置程序，强调仲裁前进行全面深入沟通的重要性，重申“穷尽当地救济原则”。此外，CETA 第 14 条第 17 款[1042]、第 33 章《附则三：调解程序》[1043]中都有规定，表示若磋商未果，进入调解或者仲裁程序，在程序进行的任何时段内，双方达成合意了结争端，仲裁专家组或调解员可随时终结工作。可以看出，CETA 旨在通过最大限度的发挥 ADR 替代性纠纷解决机制的作用来抑制日渐飚增的仲裁案件并尽可能迅速地了结审理中的案件。另有，CETA 第 10 条第 29 款、30 款进一步从程序上过滤掉了投资者的滥诉行为，此两款条文授予被起诉的东道国在仲裁庭成立之后至第一次开庭之前的 30 天内，就起诉方“明显缺乏法律依据或必然无法得到法律支持”的申请提交书面抗议的权利，且起诉方不得对此种抗议再次提出反抗议。一旦抗议被受理，仲裁专家组将终止事实审查，对这份抗议上的意见进行审议，并迅速宣布裁决。这一规定显著地限制了投资者利用 ISDS 机制的机会，给予东道国在程序上免受骚扰的保护，能够有效地维护国家经济主权。

从实体性规则层面来看，CETA 弥补了《华盛顿公约》对投资、投资待遇、征收认定标准等一系列问题约定不明的疏漏。从“投资”的定义上来说，CETA 第 10 条第 3 款对覆盖投资（Covered Investment）做出了明确的定义，将其与普遍意义上的投资区别开来，并要求覆盖投资必须遵守缔约时“正在施行的法律”，这不仅有利于维护东道国对外国资本的管制权，更限制了专家组仲裁员在进行程序时过度的自由裁量。从“投资者”的认定方面而言，对于之前提及的“特洛伊木马”问题，CETA 通过实行准据法规定和实质经营活动的双重限制，对空壳公司（Shell Company）及邮箱公司（Mailbox）进行严格的过滤。就投资待遇而言，CETA 将之前惯常被区分开的“投资”及“投资者”的国民待遇合并规定为一项，统称国民待遇，规定缔约国一方政府给予投资及投资者[1044]的待遇应一视同仁，这

[1041] 本文作者译 CETA 第 14 条第 6 款：争端解决程序的启动

若第 14 条第 4 款所涵盖的事宜发生以下情形：自应诉方收到磋商请求之日起 45 日内未能解决；或第 14 条第 4 款第 4 项中的争议自应诉方收到磋商请求之日起 25 日内未能解决，除非争议方另有合意，否则，磋商请求一方可以将争议事项呈交争端解决专家组，并向应诉方发出书面通知。

在前文所述的“书面通知”中，起诉一方应对争议的事项进行识别定性并解释此事项构成对第 14 条第 2 款抵触的具体原因。

[1042] 本文作者译 CETA 第 14 条第 17 款：双方都同意的解决方案

争议双方可以于任何时间对此章范围内的争议达成和解，若达成和解，双方应将和解方案通知仲裁专家组及常设机构。以此类通知为标志，仲裁小组终结工作，争端解决程序完结。

[1043] 本文作者译 CETA 第 33 章《附则三：调解程序》第 4 条第 8 款：

当发生下列情形时，调解程序可以终结：

双方达成一致的和解协议，和解协议被采纳当日即可终结调解程序；

在与争议双方磋商之后，调解员发表书面声明表示继续进行调解工作没有任何意义；

在调解程序中争议一方进行了达成和解的努力，并考虑了调解员给出的建议和和解提议，之后发表了书面的声明。此种书面声明应于第 4 条第 5 款中所设定的时效区间执行完毕之后再予以发布；

在调解程序进行的任何时段内，争议双方达成了和解的合意。

[1044] 指本国投资者或母国为 CETA 成员国的投资者

其中包括给予本国投资者的各类优惠待遇。同时还明文规定,争端解决中的条款本身不能构成最惠国待遇的援引依据,即 CETA 成员方投资者不得以最惠国待遇为理由,要求在争端解决程序中以东道国与第三国订立的协议中较为有利的争端解决程序来完成仲裁。

从上述的程序性规则和实体性规则来看，CETA 的确贯彻了 UNCTAD 对于 ISDS 机制的修正建议，实际上，在 CETA 的第 10 章投资部分及第 33 章争端解决部分，对于 ISDS 机制的限制性规定还有很多，在征收补偿标准和负面清单的制定上都有突破性的发展，限于本文篇幅暂且不论，下面来看 CETA 对于 ICSID 仲裁规则的调整。

最显著的特点就是加强了对于仲裁员的监管,制定了详细而完备的仲裁员选任及撤换制度。从仲裁专家组的构成来看，CETA 规定由 3 人构成，投资者及东道国各指认 1 名仲裁员，CETA 常设性机构任命另外 1 名。值得注意的是，由 CETA 任命的仲裁员才可担任专家组主席，且不得具有争议双方任何一方国籍。此外，CETA 对仲裁员的职业技能进一步作出了要求，规定专家组成员“必须具备法律顾问的从业经验或担任争端解决程序中专家组成员的经验,且此类争端解决程序须是与本章涵盖范围内相关争端事项有关的争端解决程序”[1045]。从对仲裁员行为的监管及对不称职仲裁员的撤换角度来言，CETA 第 33 章争端解决机制专门拟定了一个文件《附则二：仲裁专家组成员行为指南及调解员的定义》，该文件对仲裁员在仲裁庭内外的利害关系、行为言论、信息披露及保密等方面都作出了严格的约束。在《附则一：程序规则及行为指南》中专设“仲裁员的更换”一节，规定任何违反《附则二》的仲裁员，可以被当事方提出撤换请求，若争议双方达成撤换合意，则另选人员，若无法达成合意，则提请专家组主席决议。若发生撤换主席的意见分歧，则提请其余两位仲裁员决议。这样就有效地纠正了 ICSID 长期以来仲裁员缺乏制衡制度的缺点，进一步确保了程序的公正性。

在提升仲裁透明度方面,除却进一步明确涉及公共利益的信息需要向公众开放以外，CETA 还支持了法庭之友制度在仲裁程序中的地位。在《附则一：程序规则及行为指南》的 44~47 条中，专门对法庭之友的陈述作出了规定，允许和仲裁案件有利害关系的第三方以书面形式向仲裁专家组呈递意见陈述,但专家组不必对法庭之友的陈述意见做出答复。

CETA 并没有建立统一的多边上诉机制，但是 CETA 设立了一个常设机构，

[1045] 本文作者译 CETA 第 14 条第 8 款：仲裁员名单

1. 在本协议生效后的首次会议上，CETA 常设机构应当制作一份至少包含 15 人的名单，这份名单上的人须具备客观、可靠以及公正裁决的品质，并愿意且有足够的能力担任仲裁员。这份名单应包含 3 份子名单：争议双方各制备 1 份名单以及 1 份仲裁小组主席候选名单，主席候选人不得为争议任何一方国民。每份子名单至少应包含 5 人。CETA 常设机构可随时对上述名单进行修改以确保名单符合本款的规定。

2. 仲裁员必须具备国际贸易法领域的专业知识。担任仲裁小组主席的仲裁员必须具备法律顾问的从业经验或担任争端解决程序中专家组成员的经验，且此类争端解决程序须是与本章涵盖范围内相关争端事项有关的争端解决程序。仲裁员应保持独立，以其自身意志及能力进行仲裁，不得接受任何政府或组织的指令，且不得在争议双方任何一方政府中担任职务。仲裁员在仲裁中应遵循本章附则《行为指南》中的规定。

其英文词汇为 institutional body，而有趣的是，CETA 甚至未对该词汇进行定义，只是表示会在之后的时间内补齐对于该词汇的定义。纵观 CETA 条文来看，这个 institutional body 实际上扮演了部分上诉机构的角色，仲裁专家组的成立及解散，仲裁员的撤换，仲裁裁决的执行，反报措施的程度认定及许可，规则的修正及补充等都需要通报这个机构，请示其意见，这为增加裁决的一致性多少作出了制度性的保障。

四、对中国的启示

虽然目前对于 ISDS 机制的批评声音极多，但冷静地从数据上进行观察，不难看出部分观点过于偏激，过分夸大了该机制对国家主权形成的干扰。从 UNCTAD 公布的饼状图数据来看，2013 年全年的投资仲裁案件中，支持国家的裁决占 43%，支持投资者的裁决占 31%[1046]；2014 年的数据显示，支持国家的裁决占 37%，支持投资者的裁决占 25%[1047]；而最终和解的案件比重则从 2013 年的 26%提升到 2014 年的 28%。这组数据表明 ISDS 机制对国家主权形成的挑战正在得到有效地遏制，对外资的管制权还是基本掌握在国家的手中的。因此对于 ISDS 机制存在的问题，我国大可不必采取像拉丁美洲部分国家那样激烈地抗议方式，比照 CETA 所作出的调整，采取限制和改良的方法相对稳妥。

2011 年和 2014 年，中国作为应诉东道国在 ICSID 中心遭遇了两次起诉，分别为马来西亚 Ekran Berhad v. PRC 案[1048]以及韩国 Ansung Housing Co. Ltd v.PRC 案[1049]，同时，作为起诉一方，中国北京城建集团于 2014 年起诉了也门政府[1050]。在 WTO 的 DSB 机构内，中国稀土配额违反 WTO 义务的案件审理工作也已经完结。从 2007 年谢叶琛在 ICSID 提起我国第一起投资仲裁案件[1051]以来，我们可以欣喜地发现，我国政府及投资者正在越来越多地参与到国际经济法制的建设中来，近 3 年来的发展尤为迅速。作为身兼资本输入与输出双重角色的经济体，我国不仅可以从投资者的角度学习如何维护海外资本利益，还可以站在东道国的立场上掌握对外资的管控方法，练习如何平衡这一组利益关系。目前，中国在建自贸区 19 个，覆盖 32 个国家和地区，大量的区域自贸协定及双边投资条约将产生，我国可以在这个缔约的过程中将对 ISDS 机制的限制和完善贯彻其中。

此外，建立多边常设性国际投资法庭的呼声水涨船高，而其必然形成一个由国际经济法专家组成的仲裁庭，这些专家仲裁员、法官对国际经贸、投资等领域规则的制定和修改起着举足轻重的作用。我国若冀希望能更多地参与到规则制定的过程中来，就必须抓住机会向类似机构派遣、输送优秀的专家、学者以及工作人员，一来可以在国际规则的形成过程中体现我国的意见，亦可以及时掌握相关领域的新变化、新动向，有利于迅速地对我国国内相关的法制法规作出调整。

1046 Figure 12 'Results of concluded cases(total as of end 2013)'of <UNCTAD IIA Issues Notes>,2014.
1047 Figure 5 'Results of concluded cases(total as of end 2014)'of <UNCTAD IIA Issues Notes>,2015.
1048 ICSID Case No.ARB/11/15
1049 ICSID Case No.ARB/14/25
1050 ICSID Case No.ARB/14/30
1051 ICSID Case No.ARB/07/6

国际邮轮乘客权利法案适用探究

吕方园，郭萍*
（大连海事大学法学院，辽宁大连 116026）

自 20 世纪末以来，邮轮旅游保持着平均每年 7.4%的增长速度，已成为世界范围休闲旅游产业中增长最快的领域。国际金融危机发生后，世界邮轮市场正逐步向亚太地区转移，邮轮经济迎来“亚洲时刻”。据 WTO 预计，亚太地区和中国将是未来邮轮市场发展最快的区域。该区域不仅为西方市场的邮轮游客提供全新的旅游景点，也提供了全新的邮轮客源市场，使世界主要的邮轮经营者把重心转向亚洲。中国以其地跨东北亚和东南亚两大区的地理优势、博大的文化旅游资源和巨大的潜力客源市场，吸引众多世界知名邮轮公司纷纷进驻。作为一种新兴事物，我国的邮轮产业发展迅速。作为“浮动的五星级酒店”和“移动的微型城镇”的邮轮产业近年来在我国发展势头迅猛。

一、邮轮发展现状

以邮轮为载体，产生了旅客休闲度假的旅游方式。邮轮本身也为一个旅游景点或叫旅游目的地。邮轮旅游的定义至今没有一个统一的定论。国外学者 Cartwright 和 Baird 从游客动机的角度对现代邮轮旅游进行了分析，认为现在邮轮旅游与远洋客运不同，现代邮轮为游客提供食宿、娱乐等功能，邮轮旅游者在邮轮上享受假期的休闲。[1052] Douglas，N.认为邮轮旅游是为乘客提供休闲和放松体验的特殊的海洋航行。[1053]从以上学者的定义可以看出，现代邮轮旅游具有两个要点:一是游客进行邮轮旅游是为了获得休闲和放松体检;二是邮轮不再是简

*作者简介：本论文仅为国际法年会草稿，仅作为国际法会议研讨所用。郭萍（1968—），女，大连海事大学法学院教授、博导，海商法系副主任，国际海事法律研究中心海商法研究室主任，研究方向为海商法，环境法。吕方园（1986—），男，大连海事大学法学院 2012 级博士研究生，研究方向为海商法。基金项目：“中央高校基本科研业务费以及辽宁省高校创新团队支持计划”（017470/WT2012002）

[1052]Cartwright R， Baird C. The Development and Growth of the Cruise Industry [M].Oxford: Butterworth Heinemann，1999.

[1053] Douglas N. The Cruise Experience: Global and Regional Issues in Cruising[M].Australia:Pearson Education，2004.

单的交通工具，邮轮本身也是一种旅游目的地，要为游客提供餐饮、住宿、娱乐等服务。[1054]故我们可以把邮轮旅游界定为：邮轮承运人将邮轮乘客经海路从邮轮母港出发，途中经过几个预定港口，最终回到母港的航行过程，乘客大部分消费在海上漂浮过程中，乘客可以享受到住宿、餐饮、休闲、娱乐、购物等一系列邮轮产品。邮轮旅游可以让旅客在邮轮上就能完整地体验到旅游中的吃、住、行、游、购、娱六个要素。[1055]邮轮旅游产品主要分为岸上观光与邮轮娱乐活动两大部分。邮轮娱乐营业场所可以细分为客房、咖啡厅、博彩厅、免税商店、图书馆、棋牌室、泳池、按摩室、健身中心等。邮轮旅客可以在船上可以免费游泳、打高尔夫球、在健身房锻炼、洗桑拿等,各种其他附属设施也可自由享用。除了在停泊港部分旅客选择岸上观光以外，大部分的旅游行为都是在邮轮上完成。邮轮被称为浮动的海上五星级酒店，从此称呼上可以看出邮轮的旅游功能已经远远大于海上运输功能。

2009 年 2 月，国家旅游局将邮轮旅游纳入滨水旅游规划体系；并提出积极发展近海邮轮旅游、有序发展入境邮轮旅游，努力开发适合中国旅客的邮轮旅游产品，将成为推进我国邮轮旅游的市场切入点。2009 年 12 月国务院颁布的《关于加快发展旅游业的意见》中，首次提出把旅游业培育成国民经济的战略性支柱产业。该意见中主要从旅游业的角度对邮轮产业进行规划，首先把邮轮、游艇等旅游装备制造业纳入国际鼓励类产业目录。其次规定要培育新的旅游消费热点，支持有条件的地区发展邮轮、游艇等新兴旅游。2013 年 2 月，国务院办公厅正式印发《国民旅游休闲纲要(2013-2020 年)》,《纲要》明确提出：支持邮轮游艇码头等旅游休闲基础设施建设，积极发展邮轮游艇旅游等旅游休闲产品。2014 年 4 月根据国家旅游局最新出台的《关于旅游支持中国（上海）自由贸易试验区建设的意见》，国家旅游局已委托上海市旅游局按照《旅游法》和《旅行社条例》的规定，受理并审批外商在上海设立中外合资经营旅行社、中外合作经营旅行社和外资旅行社。地中海邮轮旅行社（上海）有限公司成为首家在上海自贸试验区内注册的中外合资旅行社，并获得组织中国公民出境游业务的资质。

在邮轮法律方面，国内学者主要集中在邮轮承运人责任角度或旅客权益保障角度，单一论述，并未考量二者利益平衡的角度来解决邮轮发展的法律困境。或者站在

[1054]刘萍. 邮轮经济影响因子的灰色关联度分析. 暨南大学 2011 年硕士毕业论文. 第 16 页.
[1055]孟钰. 邮轮旅游承运人法律责任研究. 中国海洋大学 2013 年硕士毕业论文. 第 7 页.

民法法律关系分析的角度来解决问题，海商法中出现的问题，并未形成综合化的理论与实践相结合的层面。

二、邮轮旅客权力法案有关规定

（一）承运人的主要义务

1、提供适航船舶并保持适航状态

承运人应在船舶开航前和开航当时，提供适航和适于运送旅客的船舶，并在整个运送期间保持适航和适于运送旅客的状态，妥善配备船员、装备船舶和配备供应品，以保证旅客运送的安全。

2、提供适当舱位

承运人在旅客登船后,应提供与客票等级相符的舱室与铺位或者座位，以便旅客搭乘.舱室内的设备应符合与客票等级相应的规定。但是邮轮的舱位，邮轮公司可以对旅行社的错误进行更正。邮轮公司保留对旅行社的错误进行更正的权利。以嘉年华为例，嘉年华提高票价、取消或者变更航程、更改包房分配的权利。此外，需要注意的是，邮轮公司的违约责任仅限于，船票费用。进一步的精神损害赔偿是很难主张的。这与邮轮的旅游属性相关的。游玩时不能成行，不会承担相应的其它责任。此时违约责任的方式就是终止合同。

3、合理尽速、直航目的港.

承运人应当在约定期间或者合理期间内，按照约定航线或者通常航线将旅客运送至目的港。船舶在航行过程中不应有不合理的延误，并且，除为救助或者企图救助海上人命或者财产或者其他合理情形外，承运人或者船长不得变更航线。否则，承运人应对旅客因此遭受的损害承担赔偿责任。所谓其他合理情形，包括为保证船舶和旅客安全而避台风或者其他海上风险、政府或者有关当局命令船舶变更航线、旅客在船上患重病必须立即上岸治疗等情况.

4、为旅客供应膳食

如票款中已包括旅客膳食费,则在船舶航行期间,承运人应向旅客提供相应的膳食而不得额外收取任何费用。如票款中未包括膳食费用且航程较长，承运人应向旅客提供膳食服务，但旅客应支付相应的膳食费用

5、运送旅客行李

承运人应免费为旅客运送一定数量的行李，并对旅客的非自带行李负有妥善保管的义务。对旅客随身物品承担的限额：类似于酒店，有最高额限制。活动物例外，

宠物。通常规定乘客财产的总价值不能超过 50 美元每名乘客或者每个包房不超过最高 100 美元的价值，不管这个包房里住了多少个乘客，或者行李的件数多少。公司的责任限制不会超过这个总额。若有贵重物品必须书面在登船前向公司作出声明，并提前支付物品价值 5%的保管费。

（二）承运人的权利

1、票款请求权

邮轮公司以最终收到票款，为船票合同成立生效的基础。需注意的是，如果乘客是通过旅行代理或者销售代理预定邮轮船票或仅是乘客与代理商签订合同，那么邮轮公司不对不对乘客所使用的代理商的财政状况或诚信所负责。例如，一个代理商没有向嘉年华公司支付乘客所支付给代理商的费用，那么乘客就应当并且对支付嘉年华公司的船票费用负责。不管责任是否是在登船之前或登船之后被主张。合同的生效和发行是以嘉年华在航行前收到最终的款项为基础。任何嘉年华退还给乘客代理商的款项被视为直接退给乘客，不管返还的钱是否被代理商退还给乘客。。若旅行代表已接收到本船票合同或任何其他信息或通知，即被认定为乘客已在旅行代表接收的同一日接收到此类信息，乘客了解并同意以上表述。

2、留置权

公司保留因公被罚款的追偿责任，还保留对船上物品损害赔偿责任，可以行使留置权。乘客应该对政府、政府代理或者官方、港口或者港口官员对乘客因为没有遵循当地的需求在涉及到入境、边境巡逻、海关和消费税、农产品、健康或者其他政府法规而产生的任何强加给嘉年华的罚款或者处罚应该承担责任。由此产生的赔偿，嘉年华和船舶对乘客的包裹，钱和其他财产等具有留置权，正确的被公开拍卖或出售相同的所有资金存放客人在本合同项下的任何和留置权等实施的成本和费用等出售。

（三）承运人的责任限制

考虑到已经支付的费用，嘉年华不对那些由不是其员工所造成的过失和故意行为负责，同时虽然此员工为嘉年华的雇员但是他所照成的故意或过失行为不是在工作时间，嘉年华对此同样不承担责任。考虑到支付的费用，嘉年华对乘客使用船上的运动和娱乐设施所造成的后果不承担责任，或者由于乘客所参加的运动和娱乐活动所造成的后果不承担责任。

在国际邮轮中登船和离船这两者都不在任何的美国港口进行，乘客从欧盟成员国

区域内的港口登船或者离船，嘉年华在行李丢失或损坏、死亡或人身伤害的赔偿责任都是在欧盟 392/2009 规则下被限制的。除非丢失或损坏是由船舶事故引起的，被定义为海难、翻船、碰撞或者搁浅。船上的爆炸和着火，或者船的缺陷（由法规所定义），对此嘉年华附有不超过 40000 个特别提款权的赔偿（约合 608000 美元，其波动取决于在华尔街日报发表的每日汇率计算），如果乘客证明，这起事件是狂欢节的过错而导致或忽视。如果损失或损害是由航运事故造成的，狂欢的责任仅限于不超过 25 万特别提款权（约合 380 000 美元，其波动取决于在华尔街日报发表的每日汇率计算）。赔偿损失所造成的航运事故可以提高到最高 40 万特别提款权，除非嘉年华证明航运事发时没有嘉年华的过失或疏忽。航运事故不包括战争行为，敌对行为，内战，叛乱，自然灾害，或故意行为或第三方遗漏。在那里的损失或损害是与战争或恐怖主义的连接造成的情况下，对于任何人身伤害或死亡嘉年华的责任（无论是在航运事故或非船事件发生）仅限于每名乘客低于每人 25 万的特别提款或者每船每次事故 340 万的特别提款权。

嘉年华对乘客由于情绪抑郁、精神遭受极度痛苦或者心理伤害所引起的任何损失不付责任，除非此类损失是由嘉年华的疏忽造成的，从相同的乘客，导致维持实际的物理伤害，或曾经存在实际的物理伤害，或者这种损害被嘉年华所故意强加的。

（四）承运人的免责

旅客对自己的护照过期及海关出入境的规定自己承担责任，因自己过错造成不能成行，邮轮公司不退款

适当的旅行文件和资格在登船和整个旅途中都是需要的。除了入境检验和海关的需求，美国政府和其他有限制的地方，对此美国政府将限制它的观察名单上的人或那些被法律上认为不适合的人。使自己适合并有资格去旅游使乘客们自己的责任，并且应该携带和使这些文件处于随时可获得的状态。乘客被建议和他们的旅行代理商或相关政府部门一起确认必要的文件和旅行资格的要求。嘉年华会取消任何因为任何原因而没有资格旅行的人的预定，或者这个人在旅行途中没有相关文件。任何此类客人，在没有得到嘉年华公司的同意下将不能登船，并且也不能尝试在同样的或其他港口试着登船。在这种情况下，乘客将没有要求退款的权利或者要求任何赔偿的权利。乘客对所有的费用负责，包括但不限于旅行和向港口

提交适当的文件所产生的费用，或者离开和到达美国的费用。在任何情况下嘉年华都不应该对乘客由于的取消和决绝登船而造成的损失负责。

（五）旅客的权利义务

1、终止合同的权利

旅客在邮轮旅游中只有终止合同的权利，与陆上运输不同，不能变更合同和改签。乘客享有的解除合同权，解除的时间越早退款越多；临近时间越近，退款越少。直至出发前 30 分钟旅客都有权解除合同，但是邮轮公司规定了几种情况对旅客解除合同权进行了限制即在以下情况下邮轮公司不予退款：一、没有按时登船；二、不能使用的船票；三、船票丢失，中断或部分使用船票；四、取消时间晚于规定时间或在邮轮开船之后提出。

按照国际邮轮乘客权利法案中的规定，邮轮公司建议乘客从代理商处够爱取消保险，以便更好的保障自身权益规避风险。

2、如实告知义务

有关旅客自身情况，特别是身体状况与情绪状况必须向邮轮公司履行如实告知义务。乘客应该保证在旅行途中他的身体条件和情绪上能够适合这次旅行，更深层次的证明他的医学和情绪上的条件不会威胁到任何乘客或者其他人。任何需要特殊医疗，物理条件或者其他医疗看护需求或者在旅程中需要特别的住宿应当在预定船票时向嘉年华邮轮公司写明。在订票之前，那些有特殊需要的乘客被要求联系嘉年华的特殊需求服务台来讨论关于特殊需求的细节。嘉年华公司建议，那些不能自理的且没有人陪伴的客人应该携带相应的辅助设备以防在航行中出现紧急情况。但，邮轮公司因旅客没有如实告知而在旅途中由于旅客疾病而需配备船医导致的迟延由旅客自己负责。甚至若引发严重后果的将会承担相应的赔偿责任。

3、有条件的在旅行中变更合同

这里的有条件主要是是指受到不可抗力的影响会对合同履行带来不利影响，甚至导致合同不能按时履行。在这种情况下，旅客出于保障自身权益角度出发，可以要求邮轮公司变更合同。例如，嘉年华的邮轮访问很多国家的很多港口。乘客对他们自己的安全承担责任并且嘉年华不能在所有时间内保证乘客的安全。美国国务院，疾病控制和预防中心，以及其他政府和旅游组织会给旅游者和嘉年华所推荐的乘客定期发布建议和警告，而旅游者会以此来做出他们旅游的决定。嘉年华

公司没用收集此类信息的责任。乘客应当知道邮轮会预先设置航线，但这很受恶劣天气的影响，包括点不仅限于，例如飓风，低气压热带风暴，并且在这种情况下嘉年华公司有权对航线和港口、活动和岸上短途旅程作出变更以此来避开恶劣天气保证乘客和船员的安全和舒适。

三、国际邮轮乘客权利法案适用的探究

（一）邮轮合同内容与普通旅客运输的异同

首先，旅客随身携带行李限制不同。海上货物运输中承运人应免费为旅客运送一定数量的行李，并对旅客的非自带行李负有妥善保管的义务。《海商法》第一百零八条规定，“行李”是指根据海上旅客运输合同由承运人载运的任何物品和车辆，但是活动物除外。“自带行李”是指旅客自行携带、保管或者放置在客舱中的行李。《海商法》下规定的行李与《国际邮轮旅客权利法案》项下有关行李携带的最大区别就是活动物。前者系绝对禁止，而后者则是有限度的允许。如嘉年华邮轮公司规定，旅客携带宠物，但应当提前 14 天通知嘉年华公司进行审核。乘客对由于随身携带宠物造成的任何损坏付赔偿责任。有限度允许的主要原因在于，邮轮船票合同主要是兼顾旅客的旅游权，以娱乐消遣旅游为目的，故允许携带宠物上船。另外，旅客随身携带行李有不同的价值观的体现。海上旅客运输随身携带行李是出于运输安全以及运输利益的考虑，例如海关、出入境检验部门有关黄金等贵重金属之类特定产品的限制要求，因而主要在体积、重量和数量等方面做规定。若随身携带，则没有严格的数量限制，只要做好相应的出入境报关手续即可，以防止发生走私行为。相比之下，邮轮对旅客随身物品承担的限额类似于酒店管理，一般设定最高额限制。例如，嘉年华邮轮每一名全额付款的成年乘客被允许携带合理的一定量包含乘客私人物品的行李上船。行李仅仅指运动短裤、旅行皮包、书包、袋子、衣架以及相关衣物，洗漱用品和相关必要的私人物品和合乎旅途目的的物品。嘉年华邮轮允许携带的物品一般为太阳镜、胶卷、相机电池、常备药、处方药（限慢性病或有医嘱的客人），禁止客人携带酒类饮料登船，所有酒精，额外数量的葡萄酒或香槟和超量的非酒精饮料将被没收和丢弃，邮轮公司并不付赔偿责任。皇家加勒比邮轮要求，除了明显危险及非法物品不得被携带上邮轮之外，咖啡冲泡机、个人含酒精饮料、滑板、冲浪板等也被禁止携带上船。究其原因，主要是为了维护邮轮上独立合同人(Indenpent

contract）或者特许经营人的利益。邮轮航费基本包括了住宿、指定餐厅内的饮食、娱乐等相关费用。另类餐饮、特选表演娱乐、私人自费项目如饮品、电话、传真、美容护理、美发及按摩服务，这些为邮轮上非自营区域，邮轮方称为独立合同人，还主要指船上的免税商店（包括但不仅限于礼品商店、温泉浴场、美容院、、健身中心、高尔夫和艺术项目、音像制品便利店）都是由独立的承包商经营的。邮轮公司从独立合同人处获取佣金、收益，赚取提成费用，故针对旅客随身行李做出诸多限制。例如，嘉年华邮轮公司规定，允许年龄不小于 21 岁的乘客在个人行李中携带一瓶的葡萄酒或香槟酒上船。红酒仅限 750ML 一瓶，若是在船上红酒餐厅消费将被收取 15 美元的开瓶费，实质就是为了保护独立合同人的利益，并且间接保护邮轮方的利益。在船舶的礼品商店购买的酒精饮料或者在港口保税商店购买的酒将被嘉年华保存直到旅程结束。这种规定类似于酒店消费的店堂告示。因此，邮轮又称之为移动的五星级酒店。

其次，邮轮公司享有重大误解解约权。《国际邮轮旅客权利法案》中规定了邮轮公司保留对旅行社的错误进行更正的权利，但邮轮公司不对上述任何错误承担责任。所谓重大误解是一方因自己的过错，对合同内容发生了误解，订立了合同[1056]。学理上，重大误解的可宽宥性在于，从法益平衡来看，双方的对价关系比较公平，但由于误解，达不到订立合同的目的或与订立合同的意图完全相反，当事人为此遭受了重大损失。[1057]基于法律的公正价值目标，对误解者给予适当的保护还是有必要的。重大误解是一方有过失或双方有过失，但因但三人错误发生误解是否可以撤销合同。第三人的错误可使当事人对合同内容发生误解，因重大误解订立的合同，违背了当事人的真实意愿，当事人自己的意思表示与真实意愿是不一致的，但双方当事人在意思表示上取得了一致。[1058]多数学者主张，对第三人错误造成的误解，应认定为重大误解，对合同予以撤销。即使当船票价格已经在网站上被列出、已经报价或者广告报价的，并且被邮轮公司销售人员，及旅行代理商预定。但是由于电子错误、印刷错误、人为错误或者任何其他错误导致的这些被列出登过广告的报价不是邮轮公司原本打算价格，那么邮轮公司有权利更改这些错误的票价并且要求乘客支付正确的票价，或者取消旅程并退款。法律要保持双方当事人之

[1056]王利明.崔建远《合同法新论.总则》.中国政法大学出版社:1996 年版:第 267 页。
[1057]隋彭生.关于合同法中“重大误解”的探讨. 中国法学. 1999 年:第 3 期,第 107 页。
[1058]隋彭生.关于合同法中“重大误解”的探讨. 中国法学.1999 年:第 3 期,第 106 页。

间的利益均衡。合同被撤销或被变更时,当事人都有过错的,要依过错的大小确定损失的承担,一方有过错的,赔偿他方的损失,使其财产处于合同订立前的状况。[1059]邮轮船票合同并非典型的邮轮旅客运输合同，在权利义务上并非绝对对等。

（二）船医的适航

提供适航船舶并保持适航状态。承运人应在船舶开航前和开航当时，提供适航和适于运送旅客的船舶，并在整个运送期间保持适航和适于运送旅客的状态，妥善配备船员、装备船舶和配备供应品，以保证旅客运送的安全。适航责任包括船舶本身的适航状态，在现代航海技术高度发达的年代，船舶本身的技术问题已不是主要的适航要求。技术的发展，使得适航的装备船舶，配备供应品成为较容易的事情。现在在船舶配员争议较大的就是船医。邮轮组织机构分为两种：航海部门与服务部门。航海部门主要是指维护船舶安全运行的，如甲板部，轮机部，电气部，安全部，这些人主要负责航行安全以及船舶的运行，统称为船员。每艘邮轮一般几十人，最多 100 多人，主要属于传统海商法下的船员。传统上的航海部门、技术部门管理层的职位都由欧美国家控制，水手及其他雇员则主要来自东欧和菲律宾。服务部门主要包括餐厅，酒吧，厨房，采购部，财务部，娱乐部，健身部，赌场，礼品店，照片冲印店等部门，其雇员主要来自菲律宾等东南亚国家、加勒比海国家以及东欧国家等，其人员占邮轮工作人员绝大多数，我们一般称为邮乘。与其他普通客轮相比，邮轮上配备的工作人员较多，大多数邮轮每 3 名游客至少对应 1 名工作人员。如皇家加勒比邮轮“海洋航行者号”、“海洋水手号”最大载客人数都是 3840 人，船上工作人员人数都为 1500 人。在初期一些豪华邮轮上，甚至这一比率会达到 1.5:1 的比例。[1060]依据《国际邮轮旅客权利法案》的规定船医属于独立合同人，顾客需要付费消费。船医的作用在船上非同小可。船医一般负责整个船上人员的身体健康。郑和下西洋时，配备船医 180 名，是史无前例的。人类自从大航海时代就一直配备船医，主要为了抵御自然灾害从而在与海洋的搏斗中获胜。船医的作用非同小可，尤其是在远洋客轮中船医是保证航程顺利进行的关键。现有规定 100 名以上必须配备船医，但客运中船医是否为必须，船医的法律地位如何，在法律上一直存在争议，主流观点有：独立合同人说、雇主责任说、代理说等理论。船医是否适航也经历了从不是适航条件到应当作为

[1059]隋彭生.关于合同法中“重大误解”的探讨 .中国法学. 1999 年:第 3 期,第 109 页。
[1060]王诺，邮轮经济-邮轮管理，邮轮码头邮轮产业化学工业出版社 2008 年第 7 页。

适航条件的过程。虽然船医应当适航是大势所趋，但目前理论界和法院尚未达成一致意见。

（三）旅客安全保障与邮轮适航

对于乘客而言安全是首要问题，但是至今仍没有构建完善的旅客安全问题解决体系。根据海商法的规定，邮轮属于公共承运人，只须尽到一般的合理注意义务，如同在陆地上的消费合同，公共承运人只有在故意和重大过失情况下才承担责任。作为海商法中的一项基本原则——适航原则，其中对货物的损害以及船员的人身伤害强加了绝对责任，但其范围并不包括邮轮乘客，因而尚未涉及乘客的安全保障问题，除非邮轮公司明确承诺安全条款[1061]，即通过合同条款明示保证乘客的安全，则属于适航原则的例外。[1062]

对此美国最高法院作了进一步的解释，其认为“在海员和船东之间存在一种特殊的关系。”[1063]法院特别指出，“在航行期间船东必须给船员提供照料，同时为生病或者受伤的海员提供治疗。”[1064]但这种保证只限于海员，不包括在邮轮上的乘客。和承运人对船员所承担的特殊责任相比，法院一贯坚持船东对乘客的责任仅仅是一种“在某种情况下的注意义务”，[1065]因为“乘客和船东之间签订的运输合同并没有体现保证乘客安全的义务，而且没有任何海事法律可以对此作出要求。”[1066]但是，在知道或者应当知道乘客预先存在伤残的情况下，承运人对此将承担较高责任。[1067]总之，当由于船医的疏忽所引起的过失时，乘客不能以违反合同条款来要求承运人对他们承担责任。

（四）邮轮旅游合同的性质

[1061]*See* Jackson v. Carnival Cruise Lines, Inc., **203 E** Supp. **2d 1367, 1377 (S.D.** Fla. 2002) .

[1062] See Jackson v. Carnival Cruise Lines, Inc., 203 E Supp. 2d 1367, 1377 (S.D. Fla.2002).

[1063]*Barbetta,* 848 F.2d at 1369 n.1 (quoting De Zon v. American President Lines, , 318U.S. 660, 664-69 (1943)).

[1064]*Barbetta,* 848 F.2d at 1369 n.1 (quoting De Zon v. American President Lines, , 318U.S. 660, 664-69 (1943)).

[1065]*Gillmor,* 789 F. Supp. at 491 (quoting Everett v. Carnival Cruise Lines, 912 F.2d1355, 1358 (11th Cir. 1990)).

[1066]*Gillmor,* 789 F. Supp. at 491 (quoting Everett v. Carnival Cruise Lines, 912 F.2d1355, 1358 (11th Cir. 1990)).In addition, on a ticket issued by Royal Caribbean Cruise Line, marked as acontract, it stated in relevant part: "No undertaking or warranty shall be given or shall beimplied as to the seaworthiness, fitness or condition of the Vessel or any food, drink ormedicine supplied on board." Royal Caribbean Cruise Line, Passenger Ticket, § 2(v) (1992)(copy available upon request).

[1067]Pieper &McCreadle, *supra* note 8, at 177 (citations omitted). In addition, mostcruise line brochures state that any passenger with a medical disability must report it to thecompany prior to sailing. The cruise ship also reserves the right to refuse passage to anyonewhom it considers unfit for travel due to a disability. *See* BROCHURES *supra* note 2.

旅行社与旅客签订旅游服务合同，具体内容包括乘坐邮轮和岸上观光两部分。旅客等到到了船队以后，找旅行社领队去领取房间牌或船票。邮轮公司负责旅客运输及一定范围的吃住娱。邮轮上还有一部分收费项目，例如 SPA　赌博，这些东西需要额外交费，邮轮公司对此不承担责任。这人叫独立承包商。旅客在岸上观光逛逛部分，应在旅行社的统一安排下。护照在船公司手里，作为出入境证明，自己单独游玩，只能拿到护照复印件，晚上必须回邮轮休息。签订离船协议是邮轮公司与旅客签。旅行社是旅客的代理人而已。在定船票时旅行社又是船公司的代理，在旅游合同中又不是居间合同。

邮轮旅游合同与普通的海上旅游不同。首先，从性质上来看，邮轮船票既是旅客登船的凭证也是旅游合同中的一项重要内容，甚至由于其中内容的详细和重要性而成为旅客了解航程安排的重要工具。而普通的海上旅游通常只是出具船票作为旅客登船的凭证并不具备其他丰富的内容和合同的性质。其次，从形式上来看，邮轮船票的形式多样，发布渠道也多元化。例如上文提到的通过网站及旅行社代理等形式发布。但是普通的海上旅客旅游船票普遍都是纸质的，模式也比较单一。最后，从运营模式上来看，邮轮船票由于具有旅游性质，因此从船票样式的设计到发售船票的发行都非常符合旅游服务的要求，一般售票周期较长，对整个航程的通知也比较到位。而普通的海上旅客旅游船票基于运载旅客而设计的船票样式和外观非常制式化，预售期也较短。邮轮船票与传统的旅客运输客票不同也导致了销售模式的不同。

（五）非自营区域的定性

所有的岸上观光（不论在水上，在岸上或通过乘飞机），航班飞行和陆路交通，同样船医，和船上的优惠店（包括但不仅限于：礼品商店，温泉浴场，美容院，健身中心，高尔夫和艺术项目，音像制品便利店）都是由独立的承包商经营的。即使嘉年华有资格收取费用和从票价和这种销售服务中赚取提成费用，嘉年华对此没有监管也没有控制他们行为的义务，或明示或暗示会代表他们或承认他们的合法性。乘客须知嘉年华对此不承担责任，不保证合同的履行和在任何情况下承运方均无需为由独立承包商的行为、疏忽或过失导致的，乘客在船只或其他交通工具之上或之外遭受的任何损失、延迟、失望、损害、或其他危害承担责任。乘客在接受完全独立承包商的服务时乘客自己对此承担风险。独立合同方有权为服

务向乘客收取适合的费用。

四、解决途径

（一）强化邮轮旅游服务经营者的行业自律

在邮轮旅游过程中出现的几种困境其产生的主要原因在于提供邮轮旅游服务的经营者没有做到自律诚信。在邮轮管理机制方面，除了依靠法律进行规范之外，更多的需要邮轮旅游服务的经营者强化行业自律。旅游协会，邮轮协会等行业协会应当发挥其保证与推动旅游业健康成长的作用，提升邮轮行业中服务水平并维护消费者的合法正当权利。行业组织不同于国际公约和国内法，它是按照自愿原则组成的社团组织并可以建立一个本行业人员共同遵循的行业标准、运营准则以及行为细则。

在行业协会发挥自身功能促进行业自律保障消费者权益之时，各国政府也应当对行业协会的做法予以支持，在这一方面可以借鉴日本的经验。行业协会应当作为与政府的协调组织存在，同时国家的立法也应当给予行业组织一定的权威性，只有如此，才能促进旅游业的繁冗以及旅游者权益的保护。

（二）设立专门立法

对邮轮旅游进行专门立法，主要是从两个方面进行。一方面，随着邮轮产业的不断发展，对邮轮产业专门立法是发展方向。对旅客权益保障是邮轮产业能够长远有序发展的重要条件，因此，在对邮轮立法中仿效《海商法》中旅客权益一章的规定而单独列出一章对邮轮旅客权益详细规定，明确相关定义，明晰有关法律关系，对旅客权益的保障方式做出具体规定。另一方面，2014 年《旅游法》已经颁布并实施，可以通过司法解释或者修正案的方式将邮轮旅游加入我国旅游法律体系中进行规范，这样能够突出邮轮旅游的海上游览性质，对旅客在游览过程中遭受的权益损失进行统一规定，便于执法和行业管理。

（三）调整旅游关系有关法案中的合同内容

我国虽然有专门的旅游立法，但是显然，旅游法中没有对邮轮旅游合同进行明确规定，但是当前却不能没有调整旅游关系的法律，哪怕是采用其他民商事基本法律规范的形式。邮轮旅客权益保障的首要基础是由邮轮旅客合同，旅客与船方建立了权利义务关系。因此，目前，有关邮轮旅游合同中的某些内容也是可以通过

合同法进行规范和调整。可以暂时制定《邮轮旅游与旅行法案》，在法案中通过指向性规定，将邮轮旅游关系中的部分指向于已生效的法律规定，以便于在具体法律规则出台前规范和管理邮轮旅游市场。

(四)查缺补漏对邮轮旅游中旅客权益保障问题逐个解决

对邮轮旅游活动中的既有问题,我们应进一步兑现我国入世时的水平承诺和部门承诺。对邮轮旅游活动过程中的新情况、新问题，加强标准化体系建设,在归纳新问题的共性基础上,分别进行立法或法律的推定适用。在进行立法或法律推定的过程中,要注意把握两个层面的东西。一个层面,需探讨本土化的可行性,对中国特色的邮轮旅游规则进行严密论证。另一层面,邮轮旅游作为跨越国界的社会文化活动,它的发展在全球遵循一个共同的客观规律。我国应该充分研究和借鉴国外旅游发达国家的立法。对成熟法律的借鉴和移植具有事半功倍的效果。而这又正是我们现在比较欠缺的工作。同时,我们还要加强对国际组织的法律规定的研究。尤其是对《国际邮轮乘客权利法案》,吸纳当中的经典规则，结合我国国情最终做出法律适用的最佳选择。

国家豁免中的“商业交易”

----兼论我国国家豁免的制度完善

叶昊

（中南财经政法大学 法学院，湖北 武汉 430074）

摘要：国家豁免问题在国际法上由来已久，可以说自从有了国际法，就有了豁免制度。欧洲三十年战争结束之后，国家主权和主权平等原则发展起来,成为近代国际法最根本的原则和基础，国际法上的国家豁免问题便由此产生。二战之后国家豁免出现了多种理论，其中争议最大的为绝对豁免论和限制豁免论。随着时代的发展，限制豁免论逐渐成为国家豁免制度中的主流，而在限制豁免论中有一个重要的概念——商业交易——值得我们探讨。本文尝试从案例出发来分析商业交易的概念、区分标准等，并探讨今后中国在此问题上应持有的立场和完善的办法。

关键词：国家豁免；绝对豁免；限制豁免；商业交易；中国立场和完善

国家豁免（Srare Immunity），亦称“国家主权豁免”、“国家及其财产豁免”，是关于一国在国际沟通和交往中，未经该国同意，该国的国家行为和其财产免受他国管辖与执行的一项国际法原则。其内容一般包括管辖豁免、执行豁免与诉讼程序豁免（有些学者主张将诉讼程序豁免并入执行豁免）。[1]p3

早在 1354 年，法学家巴托尔就提出“平等者之间无管辖权”（par in parem non habet jurisdictionem）的著名学说，[2]p528 为国家豁免原则的正式形成奠定了理论基础。

作者简介：叶昊（1992－ ），女，湖北武汉，中南财经政法大学民商法学专业 2013 级硕士研究生。

国家豁免原则以19世纪末为界，可以划分为两个历史时期：第一阶段持绝对豁免论的国际法学者比较多[1068]，第二阶段持限制豁免论的学者逐渐增多[1069]。

绝对豁免论主要由19世纪初开始的西方各国的判例法形成，[3]p8 其认为，不论一国的行为和财产性质如何，也不论该国家的财产位于何地、为谁控制，该国国家本身及其财产都享有豁免权。[4]p3 经典判例有：1812年美国联邦最高法院对“交易号帆船诉麦克范登案”的判决。

19世纪末，国家涉足商事活动和企业经营的范围日益扩大,产生了国家对贸易的垄断以及国家专属经营铁路、海运和邮政服务的现象。特别是社会主义国家出现以后，国家可能成为从事国际民商事活动的唯一主体。因此绝对豁免主义理论受到了严重挑战。[5]p31 于是，限制豁免论应运而生。限制豁免论认为国家的活动划分为主权行为和非主权行为，或统治权行为和事务权行为,或公法行为和私法行为,在国际交往中,一个国家的主权行为在他国享有豁免,而其非主权行为在他国则不享有豁免。[6]p32 经典判例有：1880年英国上诉法院对“比利时国会号案”的判决。

鉴于对国家豁免问题国际立法的紧迫性，联合国2004年12月16日通过《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,并在其第三部分（第十条至第十七条）专门列举了“不得援引国家豁免的诉讼”[1070]：商业交易、雇用合同、人身伤害和财产损害、财产的所有占有和使用、知识产权和工业产权、参加公司或其他集体机构、国家拥有或管理的船舶、仲裁协定的效果。其中争议最多的在于“商业交易”(Commercial Transactions)的确定。以下笔者从案例来展开讨论。

一、美国FG公司诉刚果(金)案

（一）案例概况

[1068] 早期主张绝对豁免理论的学者主要有 Chretien,Gabba,D.Anzilotti,Holtzendorff,Nys,Oppenheim,Westlak 等

[1069] 早期主张限制豁免理论的学者主要有 Bar,Demangeat,Fiore,Gianzana,Heffter,Laurence 等

[1070] 国际法委员会指出：“现行国际法在公约第三部分所涉及领域中不承认国家管辖豁免。”见 Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunity of State and Their Property(2004).General Assembly Official Records of Forty-ninth Session,Supplement No.22(A/59/22), 5

20 世纪 80 年代，刚果民主共和国（下称“刚果（金）”），同南斯拉夫的 Energoinvest 公司签订了建设水电设施和高压电输送网线工程的信贷协议。根据该协议 Energoinvest 公司向刚果（金）的国有电力公司 Société Nationale d’Electricité提供贷款。后刚果（金）的公司没有履行还款责任。2004 年 11 月 16 日，Energoinvest 公司将它对刚果（金）的债权全部转放给美国 FG Hemisphere Associates LLC 公司（下称“FG”公司）。

2008 年 5 月 16 日，根据刚果（金）政府和中国政府之间 2007 年 9 月 17 日签署的《备忘协议》，刚果（金）向中国中铁集团提供开矿权，以换取后者于刚果（金）投资大量基建，却遭美国 FG 公司以刚果（金）债主身份要求截取中国中铁 1.02 亿美元（约 8 亿港元）基建投资费抵债。[1071]刚果（金）以“绝对外交豁免权”阻却该基金公司的追债，遭上诉庭裁定败诉，其不服向终院上诉，要求终院就豁免权问题提请全国人大释法。2011 年 6 月 8 日，香港特区终审法院决定就美国 FG 公司诉刚果（金）案提请全国人大常委会释法。8 月 26 日，全国人大常委会表决通过了关于香港特别行政区《基本法》第十三条第一款和第十九条的解释。根据释法结果，香港应跟从内地，给予刚果（金）绝对豁免权。

（二）案例分析

抛开坚持绝对豁免论是否正确的争论，我们来分析一下刚果（金）和中国之间的法律关系。

刚果（金）和中国之间的合作可以分成两个部分：第一部分是两个政府间的经济合作；第二部分是为了落实两国政府的协议而进行的两国企业之间的合作。

FG 公司要求截取基建投资费，换个角度，其实就是截取了中国在刚果（金）的采矿权。一般我们认为，授予采矿权是一国的经济主权行为，一般的法人或者个人是不可以从事的，然而，在“商业性质”的合同中国家完全可以将其作为一种特权予以交易，再将换取的经济利益用于国家的公共利益。[7]p68 那么，这种行为算不算“商业交易”呢？我们先从商业交易的定义和判断标准来分析。

二、商业交易概述

（一）商业交易的定义

[1071] “刚果（金）案”香港上诉法院判决第 8 段

关于商业交易的定义，目前的国际立法和国内立法中对于该问题的规定有直接定义法、间接列举法和混合方法。然而笔者认为《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的规定比较权威且具体。

公约第二条第一款（c）项规定商业交易为“为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易；任何货款或其他金融性质之交易的合同，包括设计任何此类贷款或交易的任何担保义务或补偿义务；商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇佣人员的合同。”

（二）商业交易的判断标准

商业交易和主权行为的区分标准一直是各国国家豁免法以及国际立法中最为核心和最具争议的问题。它直接关系到司法实践中具体行为的权力性质判断。如果一国适用限制豁免原则，那么商业交易的判断标准直接决定该国是否需要承担国际法律责任。然而判定商业交易的标准却没有一个统一的规则，总结起来主要有以下几种：

第一，行为性质标准。以行为的性质作为区分标准，采用这种方法的多是西方国家，以美国、加拿大和以色列为代表。

美国的规定最为明确，其以专门条文特别说明判断商业交易的标准应是行为的性质而非行为的目的：商业交易是某种经常性的或特殊的商业活动或交易，判断该行为是否为商业交易的标准是行说为的性质而非其目的。[1072]但仅仅就该规定本身而言仍旧无法直接适用于司法实践，因为行为的性质应如何加以判断还是不明确。

与美国不同，加拿大并没有明确通过条文表示出商业交易的判断标准，不过，我们可以通过加拿大对商业交易的定义窥见其是适用的行为性质标准：商业交易是指具有商业性质的任何特别交易、活动或者行为，或者任何经常的商业活动过程。[1073]

[1072] "A 'commercial activity' means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose." See 28 U.S.C. The Foreign Sovereign Immunity Act. Art 1976. 1603(d)

[1073] "commercial activity means any particular transaction, act or conduct or any regular reason of its nature is of a commercial character" See Canada State Immunity Act 1982,course of conduct that by Art 2.

以色列的立法同加拿大的情况相类似。其立法中关于商业交易的判断标准同样隐含在其定义中。但又与加拿大和美国的立法不同，以色列的立法中明确的提到了任何私法性质的行为：“商业交易”是指任何在商业性质私法领域内的事务或活动，包括销售商品或服务的协议，贷款或其他金融事务，担保或赔偿，和根据它的性质不涉及政府权力的行使的事务或活动。[1074]还有，《关于统一国有船舶国家豁免相关规则的布鲁塞尔公约》虽然没有规定商业交易的判断标准，但在条文中数次提到“和私人相同的方式”。该规定和以色列立法中的做法不谋而合。可以说，私人能否从事成为了性质标准的重要内容。这也与司法实践中对商业行为的判断标准的进一步补充相一致。

第二，行为目的标准。以行为的目的作为区分标准，采用这种方法的多是发展中国家。

虽然有部分国家也存在以行为目的作为商业交易判断标准的案例——法国最高法院在 Enterpriseperignon 诉美国一案中认为，使馆财产的租赁是为了官方的目的，所以该行为不属于商业交易——但以行为的性质作为商业交易的判断标准无论在立法中还是在司法实践中均占有更为主要的地位。这种态度也对《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的制定产生了深远的影响。

第三，折中标准。这种标准是以行为的性质为主、以行为目的为辅的区分标准，这也是是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》采用的标准。

公约第二条第二款规定：在确定一项合同或交易是否属于“商业交易”时，应主要参考该合同或交易的性质，但如果合同或交易的当事方已达成一致，或者根据法院地国的实践，合同或交易的目的与确定其商业性质有关，则其目的也应予以考虑。[1075]因此，公约主张以行为的性质为主要标准，只有在性质标准无法得出结论是才适用目的标准。

第四，日常交易运行情况标准。其考察行为商业属性的标准既不是行为的性质也不是行为的目的，而是日常的交易运营情况。这种标准规定于《美洲国家公约草案》中，该公约规定国家的交易或者商业交易根据日常的商业运营能够被认

[1074] "commercial transaction" means any transaction or activity within the sphere of private law which is of a commercial nature, including an agreement for the sale of goods or services, a loan or other transaction for finance,guarantee or indemnity, and which by its nature does not involve the exercise of government power.See Israel Foreign States Immunity Law 2008, Art 1

[1075] See UN Doc. A/C.6/49L.2, p.3

定为特殊的交易，商业或者交易行为。[1076]基于公约草案的规定，了解缔约国在日常经营中的相关习惯和对行为的司法判定就成为了司法实践中最为重要的问题。

虽然公约草案的规定在明确性上比性质标准和混合标准有一定的差距，但公约草案至少为我们提供了一种新的关于商业交易判断标准的立法模式。[8]p74 此项规定是目前国际、国内立法中关于商业交易判断标准规定中最为独特的。

三、中国关于国家豁免中商业交易的立场和相关规定

（一）立场方面

在对国家豁免的立场上，从《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十九条[1077]和《中华人民共和国外交特权与豁免条例》第四条[1078]可以看出：中国的基本立场是坚持绝对豁免主义，反对限制豁免主义和废除豁免主义，坚持不受理以外国国家或政府作为被告或针对外国国家及其政府财产的案件，也从未表示接受外国国内法院对中国政府或者地方政府行为和财产的管辖。

（二）相关规定

在中国国内立法方面，中国缺乏国家豁免的统一专门立法。中国审理涉及主权国家的案件时，需要同时适用中国国内法和其参加的《中华人们共和国外交特权与豁免条例》明确赋予外国财产以豁免权。但是在中国国内法中也零星散步着一些关于国家豁免的规定。比如《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 23 条中规定从事军事、政府公务的船舶不得被扣押，而没有提到商船船舶，对扣押的豁免权仅给予从事军事、政府公务的船舶；还比如 2005 年中国还通过了《中

1076 "States shall not invoke immunity against claims relative to trade or commercial activities undertaken in the State of the forum. Trade or commercial activities of a State are construed to mean the performance of a particular transaction or commercial or trading act pursuant to its ordinary trade operations”See Inter-American Draft Convention on Jurisdiction Immunity of States, Art. 5

1077 《民事诉讼法》第 239 条规定:对享有外交特权和豁免权的外国人、外国组织提起的民事诉讼应当按照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

1078 《中华人民共和国外界特权与豁免条例》第 4 条规定：使馆馆舍不受侵犯。中国国家工作人员进入使馆馆舍，须经使馆馆长或者其授权人员的同意。中国关机关应当采取适当措施，保护使馆馆舍免受侵犯或者损害。使馆的馆舍、设备及馆舍内其他财产和使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或者强制执行。

华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，该法第 1 条规定:“中华人民共和国对外国中央银行财产给子财产保全和执行的司法强制措施豁免;外国中央银行隐含或者所属国政府书而放弃豁免或者指定用于财产保全和执行的财产除外。”这是中国第一部也是至今唯一一部关于特定领域关于财产豁免的专门立法。

在参加的国际条约方面，一些中国参加的国际条约有些规定间接涉及限制豁免，说明中国为了利益等多方面考虑在一些特定领域适度地承认限制豁免论，但这并不表示中国放弃了绝对豁免主义的基本立场。这些间接规定主要有：1961 年的《维也纳外交关系条约》和 1963 年的《维也纳领事关系公约》详细地规定了外交特权与豁免；1969 年《国际油污损害民事责任公约》第 11 条规定，该公约不适用于由国家拥有或使用“并在当时用于政府非商业服务”的船舶；1989 年《国际救助公约》第 25 条规定，该公约的任何规定均不得作为以任何法律程序或对物诉讼程序扣留、扣押或留置国家拥有的非商业性货物的根据;《领海与毗连区法》第 10 条规定外国政府的船舶在从事商业活动时不享有豁免。

在实践方面，中国主要基于绝对豁免理论的立场来运用外交手段解决关于国家或其政府为主体的诉讼纠纷。中国法院不受理也未曾受理以外国国家为被告或者以外国国家财产为执行对象的民事诉讼，除非该外国自愿明示放弃或者同意应诉。对于外国国家或者其政府作为被告的纠纷一般都是通过外交干涉来解决，虽然中国没有以国家或其政府为被告的判例，但中国政府和地方政府在海外被诉的情形却时有发生，如中华航空公司被诉案等。对于成为外国诉讼的被告，中国已从原本怠于应诉，发展到积极地主张国家豁免，坚持中国在外国法院出庭主张享有豁免权不代表接受外国法院管辖，再尝试综合外交途径和适当地运用外国国家豁免法或者有关判例保护中国国家和财产。

四、对我国相关立法的建议

（一）在法律条文中明确商业交易的定义

笔者认为在规定商业交易内涵的同时列举商业交易中可能包括的外延形式，这

样，商业交易定义和范围就可以合并规定在一个条款之中，全面、形象、具体。

我国国家豁免法中的商业行为的定义可以规定为:

第 a 条 定义

……

如：

第 a 款 本法中的商业交易指私法领域内具有商业性质的行为，包括货物和服务的行为、具有金融性质的交易和债务、以及其他具有商业性质的行为。国家和私人之间的雇佣合同、期票和知识产权交易…不属于本法中商业行为的范围。[8]p123

（二）尽快制定国家豁免的专项立法明确商业交易判断标准

一部明确而完善的《国家豁免法》不仅能明确商业交易的界限而维护我国私人和其他国家在进行经济交往不受非法侵害，还能使外国的企业在我国的投资有一个明确预期。这将增强我国在国际贸易中的吸引力，并使我国在和外国进行关于豁免问题的谈判时处于主动地位。因此，我国应当尽快制定一部专门的《中华人民共和国国家豁免法》，跟国际接轨，有限度地采纳限制豁免主义，增加国家豁免例外规则的灵活性。

具体针对商业交易判断标准而言，笔者认为相对于上文介绍的“性质标准”和“目的标准”,“混合标准”更适合我国适用。我国作为发展中国家，还处于从坚守几十年的绝对豁免主义向限制豁免主义转化的起步阶段，国内企业的发展还不成熟，如果贸然采用哪一种标准，将会给企业带来一定的负面影响。混合标准以“性质标准”为主，辅之以“目的标准”既满足了对商业交易排除豁免权，也对行为的目的加以考虑，更好地保护了国家豁免权的实现，也更接近我国现在实行的绝对豁免主义。混合标准可以赋予国内法院更大的灵活性和自由裁量权，同时为中国在国外法院应诉提供灵活而统一的标准主张中国的国家豁免权。

（三）强调国有企业独立的法人地位

从国家参与国际贸易和投资的角度而言，国家虽然可以以自身的名义从事商业交易，但是大多数时候是通过国有企业或者国家专门设立的经济实体来参与国际经济活动的。这就很容易导致国家与国有企业之间的关系无法厘清，而阻碍商业交易界限的明确。因此，我们必须要明确国有企业独立的法人地位。

第一，要加紧对国有企业的股份制改造。我们应该明确，国有企业财产所有

权属于该独立法人，国家只作为股东承担风险以保障位于国外的非涉案国有财产免于被外国法院作为国家财产强制执行。必须实行彻底的政企分开，这是解决我国国有企业在海外被诉主权豁免问题的根本方法。

第二，在未来新出台的中国国家豁免法中应当明确国家和国有企业是两个不同的法律主体。国家是国有企业的股东，国有企业才有对资产的经营管理权和一定程度的处置权。国有企业具有独立的行为能力，在国际商事活动中，国有企业以自己名义参与诉讼，并以自己的全部财产承担责任，在国家作为股东不受牵连的同时，国有企业在外国法院也不能享有有关国家独有的管辖和执行的豁免权。这有利于国家在有关国有企业的经济纠纷中避免被卷入诉讼而使国家财产受到无辜的损失和产生不必要的争议，避免国外法院通过“揭开公司面纱”原则将国有企业债务责任落实到国家身上。

第三，国家作为主权实体，不宜时常以平等的合同当事人的身份直接参与与外国自然人或者法人的交易活动中去，因为，国家一旦被卷入复杂的国家豁免诉讼中，常常牵涉敏感的国际公法问题，如果处理不当更有可能引起国与国的争端，这样不仅得不偿失，也会花费大量的时间和金钱。

五、结语

综上所述，商业交易界限的厘清是放弃绝对豁免论，走向限制豁免论的要求。对国家豁免的发展和完善起着至关重要的作用。

法不辨不明，我国国家豁免原则有待于在实体上与程序上整体地对商业交易的定义、判断标准、政企分开方面加以明确规定和完善，并且在规定的同时，我们应当认识到，法律是特定民族的文化、历史、社会的价值和一般意识与观念的集中体现。法律作为一种文化的表现形式，如果不经过法律本土化的过程，它便不可能轻易的从一种文化顺利地移植到另一种文化并服务于另一种文化。所以我们在借鉴外国或者其他地区的国家豁免原则的时候必须结合我国国情，建立一个适合我国实际的《国家豁免法》。

参考文献：

[1]何莹婷．国际商事仲裁中的国家豁免问题探析[D]．华东政法大学．2014．

[2]参见巴托尔．论报仇.1354.问题 1/3,第 10 号。转引子李浩培文轩．北京:法律出版社．2000.

[3]周鲠生．关于国家豁免的理论和实践[G]．中国国际法年刊．北京:法律出版社, 1983.

[4]倪征燠．关于国家豁免的理论和实践[G]．中国国际法年刊．北京:法律出版社, 1983.

[5]曹俊．谈国家豁免的几个问题[M]．北京:法律出社, 1989.

[6]余劲松，吴志攀．国际经济法[M] ．北京:北京大学出版社、高等教育出版社, 2003.

[7]李颖．国家豁免例外研究[M]．北京:知识产权出版社．2014.

[8]陆寰．国家豁免中的商业例外问题研究［D］．武汉大学．2012.

自贸区能为人民币国际化提供资本项目开放的有效试验吗？*

韩龙**

（中南财经政法大学法学院，湖北武汉 430073）

摘　要：中国（上海）自由贸易试验区的金融改革为我国全局性金融改革，特别是人民币国际化，担负着试验的职责。但是，从自贸区设计和相关规定来看，自贸区的金融改革，对人民币国际化所需要的货币自由兑换、投融资以及风险对冲等改革的试验效果有限。其原因主要在于自贸区“一线放开、二线管住”的模式使其成为“境内关外”，因而与人民币国际化的环境和条件相异，自贸区因而也具有沦为 IBF 之虞，对此我们应加以避免。

关键词：自贸区　金融改革　人民币国际化　资本项目开放　试验

2013 年 9 月国务院批准的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（以下简称《方案》）指出“试验区肩负着 …… 为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验的重要使命，是国家战略需要”，并提出要“使之成为推进改革和提高开放型经济水平的‘试验田’，形成可复制、可推广的经验”。与传统的自由贸易区仅注重自由贸易不同，中国（上海）自由贸易试验区（以下简称自贸区）自挂牌伊始，就与金融改革试验田紧密相联，而自贸区的金融改革试验，正如《方案》所坦承的那样，蕴蓄着我国对未来金融重大改革与开放的战略思量。但问题是：依现有设计，自贸区的金融改革能否为我国需要全面铺开的金融改革及其制度建构提供逼真的试验，从而达到服务全国的目的。这一问题十分重要，关系着我国下一步的金融改革开放能否借助在自贸区的“预演”而得到检验。

一、自贸区的金融改革似在回应人民币国际化等需要

自贸区究竟要为全国怎样的金融改革开放进行试验？这是弄清自贸区正在进行的试验是否逼真、有效而需首先明确的问题。如果把《方案》有关建立自贸区的上述旨意和总体要求具体到金融改革上，那么，自贸区就是要为反映我国国家金融战略需要的金融改革开放进行探索。那么，能够反映我国金融战略需要的下一步的金融改革开放是什么？笔者认为主要有二：一是人民币国际化；二是我国经济现代化所需要的发达金融市场，包括国际金融中心的建设。人民币国际化

*本文为韩龙教授主持的 2013 年国家社会科学基金重大项目：人民币国际化的法律问题研究(13&ZD180)的阶段性研究成果。

**韩龙，法学博士，中南财经政法大学法学院二级教授、特聘教授，博士生导师。

是过去没有，现在尚未实现的未来事物，但关乎中华民族的伟大复兴和中国梦的实现，关系着世界经济、政治格局的变革。我国的经济规模和实力固然为人民币国际化提供了基础，但仅此并不足以构成人民币国际化的充分条件。[1079]如何因应人民币国际化进行金融变革，使人民币发挥与我国地位相匹配的作用，无疑是我国面临的一项牵一发而动全身的战略任务。不止于此，发达的实体经济需要发达金融市场的支撑。以英国工业革命为例，其最初数十年生产的产品早在这场革命之前已经发明出来，但这些发明创造需要长期、大量的资本投入，而财富持有人又不愿长期放弃对财富的支配。18 世纪英国资本市场的变革及其所导致的流动性转换，使企业在得到长期资本的同时亦使投资者可以便捷地变现，解除了工业革命之困。可见，没有金融革命，工业革命可能就不会发生。[1080]我国实体经济包括新兴产业能否领先世界，也取决于我们能否建立起发达的金融市场，因此，建立发达的金融市场是我国金融改革的又一战略。应当看到，人民币国际化与建立发达的金融市场对我国金融改革多有相同或相似之处。例如，二者对内都要求健全多层次的金融市场和进行利率的市场化改革等，对外要求开放资本项目和实行市场化的汇率形成机制等。故本文以下删繁就简，选取人民币国际化对金融改革的需要来考察自贸区的金融改革是否对接这一需要。

（一）当下人民币国际化障碍所指向的金融改革

货币国际化实质上是货币职能在国际间的延伸和扩展，人民币国际化是人民币在国际社会充分发挥价值尺度、交换媒介和储藏价值的货币职能而被国际社会广泛使用的过程和现象。国际货币职能在私营与官方领域、货物与金融领域具有不同的体现。就人民币而言，当下人民币在贸易计价和结算——金融产品计价、结算和投资——官方钉住汇率、外汇市场干预和外汇储备的链条上，呈现出依次衰减的特征。[1081]为什么会出现这种现象？人民币在贸易计价和结算方面的职能之所以较为显著，不仅因为我国通过一系列规定消除了人民币在经常项目下的法律障碍，而且也因为在人民币国际化之初相当长的一段时间内市场对人民币升值预期较大，故境外出口商乐意接受人民币以坐收人民币升值之利。

人民币在金融产品计价、结算和投资方面的职能发挥之所以较为逊色，主要是因为金融产品主要是为投资者提供持有财富的金融资产。投资者是否愿意持有特定货币资产，主要取决于投资者在金融市场上迅速出售和变现这种资产的流动性。由于我国对境外人民币仍然实行资本项目管制下的内外分离，境外离岸市场上人民币金融资产的流动性取决于离岸人民币资产池的大小，而不能获得我国央

[1079]对货币国际化所需具备的条件，虽然有不同的认识，但一般来说主要有：一国具有雄厚的实力，特别是经济实力；资本项目开放；汇率市场化；具有发达的金融市场等。

[1080]韩龙：规制与监管：美国金融改革方案对金融法品性的再证明——解读美国金融改革方案之法学理念与基础，《河北法学》2009 年第 11 期。

[1081]韩龙：2013 年度国家社会科学基金重大项目投标书——人民币国际化的法律问题研究，第 36 页。

行的流动性支持，从而制约了人民币作为投资货币的功能。流动性以及人民币离岸市场规模的有限性，将人民币国际化之障碍直指我国的资本项目管制制度以及离岸人民币出口和去处即在岸流动性市场的缺失。

在官方领域，人民币之所以没有发挥或仅发挥极为有限的国际货币职能，与人民币在上述金融交易领域职能的不充分具有密切的关系。人民币较少用于金融交易，他国就欠缺将人民币用作外汇储备的动因。而人民币作为储备货币的有限性，进一步使得其他国家难以将本国货币的汇率盯住一个国际货币职能不健全的货币，也无法以外汇储备中不持有或有限持有的货币对外汇市场进行干预。

可见，资本项目管制以及欠缺发达的在岸金融市场，是实现人民币国际化面临的主要障碍。因此，要实现人民币国际化，我们就需要在改革资本项目管理制度、建立发达的国内金融市场等方面有所作为，有所突破。

（二）自贸区的金融改革对人民币国际化障碍的回应

国务院在《方案》中指出："在风险可控前提下，可在自贸区内对人民币资本项目可兑换、金融市场利率市场化、人民币跨境使用等方面创造条件进行先行先试"。2013 年 12 月出台的《中国人民银行关于金融支持中国上海自由贸易自贸区建设的意见》（以下简称《意见》），在《方案》框架性规定的基础上，提出着力推进人民币跨境使用、人民币资本项目可兑换、利率市场化和外汇管理四大领域的金融改革试验。在以上四个方面，推进人民币跨境使用可以说是对试点人民币国际化的直接宣示。在此之外，推进人民币资本项目可兑换是实现人民币国际化以及建立我国发达金融市场的必备内容，而相应的外汇管理体制改革是适应人民币资本项目和经常项目改革而进行的配套改革。利率市场化是建立发达金融市场和实现人民币国际化需解决的核心问题。故自贸区的金融改革，除人民币跨境使用之外，突出地体现在两大方面：一是资本项目开放，二是利率市场化改革。

而开放资本项目、建立发达的国内金融市场，前已述及，是实现人民币国际化面临的主要障碍。《意见》在开放资本项目和推进以利率市场化改革为核心的金融市场建设方面规定了多项改革措施，似乎在为人民币国际化以及建立我国发达金融市场而进行先行先试，但这些试验能否取得预期的效果，还要审视这些措施及其实施的环境与人民币国际化以及建立我国发达金融市场所需要的措施及其环境是否相当。由于篇幅所限，加上论题单一性的需要，故以下抛开建立我国发达金融市场的需要不论，集中考察自贸区的金融改革能否为人民币国际化所需资本项目开放提供有效试验之问题。纵观《意见》，自贸区有关资本项目开放的改革不仅体现在第三部分"探索投融资汇兑便利"之中，而且也体现为第二部分"创新有利于风险管理的账户体系"和第四部分"扩大人民币跨境使用"的相关规定，大体上包括本外币兑换、跨境投融资以及风险对冲等方面的内容。

二、自贸区能否为人民币国际化条件下的货币自由兑换提供有效试验？

没有哪一种货币能在严格的资本管制下完成国际化[1082]，因此，人民币国际化需要开放资本项目。按照通常理解，资本项目开放包含取消资本项目下的汇兑限制与对外开放金融市场双重内容。取消汇兑限制可以使境内外资本自由兑换，从而为资本跨境投融资创造条件。

对于货币兑换，《意见》第五项规定："条件成熟时，（自由贸易）账户内本外币资金可自由兑换"。这一规定似乎透射出取消汇兑限制的曙光，但是，自贸区的本外币资金自由兑换存在"条件成熟时"的限定。什么时候以及什么是"条件成熟"，《意见》并没有明确，因此，货币自由兑换仍属未来待定之事。不止于此，即便是在条件成熟后所开展的本外币自由兑换，根据《意见》的规定，也是仅限于自由贸易账户内本外币的兑换。当然，在《意见》规定的上述"条件"明朗之前，自贸区企业根据《意见》有关区内自由贸易账户与境外账户资金可以自由划拨的规定，可以利用自由贸易账户将人民币资金调度到境外兑换成外币，然后调回自贸区，也可以将外币调度到境外兑换成人民币，再调回自贸区，如此也可以迂回地实现人民币与外币之间的自由兑换。但如果不进行迂回兑换，在《意见》规定的"条件"未明朗之前，本外币的自由兑换是受到限制的。

按照克鲁格曼的观点，一个货币要想成为国际货币，必须使货币的持有、交易成本逐步降低，甚至等于零。持有、交易的成本越低，越接近国际化。[1083] 有史为证。美国国内生产总值和出口额分别在 1870 年和 1912 年超过了英国，成为世界第一经济大国和第一出口大国，但美元不仅在美国境外没有流通，而且在美国自己的对外贸易中也没有发挥什么作用，一个重要的原因是在美国进行贸易融资具有成本劣势，而伦敦的金融市场具有高度的流动性和效率，因而备受各类投资者和商人们的青睐。[1084]为了推进美元的国际化，1914 年成立的美联储指示其各地机构购买贸易票据，稳定和降低票据的贴现率，由此吸引外国商业银行和中央银行投资这类票据。到了第一次世界大战之后，通过纽约融资的利率通常比伦敦低 1%，由此吸引世界各地商人转而来到纽约进行交易。[1085]美国金融市场流动性的增强、成本的降低和效率的提高，为美元走向国际化提供了重要条件。

人民币要实现国际化，也需要满足降低交易成本包括货币兑换成本这一铁律。尽管国际货币基金组织（以下简称 IMF）《2012 年汇率安排与汇兑限制年报》将

[1082]石巧荣、程华强：中国资本项目开放——基于国民财富增长视角，《世界经济研究》2012 年第 9 期。

[1083]Paul R. Krugman, Vehicle Currencies and the Structure of International Exchange, NBER Working Papers 0333, National Bureau of Economic Research, Inc., 1979.

[1084]韩龙：美元崛起历程及对人民币国际化的启示，《国际金融研究》2012 年第 10 期。

[1085]Eichengreen, Barry, and Flandreau, Marc, The Rise and Fall of the Dollar, or When did the Dollar Replace Sterling as the Leading International Currency? NBER Working Paper 14154, July 2008.

资本项目划分为资本项目外汇收入汇回、资本和货币市场工具、衍生品及其它工具、信贷业务、直接投资、直接投资清算、房地产交易、个人资本交易八大类若干个子项，[1086] 但由于没有任何国家将所有项目全部开放，[1087] 故我们难以准确地厘定货币国际化包括人民币国际化所需要实现和达到的本外币自由兑换水平。虽然如此，但《意见》有关本外币资金兑换的上述限制，使外币与人民币之间的兑换迂回曲折、效率低下，时间和金钱成本高企。这显然有悖货币国际化包括人民币国际化所需遵循的货币兑换低成本的基本规律。自贸区设计的本外币兑换与人民币国际化所需要的本外币兑换自由之间存在的差距，意味着自贸区有关本外币兑换的设计和实践并不能为我国未来展开的人民币国际化提供太多的有效试验，也意味着自贸区有关本外币兑换的现有规则对于建构人民币国际化需要自由兑换的制度仅能提供有限的借鉴。

三、自贸区能否为人民币国际化条件下的投融资改革提供有效试验？

资本项目开放除本外币自由兑换外，还包括对外开放金融市场，使境外资本可以自由地进入和投资于境内金融市场，境内资本自由地进入和投资于境外金融市场。货币兑换是手段，通过兑换进行投融资才是目的。投融资包括投资和融资。投资可分为直接投资和间接投资，从自贸区的角度看，二者又分别包括对/从境外投资与对/从境内区外投资。融资也相应地包括从/对境外融资和对/从境内区外融资。《意见》涉及资本项目项下的跨境融资便利的内容相对较多，其中对不少类属仍然限制较多。以下在对《意见》有关区内机构和个人的投融资便利的规定进行梳理、考察的基础上，对自贸区投融资便利的试验效果进行分析。

（一）《意见》对区内机构和个人的投融资便利规定

1、区内机构

区内机构是注册在自贸区内的中外资企业、非银行金融机构以及其他经济组织。对自贸区跨境直接投资，《意见》规定区内机构可直接向银行办理所涉及的跨境收付、兑换业务，不需要前置核准。从《意见》使用的“跨境直接投资”、“收付”等措辞来看，这一规定涵盖自贸区对境外的直接投资和境外对自贸区的直接投资，这类投资涉及的资金收付和兑换可到银行直接办理，没有限制。此外，就人民币而言，《意见》第十三条规定，上海地区银行业金融机构可凭区内机构和个人提交的收付款指令，直接办理直接投资的跨境人民币结算业务。仅凭收付款指令，即可跨境直接投资，这与境内区外的繁琐做法相比简化了人民币跨境直接投资的流程。可见，《意见》放开了跨境进出自贸区的直接投资。对于自贸区

[1086]IMF, Annual Report on Exchange Arrangements and Exchange Restrictions, October 2012, pp.68-69.
[1087]周小川：如何理解资本项目可兑换，《新世纪》2013 年第 3 期。

对/从境内区外的投资，《意见》第五项其中规定同一非金融机构主体的居民自由贸易账户与其他银行结算账户之间因实业投资等需要，可以办理资金划转。据此，自贸区居民自由贸易账户与境内区外普通账户之间可以办理实业投资的资金划转，从而为对/从境内区外的实业投资开了一定的口子。从表面上看，这一便利仅限于同一非金融机构主体，不同机构相互间的实业投资并不能在自贸区与境内区外之间划转。然而，自贸区中资机构在境内区外的投资完全可以不借助自贸区。同时，对于外国投资者的直接投资，我国法律一直采取支持态度，因此，自贸区的外国投资者亦可顺畅地对境内区外进行直接投资。可见，自贸区与境外以及自贸区与境内区外的直接投资较为通畅，加之自贸区对直接投资实行由审批制转向注册制等系列改革，因此，自贸区的直接投资改革对我国全面铺开对跨境直接投资的改革提供着重要试验。

在间接投资类属中，一方面，就自贸区对/从境外的间接投资而言，《意见》第十二项允许符合条件的区内企业按规定开展境外证券和衍生品投资。也就是说，区内企业从事对境外的证券或衍生品投资，要“符合条件”并“按规定”行事，但“条件”和“规定”是什么，《意见》并没有明确。此外，境外能否对自贸区进行间接投资，《意见》没有涉及。按照“无限制即自由”的法律理念，应当可为，但如果依循“无授权即禁止”的传统，答案则相反。令人对上述规定及其限制条件表示质疑的是《意见》第五项的如下规定，即“居民自由贸易账户与境外账户、境内区外的非居民账户、非居民自由贸易账户以及其他居民自由贸易账户之间的资金可自由划转”。既然自贸区自由贸易账户与境外账户的资金可以跨境自由划转，那么，对自贸区跨境间接投资，特别是资金从自贸区流到境外后进行的间接投资也就无法限制，因此，上述第十二项规定的限制效果令人生疑。另一方面，对于区内企业对境内区外的间接投资，《意见》第十项规定区内金融机构和企业可按规定进入上海地区的证券和期货交易场所进行投资和交易，从而为区内金融机构和企业在境内的间接投资提供了一定的渠道，但仅限于上海地区，并且受尚不明确的“规定”的限制。此外，对于境内区外能否向自贸区以及借助自贸区向境外进行金融投资，《意见》也没有明确和放行。可见，与直接投资不同，《意见》对自贸区的跨境间接投资与进出境内区外的间接投资都有一定的限制。

在融资类属中，对于跨境融资，《意见》第六项规定居民和非居民自由贸易账户可办理跨境融资、担保等业务。居民和非居民通常包括自然人和法人，而跨境融资理应包括对境外融资和从境外融资，据此似乎可以得出区内机构跨境融资无限制的结论。但值得注意的是，《意见》第十一项又规定，区内机构可根据经营需要，按规定从境外融入本外币资金。也就是说，区内机构从境外融资要遵守“规定”并接受“经营需要”的限制。而“经营需要”将以何种方法厘定，决定

着区内机构从境外融资规模的大小。若将上述第六项和第十一项结合起来解读，我们只能将《意见》解释为对区内机构从境外融资规定了“经营需要”等限制，而对对外提供融资则无限制。以此解读，《意见》似乎支持区内机构对境外融出资金，而对其从境外融入资金则有限制。但是，这样的结论似乎又欠缺应有的说服力，因此，第六项和第十一项的关系还有待当局的明确。

对于自贸区与我国境内区外之间的融资，《意见》第五项规定，同一非金融机构主体的居民自由贸易账户与其他银行结算账户之间因偿还贷款以及其他符合规定的跨境交易等需要，可办理资金划转。从自贸区为自己的境内区外的机构还款，或从境内区外为自己的区内机构还款，意味着在一定范围（同一主体）内和一定程度上（此种资金划转受跨境业务管理限制）可在自贸区与境内区外之间进行资金调度。此外，《意见》第十项规定，区内企业的境外母公司可按国家有关法规在境内资本市场发行人民币债券。区内企业的境外母公司在境内发行债券将募集的资金转至境外后，可以跨境向区内企业进行关联融资，从而使区内企业间接地获得在境内发行债券所筹措的资金。除以上渠道之外，《意见》并没有为区内机构从境内区外进行融资，或者向境内提供融资，开辟其他通道。总之，尽管跨境融资的有些方面有待明确，但就总体而言，《意见》对自贸区与我国境内区外之间的融资限制似乎要大于自贸区与境外间的融资限制。

2、个人

《意见》第九项有关便利个人跨境投资的规定不仅包括了个人，也包括了个体工商户，而且投融资混杂在一起。值得注意的有以下方面：第一，《意见》规定在区内就业并符合条件的个人可按规定开展包括证券投资在内的各类境外投资。在《意见》没有对“个人”进行限定的情况下，“个人”应当包括中国人和外国人，只要其在自贸区就业且符合尚有待厘定的“条件”。实际上，自贸区的外国人来自境外，在境外投资有各种渠道，不会因在自贸区就业而受限，因此，这一规定的真正突破在于其为在自贸区就业的中国民众直接投资境外另辟新径，而不必像之前那样须借助合格境内机构投资者（QDII）。第二，《意见》第九项的另一亮点在于其规定在区内就业并符合条件的境外个人可按规定在区内金融机构开立非居民个人境内投资专户，按规定开展包括证券投资在内的各类境内投资。之前外国投资者投资于我国的证券市场需借助合格境外机构投资者（QFII），但依此项规定，境外个人只要在自贸区就业并“符合条件”，就可以在我国从事证券投资或其他投资。可见，较之于我国之前的相关制度和实践，《意见》对于在区内就业并符合条件的中国人投资境外和相关外国人投资我国境内区外实现了一定的突破，但开放度的大小取决于《意见》所提到的相关“规定”的尺度大小。

（二）自贸区投融资便利的试验效果分析

从以上规定来看，自贸区对区内机构及个人的直接投资最为开放，而对间接投资、融资的规定则磕磕绊绊，或因条件不明朗而难见真容。这或许体现了当局要求金融服务实体经济以及对自贸区资本项目开放优先劣后的考量。然而，人民币国际化不止是需要开放直接投资，而且也需要放开机构和个人的间接投资和融资，因而自贸区在后一方面为人民币国际化所需开放的试验成色更值得关注。

1、自贸区投融资便利改革之有限性

间接投资因其是把资金投放于证券等金融性资产，以期获得一定收益，故又被称为金融或证券投资。一国货币要国际化，特别是要实现其储藏价值，就必须为境外投资者以这种货币提供并允许其持有能够在金融市场上便捷出售、变现的金融资产。“对中国来说，存在着不让外国人能够取得中国资产的出口导向增长战略与需要外国人无限制地取得中国资产的促进储备货币地位之间的矛盾”。[1088]人民币国际化须全面地向全球提供者提供和开放持有人民币金融资产，这需要通过开放对内对外的间接投资来完成。但是，另一方面，自贸区对对内对外的间接投资存在上述诸多限制或不确定性，则限制了为人民币国际化提供试验田的功效。以对境内区外的间接投资为例，虽然《意见》第十项规定区内金融机构和企业可按规定进入上海地区的证券和期货交易场所进行投资和交易，但第十五项又规定这些机构和企业从境外借用人民币资金不得用于投资有价证券、衍生产品等。抛开投资有价证券或衍生品的资金是否是借入资金的甄别难度不谈，不能以借入资金进行间接投资，意味着区内金融机构和企业须以自有资金或利润所得进行投资，不能有杠杆。这与金融投资特别是衍生品投资的惯常做法严重不符，也与人民币国际化条件下对间接投资的开放存在差距。

再就融资而言，在利率以及汇率等市场价格信号的引导下，境内外企业自主和自由地选择资源配置包括资本配置的场所，是市场经济的基本内涵。一国货币要实现国际化，特别是要担当金融交易媒介以及价值尺度的功能，允许以此货币进行跨境融资是基本条件。相反，如果过度限制以此货币进行跨境融资，只能导致市场选择使用其他货币。是故，人民币国际化需要开放跨境融资。但衡之以自贸区的上述规定，自贸区对跨境和跨境内区外的融资均有限制或模糊之处。仅以《意见》第五项的规定为例，虽然特定主体及其资金可以在一定条件下为偿还贷款等用途在自贸区与境内区外之间进行划拨，但是，该项规定同时又指出：“居

[1088]韩龙：美元崛起历程及对人民币国际化的启示，《国际金融研究》2012 年第 10 期。转引自 Subramanian, Arvind, Eclipse: Living in the Shadow of China’s Economic Dominance[M], Washington, DC: Peterson Institute for International Economics, 2011, p. 5.

民自由贸易账户与境内区外的银行结算账户之间产生的资金流动视同跨境业务管理”。这意味着我国资本项目管制的规定适用于这种资金流动，意味着货币国际化条件下的融资自由得到抑制。因此，自贸区的融资便利改革能够在多大程度上为人民币国际化“探底”，亦令人生疑。

2、自贸区投融资便利难以提供人民币国际化有效试验之追因

自贸区投融资便利改革在试验人民币国际化方面存在的局限性，与《方案》和《意见》为自贸区所做设定有一定的关系。《方案》在第三部分“营造相应的监管和税收制度环境”中提出了“一线放开，二线管住”的政策。这一政策在金融领域突出地体现在《意见》第二部分对非金融机构和金融机构的规定中。

在非金融机构层面，《意见》创设了“自由贸易账户”，虽然规定自贸区内的居民、非居民可设立本外币居民与非居民自由贸易账户，且居民自由贸易账户与非居民自由贸易账户以及境外账户、其他居民自由贸易账户、境内区外的非居民账户之间的资金可自由划转，但这仅意味着区内与境外账户之间的可流转性，区内与境内区外的资金流转体系彼此独立。这种做法虽然可以防范境外和区内金融风险向境内区外传播，但也导致区内市场与境内市场的相互隔离。同时，根据《意见》，虽然同一非金融机构主体的居民自由贸易账户与其他银行结算账户之间因经常项下业务、偿还贷款、实业投资以及其他符合规定的跨境交易需要可办理资金划转，但由于《意见》规定居民自由贸易账户与境内区外的银行结算账户之间产生的资金流动按照跨境业务来管理，因此，《意见》将“区外”视同“跨境”，自贸区金融改革沿循的是“一线放开，二线管制”的区内与境内区外的二元分离结构。

在金融机构层面，《意见》创设了“分账核算单元”，规定上海地区金融机构可根据中国人民银行的相关规定，通过内部设立自贸区分账核算单元的方式，为区内主体开立本外币自由贸易账户，提供相应的金融服务。自贸区分账核算单元实行分账核算，相对于其母行独立运营，且在流动性上以自求平衡为原则。分账核算单元及由其形成的分账核算体系是自贸区金融政策的核心内容。分账核算若严格执行，可以将自贸区内的所有企业、个人、金融机构账户都加以标识，与境内账号隔离，且被标识账户的所有资金流向均可得到实时监控。这样，通过账户管理等手段，自贸区与境内区外隔离起来，自贸区也被框定为境内关外的地位。

不止于此，即便是“一线”，自贸区实际上也没有完全开放跨境资本流动的通道。对于资金流入，“一线”未放开不仅导致从境外流入的资金量受限，而且“二线管住”会导致流入的资金主要靠自贸区吸收消化。为消化“一线”流入的

资金，自贸区是否要建立一个层次和功能齐全的金融市场？由于《方案》鼓励建立中外资金融机构，且区内又存在实体经济，因此，自贸区会出现一定的金融业务和金融市场。但自贸区是否要建立证券市场和金融衍生市场？《意见》因规定区内机构和自贸区金融机构可在区内进行风险对冲交易，从而似乎可以推断出自贸区建立金融衍生市场的结论，但在区内建立多层次资本市场之意则在《意见》中难觅踪迹。相反，《意见》第十项恰恰规定了区内金融机构和企业可进入上海地区的证券和期货交易场所进行投资和交易，但投资和交易的资金不得从境外融入，从而将投资和交易限于自有资本和盈利所得。在此局面下，即便“一线”全面放开，从资本项目项下流入的资金，除满足区内企业有限的经营需求、基于经营需要的风险对冲以及受限的境内区外的证券投资等之外，别无它用。在这种情形下，境外资本进入自贸区的动力，与我国在全境开放整个资本项目给境外资本提供的动力相比，难以相提并论。资金流出也与此类似，故不赘述。

虽然本文尚无法确切地厘定人民币国际化所需开放资本项目的尺度，但毋庸置疑的是，货币国际化所需要的资本项目开放是畅通和顺畅的开放，而不是隔离和封闭的，故可以肯定的是人民币国际化条件下的资本项目开放较之于自贸区的当下实践要宽松顺畅。内外分离的二元结构以及对内对外的附加限制，导致自贸区条件下的资本流动在数量、类型、流动动因等方面相异于人民币国际化所需资本项目开放。试验的条件、环境相异，试验结论不免成疑。因此，自贸区的投融资便利改革为我国适应人民币国际化开放资本项目提供的借鉴令人质疑。

四、自贸区能否为人民币国际化条件下的风险对冲提供有效试验？

《意见》有关风险对冲的规定集中于第十二项，主要包括区内机构的风险对冲和金融机构的风险对冲两个方面。对于前者，《意见》规定区内机构可按规定基于真实的币种匹配及期限匹配的管理需要在区内或境外开展风险对冲管理。这一规定突出地反映出《意见》对风险对冲交易不能脱离实体经济需要的要求。对于后者，《意见》规定，自贸区分账核算单元因向区内或境外机构提供本外币自由汇兑产生的敞口头寸，应在区内或境外市场上进行平盘对冲。自贸区分账核算单元基于自身风险管理需要可按规定参与国际金融市场衍生工具交易，经批准可在一定额度内进入境内银行间市场开展拆借或回购交易。分账核算单元是上海地区的金融机构在自贸区设立的为区内主体开立自由贸易账户并提供金融服务的独立系统，故以上有关分账核算单元的规定是针对金融机构，特别是银行而言的。根据以上规定，提供分账核算服务的金融机构，可以参与区内或境外的平盘对冲或衍生品交易，也可以经批准参加我国境内银行间市场的拆借或回购，即自贸区金融机构为管理风险可同时享有利用境外、境内（包括区内和境内区外）两种市

场的便利。

人民币国际化意味着人民币在国际间发挥价值尺度、交易媒介和储藏价值的货币功能。在此过程中，无论是金融机构，还是非金融机构性质的市场主体，都会因经营或使用人民币而产生风险敞口，因而需要相应的风险对冲的场所、产品和手段，进行风险对冲是自贸区生存和发展的需要。自贸区因应人民币跨境使用扩大和投融资汇兑便利化而进行的风险对冲改革，在很大程度上同时也肩负着人民币国际化对风险对冲这一需要的试验和尝试。然而，这种试验是否与人民币国际化条件下对风险对冲的需要相当，则值得探究。以下受篇幅所限，仅以对区内机构的限制为例进行考察。

《意见》要求区内机构进行风险对冲须基于真实的币种及期限匹配的需要。这一规定的初衷无外乎是避免投机和服务实体经济。如果说由于金融机构具有特殊性，因而需要对其过度投机金融衍生交易所生风险和对金融稳定的危害进行规制尚在合理范围的话，那么，对不具有金融机构性质的区内机构进行上述限制就显得理由并不是那么充足，因为作为市场主体自由之一的投资自由本身就不同程度地包含着投机元素，投资或投机金融衍生交易是区内机构的市场自由，对此进行过度限制并不适当。同时，这一限制也与一种货币国际化条件下对在这种货币基础上派生的衍生交易的自由参与相悖，因为没有大量的投机交易及其提供的市场流动性的润滑，真实的风险对冲以及价格发现等衍生交易功能就难以实现。而如果不能对冲或规避风险以及发现价格，一国货币就难以为国际社会所接受而成为国际货币。此外，依《意见》，区内机构还可以在自贸区内开展风险对冲。自贸区是否需要以及能否建立起独立的金融衍生市场本身就值得怀疑，即便自贸区建立起金融衍生市场，由于禁止区内机构进行投机性交易，加之“二线管住”导致境内区外资金无法参与金融衍生交易，因此，该金融衍生市场覆盖范围受限，其发现的价格及其对对冲风险提供的指引，亦将与人民币国际化条件下的境况大相径庭。

五、防范自贸区的金融改革蜕变为 IBF

美国的国际银行设施（International Banking Facility，以下简称 IBF），是 1981 年美联储批准的在美国境内设立的离岸美元市场。离岸金融市场，通常是有关货币游离于货币发行国之外而形成的金融市场。美国为了应对境外离岸美元市场对美国金融地位和金融业的冲击，开辟了在货币发行国境内设立离岸金融市场发展离岸金融的先例，从而打破了传统的离岸金融中有关货币须游离于货币发行国境外的这一传统特点。[1089] IBF 具有以下特点：⑴所有获准吸收存款的美国银行、

[1089]韩龙：论离岸金融法律问题的特殊性，《河北法学》2010 年第 3 期。

外国银行均可申请加入 IBF，在美国境内吸收非居民美元或外币的存款，与非居民进行金融交易。⑵该市场交易享受离岸市场的优待，免除适用美国其它金融交易的存款准备金、利率上限、存款保险、利息预提税等限制和负担。⑶存放在国际银行设施帐户上的美元视同境外美元，与国内美元帐户严格分开。[1090]

与 IBF 的上述特点相比较，我国对自贸区金融改革的设计及实践亦有近似之处。《意见》第二部分有关“创新有利于风险管理的账户体系”规定，上海地区金融机构可根据人民银行规定设立自贸区分账核算单元，居民和非居民可以开设自由贸易账户，这些账户可办理跨境融资、担保等业务，彼此间以及这些账户与境外账户之间的资金可自由划转。可见，分账核算单元以及其中的自由贸易账户的运行与 IBF 上述第一项特征相近。不止于此，《意见》第五项有关居民自由贸易账户与境内区外的银行结算账户之间产生的资金流动视同跨境业务管理的规定，将区内等同于境外，实行内外分离，因而与 IBF 上述第三项特征相近。至于第二项特征，虽然《方案》和《意见》尚未给予自贸区全面的金融优惠，但《意见》的第五部分授权自贸区推进利率市场化，包括发行大额可转让存单等。这相当于给予了自贸区突破我国利率市场化的最后一道堡垒——存款利率管制的特权。正是由于自贸区存在与 IBF 近似的特征，自贸区的金融改革有陷入离岸市场之虞。因此，有人提出要让自贸区形成“境内关外”的人民币离岸市场[1091]，也就不足为奇。

但问题是自贸区的金融改革的目的难道就是要在我国本土上建立一个离岸金融市场吗？答案显然是否定的。这是因为《方案》规定自贸区肩负的是探索我国全面深化改革和扩大开放的重要使命，而只有人民币国际化以及建立我国发达的金融市场才能堪称此等使命。以 IBF 为代表的在货币发行国本土上设立的离岸市场与货币发行国的在岸货币金融体系是封闭和隔离的，与我国需要进行的全局性金融改革相去甚远。不止于此，将自贸区的金融改革定位于建立离岸市场，还会极大地妨碍人民币国际化以及建立我国发达的金融市场需要从自贸区获取经验。因此，切不可将自贸区的金融改革沦为建立中国的 IBF 或中国的金融洼地，否则，必将扰乱和冲击我国建立自贸区的初衷和目标，妨碍金融改革开放的大局。

避免将自贸区沦为中国的 IBF，并不否定在人民币国际化条件下在我国本土上建立人民币离岸市场之必要。相反，随着人民币国际化程度的提高，与其在境

[1090]韩龙：《离岸金融法律问题研究》，法律出版社 2001 年 11 月，第 6 页。

[1091]徐凯：中国（上海）自由贸易试验区的司法保障，《中国国际法学会 2014 年学术年会论文集》第 994 页。

外发展人民币离岸市场，倒不如我们利用本国的便利条件和优势，同时开辟境内人民币离岸市场，以壮大我国的金融业和提高我国的国际金融地位。但是，应当看到，IBF 是在美元已成为国际主导货币且美国已建立起发达的金融市场条件下，美国为避免本土金融业相对于境外离岸美元市场的劣势而为，而境外离岸美元市场之所以能够形成和发展是以美元已经国际化为前提。如果我国不是为人民币国际化以及建立发达的金融市场而先行先试，而是尝试建立自己的 IBF，不仅会因小失大，而且对照美国的实践还会本末倒置。

一国货币国际化事关该国发展模式、法律和政策的重大调整，进行相应的试验是必要和适宜的，但前提是这种试验是逼真和有效的。实际上，一国货币国际化所需试验，不止是可以通过本国开辟的“试验田”而获得，也可以借助其他国家货币的国际化和本国货币在境外国际化的实践而同样获得。从《方案》和《意见》规定的举措来看，这些举措在发达经济体和一些发展中经济体中多为常态之举，屡经实践检验。此外，香港、伦敦、新加坡等人民币离岸市场的发展及其折射出问题，也为人民币国际化的改革提供了宝贵的借鉴。有了这些实践经验及其提供的借鉴，人民币国际化可以根据国内条件的成熟度更为大胆地向前推进，而并不必过度谨小慎微地借助自贸区的金融改革试验。

Can CPFTZ Provide Real Capital Account Liberalization Experiments for Renminbi Internationalization

HAN　Long

（Law School, Zhongnan University of Economics and Law, Hubei Wuhan 430073,China）

Abstract: China（Shanghai）Pilot Free Trade Zone (CPFTZ) is burdened with the experimental function for China’s strategic financial reforms and for Renminbi internationalization in particular. The financial reforms of CPFTZ in accordance with its design and provisions, however, can provide limited experiment for the reforms of free exchange, investments and financing, risk hedging required by Renminbi internationalization. The main reason lies in CPFTZ “outward open and inward control” model which makes it an insulated customs territory，a situation which differs from the conditions of Renminbi internationalization. CPFTZ has the risk of evolving into IBF which China should try to avoid.

Key words:CPFTZ, Financial Reforms, Renminbi Internationalization, Capital Account Liberalization, Experiments

《联合国气候变化框架公约》下碳关税的合法性分析

黄文旭*

（湖南师范大学法学院，湖南长沙　410081）

摘要：碳关税指的是基于碳排放的进口环节边境调节措施，表现为要求进口商对进口自未实施碳减排制度的国家的产品缴税或购买排放配额等形式。采取碳关税措施是一国的主权事项，如果要主张碳关税措施不合法，必须要有国际法上的依据。因此，碳关税本身并不违反《联合国气候变化框架公约》，只是要受到一定的限制，即不得成为国际贸易上的任意或无理的歧视手段或者隐蔽的限制，不得违反“共同但有区别的责任”原则，即不得对发展中国家进口的产品实施。

关键词：碳关税；边境碳调节措施；气候变化；京都议定书

碳关税不仅与贸易有关，而且其本身是一种以防止碳泄漏为目的的温室气体减排措施，因此不仅要从 WTO 规则的视角分析碳关税的合法性，也要在气候变化国际法框架下分析碳关税的合法性。目前与气候变化有关的主要国际法律文件为《联合国气候变化框架公约》和《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》（下称《京都议定书》）。 《联合国气候变化框架公约》第 2 条规定，“……根据本公约的各项有关规定，将大气中温室气体的浓度稳定在防止气候系统受到危险的人为干扰的水平上。……”可以将本条的措词理解为，公约缔约方控制温室气体排放的措施必须是“根据本公约的各项有关规定”采取的，换句话说，缔约方不得采取公约规定之外的方法来控制温室气体的排放。那么，碳关税是否符合《联合国气候变化框架公约》的有关规定呢？

一、《联合国气候变化框架公约》是否禁止碳关税等单边措施

《联合国气候变化框架公约》第 3 条第 5 款规定，“各缔约方应当合作促进有利的和开放的国际经济体系，这种体系将促成所有缔约方特别是发展中国家缔约方的可持续经济增长和发展，从而使它们有能力更好地应付气候变化的问题。为对付气候变化而采取的措施，包括单方面措施，不应当成为国际贸易上的任意或无理的歧视手段或者隐蔽的限制。”这一规定颇具 WTO 规则的风范，事实上，

* 作者简介：黄文旭（1982—），湖南邵阳人，法学博士，湖南师范大学法学院讲师。

这款规定就是源自 GATT 第 20 条例外引言中的规定。[1092]只是用词不完全相同而已。

有学者认为，根据这一条款，《联合国气候变化框架公约》既不支持缔约方将单边贸易措施作为其应对气候变化问题的策略，也没有明文禁止单边气候贸易措施。[1093]也有学者认为碳关税不符合《联合国气候变化框架公约》，理由如下：（1）进口国无权单边评估第三国的减排措施。例如，《联合国气候变化框架公约》第 3 条就规定，每一缔约方采取的行动应根据它们共同但有区别的责任和各自的能力。（2）惩罚性的单边贸易措施并不是应对气候变化的有效措施。针对气候变化采取单边贸易措施会阻碍各国在应对全球气候变化方面的合作，因为惩罚性的贸易措施会影响至关重要的全球性气候变化协商。（3）惩罚性的单边贸易措施不一定能够预防碳泄漏和减缓气候变化。[1094]有研究表明："中国所排放的碳总量的 1/4 主要源于产品的出口，而出口的产品主要用来满足那些不再生产相应产品的发达国家的消费者。"[1095]

上述认为碳关税违反了《联合国气候变化框架公约》的观点在论证上存在着一定的缺陷。《联合国气候变化框架公约》第 3 条第 5 款规定，"为应付气候变化而采取的措施，包括单方面措施，不应当成为国际贸易上的任意或无理的歧视手段或者隐蔽的限制。"这一表述必须从两方面来理解，第一，可以采取单方面措施以应付气候变化；第二，所采取的措施不应当成为国际贸易上的任意或无理的歧视手段或者隐蔽的限制。在解释这一条文时不能只取第二种含义而对第一种含义选择性失明。如果说该条文的立法意图是不允许采取应对气候变化的单方面措施，就应该在起草时把"包括单方面措施"的措词删掉。而且，即使该条款没有"包括单方面措施"的措词，也不能认为该条款禁止碳关税等单方面措施，因为"为对付气候变化而采取的措施"的外延是很广的，在解释时不能人为地将"单方面措施"排除在外。在对条约进行解释时，应尽量使每一个条文有其存在的价值。因此，不能说该条款禁止了单边气候贸易措施，也不能说该条款既不禁止单边气候贸易措施，也不允许单边气候贸易措施，因为没有既不禁止也不允许的中

[1092] GATT 第 20 条例外引言中的规定为"对情况相同的各国，实施的措施不得构成武断的或不合理的差别待遇，或构成对国际贸易的变相限制。"
[1093] Julia O'Brien, The Equity of Levelling the Playing Field in the Climate Change Context, Journal of World Trade, 43, No. 5, 2009, p. 1101.
[1094] Julia O'Brien, The Equity of Levelling the Playing Field in the Climate Change Context, Journal of World Trade, 43, No. 5, 2009.
[1095] ICTSD, Climate Change and Trade-Key Linkages, April 2008, p. 45.

间状态，不禁止即允许。据此，《联合国气候变化框架公约》第 3 条第 5 款是允许采取碳关税等单边气候贸易措施的。

以碳关税等单边措施不是应对气候变化的有效措施、影响全球气候变化协商、不一定能够预防碳泄漏为理由认为其违反了《联合国气候变化框架公约》则更是站不住脚。因为这些理由都是一些模凌两可的描述，都不能构成法律上的理由。而且，《联合国气候变化框架公约》第 3 条第 3 款还有规定，“不应当以科学上没有完全的确定性为理由推迟采取这类措施。”因此，即使碳关税预防碳泄漏的效果还具有不确定性，也不能以此作为碳关税不符合《联合国气候变化框架公约》的理由。

因此，《联合国气候变化框架公约》并不禁止碳关税等单边措施，但碳关税措施不得成为国际贸易上的任意或无理的歧视手段或者隐蔽的限制。而碳关税是否构成这种国际贸易上的歧视或限制要根据碳关税的具体实施情况来进行判断。

二、碳关税是否侵犯了他国的环境主权

《联合国气候变化框架公约》前言规定，“各国根据《联合国宪章》和国际法原则，拥有主权权利按自己的环境和发展政策开发自己的资源。” 据此，Julia O’Brien 认为，碳关税针对的是外国企业的生产实践，侵犯了外国选择经济与环境政策的主权。国际环境协议一贯尊重属地管辖权，强调一国有权追求自己的发展方式。使用惩罚性的单边环境措施影响其他国家的环境或发展政策不符合主权原则。[1096]我国学者王慧也认为，国际环境协议尊重各国的主权，即各国有权选择自己的发展道路。因此，通过采取碳关税措施来影响其他国家的气候变化政策或发展政策无疑在一定程度上侵犯了其他国家的主权。[1097]

以碳关税影响了其他国家的气候变化政策或发展政策，从而侵犯了其他国家的主权为理由认为其违反了《联合国气候变化框架公约》也是不具说服力的。这一论证方式同样犯了选择性失明的错误。《联合国气候变化框架公约》序言中的原文是，“各国根据《联合国宪章》和国际法原则，拥有主权权利按自己的环境和发展政策开发自己的资源，也有责任确保在其管辖或控制范围内的活动不对其它国家的环境或国家管辖范围以外地区的环境造成损害。”认为碳关税侵犯了他

[1096] Julia O’Brien, The Equity of Levelling the Playing Field in the Climate Change Context, Journal of World Trade, 43, No. 5, 2009, p. 1107.

[1097] 王慧：《美国气候安全法中的碳关税条款及其对我国的影响——兼论我国的诉讼对策》，载《法商研究》2010 年第 5 期，第 27 页。

国主权的观点只看到了上述序言内容的前半句，而无视后半句，只提到了出口国的主权，而无视进口国的主权。虽然出口国有权确定自己的温室气体排放政策，但也有责任确保其境内的温室气体排放不对该国以外的环境造成损害。由于温室气体排放所造成的损害并不限于出口国境内，而是对全球的气候变化造成了影响，因此，出口国的温室气体排放政策就不仅仅是其主权事项，同时还要受到国际法的约束。

此外，根据“领土内的一切都属于领土”的法律格言，国家对其领土范围内的一切人、物和事享有完全的和排他的管辖权，即国家的属地优越权，也称领域管辖权。所有处于一国境内的人和财产以及在一国境内发生的一切事件都处于该国的管辖之下。[1098]我国也有学者认为，美国的碳关税法案并不涉及“域外法权”争议，因为碳关税直接作用的对象是向美国出口的产品，而不是外国企业在产品生产过程中的碳排放行为；任何国家都具有对本国贸易行为及进出口产品的管辖权，这符合国际法上的“属地原则”。[1099]根据属地管辖原则，一国实施什么样的气候变化政策或发展政策，只要不违反其条约义务，当然是其主权事项，但当其产品一旦进入进口国的领土，就立即处于进口国的管辖之下，进口国对进口产品采取何种措施，都是进口国的主权。

只有进口国的措施违反了国际强行法或该国的条约义务，才能说该措施违反了国际法。如果没有 WTO 规则的约束，世界各国即使闭关锁国，采取高关税甚至禁止任何进口，不管其征收高关税或禁止进口的理由是什么，这都是进口国的主权。因此，实施碳关税是进口国的主权，并没有侵犯其他国家的主权。相反，如果禁止进口国实施碳关税，则是侵犯了进口国的主权。李寿平从环境主权的角度进行分析，也认为国家为了保护本国环境与自然资源，基于国家环境主权可以通过国内立法实施单边贸易措施，这并不违背国际法的规定，应定性为合法行为。[1100]由于温室气体的排放所造成的后果是全球性的，并不局限于排放国境内，因此防止全球气候变暖也属于保护本国环境与自然资源的范围之内。

三、碳关税是否符合“共同但有区别的责任”原则

“共同但有区别的责任”原则是国际环境法的一项基本原则，指的是各国对

[1098] 王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 90 页。
[1099] 陈立新：《美国碳关税法案的法理透视》，载《中国外资》2009 年第 11 期，第 206 页。
[1100] 李寿平：《多边贸易体制中的环境保护法律问题研究》，中国法制出版社 2004 年版，第 98-99 页。

全球环境保护承担有共同的但是又有区别的责任。共同的责任意味着各国不论其大小、贫富等方面的差别，都对保护全球环境负有责任。有区别的责任指的是各国虽然负有保护全球环境的共同责任，但在发展中国家和发达国家之间，责任的分担不是平均的，而是与它们的社会在历史上和当前对地球环境造成的破坏和压力成正比的。[1101]《联合国气候变化框架公约》也规定了“共同但有区别的责任”原则。有一种观点认为，碳关税违反了《联合国气候变化框架公约》中的“共同但有区别的责任”原则。[1102]且持这种观点者不在少数。

然而，以碳关税不符合“共同但有区别的责任”原则而认为其违反了《联合国气候变化框架公约》是不严谨的。《联合国气候变化框架公约》不仅在序言和第 3 条“原则”中明确提出了“共同但有区别的责任”，而且在第 4 条关于“承诺”的规定中体现了“共同但有区别的责任”原则，即仅对附件一所列的发达国家缔约方规定了减排承诺，而发展中国家并没有减排承诺。由于碳关税有可能对进口自发展中国家的产品实施，也有可能对进口自附件一缔约方的产品实施，如欧盟的碳关税提议就主要是针对美国，而美国是附件一所列的发达国家缔约方。如果附件一国家没有采取减排措施，其产品被采取了减排措施的缔约方征收了碳关税，附件一国家就没有任何理由援引“共同但有区别的责任”来证明进口国的碳关税不合法。认为碳关税不符合“共同但有区别的责任”原则的观点是基于一个虚假的前提，即碳关税只能对发展中国家的产品征收。

因此，碳关税本身并不违反“共同但有区别的责任”，只有对从发展中国家进口的产品实施碳关税时，才涉及是否违反“共同但有区别的责任”问题。正如一个外国学者所分析的，根据《联合国气候变化框架公约》所确定的共同但有区别的责任原则，一国实施碳关税的做法是否合法还取决于碳关税征收国和产品出口国之间的关系。如果碳关税所涉及的两个国家都是工业化国家且两国的人均碳排放量相当，那么两国的气候变化减缓能力可能相当；如果其中的一个国家没有做出减缓气候变化的国际承诺，没有实施相应的措施来减缓气候变化，那么没有实施相应措施的国家在国际竞争中就可能处于优势地位，这种情况下实施减排措施的国家对没有实施减排措施的国家的产品征收碳关税便具有合理性。但是，如

[1101] 王曦：《国际环境法》，法律出版社 2005 年版，第 108 页。
[1102] 孟凡娟：《国际视野下“碳关税”的法律分析》，载《法制与社会》2011 年第 1（下）期，第 115 页；杨芳：《低碳经济时代碳关税合法性问题研究》，载《法治论坛》第 20 辑，第 217 页。

果发达国家针对发展中国家的产品征收符合发达国家碳排放标准的碳关税，便会产生公平问题。这是因为，这种碳关税显然只以发达国家的气候变化政策为出发点，只反映了发达国家自己对于国际公平竞争的理解，却没有顾及发展中国家所承担的低于碳关税征收国的经国际社会认可的气候变化减缓责任。因此，无视发展中国家实际国情的碳关税条款违反了《联合国气候变化框架公约》所确定的共同但有区别的责任原则。[1103]

综上所述，碳关税本身并不违反《联合国气候变化框架公约》，只是要受到一定的限制，即不得成为国际贸易上的任意或无理的歧视手段或者隐蔽的限制，不得对发展中国家进口的产品实施，如果对发展中国家进口的产品实施，则违反了“共同但有区别的责任”原则。

四、结论

碳关税在气候公约下是否合法不能一概而论，要分情况进行分析。对发达国家缔约方实施的碳关税措施、对发展中国家缔约方实施的碳关税措施和对非缔约方实施的碳关税措施的合法性是不一样的。

（一）对发达国家缔约方征收碳关税是否合法

由于采取碳关税措施是一国的主权事项，如果要主张碳关税措施不合法，必须要有国际法上的依据。而《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》对附件一中的发达国家规定了强制减排的义务，如果某附件一中的发达国家没有履行减排义务，其产品被其他国家征收碳关税，该发达国家就不能援引《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》主张该碳关税措施不合法。但此处要注意的是，有些发达国家并没有列入附件一，这类发达国家没有强制减排义务，若其产品被其他国家征收碳关税，该国就能主张该碳关税措施不合法。因此，根据《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》，对发达国家缔约方征收碳关税是否合法要分情况，对附件一中的发达国家缔约方征收碳关税是合法的，对没有列入附件一中的发达国家征收碳关税是不合法的。

（二）对发展中国家缔约方征收碳关税是否合法

根据《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》中的“共同但有区别的责任”原则及其他具体规定，发展中国家缔约方没有减排义务，当发展中国家缔

[1103] Julia O’Brien, The Equity of Levelling the Playing Field in the Climate Change Context, Journal of World Trade, 43, No. 5, 2009, p. 1105.

约方没有在国内实施减排措施时，其他缔约方不得对其产品采取碳关税措施，否则就违反了《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》。但是，如果某个国家不是《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》的缔约方，那么该国就不受“共同但有区别的责任”原则的约束，该国对发展中国家缔约方采取碳关税措施时，发展中国家就不能以“共同但有区别的责任”原则来主张碳关税措施不合法。[1104]因此，对发展中国家缔约方征收碳关税是否合法也要分情况，《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》的缔约方对发展中国家采取的碳关税措施不合法，但非缔约方对发展中国家缔约方采取的碳关税措施不受《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》调整。

美国不是《京都议定书》的缔约方，但仍然是《联合国气候变化框架公约》的缔约方。美国参议院决定不予批准《京都议定书》，美国布什总统又宣布退出该议定书，这些都是作为当代国际法分支的条约法赋予美国这个主权国家的正当权利。每个国家享有自主缔约权，包括参加谈判、签署、批准、加入条约的全部缔约程序的权利，也包括成为某个条约的缔约方后，退出该条约的权利。所以，美国退出《京都议定书》的行为，虽然是多数国家不乐意看到的，但其在国际法上则是无可指责的。[1105]然而，美国仍然要受《联合国气候变化框架公约》中的“共同但有区别的责任”原则约束，因而其对发展中国家实施碳关税的行为就是不合法的。

如果“共同但有区别的责任”原则发展成为了国际习惯法规则，则任何国家对发展中国家实施的碳关税都是不符合国际法的。

（三）对非缔约方征收碳关税是否合法

在传统国际法上，有一个根深蒂固的原则，即条约的相对效力原则，根据该原则，一个条约对第三国既无损，也无益，这是基于国家主权平等原则的必然结果。[1106]《维也纳条约法公约》第三十四条规定，“条约未经第三国同意，对第三国既不创立义务，亦不创立权利。”条约相对效力原则已成为国际习惯法。有学者据此认为，根据国际条约效力的相对性原则，基于国际环境条约而实施的单边贸易措施所针对的对象只能是条约的缔约方，因此，如果国家或地区采取单边贸

[1104] “共同但有区别的责任”原则是否已发展成国际习惯还存在着争议。
[1105] 周洪钧：《京都议定书》生效周年述论，载《法学》2006 年第 3 期，第 126 页。
[1106] 朱文奇、李强：《国际条约法》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 191 页。

易措施所实施的对象是非缔约方，该措施显然是没有法律依据的。[1107]本文仅赞同这一观点中关于条约效力相对性的内容，但并不赞同其他内容。因为碳关税等单边贸易措施不需要基于国际环境条约而实施，是否实施碳关税等单边贸易措施是一个国家的主权事项，不需要取得额外的国际法依据。实施碳关税不需要额外的国际法依据，但主张碳关税不合法却一定要有明确的国际法依据。因此，《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》的缔约方对非缔约方的产品采取碳关税措施是合法的，非缔约方无权以《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》中的规定为依据主张碳关税不合法。即使是发展中国家，如果其不是《联合国气候变化框架公约》或《京都议定书》的缔约方，也不能根据其中的“共同但有区别的责任原则”主张对其实施的碳关税措施的非法性。

此外，还有一种观点认为，限制温室气体排放的义务已构成国际强行法，在这一前提条件下，可以对没有采取有效减排措施的国家实施碳关税，不论该国是否加入《京都议定书》（包括后京都协议）或《联合国气候变化框架公约》。[1108]这一结论的前提条件是存在问题的，因为限制温室气体排放的义务还没有被普遍认为构成国际强行法。因此，这一结论是站不住脚的，也是与“共同但有区别的责任”原则相违背的。如果共同但有区别的责任原则已构成国际习惯法，则没有加入《京都议定书》（包括后京都协议）或《联合国气候变化框架公约》的发展中国家可根据这一国际习惯法规则主张对其适用碳关税不符合国际法。然而，“共同但有区别的责任”原则是否取得国际习惯法的地位还存在争议。

[1107] 李寿平：《多边贸易体制中的环境保护法律问题研究》，中国法制出版社 2004 年版，第 100-101 页。
[1108] Ottavio Quirico, EU Border Tax Adjustments and Climate Change: Reaching Consensus within the International Legal Context, European Energy and Environmental Law Review, October 2010, p. 236.

“国籍真实联系原则”与限制公司投资者挑选条约

陈丹艳*

摘要：国际投资实践中，越来越多的投资者通过筹划国籍的方式挑选条约，给东道国带来了不可预估和不合理的争端和负担。国际投资仲裁庭对国籍确认标准采取“形式审查”和“实质审查”的不同做法带来不确定性，要求投资者和其形式国籍国之间拥有真实联系的标准有助于解决这一问题。习惯国际法上的“国籍真实联系原则”正是契合这一需求，肯定“国籍真实联系原则”在公司国籍确认方面的适用性对解决前述问题是极其有益的。

关键词：国籍真实联系； 挑选条约；筹划国籍

截止 2013 年底，已知依国际投资条约(International Investment Agreements，IIAs)提起的案件数量达到 568 件，98 个国家成为这些案件的被告。[1109]IIAs 的自由化发展与 ISDS（Investor- State Dispute Settlement）案件不断增多，单向或侧重保护投资者利益的做法在全球化背景下与东道国公共利益和全球利益间产生的种种冲突越发引起人们的思考。近些年，有关 ISDS 机制的存废、正当性和改革等问题持续引发全球关注。

经济全球化进程中，公司形成方式、组织结构的发展带来国籍多元化和复杂化，现代国际投资条约对“投资”“投资者”定义的扩张，越来越多的投资者通过筹划国籍的方式挑选条约，导致 ISDS 案件远远超出了 IIAs 签订时所预想的主题事项、对象及管辖权。2013 年 UNCTAD 发布的《世界投资报告》中就 ISDS 的系统改革提出的一项建议就是“限制投资者的诉权”，而其中一项具体方法就是在投资者定义条款中增加一些附加条件或者是使用利益拒绝条款[1110]。这种途径表达了对投资者筹划国籍和“条约挑选”行为的关切并以此保证投资者和推定的母国之间拥有真实联系。[1111]

这种要求投资者和母国之间拥有真实联系的作法体现了国际习惯法“国籍真实联系原则”在国际投资法的发展，肯定“国籍真实联系原则”在公司国籍确认方面的适用性，对解决前述问题是极其有益的。

一、国际投资仲裁中公司国籍的确认问题

ISDS 机制的设立，IIAs 赋予投资者直接追究国家责任的权利，但正如国家间追究国家责任需要符合一定的求偿规则，投资者要提起国际求偿也必须满足相应的条件。当今 IIAs，不存在全球性的投资协定，而是由 BITs 和 FTAs 中的投资章节组成，而这些条约最大的特点就是具有相对性，条约利益仅赋予缔约方的国民，而 ISDS 通常要求投资者必须具有非东道国的缔约另一方的国籍。当今国际投资争端解决机制中，解决国际投资争端国际中心（以下简称 ICSID）是主要的常设性仲裁机构。《公约》第 25 条就规定有权提起仲裁的“公司”是“争议一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人”。因此关于公司的国籍确认问题就成

* 作者系福建农林大学文法学院讲师，厦门大学法学院国际法学专业博士研究生。

[1109] UNCTAD, IIAs Issues Note: Recent Development in Investor-State Dispute Settlement(ISDS), 2014.4.

[1110] 利益拒绝条款（Denial of benefits clauses）的目的是授权国家拒绝将条约保护赋予那些在其所谓的母国境内没有实质性商业活动的投资者以及那些由拒绝缔约方或非条约缔约方的国民或实体所有或控制的投资者。UNCTAD,World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development, p.119, footnote 94.

[1111] UNCTAD,World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development, p.115.

为争端解决中一个很重要的问题，既涉及管辖权问题，也关涉国家是否对该公司负有国际法上的义务即国家责任的确认问题。而就此问题，IIAs 和 ISDS 实践都有着较大的分歧，简单而言，就是对国籍确认标准采取“形式审查”和“实质审查”的区分。

（一）公司国籍确认标准之“形式审查”与“实质审查”

公司国籍确认的成立地标准来自于 1970 年巴塞罗那电车公司案[1112]，国际法院阐述了关于外交保护中公司国籍标准的著名论断:“国际法传统规则将公司实体的外交保护权授予公司依其法律成立并在其领土内拥有注册办事处的国家。”[1113]从此确立了成立地标准在判断公司国籍方面的权威性。大多数 IIAs 关于投资者定义的规定采取了成立地标准这一较为单一和便捷的标准。而仲裁庭在 IIAs 仅此此种标准确认投资者定义的情况下，不会对公司国籍进行实质审查。

著名的 Tokios Tokelés v. Ukraine 案中，仲裁庭认为：“乌立 BIT 条约第一条第二款对投资者的定义是“任何根据立陶宛法律在其境内成立的实体”。[1114]……依据 ICSID 的规定，判断公司国籍的标准是公司的注册地。……与判断申请人是否符合乌克兰-立陶宛 BIT 中的“投资者”的定义唯一相关的决定性因素是申请人是否是根据立陶宛的法律成立的实体。”[1115]Saluka v. The Czech Republic 案中，仲裁庭在裁决中指出：“其行使管辖权的主要考量因素是投资条约的用语，荷兰-捷克 BIT 第 1 条对公司国籍采取了注册地标准（该 BIT 对投资者的定义为“任何根据荷兰法律成立的法人”），Saluka 与野村欧洲有限公司的紧密关系并不影响其本身的投资者地位。缔约国本可以在条约中约定将受到第三国公司控制的中间公司排除在“投资者”的定义之外，但荷兰与捷克 BIT 中没有这样的限制，因而仲裁庭无权对 BIT 中的“投资者”定义作出额外的限制。”[1116]

“实质审查”的标准会在查看投资者公司与形式国籍国之间是否有“真实联系”。如 TSA Spectrum v. Argentina 案中，阿根廷政府主张 TSA 的母公司 TSI 在荷兰成立时间为 1996 年 8 月 15 日，仅比 TSA 在阿根廷设立的时间（1996 年 8 月 20 日）早 5 天，认为投资者的目的就是为了获得荷-阿 BIT 的利益，拒绝将 BIT 的利益赋予 TSA。[1117]仲裁庭认为只有一个“真正”的外国投资才是应该受到 ICSID 机制保护，仲裁庭认可了阿根廷政府关于投资者非荷阿 BIT 所保护的合格投资者的理由。[1118]

（三）争议问题

公司国籍的确认标准之争，从根本上来说，是由经济全球化背景下公司组织结构的多样化和复杂化所带来的新问题。人的本性是趋利避害，在 IIAs 尚未统一、存在不同的条约利益的情况下，投资者采取了筹划国籍的方式来挑选条约获得更多的条约利益，现象愈演愈烈，给东道国带来了不可预估和不合理的争端和负担。筹划国籍的方式主要有两种[1119]：一、具有东道国国籍的投资者通过在其他国家设立的中间公司对东道国进行投资，从而享受该国与东道国间投资条约的保护，这种可称为东道国本国投资者的返程投资；二、投资者母国与东道国间未签订国际投资条约或者签署的投资条约未纳入投资仲裁条款或者不能涵盖某投资争端时，通过在第三国成立的中间公司对东道国进行投资，从而寻求该第三国与东进国间更为

[1112] 巴塞罗那电车公司案的全称为巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案(Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.)

[1113] I.C.J. Reports 1970, p.42, para.70.

[1114] Id.,para 18. BIT Article 1(2) defines “investor” as:
- any entity established in the territory of the Ukraine/Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations;

[1115] Id.,paras,36, 42, 38, 80.

[1116] Id.,para.241.

[1117] TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, Dec. 19,2008, paras.1,28, 120.

[1118] Ibid.paras.118-123.

[1119] UNCTAD. Scope and Definition: A Sequel[R]. 2011：88.

有利的投资条约的保护，这种称为投资者的第三国转投资。

国际投资条约的发展经历了投资自由化程度提高和仲裁庭倾向保护投资者利益的阶段，随着国际社会对东道国利益和国际社会整体利益的日渐关注和重视，IIAs 尤其是 ISDS 机制陷入了“正当性危机”。如何在保护投资者利益和尊重东道国国家主权与国际社会公共利益之间寻求平衡已成为当前 IIAs 尤其是 ISDS 机制改革的关键问题。如何对筹划国籍进行限制，也是平衡化改革过程中面临的一个问题。

二、国际投资法与“国籍真实联系原则”

在当前 IIAs 与 ISDS 机制改革的关键问题——平衡投资者利益和东道国国家与国际社会公共利益，确认公司国籍时要求投资者和母国之间拥有真实联系的标准有助于这一关键问题的解决。

（一）“国籍真实联系原则”的源起和争议：从诺特鲍姆案到巴塞罗那电车公司案

“国籍真实联系”这一要求源自 1955 年国际法院在诺特鲍姆案中的论述。国际法院在判决中指出，其倾向于“真实而有效”的国籍(the real and effective nationality)，这个国籍与实际情况相一致，并建立在该有关人与其国籍涉及的国家之一之间较强的实际联系之上，[1120]最终认定列支敦士登不能做为诺特鲍姆的国籍国向危地马拉提起外交保护。

诺特鲍姆案将保护国和国民之间的有效联系或真实联系作为行使外交保护的一个附加因素的作法一开始就受到许多批评，主要的理由是，这一苛刻要求会导致许多人因此无法得到外交保护的利益，因为在经济全球化和移民的当今世界，有成百上千万人离开其国籍国，而到另一个国家生活，有的从来不曾取得其国籍，有的通过出生或血缘从与他们的联结最薄弱的国家取得国籍。

国际法院在巴塞罗那电车公司案中没有沿用诺特鲍姆案中“真实联系”要求来确定公司的国籍，其认为，“在公司实体外交保护的特定领域，尚无任何‘真实联系’的绝对检验标准得到普遍接受”。[1121]但在案件事实的认定方面，国际法院认定巴塞罗那电车公司与加拿大之间具有“密切和永久的联系”且联系是“多方面”：该公司在加拿大设立已有 50 多年，保持着注册办事处、帐户和股份登记册，并且多年来均在该国举行董事会会议，列于加拿大税务部门的记录中。[1122] 可以看出，国际法院并非排除“真实联系”的要求，只是在该案中不存在公司在一国设立却与另一国有“紧密和永久的联系”的情形，所以国际法院没有任何困难地直接适用了成立地标准，也没有对本案没有出现的情况下如何确认国籍进行论述。

2006 年通过的《外交保护条款草案》第 9 条是关于公司国籍国的认定，该条首先界定了一般情况下公司国籍的确认标准是成立地，但随后就对成立地标准进行了例外规定：如果情况表明公司成立地国与公司本身之间不存在任何其他重要的联系，而是与另一国具有较密切的联系——公司的管理总部和财务控制权均处该另一国，则该国应视为有权行使外交保护的国籍国。有学者认为，第 9 条的规定吸收了国际投资条约中的利益拒绝条款，体现了“利益拒绝”条款的内涵。[1123]笔者也赞成这样的观点，第 9 条的规定与利益拒绝条款都是排除了仅有形式成立而没有真实联系的主体享有条约/国际法上的权利。第 9 条的规定还体现出无论是政策还是公平性上，这样的解决办法都是恰当的，因为将行使外交保护的唯一、排他权利赋予公司具有最薄弱联系的国家是不太合理的。这种规定也反映出委员会在编纂时，考虑到了防止出现条约选购、国籍选购等例外情况而引起不公平结果的情况，可以说该草案的起

[1120] ICJ. 1951Case(Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, I. C. J Reports 1955, p. 23

[1121] I.C.J. Reports 1970, p.42, para.70.

[1122] I.C.J. Reports 1970, p. 42, paras. 70-71.

[1123] Loukas A.Mistelis & Crina Mihaela Baltag, Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty, Penn State Law Review, 2009, Vol. 113:4, 1309.

草考虑了晚近国际投资实践。

（二）国际投资条约与仲裁实践中的“国籍真实联系原则”

1、国际投资条约方面——利益拒绝条款

利益拒绝条款最早出现于二战后美国友好通商航海条约（FCN）中，当时就有学者指出，这一条款的作用在于防止第三国公司通过注册公司“免费搭车”而获得条约保护，对缔约国具有“潜在的”保护性。此后美国几乎所有的 BITs 以及 FTAs 中都规定了利益拒绝条款，该条款或者纳入在条约的定义部分，或者以单独条款的形式存在。[1124]

利益拒绝条款的目的是授权国家拒绝将条约保护利益赋予那些在其所谓的母国境内没有从事实质性商业活动的投资者以及那些由拒绝缔约方或非条约缔约方的国民或实体所有或控制的投资者。利益拒绝条款被视为防止挑选条约、制止投资者“国籍规划”的有效手段，侧重于保护东道国的利益。

受美式 BIT 的影响，一些多边投资条约如《北美自由贸易协定》(NAFTA),《能源宪章条约》（ECT）也制定了利益拒绝条款。

2、仲裁实践方面

（1）适用国内法上的“揭开公司面纱制度”

“揭开公司面纱制度”属于国内法上的制度，目的在于防止公司股东滥用公司独立人格以侵害公司债权人或其他利益群体的利益,该制度在国际法上的可适用性在巴塞罗那电车公司案中得到肯定和适用，国际法院认为在特定情形或为了特定目的，在国际法上适用揭开公司面纱制度是合理公平的，一般都是在有“欺诈或不法行为”。[1125]但在国际投资仲裁中适用揭开公司面纱制度的目的与国内法语境下有所不同，其主要目的是为了确认公司的国籍，也就是考虑公司背后实际控制者的国籍。

（2）条约目的解释的限制

Tokios 案和 TSA 案都提到了 ICSID 机制的宗旨目的。很明显，ICSID 解决的是外国投资者和东道国之间的争议，《公约》第 25 条第 2 款确定了专门的公司国籍规则:“公司作为另一缔约国国民，必须是“在争议双方同意将争议交付调解或仲裁之日，具有作为争议一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人,以及在上述日期具有作为争议一方的缔约国国籍的任何法人，而该法人因受外国控制，双方同意为了本公约的目的，应看作另一缔约国国民。”

TSA 案中，其认为公约第 25 条第 2 款的规定强调了“外来控制”的重要性，该条旨在刺破公司面纱寻找真实国籍——因为按照成立地标准,一缔约国的公司本来是不享有在国际层面将本国政府推上被告席的权利，外来控制正是刺破公司面纱的适用结果，因此刺破公司面纱在 ICSID 的管辖权确定过程中是一个系统程序，而不是在证明存在欺诈时才进行的。[1126]

不论是条约和仲裁实践，IIAs 中 BIT 投资者定义及范围发展变化以及利益拒绝条款体现了国籍真实联系原则的理论依据。

三、“国籍真实联系原则”适用的意义

“国籍真实联系原则”可在国际投资仲裁中就公司国籍确认问题中予以援引，但是作为一项例外原则而非一般性原则进行适用。

（一）适用国籍真实联系原则符合国际投资的发展现状

国际法院在巴塞罗那电车公司案确立成立地这一标准时强调:“长期的实践和众多的国

[1124] See Loukas A.Mistelis & Crina Mihaela Baltag, Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty, Penn State Law Review, 2009, Vol. 113:4, 1304.

[1125] I.C.J. Reports 1970, p.42, para.56-58.

[1126] TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic,ICSID Case No. ARB/05/5, Award, Dec. 19,2008, paras.139-141, 146-147.

际文书已经确立了这两项标准。”[1127]成立地标准它是适应了当时特定历史时期的现实环境的，该标准其实也符合“真实联系”要求。

20 世纪初到 60 年代，成立地之所以能够成为大多数跨国公司法律关系的“重心地”，正是由于“真实联系”的因素。两次世界大战期间，除了民族主义与敌对政策的在发挥作用外，来自成立地国政府的大量军事订单使跨国公司的生产能力几乎全部用足，无暇顾及海外市场，跨国公司因此愿意加强与成立地的实际联系。二战后，疯狂的贸易保护主义使跨国公司及其海外分支机构仍然必须各自加强与成立地国的实际联系。因此，在相当长的时期内，成立地往往就是与跨国公司法律关系的“重心地”。

20 世纪 60 年代以后，随着关贸总协定(GATT)，世界贸易组织(WTO)对国际经济环境的不断改善和发展中国家自上世纪七十年代以来开始推行的开放政策，跨国公司得到了“松绑”，它不再需要通过与成立地保持联系才能得到发展。[1128]格罗斯法官指责国际法院无视现代投资的现实：“国际经济法规则的基础必须符合经济现实。公司仅有的国籍联系可能无法反映出实质经济联系。在这两种标准之间，法官必须选择其中之一，并以法律与事实相符为准则：国民经济实际受到不利影响的国家拥有采取法律行动的权利。”[1129]

从历史分析的角度我们可以看到，“真实联系”要求始终是判断跨国公司国籍的关键。随着时代的进步，跨国公司通过“国籍规划”、“非善意”地享受条约利益的情况越来越多，国际社会对成立地标准的垢病逐渐激烈，很多国家陆续摒弃或改良该标准[1130]。而国籍真实联系原则恰恰反映出国际投资现实变化情形下的新规则变化的理论依据。

（二）国籍真实联系原则符合国际投资法追求公平性的要求

正如国际私法领域本国法的衰落、最密切联系原则的兴起是国际私法领域发展对公平性的要求的结果。在 ISDS 在陷入正当性危机的背景下，目前国际投资法发展的基本共识是要在投资者利益保护和东道国利益及国际社会公共利益之间维护平衡。国籍真实联系原则恰恰符合这一平衡要求，通过对公司国籍国的真实性确认，让真实、善意的投资者获得投资条约的保护，让使用欺诈等不当手段挑选条约的投资者得不到投资条约的保护，符合国际投资法追求公平性的要求。

国家责任是一国为其不法行为而承担国际法上的责任。在国际投资条约语境中，东道国的不法行为是违反 BIT 条约义务，是对外国投资者承担国际法层面的责任。因此，东道国对其本国投资者是不应当承担国际法上的责任，对非 BIT 缔约方的投资者也不应当承担国际法上的国家责任。从加强 ISDS 机制的正当性这一角度出发，应当要排除东道国本国国民与非 BIT 缔约国国民对东道国提起国际诉求的权利。国籍真实联系原则的适用，是对投资者滥用条约权利的限制，是诚信原则、善意原则适用在国籍问题上的具体体现。

从历史的角度看，不管从条约法、习惯法还是投资仲裁实践的发展，该原则所要求真实、善意的本质是符合国际投资法的发展需要的，可用以应对面临跨国公司通过“国籍规划”，“非善意”地享受条约利益等行为，为缔约国（东道国）来说提供多一份的潜在保护。

（三）国籍真实联系原则可弥补具体法律规则的缺失或不足

在投资条约没有明确规定利益拒绝条款或者争端双方没有依据 ICSID 规则提起仲裁，国籍真实联系原则可以为东道国和仲裁庭提供国际法的渊源以对抗投资者通过国籍筹划滥用条约的行为。

1、弥补具体法律制度、规则的缺失

以“揭开公司面纱制度”为例，若国际投资条约没有对公司国籍的认定有明确限制、特

[1127] I.C.J. Reports 1970, p.42, para.70.

[1128] 张磊：《从国际直接投资的演变审视跨国公司国籍的成立地标准》，载于《现代经济探索》2013 年第 3 期，第 67 页。

[1129] 《1970 年国际法院案例汇编》，第 279 页。

[1130] 例如前文提到的越来越多的国际投资条约规定了利益拒绝条款。

别规定的情况下，仲裁庭一般不会主动适用该制度进行公司实际控制者国籍的确认。且在国际法上适用该国内法制度的条件是存在欺诈等，而仲裁庭在判断是否存在欺诈时，大多数是狭隘地依据公司成立时间来区分，如果公司成立时间在BIT签署之前，一般都不会认定其行为是为了享受BIT的利益而欺诈而为，Tokios案就是一个例证。

如果投资条约中没有利益拒绝条款明确对投资者的国籍进行限制的，仲裁庭往往会以缺乏明确条约依据拒绝进行审查。例如Tokios 案的仲裁庭就以乌立BIT没有利益拒绝条款为由驳回了被告的抗辩，仲裁庭指出："我们认为，这类条款的缺省是缔约方故意的选择（deliberate choice）。在我们看来，仲裁庭不能将文中没有的限制加在BITs之上，……一个被限定管辖权的国际仲裁庭不应该主动超越界限行使管辖权。"[1131]

2、国际习惯法适用的广泛性

通过前两点的分析，我们可以看到，具体制度和具体法律规则是有一定局限性的：第一，既然是具体的制度或者具体的条款，它就需要具体的明确的规定在投资条约中，若条约中没有明确的规定，东道国很难成功援引，仲裁庭一般会以其管辖权不涉及这些而拒绝；第二，具体制度和具体法律规则的语义确定性往往会出现无法匹配新的事实情况的情形，即出现无法可依的情况，仲裁庭往往也会以是否有权进行管辖和裁定发生争议。而原则与规则不同，它不是为了实践目的而制定的特有规则，它表达的是普遍真理，反映了法的真理本质，可指导具体作为。[1132]国籍真实联系原则做为一项法律原则，正是能够起到弥补具体法律规则的缺漏的作用。国籍真实联系原则给东道国的抗辩提供国际法上较为明确的依据，也给仲裁庭在相关条约均无明确限制之时可以更好地适用国际法进行案件裁决。

相比国内法上揭开面纱制度在国际法上的适用，国籍真实联系原则属于国际法，不需要经过类比转化。相较于国际法院规约38条第2款中的"根据公允和善良"的标准，需要"各当事方的同意"的要求，该原则既然属于第1款中的国际习惯，就不需要经过各方同意这一要求，能够为平衡旧有偏向投资者利益保护的投资法体制提供更直接和强有力的国际法渊源支持。

（四）该原则是作为一项例外原则而非一般性原则

正如法律原则本身相较于法律规则的模糊性，仍然会出现法官自由裁量的不确定性，试图依此原则来对抗通过筹划国籍滥用条约的行为的美好愿望也许会大打折扣甚至落空。因此，笔者认为，该原则在确认公司国籍问题上只能是作为一项例外原则，根据案件的具体情况来适用。比如案件中法人投资者很明显有国籍筹划的行为，成立地与之缺乏真实联系，明显有其他国家与该公司具有更加密切联系、真实联系、有效联系的，而条约中并无具体拒绝条约利益授予的规定时，为更好地公平合理裁决提供国际法的渊源依据。

该原则作为一项例外而不是一般性原则，也有助于促使各国在缔结条约时，更好地设计条约规则以平衡相关利益方，毕竟具体规则的适用比起原则来说要更加明确，也可有效防止仲裁庭解释的随意性。

时过境迁，国际投资条约与国际投资仲裁实践的发展表明，基于实际控制和与国籍国有效经济联系的公司国籍的"真实联系"要求，符合国际投资的现实，也符合国际投资法改革的要求。而国际投资条约已经有所变化，例如在起草"投资者"定义时更加关注真实的外国控制以及关注对公司设立地的形式审查测试所带来的滥用条约的可能性问题，引入利益拒绝条款。但国际

[1131] Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, Apr 29, 2004, para.36.

[1132] 郑斌著；韩秀丽，蔡从燕译，《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，法律出版社2012年版，第24-26页。

投资条约尚无完成系统性改革，在条约尚未完善、无法可依的情况下，“国籍真实联系原则”作为国际习惯法，在特定的情况下，作为国籍一般普遍原则的例外，适用于公司国籍的确认是合理和必要的。该原则可以弥补国际投资条约中相关具体法律规则缺失或规定不明确的遗憾，为仲裁庭进行实质、真实审查和测试提供国际法依据，以求得案件更加公平合理的解决。

基于外资法草案对协议控制投资模式的探析

尹秋怡*

摘要：为了规避外资产业准入、并购监管、证券监管等方面的监管，以协议控制为核心的投资模式广泛存在。我国在立法、执法层面上均未对协议控制投资模式做出明确的回应，即便在寥寥法规中有所提及，在实践中仍不具有操作性。商务部公布的外资法草案从实质重于形式的理念出发，界定了外国投资者概念，试图明确协议控制投资模式的法律地位。对于外资法草案生效日后新实施的协议控制，将其作为外资进行管理，同时需结合特别管理措施目录加以分析；对于生效日前既存的协议控制，起草单位尚未有倾向性意见。再加上外资法草案为外国投资提供了明确的路径和程序，外国投资者不必再承担协议控制投资模式所带来的法律风险。

关键词：外资法草案；协议控制；外国投资者

在协议控制投资模式下，境外上市主体与实际运营业务的境内实体公司之间的连接并非股权关系，而是合同关系。自 2000 年新浪网络技术股份有限公司在美国纳斯达克上市开始，协议控制模式即成为我国大部分民营企业境外间接上市法律架构的核心特征。[1133]截止 2011 年 6 月底，有 100 多家中国企业利用该种模式在境外上市，其中互联网企业占绝大多数，业界甚至戏称其“孕育了十几年来中国互联网的每一个伟大公司”。尽管协议控制模式在实践中备受追捧，但暴露出的问题也层出不穷，尤其是“规避监管”、“以合法形式掩盖非法目的”的质疑之声始终未消。协议控制模式规避监管的范围传涉及外资产业准入、并购监管、证券监管等诸多方面。2015 年 1 月 19 日，商务部公布了《外国投资法（草案征求意见稿）》（以下简称外资法草案），[1134]试图在外商投资准入方面对协议控制模式做出回应。外资法草案首次从外资角度引入了实际控制人概念，在判断外国投资和外国投资者时，不再单一考虑现行监管体系中的注册地因素，而是重点考察“实际控制”因素。外资法草案如颁布实施，协议控制模式的法律性质和相关法律风险可能被重新定义。

一、概念：协议控制和 VIE

协议控制模式是一种在境外设立并上市的壳公司通过一系列排他、控制性协议方式控制境内实体公司，从而实现境内实体公司境外间接上市的法律结构。它包含协议控制和可变

*作者简介：尹秋怡，中南财经政法大学法学院国际经济法系 2013 级硕士研究生

[1133]唐应茂：《私人企业为何去海外上市——中国法律对红筹模式海外上市的监管》，载于《政法论坛》2010 年第 4 期。

[1134]商务部就《外国投资法（草案征求意见稿）》公开征求意见，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml。

利益实体（Variable Interests Entity，以下简称 VIE）两个基本概念。

（一）协议控制

协议控制是与股权控制相对应的一个概念，两者都体现了两个或两个以上具有独立法人地位的企业之间存在的紧密联系，或者说是控制与被控制的关系。若不同企业间的控制关系直接用股权比例来彰显，则被称为股权控制。除股权控制外，两个企业之间也可以通过缔结合同的方式，将其中一个企业安排为受另一个企业控制。例如，实践中的承包合同、联营合同、托管合同等都可以将一个具有独立法人地位的企业置于另一个企业的控制之下。这种以合同形式来确立企业之间的控制与被控制关系的方式就称为协议控制。不同于股权控制，协议控制完全通过合同文本来配置两个企业之间复杂的控制关系。作为商业组织法的替代机制，协议控制需要在合同中明确规定与双方企业经营相关的所有重大事项，如决策权、管理权、执行权的分配与行使，合同的核心内容为被控制企业向控制企业转移决策权及经营活动的盈利。

（二）VIE

VIE 是美国会计准则上的概念，是美国为治理上市公司借助特殊目的实体（Special Purpose Vehicle，以下简称 SPV）来转移债务或损失而创设的一种新的合并报表标准。[1135]其目的是将公司隐藏在财务报表之外的各种风险重新纳入报表当中，向公众投资人披露企业真实的财务状况。传统上，美国会计准则在要求母－子公司或者控股－被控股公司编制合并财务报表时，通常遵循法律的规定，即持股 50%以上或者控制 50%以上表决权的标准。[1136]一些企业借此将高风险的业务、债务或损失转移到受自己控制的 SPV 中，但并不持有后者的多数股权或表决权，从而免于合并财务报表。受安然、世通等众多美国大公司财务丑闻的刺激，美国国会颁布了《萨班斯法案》，强化公司管理层对财务造假的法律责任。与此同时，美国财务会计准则委员会于 2003 年 1 月颁布了第 46 号解释函《可变利益实体的合并》[1137]，对原有合并报表标准加以补充，提出了可变利益实体概念，规定只要某一实体对另一个实体事实上拥有“控制性财务利益”，即要求合并财务报表，而不论其控制是否建立在多数表决权的基础之上。根据美国会计准则，可变利益泛指特定实体中随着实体净资产的价值变化而变化的所有权、合同收益或其他经济利益。它既可以表现为权益性投资如股权，也可以体现为

[1135]刘燕：《企业境外间接上市的监管困境及其突破路径——以协议控制模式为分析对象》，载于《法商研究》2012 年第 5 期。

[1136]1959 年美国会计程序委员会发布第 51 号会计研究公报《合并财务报表》（Accounting Research Bulletin No.51, Consolidated Financial Statements）作为指导报表合并的一般依据。

[1137] FASB, Interpretation No. 46, Consolidation of Variable Interest Entities, http://WWW.fasb.org/summary/finsum46. shtml。

以贷款、债券、租赁、衍生工具、担保、转让资产中的剩余利益、信用增级、服务和管理合约等方式而向某一实体提供的财务支持及其享有的利益。这些利益只要随着特定实体净资产价值的变化而波动，从而令提供财务支持的一方实际上承受了特定实体的财务风险，就属于可变利益。

协议控制与 VIE 似乎具有一些共同特点，两者都是在公司法或商业组织法赖以运作的股权、表决权标准之外搭建起两个或两个以上具有独立法人地位的企业之间的控制关系。但从本质上看，协议控制属于法律范畴，体现为借助合同文本来安排不同企业之间控制与被控制的权利义务关系；而 VIE 属于会计范畴，体现为通过报表合并而将不具有股权投资关系的多家实体的业绩组合在一起。可以说，协议控制体现的是当事人的意思自治，而 VIE 则是对当事人意思自治的否定。尽管协议控制和 VIE 在理念上有着根本的不同，但这两个概念却基于表面功能的相似，在我国当下的语境中蜕变为了等同的概念，共同发挥着规避我国法律在外资准入、境外上市、外汇流动等方面监管的作用。

二、企业境外间接上市采用协议控制模式的动机：规避监管

企业境外间接上市的一个最直接的后果是，原本纯粹的内资企业变成了外商投资企业，境外上市的 SPV 成为境内经营实体的投资人。通常而言，外商投资体现为境外投资者持有境内企业的股权，但囿于我国的外资产业准入、并购以及境外上市的一系列监管政策，[1138]外资持股要么受到禁止、要么因过高的监管成本而不具有可行性。实践中，我国对外资的产业准入限制因产业的不同而体现为不同的情形。最常见的情形是法律或监管规章直接规定了某些产业禁止外资进入或者对外资持股比例进行限制。例如，国家发展和改革委员会、商务部共同制定的《外商投资产业指导目录》将电信业务列为“限制类”产业，明确增值电信业务中外资比例不超过 50%；而新闻网站、视频等互联网文化产业则属于“禁止类”产业。其结果是，外资最感兴趣的互联网行业几乎尽为中资控股。此外，一些监管法规对境外投资主体的资质也有限制，如要求投资主体在境外拥有相关行业的运营资格及经验。例如，国务院 2003 年颁布的《中外合作办学条例》第 2 条规定：“外国教育机构同中国教育机构在中国境内合作举办以中国公民为主要招生对象的教育机构的活动，适用本条例。”因此，合作办学的主体只能是中外教育机构，非教育机构则不被许可。企业在境外间接上市的过程中，由于存在外资产业准入的限制，经营相关业务的境内企业专为上市目的而在境外设立的 SPV 就陷

[1138]考虑到本文的视角主要集中在《外国投资法（草案征求意见稿）》，且囿于本文篇幅所限，此处仅论及 SPV 在外资产业准入方面遇到的障碍。

入了尴尬的境地：它们或者因缺乏相关行业的运营经验而不具有投资主体资格；或者因为行业准入限制而被直接禁止持有境内企业的股份；或虽然在监管法规生效前已持有境内企业的股份，但境内被投资实体最终因外资股份超过限定比例而无法获得经营牌照。鉴于相关外资产业准入监管法规的措词多为外商“投资”或“持股”，而在协议控制模式下又不存在直接的股权关系，因此以新浪公司在美国纳斯达克上市的协议控制模式为范本，后续境外间接上市公司的 SPV 多放弃直接持股而采用协议控制模式。

三、我国对协议控制模式的监管：态度模糊

在实际操作中，境外 SPV 为我国境内个人或企业在境外设立的空壳公司，但为获得上市所需要的业绩，SPV 需要通过境内设立的经营性实体将壳公司填实，该过程往往被称作“返程投资”或“返程并购”。2006 年 9 月，商务部等六部委联合颁布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》（以下简称《规定》），对境外设立 SPV 及返程并购设置了严苛的条件和繁琐的程序。此前我国对外资并购并不区分“一般外资并购”和“境内企业通过境外 SPV 进行的返程并购”，除涉及特定行业或投资金额重大时需经商务部审批外，其他外资并购通常由省级相关职能部门审批即可。《规定》将 SPV 返程并购与一般外资并购区别开来，前者的审批层级被提高到商务部，不论投资额大小。但对于《规定》是否适用于协议控制模式，实践中也一直存在争议。市场人士往往对《规定》进行狭义的解读，其认为尽管《规定》第 11 条第 2 款强调：“当事人不得以外商投资企业境内投资或其他方式规避前述要求”，然而《规定》第 39 条规定了 SPV 获得境内公司权益的方式是换股并购，即由 SPV 的股东以其所持 SPV 股权或 SPV 以其增发的股份作为支付手段，购买境内公司股东的股权或境内公司增发的股份，《规定》在字面上并未明确将协议控制安排纳入其监管范围。

还有一些境外间接上市监管法规明确提及了协议控制概念，并将其与股权控制等同视之。国家外汇管理局 2005 年发布的《关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知（以下简称《通知》）》对返程投资的定义中已经包含了股权控制、协议控制等形式。《通知》明确了控制的含义，即将控制界定为境内居民通过收购、信托、代持、投票权、回购、可转换债券等方式取得 SPV 或境内企业的经营权、收益权或者决策权。这个控制的定义比股权定义更全面地揭示了返程投资的本质。然而，或许是因为《通知》的总体思路是疏而非堵，其关于协议控制或控制的宽泛界定以及治理规避监管行为的理念似乎

没有引起足够的关注。[1139]

而在支付宝 VIE 风波爆发后，商务部发布了《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》明确提出了实质审查的监管原则，其第 9 条规定："对于外国投资者并购境内企业，应从交易的实质内容和实际影响来判断并购交易是否属于并购安全审查的范围；外国投资者不得以任何方式实质规避并购安全审查，包括但不限于代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式。"尽管相关部门解释该条规定仅适用于"涉及国家安全的行业"，但其无疑为如何解释监管理念提供了一个佐证。

四、外商法草案的规定：协议控制模式走出灰色地带

外商法草案全文 170 条分为 11 章（分别是总则、外国投资者和外国投资、准入管理、国家安全审查、信息报告、投资促进、准入管理、国家安全审查、信息报告、投资促进、投资保护、投资协调处理、监督检查、法律责任和附则），着重于对外国投资审查机制和审查过程的监督规范。其出台标志着由《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》引领的中外合资、中外合作、外商独资三足鼎立的外资监管体系即将成为历史，我国外资的监管模式将发生根本性的变化。由于我国对协议控制模式没有实质性的可操作的明文规定，长期以来，有关协议控制在中国法律下是否合法以及协议控制下的资金调拨是中外投资者长期关注的焦点。外商法草案将协议控制这种常见的外商投资模式纳入法律监管体系并提出了明确的监管意见。

（一）外商法草案明确界定了"外国投资"的主体

外商法草案对"投资"的定义进行了大幅拓展，不仅包括绿地投资，还包括并购、中长期融资、取得自然资源勘探开发或基础设施建设运营特许权、取得不动产权利以及通过合同、信托等方式控制境内企业或者持有境内企业权益等，上述各类投资形式在未来均将适用统一的外国投资监管要求和规则。

同时，外商法草案首次从外资角度引入"实际控制人"概念，对外国投资者和中国投资者的认定不再单一考虑现行监管体系中的注册地因素，而是重点考察"实际控制"因素，体现出注重投资的实质而非形式的特点。外商法草案第 11 条廓清了外国投资者，即不具有中国国籍的自然人、依据其他国家或地区法律设立的企业、其他国家或地区的政府及其部门或机构、国际组织。对应地，第 12 条界定了中国投资者，即具有中国国籍的自然人、中国政府及其所属部门或机构、受前两项主体所控制的境内企业。以上为一般规定，以下情形尤

[1139]伏军：《境外间接上市法律制度研究》，北京大学出版社 2010 年版，第 2-16 页。

其值得注意：（1）外国投资者除了非中国籍自然人、注册地非中国的企业、政府部门或机构及国际组织外，受上述主体控制的境内企业也被视同外国投资者。此时，该境内企业兼具双重身份，一方面是外国投资企业（中国法人），另一方面在再投资时被视为外国投资者。（2）受中国投资者控制的外国企业在申请外资准入许可时，可以申请外资主管部门将其投资认定为中国投资者的投资。换言之，该外国企业的性质仍然是外国投资者，只是在特定情形下可以个案地将其在中国的投资视为中国投资者的投资，该投资并非自动地或必然地被认定为中国投资者的投资，需经外资管理部门的审查。

如上所述，受外国投资者控制的境内企业，视同外国投资者；受中国投资者控制的外国企业在中国的投资可能被认定为中国投资者的投资。这两种情形的关键判断标准都是“控制”。外商法草案第 18 条规定了对某个企业存在控制的三类 5 种情形，其中就包括通过合同、信托等方式能够对企业的经营、财务、人事或技术等施加决定性影响。“决定性影响”如何认定容易产生争议。一方面需要承认，立法的确较难给出明确、量化的判断标准，往往需要在个案中结合多种因素综合判定；另一方面也应指出，由于“控制”要素是判断外国投资者身份的关键，以及进而引起的准入禁止或限制问题，起草者或许可以给出更为清晰的界定。

（二）外商法草案使协议控制模式走出灰色地带

外商法草案对“外国投资者”的明确，使在实践操作中广泛存在的利用协议控制规避外国投资监管的手段失去了存在的基础。外商法草案以该法的生效日作为界点，将协议控制分成了两大类。对于在生效日之后新实施的协议控制，即外国投资者通过协议来控制境内企业的，构成外国投资，应该遵守该法的规定尤其是准入管理的规定。如果某一产业领域落入禁止实施目录，外国投资者便不得对该领域的境内企业实施协议控制；如果某个领域落入限制实施目录，外国投资者须申请准入许可方可对境内企业实施协议控制。中国投资者控制的外国企业，对于限制投资领域，可以申请主管部门将其对于境内企业的协议控制认定为中国投资者的投资。对于禁止投资领域，此类外国企业是否享受前述特别待遇，则有待进一步明确。从定性上看，外商法草案明确了协议控制投资模式的地位，将其作为外资进行管理；从定量上看，外商法草案对协议控制模式究竟影响几何，必须结合届时制定的特别管理措施目录来分析。如果列入该目录的领域很少，则影响就比较小。譬如，假设届时放开了增值电信服务，则外资没有必要再实行协议控制，即使实行协议控制也无需申请准入许可。

对于本法生效前既存的通过协议控制进行的投资，由于存量很大，影响很广，外商法草案采取了慎重态度，并未在草案中做出任何规定，而是在起草说明中列举了理论界和实务届的几种观点，表示“将在广泛听取社会公众意见的基础上，就此问题作进一步研究，并提出处理

建议”。可见，起草单位尚未有倾向性意见。需要再次指出的是，外商法草案对于既存协议控制的影响取决于特别管理措施目录的范围。如果目前属于禁止或限制领域的不少产业不被列入禁止实施或限制实施目录，则新法对这些产业现存的协议控制不会产生影响。

（三）外国投资者不必再承担协议控制所带来的巨大法律风险

协议控制模式的实质就是希望通过合同法律关系来实现股权控制与投资法律关系，这一模式本身就存在巨大的法律风险。境外资本通过协议控制模式往往投资于国家限制性、禁止性行业，众多在境外上市的互联网、传媒等创新性公司大都采用协议控制模式，如果协议控制不合法，将使得海外上市的壳公司面临巨大风险。境外资本采用协议控制投资的项目，在协议控制的设计和安排方面，涉及境内外不同法律制度的衔接，在协议控制安排和具体法律文件方面容易出现法律漏洞，容易忽视对法律风险的预防和控制措施，存在较大法律隐患。一旦投资方和创始人发生分歧或争议时，理论上存在创始人终止控制协议，然后转移运营公司经营牌照或重要资产的可能性。

外商法草案为外国投资者投资中国提供了明确的路径和程序，废除了之前外资三法确立的外商投资逐案审批制度，改为准入前国民待遇加负面清单的外资准入管理制度；还规定了全面的外国投资信息报告制度，这些报告均向社会公开，任何市场主体均可申请查询；最后进一步完善了国家安全审查制度，不仅将原先仅在规范性文件、部门规章中规定的国家安全审查制度提升在法律中规定，还扩大到了“任何危害或可能危害国家安全的外国投资”。外商法草案消除了曾经的外国投资“灰色地带”，使得外国投资者通过正常程序依法进行中国境内的企业投资与运营，也令外国投资者不必再承担协议控制模式所带来的投资风险与不确定性。

参考文献：

[1] 余劲松：《国际投资法》，法律出版社，2014 年版。
[2] 任清：《<外国投资法（草案）>中的三个关键词》，《中国法律评论》2015 年 01 期。
[3] 李艳娜：《<外国投资法>下”VIE 结构”投资模式的法律解读》，《中国对外贸易》2015 年 03 期。

加拿大外资法国家安全审查制度述评

——兼论中国外资法草案♣

郑玲丽*

摘要：加拿大作为最早以成文法规制外商投资的国家，拥有较完善的外资并购国家安全审查制度。在新的时代背景下，在寻求投资开放与国家安全的平衡之间，加拿大外资法扩大了国家安全审查范围，增加了外资并购国家安全审查的门槛和限制，同时对“国有企业”做出了特殊规定。2015 年商务部《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》对现行外商投资国家安全审查制度进行了强化和改进，但在相关机制的具体设计等方面还应借鉴加拿大等国家的国家安全审查制度。

关键词：外资法外资并购 国家安全审查 国有企业

2013 年中海油并购尼克森案的成功，将世人的目光再次聚焦于加拿大外资并购国家安全审查制度上。加拿大作为最早以成文法规制外商投资的国家，拥有较完善的外资并购国家安全审查制度，并在实践中发挥了其“防护墙”作用。通过对加拿大外资并购国家安全审查制度的研习，不仅对我国企业应对加拿大外资并购国家安全审查有许多借鉴意义，而且对完善我国外资并购国家安全审查制度具有极大的现实意义。

一、外资并购与国家安全审查

对国家安全（National Security）与外资并购（Foreign Investment M&A）之间关系的认识，决定着对外资并购进行国家安全审查的必要性。国家安全的主要内容便是国家利益，对外资并购进行国家安全审查的根源在于外资并购与东道国国家利益的冲突性，这种利益冲突存在给东道国国家利益造成损失的可能性，而这

♣本文为江苏高校优势学科建设资助项目（PPAD）和江苏高校区域法治发展协同创新中心资助项目“全球化下自由贸易协定文本研究”（FZXDH2014003）阶段性研究成果。

*郑玲丽，女，法学博士，南京师范大学法学院副教授，研究方向：国际经济法。
电话：15062254736 邮箱： zhengll.gm@gmail.com

种可能性也极其容易转化成现实。外资并购作为一种新的投资方式，其根本目的是获取东道国的利益。不可否认其一定程度上可以给东道国带来资金、技术、经验等方面的优势，能促进东道国经济的发展、社会的进步以及产业结构的转化升级。同时也必然对东道国的经济、社会、国家安全等方面造成威胁。也就是说，外资并购的资本逐利的特点与东道国的国家安全之间存在一定的矛盾。

如何平衡国家安全与外资并购的关系，直接影响一国的立法与实施。二者之所以能够在一定的范围内处于协调发展状态，在很大程度上取决于二者之间价值目标的互补性。[1140]一方面，外资并购通过各种形式，发挥其资金优势，以获取更多的财富。与此同时，东道国对外资的优惠政策的根本目的在于利用外国投资者的资金、技术等方面的优势，壮大本国的实力，增强本国竞争力。而东道国正是基于外资带来的经济利益和其可能带来的包括国家安全在内的危害之间成本与收益的权衡，采取对外国投资进行相应程度的限制和规制。一旦外资并购活动因其资本逐力的特性所带来的负面影响超过了其可能带来的资金、技术、经验等方面的正面影响，就打破了两者之间的平衡，必将遭到东道国一系列的规制措施，也不利于外资并购的后续开展。反过来，如果东道国过分出于维护本国国家安全利益考量，对外资并购采取严格的审查程序、审查标准以及规制措施，外国投资者在这些条文的束缚下无法实现其获取财富的目的，其必然将考虑是否撤资的问题。在此情况，与东道国吸引外资发展经济，提升国力的初衷也不符。因此，要正确处理外资并购与国家安全的关系，寻找两者之间的平衡，对东道国而言实现其利用外资发展本国经济的目的，对外国投资者而言获取其资金优势所带来的财富增值。

如何平衡好外资并购与国家安全的关系问题中，不可忽视的便是国家安全审查制度的确立。国家安全审查的目的不是对外资并购的否定或打击，而是对外资并购进行一定程度的规制，以达到保护国内产业安全、维护国家安全和吸引外资的良性平衡，实现维护国家安全和吸引外资共赢的局面。从另一个侧面说，国家安全审查制度的实行，使得东道国的国内经济、社会环境处于相对稳定的状态，也为今后外资并购活动的开展和扩大提供了“肥沃的土壤”和“温床”。而外资并购在符合东道国安全审查的前提下的开展，必然会促进东道国经济的发展，技

[1140]田文英：《外资并购与国家安全》，法律出版社 2011 年版，第 12 页。

术的进步乃至社会氛围的改变。因此，国家安全与外资并购看似一对矛盾的范畴，却也符合矛盾双方相互转化的辩证法规律。正确认识国家安全与外资并购的区别和联系，对于理顺国家安全审查制度具有至关重要的作用。

二、加拿大外资法的演变及最新发展趋势

（一）加拿大外资法的演变

加拿大作为世界上第一个以成文法方式规制外商投资行为的国家，在外资并购国家安全审查制度方面有许多值得借鉴的地方。虽然加拿大国家产业安全审查法律制度起步较晚，直至 2005 年才初步建立，但其完整的立法演变进程对各国外资并购审查制度的建立具有重要的指导意义。

加拿大外资并购国家安全审查法律制度的建立及发展经历了以下阶段。

（1）单一条款阶段

加拿大作为后发展起来的发达工业国家，20 世纪 50 年代，为发展经济，采取了积极引进外资的政策，与此同时也为此付出了惨痛的代价。当时的加拿大社会一片哗然，宣称美国已控制了加拿大的许多命脉产业。如 80%的制造业，70%的石油及天然气开采业、76%的交通设备工业等均控制在美国资本手中，造成了加拿大产业结构的失调及整个经济发展的不平衡，严重威胁了加拿大民族工业的发展。

基于此种情况，在 20 世纪 60 年代、70 年代初加拿大政府采取措施，分别就一些具体部门和产业，制定单行法规，如航空管制法、关税法、所得税法、矿业管理法等，保护本国民族工业的发展，限制外资的扩张，这一时期被称为单一条款阶段。其中 1960 年提出“加拿大人参加条款”，规定石油和天然气矿区只能租给本国人或本国企业，紧接着在修订的《保险、信贷和信托公司法》中，进一步规定在这些领域非加拿大居民所持股份的限额为 25%。1971 年通过的《发展公司法案》，规定对本国企业进行资金援助。

实践表明，这些单行法的实施在一定程度上起到了限制外资，维护本国民族工业发展的目的。却没有从根本上解决外资对加拿大经济发展的冲击问题。到 1975 年，外资的产出已占加拿大国民生产总值的 42%，外资渗透的规模之大、程

度之深，居当时世界首位。[1141]这表明，彼时加拿大在实现外资并购与国家安全的平衡的道路上，任重道远，这也促进了加拿大在后续的实践中对其外资法的改进和完善。

（2）特别法阶段

加拿大外资法发展进程中的特别法阶段，最重要的两部法律即 1973 年 12 月颁布的《外国投资审查法》（Foreign Investment Review Act,FIRA），和 1985 年 6 月颁布实施的《加拿大外国投资法》（InvestmentCanada Act, ICA）。其中 FIRA 规定了，加拿大政府应当对可能的外国投资和投资者进行初步审查，同时成立了外国投资审查局，负责审查外国人在加拿大的投资。1974 年颁布《外国投资审查法实施细则》，规定审查对象不仅包括原有企业的并购，还包括新企业的设立。至此，加拿大开始建立了对外国投资全面管理和审查制度，包括外国投资的方向、审查标准、审查对象、审查机关及程序、司法审查、救济与罚则等。

由于 FIRA 限制了外国投资者在加拿大的发展，因而招致美国的强烈反对。[1142]1985 年 6 月 20 日，加拿大政府颁布实施了《加拿大外国投资法》，同时成立了加拿大投资局，以取代原来的《外国投资审查法》和外国投资审查局。《加拿大外国投资法》与《外国投资审查法》相比有一系列变化，主要包括：（1）将加拿大人的投资纳入审查对象范围内；（2）提高了审查金额的门槛。对外国投资者并购加拿大公司资产金额需要审查的额度，由 25 万加元提高到 500 万加元；（3）简化了审批程序，缩小了审批范围。根据不同情况和要求，分别实行通报和审查两种制度。

《加拿大外国投资法》相对于《外国投资审查法》而言，在法哲学方面有重大演变——从单纯强调对外资的控制转移到吸引外资促进经济增长和增加就业。其实施标志着初步建立了以增加加拿大“净收益”(net benefit)、提升加拿大产业国际竞争力为宗旨的产业安全审查法律体系。其在一定时期起到了吸引外资，促进经济发展的目的。

（3）强化维护产业安全理念阶段

加拿大外国投资法进入强化维护产业安全理念阶段的导火线就是 2004 年中

[1141]王东京等：《加拿大引进外资矫枉过正》，载于《中国经济时报》，2001 年 12 月 19 日。
[1142]王小琼：《西方国家外资并购国家安全审查制度的最新发展及其启示——兼论开放经济条件下我国外资并购安全审查制度的建构》，湖北人民出版社 2010 年版，第 11 页。

国五矿集团公司并购加拿大 Noranda 公司案件。因加拿大 Noranda 公司是全球第九大铜生产商，第三大镍、锌生产商，属于加拿大的矿业大亨，掌握着加拿大能源产业的命脉，可能威胁到国家安全。此并购案引起了加拿大政府和公众的高度关注。因当时的《加拿大外国投资法》并没有纳入国家安全的因素，这就引发了关于外资并购中国家安全问题的广泛讨论，也激发了议会对《加拿大外国投资法》进行修改的急切需要。[1143]

在此背景下，加拿大政府于 2005 年 7 月对《加拿大外国投资法》进行修正，出台了修正的法案（以下简称 C-59）。C-59 法案最大的成果是将国家安全因素纳入外资准入的审查之中，设立了对可能威胁加拿大国家安全的外国投资进行审查的机制。可以看出，加拿大政府将保护国家安全纳入到《加拿大外国投资法》的制定目标中，并对可能威胁国家安全的外国投资创立审查机制，从而建立起法律意义上的外资并购国家安全审查制度。C-59 法案的出台，标志着加拿大在历经三十多年发展历程，终于建立了真正意义上的外资并购国家安全审查制度，其在发挥维护国家安全方面发挥了重大作用。

（二）加拿大外资法的最新发展趋势

从 20 世纪 90 年代开始，加拿大国家安全战略中日益注重经济因素的考量，这也体现了加拿大国家安全观的变化。而 2011 年“9.11”事件更让加拿大国家安全观纳入了非传统安全因素。国际经济形势的新发展使得加拿大开放的外国投资政策对国家安全的影响这一问题变得愈加复杂。为了寻求投资开放与国家安全的平衡，加拿大改革外资并购国家安全审查制度成为了现实的重大课题。

进入21世纪，ICA经过多次修正，其中最著名的也是对外国国有企业在加投资影响最大的是2009年C-10法案[1144]和2013年的C-60法案[1145]。其中，2009年C-10法案改变了投资审查的门滥，并且采用了一套新的国家安全审查程序。2013年C-60法案增加了“国有企业” （State-owned Enterprises, SOEs）定义，在国有企业收购加拿大油气资源的审查中，扩大了审查范围，加大了审查力度，增加了投资义务等。

可以看出，在新的历史背景下，加拿大外资法对国家安全审查赋予了更多的

[1143]Aaron Dhir, "Of Takeovers, Foreign Investment and Human Rights: Unpacking theNoranda-Minmetals Conundrum" (2006) 22 B.F.L.R. 77.

[1144]Bill C-10 of 2009

[1145]Bill C-60 of 2013

含义。增加了外资并购国家安全审查的门槛和限制，同时对“国有企业”因素给予了高度关注。加拿大外资法的这些最新发展趋势，使得外国投资者在加投资需要接受更严格的审查，以确保其不致威胁加拿大国家安全。但是，加拿大外资法从未对“国家安全”下过明确的定义，外国投资者难以预料其投资是否将受到国家安全审查以及结果如何，从而留下合法性质疑。[1146]

三、加拿大外资并购国家安全审查的实体性规定

（一）专门的审查主体

加拿大外资并购国家安全审查的主管机构经过了一系列演变与发展。具体而言，1973年加拿大在《外国投资审查法》中规定，成立外国投资审查局，负责初步审查可能的外国投资和投资者。随后，在1985年颁布的《加拿大投资法》中规定，成立负责执行对外资并购的国家安全审查事宜的加拿大投资局。2005年7月出台的加拿大C-59修正案，新增加25条第（1）款补充，要求加拿大外交国际贸易部及工业部在外资并购审查中对涉及国家安全的交易进行审查。此外，在2009年的《投资国家安全审查条例》中，增加了具体审查中特定的审查机构及其类别，使加拿大国家安全审查机构更加专业化。

在此，值得一提的是总督在外资并购国家安全审查中的特殊地位。概括来说，总督在外资审查中具有极大的调查权和决定权。具体表现在：对于部长提议的可能威胁国家安全的并购案件的调查决定权；面对可能损害国家安全的调查结果时，总督可以采取任何有利于国家安全的措施来消除投资对国家安全的影响，包括禁止该项投资、要求非加拿大人转让其控制权等。[1147]因此，总督在外资并购国家安全审查中担当绝对的“领头羊”的作用，在实践中，总督的权力也在不断的丰富和扩大。

[1146]E.g. Davies, Ward, Phillips & Vineberg, "Amendments to the Investment Canada Act: What Do They MeanFor You?" 13 March 2009, online: Davies, Ward, Phillips & Vineberg <http://www.dwpv.com/en/17620_23425.aspx>; and Douglas C. New, "Investment Canada Act AmendmentsMay Increase Foreign Investor Uncertainty" (2009) Antitrust/Competition & Marketing Bulletin, online: FaskenMartineau<http://www.fasken.com/files/Publication/3299b170-e7a2-4ae8-82af-01842c87e8ad/Presentation/PublicationAttachment/72cf4361-

[1147]王东京等：《加拿大引进外资矫枉过正》，载于《中国经济时报》2001 年第 12 期。

（二）明确的审查对象

《加拿大外国投资法》规定了具体的国家安全审查的适用对象，即非加拿大人进行或计划进行的下列投资：（1）建立一个新加拿大企业；（2）通过法律规定的方式取得加拿大企业的控制权；（3）收购或是建立在加拿大开展全部或者部分业务的实体，如果该实体在加拿大有营业场所，在加拿大有雇佣或者自雇同营业有关的个人或数个人，或是在加拿大有营业资产。[1148]

对“非加拿大人”的界定，加拿大采取了国籍法原则。同时《加拿大投资法》通过对“加拿大人”的列举式规定，从反面论证了“非加拿大人”的范畴。

几乎所有国家在确定审查对象的具体范围时，都必须确定“控制权”（Aacquisitions of control）标准。在外资并购中，外国投资者对东道国企业的的收购达到“控制权”，是国家安全审查启动的条件之一。根据对加拿大外资法的研究可知，获得加拿大企业的控制权通常有两种方式：（1）实际收购加拿大企业的所有资产；（2）获得一个运营或控制加拿大企业的实体中的多数表决权。[1149]此外，“控制权”的标准还包含了收购不属于公司制实体的规定。由此可见，加拿大的“控制权”的认定标准极其复杂化、多样化。这种复杂的认定标准虽然可能带来实际操作中的繁琐，却能更大范围的涵盖外资并购国家安全审查的对象，发挥其维护国家安全的作用。

通过对“非加拿大人”的认定标准，以及对“控制权”的认定标准的分析，我们可以看到，加拿大国家安全审查的对象范围极其明确也极其宽泛，涵盖了在外资并购中可能出现的威胁国家安全的情况和主体。这是符合外资并购形式日趋多样化，外资并购主体日趋复杂化的实际，能够在纷繁复杂的外资并购实践中发挥其“防护墙”的作用。

（三）“国家安全”审查标准评析

加拿大外资并购国家安全审查制度是建立在外资准入审查基础之上的。《加拿大投资法》只针对国家安全审查有别于外资准入审查的制度设计做了特殊规定，

[1148]钟贵：《加拿大外资并购国家安全审查制度研究》，载于《2010 年管理论丛与技术研究专刊》。
[1149]江山：《加拿大“投资——国家安全”审查中的关键资源——基于《加拿大投资法》的分析》，载于《国际经济合作》2013 年第 1 期。

其他未作特别说明之处，国家安全审查应遵照外资准入审查的规定。[1150]加拿大对外资准入的审查标准实行“净利益”与“国家安全”的双轨制。当非加拿大人投资某些特殊行业或者并购现有企业；或者非加拿大人收购现有加拿大企业控制权时出现了法律规定的需要审查的情形，以“净利益”标准进行审查。对于“净利益”的具体考虑因素包括：（1）投资对加拿大经济活动的水平和性质的影响，包括对就业、资源开发、加工和出口的影响；（2）在企业或者该产业中加拿大人参与的程度及重要性；（3）投资对加拿大生产率、产业效率、技术开发、产品创新、产品品种的影响；（4）投资对加拿大产业内部竞争的影响；（5）投资对国家政策、产业政策和经济政策的一致性；（6）投资对加拿大国际竞争力的贡献。

值得关注的是，《加拿大投资法》及 2009 年 C-10 法案并没有对“国家安全”进行定义[1151]，而是规定，如果工业部长认为任何一项外国投资可能对加拿大国家安全产生损害或者威胁，此项并购投资都将进入国家安全审查程序。而学界对加拿大“国家安全”审查标准达成的共识为参照“净利益”的六条考量因素，并且参照金融、能源、交通及文化与通讯四大敏感行业的特殊限制。一般认为，国家安全涉及的主要领域包括：政府合同、军事、执法、电信技术、航空、雷达、高科技和出口控制产品等。[1152]

笔者认为，加拿大的这种依附于一般外资准入审查标准的“国家安全”审查标准存在值得商榷之处。加拿大政府既然专门针对外资准入中可能涉及国家安全的并购案件设定了特殊的国家安全审查机制，那么国家安全审查与一般外资准入审查的关系应该是特别法与一般法的关系。因此，国家安全审查机制的“国家安全”标准应当独立于一般外资准入的“净利益”标准，实现其应维护国家安全的立法目的，而不是简单的依据一般外资准入的审查标准。遗憾的是，目前的加拿大外资法中并没有明确安全审查标准，也未对安全损害或威胁因素进行定义或说明。这些特点将导致国家安全审查的泛化风险，甚至可能使其成为某些利益集团反对外国投资者并购的工具。[1153]

[1150]钟贵：《加拿大外资并购国家安全审查制度研究》，载于《2010 年管理论丛与技术研究专刊》。

[1151]加拿大学者 Melnitzer, Julius 建议增加“国家安全”定义条款。但大多数加拿大学者认为给出明确定义并非最佳选择。

[1152]江山：《加拿大“投资——国家安全”审查中的关键资源——基于<加拿大投资法>的分析》，载于《国际经济合作》2013 年第 1 期。

[1153]王小琼：《西方国家外资并购国家安全审查制度的最新发展及其启示——兼论开放经济条件下我国外资

加拿大学者 Larence 也认为，加拿大外资并购国家安全审查标准不够透明，自由裁量权过大，甚至讳莫如深，仅有敷衍模糊的公众解释，从而有损于加拿大投资友好型东道国的形象。[1154]

因此，笔者认为，为了防止这些担忧变成现实，加拿大应通过立法手段对“国家安全”的审查标准进行明确化与具体化。简单定义加不完全列举的方式，既可以对可以使国家安全审查标准有法可依、有章可循，又赋予审查机关一定的自由裁量权，以达到吸引外资与保护国家安全的良性平衡。

（四）“国有企业”的特殊规定

在加拿大外资并购国家安全审查制度中，“国有企业”受到特殊的关注。2007 年《国有企业投资指南》[1155]规定境外国有企业有义务证明：（1）外国政府在国有企业中直接或间接所占股权、控制方式等；（2）国有企业的公司治理、商业定位和报告结构。例如审查该企业是否会遵守加拿大的公司治理标准（如企业透明度、信息披露制度、独立董事、独立审计委员会、公平对待股东等）以及加拿大的法规和惯例；（3）国有企业收购加本土企业后，被收购企业是否能继续在出口、加工、加籍人参与企业管理、对创新和研发的支持度、为维持全球竞争地位所应适度保持的资本支出等方面开展商业运作；（4）为确保国有企业对加本土企业的控股并购的确有净利益于加拿大，鼓励国有企业在并购规划中任命加籍独立董事、雇佣加籍高层管理人员、在加注册、在加证券交易所上市等。

由此表明，外国国有企业在加投资同样要接受加拿大的“净利益”和“国家安全”的双重标准的审查。不仅如此，基于政治因素和国家安全至上的考量，外国国有企业在加的投资还要接受更加严苛、繁琐的审查。比如考量该并购行为是否只是执行政府的政治因素；该国有企业的管理是否透明合理；该国有企业是否属于商业化运营等等。

加拿大 2013 年 C-60 法案的最突出的表现在于增加了“国有企业”的定义等内容，使得“国有企业”的定义更加宽泛化。C-60 法案扩大了原 ICA 中的“国

并购安全审查制度的建构》，湖北人民出版社 2010 年版，第 11 页。

[1154]Lawrence L. Herman, Investment Review in Canada- We Can Do Better, The School of Public Policy Research Papers, Vol. 4, Issue 10, Sept. 2011.

[1155]The Guidelines can be accessed on the Investment Canada Web site, online: Industry Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/h_lk00066.html> [*SOE Guidelines*].

有企业”的定义，使其囊扩了“外国政府机构及其代理，受外国政府影响或指使的法律实体或者个人”。[1156]同时，C-60 法案赋予了工业部长更大的自由裁量权和自主决定权。具体表现在，该法案虽然概括性的扩大了“国有企业”的定义，但并未给“政府影响”下一个具体的定义，这就赋予工业部长对这一认定的自由裁量权。此外，在判定外资并购是否威胁到国家安全的重要标准的“控制权”的认定权也赋予了工业部长。C-60 法案授权工业部长可以根据自己的判断确定国有企业的收购是否属于“控制权”收购。[1157]

更加严格的审查标准与更加宽泛的审查范围，使得外国国有企业在加拿大的外资并购活动受到层层的限制和制约。另外，一个不可否认的事实是，在当今时代，有实力走出国门，进行海外并购的企业大都是受到外国政府控制或影响。这些企业凭借在国内的政府背景往往迅速完成财富的积累，然而正是这在本国的优势却使其在外资并购中受到更多的约束和限制。因此，包括中国在内的国有企业应该及时充分地与加拿大投资审查局沟通，切实履行相应的投资义务承诺。

四、加拿大外资并购国家安全审查的程序性规定

（一）国家安全审查程序概述

非加拿大人在加拿大建立新的企业的情况下，只需要向相关部门提供规定的信息进行申报即可，无须进入国家安全审查程序。国家安全审查程序只有在非加拿大人投资某些法律规定的特殊行业或者被并购的企业属于现有企业等情形，并且可能威胁国家安全之时才可能展开。加拿大外资并购国家安全审查程序可以划分为部长通知、申报材料、部长审查、总督决定四个阶段，下面笔者就这几个阶段进行简明的阐述。

1.部长通知

部长通知是加拿大外资并购国家安全审查程序启动的标志。根据 2005 年的 C-59 修正案的有关规定，如果部长有合理的理由相信非加拿大人在加拿大的并购或者投资会威胁到加拿大国家安全，应当在法律规定的期限内向并购方发出通知，告知其投资活动可能面临国家安全审查。此时，非加拿大人应当自接到部长

[1156]高发伟：《浅谈加拿大投资审查及中国国有企业如何应对》，载于《国家石油经济》2014 年第 5 期。
[1157]高发伟：《浅谈加拿大投资审查及中国国有企业如何应对》，载于《国家石油经济》2014 年第 5 期。

通知时起，中止其正在进行的外资并购活动，等待相关部门的进一步通知。同时，部长应在对非加拿大人发出可能审查的通知后，向总督作出建议，总督在此建议的基础上做出是否进入审查程序的决定。加拿大法同时规定了总督作出决定的期限，即部长发出通知之日起的 25 天内。如果逾期未作出是否审查的决定，视为审查程序结束。

2. 申报材料

当总督作出进入审查程序的决定时，意味着此并购活动将面临一系列的国家安全审查环节，也就意外着此并购活动进入了安全审查的申报材料阶段。此时，部长应及时将总督的决定告知涉及并购案件的各方当事人，以便其做好应对准备。在此阶段，为了审查的目的，非加拿大人和并购各方应在规定的时间内以规定的方式提供任何规定的信息，或者部长认为需要的其他信息。加拿大鼓励投资者提供尽可能详细、充分信息，准确说明投资计划。这样有利于审查机关在充分可靠材料的基础上作出正确的审查决定，同时也节省了投资方反复准备材料的时间和经济成本。在材料申报环节，加拿大外资法鼓励投资者与工业部等相关审查部门官员进行沟通联系，即事前沟通环节，这是加拿大国家安全审查制度的一大程序亮点。

3.部长审查

在此阶段，部长会同其他具体审查部门，对并购案件是否威胁国家安全进行实质审查。根据加拿大法，部长审查并购安全是否危害本国国家安全时，参考“净利益”的六条考量因素以及四大特殊行业的规定进行判定。同时，加拿大外资并购国家安全审查制度并没有对“国家安全”进行明确的定义，因此部长对是否威胁国家安全享有很大程度的自由裁量权。如果部长在经过一系列审查之后，确信此并购案件并不会对加拿大的国家安全造成威胁，则应在规定的时间内告知并购各方，宣告审查程序结束，并购活动中止状态解除。反之，如果经过一系列的审查，部长有足够的理由确信此并购会威胁到国家安全或者无法在已有的资料的基础上判定是否威胁到国家安全，则应在规定的时间内提交总督，请求总督作出决定，并连同案件的材料及建议一同呈报总督。部长审查的期限为 45 天。因此，

可以说部长拥有国家安全审查中的实体权利和程序权利。[1158]

4.总督决定

总督在加拿大国家安全审查中拥有广泛的权利，对国家安全审查拥有最终决定权。总督应当在接到部长呈交的相关材料和建议报告之后，在规定的时间内做出最后命令，加拿大法规定，总督决定的期限为15天。如果总督认为该项投资可能对国家安全造成威胁，应当以命令的方式向投资者发出通知，并可采取包括禁止该项投资、要求转让控制权等在内的一切其认为可以维护国家安全的措施。ICA规定除了联邦法院，部长的决定、总督的决定和命令具有最终法律效力，不受司法审查或追诉。[1159]

（二）加拿大国家安全审查制度的关键机制

1.事前沟通机制

加拿大外资并购国家安全审查制度的一大程序亮点便是事前沟通机制的确立。加拿大鼓励投资者在投资开始之前或提交申报材料之前与工业部投资审查部门的官员进行联系沟通。[1160]此即称为事前沟通机制。加拿大鼓励外国投资者在正式审查前就交易中可能存在的问题和风险进行非正式的沟通、磋商，以便并购交易的当事人及时了解并购中可能存在的问题，以改变或撤销其并购计划。加拿大设立的事前沟通机制，一方面有利于外国外资者在进入正式国家安全审查程序之前就自己的投资项目的风险性进行合理的评估，确认其是否关涉到东道国的国家安全，以此作为其下一步经济计划的重要参考；另一方面，事前沟通机制也利于审查机关提前了解外资并购的情况，以便及早对其中的国家安全因素进行甄别，节省行政成本，为最后的实质审查赢得宽裕的时间。

事前沟通机制，作为一种加拿大外资并购国家安全审查制度中的一项灵活措施，实践中发挥了积极的作用。几乎进入国家安全审查程序的非加拿大人都寻求事前沟通机制的帮助，以期最有效率的解决问题，毕竟在海外并购的市场，时间成本往往比金钱更重要。鉴于此制度的诸多优势，我国在构建外资并购国家安全审查制度中也应该学习借鉴，这也是研究加拿大外资并购国家安全审查制度的意

[1158]钟贵：《加拿大外资并购国家安全审查制度研究》，载于《2010年管理论丛与技术研究专刊》。
[1159]钟贵：《加拿大外资并购国家安全审查制度研究》，载于《2010年管理论丛与技术研究专刊》。
[1160]钟贵：《加拿大外资并购国家安全审查制度研究》，载于《2010年管理论丛与技术研究专刊》。

义所在。

2. 事后监管机制

加拿大外资并购国家安全审查制度的另一大程序亮点就是事后监管制度的建立。加拿大外资法规定，国家安全审查制度终结后并不代表并购活动就不受加拿大法律的约束了。对于非加拿大人作出承诺的投资案件或者总督命令非加拿大人有条件的开展投资活动的案件，应当履行一定的义务，以贯彻执行审查结果。审查结束之后，上述两种情况的投资案中，非加拿大人应当严格遵照总督命令的要求进行投资活动。并且，事后监管是全程的，而非一时的表明功夫。当总督对相关并购案件作出决定后，在并购活动开展的全程相关利害关系人都要定时向主管部门报告资产状况、实施情况及最新动态，以便主管部门实时了解此投资活动的动态，以判定是否符合总督命令的要求，从而保障审查后的并购活动不会威胁本国国家安全。

众所周知，无监管即无实施。这种事后监管机制，可以保证投资发展方向与审查结果保持一致，在全程监控中实时消除投资对本国国家安全的影响，使其沿着有利于国家安全的方向发展。同时可以避免投资案件采取规避手段，接受审查之后阳奉阴违，继续从事威胁国家安全的投资活动。相当于加拿大的事后监管制度，我国的外资并购国家安全审查制度存在监督上的缺失，这也是我国当前外资并购国家安全审查制度的缺陷之一。我国也应当建立完善的事后监管措施，要求投资方定期汇报投资情况，以便审查机构对其实施监督。[1161]这点在下文的我国国家安全审查制度的构建中会详细阐述。

四、我国外资法国家安全审查制度的变革

我国现行外资国家安全审查制度的原型是商务部等部委搭建的外资并购国家经济安全审查制度，基本依据是 2006 年《关于外国投资者并购境内企业的规定》(“10 号令”)及其修订版 2009 年《关于外国投资者并购境内企业的规定》(“6 号令”)。2011 年 2 月，国务院办公厅发布《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(以下简称《通知》)，正式建立起我国外资并购领域的国家安全审查制度。根据《通知》，国家安全审查的内容为：并购交易对国防安全，

[1161]钟贵：《加拿大外资并购国家安全审查制度研究》，载于《2010 年管理论丛与技术研究专刊》。

包括对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响；并购交易对国家经济稳定运行的影响；并购交易对社会基本生活秩序的影响；并购交易对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。在审查机制方面，《通知》规定采取部际联席会议（以下简称“联席会议”）形式，由发改委和商务部“双牵头”，会同相关部门共同进行审查。

2011 年 8 月，商务部公布了《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》，对《通知》的相关内容作了进一步明确和细化。2014 年 5 月，发改委发布了《外商投资项目核准和备案管理办法》，将国家安全审查纳入外商投资项目管理体系，实现相关管理制度有机结合。与《通知》仅适用于并购投资不同，该管理办法适用于“中外合资、中外合作、外商独资、外商投资合伙、外商并购境内企业、外商投资企业增资及再投资项目等各类外商投资项目”（第 2 条），既包括并购投资，也包括新设投资。《管理办法》第 7 条明确规定“外商投资涉及国家安全的，应当按照国家有关规定进行安全审查”，从而将国家安全审查与外商新设投资联系起来。

2015 年 1 月 19 日，商务部在其网站上公布了《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》（以下简称《草案》）。《草案》第四章对外商投资的国家安全审查制度作出了专门规定。该部分规定整合了我国目前在外资并购领域实施的国家安全审查制度的相关内容，对现行外商投资国家安全审查制度的强化和改进主要体现在以下四个方面[1162]。

第一，提升了国家安全审查制度立法位阶。

如上所述，原先的“10 号令”和“6 号令”仅仅是商务部制定的部门规章，效力层级较低；即便是《通知》，也仅是以国务院办公厅的名义所发，还不算真正意义上的行政法规。这既与国家安全审查制度的地位和重要性不相称，实践中也难以据以全面调动各方面资源。《草案》将国家安全审查制度正式纳入外商投资立法，使这一制度上升到法律的层次，有助于其更好地发挥应有作用。此外，由于法律效力级别的提高，国家安全审查明确了司法豁免原则，即针对国家安全审查决定不得提起行政复议和行政诉讼。

第二，明确了外国投资的概念和范围。

[1162]参见廖凡：《<外国投资法>宜完善审查机构设计》，《经济参考报》2015 年 1 月 28 日第 6 版。

《草案》第 11 条、第 12 条对外国投资者及中国投资者做出了界定，其中第 1 条第 2 款规定，“受前款规定的主体控制的境内企业，视同外国投资者。”这意味着，境内企业在满足该条规定的情形下，同样会被认定为外国投资者，其从事投资行为将受生效后外资法的约束。而第 12 条关于中国投资者的界定的第（一）项列明中国投资者包括具有中国国籍的自然人，这改变了过去《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》中中方不能是自然人的规定。

第 15 条对外国投资行为的认定做出了界定，除以往常见的设立境内企业、取得境内企业股份、股权、财产份额表决权或者其他类似权益的行为属于外国投资外，该条特别规定了外国投资者的部分一年期以上融资行为、取得境内或其他属于中国资源管辖领域自然资源勘探、开发的特许权或者取得基础设施建设、运营的特许权的行为、取得境内土地使用权、房屋所有权等不动产权利以及通过合同、信托等方式控制境内企业或者持有境内企业权益的行为均属于外国投资，而境内交易导致境内企业的实际控制权向外国投资者转移的，视同外国投资者在中国境内投资。这意味着，《草案》采取了加拿大等外资法的控制和实际控制人概念，增加了投资行为的范围。

第 18 条、19 条则进一步界定了控制和实际控制人的概念。就控制的概念而言，除以往常规的通过直接或间接持有企业股权等类似权益，以及可以通过一定地位影响公司运营决策的情形外，特别强调了通过合同、信托等方式能够对企业的经营、财务、人事或技术等施加决定性影响的，也应当认为具有控制权。

第三，扩大了国家安全审查的适用范围，“国家安全”的概念更有弹性。

《草案》第 48 条规定国家安全审查将可能适用于“任何危害或可能危害国家安全的外国投资”，并未将其局限于外国投资者将可能取得境内企业实际控制权的情形，亦未限制其可能适用的重点行业。

《草案》第 57 条沿用了《通知》所用的列举模式，但增加规定了若干应当考虑的因素，包括外国投资事项是否受外国政府控制，使得“国家安全”的内涵更加丰富。更重要的是，第 57 条第 11 项还以兜底条款的形式，规定对“联席会议认为应当考虑的其他因素”进行考虑，从而赋予了审查机构必要的自由裁量权，增加了审查制度的弹性。

第四，增加了联席会议依职权启动国家安全审查的规定。

根据现行规定，外商投资国家安全审查的启动分为两种：一是外国投资者主动向商务部提出审查申请，二是第三方（国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企业）向商务部提出审查建议。但无论是“申请”还是“建议”，都属于广义上的“依申请”的范畴。反观加拿大等国家，外资国家安全审查机构通常都具有在其认为必要时自行启动安全审查的权力。《草案》第 55 条明确规定“联席会议可依职权决定对危害或可能危害国家安全的外国投资进行国家安全审查”，从而弥补了现行规定在审查启动方式上不够周延的缺陷，有助于其更加有效地发挥作用。

此外，对于联席会议的审查决定，《草案》第 58 条与国际主流接轨，在《通知》所规定的通过或不通过这两类决定之外，增加了一类“附条件通过”决定，即“外国投资危害或者可能危害国家安全、但可通过附加限制性条件消除的，予以附条件通过”，从而使得制度运作更加灵活，也更加人性化。

俗语称，百密必有一疏。《草案》亦不例外，所涉及值得思考的法律问题在所难免。

第一，国家安全审查范围的扩大化和适用标准的缺失，从而带来监管的不透明和不确定性问题。

《草案》可能引起担忧，即任何一项外国投资项目都有可能进入国家安全审查程序。是否所有的外国投资不区分目的、性质、形式与规模均有对之实行安全审查的必要？如果任何一个外国投资项目都有可能进入国家安全审查程序，是否会带来监管的不透明和不确定性问题？如果进入安审程序的项目过多，联席会议是否有足够的人手和精力完全解决所有外国投资的安全审查需求？更为重要的是，过于繁重的安审报告义务或者至少对于部分投资项目而言毫无必要的安审要求，是否会打击投资者信心，对中国的外资开放政策造成负面影响，影响中国的投资环境，进而不利于维护国家的经济利益？

考察国内外实践，解决上述疑虑的路径似有两种：一是通过例外或豁免条款来排除特定类型的不具有安审必要的外国投资；二是仍然维持最广泛的外资安全审查范围，但在实施中采取谨慎态度，严格控制发起安审调查的案件数量。加拿大的“净利益”（Net Benefit）标准在寻求维护国家安全与保持开放的投资政策之间力图达成某种平衡。中国当前在国际资本流动中的身份混同，意味着安全审查将是一把双刃剑，这就要求安审制度既要能够充分维护国家安全，同时又要不

违背促进投资自由化的初衷。对于外资国家安全审查范围的立法和实施，也许需要更多的智慧和考量。

第二，国家安全审查部门联席会议职责不明、决策机制不清。

无论是现行的《通知》，还是《草案》，均未明确联席会议的成员部门，国务院也没有以其他方式对外公布联席会议的组成情况，令人无从判断联席会议的成员部门是固定的，还是根据所审查的不同的外国投资个案来灵活组建。特别是《草案》中“国务院发展改革部门和国务院外国投资主管部门共同担任联席会议的召集单位，会同外国投资所涉及的相关部门具体实施外国投资国家安全审查”这样的表述，更让人对于联席会议成员部门与“外国投资所涉及的相关部门”之间究竟是何关系感到困惑。

联席会议究竟采取何种决策机制，《草案》也未予明确。《草案》第62条规定，在一般性审查阶段，联席会议应当作出是否需要进行特别审查的决定；第64条规定，在特别审查中，联席会议若认为外国投资危害或可能危害国家安全，应提出书面审查意见，报请国务院决定是否通过。但联席会议以何种决策方式形成上述决定或意见，《草案》未予明确。[1163]

这些不足之处，无疑需要商务部在征求意见后的正式草案中加以弥补。

第三，外资管理制度与外资国家安全审查制度的统一，仍需考察《草案》相关机制的具体设计。[1164]

在中国现行制度下，商务部固然是外商投资主管部门，但是发改委、工商局乃至外管局都在某种程度上具有一定的管理权，这从《关于外国投资者并购境内企业的规定》需要六个部委联合制定就可见一斑。在很多领域，如互联网领域、建筑领域，相关主管部门还规定了一些游离于外商投资产业指导目录边缘的对于外商投资的额外限制。即便《草案》本身，也未做到外资安全审查制度的完全统一。例如，《草案》第七十四条规定：“外国投资者投资金融领域的国家安全审查制度，由国务院另行规定。”金融领域诚然具有一定的特殊性，然而外资安全审查所涉及的其他行业往往也涉及特殊管制问题，这一例外的存在无疑将在一定程度上造成新法下外资安全审查制度的碎片化，破坏其统一性。

[1163]参见廖凡：《<外国投资法>宜完善审查机构设计》，《经济参考报》2015年1月28日第6版。
[1164]漆彤：《外资国家安全审查立法中的若干重要问题》，《中国法律评论》2015年3月第5期。

市场范式下气候有益技术转让国际治理的实证分析

蒋佳妮
（1 清华大学环境学院，100084；2 北京师范大学法学院，100875）

摘要：促进气候有益技术尽快在全球范围内推广和应用是应对气候变化的关键所在。然而，气候有益技术转让的国际治理存在较大障碍。从国际法角度讲，这种转让障碍体现出的是国际法在调整气候有益技术转让行为上的失灵。基于市场范式下气候有益技术转让相关国际立法的法经济学范式分析框架，对当前的国际气候有益技术转让相关法律进行了反思，并提出了存在的问题。研究发现：由于缺乏促进气候有益技术转让问题上统一的国际立法，气候有益技术转让的国际治理障碍表现出制度上的诸多冲突性。市场范式无法为气候有益技术转让这样的特殊问题提供足够的、能优先环境利益的、可预测法律后果的治理空间。
关键词：气候有益技术转让；市场范式；国际治理

一、引言

气候变化作为当前全球面临的最大的环境风险，已经成为攸关人类生存和可持续发展的重大挑战。从环境风险来源上讲，人为原因造成气候变化的证据十分充足，占主导地位的环境风险是“人造风险”，即人类的决策与实践活动所引发的风险。[1165]应对气候变化风险需要国际治理，但现实的状况是，国际治理呈现出不力甚至失败的局面。一方面，随着气候风险的升级，国际治理的需求在不断被强调，但另一方面，气候变化风险仍在持续恶化，国际治理未在气候问题上产生更加积极的效果。在应对气候变化的国际治理中，普遍包括减缓、适应、技术、资金四种路径的共同作用。其中，促进气候有益技术尽早地在全球范围内普及和应用是解决气候风险问题的根本途径，但气候有益技术面临着难以转让到发展中国家的困境。气候有益技术转让具有不同于普通技术转让的三点特殊性。特征之一是既有典型的商品属性又有明显的公益属性。商品属性容易论证。公益属性可分减缓和适应来解释。减缓技术带来全球减缓温室气体的效应，具有全球的正外部性。适应技术则在局部地区具有正的外部性。这类技术的特征之二是商品属性与公益属性的显现的时间维度不一致。商品属性显现的经济成本与效益即时发生，而公益属性显现的减缓与适应气候变化的社会效益往往需要滞后几年、甚至几代人。这类技术的特征之三是涉及面广泛、社会经济层面影响巨大，区别于其它全球环境公约所涉及的边界清晰的环境技术。对于如此量大面广的技术，很难量化地评估其商业属性和公益属性的确切价值；在平衡其商品属性和公益属性时，带来了前所未有的难度。气候有益技术转让的障碍反映出环境利益与经济利益的紧张关系，其根源在于相关国际法律的治理过程存在利益难以协调甚至利益难以实现的问题。由于技术转让领域国际统一法的缺失，

[1165]徐本鑫, 李媛媛, 曾庆枝. 基于风险分配的环境风险应对法律机制探究[J]. 昆明理工大学学报 (社会科学版), 2014 (1). 57.

包括知识产权制度、国际贸易制度和国际气候制度等多样化的国际法制实际上影响着气候有益技术的转让过程。因此，本文所谓的气候有益技术转让领域的国际治理主要包括上述与调整气候有益技术转让相关的国际法的治理。面对气候有益技术转让所包含的复杂利益，现有的这些法律制度是否促进了气候有益技术转让的发生？又是否通过协调发挥了在这一问题上的合力呢？法与法之间是否存在不一致和冲突以至于阻碍了气候有益技术转让的进程呢？本文基于市场范式的理论与实践分析框架，试图分析和理清这些问题。

二、市场范式的分析框架

本文主要应用了法经济学范式的分析框架。法经济学范式的分析框架，是一种全新的法学理解系统和理论框架。[1166]法经济学范式分析框架由一整套基本假设、基本标准、运行原则和基本方法构成。这样的分析框架关注作为社会资源配置系统的法律制度，也关注法律背后的经济逻辑。本文从气候正义的视角运用法经济学范式的分析框架，目的是通过分析法律规则的形成和现状以及法律人在既定法律规则下的行为反应以重新评估现有的法律法制在促进气候有益技术转让问题上的正当性。[1167]从国际立法角度讲，促进技术转让不仅是气候公约确定的发达国家的承诺，而且也是国际贸易法所规范的对象。迄今为止，市场经济理论与实践占据着国际法律与政策制定、评估和研究的主流，我们称之为“市场范式”。法律经济学的分析定义了市场范式的三个基本假定：（1）个体（理性人），其特征是，每一个从事经济活动的人都是利己的，力图以自己的最小经济代价去获得自己的最大经济利益。[1168]法律经济学观点认为，“人是其自利的理性最大化者”，人们会对激励（incentive）作出反应，即，如果一个人的环境发生变化，而他通过改变其行为就能增加他的满足，那他就会这样去做。[1169]（2）集体行动，其特征是，市场范式构建了一个没有个体独立道德自律特征的集合。在这种范式下，集合是个体喜好的叠加，因而这时的集体行动主要关注在没有强迫或欺骗交易的情况下建立足够的合作，以满足大多数人的物质利益。由于集团内广泛存在的“搭便车”现象，为了维护自身利益的最大化，在信息不对称的情况下，一个“理性人”总是会选择不参与集体行动来实现对自身利益的维护。因而市场范式下集体行动的问题主要表现为“集体行动困境”——“囚徒困境”。（3）政府行为的合法性。[1170]在市场范式下，政府仅有两个功能，一是，监督和审查合同；二是，当市场失灵和没有政府参与的财富分配难以实现时提供一种代理决策[1171]。因此在这种范式下，政府的功能在于回应性地效仿市场分配。政府通过制度建设达到集体行动的效益最大化的目标。[1172]市场范式下政府行为的合法性在于其维持存在的市场、个体的财产和个体交易（处置）其财产的权利。市场范式下，政府是回应型的，政府也有追求即期收益最大化和转移发展成本的偏好。因此，政府对长远社会经济发展的预期对其政策选择不会产生什么影响，反而是政府的政绩观和对近期经济发展目标、即期收益的

[1166]冯玉军. 法经济学范式的知识基础研究[J]. 中国人民大学学报, 2005, 4: 130-136.

[1167]当法律凭借国家强制力取得社会的支配地位时，其自身的正当性常常被预设为不证自明的前提。尽管，法律已成为判断我们和他人行为正当与否的标准，但是其规制的能力与社会的接受度却并没有人们想像的那么高。法律的正当性反映了人们对法律应然状态的一种预期，是高于法律合法性要求的，符合正义价值的合理性状态。

[1168]Sen, Amartya K. 1979. “Rational Fools.” In Philosophy and Economic Theory, edited by Frank Hahn and Martin Holls[M]. Oxford, U.K.: Oxford University Press. 87-109 pp.

[1169]理查德·波斯纳（著），蒋兆康（译）. 法律的经济学分析（第七版）（中文第二版）[M]. 法律出版社, 2012. 19.

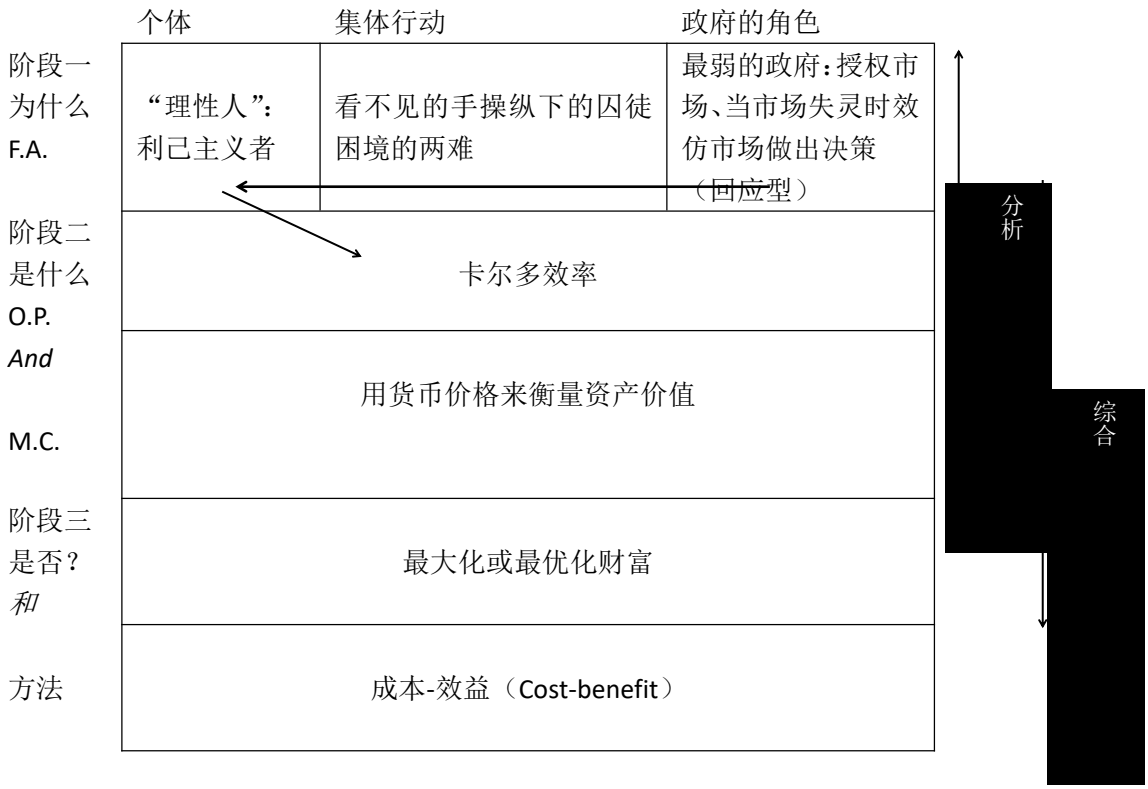
[1170]这里所指的“政府”，是一个广义的概念，包括国家层面的也包括国际层面的，包括政府这一实体，也包括国家和国际的法律制度和政策。

[1171]Gillroy, J. M. Justice and Nature: Kantian Philosophy. Environmental Policy,& the Law [M]. Washington DC: Georgetown University Press.2000, 19pp.

[1172]Gillroy, John Martin, and Maurice L. Wade, eds. The moral dimensions of public policy choice: beyond the market paradigm[M]. University of Pittsburgh Pre.2004, 8pp.

偏好会左右其政策选择，从而对厂商、家庭及环境系统产生影响。市场范式定义的三个假设决定和解释了个体的选择如何转化成了法律和政策（见表 1）。

表 1 市场范式



F.A. = 基本预设；O.P. =运行的原则；M.C. =原则运行的实质条件

图表来源：Gillroy, J. M. Justice and Nature: Kantian Philosophy. Environmental Policy,& the Law [M]. Washington DC: Georgetown University Press.2000: 16.

为通过法律寻求最大化私人利益和最优化社会利益（补偿社会利益）提供了的合理性。[1174]在具体应用范式理论进行法律分析时，不能仅仅考虑范式的理论分析框架，而且需要考虑具体的法律政策空间是如何形成的，即在这种范式下，法律的制定过程是如何实现的？根据卡尔多效率原则，市场范式包含了两种情景模式，可以称之为实践模式—— “利益最大化模式”和“利益最优化模式”。[1175]通过将相关的立法还原到这两种实践模式中，能够检验相关法律制定的根源和过程，在市场范式内，相关立法往往的从利益最大化过渡到了利益最优化的阶段以应对情势的发展。市场范式假设这种立法的过渡能够实现对经济利益以外的社会公共利益的平衡。然而事实真的如此吗？通过对气候有益技术相关法律治理的实证分析，可见一斑。

[1173]Posner.The Economics of Justice[M]. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.1983, 37pp.

[1174]法律经济学看到了帕累托更优作为市场范式下的核心的效率原则的局限性在于其过于严格，他们将之限制在纯粹的自愿交易条件下。对现实世界的可适用性很小，因为大多数交易（如果不是一种单一交易，就是一系列可能的交易）都会对第三方产生影响，并只能解释市场交易的社会零成本的状态；而卡尔多效率，也被称为帕累托改进，其更加宽松，并基于现实的市场背景下，双方交易的结果对第三方和社会的影响。潜在帕累托优势：赢利者可以对损失者进行补偿，不论他们实际上是否这样做。参见：Posner, Richard. Economic Analysis of Law. 2nd ed[M]. Boston: Little, Brown.1977,21pp.

[1175]Gillroy, J. M. 2000, 25pp.

三、对气候有益技术相关法律治理的实证分析

技术转让的国际治理经历了一个漫长的过程。在这一漫长的变化中，环境保护和应对气候变化的需求逐渐融入了其中，进而推动了技术转让制度的全球化，并最终识别和确立了气候公约领域促进气候有益技术转让的特殊需求。按照前面区里的分析框架，我们在这一部分重点从纵向的制度史的回顾和横向的气候立法与贸易立法的冲突进行实证的分析。

（一）气候有益技术转让国际治理的纵向回顾

纵向的制度史回顾运用市场范式下的两阶段的实践模式“利益最大化”模式和“利益优化”模式，从纵向角度回顾并评述气候有益技术转让相关法律制度的变迁，试图观察：在市场范式下，相关法律和政策能否为促进气候有益技术转让提供足够的法律和政策空间？

1. 20 世纪 90 年代以前的技术转让相关立法——“利益最大化”模式

在“利益最大化”模式下，经济立法占据着主要的政策空间。市场范式下的效率原则使得当市场失灵发生时，政府以效仿市场想要做出的价值判断来进行决策。最终这一草案的谈判由于发达国家和发展中国家的利益分歧而以失败而告终，纠其原因是：基于对发展中国家在技术转让中的特别待遇之上的技术转让的国际立法不符合市场范式下个体追求经济利益最大化的经济合理性。这一时期的气候有益技术转让国际治理的主要特点是：（1）这一时期，技术转让主要以产权立法和国内立法为主，直接关注技术转让的立法首先在国家立法层面得以展开，从中可以概括出一些共性的特征；但国家立法不足以解决国际技术转让问题。[1176]同时，也出现了创立国际技术转让统一法的尝试，并且技术转让的第一次国际立法的尝试就是从提出理清知识产权在技术转让中的作用开始的——《国际技术转让行动守则（草案）》。然而，这一尝试以失败而告终，纠其原因是：基于对发展中国家在技术转让中的特别待遇之上的技术转让的国际立法不符合市场范式下个体追求经济利益最大化的经济合理性。（2）知识产权制度被认为与技术转让议题直接相关，占据了主流的意识形态。技术转让最初在国际上得以提出也是在知识产权在技术向发展中国家和欠发达国家转让中的作用的这样一个讨论的背景下。然而，知识产权制度并不能解决或者说囊括国际技术转让所面临的所有的问题。这一措施的有限性以及国家立法在此问题上的有限性，表明技术转让不能是一个在国家层面就能解决的问题，也不是一个在国际层面仅靠知识产权制度就能解决的问题。这些立法实践均为创立技术转让的国际立法提供了必要性。当时主流的意识将技术转让被迫与知识产权联系在了一起，但当时的知识产权的国际立法仍是较为松散的，技术的国际传播基本没有可以遵循的国际规范。（3）这一时期，气候有益技术并未出现，与之相关的环境保护技术转让尚未被贸易规则明确纳入调整范围。尽管多边贸易体制在 1947 年的协定中已经将环境保护作为了遵守协议的例外条款——GATT1947 的第 20 条（b）、（g），[1177]但 GATT 规则真正与环境有关的规定只有 1979 年东京回合达成的《补贴与反补贴守则》和《贸易技术壁垒协议》中

[1176]直接关注技术转让的立法首先在国家立法层面得以展开，其均存在一些共性的特征，主要是将技术转让的适用范围扩大到了国际合同，政府管制主要依靠对合同的批准和登记制度，主要关注的内容是价格、限制竞争行为、协议期限，不遵守合同的法律责任。

[1177]该条规定：“本协议的任何规定不得被解释为禁止缔约国采用或加强以下措施，条件是，对情况相同的各国，实施的措施不得构成任意的或不合理的歧视，或构成对国际贸易的变相限制：…（b）为保障人民、动植物的生命或健康所必需的措施；（g）为养护可用竭的天然资源有关的措施…”。

的一些条款。在 GATT 框架中，《贸易技术壁垒协议》属于任意性协议，其对 GATT 成员的约束力是十分有限的，到乌拉圭谈判时，该协议也仅有 40 多个缔约方，因此，在 GATT 框架下，只有《补贴与反补贴协议》直接提及了环境保护。[1178]（4）20 世纪 80 年代，国际环境治理运动蓬勃兴起，技术转让问题开始受到了国际环境公约的关注，最为典型的例子是这一时期《联合国蒙特利尔破坏臭氧层物质管制议定书》的签订和生效。在严格的经济意义上，蒙特利尔协定看似摆脱了集体行动的"零和游戏"的困境，达成了双赢的博弈：发达国家公司可以继续享有垄断性专利的收益，发展中国家可以继续享受低成本的氢氯氟碳化合物直到 2016 年。然而，真正的输家是环境本身和我们共有的星球。市场范式之效率原则将环境保护置于非常次要的地位。

2. 20 世纪 90 年代以来技术转让相关的立法——"利益优化"模式

随着环境问题的日益严重，单纯的以追求利益最大化的方式已经不能适应市场发展的需要。市场范式做出了自我调整。福利经济学的补偿原则被融入到市场范式中，卡尔多-希斯克的效率原则为这种优化的市场范式提供了可以遵循的原则。即受损者可以得到市场自动的补偿，使这种分配恢复到公平的水平上。在这样逻辑指引下，效率在这一阶段被定为，不是最大化利益而是努力找到经济和环境长期的优化关系，[1179]公共政策用以修复市场失灵成为这个模式下的主流。20 世纪 90 年代以来的国际立法反映了这种模式的特征：（1）随着气候变化等全球环境问题的加剧，自 20 世纪 90 年代起，与技术转让相关的国际环境立法蓬勃发展。至今为止，技术开发与转让仍是《联合国气候变化框架公约》谈判的重要议题，但进展十分缓慢。尽管技术机制建立后的重要职能之一就是要实现政策上的指导，但如何撬动现有政策的不足，通过政策的调整来实现公约承诺显然并不是该谈判关注的重点。[1180]通过发展中国家的技术需求评估，目前识别出来一些具有共识的技术转让中的障碍，法律法规环境便是其中之一，但显然，对这一影响因素的考察并没有提上气候谈判的日程。知识产权制度对促进应对气候变化技术转让的作用在气候谈判中持续受到热议，但始终没能成为正式的谈判议题。可见，气候谈判进程实际上仍是缺乏对本质环境价值的认识的，是无法脱离市场范式的产物。这一政治谈判作为一种政策选择过程，实际上仍然是以市场的效率标准作为核心原则，并依此效仿了市场的做法，巩固了市场范式下对个体利益最大化的追逐。目前，气候政策领域主流的政策评价指标是：具有环境成效明显、成本效益好、分配效应公平、可接受度高。[1181]同时气候政策评价的过程中，通常主要运用依据的是成本-效益分析方法，这种分析方法突破了方法学的客观性，将市场效率原则纳入其中。[1182]这导致环境有效性难以成为制定和评判

[1178]Steve Charnovitz. Exploring the environmental Exceptions in GATT Article XX, Journal of World Trade Law, 1991.25.5. 转引自：李寿平. WTO 框架下贸易与环境问题的新发展 [J].现代法学, 2005, 27(1): 32-38.

[1179]Pinchot G. Breaking new ground[M]. Washington, D.C.: Island Press, 1998. 219pp.

[1180]在这个谈判领域中，谈判一方面停留在政治的讨价还价层面，另一方面，具体到技术机制所预期开展的行动也主要以指导国家层面的技术开发和转让为主。

[1181]IPCC, 2007: Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds) Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA. 751pp.

[1182]"成本-效益"是不确定分析中的常用方法。IPCC, 2014: Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Edenhofer, O., R. Pichs-Madruga, Y. Sokona, E. Farahani, S. Kadner, K. Seyboth, A. Adler, I. Baum, S. Brunner, P. Eickemeier, B. Kriemann, J. Savolainen, S. Schlömer, C. von Stechow, T. Zwickel and J.C. Minx (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA. 171. "成本-效益"分析通常通过可以量化的货币化事项，因此更加容易被接受，而定性的变量，例如人类健康，自然系统损害，道德的好或者对，这些通常都不能用货币进行量化的方式分析。但是效率作为政策选择的首要或者唯一的标准是不足的。一个政策的论证和评估系统基于可替代原则是需要的。如果成本-效益方法不能解决具体的议题，我们就应当质疑当它被用于政策建议的道德有效性。很可能成本-效益方法被置于一个不能

气候政策的优先价值。可见这种模式中虽然摒弃了仅仅关注个体喜好是否得到最大满足的追求，但却无法摆脱市场范式将效率置于核心地位的本质。（2）同一时期，多边贸易规则在规范气候有益技术转让问题上有所发展。1995 年，新建立的世界贸易组织（WTO）成为了有实体机构设置的世界多边贸易体系。WTO 贸易管理职能的强化表明：纯粹的市场规则并不能解决所有问题，而且随着贸易问题与发展问题的关系愈加密切，经济利益与社会利益的冲突逐渐加剧，“政府”作为经济治理的守护人，其制定政策预防市场失灵和保障社会利益的功能愈加重要。建立 WTO 的《马拉喀什协定》明确了可持续发展和贸易开放的联系，以确保市场开放与环境和社会目标协调发展。1995 年《与贸易有关的知识产权协定》（Trips 协定）被纳入了多边贸易体制，知识产权正式与贸易问题挂钩，并实际上成为技术转让所必须遵循的国际规范。这一时期，多边环境立法和多边贸易立法几乎同时起步。但从现状来看，多边贸易立法自成体系发展迅速并影响巨大，而多边环境立法却发展缓慢。两类法律也已经在各自的法律文件中交代了不妨碍另一类利益得以实现的内容，这意味着“法律协调”已经在“利益优化”模式中得到考虑。但是这里的“法律协调”，是一种法律衔接，主要通过消极的方式，通过一些原则性的规定，试图实现法律间自然而然的目标趋同。[1183]这一时期的另一个明显特征是，对知识产权制度与公共利益的对立情况越来越多，尤其在公共健康领域，《多哈公共健康与 Trips 协定的宣言》是一次公共利益取得胜利事实。发达国家不满足于现有的 TRIPS 协议的保护标准，其另辟蹊径，通过签署的各类协定，实际上提高了以其为中心的知识产权保护的标准。这些做法使得所谓给发展中国家获取技术预留的灵活政策空间实则化为泡影。这表明 WTO 所致力于协调的贸易与环保技术转让之协调是以贸易义务能否得到落实为标准，这注定了气候有益技术转让在 WTO 体系下不会被作为环境利益并优先考虑。因为在市场范式下，多边贸易体制不论如何阐述发展其“例外权”，但归根结底它最终要维护的是自由贸易。

（二）气候有益技术转让国际治理的横向分析

从本质上看，促进贸易自由化目标与促进最新、最先进的气候有益技术的跨国流转和在全世界范围内的传播，从而改善全球的环境污染的目标是一致。然而，问题在于发达国家很可能不同以往在进口环节对不符合其环保标准的商品的进口限制，而是采取在出口环节，对有利于其核心竞争力的高技术采取限制出口。而发展中国家则正是希望这些环境技术能够尽快引进。因而气候有益技术转让中所体现出的气候立法与贸易立法的冲突不同以往。贸易与气候变化聚焦于气候有益技术转让这一现实而棘手的问题上时，不仅存在冲突而且依照现有的判断是难以避免的。在考虑了当前气候公约下技术转让之承诺靠现有制度实现的困境之后，苦于技术上缺乏能力但又急于通过技术应对气候变化的发展中国家短期内最直接的引进先进的急需要的气候有益技术的方式便是采取一定的单方面行政措施加以引导。在这种情况下，

被接受的假设中，即这样的问题被回答，“什么对社会是有效的？”而不是“什么对社会是好的”。成本-效益方法应当被用于，一旦目的确定，就以最成本-效益的方式实现它，但是目的本身不能用成本-效益的分析去确定。参见：Ashby E. Reconciling man with the environment[M]. Stanford University Press,1978,56pp；“成本-效益”方法如果想要恰当地工作，需要有一个信仰和可评估的承诺作为背景。这是因为成本-效益作为一种方法在衡量政策时，缺乏对目的本身的价值衡量，常常因此将方法本身当成了目的。成本-效益是一个主观标准，包括了个人的喜好，并以此为目的和指标。而不问是否这些个人的喜好是建立在财富过剩而影响了其他人自由表达的基础之上的。在冲突和危机中，用本质价值的手段去干预是正义的。按照康德范式下，分配正义作为基准线确保了所有公民平等地获取他们的完整的积极的道德体。参见：Maclntyre A. Utilitarianism and Cost-Benefit Analysis: An Essay on the Relevance of Moral Philosophy to Bureaucratic Theory'in Sayre[J]. 1977, 224pp.

[1183]例如，在气候公约中包含了“采取的任何行动不应当违背或阻碍贸易自由”类似的内容，或者在贸易法中包含了“…同时应依照可持续发展的目标，考虑对世界资源的最佳利用，寻求既保护和维护环境，…”在解决环境与贸易法律的冲突时，这种制度的协调一般体现在需要协调的具体的法律条款中。

发展中国家的单方面措施与 WTO 贸易规则的一致性问题将面临法律的考验。[1184]横向的冲突分析主要考察当前国际气候立法与贸易立法之目标、原则、立法形式、争端解决和举证责任分配问题上所体现出来的冲突性，这些冲突性阻碍了法律对气候有益技术转让行为的有效调控。

1. 应对气候变化目标与贸易自由化目标的冲突

气候公约在其第 3.5 条款支持缔约国为应对气候变化而采取的单方面措施，但也同时强调这中单方面措施不能对贸易产生武断、任意和变相的限制。这一原则性条款是气候公约在处理应对气候变化目标与贸易自由化目标之冲突的指导性条款。而相形之下，WTO 贸易法体系至今还没有直接以“应对气候变化”的语言出现的协调性条款。暂且将 GATT1994 之“一般环境例外”理解为可期处理应对气候变化和贸易自由发展之冲突的协调性条款，但是存在的问题又是 GATT1994 之“一般环境例外”之效力是否遍及 WTO 下的任一协定？这种疑问依旧是未解的。再从 WTO 组织的职能权限看，WTO 在处理贸易自由和应对气候变化关系时必将存在局限性：首先，WTO 本身并不是环保组织，若它处理贸易与气候变化的协调，其协调职责也仅限于影响应对气候变化的贸易政策/措施和对贸易有显著影响的应对气候变化政策的贸易政策/措施。全球减排温室气体以应对气候变化的国际法进程的停滞，从另一侧面影响 WTO 专家组和上诉机构的判断，因为目前对多边环境条约的认可度正在某种程度上下降，各国维持从金融危机中缓慢复苏的经贸利益成为最优政策选择。[1185]其次，WTO 的作用是推动贸易自由化，为此目标它需要确保潜在的应对气候变化政策不构成贸易壁垒。即使这样，为了平衡贸易和环保的利益以确保 WTO 制度的优越性，WTO 也会监督贸易规则不对成员国国内的环境保护造成阻碍。但是，正如上文论证的，WTO 协调应对气候变化目标与贸易自由化目标之冲突的出发点是固定的，即优先实现贸易目标。此外，气候公约与 Trips 协定之目标也存在明显的冲突。这导致应对气候变化技术转让的行为受制于对 Trips 协议之义务的谨慎遵守。因而，发展中国家在气候公约谈判中强调必须解决知识产权问题，必须澄清是哪些法律因素限制了 Trips 协定向发展中国家采取单边行动？又是什么限制了包括 Trips 协定在内的 WTO 法律体系气候有益技术相关的知识产权措施辩护方面发挥作用？

2. 共同但有区别责任原则与非歧视待遇原则的冲突

气候有益技术转让之公共利益属性决定了对其法律调整应当考虑到发展中国家作为技术接受国的特殊情况。气候有益技术转让的气候公约承诺也依循这样的考虑而设立，并体现出公约“共同但有区别责任”原则的坚守。然而，这样的承诺目前在公约下难以落实在行动上。当气候有益技术之转让以许可贸易的方式在国与国之间流转时，WTO 贸易规则必将是这种法律行为所需要遵循的普遍规则。WTO 多哈协议 31.1（i）为环境与贸易问题的链接提供了法律依据。但 WTO 下并没有因为要处理环境与贸易问题而提出和遵循一个“共同但有区别责任原则”。尽管 WTO 贸易规则也有“特殊优惠待遇”制度，但前文的分析已经发现，这一看似承认了落后国之特殊情形的特殊制度，并非针对发展中国家而设立。而作为一项普遍的贸易行为，所需要遵循的乃是 WTO 之基本原则——非歧视原则。非歧视原则是 WTO 赖以

[1184]这里所谓的发展中国家运用单方面措施，主要是指基于《联合国气候变化框架公约》第 3.5 条的授权，为促进先进的气候有益技术的引进采取在进口环节的某些形式的政府干预；为促进气候有技术的对外转让而在出口环境进行的某些形式的政府干预等。由于这样的单方面措施多数是潜在的，因而还无法详尽所有。
[1185]李威. 气候与贸易交叉议题的国际法规制[J]. 广东商学院学报, 2012, 27(3): 89-97.

存在的最主要的原则，它确立了国与国之间在贸易往来中的平等关系，被认为是实现公平贸易的基础。Trips 协定作为气候有益技术贸易行为发生时所涉及到的主要 WTO 之规则，应当视为《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的下位法，其规定必须与该总协定的规定相符。[1186]因而，尽管 Trips 协定存在一些形式上满足了利益平衡之需和公共利益保障的条款，但根据这些条款所实施的措施仍必须遵循非歧视原则。很明显，一旦气候有益技术的国际转让以贸易的形式得以发生，所面临的就是不再受到气候公约之“区别”责任之保障，而要在国与国之间一视同仁，实行无差别的纯粹的市场化调整。这再次印证了，自知识产权之保护被纳入 WTO 多边贸易体系之后，这一制度之实质已经沦为发达国家实现其经济利益最大化的工具，知识产权的公益性因“以贸易为主导”而难以得到保障。[1187]

3. 事后救济式立法与风险预防式立法的冲突

长期以来，事后救济式的立法模式是市场范式下的惯常做法和经济贸易立法的基本逻辑。这种立法模式可以称之为，“等着瞧”的决策模式，并且这种模式实际上在应对不确定性的决策中也一直占据着主导地位。在应对气候变化背景下，以技术的转让实现应对变化的目的决定了气候有益技术贸易不应当将潜在的纠纷和危害留到事后处理。这是由气候变化作为一种环境风险的本质所决定的。气候公约作为环境立法，确立了风险预防原则，然而，气候公约下的风险预防原则并没有在促进气候有益技术转让方面发挥实质性的作用，造成这种不足的主要原因还在于气候有益技术的转让过程受到 WTO 贸易法的调整。因而如果 WTO 贸易法也能在立法模式上遵循风险预防原则并应用到促进气候有益技术转让方面，才有可能配合和实现气候公约之技术转让的目标。从整体来讲，WTO 作为贸易立法，并没有确立风险预防的法律原则。20 世纪 90 年代以来，风险预防原则逐渐开始从环境保护领域向国际贸易领域渗透，主要有 WTO 下的 SPS 协议，[1188]和 TBT 协议。[1189]上诉机构还在荷尔蒙案中肯定了风险预防原则的重要性和发展成为国际法一般原则的可能。[1190]由此可见，以自由贸易为宗旨的 WTO 也认为，为保护环境，保护人类和动植物的生命健康，即使在科学依据不充分的时候，也可以临时采取限制进口的措施，这使得在获取科学证据之前，一国可实施预防性措施的权利还是得到了一定程度的承认。然而，多边环境协定的原则要求在缺乏足够多的科学证据时

[1186]中国政法大学许浩明教授认为，法律的位阶不仅存在于国内法律体系中，在国际法层面上，也同样存在法律的位阶问题。WTO 协议作为一个整体，其在不同的法律体系中，具有不同的位阶。在 WTO 协议内部，《马拉喀什建立世界贸易组织协定》确立了 WTO 的基本法律原则、制度，在整个 WTO 法律体系中处于最高位阶的地位。在效力等级上，该协定与其他协议之间形成了上位法与下位法的关系，而非通常意义上的“正文”与“附件”的同等效力地位的性质，当其与任一多边贸易协议发生冲突时，总协定应当优先适用。《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 16 条第 3 款规定：“如果本协定条款和多边贸易协定的任何条款之间发生冲突，则本协定条款应优先适用。”由此，Trips 协定应当视为《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的下位法，其规定必须与该总协定的规定相符。

[1187]周跃雪. TRIPS 协议专利 “例外条款” 与公共健康问题[D]. 中国政法大学, 2006. 44

[1188]SPS 协议的第 5 条第 7 款规定：“在有关科学证据不充分的情况下，一成员可根据可获得的有关信息，包括来自有关国际组织以及其他成员实施的卫生与植物卫生措施的信息，临时采用卫生与植物卫生措施，各成员应寻求获得更加客观地进行风险评估所必需的额外信息，并在合理期限内据此审议卫生与植物卫生措施。”

[1189]也有研究将 GATT1994 下的一般环境例外归为含有风险预防原则的要求，但是 GATT1994 正文中并没还有任何直接的词汇表明“风险预防原则”是 GATT1994 的基本原则。

[1190]在欧共体荷尔蒙案中，欧共体主张“预防原则”属于国际习惯法的一部分，并以此证明它的卫生措施符合风险评估的要求。虽然专家组和上诉机构对于“预防原则”在国际法中的地位都未给予明确回答，但二者都确认在第 5 条第 7 款和第 3 条第 3 款中包含了预防原则的内容。但是，专家组和上诉机构都认为，欧共体并不能援引预防原则来规避第 5 条第 1 款规定的将卫生措施建立在风险评估之上的明确义务。以上 WTO 专家组和上诉机构对与欧共体荷尔蒙案和日本限制农产品进口案的分析似乎表明，《SPS 协议》中的预防原则作为实施措施一方的一项抗辩理由，其前景并不令人看好。

就采取行动，不需要明显的因果关系存在，主要考虑行动采取的潜在收益和风险成本比。但WTO 下 SPS 协议措施采用的合理基础在于它是否具有充分的科学依据，虽然受限的出口成员方可以通过 WTO 贸易争端裁定机构进行裁决，而且可能做到较为公证的判决，但由于争端裁决的时间较长，对方的目的已经达成。SPS 协议使用风险预防原则的前提是实施风险评估，但风险评估本身具有很强的隐蔽性。例如在美欧荷尔蒙牛肉纠纷中，上诉机构认为，SPS 协议措施所依据的风险评估，应不限于纯粹科学的定量资料，也可以是非定量的实施或定性资料，这使得在实践中以“预防”的名义限制进口变得更加容易。因此，WTO 下适用风险预防原则面临被滥用的风险。风险评估本身实际上与价值判断息息相关，这意味着风险评估的标准和手段存在不同。贸易立法目前在这方面也是爱莫能助，因为如果以风险预防原则的适用给予环境协定下的那种较为宽松的程度，很可能使得相关成员国以贸易之名行保护之实的工具，反而不利于保护环境。也正是因为 WTO 的这一出发点，一刀切的单方面行动均受到更为严格限制，而作为气候有益技术转让，谋求的很可能是各国基于预防原则而实施一定的单方行动，争取这样的转让发生，也就是这种情况下，技术需求国更期待自由的技术贸易，而技术输出国，很可能希望通过否定预防原则的积极作用而形成保护其相关贸易的不要实现。在这种情况下，如果 WTO 坚持严格限制风险预防原则的施用，实际上迎合了发达国家的利益和需求，限制了气候有益技术方面的自由贸易。

4. 争端解决及举证责任分配问题上的冲突

众所周知，国际贸易发展之所以迅速和完善，是得益于一套完善的国际贸易制度的设计和运行。而争端解决方式是这一套完善的制度中的“最大功臣”。在促进气候有益技术向发展中国家转让方面，也有很多观点认为 WTO 更适合解决这一问题，主要原因也是有赖于一套完善的争端解决司法程序。单从“有和无”的问题看，WIPO 和 UNFCCC 在处理争端上的确要逊色于 WTO。在 WIPO 内部没有一套适用于国家间的争端解决机制。巴黎公约和伯尔尼公约分别在其第 28 条和第 33 条中，规定了成员国若不能通过协商来解决争端，一国可向国际法院起诉以解决争端。但这两个条文又指出成员国可以对以上规定提出保留，允许由其决定是否接受国际法院的管辖。这使得争端解决的前提即管辖权的确定上存在着致命的缺陷，而且至今也尚无通过国际法院解决国家间知识产权争端的先例。所以，这种“外置型”的争端解决规定其价值是十分有限的。UNFCCC 的争端解决程序见于 UNFCCC 公约第 14 条的规定。如第 14.1 规定，缔约方发生争端时，应寻求通过谈判或其他和平方式解决争端，争端解决方式有谈判、提交国际法院裁决、仲裁和调解。该款之规定实际上重申了《联合国宪章》第 33 条关于争端解决的规定。也就是说，气候公约自身并没有单独的专门性的争端解决机构。这也体现了它“软法”的特征。专门性争端解决机制尽管标志着一旦纠纷发生，当事方能够找到一个理想的纠纷解决的场所甚至最终达成各方均能接受的一个解决方案，但是并不代表这样的机制就一定能够体现公平并一定能够实现正义。在气候有益技术转让问题上，由于这一法律行为本身并非只涉及 UNFCCC、WIPO 或 WTO 其中的任一单一法律体系，因而争端解决机制的“有无”问题本身并不是关键。问题的关键在于，什么样的争端解决机制能够维护促进气候有益技术向发展中国家转让的相关措施的合法性？由于这样的措施还没有发生诉至 WTO 争端解决机构的情况。因此对上述问题的判断，仅能凭借已经发生过的 WTO 下的环境案例之专家组或上诉机构的裁决情况，仍然很难得出对未来确定性的预期。

市场范式还影响到了相关立法在争端发生后的证明责任的分配问题。从范式之实践模式，我们发现市场范式下，在处理集体行动困境问题上，惯常所坚持的标准是防止“搭便车者”。这种标准，决定了但凡对贸易造成不合理影响的行为，受到指控的一方需要证明自己的行为没有对贸易造成不合理影响，而起诉方则仅需要对这种贸易的不良影响与失控方的行为之间

的关系提供初步的证明。即便是 GATT 第 20 条之一般环境例外，其举证责任也是援用该例外的成员承担证明该措施不构成此类例外的滥用的举证责任。在这样的范式下，即便是针对应对气候变化的行为，依旧普遍沿用上述标准。这本身就意味着关注的焦点没有将应对气候变化的损失纳入考量范围这加重了无辜的为了应对气候变化而采取了单方面措施的主体的责任。在 WTO 争端中，也曾出现过一些积极的改变。在欧共体荷尔蒙案中，WTO 争端解决专家组和上诉机构对于举证责任承担就给出了相反的意见。在此案中，专家组的意见是，实施有关卫生措施的成员方应承担举证责任，在有关的措施高于国际保护标准时更应如此。申诉方只需做出其他成员方违反 SPS 协议的初步（prima-facie）证明，这之后举证责任就转移到了实施措施的成员方那里。然而，上诉机构却推翻了专家小组的结论。上诉机构认为，协议第 2 条第 2 款规定实施卫生措施的成员方必须保证“措施的实施仅在为保护人类、动物和植物生命或健康的必要限度内实施”，这与争端解决过程中的举证责任并无联系，一个成员方在实施卫生措施时不遵守国际标准的行为并不能导致它必须承担普遍的或特殊的举证责任的后果，这样做实际上是对成员方的一种惩罚。上诉机构认为 SPS 协议下的举证责任不同于 GATT 第 20 条中的举证责任。上诉机构对于举证责任的认定引发了一个重要后果，那就是在 WTO 体制下成员方对 SPS 协议措施提出申诉的难度将要比关贸总协定时期大为增加，因为申诉方在案件开始时就必须承担重要的或者说实质性的举证责任。欧共体荷尔蒙案上诉机构的结论对于 GATT 时期认定举证责任的标准作出了根本性的变更。上诉机构这种对举证责任的判断基于特殊的“科学证明原则”，为保全公共健康利益提供了机会，然而，针对 SPS 协议的这种举证责任的特殊处理是否能沿用到将来处理气候有益技术转让的争端中，仍是不确定的。

四、结论

前文的分析表明，通过法经济学市场范式的分析框架，我们能够更清楚地观察气候有益技术转让国际治理的变迁和相关法律之间的关系，也能够更加具体地描述、解释、预测该领域的国际治理的未来趋势。在对气候有益技术转让国际治理的分析中，市场范式的分析框架还实现了如下两种融合，从而体现出分析上的便利：一是对国际治理分析的国际法路径和国际政治路径的融合，这不仅使得我们关注了相关国际法本身，也关注了这些国际法达成背后的国际政治和决策过程；二是国际治理分析的理论与实证的融合，这不仅使得我们避免了从实证到实证的法律解释学的局限，也使得我们更加关注法律的实然与应然的结合，从而避免了法的正义价值的缺失。

前文的纵向分析表明，市场经济范式下，所谓的经济合理性主导着一切规则的制定，并主导着规则是否合理的评判标准。在这种标准的指引下，任何的规则的制定均是为了满足效率最大化的目的而服务的。随着经济全球化的发展，国与国之间的联系日益紧密，任何个体间的贸易往来均不再仅对交易双方产生影响，而是超越了经济领域并扩展到了关乎全人类的环境恶化和环境风险问题。在这样的背景下，“利益优化”成为立法的主流意识形态。在这种模式下，效率被定位为，不是最大化利益而是努力找到经济和环境长期的优化关系。[1191]这一阶段，气候有益技术转让被作为经济外部性问题，使得环境问题纳入了经济的语境，在这种语境下技术工具主义理念被强化。因而，这一时期的环境立法和后续的规则并非旨在保护环境，而是旨在保护经济的长期增长。然而，在市场范式下，在气候有益技术国际转让问题上，单靠环境立法或者国际贸易立法中仅存的协调均无法促进气候有益技术向发展中国家尽早转让。根本原因是：市场范式下的立法自始至终无法将环境保护的目标置于优先位置；而基

于这样的立法前提，相关的国际规范就不能为气候有益技术的国际转让行为提供制度上预见性。前文的横向分析表明，国际气候立法与国际贸易立法在促进气候有益技术转让上存在冲突：一是，应对气候变化目标与贸易自由化目标的冲突。这种冲突直接反映了贸易立法无法优先实现应对气候变化的本质特征。二是，共同但有区别责任原则与非歧视原则的冲突。这种冲突反映了市场范式下，应对气候变化与贸易自由之间存在到底是追求实质公平还是形式公平的选择问题。三是，事后救济式立法与风险预防式立法的冲突。这种冲突由贸易立法和环境立法的性质不同而产生，因而贸易立法的滞后性和难以预见性的立法模式正是使得气候有益技术转让这一风险问题的难以避免的根源。四是，争端解决及举证责任分配方面的冲突。这些冲突起源于国际法律规则之立法动力是否考虑了道德伦理问题。这些冲突体现了国际法律规则以什么样的“底线标准”为限，进而反映出贸易与应对变化两种利益在市场范式下难以协调。

最终我们的结论是：现有的国际治理在促进气候有益技术转让方面存在种种弊端。这些弊端是结构性的弊端——市场范式的基本假设和运行所遵循的基本原则和所依赖的实质性基础决定了，市场范式无法为气候有益技术转让这样的特殊问题提供足够的、能优先环境利益的、可预测法律后果的法律与政策空间。对中国而言，未来参与促进气候有益技术转让的国际治理，一是需要强调遵循《联合国宪章》的精神，发挥联合国在促进气候有益技术转让的国际治理上的核心作用，并强调相关国际治理在此问题上的重新协调。二是针对此问题，需要结合自身在气候有益技术上的利益，预判我国在国际经贸规则和国际气候政策相关领域的立场和建设性的方案。

可再生能源补贴措施的困境与出路

——以加拿大可再生能源案为例

梁　蓉*

【内容摘要】 WTO 争端解决机构在加拿大可再生能源案中遭遇补贴规则适用困境，基于环境保护给予可再生能源以财政支持，并不当然违反 WTO 补贴规则，但附条件的补贴如国内成分要求属于现有规则下的禁止性补贴。而《补贴与反补贴措施协定》并未区分合理补贴与不合理补贴，使得政府对可再生能源补贴陷入僵局。气候变化全球治理与 WTO 补贴规则存在潜在冲突，二者的不可兼容性日益突显。为协调冲突，争端解决机构应考虑条约的演化解释及非 WTO 规则的适用，同时 WTO 成员方可基于《农业协定》模式修正补贴规则，或在多维治理下通过谈判制定专门性条约以规范可再生能源补贴问题。

【关键词】 SCM 协定　可再生能源补贴　气候变化　条约解释　专门性条约

绿色产品市场的扩大导致国家间贸易摩擦不断升温，因环境产品补贴引发的争端也显著增加。自 2010 年至 2013 年 8 月，有关《补贴与反补贴措施协定》（以下简称《SCM 协定》）的争端有 15 个，其中 6 个涉及环境问题，如生物柴油、太阳能电池、风能设备及可再生能源。[1192]根据《SCM 协定》现有规定，一国对可再生能源的补贴或属于被禁止的“红灯补贴”，或属于一旦被认为对其他国家产生不利影响就可通过 WTO 争端解决机制投诉或依据国内法采取反补贴措施的“黄灯补贴”。[1193]加拿大可再生能源案[1194]是 WTO 可再生能源政策语境下

---

* 作者简介：梁蓉，西南政法大学国际法学院 2014 级博士研究生。本文尚未发表，仅作参会论文使用。

[1192]See Dispute by Agreement, WTO dispute settlement database, http://www.wto.org/englishltratop~e/dispu-e/dispue.htm.

[1193] 《SCM 协定》给不同的补贴确立了不同的地位：首先，出口补贴和进口替代补贴第一次被明确列为禁止性补贴或“红灯补贴”，即这类补贴的使用本身是违法的；其次，其他绝大部分补贴如果具有《SCM 协定》第 2 条所指的专向性，则构成可诉性补贴或“黄灯补贴”，即这类补贴的使用本身不被禁止，但一旦它们给其他 WTO 成员的利益造成消极影响，则受影响的成员可以通过 WTO 争端解决机制或国内反补贴程序寻求救济；最后，三类特定的补贴——研发补贴、落后地区发展补贴、帮助企业适应新环境规章而进行设备升级的补贴——被列为不可诉性补贴或“绿灯补贴”，在符合《SCM 协定》各项规定的范围内可以合法使用，但此类不可诉性补贴根据《SCM 协定》第 31 条的规定只能使用至 2000 年。

[1194] Appellate Body Reports, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*; *Canada-Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R (May 6, 2013) [hereinafter Appellate Body Reports]; Panel Reports, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*; *Canada-Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/R, WT/DS426/R (Dec.

第一起关涉贸易与气候争议的案件。该案表明，作为应对气候变化国内政策工具的可再生能源补贴在《SCM 协定》下进退维谷，与传统补贴纪律难以兼容[1195]

一、可再生能源补贴之 WTO 困境：以加拿大可再生能源案为例

加拿大安大略省 2009 年开始实施 FIT（Feed-in Tariff）项目，规定安大略省电网系统将以固定价格收购符合要求的太阳能、风能、水能、生物质能、沼气能等发电设施所发的电力。[1196]参与 FIT 项目的风能和太阳能发电设施，在发电设施建设时必须符合一定程度的“国内成分要求”（Domestic Content Requirement）。[1197]申诉方欧盟和日本认为，加拿大安大略省的 FIT 项目和合约根据太阳能和风能发电设施国内成分要求决定是否授予“上网电价”补贴，构成禁止性补贴，违反《SCM 协定》第 3.1（b）条和第 3.2 条。[1198]针对安大略省 FIT 项目及合约是否构成禁止性补贴，WTO 争端解决机构陷入了前所未有的困境。

（一）WTO 补贴纪律之困境：基于《SCM 协定》的分析

GATT 1994 第 3 条国民待遇原则禁止成员方在国内税、国内法规待遇方面对进口产品给予不同于国内产品的歧视，但在满足国民待遇的前提下，该规则并不禁止或阻止任何“仅给予生产者”的补贴。而《SCM 协定》虽然不阻止成员方实行进口替代政策，但却禁止基于进口替代（笔者注：国内成分要求）而给予补贴。[1199]在加拿大可再生能源案中，判定安大略政府的措施是否构成补贴，即要分析补贴是否构成《SCM 协定》第 1.1 条（b）项下的授予“利益”（benefit）[1200]。上诉机构援引相关市场（供方因素和需方因素）对“利益”进行分析，但论证时存在以下四个方面的瑕疵：

第一，上诉机构认为供方因素（supply-side factors）（即成本结构、生产费用及特性的不同[1201]）对相关市场的界定具有重要影响，但这一结论缺乏足够的说服力。追溯至 *EC and*

19, 2012) [hereinafter Panel Reports].欧盟和日本对加拿大安大略省上网电价协议提出的争端包括两个，一是加拿大上网电价协议国有化争端（WT/DS426/R Canada – Feed-in Tariff Program），二是针对可再生能源发电设施争端（Canada – Renewable Energy WT/DS412/R），因专家组和上诉机构对两案合并裁决，本文统称为“加拿大可再生能源案”。

[1195] See Sade Q Z. Bigdeli, *Incentive Scheme to Promote Renewables and the WTO Law of Subsidies*, in Thomas Cottier et al (eds.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, Cambridge University Press, 2009, p. 188.

[1196] See Appellate Body Reports, para 4.17.

[1197] 如风能发电设施 2009-2011 年的国内成分需达到 25%以上，2012 年之后需达到 50%以上。太阳能发电设施 2009-2010 年的国内成分需达到 50%，2011 年之后需达到 60%。See Panel Reports, paras. 7.158 and 7.161.

[1198] See Panel Reports, paras. 3.1 and 3.4.

[1199] 甘瑛：《WTO 补贴与反补贴法律与实践研究》，法律出版社，2009 年 3 月第 1 版，第 32 页。进口替代补贴（import substitution subsidies），又称“国内成分要求”，是指以使用国产货物而非进口货物为条件或条件之一而给予的补贴。

[1200] 根据 SCM 协定第 1.1(b)条的规定，本协议所述的政府的补贴形式最终是一种授予利益的行为。

[1201] See Appellate Body Reports, para 5.178.

certain member States-Large Civil Aircraft 案，上诉机构的裁决对需方因素（demand-side factors）和供方因素皆有分析，认为在界定《SCM 协定》第 6（3）条（a）项和（b）项[1202]中的“市场”时，需方替代性和供方替代性是要考虑的相关因素。[1203]但应注意的是第 6（3）条（a）项和（b）项的规定与第 1.1 条（b）项完全不同。因为第 6（3）条（a）项和（b）项要求识别一成员方的补贴产品和另一成员方的同类产品（like product）相互竞争的市场，从而判定补贴是否对自由贸易造成排斥或阻碍影响。因此，上诉机构需要（was thus called upon）在文本语境下解释条约术语“市场”一词，即将“市场”与“同类产品”的概念联系起来。[1204]但《SCM 协定》第 1.1 条（b）项并不包含“市场”或“同类产品”，相反，它要求评估政府提供财政资助下的“授予利益”[1205]是否构成补贴。“利益”的通常含义明显包含了一些形式上的优势……判定财政资助是否授予“利益”，即要判定在政府提供资助的情形下，接受方是否获得了一种优势竞争地位。而“市场”不过是上诉机构分析“利益”的引子，其本身无需解释。本案中，上诉机构援引供方因素和需方因素对本案中的“市场”进行解读，以终端消费者并不区分电力产品来源为由，推定电力生产的需方因素具有很强的替代性，[1206]这一分析有过分强调供方因素作用之嫌。

第二，即使供方因素的确相关，上诉机构认定供方因素在界定相关市场时比需方因素更重要缺乏足够依据。“即使需方因素在界定相关市场，即所有能源发电的单一市场时发挥了重要作用，但供方因素表明若非在政府限定的能源混合供应市场，发电技术的成本结构、生产费用和特性的不同将会阻碍风能和太阳能光伏发电的存在。”[1207]因此，“利益”分析的相关市场，应该是政府为风能和太阳能光伏发电所创建的能源混合供应市场。[1208]但是，逆向推理并不必然反应实际情况。例如，即使供方因素在界定相关市场时也很重要，但争端解决

[1202] 第 6(3)(a)条规定：若以下一项或几项适用，则第 5(3)条所指的严重妨碍即可能出现：(a) 补贴的影响是排斥或阻碍另一成员方某项同类产品进入实施补贴的成员方市场；(b)补贴的影响是排斥或阻碍另一成员方的同类产品向第三国市场出口。第 5 条有关不利影响的规定：任何成员方均不得通过使用第 1 条第 1、2 款所述及的补贴而对其他成员方的利益造成不利的影响，即：(a)损害另一成员方的国内产业；(b)取消或妨碍其他成员方按 1994 关贸总协定直接或间接获得的利益；特别是根据 1994 关贸总协定第 2 条规定获得的减让利益；(c)严重妨碍另一成员方的利益。

[1203] See Appellate Body Reports, para 5.171 (citing Appellate Body Report, European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (EC and certain member States – Large Civil Aircraft), WT/DS316/AB/R, adopted 1 June 2011, para 1121).

[1204] See Appellate Body Report, *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, para 1118.

[1205] 关于“利益的授予”，加拿大-影响民用航空器出口措施案专家组裁定，当一项由政府或公共机构给予的财政资助给予接受者相对于其可获得的商业基点更优惠时，该财政资助就因赋予利益而构成 SCM 协定第 1 条意义上的补贴。譬如，这项财政资助提供给接受者的条件，比该接受者在市场上可以获得的条件更为优惠。参见 WT/DS70/R, para 9.120. WTO Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (Canada –Aircraft)*, WT/DS70/AB/R, adopted 20 August 1999, para 149 (quoting WTO Panel Report, *Canada —Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (Canada – Aircraft)*, WT/DS70/R, (adopted Aug. 20, 1999), upheld by Appellate Body Report WT/DS70/AB/R, para 9.112) (emphases in original).

[1206] See Appellate Body Reports, para 5.170.

[1207] Ibid, para 5.178.

[1208] Ibid.

机构的分析表明，由于终端消费者并不区分电力来源，也不会在无政府干预的情况下以更高的价格购买可再生能源电力。因此，基于“利益”分析的相关市场应该是作为整体而竞争的电力批发市场。这一逆向推理和结论更符合上诉机构之前对“利益”的解释，即接受方在政府支持下所获得的优势地位，也更符合《SCM 协定》的目标和任务。但适用逆向推理的失败表明，上诉机构实为“迎合”安大略政府支持可再生能源发电，使其豁免于《SCM 协定》纪律。

第三，在“利益”分析时，上诉机构给安大略政府的行为，即选择能源混合市场附加意义的做法缺乏依据。[1209]上诉机构强调，虽然终端消费者在零售层面并不区分电力来源，但安大略政府在购买电力、将电力转售给终端消费者时加以区分。[1210]然而，这种附加政府行为以意义的做法违背了利益分析的反事实（counterfactual）属性，也使《SCM 协定》补贴纪律毫无意义。上诉机构认为，“利益”分析必须对比实际情况与争议措施，以防止反事实情况的出现，即不考虑措施本身。因此，在 Canada-Aircraft 一案中，争端解决机构认为判定“利益”是否存在，即判定若非（but for）财政资助，接受者是否可获得优势竞争地位。[1211]然而，在加拿大可再生能源案中，政府选择能源混合供应仅是其措施的一部分。安大略政府通过 FIT 项目购买可再生技术生产的电力，从而人为地创设了一个对可再生能源电力需求的市场。根据利益分析的反事实属性，在这种情形下，上诉机构应忽略政府选择能源混合市场的行为，而非附加其特殊意义。否则，WTO 成员将会以同样的方式补贴高成本的生产技术，这不仅违背 WTO 补贴纪律，也不符合《SCM 协定》的规定。

第四，上诉机构错误区分了“创建市场”和“扭曲市场”。上诉机构认为，虽然政府支持既有市场可能构成补贴，但创建市场本身并不构成《SCM 协定》项下的补贴。[1212]本案事实是政府创建市场，而非支持既有市场。这一论断的错误在于，电力在安大略省就是商品，终端消费者并不对其来源作以区分。支持高成本的可再生能源发电技术，从而将这些生产者带到其本不能生存的市场中，安大略政府的行为事实上构成了干预已有市场即扭曲市场，而非创建市场。补贴规则的目的是为了保护竞争，因此补贴规则下“市场”的意义是为分析“竞争关系”划定场所，而非在分类学意义上区分事物物理属性的不同。风能和太阳能电力在物理属性上的确与传统能源不同，但在补贴规则下并非独立的市场。鉴于终端消费者并不区分电力来源，二者的需求替代性决定了它们具有竞争关系。因此，所有具有竞争关系的电力产

[1209] Ibid, para 5.176.
[1210] Ibid.
[1211] Appellate Body Report, *Canada – Aircraft*, para 149 (quoting Panel Report, Canada – Aircraft, pare 9.112).
[1212] See Appellate Body Reports, para 5.188.

品共同构成了本案中的“市场”，而这个“市场”在政府介入前即已存在。安大略政府改变电力的混合供应、减少传统能源电力需求的做法扭曲了既有电力市场。创建市场是一个完全虚构的构想，不能豁免于《SCM 协定》补贴纪律。

本案中，上诉机构为应对气候变化对补贴规则作绿色解读，明显背离了 WTO 补贴纪律。这一抉择像壮士断腕一般悲凉残酷。可见，WTO 现有补贴规则已不能满足调整与环境有关的贸易补贴争端。

（二）WTO 一般例外条款之困境：基于 GATT 第 20 条的分析

虽然加拿大并未援引 GATT 第 20 条环境例外[1213]，但由于《SCM 协定》有关例外规则的缺失，有必要探讨 WTO 成员方可否就气候变化争议援引环境例外进行抗辩。一般而言需满足以下三个条件：（1）措施必须属于例外的范围；（2）措施必需或与例外相关；（3）措施必须符合帽子条款（chapeau）。但就可再生能源补贴问题而言，援引上述理由尚存难度：

1．不满足第 20 条（b）项的“必需”（necessary）要求。可再生能源对传统能源的替代性使用，大大减少了二氧化碳的排放，一定程度上保护了人类、动植物的生命和健康。但适用第 20 条（b）项取决于《SCM 协定》项下的禁止性补贴（有条件的出口业绩（Export Performance）或国内成分要求）或违反 TRIMs 的补贴是否是减缓气候变化和保护人类、动植物生命或健康的“必需”措施。这里的“必需”是指不存在符合或违背 GATT 的替代措施。[1214]而一项替代措施应该合理并具可行性，行政困难不能成为不合理因素。[1215]上诉机构认为，一项措施所追求的公共利益或价值越重要，越易于接受这是一项为达目标的“必需”措施。[1216]可再生能源补贴通过减少设备成本或鼓励投资以减缓气候变化。[1217]然而，基于出口业绩和国内成分要求的补贴并非减缓气候变化之必需。[1218]虽然可再生能源补贴能够减缓气候变化，但附条件的补贴如国内成分要求，表明市场占有和保护主义是可再生能源补贴的

[1213] GATT 第 20 条规定：本协定的规定不得解释为阻止缔约国采用或实施以下措施，但对情况相同的各国，实施的措施不得构成武断的或不合理的差别待遇，或构成对国际贸易的变相限制：(b)为保障人类、动植物的生命或健康所必需的措施；… (g) 与国内限制生产与消费的措施相关，为有效保护可能用竭的自然资源；

[1214] See Panel Report, *United States Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R, para 5.12 (Jun. 1994), *reprinted in* 33 I.L.M. 839 (1994) (unadopted); Panel Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, para 6.20 (Jan. 29, 1996) [hereinafter *U.S.-Gasoline]*, para 6.24; See Appellate Body Report, *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbes-tos-Containing Products*, paras 163-66, WT/DS135/AB/R (Mar. 12, 2001) [hereinafter *EC-Asbestos]*, paras 171-175.

[1215] See Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, para 169.

[1216] Ibid. para 172 (quoting Appellate Body Report, *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, para 162, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (Dec. 11, 2000)).

[1217] See Nancy Pfund & Ben Healey, *Should the Government Subsidize Alternative Energy?*, YALE SCHOOL OF MGMT. (Dec. 2011), http:// in-sights.som.yale.edu/insights/should-governmentsubsidize-alternative-energy, *available at* http://perma.cc/WR3S-WAVY

[1218] See *Kyoto Protocol*, arts. 6, 12, 17; See *General Agreement on Tariffs and Trade [hereinafter GATT]*, available at http:// www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm and http://perma.cc/A74T-B34N., art. XX(g); Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, para 130, WT/DS58/AB/R (Nov. 6, 1998) [hereinafter *U.S.-Shrimp*], *available at* http://goo.gl/9lG10t and http://perma.cc/Z7PN-R5NT.

首要目标。[1219]这一目标破坏了 WTO 规则下市场准入的共同目标和价值追求。[1220]而且，除附加国内成分要求外，减缓气候变化的合理替代措施是存在的。如国家可提供不附加国内成分要求或出口业绩条件的补贴。[1221]也可在《京都议定书》项下采取减缓气候变化的行动。[1222]如加拿大和欧盟可单方减少可再生能源设备的关税以降低电力成本。这些合理的替代措施表明，附条件的可再生能源补贴并非保护人类、动植物生命和健康的“必需”措施。

2. 不满足第 20 条（g）项的“相关”（Related to）要求。援引第 20 条（g）项必须满足与保护目标“相关”，在本案中“相关”是指可再生能源补贴与减缓气候变化“相关”。[1223]上诉机构认为，为满足这一要求，涉案措施应“主要旨在”（primarily aimed at）保护，[1224]且“原则上方法应与结果相关”。[1225]因此，可再生能源补贴必须主要旨在减缓气候变化或与这一目标密切相关。在 U.S.–Gasoline 案中，由于补贴措施促进了可再生能源的发展，从而减缓了气候变化，进一步保护了自然资源，因此可再生能源补贴与自然资源的保护密切相关。[1226]在加拿大可再生能源案中，专家组认为可再生能源补贴与可用竭自然资源的保护目标存在关联，如果政府未将太阳能光伏和风能技术引入电力市场，传统电力生产很难保护人类健康和环境。[1227]然而专家组的这一论断是站不住脚的，因为当可再生能源补贴以出口业绩或国内成分要求为条件时，补贴措施就并非主要旨在（narrowly defined）环境保护。[1228]尽管

[1219] See Panel Report, paras 7.7, 8.5, 8.9 (affirming the com-plaint that the domestic use requirement was a form of WTO-inconsistent protection to certain energy producers).

[1220] See Kyle Bagwell & Robert W. Staiger, *The WTO as a Mechanism for Securing Market Access Property Rights: Implications for Global Labor and Environmental Issues*, 15 J. ECON. PERSP. 69, 72 (2001) (arguing that the aim of GATT is to increase market access to exporters by requiring importing countries to change their policies); Kyle Bagwell et al., *It's a Question of Market Access*, 96 AM. J. INT'L. L. 56, 59 (2002) (arguing that the aim of GATT is to increase market access by negotiating mutually beneficial terms and protecting against unilateral government infringement), at 71 (noting that GATT is designed to facilitate exchanges of market access between government).

[1221] See Appellate Body Report, paras 5.219 and 5.246.

[1222] See *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change,* arts. 3, 6 12, 17, Annex B, *opened for signature* Mar. 16, 1998, 2302 U.N.T.S. 148 (entered into force Feb. 16, 2005) [hereinafter Kyoto Protocol]; William R. Moomaw, *Can the International Treaty System Address Climate Change?*, 37 FLETCHER F. OF WORLD AFF., Winter 2013, at 105, 109-10; Cass R. Sunstein, *Of Montreal and Kyoto: A Tale of Two Protocols*, 31 HARV. ENVTL. L. REV. 1, 4-5 (2007) [hereinafter Sunstein, *Of Montreal and Kyoto*]; Cass R. Sunstein, *The World vs. the United States and China? The Complex Climate Change Incentives of the Leading Greenhouse Gas Emitters*, 55 UCLA L. REV. 1675, 1681-82, 1688 (2008). *Compare* Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, *Climate Change Justice*, 96 GEO. L.J. 1565, 1576 (2008), *and* Jason Scott Johnston, *Climate Change Confusion and the Supreme Court: The Mis-guided Regulation of Greenhouse Gas Emissions Under the Clean Air Act*, 84 NOTRE DAME L. REV. 1, 21-41 (2008), *with* Jody Freeman & Andrew Guzman, *Climate Change and U.S. Interests*, 109 COLUM. L. REV. 1531, 1539 (2009), *and* Daniel A. Farber, *The Case for Climate Compensation: Justice for Climate Change Victims in a Complex World*, 2008 UTAH L. REV. 377, 397-400.

[1223] See GATT, art. XX(g).

[1224] See Panel Report*, U.S.-Gasoline*, para 6.39 (citing to *Canada--Herring and Salmon*, citing Panel Report, *Canada-Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, para 4.4 (Mar. 22, 1988), GATT B.I.S.D. (35th Supp.) [hereinafter *Canada-Herring and Salmon*]).

[1225] Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp*, para 141. The Appellate Body found a “substantial” relationship between U.S. law aimed at protecting endangered sea turtles and the larger policy of conserving a natural resource.

[1226] See Appellate Body Report, *U.S.-Gasoline,* para 3.59.

[1227] See Panel Report, para 7.309.

[1228] Cf. Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp,* paras 135-142. 附条件的补贴并非主要旨在保护环境，因为（1）保护目标可以通过不附条件实现；（2）附条件补贴与自然资源的保护目标不存在“真正的关系”。

禁止性补贴或违反 TRIMs 的措施可“通过减缓气候变化的方式保护自然资源”，但其主要目标是干涉市场准入和保护国内产业。[1229]因此，附条件的可再生能源补贴与第 20 条（g）项的保护目标并不“相关”。

3. 不满足第 20 条（g）项的“为限制国内生产”要求。在 U.S.–Gasoline 案中，上诉机构认为一项措施或限制必须公平且可适用于国内生产和消费。[1230]在 U.S.–Gasoline 和 U.S. –Shrimp 案中，争端解决机构认为涉案措施，即汽油标准和拖网制度（trawling regulation）都是公平的，因为这些措施可同时适用于国内和外国生产商。[1231]而可再生能源补贴对国内生产者商和外国生产商的影响截然不同，所以其不符合公平标准。在可再生能源补贴规则下，外国生产商可能丧失市场准入资格。出口业绩补贴限制了第三国家的市场准入，[1232]而国内成分要求补贴限制了补贴国家的市场准入。[1233]例如，China-Wind and Solar Equipment 案中关键的争议点是，中国基于出口业绩的补贴导致美国失去了欧盟市场。[1234]同样，加拿大、欧盟和印度的 FTI 项目增加了可再生能源设备国内生产商的市场准入，但也限制了设备的出口商。[1235]由于这些项目对国内和外国生产商区别对待，所以并无公平可言。[1236]因此，可再生能源补贴并不满足第 20 条（g）项的“限制国内生产”要求。

4. 不满足第 20 条的帽子（Chapeau）条款。除必须满足具体条款要求外，援引第 20 条一般例外还须满足帽子条款的规定，即“本协定的规定不得解释为禁止缔约国采用或加强以下措施，但对情况相同的各国，实施的措施不得构成武断或不合理的差别待遇，或构成对国际贸易的变相限制：……”。在 U.S.-Shrimp 案中，上诉机构认为非基于“外交”（diplomacy）或国际一致，且具歧视效应的政策都是不公平的。[1237]即使经济条件相同，严格、刻板的适用争议措施也具有歧视性。

以国内成分要求和出口业绩为条件的可再生能源补贴，不满足适用该帽子条款的要求。附条件的补贴并非基于国际一致或外交政策。尽管《京都议定书》承认可再生能源是减缓气候变化的重要工具，但并非承认附条件的可再生能源补贴是促进可再生能源和减缓气候变化

[1229] See Panel Report, paras 7.7, 8.5, 8.9.
[1230] See Appellate Body Report, *U.S.-Gasoline*, para 3.59, at 20-21; see also Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp*, para 143.
[1231] See Appellate Body Report, *U.S.-Gasoline,* para 3.59, at 21; see also Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp*, para 144.
[1232] See Petition for Relief Under Section 301 of the Trade Act of 1974 [hereinafter Section 301 Petition], at 11.
[1233] See Section 301 Petition, at 182-83; See Panel Reports, paras 3.1(a), 3.4(a).
[1234] See Section 301 Petition, at 11.
[1235] See Panel Reports, paras 3.1(a), 3.4(a); Request for Consultations by China, *European Union and Certain Member States-Certain Measures Concerning the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS452/1 (Nov. 7, 2012) [hereinafter *EU-Renewable Energy*], at 3; Request for Consultations by the United States, *India-Certain Measure Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/1 [hereinafter *India-Solar*], at 2.
[1236] See Appellate Body Report, *U.S.-Gasoline*, para 3.59,at 20-21.
[1237] See Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp*, paras 166-167, 176, 177.

的手段。《京都议定书》和《联合国气候变化框架公约》同时也强调，气候减缓措施不能影响国际贸易。[1238]U.S.-Shrimp 案中所强调的国际一致表明，附条件的可再生能源补贴即是第 20 条帽子条款中的不合理和武断。[1239]可再生能源补贴的条件也可能造成歧视，尤其是国内成分要求会影响可再生能源设备的外国生产商，导致其丧失市场准入资格。国家可以给企业提供财政资助以促进可再生能源的发展，但不允许强加限制影响自由贸易。[1240]因此，若 WTO 成员方以出口业绩或国内成分要求为条件，提供补贴或采取投资措施，就不满足适用第 20 条环境例外的要求。

二、气候变化全球治理与 WTO 补贴规则的潜在冲突

可再生能源补贴导致贸易争端剧增，例如美国和欧盟诉中国支持可再生能源企业。[1241]中国诉意大利和希腊 FIT 项目。[1242]美国诉印度国家太阳能计划的国内成分要求。[1243]欧盟诉美国支持生物燃料生产计划违背 WTO 规则且美国将面临单边贸易制裁。[1244]欧盟的生物燃料政策也遭阿根廷的起诉。[1245]虽然不同争端的法律争点不同，但呈现出根本的冲突。

第一，WTO 规则对补贴采取限制态度，尤其是歧视性补贴。补贴不仅扭曲了自由市场，也破坏了长远的经济发展。《SCM 协定》第 8 条规定的可诉性补贴具有一定的合理性，包括支持科研发展、促进当地产业适应新的环境管理。然而，自 1999 年第 8 条失效后，至今未达成替代性解决方案。虽然《SCM 协定》允许特定条件的补贴，但有学者认为“即使不完全冲突（if not outright conflict[ing]）”，气候变化支持方案与这些规则的兼容性也不确定。[1246]

第二，给予补贴包括支持当地产业在内的补贴，是促进气候友好型产业发展唯一可行的

[1238] See *Kyoto Protocol*, arts. 2, 3, 5.
[1239] See Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp,* paras 166-167, 176.
[1240] See Appellate Body Reports, para 5.219.
[1241] See for example, U.S. International Trade Administration, Fact Sheet: <www.documentcloud.org/documents/326946-20120320-solar.html> (Nov. 22, 2014); ICTSD, Washington Announce Final Duties on Chinese Solar Cells (2012) 12(17) Bridges Trade BioRes <ictsd.org/i/news/biores/147229/> (Nov. 22, 2014); See also China – Measures Concerning Wind Power Equipment, WTO Doc. DS419 (2010) <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds419_e.htm> (Nov. 22, 2014); European Commission, EU Imposes Provisional Anti-Dumping Tariffs on Chinese Solar Panels, Press Release, Brussels, 4 June 2013 <europa.eu/rapid/press-release_IP-13-501_en.htm> (Nov. 22, 2014).
[1242] *United States – Countervailing and Anti-Dumping Measures on Certain Products from China*, WTO Doc. WT/DS449 (2012) <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ ds449_e.htm> (Nov. 22, 2014).
[1243] *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, Request for Consultations by the United States, WTO Doc. WT/DS456/1 (2013) <www.wto.org/english/ tratop_e/dispu_e/cases_e/ds456_e.htm> (Nov. 22, 2014).
[1244] See review of this longstanding issue in ICTSD, *European Commission Proposes Duties on Imports of US Biofuels* (2013) 13(1) *Bridges Trade BioRes* <ictsd.org/i/news/biores/152942/> (Nov. 22, 2014).
[1245] *European Union and a Member State – Certain Measures Concerning the Importation of Biodiesels*, Request for consultations by Argentina, WTO Doc. WT/DS443/1 (2012)<www .wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds443_e.htm> (Nov. 22, 2014).
[1246] Luca Rubini, *'Ain't Wastin' Time no More: Subsidies for Renewable Energy, the SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform'* (2012) 15(2) *J. Int'l Econ. L.* 525, abstract and p. 577.

方式。一方面，补贴对这一领域的私人投资者所面临的障碍（例如高风险，低回报，补贴化石燃料等）具有现实意义；另一方面，固有的气候变化难题需立即采取积极行动。因气候变化政策可能不利于当地经济发展，当局常常拒绝采纳，[1247]只有在保障当地经济利益的前提下，当局才会批准以公共投资鼓励私营部门。尽管自由市场最终会在无歧视的情况下实现同样的目标，但很难说市场这只“无形的手”会因环境保护而迅速行动。换言之，本案并非在支持方案和歧视性支持方案间权衡，而是在歧视性支持方案和无支持方案间取舍。

第三，虽然产品倾销对自由贸易倡导者而言是一场噩梦，但若补贴太阳能电池板这类货物，补贴措施却能产生合理的环境保护效应。例如，当中国制造的太阳能电池板横扫欧洲市场，欧洲家庭的普遍使用将生成大量的清洁能源。欧盟和美国的太阳能安装公司担忧，强加关税将会减少产品的分销。[1248]近期研究表明，给受补贴的中国制造的太阳能电池板强加关税，将导致欧盟太阳能光伏市场的萎缩，进而导致产品安装需求的下降。[1249]

最后，有批判者认为 WTO 补贴规则没有很好地从不合理补贴（undesirable subsidies）中区分合理补贴（desirable subsidies）。[1250]“在国际贸易法上，没有哪个问题比补贴问题更有争议、更复杂。”[1251]从经济学的角度来看，补贴既可能被用来服务于重要和正当的经济、社会政策，也可能成为扭曲国际贸易、推行贸易保护主义的手段。[1252]但是，WTO 传统的方法是终端产品的一致，至于产品如何生产以及产品对环境的影响在所不问。[1253]在气候变化语境下，WTO 规则遭遇困境，因为补贴规则并不区分可再生和不可再生能源。而给予可再

[1247] 的确，惧怕重大气候变化政策对当地经济产生不利影响，是在《联合国气候变化框架》下无法达成一个重大全球协定的主要原因。

[1248] *‘Solar Panel Duty on Chinese Imports ‘Could Cost UK Billions’*, The Guardian, 19 February 2013 <www.guardian.co.uk/environment/2013/feb/19/solar-panel-duty-chinese-imports> (Nov. 22, 2014); Ucilia Wang, *‘U.S. Solar Installers Oppose China Trade Complaint’*, *Forbes*, 11 August 2011 <www.forbes.com/sites/uciliawang/2011/11/08/solar-trade-dispute -over-china-intensifies/> (Nov. 22, 2014).

[1249] Oliver Ehrentraut, Frank Peter, Sabrina Schmutz and Leonard Krampe, *‘The Impact of Anti-Dumping and/or Countervailing Measures on Imports of Solar Modules, Cells and Wafers from China on EU Employment and Value Added’*, Prognos, 11 February 2013 <www.solar-trade.org.uk/media/prognos%20report.pdf> (Nov. 22, 2014).

[1250] See Alan O. Sykes, *‘The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective’* (2010) 2(2) Journal of Legal Analysis 473–523; Robert Howse, *‘Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis’* (2010) IISD Trade, Investment and Climate Change Series <www.iisd.org/pdf/2009/bali_2_copenhagen_subsidies_legal .pdf> (Nov. 22, 2014); Gary C. Hufbauer, Steve Charnovitz and Jisun Kim, *Global Warming and the World Trading System* (Peterson Institute for International Economics 2009).

[1251] Andress F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2088, p.216.

[1252] See Alan O. Sykes, *Subsidies and Countervailing Measures*, in Patrick F. J. Macrory et al (eds.), The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Vol. II, Springer.

[1253] 本质上，这个问题与非生产相关的过程和生产方式(non-product-related PPM)有关，例如一个产品的生产方式是否与其他相似产品享受不同的待遇？See more on this issue in Patrick Low, Gabrielle Marceau and Julia Reinaud, *‘The Interference between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues’* (2011) WTO Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2011-1, p. 5 <www .wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201101_e.pdf> (22 Nov 2014); Hufbauer, Charnovitz and Kim, *supra* note 33, pp. 63–64. *See more* generally about PPM, trade and environmental protection in IISD, *Environment and Trade: A Handbook* (IISD, 2005) 53.

生能源以优惠待遇是“市场导向”（market-pull）和“技术推动”（technology-push）政策的主要目标。

随着有关气候变化支持方案贸易争端的激增，WTO 现有法律框架很难与那些旨在达成非经济目标（如温室气体减排）的政策法规相协调。气候变化全球治理目标不但没有给国家带来利益，反而增加了国家的财政成本。由于可再生能源的高风险性，也包含一些附加的不可估价的社会利益，导致其在能源市场中无法获得完全竞争。如果没有政府支持，在自由市场规则下必将陷入泥沼。

三、气候变化全球治理与 WTO 补贴规则冲突之协调

（一）条约的演化解释与非 WTO 规则的适用

随着时间的推移，条约用语的意义可能发生变化，出现缔约时不具有的新含义。如果按此新含义解释条约，那么用的是演化解释方法（evolutive interpretation）；如果仍按缔约当时的含义解释，用的就是当时意义解释方法（contemporaneous interpretation）[1254]首先，对于条约进行演化解释（evolutionary interpretation）并非新现象，[1255]尤其是在与贸易和环境有关的争议方面。上诉机构在对海龟进行界定时就运用了演化解释的方法，认为海龟是“可用竭自然资源”。根据“发展”（develop）法的需要，上诉机构认为“GATT 第 20 条（g）项的‘可用竭自然资源’用语诞生（crafted）于 50 年前，所以条约解释者必须考虑国际社会共同体（community of nations）有关环境保护的当代忧虑”。[1256]当《SCM 协定》缔结时，与气候变化或可再生能源有关的议题在国家、全球政策层面并未突显。但 20 年来，可再生能源技术发生了突飞猛进的变化：全球太阳能容量由 1995 年的 0.6GW 增加至 2012 年的 100GW，[1257]全球风能容量也由 1996 年的 6.1GW 增加至 2012 年的 283GW。[1258]2013 年，138 个国家明

[1254] 参见吴卡：《条约演化解释方法的最新实践极其反思》，《法学家》2012 年第 1 期。也有学者使用“当代意义解释法” 这一名称。例如，曾令良教授指出：“这种当代意义解释法本质上是一种动态的或演变的解释法，或称之为一种与时俱进的解释方法。”见曾令良:《从“中美出版物市场准入案”上诉机构裁决看条约解释的新趋势》，载《法学》2010 年第 8 期。但笔者认为，“演化解释”这一名称似乎更能反映这一本质；而且从相关的外文资料来看，最常用的也是 evolutive interpretaiton 这一表达方式。基于这两点考虑，本文采用“演化解释”这一名称。

[1255]Joost Pauwelyn, *The Nature of WTO Obligations (2002)* <centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/02/020101.html#TopOfPage> (Mar 12, 2015).

[1256] See Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp,* para. 129; See more on the evolutive interpretation of the AB in this case, and its relevance for climate change and endocrine disrupting compounds in Markus Wagner, *‘Taking Interdependence Seriously: The Need for a Reassessment of the Precautionary Principle in International Trade Law’* (2012) 20 Cardozo Journal of International and Comparative Law 759–760.

[1257] REN21*, Renewables 2013: Global Status Report* (Paris: REN21 Secretariat, 2013) table R13, p.41 <www.ren21.net/Portals/0/documents/Resources/GSR/2013/GSR2013_lowres.pdf> (Mar. 12, 2015).

[1258] Ibid., p. 50.

确了可再生能源目标，127 个国家通过了可再生能源支持方案。[1259]确切地说，国际社会共同体的当代忧虑[1260]在于对可再生能源支持方案的解释不应违背 WTO 法。[1261]即使运用演化解释，也是要客观找出条约当事国通过文字表达的同意其含义可以演化、并按演化后的含义解释条约的意图，其起点仍然是条约约文，其任务仍然是查明当事国的意图，其运用仍然要遵循条约解释的基本法理。[1262]就本案而言，有学者认为争端解决机构不应对 WTO 规则作“绿色解读”，而对涉案固定电价制度可能构成补贴这一问题避而不谈，因为专家组和上诉机构很可能会再遇到类似的问题。除中国诉欧盟可再生能源发电产业措施案，类似的还有美国诉印度太阳能电池和电池板案。[1263]因此，上诉机构在本案中对可再生能源补贴的绿色解读，需要基于条约约文本身进行演化解释才具说服力。

其次，《维也纳条约法公约》（VCLT，下称《公约》）认为条约解释应考虑到“嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例”。[1264]只要 127 个成员方通过可再生能源支持方案，即可假定“条约适用方面的嗣后惯例”符合国际法。这一论证在《哥本哈根协定》通过时得以证实，多达 141 个国家提交了行动方案。《公约》第 31（3）（c）条[1265]表明“适用于当事国间关系之任何有关国际规则”应予以考虑。因此，《联合国气候变化框架公约》项下的义务是解释《SCM 协定》时应当予以考虑的国际规则。

（二）借鉴 WTO《农业协定》的模式

可再生能源所带来的经济利益及对新技术的推广作用不可小觑，对环境的保护常常只是一种附加利益，而其真正的价值在于能源的供应。然而，WTO 的目标宗旨是增加市场准入和促进自由贸易，[1266]因此任何可行性建议不得违背这一宗旨。与农业相比，可再生能源同样也是一项需要特殊保护以发展的产业。《农业协定》从谈判要求减让承诺的角度，将成员国现有的各种农业国内支持措施分为三大类，即人们通常所称的“绿箱”（Green Box）、“黄

1259 Ibid., p. 79.
1260 See Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp*, para 99.
1261 See Appellate Body Report, *U.S.-Shrimp,* para. 129.
1262 吴卡：《条约演化解释方法的最新实践极其反思》，《法学家》，2012 年第 1 期，第 161 页。
1263 See *India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, DS456.
1264 See Article 31(3) (b) of the VCLT.
1265 根据《维也纳条约法公约》第三十一条解释之通则的规定：一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。二、就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：（甲）全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；（乙）一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。三、应与上下文一并考虑者尚有：（甲）当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；（乙）嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。（丙）适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。四、倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。
1266 About the WTO-A Statement by the Director-General Pascal Lamy, *World Trade Organization*, available at http://wto.org/english/thewto_e/whatis_ e/wto_dg_stat_e.htm (Mar 20, 2015).

箱”（Amber Box）和“蓝箱”（Blue Box）。[1267] 农业在贸易中占据了独特的一角，一是农业与食物的供应休戚相关，二是农业贸易又要提供支持给农民。[1268]鉴于全球能源供应以及保护环境的目的，可再生能源同样至关重要。因此，《农业协定》为可再生能源协定的形成提供了一个模式，但这种借鉴不能仅仅拘泥于形式上（pro forma），要充分考虑协定中每一条款如何转化为可再生能源规则所用。

“蓝箱”是最易于被 WTO 成员接受的措施，因其包含较少的贸易限制和市场扭曲。不仅聚焦环境保护，同时也带来一定的经济影响，比如 U.S.-Shrimp 中旨在保护海龟的措施。“蓝箱”同时为发展中国家提供了特殊与差别待遇，鉴于其对低成本能源的高需求和有限的能源设施，《农业协定》允许发展中国家更多地分配其资源。这一措施符合全球规则，也满足了发展中国家促进自身发展的特殊需求。“绿箱”措施聚焦产业发展，但也对环境保护有所裨益。因此，中国风能项目（China’s Ride the Wind Program）基于产业目标的补贴虽不符合《农业协定》，但却符合可再生能源的“绿箱”要求。虽然保护环境并非补贴可再生能源的主要目标，但在一定程度上的确有利于环境保护。可再生能源“黄箱”规制与保护环境无关或严重影响贸易的措施，若可再生能源补贴扭曲贸易超过利益本身，就应将其划定为“黄箱”。这种对可再生能源补贴的规制，不仅有助益自由贸易的发展，同时也对环境保护大有裨益。

（三）规则重构语境下的补贴制度

作为应对环境变化的国内政策工具，可再生能源 FIT 项目却与国际自由贸易体制极其矛盾，尤其与 WTO 项下的气候变化支持方案格格不入。专家组和上诉机构几乎都认为，环境变化所带来的挑战偏离了《SCM 协定》的范畴。WTO 专家组也接受了诸如 Sykes,[1269] Howse,[1270] and Hufbauer, Charnovitz& Kim[1271]等学者所认为的，WTO 补贴规则并未很好地区

[1267]“绿箱”是指那些对生产和贸易没有或只有最小扭曲作用而无须减让承诺的国内支持措施，诸如一般农业服务、粮食安全储备、与生产不挂钩的收入支持、自然灾害救济和农业结构调整支持等；“黄箱”是指那些会产生贸易扭曲作用且必须减让承诺的国内支持措施，包括价格支持、营销贷款、按产品种植面积、牲畜数量及种子、肥料、灌溉等投入的各种补贴；而“蓝箱”则指那些虽具有贸易扭曲作用，但在限产条件下无须做出减让承诺的直接支持措施。参见陈斌彬，张晨韵:《多哈回合农业谈判“蓝箱”支持政策演变疏议——兼及我国的立场与对策》，2011 年中国国际经济法学会年会暨学术研讨会论文集，第 257 页。

[1268] The WTO, Understanding the WTO 10 (5th ed. 2011), at 26.

[1269] See Alan O. Sykes, *‘The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective’* (2010) 2(2) *Journal of Legal Analysis* 473–523; Robert Howse, ‘Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis’ (2010) IISD Trade, Investment and Climate Change Series <www.iisd.org/pdf/2009/bali_2_copenhagen_subsidies_legal .pdf> (Oct. 22, 2014); Gary C. Hufbauer, Steve Charnovitz and Jisun Kim, *Global Warming and the World Trading System* (Peterson Institute for International Economics 2009), pp.501-503.

[1270] Robert Howse, *‘Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis’* (2010) IISD Trade, Investment and Climate Change Series <www.iisd.org/pdf/2009/bali_2_copenhagen_subsidies_legal.pdf> (Oct. 22, 2014).

[1271] Gary C. Hufbauer, Steve Charnovitz and Jisun Kim, *Global Warming and the World Trading System* (Peterson Institute for International Economics 2009), pp.501-503.

分不合理补贴和合理补贴。

虽然上诉机构对“利益”的分析有失偏颇，但裁决表明只要不存在歧视因素如国内成分要求，且遵循市场竞争一般规则，通过气候支持方案给予可再生能源补贴即符合 WTO 规则。这一阐明为接受气候支持方案的国家和投资者，提供了较为明确的成本和利益指导。但是，鉴于 WTO 补贴规则与气候变化支持方案存在诸多不可兼容，[1272]可再生能源补贴在 WTO 框架内面临制度困境，比如补贴利益的衡量基准很难确定、补贴类型划分缺失以及援引 GATT 第 20 条一般例外的尴尬[1273]，以及补贴纪律的不统一。[1274]因此，有学者（包括加拿大 FIT 案专家组的一位成员）建议改革能源补贴的制度框架，即在 WTO 体制内创立一个专门的“综合部门能源协定”（comprehensive sectoral energy agreement）。[1275]或是以可再生能源补贴问题为契机，重构 SCM 协议中的绿色补贴制度，通过 WTO 部长级会议或者总理事会的决定，效仿 2001 年的《知识产权与公共健康宣言》，明确设置环境补贴作为 SCM 协议下补贴规则的补充；同时依据《建立世界贸易组织协定》第 9.2 条关于 WTO 协定解释权的规定，将 GATT 第二十条引入 SCM 协议中作为符合特定条件的补贴的正当性抗辩依据。[1276]《哥本哈根协议》将气候变化描述为“一个重大的时代挑战”。[1277]所以，有必要在已经扭曲的能源市场中给予可再生能源部门以特殊规制。

四、结语

气候变化全球治理使得可再生能源成为电力部门的新兴产业，但由于可再生能源发电技术的高额成本，若非政府的财政资助，可再生能源发电很难与传统能源发电形成竞争。基于

1272 Sadeq Z. Bigdeli, *'Incentives Schemes to Promote Renewables and the WTO Law of Subsidies'* in T. Cottier, O. Nartova and S. Bigdeli (eds.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change (CUP 2009) 155; see generally Luca Rubini, *'Ain't Wastin' Time no More: Subsidies for Renewable Energy, the SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform'* (2012) 15(2) J. Int'l Econ. L. 525, abstract and p. 577; and more specifically on this case *see* Luca Rubini, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector: Written Submission of Non-Party Amicus Curiae*, 12 March 2013 <www.worldtradelaw.net/amicus/RubiniCanada-RenewableEnergyAmicus.pdf> (Oct. 22, 2014); see generally Hufbauer, Charnovitz and Kim.

1273 徐忆斌:《光伏产品反补贴贸易争端透析：兼析 WTO 可再生能源补贴问题》,《现代经济探讨》, 2013(6) : 78－82.

1274 生物能源究竟是应该归类为农产品的范畴，还是归类为工业品的范畴，抑或是归类于多哈谈判议程中的“环境产品”，在 WTO 框架下迄今尚无定论。对生物能源归类为不同的法律属性将导致不同的补贴原则。如生物柴油归类为工业品范畴，相关补贴适用 GATT1994 与《SCM 协定》。而乙醇则作为农产品主要适用《农业协定》（AOA）中的相关规定。所以，同为生物能源，适用的补贴规则却宽严有别。由于各国的比较优势不同，容易形成事实上的不公平，所以一直导致巴西等国的抵制。杨振发著:《国际能源法发展趋势研究：兼论对中国能源安全的影响》，知识产权出版社，第 2014 年第 3 版，第 189 页。

1275 Thomas Cottier, Garba Malumfashi, Sofya Matteotti-Berkutova, Olga Nartova, Joëlle de Sépibus and Sadeq Z. Bigdeli, *Energy in WTO Law and Policy* (2010), <www.wto.org/ english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_7may10_e.pdf> (Oct. 22, 2014).

1276 黄志雄:《中美可再生能源贸易争端的法律问题：兼论 WTO 绿色补贴规则的完善》， 《法商研究》, 2011(5) : 35-43.

1277 UNFCCC, *Copenhagen Accord* (COP Dec. 2/CP.15, UN FCCOR, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1) para 1.

环境保护给予可再生能源生产商以财政支持，并不当然违反 WTO 补贴规则，但附条件的补贴如国内成分要求属于现有规则下的禁止性补贴。《SCM 协定》并未区分合理补贴与不合理补贴，使得可再生能源补贴问题陷入僵局。因此，在争端解决机构演化解释遭遇困境时，有必要重构补贴规则以应对可再生能源的发展。

国际投资仲裁中股东行使间接求偿权问题研究

梁丹妮　邱泽

【摘要】

在国际投资协定中，“股东”、“股权”通常被纳入国际投资协定的保护范围中。当股权受到东道国政府侵害时，股东即有权行使间接求偿权向东道国政府索赔。但由于大部分国际投资协定并未对股东行使间接求偿权作出有效限制，加之国际仲裁庭解释条约时的自由主义倾向，增加了股东滥用间接求偿权可能。股东滥用间接求偿权，不仅会导致条约选购、平行仲裁等问题，也会消解国际投资仲裁机制的正当性。对于股东滥用间接求偿权带来的消极影响，东道国政府应当在国际投资协定缔约实践中积极采取应对措施。

[关键词] 股东　股权　间接求偿权　国际投资协定

在国际投资协定中，“股权”通常属于投资定义范畴。当外国股东设立的公司遭受东道国政府侵害时，股东可以依据相应的国际投资协定提起投资仲裁。根据股东遭受的损失类别可以将股东提起的投资仲裁可以分为两类，一类是股东因其持有公司股权股享有的权利遭受直接侵害，以自身名义提起的仲裁，这些权利为股东直接享有，包括公司的经营权、管理权和投票权等权利[1278]；另一类则是股东因其所持有的股权价值本身受损而提起的仲裁，这种损失被称之为间接损失（Reflective Loss）。股东以遭受间接损失为由提起投资仲裁，是行使间接求偿权的具体体现。

一、 股东行使间接求偿权的依据及引发的争议

《解决国家与他国国民间投资争端公约》（英文全称：the Convention

梁丹妮，中山大学法学院副教授。邱泽，中山大学法学院 2013 级法律硕士研究生

[1278] M. Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, (2009)，page.407

on the Settlement of Investment Disputes between States and National-s of Other States，以下简称《ICSID 公约》）共有 168 个国家和地区参与，是目前涉及国家最多、最广、影响最为深厚的国际投资争端解决公约。同时，《ICSID 公约》下的争端解决机制是解决国家与投资者之间投资争端最为经典和最为常见的模式。因此，笔者将以《ICSID 公约》下的争端解决机制为典型，对股东在国际投资仲裁中行使间接求偿权的依据进行分析。

（一）股东行使间接求偿权的依据

1．“股权”符合《ICSID 公约》中投资的内涵

根据《ICSID 公约》第 25 条有关管辖权的规定[1279]，投资者必须享有“投资”方能提起仲裁请求。但由于《ICSID 公约》未对“投资”作进一步规定，在个案涉及到有关《ICSID 公约》中“投资”的定义问题时，就需要仲裁庭作出具体认定。目前，“萨里尼标准”（Salini Test）是受认可度较高的、界定投资是否符合《ICSID 公约》要求的标准。根据“萨里尼标准”，符合公约的“投资”应当包含以下要素：一是投资可以对当地经济作出贡献，二是投资必须持续一定的时间，三是投资应当存在一定的风险，四是投资应当符合善意原则，五是投资应当符合东道国当地的法律[1280]。通常情况下，股东设立公司的行为必须遵守东道国法律方能得到东道国政府的认可，取得法人资格；其次，股东持有股权的价值会受公司经营情况的影响；再次，股东持有股权的行为通常会持续一定期限；最后，当地公司的发展通常也能促进东道国当地的发展。因此，根据“萨里尼标准”，“股权”通常是符合《ICSID 公约》中的“投资”应有的内涵的。

2．“股权”符合国际投资协定中的投资定义

由于《ICSID 公约》没有对“投资”的具体定义作出明确规定，而是交由各缔约国在国际投资协定中根据实际需要作出调整。然而，正如波提尼（Bottini）教授指出，《ICSID 公约》中“投资”的定义客观存在的，其内涵和外延不因缔约国之间任何特殊的约定而被扩大或限

[1279]“中心的管辖适用于缔约国（或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构）和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端”。数据来源：http://www.icsid.org/members/listing.htm?search_text=KEYWORD+SEARCH&search_country=&search_member_type=&reset=reset（最后访问日期：2015 年 3 月 2 日）

[1280]参见 Salini Costruuttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision of Jurisdiction（July 23, 2001）.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/958（最后访问日期：2015 年 4 月 9 日）

缩[1281]。缔约国之间的特殊约定，都不会改变《ICSID 公约》中“投资”的定义。

如上所述，由于“股权”符合《ICSID 公约》中“投资”应有的内涵，缔约国将“股权”纳入到国际投资协定的保护范围内，并不会对《ICSID 公约》中的“投资”定义带来扩大或限缩的效果。因此，只要国际投资协定将“股权”纳入国际投资协定的保护范围内，投资者即可援引该协定提起投资仲裁。

3．国际投资协定是股东行使间接求偿权的依据

鉴于众多国际投资协定赋予股东行使间接求偿权的权利，有学者例如马克拉克兰（Maclachlan）提出这样的观点，“允许股东行使间接求偿权已经由国际投资协定中的‘特别法’逐渐成为一项普遍适用的规则”[1282]； 罗文菲尔德（Lowenfeld）也认可这种观点，“国家与投资者之间的争端交由独立的司法机构或仲裁机构处理是一项通常的原则，而不是由任何投资条约所赋予的”[1283]。这些学者认为， “股东在国际投资仲裁中有权行使间接求偿权”正成为一项通用的习惯国际法规则，甚至认为在国际投资仲裁中股东不再需要援引国际投资协定即可行使间接求偿权。尽管股东在国际投资仲裁中行使间接求偿权正成为一种常见的现象，但这并不意味着这种现象正在成为一项新的习惯国际法规则，因为这一现象并不能满足形成国际习惯的物质因素和心理因素。

国际投资协定中有关确定投资者国籍的规定，直接决定着有权行使间接求偿权的股东范围。然而，国际投资协定对确定投资者国籍的标准并未有统一的规定[1284]。例如一项对美国签订的 40 条国际投资协定的研究表明[1285]，在美国签订的国际投资协定中有不少于 5 种确定投资者国籍的标准，这些标准包括成立地标准、管理机构所在地标准、有效经营活动标准、控制标准以及其他混合标准。对于这种情况，索纳拉加（M. Sonarajah）教授直接指出，“国际投资协定中对公司保护缺乏统一的标准，意味着这些协定并不能为一项有关股东在国际法上受保护的习惯国际法规则的形成提供基础，这些协定仅仅代表缔约双方间的合意”[1286]。不同国际投资协定在认定投资者国籍的标准上的不同，意味着各国对于可以行使间接求偿权的

[1281] Gabriel Bottini, Indirect Claims under the ICSID Convention, 29 U. Pa. J. Int'l L.(2008). page568

[1282] C. Maclachlan, L. Shore &M. Weiniger, International Investment ARBITRATION:Substantive Principle 124(2007) Vicuna, page186

[1283] Andreas . F. Lowenfeld , International Economic Law (Oxford University Press, 2d ed 2--9), page586

[1284] Anthony C. Sinvlair, The substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration, 20 ICSID REV. Foreign Inv. L. J (2005) . page357

[1285] Patrick Dumberry, the Legal Standing of Shareholders Before Arbitration Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised, in Michigan State Journal of International Law Vo1.18:3,page366

[1286] M. Sornarajah, the International Law on Foreign Investment, Cambridge: Cambridge University Press, (2010),page200

“股东”范围没有达成一致的认识，各缔约国在实践中并没有达成一致的实践。此外，尽管目前全球缔结的国际投资协定将近 3000 条，但放到全球 200 余个国家和地区的背景下，这个数目也是不足以证明该实践的广泛性和代表性的。

即使国际投资协定被广泛签订，也不必然证明缔约国都普遍形成一致的心理认可。学者沙克特（Schachter）指出，“不同双边投资协定中的条款，（它们的）简单重复并不能说明这些条款正在表达着一项习惯国际法规则的内容，因为若要形成这样的习惯规则，即使在未缔约的情况下，缔约国也应当认为这些条款的内容是必须遵守的”[1287]。由于在国际投资协定，尤其是经济地位不对等的国家间签订的双边投资协定的缔约实践中，条款的敲定是双方经过长久的博弈、谈判所得出的结果，这些条款不一定就是缔约国的真实目的的表达，而可能是缔约国追求经济利益的工具。

因此，“股东在国际投资仲裁中有权行使间接求偿权”并不能满足构成国际习惯的要素。股东在国际投资仲裁中之所以有权行使间接求偿权，是缔约国通过国际投资协定赋予其权利的结果。

（二）股东行使间接求偿权引起的争议

1．股东行使间接求偿权与公司独立人格制度相冲突

在公司人格制度中，公司具有独立于股东的法律人格。“公司独立人格的确立使得公司与股东在人格上分离”[1288]，股东在履行出资义务之后，出资的所有权即转为公司法人享有。此外，公司法人对自身的债务承担无限责任，而股东在履行出资义务后仅以出资额为限承担有限责任。这种制度设计，正是基于降低投资者的投资风险、鼓励投资的目的[1289]。股东越过公司行使间接求偿权，在一定程度上是与公司独立人格制度相冲突的。

在国内司法实践中，股东通常被禁止行使间接求偿权，仅在例外情况方有权行使[1290]。在英国的著名判例约翰逊诉格尔伍德案中[1291]，该案法官确立了间接损失不可诉原则（the principal of no reflective loss）。对于间接损失不可诉原则的内涵，主审法官瀚（Bingham）法

[1287]See Oscar Schachter, Compensation for Expropriation, 78 AM.J.INT'L L . page121-126
[1288]张瑞萍著：公司权利论：公司的本质与行为边界，社会科学文献出版社，第 9 页
[1289]参见柳经纬主编：公司法，厦门大学出版社，2004 年第 1 版，第 25 页
[1290]这些例外情况包括当公司在法律上已经灭失、公司没有能力或不愿提起诉讼以及股东在公司受损后到获得赔偿前这一期间，售出股权等情况。
[1291]在约翰逊案中，原告约翰逊聘请格尔伍德律师事务所协助处理其公司的经营事宜。约翰逊以事务律师未为公司购置土地以致公司损失盈利，违反了公司与事务所签订的合同为由，将该律师事务所诉至法庭，并坚持律师事务所对自己负有单独的义务。

官作出了概括："当公司的权利被侵犯时，仅公司有权对侵害行为提起诉讼，即使公司不行使这一权利"[1292]。该原则也为其他国家在司法实践中认可和采用：在戈伯特（Gaubert）诉美国案中，美国法院指出，"通常而言，股东对仅仅由公司价值受损导致的损失不应享有独立（于公司）的诉权"[1293]；香港最高法院更是曾直接援引英国法院在约翰逊案中的观点："当公司遭受侵害并遭受损失，仅公司有权提起诉讼"[1294]。

笔者认为，股东在国际投资仲裁中行使间接求偿权有着独立于国内法的权利依据和基础。首先，根据《维也纳条约法公约》有关条约解释的规定[1295]，对于国际投资协定中的"股权"，应当牢牢根据其字面意义予以解释，而非依据国内法的相关规定进行解释。"以国内法解释国际法，无疑会对国际投资协定的适用范围造成错误的限制"[1296]。其次，在国际投资协定下股东和当地公司享有的权利是相互独立、区别的，股东被保护的权利根植于"股权"，而当地公司被保护的权利内容则在于公司拥有的"财产"；再者，根据条约必须信守原则（Pacta sunt servanda），缔约国对于一项合法有效的条约有义务善意地履行和遵守，国家有义务使自身的国内法与其签订的条约相符合。缔约国不能以国内法与条约相冲突为由，拒绝履行条约的义务[1297]。因此，股东在国内法无权行使间接求偿权，并不意味着其在国际投资仲裁中也无权行使该权利。

2．股东行使间接求偿权与习惯国际法相冲突

在习惯国际法下，股东同样无权行使间接求偿权。在巴塞罗那牵引案[1298]中，国际法院就股东是否有权在习惯国际法下行使间接求偿权进行过论述。巴塞罗那公司成立于加拿大，并在西班牙开展投资活动，此后该公司股权主要为比利时国民持有。由于西班牙政府对巴塞罗那公司采取措施，最终导致该公司被宣布破产。为此，比利时籍股东请求比利时政府向国际

[1292] Johnson v. Gore Wood& Co [2000]UKHL 65, para66
数据来源：http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/65.html （最后访问日期：2015 年 4 月 1 日）
[1293] Gaubert v. United States, 855 F.2d 1284 (5th Cir. 1989), para132.
数据来源 http://openjurist.org/885/f2d/1284（最后访问日期：2015 年 4 月 1 日）
[1294] Waddington Ltd v. Chan Chun Hoo, [2009]4 HKC 381(Hong Kong Ct. of Final Appeal 2008),para49. 数据来源 http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=62499（最后访问日期：2015 年 4 月 1 日）
[1295]第 31 条：条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。
公约文本见 http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/07/content_5003752.htm
（最后访问日期：2015 年 3 月 31 日）
[1296] Dolores Bentolila, Shareholders' Action to Claim for Indirect Damages in ICSID Arbitration, Trade, Law and Development, Spring 2010. page96
[1297]参见 奥本海著：奥本海国际法中国大百科全书出版社，第 47 页
[1298] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), 1970. I.C.J
数据来源: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=50&p3=4
（最后访问日期：2015 年 4 月 1 日)

法院请求行使外交保护权。在审理过程中，国际法院认为：“公司和股东是两个存在明显界限的实体，各自都享有不同的权利；只要公司依然存续，股东不得对公司的财产主张权利”[1299]。国际法院还进一步指出：“仅仅凭借公司和股东都蒙受损失的事实，并不能当然地推出二者都有权行使求偿权的结论……股东对于因公司遭受侵害而导致的损失，不论何时都不享有行使求偿权的权利，求偿权仅能由巴塞罗那公司行使”[1300]，进而判决比利时政府无权行使外交保护权。

在随后的斯库拉（Sicula）案[1301]和戴尔罗(Diallo）案[1302]中，国际法院基本遵循了巴塞罗那牵引案的观点。目前为止，国际法院在巴塞罗那公司案的结论依然是外国股东在习惯国际法规则下寻求救济的一道不可逾越的障碍[1303]。但是，习惯国际法禁止股东行使间接求偿权，并不会对股东在国际投资仲裁中行使间接求偿权产生影响。首先，巴塞罗那牵引案是依据习惯国际法作出的判决，且这一判决的适用效力仅仅及于外交保护领域[1304]。其次，国际投资仲裁受国际投资协定的管辖，股东行使间接求偿权得到国际投资协定的直接、明确授权，而在有明确的条约规定的情况下，习惯国际法没有适用的空间。因此，笔者认为，习惯国际法并不能成为股东在国际投资仲裁中行使间接求偿权的阻碍。

二、 股东行使间接求偿权的表现形式

（一）拥有公司控制权的股东与少数股东行使间接求偿权

1．拥有公司控制权的股东行使间接求偿权

直接控制当地公司的母公司，其行使间接求偿权的权利通常会为仲裁庭所认可。在安姆

[1299]Ibid, para42
[1300]Ibid, para 44
[1301] Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (U.S. v. Italy), 1989, I.C.J. 14,42 (July 20)
数据来源：http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=395&p1=3&p2=3&case=76&p3=5
（最后访问日期：2015 年 4 月 1 日）
[1302] Ahmadou Sadio Diallo (Rep. Guinea v. Dem. Rep. Congo), 2007 I.C.J.
数据来源：http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=7a&case=103&code=gc&p3=4
（最后访问日期：2015 年 4 月 1 日）
[1303]Kubiatowski, Stephen A.：The Case of Elettronica Sicula S.p.A: Toward Greater Protection of Shareholders' Rights in Foreign Investments. Columbia Journal of Transnational Law, 1991, Vol. 29 Issue 3, page226
[1304] Christoph Schreuer, Shareholder Protection in International Investment Law, May 2005. page3.
数据来源：http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_2.pdf（最后访问日期：2015 年 3 月 31 日）

科（Amco）公司诉印度尼西亚案[1305]中，美国公司安姆科公司在印度尼西亚设立了全资子公司以开展经营活动，后来由于该子公司与印度尼西亚政府发生投资争端，安姆科公司为此提起了投资仲裁。仲裁庭指出，当地公司与其母公司均享有独立的诉权，并认为“现存投资协定中的仲裁条款，其目的在于保护投资者利益。倘若将母公司安姆科公司拒之于条约保护外，将不符合条约保护投资的目的”[1306]，从而肯定了安姆科公司作为母公司的诉权。

在公司的股权为多个股东共同持有时，拥有控股地位的股东的诉权也会得到仲裁庭的认可。在天然气公司（Gas Nature）诉阿根廷案[1307]中，西班牙籍的天然气公司通过在阿根廷境内设立当地公司，并持有该当地公司 70%的股权。由于当地公司与阿根廷政府发生投资争端，天然气公司提起了投资仲裁。仲裁庭认为，“作为外国直接投资的典型，……投资的设立方式包括，投资者在东道国境内依据东道国法律、法规设立公司并持有该公司的股权，或投资者收购现存的东道国境内公司的股权。并且《ICSID 公约》和双边投资协定都认可拥有这类投资的投资者的诉权”[1308]，最终支持了天然气公司的诉权。

2．少数股东行使间接求偿权

少数股东的诉权在特定的国际投资协定下也会得到仲裁庭的认可。在兰科公司（Lanco）诉阿根廷案中，兰科公司持有阿根廷境内一间当地公司 18.3%的股权，兰科公司以阿根廷政府给予当地公司的竞争对手更为优厚的待遇为由提起了投资仲裁[1309]。该案仲裁庭认为，:“《美国—阿根廷双边投资协定》并未要求投资者持有当地公司股份达到控制的标准，兰科国际公司拥有 18.3%股权的事实，足以证明其属于投资协定下的适格投资者”[1310]，从而肯定了兰科公司的诉权。

在其他数个案例中，少数股东的诉权也同样得到支持。在安然公司（Enron）诉阿根廷案[1311]中，仲裁庭指出“在《美国—阿根廷双边投资协定》下，少数股东行使间接求偿权的权

[1305] Amco Asia Corp. and others v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1. 数据来源：https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC663_En&caseId=C126（最后访问日期：2015 年 4 月 1 日）

[1306] Ibid, para.24

[1307] Gas Nature SG S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/documents/477（最后访问日期：2015 年 4 月 1 日）

[1308] Ibid, para.34

[1309] Lanco Int'l, Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, para.10.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/documents/609（最后访问日期：4 月 2 日）

[1310] Ibid, para.10

[1311] Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/01/03. 数据来源：http://www.italaw.com/cases/401（最后访问日期：4 月 2 日）

利并不会因为他们持有的股份不形成多数而受到影响”[1312]；在咖米公司（GAMI）诉阿根廷案中，仲裁庭同样肯定了拥有当地公司14.18%股权的咖米公司的诉权：“咖米公司仅仅拥有少数股权的事实并不影响其提起投资仲裁的权利”[1313]；在辛普拉公司（Sempra）诉阿根廷案中，仲裁庭也认为“投资的保护不仅及于多数股东，而且还涵盖少数股东和间接持股股东，而无论是否对当地公司形成控制”[1314]，从而肯定了少数股东辛普拉公司的诉权。

（二） 间接持股股东行使间接求偿权

1．公司实际控制人行使间接求偿权

通常情况下，仲裁庭也会承认公司实际控制人的诉权。在西门子（Siemens）公司诉阿根廷政府案[1315]中，德国西门子公司全资拥有另一家德国子公司——西门子信息系统公司，并通过该子公司在阿根廷境内设立西门子技术服务公司。仲裁庭在确定这三间公司都属于德国国籍后，认为《德国—阿根廷双边投资协定》并未要求投资者对投资存在“直接”或“间接”控制和拥有，所以只要投资者拥有德国国籍，其在阿根廷境内设立的投资（包括股权）就应当得到条约的保护[1316]，进而认定西门子公司作为当地公司的实际控制人有权行使间接求偿权。

2．中间公司行使间接求偿权

当中间公司行使间接求偿权时，东道国政府往往会要求仲裁庭揭开中间公司的面纱，否定中间公司的诉权。在仲裁庭拒绝适用揭开面纱原则时，中间公司通常有权行使间接求偿权。

在萨鲁卡（Saluka）公司诉捷克案[1317]中，荷兰公司萨鲁卡公司与捷克一间银行进行合作，同时萨鲁卡公司又为英国籍的野村（Nomura）公司所控制。捷克政府指出，萨鲁卡公司仅仅是野村公司设立在荷兰的壳公司，不应享有诉权，因而要求仲裁庭揭开公司面纱[1318]。尽管仲裁庭指出萨鲁卡公司和野村公司之间的紧密联系，但其认为不应对条约文本增设限制：“任

[1312]Ibid, Decision on Jurisdiction, para.63
[1313] GAMI Investments, Inc. v. Mexico, NAFTA(UNCITRAL), Award(Nov.15.2004) , para37.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/474（最后访问日期：4 月 2 日）
[1314] Sempra Energy Int'l v. Argentina, ICSID Case No.ARB/02/16, Decision on Jurisdiction. para54.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/documents/1004（最后访问日期：4 月 2 日）
[1315] Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/1026（最后访问日期：4 月 2 日）
[1316] See Ibid, Decision on Jurisdiction, para.138-139
[1317] Saluka Investments BV(The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/documents/963（最后访问日期：4 月 2 日）
[1318]Ibid, Partial Award, para227

何依据东道国法律成立的法人都有权援引投资协定提起投资仲裁，对投资者加以更多的限制解释以缩小投资者的范围是超乎仲裁庭的权力的”[1319]，拒绝适用揭开公司面纱原则。

在返程投资的情况下，中间公司的诉权也会得到仲裁庭的支持。在托克勒斯公司（Tokios Tokelės）诉乌克兰案[1320]中，立陶宛籍的托克勒斯公司的股权 99%为乌克兰国民所有。尽管如此，仲裁庭仍然坚持按照涉案的双边投资协定中的投资者定义来确定投资者的国籍，认为“托克勒斯公司为乌克兰国民所有的事实并不会对托克勒斯公司的国籍造成影响”[1321]，从而认定托克勒斯公司是适格的投资者。此外仲裁庭还指出，托克勒斯公司早于投资争端发生数年前即已设立，且当时立陶宛和乌克兰两国并未签订双边投资协定，托克勒斯公司的股东在设立公司时也不能预见到两国投资协定的签订和争端的发生。据此，仲裁庭认为设立托克勒斯公司的行为不构成恶意的条约选购，从而拒绝揭开公司面纱，肯定了托克勒斯公司的诉权

当设立中间公司的行为违反善意原则时，仲裁庭往往会基于禁止恶意条约选购的理由适用揭开公司面纱原则。在菲尼克斯公司（Phoenix）诉捷克案[1322]中，捷克国民本诺（Beno）名下的两间捷克公司被卷入国内一场法律纠纷中，本诺被迫逃离至以色列，并在以色列成立了菲尼克斯公司。仅仅在收购上述两间捷克公司两个月后，菲尼克斯公司提起了投资仲裁。该案仲裁庭认为，菲尼克斯公司的行为属于滥用诉权，“菲尼克斯公司诉称的损失早在收购行为前业已发生”[1323]，菲尼克斯公司收购两家捷克公司的行为“目的在于将一个现存的国内争端上升至国际投资争端”[1324]。为此，仲裁庭揭开菲尼克斯公司的面纱，认为菲尼克斯公司无权行使间接求偿权。

从以上仲裁庭的分析可以看出，只要设立中间公司的目的符合正常商业经营的需要，并且符合善意原则，仲裁庭往往不会适用揭开公司面纱原则，中间公司行使间接求偿权都会得到仲裁庭支持。从目前的仲裁实践来看，仲裁庭判断中间公司是否构成滥用诉权（或是否享有诉权）的主要判断标准，一是在于判断设立公司时争端是否业已发生，二是设立时两国是否签订了投资协定，三是设立公司的原因和目的是否与行使诉权有关联。除此之外，在中间公司存在履行缴纳税收义务、雇佣当地审计员审查财务、从当地公司接受分红，雇佣当地劳动力等实际经营活动时，其诉权将更有可能被仲裁庭支持[1325]。

[1319] Ibid, para229

[1320]Tokios Tokelės v. Ukraine, ICSID Case No.ARB/02/18. 数据来源：http://www.italaw.com/documents/TokiosAward.pdf（最后访问日期：4 月 2 日）

[1321]Ibid, Decision on Jurisdiction, para.71

[1322] Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No.ARB/06/5. 数据来源：http://www.italaw.com/cases/850（最后访问日期：4 月 3 日）

[1323] Ibid, Award, para136

[1324] Ibid, para142

[1325]See Martin J. Valasek & Patrick Dumberry , Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding

三、股东行使间接求偿权引发的风险及问题根源

（一）股东行使间接求偿权引发的风险

1．增加东道国政府的应诉难度

首先，东道国政府难以预见到可能提起仲裁的股东身份。通常而言，跨国公司的出现都会伴随着精密的公司国籍规划，盘根错节集团结构使得东道国政府难以查清当地公司背后的实际控制人的情况。其次，即使单个股东提起投资仲裁，该股东也可能享有多个独立的诉权：股东取得股权的方式可能是一次性取得的，也可能是分多次取得的。当股东分多次取得股权时，东道国境内的法律、签订的条约以及股东的国籍都有可能在期间发生变化。在这种情况下，股东在不同时期取得的股权为东道国不同的法律、条约所管辖，这将就使得同一个股东可能对其股权享有多个不同的诉权。再者，允许股东行使间接求偿权将会激励股东在仲裁程序中作出投机行为。在尤科斯（Yukos）石油公司的不同股东针对俄罗斯政府分别提起的一系列投资仲裁案件中，一位西班牙籍的少数股东库莎公司（Quasar）提出了 260 万美金的赔偿请求（该案是库莎公司诉俄罗斯案，以下简称库莎公司案）[1326]。然而，库莎公司得到了一笔来自尤科斯石油公司多数股东近 1450 万美金的资助，而这些多数股东各自又启动了不同的仲裁程序。尤科斯石油公司的大股东通过资助库莎案的小股东提起投资仲裁，以取得有关材料，为未来的仲裁程序提前做好准备。这种投机行为必然会导致东道国与投资者间信息不对称的局面，大大增加东道国政府败诉的风险。

2．加剧条约选购

由前所述，投资者基于商业目的在不同国家设立中间公司的行为，往往会被仲裁庭认定为正常的经营活动。尽管这些商业行为客观上会导致条约选购问题，但是由于这些行为的善意性和商业目的性，仲裁庭通常会严格限制揭开公司面纱原则的适用，支持这些间接持股股东的诉权。这无疑会激励投资者提前设计更为复杂、精细的公司集团结构，以方便其选择控制链上的中间公司，援引对其最有利的国际投资协定以提起投资仲裁。

Corporations in Investor-State Disputes, ICSID Review, Spring 2011. page55-70

[1326] Quasar der Valores SICAV, S.A.v. Russian Federation, (SCC), Award(2012).
数据来源：http://www.italaw.com/countries/russian-federation（最后访问日期：2015 年 4 月 5 日）

因此，允许股东行使间接求偿权，将会大大加剧目前业已存在的条约选购问题。不适格的投资者在缔约国设立中间公司，进而转化为适格的投资者，取得条约的保护的行为，必然严重地违背缔约国的真实意图。

3．增加平行仲裁程序的可能性

允许股东行使间接求偿权，容易导致平行仲裁，从而增加双重救济、冲突裁决等问题的几率[1327]。罗德（Lauder）诉捷克案[1328]（以下简称罗德案）和 CME 公司诉捷克案[1329]，是股东行使间接求偿权导致冲突裁决的典型案例。美国公民罗纳尔德·罗德（Lauder）是捷克境内一家当地公司的实际控制人，而罗德又是通过自己名下设立于荷兰的 CME 公司实现对当地公司的控制。在当地公司与捷克政府发生投资争端后，罗德在 1999 年提起投资仲裁请求。而仅仅在 6 个月后，罗德通过 CME 公司又启动了另一个投资仲裁程序。值得注意的是，两案仲裁庭都一致认为罗德和 CME 公司都遭受捷克政府的歧视。但对于捷克政府采取的措施是否构成征收行为、是否违反公平公正待遇、最低待遇标准等问题的认定，两案仲裁庭则给出了截然相反的结论。最终，两案的仲裁庭在前后十天内作出截然不同的判决，这两个案例也被称为是一场“两个仲裁庭奔向审判席的赛跑”[1330]。

4．损害当地公司债权人和未行使诉权的股东的利益

如果由当地公司直接行使求偿权，胜诉后赔偿将直接归属于公司。与此同时，公司的股东和债权人的利益将会得到直接地恢复[1331]。然而，仲裁庭通常将赔偿判归提起仲裁请求的股东，这就使得当地公司、其他未行使诉权的股东和公司的债权人的损失将不能得到恢复。在其他股东成功行使间接求偿权先例下，未行使诉权的股东也会倾向于为自己的间接损失提起仲裁请求，从而增加东道国政府的被诉风险。

允许股东行使间接求偿权，也会激励当地公司的债权人行使间接求偿权，从而进一步增

[1327]August Reinisch, "the Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions" in Michael Waibel(ed), The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, Kluwer Law International, 2010, page117

[1328] Ronal S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/documents/611（最后访问日期：2015 年 4 月 2 日）

[1329] CME Czech Republic v. The Czech Republic, UNCITRAL.
数据来源：http://www.italaw.com/cases/documents/282（最后访问日期：2015 年 4 月 2 日）

[1330]James Crawford, Ten Investment Arbitration Awards That shock the World: Introduction and Overview, 4 No.1 Disp. Resol. Int'1 (May 2010), page 81

[1331] Joyce Lee Suet Lin, Barring Recovery For Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle, Cambridge Law Journal, 66(3), November 2007, page558

加东道国政府的被诉风险。为数不少的国际投资协定都将“债权”纳入投资定义中，例如欧洲能源宪章（英文全称：Energy Charter Treaty，英文简称：ECT）便规定，投资包括“金钱请求权或与投资有关的具有经济价值的行为请求权”；在《英国—俄罗斯双边投资协定》中，投资也包括“持有的公司债券”。在仲裁实践中，这类债权请求权通常会得到仲裁庭的支持。在费戴克斯公司（Fedax）诉委内瑞拉案[1332]中，荷兰籍的戴克斯公司取得了委内瑞拉政府背书的期票。而由于委内瑞拉政府无法兑现期票，费戴克斯公司提起了投资仲裁。仲裁庭认为，费戴克斯公司持有的期票属于涉案双边投资协定和《ICSID》公约的投资[1333]，进而肯定了费戴克斯公司的诉权。在“债权”受到国际投资协定保护的情况下，债权人可以据此提起投资仲裁，要求东道国政府承担责任。

（二）造成风险的原因

1．国际投资协定对投资和投资者的宽泛定义

从前述案例可见，国际投资协定对投资和投资者的定义通常是宽泛的。国际投资协定赋予股东行使间接求偿权的权利，旨在保护投资，补充东道国国内法对投资保护的不足。然而，国际投资协定只是简单地将“股权”纳入投资的定义中，仅仅要求股东“直接或间接地控制和拥有”股权。此外，国际投资协定确定投资者国籍的标准过于简单和单一，也为中间公司取得国籍连接点创造了便利条件。在缺乏利益拒绝条款等限制性条款的情况下，中间公司和实际控制人行使间接求偿权通常会为仲裁庭所认可。对投资和投资者的宽泛定义，已经置不少东道国政府于恶意条约选购问题和多重被诉的风险中。阿根廷政府之所以会在经济危机后遭受不同国籍的股东提起的系列投资仲裁，其遭受多重被诉风险的主要原因还是在于其对投资和投资者的定义过于宽泛。

2．国际投资仲裁机制存在先天不足

（1）国际投资仲裁组织相对松散

目前，常设的国际投资仲裁机构主要有国际投资争端解决中心、斯德哥尔摩仲裁院和其

[1332] Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3.
数据来源：http://www.italaw.com/documents/Fedax-March1998.pdf（最后访问日期：2015 年 4 月 1 日）
[1333] Ibid, para 40

他常设的仲裁机构，以及大量援引国际投资协定的争端解决条款建立的临时仲裁庭。不同于国内法院相对紧密的组织关系，这些仲裁机构和仲裁庭之间相互不存在约束力，其不仅不存在统一的上诉机构，每个独立的仲裁庭在审理案件时只遵信自己的内心确认和专业知识，其他仲裁庭的意见和观点不必然起参考作用。在不同的仲裁庭分别接受仲裁请求时，各仲裁庭尤其是不同仲裁机构下的仲裁庭，在承认申请方的诉权后，都不会轻易放弃自己的管辖。这就容易出现罗德案和 CME 公司案中仲裁庭各自裁决，导致平行仲裁。国际投资仲裁机构和仲裁庭在组织上的松散性，决定了国际投资仲裁机制无法有效地对这些消极问题进行统筹解决。

（2）国际投资仲裁庭的中立性存在瑕疵

在国际投资仲裁中，西方发达国家的仲裁员扮演着主要角色，这些仲裁员在学术观点上更强调对私人财产的保护[1334]，信奉私人财产神圣不可侵犯原则，在对条约进行解释时往往采取自由主义的解释倾向。值得注意的是，仲裁庭在确定投资者国籍时，通常会援引条约序言所体现的“保护投资者和投资者”的目的和宗旨，进而坚持对条约进行文义解释，拒绝适用揭开公司面纱原则，使得非缔约国国民可以通过在缔约国设立壳公司进而“善意”取得诉权，这似乎既遵守了条约的规定，又尊重缔约国的意图。但这种解释倾向，在实践中导致了诸如返程投资和第三方国民的投资被纳入条约保护等问题，这些结果显然不符合条约目的和宗旨，严重违背了缔约国的缔约意图。国际投资仲裁庭这种隐蔽的、选择性援引缔约宗旨的方法正是仲裁庭自由主义解释倾向的具体体现。

其次，由于仲裁庭的组成人员由争端双方共同选任，仲裁员在先前表露、持有的学术观点将会是投资者选任仲裁员时所要考虑的重要因素。因此，强调保护投资的仲裁员将会更得到投资者的青睐，甚至会出现一个仲裁员在多个仲裁案件中被多次选任的情况出现。这种重复选任，将会大大增加仲裁庭采取自由主义的解释倾向的可能性，从而影响仲裁裁决的中立性和客观性。

再次，仲裁员的独立性也往往为人所诟病。在经济上，国际投资仲裁员并不如国内法官独立。国内法院的法官由国家直接补贴，无论在任期内是否有业务，法官的收入都能得到保障；而仲裁员在未被选任时是无法从仲裁机构领取酬金的，否认投资者的诉权可能对其酬金产生直接影响，甚至会影响日后被选任的机会，这将激励仲裁员最大限度地对国际投资协定

[1334] M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, Third Edition, Cambridge University Press, page13.

作出自由主义倾向的解释，肯定投资者的诉权[1335]，以增加其日后被选任的机会。

最后，仲裁庭对于肯定股东行使间接求偿权带来的诸如双重救济、平行仲裁等问题，往往不会给出具体解决方法，甚至表现得态度冷漠。例如英普吉勒公司（Impregilo）诉阿根廷案[1336]的仲裁庭认为：“允许股东行使间接求偿权导致双重救济，这仅仅是理论上的问题，在实践中不会实际发生”[1337]。然而，仲裁实践已经证明这种观点的错误性。仲裁庭对股东行使诉权采取自由主义的解释方法，使得大量不适格的股东被纳入国际投资协定的保护范围，是导致上述消极问题的重要原因。

四、应在国际投资协定中对股东行使间接求偿权设置限制

（一）设置弃权条款

在晚近的国际投资协定中，缔约国通常会设置弃权条款以防止投资者滥用诉权。弃权条款最早见于 NAFTA 第 1121 条，该条规定提起投资仲裁的股东以及当地公司都必须做出弃权声明，声明放弃通过东道国与其他第三国缔结的国际投资协定追究东道国政府特定措施的诉权。尽管这一弃权声明仅对作出声明的投资者和公司有效，但是能有效地防止作出声明的股东通过其他途径行使间接求偿权，以降低东道国政府多重被诉的风险。

值得注意的是，设置弃权条款会带给投资者巨大的风险。弃权条款要求股东放弃通过其他途径追究东道国政府措施的诉权，但在仲裁庭进行实体审理前，投资者无从得知东道国政府的措施是否违反特定的国际投资协定。在股东的仲裁请求被仲裁庭驳回的情况下，股东无法从其他途径寻求救济，最终会导致股东陷入申诉无门的境地，使得国际投资仲裁成为一场赌博游戏[1338]。

此外，为了保护当地公司、其他未行使诉权的股东和债权人的利益，还应当规定东道国政府的赔偿直接归属于公司而非行使诉权的股东个人。例如在 NAFTA 第 1135 条便规定，股东行使间接求偿权后所获得的赔偿归属当地公司。将东道国政府的赔偿，直接判归当地公司，

[1335] Gus Van Harten, Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration, the Backlash against Investment Arbitration, Kluwer Law International, page 436

[1336] Impregilo S.p.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17,
数据来源：http://www.italaw.com/cases/documents/555（最后访问日期： 2015 年 4 月 1 日）

[1337] Ibid, para.139

[1338] 梁丹妮著：《北美自由贸易协定》投资争端仲裁机制研究，2007 年第一版，法律出版社，第 51 页

可以削弱持股股东主动行使间接求偿权的动机，从而降低东道国政府多重被诉的风险。

（二）设置利益拒绝条款

利益拒绝条款滥觞于友好通商航海条约时期，在当时其作用主要在于防止敌国公司享有协定项下的权利。随着国际投资关系的日益多边化，利益拒绝条款的作用日益受到缔约国的重视，也逐渐进入国际投资协定中。利益拒绝条款的内容可以被总结为："缔约一方保留拒绝给予另一缔约方投资者投资协定项下一部或全部利益的权利，如果另一方投资者是由本国投资者或非缔约方投资者，或无正常外交关系的第三方投资者所拥有或控制，且该投资者在另一缔约方境内未开展实质性的商业活动"[1339]。一般而言，缔约国拒绝给投资者予条约保护、优惠的条件主要包括：该投资者由第三国（包括东道国）国民拥有和控制，且该投资者在成立地国没有进行实质性的商业活动。

然而，大部分国际投资协定并未对"控制和拥有"的概念作出更加明确的规定。假如不对"控制和拥有"的概念进行具体规定，将给予仲裁庭巨大的裁量权。因此，笔者认为，一方面可以采取对"控制和拥有"的层级作出直接的规定的方法，例如要求投资最终为另一缔约国国民所控制和持有[1340]；另一方面也可以借鉴 ECT 的规定，添加诸如经营管理权、表决权等因素，为判断投资者是否对投资实现"控制和拥有"提供辅助标准，提高利益拒绝条款在适用上的灵活性。此外，对于"实质性商业活动"的具体认定也同样可以在条约附件中增设诸如公司运营的期限、控股比例、当地劳动力的雇佣情况、纳税缴费等义务的履行等辅助判断的因素。通过将判断的标准类型化，可以有效限制仲裁庭的裁量权，防止他国国民搭便车取得条约的保护。

（三）设置合并审理条款

国际投资仲裁中的合并仲裁，是指"在国际投资协定中有关争端解决程序条款中，将两个或以上已经开始、相互独立但又有联系的仲裁程序加以合并审理"[1341]。合并审理可以大大节约东道国政府和投资者的应诉成本，由同一个仲裁庭统一作出裁决也可以防止冲突裁决的产生。此外，合并审理条款不仅有利于东道国政府集中力量应诉，防止在各个案件中被各个击破的风险，也可以在一定程度上保障胜诉裁决的正当性，增加投资者的胜诉裁决得以实现

[1339]漆彤：论国际投资协定中的利益拒绝条款，载《政治与法律》，2012 年第 9 期，第 98 页
[1340] Martin J. Valasek & PatrickDumberry , Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes, ICSID Review, Spring 2011, page74
[1341]莫鲁·鲁比诺·萨马塔诺：《国际仲裁法律与实践》（英文影印本），中信出版社，2003 年版，第 297 页

的几率。

在 NAFTA 争端解决机制下，勘佛（Canfor）公司、滕北克公司（Tembec）和特米诺（Terminal）公司曾对美国政府分别提起投资仲裁。鉴于这三个案件的事实问题和法律问题几乎完全相同，仲裁庭在认真考虑了美国政府提出的合并审理的请求后，决定对这几个案件进行合并审理[1342]。值得注意的是，设置合并审理条款时应当注意对投资者商业秘密的保护。由于不同案件的投资者可能会有需要保密的商业秘密，将不同的仲裁案件进行合并审理可能会不利于投资者商业秘密的保护。在 NAFTA 仲裁实践中，拥有美国国籍的玉米生产（Corn Products）国际公司、丹尼尔斯（Daniels Midland）公司以及莱利（Lyle Ingredients Americans）公司均以相同的法律事实和问题，向仲裁庭提起了仲裁请求。但仲裁庭认为，由于这三间美国公司之间存在竞争关系，合并审理案件将不利于保护商业秘密，最终基于保护商业秘密的需要驳回了墨西哥政府合并审理的请求[1343]。

（四）设置联合解释条款

在国际投资协定的某一规定出现适用问题时，仲裁庭通常需要对此作出解释。在欠缺联合解释条款的情况下，由于无法介入仲裁程序中对条约进行解释的过程，作为条约制定者的东道国就成为仲裁庭刀俎下的鱼肉。毋庸置疑，缔约国之间就国际投资协定达成的解释方是最符合条约的目的的。因为“只有缔约国最了解缔约意图，最明白条约条款的真正含义和条约所要实现的目的和宗旨，以及条约成立时的事实和法律情况，也只有缔约国能充分预见条约在适用过程中可能发生的各种解释上的难题”[1344]。而由前所述，受限于对私人财产保护的思想影响，仲裁庭很难摆脱学术倾向从缔约国的角度去考虑条约的宗旨和目的，其作出的解释不仅经常会超出缔约国的目的，也会使东道国政府对国际投资仲裁机制产生不必要的畏惧。

设置联合解释条款，可以有效防止仲裁庭对投资定义和投资者国籍等重要条款作过度的扩张解释。联合国贸易和发展会议在 2013 年发布的《国家与投资者争端解决机制改革——探索新的路标》中就指出，要“增加缔约国在条约解释中的角色，以避免条约的解释违背缔约国的目的”[1345]，采取包括向仲裁庭提交缔约方共同作出的解释，要求仲裁庭将某些具体事

[1342]参见 http://www.state.gov/s/l/c7424.htm

[1343] Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB /04/1
数据来源：http://www.italaw.com/cases/345（最后访问日期：2015 年 4 月 2 日）;
Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB /04/5
数据来源：http://www.italaw.com/cases/documents/95#sthash.AQodEUdt.dpuf（最后访问日期：4 月 2 日）

[1344]万鄂湘等著：国际条约法，武汉大学出版社，1998 年第 1 版，第 240 页

[1345] UNCTAD：Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, 2013. 6 No.3, page1

项提交给缔约方进行解释，以及为非争端方介入案件创造便利的条件等措施[1346]。在《中国—加拿大双边投资协定》中，我国便设置有联合解释条款，该条款规定缔约双方作出的联合解释对于仲裁庭及其作出的裁决具有约束力，进而对仲裁庭的裁量权作出约束，确保仲裁庭的解释更符合缔约国的真实意图。

结语

国际投资协定赋予股东行使间接求偿权的权利，体现了缔约国创设友好的投资环境，保护投资的初衷。然而，由于国际投资协定对股东行使诉权的限制过于简单以及国际投资仲裁机制先天存在的缺陷，股东滥用间接求偿权引发的诸如平行仲裁、冲突裁决等消极问题都无法得到有效的解决。应对股东滥用间接求偿权带来的风险和挑战，最为直接有效、根本的方法是在国际投资协定中增设适当的限制。但同时应当兼顾吸引投资和保护海外投资的需要。缔结国际投资协定，其根本的目的还是为本国的经济发展争取更多的外来资金，同时也为海外投资争取更多的保护。

在近几年我国缔结的《中国—加拿大双边投资协定》、《中日韩投资保护协定》中出现了诸如弃权条款、合并审理条款以及联合解释条款等限制股东行使间接求偿权的条款，这些条款的出现也说明我国对这些消极问题已经给予了充分的重视和关注。随着我国在过去签订的国际投资协定续约期的陆续到来，在这个窗口期内对老式的国际投资协定进行因地制宜地修订，对于应对股东行使间接求偿权带来的风险和挑战意义重大。

[1346]Ibid, page6

论“一带一路”推进中的国家风险与法律防控

——海外投资国家风险管理的视角

刘　艳*

引言

“一带一路”发展战略[1347]规划打开了中国未来 35 年的发展新格局，贯穿欧亚大陆，一个着眼于加快向西开放，一个着眼于建设海洋强国，是实施全方位对外开放战略的突破口。2015 年政府工作报告重申了“构建全方位对外开放新格局，推进丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路合作建设。加快互联互通、大通关和国际物流大通道建设。构建中巴、孟中印缅等经济走廊。”“一带一路”的重心是基建互通，其次是经贸合作，进而推动沿线国家发展。

中国正逐步走向世界舞台的中心，国际贸易投资领域出现了竞争加剧的趋势，以 TPP 和 TTIP 为核心的国际经贸规则政治重构，全球能源版图出现了中心转移的新调整，我国在增加能源供给渠道的同时，风险也相应增加，要求我国合理布局能源进口来源。“一带一路”64 国大部分都不太平，穿越地区包括了若干个高风险区块，面临各种极端势力的威胁，如果没有从国家层面制定有效的风险防范机制，走出去的企业很可能会血本无归，而走出去的企业大部分是国企、央企，如果发生亏损，那损失的还是国家财政的钱，是国家重大利益的损失。

我们必须直面宏大工程推进背后的风险，在国家风险管理的层面审慎防范风险。全方位的风险的防范应该是多个层面的，国家层面的风险管理是企业微观主体安全出航的根本保障。下文将从海外投资国家风险管理的视角，立足于国家层面的风险防控，特别是对国际法和国内法的保障措施提出对策和建议，以期推进我国在“一带一路”背景下参与全球治理的深度和广度，同时为走出去的企业保驾护航。

---

* 法学博士，中国出口信用保险公司国别风险研究中心、博士工作站，应用经济学博士后，研究方向：国际投资法、国际经贸法、国家风险管理。联系方式 liu_yan@sinosure.com.cn, 010-66583942

1347“新丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路”（以下简称“一带一路”）是借用古代丝绸之路的历史符号，以和平发展，合作共赢为时代主题，积极主动地发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同构造政治互信，经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。

一、 “一带一路”推进中的国家风险界定

（一）国家风险界定

国家风险是一个涉及政治、经济、社会、文化、国际关系、自然环境和突发事件等复杂内容的概念范畴；不同的风险评价体系中，需要分析和评估的侧重点也存在巨大差异，影响国家风险的因素处在不断的变化中，新的影响国家风险的不安定因素也在增加。最宽泛地来看，国家风险可以被定义为在一个国家之内因宏观经济和/或政治时间引致的潜在的财物损失。更精准地讲，可以将国家风险划分为主权风险（sovereign risk）\转移（transfer risk）和一般性的国家风险（generalized risk）。[1348]在跨国银行评价体系中，国家风险源于国别政治和经济形势变化导致的外国暴露价值的变化，包括转移风险和其他方面的国家风险。其中，转移风险包括货币和资本自由流动限制、汇回投资者国内的限制。其它国家风险包括由政治、经济因素所导致的价值变化，这些因素包括与国别相关的流动性、市场和关联性风险。[1349]更为官方的国家风险概念，是由经济合作与发展组织（OECD）在国际贸易贸易和信贷“君子协定”[1350]中给出。国家风险包括五个基本要素：由债务人的政府或政府机构发出的停止付款的命令、政治军事事件引发的贷款被制止转移、延迟转移，法律导致的资金不能兑换成国际通用货币，货兑换后不足以达到还款日应有的金额、任何其他来自外国政府组织的还款措施、不可抗力（包括战争和内战、国有化、革命、骚乱、民变、飓风、洪水、地震等不可抗力）。虽然没有统一的定义，但是在国家风险概念定义时均要考虑国家风险的来源和范围，早期研究国家风险损失事件的范围限于跨国信贷的过程，对债务违约的具体原因进行描述。随着跨国贸易和投资的扩大，研究的重点转向了由政府机构而非个人的行为所引起的贸易或者投资者利益的损失。因为所有的商业交易都具有一定程度的风险，跨国交易中会遇到不同于国内交易的风险，“在不同的国家之间，经济结构、政策、社会制度以及地理位置等多方面造成了差异，而国家风险的研究就是试图识别这些风险给期望收益带来损失的可能性。[1351]

[1348] Calverley: County Risk Analysis, London, Butterworths,1985,p.2.

[1349] 瑞士银行家协会：《国家风险管理指南》。

[1350] OECD:《关于官方支持的出口信用准则的约定》，2004 年为最新版本。这一协定是指导成员国官方出口信用所遵循的一个准则，不具有法律约束力，具有软法性质，故称为“君子协定”。

[1351] Bouchet, M. H, Clark E, Groslambert b. Country Risk Assessment: A Guide to Global Investment Strategy, John Willey & Sons, 2003.

中国出口信用保险公司（以下称中国信保）发布的《国家风险分析报告》对国家风险的定义为：“经济活动中所面临的，由于受到特定国家层面事件的影响，导致债务人（包括国家政府、公共部门和私人部门等）不能或不愿履约，从而给国外债权人（政府、银行、投资者和出口商等）造成经济损失或其它相关损失的可能性。”[1352]中国信保在综合分析各种风险维度的基础上，对中国以外的 193 个主权国家进行评级。从政治风险、经济风险、商业环境风险和法律风险四个维度进行评价。在综合分析各项分析维度的基础上，做出评级，分为 1-9 级，风险水平以此升高，此外国家风险展望分为“正面”、“稳定”和“负面”三个层次。

国家风险是一个风险集合，不同的机构对国家风险要素的关注重点差异较大。跨国银行对国家风险的研究关注商业机构的偿付能力，四大评级机构关注主权国家政府的偿债能力，中国信保作为中国的官方出口信用机构，对国家的风险研究的关注要素除了一国政府的政治、经济、财政以及金融状况，更加注重与对象国的外交关系，由于对于大型的工程承保和海外直接投资，其成功运营不仅要获得国家的行政许可，在融资方面还要获得政府主权债务担保，以确保这些项目能够稳定持续运营，一般而言，在政府换届或者对中国外交政策发生变化时，风险指数会骤然上升，由此带来的风险包括商业风险和政治风险。

（二）“一带一路”区域风险的分析视角

本文将围绕“一带一路”企业走出去中具有资本性输出的工程承包和直接投资所面临的风险展开。因为国际投资具有实体性和长期经营性，资本的表现形态主要以设备实物、技术、权益等有形和无形资产的形式，企业走出去的过程中，携带中国的劳务、大型装备和知识产权以及标准输出。在工程承包领域，实施方式日益采用 PPP 模式，除了建造完工需要关注东道国的投资环境外，工程交付后也会有长达几十年的时间由我国企业进行运营和维护，最终才转移并结束该工程承包项目。因此，海外工程承保也具有海外直接投资所具有的长期性、实体性特征，可以说工程承包是我国海外经济的典型方式。“一带一路”推进的初期，我国将以工程承保为主要模式推进，由此可见，从直接投资国家风险的视角[1353]关

[1352] 中国出口信用保险公司：《国家风险分析报告》，中国财政经济出版社，第 1-2 页，2009 年。

[1353] 第一种早期的国家风险定量研究主要是针对发展中国家债务违约风险的研究，20 世界 90 年代国家债务违约风险研究的重点转为风险评估模型的开发。第二种是以国家风险评级为主要内容的国家风险研究，主要讨论了政治因素，将政治因素作为变量进行程度分析，由于政治因素难以量化，很多其他因素没有纳入分析中。20 世纪以来，海外投资包括借款（第一种方法）、资产投资和和境外直接投资，后两者的风险侧

注“一带一路”的区域国家风险是较为适当的。

从海外直接投资的国家风险来源看，国家为投资者提供的投资环境，由于受到国家内部和外在的宏观形势变化的影响，都有可能引起国家或者国家有组织的团体（反对派或者恐怖组织）做出反应，对投资预期和最终收益造成损害。海外投资置身于东道国，东道国的环境是一庞大的系统，包括自然环境、政治环境、经济环境、法律环境、社会文化环境等。对于国家风险的分类，一般理论研究将东道国的国家风险主要分为政治风险、经济风险和文化风险。[1354]有的风险指数，如 ICRC 指数[1355]将国家风险分为经济风险、金融风险、政治风险三类来加权评估。欧洲货币国家风险指数分为政治风险、经济风险、债务指标、债务违约和获得融资的能力几个方面来评估，这些风险分类与其评价对象的特征相关性很大。

我国推行的“一带一路”战略，其沿线的区域国家对我国海外经济利益可能的风险，与三大信用评级机构以及各种风险指数的侧重点有诸多不同：中国崛起的国际地位、后危机时代的国际金融的不确定性、国际经贸规则重构，我国与投资国的国际关系状况等等，这些因素在研究“一带一路”推进中才是值得关注的特殊性问题，下文将避开国家风险分类，从风险来源的角度，有针对性地对“一带一路”区域所面临市场竞争风险、地缘冲突和政治风险、规则与政策风险、金融稳定风险、资源依赖风险等五个方面引发的国家分析深入分析。相应地，对于防控战略和策略，也将从国家风险防控的公法层面展开。

二、 “一带一路”推进中的国家风险分析

“一带一路”涉及约 65 个国家和地区，总人口约 30 亿，年生产总值 21 万亿美元，分别占全球的 62.5%和 28.6%，过去 10 年，我国与沿线国家货物贸易年均增长 19%，占对外贸易的比重未 24%，从沿线国家进口的原油、天然气、煤炭分别占我国进口总额的 68%、92%、42%。中国与沿线国家相互依赖，中国对外战略性资源的依存度依然很高。“一带一路”沿线的区域风险越来大，我国海外利益的风险敞口也随之增加。下面对“一带一路”穿越区域的地缘政治和国内政治简要评析。

重于系统性风险研究。参见李建平等著:《资源国国家风险——理论、评估方法与实证》，科学出版社，2014 年，第 15 页。

[1354] 白远著:《中国企业对外直接投资风险论》，中国金融出版社，第 76 页，2012 年。

[1355] 美国 ICRG 是历史最悠久的国家风险评级之一，不仅提供当前的风险评级，也给出未来 18 个月和 5 年的预测。ICRG 的用户包括 IMF、世界银行、联合国和其它国际机构，被称为“其它评级可以参考的标准”。

（一） “一带一路”推进面临的地缘政治风险

政治风险是指东道国主权行为所导致的外国企业价值减少的潜在可能性。[1356]政治风险主要从政治稳定性、社会安全性、政府干预和国际关系四个方面分析，主要关注战争与内乱、政府动荡、民族宗教、国有化行为、汇兑限制和国际制裁等。[1357]该风险是一种源于政治不稳定，通常是指东道国政体改变或政府更迭引起的稳定性变化。一般伴有战争、暴动、种族宗教冲突、抗议等政治动荡事件，给外资带来的是中断经营。二是源于政策不稳定，通常指东道国政府改变既定的政策，如终止国家经营许可合同，实行外汇管制，实行国有化或者征收。企业受到的损失是政府违约、失去所有权、本金和利润无法向境外转移。

“一带一路”海外投资遭受较多的是政府更迭和地缘冲突引发的战争冲突风险。当前地缘风险聚集的六大重点区域为中东、北非、巴基斯坦—阿富、越南—菲律宾—泰国—缅甸、俄罗斯与乌克兰，这一带被称为“不稳定之弧”。“一带一路”恰好穿越这些地带，我国在这一带的投资、工程承保有大量战略性能源、资源项目，目前有 1600 亿美元的海外资产面临较高的战争风险。并且每年的风险敞口在以每年 20%的速度扩大。2005 年至 2014 年期间发生的对外直接投资事件中 120 个舆论影响大、投资失败的典型案例中，25%的事件是因为政治原因导致失败，其中有 8%的投资事件在投资审批等环节因东道国政治派系力量的阻挠导致失败；有 17%的投资事件是在运营过程中因东道国的政治动荡、领导人更迭等原因遭遇损失。[1358]2015 年 1 月 27 日希腊新政府宣誓就职当天叫停了该国与中远集团合作的最大港口比港项目，且反复“变脸”。

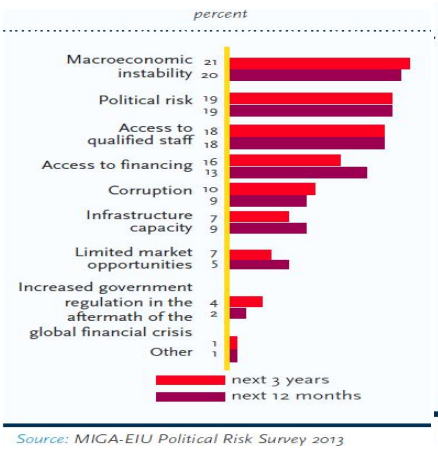
对于新兴经济体和大部分转型经济体，政治风险依然是外国投资者的最大担忧。2009年MIGA对投资者的调查问卷结果显示，政治风险、宏观经济波动、市场机会、基础设施状况、腐败、获得融资、政府干预、有效劳动力中，政治风险居于第一位，到金砖国家的投资者在政治风险中担忧最大的是转移、汇兑限制以及主权担保违约风险。但是，在2014年的调查中，报告显示如（图1）：对于到发展中国家的投资者，宏观经济稳定性第一次超过了政治风险，成为投资最重要

[1356] Stefan H. Robock, Political risk: identification and assessment, Columbia Journal of World Business，July-Aug.,1971.

[1357] 中国出口信用保险公司：《国家风险分析报告》，中国财政经济出版社，2014 年，第 3 页。

[1358]中国与全球化智库：《中国企业国际化报告(2014)》，2014 年 11 月。

的投资约束性考虑因素。[1359]相对于直接征收，不利监管改革[1360]和东道国政府违约被投资者认定为最大的政治风险来源。[1361]一些国家的政治过渡和社会转型也存在较大不确定性，这些将对“一带一路”规划的实现构成更大挑战和阻碍。在全球金融危机之后，贸易保护和投资保护政策有所升温，其中国有化仍然在转型国家频繁发生，直接股权征收，间接性征收的方式也越来越多样性和隐蔽性。



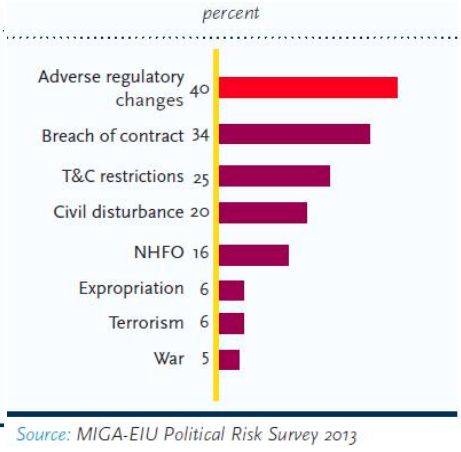


图1. 发展中国家投资者最重要的风险约束排名　　**图2. 2011-2013年由于政治风险的经济损失**

来源：MIGA-EIU 2013年政治风险调查

地缘政治是指国家所处的地理环境与国际政治的关系，地缘政治不但对世界各国的政治军事产生重大影响，而且在经济和社会层面的作用也日益突出，已经成为国家发展海外经济、制定外交政策的重要依据。[1362]“一带一路”穿越的区域，西亚、中亚、南亚、中东、北非均存在着地缘政治风险，可能遭遇的地缘战争冲突不断。西亚地区的宗教、种族和利益集团之间的矛盾是历史遗留问题，矛盾错综复杂，地区局势动荡。这一地区既有阿拉伯人、波斯人、犹太人、突厥人、库尔德人等之间的民族矛盾，也有伊斯兰教与其他宗教之间以及伊斯兰教逊尼派与什叶派之间的宗教和教派矛盾。部分国家之间还存在领土边界纠纷、经济利益纠葛以及政治制度和意识形态的显著差异，更不时有恐怖主义袭击的发生。中亚地的区乌克兰和巴基斯坦，作为中国在南亚的战略支点，在“一带一路”规划中

[1359] MIGA of World Bank Group: World Investment and Political Risk 2014: Cross-border Investment in Uncertain Times, p.18.2014, available at http://www.miga.org/documents/WIPR13.pdf , visted on 29 Mar., 2015.

[1360] 国家的正常管理行为，对原有法律、政策等进行非歧视的调整，这种行为在征收补偿理论中常常被认定为管理性征收，具有渐进性、不完全性。

[1361] MIGA of World Bank Group: World Investment and Political Risk 2013: Cross-border Investment in Uncertain Times, p.22. 2014, available at http://www.miga.org/documents/WIPR13.pdf, visted on 29 Mar., 2015.

[1362]参见初立忠《浅析地缘政治中的石油因素》，载于《学术交流》，2007 年 4 月，第 44 页。

无疑将发挥重要作用。这些国家政治体制不稳，相关国家政策和未来发展亦存在诸多隐患，“一带一路”面临的安全形势并不令人乐观。政治性暴乱（战争、国内骚乱、恐怖袭击）是中东和北非地区的首要风险，被调查的 2/3 的投资者选为最重要的约束，政府违约也排名很高。“中东北非地区很多大选、政权更迭增加了政治的不稳定因素，公共支出、财政赤字、经济考虑对现有体制的重组，导致政府难以继续履行对外国投资者的合同。”[1363]

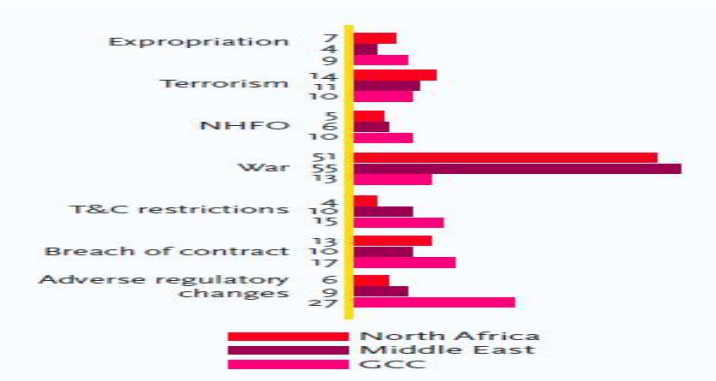


图3.中东北非地区最重要的政治风险　　来源：MIGA-EIU 2013年政治风险调查

在南太平洋地区，虽然东盟——中国区域贸易协定已经为区域经济合作提供一定的便利和保障，但是区域安全依然堪忧。美国“亚太再平衡战略”下，受美国、日本的挑唆，南海岛屿引发的冲突不断，菲律宾黄岩岛争端，缅甸不断取消中国项目。一系列政治风险事件发生，中缅密松大坝工程和中缅合资的莱比塘铜矿项目被叫停，中缅皎漂-昆明铁路工程计划被取消。[1364]由于国际关系问题，我国对缅甸投资急剧下降，与高峰时期的2010财政年度（约82亿美元）相比，还不到1%。缅甸虽不是核心节点，但它具有相当好的后发优势，在印度和中国两个大国之间，同时依托东南亚国家这个广阔的市场。密松水电站搁置就是因为要迎合美国，并以此获得2014年东盟轮值主席国资格和新政权的重大举措。中缅铁路搁

[1363] MIGA of World Bank Group: World Investment and Political Risk 2014: Cross-border Investment in Uncertain Times, p.25.2014, available at http://www.miga.org/documents/WIPR13.pdf, visted on 29 Mar., 2015.

[1364]密松水电站：2009 年底，由中国电力投资公司和缅甸国家电力公司及缅甸亚洲国际集团合作建造的密松大坝水电站开工，但在 2011 年 9 月，总统因为环境问题叫停该项目。总投资 36 亿美金、已完成投资 20 余亿美元将损失。莱比塘铜矿：2012 年，由中国万宝矿产缅甸铜业有限公司和缅甸联邦经济控股公司合资的缅甸莱比塘铜矿开工，投资 10 多亿美元，后因抗议事件被迫停工两个多月，中国企业造成每月 200 万美元的损失。中缅铁路：2011 年，中国铁路工程总公司与缅甸铁道运输部签署中缅胶漂-昆明铁路工程备忘录，但在 2014 年 7 月 21 日被铁道部叫停。该工程原计划投资 200 亿美元，2015 年前建成，中方负责筹措大部分资金，相应拥有 50 年运营权，至今搁置。

浅也是为迎合日本。就地缘政治环境来说，缅甸可以左右逢源。

与“一带一路”战略配套的“中孟印缅经济走廊”和“中巴经济走廊”、“中蒙俄经济走廊”这三个配套战略，是要将“一带一路””战略从陆上联通。希腊、斯里兰卡、缅甸、蒙古等都是地缘战略支点国家，铁路、港口历来被视为大国的手臂延长线、利益拓展的桥头堡，诸多大国都不会坐视这些据点被中国占领，相关的冲突可能还会加剧。恐怖主义、战争冲突增加了我国人员安全的风险。伊斯兰国、博科圣地等恐怖组织活动日益猖獗，宗教极端主义和分裂主义进入新的发展阶段，我国在境外的人员多、企业等显性资产多，但是安全保障却很薄弱，容易成为“三股势力”袭击的目标。曾经发生过委内瑞拉中信建设社会保障性住房项目营地遭抢劫、安哥拉以清查非法移民为由大规模抓扣工人，墨西哥扣押我铁矿砂运输船，越南打砸抢暴力事件等等，政治风险带来的人员安全风险剧增。

（二）“一带一路”推进所面临的市场竞争风险

市场竞争风险在对一地区国家风险的评估中也占有重要位置，依据当地的市场容量和可能进入的投资者，对竞争态势赋予风险数。[1365] “一带一路”区域的投资必然遭到守城大国的阻挠、抵制和破坏，市场竞争就是一种方式。市场竞争带来的海外投资风险首先表现在海外并购中。2003 年，TCL 集团与汤姆逊集团设立合资公司 TTE，共同投入电视和 DVD 生产。2004 年，TCL 集团投入 5500 万欧元现金认购阿尔卡特公司股权，收购其手机业务。但这两笔投资并未给 TCL 集团迅速带来收益，相反由于家电和手机市场激烈的国际竞争，两笔投资均出现巨额亏损。2009 年中铝收购力拓失败的一部分原因是多方竞争对手干扰了政府的决定。

海外工程承保面临的市场竞争压力也越来越大。中资企业在国际项目的竞标中，为了中标不断压力造价预算，项目工期和成本远超合同金额，损失惨重；中铁建中标墨西哥高铁被撤回，尽管基于程序公正和预算紧张被无限期搁置，但是这一波折背后隐含的还是激烈市场竞争问题。以工程承包为例，在 2013 年全球最大的 250 家承包商中，中国企业虽然数量是最多的，达到 62 家，但平均每家企业的市场占有率仅为 0.23%，而其他主要国家的平均市场占有率都超过了中

[1365]例如对对印度尼西亚的竞争态势评估时考虑：印度尼西亚承保工程市场潜力巨大，目前有 22 个 WTO 成员准备进入该市场。可以预计，未来印度尼西亚的承保工程市场的竞争会非常激烈。中国的竞争前景为：中国对印尼的投资发展迅速，但是市场份额小，处于起步阶段。白远著：《中国企业对外直接投资风险论》，中国金融出版社，第 123-124 页。

国。其中法国、德国、西班牙分别达到了 1.87%、1.84%和 1.13%。所以说，中国工程承包商正面临着日趋激烈的市场竞争。

“一带一路”推行中诸多海外经济大国，在沿线国家均有自己的战略利益，市场的竞争的风险也会凸显出来。我国“一带一路”战略以装备制造输出为领头羊，装备制造业的竞争态势不仅是贸易问题，更与直接投资、工程承保的顺利开展有关。高端装备制造业作为装备制造业的高端环节，在产业链占据核心部位，其发展水平决定产业链的整体竞争力。高端装备制造产业是战略性新兴产业发展的重要支撑。[1366]美国提出“再工业化”的发展战略，其实质就是要推动美国制造业升级，低碳经济、下一代新能源、智慧地球等发展路线，意在锁定高端制造领域，谋求塑造新的竞争优势。2012 年，欧盟委员会正式提出“新工业革命”，目前推进的“再工业化”，加强对已有产业高附加值环节的再造，核心在于抓住“新工业革命”机遇重构工业产业链，在德国政府此后推出的《高技术战略 2020》。俄罗斯的高端装备制造产业在航空和卫星及应用上很突出。日本、新加坡、韩国等亚洲东部国家在高端装备制造业上发展较为迅速。目前，中国制造业很大程度上存在产业大而不强、自主创新能力薄弱的问题。同时，受国际金融危机影响，自 2008 年迄今，国内外市场装备需求急剧萎缩。一些新兴国家依靠资源、劳动力等比较优势，以更低的劳动力成本承接劳动密集型产业的转移，与中国形成了同质竞争。“再工业化”之际，各国对装备制造业的重视，不仅对中国高端装备的未来发展构成激烈竞争，而且还将对已经形成优势的产品造成市场空间挤压。

（三）“一带一路”推进所面临的规则风险

在国家风险管理体系中，国际规则和国内法律所形成的风险被称为投资风险，主要包括劳务劳工风险和市场准入风险。[1367]随着国际经贸规则的重构，国内法在实施和适应国际规则的过程中，对海外直接投资和工程承保提出了更高监管要求，近来在“一带一路”推行中可能遇到的新风险包括：准入方面的国家安全审查、经营者集中的反垄断审查和国有企业竞争中立问题，准入后主要面临对企

[1366] 高端装备制造业的五个重点子领域，即航空装备、卫星制造与应用、轨道交通装备业、海洋工程装备和智能制造装备业，在全球的分布不均。参见角卜升：《装备制造业全球竞争格局大盘点》，http://www.sinotf.com/GB/News/1003/2015-03-14/1NMDAwMDE4Nzc1Nw.html，2015 年 3 月 14 日访问。

[1367] 白远著：《中国企业对外直接投资风险论》，中国金融出版社，第 123-124 页。高鸣飞编著：《中国企业海外并购与风险防控》，中国法制出版社，2012 年，第 97-102 页。

业社会责任投资高标准，以及行业标准融合与冲突等风险。“一带一路”沿途国家国情和发展战略不同，政策也和法律体制差异很大，经营环境复杂。中国在海外投资领域是后来者，世界既安全又好赚钱的地方已被发达国家捷足先登，中国企业走出大多集中在政治风险较高、政策法律多变的地区，遭遇政策法律风险成为常态。最近中国企业在斯里兰卡、希腊、墨西哥遭遇的风险，与东道国朝野更迭、政府换届密切相关，境外重大合作项目往往超出商业范畴，可能影响东道国政治、经济、社会生态，一不小心就会触及各种利益集团的争斗。一些东道国资源民族主义、民粹主义、保护主义思潮升温，对资源开采与加工、环境保护、外来移民、原著民等问题更加关注，增加了大型项目的困难和成本。

第一， 准入阶段国家安全审查和反垄断审查持续升温。随着投资量的增大，国家相对于经济增长，在吸引外资时更注重国家政局的稳定，考虑投资的政治目标，否决与其政治目标相悖的项目。美国引领着安审制度的潮流，并且在新国际规则谈判中，考虑引入“安全审查”条款。美国外国投资委员会（CEIUS）对收购方和被收购方的资产、融资和收购方式、是否涉及敏感技术、对美国国家安全及其他美国公司利益的影响等内容进行审查。一旦进入安全审查程序，往往意味着已经出现了政治上的反应，相关的利益集团会提出激烈的反对意见，甚至国会、媒体、公众都会介入相关的争论。本属商业行为的对外投资很容易被政治化，且遭到否决。2011 年——2013 年期间，来自中国的投资者安全审查数为 54 起，占比 17%，位居第一。包括涉及的交易包括、关键技术以及来自抵制犹太人或未取缔恐怖组织的国家的投资三个部分。[1368]自从 2008 年中铝联合美国铝业收购力拓 12%的股份之后，澳大利亚加强了对外国投资的审查力度，并颁布了“六条原则”，规定投资者的运营不得有政府背景、不可妨碍竞争对手或导致垄断、不能影响到澳大利亚的国家安全等。[1369]

“一带一路”中的国家已在以安全审查的理由终止中企项目。2015 年 3 月 5 日斯里兰卡政府决定暂停由中企投资建设的科伦坡港口城项目的施工；2015 年 2 月初菲律宾政府宣布，出于国家安全考虑，要求在菲律宾国电工作的中国专家

[1368] Committee on Foreign investment in the United States: Annual report to congress, Feb., 2015, Available at http://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Pages/cfius-reports.aspx, visited on 29 Mar., 2015

[1369] 张庆麟，刘艳：《澳大利亚外资并购国家安全审查制度的新发展》，载于《法学评论》，2012 年第 4 期。

于今年 7 月前离境；在巴西等发展中国家也加强了安全审查，安全审查这道安全阀日益在新兴市场国家得到应用，因为新兴市场国家更加注重政府在经济崛起时的重要作用。

第二，“竞争中立”原则对中国国有企业的对外投资可能产生较为深远的影响。正在谈判的高标准国际经贸规则，将“竞争中立”原则纳入投资规则中，发达国家为了保持国内中小企业的竞争力，对国有企业之类操作不透明、市场化程度低的企业排除在合格投资之外。[1370]尽管这个原则还在讨论之中，但未来很可能会在更广的范围内推广，“竞争中立”原则可能直接针对国有企业，并涵盖国际贸易与投资领域，对全球投资规则产生较大的影响。同时，对主权财富基金的监管也会变得越来越严格。受政府控制的投资者（国有企业和主权财富基金）在投资中日益活跃，非商业动机和母国支持而获得的竞争优势会扭曲竞争，在国际投资协定中将可能在投资者的定义中专门界定“受政府控制投资者”，或者增加国有企业与中小企业竞争中立条款。[1371]

第三， 社会责任投资的国际责任将会在东道国法律和政策中实施，将客观上提高对中国企业在对外投资过程中压力和成本。企业社会责任的概念最早是西方跨国公司为应对东道国的工会罢工而提出的。目前，对企业社会责任的限制多为一些不带有强制约束的指南，如联合国倡导的“三重底线”，即企业的经营应有利于经济、生态、社会三个方面的发展。国际标准组织在 2010 年推出了 ISO26000，强调企业要承担社会责任，但这只是一个指南，不是一种认证标准。对企业社会责任影响最大的是 OECD 提出的《跨国公司指南》。该文件自 1976 年推出之后，历经数次修改，对信息披露、人权、劳工标准、环境保护、反贿赂和敲诈等进行了较为详细的阐述。尽管其不具有法律效力，但影响越来越大。正在谈判的高标准国际贸易、投资规则，正在将具有较高要求的人权保护、可持续发展环境标准、劳工标准作为具有拘束力的条款，以强制执行的义务纳入国际经贸协定，或将不考虑当地的特殊情况。中国企业在外国投资的时候，由于对当地的经营环境了解不够，往往会遇到很多与社会责任有关的困扰。比如首钢秘鲁公

[1370]这一原则是由澳大利亚提出来的，2011 年美国国务卿希拉里·克林顿高调提出“竞争中性”原则，2012 年再次重申，所有的 G20 国家都必须确认这一原则。之后 OECD 启动了对“竞争中性”原则的研究，并准备相关的指南。

[1371] OECD Working Paper: The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors. Jan., 2015. Available at http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2015-01.pdf, visited on 29 Mar., 2015.

司，几乎从建厂一开始就遇到罢工问题，而且还在收购价格偏低、投资承诺不兑现等方面受到指责、调查或罚款。

第四，走出去中的标准垄断与冲突，其本质是遇到了“互联互通”中规制相通的障碍。中国企业走出去的水平不断提高，高铁、核电、电力电信等高端技术也对西方国家形成竞争压力，一些境外大型项目处于战略要地，守成大国除了暗中下黑手破坏外，还会充当第三者协助当地以中国为标准垄断为名提出质疑。

中国铁路建设标准在非洲引起了关注。2014 年 12 月 1 日晚 20 时，中国铁建承建的尼日利亚铁路现代化项目第一标段——首都阿布贾至卡杜纳铁路宣告全线铺通，非洲首条按照中国铁路技术标准修建的现代化铁路通车。技术标准的推广具有多重意义。首先，标准意味着进入门槛，只有符合相应技术标准的企业才有资格进入所在国市场；其次，技术标准是影响造价和预算的关键因素，不同技术标准下建造工程的投资会有很大差异；第三，非洲国家一般引用欧洲铁路技术标准，中国标准的选用难度很高，需要两国专家协同工作，并经过管理部门的严格审查。中国铁路技术标准的推广，不仅能够带动中国相关产品、技术和服务出口，也为中国企业下一步更多地参与该区域铁路网络建设打造良好基础。

中国铁路标准受到质疑有多方面原因。首先，中国道路基础设施建设为主的“中国标准”，在深受西方殖民历史和文化影响的非洲，“中国标准”的接受度还有一定的难度。“在非洲的铁路到底要修多宽，究竟谁的技术标准更胜一筹，很多行业内的人也认为很难评判，因为目前无论是非洲还是西方其他国家，对中国技术标准还处于不了解的阶段。”[1372]其次，世界领先的技术，还不能直接与非洲国家的经济发展程度相匹配，无论在西非的尼日利亚还是东非的肯尼亚、埃塞俄比亚，中国建造的货运时速 80 公里、客运时速 120 公里的铁路，是中国二级铁路（绿皮车）的标准，但在当地已相当于一级铁路。第三，不过，“中国标准”的含义比中国技术更为宽泛，一定程度上，它是指从出资到技术再到管理整套生产链的全部“中国化”。一旦确定采用“中国标准”，中国的大型机械、钢轨等硬件设备就不远万里海运而来。在埃塞，无论是轻轨、大铁路，还是隶属于新能源领域的风电项目，中国签订的合同都是设计采购施工（EPC）合同（即“交钥匙”工程），从规划、设计、施工到运营整个过程的“一条龙服务”。

[1372]王衍，漆菲：《“中国标准”强攻非洲》，载于《凤凰周刊》，2015 年 3 月刊。

中国标准在推广的过程中，一者会受到国际竞争实力的指责，引发市场竞争冲突和反垄断；二者，如果不注意与当地需求相协调，会引发与当地民众的冲突，被冠以“新殖民主义”。上世纪 70 到 80 年代日本企业“走出去”的过程中，当年日本企业在东南亚的投资和建设，由于不注重当地的诉求，引发了反日浪潮。所以，在标准推广的过程中，必须考虑到受建国的经济、环境、人口等因素，实施可持续地向外走出去。

（四）“一带一路”推进所面临的资源依赖风险

我国对外能源依赖度非常高，多种因素叠加，我国的能源类投资曝露在巨大的国家风险之中。 下图显示出我国对石油和铁矿石的对外依赖度已经超过了 70%，最近粮食也开始日益依赖进口，例如实际上进口大豆已经占到了我国消费的大约 80%，保障粮食安全也成为企业走出去的战略之一。国际能源机构在 2000 年《世界能源展望》中预测，中国在 2020 年石油的对外依存度将达到 76.9%，到 2030 年，中国石油对外依存度将达到 82%。

能源和资源类投资是多数国家海外直接投资非常重要的领，而能源和资源一般集中在地缘政治冲突聚集的地方，外国投资者之间的利益冲突也比较汇集，对于资源依赖严重的经济发展大国之间的争夺也构成风险的来源。例如,伊拉克战争后，我国企业已成为该国石油的最大投资者，占了 25.5%的市场份额，获取了哈尔法亚、阿赫代布、鲁迈拉等油田的开采权。随之而来的，就是我们的这些海外投资当前正面临着伊拉克国内 IS(伊斯兰国)叛乱活动的威胁。

资源类直接投资除了会产生破坏当地资源环境、移民安置投资社会责任风险外，对于资源型国家，我国与该政府的产能合作的能源投资项目，在经济、金融市场波动剧烈的情况下，产生的国家经济、金融风险最为突出。以最近的俄罗斯为例，卢布汇率与原油价格相关系数为 0.954，在西方制裁和石油价格大幅下跌的影响下，俄罗斯经济将再次陷入衰退，物价水平特别是食品价格上升。由于融资受限和汇率贬值，俄罗斯企业和银行面临较大的外债偿付压力。国际储备实际水平低于名义水平，且流失较快，但短期内仍有较高的主权债务偿付能力。为了进一步稳定金融体系，俄罗斯很可能出台外汇管制措施，在美国可能扩大制裁、石油价格跌破 60 美元/桶、资本外逃加剧、国际储备继续下降的情况下，俄罗斯下一步出台更为严厉的干预措施，其中包括可能重启当局一再否认的外汇管制措

施，而在俄罗斯投资的外商企业，在将卢布换为美元汇出时可能受到限制。

资源国国家因大宗商品价格波动，其国家财力容易受到能源价格的限制，通过经济风险[1373]和金融风险表现出来。世界经济复苏乏力，全球总体需求不足，原油等资源出口国财政收入急剧减少，对外大项目合作能力和意愿下降。这些国家一般而言主权负债高，前些年流动性充足时大举外债，易受到美元升值和加息的严重冲击，尼日利亚、委内瑞拉等国就是典型。石油和天然气是阿尔及利亚经济的支柱，大约占总收入的 60%和出口收入的 95%，油价波动直接影响到国家的偿债能力，我国在产能合作方面，与能源国家签订了大量的“贷款换石油”协议，能源国家经济结构的特殊性与整个国际市场对能源的疲软需求之间的矛盾越来越突出，我国在产能需求方面也呈现出不断下降的趋势，对能源国家的风险管控的挑战也不断增强。

除了能源国家经济结构受国际宏观经济影响引发的偿付风险外，通道安全风险也是能源安全的重点之一。中东地区的霍尔木兹海峡、中亚和里海地区的航道、马六甲海峡[1374]，这些重要的石油运输咽喉是美国、日本等国争夺要地，再加上周边国家内战、地缘冲突不断，威胁着我国能源的安全运输。

（五）“一带一路”推进面临的金融市场稳定风险

金融风险主要指东道国外债水平、国际收支状况、外汇汇率变动、金融体系及金融市场的稳定性等基本因素变化所引发的外资损失的可能性。其中外债水平、国际收支状况和汇率稳定性是构成金融风险的重要因素。这些金融要素与一国的经济风险有联动性，如市场汇兑损失、债务违约或重组，都可以通过影响金融制度和政策引发国家经济风险，如汇率制度和外汇限制等政策。“一带一路”区域国家的市场化水平低，64国中有14国尚未加入WTO，金融体系不健全，又有很多以能源交易为经济命脉的国家，易受国际金融波动的影响。

一般而言，发生金融风险的国家都会对外资的投资利润和资本进行转移限制，以避免外汇进一步流失。在更特殊的情况下，政府会直接接管或者没收外商投资

[1373] 经济风险主要是由于东道国宏观经济基本面的变化导致外国投资者或债权人资产损失的可能性。宏观经济基本要素主要由经济增长率、就业、通胀、财政收支状况等，这些基本要素的变化，会造成外国直接投资潜在货实质性的损失，如市场需求萎缩等，从而导致相应的经济制度和经济政策变化引起国家经济风险，如国家的国有化政策、投资准入壁垒等。

[1374] 中国原油进口的 80%都要途径马六甲海峡，谁控制了马六甲海峡，谁就随时威胁中国的能源安全，中国必须破解“马六甲困局。”详细参见初立忠《浅析地缘政治中的石油因素》，载于《学术交流》，2007 年 4 月，第 48 页。

的资产。金融风险的另一重要表现是汇率波动带来汇兑风险，投资企业将获得利润汇回国内时，企业资产和利润大幅贬值，遭受资产缩水。金融限制举措无疑增加了企业的资金成本，缩小了融资渠道；对于生产型企业，挤压了利润空间；对于股权投资企业，降低了市场交易的溢价空间，减少了市场退出机会。

“一带一路”国家金融风险对我国企业影响最大的还是主权债务违约，债务危机引发投资风险增加。“金融风险实质上反映了东道国履行偿付外债承诺和对官方、商业和贸易支付能力的大小。”[1375]新兴经济体将可能成为下一轮债务危机的策源地，阿根廷、委内瑞拉的债务问题表明主权债务引发的金融风险初露端倪。过去两次债务泡沫之后的美元升值，都导致了危机。金融危机后，超低的资金成本刺激了新兴市场外部融资热，截至 2014 年，前十大新兴经济体外部借款总额比 2008 年增长 107%，这些贷款大部分是以美元计价，随着经济危机结束，美国货币政策与其他非主要货币政策的分化，截至 2015 年 3 月，美元指数突破了 100 整数，创 2003 年以来新高。考虑到当前新兴经济体庞大的美元债务规模，截至 2014 年，前十大新兴经济体外部借款总额约为 2.9 万亿美元，未来要重点关注外储薄弱的拉美国家，外债负债率较高的部分亚洲国家，如土耳其、蒙古和马来西亚等。

三、 “一带一路”推进中的国家风险管理的法律防控

“一带一路”战略是自上而下展开的海外经济发展的新格局，不论从西方发达发展海外经济的历史看，还是一带一路区域所面临的现实困难和风险程度来看，政府在海外直接投资的发展中发挥着主导作用。对于防范和管理国家风险，方法有很多种，其中运用国际规则、发挥国内法的威慑作用，国内法和国际法双管齐下，法律方法具有军事、外交手段所不具有的优势，上升到国际法的国际协调是一种利益捆绑、风险共担的风险管控机制。下文将简要提出国内法的控制途径，重点探讨我国如何运用“一带一路”区域合作新形式，通过自由贸易协定、投资保护协定以及能源合作安排来保障“一带一路”海外投资的安全。

（一）“一带一路”国家风险防控的总框架

我国的海外经济保护目前仍处于总体规划和起步阶段，有了发展方向，也意识到了可能存在的风险，但是我国海外经济保护亟待提升管理机制的权威性，明

[1375] 王海军著：《中国企业对外直接投资的国家经济风险》，中国经济出版社，2014 年版，第 124 页。

确责任主体和监管服务的重点。本文认为海外经济安全网的构建至少要包括以下部分：

首先是宏观统筹和建立安全协调机制。遍布全球、大规模的海外资产，诸多复杂的利益主体，要想获得全面有效的保障安全，首要的是在国家层面进行统筹管理。国内部委现在是“九龙治水，各管一片”，引发海外中资企业则恶性竞争，在中央层面设立一个海外经济发展的管理协调机构，目前的部际协调会议两年开一次会的机制不能胜任此重任，统筹管理委员会要履行海外经济发展统筹管理的职能:（1）制定发展规划，逐步实施 “一带一路”战略，制定海外经济战略产业、区域和国别中长期规划；（2）提供海外经济统计和信息服务，统计完备、底数清晰才能控制风险，对私人机构不能提供的经济、行业信息提供保障；（3）海外金融与海外实体经济联动机制，利用我国的外汇储备和资金实力，在海外实体经济发生危机时，要组织实施有针对性的金融资产操作，进行威慑和反制，如我国的中投集团就可以担此大任。在国家安全委员会之下设立海外经济安全工作组，将海外经济安全上升到国家安全核心利益的高度来落实。安全协调机构至少要包括外交部、商务部、财政部、国防部、安全部和公安部、民航总局等单位，负责对海外经济安全的日常监控和应急处置。外交协调、领事保护是题中之义，最后还要有一定的军事保护手段。

其次是加强金融保障机制建设。金融是海外经济发展的基础，顺畅的金融通道为海外经济的高效运行提供促进和保障机制，针对海外经济安全发展，至少我国可以从三个方面着手，（1）建立主权债务统一管理机制，由专门金融机构统一接受主权债务，根据各国风险状态，设立国别风险敞口，然后根据项目需要，配置给相关金融机构和中资企业；（2）设立海外投资保障基金，对于走出去企业在海外遭遇到的不可抗风险进行损失补偿；（3）推进人民币国际化，建立起统一的人民币国际清算体系，拓宽投资渠道，使得人民币作为境外投资工具， 中资银行要不断丰富和提升跨境人民币的服务内容和水平。“金融投资不能央行托底，安全风险不能解放军托底，必须让利益攸关方和社会力量对接上，把我要维护安全变成他们要维护安全。”[1376]不仅要引入民间资本，更要鼓励外国信用等级

[1376] 王义桅：《绸缪一带一路风险》，载于《中国投资》，2015 年第 2 期，第 38 页。

较高的金融机构以来境内发行人民币债券、入股新兴金融机构的方式，利益共享、风险共担。第三，积极参加国际合作。第四，完善国内保障的法律体系建设。

以上是从我国对包括“一带一路”在内的海外经济安全保护的机构设置和管理机制方面的总体建议，法律保障机制是中国海外经济安全网中必不可少的一环，因为安全网构建中的很多方面都需要纳入法治的轨道，参与到全球治理之中。

（二）国内法对“一带一路”国家风险的防控

在国际立法实践中，通过国内立法保护海外投资最严格的是美国。美国在1961-1994年通过三个修正案[1377]，都指向海外投资利益的保护。Hickenlooper修正案是对《1961年对外援助法》第620款的修改。该条文禁止了对古巴的援助，停止从古巴进口糖。在Hickenlooper修正案中，确立了赫尔原则，即任何一国政府无权以任何理由没收私人财产，除非给予了及时、充分和有效的补偿。1972年Gonzalez修正案是对《泛美开发银行法案》的21款、《国际开发协会法案》第12款以及《亚洲开发银行法案》第18款的修改。该修改为：总统应授意每一个多边开发银行的执行董事，投票反对没收美国资产的国家运用这些机构的资金。[1378]1994年Helms-Gonzalez修正案是对《对外关系授权法案》的第527款进行的修改，针对尼加拉瓜的情况，进一步加强了对没收资产行为的惩罚。对1956年1月1日以后没收美国公民财产的国家，取消对该国的援助，包括在成为美国公民之前被没收的财产。[1379] 当然，不同的国家对海外投资保护有不同的立场，体现在国内立法和政策中也会有所不同，拉美国家针对外资司法管辖权在国内法中确立“卡尔沃条款”。反对东道国政府给与外国投资者超国民待遇，绕开国内救济直接行使外交保护，力争确保争端应在东道国国解决。对于补偿标准，大国数国家在本国的《土地法》中确立“适当补偿”标准对外资统一管理。

我国已有的关于海外经济保护的法律非常少，大多是一些规定、办法，法律位阶低，责任主体不明确，机构职能混乱并且还存在监管真空地带。当下我国亟需要建立一套保护海外利益的法律体系，避免现有法律之间的冲突和交叉。中国国出口信用保险公司、进出口银行这些官方信用机构均没有明确的法律规定其法

[1377] 分别是Hickenlooper修正案、1972年Gonzalez修正案和1994年Helms-Gonzalez修正案。

[1378]: Committee on International Relations and Committee on Foreign Relations,2003,Legislation on Foreign Relations Through 2002,July, Washington, DC,U.S. Government Printing Office.

[1379] Ibid,. Also see Protecting Foreign Investors in the Developing World: A Shift in US Policy in the 1990s? Goose(ed.),International Business and Government Relations in the 21st Century, Cambridge University Press, P.427.

律地位，对外融资、保险和担保业务中常常引发外国政府和合作机构的质疑，更不用说用国内法的强制力和威慑力来长臂管辖海外经济利益。

“一带一路”的推行国内立法势在必行。本文认为一是可以通过《对外援助法》对受援国进行约束，确保其对中国的经济利益予以适当的保护；二是可以通过国内法对损害中国海外经济利益的国家或企业进行限制。

第一，出台《中华人民共和国对外援助法》，构建中国海外经济援助制度。对外援助不仅是一种外交工具，当国家通过贸易投资等经济活动开展海外援助时，就发展为国家海外经济风险防控的一种手段。发展海外经济的国家都有自己的对外援助法，对国家对外援助行为进行规制，在对外援助法中，美国和日本都有外国税额扣除制度，税收优惠制度中还规定了赋税亏损退回与赋税亏损结转，即用退税来补偿企业亏损，或通过结算亏损来抵销未来数年收入，从而减免企业税收，获得补偿。

第二，颁布统一的《中华人民共和国海外投资促进与保护法》[1380]，进一步规范对外投资的主体、程序和权责。总体而言，海外贸易与投资立法主要包括监管制度、鼓励制度和保护制度。与这些领域的单行法并行实施。我认为这一统立法会涉及保险制度、金融支持、税收优惠以及信息服务诸多方面。具体而言，可以从以下方面对海外经济从以下方面进行规制：

（1）简化海外经济走出去的审批、办理程序：2009 年颁布，《境外投资管理办法》总结以往境外投资审批工作经验，2014 年负面清单管理制密集登场，5 月 8 日《境外投资项目核准和备案管理办法》、《外商投资项目核准和备案管理办法》，5 月 22 日《政府核准投资项目管理办法》，展现了中国投资贸易便利化和风险控制的新模式，但是这些单行法不成体系，可以在本法中做出原则性规定，为单行立法提供指引；（2）海外投资有关的外汇管理规定：我外汇管理局在 1989 年发布了《境外投资外汇管理办法》，其 1993 年发布的《境外投资外汇风险及外汇资金来源审查的审批规范的通知》中，规定了风险审查和境外投资外汇资金来源审查的要求，外汇管理局于 2009 年发布《境内机构对外直接投资外汇管理规定》。这些规定已经与中国汇率市场化的进程不相称，与新的海外经济风险控制不相协调，也需要在统一的立法中规定；（3）税收和金融激励立法：

[1380] 对海外投资立法进行论述的著作有梁开银著：《中国海外投资立法论纲》，法律出版社，2009 年。裴长鸿著：《中国海外投资促进体系研究》，社会科学文献出版社，2013 年。

我国商务部曾联合相关部门于 2003 年发布了《关于进一步支持企业在非洲开展资源领域投资合作有关政策问题的通知》，通知中提到，对投资者在非洲进行的资源开发与合作要加大支持力度，特别是政策性资金上的支持。2004 年，国家发改委还联合中国进出口银行共同建立了境外投资信贷支持机制，并由进出口银行根据国家每年境外投资发展的计划，在其出口信贷计划安排中处理境外投资专项贷款的具体事务。 2008 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国企业所得税法》中有两条规定体现了对海外直接投资的税收优惠政策，有直接抵免和间接抵免规定。在分散部门法规定基础上，《中华人民共和国海外投资促进与保护法》可以只针对海外贸易与投资风险控制的税收金融制度做出详尽的规定。（4）海外投融资、担保保险制度。应该用一章专门对中国信保、中国进出口银行以及国家开发银行的法律地位、职能、协作关系和责任做出明确规定；（5）信息服务的机构与机制。参考美国立法如《居住境外的美国人安全指南》、《美国境外企业安全指南》、《纵览海外安全防范》、《如何保护美国海外商业信息》、《美国海外商业旅行者安全指南》，用一章节对信息服务和机构协作的内容做出规定。此外，《中华人民共和国海外投资促进与保护法》还要对海外投资、海外金融资产、海外能源供给、海外粮食安全、海外矿产资源、海外基础设施、知识产权保护等具体问题做出规定。

（2）《中华人民共和国海外投资促进与保护法》基本可以将中国海外经济安全网的机构设置、职能责任予以法律确认，将贸易、投资、海外工程承包、金融保障、以及信息服务和应急机制做出较为明确的规定，通过国内法的手段对海外投资者实行监管、对危害中国海外经济利益的行为进行遏制、威慑，间接为海外经济提供保护，这部综合性的法律将成为“一带一路”海外经济发展的保护伞、安全网。

（三）国际法对“一带一路”国家风险的防控

美国的“两洋战略”伴随强有力的合作机制不断向纵深方向推行。在“亚太再平衡”方面，TPP 谈判联合东南亚诸多小国，从诸边协定逐渐达成具有强制约束力的多边区域协定，并将中国排除在区域协定机制之外。在拥抱具有技术、市场优势的欧洲方面推行 TTIP，在技术、监管标准等规制一体化方面达成一致，形成国际法合作机制。中国处于重重包围之中，我国提出了“一带一路”的战略

举措，力争缓解内忧外患，为世界创造新的经济增长点。习近平指出，加快实施自由贸易区战略是一项复杂的系统工程。要加强顶层设计、谋划大棋局，既要谋子更要谋势，逐步构筑起立足周边、辐射“一带一路”、面向全球的自由贸易区网络，积极同“一带一路”沿线国家和地区商建自由贸易区，使我国与沿线国家合作更加紧密、往来更加便利、利益更加融合。

“一带一路”战略的实施也就意味着将来中国与东沿线国家在物流、人流、资金流、信息流实现互联互通，这将带动我国与周边国家对外开放实现一个新由此的历史性突破。“一带一路”战略推行背后隐藏着巨大的海外投资风险，沿线64国大部分都不太平，如果没有从国家层面制定有效的风险防范机制，走出去的企业很可能会血本无归，而走出去的企业大部分是国企、央企，如果发生亏损，那损失的还是国家财政的钱，是国家重大利益的损失。第十二届全国人民代表大会第三次会议政府工作报告对此重大部做出重大部署，报告提出了相应的保障措施，“扩大出口信用保险规模”，“拓宽外汇储备运用渠道，健全金融、信息、法律、领事保护服务。注重风险防范，提高海外权益保障能力。让中国企业走得出、走得稳，在国际竞争中强筋健骨、发展壮大”[1381]。最终要实现以我国为主的“一带一路”区域经济一体化新格局基本建立，与沿线国家形成利益共同体，命运共同体和责任共同体，我国在周边事物和全球治理结构中占主导优势。

1.运用国际法构建“一带一路”区域经贸安全保障机制的必要性

与中国的“一带一路”战略相比，美国“两洋战略”以国际协定先行为特征。上升到国际法高度的区域性多边协定是国际经济合作的最有效的机制，这种机制在国际经济治理中逐渐成为主导方式。国际经济协定具有权利义务对等、互利互惠的特征，一方的权利是靠另一方履行义务而获得，权利和义务的依存本身就构成了一种监督机制，你中有我、我中有你。同时，国际协定具有强制性法律效力，对缔约方有拘束力，国内和国际争端解决机制将违约方提交第三方审判，当下WTO争端解决机制、ICSID投资者——国家仲裁机制已经发展得比较成熟，其裁决和上诉专家组报告，都会在国际范围内产生很大影响，赔偿、履行、反报、报复以及赔礼道歉这些国际违约救济方式，以矫正正义的方式恢复最初国际协定的权利义务分配。

[1381] 2015年政府工作报告，第三部分把改革开放扎实推向纵深：加快实施走出去战略。

“一带一路”沿线国家的区域合作是诸多贸易协定的整合，经贸合作格局的再调整。一带一路所包括的 64 个国家和地区，每个国家都加入了多个双边或者多边经贸协定，例如，欧盟、东盟自贸区、《俄白哈协定》统一关税区、中亚石油输出国组织。从贸易层面而言，关税区与非关税区的贸易壁垒降低了货物和服务层面的自由流动，我国提出的装备输出的发展模式，这些以货物贸易为载体的资本性输出将受到歧视待遇和非关税壁垒的阻碍。从海外投资和工程承包的资本输出而言，我国投资和投资者的利益曝露在巨大的国家风险中，对于企业收益和我国国家利益非常不利。对于贸易投资争端解决而言，商业活动通过非政治途径便利高效解决直接决定了“一带一路”区域发展的持续和活跃程度，如果区内的贸易都通过 WTO 体制、投资争端诉诸 ICSID 仲裁，不仅成本高，而且大有扩大我国与沿线国家争议不利影响之嫌。投资担保在沿线区域进行多边体制的构建，避免了国家的 ECA 机构在双边层面多次签订合作协定，大大提高了投资担保、保险保障的联动性和高效性。因此，有必要围绕“一带一路”建立新的区域经贸合作组织，以法律文件的形式对区域组织的合作协调做出确认，促进“一带一路”安全、高效推进，增加国家之间合作的互信和互利。

“一带一路”的区域经济合作格局，打破了已经形成的以大洋或海域为中心的区域经济一体化合作的局面。“21 世纪丝绸之路经济带”和“海上丝绸之路”的沿线建设涉及 64 个国家 30 亿人口，4213.29 万平方公里，未来 35 年的推进实施将形成人口最多、覆盖面积最广的区域合作组织[1382]。在陆地上中国-蒙古-俄罗斯-中亚五国、南亚地区、中东欧和独联体国家、以及西亚北非地区将形成更紧密的经济合作组织，加速陆地区域经济一体化。海洋上，地中海、里海以及太平洋地区国家将增加一带一路建设元素的互利共赢合作内容。

“一带一路”是对现有国际贸易投资合作机制的再整合，是打破 TPP、TTIP 的新区域一体化经贸合作机制。一带一路的合作机制不是从零开始的另起炉灶，而是已有机制或者正在谈判条约的延续和升级，充分依托于中国与有关国家的双边和多边合作平台。将为上海合作组织、欧亚经济联盟、中国东盟自贸区等既有的合作机制诸如新的内容，加速中蒙、中欧等经贸协定的谈判，以点带面地逐步形成横跨欧亚大陆、连接非洲大陆的跨区域一体化，这一规模和范围远远超越

[1382] 美国“两洋战略”涉及 39 个国家，人口 10.4 亿，面积 3548.01 万平方公里。

TPP 和 TTIP 美国“两洋战略”，在“一带一路”推进的过程中，逐渐形成“一带一路”的跨区域贸易投资合作协定，形成新的区域协调机构和组织，在实务层面推进全球经济治理的水平。

没有上升到国际法高度的区域合作，各类合作主体我行我素的风险极大。“一带一路”穿越地区与美国“两洋战略”区域相比，经济发展水平低，经济总量仅为“两洋战略”区域的三分之一，“一带一路”的平均风险等级为 5.51，“两洋战略”为 3.64，可以说穿越“一带一路”如过火焰山，险境丛生。“没有了实体和机制的约束，国家层面的战略利益也就让位于经济，至于利益共同体和命运共同体、责任共同体，在没有了机制和体系的条件下，更多的只能是说说而已。“[1383]国家利益的实现，最关键的就是构建了实体组织和机制，只有达到了这种程度，才能称得上具有地缘政治影响力的国家战略，也只有实体和机制，才能真正确保市场利益的安全。

纵观历史上区域一体化的推进，没有那个经济组织没有国际法律文件确认是可以长久运行的。同样地，没有法律文件支持的“一带一路”经济合作只能停留在“倡议”层面上，没有确定的组织机构，非约束性规则的、过于灵活的经济合作体系不能实现国家间的高效协调，“一带一路”的安全、高效推进，必须有涉及贸易、投资准入便利化、自由化，投资保护和争端解决在内的国际规则作保障，用具有约束性的规则规制各国政府的行为，才能为我国海外投资利益提供安全保障和公平的竞争环境，才可以促进一带一路沿线地区的经济一体化进程的推进，中国商品、服务、工程、管理和技术在“一带一路”沿线国家内长期交易和运营，实现一定程度的本土化，这将增加中国标准和中国文化等要素的渗透，加速政治认同。

“一带一路”区域的国际投资保护的协定，是国内信用保险发挥保障作用的前提，是企业风险管理的基础。从世界范围来看，美国、德国、日本、法国等国家的官方出口信用保险出口的承保条件中，对“合格东道国”的要求是，必须与本国签订了双边投资保护协定，可以以条约向东道国行使代为求偿权。在企业订立项目合同时，“双边、多边经贸协定对于企业来说是寻求保护、搭建合同框架的第一道屏障，在项目初始就设计好争议解决机制，可以在出现争议时争取到

[1383] 陈功：《“一带一路”成本有多大》，载于《财经》，2015 年 2 月第 4 期，第 137 页。

对保护自己权益更有利的局面。”[1384]产生争议的合同适用和争端解决对于经贸活动持续进行、国家之间顺利合作起着非常关键的作用。国际法是对政府行为的强制约束，国际投资保护协定中的“投资者——国家争端解决机制”避免将商业争端上升为政治性事件解决，缓和国际关系。

2.“一带一路”64 国与中国经贸合作现状分析

对中国目前已经与 64 个国家进行的国际经贸合作状况进行实证分析，可以看到，我国与“一带一路”沿线国家的区域经贸协定构建仍有巨大的空间，同时面临一定的困难。下文将从 WTO、边投资保护协定（以下称 BIT）BIT 和区域经济协定三个层面展开分析[1385]。

（1）64 国中 WTO 成员国比重不高、市场化基础薄弱

64 个国家中加入 WTO 的情况。目前 WTO 已经有 153 个成员国，在一带一路国家中 50 个已经加入，14 个仍然为非 WTO 成员国，占 35%，这一数值仅从一国经贸自由化水平来讲，“一带一路”国家市场化水平低，缺乏贸易、投资自由化的基础，预示着在新的自由贸易区（Free Trade Agreement,以下称 FTA）谈判或进一步高水平的经贸协定推进中阻力较大，国内法制水平与国际标准难以对接，对外国投资保护、运用国际化争端解决机制的水平比较低。

（2）双边投资保护协定陈旧、保护水平低

64 个国家与中国签订 BIT 的情况。中国目前已经与签订了 106 份双边投资保护协定，“一带一路”国家中有 42 国家与中国有 BIT，在 64 国中 占 66%，22 个国家未签订。然而，在 42 个 BIT 中，新加坡、马来西亚、斯里兰卡、波兰、科威特、巴基斯坦 6 国是在 20 世纪 90 年代前签订；蒙古、哈萨克斯坦、菲律宾等 27 个 BIT 是在 1990 年至 2000 年期间签订；2000 年至今，斯洛伐克于 2005 年，俄罗斯、印度于 2006 年与中国签订 BIT,5 个国家与中国更新了原有的 BIT,乌兹别克斯坦 2011 年签订新 BIT 代替了原 1992 年 BIT,保加利亚 2007、以色列 2009 年年更新了 BIT,罗马尼亚 2007 年在 1994 年 BIT 的基础上增加了新的议定书。2000 年之后签订的 BIT 只有 7 个，占已签订 BIT 的 17%，如果在整个 64 个沿线国家的范围来看，较高水平的 BIT 仅仅占 11%，这种国际投资保护覆盖面小、

1384 张晓慧：《解读一带一路新形势下的境外投资的法律风险管理》，载于《国际工程与劳务》，2015 年 1 月，第 36 页。

1385 数据依据 WTO 官网、中国商务部网、中国自由贸易区网统计整理所得。

保护水平低的状况，极大限制了我国海外投资保险制度的构建，难以降低我国出口信用保险机构的赔付率，阻碍信用保险保障机制的效能发挥。

（3）自由贸易协定区域性差异大、真空地带多

64 个国家中的自由贸易协定（以下称 FTA），其中 33 个国家游离于任何区域组织之外，占 52%。上海合作组织（The Shanghai Cooperation Organization），简称上合组织（SCO），主要是中国、俄罗斯与中亚国家的国际合作协定，涉及反恐、经贸、国际政治经济新秩序建设。俄罗斯——蒙古——中亚五国这一区域，均是上海合作组织的成员和观察员，如果在《上海合作组织》的基础上增加针对“一带一路”的投资保护与贸易自由化的内容，将推进“中蒙俄经济走廊”建设升级。

东南亚 11 国与中国的经贸合作最为紧密，基础最好。除了东帝汶之外，均为 2002 年签署的东盟+中国区域组织成员，同时也是正在进行的《区域全面经济伙伴关系》（RCEP）成员国，其中越南、老挝还是 2005 年《亚太贸易协定》成员国。RCEP 正在加紧谈判，打造升级版的东盟——中国区域贸易协定，以对抗美国“亚太再平衡”战略和 TPP。下一步要考虑将东帝汶纳入东南亚的合作中，东帝汶既不是 WTO 成员国、也与中国没有 BIT，面对区域经济一体化的挑战还非常大。

南亚 8 国与中国合作水平参差不齐，国家政体多样，整合空间大。印度作为南亚的领头羊，和中国的经贸合作日益加深，除了 2006 年与中国签订 BIT 外，中国-印度双边层面的综合性 FTA 双方正在研究，多边层面有 2005 年《亚太贸易协定》，同时参与正在谈判的 RCEP。孟加拉、阿富汗、尼泊尔、不丹、马尔代夫与中国均没有 BIT，也没有加入有中国参与的区域组织。巴基斯坦-中国 FTA 正在进行第二阶段谈判，斯里兰卡加入 2005 年《亚太贸易协定》，但是该协定没有关于国际投资保护的任何内容。《中国——斯里兰卡》正在谈判。总之，该地区一体化水平低，只有印度、马尔代夫、斯里兰卡、巴基斯坦与中国有一定合作。“孟中印面经济走廊”和“中巴经济走廊”对带动该区域其它国家合作还有很大提升空间。

中东欧 16 国和独联体 6 国，该 22 国是区域经贸合作的真空地带。除了斯洛伐克、保加利亚和罗马尼亚在 2006 年以后与中国签订和更新了 BIT 外，其它国

家与中国之间要么是旧一代 BIT,要么 10 个国没有任何投资保护协定。

西亚北非 16 国双边投资合作多、层次低，区域合作以《中国-海合会自由贸易协定》为主。伊朗、叙利亚、伊拉克、黎巴嫩、也门和巴勒斯坦均不是 WTO 成员国，同时也没有参加任何区域性经贸合作组织。1996 年《中国-埃及经济与贸易协定》中，只有货物、人员流动的非歧视与提供便利问题，没有涉及保护，并且条款规定不详细，自由化和保护水平很低。

3.大有可为的“一带一路”区域经贸合作重构与政策建议

以上分区域对 64 国参与国际经济贸易合作的情况进行了分析，可以看到区域性特征明显、区域间一体化水平差异巨大。俄罗斯——蒙古——中亚五国这一区域以《上海合作组织》为核心；东南亚 11 国与中国的经贸合作程度最高，RCEP 为代表在东盟自贸区的基础上不断升级；中东欧和独联体国家经济一体化水平最低，没有任何区域合作组织；南亚地区 8 个国家中 4 个与中国没有经贸合作协定；西亚北非区域国家政治、宗教文化复杂，区域一体化以油气国家为核心，以正在谈判的《中国——海合会自由贸易协定》为主，但是伊朗、叙利亚、伊拉克这些重要的资源输出国，并未加入任何国际经贸组织。“一带一路”的区域经贸合作建设，应该加速推进正在谈判的协定，增加在中东欧、独联体地区的区域合作机制，在西亚北非地区在《中国——海合会自由贸易协定》的基础上纳入其他重要资源国。在区域一体化的基础上构建围绕“一带一路”的区域间协定，构建围绕一带一路的巨型区域一体化组织。

“一带一路”穿越地带矛盾冲突和风险聚集，国家风险管理的困难重重，对运用国际法风险防控也提出了挑战很大。首先，“一带一路”建设必然会遭到守成大国的阻挠，大国操纵的国际组织也会成为在一带一路区域经济合作的障碍，我国政府应该持积极的态度，加速构建与区域国家的经贸谈判，从双边向多边层面扩展，例如“中巴经济走廊”、“中蒙俄经济走廊”、“孟中印缅经济走廊”建设，可以先分别达成小范围内的 FTA，两者之间借助一些项目合作契机，再向多边层面推广，达到区域联通。其次，“一带一路”沿线国家的矛盾冲突和所属的文化圈来看，伊斯兰、穆斯林、印度教、基督教等文明冲突就非常突出，对社会制度的也差异很大，伊斯兰法系、大陆法系和英美法系在国际经贸规则之间的协调难度可想而知，因此，期望在经贸合作中达成一体化的一项贸易、投资协定难度非

常大。我国政府也可以考虑在各种较小性区域经济走廊范围内达成国际协定，继而在矛盾冲突较大的区域可以通过双边 FTA 或者 BIT 先行推进，抓紧对已有的合作成果予以国际法确认。

“一带一路”的区域经济合作整合已经具备了一定的基础。在“新丝绸之路”为轴心的区域贸易合作中，中国与西亚在资源禀赋和产业结构方面互补性强，当下已经推进的合作平台包括中国——阿拉伯国家论坛和中国——海合会自贸区。每两年举行一次部长会议，发表会议公报和行动计划，在政治经贸和文化方面的合作不断推进。自 2004 年开始中国——海合会自贸区谈判开始，双方经过多轮谈判，在货物和服务贸易大部分领域已经进行了谈判，达成了不少共识，为了保障一带一路的顺利推进，双方应当继续中国——海合会自贸区谈判，在新的“一带一路”区域合作的背景下重启搁置议题，从大局出发，尽早建成自贸区，全面提升合作水平。[1386]西亚是中国的能源战略要地，为强化中国与西亚多元化的能源合作，避免“石油换资源”的弊端和风险，探索产能合作的新模式。签署能源投资合作协议，能源贸易协定。能源合作不仅要采用多元化的方式保障能源来源国的风险分散，打击海盗、加强反恐合作保障航道畅通。

多边能源投资保护是一带一路推进中保障能源投资安全的康庄大道。已有的《能源宪章条约》（以下称 ECT）难以满足我国的需要，ECT 成员国有限，其中的成员除了中亚几个与中国联系密切的能源国外，绝大多数与中国有能源合作关系的能源国家都不在 ECT 的范围内；其次，ECT 对能源贸易和投资保护的制度设计重在保护资源消费国利益，难以满足中国这样能源资源、消费和进口大国多重利益。第三，对于像俄罗斯这样的能源大国利益保护在 ECT 中也难以得到满足，拒绝加入 ECT，与其其他能源大国在能源贸易和投资保护的规则设计上存在着不可逾越的鸿沟。由此可见，ECT 存在的诸多问题阻碍了其成员规模的进一步扩大。我国可以联合能源生产国、消费国、投资大国共同缔结一项《国际能源公约》，创建“一带一路”为核心，包括世界主要能源生产、消费和投资大国在内的全球性国际能源共同体。

可再生资源的开发以及液岩气研制成功，新兴经济体在能源的生产、消费和投资方面占据了越来越重要的地位，能源跨界投资已经不再是少数发达国家的专

[1386] 韩永辉，邹建华：《“一带一路”背景下的中国与西亚国家贸易合作现状和前景展望》，载于《国际贸易》，2014 年第 8 期，第 25 页。

利。新的《国际能源公约》将能源贸易、能源投资、能源过境运输、能源效益、可再生资源的研发和利用，能源金融等内容应该纳入国际规则的规制之中。在新的规则体系中，投资保护和投资争端解决机制要得到完善，特别注意发达国家和发展中国家、投资者与东道国之间权利和义务的平衡，不能成为任何一方片面获取经济利益的手段。

双边层面仍然有着力和提高的空间。当下国际范围内研究和正在谈判的投资保护协定已经发展到第三代，新一代国际投资保护协定具有对投资保护标准高，多元利益平衡的特征。这一发展趋势正符合我国作为资本输入和输出双料大国的需要，在“一带一路”推进中，我国更需要提高对投资者保护标准这一立场的投资协定，我国第一代和第二代投资协定偏重于东道国管制权的保护，“一带一路”沿线国家很多市场化程度低、法制环境差，对我国工程承包和直接投资极其不利，因此，我国有必要开启与原来有 BIT 谈判，以附加议定书或者重新签署的方式，订立新的 BIT，同时与没有区域自由贸易协定或者双边 BIT 覆盖国家尽快启动新一代的 BIT 研究和谈判。

总体而言，一带一路的海外经济发展格局对我国对外参加国际经济治理的格局，不论在投资保护的立场、水平以及公平性方面都对我国参与和重构区域经贸规则方面提出了新的要求。在美国“两洋战略”的制衡下，美国推动的新规则谈判加速的高水平、一体化的经贸规则重构，不仅为我国提出了与国际规则高标准相衔接的改革挑战，同时提供了参与国际经贸格局重构的契机。围绕“丝绸之路经济带”的陆上区域经贸合作，特别是处于条约保护的真空状态的中东欧地区，亟需经济联盟推进下的区域经贸协定来保障海外投资的安全。在此基础上联合陆上已经形成的区域经济组织，逐渐形成新的带状新型区域经济组织、形成中国主导的包括贸易、投资、能源协调在内的大型综合经贸协定，用国际法为我国“一带一路”战略的推进保驾护航。

论“一带一路”区域国际投资仲裁多元模式的构建

鲁　洋*

摘　要：“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”（简称“一带一路”）的建设构想，由中国国家主席习近平提出后，迅速升为中国国家战略，并得到了众多国家的支持和参与。2015年3月28日，中国国家发展改革委员会、外交部、商务部经国务院授权，联合发布的《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》指出：“一带一路”建设以“政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通为主要内容”；同时提出：“基础设施互联互通是‘一带一路’建设的优先领域。”可以预料，在该战略背景下，跨国基础设施建设必然引起国际直接投资的较大甚至巨大增长，附带着区域内国际投资争议也会出现增长。国际投资争议的解决离不开国际投资仲裁，而就常设机构投资仲裁而言，“一带一路”区域已基本形成以ICSID为主，ICC、SCC为辅的模式。本文将以该现有模式为出发点，论证构建“一带一路”区域国际投资仲裁多元模式的必要性和可行性，并提出相关建议。

关键词：一带一路　国际投资仲裁　多元模式

一“一带一路”战略背景与区域内国际投资仲裁展望

“一带一路”作为中国提出的发展大战略，拟发端于中国，贯穿中亚、东南亚、西南亚、西亚乃至欧洲部分区域，东牵亚太经济圈，西系欧洲经济圈，覆盖约44亿人口，经济总量约21万亿美元，分别占全球的63%和29%[1387]。该战略给古老的丝绸之路赋予了新的时代内涵，为中国全面深化改革开放规划了美好蓝图，为亚欧区域合作注入了新活力，为世界发展繁荣提供了新路径[1388]。因而也得到了沿线亚欧众国的积极响应和支持。

虽然目前“一带一路”战略仅有基本框架，许多具体内容尚待逐步填充，但可以预计，随着该战略的推进和落实，所覆盖区域内的国际直接投资必定有较大甚至巨大增长。并且，基于该区域内发展中国家为主，许多国家基础设施落后，亟需外国投资建设的特点，中国在区域内必定更多地扮演投资者的角色。有国际投资，则必有国际投资争议的产生。加之覆盖区域是安全问题多发区，民族、宗教、领土纠纷、资源争夺、毒品、有组织犯罪等问题引起的传统安全与非传统安全威胁层出不穷，国家间信任度较低[1389]，从而构成国际投资争议发生的潜在催化剂。

国际投资争议包括因外国私人直接投资问题而发生的：（1）外国私人投资者与东道国政府（或其机构）之间的争议；以及（2）外国私人投资者与东道国企业或个人之间的争议[1390]。因后者在争议解决上与普通的国际商事争议无异，故本文仅围绕前者展开讨论[1391]。对于外国

---

*北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心办案秘书，法学硕士。本文暂未定稿，敬请各位专家雅正。

[1387]龚雯、田俊荣、王珂：“新丝路：通向共同繁荣”，载于人民网：http://politics.people.com.cn/n/2014/0630/c1001-25215154.html，最后访问时间：2015年4月18日。

[1388]袁新涛：“丝绸之路经济带建设和21世纪海上丝绸之路建设国家战略分析”，载于《东南亚纵横》，2014年第8期。

[1389]王海运 等：“‘丝绸之路经济带’构想的背景、潜在挑战和未来走势”，载于《亚欧经济》，2014年第4期。

[1390]参见余劲松 主编：《国际投资法》，法律出版社，2014年12月第四版，第343页。

[1391]本文所称国际投资争议或国际投资仲裁，仅指投资者与东道国之间的争议或因该争议提起的仲裁。

私人投资者与东道国政府（或其机构）之间这种独具特点的国际投资争议，在协商与调解、东道国当地救济、投资者母国外交保护、外国法院诉讼以及国际投资仲裁等众多争议解决方式中，国际投资仲裁可谓最行之有效且广为接受的方式。在“一带一路”战略所带来的可预计的投资争议增长之背景下，也可预计国际投资仲裁将在该区域内得到广泛运用，并为法律途径解决区域内投资争议发挥重大作用。

基于以上背景和展望，笔者认为，构建符合“一带一路”区域发展特点及区域内国家利益的投资仲裁模式，不仅会为区域内的国际投资提供法律制度保障，从而促进区域内国际投资的发展；并且因法律解决争议的权威性和服众性而有利于减少区域内国家间的矛盾与摩擦，促进“一带一路”战略的推动和实施。

二国际投资仲裁的法律依据和现有模式

构建符合“一带一路”区域发展特点及区域内国家利益的投资仲裁模式，离不开对现有国际投资仲裁模式以及该模式得以实现的法律依据进行研究和分析。

（一）国际投资仲裁的法律依据

国际投资仲裁相比于国际商事仲裁，具有非常明显也非常重要的特点：其一，仲裁的双方当事人分别是以管理者角色出现的东道国政府（或其机构）和以被管理者角色出现的外国私人投资者，两者并非平等的民商事主体；其二，国际投资争议的发生往往起因于投资者投资待遇（例如国民待遇、最惠国待遇、公平与公正待遇等）的落实，投资中政治风险（例如征收、国有化等）的引发以及导致投资者损失的东道国立法、执法、司法等主权行为；其三，国际投资仲裁的管辖以及裁决的终局性和执行力，不可避免地对传统国家豁免制度造成冲击。正是基于以上特点，国际投资仲裁欲得以实现，必须以特定的法律依据为基础。目前国际上存在的国际投资仲裁法律依据主要包括以下两类：

1、国际法依据：多边投资条约（MIT）和双边投资条约（BIT）

最具国际影响力的多边投资条约当属《解决国家和他国国民投资争端公约》（以下简称《华盛顿公约》）。以该公约第一条为依据，世界银行组建了“解决投资争议国际中心”（International Center for the settlement of Investment Disputes，以下简称 ICSID），为缔约东道国和其他缔约国投资者提供公约项下的国际投资仲裁服务。除了《华盛顿公约》之外，由美国、加拿大和墨西哥签订的《北美自由贸易协定》（NAFTA）第 11 章以及由亚欧大陆 51 个国家或地区（区域组织）签订的《能源宪章条约》（ECT）第 26 条，均是国际投资仲裁的多边投资条约依据之代表。

此外，两国为促进和保护相互间直接投资，往往签订双边投资条约。其中包含的国际投资仲裁规定，也构成国际投资仲裁实现的重要法律依据。

2、国内法依据：东道国投资立法

有些国家在其国内立法中规定，因外国私人投资引起的投资者和东道国之间的争议，可以提交国际投资仲裁（如 ICSID）。在此类国内立法的有效期内，私人投资者可将投资争议提交国际仲裁[1392]。可见，此类国内立法也可为国际投资仲裁的实现提供法律依据。

3、国际投资仲裁的法律依据评析

无论是国际条约依据还是国内法依据，国际投资仲裁得以实现，关键在于东道国同意将其与私人投资者的争议提交仲裁。从更深层次看，实为主权国家以法律形式（国际法或国内法）放弃其在特定外国私人投资争议中对特定仲裁机构所享有的管辖豁免权。正是东道国放

[1392]See Lucy Reed, Jan Paulsson, *Guide to ICSID Arbitration*, published by Kluwer Law International, 2010, P53.

弃了相应的管辖豁免权，投资仲裁机构才得以处理相关的投资争议。

（二）国际投资仲裁的现有模式

国际投资仲裁的模式主要包括常设机构投资仲裁和临时仲裁庭投资仲裁两种。然和国际商事仲裁相比，国际投资仲裁模式的区别主要在于常设投资仲裁机构的专属性，即仅有特定的极少数常设仲裁机构获得国家同意放弃在特定外国私人投资争议中的管辖豁免权，从而得以开展国际投资仲裁（而开展商事仲裁的机构则数目众多）。在现有国际投资仲裁法制下，仲裁的模式呈现出以下情况：

1、常设机构的投资仲裁

国家通过国际投资条约或国内投资立法选择国际投资仲裁机构，而据笔者所掌握的资料，被缔约国（或东道国）认可的常设投资仲裁机构主要有 ICSID、斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）[1393]和国际商会仲裁院（ICC）[1394]三家。其中 ICSID 是被世界各国普遍接受的进行投资仲裁的常设机构；其次是 SCC[1395]；ICC 则仅为少数投资条约或国内投资立法列为投资仲裁机构的选择之一[1396]。当然，还有个别仲裁机构被极少数条约认可作为投资仲裁机构的选择[1397]。

2、临时仲裁庭的投资仲裁

临时仲裁，在国际投资仲裁领域也占据了较大份额。大量双边或多边投资条约中规定，投资者与东道国的投资争议可提交临时仲裁，并对临时仲裁庭的组成进行了规定。而联合国贸法会（UNCITRAL）仲裁规则、ICSID 仲裁规则、ICC 仲裁规则、SCC 仲裁规则等都是临时投资仲裁庭经常适用或参照的仲裁规则。

3、国际投资仲裁的现有模式评析

国际投资仲裁的管辖以主权国家放弃对特定机构的管辖豁免权为前提，因此开展此类仲裁的机构本不宜过多。在现有模式下，ICSID 和 ICC 均为与国际性仲裁机构[1398]，获得主权国家放弃管辖豁免权无可厚非；而 SCC 属于国家性仲裁机构[1399]，主权国家对其放弃管辖豁免权，颇值深究。

三 “一带一路”区域国际投资仲裁模式现状

“一带一路”区域实际包括了“丝绸之路经济带”（一带）和“21 世纪海上丝绸之路”（一路）两大经济区域。从空间范围看，作为陆上丝绸之路的“一带”，由东向西经过东亚

[1393]例如《能源宪章条约》（1991）第 26 条、《比利时－卢森堡经济联盟与白俄罗斯共和国政府关于相互促进和保护投资协定》（2002）第 9 条都将 SCC 作为投资仲裁的选择机构之一。

[1394]例如《大不列颠和北爱尔兰联合王国政府与玻利维亚政府促进和保护投资协定》（1988）第 8 条、《土耳其共和国与阿拉伯埃及共和国关于相互促进和保护投资协定》（1996）第 7 条都将 ICC 作为投资仲裁的选择机构之一。

[1395]据 SCC 官方网站披露，SCC 已成为全球第二大国际投资仲裁机构。参见：http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/investment-disputes/，最后访问时间：2015 年 4 月 18 日。

[1396]See Christopher F. Dugan, Don Wallace, JR., Noah D. Rubins, BorzuSabahi: Investor – State Arbitration, published by Oxford University Press, 2011, p79.

[1397]例如《土耳其共和国与阿拉伯埃及共和国关于相互促进和保护投资协定》（1996）第 7 条中将“开罗地区国际商事仲裁中心（the Regional Cairo Center for International Commercial Arbitration）”和“伊斯坦布尔国际商事仲裁中心（The Istanbul Center for Commercial Arbitration）”也列为投资仲裁可选机构。

[1398]笔者所谓国际性仲裁机构是指依据国际条约或国际组织的决议成立的，一般设立于某一国际组织内独立于任何国家运作的国际仲裁机构。此定义的作出，参照邓瑞平 等 著：《国际商事仲裁法学》，法律出版社，2010 年第一版，第 133 页中关于国际性国际商事仲裁机构的定义。

[1399] 笔者所谓国家性仲裁机构是指一国依据其国内法设立的国际商事仲裁机构。此定义的作出，参照邓瑞平 等 著：《国际商事仲裁法学》，法律出版社，2010 年第一版，第 133 页中关于国家性国际商事仲裁机构的定义。

五国、中亚五国和西亚二十国，并辐射欧洲、东南亚和非洲十余国；而作为海上丝绸之路的“一路”，以中国东海和南海为起点，东通日本、朝鲜半岛，西经东南亚、印度洋地区，直至西亚、东北非、穿入地中海和黑海进入欧洲[1400]。从国家分布看，区域内以发展中国家为主。这些国家对国际投资仲裁模式的选择倾向，可以折射出区域内国际投资仲裁模式的现状。

笔者通过公共途径[1401]查阅了“一带一路”区域内部分代表性国家对外签订的双边投资条约中关于国际投资仲裁模式的选择，并得出表 1 的统计数据[1402]。

表 1：“一带一路”区域内部分国家签订的 BIT 中关于国际投资仲裁模式的选择情况

国家	被统计 BIT 数量	ICSID 机制		ICC	SCC	其他	临时仲裁	未作规定	ICSID 缔约国
		ICSID 公约仲裁	ICSID 附加便利仲裁						
东亚国家									
中国[1403]	101	39	3	0	0	2	85	5	是
日本[1404]	13	13	6	0	0	1	8	0	是
韩国[1405]	76	68	16	2	0	2	28	2	是
蒙古[1406]	25	24	7	0	0	0	17	0	是

[1400]郭爱君、毛锦凤：“丝绸之路经济带：优势产业空间差异与产业空间布局战略研究”，载于兰州大学学报（社会科学版），第 42 卷第 1 期/2014 年 1 月期。

[1401]中国对外签订的 BIT 情况查阅自中国商务部条约法律司官方网站：http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml；其他国家对外签订的 BIT 情况查阅自：www.kluwerarbitration.com。

[1402]笔者选取的国家是“一带一路”区域内不同片区较有代表性的国家，而被统计的 BIT 均是通过上注中的公共途径能够查询到的 BIT。其中，在中国商务部条法司公布的中国对外签订的 BIT 中，中国-瑞典以及中国-法国新修订的 BIT 无法查阅，故最终仅统计了剩余的 101 项 BIT；而在 www.kluwerarbitration.com 网站相应国家签订的 BIT 中，少数 BIT 的规定也无法查阅。但鉴于上述公共途径公布 BIT 的随机性，同时笔者对相应国家能够查阅到的 BIT 进行了全面的统计，而非特意挑拣，因此表中数据反映的情况可算客观。

[1403]笔者统计的中国对外签订的 BIT 包括中国分别与德国、比利时-卢森堡、荷兰、芬兰、瑞士、保加利亚、葡萄牙、西班牙、乌兹别克斯坦、韩国、挪威、意大利、丹麦、奥地利、英国、波兰、俄罗斯、匈牙利、捷克-斯洛伐克、希腊、乌克兰、摩尔多瓦、白俄罗斯、阿尔巴尼亚、克罗地亚、爱沙尼亚、斯洛文尼亚、立陶宛、冰岛、罗马尼亚、塞尔维亚、马其顿、泰国、新加坡、科威特、斯里兰卡、日本、马来西亚、巴基斯坦、土耳其、蒙古、吉尔吉斯斯坦、亚美尼亚、菲律宾、哈萨克斯坦、土库曼斯坦、越南、老挝、塔吉克斯坦、格鲁吉亚、阿联酋、阿塞拜疆、印度尼西亚、阿曼、以色列、沙特阿拉伯、黎巴嫩、柬埔寨、叙利亚、也门、卡塔尔、巴林、伊朗、缅甸、朝鲜、印度、澳大利亚、新西兰、巴布亚新几内亚、加纳、埃及、摩洛哥、毛里求斯、津巴布韦、阿尔及利亚、加蓬、尼日利亚、苏丹、南非、佛得角、埃塞俄比亚、突尼斯、赤道几内亚、马达加斯加、玻利维亚、阿根廷、乌拉圭、厄瓜多尔、智利、秘鲁、牙买加、古巴、巴巴多斯、特立尼达-多巴哥、圭亚那、马耳他、塞浦路斯、日韩、马里、坦桑尼亚、加拿大签订的 BIT。

[1404]笔者统计的日本对外签订的 BIT 包括日本分别与孟加拉国、柬埔寨、埃及、老挝、蒙古、巴基斯坦、秘鲁、俄罗斯、韩国、斯里兰卡、土耳其、乌兹别克斯坦、越南签订的 BIT。

[1405]笔者统计的韩国对外签订的 BIT 包括韩国分别与阿尔巴尼亚、阿尔及利亚、阿根廷、奥地利、孟加拉国、白俄罗斯、比利时-卢森堡、玻利维亚、文莱、布基纳法索、柬埔寨、智利、中国、捷克、刚果、丹麦、埃及、萨尔瓦多、芬兰、德国、希腊、危地马拉、洪都拉斯、匈牙利、印度、印度尼西亚、伊朗、以色列、意大利、牙买加、日本、约旦、哈萨克斯坦、科威特、老挝、拉脱维亚、黎巴嫩、立陶宛、马来西亚、毛里塔尼亚、毛里求斯、墨西哥、蒙古、摩洛哥、荷兰、尼加拉瓜、尼日利亚、阿曼、巴基斯坦、巴拿马、巴拉圭、秘鲁、菲律宾、波兰、葡萄牙、卡塔尔、罗纳尼亚、俄罗斯、沙特阿拉伯、斯洛伐克、南非、西班牙、斯里兰卡、瑞典、瑞士、塔吉克斯坦、坦桑尼亚、泰国、特立尼达-多巴哥、突尼斯、土耳其、乌克兰、阿联酋、英国、乌兹别克斯坦、越南签订的 BIT。

[1406]笔者统计的蒙古对外签订的 BIT 包括蒙古分别与奥地利、比利时-卢森堡、中国、克罗地亚、捷克、丹麦、芬兰、法国、德国、匈牙利、印度、印度尼西亚、以色列、意大利、日本、马来西亚、荷兰、波兰、罗马尼亚、新加坡、韩国、瑞典、瑞士、阿联酋、英国签订的 BIT。

朝鲜[1407]	6	4	1	0	0	0	5	1	否
东南亚国家									
泰国[1408]	33	27	5	0	0	0	20	5	否
马来西亚[1409]	40	35	4	0	0	0	12	3	是
印度尼西亚[1410]	48	43	2	1	0	2	14	3	是
菲律宾[1411]	29	26	3	0	1	1	15	1	是
新加坡[1412]	20	16	1	0	0	2	7	2	是
南亚国家									
印度[1413]	71	68	55	1	1	1	71	0	否
斯里兰卡[1414]	22	20	1	0	1	2	5	0	是
中亚国家									
哈萨克斯坦[1415]	21	19	7	5	1	0	17	0	是
塔吉克斯坦[1416]	11	8	2	0	1	1	8	0	否

[1407]笔者统计的朝鲜对外签订的BIT包括朝鲜分别与孟加拉国、中国、捷克、丹麦、瑞士、泰国签订的BIT。

[1408]笔者统计的泰国对外签订的BIT包括泰国分别与阿根廷、巴林、孟加拉国、比利时-卢森堡、保加利亚、柬埔寨、加拿大、中国、克罗地亚、捷克-斯洛伐克、埃及、芬兰、德国、匈牙利、印度、印度尼西亚、以色列、约旦、老挝、荷兰、朝鲜、秘鲁、菲律宾、波兰、俄罗斯、斯洛文尼亚、韩国、斯里兰卡、瑞典、瑞士、英国、越南、津巴布韦签订的BIT。

[1409]笔者统计的马来西亚对外签订的BIT包括马来西亚分别与阿根廷、奥地利、孟加拉国、比利时-卢森堡、波斯尼亚-黑塞哥维那、柬埔寨、智利、中国、克罗地亚、捷克、丹麦、埃及、埃塞俄比亚、芬兰、法国、德国、加纳、匈牙利、印度、印度尼西亚、意大利、约旦、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯塔、黎巴嫩、蒙古、荷兰、挪威、巴基斯坦、秘鲁、沙特阿拉伯、韩国、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、阿联酋、英国、乌拉圭、越南签订的BIT。

[1410]笔者统计的印度尼西亚对外签订的BIT包括印度尼西亚分别与阿尔及利亚、阿根廷、澳大利亚、孟加拉国、比利时、柬埔寨、智利、中国、古巴、捷克、丹麦、埃及、芬兰、法国、德国、匈牙利、印度、意大利、牙买加、约旦、吉尔吉斯斯坦、老挝、马来西亚、毛里求斯、蒙古、摩洛哥、莫桑比亚、荷兰、挪威、巴基斯坦、罗马尼亚、新加坡、斯洛伐克、韩国、西班牙、斯里兰卡、苏丹、瑞典、瑞士、叙利亚、泰国、土耳其、乌克兰、英国、乌兹别克斯坦、越南、也门、津巴布韦签订的BIT。

[1411]笔者统计的菲律宾对外签订的BIT包括菲律宾分别与阿根廷、澳大利亚、奥地利、孟加拉国、比利时-卢森堡、柬埔寨、加拿大、智利、中国、捷克、丹麦、芬兰、法国、德国、印度、意大利、缅甸、荷兰、巴基斯坦、葡萄牙、罗马尼亚、俄罗斯、韩国、西班牙、瑞典、瑞士、泰国、土耳其、英国签订的BIT。

[1412]笔者统计的新加坡对外签订的BIT包括新加坡分别与孟加拉国、柬埔寨、中国、捷克、埃及、法国、德国、匈牙利、印度尼西亚、约旦、毛里求斯、墨西哥、蒙古、荷兰、巴基斯坦、秘鲁、斯里兰卡、瑞士、英、越南签订的BIT。

[1413]笔者统计的印度对外签订的BIT包括印度分别与阿根廷、亚美尼亚、澳大利亚、奥地利、巴林、孟加拉国、比利时-卢森堡、波斯尼亚-黑塞哥维那、文莱、保加利亚、中国、克罗地亚、塞浦路斯、捷克、丹麦、埃及、芬兰、法国、德国、加纳、希腊、匈牙利、冰岛、印度尼西亚、以色列、意大利、约旦、哈萨克斯坦、科威特、吉尔吉斯斯坦、老挝、拉脱维亚、利比亚、立陶宛、马其顿、马来西亚、毛里求斯、墨西哥、蒙古、摩洛哥、莫桑比克、缅甸、荷兰、阿曼、菲律宾、波兰、葡萄牙、卡塔尔、罗马尼亚、俄罗斯、沙特阿拉伯、塞内加尔、塞尔维亚、斯洛伐克、韩国、西班牙、斯里兰卡、苏丹、瑞典、瑞士、叙利亚、塔吉克斯坦、泰国、特立尼达-多巴哥、土耳其、土库曼斯坦、乌克兰、英国、乌兹别克斯坦、越南、也门签订的BIT。

[1414]笔者统计的斯里兰卡对外签订的BIT包括斯里兰卡分别与比利时-卢森堡、中国、丹麦、埃及、芬兰、法国、德国、印度、印度尼西亚、伊朗、意大利、日本、荷兰、挪威、巴基斯坦、罗马尼亚、新加坡、韩国、瑞典、瑞士、泰国、英国签订的BIT。

[1415]笔者统计的哈萨克斯坦对外签订的BIT包括哈萨克斯坦分别与奥地利、比利时-卢森堡、埃及、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、印度、伊朗、以色列、意大利、科威特、马来西亚、荷兰、韩国、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国签订的BIT。

[1416]笔者统计的塔吉克斯坦对外签订的BIT包括塔吉克斯坦分别与奥地利、比利时-卢森堡、法国、德国、印度、荷兰、西班牙、瑞士、土耳其、阿联酋、越南签订的BIT。

乌兹别克斯坦[1417]	22	19	4	4	1	1	16	1	是
吉尔吉斯斯坦[1418]	14	11	4	2	0	1	11	0	否
土库曼斯坦[1419]	10	8	2	1	0	0	8	0	是
西亚国家									
伊朗[1420]	20	9	0	5	0	0	20	0	否
沙特阿拉伯[1421]	12	12	0	0	0	0	4	0	是
阿联酋[1422]	28	22	3	1	1	0	18	1	是
土耳其[1423]	63	57	2	23	1	3	45	1	是
黎巴嫩[1424]	40	36	15	6	3	0	39	0	是
合　　计									
22	725	584	143	51	11	19	473	25	

从表 1 中的数据，大致可以看出“一带一路”区域内国家在签订的 BIT 中，选择的国际投资仲裁模式呈如下特点：（1）主要为常设机构仲裁和临时仲裁两种；（2）在常设机构仲裁模式下，ICSID 是最主要的仲裁机构，其次是 ICC 和 SCC，也有个别其他仲裁机构被选择（见下文表 2 的统计）；（3）大部分国家是 ICSID 的缔约国，少部分国家不是缔约国。

除了上表的统计之外，笔者也关注到被统计的 BIT 中选择除 ICSID、ICC 和 SCC 之外的其他仲裁机构的情形，具体见表 2。

表 2：“一带一路”区域内部分国家签订的 BIT 中关于投资仲裁机构选择的特殊情况

缔约国	其他国家性仲裁机构	双方约	争议

[1417]笔者统计的乌兹别克斯坦对外签订的 BIT 包括乌兹别克斯坦分别与奥地利、孟加拉国、比利时-卢森堡、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、印度、印度尼西亚、以色列、意大利、日本、荷兰、巴基斯坦、韩国、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、阿联酋、英国签订的 BIT。

[1418]笔者统计的吉尔吉斯斯坦对外签订的 BIT 包括吉尔吉斯斯坦分别与丹麦、芬兰、法国、德国、印度、印度尼西亚、拉脱维亚、马来西亚、巴基斯坦、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国签订的 BIT。

[1419]笔者统计的土库曼斯坦对外签订的 BIT 包括土库曼斯坦分别于埃及、法国、德国、印度、巴基斯坦、西班牙、瑞士、土耳其、阿联酋、英国签订的 BIT。

[1420]笔者统计的伊朗对外签订的 BIT 包括伊朗分别与奥地利、孟加拉国、白俄罗斯、中国、克罗地亚、芬兰、法国、德国、意大利、哈萨克斯坦、黎巴嫩、巴基斯坦、南非、韩国、西班牙、斯里兰卡、瑞典、瑞士、土耳其、委内瑞拉签订的 BIT。

[1421]笔者统计的沙特阿拉伯对外签订的 BIT 包括沙特阿拉伯分别于奥地利、比利时-卢森堡、中国、捷克、法国、德国、印度、意大利、马来西亚、韩国、瑞典、瑞士签订的 BIT。

[1422]笔者统计的阿联酋对外签订的 BIT 包括阿联酋分别与亚美尼亚、奥地利、阿塞拜疆、孟加拉国、白俄罗斯、比利时-卢森堡、中国、捷克、芬兰、法国、德国、意大利、马来西亚、蒙古、巴基斯坦、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、韩国、瑞典、瑞士、塔吉克斯坦、土耳其、土库曼斯坦、乌克兰、英国、乌兹别克斯坦、越南签订的 BIT。

[1423]笔者统计的土耳其对外签订的 BIT 包括土耳其分别与阿尔巴尼亚、阿尔及利亚、阿根廷、澳大利亚、奥地利、孟加拉国、比利时-卢森堡、波斯尼亚-黑塞哥维那、保加利亚、智利、中国、克罗地亚、古巴、捷克、丹麦、埃及、爱沙尼亚、埃塞俄比亚、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、印度、印度尼西亚、伊朗、以色列、意大利、日本、约旦、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、拉脱维亚、黎巴嫩、立陶宛、马来西亚、马耳他、摩尔多瓦、摩洛哥、荷兰、尼日利亚、巴基斯坦、菲律宾、卡塔尔、葡萄牙、罗马尼亚、俄罗斯、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非、韩国、西班牙、苏丹、瑞典、瑞士、塔吉克斯坦、突尼斯、土库曼斯坦、乌克兰、阿联酋、英国、乌兹别克斯坦、也门签订的 BIT。

[1424]笔者统计的黎巴嫩对外签订的 BIT 包括黎巴嫩分别与亚美尼亚、奥地利、阿塞拜疆、白俄罗斯、比利时-卢森堡、贝宁、保加利亚、加拿大、乍得、智利、中国、古巴、塞浦路斯、捷克、芬兰、法国、加蓬、德国、希腊、几内亚、匈牙利、冰岛、伊朗、意大利、约旦、马来西亚、毛里塔尼亚、荷兰、巴基斯坦、罗马尼亚、俄罗斯、塞内加尔、斯洛伐克、韩国、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、乌克兰、英国签订的 BIT。

	开罗区域国际商事仲裁中心	伊斯坦布尔国际商事仲裁中心	吉隆坡区域仲裁中心	东盟任何区域仲裁中心	定的其他仲裁机构	解决的最惠国待遇
中国-乌兹别克斯坦					1	
中国-坦桑尼亚					1	
韩国-刚果					1	
韩国-日本					1	
印度尼西亚-埃及	1					
印度尼西亚-新加坡				1		
菲律宾-澳大利亚					1	
新加坡-墨西哥					1	
印度-奥地利					1	
斯里兰卡-埃及	1		1			
塔吉克斯坦-越南						1
乌兹别克斯坦-巴基斯坦					1	
吉尔吉斯斯坦-巴基斯坦					1	
土耳其-澳大利亚					1	
土耳其-埃及	1	1				

从表 2 中可以看出，“一带一路”区域内也有国家在 BIT 中选择非 ICSID、ICC、SCC 的常设仲裁机构提供国际投资仲裁服务。其中明确性选择包括：开罗区域国际商事仲裁中心、伊斯坦布尔国际商事仲裁中心、吉隆坡区域仲裁中心、东盟任何区域仲裁中心；开放性选择包括：双方约定的其他仲裁机构、争议解决的最惠国待遇。并且，个别国家在选择非常规性投资仲裁机构时，并不限定为缔约国境内的仲裁机构，也可能是非缔约国境内的仲裁机构（例如斯里兰卡-埃及签订的 BIT 选择吉隆坡区域仲裁中心，印度尼西亚-新加坡签订的 BIT 选择东盟任何区域仲裁中心）。

四构建“一带一路”区域国际投资仲裁多元模式的必要性与可行性

不具必要性的设想是空想，不具可行性的设想则是妄想。为何要构建“一带一路”区域国际投资仲裁的多元模式？此种多元模式有无可能构建？这些都是构建前需先明确的问题。

（一）构建“一带一路”区域国际投资仲裁多元模式的必要性

1、“一带一路”区域现行国际投资仲裁模式的弊端

从表 1 中可以看出，“一带一路”区域内国家目前选择的国际投资仲裁模式包括常设机构仲裁模式和临时仲裁模式。其中，临时仲裁模式虽具有因欠缺专业的程序管理机构导致效率低下、因部分国家对其效力不认可导致可执行性不确定、因仲裁庭组成的临时性导致裁决欠缺可预见性和确定性等局限，但由于仲裁庭因个案而成立，国家对仲裁庭的管辖豁免之放弃也因个案而出现，从而更易为许多国家接受[1425]。所以，在“一带一路”区域投资仲裁模式的构建中，临时仲裁模式不可能也不应当被弃用，故对其弊端的论述于本文主旨无意，笔者不予赘述。笔者主要探讨现行区域内的常设机构投资仲裁模式存在的弊端。

[1425]从表 1 中的数据可以看出，临时仲裁在中国和印度对外签订的 BIT 中出现的频率相对较高。这在一定程度上可以说明，因吸引外国投资较多而常以东道国身份出现的发展中大国，在选择投资仲裁模式时更青睐于逐案授权的临时仲裁模式。

（1）ICSID 投资仲裁机制在“一带一路”区域内高频率选用的弊端

表 1 中的数据显示，ICSID 机制在“一带一路”区域内国家对投资仲裁机构的选择大戏中扮演了绝对主角。在全部被统计的 725 部 BIT 中，ICSID 仲裁被选用的频率达 80%（584/725），ICSID 附加便利（Additional Facility）[1426]仲裁被选用的频率达 19.7%（143/725）。然而，被如此高频率选用的 ICSID 投资仲裁机制，是否真的适宜作为“一带一路”区域投资争议解决的主要方式呢？

从 2015 年第 1 期 ICSID 案件数量统计[ICSID Caseload Statistics (Issue 2015-1)][1427]报告（以下简称“ICSID 最新报告”）看，截至 2014 年 12 月 31 日，依据《华盛顿公约》和附加便利规则，ICSID 共注册案件 497 件[1428]。其中涉案的不同地理区域的东道国所占比例为：南美地区占 26%，东欧及中亚地区占 25%，撒哈拉以南非洲地区占 16%，中东及北非地区占 10%，东南亚及太平洋地区占 8%，中美和加勒比地区占 7%，北美（加拿大、美国和墨西哥）地区占 4%[1429]。从这组数据可以清晰地看出，发展中地区的国家作为 ICSID 案件当事人（通常为被申请人）的频率远高于发达地区的国家。此外，截至 2014 年 12 月 31 日，在依据 ICSID 公约和附加便利规则进行的仲裁和调解案件中，曾被委任为仲裁员、调解员及临时委员会成员的人员地区分配比例为：西欧地区占 47%，北美（加拿大、墨西哥和美国）占 22%，南美地区占 11%，东南亚及太平洋地区占 10%，中亚及北非地区占 4%，东欧及中亚地区占 2%，中美及加勒比地区占 2%，撒哈拉以南非洲地区占 2%[1430]。再结合上述人员的国籍分布数据[1431]，可以看出，发达地区的人员被委任为仲裁员、调解员和临时委员会成员的频率远高于发展中地区的人员。

按照 ICSID 最新报告的地域划分标准，“一带一路”覆盖及辐射区域主要包括东欧及中亚地区、中东及北非地区、东南亚及太平洋地区。这部分地区的案件量占总量的 43%，而被

[1426]依据 ICSID 附加便利规则第 2 条，ICSID 附加便利仲裁仅适用于三类争议：因东道国或者投资者母国非《华盛顿公约》缔约国而不能为 ICISD 管辖的直接投资引起的法律纠纷；东道国或者投资者母国是《华盛顿公约》缔约国，但由于非因直接投资所引起而不能为 ICSID 管辖的法律纠纷；以及事实调查程序。

[1427]参见 ICSID 官方网站：

https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf，最后访问时间：2015 年 4 月 18 日。

[1428]其中，ICSID 公约仲裁案件 442 件（占 89%），ICSID 公约调解案件 7 件（占 1.5%）；ICSID 附加便利仲裁案件 46 件（占 9%），ICSID 附加便利调解案件 2 件（占 0.5%），详见 ICSID 最新报告第 8 页。

[1429]详见 ICSID 最新报告第 11 页。

[1430]详见 ICSID 最新报告第 18 页。

[1431]包括：美国 173 人次，法国 171 人次，英国 144 人次，瑞士 100 人次，加拿大 94 人次，西班牙 82 人次，澳大利亚 59 人次，德国 52 人次，墨西哥 52 人次，智利 48 人次，意大利 44 人次，比利时 41 人次，荷兰 38 人次，新西兰 35 人次，埃及 31 人次，哥伦比亚 27 人次，阿根廷 26 人次，哥斯达黎加 24 人次，瑞典 22 人次，法国/瑞典/巴林（三重国籍）21 人次，保加利亚 16 人次，英国/法国（双重国籍）16 人次，美国/瑞士（双重国籍）16 人次，奥地利 13 人次，阿根廷/西班牙（双重国籍）12 人次，巴西 12 人次，黎巴嫩/法国（双重国籍）11 人次，新加坡 11 人次，孟加拉国 10 人次，加拿大/新西兰（双重国籍）10 人次，加拿大/英国（双重国籍）10 人次，菲律宾 10 人次，中国 9 人次，丹麦 9 人次，希腊 9 人次，斯洛伐克 9 人次，乌拉圭 9 人次，委内瑞拉 9 人次，摩洛哥 8 人次，巴基斯坦 8 人次，瑞士/巴西（双重国籍）8 人次，哥伦比亚/法国（双重国籍）7 人次，厄瓜多尔 7 人次，马来西亚 7 人次，塞内加尔 7 人次，泰国 7 人次，芬兰 6 人次，印度 6 人次，伊朗/法国（双重国籍）6 人次，秘鲁 6 人次，圭亚那 5 人次，索马里 5 人次，阿尔及利亚 4 人次，塞浦路斯 4 人次，德国/澳大利亚（双重国籍）4 人次，危地马拉 4 人次，伊朗 4 人次，尼日利亚 4 人次，洪都拉斯 3 人次，以色列 3 人次，牙买加 3 人次，韩国 3 人次，瑞士/爱尔兰（双重国籍）3 人次，多哥 3 人次，巴巴多斯 2 人次，贝宁 2 人次，法国/毛里求斯（双重国籍）2 人次，法国/瑞士（双重国籍）2 人次，加蓬 2 人次，加纳 2 人次，约旦 2 人次，黎巴嫩 2 人次，马达加斯加 2 人次，马拉维 2 人次，葡萄牙 2 人次，塞尔维亚 2 人次，美国/法国（双重国籍）2 人次，阿根廷/美国（双重国籍）1 人次，喀麦隆 1 人次，加拿大/黎巴嫩（双重国籍）1 人次，加拿大/瑞士（双重国籍）1 人次，中非共和国 1 人次，智利/美国（双重国籍）1 人次，克罗地亚 1 人次，捷克共和国 1 人次，捷克斯洛伐克 1 人次，多米尼亚 1 人次，日本 1 人次，卢森堡 1 人次，挪威 1 人次，巴基斯坦/美国（双重国籍）1 人次，斯洛文尼亚 1 人次，南非 1 人次，斯里兰卡 1 人次，苏丹 1 人次，英国/加纳（双重国籍）1 人次，美国/加拿大（双重国籍）1 人次。详见 ICSID 最新报告第 20 页。

委任为仲裁员、调解员和临时委员会成员的比例仅占16%。数据生动地表明，在ICSID机制被高频选用的情形下，“一带一路”区域内的投资争议主要由其他区域（特别是北美、西欧发达地区）的人员处理。ICSID虽是基于全球性公约成立的机构，但从其仲裁员、调解员和临时委员会成员委任频率看，其更多代表着以美国、西欧为主的发达经济体的意志。若将“一带一路”区域内的投资争议主要交由其处理，是否利于促进该区域的投资发展？笔者对此深表怀疑。故笔者认为，ICSID机制并不适宜成为“一带一路”区域投资争议解决的主要方式。

（2）ICC和SCC作为ICSID仲裁机制备选的局限

表1中的数据还显示，在被统计的725部BIT中，ICC和SCC是继ICSID后被选频率较高的投资仲裁常设机构，被选频率分别达7.03%（51/725）和1.52%（11/725）。可见，较之其他常设机构，“一带一路”区域内国家在ICSID之外更倾向选择ICC和SCC提供国际投资仲裁服务。那么，在高频选用ICSID机制存在弊端的情形下，ICC和SCC是否适宜作为ICSID备选而更多地为区域内国家所选择呢？笔者对此也持否定态度。因为就提供“一带一路”区域投资仲裁服务而言，不仅ICC和SCC可能存在与ICSID一样的弊端，而且因无全球性公约（如《华盛顿公约》）做基础，此类区域外仲裁机构被“一带一路”区域内国家普遍接受，想必是极难的[1432]。

2、“一带一路”区域对国际投资仲裁多元模式的需求

“一带一路”战略的落实，可以预计将推动区域内的国际直接投资较大甚至巨大增长，而随之增加的国际投资争议，势必催生域内对国际投资仲裁的需求。但在现有“稀星拱月[1433]”般的常设机构投资仲裁模式下，要实现区域内投资争议更多为区域内的机构和人员处理以克服前述弊端之目的，则应当更多引入区域内的常设仲裁机构提供国际投资仲裁服务，从而构建更加多元的投资仲裁模式。

3、中国国家战略需要及国家仲裁利益需要

“一带一路”是中国提出并主推的区域发展大战略，虽然中国不谋求该区域主导权，但在美国实施“新丝绸之路”战略和主导跨太平洋伙伴关系协定、俄罗斯实施“欧亚经济联盟战略”并寻求欧亚地区事务主导权、日本实施“丝绸之路外交”战略并搅局南海围堵中国[1434]等诸多外部复杂因素围困下，“一带一路”战略对中国参与国际规则制定，提升中国的国际话语权具有重要意义。而在区域内国际投资争议解决“游戏规则”的制定上，中国理应推动更加多元的争议解决模式（包括国际投资仲裁模式），从而打破以美欧发达国家为主导的ICSID机制的主垄断和ICC、SCC的次垄断。

此外，从中国国家仲裁利益需要看，投资仲裁市场已成为了全球仲裁机构广泛关注的“蛋糕”，很多机构都有意从中分一块[1435]。作为一个吸引投资和提供投资均巨大的国家，中国也应当支持本国仲裁机构尽早参与投资争议解决。国际制度风云变幻，若将来一旦打破ICSID、ICC、SCC形成的垄断后，经过多年支持和培育的国内仲裁机构，也许就能立刻挑起中国投资争议解决的大梁，为维护国家利益提供帮助。而“一带一路”制度的建设正是国内仲裁机构参与投资仲裁的良机，中国理应扶持。

综上所述，笔者认为，无论从区域内国家共同利益，还是仅从中国国家利益分析，构建“一带一路”区域更加多元的国际投资仲裁模式都非常具有必要性。

（二）构建“一带一路”区域国际投资仲裁多元模式的可行性

1、法律可行性

[1432]根据表1的统计，所签订的BIT中存在选用ICC的国家占50%（11/22），存在选用SCC的国家占40.9%（9/22）；即使在存在选用ICC和SCC的国家中，该两家常设机构也仅被很少的BIT选用。因此可以看出ICC和SCC目前尚未被区域内国家普遍接受。

[1433]即ICSID为月，ICC和SCC以及个别国家性仲裁机构为星。

[1434]参见袁新涛：“‘一带一路’建设的国际战略分析”，载《理论月刊》，2014年第11期。

[1435] 表2中列举的“其他国家性仲裁机构”就是很好的例证。

要设计一种制度，首先应具有合法性。笔者认为，构建“一带一路”区域国际投资仲裁多元模式，在法律上是完全可行的。因为国际投资仲裁的法律依据主要来源于双边和多边国际投资条约。只要能通过谈判，推动区域内国家签订具有相应内容的投资条约，那么多元模式构建的合法性就自然诞生了。即使难点在于如何推动国家间签订此类条约，但从现有国际条约的签订历程看，其实不过一个博弈与谈判的过程，虽需要时日和耐心，但并非不能实现。

2、平台可行性

国际机构的设立，往往需要国际平台，例如 ICSID 就是依托世界银行作为平台才得以成立并顺畅运行的。而笔者认为，眼下正在筹建的“亚洲基础设施投资银行（亚投行）[1436]”正好为区域投资仲裁机构的构建提供了良好的平台。

3、条件可行性

仲裁机构建成后，其运行所需的条件，无非是人、财、物条件。在财和物方面，无论是缔约国捐款还是亚投行拨付或从中贷款，都不难解决（机构成立之后的营收即可维持其运行）。而人的方面，最困难的当属合适仲裁员的选聘。但总的来说也是可以解决的，因为区域内既有一些在 ICSID 做仲裁员的人士，也有不少致力于商事仲裁的人士。只要具备或逐步培养相应的知识水平，都是可以考虑选聘为仲裁员的。当然，从“一带一路”区域外选聘一定比例的仲裁员也未尝不可。

综上所述，笔者认为，构建“一带一路”区域国际投资仲裁的多元模式，无论从法律、平台还是所需条件上，都不构成障碍，具有可行性。

五构建“一带一路”区域国际投资仲裁多元模式的具体建议

（一）构建“一带一路”区域国际性投资仲裁机构

在“一带一路”区域内，虽不乏国家性仲裁机构（有些机构除了提供商事仲裁服务外，也提供了一定的投资仲裁服务[1437]），但尚无一家如 ICSID 或 ICC 这样基于国际条约成立的国际性仲裁机构。因国际投资仲裁以相应国家对特定机构放弃管辖豁免权为前提，故通过签订国际条约以成立“一带一路”区域内的国际性投资仲裁机构，不仅能够减少谈判阻力和博弈成本，也能吸纳更多域内国家参与其中，不失为一条捷径。至于构建方式，可以借助亚投行的平台实施，具体制度设计则由缔约国谈判确定。

（二）推动国家性仲裁机构适度参与国际投资仲裁

一国推动本国仲裁机构参与国际投资仲裁，是争取本国仲裁利益、为本国仲裁机构将来挑起国际投资争议解决大梁所做的未雨绸缪之事。虽然中国不少仲裁机构意欲参与投资仲裁，但却未有能如愿者。笔者认为，原因主要包括：1、中国仲裁法的限制。该法第二条规定：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”显然，该条中“平等”一词直接将国内仲裁机构处理主体“不平等”的投资者-东道国之间投资争议的大门关闭了。2、双边条约的限制，即双边条约中未将中国国内仲裁机构列为投资仲裁的可选机构之一。3、中国仲裁机构现状的限制。中国有两百多家仲裁机构，让所有机构都参与投资仲裁显然不切实际，但无论让哪一家仲裁机构参与，都可能引起其他仲裁机构的抵触。

针对上述原因，笔者建议：首先，对仲裁法第二条进行修改，将中国仲裁机构仅处理平等主体之间纠纷的锁链拿掉（清除法律障碍）；然后，组建中国仲裁协会，并在其下设立国

[1436]截至 2015 年 4 月 15 日，亚投行意向创始国成员确定为 57 个，其中域内国家为 37 个，域外国家为 20 个。信息来源于证券时报网快讯中心：http://kuaixun.stcn.com/2015/0415/12170046.shtml，最后访问时间：2015 年 4 月 18 日。

[1437]例如表 2 中的国家性仲裁机构。

际仲裁中心，提供投资仲裁服务（破解各仲裁机构博弈难题）；最后，在中国签订的 BIT 中，争取让中国仲裁协会国际仲裁中心成为投资仲裁可选机构之一（打通中国机构参与投资仲裁的路径）。

（三）对“一带一路”区域现有投资仲裁模式的取舍

在构建了新的模式后，是否就应当舍弃“一带一路”区域现有的以 ICSID、ICC 和 SCC 为主的常设机构投资仲裁模式呢？笔者认为不应绝对。如果在谈判中，彻底摒弃现有模式确有困难，那么可以继续保留，只不过为现有模式提供更多的可选机构即可。

结　语

中国推动实施“一带一路”战略，有其深厚的历史背景和时代色彩，是中国从长期实施的“韬光养晦”政策到主动参与国际规则制定的转变，将对地缘政治格局产生深远影响。对于如此重大的战略，每一个制度都应当精心设计。

在“一带一路”建设可预计地引起国际直接投资增加并附带引起国际投资争议增加的背景下，区域内现有的以 ICSID 为主，ICC、SCC 为辅的常设机构投资仲裁模式，可能导致域内发生的投资争议将更多地交由以美欧发达国家为主导的仲裁机构仲裁，这并不利于域内的投资争议解决和国际投资促进。因此，建设区域内更加多元的国际投资仲裁模式是非常必要的。此种多元模式的构建，既包括通过国际条约成立国际性投资仲裁机构，也包括为国内仲裁机构参与区域内国际投资仲裁创造机会。并且，无论从法律、平台还是现有条件来看，这种多元模式的构建都具有可行性，只待国家的重视和推动。

中国作为“一带一路”区域建设的发起人和主力军，更应当充分认识到此类多元模式构建的必要性和可行性，并予以大力支持和积极推动，以维护中国国家战略利益和国家仲裁利益，也为促进区域内直接投资发展保驾护航。

论“一带一路”战略下海外投资保险制度构件的必要性

摘　要：2013 年我国提出“一带一路”的战略计划，作为“走出去”战略的升级版，海外投资越来越引起关注，而海外投资保险制度作为海外投资的后备力量，却稍逊风骚。本文从海外投资保险的基本内涵出发，比较研究当前发达国家的海外投资保险制度，结合当前我国的时代背景，深入探讨适合中国的海外投资保险制度。

关键词：海外投资保险 政治风险　一带一路

2013 年 9 月 7 日，习近平主席在哈萨克斯坦演讲时提出了共同建设“丝绸之路经济带”的战略的倡议，同年 10 月 3 日，习近平主席又在印度尼西亚国会上提出共同建设“21 世纪海上丝绸之路”的目标，由此“一带一路”的构想以及 400 亿美元的“丝路基金”投入运营。

“一带一路”沿线 65 个国家，2014 年 8 月 21 日中国信用保险公司（以下简称“中信保”）发布 2014 年版《国家风险分析报告》，《报告》称:“与 2013 年国家风险参考评级相比，2014 年，从调整结果看，评级调升的国家主要是部分西欧和中东欧国家，其经济呈现触底回升态势，评级调降国家主要是部分亚洲和非洲的发展中和新兴国家，其受地缘政治局势动荡、外部经济风险冲击影响较大，社会经济发展可能面临更大阻力。”[1438]因此，以专业化和国际通行的方式推进“一带一路”战略的运行就至关重要。

一、我国海外投资者海外投资风险案例

1.北京城建集团诉也门政府案

2006 年 2 月，北京城建集团中标也门萨那国际机场新航站楼工程，工程中标价为 1.15 亿美元。而 2014 年 12 月 3 日，解决投资争端国际仲裁中心发布的新的案例信息称，已经受理北京城建集团向也门共和国提起的投资争议仲裁，[1439]本案中，作为也门萨那国际机场新航站楼工程的承包人北京城建集团依据 1998

[1438]中信保发布 2014 年《国家风险分析报告》，新华网：http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-08/21/c_126901846.htm ，访问日期 2015 年 3 月 17 日。

[1439] Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen ,ICSID Case No.ARB/14/30.

年中国与也门签订的双边投资协定主张其在也门的资产受到强制征收。

作为中国企业因为建筑工程争议将东道国政府诉诸国际仲裁的第一个案件，此案件具有标志性的意义，案件目前正在审理中。且不论该案件能否得到仲裁机构的支持，但从 ICSID 受理此案来看，如若也门政府出于不可归责于北京城建集团的政治目的，则其构成征收险，依据《中华人民共和国政府和也门共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第五条规定，也门政府应补偿北京城建遭受的损失，但是依据国际条约要求也门政府直接对私人进行赔偿,必定涉及到政府间的利益权衡,时间必将旷日持久,从而搁置项目工程的进行,给投资者造成巨大的损失。假定北京城建在投标建设后向中信保投保，则由中信保先行对北京城建进行赔偿从而取得代位求偿权，向也门政府求偿，则不会造成城建公司的资金的短缺从而耽误项目及企业的运作，如若本项目由 MIGA 进行分保，北京城建亦可先从 MIGA 获得补偿。

2.中国平安保险公司诉比利时政府案

2007 年，中国平安保险公司以人民币 238.38 亿元购买了比利时富通集团的股份，成为其最大的股东。而 2008 年的全球金融危机使其陷入危机，而比利时政府为了救市，强制拆分富通集团，以低于市价的出价购买了富通集团下属的富通比利时银行股份，并将其 75%的股份出售给巴黎银行，从中获益 16 亿欧元，但比利时政府仅对欧洲个人股东给予了补偿，而未给予机构股东和非欧盟股东补偿，中国平安保险公司也同样未得到补偿。[1440]2012 年 9 月，中国平安保险公司将比利时政府告上 ICSID 仲裁庭，认为比利时政府构成间接征收，遭受海外投资政治风险。本案件目前正在审理中，但中国企业频繁在海外遭受政治风险并且漫长的求偿道路亟需我国国内给予风险保证。

3.中国铁建墨西哥 37 亿美元高铁合同被无限延期案

2014 年 11 月 3 日上午 12 点（北京时间 4 日凌晨 2 点），墨西哥通信和交通部长鲁伊斯·埃斯帕萨宣布，中国铁建牵头的国际联合体竞标成功；11 月 6 日，墨西哥总统涅托撤消了中国公司中标墨西哥城至克雷塔罗市的高铁项目结果；11 月 10 日，墨西哥宣布因取消高铁合同最多补偿中方 2.7 亿；2015 年 1 月 30 日，墨西哥财政和公共信贷部发布公告，宣布无限期搁置墨西哥城至克雷塔罗高

[1440] Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No.ARB/12/29.

铁项目。而墨西哥总统涅托对做出这一决定的考虑：一是，参与此次高铁项目竞标的公司太少，二是，竞标程序的处理时间不充足。

中国铁建在墨西哥突然遭受政府违约险，44 亿美元仅获不到 1%的赔偿，遭受巨大的损失，我国目前出口信用保险公司对政府违约险进行承保，但鉴于中国铁建并未投保，我国也没有完善的求偿机制，现在也仅由中国铁建、墨西哥比嘉集团特雅建筑公司等组成的投标团队在 1 月下旬联合向墨西哥政府提出索赔要求。

二、我国海外投资保险制度存在的问题

1.规定不明确，可操作性不强

在中国与各国签订的双边投资保护协定中均有用到“缔约一方或其指定的机构担保”[1441]一词，在美国由专门的政府公司（OPIC）负责，德国由政府指定的黑姆斯信用公司和德国信托监察公司负责，而日本则由通产省管理，而在中国，海外投资事务则全由商务部一家负责，虽有中信保参与承担政治风险的投保，但中信保只是将其作为工作事务的一小部分，并没有能力行使在真正海外政治风险发生时的代位求偿权。这就使我国的制度执行处于虚无状态，一旦发生问题，则很难操作。

2.法律制度不健全，机构分工不明确

我国自上世纪 80 年代至本世纪初相继颁布了许多有关海外投资管理的法律法规，但自 2001 年《国务院关于组建中国出口信用保险公司的通知》（以下简称《通知》）施行以后就不再有专门针对海外投资政治风险的立法规定，而《通知》中规定：“公司按照国务院批准的《中国出口信用保险公司组建方案》和《中国出口信用保险公司章程》运营。待条件成熟后单独立法。”但“条件成熟”的判定标准却无从得知。中信保虽作为国有公司，也仅有《投保指南》作为海外投资政治风险的评估依据。再者，商务部、发改委、外汇管理局权利分散，针对同一海外投资风险评估，要由不同的机构重复审查，不利于投资的综合性管理。

3.中信保《投保指南》内容不完整

1441 《中印关于促进与投资保护的协定》第八条、《中德关于促进和相互保护投资的协定》第七条、《中韩关于促进和投资保护的协定》第七条、《中英关于促进和投资保护协定》第九条、《中国与朝鲜关于促进和保护投资的协定》第七条、《中华人民共和国政府与东南亚国家联盟成员国政府全面经济合作框架协议投资协议》第十二条第一款等。

适格的投资者:

《投保指南》规定："在中国境内（不含港、澳、台地区）注册成立的法人；或在中国境外（含港、澳、台地区）地区注册的法人（实际控制权由中国境内注册的法人掌握）；或为项目提供融资的境内外金融机构。其他。"[1442]从以上规定来看，我们国家对海外投资的主体限制比较多。首先，被保险人仅限于法人机构，而对自然人亦或其他组织是否可以投保却未提及。2014 年 10 月 6 日予以施行的《境外投资管理办法》第二条[1443]将境外投资的主体界定为在中国境内依法设立的企业，同样将自然人排除在海外投资的范围之外，并且对于非法人组织没有给予明确的规定。纵使将《投保指南》中的"其他"扩大解释包含有自然人和非法人组织，从实践上看来，自然人是不可能被保险的，因为自然人无法直接进行海外投资，且大部分得到承保的是国有企业，国有经济是国民经济的重要组成部分，国有性质的法人不管是对内还是对外投资，都占有相当大的比例。[1444]因此，专门针对"海外私人的直接投资保险"在此意义上可以说是针对国有资产的保险，但国家又提出促进国际私人投资，这难免会与国家政策有些抵触。其次，由港、澳、台地区实际控制的法人仍旧不能承保，即我国将港、澳、台地区的投资者区别与内地的投资者，但同为中国公民，对港、澳、台同胞不给予政治风险的保障，这不免会引起对公平公正的法理思考。

适格的投资:

《投保指南》规定"投资项目应符合我国外交、外经贸、产业、财政及金融政策，符合投资项目各方所在国的法律和政策规定，并获得与投资项目相关的批准许可。"针对这个规定的实质性审查，中信保要求投资者提交包括投资项目对投资所在国的影响、我国驻东道国使馆经商处关于项目的书面意见以及相关的批

1442 海外投资保险概述，中国出口信用保险公司官网：http://www.sinosure.com.cn/sinosure/ywjs/tz/zlbx/hwtzbxjj/index.html，访问日期 2014 年 3 月 14 号 。

1443 第二条 本办法所称境外投资，是指在中华人民共和国境内依法设立的企业（以下简称企业）通过新设、并购及其他方式在境外拥有非金融企业或取得既有非金融企业所有权、控制权、经营管理权及其他权益的行为。

1444 王荣斌:《我国非公有制经济的发展现状、问题及对策分析》，载《湖南工程学院学报》（社会科学版），2009 年第 1 期，第 56 页。

准、协议、担保、保证等材料。[1445]笔者认为，此处规定过于宽泛、模糊，不利于具体实践中的执行。首先，针对审查的主体机构，“投资项目符合我国外交等法律政策的规定”是有关国家政治经济的重大决策，应该由国家行政主管部门负责，但实践中，仅由中信保一家法人机构进行评估，其透明度与公平性有待商榷。其次，“相关的批准与许可”并没有指出提交的信息，这些全由企业自行决定，这也就自然造成企业的困惑，而项目对东道国的影响报告也由机构自行调查，从而造成外界对具体东道国环境的错误判断。

承保险别:

我国目前针对的投保险别主要为征收险、汇兑限制险、战争及政治暴乱险和附加政治风险。[1446]而中国国内企业走出去面临的政治风险形式多样，需要对政治风险的含义进行详细的界定，如 2014 年 10 月中国铁建赢得墨西哥政府招标的 37 亿美元的高铁合同，但这一交易几天后被墨西哥政府叫停，理由却是招标过程过于仓促且没有其他竞争方；再如，2015 年初，斯方决定“暂时并立即”叫停由中国企业投资建设的科伦坡港口城项目的施工，理由是该项目未得到“相关机构的认可” 。[1447]这些虽属于政府的行为，但能否将其归于政治风险却难以确定，纵使归于政治风险且由投保机构予以担保，那么在担保机构取得代位权以后东道国又是否认可予以认可并给予赔偿？

三、美日德的海外投资保险制度

美国的海外投资保险制度起源于 1948 年的“马歇尔计划”，为鼓励海外直接投资，设立“经济开发署”专门负责海外投资管理活动，并经过多次修订设立

1445 投资保险业务问答，中国出口信用保险公司官网：

http://www.sinosure.com.cn/sinosure/cpyfw/tzbx/cpyfw/fw/fw.html，2015-3-14 访问。

1446 征收指东道国采取国有化、没收、征用等方式，剥夺投资项目的所有权和经营权，或投资项目资金、资产的使用权和控制权。汇兑限制指东道国采取国有化、没收、征用等方式，剥夺投资项目的所有权和经营权，或投资项目资金、资产的使用权和控制权。战争及政治暴乱指东道国发生革命、骚乱、政变、内战、叛乱、恐怖活动以及其他类似战争的行为，导致投资企业资产损失或永久无法经营。附加政治风险包括经营中断以及违约。以上来源于中国出口信用保险公司官网：

http://www.sinosure.com.cn/sinosure/ywjs/tz/zlbx/hwtzbxjj/index.htm

1447 陈沁：《斯里兰卡叫停最大中资项目》，财新网：

http://international.caixin.com/2015-03-08/100789155.html，访问日期 2015 年 3 月 22 日。

专门承担海外投资保险业务的OPIC（海外投资保险公司）。日本紧跟美国之后，于1956年制定了《出口保险法》并设立了“海外投资原本保险”和“海外投资利润保险”，最终融合成完整的海外投资保险制度。德国也于1959年通过设立“信托监察股份公司”和“黑姆斯信用保险公司”实现了海外投资政治风险的保护。

由于海外投资保险制度主要涉及的是投资承保的条件（包括适格的投资者、适格的投资、适格的东道国）、承保险别以及保险人等几个方面，因此，笔者着重从这几个方面比较美日德在此制度上的规定。

（一）投资承保条件

美、日、德三国都对海外投资保险的投资承保条件做了具体的规定，且都要求为适格的投资者、适格的东道国以及适格的投资。

首先，关于适格的投资者，美国OPIC的《投资手册》要求适格的投资者必须为：“①美国籍公民；②依美国法设立的法人或其他社团且资产的至少51%归美国公民、公司或其他社团组织；③依外国法设立的组织，其资产至少95%归属于美国。”而日本规定的适格投资者仅为日本的自然人与法人，同样，德国海外投资法规定在德国有“在德国有住所或居所的德国公民和企业，但主要从事与产品生产、采购、销售及运输有关的经营活动”的为适格的投资者。

其次，对于适格的投资，有关投资，各国根据自身的不同情况分别针对投资的项目和投资的形式设定了不同的标准。除了都规定有利于本国以及东道国的经济发展外，美国特别规定为新设的投资且只有在特别情况下包括企业的扩大生产，且为经总统同意和由OPIC认可的不发达地区和项目，除此之外，贷款、租赁、技术援助等也属于美国承保的范围。而德国仅规定了三种投资形式，即资本参加、向分店投资以及与股权相关的贷款。日本则规定的很是细致，则主要涉及到五个方面，即①以参加事业经营为目的而投向外国的股本、股份；②合营公司的当地股东向该公司出资用的资金的长期贷款，且债务偿还期在5年以上，但公司与股东需为同一国籍；③日本投资者能直接支配经营的外国法人的长期贷款；④为进行“海外直接投资”，直接以日本人名义取得的不动产或其他权利；⑤以开发输入资源为主的“海外直接投资”。

最后，针对适格的东道国。关于东道国的选择，国际上则主要存在两种模式，

即美国的双边模式和日本的单边模式。其中双边投资模式是指此东道国必须与投资母国签订有双边投资保护协定，否则不予承保；而单边投资模式则是指不以双边投资条约为基础，只要符合国内法规定的条件则给予承保，如日本。在此方面，美国的《对外援助法》则规定的更加详细，即除了与美国签有双边投资保护协定，此东道国还必须是友好的发展中国家或不发达国家并且尊重人权和国际上公认的工人权利。针对于德国，则只要东道国国内的法律秩序和有关措施足以保护投资者的安全就给予承保，但在实践中，则以有双边投资保证协定的国家为优先考虑。

（二）投资保险的范围

海外投资保险针对的就是海外投资者在东道国遭受的政治风险，而政治风险的范围界定各国略有出入。但一般都含有外汇险、征收险以及战争和内乱险。

首先，外汇险，依据美日德三国法律规定，外汇险都是由于东道国实行外汇管制、限制或停止外汇流动，或由于国内政治、革命或战乱而导致的外汇流转不能而造成的风险，但都将商业风险造成的外汇险排除在外。同样三个国家在具体的险别上也存在着差别，如美国只承保禁兑险，而日本与德国则在承担禁兑险的基础上扩大承保不能自由转移的转移险。

其次，征收险，征收险的征收是东道国政府出于本国政治目的，不可归责于投资者本身过错或行为而采取的针对海外投资者资产的行为。三个国家都将东道国政府采取的征收行为且不管是否给予补偿而列入征收险的范围，但美国同样将持续一年以上的、对契约权的征收列入征收险的范围内。而日本则把对股权的强制转让纳入其中，在此，德国则没有给予特殊的规定。

最后，战争和内乱险，当今国际社会尤其是东南亚地区，稳定是大局，但边缘政治问题仍然严峻，[1448]因此，各国均将由于战争、革命、暴乱或内乱造成的投保财产被损坏、丢失夺走并扣留纳入战争和内乱险中。[1449]

除此之外，德国还承担了货币的延迟支付险和货币贬值险等政治风险，而日本则还对迟延履行的信用险进行承保。

（三）保险费、保险期限和保险金

各国根据本国法律规定，均将保险费、保险期间以及保险金纳入了海外投资

1448 张晓慧：《解读“一带一路”新形势下境外投资的法律风险管理》，载《FEATURE STORY》第 36 页。
1449 孙玲：《我国海外投资保险法律制度问题研究》，江西财经大学硕士论文，第 15 页。

保险制度的规定，但具体规定有所不同。就保险费而言，依据承保险别的不同而不同，美国 OPIC《投资手册》对综合保险的规定为承保额的 1.5%，而日本和德国分别为 0.55%和 0.5%。

而保险期限，各国亦有各自的规定。在美国，一般情况下，则自承保之日起不超过 20 年，德国的股份投资保险则为 15 年，日本为 5—10 年不等。[1450]

关于保险金，美、日、德三国则都只承担投保人损失的 90%，剩下的由保险人自己负责。

四、MIGA 与中国的共同发展

多边投资担保机构（MIGA）是世界银行的组成部门之一，目标是鼓励在其会员国之间、尤其是向发展中国家会员国融通生产性投资，促进并进一步鼓励外国投资流向发展中国家。我国于 1988 年签署并核准了《多边投资担保机构公约》，[1451]作为 MIGA 的创始会员国之一，在其法定资本 10 亿特别提款权中，中国名列全体成员国第六，第二类会员国第一。可见，作为最大的发展中国家，中国对 MIGA 的认可与支持。

根据《多边投资担保机构公约》第十九条、第二十条以及第二十一条，[1452]多边投资担保机构以期望最大限度地与会员国在业务上有所交流，在实践中，各个国家保险机构与 MIGA 打交道的方式也主要是通过再保与分保的方式进行。例如：2000 年 4 月 MIGA 签发了对内尔公司位于巴西的一家南美的子公司 6.5 亿元辛迪加贷款中的 2.3 亿美元部分，该项目用于巴西圣保罗的一个电讯设施的扩建项目，

1450 陈璟菁：《美、日、德三国海外投资保险法律制度比较研究—兼论我国海外投资者法律制度的设想》，载《国际贸易问题》2000 年第 3 期，第 60 页。

1451 截至 2014 年 12 月 4 号，《多边投资担保机构公约》的会员国共有 181 个，其中发达国家 25 个，发展中国家 156 个。

1452 第十九条 同全国性和区域性实体的关系 会员国的全国性实体和多数资本为会员国拥有的区域性实体所开展的业务活动与机构活动相似。机构应与这些机构进行合作，并设法补充它们的业务。旨在使它们各自的业务发挥最大的效率，扩大它们在增加外国投资流动方面的贡献，为此目的，机构应就这类合作的细节、特别是分保和再保的方式同这些实体作出安排。第二十条 全国性和区域性实体的再保 机构对会员国或会员国机构或多数资本为会员国所有的区域性投资担保机构已就一种或一种以上非商业性风险给予保险的具体投资，可以提供再保。第二十一条 同私人担保人和再保人的合作 机构可同会员国中的私人担保人签订协议，以加强本身的业务，并鼓励私人担保人对发展中国家会员国的非商业性风险按机构所使用的相似条件提供担保。这种合作包括机构第二十条中规定的条件和程序提供再保服务。

其余的由加拿大的出口开发公司、美国的海外私人公司以及美国国际集团另行承保。[1453]

2000年中国人民保险公司与MIGA在世界银行中国代表处签署《合作谅解备忘录》,这是双方签订的第一份协议。[1454]2002年8月中国出口信用保险公司与MIGA再次签署了专门针对政治风险的《合作谅解备忘录》，并于2005年进行了重新签署。虽然MIGA与中信保已经达成了“合作协议”，但在实际操作中却存在着相当大的困难。

首先，承保险别的规定，根据《多边投资担保机构公约》第十一条和中信保《投保指南》对承保险别的划分，不难发现《公约》对承保险别的规定更加具体，例如，对于政府违约险的规定，《公约》规定东道国政府不履行或违反与被保险人签订的合同，并且1．被保险人无法求助于司法或仲裁机关对其提出的有关诉讼做出裁决，或2．该司法或仲裁机关未能在担保合同根据机构的条例规定的合理期限内做出裁决，或3．虽有这样的裁决但未能执行即为违约险；而《投保指南》仅仅规定为东道国政府或经保险人认可的其他主体违反或不履行与投资项目有关的协议，且拒绝赔偿。这就造成在对某海外投资项目分保或再投保进行审查时，出现截然不同的结论。

其次，关于合格的东道国，由于多边投资担保机构的主要目的是促进对发展中国家的投资，因此其也认为发展中国家为合格的东道国。而我国海外投资则主要分布在发达国家，这就使大部分海外投资不能得到“双重保险”，从而大大增加了投资的风险。例如：2005年中海油并购美国优尼科公司，在最后报价阶段由于美国的政策原因而不得不退出竞价。而此种投资是得不到MIGA的承保的。

再者是特权与豁免，《多边投资担保机构公约》第七章规定了机构在行使代位求偿权的时候享有特权与豁免，而作为一国内机构，在没有与他国签订双边条约的情况下，在与MIGA合作分保的情况下，是否也同样享有特权与豁免？

因此，综合分析MIGA与我国的关系，我国有必要完善我国的海外投资保险制度，在与MIGA有充分对接的基础上，制定出符合中国特色的海外投资保险制

1453 【美】劳伦·S·威森菲尔德著，徐崇利译：《多边投资担保机构的十五年发展历程》，载《国际经济法学刊》2004年02期，第211页。

1454 陈翼、温桂胜：《中国企业海外投资放心了》，人民网：http://www.people.com.cn/GB/channel3/23/20001121/320874.html，访问日期 2015年3月15日。

度。

五、我国海外投资保险制度的构想

总的来说，海外投资保险对于我国并不是一个全新的概念，早在上个世纪末我国就认识到此制度的重要性，但由于当时海外投资的规模并不大，国务院只是在《国务院关于组建中国出口信用保险公司的通知》中提到“待条件成熟后立法”，十多年后，在“一带一路”的背景下，笔者认为“条件已经成熟”。

（一）投资承保条件的选择

首先，关于适格的投资者，笔者认为可以将“适格投资者”规定为：“①中国国籍的公民；②依中国法律成立的法人、非法人组织或其他团体；③依外国法成立的且资产至少 95%归属于中国。”此“中国籍的公民”不仅包括大陆地区的自然人也同样包括港澳台地区的自然人，因为从我国现状看来，中信保规定的投资者大部分为实际资产控制权属于大陆的法人所有，虽有规定“其他经过批准的自然人和法人”的规定，但“经批准”一词却给了审批主体极大地自由裁量权。而从社会发展趋势来看，非法人组织或自然人会不可逆转地参与到跨国的经营行业中，且在实践中也我国也已经同意此种趋势，例如， 2014 年 10 月 1 日开始生效的中国与加拿大双边投资保护协定第二条第一款将“自然人”规定为“合格的投资者”。此外，中信保明确将港澳台地区的投资者排除在“适格”之外，同样作为中国的组成部分，在“一带一路”战略上发挥这重大的作用，因此，不能将其排除在外。将全部“依中国法律成立的”企业纳入其中，而不仿照美国 OPIC 将资产所有权的至少 51%限定为美国籍，是考虑到我国规定的“三资企业”，无论是依据国籍原则还是属地管辖的原则，“三资”企业都是中国企业，向中国缴纳所得税，因此应受到我国法律的保护与管辖。而“依外国法”成立的公司，是考虑到实践中中国企业大多通过新设或跨国并购进行海外投资，例如 2013 年中海油收购加拿大尼克森公司，因此，将由中方控股的海外公司纳入承保范围是非常有必要的。

其次，对于适格的投资的选择，通过各国的法律实践以及 MIGA 对其的规定，共同点为有利于投资母国和东道国的经济发展，不同之处在于投资的形式。因此，笔者认为，在促进投资母国与东道国经济发展的前提下，其投资必须是针对“新”

的项目与“新”的投资，即新建企业或在已建成项目上的扩大投资。此次“亚洲基础设施投资银行”的设立也主要针对国内基础经济设施的建立进行投资贷款，而对于中信保现有规定下的“对已建成项目”也同样给予承保，不仅在法理上有违“法不溯及既往”的规定，而且如果针对所有海外投资项目都予以承保，极易造成承保机构承担项目过多而难以运作的问题。但新投资还应包括对现存投资更新、扩大或发展所进行的外汇转移或现存投资所产生的收益与在投资。[1455]对于投资形式，股权投资、贷款、实物投资亦或依据契约而进行的劳务或知识产权投资都不应有所限制。

最后，就适格的东道国的选择，笔者认为此东道国应为与中国签有双边投资条约的国家和地区，而不局限于发展中国家。2013 年经济学人《中国海外投资指数报告》统计出中国海外投资指数（China Going Global Investment Index）前十名的目标国与地区，分别为美国、新加坡、中国香港、日本、澳大利亚、加拿大、瑞士、挪威、俄罗斯与德国。[1456]不难发现，中国投资者的理想目的地还是集中在发达国家和地区。因此，发达国家也应纳入“适格的东道国”中。对于东道国是否限定为与中国签订双边投资协定的国家，在此认为非常有必要。不仅中国现在已经与 130 多个国家签订了双边投资条约，而且也即将完成与美国、欧盟的双边投资条约的谈判，因此，以双边投资条约为基础是完全有可能的。另外，采取双边投资模式，对于保险的代为求偿权的行使是大有裨益的，依据“条约必须遵守”的原则，一旦发生争议，我国投保机构就合法的取得了代位求偿权，由国内法上升为国际法。而单边的投资模式则以“外交保护”为原则，受制于“国际连续原则”和“用尽当地救济原则”，由于外交保护涉及的是政治层面的交流，而在出于政治风险导致的损失的前提下，运用外交保护是很难解决争议的。因此，从保护的可操作性看，双边投资保险模式是最佳选择。

（二）投资保险的范围

海外投资保险的对象是政治风险，而政治风险的含义各国规定各有不同，结合各国实践以及 MIGA 的规定，我国亦应承保外汇险、征收险、战争及内乱险以

1455 詹晓宁、葛顺奇：《国际投资协议：“投资”与“投资者”的范围与定义》，载《国际经济合作》2003 年第 1 期，第 43 页。

1456 中国海外投资指数：http://www.eiuresources.com/China_investment_2013/ ，访问日期 2015 年 3 月 25 日。

及政府违约险。首先，外汇险分为禁兑险和转移险，对此，我国都应当予以承保，而对于东道国外汇汇率的变化导致的外资损失是否予以承保？如瑞士央行突然取消瑞郎兑欧元汇率的上限，进而引起美元兑欧元汇率和瑞郎兑欧元汇率的巨大震动，瑞郎升值一度达到 30%，欧元和美元贬值加剧事件。[1457]如果东道国是出于歧视性政策且具有针对性而导致的汇率变化，则予以承保，否则由投资者自行承担。对于征收险，美国《1981 年海外私人投资公司修订法案》第二百三十八条第二款规定："在投资人并无过错或不轨行为的情况下，东道国政府中途废止、拒绝旅行或消弱自己同投资者订立的经营项目借款合同致使该项目实际上难以继续经营"，[1458]在此，针对非因本人过错而造成的征用我国应当予以承保，然而，东道国出于本国利益而采取的普遍性征收也应当包含其中。战争与内乱险是最普遍存在的政治性风险，例如 2011 年利比亚战乱直接造成中国投资者损失 180 多亿美元。[1459]政府违约险的设立根本目的在于维护投资者与东道国间的国家契约，尤其是在 BOT 投资形式中，如中国铁建墨西哥 37 亿美元高铁合同被无限延期案。由于政府违约涉及的是国家主权的问题，国家契约争议东道国大多主张主权豁免，因此代位权的行使较其他险别困难，所以实践中也鲜有国家承保。我国出口信用保险公司设立附加政治风险，将违约险纳入其中，笔者认为我国亦应保留政府违约险，不仅仅出于保护我国的海外投资者，而且是在我国与 MIGA 保持一致的表现，实现国内法与国际法的对接。

关于恐怖主义险、经营中断险、延迟支付险以及信用险，有学者主张将其全部纳入承保范围。[1460]但我国的立法和实践经验都皆较为稀少，且国际经验也鲜有为我国能借鉴，对于恐怖主义险也仅有《多边投资担保机构公约》对其予以确定，经营中断险和迟延支付险仅存在于美国 1985 年《海外公司投资修订案》中，信用风险仅由日本规定。因此，在国际和本国经验都不充足的前提下，不建议我国将其纳入其中。

（三）保险机构的设立

1457 佚名：《金融动荡加剧 汇率价格剧变》，腾讯财经网：http://finance.qq.com/a/20150119/029049.htm，访问日期 2015 年 3 月 27 日。

1458 陈安：《美国对海外投资的保护及典型案例分析》，鹭江出版社 1985 年版，第 41 页。

1459 商务部召开例行新闻发布会（2011 年 3 月 22 日），商务部官网：http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/ae/ah/diaocd/201103/20110307459665.html，访问日期 2015 年 3 月 31 日。

1460 邓瑞平：《论建立我国海外投资保险法律制度的几个问题》，载《现代法学》1999 年第 2 期，第 65 页。

根据各国的立法与实践，承保机构的设立都是与政府密切相关的，虽然美国单独设立了海外投资保险公司，但公司的性质也为政府公司，我国虽有中国出口信用保险公司，但却为独立法人机构，集审批、保证于一身，公行为转为私行为不符合法理基础。有人建议采取集“审批、保证、鼓励与促进”于一身的单一机构，由国务院负责，即日本模式--全权由通产省负责。但笔者认为不宜采纳，原因在于审执结合的模式要求机构具有较强的专业知识，既涉及到评估风险的能力，又涉及到执行保险求偿的能力，这就使机构过于庞大，不宜操作。因此，审执分离的德国模式对于我国“简政放权”的改革具有很大借鉴意义。具体方式为：由商务部、外交部、财政部共同成立审批机构，另外成立两家国有的专门负责承保海外投资风险的机构。商务部、外交部作为我国对外贸易以及对外政治交流的两大主要机关，能够合理地把握投资风险，两家执行公司能够形成良好的市场竞争环境，从而提高执行的效率。

（四）保险期间和保险金

对于保险期间，国际上最高的承保年限为 20 年，且对于不同的险别有不同的规定，而结合我国的国情，5 至 10 年为宜，但相对于投资时间长，收益慢的项目可延长至 20 年。保险金是保险机构在风险发生后赔偿给投保人的，美日德都将保险金界定为损失的 90%，10%由投资者自己承担，我国出口信用保险公司也根据不同的险别将保险金的限制在 95%以内，因此，参照各国经验，宜将保险金规定为损失的 90%，对于特殊险别不超过 95%。

总之，在经济快速发展的今天，发展中国家要想立足于世界，完备的体制机制是国际投资的一把保护伞。作为最大的发展中国家，我国的海外投资保险制度并不完善，投资者在海外面临的政治风险愈发严峻，因此，完善我国海外投资保险制度势在必行。我国在吸收借鉴国际社会经验的同时，结合我国的国情，争取早日建立自己的海外投资保险制度，在保护海外投资者利益的同时，维护大国形象。

中图分类号：D996.4
黄琳琳， 1992.10， 安徽亳州， 华东政法大学， 2014 级国际法硕士研究生
联系方式：

手机号码：18801752369，　邮箱：huanglinlin2012@126.com,
地址：上海市长宁区万航渡路 1575 号华东政法大学
　　邮编：200042

论“有关国际法规则”在 WTO 争端解决中的应用

蒋圣力*

摘要：根据 DSU 第 3 条第 2 款的规定，并且结合 WTO 争端解决的相关实践，《维也纳条约法公约》第 31 条“解释之通则”成为了 WTO 争端解决中在对 WTO 法律文件进行解释时所应一体遵循的规则。由此，原本作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”亦就得以成为在解释 WTO 法律文件时应予一并考虑的参考。而为了能够切实地执行上述条款的规定，应当首先明确“有关国际法规则”在 WTO 争端解决中的应用限于对 WTO 法律文件进行法律解释，而后再据此确定其具体的内涵和范围。

关键词：“有关国际法规则”；WTO 争端解决；法律解释；当事国；关联性

区别于由 WTO 法律文件规定的规则，应用于 WTO 争端解决的“有关国际法规则”[1461]的首要特征即是其实则并非 WTO 法律规则，而是原本并未被纳入到 WTO 涵盖协定的范畴中的其他国际法规则。[1462]而尽管关于上述非 WTO 法律规则在 WTO 争端解决中应当处于怎样的地位、发挥怎样的作用，以及 WTO 争端解决机构应当如何对其加以应用，在学界始终存在争议，但是，随着 WTO 争端解决实践的不断发展，越来越多的学者开始认识到，WTO 法律体系并非一项封闭的、自给自足的法律制度，[1463]而是由诸多 WTO 法律规则和非 WTO 法律规则所共同组成的、更广泛的国际法框架中的一部分，在该框架中运作并且依赖于这一框架。[1464]据此，作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”即得以应用于 WTO 争端解决；不过，对于其应当如何实际地应用于实践，及其具体的内涵和范围，则仍然有待进一步地确定。

一、“有关国际法规则”应用于 WTO 争端解决的法律依据和相关实践

根据 WTO《关于争端解决规则和程序的谅解》（以下简称 DSU）第 3 条第 2 款的规定，WTO 的争端解决机构、具体为专家组和上诉机构即应当按照解释国际公法的习惯规则澄清 WTO 涵盖协定中的现有规定。[1465]而尽管上述规定并未明确何为所谓的“习惯规则”，但在

---

* 蒋圣力（1989-），男，上海人，华东政法大学国际法专业 2014 级博士研究生，香港大学法学院访问学者。

[1461] 限于文章篇幅，本文所称的“有关国际法规则”系指条约规则，而不包括习惯国际法、一般法律原则、权威公法学者学说、司法判例等其他国际法规则。

[1462] 此处所谓的“WTO 涵盖协定”（covered agreements）系指 DSU 附录 1 ”AGREEMENTS COVERED BY THE UNDERTANDING”中所列的各项 WTO 协定。

[1463] See Joost Pauwelyn, Conflict Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p.35.

[1464] See Anja Lindroos, “Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis”, Nordic Journal of International Law, 2005(74).

[1465] DSU Article 3.2:” …, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary

“美国-汽油规则案”[1466]中，上诉机构却在其报告中就何者得以成为上述的“习惯规则”这一问题作出了具有普适意义的回应。在上述案件中，上诉机构在首先指出该案专家组就 GATT 第 20 条（g）款之于美国环境保护署根据该国经修订的《清洁空气法》而设定的“汽油规则”的适用实则是忽视了条约解释的基本规则之后，又进一步地明确了此处所谓的“规则”已经在《维也纳条约法公约》中得到了最为权威、简明的表述。[1467]具言之，上诉机构认为，尽管并非通常在同一争端中，但是，由于《维也纳条约法公约》第 31 条所规定的“条约解释之通则”已然为所有当事方和第三方所依赖，并且业已取得了习惯规则或者一般国际法的地位，因此，其即应当成为上诉机构根据前述 DSU 第 3.2 条的规定，所应遵循的“解释国际公法的习惯规则”的一部分。[1468]而亦正是因为此，有学者即指出，在 WTO 成立初期，专家组和上诉机构便已经在其报告中明确了 DSU 第 3 条第 2 款中所谓的“习惯规则”即是指上述《维也纳条约法公约》第 31 条的规定。[1469]

由此，由于上述“美国-汽油规则案”的上诉机构报告不仅超出个案审查的范围，就 DSU 第 3.2 条本身未予明确的“习惯规则”作出了认定，并且还促成了早期 WTO 争端解决中的几乎所有专家组和上诉机构均将《维也纳条约法公约》第 31 条的规定作为专门阐述条约解释的一般问题的法律依据，[1470]因此即使得见于《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项规定中的“有关国际法规则”[1471]得以被广泛地应用于 WTO 争端解决，并且经由“欧共体-香蕉进口限制案”[1472]、“美国-限制虾进口案”[1473]、“欧共体-电脑设备关税案”[1474]、“欧共体-禽类进口配额案”[1475]等一系列典型案件逐渐形成了丰富的实践。对此，笔者将在后文论证“有关国际法规则”应用于 WTO 争端解决的作用及其内涵和范围的过程中就上述相关实践作具体分析。

---

rules of interpretation of public international law.”

[1466] WT/DS2, WT/DS4.

[1467] United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2/AB/R), p.16,” A principal difficulty, in the view of the Appellate Body, with the Panel Report's application of Article XX (g) to the baseline establishment rules is that the Panel there overlooked a fundamental rule of treaty interpretation. This rule has received its most authoritative and succinct expression in the Vienna Convention on the Law of Treaties (the "Vienna Convention") which provides in relevant part: …”

[1468] United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2/AB/R), p.17,” The "general rule of interpretation" set out above has been relied upon by all of the participants and third participants, although not always in relation to the same issue. That general rule of interpretation has attained the status of a rule of customary or general international law. As such, it forms part of the "customary rules of interpretation of public international law" which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the DSU, …”

[1469] 参见徐崇利：《世贸组织协定的解释制度评析》，载《中外法学》2003 年第 2 期，第 186 页。

[1470] 参见张乃根：《论 WTO 争端解决的条约解释》，载《复旦学报》2006 年第 1 期，第 124 页。

[1471] VCLT Article 31:”…3. There shall be taken into account, together with the context: …(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.”

[1472] WT/DS27.

[1473] WT/DS58.

[1474] WT/DS62, WT/DS67, WT/DS68.

[1475] WT/DS69.

二、“有关国际法规则”在 WTO 争端解决中应当应用于法律解释

基于前述 DSU 第 3 条第 2 款和《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项规定的文本含义，“有关国际法规则”应用于 WTO 争端解决的作用似是已经相当明确，即其应当作为 WTO 争端解决机构在解释 WTO 涵盖协定时应当予以一并考虑的参考；亦即是说，“有关国际法规则”在 WTO 争端解决中应当应用于法律解释、即对于全部 WTO 法律文件的条约解释。不过，有学者却认为，“有关国际法规则”在 WTO 争端解决中的作用实则应当是作为 WTO 争端解决所应适用的法律，而为争端解决机构在争端解决中加以适用。[1476]对此，笔者认为，诚如另有学者所指出的，上述学者观点是难以令人信服的，作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”并不应当被作为法律而适用于 WTO 争端解决。[1477]

持上述“有关国际法规则”应当被视作 WTO 争端解决所应适用的法律的观点的学者认为，基于前述 WTO 法律体系是在更广泛的一般国际法的框架内被创制的的学界共识，在确定 WTO 争端解决所应适用的法律时，便不应当忽视除由 WTO 法律文件规定的规则外的其他非 WTO 法律规则，否则则有可能威胁到国际法的统一性。由此，在 DSU 并未通过明文规定排除非 WTO 法律规则的适用的情况下，“有关国际法规则”即应当适用于 WTO 争端解决；并且，在某些情况下，亦确实存在 WTO 争端解决机构适用非 WTO 法律规则而推翻 WTO 法律规则的可能。[1478]此外，还有学者在上述观点的基础上提出，既然 DSU 并未先验地排除任何国际法规则之于 WTO 争端解决的适用，那么即可以视为其实则亦默示地接受了作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”作为 WTO 争端解决潜在的可予适用的法律。[1479]然而，在笔者看来，即便暂且不论事实上并无任何证据表明，WTO 法律文件的起草者们在制定 DSU 的过程中，曾经有赋予非 WTO 法律规则直接适用于 WTO 争端解决的法律效力，从而通过 WTO 争端解决机制要求成员方承受非 WTO 法律规则所规定的权利、义务的意图，[1480]根据 DSU 相关条款的规定亦足以推知，作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”并不应当应用于 WTO 争端解决的法律适用。

其一，由于根据前述作为“有关国际法规则”应用于 WTO 争端解决的法律依据的 DSU

[1476] See Joost Pauwelyn, Conflict Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p.465.

[1477] See Joel P. Trachtman, “Book Review of Conflict Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law by Joost Pauwelyn”, American Journal of International Law, Vol.98, No.4, 2004.

[1478] See Joost Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go”, American Journal of International Law, Vol.95, No.3, 2001.

[1479] See Lorand Bartels, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, Journal of World Trade, Vol.35, No.3, 2001.

[1480] See Gabrielle Marceau & Anastasios Tomazos, “Comment on Joost Pauwelyn’s Paper: How to Win a WTO Dispute Based on Non-WTO Law”, From Griller Stefan, At the Crossroad: The World Trading System and the Doha Round. Vienna Springer, 2008:77.

第 3 条第 2 款的规定，WTO 争端解决机构应当在 WTO 涵盖协定下维护成员方的权利、义务，[1481]因此，争端解决机构在争端解决中所应适用的法律即应当以由 WTO 涵盖协定所规定的规则为限，而不应当包含非 WTO 法律规则。并且，又因为该 DSU 条款在规定了 WTO 争端解决机构得以以解释国际公法的习惯规则澄清 WTO 涵盖协定中的现有规定的同时亦明确指出，争端解决机构提出的建议和作出的裁决不得增加或者减少成员方基于涵盖协定所承受的权利、义务，[1482]所以，倘若作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”得以直接适用于 WTO 争端解决，那么必然将导致成员方承受超出 WTO 涵盖协定所规定的权利、义务，而从根本上构成对上述 DSU 条款规定的违反。是故，有学者基于 DSU 第 3.2 条并未同《国际法院规约》第 38 条第 1 款一样穷尽地列举国际法院在裁判案件时所应适用的法律，而得出的 DSU 实则是通过默示的方式将包括专家组和上诉机构报告、习惯国际法、一般法律原则等在内的国际法规则均视作 WTO 争端解决所应适用的潜在的法律的观点，[1483]即当然地是有违前述 DSU 条款规定的本意而欠缺妥当的。

其二，有学者基于 DSU 第 7 条的规定指出，虽然该条第 1 款要求专家组应当根据争端当事方援引的涵盖协定的有关规定，审查其在文件中提交给争端解决机构的事项，[1484]但是，“根据”这一措辞却并不意味着上述条款的规定即将专家组在争端解决中所应适用的法律限制在了以 WTO 涵盖协定为限的范围内；并且，DSU 第 7 条第 2 款对于专家组应当处理争端当事方所援引的任何涵盖协定的有关规定的规定，[1485]亦同样地并未将非 WTO 法律规则排除在专家组在争端解决中应予处理的法律的范畴之外。[1486]此外，由于上述 DSU 第 7 条第 1 款的规定同时还要求专家组得到的审查结果应当有助于争端解决机构就涵盖协定提出建议或者作出裁决，[1487]因此即更加使得专家组需要适用除由 WTO 法律文件规定的规则外的其他非 WTO 法律规则，以满足上述条款规定的要求。[1488]对此，笔者认为，上述学者观点实则与前

1481 DSU Article 3.2:” The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, …”

1482 DSU Article 3.2:” Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.”

1483 See David Palmeter & Petros C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, American Journal of International Law, Vol.92, No.3, 1998.

1484 DSU Article 7.1:” To examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document …”

1485 DSU Article 7.2:” Panels shall address the relevant provisions in any covered agreement or agreements cited by the parties to the dispute.”

1486 See Lorand Bartels, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, Journal of World Trade, Vol.35, No.3, 2001.

1487 DSU Article 7.1:” ... and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in that/those agreement(s).”

1488 See Joost Pauwelyn, “How to Win a WTO Dispute Based on Non-World Trade Organization Law? Questions of Jurisdiction and Merits”, Journal of World Trade, Vol.37, No.6, 2003.

述持与之相同的意见的学者观点一样，亦是将上述 DSU 第 7 条对于争端解决机构在争端解决中所应适用的法律的明示规定的空白视为了非 WTO 法律规则得以在默示的情况下适用于 WTO 争端解决的依据；然而，倘若结合 DSU 相关条款规定的上下文则可以推知，上述关于 DSU 第 7 条的规定默示地将非 WTO 法律规则纳入 WTO 争端解决应予适用的法律的范围的臆断是难以成立的。因为，除前述 DSU 第 3 条第 2 款基于 DSU“一般规则”的法律地位提纲挈领地明确了非 WTO 法律规则不得直接适用于 WTO 争端解决外，DSU 第 11 条关于专家组的职能的规定亦明确地指出，专家组应当客观地评估案件事实以及相关涵盖协定的适用性和一致性，[1489]即专家组评估适用于争端解决与否的对象实则仅限于 WTO 涵盖协定，并且因此当然地排除了作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”在 WTO 争端解决中的直接适用。[1490]

事实上，在前述涉及“有关国际法规则”的 WTO 争端解决实践中，WTO 争端解决机构实则亦已就作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”应用于 WTO 争端解决的作用予以了明确。例如，在“欧共体-禽类进口配额案”中，上诉机构在其报告中分析涉案的“关税减让表 LXXX”（Schedule LXXX）与“油料种子协议”（Oilseeds Agreement）两者之间的关系时即指出，由于前者附于“马拉喀什议定书”之后，属于 GATT1994 整体的一部分，并且由此构成一项 WTO 协定多边义务，而后者仅是欧共体和巴西为解决“欧共体-油料种子案”[1491]而基于 GATT1947 第 28 条的规定订立的一项双边协议，并不构成 DSU 第 1 和第 2 条规定所称的涵盖协议的一部分，[1492]因此，是“关税减让表 LXXX”而非“油料种子协议”确定了欧共体在 WTO 协定下的相关义务，并且构成了该案中应当根据 DSU 第 3.2 条的规定以“解释国际公法的习惯规则”予以解释的法律基础；[1493]而至于“油料种子协议”则虽然与该案有关，但由于其并非 WTO 法律规则，因此不得直接适用于该案，而应当应用于解释上述“关税减

[1489] DSU Article 11:"…, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, …"

[1490] 参见许楚敬：《直接适用抑或非直接适用：WTO 争端解决中的非 WTO 国际法规则》，载《西南政法大学学报》第 13 卷第 2 期，2011 年 4 月，第 26 页。

[1491] WT/DS28.

[1492] European Communities-Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products (WT/DS69/AB/R), p.29," Schedule LXXX is annexed to the Marrakesh Protocol to the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (the "Marrakesh Protocol"), and is an integral part of the GATT 1994.27 As such, it forms part of the multilateral obligations under the WTO Agreement. The Oilseeds Agreement, in contrast, is a bilateral agreement negotiated by the European Communities and Brazil under Article XXVIII of the GATT 1947, as part of the resolution of the dispute in EEC - Oilseeds.28 As such, the Oilseeds Agreement is not a "covered agreement" within the meaning of Articles 1 and 2 of the DSU."

[1493] European Communities-Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products (WT/DS69/AB/R), p.30," It is Schedule LXXX, rather than the Oilseeds Agreement, which contains the relevant obligations of the European Communities under the WTO Agreement. Therefore, it is Schedule LXXX, rather than the Oilseeds Agreement, which forms the legal basis for this dispute and which must be interpreted in accordance with "customary rules of interpretation of public international law" under Article 3.2 of the DSU."

让表 LXXX”。[1494]

综上所述，笔者认为，作为非 WTO 法律规则的“有关国际法规则”在 WTO 争端解决中应当应用于法律解释，即作为 WTO 争端解决机构在解释 WTO 涵盖协定时应当予以一并考虑的参考；并且，上述法律解释应当忠实于 WTO 法律文件的规定的本意，而不得间接地改变 WTO 成员方基于上述 WTO 法律文件的规定所承受的权利、义务，更不得转而在争端解决中直接地适用“有关国际法规则”而使成员方承受超出 WTO 涵盖协定所规定的权利、义务。[1495]

三、“有关国际法规则”应当为适用于争端当事方之规则

在明确了“有关国际法规则”应用于 WTO 争端解决的作用应当限于法律解释之后，即应当进一步地确定其内涵和范围，明确具体哪些“有关国际法规则”得以作为 WTO 争端解决机构在解释 WTO 法律文件时的参考。对此，尽管前述《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项规定，可以在解释条约时与条约上下文一并考虑的“有关国际法规则”应当是“适用于当事国间关系”的规则，但对于此处所谓的“当事国”应当作怎样的理解，上述规定却未予明确。而亦正是因为此，对于应当如何认定上述规定中的“当事国”，在学界出现了两种针锋相对的观点：第一种观点认为，在 WTO 争端解决中，应当将上述规定中的“当事国”理解为 WTO 全体成员方，而作为应用于法律解释的“有关国际法规则”的出处的国际条约，即应当与 WTO 协定具有相同的缔约方；或者，“有关国际法规则”亦至少应当能够反映 WTO 全体成员方默示的共同意图。[1496]而第二种观点则认为，上述规定中的“当事国”应当是指具体的 WTO 争端的当事国而非 WTO 全体成员方，即只需要争端当事国是有关国际条约的缔约国，WTO 争端解决机构便可以应用涉及具体争端的上述国际条约中的“有关国际法规则”解释 WTO 法律文件，而无需 WTO 全体成员方均是该国际条约的缔约方。[1497]

针对上述第二种观点，有学者指出，由于 WTO 争端解决机构作出的裁决通常为后案所参照，而倘若其应用出自并非由 WTO 全体成员方、而仅由争端当事方作为缔约国的国际条约中的“有关国际法规则”解释 WTO 法律文件，那么在某种程度上即无异于将间接地为后案中的其他 WTO 成员方增设超出 WTO 涵盖协定的规定的权利、义务，因此，将前述《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项规定中的“当事国”理解为争端当事方并不具有国际

[1494] See Gabrielle Marceau, “A Call for Coherence in International Law-Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement”, Journal of World Trade, Vol.33, No.5, 1999.

[1495] 参见许楚敬：《国际公法在 WTO 争端解决中的作用与应用》，载《现代法学》第 32 卷第 6 期，2010 年 11 月，第 131 页。

[1496] See Joost Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go”, American Journal of International Law, Vol.95, No.3, 2001.

[1497] See David Palmeter & Petros C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, American Journal of International Law, Vol.92, No.3, 1998. Also see Wolfgang Weiss, “Security and Predictability under WTO Law”, World Trade Review, Vol.2, No.2, 2003.

合法性。[1498]然而，在笔者看来，将“当事国”理解为具体的WTO争端的当事方却恰恰是更具合法性和合理性的。这不仅是因为，在“日本-酒精饮料税收案”中，上诉机构即已在其报告中明确地指出，WTO争端解决机构作出的裁决仅对特定案件中的争端当事方具有拘束力，而争端解决机构在后案中并不负有“遵循先例”的法律义务，[1499]所以，在WTO争端解决中，前案中的裁决的法律效力并不会延及后案中的其他WTO成员方，并且由此使得前述学者据以否定“当事国”应当被理解为争端当事方的前提首先即无法成立；同时，上诉机构在“美国-虾限制进口案”中的实践亦在一定程度可以上支持笔者的观点。

在上述案件中，上诉机构在解释何为GATT1947第20条（g）项规定中的“可用竭的自然资源”（exhaustible natural resources）时，先后应用了出自《联合国海洋法公约》（United Nations Convention on the Law of the Sea）、《生物多样性公约》（Convention on Biological Diversity）、《保护迁徙野生动物物种公约》（Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals）和《濒危野生动植物物种国际贸易公约》（Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora）等并非WTO法律文件的国际条约中的“有关国际法规则”。而尽管上述四份国际条约中的前三份均并不是由该案争端当事方尽数作为缔约国的国际条约，[1500]但由此却至少可以说明，上诉机构应用于WTO争端解决的法律解释的“有关国际法规则”并非必须出自由WTO全体成员方作为缔约国的国际条约；更何况，在应用《濒危野生动植物物种国际贸易公约》第2.1条的规定进行法律解释时，上诉机构之所以在其报告中通过脚注的方式就该案争端当事方均是上述国际条约的缔约国予以特别说明，[1501]实则亦意在指出，在WTO争端解决中，应用由争端当事方作为缔约国的国际条约中的“有关国际法规则”解释WTO法律文件，是更加令人信服的。

此外，倘若将《维也纳条约法公约》第31条第3款（c）项规定中的“当事国”理解为WTO全体成员方，那么则还将与前述“美国-汽油规则案”中，上诉机构关于将《维也纳条约法公约》第31条所规定的“条约解释之通则”作为澄清WTO涵盖协定中的现有规定的“习惯规则”的目的，是为了使涵盖协定不致与国际法临床分离的意见相背离。[1502]这是因为，

[1498] 参见徐崇利：《世贸组织协定的解释制度评析》，载《中外法学》2003年第2期，第193页。

[1499] Japan-Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R), p.13,” The generally-accepted view under GATT 1947 was that the conclusions and recommendations in an adopted panel report bound the parties to the dispute in that particular case, but subsequent panels did not feel legally bound by the details and reasoning of a previous panel report”

[1500] United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS58/AB/R), p.49, footnote 110, 111, 113.

[1501] United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS58/AB/R), p.51, footnote 121,”We note that all of the participants in this appeal are parties to CITES.”

[1502] United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2/AB/R), p.17,” That direction reflects a measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public

倘若WTO争端解决机构只得应用缔约国为WTO全体成员方的国际条约中的“有关国际法规则”进行法律解释，那么其所能够应用的“有关国际法规则”首先即将十分有限——基于WTO成员方的庞大数量，[1503]在整个国际社会具有与其相同的缔约国的国际条约当然地仅在少数；并且，更为严重的是，随着WTO成员方数量的增长，具有与其相同的缔约国的国际条约的数量即会相应地减少，亦即是说， WTO的不断发展反而会使其法律体系越发地孤立于更广泛的国际法框架之外。[1504]而倘若如此，那么以《维也纳条约法公约》第31条所规定的“条约解释之通则”作为澄清WTO涵盖协定中的现有规定的“习惯规则”则不仅无法促成WTO法律体系融入一般国际法的框架，反而还将使得两者被分离得更远。

是故，笔者认为，前述《维也纳条约法公约》第31条第3款（c）项规定中的“当事国”应当被理解为具体的WTO争端的当事方，而“有关国际法规则”亦相应地应当是适用于争端当事方的规则，即应当出自只需要由争端当事方作为缔约国的国际条约。

四、对于“有关国际法规则”的关联性的确定应当采取逐案审查

对于“有关国际法规则”应当是适用于争端当事方的规则的确定，使得得以应用于WTO争端解决的法律解释的“有关国际法规则”的范围得到了明确。而至于上述范围内的某项具体规则是否确实得以被应用，则还应当进一步地考量该规则是否是“有关的”，即其与具体的WTO争端案件所涉的WTO法律规则之间是否具有关联性。对此，有学者提出，所谓“有关的”应当是指一项具体规则的性质、内容和主题事项与具体争端案件中的争端问题具有较为密切的联系。[1505]然而，在笔者看来，首先应予明确的是，考量一项国际法规则是否是“有关的”的标准，应当是该项规则与具体争端案件所涉的WTO法律规则之间具有关联性与否，而非其与该案争端问题之间的联系；并且，由于前述《维也纳条约法公约》第31条第3款（c）项以及其他相关条款均未就何为“有关的”规定客观的、量化的考量标准，因此，结合WTO争端解决的相关实践可知，对于“有关国际法规则”的关联性的确定实则应当采取逐案审查。

在“欧共体-香蕉进口限制案”中，上诉机构在其报告中指出，诚如该案专家组所言，由于GATT全体缔约方均就“洛美豁免”（Lomé waiver）引入了《洛美公约》（the Lomé Convention）作为一项参考，并且由此使得至少在这一程度上，对于《洛美公约》中的规则的含义的审议即成为了一项GATT/WTO问题，因此，专家组别无选择而只得在为解释“洛美豁免”的需要

---

international law.”

[1503] 截止至 2014 年 6 月 26 日，WTO 已有成员方 160 个。资料来源：世界贸易组织官方网站，http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm，最后访问时间：2015 年 2 月 12 日。

[1504] 参见许楚敬：《WTO 争端解决中‘有关国际法规则’的一个解释工具》，载《学术研究》2010 年第 12 期，第 64 页。

[1505] 参见张东平：《WTO 司法解释论》，厦门大学出版社 2005 年版，第 121 页。

的限度内，审议《洛美公约》中的有关规则，而上诉机构亦同样地不得不这样做。[1506]据此，WTO争端解决机构的职权并不限于审议一项非WTO法律规则的含义并且将其应用于对具体争端案件所涉的WTO法律规则进行法律解释，而是同时包括在此之前就上述非WTO法律规则进行考量，以确定其与相应的WTO法律规则之间是否具有关联性；并且，亦仅有在确定两者之间具有关联性的情况下，争端解决机构方才得以应用该项非WTO法律规则进行法律解释。[1507]同样能够据以反映WTO争端解决机构采取逐案审查的方式确定“有关国际法规则”的关联性的相关实践还有“欧共体-电脑设备关税案”。在该案中，尽管作为争端当事方的美国和欧共体均未提出《协调商品分类目录及编码制度》（Harmonized System and its Explanatory Notes, HS）与解释该案所涉的“关税减让表LXXX”中的项目内容有关，但是上诉机构仍然认为，由于在乌拉圭回合谈判中，美国和欧共体均已是HS成员方，并且乌拉圭回合关于关税减让的谈判本身亦是以HS为基础的，因此，HS与“关税减让表LXXX”之间即具有关联性，而为使能够正确地对“关税减让表LXXX”中的项目内容进行法律解释，亦必须应用HS中的有关规则。[1508]

据此，在WTO争端解决中，争端解决机构通常保持相当的灵活性，采取逐案审查的方式确定一项具体的“有关国际法规则”与具体争端案件所涉的WTO法律规则之间的关联性，并且将前者应用于对后者进行法律解释。

五、结语

基于DSU第3条第2款的规定以及WTO争端解决的相关实践，而使得《维也纳条约法公约》第31条所规定的“条约解释之通则”成为澄清WTO涵盖协定中的现有规定的“习惯规则”的意义是十分重大的——不仅有助于WTO争端解决机构更好地解释WTO法律规则，以正确地确定争端当事方基于该规则所应承受的权利、义务，同时更将促成WTO法律体系融入更广泛的

[1506] European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (WT/DS27/AB/R), p.74," The Panel was correct in stating: We note that since the GATT CONTRACTING PARTIES incorporated a reference to the Lomé Convention into the Lomé waiver, the meaning of the Lomé Convention became a GATT/WTO issue, at least to that extent. Thus, we have no alternative but to examine the provisions of the Lomé Convention ourselves in so far as it is necessary to interpret the Lomé waiver. We, too, have no alternative."

[1507] 在“欧共体-香蕉进口限制案”中，“洛美豁免”于 1994 年经 GATT 批准，而后又经 WTO 批准延长，故而构成一项 WTO 法律规则。参见朱榄叶编著：《WTO 争端解决案例新编》，中国法制出版社 2013 年版，第 4 页。

[1508] European Communities- Customs Classification of Certain Computer Equipment (WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R), P.33-34," We note that during the Uruguay Round negotiations, both the European Communities and the United States were parties to the Harmonized System. Furthermore, it appears to be undisputed that the Uruguay Round tariff negotiations were held on the basis of the Harmonized System's nomenclature and that requests for, and offers of, concessions were normally made in terms of this nomenclature. Neither the European Communities nor the United States argued before the Panel that the Harmonized System and its Explanatory Notes were relevant in the interpretation of the terms of Schedule LXXX. We believe, however, that a proper interpretation of Schedule LXXX should have included an examination of the Harmonized System and its Explanatory Notes."

一般国际法的框架。因此，为了能够切实地执行上述条款的规定，具体及于《维也纳条约法公约》第31条第3款（c）项所规定的“有关国际法规则”在WTO争端解决中的应用，即是将出自由具体的WTO争端的当事方作为缔约国的国际条约中的非WTO法律规则，应用于对该具体争端案件所涉的WTO法律规则进行法律解释；而至于“有关国际法规则”是否确实是“有关的”，即上述两种规则之间是否具有关联性，则依赖于WTO争端解决机构采取逐案审查的方式予以确定。

联系方式

电子邮箱：win_jiang@sina.com

联系电话：13482691381

通信地址：上海市长宁区万航渡路1575号华东政法大学40号楼209办公室（国际法学院）

邮政编码：200042

论《贸易便利化协定》对上海自贸区建设的借鉴意义

戴正清*

摘要：贸易全球化的迅猛发展，对各国贸易措施的便利化程度有了更高的要求。基于此，WTO 各成员国通过努力最终达成《贸易便利化协定》（Trade Facilitation Agreement，TFA）。中国也借助中国（上海）自由贸易试验区（简称上海自贸区）积极探索对外开放的新模式，作为 WTO 的成员国，上海自贸区的建设应对接即将生效的 TFA。本文着重从上海自贸区的贸易便利化措施应如何借鉴 TFA 展开，以期对上海自贸区建设有所助益。

关键词：贸易便利化 TFA 上海自贸区

一、 TFA 及其贸易便利化

(一) TFA 的背景

2013 年 12 月，《贸易便利化协定》（Trade Facilitation Agreement，TFA）作为“巴厘一揽子协定”的一部分被通过，约定 2014 年 7 月 31 日为落实 TFA 议定书的最后截止日期，但由于印度、古巴、玻利维亚、阿根廷、南非等国的反对，该协定未如期签订。然而，本来处于无限期迟延中的 TFA 在 2014 年 11 月 27 日“起死回生”，世界贸易总理事会会议于当天通过了落实 TFA 的议定书，现如今 TFA 的生效只待三分之二成员国核准接受议定书即可。生效后，TFA 将被纳入 WTO 法律体系，作为 WTO“一揽子协议”的一部分，对 WTO 成员国具有普遍约束力。面对即将生效的 TFA，中国应该积极应对，采取措施，尽早适应高标准的贸易便利化要求，作为“先试先行”的上海自贸区，在建设过程中应对其有所借鉴。

经评估，TFA 中贸易便利化措施降低的潜在成本对发达国家大约是 10%，而对发展中国家大约是 15%。另外，该研究表明，每一个百分点的成本的减少，世界范围内的收入将增长 400 亿美元，该收入中的 65%由发展中国家创造。一些研究也表明，TFA 中贸易便利化措施的达成将使全球 GDP 增长 1 万亿美元。它将创造一个稳定的商业环境，有利于促进外商投资。[1509]因此，实有必要对 TFA 中贸易便利化措施进行简要介绍。

---

*作者简介：男，上海对外经贸大学 2014 级国际法学硕士研究生，师承陈晶莹教授。

[1509] Kristina Daugirdas and Julian Davis Mortenson , Compromises Facilitate Agreement on World Trade Organization's Bali Package, American Journal of International Law, 108 A.J.I.L. 337, April, 2014.

（二） TFA 的体例与主要内容

TFA 分为三个部分，第一部分由 13 个具体条款构成，是 TFA 的核心部分。第二部分是对发展中国家和最不发达国家成员国的特殊和差别待遇的规定。第三部分是最终条款，主要是程序性的条文，在一般的 WTO 协定中都存在。[1510]对于上海自贸区而言，只有第二部分具有预先试行的可能。因此，上海自贸区建设对接 TFA 主要是指如何与该部分对接，最大程度的试行 TFA 中的贸易便利化措施。

第一部分共有 13 个条文。主要围绕五个主题展开：其一、透明度原则。涉及的条文有第 1 条、第 2 条以及第 5 条，具体指信息的公开和可利用、信息形成之前应该给予利益相关者发表意见的机会以及加强公正、非歧视、透明度的其他措施。其二、关税制度。涉及的条文有第 6 条，具体指进出口的税费和纪律。其三、通关制度。涉及的条文有第 3 条、第 7 条、第 8 条、第 9 条和第 10 条，具体指预裁定机制，货物的放行和通关，边境部门的合作，海关控制下进口货物流动问题，进出口的手续。其四、过境制度。涉及的条文有第 11 条，具体指过境自由。其四、其他海关制度。涉及的条文有第 4 条和第 12 条，具体指复议和司法审查以及海关合作。其五、非海关措施。涉及的条文有第 13 条，具体指机构安排。

从 TFA 条文涉及的主题可以看出，基本上都是海关制度，仅有一项是非海关制度，而且还与通关有着密切的联系。因此，可以说，WTO 在贸易便利化领域推行的全球谈判，实乃以贸易便利化为原则，构建便利化的国际海关法的过程。[1511]这也凸显出海关便利化在贸易便利化进程中不可或缺的本质。

TFA 虽然设计五个主题，但并不是没有侧重，其中重点应在信息的公开和可利用即透明度，预裁定、简化通关以及海关合作方面。[1512]从各自的条文详略亦可得知。因此，下文将这些方面，着重论述上海自贸区建设对 TFA 的借鉴。

二、 上海自贸区借鉴 TFA 的可行性

（一） 贸易便利化与通关便利化的关系

贸易便利化与海关的通关便利化既有联系又有区别。贸易便利化到目前为止并没有一个统一的定义，WTO 和联合国贸易发展委员会认为贸易便利化指国际贸易程序，包括货物贸易流动所需要的收集、提供、沟通以及数据处理的活动、做法和手续等的简化和协调。[1513]简言之，即国际贸易程序的简化和协调。[1514]从贸易便利化的定义也可知，其并不是一个国际组织简单的便利化，而是需要多个国际组织的协调合作，如 WCO 可以为 WTO 提供在海关通过、海关估价等方面的技术支持。海关通关便利化是指贸易便利化在海关环节的体现，即海关制度和手续的简化与协调。海关在国际贸易中扮演了重要角色，海关便利化对于贸易便利化而言

[1510] Agreement on Trade Facilitation, Ministerial Decision of 7 December 2013, at http://wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/desci36_e.htm , Mar. 30, 2015.

[1511] 朱秋沅：《国际海关法研究》，法律出版社 2011 年版，第 169 页。

[1512] E. Moïsé, The Costs and Challenges of Implementing Trade Facilitation Measures, OECD Trade Policy Papers, No. 157, OECD Publishing, 2013:4。转引自黄志瑾：《WTO<贸易便利化协定>评述——多哈回合的突破？》载《上海对外经贸大学学报》，2014 年第 5 期。

[1513] 何力：《世界海关组织及法律制度研究》，法律出版社 2012 年版，第 170 页。

[1514] Dr. Harald Hohmann, Trade Facilitation within the Doha-Round A Critical Review of Recent Efforts Inside and Outside the WTO, Biidingen Conference, MJIEL Vol 2 Issue 2 2005.

至关重要，可以说没有海关便利化就不可能实现贸易便利化。

由此可知，它们之间的联系在于通关便利化是贸易便利化的一部分。但贸易便利化主要由 WTO 推动。而通关便利化主要由 WCO 推动。通关便利作为 WCO 的单一任务，相对于贸易便利化而言，其更加现实也更加具体。TFA 可以看成是 WTO 推行贸易便利化的成果，其在谈判时就被作为 WTO 诸边协定的一部分，一经生效就会被纳入 WTO 法律体系。另外，该协定作为 WTO 的“一揽子协议”，任何成员国不得申请保留，必须加入。[1515]因此，对 WTO 所有成员国产生拘束力，并且受 WTO 争端解决机制保护，TFA 可以看成是国际硬法。《全球贸易安全与便利标准框架》则为 WCO 推行通关便利化的成果，其不具有强制执行力，对成员方没有约束力，可以被视作国际软法。[1516]WCO 各成员方对其加入和承诺实乃国际法上的一种契约义务。但由于其倡导的通关便利化为各国海关当局和国际贸易商界带来巨大的利益，尽管缺乏类似 WTO 争端解决机制，依然能被成员方很好的遵守。

（二） 上海自贸区建设应在海关通关方面对接 TFA

上海自贸区的贸易便利化措施不仅包括海关通关方面的便利化，而且还涉及与贸易有关的其他方面的便利化，如贸易融资便利化。其一系列新政的出台并不是为了对接 TFA，而是将国外高水平的便利化措施在上海自贸区内先试先行，为我国签订高水平的国际条约提供可行性研究，也是为了深化改革，促进国际贸易的发展，借鉴国外好的经验，发展我国的国际贸易，使之与国际接轨。通过上述对 TFA 体例和主要内容部分的叙述可知，TFA 虽然以“贸易便利化协定”冠名，但作为实体措施的部分主要涉及的还是通关的便利化措施。因此，上海自贸区的便利化措施仅在海关通关方面与 TFA 相关，本文也主要探讨上海自贸区的通关便利化措施如何更好的对接 TFA。

2014 年 12 月 9 日，上海自贸区开展“自主报税、自助通关、自动审放、重点稽核”作业模式试点，意味着上海自贸区的 23 项海关改革措施全面落地，其中涉及通关便利的措施仅有 7 项，[1517]其与 TFA 的便利化措施相较甚远。TFA 生效后，必对我国的贸易便利化措施尤其是通关便利化措施产生重大影响。因此，上海自贸区的建设实有借鉴 TFA 的必要。

三、 上海自贸区通关便利化措施与 TFA 的联系与区别

通过以上叙述可知，上海自贸区的通关便利化的改革措施仅有 7 项，其与 TFA 的便利化措施相关性较强。但上海自贸区 23 项海关改革措施中的“企业信用信息”与 TFA 的某些措施也存在相关性。以下一起详细论述之。

（一） 与 TFA 第 1 条、第 2 条相关的措施

其中与 TFA 第 1 条、第 2 条“信息公开和可利用性”、“信息形成之前的可评论性”相关的是：企业信用信息公开。

与 TFA 第 1 条相比，上海自贸区公开的信息的种类太少，透明度不够，不能让相关方充分利用该信息。在公开信息的种类方面，TFA 中要求公开的信息有 10 项之多，主要与货物通关相关，但并没有要求企业公开其信用信息，而上海自贸区关于货物通关的信息公布不足。

1515 何力：《多哈回合早期收获与<贸易便利化协定>》，载《上海对外经贸大学学报》，2014 年第 2 期。
1516 何力：《世界海关组织及法律制度研究》，法律出版社 2012 年版，第 221 页。
1517 《海关一年推 23 项自贸区新制度 上海地区打造 4 个复制推广示范区》，中国上海海关网，http://shanghai.customs.gov.cn/publish/portal27/tab61733/info718785.htm ，2015 年 4 月 15 日访问。

在信息公开的透明度方面，虽然相关方可以通过上海自贸区、上海海关的门户网站以及企业信用信息公开平台了解政策信息，但 TFA 不仅要求通过互联网可获得该类信息，而且成员方必须建立信息咨询点，为相关方提供任何须公开的信息并且为他们提供关于公开的信息的任何咨询，而上海自贸区现今的措施并没有达到此要求。

2014 年 12 月 1 日，《中华人民共和国海关企业信用管理暂行办法》（以下简称“《信用管理暂行办法》”）正式施行，为落实《信用管理暂行办法》，海关须通过“中国海关企业进出口信用信息公示平台”向社会公示在海关注册登记企业的信用信息，上海海关注册登记的企业信用信息同时也可通过“上海海关企业信用信息公开平台”查询。[1518]相关方可以通过此平台及时高效地了解上海自贸区内企业的信用信息，此乃上海自贸区相对于 TFA 的创新所在。尽管上海自贸区在信息公开和透明度方面已经作了很多努力，但其建设的信息公布机制仍不完全符合 TFA 第 1 条的要求。

上海自贸区内信息的形成也没有给予相关方评论及建议的机会，这与 TFA 的第 2 条信息形成之前须给予相关方评论机会的要求不符，没有充分让相关方参与对其利益有影响的信息的作成，信息形成的透明度缺乏。

（二） 与 TFA 第 7 条相关的措施

其中与 TFA 第 7 条“货物的放行与清关”相关的是：推进海关 AEO 互认。

AEO 制度是国际化企业的信用认证体系。[1519]该制度不仅能便利国际贸易，还具有促进国际贸易安全的功能。该制度主要是通过海关对信用好的企业进行认证，最大限度的给予该类企业进出口的便利，以便进一步便利贸易和识别高风险货物，并为此采取适当行动。[1520]2008 年我国海关正式实施《海关企业分类管理办法》，根据不同信用类别将企业分成五类管理类别，其中 AA 类、A 类企业可看成中国的 AEO。2014 年 12 月 1 日，随着《中华人民共和国海关企业信用管理暂行办法》的正式实施，海关注册登记企业的信用类别由原来的 AA、A、B、C、D 五个类别调整为认证企业、一般信用企业、失信企业三类。原本 AA 类的企业过渡为高级认证企业，A 类的企业过渡为一般认证企业，B 类的企业过渡为一般信用企业，C 类、D 类的企业由海关按照该办法重新认定信用等级。[1521]其中认证企业（原 AA 类、A 类企业）可以到上海关区各企业注册地海关申请换领《认证企业证书》。高级认证企业将适用我国与其他互认国家或者地区海关所赋予的优惠待遇和通关便利措施，也即 AEO 企业。

中国海关进一步推进海关 AEO 互认，互认之后，双方海关根据相互之间签订的互认协议给予对方 AEO 最大限度的通关便利。目前，中国海关已经与新加坡、韩国、欧盟、香港海关当局签署海关高资信企业全面互认协议，与美国、哈萨克斯坦、俄罗斯等国家正在进行紧张的双边磋商。[1522]上海自贸区内的认证企业将作为首批运作企业，率先享受海关 AEO 互认成果。

关于海关 AEO 制度，TFA 第 7 条第 7 款的第 7.4 要求采用国际标准，此点对于我国来说

1518 《上海海关关于实施<中华人民共和国海关企业信用管理暂行办法>相关事项的公告》，中国上海海关网，http://shanghai.customs.gov.cn/publish/portal27/tab61724/info725796.htm ，2015 年 4 月 15 日访问。

1519 石良平、黄丙志：《贸易便利化与上海国际贸易中心建设》，中国海关出版社 2011 年版，第 188 页。

1520 世界海关组织修订后的《京都公约》提供了实现此目标的全球模式。

1521 《上海海关实施两项新规 自贸区内试点启动“银行担保账户”作业模式》，中国上海海关网，http://shanghai.customs.gov.cn/publish/portal27/tab61733/info726047.htm ，2015 年 4 月 15 日访问。

1522 《上海海关首次认定 9 家走私企业为失信企业》，中国上海海关网，http://shanghai.customs.gov.cn/publish/portal27/tab61733/info730516.htm ，2015 年 4 月 15 日访问。

应属满足，因为我国海关作为世界海关组织（以下简称 WCO）的一员，也需遵守其 2005 年推行的《全球贸易安全与便利标准框架》，在此种国际化标准之下，我国 2008 年正式实施《中华人民共和国海关企业分类管理办法》。另外，推进海关 AEO 互认也符合 TFA 第 10 条第第 7 款 7.5 项的要求，即成员方之间尽可能的协商相互承认 AEO。

（三） 与 TFA 第 7 条、第 10 条相关的措施

其中与 TFA 第 7 条第 3 款的第 3.1、3.2 项的“在提供有效担保的情况下，货物在税费未缴纳前应优先通关” 以及 TFA 第 10 条“进出口和过境的便利化”相关的有：一线进境货物“先进区，后报关”、区内货物流转自行运输、简化统一进出境备案清单、批次进出，集中申报、简化无纸化通关附随单证、集中汇总纳税。

该 6 项措施都是为了进一步简化海关通关的程序，减少通关时间，提高通关的效率，从而降低企业的成本。仅以“无纸化通关”为例，它不仅可以帮助企业在通关环节节省 80%以上的时间；而且它还能大幅降低企业通关的成本。以某公司平均每月 4000 票计算，无纸化通关能让企业每月节省 2 万元。而“先进区、后报关”的实施，更是把企业原先通关时需要的几个小时甚至一天的时间压缩到三五分钟。[1523]另外，这些措施也是我国海关自觉履行 WCO 下的贸易便利化的义务。面对即将生效的 TFA，其对贸易便利化程度仍有较为严格的要求，生效的 TFA 具有强制效力，对 WTO 所有成员国都具有约束力。因此，上海自贸区的贸易便利化措施除了满足 WCO 下的要求之外，更应该实时对接 TFA。上海自贸区目前的举措虽然在海关通关方面具有极大的便利性，满足了“采取措施加速通关”这一要求，可以说这些便利化措施已具有国际水平，甚至在某些方面已优于 TFA，如企业信用信息的公布、海关控制下货物的进口流动[1524]等。但对于 TFA 第 7 条和第 10 条的某些要求，其仍没有满足，如通关文件副本的接受、单一窗口制度，风险管理制度。

总之，尽管上海自贸区的通关便利化措施满足了 TFA 的部分要求，有些措施甚至优于 TFA 的规定。但上海自贸区在预裁定机制、单一窗口以及海关合作等方面的便利化程度远远不够，有待进一步提高，尽快对接 TFA。

四、 上海自贸区建设为对接 TFA 应作的改进

TFA 即将生效，将对 WTO 所有成员国有拘束力，虽然其在第三部分对发展中成员国和最不发达成员国规定了特殊和差别待遇条款，发展中国家成员国和最不发达国家成员国可以根据措施的难易程度以及是否需要资金的援助将承诺分为 A、B、C 三类。A 类承诺为协议生效即实施的措施，B 类承诺为在一定过渡期后实施的措施，C 类承诺则为在一定过渡期后且通过技术和资金援助获得实施能力方予以实施的措施，对于具体的实施期限也有给予了不同的宽限期。我国属于发展中国家，可以享有此类特殊差别待遇，但这也不过是为我国全面履行 TFA 义务争取到了有限的缓冲期，要想更好的融入高标准的国际贸易中，在国际条约的谈判中享有话语权，就应该尽量按最高要求约束自己，只有这样才能在与发达国家签订条约时具有足够的底气。另外，我国的经济发展迅速，国际贸易世界第一，更不应该采取约束自己发

1523 《对接自贸区 推进贸易便利化》，中国上海海关网，http://shanghai.customs.gov.cn/publish/portal27/tab61733/info726338.htm， 2015 年 4 月 15 日访问。

1524 TFA 第 9 条要求进口货物在海关控制下从一个海关监管区移动到另一个海关监管区，而上海自贸区内实行的是“区内货物自由流动”，相较于 TFA 的要求更具便利化。

展的措施。在 TFA 正式生效之前，正应利用上海自贸区这个“先试先行”的特殊区域，尽快对 TFA 中的主要义务进行先行试验，如果试验可行，则能够初步证明我国已经具备执行高标准规则的能力。如果试验失败，则应尽快分析失败的原因、加强相关建设、争取在 TFA 正式生效之前完成对现有不足的改进。

如下是几点关于上海自贸区建设应对接 TFA 的几点建议：

(一) 进一步增大透明度

TFA 第 1 条就规定了“信息公开和可利用性”，其目的在于要求成员国对本国贸易便利化的任何信息应尽可能的公开，尽可能的透明，并且应让相关方以一种比较便利的方式获得并利用。上海自贸区虽然要求区内企业定期编制企业的信用信息目录，但并没有彻底贯彻信息透明度规则，如没有建立国家的信息咨询点，与 TFA 的第 1 条第 3 款不符。而且上海自贸区内信息的形成也没有给予相关方评论及建议的机会，这与 TFA 的第 2 条不符，信息形成的透明度缺乏。

关于透明度方面，笔者认为上海自贸区可以在以下方面进行优化：其一、在上海自贸区的门户网站及时公布与进出口或过境贸易的任何信息，并且应该至少以中英文两种语言公布。并做到信息的实时更新。其二、应该建立信息咨询点，如在上海自贸区门户网站主页设置咨询窗口，定期为相关方提供与公布信息相关的任何咨询。其三、可以在上海自贸区门户网站专设信息作成建议栏，在重大决定作出前征求相关方的建议。其四、建立向 WTO 委员会定期汇报机制。规定详细的信息汇总程序、明确向 WTO 委员会汇报信息的具体机构（或职位）。

(二) 采用预裁定机制

预裁定是由成员方的主管当局在所申请货物进口前向申请人所发出的书面决定，该决定规定了货物进口时成员方将对货物采取哪些进口措施。预裁定的内容包括：货物的税则归类（包括所适用的关税率）；在具体贸易情况下海关估价的适当方式及方式的具体适用；退税或延迟交税条件的适用；货物的原产地及其他成员方认为需要预裁定的其他事项。[1525]申请人可以向成员方书面申请预裁定，当申请方的预裁定合法时，成员方不得拒绝，并须在合理期限内作出预裁定，该预裁定在合理期限内有效，对申请方和海关当局均有约束力。另外，允许申请人对预裁定的决定或修改请求行政复议。[1526]如果我国引入预裁定机制，对于海关而言，扩大了其审查裁定的范围，有利于货物安全进出口；对于进出口商而言，真实权利受到侵害时，可以通过行政复议等程序寻求救济。

在 TFA 的预裁定条款谈判时，我国主张申请人只能是在“海关注册的人”而美国则主张“存在合理理由即可”。经过最终磋商，双方达成一致。原则上预裁定的申请人是“存在合理理由即可”，但允许各成员方国内法自行确定申请人范围的权利。我国一直采纳预裁定的申请人只能是“在海关注册的人”，在《中国和新加坡自由贸易协定》、《中国和秘鲁自由贸易协定》、《中国和瑞士自由贸易协定》中都有此规定。虽然在这些自由贸易协定中规定了预裁定，但上海自贸区到目前为止并未引入该机制。另外，在《海关行政裁定管理暂行办法》中亦规定申请海关行政裁定的人只能是在海关注册登记的进出口货物的单位。但我国的行政

[1525] Agreement on Trade Facilitation, Ministerial Decision of 7 December 2013, at http://wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/desci36_e.htm , Apr. 15, 2015.WTO 贸易便利化谈判小组的 TN/TF/W/165/Rev.6 Article 3。转引自朱秋沅：《国际海关法研究》，法律出版社 2011 年版，第 173 页。

[1526] 朱秋沅：《国际海关法研究》，法律出版社 2011 年版，第 173 页。

裁定无论在范围上还是在效力上都不同于 TFA 的预裁定。在范围上，预裁定较行政裁定范围广，而且我国的行政裁定实乃行政解释，属于抽象行政行为，不属于诉讼或复议的范围。[1527]此种行政裁定对申请方的保护极为不利，也与 TFA 下预裁定机制的功能不符。预裁定在 TFA 中属于第 4 条第 1 款的行政行为，属于可复议的范围。

因此，上海要成功建成经济、金融、贸易和航运四大国际中心，尤其是建成国际贸易中心，必须全面参与或融入全球化规则制定和关系处理中去。而预裁定机制作为 WTO 下贸易便利化的一项重要措施，应该被成员国规定到国内法中。上海自贸区更应肩负起对该制度的“先试先行”，为 TFA 生效后能在全国范围内顺利实施提供经验。

（三） 进一步完善“单一窗口”制度

“单一窗口”指一种设施，该设施准许贸易与运输的有关方在一个单一接入点提交标准化的文件和/或数据，以履行全部的有关进出口以及过境的监管要求。[1528]TFA 第 10 条第 4 款对“单一窗口”制度进行了规定。要求成员方建立能够使进出口商从单一接入点一次性提交进出口或过境所需的单据的“单一窗口”，若“单一窗口”已经接收了相关单据，其他相关机关不应再要求申请方提交。该“单一窗口”再将各类单据向有关机关发送，有关机关作出决定后再由该“单一窗口”将结果告知申请人。成员方应尽可能的用信息技术支持“单一窗口”，并且成员方应将“单一窗口”的运作程序通知 WTO 贸易便利化委员会。

“单一窗口”制度不仅对企业有利，也对政府有利。对政府而言，能提高监管的效率与效益，降低政府的监管成本。另外，通过系统的受理所有数据，更能强化安全意识，尽可能地确保出口货物的安全。对企业而言，由于只要在一个数据接入点提交所有进出境的单据，极大地节约了时间，降低了通关成本。

“单一窗口”制度于 2014 年 6 月 18 日在上海自贸区于正式上线，首期试点项目主要是：其一、一般贸易进口货物的申报与结构反馈；其二、船舶出口岸联网核放。[1529]“单一窗口”制度在上海自贸区的上线对接了国际通关秩序，也对接了 TFA。但“单一窗口”在上海自贸区运行不久，其范围极其有限，仍须进一步完善。可以考虑在如下方面丰富我国的“单一窗口”制度：将货物申报由进口推广到出口，将船舶出口岸联网核放扩展到船舶进出口岸手续办理，以及自贸区货物进出区的“一线进出境”和“二线进出口”报关、报检全流程单一窗口操作模式。另外，在“单一窗口”制度逐步完善时，可以考虑将海关的相关税费、船舶和贸易许可与证书、外汇、出口退税等业务都可通过“单一窗口”实现；也可以考虑将企业资质相关的行政审批和登记等事项纳入“单一窗口”制度下。

在采用“单一窗口”模式方面，世界上现有三种模式可供选择：其一是“单一机构“模式，即由一个机构来负责进出境的监管，是“单一窗口”的最高形式。其二是“单一系统”模式，即由一个平台收集所有进出境所需单据，然后向有关机关传递。其三是“公共平台”模式，即企业可以通过该单一公共平台向所有相关机关申报审核。[1530]由于我国的“单一窗口”制度上线不久，而且我国电子口岸建设并不完善，制度建设与机构整合并不顺利。因此，建

1527 何力：《多哈回合早期收获与<贸易便利化协定>》，载《上海对外经贸大学学报》，2014 年第 2 期。

1528《单一窗口》，上海市口岸服务办公室网，http://www.shport.gov.cn/shkaq/InfoDetail/?InfoID=7fba1b20-0cdc-4403-b6d6-02d552c8bcfc&frameType，2015 年 4 月 15 日访问。

1529 胡苏敏：《上海国际贸易“单一窗口”上线运行》，载《中国对外经济贸易》，2014 年 7 月。

1530 朱秋沅：《日本单一窗口构建及其制度性启示》，载《外国问题研究》，2011 年第 3 期。

议采用第二种“单一系统”模式。逐步建立健全统一的信息系统，将各部门、各单位的信息有序地纳入，逐步完善“单一窗口”制度。[1531]

在“单一窗口”建设中应注意的问题：其一要有一个强有力的单一授权机关。因为，在“单一窗口”下必定需要各个机关的协同配合，这样才能完成各类单据的审核。只有在强有力的单一授权机关领导下，相关机关才能更好的协同配合。其二政府机关要与企业多合作沟通。因为，“单一窗口”的建设就是为了简化政府监管，便利企业通关，降低社会成本，只有政府机关与企业密切联系，听取企业的意见，才能将“单一窗口”建设成真正服务于企业的系统。其三是制度改革与机构整合的法律化。只有使“单一窗口”法律化，确认机构整合的法律地位，才能进一步完善“单一窗口”并将其推广至全国。[1532]

（四） 进一步完善海关合作

TFA 中关于海关合作的条文就有 12 条之多，它在贸易便利化中扮演了重要角色。TFA 中关于海关合作的规定主要是在信息交换上。当成员方怀疑进出口人所提交的信息的真实性与准确性时，成员方应该根据国内法尽力在海关事项方面进行信息交换。TFA 的第 12 条第 6 款第 6.2 项规定被请求成员方提供的信息应该受到其国内法和法律体系的限制，不能被用作刑事调查、司法程序以及非海关程序的证据，除非被申请方成员国书面同意。在此条谈判过程中，经过中国的努力才最终从草案中的“国内法和法规”确定为正式文本中的“国内法和法律体系”，因为，我国在海关方面主要是以规章的形式规定。[1533]海关方面适用的法律仅有 6 部，其中涉及通关便利的仅《中华人民共和国海关法》，其余均为行政法规和规章。[1534]虽然，2014 年 12 月 1 日，《信用管理暂行办法》正式施行，其对海关立法的完善虽然有所助益，但性质仍属于规章，效力层级较低。所以，总体来看，我国的海关立法的层级较低。由于 TFA 中海关合作方面主要是约束性条款，海关信息交换的适用也涉及国内法律，对于法律发达的国家来说，具有明显的优势。我国可以借助上海自贸区这一“试验田”，进一步加快海关方面的立法，完善我国的法律体系。

鉴于 TFA 尚未生效，对成员方还没有拘束力，也就不可能根据该协议在海关合作方面进行实际操作。但我们可以同与我国在海关信息交换方面签订双边或区域协定的国家先行尝试，尽可能地模拟 TFA 中关于海关合作的规定。另外，也应在上海自贸区内先行建立促进海关合作的基础设施，如确立信息传递的服务平台等。还可以在上海自贸区内模拟跨国海关信息互换，以便更好地熟悉 TFA 下赋予成员方的义务。

五、 结语

上海自贸区的主要功能在于新政策的先试先行，所以它应该肩负起“大胆闯、大胆试”的使命。任何对我国有影响的新举措，上海自贸区都应该主动试行，如果试验成功便向全国

[1531] 石良平、黄丙志：《贸易便利化与上海国际贸易中心建设》，中国海关出版社 2011 年版，第 7 页，第 202 页。

[1532] 朱秋沅：《日本单一窗口构建及其制度性启示》，载《外国问题研究》，2011 年第 3 期。

[1533] 黄志瑾：《WTO<贸易便利化协定>评述——多哈回合的突破？》，载《上海对外经贸大学学报》，2014 年第 5 期。

[1534] http://www.customs.gov.cn/tabid/65554/searchmid/60432/searchtid/65554/cfilter1147/1/Default.aspx?%E6%B3%95%E8%A7%84%E7%B1%BB%E5%9E%8B=%E6%B3%95%E5%BE%8B ，中华人民共和国海关总署，2015 年 4 月 15 日访问。

复制推广；即便是失败了，也证明此时我国尚不具备施行该措施的客观条件，提示我国下一步进行制度改革的重点。从某种意义上说，上海自贸区没有失败。对于即将对我国生效的TFA，上海自贸区的建设应该与其对接，将 TFA 中的某些措施先行试行，评估其对我国国际贸易的影响，以及对我国贸易便利化制度的要求，只有做到知己知彼，方能在其对我国产生拘束力之前或同时有所应对。

A Study on referential meaning of TFA for Shanghai pilot FTZ

Dai Zhengqing

Abstract: The booming of the globalization of trade seeks greater facilitation of trade measures among countries. In that context, Trade-Facilitation Agreement (TFA) was eventually reached by WTO members, with their persistent efforts. For China's perspective, China (Shanghai) pilot free trade zone (Shanghai pilot FTZ) is also an actively attempt for new model of opening up. As a member of WTO, Shanghai pilot FTZ's development should compatible with the TFA which will go into effect soon. This paper focus on how should the Trade facilitation measures of Shanghai pilot FTZ refer to TFA, and aims at benefiting the development of Shanghai pilot FTZ.

Keywords: Trade Facilitation TFA Shanghai Pilot FTZ

论保险合同解除权与撤销权的适用关系

季昱辰[1535]

摘要：如实告知义务是保险法中一项重要的制度，然而当投保人违反保险合同告知义务时，根据《保险法》和《合同法》的规定，将产生保险人法定解除权与合同撤销权的竞合。2013 年 6 月 8 日施行的《关于适用<中华人民共和国保险法>若干问题的解释(二)》中并没有对此问题做出解释与规定，因此，有必要对此问题进行更为深刻的研究，以解决我国现行法律存在的分歧与矛盾。本文共分为四部分，第一部分介绍了投保人违反告知义务时产生的两种不同的法律后果，并对二者做出了对比，从而揭露了二者的主要差别所在；第二部分论述了目前学术界对此问题存在的三种学说，即排除说、选择说与补充说；第三部分针对三种学说做出具体分析，并提出自己的观点，认为保险法中保险人基于违反告知义务产生的法定解除权其实为合同撤销权的异化；第四部分为结语，并对保险法之完善提出了相关的建议。

关键词：保险合同；解除权；撤销权；竞合

Abstract： The duty of disclosure is an important system of insurance law, however, according to the Insurance Law and Contract Law, when the insurant breaches the duty, the insurer respectively has the right to terminate the insurance contract, then concurrence exists. In the <Interpretations of The Supreme People's Court on Certain Issues concerning the Application of The Insurance Law of The People's Republic of China(Part Two) > which is effective on June 8, 2013, there is no interpretation about this problem. Therefore, it is necessary for a deeper study of this problem, to resolve differences and contradictions existing in the current law of our country. This article is divided into four parts, the first part introduces the two different legal consequences of breaching the duty of disclosure, and has made a comparison to this two consequences, which revealed the main difference between them; The second part discusses the three existing academic theories, namely the exclusion, choice and added; The third part makes a concrete analysis on three kinds of theories, and put forward the author’s opinion, who think the legal right of the underwriter based on the violation of the duty of disclosure in Insurance Law actually is the right of revocation in Contract Law; The fourth part is the conclusion, and puts forward Suggestions to the insurance law of the perfect.

[1535]季昱辰，女，汉族，山东省济宁市，大连海事大学法学院研究生。

Keywords: Insurance Contract; Legal rescission; Right of revocation; Concurrence

当投保人违反保险合同告知义务时，将可能发生保险人法定解除权与合同撤销权的竞合。对此，理论界存在三种学说：排除说；选择说；补充说。《关于适用<中华人民共和国保险法>若干问题的解释(二)》（征求意见稿）中曾经将此问题列入第九条，给予了明确的回答，但2013年6月8日施行的《保险法》司法解释（二）中却将此问题避之不理，因此，有必要对此问题进行更为深刻的研究，以解决我国现行法律存在的分歧与矛盾。

一、违反告知义务的两种法律后果

为了使保险人能够更为准确、有效地预估风险，各国保险法均规定了投保人的如实告知义务。我国《保险法》第16规定，订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知。然而当投保人违反如实告知义务时，根据我国《保险法》的规定，保险人可以解除保险合同，即产生解除权；根据我国《合同法》第五十四条的规定，投保人违反如实告知义务在构成欺诈或引起保险人产生重大误解时，保险人可以撤销保险合同，从而产生撤销权。

（一）保险合同解除权

《保险法》第16条第二款规定：“投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同。”但是根据投保人的主观状态不同，保险人行使解除权的限制及效果也有所差异。《保险法》第16条第四款规定：“投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。”而第五款规定：“投保人因重大过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但应当退还保险费。”根据以上规定，当投保人违反告知义务的主观状态为故意时，无论涉及事项对保险事故的发生是否有严重影响，只要其足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率，保险人就可以行使解除权，保险合同一旦被解除，其效力及于合同订立时[1536]，保险人

[1536]此处涉及保险人行使法定解除权的效果是否具有溯及力的问题，理论界有三种观点：肯定说，否定说，折中说。本文采肯定说，即认为保险人解除合同的效力是溯及既往的。参见张永强, 臧兴东，《保险合同解除后法律效力研究》，贵州工业大学学报(社会科学版)，2004 年 6 月第 6 卷第 3 期，53-56 页；方芳，《保险合同解除权的时效与溯及力》，西南政法大学学报，2006 年 12 月第 8 卷第 6 期,42-47 页。

不必承担保险事故的赔偿或者给付保险金，但是为了惩戒恶意的投保人，保险人不用退还已交的保险费；然而若投保人违反告知义务的主观状态是出于重大过失，只有当涉及事项对保险事故的发生有严重影响时，保险人才可以行使解除权，合同解除后，效力同样及于合同订立之时，保险人不必承担保险事故的赔偿或者给付保险金，但保险人应当退还投保人已交的保险费。

为了避免保险人承保时不审慎承保，发生保险事故后，再以投保人违反如实告知义务为理由，拒绝赔偿，从而损害投保人利益的情形，我国保险法引用了英美法系的不可抗辩条款，对保险人解除权的行使进行了时间上的限制。《保险法》第16条第3款："前款规定的合同解除权，自保险人知道有解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭。自合同成立之日起超过二年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。"

（二）保险合同撤销权

《合同法》第54条规定："下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。"根据《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通解释》）第68条，一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。在订立保险合同时，投保人对于保险人询问的重要事项，故意不告知或者不如实告知，导致保险人对风险做出错误的评估，进而影响到其做出错误的意思表示，因此，投保人故意违反告知义务应当被认定为欺诈行为。若投保人因重大过失违反如实告知义务，导致保险人对保险标的的状态等相关事项产生重大误解，从而使行为的后果与自己的意思相悖，符合《民通解释》第71条的规定，可以被认定为重大误解。综上，当投保人故意或因重大过失违反如实告知义务时，保险人能够享有民法上的撤销权。保险合同一旦被撤销，其效力为自始无效，投保人得以要回已交的保险费，保险人对于撤销前发生的保险事故不承担赔偿责任或者给付保险金，但有权利主张投保人承担缔约过失责任，请求损害赔偿。

撤销权的行使同样有一定的时间限制。《合同法》第55条规定："有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权。"因此，保险合同的撤销权在保险人知道或应当知道撤销事由之日起一年内未行使而消灭。

（三）不同后果之对比

根据以上论述，我们大致可以从三个方面对比保险合同解除权和撤销权的行使效果：

1、投保人故意违反如实告知义务的情形：

表1

权利内容	合同关系	保险责任	保险费
解除权	合同关系自始消灭	保险人对解除前发生的保险事故不承担保险责任	不退还保险费
撤销权	合同关系自始消灭	保险人对解除前发生的保险事故不承担保险责任	退还保险费，但可要求损害赔偿

由上图可知，当投保人故意违反如实告知义务时，保险人行使解除权和撤销权的主要区别在于保险费的退还问题之上，其他后果基本一致。

2、投保人因重大过失违反如实告知义务的情形：

表2

权利内容	合同关系	保险责任	保险费	限制
解除权	合同关系自始消灭	保险人对解除前发生的保险事故不承担保险责任	退还保险费	告知涉及事项对保险事故的发生有严重影响
撤销权	合同关系自始消灭	保险人对解除前发生的保险事故不承担保险责任	退还保险费	无

由此可以看出，在投保人违反如实告知义务的主观状态是出于重大过失时，保险人行使两种权利的主要区别在于，保险合同解除权的行使是有限制的，只有在告知涉及事项对保险事故的发生有严重影响时，保险人才享有解除权，而其他的法律效果基本一致。

3、权力行使的时间限制：

表3

权利内容	合同成立之日起两年内	合同成立之日起两年后

解除权	自保险人知道有解除事由之日起三十日内	权利消灭
撤销权	自保险人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内	自保险人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内

通过比较我们可以得出，保险人解除权与撤销权的行使在时间限制上的差异是比较突出的，对解除权的限制，我国《保险法》吸取英美法系的立法模式，采用了双重限制的方式，突出了保护投保人利益的立法原则；而《合同法》仅采取了单一标准，迎合了民法上平等保护双方当事人的立法思想。

（四）本章小结

本章主要介绍了投保人违反如实告知义务产生的两种不同的法律后果，并对保险合同解除权与撤销权法律效果与行使限制的差异进行了对比，可以看出这两种权利竞合后产生的主要争议在于一下两点：1.当投保人因重大过失违反如实告知义务时，若所涉及事项对保险事故的发生没有重大影响时，保险人可否依据《合同法》规定的撤销权撤销合同，从而拒绝对保险事故进行赔偿；2.根据不可抗辩条款，自合同成立之日起两年后，保险人的法定撤销权消灭，此时，保险人可否根据《合同法》行使撤销权，撤销保险合同。

二、国内外存在的学说

对于保险合同解除权和撤销权的适用关系，目前国内外存在三种学说，即排除说、选择说、补充说[1537]。

（一）排除说

排除说，又称为“否定说”，即认为保险法上保险人的法定解除权排除合同法上撤销权的适用。该说基于当事人间利益均衡以及权利义务之安定为出发点，认为告知义务之规定，“系根据保险本质上之必要所为之特别规定,而民法诈欺之规定,系法律行为撤销之普通规定,倘二者发生竞合时,自应依特别法优于普通法之原则, 适用保险法之特别规定。”[1538]

内地学者李庭鹏也表示：“投保方在缔约时违反告知义务而对重要事实不实告知，保险人得依法解除保险合同，其解除权取得的依据是缔约意思表示有瑕疵。因为，如果保险人获得正确信息，它将修改承保条件，如提高保险费率或变更有关保险条款；如果保险标的危险巨大，保险人依通常业务标准，该保险标的不具

[1537]在日本，关于撤销权与解除权的适用关系存在的学说为：适用除外说、重叠适用说、错误规定除外说。参见＜詐欺無効と告知義務違反解除＞,载于＜保険事例研究会レポート＞,2005.11，第 201 号。

[1538]樊启荣：《保险契约告知义务制度论》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 303 页

有可保性而拒绝承保；在这两种情况下，保险人缔约意思表示有瑕疵是肯定和明显的，解除保险合同是正当、合理的选择和救济。依据一般合同法理，这种意义上的保险合同解除与撤销在法性质上并无二致。”[1539]

此外，我国台湾地区众多“判例”在此问题上也选择了排除说，可参见台湾地区“最高法院”1997年台上字第2113号判决、1997年台再字第102号、1997年保险上字第41号、1998年保险上字第2号和1999年上字第1411号[1540]。

（二）选择说

选择说，又称为“并存说”，即认为当投保人故意或因重大过失违反如实告知义务时，保险人可以选择行使法定解除权或者撤销权，以此使保险合同关系归于消灭。该说认为这两种权利的立法目的、构成要件和法律效果都不相同,并且相互之间均有对方所不具备之要件,是各自独立的制度,保险人可以根据自己的需要来选择行使。当保险合同解除权因不可抗辩期间的经过而消灭，保险人仍可以选择撤销权来保障自己的利益，二者非特别法与普通法的关系。

除了有相关的理论基础，也有相应的立法例支持该学说。如《德国保险契约法》第22条规定：“保险人基于有关危险情事之诈欺所生之撤销权不受影响。”我国《关于适用<中华人民共和国保险法>若干问题的解释(二)》（征求意见稿）第九条规定：“投保人投保时未履行如实告知义务构成欺诈的，保险人依据《合同法》第五十四条规定行使撤销权的，人民法院应予支持。”

（三）补充说

补充说，又称为欺诈除外说，即认为投保人违反如实告知义务构成欺诈时，保险人得行使合同撤销权撤销合同，而不必受到合同解除权的影响[1541]。此学说是对排除说的补充，该学说认为如果保险人的法定解除权完全排除撤销权的行使，将会导致投保人利用不可抗辩条款，在保险合同订立两年后，因保险人解除权消灭，发生保险事故必须赔偿或者给付保险金，而又无法行使合同撤销权，进而进行保险欺诈骗取保险金。因此根据排除说，则会纵容投保人钻法律漏洞骗取保险金，不公平地剥夺保险人本可享有的合法利益，最终也会损害风险共同体内其他无辜被保险人的利益。该说认为在保险合同解除权排除撤销权行使的前提下，应视投保人欺诈为例外，允许保险人行使撤销权，而若投保人违反告知义务是出于重大过失，保险人只能依保险法的规定行使法定解除权，当不可抗辩期间经过后，

[1539]李庭鹏：《保险合同告知义务研究》，法律出版社 2006 年版，第 40 页。转引自夏元军：《论保险法上解除权与民法上撤销权之竞合》，载于《法律科学(西北政法大学学报)》2010 年第 2 期，第 119 页。
[1540]参见夏元军：《论保险法上解除权与民法上撤销权之竞合》，载于《法律科学(西北政法大学学报)》2010 年第 2 期，第 118 页。
[1541]参见：夏益国：《应在我国保险法律中增加保险合同的撤销》，载于《济南金融》第 8 期。

保险人也不得以撤销合同为由拒绝对保险事故的赔偿[1542]。

日本学者田中诚二和内地学者樊启荣均认为，于诈欺情形，应与民法规定并存适用，因告知义务人有欺罔保险人之恶意，对其利益自无保护之必要，否则因其不法行为，亦可获得不当利益，显非妥当。[1543]

（四）本章小结

本章主要介绍了对于保险人解除权与撤销权竞合问题，学术界存在的三种学说，以及支持其观点的判例、立法例。

三、具体分析

（一）选择说将使不可抗辩条款形同虚设

所谓不可抗辩条款，又称为无争议条款，是指规定保险人对投保人违反告知义务的抗辩权，在保险合同生效满一定期间后不得行使的条款[1544]。我国《保险法》第16条第二款规定：“前款规定的合同解除权，自保险人知道有解除事由之日起，超过30日不行使而消灭。自合同成立之日起超过2年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。”该条款体现了保险法上谨慎核保的原则[1545]，对于规范保险行业，约束保险公司谨慎核保，以及平衡保险关系各方之间的利益有明显的作用。不可抗辩条款的存在，在一定程度上解决了“理赔难”的问题，使保险公司不得以投保人不如实告知等理由随意解除保险合同，防止保险人滥用法定解除权，从而保障投保人以及被保险人、受益人对保险合同的信赖利益。

而选择说认为，当保险人根据《保险法》16条2款的规定无法行使解除权时，仍然可以按照《合同法》的规定行使撤销权，使保险合同效力归于消灭，从而达到拒绝赔偿的目的。也就是说，自保险人得知投保人违反告知义务之日起超过30日后，保险人虽然不能解除合同，但在之后的11个月中，保险人可以随时撤销合同；而当保险合同成立超过两年，投保人有理由相信该保险合同的有效性，并因此产生信赖利益时，保险人却可以在其知道投保人违反告知义务后随时行使撤销

[1542]在日本法学界，此学说被称为错误规定适用除外说，即认为适用说（与国内的选择说同）忽略了保险法上对投保人、被保险人在错误情形下违反告知义务加以保护的原则，而投保人欺诈的情形对于保险关系来讲，没有保护的必要性，因此，应将基于错误而违反告知义务的情形排除于适用说之外。该观点与我国补充说的趣旨基本一致。参见西岛梅治：《保险法》（第三版），平成 10 年，第 61 页。

[1543]夏元军：《论保险法上解除权与民法上撤销权之竞合》，载于《法律科学(西北政法大学学报)》2010 年第 2 期，第 119 页。

[1544]史为进：《保险法案例教程》，北京大学出版社，第 157 页。

[1545]谨慎核保原则，是对保险人提出的要求。它要求保险人在订约时不能只依靠投保人的告知陈述作为估计危险的唯一依据，而应进一步对订约的相关事宜谨慎核实。详见林宝清：《保险法原理与案例》，清华大学出版社，第九章。

权，撤销合同。因此，选择说将导致不可抗辩条款形同虚设，从而使保险合同关系长期处于不稳定状态。这不仅对投保人和被保险人来说是极其不利的，更容易导致保险人粗放承保，加重“款核保严理赔”的现象。因此，选择说对于解决保险合同解除权与撤销权的竞合问题是不合理的。

（二）保险合同中保险人解除权的实质应为撤销权。

1、将解除制度作为违反告知义务的救济方式存在不妥。

如实告知义务是基于最大诚信原则而产生的一项古老的制度，其目的在与保障保险人测定危险因素资料之正确，使保险人能正确估计危险率，计算保险费，进而作出真实的意思表示，顺利缔结保险契约[1546]。当投保人违反告知义务时，将导致保险人做出错误的判断，从而做出有瑕疵的意思表示，对此，最早的的救济方式采用的是“无效主义”，即直接导致保险契约无效。如《1807 年法国商法典》第 348 条规定：“被保险人的任何未为告知或者错误陈述，保险合同与提单的任何不符，如果其促使保险人对风险的评估比实际的风险更低，保险合同无效。即使未为告知、错误陈述和不符与实际损害没有任何影响亦然。”“无效主义”虽然能够有利于最大诚信原则的贯彻，保障保险合同双方当事人意思表示真实，确保了保险人的权益，但也否定了具体保险合同中当事人的主观意志和选择权，忽视了对保险合同当事人意思表示自由的保障。因此，随着保险法律制度的改善，《1906 年英国海上保险法》第 17、18 条首次摒弃了无效主义，而是赋予保险人一项权利，以终止合同的效力，其规定为：“If the assured fails to make such disclosure, the insurer may avoid the contract.”[1547]其使用的“avoid”一词，在《元照英美法词典》中被解释为“使无效，撤销”。随后，《德国商法典》、《日本商法典》均将解除权规定于保险合同制度中，开启了所谓的“解除主义”时代。然而，无论是英国法的规定还是德国、日本法的规定，其发展均是为了寻求一种既能保障当事人意思表示真实，又能确保当事人意思表示自由的救济方式，即一种对意思表示瑕疵合理的救济方式。

然而，合同法中的法定解除制度，主要针对合同履行过程中出现非正常因素，导致合同目的不能实现，从而解除合同，以终止合同的效力[1548]。世界各国立法以及国际公约中对于合同法定解除也都作出了明确的限制，归结起来，一般都规定只有在违约导致合同目的无法实现的情形下，才可以解除合同。正如我国台湾学者林诚二所言：“德国、日本及英美立法例都证明契约解除权并不因任何契约

[1546]夏元军：《论保险法上解除权与民法上撤销权之竞合》，载于《法律科学(西北政法大学学报)》2010 年第 2 期，第 119 页。
[1547]杨良宜、汪鹏南：《英国海上保险条款详论》，大连海事大学出版社，第 590 页。
[1548]王启明：《合同解除制度研究》，第 4 页。

债务不履行而生，必因契约债务不履行对契约目的之取得有重大影响者，始生契约解除权，否则只要给予债务不履行之损害赔偿请求权已足”[1549]。因此，从这方面来讲，合同解除被视为对违约方的一种制裁，即合同解除制度是对违约行为的一种救济方式。因此，《保险合同》将保险人法定解除权作为因投保人违反告知义务导致保险人意思表示瑕疵的救济方式，显然是不妥当的。

再者，投保人的告知义务，具有先契约性，是保险合同成立前投保人应当承担的法定义务[1550]，因此其性质为先合同义务。所谓先合同义务，是指在合同成立之前，自缔约人为签订合同而相互接触、磋商开始产生的注意义务[1551]。此义务区别于其他义务的关键在于该义务的产生时间为要约生效之后，合同成立之前，具体到保险合同中，即为投保单到达保险人之后，保险人同意承保之前。因此，投保人违反如实告知义务的行为，不属于违约行为。而根据《合同法》第 94 条的规定，合同的法定解除权只有满足以下情形之一时，才可以行使：一、因不可抗力致使不能实现合同目的的；二、在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的；三、当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的；四、当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的；五、法律规定的其他情形。由此看来，投保人违反告知义务由此产生法定解除权的理由只能是“法律规定的其他情形”。但纵观《保险法》之规定，保险人法定解除权的产生理由包括：投保人违反如实告知义务、谎称保险事故或故意制造保险事故、投保人或被保险人未履行对保险标的的安全保障义务、被保险人或受让人未、被保险人未履行危险增加通知的义务、保险合同经过复效期以及保险标的发生部分损失[1552]，在这些“法律规定的其他情形中”，除投保人违反如实告知义务外，其他情形的发生均满足《合同法》94 条前四种情形之一。因此，《保险法》将投保人违反告知义务而产生的使合同关系消灭的权利规定为解除权，显然不符合《合同法》上合同解除权的行使范围。

2、合同撤销制度既是意思表示瑕疵的救济方式，又能够达到与解除权相同的法律效果。

合同撤销制度的产生，是为了解决市场经济交易中由于欺诈、胁迫、乘人之危而产生的当事人意思表示瑕疵问题，其打破了合同效力在有效与无效之间简单的二元分法，赋予了当事人更多自由选择的权利[1553]，既能够保障当事人意思表示的真实性，又能够确保当事人意思表示自由，其设立与保险法律制度中关于违反告知义务法律后果完善的需求不谋而合，是合理的意思表示瑕疵的救济方式。

[1549]李沛：《合同解除制度研究》，第 13 页。
[1550]史为进：《保险法案例教程》，北京大学出版社，第 144 页。
[1551]翟云岭、郭洁：《新合同法论》，大连海事大学出版社，第 75 页。
[1552]分别参见《保险法》第 16 条、第 27 条、第 51 条、第 49 条、第 52 条、第 37 条、第 58 条。
[1553]李倜然：《论可撤销合同制度》，第 2 页。

此外，根据本文前述关于撤销权与解除权法律后果之比较，我们可以发现，解除权所能实现的法律后果，撤销权基本都能实现。至于二者的区别，正是体现了保险合同作为合同中的特别合同，《保险法》对于保险合同进行了特殊规定。

纵观中国《保险法》全文的规定，通篇没有涉及到保险合同撤销权的概念，通过上述论证，笔者认为，《保险法》中所规定的当投保人违反告知义务时产生的保险人法定解除权，其本质应为合同撤销权。

（三）欺诈情形是否应当作为排除说的例外。

对于支持补充说的观点认为，保险欺诈目前存在的现象较多，经常以提高保费的方式将大量的、不必要的成本转移给公众，反欺诈要求给予保险人以充分的武器来制裁欺诈行为人，因此应当允许在不可抗辩期间经过后，保险人得以通过合同撤销权来维护自身的利益，惩罚恶意的投保人。也有学者提出，应借鉴英美法系的规定，将欺诈行为分为一般欺诈行为和严重欺诈行为，一般欺诈行为不应作为排除说的例外，而严重欺诈行为应当作为排除说的例外。

解决此问题，一方面要预防恶劣的故意欺诈；一方面要保护无辜受益人的安全，使其免于保险人对保单效力提出的高成本、高技术的抗辩，因此，应在这两个值得称赞的公共物品中寻求平衡[1554]。笔者认为欺诈情形不应作为排除说的例外，理由主要为：一是在保险实务中，很难区分一般性欺诈和严重性欺诈，若以此来认定保险人是否可以行使撤销权，势必会增加举证的难度，从而加大司法成本；二是我国目前的保险业，“宽核保严理赔”的现象严重，禁止保险人在欺诈情形下行使合同撤销权，能够促使保险人严格核保程序，谨慎核保，由此带来的收益将大于因投保人通过不如实告知而诈保所带来的损失；三是不将欺诈情形作为排除说的例外，符合了我国《保险法》保护保险关系弱势一方（投保人、被保险人、受益人）的立法宗旨。

当然，我国《保险法》对于投保人违反告知义务因主观状态不同而产生的解除权，规定相同的不可抗辩期间确有不妥，因为根据《保险法》的规定，两种不同主观状态产生的解除权在行使效果、行使条件限制方面均有不同，而在不可抗辩期间却有统一的规定。因此，更为恰当的安排应学习德国的立法例。德国 2008 年新《保险契约法》第 21 条第 3 项规定：“自合同签订之日起超过 5 年，第 19 条第 2 项至第 4 项规定的合同解除权消灭；但保险事故发生于 5 年之内时除外。如果保单持有人故意地或欺诈地违反告知义务，则可抗辩期间为 10 年。”也就是对不同的主观状态规定不同的不可抗辩期间，既能够对投保人恶意欺诈做出惩罚，又能够促使保险人谨慎核保，以在投保人与保险人之间实现更合理的平衡。

[1554]王冠华：《保险法上不可抗辩条款适用问题三论》，载于《暨南学报》2013 年，第 32 页。

（四）本章小结

本章通过具体分析，指出了选择说存在的弊端，并提出解除制度本身是合同履行过程中，对违约行为的一种救济方式，而投保人违反告知义务，导致保险人错误承保，是意思表示出现瑕疵，因此应当适用意思表示瑕疵的救济方式——合同撤销制度，由此得出保险法中保险人因投保人违反告知义务而获得的法定解除权其实为合同法上撤销权的异化，其本质应为合同撤销权。此外，欺诈也不应被排除在不可抗辩条款之外，而是建议适当修改不可抗辩条款，使其对投保人的不同主观状态存在不同的处理结果。

结论

通过以上论述，在不修改目前《保险法》的情况下，应支持排除说，即投保人故意或因重大过失违反如实告知义务，保险人只能依据《保险法》的规定，行使法定解除权，均排除《合同法》下撤销权的行使。然而为了能够根本的解决解除权与撤销权的竞合问题，特提出以下两点建议：一、更改《合同法》第16条第一款所规定的解除权为撤销权；二、参照德国立法例，将《合同法》16条2款规定的不可抗辩期间根据投保人主观状态的不同分别规定为不同的期间。

参考文献

[1]樊启荣.保险契约告知义务制度论[M].中国政法大学出版社,2004: 300-305.

[2]李庭鹏.保险合同告知义务研究[M].法律出版社,2006:35-45.

[3] 西岛梅治.保险法(第三版)[M]. 日本: 1998: 60-61.

[4] 史为进. 保险法案例教程[M]. 北京大学出版社: 140-160.

[5]林宝清. 保险法原理与案例[M]. 清华大学出版社: 第九章.

[6]杨良宜/汪鹏南.英国海上保险条款详论[M].大连海事大学出版社,1996: 585-590.

[7]翟云岭/郭洁. 新合同法论[M]. 大连海事大学出版社,2000:70-85.

[8]张永强/臧兴东. 保险合同解除后法律效力研究[J]. 贵州工业大学学报(社会科学版).2004(6):53-56页.

[9]方芳. 保险合同解除权的时效与溯及力[J]. 西南政法大学学报. 2012(12): 42-47.

[10]夏元军. 论保险法上解除权与民法上撤销权之竞合[J].法律科学(西北政法大学学报),2012: 117-119.

[11]夏益国. 应在我国保险法律中增加保险合同的撤销[J].济南金融.

[12]王冠华.保险法上不可抗辩条款适用问题三论[J].暨南学报,2013:32.

[13]＜詐欺無効と告知義務違反解除＞,载于＜保険事例研究会レポート＞,2005.11，第201号。

[14]王启明. 合同解除制度研究[D]. 烟台:烟台大学民商法学硕士学位论文,2013.

[15]李沛. 合同解除制度研究[D]. 济南:山东大学民商法学硕士学位论文,2012.

[16] 李偶然. 论可撤销合同[D]. 济南:山东大学民商法学硕士学位论文,2010.

论国际投资协定中的一般例外原则

杜雅清

中南财经政法大学法学院 民商法 2013 级

摘　要：当前国际投资法律制度领域面临最重大的挑战之一是如何在促进外国投资与保护社会和环境两大原则之间寻求平衡。越来越多的新一代国际投资协议开始引入“一般例外”条款以帮助实现这一目标。通过对“一般例外规则”在新一代投资协定中引入的原因、类型及特点进行分析，可以推想，该举措将鼓励国际投资争端仲裁机构更多考虑国家对于公共利益进行保护的权利和义务，以缓解近年来国际社会对国际投资协定和仲裁不正当束缚东道国监管权的担忧

关键词：国际投资条约；国际仲裁；例外条款；利益平衡

自上世纪 80 年代以后，各国认识到外国直接投资对本国经济发展的重要性，因而重视创造良好的投资环境以吸引外国投资，对投资的限制逐步放宽，投资保护则得到普遍的重视和加强。除国内法措施外，在国际层面上，越来越多的国家通过签订双边投资条约(以下简称 BIT) 来相互促进和保护投资，并允许私人投资者将其与东道国的投资争端提交国际仲裁。据联合国贸发会议组织统计，截至 2013 年底，双边投资条约已经多达 2750 个。然而大多数旧的国际投资协定没有包括例外规则，或者仅承认有限范围内的排除在条约保护范围外的监管措施，最明显的是税收和必要的安全保障措施。随着国际实践的发展，20 世纪 90 年代开始国际社会对国际投资保护制度进行频繁的改革，越来越多的新一代国际投资协议开始包含一种或几种被称为“一般例外措施”(general exceptions)的条款以确保投资者利益与东道国监管之间的平衡。本文试从一般例外规则并入新一代国际投资协定的背景入手，分析一般例外条款在双边投资条约中所产生的效果。

二、国际投资协定出现一般例外规则的背景

（一）WTO 法律体系下的一般例外原则

自上世纪 80 年代以后，各国认识到外国直接投资对本国经济发展的重要性，因而重视创造良好的投资环境以吸引外国投资，对投资的限制逐步放宽，投资保

护则得到普通 WTO 体制下一般例外规则的功能和价值 WTO 体制下的一般例外规则是一项义务豁免规则或责任豁免规则，也就是说成员方可以在违反义务时援引该规则，使自己不承担相应的法律责任。[1555]一般例外规则也是一项最后抗辩条款，即成员方通常只有在被确认为违反某项义务时才援引该规则。一般而言，当成员方面临一项违反义务的指控时，总是先提出未违反义务的抗辩，只有在该抗辩得不到支持时，才会援引一般例外规则，主张即使违反义务也不应承担责任。GATT1944 第 20 条所规定的一般例外规则肇始于 1927 年《禁止或限制进出口禁令的国际协定》，后在讨论建立国际贸易组织时被并入，并最终在美国提案的基础上形成了后来的 GATT1947 的一般例外规则。一般例外条款存在的功能和价值在于它构成了 WTO 体制下的利益平衡机制。从 WTO 制度目标实现看，它要平衡两类关系：一是具体成员方的内外关系；二是成员方之间的外部关系。WTO 所要协调的是主权者的利益，主权者所担负的对其所辖的管领责任以及利益诉求错综复杂，必须在其履行国际条约义务和国内统治权力之间寻找恰当的平衡，不能因履行国际条约义务而减损其国内主权利益。因此要给成员方依其主权利益抗辩的权利---对义务方权利的维护和对权利方权利的限制。与此同时，国际条约的签订要求成员方遵守义务，以主权利益进行抗辩应受到严格限制，否则就是对其他成员方利益的侵害---对义务方权利的限制和对权利方权利的维护。WTO 在平衡这两个关系时有一个基本的价值取向，就是维护和推动自由贸易。为保证不因为自由贸易的价值取向影响“利益平衡”机制的实现，也为了保证不因“利益平衡”机制的滥用而影响自由贸易的价值实现，还需要一个平衡的支点：诚实信用原则。而表达这一理念的正是一般例外规则。1997 年美国虾龟案中，上诉机构明确指出应该依据诚实信用原则建立平衡基点“20 条前言，事实上，是对诚实信用原则的一种表达。这一原则，一经成为法律的一般原则和国际法的一般原则，就对成员方的权利行使进行了控制”。因此，一般例外规则虽然是 WTO 法律制度体系中的例外，但该例外对于 WTO 宗旨目标的实现具有重大积极意义。

（二）国际投资协定出现一般例外规则的原因

1、国际投资仲裁实践没有很好的平衡东道国与投资者的权益

许多案例表明过去 20 年间，国际投资协定以及投资者和东道国之间争端的

[1555] 胡晓红：《中外双边投资争端解决机制模式选择》，载甘肃政法学院学报 2004 年第一期，第 43 页。

激增突显了国家对外国投资者义务与对本国社会和环境义务之间的紧张关系。近十年来，越来越多案件显示出投资者在挑战东道国敏感的立法和行政管理措施，而这些措施通常在主权国家专属范围内或者执行东道国其他国际义务。[1556]据不完全统计，至 2005 年 1 月 1 日，仅在 NAFTA 下发生的 39 起国际投资仲裁案件中，涉及东道国公共利益的案件就多达 21 起，广泛涉及东道国在自然资源开发、环境保护、人权保护即公众卫生健康等领域的公共利益。而其他投资者挑战东道国对环境和社会的监管权案件也频繁发生。理论上东道国违反了与外国投资者之间的合同并不必然导致违反相关的双边投资协定。但在实践中，每当违约行为发生或者是外国投资者认为其受到不当待遇，相关投资者便会以其本国与东道国的投资协定为基础，以公平公正待遇为标准提请国际仲裁。[1557]国际投资仲裁机构在这方面的表现并不尽如人意。在此类案件中，仲裁庭出于保护私有财产权的思维定势，将投资者的财产利益凌驾于东道国的公共利益之上，经常将东道国为保护和实现公共利益的正当措施认定为违反投资条约的国际不法行为，判令东道国向外国投资者承担巨额赔偿责任，毁损了这些措施所追求、体现的公益目标，使国际投资仲裁中出现了保护投资者利益与维护东道国公共利益间极不平衡的现象。例如 ICSID2000 年裁决的 SANTA 公司诉哥斯达黎加案，METATAL 诉墨西哥案和 2002 年裁决 AZUAL 公司诉阿根廷案。国际投资仲裁庭片面维护投资者利益的立场，使东道国在为实现特定公共利益目标而采取国内措施时陷入“监管寒流”。

2、国际投资法领域的多元价值冲突与协调

自由化是晚近国际投资条约的基本价值取向，虽然投资自由化作为一种观念或政策出现始自于上世纪 70 年代，却迅速被世纪各国所普遍接受，并体现在各国所缔约的双边或多边投资条约或协定中。特别是受新自由主义经济思想的影响，20 世纪 90 年代以来缔结的国际投资条约或协定极为强调对投资者利益的保护而忽视东道国的主权权力。

但是这种对投资自由化的极端追求在进入 21 世纪以后却受到了来自“社会正义”或社会公共利益保护等价值诉求的挑战。越来越多的国家和国际组织认识到经济一体化不应当以牺牲环境利益、人权利益为代价，人权、跨国公司和其他商事企业问题秘书长的特别代表、哈佛大学政治学教授曾对联合国人权委员会坦

[1556] 张光：《论国际投资仲裁投资者利益与共利益的平衡》，载法律科学第三期，第 59 页。
[1557] 王贵国：《国际投资法》，法律出版社 2008 年第二版，第 105 页。

言：近来实践表明一些投资担保协议和合同条款可能不正当地限制了东道国政府实现其合法政策目标的能力，包括它的国际人权义务。这是因为受有约束力的国际仲裁条款的威胁，外国投资者可能有权不受新的法律或法规的制约，或从政府那里获得守约成本的补偿。

国际投资领域相互冲突的多元价值追求在投资者与东道国之间的诉争中呈现出协调二者之间紧张关系的迫切需求。这种需求能够得到满足的基础除了“嵌入式自由主义”理论外，也与近十年国际投资法领域出现的地缘政治的变化相关。这是因为早期提供双边或多边投资协定范本的国家，均是作为资本输出国的发达国家，而这些国家的资本输出国地位却在 20 世纪发生转变，逐渐接受更多来自发展中国家的资本输入。另一方面原本作为资本输入国的发展中国家，也在全球经济一体化进程中积极对外输出资本。资本输出国与资本输入国地位所发生的悄然变化，使二者对国际投资法律制度的立法态度发生互换，发达国家更愿意接受发展中国家所主张的国家主权维护原则以控制外国投资者，而发展中国家由被动地接受外国投资者保护原则转变为积极寻找二者之间的平衡路径。国际经济立法适时回应了这种需求。一些国家在草定新一代国际投资协定时，积极引入一般例外规则，协调投资自由化与东道国社会公共利益维护二者之间的对关系。

简言之，一般例外条款存在的理由是在遵守条约将违背协议中所明示的核心政策目标时免除缔约一方的条约义务。事实上，由于近年来东道国经常在投资者与国家之间争端的仲裁中失利，并且针对同一案件同一事实的仲裁裁决的法律结论和理由常常不一致促使发达国家和发展中国家都对这种以各种方式束缚国家监管主权的投资法律制度作出反应。比较极端的做法是，一些拉美国家通过谴责、重新谈判或拒绝签订国际投资协定以及退出 ICSID 或者限制争端解决中新的司法管辖权来实现其要求。其他国家，包括美国、挪威以及南美等国家正在对国际投资协定进行官方评价以决定他们是否已经在投资保护原则和东道国谨慎监管需求之间作出妥当平衡，或者是否需要增加其他变化。因此，与其要求裁判机构在决定条约是否被违反时在投资者利益保护与东道国社会或环境目标之间进行利益平衡，不如规定一般例外条款，指导裁判机构在平衡特定目标的基础上，决定一项违反协议的措施能否基于一般例外条款而免责。

二、国际投资条约中一般例外条款的应用

考察新一代国际投资协定中的一般例外条款，基本可分为三种类型：基于GATT20条或GATT14条的一般例外条款、基于程序性要求的一般例外条款和有限限制的一般例外条款。但实践中，投资者与东道国投资争端的裁判机构并没有对于这些条款的适用形成有效的解释方法。

（一）一般例外规则的类型

1、基于GATT第20条或GATS14条的一般例外条款

一些国际投资协定中的一般例外条款是基于GATT20条或GATS14条演变而来。这种一般例外规则的方式使例外性条件建立在对特定要件的满足上，目的在于防止例外规则的滥用。特别是，它通常迫使东道国以不构成武断或不合理的歧视以及避免采取变相投资限制措施的方式适用不符措施之外的其他措施。依赖这些抽象词语的使用，这种方法也要求东道国证明不符措施是“必需的”、“有关的”或被“设计或实施”以促进条款中所明示的具体政策目标。加拿大在1990年开始在其国际投资协定中使用这种类型的一般例外条款。[1558] 它也被并入2004年的双边投资协定范本中，该范本第10条规定，在遵守关于此类措施的实施不得在投资之间或投资者之间构成武断或不合理的歧视，或者对国际贸易或投资构成变相歧视的前提下，本协定的任何规定不得解释为阻止一缔约方采取或实施下列必要措施：(a)保护人类、动物或植物生命或健康；(b)为确保与本协定规定不相抵触的法律或法规得到遵守；(c)为保护生物或非生物的可用竭自然资源的措施。

2、基于程序性要求的一般例外条款

第二类规定一般例外条款的方法，与GATT第20条以及GATS第14条的一般例外条款相比，所需满足的条件实体性较少，而程序性要求较多。这种方法允许保护特定政策目标所必需的不符措施实施，只要国家援引一般例外条款不是为逃避其义务并已经尽可能将该措施通知国际投资协定中的其他缔约方。日本与韩国之间2002年缔结的双边投资协议就采取了这种方式，第16条具体规定为：(1)尽管存在本协议的其他规定，任何缔约方有权采取任何必需措施保护人类、动物或植物的生命或健康；(2)在一缔约方根据第1项采取不符合本协议所规定的义务的任何措施的情况下，该缔约方不应利用该措施以逃避其义务；(3)在一缔约

[1558] 余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，中国人民大学出版社2010年第三版，第256页。

方根据第 1 项规定采取不符合本协议所规定的义务的任何措施的情况下，该缔约方应当在该措施实施前或在实施后尽可能快的时间内，通知其他缔约方下列涉及该措施的基本要素：(A)部门或分部门或情况；(B)义务或采取该措施有关的条款；(C)措施的法律依据或授权；(D)措施的精炼描述；(E)措施的动机或目的。

3、有限限制的一般例外条款

国际投资协定中使用的第三种规定一般例外条款的方式是以更多限制被用来防止滥用的条件范围为前提的。例如，在毛里求斯和瑞士的双边投资协议中，仅规定本协议中任何条款不得被解释为阻止一缔约方为人类健康或防止动植物疾病而采取任何必需措施。这种类型的一般例外条款甚至对援引方更少施加严苛的条件。这些条款并不要求国家证明特定措施是“必需”的，而只要求国家证明措施对于目标实现是适当的或者该国在决定采取措施时是诚信的并且措施与目标追求相比是恰当的。

（二）一般例外条款的解释方法

投资者与东道国投资争端的裁判机构尚未对一般例外条款进行解释，而他们对于更受限制的例外规则———例如美国和阿根廷的双边投资协定中的国家安全例外———的解释方法，并没有对如何解释一般例外条款提供一个可靠的依据。这是因为在国家安全例外条款中并不蕴含“GATT 第 20 条或 GTAS 第 14 条所规定的一般例外条款序言或所列的例外项清单中所隐含的平衡标准”鉴于新一代国际投资协定中的一般例外规则大多数来源于 GATT 第 20 条或 GATS 第 14 条的规定，WTO 上诉机构对于一般例外条款的解释方法可以为投资国裁判机构解释该条款提供最好的指引。

在国际投资协定中并入一般例外条款的一个最重要的问题是投资者与东道国投资争端裁判机构如何决定何种措施对于协定所承认的政策目标的实施是必需的。WTO 上诉机构裁决表明所谓“必需的”措辞应该被解读为从“必不可少”到“有助于”这一延展区间的一个组成部分。[1559] 在韩国牛肉案的裁决中，上诉机构认为：在判断一项并非“必不可少要的”措施能否构成第 20 条（D）项所要求的“必需的”措施时，涉及一个在任何案件中均包含的权衡过程，权衡的因素主要包括：系争的为执行法律或法规而采取的遵守措施的作用；相关法律法规

[1559]余劲松：国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究，中国人民大学出版社，2010 年。

所保护的共同利益或价值的重要性；以及相关法律法规对进出口产生的附随性影响。 因此，裁判机构在决定一项措施是否根据一般例外条款免除其条约义务时，应该先判断系争国内政策利益和价值相对于不符措施对条约项下所保护利益造成的损害而言具有更为重要的意义。

三、国际投资条约中一般例外条款的特点

（一）类型多样性凸显立法科学性

如前所述，一般例外规则在国际投资协定中的存在形式是多种多样的。虽然大多数的一般例外规则以 GATT1994 第 20 条或 GATS 第 14 条为蓝本，但是并不排除国际投资协定的缔约方对其中的一般例外规则做个性化的设计和安排，包括其表现形式。这完全取决于缔约双方或多方对于一般例外规则所具有的平衡或协调作用的理解和认识，同时也是对各缔约方缔约技巧和实践能力的考验。应该说，一般例外规则类型的多样性，体现出该规则本身日益科学化和完善化的发展趋势。

从东道国社会公共利益保护的实体性规范角度设计一般例外规则，是一种更易普遍接受的保护措施。也就是说，缔约方违反条约义务所采取的措施，是一项保护社会公共利益的实体法措施，因其效果目的的直观性使各缔约方更容易接受其违约的理由并提供免责的庇护。但是从程序正义的角度，即使违反条约义务的措施具有实体法上的保护价值，它仍应在程序上履行某种义务，使其他缔约方尽早获悉其违反义务的信息，以做出相应的反应或调整。如果违约方未能履行这种程序义务，则不应免除其违约责任。从私法的角度，程序性要求是违约方减损义务的体现，是对守约方利益的维护。从国际法角度，这种减损义务的履行在很大程度上不会与其所保护的社会公共利益相冲突，但却对守约方利益产生重大影响。因此，将一般例外规则建立在程序性要求的基础上，具有相当的科学性。

一般例外规则的适用条件，在 WTO 体制下是非常严格的。不仅需要满足例外项所规定的各种条件，也要满足 GATT1994 第 20 条或 GATS 第 14 条序言中的要求。据统计，自 WTO 成立以来，共有 426 起提交争议解决机构裁决的案件，引用一般例外规则进行抗辩的不过 20 起，只有 1 起胜诉。如果国际投资协定中也延续这样的状况，那么各国将一般例外规则引入新一代国际投资协定中以协调投资自由化与东道国社会公共利益保护之间的紧张关系的目的将会落空。因此，

在一些双边投资协定中，缔约方采取更宽松的态度对待一般例外规则的适用，相对于 WTO 的严格限制而采取有限限制的做法，具有相当的妥当性。

（二）内容差异性表达不同诉求

新一代国际投资协定中引入一般例外规则，除了类型多样化以外，内容也具有很大的差异性。不仅体现在不同类型的一般例外规则存在内容上的差异，即使相同类型的一般例外规则的内容也有很大的差异，甚至是同一个国家所缔结的不同的国际投资协定中所引入的一般例外规则的内容都有明显不同。一般例外规则内容的差异性，实质反映了不同国家或同一国家在不同时期或对不同缔约对象的利益诉求的差异性。

例如，前引 2004 年加拿大双边投资协定范本所规定的一般例外条款，其内容仅涉及：A 保护人类、动物或植物生命或健康；B 为确保与本协定规定不相抵触的法律或法规得到遵守；C 为保护生物或非生物的可用竭自然资源的措施。而在我国与东盟 2010 年签订的《自由贸易区协定（投资协议）》第 16 条中，所规定的一般例外规则的内容则包括：(一)为保护公共道德或维护公共秩序所必需的措施；(二)为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施；(三)为使本协议的规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施，包括与下列内容有关的法律或法规：1．防止欺骗和欺诈行为或处理服务合同违约而产生的影响；2．保护与个人信息处理和传播有关的个人隐私及保护个人记录和账户的机密性；以及 3．安全；(一)旨在保证对任何一方的投资或投资者公平或有效地课征或收取直接税；(二)为保护具有艺术、历史或考古价值的国宝所采取的措施；(三)与保护不可再生自然资源相关的措施，如这些措施与限制国内生产或消费一同实施。

如果说上述两种国际投资协定中的一般例外规则的内容差异是不同国家的不同利益诉求，那么在我国与新西兰 2008 年签订的《自由贸易区协定》所规定的一般例外规则的内容则反映出我国针对不同缔约对象所进行的利益诉求的调整。根据该协定第 200 条，一般例外规则包括：1、为本协定之目的，GATT1994 第 20 条及其解释性说明及 GATS 第 14 条经必要修改后并入本协定，构成本协定的一部分。2、双方理解，并入本协定的 GATT 第 20 条第 2 项及 GATS 第 14 条第 2 项采取的措施可包括为保护人类、动物或植物生命或健康所必需的环境措施，并入本协定的 GATT1944 第 20 条第 7 项适用于保护生物及非生物的不可再生自

然资源的措施，但这些措施的实施不应构成恣意或不合理的歧视手段，或对货物或服务贸易或投资构成变相的限制。3、为协定目的，在相同条件下，不构成恣意或不合理的歧视手段，且不对货物或服务贸易或投资构成变相限制的前提下，本协定的任何规定不得解释为阻碍一方采取或执行必要措施保护具有历史或考古价值的国家作品或遗址，或支持具有国家价值的创造性艺术。“创造性艺术”包括：表演艺术———包括戏剧、舞蹈和音乐———视觉艺术及手工艺品、文学、影视、语言艺术、创造性在线内容、本土传统习俗及现代文化表达、数字互动媒体及混合艺术作品，包括使用新技术超越相互分离的艺术形式分类的艺术。该用语涵盖了对艺术进行表演、表现及翻译的行为，以及对这些艺术形式及行为进行的研究和技术发展。四、本协定的任何规定不得阻碍双方在 1997 年 11 月 14 日签订于巴黎的联合国教育、科学、文化组织《关于采取措施禁止并防止文化财产非法进出口和所有权非法转让的公约》框架下，采取必要措施限制来自另一方的文化财产非法进口。

应该看到，新一代国际投资协定中引入的一般例外规则，其内容的差异性准确反映了缔约各方的利益争执点，也对未来可能产生的争议进行了合理预期和规避。只是过于具象的一般例外规则，有可能会丧失其作
为一般例外规则的价值所在。

（三）解释方法的不确定性有待完善

新一代国际投资协定的概念性表达不过是对近 10 年国际投资法律制度领域发生的新变化的一种概括；新一代国际投资协定中并入一般例外规则也不过是近十年出现的现象。因此，实践中，国家投资仲裁机构如何对国际投资协定中的一般例外规则的适用条件进行解释还具有很大的不确定性。虽然，国际投资协定中并入的一般例外规则主要来自于 WTO 体制，而 WTO 的争端解决机构对于一般例外规则适用条件的解释已经趋于成熟，但是，正如我们所了解的，WTO 争端解决机构对于一般例外规则适用条件的严格解释严重阻碍了 WTO 所追求的贸易与发展协同并进的宗旨和目标。[1560]可以毫不夸张地说，WTO 自身也在面临着贸易自由化与可持续发展之间的价值竞争困境，如何走出这种困境还需要 WTO 争端解决机构对 WTO 宗旨和目标的正确理解以及解决问题的智慧。故而，完全依

[1560] 陈安：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年第五版，第 178 页。

赖 WTO 争端解决机构的解释方法或路径并不利于新一代国际投资协定引入一般例外规则目的的实现。

四、结语

新一代国际投资协定引入一般例外规则的目的是为了协调或平衡投资者利益保护与东道国社会公共利益保护权利或义务（国家主权）二者之间的紧张关系，为国际投资争端仲裁机构的裁判提供必要的指引。新一代国际投资协定中的一般例外规则呈现出多样性、差异性的特点，使得国际经济立法中的一般例外规则制度更加趋于科学性和妥当性。尽管到目前为止，国际投资争端仲裁机构尚未就此产生具有重大意义和一贯性的判例法体系，因此我们目前只能推测这些协定中所包含的一般例外规则对于塑造未来的国际投资法律制度所产生的影响，以及它们能否应对国际投资法律制度持续不断的合法性危机的根本原因。但是，我们可以设想，新一代国际投资协定引入一般例外规则，将鼓励国际投资争端仲裁机构更多考虑国家对于公共利益进行保护的权利和义务，这样可能会缓解近年来所面对的有关国际投资协定和仲裁不正当束缚东道国监管权的担忧。

参考文献：

[1] 胡晓红：中外双边投资争端解决机制模式选择，甘肃政法学院学报，1979 年。

[2] 王贵国：《国际投资法》，法律出版社，2008 年。

[3] 张光：论国际投资仲裁投资者利益与共利益的平衡，法律科学。

[4] 余劲松：国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究，中国人民大学出版社，2010 年。

[5] 陈安：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社，2007 年。

论经济制裁在 WTO 中的可诉性

——“美国有关克里米亚危机银行制裁措施”WTO 争端解决预分析

谭观福[1561]

摘要：本文从 WTO 争端解决视角，对“美国有关克里米亚危机银行制裁措施”争端进行了预分析。文章认为，在 WTO 解决该争端将更加公平、高效。WTO 一旦受理该案，美国可能援引安全例外条款进行抗辩，但由于该条款在 WTO 争端解决实践中并未得到澄清，俄罗斯仍存在反驳的余地。俄罗斯亦可尝试“非违反之诉”进行主张。美国有关次级制裁措施很容易被指控违反最惠国待遇义务。俄罗斯的反经济制裁措施不具有 WTO 法上的合规性。

关键词：WTO；争端解决；经济制裁

乌克兰问题本是一般的国内政治问题，但由于加入了美国和俄罗斯的立场，就牵动了全世界的神经。随着俄罗斯持续威胁乌克兰，西方国家陷入了一场对俄罗斯的制裁战之中。2014 年 4 月，美国扩大了对俄罗斯的制裁力度，制裁对象覆盖了特定个人所持有或控制的 19 个公司或实体，这些公司大都集中于金融、能源和建筑行业。美国商务部还对其中的 13 家公司施加了额外的高技术产品出口限制。[1562]

4 月 16 日，根据俄罗斯经济发展部部长的意见，俄罗斯政府正在考虑将“美国有关克里米亚危机银行制裁措施”提交到 WTO。该部长随后发布了关于俄罗斯经济情势恶化的报告，包括了“投资暂停”（其几乎使经济增长停止）。俄罗斯在日内瓦的代表团已经讨论了将美国制裁措施在 WTO 起诉的可能性。俄罗斯经济发展部部长 Alexei Ulyukayev 认为，美国对俄罗斯银行的制裁措施属于 WTO 管辖的范围，并希望利用 WTO 机制使其合作伙伴受到规制。美国针对俄罗斯银行的制裁措施影响了银行的运营，俄罗斯的经济形势目前处于高度不稳定的状态。经济增长的下滑主要与私人资本领域内的“投资暂停”（ 其已严重减少了投资的

[1561] **作者简介**：谭观福，男，上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院硕士研究生，研究方向：国际法、WTO 法。地址：上海市松江区文翔路 1900 号；邮编：201620；电话：18616374292；邮箱：fdguanfu@163.com。

[1562] Ukraine-Related Sanctions: Facts and Assessment, http://blogs.piie.com/realtime/?p=4309Gary, 最后访问时间：2015 年 3 月 1 日。

流动）有关。[1563]

如果俄罗斯真的将“美国有关克里米亚危机银行制裁措施”告到 WTO，这将提升 WTO 争端解决机制的地位。人类将用更文明的手段——国际法治，来解决国家之间的争端。

一 、美国有关“银行制裁措施”争端是否可在 WTO 解决

经济制裁（Economic sanctions）是指采用断绝外交关系以外的非武力强制性措施进行制裁，常见的方式包括：实施贸易禁运、中断经济合作、切断经济或技术援助等。《联合国宪章》第 41 条规定，“安全理事会得决定所应采武力以外之办法，以实施其决议，并得促请联合国会员国执行此项办法。此项办法得包括经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝。”可以说，联合国为经济制裁行为提供了国际法上的依据。

俄罗斯希望通过 WTO 来解决争端，那么 WTO 对该类争端是否享有管辖权？虽然 WTO 法并未涉及“经济制裁”，但 WTO 规则对经济制裁行为沉默的事实并不表示这些规则不适用。众所周知，一般国际法适用于 WTO，WTO 规则是国际公法更广泛主体的一部分。因此，存在于 WTO 条约签订之前的非 WTO 规则，并未被 WTO 条约所分离或替换，而继续得到适用。在解释“银行制裁措施”时，所有的这些非 WTO 规则应当包括经济主权和不干涉经济事务的习惯规范。没有哪个 WTO 的条款明确规定不受国家主权和国家责任的基本原则的约束。这种非冲突习惯规范的填充功能在 DSU 第 3.2 条得到了明确的证实。该条规定：WTO 涵盖协定应当依照解释国际公法的惯例予以澄清。WTO 案例法已经采取了这一做法，并寻求国际习惯法作为解释性的补充。[1564]笔者认为，“经济制裁措施”争端可以在 WTO 框架内解决，若不承认该主张将违背 WTO 协定的字面含义和内在精神。

WTO 争端解决具有强有力的执行机制，具有准司法性。DSB 享有广泛的自由裁量权来解释什么构成一项可审理的主张（claim）。由于 WTO 已经专门为公平贸易和竞争提供了法律框架，它有权力和必要的机关来确保裁决的执行，因此，在 WTO 解决“银行制裁措施”争端将更加公平、高效。

[1563] Jenny Johnson, Russia May Lodge WTO Complaint Against U.S. Over Sanctions Targeting Banks, http://blog.sina.com.cn/s/blog_4c0f444d0101j00q.html,最后访问时间：2015 年 3 月 1 日。

[1564] Christina Parajon, Skinner, An International Law Response to Economic Cyber Espionage, Connecticut Law Review, Vol.46, Issue 4 (May 2014), pp.1197-1198.

二 、美国有关“银行制裁措施”争端援引安全例外条款分析

在 GATT 时期，美国曾三次引用 GATT 第 21 条为其针对捷克斯洛伐克（和其他社会主义国家）、古巴和尼加拉瓜实施的贸易限制行为进行辩解。本案一旦被诉诸 WTO 争端解决机制，美国很可能会援引 WTO 安全例外条款作为抗辩的依据之一，主张有关“银行制裁措施”是维护美国国家安全所必需的措施。[1565]安全例外条款体现在 WTO 的多个协定中，尤其是 GATT 第 21 条、GATS 第 14 条之二以及 TRIPs 第 73 条，其中，GATT 第 21 条是 WTO 安全例外条款的立法渊源，下文主要以 GATT 第 21 条为分析对象。

GATT 第 21 条规定，本协定的规定不得解释为：（1）要求任何缔约方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息；或（2）阻止任何缔约方采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动：（i）与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动；（ii）与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动，及与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关的行动；（iii）在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动；或（3）阻止任何缔约方为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。

第（2）款中“其认为对保护其基本安全利益所必需的行动”该如何理解？WTO 争端解决实践并未对“基本安全利益”进行界定，“其认为”的措辞也引发了援引该例外的行为是否具有“可裁判性”的争议。国外有学者指出，不管 WTO 专家组在将来是否将安全例外解释为自我裁决，在过去的 60 年里，它已成为国家惯例意义上的自我裁决了。[1566]对此，中国有学者认为，所谓的国家惯例事实上大多数是以美国主导的西方法治所主导。[1567]

在 1985 年美国对尼加拉瓜的贸易限制案中，美国认为，其针对尼加拉瓜禁运属于 GATT 第 21 条（b）款下第 iii 项下的措施，“该条款将何种措施为其保护核心安全利益所必需的决定权留给成员，专家组因此不能裁决美国援引该条的

[1565] 美国历来擅长以“国家安全”为名行“贸易保护”之实，例如“三一重工案”就是一例，有关该案的分析参见：龚柏华、谭观福：《美国总统以国家安全为由否决外资并购令可诉性分析——兼析中国三一集团告美国总统否决并购侵权案》，载《国际商务研究》2014 年第 3 期。

[1566] Roger P. Alford, The Self-Judging WTO Security Exception, Utah Law Review, Vol.2011, Issue 3 (2011), p.708.

[1567] 王淑敏：《国际投资中的次级制裁问题研究——以乌克兰危机引发的对俄制裁为切入点》，载《法商研究》2015 年第 1 期，第 168 页。

有效性和动机。”[1568]GATT 在处理涉及第 21 条的问题时，也几乎完全尊重援引该例外的成员的判断。GATT 理事会虽然在该案中成立了一个专家组，但最终宣告：“专家组没有被授权审查美国援引 GATT 安全例外条款的合法性。专家组既不能认定美国符合 GATT 项下的义务，也不能认定美国违反了在该协定项下的义务”。[1569]

美国的银行制裁措施是否属于第 21 条第（2）款中的“战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动”？ 通常意义上，“战时”是指“战争持续期间，即从战争开始到战争结束的全过程”[1570]。美国的措施是否处于“战时”应存在较大争议，因为美国与俄罗斯之间并不存在“战争”。那么，其是否属于“国际关系中的其他紧急情况”？这又是一个模糊的表述，由于 WTO 争端解决实践并未对该问题进行解释，因此极易被滥用。但国外也有学者指出，当国家关系进入战争或紧急状态，GATT 这类技术文件由于不具有调整这类国际冲突的功能，应退居幕后。[1571]基于前文的分析，笔者不认同该观点。

不同于 GATT 第 20 条所规定的一般例外条款，GATT 第 21 条安全例外所允许的行为无需符合“不在情形相同的国家之间构成任意或不合理歧视的手段或构成对国际贸易的变相限制的要求”。为了防止安全例外条款被滥用，GATT 缔约方全体曾在 1982 年通过了一个《关于 GATT 第 21 条的决定》，提出了在未来缔约方对第 21 条进行正式解释之前，对该条款的适用应当确立的若干程序性指导方针。这些程序性指导方针包括：（1）除第 21 条第 1 款外，根据第 21 条采取的贸易措施应最大限度地通知各缔约方；（2）一缔约方根据第 21 条采取行动后，所有受此类行动影响的缔约方保留其在总协定下的全部权利；（3）受影响的缔约方可以请求理事会在适当时候考虑这一问题。[1572]

在 GATT 时期，成员方在实施维护国家安全利益的贸易制裁措施时援引或参考第 21 条的案例已有多起[1573]，正因为没有满足通知要求，很多制裁行动无法用

[1568] United States-Trade Measures Affecting Nicaragua, Report by the Panel , L/6053， dated 13 October 1986 (unadopted), para. 4.6.

[1569] United States-Trade Measures Affecting Nicaragua, Report by the Panel , L/6053， dated 13 October 1986 (unadopted), para. 4.6.

[1570] 熊武一、周家法总编：《军事大辞海》（下卷），长城出版社 2000 年版，第 2110 页。

[1571] Micheal J. Hahn, Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception, Michigan Journal of International Law, Vol. 12, Issue 3 (Spring 1991), p.587.

[1572] 转引自 World Trade Organization, Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice, vol.2, p.603.

[1573] 除了美国对尼加拉瓜贸易禁运案（1985）外，还有瑞典对鞋类进口配额案（1975）、欧共体对阿根廷贸易制裁案（1982）、欧共体对南斯拉夫贸易制裁案（1991）等。

21 条为自己辩解，并且未经 GATT 的正式批准，也没有被指责或评判。[1574]俄罗斯应重视上述“决定”在本案争端解决中的运用。

三 、美国有关“银行制裁措施”争端非违反之诉分析

即便俄罗斯通过援引 WTO 条文进行起诉存在一定困难，俄罗斯亦可尝试“非违反之诉” （non-violation complaint）。“非违反之诉”的法律依据来源于 GATT1947 第 23 条第 1 款（b）项。

DSU 第 26 条第 1 款对提起“非违反之诉”应该满足的条件作出了如下表述：“如 GATT 第 23 条第 1 款（b）项的规定适用于一适用协定，则专家组和上诉机构只有在争端方认为由于一成员实施任何措施而造成其根据有关适用协定直接或间接获得的任何利益丧失或减损，或此种措施妨碍该协定任何目标的实现时，方可作出裁决和建议，无论该措施与该协定的规定是否产生抵触。”。据此，WTO 成员方若要依据“非违反之诉”提起申诉，必须证明以下三个要素：（一）WTO 的某一成员方采取了某项措施；（二）其他成员方根据有关的协议应该（直接或间接）得到某项利益；（三）由于前述措施的适用导致该利益的丧失或者损害。[1575]

俄罗斯证明美国有关“银行制裁措施”的存在，以及俄罗斯根据 WTO 协议应得的利益应较为容易。美国的银行制裁措施使俄罗斯经济受到严重影响。俄罗斯农业银行、俄罗斯外贸银行和莫斯科银行等金融机构被列入黑名单，美国或在美国境内居民禁止向这些银行提供资金或提供超过 90 天的贷款。[1576]一系列俄罗斯银行进入美国资本市场受到阻碍。这严重影响了投资的流动，导致俄罗斯经济增长的下滑。

当然，“非违反之诉” 仅作为一种例外的救济形式而存在，WTO 争端解决实践对其适用往往持谨慎的态度。因此，作为申诉方的俄罗斯应加大在上述三个要件上的证明力度。

四、 美国有关“次级制裁措施”WTO 合规性分析

[1574] [美]加利·克莱德·霍夫鲍尔、杰弗里·J·斯科特等著，杜涛译：《反思经济制裁》，上海人民出版社 2011 年版，第 111 页。

[1575] 石俭平：《GATT/WTO“非违反之诉”的适用和价值探析》，华东政法学院 2004 年硕士学位论文，第 16 页。

[1576] 盛海燕：《乌克兰危机下西方与俄罗斯的制裁战及其影响》，载《西伯利亚研究》2014 年第 5 期， 第 39 页。

为了减轻美国银行制裁措施对俄经济的冲击，俄罗斯已另寻合作伙伴，如亚洲和金砖国家。[1577]美国为了实现其制裁目的，进而实施次级制裁措施。次级制裁（secondary sanction，亦称二级制裁），是指经济制裁发起国在对目标国进行制裁时，针对第三国的公司或个人进行的旨在阻止其与目标国金融、贸易往来的制裁活动。[1578]我国有学者指出，次级制裁措施把国内法凌驾于多边贸易规则之上，其措施不仅施加于目标国，还要针对毫不相关的第三国，这是帝国主义和殖民主义时代残存的法理，早该废止。[1579]

美国的次级制裁对在俄投资的企业（包括中国企业）产生了巨大影响。在WTO 争端解决视角下，美国的次级制裁措施是否具有合法性？无论在 GATT 规则还是 GATS 规则下，最惠国待遇义务都是无条件的，美国将制裁指向与其毫无关联的第三方，这种有选择性的制裁措施很容易被指控违反最惠国待遇原则。

五、 俄罗斯“反经济制裁措施”WTO 合规性分析

俄罗斯在受到美国的经济制裁后，采取了一系列反制措施。2014 年 8 月 7 日起，俄罗斯对美国、欧盟等国进口的牛肉、猪肉、水果、禽类奶酪和乳制品实施了一年期限制。分析人士认为，强硬的俄罗斯将采取更为激烈的反制裁措施，将可能波及其他西方国家的企业，诸多跨国公司将受到牵连。与此同时，欧盟多个成员国的经济也将遭受严重打击。[1580]

俄罗斯的反经济制裁措施是否符合 WTO 规则？WTO 法中并未涉及“反制”，只规定了“贸易报复”（严格来讲应表述为“中止减让”）。在 WTO 框架下，贸易报复是申诉方 促使被诉方执行裁决的最后手段。根据 DSU 第 22 条，若被诉方不执行争端裁决，申诉方可寻求 DSB 授权对被诉方 “中止减让或其他义务”。贸易报复是因贸易问题引发纠纷后，在 WTO 授权情况下方可实施的经济行为，而反制是政治目的驱动的，与 WTO 法所适用的报复不同。[1581]

因此，俄罗斯的反制裁措施不属于 WTO 中的“贸易报复”。其若要援引该主张，只能等到先前胜诉裁决生效后，并得到 WTO 授权后才具有合法性。

[1577] 白朝阳：《美欧日联手制裁俄罗斯》，载《中国经济周刊》2014 年 8 月 11 日。
[1578] 颜剑英、熊伟：《20 世纪 90 年代以来美国经济制裁的发展趋势》，载《国际关系学院学报》2005 年第 2 期，第 21 页。
[1579] 李仲周：《治外法权践踏世贸组织根本规则》，载《WTO 经济导刊》2012 年第 9 期，第 93 页。
[1580] 国相：《俄罗斯打响反制裁战》，载《中国对外贸易》2014 年第 9 期，第 14-15 页。
[1581] 程大为：《乌克兰危机中经济制裁的合法性分析》，载《WTO 经济导刊》2014 年第 12 期，第 89 页。

六 、结语

“美国有关克里米亚危机银行制裁措施”争端掺杂了很多政治因素，一旦该案被提交到 WTO，将提升 WTO 争端解决机制的地位。在可预见的未来，经济制裁仍然将会是国家实施经济外交时的重要手段。虽然国际制度安排没有也不可能排除大国的政治影响，但在一定程度上也是对大国霸权的一种超越和制约，使许多权力政治问题规范化和程序化。[1582]在 WTO 框架下解决经济制裁争端将更加公平、高效。

由于美国是援引安全例外条款最多的国家，美国很可能主张其制裁措施是为了维护其国家安全所必需的措施。对此，俄罗斯也存在一定的反驳余地，例如，灵活援引《关于 GATT 第 21 条的决定》在本案的适用。即便俄罗斯通过援引 WTO 条文进行起诉存在一定困难，俄罗斯亦可尝试“非违反之诉”（non-violation complaint）。当然，作为申诉方的俄罗斯应加大在“非违反之诉”三个要件上的证明力度。美国有关次级制裁措施很容易被指控违反最惠国待遇义务。对于俄罗斯实施的反经济制裁措施，笔者认为其不属于 WTO 法上的“贸易报复”，在 DSB 授权之前不具有 WTO 法上的合规性。

[1582] 邵亚楼：《国际经济制裁：历史演进与理论探析》，世界经济研究所 2008 年博士学位论文，第 126-127 页。

中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的几点思考

————以 WTO《贸易便利化协定》为视角

彭瑞骋*

摘要： 构建中国—东盟自贸区成员国间的知识产权民事司法协助是需要一个相当长的磨合与过渡阶段，不可一蹴而就。在遵循建立多边统一知识产权民事司法协助公约的前提趋势下，考虑到知识产权民事司法协助的特殊性，结合中国—东盟自由贸易区各成员国司法协助的发展状况，目前中国—东盟自贸区成员国间的知识产权民事司法协助制度建设应着眼于价值理念、路径规划等重要问题。这就需要本着国际化和法治化的要求，对接国际社会的成功经验和成熟理论，逐步形成一个有机的链条，促使中国—东盟自贸区成员国间的知识产权民事司法协助制度得以有序运作、发挥实效、与时俱进。而刚刚在巴厘部长级会议上通过的 WTO《贸易便利化协定》相关内容是可以作为完善中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的有益借鉴的。

关键词： 便利化；中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助；WTO《贸易便利化协定》

一、“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的前提基础考量

当今全球经贸往来逐步加强和科学技术愈发精深，涉及知识产权的双边、区域及多边交流日趋紧密，知识产权方面的涉外民事法律纠纷纷沓至来，涉外知识产权民事诉讼更是大量凸显。涉外民事诉讼制度可以说是国际私法领域最典型的“针锋相对”。相应地，国际民事司法协助则一直扮演着“平息对抗、化解冲突”的角色。鉴于统一涉外知识产权争端解决制度暂时缺失，夯实涉外知识民事司法协助，构建高效、便捷的知识产权民事司法协助制度，充分发挥该种国际合作形式的积极作用，理应具备相当的存在合理性。

（一）国际知识产权民事司法协助的语义界定

1.国际知识产权民事司法协助是国际民事司法协助在知识产权领域的体现

国际上并没有“国际民事司法协助”的统一称谓。有称“国际民事司法协助”，又称“国际民事法律协助”，还可称“国际民事司法合作”或“国际民事司法联系”。对国际民事司法协助内容的论述，也各有主张。英美法系的一些国家更是没有“民事司法协助”的概念，而是将该制度分解为各自独立的法律规定[1583]。较为普遍的观点认为，国际民事司法协助就是一国法院或其他主管机关，在民事案件中，依据另一国法院或其他主管机关请求，代为或协助送达文书、调查取证及其他协助外国法院进行民事诉讼的行为，或根据另一国法院或其他主管机关或有关当事人的请求，承认与执行外国法院的民事判决或仲裁裁决[1584]。在国际民事司法协助框架下衍生出的知识产权民事司法协助，必然要从属于国际民事司法协助的范畴。一方面，国际知识产权民事司法协助就可指一国法院或其他主管机关，在知识产权民事案件中，依据另一国法院或相关机关请求，代为或协助送达文书、调查取证及其他协助外国法院

---

*作者简介：彭瑞骋（1990—），男，武汉大学 WTO 研究中心国际法专业硕士研究生。

本文是尚待完善中的未发表作品，仅供 2015 中国国际法年会期间向与会专家、学者、研究生讨教学习之用。

[1583]参见徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社，2006 年版，第 20 页。

[1584]参见肖永平：《国际私法原理》，法律出版社，2007 年版，第 389 页。

进行民事诉讼的行为，或根据另一国法院或相关机关或当事人的请求依条约或关系国法律，承认与执行外国知识产权民事判决或仲裁裁决[1585]。另一方面，国际知识产权民事司法协助也始终具备国际民事司法协助的基本特征。即，范围的跨国性、内容的程序性、主体的正式性、客体的民事性、行为的司法性、执行的配合性等。

2.国际知识产权民事司法协助是国际民事司法协助中最易取得成效的领域

国际民事司法协助在实现司法领域合作、支持国际民事诉讼活动开展、保证国际民事争端解决等方面的当前作用日益凸显，其在国际民事交往与合作领域的发展空间也更趋广阔[1586]。然而实践中，极富弹性和涵义模糊的“公共秩序保留”原则使得国际民事司法协助，尤其是其中外国法院判决或仲裁裁决的承认与执行，面临着相当大的实施阻力。不过，“公共秩序保留”原则对知识产权的规制是较少的。一方面，知识产权法律关系主要调整知识或信息的创造、归属、利用和流转等客观环节，且知识产权诸权利的产生都有明确的前置条件，使得违反公共秩序的知识或信息无法进入民事司法协助程序[1587]。另一方面，大多数国家均加入到较多的国际知识产权统一实体法。这一系列的公约或协定的文本均严格限制“公共秩序保留”条款的适用。因此，国际知识产权民事司法协助可以成为国际民事司法协助有所突破的优先尝试。

（二）“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的法理依据

尽管在经济全球化和区域一体化的大背景及中国—东盟自贸区的最终发展目标的推动下，区域成员国间的知识产权民事司法协助制度必将趋于统一。但构建起中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助是需要一个相当长的磨合与过渡阶段，不可一蹴而就。在遵循建立多边统一知识产权民事司法协助公约的前提趋势下，考虑到知识产权民事司法协助的特殊性，结合中国—东盟自由贸易区内各成员国司法协助的发展状况，目前中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度建设应着眼于价值理念、路径规划等重要问题。这就需要本着国际化和法治化的要求，对接国际社会的成功经验和成熟理论，逐步形成一个有机的链条，促使中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度得以有序运作、发挥实效、与时俱进。

笔者认为， 刚刚在巴厘部长级会议上通过的 WTO《贸易便利化协定》[1588]相关内容可以作为完善中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的有益借鉴。

1.完善中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度就是一个协调区域内各成员国的司法观念和相关国内立法的过程

该协调的过程实质体现为在中国—东盟这样一个单边、双边及多边模式错综交织的区域内，各成员国主权法益在调整知识产权和民事司法协助的相关法律制度上的博弈较量，并向着“整体最优”的结果不断整合，逐步提升知识产权民事司法协助的成本效益并尽力消减该领域的非关税性质“隐形”壁垒[1589]。这无疑是一种基于便利化的法律协调。

[1585]参见邵培樟：《海峡两岸知识产权民事司法协助的界定与立法现状》，载《前沿》2013 年第 20 期，第 68 页。

[1586]参见邓杰：《国际私法分论》，知识产权出版社，2005 年版，第 414 页。

[1587]参见邵培樟：《海峡两岸知识产权民事司法协助的界定与立法现状》，载《前沿》2013 年第 20 期，第 69 页。

[1588]自 1996 年 WTO 新加坡第一次部长级会议将贸易便利化议题纳入 WTO 工作议程，WTO 成员经过近 10 年的谈判，于 2013 年 12 月巴厘岛部长级会议上达成并通过了 WTO《贸易便利化协定》，包括序言、第一部分、第二部分以及最终条款构成。序言旨在重申《多哈部长会议宣言》第 27 段、《多哈工作计划》和《香港部长会议宣言》第 33 段与附件 E，澄清和改进 GATT 第 5 条、第 8 条及第 10 条。第一部分从信息、程序、边境机构业务和各国边境机合作等方面对贸易便利化措施作出规定；第二部分以条款罗列的方式规定了对发展中和最不发达国家的特殊和差别待遇、技术援助和能力建设。最终条款则沿袭一般 WTO 协定的条文。

[1589]参见王新奎：《世界贸易组织十周年：回顾与前瞻》，人民出版社，2005 年版，第 329 页。

2.WTO《贸易便利化协定》尤其凸显“便利化”视野

《协定》包含各种贸易便利化的具体安排及特色制度，旨在创造一个高效、迅捷、透明的国际贸易环境，践行 WTO 的贸易便利化要求。“贸易便利化即指对国际贸易程序的简化和协调，一般涉及国际货物贸易流动中收集、提供、沟通及处理数据的活动、行为和手续”[1590]。可以明显看出，《协定》的核心仍是一种“简化贸易程序，加速流通效率”的法律协调。因此，国际知识产权的民事司法协助和 WTO 贸易便利化是会有异曲同工的关联的。那么，以 WTO《贸易便利化协定》的相关内容为载体，从“便利化”视角考量中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度将会是一个很有价值的切入点。

二、“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的价值理念考量

基于“便利化”要求而产生的法律协调必然会涉及到对应的法律价值问题，即表现为进行法律协调的主要目标、实现该目标的效果及对效果的评价[1591]。以 WTO《贸易便利化协定》为显著运作形式的“贸易便利化法律协调”就是用法律来推进贸易便利化的实施，最大限度地在多边贸易体制中求同，尽力兼顾大多数国家的贸易利益和发展欲求，体现出明确的“公正”价值理念。而 WTO《贸易便利化协定》的一系列具体条款的落实，简化了贸易手续，加速了货物的通关速度，提高了单位时间的业务结算量，又是“效率”价值理念的必然彰显。因此，进行贸易便利化的法律协调既要注重法律协调的公正，又要追求法律协调促进便利化的效率，在公正与效率间寻求均衡。

以此观之，同作为“便利化”法律协调表现形式之一的中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度，也必然要重点关注“公正”和“效率”的理念追求，兼顾“公正”与“效率”的法律价值。

（一）“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助价值理念之“公正观”

“便利化”法律协调的“公正观”主要表现在两个方面，即程序公正与实体公正。《贸易便利化协定》的最终达成，就是 WTO 各成员方统一标准，整改措施，弥合彼此间制度差异，践行贸易便利化形式平等的阶段性成果。对这种“程序公正”的不懈追求大大加速了国际经贸进程，促进了国际贸易市场的自由化。同时，在 WTO《贸易便利化协定》谈判过程中，WTO 也尤为关注发展中及最不发达成员在简化协调贸易管理措施和相关手续方面可能面临的繁重执行负担，故在《协定》第二部分特别就发展中和最不发达成员的特殊和差别待遇、技术援助和能力建设支持等作出规定。以具体法律条文的方式落实发达成员在贸易便利化谈判中向发展中和最不发达成员提供技术援助与能力建设支持的承诺，努力争取各成员方在多边贸易便利化进程中的结果平等和实质互惠，实现真正意义上的“实体公正”。

因此，基于该视角，中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助也可考虑该“公正”的法制理念。

1.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助要贯彻正当程序以保障“程序公正”

各国民事司法协助制度大多规定在民事诉讼法的体系之下，中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度也自然具有程序性的特征及对“程序公正”的不懈期望。而在当今中国—东盟自贸区内的司法实践中，各成员国往往忽视对司法协助运行程序的公正性要求，甚至根本不予理会具体的程序性规范。这也就使得实体性要素均符合的司法协助行为，可能会遭到程序履行缺乏公正性的质疑，进而阻碍成员国间知识产权民事司法协助“便利化”地开展。笔者认为，中国和东盟国家可以渐进地变革现有区域内法制环境，在各成员国国内及

[1590]See Grainger Andrew, (2011) Trade facilitation: a conceptual review. Journal of World Trade, 45 (1). pp. 39-45

[1591]参见严存生：《法律的价值》，陕西人民出版社，1991 年版，第 28 页。

中国—东盟区域的立法和司法实践中重视“程序公正”的培育，并逐步融会贯通至整个区域知识产权民事司法协助制度的具体程序规则中。

2.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助要作出正当判断以保障“实体公正”

综观国际知识产权民事司法协助的文书送达、调查取证、承认和执行外国法院判决及仲裁裁决等各具体制度，都需要做出两个事关“实体公正”的前提判断：基于权益受到侵害和侵害风险，而要求所在国相关机关向他国提出协助请求的权利人是否可以成为他国在同样权益领域内予以保护的对象（法益保护的公正）；若在前述法益保护公正得到落实的前提下，又该向他国境内的哪个法院或相关的司法机构提出请求（机构选择的公正）。而这两个前提判断可以对接为当前国际民事司法协助领域的外国人民事诉讼地位和国际民事诉讼管辖权两项内容。

因此，中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度要贯彻“实体公正”，就必然要正视该领域中外国人的民事诉讼地位和跨成员国间民事诉讼管辖权的适用问题。笔者认为，中国和东盟国家应对中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的内涵进行反思：适当地肯定外国人的民事诉讼地位，适度地明确外国人在协助被请求国能否成为某类跨境知识产权民事诉讼的主体及享有的民事诉讼权利和承担的民事诉讼义务[1592]；此外，还可创造性地吸收其他区域组织在民事诉讼管辖上的有益经验，适度地明晰法院或其他司法机关受理、审判成员国间知识产权民事诉讼的部分权限标准[1593]。将外国人民事诉讼地位和跨境民事诉讼管辖权这两块内容纳入进中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助体系的制度考量中，便利区域内知识产权民事司法协助各个具体制度（文书送达、调查取证、承认和执行外国法院判决及仲裁裁决等）的执行环节，巩固知识产权民事司法协助行为的效力，促进各成员国在知识产权民事司法协助方面的合作。

（二）“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助价值理念之“效率观”

“便利化”法律协调的“效率观”往往通过协调过程中所带来的具体成本—收益分析得以展现。以“成本—收益”来讲，WTO《贸易便利化协定》的“新增贸易便利化委员会的机构安排，海关及其他主管机关的通关操作规程”等各项措施要求，可以说是《协定》缔约方相关机构及管制部门为实现多边体制过关合作的“迅捷化、自动化、现代化”所必需进行的成本投资。因为“实现贸易便利，就需要大量成本投资，增加技术援助和能力建设，协调多边努力[1594]”。而该“成本投资”也带了收益，即贸易便利化的好处：国家层面上，迅捷地了解彼此的通关程序和法律法规，便利双方政府和相关系统间的沟通，节省国家管理贸易的耗费。在个体层面上，交易主体迅捷地掌握对象的贸易信息，可节省提供交易文件的时间，避免交易信息不对称所造成的不必要费用和风险，充分发挥交易产品的出口潜力。这不但刺激了贸易活动主体的积极性，最终又会增加一国的关税及其他收入。经过权衡利弊，“贸易便利化成本所造成耗费并非绝对丧失的，特别是在贸易便利化的措施通过增加主体的贸易成交量所赢来的种种好处面前[1595]”。

显然，基于该视角，中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的“效率观”也要以“成本—收益”为基本立足点。

1.中国—东盟自贸区内知识产权民事司法协助“效率观”之“成本”分析

[1592]参见杜新丽：《国际民事诉讼与商事仲裁》，中国政法大学出版社，2009 年版，第 11 页。
[1593]参见韩德培：《国际私法新论》，武汉大学出版社，2003 年版，第 450 页。
[1594]See World Bank, Global Economic Prospects 2004-Realizing the Development Promise of the Doha Agenda, pp.190.
[1595]See World Bank, Global Economic Prospects 2004-Realizing the Development Promise of the Doha Agenda, pp .7.

国际民事司法协助的相关规定大多存在于相关国的国内立法及以国家为缔约资格的多边或双边条约中，故很大程度上受到“国家主权”因素的制约。各国坚持“国家主权”的立场差异往往是国际民事司法协助“文书送达、调查取证、承认和执行外国法院的判决及仲裁裁决”等具体制度的运作分歧的根本原因。所以，要实现中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的便利化就要在“坚持国家主权的分寸和尺度”上做好“成本投资”，权衡“坚持国家主权”和“进行知识产权民事司法协助”的利弊得失。

笔者认为，国际知识产权民事司法协助中的“社会公共秩序保留问题的考量”可以作为权衡国家主权适用的分寸和尺度的有效标准。中国和东盟国家可以充分行使国际社会赋予的平等缔约权，在借鉴多哈回合“一揽子协议”谈判经验的前提下，尝试对成员国间知识产权民事司法协助的“社会公共秩序保留”这一具体的问题达成“备忘录”式的书面共识，作为今后未来达成的中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助统一多边公约的“早期收获”部分而率先发挥效力。且在促成“备忘录”的过程中，还应适当尊重中国和东盟各国家的国情文化和传统制度，仅就根本性违背各国社会公共秩序的协助请求予以保留，确保中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助请求的最大化实现，从而在知识产权民事司法协助的“成本投资”上作出“最优规划”。

2.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“效率观”之“收益”分析

“成本化最优”的中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助也必将会保障中国—东盟自贸区内知识产权的各关联主体的合法权益，有效解决区域成员国间的知识产权民事争端，刺激区域内的智力成果的创造活动，繁荣区域内与知识产权有关的贸易流动，提升中国—东盟自贸区的知识产权民事司法协助的国际公信力和法治形象，为中国和东盟各国回报如此的“收益”。最终，自然地实现中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的“效率”。

（三）“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助价值理念之“法律原则”

便利化法律协调的范围一直较为宽泛，现阶段难以通过统一法律制度来规范，自然需要法律原则的补充，从而缓解法律的滞后本性，灵活处理便利化法律协调过程中的各种冲突。WTO《贸易便利化协定》的序言道明了贸易便利化的核心精神：进一步加快货物（包括过境货物）的流动、放行和结关，加强成员间在贸易便利和海关守法领域的有效合作。且《协定》第一部分还规定有“增强公正性、非歧视性及透明度的其他措施”的贸易便利条款，扩大边境业务的公开范围，强化相关规则的程序约束和可预见执行，明确“公正、非歧视和透明度”法律原则的重要意义。

所以，基于该视角，中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度也应明确自己的法律协调原则，并积极实践于区域内的知识产权民事司法协助活动中。纵观知识产权民事司法协助的体例，协调司法协助活动离不开简化原则和互相协作原则。其中，简化原则可以说是知识产权民事司法协助的“实然”原则，互相协作原则则是知识产权民事司法协助的“应然”原则[1596]。

1.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“法律原则”之“简化原则”

中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助本身就是一个“减少跨境知识产权民事案件合作阻碍，提供有效处理跨境知识产权民事争端最大便利”的法律活动，“追求简化”就是该制度的实然要求。从协助的实体内容上看，大多数成员国均对“公共秩序保留”等例外的适用进行严格规制，尽力简化对“文书送达、调查取证、承认和执行外国法院判决及仲裁裁决”等具体制度的请求、审查及采纳证据的要求，鼓励尽可能灵活和广义的规则解释，

[1596]参见湖北省高级人民法院民四庭：《涉外民事诉讼管辖权问题研究》，武汉大学出版，2008 年版，第 306 页。

以减少司法协助的合作阻碍。从协助的程序内容上看，“设立专门机关负责成员国间的知识产权民事司法协助联系”[1597]等一系列高效率做法在实践中得以全面推广，致力于司法协助最大便利的突破和开拓。

2.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“法律原则”之“互相协作原则”

进行中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助本来就不是一项强制性国际义务，不能依靠武力、威慑等一贯的强行做法，只能在充分考虑了国情、历史、文化、法律传统等因素之后，通过彼此协作和沟通来实现成员国间知识产权民事司法协助领域的“求同存异”。那么，“互相协作”也就契合了该制度的应然要求。

三、“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的路径规划考量

法律协调本身就是一个“长期、持久、渐进”的发展过程，既要求一国协调国内各职能机构间的法律规章，还需协调好包括众多国家的区域甚至多边体制间“错综复杂、相互交织”的法律制度。而“便利化”法律协调在此基础上更显出独特的制度设计倾向——“便利化”的考察立足点。这就要求充分借助一致赞同或共同契约等法律形式，各参与主体（主要是国家）通过合作来利益（主要是国家利益）的最大化，以促进便利化法律协调的开展。本质上讲，就是主体运用一切可能的法律形式来实现各方的利益最大化，最终促成各利益的动态均衡的主体间（主要是国家间）博弈[1598]。然而面对诸多的潜在冲突和“碎片化”的调整规范，如前所述，在法律协调过程中实现各国利益的动态均衡仍只会是人们相当长时间内的理想。所以为了落实好法律协调的博弈，提高贸易便利化水平，应首先搭建好整体的工作机制，规划好整体的发展路径。逐步地推进协调制度，建构协调规则，增强协调规范的拘束力，保障法律协调的“便利化”稳定地可预见地实施。

笔者认为，“先易后难，先局部后整体，先非约束性后约束性”的发展路径可以成为改善和解决基于便利化法律协调本质而衍生的众多法律现象和问题的借鉴方法。

WTO《贸易便利化协定》发展至今的演进历程，从《协定》的缔约谈判到签署《协定》以认证条约的约文，再到不久前《协定》正式通过并纳入 WTO 协定以供 WTO 成员开放接受，可以说就是沿着“先易后难，先局部后整体，先非约束性后约束性”设计路径展开的。

就“先易后难”的运作路径：WTO《贸易便利化协定》作为第九届巴厘部长级会议的胜利成果，是贸易便利化谈判的一个重要里程碑，组成了多哈回合“单一承诺”的一部分，更是早期收获中的强行性协议。特别就早期收获的效力问题，《多哈宣言》第 47 段已有相关说明。详尽地说，即 2013 年 5 月 31 日的 WTO 贸易谈判委员会非正式会议上，各成员方依据难易程度将谈判议题递进地分为三种进度，达成三组协议。其中“早期收获计划”被规定为“进入快速通道的议题”，即“巴厘一揽子协定”，包括贸易便利化、部分农业议题以及发展等内容。故 WTO《贸易便利化协定》也就自然在多哈回合所有议题都取得一致之前得以实施[1599]。

就“先局部后整体”的运作路径：WTO《贸易便利化协定》是多哈回合以来达成的第一个多边贸易协定。《协定》是由“贸易便利化措施”、“发展中与最不发达成员的特殊差别待遇”及“最终条款”内容交织的 23 个条款组成。尤其是《协定》第一部分，涉及到一系列具体举措，对贸易便利化的实践作用显著，可谓是整个《协定》的重中之重。然而 WTO 贸易便利化措施一直都是个宽泛的概念，在《协定》达成前就散见于 GATT1994、《海关估价协议》、《进出口许可协议》、《装船前检验协定》、《技术性贸易壁垒协定》、《实施动植物卫生检疫措

[1597]参见徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社，2006 年版，第 3 页。

[1598]参见程信和，刘漪：《中国与东盟货物贸易关系的法律协调—比较法新走向之考量》，载《比较法研究》2006 年第 3 期第 75 页。

[1599]参见雷蒙：《<贸易便利化协定>：永久实施还是临时实施？》，载《WTO 经济导刊》2014 年第 7 期，第 92 页。

施协定》及《与贸易有关的知识产权协定》等诸多协定条款中[1600]。故为了促成《协定》的顺利达成并尽快实践早期协议的法律拘束力，《协定》第一部分没有试图囊括整合上述所有贸易便利化措施，而是将规制范围锁定在涉及 GATT1994 第 5、8、10 条和海关监管等便利化的局部措施上。从“信息的透明度及法规的可预见性”、“清关结关及过境运输程序的简化”、“海关合作”等三个局部议题[1601]来论述 WTO《贸易便利化协定》的“贸易便利化措施”，即《协定》第 1 条（信息的公开与提供）、第 2 条（评论的机会、生效前的信息与磋商）、第 3 条（预裁定）、第 4 条（上诉或复议程序）、第 5 条（提高公正、非歧视和透明度的其他措施）为体系的“透明度与可预见性议题”澄清与完善 GATT1994 第 10 条；《协定》第 6 条（进出口费用收费纪律）、第 7 条（货物的放行与通关）、第 8 条（边境部门合作）、第 9 条（进口海关控制的货物流动）、第 10 条（进出口与中转手续）、第 11 条（过境自由）为体系的“程序简化议题”澄清与完善 GATT1994 第 5 条和第 8 条；《协定》第 12 条（遵守与合作措施、信息交换、保密、延迟或拒绝、互惠、行政负担、限制、未经授权的使用或披露、双边或区域协定等共 12 款）为体系的“海关合作议题”澄清与完善包含“合作履约担保、合作能力建设、合作费用分担、合作经验分享”等问题的海关监管措施。《协定》第一部分通过对上述局部议题进行针对性地条款设计，并将借助 WTO《贸易便利化协定》在不久未来的法律实践，为 WTO 贸易便利化协调提出的客观建议，进而搭建协调 WTO 领域所有贸易便利化措施的经验平台，实现从“便利化的局部法律化状态”扩及至“便利化的整体法律化状态”的渐变延展。

就“先非约束性后约束性”的运作路径：WTO 各成员方在达成《贸易便利化协定》的过程中始终贯彻着“先非约束性后约束性”的谈判指导思路。《协定》从最先的框架初稿到考虑各成员意见的修订提案直至不久前达成一致的最终文本，强调便利化实施义务的条款由非约束性建议逐步地实现了向约束性法律规则的转变。特别是，《协定》许多条文措辞的渐强化态势十分明显：从“鼓励”或“可以”到在可行范围内“恰当地”或“尽最大努力”再到普遍“应当”或“必需”。最终，既确保了 WTO《贸易便利化协定》的抽象强制力，又明确了主体区别（发展中国家的义务承担和发达国家的义务承担）下《协定》各条款的具体执行力。

那么，基于该视角，选择“先易后难，先局部后整体，先非约束性后约束性”的路径来规划中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度也不妨从“便利化”立场出发的务实要求。

（一）“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助路径规划之“先易后难”

中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的立法缺失一直是个很大的弊端。但就目前该制度在中国—东盟自贸区内发展现状而言，趋于统一的知识产权民事司法协助区域公约还无法立即实现。所以，现阶段可以遵循“先易后难”的路径完善立法，推动中国—东盟的知识产权民事司法协助。

1.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“先易后难”之“以单边立法促进双边及区域合作”

纵观现今成员国间知识产权民事案件争端，东盟国家，尤其是与中国接壤的东南亚邻国，存在大量侵害中国境内自然人及企业知识产权的行为。中国的企业及个人仍是知识产权遭受侵害的主要权利群体，他们也自然成为相关知识产权民事司法协助程序中要求中国法院或主管机关向东盟国家法院或主管机关提出协助请求的主要行为人群体。实践中，中国在完善区

[1600]参见朱永强，高正桥：《WTO 框架下贸易便利化问题探析》，载《华东经济管理》2003 年第 6 期。
[1601]See Moïsé Evdokia, The Costs and Challenges of Implementing Trade Facilitation Measures, OECD Trade Policy Papers2013，No. 157, pp.4.

域内成员国间知识产权民事司法协助制度立法方面较东盟国家更显主动和急切。笔者认为，中国可以先从“易处着手”，完善涉及中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的国内立法，细化知识产权民事司法协助的文书送达、调查取证、承认和执行外国法院判决及仲裁裁决等各具体制度的操作要求，明确送达和取证程序中诸如“民商事”、“司法机关”、“文书”等具体概念及承认和执行外国法院判决及仲裁裁决程序的具体细则，确保权益人的知悉和操作机关的执行。考察并整合最高人民法院出台的若干有关国际民事司法协助的司法解释，还可以适度借鉴中国大陆与港澳台的区际知识产权民事司法协助制度的合理设想。日益完善的知识产权民事司法协助的单方立法并将为更具难度的中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的双边及区域合作“提供有益的经验、夯实运作的基石”。

2.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“先易后难”之“以个案合作推动区域立法”

中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的立法完善最终还是要靠中国和东盟各国的共同努力和相互合作。尽管短期内激增的成员国间知识产权争端给中国—东盟自由贸易区的发展造成了不小冲击，但不可否认，知识产权领域仍然是中国和东盟各国间政治、法律和文化等分歧相对较小的领域，也一直被认为是国际民事司法协助最易突破和成果的领域，因而具备了通过知识产权民事司法协助的个案合作来逐步完善中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的理论支撑。而且现今中国和东盟国家间也涌现了较多的知识产权侵权争端，较典型的例证有老挝企业抢注云南名牌“999”电池致其败退老挝市场和越南假冒仿冒广西名牌“桂花”农用拖拉机及侵权制作中国电视剧“环珠格格”“神雕侠侣”等。所以，可以仔细研究这些客观存在的侵权案例争端，琢磨个案中所涉知识产权民事司法协助的合作做法，并归纳出“可复制可推广”的实践经验，可将其形成判例、司法解释等规范形式作为中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的正式立法基础。

（二）“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助路径规划之“先局部后整体”

中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的运行一直面临诸多实践困境，切实推动中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的完善就需要解决这些的难题。秉承着“先局部后整体”的指导思路，中国和东盟国家可以尝试先对彼此间知识产权民事司法协助制度中急需审视的主要难题展开针对性的讨论，进而分享在“协调困境、解决难题”方面的建议经验，最终为整个中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的一系列冲突分歧搭建沟通的桥梁。

笔者认为，“协调管辖权机制”和“统一裁判形式效力”可以作为中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度中首当其冲的两个“局部”。

1.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“先局部后整体”之“协调管辖权机制”

协调的管辖权机制是国际知识产权民事司法协助，特别是其中的承认和执行外国法院判决及仲裁裁决等具体制度得以有效实现的必要前提和重要基础。中国和东盟国家在各自的司法制度中均对涉外民事诉讼的管辖权协调问题作出了原则性规定，表现出中国和东盟国家在对待该问题上加强国际合作的决心。然而规则的过分简单化和双边及区域内条约数量的有限性[1602]，国际知识产权民事管辖权冲突仍旧频繁，也直接导致了众多知识产权民事案件的判决及仲裁的裁决无法得到承认和执行。

故中国和东盟国家目前的迫切需要就管辖权标准进行明确且合理的界定，促进区域内管辖权规则的整合。就管辖权的审查标准来讲，笔者认为，可以借鉴单一模式来调整管辖权标准问题。并考虑到涉及知识产权的民事管辖权的特殊性，对管辖权行使的连接因素给以特定

[1602]参见王吉文：《外国判决承认与执行的国际公约模式研究》，中国政法大学出版，2010 年版，第 240 页。

地归类和细化。且中国《国际私法示范法》第 158 条对“作出判决的外国法院具有管辖权的判定标准”给出了详细的建议，中国和东盟国家不妨选择性地推敲该项内容的文本措辞，以备调整中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事争端解决规则的不时之需。中国方面更可先从自身做起，以最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》中协调外国法院的平行管辖权冲突的第 306 条规定为依据，在尊重现行法制稳定性和国家互惠的理念指导下，充分运用对条款的反面解释，针对重复诉讼的现象（即东盟其他国家法院已受理的案件，原告又以同一争议向中国境内法院起诉的），可借鉴中国民事诉讼法的合并管辖规则，作出“人民法院可不再受理此类案件或裁定驳回起诉”的司法解释，合理限制“过分管辖权”，以减轻相关案件的诉垒，便利外国法院判决的承认和执行，提高成员国间民事司法协助制度的运行效率。

2.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“先局部后整体”之“统一裁判形式效力”

统一的裁判形式效力对中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助各具体制度的有序运作同样具有重要意义。这里的“裁判”一词明显包含了司法协助行为中涉及的外国法院判决和外国仲裁机构裁决。

就统一外国法院判决效力的实践而言，仅有的中国与东盟四个国家（新加坡、泰国、越南、老挝）的双边民事司法协助条约均没有将“外国法院判决的承认和执行”规定到彼此的民事司法协助制度范围中，且中国和东盟国家也均没有加入有关“承认和执行外国法院判决”的多边公约。中国和东盟国家往往以各国国内的互惠规定或对等原则来处理发生在自贸区各成员国间的法院判决承认和执行问题。就算没有明文规定，也均认可这方面的实践，而不至于完全架空对外国法院判决的承认和执行。中国民事诉讼法第 282 条规定：“对外国法院判决或裁定的承认和执行规则人民法院对承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定的相关申请，应依照中国缔结或者参加的国际条约或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力……”越南民事诉讼法第 343 条规定：“与越南缔结或参加关于承认与执行外国法院判决国际条约的国家或其法院民事判决和裁定得到越南法规承认并准许执行的国家或是在互有来往基础上且不请求越南和该国签订或参加关于该问题的国际公约国家，越南法院承认并允许执行该外国法院的民事判决、裁定。”泰国最高法院在收入汇编的外国判决执行案例裁决也认为：“承认和执行外国判决的主要原则是各国之间相互尊重。”而东盟其他国家也大多存在承认与执行外国法院判决的类似规定。短期内，中国和东盟国家间可以努力明确互惠原则的适用标准，尝试着在国内立法、双边甚至今后可能的多边协议中将互惠原则的适用标准尽可能地量化，增强可操作性，使得中国—东盟中国—东盟自贸区域内承认和执行成员国间法院判决时，更加有章可循。长期内， 中国和东盟国家可以协调区域内各成员国间法律制度，尝试着在扩容现有双边条约或逐步达成专门性区域公约的指导下，求同存异，构建以彼此接受的判决承认和执行规则为载体的具体稳定的知识产权民事司法协助机制，致力于将承认与执行外国法院民事判决纳入至未来的中国-东盟中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度中。

就统一外国仲裁机构裁决效力而言，仲裁一直是解决中国—东盟区域内争端的主要机制。中国与新加坡、越南、老挝的双边民事司法协助条约中也均有相互承认与执行仲裁裁决的相关内容。且目前中国和东盟国家也都是 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）的缔约成员，《纽约公约》给予了中国和东盟国家在承认与执行外国仲裁裁决方面的制度支持[1603]。中国《民事诉讼法》第 283 条及《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事

[1603]参见张军：《目标与路径:中国与东盟国家的司法交流与合作》，载《广西大学学报》2011 年第 1 期第 71 页。

项有关问题的通知》确立的“内部报告制度”，均体现出适用《纽约公约》承认和执行外国仲裁裁决的态度与精神。然而《纽约公约》仅对外国仲裁机构裁决的承认和执行问题作出了总体上的原则性规定，实践中仍有不少具体操作环节需由缔约方自行填补。所以，中国和东盟国家在依照《纽约公约》相关规定的前提下，还需运用国内法、双边条约、诸边公约等多种形式来对一系列细节问题（仲裁裁决的形式要件[1604]、仲裁裁决的归属、申请执行仲裁裁决的期限[1605]）加以细致。当然涉及知识产权的案件往往体现出知识产权的技术性、保密性、快速性等特征，因而有关知识产权的仲裁裁决承认和执行问题自然具有明显的特殊性。现行国际上民事仲裁裁决的承认和执行规定大多套用对法院判决的承认和执行的有关规则。知识产权民事司法协助中仲裁裁决的特殊性决定了其承认和执行标准不能够照搬法院判决承认和执行的套用规则，也不可将《纽约公约》仲裁裁决的承认和执行的规定笼统地纳入适用。中国和东盟国家不妨借鉴相关国际案例中承认和执行外国仲裁裁决的做法并考虑争议涉及知识产权权利的具体属性，细化不同知识产权具体权利的民事司法协助仲裁裁决承认和执行标准，以区别于法院判决承认和执行标准和《纽约公约》过于简单原则的仲裁裁决承认和执行的规定，更好地指导成员国间知识产权民事司法协助的实践。

最后，外国法院判决和外国仲裁机构裁决的效力统一均离不开对判决和裁决的效力审查。目前效力审查的国际通行做法是以形式审查制度为主。从尊重中国和东盟国家间法律制度的多样性和各成员国司法主权的权威性角度出发，中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助中对判决和裁决的审查也应采纳形式主义。又鉴于知识产权显著的私权性质，笔者认为，中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助中对判决和裁决的审查还可考虑《中国国际私法示范法》的探索性设想：在进行形式审查时，可考虑附加“当事人和其他利害关系人可以提出异议”的类似条款，以更好地契合中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助中承认和执行判决和裁决的理论与实践要求。

（三）“便利化”视角下中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助路径规划之“先非约束性后约束性”

国际民事司法协助制度始终都与国际民事诉讼程序紧密相连，其表现过程要么是代为或协助进行一定民事诉讼的行为，或是为外国法院进行民事诉讼提供其他协助的行为（文书送达、调查取证），还可以是承认和执行外国法院判决及外国仲裁机构裁决的行为，具有很强的司法性和协助性。正是国际民事司法协助制度的这两种鲜明特性，使得落实该制度的主体是有权主管诉讼或进行有关司法行为的机关（主要指国家的官方机构），而不能是其他机关或者个人[1606]。故国际知识产权民事司法协助制度的“约束性”很大程度上就是通过行为主体的官方性来体现的。反之，该制度的“非约束性”就往往存在于“官方性”之外的“民间性”领域中。

因此，中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的“先非约束性后约束性”路径，更确切地说，就是一条“先民间后官方”的路径。目前中国和东盟国家以各自国内法和彼此条约为主要形式的知识产权民事司法协助的官方合作较为局限，发挥的作用也不显著。在官方合作陷入困纾之时，先借由民间团体或机构来探索并试行包含民事司法协助内容的知识产权协议，不失为可供选择的过渡性举措。且民间合作可以在一定程度上抛开对司法主权的刻板坚守，充分发挥“司法经济”的效能，加之民间团体对保护知识产权这种“私的需求”一直较为积极，知识产权民事司法协助制度的“民间进展”将指日可待，进而“倒逼” 中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的官方合作。

笔者认为，现阶段民间合作的两个重要突破点便是“发挥律师的参与作用”和“发挥临

[1604]参见万鄂湘：《<纽约公约>在中国的司法实践》，载《法律适用》2009 年第 3 期第 5 页。

[1605]参见李虎：《国际商事仲裁裁决的强制执行——特别述及仲裁裁决在中国的强制执行》，法律出版，2000 年版，第 164 页。

[1606]参见徐宏： 《国际民事司法协助》(第二版) ，武汉大学出版社，2006 年版，第 24 页。

时仲裁庭的桥梁作用”。

1.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“先民间后官方”之“发挥律师的参与作用”

知识产权民事司法协助制度因包含“知识产权”这一特定客体，从一开始便具有区别于一般民事司法协助的专业性和技术性，仅凭一般司法人员和当事人是很难确保知识产权民事司法协助的顺利开展。而兼具“法律素养、知识产权专业知识、跨国文化视野”的律师团体却能在国际知识产权民事司法协助中发挥积极作用，很好地解决前述司法协助的实践障碍。因此，中国和东盟国家可以适当鼓励律师参与知识产权民事司法协助，让他们在完善中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度的探索实践中有所作为。

2.中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助“先民间后官方”之“发挥临时仲裁庭的桥梁作用”

秉承东盟“非正式性、非对称性、协商一致和思想上的多边主义和行动上的双边主义”的传统决策文化，中国一东盟自贸区目前还没有处理知识产权争端的官方机构。只是依《中国一东盟自由贸易区争端解决机制协定》设置了一个临时仲裁庭，体现出很大的“软法性”。但较之其他的民间协调机构，临时仲裁庭的产生仍是有正式的官方背景的。这种“半官方”的性质不仅表明中国和东盟国家协调知识产权争端的态度，还势必沟通起与之联系紧密的中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助的制度推进。因此，中国和东盟国家还应重视临时仲裁庭的独特影响力，继续发挥它在完善中国—东盟自贸区成员国间知识产权民事司法协助制度方面的桥梁作用。

论我国出口管制法律体系的重构

——基于“稀土案”的思考

内容摘要 我国为保护稀土等自然资源而采取的出口限制措施在WTO体制下面临困境。为满足国家利益的刚性需求，我国应改变制度依赖路径，在履行国际法律义务的同时，以国家安全为立法目标，重构出口管制法律体系。具体建议包括制定《出口管制法》，整合出口管制清单、提升其全面性和技术性，加强促进出口管制遵守的制度建设以及谋求加入多边出口管制机制，推动区域性出口管制机制的发展。

关键词 出口管制 国家安全 WTO例外条款 许可证管理

WTO体制下的“稀土案”凸显我国的自然资源出口限制措施和现行国际贸易法律机制间的冲突与困境。一方面，WTO争端解决机构裁定，我国对稀土、钨、钼实施的出口关税、出口配额和对企业出口权限制的管理措施与WTO相关规则不符。[1607]另一方面，通过限制出口，保护稀土等可用竭的自然资源，捍卫国家利益已成为我国的刚性需求。[1608]此种情形下，我国对稀土等产品实施的出口限制措施该何去何从？更为重要的是，“稀土案”再次表明可用竭的自然资源已成为国家间竞争的利益焦点。我们需思考，如何在不违背国际法律义务的前提下，通过构建更为精巧、扎实的国内法律制度为国家利益的维护和实现谋求制度空间。

藉由对以上问题的思考，本文认为，我国应跳出利用WTO例外条款进行抗辩的法律困局，转而着力于重构我国的出口管制法律体系。通过这一法律体系，将对稀土等战略性优势自然资源和技术的保护化整为零，融入以国家安全为主要立法目标的国内出口管制法，通过实施清单控制和许可证管理制度，使我国在履行国际法律义务的同时，保有必需的自由裁量权。本文将在梳理出口管制的法律依据，分析我国出口管制措施在WTO体制下所临困境的基础上，检视我国的现行出口管理体系，并结合美国出口管制改革的最新进展，提出重构我国出口管制法律体系的具体建议。

一、出口管制的法律依据

国家对出口实施管制既有国际法基础也有国内法依据。从根本上而言，国家实施出口管

[1607] 2014年8月29日，WTO争端解决机构采纳了“稀土案”的专家组和上诉机构报告，认定我国对稀土、钨、钼实施的出口关税、出口配额和对企业出口权限制的管理措施违反WTO相关规则，无法援引GATT例外条款获得豁免。See DSB adopts Appellate Body reports on China's rare earths measures, http://www.wto.org/english/news_e/news14_e/dsb_29aug14_e.htm, 2014年9月3日访问。

[1608] 关于稀土等自然资源对我国的战略性意义，参见《各国争夺中国重稀土》http://finance.people.com.cn/BIG5/15304248.html，2014年6月2日访问；Wayne M. Morrison, Rachel Tang, China's Rare Earth Industry and Export Regime: Economic and Trade Implications for the United States, CRS report R42510, Apr. 30 2012.

制的合法性来自国家主权。《联合国宪章》第 2 条确立了国家主权平等的原则，而其后的若干重要国际法律文件均确认国家对本国财富和自然资源享有主权。如 1962 年联合国大会通过的《关于自然资源永久主权的宣言》承认各国享有根据本国国家利益自由处置本国自然财富和自然资源的不可剥夺的权利，各民族和各国家对本国的自然财富和自然资源行使永久主权时，必须为各自国家的发展着想，为各自国家的人民的福利着想。[1609]1974 年的《建立新的国际经济秩序宣言》强调每一个国家对本国的自然资源以及一切经济活动拥有完整的、永久的主权。为了保护这些资源，各国都有权采取适合本国情况的各种措施，对本国的资源及其开发事宜加以有效的控制管理，包括有权实行国有化或把所有权转移给本国国民。[1610]1974 年的《各国经济权利和义务宪章》也规定，各国对其财富、自然资源和经济活动享有充分的永久主权包括占有、使用和处置，并得自由行使此项主权。[1611]就贸易限制权而言，根据《联合国宪章》第 41 条的规定，安全理事会有权决定采取除武力以外的办法，以实施其决议。这些办法包括“经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝。”结合《联合国宪章》第 25 条的规定，“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”，可以推知，在安理会做出“经济关系之局部或全部禁止”的情况下，国家对贸易的限制也将是履行《联合国宪章》义务的一部分。

国家实施出口管制的具体国际法依据主要见于防扩散国际条约和 WTO 体制下多边贸易协议中的例外条款。防扩散领域的主要国际条约包括：《不扩散核武器条约》（简称 NPT），规定有核国家不得向任何无核国家直接或间接转让核武器或核爆炸装置，不帮助无核国家制造核武器；《禁止化学武器公约》(简称 CWC)，主要内容是签约国将禁止使用、生产、购买、储存和转移各类化学武器；《禁止生物武器条约》（简称 BWC），要求成员国不转让，或以任何方式援助、鼓励、诱使其他国家取得或持有生物武器；《全面禁止核试验条约》（简称 CTBT），主要内容为缔约国承诺不进行、导致、鼓励或以任何方式参与进行任何核武器试验爆炸或任何其他核爆炸，并承诺在其管辖或控制下的任何地方禁止和防止任何此种核爆炸。[1612]此外，在国际层面还存在以共识和自愿遵守为基础的四个多边出口管制机制，包括《瓦森纳安排》（简称 The Wassenaar Arrangement）、核供应国集团（简称 NSG）、澳大利亚集团（简称 AG）和导弹及其技术控制机制（简称 MTCR）。这四个出口管制机制在尊重成员国出口控制自由裁量权的基础上，通过制定控制清单、控制标准、信息交换等方式协调成员国对核、导弹、生化武器、常规武器、两用物品和技术的出口管制政策。[1613]

1609 参见《关于自然资源永久主权的宣言》第 1 条，UN Doc A/RES/1803 (XVII)。

1610 参见《建立新的国际经济秩序宣言》第 4 条第 5 款，UN Doc A/RES/3201 (S-VI)。

1611 参见《各国经济权利和义务宪章》第 2 章第 2 条第 1 款，UN Doc A/RES/3281 (XXIX)。

1612 此外，2014 年 4 月 2 日联合国大会通过了用于监管常规武器国际贸易的《武器贸易条约》（Arms Trade Treaty），《武器贸易条约》自 6 月 3 日起在纽约联合国总部开放供所有国家签署，需在第 50 个签署国按程序交存批准书 90 天后正式生效。该条约要求缔约国设立管制武器出口的机制，以确保所输出的武器不被用于种族灭绝、战争罪行，或落入恐怖分子和犯罪团伙手中。

1613 See Seema Gahlaut, Multilateral Export Control Regimes: Operations, Successes, Failures and the Challenges Ahead, in Daniel Joyner ed., *Non proliferation Export Controls: Origins, Challenges, and Proposals for Strengthening*, Ashgate Publishing Limited, 2006.

WTO 系列条约中的一般例外条款和国家安全例外条款则可为各成员国实施贸易限制（出口和进口）提供了可能依据。[1614]根据 GATT 第 20 条，WTO 成员采取的贸易限制措施如符合其规定的 10 项例外条款之一，可不受 WTO 规则及该成员承诺的约束。若要成功援引这些条款，成员需首先证明其贸易限制措施属这 10 个条款规定的情形之一，而后还要证明该措施的实施符合第 20 条引言的规定，即“不在情形相同的国家之间构成任意或不合理歧视的手段或构成对国际贸易的变相限制的要求”。这一分析逻辑已为“海龟—海虾案”和“美国汽油标准案”等裁决确认，并在“稀土案”中再次得到应用。在“稀土案”中，我国援引第 20 条（g）款作为实施出口配额措施的抗辩理由。专家组在审理过程中，要求证明出口配额措施与保护可用竭自然资源之间存在“密切的”和“真实的”关系，[1615]还要求证明出口配额与国内限制生产和消费的措施相配合，以对国内生产商和国外生产商“一碗水端平”（even-handedness）的方式予以实施。[1616]

GATT 第 21 条规定了国家安全例外条款。允许成员在 3 种情况下，可以采取贸易限制措施，如对某些特定成员限制或禁止产品和技术的进出口，以及解除与其他成员的权利和义务关系。这 3 种情况为（1）为了保护国家基本安全利益不能公布的信息；（2）为保护国家基本安全利益采取必要的行动：以裂变材料或提炼裂变材料的原料，与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动，在战时或国际关系的其他紧急情况下采取的行动；（3）维护国际和平与安全的义务而采取的行动。与 GATT 第 20 条一般例外条款的适用不同，在上述 3 种情况下，成员只要基于国家安全目的，制定相关法律、行政法规，公布后即可实施。在符合第 21 条援引条件的情况下，成员方可以采取包括相同情况下，对不同国家采取“任意的或不合理歧视的手段”以及“构成对国际贸易的变相限制”等在内的一切行动。

出于维护本国国家利益和履行上述国际义务的需要，很多国家均制定了出口管制国内法，建立了出口管制体系。例如美国自 20 世纪初即开始建立以《与敌国贸易法》（1917）和《中立法》（1935）为基础的出口管制法律体系。之后以防扩散国际条约为基础，为捍卫国家安全利益、推行外交政策和推进经济利益的需要，美国又先后制定了《核不扩散法》（1978）、《原子能法》（1954）、《化学武器公约实施法》（1988）、《国家安全法》（1947）、《反恐怖主义法》 （2001）、《国防授权法》（2014）等法律。其中与出口管制直接相关的专门性法规主要是《武器出口管制法》（1976）和《出口管理法》（1979）以及美国商务部根据该法所制定的《出口管理条例》（简称 EAR）。《出口管理条例》被列入美国联邦法典第 15 条第 730-774 部分。该条例详细规定了立法目的、管制权限、商品控制清单（Commercial Control List）、国家控制图表(Commerce Country Chart)、许可申请程序、许可例外、最终使用者和最终用途的控制政策、禁运和其他特殊控制、伊拉克重建许可证、特殊综合许可证、短缺供应控制、

1614 具体规定参见《关税与贸易总协定》（GATT）第 11 条、第 20 条、第 21 条，《服务贸易总协定》第 14 条以及《知识产权协定》第 27 条第 2、3 款。本文以下主要就 GATT 第 20 条和第 21 条展开分析。

1615 参见 Panel Report, China – Measures Relating to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum, WT/DS431/R, WT/DS432/R, and WT/DS433/R (Mar. 26, 2014), para. 7.812.

1616 同上注, paras. 7.808., 7.809.

行政复议、行政执行程序、执法和保护措施、外国可及性（Foreign Availability）的判断标准和程序、术语的界定与解释等。条例的核心内容是控制美国两用物项的出口行为，并对“出口”的含义做了非常宽泛的界定，包括了“出口”、“再出口”、“转运”、“视同出口”以及美国境外的某些交易。[1617]以这些法律为依据，美国国务院、商务部、国防部、能源部、国土安全部等多部门负责实施对军品和军民两用物项的出口审批和执法工作。这些制度共同构成美国复杂而严密的出口管制体系。[1618]

二、我国出口管制措施在 WTO 体制下的困境

在“稀土案”中，我国政府援引 GATT 第 20 条 b 项 “为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施”为出口关税措施做出抗辩，援引第 20 条 g 项“与保护可用尽的自然资源有关的措施”为出口配额措施做出抗辩。但专家组认为,《中国加入世界贸易组织议定书》（以下简称《议定书》）第 11.3 段承诺取消除附件 6 项下列明的产品外的其他一切出口关税，因此对稀土、钨、钼征收出口关税措施与上述义务不符，而且征收出口关税并不是保障人类和动植物生命或健康的必需措施。[1619]出口配额措施未能与国内限制生产和消费的措施相配合，未能以“一碗水端平”的方式实施，因此也不符合第 20 条 g 项及第 20 条序言的规定。[1620]

在本案中，还出现了更外一个具争议性的法律问题：中国就其承担的“超 WTO”义务是否有权援引 GATT 第 20 条？结合之前的“出版物案”和“原材料案”的裁决，我们可以看到 WTO 争端解决机构的前后裁决并不一致，似乎采取了一种对涉案条款的个案分析路径。在 2009 年的“出版物案”中，上诉机构裁决中国可以根据《议定书》第 5.1 段引言而援引第 20 条 a 项“为保护公共道德所必需的措施”作为抗辩理由，依据是在 5.1 段中有如下表述：“在不损害中国以与符合《WTO 协定》的方式管理贸易的权利的情况”。[1621]但在 2012 年的“原材料案”中，上诉机构否认了中国援引 GATT 第 20 条对原材料征收出口关税措施予以抗辩的权利。理由是该案所涉《议定书》第 11.3 段与其第 5.1 段不同，在第 11.3 段中不存在“管理贸易的权利”（right to regulate）表述，因此缺乏援引 GATT 第 20 条的依据。[1622]而在 2013 年的“稀土案”中，对于中国能否援引 GATT 第 20 条相关条款，专家组内部出现意见分歧。其中一位专家组成员认为 WTO 协定及其组成部分，包括成员的加入议定书是一个整体，应做整体性解释。鉴于《议定书》第 11.3 段与 GATT 第 2 条和第 11 条之间的密切关系，其中关于“超 WTO”义务的规定中国有权援引 GATT 中的条款予以抗辩。只有当《议定书》中有明

1617 See Bureau of Industry and Security, Export Administration Downloadable Files, http://www.bis.doc.gov/index.php/regulations/export-administration-regulations-ear, 2014 年 6 月 1 日访问。

1618 我国有研究人员曾称量过美国《出口管理条例》和其《出口管制商品清单》中文版的重量，前者 562 页，1 斤 9 两；后者 388 页，1 斤 3 两。参见梅新育：《损人不利己的美国对华出口管制》，《中国经济周刊》2011 年 7 月 11 日，第 20 页。

1619 同前注⑩, Panel Report, paras. 7.180., 7.195.

1620 同上注, paras. 7.808., 7.809.

1621 See Appellate Body Report, China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R (Dec. 21, 2009), para.233.

1622 See Appellate Body Report, China—Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/AB/R, WT/DS4395/AB/R, and WT/DS398/AB/R (Jan. 30, 2012), para.307.

确的不可援引的表述时，才可否决中国的援引权利。[1623]但专家组最终并未采纳这一意见，仍认定 GATT 第 20 条不适用于《议定书》第 11.3 段。

2014 年 4 月 17 日，我国向 WTO 的上诉机构提交了上诉通知，就专家组报告中对出口配额与保护自然资源之间的关系的认定、对《WTO 协议》第 12.1 条和《议定书》第 1.2 段的法律解释提出上诉。我国提出《WTO 协议》第 12.1 条和《议定书》第 1.2 段的规定之间存在本质联系，《议定书》的每一个条款均应视为《WTO 协议》的组成部分。[1624]WTO 上诉机构审理后认为，《议定书》第 1.2 段中“议定书应为《WTO 协议》的一个组成部分”的表述将《议定书》和《WTO 协议》连接为一个权利和义务体，对两者的条款应予以整体性解读。但由于《WTO 协议》第 12.1 条仅就加入 WTO 规定了一般性规则，并未就《议定书》的单个条款与《WTO 协议》下的权利、义务条款之间的关系做出具体的规定，因此上述解释本身并不能回答《议定书》单个条款与《WTO 协议》现存义务之间是否存在客观联系或中国由此可见，我国援引 GATT 第 20 条对出口管制措施进行抗辩面临三个法律上的挑战：就中国承担的“超 WTO”义务，需确立有权援引 GATT 第 20 条予以抗辩的权利；需证明采取措施的目的为 10 种情形中的一种；需证明措施的实施方式符合序言的规定。从以上“稀土案”、“原材料”案和“出版物案”的裁决来看，克服以上三个挑战困难重重。欲在上述三个法律问题上取得逆转性突破将是一个长期的角力过程。

鉴于此种情况，我国有学者转而开始探讨援引 GATT 第 21 条国家安全例外来对稀土出口管制措施予以抗辩的可能性。认为可以将稀土解释为 GATT 第 21 条(a)款中的“为了保护国家基本安全利益不能公布的信息”和 GATT 第 21 条(b)款中“为保护国家基本安全利益采取必要的行动：以裂变材料或提炼裂变材料的原料，与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动”。[1625]这一观点在法理上基本具有可行性，但此种可行性很大程度上建立在对“国家基本安全利益”、“信息”和“行动”等概念的合理解释之上。对于上述概念，现行 WTO 协议并未做出界定。虽然有学者认为，安全例外条款是 WTO 其他条款所包含的实体法义务的有限度和有条件的例外，其解释权和审查权归 WTO 争端解决机构，[1626]但无论在 GATT 时期还是在 WTO 时期，争端解决机构并未对任何援引安全例外条款的争端做出实质性裁决。[1627]对上述

1623 同前注⑩, Panel Report, paras. 7.118-7.138.

1624 See Notification of an Appeal by China, WT/DS432/9, WT/DS433/9 (April 30, 2014)。而在中国之前，美国已于 4 月 8 日先行上诉，就证据采纳问题提出异议。See Notification of an Appeal by the United States, WT/DS431/9 (April 11, 2014)。

1625 周竞良：《WTO 体制内中国稀土出口管制措施的合规性研究》，复旦大学硕士论文 2012 年，第 36-38 页。

1626 陈卫东：《WTO 例外条款解读》，对外经济贸易大学出版社 2002 年版，第 8 页。

1627 在 GATT 时期援用安全例外条款的案例主要是：1949 年“捷克斯洛伐克诉美国出口管制案”；1961 年“加纳抵制葡萄牙案”；1985 年“尼加拉瓜诉美国案”和 1991 年“前南斯拉夫诉欧共体案”和 1982 年“对阿根廷的贸易限制案”。其中前四个案件进入专家组程序，后一个案件未进入专家组程序。进入专家组程序的案件，在解决过程中也并未对“国家安全”本身做出解释。在 WTO 时期，相关的案件是欧共体、加拿大及墨西哥与美国就实施《赫尔姆斯一伯顿法》（该法规定任何国家的公司与古巴进行该法禁止的交易，将受到制裁。）而产生的争端。但在 1997 年 4 月 25 日，欧共体请求中止专家组程序。1998 年 4 月 22 日，专家组解散。最终该争端也未在 WTO 体制内得到解决。关于上述案件的具体分析，参见前注 19，周竞良文，第 36-38 页；Olivia Q. Swaak-Goldman, Who Defines Members' Security Interest in the WTO? *Leiden Journal*

概念的学理解释能否为争端解决机构专家组或上诉机构采纳尚不得而知。即使稀土得以确认为第 21 条（a)款中的“信息”或第 21 条（b)款 中的“行动”，要想最终成功援引还存在一个问题——需就国家采取的贸易限制行动和国家安全之间的关系提供充分的证据。“如果仅主张稀土元素与国家安全有关联，而不能提出充分的证据予以佐证，此种主张仍难以获得 DSB 的支持。”[1628]由此可见，在 WTO 体制下对我国的出口管制措施进行抗辩正面临多种法律上的挑战和困境。在此种情形下，我们需跳出 WTO 体制的局限，为我国出口管制措施的正当性谋求新的制度依赖路径。

三、重构我国的出口管制法律体系

国家实施出口管制既有国际法上也有国内法上的依据，WTO 多边贸易协议中的例外条款仅构成其中部分依据。[1629]在我国出口管制措施于 WTO 体制下面临多重法律挑战的情况下，我们可以转而思考基于国家主权和防扩散的系列国际条约，通过制定国内法为我国的出口管制提供法律依据。

（一）我国现行出口管制法律体系的检视

目前，我国与出口管制相关的法规较为分散，见于防扩散、外贸和执法等不同领域。在防扩散领域，我国已加入所有主要的防扩散国际条约，相应地，我国在核、化学品、生物制品、导弹和军品领域均颁布了相应的管制条例和管制清单。在外贸领域，《对外贸易法》第十六条、十七条和十八条为我国的外贸管制（出口和进口）提供了基础性依据。《技术进出口条例》则在《对外贸易法》的基础上，确立了对限制进出口的技术实施许可证管理的制度（第 33 条）。而基于上述法规和《两用物项和技术进出口管理办法》，制定的《两用物项和技术进出口许可证管理目录》为许可证管理提供了操作性规则。在执法领域，《海关法》、《刑法》、《行政处罚法》及《出境入境边防检查条例》则为违反进出口管制的一般性违法行为提供了法律责任条款。关于上述法规的具体情况，参见下表 I。[1630]

领　域	法律法规名称	颁布与修订
防扩散（核领域）	《核材料管制条例》	1987 年
	《中华人民共和国核出口管制条例》	1997 年；2006 年
	《中华人民共和国核两用品和相关技术出口管制条例》	1998 年；2007 年
防扩散（化学领域）	《中华人民共和国监控化学品管理条例》	1995 年
	《中华人民共和国易制毒化学品管理条例》	2005 年
	《中华人民共和国放射性同位素与射线装置安全和防护条例》	2005 年
	《有关化学品及相关设备和技术出口管制办法》	2002 年
防扩散（生物领域）	《中华人民共和国生物两用品及相关设备和技术出口管制条例》	2002 年
防扩散	《中华人民共和国导弹及相关物项和技术出口管制条例》	2002 年

of International Law, vol.9, Issue 2, 1996, pp. 367-368.

1628 梁咏：《WTO 体制内中国“稀土保卫战”的合规性研究》，《上海海关学院学报》2012 年第 2 期，第 94 页。

1629 参见本文第一部分的分析。

1630 根据中国商务部、外交部、中央人民政府网站信息，综合整理。

（导弹领域）		
防扩散（军品领域）	《中华人民共和国军品出口管制条例》	1997 年；2002 年
	《军品出口管理清单》	2002 年
外贸领域	《中华人民共和国外贸法》	1994 年；2004 年
	《中华人民共和国技术进出口管理条例》	2001 年
	《两用物项和技术进出口许可证管理办法》	2005 年
	《敏感物项和技术出口经营登记管理办法》	2002 年
	《两用物项和技术进出口许可证管理目录》	2014 年
执法领域	《中华人民共和国海关法》	1987 年；2000 年
	《中华人民共和国刑法》	1997 年；2011 年
	《中华人民共和国行政处罚法》	1996 年
	《中华人民共和国出入境边防检查条例》	1995 年

由表 I 可见，我国在出口管制领域已建立起包括法律、行政法规和部门规章在内的法律框架，确立了与国际基本接轨的许可证管理制度、清单控制制度、出口经营登记制度以及提供最终用户和最终用途证明制度，[1631]并建立了涉及多部门合作的行政管理和执法体系。但从维护国家安全，促进经济利益实现，提高行政管理效率的角度检视，我国现有的出口管制法律体系尚未能达至上述政策目标，也难以为限制优势战略自然资源的出口提供充足的法律依据。

首先，我国现行的出口管制体系缺少一部专门的上位法。虽然《对外贸易法》第十六条、第十七条和第十八条是为我国的出口管制制度提供了主要法律依据。但《对外贸易法》的立法目标与出口管制法存在差别。出口管制法需要更多的从国家安全利益的角度出发，要在维护国家安全的基础上，解决国家安全利益与经济利益之间的冲突，实现两种利益相对的平衡。而《对外贸易法》更多的从经济利益角度出发，强调维护对外贸易秩序的同时，鼓励扩大和发展进出口贸易。[1632]简言之，出口管制法以国家安全目标优先为导向，而《对外贸易法》以经济目标优先为导向。此外，《对外贸易法》一并规制进出口贸易管制，不利于出口管制政策目标的实现。出口管制虽然属于贸易管制的一部分，但与进口管制在管制目的和管制对象方面均存在很大不同。在管制的目的上，进口管制通常是出于经济利益的考虑，而出口管制往往是出于国家安全、外交政策等非经济利益的考虑。在管制的对象上，进口管制以外国商品、外国商人为管制对象，而出口管制则以本国商品和商人为管制对象。[1633]因此，出口管制的依据更为依赖国内法。更为重要的是，我国的现行出口管理法规基本属回应性和被动性立法。例如主要出于履行防扩散国际条约义务的需要，而颁布了对应领域的相关国内法。

1631 出口经营登记制度要求，军品、核产品和监控化学品出口实行专营制，这些物项的出口必须获得专营资格。此外，企业从事两用物项和技术出口需在商务部进行经营资格登记，未经登记不得从事此类出口经营活动。最终用户和最终用途证明制度要求，出口经营者申请出口许可证时应当提供由最终用户通过法定程序出具的《最终用户和最终用途证明》。该证明需详细描述最终用户进口相应物项或技术的最终用途，同时也明确在未通过我国政府合法认定的情况下，进口的物项或技术不得用于其他目的或者转移给第三方。

1632 参见程慧：《我国优势战略矿产资源出口管制问题研究》，中国地质大学（北京）博士论文，2012 年，第 84 页。

1633 参见汪玮敏：《出口管制法律问题研究》， 安徽大学博士论文，2012 年，第 123-124 页。

加入 WTO 后，出于履行 WTO 相关协议及《议定书》义务的需要，而修订《对外贸易法》、《技术进出口管理条例》等。回应性、被动性的立法不仅导致法规分散、体系不严谨，而且影响对国家安全利益和经济利益的整体性权衡和协调。

其次，出口管制行政管理部门、执法机构之间的分工与合作需进一步明确和协调。目前我国负有出口管制职责的行政部门包括商务部、外交部、工业和信息化部、环境保护部、农业部、卫生部、国家能源局、国家国防科技工业局、总后勤部、总装备部等多个部门。其中两用物项和技术的出口管制以商务部为主管部门，实行中央、地方两级管理模式，其中许可申请受理、初审工作委托省级商务主管部门负责。若出口的敏感物项及相关设备和技术涉及外交政策，则外交部参与共同审查。若出口项目对国家安全、社会公众利益造成重大影响，须经过国务院或中央军事委员会的批准；核出口由国家原子能机构主管，在不同情况下，需转送国防科学技术工业委员会或商务部，或者商务部会同国防科学技术工业委员会等有关部门复审；军品出口由国防科学技术工业委员会和国防部主管；监控化学品出口则由工业和信息化部主管。在执法方面，除各主管部门外，海关总署负责监管所有管制物项和技术的出口，并对违法出口案件进行调查处理。可见我国出口管制行政管理和执法涉及的部门众多，如分工不够明确、协调机制不足，将影响行政效率，增加出口许可证申请者的经济成本。因此需要从法律层面，通过整合现有法规，颁布上位法，进一步明确出口管制机构间的分工与协作。

最后，出口管制的具体制度建设不足。清单控制和许可证管理是出口管制的核心制度。近年我国在这两项制度的建设上均取得进展，[1634] 但在清单的整合、清单的全面性和技术性、许可证管理程序等方面仍有很大提升空间；专家咨询制度欠缺。出口管制的物项多为高科技产品和技术，因此出口管制工作具有相当的专业性和复杂性，诸如管制清单的审定和修改、许可证的审批、管制效果的评估均离需要不同专业领域的智力支持。虽然我国立法对建立专家咨询委员会已有原则性规定，但欠缺具体的操作细则[1635]；对促进企业遵守的培训不足。出口管制的有效性不仅取决于立法的完善和执法的严格，也取决于本国企业对出口管制法律体系的知悉、理解与自愿遵守。目前我国在该方面的制度意识和制度建设情况尚亟待提高。

（二）重构我国出口管制法律体系的建议

我国应重构现有的出口管制法律体系，建立以维护国家安全为基本立法目标，以《出口管制法》、《出口管制条例》和《出口管制清单》为基础，涵盖行政管理机构、执法机构和专家咨询机构的新制度体系。

1. 制定《出口管制法》，明确出口管制的立法目标并确立出口管制的基本制度。

我国应制定一部统一的《出口管制法》，将国家安全确立为首要的立法目标。国家安全

1634 例如商务部开通了两用物项和技术进出口管制政务平台（http://exctrl.ec.com.cn/tecp/corp_index.jsp），实现了出口许可证和出口经营资格的网上申请、审查和批复，并通过与海关系统联网，保障了审批数据的安全和对出口情况的实时监控。商务部发布的《2015 年出口许可证管理货物目录》指出，稀土、矾土、焦炭、钨及钨制品、碳化硅、锰、钼和氟石等资源产品的出口执行出口许可证管理，取消出口配额管理制。

1635 《核两用品及相关技术出口管制条例》第 21 条规定：商务部组织有关方面的专家组成核两用品及相关技术出口管制咨询委员会，承担核两用品及相关技术出口管制的咨询、评估、论证等工作。

本身是一个非常有弹性的概念。根据上文的分析可知，现行的 WTO 法律机制并未能对其做出界定或实质性解释。可以说，很大程度上，对国家安全的界定仍属各国自由裁量的范围。[1636]而在国际关系领域随着“非传统安全”等概念的引入，国家安全的外延得到进一步扩展。因此，以国家安全为首要立法目标，除可涵盖军事安全、政治安全外， 也可涵盖部分经济安全利益，其中包括对稀缺性自然资源的保护。例如美国的《出口管制法》即宣称在充分考虑出口管制对美国经济影响的基础上，在必要范围内限制货物和技术的出口，以实现捍卫国家安全、推进外交政策或履行国际义务以及防止稀有物资国内短缺的政策目标。[1637]除明确维护国家安全的立法目标外，《出口管制法》应确立许可证管理、清单控制、出口经营登记、专家咨询等基本制度。此外，《出口管制法》还应对我国出口管制的行政管理和执法监督予以授权，确立主导的行政管理机构和执法监督机构及其职责。对于出口管制的基本制度、行政管理和执法，《出口管制法》只做原则性规定，具体实施细则需要相应行政法规、规章、指南予以规定。

2. 整合出口管制清单，提高其全面性和技术性。 2014 年我国商务部和海关总署联合发布了《两用物项和技术进出口许可证管理目录》。[1638]该目录整合了我国之前在核、化学品等领域的多个管制清单，对提升清单质量和管制效率将发挥积极的作用。但考虑到出口管制与进口管制在政策目标上的差异，我国应将两用物项和技术进口清单和出口清单分立；鉴于越来越多的高科技产品并用于军事与民事，我国应考虑将两用物项和技术的出口管制清单与《军品出口管制清单》整合为一个清单，以避免两个清单间的重复和冲突，降低企业的许可证申请成本并为出口管制行政管理机构的整合奠定基础。实际上，整合清单、整合行政管理机构也是美国正在积极推进的出口管制改革内容。自 2009 年 8 月始，美国启动了对其出口管制体系的改革计划。改革的基本目标为建立单一的管制清单、单一的出口许可管理机构、单一的执法协调机构和单一的出口管制信息技术系统。2013 年 10 月 15 日，此项改革的成果之一——整合后的第一批出口管制清单生效。将原属《美国军品管制清单》（USML）第 VIII 项“飞机”，第 XIX 项“燃气涡轮发动机”，第 XVII 项“机密国防用品”和第 XXI 项“杂项”内容修订后，并入美国商务部的出口管制清单[1639]；我国在整合管制清单的同时，应对清单予以补充，将稀土等我国具有优势的战略资源、产品和技术以化整为零的方式并入清单。这一做法在《两用物项和技术进出口许可证管理目录》已有体现，但覆盖的稀土产品和技术还十分有限。[1640]我国应全面梳理以稀土元素为原料的产品和技术，将军用和军民两用的部分尽数列入管制清单。例如重稀土中的钬、镝是永磁体重要的组成部分，在军工等高科技领域用途广泛，可为导弹提供更为精准的制导系统，关乎国防安全。实际上，根据美国

1636 同前注 21, Olivia Q. Swaak-Goldman, pp. 361-371.

1637 See Section 3, Export Administration Act of 1979, 50 U.S.C. App. 2402.

1638 中华人民共和国商务部和中华人民共和国海关总署公告 2014 年第 96 号，http://aqygzj.mofcom.gov.cn/article/zcgz/201412/20141200854603.shtml,2015 年 1 月 5 日访问。

1639 See http://export.gov/ecr/eg_main_043652.asp, 2014 年 6 月 17 日访问。

1640 参见该目录第 42 项（氧化铒）、第 87 项（铈）、第 91 项（掺钕激光器）和第 109 项（氧化钇涂敷石墨）。

的智库研究报告显示，几乎所有的稀土元素在高科技军事技术上均有应用[1641]；此外，应在整合后的出口管制清单中增加“管制原因”一项内容，在每一项出口管制的产品和技术之后列明原因，包括国家安全、反恐、控制犯罪、防扩散、履行国际义务、维护地区稳定等。通过增加管制原因，可以强化管制措施与国家安全立法目标之间的关系。

3. 加强促进出口管制遵守的制度建设。相比于通过事后惩罚强迫管制对象遵守，通过事前培训等制度建设诱导其遵守显然更胜一筹。因此，我国应将促进企业[1642]对出口管制法规的遵守视为提高出口管制体系实施成效的重要组成部分。例如商务部产业安全与进出口管制局可联合行业协会设立多种培训项目，帮助企业熟悉出口管制法规、许可证申请流程和实施出口控制的政策目标；通过发布指南等形式，引导企业建立出口管制的内部控制机制；建立企业出口管制遵守记录，对于记录良好的企业在许可证申请的类别和程序方面给予便利措施；在两用物项和技术进出口管制政务平台的基础上，将负有出口许可证管理职责和执法职责的各个部、局的信息系统整合对接，实现信息分享，提高审批和执法的效率。在此基础上，将该政务平台拓展为包含促进遵守信息的双向互动平台。行政管理机构和执法机构可以通过该平台发布培训项目信息、执法信息、指南等文件或征求公众意见，公众可以通过该平台提出问题、建议，参与出口管制制度建设；制定建立出口管制专家咨询委员会的细则。该细则应至少涵盖专家咨询委员会成员的遴选（遴选的成员除应包括各专业领域的技术专家外，还应包括公共管理、法学专家及行业协会代表）、任期、职责、职权、工作程序的内容。

4. 谋求加入并推动多边出口管制机制、区域性出口管制机制的发展。多边出口管制机制旨在协调管制标准，加强管制合作，从而有利于加强本国出口管制体系的效力范围。另一方面，在美国严控对华高科技产品出口，并积极谋求强化多边出口管制机制的情况下，我国加入多边出口管制机制，才能参与并影响规则的制定和修订。在现有的四个多边出口管制机制中，我国已加入核供应国集团，近年也与澳大利亚集团和瓦森纳安排展开磋商，保持较为积极的接触和交流。[1643]目前我国相关立法在物项控制清单方面，与上述机制的覆盖范围基本一致。但澳大利亚集团、瓦森纳安排和导弹及其技术控制机制均以共识为基础展开运作，新成员的加入必须经现有成员一致同意。[1644]因此，我国谋求加入上述机制的关键在于塑造现有成员对我国防扩散出口管制机制的观念认同。建议可以通过完善国内立法和执法、与单个成员签订双边协议、开展多种形式的交流与互动等途径来促进观念认同。此外，我国也应积极主导建立区域性出口管制机制。以上海经济合作组织、中国-东盟自由贸易区为依托，以促进地区稳定，反恐为切入点构建新的区域性出口管制机制，维护国家安全。

四、余言

1641 Valerie Bailey Grasso, Rare Earth Elements in National Defense: Background, Oversight Issues, and Options for Congress, Congressional Research Service, CRS Report R41744, Dec. 23, 2013, http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R41744.pdf, pp. 10-13.

1642 出口管制的对象除包括从事出口业务的企业外，还可能包括从事高科技产品和技术研发工作的研究院所、大学等机构。

1643 参见李根信、孙晋忠：《论中国的出口管制政策》，《国际问题研究》2007 年第 3 期，第 14 页。

1644 同前注⑦，Seema Gahlaut, p.8.

出口管制涉及国家安全利益和经济利益、公共利益和私人利益之间的冲突与平衡。如何在维护国家安全利益的同时，将对经济利益和私人利益的不利影响降到最低是几乎每个国家的出口管制体系都必须面临的关键性问题。我国也不例外。以限制稀土出口为例。稀土作为我国为数不多的优势战略资源，为国家安全和经济可持续发展计，必须限制其出口。但另一方面，稀土在高科技产业中应用广泛，限制稀土的出口将影响我国下游产业的发展。为减缓或抵消出口管制对经济利益和私人利益的中短期影响，我国在重构出口管制法律体系的过程中，也需同步强化其他支撑性制度，诸如建立稀土战略储备制度，打击稀土走私活动，整合、优化稀土产业结构等以缓解限制稀土出口对经济的不利影响。

On Rebuilding China's Export Regulation Regime

——Reflection on the Rare Earths Case under the WTO

HAN Yonghong
(Guangdong University of Foreign Studies, Guangzhou 510420, China)

Abstract: After the rare earths case, China's export control measures for natural resources seemingly come to a deadlock under the WTO regime. To satisfy the rigid demand for protecting national interests, this Article argues that China should not merely rely on the WTO regime. Instead, China should focus on rebuilding its national export regime based on national security. Specific proposals include enacting Export Regulation Act, integrating and upgrading export control lists, improving compliance with the existing export regulation regime and acceding to multilateral export regulation regime as well as promoting the development of regional export regulation regime.

Key words: export regulation; national security; WTO exceptions; licensing

作者简介：

韩永红，女，黑龙江省海林人，广东外语外贸大学副教授、法学博士，美国威斯康星大学——麦迪逊分校访问学者，研究方向为国际经济法。

联系方式：

电邮: unahan722@163.com

电话: 13710079817

地址: 广州白云大道北 2 号广东外语外贸大学商英学院国际经济法系 （邮编：510420）

论中国——东盟自贸区升级版的准入前国民待遇加负面清单模式

王一栋[1645]

【摘　要】准入前国民待遇加负面清单模式是我国在国际投资领域的最新尝试，我国在 2014 年 11 月的中国——东盟领导人会议上提出在中国——东盟自贸区（以下简称 CAFTA）升级版中以“准入前国民待遇加负面清单”的模式展开谈判。在此之前，我国基本坚持以准入后国民待遇加正面清单的模式对待外国投资，[1646]今后或许是以负面清单为主流，而正负清单的选择是衡量一国对待外资的重要指标。我国如何实现由“准入后”到“准入前”的行政审批模式的转换以及由“正”到“负”的外资监管理念的革新，将是这一问题的核心。本文将以 CAFTA 升级版的投资谈判为研究方向，并借鉴上海自贸区对有关问题的探索，试探讨我国在 CAFTA 谈判中实行准入前国民待遇加负面清单模式可能遇到的各类问题及相关对策。

【关键词】CAFTA 升级版；双边投资协定；准入前国民待遇；负面清单

1. 引言

我国在 2014 年 11 月提出，在 CAFTA 升级版中将以“准入前国民待遇加负面清单”的模式展开谈判，并力争在 2015 年内完成，这是继中美双边投资协定谈判之后，这一模式在我国作为当事方的双边投资协定中的又一次探索与实践。尽管已经是世界上对外资最具吸引力的经济体，[1647]我国在给予外资的待遇方面却始终束手束脚。自“入世”的十几年以来，我国并未在外资待遇领域进行过主动的、实质的创新，虽然期间有过一些法律的修改与变动，[1648]但基本方略仍是沿袭 WTO“正面清单”的模式进行有保留地逐步开放。可以说，从这

[1645] 作者系武汉大学边境与海洋研究院 2014 级博士研究生。

[1646] 我国最早进行的准入前国民待遇加负面清单模式的尝试是 2013 年启动的上海自贸区。

[1647] 根据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）发布的《全球投资趋势监测报告》显示，2013 年流入中国的外国直接投资达 1270 亿美元，稳居世界第二。而中国 2014 年吸收外资规模达 1196 亿美元（不含银行、证券、保险领域），同比增长 1.7%，外资流入量首次超过美国成为全球第一。

[1648] 为适应 WTO 规则的要求，从 2000 年开始，我国开始对与 WTO 相冲突的许多规定进行了新一轮的

一点上我国已经落后于世界的主流，[1649]也因此出现了“外商对华投资热情大减”的传言。可以说，准入前国民待遇加负面清单的模式具有重要而深远的意义。首先，从行政管理角度而言，将国家对外资的监管从设业（establishment）、营运（operation）阶段提前至准入前（pre-entry）的阶段，是实现国家对外资监管模式革新与行政理念转变的重要契机；其次，从发展角度而言，尽快实现从“正面清单”到“负面清单”的模式转变对于我国在新形势下吸引外资、刺激经济发展与优化产能结构具有直接意义；从国家“一带一路”战略角度而言，在 CAFTA 升级版的谈判过程中实现并完善准入前国民待遇加负面清单的投资合作模式，对于我国与作为“海上丝绸之路”第一站的东盟之间的投资贸易水平的提升以及整个战略构想的最终实现都有长久深远的历史意义。

2. 准入前国民待遇加负面清单模式述论

2.1 国民待遇概述与准入前国民待遇

国民待遇一般分为“准入前国民待遇”（pre-entry national treatment）与“准入后国民待遇”。由于国民待遇的核心理念在于 “外国人同本国国民在享受权利和承担义务方面享有同等地位”，[1650]因此无论是外资准入前还是准入后，一旦该国规定了国民待遇，则外国投资者与本国投资者享有同等地位和相同权利。国民待遇体现的是“人人平等”的法律理念。因此，准入前国民待遇与准入后国民待遇的区别就在于非东道国公民或法人对东道国特定领域进行投资时是否得享与东道国公民或法人在申请、审批与监管方面相同的权利，包括程序性权利与实体性权利。由于国际投资不仅涉及一国的经济发展，也关乎该国的政治安全，因此几乎所有国家都将对外资的监管视为国家主权的范畴。[1651]这一理念最早兴起于发展中国家，[1652]即使最初持强烈反对态度的美国和西欧发达国家也逐渐承认并接受了这一观点。

由此产生了对于外资准入时的审查与外资营运时的监管的“双重待遇标准”。发展中国家普遍采取的做法是对本国亟需发展的领域大力鼓励外资的流入并给予国民待遇甚至“超国民待遇”，以我国为例，我国在改革开放初期直至中期对外资企业在税收优惠、投资优惠、

调整、修订和废除。我国在较短的时间内完成了对很多法规的修改和废立包括 20 余部需全国人大审议的法律、2300 多部行政法规以及 19 万件地方法规或规章。

[1649] 目前世界上至少有 77 个国家采用了“准入前国民待遇＋负面清单”的外资管理模式，许多区域性贸易安排也采取了这种外资管理模式。

[1650] 姚梅镇：《国际投资法》（修订版），武汉大学出版社 1987 年版，第 331 页。

[1651] 胡加祥：《国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单》，上海交通大学学报（哲学社会科学版），2014 年第 1 期第 22 卷，第 66 页。

[1652] 拉美国家的“卡尔沃主义”就是典型的代表，其反对发达国家进行外交干预以使该国投资者享有超过东道国投资者的特权。有学者认为这种干涉属于干涉主权事务的一种。

外汇管理优惠等许多方面一直采取十分优惠的政策，这些优惠政策对于我国大量吸引外资和经济腾飞起了重要的作用。诚如西方学者所言，我国已经抛开其意识形态的对立，在其许多条约中吸纳赫尔原则，表明我国愿意尊重外国投资者的财产权，甚至超过本国国民的待遇标准。这个悖论不仅存在于发展中国家，而且也逐渐见诸发达国家的投资立法实践。[1653]笔者认为，这种现象表明了一国对于外资的态度，无论是发展中国家还是发达国家，都可能会以“最大的诚意”将其引入本国发展的薄弱领域或新型产业加以利用，因此一国对于国际投资监管的本质是将有利于本国经济发展同时又无损于本国政治、环境安全的外资通过行政手段加以引导，以最大限度地发挥外资对于本国经济发展的重要作用。[1654]因此，对于那些符合国计民生和本国发展规划的外资项目，各国均采取一种极为积极的态度，即准入后国民待遇制度甚至是准入后的超国民待遇制度。同时，我们也不难理解为何各国对于准入前国民待遇持审慎态度。其原因在于，首先，基于国家政治、环境安全因素的考量，由于目前大型跨国公司已经成为国际投资的主体，而大型跨国公司实力雄厚富可敌国，具备影响他国经济发展甚至政局稳定的能力，因此往往承载着母国的政治期望。[1655]如果不在外资进入本国时加以审查，一旦进入则很难通过行政手段加以控制。[1656]其次，从经济安全角度来看，如果不对外资企业进入的领域加以限制和审查，就会导致投资东道国当地的关键领域及核心部门可能因受到外资挤压而无法生存。经济命脉的掌控一直是一国独立自主的重要前提，涉及这一敏感领域的投资自然会遭到各国的抵制。正是基于上述原因，也就不难理解为何各国在准入前阶段并不能给予外资以与准入后相同程度的国民待遇，即双重待遇标准。

2.2 负面清单模式概述与问题分析

从各国吸引外资的实践来看，准入前国民待遇是将国民待遇提前至投资发生和建立前阶段，其核心是给予外资准入权。这种将国民待遇前置到准入阶段并不意味外资与内资在准入领域没有任何区别，为了方便外资更好地了解本国对外开放的领域，实现法律政策的透明化，各国通常的做法是在双边投资协定中以清单的方式对所开放的投资领域或禁止进入的部门进行列举或规定：前者即正面清单，而后者则是负面清单。从这个意义上讲，世上没有完全

[1653] 人们认为美国投资条约对外资的保护比美国国内法对外资的保护力度要大。参见 D. Schneiderman, Constitutionalising Economic Globalization (2007)。

[1654] 因此很多国家的外资监管法对于外资都有一定的行为要求（performance requirement）或者对外汇汇回权（the right of repatriation）的限制，其原理正是基于此。

[1655] 尽管存在个体投资者提起的投资争端，参见 Vacuum Salts v. Ghana。然而，很少有大型投资是由个体投资者进行的，尽管大型跨国公司往往为个人或家族所掌控。

[1656] M. Sornarajah (2010) The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, pp.240.

的准入前国民待遇，只有有限的准入前国民待遇。[1657]正面清单的列举相比负面清单的排除而言是非常有限的，因此对于重视外资监管的国家而言，正面清单往往是首选，尤其是在准入前阶段，它们需要在可以预知的部门对外资开放，对于未知领域是持禁止态度的。本文重点介绍负面清单模式。

负面清单模式（negative list mode）是指一国在引进外资的过程中，对与国民待遇不符或不予实行国民待遇的具体领域或部门以清单形式公开列明。[1658]负面清单模式相对于正面清单模式的优点在于公开性和预先性，即在外资准入阶段时就将国家有关外资进入领域及相关制度以排除的方式加以公开，方便外国投资者对相关投资领域深入了解，提前作出投资策略，同时减少了由于政策不公开而导致的“权力寻租”等腐败问题，有助于吸引外资的流入。[1659]而且，负面清单的预先性还体现在对于非列入清单的未来可能出现的投资领域，该国以默示的方式允许外国资本的流入，而无须再以正面列举的方式允许外资进入该领域。因此，负面清单往往与准入前的国民待遇相连，而准入后国民待遇往往不涉及负面清单问题，具体的国民待遇一般都是规定在东道国制定的外资立法或者签订的双边投资保护协定中。[1660]然而，负面清单模式所带来的问题也不容忽视：首先，实现负面清单管理模式不是简单地“由正转负”，即仅仅将原来的鼓励性、正面性规定转变为禁止类和限制类，而是要进一步对各部门各领域进行重新分析与评估，尽量缩短清单条目，放宽市场准入门槛，否则广泛列举、面面俱到的负面清单与正面清单无异。其次，负面清单模式的最大挑战在于，如果某一部门领域没有列入例外或者不符措施，可能会导致其潜在地受到来自外国投资竞争的损害。第三，“负面清单”对东道国民资产业和新兴产业的保护问题。如何制定出既体现我国产业保护的核心利益、又能够对一些战略新兴产业具有前瞻性的“负面清单”，并取得经济自由与经济安全之间的平衡将是一个巨大的挑战。[1661]

3. CAFTA 升级版的准入前国民待遇加负面清单模式探析

[1657] 胡加祥：《国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单》，上海交通大学学报（哲学社会科学版），2014 年第 1 期第 22 卷，第 67 页。

[1658] 现在公认的、运用负面清单的代表，,是 1994 年达成的《北美自由贸易协定》（NAFTA）。而在这之前,作为一种订立任何协议的谈判路径和技术，负面清单已经存在了数个世纪。十九世纪 30 年代，一个有关负面清单的标志性事件在德意志发生。当时的普鲁士在 1834 年领导并建立了德意志关税同盟(Zollverein)，加入同盟的 18 个德意志邦国,就用负面清单模式，订立彼此之间共同的贸易条约——同意开放所有进口市场、取消所有进口限制，除非列明不开放和不取消的。这很可能是负面清单在贸易投资协议上的首次运用。

[1659] 同[13]。

[1660] 准入后国民待遇往往在外商投资产业指导目录范围内由东道国给予外国投资国民待遇，世界上大多数国家在这个阶段一般都给予外资以国民待遇，以使内外资有同等的经营机会。

[1661] 盛斌，纪然：《国际投资协议中国民待遇原则与清单管理模式的比较研究及对中国的启示》[J]. 载《国际商务研究》，2015 年第 01 期，第 5-17 页。

3.1 CAFTA 升级版的准入前国民待遇加负面清单模式的因素分析

3.1.1 现状分析

目前，我国与东盟之间经贸规模的不断扩大。根据我国——东盟《全面经济合作框架协议》的约定，2015 年，我国将与越南、老挝、缅甸和柬埔寨四个东盟新成员国建成自由贸易区。按照《货物贸易协议》的规定，东盟新成员国将于 2015 年 1 月 1 日前实现对我国一轨正常产品零关税，2018 年 1 月 1 日前实现对我国二轨正常产品的零关税。与此同时，我国与东盟新老成员国也将分别于 2015-2020 年期间，落实对敏感产品的关税承诺，自由贸易区货物贸易领域自由化水平将进一步提升。随着 2012 年 1 月 1 日《服务贸易协议》第二批具体承诺和 2013 年 1 月 1 日《货物贸易协议》技术性贸易壁垒和卫生与植物卫生措施章节的生效，我国—东盟自由贸易区在服务贸易领域的开放度将进一步提高，非关税壁垒也将进一步消除。可以预见，随着自由贸易区自由化水平的提升，我国与东盟的经贸合作规模也将稳步扩大，2015 年，双边贸易额将达到 5000 亿美元的目标，服务贸易和双向投资也将实现新的突破。[1662]

3.1.2 经济因素

经济因素是 CAFTA 经贸合作水平的提高与我国产业结构升级的需要。由于我国的特殊国情，我国与东盟过去的投资协议中并不涉及准入前国民待遇问题和负面清单。因此，虽然在现有的五个东盟“10+1”自贸区中，CAFTA 的起步最早，但其经贸水平，尤其是投资领域的合作水平尚不足“韩国——东盟自贸区”与“澳新——东盟自贸区”的整体水平。[1663]

此外，原先的 CAFTA 框架下的投资协议旨在实现我国和东盟国家之间相互给予国民待遇。而 CAFTA 升级版的目标是自贸区内国家之间的双向待遇实现对等。因此一旦由我国发起准入前国民待遇的谈判以及负面清单的交换，就意味着我国有望在与东盟未来的合作中将全面推行外资准入前国民待遇加负面清单的模式。同时，一旦升级版自贸区协议达成，对于我国基建等领域企业“走出去”，争取新的经济增长点、化解国内过剩产能和实现产业的升级具有重要作用。

3.1.3 政治因素

政治因素包括“海上丝绸之路”战略的提出与东南亚格局的分析。自从我国提出“一带一路”战略以来，东盟国家始终积极响应，作为“海上丝绸之路”的第一站，我国与东盟之间的经贸合作水平直接关系到整个战略的水平与基准。随着南海争端的不断深入，我国与东

[1662] 数据来源：中国商务部。

[1663] 《中国——东盟自贸区升级需要创新思维》，中国贸易新闻网：http://www.chinatradenews.com.cn/html/zhongdianyuedu/2014/0507/7114.html，访问时间：2015 年 4 月 19 日。

盟之间的政治互信受到了一定的挑战。在这种背景下，以经贸合作淡化政治纠纷无疑是目前我国与东盟自贸区升级版的弦外之音。作为面对美日欧的“后方盟友”以及我国“一带一路”战略落实的突破口，东南亚的政治地位不言而喻。东南亚国家，尤其是马来半岛诸国，处于工业化的初期或中期，基础设施建设匮乏，我国对其进行投资的潜力十分巨大，无论从国家战略的落实还是我国西南方的繁荣稳定角度出发，以高水平的准入前国民待遇加负面清单模式提高双边的投资水平、进一步扩大双边的贸易规模，都具有十分重要的政治意义。

3.2 CAFTA 升级版有关准入前国民待遇加负面清单模式问题分析与前景展望

3.2.1 问题分析

问题 1：同为发展中方的我国与东盟，在待遇的选择与清单内容上是否会有很大的差异性？

对于这一问题，笔者认为有必要从该模式的历史沿袭与现状分析入手。负面清单经常与准入前国民待遇相提并论，因为准入前国民待遇往往是投资协定的缔约方最难接受的义务之一，[1664]也是最需要制定负面清单的义务之一。从各国缔约实践看，规定了准入前国民待遇的投资协定大都允许缔约方制定负面清单，而不承认准入前国民待遇的投资协定一般不采用负面清单模式。负面清单最早源于美国在二战后签订的友好通商航海条约。[1665]列表形式的负面清单出现于 20 世纪 80 年代美国对外缔结的第一代双边投资条约。1992 年签订、1994 年生效的北美自由贸易协定（NAFTA）深刻影响了美国后来缔结的国际投资协定。

在美国的推动下，负面清单模式不断扩散，逐渐成为国际投资规则发展的趋势。美国迄今与 46 个国家缔结的双边投资条约、与 20 个国家签订的包含投资章节的自由贸易协定，几乎都采用了负面清单模式。这些条约和协定的缔约另一方，既有加拿大、澳大利亚等发达国家，也有韩国、新加坡等新兴工业化国家，还有智利、刚果、卢旺达、孟加拉等发展中国家和最不发达国家。

从形式上看，多数国家的负面清单分为“措施列表”和“行业列表”。[1666]这类负面清单往往包括对现存不符措施[1667]进行详细地说明和具体规定。另一些国家，例如越南和日本在越日投资保护协定中的“措施列表”实际上仍表现为行业列表，即只列举了存在不符措施

[1664] 郝红梅：《探索准入前国民待遇加负面清单的外资管理模式》[J]. 载《中国经贸导刊》，2014 年第 10 期，第 26-28+36 页。

[1665] FCN 条约属于一个不同的时代，其所包含的许多特征不会被许多现代国家接受。他们提供了一套无限制的公司准入与创建的权利体系。这些条约提供了早期公司准入与创建的实例，这些都被现代条约规定所认可，如 NAFTA。参见 M. Sornarajah (2010) The International Law on Foreign Investment, *Cambridge University Press.*

[1666] 龚柏华：《中国(上海)自由贸易试验区外资准入“负面清单”模式法律分析》[J]. 载《世界贸易组织动态与研究》，2013 年第 06 版，第 23-32 页。

[1667] 此处的“不符措施”特指需要在清单上列明的不符合国民待遇的监管措施。

的行业，具体内容或在投资协定生效前另行通报。少数国家签订的投资协定只有一张“行业列表”，因为这些投资协定规定，所有的现存不符措施均豁免于国民待遇等义务，例如加拿大与泰国签订的投资协定就属于此类。从内容上看，各国的负面清单有长有短。美国——卢旺达投资协定中，“措施列表”分为非金融行业和金融行业两张表，共一揽子列出美国政府的 21 项现存的不符措施与各州现存的不符措施。值得注意的是，负面清单的长短与经济发展水平并无必然联系。例如，在日本与越南签订的投资保护协定中，日本的“行业列表”列出了 15 个行业，而越南只列出了 11 个行业。[1668]

因此，各国在负面清单中具体列出哪些现存不符措施，以及保留哪些行业将来采取不符措施，因国情不同而有很大差异。我国与东盟共处发展中世界，其有关准入前国民待遇的负面清单可以根据国情采取较为灵活的措施，并非必然在清单列表上实现双边的一一对应。鉴于 NAFTA“黄金十年”来双边贸易投资的发展现状，笔者建议双方在互信的基础上各自列出一份“行业列表”以及现存的不符措施。由于我国目前有关外商投资准入的政策犯规过于繁杂，多头管理、多层次立法、区域差异大、内容欠缺统一性、规范性，可以参照美国的经验，分别制定中央政府与地方各级政府的不符措施，并在短期内尽量加以整改和统一。而东盟各国国情具有差异，因此可以要求各国分别提交本国相关行业列表及现存不符措施。可以预见到，目前我国与东盟的投资合作领域仍然十分有限，然而在未来的发展趋势上，实现更少领域的负面清单是必然的发展趋势。

问题 2：如何预测 CAFTA 谈判中我国可能提出的负面清单？

对于当下的投资谈判，负面清单往往是各国的重要砝码。而在 CAFTA 升级版谈判中依然如此，各方都会坚持到最后才亮出自己的底牌。除了正在进行的 CAFTA 升级版投资协定谈判，我国还应该兼顾 WTO 多边贸易体制。虽然今后达成的 CAFTA 协定的内容可以比我国在世贸组织作出的承诺更加优惠，但是一旦在其他场合作出了类似承诺或制度安排，在今后的其他双边投资谈判与多边投资平台也就少了些许回旋的余地。因此，在 CAFTA 升级版投资谈判中的负面清单放弃越多，今后我国在各类双边和多边场合谈判中可供保留的领域就越有限。

我国目前国内经济行业共有 20 大门类 除了“社会组织”和“国际组织”不属于经济部

[1668] 韩亮：《20 世纪九十年代双边投资保护协定的发展及评价》[J]. 载《法学评论》，2001 年第 02 期，86-90 页。

门外，共有 18 个行业领域。[1669]笔者参照 2014 年上海自贸区公布的负面清单，大体可以推断我国在未来一段时间内在双边投资协定中有可能提出的负面清单范围。《我国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2014 年修订)》列举了 16 个行业门类，包括：（1）农、林、牧渔业；（2）采矿业；（3）制造业；（4）电力、热力、燃气及水生产和供应业；（5）建筑业；（6）批发和零售业；（7）交通运输、仓储和邮政业；（8）信息传输、软件和信息技术服务业；（9）金融业；（10）房地产业；（11）租赁和商务服务业；（12）科学研究和技术服务业；（13）水利、环境和公共设施管理业；（14）教育；（15）卫生和社会工作；（16）文化、体育和娱乐业。[1670]只有住宿与餐饮业和居民服务与其他服务业两个门类未列入负面清单。

从上海自贸区的负面清单范围可以总结为，第一，我国目前已经开始尝试负面清单的列举，但予以保留的领域仍然很多。在列举的行业领域中，有不少具体行业没有被列入，即给予外资进入这些领域准入前国民待遇；[1671]第二，从总体看，未被列入负面清单的大多是技术含量不高、外资不占优势的行业，反应我国目前对外资开放领域仍然十分有限，对很多领域准入前国民待遇加负面清单的态度依然十分谨慎。由此可以预测我国在 CAFTA 谈判中有可能提出的负面清单所应具有的特征：（1）仍以基础领域和核心领域为主。我国毕竟在负面清单的制定方面才刚刚起步，尽管面对的是发展程度同样不高的东盟诸国，考虑到我国在今后双边投资谈判中应保有的余地，负面清单的范围仍会涵盖相对较多的领域，且以关系国计民生的领域为主；（2）鉴于我国产业结构转型的需要，有可能针对目前存在产能过剩的领域与东盟展开针对性谈判，因此有可能这些领域所列举的行业及不符措施会更加具体。

3.2.2 模式评价与立法建议

目前，我国与东盟双方已经就 CAFTA 升级版的有关谈判事项展开了全面的起草与谈判工作。就双方现有的框架体系内，本文所探讨的这一模式究竟能走多远，仍然不得而知。但对于这种新模式的探索与实践的价值应予以肯定，同时对于此次谈判所可能达成的制度安排中所存在的隐患必须从国家层面予以重视。

[1669] 负面清单按照《国民经济行业分类及代码》（2011 年版）分类编制，包括 18 个行业门类。S 公共管理、社会保障和社会组织、T 国际组织 2 个行业门类不适用负面清单。

[1670] 除列明的外商投资准入特别管理措施，禁止（限制）外商投资国家以及中国缔结或者参加的国际条约规定禁止（限制）的产业，禁止外商投资危害国家安全和社会安全的项目，禁止从事损害社会公共利益的经营活动。

[1671] 除列明的外商投资准入特别管理措施，禁止（限制）外商投资国家以及中国缔结或者参加的国际条约规定禁止（限制）的产业，禁止外商投资危害国家安全和社会安全的项目，禁止从事损害社会公共利益的经营活动。

首先，这是我国外资监管理念的革新与对行政新模式的探索。从未来的发展趋势看，我国对外资的引导和利用也在发生着变化，从最初的利用外资扩大产业规模到引导外资促进自主创新能力的提升。这标志着我国利用外资已进入一个新的阶段。因此，在这一转折时期CAFTA 升级版谈判所带来新的战略思考和新的准入政策思路具有很强的现实意义。对于即将进行的中国——东盟自贸区升级版谈判，中方以积极主动的姿态提出希望以准入前国民待遇和负面清单模式为基础与东盟进行实质性磋商。这一做法是我国顺应时代潮流、借鉴国际通行规则，将外资准入管理理念从“准入后国民待遇”的“正面清单”转变为“准入前国民待遇”的“负面清单”，不论对监管部门还是投资主体均意义深远，既有利于以制度安排的方式降低外资准入的管理成本和企业经营成本，也使对外资的监管理念从“法无明文授权不可为”转为“法无明文禁止即自由”。CAFTA 升级版谋求在双边建立“负面清单”制度，实际上是在国际层面上制定出一个投资领域的双向“黑名单”，使得外国投资者对于投资底线有了清晰的预期。这不仅有助于 CAFTA 在“钻石十年”到来之际与国际投资自由化发展新动向的接轨，也有助于增强世界范围内投资者对华投资的信心与积极性，更重要的意义在于可以从根本上减少行政过程中可能存在的权力滥用和腐败现象，充分利用市场调控资本的流通，这是国际投资合作带给我国国内行政模式以根本转变的重大机遇与实践。

其次，在注重对东盟投资者负面开放的同时仍然不能放松对于国家产业安全的重视，这就反过来要求我国在与东盟谈判时仍要力主外资管辖权的合理行使而不能一味妥协。从美日等发达国家在全球化时代的各种产业保护政策及立法、司法实践的分析也可知，产业安全绝非伪命题，国家利益和产业安全从来就是这些国家投资立法和双边协定的基本指导精神。资本的市场化和全球化不仅无法超越国家利益，同时也无法完全自动地维护国家利益和产业安全。外资对国家产业安全的冲击与潜在威胁是一类新型的“市场失灵”。[1672]因此，一方面要坚持投资准入清单模式的转变，另一方面也要立足我国国情，在保证国家有能力控制部分重要行业的发展主导权的基础上，在 NAFTA 框架范围内，坚持保留我国对外资监管权的行使。

再次，我国要遵循国民待遇“渐次推行”的原则。[1673]尽管中国与东盟的双边直接投资在过去十年内迅猛发展，我国原来不少对外资采取限制和监管政策的法律法规在逐步减少，并强化对外资的保护。但我国依旧还是发展中国家，与发达国家相比仍有较大差距，不能立即承诺给予外资大范围的准入前国民待遇，即使是相对发展较为成熟的 CAFTA 框架内，投

[1672] 王晓妍：《贸易自由化与发展中国家产业安全问题研究》[D].东北财经大学，,2012 年。
[1673] 杨明：《外商投资领域国民待遇问题研究》[D].郑州大学，2013 年。

资条约实践也必须符合我国产业发展的承受能力。历史经验表明，一味地闭关自守或无限制的提前开放都会给国家的发展带来不可低估的副作用。哪些行业需要保护，哪些行业需要适度开放或完全开放，均应建立在统计数据及科学理论指导的基础上。因此，在外资准入的国民待遇问题上，必须循序渐进，在负面清单中所列举的内容既不过分强调民族企业的保护，也不过多、过快地追求高标准的国民待遇原则。

最后，我国要以主动和积极的姿态引导东盟投资者未来的资金流向。对我国而言，合理地引导东盟投资者在我国重要领域（如高新技术产业、海运业）以及我国投资者在东盟的优势领域（如劳动力密集型产业、基础设施建设项目）的投资有助于我国和东盟更广泛地参与国际分工，改变简单的互补性货物贸易结构，推动产业内分工，构建中国——东盟产业能源链条。诚如东盟各国所期望看到的那样，升级版的条款需要增加相应条款，提高贸易投资自由化、贸易便利化以及经济合作承诺水平，以便各成员国充分挖掘市场潜力。[1674]

4. 结语

可以说，中国——东盟自贸区升级版的准入前国民待遇加负面清单模式揭开了中国与东盟合作互利崭新的一页，我国在后多哈时代多边投资体制边缘化的背景下开始对新型外资监管与保护标准进行系统性实践，不仅有助于在目前经济发展放缓的情况下寻找新的经济增长点，以投资走向带动产业结构转变，加速实现融入国际市场经济与新型行政模式理念的革新，同时，对于中国各项国际级战略的开展，尤其是“丝绸之路经济带”的建设与亚洲基础设施投资银行，提供了潜在的资金支持，为其赢得了良好的国际环境与发展机遇。

5. 参考文献

I.中文文献

（i）期刊

[1]羌建新. 准入前国民待遇+负面清单管理:会给中国带来什么[J]. 世界知识,2014,01:60-61.

[2]胡加祥. 国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版),2014,01:65-73.

[3]张嵎喆,赵阳华. 我国外资市场准入管理的战略调整[J]. 经济纵横,2014,01:64-67.

[4]郝红梅. 探索准入前国民待遇加负面清单的外资管理模式[J]. 中国经贸导

[1674] 马来西亚前驻 WTO 大使苏普若玛尼曾表示，中国和东盟都有丰富的自然、技术、优势及人才资源，但协作互补不够，升级后的自贸区应构建并不断完善磋商机制以方便探讨新的自由化政策；政府层面加强合作，通过战略性干预以减少降低关税带来的损失并弥补市场机制的不足。

刊,2014,10:26-28+36.

[5]杨海坤. 中国(上海)自由贸易试验区负面清单的解读及其推广[J]. 江淮论坛,2014,03:5-11.

[6]史梦凝. 论我国外资管理模式的新发展[J]. 兰州教育学院学报,2014,07:51-53.

[7]王茜,张继,高锦涵. 构建开放型经济新体制问题研究——以上海自贸区为例[J]. WTO 经济导刊,2014,08:87-88.

[8]张竟文. 准入前国民待遇规则研究——以最惠国待遇为切入点[J]. 辽宁经济,2014,06:31-33.

[9]刘苇. BITs 中准入前国民待遇——基于中国国际投资市场身份的转变[J]. 河北法学,2014,11:173-178.

[10]庞明川,朱华,刘婧. 基于准入前国民待遇加负面清单管理的中国外资准入制度改革研究[J]. 宏观经济研究,2014,12:12-18+41.

[11]韩冰. 准入前国民待遇加负面清单模式:中美 BIT 对中国外资管理体制的影响[J]. 国际经济评论,2014,06:101-110+7.

[12]盛斌,纪然. 国际投资协议中国民待遇原则与清单管理模式的比较研究及对中国的启示[J]. 国际商务研究,2015,01:5-17.

[13]龚柏华. “法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”模式[J]. 东方法学,2013,06:137-141.

[14]任清. 负面清单:国际投资规则新趋势[J]. 中国中小企业,2013,12:70-71.

[15]杨志远,谭文君,张廷海. 中国(上海)自由贸易试验区服务业开放研究[J]. 经济学动态,2013,11:58-67.

[16]许维维. 我国“准入前国民待遇”制度研究——以上海自贸区为视角[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报,2014,04:122-124.

(ii)学位论文

[1]马进宝. 中国（上海）自由贸易试验区“负面清单”管理模式研究[D].天津师范大学,2014.

[2]陈瑜. 双边投资条约中外资准入阶段的国民待遇问题研究[D].南京师范大学,2014.

[3]王伊冰. 双边投资条约中投资者与东道国利益之平衡[D].浙江大学,2014.

[4]卓元卉. 投资准入中的负面清单问题研究[D].华东政法大学,2014.

[5]白雪. 中国 BITs 中的国民待遇问题探究[D].北京交通大学,2014.

[6]吕鑫. 准入前国民待遇探析[D].黑龙江大学,2014.

[7]曹广伟. 新世纪以来中国参与国际经济体系变革进程的平台运用研究[D].华中师范大

学,2014.

(iii)著作

[1]姚梅镇:《国际投资法》(修订版),武汉大学出版社 1987 年版。

(II)外文文献

[1]Zhen ZHAO,Shuyang OU. The Thinking of "Negative List" Management Mode Implemented by Administrative Approval System[J]. *Canadian Social Science*,2014,104.

[2]Patrik Söderholm. The political economy of a global ban on mercury-added products: positive versus negative list approaches[J]. *Journal of Cleaner Production*,2013.

[3]Patrik Söderholm. The political economy of a global ban on mercury-added products: positive versus negative list approaches[J]. *Journal of Cleaner Production*,2013,53.

[4]Andrew Shao. Global Market Entry Regulations for Nutraceuticals, Functional Foods, Dietary/Food/Health Supplements[J]. *Nutraceutical and Functional Food Regulations in the United States and Around the World*,2014.

[5]Frölich J C. [Positive lists/negative lists from the viewpoint of clinical pharmacology].[J]. *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung*,1998,917.

[6]M. Sornarajah. The International Law on Foreign Investment, *Cambridge University Press,*2010.

[7]UNTCAD's Global Investment Trends Monitor, released in mid-January 2014& 2015, see: www. unctad.org/ diae

完善 WTO 争端解决报复制度的再思考

——以发展中国家改革方案为视角

罗洁　梁玉楠

（中南财经政法大学 法学院 湖北 武汉 430073）

[摘要] WTO 争端解决的报复机制的本意是解决 DSB 裁决执行困难问题，但 WTO 二十年的实践表明，当发展中国家在面对发达国家时，报复机制并未能充分发挥此功能。为解决这一窘境，发展中国家提出了诸多改革提案。本文结合发展中国家在执行中面临的具体困境，从可行性和合法性对发展中国家的改革方案进行了深入评析，并在此基础上提出，以 WTO 争端解决机制全面改革为前提，可借鉴国内法实践，充分发挥判例法的作用来进一步完善发展中国家的改革方案。

[关键词] WTO 报复机制；改革；发展中国家

[中图分类号] D996.1

自乌拉圭回合贸易谈判之后，WTO 争端解决机制经过了 11 年的准司法化发展，建立了“履行——补偿——报复”(a Compliance-Compensation-Retaliation Model) 的贸易争端解决模式[1675]，取得了《关税与贸易总协定》（GATT）时代没有的成绩，被誉为“世贸组织皇冠上的明珠”[1676]。其中，报复机制首次将国际公法的报复措施（countermeasures）引入国际经济法领域，被称为《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）[1677]的一项创举。但在发展中国家对报复制度的实践中，出现了报复力度与预期不符、造成 WTO 成员间实质性不平等等一系列问题。

[1675] DSU 第 21.1 条倡导成员方迅速履行 DSB 的建议或裁决。专家组或上诉机构有时会对成员方如何履行该裁决提出建议，但更多时候他们更愿意给予相关成员方自由裁量权。阿根廷在牛皮皮革案（DS155）中对于裁决的履行（compliance）给出了很好的定义：裁决的履行是个具有特定内容的技术性概念，意味着败诉方要么“完全撤销该措施”，要么“对该措施的违法部分进行修正”。

[1676] 余敏友．WTO 争端解决机制 12 年的成就与问题及其对我国的启示．WTO 法与中国论丛（2008 年卷）．2008 版．知识产权出版社．2008.

[1677] 全称为：Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，以下简称 DSU。

一、发展中国家在“报复措施”实施中面临的困境

依据 DSU 的行文，“报复措施”被界定为“中止减让和其它义务” 或“适当的反制措施”。败诉方在执行裁决的合理期限过后仍不执行，且双方未能就此达成补偿协议，胜诉方可向 WTO 争端解决机构（DSB）申请，在得到 DSB 的授权的前提下，展开平行报复（parallel retaliation）、跨部门报复（cross-sector retaliation）或跨协议报复（cross-agreement retaliation）措施[1678]。尽管 WTO 贸易报复机制相较于 GATT 时代，在威慑力、确定性和公平性上有着很大的提升，但由于其整个制度设置，是基于报复成员与不履行裁决成员的实力相当的前提。当放到成员实力参差不齐的国际现实中，实力较弱方往往会感到力不从心，难以报复。比如在欧共体荷尔蒙案、欧共体香蕉案、美国国外销售公司案和美国伯德修正案 4 起案件中，美国、欧盟、加拿大和日本等发达国家采取了报复措施，但巴西、厄瓜多尔、安提瓜和巴布达岛等发展中国家则选择了放弃，即使他们获得了交叉报复授权。[3]

发展中国家最终选择不采取报复措施的原因，归根结底，是因为其与发达经济体之间的经济力量悬殊，因而采取报复措施所必定带来的负面影响，成为了其所不可承受之重。

（一）报复的“自我伤害（self-hurting）”特性难以承受

发展中国家往往对发达国家经济依赖较大，进口产品比较重要，实施报复后很难找到替代商品，易造成国内产品价格会上升，严重影响国内民生等负面影响，反而是胜诉的发展中国家受到更大的减损。[1679] 即使备受一些专家学者推崇的交叉报复的情况也并不值得乐观。发展中国家多选择的交叉报复领域为 TRIPS 协定，如在美国线上赌博案中，原告安提瓜被授予了可以在 TRIPS 第 2 部分第 1 节版权及相关权利、第 2 节的商标、第 4 节的工业设计、第 5 节的专利和第 7 节的未披露信息这些领域进行报复的权利。[1680] 发展中国家及一众学者都认为此种报复的负面影响最小：从发达国家的角度来看，知识产权产业是其重要的支柱产业，涉及到的利益集团多且有力，寻求保护并要求取消违反 WTO 协定的措施的推动力

[1678] DSU 第 22.3 条，其中跨部门报复和跨协议报复又统称为交叉报复（cross retaliation）。
[1679]王军．黎鹏．发展中国家在 WTO 争端解决机制中的劣势地位．边疆经济与文化．2005（9）：30-31
[1680] WTO．DISPUTE SETTLEMENT: DISPUTE DS285．https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm，2015-03-08

较大；从发展中国家的角度来看，对他国的知识产权保护减少给本国国民带来的影响较小，并可推动国内科技进步。

然而，现实是，迄今为止 DSB 授权的三起在 TRIPS 领域跨协定报复的争端，胜诉方都未进行报复。发展中国家对 TRIPS 协议下的交叉报复同样顾虑重重。首先，措施可能会受到发达国家知识产权法域外适用带来的阻碍，让非受减损产业的企业面临高额跨国诉讼，同时还可能在报复结束后，面临发达国家跨国企业提高专利费用等的反报复措施，这使得发展中国家国内的利益集团基础丧失。其次，受发展中国家自身科学技术水平和基础研发能力所限，可能由于不具备研发和生产被报复国受知识产权保护的产品的能力，而无法真正将 TRIPS 下的报复措施落到实处[1681]。最后，DSU 规定，申请报复方应承担举证责任，证明存在需要授权交叉报复的严重情节，并在被授权后，提交详细的报复方案及实施阶段的监管方案，以使报复措施严格符合授权。这其中的诉讼成本和行政成本也将成为阻碍发展中国家实施交叉报复的因素之一。

鉴于发展中国家在报复机制中受到的负面影响过大，获得的收益相较之显少，故而在权衡之下，发展中国家多放弃了实施报复措施，转向外交协商等非司法途径。在这一特性的影响下，报复措施并未给发展中国家带来实质平等。对此，众多学者表达了批评意见[1682]。

（二）内外利益集团夹攻发展中国家

利益集团理论对报复措施的可行性提出了另外一种解说。该理论认为，一个国家，或者说政客们采取什么样的贸易策略，并不是因为他们在理性地寻求福利最大化，而是因为他们受特殊行业利益的压力。基于此理论，WTO 执行救济机制的策略是让胜诉的成员方通过采取报复措施，使得被报复成员内部的利益集团受到影响。不堪重负的利益集团就会竭尽全力游说被报复国政府取消与 WTO 规定不一致的措施，来恢复自己的利益，从而恢复正常贸易秩序[1683]。例如在欧共体香蕉案中，美国于 1999 年 3 月 3 日，单方面对价值 1.92 亿美元的欧盟进口产品征收 100%的惩罚性关税，产品范围为欧洲工业部门的约 20 种关键产品。因受到来自强大的工业利益集团的巨大压力，2000 年 10 月欧盟委员会对现存的香蕉

[1681]薛狄．那力．在知识产权领域进行跨协定报复：发展中国家可用的武器．河北法学，2010,28（5）：85

[1682] 如 Kenneth W. Dam 教授在评价 GATT 下的报复制度时曾表示道：“尽管产业可以获得更大的保护，但消费者则不得不为受到报复的产品付出更多。”

[1683] 杜玉琼．WTO 贸易报复机制的实施——以利益集团理论为视角．现代法学，2012，34（1）：162-164

体制提出了新的建议，遵守了 DSB 的裁决。该报复措施的成功，是因为美国是欧盟最重要的市场之一。若任由高关税将欧洲的产品排除在美国之外，欧洲的工业将面临摧毁性的打击。

然而，当换成发展中国家的时候，情况就没那么明朗了。如美国线上赌博案中的涉案方，美国与安提瓜和巴布达。2013 年经联合国统计，两者之间的国内生产总值相差 1.4 万倍，美国对安提瓜和巴布达的出口几乎可以忽略不计。这代表着，若安提瓜和巴布达采取报复，对美国国内利益集团的影响同样微乎其微。对美国政府的决策产生影响，也几乎是不可能的。巴西在美国陆地棉案中，对这类困境做出了更一针见血的评价："不仅仅是棉花，整个农业在美国国内政治中占据了非常敏感的地位……棉花产业和其他农产品的游说团体会坚决维护美国政府对农业的支持体系。这使得本案及时、实质性地履行非常困难……美国是否履行裁决以及如何履行，将取决于国内游说团体和政府之间的博弈。"[1684]

此外，发展中国家内部同样存在着利益集团。近数十年来，发展中国家，尤其是最不发达国家为经济发展而大量吸引外资，各类产业都由发达国家通过直接或间接投资的方式把控。若采取惩罚性关税等报复措施，使得进口价格提高，损害到某一进口行业的利益，而该进口行业主要由发达国家资本投入的话，该利益集团可能会选择施压政府终止报复措施，而不是政府所期望的支持。

综上所述，从利益集团理论角度分析，发展中国家在实施报复措施时，在外难以撼动发达国家国内利益集团，在内可能面临外国利益集团的施压，处境十分艰难。

（三）存在效率违约的可能性

效率违约又称为有效违约，是以波斯纳为代表的美国经济分析法学派提出的一种违约理论，他认为"在有些情况下，一方当事人可能会仅仅由于其违约的收益将超出履约的预期收益而去冒违约的风险。如果一方的违约收益也将超过另一方履约的预期收益，并且对预期收益损失的损害赔偿是有限的，那就有违约的激励了。"[1685]

前文提及，发展中国家在面对发达国家时，因自身经济实力弱小，其采取的

[1684] 陈欣．WTO 执行救济机制存在的问题及其完善——基于发展中国家的视角．国际经济法学刊（第 19 卷第 3 期）. 第 1 版．2012：5. 引号内内容：Interview with Brazilian attorney, Geneva, May 20, 2005. See Joseph A. Conti, Between Law and Diplomacy-the Social Contexts of Disputing at the WTO, Stanford University Press, 2011: 140

[1685] 高波．面对 WTO 争端解决机制中的报复：遵从抑或效率违约．中国海洋大学学报，2014（5）：107

报复措施并不能给发达国家带来重大负面影响。发达国家在保持违约措施过程中将获得较大收益，此种收益会随着时间的推移，逐渐扩大。“巨无霸”们很轻易就能发现这一显而易见的事实，采取效率违约策略的可能性将大大提高。美国陆地棉案是很好的例证之一。胜诉方巴西于 2009 年 11 月 19 日得到 DSB 的报复授权，威胁将对美国采取广泛的报复措施。对此，美国主动选择了效率违约，于 2010 年 4 月 6 日与巴西达成一致，建立一个针对巴西棉花生产部门的，每年约 1.47 亿美元的技术援助基金，用以换取巴西暂时不对美国产品实行惩罚性关税的报复措施的承诺。

虽然胜诉方巴西从中获得了一定的补偿，但由于美国仍未取消给予国内棉花产品高额补贴的做法，这违背了 WTO 促进全球贸易自由化的原则，也违反了报复措施“引致遵从”的价值目标。效率违约策略的运用广泛地出现在发达国家和发展中国家的博弈之中，使得发展中国家中弥漫着消极情绪，认为即使实施了报复措施也会被效率违约，进而放弃报复授权。因此，如何提高发展中国家报复措施威慑力，有效地抑制发达国家效率违约也是 DSU 改革需要重点考虑的问题。

二、发展中国家对 DSU 改革的提议

为挽回发展中国家对 WTO 体制的信心，促进国际贸易自由化进一步发展，国际上呼吁 DSU 改革的呼声逐渐提高。对 DSU 的改革作为多哈回合关注的焦点问题之一，发展中国家成员方提交了不少针对上述问题的改革方案，主要有集体报复、可转让报复制度、可追溯性报复、简化交叉报复适用条件、强化补偿机制等，这些改革方案总体上可以划分为激进类改革方案和温和类改革方案。

（一）激进类改革方案

1．集体报复

非洲集团和海地等最不发达国家提出，建议 DSB 参照《联合国宪章》中的“集体责任原则”，将“自力救济”转变为“集体救济”，允许其他成员与胜诉方一起进行报复。

著名学者休德克、鲍威林、马夫若迪斯等人均对此表示赞同[1686]。赞同者认为其合理性有：首先，它直指现有的 WTO 执行救济机制中，发展中国家无法获

[1686] Rene Guilherme S．Medrado, Renegotiating remedies in the WTO: a multilateral approach．Wisconsin International Law Journal, 2004(22): 325

得真正救济的制度性缺陷。当发达国家采取效率违约时，发展中国家可以团结起来，共同报复，极大增强了报复措施的威胁力。另外，在现有的国际公法规则和WTO规则中，多边规则是主要趋势，单边规则是例外。引入集体报复制度后，报复机制将一改其单边规则的现状，不再与如今的多边体制脱钩。

反对者则认为，首先，该方案过于激进，易招致发达国家的强烈反对，成员间共识度较低。其次，实施方案的各项具体标准难以明确，，可能会引发适用混乱。再次，集体报复措施带有明显的惩罚性，与DSU的“成比例原则”[1687]和“引致遵从”价值目标相悖。最后，该方案并没有限定可以实施报复的其他成员的范围，鉴于报复措施可能招致的种种负面影响，在不存在双边或多边协定的情况下，第三国愿意与胜诉方一起进行报复，共担风险的可能性较小，缺乏可行性。

对于最后一项反对意见，有学者反驳道，虽然如今DSU的规定较明确地排除了惩罚性，但鉴于相关讨论是在修改DSU的背景下进行的，并且报复措施的实质是惩罚性还是补偿性，一直都处于争论之中，所以现有的DSU的规定不能作为判断集体报复方案合理性的依据。应在考虑集体报复方案的同时，对目前的“成比例原则”进行重新的审视[1688]。正如最不发达成员集团的提案中所建议的：“DSB在决定是否授权报复时，不应受传统的‘利益抵消或损害水平’原则的束缚。”[1689] 而对于参与争端方未限定会削弱可行性的质疑，有学者提出可将该范围限定在参与争端裁决的第三方。如此限定的理由有三：一是第三方的数量和范围易于DSB进行控制。二是可促进WTO成员国积极关注和参与争端解决事务。最重要的是，一国愿意进入案件成为第三方，往往与该案有一定的利害关系，可能有较大的意愿与胜诉方共同实行报复措施。

2．可转让报复制度

墨西哥认为，应允许成员方在救济问题，尤其是报复权利的问题上进行谈判，以使胜诉方的报复权利可以有偿转让给第三方行使。如达成一致欲转让，需由胜诉方与第三方共同向DSB申请，报复水平仍受成比例原则的限制。具体而言，这个方案是在DSU第22条终止减让之下创造一个新的可转让的权利条款，但同

[1687]成比例原则规定在DSU第22条第4款：“DSB授权的报复的水平应当与申请执行方的利益抵消或损害的水平相等。”从中推导出了采取报复措施的目标在于督促违约方履约，而不是惩罚违约方。

[1688] 杨鸿. 从集体报复措施的设想看WTO裁决的执行促进手段——结合相关修改提案进行的合理性与可行性分析．世界贸易组织动态与研究，2007（4）：37-39

[1689] TN/DS/W/17, para. 15．http://www.wto.org, 2015-3-9

时为保障这个转让权利条款能够顺利运作，还需要修改 DSU 第 3.7 条关于争端解决各项执行措施的一般规定，以及 22.7 条、22.8 条关于具体执行终止减让的规定，同时还需要考虑删去第 22.3 条中的原则问题的规定[1690]。

墨西哥及其赞同者认为，这种制度有以下三个优点：第一，愿意用一定利益换取报复权利的第三方，肯定具有进行报复的意愿和一定的报复实力。第二，如果允许报复权有偿转让，胜诉却束手无策的发展中国家和最不发达国家可以从中获得一定补偿，第三方成员则能通过采取报复措施来获得其所期望的利益，并督促被报复国履约。第三，确实存在第三方成员迫于国内的压力，可能会采取违反 WTO 协定的行动的情形。如此时第三方可从胜诉方处正当获得报复权，那么就可以避免又一次违反协定的情形发生，随之而来可能产生的新的 WTO 争端及后续的仲裁都将可以避免[1691]。

尽管有如上所述的优势，但该方案仍遭到了智利、加拿大、菲律宾等成员方的反对。他们认为这样做会将“报复权”变成一个有价商品，随之会形成一个用于交易的市场，增添了 DSU 裁决执行的政治色彩。从利益集团角度分析，因为第三国内没有直接受减损的产业利益集团，促使第三方政府“购买”报复权的推动力将会是国内贸易保护主义团体，这将会提高世界贸易壁垒程度，同时还会引发更大规模的贸易战，给各国带来的损失远超过被报复方履约所带来的收益。另有反对意见指出，在普遍的观念中，报复权利并不是一项完整的权利，成员方被授权后，只可以对其所有和使用，而不能进行处分，即成员方只能选择报复或不报复，而不能选择转让。

（二）温和派改革方案

1．可追溯性报复

DSU 中并没有明确规定损害起算的时间，只因报复机制的价值目标在于“引致遵从”，故而实践中形成了合理期限届满时开始计算的惯例。合理期限为多长，专家们一直争论不休，最后确定了“可能的最短期限”原则，却屡屡被打破。由于在合理期限届满以前，因违约措施未取消而持续造成的减损不会被计算在报复

[1690] 刘筱萌．WTO 争端解决机制报复权利的转让问题初探//中国法学会世界贸易组织法研究会．《WTO 法与中国论坛》文集——中国法学会世界贸易组织法研究会年会论文集（八）．2009．上海：271．See also, Proposal by Mexico, Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding, Dispute Settlement Body Special Session, TN/DS/W/23, 4 November 2002, at para.5. And, Mateoo Diego-Femandez and Roberto Rios Herran, The Reform of the WTO Dispute Settlement Understanding: A Closer Look at the Mexican Proposal, 1 MANCHESTER J. INT'L ECON.L. 18 2004.

[1691] 杨杨．完善 WTO 争端解决机制的报复制度．华东政法大学专业学位硕士学位论文．2012：21

水平内。违约方寻求更长的合理期限或申请复审这类拖延履约的行为将没有任何成本。这对效率违约形成了很大的激励。为解决这一困境，墨西哥提出了将报复水平起算点提至合理期限结束之前，赋予报复措施可追溯性的改革方案。赞同者认为此项是完善 DSU 程序的建议而不是针对实体性问题，改动较小，且在某些反倾销和反补贴的案子[1692]中已适用追溯性报复，故而该方案更易于被成员国和 WTO 接受。起算时间提前，。报复水平相应提高，可增强报复威胁力。

此项改革建议争论的焦点集中在提前的时间具体为何。有提前到违约措施开始实施之时，或从成员方要求就该违反协定行为进行协商或专家组成立之时，或从裁决做出之时，又或从履行期届满之时等四种观点。多数学者赞成最后一种起算时间，原因在于：第一种起算时间较模糊，会给损害额度的计算增加难度。而第二、三种起算时间都在履行期内，败诉方并未明确表明拒绝履行，且成员方尚享有上诉的权利未行使。从履行期届满之时起算，首先，此时败诉方已经明确有了拒绝履行的意思表示，不会丧失公平性；其次，减少了败诉方通过合理期间拖延时间的激励，时间拖得越长，报复水平将越高。

2．简化交叉报复适用条件

上文提到，发展中国家多将交叉报复作为督促发达国家履行 DSB 裁决的有力手段，以避免在 GATT 和 GAT 下报复给本国带来的巨大负面效果。DSU 在原则上倾向于授权成员国使用平行报复，故为交叉报复设定了严苛的额外的适用条件。对此，古巴、洪都拉斯、印度等 9 国的共同提案建议，发展中国家应无需满足种种条件，就可以在任何领域内寻求报复，尤其是知识产权贸易领域。

反对意见则认为，若降低条件，容易造成交叉报复被滥用，损害世界贸易自由化进程。同时，还需对“发展中国家”这一概念进行明确定义。由于这一问题从 WTO 建立至今仍然没有被争论出结果，想要在短时间内明确定义并获得广泛共识，工作量巨大且几乎不可能完成。

实际上，目前的 DSU 实践不仅没有降低交叉报复的实施条件，反而有更严苛的趋势。根据 DSU 的规定，交叉报复的条件在实体上，要求证明平行报复不具有“可行性”或“有效性”，并要证明败诉方不履行裁决的情况足够严重。然而，DSU 中没有对“可行性”、“有效性”、“足够严重”下明确的定义。欧共体香

[1692] 如澳大利亚皮革案（Australia-Automotive Leather, DS126）

蕉案中仲裁员从字面上解释了二词：“可行性”是指“在实践中有用或可用”或“倾向于或适合采取措施的，而不是一种猜测”；“有效性”是指“报复方需要确保报复足够有力，并产生预期的效果，即报复能够促使执行方执行裁决”。对于“足够严重”的定义，仲裁人认为发展中国家与世界最大贸易方之间存在差异的事实，足以证明存在严重的报复不可行或无效[1693]。在证明责任上，仲裁人认为在“可行性”与“有效性”上，只需要证明满足一项即可，且并不要求胜诉方证明跨协定报复措施本身具有可行性与实效性。另外，考虑到胜诉方厄瓜多尔为发展中国家的事实，仲裁人在对待“有效性”的问题上，采取了“寻求对胜诉方损害最小的方法”这一做法。而在美国陆地棉案中，仲裁人强调“可行性”需包括法律上的不可行与事实上的不可行。对于“有效性”，仲裁员认为规则并不允许胜诉方选择最为有效的报复方式，仍然应当遵循其顺位关系，即否认了欧共体香蕉案中的“寻求最小损害方法”做法。除非胜诉方因报复措施的履行将导致对自身产生不相称的损害，以至于事实上其不会采取该措施的事实，达到显著的程度。否则不会被认定为无实效[1694]。从上述的发展变化中可以看出，仲裁人实际上通过细化判断标准，提高了援引交叉报复的条件。

但考虑到大多数发展中国家缺少必要的参与争端解决的人才和仲裁经验，难以负担高昂诉讼成本，且相较于在 GATT 和 GAT 下，在 TRIPS 下报复带来的自我损害确实较小也更有力等现实，从维护实体正义的角度出发，不少学者对该方案还是表示了赞同。

3．强化补偿机制

如前所述，WTO 建立的是“遵守——补偿——报复”的争端解决机制，但实践中，是将补偿和报复作为平行的两种方式，并通过规定只给予成员方短暂的 20 天进行补偿磋商，潜在地促使成员方首先使用报复手段[1695]。对此，厄瓜多尔建议将补偿由自愿转变为强制，将诉讼费用加入补偿水平的考虑。部分最不发达国家也表达了同样的建议。

目前 DSU 对补偿方式的限定为“双方可接受的方法”。在此前提下，成员方提出了贸易补偿和金钱补偿两种方式。当强制补偿为贸易补偿时，根据最惠国待

[1693] 傅星国．WTO 争端解决中“交叉报复”的案例分析．国际经济合作，2009（7）：71

[1694] 汪镕．跨 TRIPS 协定报复问题研究——以 WTO 的 3 个案例为起点．山东工商学院学报．2012，26（3）：102-103

[1695] 陈欣．WTO 执行救济机制存在的问题及其完善——基于发展中国家的视角．国际经济法学刊（第 19 卷第 3 期）．第 1 版．2012：6

遇原则，一国给予另一国一定的关税减让等贸易优惠，也将同时无差别地给予其他国家。反对者发表了对他国搭便车情况的担忧，这将使补偿国的损失远远大于应补偿的数额。此外，普遍来说，发展中国家的出口占发达国家的进口份额较少，在贸易补偿中往往得不到什么实质的好处。相较之下，金钱补偿有更多的赞同者。

赞同者列举了金钱补偿的优点。从法理上，符合 DSU 规定的“双方可接受的方法”。补偿水平仍受等比例原则限制，不具有惩罚性。同时金钱补偿可绕开最惠国待遇原则[1696]。从实际效果上，是一种直接有效的使发展中国家获得补偿的方式，发展中国家可将这笔补偿用于扶持受减损的产业。大额的直接财政支出，也可使发达国家内部的纳税人代替产业利益集团，成为督促其政府履约的力量。从过往经验上，日本酒税案、美国版权法第 110 节第 5 条案（DS160）[1697]都有适用金钱补偿的实践经验可供参考，目前部分区域性贸易协定中已引入了金钱补偿机制，其程序设置可供借鉴。基于上述优点，2008 年 7 月 DSB 特别会议主席案文在 DSU 第 22 条第 1 款中加入了这样一句话：“除非双方有其他安排，给予发展中国家成员的补偿应当采取货币形式。”[1698]

但对金钱补偿的担忧依然是存在的：第一，担忧经济强国可能会用金钱来换取违约措施的存续；第二，担忧败诉方拒绝支付补偿，胜诉方又无力有效报复时，DSU 中缺少促使其履行的机制。

三、对发展中国家改革方案完善的思考

（一）适当借鉴国内法实践经验

以美国的 P. Jessup、H. J. Steiner、D. F. Vagts、J. H. Jackson、A. F. Lowenfeld 和日本的樱井雅夫为代表的学者认为，国际经济法的内涵和外延已突破了国际公法单一门类或单一学科的局限，而涉及国际私法、国际商法以及各国的经济法、民商法等，形成了一种多门类、跨学科的边缘性综合体[1699]。因此，国际经济法中必然包含一定国内民商法的内容。那么，国内民商法的相关实践经验，也可以被

[1696] GATT 最惠国待遇条款规定，第三国享受同等待遇的对象是一国在关税、费用、以及征收关税和费用的手续的方面给予他国的利益、有待、特权或豁免。金钱补偿不认为被包括在内。

[1697] 在美国版权法第 110 节第 5 条案（DS160）中，美国作为败诉方，其版权法第 110 节第 5 条违反了《TRIPS 协定》，专家组裁定其对有关条款进行修改。由于美国未能履行裁决，欧共体与其达成双方均可接受的临时性解决方法：美国承诺在 3 年时间内每年向欧共体支付 1,219,900 欧元。See United States-Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU．WT/DS160/ARB25/1．April. 2 2015, p.34.

[1698] 宋俊荣．WTO 争端解决机制的报复措施．商业研究，2012（428）：210

[1699] 陈安主编．国际经济法学．第六版．北京：北京大学出版社．2013：18.

DSU 改革方案借鉴。

首先是可转让报复权方案，可以借鉴大陆法系民法中授权与转授权的思路[1700]来解析授权报复的策略：假设 A 国不履行 DSB 的裁决，DSB 为督促其履行，经 B 国申请，委托（授权）B 国督促 A 国履行，委托（授权）的事项是采取报复措施。此时 B 国出现了不可能完成委托事务的情形，经委托人 DSB 同意，该事务可转委托给有能力和意愿的 C 国完成。

从这一思路来考虑的话，部分成员方认为会形成一个“场外市场”的顾虑将消除，因为此时报复权将不再是一项权利，而是一种义务。但这可能会引起整个 DSU 执行救济程序的变革。并且，在普遍的有偿委托设计中，是由委托人支付给受托人报酬，而不是第三方。故而在这种思路的解读下，原方案设想中期望发展中国家胜诉方能获得一定补偿的愿望可能会需要设计其他的法律方案来进行阐明。

其次是可追溯性报复方案，可借鉴民法中的预期根本违约，为其适用设置前提条件：①败诉方在合理期限内没有采取执行措施；②败诉方明示或以自己的行为表示将不履行执行措施；③胜诉方有证据证明败诉方恶意履行裁决；④败诉方经过 DSU21.5 执行审查程序被认定为没有采取执行措施[1701]。将可溯性报复作为特例，将不会与“引致遵从”的价值目标发生冲突，反而会促使报复措施价值目标的实现。不过此时证明责任将会落到胜诉方的身上。若胜诉方为发展中国家和最不发达国家，可能会增加其诉讼成本。是否要进行举证责任倒置，可能是需要考虑的另一个问题。

最后是强化补偿机制方案，担忧存在效率违约是有道理的，但不能因噎废食。正如学者 William F. Davey 所言，如果没有这一制度，那些违反 WTO 协定的国家可能连金钱赔偿的代价都不需要付出[1702]。无力报复的发展中国家得不到任何补偿，损害却仍在持续扩大。针对此种担忧，民法的滞纳金设计思路可被引用：当 A 国支付了补偿却不撤销违约措施时，或根本不支付补偿时，可以对其增收滞纳

[1700] 如《中华人民共和国合同法》第四百条规定：“受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人。”

[1701] 张的日．浅析 WTO 争端解决机制之执行机制——兼评发展中国家应对策略．上海社会科学院研究生毕业学位论文．2011：35

[1702] 杨杨．完善 WTO 争端解决机制的报复制度．华东政法大学专业学位硕士学位论文．2012：24．See also, William F. Davey．The Sutherland Report on Dispute Settlement: A Comment．Journal of International Economic Law．2005, 8(2)：322

金，其数额随着时间的延长而增加。同时考虑纳入国际舆论谴责等措施，增加其违约的道德成本。

国内法与国际法一脉相承，却有着更长远广泛的实践，可供考察。适当借鉴其中的制度设计，另辟蹊径，会更易于寻找到增强改革方案可行性的完善方案，继续推动改革的前行。

（二）条约改革与判例改革双管齐下

当今世界被划分为两大法系：大陆法系、英美法系，为示公平，国际法和国际经济法中融入了两大法系的特点，其渊源有成文的及不成文的，其中不成文的渊源主要指国际惯例、习惯和法律原则。虽然根据《国际法院公约》第 38 条的规定，国际司法判例不是法律渊源，而是“可以使用作为确定法律原则的辅助资料”，即并未完全实行英美法系的“遵循先例”原则，但由于国际法院具有极大的权威性，其判例被事实上遵循并影响国际惯例、习惯和法律原则的发展。

与国际法院判例类似，WTO 裁决机构 DSB 的推理、解释和裁决虽然不是 WTO 法的法律渊源，也不具有约束各成员以及 WTO 裁决机构的法律效力，却因其权威性，被后来案件的裁决机构事实上遵循[1703]，影响事实上的判决。因此，从判例方式入手，采取渐进式的改革是可行的。例如，若 DSB 在日后的争端解决案件中，有可能逐步地适当降低交叉报复启动条件，将有助于推动的“简化交叉报复适用条件”的改革方案。这样的改动方式符合 WTO 体制判例法的特质，较温和，易于接受。若降低幅度过大引发巨大反弹时，负面影响只限于个案，而不是整个世界贸易。更重要的是，不会尖锐地直面“如何定义发展中国家”这一难题。

鉴于目前 WTO 法律机制以成文法为主要渊源，具体 DSU 条文改革的谈判仍应是“主战场”。运用判例方式进行辅助改革，其改革实践成果可作为成员国在主战场进行谈判的“弹药”，推进实体法改革进程。

（三）强调 DSU 全面改革的大前提

DSU 全面改革的大前提，意味着所有条文都有可商榷可改动的余地。现有的制度设计与其背后的价值目标、原则是互相匹配、互为表里的。表面的机制失效，有时实质上是背后的原则并不适用于实践情况。若继续用此类条文和原则对改革方案进行批评，会限制改革思路，不利于寻找更完善的改革方案。故而应从全面

[1703] 胡建国．WTO 争端解决裁决的国内效力问题研究．法学评论，2014（6）：146.

改革的大前提出发对此类条文和原则进行审视。

如讨论可追溯性报复改革方案和集体报复改革方案时，应首先对成比例原则进行重新的审视，看其是否能切实维护 WTO 体制内的正义。观察后发现，发展中国家在面对发达国家时，无法依据该原则获得正义，也无法实现报复措施原设想的价值目标。在这种情况下，应修改该原则，允许惩罚性的例外出现，以维护实质正义和价值目标的实现。但这种惩罚性应被设计为例外情况。若作为一般性原则，在发达国家报复发展中国家的情况下，由于报复水平提高，报复力度强化，发展中国家国内经济可能会濒临崩溃，本应恢复的正义则会再次失衡。

同样的对于可转让报复权改革方案，由于 DSU 中并没有明确的定义报复权的性质为何，学界也一直处于争论之中。故应将此性质问题一并进行讨论和明确，给予其完整的权利内容，而不是基于目前报复权权利内容不完整的事实，对此改革方案进行否定。当然，全面改革并不意味着改革没有底线。无论改革幅度多大，公平、平等、正义等自然法哲学仍是必须遵守且不可更改的最高法则。只有在符合此法则的基础上，言之有理，才可能获得绝大多数 WTO 成员国的支持。

总而言之，发展中国家在报复机制中，由于自身经济实力难以与发达国家抗衡，报复无效的同时，还要面对难以承受的负面影响。因此，DSU 的报复机制亟需强有力的改革。目前，虽然有巴厘岛一揽子协定出世，总体上来说多哈回合谈判的进展仍处于胶着状态，同样趋于停滞的还有 DSU 改革谈判。我们不妨另辟蹊径，专家组和上诉组成员可以从全面改革的大前提出发，去实践发展中国家成员提出的改革方案，运用裁定报告的形式，借鉴国内法相关实践经验，为恢复 WTO 体制应有的正义贡献一份力，使报复机制真正地为发展中国家和最不发达国家所用。

美国境外财产冻结交付令对中国金融机构的影响

对外经济贸易大学法学院　薛源

摘要：美国法院依据纽约州民事诉讼规则5225条对在纽约州设立分支的中国金融机构行使域外管辖权，发布境外财产冻结交付令，要求后者在全球范围内搜索判决项下债务人的财产，并交付到纽约州供判决执行，使后者承担高昂成本和巨大法律风险。独立实体原则与该规则的实施有着密切关系，近期纽约最高法院也表明了支持该原则的立场。但从长远看，一方面需要通过推翻判例或修改成文法将财产冻结交付令的适用地域限制在纽约州，另一方面需要我国与美国积极开展外交谈判，通过与美国的双边安排，以及联合其他国家通过多边途径，要求美国在双边条约或国际公约的框架下，尊重财产所在地国的管辖权，限制美国法律的域外管辖，为中国企业国际化争取有利环境。

关键词：境外财产冻结交付令；独立实体原则；中国金融机构

美国境外财产冻结交付令源自美国纽约州民事诉讼法5225条，该条允许判决项下债权人请求纽约法院命令判决项下债务人将财产交付到纽约供执行判决；不仅如此，通过特别程序还可以请求法院命令占有或保管判决项下债务人财产的银行或其他人将该财产冻结，以及交付到纽约以供执行判决。在纽约州最高法院2009年审理的科勒诉百慕大银行案（以下简称科勒案）中，法院认为该条可以适用于位于纽约州之外的财产，纽约法院可以命令判决项下债务人财产的占有或保管人将位于纽约州之外的财产冻结，以及交付到纽约用于执行判决。[1704]

纽约作为国际金融中心，外国主要银行大多都在此设有分支机构。因此该条虽仅为美国一个州的成文法条文，却对全球银行业有着深远影响。在科勒案之后，判决项下的债权人试图利用该判决追索在纽约设有分支的外国银行，包括我国银行位于纽约州之外的总部或分支持有的判决项下债务人的财产。

科勒案后，“独立实体原则”就成为保护跨国银行在纽约州之外的总部和分

[1704]Koehler v. Bank of Bermuda Ltd. 911 N.E.2d 825 (N.Y. 2009).

支不受纽约法院发布的财产冻结交付令约束的最后一道屏障。但该原则遭到判决项下债权人的质疑，他们主张科勒案废除了“独立实体原则”。在 2014 年 10 月摩托罗拉信用公司诉渣打银行案（以下简称摩托罗拉案）中，纽约最高法院明确肯定了“独立实体原则”在纽约州的效力，认为依据“独立实体原则”，判决项下债权人向占有或保管判决项下债务人财产银行的纽约分支送达冻结财产令不能产生冻结该银行外国分支持有的判决项下债务人财产的法律效果。[1705]

一、美国纽约州民事诉讼法 5225 条的域外效力

在科勒案中，马里兰州公民科勒在马里兰州法院就其前生意伙伴百慕大居民戴维•多德维尔取得缺席判决，多德维尔拥有某百慕大公司的股票存在百慕大银行位于百慕大的分支机构。科勒将其取得的马里兰州判决在纽约南区联邦地区法院登记，随后科勒启动程序，向百慕大银行在纽约的分支机构送达了执行书，并根据纽约州民事诉讼规则 5225 条的规定请求法院命令百慕大银行交付判决项下债务人的财产。百慕大银行最终同意接受纽约法院的对人管辖。纽约南区联邦地区驳回了科勒的申请，理由是股票权证在法院的属地管辖范围以外，法院无权追索位于该州之外的财产。科勒上诉到联邦第二巡回区上诉法院，该法院指出问题在于，位于纽约的法院是否可以命令接受其管辖的判决项下债务人财产的合法占有人交付其占有但并不位于纽约的财产。该法院认为成文法并没有禁止发出这种命令，并请纽约州最高法院决定位于纽约州的法院是否可以命令其有对人管辖权的银行向判决项下债权人交付判决项下债务人所有的位于纽约州之外的股票权证。纽约州最高法院以四票赞成三票反对就前述问题作出了肯定回复，认为百慕大银行作为判决项下债务人财产的合法占有人，法院可以命令其将财产从百慕大交付到纽约州。

科勒案认为法院依据纽约州民事诉讼法 5225 条发布境外财产冻结交付令是基于以下三点理由。其一，纽约州民事诉讼规则 5225 条规定的判决后执行措施仅需要法院对占有或保管判决项下债务人财产的第三人具有对人管辖权，不需要对被执行财产具有对物管辖权，即不需要被执行财产位于纽约州。根据纽约州民事诉讼规则 5225 条的措辞，冻结交付令针对的是人，而不是财产，因此冻结交付令涉及的程序是对人程序，其目的是要求某人将财产冻结交付给债权人。法院

[1705] Motorola Credit Corp. v. Standard Chartered Bank,24 N.Y.3d 149, 21 N.E.3d 223, N.Y.,2014.

区别了判决前临时措施和判决后执行措施，认为前者需要法院有对物管辖权，后者仅需要法院有对人管辖权。就判决前临时措施，法院仅能对位于州内的财产行使管辖权，而就判决后执行措施，如纽约法院对判决项下债务人、占有或保管判决项下债务人财产的第三人具有对人管辖权，就有权发布涉及位于州外财产的冻结交付命令。其二，纽约州民事诉讼规则 5225 条的措辞对于发布财产冻结交付令并没有规定明示的地域限制，因此应认定纽约州民事诉讼规则 5225 条可以适用于纽约州外的财产。法院认为立法机构如意图限制该成文法的地理适用范围，在成文法中加入相关限制的措辞是十分容易的。既然立法机构没有加入这样的措辞，就表明立法机构的意图是不限制该成文法的地理适用范围。其三，根据纽约州已确立的法律规则，可以强迫判决项下债务人交付其占有或控制的州外财产。而根据纽约州民事诉讼规则，法院命令判决项下债务人交付财产的权力，与命令占有或保管判决项下债权人财产的第三人冻结交付财产的权力并无实质区别，因此法院也可以命令占有或保管判决项下债权人财产的第三人冻结交付州外财产。

二、境外财产冻结交付令对国际公约的挑战

在科勒案后，纽约法院受理了多起案件，其特征是当事人及相关法律事实与纽约州毫无联系，本应向财产所在地法院申请承认和执行民事判决或国际商事仲裁裁决，但却选择向纽约法院提出申请，其寻求的救济范围也远超过科勒案，从科勒案要求交付指明的财产，扩大到在未查明第三人银行持有判决项下债务人任何特定财产的情况下，要求与基础争议无关的第三人银行在全球范围内搜寻判决项下债务人的财产，并交付到纽约州供执行判决。这些案件中判决项下的债权人是看中了纽约的国际金融中心地位，意图利用纽约州民事诉讼规则 5225 条，通过要求作为第三人的银行在全球范围内调查、冻结和交付被执行人的不特定财产，达到实现其债权的目的。[1706]

这些案件架空了包括《纽约公约》、《海牙送达公约》在内的国际公约，并给与基础争议无关的第三人银行造成沉重负担，并使其面临巨大法律风险。首先，根据纽约州民事诉讼规则 5225 条请求执行国际商事仲裁裁决的案件，表面上法院是依据《纽约公约》对国际商事仲裁裁决进行承认和执行，但其实质却与纽约

[1706]伦敦同样作为国际金融中心，英国最高法院则认为英国法院做出全球性第三方支付令缺乏管辖权依据。见 Koehler v. Bank of Bermuda Ltd.[R]. 911 N.E.2d 825 (N.Y. 2009).

公约的初衷背道而驰。《纽约公约》意图仲裁裁决的当事人向被执行人的财产所在地的法院申请仲裁裁决的承认和执行，尊重该地法院对被执行人财产的管辖权，而这些案件与纽约州没有实质联系，要执行的财产也不在纽约州，纽约法院依据纽约州民事诉讼规则 5225 条发布境外财产冻结交付令，剥夺了财产法院地的管辖权。其次，在这些案件中判决项下的债权人通过向第三人银行设在纽约的分支送达财产冻结交付令，企图约束第三人银行在外州或外国的总部或分支，逃避依据《海牙送达公约》进行域外送达的义务，并剥夺了第三人银行在外州或外国的总部或分支拒绝接受送达，即拒绝接受美国法院对其管辖的权利。再次，在这些案件中判决项下的债权人意图将其调查判决项下的债务人财产和到财产所在地法院申请承认和执行判决的成本转嫁给与基础争议无关的第三人银行，使其承担高昂成本，并面临违反相关国家银行保密、财产转移方面法律的风险，这对于与基础争议无关的第三人银行显然是不公平的。

三、“独立实体原则”对境外财产冻结交付令的限制

科勒案后，“独立实体原则”对跨国银行的重要性更加凸显。该原则是指，位于纽约州的银行分支就扣押财产或作为占有或保管判决项下债务人财产的第三人，被视为与纽约州之外的同一家银行的分支互为独立公司实体。因此判决项下的债权人不能通过向银行的纽约分支送达文件对纽约州之外的银行分支判决项下债务人账户进行冻结或要求后者交付判决项下债务人的财产。这一原则是基于三点理由，其一，国际礼让，位于外国的银行分支受到该外国法律、法规的规制，应尊重他国对位于该国银行分支的管辖权；其二，要求银行常规性的进行世界范围内的财产搜寻缺乏可行性并会产生巨大成本；其三，打破这一原则可能产生就同一财产相互冲突的法院判决。[1707]

但该原则遭到判决项下债权人的质疑，主张科勒案废除了“独立实体原则”。纽约州初级法院认为，除非立法将该原则废除或纽约州最高法院明确说明废除“独立实体原则”，该原则应当依然有效。联邦地区法院则对该原则是否依然有效存在分歧，有些法院在科勒案后质疑该原则的效力，有些则与纽约州法院采取同样观点认为“独立实体原则”在纽约州依然有效。鉴于该原则的存废对于全球

[1707]Geoffrey Sant, The Rejection of the Separate Entity Rule Validates the Separate Entity Rule. 65 SMU L. Rev. 813.P.814 (2012).

银行业的影响，国际银行家机构、纽约联邦储备银行、票据清算所协会都作为法庭之友敦促法院确认“独立实体原则”依然有效。

纽约最高法院在2014年10月摩托罗拉案中，表明了立场，明确肯定了“独立实体原则”在纽约州的效力，认为依据“独立实体原则”，判决项下债权人向占有或保管判决项下债务人财产银行的纽约分支送达冻结财产令不能产生冻结该银行外国分支持有的判决项下债务人财产的法律效果。纽约最高法院认为废除“独立实体原则”将在全球银行业造成严重后果，从而根本动摇纽约的世界金融中心地位。摩托罗拉案是纽约最高法院回复联邦第二巡回区上诉法院提请纽约最高法院回答的问题：即“独立实体原则”是否阻止判决项下债权人通过向占有或保管判决项下债务人财产银行的纽约分支送达财产冻结令实现冻结该银行外国分支持有的判决项下债务人财产的目的。联邦第二巡回区上诉法院在提请纽约最高法院回答上述问题的同时，还就同时审理的泰尔工程和销售有限责任企业诉中国银行案（以下简称泰尔企业案），提请纽约最高法院回答另一个问题：“独立实体原则”是否阻止判决项下债权人通过向占有或保管判决项下债务人财产银行的纽约分支送达财产交付令实现要求该银行外国分支交付其持有的判决项下债务人财产的目的。[1708]虽然这后一个问题因为该案当事人撤回诉讼请求而被撤回，但鉴于纽约最高法院就财产冻结令问题所表明的立场，我们有理由相信就财产交付令，纽约最高法院的态度也会是肯定“独立实体原则”的效力，判决项下债权人不能通过向占有或保管判决项下债务人财产银行的纽约分支送达财产交付令实现要求该银行外国分支交付其持有的判决项下债务人财产的目的。

四、境外财产冻结交付令对我国金融机构的影响实例

美国境外财产冻结交付令对我国金融机构的影响，以及“独立实体原则”对我国银行机构的重要性，从2010年在纽约州初审法院审理的三善航运公司诉中国银行案（以下简称三善公司案）中可见一斑。在该案中申请人韩国三善航运公司（以下简称三善公司）基于海事合同违约于2009年7月在伦敦取得了针对中国大陆的两个公司大连东展集团有限公司、北台钢铁进出口有限公司，以及一家香港公司香港东展物流有限公司等三个中国公司的仲裁裁决。三善公司本应根据《纽约公约》向中国法院申请承认和执行该仲裁裁决，但却选择向纽约南区联邦

[1708] Motorola Credit Corp. v. Standard Chartered Bank, 771 F.3d 160, C.A.2 (N.Y.),2014.

地区法院提出申请，该法院于 2010 年 3 月作出确认该仲裁裁决的判决。三善公司于 2010 年 4 月向纽约州初级法院提出申请，以所有在纽约设有分支的中国的银行，包括中国银行、交通银行、中国建设银行、招商银行、中国工商银行和中国农业银行为被申请人，请求法院执行该判决，命令这些银行向三善公司交付其可能持有的判决项下债务人位于纽约州外的财产。

与科勒案后的诸多案件相同，三善公司案也是当事人及相关法律事实与纽约州没有实质联系，三善公司也是在未查明作为被申请人的诸家中国的银行持有判决项下债务人的任何特定财产的情况下，就要求与基础争议无关的诸家银行在全球范围内搜寻判决项下债务人的财产，并交付到纽约州供执行判决。如果三善公司的请求得到支持，作为被申请人的中国的诸家银行就要承担在全球范围内搜寻银行保密信息、交付财产的繁重管理负担和高昂成本，以及违反中国及第三国法律的潜在风险。而且此案件后，世界各地判决项下的债权人都会争先效仿，给我国金融机构造成难以估量的商业和法律风险，给中国企业的国际化前景蒙上阴影。值得庆幸的是，纽约州初审法院法院驳回了三善公司的申请。法院认为科勒案并没有影响“独立实体原则”，该原则依然有效，法院不能对纽约州之外的银行总部或分支发布财产交付令。分析该判决，法院支持“独立实体原则”的理由主要有两点。首先，避免相互冲突的判决和国际礼让。扩大科勒案救济的范围将导致监管人、受托人或保管人持有的财产面临相互冲突的判决。为避免此种情况，针对某一财产的请求应当在一个法院解决，该法院应当是财产所在地法院。在该案的情况下纽约与基础争议毫无关系，外国法院将依据该法域的法律，而不是根据纽约州法律解释该法域的人对该法域财产的权利。如果不尊重外国法院的管辖权，纽约法院将沦为全球清算中心供判决项下债权人寻求执行与纽约毫无关系的请求。其次，减少作为第三人银行的负担和法律风险。就搜寻银行保密信息以满足范围极广的证据开示要求，交付金钱或其他财产，银行将承担繁重的管理负担和成本，并有违反当地法律的潜在风险。[1709]

尽管在三善公司案中，我国金融机构逃过一劫，但是由于“独立实体原则”的效力尚无定论，判决项下的债权人仍争先恐后，美国法院依据纽约州民事诉讼

[1709]在该案中，中国的诸家银行提供的中国法专家证言表明，中国法律禁止中国商业银行依据外国法院的命令披露中国的客户账户信息，禁止冻结这些账户或将这些账户中的资金转移给中国以外的判决项下债权人，违反这些法律将使银行的高管人员和雇员承担民事和刑事责任。

规则 5225 条对我国金融机构发布境外财产冻结交付令的威胁并未解除。在 2014 年联邦第二巡回区上诉法院审理的泰尔企业案中，判决项下债权人又申请法院命令我国中国银行交付其持有的判决项下债务人财产。在该案中，泰尔工程和销售有限责任企业（以下简称泰尔企业）就知识产权侵权在弗吉尼亚东区联邦地区法院针对六家中国和迪拜公司取得胜诉判决。联邦第四巡回区上诉法院部分支持了该判决，维持了陪审团 2600 万美元的裁决，但判决项下债务人拒绝执行判决。泰尔企业随后获悉中国银行持有判决项下债务人之一的财产，请求纽约南区联邦地区法院依据纽约州民事诉讼规则 5225 条对中国银行发出交付令，要求其交付在全球持有的任一判决项下债务人拥有利益的财产。中国银行纽约分支并未持有任何判决项下债务人的账号或财产，法院基于“独立实体原则”驳回了泰尔企业的申请。泰尔企业向联邦第二巡回区上诉法院提起上诉。鉴于纽约法院对“独立实体原则”效力的分歧，联邦第二巡回区上诉法院请纽约州最高法院决定以下问题：基于“独立实体原则”，判决项下债权人是否不得命令在纽约设有分支的占有或保管判决项下债务人财产的银行冻结或交付该银行外国分支持有的判决项下债务人财产。但后来案件当事人撤回诉讼请求，联邦第二巡回区上诉法院也撤回了请求纽约州最高法院决定的问题。[1710]

五、我国应对美国境外财产冻结交付令的建议

依据纽约州民事诉讼法 5225 条发布的境外财产冻结交付令使得我国金融机构处于较为被动的局面，在短时期内，只能采取个案应对的办法，通过主张依据“独立实体原则”，要求法院只能对我国金融机构的纽约分支发布财产冻结交付令。从长远看，应同时从内国克制和国际协调两方面限制纽约州民事诉讼规则的域外管辖，变被动为主动，为我国企业的国际化争取有利环境。

从内国克制方面来看，应当推动金融行业协会等相关利益集团说服立法机构修改纽约州民事诉讼规则，明确纽约州民事诉讼法 5225 条的地理适用范围，将其适用范围限制在位于纽约的财产。一方面可以尝试在有适当案件的情况下，联合金融行业协会请求纽约最高法院根据联邦最高法院的立场，重新考虑其在科勒案中的决定。鉴于纽约州民事诉讼规则 5225 条未对地理适用范围做出规定，应

[1710]Tire Engineering and Distribution L.L.C. v. Bank of China Ltd.[R].22 N.Y.3d 1152, 984 N.Y.S.2d 292.N.Y. 2014.

解释为立法机关没有清楚地表明其规制纽约州外行为的意图，从而推定立法机关没有意图规制纽约州外行为，因此该条只适用于位于纽约州的财产。另一方面，支持相关利益集团游说立法机关，修改纽约州民事诉讼规则 5225 条，将其适用范围明确限制于位于纽约州的财产。

从国际协调方面，通过与美国的双边安排，以及联合其他国家通过多边途径，要求美国在双边条约或国际公约的框架下，尊重财产所在地国的管辖权。首先，我国应积极促进相关外交谈判，争取通过双边协定，如司法协助协定，妥善解决纽约州民事诉讼规则 5225 条的域外管辖问题。其次，可以通过多边国际合作，联合其他国家督促美国检讨其域外管辖的做法，促使其切实遵守国际公约，尊重财产所在地国的管辖权。纽约州民事诉讼规则 5225 条域外管辖不符合对同一财产有诉求的其他利害关系人的预期，这些利害关系人本来预期通过在财产所在地的法院启动程序，却不得不时刻关注纽约法院是否发布财产冻结交付令，甚至被迫远赴纽约法院提出诉求以维护自己的利益。这就凸显出由财产所在地的法院一揽子解决相关财产争议的重要性。为此需要敦促美国修正其单边主义行为，遵循多边协议解决跨国争议的路径，尊重他国主权，并保护相关当事人的正当期望。

美国三角并购所得税法律制度的借鉴与启示

张春燕*

（外交学院，北京，100037）

【摘要】三角并购是国外非常普遍的一种并购方式，大多数国家都规定了专门税务处理规则，以保障那些具有相同经济实质的并购交易可享受相同的税收待遇。目前三角并购并未纳入我国的并购税收体系当中，借鉴美国严密细致的关于三角兼并、三角股权收购、三角资产收购的税收处理规则，对于完善我国的并购税收体系有着重要的现实意义。

【关键词】三角并购 所得税 美国税法典

一、问题的提出

近年来，随着我国企业优胜劣汰进程的加快，并购活动总体上呈现出增长势头强劲的趋势。根据普华永道最新发布的报告显示，2014 年我国的企业并购交易再创历史新高，各种类型的并购交易量及交易金额较之往年均增加了 55%。[1711] 与此同时，政府为了给企业营造良好的市场环境，充分发挥并购在产业整合中的作用，仅在 2014 年一年就先后颁布了《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》、《上市公司重大资产重组管理办法》、《关于修改〈上市公司收购管理办法〉的决定》等一系列推动并购市场发展的政策文件。2015 年初，为了进一步支持企业进行并购重组，财政部与国家税务总局联合发布了《关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》，随着这些文件的落实，未来我国企业的并购实践将会继续出现井喷式的发展。

---

*作者简介：外交学院国际法系，讲师。

[1711] 普华永道：2014 年中企并购交易创新高，环球网，http://finance.huanqiu.com/roll/2015-01/5534970.html，2015-01-29。

并购交易并不会仅仅发生在独立的当事人之间，大多数情形下还会涉及到母子公司或集团公司，即母公司作为控股公司不实际参与并购，而是授权新设立的子公司或是已经存在的子公司完成交易。这种并购方式在国外非常普遍，即所谓的“三角并购”。三角并购主要涉及三方当事人--目标公司、并购母公司以及实际实施并购的并购子公司；三角并购中使用的支付对价通常不是实际实施并购的并购子公司的股票，而是对并购子公司进行控制的并购母公司的股票。与直接并购相比，三角并购在形式上更具灵活性，不仅可使控股母公司利用子公司进行债务隔离，即在得到目标公司全部资产的同时，避免承担其潜在的义务；同时，实施三角并购无需获得控股母公司股东的同意，从而避免了公司法所规定的一系列烦琐复杂的表决程序。[1712]随着我国并购实践的迅速发展，如果不将三角并购纳入我国的并购税收体系中，必然会导致在经济实质上相同或类似的并购交易却不能享受同等的税收待遇，不仅会使纳税人无法对其行为的税收效果进行合理的预测，影响经济主体的自由和理性的选择，还会加大纳税人进行并购的税收成本及交易成本。

本文之所以以美国税法典为例证，深入探讨三角并购的税务处理规则，主要基于以下两点考虑：一是因为自 19 世纪末到 21 世纪初，全球范围内先后出现了五次并购浪潮。其中，前四次并购浪潮主要发生在美国，深刻地改变了美国的经济面貌，促成了美国企业结构的重大改变，使美国经济由原先的以中小型企业为主导转变为当前的主要由跨国公司构成的形式。[1713]在此过程中，美国的并购所得税制度经过长期的发展及修订，已形成较为完备的税法体系，税制结构成熟，立法意图明确，体现出严密、细致的特点，具有很强的操作性及实用性，被学者们誉为全球最为成熟且完善的企业并购税制。[1714]二是因为美国税法对于许多拉丁美洲国家、加拿大、日本等国都产生了深远的影响。[1715]这些国家的税法都对美国税法进行了不同程度的借鉴，在并购税收领域亦是如此。在这种情形下，分析并借鉴美国三角并购的所得税处理规则对于完善我国并购税收体系有着重要的现实意义。

[1712] 林德木著：《美国联邦公司并购税收制度研究》，科学出版社 2010 年版，第 76 页。

[1713] 帕特里克.A.高根著，顾苏秦、李朝晖译：《兼并、收购和公司重组（第四版）》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 29 页。

[1714] 林德木：“中美两国企业并购税制的比较研究”，载《税务与经济》2009 年第 4 期。

[1715] 维多克.瑟仁伊著：《比较税法》，北京大学出版社 2006 年版，第 29 页。

二、美国三角并购所得税处理规则的分析

美国税法对于三角并购的规定主要体现在《美国税法典》、《财政规章》以及《税收程序》等法律规范以及判例法中。

（一）三角并购的类型

根据美国税法典的规定，三角并购包括三角兼并、三角 B 型收购（股权收购）以及三角 C 型收购（资产收购）。其中，三角兼并包括两种形式，即前向三角兼并与反向三角兼并。在前向三角兼并中，实施兼并行为的是母公司控制下的子公司，但子公司以母公司的股票为支付对价兼并目标公司，兼并交易结束后，目标公司解散而并购子公司依然存续。与前向三角兼并不同的是，反向三角兼并结束后，目标公司依然存续，而实施并购的子公司宣告解散。三角股权收购与三角资产收购是指以目标公司的全部或部分股权或资产为收购标的三角并购，与普通的股权收购与资产收购不同的是，三角并购中实施收购的主体并不是并购公司，而是为并购之目的而新设立的子公司或已经存在的子公司。

三角并购还可以按照并购后目标公司是否清盘分为两种类型，即正向三角并购以及反向三角并购。一般是由拟对目标公司进行控制的并购方设立一个全资子公司，并将现金或其拥有的股份投入其中，再由该全资子公司对目标公司实施并购，并购交易后如果目标公司清盘并解散则为正向三角并购，如果目标公司在并购后依然存续而将子公司清盘的则是反向三角并购。但无论是正向三角并购还是反向三角并购，购买公司最终都可以达到实施并购的目的，即对目标公司进行控制。

（二）符合条件的三角并购可享受免税待遇

根据税法的可税性原理，并购交易是可税的。这是因为从被并购方的角度看，并购意味着要向并购公司转让资产、业务或股票以获取相应的经济利益；而从并购公司的角度看，并购则是指以一定的对价购买被并购公司的资产、业务或股票，以获得对方的经营能力或取得对方的控制权。既然并购交易是对纳税人所有权或者控制权的让渡，其中所涉及的转让及置换行为均应当依据税法的规则确认收益或损失，而纳税人在并购过程中所实现的所得也必然会成为所得税的征税对象。

尽管并购交易具有可税性，但美国同世界大多数国家一样，对并购交易的所得税处理区分了应税并购及免税并购。根据美国税法典，母公司不实际参与并购交易，而是由其控制的子公司对目标公司实施三角并购行为，如果符合税法所规定的法定条件即可享受免税待遇。[1716]这是因为，这些特殊的三角并购交易表现为权益投资者与其投资利益之间的联系并未割裂，其交易的增值部分体现在或者隐藏在非货币性交易性资产的入账价值中，这使得纳税人并没有显性的货币流入，因而不具有相应的纳税能力。[1717]在这种情形下，如果对纳税人进行征税，势必会使纳税人背负沉重的税收负担，进而阻碍并购交易的进行。同时，在此类并购交易中，权益投资者的资本仅发生了形式上的变动，而并没有改变其资本的实质。在并购交易后，权益投资者的资本依然保留在新公司当中，持有所有权的权益投资者依然可以继续参与新公司的成长。[1718]因此，应当对这类三角并购进行特殊的税务处理，即允许纳税人递延纳税，直至权益投资者的投资利益得以真正实现。

（三）免税三角并购的法定要件

美国税法典规定，符合下列要件的前向三角兼并可享受免税待遇：一是控股母公司对于作为实际参与并购的子公司具有控制权；[1719]二是并购公司获得目标公司几乎全部的资产（substantially all of the assets），并且目标公司不得在兼并前剥离并购公司不想要的资产；三是目标公司股东在兼并中获得的对价是控股母公司的股票（不限于具有表决权的股票），而非并购子公司的股票。同时，美国税法还允许并购子公司是基于兼并之目的而设立的，即并购子公司可以在兼并未开始实施时提前设立，也可以在母公司已对目标公司实施兼并之初设立。[1720]另外，国税局还允许并购公司在交易完成后将目标公司的资产向下转移给其控制下的子公司。[1721]也就是说，在免税的前向三角兼并中，目标公司可以被并购子公司兼并，也可以被控股母公司所兼并。

根据美国税法典第 368(a)(2)(E)条款，反向三角兼并（reverse triangular merger）的免税条件如下：一是控股母公司对于作为实际参与并购的子公司具有

1716 值得注意的是，但此处的“免税”并非真正意义上对纳税人的应纳税额直接进行免除，而是一种递延纳税的措施。即“免税”仅仅意味着对纳税人在并购交易中所发生的但并未实现的收益延迟纳税，而不是永久地免于课税。

1717 辛连珠：“论企业特殊性重组资产计税基础的确认原则”，载《税务与经济》2011 年第 2 期。

1718 姜浩著：《美国联邦公司税法制度研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 184 页。

1719 根据美国税法典，具有控制权的标准是指母公司持有子公司具有表决权的股票占到子公司总的具有表决权股票的 80%，并且持有其他种类的股票占到总数的至少 80%。See USA IRC S368(a)(2).

1720 USA Treas. Reg. S1.368-2(b)(2).

1721 USA Rev. Rul. 72-576 1972-2 C.B.217.

控制权；二是目标公司在兼并后继续存续，而并购子公司解散；三是目标公司在交易中获取的对价是控股母公司具有表决权的股票；四是目标公司在兼并后除收取的母公司的股票对价外，继续持有其在兼并前实质性的所有资产，并且持有并购子公司实质性的所有资产，但基于并购之目的，由控股母公司转移给并购子公司的资产除外；五是兼并后并购母公司取得对目标公司的控制权。[1722]美国税法允许在反向兼并之后，存续的目标公司不仅可以将所持有的全部或部分资产转移给其具有控制权的子公司，还可以连续向下转移，但如果目标公司在兼并中以本公司的资产换取股东所持有的本公司的股票，则其交换出去的那部分资产不应当再划归到其所持资产的范围之内。[1723]

从免税的法定要件以及享受的税收待遇来看，美国税法对于反向三角兼并的要求要比前向三角兼并严格，首先是前向三角兼并中对使用控股母公司的股票种类没有做特殊的要求，但在反向三角兼并中，税法要求支付对价应该是母公司的具有表决权的股票。另外，在反向三角兼并中不得采取渐进式的交易方式，否则会造成对母公司取得目标公司控制权要件的违背，这一点与在前向三角兼并中允许渐进式的收购方式有所不同。[1724]学者们对前向三角兼并与反向三角兼并适用不同的税收待遇颇有争议，甚至国会自己也曾在 1971 年的立法报告中指出，在相同的税收情境下，没有理由让前向三角兼并适用免税待遇，而将反向三角兼并视为应税行为。[1725]但在实践中，纳税人往往是基于一些非税因素的影响，如对目标公司法人人格继续存续下去的经济价值等事项的考量，影响着控股母公司到底是选择进行前向三角兼并还是实施反向三角兼并。[1726]

美国税法典中对于三角股权收购与三角资产收购的法定要件与直接股权收购与资产收购的要件类似，即三角股权收购也要求仅可用具有表决权的股票为对价，且要实现对目标公司的控制，唯一区别是三角并购要求收购公司在收购中使

[1722] USA IRC S368(a)(2).

[1723] USA Treas. Reg. S1.368-2(j)(3)(iii). 在实践中，并购母公司可能在反向三角兼并后对存续的目标公司再次进行向上兼并。国税局一般会对这一系列的交易适用多步骤交易原则进行认定，也即在税收上将反向三角兼并与随后的向上兼并合并为一个交易予以处理，将其视为控股母公司对目标公司的直接兼并，在税收上忽视并购子公司的存在。即使控股母公司是在并购子公司兼并目标公司之后才做出向上兼并的决定，国税局认为也应当将此类交易视为收购母公司以自身股票为对价直接收购目标公司的行为。See USA Private letter ruling 95-20-046, 1995. USA Private letter ruling 94-20-027, 1994.

[1724] 有学者认为，渐进式的反向三角兼并在交易实质上与 B 型股票收购相似，但美国税法典允许渐进式的股票收购行为的同时却不允许渐进式的反向三角兼并交易，这一规定让人难以理解。详见林德木著：《美国联邦公司并购税收制度研究》，科学出版社 2010 年版，第 81 页。

[1725] Tad Rava22ini, The Amalgamation Reorganization Provision: The Asymmetry in Treatment of Forward and Reverse Triangular Mergers and other Problems, Golden Gate University Law Review, 1996, 26:591.

[1726] 姜浩著：《美国联邦公司税法制度研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 200 页。

用的是其母公司的具有表决权的股票，而直接收购则要求在收购中使用收购公司自身的具表决权的股票。同时，在三角股权收购及资产收购中，收购公司不得混合使用自身的股票与母公司的股票。[1727]

三、结论及启示

有鉴于并购交易常会涉及到母子公司以及集团公司，大多数国家都会制订专门针对三角并购或是集团并购行为的税收制度，以保障那些具有相同经济实质的并购交易可以在相同的税收条件下进行。事实上，考虑到三角并购在美国等国家的税法中的重要地位，我国的立法者也曾准备将其写入重组规定之中。[1728]财政部与国家税务总局在 2008 年 6 月出台的《企业重组与清算的所得税处理办法（试行）征求意见稿》的第三条款规定“股权支付限定为本企业的股票”，但在同年 9 月的征求稿中又加入了“以其控股企业的股票”。[1729]在国家税务总局 2010 年第 4 号公告出台之前，学术界及实践界均认为财税【2009】59 号文借鉴了美国税法中关于免税三角并购的有关规定，因为该文件的第二条明确规定“股权支付是指企业重组中购买、换取资产的一方支付的对价中，以本企业或其控股企业的股权、股份作为支付的形式。”[1730]虽然文件中并没有明确 “控股企业”到底是指收购公司的母公司还是子公司，但仅从字面含义来看，大多数学者认为这里的“控股企业”应当指向收购公司的控股母公司。[1731]但之后的 2010 年第 4 号公告对该条文做了进一步的说明，将“控股企业”解释为“由本企业直接持有股份的企业”，也即 59 号文中指的仅是收购公司可以其所控制的子公司的股份而非其控股母公司的股份进行支付，从而将三角并购排除在免税并购待遇之外。

59 号文以及第 4 号公告出台至今已有近五年的时间了，目前中国经济正处于

[1727] USA Treas. Reg. S1.368-2(c).

[1728] 崔威：“企业重组税务规则起草过程的反思”，载《税法解释与判例评注》（第 1 卷），法律出版社 2010 年版，第 134 页。

[1729] 谢奕：《我国企业股权收购所得税法律问题研究》，中国政法大学硕士学位论文，2011 年 3 月。

[1730]详见财政部、国家税务总局《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税【2009】59 号）第二条。

[1731] 赵国庆：“以控股企业股权作为支付对价企业重组的特殊性税务处理”，载中华会计网校，http://www.chinaacc.com/new/635_796/2010_6_18_su350651351181601026165.shtml，2010-06-18.

转型调整期，为了促进产业优化升级、改善产业结构，政府不断出台新的政策积极鼓励企业的并购重组，同时，包括公司法、证券法在内的法律制度的调整和变迁，也使得许多新的并购模式正在被市场主体创造和实践。三角并购比直接并购更具灵活性，其优势在于可使控股母公司与收购资产相关的债务隔离，同时，又可以保留合并这种交易形式特有的商业优势。[1732]可以预见，在不久的将来，随着中国并购实践的发展，三角并购必然会大量涌现。有鉴于此，建议相关部门应尽快构建我国的三角并购税收制度。因为对于经济实质相同或相似的并购交易，不论纳税人是否采取了不同的技术手段，均应当给予同等的税收待遇，以避免税收制度对纳税人的并购动机造成扭曲，这既是税收公平原则的要求，也是税收中性原则的要求。

[1732] 崔威：“企业重组税务规则起草过程的反思”，载《税法解释与判例评注》（第 1 卷），法律出版社 2010 年版，第 134 页。

美国知识产权执法战略及中国应对

廖 丽[1733]

内容提要：在经济全球化、知识经济发展迅猛的时代，美国作为世界知识产权的最大输出国，开始从关注知识产权立法转向知识产权执法。美国不仅将知识产权执法纳入知识产权保护的衡量指标体系，而且在单边、双边和区域等层面不断加大知识产权执法力度，其推出的《反假冒贸易协定》（ACTA）和《跨太平洋伙伴关系协议》（TPP 协议），知识产权执法标准都远远超过 TRIPS 协定所规定的标准。面对美国强力推进超 TRIPS 知识产权执法的态势，我国应该采取有策略的因应之道，建立自己的知识产权执法衡量指标体系，本着“合作共赢”的态度，充分发挥非政府组织的作用，在提倡“知识产权立国”发展战略时，根据自身实际实施可持续发展战略。

主题词：知识产权执法；TRIPS 协定；超 TRIPS；TPP

Intellectual Property Enforcement in America: Strategy and China’s Response

LIAO Li (Wuhan University),

Abstract: With the rapid development of "Knowledge Economy" in the era of economic globalization, the United States is growing to be the world's largest exporter of intellectual property and beginning to turn its attentions from intellectual property legislation to intellectual property enforcement. Enforcement of intellectual property rights is not only incorporated into the evaluation system of intellectual property protection, but also continuously strengthened by the United States in various agreements of unilateral, bilateral and regional levels. This is highlighted especially in the latest “*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*” (ACTA) and *"Trans-Pacific Partnership Agreement"* (TPP), in which the standards of intellectual property enforcement are far

[1733] 本文受韩国高等教育财团基金（2014-2015）、武汉大学自主科研项目“后 TRIPS 时期国际知识产权执法比较研究”的资助。

廖丽，女，武汉大学法学院讲师、国际法所研究人员，法学博士，主要从事国际法、WTO 法、国际知识产权法研究。

beyond those required by *the TRIPS Agreement*. Facing the situation of TRIPS-Plus enforcement of intellectual property pushed by the United States, China should establish its own Index System of Intellectual Property Enforcement, cope with new strategies of "cooperative game" attitude, give full play to the role of non-governmental organizations, carry out scientific and rational strategies of intellectual property enforcement.

Key words: Intellectual Property Rights Enforcement; TRIPS Agreement; TRIPS-Plus; TPP

美国宪法第 1 条第 8 款规定，“为促进科学和实用技艺的进步，对作家和发明家的著作和发明，在一定期限内给予专利权的保障。”可见，美国在立宪之初就为美国社会经济的发展、科技的进步提供了一个完整的法律框架。美国对于知识产权的重视程度在全世界可以说是首屈一指，也是推行知识产权执法战略最重要的国家。美国是当今世界知识产权的最大输出国，其高科技产品遍布全球。美国认为世界上许多国家尤其是发展中国家在电子产品、药品、软件、出版物和录音制品等方面大量仿制其出口产品，极大损害了美国的经济利益，知识产权侵权行为对美国不仅造成了一定的经济损失，而且对人身安全也构成了威胁。美国司法委员会主席约翰·科尼尔斯（John Conyers）指出，“知识、创造和产业对于美国的经济强盛至关重要，而知识产权法律为鼓励新发明提供了重要动力。知识产权是美国经济增长的基础，但美国和全球日益增加的知识产权盗窃行为，正在威胁着美国未来的经济繁荣。保守的估计是，知识产权盗窃每年给美国经济造成的损失达 2 亿到 2.5 亿美元，损失 75 万份工作。不仅如此，知识产权盗窃还对公共健康与安全造成了威胁，因为处方药、食品、电器、汽车和飞机零部件等越来越多成为知识产权盗窃的目标。”[1734]

鉴于此，美国逐步在国内国际加强知识产权立法。随着 1883 年《巴黎公约》、1886 年《伯尔尼公约》的缔结、1891 年《马德里协定》的签订以及世界知识产权组织的成立，国际上有关知识产权的条约逐步趋于成熟，这些国际条约对于保护知识产权发挥着积极的作用。但是，其缺点和弱点也非常明显，最主要表现在：缺乏有效的权力以确保各国履行知识产权保护的国际义务，对于各国之间有关知识产权保护的争端也不能有效及时地予以解决。1994 年，作为乌拉圭回合谈判

[1734] Full Committee Markup Transcript of H.R. 4279, H.R. 5690, H.R 1650, H.R. 5593, and H.R. 4044, 4/30/08.

最重要的成果之一，《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS 协定）成为世界范围内涉及面广、保护力度大、制约力强的知识产权国际公约。除了实体性规范，TRIPS 协定对知识产权执法问题包括刑事、行政、民事、海关等执法机制以及临时措施等执法程序都做了具体规定，内容全面，可操作性强。至此，美国为维护其巨大的经济利益编织了一张严密的国际知识产权保护网。然而，后 TRIPS 时期，假冒盗版依然猖獗，美国的一些产业（如医药、音像、影视、软件）利益团体对此表示不满，在国际知识产权立法趋于完善的背景下，美国开始“步步紧逼”知识产权执法措施。本文拟从宏观层面分析美国加大知识产权执法的主要战略措施。美国不仅将知识产权执法纳入知识产权保护的衡量指标体系，而且在单边、双边和区域等层面不断加大知识产权执法力度，其推出的《反假冒贸易协定》（ACTA）和《跨太平洋伙伴关系协议》（TPP 协议），知识产权执法标准都远远超过 TRIPS 协定所规定的标准。

一、美国逐步将知识产权执法要素纳入衡量指标体系

很多学者和实践工作者认为强知识产权保护有利于促进经济的发展，有关知识产权保护对经济发展促进作用的研究比比皆是。但也有研究认为，在不同的制度选择背景下，知识产权保护会体现出不同的作用，而不仅仅表现为正效应（凯奇，20002；张维迎，2002；刘华，2004）。一些学者关注的焦点开始集中在于知识产权保护的效率衡量，力图采用经济学的微观模型解释知识产权保护的边界（施瓦茨，1974；刘茂林，1996；彭汉英，2000；吕薇，2004，邹薇，2004）。20 世纪 90 年代，一系列对知识产权保护进行量化的研究开始出现，如较有代表性的 Rapp 和 Rozek(1990)、Seyoum(1996)、Ginarte 和 Park(1997) 以及 Sherwood(1997)。其中，Rapp 和 Rozek 是最先对知识产权保护进行量化分析的学者，开启了量化知识产权保护的先河，随后不少学者在其文献中予以运用，如 Gould 和 Gruben（1996）[1735]、Oxley J E（1999）[1736]及 Smith P J（2001）[1737]。美

[1735] Gould, David M. and William C. Gruben, The Role of Intellectual Property Rights in Economic Growth, Journal of Development Economic, 1996, pp. 323-350.
[1736] Oxley J E, Institutional Environment and the Mechanisms of Governance: The Impact of Intellectual Property Protection on the Structure of Inter-firm Alliance, Journal of Economic Behavior & Organization, 1999, pp. 283-309.
[1737] Smith Pamela J, How Do Foreign Patent Rights Affect U.S Exports, Affiliate Sales, and Licenses? Journal of International Economics, 2001, pp. 311-439.

国政府同样也引用该文献以支撑其全球知识产权立场的证据[1738]。

Rapp 和 Rozek[1739]以专利法为例，通过设定 0 到 5 之间的分值评估 159 个国家的知识产权保护状况。0 代表一个国家不存在专利法，5 则代表一个国家的专利法完全满足美国商会建议的最低标准。

Rapp 和 Rozek 方法	
分值	衡量标准
0	无知识产权法
1	不充分的法律；无禁止盗版的法律
2	存在严重瑕疵的法律
3	存在瑕疵的法律，存在一部分实施性的法律
4	良好的法律
5	保护和实施性的法律完全满足美国商会建议的最低标准

Seyoum[1740]在其知识产权保护衡量指标体系中也使用了美国商会的最低标准。但是，其 0 到 3 分值的范围来源于对知识产权工作者的调查，通过分析实际工作者的回复以及既存的文献资料，Seyoum 的衡量标准包括四个变量，即专利、著作权、商标和商业秘密。

Ginarte 和 Park[1741]考察了自 1960 年到 1990 年 110 个国家的专利保护水平。相比以上两种方法，Ginarte 和 Park 提出了更为深入和细致的方法，把度量知识产权保护水平的指标划分为 5 个类别，即（1）保护的覆盖范围；（2）国际专利条约的参与；（3）权利丧失的保护；（4）实施机制；（5）保护期限。每个类别又包含若干度量指标，每个度量指标各占 1 分。

Ginarte 和 Park 方法		
（1）覆盖范围	是	否
药品专利	1	0

[1738] United States State Department, 1989-1995 (annual reports) Country Reports on Economic and Trade Practices, Superintendent of Documents: Washington DC.
[1739] Richard Rapp and Richard Rozek, “Benefits and Costs of Intellectual Property Protection in Developing Countries”, *Journal of World Trade*, Vol. 24, 1990, pp.75-102.
[1740] Seyoum, Belay, The Impact of Intellectual Property Rights on Foreign Direct Investment, Columbia Journal of World Business, Vol. 31, 1996, pp. 51-59.
[1741] Ginarte J C, Park W G, Determinants of paten rights: A cross-national study, Research Policy, 1997, pp 283-301.
[1741] Sherwood, Robert M, Intellectual Property Systems and Investment Stimulation: The Rating of Systems in Eighteen Developing Countries, IDEA, Vol. 37, 1997, pp. 261-370.

化学品专利	1	0
食品专利	1	0
动植物品种专利	1	0
医药器械专利	1	0
微生物沉淀物专利	1	0
实用新型专利	1	0
（2）国际专利条约的参与		
巴黎公约	1	0
专利各做条约	1	0
植物新品种保护公约	1	0
（3）权利丧失的保护		
专利的计划许可	1	0
专利的强制许可	1	0
专利撤销	1	0
（4）实施机制		
诉前禁令	1	0
连带责任	1	0
反向举证责任	1	0
（5）保护期限		
x≥20 年	1	
0≦x<20 年	x/20	

Ginarte 和 Park 方法虽然比之前 Rapp 和 Rozek 以及 Seyoum 的衡量方法更为细致、具体，但其仍然忽视了对知识产权执法的衡量。当然，对于司法制度比较健全的西方国家，采用静态指标（只评价一个国家是否制定了知识产权保护的相关法律）所度量出的保护水平与实际的保护水平不会出现显著的差异，但是，对于司法体系正在完善的转型期国家，如中国，由于立法与司法尚不完全同步，采用静态指标所度量出的保护水平与实际的保护水平可能并不一致。[1742]

[1742] 韩玉雄、李怀祖，《关于中国知识产权保护水平的定量分析》，载《科学学研究》，2005 年第 3 期，第 377 页。

Sherwood[1743]则通过对专业人士的个人调查进行评分。其设定的分值从 0 到 103 不等，评估了 18 个国家的知识产权保护。每个国家的评定条件来源于美国商会的标准，但其评定的相对分量则大多建立在作者的经验之上，而经验则来源于采访那些当地职业律师。

Sherwood 方法	
分值	衡量标准
25	执法
10	行政
实体法律（立法）	
12	著作权法
17	专利法
9	商标法
15	商业秘密法
6	动植物知识产权法
6	条约
100	总分
3	公众意识
3	额外分值的总数

上表可以看出，Sherwood 方法涵盖了有关知识产权的立法和执法指标。其中，执法衡量包括以下 8 个要素：司法独立；法官素质；执法的法律工具；有关知识产权概念的司法知识；检察官、警察以及海关的可信度；民事和刑事制裁；执法程序是否延误以及最终裁决是否透明。

以上研究方法对于评估各国知识产权保护提出了很多衡量标准，做出了很大贡献。但是，Rapp 和 Rozek 以专利为例的研究方法还是会存在以偏概全的缺陷，毕竟不是每个国家对待所有形式的知识产权一样，而且其他形式的知识产权对于经济的作用可能大于专利。该方法并不够精确，对于分值之间的差别很难判断，其中“不充分”的法律和“存在严重瑕疵”的法律，以及“良好”的法律和“完全满足最低标准”的法律之间的区分并不好确定，带有一定程度上的主观性。Rapp 和 Rozek、

[1743] Sherwood, Robert M, Intellectual Property Systems and Investment Stimulation: The Rating of Systems in Eighteen Developing Countries, IDEA, Vol. 37, 1997, pp. 261-370.

Seyoum 及 Ginarte 和 Park 方法也没有包括知识产权执法要素。Sherwood 方法则将涵盖 8 个要素的知识产权执法纳入衡量指标体系，但其问卷调查法的主观性和弱再现性也很难信服于人。不过，Sherwood 最重要的贡献还是在于其确定知识产权保护的衡量必须既包括立法指标，也包括执法指标。Sherwood（1997）指出一个国家可能拥有强法或弱法，但除非这些法律得以执行，否则对于知识产权所有者和投资者而言，其保护仍就不存在。

二、美国单边知识产权执法战略

基于知识产权保护对经济的重要性，美国不仅将知识产权执法要素纳入知识产权保护的衡量指标体系，实践中，美国在单边层面采取了一系列知识产权执法措施。

（一） 成立知识产权执法协调委员会，开展执法专项行动

1999 年，美国国会通过立法，宣布成立“全国知识产权执法协调委员会”（NIPLECC），作为贸易代表办公室、司法部、海关、商务部、专利商标局等部门之间的协调机制。NIPLECC 根据 2000 年《财政及政府总拨款法》成立，职责是在联邦和驻外机构之间协调国内国际知识产权执法，并就各部门协调活动的情况，向总统及参众两院的拨款和司法委员会提交年度报告。2005 年，国会又通过立法，设立了“国际知识产权执法协调员”（**Coordinator for International Intellectual Property Enforcement** ），其职责是协调联邦政府的资源，在美国国内外加强知识产权保护。其具体工作包括：与相关联邦机构进行协调，担任全国知识产权执法协调委员会主席，制订政策解决国际知识产权侵权问题，执行知识产权法律，在海外实施保护美国知识产权的战略。

2007 年，美国商会发起“联合打击假冒和盗版的知识产权执法行动”（简称“联合行动”），为美国所有其他知识产权执法活动奠定了基础工作，勾勒出了美国产业及政府当前所追求的全部策略。该活动主要包括六项具体行动：（1）增强联邦政府知识产权执法之间的合作。为达此目的，“联合行动”意在白宫指定一名知识产权执法官员（IP czar），2008 年 5 月，白宫代表通过《知识产权优化资源和组织法案》（PRO-IP 法案），并于 2009 年 10 月最终通过，该法案专门规定了知识产权执法官员的任命及具体职责。（2）着重强调打击假冒和盗版的边境执法。包

括增强信息共享能力、开发数据库以阻止嫌疑船只，资助更多机构和培训项目，授予海关和边境保护机构更多法律权限，对那些实质上促使假冒和盗版货物非法进入美国的进口商、出口商或其他相关方处以罚金，减少“个人使用”的例外规定以及禁止进口任何数量的，包括通过邮件或特快渠道的假冒或盗版产品。（3）加强打击“知识产权盗窃”的执法能力。包括提高对执法部门的资助（美国律师办公室、FBI、培训州和地区的执法），加强对造成身体伤害或死亡的假冒人员的刑事处罚力度，以及深化执法部门和产业的合作。（4）促进边境和海外执法机构和海关关员的合作。包括培训知识产权政府执法官员，在美国大使馆建立知识产权专员，以及增加对知识产权执法协调员的资助。另外，与美国贸易代表办公室联合使用普惠制（GSP）及区域贸易优惠项目以鼓励知识产权执法。（5）寻求建立法官处理假冒和盗版案的试行项目，以及制定针对复杂假冒犯罪予以三倍赔偿的制度。（6）举办全国范围内的提高消费者意识的活动，旨在提高消费者对假冒和盗版所造成危害的意识（包括在电视、广播电台、网络上刊登广告）。除此之外，还强调构建大学校园网以打击 P2P 网络行为，并资助那些在打击假冒方面取得最大成绩的校园。

（二） 实施《知识产权优化资源和组织法案》

2007 年 12 月 5 日，众议院司法委员会提交《2007 年优化知识产权资源和组织法案》(PRO-IP 法案)，供众议院讨论。2008 年 5 月 8 日，美国国会众议院以 410 票对 11 票的比分，通过了这一法案。2008 年 9 月 26 日，美国参议院也通过了这一法案。该法案于 2008 年 10 月 13 日经布什总统签署成为正式法令。

PRO-IP 法案总共五章。第一章和第二章是关于加强民事和刑事法律的内容，包括对假冒盗版行为加大处罚，统一没收程序，规定出口假货为非法，消除影响已注册版权执法的漏洞。第三章设立了知识产权执法代表，负责协调整个联邦政府的执法行动，并为全国知识产权执法制订“联合战略计划”。第四章和第五章加强了行政部门的能力，包括在司法部重组知识产权执法，增加调查和起诉犯罪的资源，设立知识产权执法协调员和增加知识产权专员。PRO-IP 法案加大知识产权执法的措施具体表现在：[1744]

[1744] Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act of 2008, PRO-IP Act H.R.4279.

（1） 加大民事执法力度。PRO-IP 法案第 103 条授权法院可以没收记录制造、销售或接受侵权产品的文件。法院应对请求人发现的任何记录下达保护令，保护令应依适当的程序以保证秘密信息。这意味着任何人只要在家免费下载了一首音乐，法院即可没收该电脑。第 104 条规定对于商标侵权的行为，无论是直接故意侵权行为，还是故意诱使他人实施侵权行为，抑或故意为他人提供货物或服务以便实施侵权的行为，法院应判处三倍的赔偿并且承担律师费。这使得三倍赔偿额的处罚规定不再只适用于直接故意行为，还包括引诱或帮助行为，扩宽了处罚的范围。第 105 条规定对于使用假冒商标的行为，法定赔偿额度从最低 500 美元增加到 1，000 美元，最高从 100，000 美元增加到 200，000 美元。这大大提高了民事处罚的力度，对于侵权人具有一定的遏制效应。

（2）强化刑事打击力度。美国目前版权方面的法律（18 U.S.C. 2319）规定，为商业利益或个人牟利的侵权、非商业目的但总零售值超过 1，000 美元的侵权和将未发布作品上传到公共计算机网络的侵权，这三种刑事侵权行为的重犯将受到加重处罚，但加重处罚只适用于重复同一种犯罪的行为。PRO-IP 法案第 201 条则规定，两次实施这三种犯罪中的任何一种行为，都被视为重犯，都应受到加重处罚。PRO-IP 法案扩宽了重犯的限定条件，加大了刑事打击力度。

（3）增加执法人员。PRO-IP 法案第 301 条规定在总统行政办公室设立“知识产权执法代表”，由总统任命，参议院建议并同意。在本法案制定两年内，应再任命至少 10 位知识产权专员服务于美国使馆及其他外交代表机构。第 521 条规定本法案制定后 180 日内，司法部部长应增加 5 位“国际知识产权执法协调员”。因此，美国国内专门负责知识产权执法的人员数量大量增加，处理知识产权执法的机构也相应增多。

（三）适用“337 条款”和“特殊 301 条款”

美国针对知识产权侵权行为，一方面通过“337 条款”在美国边境对侵犯美国知识产权的行为实施制裁；另一方面通过“特殊 301 条款”要求外国政府对美国的知识产权提供有效保护。

美国是最早实施知识产权边境保护的国家，美国 1930 年关税法第 337 节即对“进口贸易中的不公平做法”予以规范，成为知识产权边境保护的雏形。美国实施知识产权边境保护的执法主体主要是海关与边境保护局（CBP）和美国国际贸

易委员会(ITC)。美国海关与边境保护局于 2003 年 3 月 1 日成立，隶属国土安全部，统管边境执法，包括对知识产权实施边境保护。美国国际贸易委员会是在美国国会领导下的准司法机构，负责对违反“337 条款”的案件做出终局判决并采取相应的救济措施。美国“337 条款”是指 1994 年修订的 1988 年综合贸易竞争法（Omnibus Trade and Competition Act 1988）的第 1342 条，美国法典中为第 19 编第 1337 条。“337 条款”是美国贸易法的一条特殊条款，属于美国针对不公平的贸易行为采取的一种行政救济措施。337 条款规定的非法行为包括：“1、所有人、进口商、承销人（包括他们的代理人）将货物（非下属 2、3、4 所指货物）进口美国或销售中的不公平竞争方法和不公平做法，其效果破坏或实质损害美国产业，阻止美国产业的建立，或限制或垄断美国的贸易和商业；2、物品所有人、进口商、承销人（包括他们的代理人）对下述物品向美国的进口、为进口而销售或进口后在美国销售：（1）侵犯有效的可执行的美国专利或有效的可执行的美国版权的物品；或（2）利用有效的可执行的美国专利请求权包括的方法，制造、生产、加工或开采的物品；3、物品所有人、进口商、承销人（包括他们的代理人）对侵犯有效可执行的美国注册商标的物品向美国的进口、为进口而销售或在进口后在美国销售；4、有半导体芯片产品所有人、进口商、承销人（包括他们的代理人），以侵犯按照第 17 编第 9 章注册的掩膜作品（mask work）的方式，向美国进口、为进口而销售或进口后在美国销售。”[1745]“

此外，为保护美国企业在国外的知识产权，美国国会于 1988 年通过《综合贸易与竞争法》，修改制订了旨在保护美国知识产权的“特殊 301 条款”。“特殊 301 条款”的核心是确定在知识产权保护及其市场准入方面有问题的国家，采取有效的贸易措施，以改变有关国家在知识产权保护及其市场准入方面的状况，其目的是保障美国的知识产权在国外得到有效保护，保障依赖于知识产权保护的美国人公平而有效地进入外国市场。凡是在这方面有问题的国家，美国贸易代表都可以将其确定为“重点外国”，从而发起调查和实施贸易制裁。在“重点外国”之外，美国还在 1989 年的年度审查报告中创立了“重点观察名单”和“观察名单”，并在其后的报告中创立了“特别提及”和“其他观察”的名单。美国每年根据“特殊 301 条款”发布“特殊 301 报告”。2004 年 10 月，美国时任商务部部长埃文斯称，美国把

[1745] 19 U.S.C. § 1337, Unfair practices in import trade.

知识产权保护状况列为其承认中国市场经济地位需要讨论的重要问题之一。2008年关于中国知识产权执法的问题就占整个报告的15页，2014年发布的“特殊301报告”确定了10个“重点观察名单”、27个“观察名单”。[1746]中国再次列在全球10个“重点观察”的国家名单上，这是美国贸易代表办公室自1989年开始公布报告以来，中国连续第25年被列入“重点观察名单”。除中国外，智利、印度、印度尼西亚、泰国、土耳其也每年都上榜。[1747]“特殊301条款”虽然不是美国和发展中国家之间签订的涵盖超TRIPS条款的正式协定，但同样会造成超TRIPS的结果，因为发展中国家为避免遭受美国基于“特殊301条款”而采取的报复措施，会在国内主动适用超TRIPS条款。

三、美国双边和区域层面的知识产权执法战略

（一）签订双边自由贸易协定（FTAs）

20世纪80年代以前，美国关注的主要是多边贸易协议。进入21世纪以来，美国开始积极投入到双边自由贸易协定的谈判中，美国双边主义是美国提高全球知识产权标准所采取策略的一部分，这一策略构成了多边标准制定之后双边浪潮。2004年，美国贸易谈判代表办公室声称：“我们的目标是在世界上通过强有力的法律和有效的执法措施控制盗版，并保证该保护随着未来技术的发展仍然有效……，有效的知识产权保护涉及海关、法院、检察院、警察以及高级政治官员的承诺。一个普遍的共识是抄袭即为盗窃，并且剥夺了财政部的税收……我们采取的主要工具既包括双边途径，也包括多边途径。”[1748] 美国对不同种类的双边协定都准备了模板。比如，美国与约旦签订的自由贸易协定就作为美国与智力和新加坡自由贸易协定谈判的范本。

迄今为止，美国已经与澳大利亚、智利、哥伦比亚、新加坡等国签订了双边自由贸易协定。[1749]美式FTAs关于知识产权的一般条款扩大了TRIPS协定项下的既定义务，削减了应考虑国家法律体制存在区别的灵活性条款。美式FTAs项下的执法措施比TRIPS协定项下的措施更为严格，其超TRIPS特征具体表现在

[1746] See 2014 Special 301 Report, USTR.
[1747] Ibid.
[1748] **Graham Dutfield**, “To copy is to steal”: TRIPS, (un)free trade agreements and the new intellectual property fundamentalism http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2006_1/dutfield/ last visited on February 28, 2015.
[1749] Free Trade Agreements, Office of the United States Trade Representative, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements last visited on March 5, 2015.

[1750]：（1）扩大边境知识产权执法保护范围。美国—澳大利亚自由贸易协定规定各成员应规定如果权利人要求主管机关中止放行嫌疑假冒或容易混淆的类似商标产品或盗版产品进入自由流通，则应提供充分的证据证明根据进口国法律，可初步推定权利持有人的知识产权受到侵犯，并提供货物的足够详细的说明以便成员的海关机构易于辨认。提供充分信息的要求不应不合理地阻碍程序的进行。[1751]TRIPS 协定只要求对嫌疑假冒盗版货物中止放行，但美式 FTAs 有时还包括容易混淆的类似商标产品，这扩大了执法保护范围。（2）明确中止货物放行的有效期限，限制 TRIPS 的灵活性。美式 FTAs 规定各成员方应规定中止货物放行的申请有效的期限应自申请之日起不少于一年或货物受版权或商标注册保护的期限，以期限短者为准。[1752]而 TRIPS 协定只规定主管机关应在一合理期限内告知申请人是否已受理其申请，如主管机关已确定海关采取行动的时限，则应将该时限通知申请人。3、扩大保证金的形式，有利于权利人。美式 FTAs 规定主管机关应有权要求权利人提供足以保护被告和主管机关并防止滥用的合理的保证金或同等的担保。此类保证金或同等的担保不得无理阻止对这些程序的援用。各成员方可规定此类保证金可以文件担保的形式，只要一旦货物被确定不是侵权产品，其能保证进口商或进口货物的所有人能避免因中止放行带来的任何损失或损害。[1753]保证金一般以金钱担保，若以文件担保的形式，会导致权利人滥用权利，增加权利人申请扣押货物的次数，妨碍货物的正常流通。4、对海关依职权行为不附加任何限制条件，扩大海关权限。美式 FTAs 规定各成员方应规定海关机构可以对嫌疑假冒商标或盗版的进口产品依职权发起行动，而不需要特别正式的起诉。[1754]TRIPS 协定则对海关依职权行为附加了一些限制条件。

（二）推动区域自由贸易协定

1. 《反假冒贸易协定》（ACTA）的出台

《反假冒贸易协定》（ACTA）最先由日本在 2005 年 6 月召开的 G8 峰会上介绍给其他成员。2005 年 11 月和 2007 年 1 月，《反假冒贸易协定》在日内瓦世界知识产权组织（WIPO）举办的第二届和第三届全球反假冒会议上被重新介绍。

[1750] 此处以边境知识产权执法措施为例。
[1751] Article 17.11.19 of the US-Australia Free Trade Agreement.
[1752] Ibid.
[1753] Ibid, Article 17.11.20.
[1754] Ibid, Article 17.11.22.

2007 年 10 月 23 日，即在 9 月 28 日 WIPO 通过《发展议程》不到一个月之后，美国、欧盟、日本和瑞士这些有着巨大知识产权利益的 WTO 成员即宣称要制订一项全新的全球知识产权执法标准协定——《反假冒贸易协定》（ACTA）。协定的目标是制订新而高的知识产权执法标准，并允许各国自愿加入。欧盟贸易委员曼德尔森指出，“新的国际反假冒协定将加强全球合作，建立新的国际规范，帮助创设新的全球知识产权执法的黄金标准（gold standard）。”[1755] ACTA 自一开始，谈判即采取秘密方式，美国政府则一直将 ACTA 谈判内容作为外国政府信息（foreign government information）即国家秘密对待。[1756]美国之前声称其试图以与澳大利亚、摩洛哥、新加坡签订的 FTA 中所涵盖的知识产权执法条款作为 ACTA 的模板。这些协定包括对具商业规模的蓄意假冒商标和盗版产品的刑事处罚措施、对商标和版权的边境措施、对所有知识产权（比如专利、商标、版权）的民事救济措施以及适当的限制性规定，从而保证与美国国内法一致。[1757]

根据 2011 年 4 月 ACTA 的最后文本，ACTA 总共包括六章，其知识产权执法也超出了 TRIPS 协定的规定。[1758]比如 ACTA 有关边境措施的要求明显超出了 TRIPS 协定的规定：海关当局不仅中止侵权嫌疑货物的进口，还包括出口及转运货物；对知识产权保护范围，从商标和版权扩展到除专利之外的任何 TRIPS 协定规定的知识产权；对小件托运中的商品也适用边境执法措施，扩大了执法的保护范围；从依照进口国的法律转到依照提供程序方即采取海关措施方的法律，为相关国家在海关中止转运货物[1759]提供了依据；不仅对进口货物，而且对出口、转运货物都可依职权行动，扩大了海关依职权行动的权限；另外，要求缔约方将其有限的资源用于建立专门专家，加强风险管理，提高公众意识以及考虑销毁侵权货物后的环境问题，明显加重了国家财力人力负担，如知识产权正义组织白皮书所言，“资助 ACTA 的来自纳税人的财政开销将会非常大，这将剥夺用于一般

[1755] European Commission seeks mandate to negotiate major new international anti-counterfeiting pact, IP/07/1573, Brussels, 23 October 2007.

[1756] 2003 年，布什总统在克林顿政府时期颁布的第 12958 号总统行政命令基础上修订的第 13292 号总统行政命令（Executive Order 13292）规定美国的国家秘密主要指有关国家领土安全、战略安全等利益的信息，包括外国政府信息。

[1757] Letter from the Honorable Ron Kirk, U.S. Trade Representative, to the Honorable Ron Wyden, U.S. Senator, January 28, 2009.

[1758] 具体参见余敏友、廖丽：《<反假冒贸易协定>的出台及其对国际知识产权执法的影响》，载《天津滨海法学》，2011 年 12 月版。

[1759] 因为依照进口国法律，可能该货物并不构成侵权，比如货物在 A 国和 B 国都不构成侵权，但在 C 国构成侵权，A 国出口该货物至 B 国，经 C 国中转，如果依照进口国法律，即 B 国法律，则不构成侵权，而一旦根据采取海关措施方法律即 C 国法律，则构成侵权。

公众需要（比如提供教育和减少饥饿）的匮乏资源。ACTA 将加重体制的负担，并将亟需的法律执法和海关资源由保护公共安全转移到私人利益上来。”[1760]

中国和印度在 2010 年 6 月的 TRIPS 理事会例会上表达了对 ACTA 提议的担忧，得到了 153 个 WTO 成员中大多数成员的支持。中印指出：第一，ACTA 与 TRIPS 协定及其他 WTO 协定冲突，带来法律的不确定性；第二，ACTA 损害各 WTO 协定所涵盖的权利义务的平衡及灵活性；第三，ACTA 对贸易构成扭曲或造成贸易壁垒，扰乱转口或转船货物；第四，ACTA 损害 TRIPS 协定的灵活性条款（比如为公共健康和通用药品的贸易）；第五，ACTA 损害政府自由分配用于知识产权执法的资源的权利；第六，ACTA 开创要求区域和其他协定效法的先例。另外，该协定着重强调其执法内容未考虑到一国的发展水平。[1761]除印度和中国之外，巴西、南非、埃及、秘鲁、古巴和委内瑞拉在会议上也指责 ACTA，并且要求在 TRIPS 理事会中做进一步的讨论。其他发展中国家如非洲、加勒比和太平洋国家集团（ACP）、非洲集团和小型脆弱经济体国家（SVE）支持指责 ACTA 的声明。[1762]2010 年 11 月，日本、美国、欧盟及其成员国、韩国、澳大利亚、加拿大、墨西哥等国在东京签署了 ACTA。2012 年 10 月 5 日，日本宣布正式交存已获国会通过的 ACTA 批准书，成为 ACTA 缔约方中第一个正式完成国内批准程序的国家。但 2012 年 7 月 9 日 ，欧洲议会以 478 票反对、39 票赞成、165 票弃权的表决结果，否决了 ACTA 的通过。2012 年 12 月 19 日，欧盟委员会也撤回了其向欧洲法院提交的 ACTA 合法性审查的申请，ACTA 在欧盟的批准程序最终以失败告终。

2. 跨太平洋伙伴关系协议（TPP）的推进

跨太平洋伙伴关系协议（TPP）是由亚太经济合作会议成员国发起，从 2002 年开始酝酿的自由贸易协定，旨在促进亚太地区的贸易自由化。TPP 谈判方包括美国、日本、新西兰、加拿大、澳大利亚、越南、秘鲁等国，其是一个综合性的自由贸易协定，内容涵盖货物贸易、原产地规则、贸易救济措施、卫生和植物卫生措施、技术性贸易壁垒、服务贸易、知识产权、政府采购和竞争政策等。但目前 TPP 已明显成为美国主导的亚太地区经济合作的新框架，美国因素成为推动

[1760] IP Justice, IP Justice Comments to U.S.T.R. on the Proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), Mar. 21, 2008.
[1761] Inida and China Claim That ACTA Violates Earlier IP Agreements, http://www.techdirt.com/articles/20100617/0213109859.shtml
[1762] 中国印度指责《反假冒贸易协议》与 WTO 规则不符，上海 WTO 事务咨询中心，2010 年 7 月 27 日。

或阻碍 TPP 发展的主导力量。

TPP 谈判一直拟采取闭门磋商的方式进行，谈判结束前不对外公布技术文本。2013 年 11 月 13 日，维基公布了 TPP 知识产权章节草案文本。[1763]但 TPP 草案文本重复了 ACTA 中的许多内容，甚至被认为具有“ACTA-plus”的特征。[1764]有学者认为，TPP 最终文本可能会比 ACTA 知识产权标准更高，其原因在于：第一，美国在 TPP 谈判中具有更多的政经优势。ACTA 谈判中除美国外，还有欧盟一方可与之抗衡，而 TPP 其他谈判成员方尚无此优势。第二，美国在 TPP 谈判中可提供更多更好的待遇。ACTA 只关注知识产权保护和执法，而 TPP 则以贸易为基础，谈判涉及范围更广。正因为如此，美国在 TPP 谈判中可适用“胡萝卜”政策，换取其他谈判方的妥协。基于谈判方不同的利益需求，TPP 可能会比 ACTA 适用更严的知识产权保护和执法。第三，ACTA 谈判基本结束了，而 TPP 还在谈判过程中。TPP 可能会涵盖 ACTA 未涵盖的内容和范围。第四，虽然 ACTA 和 TPP 都考虑到了透明度和责任制的问题，但两者有区别。TPP 涉及到关税、配额、金融数据等，TPP 草案文本更容易被拒绝公开。第五，TPP 因其高技术性和贸易导向的特征会极大降低公众参与谈判的兴趣。总之，TPP 可能不会像 ACTA 那样受到大量的公共审查，也因此 TPP 条款会更倾向于保护私有权利人的利益。从公共利益角度而言，TPP 比 ACTA 更令人担心。[1765]

以 2013 年 TPP 草案文本有关边境知识产权执法的规定为例，其执法范围包括假冒商标和盗版货物，而美国建议涵盖极易混淆的类似商标产品。[1766]TRIPS 协定只规定假冒商标和盗版货物（第 52 条）。这一超 TRIPS 条款要求海关官员具备专业的法律鉴别能力，这将超出其专业水平，同时也会导致一些本应通过司法途径在国内法院解决的案件通过执法途径解决，加大执法的负担。此外，由于通用药品往往用的是相似商标，这一条款将会导致通用药品被没收，损害药品的可获得性。对于边境执法范围，草案文本允许权利人对于海关范围内的一切嫌疑货物均可提起申请，这意味着进口、出口或转运的货物都包括在内。[1767]这一要

[1763] Secret TPP treaty: Advanced Intellectual Property chapter for all 12 nations with negotiating positions, Wikileaks release: November 13, 2013.

[1764] See Susan K. Sell, TRIPS Was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA, and TPP, 18 J. INTELL. PROP. L. 447, 464 （2011）.

[1765] See Peter K. Yu, The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement, Drake Law Review Discourse, Vol. 60, pp. 24-28.

[1766] Article QQ.H.6, Secret TPP treaty: Advanced Intellectual Property chapter for all 12 nations with negotiating positions, Wikileaks release: November 13, 2013.

[1767] Ibid, Article QQ.H.6.

求也超出了 TRIPS 协定的规定，TRIPS 只要求适用于进口货物，对出口货物和转运货物并未提及（第 51 条）。对于边境货物，如何确定产品的“侵权”特征，即适用哪国法律也是一个关键性问题。对于出口货物，采取措施时可能不知道最终目的地国，对于转运货物，至少三国法律可能相关，即出口国、进口国和转运国。因此，执法范围的扩大也会导致法律适用的复杂化。

对于刑事执法措施，2013 草案文本规定各成员方至少应对具有商业规模的蓄意假冒商标或剽窃著作权及邻接权适用刑事处罚。对于何为具有商业规模的蓄意假冒商标或剽窃著作权及邻接权，美国及相关国家建议认为应包括两种情况：一是没有直接或间接经济利益动机而故意的剽窃著作权及邻接权行为；二是具有商业盈利或个人经济利益动机的故意侵权行为。[1768]这一规定也明显具有超 TRIPS 特征，TRIPS 协定只规定对于具有商业规模的蓄意假冒商标或剽窃著作权的案件适用刑事诉讼程序和刑事处罚（第 61 条）。对于数字环境下的知识产权执法，草案文本规定各成员方应保证所有传统的知识产权执法措施都可以适用于数字环境下的知识产权执法。[1769]这一规定也超出了 TRIPS 协定标准。

四、 美国多边层面知识产权执法战略

美国在多边层面加强知识产权执法的最典型措施即运用 WTO 争端解决提起的“美国诉中国知识产权执法措施案”。[1770]2007 年 4 月 10 日，美国根据《世界贸易组织争端解决与程序谅解》（DSU）第 1 条和第 4 条以及 TRIPS 协定第 64 条的规定，请求与中国就其知识产权保护和实施措施问题进行磋商，即《美国向 WTO 诉中国知识产权保护和执法案》。本案中，美国申诉主要包括三项诉求：一是对在中国境内还未被授权出版或发行的作品拒绝提供保护问题；二是被中国海关没收的侵犯知识产权商品的处置问题；三是中国现行法律有关蓄意假冒商标或盗版案件刑事程序和处罚“门槛”问题。[1771]

从美国对中国的诉讼理由可看出，美国对中国海关知识产权执法极为不满。但事实上，中国知识产权海关保护措施远高于 TRIPS 协定所规定的最低标准。

[1768] Ibid, Article QQ.H.7.
[1769] Ibid, Article QQ.H.10.
[1770] DS362, China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights.
[1771] 具体参见余敏友、廖丽：《评美国向 WTO 诉中国“影响知识产权保护和实施的措施案”》，载《国际贸易》2009 年第 9 期。

首先，TRIPS 协定规定海关只对假冒商标和盗版货物具有保护义务，并不包括其他知识产权，比如专利。其次，TRIPS 协定规定海关只对进口产品具有保护义务，并不包括其他环节，比如出口、转运等。而《中国知识产权海关保护条例》第 2 条规定，中国的知识产权海关保护是海关对与“进出口货物有关”的知识产权实施的保护。由此看之，中国边境措施提供了比 TRIPS 协定第三部分第四节规定的最低标准更高的保护水平。本案中，专家组认为，没有义务对出口产品适用 TRIPS 协定的第 59 条规定。[1772]这对于计算中国侵权产品具有重要的意义。数据显示，2005 年—2007 年出口的侵权货物占根据争议措施处置或销毁的侵权货物总价值的 99.85%，因此，专家组只考察进口侵权货物的处置问题。2005 年—2007 年进口的侵权货物价值占根据争议措施处置或销毁的侵权货物总价值的 0.15%，其中有 0.12%转交给中国红十字会，0.02%予以销毁，侵权货物没有被有偿转让权利持有人或被拍卖。[1773]另外，对于除假冒盗版产品之外的其他侵权产品，专家组认为，TRIPS 协定第 51 条规定各成员可针对涉及其他知识产权侵权行为的货物提出此种申请，只要符合本节的要求。此时，专家组明确，如果适用 TRIPS-Plus 知识产权执法，则必须遵守本节的要求，包括 TRIPS 协定第 51 条至第 60 条的规定。

因此，虽然美国试图借助多边贸易机制推行超 TRIPS 知识产权执法，但从结果来看，美国并未达到这一目的。专家组坚持了 TRIPS 协定的最低标准，强调了 TRIPS 协定义务的灵活性。这一判决对广大发展中国家抵制发达国家推行的超 TRIPS 知识产权执法标准，坚持实施与自身发展水平相适应的知识产权执法标准具有积极意义。

四、对策及建议

从美国近年来推出的《知识产权优化资源和组织法案》、美式自由贸易协定、《反假冒贸易协定》、《跨太平洋伙伴关系协议》以及中美知识产权执法案可以看出，美国在单边、双边、区域和多边层面不断推行超 TRIPS 知识产权执法标准，加大知识产权执法战略。针对以上情况，发展中国家可以采取以下措施：

第一，建立自己的知识产权执法衡量指标体系。美国在其知识产权立法体系

[1772] WT/DS362/R, para. 7.224.
[1773] WT/DS362/R, para. 7.232.

逐步完善之后，开始将知识产权执法纳入其衡量指标体系，并在全世界强化知识产权执法。对此，我国也要建立自己的知识产权执法衡量指标体系，要科学考核知识产权立法，进一步提高知识产权立法质量，尽快形成更加完备的中国特色社会主义知识产权法律体系；要客观评价知识产权法律的实施，维护社会主义法制的统一、尊严、权威；要对知识产权执法活动有效监督，确保权力正确行使，真正做到有权必有责、用权受监督、违法要追究。同时，我国知识产权执法衡量指标体系需要考虑下列几点：要实现提高知识产权保护水平与促进其他公共利益与社会利益之间的适当平衡；要促进知识产权权利与公平竞争之间的平衡；要推动现行国际知识产权执法机制向一种更有助于可持续发展的互利共赢的国际知识产权制度发展。

第二，采取“合作共赢”的态度。后 TRIPS 时期，美国已经在单边、双边和区域层面推行超 TRIPS 知识产权执法。而科学技术的发展是人类无法预料的，现有的知识产权执法规定随着时代的进步和科技的提高必然在某些方面会有所落后，法律的完善和修订也应与时俱进。采取“联合抵制”的态度会导致国际谈判停滞不前，事实上，也无法阻挡发达国家在双边和区域场所的步伐。当今世界，各国经济的发展已“休戚相关、荣辱与共”，因此，特别需要有一个相互了解、相互体谅、相互宽容的和谐的国际合作氛围。[1774]因此，采取“合作共赢”的态度，根据本国的具体国情和知识产权执法状况制订合适的知识产权执法战略最为妥当。

第三，充分发挥非政府组织的作用。许多从事知识产权事务的非政府组织的出现，为发展中国家和非政府组织之间的联合提供了空间。发展中国家联合非政府组织在某些情况下能够带来全球规则的改变，对于知识产权规则和 TRIPS 协定亦是如此。但是，不同非政府组织对待各种贸易问题和知识产权问题的态度并不一样，比如保护植物、种子等生物的非政府组织会反对专利制度，而保护健康的非政府组织则认可知识产权的作用，反对假冒伪劣产品。针对当前美国在不同场所推行超 TRIPS 知识产权执法的策略，发展中国家应联合非政府组织，充分发挥非政府组织的作用，更好地维护自身的利益。

第四，实施可持续发展策略。事实上，对韩国的相关实践作了研究之后，有

[1774] 姚国会：《多哈回合死了，WTO 哭了》，《经济》2006 年第 9 期，第 33-34 页。

学者发现“在一国产业化的初期阶段，即本土学习主要来自于逆向工程和对外国成熟产品的模仿复制阶段，强有力的知识产权保护将阻碍而不是促进技术转移”，“只有当一国已经积累了充分的本土能力以及科学和技术基础设施，能够实施创新性的模仿之后，知识产权保护才成为技术转移和工业活动的重要因素。”[1775]大多数发展中国家的创新都很落后并且知识产权基础建设不充分。在 TPP 谈判中，美国提出的知识产权一般执法义务要求执法资源分配理由不能豁免 TPP 成员方知识产权执法义务，仅得到了新加坡的支持，而遭到文莱、越南、秘鲁等 7 国的反对。[1776]这也说明，很多国家在考虑知识产权发展战略时也会考虑其是否符合本国的可持续发展战略。

第五，提倡“知识产权立国”发展战略。随着知识经济和经济全球化深入发展，知识产权日益成为国家发展的战略性资源和国际竞争力的核心要素，成为建设创新型国家的重要支撑和掌握发展主动权的关键。知识产权保护不仅对于我国引进外资和技术十分重要，而且是确保中国未来竞争力的关键，更是建设创新型国家必不可少的重要政策手段。十八大报告明确指出要实施知识产权战略，加强知识产权保护。但知识产权保护是一项非常复杂并且学科交叉性的行为，知识产权保护背后的原因一般包括 9 大因素[1777]：（1）法治和相关部门的使命；（2）道德；（3）名声；（4）保护消费者；（5）收入损失；（6）促进投资；（7）保护当地产业；（8）WTO 方面的考虑；（9）政治力量的博弈。在实施“知识产权立国”发展战略时，要加大对单边、双边和区域层面知识产权趋势的研究，评估各知识产权保护因素，采取科学有效的决策。

总之，虽然美国推行的超 TRIPS 知识产权执法会带来一些不利影响，但是由于 TRIPS 协定存在其本身的制度困境和缺陷，而且超 TRIPS 知识产权执法已经在单边、双边、区域层面的立法中体现出来。随着科学技术的发展，法律也会呈现滞后于时代发展的特征。因此，我国应该采取有策略的因应之道，建立自己的知识产权执法衡量指标体系，本着“合作共赢”的态度，充分发挥非政府组织的作用，在提倡“知识产权立国”发展战略时，根据自身实际实施可持续发展战略。

[1775] Kim. L., *Technology Transfer and Intellectual Property Rights: the Experience of Korea*, Issues Paper on 2, UNCTAD-ICTSD Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development, Geneva, 2003, p.5.
[1776] See Trans-Pacific Partnership Intellectual Property Rights Chapter Draft, August 30, 2013, Article QQ.H.1.
[1777] Fadi Makki, WIPO/ACE/3/15,《以可持续的方式成功地进行知识产权执法的战略指南》http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/zh/wipo_ace_3/wipo_ace_3_15.doc

美国专利法对国际贸易进出口的影响

于光荣
（湖南工业大学　法学院，湖南　株洲　　412000）

摘要：国际贸易的主要内容是进口和出口。美国专利法规定了专利权人的进口权，在进口方面比较严格，其主要内容是，对产品的销售区域有明确限制的不能进口；未经美国专利权人的许可，居住在美国的经销商不能将从外国合法购得的专利产品向美国进口并在美国销售；在美国的独占被许可人有权禁止专利产品的进口。允许进口的只有一种情况，即美国专利权人将产品投放到外国，而没有对产品的销售区域做出任何限制的。在出口方面则比较宽松，如临时专利申请有利于出口；还有美国专利法有一个基本原则，就是发生在美国之外的制造和销售行为不会构成侵权，这也有利于出口。

关键词：美国专利法，国际贸易，进口，出口

“五两竿头风欲平，张帆举棹觉船轻。柔橹不施停却棹——是船行。　　满眼风光多闪烁，看山恰似走来迎。子细看山山不动——是船行。”[1778]这是宋代无名氏的一首写景、抒情、说理都很有特色的《浣溪沙》词。从哲理上看，词中主要显示了人为操纵的船和自然而为的环境的关系。江流和江流两岸的山岭是自然环境，船在江流中，无论人们的主观意愿如何，尽管人们眼中的风景不断变换，尽管江岸的山岭不运动，但船总是在行走。至于船应该怎样行走，或“张帆举棹”，或“柔橹不施停却棹”，那就取决于人们根据江流的境况和山岭的形势而采取的驾船措施了。

就贸易来说，简而言之，就是买进卖出，大而言之，就是进口和出口。“氓之蚩蚩，抱布贸丝”[1779]。诗中的男主人公是用自己的布去换女主人公的丝，这样一来，男主人公是出口布而进口丝，女主人公是出口丝而进口布，从而在两人之间，即买卖双方之间，实现了各取所需，互通有无。个人之间的买卖如此，国家之间的贸易也是如此，尽管随着时间的推移，贸易的范围不断扩大，贸易的种类不断增多，人们调整贸易的方式在不断变化更新，但是其买进卖出、进口出口的基本道理却依然如此。

只要人类社会存在，就会存在贸易，这就如同江河两岸总会有大大小小的山岭一样，这是不会改变的。至于贸易的买进卖出，就如同江水一样，处于流动变化之中。船行江中，则要根据船行的目标和水势的情况操作运行。《专利法》从某种意义上说，也是贸易水流中的一条船。至于怎样制定专利法，则要根据人们的需要和贸易的特点去确定。《美国专利法》中说制定《专利法》的目的之一是“推动美国企业或劳动力创造的发明商业化及为大众所用”[1780]，显而易见，“创造的发明商业化”也就和贸易密不可分，联系到国际贸易，也就紧密关联着出口和进口。

一、进口

（一）进口权的确定

专利权如同其他知识产权一样，迄今为止，地域性是主要的特点。一项美国的专利权，根据美国专利法，只有在美国这一国家的主权范围内才能有效地受到法律保护。基于此，如果某项专利的所有人仅只在美国申请了专利和取得专利权，而没有在美国以外的国家申请并

[1778] 唐圭璋编，《全宋词》。
[1779] 《诗经·卫风·氓》。
[1780] 易继明译，《美国专利法》，知识产权出版社 2013 年 1 月第 1 版，第 74 页。

取得专利权，那么这项专利在非美国以外的国家就属于任何人都可以利用的公有领域。正因为这样，一些人便可以向美国进口没有经过专利权人授权的专利产品，以此损害专利权人的利益，事实上也正是如此。然而，美国虽然早在1790年就制定了第一部专利法，但是其中没有保护专利所有权人的进口权的相关规定，这一规定是迟迟没有出台。所谓专利权的进口权，实际上是专利权人享有的禁止他人未经许可进口其专利产品的专有权利。

后来，美国《1930年关税法》制定了1337条款，该条规定，进口为了在美国销售的货物，如果该货物侵犯了有效的美国专利、版权、注册商标和半导体芯片，或者是由一项有效的美国方法专利所覆盖的方法制造、加工的，就是非法的。权利人可以请求美国国际贸易委员会进行调查，如果调查确认，那么美国国际贸易委员会可以下达禁令，禁止该侵权的货物进入美国。但是《关税法》1337条款只是在一定程度上对专利权人进行了保护，保护的范围有限。这是因为，其一只有当专利权与美国现有的或正在设立的企业有关时，专利权人才可以向美国国际贸易委员会申请下达禁令;其二是申请和获得禁令的条件是对某一经营良好的美国企业造成了经济上的损害，如果没有造成损害，那么就不能得到禁令；其三是美国国际贸易委员会予以调查的期限是12个月，如果案情复杂可延长至18个月，调查属实，也只能发布禁止进口的禁令，而不能判给专利权人损害赔偿。专利权人必须向联邦地方法院起诉专利侵权，才能得到损害赔偿。

再而后，1988年的《综合贸易竞争法》对美国专利法进行了修正，针对规避方法专利权的做法规定，方法专利权人享有进口权，可以阻止侵权产品的进口。接着是在1994年10月，世界贸易组织即将成立之前，美国国会制定了《乌拉圭回合协议法》，再次修订了专利法，规定专利权人享有进口权，并且还有许诺销售的权利。根据有关规定，专利权人所享有的排他性许诺销售权和进口权于1996年1月I同起生效。至此，专利权人的进口权才最终确立。这就是现行《美国专利法》271条（a）款的规定：“在专利保护期间内，任何人未经许可在美国境内制造、使用、许诺销售或销售取得专利权的发明的，即为侵害专利权。”[1781]

（二）侵害进口权的举证责任

现行美国《专利法》295条规定：“因为进口、许诺销售、使用在美国获得专利保护的专利方法制造的产品而主张侵犯方法专利专利权的诉讼中”,“而确定产品不是通过专利方法制造的举证责任转移至提出此主张的当事人一方”，这就是主要涉及到进口权的举证责任倒置。根据规定，只要是“涉诉产品与专利方法制造的产品存在实质相似性”,“原告已经尽相当的努力确定产品实际使用的生产方法仍没有办法确定的”[1782]，法院就可以推定被告侵权，而证明相关产品不是使用专利方法制造的责任，便转移到被告方。

关于侵害进口权的举证责任倒置，美国众议院在1988年专利法修正案的报告中说：“在某些案件中，当制造商不受联邦民事程序规则的管辖时，专利权人在证明专利方法确实被用于有关产品的制造时，可能会面临巨大困难。这一假定就是针对此种困难的。例如，专利权人通常难以获得有关方法被外国制造商使用的信息。转移举证责任不会造成很大困难，因为被控侵权者应当是在更好的位置上，以证明该产品是由其他方法制造的。”美国参议院在1988年专利法修正案的报告中也说：“当有关产品不是由专利方法制造时，进口者和随后的购买者可能也会难以获得必要的信息，以推翻此种假定。但是此种假定的存在，至少会要求使用、销售或进口可能由专利方法制造之产品的一方，在商业活动中履行更多的主意，以避免不必要的侵权责任。”[1783]

根据上述众议院和参议院的报告，实行举证责任倒置的理由主要是三点。第一是因为有些制造商不受美国法律的管辖，受害者专利权人在证明产品是由专利权人的专利方法制造的

[1781]易继明译，《美国专利法》，知识产权出版社2013年1月第1版，第93—94页。
[1782] 同上，第111页。
[1783] 李明德著，《美国知识产权法》，法律出版社2014年4月第1版，第115页。

会有很大的困难。实际上不但困难很大，而且诉讼成本也相当高，甚至会超过损失赔偿费。第二是被告对于自己制造的产品，究竟是如何制造的，了解的肯定比原告多，所以举证处在比原告有利的位置上。第三是会促使产品的使用者、销售者或者进口者，对于可能由专利方法制造的产品，在贸易活动中予以更多的注意，以避免给自己造成麻烦，引起不必要的侵权责任。

（三）侵害进口权的案例

虽然专利权人的进口权是在 1996 年才最终确立，但关于进口权的判例在美国司法实践中却具有比较长的历史。

1、阻止进口的判例

（1）对产品的销售区域有明确限制

远在 1893 年，Dickerson v Matheson 一案中，Bayer AG 拥有某医药发明，并且在美国和德国都拥有专利，是专利权人。但在美国的专利权后来被转让给了 Dickerson 公司。设在德国柏林的 Bayer 公司从专利权人那里获得了制造、销售德国专利和美国专利产品的许可，然后 Bayer 柏林公司又通过伦敦一家代理商将产品销售给 Matheson 公司。但是该代理商在销售发票上载明了“不得输入美国”的字样。因此，法院认为，Bayer 柏林公司虽然取得了美国专利的许可，但是伦敦的代理商已得到了销售地区限制的指示。所以，Matheson 公司将专利产品输入美国再销售属于侵权行为，然后判决禁止该商品的进口。

（2）外国专利权人与美国专利权人不相同

1890 年的 Boesch v．Graff 一案。原告就某实验室燃烧器在美国与德国分别享有专利权，但是在原告申请德国专利之前，德国已经有人制造该燃烧器并且销售了。基于此，原告在德国的被许可人曾经在德国起诉燃烧器的产品制造者，但是德国法院认为，该产品制造行为发生在原告的德国专利申请之前，因此，被告享有先用权，其制造行为是合法的。但是在被告购买了此种燃烧器并将它向美国进口时，又遭到了原告的起诉。美国法院在审理时认为，享有德国专利先用权的人生产的产品可以在德国自由买卖流通，但是这种流通不能扩展到美国。被告虽然是以合法的方式在德国购买了专利产品，但它是由与原告的专利权无关的第三人销售的，所以不能导致原告在美国的专利权穷竭。美国法院最终认为被告将此专利产品进口到美国是对美国专利权人专利权的侵犯，因此不准进口。该案中，美国最高法院的判决意见是：未经美国专利权人的许可，居住在美国的经销商不得将从外国合法购得的专利产品向美国进口并在美国销售。

（3）在美国有独占专利权的被许可人

1983 年的 Sanofi，S．A．v．Med．Tech veterinarian Prod．。该案中，法国某医药公司在美国就某药品拥有专利权，并将其独占许可给了美国一家公司使用。被告从法国某医药公司在欧洲的子公司买来某药品，进口到美国从而被起诉。法院认为，在外国从美国专利权人的一家子公司获得专利产品的一方，并没有自动地获得将所购买的产品向美国进口并在美国销售的许可，因为这种许可将会缩减在美国的专利独占被许可人的权利。法院明确表示，尽管美国专利权人不能阻止他在该外国投放市场的专利产品被买方进口到美国销售，但是专利权人的美国独家被许可人却有权阻止这一进口销售行为。否则，将降低在美国的专利独占许可证的价值，使美国专利权人有可能通过在外国的专利产品销售行为而实现规避的目的。因为本来美国专利权人在将美国的专利独占许可证颁发给被许可人之后，他自己就失去了在美国制造、使用、许诺销售和销售专利产品的权利；如果独占被许可人不能阻止平行进口，则美国专利权人就可以在国外制造和销售其专利产品，再利用买方把产品销往美国，从而挤占美国独占被许可人的市场份额。法院认定美国的被许可人在美国具有独占性的专利使用权，该权利与专利法中规定的专利权人所拥有的权利相当，而且，欧洲的销售行为并不导致被许可人在专利产品上权利的穷竭。因此，在美国的独占被许可人有权禁止产品的进口，如果被许

可人没有这种权利，那么将不利于专利权的转让和授予。

2、允许进口的判例

只有一种情况，即美国专利权人将产品投放到外国，但是没有对产品的销售区域做出任何限制。如此，美国法院才可能做出允许进口的判决。

1985 年的 Holiday v Matheson 一案。该案中原告 Ho1iday 对同样的发明在美国和英国分别拥有专利权。被告 Matheson 在英国从原告的授权人处购得专利产品，购买时权利人或其授权的人并没有附加任何明示的限制性条件。被告随后将该专利产品进口到美国销售和使用，原告即起诉被告侵犯其专利权。联邦法院在判决此案时，wallance 法官根据商品销售的普通原则驳回了原告的请求。Wallance 指出，当一件产品被权利人不附任何保留条件地售出后，购买者即获得了出售者对该产品所享有的包括对该产品进行使用、修理或转售的所有权利。后续购买者也将获得同样的对该产品进行处分的权利。在该产品的销售过程中，当事人的正常预期是出卖人意图销售产品中的所有权利，而购买者也将获得这些权利。如果允许出卖人对购买者处分其购得产品的权利进行限制，尤其是限制产品的使用方式、产品转售地域或时间，那么就会违背当时的正常预期。

1920 年，Curtiss Aeroplane & Motor Corp．V. United Aircraft．Engineerjng Corp．一案，也与上述一案相似。此案中，美国专利权人在第一次世界大战期间，将其关于飞机制造的专利未加任何限制地授权英国政府使用，既未限制对所制造的飞机的使用时间、地点和方式，也未限制对飞机有可能的最终的处置。飞机的制造是在原告的积极协助下完成的，并且飞机的发动机是由原告提供的。此后，英国制造的飞机于战后被第三方在加拿大购买，并销往美国。该案由美国联邦第二巡回上诉法院判决，判决意见书中写道：“当专利权人或其受让人将一件专利产品售出，则该产品将不再受到卖方拥有的专利独占权的约束。如果该被销售的产品中包含有多项出卖方拥有权利的发明，则该产品将不受其任何一个专利权的约束；如果卖方已将其专利独占权分割成为在美国不同地域的几个独占权，则其销售行为将使该产品不受所有分独占权的约束。如果卖方的专利权即包括外国的专利也有国内的专利，则其销售行为将使该产品不受外国专利权的约束也不受国内专利权的约束。”

二、出口

美国对科学技术的创造发明一直运用鼓励机制，鼓励更多的人们创造出更多的专利、方法专利、产品专利，去走向社会，服务世界。所以，美国一直是世界上的高科技、高科技产品的主要输出国。

1、临时专利申请

美国在 1995 年增加了临时专利申请制度，见于现行《专利法》的 111 条的（b）款。临时专利申请与常规专利申请的主要区别是：第一，临时专利申请只被美国专利商标局进行形式审查，程序简单；第二，临时申请不会被公布，不会像常规专利申请那样泄漏有关的商业秘密；第三，临时专利申请的一年待定期不会计算在整个专利的保护期限内，因此，如果在一年内提出了常规专利申请并且获得了专利权的话，专利保护期限比法律规定的则要多出一年。

例如，新加坡科学家发现了一种用合成蛋白质阻止癌细胞扩散来治疗癌症的新方法，他们预计根据这项研究成果研制的抗癌新药将在 5 年内面世。该项技术首先在美国获得了临时专利，而后科学家便着手开发第二代蛋白质片断，专门用于治疗宫颈癌等高发癌症。虽然该案例申请的临时专利的行业是医药生物业，但是这个行业先进技术更新换代的速度特别快。此外 IT 业，感光行业等也具有技术换代特别快的特点。这些行业申请专利，由于等待批准的时间过长，到申请结束的时候再发表论文，可能已经失去了在科学技术上的领先地位；而如果先行发表论文，根据专利法便丧失了申请专利的资格。而临时专利申请制度则解决了这

个问题。对于那些具有潜在的商业价值，但还不可能申请专利的成果先着手临时专利的申请，捷足先登，占据市场先机，为提出常规专利打下充分的基础。就国际贸易来说，这也有利于科学技术及其覆盖的产品的出口。

2、美国专利产品在国外的制造和销售

美国专利法有一个基本原则，就是发生于美国之外的制造和销售行为不会构成侵权。

1976 年“南部包装公司”一案，涉及到一项除去虾的翅膀的器械的组合性专利。该专利只保护组合成的器械，不保护组成器械的各个部件。本案的被告在美国制造了组成该器械的各个部件，然后将未组装的部件以及组装的说明书一起运往国外。如果按照说明书，那么外国的购买者可以在不到一小时的时间内完成所需的组装工作。因此，原告提出了侵权诉讼，但是地方法院根据《专利法》271 条（a）款的规定：“在专利保护期间内，任何人未经许可在美国境内制造、使用、许诺销售或销售取得专利权的发明的，即为侵害专利权。”认为被告的行为不属于“制造”，所以不构成侵权。原告后来又上诉于最高法院，最高法院认为，美国专利法不具有域外效力，如果针对在外国组装而成的器械实施专利权，就是试图让美国的专利权具有域外效力；如果原告打算在外国保护自己的发明，那么可以根据外国的专利法去寻求保护。

2006 年的“微软公司”一案，与上述一案类似。原告 AT&T 享有一种数字化的录音编码和压缩机的专利权，被告微软公司“Windows”的软件中含有让计算机对录音进行编码和压缩的软件。所以，在用户将“Windows”系统装入计算机之后，就会在使用过程中侵犯原告的专利权。AT&T 向纽约州联邦地方法院起诉后，法院裁定，被告微软公司通过“母盘”或者电子传输的方式，向外国制造商提供“Windows”软件，使制造商能够制造原告专利权所覆盖的产品，符合《专利法》271 条第 6 款规定的引诱侵权和帮助侵权。后来微软公司申诉到最高法院，最高法院推翻了地方法院的裁定，认定被告的行为不构成《专利法》271 条第 6 款规定的侵权。最高法院指出，如果被告向外国提供了有形的光盘，外国制造商再将光盘中的软件装载到计算机里，就符合 271 条第 6 款规定的引诱侵权和帮助侵权。但此案，外国制造商是通过母盘或电子传输的信息制作光盘，然后将光盘中的“Windows”软件装入计算机。有鉴于此，原告完全可以依据外国的专利法在外国主张自己的专利权，而不是根据美国的专利法主张权利。[1784]

基于以上论述，可知美国专利法对国际贸易进出口的影响是进口比较严格，出口比较宽松。就进口权来说，这主要是为了保护专利权人的利益，因为专利权人对专利的开发有一定的投入或相当大的投入，而使用专利却不需要成本或只需要很少的投入。所以，只有保证专利权人对于开发的专利有一定的经济回报，有可观的报酬，加强对侵权的遏制和强化侵权的赔偿，才能有效地提高发明者的发明专利的信心和积极性。科学技术有利于贸易的发展和商业的繁荣，虽然进口权可以被看成是贸易壁垒，但从长远的利益来看，仍然对国际贸易有利。至于宽松的出口，不言而喻能够增进国际贸易的繁荣和发展。

作 者 信 息　于光荣（1955～），男，邵阳学院教授，上海浩锦律师事务所律师，湖南工业大学国际法学硕士研究生，主要从事国际经济法学的研究。

通信地址：湖南株洲市泰山路 湖南工业大学法学院（河西校区）　邮政编码：412000

联系电话：13036743618/18873368374

email：ssxyygr@126.com/2416824706@qq.com

[1784]李明德著，《美国知识产权法》，法律出版社 2014 年 4 月第 1 版，第 111-114 页。

论我国新型外国投资投诉协调处理机制的构建

——兼评《外国投资法（草案征求意见稿）》相关规定

徐芳（华南农业大学人文与法学学院副教授）

【摘要】 目前我国主要有外商投诉中心、外商投资企业协会和台商投诉协调处（中心）三类平台处理外资对行政机关的投诉。这些平台下的投诉机制通过协调处理外资行政争议，在一定程度上改善了我国的外资软环境，但也存在诸如投诉机构分散及定位不清晰，处理的争议范围过于宽泛、处理投诉的方式不尽合理、解决争议的原则不统一等问题。因此，以我国制定“三法合一”的《外国投资法》为契机，建立新型的外国投资投诉协调处理机制显得尤为重要。未来我国外资投诉协调处理机制的构建应以《外国投资法（草案征求意见稿）》规定为蓝本，并明确、细化其法律地位、受案范围、处理方式与程序、处理结果效力、与行政复议及行政诉讼机制的衔接协调等方面的内容。

【关键词】 外资行政争议　外资投诉协调处理机构　受理范围　处理方式　衔接协调

为完善外国投资的基础性法律，促进构建“开放型经济新体制”，2015 年 1 月 19 日，我国商务部公布了“三法合一”[1785]的《外国投资法（草案征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）。该《征求意见稿》专章规定了目前外资三法均未提及的外国投资投诉协调处理机制。该机制若能在新外资法框架下设立和运行，不仅能及时、有效化解外国投资与我国行政机关间的各种争议，加强对外国投资者及其投资的权益保护，也能树立我国在外国投资纠纷解决方面的新形象，从而优化外国投资社会和法律环境，促进对外资的进一步开放。但是，《征求意见稿》对外国投资投诉协调处理机制的规定仅仅只有七条，没有明确界定外国投资投诉协调处理机构的法律地位、具体受理范围、协调处理具体程序及时限、处理结果的法律效力等，规定的协调处理外国投资投诉的原则也不尽合理。因此，本文将在考察我国现有外国投资与行政机关间争议解决途径的基础上，结合《征求意见稿》相关规定，探讨我国新型外国投资投诉协调处理机制的合理构建，重点涉及该机制的法律地位、受案范围、处理方式与程序、处理效力、与其他机制的衔接协调等方面的内容。

一、我国外国投资与行政机关间争议的国内解决途径

多年来，我国吸收外资稳居世界第二、发展中国家第一，但由于长期以来我国对外资采取“逐案审批”等单一的严格化管理模式，外资政策法规也不甚稳定、透明、可预期性较差，加之沟通渠道时有不畅，外国投资者、外国投资企业与行政机关之间有关投资的争议常有发

[1785] “三法合一”是目前我国外资法修改的基本方向，即《中外合资经营企业法》、《外资企业法》和《中外合作经营企业法》三法统一，制定一部新的《外国投资法》。

生。按照我国目前法律规定，此类争议的解决固然可以采取行政复议、行政诉讼等方式，但这些解决途径有着机制上天生的弊端与弱点：一是属于公力救济方式，虽有国家强力保障性但程序复杂、耗时较长，不能及时解决纠纷，影响外国投资者和外国投资企业在我国投资行为的效率；二是处理过程中争议双方对抗性较强，复议或判决结果刚性，虽能最终解决纠纷但仍无法完全消除外国投资者和外国投资企业对我国行政机关的不信任与不理解[1786]，不利于维持和协调两者的良好关系，也有损于我国吸引外资战略的实现。因此，在行政复议、行政诉讼方式之外另设一种相对柔和的解决外国投资者、外国投资企业与行政机关之间争议的途径就显得尤为重要。

2006 年 5 月 17 日，商务部颁布了《外商投资企业投诉工作暂行办法》，规定“全国外商投资企业投诉中心和地方各级政府具有受理职能的部门依据实际情况受理外商投资企业投诉”[1787]，并初步拟订了外商投资企业投诉机制的大致框架。在此前后，各省、自治区、直辖市也相继设立了各类地方性外商投诉受理机构，一些地区还发布了外商投资企业投诉工作的具体实施规则及办法，如《浙江省外商投资投诉中心投诉规则（试行）》（2005）、《河北省外商投诉处理办法》（2008）、《广东省外商投资企业投诉处理服务办法》（2014）等。

综合来看，目前我国受理外商投资投诉的平台主要有三类：一是外商投诉中心。各地该中心的称呼各异，如“河北省**外商投诉中心**”、“**广东省（浙江省）***外商投资*企业*投诉中心*”、**“苏州外商投诉受理中心”等。这些投诉中心是专设的处理**外商投资投诉的机构，大多是和各地的投资促进局（处、中心）合署办公。二是外商投资企业协会，即在民政部门登记注册，经批准成立的外商投资企业，包括香港、澳门、台湾地区和海外华侨华人投资企业等自愿组成的具有法人资格的社会团体。各地的外商投资企业协会均受理其会员的投诉，如山东省外商投资企业协会确定的业务范围包括：“调查了解会员的情况和问题，接受会员投诉，向政府有关部门反映会员和投资者的意见及要求，并提供法律服务”[1788]；陕西省外商投资企业协会章程同样规定协会“为境外客商来陕投资经营提供信息、咨询和投诉服务”[1789]。三是台商投诉协调处（中心）。该协调处（中心）设在各地政府的台湾事务办公室（台办）内，依据《台商投诉协调工作办法》专门负责受理台商与大陆公司、企业、其他经济组织、个人或者机关、事业单位之间，在投资、贸易、金融、租赁、房地产、知识产权、企业经营、劳资关系等方面出现的纠纷投诉。

二、我国现行外商投诉处理机制存在的问题

作为联结外国投资者、外国投资企业和政府的桥梁，目前各地的外商投诉受理机构不仅

[1786] 因为“审理中适用的法律规范和法律思维往往与社会规范以及常识性思维存在一定的差距，通过‘法言法语’作出的‘要么全有要么全无’的判决结果亦常常与当事人的愿望和期待相距甚远。”参见范愉：《非诉讼程序（ADR）教程》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 28 页。

[1787] 参见《外商投资企业投诉工作暂行办法》第 5 条。

[1788] 参见《山东省外商投资企业协会章程》第 6 条第 3 项。http://www.swxxw.org/html/guanyuwomen/xiehuizhangcheng/

[1789] 参见《陕西省外商投资企业协会章程》第 6 条第 1 项。http://saefi.sxdofcom.gov.cn/plus/list.php?tid=4

受理、处理、转交、督办外商投诉案件，提供外国投资者、外国投资企业和政府对话的平台，还为外国投资者和外国投资企业提供有关法律、政策咨询服务和信息服务，协调解决其投资过程中遇到的问题和困难，通过尽力解决其后顾之忧在一定程度上改善了我国的外资软环境。但我国的外商投资企业投诉处理机制存在的以下问题也不容忽视：

（一） 外商投诉受理机构分散且定位不清晰

表面上看，在我国的外国投资者和外国投资企业有多条投诉渠道，能充分满足其纠纷解决意愿，但缺乏联动机制、分散又重复的前述三个投诉平台不仅造成资源浪费，且易形成相互扯皮、效率低下的尴尬局面。更需一提的是，除 “外商投资企业协会”的性质比较明确，为独立的社团法人外，另两个投诉平台的定位相对模糊。“外商投诉中心”虽然定性为事业单位，但多是和各地投资促进行政机构合署办公，有明显的行政化倾向[1790]，其对外国投资者和外国投资企业的投诉处理难免会让人怀疑其公正性。因为外国投资者、外国投资企业与行政机关之间的争议由“外商投诉中心”这一行政性事业单位受理、解决，相当于纠纷的解决者同时可能又是纠纷的参与者，在这种裁判员和运动员身份重合关系之下，“外商投诉中心”的纠纷解决效果就可想而知了。“台商投诉协调处（中心）”也附属于台办，不独立的机构设置同样会产生上述弊端。

（二）外商投诉机构处理的争议范围过于宽泛

我国三类外商投诉机构处理的争议类型庞杂。首先，多数“外商投诉中心”依据商务部《外商投资企业投诉工作暂行办法》，将其职能定位为受理“外商投资企业及其投资者，认为其合法权益受到行政机关行政行为侵害”的投诉[1791]，即解决本地区外国投资与行政机关间的争议。例如，**广东省***外商投资*企业*投诉中心的工作依据*——《广东省外商投资企业投诉处理服务办法》（2014）第 3 条规定：“本办法所称外商投资企业投诉，是指依法设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外商独资企业（以下简称外商投资企业）及其中外投资者（以下统称投诉人），在企业设立、生产、经营或者终止过程中，认为政府部门或者其他单位及其工作人员损害其权益，向外商投资企业投诉处理部门（以下简称投诉处理部门）反映问题并要求予以协调解决的行为。”但也有相当部分“外商投诉中心”（尤其是一些我国对外开放早期即设立的投诉中心[1792]）不仅仅受理外国投资与行政机关间的纠纷，还扩大受理外商及其企业与境内其他企业、组织或个人发生的各类纠纷。其次，各地“外商投资企业协会” 既接受会员对政府有关部门的投诉，也“接受会员企业和投资者的委托，帮助会员企业协调解决生产经营中遇到的困难和问题”[1793]，即也会处理外商投资企业会员间的各类经济纠纷。最后，“台商投诉协调处（中心）”依据《台商投诉协调工作办法》，负责受理台商与

[1790] 譬如，吴江市外商投诉受理中心网站介绍：“中心是市人民政府领导，市对外贸易经济合作局管理的行政性事业单位”。http://ts.zgwj.gov.cn/

[1791] 参见《外商投资企业投诉工作暂行办法》第 2 条。

[1792] 参见冯军：《维护外商合法权益——宁波市外资企业投诉中心一年来处理纠纷案四十六件》，载《中国外资》1995 年第 8 期。

[1793] 参见《山东省外商投资企业协会章程》第 6 条第 3 项。

大陆公司、企业、其他经济组织、个人或者机关、事业单位之间的纠纷投诉。实践中，该投诉协调机构不仅受理台商与行政机关的争议，还协调解决大量台商与大陆企业或个人的经济纠纷。[1794]

可见，我国目前的外商投诉机构并不限于受理外国投资者、外国投资企业与行政机关这类不平等主体之间的争议，还处理平等主体间涉及外国投资的纠纷。笔者认为，如此宽泛的受案范围，一是会加大外商投诉机构的工作压力，分散其集中解决外国投资行政争议的精力；二是也不符合该类投诉机构设立的初衷，不利于纠纷解决各类模式的分工与衔接。我国最初设立“外商投诉中心”，目的是缓解一些外商及其企业与政府有关部门的冲突与对抗，消除它们对我国政府外资政策法规的不理解，从而营造我国良好的投资软环境。因此，“外商投诉中心”应该以解决此类纠纷为己任，不宜扩大受理外商企业相互之间的争议或外商企业与境内其他经济主体间的争议。这些争议纯属平等主体间的民商事纠纷性质，“外商投诉中心”不宜介入，应由当事人在民商法框架下自主选择通过协商、调解、仲裁或诉讼方式解决。

（三）外商投诉机构处理投诉的方式不尽合理

商务部《外商投资企业投诉工作暂行办法》第 11 条规定：“投诉处理应采取以下方式：（一）出具意见书。投诉受理机构依据事实和有关法律法规规定，向投诉人和有关部门提出处理建议，促使投诉事项得以解决。（二）同有关部门进行行政协调。（三）移交当地投诉受理机构或转交相关部门处理。（四）其他适当的处理方式。”依此，外商投诉机构处理投诉的方式主要为建议、协调、移交、转交、督促等。实践中各地对外商投资企业投诉处理的方式也大体如此。[1795]可见，我国目前外商投诉机构实际上履行的是信访职能，通常没有直接解决纠纷、对争议作出调查和处断的权利。这种处理模式能否高效解决外国投资者和外国投资企业的投诉实在令人怀疑，甚至会让人质疑在我国已有信访部门的情况下此类投诉机构是否还有存在的必要？另外，这种不解决实际问题的处理方式更易造成各行政部门扯皮，外商投资企业的投诉在其间移交转交、兜兜转转，很多争议无法得到快速、真正的解决。

诚然，目前处理外商投诉的方式可以在第一时间降低外商与我国行政机关之间纠纷的热度，起到一定的维稳效应。但毕竟外商投诉机构不是维稳中心，其履行的应主要是纠纷解决方面的服务职能。因此，必须准确定位外商投诉机构的职责，摒弃那种以维稳为其终极工作目标的做法。譬如，某市外商投诉中心 2013 年上半年工作总结中所提到的“建立健全了外商投资企业上访、投诉处理应急机制，实现了中博会期间，我市无一外来投资企业上访、投诉事件的发生，确保活动取得了圆满成功”[1796]就不应成为投诉中心可复制、推广的经验。

[1794] 参见万明：《台保法赋予台办解决投资纠纷职能》，载《两岸关系》2000 年第 10 期。

[1795] 例如，吴江市外商投诉受理中心《致全市外商投资企业的公开信》中提到：“凡投诉内容涉及个人触犯法律法规的，中心将及时**移交**纪检、司法部门。对外商提出的各类投诉，中心将分别**告知并督促**被投诉部门予以整改，同时定期向市委、市政府领导**汇报**投诉内容和整改状况。”
http://58.211.71.53/mb/zwz3/xw/xw_win.asp?Type=1&ID=2187&GovID=255

[1796] 参见周口市外商投诉中心《2013 年上半年工作总结暨下半年工作安排》，
http://henan.mofcom.gov.cn/article/sjdixiansw/201307/20130700182574.shtml

（四）外商投诉机构解决争议的原则不统一

商务部《外商投资企业投诉工作暂行办法》第 4 条规定：“投诉受理机构应遵循**公平、公正、合法**的原则，依据相关法律、法规和本办法的规定处理投诉。”而《河北省外商投诉处理办法》对投诉坚持**“依法处理、便利、时效和协调解决”**原则。《河南省外商投诉处理办法》第 5 条规定：“外商投诉受理、处理工作应严格遵循**依法、及时、公正、公平**的原则。”《浙江省外商投资投诉中心投诉规则（试行）》第 6 条明确：“外商投资企业投诉的处理应当以依法办事、公平维权、化解矛盾、促进发展为宗旨，遵循以事实为依据，以法律为准绳，**客观、公正、高效**的原则。”《广东省外商投资企业投诉处理服务办法》第 4 条规定：“处理外商投资企业投诉工作应当坚持**依法有据、公平公正、方便高效**的原则。”可见，国家和地方所规定的对外商投诉处理原则不尽统一，国家强调的是公平、公正、合法，而地方还关注解决纠纷的效率，强调及时、高效。笔者认为，就外国投资和外国投资企业投诉处理而言，高效原则和公平、公正、合法原则同等重要，因为若不能及时有效地解决投诉，公平、公正、合法也就没有实际意义。因此，未来在构建我国新型外国投资投诉协调处理机制时，要将“公平、公正、合法、高效”作为其基本原则。

三、**构建我国新型外国投资投诉协调处理机制的若干思考**

随着我国对外资的进一步开放，可以预见“三法合一”的统一《外国投资法》将很快出台。以此为契机，在新的《外国投资法》中构建更加合理的外国投资投诉协调处理机制是当前亟需思考的问题。笔者认为，未来的我国新型外国投资投诉协调处理机制首先要改变多个平台多头受理、层叠处理的现行做法，由各地的“外商投诉中心”统一受理、处理外国投资者和外国投资企业（包括台港澳投资者及其投资企业）对我国行政机关的投诉，外商投资企业协会和台办不再承担受理、处理外商投诉的职能，这样可以让外商投资企业协会的业务范围集中在会员间交流、合作、互助及自律，撤销台商投诉协调处（中心）后的台办也更能高效处理我国繁杂的台湾事务。其次，我国新型外国投资投诉协调处理机制还应明确其法律地位、具体受理范围、协调处理具体程序及时限、处理结果的法律效力等，笔者对这些问题的具体思考如下：

（一）我国外国投资投诉协调处理机制的法律地位

明确我国外国投资投诉协调处理机制的法律地位主要涉及两个问题：一是新的《外国投资法》不再将外国投资企业的组织形式和组织机构等作为规范对象。《征求意见稿》规定，本法生效前依法存续的外国投资企业，应当在三年内按照《公司法》等法律法规对企业组织形式和组织机构进行调整。也就是说，未来我国境内的外国投资企业将和内地企业将统一适用《公司法》或其他企业法，那么是否还有必要设立专门的外国投资投诉协调处理机制？二是我国新型外国投资投诉协调处理机制的目的是强化还是弱化投诉机构对外资行政纠纷的处理力度？

针对第一个问题，笔者认为，即使未来在《外国投资法》下我国外资企业和内资企业并

轨统一适用《公司法》或其他企业法，但我国仍有必要设立专门的外国投资投诉协调处理机制，理由是：第一，我国目前的《公司法》或其他企业法性质是组织法，并轨适用仅仅意味外资企业不另设其特殊的组织形式和组织机构；第二，相比内资企业与行政机关的纠纷而言，我国外国投资行政争议的处理有着特殊要求，应给予其这方面的“超国民待遇”。因为专设外国投资行政投诉处理平台和相应机制，不仅能强化外资投诉机构对外国投资者、外国投资企业与行政机关之间的争议进行协调和处理的工作职能，有效化解外国投资争端，而且能充分展示我国对外国投资者和外国投资企业的诚意，增强其投资中国的信心，这有助于实现我国当前促进外国投资的政策目标，带动国家经济持续、稳定增长。至于第二个问题，笔者认为，一方面我国新型外国投资投诉协调处理机制应弱化对外资行政纠纷的行政处理。目前我国外资投诉机构处理方式主要是同有关行政机关进行协调、移交转交行政机关进行处理或督促行政机关进行整改等，实质上仍是行政处理模式。这种模式容易产生相互推诿，且行政机关既是纠纷当事方又是纠纷处理者的双重身份不利于公平解决外资行政争议，因此未来外资投诉不应以此行政处理模式为主。另一方面，应该赋予我国新型外国投资投诉协调处理机制更广的投诉处理空间，即强化对外资行政纠纷的居中处理，更多地采用调解、仲裁等公正高效的第三方处理模式，以充分满足投诉者希冀快速解决纠纷的愿望。

（二）我国外国投资投诉协调处理机构及其人员组成

关于我国外国投资投诉协调处理机构的设立，《征求意见稿》拟订了两级组织架构模式：国际投资促进机构设立全国外国投资投诉协调处理中心，协调处理在全国范围内影响重大的外国投资投诉事项（第 120 条）；县级以上地方各级人民政府根据需要设立外国投资投诉协调处理机构，在本辖区内受理并协调处理外国投资者、外国投资企业在投资争议中针对行政机关的投诉，并负责办理全国外国投资投诉协调处理中心转交的投诉事项（第 123 条）。这种分级设立外国投资投诉协调处理机构的设想比较切合实际，但设立全国外国投资投诉协调处理中心的“国际投资促进机构”是指中国国际投资促进会还是商务部投资促进事务局应该予以明确。笔者建议最好由中国国际投资促进会这一独立法人地位的机构来设立，因为若交由商务部投资促进事务局主导设立，该投诉机构协调处理争议的独立性会备受怀疑。而地方外国投资投诉协调处理机构也不宜由地方各级人民政府设立，否则这些机构仍可能和各地投资促进行政机构合署办公，行政化痕迹明显。

综上，未来我国的外国投资投诉协调处理机构应强调其独立法人地位，结合前文的观点，笔者建议将各地的“外商投诉中心”不再定性为行政性事业单位而进行独立法人改造，使其不依附于任何行政机构，独立、统一、公正地受理、处理外国投资者和外国投资企业（包括台港澳投资者及其投资企业）对我国行政机关的投诉。该投诉中心还可以附设调解委员会和仲裁委员会，尝试提供调解和仲裁服务。在其人员组成方面，由于解决外资行政纠纷不仅需要专业的国际投资知识，还需具备更快发现冲突核心、发表中肯意见、赢得纠纷双方信任的能力，因此须甄选具备一定国际投资专业素质、相关法律知识以及社会素养的人士进入全国

和各地方的外商投诉中心。至于投诉中心的调解员和仲裁员，笔者建议按照公道正派的标准，在司法界（往任或退休法官等）、法学界（具有高级职称的法学专家学者及资深律师等社会法律人士）、国际投资业界（资深国际投资从业人员）符合一定资质的人员中选聘。

（三）我国外国投资投诉协调处理机构的受理范围

按前文所分析，我国外国投资投诉协调处理机构应仅受理外资行政纠纷，不宜扩大受理外商企业相互之间的争议或外商企业与境内其他经济主体间的争议，这类争议应由法定的解决平等主体民商事纠纷的平台和方式解决。《征求意见稿》第119条也规定外国投资投诉协调处理机构负责外国投资者、外国投资企业与行政机关之间投资争议的协调和处理，但对外国投资者、外国投资企业与行政机关之间投资争议的具体范围未作出明确。

具体来说，外国投资者、外国投资企业与行政机关之间投资争议大致有以下几类：（1）外资准入方面的争议。《征求意见稿》废除了外资三法确立的逐案审批制度，设计了与准入前国民待遇加负面清单管理模式相适应的外资准入制度。外国投资主管部门仅对特别管理措施目录列明领域内的投资实施准入许可，审查对象也不再是合同、章程，而是外国投资者及其投资行为。在实施负面清单管理模式下，绝大部分的外资进入将不再进行审批。[1797]因此，在未来新的《外国投资法》下，外资在实践中可能和我国外资准入机关产生大量诸如投资方向是否属于负面清单范围、是否应经过审批以及相关审查方面的纠纷。（2）国家安全审查方面的争议。《征求意见稿》完善了我国外资国家安全审查制度，但有关审查因素、审查程序等方面的投资行政纠纷目前甚至将来仍将现实存在。由于《征求意见稿》规定针对国家安全审查决定不得提起行政复议和行政诉讼，因此这方面的投诉处理尤为重要。（3）投资促进方面的争议。《征求意见稿》第102条规定，国家根据国内经济社会发展和产业转移形势需要，促进外国投资者在国家鼓励的行业领域，以及特殊经济区域、民族自治地方和经济不发达地区投资，举办产品、服务或者技术先进的外国投资企业。因此，与这些行业区域优惠政策有关的外资行政纠纷也纳入我国外资投诉机构受理范畴。（4）投资管理方面的争议。具体包括劳动管理（如雇佣限制等）、当地物资的利用、投资期限与本地化、税收待遇等方面的外资行政争议。（5）投资保护方面的争议。具体包括征收、征用、国家赔偿、转移（外资原本和利润汇出）、透明度、知识产权保护等方面的外资行政争议。（6）投资信息报告方面的争议。为了及时、准确、全面掌握外国投资情况和外国投资企业运营状况，《征求意见稿》规定了外国投资信息报告制度。外国投资者或外国投资企业对其投资经营行为，无论是否属于特别管理措施目录列明的领域，都要向外国投资主管部门履行信息报告义务。[1798]可见，外资与行政机关有关提交报告是否及时，报告信息是否真实、准确、完整，是否有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏等方面的纠纷也可交由外资投诉机构处理。

（四）我国外国投资投诉处理方式及其效力

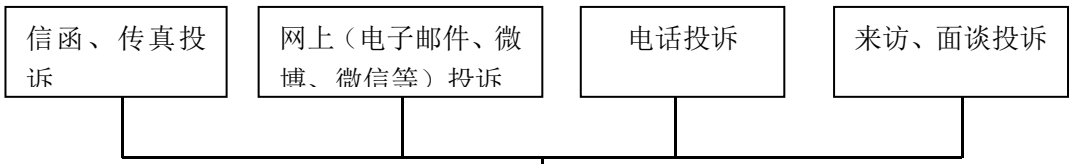
1797 参见商务部《关于〈中华人民共和国外国投资法〉（草案征求意见稿）的说明》（2015年1月19日）

1798 参见商务部《关于〈中华人民共和国外国投资法〉（草案征求意见稿）的说明》（2015年1月19日）

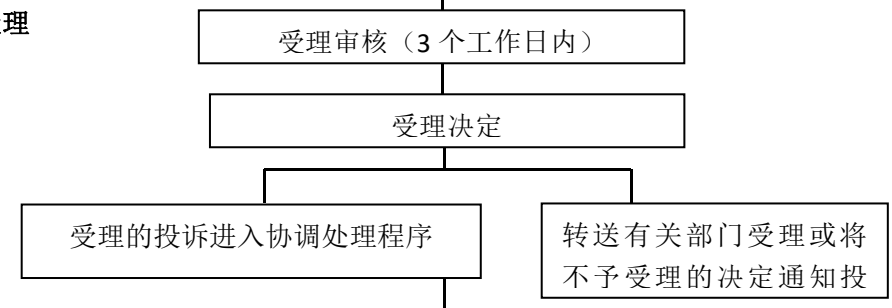
按照《征求意见稿》的设计，我国外国投资投诉机构处理争议的方式是“协调和处理”[1799]。然而，考察《征求意见稿》第120-123条对外资投诉机构职责及权利的规定后可以发现，国家预设的外资投诉机构未来处理纠纷仍主要采取现有的转送、协调、督促检查、提出建议、请求协助等非实质处理方式。也就是说，《征求意见稿》基本只落实了“协调”模式，未认可“处理”方式。笔者建议，新《外国投资法》不仅要规定各种协调模式，还要重点赋予外资投诉机构自行实质处理投诉的权利，比如可以由其附设的调解或仲裁委员会主持对纠纷进行调解、仲裁，促使纠纷双方达成调解协议或作出终局仲裁裁决从而达到实际解决纠纷的效果。

至于外资投诉机构的具体工作程序，《征求意见稿》未作出规定，笔者认为可分为投诉、受理、协调处理（分自行处理、报请协调、提出建议和督促检查等模式）和结案四个阶段，具体操作可见以下流程图：

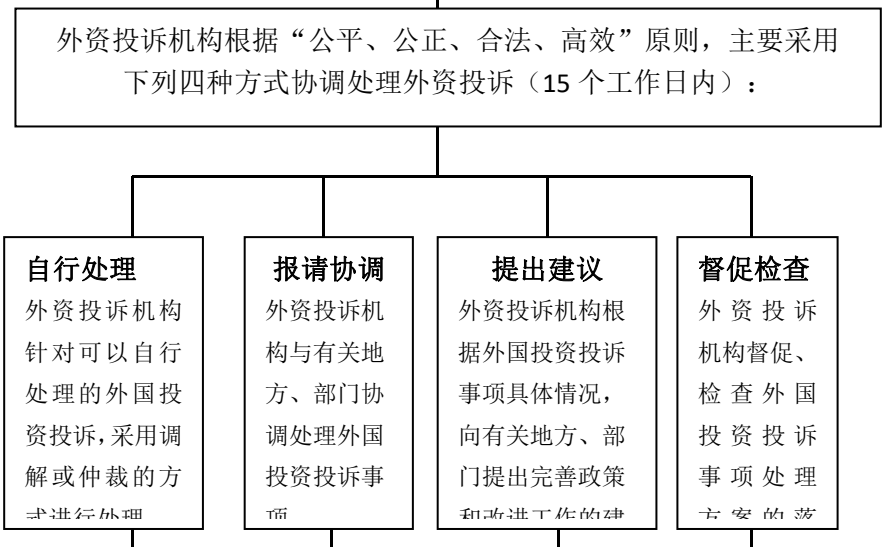
1、投诉



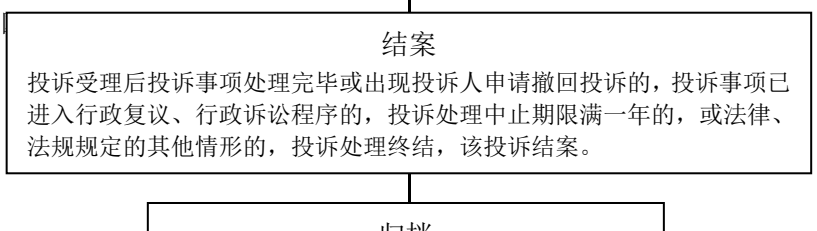
2、受理



3、协调处理



4、结案



外国投资投诉处理的效力，因处理模式的不同而不同。转送、协调、督促检查、提出建议、请求协助等非实质处理方式的决定没有法律约束力，而外资投诉机构自行处理的结果如调解协议书、仲裁裁决等具备一定的法律效力。譬如，经外资投诉机构调解、纠纷双方签字或盖章而达成的协议书应比照民事调解协议规定[1800]赋予其类似行政合同的效力，由当事人自愿履行或司法确认其效力。而外资投诉机构对争议的仲裁裁决则具有一裁终局的特性，其裁决书是一种法律文书，自作出之日起即产生法律效力，具有法定的约束力和执行力。

（五）我国外资投诉协调处理机制与行政复议、行政诉讼机制的衔接与协调

新《外国投资法》下，外资投诉协调处理将与行政复议、行政诉讼共同构成我国外资行政纠纷的多元化解决机制。有多种机制供当事方进行选择固然是好事，但如果这些机制间未能达到很好的衔接与协调，则无法形成化解外资行政争议的合力。因此，应从整体上对我国这三项机制进行厘清，并解决好它们当中的关联部分，其重要性不亚于建立外资投诉协调处理机制本身。

首先，外资行政争议已经进入或完成行政复议、行政诉讼程序的，外资投诉协调处理机构不予受理；外资投诉机构在处理投诉的过程中，外资当事方将纠纷提交行政复议或行政诉讼的，投诉处理程序终结。其次，为鼓励和支持当事方采用外资投诉协调处理机制解决投资行政纠纷，法院应建立行政诉讼前告知制度，即在当事方就投资行政纠纷向法院起诉之时至法院立案之前，由法院告知当事方可以选择在外资投诉协调处理机构解决纠纷，并告知诉讼和这种机制的不同特点及其在法律上的不同后果，为当事方选择合适的解决方式提供便利。需进一步指出的是，这样的告知对当事方来说没有强制性，法院只是提供不同纠纷解决方式给当事方参考，并不能代替其作出选择，包括不能强迫当事方必须采取外资投诉协调处理方式。第三，在外资投诉协调处理过程中，引入某些司法审查和保障程序。譬如，对于外资投诉机构仲裁投资行政纠纷的过程中申请仲裁协议无效的，法院应当依法处理。依据我国《仲裁法》第 20 条，当事人对仲裁协议的效力有异议的，应当在仲裁庭首次开庭前提出，并可以就仲裁协议的效力请求外资仲裁机构作出决定，也可以请求法院作出裁定。如果双方的请求不一致，一方请求外资仲裁机构作出决定，而另一方请求法院作出裁定的，由法院裁定。最后，规范外资投诉机构调解、仲裁等处理结果的司法确认程序。而经外资投诉机构调解达成的协议，当事方可以申请有管辖权的法院确认其效力。法院可以参照适用《民事诉讼法》中简易程序规定来审理申请确认外资调解协议案件。确认外资调解协议效力的决定送达当事双方后发生法律效力，一方当事人拒绝履行的，另一方当事人可以依法申请法院强制履行。

[1800] 2009 年最高人民法院发布的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第 10 条规定：“经商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解后达成的具有民事权利义务性质的调解协议，经双方当事人签字或者盖章后，具有民事合同性质。”

外资仲裁机构依法作出裁决后，当事人应当履行仲裁裁决，一方当事人不履行的，另一方当事人可以依据《民事诉讼法》第 237 条的规定向有管辖权的法院申请执行，受申请的法院应当执行。

中国国际身份的调整与“一带一路路线图”

——国际关系理论与国际法学科的交叉解读与建议

吴　卡*

内容摘要　“一带一路路线图”的出台，表明“一带一路”已完成战略规划，开始进入务实合作阶段，中国的国际身份随之也由一个主要追求自身发展的地区性大国正式向引领全球共同发展与繁荣的世界性大国转变。基于中国这一国际身份的调整，通过国际关系理论中的“权力论”、“观念论”、“利益论 ”和“正义与秩序论”以及相关国际法文件的跨学科解读，不仅可以发现“一带一路路线图”具有深厚的国际关系理论与国际法基础，而且可以判断中国在建设“一带一路”过程中应重点把握好作用、观念、措施和目标等重要问题。

关键词　一带一路　路线图　国际关系理论　国际法

2015 年 3 月 28 日，国家发展改革委、外交部、商务部联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。该文从“时代背景”、“共建原则”、“框架思路”、“合作重点”、“合作机制”、“中国各地方开放态势”、“中国积极行动”和“共创美好未来”八个方面勾勒了“一带一路”战略的目标、路径与举措，堪称一份实施“一带一路”战略的完整“路线图”。这一“路线图”的出台，表明“一带一路”已完成战略规划，开始进入务实合作阶段。

“一带一路” 的务实合作必须首先立足于中国目前的国家定位和国际身份。中国的国家定位主要是由中国的内在属性如意识形态、领土面积、经济规模、人口数量、文化传统和国家战略等决定并在与他国互动中得到体现的。[1801]根据中国目前的综合实力和从国家战略出发，中国当前乃至将来相当长一段时间内的国家定位依然是“负责任的发展中大国”。首先，从国际政治地位、经济规模和人口总量等方面来看，中国当然是一个大国；其次，从人均 GDP、人口结构和城市化水平等因素来看，中国仍然是一个发展中国家；最后，从 “对世界和平和地区稳定的维护”、“对世界经济增长的贡献”和“作为世界基本政治经济秩序的维护者和改革治理体系的参与者”，中国确凿无疑又是一个负责任的大国。[1802]中国的国际身份则是在国家定位的基础上受外在因素如国际地位、周边与国际环境和国家战略的具体实施情况等影响的。随着“一带一路”从战略构想到付诸实施，中国的国际身份悄然发生了一些调整，由原先“韬光养晦”主要谋求自身发展，努力向“有所作为”引领亚非乃至全球发展转变，中国由一个主要谋求自身发展的地区性大国正式向“一个促进人类共同发展、和谐发展、合作发展的崛起中的世界性大国，一个给未来世界特别是给发展中国家带来发展机遇与希望的建设性力量”演变。[1803]中国的国家定位没有变，仍然是“负责任的发展中大国”，但

---

* 吴卡（1974—），浙江师范大学法政学院副教授。本文系作者主持的 2015 年浙江省哲学社会科学规划课题（课题编号：15NDJC220YB）和 2014 年浙江师范大学非洲研究专项课题（课题编号：14FZZX12YB）的研究成果。联系邮箱：wuka@163.com.

[1801] 张家栋：《中国的国家身份、国际地位与战略定位》，《复旦国际关系评论》2008 年，第 22 页。

[1802] 《李克强：中国是负责任的发展中大国》，http://news.xinhuanet.com/politics/2014-09/09/c_1112413026.htm. 最后访问：2015 年 3 月 29 日。

[1803] 刘鸿武：《非洲发展大势与中国的战略选择》，《国际问题研究》2013 年第 2 期，第 85 页。

中国的国际身份正在发生调整，随着“一带一路”战略的付诸实施，正向一个引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国转变。

本文试图从中国国际身份调整的角度研究“一带一路路线图”，为此采用国际关系理论与国际法学交叉研究的方法。这种方法，是当今西方学界研究国际关系与国际法问题的一种重要方法。本文将主要依据现行国际关系理论各主流学派(包括新现实主义学派 、新自由主义学派 、理想主义学派和建构主义学派等) 的相关原理，从 “权力 ”、“利益 ”、“正义”、“秩序”和“观念”等方面，同时结合国际法的基本文件与原理，对“一带一路路线图”涉及的一些重大问题进行跨学科解读，并对推进“一带一路”提出一些意见和建议。

一、从“权力论”看 “一带一路路线图”：中国的作用

当代主流的国际关系理论学派都认为，现行的国际社会仍处于 “无政府状态”，缺乏一个权位在各国之上的“世界政府”。其中，新现实主义学派强调，在 “无政府状态 ”的国际结构中，每个国家的行为受制于国际体系中的权力分配结构，国际秩序的建立与维持主要取决于大国间的权力平衡。在新现实主义学派中，“霸权稳定论”指出，处于 “无政府状态 ”的国际社会，国际秩序的建立离不开一个合法的权威，只不过这个合法的权威不可能像各国国内的中央政府，而是由一个居于支配地位的霸权国担任“准政府”的角色。[1804]许多新自由主义者也不否认权力配置情况对国际制度的意义，特别是霸权国在创设国际制度中的重要作用。这些观点表明，霸权国在创设和维护国际制度方面可以发挥一般国家所无法比拟的作用。就中国而言，虽然中国并非而且将来也无意成为霸权国家，但中国作为一个正引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国，可以善意充分地运用所掌握的权力和资源，积极倡导、组织和参与周边和国际社会中各项事务的交流与合作，尤其是经济、社会、文化等事务，从而切实发挥一个负责任大国的应有作用，促进周边国际环境和整个国际社会的和平、发展与繁荣。“一带一路”贯穿欧亚大陆，东边连接亚太经济圈，西边进入欧洲经济圈，包括经济、人文和商贸等诸多方面 。中国将“一带一路”从战略构想到付诸实施，就体现了作为一个正促进全球共同发展与繁荣的新兴世界大国对国际重大事务的引领、协调和组织作用，表明中国在促进区域和全球经济增长以及建立国际经济新秩序方面所作出的卓越努力。没有中国的倡议，“一带一路”战略不可能提出；没有中国的投入，“一带一路”战略也不可能诉诸实施，因此中国作为负责任世界性大国的作用在“一带一路”战略中体现得淋漓尽致。

但大国在国际社会中的作用也不是万能的，其作用不能被无限高估。一方面，根据国家主权平等这一国际法的最基本原则，国家无论大小、强弱，在国际法上一律平等，都享有充分主权之固有权利，同时也有义务尊重其他国家之人格。对于国际制度的建立，大国虽然起到主要作用，但离开了其他国家的支持与合作，国际制度只能是大国的独角戏，不能有效建立和实施。因此，大国在创建国际制度过程中，应尊重其他国家的意愿，与其协商与合作，而不能动辄对其强加自己的意志。另一方面，“修正结构现实主义”理论提出，虽然在构建国际机制过程中大国发挥重要的作用，没有大国的支持，国际机制很难建立，但是国际机制一经建立，就具有很强的自主性，可以在一定程度上独立于大国，而且大国出于国际声誉和对国际机制的依赖等因素的考虑，也不会轻易抛弃该国际机制。这两个方面对中国建设“一带一路”具有很强的启示意义。没有中国的倡议和引领，“一带一路”战略不可能提出与实施，中国在这方面发挥了一个世界性大国的应有作用。但是，中国在“一带一路”建设中的作用也不是无限的，中国应尊重沿线国的意志与利益，与其进行协商与合作，这方面在“一带一路路线图”中的“共建原则”、“框架思路”、“合作重点”和“合作机制”等部分都体现得很明显，在这些内容中中国都表达了强烈的协商合作的意愿。同时，中国也要对“一带一路”相关机制的独立性有所认识并做好准备。就“一带一路”相关机制而言，中国目前的选

[1804] 〔美〕罗伯特·吉尔平：《世界政治中的战争与变革》，武军等译，中国人民大学出版社 1994 年版，第 30 页。

择有二：一是利用现有机制，二是创设新机制。对此，中国采取了“两手抓，两手都要硬”的策略。一方面，在“一带一路路线图”的“合作机制”中，中国表达了充分依靠现有的双边和多边机制，借助既有的、行之有效的区域合作平台的意愿，如上海合作组织、欧亚经济联盟、中国—东盟（10+1）等，并为其注入新的内涵和活力。这表明，中国十分清楚自己在“一带一路”建设中的作用，与其大张旗鼓建立新机制，不如重视和主要依靠现有的各项机制，根据“一带一路”建设的新需要和新形势，赋予其必要的新职能。另一方面，在“一带一路”相关机制建设上，中国作为正引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国也并非毫无作为。例如，中国发起建立亚洲基础设施投资银行和设立丝路基金，为“一带一路”有关沿线国家的基础设施建设提供资金支持，促进经济合作。亚洲基础设施投资银行是继金砖国家开发银行、上合组织开发银行之后，中国试图主导国际金融体系的又一举措。丝路基金将为“一带一路”沿线国基础设施建设、资源开发、产业合作等有关项目提供投融资支持，这表明中国试图在目前其他全球和区域多边开发银行体系下，通过丝路基金对这些体系形成有力的补充。

按照“霸权稳定论”的观点，在国际关系中保持大国地位既离不开大国的“实力”，也依赖于大国的“声誉”。由此，国际机制一经建立，即使其中的某些规则于己不利，大国从自身整体利益或长远利益出发，都应予以遵守，否则其国际声誉将遭受损害。不仅如此，国际关系理论研究表明，建立良好的国际声誉是大国发展的重要途径，是实现大国崛起的重要环节。在评估国家的国际声誉时，对该国履约程度的考察是一个重要内容，也就是说，一国对自己所作国际承诺包括国际法律义务的履行程度如何，直接关系到国际社会对该国的好恶认知，从而与该国的国际形象与声誉直接挂钩。国际承诺的履行可能是一个长期、连续的过程，例如作为常设性国际组织的成员国或永久性国际条约的当事国，需要这些国家持之以恒地付出辛苦努力和一定代价，才能让该国际组织良好运作，该国际条约不受破坏。作为负责任的大国，中国对自己拥有的良好声誉一直都非常珍视，这也是中国能够得以和平发展和持续壮大的一个重要因素。“一带一路”的建设将是一个漫长的过程，中国随之进行的国际身份的调整也将是一个漫长的过程，必然要遭遇很多的艰难险阻，也必然要付出相当大的代价，在短期内可能不会有丰厚的回报，但既然中国在“一带一路路线图”中对国际社会作出了“共创美好未来”的庄严承诺，就必须履行这些承诺，这是中国维护和提升自身国际形象和声誉的必然选择，也是推进“一带一路”顺利发展的必由之路。

二、从“利益论”看 “一带一路路线图”：中国的举措

国际关系理论中的博弈论研究表明，在经济领域比在安全领域更可能开展国际合作，因为对于前者，各国主要关心的是本国的绝对收益，即可得收益的总量，因此开展合作的机会就大一些；而对于后者，各国更计较本国的相对收益，即相对于他国，本国收益的多少，因此不太容易进行合作。博弈论的研究还表明，如果开展合作产生的绝对收益越大，那么对相对收益的关注就会减少，开展合作的机会就会进一步增大。根据博弈论的这些原理，中国在经济上的快速崛起，对国际经济格局造成了冲击，必然而且已经引起了其他国家的担忧。但是，如果中国能够采取一些举措与其他国家进行合作，将一部分利益让与其他国家，在发展自己的同时实现与其他国家的互利共赢，那么就会缓解甚至消除这些担忧，从而营造一个稳定有利的国际经贸环境，而稳定有利的国际经贸环境的营造，反过来又会给中国和其他国家产生持续的、大量的绝对收益。因此，在中国对外国际经济合作中，对长期的绝对收益的注重应当胜过短期的相对收益。就“一带一路”而言，从其“路线图”来看，中国所着眼的都是建设“一带一路”所可能产生的绝对收益，而且中国关注的不仅是自身的收益，而且也是沿线各国的收益，也就是说中国所欲实现的不仅是自身的发展，而且也是沿线各国的共同发展，这从中国发起建立亚洲基础设施投资银行和设立丝路基金等具体措施中就可以看出来，这体现了中国作为负责任新兴世界大国的长远眼光和宽广胸襟。

20 世纪 80 年代登上国际关系理论舞台的新自由主义认为，经济利益与政治利益一样，也是国家利益的重要组成部分和国家安全的重要保证，在一个相互依赖的世界中，经济合作占据了国际关系的主导地位，因此，国家利益应从新现实主义所强调的“权力利益”向“合作利益”转变，即从以权力斗争获取利益转变为以合作实现互利共赢。由于经济利益成为国家利益的重要组成部分，而各国在经济上相互依赖的紧密关系要求国际经济法律透明化，所以制定符合世界市场统一趋势的国际经济规则就成为各国追求的目标。[1805]截至 2013 年底，全球国际投资协定的数量比 2012 年新增 44 个达到 3236 个，其中双边投资条约 2902 个，其他国际投资协定 334 个。[1806]与此同时，区域经济一体化也在蓬勃发展，除了现有的北美自由贸易区、欧盟和东盟等，跨大西洋贸易和投资伙伴关系（TTIP）、跨太平洋伙伴关系（TTP）和区域全面经济伙伴关系(RECP)这三个超大型区域一体化举措目前正在谈判之中。这种超大型区域协定是一些国家之间签订的范围很广、以投资为主要内容的的经济协定，这些国家的经济力量加起来举足轻重，一旦成功地缔结协定，极可能对目前多层次的国际投资体系和全球投资格局产生重要影响。[1807]此外，至 2014 年 6 月，作为全球最大的国际经济组织的 WTO 的成员已经达到 160 个，涵盖了世界上各主要经济体。其他国际经济组织或国际经济条约也一样，如《解决国家与他国国民之间投资争端公约》（《ICSID 公约》），其缔约国的数量目前已经达到 159 个。中国作为发展中大国，在与其他国家开展务实、参加国际经济组织和参与国际经济规则制定等方面表现积极，在“一带一路路线图”的“合作机制”部分也充分表达了这些意愿。目前，中国已累计建立了 160 多个双边经贸合作机制，签订了 150 多个双边投资协定，与五大洲的 28 个国家和地区建设了 15 个自贸区，已签署 10 个自贸协定，与亚太经合组织（APEC）、中国-东盟“10+1”、中非合作论坛等区域经济合作机制的合作日益深化。我国还坚持“与邻为善、以邻为伴”方针，与周边国家和地区建立和发展了多种形式的边境经济贸易合作。2014 年 11 月，中韩自贸区和中澳自贸区相继结束实质性谈判，这两个自贸区协定有望在今年签订并实施。

根据新自由主义的观点，在全球化的世界中，一国经济的发展离不开与他国的互利合作，从中国的上述表现来看，中国显然对此了然于心并表现卓越。在中国建设“一带一路”过程中，与相关国家能否开展有效合作，能否产生“合作利益”实现互利共赢，直接关系到“一带一路”建设的成败。为此，中国应下好“一带一路”互利合作这盘棋。首先是“一带一路”互利合作的基础与环境，建设“一带一路”需夯实互利合作的物质与心理基础，营造良好的互利合作环境。互利合作的物质基础是推进“一带一路”沿线基础设施、基础产业和基础市场的形成，促进广泛的互联互通，推进贸易投资自由化和便利化，形成有利于共同发展的贸易投资乃至人员、信息和资金移动的新规则；互利合作的心理基础是做好政策宣传、争取民心工作，根据“一带一路”沿线国家和地区，特别是欠发达国家与地区，渴望通过“一带一路”战略改善积贫积弱状况的心理需要，积极宣传“一带一路”是一条通往富庶和繁荣的道路，做好政策宣传和舆论导向工作，并在人员交流、文化交流和教育交流等方面加强投入，培养“一带一路”沿线国家和地区的对华友好力量。通过夯实互利合作的物质和心理基础，为“一带一路”建设营造良好的合作环境。其次是“一带一路”互利合作的主体、方式和对象。“一带一路”以经贸为核心，以经贸合作为主轴，因此 “一带一路”互利合作的主体是企业，为此应积极引导中国企业特别是民营企业的参与，从以商品输出为主转变为提升实体经济的存在，同时改善企业的经营作法，并加大对可持续发展的投资，这既有利于树立中

[1805] 参见刘志云：《国家利益观念的演进与二战后国际经济法的发展》，载《当代法学》2007 年第 1 期，第 87 页。

[1806] 联合国贸易和发展会议（UNCTA）：《2014 年世界投资报告》，第 114 页。

[1807] 同上注，第 xxiv 页。

国企业在“一带一路”沿线的良好形象，也有助于增强沿线发展中国家或地区自身的发展能力，并降低这些国家和地区的疑虑，增强对“一带一路”的信心和支持。“一带一路路线图”提出以“和谐包容”为建设“一带一路”的一项基本原则，因此“一带一路”具有很强的开放包容性，其互利合作的空间范围非常大，互利合作的地域和国别非常多，目前合作的对象以沿线国家和地区为主，但也不排斥其他国家和地区，非沿线国家和地区的企业也可以参与“一带一路”的建设，这一方面更能体现“一带一路”的开放包容性，另一方面也能够更好地建设“一带一路”。最后是“一带一路”互利合作的阶段和步骤。“一带一路”的建设将是一个长期复杂的过程，因此“一带一路”互利合作要分阶段、有步骤地进行。目前的建设重点和目标是加快同周边国家和地区的基础设施互联互通建设，提供贸易投资自由化和便利化程度；在中期，在“一带一路”的两个中心地带，即中亚地区和东南亚地区，分别建立中国与中亚国家的自贸区和打造中国与东盟国家自贸区的升级版，如果条件成熟，这个时期还可以建立中国与东非国家间的自贸区。在远期，则是要将“一带一路”沿线所有的国家和地区，甚至“一带一路”所辐射到的国家和地区都纳入进来，形成一个覆盖中亚、东南亚、、东北亚、西亚、欧洲、非洲甚至南美的自贸区群，达成一个涵盖上述地区的超大型的以投资为主要内容的“一带一路”经济协定。

“一带一路路线图”提倡互利合作，既是根据新自由主义观点得出的一个必然结论，又是国际法的一项基本要求。“路线图”强调要“恪守联合国宪章的宗旨和原则”、“和平共处五项原则”和“互利共赢”原则。《联合国宪章》将“促成国际合作”作为联合国的一些基本宗旨，并在第九章专章规定了“国际经济及社会合作”以实现这一宗旨。[1808]《1970 年国际法原则宣言》和 1974 年《各国经济权利和义务宪章》则进一步将“国际合作”规定为国家的一项义务和责任，并特别强调了国际合作的基本范围，即“一切国家都有责任在公平互利的基础上，在经济、社会、文化、科学和技术等各种领域中通力合作，以促进整个世界尤其是发展中国家的经济发展和社会进步。”[1809]与上述国际法律文件从多边关系和联合国的角度出发不同，中国积极倡导的和平共处五项原则主要从双边关系的角度出发提出建立国际友好关系和互利合作的国际法基本原则。[1810]和平共处五项原则是中国同世界各国发展友好合作、实现互利共赢的基础。[1811]因此，中国推动建设“一带一路”必须坚持互利合作，这是《联合国宪章》等重要国际法律文件同时也是中国自己倡导的和平共处五项原则的要求，而且鉴于“一带一路”沿线的国家与地区，大多数是发展中国家与地区，中国与它们携手共建“一带一路”，必然将推动这些国家和地区的经济发展与社会进步，实现《1970 年国际法原则宣言》和 1974 年《各国经济权利和义务宪章》所强调的“促进整个世界尤其是发展中国家的经济发展和社会进步”的目标。

三、从“观念论”看 “一带一路路线图”：中国的观念

以温特为代表的建构主义者强调“利益即是观念”，权力的意义在很大程度上是由利益分配建构起来的，权力和利益在很大程度上则是由“观念”或“认同（身份）”构建的，而不是主要由物质条件决定的，也就是说，权力和利益之所以能够发挥实际作用，是因为造就

1808 《联合国宪章》第 1 条第 3 款规定了联合国的宗旨之一是“促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”

1809 陈安主编：《国际经济法学》，北京大学出版社 2011 年 4 月第 5 版，第 117 页。

1810 邵沙平主编：《国际法》，中国人民大学出版社 2010 年第 2 版，第 88-89 页。

1811 习近平：《弘扬和平共处五项原则、建设合作共赢美好世界——在和平共处五项原则发表 60 周年纪念大会上的讲话 (2014 年 6 月 28 日) 》，《人民日报》2014 年 6 月 29 日第 2 版。

权力和利益的观念发挥了作用，即权力与利益的概念必须以观念为先决条件。[1812]“建构主义也承认权力和物质利益的重要性，但它将注意力集中在文化、观念、习俗、论说和社会规范等在形成身份和影响行为方面的作用。”[1813]依此观点，国家观念等非物质因素在确定国家身份、影响国家行为和实现国家利益等方面具有决定性作用。显然，建构主义过于抬高国家观念的地位和作用，但不可否认它也有合理的地方。徐崇利教授就建构主义对中国应对WTO的启示意义曾经指出：“在国际经济法律关系中，中国要有效地发挥一个大国的作用和无偏差地判断本国的国家利益，必须将确当的国家定位转化为自身的观念。”[1814]不仅如此，建构主义思想对于目前国际身份处于重大调整时期的中国参与国际经济事务也有重大的启示意义。鲁吉曾经指出：“建构主义思想在解释角色、机构和社会结构的构成及其在重要时期的变化方面特别有说服力。”[1815]中国目前的基本定位仍然是负责任的发展中大国，但由于中国的国际身份正向一个引领全球发展与繁荣的的新兴世界大国转变，所以中国不仅应将发展中国家的定位而且也应将全球性大国的身份转化为自己的观念，以此来规划国家战略，指导国家行动，确定和实现国家利益。

具体而言，负责任发展中大国的基本定位和向引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国身份的转变要求中国秉持正确的义利观和共同体意识。近代以来，西方国家主导的从国家利益出发、从大国利益博弈出发探讨国际关系，已经成为西方国际关系理论的主流，“国家利益至上”、“国家利益高于一切”等西方理念被视为国际关系的恒久法则，争权夺利、国强必霸似乎已成为国际关系历史的基本规律。然而，中国的国家定位和国际身份调整决定了中国不能以“利益至上”作为国家理念，而是应坚持先义后利、重义轻利、共同发展的正确义利观。提出正确义利观，“体现了中国是维护世界和平与国际正义的大国这一核心身份定位”、“强调了中国是发展中国家这一基本身份定位”、“明确了中国是国际社会负责任成员这一重要身份定位”。[1816]中国在国际身份转变过程中也应坚持正确的义利观，也就是说，中国在引领全球共同发展与繁荣进程中也应重义轻利、先义后利，在追求本国利益时兼顾他国的合理关切，特别是要多向发展中国家提供力所能及的帮助。不仅如此，正确的义利观还要求中国涵养正当的大国义务观。在国际社会中，为了促使大国利用其强大的行动力和影响力解决国际社会中的一些重大问题，同时为了让大国保护其较之他国所拥有的更多利益，国际法赋予了大国才享有的一些特权，如大国在联合国安理会和国际法院的固定席位等。但是，根据权利与义务相对应的基本法理，大国在享受特权的同时，也应承担特殊的义务。大国承担特殊的义务，既来源于“大国对自己国家身份的道德认知，即作为大国本身就应该对国际社会或其他国家负有特殊义务”，又有“坚实、持久的利益依据”，特别是“在全球化背景下，大国的繁荣与安全与其他国家，甚至一个弹丸小国都可能是紧密联系的”。[1817]中国向一个引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国的身份转型中，既要主张和维护作为大国应有的特

[1812] 参见〔美〕亚历山大·温特：《国际政治的社会理论》，秦亚青译，上海人民出版社2000年版，第167页。

[1813]See Jutta Brunnee and Stephen J. Toope, Constructivism and International Law, In Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, eds., Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art, Cambridge University Press, 2012, p. 121.

[1814] 徐崇利：《中国的国家定位与应对 WTO 的基本战略——国际关系理论与国际法学科交叉之分析》，载《现代法学》2006年第6期，第9页。

[1815] John G. Ruggie, Continuity and Transformation in the World Polity: Toward a Neorealist Synthesis, in Robert O. Keohane (ed.), Neorealism and its Critics, Columbia University Press, p. 138.

[1816] 秦亚青：《正确义利观：新时期中国外交的理念创新和实践原则》，载《求是》2014年第12期，第55页。

[1817] 蔡从燕：《国际法上的大国问题》，《法学研究》2012年第6期，第200页。

权和利益，又应承担和履行适当的责任与义务，不能忽视或否定他国的的权利与利益以及国际公共利益。

除了正确的义利观，中国还应秉持共同体理念。2011 年《中国的和平发展白皮书》提出，要以“命运共同体”的新视角，寻求人类共同利益和共同价值的新内涵。此后，中国在各种双边与多边关系层面上多次提出要坚持共同体意识。例如，中国提出要打造和坚持中国-东盟命运共同体、中国-中亚利益共同体、中国同周边国家命运共同体、中非（洲）命运共同体、中阿（拉伯）命运共同体、亚太命运共同体、亚洲和世界命运共同体等意识。[1818]中国主张的共同体意识是对其秉持的正确义利观的的升华，它超越了国家之间的眼前利益和具体利益，着眼于世界各国人民的长远利益和根本利益，强调国家作为国际社会成员的集体身份，其利益是相互交融的，其命运是休戚与共的，因此世界各国应同舟共济，合作共赢，为此国家之间应相互尊重主权与领土完整和政治、经济、社会制度以及意识形态和价值观，应当认可各自所处的发展阶段和发展任务，经济发达的国家有责任帮助和带动经济落后的国家和地区发展，从而实现共同发展与繁荣。中国从原先强调“和平发展”理念发展为打造共同体意识，在发展理念上提升了精神层次，而且也和当前中国国际身份的调整相契合，中国作为国际社会的一员，本就与世界各国命运与共，因此在向引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国的身份转变过程中，中国更需要秉持共同体意识。

在“一带一路路线图”的“框架思路”中，中国提出“打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体”。这表明，中国作为正在进行身份调整的负责任大国，在建设“一带一路”时仍然牢牢树立了正确的义利观和共同体意识，准确判断了中国的国家利益，并正确处理了中国国家权利与利益和他国权利与利益、全球共同利益的关系，依此指导中国在建设“一带一路”中的具体行动，包括处理与他国的关系、与现有相关国际机制的关系，以及主导新国际机制的建设与发展。首先，中国是发展中国家，同“一带一路”沿线众多的国家和地区有共同的发展任务，中国提出“一带一路”，是中国和沿线国家特别是发展中国家和地区共同的发展机遇和发展战略，因此不仅中国而且这些国家和地区也应树立利益共同体、命运共同体和责任共同体意识，牢牢把握这次发展机遇，将本国和本地区的发展战略与“一带一路”发展战略相对接。其次，中国是一个正积极引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国，因而中国秉持的义利观要求中国在建设“一带一路”过程中，对发展中国家和地区要义字当头，先义后利，多给它们提供力所能及的帮助；对发达国家和地区则要义利兼顾，即在实现自身发展的同时兼顾它们的合理关切，实现利与义的平衡。同时，中国的义利观和共同体意识，要求中国在建设“一带一路”过程中，在发生中国的权利与利益和发展中国家和地区的权利与利益或世界各国人民的长远利益和根本利益相抵触时，应当果断地放弃自己的一部分非核心权利与利益。第三，在建设“一带一路”过程中，中国作为建设者的集体身份和秉持的共同体意识，要求中国正确处理与现有国际机制的关系，并积极主导新机制的建设。如上所述，中国目前希望充分利用现有的国际机制，对此中国应对这些国际机制及其成员国不断强化共同体意识，积极引导这些机制在职能和发展战略与行动等方面与“一带一路”进行对接，为其注入新的内涵和活力。同时，中国还要积极主导新国际机制的建设和发展。中国发起建立和设立的亚投行和丝路基金，应向“一带一路”沿线的发展中国家和地区的基础设施建设提供资金上的倾斜，将来中国在建立新国际机制时，一方面要与已有机制相协调，另一方面也要充分考虑相关国家的利益，兼顾其他国家的关切。最后，在建设“一带一路”过程中，中国作为积极引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国，不仅应严格遵守国际法，而且在创设新的国际法规则中应当发挥积极作用。在处理国际关系时，中国仍应以《联合国宪章》与和平共处五项原则为基础，坚持国家主权平等原则，不干涉别国内政，主张以和平方法解决国际争端，通过平等合作实现国家间的互利共赢、和平共处。

[1818] 参见《习近平谈治国理政》，外文出版社 2014 年 10 月版，第 295、289、299、305、316、350、330 页。

在建设“一带一路”时，中国当然也应严格遵守上述国际法和国际关系准则，尊重沿线国的政治制度和发展道路，藉此进一步提升中国在“一带一路”沿线的正面形象和良好声誉，这也有助于“一带一路”各项事业的顺利开展。同时，中国作为“一带一路”的设计者和主要建设者，应积极参与“一带一路”相关国际法律制度特别是国际经济法律制度的创制与实施，而一个更加公正合理的国际经济法律秩序将加速“一带一路”的建设和中国国际身份的转型。

四、从“秩序与正义论”看 “一带一路路线图”：中国的目标

秩序与正义在任何时代和任何社会都是两个核心价值，它们是一种对立统一的关系：一般情况下，秩序优先于正义，没有基本的秩序，正义就无从谈起；然而正义也很重要，没有正义，秩序就不能保持恒久稳定，而且在一些特别情况下正义也可以优先于秩序，例如，“亚洲和非洲殖民地人民对民族自决与国家主权的国际正义要求，在道义上就要优先于西方殖民主义对那些地区的国际秩序的要求。”[1819]鉴于其重要性，秩序和正义受到了国际关系各理论派别的高度关注。

正义有形式与实质、普遍与特殊、交换与分配等多种形式。其中，交换正义强调过程与互惠，主张所有国家都适用同样的国际规则，互惠原则是在国际关系中实现公平正义的基础；而分配正义则强调结果与差别，主张同等的利益应进行平等地分配，穷国和弱国应得到特殊对待。当代理想主义国际关系理论强调“分配正义”，主张一种更公平合理的国际秩序，其代表人物查尔斯·贝兹(Charles Beitz) 在罗尔斯分配正义理论的基础上，提出了全球资源再分配原则。他主张，鉴于自然资源全球分配极不均衡的事实，应当本着人道主义和公平原则，在全球范围内对自然资源重新进行分配。[1820]与理想主义者拥护分配正义不同，新旧现实主义者对分配正义持怀疑或否定态度，他们强调在一个无政府的国际体系中，国家只能依靠自助原则，权力是国家利益的基本保证，因此必须以“权力”代替“正义”，建立一种基于实力基础上的国际秩序。而新自由主义介于上述二者之间，它虽然也强调正义的重要性，但是它更强调“交换正义”，它对国际正义和秩序的要求比分配正义要低。国际社会学派则把注意力首先集中于促进与维持国际秩序，认为维持国家间秩序的责任属于大国，但它也关注正义问题，主张“交换正义是国际正义的主要形式，但分配正义的问题在国际议程上的重要性也在日益上升”。[1821]

国际分配正义事关南北利益格局，“显然，在发达国家和跨国资本利益占主导地位的国际体系与国际秩序背景下，要建立超国家的权威或相应的国际机制来促进国际分配正义的实现，几乎是不可能的。”为了改变这种局面，新兴大国应承担起历史责任，“为国际社会带来新的价值理念，为促进分配正义、推动秩序改良做出积极贡献。”[1822]中国的“一带一路”战略及其“路线图”就体现了中国作为新兴大国的这种历史责任与抱负。一方面，“一带一路路线图”主张“共建‘一带一路’”顺应了“世界多极化、经济全球化、文化多样化、社会信息化的潮流，秉持开放的区域合作精神”，“致力于维护全球自由贸易体系和开放性世界经济”等现有国际经济与贸易的基本格局。另一方面，“一带一路路线图”又强调其本身是对“国际合作以及全球治理新模式的积极探索”，要“打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体”，并要“促进贸易平衡”、“消除投资壁垒”、“优化产业链分工布局”，而且还要“加强双边合作”、“强化多边合作机制作用”等，从而实现“优势互补、互利共赢”、“共创美好未来”的目标。这些举措、目标与愿景，无疑

[1819] 罗伯特•杰克逊，乔格•索伦森：《国外经典政治学教材：国际关系学理论与方法》(第 4 版)， 吴勇等译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 126 页。

[1820] Charles Beitz, Political Theory and International Relations，Princeton University Press, 1979, p. 142.

[1821] 同注 19，杰克逊与索伦森书，第 137-138 页。

[1822] 石斌：《秩序转型、国际分配正义与新兴大国的历史责任》，载《世界经济与政治》2010 年第 12 期，第 89 页。

表明了中国作为新兴大国对改变目前尚不公平合理国际经济秩序和促进国际分配正义的强烈愿意。

“一带一路路线图”也响应了国际法对建设国际经济新秩序的强烈呼吁与关注。1974年，联合国大会相继通过了《建立新的国际经济秩序宣言》、《建立新的国际经济秩序的行动纲领》和《各国经济权利与义务宪章》三个国际法律文件。这些文件，是国际社会为建立公平合理的国际经济秩序所作的有益尝试，表明国际社会对建立公平合理的国际经济秩序的强烈愿望。此外，《WTO 协定》序言规定：“进一步认识到需要作出积极努力，以保证发展中国家、特别是其中最不发达国家，在国际贸易增长中享有一个与其经济发展需要相适应的分额。”作为世界上最大的经济组织，WTO 也意识到国际经济秩序中也存在不合理的方面，因此也有必要进行改良。“一带一路路线图”所提出的各项举措、目标与愿景，积极响应了国际法的这些呼吁与关注。

根据“修正结构现实主义”理论，有些发展中国家可以采用“变位权力行为”，为改变目前不合理的国际经济秩序作出努力；而有些发展中国家在当前则可能更愿意采用“联系权力行为”，承认现有的国际经济秩序，在此前提之下寻求价值的最大化。因此，发展中国家对现有国际经济秩序存在不同追求。此外，发达国家是现有国际经济秩序的积极捍卫者。这些情况表明，无论是发达国家还是发展中国家，对中国发展壮大进而改变国际经济秩序中不合理地方的努力都保持着一定的警惕、担忧甚至反对。为了缓解国际社会的这些疑虑，中国提出了“和平发展”的应对战略。同样，在建设“一道一路”时，由于现有的一些成熟可靠的国际机制可资利用，所以中国没有必要从一开始就大张旗鼓另立山头建立很多新机制，而是应长期、逐步运用“变位权力行为”，循序渐进地实现改变国际经济旧秩序的目标。

在促进国际分配正义、推动国际经济秩序改良方面，发达国家的改革意愿和动力显然不足，而多数发展中国家虽有强烈的意愿，但在能力上却又远远不够，因此能担此重任者非中国等新兴大国莫属。首先，在“一带一路”建设中，中国不仅应加大对沿线发展中国家的援助，而且应提高援助的效率和公正性，在积极“促进贸易平衡”、“消除投资壁垒”、“拓展相互投资领域”、“推动新兴产业合作”、“优化产业链分工布局”，做好资源与财富转移的同时，更应促进沿线发展中国家的发展能力建设，从而推动其解决国内的各项政治、经济、社会等问题，为推进“一带一路”营造和谐稳定的环境。其次，在“一带一路”建设的责任分担等方面，包括“绿色丝绸之路”的建设，中国应主动承担更多的责任，对发展中国家予以适当倾斜与照顾，以提高其发展起点，提高其竞争能力。其三，在包括亚投行在内的“一带一路”相关机制与规则的制定与实施上，应扩大沿线发展中国家的的决策参与权，以充分反映它们的利益诉求。最后，对“一带一路”中发达国家与发展中国家存在不同利益需求的问题，中国作为新兴大国可以适当发挥一种平衡稳定的作用，在确保沿线各国都有绝对收益的前提下，努力实现其相对收益分配的均衡，并在公正的基础上对相对收益进行适当的再分配，从而实现国际分配正义。

五、结语

“一带一路”从战略构想到付诸实施，既表明中国坚持走可持续和平崛起之路的坚强决心，又表明中国带动区域和世界共同发展与繁荣的强烈愿望，这也就是习近平主席提倡的“独行快、众行远”理念。通过对“一带一路路线图”的国际关系与国际法跨学科解读，可以发现其既与一些传统或新兴的国际关系理论相契合，也与《联合国宪章》等重要国际法律文件的精神或规定相一致，因此具有深厚的国际关系理论与国际法理基础。

负责任的发展中大国是中国目前乃至将来一段相当长时间内对自己国家身份的一个准确定位，但随着“一带一路”战略的实施，中国的国际身份出现了调整，开始向一个积极引领全球共同发展与繁荣的新兴世界大国转变。在立足于这一身份调整的基础上，根据相关国际关系理论与国际法，中国在实施“一带一路路线图”过程中须特别注意以下几点：

一是从“权力论”出发，在建设“一带一路”发挥的作用上，中国既要充分善意地运用自己掌握的各种权力和资源，积极发挥主导作用，又应清醒意识到自身能力的不足，充分尊重沿线国家的意愿和依靠现有的各种国际机制，但在条件成熟时，又不妨主导建立一些新机制，同时要信守各项承诺，建立良好的国际声誉，以推动“一带一路”更快更好发展。

二是从“利益论”出发，在建设“一带一路”的具体措施上，中国应下好互利合作这盘棋，首先是要夯实互利合作的物质与心理基础，营造良好的互利合作环境；其次是应积极引导国内企业特别是民营企业的参与，提升中国经济的存在形式，改进经营作法和加大对可持续发展的投资，同时也要帮助增强沿线发展中国家或地区企业的发展能力；最后是要做好“一带一路”互利合作的近期和中远期规划，分阶段、有步骤地进行。

三是从“观念论”出发，在建设“一带一路”的观念上，中国要继续秉持正确的义利观，包括正当的大国义务观，并强化共同体意识。对发展中国家和地区要先义后利，对发达国家和地区则要义利兼顾，在发生权利与利益的抵触时，中国应果断地放弃自己的一部分非核心权利与利益；要正确处理与现有国际机制的关系，并积极主导新机制的建设；不仅要严格遵守国际法，而且在创设新的国际法规则中也应当发挥积极作用。建设“一带一路”是一个长期反复的过程，必然要遭遇很多的沟沟坎坎，对此中国要有信心和定力，通过与世界各国、各种区域或国际组织以及合作机制或平台的平等交往、互利合作，逐步推进“一带一路”向既定目标发展。

四是从“秩序与正义论”出发，在建设“一带一路”的目标上，中国首先应加大对沿线发展中国家的援助，而且应提高援助的效率和公正性；其次，中国应主动承担更多的国际责任，对发展中国家予以适当倾斜与照顾；其三，在制定与实施“一带一路”相关机制与规则方面，中国应扩大沿线发展中国家的的决策参与权；最后，对“一带一路”中发达国家与发展中国家存在不同利益需求的问题，中国应适当发挥平衡稳定的作用，确保发展中国家与发达国家之间利益的平衡。通过上述措施，逐渐促进国际分配正义和改良国际经济秩序目标与愿景的实现。

中欧 BIT 的投资者-东道国争端解决机制

——基于中加 BIT 与 CETA 的比较分析

肖军*

摘要：里斯本条约赋予欧盟签订国际投资条约的专属权能，CETA 的投资章节是第一部欧盟国际投资条约，其中的投资者-东道国争端解决机制代表了在该机制的构建方面的欧盟立场，是我国制定中国-欧盟 BIT 谈判策略的重要参照。与中加 BIT 中的相关机制相比，CETA 更加复杂全面，包含不少以往投资条约所没有的新规则，其主旨在于给予国家/被申请人对该机制更强的影响力和控制力。其中大部分创新可为中欧 BIT 所采纳，对另一些新规则的作用和价值则需要进一步的澄清。

关键词：欧盟投资条约；CETA；中国-欧盟 BIT；投资者-东道国争端解决；

一、中欧 BIT 投资者-东道国争端解决机制的重要性

（一）中欧 BIT 谈判的背景与缘起

德国、法国等欧盟成员国是世界主要资本输出国，也是以双边投资条约（BIT）为代表的国际投资条约（IIA）的主要推动者和参与者。在现欧盟 28 个成员国中，除爱尔兰之外，我国均与其签署了 BIT。这些条约的签署时间最早是在 1980 年代我国改革开放伊始，最近则在 2009 年，前后跨越二十余年。由于在此期间我国对外开放程度和经济实力发生巨大变化，我国与一些欧盟成员国之间的 BIT 内容也有很大差异。[1823]无论对我国海外投资者和政府管理部门而言，修订和协调这些 BIT 内容都是有益的。不过，中欧 BIT 谈判的直接动因在于欧盟与其成员国之间的权能划分变迁。

---

* 武汉大学法学院国际法研究所副教授

[1823] 尽管存在借助最惠国待遇条款“抹平”这些差异的可能，但是对此国际社会有着不同意见，以至于一些国家在其 IIA 中（例如本文研究的 CETA）明确规定最惠国待遇条款不能适用于此。

2009 年 12 月 1 日生效的《里斯本条约》将国际直接投资（FDI）规定在共同商业政策（Common Commercial Policy）范畴内，基于欧盟对后者拥有的专属权能，FDI 也被纳入欧盟专属的权能范围。这一变化对欧盟及其成员国的投资条约实践产生了重要影响。尽管就该专属权能的某些方面存在一些理论争议，但是此后欧盟通过诸项立法及过渡安排，使得欧盟成员国的投资条约走上了“欧洲化”道路。[1824]

在与第三国的 BIT 问题上，欧盟采取了渐进的处理方式，包括：允许已有 BIT 在一定期限内继续存在；授权成员国与某些特定第三国继续谈判和签署 BIT；欧盟自己则积极与第三国进行投资条约谈判。[1825]根据 2012 年 12 月 12 日的欧盟第 1219/2012 号条例的规定，欧盟成员国与第三国之间的 BIT 将保留至欧盟与该第三国之间的投资条约生效。

欧盟积极行使其新的专属权能，推进与第三国的投资条约谈判。截至 2014 年底，欧盟已经与加拿大、新加坡结束自由贸易协定（FTA）中投资章节的谈判。正在谈判的则有欧盟与印度、日本、美国等国的 FTA 投资章节、与中国和缅甸的 BIT。

中欧 BIT 是欧盟获得专属权能后启动谈判的第一个专门投资条约。2012 年 2 月 14 日，第 14 次中欧领导人会晤同意开启中欧 BIT 谈判。2013 年 10 月 18 日，欧盟成员国正式赋予欧盟委员会（欧委会）谈判授权，谈判随即于同年 11 月举行的第 16 次中欧领导人会晤期间正式启动。至 2015 年初，双方已进行四轮谈判。

（二）投资者-东道国争端解决机制在中欧 BIT 谈判中的重要性

以投资仲裁为核心的投资者-东道国争端解决机制（ISDS）是当代投资保护国际法律制度的重要内容，国际投资条约法的有效性在很大程度上有赖于这一机制。或许正因为如此，ISDS 近年来成为批评的焦点，对其正当性和合理性的质疑不绝于耳。一些国家政府决定退出这一机制，另一些国家则着力推动机制的改革。[1826]

在欧盟行使专属权能谈判和签订 IIA 的实践中，ISDS 同样引起很多争议，

[1824] 参见肖芳：《〈里斯本条约〉与欧盟成员国国际投资保护协定的欧洲化》，载《欧洲研究》2011 年第 3 期。

[1825] 同上。

[1826] 关于近年来一些国家政府立场转变的概括，参见韩秀丽：《再论卡尔沃主义的复活——投资者-国家争端解决视角》，载《现代法学》2014 年第 1 期。

这主要发生在欧盟与两个发达国家的 FTA 投资章节谈判中，即与加拿大的《全面经济与贸易协定》(CETA)和与美国的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP)。尽管欧委会获得的谈判授权中均包括 ISDS，但包括欧洲议会在内的反对者或质疑者认为，欧盟与美国和加拿大的国内司法救济和国家间争端解决机制能够给予外国投资足够的法律保护，不需要可能妨碍国家行使环境、健康等规制主权的 ISDS。[1827]

2014 年 9 月，欧盟与加拿大达成 CETA 最终文本，详细规定了 ISDS。德国曾一度坚决要求从 CETA 中撤销 ISDS，否则将不批准该协议。不过，2014 年 12 月，德国改变立场，宣布支持现有 CETA 文本。[1828]

在 TTIP 谈判中，欧委会和美国均持有规定 ISDS 的立场。但是，由于舆论的强烈反对，欧委会不得不暂停关于投资章节的谈判，于 2014 年 3 月至 7 月进行网上公开咨询。2015 年 1 月，咨询结果报告公布，欧委会承认咨询参与者对 TTIP 中规定 ISDS 存在强烈质疑。因此欧委会宣称，将在 TTIP 谈判的最终阶段再进行全面衡量，以决定是否规定 ISDS；同时，将在四个方面继续研究改进 ISDS 的可能：保护国家规制主权；仲裁庭的设立与功能；ISDS 与国内司法救济之间的关系；设立上诉机制审查 ISDS 裁决。[1829]

值得注意的是，类似争论并未出现在欧盟与新加坡和我国的有关条约谈判中。相反，作为支持 TTIP 规定 ISDS 的理由，欧盟贸易专员德古赫特在欧洲议会的辩论中曾表示，如果以 ISDS 有害为由在与美国的协议中拒绝，那么日后在与像中国这样的发展中国家进行谈判时就很难坚持要求纳入该机制。而反驳这一观点的学者也只是强调，中国并不反对 ISDS，中国在中欧 BIT 中接受 ISDS 与 TTIP 作何规定无关。[1830]由此可见，无论欧盟内部参与 TTIP 讨论的各方持有何种立场，他们在中欧 BIT 问题上不存在分歧，都认为应该规定 ISDS。有关 TTIP 中 ISDS

[1827] 例如，关于欧洲议会的立场，参见高波：《论欧盟国际投资条约中的 ISDM 问题》，载《商业研究》2012 年第 12 期。该文也指出，不同欧盟机构的不同立场与其在欧盟政治架构中的职能有关。

[1828] ICTSD，Bridges Weekly, Volume 18 Issue 41, 4 December 2014, available at http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/issue-archive.

[1829] ICTSD，Bridges Weekly, Volume 19 Issue 1, 15 January 2015, available at http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/issue-archive.

[1830] Axel Berger & Lauge N. Skovgaard Poulson, The Transatlantic Trade and Investment Partnership, investor state dispute settlement and China, Columbia FDI Perspectives, No. 140, 2 February 2015, available at http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/.

的讨论对中欧 BIT 的影响在于，欧盟将积极推动 ISDS 的改革。

在我国投资条约中 ISDS 同样占据核心地位。学者对中国 BIT 进行的代际划分便是主要依据其在 ISDS 规则上的差异——1998 年前仅允许将与征收补偿额有关的争议提交 ISDS 的 BIT 为一代，此后全面接受仲裁管辖权的 BIT 为新的一代。[1831]针对中国 BIT 中 ISDS 规则的变迁，也不乏争议。[1832]

因此，ISDS 在欧盟和中国的投资条约中都是核心内容与关注焦点。谈判中的中欧 BIT 将规定 ISDS，对此没有争议。鉴于中欧双方在全球资本流动和投资条约实践中的重要性、欧盟对 ISDS 改革的积极推动，中欧 BIT 的 ISDS 还会对国际投资仲裁机制的发展产生重要影响。

二、CETA 与中加 BIT 的投资者-东道国争端解决机制总体比较

通常情况下，国际条约的谈判是保密的。但是，即使谈判方不向公众公开有关信息，[1833]其谈判立场也是有迹可循的——双方的已有条约实践可以作为判断谈判立场的基础。

如前所述，欧盟自己业已签署的 IIA 只有 CETA 和欧盟-新加坡 FTA 的投资章节。其中，CETA 在先且更受关注，被视作欧盟投资条约的范本。我国投资条约实践虽然更丰富（时间长，发展变化大），也有非官方公布的最新 BIT 范本草案，[1834]但是为研究我国现有立场之目的，主要考察我国晚近缔结的投资条约更为适当。其中，2012 年 9 月签订的中加 BIT 不仅在缔约时间上属于最新，而且在我国投资条约中最为复杂全面，包含了我国迄今接受的最为细致的 ISDS 规则。加之比较中欧双方与同一第三国（即加拿大）签署的条约，可以最大限度的减少由于缔

[1831] 在更为具体的代际划分上，不同学者的观点不尽相同，但是都认为 1998 年发生的对 ISDS 立场的改变是关键节点，参见韩秀丽：《后危机时代国际投资法的转型——兼谈中国的状况》，载《厦门大学学报》2012 年第 6 期；Axel Berger, Investment Rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: Is China Following the Global Trend towards Comprehensive Agreements, German Development Institute, 2013, pp.7-8；Cai Congyan, China-US Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, Journal of International Economic Law, Vol.12, No.2, 2009, pp.457-506。

[1832] 例如，曾有权威学者明确批评此种变迁，参见陈安：《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除》，载《国际经济法学刊》2006 年第 1 期。

[1833] 由于公众对透明度的要求，一些发达国家和地区正在更大程度地公开相关谈判资料。以 TTIP 谈判为例，谈判进程、欧盟谈判的指导思想和公开立场等都可以在下述欧委会网站查询：http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/documents-and-events/。

[1834] 关于该范本，参见温先涛：《〈中国投资保护协定范本〉（草案）论稿》，载《国际经济法学刊》2011 年第 4 期，2012 年第 1 期，2012 年第 2 期。

约伙伴国立场的差异与妥协而造成的影响。因此本文认为，通过比较分析中加BIT和CETA中的ISDS，可以判断中欧双方的谈判立场。

CETA是涵盖贸易与投资等事项的全面经济协定，其ISDS被规定在第十章“投资”的第六节，共有27条，包括第X.17条“仲裁请求的范围”至第X.43条“排除适用”。与CETA不同，中加BIT是专门的投资条约，其ISDS位于条约第三部分，共14条，包括第19条“目的”至第32条“裁决的终局性和执行”。

CETA和中加BIT的ISDS规则对照表

CETA的ISDS规则	基本对应的中加BIT条款
第17条 仲裁诉请的范围	第20条 缔约一方投资者的诉请
第18条 协商	第21条“诉请提请仲裁的前提条件”之第1款
第19条 调解	无
第20条 与欧盟或其成员的争议中被申请人的认定	无
第21条 诉请提请仲裁的程序与其它条件	第21条 诉请提请仲裁的前提条件
第22条 诉请提请仲裁	第22条 诉请提请仲裁
第23条 不同国际协定下的程序	无
第24条 同意仲裁	第23条 同意仲裁
第25条 仲裁庭的设立	第24条 仲裁员
第26条 仲裁员任命的同意	第25条 仲裁员任命的同意
第27条 适用法律与解释	第30条 准据法
第28条 仲裁地点	无
第29条 明显无法律实质的诉请	无
第30条 无法律依据的诉请	无
第31条 临时保护措施	第31条 临时保护措施和最终裁决
第32条 诉请的撤销	无
第33条 程序透明度	第28条 审理与文件的公共参与、第29条 非争端方陈述
第34条 信息共享	第28条“审理与文件的公共参与”之第4款
第35条 非争端缔约方	第27条 非争端缔约方：文件和参与
第36条 最终裁决	第31条 临时保护措施和最终裁决
第37条 赔偿或其它补偿	无

第 38 条 仲裁员的报酬与费用	第 24 条“仲裁员”之第 4 款
第 39 条 裁决的执行	第 32 条 裁决的终局性和执行
第 40 条 缔约方的角色	无
第 41 条 合并	第 26 条 合并
第 42 条 委员会	无
第 43 条 排除适用	第 34 条“排除”的附录

上表对两个条约的 ISDS 规则比照显示，基本上所有中加 BIT 的有关规则在 CETA 中都能找到相对应的条款。与此相反，CETA 的 27 个条款中有 11 条是中加 BIT 所没有的，如第 19 条等。[1835]在两个条约相对应的条款中，少数是两个条款基本一致，如 CETA 第 24、26 条分别与中加 BIT 第 23、25 条；多数则是数个 CETA 规则在一个中加 BIT 条款中被较为简单地规定，或者两个条款涉及问题基本相同，但 CETA 的规定更加详细，如 CETA 第 41 条与中加 BIT 第 26 条。这些都表明，CETA 的 ISDS 规则明显更为全面复杂，欧委会称之为“迄今为止最先进的”ISDS，包括一系列新的和更清晰的仲裁程序规则。[1836]

显然，无论是为应对内部压力还是争取国际规则制定权，欧盟在中欧 BIT 谈判中都会力推这个“先进”机制。我国的主要谈判策略则应是在分析和了解 CETA 新规则的基础上，结合我国实际需要，决定是否以及在何种程度上也采纳这些规则。

下文将 CETA 对 ISDS 的改进概括为三个方面分别予以分析：第一，对仲裁庭管辖权和设立的更严更高要求；第二，对已有仲裁程序规则的丰富与细化；第三，新仲裁程序规则的创立。应该说明的是，此种划分主要是为了系统分析的需要，强调的是有关规则创新的侧重点，三个方面的界限并无泾渭分明之必要，例如后两者实际上都是限制仲裁庭在程序方面的自由裁量权、细化规则也可能表现为在更微观层面上引入新规则等。

本文也无意悉数列举 CETA 与中加 BIT 有关规则的所有不同，而只是重点和系统分析其中重要的改变。关于重要性不足的差异，可以两例为证：其一，CETA 将调解作为解决争端的一个可选程序，单设一个条款予以规定。就已有 IIA 而言，这可以说颇具独创性。但参考国际争端解决实践（无论是解决投资者与东道国之

[1835] 准确地说，应该是 CETA 第 X.19 条或者第十章第 19 条，仅为行文明了之目的，本文直接称之为第 19 条。以下提及 CETA 条款时均如此。

[1836] European Commission, Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf, p.1.

间争端的 ICSID 还是国家间争议的 WTO 争端解决机制），调解程序很少得到选用，且无论条约有无规定，当事双方总是可以合意选择调解作为解决争端的方法，因此该条款实际作用甚小，无需讨论，中欧 BIT 是否采纳之也不会产生重大影响。其二，CETA 第 20 条详细规定了欧盟及其成员国被诉时被申请人的确定方法，无疑对于欧盟而言十分重要，势必也是欧盟签署的 IIA 必须包含的内容。但它仅涉及欧盟与其成员国的职能分配，对于其它国家的 IIA 实践缺乏借鉴意义。在其未对申请人造成不合理负担的情况下，我国作为缔约另一方可以接受，且似乎难以提出有效质疑。

三、CETA 对仲裁庭管辖权和设立的更严更高要求

（一）缩小仲裁庭管辖权范围

CETA 从三个不同的角度反复作出对仲裁庭管辖权范围的限定，缔约方似乎要用此种不同寻常的方式杜绝任何可能的争议：首先，在投资章节第 1 条关于本章适用范围的规定中便予以明确，投资者只能在第 17 条规定的范围内提出仲裁诉请，排除有关第 2 节投资准入义务（包括“市场准入”和“履行要求”两个条款）和第 3 节关于涵盖投资的设立和购买（也是准入方面）的非歧视待遇义务的申诉。其次，在已经作出前述排除的情况下，第 17 条又以正面列举可允许的仲裁诉请范围的方式进行同样限定，即：投资者可提出诉请的范围是非歧视待遇和对已设立投资的保护义务。再次，第 17 条最后一款规定，仲裁庭不得对本条范围之外的诉请作出裁决，第三次重复限定了仲裁庭管辖权范围。

中加 BIT 的情况与 CETA 具有很大不同。前者没有规定投资准入义务，仅仅将最惠国待遇适用于投资的“设立”和“购买”。因此，中加 BIT 第 20 条虽然对诉请范围也作出了详细规定，但并未细致地将有关投资准入的义务排除在外。

目前，我国已经开始在国内法（外资法修订）和国际法（中美 BIT）中采纳准入前国民待遇，因而中欧 BIT 预计将包括投资准入规则。在此情况下有必要对仲裁庭管辖权范围进行类似限定。不过，考虑到 CETA 投资章节第 1 条与第 17 条的限定系属重复，且我国投资条约尚未有类似第 1 条的规定，在谈判中我国也可提议予以免除。

CETA 第 17 条中一个值得肯定和接受的首创性规则是，如果涉及通过虚假陈

述、隐瞒事实、腐败或滥用程序行为所设立的投资，投资者不得提出申诉。对此，欧委会以菲利普莫里斯公司诉奥地利案为例加以说明，表明该规定涵盖以获得申诉权为目的在一国设立企业的行为。[1837]这一“邮箱公司”问题在投资条约（包括CETA 和中加 BIT）中通常由拒绝利益条款予以规范，CETA 第 17 条则与之构成“双保险”。

从仲裁实践的角度而言，该规则可能最有价值之处是关于腐败的规定。在此问题上，已有仲裁裁决并不完全一致，学者意见也存在一定分歧。[1838]有的仲裁庭基于投资涉嫌腐败而裁定投资不合法并拒绝管辖权；也有仲裁庭决定行使管辖权，但裁定涉嫌腐败的合同无效。裁决的依据多数是条约中的“合法性条款”（即要求投资符合东道国法律），也考虑了其它可适用的国际法和国内法规则。CETA 第 17 条明确排除此类投资获得 ISDS 救济的可能，提供了一个明确而有效的处理方法，这对那些没有“合法性条款”的投资条约尤为重要。这一点在中欧 BIT 中应该予以考虑。

（二）提高仲裁员资格要求

CETA 第 25 条对仲裁员资格提出了较高要求，具体包括专业素质和独立性两个方面。

仲裁员的专业素质以国际公法尤其是国际投资法的知识或经验为基本条件，同时以具有国际贸易法和国际投资或贸易条约争端解决的知识或经验为宜。在这一点上，中加 BIT 第 24 条的有关规定虽然用语有所不同，但实质差异不大，因此中欧双方应该容易达成一致。该规定的积极意义在于，大多数投资条约（即使如 2012 年中国-智利自由贸易协定的《关于投资的补充协定》）并没有对仲裁员专业素质作出规定。虽然这样可以赋予当事方选任仲裁员时充分的灵活性，适应具体案件的特殊需要，但可能出现其它领域的专家不当地解释和适用条约的情形。综合考虑仲裁裁决的法律效果及仲裁员听取专家意见的可能，上述 CETA 和中加 BIT 对仲裁员专业素质的要求应是更为适宜的选择。

除与中加 BIT 一样一般性地要求仲裁员独立于缔约方或当事方之外，CETA 还规定，仲裁员须遵守《国际律师协会国际仲裁中利益冲突指南》或根据本章第

[1837] Ibid, p.5.

[1838] 参见马迅：《论国际投资仲裁中腐败问题的可仲裁性》，载《武大国际法评论》第 16 卷第 2 期（2014）。

42 条制定的补充规则。虽然该《指南》在仲裁实践中被频繁援引，但 CETA 是第一部强制性要求仲裁员遵守《指南》的投资条约。鉴于其促进裁决公正的积极作用，中欧 BIT 可以采纳这一规则。

对仲裁员之资格不符情形，CETA 第 25 条规定了质疑程序，其与 ICSID 公约相关规则的不同之处有：（1）CETA 规定了提出质疑的明确期限，即收到仲裁员任命通知，或者争端方得知资格不符情形之后的 15 天之内。（2）如果争端双方一致同意该质疑，可以要求该仲裁员回避；后者可以选择辞职，辞职决定并不意味着承认质疑理由的有效性。尽管争端双方一致同意的可能性较小，但是这一规定赋予了争端方更大的自主权，程序更具灵活性。（3）如果受到质疑的仲裁员拒绝辞职，将由 ICSID 秘书长在听证后作出是否接受质疑的决定，这比 ICSID 公约下首先由其他仲裁庭成员做出决定的规则更为合理。尽管 CETA 的这些规定没有也不可能解决 ICSID 有关规则的所有问题，但仍是值得中欧 BIT 吸纳的有益改进。

四、CETA 对已有仲裁程序规则的丰富与细化

（一）合并审理

合并审理旨在减少重复诉讼，由于东道国措施往往会对多个投资者产生影响，因此合并审理是减轻东道国诉累的一个重要方法，近年来不少 IIA 予以规定。中加 BIT 第 26 条已经是一个较为细致的合并审理条款，共 9 款，规定了合并申请、仲裁庭组成及管辖权、程序规则等。CETA 第 41 条所规定的合并审理总体框架与中加 BIT 类似，但在如下几点上更为细致和全面：

第一，中加 BIT 仅简单提及，所有当事方可合意申请合并审理。CETA 进一步规定，在寻求合并审理的争端方发出通知 30 天内，如所有争端方不能达成合意，一争端方可以申请设立单一仲裁庭。因此，争端方达成合意需要遵守 30 天的时限。

第二，中加 BIT 第 26 条第 3 款规定，在争端一方向 ICSID 秘书长提交寻求合并令的申请之后，除非秘书长在 30 日内发现申请明显没有依据，否则应设立单一仲裁庭进行合并审理。易言之，尽管“明显没有依据”似乎是一个很高标准，通常申请应该不会如此，但该用语毕竟有着一定的解释余地，ICSID 秘书长仍有权拒绝申请。不过，实践中秘书长可能会倾向于将这一问题留给仲裁庭解决。在

中加第26条各款之中，唯有该第3款在CETA中没有相应规定。理论上是否给予ICSID秘书长此项权力各有千秋，实践中该差别可能没有重大影响。不过，本文认为，既然发布合并令的决定最终总是由仲裁庭作出，将这一问题完全交给仲裁庭处理是恰当的。

第三，中加BIT直接规定，合并仲裁适用UNCITRAL规则。CETA则规定，首先，如果合并审理的所有诉请是依据相同仲裁规则提起的，适用该仲裁规则。其次，如果并非依据相同仲裁规则提起诉请，投资者可协商同意适用其中某种仲裁规则。最后，在仍不能达成一致的情形下将适用UNCITRAL规则。中加BIT的规定虽然简单明了，但忽略了当事方的意愿。相比之下，CETA的规定更为合理。

第四，CETA规定，在合并审理的仲裁庭取得管辖权之后，诉请未被合并审理的一投资者可以向仲裁庭提出书面申请，请求将其并入合并令。如果仲裁庭认为合并符合规定，且不会对当事方造成不合理负担或不公平妨碍，或不合理延误程序，在与争端方协商之后，仲裁庭可以作出合并的决定。该规定顾及有投资者较晚提出诉请的情形，但可能造成程序拖延。综合衡量利弊，尤其是所规定的仲裁庭合并决定的条件，可以视之为对合并审理程序的一个有益补充。

第五，CETA允许任一投资者撤回纳入合并审理的诉请，但不得将该诉请重新提请本章仲裁。如果诉请是在该投资者收到合并审理通知之日起15天内撤回，投资者此前提起仲裁的行为将不妨碍其将诉请提交本章以外的争端解决机制，即不受其此前作出的弃权声明约束。该规定充分考虑了不同投资者/申请人对合并审理的不同立场。

第六，应任一投资者的申请，合并审理的CETA仲裁庭可以采取其认为适当的措施，对其他投资者保守该申请人的保密或受保护信息，包括向其他投资者提供经保密处理的文件，或对相应庭审安排非公开审理。

第七，CETA规定，合并审理的仲裁庭就取得管辖权的诉请或部分诉请所作出的裁决，一经满足关于裁决执行的条件，在这些诉请上对其它合并前设立的相关仲裁庭具有约束力。

针对合并仲裁的利弊，学者观点之间存在一定争议，在ISDS中这一程序被认为总体上有利于东道国。[1839]上述第四至第六点适当考虑了投资者的意愿，

[1839] 参见杨秉勋：《论国际投资保护协定中的“合并仲裁”》，载《北京仲裁》2011年第2期；朱明新：《国际投资仲裁平行程序的根源、风险以及预防——以国际投资协定相关条款为中

第七点则明确了裁决的效力，都是中加 BIT 没有规定的细节。在接受合并审理的背景下，这些细节是对程序的有益补充，中欧 BIT 可以采纳。

（二）透明度

欧盟强调，CETA 的 ISDS 具备完全的透明度，包括当事方书状和仲裁裁决在内的所有文件将在欧盟设立的网页上公开，所有听证会公开举行，非政府组织等可提交法庭之友意见书，并且这些要求对仲裁庭和当事方具有约束力。[1840]

具体而言，CETA 第 33 条规定 UNCITRAL 的透明度规则适用于本章争端，并在此基础上，进一步扩大了 UNCITRAL 规则所规定的透明度范围：（1）将本章规定程序的相关文件加入 UNCITRAL 规则第 3（1）条所列之应公开的文件清单，包括协商请求、请求认定被申请人的通知、认定被申请人的通知、调解协议、质疑仲裁员的通知、对仲裁员质疑的决定、合并审理的申请。（2）UNCITRAL 规则第 3（2）条将专家报告和证人证词包含的证据排除在公开义务范围之外，CETA 将其纳入。

CETA 中的透明度义务无论是适用范围还是强制性都远远大于中加 BIT。后者仅要求向公众公开仲裁裁决，其它文件的公开则是由争端缔约方（被申请人）决定。如果被申请人认为符合公共利益，可在通知仲裁庭后公开。听证会是否公开举行，中加 BIT 将决定权赋予了当事方。

由于中加 BIT 的规定偏离了加拿大晚近 IIA 的通常做法，[1841]应该更多体现了我国在透明度问题上的立场，因此，可以预期，我国在中欧 BIT 谈判中不会接受类似 CETA 的透明度规则。

（三）最终裁决中的赔偿与费用问题

关于不利于争端缔约方的最终裁决中的赔偿和费用问题，CETA 与中加 BIT 的规定总体上相似，但 CETA 在某些细节上更为完善，可以将其植入中欧 BIT。

其一，CETA 规定，金钱赔偿不应大于申请人所遭受的损失减去此前已给予的赔偿。为计算金钱赔偿之目的，仲裁庭应考虑任何恢复财产原状或所涉措施的取消或修改而削减赔偿。

心》，载《当代法学》2012 年第 2 期。

[1840] European Commission, Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf, p.4.

[1841] 因而被一位加拿大学者批评，参见 Gus Van Harten：《中国-加拿大双边投资条约：独特性和非互惠性》，载《国际经济法学刊》第 21 卷第 2 期（2014），第 4 页，第 35-38 页。

其二，中加 BIT 仅简单规定，仲裁庭亦可根据适用仲裁规则对费用进行裁决。CETA 则采用了败诉方承担费用的原则：仲裁庭应要求败诉争端当事方承担仲裁费用，只在例外情况下，可根据案情裁决当事方分摊费用；其它包括律师费在内的合理费用也应由败诉方承担，除非根据案情仲裁庭认为此种分配不合理；在只有部分诉请获得支持的情况下，仲裁庭应按照其在所有诉请中所占比例或程度，按比例调整费用的分担。欧盟将这些规定视为 CETA 的重要创新，[1842]可以在一定程度上减少滥诉。

五、CETA 中新创的仲裁程序规则

（一）设立常设仲裁名单

根据 CETA，由缔约方代表组成的服务与投资委员会将拟定一个仲裁员名单，由 15 人组成，包括三个各 5 人的子名单，分别为欧盟任命的仲裁员、加拿大任命的仲裁员以及可担任首席仲裁员的非加拿大或欧盟成员国国民。如果一个案件的争端双方就仲裁员人选存有异议，只需一个争端方提出请求，ICSID 秘书长就应该从该 15 人名单中任命未确定的仲裁员。

学者认为，常设仲裁庭可以解决仲裁员独立性问题。[1843]不过，常设仲裁庭完全颠覆传统的当事方选任仲裁员制度，能否得到广泛接受还未可知。虽然未使用“常设仲裁庭”或类似的用语，CETA 的上述规定实际上是一次初步和有限度的尝试：一方面，该仲裁员名单的作用相当于设立一个“常设仲裁庭”；另一方面，并非所有争端都自动交给该“常设仲裁庭”审理，当事方协议任命仲裁员的规则仍然优先适用。由于 15 人名单由缔约方任命，该规定对申请人施加了协议选任仲裁员的压力，减少了拖延的可能，增加了国家对程序的影响力。总的来看，传统和变革之间达成了妥协。在中欧 BIT 谈判中，充分考虑一个我国任命的仲裁员的子名单能否带来实际利益，应该是我国决定接受上述规则与否的重要因素。

（二）避免平行程序

平行程序是引起人们对 ISDS 的合法性质疑的重要原因之一，它既增加被诉东道国诉累，又可能导致不一致甚至相冲突的裁决。虽然由于当前双边投资条约

[1842] European Commission, Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf, p.6.

[1843] 参见刘京莲：《国际投资仲裁正当性危机之仲裁员独立性研究》，载《河北法学》2011 年第 9 期，第 122 页。

体系以及宽泛的投资定义等原因，平行程序不可能完全消除，但是晚近 IIA 中已有规则（如合并审理、弃权条款）或讨论中的改革措施（如上诉机制）都试图减少平行程序出现的可能性。在这些措施之外，CETA 首次在 IIA 中引入要求仲裁庭自我限制管辖权的条款，提供了又一个解决平行程序问题的方案。

CETA 第 23 条“不同国际协定下的程序”规定：若同时根据本章和其它国际协定提出诉请，并且存在重复赔偿的可能，或另一国际诉请可能对根据本章提出的诉请的解决产生显著影响，则本章仲裁庭应在听取争端当事方意见后立即中止本程序，或以其它方式确保根据其它协定进行的程序在仲裁庭的决定或裁决中得到考虑。

分析 CETA 第 23 条的作用，需要联系另一个旨在防止平行程序的规则即弃权条款。CETA 第 21 条规定，若曾在国际国内法院或仲裁庭就本仲裁诉请涉及的措施提出申诉及寻求赔偿，则投资者须提供下述声明：（1）该诉讼或仲裁已作出最终判决或裁决，或（2）投资者已经撤回申诉。声明应包括判决已作出或者申诉已撤回的证据，并放弃在国际国内仲裁或诉讼中就本仲裁诉请涉及的措施提出申诉或寻求赔偿的权利。这一弃权条款可以阻止同一投资者同时在两个程序中进行申诉，但另一已经结束的程序及其影响没有得到考虑；如果投资者以另一公司名义在其它协定下提出申诉，仲裁庭也可能认为不受本条款的约束。这都可能削弱弃权条款防止平行程序的作用。

以另一个程序可能“产生显著影响”作为适用第 23 条的条件，使得本条款的适用范围十分广泛；诉请、当事方或法律依据的不同都不能成为妨碍本条适用的理由，因此第 23 条可以弥补弃权条款的不足，是一个可能有效解决平行程序困扰的规则。欧盟也因而声称，CETA 避免平行程序的规则比美加两国的 BIT 范本更加完善。[1844]当然，由于本条的规定是第一次出现在 IIA 中，其实际效果如何还有待观察。尤其是当存在平行程序时，仲裁庭并非必须中止程序，而是可以“其它方式”考虑另一程序。在多大程度上可以消除平行程序的消极影响，尚有赖于仲裁庭的自由裁量。

中加 BIT 中的弃权条款是第 21 条第二款第（五）项，它规定，针对据称违反本协定第二部分项下义务的措施提出诉请的前提条件是，投资者已经放弃其根

[1844] European Commission, Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf, p.5.

据第三国与争端缔约方之间的任何协定享有的启动或继续争端解决程序的权利。该条款的适用范围比 CETA 第 21 条更小，类似的，削弱后者作用的那些问题在中加 BIT 中也可能出现，因此，中欧 BIT 可以考虑采纳 CETA 第 23 条的规定。

（三）新的被申请人异议程序

与以往的 IIA 相比，CETA 增加了两项被申请人异议程序。

其一，CETA 第 29 条“明显无法律实质的诉请”允许被申请人请求仲裁庭在程序初始阶段快速裁定，驳回部分或全部实质性事项的诉请。该规定基本参照 ICSID 在 2006 年增订的仲裁规则第 41（5）条程序，并借鉴已有 ICSID 仲裁实践对该条的解释，[1845]在两个问题上比 ICSID 规则更为明确：（1）明确规定由被申请人提出该项异议；（2）明确仲裁庭在对本条异议作出裁决时，应假定申请人所主张的事实是真实的，即不审查事实问题。本条规定的意义在于，在适用 ICSID 之外的仲裁规则的 CETA 仲裁中，被申请人也可以提出类似于 ICSID 仲裁规则第 41（5）条的异议。

其二，CETA 第 30 条“法律上不成立的诉请”（Claims Unfounded as a Matter of Law）是 CETA 首创的一个被申请人异议程序，他可在仲裁庭确定的提交答辩状期限之前提出先决性异议，即主张：即使假定申请人所主张之事实是真实的，也不能对一项诉请作出有利于申请人的裁决。

考察 CETA 第 30 条的用语，首先可以确定，该异议程序仅涉及法律问题而推定事实的真实性。其次，与 ICSID 仲裁规则第 41 条相比，CETA 第 30 条不限于管辖权事项；与 CETA 第 29 条相比，第 30 条没有“明显”的要求，因此第 30 条的适用范围比另两个异议程序要更广。

关于几类异议程序的关系问题，CETA 第 30 条明确规定，其“不妨碍仲裁庭处理其它先决问题异议的职权或被申请人在合适时间提出此类异议的权利”。因此，第 30 条没有取代 ICSID 仲裁规则第 41 条项下的管辖权异议，两者可以并存。在 CETA 第 29 条与第 30 条之间，由于两者之间的差别在于“明显”一词，后者的异议范围应该可以囊括前者，同时，鉴于“明显”的模糊含义和仲裁庭的自由裁量权，实践中可能出现两个异议本质上具有相同内容的情形。由此，为避免程序的重复和拖延，CETA 第 29 条规定，在先提出第 30 条异议的情况下，不得再

[1845] 参见肖军：《〈ICSID 公约仲裁规则〉第 41（5）条的解释与适用》，载《国际经济法学刊》2012 年第 3 期。

提出第 29 条异议。反之，根据第 30 条的规定，如果先提出了第 29 条异议，仲裁庭可以根据异议的具体情形，拒绝处理第 30 条异议，而此种“情形”应该就是所涉第 30 条异议本质上与第 29 条异议相同。

综言之，第 30 条确是一项尚未在其他 IIA 中出现过的适用范围较广的异议程序，其目的在于便利被申请人。然而其作用和价值有待澄清。首先，当第 30 条异议囊括了管辖权事项时，它与 ICSID 仲裁规则第 41 条的管辖权异议如何并存？其次，如上所述，“明显”一词的含义模糊，仲裁庭拥有一定自由裁量权，有必要在第 29 条异议之上再叠加一个第 30 条异议吗？我国在与欧盟的 BIT 谈判中可要求澄清这些问题，然后考虑是否采纳。

六、结语

里斯本条约赋予欧盟签署国际投资条约的专属权能。在晚近围绕 ISDS 的争论以及内部政治压力下，欧盟正在积极推动 ISDS 的改革。在此背景下产生的 CETA 规定了一个比以往条约更为复杂——在欧盟眼中更为先进——的 ISDS，其包含的新内容大部分旨在加强国家/被诉东道国对程序的控制和影响。在这一基本取向的基础上，CETA 也纳入了一些惠及投资者权利的因素。从短期来看，这些新内容或许约束了投资者和仲裁庭的“任性”。但是从长远的角度而言，一个更易被人们接受的 ISDS 的继续存在和发展，同样有利于投资者。因此，CETA 中 ISDS 的大部分创新可以为中欧 BIT 所接受。同时，中欧 BIT 谈判也是我国进一步深入了解、评估、影响乃至引导 ISDS 改革的重要场所。

欧盟综合性国际投资协定述评

刘春宝*

摘要：欧盟开始实施综合性国际投资协定政策是近年国际投资法领域最重大的发展之一。长期以来，欧盟在投资协定政策领域实行“双轨制”：成员国分别与第三国缔结了大量的双边投资保护协定，欧盟作为整体参与缔结了诸多载有投资自由化条款的经济一体化协议。《里斯本条约》生效后，欧盟在投资政策领域的权能得到扩充。依据新增加的权能，欧盟决定实施综合性投资协定政策，通过与第三国缔结载有投资自由化条款、投资保护条款和可持续发展条款的双边投资协定或者自由贸易协定，逐步取代成员国缔结的双边投资协定。“欧盟-加拿大综合经济和贸易协定”和“欧盟-新加坡自由贸易协定”是欧盟实施新政策后最先谈判结束的综合性国际投资协定。相较于成员国双边投资协定，欧盟综合性国际投资协定引入了诸多革新举措，意在实现投资者利益和缔约国公共利益的再平衡。中欧双方晚近投资协定的实践日益趋同。但在具体规则层面，仍然有不少差别。这些差别可能成为中欧投资协定谈判中的焦点。

关键词：欧盟综合性国际投资协定； 中欧投资协定；投资者利益； 公共利益

欧盟综合性国际投资协定述评

欧盟开始实施综合性国际投资协定（IIA）[1846]政策是近年国际投资法领域最重大的发展之一。长期以来，欧盟在投资协定政策方面实行双轨制：成员国分别与第三国缔结了大量的双边投资保护协定（BITs）；欧盟作为整体参与缔结了诸多载有投资自由化条款的经济一体化协议（EIAs）。2009 年《里斯本条约》生效后，欧盟在投资政策领域的权能得到扩充。依据新增加的权能，欧盟决定实施综合性投资协定政策，通过与第三国缔结载有投资自由化条款、投资保护条款和可持续发展条款的 BITs 或者自由贸易协定（FTAs），逐步取代成员国 BITs，并借此契机在成员国 BITs 基础上革新投资保护条款。欧盟是世界第一大经济体、第一大资本来源地和第一大投资目的地，其综合性 IIA 政策的实施势必对国际投资法的发展产生深远

* 加拿大麦吉尔大学博士研究生。Email: chunbao.liu@mail.mcgill.ca; Tel: 001-514-573-0286.

[1846] 本文国际投资协定（IIA）涵盖了双边投资协定（BIT）以及载有投资相关条款的自由贸易协定（FTA）等经济一体化协议（EIA）。

的影响。研究欧盟 IIA 新政策及其实践可以一窥“全球 BIT2.0 版”的雏形。[1847]另外，在中欧谈判投资协定之际，研究欧盟 IIA 政策对我国制定有效的谈判策略也不无裨益。本文主要由三个部分组成。第一部分简要介绍欧盟决定实施综合性 IIA 政策的法律依据、原因和初步实践。第二部分以欧盟新近谈判结束的综合性 IIAs 为例，详细分析其投资自由化条款、投资保护条款以及可持续发展条款的主要特点。第三部分通过比较中欧双方晚近 IIAs 的异同，识别中欧 BIT 谈判中可能遇到的挑战。

一、欧盟综合性国际投资协定政策的形成

《里斯本条约》之前，欧盟成员国一直 IIA 的主要推动者。第一个现代意义上的 BIT 由德国于 1959 年和巴基斯坦签订。第一个载有投资者-国家争端解决（ISDS）条款的 BIT 由意大利于 1969 年和乍得缔结。联合国贸易和发展会议（UNCTAD） 统计数据显示，截至 2013 年底，28 个成员国合计共缔结了 1,555 个 BITs，占全球 BITs 总数的 53.6%。[1848]其中区域内 BITs 199 个，由新成员国在加入欧盟前与旧成员国缔结。区域外 BITs 1,356 个，绝大多数由成员国与发展中国家或者转型经济国家缔结，少数例外由新成员国与美国、加拿大等发达国家缔结。与之相应的是，欧盟投资者也是投资者-国家争端解决机制（ISDS）的主要利用者。截至 2013 年底，合计共提起 ISDS 仲裁案 300 件，占全球案件总数的 52.9%。[1849]其中 88 件针对其他成员国政府，212 件针对第三国政府。相较而言，成员国政府被诉的次数则少很多。除去 88 件区域内仲裁案外，被第三国投资者起诉的只有 29 件，仅占案件总数的 5.1%，而且被诉的也主要是新成员国。与成员国形成鲜明对比的是，欧盟在投资协定领域则只是充当了次要的角色。直至上个世纪 90 年代，方有所作为。[1850]主要表现为以“混合协定”(mixed agreements)的形式参与缔结经济一体化协定(EIAs)。这些协定多具综合性，涵盖了货物贸易、服务贸易、投资等诸多领域。就投资而言，主要涉及资本流动和开业权两类条款。[1851]与成员国 BITs 以投资保护为要旨不同，欧盟 EIAs 聚焦于投资自由化。[1852]之所以如此，主要是因为《欧共体条约》[1853]只是零散地赋予了欧盟有限的对外投资政策权能，不足以成为其缔结投资保护协定的依据。[1854]

2009 年 12 月 1 日《里斯本条约》生效后，《欧共体条约》更名为《欧洲联盟运作条约》[1855]。对外投资政策权能在欧盟和成员国之间也得到重新分配。“外国直接投资”（FDI）首次

[1847] Wenhua Shan & Lu Wang, "The China - EU BIT and the Emerging 'Global BIT 2.0'" (2015) 30 ICSID Review 260-267 [Shan & Wang, "China-EU BIT"].

[1848] UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union*, IIA Issues Note No. 2, June 2014, at 3, online: UNCTAD < http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf> [UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement*]

[1849] *Ibid* at 4.

[1850] 关于欧盟在 IIA 领域角色的演进，see Armand de Mestral, "The Evolving Role of the European Union in IIA Treaty-making" in Armand de Mestral & Céline Lévesque eds, *Improving International Investment Agreements* (London: Routledge, 2013) 42.

[1851] Angelos Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011) at 127 - 96[Dimopoulos]; Sergey Ripinsky & Diana Rosert, "European Investment Treaty Making: Status Quo and the Way Forward (A Development Perspective)" （2013) 2 Transnational Dispute Management 1.

[1852]唯一的例外是 1994 年订立的《能源宪章条约》。该条约既载有缔约方在能源产业自由化的承诺，又载有投资保护实体规则，还纳入了 ISDS 机制，属于“共享权能”(shared competence)的范畴，故由欧盟和成员国共同参加缔结。*Energy Charter Treaty*, December 17, 1994, 2080 UNTS 36116, 34 ILM 360.

[1853] Consolidated version of the Treaty Establishing the European Community [2002] OJC 325/33 [TEC].

[1854] 《欧共体条约》与外部投资政策相关的条款主要有共同贸易政策条款（第 131-134 条）、资本和支付条款（第 56-60 条）、开业权条款（第 43-48 条）、联系协定条款（第 310 条）等。一般认为，这些条款只是赋予了欧盟有关投资自由化政策的权能。而具有财产法性质的投资保护标准的设定则始终属于成员国保留的权能。See Dimopoulos, *supra* note 6 at 67 - 93; Wenhua Shan, "Towards a Common European Community Policy on Investment Issues" (2001) 2(3) Journal of World Investment 603 ; Jan Ceyssens, "Towards a Common Foreign Investment Policy? - Foreign Investment in the European Policy? - Foreign Investment in the European Constitution" (2005) 32(3) Legal Issues of Economic Integration 259.

[1855] *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European*

被纳入共同贸易政策条款，成为欧盟的专属权能(exclusive competence)。[1856]这被广泛认为欧盟发展史上又一重要的里程碑。修正后的《欧洲联盟运作条约》第 207 条第 1 款规定:

> 共同贸易政策应建立在统一原则的基础之上，特别是应考虑关税税率的变化、涉及货物与服务贸易的关税与贸易协定的缔结、知识产权的商业方面、*外国直接投资*、贸易自由化措施的统一、出口政策，以及在倾销或补贴等情况下采取的贸易保护措施。共同贸易政策应在联盟对外行动的原则与目标框架内实施。（强调后加）

由于《欧洲联盟运作条约》未对欧盟 FDI 权能的范围未作进一步的界定，学界对此意见不一。部分学者认为，上述条款只是赋予了欧盟实施投资自由化措施的权能，其他与投资相关的管理权仍然应当由成员国行使。[1857]这一观点的主要依据是共同贸易政策条款关于促进贸易自由化的历史以及条约第 206 条对共同贸易政策自由化目标的阐述。依据该解释，上述条款只不过为欧盟实施投资自由化政策提供了新的统一的法律依据，成员国并不因此而失去缔结 BITs 的权能。绝大多数学者则认为，上述条款不仅赋予了欧盟 FDI 准入管理权，还包括设定准入后投资待遇的权力。[1858]持这一观点的学者认为，投资保护不足也构成对投资的限制。另外，共同贸易政策条款纳入了知识产权，说明其已经扩展到财产法领域。更重要的是，只有将其解释为综合性的投资权能，才具有变革的意义。这一解释的逻辑结果是，未经欧盟授权，成员国不再有权与第三国缔结 BITs，而且先前缔结的 BITs 也有不符欧盟法之虞。

毫不奇怪，欧盟采纳了对其扩权有利的最大化解释，并决定在此基础上实施综合性投资协定政策，通过与第三国缔结载有投资自由化条款、投资保护条款和可持续发展条款的 BITs 或者 FTAs，逐步取代成员国 BITs。[1859]欧盟做出此项决定的理由主要有四点。首先，在 FTAs 中纳入综合性投资条款有助于更好地发挥其经济效应。[1860]在经济全球化的时代，货物贸易、服务贸易和投资密不可分，相互促进。贸易壁垒的削减能够带来“国际生产网络”的更新。跨国公司因此而重新布局。缔约方之间投资的增长也能够产生“贸易创造”效应。反之，倘若投资受到限制，FTAs 即便大幅度削减了贸易壁垒，也难以产生期待的经济效益。唯有载入有效的投资自由化和投资保护条款，才能获得深度经济一体化的效果。其次，实施综合性 IIAs 政策是增强欧盟竞争力的需要。[1861]自《北美自由贸易协定》起，投资保护条款始现于 FTAs。后因 OECD 和 WTO 多边投资规则谈判的失败，现已经成为中国、美国、加拿

Union [2012] OJC 326/01 [TFEU].

[1856] 共同贸易政策条款是欧盟共同市场的“门面”。《里斯本条约》之前，虽然经过多次修正，适用范围已经从传统的货物贸易，扩至知识产权和服务贸易，但尚未直接提及投资。唯一相关的是该条款关于谈判和缔结服务贸易事项协定的授权。根据欧洲法院的解释，这项授权涵盖了以商业存在形式提供的服务，即服务业投资。*Opinion 1/08 GATS Schedules* [2009] ECR I-11129 at para. 127.

[1857] See Anna De Luca, "New Development on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?" in Karl P. Sauvant ed *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010 -2011* (New York: Oxford University Press, 2012) 165 ; Markus Krajewski, "The Reform of the Common Commercial Policy" in Andrea Biondi *et al* eds, *EU Law After Lisbon* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 292.

[1858] See generally Dimopoulos, *supra* note 6 at 95-100; Marc Bungenberg *et al* eds, *International Investment Law and EU Law* (Heidelberg: Springer, 2011); Wenhua Shan & Sheng Zhang, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy" (2010) 21 European Journal of International Law 1049 [Shan & Zhang, "Treaty of Lisbon"] ; Armand de Mestral, "The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence Over Foreign Direct Investment and the Implication for Investor-State Arbitration" in Karl P. Sauvant ed *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009 -2010* (New York: Oxford University Press, 2010) 365 [de Mestral, "Lisbon Treaty"].

[1859] Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Towards a comprehensive European international investment policy*, 7 July, 2010, COM(2010) 343 final [*Commission Communication*]; Council of the European Union, *Conclusions on a comprehensive European international policy*, 3041st Foreign Affairs Council Meeting (October 25, 2010) [*Council Resolution*]; *European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy* (2010/2203(INI)), P7_TA (2011)0141 [*Parliament Resolution*].

[1860] *Commission Communication*, *ibid* at 4.

[1861] *Ibid* at 4-6; *Council Conclusions*, *supra* note 14 at para 6; EU Commission, *Global Europe: competing in the world*, COM (2006) 567 final at 10-14.

大等众多国家 FTAs 中的常见条款。[1862]欧盟因不具有就投资保护待遇进行谈判的权能，而失去达成同等水平协议的机会。欧盟投资者也因缺乏同等水平的保护，在竞争的过程中处于劣势的地位。对欧盟而言，实施综合性 IIAs 政策是一场“追赶游戏”。再次，实施综合性 IIAs 政策能够在谈判中争取到更有利的条款。[1863]一方面，相对于单个的成员国，用一个声音说话的欧盟，在与第三国谈判的过程中，因拥有更多的谈判砝码，无疑会更加有力。这也正是欧盟建立共同市场，实施统一对外政策的主要原因之一。另外一方面，欧盟可以将投资保护条款作为 FTA 的一部分与第三国谈判，借助于其他条款的关联作用，而获得更大的谈判空间。单个的成员国因不具备缔结 FTA 的资格，而无法使用该谈判杠杆。最后，实施综合性 IIAs 政策有助于维持欧盟投资者之间的平等地位。[1864]如前所述，成员国与第三国缔结了大量的 BITs。这些 BITs 尽管内容相似，但毕竟不完全相同，而且不同成员国 BITs 的数量和缔约对象也有很大不同。这导致不同成员国的投资者在第三国处于不同的竞争平台。唯有实施综合性 IIAs 政策才能消除因之而产生的不平等。另外，欧盟投资者因成员国之间的 BITs 在欧盟内部也处于不平等的地位。此类 BITs 的效力争议已久。投资政策权能的移转为彻底废除之提供了新的可能。[1865]

考虑到短期内成员国 BITs 不可能完全为欧盟 IIAs 取代，欧盟于 2012 年 12 月通过了具有“祖父条款”性质的《关于欧盟成员国与第三国双边投资协定过渡性安排的条例》。[1866]该条例明确，《里斯本条约》之前成员国与第三国缔结的 BITs 持续有效，直至欧盟将来与该第三国缔结新的 IIA，[1867]并且经欧盟授权后，成员国依然可以与第三国谈判修正现存的 BITs 或者缔结新的 BITs。[1868]另外，欧盟未雨绸缪，2014 年 7 月就新 IIAs 项下国际责任的分配专门通过了一部条例。[1869]据其规定，如果第三国投资者提起 ISDS 仲裁，原则上只要争端所适用的规则是欧盟权能范围内的事项，都应当由欧盟作为被申请人参加仲裁，[1870]但是如果争端是因成员国的措施引发的，仲裁过程中产生的费用以及败诉支付的赔偿款则应当由成员国承担。[1871]

2011 年 9 月欧盟正式实施综合性 IIA 政策。欧盟理事会首次授权欧盟委员会将投资保护条款纳入到 FTA 谈判之中。[1872]截至目前为止，欧盟已经先后与加拿大、印度、新加坡、埃

1862 UNCTAD, *Investment Provisions in Economic Integration Agreements* (New York: United Nations, 2006) at 35-40.

1863 *Commission Communication*, *supra* note 14 at 6.

1864 *Ibid* at 5.

1865 Shan & Zhang, "Treaty of Lisbon", *supra* note 13 at 1065-68; de Mestral, "Evolving Role", *supra* note 5 at 49-50.

1866 *Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries* [2012] OJ, L 351/40.

1867 *Ibid*, arts 2-6.

1868 *Ibid*, arts 7-11. 事实上，《里斯本条约》之后，成员国的确没有停止签署 BITs, e.g. Netherlands - United Arab Emirates BIT (2013), Haiti - Spain BIT (2012), Portugal - United Arab Emirates BITs (2011), Lithuania - Macedonia BIT (2011), Portugal - Senegal BIT (2011), Austria - Tajikistan BIT (2010), Germany - Iraq BIT (2010), France - Iraq BIT (2010), Estonia - Jordan BIT (2010).

1869 *Regulation (EU) No 912/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party* [2014] OJ, L 257/214. 严格地讲，在欧盟作为被申请人参与仲裁的情形下，称之为投资者-国家争端解决并不准确。但考虑到其已经成为习惯性的称谓，欧盟仍然沿用了这一概念。

1870 *Ibid*, art 11.

1871 *Ibid*, art 19.

1872 包括投资协定在内共同贸易政策由欧盟委员会、欧盟理事会和欧洲议会共同决定。欧盟委员会有权发起与第三国谈判条约，但只有经欧盟理事会授权后，才可以启动和实施谈判，并且在谈判的过程中须定期向欧盟理事会和欧洲议会报告进度，谈判结束后也只有经过欧盟理事会授权和欧洲议会同意才能签署缔结。TFEU, *supra* note 10, arts 207 - 208. 需说明的是，欧盟投资政策权能虽然得到扩充，但这并不意味着其已足以作为欧盟独立缔结 IIAs 的依据。特定 IIA 由欧盟独立缔结还是与成员国共同缔结需视协定的具体内容而定。倘若 IIAs 中含有任何共享权能范围内的事项，只能以“混合协定”的形式为之。这种情况下，除必须

及、突尼西亚、摩纳哥、约旦、日本、美国、东盟、越南、马来西亚等多国和地区展开了含有投资保护条款的 FTA 谈判。[1873]另外，最近与中国和缅甸启动了存粹的投资协定谈判。其中欧盟-加拿大综合经济和贸易协定(CETA) [1874]和欧盟-新加坡自由贸易协定(EUSFTA) [1875]已经谈判结束，并已于 2014 年 9 月公之于众。

二、欧盟综合性国际投资协定的主要特点

范本是一国 BIT“最佳实践”的主要表现方式，也是实施 BIT 政策的重要工具。制定 BIT 范本有助于在谈判中争取主动的地位，也有助于维持政策的连贯性。包括欧盟成员国在内的绝大多数发达国家均备有 BIT 范本。[1876]但是，欧盟尚未以范本的形式具体表达其综合性 IIA 政策。事实上，欧盟委员会近期也没有起草 IIA 范本的计划。[1877]在此情况下，唯有考察实践中的“成品”CETA 和 EUSFTA，才能了解其政策详情。下文将分别叙述其投资自由化条款、投资保护条款以及可持续发展条款的特点。

（一）投资自由化条款

前已述及，投资自由化向来主要是欧盟权能范围内的事项。在成员国 BITs 中，市场准入是“尽力义务”。缔约国没有任何实质性的承诺，只需“依照其法律和法规鼓励缔约另一方的投资者在其境内投资”。[1878]国民待遇条款也仅适用于投资者及其投资的“运营、管理、维持、适用、享有、出售或处分”，而不包括“设立、收购和扩大”。[1879] 最惠国待遇条款虽经常适用于准入前的投资，但在缔约方未对对市场准入做出实质性的承诺的情况下，也无法发挥其在这方面的传导效应。[1880] 欧盟 EIAs 中，投资自由化往往是条约的重点。但缔约对象不同，自由化的幅度也不同。其中与候选成员国缔结的欧洲协定和欧洲自由贸易联盟国家缔结的欧洲经济区协定自由化的幅度最高。此类协定纳入了与《欧洲共同体条约》近乎一致的开业自由原则。[1881]与巴尔干半岛国家缔结的稳定和联系协定次之。缔约方被要求在所有领

得到理事会和欧洲议会的批准外，该协定还必须得到所有成员国国会的批准，才得以生效。Shan & Zhang, "Treaty of Lisbon", *supra* note 13 at 1058-60; Julien Chaisse, "Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment - How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime?" (2012) 15(1) Journal of International Economic Law 1 at 9.

[1873] EU Commission, *Overview of FTA and Other Trade Negotiations*, updated 17 February 2015, online: EUROPA <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf>.

[1874] *Consolidated version of EU - Canada Comprehensive Trade and Economic Agreement*, published on 26 September 2014, Part 10, online: EUROPA <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf> [CETA]. 该条约虽已草签，但最终文本尚未形成。官方综合版对具体的条款仍然以 Article X 代之。

[1875] *Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore*, Chapter 8 & 9, online: EUROPA < http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> [EUSFTA].

[1876] See generally Chester Brown ed, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

[1877]欧洲议会曾经要求欧盟委员会起草范本。但欧盟委员会却明确拒绝了该项要求，认为特定 IIA 条款的内容应当视具体谈判条件而定，一旦制定了 IIAs 范本，便丧失了政策的“灵活性”。事实上，委员会的这一理由并不成立，因为在谈判的过程中，欧盟完全可以在 IIAs 范本的基础上有所增减，并且随着情势的变化，还可以不断地修正 IIAs 范本。如学者 N. Jansen Calamita 所指出的，真正的原因可能是时间问题。起草一部高质量的 IIA 范本，并能够在欧盟内部获得认可，绝非易事，动辄需要数年；而委员会希望能够将 IIAs 新政策付诸实施于当前谈判中的 FTAs。倘若如此，待 IIAs 政策日渐成熟后，委员会或将改变主张，顺势推出正式的范本。European Commission, *Follow up the European Parliament Resolution on the Future European International Investment Policy*, July 2011, at 2, online: EUROPA <http://www.europarl.europa.eu/oeil/spdoc.do?i=19829&j=0&l=en>; N. Jansen Calamita, "The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps" (2012) 39 (3) Legal Issues of Economic Integration 301 at 316-22 [Calamita].

[1878] Kommerskollegium/National Board of Trade, *Securing High Investment Protection for EU Investors: A Review of EU Member States' Model BITs* (Sweden: National Board of Trade, 2011) at 12, online: Kommers <http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2011/rapporter/report-securing-high-investment-protection.pdf> [Kommerskollegium].

[1879] *Ibid* at 40.

[1880] *Ibid* at 49.

[1881] Dimopoulos, *supra* note 6 at 149.

域给予对方的投资者及其投资准入前国民待遇和最惠国待遇。[1882]与独联体国家缔结的伙伴和合作协定自由化的幅度则最低。缔约方仅承诺给予准入后的投资国民待遇和最惠国待遇。[1883]另外，绝大多数欧盟 EIAs 还载入了宽泛的资本流动自由义务。[1884]

关于 FTA 中的投资自由化条款，欧盟于 2006 年专门制定了具有准范本性质的《欧盟自由贸易协定投资最低纲领》(MPoI)。[1885]该纲领移植了 GATS 的概念和框架结构，主要由市场准入、国民待遇和最惠国待遇等三大条款构成。依其规定，缔约方应当在各自“正面清单”承诺的范围内，允许另外一方的投资者在其境内投资，并且就投资的设立以及设立后的运营，给予国民待遇和最惠国待遇。与 BITs 不同的是，MPoI 仅适用于 FDI。2008 年与非加太论坛国签署的经济伙伴协定成为第一个以 MPoI 为基础缔结的条约。[1886] 此后缔结的欧盟-韩国 FTA[1887]和欧盟-哥伦比亚&秘鲁 FTA[1888]也都沿用了该范本。在作出将投资保护条款纳入 FTA 谈判的决定后，碰到的第一个问题便是，如何实现投资自由化条款和投资保护条款的有机结合？欧盟的立场是设两章分别规定之。两者分别适用不同的国民待遇条款。事实上 EUSFTA 正反应了这一主张。[1889]投资自由化条款与 MPoI 也基本一致。CETA 由于受加拿大 BIT 范本的影响，在一章中同时规定了“投资自由化”和“投资保护”。两者适用相同的国民待遇条款。[1890] 在内容上，CETA 比 MPoI 及欧盟其他 FTAs 也走的更远，首次采“负面清单”模式规定了缔约各方在市场准入方面的义务，[1891]并纳入了业绩要求条款[1892]及高级管理层和董事会条款[1893]。

（二）投资保护条款

《里斯本条约》生效后，欧盟除决定将 IIAs 的范围扩至投资保护条款外，还决定在成员国 BITs 的基础上革新投资保护条款，以实现投资者利益和东道国公共利益的再平衡。[1894]欧盟革新投资保护条款的原因主要有两点。一方面，欧盟注意到社会各界对 ISDS 仲裁实践的批评。[1895]BITs 投资待遇标准抽象、模糊。仲裁庭享有巨大的自由裁量权。但是由于尚未建立严格的判例法制度，仲裁庭经常做出不一致甚至相互矛盾的判决。[1896]不少学者甚至担心仲裁员具有“系统性的偏见”，从而很容易做出有利于投资者的解释。[1897]实践中，投资者屡屡挑战东道国为环境、卫生等公共利益目的实施的措施，虽鲜有成功，但被认为至少造成了“寒蝉效应”。[1898]BITs 和 ISDS 在保护投资者利益的同时，也不适当地限制了东道国管理权的

[1882] *Ibid* at 150.
[1883] *Ibid*.
[1884] *Ibid* at 140-45.
[1885] Council of the EU, *Minimum Platform on Investment for the EU FTAs*, I 5375/06, 27 November 2006. 有趣的是，欧盟官方从未正式公布该文件，online: IISD <http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_ecom.pdf> [MPoI].
[1886] EU - CARIFORUM EPA (2008), arts 60-74. 第 66 条特别给出解释性的说明，本协定中的投资规则不适用于征收、ISDS 等投资保护事项。
[1887] EU - Korea FTA (2010), arts 7.9-7.16.
[1888] EU - Columbia & Peru FTA (2012), arts 110-116.
[1889] EUSFTA, Chapter 8, arts 8.8-8.12.
[1890] CETA, Chapter X.
[1891] CETA, art X.14.
[1892] CETA, art X.5.
[1893] CETA, art X.8.
[1894] 欧盟内部伊始对应当如何革新投资保护条款意见并不统一。欧盟理事会认为应当在成员国 BITs 的基础上进一步提高投资者的保护水平。欧洲议会则主张加强对缔约国管理权的维护。经对话后，欧盟委员会最终所持的立场更多地反映了欧洲议会的主张。Calamita, *supra* note 32 at 301-15; European Commission, *Investment Protection and Investor-to -State Dispute Settlement in EU Agreements*, Fact Sheet, November 2013, online: EUROPA < http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf>.
[1895] Parliament Resolution, *supra* note 14 at paras. G, H.
[1896] See generally Susan D. Frank, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions" (2005) 73 Fordham Law Review 1521.
[1897] Gus Van Harten *et al*, *Public Statement on the International Investment Regime*, 31 August 2010, online: Osgoode < http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>.
[1898] The Honorable Charles Brower & Sadie Blanchard, "What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Reposseded by States" (2014) 52 Columbia Journal of

行使，从而损害了东道国的公共利益。其次，欧盟注意到南北经济关系的转变。[1899]发达国家已经不再是唯一的资本来源地，新兴经济体的投资者在全球范围内越来越活跃，欧盟也已经成为其重要的投资目的地。虽然相对于新兴经济体，欧盟仍然是净资本输出地，但双向投资已经成为“新常态”。[1900]与之相应的是，新兴经济体投资者将欧盟成员国诉之于 ISDS 仲裁的现象近年也开始出现。[1901]对欧盟而言，IIAs 已经成为一把“双刃剑”。下文通过与成员国 BITs 作比，分别详述 CETA 和 EUSFA 中的投资保护实体条款和程序条款中的革新举措。

1、实体规则

为了维护缔约国的公共利益，CETA 和 EUSFTA 在成员国 BITs 的基础上引入七大革新举措。第一、明确缔约国的管理权为固有权力。CETA 开门见山，在序言中便申明“本协定中的条款保留了缔约国在其境内的管理权”，并“维持其弹性以实现诸如公共健康、安全、环境、公共道德、多元文化的推广和保护等正当政策目标”。[1902] EUSFTA 序言虽未明确提及缔约国的管理权，但也强调双方当依据可持续发展的原则加强贸易和投资关系。[1903]

第二、限制投资保护条款的适用范围。欧盟成员国 BITs 通常适用于所有在缔约一方“设立或者成立”的法人。CETA 和 EUSFTA 在此条件之外，还要求投资者在该缔约方有“实质性商业活动”或者有其他实质性联系。[1904]这就避免了与缔约一方没有实质联系的投资者，通过在其境内设立的“空壳公司”(shell company)投资于缔约另一方，也能获得 BITs 项下权利的情形。关于“投资”，与成员国 BITs 一样，CETA 和 EUSFTA 也采用了以资产为基础的定义法(Asset-based definition)，将其定义为“投资者直接或者间接拥有或者控制的各种财产”，并且以非穷尽的方式列举出包括组合投资在内的各类投资。[1905]但在这个基础上又做出两项限制性的规定。一是该财产必须具有投资特征，包括一定的持续时间、资本或其他资源的投入、对收益或利润的期待、对风险的承担等。这一限制条件有效地排除了投机性质的投资。二是该财产必须是“依据当时适用的法律做出的投资”。按照仲裁庭在 *Salini v. Morroco* 等案中的解释，此即意味着通过欺诈、行贿等非法手段做出的投资将不受条约的保护。[1906]

第三、列明违反公平公正待遇的具体情形。欧盟成员国 BITs 对何为公平公正待遇多未加说明。CETA 以穷尽的方式列举了违反该义务的五种情形，包括（1）在刑事、民事或者行政诉讼程序中拒绝公正司法；（2）在司法和行政程序中严重违反正当程序原则，包括严重违反透明度原则；（3）明显专断行为；（4）以诸如性别、种族或者宗教信仰等显然不当的理由，有针对性地实施的歧视性行为；（5）以强迫、胁迫或者骚扰等方式虐待投资者。[1907]这五种情形实质上反应了相对确定的判例法规则。[1908]对于颇受争议的“合理期待”(legitimate expectation)，CETA 则规定，“仲裁庭在适用公平和公正待遇条款时可以考虑，缔约一方是

Transnational Law 689 at 750.

[1899] Parliament Resolution, *supra* note 14 at para F.

[1900]以“金砖四国”为例，从 2008 年至 2012 年，其在欧盟的投资存量从 1201 亿欧元增长到 2605 亿欧元，占欧盟外资存量的比重也从 4.8%上升到 6.6%。虽然同期欧盟在“金砖四国”的投资存量也从 3600 亿欧元增长到 7291 亿欧元，但不再是存粹的资本输出地。EU, *Foreign Direct Investment between the European Union and BRIC*, date from July 2014, online: EUROPA <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Foreign_direct_investment_between_the_European_Union_and_BRIC>.

[1901] 俄罗斯、印度、土耳其、中国等国家的投资者均已有过将欧盟成员国诉之于 ISDS 仲裁的经历。UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement*, *supra* note 3 at 9.

[1902] CETA, Preamble.

[1903] EUSFTA, Preamble.

[1904] CETA, art X.3; EUSFA, art 9.1(4).

[1905] CETA, art. X.3;EUSFTA, art. 9.1.

[1906] Katharina Diel-Gligor & Rudolf Hennecke, ‘Investment in Accordance with the Law’ in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe & A. Reinisch eds, *Handbook on International Investment Law* (New York: Hart Publishing, 2014) 566..

[1907] CETA, art. X.9 (2).

[1908] Ursula Kriebaum, "FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT" (2014) 15 Journal of World Investment & Trade 454 at 483.

否为促成投资而对投资者做出特定的承诺(specific representation)，并且该项承诺造成合理期待，投资者据此做出实施或者维持投资的决定，但该缔约方最终却未能兑现该项承诺。”[1909]换言之，投资者的“合理期待”利益仅限于东道国的特定承诺，而且即便东道国未能履行该承诺，也并不必然构成对公平公正待遇义务的违反，结果如何还有待于仲裁庭视具体情形而定。这就从根本上排除了仲裁庭再次将其解释为“稳定法律环境义务” (stable legal environment obligation)的可能性。[1910]另外，CETA 还规定缔约方可以通过贸易委员会增列新的违反情形。[1911]EUSFTA 对公平公正待遇义务也做出了相似的规定。[1912]

第四、规定间接征收的认定标准。CETA 首先分别给出“直接征收”和“间接征收”的定义。“当投资被通过正式移交所有权或者直接没收的方式国有化或者其他直接地征收”即构成直接征收。而间接征收则是指“东道国等同于直接征收效果的一项措施或者一系列措施。在不通过正式移交所有权或者直接没收的情况下，其在实质上剥夺了投资者投资财产权的基本属性，包括使用、享有和处置其投资的权利。” [1913]继而以非穷尽的方式列举了四项考量因素，包括东道国措施的经济影响、持续时间、对合理投资期待的干预程度和措施的性质。另外特别强调，仅仅导致实质上剥夺了投资者财产权的结果，不足以认定构成间接征收，意在否定仲裁实践中曾经使用过的“单一效果标准”(sole effect doctrine)。[1914]最后做出排除性说明，规定“缔约方一方为保护健康、安全及环境等正当公共福利的目的而采取的非歧视性措施不构成间接征收，除非该措施如此严厉，以致明显超过维护相应目的所必要的范围。”[1915]换言之，东道国在行使管理权时，只要满足公共利益目的、非歧视、比例原则等三项要求，即便对投资者造成了损害，也不应当承担任何赔偿责任。EUSFTA 中有关间接征收的认定与 CETA 基本一致。[1916]

第五、增列转移义务的例外情形。成员国 BITs 转移条款对缔约国限制资本流动的权力鲜有规定。少数例外也被欧洲法院认定违反了欧盟法。[1917]这主要是因为，该项权能是欧盟的专属权能，成员国未经授权不得行使。CETA 和 EUSFTA 则增列了两类例外情形。一是法律例外。东道国为执行相关法律的需要，可以公正、无歧视的方式限制资本流动，包括（1）破产、无力偿还或保护债权人利益；(2）有价证券的发行、买卖和交易；(3）涉嫌刑事或其他违法行为；(4）当有必要协助执法或者金融监管部门时移转有关的财务报告或者财务记录；(5）保证司法裁决的执行。[1918]二是国际收支平衡例外。在国际收支遇到严重问题或受到严重威胁的时候，缔约方可以在严格必要的范围内，以非歧视的方式采取保障措施，暂时限制移转。 [1919]

第六、限制“保护伞条款”的适用条件。成员国 BITs 保护伞条款通常规定，缔约各方承诺将始终恪守其向缔约另一方投资者作出的承诺。[1920] CETA 谈判中，欧盟虽然也曾提出“保

[1909] CETA, art. X.9 (3).

[1910] Moshe Hirsch, "Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law" (2011) 12 Journal of World Investment & Trade 783.

[1911] CETA, art. X.9 (4).

[1912] 与 CETA 略有不同的是，EUSFTA 将“特定承诺的落空”列为违反公平公正待遇的法定情形之一，而不仅仅是仲裁庭可以考量的因素。EUFTA, art 9.4(3).

[1913] CETA, Annex X.11, art 1.

[1914] e.g. *Metalclad Corporation v. Mexico* (ARB (AF)/97/1), award of August 30, 2000 at para. 111.

[1915] CETA, Annex X.11, art 3.

[1916] EUSFA, Annex 9-A.

[1917] *Commission v Austria*, C-205/6 [2009]ECR I-1301; *Commission v Sweden*, C-249/06 [2009]ECR I-1335; *Commission v Finland*, C-118/07[2009]ECR I-10889.

[1918] CETA, art X.12 (4); EUSFA, art 9.7 (2).

[1919] CETA, art X.03, 04; EUFTA, art 9.7(3).

[1920] 欧盟成员国成员国“保护伞条款”政策不一。其中德国、英国、意大利和奥地利 BIT 范本均明确载有相关条款。而法国、挪威 BIT 范本却付诸阙如。German Model BIT (2008), art 7(2); Italy Model BIT(2003), art.

护伞条款”的建议，但由于加拿大的反对，其并未出现在最终文本之中。[1921]EUSFTA 则载入了收缩的“保护伞条款”。[1922]首先，该条款只适用于书面合同形式做出的承诺，而不适用于单边的或者口头的承诺。其次，该条款吸收了 *El Paso v. Argentine* 案中确立的准则，[1923]规定只有东道国因行使政府公权力而导致合同义务不能履行时才构成对条约义务的违反，否则只是违反了普通的商事合同义务。换言之，EUSFTA 规范的只是国家公权力的行使，而不包括东道国政府的商事行为。

第七、削弱最惠国待遇条款的传递效应。最惠国待遇条款具有传递效应。倘若缔约一方的投资者可以依据最惠国待遇条款而要求适用缔约另一方缔结的其他 IIAs，CETA 和 EUSFTA 革新举措的实际效用将大打折扣。为了避免出现此类情形，CETA 对该条款中的“待遇”给出了一个限制性的解释，“最惠国待遇条款中的‘待遇’不包括其他贸易和投资协定中载有的 ISDS 机制。这些协定中的实体义务本身也不构成‘待遇’。在缔约方未据实体义务采取实际措施的情况下，不构成对最惠国待遇条款的违反。”[1924] EUSFTA 则更进一步，在投资保护一章明确废除了最惠国待遇条款，彻底消除了其可能带来的传递效应。

2、程序规则

相较于实体规则，CETA 和 EUSFTA 在程序规则方面变化的幅度更大。有关 ISDS 机制，成员国 BITs 通常仅以一个条款规范之，核心内容是缔约国同意接受 ISDS 仲裁，其他程序事项则依争端当事方所选择的仲裁规则而定。[1925]而 CETA 和 EUSFTA 却增至二十多条，从仲裁启动前的磋商程序到仲裁裁决的执行，均做了详细的规定。这些规则在效力上优先于仲裁规则，两者不一致时，仲裁庭应当优先适用条约的规定。归纳起来看，这些革新举措体现了下述五大政策目标。

第一、提高 ISDS 机制的效率。ISDS 机制费用高、耗时长的不足，于东道国和投资者都是不小的负担。CETA 和 EUSFTA 引入五大举措，以提高其效率。首先，鼓励使用磋商、调解等替代性争端解决方式 。两者将磋商明确为仲裁的必要程序，并且进一步规定了磋商程序规则，包括磋商的时限、磋商请求的内容、磋商与仲裁的关系等。[1926] EUSFTA 还详尽规定了调解规则，包括调解程序的启动、调解员的选择、调解程序规则、调解协议的执行等。[1927]其次，设立诉讼时效制度。投资者只能在知道或者应当知道其利益受到损害之日起三年内诉诸 ISDS 机制。[1928]再次，明确被申请人的确定规则。被申请人的确定是欧盟 IIAs 中的一个特殊问题。在欧盟法上，欧盟和成员国均有可能作为被申请人参加仲裁。[1929]为了执行欧盟内部规定，CETA 和 EUSFTA 均要求，申请人在启动仲裁程序前，应当向欧盟送达请求确认被申请人的通知，由欧盟依其内部规则决定被申请人。[1930]但是如果欧盟未能在 50 天内做出决定的，申请人有权按照所涉措施的主体属性选定被申请人。另外，建立滥诉初步异议程序。在首次开庭前，被申请人如果认为某项诉求“显然没有法律依据”(manifestly without legal merit)，[1931]或者即便指控的事实成立，但在“法律上不成立”(unfounded as a matter of law)，可以提出初步异议。[1932]仲裁庭应当在首次开庭时或者事后立即就此异议作出裁决，以尽早过滤缺

Art 2(4); Austria Model BIT (2007), art 11(1).

[1921] Anna De Luca, "Umbrella Clauses and Transfer Provisions in the (Invisible) EU Model BIT" (2014) 15 Journal of World Investment & Trade 506 at 521.

[1922] EUSFTA, art 9.5(5).

[1923] *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, paras.531-32.

[1924] CETA, art X.7 (4).

[1925] Kommerskollegium, *supra* note 33 at 33-40.

[1926] CETA, art X. 18; EUSFTA, art 9.16.

[1927] EUSFTA, Annex 9-A.

[1928] CETA, art X. 18

[1929] *Supra* note 24.

[1930] CETA, art X. 20; EUSFTA, art 9.18.

[1931] CETA, art X. 29; EUSFTA, art 9.23.

[1932] CETA, art X. 30; EUSFTA, art 9.24.

乏理据的“远投”或者滥诉行为。最后，确立“费用跟随”原则。《解决国家与他国国民间投资争端公约》（ICSID 公约）规定，除非争端当事方另有协议，仲裁过程中产生的费用承担方式应当由仲裁庭在裁决中确定。[1933]实践中，仲裁庭多遵循“费用自负”(pay-your-own-way)原则，即各方均摊仲裁费，并承担各自的律师费用，只有在出现恶意诉讼的情形时，才由败诉方承担相应的费用。[1934] CETA 和 EUSFTA 则纳入了商事仲裁中常见的“费用跟随”规则(costs-follow-the-event)，即仲裁费和合理的律师费均应当由败诉方承担，除非考虑到案件具体情况，仲裁庭认为由各方分摊费用是合适的。[1935]在该项规则下，考虑到败诉需要承担巨额费用的风险，申请人在决定是否提起某项诉求和被申请人在决定是否就某项诉求进行抗辩时，将不得不三思而后行。

第二、维护仲裁员的独立性和公正性。投资仲裁是个小圈子，较一般的商事仲裁更容易出现利益冲突问题。[1936]对于仲裁员的行为标准，ICSID 公约仅抽象要求“可以被信赖作出独立的判断”。[1937]若有任何事实表明仲裁员“明显缺乏该品质”，争端方可以建议撤换该仲裁员。[1938]但对何种行为才构成对该义务的违反未有任何说明。《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（UNCITRAL 规则）要求仲裁员应当披露“可能对其公正性和独立性产生有正当理由怀疑的任何情况”。[1939]如果出现此类情况，争端方可以要求仲裁员回避。[1940]对何为“有正当理由怀疑的情况”也未进一步明确。CETA 直接纳入了《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》（IBA 指引）。[1941]该指引规定了仲裁员公正、独立和披露义务的一般标准，并且以清单的形式，分红、橙、绿三类，详细列举了构成和不构成仲裁员披露或者不适格的情形。[1942]另外，CETA 还授权贸易委员会在此基础上制定补充性的规则。[1943]若仲裁员违反了 IBA 指引或者委员会制定的补充性规则，争端方均可以要求其回避。[1944]EUSFTA 则以附件的形式载入了具体的“仲裁员和调解员行为守则”。[1945]该守则原则性地规定了与 IBA 指引相似的公正、独立、披露和保密义务的一般标准。

第三、增加仲裁程序的透明度。ISDS 仲裁脱胎于国际商事仲裁，原以保密为原则。在晚近 ISDS 透明化改革运动的大潮中，ICSID 和 UNCITRAL 仲裁规则中的透明度条款均已得到相应的修正。[1946]其中 UNCITRAL 于 2013 年专门通过了《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》（UNCITRAL 透明度规则）。[1947]该规则载入了高标准的透明度义务，在很大程度上颠

[1933] *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 4 ILM 532 (1965), art 61(2) [ICSID Convention].

[1934] See Susan D. Frank, "Rationalizing costs in investment treaty arbitration" (2011) 88 Washington University Law Review 769 at 777.

[1935] CETA, art X. 36 (8); EUSFTA, art 9.29.

[1936]精英的仲裁员经常戴两顶帽子，在一案中担任仲裁员的同时，担任另一案的律师。由于仲裁裁决具有事实上的判例效力(*de facto stare decisis*)，很难保证仲裁员不因其双重身份而对裁决产生影响。Sergio Puig, "Social Capital in the Arbitration Market" (2014) 25 European Journal of International Law 387.

[1937] ICSID Convention, art. 14(1).

[1938] *Ibid*, art. 57.

[1939] UNCITRAL Arbitration Rules (2010) , art 11.

[1940] *Ibid*, art 12.

[1941] CETA, art 6.

[1942] See International Bar Association, *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (2014), online: IBA < http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>.

[1943] CETA, art 6.

[1944] *Ibid*, art 7.

[1945] EUSFTA, Annex 9-B to the ISDS Section.

[1946] 关于 ICSID 仲裁规则透明度条款的发展，see Jarrod Wong & Jason Yackee, "The 2006 Procedural and Transparency-Related Amendments to the ICSID Arbitration Rules: Model Intentions, Moderate Proposals, and Modest Returns" in Karl Sauvant ed, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010* (New York: OUP, 2010) 233-274.

[1947] 《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》，online: UNCITRAL < http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-C.pdf>. [UNCITRAL 透明度规则]。

覆了仲裁程序的保密性，已于 2014 年 4 月 1 日生效。[1948]依据该规则，案件一旦注册，UNCITRAL 即应当通过专门设立的存储处，应向社会公开争议各方名称、所涉经济部门以及所依据的条约等基本信息。在审理过程中，应当向公众提供仲裁通知、对仲裁通知的答复、申请书、答辩书、争议方提交的进一步说明材料、证据清单、非争议缔约方和第三人提交的任何书面材料、审理笔录以及仲裁庭的命令、决定和裁决。[1949] CETA 直接纳入了《UNCITRAL 透明度规则》有关信息公开的规定，并在此基础上增加列举了多种应当公开的文件，包括磋商请求、请求被申请人决定的通知、被申请人决定的通知、同意调解的协议、对仲裁员提出异议的通知、对仲裁员异议的决定、合并仲裁请求、证据清单中涉及的物证等。[1950] EUSFTA 所列举的范围虽略窄，但授予了仲裁庭更大的自由裁量权，规定其可以自行决定公开其他的司法文件。[1951]另外，关于审理的方式，CETA 和 EUSFTA 均采纳了强制公开原则。即便争端双方都不同意，庭审也必须向公众开放。只有涉及保密和受保护信息时，仲裁庭才应当做出安排，不公开举行该部分的审理。[1952]至于法庭之友意见的使用，CETA 则未做出规定。但这无碍大妨，因为其已经在 ICSID 和 UNCITRAL 仲裁规则中得到普遍的肯定。[1953]

第四、增强缔约国的控制力。ISDS 机制为投资者在外交保护之外提供了一条“去政治化”的救济途径。如果投资者认为东道国违反了条约义务并对其造成了损害，可以不经过母国而直接将之诉之于国际仲裁庭。为了设定安全阀，保证仲裁庭不会做出离谱的裁决，CETA 和 EUSFTA 中出现了“再国家化”(re-statification)的倾向。首先，限制 ISDS 机制的适用范围。欧盟成员国 BITs 通常规定，ISDS 机制适用于投资者与东道国就“投资产生的任何争端”。CETA 和 EUSFTA 将其明确限定于因违反投资保护条款产生的争端。对就市场准入或者其他条款产生的争端，只能由缔约国通过国家间机制解决。其次，设立仲裁员名册。仲裁员的选任机制对裁决的结果有重要的影响。投资者通常会选任倾向于保护投资者利益的仲裁员，而东道国则会选择委派注重公共利益和维护政府管理权的仲裁员。CETA 和 EUSFTA 建立了仲裁员名册制度。该名册至少包含 15 名仲裁员，均由缔约国委派。其中缔约各方分别委派 5 名，共同委派 5 名。[1954]如果争端当事方没有在规定的时间内选定仲裁员，应当由 ICSID 秘书长从该仲裁员名册中指定。最后，引入新的解释机制。一方面，CETA 和 EUSFTA 规定，非争端缔约方就条约解释可以向仲裁庭提出意见。[1955]与法庭之友意见不同的是，对非争端缔约方提出的条约解释意见，仲裁庭必须接收之。而且经与争端当事方协商后，仲裁庭还可以邀请非争端缔约方对条约进行解释。另外一方面，缔约双方可以共同对条约做出解释。[1956]与非争端缔约方解释不同的是，缔约双方的解释对仲裁庭有约束力。具体程序是经服务和投资委员会提议，由贸易委员会作出决定。这种方式做出的解释是政治决定，而非法律判断。为降低其对争端解决的影响，EUSFTA 要求服务和投资委员会在行使该项权力时对正在进行中的争端“保持适当的克制”。[1957] CETA 则规定贸易委员会可以决定该解释生效的时间，以免产生溯及既

[1948] 《UNCITRAL 透明度规则》仅适用于，依据其生效后订立的投资条约，在《UNCITRAL 仲裁规则》下提起的案件，除非争端各方或者条约缔约方另有约定。为了将该规则推广适用于所有的投资仲裁，无论其所依据的投资条约何时订立，也无论是否适用《UNCITRAL 仲裁规则》，联合国国际贸易法委员会起草了《投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》。该公约已于 2014 年 12 月 10 日生效。但是在申请人的母国已经批准该公约之前，《UNCITRAL 透明度规则》的适用均受到前述条件的限制。2014 年 12 月 10 日大会决议，69/116. 《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》，A/RES/69/116 at 8, online: UN <http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/transparency-convention/A-RES-69-116-c.pdf>.

[1949] 《UNCITRAL 透明度规则》第 3 条。

[1950] CETA, art X.33(1),(2).

[1951] EUSFTA, Annex-C to the ISDS Section, art 1.

[1952] 《UNCITRAL 透明度规则》第 6 条; CETA, art X.33(5); EUSFTA, Annex-C to the ISDS Section, art 2.

[1953] ICSID 仲裁规则第 37 条第 2 款；《UNCITRAL 透明度规则》第 4 条。

[1954] CETA, art X. 25(4); EUSFTA, art 9.21(3)(4).

[1955] CETA, art X. 35; EUSFTA, art 9.6.

[1956] CETA, art X.27 (2); EUSFTA, art 9.22(3).

[1957] EUSFTA, art 9.22(3).

往的效力。[1958]

第五、增进仲裁裁决的一致性。如前文所述，为增强规则的确定性，CETA 和 EUSFTA 大大细化了实体规则。在程序规则方面，主要有两大改进措施。一是引入“放弃条款”。为防止重复诉讼，部分成员国 BITs 载入了“岔路口条款”(fork-in-the-road clause)，即投资者一旦选择将“争端” (dispute)提交东道国的法院或者国际仲裁庭，该选择便是终局的。[1959]但实践中，迄今未尝见被申请人成功援引“岔路口条款”的案例。原因是，依据仲裁庭的解释，该条款只适用于当事方、客体和诉因均一致的“同一争端”，能够为投资者以当事方或者诉因不同为由而轻易规避。[1960] CETA 和 EUSFTA 则引入了“放弃条款”(waiver clause): 允许投资者在启动或者完成东道国或者其他国际救济程序后，再次提起 ISDS 仲裁，但是该投资者必须撤销正在进行的其他程序，并放弃以后启动任何新的救济程序的权利，方可为之。[1961]相较于“岔路口条款”，该条款的适用条件更为宽泛，而不易为投资者规避。投资者必须放弃针对东道国“同一措施”(measure)其他所有救济途径，无论其所依据的是东道国国内法还是其他投资条约。除投资者外，其在东道国的子公司以及其他关联公司也必须履行相关的放弃义务。二是建立半强制合并仲裁机制。合并仲裁被认为是提高仲裁裁决的一致性，降低争端解决成本的有效途径之一。但是，无论根据 ICSID 还是 UNCITRAL 仲裁规则，只有在获得争端当事方一致同意的条件下，仲裁庭才可以合并审理不同的诉求。[1962]CETA 和 EUSFTA 则载入了强制合并程序。[1963]依其规定，如果依据该条约提起的两项或者多项诉求“具有共同的法律或者事实问题，且源于相同的事件或者情况”，即便争端当事方未能达成合并仲裁合意，争端一方也可以请求设立“合并仲裁庭”。[1964]该仲裁庭如果认为上述条件得到满足，从公平和效率角度出发，在听取争端各方意见后，可以作出仲裁命令，取得所有或者部分诉求的管辖权，并对之进行一并审理和裁定。[1965]至于被认为是裁决不一致问题“终极解药"的上诉机制，CETA 也持开放态度，规定缔约方应当通过服务和投资委员会就是否以及如何设立之进行磋商。[1966]

（三）可持续发展条款

可持续发展条款主要由环境标准条款和劳动标准条款构成。与旨在促进投资的投资自由化条款和投资保护条款不同，可持续发展条款的目的是防止缔约国“竞次”(race to the bottom)，为吸引投资而降低环境和劳动标准。此类条款多见于发达国家缔结的 FTAs 之中。BITs 鲜有涉及。毫不奇怪，CETA 和 EUSFTA 均载入了综合性的环境标准条款和劳动标准条款。[1967]其主要由三部分组成。一是履行国际义务。[1968]条约对缔约方应当实施何种环境标准和劳动标准没有规定，但要求缔约方国内法和实践满足了各自加入的多边环境条约和国际劳工组织劳动标准的要求。二是执行国内法。[1969]缔约方应当保证国内劳动法和环境法有效实施。不得为吸引投资而降低执法水准。三是争端解决机制。[1970]缔约方对因前述两项义务产生的

[1958] CETA, art X.27 (2).
[1959]e.g. China -Spain BIT (2005), art 9(2).
[1960] Mariel Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions* (The Netherlands, International Publishing, 2008) at 74-100.
[1961] CETA, art X.21; EUSFTA, art 9.20.
[1962] ICSID 仲裁规则未提及合并仲裁。《UNCITRAL 仲裁规则》第 17 条 5 款 2010 年修订后，载入了合并条款，但其也仅适用于同为仲裁协议当事人的情形。See Gabrielle Kaufmann-Kohler et al., Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently?" (2006) 21 ICSID Review 59 - 125.
[1963] CETA, art X. 41; EUSFTA, art 9.23.
[1964] CETA, art X. 41(3); EUSFTA, art 9.23(1).
[1965] CETA, art X. 41(7); EUSFTA, art 9.23(8).
[1966] CETA, art X. 42.
[1967] CETA, Chapter X+1, Chapter XX; EUSFTA, Chapter 13, arts 13.1-13.17.
[1968] CETA, Chapter X+1, art X.4; Chapter XX, art X.4 ;EUSFTA, Chapter 13, arts 13.3 & 13.6.
[1969] CETA, Chapter X+1, art X.5; Chapter XX, art X. 5; EUSFTA, Chapter 13, art 13.12
[1970] CETA, Chapter X+1, arts X.14 & 15; Chapter XX , arts X.14 & 15; EUSFTA, Chapter 13, arts 13.16 &

争端首先应当寻求通过磋商解决。磋商解决不了的，则应当通过设立 WTO 式的专家小组的方式解决。

综上所述，CETA 和 EUSFTA 相较于欧盟此前缔结的 EIAs 有了很大的发展。在投资自由化方面，CETA 首次载入了“负面清单”。可持续发展条款也成为 CETA 和 EUSFTA 的重要组成部分。最重要的是，CETA 和 EUSFTA 首次扩及投资保护条款，并且为实现保护投资者权利和东道国公共利益的再平衡，在成员国 BITs 的基础上做出了大幅度的改革。然而，欧盟这一进路能否为续，尚不可知。2013 年欧盟和美国启动了《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》（TTIP）谈判。投资保护条款也被纳入其中。但这在欧盟内部却引发了巨大的争议。[1971]反对者认为，同为发达国家，司法体制健全，实无必要以牺牲东道国的管理权为代价，为投资者创设特别的救济程序。欧盟委员会迫于压力，2014 年史无前例地就此问题展开了近四个月的公共咨询。[1972]欧盟是否会在 CETA 和 EUSFTA 的基础上再次调整 IIA 政策，仍需拭目以待。

三、中欧投资协定谈判展望

如果说欧美 TTIP 最终是否载入投资保护条款尚存在变数，与中国缔结 BIT 在欧盟内部则几乎是共识。[1973]2013 年 5 月委员会首先提出就此展开谈判的动议。2013 年 10 月理事会通过了有关中欧 BIT 的谈判指引。同时欧洲议会也专门为此通过了一份决议。[1974]两者均强调中欧 BIT 应当能够促进投资自由化，提高对投资者的保护水平。2013 年 11 月，第 16 次中欧领导人会晤期间正式宣布启动中欧 BIT 谈判。截至 2015 年 3 月底，双方已经进行了五轮谈判，进入了文本交换阶段。[1975]考虑到中欧双方巨大的经济体量以及相互之间密切的贸易和投资关系，中欧 BIT 谈判的重要性不言而喻。[1976]事实上，中国已经与除爱尔兰以外的所有欧盟成员国缔结了 BITs。[1977]本世纪以来，还与部分欧盟成员国重新缔结了 BITs[1978]或者

13.17.

[1971] 颇具讽刺意味的是，缔结 BITs 数量最多的德国反对尤为激烈。2014 年 7 月联邦参议院(*Bunesrat*)专门就此通过了一项表示反对意见的决议。See Ralph Alexander Lorz, "Germany, the Transatlantic Trade and Investment Partnership and Investment dispute settlement: Observations on a paradox" in Karl Sauvant eds *Columbia FDI Perspectives*, No. 132, 13 October 2014.

[1972] 欧盟委员会共收到近 15 万份意见，据欧盟贸易委员 Cecilia Malmström，咨询结果更是清楚地表明，ISDS 正遭遇“巨大的质疑”。EU Commission, *Report Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, Commission Staff Working Document, SWD (2015) 3 final.

[1973] 前贸易委员 Karel De Gucht 甚至将中欧 BIT 谈判视为 TTIP 应当载有投资保护条款的理由。在其看来，倘若在 TTIP 谈判中拒绝投资保护条款，何以要求中国接受之？欧盟之道，当一以贯之。"Statement by Commissioner Karel De Gucht on TTIP", European Parliament debate, Strasbourg, July 15, 2014, online: EU, < http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-549_en.htm>. See also Axel Berger & Lauge Poulsen, "The Transatlantic Trade and Investment Partnership, investor-state dispute settlement and China" in Karl Sauvant eds, *Columbia FDI Perspective*, No. 140, 2 February 2015.

[1974] European Parliament, *Resolution of 9 October 2013 on the EU-China negotiations for a bilateral investment agreement* (2013/2674(RSP)) [*Parliament EU-China Resolution*].

[1975] 商务部，“第五轮中欧投资协定谈判在北京举行”，2015 年 3 月 17 日，online: MOFCOM <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201503/20150300911546.shtml>.

[1976] 尽管中欧 BIT 非常重要，但这方面的文献尚不多见。Shan & Wang, "China-EU BIT", *supra* note2; Wenhua Shan & Sheng Zhang, "The Potential EU-China BIT: Issues and Implications" in Marc Bungenberg *et al*, *EU and Investment agreements: open questions and remaining challenges* (Oxford: Hart Publishing, 2013) at 87-120; Marc Bungernberg & Catharine Titi, "The Evolution of EU Investment Law and the Future of EU- China Investment Relations" in Wenhua Shan & Jinyuan Su eds, *China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership* (Leiden: Brill Nijhoff, 2015) at 297-371. 江清云，“中欧双边投资协定谈判的现状、问题与应付”，《德国研究》2014 年第 4 期。

[1977] Austria (1985), Belgium - Luxemburg (1984), Bulgaria (1989), Croatia (1993), Cyprus (2001), Czech and Slovak (1991), Denmark (1985), Estonia (1993), Finland (1984), France (1984), Germany (1987), Greece (1992), Hungary (1991), Italy (1985), Latvia (2004), Lithuania (1993), Moldova (1992), Netherlands (1985), Norway (1984), Poland (1988), Portugal (1992), Romania (1994), Slovenia (1993), Spain (1992), Sweden (1982). 有趣的是，如此众多的 BITs 还只是“睡美人”。为投资者援引诉之于仲裁的，迄今唯有一例。*Ping An Life Insurance Company of China v. Kingdom of Belgium* (ICSID Case No. ARB/12/29).

[1978] Belgium-Luxemburg (2005), Czech (2005), Finland (2004), France (2007), Germany (2003), Netherlands (2001), Portugal (2005), Slovak (2005), Spain (2005).

以议定书的形式修正了 BITs[1979]。除少数中国特色条款外，这些 BITs 与欧盟成员国其他 BITs 基本一致。[1980]下文将通过比较中欧双方晚近 IIAs 的差异，以识别双方进入实质性谈判后可能遇到的挑战。

在投资自由化方面，中国迄今仅在其 IIAs 中做出了有限的承诺。主要见之于其缔结的 FTAs。服务贸易条款是中国 FTA s 的重要组成部分之一。与 GATS 一样，这些条款也适用于商业存在，即服务业投资。缔约方在 GATS 的基础上，以“正面清单”的形式，扩展了其有关服务业投资的承诺。至于中国 BITs，与欧盟成员国 BITs 一样，也不含有任何关于市场准入的实质性承诺。国民待遇条款仅适用于准入后的投资，并且受到重要的限制。例如 2010 年新修订的 BIT 范本只要求缔约方“在不损害其法律法规的前提下”承担国民待遇义务。[1981]少数与发达国家缔结的 BITs 虽不受该条件的限制，但“现存不符措施”也被从中予以排除，缔约方只是以“棘轮条款”的形式承诺削减不符措施。[1982] 中欧 BIT 谈判启动前，原欧盟贸易委员 Karel De Gucht 即已表态，“中欧 BIT 不仅关系到投资保护，还关系到欧洲公司的市场准入。”[1983]欧洲议会甚至要求，只有在中国同意将市场准入纳入谈判范围的前提下，BIT 谈判才得以启动。[1984]尽管如此，中方仍然于 2014 年习近平主席访欧期间，以联合声明的形式明确接受了该项要求。[1985]中国之所以同意，主要有三个方面的原因。一是实施“走出去”战略的需要。自 90 年代末，中国开始实施”走出去“战略”，鼓励对外投资，近年又推出“一路一带”计划。在 IIAs 中载入市场准入条款，有助有消除和减少对外投资的壁垒。二是全面深化改革的需要。进一步推进对外开放是全面深化改革的重要目标。[1986]为此目的，中国已经在自贸区试行“负面清单”的外资管理制度。[1987]最近公布的《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》显示该制度将被推及全国。[1988]一方面，这为中方在 IIA 中做出市场准入的承诺提供了条件；另外一方面，中方也可以通过缔结国际条约反推国内改革。三是促进国际竞争的需要。中欧 BIT 谈判启动之前，中美已经确认采用“准入前国民待遇加负面清单”的模式削减投资壁垒。[1989]2014 年底中韩 FTA 实质性谈判结束后，双方也承诺待 FTA 签署后将就此展开谈判。[1990]在即将扩大对美、韩开放的前提下，引入欧盟投资者，使其充分竞争，对增加就业机会、增进消费者福利不无裨益。但是，倘若中欧双方意图大幅度削减对方的投资门槛，本次 BIT 谈判注定将是一场旷日持久的“拉锯战”。中国入世的经验表明，很可能在中美达成协议后，中欧才会达成协议。[1991]

[1979] Bulgaria (2007), Romania (2007).

[1980] Shan & Zhang, *supra* note 131. See also Chunbao Liu, "The Evolution of Chinese Approaches to IIAs" in de Mestral & Lévesque, *supra* note 5.

[1981] China Model BIT (2010), art 3.

[1982] e.g. China - Canada BIT (2012), art 8.

[1983] European Commission, "Investment deal with China: "Only under the condition that market access for European companies is granted"" *News archive* (18 October 2013) online: EU <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=976>.

[1984] Parliament EU-China Resolution, *supra* note 129.

[1985] 《关于深化互利共赢的中欧全面战略伙伴关系的联合声明》，2014 年 3 月 31 日，第 11 段，online: Xinhua <http://news.xinhuanet.com/world/2014-03/31/c_1110032731.htm>.

[1986] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第 9 条提出，“实行统一的市场准入制度，在制定负面清单基础上，各类市场主体可以依法平等进入清单之外领域。探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式。”

[1987] 《中国（上海）自由贸易试验区条例》，第 13 条，上海市人民代表大会常务委员会 2014 年 7 月 25 日通过，2014 年 8 月 1 日生效。

[1988] 《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》第 6 条、第 20-47 条。商务部 2015 年 1 月 19 日公布。Online: MOFCOM<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml>.

[1989] 《第五轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合成果情况说明》第二部分，2013 年 7 月 12 日，online: Xinhua <http://news.xinhuanet.com/world/2013-07/13/c_116523398.htm>.

[1990] “中韩自贸区结束实质性谈判”，2014 年 11 月 10 日，online: Xinhua < http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-11/10/c_1113182590.htm>.

[1991] 中美 BIT 谈判 2008 年重启后，经过九轮实质性谈判，双方就文本已经基本达成一致，正进入负面清单交换阶段。高虎城：“中美基本完成投资协定文本谈判”，2015 年 3 月 7 日，online: Xinhua

投资保护实体规则方面，中欧双方的实践已经非常接近。受全球大气候的影响，近年中国 IIAs 实践也呈现出公益化的趋势。部分革新举措与 CETA 和 EUSFTA 高度相似。关于适用范围，中国历来采限制性政策。2010 年 BIT 范本及其后签署的绝大多数 IIAs 亦不例外。适格的“投资者”需同时具备在缔约一方“设立或者成立”和在该缔约方有“实质性经营活动”两项条件。[1992]受保护的“投资”也仅限于“依照东道国法律和法规设立”的“具备投资特征”的财产。[1993]对于公平公正待遇，中国比欧盟走得更远。2010 年 BIT 范本将违反该义务的情形限定为“粗暴地拒绝公正审理，或实行明显的歧视性或专断性措施”。[1994]严重违反正当程序、特定承诺的落空等欧盟 IIAs 中提及的其他情形则未纳入其中。至于间接征收，2010 年 BIT 范本也规定了详细的认定标准。[1995]这些规则甚至在表述上与 CETA 和 EUSFTA 都近乎一致。追根溯源，双方在很大程度上都受到了美、加 BIT 范本的影响。移转条款也是如此。2010 年 BIT 范本和晚近 IIAs 多增设了相似的法律例外和收支平衡例外。与 CETA 和 EUSFTA 略有不同的是，中国 IIAs 一贯坚持，只有在投资者履行了法律规定的外汇管理相关手续的前提下，缔约方才保证其移转自由。[1996]最后，2010 年 BIT 范本也对“保护伞条款”的适用做出了限制性的规定，将“商事性质的合同”从中予以排除。[1997]这与 EUSFTA 以违约行为的性质限制其适用范围的方法有异曲同工之妙。

关于 ISDS 条款，中国近年也正积极改革。2010 年 BIT 范本已有所扩充，但仍显简略。2012 年与加拿大缔结的 BIT 则代表了最新发展趋势。该协定载入了与 CETA 高度相似的适用范围条款[1998]、磋商程序条款、[1999]诉讼时效条款[2000]、放弃条款[2001]、合并条款[2002]、执行条款[2003]等。但中欧双方在该领域的实践仍然有较大差异。首先，前置条件不同。中方自 1998 年起，将接受仲裁的范围从“有关征收补偿的款额”扩大至“所有争端”。此后便始终坚持用尽当地行政救济条款，即投资者只有用尽了当地行政救济或者行政救济未能在一定期限内解决争端的方可诉之于 ISDS 仲裁。[2004]迄今尚无例外。欧盟虽有鼓励使用当地救济的倾向，但还没有将其设为必要前置程序。其次，金融争端解决机制不同。中加 BIT 创造性地将金融争端解决“国家化”。据其规定，一旦被申请人以金融审慎理由提出抗辩，ISDS 仲裁程序应当中止，由缔约双方的金融服务主管部门共同决定该抗辩理由是否成立。倘若其未能在 60 天内达成共同决定，缔约方也只能将其提交国家间的仲裁。ISDS 仲裁庭只能依据双方金融服务主管部门的共同决定或者国家间仲裁庭的裁定做出裁决。[2005]再次，透明度规则不同。如前所述，在 CETA 和 EUSFTA 项下，诉讼文件的公布和公开庭审是强制性义务，不因争端方的意志而改变。中方 IIAs 对透明度义务鲜有规定。即便中加 BIT 也只是要求仲裁裁决必须向社会公开。至于仲裁裁决以外的诉讼文件是否应当公开，以及庭审是否应当向公众开放，则由争端缔约方决定。[2006]另外，费用承担规则不同。依据 CETA 和 EUSFTA 的规定，“费用跟随”是原则，费用分摊是例外。中加 BIT 对此未作规定。而 2010 年范本则规定，费用分摊是原则，只有

<http://news.xinhuanet.com/politics/2015-03/07/c_1114555757.htm>.

1992 China Model BIT (2010), art 1(2).

1993 *Ibid*, art 1(1).

1994 *Ibid*, art 5(2).

1995 *Ibid*, art 6.

1996 *Ibid*, art 8(1).

1997 *Ibid*, art 14 (3).

1998 China-Canada BIT (2012), art 20(1).

1999 *Ibid*, art 21(2).

2000 *Ibid*.

2001 *Ibid*.

2002 *Ibid*, art 26.

2003 *Ibid* , art 32.

2004 *Ibid*, Annex C. 21; China Model BIT (2010) , art 13(2).

2005 China - Canada BIT (2012), art 20(2).

2006 *Ibid*, art 28.

在一方的申诉或者异议被认为是轻率的，才应当承当另一方因此而产生的合理费用。[2007]最后，中方 IIAs 尚未涉及调解程序条款、滥诉初步异议条款、仲裁员行为守则、仲裁员名册条款等欧盟 IIAs 新出现的条款。

可持续发展条款也已经出现于中国 FTAs 之中。最具代表性的是 2013 年签署的中瑞 FTA。该协定在正文中载入了环境标准条款。[2008]另外通过附属协议的形式规定了劳动标准条款。[2009]相较于 CETA 和 EUSFTA，中瑞 FTA 中的相关义务只具有“软法”性质。主要是缔约方原则性地宣示，通过降低环境和劳动标准的方式吸引投资是不恰当的。[2010]如果缔约方就相关条款发生争端，也只能通过磋商解决，而不适用具有准司法性质的一般争端解决机制。[2011]

综上所述，由于中国已经与绝大多数欧盟成员国缔结了 BITs，并且近年也启动了 IIA 的公益化改革，中欧双方晚近 IIA 的实践已经非常接近。但在具体规则层面，仍然有不少的差别。这些差别可能成为中欧 BIT 谈判中的焦点。

结语

历经 20 年迅猛发展后，IIAs 和 ISDS 机制正处于新的十字路口。各国立场不一，有维持现状，有改革完善，也有彻底废除之。[2012]欧盟的基本立场是：投资自由化条款和投资保护条款对促进国际投资具有重要的作用，依然应当是 IIAs 的重点；但是考虑到投资可能带来的负面影响，IIAs 还应当载入环境标准、劳动标准等可持续发展条款；另外更重要的是，为防止 IIAs 对缔约国政府行使正当的管理权造成不适当的限制，投资保护条款需进一步完善。相较于成员国 BITs，欧盟新近谈判结束的 CETA 和 EUSFTA 引入了诸多革新举措。实体规则方面包括明确缔约国的管理权为固有权力、限制投资保护条款的适用范围、列明违反公平公正待遇的具体情形、规定间接征收的认定标准、限制“保护伞条款”的适用条件、削弱最惠国待遇条款的传递效应等。程序规则革新的幅度更大，归纳起来看，分别体现了提高 ISDS 机制的效率、维护仲裁员的独立性和公正性、增加仲裁程序的透明度、增强缔约国的控制力、增进仲裁裁决的一致性等政策目标。近年中国 IIAs 也出现了公益化的趋势。中欧 IIA 政策主要发展方向一致。这些新发展反映了“全球 BIT2.0 版”的基本特征。

2007 China Model BIT (2010) , art 13(10).
2008 China-Switzerland FTA (2014), arts 12.1-12.8.
2009 *Agreement on Labour and Employment Cooperation between the Federal Department of Economic Affairs, Education and Research of the Swiss Confederation and the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China*.
2010 Ibid, art 2(6); China - Switzerland FTA (2014), art 12.2.
2011 China - Switzerland Labour Agreement, art 4; China - Switzerland FTA, art 12.7.
2012 See UNCTAD, *Reform of the IIA Regime: Four Paths of Action and A Way Forward*, IIA Issues Note No. 3, June 2014, at 2, online: UNCTAD < http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d6_en.pdf>.

“一带一路”战略的国际税法思考

□漆彤*

内容提要：以海外基础设施建设为主的“一带一路”战略正在为中国对外投资开辟一个崭新的时代。贯彻实施“一带一路”战略，解决好国际税收问题是前提条件。在推进“一带一路”战略的实施过程中，中国应当把握历史机遇，推动沿线国家建立并完善区域税收法治环境，开创国际税收合作新格局；在做好税收优惠政策清理工作的同时，审慎出台税收支持政策；优化税收抵免程序和纳税申报制度，完善税收管理与服务安排，使之能更好地服务于“一带一路”战略。

关键词：一带一路国际税法税收协调税收优惠

一、研究背景

世界经济格局正在发生翻天覆地的变化，中国经济正在不断地加深与世界经济的融合，国际化趋势势不可挡。以海外基础设施建设为主的“一带一路”战略正在为中国对外投资开辟一个崭新的时代。税收，是企业走出去必须面对的一个重要问题。贯彻实施“一带一路”战略，解决好国际税收问题是前提条件。作为一个负责任的新兴大国，作为一带一路战略的提出者和主导者，中国应如何把握历史机遇，构建与我国经济发展和对外开放新格局相适应、与税收现代化发展相配套的规范、统一、高效的国际税收规则体系和管理体系，是当前的一个重要课题。

“一带一路”构想的提出，立足于我国成功推行“走出去”战略所奠定的良好基础。近年来，国家通过制订和实施一系列政策措施，支持、帮助和指引企业“走出去”，取得了显著成效。我国在国际资本流动中的地位正在发生深刻变化——从主要以资本输入国为主向资本输入与输出并重转变，企业的国际化程度日益提高，“走出去”的步伐明显加快，海外投资形式逐步多元化。目前，我国吸引外国直接投资总量全球排名第二，对外直接投资净额排名第三。2014 年我国对外投资首次突破千亿美元，如果加上第三地融资再投资，我国的对外投资规模约 1400 亿美元，高于中国实际利用外资约 200 亿美元，中国首次成为资本的净输出国。

自改革开放以来，我国不断适应经济全球化和我国对外开放格局的发展需要，学习借鉴国外税收立法和管理经验，税收管理体系逐步与国际接轨，在世界税收领域的话语权和影响力日益增长，取得了令人瞩目的成就。随着资本、技术、人员等要素资源跨境流动速度的加快、跨境交易数量和金额不断增长，国际税收工作在优化生产要素配置，消除跨境投资障碍，维护市场统一，促进社会公平，推动国际经济发展方面承担着更加重要的职能。不过，在对外开放新格局下我国国际税收工作也暴露出许多的不足，存在税收优惠政策导向性弱、税收抵免规定不尽合理、税收服务跟不上企业“走出去”步伐等问题。一些企业在税收领域尚未学会如何开展国际经营，对跨境税收政策、税收协定条款、境外所得申报抵免等政策缺乏必要了解，对当地税收政策不熟悉，涉税风险逐渐暴露，境外合法权益面临损失威胁。

与完善“走出去”税收法治相比较，“一带一路”战略视角下的税收问题与之既有共性的一面，又有着自身的独特之处。一方面，“一带一路”规划与“走出去”战略相辅相成，囊括有不少过去已有的投资政策主张，比如与中亚国家之间的能源管线建设、与中亚和俄罗斯的能源合作，与中亚前苏联地区的农牧业合作、跨欧亚的交通带建设等。另一方面，“一带一路”战略规划不再是中国的单方主张，内容也不仅仅限于单纯的中国企业海外投资，而

*武汉大学法学院、武汉大学国际法研究所教授，博士生导师，电子邮箱：fxyqt@whu.edu.cn。

是沿线国家和地区在更加广泛的范围内开展深层次合作的一种机制，因此，我们需要站在一个更高的层面看待“一带一路”税收法治问题。在推进“一带一路”战略的实施过程中，值得思考的问题主要有：（1）沿线国家应如何建立与完善区域税收法治环境；（2）“一带一路”建设需要什么样的税收政策扶持体系；（3）应如何构建恰当的税收管理与服务安排。

二、“一带一路”战略与区域税收协调

国家发展改革委、外交部、商务部 3 月 28 日联合发布的《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》（以下简称“规划”）指出，“共建‘一带一路’旨在促进经济要素有序自由流动、资源高效配置和市场深度融合，推动沿线各国实现经济政策协调，开展更大范围、更高水平、更深层次的区域合作，共同打造开放、包容、均衡、普惠的区域经济合作架构。”

国际资源的优化配置要求货物、资本、服务和人员能够在不同国家或地区间实现自由流动，但资源要素的流动往往都会受到各种因素的阻碍，其中区域之间的税收障碍如关税壁垒、国际重复征税就是重要因素之一，其形成主要是由于区域之间的税制差异和管理制度的不同。

国际税收协调是消除税收障碍的最有效手段。通过税收协调削减或取消关税壁垒，签订税收协定解决税收分配，避免国际重复征税，进一步协调税收制度减少差异与税收歧视，强化税收管理的合作，可以有效的消除制约各国商品和生产要素自由流动的税收障碍，实现资源的优化合理配置，从而带动经济效率和社会福利的提高，促进各国经济的发展。同时，伴随国际税收协调的深化，各国之间的经济合作将更加紧密，经济一体化进程将会加快推进，进而形成国际税收协调和经济一体化的良性互动，从而促进经济的共同繁荣和发展。由此可见，国际税收协调在促进经济一体化和经济发展方面有着重要的作用。

从内容和阶段上看，国际税收协调包括关税协调、商品税协调和所得税协调等。要消除国与国间进行国际贸易的税收障碍，建立商品市场的一体化，即商品在成员国之间能自由流通，必须首先进行关税和商品税协调；要消除国与国间进行国际投资的税收障碍，建立生产要素市场的一体化，即资本和劳动力在成员之间自由流动，则必须进行所得税协调。因此，就“一带一路”区域税收协调进程而言，应首先致力于成员间关税壁垒的消除，达到自由贸易的目的，在此基础上，逐渐缩小各国对外关税税率的差异，有可能的话最终实现区域成员对内的零税率和对外的统一税率，即建成关税同盟区。其次，应逐步实现间接税与直接税的全面协调，迈向共同市场和经济联盟。共同市场和经济联盟的建立要求商品和生产要素在区域内实现自由流动，同时还要求各成员国的税收政策相一致。商品的自由流通要求对间接税进行协调，而资本、技术、劳动力等生产要素的自由流动要求对直接税进行协调，同时经济联盟的特性要求成员国协调相互的宏观税收政策。当然，由于沿线各国经济、社会发展乃至税收结构差异较大，现阶段旨在实现税率统一的税收协调并不是最好的选择，短期内应该承认各国在税收结构和税率上的差异，税收协调的主要目标应该是缩小各国的税收差异。

国际税收协调包括税制改革、签订国际税收协定以及国际组织协调等形式。[2013]就税制改革而言，鉴于我国不断增长的海外投资，以及从资本输入国到净资本输出国身份的转变，需要重新考量其所得税制和避免双重征税方法。我国在所得税方面采取了属人原则，对本国居民纳税人就其全球范围内的收入征税，并且在避免双重征税方法上采用抵免法，对于本国居民纳税人来源于国外的所得，允许其从本国应纳税所得额中抵免已经在来源国缴纳的全部或部分税款。这种规定虽然符合资本输出中性原则，即海外投资和国内投资都负担相同的税率，但是也可能造成其居民的全球税负比东道国市场上的其他国家投资者高。由此产生的负面影响一方面是降低了本国企业在海外市场的竞争力，另一方面也可能会打击本国居民将海外收入汇回母国的积极性。

[2013]靳东升著.《税收国际化趋势》.经济科学出版社,2003:249.

从发达国家税制来看，OECD 大多数成员均采用属地原则（即仅对来源于本国境内的所得征税）或在避免双重征税方法上采用了免税法（即对本国居民来源于境外并且符合一定条件的所得免于在本国征税的方法），由此本国居民进行海外投资时不用承担母国的额外税负，有利于本国投资者在东道国能够与来自不同国家之间的资本平等竞争。[2014]“一带一路规划”第四部分“合作重点”中指出，应“鼓励本国企业参与沿线国家基础设施建设和产业投资。促进企业按属地化原则经营管理，积极帮助当地发展经济……。”今后中国不能再仅仅站在“来源国”的立场上考虑吸引外资，也需要同时站在“居民国”立场上，考虑其税收制度是否有利于本国居民企业进行海外投资，以进一步提升其跨国公司的海外竞争力。

中国还可以考虑将部分税收负担从直接税转移到间接税。很多国家的税收结构正在从直接税向间接税转变，这种转变可以以收入规模不变的方式进行，并且能够提高企业竞争力。通过降低单位劳动力成本和改变进口产品的相对价格（因为增值税由国内消费部分承担），将一部分税收负担从直接税转移到间接税，可以起到促进出口和改善贸易平衡的作用。此外，为了在促进中国跨国公司海外纳税遵从和保持其海外竞争力之间寻求平衡，中国还需要重新审视其对于转让定价的立场，因为任何规则将不仅为对内投资服务，还需要为对外投资服务。同时需要认识到，中国急需制定一套全球认可的转让定价规则。[2015]

“规划”第四部分“合作重点”为区域税收协调指明了进路，即强调沿线各国的政策沟通以及充分利用现有的双多边合作机制。《规划》指出：“加强政策沟通是‘一带一路’建设的重要保障。加强政府间合作，积极构建多层次政府间宏观政策沟通交流机制，深化利益融合，促进政治互信，达成合作新共识。沿线各国可以就经济发展战略和对策进行充分交流对接，共同制定推进区域合作的规划和措施，协商解决合作中的问题，共同为务实合作及大型项目实施提供政策支持。”在第五部分“合作机制”中，《规划》强调“当前，世界经济融合加速发展，区域合作方兴未艾。积极利用现有双多边合作机制，推动‘一带一路’建设，促进区域合作蓬勃发展。”

因此，建构一带一路区域税收法治，可借鉴北欧、欧盟、OECD 等区域国家的做法，先在避免双重征税、反避税等领域形成专项性区域协定，如税务协助、情报交换、保密措施、转让定价、受控外国公司、预约定价安排、数字经济等，然后逐渐发展到综合性的税收区域协定。在这一过程中，中国应抓住国际规则变更契机，积极推动建立层次更高、运行更畅的区域税收合作与协调机制，努力将我国日益上升的经济实力转化为国际制度性权利，通过国际合作与沿线各国共同应对经济全球化给税收征管带来的挑战，共同维护和发展良好的区域国际税收秩序。

三、“一带一路”与税收优惠政策

“规划”第四部分“合作重点”指出，我国应“加快投资便利化进程，消除投资壁垒。加强双边投资保护协定、避免双重征税协定磋商，保护投资者的合法权益。”实施“一带一路”战略，离不开国家的大力推动，税收激励和优惠措施，是国家干预经济的重要手段和政策工具之一。不过，虽然有关“一带一路”的讨论甚嚣尘上，当前中央及地方各级政府仍应保持清醒，不宜盲目、仓促地出台各类税收优惠或鼓励政策。

制定税收优惠，首先需要遵循税收法定原则。依照法律规定设税、征税、治税，是建设法治国家、法治政府、法治社会的迫切需要，也是推动实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。2015 年 3 月 15 日第十二届全国人民代表大会第三次会议通过了“关于修改《中

[2014] IMF Working Paper WP/13/205, Territorial vs. Worldwide Corporate Taxation Implications for Developing Countries[EB/OL]. http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2013/wp13205.pdf.

[2015]杰弗里•欧文斯，李娜译：《税收制度与经济发展保持同步——今后 20 年中国税制改革面临的挑战》，《国际税收》2015 年第 1 期，第 34-38 页。

华人民共和国立法法》的决定”，规定“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度只能由法律规定”。3 月底全国人大法工委又通过了《贯彻落实税收法定原则的实施意见》，就贯彻落实税收法定原则制订了具体时间表和路线图，标志着税收法定迈出了实质性一步。税收法定的核心是实现对政府征税权力的限制。过去，政府习惯于不受限制地动用税收优惠这类宏观调控政策，现在则是有权不能任性，要把权力关进制度的笼子。

适度的税收优惠政策对于经济发展是必不可少的，但也必须看到，税收优惠的“政策之治”可能扭曲市场竞争、扰乱市场秩序，甚至破坏人们的税收法治意识，影响税收执法和守法，延缓税收法治化的进程。正是因为过去我国的税收优惠政策过多过滥，2014 年底国务院专门下发《关于清理规范税收等优惠政策的通知》，对国内税收优惠政策展开清理规范工作，这无疑也是依法治税和提升国际税收竞争力的重要一环。

因此，在讨论“一带一路”建设需要哪些税收优惠政策这一实体性问题之前，首先需要考虑与税收优惠政策相关的程序性规则，如税收优惠政策的制定程序、绩效评估、法律监督、法律救济等，从而真正落实税收法定精神。税收优惠政策统一由专门税收法律法规规定，只是税收优惠法治化的最起码要求。当前，可考虑利用清理规范税收优惠政策的契机，在修改《税收征收管理法》时增设“税收特别措施”专章，确认税收优惠的一般性法律制度，如税收优惠目的、税收优惠要件、税收优惠范围、税收优惠制定权、税收优惠的监督等。当然，贯彻落实税收法定原则，并不意味着今后国务院无权调整税收政策。《贯彻落实税收法定原则的实施意见》提出，落实税收法定原则将力争在 2020 年前完成，在此期间，全国人大的授权决定仍然有效。[2016]国务院可以根据“一带一路”建设和税制改革需要，依据授权决定对相关税收政策进行必要的调整和完善。这体现了法律刚性与灵活性的结合，可以更好地满足国家和社会治理的现实需要。[2017]

其次，税收优惠政策的清理、税收优惠政策的法治化和税收优惠法律体系建设，还需考虑国际规则的制约，尤其是 WTO 反补贴纪律的约束，妥善处理税收优惠政策的合理性与合规性问题。税收优惠政策，在性质上属于税收补贴，是主权国家的各级政府在税收方面给予市场主体的支持或扶持性政策。税收补贴是一种复效行政行为，对受补贴人是授益，对处于竞争地位的第三人则是负担。WTO 反对成员方的税收补贴在事实上或法律上有差别地向特定企业或产业提供，因此我国在制订税收优惠政策时也应当遵循这一原则，尽量在立法环节避免引发贸易摩擦甚至反补贴争端。[2018]相对于较为宽松的国内法环境，国际法上的要求显得相当严格。在推动“一带一路”建设、完成我国产能转移的过程中，必然涉及机器设备等中国产品的大量出口，有鉴于 WTO 反补贴纪律对于禁止性补贴的严格限制，我国尤其需要在出口导向型和进口替代补贴方面持慎重态度。唯有此，才有可能在遵守国际义务和用足用好税收优惠之间取得平衡，最大限度地实现我国利益的最大化。[2019]

海外投资涉及投资者母国与东道国有关税收管辖权的划分。通过国家之间的税收分配与协调，解决税收歧视和双重征税问题，为纳税人清除跨境投资或交流的障碍，对于改善“一带一路”沿线国家投资环境，促进我国海外基础设施建设投资的发展有着至关重要的作用，对于“走出去”企业而言就是最实在的优惠。为鼓励“一带一路”投资，避免企业两头缴税的窘境，我国应积极开展与沿线各国的税收协定谈判，尽快完善税收优惠协调的运作网络。对于已有税收协定，应当严格执行，落实跨境纳税人的协定待遇，着力解决税收歧视和国际

[2016]全称为《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》。

[2017]熊伟：《法治视野下清理规范税收优惠政策研究》，中国法学，2014.6

[2018]我国的税收优惠政策历来就充满争议，在 WTO 被诉的补贴措施大多涉及到我国的税收优惠政策。如美国对华铜版纸反补贴案、WTO 美、墨诉中国税收补贴措施案。See WT/ DS358/ 13 ; WT/ DS359/ 13 ;WT/ DS359/ 14.

[2019]参见赵学清、杨旭：《WTO 补贴规则与我国优惠政策》，载《重庆社会科学》2004 年第 2 期；毛杰：《WTO 补贴规则与我国企业所得税优惠政策的冲突与协调》，载《涉外税务》2006 年第 5 期。

重复征税问题，有利于更多“走出去”企业在国外发展壮大。对于那些内容不能满足新格局需要的老旧税收协定，应该积极开展双边磋商，予以重新商签。

“一带一路”规划的重点是海外基础设施建设，交通、能源、信息网络、资金渠道等基础设施的互联互通是沿线国家深化合作的基础，也是当前的薄弱环节。因此，税收优惠等政策支持可以考虑向这些地区的直接投资提供区位导向和产业倾斜。这种税收倾斜应主要在多双边层面上开展。例如，根据 2015 年 3 月 26 日签署的《中国政府和印尼政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》议定书，两国对从事国际运输的对方国家航空企业互免增值税，该协定的《谅解备忘录》还列明了双方各自可享受免税待遇的金融机构，为两国政府全资拥有的金融机构在对方国家获取利息免税待遇提供了确定性。将进一步降低企业税收负担，促进两国经贸往来与合作。

作为重点针对境内企业以机器、设备向境外投资或对外承包工程，还可加大在出口退税等方面的政策优惠支持。体现国家对外直接投资的区位导向和产业导向，以促进我国经济从传统的低层次、粗放型平面扩张模式向集约化高度化的发展模式跃迁。

为引导具有比较优势的企业对发展中国家和转轨经济进行投资，实现某些产业逐渐向国外转移，对于鼓励发展的产业和地区，在保留并完善减免税这种直接优惠的基础上，还可考虑增加间接优惠，逐步建立起多种优惠手段协调运作的税收体系。间接优惠方式侧重于税前优惠，特点是对税收的间接减免，表现为延迟纳税行为，主要通过对企业征税税基的调整，从而激励纳税人调整生产、经营活动以符合政府的政策目标，以普遍适用的加速折旧、再投资退税、费用扣除、盈亏相抵、延期纳税等为主要形式。对海外基础设施投资企业，还可实施特别准备金制度，允许企业提取境外投资可扣除特别税款储备金或境外生产经营减值准备金，帮助企业抵御和降低境外生产经营和投资风险。

四、“一带一路”与优化税收服务

相比国内，境外的经营环境要复杂得多。从以往的情况来看，“一带一路”沿线国家并非我国对外投资的重点区域，企业对于这些国家的税收制度也所知不多。因此，我国应尽快加强“一带一路”税收政策调研，收集并整理“一带一路”沿线 66 个国家和地区的相关税收法律规定、各国为吸引投资而采取的税收优惠政策、对外签署双边税收协定状况等信息；建立并充实国别税收法律法规咨询平台，方便纳税人直接查阅外国的税收制度和税收协定的执行情况，有利于纳税人运用国际税收协定保护自身利益，编印《走出去企业税收指南》，根据不同的产业行业、不同的境外投资经营组织形式、不同的经营业务种类，给予基础性的办税指引。

针对走出去企业对境外税收政策不够了解的情况，我国还应及时开展必要的税收政策业务专题培训，宣讲相关涉税政策。对规模较大、有行业代表性、境外业务较多，特别是在一带一路沿线国家投资较多的企业，深入研究企业在投资目的地国家或地区面临的税收问题和需要获得的税收支持，开展专题调研，为其提供专门税收法律咨询服务。对于境外投资和承包工程较多的国家和地区，可与当地税务机关开展适当的双边交流与沟通活动，从而满足走出去企业的实际需求。完善对外开放新格局下的国际税收工作，需要大量的国际税务专业人才，对于企业而言也同样如此。缺乏专业税务人才的支撑，海外投资就可能顾此失彼，存在被多重征税的风险，更遑论如何合理避税。俗话说“磨刀不误砍柴工”，企业也应加大投入，积极引进必要的税务人才，为境外投资税务安排乃至合理避税出谋划策。

本着从宽从简的原则，为便利“一带一路”建设的开展，可以进一步优化税收抵免手续和程序，制定更加灵活的纳税申报制度，从而减轻“走出去”企业涉税负担。首先，可以考虑借鉴发达国家经验，实施“延迟纳税”，适当延长境外所得年度申报期限和清缴时间。对于企业而言，“延迟纳税”形同从我国政府取得一笔无息贷款，对其经营活动具有重要意义。

对于在“一带一路”沿线国家开展的大型工程承包和基础设施建设项目，可以考虑适当精简办税流程，减少报备资料，缩短审核时间，加快退税进度，提高办税效率。

建立跨境涉税诉求快速响应机制，维护企业境外合法税收权益。海外投资涉税争议时有发生，“一带一路”沿线国家和地区大多是发展中国家，国内税收政策与法治环境普遍存在不完善、不稳定、变动频繁等缺陷，对走出去企业造成较大的困扰。由于法律、人文等方面的差异，易于引发各种税收争议。为应对企业税收风险，应做好事前防范和事中化解工作。税务机关应提前公布国别税收风险提示指南，在企业发生税收争议时积极提供各种必要的指导和协助。企业则应加强合同中的涉税风险防范，在投标前对目的国的税收情况进行充分了解，在标书环节即体现并控制涉税风险，相比事后发生税收争议所造成的危害，事前预防工作显得尤其重要。

五、结语

“一带一路”规划是我国“走出去”战略的延续和升级，意味着我国政府在参与国际税收治理方面需要做出更多的适应和改革。作为一个负责任的新兴大国，作为一带一路战略的提出者和主导者，中国应发挥与自己经济地位相匹配的角色，引领有关国家，推动国际税收区域法治的建构，把握国际税收法律制度重塑的话语权，维护切身利益，巩固我国战略地位。随着国际化经营程度的提高，企业也需要更加熟练地掌握和运用国际税收规则，依法开展生产经营活动，合理规避税收风险，维护自身合法税收权益。在中国经济全球化、税收管理突破传统主权和地理边界的背景下，我国税收法制体系建设和治理能力提高必须要着眼于经济不断开放的历史条件，在税收法定原则的指引下，建立与我国经济发展和对外开发格局相适应，与我国国际地位相匹配，与税收现代化发展相配套的统一、规范、高效的国际税收法制体系和管理体系。

Analysis of International Tax Legal Mechanism on China’s One Belt and One Road Initiatives

Qi Tong

Abstract:“One Belt and One Road”（OBOR）Initiatives is a development strategy for promoting trade and communications in the region which started by the Chinese government in 2013. It refers to the Silk Road Economic Belt and the Maritime Silk Road of the 21st Century. Since the primary means for eliminating tax barriers to trade and investment is international tax treaties, China needs to develop bilateral and regional tax coordination mechanism with other countries involves in OBOR. China also needs to clear its tax preference policies under international rules such as the WTO Agreement on subsidy and countervailing measures, which means all governmental financial support from tax preference must be consistent with China’s WTO commitments. It’s necessary for China to optimize its tax credits and tax declaration system, China also needs to reform tax administration and services to support the OBOR initiatives.

Key Words: One Belt and One Road Initiatives; International Tax Law; TaxHarmonization; Tax Preference

丝绸之路经济带市场准入国际法律制度构建研究

基金项目：陕西省社会科学基金项目“中亚五国外国投资准入法律制度研究及陕西企业对该地区投资准入法律障碍分析”（2014F11）阶段性成果；西安市社科基金项目“丝绸之路经济带投资便利化法律制度研究”（14WL08）阶段性成果。教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“推进丝绸之路经济带建设研究”（14JZD022）阶段性成果。

作者简介：钱晓萍（1979.01-），女，江苏南通人，法学博士，西安文理学院讲师，研究方向为国际投资法。

工作单位：西安文理学院 政治学院

联系方式：电子邮箱 ppbb2008@yeah.net 电话 13992883368

通信地址：西安市科技六路 1 号西安文理学院政治学院 710065

International Market Access Legal System of the Silk Economic Zone: for Trade and Investment Facilitating

QIAN Xiao-ping

（School of Politics, Xi'an University, Xi'an 710065, China）

Abstract: Market access system of the international treaties is the most important measure to eliminate the barriers and promote facilitating of trade and investment. It is necessary for the Silk Economic Zone to draw lessons from the successful experience of world (regional) economic integration organization in market access legal system to promote trade and investment facilitation. Meanwhile, it should respect the contracting habits of relevant countries and fully embody their own characteristics to build an open friendly model of regional cooperation, then formate of a innovating and competitive advantage system.

Keywords: the Silk Road Economic Zone; market access legal system; trade and investment facilitating; the perspective of China

丝绸之路经济带市场准入国际法律制度构建研究

——以推动贸易投资便利化为目标

摘　要：国际条约中市场准入制度对消除贸易与投资壁垒，实现贸易投资便利化具有重要作用。丝绸之路经济带市场准入法律制度的构建，既要借鉴世界（区域）经济一体化组织市场准入法律制度，在推动贸易投资便利化方面的成功经验，更要尊重相关国家的缔约习惯，充分体现自身特点，创新制度建设，搭建开放、友好的区域合作新模式，形成制度竞争优势。

关键词：丝绸之路经济带；市场准入制度；贸易投资便利化；中国立场

中图分类号：D996.4　文献标识码：A　文章编号：

“丝绸之路经济带”（Silk Road Ecnomic-Zone，以下或简称 SREZ）是习近平主席立足中国对外开放和区域发展的新形势所提出的宏观构想。尽管 SREZ 沿线各国存在巨大的合作需求，但互惠互利能否成功又受多方面因素的影响，其中贸易与投资壁垒的制约作用尤为突出。

鉴于国际条约中市场准入制度对消除贸易与投资壁垒，实现贸易投资便利化的重要作用，[2020]本文参照部分世界（区域）经济一体化组织市场准入法律制度及丝路沿线国家的缔约实践，结合丝绸之路经济带的特点，考虑以缔结国际条约的方式，初步构架统一的市场准入制度，追求贸易投资便利化目标，促进地区互利共赢与繁荣稳定。

一、市场准入问题概述

市场准入法律制度是国家调控市场、干预经济最重要的制度安排，是对取得参与市场活动主体资格，审核和确认的法律规则的总称，包括实体条件和程序条件，并通过审批和登记程序执行；是国家（政府）为克服市场失灵，实现公共政策和保障经济安全，根据本国经济发展水平和国际条约承诺，通过立法（国内法与国际法），允许各类市场主体的货物、服务、资本进入某个国家、地区或领域的市场，实现宏观上间接干预和微观上直接控制的法律制度。[1]

国际条约市场准入制度作为东道国控制外国货物、服务和投资进入本国市场的主要手段，是国家平衡经济监管权和依照条约对外开放经济之间最重要途径。

[2020] 根据法治理论和国际制度理论，良好的制度有助于使有关行为的实施更加具有可预测性和稳定性，从而使得有关权利义务能够得到保障。以国际法为代表的法治化因素已成为影响当代国际制度的主要力量。以欧盟诸条约为基础建立的欧盟，和以北美自由贸易协定建立的北美自由贸易区就是国际法强力推动和有力保障区域经济一体化建设的成功例证。

[2]因此该制度不能仅仅理解为具体的“市场准入条款”，而是缔约方货物进入本国、公民和法人进入本国提供服务、从事投资经营必须遵守的法律制度与规范的总称，如同一个“幽灵”一般游荡于条约的各个角落，是国际条约谈判中最敏感的问题。2021[3]由国际条约产生的国际义务，经国内立法程序，将本国市场对外开放。

在国际条约中，缔约方之间相互统一的市场准入法律制度，是开放经济的第一步，是贸易投资自由化和便利化的起点和核心内容，旨在非歧视原则基础上，通过分阶段谈判，建立和完善缔约方之间市场准入法律体系，提高各国市场准入法律法规的透明度，以国际公认的标准和惯例为基础，对涉及国际货物贸易、服务贸易与投资入境的相关程序简化，基础设施和设备的标准化，放宽人员来往限制，构建电子商务和电子政务平台，改进知识产权保护等多种措施，减少和消除跨境交易中的机制性障碍，在市场准入环节，降低交易成本，获得竞争优势。[4]

二、丝绸之路经济带市场准入法律制度的模式建构

（一）基本共识

除去中国国内部分，在国际范围内，对丝绸之路经济带的空间范围存在一定分歧。[5]笔者认为现代丝绸之路的区域划分，应在尊重历史的基础上（参见图 1，源自网络），充分考虑地缘政治的影响及经济产业合作的现状与发展前景。其空间范围渐进开放和动态包容，“有形而无界”。依托亚欧大陆桥（参见图 2，源自网络），可分为核心区 6 国（中国与中亚 5 国）、发展区 18 国（蒙古、缅甸、孟加拉、印度、巴基斯坦、阿富汗、伊朗、伊拉克、叙利亚、约旦、以色列、阿塞拜疆、格鲁吉亚、亚美尼亚、俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯和土耳其）和拓展区（欧盟 28 国及北非地区埃及、利比亚、阿尔及利亚 3 国），2022并进一步辐射其他国家和地区。

2021 与市场准入相关的条款或内容包括：宗旨和目标、投资与投资者定义和范围、国民待遇与最惠国待遇、业绩要求、例外规定和不符措施等。例如业绩要求是与准入规则相关的内容，业绩要求是东道国规定投资者按照规定的方式开展业务，如强制要求外国投资者使用本地材料、一定量产品出口的责任、雇用当地人员的义务。

2022 丝绸之路发展区主要由欧亚经济共同体成员国、上海合作组织成员国（包括观察国、对话伙伴国，但不包括斯里兰卡），以及古陆上“丝绸之路”在亚洲的沿线国家；丝绸之路拓展区，是在发展区的基础上，加入古陆上“丝绸之路”在欧洲的沿线国家，但受欧洲一体化进程的影响，因此以欧盟为整体；加入北非 3 国，将使陆上丝绸之路与从中国泉州出发的海上丝绸之路（中国泉州为起点，经过东南亚、南亚、阿拉伯半岛、西非和北非）形成环线。

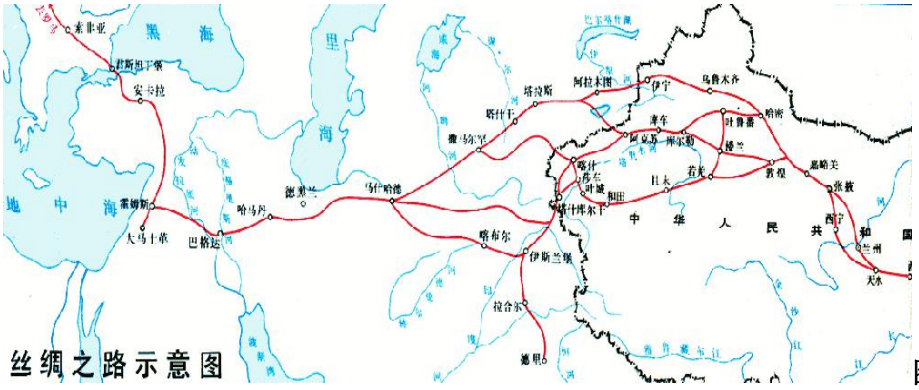


图 1



图 2

建设丝绸之路将使上述各国经济联系更加紧密、相互合作更加深入、发展空间更加广阔。但上述国家在政治制度、经济发展水平、社会文化传统，以及彼此间的国际关系相去甚远，分别属于不同的经济一体化组织，地区地缘政治形势复杂多变，存在各种各样的矛盾，“齐步走”的缔约模式缺乏可行性，制度化建设应从深度和广度两个层面有序开展。

从中国的视角出发，丝绸之路经济带国际法律制度建设（包括市场准入制度）需要处理好两个平衡：一是主权让渡与不干涉内政原则的平衡；另一个平衡是倡导国的理念与实际推进制度建设之间的平衡关系。[2023][6]推进 SREZ 经济合作，区别于传统区域合作模式，尊重现实差异，创新合作理念，解决最现实的问题。

“他山之石，可以攻玉”，考虑成员构成与目标宗旨的类似性，以及 SREZ 经济合作应体现务实灵活的合作安排，以点带面，从线到片，逐步形成区域大合作的整体思路[2024]，在现存区域经济一体化组织中，[2025]亚太经合组织（APEC）和中国—东盟自由贸易区（CEPT）“成员扩展+内容拓展”的制度构建模式值得借鉴。

（二）成员扩展

1.东南亚联盟（ASEAN）

2023 一般而言，在达成共识的基础上，国际区域一体化制度建设，通常由有影响力的国家牵头，特别在关键时期，需要有国家主动放弃自己的利益，以便产生示范和倡导效应。作为丝绸之路的倡导国，可能意味着中国将承担额外责任，放弃额外的收益。这将考验中国对长远利益的认知，以及对即期利益损失的承受能力，从而进一步“负责任大国”的地位。

2024 http://news.xinhuanet.com/mrdx/2013-09/08/c_132701675.htm.

2025 丝路经济带的沿线国家分别属于以下世界（区域）经济一体化组织，WTO、APFC、CEPT、欧洲联盟、独联体经济联盟、黑海经济合作组织、南亚区域合作联盟、经济合作组织、上海合作组织等。

东盟发起的区域合作进程，采取“10+n”的模式，逐步形成了以东盟为中心的一系列区域合作机制：其中“10+1”和“10+3”是东盟 10 国分别与中国、日本、韩国 3 国（即 3 个“10+1”）以及和中日韩 3 国的共同合作的机制；“10+6”（ 中日韩 3 国加印度、澳大利亚和新西兰）和“10+8”（上述 6 国加美国和俄罗斯）则依托东亚峰会。在与外部签约时，东盟内部还区分为“东盟六国”和“东盟新成员国”，“实行特殊和差别待遇及展现灵活性”。[2026]

2.亚太经合组织（APEC）

亚太经合组织的成员拓展主要体现在贸易投资便利化方面，按成员组成不同，可分为四类：第一种是集体行动计划（CAP），即 APEC 所有成员经济体将某一领域的便利化措施达成共识，采取的联合行动；第二种是单边行动计划（IAP），即 APEC 成员根据各自情况，单独采取的不同措施；第三种是“探路者”计划（Pathfinders），在该种方式下，APEC 的部分成员率先采取诸边行动，其他成员在条件成熟时可以跟进；第四种是以上三种情况的混合体。[7]其中“探路者”计划属于成员拓展的一种模式。

（三）内容拓展

由于存在国家多样性，合作领域的广泛性，SREZ 制度化建设无法一蹴而就。但基于共同合作利益，现存区域经济一体化组织的相关成功经验是采取分步拓展战略，一是选择重点或优先建设的领域，二是设定基础要求，三是规划便利化战略目标，即具体领域“基础义务+便利化措施承诺表”。

1.中国—东盟自由贸易区（CEPT）[2027]

CEPT 便利化措施建设，依托自贸区建设进程，大致建设大致分三个阶段：[2028]第一阶段（2002 年至 2010 年），创设阶段：货物贸易为主，启动并大幅下调关税阶段，至 2010 年中国对东盟超过 90%产品贸易实行零关税；第二阶段（2011 年至 2015 年），全面建成阶段：东盟新成员国与中国贸易的绝大多数产品贸易实现零关税，双方更广泛和深入地开放服务贸易市场和投资市场；第三阶段（2016 年及以后），完善阶段：形成由 11 个国家组成的统一大市场。

以货物贸易市场准入为例，在关税减让方面，CEPT《货物贸易协议》规定，除早期收获产品（主要是农产品）外，其余产品分为正常产品和敏感产品两类，并实行不同的降税期限和最终税率（如表 1 所示）。[2029]

2026 “东盟六国”指菲律宾、文莱、印度尼西亚、马来西亚、泰国和新加坡；“东盟新成员国”指老挝、柬埔寨、越南和缅甸。

2027 2002 年 11 月，中国与东盟签订《中国-东盟全面经济合作框架协议》，决定在 2010 年建成中国-东盟自贸区。2004 年自贸区的先期成果“早期收获计划”顺利实施，2004 年签署自贸区《货物贸易协议》，2007 年签署自贸区《服务贸易协议》，2009 年签署自贸区《投资协议》。

2028《中国与东盟全面经济合作框架协议》[EB\OL][2015-1-12]. http://www.caexpo.com/special/CAFTA/tzxy/

2029 中华人民共和国政府与东南亚国家联盟成员国政府全面经济合作框架协议货物贸易协议. [EB\OL], [2015-1-12]. http://www.caexpo.org/gb/cafta/knowledge/download/hwmyxy.pdf.

表 1：CEPT 缔约方关税减让表

最终税率	降税期限长短		
	短期	中期	长期
为零	早期收获产品	一轨正常产品	二轨正常产品
不为零	——	一般敏感产品	高度敏感产品

再以服务贸易市场准入为例，CEPT 将服务贸易方式与 GATS 接轨，限定为四种，在减让表中分别列出各自在服务部门的具体开放承诺（第 18 条“市场准入”）。具体承诺应在缔约方各自 WTO《服务贸易总协定》（GATS）承诺基础上，做出更高水平的开放。同时，CEPT《服务贸易协议》第 21 条“具体承诺减让表”第 2 款明确规定“…应在减让表中列出其根据本协议第 18 条“市场准入”和第 19 条“国民待遇”作出的具体承诺”，包括“…（1）作出此类承诺的部门；（2）市场准入的条款、限制和条件；（3）国民待遇的条件和资格；（4）与附加承诺有关的承诺；以及（5）在适当时，实施此类承诺的时限。”[2030]

2.亚太经合组织（APEC）[2031]

贸易投资自由化和便利化是 APEC 的长远目标，由于成员经济发展水平存在较大差异，在实现自由化目标的具体步骤上，APEC 也采取区别对待的方式。

以贸易便利化措施为例，从 2001 年开始，APEC 先后实施了三个阶段的行动计划：第一阶段（2002-2006 年），总体目标是贸易交易成本降低 5%；第二阶段（2007-2010 年），贸易交易成本在第一阶段基础上再降低 5%；第三阶段（2011-2015 年），主要措施是供应链连接性框架行动计划，其目标是到 2015 年，使整个供应链内的货物和服务流动在所需的时间、成本和不确定性方面的总体绩效提升 10%。

与上述行动计划相应的是，APEC 将贸易投资自由化和便利化工作限定在 15 个领域[2032]，于 2002 年推出的《贸易便利化第一期行动计划》，该计划首次将贸易便利化划定为四大领域内的行动，即货物贸易、标准、商务人员流动、电子商务；APEC 又于 2007 年推出《贸易便利化第二期行动计划》，除了沿袭第一阶段基本相同的货物和服务贸易便利化的主要领域，删去了那些在第一阶段已经实现的行动措施，又加入海关程序、标准与一致化等一些新的行动措施；2009 年，

2030 中华人民共和国政府与东南亚国家联盟成员国政府全面经济合作框架协议服务贸易协议. [EB\OL], [2015-4-2]. http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/b/g/200705/20070504652690.html.

2031 有关 APEC 贸易投资便利化的研究参见：刘重力，杨宏. APEC 贸易投资便利化最新进展及中国的策略选择[J]. 亚太经济，2014，02.；李文韬. APEC 贸易投资便利化合作进展评估与中国的策略选择[J]. 亚太经济，2011，04.；吕刚. APEC 框架下中日韩三国的便利化举措[J]. 发展研究，2010，03.；沈铭辉，余振. APEC 贸易便利化进展及变化[J]. 国际经济合作，2009，02.

2032 APEC 贸易投资自由化和便利化工作具体内容包括：（1）关税；（2）非关税措施；（3）服务；（4）投资；（5）标准与合格评定；（6）海关程序；（7）知识产权；（8）竞争政策；（9）政府采购；（10）放宽管制；（11）原产地规则；（12）争端调解；（13）商务人员的流动；（14）乌拉圭回合结果的执行；（15）信息收集与分析。

APEC 将投资便利化作为独立议题，推出《投资便利化行动计划》，明确投资便利化的具体领域，如在市场准入方面，投资相关政策的制订和管理方面提高透明度和信息的可获得性、增强投资相关政策的可预见性和一致性等。

（四）小结

相较之下，APEC 和 CEPT 的成员拓展，只有立场和视角的差异，没有实质性区别：APEC 内向型模式，以全景视角，将组织的所有成员放在同一层面，进行组合与拓展；ASEAN 外向型模式，从东盟立场出发，将东盟国家视为整体和基础，与区外的国家组合与拓展。

丝绸之路经济带（SREZ）的成员拓展模式，应兼而有之，可以考虑“1+n+m”模式。从中国的立场出发，其中“1+n”是基础，“1”指中国，“n”指其他国家和区域组织：即中国与相关国家达成协议后，欢迎其他国家加入；如中国与中亚五国是“1+5”，中国和欧盟是“1+1”，欢迎其他国家“m”加入。以 SREZ 的全景视角，在“1+n+m”模式中，“1+n”是“探路者"计划（Pathfinders），是部分成员率先采取诸边行动，“m”是条件成熟时其他成员的跟进，其中“1+n”为创始缔约国，可以是域内任何国家和组织的组合。

在内容拓展方面，APEC、CEPT 以及其他区域经济一体化组织（如黑海经济合作组织、南亚区域合作联盟、经济合作组织、上海合作组织[2033]）的经验大体相同。结合 SREZ 的特点，其法律制度构建（不仅是市场准入）的内容拓展应考虑以下几方面：

（1）以“宣言”或“行动纲领”的形式，构建 SREZ 国际法律制度的整体框架，展望区域内货物、服务和投资三大领域的合作前景和战略目标。

（2）在货物、服务和投资的具体领域，签订单一（如 CEPT）或统一（如北美自由贸易区）的协议采用“基础要求+菜单”模式：划定基础要求（从 WTO、ASEAN、APEC、UN、国际海关组织 WCO 而来）并设置一定的战略目标，各国可以根据本国特殊情况和需要，在整体进程下制定各自的日程表：不仅包括抽象的准入原则，而且包括具体准入程度义务（下文详述）。

（3）对成员方特别关注的行业，如能源、电信服务、金融服务等，成员方可签订单一行业协议或行动纲领（如《欧洲能源宪章》），也可以效仿 GATS 第二十九条附件模式。

（4）起草《丝绸之路经济带贸易投资便利化战略行动框架》，与其它主要世界（区域）经济一体化组织（如 WTO、ASEAN、APEC、UN、WCO）的工作接轨，

2033 相关内容参见：肖影. 独联体地区国家贸易便利化进展评析[J]. 俄罗斯研究，2014，（04）.刘华芹. 上海合作组织贸易投资便利化评估与前景展望[J].国际贸易，2013，（11）；柴瑜. 金砖国家贸易便利化:发展与合作[J]. 中国金融，2011，05. 吴敏. 欧盟贸易便利化制度及其启示[J]. 人民论坛，2010，（14）.刘小龙,戴杰云. 《大湄公河次区域贸易投资便利化战略行动框架》下的中方商务人员流动问题[J]. 当代亚太，2006，（06）.

避免任何形式的交叉或重复。选择成员方最为关切和具有广泛共识的领域，采取便利化措施，如关税和非关税措施、标准与一致化、交通运输、商务人员流动、海关程序等为突破点，逐步拓展。[2034]

三、丝绸之路经济带市场准入法律的内容建构

从与其他区域经济一体化组织类似，丝绸之路经济带市场准入制度体系涉及贸易、服务和投资三个主要方向，市场准入便利化的起点是统一的市场准入制度。

（一）货物贸易市场准入

伴随全球经济一体化，以 WTO 为代表的国际货物贸易市场准入制度一体化确立的进程。[2035]在 WTO 法律框架下，货物市场准入制度主要由《关税及贸易总协定（GATT）》项下，针对外国货物进口的边界措施与国内规制措施组成，前者受 GATT 第 2 条（进口或与进口有关的关税、税收或费用)和第 11 条(对数量限制措施的禁止或限制)约束，后者受 GATT 第 3 条（国内税与其它国内规制的国民待遇）约束——就边界措施而言，WTO 将削减关税作为主要任务之一；进口数量限制措施，在原则上是禁止的；对于国内规制措施，WTO 成员方主要遵守非歧视原则，则拥有相当的规制权力。[8]

WTO 有关贸易市场准入便利化的条款分散在几个协定中。在《海关估价协定》、《原产地规则协定》、《进口许可程序协定》、《装运前检验协定》、《技术性贸易壁垒协定》以及《实施动植物卫生检疫措施的协定》等协定中；在《与贸易有关的知识产权协定》第 3 部分第 4 节“与边境措施相关的特殊要求”中也有涉及。[9]其中 GATT 的第 5、8、10 条是 WTO 贸易便利化有关的最核心条款。[20362037]但学者认为 WTO 规则的有些条款过于原则和抽象，缺乏可操作性；有关条款由于分散在数个协议中，相互缺乏协调，造成同一事项在不同协议中的重复出现。[10]

2034 笔者在下文中对 SREZ 市场准入便利化措施近期、中期和远期的选择，更多的是从中国立场出发。以对外投资为例，据笔者掌握的资料，中国对外投资遇到的一大困难在于东道国投资法律制度的不透明和不稳定性，以及宏观的非商业性风险。

2035 WTO 影响力和示范性不可小视，近乎最普遍国际贸易准则。但至 2014 年 7 月，在独联体国家中仍有部分非 WTO 成员国，其中阿塞拜疆、白俄罗斯、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦为观察员国，土库曼斯坦为非观察员国。

2036 GATT 第 5 条国际贸易过境自由条款，规定各缔约国对于其他缔约国商品的“过境运输”，应奉行无歧视原则。第 8 条国际贸易费用和输出入手续，“各缔约认识到,有必要最大限度地减少进出口手续的影响范围和复杂程序，并减少和简化进出口的单证要求”，规定缔约国对输出入商品所征收的任何费用，都不应成为对本国产品的间接保护，也不应是为了增加财政收入的目的，并且所征的各种费用和种类都应减少。第 10 条贸易条例的公布和实施，“缔约国所实施的一切贸易条例、政策、法令以及行政决定，都应迅速公布，以便使各国政府和贸易商对它们熟悉”。还包括第 7 条海关估价条款，第 9 条原产地标记等。

2037 有关 WTO 贸易便利化的最新进展参见：世贸组织通过贸易便利化协议议定书[J]. WTO 经济导刊，2014，12.；杨荣珍，王玮.《贸易便利化协议》的主要内容及影响分析[J]. 对外经贸实务，2014，11.；何力. 多哈回合早期收获与《贸易便利化协定》[J].上海对外经贸大学学报，2014，02.；黄志瑾. WTO《贸易便利化协定》评述—多哈回合的突破[J]. 上海对外经贸大学学报，2014，05.

笔者认为，SREZ 货物贸易市场准入制度应扬长避短，借鉴 WTO 规则，基础要求分为边界措施与国内规制措施，即（1）进口或与进口有关的关税、税收或费用，（2）对数量限制措施的禁止或限制，（3）国内税与其它国内规制的国民待遇。同时制定统一的货物便利化措施框架，优先考虑海关过境方面的约束义务—在 WTO 基础上取消和减少关税、数量限制和其他各种强制性限制市场进入的非关税壁垒，通关手续和程序简化，基础设施和设备的标准化，提高跨境贸易的服务速度。中长期工作重点是支持 SREZ 经济走廊发展贸易便利化的硬件和软件的全面建设，实物运输和贸易基础设施的构建发展、有效的边境通关制度、贸易管理体系和机构的改善、为提高贸易交易的透明度和效率而积极广泛地应用信息技术等。

（二）服务贸易市场准入

在 WTO 法律框架下，GATS 市场准入的实施对象包括服务和服务提供者，其做出的承诺具有相当的灵活性，采取限制市场准入的措施只能是非关税措施。服务市场准入主要受 GATS 第三部分 16，17 和 18 条约束。[2038]其中 16 条市场准入与 17 条国民待遇是一个问题的两个方面，前者是外国服务的进入问题，后者是外国服务的待遇问题。两者结合起来，可以认为 GATS 市场准入基础要求是“准入阶段国民待遇+正面清单”，即成员方通过开列正面清单，将本国开放的服务业部门予以承诺，而清单外的部门则不属于该成员方的承诺范围。[2039]由于第 18 条的规定，成员方可以就不在第 16 条或第 17 条的列表范围内，但影响服务贸易的其他措施进行谈判，达成附加承诺。因此，属于市场准入的措施不必列入附加承诺中，附加承诺中的承诺一定是第 16 条范围以外的承诺，二者泾渭分明。[8](P.148)

另一个具有影响力的多边服务贸易协议 TISA 对市场准入的实质性谈判也开始启动，TISA 框架文本要援引 GATS 的核心规范，但又有新的内容与发展。[2040]在市场准入问题方面，TISA 减让表与 GATS 确立的样式基本相同,内容包括服务部门、市场准入、国民待遇和附加承诺等栏目，区别在于 TISA 采用混合列表(Hybrid List)——在市场准入部分采用正面清单(Positive List)，国民待遇问题采用负面清单

2038 第 16 条规定：每一成员国给予其他成员国的服务和服务提供者的待遇不低于根据其清单中所同意的和详细规定的期限、限制和条件所提供的待遇。第 17 条规定：成员国应在其承诺清单中所列的服务部门或分部门中，并且根据其中所述的任何条件和资格给予其他成员国服务和服务提供者不低于其给予本国相同服务和服务提供者的待遇。”

2039 WTO 为成员国填制服务业减让表提供了 W/120 分类参考标准，将服务业分为商务、通信、建筑与相关工程、分销、教育、环境、金融、健康与社会、旅游及相关、娱乐、文化与体育、运输和其他等 12 大类，并细分为约 160 个分部门。

2040 为了突破 GATS 多边谈判的困境，进一步推动服务贸易自由化，由美国、欧盟主导的“服务业挚友”(Really Good Friends of Services, RGF)倡导，并且以诸边谈判方式为基础的《国际服务贸易协定（Trade in Services Agreement, TISA)应运而生。目前，RGF 已对 TISA 的基本框架达成了共识，对服务业市场准入的实质谈判也开始启动。

(Negative List)[2041]。有学者认为，采用混合清单的方式可以扬长避短，增加其操作的灵活性和可控性，在实现更高水平自由化的同时又可以吸引更多的新兴国家与发展中国家的积极参与。[11]2042

SREZ 服务贸易市场准入原则的实质与其他区域经济一体化相同，在于尽力减少或消除有关服务中的垄断经营权利，允许其他缔约方的服务提供者在本国境内设立机构并扩展商业性介入，即提供服务业开业权。基于广泛性的考虑，SREZ 服务贸易市场准入制度仍以服务的定义、市场准入、国民待遇和一般例外条款为主，以“准入阶段国民待遇+正面清单”为基础。但与 TISA 类似，SREZ 在减让表的部门分类中，要考虑由于科学技术、尤其是互联网技术进步，以及服务创新的加快，出现 W/120 服务业分类表中未能反映新的服务及其提供方式。如何反映这些新服务，对新服务做出怎样的承诺，是 SREZ 未来要解决的一个重要问题。

SREZ 服务贸易市场准入便利化，宏观层面可与 GATS 项下与贸易有关服务的便利化措施（Rules relating to facilitating trade in services）衔接，主要是 GATS 第二部分透明度、最惠国待遇、经济一体化等条款，第三部分“具体承诺”和第四部分“逐步自由化”。SREZ 服务贸易单一的便利化措施框架分近期、中期和远期战略目标，近期优先考虑提供服务的商务人员流动的便利化措施，如精简、规范海关程序促进商务人员流动以及加强信息通信技术的使用；中期考虑在交通、电信和金融业领域有所突破；远期战略是在“准入阶段国民待遇+负面清单”的基础上，将已有便利化措施引入除负面清单以外的所有服务部门。

（三）外国投资市场准入

国际投资条约市场准入问题重点是对本国的外国投资者和外国投资在市场准入阶段的待遇标准，减少国内法对外资准入歧视性审批和审查制度，促进国内外投资者公平竞争。2043[2](P.54)

战后世界各国的外资政策经历了一个从全面管制、到逐步放松市场准入、再到促进投资便利化自由化的过程。国际投资条约市场准入制度也经历了全面管制、准入后国民待遇＋正面清单、准入后国民待遇＋负面清单、准入前国民待遇＋正面清单、准入前国民待遇＋负面清单这些管理模式的演进。尽管在世界范围内，在外资准入阶段给予外国投资和投资者国民待遇已是大势所趋，但不少丝路沿线国家，仍对此持谨慎态度。以中亚五国为例，除了乌兹别克斯坦同意在投资条约

2041 “负面清单”模式下，除非在清单中明确列明予以排除，否则即视为东道国原则上同意，完全按照国民待遇承诺向对方国民开放本国的所有经济部门。

2042 与 GATS 的另一区别在于，根据瑞士的提议，TISA 减让表可能会增加一项新栏目，以便把与冻结条款(Standstill Clause)、棘轮条款(Ratchet Clause)等相对应的法规信息列入其中，但对延伸最惠国待遇条款(Forward MFN Clause)是否列入争议较大。这三项条款在 GTAS 文本和附属各成员减让表中无相关表示。

2043 涉及投资准入的代表性问题主要包括：相关经济部门和地理区域的范围、登记和取得许可证的要求、法律容许的投资结构（例如公司和合资企业的类型和所在地、所有权限制）、扩大投资、税付、资金转移和业绩要求，等等一系列问题。

中接受“准入阶段最惠国待遇”，其他四国一般要求外国投资准入必须“符合东道国法律”，属于“投资保护”型，在市场准入方面并不能创造更多的机会。[12]

未来 SREZ 投资市场准入规则的选择，仍将取决于成员国间的投资经贸关系、成员国各自的经济现状和预期、有影响力的成员国在该区域经济政策的取向、以及国际经济规则的发展趋势。

随着丝绸之路经济带的兴起、沿线地区实现从“交通走廊”向“经济发展带”的转型，以及世界范围内国际投资准入规则的发展趋势，近期和中期 SREZ 外国投资市场准入的基本起点，应定位于准入前最惠国待遇和“准入后国民待遇＋负面清单”；远期目标是“准入前国民待遇＋负面清单”。

SREZ 相关投资便利化措施，优先考虑提高投资相关手续的效率和有效性（通过简化投资规章制度，加速投资审批过程，减少商业成本）和提高中小企业的融资能力；中期的重点是改善投资过程中软、硬件服务，以提高电子商务的安全性；提高与投资有关的政策制定和管理中的开放性和透明度，提高与投资有关的政策的可预测性和一致性，简化商业交易环节并树立商业信心，遏制腐败；最终实现提高投资环境的稳定性、财产安全性以及对投资的保护，降低投资的非商业风险，提振工商业界对东道国法律体系的信心，提供公正的争端解决渠道。[13]

四、结论和展望

以贸易投资便利化为导向的市场准入制度，分为两个方面：消除各种要素的准入壁垒和建立合作关系。一般而言，在经济一体化初级阶段，建设主要聚焦于消除各种要素的准入壁垒，而进入经济一体化的高级阶段，则更充分地体现合作共赢的倾向。

丝绸之路经济带市场准入法律制度构建应当“双管其下”，在借鉴世界（区域）经济一体化组织成功经验的基础上，一方面是在尊重相关国家的缔约习惯的基础上，建立相对统一的市场准入制度，逐步消除各种要素的准入壁垒，另一方面是创新制度建设，搭建开放、友好的区域合作模式，推动贸易投资便利化，形成制度竞争优势。

在宏观制度设计层面，SREZ 缔结域内经贸投资条约以“成员扩展+内容拓展”模式进行。就统一市场准入制度而言，SREZ 分为货物、服务和投资三大领域，采用“基础要求+菜单”模式，划定基础要求，并与其它主要世界（区域）经济一体化组织（如 WTO、ASEAN、APEC、UN、WCO）的工作接轨：货物贸易市场准入以现有 WTO 货物市场准入规则为标准，服务贸易市场准入以“准入阶段国民待遇+正面清单”为基础，外国投资市场准入以准入前最惠国待遇和“准入后国民待遇＋负面清单”为起点；各国根据自身情况选择，在整体进程下制定各自的“减让表”。

在推动贸易投资便利化方面，SREZ 起草《丝绸之路经济带贸易投资便利化

战略行动框架》，选择成员国最为关切和具有广泛共识的领域，采取便利化措施，如关税和非关税措施、标准与一致化、交通运输、商务人员流动、海关程序等为突破点，逐步拓展。

SREZ 货物贸易市场准入便利化措施近期的重点是海关过境方面的约束义务；服务贸易市场准入便利化措施是与 GATS 项下与贸易有关服务的便利化措施(Rulesrelatingtofacilitatingtradeinservices）衔接，近期优先考虑提供服务的商务人员流动的便利；相关投资便利化措施优先考虑提高投资相关手续的效率和有效性和提高中小企业的融资能力。

总之，统一 SREZ 区域市场准入制度，在消除货物贸易的关税和数量限制方面阻力较小，容易达成共识；而 SREZ 内部服务贸易、人员流动和投资等方面的市场准入壁垒，由于在关税以外的领域合作，采取共同行动，往往阻力较大；在此市场准入法律制度统一化基础上的便利化措施，更是要求相关国改革现有制度或机构，或建立新制度和机构，涉及国家主权的协调等更深一层次的问题，以使区域一体化市场能适当而有效率地运转，因此 SREZ 国家之间需要作出更大的让步。而建设“丝绸之路经济带”的伟大战略，必须依托良好制度框架，充分发挥法律，特别是区域性国际法的先导和规范作用，以法治化和制度化为重点，将政治远见落实到具体的法律制度安排上，形成强有力的体制机制，保障区域内各国的互利多赢与共同发展。

参考文献：

[1] 戴霞. 市场准入的法学分析[J]. 广东社会科学 2006，03：196-200.

[2] Thomas Pollen. Legal Framework for the Admission of FDI [M]. Utrecht: Eleven International Publishing, 2006: 3-15.

[3] 钱晓萍. 国际投资条约准入规则研究与中国的实践[J]. 现代财经，2014，05：93-104.

[4] 孙衷颖. 区域经济组织的贸易便利化研究[D].南开大学，2009：22-24.

[5] 张亚斌，马莉莉. 丝绸之路经济带相关问题的述评及思考[J]. 未来与发展，2014，09：101-105.

[6] 何茂春，张冀兵. 新丝绸之路经济带的国家战略分析[J]. 人民论坛·学术前沿，2014，23：6-13.

[7] 吕刚. APEC 框架下中日韩三国的便利化举措[J]. 发展研究，2010，03：27-31.

[8] 韩龙. 市场准入与国内规制在 WTO 法中应如何合理界分[J]. 政法论坛，2006，04：143-152.

[9] 朱永强，高正桥. WTO 框架下贸易便利化问题探析[J]. 华东经济管理，2003，06：37-40.

[10] 匡增杰. WTO 贸易便利化议题谈判进程回顾与前景展望[J]. 世界贸易组织

动态与研究，2007，05：1-6.
[11] 李伍荣，冯源. 《国际服务贸易协定》与《服务贸易总协定》的比较分析[J]. 财贸经济，2013，12：86-93.
[12] 钱晓萍. 中国与中亚五国双边投资条约准入规则研究—以中国的立场为出发点[J]. 现代经济探讨，2014，06：60-63.
[13] 沈铭辉. APEC 投资便利化进程—基于投资便利化行动计划[J]. 国际经济合作，2009，04：41-45.

浅析双边投资条约中的准入前国民待遇

杜雅清

中南财经政法大学法学院 民商法 2013 级

当前，中美双边投资保护协定谈判的重启引人关注。其中，准入前国民待遇以及负面清单问题，既是投资保护协定文本谈判的难点，又是投资实践中首先面临的现象。通过梳理国际投资规则中的准入前国民待遇，分析其中的基本内涵、发展趋势和中国的缔约实践，有利于为我国的应对措施提供针对性的建议。

一、准入前国民待遇的涵义

国民待遇最先作国际贸易领域的重要原则和制度进入国际经济法范畴，并通过双边协定、区域协定以及多边协定等逐步扩张到国际投资法领域，成为公认的国际投资法规则。[2044]国际贸易实践中，有关贸易的国民待遇，如《关税及贸易总协定》第三条第二款、《与贸易有关的投资措施协定》第二条、《服务贸易总协定》第十七条等在繁荣国际贸易的同时，也将国民待遇引入到国际投资法领域。国民待遇原则要求投资东道国有义务保证其本国法律、法规及其执行对本国人和外国人一视同仁，而不论相关的法律、法规属于何种性质或何种经济领域，但这一义务涉及到国家主权原则以及巨大的经济利益，因此国家对这一原则的接受也显得十分慎重，国民待遇原则在国际投资领域中的确立也变得十分缓慢。特别是在多边投资框架内，至今还未形成统一的、全面的投资协定，鉴于此，对于国际投资领域的国民待遇问题，各国主要通过签订双边投资协定或区域投资协定的形式来调整国际间私人投资关系。

双边投资协定（Bilateral Investment Treaties，以下简称 BITs）是资本输出国与资本输入国之间签订的旨在促进、鼓励、保护或保证国际私人直接投资活动并约定双方权利与义务关系的书面协议。[2045]而国民待遇具体适用范围则取决于 BITs 中的规定，具体而言，BITs 中国民待遇的适用阶段可分为准入前国民待遇和准入后国民待遇。

准入前的国民待遇强调国东道国将在投资者的投资准入阶段给予国民待遇，是在国民待遇的基础上的进一步延伸。以美国 2012 年的范本为例，美国 BIT 范本第三条第一款规定："协定一方应当对协定另一方的投资者在其境内设立、并购、扩大、管理、经营、运作、出让或其它投资处分，在相似情况下给予不低于本国国民所享有的待遇。"由此可知，BITs 中给予对方投资者国民待遇的范围包括设立、并购、扩大、管理、经营、运作、出让或其它处分，其中"设立"和"并购"，就是指的外资准入前的阶段。具体而言，"设立"是指缔约国投资者在另一国缔约国投资新设企业；"收购"包括外国投资者并购东道国境内企业部分或

[2044] 王贵国：《国际投资法》，北京：法律出版社，2008 年，第 111 页。
[2045]余劲松：《国际投资法》，法律出版社 1997 年版，第 274 页。

全部股权，以购买现有股东股权或企业增发股份方式参股，实现外资化，也包括买受资产和土地权属等。[2046]因此，准入前的国民待遇意味着投资东道国应根据其在 BIT 中的准入前承诺，允许外国投资者根据 BIT 中国民待遇条款的规定进入到国内市场，在投资东道国设立商业存在并与投资东道国内投资者平等竞争。

二、准入前国民待遇的发展趋势

从国际经济发展上看，国际投资自由化已经是不可逆的客观趋势，这一趋势要求国家减少公权力在经济发展中的行政干预，不断扩大投资者的权利，并将国际投资规则中的国民待遇延伸到投资的准入阶段。

（一）准入前国民待遇的纵向比较

以纵向的时间发展顺序来看，国际投资条约中的准入前国民待遇主要呈现出逐步扩张的发展趋势。美国是国际投资规则领域首次引入准入前国民待遇的国家，该标准的内容和方式也经历了一定的变迁，特别是进入 21 世纪，，以美式双边投资保护协定中的准入前国民待遇为蓝本，相关规范的内容逐渐采取了列举的方式，使得准入前国民待遇的要求更加具体化。

美国历来是通过双边友好通商航海条约、投资保证协定来保护本国的海外投资。自二十世纪八十年代开始，美国转而采取双边投资保护协定这一更有效的形式，并在条约中开始引入准入前国民待遇。如 1983 年同塞内加尔签订的双边投资保护协定第二条第二款就国民待遇提出的要求是“各当事方应当授予其领土内另一缔约方已经存在的投资或新投资及相关活动不低于本国国民或公司的投资及相关活动”的待遇，并在 “相关活动”的首项列举为“设立、控制、维持商业生产的分支、代理处、办公场所、工厂或其他设施”。准入前国民待遇虽然已经在协定中得以体现，但在当时仍没有得到完全的体现，部分双边投资保护协定也没有完全采用，因此其适用尚不具有广泛性。

进入九十年代，美式双边投资条约又有了新的变化，将准入前的国民待遇以概括的方式直接包含在双边投资协定中。例如美国 1994 年《双边投资条约范本》第二条规定：“每一缔约方应该尽力为其境内的另一缔约方国民和公司提供较优惠的投资环境，这些投资的设立和运作条件，应不低于缔约方给予本国国民和公司在相同情况下的待遇，或其给予任何第三方的国民和公司在相同情况下的待遇，以其中最优惠的待遇为准。”其中明确了国民待遇的适用应该涵盖投资的“设立”阶段，即外资的准入阶段。

随着美式投资协定范本的不断更新，国民待遇的适用阶段和范围变得更加清晰。如美国 2004《双边投资条约》第三条规定：“缔约一方应当对缔约另一方投资者在其境内设立、并

[2046]温先涛：《中国投资保护协定范本（草案）论稿（一）》，《国际经济法学刊》，2011 年第 18 卷第四期，第 182 页。

购、扩大、管理、运营、转让或其它投资处置方面，在同等情况下给予不低于本国国民享有的待遇。”相关规范的内容逐步采取列举的方法，使准入前国民待遇的要求更加具体化。

（二）准入前国民待遇的横向比较

准入前国民待遇的横向比较主要体现在国别方面，大致可以分为完全的准入前国民待遇和有限的准入前国民待遇。前者主要体现在美国、加拿大等国对外缔结的双边投资保护协定。其中有关国民待遇的相关规定，明确包含了投资的“设立”阶段。

后者则体现在部分欧盟成员国的双边投资保护协定范本中，这些国家对外签订的双边投资保护协定中采取了有限的准入前国民待遇，即概括性地要求对投资的全部过程予以保护，但具体在国民待遇的条款中则没有明确到准入前阶段。如 2008 年德国双边投资保护协定范本第二条第一款在投资准入和保护方面要求：“各缔约国在其领域内尽可能促进其他缔约国投资者的投资并根据自身立法承认其投资”，在国民待遇方面，该范本第三条第一款要求“任何缔约方不得在其领域内对其他缔约方投资者所有或控制的投资授予低于本国或任何第三国投资者或投资的待遇”。2006 年法国双边投资保护协定范本第二条同样要求“缔约方根据条约规定，促进并承认其领土和海域内由另一缔约方的国民或公司做出的投资”。第 4 条的规定直接涉及国民待遇问题，要求缔约方对另一缔约方的国民或公司的投资及投资相关的活动授予不低于本国国民或公司的待遇。2003 年意大利双边投资保护协定范本也采取了同样的模式，第二条第二款中要求确保“缔约方的投资者有权进入到其他缔约国的领域内的投资，并且不得低于范本第三条国民待遇的要求。”尽管如此，欧盟成员国之间的投资待遇并没有因此而减损，仍采取高标准的投资准入保护机制。这是因为虽然投资条约中没有明确包含准入前投资者保护的机制，但是在欧盟条约要求资金流动的自由化并促进形成外国投资的公开市场。[2047]

值得注意的是，近年来日本、韩国等亚洲经济强国也开始在双边投资协定中引入准入前国民待遇。以日本为例，2010 年年底日本共签订 15 个双边投资协定。这些协定签署的时间跨度为 30 年，在这漫长的时间中，随着时间的发展，协定中的主要条款也随之改变，其中最重要的改变就是国民待遇条款。1977 年，日本与埃及签订该国历史上第一个双边投资协定，约定给予对方投资者准入后的国民待遇，此后国民待遇成为日本投资协定中必不可少的条款。2002 年日韩签订双边投资协定，首次引入了准入前的国民待遇，此后，日本签订的双边投资协定都承诺了准入前国民待遇。

[2047]Efraim Chalamish, Global Investment Regulation and Sovereign Funds, Theoretical Inquiries in Law (2012), p.670.

三、准入前国民待遇与中国的缔约实践

在中国缔结的双边投资协定中，国民待遇的地位逐步上升。上世纪80年代国民待遇仅在与日本的双边投资协定中有所体现："缔约任何一方在其境内给予缔约另一方国民和公司就投资财产、收益及与投资有关的业务活动的待遇，不应低于给予该缔约一方国民和公司的待遇。"然而这项仅有的国民待遇条款措辞却比较笼统，其中的解释条款将"与投资有关的业务活动"定义为维持业务活动的设施、控制运作公司、雇用和解雇专家以及缔结和履行合同四项。此外，除了实体上的权利外，协定中还赋予缔约国国民和公司在请求或接受法院受理和向行政机构提出申诉的程序权利方面的国民待遇。可见，80年代唯一的国民待遇条款所涵盖的范围相当广泛。90年代开始，国民待遇已经成为双边投资协定中的常见规范，但其地位尚不如最惠国待遇。譬如，我国在与韩国、沙特阿拉伯以及捷克斯洛伐克的投资协定中明确规定了国民待遇条款，在与西班牙、冰岛以及南斯拉夫联盟等国投资协定中将国民待遇作为最惠国待遇的补充条款来适用，而与摩洛哥的投资协定则要求在国民待遇和最惠国待遇中选择从优适用。进入新世纪以来，对投资者及其投资的保护加强，投资待遇高标准化趋势日趋明显。我国在对外签订的双边投资保护协定中无一例外地做出规定：对"投资及与投资有关的活动"同时适用国民待遇与最惠国待遇，二者之间没有优劣之分，可以存在选择。如2000年与伊朗签订的投资协定明确规定可以优先适用更为优惠的条款。高标准的投资待遇是一把双刃剑，它既有利于提高我国吸收外资和战略性对外投资的水平，同时也对我国保证高标准投资待遇的能力提出了挑战。

2012年中国和加拿大签订的双边投资保护协定也没有采用准入前国民待遇的标准，该协定第3条"投资促进和准入"中要求"任一缔约方应鼓励另一缔约方的投资者在其领土内投资并依据其法律、法规和规定准入该投资"。具体到第6条国民待遇，仅指"扩大、管理、经营、运营和销售或其他处置其领土内投资方面的待遇"。其中，"扩大"的概念仅适用于依据"扩大"时有效的相关行业指引和适用法律、法规和规则不需经过事先审批程序的行业。"扩大"可受制于规定的手续和其他信息要求。

从我国的缔约实践不难看出，我国从未在双边投资保护协定中主张或接受准入前国民待遇。显然，这与国际社会准入前国民待遇的发展趋势是相悖的，也成为我国进行双边投资保护协定谈判或修订的主要争议点之一。

四、中国应对准入前国民待遇的基本立场

当前，中国在国际投资领域中的地位与日俱增。据统计，2014年，我国境内投资者共对全球156个国家和地区的6128家境外企业进行了直接投资，累计实现投资6320.5亿元人民币，同比增长14.1%。其中股本投资和其他投资5288.5亿元人民币，占83.7%，利润再投资1032亿元人民币，占16.3%。截至2014年底，我国累计实现非金融类对外直接投资3.97万亿元人民币。[2048]在全球份额中，位居引进外资第一，对外投资第二。

[2048]http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/k/201502/20150200895915.shtml

如今，在国际投资领域，准入前的国民待遇已经被越来越多的国家所接受，而作为全球第二大经济体的中国，应该顺应时代的发展趋势，在双边投资协定领域中引入准入前国民待遇。而且，一方面，作为第二大资本输出国，高速发展的海外投资需要得到有效的保护，但是尽管中国对外缔结的双边投资保护协定已经超过 130 项，却并没有任何一项协定将国民待遇延伸到准入前阶段。当中国企业的海外投资进入准入阶段时，难以得到充分有效的保护。因此，在双边投资保护协定中采纳准入前国民待遇在一定程度上也对我国的海外投资提供保障，特别是针对某些国家通过各种方式阻止或拒绝我国投资者及投资进入的行为，将能够把国家的行为上升到违反条约义务的层面，为维护海外投资者利益找到了国际法上的依据。

在另一方面，作为全球最大的资本输入国，大量涌入的外资对准入前的投资保护具有一定的要求，采纳准入前国民待遇是对外资的有效保障。但是准入前国民待遇是一把双刃剑，在有效保护外资的同时，也会对东道国的经济和产业发展产生一定的冲击，因此争取准入前国民待遇的合理例外就显得尤其重要。当前多数国际投资或贸易协定中均以负面清单的方式作为准入前国民待遇的例外。在确定负面清单这种方式后，确定清单的内容则十分重要。首先，从国家根本安全和国防利益的角度出发，有关国家经济安全的能源类和军用设备类产业应当绝对禁止进入。如与能源相关的勘探、生产、军工制品、核心技术等行业应当绝对禁止准入其国民待遇。其次，从公共服务和社会资源配置的视角出发，涉及公共交通运输、通讯广播以及其他公众服务也不适宜在准入前阶段采取国民待遇。这是出于对国家公共职能和社会稳定的考虑而设计的，在美国对外签订的双边投资保护协定中也得到了充分的体现。而对于直接反映经济运行情况的房地产、证券等行业，原则上也不适宜准入，更不适合准入前国民待遇。引入准入前国民待遇以保障投资者的合法利益，通过负面清单这一例外排除威胁国家利益的重要领域，使东道国在投资者利益与国家利益之间找到了平衡。

综上，准入前国民待遇是伴随着国际投资发展而必然经历的过程。我国是全球最大的资本输入国和世界第二的资本输出国。高水平的投资环境必然要求将国民待遇应用到准入前阶段。准入前国民待遇也是我国利用外资和对外投资中不可逾越和回避的问题。采纳准入前国民待遇是我国在今后双边投资保护协定的签订和修订过程中必然经历的过程。我国要采纳准入前国民待遇，需要借鉴现存双边投资保护协定中的清单模式，合理地设计开放的行业和范围。

国际私法目录

“法律先于立法”：官民互补的区际民商事司法协助模式 3.0 版论纲..... 3
《联合国反腐败公约》下资产追回的民事诉讼主体研究.....11
中国追缴腐败犯罪违法所得国际司法协助现状及完善建议.....22
国际航空事故精神损害赔偿制度探究.....37
国际民事诉讼赔偿责任若干法律问题研究.....43
——从国际空难角度浅析.....43
国家的执行豁免独立性的批判.....51
海事诉讼时效问题研究.....58
论“诚实信用原则”对仲裁协议效力的扩张.....77
论第三国强制规范适用制度在我国的确立.....85
论公共秩序保留制度的限制适用.....94
——基于国家利益本位向国际社会利益趋向转化的分析.....94
论国际商事仲裁中的紧急仲裁程序.....108
——从条款的起草到法律制度的完善.....108
论国际私法中直接规范的适用.....120
论国际组织在民商事争议中的管辖权问题.....128
论我国消费者合同冲突法的完善.....161
——以国外判例为切入点.....161
论中国参与国际私法统一化进程的途径.....172
我国跨境追逃引渡制度的问题探究.....180
民法典编纂所引发的有关国际私法法典化的思考.....188
浅析《法律适用法》第 4 条的规定.....199
论新《民事诉讼法》下当事人协议选择外国法院问题.....205
——兼评新民诉法第 34 条和最高院司法解释第 531 条.....205
涉外违法所得没收程序问题研究.....216
——境外追逃追赃与国际执法合作.....216
国际航空运输公约在我国适用制度的完善.....228
实证研究视角下外国法查明制度之症结与完善路径.....234

试论我国国际私法典的编纂.....248
我国仲裁裁决的救济途径研究.....255
论无涉外因素争议的外国仲裁裁决的可执行性.....267
——兼评朝来新生案.....267
再论公共秩序保留与法律规避的关系.....274
跨界的油污损害赔偿问题研究.....281
——以台湾海峡为例.....281
中非民商事交往法律环境的不足及完善.....356

“法律先于立法”：官民互补的区际民商事司法协助模式 3.0 版论纲

江保国*

内容提要：我国的区际民商事司法协助制度从无到有，其模式经历了从“默契互惠、交错立法”（1.0 版）到“双边协商、分别执行”（2.0 版。）的发展演进过程，后者在取得丰硕成果的同时，也显示出来不少短板和盲点，与区际民商事交往蓬勃发展的态势和区际市民社会的内在要求并不相称。民间途径作为在立法空白和缝隙里生长出的规则，体现了两岸四地人民的实践智慧，对官方的双边协商具有替代、助推和补充作用，是新时期制度创新和模式升级（3.0 版）的重要资源。

关键词：区际市民社会；民商事司法协助；民间途径；制度创新

一

由于历史原因，我国形成了内地与香港、澳门和台湾四个法域并立的局面。根据一国两制方略，这一状况还将长期存续下去。但两岸四地之间的民商事交往不仅未因法律冲突或政治争持而停滞，反而一路高歌猛进，“区际市民社会”已蔚然成形。以内地与香港之间为例：2013 年，香港与内地完成了 4010.1 亿美元的贸易额,占内地对外贸易总额的 9.6%，是内地第四大贸易伙伴和最主要出口市场。截至 2014 年 12 月底，内地累计实际使用港资 7469.4 亿美元，占内地累计吸收境外投资总额的 49.3%。〔1〕在香港交易所上市的内地企业达到 854 家，内地企业约占总市值的 59%，股份成交额约占交易所的整体股份成交额的 69%。〔2〕两地在传统民事领域的交流也非常活跃。根据香港集思会的研究，1997-2012 年间内地与香港跨境婚姻占港人结婚总数的比例一直维持在 39%至 56%的高水平，累积数字则以每年平均19%的速度增加，16年间共累积了388,453 宗，相当于2012 年香港家庭住户总数的 16%。〔3〕

民商事交往的发达必然对配套的纠纷解决和司法资源供给机制提出了更高的要求。2008-2012 年间内地法院共受理涉港澳台民商事案件 62685 件，年均增长达 10%以上，2013 年这一数字更是达到了 1.5 万件。〔4〕如此大量的区际民商事案件也导致了旺盛的区际民商事司法协助需求。〔5〕事实上，两岸四地间的区际民商事司法协助制度从无到有，经历了从“默契互惠、交错立法”（1.0 版）到“双边协商、分别执行”（2.0 版）的发展演进过程。改革开放初期，基于区际司法协助无法可依的困顿，各法域在面对此类需求时多秉承善意处理。内地与港澳之间根据《海牙司法文书送达公约》等国际条约规定的途径互相为对方提供司法协助，

*法学博士，华南农业大学人文与法学学院副教授。

〔1〕商务部：“2014 年 1-12 月内地与香港经贸交流情况”， http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/fuwzn/diaoca/201501/20150100875391.shtml，最后访问日期为 2015 年 1 月 29 日。

〔2〕大公财经：“梁振英：港交易所上市的内地企业达到 854 家”，http://finance.takungpao.com/hgjj/q/2014/0910/2722959.html，最后访问日期为 2014 年 9 月 28 日。

〔3〕香港集思会:《中港跨境婚姻——新趋势及影响》，http://www.ideascentre.hk/wordpress/wp-content/uploads/2009/02/Cross-border-Marriages-Report-TC.pdf，最后访问日期为 2014 年 9 月 28 日。

〔4〕胡云腾：“‘数说’涉港澳台案件”，载《人民法院报》2013 年 3 月 15 日第 005 版；周强：“最高人民法院工作报告”，载《人民日报》2014 年 3 月 18 日第 002 版。

〔5〕本文中的“区际司法协助”或“司法协助”若未特别申明，均指“区际民商事司法协助”。

甚至在回归之前香港与内地就已在探索在该问题上双边协商的可能性;[6] 内地与台湾之间则先后单方制定了为对方提供判决的承认和执行等司法协助事项的规定。[7] 然而基于互惠的交错立法方式欠缺制度化的协调和执行机制，容易造成各行其是的局面。港澳回归后由于国际条约途径不宜再行适用，短期内甚至出现了区际民商事司法协助无法可依的现象，[8] 内地与台湾之间的区际民商事司法协助也时常因为政治问题而出现波动。[9] 在此背景下，双边协商作为我国区际司法协助模式的 2.0 升级版而出现有相当大的必然性。此外，在经贸事项上，内地与港澳通过双边协商成功地确立起了“关于建立更紧密经贸关系的安排”（CEPA）及其系列补充协议框法律框架，内地与台湾也最终签署了《海峡两岸经济合作框架协议》（ECFA）系列协议，为两岸四地在区际民商事司法协助领域有所作为提供了新的动力。

港澳回归后，它们与内地间陆续通过双边协商分别就送达、取证、民商事判决和仲裁裁决的承认和执行签订了协议安排，台湾与内地之间也在 2009 年签订了《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》，基本上确立了我国区际司法协助的框架。而双边协商模式的成效也颇为显著。2012 年，内地法院办理涉港文书送达司法协助案件 1515 件，涉澳文书送达和调查取证司法协助案件 81 件，分别比 2008 年上升 38.5%和 72.3%;办理涉台文书送达和调查取证司法互助案件 8003 件，比两岸签署《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》后的第一年（2010 年)上升 5.7%。[10] 2013 年，内地法院涉港澳台文书送达、调查取证司法协助案件更是达到 10986 件，是同期人民法院办理国际司法协助案件数量的 3 倍之多。[11] 台湾方面的反馈也比较相似。据调查，在 2009 年在两岸所达成的各项成果中，两岸司法协助协议的在台湾的满意度最高，达到 78.8%。[12]

二

我国区际司法协助在官方（半官方）双边协商取得可喜成果的同时，也显现出了不少弊病和盲点，以下仅列举数端：

（一）现有官方区际司法协助安排适用范围偏窄且不发展不平衡。

民商事司法协助的范围有广狭之分，狭义的司法协助仅指民商事案件中协助送达文书和调查取证，广义的还包括外法域判决或仲裁裁决的承认和执行，甚至

---

〔6〕 1985 年 10 月，为解决大量涉港民商事案件中的送达难问题，广东省高级人民法院与香港最高法院经过双边协商达成了“关于相互协助送达民、商事诉讼文书的初步协议”，规定“双方互相委托送达民、商事案件的诉讼文书”，次年初最高人民法院发文对此表示认可。参见最高人民法院研究室:《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集（1949.10-1993.6)》，人民法院出版社 1994 年版，第 1900-1901 页。

〔7〕 1992 年，台湾地区立法机构制定“台湾地区与大陆地区人民关系条例”（简称“两岸人民关系条例”）；1998 年，最高人民法院发布了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定等》)。由此揭开了两岸司法协助的单边立法进程。

〔8〕在 1999 年达成《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》之前，内地和香港法院都有案例认为不宜再行根据《纽约公约》承认和执行内地仲裁机构作出的裁决。参见李健:“内地与香港关于相互执行仲裁裁决的安排评析”，载沈四宝主编《中国投资法律指南》（第一辑），法律出版社 1999 年版，第 43 页。

〔9〕例如，陈水扁上台后两岸政治关系恶化，司法协助也陷于停滞状态。大陆地区最高人民法院于 2002 年 10 月 24 日发布法办[2002]302 号文件,其内容为“关于人民法院对台湾海基会委托送达台湾地区有关法院诉讼文书暂不予接受的通知”。参见章瑛：“论海峡两岸民事司法协助——基于司法文书送达之视角”，载《兰州学刊》2013 年第期，第 218 页。

〔10〕胡云腾:“‘数说’涉港澳台案件”，载《人民法院报》2013 年 3 月 15 日第 005 版。

〔11〕张先明:“涉港澳台工作：司法协助突破万件大关”，载《人民法院报》2014 年 1 月 13 日第 001 版。

〔12〕陈文琪:“两岸司法互助协议之沿革与实践”，载《月旦法学杂志》2011 第 8 期，第 155 页。

还包括法律查明、司法外文书送达、诉讼费用的免除和担保等。[13] 在目前我国区际司法协助诸安排的框架设计而言，判决和仲裁裁决的承认和执行被作为与送达取证等其他司法协助行为同等重要的地位，无疑是采用了司法协助的广义说。但是在双边协商过程中，由于各种因素的限制，落实到纸面上的却仍嫌较窄，如内地和香港之间迄今仍未就取证协助取得任何进展，跨境民事判决的承认和执行的对象仅限于“具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有执行力的终审判决”，而将包括离婚判决大量其他的民事判决排除在外，不仅没有缓解区际平等诉讼等现象，反而在一定程度上起到了逆向选择的反作用。[14]《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》则仅仅是一个粗陋的框架协议，尚需要制度完善补充。内地与澳门之间的相关安排虽然相对全面，但也未达到较理想的程度。[15] 此外，两岸四地之间的司法协助协商进程较不平衡，已有的成果主要存在于内地与港澳台之间，这固然体现了内地法域的主体性和中心性，但其他三个法域之间在司法协助问题上的滞后也在事实上造成了一种“跛脚效应”，与两岸四地之间区域经济一体化的发展趋势不相符合。例如，香港和澳门两个特别行政区共同实行资本主义制度，地理上毗邻，经济、人员往来密切，均已同内地签订了系列司法协助安排，也有请求对方进行司法协助的实际需要，本可以更容易就区际司法协助问题进行协商，但事实却是两地虽然在回归之初订立有一些刑事和经贸方面的协议，但在区际司法协助问题上却直到 2013 年才在仲裁裁决的承认和执行方面率先破题。[16]

（二）官方协商进展缓慢，后续协调和跟进不足。

两岸四地虽然同属一国，但分属不同法系，法律差异较大，从“双边协商”到“分别进行”的进程往往较为缓慢。内地以最高人民法院颁布司法解释方式要求各地方法院执行；澳门以行政长官命令方式在《澳门特别行政区公报》上公布“与全国其它地区的司法机关签订的司法互助协议”；[17] 香港通过启动立法程序制定或修改相关域内规则去执行安排的内容；台湾方面则视协议内容是否涉及“法律之修正或应为法律定之”的事项，如果涉及则需送交立法机构审议，如不涉及则视为行政命令，仅需送交立法机构备案。[18] 内地与澳门对区际司法协助安排的施行程序安排较为简单，但香港和台湾的施行程序则相对复杂，有时甚至旷日持久。例如，香港特别行政区政府早在 2002 年 3 月 25 日就内地与香港相互执行商事判决的问题发布了一份“建议安排”向香港各界征询意见，但该安排直到 2006 年才由两地通过艰苦谈判达成，而香港立法会直到 2008 年才完成执行该安排的主要法律——《内地判决（交互强制执行）条例》的立法工作。[19] 而后续协调和跟进不足则更是严重制约了对诸司法协助安排实施效果的评估改进，甚至引发了有关双边协商必要性的争议。[20]

---

〔13〕徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版，第 20-23 页。

〔14〕张宪初：“数点雨声风约住——香港回归以来与内地民商事司法协助进展回顾与检讨”，载《人大法律评论》2011 年卷第二辑，第 3-41 页。

〔15〕谭兵：“浅谈澳门回归后内地与澳门的区际司法协助问题”，http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=24262，最后访问日期为 2014 年 9 月 25 日。

〔16〕张淑钿：《香港特区与澳门特区民事司法协助模式的突破与缺憾——兼评〈关于香港特区与澳门特区相互认可和执行仲裁裁决的安排〉》，载《暨南学报》2013 年第 12 期，第 66-73 页。

〔17〕参见《澳门特别行政区第 3/1999 号法律：法规的公布与格式》第五条第（三）项及第六条第（一）项。

〔18〕苏永钦：《ECFA 该怎么审？》，《中国时报》2010 年 7 月 1 日。

〔19〕香港特别行政区立法会：“内地判决（交互强制执行）条例（2008 年第 195 号法律公告）”，http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/01C3BAA2176EEE41482575EF00207B12/$FILE/CAP_597_c_b5.pdf，最后访问日期 2014 年 9 月 25 日。

〔20〕2004 年后香港特别行政区律政司屡次向最高人民法院查询内地执行香港仲裁裁决的资料，但由于欠缺

（三）官方途径周期较长，效率较低。

虽然现有的司法协助安排对协助期限也有一定要求，但总体上对各法域提供相关协助的具体程序、完成期限和反馈渠道等规定不明，而将这一问题留待“各自执行”中去“各自掌握”，但实际实施状况却往往差强人意。以送达为例。内地与港澳的送达安排均要求通过法院途径委托送达时需要经由指定法院转递，“从而使得司法文书送达问题长时间处于一种不确定的状态，影响了审理案件的效率”。[21]有法院也坦承在实践中较少采取区际司法协助安排中的委托送达方式。[22]而送达的成功率也不容乐观。据统计，1999-2003 年底，内地法院共委托香港高等法院送达司法文书 2500 余件，成功率为 45%；香港高等法院委托内地法院送达司法文书 300 余件，成功率也仅为 51%。[23] 为了扭转这一局面，内地不得不在 2009 年发布了《最高人民法院关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》，试图通过此类“补丁程序”解决区际民事案件的送达难问题，但也因此引发了学者对于另起炉灶架空双边协商的担忧。[24]

（四）官方层面的互信仍有待加强。

虽然两岸四地共处于一个中国之中且对加强区际司法协助的必要性具有共识，但由于社会制度和法律文化等方面的差异，各方对区际司法协助具体步骤和方式有一定分歧比较正常。但这种分歧在一定程度上确实影响到了我国区际司法协助的效能，区际司法协助设置的条件和门槛甚至比国际条约中的还要高。如在民事判决的承认和执行问题上，内地法院判决的终局性和公正性问题至今仍然不时困扰着香港法院。[25]而根据台湾“两岸人民关系条例”第 74 条规定，经台湾地区法院裁定认可的大陆地区民事确定裁判，以给付为内容者，“得为执行名义”。内地判决在台湾须经裁定认可方具执行力，但外国法院或港澳特区作成的民事判决采行“自动承认制”，则上不待台湾法院承认裁决，只要符合承认要件，就自动发生承认的效力。而台湾“最高法院”2007 年就上诉人台湾长荣公司和被上诉人浙纺公司一案作出的终审判决认为，该“执行名义”不能与终局性同日而语，为两岸司法协助议题投下了颗“震撼弹”，被两地学者批评为错误和倒退。[26]

三

在目前我国区际司法协助双边协商安排已初具规模的情况下，有必要对其实效进行检讨评估，以期能够为下一阶段的制度更新和完善奠定基础。而前述的官方（半官方）双边协商模式的各种短板和盲点在短期内仍难以取得质的突破，与

相关的统计记录，最高人民法院直至 2010 年才在调研后最终进行答复，令香港方面颇有微词，有立法会议员甚至质询“我们如何可以对真正相互执行判决存有信心”。参见 2005 年 1 月 26 香港立法会会议过程正式纪录，第 2224-2229 页，http://www.legco.gov.hk/yr04-05/chinese/counmtg/hansard/cm0126ti-translate-c.pdf，最后访问日期为 2014 年 9 月 25 日；立法会 CB(2)83/10-11 号文件 2010 年 10 月 22 日内务委员会会议文件《仲裁条例草案》委员会报告，第 20-21 页。

[21] 刘岚、雪峰:“规范涉港澳送达保障当事人权益——最高人民法院民四庭负责人答记者问”，载《人民法院报》2009 年 3 月 16 日第 001 版。

[22] 陈斯、熊毅军:“关于东莞市两级法院涉外、涉港澳台民商事审判的调查报告”，载《民事程序法研究》2004 年第一辑，第 360-361 页。

[23] 冯霞:“我国内地区际司法民商事送达制度的司法探索”，载《人民司法》2006 年第 8 期，第 79-83 页。

[24] 张宪初:“数点雨声风约住——香港回归以来与内地民商事司法协助进展回顾与检讨”，载《人大法律评论》2011 年卷第二辑，第 3-41 页。

[25] 徐鹏:“内地司法判决终局性:难以逾越的障碍——以香港法院 Chiyu Banking Corp Ltd. v. Chan Tin K wun 案为中心”，载《环球法律评论》2006 年第 2 期，第 250-256 页。

[26] 黄国昌: “一个美丽的错误: 裁定认可之中国大陆判决与仲裁裁决（仲裁判断）——评台湾地区最高法院 2007 年度台上字第 2531 号判决”，载《月旦法学》，2009 年第 4 期，第 190 页；乔慧娟:“论台湾地区承认和执行大陆民商事判决中的既判力问题”，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2010 年第 4 期，第 21-26 页。

区际民商事交往蓬勃发展的态势和区际市民社会的内在要求并不相称，在此背景下对模式本身的反思和创新就显得尤为必要。

反思和创新的策略无外乎来自两个路径：一是在官方层面继续进行协商，不断完善区际司法协助安排的规则结构，通过制定“补丁程序”填补制度缺漏。但这一路径面临着官方政治和法律资源的相对有限性与不断增长的区际民商事交往需求之间的矛盾关系，当下我国区际司法协助中诸多问题正是由这一矛盾关系所致。二是在官方层面之外寻找新的制度“增长点”，在区际司法协助的实践中去发现规则。正如两个世纪之前历史法学派巨擘萨维尼所言，“法律不是那种立法者以专断刻意的方式制定的东西，而是那些内在的默默起作用的力量的产物，它深深植根于一个民族的历史之中，真正的源泉乃是普遍的信念、习惯和‘民族的共同意识’。”〔27〕哈耶克则从规则的发生学原理出发，认为“法律先于立法”，“大部分的法律规则都不是人为制定的”，法律是被发现而不是被制定的。〔28〕近年来内地法学界所热烈探讨的“民间法”概念也大抵由此而来，试图藉此突破单一“国家法”范式对法学研究视野的束缚。〔29〕

而我国的区际司法协助的发展演进即是对法律与立法、国家法与民间法界分的一个绝好例释。内地与港澳台同宗同源，即便是在政治隔绝时期，两岸四地间的民商事交往也并未完全停摆，区际市民社会一直处于缓慢但持续的发育成熟之中。即使在“前双边协商时代”，跨域民商事案件也并未因为区际司法协助安排的缺席而成为完全无法审理的禁区。事实上，各法域的司法者、律师等法律人及民商事交流的实际参与者在实践中发展出了一套自成体系的替代性制度安排去解决区际送达、取证和法律查明等区际司法协助的难题：

（一）区际送达

在港澳回归以前，它们与内地之间法律文书的送达除了依照国际条约等官方途径以外，有不少是通过当事人及其亲友、律师或民间团体等非官方主体完成送达的。〔30〕内地与台湾之间的送达也存在类似的情况。在 1984 年作出的《关于如何给在台湾的当事人送达法律文书问题的批复》中，最高人民法院就认可了由原告直接向台湾当事人送达或转告法律文书的做法。〔31〕此外，在实践中还有内地法院通过被告公司员工、海协会、海基会及两岸公证员协会等机构转递的。〔32〕

在港澳回归乃至送达安排签订之后，此类民间途径送达方式仍被内地法院地实践中继续采用，用以克服官方途径程序冗沓所致区际民商事案件的送达难问题。〔33〕2008 年深圳市中级人民法院针对深圳市两级法院在送达实践中出现的问题，发布了《深圳市中级人民法院关于涉外民事诉讼文书送达的若干意见》，对通过民间途径向港澳地区当事人送达予以明确认可。该意见第五十六条第一款规定，“向住所地在香港、澳门地区的受送达人送达诉讼文书，可由当事人委托中国法律服务（香港）有限公司或者中国法律服务（澳门）公司送达，中国法律服务（香

〔27〕转引自〔美〕E·博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 88 页。

〔28〕哈耶克：《法律、立法与自由》（第一卷），邓正来译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 121-126 页。

〔29〕笔者在中国期刊网以“国家法与民间法”为关键词进行主题检索，1998 年到 2014 年间内地相关的期刊论文及学位论文共有 318 篇，其中 2007 年达到峰值的 45 篇。学界对该主题的关注至今仍维持了一定的热度，2012 年有 33 篇，2013 年有 19 篇。

〔30〕何其生：《域外送达制度研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 259 页。

〔31〕参见《最高人民法院关于如何给在台湾的当事人送达法律文书的批复》（84 民他字第 10 号）。

〔32〕肖建华：《中国区际民事司法协助研究》，中国人民公安大学出版社，第 138-439 页。

〔33〕陈斯、熊毅军：“关于东莞市两级法院涉外、涉港澳台民商事审判的调查报告”，载《民事程序法研究》2004 年第一辑，第 361 页。

港）有限公司或者中国法律服务（澳门）公司提供的送达证明，经审查认为能够证明相关送达行为的，可予认可。”〔34〕上海浦东新区法院更进一步，将“适当认可当事人送达”作为司法实践的经验总结加推广，即“突破送达仅是法院职责的传统观点，有条件地认可当事人送达的效力，即对于当事人之间传送司法文书、能够证明送达成功的，认定为送达有效。”〔35〕民间途径送达也因其迅捷性而受到了当事人青睐。在一起涉港执行案件中，内地当事人主动提请山东省高级人民法院通过中国法律服务（香港）有限公司向香港当事人送达相关法律文书，结果在一周内即完成送达，为顺利完成执行赢得了宝贵时间。

（二）区际取证

取证制度与各法域的诉讼模式架构密切相关。辩论主义诉讼模式通常认为取证系当事人的责任，举证不能则要承担败诉责任；职权主义模式则强调法院主动取证的职责。在这一问题上，内地曾与香港、澳门和台湾有较大差异，但随着内地审判模式改革的推进，这种差异正逐步缩小，但诉讼模式的影响依然不可忽视，它导致了两岸四地在取证协助领域存在着梯级落差：内地与澳门之间就取证协助业已签订安排，互相可以委托对方法院调取证据；内地与台湾之间也通过司法协助协议确立起了委托取证的框架；但内地和香港之间却迄今在委托取证的双边协商方面取得任何成果，官方对此的解释是“基于两地证据法的差异，我们希望先从其他司法互助取得经验，然后再进行商讨安排”。〔36〕这让人不禁疑虑在没有取证协助依据的情况下，法院在实践中是如何处理涉及对方法域的证据问题的。

尽管香港《证据条例》和《高等法院规则》规定香港高等法院可以接受外地法院取证协助的请求，但实践中鲜有内地法院据此提出请求，〔37〕而大多根据以下途径获取在香港的证据：（1）当事人自行取证，包括要求香港当事人亲自到庭举证质证，或在其举证后由有关部门进行鉴定并由法院认定。如果有关当事人不愿返回内地作证，内地法院甚至还需要通过其在内地的亲友劝说其回来作证。〔38〕（2）由诉讼代理人取证。由律师代理取证主要有两种方式：一是委托与内地涉外律师事务所有业务关系的香港律师代为调查取证；二是由当事人为其律师购买旅游票以私人的身份到香港取证。（3）当事人委托内地驻香港机构或香港本地群众团体甚至私人侦探社等代为取证。〔39〕（4）司法人员以私人身份赴港取证。内地法院在审理涉港案件时对其中特别重大或情况紧急的案件往往委派法院工作人员以经商、旅游、探亲等名义赴港取证。（5）通过内地委托的公证人办理公证事宜。

香港现行法律对于如何在内地取证无特别规定，实践中香港法院对于需要内地调查取证的案件，往往通过当事人及其律师进行，或者由当事人及其律师亲自来内地，或者委托内地律师代为取证。〔40〕

---

〔34〕深圳市中级人民法院：《深圳市中级人民法院关于民事诉讼文书送达的若干意见》，http://www.szcourt.gov.cn/ArticleInfo.aspx?id=6705，最后访问日期为 2014 年 9 月 25 日。

〔35〕上海市浦东新区人民法院：《我院探索四项措施破解涉港澳台案件送达难题》，http://www.pdfy.gov.cn/pditw/web2011/xxnr_view.jsp?pa=aaWQ9NDY5MjkmeGg9MQPdcssPdcssz#，最后访问日期为为 2014 年 9 月 25 日。

〔36〕梁爱诗：《香港特区与内地、澳门、台湾的司法互助状况和发展》，2005 年 9 月 4 日在“中国区际法律问题研讨会”上的发言稿。

〔37〕李继：《中国区际民商事司法协助法律问题研究》，中国政法大学 2006 年博士论文，第 128 页。

〔38〕蓝天主编：《一国两制法律问题研究》（总卷），法律出版社 1997 年版，第 188 页。

〔39〕江保国：“实践理性与制度创设:论内地与香港民商事取证中的当事人主义”，载《西部法学评论》 2011 年第 4 期，第 83-87 页。

〔40〕温嘉明、梁凯恩、蔡佩瑶：“以香港为视角讨论两岸四地间司法协助制度”，载《中国法律发展评论》2013 年第 5 期，第 39-44 页。

内地与台湾在民商事案件取证方面的协助同样非常侧重民间途径。台湾1992年的“两岸人民关系条例”第八条规定，“应于大陆地区送达司法文书或为必要之调查者，司法机关得嘱托或委托第四条之机构或民间团体为之”。这一规定最终也为2009年的《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》所借鉴发展。1993年“汪辜会谈”达成的《两岸公证书使用查证协议》，规定两岸在公证书副本的寄送、查证方面通过公证员协会、海协会和海基会等团体进行协助。

（三）外域法的查明

外域法的查明是准确适用外域法前提。无论是将外域法定性为“法律”、“事实”还是“特殊事实”，内地和香港、澳门、台湾在实践中均采用包括当事人自主查明和法官依职权查明在内的多种途径去查明外域法。内地和台湾的法律俱用中文，港、澳回归后其制定法几乎都有中文译本，这为两岸四地法院查明外域法创造了良好的外在条件。但实践中，法院却往往由于案件量大、外域法的查明方法及查明责任不明确等原因轻易作出“外域法无法查明”的结论，转而适用本地法。〔41〕

法律资料查明是国际司法协助的内容之一，在我国与其他国家签订国际民商事司法协助协定中，大部分都包含有互相应对方请求提供本国法律资料的条款。例如，1987年《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》第二十七和二十八条规定，缔约一方应当根据请求向另一方提供本国的法律、法规、习惯法和司法实践的相关资料，并对提供的程序和方式作了规定。但类似条款在我国目前的区际司法协助安排中地十分罕见，只有《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》提及“最高人民法院和澳门特别行政区终审法院应当相互提供相关法律资料”，但对具体程序和方式却一直未见下文。〔42〕

官方协助方式的缺位迫使各法域的法院求诸民间路径查明外域法，如最高人民法院2005印发的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》将查明外国（域）法的责任主要由当事人承担，并不厌其烦地建议“当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例，亦可同时提供相关的法律著述、法律介绍资料、专家意见书等。”香港法中相当一部分规则包含在用英文写就的判例，对外域法院的查明提出了一定的挑战，实践中内地珠海市中级人民法院要求当事人提交法律意见书并对其发表意见，最后根据法律意见书的内容作出判决，〔43〕但也有法院对当事人提交的法律意见书不予认可。〔44〕深圳市试水通过建立非营利性民办非企业机构来建立香港法律查明机制，试图以民间资源补充官方路径之不足。〔45〕而香港法院在查明外域法时非常倚重当事人提交的专家证据。〔46〕台湾地区法院在实践

〔41〕马擎宇:“从司法审判实践角度完善我国的外国法查明制度”，载《南阳师范学院学报（社会科学版）》，2011年第7期7月，第8—13页。

〔42〕实践中，珠海市中级人民法院采用过“发出函件向澳门地区法院或者法律机构进行咨询”的方式查明澳门法。参见任慧娟、张丹：“珠海涉澳商事审判：难点变亮点”，载《人民法院报》2010年12月20日第7版。

〔43〕贺晓翎、牟宏微:“关于珠海中院审理涉港商事案件的调研报告”，载《人民司法》2009年第15期，第66-70页。

〔44〕参见（2003）沪海法商初字第207号判决书（上海海事法院审理的美亚保险公司上海分公司诉香港东航船务有限公司、民生轮船有限公司上海分公司海上货物运输合同货损货差求偿纠纷案）。

〔45〕尽管这一平台出具香港法证据的方式、程序及证明力仍有待明确，但对我国破解区际法律查明难题倒是一个有益的尝试。参见马培贵：“前海首设境外法律查明平台 香港人在内地打官司将方便快捷 ”，载《深圳特区报》2014年05月28日第C03版。

〔46〕See James Spigelman, *Proof of Foreign Law by Reference to the Foreign Cou*rt, Law Quarterly Review, Vol. 127, p. 208, 2011.

中也经常使用民间渠道，通过嘱托“海基会”查明内地法律，其“最高法院”的相关判决也表明，此时海基会可能转请海协会查明。[47]

四

综上，除了判决的承认和执行因直接涉及司法权的行使而没有民间途径的作用空间外，我国区际民商事司法协助无论是在历史上还是在现实中都存在着或显性或隐性的民间因素。而在当双边协商模式遭遇瓶颈而在一定程度上陷入困顿之时，各法域的行动者们又不约而同地诉诸民间途径寻求新的制度生长点。可以说，民间途径作为在立法空白和缝隙里生长出的规则，体现了两岸四地人民的实践智慧，对官方的双边协商具有补充、替代和助推作用，是新时期制度创新和模式升级（3.0 版）的重要资源：

首先，当官方协议或立法缺位时，民间参与几乎是开展区际民商事司法协助唯一可行的通道，用以解决正式制度供给不足司法实践造成的障碍，起到了补充官方路径空白的功效。这一状况在“前协商”（1.0 版）时代尤为普遍，为区际民商事交往的运转提供了宝贵的润滑剂。只要是在不逾越各法域立法所设置的禁止性规定的前提下，对于民间路径的补充作用应予充分肯定。

其次，当官方途径运行不畅时，民间途径又往往在事实上成为区际民商事司法协助可选的替代性机制，如前述的有关区际送达的实践。笔者认为，对此应根据具体情况审慎分析对待，不宜一概地肯定，因为在官方正式制度业已存在的情况下，因为其适用上的不便而轻易弃之不用，必然损及规则的权威性，也会损及对双边协商至关重要的互信。当官方途径运行不畅时，优先选项应当是及时对其不足之处进行完善更新，而这又一赖于对两地四地的双边协商机制进行完善更新，以便其能及时回应实践中出现的问题。

再次，在另一方面，区际民商事司法协助中民间路径的存在一定程度上构成了对官方路径的“制度竞争”，助推着官方路径的完善更新。我国各法域间的双边协商应容忍甚至积极吸纳司法实践中行之效的民间协助行为，构筑官民互补的区际民商事事司法协助模式 3.0 版。

[47] 于飞：《台湾地区域外法查明之实践》，载《南京大学法律评论》2013 年春季卷，第 312-324 页。

《联合国反腐败公约》下资产追回的民事诉讼主体研究

蒋圣力*

摘要：根据《联合国反腐败公约》第53条第1、2款的规定，缔约国得以通过向另一缔约国国内法院提起民事确权之诉或者民事侵权之诉，以直接追回在后者境内的、而应当为其所有的或者应当由其享有其他权利的腐败犯罪所得资产。国家作为上述民事诉讼的主体，在理论上具有应然性、合理性、可行性；并且，其无论是作为被诉诸民事诉讼的腐败案件的直接利害关系人，还是作为因腐败犯罪行为而遭受利益损失的其国民的代表，亦均具有民事诉讼主体资格。由此，作为《公约》缔约国，我国一方面应当对现行《民事诉讼法》所规定的当事人的范围进行修改，使之扩大及于国家，以履行所负的国际条约义务，另一方面则可以以检察机关作为我国国家的代表，在外国国内法院提起旨在追回腐败犯罪所得资产的民事诉讼。

关键词：《联合国反腐败公约》；资产追回；民事诉讼主体；国家；检察机关

作为当前国际社会内容最为完备的有关预防和打击腐败的专门性国际条约，《联合国反腐败公约》（以下简称“《公约》”）充分借鉴和吸收了此前既有的各类与反腐败相关的国际法律文件中的合理性规定，并且在博采众长的基础上做出了显著的创新，进而成为了为全世界绝大多数国家的反腐败及其国际合作提供规范和指导的重要国际法依据。[48]而该《公约》的主要创新之一即在于设立了针对腐败犯罪所得资产的直接追回法律机制和间接追回法律机制，并且在直接追回法律机制中将民事诉讼作为了实现资产追回的一项重要途径。具言之，根据《公约》第五章“资产的追回”中的第53条“直接追回财产的措施”第1、2款的规定，[49]作为腐败犯罪所得资产的权利归属国的缔约国既可以提起民事确权之诉，[50]通过提交证明

---

* 蒋圣力（1989-），男，上海人，华东政法大学国际法专业2014级博士研究生，香港大学法学院访问学者。

[48] 根据联合国官方网站公布的信息，截至目前，《联合国反腐败公约》已有缔约国175个。信息来源：https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&lang=en （访问日期：2015年4月20日）。

[49] 《公约》第53条规定：“各缔约国应当根据本国法律：（一）采取必要的措施，允许另一缔约国在本国法院提起民事诉讼，以确立对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产的产权或者所有权；（二）采取必要的措施，允许本国法院命令实施了根据本公约确立的犯罪的人向受到这种犯罪损害的另一缔约国支付补偿或者损害赔偿；（三）采取必要的措施，允许本国法院或者主管机关在必须就没收作出决定时，承认另一缔约国对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产所主张的合法所有权。”此处，需要注意的是，由于《公约》第53条第3款所规定的是作为腐败犯罪所得资产的权利归属国的缔约国得以通过参加另一缔约国国内法院的没收程序的方式直接追回资产，因此，其虽然是一项民事法律措施，但却并非是通过民事诉讼的途径，故并不在本文研究对象的范围内。

[50] 尽管根据《公约》上述条文的文本含义，《公约》第53条第1款仅赋予了一缔约国在另一缔约国国内法院提起请求确认其对腐败犯罪所得资产的产权或者所有权的民事确权之诉的权利，而并未明文地规定该缔约国还同时享有提起请求将上述资产判还其所有的民事给付之诉的权利，但是，通常情况下，倘若其民事确权之诉的诉求能够得到支持，那么其便当然地得以据此进而请求返还由其享有产权或者所有权的腐败犯罪所得资产，以实现资产的直接追回。

其享有合法权利的证据，请求另一缔约国国内法院确认其对上述资产的产权或者所有权，亦可以提起民事侵权之诉，[51]通过提交证明其合法权利受到腐败犯罪行为侵害的证据，请求另一缔约国国内法院作出命令行为人进行补偿或者损害赔偿的判决。由此，《公约》通过赋予缔约国为直接追回腐败犯罪所得资产而得以径行向另一缔约国国内法院提起民事诉讼的权利，在相当程度上弥补了通过刑事法律措施、诸如刑事没收手段追回资产所存在的举证责任要求过高、司法审批程序繁复等固有不足，从而在国际法层面上为追回腐败犯罪所得资产的国际合作的顺利开展奠定了积极的法律基础。

一、国家作为民事诉讼主体的国际法应然性基础

根据前述《联合国反腐败公约》第 53 条第 1、2 款的规定，各缔约国应当根据本国法律，采取必要措施，允许另一缔约国在本国法院提起民事确权之诉或者民事侵权之诉。由此，基于上述《公约》条文的文本含义即可以推知，得以作为在《公约》的缔约国国内法院为直接追回腐败犯罪所得资产而提起民事诉讼的主体的，应当是同样作为《公约》缔约国的国家（State Party）；亦即是说，暂且不论实践中客观存在的，因为其他多边国际条约、两个国家之间的双边条约或者某一国家的国内法的规定，而由一国自然人、法人或者其他社会组织在外国国内法院诉请返还腐败犯罪所得资产或者其他赃款赃物的情形，但凡在《公约》第 53 条第 1、2 款的规定应予适用的情况下，便有且仅有作为《公约》缔约国的国家方才能够成为符合《公约》规定的、得以在其他缔约国国内法院提起旨在直接追回资产的民事诉讼的主体。是故，《公约》规定的资产追回的民事诉讼主体即应当是国家，并且亦仅限于国家。而事实上，由国家作为民事诉讼主体在外国法院进行诉讼，在国际法上确实有据可循：

一方面，由联合国大会于 2004 年 12 月 2 日通过的《国家及其财产管辖豁免公约》在以其第 5 条的规定确立了一国国家及其财产在另一国法院享有包括诉讼豁免、财产保全豁免和执行豁免在内的管辖豁免的一般原则的同时，又以其第 7 至第 9 条就一国国家在另一国法院对诉讼豁免的援引作出了排除性的例外规定。其中，其第 8.1.(a)条规定，在一国本身提起诉讼的情况下，该国便不得在另一国法院的诉讼中援引管辖豁免；故而，这实则亦即意味着，该条规定已然默示地表明，一国本身是得以主动地向另一国法院提起诉讼的。此处，尽管《国家及其财产管辖豁免公约》至今尚未生效，[52]但由于其终究是对世界各国在国家及其财产豁

[51] 依照诉的分类，此处所谓的“民事侵权之诉”实则即是指相对于民事确权之诉的民事给付之诉；而为行文更加简明达意，后文中将仍然沿用“民事侵权之诉”的称谓。

[52] 根据《国家及其财产管辖公约》第 30 条第 1 款的规定，其应当在第三十份批准书、接受书、核准书或者加入书交存联合国秘书长之日后第三十天生效；而截至 2015 年 3 月 12 日捷克共和国批准之后，其亦仅有 17 个缔约国，故尚未达到生效条件。信息来源：https://treaties.un.org/doc/Treaties/2008/01/08/III-13.en.pdf（访问日期：2015 年 4 月 20 日）。

免方面的国家实践所作的总结，又经由联合国大会通过，因此，其中的相关规定实则亦可以被视为是为国际社会所普遍认可和遵行的国际法规则，并且由此使得根据上述其第 8.1.(a)条的规定，至少可以肯定的是，一国国家确实享有在外国法院主动提起诉讼的权利；与此同时，在这一情形下，该外国法院亦相对应地得以对该国或者由该国起诉的案件予以诉讼管辖。

另一方面，根据第九版《奥本海国际法》所述，因为既存国家对新国家或者新政府的承认而产生的最为显著的法律效果之一，即是被承认的新国家或者新政府因此取得其此前并不享有的、在该承认国国内法院进行诉讼的权利。[53]并且，上述学者观点亦得到了相关的国家实践的支持。在“光华寮案”中，日本京都地方法院在 1967 年受理了由台湾当局以“中华民国”名义提起的诉讼后，在 1972 年 9 月 29 日中、日两国发表联合声明，实现邦交正常化，并且日本承认中华人民共和国政府是代表中国的唯一合法政府的情况下，于 1977 年 9 月 16 日曾作出判决，驳回台湾当局的诉讼请求；而尽管此后该案又一度出现反复，即大阪高等法院错误地受理了台湾当局仍然以“中华民国”名义提出的上诉，并且进行重审的京都地方法院亦错将光华寮改判归台湾当局，而大阪高等法院又作出了维持该重审判决的裁定，不过，在 2007 年 3 月 27 日，日本最高法院最终判决，由于日本已在《中日联合声明》中对中华人民共和国政府作出了承认，因此，台湾当局便不再具有代表中国在日本国内法院进行诉讼的权利；上述权利应当转由中华人民共和国政府享有，而台湾当局在 1972 年 9 月 29 日后于日本国内法院进行的所有诉讼则均是违法的和无效的。有鉴于此，之于新国家或者新政府，其基于国际法上的承认所取得的法律效果之一，即是得以原始地或者继受地享有在承认国国内法院进行诉讼的权利。[54]而虽然一国对上述由国际法上的承认而产生的法律效果的取得，必须以另一国对其作出承认为前提，但是，由于国际法意义上所谓的“国家”实则均是既具备包括主权在内的国家成立的基本要素，同时又被国际社会承认为国家的政治实体，因此，对于任一国家而言，其或者代表其的政府便均应当得以在外国国内法院进行诉讼。

二、国家作为民事诉讼主体具有合理性、可行性

尽管如前所述地，《联合国反腐败公约》第 53 条第 1、2 款关于由国家作为在外国国内法院提起旨在追回腐败犯罪所得资产的民事诉讼主体的规定具有一定的国际法上的应然性基础，但是，基于前述国家及其财产在外国国内法院享有管辖豁免、即通常所谓的“国家豁免”的一般原则，国家当然地得以作为民事诉讼主体而在外国国内法院进行诉讼这一点，在我国学界至今亦尚未能够得到一致的接受。例如，有学者认为，由于我国一直以来始终坚持

[53] 参见（英）詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第一卷，第一分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 111 页。
[54] 参见王虎华主编：《国际公法学》，北京大学出版社 2015 年版，第 98 页。

绝对的国家豁免，并且使得我国国家本身在外国国内法院享有完全的司法管辖豁免，因此，上述《联合国反腐败公约》第 53 条第 1、2 款关于由一国国家为资产追回而径行向另一国国内法院提起民事确权之诉或者民事侵权之诉的规定，对于我国而言并不具有可行性。[55]然而，在笔者看来，之于包括我国在内的、无论对国家豁免采何种态度的任一国家，其作为民事诉讼主体在外国国内法院提起诉讼实则均是合理的、可行的。这是因为：

其一，一国国家主动地提起诉讼与该国所享有的国家豁免并不冲突。基于《联合国宪章》和《国际法原则宣言》所确立的国家主权平等原则，以及“平等者之间无管辖权”的法理原则，国家豁免的一般原则的设立即是为了确保作为平等者的主权国家之间相互不得行使管辖权，从而避免一国因其国家或者财产被另一国管辖而使其主权受到不平等地对待。同时，诚如有观点所指出的，根据国家豁免的一般原则，在未经外国国家同意的情况下，一国国内法院不得受理以该外国国家为被告或者以该外国国家财产为标的的案件；但是，该国法院可以受理以外国国家作为原告，或者对作为原告的外国国家提出直接反诉的案件。[56]并且，即便是前述否认我国得以以国家作为民事诉讼主体而直接追回腐败犯罪所得资产的可行性的学者亦承认，我国当前在国家及其财产豁免问题上的立场和态度可以被总结为，国家本身或者说以国家名义从事的一切活动享有豁免，除非国家自愿放弃豁免。[57]由此，国家豁免的一般原则的实质实则是保障一国国家及其财产不致被动地被置于另一国国内法院的管辖之下；而与此同时，这亦就意味着，其并未断然地否定在诸如前述《国家及其财产管辖豁免公约》第 8.1.(a)条所规定的一国国家主动地提起诉讼的情况下，另一国国内法院得以对该国国家或其财产行使管辖权。是故，一国国家主动地提起诉讼、主动地寻求或者接受外国国内法院对该国国家或其财产的管辖，与该国所享有的、旨在保障该国国家及其财产不致被动地受到外国国内法院的管辖的国家豁免并不冲突。

其二，一国国家主动地提起诉讼并不致减损该国的国家主权。由于一国国家所享有的国家豁免的权利是由该国的国家主权派生而来，[58]因此，倘若该国国家主动地提起诉讼、主动地将其本身或者其财产置于另一国国内法院的管辖之下，而放弃了本应享有的国家豁免的权利，那么则不免有减损本国国家主权之嫌。然而，对此，笔者认为，就一国国家主动地在另一国国内法院提起诉讼的行为而言，与其说是对其本应享有的国家豁免的权利的放弃，还毋宁说是对本国国家主权的自我限制。所谓国家主权的自我限制，指的是主权国家基于对本国

---

[55] 参见甄贞等著：《<联合国反腐败公约>与国内法协调机制研究》，法律出版社 2007 年版，第 165 页。
[56] 参见王虎华主编：《国际公法学》，北京大学出版社 2015 年版，第 86 页。
[57] 参见甄贞等著：《<联合国反腐败公约>与国内法协调机制研究》，法律出版社 2007 年版，第 164 页。
[58] 参见郭玉军、徐锦堂：《论国家豁免的相对性》，载《武大国际法评论》2003 年第 1 卷，第 91 页。

主权的完全的享有和处分的权利，而自愿地将其中原本不受任何限制的、属于非核心主权的部分国家主权置于一定的限制内予以行使的主权行使方式。此处，“非核心主权”是相对于“核心主权”的概念，指的是除主权国家的对内最高权和对外独立权外的其他主权权力或者主权权利；[59]而由于一国无论享有国家豁免的权利与否，另一国国内法院均不得实际地对该国国家或其财产进行处分，因此，国家豁免的权利即应当属于不致影响国家主权的完整性及其“对内最高，对外独立”的本质属性的非核心主权的范畴。是故，一国国家主动地在另一国国内法院提起诉讼，实则即是有意地对其本身就国家主权、具体为国家豁免的权利的行使予以限制；并且，这一国家主权的自我限制与国家主权的自主让渡一样，虽然在形式上表现为国家主权的部分受限或者丧失，但事实上却仍然是主权国家基于主权原则对其国家主权的行使，而至多改变了具体的行使方式而已。[60]由此，又加之因为一国国家主动地在外国国内法院提起诉讼虽然并非必然地是为其国家主权行事，但却亦终究是旨在维护本国的国家利益，而绝不致对其国家主权造成任何消极的、不利的后果，例如，根据《联合国反腐败公约》第53条第1、2款的规定，一缔约国在另一缔约国国内法院进行诉讼的目的，即是为了追回应当由该国享有权利的腐败犯罪所得资产，或者弥补该国因为腐败犯罪行为而遭受的利益损失，所以，一国国家主动地提起诉讼既非放弃该国所享有的国家主权，同时亦不会对其国家主权造成减损。

其三，因一国国家主动地提起诉讼而导致的败诉或者引起的反诉并不会实际地有损于该国利益。一般而言，与自然人、法人或者其他社会组织作为民事诉讼主体一样，当一国国家作为民事诉讼主体、主动地在外国国内法院提起诉讼时，其亦同样有可能得到该外国国内法院作出的不利于其的判决结果。不过，由于主动地提起诉讼的一国国家居于的是原告的诉讼主体地位，因此，倘若另一国国内法院最终并不支持其诉讼请求并且判决其败诉，通常亦不会再进而作出诸如命令赔偿或者判处罚金等在已经否定了其积极的利益诉求的情况下又更进一步地有损于其既有利益的判决结果；并且，即便一国国内法院确实可能基于对作为原告的另一国国家的诉讼行为造成了对被告的合法的财产权利或者其他利益的损害的认定，而在判决该国国家败诉的同时，判决由其承担损害赔偿责任或者作出其他将实际地有损于其利益的判决结果，由于前述构成一项完整的国家豁免的诉讼豁免、财产保全豁免和执行豁免之间是相互独立的，[61]而一国国家在另一国国内法院提起诉讼仅是对其诉讼豁免的自我限制，并不影响其所享有的完全的执行豁免，因此，在未经该国国家同意的情况下，另一国国内法院

[59] 参见贾英健：《当代民族国家主权的变化及其合理性研究》，载《唯实》2004年第12期。
[60] 参见刘凯：《国家主权自主有限让渡问题研究》，中国政法大学出版社2013年版，第87页。
[61] 参见龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社2005年版，第267-270页。

作出的将实际地有损于其利益的判决结果实则亦无法得到执行。是故，倘若作为原告的一国国家所提出的诉讼请求确实因为缺乏证据等原因而无法得到另一国国内法院的支持，并且可能由此造成对被告某一合法权益的损害，另一国国内法院亦至多只得判决该国国家败诉以使其利益无法得到积极的增益，而无法通过作出不利于该国国家的判决结果而实际地使其利益受到消极的减损。

至于因一国国家主动地提起诉讼而引起的反诉，由于反诉的成立须与本诉具有关联性，即反诉应当与本诉的法律关系同一、具体事实同一并且互为因果，[62]因此，具体及于一缔约国根据《联合国反腐败公约》第 53 条第 1、2 款的规定，为追回腐败犯罪所得资产而在另一缔约国国内法院提起的民事确权之诉或者民事侵权之诉：一方面，在民事确权之诉中，由于原告主张的是其对作为诉讼标的物的腐败犯罪所得资产享有所有权或者其他合法权利的法律事实，因此，被告往往只得基于对上述法律事实的否定而作出反驳，却无法进而提出独立的反诉。另一方面，在民事侵权之诉中，由于原告提出损害赔偿的诉求所依据的是被告实施了腐败犯罪行为的具体事实，并且原告与被告之间形成的是侵权之债的法律关系，因此，被告所提出的反诉亦必须是基于同一具体事实的侵权损害赔偿的诉求；而又因为作为原告的国家不可能实施腐败犯罪行为并且因此损害个人的合法利益，所以，即便被告提出上述反诉，该诉从根本上亦是无法成立的。由此，在一国国家为追回腐败犯罪所得资产而在另一国国内法院提起诉讼的情况下，由于被告尚且难以针对本诉提出能够有效成立的反诉，因而亦就更遑论因该国国家主动地提起诉讼所引起的反诉将实际地有损于该国利益了。

三、国家具有提起资产追回的民事诉讼的主体资格

基于前文的论述可知，国家作为民事诉讼主体除具有国际法上的应然性基础外，由于一国国家主动地提起诉讼与该国所享有的国家豁免并不冲突，并且亦不致减损该国的国家主权或者实际利益，因而，从一般意义上看，国家对民事诉讼主体资格的取得并不存在理论上的障碍，而是合理的、可行的。同时，亦正是因为此，应当进一步地予以明确的是，具体及于根据《联合国反腐败公约》第 53 条第 1、2 款的规定提起诉讼的情形，国家亦实际地具有提起旨在追回腐败犯罪所得资产的民事诉讼的主体资格。

（一）作为直接利害关系人取得民事诉讼主体资格

在诉讼实践中，提起民事诉讼的主体实则即是通常所谓的作为民事诉讼的一方当事人的原告；而针对何者得以作为民事诉讼的当事人这一问题，我国学界传统观点中较为经典的表述为：民事诉讼的当事人应当是指，因民事法律关系上的权利义务发生纠纷，而以自己的名

[62] 参见吴爱华：《析民事诉讼的反诉条件》，载《法律科学》1993 年第 4 期。

义进行诉讼，并接受人民法院作出的裁判拘束的直接利害关系人。[63]由此，诚如有学者所指出的，倘若一项腐败犯罪行为所侵犯的客体是包括地方财政在内的归国库所有的一国国家的财产，即上述腐败犯罪行为确实地造成了该国国家的直接的利益损失，那么该国国家便可以以与所讼争的纠纷具有直接利害关系的直接利害关系人的身份取得原告的民事诉讼主体资格，从而作为正当的民事诉讼当事人向外国国内法院提起诉讼。[64]申言之，一方面，在民事确权之诉中，由于一国国家所主张的是对于腐败犯罪所得资产的产权或者所有权，因此，其作为上述资产的权利人即当然地得以被认定为与所讼争的资产权利归属纠纷具有直接利害关系；同时，另一方面，在民事侵权之诉中，一国国家基于受害人的身份亦理应被认定为是所讼争的侵权纠纷的直接利害关系人。不过，之于在民事侵权之诉中对国家与所讼争的纠纷是否具有直接利害关系的认定，则还应当首先明确国家是否得以作为一般刑事犯罪行为或者一般民事侵权行为的受害人这一先决问题。

对此，笔者认为，尽管截至目前尚未有任何国际法律文件明文地规定国家在出现国际不法行为或者国际损害行为的情形外的受害人的法律地位，但是，不仅前述《联合国反腐败公约》第 53 条第 2 款的规定通过赋予缔约国国家在另一缔约国国内法院提起民事侵权之诉的程序性权利，实则已然间接地就国家得以作为造成民事损害结果的腐败犯罪行为的受害人予以了肯定，该《公约》第 35 条的规定还更进一步地从实体法上明确了国家上述的受害人的法律地位——该条规定：“各缔约国均应当根据本国法律的原则采取必要的措施，确保因腐败行为而受到损害的实体或者人员有权为获得赔偿而对该损害的责任者提起法律程序。”而根据《联合国反腐败公约谈判工作正式记录（准备工作文件）注释》就《公约》上述条文规定所作的解释性说明，此处所谓的“实体或者人员”即应当是指自然人、法人、其他社会组织以及国家。[65]由此，在《联合国反腐败公约》的相关规定下，国家不仅被赋予了提起民事侵权之诉的程序性权利，其作为腐败犯罪行为的受害人的实体法上的法律地位亦得到了肯定，因此，国家即应当被认定为与民事侵权之诉所讼争的侵权纠纷的直接利害关系人，并且进而取得相应的民事诉讼主体资格。

（二）作为本国国民的代表取得民事诉讼主体资格

依照前述我国学界关于民事诉讼的当事人须为诉讼所讼争的纠纷的直接利害关系人的传统理论，当腐败犯罪行为所侵犯的是一国国家的利益时，在诉讼中，由于该国国家作为腐

[63] 参见柴发邦主编：《民事诉讼法学》，法律出版社 1987 年版，第 142 页。
[64] 参见黄风：《资产追回问题比较研究》，北京师范大学出版社 2010 年版，第 25 页。
[65] 参见公约谈判工作特设委员会第一至第七次会议工作报告增编《联合国反腐败公约谈判工作正式记录（准备工作文件）注释》就《公约》（A/58/422/ADD. 1），第 37-38 段。转引自张士金：《资产追回的国际法律合作问题研究》，中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 151 页。

败犯罪所得资产的权利人或者腐败犯罪行为的受害人而与所讼争的资产权利归属纠纷或者侵权纠纷具有直接利害关系，因此便当然地得以在上述诉讼中取得原告的民事诉讼主体资格。不过，实践中，亦存在腐败犯罪行为并不直接地侵犯一国国家利益，而是侵犯该国广义上的国民、即具有该国国籍的自然人、法人或者其他社会组织利益的情形；并且，在上述情形中，倘若腐败犯罪行为因其造成的民事损害结果而被诉，那么在相应的民事诉讼中，亦是上述国家国民而非该国国家本身构成诉讼所讼争的纠纷的直接利害害关系人。由此，是否即意味着，由于因腐败犯罪行为而遭受利益损失的国民所属的国家与诉讼所讼争的纠纷不再具有直接利害关系，因此其便必然地无法取得民事诉讼主体资格，而丧失在外国国内法院为本国国民的利益提起诉讼的权利？在笔者看来，对此的回答应当是否定的。

事实上，与传统理论相对地，我国学界于此后实则亦还形成了新兴的民事诉讼当事人理论，即民事诉讼的当事人应当是指，因民事法律关系上的权利义务发生纠纷，而以自己的名义进行诉讼，旨在保护民事权利，并能引起民事诉讼程序发生、变更或者消灭的人；而由此，上述两种理论最根本的差异即在于，后者肯定了民事诉讼的当事人无须再以与诉讼所讼争的纠纷具有直接利害关系的实体法上的直接利害关系人为限，而应当是纯粹的诉讼程序上的当事人。[66]是故，根据这一对传统理论加以了修正的新兴理论，在民事诉讼中，一人无论是为本人权利还是为他人权利，只要其以自己的名义进行诉讼，并能引起民事诉讼程序的相应的变动，那么便均得以成为民事诉讼的当事人。[67]并且，在此基础上，另有学者更进一步地指出，凡是以自己的名义起诉或者应诉的人，只要符合诉讼程序的要求，那么便应当是民事诉讼的当事人，而无论其是否是民事权利或者法律关系的主体。[68]而对此，笔者亦表示认同，因为，对于一人是否是与诉讼所讼争的纠纷具有直接利害关系的实体法上的直接利害关系人，应当待诉讼程序正式开始之后，经过双方当事人的主张、举证、抗辩等一系列诉讼活动以及法庭的审理，方才能够作出准确的认定；而在诉讼程序开始之前，不应当亦无必要就一人与所讼争的纠纷是否具有直接利害关系予以查明，更不得因为不存在上述直接利害关系而否定该人得以作为民事诉讼的当事人或者说取得民事诉讼主体资格；亦即是说，在经由法庭对一人与诉讼所讼争的纠纷的实体法上的利害关系情况进行审理并且作出认定之前，该人应当具有进行诉讼的程序性权利，同时，诉讼程序亦应当正常地进行。[69]

有鉴于此，具体及于腐败犯罪行为所侵犯的是一国国民利益而非该国国家利益，并且因

---

[66] 参见柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社 1992 年版，第 148 页。
[67] 参见江伟主编：《中国民事诉讼法教程》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 116 页。
[68] 参见肖建华：《寻求独立的诉讼主体地位——当事人概念的再认识》，载《现代法学》第 22 卷第 2 期，2000 年 4 月。
[69] 参见肖建华：《正当当事人理论的现代阐释》，载《比较法研究》2000 年第 4 期。

为所造成的民事损害结果而受诉的情形，则尽管该国国家并非涉诉的民事权利或者法律关系的主体、即其与诉讼所讼争的纠纷并不具有直接利害关系，但是，其亦仍然得以为本国国民利益而以国家的名义在外国国内法院提起诉讼，尤其是在其国民主动地提出由国家作为其代表进行诉讼、即将其民事诉讼主体资格转移至国家的情况下，以原告的民事诉讼当事人身份请求外国国内法院确认其国民对腐败犯罪所得资产所享有的权利，或者支持其国民因腐败犯罪行为遭受的损失而获得赔偿的诉求；并且，不同于国际法上的外交保护制度，此处一国国民无须用尽当地救济措施便可以径行请求其所属国国家代表其在另一国国内法院进行诉讼。而上述国家虽非为其自身利益但却得以作为民事诉讼当事人进行诉讼的情形在外国法中实则亦不乏例证，例如，根据美国《联邦民事诉讼规则》中的相关规定，美国政府机构（国家）便可以为他人的利益或者权利而以自己的名义起诉，并且由此成为民事诉讼的当事人。[70]

四、我国以国家作为资产追回的民事诉讼主体的具体措施

我国于 2003 年 12 月 10 日即已签署了《联合国反腐败公约》，并且于 2005 年 10 月 27 日经全国人大常委会第十八次会议审议批准了该《公约》；而《公约》则亦已于 2005 年 12 月 14 日正式生效。[71]由此，作为《公约》缔约国，根据“条约必须遵守”的国际法原则，我国即应当恪守除在批准加入时提出保留的外的《公约》中的全部规定以履行所负有的国际条约义务；[72]而在这其中，针对应当如何实际地依照《公约》第 53 条第 1、2 款关于以缔约国国家作为直接追回腐败犯罪所得资产的民事诉讼主体的规定行事，我国所须采取的具体措施则应当包括以下两方面的内容：

一方面，修改现行《民事诉讼法》有关当事人范围的规定，将其扩大及于国家。我国现行《民事诉讼法》第五章“诉讼参加人”第一节“当事人”部分虽未就民事诉讼当事人的概念内涵予以明确，但其中第 48 条第 1 款却对当事人的范围作出了规定，即仅自然人、法人或者其他社会组织得以作为我国民事诉讼程序中的当事人，而国家则不在其列；同时，根据该法第 263 和第 264 条的规定，在我国涉外民事诉讼程序中，当事人的范围亦限于外国人、无国籍人、外国企业和组织，而同样地不包括外国国家。对此，笔者认为，由于根据《维也纳条约法公约》第 26、27 条就“条约必须遵守”的国际法原则所作的具体规定，任一国际条约的当事国均不得以本国国内法规定与条约规定存在冲突为由而不予履行条约规定的义务，因此，尽管基于《公约》第 53 条的文本含义，各缔约国对于其第 1、2 款规定的履行的

[70] 参见齐树洁、谢岚：《中美民事诉讼法当事人制度比较研究》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法研究》（第 5 卷），法律出版社 2000 年版，第 546 页。
[71] 参见陈正云：《<联合国反腐败公约>概述》，载陈光中主编：《联合国打击跨国有组织犯罪公约和反腐败公约程序问题研究》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 21 页。
[72] 我国在批准加入《公约》时对其第 66 条第 2 款的规定声明保留。

依据是其本国的国内法，但这却并不意味着，包括我国在内的《公约》任一缔约国便可以因为本国国内法并未规定国家得以作为民事诉讼当事人而不予履行《公约》中的关于允许其他缔约国在本国国内法院提起旨在追回腐败犯罪所得资产的诉讼的规定；恰恰相反地，在本国国内法规定与《公约》上述规定相左的情况下，各缔约国实则应当通过补充或者修改现有的国内法规定以使其与《公约》中的相应的规定相一致的方式，保证已经对本国生效的该《公约》在国内的适用。由此，为履行基于《公约》所负有的国际条约义务，我国即应当对现行《民事诉讼法》中所规定的当事人范围进行扩张，将国家纳入其中，以不仅使得外国国家得以依照《公约》第 53 条第 1、2 款的规定为直接追回腐败犯罪所得资产而在我国法院提起民事诉讼，同时亦为我国得以同样地在外国法院进行诉讼确立国内法基础和互惠条件。

另一方面，以检察机关、通常为最高人民检察院作为我国国家的代表，在外国国内法院进行诉讼。由于国家是抽象的概念、是特定的人的集合，因此，以国家的名义提起的诉讼终究将依赖于代表该国家的具体的人以实际地完成；而就何者得以作为我国国家的代表在外国国内法院提起资产追回的民事诉讼，在学界则主要有两种不同的观点。一种观点认为，由检察机关作为国家的代表提起诉讼是最为适宜的，并且，由检察机关起诉这一独立的诉讼方式的资产追回程序有着其他法律程序所无法比拟的优势；[73]而另一种观点认为，应当设立专门的“独立法人”在资产追回的民事诉讼程序中代表国家进行诉讼，并且，在我国当前的政府行政体制下，可以由国务院国有资产管理委员会充任上述“独立法人”。[74]对此，笔者更加倾向于前一种观点，即以检察机关代表我国国家在外国国内法院提起旨在追回腐败犯罪所得资产的民事诉讼。这是因为：

其一，根据我国《刑事诉讼法》的相关规定，仅有检察机关得以行使对腐败犯罪行为进行侦查的权力，因而，亦仅有检察机关方才能够掌握有关腐败犯罪行为的全部证据，以及更加清楚地了解腐败犯罪所得资产的所在和腐败犯罪行为所造成的民事损害结果的情况。是故，相较于其他机关或者机构，由检察机关作为国家的代表提起资产追回的民事诉讼将有利于避免重复地进行侦查、搜证所造成的时间和人力、物力的浪费，以及更加合理地、准确地提出相应的诉讼请求以争取获得外国国内法院的支持，从而使得整个诉讼活动更具经济性，同时提高胜诉的可能性。其二，尽管有观点认为，不宜以检察机关作为在外国国内法院起诉的我国国家的代表的原因在于，检察机关是我国行使法律监督职权的司法机关，而倘若由其代表国家进行诉讼，那么一旦败诉，则不仅将造成国家经济利益的损失，更将导致严重的政治后

[73] 参见李奋：“以独立的民事诉讼追缴境处赃款”，载《检察日报》2006 年 11 月 6 日，第 003 版。
[74] 参见吴高庆：《论直接追回腐败资产的国际合作机制——以<联合国反腐败公约>资产追回机制为研究视角》，载《河北法学》第 23 卷第 11 期，2005 年 11 月。

果，[75]但是，在笔者看来，诚如有学者指出的，在代表国家于外国国内法院提起资产追回的民事诉讼时，检察机关所处的法律地位实则是主张民事权利的民事诉讼当事人，而非行使国家司法主权的司法机关，[76]是故，由检察机关进行诉讼不仅不致使得国家司法主权受到挑战，即便其最终败诉亦同样地无损于国家的政治或者国际法律地位。其三，由检察机关代表国家或为社会公共利益提起民事诉讼在世界多国的法律制度中均已得到了肯定。例如，法国《民事诉讼法典》中即有规定，“在法律有专门规定的案件中，检察机关作为主要当事人提起诉讼；除上述案件外，在公法秩序受到损害时，其亦可以为维护公法秩序而提起诉讼。”此外，美国、德国、日本等亦在本国的民事诉讼立法中规定，检察机关可以在特定的案件中，以国家或者社会公共利益的代表的名义，以当事人的身份提起诉讼。[77]

五、结语

国家作为民事诉讼主体，除基于国际条约规定、权威公法学者学说以及相关国家实践而具有国际法上的应然性基础外，又因为国家主动地提起诉讼与该国所享有的国家豁免并不冲突，并且亦不致减损该国的国家主权或者实际利益，所以使得其对民事诉讼主体资格的取得亦是合理的、可行的；同时，具体及于资产追回的民事诉讼，国家无论是作为诉讼所讼争的纠纷的直接利害关系人，还是作为因腐败犯罪行为而遭受利益损失的国民的代表，亦均具有民事诉讼主体资格。由此，《联合国反腐败公约》第 53 条第 1、2 款关于由缔约国国家作为民事诉讼主体在另一缔约国国内法院提起旨在追回腐败犯罪所得资产的民事诉讼的规定并不仅是应然性的，而是具有实践性的，应当由所有缔约国一体遵行。是故，我国即应当采取相应的具体措施，一方面通过修改现行《民事诉讼法》所规定的当事人的范围，使之扩大及于国家，以履行基于《公约》所负有的国际条约义务；而另一方面则以检察机关作为我国国家的代表于外国国内法院提起资产追回的民事诉讼，从而更进一步地推动当前我国的境外追赃工作的顺利进行。

---

[75] 参见陈雷：《关于构建我国反腐败民事诉讼追赃机制若干问题的思考》，载《当代法学》第 22 卷第 6 期，2008 年 11 月。

[76] 参见黄风：《资产追回问题比较研究》，北京师范大学出版社 2010 年版，第 37 页。

[77] 参见张元：《民事诉讼机制追回腐败犯罪外逃赃款问题初探——以<联合国反腐败公约>为依据》，载《法律适用》2011 年第 9 期。

中国追缴腐败犯罪违法所得国际司法协助现状及完善建议

裴兆斌*

（大连海洋大学，大连 116023）

摘要：随着经济全球化进程的深化和科技现代化的不断发展，腐败犯罪呈现领域扩大化、手段现代化和国际化的特点。中国作为腐败犯罪所得的净流出国，自身面临着巨大的反腐败压力。同时，中国作为负责任的大国，也承担着提供反腐败国际司法协助的国际义务。基于此，中国与一些国家签订了各类司法协助条约、加入了国际上反腐败的重要公约、加入了重要的反腐败国际组织，在法律体系和制度上有了一定的突破。但是，中国在追缴腐败犯罪所得国际司法协助方面仍然存在观念落后、制度缺失等现实问题。本文在总结和分析中国追缴腐败犯罪违法所得司法协助现状的基础上，对其完善提出了相关建议。

关键词：腐败犯罪 从实际出发 国家利益

随着经济全球化进程的深化和科技现代化的不断发展，腐败犯罪越来越呈现出领域扩大化、手段现代化和国际化的特点。打击腐败犯罪，追缴腐败犯罪所得已经非一国之力能实现，世界各国对加强反腐败交流和合作已经达成了共识。中国腐败犯罪所得的净流出国，自身面临着巨大的反腐败压力，同时，中国作为负责任的大国，也承担着提供反腐败国际司法协助的国际义务，为此，“中国重视反腐败领域的国际交流与合作，主张在尊重主权、平等互利、尊重差异、注重实效的原则下，与世界各国、各地区和有关国际组织加强合作，互相借鉴，共同打击腐败行为。”[78]基于此，中国与一些国家签订了各类司法协助条约、加入了国际上反腐败的重要公约、加入了重要的反腐败国际组织，在法律体系和制度上有了一定的突破。但是，中国在追缴腐败犯罪所得国际司法协助方面仍然存在观念落后、制度缺失等现实问题，这些问题亟待解决。

---

*作者简介：裴兆斌（1968—），男（汉族），辽宁沈阳人，大连海洋大学法学院/海警学副院长。研究方向：行政法与行政诉讼法、中国刑法、国际刑法、海洋法与渔业法、司法鉴定制度、侦查学、治安学等。

基金项目：本文系辽宁省社会科学规划基金项目“海上渔事纠纷与治安案件处理若干问题实务研究”（L14BFX011）的阶段性成果。

[78] http：//www.gov.cn/zwgk/2010-12/29/content_1775173.htm

一、对中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助的总体认识与评价

（一）法律体系和机制不断完善

首先，我国积极参加了相关反腐败国际公约，缔结了相关司法协助协定：我国于 2003 年加入了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》。该公约是打击国际有组织犯罪的第一个全球性公约，其中包括有打击腐败犯罪方面的条款。我国由于 2005 年加入了《联合国反腐败公约》，该公约是第一个全球性的专门针对腐败犯罪及追缴腐败犯罪所得的国际公约，在反腐败过程中发挥着重要作用。在加入相关国际公约的同时，我国还切实加强与其他国家的反腐败国际司法协助，截至目前，我国已经与 68 个国家和地区缔结了 106 项国际司法协助条约。我国的相关反腐机构，如中央纪律委员会、监察部、最高人民检察员、最高人民法院等还与其他国家的相关机构签订了诸多合作协议。公安部与 44 个国家和地区的相关机构建立了 65 条 24 小时联络热线，同 59 个国家和地区的内政警察部门签署了 213 份合作文件。[79]

其次，为履行公约规定的义务，做好国内法与公约的衔接工作，我国还对有关的国内法进行了修订或颁布了新的法律。如我国于 2006 年颁布了《反洗钱法》，为遏制洗钱犯罪，防止腐败犯罪所得的转移和追缴提供了相应的法律依据。

再次，为推动反腐败国际交流与合作，更好地履行国际公约和双边协定的义务，我国成立了由 24 个机关和部门组成的部际协调小组，具体承担国内履约的组织协调工作；2007 年成立国家预防腐败局，开展预防腐败的国际合作和技术援助。[80]

此外，我国还积极建立与其他国家之间的合作机制，积极参加反腐败国际会议等交流和合作。我国已经与加拿大建立了司法和执法合作磋商机制，与联合国、欧盟、世界银行、亚洲开发银行、经合组织等国际组织开展了多领域的交流与合作，积极参与二十国集团、亚太经合组织等框架内的反腐败合作机制。而且，我国还参加或发起了一些国际反腐败组织，组织召开了一系列国际反腐败会议：1996 年中国和巴基斯坦等国发起成立亚洲监察专员协会。2005 年加入亚太经合组织反腐败与提高透明度工作组、亚洲开发银行/经合组织亚太地区反腐败行动计划。2006 年中国最高人民检察院发起成立国际反贪局联合会，这是世界上首个以各国、各地区反贪机构为成员的国际组织。近年来，中国还成功举办第七届国际反贪污大会、亚洲监察专员协会第七次会议、第五次亚太地区反腐败会议、国际反贪局联合会首届年

[79] http：//www.gov.cn/zwgk/2010-12/29/content_1775173.htm
[80] http：//www.gov.cn/zwgk/2010-12/29/content_1775173.htm

会、亚太经合组织反腐败研讨会等国际会议，多次参加全球反腐倡廉论坛、政府改革全球论坛、国际反贪污大会等国际性反腐败会议。[81]

（二） 法律体系尚需进一步完善、理念仍显僵化滞后

虽然中国在追缴腐败犯罪所得国际协助的法律体系和机制在不断完善，但是也应该看到，中国在国际司法协助的法律体系和观念方面仍然存在较大的缺陷，需要进一步完善。

1、缺乏统一的司法协助法律体系

在当今国际社会，很多主权国家为了国家利益的需要，对包括追缴腐败犯罪所得在内的国际刑事司法协助都制定了专门法律予以规范，为开展国际司法协助提供了详细的、统一的法律依据。但是，我国尚未制定司法协助法，导致我国在寻求和提供司法协助方面缺乏具体的规范。虽然从现实的角度考量，我国制定统一的司法协助法暂时存在一定的障碍，但是我国在提供和寻求司法协助的其他规范方面也存在相当大的问题：过于原则，缺乏可操作性，导致我国的司法协助很多都是一事一议，浪费了大量的司法资源、影响了追缴腐败犯罪所得的效率。比如，《中华人民共和国刑事诉讼法》和《引渡法》，前者只有一些原则性规定，过于笼统而缺乏可操作性，后者只规定了引渡这一种国际刑事司法协助的方式。尽管引渡是目前为止适用最频繁、最具重要性的一种司法协助方式，但是当实践中需要请求其他国家给予其他方面的司法协助，如调查取证、查封扣押赃款赃物、在押人员移交等时，就出现了无法可依的情况。有的职能部门通过制订行政法规和其他规范性文件对本部门工作中涉及的协助事项做出规定，造成法规体系混乱和法律效力低下。[82]

此外，我国加入或签订的协助公约、条约与我国现行国内刑事法律不一致。例如，联合国反腐败公约中规定的各种类型的腐败犯罪，虽然从罪名角度讲大多与我国现行刑法规定的犯罪重合，但是我国刑法在腐败犯罪的构成方面与联合国反腐败公约存在很大差异，不论述主体范围还是其他构成要件均比公约规定的范围狭窄，不利于对腐败犯罪的惩处和对腐败犯罪所得的追缴。比如，我国刑法规定的受贿罪的犯罪主体为国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和受上述单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员以及其他依照法律从事公务的人员。《公约》规定的贿赂犯罪的主体是公职人员。《公约》第 2 条规定：“公职人员包括：①无论是经任命还是经选举而在缔约

[81] http：//www.gov.cn/zwgk/2010-12/29/content_1775173.htm
[82] 顾超. 论我国国际刑事司法协助制度的构建思考：（硕士论文）. 上海：华东政法大学, 2008.

国中担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员，无论长期或者临时，计酬或者不计酬，也无论该人的资历如何；②依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况，履行公共职能，包括为公共机构或者公营企业履行公共职能或者提供公共服务的任何其他人员；③缔约国本国法律中界定为‘公职人员’的任何其他人员。”从公约和我国刑法受贿罪主体的界定可以发现，公约规定的受贿罪的主体范围要比我国刑法规定的受贿罪的主体宽泛，它不仅包括了我国刑法上的从事管理性和职权性的人员，还包括了我国刑法没有规定的在公共机构从事公共服务的人员。关于贿赂的内容，我国刑法的规定与联合国反腐败公约的规定相比也较为狭窄。我国刑法规定的贿赂罪的内容仅仅是财物，即只有给予和收受财了“财物”的才构成贿赂犯罪，联合国反腐败公约规定的贿赂罪的内容是不正当好处。不正当好处既包括物质性的利益，也包括其他利益，甚至是非物质性的利益，如提拔受贿人的亲属、为受贿人开展某种活动提供方便、提供性贿赂等。在犯罪行为方面，公约规定，凡是提议给予、许诺给予或实际给予不应有好处的，就可构成既遂的贿赂犯罪，而我国现行刑法只有在实际交付了贿赂物后才构成贿赂犯罪。[83]

这些差异在有些情况下阻碍了中国对腐败犯罪所得的追缴，不利于中国的反腐败大局。

2、理念仍显僵化和滞后

理念的僵化与滞后是一项制度不尽完善的一个重要原因。在对腐败犯罪所得开展国际司法协助予以追缴时，除了法律体系不完善之外，还存在着对主权原则的理解相对僵化的问题。这一问题的存在导致无法完全满足当今国际环境下追缴腐败犯罪所得、打击和预防腐败犯罪的现实需要。

“国家主权是国家最重要的属性，是国家最重要的权利和权力。国家独立自主地处理对内、对外事务的权力就是国家主权。由于这种权力不从属于任何外来的意志和干预，因此，国家主权在国内是最高的，在国际上是独立的。”[84]国家主权是现代国际法的基石，在任何国际社会中，只要国家仍然是国际社会的主要主体，国家主权原则就用永远是国际社会和国际合作的基本原则。国家主权原则在国际法中已经得到了明确的肯定：《联合国宪章》第 2 条规定的第一条原则就是主权原则，即：本组织系基于各会员国主权平等之原则。《联合国反腐败公约》第四条即以“保护主权”为标题，明确规定：缔约国在履行其根据本公约所承

[83] 陈雷. 《联合国反腐败公约》与中国反腐败刑事立法. 中国法律：中英文版. 2006, 4：29.
[84] 王浩, 黄亚英. 国际法. 西安：陕西人民出版社, 2001.

担的义务时，应当恪守各国主权平等和领土完整原则以及不干涉他国内政原则。

在追缴腐败犯罪所得国际司法协助过程中要坚持主权原则。如何理解主权原则却是个重大问题，不能片面地理解主权原则，要将主权权利本身的绝对性和主权权力的行使区分开来。国家主权权力是主权权力行使的前提条件，主权权力的行使是主权权力的必然。主权权力来自客观事实，主权权力的行使则来自于国家的主观意志和国际社会的承认。主权权力对内表现在宪法规定范围内的最高权力和权威，如领土主权、自卫权、独立权和管辖权，对外则表现为独立权和平等权；主权权力的行使对内应遵循合法原则和自然资源合理利用原则，对外应遵循和平原则、平等原则、互不干涉原则、自愿原则以及遵守国际法原则。主权者在行使主权权力时自愿地主权让渡、限制和委托以及国际社会对违反国际法义务的国家进行合理地干涉乃至制裁，并不构成对该国主权的侵犯。

我国在鸦片战争以来沦为西方列强的殖民地和半殖民地，主权遭受过践踏，因此独立后对国家主权和独立格外珍惜。也正因为如此，中国在国际合作中历来将国家主权原则作为合作的前提和根本要求。这一前提和要求是必须的，也是合理的。但是，在处理具体问题时绝不能僵化地理解国家主权原则，比如在追缴腐败犯罪所得国际司法协助中，中国基于主权原则，认为被转移的腐败犯罪所得系本国的财产，本国对其拥有完全的所有权，因此一贯主张完全返还犯罪所得的原则，否则就是损害了中国的国家主权。

实际上，在相互尊重国家主权原则的前提下，中国在开展追缴腐败犯罪所得的制度设计和合作模式，以及在追缴腐败犯罪所得的具体案件操作上，的确需要一定的灵活性。比如，在追缴腐败犯罪所得时，有的被请求国还要求分享没收的腐败犯罪所得。这些腐败犯罪所得从归属的角度讲无疑是请求国的财产，请求国有权要求全额返还。但现实是：在这个问题上请求国和被请求国之间是可以相互协商的，这样的协商并不违反主权原则，而恰恰是主权原则的体现。因为如前所述，主权原则和主权的行使是两个不同的概念，主权是权利的归属问题，而主权的行使是如何行使这一主权的问题。协商就表明双方之间是相互尊重对方的国家主权的，而请求国同意与被请求国分享腐败犯罪所得恰恰是请求国在行使自己的国家主权。主权，包括国家司法主权的行使当以国家利益最大化为原则，不得机

械地行使，这是建立在“主权可以交易”这一基点之上的。因为主权是相对的，在一个以国家为主体的“世界法治秩序”中，这种相对的国家主权其实只是一种权利，而权利是可以交换的。例如，完全是一国国家主权问题的货币升值与否，一国国内的产业政策甚至税收优惠等等，都是可以讨论的，可以交易的，WTO谈判就是这种交易。这不涉及爱不爱国的问题，而是国际关系中的妥协与相互尊重的体现，在法律规则内争取国家的最大利益的行为。[85]因此，在经济全球化趋势越来越明显的形势下，主权行使过程中的交易必然会越来越明显和频繁，这也就要求追缴腐败犯罪所得的具体合作中，中国应该坚持原则性和灵活性相结合的原则。

3、司法协助中的一事不再理原则未能真正确立

一事不再理原则，有时也称为一事不再罚或者称禁止双重危险原则。一事不再理原则是指在国际司法协助过程中，若被告人已经在被请求国被不起诉或者定罪量刑，请求国不得依据同一事实和理由再次对同一被告人进行起诉或者审判。对此，相关国际公约或者相当一部分国家的国内法均予以明确规定。如《欧洲刑事诉讼移管公约》第35条规定：已经受到最终刑事判决的人不得因为同一行为在另一缔约国再次受到刑事制裁。瑞士《国际刑事司法协助法》第85条规定：“请求国承诺凡在瑞士被宣判无罪或者执行刑罚者不因同一罪行再次被起诉。”一事不再理原则是一项古老的刑事诉讼原则，据考证，这一刑事诉讼原则来源于伦理原则：无论任何人，均不应该因同一行为重复遭受痛苦。当前，一事不再理原则已经成为人权保障的重要原则之一，协调和平衡了追诉犯罪与保障人权的关系，是防止公权力滥用的有效手段。

当前，一事不再理原则已经为国际社会和世界上的绝大多数国家所肯认，我国在与其他国家签订的条约和加入的国际条约中也对此予以了确认，但是我国刑法的规定却有违这一原则：“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”这样的规定说明在我国的国际司法协助中，一事不再理原则尚未真正确立，导致我国提出的追缴腐败犯罪所得国际司法协助请求可能因此遭到拒绝。

[85] http：//jus.znufe.edu.cn/research/rights/201004/19.html

（三）相关的制度缺失

正是由于前两个问题的存在，导致中国在追缴腐败犯罪所得的制度建设方面也存在较大的问题，联合国反腐败公约及国际反腐败司法实践中的一些制度在我国没有得到确立，直接阻碍了中国有效地追缴腐败犯罪所得。

1、未确立缺席审判制度

《联合国反腐败公约》确立将腐败犯罪的资产返还作为一项基本原则来规定，对打击腐败、追缴腐败犯罪所得具有重要意义。但是，资产返还是有条件的，条件之一就是基于请求缔约国的生效判决。当然被请求国可以放弃对此条件的要求，但是在国际上和实践中一般很少有国家如此操作。这一规定对我国是十分不利的，因为就我国而言，我国的刑事诉讼制度不允许缺席判决。我国最高人民法院《关于刑事诉讼法若干问题的解释》第 181 条规定："在审判过程中，自诉人或者被告人患精神病或者其他严重疾病，以及案件起诉到人民法院后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的，人民法院应当裁定中止审理。"《人民检察院刑事诉讼规则》第 246 条第 3 款规定："对于犯罪嫌疑人在逃的，应当要求公安机关在采取必要措施保证犯罪嫌疑人到案后移送审查起诉。"这些规定意味着在犯罪嫌疑人未到案的情况下不能进行审查起诉，更不能进行缺席审判，即使在其他证据已经确实充分的前提下也不能进行。这一规定成为我国请求返还腐败犯罪所得的具体障碍，因为我国在提出返回请求时无法向被请求国提供生效判决。虽然《反腐败公约》也规定了不经定罪的没收方式，但是这毕竟属于非强制性条款，属于鼓励和倡导的方式。因此，如果追缴腐败犯罪所得的被请求国尚未对不经定罪的没收方式进行承认，我国通过不经定罪的没收方式追缴腐败犯罪所得的请求就会被拒绝。所以应当说，"没有缺席审判制度，可能构成我国根据《反腐败公约》打击犯罪，追缴犯罪所得，要求返还被转移到其他国家的腐败资产的最大障碍。"[86]

2、未确立费用补偿和资产分享机制

"资产分享一直是资产追回国际法律合作中的一项重要制度，但是我国至今尚未建立可以与其他国家分享没收所得资产制度。"[87]对此，我国应该加以纠正。在腐败犯罪所得已经被转移出境外的情况下，腐败犯罪受害国如果想将其追缴回国，势必要通过腐败犯罪所得所在国的协助。腐败犯罪所得的追缴一般要经过三个阶段：一是通过侦查措施，确定腐败犯罪

[86] 杨光. 国际刑事司法协助及在我国的实践：(硕士论文). 吉林：吉林大学, 2007.
[87] 张士金. 资产追回国际法律合作中的资产分享问题研究. 人民检察. 2009, 05：35.

所得的金额、形式以及所在地点等基本信息。二是通过采取强制措施扣押或冻结腐败犯罪所得，以避免腐败犯罪所得被再次转移或者被挥霍。三是最终将腐败犯罪所得追回。追缴腐败犯罪所得未必全部经历前述三个阶段，但是无论经过哪个阶段，由于腐败犯罪所得已经被转移至境外，都需要腐败犯罪所得流经国或者最终所在国的配合和协助。而现实的情况是，除非腐败犯罪所得所在国和腐败犯罪受害国之间存在约定或者所在国存在国际公约确定的义务，一般不愿意提供此类协助。而且，即使其同意提供此类协助，由于在提供协助的过程中必然会动用其本国的司法资源，花费成本，更为重要的是，由于腐败犯罪所得的金额通常都十分巨大，动则成百上千万美元，腐败犯罪所得的所在国将其返还给腐败犯罪受害国的主动性和积极性不强。而且，出于利益和现实形势的考虑，很多被请求国均要求对请求国要求返还的资产进行相应比例的分享。这一要求已经为有关的国际条约所肯认。如 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和谨慎药物公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》等国际条约均规定了分享制度。有些国家之间的双边条约也对此进行了规定，而且这一制度在相关国家的司法协助实践中也得到了体现。实际上，虽然我国并未确立资产分享制度，但是实践中将腐败犯罪所得全额追回的案例并不多见。

在这种情况下，从现实出发，综合考虑，不能硬性或僵化地要求全部返还腐败犯罪所得，否则被请求国可能会拒绝或者拖延时间，导致追缴腐败犯罪所得的成本加大，最终还是无法全部或者根本无法追回腐败犯罪所得。虽然发展中国家对此认识也很清楚，但是因为涉及的国家利益实在巨大，因此在联合国反腐败公约制定过程中对确立资产分享机制表示强烈反对。最后为解决此问题，《联合国反腐败公约》进行了折衷式处理：一方面强调必须按照本公约返还没收的腐败犯罪所得资产，另一方面赋予缔约国可以突破前述资产返还的原则和方式，处置没收所得资产的权力，即在适当的情况下，缔约国还可以特别考虑就所没收财产的最后处分逐案订立协定或者可以共同接受的安排。当然，“这种制度必须以双方协议商谈为基础，需要逐案订立协定或者可以共同接受的安排。[88]实际上，在当今的国际环境下，在追缴腐败犯罪所得司法协助时确立资产分享制度是一项无奈但是却实际的做法。虽然我国在某些个别案件的处理上与个别国家分享过腐败犯罪所得，但是作为一项机制，资产分享尚未确立，我国一贯坚持腐败犯罪所得全额返还的原则不利于从实际出发维护国家利益。

[88] 张士金. 资产追回国际法律合作中的资产分享问题研究. 人民检察. 2009, 05：35.

3、未确立承认与执行外国刑事罚没裁决的司法审查制度

对有关刑事司法协助请求进行审查是进行国际司法协助的重要程序。一般来讲，审查包括行政审查和司法审查，二者共同构成了完整的审查机制。但是，就我国目前来讲，除引渡程序外，我国尚未对承认和执行外国刑事罚没裁决进行明确肯认。我国当前的司法协助程序是接到其他国家通过条约或协定规定的方式向我国提出的刑事司法协助请求后，我国的外交机关和司法协助的中央机关作为司法协助的联系和转递机关先进行初步审查，然后转交主管机关进一步审查、办理。最后，再通过与提出请求同样的渠道向请求国通知执行结果。这种程序只是说明我国对外刑事司法协助行为有审查程序，但是国际刑事司法协助严格意义上的行政审查与司法审查相互配合的机制并没有确立。我国法律对司法审查的主体、适用范围、审查的标准等内容均未规定，也没有形成系统的司法实践。可以说我国除引渡外，其他方面的对外刑事司法协助，在审查程序上应属空白。

二、完善中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助制度的指导原则

如前所述，中国在追缴腐败犯罪所得国际司法协助方面虽然取得了较大的进展，但是仍然还存在较大的问题，主要表现就是法律体系脱节、观念滞后和相关制度缺失，在追缴腐败犯罪所得国际协助问题上还远远未实现系统化、规划化。因此，完善中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助成为当前中国打击和预防腐败、维护国家利益亟待解决的问题。

在完善中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助过程中，首先要确立完善过程中的基本原则。这里所说的原则与开展追缴腐败犯罪所得应遵守的基本原则是两个不同的概念，追缴腐败犯罪所得国际司法协助在任何情况下均应遵守主权原则、平等互利原则和人权原则，这是毋庸置疑的，完善中国的国际司法协助也理应如此。在这方面，国内的理论界和实务界均有较为成熟的论述和建议。本文所说的完善中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助过程中要坚持的基本原则是指以下原则：

（一）从实际出发原则

任何制度和机制的确立、改革和完善都要基于一定的现实基础，都不能脱离现实。完善中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助也不能脱离中国腐败犯罪和腐败犯罪所得转移的现状。

1、中国腐败犯罪和腐败犯罪所得转移的现状

中国的腐败犯罪在上世纪80年代以来呈现多发态势，腐败犯罪设计的金额也从彼时逐步

越来越高，而且，从上世纪80年代开始，腐败犯罪所得开始逐步被转移出国境，随着经济全球化和科学技术的发展，腐败犯罪所得跨境转移变得越来越普遍。当前，中国到底有多少腐败犯罪嫌疑人外逃、被转移至境外的腐败犯罪所得究竟有多少尚未有准确的统计，但从相关的报道和报告中可见端倪。根据公安部2006年5月公布的数据显示，我国已陆续缉捕到外逃的经济犯罪嫌疑人320 人左右，直接涉案金额近700亿元人民币。而公安机关和有关部门掌握的仍在逃的外逃经济犯罪嫌疑人，有800人左右，潜在的经济损失和他们实际非法转移的资金数额，只有将这些人缉捕归案审查以后才能确定。[89]据中国社会科学院一份调研资料披露：自上世纪90年代以来，腐败犯罪外逃及失踪人员达一万六千到一万八千人，这些人员携带的腐败犯罪所得达到人民币八千亿元。[90]最近几年以来，腐败分子携款外逃的报道屡见不鲜：中国银行开平支行原行长余振东在两年的时间里通过假贷款的方式将总计达七千五百万美元资金划入其掌控的两家工厂的账户内，并通过这两家工厂划转到香港的潭江实业公司，继而通过该公司将该款项转移至香港的账户或其他海外账户。曾任温州市副市长，后任浙江省建设厅副厅长的杨秀珠捐款两亿伍仟万人民币出逃美国，在美国购置了五处房产。2005年前中国银行哈尔滨河松街支行主任高山汇往境外的资金达两亿元，在接到法院通知后，于2005年1月3日出逃至加拿大。这些腐败犯罪嫌疑人中，相当一部分选择潜逃至境外。一般来讲，职务较低、转移出去的腐败犯罪所得较少的腐败犯罪嫌疑人一般选择潜逃至我国的周边国家，如俄罗斯、蒙古、泰国、马来西亚等。职务较高、涉案金额较大的腐败犯罪分子通常选择出逃至经济发达国家，如加拿大、澳大利亚、美国等。一些无法得到直接去西方国家证件的，先龟缩在非洲、拉美、东欧的小国，伺机过渡；有相当多的外逃者利用香港世界航空中心的区位以及港人前往原英联邦所属国家可以实行“落地签证”的便利，通过香港中转，再逃到其他国家。[91]

2、当前中国腐败犯罪即腐败犯罪所得转移的特点

从上述引用可以总结出中国当前中国腐败犯罪即腐败犯罪所得转移的特点：

一是腐败犯罪的主体呈现级别高、外逃多的特点。以前腐败犯罪外逃主体多为一般工作人员，但是近年来，高级别的干部也逐渐加入到外逃贪官的行列。除上文列举的人员外，众多省部级厅局级领导干部也都加入到了外逃贪官队伍中。如国家电力公司原总经理、正部级

[89] http：//cpc.people.com.cn/GB/64093/67206/68346/5534628.html2/22
[90] http：//ishare.iask.sina.com.cn/f/16288004.html
[91] http：//ishare.iask.sina.com.cn/f/16288004.html

官员高严，河南省烟草专卖局原局长蒋基芳，河南省服装进出口公司原总经理董明玉，河南高速公路发展有限责任公司原总经理、董事长童言白，贵州省交通厅原厅长、省高速公路开发总公司原董事长卢万里，海南省原计划厅厅长李永生，海南省财税厅原厅长刘桂苏，海南省工商管理局原局长富荣武，海南省粮食局原局长陆万朝，厦门市原副市长蓝甫，云南省交通厅原副厅长胡星等。[92]

二是转移的金额呈现巨额化的特点。从整体上来看，被转移至境外的腐败犯罪所得正呈现出逐年增加的特点，已经从前几年的几十亿上升到成百上千亿；从个案上来看，腐败犯罪转移的犯罪所得也呈现出逐年增长的态势，腐败犯罪所得已从过去的几万、几十万发展到现在的几百万、上千万，甚至上亿元。据统计愈七成出逃贪官涉案金额过千万元。中国银行广东省开平支行原三任行长许超凡、余振东、许国俊等人涉案4．83亿美元。[93]中国银行黑龙江省分行河松街支行原主任高山，伙同他人内外勾结利用伪造票据进行诈骗，骗取10亿元巨款出逃。[94]

三是中国追缴腐败犯罪所得的成效有待提高。通过努力，中国已经追回了部分被转移的腐败犯罪所得。虽然尚未有准确统计，但从公开的追缴案例和报道推算，与被转移的腐败犯罪所得和尚未追回的腐败犯罪所得相比较，追回的比例仍然很低，成效不高。这在某种程度上刺激了腐败犯罪人员继续将腐败犯罪所得转移至境外。

从上述中国腐败犯罪和腐败犯罪所得转移与追缴的实际情况和特点来看，加强完善中国追缴腐败犯罪所得工作已经刻不容缓。中国追缴腐败犯罪所得、完善中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助一定不能脱离中国当前的腐败犯罪和腐败犯罪所得转移的实现形势。

3、从实际出发的具体要求

一是要处理好实践与理论指导相结合的关系。一项机制或者体制的确立或者完善是理论和实践相结合的产物，光有实践没有理论指导不行，因为理论是对实践经验的概括和总结，具有相对普遍的指导意义；光有理论也不行，理论要和实践结合起来才能发挥作用。在中国的反腐败、追缴腐败犯罪所得国际合作机制的完善过程中一定要遵循从实际出发的原则，不能简单地照搬理论，轻易地否定或肯定开展追缴腐败犯罪所得国际司法协助的国际经验和教训。当前，有人往往不顾中国腐败问题和腐败资产转移的严重性，片面地从理论上理解和坚

[92] 陈雷：当前我国贪官外逃的基本特点及预防措施.政法论坛.2009,01：15.
[93] 陈雷：结合“两许”案看中美反腐败司法合作.检察日报.2006 年 2 月 27 日.
[94] 王永前,周清印.透视我国贪官外逃现象.半月谈.2002.

持国家主权原则，简单地否定确立缺席审判制度和承认外国法院刑事判决制度，不利于中国开展反腐败工作。

二是要处理好现时性与前瞻性之间的关系。追缴腐败犯罪所得国际司法协助是一个实际问题，但需要注意的是，这一问题并不能在短期内消除，而是一个长期存在的问题。随着社会的发展和时间的推移，腐败犯罪和腐败犯罪所得的转移必然会出现新的特点和情况，这就会需要开展反腐败工作，追缴腐败犯罪所得与之相适应。因此解决实际问题，不仅包括今天的，还包括将来的；不仅法律和机制既是对现实社会关系的规范，也是对未来社会关系发展方向的预见和引导。“客观地说，我们所制定的一些法律和机制，就存在偏重于解决现在的问题而对解决将来的问题不够重视的情况。[95]

在中国追缴腐败犯罪所得过程中，我们总是采取重视个案、一事一议、个案分析的方法，看不到腐败犯罪长期存在、追缴腐败犯罪所得是一项长期的任务这一实际，忽视了追缴腐败犯罪所得国际司法协助相关制度和机制的系统化和规范化。此外，对国际社会中出现的追缴腐败犯罪所得跨境转移出现的新特点、新问题未能及时地采取新方法、新机制来应对，不利于中国打击腐败、追缴腐败犯罪所得。

三是要处理好立足本国与吸收借鉴外国有益经验之间的关系。法律要从实践经验中总结出来，实践经验不仅包括本国的经验，也包括国外的经验。注重学习国外先进的法律文化已经成为我们立法的一条重要原则。实践中我们对国外的经验不够重视，例如，中国的反腐败机制在与联合国反腐败国际公约对接方面还存在较大问题，公约规定的很多机制还未能在我国确立。此外，对发达国家已经实行多年的，并被证明为颇为有效的缺席审判机制、承认和执行外国罚没判决机制、收益分享机制，我国并未作为一项制度吸收和借鉴，这为我国请求和提供追缴腐败犯罪所得增加了诸多障碍。

（二）国家利益原则

国家利益是指国家在经济、军事或文化上的目标和抱负。这是一个在国际关系中十分重要的概念，而对国家利益的追求就是现实主义学派的基础。美国著名的战略学家马汉很早就已经在名著《海权论》中指出：“自身利益是国家政策不仅合理而且根本的缘由所在，对此不用做什么虚伪的掩饰。按自身利益行事作为

[95] http：//www.chinacourt.org/html/article/200311/06/89191.shtml

一个原则，一般地不需要任何证明，虽然针对具体事例或许需要如此。”“一个国家的国家利益是有多个层面的。首先是国家的生存和安全。同样重要的是对财富和经济增长与权利的追求。”[96]

国家利益在国际关系中起着重要的作用，表现为：国家利益是国家制定和实施对外政策的基本依据，是国家调整对外政策和对外行为的基本着眼点，是解释和证明国家对外政策合理性的工具。以国家利益作为研究国家对外政策和对外行为的视角，有助于我们认识国家对外政策和行为的动因。反过来，亦有助于我们充分认识国家利益在指导国家对外政策和对外行为的确定上所发挥的极其重要的作用。[97]打击腐败、追缴腐败犯罪所得需要主权国家之间相互协助，虽然这种协助主要是从司法角度提供和界定的，但司法协助本身也是主权国家的对外行为，也要受到国家对外政策的制约，而在当今国际社会，主权国家的对外行为无不以国家利益为根本出发点和落脚点。因此，中国在追缴腐败犯罪所得司法协助过程中一定要遵循国家利益原则，在完善追缴腐败犯罪所得国际司法协助各项机制时也要遵循这一原则。

但是，中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助往往只是从个案和个案的司法协助考量，而没有透过司法协助的最终目的——追求和维护国家利益考量。即使考虑了国家利益，也大多是机械地理解国家利益。比如，作为一项原则，中国一直坚持腐败犯罪所得应全额返还，尚未确立腐败资产的分享机制。实践中，有人认为腐败犯罪所得本来就是中国的财产，不予以全额追缴就损害了国家利益。腐败犯罪所得跨境转移本身就是对中国国家利益的损害，如果不予以追回就不足以打击和预防腐败，中国的国家利益就不能得到恢复和维护。从这个角度讲，追缴腐败犯罪所得的确是在维护国家利益。但从实际效果上来讲，腐败犯罪所得全额返还的实效并不是很好，全额返还有可能导致司法协助的被请求国以各种理由拖延或拒绝提供协助，反倒使得腐败犯罪所得不能及时有效地追回，损害国家利益。因此，中国在追缴腐败犯罪所得过程中合理地协调现时利益和长远利益，即从长远角度看追求全额返还，从现实角度讲，在全额返还腐败犯罪所得存在现实困难的情况下，认同或者确立腐败资产的分享机制，最大限度地追缴腐败犯罪所得是当前维护中国国家利益的现实选择。

在追缴腐败犯罪所得国际司法协助过程中坚持国家利益原则应注意以下几点：

一是要把开展腐败犯罪所得国际司法协助放在坚持和维护国家利益的大格局中进行考

[96] http：//zh.wikipedia.org/wiki/%E5%9B%BD%E5%AE%B6%E5%88%A9%E7%9B%8A
[97] 万华炜.论国家利益在国际关系中的作用.民族论坛.2005,04：30.

量。生存和发展是国家的根本利益，而腐败犯罪破坏国家的政治稳定、经济发展和社会和谐，任由其发展或者打击不力，将动摇国本、阻滞经济发展、破坏社会和谐稳定，损害国家的生存和发展。因此，决不能僵化地或简单地将追缴腐败犯罪所得作为一项单独的机制或措施来对待，要站在维护国家生存和发展的角度来看待追缴腐败犯罪所得国际司法协助，这样才有助于正确认识追缴腐败犯罪所得国际司法协助的重要性、有助于制定和完善符合实际的司法协助措施和手段、有助于灵活有效地开展国际司法协助。

二是把综合考量本国和他国的国家利益。任何国家行为的出发点和落脚点，这是国际关系中的基本常识，无需回避或掩饰。协助一词本身是一个双向概念，包括请求协助和提供协助，它涉及到至少两个主体。请求协助国在提出追缴腐败犯罪所得国际司法协助请求时必然从本国国家利益出发，但是与此同时，请求国也必须考量被请求国的国家利益，不能将两国的国家利益至于零和博弈的地位。请求国要正确评估其追缴腐败犯罪所得国际司法协助涉及的国家利益与被请求国因此请求所涉及到的国家利益，当请求国的国家利益和被请求国的国家利益产生冲突或者矛盾时，请求国要立即对请求所涉的本国国家利益进行排序评估，以便确定在和被请求国交涉的过程中策略，即坚持、改变还是暂时搁置协助请求。

三是要坚持把长远利益和眼前利益结合起来。从目前的表面情况来看，我国基本上属于腐败犯罪所得的净流出国，但这并非事实的全部。我国作为最大的发展中国家，每年吸收数以亿计美元的外商投资，这些外商投资的资金来源国很多都是国际上有名的避税岛，这些资金很有可能就是腐败犯罪所得，那么，这些来源本身存在问题的资金在中国的投资所得也属于犯罪所得的范畴之内，也属于追缴的对象。而且，历史不是固定不变的，它总是向前发展的。随着中国的发展和进步，中国未必不会成为腐败犯罪所得的流入国。在这种情况下，不能仅仅从国家的眼前利益出发，片面僵化地要求全额追缴或返还腐败犯罪所得，要考虑到其他国家也有可能向我国提出协助请求，我国也可以要求请求国支付合理的费用或者对相关资产进行分享。

从实际出发，立足于中国腐败犯罪和腐败犯罪所得转移的现实，科学合理地考量和维护国家利益是完善中国追缴腐败犯罪所得国际司法协助的基本原则，也是根本性的出发点和落脚点。

The Current Situation of China's International Judicial Assistance for Recovering the Illegal Precedes and the Improvement Recommendation

Zhaobin Pei

(Dalian Ocean University, Dalian, 200042)

Abstract： With the deepening of the process of economic globalization and technological modernization, Corruption crime presents characteristics of field expansion, means modernization and internationalization. As the country of net flow of corruption proceeds, China is now facing huge pressure against corruption。 At the same time, as a responsible big country, China bears the international obligations of the anti-corruption international judicial assistance. Based on this, China has signed various treaties on judicial assistance with some countries, join the international anti-corruption conventions and join the international anti-corruption organizations. However, real problems such as lagging concept and system deficiencies still exist in China's international judicial assistance. On the basis of the summary and analysis on the current status of judicial assistance in China, this paper provides the relevant recommendations for its improvement.

Key words: Corruption Crime; Proceed from Reality: National Interests

裴兆斌（1968—），男（汉族），辽宁沈阳人，法学博士、博士后，大连海洋大学法学院/海警学院院长。研究方向：行政法与行政诉讼法、中国刑法、国际刑法、海洋法与渔业法、司法鉴定制度、侦查学、治安学等。通信地址：辽宁省大连市黑石礁街 52 号，邮编：116023。联系电话：13904000110、15504006807；邮箱： peizhaobin110@vip.163.com

国际航空事故精神损害赔偿制度探究

翟雨萌[98]

摘要：马航370客机的航空事故在2014年3月发生之后，搜救工作至今仍在进行，遇难者的赔偿问题还未解决。2014年12月，亚航航班失联，到目前为止，根据官方提供的信息来看，该航班已坠毁。自此，悲剧再一次发生，将大家的目光聚集到了航空事故的后续问题处理上。航空事故发生后，涉及的一系列法律问题也渐渐浮出水面。对于遇难者家属来说，赔偿自然是优先考虑的问题。在航空事故赔偿中，精神损害赔偿占据着重要的地位，然而针对这一问题，国际公约的规定并没有统一各国的立场。本文立足于《华沙公约》、《蒙特利尔公约》等国际公约，从各国精神损害赔偿制度和司法实践出发进行比较研究，探讨航空事故的精神损害赔偿制度，为我国在航空事故领域的精神损害赔偿制度的完善提出建议。

关键词：国际公约 航空事故 精神损害赔偿

《华沙公约》于1929订于波兰华沙，是最早对国际航空运输进行统一规定的公约。随着国际航空事业的不断发展，《华沙公约》的内容也在不断扩充和完善，其附加性文件在不断增加。由于《华沙公约》体系庞杂，1999年在国际民用航空组织的主持下，制定了《蒙特利尔公约》，促成了华沙体系的现代化。[99]该公约于2003年11月4日生效，中国是其缔约国，2005年7月31日对我国生效。上述两个公约在国际民用航空运输领域具有重要地位，在航空事故的精神损害赔偿这一问题上，也具有重要的指导性作用。

一、“航空事故”的界定

在航空事故的精神损害赔偿中，各国对航空事故的定义有许多分歧。《华沙公约》第17条中规定，乘客的伤害应当是由“事故（accident）”造成的[100]。一起空难的法律赔偿究竟能否适用公约中的第17条承运人责任和其能否被界定为“事故（accident）”密切相关。然而“accident”这一概念如何界定在公约中只做出了模糊的规定。《华沙公约》第17条仅仅指出了“事故”发生的原因，缺乏对事故发生条件的具体性说明，这就需要各缔约国自行解释。正是因为公约中的规定含糊不明，这也成为各国理论界和实践中一直探讨的问题。

在1977年“德马林斯诉荷兰皇家航空公司”案中，当时美国的法院认为，应当将“事故”定义为“一种未预料的，不按事物常规发生的事件或外部事实情况。凡属飞机上正常情况下经常发生的事情，不是事故。飞机上发生的事故必须是一种异常的、意外的、少见的事情。凡属旅客健康状况引起的，或者与飞行无关的事情或事件，都不是事故”[101]，这是国际上最早关于“事故”这一概念的理解和界定。80年代，在“赛克斯诉法航”案中，最终美国最高法院认为：“只有当旅客伤害由一种未料到的，异常的，旅客身外的事件造成时，才引起《华沙公约》第17条规定的责任”。[102]上述定于均是法院对“事故”这一条约中出现的词

---

98 大连海事大学国际法专业硕士研究生，邮箱：948032621@qq.com.

99 叶乃峰：《国际航空侵权责任研究》，西南政法大学2007年博士学位论文.

100 《华沙公约》第17条：“对于旅客因死亡、受伤或身体上的任何其他损害而产生的损失，如果造成这种损失的事故是发生在航空器上或上下航空器过程中，承运人应负责任”.

101 赵维田：《国际航空法》.北京：社会科学文献出版社2000年版，第319页.

102 赵维田：《国际航空法》.北京：社会科学文献出版社2000年版，第319页.

义的解释。笔者认为，从上述案例中不难看出，界定“事故”的关键在于应当具有人为不可预料和不可控制性，这也应当是判断一个已发生的事实是否是“事故”的重要标准。

二、国际条约中关于航空事故精神损害赔偿的规定

在航空事故领域，精神损害一般有两种情况，一种是因事故引起的与身体损害一同发生的精神损害，另外一种则是单纯的精神损害，比如因为事故引起的心理恐惧等等。[103]

在1929年《华沙公约》第17条中规定了承运人的责任，针对旅客所受损失，官方文本中采用的是“Lesion Corporelle”这一词，而英文文本中采用的是“Bodily injury”即“身体损害”，到底“Bodily injury”包不包括乘客的精神损害，在公约中并没有做出详细的说明。正是这种差异性、模糊性的用词导致了各国在航空事故精神赔偿领域的做法大相径庭。笔者认为，《华沙公约》如此规定是由于当时的国际航空事业处于起步阶段，有许多问题亟待《华沙公约》解决。公约设立的主要目的主要在于促进国际航空事业的蓬勃发展，旅客的精神损害是否可以纳入公约赔偿范围之内在当时并不是大家关注的焦点，因此《华沙公约》在旅客的精神损害赔偿方面可以说是空白的。其后的1971年《危地马拉议定书》之中，也没有对“Bodily injury”进行解释，精神损害赔偿的问题也没有得到明确。

随着国际航空运输事业的进一步壮大，新事件、新问题层出不穷，华沙体系也需要修订和补充。在成员国的努力之下，1999年《蒙特利尔公约》诞生。在制订《蒙特利尔公约》的过程中，旅客的精神损害能不能包涵在身体损害中成为了大会讨论的焦点。一些国家代表提出修改“Bodily injury”，将精神损害包涵在内，比如采用“Personal injury”。遗憾的是，由于有些国家代表反对这一做法，出于各种原因的考虑，大会并没有采纳这一观点。这也是公约留给各国解决的难题，只能由各国的国内法决定如何解释和适用。正是因为《蒙特利尔公约》也没有解决精神损害赔偿的问题，导致了实践中的许多混乱。

三、各国关于精神损害赔偿的规定和实践

不论是《蒙特利尔公约》还是《华沙公约》，对旅客受到损害之后的精神赔偿问题都没有做出明确说明，因而各个缔约国的做法也各不相同，甚至针对同一案件，在一个国家的不同法院，法官们的观点也不尽相同。在美国的Eastern Airlines ,Inc.v.Floyd[104]案中，在能否适用精神损害赔偿的问题上，不同的法官的理解居然截然相反。最终美国联邦最高法院认定，应当以公约官方文本即法文文本为作准文本。在《华沙公约》制订的时候，在法国的实践中，精神损害并非“Lesion Corporelle”的应有之义。因此如果只请求单纯的精神损害而没有伴随身体上的伤害，法院不应当予以支持。然而在Husserl v. Swiss Air Transport Co.[105]案中，法院又有了新的判决。本案中原告乘坐的飞机被劫持，经历了两次扣押之后，原告起诉被告要求单纯的精神损害赔偿。在这个案件中，美国法院认为，出于在旅客和承运人利益中找到一个平衡的目的，实践中应当对《华沙公约》中的“身体损害”进行更为宽泛的解释，将精神和心理上的损害也包括在内。两起相似的案件法院的判决截然不同，说明了航空事故的精神赔偿本身具有很强的争议性，如何处理这一问题更加需要各国的重视。

除了Eastern Airlines ,Inc.v.Floyd案，在英国的King v.Bristow Helicopters[106]案中，英国贵族法院也认为，在参考国际公约的情况下，应当对

---

103 王浩：《国际空难中承运人对旅客赔偿责任法律问题研究 ——以“华沙体系”为视角》，西南政法大学2008年硕士学位论文.

104 See Eastern Airlines，Inc v Floyd, 499 U. S. 530(1991).

105 See Husserl v. Swiss Air Transport Co. , 351 F. Supp. 702 (S. D. N. Y. 1972).

106 See King(AP)(Respondent) V Bristow Hel icopt ers Ltd. (Appellants) (Scotland) In Re M(A Child by Her Litigation FriendCM) (FC) (Appellant).

国际公约制订的背景和目的进行考虑，从而进行解释。从公约缔结的过程中来看，没有足够明确的证据表示公约支持单纯的精神损害赔偿，因此，最终英国法院认为，只有因身体损害而引发的精神损害才能予以赔偿，单纯的主张精神损害而没有身体损害则不予支持。

英美法系国家这种保守的态度与精神损害赔偿最初产生形态有关。最初精神损害并不能作为一种独立的侵权行为诉讼，只能与其他损害相伴发生才能提起诉讼。随着人类生活水平的提高，心理的安全和健康也逐渐被人们所重视。虽然精神损害不能以金钱衡量，但是受到侵害应当得到补偿，因此精神损害赔偿也逐渐成为了一种独立的赔偿方式。在航空事故领域，英美法系国家大多数还是采取了传统的“伴随式”的赔偿方式。

大陆法系国家在这一问题上的态度则是开放与保守并存。法国也是华沙体系的成员国，其早在 19 世纪开始就承认了精神损害赔偿。无论精神损害是不是伴随身体损害出现，都得到了法国法院的承认和支持[107]。“Lesion Corporelle”这一词语也被解释成为包涵精神损害在内的身体损害。在日本，从《日本民法典》来看，第 710 条也明确规定了精神损害赔偿可以单独得到支持，不论是不是伴随其他损害而出现。

然而相比于法国和日本直接从民法角度对精神赔偿进行肯定，德国和瑞士的态度则相对谨慎。2002 年德国对其民法典进行了修订，其中关于精神损害赔偿的条款有了重大变动。精神损害具有不可补偿性，与财产损害相对。新修订的《德国民法典》的第 253 条规定，是否能够适用精神损害赔偿必须依据法律明文规定，即只能发生在身体、健康、自由或性的自我决定受到侵害的情形下。[108]根据德国的司法实践，受害人可以寻求精神损害赔偿，然而还需要受到“微不足道”原则的限制。如果受害人的健康受到的伤害是微不足道的且是极短时间的，那么就不能请求精神损害赔偿[109]。《瑞士民法典》第 28 条也有类似的规定，只有在法律明文规定的情形下，对人格权或人格利益受到的侵害，可以主张精神损害赔偿[110]。此外，我国台湾民法第 18 条也有类似的规定，即能否主张精神损害赔偿应由法律明文规定。

我国《民法通则》中没有对精神损害赔偿做出明确规定，但是最高人民法院 2001 年颁布的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》和 2010 年颁布《侵权法解释》中规定，人民法院可以支持精神损害赔偿，但是限于“造成严重损害”的情况下，这也就为如何界定“严重损害”提出了难题。笔者认为，受害人家属如果以此为依据索赔，应当得到支持。空难事故对于每一个受害人和他们的家属来说都是一场灾难，严重的空难事故更使每一位家属遭受了重大的损害，如果这种事故不能归于“严重后果”，那么受害人家属的精神无法得到安抚，也不符合法律的基本精神。

由此可见，在精神损害赔偿这一问题上，不同国家采取的态度是截然不同的，大陆法系相对于英美法系所采取的态度更为开放，笔者认为，随着国际航空运输事业的发展，大陆国家的做法较为符合对旅客利益保护的这一宗旨。

---

107 乔雄兵.连俊雅：《冲突与协调：国际民用航空事故中旅客精神损害赔偿问题》，中国国际私法学会 2014 年年会论文集.

108 《德国民法典》第 253 条.

109 韩赤风：《论精神损害赔偿的适用及其排除——以中德法律及司法实践为视角》，《法学》2006 年第 10 期.

110 周瑞贞：《论精神损害赔偿与惩罚性赔偿金的关系——兼评台湾最高法院 2002 年台上字第 1495 号民事判决》，法学论丛 2014 年第 6 期.

四、对我国航空事故精神赔偿制度的启示

我国作为一个航空事业迅速发展的大国，精神损害赔偿究竟如何适用是我们无法回避的问题，着眼当下，更有马航家属的赔偿问题亟待解决。我国已加入了《华沙公约》和《蒙特利尔》公约，根据我国《民法通则》的规定，这两个公约在我国应当优先适用，正因为公约中对于精神损害赔偿的规定不明，对于我国应当如何应对，笔者提出以下几点建议。

1.明确损害的定义，进行扩大解释。纵观各国实践，航空事故中的精神损害赔偿已经成为了航空事故赔偿中重要的一部分，不论是伴随着身体损害而产生的精神损害赔偿还是单纯的精神损害赔偿，都占据着重要的地位。我国《民法通则》第 142 条规定了国际公约优先适用的情形，在公约规定含糊不明的情形下，出于对旅客权益的保护，我国可以对公约中的“身体损害”进行扩大解释，将精神损害包含在内。此外，单纯的精神损害是否可以主张赔偿也是我们需要考虑的问题。笔者认为，我国民用航空事业起步相对较晚，各种问题随着我国民用航空实力的增强也不断出现，如果所有的精神损害赔偿能够得到支持，那么可能会产生滥诉的问题。此外，从国际社会整体着眼，单纯的精神损害赔偿在航空事故领域得到支持的判例毕竟是少数，因此，笔者建议，我国宜采取的方法是：参考德国的做法，通过法律明文规定精神损害可以得到支持的情形，明确精神损害赔偿发生的条件及如何适用，通过这种方式尽量避免精神损害赔偿的滥诉问题。

2．明确精神损害的赔偿金额。《华沙公约》第 22 条规定了航空事故赔偿金额，《蒙特利尔公约》在此基础上在有了新的突破和修改。《蒙特利尔公约》中规定了“双梯度赔偿原则”，以 113，000 特别提款权为分界点，在缔约国遵循“双梯度赔偿原则”的情形下，具体金额由各国法院自由裁量[111]。由于《公约》对精神损害赔偿规定不明，如果缔约国支持精神损害赔偿，赔偿金的数额如何确定也是需要考虑的问题。如果我国不明确航空事故的精神损害赔偿金额，容易导致法院判决出现差异，针对类似的案例，不同的法院可能会出现判决金额差异悬殊的情况，不利于受害人索赔，也会对社会稳定产生一定影响。笔者认为，我国应当明确精神损害赔偿的最低限额，并且明确金额的计算方法，使得精神损害赔偿金额有比较明确的判断标准和计算方式。在确定赔偿金额的原则方面，有学者提出，我国应当采取自由裁量和适当限制原则相结合的赔偿标准，一方面实现司法正义，另一方面结合个案实际情况判断具有灵活性。[112]

3.慎重考虑国际上具有争议的其他问题。近年来许多争议性问题在航空事故领域也难以避免，如：婴儿主体问题等等。这些问题不仅仅是民法领域的核心争议性问题，在航空事故领域也同样不可回避。这些问题在学术界已经引起了广泛的讨论，也出现了各种学说，笔者认为，在这类问题上，我国也应当充分考虑，慎重处理，使得我国航空事故赔偿制度更加完善，与国际接轨。

结语：国际航空事故是全球性的灾难，马航和亚航受害人家属也面临着诸多法律问题。航空事故中精神损害赔偿的重要性不言而喻，只有明确精神损害赔偿，

---

111 《蒙特利尔公约》第 21 条：“一、对于根据第十七条第一款所产生的每名旅客不超过 113，000 特别提款权的损害赔偿，承运人不得免除或者限制其责任。

二、对于根据第十七条第一款所产生的损害赔偿每名旅客超过 113，000 特别提款权的部分，承运人证明有下列情形的，不应当承担责任：

（一）损失不是由于承运人或者其受雇人、代理人的过失或者其他不当作为、不作为造成的；或者

（二）损失完全是由第三人的过失或者其他不当作为、不作为造成的”.

112 孙昊：《精神损害赔偿法律问题研究》，中国海洋大学 2013 年硕士学位论文.

才能完善航空事故赔偿制度。在灾难已经造成的情况下，我们只能尽可能的寻求救济来弥补这一伤害。希望事故的家属都能得到满意的赔偿。

国际民事诉讼赔偿责任若干法律问题研究

——从国际空难角度浅析

刘笑晨[113]

文献综述：

英国著名航空法学家郑斌曾精辟地指出：“国际航空运输是在一个极其复杂的法律网络中经营的。”规制国际民用航空运输领域承运人责任的国际法律文件是以 1929 年在波兰首都华沙签署的《统一国际航空运输某些规则的公约》（简称《华沙公约》）为基础的“华沙体系”。其中最具现代化并有很大可能将要代替“华沙体系”其他所有文件的是 1999 年《蒙特利尔公约》。

董念清教授的《马航 MH370 事件损害赔偿论》一文，围绕马航 MH370 航班失联事件勾勒出了国际空难受害人及其家属索赔问题框架，对赔偿适用的国际公约、赔偿诉讼的管辖法院，当事人选择诉讼地的考量标准、赔偿额的确定以及货币兑换标准、诉讼时效计算方式、商业保险和承运人责任关系等问题作出了阐述和论证。

赵维田老师在《国际航空法》一书中将《华沙公约》与《蒙特利尔公约》做了详细的比较，让我更直观的看到《蒙特利尔公约》在马航事件公约适用上的优势，因此我也在文中以《蒙特利尔公约》的角度出发，对马航赔偿问题进行研究分析。

王翰教授的《国际航空责任法研究》一书中对《蒙特利尔公约》的双梯度责任制度以及严格责任原则做了详细阐述，他认为双梯度责任制度是公约中最有特色的部分，概括了发达国家与发展中国家的不同要求，平衡了两者的利益冲突。而严格责任原则既体现了法经济学原理又体现了民法学原理，对此，我表示赞同。

从众多论文及专注中可以看出目前对与公约的适用已经达成共识，即适用《蒙特利尔公约》，归责原则上大多认为应当适用严格责任制问题，但是有关精神损害赔偿问题有一定争议和适用上的难处，本文笔者从赔偿责任出发，对于现有理论提出自己的理解以及对于存在争议的精神损害赔偿问题提出观点。

摘　要

航空运输是高危运输方式的一种，一旦发生往往就是生命和财产的全部损失，而航空运输事故的赔偿当前国际社会处理起来最复杂的问题，马来西亚航空公司 MH370 航班的损害赔偿更是如此。在本文中笔者从马航事件入手，试探索有关国际空难赔偿责任若干法律问题，分别对赔偿责任的涵义、范围、数额、原则等问题进行阐述，笔者认为解决马航事件赔偿责任的基本法律依据是 1999 年《蒙特利尔公约》，因为该公约对于乘客伤亡并没有规定一个最高的数额，同时诉讼时效的计算在很大程度上取决于受理案件的法院所在地的法律规定。这两点都是对我国马航失联乘客家属十分有利的规定。

[113] 刘笑晨，大连海事大学，硕士研究生在读

关键字：赔偿责任；归责原则；赔偿数额；精神损害赔偿

一、 选题背景——马航事件

（一）概述

２０１４年3月8日，北京时间零时４１分，马航３７０航班搭载２２７名乘客和１２名机组人员，其中包括１５４名中国乘客，从吉隆坡国际机场起飞，前往北京。起飞后不久，该航班在马来西亚吉隆坡航空管制区与越南胡志明市航空管制区交界处突然与地面控制塔失去联络。马航３７０航班使用的飞机为波音７７７－２００ＥＲ型客机。这是一款由美国波音公司研制的大型双发宽体客机，也被认为是一款性能稳定的大型客机。马航客机事件发生后，由于相关信息不断变化，多国联合搜救行动先后在南中国海、马六甲海峡及有关陆地展开。2014年3月中旬以后，搜寻工作重点转至南印度洋。由于空中、水面和海底搜寻始终未能发现任何与马航３７０客机有关的物体，4月２８日，负责协调南印度洋搜寻工作的澳大利亚方面宣布，搜寻工作即日起进入“新阶段”，即缩减空中和水面的搜寻规模，把搜寻重点放到水下，目前仍无任何重大发现。[114]

（二）可行的赔偿途径

在马航MH370失联后第16天，马来西亚总理宣布飞机“终结”于南印度洋，乘客无一生还，这一说法从理论上说使当时启动索赔变得可行。马航失联乘客家属此时主要可通过以下两个途径得到赔偿：一个途径是向保险公司索赔，这里的保险是指商业保险，包括通过乘客本人购买的或航空公司、旅行社等代为购买的航空意外险。而中国保监会已下发通知要求各保险公司立即启动应急机制排查承保情况，因此从保险公司方获得理赔在时间上会有保障。

但需是如果此次事件定性为恐怖袭击，保险公司则有可能依据免赔条款不承担赔付责任；那么此时索赔的另一个途径是向责任方要求赔偿，即根据相关国内法及国际法规定，发生事故的航空公司应承担赔偿责任。

（三）最新进展

2015年2月12日，据失联客机MH370遇难者家属反馈，马航已经确定赔偿标准，每位遇难中国乘客将获得22.5万美元的赔偿，约合150万元人民币。作为对比，台湾复兴航空赔偿方案是每名遇难乘客295万人民币，接近于马航370的两倍。绝大多数家属表示无法接受。作为对比，在2月4日发生的台湾复兴

[114]新华网 http://news.xinhuanet.com/world/2014-05/02/c_1110505168.htm

GE235 航班的空难发生后，复兴公司提出的赔偿方案是每名遇难乘客 295 万人民币，接近于马航 370 的两倍。绝大多数家属都认为这个赔偿额度太低，无法接受。

（四）反思

根据蒙特利尔公约，无论承运人是否有过错，只要乘客在上下飞机期间，以及在飞机上因事故造成旅客伤亡，航空公司就必须承担 10 万特别提款权（约合 13.5 万美元）的损害责任赔偿，再以此为标准折合各国货币价值。而且该部分赔偿不得以任何理由予以免除或限制。2009 年国际民航组织再次将严格责任的赔偿限额提升至 11.31 万特别提款权，折合人民币大概 120 万元，这部分是无论承运人如何，都必须理赔的，理论上 120 万是最低的赔偿。

索赔额度在 11.31 万特别提款权以上的部分，如果承运人无法证明自身没有过错，也无法证明驾驶员没有不当行为或者事故是由劫机等造成，那么这部分赔偿理论上是没有上限的，赔偿多少取决于具体损失情况。

受害者家属多数对赔偿金额表示不同意，代表律师也在继续和 m 按蒙特利尔公约，马航需要负责部分赔偿金，但是该公约并没有说明赔偿金额。航事件让我们认识到虽然无论是《华沙公约》还是《蒙特利尔公约》，都是由缔约方政府签署的多边协议，但是它们都不具强制性。因此，各国通常根据自己的情况自行进行处置，对公约的具体执行上有所不同，而这种情况往往会形成一种司法上的僵局，使损害赔偿在途径、标准、额度以及归责等问题上存在不同的结果。这些因素影响着国际航空事故索赔的顺利进行以及理赔结果的认定。

二、 国际空难赔偿责任的涵义

（一）国际空难

国际空难是国际航空运输中飞机等航空器在飞行中发生故障、遭遇自然灾害或其他意外事故所造成的灾难，是指由于不可抗拒的原因或人为因素造成的飞机失事，并由此带来灾难性的人员伤亡和财产损失。这里主要是指民用航空器坠毁事故造成的空难。国际空难是最严重的国际航空事故，同时也可以说是最严重的国际航空事件，会造成大量人员伤亡和财产损失。

（二）赔偿责任

国际空难赔偿责任这一概念主要是指承运人的赔偿责任，是指在航空运输过程中，因发生在民用航空器上或者在旅客上、下民用航空器过程中的事件，造成旅客随身携带物品毁灭、遗失或者损坏的，承运人应当承担的责任。而 1999 年《蒙特利尔公约》在责任限额和归责原则问题上发展出了“双梯度责任”制度，

使得对承运人赔偿责任的规制更加规范合理。

三、 国际空难赔偿责任的法律适用

（一）现状

发生空难事故后,航空公司必须根据相关国内法及国际法担负相应的赔偿。责任赔偿根据空难发生地、乘客国籍、承运人等条件的不同而适用不同的法律,在具体赔偿金额上往往有很大差距,理赔过程也较复杂,因而在空难发生后,赔偿的争议焦点往往集中在责任赔偿上。如果是国内航空运输,应按照国内法的规定进行赔偿,国际航空运输则主要是按国际条约的规定赔偿。各国国内法的规定不同,赔偿金额也不同,并且有时还相差很大。而在马航事件赔偿责任的认定中，笔者认为不论从何种角度考虑都应适用《蒙特利尔公约》。(《蒙特利尔公约》自 2003 年 11 月 4 日起生效，目前有 105 个国家批准了该公约，上述 14 个国家中，除俄罗斯和印度尼西亚外，其他 12 个国家都批准了该公约。[115]

（二）理由一——马航性质

是否可以适用《蒙特利尔公约》首先取决于事件的性质，即马航事件是不是公约所定义的国际运输。确定“国际运输”的核心要素是当事人的约定，出发地点、目的地点、经停地点以及当事国。[116]出发地点、目的地点和经停地点是当事人自己约定或商定的，并且出发地点和目的地点要么是分别位于两个当事国的领土内，要么位于一个当事国的领土内，但在另一个国家领土内有一个约定的经停地点。

《蒙特利尔公约》意义上的国际航空运输，包括以下两种情形：一是根据当事人各方所订立的航空运输合同，运输的出发地点和目的地点分别在两个不同的当事国的领土内。二是运输的出发地点和目的地点虽然都是位于同一个当事国的领土内，但在另一个国家的领土内有一个约定的经停地点。“如果出发地和目的地是在同一个缔约国内，尽管经停地在一个非缔约国，该运输还是《华沙公约》意义上的国际运输。”马航显然符合《蒙特利尔公约》里所规定的国际运输的性质。，因此应当适用该公约。

（三）理由二——《公约》缔约国

我国学者普遍认为，如果选择起诉马航，该诉讼应该适用 2003 年 11 月生效的规范国际航空运输的《蒙特利尔公约》，该公约适用于出发地和目的地均在公

[115]http:／www.Icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/ Mtl99_EN.pdf，访问日期为 2014 年 11 月 15 日
[116]董念清，张起淮．论蒙特利尔公约的适用问题［M］／中国国际法学会．中国国际法年刊：2011．北京：世界知识出版社，2012:174.

约缔约国的运输，因为目前马来西亚、中国和美国都加入了该公约。在 MH370 航班失联事件中，共有 154 名中国旅客，由于中国和马来西亚均为《蒙特利尔公约》的缔约国，且航空承运人的住所地、主要营业地和订立运输合同的营业地都在马来西亚，而中国则是航班运输的目的地。这意味着，不管是在中国还是在马来西亚起诉，马航都应按照《蒙特利尔公约》的规定对旅客进行赔偿。

四、国际空难赔偿责任的归责原则

归责原则，是指以一定的归责事由来确定行为人的民事责任的原则。从历史发展角度来看，归责原则一般包括过错责任原则、严格责任原则等。国际航空运输责任是一种民事责任，归责原则在国际航空运输责任中起着主导作用。

（一）过错推定原则

过错推定原则是归责原则的一种，在某些著述中也被称为“过失推定原则”。所谓“过失推定”是指“对于发生的损害，因某种客观事实或条件的存在，即推定行为人有过失，从而减轻或免除被害人对于过失的举证责任，并转为由加害人负无过失证明责任，如果加害人不能证明自己没有过失，则推定其有过失并负民事责任。”[117]《华沙公约》中规定的归责原则即过错推定原则，这一原则给了承运人某些免责的理由。

（二）严格责任制原则

严格责任原则是欧美侵权法中的概念。在我国与之相近的是“无过错责任”。作为一种归责原则，严格责任“是相对于过错责任而言的，即不论违约方主观上有无过错，只要其不履行合同债务给对方当事人造成了损害，就应当承担合同责任”。严格责任不同于绝对责任。若适用绝对责任，则如果损害发生，当事人必须承担责任，不论是否尽到了注意义务。这是《蒙特利尔公约》中规定的归责原则。

（三）思考

笔者赞同在马航事件赔偿责任问题上适用严格责任制原则，不仅仅是因为在前文中提到的应当适用《蒙特利尔公约》，同时也因为过错推定原则在现代存在很大缺陷。当今社会航空技术日渐发达，相对于陆运和水运短得多的运输时间使得人们越来越多选择航空运输。航空运输产业的发展因此有了更大的空间。航空公司的规模越来越巨大，航运成本大大降低。航空运输网络几乎可以遍布全球。

[117]郝秀辉:“国际航空承运人责任演变基础之探究—以空运业发展史为视角”,《中国民航大学学报》,2009 年第 1 期，第 27 卷，第 43 页

此时的航空运输基本成熟，具备了适用严格责任的条件，以保证乘客及第三人的权益。

五、国际空难赔偿责任的范围

（一）对象范围

只要是与承运人订立运输合同（机票证明）的乘客，都能获得赔偿，包括持有假护照的乘客。但是机组人员不属于乘客，不适用于公约，而应该根据劳动合同赔偿。因为公约适用范围限于取酬运输，因此免费搭乘飞机的乘客不能根据公约获得赔偿。有的乘客可能通过与马航代码共享的中国南方航空公司购买机票，订立航空运输合同，并不影响乘客家属向马航索赔。

（二）数额标准

《蒙特利尔公约》第 21 条确定了承运人对旅客运输的“双梯度责任制度”：“一、对于根据第 17 条第 1 款所产生的每名旅客不超过 10 万特别提款权的损害赔偿，承运人不得免除或者限制其责任；二、对于根据第 17 条第 1 款所产生的损害赔偿，每名旅客超过 10 万特别提款权的部分，承运人证明有下列情形的，不应当承担责任：（一）损失不是由于承运人或者其受雇人、代理人的过失或者其他不当作为、不作为造成的；或者（二）损失完全是由第三人的过失或者其他不当行为、不作为造成的。” 但并不是不管损失有没有达到这一数额，航空公司都会足额赔偿，索赔人有举证义务，证明其索赔额度的合理性。

《蒙特利尔公约》通过双梯度的形式为旅客人身伤亡赔偿引进了无限制责任的概念。对此，我国学者解释说：“在第一梯度中，不管承运人有无过错，都必须给予每名旅客不超过 11.31 万特别提款权（约合人民币 120 万元）的损害赔偿。如果马航不能证明自身及其受雇人、代理人没有过失或者其他不当作为、不作为，或者不能证明损失完全是由第三人的过失或者其他不当行为、不作为造成的，则对于旅客的损失赔偿不限于 11.31 万特别提款权。”

当然，在此次马航空难中已不存在这一问题，每位乘客的家属至少应从马航方面获得这一数额的赔偿。若索赔人的损失超过了第一梯度上限，则需要进行责任认定。如果承运人不能证明事故和损失的发生不是由于航空公司方面，包括飞机本身或其人员的过失或者其他不当行为、不作为造成的，或者不能证明事故和损失完全由第三者的过失或者其他不当行为、不作为造成的，则航空公司有义务承担超额的损失赔偿，这是第二梯度。在此次马航事件中，多重证据指向机组人

员的过失是导致空难发生的直接原因，无论是否为劫机，马航在损失赔偿中都不能摆脱责任。

在这里面有一个关键性的问题就是“原因的确定”，也就是说如果飞机和事故原因在短期内能够找到，那么赔偿工作会相对顺利地进行，马航方面也就需拿出一个令双方都满意的数额完成赔付。可是一旦错过了调查的黄金期，原因确认将遥遥无期，第二梯度的赔偿将引起很多争议，诉讼便不可避免，这也就是为什么国内大多学者认为马航空难赔偿将一波几折。

（三）精神损害赔偿

《蒙特利尔公约》第 17 条规定：“一、对于因旅客死亡或者身体伤害而产生的损失，只要造成死亡或者伤害的事故是在航空器上或者上、下航空器的任何操作过程中发生的，承运人就应当承担责任……关于非托运行李，包括个人物件、承运人对因其过错或者其受雇人或者代理人的过错造成的损失承担责任……”根据上述规定可知，在国际航空旅客运输中，承运人对旅客损害赔偿的范围主要包括：旅客死亡或者受伤所造成的损失、非托运行李所造成的损失以及延误所造成的损失。公约对损失范围的界定最主要集中在旅客的伤亡上，而对精神损害赔偿则没有明确规范，而国际社会普遍争议之处也正是在这一点上。

这里的精神损害赔偿对象分为两类，一是对死者的精神损害赔偿，比如在“大韩航空 KE007 航班案”中[118]，死者家属向美国法院提起的诉讼中要求航空公司对旅客“死亡前所蒙受的痛苦”承担责任，法院支持了这一要求。笔者不赞同这种对于死者的精神损害赔偿，首先从权利角度看，权利始于出生终于死亡，且人身损害赔偿具有人身性，是不可转让的权利，当乘客死亡后，权利即终止。

第二类精神损害赔偿对象是死者家属，笔者认为死亡旅客的近亲属在空难中因为听到或者看到旅客的死亡而遭受精神痛苦导致严重的精神伤害时，承运人应当对其进行赔偿。对此问题，法院的判决和学者们的意见均认为应当予以赔偿。但是对近亲属应当进行明确界定，要考虑到死亡旅客和求偿人之间必须是最接近的，这个接近的联系的基础是由于爱情和感情，在一个人的受伤或者死亡和次要的牺牲者之间的联系必须是要被证明的（并不限于丈夫妻子和父母子女之间的联系）。

六、结语

经过以上对国际空难赔偿责任的含义、原则、范围、法律适用等问题的研究，

[118] In re Korean Air lines Disaster of Sept.1,1983.D.C.Cir,cert denied,502 U.S.994,(1994).

我们发现在国际空难案件中，它们相互联系，有机统一，构成了国际空难中承运人对旅客赔偿责任制度的基本脉络体系。但是正如马航事件中，乘客及其家属想要得到赔偿还是一个漫长的过程，尤其是类似客机失联事故，举证十分困难，责任认定不易，因此笔者相信随着时代的演进，相关的制度还会进一步革新以适应现实的要求。1999 年《蒙特利尔公约》的制定和生效反映了这一趋势，必然在不久的将来在航空运输中发挥主要作用，也许在不久的将来还会有一部新的公约取代。另外，国际空难中承运人对旅客的赔偿责任还涉及许多法律问题，本文讨论的仅仅是几个主要问题，还有诸如诉讼管辖、诉讼时效、诉讼成本等等问题也非常值得探讨。

国家的执行豁免独立性的批判

熊继博*

摘要：传统国际私法理论和实践均认为国家在参与国际民商事活动时，享有特殊的司法豁免权，而国家的执行豁免权就是一个主要内容并具有明显的独立性。尽管国家享有执行豁免是一项公认且确定的内容，但是从诉讼制度的存在价值、诉讼秩序、法理逻辑，以及国际秩序赖以存在的基本原则的角度来看，坚持国家所享有的执行豁免具有独立性是存在问题的。

关键词：国家 司法豁免权 执行豁免 独立性

国际私法是通过确定管辖并进行管辖、选择冲突法，以及裁判的承认与执行等方式调整平等主体之间的权利义务关系的法律部门。在国际民商事关系中，自然人和法人是其最主要的调整对象。但国家作为一个特殊的国际私法主体，在某些情况下，也会成为国际民商事关系中的一方，参与平等主体之间的国际民商事活动。也正是国家所具有的这种特殊身份，[119]使得国际私法在对国家进行调整时受到了特殊的限制，尤其是在国际民商事诉讼中，最直接的表现就是国家所享有的司法豁免权。在“比利时议会号案”、“菲律宾海军上将号案”[120]等国际实践中，不论采取绝对豁免论还是限制豁免论观点，对主权国家享有司法豁免权的态度却是一致的。

但是对于国家享有司法豁免权的具体内容到底包括哪些方面，存在着不合理的理论主张和实践。而其中的执行豁免权的独立性问题却有着惊人的一致，但这种人云亦云的“观点一致”是值得再思考的。

第一种观点认为，国家所享有的司法豁免权包括三个方面：司法管辖豁免、诉讼程序豁免、强制执行豁免。[121]具体来说，司法管辖豁免是指，一国法院在未经其他主权国家的同意并放弃其所享有的豁免权情况下，不得将该主权国家作为诉讼关系的当事人，不得对与该主权国有关的案件行使司法管辖权；诉讼程序豁

熊继博：中山大学法学院 2014 级国际法学硕士研究生。

119 谢石松：《国际私法学》，高等教育出版社 2007 年 9 月第 1 版，第 49—50 页；黄进、何其生、萧凯编：《国际私法：案例与资料（上）》，法律出版社，2004 年版，第 101 页。

120 案例参见黄进、何其生、萧凯编：《国际私法：案例与资料（上）》，法律出版社，2004 年版，第 103—106 页。

121 李双元：《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 362 页；韩德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社 1983 年版，第 388 页。

免是指，一国法院不得强迫其他国家参与出庭作证或提供证据材料等诉讼程序，不能在未取得被诉国同意的情况下，对该主权国家财产采取诉讼保全措施等行为；强制执行豁免是指，一国法院对另一主权国家所拥有的财产，不得在未取得该主权国家同意的情况下，被该法院采取强制执行措施。

第二种观点认为，国家的司法豁免权只包括管辖豁免与执行豁免：管辖豁免解决的是国家不能作为被告在另一国法院被诉的问题；执行豁免解决的是对国家所有的财产不能被另一国法院采取诉讼保全和执行措施的问题。[122]以《联合国国家及其财产管辖豁免公约》为代表的部分实践也主张：一国同意他国法院行使管辖的行为，并不必然构成默示同意该法院对其采取强制措施。[123]

比较两种观点可以看出，第二种观点实质是将第一种观点对司法豁免权分类中的“管辖豁免”和“诉讼豁免”合并为“管辖豁免”来看待，并作为与“执行豁免”相独立的一项豁免权内容。但两者都明确的坚持：“执行豁免”是独立于“司法管辖豁免”或“诉讼程序豁免”的一项内容，并特别提出：“拒绝管辖豁免并不导致同时也拒绝了执行豁免，而放弃管辖豁免也并不表明同时也放弃了执行豁免”[124]对此，我们反对国家司法豁免权中的执行豁免具有独立性地位，并尝试从理论逻辑性、实践价值和坚持此种立场具有的现实意义的角度进行阐述。

（一）管辖和诉讼的最终目的是：利用公权力实现对国际民商事主体依法享有的权利或利益的回溯或保障，而对需要执行的裁判单独主张执行豁免权与此目的相背离。

在国际私法关系中，当国际民商事主体对各自的权利义务产生争议后，诉诸有关国家的法院进行裁判，一旦该国法院确定了对案件的合法管辖权，必然对争讼进行审理并做出判决，继而会辅之以相应的强制措施保障判决的执行，以实现当事人合法有据的权利诉求。这是当事人选择法院解决争议的根本考虑。否则，如果当事人在得到一纸判决之后，仍无法保障该判决的执行和实质利益的实现，诉讼制度的存在将是毫无意义的。同样，当国家成为此种国际民商事关系的当事方时，无论是作为原告方、被告方，还是第三人，管辖法院的审判活动最终必然会以裁判文书的形式，对涉诉的权利义务依法划分，并在当事方不主动履行判决

[122] 黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 197—198 页；李双元：《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 362 页。
[123] 谢石松：《国际私法学》，高等教育出版社 2007 年 9 月第 1 版，第 53 页。
[124] 李双元：《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 202 页。

结果的情况下，主动或应请求采取措施，交付执行。

如果主权国家即接受另一国的司法管辖，又积极地参与了该诉讼程序，并得到最终裁判，却可以主张执行豁免权而免于裁判利益的实现，这将是对任何一国法院司法管辖权的侮辱，是与现存的国家规则和国际秩序背道而驰的。如果承认这种出尔反尔的权利滥用，国际民事诉讼制度存在的价值和必要就要受到很大挑战——这种制度无法切实地实现权利的保障。

当然，上述情况是在裁判确需要求当事人履行或管辖法院执行的情况下而言的。有人指出：在确认之诉中裁判的执行与否，并不是司法管辖豁免或诉讼程序豁免的必然结果，并据此指出我们“批判执行豁免独立性而将其作为管辖豁免或诉讼程序豁免的必然结果”是不成立的。

我们认为这种理解逻辑是没有道理的：当管辖法院对涉案争讼进行裁判后，如果是原始诉求和最终裁判是类似的确认之诉判决，其本身就不存在执行的对象，也就不会引发执行豁免的问题。既然在此种情况下不存在执行豁免，如何据此说国家的执行豁免具有独立性呢？当不存在裁判执行的问题时，国家司法豁免权也就只包含司法管辖豁免或诉讼程序豁免的内容，这与我们的立场并不背离。因此，如果仅以确认之诉不存在执行问题来否定执行豁免归入司法管辖豁免或诉讼程序豁免的合理性，是没有根据的，至少不能据此证明所谓的“执行豁免具有独立性”。

（二）所谓的“拒绝管辖豁免并不导致同时也拒绝了执行豁免，放弃管辖豁免也并不表明同时也放弃了执行豁免”，违背了现实的诉讼秩序，不具有实践价值。

该观点实际是说：一国接受了另一国法院的管辖并参与了诉讼，并不导致接受该法院的强制执行。

首先，在国际民商事诉讼中，如果当事人或法院认为最终的裁判存在利益执行问题，管辖法院会在确定了合法管辖权之后，根据当事人的请求或主动对涉案财产采取保全措施，以保证最终裁判利益的实现。如果一主权国家接受该法院的管辖，那么法院必然在必要案件中采取诉前或诉中的保全措施，而如果主权国家享有这种所谓的“并不导致接受该法院的强制执行”的独立豁免权的话，那么法院的诉讼保全措施会完全失效，因为即便其对该主权国家的任何财产采取了保全

措施并作出任何存在执行要求的裁判,都会因为主权国家享有独立的“执行豁免”而被全盘否定。那么这种诉讼法上的财产保全措施，将是毫无意义的，进而导致前述诉讼程序是无意义的,即便该主权国已经放弃管辖豁免而参与了所有诉讼程序。

其次，国际司法实践中，也出现过这种不科学的做法。例如在1957年美国法院审理维拉曼诉Chase Manhatton银行一案中，美国检察长向法院递交的信中即表示:“国务院一贯承认‘管辖豁免’与‘执行豁免’之间的区别。……国务院还认为,就是为了取得司法管辖而允许扣押外国国家财产,这种被扣押的财产,也不能保留作执行判决之用……”。[125]在国际民商事实践中，当一主权国家接受了他国法院的司法管辖，也就会放弃其所享有的司法豁免权，即接受法院的管辖并参与相应的诉讼程序。而诉前或诉中财产保全的措施作为诉讼程序的一个组成部分，是基于该主权国家放弃司法豁免权而进行的辅助诉讼程序。当主权国家放弃诉讼程序豁免权时，就不能对整个诉讼程序中一个小环节，如诉前或诉中财产保全，提出例外的豁免权要求，也就应当承认这种保全程序的价值，即最终的执行利益。尽管上述美国表态明确解释其诉前扣押财产是为了“取得司法管辖”，但这种恶意扩大本国法院管辖权，尤其是针对其他主权国家的恶意，是不为当今国际社会所承认的。与其利用一个自己都认为不合法的借口掩盖扣押他国财产的行为，我们不得不关注诉前扣押他国财产与最终执行利益的关系，这是否才是其真实意图，不得而知。但执行利益是与保全程序是本质相关的，既然主权国家接受诉讼程序管辖，并认可该程序的价值，又有什么理由去独立地主张执行豁免权？

（三）坚持执行豁免完全独立于司法管辖豁免、诉讼程序豁免，将得出一种违背法理逻辑的滑稽结论。

根据执行豁免独立的观点,“执行豁免与管辖豁免，虽是两个有着密切联系的问题,但它们又各具相对的独立性。这表现在二者都是派生于国家主权原则的,并且共同构成国家及其财产豁免原则的内容。”[126]其强调一国主张诉讼程序豁免的行为并不影响强制执行及其豁免，也就是两者是独立的问题。那么，由这种相

[125] 波切茨（L. J. Bouchez）《国家司法管辖豁免与执行豁免的性质和范围》（The Nature Scope of State Immunity from Jurisdiction and Excution），载《荷兰国际法年鉴》，1979年，转引自李双元：《走向21世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社1999年8月第1版，第201页。

[126] 李双元：《走向21世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社1999年8月第1版，第374页。

互独立，互不影响的结论可以推出的两个结果就是：其一，一国接受他国法院司法管辖，但不必然接受该法院的强制执行；其二，一国不接受他国司法管辖，也不影响接受该法院的强制执行。此即为“相互独立，互不影响”。对于第一种推论，我们在文章上述内容中已经做出分析。此处针对第二种推论，我们同样认为不具有合理性和现实性。

众所周知，任一国家法院做出的判决，都需要得到当事人的遵守和执行；当事人遵守和法院执行裁判的根据，是法院对其享有管辖权的案件行使合法管辖并作出的裁判。如果一国法院依据“执行独立于诉讼”的理论，在无裁判依据的情况下就针对一主权国家的财产进行强制执行行为，这种荒唐的结果是无论如何不为主权国家接受的，也是毫无道理的。执行此种没有合法权义基础的对象，也违反了基本的法理逻辑。那么“一国不接受他国司法管辖，也不影响接受该法院的执行”这种“独立理论”也就站不住脚了。如此一来，根据执行独立的两种推论也就不成立。既然如此，执行豁免的独立性何来？

（四）主权国家不接受司法管辖和诉讼管辖时，一国法院对其采取执行措施存在现实的不可行，并与国际秩序不一致。

根据执行豁免独立理论，对于执行问题存在三种情况：主权国家主张豁免且不接受该法院管辖，不接受强制执行；主权国家放弃豁免并接受该法院管辖，但不接受强制执行；主权国家放弃豁免接受管辖，接受强制执行。至于主权国家主张豁免且不接受该法院管辖，但接受强制执行这种荒唐情况，在本文第（三）部分已做分析，不具有现实性，不再赘述。

第一，对于主权国家既不接受管辖也不接受强制执行的情况，坚持“执行独立理论”是无意义的。

当主权国家依法提出司法豁免权而不接受外国法院的管辖时，外国法院则无权对此行使管辖，更不能强制执行。即便是法院在此情况下行使了管辖，并作出了裁判，这种管辖权存在疑问的裁判，其本身的合法性也就存在巨大疑问。日本上诉法院在 1928 年审理的一件以旧中国政府为被告的案件中即明确指出，“由法院依职权发出的诉讼文书与传票，……是我们自己的法院行使自己国家的主权，但对尚未表示服从我们日本管辖权的国家并不发生效力。”[127]那么如果法院依据这种合法性存有疑问的裁判强制执行主权国家的财产，也必然会产生巨大争端：

[127] 李双元：《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 364 页。

倘若主权国家在法院管辖范围内，无可供执行的财产，则“执行独立理论”的独立执行主张是无法得到现实操作和保障的；倘若主权国家在法院管辖范围内有可供执行的财产，而法院在主权国家坚持司法豁免权的情况下，依旧强制执行该财产，其必然引发国家间的外交纠纷，“因为在国际关系中，一般都认为，而且实践也证明，在未得到对方国家的同意下，去强制执行属于它的财产，较之不给予管辖豁免，是使两国关系趋于恶化的更为严重的步骤，并且会引起对方采取报复措施。”[128]在当下不存在有超越主权国家之上更为强大的机构的国际秩序中，“法院国行政机构的意见对法院的自由裁量权居于优先地位。并且由此可见，允许或拒绝外国国家豁免，首先是一种国家关系上的考虑，一种对外政策上的考虑，而不是单纯是一种法律上的考虑。”[129]主权国家间这种多米诺效应的循环报复行为，已经远远超出了司法范围，因此这种结果无法支撑“执行豁免独立”的存在。

第二，对于主权国家接受管辖而不接受强制执行的情况，违反根本的善意原则和禁止反言的国际法原则，而且也与现实的国际交往不相符合。

对于独立于国内法而具有国际法性质的国际私法而言，也必然像国际公法、国际经济法那样遵守最普遍、最基础的国际法原则。在主权国家作为诉讼方的国际民商事关系中，如果一主权国家以平等主体身份参与国际民商事事务中，放弃主权国家所享有的司法豁免权而参与到诉讼程序中来，就是对该管辖权的认可和接受。而本质上附属于管辖和诉讼程序之必然结果的执行行为，也自然应得到该国的认可和配合，这种认可和配合就是基于其放弃司法豁免权行为的必然结果。如果一国法院原本自愿放弃司法豁免权而在判决作出之后因为对其不利并要强制执行，就随之援引“强制执行豁免权”，则与其之前接受管辖和参与诉讼的行为是自我矛盾的，这种“反言”行为违背国际社会交往赖以维持的诚信原则和禁止反言原则，也更不为国际社会所接受，因为它会导致国际社会秩序的混乱。另外，“国际关系的实践证明，国家在行使其主权权利，并参加到国际民事活动中去的时候，出于发展国际经济联系与商品交流的需要，一般都是会严格履行它们所承担的民事义务的。因为，如果不是这样，它们就会在国际商业活动中失去信誉，这显然对自己是十分不利的。”[130]因此，在现实的情况中，当一主权国家主动放弃了司法豁免权并积极参与到外国法院的诉讼程序中时，即是对裁判结果的

[128] 李双元：《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 375 页。
[129] 李双元：《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 199 页。
[130] 李双元：《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 369 页。

接受。执行独立理论所谓的接受管辖而对结果坚持执行豁免的担忧，更多的是理论假设，而不具有现实性。

第三，对于主权国家即接受管辖又接受强制执行的情况，没有执行独立理论的存在必要。因为在一主权国家接受了他国法院的司法管辖并参与了相应的诉讼程序的情况下，包括诉前、诉中财产措施在内的诉讼程序本身，必然引发其后的裁判和对裁判的落实，这些行为在本质上是连续和一致的。换言之，主权国家放弃所谓的执行豁免，本就归属于该国放弃司法管辖豁免或诉讼程序豁免的一个附属内容和必然结果。因此，也就不再需要执行独立理论多此一举的解释。

（五）结论

综上所述，我们认为，执行豁免并不具有独立性。当然这并不是说国家不再享有执行豁免，只是这种执行豁免应当是诉讼程序豁免的一个附属内容，国家的司法管辖豁免和诉讼程序豁免中已经包含了执行豁免；而在存在需要执行的情况下，国家放弃司法豁免权并接受管辖、参与诉讼程序的行为，基于国际交往的现实和国际法基本原则，使得执行只能是作为诉讼程序的延伸和必然结果：如果国家主张司法豁免和诉讼程序豁免，那么国家自然而然的享有执行豁免；如果国家放弃司法豁免和诉讼程序豁免，那么国家就应当在裁判的承认与执行问题上给予同样的尊重与合作，而不能单独提出执行豁免。

海事诉讼时效问题研究

向明华*

（广州大学法学院　广东广州　510300）

论文电子稿请发送至电子邮箱: gjfnh2015@163.com。

摘　要：我国海事诉讼时效的期限偏短，起算点过于客观，中断事由少，不允许延长，偏重于对船方的保护，但因其并无自足的海事诉讼时效体系，适用时需补充并入相关的民事诉讼时效规则，因此引发了若干时效并入争议。故有必要重新评估海事时效中断规则的适用范围；应允许当事人延长诉讼时效，以克服时效中断严苛的弊端；在并入民事诉讼时效规则时，应根据海商法的精神、对等原则，以及拟并入规则的性质等要求，谨慎裁量，以全面融入海商法国际统一化进程，促进 21 世纪海上丝绸之路的海商法建设。

关键词：海事诉讼时效特征；时效中断；时效延长；民事诉讼时效规则并入；21 世纪海上丝绸之路

根据我国的民法理论，民事诉讼时效是指权利不行使的事实状态持续一定期限，导致权利人胜诉权丧失的失权法律制度。海事诉讼时效是一种特殊的民事诉讼时效，是海事请求权人请求海事管辖权法院强制保护其海事请求权的有效期限。[131]诉讼时效超过既不会导致相应的诉讼权利消灭，也不会导致相应的实体权利消灭，仅使有关的实体权利成为自然之债。权利人因此丧失的仅是一种胜诉可能性，只要对方当事人未提出诉讼时效超过的抗辩，人民法院就不应对诉讼时效问题进行释明或主动适用诉讼时效规则进行裁判。[132]故诉讼时效期限作为权利人请求法院给予强制保护的一种法定期限，其实质上是对权利行使的一种限制，主要是通过催促权利人及时行使权利，防止权利睡眠，以便从程序上防止证据遗散，方便法院审理，从实体上促使有关的民商事纠纷及时得到处理，维护相应及相关权利义务法律关系的稳定与发展。诉讼时效制度在权衡公正与效率的关系时，虽然更偏重对效率的维护，但为了避免其成为义务人恶意逃避义务的工具，又设置了诉讼时效的中止、中断、延长等平衡机制。

我国《海商法》作为商事特别法，包括海事诉讼时效在内的各项制度主要借鉴、移植于相应的海事国际公约和国际惯例，[133]因此成为我国当时与国际接轨的典范。然而，就如何具体适用其中的海事诉讼时效规则，不仅我国现行立法未能提供明确指引，也尚未引起我国海商法学界的应有重视，因此引发许多理论与实践困难。

海洋是人类的宝库，海上运输是国际经贸活动的生命线，海商法及其海事诉讼时效制度的完善与发展实现我国 21 世纪海洋强国战略、加快 21 世纪“海上丝绸之路”的重要法律保障。本文拟在比较分析海事诉讼时效制度特征的基础上，进一步探讨如何完善我国海事诉讼时效中断制度，以及如何在海事领域恰当地并入相关民事诉讼时效规则等基本问题。[134]

一、海事诉讼时效法律特性比较分析

我国《海商法》专设“时效”一章（即“第 13 章”），一方面借鉴有关的国际海事立法，

---

*向明华（1968－），男，湖南溆浦人，法学博士，广州大学法学院教授，广州大学公法研究中心研究员。电子邮箱：xiangmh2003@126.com.

本文系 2011 年国家社科基金重大招标项目“我国司法体制改革评价指标体系研究”（11＆ZD055）、广东省省委课题“建设 21 世纪海上丝绸之路与涉外法律研究”的阶段性成果。

131 海事请求权法院包括各海事法院和依法享有海事管辖权的其他法院，如海事法院的上级法院既具有一审海事管辖权，也具有二审、再审海事管辖权。

132 参见 2008 年最高人民法院《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称《诉讼时效规定》）第 3 条。

133 参见张湘兰：《海商法》，武汉大学出版社 2014 年版，第 13、14 页。

134非经特别限定，本文的民事诉讼时效即为普通的民事诉讼时效，以区别于特别的海事诉讼时效。

规定了为期一年至六年的十一种海事特别诉讼时效及若干海事追偿时效；另一方面，又结合我国的普通民事诉讼时效制度，对海事诉讼时效的中止、中断做出专门规定。[135]这种与国际立法选择性接轨的立法模式，导致其与被借鉴的海事诉讼时效国际通行做法，以及我国相应的民事诉讼时效制度既存在大量共性，又有重大差异，因而为相关法条的解释与适用留下了许多困难。

（一）国际、国内海事时效制度的共性：偏重对船方的保护

1、诉讼时效的短期性

不同于普通的民商事活动，海上运输往往跨国越境，风险大，涉外因素多，法律关系复杂、多变。海事请求权如果不及时行使，就可能导致证据湮灭，证人死亡，当事人举证维艰。这既不利于法院查明事实真相，也不利于因该海事关系及其衍生的其他法律关系的稳定与发展。为催促当事人迅速清结他们之间的权利义务关系，海事国际立法往往规定了许多期限较短的诉讼时效。我国《海商法》对此往往直接移植，如《海商法》第 257、263 条项下的海上货物运输合同纠纷、多式联运合同纠纷诉讼时效为一年，第 257 条项下的海上货物运输损害赔偿追索时效为九十日，第 261 条项下的船舶碰撞损害赔偿追索时效为一年。旅客运输、租船合同、海难救助等请求权的时效为二年。油污损害索赔的时效较长，也仅为三年。特别是其中的船舶优先权时效期限仅一年，甚至不允许中止、中断。[136]

上述海事时效期限不仅远短于各主要国家动辄长达数十年的普通民事诉讼时效期限，大多也短于我国《民法通则》第 135 条项下的二年普通诉讼时效期限。如法国和德国的普通诉讼时效期间为三十年,日本为二十年，意大利为十年，我国台湾地区的为十五年。这种短暂的海事时效限期虽然有利于催促权利人及时行使权利，符合海商法项下效率原则的要求，但其可能迫使当事人轻易放弃争议协商解决而匆匆诉诸法律，导致诉讼资源无谓的浪费，也易导致权利人因时效超过而受损，客观上纵容了不诚实的逃债行为。

2、时效起算点的客观认知性

民事诉讼时效的起算一般适用主观认知标准，要求自从权利人知道或应当知道其权利被侵害时起计算。[137]这种主观认知标准符合人类认知规律的基本要求，因为权利人索赔的前提条件是其知道权利受到了妨害，否则何以起诉？但因当事人的主观状态难以确证，这种主观认知标准易导致相应证据证明力的不确定性，当事人因此易就时效的起算点问题发生争议，导致纠纷解决成本大幅增加。

为避免主观认知标准的上述不足，海事国际立法对若干重要的海事请求适用了严格的客观认知标准，要求以某一客观行为的发生或某种客观事实的出现作为时效的起算点，如船舶碰撞发生之日、货物交付货物或应当交付之日、油污损害事件发生之日、旅客或其行李离船之日、救助作业结束之日、船员离船之日、船舶优先权所担保债务产生之日等。[138]我国《海商法》亦借鉴了这种做法，如对于提单运输、海上旅客运输中的人身伤亡和行李灭失、船舶碰撞、海难救助、海上保险、船舶油污等损害赔偿请求，均要求自有关行为或事故发生之日起计算时效期限。而对于没有相应国际立法的航次租船、船舶租用、海上拖航等纠纷，则适用了“知道或应当知道”这种主观认知起算标准，与《民法通则》的要求保持一致。

---

135 参见向明华：《海商法学》，厦门大学出版社 2012 年版，第 9 页。

136参见 1910 年《关于统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》第 7 条第 1、2 款、1968 年《海牙维斯比规则》第 1 条第 2、3 款、1969 年《国际油污损害民事责任公约》第 8 条、1974 年《海上旅客与及行李运输雅典公约》第 16 条第 1 款、 1989 年《海难救助公约》第 23 条第 1 款、1993 年《船舶优先权和船舶抵押权公约》第 9 条、《海商法》第 29 条等。

137 参见《民法通则》第 137 条。

138 参见 1910 年《关于统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》第 7 条第 1、2 款，1968 年《海牙维斯比规则》第 1 条，1969 年《国际油污损害民事责任公约》第 8 条，1974 年《海上旅客与及行李运输雅典公约》第 16 条第 2 款，1989 年《海难救助公约》第 23 条第 1 款，1993 年《船舶优先权和船舶抵押权公约》第 9 条第 2 款等。

适用客观认知标准，虽然可避免主观认知标准项下时效起算点的相对不确定性，但对于权利人难谓公正，因为他可能因尚不知权利受妨害或尚不知相应的责任主体而无从起诉，而诉讼时效却已超过。

3、诉讼时效中断严苛

许多重要的国际海事立法将其诉讼时效定位于除斥期限，不允许时效中止、中断。[139]《海商法》第 267 条对此采取折中方法，一方面允许时效中断，另一方面对可以导致诉讼时效中断的事由做出严格限制，将其限于提起诉讼、提交仲裁、被请求人同意履行义务、请求人申请扣船等四类事由，并且在请求人撤回起诉、撤回仲裁或扣船申请，或者起诉、仲裁或扣船申请被裁定驳回的条件下，时效不能中断。这与我国民事诉讼时效可因请求人单方的请求而中断的做法比较，[140]可谓非常严苛。即便与通过允许当事人延长时效或优先适用法院地法更长时效等方式以克服其时效短暂之不足的相应国际立法比较，亦难谓宽厚。而在我国海事审判实务中，不仅海事当事人往往基于民事诉讼时效的中断事由行使海事诉讼时效中断抗辩权，有关法院的相应做法也不甚明确、统一，导致法律适用和裁决结果的不统一。

4、诉讼时效的单向性

民商事法律主体的平等性要求立法中性、平等适用。但在若干重要的相应国际海事立法中，国际社会拟统一的是各国当事人针对船方的诉讼或仲裁做法，故其包括诉讼时效在内的涉讼用语往往是单向性的，如《海牙规则》第 3 条第 6 款第 3 项规定：“除自货物交付之日或应交付之日一年以内已经提起诉讼外，在任何情况下，承运人和船舶都被解除其对灭失或损害的一切责任”，1974 年《海陆空旅客及其行李运输的雅典公约》第 16 条第 1 款亦规定：“经过两年后，就旅客的死亡或人身伤害或行李的灭失或损坏引起的损失赔偿诉讼，时效即届满。”这些立法仅涉及货方或旅客诉船方或承运人的诉讼时效，其能否反向适用，公约并不明确。《海商法》第 13 章“诉讼时效”在借鉴有关国际立法时，可能未考虑到这种特殊性，将其中若干重要的诉讼时效亦表述为一方当事人向对方当事人的单向索赔时效，而不是通常的相互性双向索赔时效。如第 257 条仅规定了海上货物运输合同项下向承运人的索赔时效，第 258 条仅规定了海上旅客及行李运输合同项下向承运人索赔的时效，第 264 条仅规定了海上保险合同项下向保险人的索赔时效。这种单向立法模式在国际立法中虽然可行，但其作为一国的国内法，就会导致另一当事人索赔时的时效适用困难，如对于承运人向货方或旅客，或者保险人向投保人或被保险人索赔的时效，究竟是认定不存在应予优先适用的海事时效规则，因而应适用更为宽松的民事时效规则，还是推定应对等地适用货方或旅客诉船方，或投保人诉承保人的海事时效？然而，因这两种时效制度在时效长短、中断事由等方面存在巨大差别，不同的适用标准可能产生截然不同的裁决结果。

5、确立了独立的追偿时效制度

海上运输法律关系环节众多，涉及多方利害关系人。但为了加快交易进程，促进资源更有效地配置，立法者在分配责任时考虑更多的是如何更快、更方便地在船货各方之间分配海上风险，故有关责任的承担既不一定以实际过错为前提，也不一定以传统的连带责任方式进行。因此合同承运人、实际承运人及其代理人、雇员等均可以独立地对外承担责任。[141]这表现在诉讼关系上，上述各方主体等都可以单独成为被告而不必是必要的共同被告。但无过错的当事方在被判令承担责任后，有权提起追偿程序，要求致损的实际过错方承担相应的补偿责任。

类似的追偿程序虽然在普通民商事法律关系中也较常见，[142]但有关立法却未对相应追偿

---

139 参见 1968 年《海牙维斯比规则》第 1 条第 2 款、1969 年《国际油污损害民事责任公约》第 8 条、1989 年《海难救助公约》第 23 条第 1 款、1993 年《船舶优先权和船舶抵押权公约》第 9 条第 1 款等。

140参见《民法通则》第 140 条，《诉讼时效规定》第 10 条、第 13 条、第 14 条、第 15 条等。

141 参见 1968 年《海牙维斯比规则》第 3 条、1978 年《汉堡规则》第 4 条第 3 条、《海商法》第 61 条等。

142 参见《民法通则》第 35 条、第 89 条，《物权法》第 21 条、第 102 条、第 107 条、第 176 条等。

之诉的时效作出特别规定。这不仅是因为民事诉讼时效易于中断，当事人无需追偿时效的特别保护，而且被告为避免因对其的诉讼程序拖延而导致其追偿实际责任人时诉讼时效超过，还可以申请追加相应的实际责任人作为共同被告或诉讼第三人参加诉讼。然而，对于涉外因素较多的海事纠纷，不仅时效不易中断，如果拟追加的连带责任人或共同被告无法确定或处于国外的，上述追加当事人的合并审理程序就存在操作性困难。故通过立法确立一种独立的追诉时效，无疑有利于解决这一实际困难。如在海上货物运输方面，《海牙维斯比规则》、《汉堡规则》均反映了这种客观要求，给予追偿请求人额外不少于九十日的追偿时效，自原纠纷解决之日起或追偿人受到对其送达的起诉状复本之日起算。[143]在船舶碰撞方面，亦规定了一年的追偿时效。[144]

我国《海商法》第257条参照前述公约的做法，亦规定了海上货物运输合同关系的追偿时效为九十日。第261条则借鉴1910年《船舶碰撞公约》的做法，规定：对于互有过失船舶碰撞引起第三人的人身伤亡，一船因承担连带赔偿责任而支付的赔偿额超过其过失比例的，向他船追偿的请求权，时效期间为一年，自当事人连带支付损害赔偿之日起算。

海事诉讼时效立法中上述时效短暂、起算点客观、时效不中断或中断事由严苛、诉讼时效单向性、单设追偿时效等机制，主要侧重于对船方的保护，体现了立法对航海业的特别扶持与保护政策。在航海风险仍然远不可控的条件下，这有其合理性和必然性。但对于法律的解释者或适用者而言，如何平衡好海事诉讼时效法律这门“善良和公正”艺术，并非易事。

（二）国际、国内海事时效制度的根本差异：诉讼时效能否延长

1、国际立法允许延长时效

世界上许多国家将诉讼时效纳入当事人意思自治范围，允许当事人自行变更，海事国际立法对此一般亦予以肯定。其一方面往往将海事诉讼时效定位为消灭时效或除斥期间，不得中止、中断，一旦超过，权利人即丧失起诉权或胜诉权；[145]另一方面，为缓解除斥期间的严苛性，又不断放宽当事人对时效期限的处分权，允许其延长，并通过设立追偿时效、优先适用法院地更宽厚时效规则等方式延长时效，以平衡当事人各方当事人的利益。

（1）允许当事人延长时效

在早期的部分国际海事立法中，诉讼时效可否延长并不明确。如1924年《海牙规则》第3条第6款第3项规定：“除自货物交付之日或应交付之日一年以内已经提起诉讼外，在任何情况下，承运人和船舶都被解除其对灭失或损害的一切责任。”该时效期限被严格限制为“一年”，超期即丧失诉权，不允许时效中止、中断。从文义解释角度而言，这些诉讼期限属于典型的除斥期间。但对于其能否延长，公约并未涉及，从而将有关问题留给了法院地法。这无疑不利于相应做法的国际统一化。

事实上，争议解决问题本质上属于当事人意思自治范畴。将诉讼时效定性为不允许当事人变更的除斥期限，既不符当事人意思自治原则的要求，也极不利于请求人的索赔。这样既不公正，也没有必要。其后有关海事时效延长的国际立法日渐放宽，时效延长规则日趋统一。

143其后《鹿特丹规则》沿袭了这种做法，如其第64条（追偿诉讼）规定：“被认定负有责任的人，可以在第62条规定的时效期间期满后提起追偿诉讼，提起该追偿诉讼的时效期间以下列较晚者为准：(a) 提起程序的管辖地准据法所允许的时效期间内；或者(b) 自追偿诉讼提起人解决原索赔之日起或者自收到向其本人送达的起诉文书之日起九十日内，以较早者为准。”第65条规定：“对被识别为承运人的人的诉讼对光船承租人或者对根据第37条第2款被识别为承运人的人的诉讼，可以在第62条规定的时效期间期满后提起，提起该诉讼的时效期间以下列较晚者为准：(a) 提起程序的管辖地准据法所允许的时效期间内；或者(b) 自识别承运人之日起或者自船舶登记所有人或者光船承租人根据第37条2款推翻其为承运人的推定之日起九十日内。”

144 参见1910年《统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》（以下简称《船舶碰撞公约》）第7条第2款。

145 参见《海牙规则》第3条第6款第3项、《海牙维斯比规则》第1条第2款、《汉堡规则》第20条第1款、《鹿特丹规则》第62条第1款等。

其具体表现在以下方面：

（a）允许当事人协定延长。为平衡当事人双方的利益，作为《海牙规则》修正案的 1968 年《海牙维斯比规定》第 1 条第 2 款明确规定:“除非从交付货物或应交付货物之日起一年内提起诉讼,在任何情况下,承运人或船舶都应被免除对于货物的任何责任。但在争议事由发生后,经当事方同意,该期限可以延长。”即经当事人协商一致的，时效可以延长。该法条后段关于时效延长的规定无疑可较大程度地缓解其前段关于时效不得中止、中断对货方的不利结果，但只要另一方当事人拒绝的，时效就无法延长。

（b）允许被请求人单方延长。经代表货方利益国家的争取，1978 年《汉堡规则》改变了《海牙维斯比规定》的上述做法，其不仅延长了时效期限，还允许被请求人单方延长时效期限。如该公约第 20 条第 1 款规定：“如果在两年之内未提起法律诉讼或仲裁，根据本公约的有关货物运输的任何诉讼，即失去时效。”但第 4 款进一步规定：“被要求赔偿的人，可在时效期限之内的任何时间向索赔人提出书面声明，延长时效期限。该期限可以通过再次声明而进一步延长。”2008 年《鹿特丹规则》就时效的除斥性质仍然沿袭了其前三个提单公约的做法，如第 62 条第 1 款规定：“两年时效期间期满后，不得就违反本公约下的一项义务所产生的索赔或者争议提起司法程序或者仲裁程序。”第 63 条前段进一步规定：“第 62 条规定的时效期间不得中止或者中断”，然而其“但书”同样肯定时效可予延长：“但被索赔人可以在时效期间内的任何时间，通过向索赔人声明而延长该时效期间。该时效期间可以经再次声明或者多次声明进一步延长。”

诉讼时效延长制度基于其内在的合理性，已被进一步扩展至海上旅客运输、海难救助甚至国际贸易等领域，如 1989 年《国际救助公约》第 23 条第 2 款亦规定“被索赔人可在时效期限内的任何时间，通过向索赔人提出声明，延长时效期限。该期限可以同样方式进一步延长。”1974 年《海陆空旅客及其行李运输的雅典公约》第 16 条第 4 款同样规定：“时效期限内任何时间,通过向索赔人提出声明或在诉因发生后通过双方协议,可以延展。声明或协议应以书面作成。”1980 年《国际货物销售时效公约》第 22 条第 2 项也规定：“债务人在时效期间持续中，得随时向债权人提出书面声明延长该期间。此项声明可以续展。”

（2）优先适用法院地法以延长时效

如果法院地法中的诉讼时效期间较公约确定的索赔时效期限更长，为了更好地平衡各方的权益，有关公约确定了法院地法优先适用的法律适用冲突规则。如就船舶碰撞而言，1910 年《船舶碰撞公约》第 7 条第 1、2 款规定：“损害赔偿的起诉权时效两年，自事故发生之日起算。”“为行使第四条第 3 款所准许的取得摊款的权利而提起的诉讼，须自付款之日起一年内提出。”第 3 款则规定“上述时效期限得以中止或中断的理由，由审理该案法院所引用的法律决定”，还授权“各缔约国有权以本国立法规定:如在上述时效期限内未能在原告住所或主要营业地所在国家领海内扣留被告船舶，便应延长上述时效期限”。就海难救助而言，1989 年《国际救助公约》第 23 条第 3 款规定“如果诉讼是在起诉地国的法律允许的时间内提起，即使上述两款规定的时效期限已届满，负有责任的人仍可提起要求补偿的诉讼。”就追偿之诉而言，亦同。如《汉堡规则》第 20 条第 5 款规定：“负有赔偿责任的人提起的追偿诉讼，如果是在诉讼所在国法律所许可的时间之内提起,即使是在上述各款规定的时效期限届满之后，亦可提起。但是，所许可的时间，自提起此种诉讼的人已经解决索赔，或已接到向其本人送交的起诉传票之日起算，不得少于九十天。”其后《鹿特丹规定》沿袭了这种做法。

2、中国原则上不允许当事人延长诉讼时效

如前所述，尽管有关海事时效的国际规则一般允许当事人延长诉讼时效，以缓解了其除斥期间固定性、短暂性与当事人争端解决意思自治之间的矛盾；尽管这也是美、德、日等 50 许多国家的通行做法，但在我国，诉讼时效期限被定位于法定的不变期间，除非法院认为“有特殊情况的”而决定延长诉讼时效期间的，原则上不允许当事人自行延长诉讼时效。

146另如2008年最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称《诉讼时效规定》）第2条明确规定：“当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可”。这种移植制度与原型制度的根本背离，致使我国海事诉讼时效期限的短暂性与时效中断严苛性之间的矛盾更加突出。

二、海事诉讼时效中断问题

海事审判实务中，多数的海事案件都存在诉讼时效是否中断的争议。[147]其主要原因是，海事诉讼时效中断与民事诉讼时效中断虽然字面基本一致，但两者实则存在重大差别。而诉讼当事人甚至部分法官对此往往并不清楚，因此引发了许多不必要的时效争议。

（一）海事诉讼时效与民事诉讼时效中断事由之比较

海事诉讼时效中断的法定事由可分为三类，但其远较同类情形的民事诉讼时效中断事由严格：

1、提起诉讼或提交仲裁

在发生民事和海事争议时，只要请求人提起诉讼或提交仲裁的，均可导致时效中断，时效期间重新计算。[148]但该事由的外延与内含在海事与民事领域大相径庭。在民事领域，“提起诉讼或提交仲裁”是广义的，其外延可扩张至具有类似法律效果的财产保全、行为保全、公示催告、督促程序等各种临时措施或非讼程序；其内含可扩展到未产生诉权行使实质意义的撤回起诉、撤回仲裁、起诉或申请被裁定驳回等情形。曾有学者主张对此作出限制性解释，认为起诉后又撤诉的，应区分两种不同情况：一是原告在起诉后法院尚未将应诉通知书和起诉状副本送达给被告条件下的撤诉；二是法院已将应诉通知书和起诉状副本送达被告，甚至法院已经开庭审理条件下的撤诉。前者按照诉讼法上的“诉的撤回，视同未起诉”的诉讼原理，不发生时效中断的效力，后者才能导致时效中断。[149]但这种限制性学理解释值得商榷。因其可能不符文义解释、目的解释、整体解释等解释规则的要求。[150]而最高人民法院2008年《诉讼时效规定》第12条亦明确规定“当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。”故只要当事人向人民法院提交诉状，诉讼时效即中断，而不论法院是否受理，或受理后是否被撤回或被驳回。

但与上述民事诉讼时效中断事由迥异的是，在海事领域，“提起诉讼或提交仲裁”是狭义的，不能作出上述或类似的扩张解释，并且海事请求权人撤回起诉、撤回仲裁、起诉或申请被裁定驳回的，时效也不能中断。其中的撤回起诉，既包括原告以作为方式表示的主动撤诉，也包括原告以不作为方式表示的被动撤诉。后者主要包括：（1）原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭，按撤诉处理的；（2）原告未经法庭许可中途退庭，按撤诉处理的；（3）原告应当预交而未预交案件受理费，人民法院应当通知其预交，通知后仍不预交或者申请减、缓、免未获人民法院批准而仍不预交，按自动撤诉处理的。尽管其中的前二种理由实质上已经达到了通过诉讼途径向对方主张权利的要求，也不能导致时效中断。

2、义务人同意履行义务

义务人同意履行义务的，不论是在海事还是在民事领域，均可导致时效中断。然而，对于何为“义务人同意履行义务”，海事与民事领域的解释存在很大差距。

146参见《民法通则》第137条后段。

147 笔者在中国涉外商事海事审判网“文书查询”栏输入“时效”一词，查询到相关裁判文书686份。在此基础上又输入“中断”一词，查询到相关裁判文书387份。这些裁判文书多为海事裁判文书。下载网址：http://www.ccmt.org.cn/cpws.php. 访问时间：2015年4月7日。

148但并非原告申请撤诉就必然导致诉讼时效中断。因为《民事诉讼法》第131条规定：“宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。”故法院未准许撤诉的，就不存在时效中断问题。

149刘晓军：《起诉后撤诉是否导致诉讼时效中断》，载2004年8月24日《人民法院报》。

150 向明华：《关于法律解释若干问题的哲学思考》，载《求索》2004年第11期，第133-135页。

在民事领域，结合《民法通则》第140条关于权利人“提出要求”即可导致时效中断法律后果的规定，可知只要义务人或其代理人在时效期限内以各种明示或默示的方式同意履行全部或部分义务的，诉讼时效均可中断，并且中断效力可涵盖全部债务。如2008年《诉讼时效规定》第16条明确规定，义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的，均属于《民法通则》第140条规定的当事人一方“同意履行义务”。

在海事领域，目前对于如何理解《海商法》第267条中的“义务人同意履行义务”，相关意见并不统一。严格解释论者认为,“被请求人同意履行义务”应理解为被请求人书面的、全面的、明确的同意，不仅包括对债权性质的确认，还应包括对债权数额的确认；而宽松解释论者认为，对此不应该做机械理解。不拒绝对方当事人依约提出的索赔而与之磋商的，就具备了同意赔偿的意思。如在海上保险合同纠纷中，只要保险人接受被保险人依约提出的保险理赔申请，并进入理赔审查程序的，就属于“被请求人同意履行义务”的情形，即使双方就赔偿的范围、数额、时间等未达成一致意见，也可以导致时效中断。在保险人做出拒赔通知之前，其均处于“同意履行义务”的状态，直到保险人做出拒赔通知，诉讼时效重新开始起算。[151]后一种宽松解释论实质上是将索赔磋商等同于同意索赔请求，即将此等同于《民法通则》第140条项下“当事人一方提出要求”中的向对方当事人提出要求。这值得商榷：首先应当予强调的是，在海事诉讼时效中断事由中，并不包括“当事人一方提出要求”、“向对方当事人提出要求”或类似的事由，更不能在“一方提出请求”和“义务人同意履行义务”之间划等号。其次，根据《海商法》第267条严格限制时效中断事由的立法宗旨，应对“义务人同意履行义务”一语作出严格的文义解释，即使同意履行部分债务的，时效中断的效力仅及于该部分，而不应扩大到其余不同意之部分。如在上诉人百事昌化学公司与被上诉人中国人民财产保险股份有限公司北京市分公司海上保险合同纠纷案中，一、二审法院均认为，“被请求人同意履行义务”是指保险合同当事人双方协商赔偿事宜并就具体赔偿数额达成协议。该案当事人双方虽然反复协商赔偿事宜，但未能达成赔偿协议。法院认为，保险公司“同意赔付合理费用”、“同意对受损货物进行索赔工作”和“在有条件限制情况下同意支付法律费用”等意思表示，以及原告有关的索赔传真均不能导致时效不中断，遂以时效超过理由判决驳回了百事昌化学公司的诉讼请求。[152]

3、诉前申请扣船

基于船舶的拟人性和对物诉讼等理论，在海事领域，起诉前申请扣船是一种非常重要的权利主张方式，具有准诉讼的功能，[153]故海事请求权人诉前申请扣船的，时效自申请扣船之日起中断。该中断事由在民事领域仅相当于《民法通则》第140条项下“当事人一方提出要求”中针对特定物即“海船”或“船舶”的诉讼前财产保全程序。虽然该范围已经非常狭窄，其还被进一步压缩为，扣船后未起诉，申请人又申请撤销扣船，且经海事法院同意的，时效不中断。因此，尽管在民事领域，通过申请财产保全、行为保全或其他临时救济措施，或启动督促程序、公示催告程序等催促债务人清偿债务的，根据《民法通则》无疑均可导致相应的诉讼时效中断，但海事申请人申请海事强制令、海事诉前证据保全或申请诉前查封、扣押、冻结被申请人其他财产的，或者仅启动海事督促、海事公示催告等程序的，其能否导致诉讼时效中断，可能存在意见分歧。笔者以为，根据《海商法》及相应海事国际立法严格限制海事诉讼时效中断事由的立法精神，除“申请扣船”外，启动上述其他海事保全或临时措施程序的，均不应导致相应的时效中断。

---

151 伍载阳：《货运保险案件中的几个理论与实务问题》，载《中国海商法协会通讯》2005年第1期，第36页。

152 参见（2005）津高民四终字第160号民事判决书。

153 向明华：《海事法要论》，法律出版社2009年版，第222页。张湘兰：《海商法》，武汉大学出版社2014年版，第342页。

4、当事人一方提出要求能否导致海事诉讼时效中断

在民事领域，绝大多数的时效中断均基于“当事人一方提出要求”这一事由。其主要原因：一是被请求人主体广泛，包括但不限于义务人及其保证人、代理人、财产代管人等；二是主张权利的方式多样。权利人可通过口头或书面等各种方式向上述被请求人举张权利：直接送交权利主张文书的，可要求对方在文书上签字、盖章；对方未签字、盖章的，则可以其他方式证明该文书到达对方当事人；通过发送信函或者数据电文等方式主张权利，只要信函或者数据电文到达或者可推定到达对方既可；当事人一方下落不明的，对方可在国家级或者下落不明当事人一方住所地有省级影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告，或者以其他事实推定或法律推定方式推定请求送达对方当事人的均可。事实上，根据我国的诉讼法理论及最高人民法院有关司法解释，只要权利人向有关主管机关提出保护其权利的请求，也可产生诉讼时效中断的效力，而无须考虑债务人是否知悉或同意该项请求。如权利人既可向人民调解委员会或其他依法有权调处相关民商事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出相应的民商事权利保护请求，也可向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民商事权利，诉讼时效从其提出请求、报案或者控告之日起中断。上述组织是否立案或者立案后是否被撤销，被请求人是否知悉该项请求、报案或者控告，均无需考虑。有关组织决定不立案、撤销案件或者不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段的，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。[154]

然而，在海事领域中，仅有请求权人单方的权利请求而义务人不明确表示同意履行的，时效并不中断。因此如果海事当事人以上述各种方式主张权利但义务人不同意的，均不能导致相应的诉讼时效中断。

综上可知，依据《民法通则》第 140 条可导致民事时效中断的绝大部分事由，均不能导致相同条件下海事诉讼时效的中断。海事索赔实务中，海事请求人向被请求人提出索赔后，被请求人往往并不是直接拒绝，而是与请求人反复磋商，待时效超过后，再断然拒赔。此时请求人如果基于民事诉讼时效中断制度再提出诉讼的，海事审判机关不应也不能给予支持。

（二）海事诉讼时效中断难题之破解

我国的海事诉讼时效中断制度远较民事诉讼时效中断制度严格，一方面是因为海事争议较普通民商事纠纷复杂，其涉及面广、影响大，严厉的时效中断制度有助于催促当事人尽快明确和清结他们之间的权利义务，有助于维护海运业的稳定与发展；另一方面，这可能系不当借鉴《维斯比规则》、《汉堡规则》等国际海事立法相应条款的结果。[155]这些国际立法虽然规定了严格的时效制度，不允许时效中止或中断，但通过允许当事人延长诉讼时效、设立追偿时效、优先适用法院地法中的相应更长时效等措施，平衡各方当事人的利益。然而我国仅借鉴了前者，却拒绝了后者，从而导致对海事当事人双方利益保护的失衡。对此可以选择以下问题解决方案之一：

1、确立海事时效延长制度

在我国，尽管理论上诉讼时效被视为一种不变期限，只有法院才有权决定是否延长诉讼时效。[156]如有学者认为：“如果当事人通过协议延长了诉讼时效，这就在根本上了背离了法律规定时效的宗旨”[157]将来制定《民法典》时，也无需增设时效延长规则。[158]然而，海事诉

154参见最高人民法院《关于贯彻执行＜中华人民共和国民法通则＞若干问题的意见(试行)》第 173、第 174 条，《诉讼时效规定》第 10、第 13、第 14、第 15 条等。

155 参见《海牙维斯比规则》第 1 条第 2 款及《汉堡规则》第 20 条第 1、4 项等。

156参见桂钢：《论海事诉讼时效》，载《中国海商法协会通讯》，1997 年第 2 期。

157另参见徐新铭、厉明：《也谈当事人协议延长提单时效的问题》，载《中国海商法年刊》（1994），大连海事大学出版社 1995 年版，第 359 页。

158 霍海红：《诉讼时效延长规则之反省（上）》，载《法律科学》2012 年第 3 期，第 86 页。

讼时效制度作为我国民事诉讼时效的特别法，其源于国际海事通行做法，两者之间存在重大差别。我国海事时效期限短暂、中断事由严苛，不利于当事人权益的正当保护，客观上要求通过时效延长等方式予以补救。因此，我们有必要借鉴相应的国际立法，确立海事时效延长制度，肯定诉讼时效延长制度对诉讼时效期限法定的纠偏功能。为此我们可以在《海商法》第 267 条中增加一款：“被请求人可在时效期限之内的任何时间向请求人提出书面声明，延长时效期限。该期限可以通过再次或多次声明而进一步延长。”

第一，这有利于解决海事诉讼时效的短暂性及纠纷解决意思当事人自治原则之间的矛盾，体现了对当事人独立市场主体地位的尊重及其纠纷自我解决能力的信任，也有利于节约国家宝贵的司法资源。争议发生后，通过协商解决争议无疑是当事人各方的首选方案。但协商往往需较长时间。为克服时效短暂的限制，争议各方往往需就时效延长问题达成协议，立法对此应予明确肯定。

第二，这也得到了我国海商法理论与实务界较广泛的支持。如天津海事法院曾参照国际惯例，认可过当事人协议延长时效的做法。[159]上海海事法院为方便当事人诉讼，施实过时效保全制度，即当事人可以就某一海事纠纷向法院申请时效保全，保全期限为一年，从该纠纷时效届满之日起算。[160]在海商法学界，许多海商法学者呼吁通过立法明确肯定当事人延长诉讼时效的效力。[161]

第三，延长诉讼时效并不违反我国的禁止性规定。首先，法律将诉讼时效延长裁量权授予法院，[162]说明时效延长并非法律禁区。其次，我国并无立法明确禁止当事人延长诉讼时效期间。相反，最高人民法院在其 1997 年《关于超过诉讼时效期间当事人达成还款协议是否应当受法律保护问题的批复》、1999 年《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》等司法文件中，认可了当事人在诉讼时效期限超过后重新确认债务的做法，间接地承认了当事人延长诉讼时效协议的做法。再者，这也是法律适用统一性、裁决结果确定性、相同案例相同处理等法治基本原则的要求。如 2010 年《涉外民事关系法律适用法》第 7 条规定“诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律”，即涉外案件诉讼时效的准据法为该涉外民事关系的准据法。如果我国不认可当事人延长诉讼时效协议的效力，可能导致这种协议在适用外国准据法时有效，而在适用中国法时反而无效的尴尬与矛盾局面。

第四，准许当事人延长诉讼时效也是我国履行相应国际立法的基本要求。我国《海商法》虽然未明确肯定当事人延长时效的做法，但其第 268 条明确规定：“ 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定;但是，中华人民共和国声

159在天津海事法院受理的德国莱茵省火灾保险公司诉天津远洋运输公司、中国粮油食品进出口公司辽宁省分公司海运货物火灾货损赔偿纠纷案中，第一被告所属的“凤凰山”轮于 1981 年底在大连港装运了第二被告的货物蔡花子饼碎前往汉堡。该货物装载于第五舱的舱底，在其上面又装载了由原告承保出口服装。运输途中，葵花籽饼碎焦化起火，仍致使其上的服装受损。原告作为服装承保人按保险条款赔付了服装收货人后，取得代位求偿权，向承运人索赔。承运人援引“火灾免责”拒赔。双方协议展期三年无果后，原告遂于 1986 年 9 月向天津海事法院提起诉讼。原告诉称，被告积载危险货物不当，引起火灾造成货损，第一被告即承运人应承担货损赔偿责任，无权享受《海牙规则》中的“火灾免责”；第二被告作为托运人在托运时未作出特殊说明，也应承担责任。第一被告以货物的固有瑕疵引发自燃为由请求免责，第二被告辩称其申报货物并无过错，并认为起诉时已超过时效，原告与第一被告延展时效的协议对其无效。法院接受第一被告意见，驳回了原告的诉讼请求。参见　雷旭辉:《对一起海运葵花籽饼自燃火灾致损索赔案的分析》，载《人民司法》2008 年第 12 期，第 25－26 页。另参见徐新铭、厉明:《也谈当事人协议延长提单时效的问题》，载《中国海商法年刊》(1994)，大连海事大学出版社 1995 年版，第 361 页。

160倪涌:《允许当事人协议延长诉讼时效》，载《中国水运》2005 年第 3 期，第 55 页。

161金彦平:《谈＜鹿特丹规则＞诉讼时效的延长》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2012 年第 1 期，第 122～124 页；郑重、王伟玲:《略论海事诉讼时效协议延长的法律效力》，载《湖北函授大学学报》2005 年第 4 期，第 36 页；郭春风:《国际海上提单运输的当事人可否协议延长时效》,《中国海商法年刊》(1993)，大连海事大学出版社 1994 年版，第 363～268 页，等。

162《民法通则》第 137 条规定：“有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”

明保留的条款除外。”“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”就前者而言，对于我国已经加入的1974年《海陆空旅客及其行李运输的雅典公约》、1989年《国际救助公约》等国际公约，其中有关当事人延长时效的规定，对我国具有约束力。就后者而言，我国虽然没有参加关提单、船舶碰撞等方面的海事公约，但有关公约中允许当事人延长时效的普遍性做法，对我国无疑构成一种重要的海事国际惯例，在我国海商法没有相应规定的条件下，这些国际惯例可予适用。由此可见，在海事审判领域允许当事人延长诉讼时效并不存在法律上的障碍。反之，如果有关延长诉讼时效的安排作为一种国际海运惯例在其他国家被承认，[163]而在我国被否认，不仅与事人意思自治原则冲突，也有违我国《海商法》与国际全面接轨的立法初衷。

2、慎重研究《海商法》第267条项下海事时效中断制度的去留问题

应否在《海商法》保留海事时效中断规则，不仅涉及其所引发的适用困难问题，更涉及诉讼时效制度的法律定性问题。在涉外民事法律关系法律适用问题中，时效制度究竟属于实体法还是程序法，各国对此长期存在分歧：有的将其定性为实体法，主张适用准据法中的时效制度；有的将定性为程序法，主张适用法院地法。我国在《民法通则》、《海商法》等实体法中规定诉讼时效，我国《涉外民事法律关系法律适用法》亦将其定性为实体法，要求适用准据法中的诉讼时效制度。[164]就有关海事国际立法、国际惯例中的时效规则适用而言，根据《海商法》第268条的要求，应当优先适用国际条约或补充适用国际惯例中的时效规则。这意味着，在解释或适用《海商法》第13章的时效规则时，应优先考虑所移植或借鉴的国际立法、国际惯例中的相应时效规定，因为无论我国是否已经参加或接受有关国际海事规则，其对我国均具有条约法或国际惯例的约束力；而在适用外国准据法时，也会排除该第13章的规定。故综合我国《民法通则》第142条、《海商法》第268条、《涉外民事法律关系法律适用法》第10条等有关规定可知，《海商法》第267条不仅作用有限，反而导致了许多时效中断难题。[165]为避免不必要的解释分歧与适用困难，可以删除该第267条。其结果是：（1）在适用有关海事国际公约或国际惯例的条件下，其中的时效期限及其中断条款直接适用，但我国提出保留或法律另外规定的除外；（2）在适用外国准据法的条件下，无需考虑如何适用该第267条的问题；（3）在其他情况下，则在民事与海事领域统一适用《民法通则》第140条及其相应规定，从而实现诉讼时效中断制度的国内统一化。

三、民事诉讼时效规则并入问题

民事诉讼时效规则的并入，是指在海事审判程序中，在适用我国法律的前提条件下，因我国海商法或相应海事国际立法对某些海事诉讼时效问题未作规定或其规定不完整，因而需在导入相应的民事诉讼时效规则。如前所述，因海事诉讼时效制度无法独立自成体系，故我们必须解决如何在海事程序中补充适用民事诉讼时效规则的问题。然而，《海商法》及其他相关立法对此并无明确答案。其结果是，海商法理论及海事审判实务一般将海事诉讼时效规则与民事诉讼时效规则定位于特别法与普通法，根据“特别法优于普通法”的法律适用规则，优先适用海事诉讼时效规则，即《海商法》第13章没有特别规定或规定不完整的，直接适

163吴焕宁主编：《国际海上运输三公约释义》，中国商务出版社2007年版，第73页。

164《涉外民事法律关系法律适用法》第7条规定：“诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。”

165由于该第267条主要是借鉴提单等国际立法的结果，其应否扩大适用至其他海事、海商法律关系，不无疑问。事实上，许多公约对此有不同做法。如《船舶碰撞公约》第7条第3款明确规定：“上述时效期限得以中止或中断的理由，由审理该案法院所引用的法律决定。”1974年《海陆空旅客及其行李运输的雅典公约》第16条第3款则规定：“有关期限中止和中断的事由，应受受案法院地的法律的约束…”。1989年《国际救助公约》第23条第3款则规定：“如果诉讼是在起诉地国的法律允许的时间内提起，即使上述两款规定的时效期限已届满，负有责任的人仍可提起要求补偿的诉讼。”故我们还可以考虑将《海商法》第267条的内容并入第257条，使该时效中断制度仅适用海上货物运输。

用《民法通则》第 7 章及相关规定。[166]笔者以为，对于这两种诉讼时效规则之间的关系，不宜作这种“一刀切”的简单化处理。而应是，对于《海商法》第十三章没有特别规定，或规定不完全的，原则上可适用《民法通则》及相关规定，但应当根据海商法的精神和对等原则，综合适用文义解释、目的解释、体系解释等解释规则，[167]具体问题具体分析，以确定相应的民事时效规则能否或如何并入，以避免不当并入。

（一）海事程序中并入民事诉讼时效规则的基本原则

由于我国海事审判理论与实务界对于海事诉讼时效与民事诉讼时效制度的巨大差异缺乏清醒的认识，在审判实务中，经常出现各种不当并入民事诉讼时效规则的现象。为规范和统一各级法院的做法，最高人民法院往往通过批复或发布相应审判指导意见等方式行使审判指导权。我们可以从中提炼出如何将民事时效规则并入海事时效体系的基本原则。

1、遵循海商法精神的原则

海商法精神来源于长期的海商法实践，反映了海商法的本质特征和基本要求，主要包括行业性、实务性、效率性、自治性、责任独立性等。这是正确解释和适用海商法的基础和检验标准。如就就沿海及内河运输的法律适用问题，因《海商法》第四章“海上货物运输合同”不适用于沿海及内河运输，因此引发了包括第十三章“时效”在内的《海商法》其他章节能否适用于沿海及内河运输的问题。针对该问题，最高人民法院 2001 年 5 月 24 日在答复浙江省高级人民法院《关于沿海、内河货物运输赔偿请求权诉讼时效期间如何计算的请示》（浙高法［2000］267 号）时明确提出，应“根据《中华人民共和国海商法》第二百五十七条第一款规定的精神，结合审判实践，托运人、收货人就沿海、内河货物运输合同向承运人要求赔偿的请求权，或者承运人就沿海、内河货物运输向托运人、收货人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算”。[168] 其中“根据《中华人民共和国海商法》…的精神”这一要求对于海商法及其相关法律的解释与适用具有广泛的指导意义，构成海事审判法律适用的基本原则。具有就诉讼时效制度而言，其中的海商法的精神无疑体现在对海事海商效率的高度追求、对当事人自治原则的高度尊重及对责任人独立责任的强调。体现前者要求的典型是其中的船舶优先权期限，短至一年，并且不得中止、中断，以催促权利人尽快行使权利，以维护或稳定航运业快速流转过程中其他相关方的权益。体现中者要求的典型是其中的时效延长制度，根据债务人的愿意，理论上时效期限可以无限延长。体现后者要求的典型是对承运人、救助人等及其雇员、代理人各自独立责任的强调。这无疑也适用于处理民事时效规则与海事时效规则的相互关系，即应根据海商法的“效率”原则、“自治”原则或诉讼主体地位独立性等来裁量某一民事诉讼时效规则能否或如何并入海事时效制度。最高人民法院其后于 2002 年 6 月 25 日在答复山东省高级人民法院鲁高法函〔2002〕23 号请示报告时进一步提出：“沿海货物运输合同不适用于《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第四章关于海上货物运输合同的规定，但可适用该法其他章节的规定。因此，你院请示的青岛口岸船务公司与青岛运通船务公司水路货物运输合同纠纷一案应当适用《海商法》关于货物运输诉讼时效为 1 年的规定。”[169]该批复明确要求，对于沿海或水上货物运输纠纷，基于其海事性质，应优先适用《海商法》除第四章以外其他章节的相应规定。故就其中的诉讼时效问题而言，无疑也应优先适用《海商法》第十三章“时效”中的所有相关规定，而不应将其简单地理解为，除其中的“1 年”时效期限外，时效的其他方面（如时效的中止、中断等）可直接并入相应的民事时效规则。然而，各级法院未必能把握这些批复

166 冯海忠：《论海事诉讼时效制度》，《船艇》2008 年第 5 期，第 41、42 页。

167 向明华：《关于法律解释若干问题的哲学思考》，载《求索》2004 年第 11 期，第 132-135、213 页。

168 参见最高人民法院 2001 年《关于如何确定沿海、内河货物运输赔偿请求权时效期间问题的批复》（法释[2001]18 号）。

169 参见最高人民法院 2002 年《关于青岛口岸船务公司与青岛运通船务公司水路货物运输合同纠纷一案中赔偿请求权诉讼时效请示的复函》（[2002]民四他字第 13 号）。

的上述内涵。如在某海上保险合同纠纷案中，其二审法院认为，《海商法》第 267 条仅规定“时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断”，但未规定请求人向被请求人提出索赔条件下时效能否中断，故应适用民事诉讼时效中断规则处理有关时效争议，遂认定投保人根据保险合同向保险公司提出索赔，可以导致诉讼时效中断。[170]该案二审法院的观点，表面上符合普通法与特别法的适用规则，也不背离文义解释规则的要求，但其无疑背离了海商法的效率精神，不符目的解释、上下文整体解释等解释规则的要求。因为该第 267 条正是通过明确列举时效中断事由的方式，排除了适用其他中断事由的可能性，而不应似是而非地认为“明确列举的适用特别法，未列举的适用一般法”，否则该特别立法就失去了意义。[171]

就并入体现了当事人意思自治精神的民事时效规则而言主，虽然我国不允许当事人在诉讼时效处分方面自治，但也并非完全没有例外。如就时效期间超过后债务的自愿履行问题，《民法通则》第 138 条采放任或不干预主义，但我国的司法实践却对此做出了扩张解释，即诉讼时效超过后，义务人再次同意履行或确认其义务的，也可导致时效重新起算。如最高人民法院 1997 年《关于超过诉讼时效期间当事人达成还款协议是否应当受法律保护问题的批复》规定：“超过诉讼时效期间，当事人双方就原债务达成的还款协议，属于新的债权债务关系。根据民法通则第九十条规定的精神，该还款协议应受法律保护。”该批复将重新确认债务的行为定性为一种独立的法律行为，认定由此形成了新的法律关系，从而再次给予强制保护。其后最高人民法院 1999 年《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》又提出：“根据《中华人民共和国民法通则》第四条、第九十条规定的精神，对于超过诉讼时效期间，信用社向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在该通知单上签字或者盖章的，应当视为对原债务的重新确认，该债权债务关系应受法律保护。”这两份批复的精神是一致的，均是基于当事人意思自治和诚实信用原则等民法基本原则，避免诉讼时效规则被滥用为恶意逃债人的庇护所，但比较而言，前一做法更可取。因为根据我国诉讼时效制度的基本原理，超过诉讼时效的债务成为自然之债，除非债务人自愿履行，法律不应再给予强制保护。因此将诉讼时效超过后达成的还债安排视为一种新的债权债务关系而给予司法救济，比将此视为对债务的重新确认更有说服力。最高人民法院这种做法，实质上是准许当事人协议延长诉讼时效，这与国际海事领域准许延长时效的通行做法是一致的，本质上符合海商法精神原则的要求，这类解释无疑可以并入海事时效制度。

2、诉讼时效权责对等原则

诉讼时效权责对等原则是诉讼当事人享有的时效权利应当与其承担的时效义务相适应的准则。由于《海商法》项下的海事时效规则相当有限，对于相应的缺口，不得不并入大量的民事时效规则，对此应当适用权责对等原则过滤，以避免不当甚至错误的并入。如《海商法》许多时效规则采取的是单向性立法模式，导致对方行使请求权时的诉讼时效无法确定。如对于海上货物运输合同纠纷，《海商法》第 257 条仅规定了向承运人索赔的诉讼时效期限为一年，而没有规定承运人向货方索赔的时效期限。对此一般认为，根据普通法与特别法的关系，应适用《民法通则》项下的二年诉讼时效。但这种明显不对等的时效期限并入显然违背平等、公正等法律基本原则。最高人民法院为此给出的解决方案是“比照适用《中华人民共和国海商法》第二百五十七条第一款的规定”，比照适用的结果是“时效期间为一年，自

170严凌振：《从一起二审改判案谈海事诉讼中的时效中断》，《中国海商法年刊》（2008），大连海事大学出版社 2009 年版，第 429～432 页。

171另如在后述的货运公司与工贸公司水路货物运输合同再审纠纷案中，二审法院在考量时效中断问题时，也根本未曾考虑应否适用《海商法》第 267 条的问题。在太平船务（私人）有限公司（以下简称太平公司）与青岛澳东化工有限公司等四公司海上货物运输合同纠纷案（山东省高级人民法院（2010）鲁民四终字第 136 号案）中，法院在裁量时效是否中断时，认为太平公司未能证明其在诉讼时效期限内向四托运人主张权利，故不存在时效中断情形。这也是直接并入了“向对方当事人主张权利”这一民事诉讼时效中断规则，而未考虑案件的海事性质。这些做法都背离了海商法的精神。

权利人知道或者应当知道权利被侵害之日起计算”。[172]该解决方案的“比照适用”是一种比较典型的对等原则实施方式，也符合海商法精神原则要求。但可惜的是，该方案未能彻底坚持对等原则和海商法精神原则的要求，其虽然比照了《海商法》第257条关于“时效期间为一年”的要求，却忽略了其中的起算点规则，直接并入了《民法通则》第137条关于“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算”的要求。显然这种“剪刀加胶水”的“比照”并入，无法彻底解决因海事与民事诉讼时效体系的内在不一致所导致的不平等待遇。最高人民法院其后在2001年《关于如何确定沿海、内河货物运输赔偿请求权时效期间问题的批复》中改变了这种作法，规定就沿海、内河货物运输合同纠纷，不论是托运人、收货人向承运人索赔，还是承运人向托运人、收货人索赔，时效期间均为一年，均自承运人交付或者应当交付货物之日起计算。即通过规则的全面、对等适用，使船货双方的时效权利与义务达到平衡。

在适用权责对等原则时，同时还应注意避免其“全面性”并入要求的陷阱。如就海上保险的时效问题，《海商法》第246条项下被保险人对保险人索赔的二年时效期间“自保险事故发生之日”起计算，但其未规定保险人对被保险人的索赔时效期间及其起算方式。这时并入《民法通则》第135条项下的二年时效期限并无疑问，但如果同时并入其“自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算”的起算方式，虽然在表面上是“全面”并入，但却会发生保险方与被保险方的诉讼时效起算点不对等等问题，导致当事人双方权利义务的失衡。为防止掉入这种“全面”性并入要求的陷阱，应当使用海商法精神原则及权责对等原则对并入的结果再次进行验证，以排除不当并入。

综合上述最高人民法院上述两份批复及其他相关要求，其实质上是就民事时效规则的并入问题，确立了一种基于权责对等原则的当事人双方权利义务平衡规则，其中平衡是方法，对等是目的。但遗憾的是，最高人民法院可能尚意识到这种改变所体现的重大价值，也未对上述1997年批复作出相应调整。

（二）各类民事时效规则的并入

民事诉讼时效规则的并入，其既包括有关时效法律术语的解释及各种具体时效期间规则的并入，也包括一般性时效规则和时效解释性规则的并入。并入各类民事时效规则时，均应海商法精神原则和权责对等原则的过滤，谨慎裁量，以避免并入不当。

1、时效法律术语解释的并入

《民法通则》第十三章及相关立法对于诉讼时效法律术语的定义和解释，是民事诉讼时效制度的重要组成部分。但基于普通立法与特别立法之间的特殊关系，在需将前者中的定义或解释并入后者时，须谨慎考量。如对于《海商法》第267条项下“诉讼”一词的内涵，究竟是作严格解释还是作扩大解释，《海商法》并无答案，但在民事领域，“诉讼”被扩大解释为“下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：（一）申请仲裁；（二）申请支付令；（三）申请破产、申报破产债权；（四）为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；（五）申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；（六）申请强制执行；（七）申请追加当事人或者被通知参加诉讼；（八）在诉讼中主张抵销；（九）其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。”即就否能导致诉讼时效中断而言，上述各种权利主张方式与诉讼方式具有同等法律效力。但在时效中断事由被严格限制的海事领域，该解释能否直接适用于解释《海商法》第267条项下的“诉讼”，不无疑问。有人主张其应当适用于解释《海商法》第267条项下的“诉讼”，因此这些行为都“是以正式的并具有启动法律程序的方式在行使权利”。[173]这值得商榷。将《海商法》第267条项下的“提起诉讼”

172 参见最高人民法院1997年《关于承运人就海上货物运输向托运人、收货人或提单持有人要求赔偿的请求权时效期间的批复》。

173 张鹏飞、孙士强：《＜诉讼时效规定＞对海事诉讼时效中断的适用》，载《上海海事大学学报》，2013

扩大解释为“以正式的并具有启动法律程序的方式行使权利”，既不符文义解释原则的基本要求，也完全背离《海商法》严格限制时效中断事由的精神。假若该解释成立，那么《海商法》第 267 条项下的“仲裁”和“扣船”程序都没有必要列明。就其中第 5 项中的各种诉前保全措施而言，《海商法》仅明确“申请扣船”具有中断时效的效力，而申请保全其他财产、申请海事证据诉前保全、申请海事强制令等，虽然属于诉讼前保全措施，均难以导致相应的海事诉讼时效中断。即使是申请海事支付令、申请海事债权登记等，也难以产生时效中断的效力。不仅因为这些申请可能被撤回或被视为撤回、被裁定不予受理或被裁定驳回，即使有关申请得到法院准许的，与提起海事诉讼比较，不仅其程序的强制程度没有可比性，也达不到与《海商法》第 267 条项下“被请求人同意履行义务”同等或类似的法律效果。另如其中的第 8 项“在诉讼中主张抵销”，如果其不以反诉方式出现，对方又不认可的，同样达不到等同《海商法》第 267 条项下“被请求人同意履行义务”的法律效果，同样无法导致相应的海事诉讼时效中断。

2、具体民事诉讼时效期间规则的并入

具体诉讼时效期间，主要指各种民商事法律关系的诉讼时效期限。具体诉讼时效期间规则的并入主要发生在以下情况下：

一是《海商法》或应适用的海事国际立法未予规定，导致无法可依的，一般可直接并入相应的民事诉讼时效期间规则。如《海商法》未涉及海事无因管理、海事不当得利等方面的时效，也未对海员劳务合同、船舶建造合同、船舶抵押借款合同、海洋开发利用等法律关系规定特别的诉讼时效期限，其无疑可直接并入《民法通则》第 135 条项下的二年普通时效期限。另如需依据《合同法》第 53 条行使海商合同撤销权的，应并入《合同法》第 55 条项下的一年除斥时效。

二是《海商法》或相应的海事国际立法有所规定但不完整的，一般可补充性地并入民事诉讼时效的相应规则。如前所述，《海商法》规定了被保险人对保险人的索赔时效期间为二年，但未规定保险人对被保险人的索赔时效期间。对于后者，无疑可并入《民法通则》第 135 条项下的二年时效期间。

三是《海商法》或相应的海事国际立法有所规定但其不甚明确，直接并入相应的民事诉讼时效期限又不甚妥当的，应当根据海商法的精神和权责对等原则等要求，谨慎裁量，既不能生搬硬套“特别法优于一般法”的适用规则，也不能完全忽视有关争议的海事性质。如对于沿海及国内水路货物运输纠纷，虽然属于海事案件，但许多人认为，由于《海商法》对其时效未作特别规定，可直接并入《民法通则》中的有关诉讼时效制度。如在后述梧州公司诉番禺公司通海水域货物运输合同纠纷案中，法院直接适用了《民法通则》项下的二年普通时效期限等有关时效规则，而未曾考虑案件的海事性质。[174]该法院的相应做法显然缺乏严谨，背离了海商法精神原则的基本要求。

3、一般民事诉讼时效规则的并入

一般民事诉讼时效规则，主要指适用于各类民事诉讼时效问题的通用规则，如时效的起算、时效的中止与中断、时效的延长、最长时效、时效抗辩时机及时效中断效果的扩张力等。因《海商法》除对时效中止、中断等作出特别规定外，对于其他的一般性时效问题均未涉及。即使对于时效中止、中断问题，也存在许多适用困难。故在海事审判中往往有必要并入相应的民事诉讼时效一般规则。这同样引发了许多并入争议。

（1）时效期限的起算点问题。就诉讼时效期限的起算点而言，《民法通则》主观认知标准项下“知道或应当知道”权利受损之日的时效起算点单一，相对简单，但涵盖面广；而

第 2 期，第 73 页。

174 值得注意的是，该案为 2009 年的案件，该案判决与其前最高人民法院于 1997 年、2001 年、2002 年等多次作出的批复、指导性意见及其发布的审判案例明显冲突。

《海商法》客观认知标准项下各种时效期限的起算点比较具体，相对复杂，易发生疏漏。故尽管《海商法》试图为每一种时效期限确定其相应的起算点，但总会出现疏漏，导致部分海事时效的起算点不确定。如对于海商合同纠纷，《海商法》主要规定了合同履行或不当履行条件下诉讼时效期间的起算方式，但未规定合同无效、被解除或被撤销等条件下诉讼时效期间的起算方式，此时无疑可并入上述“知道或者应当知道”的时效起算规则。

在决定并入或排除相应的民事时效期限起算点时，更应谨慎裁量其是否符合上述并入原则的要求。如对于承运人向货方索赔的时效期限缺失问题，最高人民法院一方面基于对等原则将此确定为一年，但另一方面，却撇开了《海商法》第 257 条关于时效起算点的规定，另行并入了民事诉讼时效的起算点“自权利人知道或应当知道权利被侵犯之日起计算”。[175]这种时效起算点的并入既不对等，也显失公正。因为这进一步强化了对船方的保护，导致该“一年”期限自承运人“知道或应当知道权利被侵害之日”起算，而不是自承运人“交付或者应当交付货物之日起计算”。这意味着，尽管货方应自交货或应当交货之日起一年内尽快索赔，但承运人可以辩称“其尚不知道其权利被侵害”而不急不忙。此外，承运人在实务中往往还援引《民法通则》项下的时效中断、最长时效等基本时效制度对抗货方的索赔。因此，该司法解释平衡利益的预期目标远未实现。[176]

（2）时效中止问题。对于时效中止问题，《海商法》第 266 条除将“诉讼时效”简略为“时效”外，基本上是重述了《民法通则》第 139 条的行文。因此，在解释《海商法》第 266 条时，就离不开有关《民法通则》第 139 条的司法解释，除非这种解释本身背离了海商法的精神或导致当事人之间权责不对等。如就中止事由的认定，2008 年《诉讼时效规定》第 20 条规定，如果存在下列情形之一的，应当认定存在《民法通则》第 139 条所规定的“其他障碍”，诉讼时效中止：（1）权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；（2）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；（3）权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利；（4）其他导致权利人不能主张权利的客观情形，如权利人被限制人身自由或成为植物人、被宣告为限制行为能力人或禁治产人、或被宣告死亡或失踪等。将该项解释适用于《海商法》第 266 条并不存在法律与实事方面的障碍。但如果将该解释并入《海商法》第 29 条，认为可基于上述事由导致船舶优先权的时效中止，则背离了船舶优先权的立法宗旨，背离了海商法精神。

（3）时效抗辩时机问题。对于当事人应于什么时候提出时效中止、中断或超过等方面的抗辩，《海商法》未涉及。最高人民法院 2008 年《诉讼时效规定》第 4 条第 1 款为此提出的问题解决方案是“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外”。该款规定可直接并入时效体系。

---

175 参见最高人民法院 1997 年《关于承运人就海上货物运输向托运人、收货人或提单持有人要求赔偿的请求权时效期间的批复》（法释〔1997〕3 号）。

176在海事审判实务中，尽管承运人向货方索赔的“一年”时效期限（自承运人知道或应当知道权利被侵害之日起算）实际上比《海商法》第 257 条项下的“一年”时效期限（自交付或者应当交付货物之日起算）更长，更有利于承运人索赔，但审判实务中往往会发生究竟以何种事实确定承运人“知道或应当知道受到侵害”的争议。如在上诉人太平船务（私人）有限公司与被上诉人青岛澳东化工有限公司、泛成国际货运有限公司等四公司海上货物运输合同纠纷案（山东省高级人民法院（2010）鲁民四终字第 136 号案）中，当事人之间的核心争议是，究竟以上诉人“收到费用发票之日”（2006 年 7 月 25 日）还是以“实际收款之日”（2008 年 5 月 26 日）确定承运人“知道或应当知道受到侵害”，并据此起算诉讼时效，法院采纳了前者（知道受损但受损金额未确定），承运人因此败诉。而在原告中远集装箱运输有限公司与被告湖南嘉利国际贸易有限公司海上货物运输合同纠纷案（青岛海事法院（2010）青海法海商初字第 166 号案）中，虽然原告亦提出应自其知道损失确切金额之日起计算诉讼时效，但法院认为“‘知道或者应当知道权利被侵害之日’并不等同于知道损失的确切金额；在知道权利被侵害时，即使损失数额不确定，诉讼时效也应起算”，遂判决驳回了原告的诉讼请求。这种“同类不同判”的分歧做法妨害了法制的统一，无疑超出了立法者的合理预期，对当事人各方均非福音。

（4）时效中断效果扩张力问题。在提出诉讼、申请仲裁或申请扣船条件下，对于民事和海事案件，时效中断的效力均可涵盖全案。但对于“义务人同意履行义务”这一时效中断事由的扩张力，海事与民事存在重大差别。如 2008 年《诉讼时效规定》第 11 条明确规定：“权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外”，即民事时效中断的效力可以扩及本案其他未同意履行之部分债务。显然，该解释规则难以并入相同情况下海事诉讼时效的中断。因为《海商法》第 267 条第 1 款项下的“义务人同意履行义务”是一种完全的、无保留的同意，其已经将仅有权利人的主张而对方不同意的情形除外。在代位求偿条件下，根据《诉讼时效规定》第 18 条的规定，债权人提起代位权诉讼的，对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。在连带之债的条件下，根据《诉讼时效规定》第 17 条的规定，对于连带债权人或连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，对其他连带债权人或连带债务人也会发生诉讼时效中断的效力。上述关于代位求偿和连带之债的诉讼时效中断效力扩张规则能否并入海事诉讼不无疑问。因为在后者，明确区分债务人本人及其雇员、代理人各自的独立责任主体地位，以及相应诉权的独立性而非其连带性。[177]如果属于追偿之诉的，则适用独立的追偿时效。故对于上述独立合同人之间的牵连关系，针对其中一人的诉讼时效中断，难以扩张到其他债务人。否则，否则背离海商法中的责任主体独立性精神。

（5）最长时效问题。在民事领域，《民法通则》确定了为期二十年的最长民事诉讼时效期限；而在海事领域，《海商法》项下的最长时效是海洋油污请求权，仅六年。这究竟意味着其他的海事请求均不适用上述二十年的最长诉讼时效，还是意味着其他的海事请求均可适用该二十年最长时效？对此有持肯定意见的，也有持否定意见的。对于《民法通则》项下的最长诉讼时效及其时效延长，我国学者大都主张其主要用于解决海峡两岸分离及“文革”期间历史遗留问题，目前已无实现价值，参议删除。[178]在海商法学界，有的认为“20 年时效期间只适用于那些‘自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算’的海事请求权纠纷”，而在海事诉讼中，不存在《民法通则》第 137 条项下的“特殊情况”，海事法院亦无权决定延长海事诉讼时效。[179]笔者以为，根据海事时效制度所追求的效率原则的精神，以及我国设立该最长时效的立法宗旨，并参照海事国际立法对海事时效期限的严格要求，该最长时效不宜并入海事领域。

综上，为理顺民事诉讼时效制度与海事诉讼时效制度的关系，进一步规范民事诉讼时效规则的并入，我们认为，在修改《海商法》时，有必要在其第十三章中增加一“时效并入”条款，明确规定：“本章及其他海事诉讼时效立法未作规定的，可以并入相应的民事诉讼时效规则，但不符合海法商精神，违背权责对等原则的除外”。

（三）时效并入典型案例评析

为规范和统一地方各级法院的做法，最高人民法院可通过审判监督或发布指导性案例等方式，纠正下级法院的不当做法，行使审判指导权。但因我国不承认判例法，最高人民法院在个案审判指导方面的作用未能充分发挥。特别在处理海事诉讼时效与民事诉讼时效的关系方面，表现比较突出。这对于如何借鉴英美法系国家的遵循先例原则，进一步完善我国的案例指导制度提出了挑战。

在深圳市中远国际货运有限公司（以下简称货运公司）与深圳市三企工贸有限公司（以下简称工贸公司）水路货物运输合同纠纷案中，[180]工贸公司向货运公司托运三个 40 尺集装

177 参见《海商法》第 51 条第 1 款第 2 项、第 102 条、第 114 条、第 115 条、第 205 条、第 257 条等。
178 参见 1988 年《最高人民法院关于人民法院处理涉台民事案件的几个法律问题》。
梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2011 年版，第 260 页。霍海红：《20 年期间定性之争鸣与选择——以〈民法通则〉第 137 条为中心》，《华东政法大学学报》2010 年第 3 期，第 28-37 页。
179 冯海忠：《论海事诉讼时效制度》，《船艇》2008 年第 5 期，第 42 页。
180 参见广州海事法院（2005）广海法初字第 460 号民事判决书、广东省高级人民法院（2006）粤高法民

箱的旧塑料，中远集装箱运输有限公司深圳公司为该批货物签发了运单。运单载明：托运人为工贸公司，收货人为宁波慈溪某公司，运输条款为CY－CY，开航日为2004年9月5日。但运单收货人仅于2004年9月中旬收到其中的一个集装箱货物。工贸公司于2005年10月10日向深圳市南山区人民法院提起诉讼，要求货运公司就未交付的两集装箱货物承担赔偿责任。深圳市南山区人民法院依法将该案移送广州海事法院管辖。对于本案货损事实，当事人双方不存在分歧。各方的争议焦点在于诉讼时效是否超过。

广州海事法院经审理认为，因签发运单的中远集装箱运输有限公司深圳公司事后被证明不存在，可将货运公司视为承运人，根据《国内水路货物运输规则》的有关要求，承运人有义务在货物到港后24小时内向收货人发出到货通知，并在核实收货人身份后交付货物。现货运公司未能在合同约定的期限内或合理期限内交付货物，已构成违约。货运公司的违约行为致使工贸公司对收货人承担了违约责任。工贸公司该项损失属于货运公司可预见的损失，法院应予支持。对于当事人争议的诉讼时效问题，海事法院认为，三个集装箱是同一运单同日出运，应于同一日运抵目的港。根据最高人民法院《关于如何确定沿海、内河货物运输赔偿请求权时效期间问题的批复》的规定，托运人、收货人就沿海、内河货物运输合同向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算。故本案诉讼时效应当从2004年9月中旬起算。尽管诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断，但工贸公司未能证明在纠纷产生后曾向货运公司主张赔偿权利，不能认定时效中断。其于2005年10月10日向深圳市南山区人民法院起诉已经超过诉讼时效，丧失了胜诉权。该院因此判决驳回工贸公司的诉讼请求。工贸公司不服判决向广东省高级人民法院上诉称，收货人在2004年9月中旬收到三箱货物中的一箱，在此后的六十日内承运人仍未交付其余两箱货物，收货人至此时才有理由认为该两箱货物已经灭失，其权利受到侵害，因此诉讼时效应从2004年11月中旬开始计算。其在2005年10月提起诉讼并未超过诉讼时效。况且其在争议产生后，多次向货运公司询问、交涉、积极主张权利，已导致诉讼时效多次中断。故请求撤销一审判决，并判令货运公司赔偿工贸公司货物及运费损失。货运公司则认为，本案的诉讼时效应适用《海商法》第十三章的有关规定，海事诉讼时效仅因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。本案不存在诉讼时效中断事由，请求二审法院维持原判。二审法院认为，根据《国内水路货物运输规则》第34条的规定："承运人应当在约定期间或者没有这种约定时在合理期间内将货物安全运送到约定地点。……承运人未能在本条第一款规定期间届满的次日起六十日内交付货物，有权对货物灭失提出赔偿请求的人可以认为货物已经灭失。"故到2004年11月中旬才可认定货物已经灭失，工贸公司才知道其权利受到损害。根据《民法通则》第137条"诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算"的规定，本案诉讼时效从2004年11月中旬起计算，至2005年11月中旬才届满一年。工贸公司起诉时尚未超过诉讼时效。原审认定事实、适用法律错误，遂判决撤销一审判决，并判令货运公司赔偿工贸公司相应货物损失。货运公司认为二审法院依据《国内水路货物运输规则》第34条和《民法通则》第137条认定本案的诉讼时效未超过属于法律适用错误，遂申请最高人民法院再审。最高人民法院裁定准予，决定提审。最高人民法院认为，本案运输合同的时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日（2004年9月中旬）起计算，工贸公司起诉时已经超过了一年的诉讼时效，丧失了胜诉权。广东省高级人民法院适用《民法通则》第137条等规定，认定应自2004年11月中旬起算诉讼时效期间，属于适用法律错误。遂判决撤销二审判决，维持一审判决。

本案三级法院就其中的诉讼时效期间法律适用问题，虽然均认定应优先适用特别立法即

四终字第110号民事判决书、中华人民共和国最高人民法院（2007）民四提字第2号民事判决书。另参见辜恩臻：《水路货物运输合同项下请求权的诉讼时效问题》，载最高人民法院法官法院编《法律教学案例精选》，中国政法大学出版社2009年版，第297－304页。

最高人民法院《关于如何确定沿海、内河货物运输赔偿请求权时效期间问题适用的批复》，认定其诉讼时效期间为一年，但对于如何确定其起算点及是否中断，存在不同观点：一审法院认为，应适用该批复及《海商法》有关规定，诉讼时效期间自承运人交付或者应当交付之日起计算。但在分析是否存在时效中断事由时，却不经意地并入了《民法通则》项下的“当事人一方提出要求”。二审法院除适用该批复外，还选择性地并入了《民法通则》第 137 条项下的时效起算点（诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利被侵害时起计算）。最高人民法院在再审程序中，肯定了一审法院做法，明确要求根据《海商法》的精神，优先适用海事诉讼时效规则，而不论其阶位如何，而不得不当并入《民法通则》的有关规定。该案其后被收录在《中国审判案例要览》。虽然我国不属于判例法国家，但最高人民法院公开发布该案例，无疑是希望可为其后海事诉讼时效规则的适用方式作出指引。[181]但其效果可能如何呢？

在原告广西梧州港航实业有限公司（简称梧州公司）与被告广东省广州市番禺区凤山实业总公司（简称番禺公司）通海水域货物运输合同纠纷案中，[182]自 2001 年 3 月至 2002 年 12 月，原告为被告自广西贵港市向广东番禺沙湾承运了 57 个航次的磷矿粉。被告为此自 2003 年 1 月至 2005 年 7 月 20 日先后 25 次通过银行汇付原告运输费用 16 余万元。2007 年 7 月 9 日被告又向原告汇付运输费用 1,000 元。2009 年 2 月 19 日，原告诉至法院追讨费用余款 26 余万元及相应逾期付款利息。被告辩称原告的诉讼请求已经超过诉讼时效。但原告认为，被告先后 26 次付款，每次付款均导致诉讼时效中断。自被告最后付款之日（2007 年 7 月 9 日）至原告起诉之日，并未超过两年的诉讼时效。法院接受原告关于被告付款导致时效中断的主张，认为根据《民法通则》第 135 条、第 137 条的规定，本案的诉讼时效为二年，从原告知道或者应当知道权利被侵害时起计算。该案诉讼时效起算之日应为 2005 年 7 月 21 日，其二年的诉讼时效届满之日为 2007 年 7 月 21 日。被告在诉讼时效未届满之前于 2007 年 7 月 9 日又支付了部分运费，诉讼时效中断，故应从 2007 年 7 月 10 日重新起算二年，至 2009 年 7 月 10 日届满。原告于 2009 年 2 月 19 日起诉，未超过两年的诉讼时效期限，遂判决原告胜诉。

尽管最高人民法院此前曾就海事诉讼时效的适用民事诉讼时效的并入等问题多次发布批复或指导性案例，但在上述梧州公司诉番禺公司案中，法院在诉讼时效的期限及中断等方面，疏于考虑案件的海事性质及其时效中断的特别要求，直接并入了《民法通则》的有关规则。如前所述，虽然从应然法的层面，能否将《海商法》第 267 条的规定扩大适用于海上货物运输以外其他的海事纠纷值得探讨，但从实然法的层面，这种并入违背了海事诉讼应优先适用海事诉讼时效中断特别规定的要求，将导致运输合同当事人双方所适用的时效中断规则不对等，无疑不符海商法精神原则和权责对等原则的基本要求。虽然该案在诉讼时效方面可能存在上述法律适用错误，但判决书却获得了 2011 年度广西壮族自治区法院优先裁判文书一等奖。[183]由此可知，海事诉讼时效的中断、并入等问题在很大程度上可能尚未进入海商法理论及审判实务界的视野。

结语

2013 年 10 月，习总主席在东盟进行国事访问时，提出共建“21 世纪海上丝绸之路”的战略构想，得到了相关国家的广泛呼应。李克强总理在 2014 年 3 月 5 日的政府工作报告提出，应抓紧规划 21 世纪海上丝绸之路的建设。建设 21 世纪海上大通道，充分开发、利用环

181参见国家法官法院、中国人民大学编：《中国审判案例要览》(2008 年商事审判案例卷)，人民法院出版社、中国人民大学出版社 2009 年版，第 86 号案。如前所述，最高人民法院就海事时效问题还发布了若干复函和批复。

182参见北海海事法院（2009）海商初字第 27 号民事判决书。

183该案判决书曾获 2011 年度广西壮族自治区法院优先裁判文书，参见《全区法院优秀裁判文书获奖名单(100 份)》 ，http://gxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=49048。访问时间：2015 年 4 月 10 日。

太平洋、印度洋海洋资源，实现沿海各国海运服务基础设施的互联互通等，既是“21 世纪海上丝绸之路”建设的重要内容，也是其物质基础保障。而海事海商实体法及程序法作为其基本的法律保障，有待进一步完善。特别是其中的海事诉讼时效法律制度，作为连接相应实体法和程序法的桥梁，亟需进一步完善与发展，以促进我国全面融入海商法国际统一化进程。

21 世纪是我国由政治、经济大国走向政治、经济强国，实现民族复兴的关键时期。本文虽然仅论及海事诉讼时效制度的特征、中断及相关民事时效规则的并入等方面存在的问题及应对之策，但其是我国全面参与经济全球化、法律全球化，充分行使各种国际权利、履行相应国际义务，有关立法与国际接轨过程中所面临的共性问题，故所提出的问题解决原则与方法等具有较广泛的参考价值。

论“诚实信用原则”对仲裁协议效力的扩张

王徽

(华东政法大学，国际法学院，上海 200042)

内容提要在众多扩张仲裁协议效力的理论与实践之中，“诚实信用原则”占有一席之地。然因担心“诚实信用原则”会同“意思自治原则”相冲突，且该原则具有模糊性，理论和实践中对依该原则而扩张仲裁协议范围的做法存在争议。鉴于“诚实信用原则”兼具“解释论”和“衡平论”的双重适用路径，且考虑到特定的仲裁政策因素，“仲裁届”应支持“诚实信用原则”的适用，以及其对仲裁协议效力的扩张。我国同样应支持该原则的适用。一方面，妥善的条款起草和行为安排有助于客观降低“诚实信用原则”的模糊性；另一方面，呼吁通过“最高院指导案例”、“司法解释”，“修改仲裁法”等方式，完善我国的相关仲裁法律制度。在明确“诚实信用原则”的同时，也为营造“支持仲裁”的法律环境添砖加瓦。

关键词国际商事仲裁；诚实信用原则；仲裁协议；效力扩张

一、问题的提出

仲裁协议适用范围的法理基础源于民法。深受“意思自治原则”和“契约相对性原则”的影响，仲裁协议一般仅适用于缔约方之间。[184]然而随着经济社会和法律环境的不断发展，传统的民法和仲裁理论已显得有些滞后。其典型表现之一在于，仲裁正不断朝多方主体发展。在特定情况下，坚守“意思自治原则”和“契约相对性原则”恐难以充分发挥仲裁的优势与价值。譬如，中立性、高效性、保密性等。[185]有鉴于此，仲裁协议的效力范围呈现出了扩张之势。即在特定情况下，仲裁协议是可突破“契约相对性”，并产生“长臂”管辖非签字方（non-signatories）效果的。[186]该环节涉及诸多理论和实践做法，包括但不限于“代理理论”（agency principle）、“受益第三人”（third party beneficiaries）、“参照适用条款”（referring clause）、“默示推断原则”（doctrine of assumption）、“法人分身理论”（alter ego）、“揭开公司面纱原则”（piercing the corporate veil）、“公司集团理论”（group of companies doctrine），以及“诚实信用原则”（good faith principle）等。[187]本文重点研究的是“诚实信用原则”对于仲裁协议效力扩张的影响。一方面，本文将以案例为引子，呈现仲裁当事人对“诚实信用原则”在仲裁协议效力范围方面的不同理解；另一方面，透过现象看本质，本文将进一步探究“诚实信用原则”的不同适用进路，以及其背后的政策考虑。

二、案件与法律分析

（一）案情简述及法律争议

申请人甲公司（买方）位于 A 国，是一家从事矿产交易的企业。被申请人乙公司（卖方）位于 B 国，是一家国有矿场开采企业。甲公司为第三人丙公司新设的全资子公司，它自

作者信息：王徽（1990-），男，上海浦东人，华东政法大学国际法学院 2013 级法学硕士。主要从事国际经济法、国际商事仲裁领域的研究。

[184]参见刘晓红：“论仲裁协议效力扩张的法理基础”，载《北京仲裁》2004 年第 1 期，第 6 页。

[185] Moses, Margaret L. "Principles and Practice of International Commercial Arbitration." Cambridge University Press ,(2008): P. 60.

[186]参见赵健：“长臂的仲裁协议: 论仲裁协议对未签字人的效力”，载《仲裁与法律》2000 年 1 期，第 25-34 页。

[187] Hosking, James M. "Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent, The." Pepp. Disp. Resol. LJ 4 (2003): 472.

身的注册资本十分有限。乙公司虽与丙公司曾建立有长期的合作关系，但它与甲公司却没有过任何合作。经过一系列谈判，甲乙最终就一笔矿产交易达成了合作关系，并订立了国际货物销售合同。合同签字方仅为甲公司和乙公司。合同仲裁条款规定："任何因本合同而产生或与本合同有关的争议，应提交国际商会国际仲裁院（ICC）解决。仲裁庭由 3 名仲裁员构成，仲裁规则为 ICC 2012 规则。仲裁准据法是对《国际商事仲裁示范法及其 2006 年的修改》（《示范法》）全文的转化适用（verbatim adoption）。合同实体法为《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）。"后双方就合同付款等问题产生纠纷，在协商未果的情况下，申请人发起了仲裁程序。

值得一提的是，丙公司在整个交易过程中均有保持一定形式的存在。如在谈判过程中，丙公司有积极地推动交易的达成。它有协助子公司拟定一些重要的合同条款，并基于既往的交易经历，来同乙公司敲定交易价格；在合同的履行过程中，丙公司有协助甲公司开立信用证，且该信用证用的是丙公司名下的银行账户。此外，在谈判时丙公司还有承诺将担任甲公司的保证人，以确保乙公司可以拿到货款；在争议发生阶段，丙公司不仅有充当甲公司的联络员，代表甲公司来与乙公司沟通，它还有为甲公司出谋划策。正因如此，申请人乙公司在发起仲裁时有请求仲裁庭基于"诚实信用原则"而加入第三人，即丙公司。但该请求却遭到了丙公司的坚决反对。[188]本案的核心议题在于"诚实信用原则"是否可产生将仲裁协议效力扩张至非缔约第三人的效果。该问进一步又可细分为两小点，其一，结合仲裁准据法和相关仲裁理论，常见于民法的"诚实信用原则"是否可适用于本案？；其二，如果可以适用，那么它应如何适用？具体的判断标准又有哪些？

（二）仲裁当事人对"诚实信用原则"的不同解释

1. 仲裁庭不应适用"诚实信用原则"加入第三人

首先，"诚实信用原则"与《示范法》第 7 条的规定存在冲突。国际商事仲裁的核心原则系"意思自治原则"。作为仲裁管辖权的基石，若没有当事人的合意，也就不存在仲裁。[189]《示范法》第 7 条的立法基础（legal rationale）恰在于此，其高度重视当事人的意思自治。[190]然而，"诚实信用原则"的适用却可能与"意思自治"产生冲突。由于"诚实信用原则"更多考虑的是"公正"和"信赖利益保护"的问题，故它可能基于前者而加入毫无仲裁意愿的第三人。[191]这种凌驾于"意思自治"的做法，不仅无法令仲裁得到第三人的授权，还会剥夺第三人追求诉讼解决问题的权利。因此，"诚实信用原则"不应适用于本案。此外，适用该原则还可能引发撤销或承认与执行方面的风险。

其次，"诚实信用原则"的适用不仅会导致仲裁协议效力范围的"不确定性"，其还会在实践中引发困难。一方面，各方对"诚实信用原则"内涵的理解差异颇大。即便放在同一法域之内，各方对"诚实信用原则"的理解可能不一致，更不用说是在不同法域之间了；[192]另一方面，就算各法域能对"诚实信用原则"的内涵达成一致，它在具体实施上仍就存在模糊之处。法律具有指引功能，但"诚实信用原则"却因具有高度抽象性而难以起到类似效果。不同于具体的法律规则，第三人是不易通过抽象的法律原则来指引自己行为的。若动辄便因"诚实信用原则"而被违心地拉入仲裁，那么仲裁协议效力范围的可预见性将"荡然无存"。久而久之，多方主体的合作也很可能因担心遭遇"不期而至"的仲裁而受到负面影响，而这对于商事交易而言是很不利的。

---

[188]笔者注：本文案例改编自第 22 届 Vis Moot 国际商事仲裁模拟法庭辩论赛赛题。

[189] Thomas, Aubrey L. "Nonsignatories in Arbitration: A Good Faith Analysis." Lewis & Clark L. Rev. 14 (2010): 953.

[190] Goldman, Berthold. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration. Kluwer law international, 1999: 501.

[191]Gary B. Born. "International arbitration: law and practice". Kluwer Law International, (2014): 1414.

[192] Farnsworth, E. Allan. "Duties of Good Faith and Fair Dealing Under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws." Tul. J. Int'l & Comp. L. 3 (1995): 60.

最后，就算适用了“诚实信用原则”，本案也不应加入第三人。如有观点将“禁止反言”或“言行一致”（*rule of non concedit venire contra factum proprium*）视为“诚实信用原则”的具体表现形式之一。[193]进而它将“诚实信用原则”的内涵解释为：“一方在国际交易中应本着合理的方式进行。若一方期待另一方怎么做，那么它自己就应先这么做。”[194]它要求一方不得因自己的“出尔反尔”或“言行不一”而损害他方的信赖利益。值得一提的是，该原则只有当一方切实遭受损害时方能适用。[195]本案显然不符合上述适用条件。譬如，丙公司曾有明确告知乙公司，它是不愿成为买卖合同中的任意一方当事人的。因此，仲裁协议基于“契约相对性原则”仅在买卖双方间有效。在此基础上，乙公司宣称的“信赖”并不合理。就算有产生“合理信赖”，买方也未因此遭受损害。因为结合案例，买方最终是可以获得付款的。综上，即使适用“诚实信用原则”，仲裁协议也不应扩张至丙公司。

2. 仲裁庭应适用“诚实信用原则”加入第三人

首先，从《示范法》第 7 条中可以推出“诚实信用原则”。这表明它在仲裁领域内也具有可适用性。根据《示范法》第 7 条（3）款和（5）款的释义，仲裁协议是可以依“默示”的方式而加以达成的。[196]具体则需要通过当事人的客观行为，从而去推断相关方的主观意图。[197]在解释当事人主体意图的过程中，仲裁庭是需要本着“诚实信用”的理念来加以判断的。此处涉及的考虑同“诚实信用原则”在实体法上的适用并无它异。即也是为了保护一方的“信赖利益”，阻止恶意行为的发生。[198]该原则在 PICC 2010 第 1.8 条，CISG 第 7 条的官方评述中均有所反映。在一些仲裁案件中，仲裁庭也常会考虑适用该原则。[199]必须指出，申请人主张“诚实信用原则”仅适用于实体法的观点是错误的。由于仲裁协议本身具有契约性质，因此适用实体法规则来辅助解释它的适用范围并无不妥。再加之，“诚实信用原则”本就是法律体系中的一项基本原则，且亦为两大法系所承认，因此该原则在仲裁程序领域同样具有可适用性。[200]

其次，“诚实信用原则”的表现形式之一为“禁止反言”和“言行一致”。尽管“诚实信用原则”具有一定的抽象性，且存在不同解读，但各方在上述领域的理解却是相似的。国际商事仲裁中同样存在“禁止反言”和“言行一致”的要求。如前所述，这是因为仲裁领域同样有“遏制欺诈、避免不公平，并防止言行不一”的需求。[201]作为国际商事仲裁中的一项基本原则，无论是从法律角度，亦或是从商业惯例的角度，交易主体对此都是知悉或理应知悉的。[202]故申请人主张该原则缺乏可预见性的提法缺乏基础。“禁止反言”和“言行一致”在具体的适用上，包括“合理信赖”，“利益受损”，“因果关系”等要件。针对具体法律要件的适用，仲裁庭享有一定的自由裁量权。

最后，本案符合“诚实信用原则”的适用标准，第三人应被加入。一方面，第三人于“合同谈判、履行、争端解决”过程中所采取的种种行为已让申请人产生了“合理信赖”。即第

---

[193] Hosking, James M. “The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent.” Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 4:3 (2004), p.537.

[194] Powers, P. J. Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods Journal of Law and Commerce, 18 (1999), p352

[195] Spring Finance Ltd v Hs Real Company LLC Queen’s Bench Division (Commercial Court) 20 January 2011 [2011] EWHC 57 (Comm)

[196] 311th Meeting devoted to the preparation of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 6 June 1985 in TravauxPreparatoires, available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml -arb/311meeting-e.pdf, Para 17, 24.

[197]Poudret, Jean-François, and SébastienBesson.Comparative law of international arbitration. Sweet & Maxwell, 2007: 216.

[198] German (F.R.) buyer v English seller Hamburg Higher Regional Court 27 July 1978 (1979) IV YBCA 266

[199] ICC Award No. 8362; ICC Award No. 6283; ICC Award No. 5073

[200]Drahozal, Christopher R., ed. Towards a science of international arbitration: collected empirical research. Kluwer Law International, 2005: 248.

[201]Gary B. Born. “International arbitration: law and practice”. Kluwer Law International, 2014: 1471.

[202] Blessing, Marc: “The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects” in Blessing, Swiss Arbitration Association, 1994.

三人自始至终会站在甲公司的背后，乙公司所面对的始终为甲丙两方。正是出于这种信赖，被申请人才会与申请人达成交易，并签署合同的；另一方面，若第三人不加入仲裁，被申请人的信赖利益将受到损害。这是因为，就算被申请人最终取得仲裁的胜利，由于申请人缺乏充足的财产，且母子公司是彼此分离的独立法人，其在执行过程中也会困难重重。更何况，鉴于第三人对交易有足够的介入，故在缺乏第三人的情况下，仲裁庭恐难以对争议的整个来龙去脉有更细致的了解。除此之外，如果不加入第三人，对于被申请人而言还是不公正的。因为第三人一边有从合同中获得利益，另一边又不去承担合同下的责任和负担。[203]综上，本案应适用“诚实信用原则”，并将仲裁协议的效力扩张至第三人。

三、“诚实信用原则”对仲裁的深层次影响

（一）“诚实信用原则”的“解释论”路径

“诚实信用原则”存在于诸多私法之中。除前文提及的国际商法，如 CISG 和 PICC 2010 以外，在国内法层面该原则同样较为常见。如在《美国统一商法典》（UCC）中，诚实信用原则的含义为“忠于事实、倡导公平交易，且符合合理的商业标准。”[204]在大陆法系之中，“诚实信用原则”更是被奉为“帝王条款”。如此可见其在民法法系中的核心地位。通常“诚实信用原则”被适用于合同的解释领域。它要求解释合同时，不必拘泥于文意，而应探求当事人的真实意图。[205]在具体实施方面，它采取的是“理性人标准”。即以一个“善意第三人”的角度来看待案件，进而结合事实和当事人的行为去推断他们的合同预期和真实仲裁意图。从本质上讲，依“解释论”的路径，“诚实信用原则”同“意思自治原则”是相融的。它并不会产生凌驾于后者的效果。

实践中，法官和仲裁员也常适用“诚实信用原则”来解释当事人的仲裁意图。譬如在瑞士最高院的一起案例中，法院判决指出：“尽管原则上只有合同当事人才会受到仲裁协议的约束，但这有时是受限于‘诚实信用原则’的。”[206]在另一起瑞士的仲裁案件中，仲裁庭也有适用“诚实信用原则”来解释当事人的意图。如仲裁庭有通过书面证据，非签字方有充分介入合同履约和管理过程的事实等，进而推断得出第三人有仲裁之意图。[207]此类案件并不罕见见，具体的解释则有赖于特定案情。

但值得一提的是，依“解释论”的路径去理解“诚实信用原则”只能部分反应该原则的内涵。以仲裁协议的效力扩张为例，在一系列的法律理论和实践中，我们均能看到“诚实信用原则”的身影。譬如，在依“公司集团理论”加入第三人的案件中，仲裁庭是需本着“诚实信用”的理念来解释“默示合意”存在与否的。[208]同理，在采取“刺破公司面纱原则”以纳入第三人的案例中，法院同样有此考虑。[209]从这个角度看，“诚实信用原则”仅是作为“解释工具”而加以适用的，其本身并没有独立产生扩张仲裁协议适用范围的效果。不仅如此，依大陆法系的视角，这并非是严格意义上“诚实信用原则”的适用。因为考虑到法律原则具有抽象性和高位阶等特点，其只有在成文法规则存在空白和不周延之时放得适用。[210]适用的方式虽包括解释，但却又不限于解释。可见若只是将“诚实信用原则”当作“解释工具”来运用，显有“以偏概全”的问题。

---

[203] Re Kellogg Brown & Root, Inc. Texas Supreme Court 20 May 2005 166 S.W.3d 732

[204]U.C.C. § 2-103(1) (j) (2002) (amended 2003).

[205] Goldman, Berthold. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration. Kluwer law international, 1999: 257.

[206]Swiss Supreme Court Case 4A_450/2013.

[207]Swiss Federal Tribunal Case 4P.115/2003.

[208] Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others v ISOVER Saint Gobain, Interim Award, 23 September 1982, Case No. 4131

[209]Bridas S.A.P.I C. v. Government of Turkmenistan, 447 F.3d 411, 414 (5th Gir. 2006).

[210]参见林来梵，张卓明：“论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析”，载《中国法学》2006 年第 2 期，第 122-132 页。

（二）“诚实信用原则”的“衡平论”路径

法谚有云：“有原则，即有例外。”如果说“意思自治”和“契约相对性”是仲裁协议效力范围的原则，那么“诚实信用原则”在一定情况下便充当着例外的角色。既然“公平交易”是国际商事交易中的“大宪章”（*Magna Carta*），那么当当事人存在恶意或有违“诚信义务”之时，法院或仲裁庭为了实现“公正”的结果，便是可以采取衡平的方式进而实施法律例外的。[211]反应到仲裁协议的效力扩张领域，仲裁庭或者法院在特定情况下，是可以违背第三人主观意愿，进而加入第三人的。因为只有这样，才能平衡当事人之间的权利。在“诚实信用原则”的“衡平论”路径方面，有以下几点值得一提。

其一，“禁止反言”和“言行一致”是“诚实信用原则”下的典型范例。实践中，存在一系列因“禁止反言”和“言行一致”而加入或者不加入第三人的案例。例如，第三人若基于合同而获取“直接利益”（direct benefit）的话，那么他便丧失了到法院起诉合同缔约方的权利。因为“衡平法规则”禁止其采取诉讼的方式，相反他应该依据仲裁解决。换言之，合同缔约方在此情况下是可以强迫第三人加入仲裁程序的。[212]此类做法的法律考虑可通俗地理解为禁止一方“得了便宜还卖乖”。一方不能仅想着从合同中获得利益，却又不愿承担应有的合同义务。否则不仅会前后矛盾，还会产生明显的不公后果。[213]

其二，“诚实信用原则”并不仅限于“禁止反言”和“言行一致”。衡平法视角下“诚实信用原则”的本质还在于阻止并惩戒违反“诚信义务”的行为。若存在违反“诚信义务”的行为，那么法院和仲裁庭可以采取“纠偏”的方式，从而实现公正的结果。例如，在一起美国的案例中，因某公司股东存在虚假陈述、恶意稀释股权、虚假刑事指控等行为。当他以非缔约第三人的身份请求依仲裁解决纠纷时，却遭到了法院的拒绝。拒绝原因不仅在于他并非为基础合同的缔约方，还在于他违反了“诚信”义务。藉此也就丧失了依“诚实信用原则”而主张仲裁的权利。[214]除此之外，在另一起法国的案例中，原仲裁主体因巴基斯坦政府的不作为而不再存续。尽管巴基斯坦政府曾多次明示拒绝成为仲裁协议的主体，但由于巴基斯坦政府违反诚信义务（“朝令夕改”）在先，出于公平正义的考虑，仲裁庭最终决定纳入巴基斯坦政府。[215]由此可见，“诚实信用原则”亦有其独立性。它并非总是需要借助于“禁止反言”等方式来加以实现。

其三，在独立适用“诚实信用原则”以扩张仲裁协议效力时，需要遵循一定的法律要件。参照“禁止反言”的构成要件，“诚实信用原则”也应包括 3 点。其一，存在违反“诚信义务”的行为；其二，存在“损害后果”或“不公正结果”；其三，行为与结果之间存在“因果关系”。在实施过程中，法官或仲裁员需要本着公平正义的理念，从而判断“纠偏”的正当性和具体程度。如在第三人主动请求加入仲裁的案件中，相关方应考察缔约方是否存在违反“诚信义务”的行为。若存在此类行为，那么它是否又实质性地导致第三人利益的损害，以至不允许加入第三人便无法实现公正的结果。倘若这些均为肯定回答，那么第三人基于“诚实信用原则”而加入仲裁的请求便应予准许；相类似的，在第三人被动加入仲裁的案件中，有关方则需要着重判断第三人是否有采取违反“诚信义务”进而有损缔约方的行为。此时，若第三人不加入仲裁便无法实现公正结果的，那么有关方便可适用“诚实信用原则”来加入第三人。

（三）“诚实信用原则”背后的仲裁政策性考虑

---

[211]Bonell, Michael Joachim. An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts. MartinusNijhoff Publishers, 3rded, 2005: 134.

[212] Hui, Alexandra Anne. "Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration."Vand. L. Rev. 60 (2007): 727-32.

[213] Upstate LLC v. Carloss Well Supply U.S. District Court, New York 22 February 2000, 84 F. Supp. 2d 357

[214]Motorola Credit Corp. v. Uzan 388 F.3d 39, 43 (2d Cir. 2004).

[215]Dallah Real Estate & Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2008] EWHC 1901 (Comm)

在判断“诚实信用原则”是否可用于扩张仲裁协议的效力，以及具体如何适用方面，还有必要一并结合仲裁的政策性考虑。具体需要理清以下几个方面的关系。

其一，“诚实信用原则”与“意思自治原则”的关系。结合本文所涉及的案例，一方当事人最大的担心和抗辩莫过于“诚实信用原则”可能突破“意思自治原则”这一仲裁基础性原则。担忧虽有一定道理，但却不能一概而论。对此我们有必要同时从 2 个层面来看。一方面，若依“解释论”的路径适用“诚实信用原则”，它并不会产生上述问题。相反它的目的恰在于探求当事人之间的真实意思表示。如前所述，显然它是完全符合“意思自治原则”的做法；另一方面，若依“衡平论”的路径适用“诚实信用原则”，其才可能产生违反“意思自治”，如违背第三人意愿的后果。作为“意思自治原则”的例外，从实现公平的角度看，这种做法并非没有正当性。[216]无论何种争端解决机制，都是追求“公正”结果的。若无法实现这一终极目标，那么“空谈”或“死守”任何仲裁原则都是“事倍功半”的，更何况是一方违反“诚信义务”在先。出于法律政策的考虑，事后法律不应对此有所保护。否则便会产生纵容此类行为发生的潜在后果。

其二，“诚实信用原则”与“扩张仲裁协议效力”的关系。之所以会产生仲裁协议效力的扩张，同追求高效、终局性、易于执行、保密等期待有关。如果严格死守“意思自治”和“契约相对性原则”，那么仲裁所能体现的上述功能将难以体现。而适用“诚实信用原则”从而扩张仲裁协议的效力，同样是基于上述考虑的。值得一提的是，案件中为一方当事人所担心的“不确定性”，主要源于“诚实信用原则”的具体适用，而非在于仲裁协议效力扩张的优点和必要性。有鉴于此，倘若能够更好地明确“诚实信用原则”的适用，那么作为一项可扩张仲裁协议效力的理论，其是有独立性和特有价值的。

其三，“诚实信用原则”与“支持仲裁原则”（Pro-arbitration Policy）的关系。置于“支持仲裁原则”的背景下，“诚实信用原则”应受到支持。较之于“限缩性”地解释仲裁协议的效力范围，“扩张性”的解释显更能符合仲裁的上述功能和价值。倘若一概不适用“诚实信用原则”以扩张仲裁协议的效力，那么在一些案例中势必会出现一边是仲裁，一边又是诉讼的情景。[217]就算最后两者不产生结果上的矛盾，单从争端解决的效率上讲它也是较差的做法。在一个支持仲裁的法域之中，上述情景完全是可以通过适时适用“诚实信用原则”，并扩张仲裁协议效力范围的方式加以解决的。此处，只要不滥用“诚实信用原则”，那么它与“支持仲裁原则”的理念便是一脉相承的。

四、余论

（一）妥善的条款起草和行为安排

如前文所述，“诚实信用原则”可以产生扩张仲裁协议效力的效果。然“诚实信用原则”毕竟较为抽象，且一般当事人不易于把握，故为避免不必要的模糊性，当事人是可以通过妥善的条款起草和行为安排来加以克服的。

一方面，在条款的起草过程中，有必要明确并限定“仲裁协议”的适用范围。通常情况下，仲裁协议的安排是比较宽泛的。以中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）为例，其仲裁示范条款为：“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。”该示范条款无论是从主体的角度，亦或是从客体的角度，都是较为宽泛的设计。若涉及第三人问题时，此类条款本身并不会阻碍仲裁协议效力扩张理论的适用。如果当事人希望借助于条款的起草，更明确地阻碍“第三人理论”的实施，那么他们可以采取

---

[216] Strong, S. I. "Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure." Vand. J. Transnat'l L. 31 (1998): 986.

[217] Thomas, Aubrey L. "Nonsignatories in Arbitration: A Good Faith Analysis." Lewis & Clark L. Rev. 14 (2010): 982.

限定仲裁协议主体和内容的方式。特别是，若交易客观上会涉及第三人的话，当事人还可以进一步嵌入“排除条款”。根据上述要求而起草的仲裁条款可以为：“凡因本合同引起的付款（具体事项）争议，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，且仅对合同签字方有约束力。非签字方不受仲裁协议管辖（排除条款）。”

另一方面，在整个交易过程中，第三人应时刻注意自己的言行，以避免触犯“诚实信用原则”。鉴于仲裁当事人一般对“诚实信用原则”的法律理解有限，故法律工作者（特别是律师）对此应尽到足够的提醒义务。如建议第三人采取明确的措辞和行文，尽量撇清与基础合同当事人的法律关系。例如，当涉及第三人与基础合同当事人的联络时，可以在电子邮件或者电话中表明自己作为第三人的身份。特别是，可以纳入“联络不视作接受仲裁”等类似提示条款。采取此类行为和表述，可在一定程度上阻碍“诚实信用原则”在解释层面的运用。若在这种情况下，相对方是很难成功主张存在“合理信赖”的，更不用说“信赖利益”丧失了。除此之外，法律工作者还需要告知第三人违反“诚信义务”的后果，以避免其产生误解，即始终不会受到“仲裁协议”的约束。

（二）“诚实信用原则”在我国国际商事仲裁中的实施

由于我国具有大陆法系的传统，因此“诚实信用原则”在整个民法体系的地位同样不容撼动。无论是在有关法律，抑或是在仲裁规则的总则中，我们均能看到“诚实信用原则”的身影。譬如，《中华人民共和国民法通则》第 4 条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”《中华人民共和国民事诉讼法》第 13 条规定：“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2015 版）》第 9 条指出：“仲裁参与人应遵循诚实信用原则，进行仲裁程序。”然而，我国《仲裁法》却没有在总则或分则中明文体现“诚实信用原则”。在我国《仲裁法》未明确“诚实信用原则”的情况下，它的适用确实存在一定的模糊性。但即便如此，本文依旧认为“诚实信用原则”可适用于我国的国际商事仲裁领域。

一方面，“诚实信用原则”作为一项基本法律原则，它具有广泛的涵盖性。我国《仲裁法》中未能明确“诚实信用原则”，并不意味着它就是不存在的。恰恰相反，由于仲裁协议的效力范围问题同一般合同理论具有同质性，因此“诚实信用原则”同样可适用于仲裁协议领域；另一方面，结合特定的政策考虑，特别是受“支持仲裁原则”的影响，“诚实信用原则”也是应该适用于仲裁的。我国的国际商事仲裁起步相对较晚，欲营造更具有国际竞争力的仲裁环境，我国在“支持仲裁原则”方面尚需要付出更多的努力。在适当的案件中，适用“诚实信用原则”进而扩张仲裁协议的效力无疑也是“支持仲裁原则”的微观体现。

对于我国的仲裁员而言，当涉及加入或不加入第三人时，应充分行使“仲裁自裁管辖权”（*competence—competence*），并于合适的案情下适用“诚实信用原则”。具体建议采取 2 步走的方式。其一，尽量采取“解释论”的路径。这不仅有利于探求当事人之间的真意，还有助于避免挑战“意思自治原则”；其二，若有充分证据表明存在违反“诚信义务”的行为时，仲裁庭只有能在裁决中妥善释名适用标准和理由，那么是可以采取“诚实信用原则”进而突破“意思自治”束缚的。

对于我国的法院而言，如涉及适用“诚实信用原则”从而扩张仲裁协议效力的裁决，其在“承认与执行”和“撤销”方面，应本着支持仲裁的理念加以判断。如针对依“解释论”的路径来适用“诚实信用原则”的裁决，在裁决解释合理的情况下，法院应该予以“承认与执行”，且不应做“撤销”之裁判。因为这是符合于意思自治原则的；若是对于依“衡平论”的路径来适用“诚实信用原则”的裁决，基于支持仲裁的理念，只有客观存在违反“诚信义务”的行为，那么便不应以“缺乏有效的仲裁协议”为由从而“拒绝承认与执行”或“撤销案件”。

综上所述，尽管“诚实信用原则”具有一定的抽象性，但作为一项“扩张仲裁协议效力”的理论，它在我国同样具有可适用性。结合我国的仲裁法律体系，从短期来看，可以通过“最高院指导案例”或“司法解释”的形式来确认该原则的适用；从长期来看，呼吁在修改《仲裁法》的过程中，明确将“诚实信用条款”，如“仲裁活动应遵循诚实信用原则”写入总则。这不仅有利于进一步健全我国的仲裁法律规则，还有利于营造我国“支持仲裁”的法律环境。

The Extension of Arbitration Agreements to Non-signatories by Good Faith Principle

Wang Hui

(East China University of Political Science and Law， International Law Faculty，Shanghai 200042)

Abstract: Among various theories and practice that enable extension of arbitration agreements to non-signatories, the Good Faith Principle has been one of them. Worrying about the fact that the Good Faith Principle may go against the principle of party autonomy and it is of certain ambiguity, there exist controversies over such principle both in practice and theory. However, whereas the Good Faith Principle could be applied both for the purpose of contract interpretation and reaching equitable result, taking into account specific policy consideration, the extension of arbitration agreements to non-signatories by such principle should be sustained. The same applies in China.On one hand, the proper contract drafting and behaviors taken could objectively decrease the ambiguity of Good Faith Principle. On the other hand, it is suggested to facilitate our arbitration system by means of “Chinese Supreme Courtguiding cases”, “judicial interpretation” and “arbitration law amendment”. This will not only make the Good Faith Principle clear in arbitration but also benefit the establishment of a pro-arbitrationenvironment.

Key Words:international commercial arbitration；good faith principle；extension of arbitration agreement

论第三国强制规范适用制度在我国的确立[218]

董金鑫*
（中国石油大学法学系，山东青岛 266580）

[摘　要] 我国尚未确立第三国强制规范适用制度，这与通行的国际实践不符。虽然该制度在我国还比较陌生，但在少数立法实践中涉及到对是否设置第三国强制规范适用制度的探讨。涉外民商事审判对该问题的重视程度不够和以及实践对直接适用第三国强制规范的需求不足都是目前阻碍立法的重要原因。未来在设计这一制度时，应特别考虑其适用的领域范围以及与法院地强制规范适用制度关系。

[关键词] 第三国强制规范；适用制度；《法律适用法》

引言

传统上，涉外民商事案件的处理需要借助如当事人选法之类的冲突规范从多个待指引的法律体系中选择特定国家的法律，从而确定民事权利义务。然而，由于各国纷纷加强对经济社会生活的管制，如制定反垄断法、进出口管制以及外汇管制。此种维护公共利益的管制性强行法在涉外案件中的适用不应该由当事人选择的法律支配，而应该在系统考察此类规范自身的性质、目的以及适用结果之后作出是否适用的决定，由此造成国际强制规范理论的兴起。所谓国际强制规范，又被称为超越一切的制定法（overriding statutes）、超越一切的强制规范（overriding mandatory rules）、警察法（lois de police）、直接适用的法（règles d'application immédiate）、干预法（eingriffsnormen），是指为维护一国政治、社会、经济文化领域的重大公共利益，无须多边冲突规范的指引，直接适用于国际民商事案件的实体强制性规范。

2010 年颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 4 条确立了我国国际强制规范的直接适用，其范围由 2012 年《关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（以下简称《<法律适用法>解释（一）》）第 10 条加以规定，形成较全面的法院地强制规范适用制度。但该制度仅限于法院地强制规范，对既非准据法所属国又非法院地国的第三国国际强制规范（以下简称为第三国强制规范）的适用却付之阙如。

[218] 本文系国家社会科学基金青年项目“外国公法在国际私法中的运用研究”(12CFX107）阶段性成果，同时受中央高校基本科研业务费专项资金的资助。
* **作者简介：**董金鑫（1985－），男，山东威海人，中国石油大学（华东）法学系讲师，法学博士，主要研究方向为国际私法学、国际经济法学。

放眼世界，作为当代合同领域统一国际私法代表的 1980 年《罗马条约》第 7 条第 1 款[219]和 2008 年《罗马条例 I》第 9 条第 3 款[220]在欧盟层面逐步统一了第三国强制规范适用制度。自 2000 年以来，在正式确立法院地强制规范适用制度的立陶宛、俄罗斯等 18 国国际私法立法中，仅有韩国、摩尔多瓦、马其顿和中国未对第三国强制规范作出规定。考虑到该制度在中国还比较陌生，既往的立法实践对这一问题的关注不多，故第三国强制规范适用制度的建立乃至最终为人们所熟悉仍然是一个漫长的过程。本文首先回顾中国的立法实践，进而分析阻碍立法背后的原因，最后对这一制度的设置提出自己的看法。

一、中国关于第三国强制规范适用制度的立法实践

第三国强制规范适用制度长久以来都不构成国际私法立法的重要议题，更未在法律的正式文本中得以确立。不过，少数的立法实践也涉及关于如何设置第三国强制规范适用制度的探讨。

（一）《国际货物买卖法律适用公约》的制定

1. 中方关于第三国强制规范适用制度的提案以及回应

为修订 1955 年《国际货物买卖法律适用公约》（Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods），海牙国际私法会议邀请包括中国在内的联合国国际贸易法委员会成员参加 1985 年海牙外交会议审议公约的修订案。在会议上，阿根廷、美国等国仿照《罗马公约》第 7 条在第 74 号工作报告拟定了国际强制规范适用条款，该条文两款如下，公约不妨碍法院地法当中的可不顾冲突规范而必须适用于国际销售合同的条款的适用。如果另一国与案件有充分密切联系，可以给予该国与前款特征相同的条款以效力。

各国代表就法院地强制规范适用的争议不大，而关于第三国强制规范的适用则产生了严重的分歧。代表中方发言的王振甫先生[1]认为，该第三国强制规范适用条款旨在维护发达国家而非发展中国家的利益，中方不赞同该立法提议。他解释到，如果现实中的合同是在来自发达国家的当事人之间签订的，而公约意图适用某一发达国家的法律，则上述条款可以接受。然而本次会议讨论的是由发展中国家参与且适用于发展中国家和发达国家之间签订的合同的法律适用。如果赋予法院地国的强制规范以太大权重，将对发展中国家不利。中方的意见是，公约应该关注当事人营业地所属国的强制规范，因为营业地对当事人以及合同存在直接

[219] 当根据本公约适用一国法律时，可以给予与案情有密切联系的另一国法律中强制规范以效力，当且仅当此类规则根据该国法律必须予以适用而无论合同准据法为何。在决定是否给予此类强制规范以效力，应考虑到它们的性质和目的以及适用或不适用所发生的后果。

[220] 可以赋予那些合同债务将要或已经履行地国法中的超越一切的强制规范以效力，只要此类强制规范能够导致合同履行不合法。在决定是否给予此类规范以效力，应考虑到它们的性质和目的以及适用或不适用所发生的后果。

甚且重要的利益。除此之外，他还认为，此类规范特别表现为各国都存在的公法性规范，如货币管制、进出口管理、环境控制等。中方同意印度代表团提出公约“不应影响”当事人营业地所属国强制规范适用的意见。最后，王振甫强调，合同当事人应该尊重并关注双方营业地所属国的强制规范，无视这些规范将会导致判决或裁决的无意义。[2]

与会的其他国家代表纷纷对中方代表的提案发表看法。丹麦代表菲利普先生首先回应中方的提议，认为中方观点大大限制了草案中规定的第三国强制规范的适用范围。他认为，如果正确理解中方代表团的提议，则中方使用的术语甚至比中方代表的意图更加狭隘。瑞士代表沃尔肯先生不赞同中方关于设置第三国强制规范的目的主要是为保护工业化国家利益的看法，该规则的适用不会先验地偏向于任何特定的法律体系，而是有助促进国际关系公正解决的发展。法国代表贝罗多先生则认为，可以在原稿的基础上增加“尤其买方或卖方拥有营业地国家的法律”的字样以反映中方的意见。[221]虽然大会根据中方的意见对该款进行了修改，但草案仍没有获得半数与会国的同意，[222]未能反映在 1986 年《国际货物买卖合同法律适用公约》当中。

2. 对中方提案的评价

参与《国际货物买卖法律适用公约》的制定是中国官方最早接触第三国强制规范的适用问题。虽然中方代表的发言带有意识形态的烙印，但仍有可取之处。它并非一概排斥第三国强制规范在合同法律适用原则外的直接适用，而是就第三国的范围有所担忧。那些如货币管制、进出口管理、环境控制的现代公法规范当然适用于私人跨国间的商业活动，而且潜意识认为发达国家和发展中国家都应该相互承认此种规范对涉外合同所发挥的作用。但是无论从规范所属国以及当事人的利益层面，还是规范实际能对合同以及判决执行的影响，都应特别考虑当事人营业地国的强制规范，而非更为宽泛的密切联系国。

当时中方对 1980 年《国际货物销售合同公约》的关注较多，而第 1 条第 1 款规定公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同。此种基于营业地联系认定销售合同国际性的做法一度备受推崇。作为法律适用公约的《国际货物买卖法律适用公约》注意协调与《国际货物销售合同公约》的关系，也采用当事人营业地作为确立适用范围的标准。如果公约适用范围和第三国强制

---

221 如果另一国与案件有充分密切联系，可以给予该国与前款特征相同的条款以效力，尤其当事人营业地国的法律。

222 Antonio Boggiano, The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America, *Recueil des Cours*, Vol. 233, (1992), 159(最终投票的结果如下：阿尔及利亚、澳大利亚、奥地利、保加利亚、佛得角、中国、捷克斯洛伐克、丹麦、埃塞俄比亚、民主德国、匈牙利、伊拉克、大韩民国、马耳他、尼日利亚、挪威、葡萄牙、罗马尼亚、瑞典、土耳其、前苏联以及英国等 22 国反对，阿根廷、加拿大、芬兰、法国、联邦德国、几内亚、洪都拉斯、伊朗、爱尔兰、以色列、卢森堡、墨西哥、荷兰、西班牙、瑞士、泰国、美国、乌拉圭、瑞内瑞拉以及南斯拉夫等 20 国赞成，印度、日本、莫桑比克和也门等 4 国未参与投票).

规范采取同样的联系要求，一方面，中国一旦加入该公约，作为准据法之外的中国国际强制规范在其他缔约国法院有很大的适用机会；另一方面，对中国法院而言，将第三国强制规范限于当事人营业地国的强制规范不仅相对简易、方便，而且可避免考虑过分的域外立法。尤其是面对美国制定的贸易禁运等类型的禁令。此种禁令适用的标准并非传统属地或属人的范畴，而是基于货物或技术的来源、母公司的国籍等联系。此种过分的管辖权很难为中国接受。至于反垄断等竞争法，虽然效果原则在现代为中国在内的许多国家采用，不过当时也会被中方视为霸权主义存在的表现。

属人性连结因素的采用不代表中方希望一概排除履行地之类存在属地性联系的国际强制规范的适用。对当时的中国，采用当事人营业地确立第三国强制规范的适用范围，同样能实现进出口地在中国的本国国际强制规范的适用。一方面，对双方当事人营业地不在中国而履行涉及中国的案件，如运输过境中国的外贸纠纷，当事人一般不会在中国提起诉讼或仲裁；即使在中国提起，也很少涉及中方当事人的利益；另一方面，这一时期“走出去”的中国企业不多，涉及中方当事人的经贸诉讼而又不在中国实际履行或预备履行[223]的情况几乎不存在。故此，可以说属地因素和属人因素存在高度的重合。

（二）《法律适用法》草案

自参与《国际货物买卖法律适用公约》的制定，该制度在我国国际私法立法层面长期沉寂。虽然《法律适用法》确立了我国国际强制规范的适用，但这一规范只是在立法的最后阶段才被正式提出。而就第三国强制规范的适用，仅有 2010 年 1 月在北京拟定的中国国际私法学会立法草案（简称《北京稿》）中有所反映。[3]该法第 5 条第 2 款规定，*根据本法确定涉外民事关系的法律适用时，可以适用于案件有密切联系的一国法律中的强制规范。*[224]

有特色的是，《北京稿》将国际强制规范性质、目的和适用后果此类考量因素统一规定在第 3 款当中，即无论法院地强制规范还是第三国强制规范的适用都应进行如上分析。此种作法构成国际强制规范适用制度较明确的双边化，不仅有助于防止发生法院地强制规范滥用的问题，也有利于赋予法院地强制规范和第三国强制规范在法律适用上的同等地位，从而达到跨国判决结果的一致。

然而，出于贸然引入会过于增加法官理解以及外国法查证困难的担忧，这一规定最终没有体现在中国国际私法学会正式提交的《法律适用法建议稿》当中，其第 7 条“强制性规定的直接适用”仅仅指向我国的强制性规定，即本法规定不

---

[223] 如采用 C&F 的出口或到货形式的外贸合同，在国内港口起运或在第三地如我国香港转运。

[224] 第 1 款就我国国际强制规范的适用规定如下，“本法的规定不影响中华人民共和国法律的强制性规定的适用。”第 3 款规定了适用前两款应考虑的因素，即“适用强制性规则时，应该考虑强制性规则的性质、目的以及后果”。

影响中华人民共和国法律的强制性规定的直接适用。以后的立法审议也没有继续关注，留下小小的遗憾。与学者的期待相左，[4]对《法律适用法》第 4 条进行解释的《<法律适用法>解释（一）》第 10 条仍没有涉及第三国强制规范的适用，造成目前第三国强制规范适用制度尚未在我国得以确立的局面。

二、阻碍第三国强制规范适用制度的原因

除了前面提到该问题存在较大的理论争议之外，从事涉外民商事审判的法官对该问题的重视程度不够和目前实践对第三国强制规范直接适用的需求不足都是阻碍我国建立第三国强制规范适用制度的重要原因。

（一）法官的重视程度不够

我国法官的整体业务素质仍有待进一步提高，不仅表现为对国际私法的认知能力较差、认识理解不足，而且对新鲜知识理念普遍不够重视。以《法律适用法》第 4 条为例，尽管最高人民法院下达通知要求各级法院认真学习，[225]但从司法实践看，已出现多起明显误用、滥用中国国际强制规范的案例。

在“杨某诉钟某等海上人身损害责任纠纷案”[226]，广东海事法院将侵权损害赔偿法律适用的冲突规范视为《法律适用法》第 4 条下的强制性规定。而该强制性规定只能是实体法规则；在“上海伽姆普实业有限公司与 Moraglis S. A.承揽合同纠纷上诉案”[227]中，为适用《国际货物销售合同公约》，上海高院援引了《法律适用法》第 4 条。然国际统一实体公约的适用是承担国际义务的结果，[228]非出于冲突法的考虑；在“甲公司与金某某民间借贷纠纷案”中，[229]争议在于当事人的举证能否证明借贷的事实，属于法院地法支配的程序事项，但法院还是机械地以“我国法律对境内公民向境外主体借款有强制性规定”为由援引第 4 条的规定。这虽然存在立法不清晰的原因，但也是法官对国际私法理论不够重视的结果。如果平时能关注学界在该领域的研究，则不会出现上述明显误用的情况。因此，即使设置了第三国强制规范适用制度，司法适用的结果也必然是五花八门。

（二）实践需求不足

首先，我国目前处于社会主义初级阶段，国家对经济生活的监管仍比较多，尚不构成十分成熟的市场经济体，对外经济交往引进来的多，走出去的少。在这一过程中，遵守作为东道国法的我国国际强制规范显得更为重要。同时，受制于整体的法制环境和法律服务能力，我国法院很少作为中立的裁判地，适用第三国

---

[225]《关于认真学习贯彻执行<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>的通知》，各级法院应当积极组织审判人员认真学习，准确把握立法精神，深刻理解每一条款的含义，充分认识这部法律对调整我国涉外民事关系的重要性以及对促进国际民事交往的积极作用。

[226] (2011)广海法初字第 373 号判决书。

[227] (2012)沪高民二(商)终字第 4 号判决书。

[228] 公约在我国适用的依据有《民法通则》第 142 条、《<法律适用法>解释（一）》第 4 条。

[229] (2012)沪一中民四(商)终字第 S1262 号判决书。

强制规范的机会不多。

其次，在实践中极少会发生适用第三国强制规范的案件。这不仅是因为适用依据的不存在而导致法院不主动加以关注，也是由于当事人根本没有提出此种主张。学者们将“厦友公司诉现代会社国际货物买卖合同纠纷案”[230]作为中国审判遭遇第三国强制规范适用的实例[5]并不十分地恰当。该案的上诉人厦友公司在上诉状中辩称，讼争合同是被上诉人为了规避韩国的法律，从而达到向其海外公司提供原材料的目的而订立。一审判决错误地将本案的国际货物买卖合同认定为成立，法院没有探讨合同是否规避、违反韩国法，由于案件适用中国法，故似乎无视当事人主张适用第三国强制规范的请求。然上诉人并非希望法院适用作为第三国法的韩国国际强制规范，从而否定已经有效成立的涉案合同的效力，而意在表明当事人根本不具有订立国际货物买卖合同的真实意图，即合同因存在意思表示瑕疵的不成立。

除此之外，实践需求的不足也与国际上的政策立场有关。我国正处在韬光养晦的发展阶段，希望同世界各国发展普遍的友好关系，以创造一个和平的外部环境；同时坚定奉行主权平等和不干涉内政原则，倡导通过对话与合作解决国际纠纷，极少通过单边对外实施经济制裁的方式推进本国的外交政策，故而对外国的此类措施的域外效力也鲜有关注。与之类似的是，第三国强制规范往往与国家合同相关，被认为涉及一国的统治权行为（*act jure imperii*），我国目前仍坚持国家及其财产的绝对豁免主义，绝对豁免的作法推崇通过政治外交途径解决纠纷，同样难以在司法层面上探讨第三国强制规范的适用问题。

（三）未来的发展方向

综合我国现在的发展阶段、涉外民商事审判的现实情况以及当前的外交理念，《法律适用法》是否确立第三国强制规范适用制度都无伤大雅。而且就东亚国际私法的格局而言，虽然日本、韩国以及我国的澳门、台湾地区晚近对国际私法立法进行了全面的修订，但尚且没有国家和地区对此进行规定。然而，随着我国深化改革开放并参与全球治理活动，必将在国际政治事务中发挥越来越重要的作用，终究会面临第三国强制规范的直接适用问题。在第三国强制规范适用制度缺失时，只能借助违反合同我国的公共政策、发生履行不能的情形等实体法方法实现该第三国法律体系的指引或作为事实予以考虑。[6]故虽无须贸然修改法律加以设置，但有必要继续研究，为中国第三国强制规范适用制度的最终建立奠定基础。

三、第三国强制规范适用制度的设计方案

第三国强制规范适用制度设计的难点在于如何解释规范背后的实质意图，这

[230] (1999)经终字第 97 号判决书。

一系列复杂的问题不能完全通过单一的条文予以解决。单从规范的内容设计，无论《罗马公约》还是《罗马条例 I》的规定都可为中国第三国强制规范适用制度提供参考。本文不试图推翻现有的立法例，而只就我国在制度设计时所涉及的一些框架性问题进行探讨。

（一）领域范围

关于第三国强制规范适用制度的设计，首先要决定是否将该制度作用的领域限于合同。虽然第三国强制规范的适用主要发生在合同领域，但不能以此认定其他领域不需要该制度。就现有的立法例，尽管如瑞士等多数国家将第三国强制规范适用制度作为法律选择领域的一般条款而适用于所有的民商事领域，但土耳其明确将该制度限制在合同范畴，[231]而法院地强制规范的适用不存在此种限制，德国甚至将法院地强制规范适用制度仅限于合同。[232]

就我国而言，首先，立法者没有限定《法律适用法》第 4 条的强制性规定的领域范围。不过，《<法律适用法>解释（一）》将《法律适用法》第 4 条的强制性规定限缩解释为“法律、行政法规的规定”。这表明《<法律适用法>解释（一）》在解释和判断冲突法层面的强制性规定时试图与我国现行实体法的规定协调一致。因为只有《合同法》第 52 条第 5 项及相关司法解释对违反法律禁止的合同无效才要求“法律、行政法规的规定”的位阶，进而排除规章及以下的规范性文件的适用资格。由此，该强制性规定的范围至少主要存在于合同领域，尤其那些表现为影响合同效力的公法性强制规范。即便如此，为查漏补缺的需要，也可以如《法律适用法》第 4 条那样不作明确的限制，从而构成法律适用领域的一般条款。[233]

（二）与法院地强制规范适用制度的关系

就第三国强制规范适用制度与法院地强制规范适用制度的关系，是否不加区分而规定相同的适用条件值得探究。除了个别国际的文件，[234]立法多分别规定。就此种情形，又多数在同一条分款加以规定，[235]且法院地强制规范适用制度在前。《罗马公约》将第三国强制规范置于法院地强制规范之前的作法只是特例，已经为《罗马条例 I》所放弃。

本质上，第三国强制规范和法院地强制规范的适用标准本质是相似的。首先，对二者在适用方式和适用裁量用语差异的担忧是多余的，因为都需要法官通过自

---

231 见《土耳其国际私法与国际民事程序法》第 31 条。

232 见 1986 年《民法施行法》第 34 条。

233 《<法律适用法>解释（一）》针对《法律适用法》的总则部分，如果希望第三国强制规范适用制度尽早出台，则纳入针对法律适用具体领域的《<法律适用法>解释（二）》是稳妥的作法。如此可以考虑将第三国强制规范的适用限于合同领域。

234 如《代理法律适用公约》第 16 条、《合同与非合同之债法律适用公约》草案第 7 条。

235 《土耳其国际私法与国际民事程序法》将第 6 条和第 31 条分开，是因为法院地强制规范适用条款构成法律选择的一般制度，故规定在总则部分，而第三国强制规范仅限于合同，故规定在合同部分。

由裁量并综合考虑诸多因素之后才确定是否适用；其次，二者都要与案件存在密切联系，[7]且能够作用于私法关系。其区别只是第三国强制规范往往不满足法院地对本国国际强制规范的判断标准；最后，规范的性质和目的以及适用与不适用的后果应该构成所有国际强制规范适用考虑的因素。在法院地强制规范和第三国强制规范的适用发生真实冲突时，应优先维护法院地强制规范所保护的利益。除此之外，过分强调二者的不同难以达到国际私法所追求的法律交换的目的。现实中，法院地强制规范适用制度十分简单，极易出现滥用的现象，不利于实现跨国判决的一致性。

考虑到该问题的复杂性，且不破坏《法律适用法》第 4 条对我国国际强制规范适用的规定，单独确立第三国强制规范适用制度也是较稳妥的方式。另外如上所述，作为《法律适用法》民间草案的《北京稿》在同一条分款规定了第三国强制规范适用制度与法院地强制规范适用制度，其将是否适用所要考量的条款作为共通的因素，实现了二者部分要件的统一，富有特色。

（三）条文的内容

就单独确立第三国强制规范适用制度的模式，需要特别考虑联系要求、规范性质和目的以及适用后果。联系要求的标准很大程度取决于如何设计领域范围以及如何处理与法院地强制规范适用制度的关系。从现有的立法实践看，如果仅限于合同领域，不考虑规范的合理性，《罗马条例 I》对履行地的规定至少在逻辑上可行；但一旦将该制度适用于所有的民商事领域，采用密切联系的《罗马公约》更具有吸引力。另外，尽管密切联系需要通过司法实践加以类型化，但在条文设计中似乎难以过多解释。根据前文的分析，履行地联系虽然有不尽人意之处，但其毕竟构成合同领域最重要的连结因素，故可在采用密切联系的同时特别声明关注履行地国的履行要求；就联系的对象，无论是否限于合同领域，都宜采用案情这一表述；就规定的性质和目的以及适用与否的后果，可以仿效《罗马公约》或《罗马条例 I》那样较为笼统的规定，也可以考虑在此基础上加以细化，即对规范的性质、目的作正当性与合理性分析。[236]而就适用或不适用所发生的后果，在这一过程中应明确考虑对有关国家以及当事人所产生的影响。[237]

根据上文的分析，并参酌《北京稿》第 5 条第 2 款、《罗马公约》第 7 条第 1 款以及《罗马条例 I》第 9 条第 3 款的规定，拟定独立、全面的中国第三国强制规范适用制度的条文如下：可以给予与案情有密切联系的第三国的强制规范以效力，（在合同领域特别表现为履行地国的履行要求，）只要此类规范根据该国法律必须适用。在决定是否给予此类强制规范以效力时，应考虑到它们的性质、目的是否正当、合理以及适用或不适用对有关国家以及当事人所产生的后果。

[236] 参见 2012 年《捷克国际私法》第 25 条、《瑞士联邦国际私法》第 19 条。
[237] 参见《罗马条例 I》草案第 8 条第 3 款、《罗马尼亚民法典》第 2566 条第 2 款。

参考文献：

[1] 徐宏.中国参加海牙国际私法会议二十年回顾[J].武大国际法评论, 2018(01): 238.

[2] Antonio Boggiano, The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America[J]., Recueil des Cours, Vol. 233, (1992), 148-149.

[3] 肖永平,龙威狄.论中国国际私法中的强制性规范[J].中国社会科学, 2012(10):116.

[4] 卜璐.国际私法中强制规范的界定——兼评＜关于适用涉外民事关系法律适用法若干问题的解释（一）＞第 10 条[J].现代法学, 2013(03): 150.

[5] Yong Gan, Mandatory Rules in Private International Law in the People's Republic of China, [J].Yb. Priv. Int. L., Vol. 14, (2012-2013), 319.

[6] 肖永平,董金鑫.第三国强制规范在中国产生效力的实体法路径[J].现代法学, 2013(05): 142.

[7] Gralf-Peter Calliess, ed., Rome Regulations: Commentary on the European Rules on the Conflict of Laws[M]. Kluwer Law International, 2011, p. 206.

On the Establishment of Institution of Application of Third-country Mandatory Rules in China

DONG Jinxin

（Department of law, China University of Petroleum, Tsingdao, Shandong 266580, China）

Abstract: China has not established the institution of application of third-country mandatory rules, which is inconsistent with international practice. Although this institution is still relatively unknown in our country, a few legislative practices involve whether to establish the institution of application of third-country mandatory rules or not. Foreign-related civil and commercial trials extent of the problem seriously enough and well as the practice of directly application of third-country mandatory rules are important reasons of impeding the legislation currently. The design of institution should give special consideration to the scope of its application, as well as the institution of application of mandatory rules of the forum.

Keywords: Third-country Mandatory Rules; Institution of Application; Act on Application of Law

论公共秩序保留制度的限制适用

——基于国家利益本位向国际社会利益趋向转化的分析

王 楚

（华东政法大学 国际法学院，上海 200050）

摘要：经济全球化的迅速发展带来了全球法律文明的趋同化，一国出于保护本国根本利益的目的而滥用公共秩序保留制度的弊端和危害后果也有所显现。在以共益为基础的国际社会中，对公共秩序保留制度的限制适用已经成为普遍共识和重要发展趋势。在传统国际私法上的国家利益本位向如今国际社会利益趋向转化的背景下，滥用该制度严重了削弱冲突规范在协调法律冲突方面的价值，也不利于国际民商事交往与合作的繁荣发展。故而在国际社会利益趋向下，有必要对公共秩序保留制度予以重新审视，限制法官的自由裁量权，使其运用更为谨慎和严格。以我国为视角，结合我国在国际私法方面新出台的《关于涉外民事关系法律适用法》的司法解释，从立法层面、司法实践、引入国际公共秩序三方面为我国限制公共秩序保留制度提出措施。

关键词：公共秩序保留；限制适用；国际社会利益

Abstract：The rapid development of economic globalization brings about convergence of the global legal civilization. Through abusing reservation of public order to protect one country’s basic interests, some damaging consequences appeared. Hence, the restriction of reservation of public order has already become the general consensus and significant development tendency in international community which foundation is common interests. Based on the trend from national interest oriented in traditional international private law to tendency to international interes oriented, abusing conservation of public order not only strictly impair conflict law’s value in coordinating statute conflicts, but also exert negative influences to prosperity of international civil and commercial contact and cooperation. Under such background, it is extremely necessary to review reservation of public order. By means of restricting judges’ discretion to make its application strictly and modestly. In the perspective of China, combining with the lately issued judicial interpretation ,we try to come up with restrictive measures in three aspects, including legislative measures, judicial practice and adopting world public order.

Key words： reservation of public order; restriction of application; interests of

international community

前 言

国际私法上的公共秩序保留是指一国法院依照本国冲突规范的指引本应适用外国法时，或者依法应当对外国法院判决或仲裁裁决予以承认与执行时，或者依法应当提供司法协助时，因为这种适用、承认与执行或者提供司法协助会与法院地国的公共秩序相抵触而有权排除和拒绝的制度。所谓法院地国的公共秩序，通常是指法院地国的重大利益、基本政策、法律的基本原则或道德的基本观念。

公共秩序保留制度的核心内容在于通过排除特定外国法的适用或拒绝外国特定司法协助请求以维护本国法律的基本价值和社会公共利益。从国家利益的角度分析，一个国家的公共秩序无非是其统治阶级所采取的对内以及对外基本政策的总括。故有学者将公共秩序保留的实质总结为："公共秩序保留的实质就是国家在通过冲突规范调整涉外民商事法律关系的过程中用以维护统治阶级利益的重要工具。"[238]对法院地国而言，公共秩序保留制度发挥着安全阀的作用，通过法官运用自由裁量权去排除隐含于冲突规范中的某种危险性。作为维护本国重大利益的有力武器，各国毫无例外地将它奉为国际私法的基本制度之一。因此在各个国家的国际私法以及许多现代国际私法条约中都能看到关于公共秩序保留制度的规定。然而由于公共秩序保留制度自身具有的弹性和不确定性，使其常常被各国滥用。随着国际民商事关系的密切交往，在各国国际私法趋向于国际社会公共利益的背景下，对公共秩序保留制度予以合理地限制适用成为国际社会发展趋势。结合最新出台的关于《涉外民事关系法律适用法》的司法解释，基于国家利益本位向国际社会利益趋向转化的角度来论述公共秩序保留制度的限制适用，并对我国公共秩序保留制度的进一步完善提出相关建议。

[238] 韩德培．国际私法新论［M］．武汉：武汉大学出版社，1997．

一、国家利益本位下公共秩序保留制度的滥用

（一）公共秩序保留制度滥用的表现以及成因分析

传统的国际私法受主权利益优先观念的主导，在国际私法制度中发展起来的反致、公共秩序保留、法律规避以及外国法的查明等一系列旨在排除外国法适用、扩大本国法适用范围的制度，其最根本的目的在于最大限度内维护主权利益、内国利益。[239] 在司法实践中，公共秩序保留制度的滥用主要表现在以下几个方面：（一）公共秩序保留制度沦为政治工具，一国出于政治目的的需求去随意排除外国法的适用。公共秩序保留制度本身具有抽象性和弹性，各个国家对于公共秩序保留的规定亦有所差异，对其概念界定的不明确性容易使其沦为政治工具，削弱了该制度的法律性价值。（二）在外国法被排除适用后，直接机械的适用法院地法作为替代法，而没有根据案件的具体情况进行进一步分析。尽管这样一种做法被大多数国家的立法和司法实践所采用，但是就公共秩序保留制度产生的初衷和设立的本质来分析，这样的做法欠妥，已经导致了公共秩序保留制度的滥用。（三）法官在运用公共秩序保留制度时享有较大的自由裁量权，部分法官随意滥用其自由裁量权的行为导致了公共秩序保留制度的滥用。

公共秩序保留制度之所以会被滥用，原因在于它具有维护本国根本利益以及国家主权和安全的功能，故而会被法院地国的法官基于维护本国利益的需要而滥用。通过对其功能进行分析，可以得知它通过两方面的功能来维护法院地国的根本利益：其一，消极的否定功能。这表现为通过否定和排除与本国公共秩序相抵触的法律或者拒绝对外国提出的有损于本国根本利益的司法协助请求来维护本国的国家利益。其二，积极的肯定功能。这表现为本国通过在某些特定领域内制定强行性法律规范而完全排除外国法的适用。公共秩序保留制度的存在与发展依赖于它自身的功能，而在国家利益本位下其功能也在某种程度上招致了该制度的滥用。

此外，公共秩序保留制度本身具有较大的弹性，实施过程中对于公共秩序内涵的判定依赖于法院地国法官的自由裁量权。公共秩序的内涵本身也带有不确定性，与一国的经济发展水平、推行的政策、适用的道德评判标准等都有一定关系，

[239] 姜世波．论全球化背景下国际私法中的国家主权观——由国家利益本位向国际社会利益趋向的转化［J］．学习与探索，2005，（6）．

从而使其实施带有较强的伸缩性和灵活性。也正是这种灵活性，一方面能够为法官排除适用对本国根本利益造成损害的外国法提供了制度支撑，另一方面也为公共秩序保留制度的滥用埋下了伏笔。当法院地国法官过度追求对本国主权利益的维护而利用公共秩序保留制度去排除外国法的适用时，就导致了该制度的滥用。

（二）滥用公共秩序保留制度的危害后果

在全球法律文明趋同化进程中，法院地国基于狭隘的国家利益本位过度滥用公共秩序保留制度去排除外国法律的适用或对外国作出的判决或裁决拒绝承认和执行，以此来维护本国根本利益，那么所产生的危害后果也是具有灾难性的。

其一，滥用公共秩序保留制度会严重削弱冲突规范在协调法律冲突方面的价值。公共秩序保留制度是法院地对作为准据法之外国法进行实体考量，借以维护法院地之国际公共秩序的重要手段，亦是作为现代国际私法之基础的双边主义之例外。[240]作为一种例外，公共秩序保留制度应当被限定于在相当严重的情况下，例外地排除外国法适用的手段和措施。冲突规范的价值在于协调各国之间存在的法律冲突，从而为各国的民商事交往和合作提供良好的法律保证。在全球经济一体化的大趋势中，一国出于维护本国利益之私欲而漫无边际地滥用公共秩序保留制度排除外国法的适用，将不利于冲突规范价值的实现，这最终也将会阻碍国际民商事交往的蓬勃发展。

其二，滥用公共秩序保留制度会对当事人意思自治原则造成冲击，不利于充分尊重和保障私权利。就公共秩序保留制度所排除适用的外国法律性质分析，它所排除适用的是私法，而非公法。不适用外国的行政法、刑法、财税法等公法几乎是各国一致的立场，依据在于公法本身就没有域外效力。在市场经济条件下，各国对于私权利的充分尊重和保障是本国法治文明的重要标志。故而各国应当对涉外民商事关系中当事人通过协商达成的意思自治予以尊重，只有在适用外国法律产生严重损害法院地国的根本利益的结果时，才对外国法予以排除。

其三，滥用公共秩序保留制度扩大本国法适用的过分利己行为将会遭受国际社会的压力。对于利用公共秩序保留制度排除外国法后的法律适用，各国的立法有不同的规定。适用内国法由于兼具操作简易以及能够扩大本国法适用范围的特点，被许多国家的立法与实践所采用。我国的《涉外民事关系法律适用法》第五

[240] 金振豹．国际私法上公共秩序保留制度之比较研究［J］．比较法研究，2004，（6）．

条也规定“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”通过运用自由裁量权，法官在排除外国法适用后而能选择适用法院地法，这就为一国滥用公共秩序保留制度扩大本国法适用的利己行为提供了契机。然而国际社会是一个以互利和共益为基础的社会，任何一个国家过分利己的行为都会受到来自国际社会的压力。而且一个国家即使仅为本国利益着想，也不愿将此种行为放纵至为所欲为的地步。现在，对公共秩序保留的适用加以限制已经成为国际社会较为普遍的要求。[241]所以，滥用公共秩序保留制度去维护本国根本利益可能会产生与其制度设立初衷相悖的恶果，以致遭受国际社会的压力。

二、国家利益本位向国际社会利益趋向的过渡

（一）国家利益本位向国际社会利益趋向转化的背景

经济全球化的迅速发展带来了全球法律文明的趋同化，进而产生了全球共同利益。不同于过去各国法律所具有的的相对封闭性和鲜明的民族特色性，如今各现代文明国家的法律在保障基本人权方面具有一定程度上的共通性。比如在保障私权利方面，绝大多数国家的法律中都确立了男女平等、保护弱者权益等具有普世价值的原则。在民商事交往领域，各国的法律也对于当事人的意思自治予以不同程度的尊重和保障。当各国法律制度确立的具有普世价值的法律原则越多时，它所保障的利益就不单纯是狭隘的一个国家公民的利益，而是更为广阔的国际社会利益。立足于国家利益优先的国际私法过多地关注本国的主权利益，时常会运用诸如公共秩序保留制度等各种法律手段扩大内国法的适用，从而忽略了当事人的利益诉求，不利于国际民商事法律冲突的解决。故而基于更好维护一国及其属民利益的要求，国家利益本位已逐渐不适应国际社会发展的趋势，国际社会利益趋向逐渐成为趋势。

此外，伴随着各国民商事交往的繁荣发展以及各国经济文化的不断融合，加之一系列对广泛缔约国具有普遍约束力的国际公约的缔结，各个国家在判断是非曲直方面的价值取向趋于一致。特别是随着各国经济互赖性的增强，一系列具有广泛影响力的国际商事条约的缔结、生效促使国际商事交易的原则与规则正在走向统一，公共秩序在国家商事仲裁领域的影响与作用也会日益减弱。[242]毋庸置疑，

[241] 沈涓．冲突法及其价值导向（修订版）[M]．北京：中国政法大学出版社，2002．
[242] 肖永平．法理学视野下的冲突法 [M]．北京：高等教育出版社，2008．

在经济全球化引发的法律全球化进程中，各国法律反映的价值诉求逐渐趋近，这就要求一国在运用公共秩序保留制度去排除外国法适用时更为谨慎和严格。在以共益为基础的国际社会，繁荣国家间的民商事交往是各国在经济全球化背景下所肩负的责任和使命。故而基于更好地融入国际社会以及促进国家间民商事交往的要求，在国家利益本位下过分利己的行为逐渐被国际社会所排斥，对国际社会共同利益的追逐成为主流。

（二）简述国际社会利益趋向及相关体现

本文所指的国际社会利益趋向反映的是一种发展趋势，它着重强调的是各国在处理国际民商事法律冲突时，应以实现人类共同福祉和利益为基本出发点，克服狭隘的民族主义，站在有效促进国际民商事交往的角度，从相互冲突的法律中选择最能保障当事人基本人权的法律去解决私人之间争议。

我国政府近来的举动也能够反映出国家在国际商事交往原则与规则统一化方面做出的努力，顺应了国际社会利益趋向。在 2013 年 3 月，我国政府已正式通知联合国秘书长，撤回对《联合国国际货物销售合同公约》所作“不受公约 11 条及与 11 条内容有关的规定的约束”的声明。该撤回已经正式生效。该公约第 11 条规定：“销售合同无须以书面订立或书面证明，在形式方面也不受任何其他条件的限制。”这样的举动符合了经济全球化所引发出的法律全球化的要求，能够更大限度地为本国当事人从事国际民商事交往提供便利，克服了国家利益本位下仅维护主权利益而忽略了对私权利的尊重和保障之缺陷。此外，最高人民法院在 2013 年 1 月发布的关于适用《涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释也体现出了国际社会利益趋向，这将在后文予以细述。

三、国际社会利益趋向下对公共秩序保留的重新审视

在国家利益本位下，公共秩序保留制度发挥着排除外国法适用的安全阀的作用。法官在运用公共秩序保留制度时被赋予了广泛的自由裁量权，他们基于维护本国根本利益的立场，常常会引致公共秩序保留制度的滥用，从而使这一制度成为法官任意排除外国法适用的工具。[243]基于上文对在国家利益本位下滥用公共秩序保留制度危害后果的分析，在国家利益本位向国际社会利益趋向过渡的背景下，公共秩序的内涵需要被重新予以审视，对公共秩序保留制度的适用也应更为谨慎

[243] 徐伟功．论公共秩序保留的功能与限制［J］．河北大学学报，2004，（5）.

和严格。在国际社会利益趋向下，对于公共秩序保留制度的内涵以及立法措辞、适用标准、排除外国法后适用的法律等这些问题，我们都应予以重新审视。此外，也有必要引入国际公共秩序来限制法官在援用公共秩序保留制度所享有的广泛自由裁量权。

第一，在内涵方面，公共秩序应以国际社会共同利益为参照，由国内走向国际。公共秩序保留制度在维护本国根本利益方面发挥着安全阀的作用，但应当区分国内民法上的公共秩序和国际私法上的公共秩序。在处理国内民法关系时具有强行性的法律规范，在处理国际民商事关系时就不一定必然具有强制性。各国法律中关于婚龄的规定便是个鲜明的例子。对于本国公民而言，这是个具有强行性的法律规范，然而在涉外婚姻中，还需要结合具体情况进行分析，并不必然适用。此外，二战以后人类面临的共同问题越来越多，伴随着国际合作以及协商的日益加强，那些不能由单个或者少数国家利用本国法律自行解决的问题推动了一系列国际公约的出台。在保障人权、保护国际环境、维护航空安全等问题上，透过一系列国际公约，我们可以得知国际社会公认不得违背的法律规范逐步增多并且趋于明确化。在国际社会利益趋向下，各国的共同利益内容在增加，公共秩序的内涵应由狭隘的国内走向国际。

第二，在立法措辞方面，应在公共秩序保留制度的规定中增加限制性措辞。公共秩序保留制度本身具有极大灵活性和不确定性，漫无边际地滥用不但与其制度为维护本国根本利益的设立初衷相违背，更会产生一些不利于国际民商事交往的恶果。故而各国应当严格限制它的运用，只应作为在相当严重的情况下，例外地排除外国法适用的手段。以我国相关立法规定为例，在国际社会利益趋向的背景下，我们来重新审视公共秩序保留制度的立法措辞。目前，我国关于公共秩序保留制度的立法主要有《涉外民事关系法律适用法》第五条以及新出台的关于适用《涉外民事关系法律适用法》的相关司法解释。《涉外民事关系法律适用法》第五条规定：“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”之前我国《民法通则》第 150 条规定：“依照本章规定适用外国法律或国际惯例的，不得违背中华人民共和国社会公共利益。”通过分析我国公共秩序保留制度立法规定的变革，可以发现国际惯例不再是我国公共秩序保留制度可排除的内容。这样的变革可谓是我国紧跟国际潮流的一个表现，有助于

我国更好融合到国际大市场。然而我国的法律仅仅规定外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，就予以排除，在立法措辞上欠缺谨慎的态度。在国际社会利益趋向下，有必要对公共秩序保留制度的规定增加一些限制性的措辞，如增加严重地违反等前缀或者规定重大的公共秩序。

第三，在适用标准上，接受并采用结果标准方能符合国际大趋势。国际上存在两种适用公共秩序保留制度的标准，即内容标准和结果标准。所谓的内容标准强调的是当外国法的规定与法院地国的公共秩序相背离时，就运用公共秩序保留制度去排除外国法。所谓的结果标准强调的是适用外国法将产生损害结果时，才对外国法予以排除。采用不同的标准在实践中是有明显区别的，采用内容标准时运用公共秩序保留制度的机率要高得多。[244]诚然，采用内容标准着眼于外国法的内容，强调外国法本身的有害性、可恶性，却忽视法院地国的公共秩序是否受到损害。这种仅仅强调内国法与外国法的不一致的适用标准，从某种程度上来讲，偏离了公共秩序保留制度设立和适用的宗旨和意义。在国际社会利益趋向的本位下，各国都应本着谨慎而严格地适用公共秩序保留制度的态度。采用结果标准更符合该制度设立的初衷，它的着眼点在于适用外国法将会产生损害法院地国公共秩序的结果。相较于内容标准，结果标准能够更为公正合理的处理涉外民商事关系，更好地保护当事人的合法权益和维护法院地国的公共秩序。目前，我国适用公共秩序保留制度采用的就是结果标准，是符合国际发展大趋势的。在国际社会共同利益逐渐增多的今天，已经有越来越多的国家接受并采用公共秩序保留制度适用标准上的结果标准，这无疑对于国际民商事交往的繁荣发展发挥着推动作用。

第四，在排除外国法后适用的法律适用问题方面，根据具体案情分别处理更符合国际社会利益趋向。针对 运用公共秩序保留制度排除外国法适用后的法律适用问题，在国际上有以下几种主张：（1）适用内国法。这一做法被许多国家的立法与实践所采用，它既满足了限制外国法的适用，扩大本国法适范围的要求，也便于法院地国法官的操作。在传统国际私法中，占主导地位的法律观点是在排除外国法适用后通常适用法院地国法作为替代法。[245]但这种做法存在一定的隐患，在某些情形下会诱导法官滥用公共秩序保留制度。此外，从冲突法的本质来分析，

[244] 丁伟．国际私法学［M］．上海：上海人民出版社，2004．

[245] Monika Pauknerová．Mandatory rules and public policy in international contract law［J］．ERA Forum ，2010，11: 29–43．

对于某一国际民商事关系，一概对运用公共秩序保留制度排除外国法适用后代之以内国法，这种做法有所欠妥。（2）拒绝审判。有些学者主张将本应适用的外国法排除后，可视同外国法的内容不能证明，并以此拒绝审判。这种做法在法理上是可行的，但在司法实践中如果均对于此种情况作出拒绝审判的选择，无疑不利于国际民商事关系中纠纷与矛盾的化解，而且易导致诉讼无门情况的出现。在国际社会共同利益的基础下，此种做法也值得商榷。（3）分别处理。此说认为当适用公共秩序保留制度排除外国法适用时，法官有权根据具体案情分别处理。缘由在于冲突规范指定适用外国法，并没有排斥适用内国法，也未明确规定在外国法违反内国公共秩序时应适用内国法。这种处理方法具有一定的灵活性，能够在保护当事人合法权益和维护法院地国公共秩序方面达到一种平衡。在国际社会各国彼此紧密融合的今天，一概在排除适用外国法后适用内国法不仅对于当事人的合法权益没有起到更好的保障，甚至在有些情形下不利于弱者利益的保护。因此，分别处理的方法符合了国际社会利益趋向的趋势，针对个案给予法官以自由裁量权，从而更为妥善地处理国际民商事纠纷，进一步促进国际民商事交往的繁荣。

四、公共秩序保留制度的限制适用——以我国为视角

由于公共秩序的概念之抽象、模糊，法官在解释和运用公共秩序保留制度时就具备较大程度的自由裁量权，进而为排除外国法的适用提供了契机。在国家利益本位下，法院地国或通过立法或在司法实践中通过法官利用自由裁量权滥用公共秩序保留制度以达到维护本国根本利益的目的。这种通过限制外国法的适用达到扩大本国法适用范围的盲目排外，不仅不能较好地处理当事人之间的民商事法律纠纷，也不利于本国开展对外民商事交往。因此，我们就需要在国际社会利益趋向下重新审视公共秩序保留制度，对公共秩序保留制度的运用予以限制。在此以我国的公共秩序保留制度为例进行分析，展开来论述该制度的限制适用。

（一）我国关于公共秩序保留制度的法律规定

我国对公共秩序保留一向持肯定的态度。现行法律关于公共秩序保留制度的规定有《涉外民事关系法律适用法》第五条：“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”通过这条法律规定，我们可以得知我国通过社会公共利益这个措辞来表达公共秩序的概念。于 2013 年 1 月 7 日施行的最高人民法院关于适用《涉外民事关系法律适用法》若干问题的解

释（一）中也有涉及公共秩序保留制度的规定。新司法解释第九条规定：“当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法强制性规定的除外。”这条法律规定弥补了我国关于当事人协议选择尚未对我国生效的国际条约的法律适用问题的法律空白，同时也强调了公共秩序保留制度发挥着安全阀的作用。通过明确的立法规定了法院可以根据当事人协议选择的尚未对我国生效的国际条约确定当事人之间的权利义务，也反映出了我国国际私法立法上坚持与时俱进，在维护我国社会根本利益的大前提下，尽可能去维护当事人的合法权益，顺应了国际社会利益趋向。

此外，新出台的司法解释第十条也通过间接限制的立法方式对涉及我国社会公共利益的涉外民事关系所适用的强制性规定予以进一步明确。第十条规定：“有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：（一）涉及劳动者权益保护的；（二）涉及食品或公共卫生安全的；（三）涉及环境安全的；（四）涉及外汇管制等金融安全的；（五）涉及反垄断、反倾销的；（六）应当认定为强制性规定的其他情形。”该规定所列举的几种情形恰恰是对我国国际私法公共秩序保留制度中公共秩序内涵的一个明确诠释。这使得概念较为模糊和抽象的公共秩序有了法律限定的范围，同时也为法官在司法实践中判明在何种情形下对外国法的适用予以排除提供了良好的借鉴。关于司法协助以及对外国裁判承认和执行方面的公共秩序保留则通过我国《民事诉讼法》第二百七十六条以及第二百八十二条予以规定，在此不再赘述。

（二）限制适用公共秩序保留制度，顺应国际社会利益趋向

如上文所分析，限制适用公共秩序保留制度已经成为在当今存在共益基础的国际社会的趋势和潮流。为维护本国的根本利益而滥用公共秩序保留制度实则是没有恰当地去平衡本国的根本利益和国际社会共同利益的关系。在国际民商事交往如此频繁的今日，单单从国家利益本位出发去利用国际私法中的具有弹性的制度排除外国法适用而达到扩大本国法适用的目的的行为，已经不再能够满足保障本国根本利益的要求，甚至会带来负面影响，阻碍本国正常开展国际民商事交往。因此，顺应国际社会利益趋向，结合我国关于公共秩序法律制度的规定，简要分

析下限制适用公共秩序保留制度的具体措施。

第一，在立法层面上，增加限制性措辞，排除外国法适用后不一味适用法院地法 ，而采取更为灵活的做法。我国《涉外民事关系法律适用法》第五条规定：“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”这是通过直接限制的方式规定运用公共秩序保留制度来维护法院地国的社会公共利益。今年刚出台的司法解释中第十条对我国国际私法上的社会公共利益的内涵进行了一定范围的限定，是我国立法上的进步。但仍有缺憾的是，对于损害的程度，我们的法律未作明确规定。就公共秩序保留制度的性质而言，它发挥着安全阀的作用，对于适用外国法律将会产生危害我国公共秩序的损害结果的外国法律予以排除，以此来保障我国社会根本利益。所以它的适用应当是例外，而不应是国际民商事交往中的常态，否则不利于稳定的国际民商事关系的存在和发展。本着谨慎严格适用公共秩序保留制度的态度，应当在立法上增加一些限制性措辞，比如在损害前面加上“严重地”，或者在对社会公共利益的范围予以一定的限制。法官的自由裁量权需要在法律的指引下运用，增加限制性措辞虽无法改变该制度的弹性和抽象性，但是对于法官滥用公共秩序保留制度起到一定的限制性作用。其次，当外国法被排除适用后，目前的立法将法院地国作为替代法律予以适用。在国际社会利益逐渐趋于一致的背景下，这样的做法值得进一步商榷和推敲。出于对于国际民商事法律关系中当事人私权利的保障，一概使用法院地国法律的做法缺乏灵活性，并不是保护弱者利益的最佳选择。在当今的国际社会，当事人意思自治原则和最密切联系原则影响深远，单单从主权利益的角度出发规定排除外国法后就一律适用本国法律，不仅违背了当事人的意思自治，忽略了当事人的利益，也未能体现最密切联系原则。涉外民商事关系本要适用的法律为外国法律在某种程度上就说明了该法律关系与外国有着紧密联系，而与法院地是否有着紧密联系则无从考证。因此，我们建议在解决排除外国法适用以后的法律适用问题上，采用一种更为为灵活的做法，适用其他与案件有最密切联系的法律或者赋予法官一定的自由裁量权，让其根据个案的具体案情选择最为适当的法律。在根据个案进行法律选择时，可以参照最密切联系原则、保护弱者利益原则等在国际私法上被绝大多数国家所认可的原则。目前各国司法实践结果一般适用法院地法，但是这绝不意味着这是个已经被固定化的国际惯例。保障当事人合法权益

应当是在确定保障本国根本利益的大前提下的首要目标和任务。

第二，在司法实践中，限制法官滥用自由裁量权，做到发挥公共秩序保留制度的安全阀作用。当无其他制度可援引来保护本国根本利益时，才考虑援引公共秩序保留制度，即将其作为保护本国社会公共利益的最后一道防线。公共秩序保留制度安全阀的功能体现在它是国际私法上保护法院地国公共秩序的最后一道防线。为保护法院地国的公共秩序，在立法上主要有三种形式，分别为直接限制的立法方式、间接限制的立法方式以及合并限制的立法方式。我国《涉外民事关系法律适用法》第五条的规定就属于直接限制的立法方式，这种立法方式表述的公共秩序的内涵较为广泛，故给予了法官较大的自由裁量权。间接限制的立法方式表现为明确宣示内国某些法律具有绝对的适用效力，我国《涉外民事关系法律适用法》第四条以及新出台的《涉外民事关系法律适用法》的司法解释的第十条就属于此种立法方式。而当强制性规范与公共秩序的使用条件都具备时，应当适用哪一种呢？笔者赞同肖永平教授的观点，即对于能依《涉外民事关系法律适用法》第四条直接适用强制性规范解决的问题，直接适用该制度；若无可直接适用的强制性规范，在适用条件成立且必要时可以适用法律规避；仅在没有其他制度可以利用的情况下，才考虑援引公共秩序保留。[246]在司法实践中，法官应当本着谨慎的态度去运用公共秩序保留制度，将其作为最后一道防线。在判定适用外国法律是否会产生损害我国公共秩序的恶果时，对于公共秩序内涵的界定，法官应当参照新出台司法解释的第十条。即查看其是否涉及到我国劳动者权益保护、食品或公共卫生安全、环境安全、外汇管制等金融安全的、反垄断、反倾销以及其他情形。在当事人请求承认或执行外国的判决、仲裁裁决时，不能以裁判的实体结果是否公平合理作为认定承认和执行判决或者仲裁是否违反我国社会公共利益的标准。

第三，顺应国际社会本位之趋势，引入国际公共秩序的概念。伴随着国际私法的国际性日益增强，国际社会本位理念逐渐有取代国家本位理念的趋势，国际社会共同利益的趋同化发展必然要求公共秩序的国际化。因此，有学者提出引入国际公共秩序的概念，指出国际公共秩序由自然法的根本原则、普遍的正义原则、国际公法中的强行法和文明国家所接受的一般道德和公共政策所组成。现代文明

[246] 肖永平，龙威狄．论中国国际私法中的强制性规范［J］．中国社会科学，2012，（10）．

国家有义务尊重国际公共秩序使其行为不越出法律的界限，这也是国际私法的根基所在。[i]经济全球化的迅速发展造就了各国在法律上的相互渗透与文化层面上的频繁交往，在这样的背景下，一国的国内立法和司法实践对于公共秩序内涵的理解和适用方式会在全球法律文化的融合中日益趋近。目前，国际公共秩序已逐渐成为深入各国国内立法和司法实践的一个普遍概念。以 1984 年《秘鲁民法典》为例，其第 2050 条规定依秘鲁冲突规范制定的外国法取得的合法权利，如不违背国际公共政策或善良风俗，在秘鲁同样有效。[ii]对于我国而言，引入国际公共秩序的概念，使法官在处理涉外民商事案件时基于国际社会共同利益的基础上去谨慎运用公共秩序保留制度。国际公共秩序概念的引入和确立，在一定程度上能够抑制从偏私、狭隘的本国利益出发滥用公共秩序保留制度的问题，缓解各国间法律差异和冲突。

论国际商事仲裁中的紧急仲裁程序

——从条款的起草到法律制度的完善

王徽

(华东政法大学，国际法学院，上海 200042)

【内容摘要】紧急仲裁程序是国际商事仲裁领域的最新发展成果之一。在临时措施的做出方面，于仲裁庭组成之前，该程序为当事人提供了新的选择。然而，由于紧急仲裁程序尚存在模糊之处，其实践效果仍有待检验。以案例为引子，该程序的核心问题体现在“临时措施的管辖权竞合”、“紧急仲裁程序中的执行”，以及“紧急仲裁程序的实体性要件”这三个方面。为响应国际商事仲裁的发展趋势，我国部分仲裁机构也陆续引入了紧急仲裁程序。为更好地实现紧急仲裁程序的价值，面对相类似的问题，建议同时从“条款的起草”和“规则的完善”方面入手加以完善。一方面，借助于仲裁的意思自治原则，可将紧急仲裁程序中的某些不确定因素以“仲裁协议”和“仲裁机构示范条款”的形式加以明确；另一方面，在国内外法律规则层面，各国应大力营造支持“紧急仲裁程序”的仲裁法。随着紧急仲裁程序的不断普及，呼吁构建新的国际法秩序，进而落实紧急仲裁程序临时措施的异国承认与执行。

【关键词】紧急仲裁程序；临时措施；管辖权竞合；承认与执行；实体标准

一、紧急仲裁程序概述

紧急仲裁程序（emergency arbitration procedure）是国际商事仲裁领域的一项新兴制度。紧急仲裁程序适用于仲裁庭组成之前，特别是当情况紧急，需要采取临时措施的情形下。该程序设立的目的在于“临时措施”的更快做出，从而保障后续仲裁程序的正常推进。创设紧急仲裁程序的理由主要包括三点。其一，满足于仲裁程序中做出临时措施的需求。曾有国际知名律所做过统计，结果显示当事人对“临时措施”具有较大的需求。77%的受访者指出，在他们参与的每 4 起仲裁中便有一起由仲裁庭做出临时措施的。另 89%的受访者指出，在他们参与的每 4 起仲裁中便有一起由法院做出临时措施的；[247]其二，避免只能依赖法院的尴尬局面，为当事人提供更多、更灵活的选择。在紧急仲裁程序产生之前，当事人在仲裁庭组成之前只能求助于法院来做出临时措施。虽然这可以部分解决问题，但这却与当事人选择仲裁的初衷，即追求高效、公正、保密的争端解决有所背离；[248]其三，填补仲裁庭组成之前的时间间隔，力求在仲裁程序中更快捷地做出临时措施。出于某些原因，仲裁庭的组成可能耗时数月。[249]面对紧急情况时，如相对方已开始处分标的物，若等到仲裁庭组成之后再做出临时措施恐怕为时已晚，当事人的权利早已遭受难以弥补的损害。在此等情况下，最终就算一方

作者信息：王徽（1990-），男，上海浦东人，华东政法大学国际法学院 2013 级法学硕士。主要从事国际经济法、国际商事仲裁领域的研究。

[247] White and Case, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, London 2012, 2, available at http://annualreview2012.whitecase.com/International_Arbitration_Survey_2012.pdf (20 November 2014).

[248] Andrea Carlevaris, Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program available at http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/ Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf (20 November 2014).

[249] Davies, Martin. "Court-Ordered Interim Measures in Aid of International Commercial Arbitration." Am. Rev. Int'l Arb. 17 (2006): 300.

当事人能赢得仲裁，裁决的执行也会面临重重困难。

有鉴于此，国内外一系列知名仲裁机构均有在它们的仲裁规则中引入紧急仲裁程序。国外知名仲裁机构包括“美国仲裁协会商事仲裁规则”（ICDR 2006）、“香港国际仲裁中心机构仲裁规则”（HKIAC 2008），“墨西哥国家商会仲裁规则”（CANACO 2008）、“新加坡国际仲裁中心仲裁规则”（SIAC 2010）、“斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则”（SCC 2010）、“瑞士商会仲裁规则”（WISS 2012）、“国际商会仲裁规则”（ICC 2012）、“伦敦国际仲裁院仲裁规则”（LCIA 2014）等。国内的部分知名仲裁机构也纷纷引入了该制度，例如“中国上海自由贸易试验区仲裁规则”（上海自贸区仲裁规则）、“中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则”（CIETAC 2015）、“北京仲裁委员会仲裁规则”（BAC 2015）等。作为“新生”产物，尽管紧急仲裁程序存在诸多优点和合理性，但它实际运用数量不多，效果不甚理想也是事实。一方面，这与当事人尚不熟悉该程序有关；另一方面，也与紧急仲裁程序存在一些理论和实践中的不确定性有关。[250] 本文拟以案例为切入点，侧重于对 ICC 2012 规则的分析。希望透过现象看本质，进而厘清导致紧急仲裁程序不确定性的因素，并为解决此类问题提供方案。

二、紧急仲裁程序案件引发的法律问题

（一）案情简述及法律争议

申请人（买家）位于甲国，是一家从事矿产交易的企业。被申请人（卖家）位于乙国，是一家国有矿场开采企业。在申请人母公司的撮合下，卖方双方最终就一笔矿产交易达成了合作关系，并订立了一份国际货物销售合同。合同的争议解决条款共分为 2 条，它们分别为“仲裁条款”和“临时措施条款”。条款如下所示：

> 第 20 条：仲裁条款
>
> 任何因本合同而产生或与本合同有关的争议，应提交国际商会国际仲裁院(ICC)解决。仲裁庭由 3 名仲裁员构成，仲裁规则为 ICC 2012 规则。仲裁准据法是对《国际商事仲裁示范法及其 2006 年的修改》（《示范法》）全文的转化适用（verbatim adoption）。合同实体法为《联合国国际货物销售合同公约》。
>
> 第 21 条：临时措施
>
> 被请求采取临时措施一方的营业地法院，就临时措施的做出享用独占管辖权。（exclusive jurisdiction）

后双方就合同付款产生了纠纷，在协商未果的情况下，申请人拟发起仲裁程序。由于当时的交易行情已转为卖方市场，因担心卖方处分标的物，进而对买方权利造成难以弥补的损害，申请人根据 ICC 2012 规则提起了“紧急仲裁程序”。尽管被申请人于“紧急仲裁程序”中曾挑战过它的管辖权基础，但未能获得紧急仲裁员的支持。最终紧急仲裁员做出了不利于被申请人的决定（order），即指令卖方不得处分标的物。后仲裁庭得以组成，被申请人的一项主张为应解除紧急仲裁员所做出的临时措施。被申请人的请求权基础为 ICC 2012 规则第 29 条（3）款：“仲裁庭有权修改，解除或废除紧急仲裁员的决定。”[251]

本案的法律争议在于紧急仲裁程序是否缺乏管辖权基础。若有管辖权基础，那么临时措施可予以维持；若缺乏管辖权基础，那么仲裁庭便可以撤销临时措施。为解决个案争议，需厘清合同第 21 条的性质，其与第 20 条的关系。进而才能判断第 21 条是否能产生排除为第 20 条所涵盖的紧急仲裁程序。

（二）本案围绕“紧急仲裁程序”管辖权的论争

1. 申请人主张“紧急仲裁程序”具有管辖权

---

[250] Collins, Erin. "Pre-Tribunal Emergency Relief in International Commercial Arbitration." Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 10 (2012): 123.

[251] 笔者注：本文案例改编自第 22 届 Vis Moot 国际商事仲裁模拟法庭辩论赛赛题。

首先，依主观解释的方式，条款的解释需结合被申请人的主观意图。申请人认为，第21条之所以得以订立有其特定背景。为避免再现因法院管辖权不明而阻碍“临时措施”的高效做出，申请人律师起草了第21条，旨在明确特定的管辖法院。此外，申请人曾向被申请人表达过该条款的意图，且被申请人亦未提出任何质疑。从主观角度看，申请人自始至终都没有通过第21条来排除紧急仲裁程序之意。更何况第21条起草于2010年，当时ICC 2012规则尚未出台。故第21条不可能排除尚不存在的紧急仲裁程序。当事人是难以预见仲裁规则的变化，并提前做出相应条款安排的。

其次，再依客观解释的方式，还有必要考虑“理性人”是如何理解第21条的。申请人主张，依理性人之视角，虽然第21条强调法院具有“临时措施”的独占管辖权，但这并不意味着它就会排除第20条涵盖的“紧急仲裁庭”。这主要是因为“独占管辖权”具有特定的法律含义。由于“独占管辖权”为法律术语，因此需要结合法律词典来加以解释。根据权威的布莱克法律词典，它仅适用于“法院系统内部”的情形。[252]

再者，第21条和第20条彼此之间是相互独立的。由于第21条实为“法院选择条款”，而第20条为仲裁条款，故第21条并不会对第20条产生影响。例如，在一起英国案例中，争议解决条款规定：“如争议产生，英格兰法院具有独占管辖权，或者当事人可以提交至ICC仲裁院。”法院最终认定仲裁协议有效，因该争议解决条款中的“独占管辖权”仅适用于法院体系。[253] 可见在一些“或裁或讼”条款中，约定特定法院具有管辖权，并不产生排除仲裁管辖权的效果。同理也适用于本案的情形。

最后，“紧急仲裁程序”的排除必须以明示方式做出。在旧版ICC规则中，当事人在仲裁庭组成之前只能寻求法院采取“临时措施”。[254] 为提升做出“临时措施”的灵活性，并赋予当事人更多的选择权，ICC 2012规则以“自动适用的方式”引入了“紧急仲裁程序”。与之对应的是，欲排除紧急仲裁程序需以明示作出。[255] 根据ICC手册，ICC 2012规则第29条6款b项所指的“排除”必须通过“排除条款”的方能实现。[256] 在第20条缺乏此类条款的情况下，是无法得出“紧急仲裁程序”已被排除之结论的。更何况合同订立于2014年，双方对于ICC 2012规则已有所认识。若被申请人却有排除紧急仲裁程序之意，它完全可以要求加上“排除条款”。故在缺乏此类清晰、明确的条款下，应做出有利于“紧急仲裁程序”的解释。[257]

2. 被申请人主张“紧急仲裁程序”不具有管辖权

首先，根据文义解释，第21条排除了“紧急仲裁程序”。第21条明文享有规定，营业地法院对于“临时措施”独占管辖权。一方面，根据牛津词典的释义，“独占”一词有“排除和不承认其它事务之意”。[258] 作为一个形容词，从语法上它限定了主语的范围。譬如，“独占性授权”仅指被授权人获得权利，而其他所有人（包括授权人在内）均无权。同理，第21条的正确解释为只有法院有权采取临时措施。言下之意是排除包括紧急仲裁程序在内一

---

252 Garner, Bryan A., and Henry Campbell Black. Black's law dictionary. St. Paul, MN: Thomson/West, 2014.

253 Paul Smith Ltd v H&S International Holding Inc. Queen's Bench Division (Commercial Court 18 February 1991 [1991] 2 Lloyd’s Rep 127

254 Ghaffari, Amir, and Emmylou Walters. "The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?." Arbitration International 30.1 (2014): 155.

255 Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 187.

Collins, Erin. "Pre-Tribunal Emergency Relief in International Commercial Arbitration." Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 10 (2012): 118.

Boog, Christopher Chapter4, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article29 Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Manuel Arroyoed.,p.814–825 Hague:KluwerLawInternational,2013

256 Webster, Thomas H., and Michael Buhler. Handbook of ICC arbitration: commentary, precedents, materials. Sweet & Maxwell, 2014.

257 HABEGGER, Philipp A. Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Art. 43, Arroyo, Manuel (ed.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide (2013): 645.

258 OXFORD DICTIONARY, available at: http://www.oxforddictionaries.com/

切主体管辖的。这既符合理性人的认识，也符合善意解释之要求。[259]此外，在一起 ICC 案例中，仲裁庭最终认定类似的“独占管辖权”是可以排除紧急仲裁程序的；[260] 另一方面，“独占管辖权”并不仅仅适用于“法院体系内部”，布莱克法律词典的释义以偏概全了。这是因为该词典并没有考虑仲裁程序管辖权的问题。例如，“管辖权”一词在词典的释义中只是针对法院的，而这显然不符合“管辖权”的真实含义。因此，布莱克法律词典对“独占管辖权”的释义仅可作为一个举例，这并不能说明后者具有特定法律含义。

其次，排除“紧急仲裁程序”的方式并不限于在第 20 条中纳入“排除条款”，只要能体现排除紧急仲裁程序的意图即可。ICC 手册中所提供的“排除条款”仅为“示范条款”，并非是法律上“要式行为”的体现。被申请人主张第 21 条为明示排除“紧急仲裁程序”的体现，因为第 21 的实质属于“事项选择”条款。这点从第 21 条的名称，即“临时措施”便可获知。由于法院和紧急仲裁庭均有权做出“临时措施”，故第 21 条起到了协调和限定“临时措施”管辖权的作用。换言之，第 21 条和第 20 条具有紧密的联系，而连接点恰为“临时措施”。结合“独占管辖权”的含义，第 21 条是可以排除“紧急仲裁程序”的。

而后，申请人“或裁或诉”的例子并不适用于本案的情形。本案涉及的是临时措施的管辖权冲突，而非普通案件的。一般的“或裁或诉”案件中采取的是“择一而终”的处理模式。[261] 即一旦当事人选择了仲裁程序，法院的管辖权便被排除了。这样的做法是考虑到仲裁的独立性和终局性所致。但就“临时措施”而言，根据《示范法》的规定和 ICC 2012 规则第 29 条 7 款的规定，选择仲裁程序（包括紧急仲裁程序），并不意味着是对法院管辖权的排除。由此可见，两者存在较大区别，不能做类推适用。

再者，排除“紧急仲裁程序”符合被申请人的主观意图。其一，之所以第 21 条明确的是“营业地法院”，主要考虑的是执行临时措施的便利。一般而言，“营业地”是交易的密集地，也常是财产所在地。以该地法院为“临时措施”的做出主体，是有考虑“临时措施”执行标的物的；其二，“临时措施”的执行最终离不开法院的协助，故选择法院来做出“临时措施”的效率可能更高。被申请人这种“一站式”的做法避免了届时再拿紧急仲裁决定到法院的繁琐。更重要的是，《示范法》中并没有任何关于紧急仲裁程序的规定。故依《示范法》第 17 条 H 款，紧急仲裁程序的决定是否能够得到法院的协助尚不得而知。[262] 选择法院则可以避免此类不确定性和潜在风险；[263] 其三，不论“紧急仲裁程序”是否已被纳入新规则，当事人执意选择法院的意图均贯穿始终且未曾改变。因此，第 21 条自始至终是排除非法院主体做出“临时措施”的。

最后，就算条款尚存在模糊、有歧义之处，仲裁庭也应做出对申请人不利的解释。一方面，第 21 条是由申请人起草的，且申请人未将详细的条款含义加以释明；另一方面，双方当事人对于第 21 条的含义和作用产生了不同的解释。故根据“不利解释原则”（*contra proferentem rule*），应做出不利于申请人的解释。[264]即第 21 条起到了排除紧急仲裁程序管辖权的作用。

三、 引发紧急仲裁程序不确定性的因素

上述案例表面上与紧急仲裁程序的排除，即管辖权问题有关。但透过现象看本质，之所以当事人会产生此类争议与紧急仲裁程序的不确定性是息息相关的。承接当事人之间的抗辩

---

[259] Gary B. Born. “International arbitration: law and practice”. Kluwer Law International, (2014): 1323.
[260] Carlevaris, Andrea Feris, José Ricardo. “Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases.” ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 25 (2014): 34.
[261] Unilateral option clauses in arbitration: an international overview, available at: http://uk.practicallaw.com/7-535-3743
[262] Baigel, Baruch. “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Judicial Analysis.” Journal of International Arbitration, Vol. 31, No. 1 (2014): 16.
[263] Hunter, Martin. "Redfern and Hunter on International Arbitration." 5th Edition, Oxford (2009): 449.
[264] CISG Advisory Opinion No. 13 Available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html

理由，我们可以进一步地归纳和总结出以下三个方面的深层次问题。

（一）临时措施的管辖权竞合问题

随着紧急仲裁程序的引入，它在给当事人带去更多选择的同时，也加深了“临时措施”的管辖权竞合问题。仲裁程序出台之前，“临时措施”的做出主体便已呈现多元化的形态。具体包括法院、仲裁庭、其它替代性争端解决机制（ADR），如 ICC 的仲裁前公断程序等。可以说紧急仲裁程序的加入进一步深化了临时措施管辖权竞合，这的确给当事人带去了一定的“选择困难”。

早在 ICC 1998 规则之时，于仲裁庭组成之前，若需要采取临时措施，当事人便是可以通过选择（opt in）“ICC 仲裁前公断程序”来实现的。但由于 ICC 仲裁前公断程序需要当事人明确的选择放得适用，故它的实践情况并不理想。[265] 为解决该问题，ICC 规则在引入紧急仲裁程序时，采取了“自动适用”的模式。SIAC、SCC、ICDR、SIAC 等也采取了同 ICC 规则一致的做法。[266]一方面，将紧急仲裁程序归入仲裁规则中，可以更加明确地为当事人所知悉。较两套不同类别的程序，这样做更具有系统性和自洽性；[267] 另一方面，考虑到紧急仲裁程序毕竟是新产物，故为避免当事人因“突如其来”的新程序而感到“吃惊”，ICC 2012 规则制定了排除机制。[268] 如前文案例所示，只要当事人存在明确的合意，紧急仲裁程序是可以被排除（opt out）在外的。在一等程度上，紧急仲裁程序的排除规则还起到了协调管辖权竞合的功能。但是该规则的安排仍然无法彻底消除当下“并行管辖”（concurrent jurisdiction）的一些不确定性。[269] 具体反映在下述 3 个方面。

其一，紧急仲裁程序与法院的关系存在不确定性。如前文所述，针对一般的“或裁或诉”条款，若当事人最终选择了仲裁，那么法院将不再具有案件的管辖权。但对于紧急仲裁程序而言，却无法得出该结论。根据 ICC 2012 规则第 29 条（7）款可得，紧急仲裁程序无意排除法院对于临时措施的管辖。值得一提的是，在仲裁庭组成之前，为避免同时产生多重管辖权，当事人一旦选择了法院，那么紧急仲裁程序将不再得到适用。但反过来，同样面对避免多重管辖权的考量，当事人若选择的是紧急仲裁程序，却无法彻底排斥法院做出临时措施的可能。例如 ICC 2012 规则是允许当事人在“适当情况”（appropriate situation）下，于紧急仲裁程序发起之后再寻求法院做出临时措施的。不过规则本身并没有说明何为“适当情况”，这有待未来实践检验。[270] 从管辖权层面看，可见紧急仲裁程序与法院的关系存在不确定性。它们之间并非是一个“二选一”的关系。

其二，紧急仲裁程序与仲裁庭的关系存在不确定性。ICC 2012 规则第 29 条（3）款指出，紧急仲裁员所做出的决定对于仲裁庭不具有拘束力。根据案件情况，仲裁庭有权修改，解除或废除紧急仲裁员的决定。虽然理论上紧急仲裁与仲裁庭是分立的，两者在临时措施的管辖权上也是相互独立的，但后者对前者却呈现出一种内部监督态势。例如，虽然紧急仲裁庭和仲裁庭对于管辖权事项均享有自裁管辖权（*competence—competence*），[271]但仲裁庭的权力显得更大。因为在审查紧急仲裁程序有无管辖权基础时，仲裁庭是可以做出相反结论并推翻前者的。除此之外，两者在是否采取“临时措施”的标准上存在一定的同质性。尽管从规则

---

[265] Voser, Nathalie. "Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules." ASA Bulletin 29.4 (2011): 815.

[266] Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 194.

[267] Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 187.

[268] Voser, Nathalie. "Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules." ASA Bulletin 29.4 (2011): 813.

[269] Baigel, Baruch. “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Judicial Analysis.” Journal of International Arbitration, Vol. 31, No. 1 (2014): 14.

[270] Voser, Nathalie. "Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules." ASA Bulletin 29.4 (2011): 814.

[271] Yesilirmak, Ali. Provisional measures in international commerical arbitration. Diss. (2003): 137.

层面，紧急仲裁程序对于仲裁庭不具有约束力，但却难以完全排除某种事实上的影响。一方面，仲裁庭需要仔细阅读并理解紧急仲裁决定的内容；另一方面，在当事人选择的情况下，紧急仲裁员仍有可能成为仲裁庭的仲裁员。上海自贸区仲裁规则、BAC 2015 规则中便有此类安排。概言之，紧急仲裁程序与仲裁庭之间存在一定的不确定性，其既有“彼此独立”的一面，又有“监督与被监督”、“影响与被影响”的一面。

其三，紧急仲裁程序与其它 ADR 之间存在不确定性。为协调紧急仲裁程序与其它 ADR 之间的管辖权竞合，ICC 2012 规则第 29 条（6）款 c 项规定了“默示排除”紧急仲裁程序的情形。[272] 通过 ICC 规则官方评述可得，虽然该条主要是针对“ICC 仲裁前公断程序”，以及“土木工程施工合同条件”（FIDIC）而设计的，但它并没有将范围仅限于前两者。从理论上讲，但凡选择可做出临时措施的“仲裁前程序”均可产生排除紧急仲裁程序的效果。但由于 ICC 规则对此没有给出更为具体的判断标准，故有关方在实践操作过程中恐颇为不易，且容易产生分歧。[273]一来，有关方需要判断当事人是否选择了“仲裁前程序”；二来，有关方还需要判断“仲裁前程序”与“紧急仲裁”程序是否具有相似性，即也有于组庭前做出“临时措施”的权利。在管辖权层面上，紧急仲裁程序与其它 ADR 之间同样是存在不确定性的。

（二）紧急仲裁程序中的执行问题

尽管紧急仲裁程序存在诸多优点和合理性，但紧急仲裁决定在执行方面的不确定性却为该制度的发展蒙上了一层阴影。[274] 由于紧急仲裁相对而言是新兴产物，因此在执行方面尚缺乏足够的经验和范式。一般而言，在判断紧急仲裁决定的域内和域外可执行性时，需要参考仲裁规则、仲裁准据法，以及《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）的安排。

1. 紧急仲裁程序中有待厘清的概念

我们需就下述三个层面的概念加以厘清，因这将关系到具体法律规则的适用。

其一，紧急仲裁员的身份有待理请。“紧急仲裁员”是否是真正意义上的仲裁员？该问题的回答与紧急仲裁员的权限息息相关。在一些国家的仲裁法中，仲裁庭是有权做出临时措施决定或裁决的。英国 1996 年仲裁法便是一例。但这些法律时常未能规定“紧急仲裁庭”的性质，这将导致不确定性。一方面，在立法未明确规定紧急仲裁的情形下，仲裁规则先行设置此类规则，恐具有超出法律规定之嫌；另一方面，欲在既定法律规则下，对紧急仲裁程序做出合法解释，那么就不得不将“紧急仲裁员”视同“仲裁员”。[275] 否则紧急仲裁员的权力将受到质疑。但事实又证明，两者之间是存在一些区别的。如在指派方式、程序期限、审查的深入程度等方面。可见紧急仲裁员的身份有模糊之处。

其二，紧急仲裁程序的性质有待厘清。理论界对于紧急仲裁程序的性质主要有“契约说”和“准司法说”。“契约说”将紧急仲裁程序视为当事人之间达成的契约性安排。该解释源于 ICC 仲裁前公断程序。在一起涉及 ICC 公断程序的案例中，法国法院以当事人具有摈弃仲裁的“主观意图”和“公断程序”非仲裁为由，从而将由公断程序采取的临时措施认定为是一种契约性安排。[276] 同理也适用于紧急仲裁程序。除此之外，之所以仲裁庭可以推翻紧急仲裁“指令”（Order）也能暗示出该程序是契约性的；[277] 持相反意见的观点则认为，紧急仲

---

[272] J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, “The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration”, ICC Publishing, (2012): p.309

[273] Boog, Christopher Chapter4, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article29 Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Manuel Arroyoed.,p.818 Hague:KluwerLawInternational,2013

[274] Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 197.

[275] Ghaffari, Amir, and Emmylou Walters. "The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?." Arbitration International 30.1 (2014): 159.

[276] Societe Nationale des Petroles du Congo and Republic of Congo v. TEP Congo, COURT OF APPEAL OF PARIS First Chamber, section C, Judgment of 29 Apr. 2003

[277] Baigel, Baruch. “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Judicial Analysis.” Journal of International Arbitration, Vol. 31, No. 1 (2014): 13.

裁程序并不等于仲裁前公断程序，因此无法类推得出“契约性”的结论。再由于仲裁本身兼具契约和司法性质，因此采“准司法说”更符合紧急仲裁程序的性质。[278]

其三，紧急仲裁决定的属性有待厘清。ICC 2012 规则明确规定由紧急仲裁庭所采取的“临时措施”只能以“指令”的形式做出。相反，SIAC，SCC，ICDR 规则等则允许相同程序以“指令”或“裁定”的形式做出。不同称谓是否会影响“临时措施”的执行？举例而言，《纽约公约》使用的是裁定（award）一词。若严格按照字面解释，那么“指令”是无法适用于公约的。对此理论界众说纷纭，至今未有定论。有观点指出，“指令”有别于“裁决”。它因缺乏终局性而不符《纽约公约》的适用前提；[279]也有观点认为，“指令”仅仅具有契约性质，因此如普通合同一般加以执行即可；[280] 更有观点建议，应以“指令”的内容来判断其性质和终局性。此处以个案判断为宜。[281]

2. 紧急仲裁程序在有关法域的执行实践和理论构想

厘清了上述概念后，当下各法域主要存在以下处理模式或理论构想。有学术观点认为，紧急仲裁决定的域内执行可以类推适用《示范法》第 17 条 H 款和 I 款的安排。因为《示范法》明确规定了由仲裁庭做出“临时措施”的执行问题。实践中，有一些《示范法》国家是通过修改法律的方式，进而明确了临时仲裁裁决或决定的域内可执行性的。新加坡便是一典型代表，该国与 2012 年 4 月 9 日通过了仲裁法的修正案，从此明确了紧急仲裁的域内可执行性。在非《示范法》国家中，瑞士和奥地利等国同样采取了类似的修法实践。[282] 不同于前者的实践也有，如包括瑞典在内的部分国家，采取的是转化适用的模式。即仲裁庭所做出的临时措施是无法由法院直接执行的，除非法院有将仲裁决定转化为法院的决定。[283]这似乎暗示出，紧急仲裁程序在该国也是无法直接由法院执行的。

对于紧急仲裁决定的域外执行而言，有观点认为可以将紧急仲裁决定视作为仲裁裁决，进而通过《纽约公约》来完成域外的执行。[284] 一方面，美国法院在认定临时措施性质时，采取的是“实质大于形式”的做法。如联邦第 7 巡回法院的一起案例，涉及临时措施的执行，且该临时措施是以决定（order）而非仲裁裁决的形式做出的。一方当事人的抗辩理由在于“决定”缺乏终局性，故不符合美国联邦仲裁法（FAA）和《纽约公约》的要求，因此不应得到执行。然法院却认为，在判断法律文书性质时，应以其内容为准，不能简单的看其称谓；[285] 另一方面，美国法院会协助执行仲裁庭所做出的临时措施。因法院认为“临时措施”的作用在于保障仲裁裁决的最终做出。如果法院不协助执行仲裁庭所做出的临时措施，那么上述政策将无法得到落实。[286] 以此为基础，“临时措施”在执行时是具有相对“终局性”，因此符合了 FAA 和《纽约公约》的要求。但这种解释忽略了一点，即美国的区际执行也是依靠《纽约公约》的。这种解释是“美式考量”的结果，未必适合其他国家的实践需求。[287]

（三）紧急仲裁程序的实体性要件问题

---

[278] Baigel, Baruch. “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Judicial Analysis.” Journal of International Arbitration, Vol. 31, No. 1 (2014): 5.

[279] Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 192.

[280] Baigel, Baruch. “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Judicial Analysis.” Journal of International Arbitration, Vol. 31, No. 1 (2014): 5.

[281] Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 192.

[282] Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 188.

[283] Section 27 of the Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116)

[284] Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 198.

[285] Publicis Communication v True North Communications 206 F. 3d 725 (14 Mar. 2000).

[286] Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc. 166 Fed. Appx. 39 (4th Cir.) (2006)

[287] Ghaffari, Amir, and Emmylou Walters. "The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?." Arbitration International 30.1 (2014): 160-161.

根据国际知名律所的统计，仅35%的临时措施请求能够得到仲裁庭的支持。[288] 这表明临时措施做出的判断标准较高，且不易获得满足。客观而言，一些法律规则是没有明确临时措施实体性要件的。或者说就算有判断标准，如《示范法》第17条A款，它也只是针对仲裁庭而非是针对紧急仲裁程序的。以ICC 2012规则第29条1款为例，虽然该条有将“急迫性”（urgency）作为发起紧急仲裁程序的条件，但就如何解释“急迫性”，如何衡量是否做出临时措施等仍就存在模糊性。

参照《示范法》第17条A款，紧急仲裁程序的实体性要件大致包括5点。[289]其一，紧急仲裁庭应对于事项具有管辖权。若缺乏管辖权，那么后续的判断将显得毫无意义。如前文案例所示，仲裁庭在审查临时措施的正当性时，往往会将管辖权的有无作为重中之重；其二，请求方相当有可能赢得案件。这里并不要求绝对有把握，只需存在合理胜诉机会即可。[290]之所以有此要求是为了尽量避免产生与仲裁裁决相矛盾的临时措施；其三，不采取临时措施将可能给一方带来难以弥补的损害（irreparable harm）。通常而言，难以弥补的损害泛指无法用金钱来避免的损害，包括商誉的丧失等；[291]其四，临时措施的做出具有“急迫性”。该条件同前者联系紧密，情形越是急迫，就越可能导致难以弥补的损害，也就越有必要尽快采取临时措施；其五，符合比例原则。临时措施的做出，需要平衡双方当事人因此而遭受的影响。若临时措施的做出将明显不合理地影响一方的利益，那么便不适宜于做出。

虽然紧急仲裁庭和仲裁庭在做出临时措施的实体要件上存在相似性，但不同主体就要件的程度把握上是存在差异的。例如，在“请求方相当有可能赢得案件”方面，紧急仲裁程序所要求的“可能性”应低于仲裁庭。一方面，紧急仲裁庭在实体问题判断方面的时间非常有限。较仲裁庭，其更难在有限时间内做出更为详细的评估；另一方面，这也与紧急仲裁庭的性质有关。由于紧急仲裁员一般不会继续担任案件的仲裁员，因此其对于案件最终走势的影响有限。但于仲裁员而言，他们就临时措施实体标准的判断，则更可能影响案件的实体结果。[292] 再以“急迫性”为例，受紧急仲裁程序的本质影响，它对于“急迫性”的要求显然会高于仲裁庭。[293] 最后值得一提的是，紧急仲裁程序的实体性要件虽可归结于五个方面，但在具体操作中却伴随着较大的自由裁量权和不确定性。某种程度上，这也是当事人对紧急仲裁程序心存担忧和怀疑的诱因。

四、紧急仲裁程序在我国的实践与问题的对策

（一）紧急仲裁程序在我国的实践

我国部分主流的仲裁机构也开始引入紧急仲裁程序。如前所述，包括“上海自贸区仲裁规则”、“CIETAC 2015”、“BAC 2015”等。目前正式生效的有“上海自贸区仲裁规则”和“CIETAC 2015”规则。截止2015年2月28日，我国仲裁机构中尚未有适用紧急仲裁程序的案件。

比较三家机构的仲裁规则，它们之间具有一定的相似性。主要体现在以下几个方面：

其一，仲裁准据法的适用具有相似性。“自贸区仲裁规则”规定紧急仲裁程序的运行需遵守“执行地所在国家/地区有关法律的规定”。“CIETAC 2015”规定紧急仲裁程序的运行需依据“所适用的法律”。“BAC 2015”则规定需要依据“有关法律”来实施紧急仲裁程序。之

---

[288] Andrea Carlevaris, Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience, at: Interim Relief: What, Why, When, How?, New York 2013, program available at http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/ Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf (20 November 2014).

[289] Munoz, "How urgent should an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators." Yearbook on International Arbitration Volume IV (2015): 56.

[290] Jeff Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration, The Hague 2012, 626-627.

[291] David D. Caron and Lee M. Caplan. “The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary” (2nd ed) Oxford University Press, (2013): 521.

[292] Munoz, "How urgent should an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators." Yearbook on International Arbitration Volume IV (2015): 60.

[293] Gary B. Born. “International arbitration: law and practice”. Kluwer Law International, (2014):2451.

所以三者均出现这样的安排，一方面是考虑到国际化。因为如果限定了仲裁准据法，那么不适宜于国际商事仲裁的客观需要。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（法律适用法）第 18 条规定："当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。"这表明仲裁的准据法可以是外国法，而非必须为《中华人民共和国仲裁法》；另一方面，这也是考虑我国法律现状的做法。《仲裁法》第 28 条规定："当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。"这条表明，我国现行的法律制度下，仲裁庭和紧急仲裁庭是无权做出临时措施的。这点在《上海市第二中级人民法院关于适用<中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则>仲裁案件司法审查和执行的若干意见》（"意见"）中也得到了体现。如仲裁前保全措施的主体仍就是法院，"意见"只是强调法院应更高效地做出，并未"越法"支持"紧急仲裁程序"本身。[294]有鉴于此，上述仲裁规则均有策略性地采取"适宜的法律"。这不仅有利于避免超出法律授权之嫌，[295] 还有助于为我国的仲裁当事人在法律许可的法域提起紧急仲裁程序提供便利。

其二，紧急仲裁程序主要采取自动适用模式，且未规定排除条款。如"自贸区仲裁规则"和"BAC 2015 规则"均采取的是自动适用模式。当选择该仲裁规则时，紧急仲裁程序便可被自动纳入其中。比较之下，"CIETAC 2015 规则"则采取了"选择适用"的模式。CIETAC 2015 规则第 23 条 2 款规定："根据所适用的法律或当事人的约定，当事人可以依据《中国国际经济贸易仲裁委员会紧急仲裁员程序》（本规则附件三）向仲裁委员会仲裁院申请紧急性临时救济。"其中"当事人约定"意味着 CIETAC 下紧急仲裁程序的运行以当事人合意纳入（opt in）为前提。另值得一提的是，三个规则均没有设置排除条款（Opt-out clause）。一方面，这不同于 SAIC 、SIAC、SCC、ICDR、ICC 等仲裁规则的模式；另一方面，这与我国仲裁临时措施做出主体的单一有关。我国长期以来均只允许法院做出仲裁的临时措施，因此在"并行管辖权"方面，并没有产生如 ICC 那般复杂的情形。传导到规则上，我国仲裁机构在紧急仲裁程序的适用条件上并没有国外那么细致。

其三，我国规则均未涉及紧急仲裁程序的执行和实体标准。一方面，各机构并未统一紧急仲裁庭所做出的文书性质。例如，"BAC 2015 规则"用的是"决定、指令或裁决"，而"上海自贸区仲裁规则"和"CIETAC 2015 规则"用的却是"决定"。这种差异化，一定程度上表明文书的性质尚具有模糊性。一览执行方面，各个规则亦没有提供任何清晰的指引或者暗示；另一方面，就紧急仲裁的实体标准而言，我们也无法得出更具体的信息。同 ICC 2012 规则相似，上述国内规则虽都提及了"急迫性"，但就如何理解它却未能有更为细致的安排。进而言之，这还可能影响到仲裁庭对紧急仲裁程序的"监督"。上述规则虽然规定仲裁庭可自行决定是否修改、中止、撤销此前由紧急仲裁庭所作出的临时措施决定。但它们均未能提供参照性的标准。特别是，国内规则均没有规定仲裁庭就紧急仲裁程序的审查事项，如不履行紧急仲裁决定的后果等。

（二）完善我国紧急仲裁程序的建议与对策

我国仲裁机构虽紧跟国际潮流，纷纷引入了紧急仲裁程序，但仍就因种种原因而未能消除一系列的"不确定性"。为了更好的发挥紧急仲裁程序的优势，满足当事人的客观需求，从而实现程序创设的初衷，本文建议从以下两个层面入手。

1. 条款的起草层面

国际商事仲裁高度尊重当事人的"意思自治"。[296]作为法律工作者，面对紧急仲裁程序

---

[294] 《关于适用〈中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉的仲裁案件司法审查和执行若干意见》20 条全文，详见：http://www.fashangji.com/news/show/1711/，2015 年 4 月 2 日访问。

[295] 上海自贸区仲裁规则部分创新点释义及解读，详见：http://www.zgsyb.com/html/manage/2014/04/683309873726.html，2015 年 2 月 22 日访问。

[296] Gary B. Born. "International arbitration: law and practice". Kluwer Law International, (2014): 2516

的种种模糊性，我们有必要从条款的起草层面入手，从而尽可能地将一些内容“明确化”。首先，为避免不必要的管辖权竞合，可以在仲裁协议中做出特定安排。例如，写入排除条款，明确排除紧急仲裁程序的适用。或者在法院选择条款中，明确某地法院为唯一的临时措施做出主体，排除一切非法院主体；其次，在紧急仲裁程序的实体标准方面，可以在仲裁协议中明确将“急迫性”、“比例原则”、“难以弥补的损害”等写入，从而形成更为清晰的参考；最后，关于紧急仲裁程序的承认与执行。一方面，当事人可以通过约定，强化紧急仲裁程序的决定的相对终局性，或规定违反的后果。撇开决定的理论性质，这样的安排无疑有助于后续的执行。如约定除非仲裁庭做出相反规定，紧急仲裁程序条件具有终局性。另一方面，当事人应选择合适的仲裁准据法。在约定准据法前，应充分预见特定的财产所在地。并熟悉了解该法域对于紧急仲裁程序的安排，唯有这样才能够更好地消除紧急仲裁决定在域内的执行风险。

2. 规则的完善层面

（1）机构层面规则的完善

对于仲裁机构而言，一方面可以更进一步地完善仲裁规则，细化紧急仲裁决定的性质、终局性、实体标准等；另一方面，可以制定紧急仲裁程序的示范条款，供当事人参考。基于前文之研究，本文草拟了下述两个示范条款。

示范条款一：排除条款

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交 XXX 仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。紧急仲裁程序不予适用。

示范条款二：紧急仲裁程序细化条款

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交 XXX 仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。仲裁地为 XX，准据法为 XX 仲裁法。除仲裁庭另有规定，紧急仲裁程序（如涉及）所做出的法律文书对当事人具有约束力，并可请求适当的法院予以强制执行。紧急仲裁员在做出决定时，应综合考虑管辖权、急迫性、不可救济损害、获胜可能性、比例原则等。

（2）法律层面规则的完善

如上文分析，紧急仲裁程序最大的难点在于紧急仲裁庭的权力，以及紧急仲裁决定的承认与执行。从远期来看，需要从法律规则层面加以完善。

在国内层面，有必要修缮仲裁法，明确将紧急仲裁程序纳入其中。新加坡的修法实践具有参照性。该国立法不仅将紧急仲裁庭明确归为“仲裁庭”之列，还规定了新加坡法院可以协助执行紧急仲裁的决定。[297]我国《仲裁法》在未来的修改过程中，可以参照这种做法。一方面，应扩大临时措施的做出主体，加入仲裁庭和紧急仲裁庭这两类；另一方面，明确法院对于仲裁和紧急仲裁临时措施的执行支持。这样做有助于更好地与国际接轨，并在国内营造适合“紧急仲裁”程序的法律环境。具体可通过修改我国《仲裁法》第 28 条来加以实现。如修改后的《仲裁法》：“仲裁程序中财产保全的做出主体包括法院、仲裁庭、紧急仲裁庭。法庭应协助执行仲裁庭或紧急仲裁庭采取的临时措施。”

在国际层面，如何完善紧急仲裁决定的域外承认与执行是关键议题。作为国际商事仲裁的重要法域之一，我国同样要面临着该议题。在《纽约公约》的体系下，欲实现上述目标，则需要进一步释明“裁决”和“终局性”的内涵。特别是需要采取“实质大于形式”的模式，将紧急仲裁的文书视为“裁决”的一种类型，并赋予其在“临时措施”方面的有限“终局性”。因只有这样，才能够符合《纽约公约》的要求，并享受如仲裁裁决般的执行便利性。该做法

[297] Raja Bose, and Ian Meredith. “Emergency Arbitration Procedures: A comparative analysis”, International Arbitration Law Review, Issue 5 (2012): 188.

的优点在于充分发挥已有国际法律体系，避免因发展新规则而带来的高昂成本。但问题也很明显，《纽约公约》毕竟是 1958 年的产物，其指定之处从未将“临时措施”纳入其中。就算能在理论上达成一致，并赋予“临时措施”以终局性，其也无法避免同《纽约公约》不兼容的问题。一方面，这意味着外国法院将对“临时措施”决定开展程序性审查。但由于临时措施的问题多涉及实体标准的判断，因此《纽约公约》显得“力不从心”；另一方面，由于紧急仲裁庭所采取的“临时措施”具有时效性，且可能为仲裁庭所推翻，因此还会在另一国法域引发“临时措施”解除，乃至执行回转的问题。《纽约公约》同样对此未加规定。有鉴于此，在《纽约公约》框架下构建“临时措施”的域外承认与执行机制，并非“十全十美”之策。

本文认为，应采取“由内及外”和“循序渐进”的发展模式。即第一步可以采取修缮《示范法》的模式，从而使各国国内法就紧急仲裁程序的认识达成一致；第二步，以此为基础，推行国际层面的广泛合作。特别是先从国际上的双边或多边协作开始，在区域内实现临时措施的异国承认与执行；第三步，逐渐形成新的多边国际公约，或者对已有的《纽约公约》做出重大修改。紧急仲裁程序作为相对较新的产物，采取“分布走”模式，不仅有助于更多理论问题的达成共识，更多实践模式的创设，也有助于紧急仲裁程序的进一步全球推广。

五 总结

紧急仲裁程序是国际商事仲裁中的最新发展成果之一。紧急仲裁程序的优势在于能够较好地弥补仲裁庭组成前“临时措施”做出主体的局限性，为当事人提供了更多的选择。然而由于存在“临时措施的管辖权竞合问题”、“紧急仲裁程序中的执行问题”，以及“紧急仲裁程序的实体性要件问题”，紧急仲裁程序仍就具有诸多模糊之处。这会在一定程度上，不仅影响了当事人对于紧急仲裁程序的信心，还弱化了制度优势的体现。实践中，当事人有意排除紧急仲裁程序适用的做法便是上述问题的某种外化。无论是国外机构的紧急仲裁程序，抑或是我国仲裁机构于近年所引进的紧急仲裁程序，均存在上述问题。为了更好地实现紧急仲裁程序的功能价值，呼吁同时从“条款的起草”和“规则的完善”入手。一方面，借助于仲裁意思自治原则，将紧急仲裁程序的不确定性以“仲裁协议起草”和“仲裁机构示范条款”的方式加以明确；另一方面，在国内法规则层面，呼吁修改法律，从而营造支持“紧急仲裁程序”的仲裁法。随着各国国内法律实践的趋同，最终可形成新的国际法秩序，以妥善落实和解决紧急仲裁程序临时措施的异国承认与执行问题。

The Emergency Arbitration Procedure of the International Commercial Arbitration

——from the arbitration agreement drafting to reconstruction of legal system

Wang Hui

(East China University of Political Science and Law， International Law Faculty，Shanghai 200042)

【Abstract】Emergency Arbitration Procedure has been one of the latest development in international commercial arbitration. As to the grant of interim measures, such procedure serves as a new option prior to the establishment of the arbitral tribunal. However, due to some ambiguity, the practical effect of emergency arbitration procedure remains to be seen. Starting from the case analysis, core procedure issue lines in the following three aspects. They are “conflict arising from the concurrent jurisdiction”, “the enforcement of the interim measures granted by emergency arbitrator” and “the substantive requirements of interim measures granted by such procedure”

respectively. To keep in pace with the latest development of international commercial arbitration, some of the Chinese arbitration committees has also introduced such procedure. To better realize the positive function of emergency arbitration procedure in China, facing similar problems, it is suggested to have the contract properly drafted and the arbitration law amended in the future. On one hand, by exercising the party autonomy, some ambiguity could be avoided through arbitration clause drafting as well as under the guidance of model arbitration clause. On the other hand, the emergency arbitration procedure shall be enacted in the arbitration law. And step by step realize the global recognition and enforcement of interim measures.

【Key Words】 emergency arbitration procedure; Interim measures; concurrent jurisdiction; recognition and enforcement; substantive requirements

论国际私法中直接规范的适用

谢石松[298]

摘　要:国际私法中的直接规范，即其他学者所称的“实体规范”，是国际私法中一种非常重要的、直接规定当事人实体权利义务内容的法律规范，其在国际民商事关系中的适用需要有间接规范的指引。

关键词:国际私法　直接规范　间接规范

国际私法中的直接规范（Direct Rules），也就是传统国际私法理论和其他国际私法论著中所表述的“实体规范”（Substantive Rules），[299]是与国际私法中的间接规范（Indirect Rules），即传统国际私法理论和其他国际私法论著中所表述的“冲突规范”（Conflict Rules）[300]相对应的一个概念，是国际私法中一种非常重要的法律规范形式。国际私法中的直接规范是指国际私法中直接规定国际民商事关系当事人之间实体权利义务内容的法律规范。笔者认为，在这里，需要特别强调的是，“直接规范”和与之相对应的“间接规范”所涉及的是相关法律规范本身的规范形式和内容，涉及的是“直接规定”，还是“间接规定”国际民商事关系当事人之间实体权利义务内容的问题，是一个静态的概念；而且，所有国际私法中的直接规范，都需要通过间接规范的指引才能得以适用，如2010年10月28日颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《法律适用法》”）第2条第1款明确规定：“涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有规定的，依照其规定。”

国际私法中的直接规范的出现，最早可以追溯到罗马法时代。在公元3世纪

---

[298] 谢石松，国际私法学博士，中山大学法学院教授、国际法研究所所长，中国国际私法学会副会长。

[299] 笔者在这里有意避开“实体规范”这个词的使用，主要是因为笔者认为，国际私法中的“冲突规范”也是实体规范，如果将实体规范与“冲突规范”相提并论，就会发生“冲突规范”不是实体规范这样一种当然的逻辑结果。而事实上，国际私法中包含有两种调整国际民商事关系当事人实体权利义务关系的法律规范形式：其中一种是直接规范；另一种是间接规范，即“冲突规范”。而且，使用“实体规范”这个词，并不能与“间接确定国际民商事关系当事人实体权利义务内容”的间接法律规范相区别，从而不能科学地反映这种“直接确定国际民商事关系当事人实体权利义务内容”的直接法律规范的形式和内容。参见谢石松著：《国际私法的调整对象、范围及性质问题新论》，载于《法学评论》2007年第4期，第31页。

[300] 笔者在这里将其他国际私法论著中所称的“冲突规范”和“实体规范”改称为“间接规范”和“直接规范”，主要是考虑到：（1）“冲突规范”也是实体规范，将“冲突规范”与“实体规范”相提并论，不科学、不符合逻辑要求；（2）“实体规范”也是以解决法律冲突为目的制定的，而且，其中的“统一实体规范”的适用结果还能够从根本上消除各缔约国之间的法律冲突，同样应该属于“冲突规范”的范畴，将“实体规范”或者“统一实体规范”与“冲突规范”相提并论，同样不科学、也不符合逻辑要求；（3）用“间接规范”和“直接规范”这两个名称，能够科学地反映这两种法律规范的形式、内容及其区别。参见谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社2007年版，第7页、第69～71页。

古罗马帝国颁布实施的“万民法”中的相关规定，被认为是人类社会最早的直接规定国际民商事关系中有关当事人实体权利义务内容的直接规范。之后，在公元11世纪意大利地中海北部沿岸各城邦国家之间实施的“商人习惯法”中的规定，属于典型的国际私法中的直接规范。“万民法”规定了当时罗马市民和非罗马市民之间进行民商事交往时必须遵循的法律规范；“商人习惯法”规定了当时意大利各个城邦国家之间的商人在进行商事交往时所应该适用的法律规范。这些法律规范都直接规定了各有关当事人之间的实体权利义务内容。所不同的是，“万民法”中的直接规范是由一个国家单方面制定，并只能在一个国家境内通过间接规范的指引适用的直接规范；而“商人习惯法”中的直接规范是在国际交往中逐渐形成，并为各个国家普遍认可和通过间接规范的指引而采用的直接规范。[301]

国际私法中的直接规范，基于其制定或形成的过程不同，其适用范围和适用方式也会各不相同。[302]

一、内国法中的直接规范的适用

内国法中的直接规范，即一个国家内国法中专门适用于国际民商事关系的直接规范，是指一个国家单方面制定或确定的、专门适用于国际民商事关系、并直接规定国际民商事关系中双方当事人实体权利义务内容的民商事法律规范。这种内国法中专门适用于国际民商事关系的直接规范包括绝对适用的直接规范和相对适用的直接规范两种形式。

1．内国法中绝对适用的直接规范。在采用严格的属地主义，不适用外国法的国家，特别在是古代社会，如古罗马帝国时期，为专门调整国际民商事关系而制定的“万民法”就是这样一种类型的直接规范。笔者认为，这种绝对适用的直接规范，通过有关立法中的一种概括性的、单边间接规范的规定或者指引，[303]必须绝对适用于在相关国家境内进行有关国际民商事活动的所有内外国当事人，对所有在相关国家境内进行国际民商事活动的内外国当事人都具有绝对的、严格的法律约束力。而且，在这个国家境内所发生的这种国际民商事关系，只能适用该国的这种绝对适用的直接规范，而不能适用其他相关国家有关调整这种国际民商

[301] 参见谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社2007年版，第116页。
[302] 需要特别强调的是，笔者在这里所称的“直接规范”是专门适用于调整国际民商事关系的直接规范，即国际私法中的直接规范；而不是指，也不包括适用于调整国际经济关系的直接规范，即国际经济法中的直接规范。参见谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社2007年版，第116～121页。
[303] 参见谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社2007年版，第73页。

事关系的外国法律规范。[304]

不过，在当今国际社会，由于各个国家都原则上承认外国民商事法律制度的域外效力，所以，就整体而言，已经基本上没有了这种类型的直接规范。只是在个别国家的国际民商事关系中的个别领域，作为例外，还存在这种绝对适用的直接规范，如我国现行的《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第126条第2款规定：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律”。也就是说，在我国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同等国际合同关系中，实行严格的属地主义，不承认相关外国法的域外效力，只能绝对适用我国法律中相关的直接规范。[305]

2．内国法中相对适用的直接规范。在严格区分国际民商事关系和国内民商事关系的国家，如在我国，就曾经为专门调整国际民商事关系而制定过一些这种相对适用的直接规范，如原来的《中华人民共和国涉外经济合同法》（以下简称“《涉外经济合同法》”）中有关国际合同的直接规范的规定，就属于这种相对适用的直接规范。笔者认为，这种相对适用的直接规范，虽然也是有关国家制定的专门适用于国际民商事关系的直接规范，也同样必须经过一定的间接规范的规定或者指引，才能用来调整有关的国际民商事关系，并不能直接约束有关的外国当事人，但与前述绝对适用的直接规范不同，对有关国际民商事关系中的内外国当事人没有绝对的法律效力。规定或者指引这种相对适用的直接规范的间接规范也只能是一种双边间接规范。[306]在有关的国际民商事关系中，有关规定或者指引这种相对适用的直接规范的双边间接规范，可能指定适用外国法，也可能指定适用内国法，而只有在其指定适用内国法时，这种国内立法中专门适用于国际民商事关系的直接规范才能得以适用，所以，这种直接规范是一种相对适用的直接规范。如我国原来的《涉外经济合同法》在对有关国际合同关系作了明确、具体的直接规定的同时，还特别在第5条第1款明确规定：“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系国家的法律”。也就是说，在我国当事人与其他国家的当事人签订国际合同时，合同当事人可以

---

[304] 笔者认为，这些直接规范应该就是目前国际私法学界的很多学者所主张的“直接适用的法”，但是，这些直接规范在各相关国家境内并不是直接适用的，其适用都需要经过单边间接规范的指引才能实现。参见谢石松著：《论国际私法中的“直接适用的法”》，载于《中国国际法年刊》（2011），世界知识出版社2012年版，第441～451页。

[305] 在一些学者的论著中，将这种绝对适用的直接规范认定为“直接适用的法”。参见韩德培著：《国际私法的晚近发展趋势》，载于《中国国际法年刊》（1988），法律出版社1989年版，第17页。

[306] 参见谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社2007年版，第73～74页。

选择适用我国的法律，也可以选择适用外国的法律，而只有在当事人选择适用我国法律或基于最密切联系原则适用我国法律时，才应该适用该《涉外经济合同法》中的有关直接规范。

不过，在当今国际社会，由于各个国家国内法中这种相对适用的直接规范的制定，主要是基于其国际、国内市场的明确划分，及其国内民商事关系和与此相关的法律制度具有特殊性。所以，就整体而言，同样已经基本上没有了这种类型的直接规范。而且，也同样只是在个别国家的国际民商事关系中的个别领域，作为例外，还存在着这种相对适用的直接规范。如我国原来制定和适用的《涉外经济合同法》中的相关规定，也都随着我国的进一步改革开放，我国国内市场和国际市场的进一步融合，和我国现行的《合同法》的颁布实施，而被废除了。从而使得这种相对适用的直接规范和上述绝对适用的直接规范一样，在我国的国内法中也开始成为了一种例外形式。并因此而使得这两种一个国家国内法中专门适用于国际民商事关系的直接规范，在国际私法和国际私法学的体系中，都已经没有了其原有的重要意义。

需要特别强调的是，笔者在这里所讲的这种各个国家国内法中专门适用于国际民商事关系的直接规范，是以国际民商事关系作为调整对象的法律规范，是一种国际民商事法律规范。虽然这种专门适用于国际民商事关系的直接规范在国际民商事关系中的适用，也需要有间接规范的规定和指引，虽然其内容的查明和适用，在形式上也属于查明和适用有关外国法的范畴，但各个国家的立法和司法机关，在制定和实施这种专门适用于国际民商事关系的直接规范的过程中，都需要、也会特别考虑国际民商事关系的特殊要求，都需要、也会特别遵循一些与制定和实施其国内民商事法律规范时不同的原则和精神，所以，就其性质而言，它们都属于国际私法中的法律规范的范畴，与其他有关专门调整国内民商事关系的内国法律规范有着本质的区别。

这种一个国家国内法中专门调整国际民商事关系的直接规范，不同于一个国家国内法中适用于国内民商事关系的直接规范。一个国家国内法中适用于国内民商事关系的直接规范，是指一个国家单方面制定的、适用于调整国内民商事关系的直接规范。笔者认为，这种一个国家国内法中适用于国内民商事关系的直接规范，只有在调整国内民商事关系时，才能“直接适用”于确定国内民商事关系中有关当事人之间的实体权利和义务；而在被援引来调整国际民商事关系时，同样需要经过有关国际私法中的间接规范的指引、需要与有关国际私法中的间接规范

相结合，才能确定国际民商事关系中有关当事人之间的实体权利义务内容。

而且，更为重要的是，各个国家的立法和司法机关，在制定和实施这种一个国家国内法中适用于国内民商事关系的直接规范的过程中，都不需要、也不会特别考虑国际民商事关系的特殊要求。事实上，这种一个国家国内法中适用于国内民商事关系的直接规范，是各个国家为了调整其内国民商事关系而制定的法律规范，只是因为有关国际私法中的间接规范的指引，而被临时借用来调整有关的国际民商事关系。笔者认为，就其性质而言，这种一个国家国内法中适用于国内民商事关系的直接规范不属于国际私法中的法律规范的范畴。

二、国际条约中的直接规范的适用

国际条约中的直接规范，是指国际社会各个国家共同制定的、直接规定国际民商事关系中双方当事人实体权利义务内容的民商事法律规范。这种直接规范直接规定了各个缔约国之间的当事人在进行国际民商事交往时确定其实体权利义务内容的法律依据，从而在适用阶段，不需要再考虑其所属国家或相关国家法律规定的不同而带来的法律冲突，不需要再去考虑到底应该适用哪个国家法律的问题。也因此而被传统国际私法理论称为“统一实体规范”，即笔者所称的“统一直接规范”。

在传统的国际私法理论中，一般都认为，这种国际条约中的直接规范是直接适用的，如李双元教授等学者们著的《中国国际私法通论》一书认为：“这种‘直接适用的法’也被视为与统一实体法相‘并列’的另一种避开或绕开冲突规则，通过国内实体法来直接调整涉外关系的国际私法规范”；黄进教授主编的《国际私法》一书则更加明确地强调：“国际统一实体私法”“一般无需冲突规范的指引就能直接适用”；赵相林教授和杜新丽教授等学者们著的《国际民商事关系法律适用法立法原理》也认为：“在适用实体法条约时可以‘直接适用’”。[307]但是，笔者认为，从目前国际社会的国际私法立法和司法实践来考察，有关国际条约在各个缔约国的适用，也都是基于条约本身某些条款的规定和各个缔约国国内法中有关条款的规定来进行，因而也并不是直接适用的。如以 1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》中的有关直接规范在我国的适用为例。公约中有关规定国际货物买卖合同关系的直接规范之所以能够在我国适用，是因为一方面，《联合国

[307] 参见李双元、金彭年、欧福勇著：《中国国际私法通论》，法律出版社 2003 年版，第 37 页；黄进主编：《国际私法》，法律出版社 2005 年版，第 395 页；赵相林、杜新丽等著：《国际民商事关系法律适用法立法原理》，人民法院出版社 2006 年版，第 15 页。

国际货物买卖合同公约》第 1 条第 1 款明确规定：“本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物买卖合同”；[308]另一方面，我国最高人民法院于 1987 年 12 月 10 日以法（经）发[1987]34 号文发布的《最高人民法院转发对外经济贸易部<关于执行联合国国际货物买卖合同公约应注意的几个问题>的通知》，对公约在我国的适用作了明确的规定。该通知规定：我国政府既已加入公约，也就承担了执行公约的义务，因此，根据公约第 1 条第 1 款的规定，自 1988 年 1 月 1 日起，我国的公司与其他缔约国的公司达成的货物买卖合同如果不另外作出法律选择，则合同规定事项将自动适用公约的有关规定，发生纠纷或诉讼时也应该依据公约处理。[309]所以，我国公司对于一般的货物买卖合同应考虑适用公约，但公司也可以根据交易的性质、产品的特性以及国别等具体因素，与外商达成与公约条文不一致的合同条款，或在合同中明确排除适用公约，转而选择某一国的内国法作为合同所应该适用的法律。[310]

如在笔者作为首席仲裁员主持裁决的韩国某机械公司与深圳某高尔夫球会有限公司之间的《货物购买合同》仲裁案中，[311]仲裁庭就本案法律适用问题发表的裁决意见认为：“因为本案申请人是韩国的一家公司，被申请人是中国的一家公司，而中国早在 1980 年就签署了《联合国国际货物买卖合同公约》，并于 1986 年 12 月 11 日向联合国秘书长提交了核准书，公约于 1988 年 1 月 1 日开始对中国生效；韩国也于 2004 年 2 月 17 日向联合国秘书长提交了加入书，公约于 2005 年 3 月 1 日起对韩国正式生效；根据《公约》第 1 条第 1 款第 1 项的规定和中国《最高人民法院转发对外经济贸易部<关于执行联合国国际货物买卖合同公约应注意的几个问题>的通知》第 1 条中有关‘合同规定事项将自动适用公约的有关规定’的规定，本案申请人与被申请人分别于 2005 年 5 月 15 日、7 月 11 日签订的 2 份《货物购买合同》都应该适用《联合国国际货物买卖合同公约》的规定。同时，由于《联合国国际货物买卖合同公约》并没有对解决合同纠纷的所有法律作出规定，考虑到双方当事人没有明确选择合同的准据法，而本案所涉合同一方当事人的住所地、合同的签订地和履行地、以及双方当事人所选争议解决机构的所在地又都在中国境内，根据《联合国国际货物买卖合同公约》第 7 条、中国《最

---

308 笔者认为，如果换一个角度来表述，这个法条的意思是：“营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物买卖合同适用公约的规定”，很显然，这是一条典型的单边间接规范，即单边冲突规范。

309 笔者认为，这同样是一条典型的单边间接规范，即单边冲突规范。

310 该通知的具体内容，参见法律图书馆网站：http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=4725，2014 年 7 月 6 日访问。

311 中国国际经济贸易仲裁委员会 SHENM2009189 号仲裁案。

高人民法院转发对外经济贸易部<关于执行联合国国际货物买卖合同公约应注意的几个问题>的通知》第 3 条、和《中华人民共和国民法通则》第 145 条，以及《中华人民共和国合同法》第 126 条第 1 款的规定，对于《联合国国际货物买卖合同公约》没有规定的事项，应该适用与合同有最密切联系地国家－－中国的法律。”

三、国际惯例中的直接规范的适用

国际惯例中的直接规范，是指在国际社会长期的国际民商事交往中逐渐形成、并经过各个国家普遍认可的、直接规定国际民商事关系中双方当事人实体权利义务内容的民商事法律规范。这种直接规范与国际条约中的直接规范一样，也都直接规定了不同国家之间的当事人在进行国际民商事交往时确定其实体权利义务内容的法律依据，从而不需要再考虑其所属国家或相关国家法律规定的不同而带来的法律冲突，不需要再去考虑到底应该适用哪个国家法律的问题。只是这种直接规范与国际条约中的直接规范不同，不具有绝对的法律效力，其适用，一般情况下，必须以相关当事人的依法选择作为前提条件。

在传统的国际私法理论中，也一般都认为，这种国际惯例中的直接规范是直接适用的。[312]但是，笔者认为，与国际条约中的直接规范的适用一样，从目前国际社会的国际私法立法和司法实践来考察，有关国际惯例在国际社会各个国家的适用也都是基于各个国家国内法中有关条款的规定来进行，因而也并不是直接适用的。如以国际惯例在我国的适用为例，国际惯例在我国国际民商事关系中的适用只有两种情况：一种情况是当事人选择某一个国际惯例作为准据法，如《中华人民共和国民法通则》第 145 条规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议的法律”，《法律适用法》第 41 条也规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律”，如果当事人依据这些规定选择了某一个国际惯例作为国际合同关系的准据法，这个国际惯例当然是基于间接规范的指引来适用的。而另一种情况是有关方面，包括人民法院或者商事仲裁机构，依法基于职权而适用国际惯例，如《中华人民共和国民法通则》第 142 条第 3 款规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例”，很显然，如果人民法院或商事仲裁机构依据这一条款的规定适用某一个国际惯例作为国际合同关系的准据法，这个国际惯例同样也是基于间接规范的指引来适用的。

---

312 参见李双元、金彭年、欧福勇著：《中国国际私法通论》，法律出版社 2003 年版，第 37 页；黄进主编：《国际私法》，法律出版社 2005 年版，第 395 页。

如在笔者作为首席仲裁员主持裁决的香港某有限公司与中山市某食品饮料有限公司之间的《销售合同》仲裁案中，[313]仲裁庭就本案法律适用问题发表的裁决意见认为："本案的审理和裁决，基于合同一方当事人在中国中山市；合同的签订地在中国中山市；合同的价格条件是离岸价格（即 FOB 价格）中国中山市；合同约定的货物交运地在中国中山市等各种因素，根据《中华人民共和国民法通则》第 145 条第 2 款和《中华人民共和国合同法》第 126 条第 1 款的规定，以及《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第 5 条第 1 款第 1 项的规定，在当事人双方没有明确约定合同准据法的情况下，可以认定中国中山市与本案所涉合同有最密切的联系，应该适用中国中山市所在地的中华人民共和国法律。此外，根据《中华人民共和国民法通则》第 142 条第 3 款的规定，在中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例，即《2000 年国际贸易术语解释通则》中有关离岸价格（即 FOB 价格）条件的规定。"

The Application of the Direct Rules in the International Private Law

Xie Shisong

Abstract: The Direct Rules in the International Private Law, also known as the Substantive Rules, is an important kind of rules of law, which directly formulates parties' substantive rights and obligations. Such rules are applied under the guidance of the Indirect Rules in the international civil and commercial relations.

Key Words: International Private Law; Direct Rules; Indirect Rules

313 中国国际经济贸易仲裁委员会 SHENG2007059 号仲裁案。

论国际组织在民商事争议中的管辖权问题

李娟
（云南师范大学）
Tel:13888351731

摘要：国际组织的民商事争议主要由国内法院和国际组织行政法庭管辖。国内法院对涉及国际组织的案件行使管辖权，其前提条件就是国际组织在国内法院不享有豁免。国内法院管辖的理由主要有保护公共利益、避免出现拒绝司法和诉诸法院权利三方面。目前已有许多的国际组织民商事案件在国内法院接受裁判。国际组织行政法庭对国际组织民商事争议的管辖主要依据国际组织文件的规定，同时国际组织行政法庭存在管辖权扩大的趋势，其目的也是为了避免拒绝司法情况的出现。不管是国内法院还是国际组织行政法庭的管辖都有利于国际组织信誉的提高，有利于国际组织的健康发展。

关键词：国际组织 民商事争议 管辖权

一、国内法院对国际组织民商事争议的管辖权

（一）国内法院对国际组织案件行使管辖权的前提条件

1、限制豁免理论的影响

（1）国家有限豁免理论对国际组织的影响

国家豁免理论从绝对豁免发展为限制豁免，这是国际组织限制豁免的理论基础。国际组织的事务权行为不享有豁免，这一点与国家限制豁免标准一致。学者们普遍认为国际组织享有的豁免是一种职能性豁免，职能性豁免注定就是一种限制性豁免。传统上国际组织在被授予豁免方面与国家类似，一些豁免立法尤其将这种与国家的相似性作为赋予国际组织豁免的理由。将国际组织与国家类比的原因在于国际组织原本不被视为独立的法律人格者，而是被视为其成员国的集合体。因此，从逻辑上将国家豁免和外交豁免扩展至国际组织及其官员。一些古老的豁免案例也是将国际组织

视为成员国的集合体。国家的限制豁免理论是国际组织享有有限豁免的理论基础，是国内法院对国际组织行使管辖权的理论前提。

（2）国际组织的商业行为不享有豁免

国家行为领域有统治权行为和管理权行为之分，这一理论能否移植于国际组织？统治权行为和管理权行为的区分是限制豁免理论的基础，许多学者也采取一种相似的方式来区分国际组织的商业行为和公共行为。[314]因此，许多学者越来越倾向于接受商业行为例外说，最后得出结论认为一个国际组织从事纯粹的商业行为，为其工业产品和服务进入市场寻找消费者的行为，根本没有享有特权与豁免的司法必要。[315]

有人认为，国家为实现某种商业目标而集团化应具有公共性质。[316]这种观点会导致人们认为任何对国际组织管理权行为的讨论都是多余的，因为所有的国际组织均是为实现某种目标而结合在一起的国家集团。然而，一项行为的商业性或公共性应由行为本身来决定，而不是看实施该行为的是国际组织还是其他人。这一观点在 International Association of Machinist v. OPEC 案[317]法院的推理中得到了明确支持，“一项行为的政府性质被改变仅仅是因为行为是由两个或两个以上的国家一起决定实行该行为的，这种认识甚为荒唐。”[318]

因此，国际组织从事的商业行为不享有豁免，这也是限制豁免理论的内容。美国的《国际组织豁免法》和《外国主权豁免法》均有关于商业例外的规定。

（3）对私人保护的要求

国家享有的豁免权应受到限制的原因之一就是要对与国家交易的私人或受国家行为影响的私人保证公平，使他们有权利获得司法裁决。这一理论也适用于国际组织与私人的关系。因为越来越多的国际组织参与经济活

---

314 例如，Nicolas Valticos, Seidl-Hohenveldern, C. Wilfred Jenks, Henry G. Schermers.

315 BEKKER, PETER HENRI FREDERICUS. The Legal Position of Intergovernmental Organizations: A Functional Necessity Analysis of Their Legal Status and Immunities[M]. Leiden: Martinus Nijhoff, 1994. 114.

316 SADURSKA, ROMANA AND CHINKIN,CHRISTINE M. The Collapse of the International Tin Council: A Case of State Responsibility?[J]. Virginia Journal of International Law, 1990, 30: 854.

317 International Association of Machinist v. OPEC, US District Court , CD Cal., 18 September 1979; US Court of Appeals 9th Cir., 6 July-24 August 1981.

318 477 F. Supp. 553 at 569 (CD Cal. 1979).

动，因此对国际组织的豁免进行限制是有必要的。在某些情况下，国际组织的地位与国家的相似。如果说国家不享有绝对豁免是源于对个人权利和公共道德的重视以及政府越来越多地进入私人交易领域，[319]那么不可否认的是国际组织也具有相似的情况。

African Reinsurance Corporation v. Abate Fantaye 案反映了国际金融组织的豁免问题。一位尼日利亚上诉法院的法官认为："一旦其主要目标是进行商业交易，总部协定并不意图保护上诉人不受上诉干扰。"[320]SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol 案[321]也体现了这样的观点，认为国际组织享有绝对的豁免不合适，当私人受国际组织行为影响时，私人的权利应获得保护。

2、国际组织在国内法院不享有豁免

国内法院对涉及国际组织的案件行使管辖权，其前提条件就是国际组织在国内法院不享有豁免。国际组织在国内法院不享有豁免主要有三种情况：一是国际组织明示放弃豁免，这是最简单明确的一种方式，但一般情况下国际组织不会自行放弃豁免；二是法院根据具体情况推断国际组织默示放弃豁免，这需要对默示情况进行推断，因此比较复杂；三是国内法院根据本国的法律明确裁决国际组织不享有豁免。

（1）国内法院拒绝国际组织的豁免请求

国际组织在国内法院诉讼时常会运用豁免理由阻止国内法院的管辖，国内法院拒绝给予国际组织豁免的理由包括法院地国没有批准相关条约、国际组织不属于法院地国法律规定的豁免范围等等。例如 United States Lines Inc. v. World Health Organization[322]案，一家船舶运输公司起诉世界卫生组织，要求获得金钱赔偿，原因是世界卫生组织在货物到达 10 天后尚未将货物搬离港口。诉讼发生时，菲律宾国内尚未批准 1951 年的世界卫生组织与菲律宾之间的东道国协定，因此，世界卫生组织不能据此享有豁免。

---

319 GORDON, MARK. Recent Developments: International Organization:Immunity-Broadbent v. Organization of American States[J]. Harvard International Law Journal, 1980, 21: 555.

320 International Law Report, 1991, 86: 673.

321 Case 364/92, ECJ, 19 January 1994.

322 United States Lines Inc. v. World Health Organization, Intermediate Appellate Court, 30 September 1983.

还有的国家以国内法与国际法关系中的二元论为理由拒绝豁免，如英国法院坚持的观点是只有英国国内法明确授予国际组织豁免时国际组织才在英国法院享有豁免。[323]

在国际组织卷入的这些诉讼中，国际组织会坚持自身享有豁免，但国内法院则会依据本国的法律进行裁判。如果国际组织的豁免不符合法律的规定，法院就会拒绝给予国际组织以豁免。国际组织与其职员之间的争议一般认为应由国际组织的行政法庭裁决，但国内法院在拒绝国际组织享有豁免的情况下也可对此类争议行使管辖权。

（2）国内法院推定国际组织默示放弃豁免

A、依法律选择条款和法院选择条款推定默示放弃豁免

国内法院将法律选择条款和法院选择条款视为默示放弃豁免。在 Branno v. Ministry of War 案[324]中，意大利最高法院认为，“国际法主体与公共机构一样……会从事具有私法性质的行为，如缔结受私法管辖的合同。在这种情况下，国际法主体放弃自身享有的豁免，当它与私人缔结合同时，它就同意受规范合同的意大利民法的管辖，因而它也就同意受意大利法院的管辖。”[325]

在 Maida v. Administration for International Assistance 案[326]中，原告是一位意大利医生，其雇主是国际难民组织，原告对其雇主在意大利国内法院提起诉讼。由于国际难民组织已于 1952 年终止[327]，后由国际援助管理局（Administration for International Assistance）代其就 Maida 提起的诉讼进行辩护。那不勒斯民事劳动法庭以缺乏管辖权为由驳回了诉讼，该法庭认为该案应由意大利行政法院管辖。案件上诉至意大利最高法院，最高法院推翻了民事劳动法庭的裁决，认为民事劳动法庭对原告提起的诉讼有管辖权。根据国际难民组织制定的员工规则和意大利有关雇佣的立法，最高法院认

323 如 Standard Chartered Bank v. International Tin Council and others, High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 17 April 1986, ILR, 1988,77: 8-18.该案中高等法院采取的就是此种观点。
324 Branno v. Ministry of War, Corte di Cassazione, 14 June 1954.
325 International Law Report, 1955, 22: 757.
326 Maida v. Administration for International Assistance, Corte di Cassazione, 27 May 1955.
327 Eberhard Jahn, 'International Refugee Organization' in Ruddlf Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law (2nd edn, 1995), Vol. II, 1351-1354 at 1352.

为意大利法院有管辖权，理由是“国际难民组织尽管是一个国际法主体，但它在某些方面将自己置于意大利法之下，以这一事实来指导本案，从而决定能裁决国际难民组织与原告之间争议的适格的法院。”[328]被告则认为意大利法院不具有管辖权，该争议应根据国际难民组织员工规则进行仲裁，最高法院拒绝了被告的要求。最高法院认为仲裁条款存在瑕疵，没有规定可行的仲裁员任命程序。因此，适用意大利有关雇佣的立法构成了默示放弃豁免，意大利最高法院坚持对该雇佣纠纷有管辖权。

在 Agence de Cooperation Culturelle et Technique v. Housson 案[329]中，Housson 夫人于 1974 年受雇成为波尔多国际学校的一名接待员，该学校是文化和技术合作协会的一个机构（Agence de Cooperation Culturelle et Technique），该协会是一个总部在巴黎的国际组织。1981 年 Housson 夫人的雇佣被单方面终止，理由是她有违规行为。Housson 夫人在法国法院提起诉讼，宣称终止她的工作是非法的，因为她正处于怀孕期，并且要求损害赔偿。波尔多上诉法院作出了有利于 Housson 夫人的裁决。协会对此提起上诉，认为它根据 1972 年和 1980 年协会与法国政府的总部协议而应在法国享有豁免。最高法院发现在协会与 Housson 夫人的雇佣合同中有一条条款规定有关合同的解释和执行所产生的任何争议将提交雇佣地有管辖权的法院管辖，该条规定构成了协会豁免的放弃。因此，法院拒绝了协会的豁免要求。[330]

B、依仲裁条款推定默示放弃豁免

有时国际或国内的豁免规则会明确考虑仲裁，并且规定仲裁对豁免的影响。如 1972 年《国际锡理事会（特权与豁免）指令》第 6 条第 1 款就对国际锡理事会与英国之间的总部协议有影响，总部协议规定国际锡理事会享有豁免，但该条规定国际锡理事会享有豁免但“以下情形除外：（1）国际锡理事会明确放弃豁免……（3）强制执行仲裁裁决。”在多数情况下，国际组织不会明确放弃豁免。国际组织同意仲裁，是否构成默示同意国内

328 International Law Report, 1956, 23: 513.
329 Agence de Cooperation Culturelle et Technique v. Housson, Cou d’appel de Bordeaux, 18 November 1982, Cour de Cassation, 24 October 1985.
330 REINISCH, AUGUST. International Organizations before National Courts[M]. New York: Cambridge University Press, 2000. 225-226.

法院有权对仲裁程序进行监督，或者是否构成默示同意国内法院有权命令最终裁决的强制执行。对该问题学者的看法不同，有人对其持肯定态度，有人则认为国际组织同意仲裁并不构成对豁免的默示放弃，只有明确规定仲裁程序受国内法规范时才构成豁免的默示放弃。[331]

在 UNRWA v. General Trading and Transport Co.案（即大米案）中，法院认为 UNRWA 与私人之间的仲裁条款受国际法而不是国内法的规范，因此，排除了由国内法监督仲裁程序。[332]在 Centre Pour le développement industriel (CDI) v. X 案[333]中，比利时法院发现国际组织同意仲裁事实上放弃了其在比利时法院享有的豁免。初审法院对国际组织作出了强制执行仲裁裁决的判决，该判决得到了上级法院的支持。为否认仲裁裁决的效力，CDI 认为它所享有的豁免本身就阻止了其与雇员之间争议的可仲裁性。但法院拒绝了这一观点，认为 CDI 的内部法已预见到仲裁是解决其合同纠纷的排他方式，并且同意仲裁表明 CDI 已放弃其享有的司法管辖豁免。[334]

（二）国内法院主张管辖权的理由

1、为公共利益而进行司法保护

通过司法途径保护自身的利益被视为是一种体现公平和正义的方式，是社会的公共利益（public good）。[335]不仅个人寻求司法途径保护自身的利益，国际组织为保护自身的权利也会寻求司法途径。国内法院的管辖权不仅有利于个人或国际组织寻求其帮助，而且也有利于法院地国通过行使管辖权来宣示公权力。

在 AMF v. Hashim (No.3)案[336]中对国际组织的司法保护由于其缺乏国内法律人格的原因而几乎被否认。如果对具有“外国”因素的国际组织关上

---

331 如 Beaudice v. ASECNA, Court of Appeal of Paris, 25 November 1977.

332 Yearbook of the International Law Commission, 1967, Vol.II. 208.

333 Centre Pour le développement industriel (CDI) v. X, Tribunal Civil de Brusselles, 13 March 1992.

334 REINISCH, AUGUST. International Organizations before National Courts[M]. New York: Cambridge University Press, 2000. 228.

335 关于对公共利益（public good）的详细解读可参见 William G. Tierney. Governance and the Public Good[M].Albany: State University of New York Press, 2006. Alan Paterson.Lawyers and the Public Good: Democracy in Action?[M]. New York: Cambridge University Press, 2012.以及其他有关 public good 的著作。本文主要将司法保护视为一种社会公共利益。

336 AMF v. Hashim (No.3), Chancery Division, 9-12 October, 14 November 1989; Court of Appeal, 26-27 March, 9 April 1990; House of Lords 26-28 November 1990, 21 February 1991.

司法大门，那么不仅会给英国外交部带来尴尬（因为外交部认为法院应默示承认 AMF 的法律人格），也会给伦敦带来潜在的商业损失[337]，因为其他国际组织会认为当它们向英国法院寻求司法保护时会被拒绝。[338]换句话说，拥有一个先进的法律体系的国家，国际组织会更倾向于考虑选择该国作为其总部所在地国。因此，鉴于美国和英国法律的先进性和完善性，在国际组织涉及的国际商业诉讼中频繁使用纽约和伦敦作为重要的连结因素。[339]

2、避免出现拒绝司法

国际组织享有豁免引发了对其负面影响的思考，如法律义务的承担等。一般认为，如果国际组织在与私人的合同和其他交易争议中不能接受法律诉讼，那么国际组织就享有不公平的程序优先性。

国家与私人交易时所享有的司法管辖豁免，基于“对原告的公平”和“遵守法律规则”的理由而在国内法院受到质疑，最终出现了限制性豁免。如果国际组织在与私人交易时依然享有豁免，这种豁免依然被认为是有效的和正当的，同样是站不住脚的。

在 People v. Mark S. Weiner 案[340]中，纽约市法院认为，坚持一个联合国保安官员享有豁免是不合情理的，违反了基本公平和平等对待所有寻求司法解决争议的人的观念。另一个案例是法国 Avenol v. Avenol 案。这是关于起诉国际联盟秘书长的案件，其前妻要求其支付赡养费。秘书长要求享有绝对的外交豁免。法国法院拒绝了秘书长的这一要求，并措辞强烈地表明法院的立场：“如果我们裁决 Avenol 享有外交豁免，那么我们就是作出了一个明显与所有法律理念相违背的裁决。Avenol 所援引的《国际联盟盟约》，规范着这个世界最高的道德和司法权威，该盟约不可能规定一个令人惊诧的条款公然违背司法正义的神圣。”[341]

在学者们看来，如果没有其他替代性的争议解决方式，国际组织又享

337 CHEYNE, ILONA. Status of International Organizations in English Law[J]. International and Comparative Law Quarterly, 1991, 40: 982.
338 CARVER, JEREMY P. International Organizations After Arab Monetary Fund[J]. Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, 1991, (6): 217.
339 REINISCH, AUGUST. International Organizations before National Courts[M]. New York: Cambridge University Press, 2000. 525.
340 People v. Mark S. Weiner, Criminal Court of the City of New York, New York County, 19 January 1976.
341 Annual Digest of Public International Law Cases(1935-1937),Vol.8. 396.

有豁免，就会导致拒绝司法的情况出现。国际组织在国内法院享有豁免则剥夺了个人能获得的法律救济。法律的公平性和避免国际组织豁免的滥用要求有一个公正的争议解决体系。

3、诉诸法院权利的要求

当私人在国内法院起诉国际组织时，给予国际组织豁免会剥夺私人当事方可获得的基本司法救济，私人的权利因国际组织的豁免而遭受侵害。前述 Manderlier v. Organisation des Nations Unies and Etat Belgec Ministre des Affaires Etrangères 案[342]就为一有力例证。由于 Manderlier 无法接受比利时政府调解的赔偿额，遂将联合国和比利时政府告上法院。比利时民事法庭认为根据《联合国宪章》第 104 条的规定，联合国有在比利时法院进行诉讼的法律人格，但根据《联合国特权与豁免公约》绝对豁免条款的规定，联合国在比利时法院享有豁免。法庭同时也意识到联合国没有为其与私人之间的争议提供适当的争议解决方式，原告事实上无法获得法律救济。同时上诉法院也承认没有法院可以处理上诉人与联合国之间的争端，这种情况与《世界人权宣言》所宣扬的原则不符。[343]因此，国际组织享有的豁免影响到了私人人权的实现。

剥夺当事人诉诸法院的民事权利在许多国家将带来严重的宪法问题，从国际法的角度而言则是严重的人权问题。诉诸法院以裁决某人的权利和义务被视为一项基本的权利。《世界人权宣言》第 10 条规定：“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正和公开的审讯，以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何指控。”《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 1 款规定：“所有人在法庭和裁判所前一律平等。在判定对任何人提出的任何指控或确定他在一件诉讼案中的权利和义务时，人人有资格由一个依法设立的合格的，独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。”《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款规定：“在决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何罪名时，任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯。”欧洲人权

[342] Manderlier v. Organisation des Nations Unies and Etat Belgec Ministre des Affaires Etrangères, Civil Tribunal of Brussels, 11 May 1966.
[343] United Nations Juridical Yearbook, 1969. 237.

法院认为，《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款确保每个人都有权将与其民事权利和义务有关的诉求提交法院或法庭。该条体现了诉诸法院的权利，就民事事项在法院提起诉讼的权利。[344]

在 Food and Agriculture Organization v. Istituto Nazionale di Previdenze per i Dirigenti di Aziende Industriali (INPDAI)案[345]中，意大利最高法院拒绝了联合国粮农组织的豁免要求，认为根据《联合国粮农组织宪章》，成员国只根据本国的宪法程序给予组织豁免。法院认为意大利宪法要求在授予国际组织豁免时应考虑《意大利宪法》第 24 条规定的原则。第 24 条规定“每个人都有权提起法律诉讼以保护自己的权利和合法的利益。”即公民的合法利益应得到司法保护。因此，意大利法院对该租赁协议引起的私法争议有管辖权。其他国家的宪法也有类似的规定，如《日本宪法》第 32 条也规定“诉诸法院的权利不得被拒绝。”

（三）国内法院管辖国际组织案件的类型

1、国际组织与职员之间的争议

一般来说，国际组织与其雇佣职员之间的争议属于国际组织的内部事务，应由国际组织内部的行政法庭来解决。但在实践中国内法院也会对国际组织与职员之间的争议行使管辖权。

Velasquez v. Asian Development Bank 案[346] 是一个有关雇佣争议的案件，菲律宾国内劳动法庭坚持对案件有管辖权，由于菲律宾尚未批准亚洲开发银行的创立条约和总部协议，因此应代之以适应菲律宾国内的立法。基于此种判断，法庭裁决亚洲开发银行应恢复该职员的职务并且支付拖欠的工资。（但是该案经亚洲开发银行与菲律宾政府交涉后， 最终以外交的方式解决。）

Beaudice v. ASECNA 案[347]是一个技术员与非洲及马达加斯加航空安全

[344] Ashingdane, European Court of Human Rights, 28 May 1985, Series A, No. 93, para. 55; The Holy Monasteries, European Court of Human Rights, 9 December 1994, Series A, No. 301-A, para. 80.
[345] Food and Agriculture Organization v. Istituto Nazionale di Previdenze per i Dirigenti di Aziende Industriali (INPDAI), Supreme Court, 18 October 1982.
[346] Velasquez v. Asian Development Bank, Ministry of Labor, Region IV, Manila, 25 November 1979,Case No. RB-IV-AB-1841-79, the Philippines.
[347] Beaudice v. ASECNA., Court of Appeal of Paris, 25 November 1977, France.

管理局（Agence pour La Sécurité de la Navigation aérienne en Afrique et à Madagascar，ASECNA）之间的雇佣纠纷，ASECNA 的作用与欧洲航空安全组织相似。[348]雇佣合同要求由巴黎行政法庭庭长提名一个仲裁员进行仲裁。法国法院坚持自己有管辖权，理由是合同的仲裁员任命条款暗示选择法国法来规范仲裁程序。根据法国仲裁法，可以就仲裁裁决在国内法院提起上诉。最后法院根据该案案情曲直对原告的诉讼进行了裁判，并驳回了原告的诉讼请求。在该案中选择某一国家的法律规范仲裁程序可能被解释为默示放弃豁免。[349]法国上诉法院主张对雇佣争议行使管辖权，没有直接处理豁免问题而是绕过了该问题。在该案中，上诉法院认为选择国内法以规范仲裁程序使国内法院有对仲裁行使司法监督的裁决权。

Y v. UNRWA 案[350]是一个发生在约旦的有关联合国近东巴勒斯坦难民救济与工程处（UNRWA）前员工提起损害赔偿诉讼的案件，约旦法院不顾 UNRWA 的豁免要求，对 UNRWA 作出了缺席判决并执行。在黎巴嫩还有两个与 UNRWA 有关的雇佣终止案件，即 W v. UNRWA[351]案和 X v. UNRWA[352]案。在这两个案件中，法院均作出了缺席判决，判决 UNRWA 向原告支付就业解雇赔偿金，但案件通过黎巴嫩外交部官方介入后并没有真正执行。

1951 年叙利亚法院作出了两个支持巴勒斯坦难民的裁决，即 WW v. UNRWA 案和 XX v. UNRWA[353]案。在这两个案件中，两个难民均是 UNRWA 的雇员，叙利亚法院作出了 UNRWA 向原告支付就业解雇赔偿金的裁决。为了使原告能够执行判决，法院下令扣押了 UNRWA 在当地银行的资产。[354]

在 Institut international pour l'agriculture v. Profilic 案[355]中，罗马上诉法

---

[348]http://fr.wikipedia.org/wiki/Agence_pour_la_s%C3%A9curit%C3%A9_de_la_navigation_a%C3%A9rienne_en_Afrique_et_%C3%A0_Madagascar, 2014-5-3.

[349] REINISCH, AUGUST. International Organizations before National Courts[M]. New York: Cambridge University Press, 2000. 227.

[350] Y v. UNRWA, Magistrate Court, January 1954, Jordan.See REINISCH, AUGUST. International Organizations before National Courts[M]. New York: Cambridge University Press, 2000. 183.

[351] W v. UNRWA, Labour tribunal attach to the Lebanese Ministry of National Economy, 1952, Lebanon.

[352] X v. UNRWA, Lebanese Labour Arbitration Tribunal, July 1953.

[353] Syrian Court, 1951, Syria. See REINISCH, AUGUST. International Organizations before National Courts[M]. New York: Cambridge University Press, 2000. 183.

[354] VORKINK, A. N. and HAKUTA, M. C. Lawsuits Against International Organizations-Cases in National Courts Involving Staff and Employment, Washington DC, World Bank Legal Department, 1985. 16.

[355] Institut international pour l'agriculture v. Profilic, Tribunal of Rome, 1 February 1930; Corte di Cassazione, 26 February 1931.

院坚持“没有什么可以阻止意大利法院对在意大利产生和终止的雇佣关系行使管辖权。”[356]Lyrit zis v. Inmarsat 案[357]是一起在英国劳工法院提起的有关雇佣的诉讼。《国际海事卫星公约》（Inmarsat）只规定了该组织有进行法律诉讼的法律人格和一些财务特权，1979 年《Inmarsat（特权与豁免）指令》也没有规定对此类案件的诉讼豁免。因此，英国法院行使了管辖权。

上述这些案例表明，在实践中国内法院对国际组织与职员之间的雇佣诉讼行使管辖权，尤其中东国家的国内法院积极主张管辖。欧洲各国的法院在处理国际组织的雇佣争议时，表现比较谨慎，要么绕开国际组织的豁免问题，要么认为国际组织自身没有恰当的争议解决程序，国内法院基于人权理由而行使管辖权。

2、与服务有关的争议

最常见的就法律争议寻求国内司法救济的是为国际组织提供服务的自然人和法人。当事人提供的服务要么是以雇佣关系为基础，要么只是一种临时关系，如提供专业服务。在雇佣关系中，服务或者是由受国际组织管辖的人员（如普通的职员）提供，或者由与国际组织有松散的合同关系的人员提供。这两类不同人员提供的服务产生的法律效果不同，国际组织的职员与国际组织的关系由国际组织内部的行政法管辖，国际组织以松散的合同关系雇佣的人员与国际组织的雇佣关系则可能适用各国不同的劳工法。已产生的大量案件均可归属于这两类不同的法律关系。[358]

由国际组织职员之外的自然人和法人为国际组织提供的临时服务，这些服务包括有专业服务如为北大西洋公约组织（NATO）提供法律服务[359]、为泛美卫生组织提供法律服务[360]、为国际难民组织提供医疗服务[361]等和其他

---

356 Tribunal of Rome, Annual Digest of Public International Law Cases, 1929-1930, (5): 414.

357 Lyrit zis v. Inmarsat, Employment Appeal Tribunal, 26 March 1996, Britain.

358 例如意大利就有关于巴里研究所（Bari Institute）两类不同性质雇佣关系产生不同的豁免裁决的案件，如 Bari Institute of the International Centre for Advanced Mediterranean Agronomic Studies v. Jasbez, Corte di Cassazione, 21 October 1977 和 Bari Institute of the International Centre for Advanced Mediterranean Agronomic Studies v. Scivetti, Tribunale di Bari,23 December 1975 两个案件；NATO 也有类似的案件，如 Bruno v. U.S.A., Corte di Cassazione, 25 January 1977, Conte v. HAFSE(Allied Headquarters in Southern Europe), Tribunale Napoli, 28 September 1967; HAFSE v. Di Castro e Atlantic Office, Corte di Cassazione, 24 November 1978; HAFSE v. Pastena, Corte di Cassazione, 24 March 1980; HAFSE v. Sindicato FILTAT-CISL Vicenza, Corte di Cassazione, 7 July 1978; Lo Franco et al. v. NATO, Corte di Cassazione, 22 March 1984; Mazzanti v. HAFSE and Ministry of Defence, Tribunale Firenze, 2 January 1954; Court of Appeals of Florence, 4-23 August 1955.

359 HAFSE v. Capocci Belmonte, Corte di Cassazione, 5 June 1976.

360 Tuck v. Pan American Health Organization, US District Court DC, 17 November 1980, US Court of Appeals DC

服务如建筑服务、货物运输服务、软件设计服务等。下面对具有普遍性的建筑服务和运输服务等进行详细讨论。

（1）有关建筑服务的案件

由于国际组织均需要有办公场所以及其他设备运营场所，所以有关建筑服务的案件比较多。如加拿大有关国际民航组织（ICAO）的案件[362]是关于机场建造的建筑服务案件。ICAO 签订了一份在越南建造机场的合同，合同中包含一项仲裁条款，并且声明该仲裁条款不能视为 ICAO 默示放弃豁免。当出现争议时，ICAO 在一加拿大法院提起诉讼，要求法院确认 ICAO 在加拿大享有豁免于任何司法程序的绝对豁免，包括仲裁。加拿大法院拒绝就这一诉讼请求作出裁决，理由是这种裁决会阻碍仲裁庭的工作，同时该法院谨慎地解释了国内法院对仲裁程序行使监督权的法律条件。加拿大法院的裁决尊重仲裁庭的管辖权，国内法院无权干扰。

法国的 Dumont & Besson v. Association de la Muette 案[363]是一个关于建造 OECD 办公楼的案件。在该案中，原告对为 OECD 建造办公楼的建造承包商提起诉讼，原因是原告不堪忍受建造工作的干扰，法国法院对该案行使了管辖权。诉讼中提及的建造工作是代表国际组织或者说是为国际组织利益而从事的行为，即便如此，法国法院认为该行为仍不能免于法国法院的管辖。[364]

瑞士的 Groupement d'entreprises Fougerolle & Consorts v. CERN 案[365]是一个关于为欧洲核子研究中心（CERN）建造一个大型的循环管道的案件。一家建筑公司根据 CERN 享有的豁免权而请求瑞士联邦法院宣布针对 CERN 的仲裁裁决无效。该建筑公司为 CERN 建造了一条大型的作研究用的循环管道，在该建筑公司与 CERN 签订的合同中有一条明确的仲裁条款，仲裁程序就是根据该仲裁条款而展开的，仲裁庭最终裁决建筑公司获得额外的费用补偿，但远低于该公司所提出的数额。瑞士联邦法院最终驳回了

Cir, 13 November 1981.

361 Maida v. Administration for International Assistance, Corte di Cassazione, 27 May 1955.

362 International Civil Aviation Organization v. Tripal Systems Pty Ltd. et al., Superior Court, 9 September 1994, Canada.

363 Dumont & Besson v. Association de la Muette, Cour d'Appel de Paris, 11 June 1966, France.

364 International Law Report, 1974, 47: 346.

365 Groupement d'entreprises Fougerolle δ Consorts v. CERN, Swiss Federal Tribunal, 21 December 1992.

因 CERN 享有诉讼豁免而应宣布仲裁庭裁决无效的请求。

美国的 Dupree Associates Inc. v. OAS 案[366]是关于为美洲国家组织建造办公楼的案件。这是一起因违反合同而引起的诉讼案件。在该案中，美国哥伦比亚特区联邦法院坚持对该案有管辖权，并明确拒绝了被告因为是国际组织而应享有豁免的要求。法庭认为既然《国际组织豁免法》（IOIA）准予国际组织享有与外国国家一样的免于诉讼的豁免权利，而国家只享有有限的豁免，所以国际组织也只享有有限的豁免。法院认为这是对《国际组织豁免法》的恰当的解释。[367]

美国的 Loughran et al. v. United States 案[368]是关于为国际货币基金组织（IMF）建造附属建筑物的案件。一公民的不动产被美国政府征收以供 IMF 建造附属建筑物，该不动产所有人对此提出异议。哥伦比亚特区上诉法院确认了地区法院判决的终局性，认为美国政府在地区法院作出美国政府合法获得该不动产的所有权的判决后立即将所有权转移给 IMF，这一行为使地区法院的判决成为不可上诉的终局判决。[369]

在法国 Girod de l'Ain 案[370]中，法国政府决定将法国境内的一块土地用作公共用途，并将其租给欧洲核子研究中心（CERN）[371]用以建造粒子加速器的运营中心，Girod de l'Ain 先生以及其他一些环境组织根据法国宪法以及其他法规的规定对此提出异议。法国最高行政法院（Conseil d'Etat）拒绝了这一异议，认为法国政府将法国土地租给 CERN 并不构成法国宪法第 53 条规定的土地转让，并且该建造项目也进行了适当的环境影响评估，符合法国相关法律的规定。[372]

法国的 Procurateur Général prés de la Cour de Cassation v. Société Immobilière Alfred Dehodencq 案[373]是关于禁止欧洲经济合作组织建造办公大楼的案件。在该案中，欧洲经济合作组织（Organization for European

366 Dupree Associates Inc. v. OAS, District Court DC, 31 May 1977, 22 June 1977, US.
367 International Law Report, 1982, 63: 95.
368 Loughran et al. v. United States, Court of Appeals DC Cir., 18 April 1963, US.
369 317F. 2d 896 at 898 (DC Cir. 1963).
370 Conseil d'Etat, 25 July 1986, France.
371 欧洲核子研究组织（法语：Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire；英语：European Organization for Nuclear Research，通常被简称为 CERN），是世界上最大型的粒子物理学实验室，也是万维网的发祥地。它整个机构位于瑞士日内瓦西部接壤法国的边境。它成立于 1954 年 9 月 29 日，为科学家提供必要的工具。其创始会员国有 12 个，后欧洲其他国家相继加入，现在已增加到 20 个成员国。
372 International Law Report, 1990, 82: 85-90.
373 Cour de Cassation, 6 July 1954, France.

Economic Cooperation， OEEC）准备在巴黎建造办公大楼，与该土地相邻的不动产的所有权人认为他们所享有的地役权排除任何人在该土地上建造办公大楼，初审法院的判决禁止 OEEC 继续建造大楼，总检察长（Procurateur Général）对此裁决提起上诉，最高上诉法院认为 OEEC 在法国享有完全的诉讼豁免，并因此取消了初审法院的裁决。

（2）有关运输服务的案件

有关运输服务的案件如前已提及的菲律宾的 United States Lines Inc. v. World Health Organization 案[374]。在该案中，一家轮船运输公司对世界卫生组织（WHO）提起诉讼要求赔偿，原因是 WHO 在货物到达 10 天后仍没有将货物搬离港口。一审法院驳回了起诉，原告上诉，上诉法院维持了一审法院驳回起诉的裁判。上诉法院认为虽然 WHO 于 1951 年与菲律宾签订了相关协定，但该协定尚未获得菲律宾国内的批准，WHO 不能依据该条约享有豁免，但是菲律宾批准了《联合国专门机构特权与豁免公约》，WHO 依据该公约可以在菲律宾享有免于一切法律程序的豁免权。

美国的 IRO v. Republic Steamship Corp.案[375]，在该案中，国际难民组织（IRO）对一巴拿马公司违反租船合同的行为提起诉讼。该诉讼开始时被联邦法院以没有连结“联邦管辖权”的因素为由驳回，但是该驳回裁决在上诉法院被推翻。《国际组织豁免法》（IOIA）明确规定有关国际组织的案件由联邦地区法院为一审法院。第四巡回法院认为根据《国际组织豁免法》的规定，国际难民组织作为国际组织有资格在美国提起法律诉讼，《国际难民组织宪章》第 13 条规定该组织在其成员国境内应享有为行使其职能和实现其宗旨所必要的法律行为能力，美国是国际难民组织的成员国，因而有必要履行《国际难民组织宪章》所规定的国际义务。其实第四巡回法院的裁决就意味着美国国会已为国际组织在联邦法院的诉讼打开了大门。[376]1956 年的 United Nations Korean Reconstruction Agency v. Glass Production Methods Inc. et al 案[377]再次确认了这种结果，同时法院认为联合国专门机构

[374] United States Lines Inc. v. World Health Organization, Intermediate Appellate Court, 30 September 1983, US.
[375] IRO v. Republic Steamship Corp., District Court D. Maryland, 8 July 1950; US Court of Appeals 4th Cir., 11 May/11 July 1951, US.
[376] 189F. 2d 858 at 860(4th Cir. 1951), US .
[377] United Nations Korean Reconstruction Agency v. Glass Production Methods Inc.et al, District Court SDNY, 3

提起与合同有关的诉讼时必须遵守法院所在地的要求。

（3）其他服务案件

美国的 International Finance Corporation v. GDK Systems Inc. and Hogan System Inc.案[378]是关于一家商业公司为国际金融公司提供特别的软件而产生的纠纷的案件。在该案中，美国法院表明，法院确认《国际组织豁免法》第 282 节为国际金融公司（International Finance Corporation）的诉讼提供了联邦管辖权的基础，同时又没有违反《美国宪法》第 3 条第 2 款禁止扩张联邦法院管辖权的规定。

意大利的 Food and Agriculture Organization of the United Nations v. Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza per I Lavoratori dello Spetta colo (ENPALS)案[379]是关于联合国粮农组织（FAO）影片编辑人员提供影片编辑服务所引起的争端。意大利的 Branno v. Ministry of War 案[380]是关于一个私人当事人为北大西洋公约组织（NATO）提供军用餐具设施而产生的纠纷。

以上案件都是国际组织作为原告或被告在国内法院与国际组织职员之外的个人或公司进行的诉讼。这些诉讼表明国际组织与其他自然人或者法人就私法性质的争议可以提交国内法院管辖，国内法院根据案件的实际情况进行判决。国内法院对国际组织的私法性质的案件具有管辖权,从上述的案件中可以看出，一般有管辖权的法院是国际组织总部或机构所在地的法院，或者是与案件有最密切联系地的法院。

3、与不动产租赁有关的争议

为国际组织提供办公室、仓库和其他场所租赁等行为则会产生有关不动产的纠纷案件。如发生在奥地利的有关办公室租赁的案件 E Gmbh v. European Patent Organization 案[381]。原告是一家在维也纳拥有大楼的奥地利公司，该公司提起诉讼以向其租客欧洲专利组织（European Patent

August 1956, US.

[378] International Finance Corporation v. GDK Systems Inc. and Hogan System Inc., District Court DC, 14 April 1989, US.

[379] Food and Agriculture Organization of the United Nations v. Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza per I Lavoratori dello Spetta colo (ENPALS),Pretore di Roma, 20 October 1982, Italy.

[380] Branno v. Ministry of War, Corte di Cassazione, 14 June 1954,Italy. International Law Report, 1955, 22: 756.

[381] E Gmbh v. European Patent Organization, Supreme Court of Austria, 11 June 1992.

Organization，EPO）追讨欠租，并要求将欧洲专利组织逐出其承租的处所。初审法院认为租赁办公场所是被告国际组织的职能需要，因此法院以缺乏管辖权为由驳回了诉讼，但上诉法院推翻了初审法院的裁决，承认原告有索赔的权利。根据 EPO 与奥地利的东道国协议[382]，该组织在奥地利法院仅就其职能行为享有豁免。在解释该协议时，上诉法院认为只有为授予欧洲专利所必须的行政和技术行为才能被认为是职能行为[383]，其他私法性质的行为则由奥地利法院管辖。为说明职能行为和私法行为的区别，法院参考了国家主权豁免中的统治权行为（jure imperii）和管理权行为(jure gestionis)的区别。该法院认为如果一项行为可以由私人进行，那么就可以认为是管理权行为，既然这是一个有关租赁协议的案件，那么原告可以在奥地利法院提起诉讼。最高法院又推翻了上诉法院的裁决，恢复了初审法院的裁决，重申了国家限制性豁免与国际组织所享有的豁免之间的区别，认为国际组织的豁免与国家的豁免不同，在其职能范围内应视为绝对的豁免。最高法院裁决被告是根据总部协议行使职能的行为，使用该租赁场所是行使其职能的必要，因此租赁办公场所的行为是一种职能行为。因此，被告国际组织享有诉讼豁免。该案说明了法院在决定国际组织职能豁免时所遇到的困难。

意大利 Food Agriculture Organization v. Istituto Nazionale di Previdenze per i Dirigenti di Aziende Industriali (INPDAI)案[384]也是一个有关租赁的案例，原告是联合国粮农组织所租赁的大楼的房东。意大利最高法院裁决联合国粮农组织在该诉讼中不享有豁免，并且强调豁免是一个国际法问题。在意大利最高法院作出裁决后，联合国粮农组织在意大利的豁免问题成为联合国粮农组织理事会第 82 次会议讨论的重点。[385]理事会重申了联合国粮农组织的主张，相关总部协议的条款清楚明晰，除非联合国粮农组织明示放弃豁免否则联合国粮农组织享有绝对的豁免。[386]对于最高法院的限制性豁免立场，理事会对这一情况的近期和远期后果严重关切并将其记录在案。联合

382 Article 4 of the EPO Vienna Sub-office Headquarters Agreement with Austria.
383 See Article 1(f) of the EPO Vienna Sub-office Headquarters Agreement with Austria and Article 3 of the EPO Privileges and Immunities Protocol.
384 FAO v. INPDAI, Corte di Cassazione, 18 October 1982, Italy.
385 FAO Office of the Legal Counsel, Constitutional Matters, United Nations Juridical Yearbook, 1982. 113.
386 Article VII Section 16 of the FAO Headquarters Agreement, Washington, 31 October 1950.

国粮农组织不仅关心这些情况，还坚持东道国意大利政府根据总部协议应确保联合国粮农组织的权利。联合国粮农组织理事会认为即使由于法院的司法独立致政府不能保证对联合国粮农组织豁免权的尊重，但其应采取必要行动如通过恰当的立法确保联合国粮农组织的豁免权在未来受到尊重。在第 82 次会议 1 号文件中理事会要求东道国政府采取合适的方式解决这一问题，与房东协商以期在法庭之外解决这一问题。后来 INPDAI 于 1984 年又提起诉讼程序，并且获得了支持原告 INPDAI 的裁决结果。[387]该裁决再次成联合国粮农组织理事会第 86 次会议讨论的重点。[388]宪章和法律事务委员会提出了两个根据国际法可行的解决办法。一个是联合国粮农组织可以要求国际法院就总部协议的相关规定发表咨询意见，因为根据国际法，国际法院有资格解释东道国的条约义务；另一个是联合国粮农组织可以援引总部协议中的仲裁条款，仲裁条款适用于东道国政府与国际组织之间关于协议解释产生的争议。

在 FAO v. INPDAI 案[389]中，联合国粮农组织的房东以意大利政府官方的居民消费指数为基础，根据合同中的租金增长条款，对联合国粮农组织提出了增加租金的诉讼要求。联合国粮农组织以其在意大利享有豁免而要求法院驳回诉讼。意大利最高法院适用限制性豁免标准，认为意大利法院有管辖权。至于联合国粮农组织享有豁免的范围，法院认为，当国际组织在私法领域从事私法性质的行为时，已将自己放在与私人当事人相同的地位上，从而放弃了其主权者的身份。鉴于租赁合同的私法性质，最高法院认为在此案中意大利法院对联合国粮农组织有管辖权，联合国粮农组织不享有豁免权。在 INPDAI v. FAO 案中，初审法院作出了向原告支付租金的判决，只是法院同时又宣布判决并不立即生效。

由于意大利政府不希望出现国际法院裁决意大利政府没有履行国际法义务所带来的尴尬，意大利常驻联合国粮农组织代表对此事进行斡旋，提出与 INPDAI 协商，在法庭外解决争端，因此法院裁决并没有得到实际执行，INPDAI 与 FAO 之间的争议最终于 1985 年庭外解决。这个案件也表明国际

[387] Instituto Nazionale di Previdenze per i Dirigenti di Aziende Industriali (INPDAI) v. FAO, Pretore di Roma, 4 April 1984, Italy.
[388] FAO, Constitutional and General Legal Matters. United Nations Juridical Yearbook, 1984. 101.
[389] 同本页注①。

组织应提供适当的纠纷解决机制以解决合同和其他私法性质的争议。最终联合国粮农组织和意大利达成一致同意采用《联合国专门机构特权与豁免公约》中的争议解决模式。

这些不动产租赁产生的争议因不动产的属地性而由不动产所在地的国内法院管辖。而国内法院对国际组织是否具有管辖权，则各国的观点不一，甚至一国之内的不同法院的观点也不一样，前述欧洲专利组织在奥地利的租赁案即如此。不论怎样，不动产租赁案件除通过外交解决之外，如果诉诸司法解决，最可能有管辖权的就是不动产所在地的法院。

4、与商品买卖有关的争议

所有国际组织均需要办公设备、个人电脑、打字机、纸张等办公用品，除此之外，有些国际组织还需要更多样化的物品。有的行业性国际组织如一些国际商品组织就买卖食糖、锡、可可等，而一些技术性国际组织如卫星运营组织则需要购买昂贵的技术设备，政治性的组织如联合国在维和行动中则需要后勤保障如租赁飞机等。不同的国际组织买卖的货物类型也就不同，某些行业性国际组织因业务需要会签订大量的商品协议。行业性国际组织在国内的诉讼主要以国际锡理事会（ITC）为例，因其破产在世界范围内引起了无数的官司。

国际锡理事会的破产引起的诉讼，如 Amalgmated Metal Trading Ltd. 案。Amalgmated Metal Trading Ltd.是国际锡理事会的一个债权人，在国际锡理事会破产之前，该公司就对国际锡理事会提起了仲裁并已获得仲裁裁决，国际锡理事会破产之后该公司请求英国法院根据英国法对国际锡理事会进行强制清盘，法院拒绝了这一要求。法院坚持认为，第六次锡协定和与国际锡理事会的总部协议已转化成为英国的法律，但是这种转化并没有赋予国际锡理事会在英国法中以公司的法律地位。[390]根据法院的观点，国际锡理事会是一个国际法人，尽管英国破产法在例外情形下可适用于外国公司，但不适用于国际组织。另外，法院认为国际锡理事会根据 1972 年《国际锡理事会（特权与豁免）指令》而享有豁免，该指令包含一条执行仲裁裁决的豁免例外。然而，破产程序被认为已经超出了执行仲裁裁决的措施

[390] International Law Report, 1988, 77: 25.

范围，因此债权人的请求最终被驳回。

在 Maclaine Watson & Co. Ltd. v. ITC 案[391]中，Maclaine Watson 也是一个持有可执行的仲裁裁决的国际锡理事会的债权人。由于国际锡理事会无力履行义务又拒绝由其成员国分担义务，Maclaine Watson 向法院申请根据英国法任命一个破产管理人以公平执行国际锡理事会的财产。申请人 Maclaine Watson 认为国际锡理事会为履行其义务有权获得其成员国的资助，高等法院驳回了该申请，并且认为任命破产管理人的理由不充分。高等法院的结论得到了上诉法院和上议院的支持，根据上诉法院的观点，国际锡理事会对其成员国的权利不是来自于国际锡理事会与申请人之间的合同，而是来自于第六次锡协定，这在英国法院是不可裁决的。

马来西亚的 Bank Bumiputra Malaysia Bhd v. ITC and another 案[392]，原告是一家马来西亚银行，也是国际锡理事会的债权人，原告声称国际锡理事会储存了第二被告发行的锡权证作为担保。在马来西亚的诉讼中，原告不仅要求收回尚欠的贷款，而且还要求对锡权证所代表的锡拥有所有权，这些锡由第二被告持有并拒绝移交给原告。法院不支持第一个诉讼请求，因为需要在伦敦执行马来西亚法院的指令，这种域外管辖行为是对法院程序的滥用。法院支持了第二个关于锡所有权的诉讼请求，并拒绝了国际锡理事会的豁免要求。马来西亚法院认为国际锡理事会在马来西亚不享有豁免，因为给予国际锡理事会豁免的条约只适用于英国法院，既然国际锡理事会从事的是商业交易，那么它就不能享有作为国际法主体所享有的豁免。很明显法院是受国家限制豁免理论的影响，将国际锡理事会类比为一个外国国家。[393]因此，马来西亚法院对国际锡理事会有管辖权。

美国的 ITC v. Amalgamet Inc.案[394]是国际锡理事会英国诉讼案的继续。国际锡理事会主张继续仲裁程序（该仲裁程序由 Amalgamet 公司在纽约提起）并且主张国际锡理事会享有豁免。法院驳回了国际锡理事会的请求，认为没有理由给予国际锡理事会以豁免。因为国际锡理事会不是一个国家，所以不能根据《外国主权豁免法》（FSIA）享有豁免；美国没有加入国际

391 Maclaine Watson & Co. Ltd. v. ITC, High Court, Chancery Division, 13 May 1987, UK.
392 Bank Bumiputra Malaysia Bhd v. ITC and another, Malaysian High Court, 13 January 1987, Malaysia .
393 International Law Report, 1989, 80: 24.
394 ITC v. Amalgamet Inc., New York County, Supreme Court, 25 January 1988, US.

锡理事会成为其成员国，美国总统也没有颁布行政指令指定国际锡理事会受《国际组织豁免法》（IOIA）的管辖，所以《国际组织豁免法》也不能适用。国际锡理事会认为根据国际礼让原则美国法院应承认国际锡理事会根据英国法所享有的豁免，但这一主张也被美国法院拒绝，因为可适用的1972年的英国枢密院指令被认为不具有域外效力。因此，美国的法院只能根据美国的国内法来判断是否给予国际锡理事会豁免。因此，国际锡理事会在美国法院不享有豁免，接受美国法院的管辖。

对于国际组织从事的商品交易所产生的争议，各国法院根据本国法律的规定决定是否有管辖权，当然，不同国家法院确定管辖权的依据、理由等不尽相同。就国际锡理事会系列案来说，英国法院是根据案情的实际情况决定本国法院的管辖权；马来西亚虽然是国际锡理事会的成员国，但依然根据限制豁免理论主张管辖权；美国不是国际锡理事会的成员国则根据本国的法律主张管辖权。

5、侵权行为产生的争议

当涉及国际组织的侵权行为时，支持国内法院管辖的理由就更加充分。国际组织的行为损害他人的利益，由于受害者不可能预见到侵权行为人的特殊地位，基于对受害人的保护，国际组织不应在国内法院主张豁免。

由国际组织所导致的损害赔偿不只限于简单的侵权案件如汽车事故，或者国际组织所属的建筑掉下砖块对他人造成损害，或者地板湿滑造成的损害，还包括国际组织执行其职能时带来的损害。

已发生的案例有：国际组织侵犯私人财产权[395]，如 Manderlier v. Organization des Nations Unies and Etat Belge 案[396]。一个比利时公民要求联合国对联合国刚果维和部队的行为造成的损害承担赔偿责任。虽然法院最终主张联合国享有豁免，但在某些问题上，法院也支持了原告的观点。原告认为联合国应为其所涉的私法性质的争端提供适当的解决方式，其根据是《联合国特权与豁免公约》第8条第29节。原告认为联合国并未提供适当的解决方式，并且这一点得到了布鲁塞尔民事法庭的支持。最终通过比

[395] 如著名的 Manderlier v. Organization des Nations Unies and Etat Belge, Civil Tribunal of Brussels, 11 May 1966; Brussels Appeals Court, 15 September 1969.

[396] Judgment of Sept. 15, 1969, Brussels Appeals Court, Belgium. United Nations Juridical Yearbook, 1969. 236.

利时政府的调解，联合国同意就联合国刚果维和部队对比利时公民造成的损害承担民事责任，并一次性支付赔款 1.5 亿美元。

国际组织被指控对他人诽谤和中伤，如 Steinberg v. International Criminal Police Organization 案[397]，该案是由一名美国公民 Leon Steinberg 于 1977 年 1 月针对国际刑警组织（Interpol）[398]及其秘书长提起的侵权诉讼。原告 Steinberg 宣称国际刑警组织在美国和其他 125 个国家出版的一份文件错误地将他作为一个国际罪犯，这是对他的诽谤。在该案中哥伦比亚特区法院认为因为国际刑警组织不在美国《国际组织豁免法》的豁免范围内，因而可以因诽谤原因而被诉。

国际组织实施非法监禁的案例，如 Morgan v. IBRD 案[399]。这是一起以造谣诽谤、实施精神痛苦和错误监禁等为诉因的针对世界银行提起的侵权诉讼。Charles Morgan 是国际复兴开发银行即世界银行的一个职员，他宣称在 1989 年银行的官员和保安违背其意愿强行扣留了他并且不让他见律师，银行方面指控他偷窃金钱但没有证据，并不断地骚扰和威胁他。Morgan 认为他遭受了精神痛苦、错误监禁、诽谤和诬蔑，因而提出了损害赔偿和惩罚性赔偿要求。而世界银行则认为职员的诉讼是银行内部事务，法院应给予银行豁免。哥伦比亚特区法院经过审理后认为银行对 Morgan 的扣留和讯问是一种银行内部的政策判断（a policy judgment），Morgan 的索赔与法律规定的商业行为例外不符。法院就《联邦侵权诉讼法》（(FTCA）和《国家主权豁免法》（FSIA）进行比较，最终裁定驳回原告的要求。但学者对此提出异议，认为法院的裁决不利于保护公民的基本权利。[400]

违反竞争规则的案件，如 Alpha Lyracom Space Communications Inc. v. Communications Satellite Corp. 案[401]。Communications Satellite Corporation (COMSAT)根据 1962 年的《通信卫星法》（ Communications Satellite Act）

---

397 Steinberg v. International Criminal Police Organization, US Court of Appeals DC Cir., 23 October 1981,US.

398 国际刑警组织成立于 1923 年，最初名为国际刑警委员会，总部设在奥地利首都维也纳。二战期间，该组织迁到德国首都柏林，一度受纳粹组织控制。二战后，英国、法国、比利时和斯堪的纳维亚国家的刑事警察成立了新的组织沿用“国际刑警委员会”的原名。1956 年，该组织更名为国际刑事警察组织。国际刑警组织是除联合国外，规模第二大的国际组织，也是全球最大的警察组织，包括 190 个成员国，每年预算超过 3000 万欧元，其运作资金由成员国拨出。1989 年以前总部设于法国巴黎，1989 年该组织总部迁到法国里昂。

399 Morgan v. IBRD, US District Court DC, 13 September 1990, US.

400 HAMMERSCHLAG , DANIEL. Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development[J]. Maryland Journal of International Law and Trade,1992, 16:279-303.

401 Alpha Lyracom Space Communications Inc. v. Communications Satellite Corp., US District Court SDNY, 13 September 1990, US.

成立，是美国在国际通信卫星组织（International Telecommunications Satellite Organization, INTELSAT）的代表。与泛美卫星（PanAmSat）进行商业合作的 Alpha Lyracom Space Communications Inc. 和 Reynold V. Anselmo 两公司起诉 COMSAT 通过国际通信卫星组织，在国际商业通信卫星服务市场上存在限制竞争行为，违反了反托拉斯法并侵害了两公司与消费者之间关系。原审法院裁决 COMSAT 享有豁免，案件诉至美国第二巡回上诉法院，上诉法院推翻了原审法院的判决并将案件发回重审。[402]International Association of Machinists v. OPEC 案[403]，美国一个劳工联盟起诉 OPEC 及其成员国，要求损害赔偿并停止操纵价格。美国法院驳回了诉讼，因为法院认为针对 OPEC 的法律文书无法在美国合法送达，无论是根据《国际组织豁免法》还是根据《外国主权豁免法》都无法送达文书，这只是因为技术原因而驳回了诉讼。

另外，还有侵犯其他财产权[404]或违反国内劳工法[405]等等的案件。在这些案件中，作为私人的自然人或法人的权利受到侵害，国际组织不能因为享有豁免就可逃避应承担的民事责任。如果国际组织自身没有公平的争议解决机制，国内法院就应承担起维护公平与正义的作用。因此有必要针对国际组织及其代理人提起侵权诉讼以期进一步规范这些国际组织的活动。

---

402 Alpha Lyracom Space Communications Inc. v. Communications Satellite Corp.No. 977, Docket 90-7893.United States Court of Appeals,Second Circuit. Sept. 30, 1991, US.

403 International Association of Machinists v. OPEC, US District Court CD Cal., 18 September 1979, US Court of Appeals 9th Cir., 6 July-24 August 1981, US.

404 Irish Aerospace (Belgium) NV. European Organization for the Safety of Air Navigation and Civil Aviation Authority, Queen's Bench Division (Commercial Court), 6 June 1991; Internationale Nederlanden Aviation Lease BV and Others v. Aviation Authority and the European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol), Queen's Bench Division (Commercial Court), 11 June 1996, UK. 在第一个案件中原告主张被告滥用其在欧共体中的主导地位，在第二个案件中原告主张扣留飞机是非法的并要求损害赔偿。在第二个案件中，由于欧洲航空安全组织（Eurocontrol），不论是根据条约法还是英国法的规定均不享有豁免，法院审理并驳回了索赔要求。在第一个案件中，原告根据欧共体条约第 186 条提出的索赔被驳回是因为欧洲航空安全组织确保空中航空安全的公共服务职能不应被视为经济或商业行为。

405 Camera Confederale del Lavoro and Sindicato Scuola CGIL v. Istituto di Bari del Centrointernazionale di alti studi agronomici mediterranei, Pretore di Bari, 15 February 1974; Corte di Cassazione, 27 April 1979, Italy.该案是关于侵犯员工权利的诉讼，员工根据意大利法享有罢工权和参加工会的权利等。Mukoro v. European Bank for Reconstruction and Development and another, Employment Appeal Tribunal, 19 March 1994.该案是关于雇佣中的种族歧视的诉讼，原告认为被告拒绝他的雇佣申请是违法的种族歧视。英国法院认为 EBRD 在该案中享有豁免，因为挑选适合的员工是国际组织的官方行政行为，是职能行为。Boimah v. United Nations General Assembly, US District Court EDNY, 24 July 1987, US.该案也是关于违反美国公民权利法中的雇佣歧视的诉讼。Mendaro v. World Bank, US Court of Appeals DC Cir., 27 September 1983, US.该案是关于性别歧视的案件。Novak v. World Bank, US District Court DC, 12 June-23 October 1979, US.该案是关于年龄歧视的诉讼。

6、与国际组织间接相关的争议

除上述国际组织直接参与的诉讼外，国际组织还可能卷入间接的与私人的争议中，如宣告国际组织行政法庭裁决的无效。如 Popineau v. Office European des Brevets 案[406]即属此类。欧洲专利办公室前雇员试图对国际劳工组织的裁决提起上诉，以确认其雇佣关系的终止。另外，如美国纳税人寻求禁止在纽约建立联合国总部，并在美国法院提起诉讼，即美国的 Curran v. City of New York et al.案[407]。该案是一个纽约纳税人针对联合国和秘书长特吕格韦·赖伊（Trygve Lie）提起的诉讼，以寻求禁止联合国在纽约建立联合国总部。法院认为原告的指控代表的是原告的政治观点，法院对此不作评论，但是原告可以通过政治途径向政府表达而不是采用司法途径，法院主要考虑的是行为的合法性，而该行为是否明智则不在法院的考虑范围。[408]因而法院驳回了原告的诉讼。[409]在这些案件中，原告起诉的对象不是国际组织，但案件实际与国际组织相关，从而达到间接影响国际组织的行为的效果。

二、 国际组织行政法庭对国际组织民商事争议的管辖权

（一）国际组织行政法庭管辖国际组织民商事争议的依据

许多国际组织都建立了行政法庭以裁决国际组织与员工以及其他私人之间的争议。重要的行政法庭诸如联合国行政法庭[410]、国际劳工组织行政法庭[411]以及世界银行行政法庭[412]。欧洲法院[413]和初审法院（Court of First Instance）[414]（附

---

406 Popineau v. Office European des Brevets, Conseil d'Etat, 15 February 1995.

407 Curran v. City of New York et al., Supreme Court, Special Term, Queens County, 29 December 1947, UK.

408 77 NYS 2d 206 at 209 (S. Ct 1947).

409 REINISCH,AUGUST. International Organizations before National Courts[M]. New York: Cambridge University Press, 2000. 24-30.

410 General Assembly Resolution 351 A (IV), 24 November 1949, amended by General Assembly Resolution 782 B (VIII), 9 December 1953 and General Assembly Resolution 957 (X), 8 November 1955.

411 International Labor Conference, 9 October 1946, amended on 29 June 1949 and 17 June 1986. KNAPP, BLAISE. International Labor Organization Administrative Tribunal[A]. BERNHARDT, RUDOLF. Encyclopedia of Public International Law (2)[C]. Amsterdam: North-Holland,1995, 2: 1156.

412 Adopted by the Boards Governors of the IBRD, the IDA and the IFC on 30 April 1980. AMERASINGHE, C. F. The World Bank Administrative Tribunal[J]. International and Comparative Law Quarterly, 1982, 31: 748. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO. The World Bank Administrative Tribunal[J]. New York University Journal of International Law and Politics 1982, 14: 895-909.

413 根据《欧共体条约》第 179 条规定，在员工规则和雇佣条件的范围内产生的共同体与其员工之间的争端，欧洲法院应有管辖权。

属于欧洲法院）均是欧共体内的行政法院。如果国际组织没有建立自己的行政法庭，也可以声明接受其他行政法庭的管辖以解决争议，[415]如国际劳工组织行政法庭对其他联合国附属组织的员工提交的申诉有管辖权。《国际劳工组织行政法庭规约》第 2 条第 5 款规定："其他国际组织管理机关依据其组织章程或内部行政规则，曾向劳工局长声明接受本法庭的管辖及程序规则，如果有违反这类组织所规定的官员任命条件和《职员规章》条款的情况，不管这种违反是实质性的还是形式上的，法庭有权审理因此而提起的请诉。"如世界卫生组织（WHO）、联合国教科文组织（UNESCO）、联合国粮农组织（FAO）、世界气象组织（WMO）、国际原子能机构（IAEA）等均作了接受国际劳工组织行政法庭管辖的声明。[416]一般来说，行政救济程序置于司法救济程序之前。[417]因此，不管是自身成立行政法庭还是接受其他行政法庭的管辖，国际组织基本都有能解决争议的行政法庭。

国际组织行政法庭管辖国际组织与非员工之间争议的依据主要有国际组织自身内部法的规定，如《国际劳工组织行政法庭规约》第 2 条第 4 款规定："如果合同以国际劳工组织为一方并且规定本法庭可对其执行方面的争议进行管辖，则法庭有权审理由其而产生的任何争议。"根据《欧共体条约》第 181 条，欧共体的行政法院——欧洲法院对共同体为当事一方的合同产生的争议应有管辖权，而不论该合同是受公法管辖还是私法管辖。欧洲法院的地位比较特殊，它既有国际司法机构的特征，又有宪法法院、行政法院的性质，行政司法是欧洲法院最主要的职能活动之一，但它又与联合国行政法庭、国际劳工组织行政法庭这类行政法庭不同。[418]因此，国际组织行政法庭也可管辖其他私人针对国际组织提起的诉讼。事实上也确有国际组织与其他私人之间的争议提交国际劳工组织行政法庭解决的案例，

---

414 SCHERMERS, HENRY G. The European Court of first Instance[J]. Common Market Law Review, 1988, 25: 541.

415 接受国际劳工组织行政法庭管辖的国际组织主要有：世界卫生组织（包括泛美卫生组织）、联合国教科文组织、国际电信联盟、世界气象组织、联合国粮农组织、欧洲核研究组织、国际原子能机构、世界知识产权组织、欧洲航空安全组织、万国邮政联盟、欧洲专利组织、欧洲南方天文台、铜出口国政府间委员会、欧洲自由贸易联盟、各国议会联盟、欧洲分子生物学实验室、世界旅游组织、非洲发展管理训练中心、国际铁路运输政府间组织、国际连续出版物登记中心、国际兽疫防治局、联合国工业发展组织、国际刑事警察组织、国际农业发展基金和保护植物新品种国际联盟等。

416 VANDERSANDEN, GEORGES. Administrative Tribunals, Boards and Commissions in International Organizations[A]. BERNHARDT, RUDOLF. Encyclopedia of Public International Law (2)[C]. Amsterdam: North-Holland,1992, 1: 27.

417 WATTLES, GEORDON W. Internal Recourse Procedures of International Organizations[J]. New York University Journal of International Law and Politics, 1982, 14: 871-894.

418 参见邓烈. 国际组织行政法庭[M]. 武汉:武汉大学出版社, 2002. 28.

如 Rebeck v. World Health Organization 案[419]，这是关于一个为世界卫生组织提供医疗服务的医生与世界卫生组织之间的争议，就是由国际劳工组织行政法庭解决的。[420]

国际组织宪章明确规定建立行政法庭，那么行政法庭的建立就没有疑义，但是如果国际组织的宪章条约没有明确授权，在这种的情况下能否建立行政法庭？在“联合国行政法庭裁决的效力问题”的咨询意见[421]中，国际法院对此作出了肯定回答。国际法院确认了联合国有资格建立行政法庭，以促进自由和对个人的公平。[422]国际法院认为联合国有建立行政法庭的法律权力，这种能力来源于宪章。

国际法院在咨询意见中认为国际组织有义务建立其他争议解决机制，“联合国不能提供任何司法或仲裁救济以解决其卷入的与私人的纠纷，这与《联合国宪章》促进个人的自由与公平的目标不一致。”[423]在国际组织卷入的私法争议中，如果国际组织要享有豁免，那么国际组织就有义务建立适当的机制以解决其卷入的争议。根据联合国及其专门机构的特权与豁免公约以及其他类似的公约，国际组织应有必要建立行政法庭以履行其争议解决义务。《联合国特权与豁免公约》第 8 条第 29 节规定：“联合国应规定适当的方式，以解决：（1）联合国为当事一方，因契约而引起的争议或其他私法性质的争议……”这一规定指明的是与联合国相关的合同或私法性质的争议，联合国应提供适当的解决机制。《联合国专门机构特权与豁免公约》第 9 条第 31 节规定：“各专门机构应规定适当办法，以解决：（1）各专门机构为当事人之契约争议或其他私法争议……”一些国际组织事实上将建立行政法庭当作是履行一项国际法律义务。世界银行行长在建立世界银行行政法庭的报告中指出，一项被各国法律体系接受并得到《世界人权宣言》肯定的原则，是无论于何处行使行政权力，争议中的受害方应获得公平的审理和正当的程序保障。[424]

---

[419] Rebeck v. World Health Organization, Arbitration Award of ILO Administrative Tribunal, Judgment No.77,1st December 1964.
[420] United Nations Juridical Yearbook 1964. 215-216
[421] Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, ICJ Reports, 1954. 47.
[422] Id.
[423] Id., p.57.
[424] Memorandum to the Executive Directors from the President of the World Bank, 14 January 1980, Doc. R80-8.

（二）国际组织行政法庭管辖权的扩大趋势

一般而言，只有国际组织的正式职员才可以在相关的行政法庭起诉应诉。但这往往忽视了其他人在行政法庭诉讼的权利，如国际组织员工的继承人、不成功的求职者和其他处于某国际组织体制之外的工人等诉诸行政法庭救济的权利。[425]如果行政法庭不扩大管辖权，那么有关人员就得不到救济。在 Liaci v. EPO 案[426]中，Liaci 作为欧洲专利办公室职位的申请人，对该组织拒绝雇佣的决定提出质疑，但是国际劳工组织行政法庭宣称自己对该案无权管辖，因为原告尚未与该组织建立正式的雇佣关系。作为一个国际组织，欧洲专利办公室在国内法院享有豁免，如果行政法庭拒绝管辖，那么原告将告诉无门。另一个案例是 Qin v. ILO 案[427]，该案中一位国际劳工组织的职员去世后，其丈夫不能获得延长在瑞士的居留资格，该丈夫遂向国际劳工组织行政法庭提出申诉，并认为其妻子在国际劳工组织任职期间遭受骚扰并导致其死亡，该申诉最终未获处理。

很明显，在国际组织职员的行政事务和私法事务之间很难划出明显的界线，例如，在 Chiriboga v. IBRD 案[428]中，法院认为一个世界银行职员死于飞机事故，其保险金受益人提起的保险金索赔是属于雇佣争端的范围，因此不属于国内法院管辖的范围。在 Johansson v. Secretary-General of the OECD 案[429]中，OECD 行政法庭拒绝处理一个已故 OECD 职员的继承人之间的争端。

在诸如此类的案件中，为了保护处于弱势的申诉人，使其有主张权利的场所。国际组织行政法庭在必要时可将其管辖权扩及与非员工之间的争议。

（三）国际组织行政法庭行使管辖权以避免拒绝司法

如果国际组织没有行政法庭解决其所涉争议，国际组织与私人的诉讼在国内法院又因国际组织享有豁免而得不到解决，那么就会出现拒绝司法的情况。一些行政法庭在解释其管辖权资格时，就声称管辖的目的是为了

---

[425] AUGUST REINISCH and WEBER, ULF ANDREAS. In the Shadow of the Waite and Kennedy: the Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement[J]. International Organizations Law Review, 2004, (1): 106.

[426] Liaci v. EPO, ILO Administrative Tribunal, 12 July 2000, Judgment No.1964, para.4.

[427] Qin v. ILO, ILO Administrative Tribunal, 9 July 1998, Judgment No.1752.

[428] Chiriboga v. IBRD, U.S. District Court DC, 29 March 1985.

[429] Johansson v. Secretary-General of the OECD, OECD Administrative Tribunal, 25 June 1997, Judgment No. 22.

避免出现拒绝司法的情况。在 Teixera v. Secretary-General of the United Nations[430]案中，联合国行政法庭认为，《联合国特权与豁免公约》第 8 条第 29 节规定联合国有义务提供适当的争议解决方式，法庭在裁决联合国与非员工产生的争议时没有立即同意仲裁以致拖延三年，联合国应向申请人赔偿损失。在 Irani v. Secretary-General of the United Nations 案[431]中，联合国行政法庭也对这一与非员工之间的争议行使了管辖权。法庭特别指明："除非法庭对本案有管辖权，否则一些为申请人利益的控诉程序保障措施则不存在，并且申请人与组织之间的合同的第 5 条（建立适当的机制以审理和裁决争议）得不到尊重。"[432]

在 Zafari v. UNRWA 案[433]和 Salaymeh v. UNRWA 案[434]中，联合国行政法庭均行使了管辖权，这两个案件是联合国近东巴勒斯坦难民救济与工程处（UNRWA）与当地工人之间产生的纠纷，这类案件一般应提交特别审裁小组（Special Panel of Adjudicators）而不是联合国行政法庭审理。但是特别审裁小组的管辖权非常有限，一般只审查雇佣终止的合法性问题。在 Zafari v. UNRWA 案中申请人认为雇佣的终止是一种自愿的提前退休，而 Salaymeh v. UNRWA 案申请人认为其退休金的计算不正确。在两个案件中，联合国行政法庭均认为特别审裁小组没有管辖权。行政法庭认为申诉人 Zafari 因此而被剥夺了针对 UNRWA 的决定寻求救济的权利，构成了真正的拒绝司法。在 Salaymeh v. UNRWA 案中法庭认为由于 UNRWA 员工条例和规则均没有规定可适用于申请人的程序，因此行政法庭享有管辖权。

国际法协会 1997 年《国际组织与私人之间缔结的合同》的奥斯陆决议第 7 条规定："当国际组织与私人缔结合同时，如果国际组织享有司法管辖豁免，合同应规定由一个独立的机构解决因合同产生的争议。"[435]第 8 条规定了独立的争议解决机构："（1）根据常设机构或临时条款设立的仲裁机构；（2）国际组织设立的行政法庭，如果授予这类法庭管辖权与组织的规则相符；或者（3）国内司法机构，如果与组织的职能和地位不相冲突。"

---

430 United Nations Administrative Tribunal, 14 October 1977, Judgment No. 230.
431 United Nations Administrative Tribunal, 6 October 1971, Judgment No. 150.
432 United Nations Juridical Yearbook, 1971. 164.
433 United Nations Administrative Tribunal, 10 November 1990, Judgment No. 461.
434 Id.,p.469.
435 Annuaire de l'Institut de Droit Internationale, 1977, 57(II): 336.

因此，只要不违反国际组织的相关规定，国际组织的行政法庭就可以管辖组织与非员工之间的争议，从而有效地避免了出现拒绝司法的情况。上述的案例也支持了这一观点。

国内法院在裁决国际组织是否享有豁免时，把是否存在其他适当的争议解决机制作为给予国际组织豁免的前提条件，如果给予国际组织豁免而又没有其他的争议解决机制，将会导致拒绝司法的情况出现。这一点也得到一些国内法院的承认，如法国最高法院在其 1995 年的年度报告中就提及这一点。一些豁免条约也规定如果豁免导致出现拒绝司法的情况，那么国际组织有必要放弃豁免。

国际组织行政法庭的管辖也是国内法院的要求，德国宪法法院在 Solange 案中明确表明了国际组织应具有有效的争端解决机制。根据欧共体法，德国最高法院接受欧洲法院和国内法院在人权保护领域的分歧。在 Solange I 案[436]中，德国宪法法院坚持认为其有权受理对人权的审查要求。[437] 德国宪法法院对有效的争端解决机制的要求的立场不只限于欧共体，也适用于其国际组织如欧洲航空安全组织、欧洲专利组织等。如在 EUROCONTROL-Flight Charges 案中德国联邦行政法院和联邦宪法法院均认为德国法院对被告组织的行政行为缺乏管辖权，这一裁决并不违反德国宪法关于个人诉权的规定，因为行政法庭的管辖满足了德国宪法关于广泛而有效的法律保护的要求。

（四）国际法院对国际组织行政法庭裁决的审查

国际法院一般只能审理国家之间的争端，就国际组织而言，只能申请国际法院发表咨询意见。如果对国际组织的行政法庭裁决的有效性提出质疑时，就国际组织与私人之间的争议，可由国际组织就裁决的有效性问题向国际法院请求咨询意见。

《联合国行政法庭规约》第 11 条第 1 款规定：“如果一会员国、联合

---

[436] Internationale Handelsgeseschaft v. Einfuhr-und Vorratstellee für Getreide und Futtermittel (Solange I), Federal Constitutional Court, 29 May 1974, Common Market Law Reports, 1975, 2: 540.

[437] 德国《宪法》第 24 条允许国家将主权权利部分让渡给政府间国际组织（如欧共体）。德国法院接受欧共体法具有优势地位，但欧共体法是否优越于德国宪法所规定的不可剥夺的基本权利则是一个问题。德国宪法法院认为欧共体法并不优于德国宪法规定的基本权利，并且认为在本案中欧共体立法并未违反德国宪法规定的基本权利。欧洲法院的管辖即是对德国宪法所规定的基本人权的保障。

国秘书长或与行政法庭裁决相关的个人（如其已故世则包括继承其权利的人），基于以下理由——法庭超越其管辖权或职权、法庭未行使其管辖权、法庭在与《联合国宪章》条款相关的法律问题上有错误或犯有基本程序上的错误而导致不公正——而对法庭的裁决提出异议时，可在裁决之日起 30 日内，向本条第 4 款所设立的委员会提出书面请求，要求委员会就此向国际法院请求咨询意见。”第 4 款规定：“基于本条的目的设立一个委员会，负责根据《联合国宪章》第 96 条第 2 款向国际法院申请咨询意见。该委员会由联合国大会最近一次例会的一般委员会中的会员国代表组成，委员会应在联合国总部召集，并应制订自己的各项规则。”至于最终是否请求国际法院发表咨询意见，则由该委员会决定。第 2 款规定“在接到依本条第 1 款而提出的请求后 30 日内，委员会应对请求是否有实质性根据作出决定。如果委员会认为有根据，则请求国际法院发表咨询意见，同时秘书长也应将本条第 1 款所指人员的观点传达给国际法院。”

《国际劳工组织行政法庭规约》第 12 条第 1 款规定：“如果国际劳工局管理机关或职员基金行政委员会，对法庭确认其管辖权的决定存有异议，或者认为法庭裁决因程序上的缺陷而受到损害，则可由国际劳工管理机关就裁决的有效性问题向国际法院请求咨询意见。”第 2 款规：“定国际法院的咨询意见具有拘束力。”这一规定是针对国际劳工组织自身的，对于其他接受国际劳工组织行政法庭管辖的国际组织，《国际劳工组织行政法庭规约》附件规定：“任何政府间国际组织，若根据其组织章程或内部行政规则，承认本法庭之管辖权，并且依本《规约》第 2 条第 5 款正式声明接受法庭程序规则，本规约对应其整体适用。”对于《国际劳工组织行政法庭规约》第 12 条第 1 款，附件规定：“根据本《规约》第 2 条第 5 款的规定作出过声明的国际组织的执行委员会，如果对法庭确认其管辖权的决定存在异议，或者认为法庭裁决因程序上的缺陷而受到损害，可由该执行委员会就裁决的有效性问题向国际法院请求咨询意见。”

从以上联合国行政法庭和国际劳工组织行政法庭的组织文件中可以看出，有关条款的目的在于试图把行政法庭裁决的司法复核程序和国际法院的咨询程序结合起来，从而成为一个有限的上诉程序，建立一种事实上的

审级关系。[438]因此，可以说国际法院的咨询意见是一种“准上诉”程序，是对行政法庭裁决的审查。国际法院的咨询意见原与私人争议不相关，但由于国际组织行政法庭审理的是与私人相关的案件（包括组织的职员和组织之外的非职员），因此，国际法院的咨询意见就具有重要的意义。

早在 20 世纪 50 年代，国际法院就对国际劳工组织行政法庭作出的与联合国教科文组织有关的裁决发表过咨询意见。[439]后来联合国行政法庭也请求国际法院发表咨询意见，如就行政法庭第 158 号裁决[440]、第 273 号裁决[441]和第 333 号裁决[442]发表咨询意见。

然而，《国际法院规约》中并没有关于国际法院作为上诉程序的规定，只是在建立联合国和国际法院的旧金山会议上提到过这种可能性。当时委内瑞拉代表团就《国际法院规约》第 34 条提出：“作为一个上诉法院，如果国际行政法庭规约规定有上诉程序那么本法院对由国际行政法庭管辖的案件有依法审理的管辖权。”[443]但是这一建议当时并没有被采纳，后来国际劳工组织行政法庭规约规定了国际法院的咨询意见，联合国直到 1955 年 11 月 8 日以联大第 957（X）号决议的形式在《联合国行政法庭规约》中插入第 11 条关于国际法院的咨询意见。

国际法院规约本身没有规定，而是由其他文件规定国际法院可以就行政法庭的裁决发表咨询意见，因此，国际法院这一职能的合法性受到了质疑。然而，国际法院在《联合国宪章》和《国际法院规约》有关条款中找到了这一职能合法性的依据。《联合国宪章》第 96 条第 1 款规定：“大会或安理会对于任何法律问题得请国际法院发表咨询意见。”第 2 款规定：“联合国其他机构及各专门机构，对于其工作范围之内任何法律问题，得随时以大会之授权，请求国际法院发表咨询意见。”《国际法院规约》第 65 条规定：“法院对于任何法律问题如经任何团体由联合国宪章授权而请

---

438 邓烈. 国际组织行政法庭[M]. 武汉:武汉大学出版社, 2002. 150.

439 Judgments of the Administrative Tribunals of the International Labour Organization upon Complaints made against the UNESCO, ICJ Reports 1956. 77.

440 Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, ICJ Reports 1973. 166.

441 Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, ICJ Reports 1982. 325.

442 Application for Review of Judgment No.333 of the United Nations Administrative Tribunal, ICJ Reports 1987. 18.

443 Documents of the United Nations Conference on International Organization, ICJ Reports 1956, p160.

求或依照联合国宪章而请求时，得发表咨询意见。”

国际法院在 1956 年就国际劳工组织行政法庭裁决发表咨询意见时，认为联合国教科文组织执行委员会提出咨询请求的依据是《联合国教科文组织与联合国之间的协议》第 9 条的规定（该第 9 条在 1962 年协议修订时变为第 10 条）。[444]在 1973 年联合国行政法庭裁决的咨询意见中，国际法院明确提到了《联合国宪章》第 96 条第 2 款是申请委员会（the Committee on Applications）提出咨询申请的依据。[445]在 1987 年的咨询意见中，国际法院援引了《联合国宪章》第 96 条和《国际法院规约》第 65 条的规定。[446]

《国际法院规约》第 65 条第 1 款要求咨询请求必须由一个经正式授权的机构提出。联合国各专门机构根据各专门机构与联合国之间的协议，均有权提出咨询请求。[447]这种扩大授权的方式完全符合《联合国宪章》第 96 条第 2 款的要求，也比《国际劳工组织行政法庭规约》第 12 条规定的范围更广阔。

另外，虽然世界银行、国际金融公司和国际开发协会[448]均有权请求国际法院发表咨询意见，但世界银行行政法庭规约并没有规定可向国际法院请求咨询意见。[449]因此，国际法院对世界银行行政法庭裁决的审查依据是《联合国宪章》和《国际法院规约》。[450]

1996 年 1 月 29 日联合国大会通过 50/54 号决议，终止了国际法院对联合国行政法庭裁决的审查程序，只保留了对国际劳工组织行政法庭裁决的有限审查。有人认为国际法院对国际组织行政法庭裁决的审查与其说是保护组织职员的利益还不如说是强化了联合国大会的地位。[451]国际法院也不见得有足够的专业知识可以很好地处理复杂的职员争端。[452]

---

444 ICJ Reports 1956. 161.
445 ICJ Reports 1973. 173.
446 ICJ Reports 1987, para. 23.
447 International Court of Justice Yearbook 1981-1982. 53-58.
448 1947 年 11 月 15 日，联合国大会通过决议，核准了世界银行和国际货币基金组织一起成为联合国体系中的一个特殊的专门机构。1956 年国际金融公司成立，成为世界银行的分支机构，1960 年国际开发协会成立并于 1961 年与联合国签订关系协定，三者均为联合国的专门机构。
449 AMERASINGHE, C. F. The World Bank Administrative Tribunal[J]. International and Comparative Law Quarterly, 1982, 31(4): 748-764.
450 OSTRIHANSKY, RUDOLF. Advisory Opinions of the International Court of Justice as Reviews of Judgments of International Administrative Tribunals[J]. Polish Yearbook of International Law, 1988, 17: 101-121.
451 KAREL WELLENS. Remedies against International Organizations[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p86.
452 SZASZ, P. Adjudicating IGO Staff Challenges to Legislative Decisions[A]. G. Hafner et al. Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday[C]. Kluwer Law International, 1998. 720.

2007 年 4 月 30 日，联合国大会通过了第 61/261 号决议，决定成立一个由两个层级组成的正式的司法管理体系。联合国争端法庭（United Nations Dispute Tribunal）为初审法庭，联合国上诉法庭（United Nations Appeals Tribunal）处理上诉审，并可以作出有拘束力的裁决和提供适当的救济。[453]

总结

国际组织参与民商事法律关系，限制其享有的豁免，将促进国际组织遵守法律，提高国际组织的履约信誉，还可增强私人与国际组织进行商业交易的信心。在国际金融组织内这种接受国内法院管辖的规定相对较多，例如，《国际复兴开发银行协定》第 7 条第 3 款规定："向银行提起诉讼必须在一会员国境内之有受理能力之法庭而在该境内银行设有办事处或派有接受诉讼通知之代理者或业已发行或担保证券者。"

事实上，国际组织接受国内法院的裁决有助于金融市场接纳国际组织。因此，世界银行的限制豁免被认为是对金融市场的再保证，鼓励潜在的借款人与世界银行做业务交易。[454]限制国际组织享有的豁免能使国际组织在国际资本市场上更好地发挥其职能作用，这一理由主要适用于那些自身的运营严重依赖私人融资的国际银行。这些国际金融性组织接受国内法院管辖将增强资金市场的投资人对国际组织投资的信心。

国际组织在其每天的活动中都会签订很多的商业合同，办公室租赁、采购合同等，这都是运营一个国际组织的重要方面。只有供应商或其他私人愿意与之缔结合同的国际组织才能运作良好。因此，国际组织为了自身良好的信誉以保证组织的正常运营也需要接受国内法院的管辖。

当然国际组织也可以坚持享有豁免，但这对国际组织自身不利。例如，如果一个国际组织与商业伙伴做生意时拒不履行合同，又因有豁免而可以逃避承担责任，那么商业伙伴就会在与国际组织交易时通过增加风险金的方式增加货物的成本，使国际组织的运营成本增加。从这个角度考虑，为

---

453 李赞. 国际组织的司法管辖豁免：制约与平衡[D]. 北京:北京大学, 2010. 184.

454 FATOUROS, ARGHYRIOS A. The World Bank's Impact on International Law – A Case Study in the International Law of Cooperation[A]. Gabriel M. Wilner. Jus et Societas: Esaays in Tribute to Wolfgang Friedmann[C]. The hague: Martinus Nijhoff, 1979. 65.

减少这些额外的成本，接受国内法院的管辖，有利于国际组织的长远利益。这种长远利益其实比在一次诉讼中的得失更重要。这不仅可以提高国际组织在商业交易中的信誉，而且还能提高国际组织普遍的公信力。一些国际组织坚持自身的豁免，不接受国内法院的诉讼，甚至会导致公众对该组织的负面认识。

在 Safehaven Investments Inc. v. Springbok Ltd.案[455]中，英国法院注意到，由于银行对国际咖啡组织地位的担忧而使该买卖在银行的融资遇到困难，因为国际咖啡组织可能不会接受在英国法院的诉讼，从而会使银行的贷款处于风险之中。由于考虑到国际咖啡组织享有豁免的风险，银行拒绝融资，买卖双方因此发生争议。

除了国际组织自身的利益外，国内法院受理针对国际组织的诉讼也可以吸引更多的国际诉讼在本国提起，起到吸引国际业务的作用。[456]例如，美国、英国、比利时、法国等国家的法院就有丰富的针对国际组织诉讼的裁决经验，很多此类国际诉讼都在这些国家提起。

有时国际组织会坚持享有豁免，但国际组织所享有的司法管辖豁免并不能免去其在国内法上的法律责任。很明显，豁免只不过是法律责任履行中的一个程序障碍而已，法律责任本身并不受损，豁免并不能改变实质性的权利和义务。[457]为避免或减少豁免对私人的损害，有两种方法可以选择：一种是国际组织主动放弃豁免，接受国内法院的裁决；另一种是国际组织同意采用其他方式解决争议，如接受仲裁或国际组织行政法庭的裁决。由于实践中国际组织很少会主动放弃豁免，因此第二种方式更具有实用性。国际组织行政法庭管辖国际组织的民商事争议可以起到很好的辅助解决争议的作用，避免出现拒绝司法的情况，同样也可以提高国际组织的信誉和公信力。

---

[455] Safehaven Investments Inc. v. Springbok Ltd., Chancery Division, 18 May 1995, UK.

[456] RESS, GEORG. Ex Ante Safeguards Against Ex Post Opportunism in International Treaties: Theory and Practice of International Public Law[J]. Journal of Institutional and Theoretical Economics, 1994, 150: 281.

[457] SCHERMERS, HENRY G. International Institutional Law (2)[M]. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1980. 796.

论我国消费者合同冲突法的完善

——以国外判例为切入点

李明阳[458]

摘要：

在冲突法领域给予消费者合同特殊保护，有深刻的法理依托，也有经济学理论基础。本文旨在从经济学视角下分析国际消费者合同特殊法律适用规则的理论依据；并以国外典型判例为切入点，以比较法研究方法，结合国外立法审视我国消费者合同冲突法的完善。《涉外民事关系法律适用法》第 42 条是我国首次针对涉外消费者合同法律适用的特别规定，奠定了我国消费者保护冲突法立法发展的基石。为适应日益频繁的对外经济交往需要以及保护我国消费者利益，我国应尽快补充完善国际消费者合同法律适用立法，使其真正在司法实践中发挥重要作用。

关键词：国际消费者合同；消费者保护；法律适用

将跨境消费者合同区别于一般的国际商事合同，并给予弱方的特殊保护，在成文法历史上并不久远，可追溯至 1978 年奥地利颁布的《奥地利国际私法法案》[459]以及 1980 年《罗马公约》[460]。国际消费者合同的冲突法规范伴随着消费者社会的成长[461]以及消费者保护运动，逐渐增加对消费者一方的保护权重。这种演变趋势伴随着欧洲国际私法模式与美国冲突法模式的趋同与融合[462]，反映了冲突法的价值追求从冲突正义[463]走向实质正义[464]，由规则导向主义走向结果导向

---

[458] 作者是中山大学法学院国际法学 2014 级研究生。

[459] See Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [Federal Act of Private International Law], Jun. 15, 1978, Bundesgesetzblatt [BGBl.] No. 304/1978, available at http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426.

[460] See European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention). Article 5.

[461]于颖.《涉外民事关系法律适用法》第 42 条评析——我国国际私法对消费者之保护[J]. 法学评论, 2011, (2). p.66.

[462] See Rühl G. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency[J]. Social Science Electronic Publishing, 2006. p.2.

[463] See Kegel, Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers, 27 *Am. J. Comp. L.*. (1979). p.617.Private international Law "aims at the *spatially* best solution…".

[464] See Symeonides S C. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law[J]. Social Science Electronic Publishing, 2000. p.126.

(Result-oriented)主义[465]。

中外学者对于国际消费者合同中弱者利益保护的法理依据已经做了足够讨论[466]。本文将以经济学原理对国际消费者合同中消费者的特殊保护做初步探索，并以此为理论依据探求我国消费者合同冲突法的完善。

一、经济学视角下涉外消费者合同的特殊性

在国际商事合同的法律适用领域，当事人对法律选择的意思自治是首要原则[467]。当事人充分的意思自治将促进经济效率的追求。只要双方意思自治没有损害第三方利益，就能触发帕累托效率（Pareto efficiency）[468]。若当事人意思自治对第三方利益有所损及，但是这种损失幅度小于当事人所获利益，将引发卡尔多-希克斯效率（Kaldor-Hicks efficiency）[469]。由此，意思自治将使社会整体对经济利益的追求最大化。

在国际消费者合同领域，用经济学原理分析，可以得出限制意思自治的结论。对于国际消费者合同的特殊性，可借用“柠檬市场”理论分析[470]。根据经济学家阿克洛夫（George Akerlof）提出的“柠檬市场”理论，信息不对称可能导致市场失灵。

“柠檬市场”也称次品市场，是指信息不对称的市场，即在极端情况下，市场会止步萎缩、停滞不前[471]。一方当事人基于其更有优势的知识范围（superior knowledge），为使其利益最大化，并不将必须知晓的内容告诉合同另一方当事人。在消费者合同冲突法中，这种现象表现为：经营者比消费者了解更多有关准据法的知识。由于经营者日常经常签订同一种类型的合同，从成本核算角度考虑，他

---

[465] Symeonides S C. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law[J]. Social Science Electronic Publishing, 2000. p.128.

[466]相关论著主要有：曲波，国际私法本体下弱者利益的保护问题[M]，法律出版社 2009 年版；徐冬根，国际私法趋势论[M]，北京大学出版社 2005 年版；刘益灯，谭泽林. 从形式正义到实质正义:消费者合同法功能的法哲学分析[J]. 中南大学学报：社会科学版, 2004, 10(6)；刘想树，江保国. 涉外消费者合同的法律适用[J]. 武大国际法评论, 2004, (0).；李敏. 我国涉外消费者合同的法律适用及其完善[J]. 法商论坛, 2012, (2)。

[467] See supra note 4, p.32

[468] See Kennedy D, Michelman F. Are Property and Contract Efficient?[J]. Hofstra L.rev, 1980. p.714.

[469] See O'Connor E A O, (Deceased) L E R. From Politics to Efficiency in Choice of Law[J]. Social Science Electronic Publishing, 1999. at 1186-187

[470] See Rühl G. Consumer Protection in Choice of Law[J]. Social Science Electronic Publishing, 2011. p.28.

[471] See Akerlof G A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism[J]. Quarterly Journal of Economics, 1970, volume 79(3). p. 488.

们有更充分的动机去了解、研究可选择的各个国家的法律，并从中选择最有利的。相反，缔结合同的消费者面临相当高的信息获取成本，因此常常放弃对有价值信息的获取。因而消费者往往不能够实现了解不同国家的法律所能提供的保护水平。这种情况下，也许导致合同中准据法所为他们提供的保护是最低限度的保护。

同时，在国际民商事交往的特殊环境下，参与到跨境销售中的公司与国内公司相比，更难树立声誉，随之而来的是更难丢失声誉。这些公司的潜在消费者过于分散，几乎不可能关于公司声誉和公司行为进行沟通和交换信息。即便在当下，互联网促进信息的融通，但是能在网络上搜索到的公司评价也仅限于声名显赫的跨国公司，对于大部分小型公司或经营者的信用评价和信息获取难以做到像国内交易一样迅速、精准。

因此，当经营者通过选择某国法律将风险转移给消费者时，经营者并不承担更大的名誉损失的风险。同理，即便公司为消费者预先选择了更好的法律，对于公司建立声誉也不会带来很大帮助——公司宁愿将同样的成本投入到更好的产品上。

对于信息不对称的市场，应当避免其可能带来的“竞次”（race to the bottom）[472]的竞争。因而在经济学视角下，对国际消费者合同给予特殊保护极其必要。

二、我国消费者合同冲突法的立法价值取向

在 2010 年《法律适用法》实施前，关于涉外消费者合同我国并无专门条款，其法律适用与一般商事合同没有差异——即依据《民法通则》145 条和《合同法》126 条第 1 款的规定，依据当事人意思自治，结合最密切联系原则确定合同中应适用的法律。然而伴随经济全球化进程，我国逐渐融入国际市场，这样的规定已经不能应对国际商事交往日益密切所带来的挑战。

在此背景下，《法律适用法》第 42 条应运而生，对国际消费者合同的法律适用问题做出规定。该规定将涉外消费者合同与一般的商事合同相区别，摒弃了最密切联系地法这一连结点，体现了突出对消费者的利益保护，并平衡经营者利益的立法价值取向。

[472] See Rühl G. Consumer Protection in Choice of Law[J]. Social Science Electronic Publishing, 2011. p.28.

(一) 对消费者利益的特殊保护

《法律适用法》第 42 条对弱方当事人利益的保护突出体现在两个方面。首先，第 42 条赋予消费者单方面的选择权。消费者可以在消费者经常居所地法律与商品、服务提供地法律之间比较，考虑何者对自身更加有利而作出选择。另一方面，消费者经常居所地[473]法这一连结点的使用也体现了向消费者利益倾斜的价值取向。和外国法律相比，消费者对于其经常居所地的法律最为熟知，在面向本国律师咨询法律意见时也享有诸多便利；消费者经常居所地法的优先适用，也鼓励消费者在经常居所地法院提起诉讼，节约诉讼费用。从法院角度来看，若适用法院地国法为准据法，就节约了查明外国法之成本，提高了诉讼效率——效率的提高将有利于节约当事人的时间成本和精力。

(二) 兼顾经营者利益

根据《法律适用法》第 42 条，若经营者在消费者经常居所地没有从事经营活动，那么消费者经常居所地法不能得到适用。这一规定主要涵盖的是消费者前往境外消费的情况（“积极消费者”[474]）。在此情况下，订立合同时经营者可能无法得知消费者所属国，无法预知该国的立法情况；而且经营者会面临来自不同国家的消费者，若一味适用消费者属人法，那么经营者将疲于应对不同诉讼中所涉及的不同法律规定，这对经营者来讲并不公平。因而 42 条将“积极消费者”合同排除在适用范围之外，避免正义天平向消费者一方过度倾斜。

三、基于国外司法判例研习我国立法之完善

我国目前尚无适用《法律适用法》第 42 条的先例[475]。但在美国、欧盟、德国等国家已经有诸多判例值得研习。这些案例中涉及司法实践中可能遇到的问题

---

[473] See Schu R. The applicable law to consumer contracts made over the internet: consumer protection through private international law?[J]. Int.jnl.of Law & Info.technology, 1997, (2). p.216.

[474] See Paula Serra Freire, Regulation of International Consumer Contracts in the Americas. 11 Bus. L. Int'l. 73 (2010). 消极消费者（passive consumer）是指并未主动与在另一国家设立的经营者缔结合同的消费者；合同是由于经营者向消费者住所地发出的要约或广告缔结的。而积极消费者(activeconsumer)是指独自主动离开住所地国，到另一国与商家地缔结合同的自然人。

[475]截止至 2015 年 5 月 29 日在“北大法宝”“北大法意”数据库中尚不能检索到援引《法律适用法》第 42 条的判例。

和障碍，为该国此后的案件提供指导。而我国作为成文法国家，有必要探究他国在司法实践中遇到的问题和障碍，防患于未然，对必要之处以司法解释加以补充规定。

（一）“消费者合同”的界定

涉外消费者合同中有一个前提性问题，即应适用什么样的标准将消费者合同与其他合同进行区分。若一个涉外合同被认定为消费者合同，该合同就要受到特殊法律适用条款的约束。这一问题看似简单，但特殊情况下，“消费者合同”的模糊概念会成为案例的主要争点，成为影响判决结果的主要因素。并且这一概念在各国立法与国际条约中有诸多不同[476]。当事人双方对于一个合同是否为“消费者合同”也会存在争议。

1. 案例视角下的“消费者合同”界定

（1）“双重目的合同”（Dual Purpose Contracts）

双重目的合同（Dual Purpose Contracts），即订立合同既有私人目的，又有商业目的情况。在 Johann Gruber v. Bay Wa AG 案[477]中，Gruber 是住所地在奥地利的农场主，由于看到依德国法设立的 Bay Wa 公司发放的广告（广告在奥地利分发），与其缔结合同，由公司为其农场屋顶铺设瓦片。但在缔结合同前，Gruber 并没有告诉 Bay Wa 公司铺设屋顶的建筑属于他所有的农场，并且农场是他主要经营业务。Bay Wa 公司认为农场建筑是农场的工作地点，和农场建筑有关的合同是一种商业行为，不应适用消费者合同法律适用的特别条款。关于合同能否被划分为“消费者合同”成为该案的主要争点。

欧洲法院的分析主要基于消费者保护政策背后的法理。保护消费者的制度设计是为了从法律上协调信息不对称对消费者带来的弱势地位。该案中，购买方既具有商业目的，又具有私人目的，并且这两种目的都对交易达成起着决定性作用。可以合理推断，购买者拥有和销售方同等地位的资源和信息。即便购买者在购买时同时具有私人目的，但这不能否认他已经拥有的资源和信息。既然购买者不处于弱势地位，即可视为平等的商业合同当事人。欧洲法院判决提供了一个测试标准，即当商业目的在合同中所起的作用“可以忽略”（negligible）时，双重目的

[476] See Schu R. The applicable law to consumer contracts made over the internet: consumer protection through private international law?[J]. Int.jnl.of Law & Info.technology, 1997, (2). p.193.
[477] See Johann Gruber v Bay Wa AG (C_464/01) [2005] E.C.R. I-00439.

合同才能被视为消费者合同，适用弱方利益保护原则。当商业目的所起的作用并非“可以忽略”时，该合同应当被排除在消费者合同范畴之外。

（2）是否需要销售方预知合同为“消费者合同”

销售方（经营者）的知情权问题也曾引起纠纷——如果在缔结合同时，经营者并不明知对方是处于私人（家庭）目的购买，那么该合同是否可认定为“消费者合同”？

这种合同往往实质上是消费者的个人购买合同，但是其在购买时，并未告知使用目的，因为消费者本人原因或其他不可避免的原因，带给经营者某种印象，使其将合同误认为普通商业合同[478]。那么在纠纷时，如果未经考量，直接将合同认定为消费者合同，则是对消费者权利的滥用，对经营者基本知情权的漠视。

在 Gruber 案的判决中，法院也提到了销售方知情权的问题，认为销售方的知情权不对判决结果有影响[479]。但是，在另一层面上，如果购买者故意带给销售者一种印象，使其认为购买行为是商业行为，那么法院也许因此认定其滥用了消费者保护的权利，做出对其不利的判决。

在德国判例中[480]，购买者为获得较低的价格，在购买时宣称自己是职业汽车商。随后又将销售者告上法庭。德国最高法院以消费者违反了诚实信用原则为由，拒绝为消费者适用保护性条款。法院认为，该购买者违反了诚实信用原则——而对诚实信用原则的维护应当优先于对不诚实合同方利益的维护。

据此，可以窥知欧洲法院和德国最高法院的做法均是以消费者是否违背诚实信用原则为标准。若消费者故意使对方误认为该合同是普通商业合同，法院将不会为消费者提供特别保护。

2. 成文法视角下的“消费者合同”界定

（1）“消费者合同”的内涵

不同于我国立法，许多国家在消费者合同的法律适用条款中都对“消费者合同”的内涵明确规定。尽管各国立法表述不同，在内涵和外延上有细节差异，但是以上关于“消费者合同”的立法规定均可以抽象出以下两个特点：(1)合同订

[478] See Richard Plender, Michael Wilderspin, The European private international law of obligations, London: Sweet & Maxwell, 2009, p.236.
[479] See Johann Gruber v Bay Wa AG (C_464/01) [2005] E.C.R. I-00439.
[480] See VIII ZR 91/04. Quoted in supra note 19, p.236.

立之目的在于满足个人或者家庭等私人需求；(2)卖方之行为是营业活动或职业活动，买方之行为在其职业或营业活动范围之外。[481]

瑞士、保加利亚、土耳其等国以合同目的为标准在立法中规定了“消费者合同”内涵[482]。马其顿等国在此基础上，增加了 “消费者”的定义[483]。罗马条例 I、日本国际私法等在正面定义何为“消费者合同”的同时，将特殊的消费者合同排除在外。[484]

对成文法国家来说，在立法中实现将特殊的、不适合使用消费者合同法律适用条款的合同排除在外，是较为成熟的做法。《罗马条例Ⅰ》第 6 条第 4 款中将四种合同排除在涉外消费者合同之外，即惯常居所地国之外的其他国家提供服务的合同、运输合同、有关不动产的合同、融资手段相关的合同等等。这一排除性规定，既是对经营者利益的兼顾，也有对特定合同特殊性的考量。日本立法也对不予适用消费者保护条款的情况做了规定[485]。

（2）“消费者”是否仅限于自然人

对于“消费者”是否仅限于自然人，各国存在一定分歧：即消费者是否仅为自然人，以及自然人能否作为合同缔约的消费者的相对方。如日本国际私法中自然人和法人都有资格成为消费者，马其顿国际私法中将消费者一方限定为自然人，欧洲法院将非自然法人以及消费者的代理人都排除在“消费者”之外。[486]

各国对于消费者和经营者范围的不同规定决定了消费者合同的适用范围。我国应该在司法解释中明确这一问题，避免可能造成的误解。

（二） 当事人的法律选择自由

1. 对当事人双方意思自治的限制

---

[481] See Schu R. The Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law? [J]. Int.jnl.of Law & Info.technology, 1997, (2). p.193.

[482] 见瑞士《关于国际私法的联邦法》（2010 年）第 120 条第 1 款，保加利亚共和国《关于国际私法的法典》（2005 年）第 95 条第 1 款，《土耳其共和国关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第 5718 号法令》（2007 年）第 26 条第 1 款，《立陶宛共和国民法典》第 1.39 条第 1 款。此种模式都存在同一特点：大都以合同订立目的作为衡量标准——即以满足消费者个人、家庭需要为目的的合同为消费者合同。

[483] 见《马其顿共和国关于国际私法的法律》（2007 年）第 25 条。这种模式与上一种模式相比，仅是表现形式不同，其界定标准仍是订立合同的目的是否为了营利。但对于“消费者”内涵的规定，各国存在一定分歧：即消费者是否仅为自然人，以及自然人能否作为合同缔约的消费者的相对方。对消费者是否仅限于自然人的问题，本文将在下文讨论。

[484] 见《罗马条例Ⅰ》第 6 条第 1 款，日本《法律适用通则法》（2006 年）第 11 条第 6 款，《俄罗斯联邦民法典》第 1212 条。

[485] 见日本《法律适用通则法》（2006 年）第 11 条第 6 款。

[486] See Richard Plender, Michael Wilderspin, The European private international law of obligations, London: Sweet & Maxwell, 2009, p.233.

对于合同当事人的意思自治，各国立法基于保护弱方利益的考虑，普遍做法是赋予当事人法律选择自由，同时又对法律选择的结果予以严格限制。例如《罗马条例Ⅰ》，美国《第二次冲突法重述》第 187 条，土耳其、保加利亚等诸多国家都做出了此类规定。日本立法在适用强制性规定时，更凸显了消费者意愿，在消费者表示需要适用其经常居所地法的强制性规定时，适用该强制性规定。各国规定虽有不同，但是仍然突出了消费者合同的“合同”本质，在消费者利益不受到损害的前提下，较大限度尊重意思自治。

少数国家的立法排除当事人的法律选择，适用消费者惯常居所地（或住所地[487]）国家的法律[488]。

在阿拉斯加州最高法院的一个判决[489]中，法院运用了根本性公共政策[490]作为“强制性规定”排除当事人双方法律选择条款的效力，实现保护消费者的利益。Doris Long 与游轮公司签订了邮轮旅行合同。在航程中，原告由于在阿拉斯加州参观博物馆时在馆外跌倒，随后又到医院接受治疗，整个治疗过程中邮轮公司没有尽到相关义务。Long 因此在养伤后 16 个月于阿拉斯加最高法院将公司起诉。然而在游轮旅行合同中，约定了起诉时效条款——旅客必须在受伤后 6 个月内给公司通知，并在旅行结束 1 年内起诉。一审中，法院基于合同准据法约定的是华盛顿法，认为合同中的起诉时间限制有效，驳回了原告请求。然而在二审中，最高法院以“根本性公共政策”为依据，判决倾向于保护消费者的利益。最高法院认为，虽然双方签订的合同中约定华盛顿州法律为准据法，但是这一案件事实涉及阿拉斯加州的根本性公共政策，并且和阿拉斯加州有更多利益关联。因此应当适用阿拉斯加法，而非华盛顿法。合同中的诉讼时效限制被判为无效，做出了有利于消费者的判决。

我国《法律适用法》中，消费者虽然被赋予单方面选择权，但由于消费者个人认知、判断能力有限[491]，在法律选择时并非人人都能做出有利于自身利益的决定。因此，在适用其他国家法律的同时，如能以我国消费者保护法中的规定作为强制性规定，成为法律适用的最低标准，则能为消费者提供更好保护。

---

[487]《马其顿共和国关于国际私法的法律》（2007 年）第 25 条第 4 款，斯洛文尼亚共和国《关于国际私法与诉讼的法律》（1999 年）第 22 条第 4 款。

[488] 瑞士《关于国际私法的联邦法》第 120 条第 2 款：当事人的法律选择应予排除。

[489] See Long v. Holland America Line Westours, Inc. 26 P.3d 430 Alaska,2001. July 13, 2001.

[490]Also see case Douglas v. U.S. Dist. Court for Cent. Dist. of California 495 F.3d 1062 C.A.9 (Cal.),2007; McKee v. AT & T Corp. 164 Wash.2d 372, 191 P.3d 845 Wash.,2008. August 28, 2008.

[491] See Rühl G. Consumer Protection in Choice of Law[J]. Social Science Electronic Publishing, 2011. p.7.

2. 我国立法中可选择连接点数量过少

根据我国《法律适用法》，消费者可以在消费者惯常居所地法与商品、服务提供地法之间进行选择，这样就将可选择的法律限定在两个国家之内。这一规定的优点在于具有确定性和可预测性[492]，并且能够确保消费者选择的法律是与合同有实际联系的法律；但局限性也与之并存，消费者只能从两者之间选择较为有利的一个，选择权受到限制。特别是在商品、服务提供地与消费者惯常居所地位于同一国家时，消费者实质上只有一个选择——保护其利益的选择权也就相当于并不存在。

这一条款存在的另一问题是："商品、服务提供地"这一表述相当模糊。以商品提供地为例，如果买卖双方进行的是即时交易，这一地点很容易确定；但若涉及到远途交易，特别是在当前网络购物成为潮流的情况下，"商品提供地"指的是经营者发货地、货物送达地、消费者签收地，还是经营者货交承运人地[493]？若当事人对此概念不能明确认识，在订立合同时就难以预知法律结果，法律适用的可预测性和一致性也将大打折扣。

（三） 消费者合同的形式效力

在解决某一合同的法律适用问题前，必须首先考虑到合同形式、当事人能力等情况，以核实这个合同是否为生效合同。当前国际合同的法律适用的潮流由"统一制"走向"分割制"[494]，合同的形式效力逐渐作为一个独立的问题被考虑。尽管我国《合同法》对合同的形式效力并无严格限制，但合同的形式效力仍有可能面临法律冲突，出现某一合同在一国形式有效、而在另一国形式无效的情况。因此在立法中增加关于合同形式效力的条款是必要的。

《罗马条例Ⅰ》中有关于合同形式有效性的专门规定，并规定由消费者的惯常居所地国法律支配。日本立法规定，消费者可以就合同形式适用的法律做出选择，若未选择，则适用消费者惯常居所地法。[495]

消费者合同的形式有效性问题是形式问题，并不涉及到消费者实质利益。因

---

[492] See Rühl G. Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective[J]. Social Science Electronic Publishing, 2006. p.34.

[493] See Gillies L E. Choice-of-law Rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation[J]. Journal of Private International Law, 2007, volume 3(1). p. 90.

[494] See Reese W L M. Depecage: A Common Phenomenon in Choice of Law[J]. Colum.l.rev, 1973. p. 58.

[495] 见《罗马条例 I》第 11 条第 4 款；日本《法律适用通则法》第 11 条。

而考虑消费者对其经常居所地国法更加了解，消费者合同的形式有效性由消费者惯常居所地国法支配这一规定是合理的。我国立法中如果增加对涉外合同形式效力的规定，应借鉴《罗马条例Ⅰ》，将消费者合同独立规定，排除对于合同形式效力法律适用的意思自治，适用消费者惯常居所地国法。

四、我国涉外消费者合同冲突法司法解释的制定

结合上述对《法律适用法》第 42 条的评析，以及对各国立法和国际立法之比较，本文认为对涉外消费者合同法律适用问题作出司法解释势在必行。如果不对第 42 条之规定做进一步详细阐释，则该条在司法实践中难以准确付诸实行，立法目的可能落空。同时关于“消费者合同”等术语的模糊性界定，将不能使合同当事人对合同是否适用保护性条款作出明确预测；这种模糊性也会降低消费者的信心，打击其参与国际消费的积极性。

完善相关规定应从以下几个角度出发：(一)及时在司法解释中界定“消费者合同”之内涵，结合我国立法体系和实践需要将不适用消费者合同特别规定的情况排除在外；（二）通过扩大解释“商品、服务提供地”这一术语，扩大消费者法律选择范围；（三）以我国消费者保护法作为强制性规定，为消费者保护提供最低保护标准；（四）增加有关消费者合同形式效力的特别规定。

结合前文论述，本文建议及时做出《法律适用法》第 42 条的司法解释，并尝试拟定条款如下：

1. 第 42 条所指消费者合同为满足消费者个人、家庭需要或者家务需要为目的而缔结的有关交付商品或者提供服务的合同。

2.第 42 条所指消费者仅指自然人。

2. 商品、服务提供地指经营者发货地、货物送达地、消费者签收地等与商品、服务交易有实际联系的地点。

3. 消费者做出适用商品、服务提供地法律的选择不能减损消费者经常居所地法中有关消费者保护的强制性规定对消费者的保护。

4. 第 42 条不适用于：

（1）运输合同；

（2）与不动产物权或者不动产租赁有关的合同；

（3）订立合同时，由于消费者误导，使经营者对于合同目的、交易相对人、消费者所在地等重要信息存在错误认识的合同。

5.消费者合同的形式效力，适用消费者的经常居所地国法。

论中国参与国际私法统一化进程的途径

The way of participation in process of unification of private international law of China

高明俊（1992-）福州大学国际法学硕士研究生，福建省福州市大学新区学园路 2 号 57 号楼 503 室邮编 350108 邮箱 397197141@qq.com

电话 18950476475

摘要:随着全球化进程的不断加深，经济全球化的浪潮带来了法律的全球化。法律全球化在国际私法上呈现出统一化的趋势。国际私法的统一化是社会经济发展和人类文明进步的必然要求。本文在对国际私法的内涵和原因入手，分析了国际私法统一化的实践进程，深入研究国际私法的统一化进程的特点。针对中国参与国际私法统一化进程的现状，探讨中国参与国际私法统一化途径的一些建议。

关键词：国际私法；统一化；途径

Abstract: With the globalization deepening, economic globalization has brought the globalization of law. The globalization of law present the tendency of unification in private international law, The unification of private international law is the inevitable requirement of the development of social economy and the progress of human civilization. In this paper, has a view in international law and the reasons, analyzes the practice process of unification of private international law, study the characteristics of the unified process of of private international law in-depth. In view of the current situation of China's participation in the process of unification of private international law, discusses some suggestions to participate the unification of private international law in China.

Keywords: private international law; unification; way

国际私法是以平等主体之间的涉外民商事法律关系为其调整对象的一个独立的法律部门。冲突规范是国际私法特有的,也是最基本、最重要的法律规范。随着科学技术的发展以及全球化的影响,国际私法呈现出统一化的趋势。法律全球化在国际私法上呈现出统一化的趋势，国际私法的统一化是社会经济发展和人类文明进步的必然要求。

一、国际私法统一化的内涵与原因

（一）国际私法统一化的内涵

随着科学技术的发展以及全球化的影响,国际私法呈现出统一化的趋势。由于不同的国家以及不同的学者对国际私法的对象、范围、渊源及性质存在着不同认识,对国际私法的定义也存在不同的理解。[496]对国际私法的统一化的“统一”的含义也会存在不同理解。

国际私法的统一,一方面体现为冲突法的国际范围内的统一,主要包括冲突规则、国际民商事管辖权规则和外国民商事判决的承认与执行规则的统一。冲突规范是一种特殊的法律规范,它最大的特点在于本身并不直接规定当事人的具体权利和义务,而是指明应当用何种实体法来确定当事人的具体权利和义务。经过冲突规范的指引用来确定涉外民商事法律关系当事人具体权利和义务的实体法叫做准据法,准据法既可以是本国法,也可以是外国法,还可以是国际条约和国际惯例。[497]

另一方面体现为各国民商事实体法的统一,这是国际私法追求的最高价值目标。目前国际私法的范围已经超越传统的冲突规范,而且还包括外国人民事法律地位规范、统一实体规范和国际民事诉讼程序规范。[498]为国际社会通过条约形式制订统一实体法、统一程序法、统一冲突法。这是各国在国际私法上直接的统一。

（二）国际私法统一化的原因

经济因素是国际私法统一化的内在成因。首先,国际私法的统一化出现的根本原因在于各国经济贸易交往的需要。社会越进步,文明越发达,国家间经济交往的愿望就会越强烈。然而各国法律的差异是国际经济顺利交往、不断发展的一个

496 刘仁山:《国际私法》,中国法制出版社 1999 年版,第 20 页
497 谭民,廖建求：国际私法新理论“直接适用的法”安徽大学法律评论 2006 年第 2 期 231 页
498 李双元主编:《中国与国际私法统一化进程》,武汉大学出版社 1993 年版,第 192-193 页

障碍。国际经济交往的不断扩大,要求尽力消除各国法律尤其是处理国际民商关系的法律间的冲突,这是国际私法统一化经济上的基础与动力。

第二,由于经济因素的不断影响,使涉外民商事法律关系不断复杂,为适应经济关系的全球范围内的发展,单纯以国内法来调整涉外民商事法律关系不适应经济全球化发展的要求,只有摆脱这种局限性进行国际私法的统一,才能更加适应经济发展的要求。

第三,由于国际经济交流的不断发展,将加快各国的法律文化交流,而各国间的法律文化交流也将促进国际私法的统一。总的说来,经济因素深刻地影响着涉外民商事关系的复杂性,而涉外民商事关系的特性则更加深刻地影响着国际私法统一化进程。[499]

二、国际私法统一化的实践

国际私法统一化实践始于 19 世纪末 20 世纪初，发展于 20 世纪中后期。1889 年，由阿根廷和乌拉圭两国政府提议，美洲国家在乌拉圭首都蒙得维的亚通过了关于国际民法、国际商法和国际诉讼法等九个条约即统称蒙得维的亚条约。蒙得维的亚条约的诞生可以说是“国际私法统一运动”的开端。[500]

由于国际私法处理法律关系的国际性,使得各国通过协商缔结国际条约的形式来协调各国国内法间的冲突有了可能性。不同类型的国际组织纷纷出现进一步加快了国际私法统一化的进程之路。

在从事实体“私法”统一的国际组织中当首推罗马国际统一私法国际协会,它是目前国际上一个非常有影响的从事私法统一的政府间国际组织,它成立于 1926 年,宗旨在于统一和协调不同国家和国际区域之间的私法规则,并促进逐渐采用这些私法规则,它对国际私法的实体法的统一起着重要的作用。

在从事冲突法统一的国际组织中,最有成效、最富影响的当首推海牙国际私法会议。海牙国际私法会议在 1951 年以前是临时性的国际会议。在 1951 年的第 7 届会议通过了《海牙国际私法会议章程》,该章程的通过标志着海牙国际私法会议真正成为一种正式的政府间国际组织。通过了 30 多部关于国际经济贸易、婚姻家庭、继承、抚养、国际民事诉讼程序等方面的统一化国际公约。

目前，从事统一国际私法的国际组织很多，既有普遍性的国际组织，也有区

499 林雅，国际私法的统一化刍议，法制与社会发展 2003 年第 5 期第 110 页
500 袁世华，国际私法统一化障碍与途径，吉首大学学报 2013 年 6 月第 5 页

域性的国际组织。成员来自世界不同地区、不同的社会、经济、法制背景的国家，旨在实现世界范围内的私法统一。从事国际私法统一的广泛性的国际组织主要包括联合国及其前身国际联盟、海牙国际私法会议、罗马统一私法学会、国际商会、国际法律协会和国际法学会、国际航空运输协会、世界知识产权组织等。

三、国际私法的统一化进程的特点

（一）国际私法的范围不断拓宽

从内容上看,统一国际私法的范围不断拓宽,且有向更广泛的领域铺开的趋势。统一国际私法的努力已经越来越明显的表现出工作的重点,从亲属法、继承法等领域逐渐扩及国际经济贸易关系与侵权行为责任这些新的领域。在经济贸易、知识产权等领域，从事统一工作也取得了显著的成果。如在知识产权方面，已往签订的《保护工业产权巴黎公约氛《保护文学艺术作品伯尔尼公约次《商标国际注册马德里协定》等国际公约，在知识产权的国际保护方面产生了重要作用。此外，还有引进地区性跨国工业产权公约和跨国版权公约，在公约成员国之间，实行了统一专利、商标、著作权立法和制度。[501]

国际私法的统一化在地域上不断加大,正从区域性逐渐向全球性方向发展。海牙国际私法会议与其他从事国际私法统一化工作的国际组织的协调与联系进一步加强;签署、批准或加入海牙国际私法会议的国家日益增加。

（二）国际私法统一化的方式日趋灵活

在新的统一国际私法的条约中,统一化的方式也日趋灵活多样。大陆法系国家与普通法系国家之间在属人法方面、本国法和住所地法的尖锐对立得到一定程度地调和。在统一国际私法的各种国际条约中,已有越来越多地规定公共秩序保留的条款。这可以允许灵活性的存在,有利于吸收更多的国家参加到统一国际私法的国际努力中来。[502]

（三）国际私法的统一化存在一定障碍

1、国家司法管辖权冲突，在涉外民商事案件的管辖权问题上，国际社会尚未达成统一的国际民商事管辖权制度。除司法豁免权外，在管辖权领域，既不存在国际惯例，也没有各国普遍接受和适用的国际条约。即使部分国家缔结了一些

501 汪金兰，统一国际私法走向及其对中国国际私法的影响，政法论坛(中国政法大学学报)1996 年第 1 期第 87 页

502 林雅，国际私法的统一化刍议，法制与社会发展 2003 年第 5 期第 111 页

多边或双边的国际民事案件管辖权的条约，但限于缔约国数量及其适用范围上的限制而不具有普遍适用效力。司法协助程序也存在困难，虽然现今国际社会存在诸多国际司法协助的条约，但研究其主要内容发现主要是承认和执行外国法院、仲裁机构的判决、裁决的条约。基于主权独立平等原则，一国法院没有强求另一国法院提供司法协助便利的权利，同理，另一国法院也不负担必须提供司法协助的义务。[503]

2、国际私法的本土化，国际私法的统一化与本土化是一对相互对立、相互分离、相互排斥的矛盾范畴。[504]虽然法律统一化的趋势在不断加强，但在全球化大背景下也并存着法律本土化的倾向。在 19 世纪末 20 世纪初，国际社会开始制定统一实体规范。这种规范在一定程度上可以起到避免和消除法律冲突的作用。但统一实体规范只能适用在特定领域，如国际贸易领域，而诸如婚姻家庭领域很难形成统一实体规范，即使有意制定统一实体规范，也因会涉及各国利益而不能一蹴而就。世界上大多数发达国家制定有自己的冲突法规范。法律规则的迥异自然导致不同法域法律适用的冲突。在面临法律适用问题时，各国家地区总是从其固属利益出发，优先适用法院地法的倾向非常明显。公共秩序保留、外国法内容的查明、反致、法律规避等实际中限制了外国法的适用。

四、中国参与国际私法统一化进程的途径

（一）中国参与国际私法统一化的进程

我国国际私法的许多规定和实践，都直接吸取国际上最先进的成果，反映国际社会通行作法。在立法中确立条约优先和惯例补缺原则。国际条约与国际惯例是中国国际私法的渊源，中国现行《民法通则》、《民事诉讼法》、《继承法》都规定国际条约优先原则，《民法通则》、《海商法》、《票据法》都规定国际惯例补缺原则。

我国《民法通则》第八章关于“涉外民事关系的法律适用”明显地受到国际私法统一化运动的影响,许多规定直接吸取国际社会先进的成果,反映国际社会通行的做法。《民法通则》在立法技术上采用双边冲突规范和选择性冲突规范,与增强法律适用灵活性趋势保持一致。同时,《民法通则》在立法中确立了条约优先与国际惯例补缺原则。《民法通则》在具体条文中还采用了国际社会先进的成果,

503 袁世华，国际私法统一化障碍与途径，吉首大学学报 2013 年 6 月第 6 页
504 于飞，简论国际私法的统一化与本土化新疆社会科学 2004 第 3 期第 86 页

如最密切联系原则在合同、国籍冲突与住所冲突的解决、营业所的确定、多法域国家准据法的确定以及扶养关系等方面的运用,意思自治原则在合同中的运用。涉外经济合同法中也有此类规定。

（二）中国参与国际私法统一化进程的途径

1、统一实体法，积极参与中国加入的有关于实体法统一的国际条约，遵守国际惯例。在国际私法的很多方面统一化的进程表现为实体法的统一。有很多国际条约和国际惯例中具体规定涉外民商事法律关系当事人的实体权利和义务的规范。知识产权国际保护，如著名的 1967 年《保护工业产权巴黎公约》、1979 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》以及 1989 年《关于集成电路的知识产权条约》等。国际货物买卖，如 1932 年《华沙—牛津规则》、1994 年《国际统一私法协会国际商事合同通则》及 2000 年《国际贸易术语解释通则》等。国际货物运输，如 1924 年《统一提单的若干法律规则的国际公约》（海牙规则）和 1974 年《海上旅客及其行李运输雅典公约》等。国际支付，如 2006 年《跟单信用证统一惯例》（UCP600）。此外国际统一实体法还表现在国际经济合作、国际担保和国际保理等方面。[505]

2、统一法律选择法，法律选择规范，又称为法律适用规范，或者通说的冲突规范。在从事冲突法统一的国际组织中，最有成效、最富影响的当首推海牙国际私法会议。由于海牙国际私法会议的公约起草组的成员多由各国政府代表和国际私法专家组成，在公约通过前还征求各国政府的意见，因此，这些国际公约比较集中地反映了各国关于国际私法统一化的立法和司法实践，代表了当代国际私法的发展趋势。在统一法律选择法上积极参与国际组织，不断完善自己的法律选择法。

3、破除观念上对国际私法的片面认识。传统的国际私法理论完全以冲突规范取代国际私法全部法律机制。国际私法统一化的最终目标是构筑一种协调的国际民商事法律秩序,并非单单是解决法律冲突,解决法律冲突仅是运用的一种手段、方法而已。所以要实现国际私法的统一,国际私法的范围将转向以统一实体法为主、统一冲突法规范和各国国内冲突规范为补充的体系,使国际私法成为包括冲突法、实体法、程序法的三大规范群的一个庞大的独立的法律部门。

505 张颖睿,论国际私法统一化的途径,法学研究 2008 年第 33 期第 3 页

借鉴商人习惯法。商人习惯法的形成过程则没有国家的参与，不仅如此，商人习惯法的优越性正在于它超越了国内法的地域性。商人习惯法不是国际条约，它不是国家间意志的调和，不代表国家的利益也不规范国家的行为，而只着眼于贸易发展的需要，为具体的国际商事主体提供行为规范。实质上，商人习惯法的效力源自国家的认可以及当事人的选择。[506]

实现国际贸易法领域一致化的另一途径是采用标准合同和规定达成合同的一般条件。在国际贸易的许多行业中，积极的商人制定出标准合同或者达成合同的一般条件，从而适用于该行业的所有贸易合同。一部分贸易合同能够被固定化并且清晰的被纳入买卖合同，但是另一些贸易合同格式并不是非常正式，在实践中仍然被当事方认可。

4、在国内立法时必须遵守国际社会本位观。我们不仅应强调国家主权而且应看到全人类的整体利益。所以,必须实现从国家本位向国际社会本位的转化即国际法将进一步深入到某些传统为国内法所调整的社会关系中。国内的法律需要遵循某些国际社会公认的准则,个人以至国家为民事行为或行使民事权利时都必须遵循这些国际社会公认的准则,不应损害国家间的共同的整体利益。

5、还需强调的是，中国国际私法的发展不仅表现在立法上，涉及民商事法律关系的特殊性而给法官也提出了较高的要求。[507]法官应转变观念，认识到适用外国法是顺利进行国际民商事交往的需要，适用外国法不一定不利于本国国家与本国人民。不但应熟悉本国国际私法规定，还应了解外国国际私法及有关实体法，把握国际私法发展的国际趋势和动态，这是正确处理涉外民事案件的必然条件，也是经济全球化趋势对法官提出的必要要求。法官应明白，国际条约与国际惯例是中国国际私法的渊源，官应正确认识国际条约、国际惯例与国内法的关系，学会利用国际条约、国际惯例解决涉外民商事纠纷。

国际私法统一化的最终目标是构筑一种协调的国际民商事法律秩序，并非单单是解决法律冲突，解决法律冲突仅是其运用的一种手段、方法而已。所以要实现国际私法的统一，应在国际私法的实践发展过程中，逐步采用以国际统一实体

506 袁世华，国际私法统一化障碍与途径，吉首大学学报 2013 年 6 月第 4 页
507 于飞，简论国际私法的统一化与本土化新疆社会科学 2004 第 3 期第 91 页

法这种途径为主、以统一冲突规范的途径为补充的方式。

参考文献

[1]刘仁山:《国际私法》,中国法制出版社 1999 年版,第 20 页

[2]谭民,廖建求：国际私法新理论“直接适用的法”安徽大学法律评论 2006 年第 2 期 231

[3]李双元主编:《中国与国际私法统一化进程》,武汉大学出版社 1993 年版,第 192-193 页

[4] 张颖睿论国际私法统一化的途径法学研究 2008 第 33 期第 3-4 页

[5]林雅，国际私法的统一化刍议，法制与社会发展 2003 年第 5 期第 110-111 页

[6]袁世华，国际私法统一化障碍与途径，吉首大学学报 2013 年 6 月第 4-6 页

[7]汪金兰，统一国际私法走向及其对中国国际私法的影响，政法论坛(中国政法大学学报) 1996 年第 1 期第 87 页

[8]于飞，简论国际私法的统一化与本土化新疆社会科学 2004 第 3 期第 86-91 页

我国跨境追逃引渡制度的问题探究

马帅萍（西安交通大学 法学院 710049）

摘要：反腐治腐是一场攻坚战，在打击腐败的过程中难题却层出不穷，突出问题在于腐败犯罪分子大量外逃，极大增加了执法司法的难度。因此，国际执法合作尤为重要，对犯罪分子进行引渡则是一种重要的协作方式。《北京反腐败宣言》的出台则是对引渡前瞻性的探索。本文将阐释引渡外逃犯罪分子过程存在的问题，诸如引渡条约缺乏、死刑犯及政治犯不引渡原则的阻碍，从而完善我国引渡制度的相关规定以及实现跨境追逃方法的多元化。

关键词：反腐；《北京反腐败宣言》；引渡

中国共产党第十八次全国代表大会以来，我国的反腐力度不断加强，反腐败工作也取得了重大的进展。中央纪委监察部机关整合成立国际合作局，加强国际合作、切断贪官外逃之路的思路。“猎狐 2014”缉拿境外在逃经济犯罪分子专项行动的启动，有利于打击跨国犯罪，提高了国际执法能力且增强了涉外刑事管辖效力。2014 年 11 月 8 日在北京举行的亚太经合组织峰会上，我国推动通过了《北京反腐败宣言》，建立了亚太经合组织反腐败执法合作网络（ACT-NET），设立秘书处以负责网络的日常运行。该《宣言》的出台，将促进国家间的反腐败合作、亦搭建了与他国签订引渡条约的“桥梁”，同时加快了我国依法治国的步伐[1]。此外，国际上各个国家也在联合抵制腐败官员在其国内“避难”，如在澳大利亚布里斯班举行的二十国集团（G20）

马帅萍（1990-），陕西西安，西安交通大学法学院法律硕士（非法学）。

[1] 董一博：从《北京反腐败宣言》中引发对引渡问题的思索[J].法制博览，2015（2）：20.

峰会上，批准了《2015-2016 年 G20 反腐败行动计划》，同意在 G20 框架内建设反腐败合作网络，成员间返还资产，拒绝为腐败官员提供避罪港。但是，由于我国《刑法》及《刑事诉讼法》相关规定不符合引渡的原则，给跨境追逃引渡犯罪分子带来了诸多不便，不能及时有效地对犯罪分子进行惩办。

一、 引渡的概述

（一）引渡的涵义与特征

引渡是指一国将在该国境内而被他国指控为犯罪或已被他国判刑的人，根据有关国家的请求移交给请求国审判或处罚。

引渡是国家的主权行为。引渡的主体是国家，包括提出请求的国家和被请求的国家。任何国家的公民、内部行政单位或地方政府均无权与外国缔结条约，也无权安全两国的引渡事宜。引渡针对犯罪人提出。在引渡的实践中，犯罪人可能包括犯罪嫌疑人、被指控犯罪的人和被判刑的人。引渡的目的是追究责任。追究犯罪分子的形式责任包括对犯罪人进行侦查、起诉、审判以及执行生效的有罪判决。

（二）引渡的国际法依据

1. 引渡的双边条约

国家之间的引渡条约是引渡的主要依据。引渡条约一般是双边的，如 1972 年英国与美国之间的引渡条约、2013 年中国与阿富汗伊斯兰共和国的引渡条约等。

2. 国际公约

国际上有一些关于引渡的条约，其中有的条约还列明了可以引渡

的犯罪，如《联合国反腐败公约》、《欧洲引渡公约》、《阿拉伯联盟引渡协定》、《美洲国家间引渡公约》、关于及惩办灭种罪公约》等。

3. 互惠关系

国家之间可以根据事实上的互惠关系进行引渡。此种互惠以相互间的承诺为条件，否则不构成法律上的义务。对于原辽宁大连某国企经理袁同顺引渡回国进行审理，就是基于中日之间的互惠关系。

二、 我国跨境追逃引渡的问题

（一）引渡条约签订范围小及法律规定不足

大部分犯罪分子选择逃往美国、加拿大等西方国家，美国已经成为中国经济犯罪嫌疑人偏好的“金融避风港”之一。在过去的 10 年里，有 150 名经济犯罪嫌疑人在美国逍遥法外，仅有两人被抓捕回国受审。[2]主要原因在于中美之间没有签订引渡条约，如果引渡，相关程序则相当烦琐。究其实质原因，由于美国司法机构对中国司法存在偏见，他们认为中国的司法机构侵犯犯罪嫌疑人的人权。迄今为止，我国仅与 38 个国家签署了双边引渡条约，大约占全世界国家中的七分之一，缔约数量偏小。此外，我国签订条约的国家大多是属于友好邻邦的发展中国家，如蒙古、阿根廷、哈萨克斯坦、阿根廷等。我国《刑法》、《刑事诉讼法》与《联合国反腐败公约》的某些规定差异较大。就贿赂犯罪而言，贿赂犯罪构成要件规定与国外大部分国家及《公约》不同。且犯罪主体过于狭窄，仅将主体限制于国内的国家工作人员。此外，我国刑事诉讼制度在引渡外逃腐败人员方面存在一定制度

[2] 朱曼：“猎狐 2014”在行动.热度故事[J]，2014:9.

性缺陷。如，我国在引渡我国外逃腐败官员时，无法拟定和实施合理的“境外追赃分享制度”，财产追回及分割存在分歧。[3]整体而言，与我国有引渡条约的国家太少，而且反腐败法律规定不足，不利于跨境追逃工作的开展，使犯罪分子有较大的活动空间。

（二）“政治犯不引渡原则”的限制

“政治犯不引渡”是指政治犯不能成为引渡对象，当请求国要求引渡政治犯时，被请求国可以拒绝引渡。《法国宪法》给予了为争取自由而从本国逃亡到法国的外国人以庇护，这是政治犯不引渡的先例。对于“政治犯”在学术上没有准确的定义，实践中，对于某种行为是否属于政治犯罪的决定权属于被请求引渡方。[4]此原则有利于维护被请求国政治中立的地位及保障政治犯罪的被请求引渡人的人权。

该原则在司法实践中产生很多矛盾与争议。由于各个国家在社会意识形态和政治制度方面存在差异，因此，评判政治犯罪的标准也不尽相同。而且，在引渡合作中，对于政治犯的评判，各国一般会基于本国的利益和标准做出决定，而且一些向国家在引渡中国的外逃罪犯时常以政治犯不引渡为借口拒绝配合。由于我国《刑法》将很多犯罪的主体限定为国家工作人员，如贿赂犯罪、渎职罪等。如果有些外逃国家工作人员有渎职行为，并且其还涉及重大经济犯罪，当对其进行追究时，他们隐瞒自己的经济犯罪，强调自己出逃由于政治原因。所以，对于外逃腐败人员进行引渡，则可能由于我国与被请求国对于政治犯的界定不同而限制引渡合作。这样亦增加了执法的复杂性和程序

[3] 王欣：我国外逃腐败官员引渡问题研究[J].法制与社会，2013（4）：87.
[4] 丁成耀：美想引渡审判斯诺登不易[N].法制日报,2013.

性。

（三）我国《刑法》中众多的死刑有碍于引渡合作

“死刑不引渡原则”体现的是人道主义不引渡。国际上对人权保护的呼声愈来愈高，而死刑作为一种酷刑被认为是不人道的，废除死刑已然成为国际趋势。在司法实践中，即使被请求引渡的对象不会被判处死刑，被请求国也会考虑到请求国是否给予犯罪嫌疑人人道主义对待[5]。该原则对我国的引渡工作是一种极大的限制。我国《刑法》没有废除死刑，刑法修正案（九）草案减少了 9 个适用死刑的罪名，最终还有 46 个适用死刑的罪名。而在外逃的罪犯中，大部分则会被处以死刑。我国《引渡法》也没有明确规定是否引渡死刑犯。所以，基于立法现状，我国在要求其他缔约国引渡中国的犯罪分子时，将会遭遇这一原则的限制。

三、 跨境追逃方法的多元化

海外追逃已经成为国内反腐的“第二战场”，追捕外逃人员的工作异常艰辛。引渡外逃人员固然是刑事司法合作的重要形式，但是这种方式需要符合引渡的程序，往往就需要较长的周期。由于外逃人数较多，在进行境外追逃的过程中需要多种方式结合运用。

在向无引渡条约的国家请求引渡时，可以适用移民法遣返。移民法遣返是指一国通过遣返非法移民、驱除出境等方式将外国人遣送至可对其进行刑事追诉的国家。这种方式主要依据外逃人所在国的法律。有的国际条约和国家规定这种措施的限制和例外包括以下几个方面：

[5] 候逸婧：论国际法上的引渡制度——以“斯诺登事件”为引[J].法制博览，2014:214.

如果犯罪嫌疑人或犯罪分子被遣返回国后可能因为种族、宗教、政治等因素受到迫害时，被请求国不得将任何人遣返回国；当犯罪嫌疑人或犯罪分子被遣返回国后可能遭到酷刑或刑讯逼供时，同样不适用移民法遣返。[6]当引渡和遣返都遇到障碍时，可以由我国主管机关向追逃对象藏身国家的司法机关提供该对象触犯该外国法律的犯罪证据，并据此借助该国司法机关的力量，依据该国法律对追逃对象进行缉捕和追诉，这种策略就是异地追诉。这种方法需要我国主管机关熟悉该国的相应法律，也考验了其收集证据的能力。“劝返”是我国公安机关、检察机关在开展境外追逃工作实践中摸索的一种具有中国特色的境外追逃方式。它是通过说服教育的方式，在逃犯发现地国家司法机关的配合下，动员潜逃的犯罪嫌疑人或犯罪分子自愿返回国内接受追诉的方式。云南省交通厅前副厅长胡星就是因为接受了劝返而被从轻处罚的典型例证。

境外追逃时，加强国际合作及与他国进行协议也是有效的追逃措施。中国可以通过国际刑警组织发布要犯通知，其中的红色通缉令类似于“国际通缉令”。上海泛鑫保险代理有限公司总经理陈怡案就是这方面的案例。中国和澳大利亚之间也没有引渡条约，堪培拉政府承诺根据《联合国反腐败公约》向中国提供协助。中美两国在逐步中国外逃贪官上也达成了一些协议：美国警方在证据确凿的情况下逮捕犯罪嫌疑人、冻结其在美国的银行账户和房产以及中美两国对类似名目的资金来源采取更为严格的审查方式。《北京反腐败宣言》在某种程

[6] 张尧：从“猎狐 2014”专项行动看我国境外追逃工作的困境与措施[J].湖北警官学院学报，2015(2).

度上起到了一个“准引渡条约”的作用，为国家间签订条约奠定了基础。迄今为止，我国已与51个国家签订了刑事司法协助类条约，与93个国家签署了检务合作协议和谅解备忘录，与189个国家建立了警务合作关系，初步构建了追逃追赃的国际合作网络。

四、 我国引渡制度的立法与完善

（一）我国引渡制度的立法

2000年我国制定了首部《引渡法》，它规定被请求引渡和向他国主动请求引渡的程序，引渡审查实行双重审查机制。我国和三十多个国家签订了双边条约，如伊朗、西班牙、葡萄牙、法国等。其中，四个与西欧国家签订的双边引渡条约中除葡萄牙外均明确将可能判处死刑作为应当拒绝的理由。[7]我国参加了多个包含引渡条款的国际公约，我国缔结的涉及引渡的区域性多边条约具有代表性的是2001年《打击恐怖主义、分裂主义和极端主义上海公约》，其中只有六个缔约国，约束范围较小。

（二）我国引渡制度的完善

要解决跨境追逃引渡制度方面的问题，需要从法律依据、引渡原则的灵活处理等方面进行完善。首先，完善法律依据。被请求国没有合作的义务，国家间只要通过引渡条约设定相互间的义务，才能实现引渡。[8]所以，要积极与发达国家签订引渡条约，尤其是美国、加拿大。将《刑法》中有关腐败犯罪的主体范围扩大，扩大到外国公职人员和国际公共组织人员。《刑事诉讼法》方面，在涉外刑事诉讼中建

[7] 杨鸽：引渡外逃腐败犯罪嫌疑人之困境和出路探析[J].法治在线，2013:57.
[8] 杨庆冠，吴高庆：联合国反腐败公约解读.北京：中国人民公安大学出版社，2004.

立缺席审判制度，如美国、俄罗斯；完善赃款的分配制度，因为赃款的分配方式也会影响引渡合作的进程。国际上处理追缴赃款的方式有三种：第一，我国及大部分发展中国家主张将收缴的外逃资金全部返还资金流出国；第二，以意大利为代表的国家主张将收缴外逃资金归自己所有；第三，美国等国家主张与资金外逃国缔结“分享协议”。[9]我国在这方面的规定要与国际相衔接。其次，根据不同国家的立法情况，选择性采取不直接引进“死刑不引渡原则”，即对该原则进行模糊笼统的规定以及有条件的“死刑不引渡原则”，即可以做出不处以死刑的承诺。再次，在《引渡法》中明确定义政治犯罪，将国际犯罪、恐怖主义犯罪、腐败犯罪排除在政治犯罪之外，这样有利于重点打击这些犯罪。最后，引入“简易引渡制度”。它指在被请求引渡人同意接受引渡的前提下，省略一般的审查程序，快速将该人移交给请求国。这样就可以加快合作进程，也能够节省司法合作成本。

跨境追逃涉及两国或多国的政治、经济、文化等因素，追捕难度和复杂性不言而喻。而且，追逃追赃已经成为全球反腐败的主要问题，完善引渡制度及相关规定已刻不容缓。各个国家在合作期间需在自己的权利范围内做出最大的努力，相互合作，以便在反腐的战争中取得胜利。

[9] 黄风：关于追缴犯罪所得的国际私法合作问题研究,政治与法律，2002（5）.

民法典编纂所引发的有关国际私法法典化的思考

张钰

中国政法大学国际法学院博士研究生

邮箱：girlzhangyu1990@163.com

摘要：2014 年 10 月，中共中央会议通过了有关全面推行依法治国的《决定》，重启了建国以后“四提四落”的民法典编纂事宜。法典化是立法成熟化的必然方向。在此情况下，国际私法的立法发展面临着编纂《统一国际私法典》亦或并入《民法典》的不同发展方向。就目前我国国际私法的立法状况来看，编纂国际私法典有待时日，并入民法典长远来看又会导致国际私法的复杂化。但无论如何，民法典的编纂给各民事领域立法提供了完善和协调的机会，此势可乘。

关键字：民法典编纂各国立法国际私法法典化路径选择

引言

2014 年 10 月 23 日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，在“加强重点领域立法”部分明确提出：“加强市场法律制度建设，编纂民法典”，从政策高度正式重启了民法典的编纂。自建国以来，民法典的编纂已被四次提出[508]，前两次因为政治原因被迫中断，第三次因经济需要暂停，第四次亦无疾而终。[509]尽管如此，我国民法典的起草也在挫折中不断进步。前两次草案采用苏联式的简单模式，是计划经济的产物；第四次起草所形成的“征求意见稿”虽被认为是“松散式、汇编式的立法”[510]，但框架已经比较科学，符合现代民法典的模式。值得一提的是，2002 年《民法典草案（征求意见稿）》共九编，分别为：总则，物权法，合同法，人格权法，婚姻法，收养法，继承法，侵权责任法，涉外民事关系的法律适用法[511]。可见，将国际私法的内容编入统一民法典在当时得到了学者和立法机关的认可。在民法典第五次重启编纂之际，是否将法律适用法编入民法典仍然是值得讨

[508]有关中国民法典起草的经过，参见：梁慧星：《中国民法典编纂的几个问题》，山西大学学报，2003 年 10 月，页 13-19。

[509] 1954 开始的起草工作因“整风”、“反右”等政治活动被迫中止，1962 年开始的起草工作因 1964 年开始的“四清运动”而中断。1979 年开始第三次起草民法典，但因为改革开放的经济社会的迫切需要，暂停起草，改为先制定耗时较短的各单行法。1998 年起再谈民法典的编纂，这次提出引发了“民法法典热”，学者专家纷纷献智，但 2002 年出台的征求意见稿只是以往单行法的简单汇编。

[510]梁慧星：《松散式、汇编式的民法典不适合中国国情》，政法论坛，2003 年 2 月，页 9—页 14。

[511]同注 1。

论的问题。与彼时情况不同，我国国际私法领域的单行法《涉外民事关系法律适用法》及最高院《适用解释（一）》已经出台，成为该领域中流砥柱式的立法。在新情况下，国际私法法典化的实现问题需要重新论证和考量。

一、国际私法法典化的形式问题

法典是法的形式的最高阶段。法律发展的总体轨迹是从“思想学说”到分散条文，再到单行法，最后到法典化的过程。国际私法亦然。就我国国际私法而言，从立法的空白到诸民商事单行法中的散见条文，再到2010年《涉外民事关系法律适用法》，国际私法的立法似乎离法典化只有一步之遥了。

笔者认为，统观各国，国际私法的法典化路径有两种基本的实现方式，一是编纂独立的国际私法典，二是将国际私法的内容并入统一民法典。有学者认为，以民法典中专编专章的形式来表现国际私法是国际私法法典化的初级形式，只有独立的国际私法典才能防止立法碎片化。[512]法典能够在本领域构建出一个完整的法律制度，其能够为法官适用法律提供统一标准，从而避免因交叉领域适用模糊而导致的判决不一致。就上述编纂法典的一般意义来说，统一的国际私法典着实比民法典中的专章规定更为高明。但是，就国际私法领域来说，其内容的碎片化不甚明显。国际私法主要包括法律适用和国际民事诉讼与商事仲裁两大部分，这两部分内容相对相互独立。因此，无论是专典还是专章规定，这两部分的内部结构都不受影响。上述两种法典化的实现路径，我国均已有理论探究。2000年中国国际私法协会《国际私法示范法》已经包括了直接和间接管辖权、法律适用、判决的承认和执行等问题。《示范法》虽只有学术参考价值，但表明了学术界对“大国际私法”范围的广泛认可。对于国际私法内容入民法典的问题，如前所述，2002年《民法典草案》是将“涉外民事关系法律适用法”编入其中的，近年基于对我国《民法典》框架完整性的考虑，也有以《涉外民事关系法律适用法》为基础将“法律适用”的内容编入民法典的提议[513]。以上两种路径的尝试为国际私法法典化提供了理论支撑。另一方面，我国法典化的进程尚未付诸实践，先进的本领域立法能够为我国提供有益借鉴。“他山之石，可以攻玉”，下文对各国国际私法法律规定的分析，可能会引发我国国际私法法典化发展方向新的思考。

---

[512]参见：徐冬根：《论欧、美国际私法法典化的不同进路及其法哲学思想》，河南省政法管理干部学院学报，2004年第3期，页60-64。

[513]王利明：《法律体系形成后的民法典制定》，广东社会科学，2012年第1期，页5-页17。

二、各国国际私法法典的图谱更括

统观各国国际私法成文立法，主要分为四种形式：第一类是分散式立法，法国、德国仍采用；第二类是专章式立法，加拿大魁北克省采用这种模式；第三类形式应用最广泛，是将法律适用部分制定为单行法，意大利、日本、中国、我国台湾地区等都采用这种方法；第四种是统一的国际私法法典，最典型的代表是瑞士，以及在瑞士影响下的列支敦士登和比利时。此外，虽然成文化和法典化是大陆法系国家的典型特征，但英美法系在指导性规则的制定上亦有可取之处。英国的相关规定散见于各部门法；美国虽没有联邦层面的立法，但美国法学会（American Law Institute）制定的《冲突法重述》（Restatement of the Conflict of Laws）在实践中得到各州法官的广泛参考[514]，可谓普通法系国家国际私法“法典化”的代表。笔者在此选择几个典型国家的立法来分析。所谓典型，主要基于三个选择因素：一是取样各类立法，二是着眼不同类型国家，三是选择公认较为先进成熟的立法。专章式立法中，《魁北克民法典》（第十编）规定全面，与整部民法典契合度高，又鉴于此民法典是两大法系融合的产物，特此选定。1987 年《瑞士联邦国际私法》以 200 条的规模将管辖权、法律适用、国际商事仲裁、判决的承认与执行都涵盖其中，可谓最为全面、系统和先进的立法，因此进行详尽分析。自清末“西学东渐”开始，我国立法就沿袭以学说汇纂为基础的德国潘德克顿（Pandekten）[515]模式，我国民法典的编纂亦一直遵循德国式的框架和思路。德国虽然没有统一的国际私法法典或单行法，但法律适用的条文集中于《德国民法施行法》。加之“民法施行法”与民法典之间的天然关系，亦选取德国立法进行分析。

（一）专章式——1980 年《魁北克民法典》

《魁北克民法典》（Civil Code of Quebec）共十编 3168 条，分别为：人，家庭，继承，财产，债，优先权和抵押权，证据，时效，权利公示，国际私法。[516]第 3076 至第 3168 为第十编国际私法的内容。《魁北克民法典》沿袭法国民法

[514]由于《第二次冲突法重述》过于灵活，规则模糊且没有原则，其受到了很多学者的批评。例如：Friedrich K. Juenger, “ A Third Conflicts Restatement?” Indiana Law Journal, Vol.75:403, 2000. Symeon C. Symeonides,“The Need for a Third Conflicts Restatement”, Indiana Law Journal, Vol.75:437, 2000.鉴于此，美国目前已经着手制定《第三次冲突法重述》。由于本章内容主要涉及结构而非具体内容，仍然用《第二次冲突法重述》来论证。

[515]孙宪忠：《中国民法继受潘德克顿法学：引进、衰落和复兴》，中国社会科学，2008 年第 2 期。

[516] Civil Code of Québec September 18, 2014，Éditeur officiel du Québec.

典的结构体系，没有适用于各编的总则。只在需要“一般规则（General Rules）”的各编单设独立的一题（one title）。对于总则中的人的身份、时效等问题各分章表述，立法宗旨和依据（Preliminary Provision）、最终条款（Final Provisions）等也都规定得比较简单。《魁北克民法典》这种不设总则的结构给国际私法入典提供了有利条件。各国制定的法律适用规则和国际民事诉讼规则可以划归广义内国民法和民事诉讼法的范畴，但国际私法规则毕竟与国内各部门法不同，民法总则中譬如法律行为、时效等概念不适用于国际私法。我国民法典沿用德国体例已是成例，总则分则的体例是德国民法典有别于法国民法典的突出特点。总分式结构下民法典中的国际私法单章规定确实不如《魁北克民法典》这样浑然天成。除具备“法典化”特点外，《魁北克民法典》（第十编）另一先进于诸国际私法单行法之处在于其内容全面。国际私法编共 92 条，分为 4 题（title）：一般规则，冲突法即法律适用，魁北克法院的管辖权，外国判决的承认与执行和外国法院的管辖权。在国际私法基本问题和法律适用条款方面，魁北克的规定可能确有疏漏之处。但《魁北克民法典》最大的价值在于，它为我们提供了一种模式，即完整的国际私法规则能够以民法典专章的形式来呈现。

（二）统一国际私法典——1987 年《瑞士联邦国际私法》

《瑞士联邦国际私法》（Swiss Federal Act on International Private Law）[517]共 200 条，但规模绝非它最傲人之处。[518]自 1989 年 1 月施行至今，其一直是各国国际私法制定法中最为详备的一部法典，法典分为十三章，第一章为总则；第二章至第十二章是分则，分别为：自然人、婚姻、亲子关系、监护和其他保护措施、继承、物权、知识产权、债法、公司法、破产和和解、国际仲裁；第十三章为最后条款。这就涵盖了包括国际管辖权、法律适用、外国判决的承认和执行、国际破产、国际仲裁等国际私法各方面的内容。《瑞士联邦国际私法》是欧洲首部克服了实体法和程序法传统分野的国际私法典。在此之前，管辖权、法律选择和外国判决的承认和执行这三部分之间的内部联系只停留在学说层面。[519]

《瑞士联邦国际私法》对世界国际私法立法产生了深刻的影响，后来的《比

---

[517] Swiss Federal Act on International Private Lawof December 18, 1987. English Translation of Official Text, Swiss-American Chamber of Commerce.

[518]《瑞士联邦国际私法》的规模仅次于《布斯塔曼特法典》。

[519]Symeon C. Symeonides, *The New Swiss Conflicts Codification: An Introduction,* The American Journal of Comparative Law, Vol. 37, No.2(Spring 1989),pp188.

利时国际私法》、1996 年《列支敦士登关于国际私法的立法》等都是以其为蓝本制定的。瑞士立法详实、先进，在立法体例上又有沿袭德国的传统，这为我国国际私法法典化提供了有益且具可操作性的借鉴。但是，我们应该清醒地认识到，“罗马非一日建成”，法典的成功不是一蹴而就的。《瑞士联邦国际私法》从立意、起草到生效，耗费了 15 年。即便如此，这部法典也并非尽善尽美。正如主导者之一维舍尔教授（Frank Vischer）在该法的草案时期所指出的，“这部立法不可能为仍存在争议的问题提供最终的解决方案。”[520]同时，这部法典在制定期间也遭到了诸多反对。根据本法第 200 条和《瑞士联邦宪法》所规定的“授权公投”（facultative referendum）[521]，在该法颁布后的三个月内，如果 50000 瑞士公民或 8 个州联名提出请求，可以通过公投的方式使该法无效。因此甚至在法典公布后、施行前，还有人试图通过公民复决的方式来使该法夭折。[522]从质疑法典的功能和意义到将“大国际私法”的内容统一于一个单一的、完整的法律文件中，编纂法典的过程同时是瑞士国际私法学说发展的过程。《瑞士联邦国际私法》为国际私法的内国立法提供了一种最先进的模式。要获得先进、详备且具可操作性的国际私法法典，需要树立“十年磨一剑”的信念，还要去陈出新，用最先进的立法理念结合本国国情来制定规则。

（三）民法典余音——1986 年《德国民法典施行法》

德国承继了罗马法法学汇纂的衣钵，是大陆法系成熟立法的典型代表国家，但在国际私法这一法律部门却没有系统的法典或单行法。德国曾是世界上第一个全面、系统地规定国际私法条款的国家，1896 年颁布并于 1900 年实施的《民法典施行法》（EGB-GB）曾代表了当时国际私法国内立法的最高成就。[523]由于经济社会情况已发生了重大变化，1986 年德国提出国际私法改革，对 1896 年《民法施行法》中的冲突规范进行了全面的修订。修订后的规范仍在《民法典施行法》第一编第二章，包括 5 节的内容：总则，自然人和法律行为的准据法，家庭法，继承法，债法。后又填充了非合同之债和物权的法律适用规则，使冲突规范的内容集中于第 3-46 条。[524]除《民法施行法》外，一些单行法，如《防止德国文物

[520]Vischer, ”Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience,”Vol. 41, No. 2, Contemporary Perspectives in Conflict of Laws: Essays in Honor of David F. Cavers (Spring, 1977), pp. 131-145.
[521]See Article 89 para. 2 of the Federal Constitution of the Swiss Confederation of 29 May 1874.
[522]陈卫佐：《瑞士国际私法法典研究》，法律出版社，1998 年 1 月版，页 22。
[523]邹国勇：《德国国际私法渊源的新发展》，时代法学，2007 年 2 月，页 103。
[524]对于德国《民法施行法》中法律适用规范的修改过程，参考上注，页 105。

外流法》、《著作权法》中也含有法律适用条款。国际民事诉讼领域的规范则集中于德国《民事诉讼法》等相关法律中[525]。以上分析可知，即使是在国际私法改革之后，德国国际私法立法仍然处于杂乱无章的状态。但是，德国国际私法的完善有一条我国无法比拟的优势——欧盟化。德国国际私法制定法的碎片化能够通过其欧盟化而得到完善。欧盟国际私法是欧盟法的重要组成部分，对调整成员间的民商事关系和司法协作关系起到了重要的作用。随着 1968 年《布鲁塞尔公约》、1980 年《合同法律适用罗马公约》（罗马 I）等一体化公约的制定，欧盟国际私法统一化的浪潮也促使各国对本国国际私法进行相应的变革。上述德国国际私法改革就是其统一化浪潮推动的成果。1999 年生效的《阿姆斯特丹条约》规定欧盟理事会可决定"第 65 条规定的民事司法合作领域的措施"[526]。这为欧盟领域的民事司法协作提供了法律支撑。2007 年《非合同之债法律适用条例》（罗马条例 II）和 2010 年《实行离婚和司法别居的法律适用领域加强合作的条例》（罗马条例 III）完善了法律适用领域的欧盟国际私法。除欧盟化的成果之外，德国参加和批准的双边和多边国际条约也是其重要的国际私法渊源。这一点值得我们借鉴。

三、我国国际私法法典化所面临的挑战

对于国际私法法典化的两种实现路径，即独立国际私法法典和民法典中的专编规定，国际上已经有了可供借鉴的成功范例。2000 年《中国国际私法示范法》和 2002 年《民法典草案》亦提供了基于我国国情的法典化立法。但是，我国国际私法法典化之路还很长，法典化的实现尚待时日。这是由国际私法这一部门法的庞杂性和我国国际私法尚待深入的理论和实践水平决定的。以往各国立法出世前的"长期阵痛"[527]和我国法律法典化的"一波三折"[528]也能够佐证这一论断。

（一）国际私法的复杂性和庞杂性

"冲突法领域像一片布满淤泥的沼泽，一帮古怪的、学究的学者盘踞于此，他们用外行的、复杂的术语来分析那些本就难以理解的神秘问题。"[529]美国学者普罗塞的论断虽显偏激，却生动地展现了这一学科的混乱与庞杂。国际私法逻

[525]例如：《防止德国文物外流法》第 20 条，《反限制竞争法》第 130 条第 2 款，《民事诉讼法》第 1051 条，《著作权法》第 30 条、第 32a 条、第 32b 条，《破产法》第 335-342 条等。转引自：邹国勇：《德国国际私法渊源的新发展》，时代法学，2007 年 2 月，页 105。

[526]粟烟涛：《欧盟国际私法统一化进程的新突破——<阿姆斯特丹条约>相关规定评析》，华中科技大学学报（社会科学版），2003 年第 5 期。

[527]例如上文所述，《瑞士联邦国际私法》耗时 15 年，经各方努力才达成共识。

[528]即笔者在引言中所提到的民法典的"四提四落"。

[529] Prosser, "Interstate Publication", 51 Michigan Law Review, pp959-971, 1953.

辑之复杂、学说之纷繁、立法之凌乱，确是其他法学部门法难以相提并论的。从名称开始，这个学科的争议就从未停止。目前对于这一学科的称谓主要有两种：国际私法（Private International Law）和冲突法（Conflict of laws）[530]。对于本学科的范围，争议也是由来已久，这从上文所述各国立法的差异中可见一斑。笔者看来，所谓只包括法律适用问题的“小国际私法”割裂了涉外案件处理中从管辖权确定到判决承认与执行的系统联系，而将案件处理环节所涉问题都囊括在内的“大国际私法”才应该是立法发展的方向。从这一点来说，韩德培教授“一体两翼说”的范围划定谓之精妙，可为我国国际私法立法采之：“国际私法就如同一架飞机一样，其内涵是飞机的机身，其外延是飞机的两翼。具体在国际私法上，这内涵包括冲突法，也包括统一实体法，甚至还包括国家直接适用于涉外民事关系的法律。而两翼之一则是国籍及外国人法律地位问题，这是处理涉外民事关系的前提；另一翼则是在发生纠纷时，解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序，这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。”[531]

国际私法隶属国际法和国内法的交叉地带，这是国际私法复杂性的根源所在。首先，国际私法调整的是国际民商事法律关系，经过国家间司法权力的让渡与协调，以达到判决国际性一致的目标[532]。“海牙国际私法会议”（The Hague Conference on Private International Law）和欧盟等区域性组织在制定国际私法公约上的活跃赋予了国际私法更多的国际性质。但是，与国际公法等传统国际法学科相比，国际私法亦有明显的内国法性质。最典型的一点就是一国国际私法立法是该国内国法的组成部分，是一国根据本国情况所制定的“冲突规范”和涉外司法权问题。因此，无论是在本国立法的制定过程中，还是在加入、批准条约的论证过程中，都要考虑国际影响和内国情况的协调，这就增加了立法的困难。国际私法极具专业性，即使是冲突规范、准据法、反致等基本概念，也足以让外行无所适从。学说史的重要性和国际私法基本制度是本学科的两大特色。国际私法的学说史建构了一个丰富的观念的集合，对今天的理论和实践仍有积极的指导作用。

---

[530]英美等国自斯托雷发表《冲突法评论》一书后，就一直延用冲突法的称谓，而国际私法是目前最为广泛接受的称谓。

[531]刘卫翔、余淑玲、郑自文、王国华：《中国国际私法立法理论与实践》，武汉大学出版社，1995 年版，页 40。

[532]此目标是传统国际私法萨维尼式的目标，在“现代冲突法革命”中受到了质疑。

[533]但是，学说的丰富能够推动立法的发展，多样学说的并存也会导致立法无所适从状态的出现。自萨维尼后，法律选择体系的框架已基本建成，后世国际私法基本是在其框架内的修补和改革[534]。现代国际私法的亮点在于其对基本制度，即公共秩序保留、识别、外国法的查明、法律规避等的改进运用。在国际私法立法中，这些制度一般规定在“总则部分”（General Provisions），制度和规则的衔接以及总则和分则的衔接对立法技术提出了更高的要求。

（二）我国国际私法的立法基础仍待夯实

2010 年《涉外民事关系法律适用法》（以下称《法律适用法》）是我国第一部系统规定国际私法问题的单行法，是我国国际私法立法的核心。这部法律出台时虽然誉毁并存，但从实施以来的反馈和评价来看，《法律适用法》还是一部比较完备和成功的立法。在该法通过之前，有学者担心这样一部仅规定了法律适用问题的单行法的实施会延缓统一国际私法法典的制定[535]，这种担忧不无道理。从《法律适用法》的内容来看，其 8 章 52 条的规模涵盖范围确实有限，不仅没有涉及管辖权、判决的承认与执行等程序方面的问题，法律适用领域本身的碎片化也没有彻底解决，特别法领域的冲突规则仍散见于《票据法》、《海商法》、《民用航空法》中。如此看来，这样一部单行法系统化不彻底，法典化程度不高，与统一国际私法法典的目标还是相差甚远的。不仅范围有限，《法律适用法》的规则内容也存在许多待修正之处。[536]2012 年《最高人民法院关于适用<涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（以下称《解释（一）》）对于《法律适用法》中的部分遗留和争议问题作出了明确。《解释（一）》已明晰的主要问题包括：涉外民事关系的界定，法律适用法的溯及力，法律适用法与其他法律的关系问题，国际条约、国际惯例的适用，当事人意思自治原则的具体适用，强制性规定的范围，先决问题和外国法的查明问题等。[537]但是，《解释（一）》只针对《法律适用法》总则部分的争议问题作出了明确，对于分则中的争议，例如物权法律适用意思自治原则的可行性等问题，司法实践中仍然无所适从。可以说，我国国际私法

---

[533] Friedrich K. Juenger,”Choice of Law and Multistate Justice”, Transnational Publishers, Special Edition(2005), at 1.

[534]Ibid note, at23.

[535]参见：丁伟：《中国国际私法法典化的再思考——纪念<中华人民共和国国际私法示范法>制定十周年》，武汉大学学报（哲学社会科学版），2009 年 11 月，页 741-743。

[536]参见：王胜明：《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》，法学研究，2012 年第 2 期，页 187-193。

[537]《解释（一）》诸规则的内容和依据，详见：高晓力：《关于适用涉外民事关系法律适用法若干问题的解释（一）的理解与适用》，人民司法，2013 年 3 月，页 19-24。

立法目前仍不甚成熟，要完善和解决的立法问题还有很多，制定统一的国际私法典还要克服很多困难。

四、民法典编纂情势下我国国际私法法典化之路径选择

包括管辖权、法律适用规则和判决的承认与执行等国际私法系统内容的独立法典，应当是国际私法立法的最高形式。制定这样一部统一的国际私法法典是我国国际私法学界一直追求的崇高目标。但是，上文对各国国际私法立法和我国国际私法立法现状的分析使我们预见到了统一国际私法法典制定的困难。一般认为，法典的形式理性应包括法典条文本身已体系化，重要的法律关系都经过分析、取舍，并以整合的方式构成逻辑清晰、内在一贯、至少在理论上是非常严密的法律体系。[538]上述法典的特点是部门法法典化的吸引力所在，也是法典化的困难和挑战所在。短期内制定一部独立、完备、系统的国际私法法典已不可能，而《法律适用法》所存在的问题又亟待解决。

（一）现今情势下法典化之路径选择

对于《法律适用法》与其他法律之间的关系问题，《法律适用法》和《解释（一）》都试图解决而仍存在问题。根据《法律适用法》第 52 条的规定，《民法通则》第 146 条、147 条，《继承法》第 36 条与《适用法》不一致的，适用新法的规定。这条规定很不全面，上述规定中提到的三个法条与其他散见的冲突规则有何不同？未于说明而单列并无道理。针对这个问题，《解释（一）》又做了进一步的说明[539]：“涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但《中华人民共和国票据法》、《中国人民共和国海商法》、《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特殊规定除外。涉外民事关系法律适用法对涉外民事关系的法律适用没有规定而其他法律有规定的，适用其他法律的规定。”这条规定在《法律适用法》与“其他法律”（非商事特别法）的关系上适用新法优于旧法，而在《法律适用法》与商事特别法的关系上适用特殊法优于一般法。又只有这样解释，才是符合《立法法》规定的。如此这般的立法遗留问题，是司法解释所无法彻底厘清的，只能通过更加完备的立法模式来解决。《法律适用法》与《民法通则》、《继承法》等民事立法和《海商法》、《民用航空法》等商

[538]封丽霞：《法典编纂论——一个比较法的视角》，清华大学出版社，2002 年版，页 421-422。
[539]《解释（一）》第 3 条。

事立法的关系尚未厘清，民法典编纂无疑会使这个问题更为复杂。《民法典》会将《民法通则》、《继承法》等民事领域的单行法重新洗牌、合并，届时《法律适用法》与相关规定之间的关系会更加扑朔迷离。现行立法问题重重，理想法典化的实现又有待时日。笔者认为，在此情势下不妨进行折衷式的立法推进：完善法律适用领域的内容，并在解决可预见问题的情况下将其并入民法典。

（二）国际私法内容入民法典的可行性分析

我国现已有国际私法的单行立法，离统一法典似乎只有一步之遥了。再转而并入民法典，岂不是法典化进程的倒退？笔者认为不然。《法律适用法》在制定之时就因为立法技术问题而只制定了有限的条款。而今适用三年有余，实践中又产生了诸多问题。在《解释（一）》舒缓了总则部分的立法缺陷之后，分则部分可能需要《解释（二）》甚至《解释（三）》来完善其内容。而司法解释过多无疑会造成法律适用上的不稳定状态。制定和修改单行法尚且不易，统一法典化之路更会是步履维艰。民法典的编纂给各民事部门法的完善提供了契机，国际私法的发展也应该抓住这个契机。以《法律适用法》为基础全面完善和修改法律适用的内容，并将系统化了的法律适用部分编入民法典，既可以避免以多个司法解释或全面修改的方式完善法律适用，又可以协调法律适用部分与民事诉讼程序部分的关系。这并非是法典化的倒退，而是法典化的阶段性发展。以下具体分析可行性。

1、《法律适用法》与民法典编纂的渊源关系

首先，《法律适用法》的产生契机正是民法典的编纂。第 4 次编纂民法典的阶段性成果：2002 年《民法典草案》的夭折，再次改“整装”为“拆装”，促使了各民法单行法的独立出台。2007 年《物权法》、2009 年《侵权责任法》以及 2010 年《法律适用法》都属这一缘由所促成的立法。如若当时民法草案获得了通过，也就不存在现在的国际私法单行法了。其次，《法律适用法》与民法有天然的性质关联。国际私法虽不是国内法性质，但法律适用条文是包括在民法体系之中的。国际私法所称公共秩序、强制性规范等内容，也都与内国法休戚相关。再次，除《法律适用法》外，各单行法中也有散见的法律适用条款。法律适用编入民法典为重新整理和统一这些条款提供了契机，也有利于处理法律适用部分与其他民法部门法之间的关系。

2、国际私法程序问题与国内民事诉讼程序规定的密切关系

先将完善的法律适用条款并入民法典，还有国际民事诉讼程序从内国法中摘离困难的原因。若采用统一国际私法典的立法模式，就要面临《民事诉讼法》第四编（涉外民事诉讼程序的特别规定）和《仲裁法》第七章（涉外仲裁的特别规定）如何处理的问题。如果将其去除，《民事诉讼法》和《仲裁法》就会面临不完整的问题。[540]加之近年国际公约在国际民事诉讼和商事仲裁领域重要性的不断提高，如何协调我国的国际私法程序规定和国际条约之间的关系，也需要费番周章。

结语

民法典的编纂为民法各部门法提供了完善和协调的契机，对此法律适用法也概莫能外。同时，民法典的编纂也引起了国际私法法典化新的思考。各国的国际私法法典化之路为我们提供了有益的借鉴，也使我们预见到国际私法法典化之路所将面临的困难和挑战。统一的，将管辖权、法律适用和判决的承认与执行都囊括在内的统一国际私法典，是我国国际私法学界的崇高目标。但是，统一国际私法典不可一蹴而就。当前，《法律适用法》急需完善，国际私法法典又需从长计议，民法典的编纂又为国际私法的阶段性系统化提供了契机。此情势下将法律适用规定完善后入典，不失为法典化进程的阶段性成就。况且国际上也有将整体国际私法统一入民法典的先例。但是，法律适用法入民法典也非一日之功，如何与民法典的总则以及诸编协调统一，还需要进行详细的论证和规划。

[540]同注 28，页 742。

浅析《法律适用法》第 4 条的规定

魏求月[541]

摘要：《法律适用法》的出台，第一次把强制性规范制度正式纳入到了成文法规定中。但是，第 4 条中的“强制性规范制度”既不属于纯粹的“私法”，也不属于纯粹的“国际法”。而且，在我国，不论是立法还是司法实践，不论是间接适用方式还是直接适用方式，第三国强制性规范都暂时不存在适用上的可能性。该法第 4 条可以与法律规避制度起到相同的作用，而且操作简便，因此，该法没有将法律规避制度纳入其中是合理的。

关键词：强制性规范　公共秩序　法律规避　直接适用的法

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《法律适用法》”）第 4 条明确规定：“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定”。对于强制性规范的概念，国内外学者给出了诸多不同的定义。李浩培先生是国内研究强制性规范理论的第一人，在其文章《强行法与国际法》中，将强制性规范纳入警察法中。我国国际私法泰斗韩德培先生在《国际私法的晚近发展》一文中，也对强制性规范理论有过论述。韩先生认为，对于有些国家的具有涉外因素的案件中适用的法律规则，其中的一部分规则有着极其重要的意义，以至于在该国无论如何都必须适用。[542] 徐东根教授在《国际私法趋势论》一书中认为，强制性规范的调整对象是那些在涉外民商事案件中，为了维护国家的政治、经济、社会利益而必须遵守的法律。[543] 肖永平教授在《肖永平论冲突法》中认为，强制性规范仅仅是必须直接适用于跨国案件的国内实体法规则。[544] 此外，我国台湾地区的学者对这个问题也多有论述，比如柯泽东教授。他将强制性规范作了广义和狭义的区分，他认为，强制性规定是国内法和国际公约中明文规定的强行性法律，通常是一国为了达到政治、经济或社会安全目的而制定的那些强制性规范。[545] 随着我国学者对这一理论的探讨越来越多、越来越充分，使强制性规范理论日渐成熟起来。

综合以上学者的论述，我们可以肯定强制性规范的两个基本特征：一方面，国际私法

---

[541] 魏求月，中山大学法学院国际法研究所 2014 级硕士研究生。

[542] 参见韩德培著：《国际私法的晚近发展趋势》，载于《中国国际法年刊》（1989），法律出版社 1989 年版，第 14-16 页。

[543] 参见徐东根著：《国际私法趋势论》，北京大学出版社 2005 年版，第 56 页。

[544] 参见肖永平著：《肖永平论冲突法》，武汉大学出版社 2002 年版，第 47 页。

[545] 参见柯泽东著：《国际私法》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 34 页。

中的强制性规范都是适用于涉外案件的实体法规范，不问该实体法规范是由一主权国家的立法机关制定还是由国际组织制定，也不问该实体法规范是直接适用还是经过冲突规范的指引适用。另一方面，目的因素，国际私法中的强制性规范都是为了维护一国的政治、经济和社会利益，因为这些利益的重要性和特殊性，而赋予了这些规范以强制性。相比共识，对于强制性规范存在的更多的是争议。强制性规范的内容真的是纯粹的国际私法的内容吗？强制性规范与公共秩序保留制度，二者在目的上存在很大的重合，又怎样对二者进行区分呢？强制性规范的范围除了法院地法、在法院地直接适用或经冲突规范指引适用的国际条约，是否还包括外国法中的强制性规范呢？最后，《法律适用法》最终也没有将具有相似目的的法律规避制度纳入其中，这样做合理吗？这些都是需要探讨的问题。

一、《法律适用法》第 4 条中强制性规范的不纯粹性

所谓“强制性规范”的说法，无非是强调规范的目的性和适用方式上的直接适用性，因此，笔者认为，从这个意义上讲，这与学者们所探讨的“直接适用的法”[546] 的概念别无二致。多数学者在国际私法的框架下探讨强制性规范，但是笔者认为，这种所属关系的认定，只是从强制性规范的部分适用方法上来讲的，也就是说，某些强制性规范的适用不需要通过冲突规范的指引。但是，从强制性规范的内容和其他适用方法上来说，其并不属于国际私法的范畴，甚至既不属于“国际”范畴，也不属于“私法”范畴。

从适用方法上分析，强制性规范的适用无非是两种情况：一种是经过单边冲突规范的指引而适用的国内专门调整国际民商事关系的民商事实体法规范。另一种是各个国家国内法中属于管理国际经济关系的、管理关系的实体法规范，而这显然属于国际经济法的范畴。这种管理性的实体法规范，在法院地国领域内，即使不经过冲突规范的指引，也能够直接适用。[547] 从这个意义上讲，把强制性规范纳入国际私法的范畴尤其是“私法”的范畴具有不纯粹性。具体到我国，宪法、刑法、行政法、经济法等公法也具有强制法的性质。[548] 传统的国内民法，将民事法律规范分为强制性规范和任意性规范，强制性规范中又分为管理型规范和禁止性规范。有学者将国内民法上的强制性规范和国际私法上的强制性规范做了区别分析，

---

[546] 参见韩德培著：《国际私法的晚近发展趋势》，载于《中国国际法年刊》（1989），法律出版社 1989 年版，第 14-16 页；肖永平著：《肖永平论冲突法》，武汉大学出版社 2002 年版，第 128-129 页。

[547] 具体的理论内容和分析，请参见谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社 2007 年版，第 118－120 页。

[548] 但是本文中其他部分所探讨的内容则不涉及到国际私法的强制性规范是“公法”还是“私法”的问题，而统一探讨的都是“国际私法”中的强制性规范。

[549] 但是，这些区别无非只涉及到适用上的区别，内容上的区别不大或者说根本上难以区分，从这个意义讲，把强制性规范纳入国际私法的范畴尤其是“国际”范畴也具有不纯粹性。但是，虽然难以将国内民商事法规中的强制性规范和国际民商事法规中的强制性规范做泾渭分明的区分，也不能忽视二者确实是两个不同的概念，内容上有交叉，又有各自的规范。比如，有关自然人民事行为能力的规定、有关结婚年龄的规定，就不是国际私法中的强制性规范。但笔者认为，想要找到纯粹属于国际私法中的强制性规范而不属于国内民商法中的强制性规范的强制性规范，似乎是不可能的，除非是世界各国公认的民商事法律原则，比如公平原则，但是，这种区分既容易与公共秩序制度中的客体发生重合，又混淆了规则和原则的区别。

二、《法律适用法》第 4 条中强制性规范的范围及其适用

《法律适用法》第 4 条所规定的强制性规范，特指“中华人民共和国法律……有强制性规定的，……”，从条文来看只包括我国法律所规定的强制性规范，而不包括其他国家法律所规定的或者国际法中所确立的强制性规范。不过，对于强制性规范的范围是否包括第三国的法律，即对于《法律适用法》第 4 条中的强制性规范的范围是否有必要以及是否有可能扩大，如果包括了第三国的强制性规范又应该如何适用的问题，仍然是一个非常重要的问题。

各相关国家的立法一般规定，当自己国家的冲突法指定适用某一个外国的法律作为准据法时，不能以这个国家的某些法律规范具有公法的性质而排除其适用。因此，从总体的适用方式来看，第三国的强制性规范的适用需要经过法院地国冲突规范的指引。[550] 很显然，在这里，问题的关键不是能否适用第三国的强制性规范，而是如何适用，毕竟，适用第三国强制性规范保护的是第三国的政治、经济、社会利益，由于是外国法，错误适用的可能性也会提高。因此，对第三国强制性规范的适用理应是有限制的。比较法经验表明，第三国强制性规范对跨境民事关系的影响既可以通过冲突法途径，也可以通过实体法途径实现。虽然冲突法途径在我国现有的《法律适用法》第 4 条的规定下被阻却，但是，这并不妨碍实体法途径对第三国强制性规范适用的实现。并且不论是冲突法途径还是实体法途径，在方法论上都属于国际私法的范畴。[551]

---

[549] 参见史笑晓著：《论法律规避中的强制性和禁止性规范》，载于《浙江社会科学》2002 年第 3 期。作者认为，国际私法中的强制性和禁止性规范相对于国内民商事法律中的强制性和禁止性规范具有以下特点：（1）具有冲突规范的指引性；（2）具有规范上的演绎性；（3）在法律适用中具有国际性和涉外性；（4）在适用的效力上更具有复杂性。

[550] 参见谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社 2007 年版，第 119－120 页；肖永平、龙威狄著：《论中国国际私法中的强制性规范》，载于《中国社会科学》2012 年第 10 期，第 107-122 页；卜璐著：《第三国强制性规范在国际私法中的适用》，载于《苏州大学学报》2013 年第 6 期，第 87-93 页。

[551] 参见肖永平著、龙威狄著：《论中国国际私法中的强制性规范》，载于《中国社会科学》2012 年第 10 期，

虽然我国《法律适用法》最终没有规定通过冲突法方法适用第三国强制性规定的可能，但是，国外的实践也是可资借鉴的。在英国的“福斯特诉迪瑞斯科”（Froster v. Driscoll）案中,[552] 上诉法院多数法官以合同违反公共政策为由认定其不能执行。劳伦斯（Lawrence）法官认为，如果“上诉法院承认该协议，将给美国政府控诉我国政府提供一个正当的理由，这将违反目前得到广泛理解和认可的国际礼让义务，因此将违背我国的公共道德理念。”同样，在另外一个案件（Regazzoni v. K C Sethia）中[553] ，上议院认为不能基于一份违反印度出口禁令的合同在英国法院请求违约损害赔偿，“正如公共政策使违反我国法律的合同无效一样，公共政策至少也可以使一些违反外国法律的合同无效，之所以这样做，是因为公共政策要求遵守国际礼让”。我们可以看出，运用冲突规范的方式适用第三国强制性规定往往借国际礼让的理由，披着公共政策的外衣，将第三国强制性规范引入涉案合同，将该规范作为合同准据法中的一个要素，以此来使第三国强制性规范得到间接适用。

直接适用第三国强制性规范的方法没有被我国《法律适用法》所排斥，国际上对此也有不少立法实践。比如 1969 年《比荷卢关于国际私法统一法的条约》（以下简称“《比荷卢公约》”），其中第 13 条规定：“合同适用当事人共同选择的法律，包括强行性规范和任意性规范。如果合同明显位于某个国家，则该国法律中具有特殊性质并且意在排除任何其它法律适用的规范不受当事人合意的影响。”再比如 1980 年《欧洲共同体关于合同债务的法律适用公约》（以下简称“《罗马公约》”）第 7 条第 1 款规定：“在依照本公约适用某国法律时，若案件事实与第三国有密切联系，而且如果该第三国法律规定，无论合同适用什么法律，这些强制性规范都必须予以适用，则可以适用该国法律的强制性规则。”从这些立法实践来看，直接适用第三国强制性规范具有但不限于以下特点：（1）案件与第三国有密切联系，《罗马公约》不同于《比荷卢公约》的是，不要求案件事实与第三国有“明显的”联系。（2）第三国强制性规范“可以”适用而不是“必须”适用。（3）第三国的法律可以独立于合同的准据法而被适用。这正是其区别于冲突法方法适用第三国强制性规范的最大特点。（4）具体适用时，应该考虑适用的目的、性质以及后果。可以看出，直接适用的方法充满了法官的自由裁量权（包括密切程度、适用的目的、后果的判断）。在我国现有司法体制框架下，直接适用

第 117 页：“尽管二者操作思路有别，且从国际私法的角度看冲突法途径更为纯粹，但在实践中，两种途径在具体案件中所得出的结论往往一致。”但是笔者认为，冲突法和实体法方法本来就是国际私法的两种不同的并列的法律适用方法，不存在哪一种方法更纯粹的问题。

[552] 该案涉及一份因成员内部矛盾而未能执行的英国合伙协议，该合伙成立的目的是为了在禁运期内向美国走私威士忌，而当时美国刑事法律中有禁止进口用于消费的酒类的规定，案件在英国法院起诉。

[553] 本案中，一家英国公司同一个瑞士居民签订了一份货物买卖合同，约定由英国公司出售一批黄麻到意大利给买方，合同适用英国法。在当时的情况下，这批黄麻只能从印度购买，并且买方计划将这批黄麻转卖到南非。但印度当时有一项禁令，禁止以南非为最终目的地从印度出口黄麻。

的方法，虽然没有被《法律适用法》所排斥，但是明显是不适合我国的。

总之，不论是冲突法方法还是直接适用方法，在理论和实践上都是可行的，只是在我国的现有法律规定和国情下，暂时还不适合采用。但是，相信在学者们的积极倡导下[554] 以及司法实践的发展下，立法能够逐渐借鉴其中的合理成分。

三、《法律适用法》第 4 条与法律规避制度的关系问题

强制性规范制度、法律规避制度、公共秩序保留制度具有相似的立法目的。都在一定程度上为了保护本国有关政治、经济、社会方面的特殊的、重要的利益。对于公共秩序保留制度的存废问题，世界各国几乎都没有异议。根据国际社会对《维也纳条约法公约》的解释，即使一国在国际条约中没有明确阐明公共秩序保留制度，这一制度也被认为是一个国家基于主权原则所固有的权利。这是公共秩序保留制度存在的必要性的一个很好的证明。与其它两种制度不同的是，公共秩序所要保护的国家利益是一国的根本的、极其重大的利益。在适用中，往往采用结果判断方法，即以相关法律规范适用的结果而不是内容来决定是否适用该制度。公共秩序保留制度适用的谦抑性更强，在更大程度上受到国际礼让和互惠原则的牵制。公共秩序保留制度中的有关公共秩序的内容，多是原则性的规定，且为各国所一般承认的原则性规定，而少有具体的法律规则。由此，公共秩序保留制度的存在的必要性，不论是理论上还是实践上都是少有争议的。

我国《法律适用法》确立了强制性规范制度，而排除了法律规避制度的适用，只在司法解释上给予了法律规避制度适用的空间[555]，这体现出我国立法机关对法律规避制度的存废的态度是摇摆不定的。立法者也许认为，法律规避制度是“食之无味，弃之可惜”。法律规避（evasion of law），又称法律僭越（fraud a la loi）或欺诈设立连结点（fraudulent creation of points of contact），是指国际民商事关系的当事人为利用某一冲突规范，故意制造某种连结点的构成要素，避开本应适用的强制性或禁止性法律规则，从而使对自己有利的法律得以适用的一种逃法和脱法行为。[556]

笔者认为，《法律适用法》的这一安排是合理的，有了强制性规范制度，法律规避制度，至少在我国，是没有存在的必要的。主要有两点理由：

---

[554] 在我国《法律适用法》的“北京稿”中曾经有建议，该建议稿第 5 条规定：“本法的规定不影响中华人民共和国法律的强制性规定的适用。根据本法确定涉外民事关系的法律适用时，可以适用与案件有密切联系的一国法律中的强制性规定。适用强制性规定时，应该考虑强制性规则的性质、目的以及后果。”

[555] 最高人民法院《<涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》第 11 条规定：“一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。”

[556] 参见韩德培主编：《国际私法》（第三版），高等教育出版社、北京大学出版社 2014 年版，第 136-137 页。

第一，二者能够达到相同的立法目的。强制性规范制度和法律规避制度都是为了维护法院地国特定的政治、社会、经济利益，通过对本国国内强制性法律规范的适用来维护本国经济社会秩序的稳定。并且，在理论上，如果有必要，二者都能够通过一定的方法使法院地国以外的与案件事实或合同准据法有关的国家的强制性规范得到适用。一国所要维护的利益如果按层级来分的话，大概可以分为三个层次。一是普通的民商事利益和经济社会管理方面的利益，多以任意性规范出现，完全属于当事人意思自治的范畴。第二个层次是重要的经济、政治利益，这一层次的利益，体现在国内法上，往往是强制性规范中的禁止性规范，但没有脱离法律规则的范畴。而第三个层次是国家的根本利益，这种类型的规范往往上升到法律原则的高度，其保护由公共秩序保留制度所垄断。第二个层次的利益如果由强制性规范制度和法律规避制度共同调整，显然是没有必要的。

第二，法律规避制度适用起来难度很大。众所周知，法律规避制度以当事人具有规避强制性规范的主观故意作为必要条件，而只要是涉及到主观的条件，证明上都会存在一定的难度。虽然法律规避制度有惩罚行为人的意思[557]， 但是其最终的目的还是为了使被规避的强制性规范得以适用。为了相同的目的，但是法律规避制度反倒增加了“当事人故意”的证明，平白无故地增加了法官的压力。相反，强制性规范制度具有固有的直接适用性，不受当事人主观意图的影响是其应有之义。

四、结论

我国《法律适用法》第 4 条第一次为强制性规范制度在我国的适用提供了立法上的支持。虽然强制性规范制度是在国际私法的框架下进行讨论，但是强制性规范的具体内容，往往涉及的更多的是“公法”领域的法律规范，而且与国内民商事法律规范中的强制性规范有很大的重合。目前在我国，不论是立法还是司法实践，不论是间接适用方式还是直接适用方式，第三国强制性规范都暂时不存在适用上的可能性。基于立法目的和操作难度的考量，为了使我国的强制性规范得以适用，以强制性规范制度的设立为已足，不需要法律规避制度的存在，我国《法律适用法》没有将法律规避制度纳入其中的安排，是合理的。

[557] 笔者并不认为使当事人意欲规避的强制性规范得以适用是对当事人的“惩罚”，充其量是对当事人行为的“纠正”。

论新《民事诉讼法》下当事人协议选择外国法院问题*

——兼评新民诉法第 34 条和最高院司法解释第 531 条

杜涛

内容摘要：新《民事诉讼法》将原来的第 242 条合并到第 34 条，由于第 34 条在文字表述上的不严谨，使得当事人选择外国法院管辖的有效性问题面临挑战。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 531 条将第 34 条的适用范围扩大到涉外案件，起到了正本清源的作用。对于法院选择协议的准据法，学术界和实务界存在观点分歧，对此应当区分两个层面的问题，及管辖权协议的有效性和管辖权协议的可执行性。前者应当适用当事人所选择的法律，而后者应当适用法院地法律。对于第 34 条中所沿用下来的实际联系原则，所针对的是管辖权协议的可执行性。该原则在国际法上具有合理性和合法性，是我国民事诉讼法上一项独具特色的制度，应当得到广泛发扬。民事诉讼管辖权从跟本上看是国家主权的体现，意思自治原则应当受到一定的制约。我国的涉外民事诉讼协议管辖制度上已经形成了具有中国特色的制度，应当为立法所吸收。

关键词：涉外民事诉讼，管辖权，法院选择协议，实际联系原则

Choice of Foreign Court Agreement under the New Civil Procedure Code

Abstract ： The new Chinese Civil Procedure Code repealsthe provisions about the Choice-of-Court agreement ofthe foreign-related civil procedure and incorporates them intothesystemof the domestic procedure. Because of the inexactitude of art. 34, the question whether the parties could choose foreign courts becomes in doubt. The new Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China has answered this question in positive. The second question is which law should be applied to the Choice-of-Court agreement. A distinction should be made between the validity and the enforceability of the Choice-of-Court Agreement. The former is governed by the law which the parties choose. The latter is governed by the lex forum. Art. 34 adopts the Real Connection Principle which were frequently used by the Chinese courts. This Principle has its legality and legitimacy in international law and may be carried on in the future. Fromtheexperience of other countries, thenewlegislationshouldtry totake care of our ownjudicial practice. China's Supreme People's Courthas form the systemwith Chinesecharacteristics about the contractualjurisdictionoftheforeign-relatedcivil litigation.

Key Words：Internationalcivil litigation, jurisdiction, choice-of-court agreement, principle of real connection

作者简介：杜涛，男，法学博士，华东政法大学国际法学院教授，博士生导师；联系电话：18964606902；Email：2518@ecupl.edu.cn; 地址：上海市赤峰路 59 弄 5 号 1202，邮编

*本文为上海市教委科研创新重点项目 (14ZS004)中期成果之一。

200092

目次

一、新《民事诉讼法》第 34 条的真实含义
二、法院选择协议的准据法
三、实际联系原则
四、结论与启示

一、新《民事诉讼法》第 34 条的含义

2012 年 8 月 31 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，对我国 1991 年颁布的《民事诉讼法》进行了第二次修正。这次修正在国际民事诉讼程序方面的变化不大，主要是调整了有关管辖权的条款。旧《民事诉讼法》第 24 章的管辖权条款共四条，此次删除了两条，其中取消了原第 242 条（协议选择管辖权），将其合并入第 34 条；取消了原第 243 条（应诉管辖权），将其合并入第 127 条。保留下来两条，即原第 241 条（协议管辖）和第 244 条（专属管辖）。这表明，我国立法者对涉外民事诉讼管辖权制度的理解发生了重要变化，认为涉外民事诉讼管辖权应该尽量与国内民事诉讼管辖权制度保持一致。

原《民事诉讼法》第 242 条规定："涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。"新修正后的《民事诉讼法》删除了该条，但这并不意味着新《民事诉讼法》不再允许当事人协议选择法院，而是把第 242 条并入到新法第 34 条。

新《民事诉讼法》第 34 条规定："合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。"该条与原第 242 条表面上大同小异，它同样保留了书面形式要件和实际联系原则，同样规定了级别管辖和专属管辖例外原则。因此，在涉外民事诉讼中，原则上也应该适用第 34 条。

不过需要注意的是，新《民事诉讼法》第 34 条与原第 242 条相比，还是有一些重大的区别。

原第 242 条第一句"涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖"，其中没有用"人民法院"，而是用"法院"，这表明，当事人既可以选择中国的法院管辖（prorogation），也可以选择外国的法院从而排除我国法院管辖权（derogation）。也就是说，原第 242 条是一条双边指引规范。反观第 34 条，它是一条单边指引规范，它将当事人可以选择的法院仅限于我国的"人民法院"。至于当事人能否选择外国法院，第 34 条没有规定。那么能否援引"法无明文禁止即为允许"这一原则而主张当事人可以选择外国法院管辖呢？显然不能这么理解，因为"法无明文禁止即为允许"只适用于私权领域，在公法领域适用相反的原则，即"法无明文允许即为禁止"。管辖权是国家的主权权力，不能被任何私人当事人协议排除，除非法律明文允许。这也就意味着，如果严格按照第 34 条的规定，新《民事诉讼法》没有明文允许当事人选择外国法院作为管辖法院。

但是这样的理解又与我国法院长期的司法实践相矛盾，显然不是立法者取消第 242 条而修改第 34 条的本意。[558]我国 1982 年颁布《民事诉讼法》（试行）时，完全没有规定协议管辖制度，无论是涉外案件还是非涉外案件都不允许当事人协议选择法院。自 1991 年《民事诉讼法》正式颁布后，协议管辖制度才得以确立。[559]我国多年来的司法实践也一直认可当事人的管辖权选择。因此，显然不能因为新《民事诉讼法》删除了第 242 条而禁止当事人选择外国法院管辖。

这或许可以被理解为立法者在措辞上的一时疏忽，忘记了只有我国法院才叫“人民法院”。笔者认为，可以把这里的“人民法院”做扩大化解释，即指通常意义上的法院，包括我国人民法院和海事法院及其他审理民事案件的专门法院，也包括外国法院，而不管其名称如何。[560]

或许有人会质疑，如果把“人民法院”的含义扩大化，会导致国内合同或其他财产权益纠纷当事人也可以选择外国法院，因为第 34 条并没有像原第 242 条那样仅限于“涉外”合同或“涉外”财产权益纠纷案件。这种担心没有必要，因为第 34 条中有一项限制性条件，即当事人只能选择“被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的”法院，这就排除了纯粹国内案件当事人选择外国法院的可能性。

青岛市中级人民法院曾在一起案件中对合同中约定的“人民法院”做了扩大解释。该案合同约定：“解决合同纠纷的方式，由双方协商解决，协商不成交由卖方所在地人民法院审理。”而卖方所在地即柬埔寨没有“人民法院”。因此，原告主张管辖权条款约定不明确，应当归于无效，青岛法院应有管辖权。法院审理认为：无论卖方所在地即本案被告所在地是否有特定称谓的“人民法院”，双方当事人均以书面形式选择了与争议有实际联系的柬埔寨的法院管辖，从而排除了我国法院对本案的管辖权。[561]

2015 年 2 月 4 日实施的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 531 条就采取了这样的思路，该条规定：“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。”该条规定弥补了《民事诉讼法》第 34 条对涉外案件适用上的漏洞。

与此相对应的是，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 29-34 条关于协议管辖的规定，也都同样可以类推适用于涉外民事诉讼。比如，该《解释》第 29 条规定：“民事诉讼法第三十四条规定的书面协议，包括书面合同中的协议管辖条款或者诉讼前以书面形式达成的选择管辖的协议。”第 31 条规定：“经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持。”第 33 条规定：“合同转让的，合同的管辖协议对合同受让人有效，但转让时受让人不知道有管辖协议，或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。”第 34 条规定：“当事人因同居或者在解除婚姻、收养关系后发生财产争议，约定管辖的，可

---

[558]我国民事诉讼法学界也普遍认为新《民事诉讼法》第 34 条整合了国内诉讼和涉外诉讼。参见周翠：“协议管辖问题研究——对《民事诉讼法》第 34 条和第 127 条第 2 款的解释”，《中外法学》2014 年第 2 期，第 471 页。最高人民法院也持这种理解，参见刘贵祥、沈红雨、黄西武：“涉外商事海事审判若干疑难问题研究”，《法律适用》2013 年第 4 期，第 53 页。

[559]1991 年《民事诉讼法》第 25 条允许国内合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖；第 244 条允许涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。2007 年修正后的《民事诉讼法》完全保留了该两条规定，只是调整了序号。

[560]欧盟《布鲁塞尔第一条例》中对“法院”一词的解释就采用了广义解释，包括不同国家的审判机构，无论其名称为何。参见《2012 年 12 月 12 日欧洲议会和欧洲理事会关于民商事案件管辖权和判决执行的第 1215/2012 号（欧盟）条例》第 2 条。

[561]“青岛中广进贸易有限公司与被告大成贸易进出口及建筑有限公司国际货物买卖合同纠纷”，山东省青岛市中级人民法院民事裁定书（2011）青民四初字第 18-2 号。

以适用民事诉讼法第三十四条规定确定管辖。”

二、法院选择协议的准据法

最高人民法院的司法解释虽然解决了第34条对涉外案件的适用问题，但是仍然留下了另一个困扰实践部门很久的问题：如果实践中当事人在合同中明文约定外国法院作为合同争议的管辖法院，是不是必须依照《民事诉讼法》第34条来判断该项约定的法律效力呢？这就涉及到法院选择条款的准据法问题。对此问题，我国理论界和实务界长期存在着非常大的分歧。

一种观点认为，法院选择协议的效力应依法院地法判断。我国最高人民法院历年来的实践均采这种观点。比如在“玛尔斯合作有限公司、阿德尔伯特·F·雅默瑞与海尔集团电器产业有限公司债务及保证纠纷管辖权异议案”中，最高人民法院明确指出：“本案为涉外管辖权纠纷，属于程序问题，青岛中院对本案纠纷是否享有管辖权，应适用法院地法即《中华人民共和国民事诉讼法》进行审查。再审申请人玛尔斯公司、雅默瑞认为本案纠纷应适用担保函约定的英国法是错误的。当事人在协议中约定适用的法律，仅指实体法，而不应包括程序法和冲突法。”[562]在“先进氧化铁颜料有限公司与HOP投资有限公司居间合同纠纷管辖权异议案”[563]中，最高人民法院再次指出：“本案系管辖权争议，属于程序性事项，居间人住所地法属于实体法，不适用于管辖权争议，故先进公司提出的实体法的适用问题并不影响管辖权的确定。”此外，在“上海衍六国际货物运输代理有限公司与长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷一案”、[564]“德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司买卖合同纠纷案”[565]等案件中，最高人民法院一再重申了该原则。

第二种观点认为，法院选择协议的效力应依当事人所选择的法律判断。一些学者对依照法院地法判断管辖权协议效力的做法提出了批判。他们认为，从民事诉讼的目的来看，“在个案中，当事人利益是至高无上的”，“因此在民事诉讼目的整体上向私人利益倾斜的今天，管辖权是主要体现私人利益的民事诉讼的一个环节，当事人应当享有以合同来处分管辖权问题的自由。法院选择协议归根结底处分的是私人利益。如同一切合同，具有自由的属性。”对于管辖权协议的效力，他们也认为：“适用法院地法无助于有关法院选择协议的立法目的的实现，甚至会构成实现该立法目的的障碍。法院选择协议不应适用法院地法，更合理的是适用当事人意思自治，即适用当事人所选择的法律。”[566]

这种观点以当事人意思自治原则为理论依据，在我国国际私法学界很有代表性，不仅影响到我国国际私法立法，[567]也影响到一些法院的判决结果。

两种观点最尖锐的对立集中体现在“山东聚丰网络有限公司与韩国MGAME公司、天津风云网络技术有限公司网络游戏代理及许可合同纠纷管辖权异议案”中。该案二审法院山东省高级人民法院在判决书中认为：“本案为涉外知识产权纠纷，虽然原告聚丰网络公司与被告MGAME公司于2005年3月25日签订的《游戏许可协议》第21条约定产生的争议应当接受新加坡的司法管辖，但是双方同时约定‘本协议应当受中国法律管辖并根据中国法律解释’，

[562]最高人民法院民事裁定书（2009）民申字第1095号。
[563]最高人民法院（2010）民申字第417号裁定。
[564]中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第301号。
[565]中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第312号。
[566]焦燕：“法院选择协议的性质之辩与制度展开”，《法学家》2011年第6期，第163页。
[567]2010年通过的《涉外民事关系法律适用法》是意思自治原则神圣化的一个典型。对该法的相关批判参见杜涛：“学术之争还是信仰之争？——对《涉外民事关系法律适用法》中属人法原则的几点反思”，《中国国际私法与比较法年刊》2011年卷；杜涛：“论物权国际私法中当事人意思自治原则的限度——兼评《涉外民事关系法律适用法》第37条”，《上海财经大学学报》2012年第5期。

双方在协议适用法律上选择中国法律为准据法。因此，双方协议管辖条款也必须符合选择的准据法即中国法律的有关规定。”[568]但是，最高人民法院在再审判决中对这种观点进行了批驳：“对协议选择管辖法院条款的效力，应当依据法院地法进行判断；原审法院有关协议管辖条款必须符合选择的准据法所属国有关法律规定的裁定理由有误。”[569]

笔者认为，产生上述两种观点分歧的缘由在于我国学者没有注意区分两个不同层面的问题：法院选择协议的有效性（validity/Zustandekommen）和法院选择协议的可执行性（enforceability/Zulässigkeit）。

（一）法院选择协议的有效性及其解释

法院选择协议作为一种诉讼合同，其成立（conclusion）、生效（validity）以及解释（interpretation）等问题属于实体问题，应当适用合同准据法（lexcausae）。比如当事人是否有缔结法院选择协议的缔约能力、当事人的意思表示是否真实等问题，都依照合同准据法判断。如果当事人选择了合同准据法，则法院选择协议的效力当然适用所选择的法律。

法院选择协议的有效性适用当事人选择的法律，这一原则也得到国际上的广泛承认。欧盟 2012 年通过的《布鲁塞尔第一条例》修正案就加强了对当事人协议选择管辖权的鼓励。[570]修订后的条例扩大了当事人管辖权选择协议的效力。首先，增加了一个管辖权协议准据法的条款，根据该条款，管辖权协议的实质有效性依照当事人所选择的那个国家的法律确定。这样就可以避免有关国家的法院根据其自己的法律否决管辖权协议的有效性。其次，增加了一项规定，赋予当事人协议选择的管辖法院以优先性。当事人协议选择的法院无论是作为先诉法院还是作为后诉法院，都可以排除其他法院的管辖权。

我国现行立法虽然没有直接规定上述原则，但我国法院在一些案件中也采纳了该原则。最高人民法院在“住友银行有限公司与新华房地产有限公司贷款合同纠纷管辖权异议案”曾正确指出：“由于本案双方当事人同时在融资贷款协议第 23．1 条约定‘本协议适用香港法律（This Agreement is governed by Hong Kong law）’，故应适用当事人约定的该融资贷款协议的准据法即香港法律对约定管辖条款的含义作出解释。依据香港法律，该协议管辖条款应理解为，若借款人新华公司作为原告就该融资贷款协议纠纷提起诉讼，应接受香港法院的非专属管辖权；若贷款人住友银行作为原告就该融资贷款协议纠纷提起诉讼，即可以向香港法院提起，也可向香港以外的其他有管辖权的法院提起。”[571]

管辖权协议本身是否有效成立取决于该协议本身的准据法，而且根据合同法上的“争端解决条款独立性原则”，管辖权条款的有效性独立于主合同，不受主合同无效、变更或者终止的影响。我国《合同法》第 57 条规定：“合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”[572]该规定与 1980 年联合国《国际货物销售合同公约》第 81 条是一致的。根据这一原则，管辖权协议的有效性与主合同的有效性在准据法上也可能会不一致。如果管辖权协议是主合同中的条款，且当事人没有对管辖权条款单独约定准据法，则主合同的准据法就是管辖权条款的准据法；相反，如果合同当事人单独为管辖权协议约定了准据法，则管辖权协议的准据法应当独立于主合同。

（二）法院选择协议的可执行性

当事人即使达成了有效的法院选择协议，但是在有些国家并不能得到承认和执行。比如美国法院在 20 世纪 70 年代以前仍然拒绝执行合同中的法院选择条款，直到 1972 年联邦最

---

[568]山东省高级人民法院(2008)鲁民三初字第 1 号民事裁定。

[569]最高人民法院民事裁定书(2009)民三终字第 4 号。

[570]Christian Heinze, Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation, RabelsZ 75(2011), p.581.

[571]最高人民法院民事裁定书（1999）经终字第 194 号。

[572]这里的“效力”一词应当是指“有效性”（validity），而非“效果”（effect）。

高法院在著名的 Bremen 诉 Zapata 案[573]中才打破了先例。

法院选择协议与法律选择协议在性质上都是一种合同，即诉讼合同（Prozessvertrag）。[574]诉讼合同是否被许可或被执行，属于程序问题，应当依照法院地法律（lex fori）判断。[575]对此又要区分两种情况：

1、协议服从内国法院管辖（prorogation）。当事人协议选择某国法院管辖的，该选择是否被允许以及应当满足的条件，应当适用当事人所选择的法院所在地法律（lex fori of the prorogated forum）。协议选择中国法院的，就依照《民事诉讼法》第 34 条予以审查。这一规则被普遍接受。2005 年《海牙协议选择法院公约》第 5 条第 1 款规定："根据排他性选择法院协议指定的缔约国一个或多个法院应该有管辖权以裁决协议适用的争议，除非该协议依据被选择的法院国的法律是无效的。"欧盟 2012 年修订后的《布鲁塞尔条例》第 25 条采用了类似规定。这一做法被认为可以解决平行诉讼问题。修订前的《布鲁塞尔第一条例》要求后诉法院必须搁置案件的审理，等待先诉法院确定其管辖权，以避免平行诉讼。但这一规则往往会被当事人滥用。当事人可以到一个本来没有管辖权的国家法院去起诉，让该法院去判断自己的管辖权，这样就可以把案件拖延数月甚至数年。修订后的《布鲁塞尔第一条例》为此增加了一个管辖权协议的准据法条款，根据该条款，管辖权协议的实质有效性依照当事人所选择的法院地国家的法律确定。这样就可以避免有关国家的法院根据其自己的法律否决管辖权协议的有效性。

2、协议排除内国法院管辖（derogation）。当事人协议选择某一外国法院管辖，从而排除了内国法院的管辖权。这种情况下，如果当事人事后在内国法院起诉，内国法院需要判断该管辖权协议的效力。对于这种情况，应适用实际受理案件的法院地国法律(lexfori of the derogated forum)。[576]

世界上有些国家禁止当事人通过协议排除本国法院的管辖权，比如巴西。在 2000 年的一起案件中，合同中约定由美国法院管辖，但巴西最高法院否决了上诉人美国保险公司提出的管辖权抗辩。卡内罗法官（Athos GusmãoCarneiro）在该案中指出："法官更应关注公正而不是效率……当事人可以以效率为由作为抗辩，但不能排除巴西法院的管辖权……巴西关于管辖权的规定属于公法，不能被合同排除，因为管辖权的行使是国家主权的固有表现形式……效率原则不妨碍巴西的管辖权。"[577]

我国旧《民事诉讼法》第 242 条和最高人民法院新发布的《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 531 条都允许当事人协议选择外国法院，从而可以排除我国法院的管辖权。但是对于这种协议，我国法院必须依照法院地法（即我国法律）进行审查，也就是依据我国原《民事诉讼法》第 242 条（新《民事诉讼法》第 34 条）来判断。比如在"玛尔斯合作有限公司、阿德尔伯特·F·雅默瑞与海尔集团电器产业有限公司债务及保证纠纷管辖权异议案"中，最高人民法院明确指出："本案为涉外管辖权纠纷，属于程序问题，青岛中院对本案纠纷是否享有管辖权，应适用法院地法即《中华人民共和国民事诉讼法》进行审查。再审申请人玛尔斯公司、雅默瑞认为本案纠纷应适用担保函约定的英国法是错误的。当事人在协议中约定适用的法律，仅指实体法，而不应包括程序法和冲突法。"[578]在"先进氧化铁颜料有限公司与 HOP 投资有限公司居间合同纠纷管辖权异议案"[579]中，最高人民法院

---

[573]M/S Bremen and UnterseserReederei v. Zapata Off-Shore Company, 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513,
[574]Gerhard Wagner, Prozessverträge: PrivatautonomieimVerfahrensrecht, (Mohr Siebeck 1998), S.32.国内学者的研究见张嘉军："论诉讼契约的性质"，《河北法学》2008 年第 12 期；张嘉军："论诉讼契约的效力"，《法学家》2010 年第 2 期。
[575]H. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht (2001), S.193.
[576]Geimer, Internationales Verfahrensprozessrecht, Rn. 1677, von Hoffmann/Thorn, IPR, S.89.
[577]S.T.J., R.E. No. 251.438/RJ, Relator: Athos GusmãoCarneiro, 08.08.2000 (Brazil).
[578]最高人民法院民事裁定书（2009）民申字第 1095 号。
[579]最高人民法院（2010）民申字第 417 号裁定。

再次指出：“本案系管辖权争议，属于程序性事项，居间人住所地法属于实体法，不适用于管辖权争议，故先进公司提出的实体法的适用问题并不影响管辖权的确定。”此外，在“上海衍六国际货物运输代理有限公司与长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷案”、[580]“德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司买卖合同纠纷案”[581]等案件中，最高人民法院一再重申了该原则。

一直以来，我国都有一些学者对原《民事诉讼法》第 242 条提出批判，认为应当取消该条，理由是该条所规定的法院地法原则不利于保护当事人的意思自治。[582]我国一些法院的判决也认为应当依照合同准据法来判断管辖权条款的效力。

如上所述，这种观点混淆了管辖权协议的“有效性”（validity）和“可执行性”（enforceability）这两个不同的问题。管辖权协议是否有效成立属于合同的实体问题，当然应适用合同准据法；而该管辖权协议是否约束我国法院，则属于程序问题，应依照法院地法。旧《民事诉讼法》第 242 条和新《民事诉讼法》第 34 条都是关于管辖权协议在我国是否被承认的规定，无论合同准据法是哪国法律，该合同中的管辖权条款都应依照我国上述规定予以审查。与此相对应的是，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 29-34 条关于协议管辖的规定，也都是“可执行性”条款，属于我国法院地法的一部分。

比如，我国境内某消费者甲在某境外购物网站上购买商品。该网站上显示的服务协议规定：双方发生的纠纷应由网站住所地 A 国法院管辖并适用 A 国法律。发生纠纷后，甲向中国某人民法院提起诉讼，该网站以管辖权协议抗辩。根据 A 国法律，该管辖权协议有效成立。但是根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 31 条，经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持。因此，人民法院可以拒绝执行该管辖权协议。[583]

三、实际联系原则

旧《民事诉讼法》第 242 条规定：“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。根据该条规定，当事人之间的管辖权协议只要符合两个条件即为有效：第一，书面形式；第二，实际联系原则。最高人民法院在历年来的案例中也都坚持这两个标准。在“山东聚丰网络有限公司与韩国 MGAME 公司、天津风云网络技术有限公司网络游戏代理及许可合同纠纷管辖权异议案”中，双方合同约定：“本协议应当受中国法律管辖并根据中国法律解释。由本协议产生或与本协议相关的所有争议应当在新加坡最终解决，且所有由本协议产生的争议应当接受新加坡的司法管辖。”对于该协议是否有效，最高人民法院在判决书中首先指出，对协议选择管辖法院条款的效力，应当依据法院地法进行判断，即依据《民事诉讼法》第 242 条。对于该条中关于“可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖”的规定，最高人民法院指出：“应当理解为属于授权性规范，而非指示性规范，即涉外合同或者涉外财产权益纠纷案件当事人协议选择管辖法院时，应当选择与争议有实际联系的地点的法院，否则，该法院选择协议即属无效；同时，对于这种选择管辖法院的协议，既可以是事先约定，也可以是事后约定，但必须以某种书面

---

[580]中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第 301 号。
[581]中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第 312 号。
[582]刘力：“我国国际民事诉讼协议管辖中‘实际联系’辨析”，《法律适用》2008 年第 12 期；焦燕：“法院选择协议的性质之辩与制度展开”，《法学家》2011 年第 6 期，第 163 页；杜焕芳：“涉外民事诉讼协议管辖条款之检视”，《法学论坛》2014 年第 4 期，第 94 页。
[583]北京市海淀区人民法院在一起消费者与天猫公司的管辖权协议纠纷中，就援引了最高人民法院司法解释第 31 条认定

形式予以固定和确认。据此，按照我国现行法律规定，对于涉外合同或者涉外财产权益纠纷案件当事人协议选择管辖法院的问题，仍应当坚持书面形式和实际联系原则。”[584]在稍后的“上海衍六国际货物运输代理有限公司与长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷一案”、[585]“德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司买卖合同纠纷案”[586]等案件中，最高人民法院也都坚持了实际联系原则。

近年来，一些学者对旧《民事诉讼法》第 242 条以及我国法院长期以来的司法实践提出了批评，认为应当废除实际联系原则。[587]有学者指出：“我国民事诉讼法可以删除实际联系要求，以尊重合同自由原则。如果当事人选择与案件无实际联系的外国法院而排除了我国法院，只要案件不属于我国法院专属管辖, 就可以执行法院选择协议。”[588]

这种观点与前面提到的管辖协议准据法中的意思自治主义一样，是一种将意思自治原则神圣化的观念。这种观念理论上看似乎具有很高的合法性，但是却经不起实践的检验。[589]综观国际法，我们可以清楚地看到，目前为止的习惯国际法中有一项逐渐被广泛接受的管辖权原则，就是所谓的“实际联系原则”，[590]根据该原则，国家行使管辖权的权利取决于有关问题与行使管辖权的国家之间存在相当密切的联系，从而使该国有理由对该问题加以管辖。[591]根据这种联系因素的不同，各国法律通常把民事诉讼的管辖权区分为一般管辖权（general jurisdiction）和特别管辖权（specific jurisdiction）。一般管辖权是指法院对与本地有密切和持久联系（住所或国籍等）的被告行使的管辖权。根据一般管辖权，法院可以审理针对该被告的任何诉讼请求，包括与法院地完全无关的行为所引起的诉讼请求。因此，一般管辖权也被称为“全能管辖权”（all-purpose jurisdiction）。特别管辖权是指法院根据被告与法院地之间的特殊联系而行使的管辖权。根据特别管辖权，法院仅能就与该特殊联系有关的诉讼请求行使管辖权。[592]一般管辖权通常根据被告住所这一联系因素确立的管辖权，而特别管辖权则是根据其他联系因素确立的管辖权，比如财产所在地、行为地等。在美国，法院通常会行使一种所谓的“长臂管辖权”，但即使是长臂管辖权，根据最高法院的先例，也需要证明某外国被告与法院地州有最低限度的联系（minimum contacts）。[593]因此，如果当事人选择一个与他们之间的纠纷完全无关系的外国法院进行管辖，该外国法院审理起来并不方便，通常也不一定愿意行使管辖权，因为其作出的判决会遇到执行上的困难。有学者认为：“当事人签订协议时通常已经慎重考虑了诉讼便利的问题, 即使有不便利的存在也是当事人事先可以预见到的, 实难以不便利为由否定管辖协议的可执行性。”[594]我们认为，从我国法院司法实践来

---

[584]最高人民法院民事裁定书(2009)民三终字第 4 号。

[585]中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第 301 号。

[586]中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第 312 号。

[587]这种观点早期代表是我国著名国际私法学者李浩培教授，参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版，第 64 页。

[588]焦燕：“法院选择协议的性质之辩与制度展开”，《法学家》2011 年第 6 期，第 163 页；王吉文：“涉外协议管辖中的‘实际联系原则’评述”，《中国国际私法与比较法年刊》2010 年第 13 卷，第 147 页。

[589]尤其值得注意的是，这种对意思自治原则的推崇在我国国际私法学术界影响很大；相反，我国司法实务界对此似乎不屑一顾，参见奚晓明：“论我国涉外民商事诉讼中协议管辖条款的认定”（上），《法律适用》2002 年第 3 期，第 15 页；刘贵祥、沈红雨、黄西武：“涉外商事海事审判若干疑难问题研究”，《法律适用》2013 年第 4 期，第 53 页。新《民事诉讼法》第 34 条和最高人民法院新司法解释第 531 条以及最高人民法院判决一再坚持实际联系原则就鲜明地体现出我国理论界和实务界的这种分歧。我国学术界对此现象应当深刻反思。

[590]Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala), I.C.J. Report 1955 p.4.

[591]詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第一卷第一分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 328 页；伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2003 年版，第 330 页。

[592]Arthur vonMehren& Donald Trautman,Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis, 79 HARV. L. REV. 1121, 1136 (1966).

[593]International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310, 316 (1945).

[594]邓杰：“论国际民事诉讼中的协议管辖制度”，《武汉大学学报（社会科学版）》2002 年第 6 期，第 55 页。

看，当事人在合同中选择一个与案件完全无关的地方的法院管辖，往往出于以下几个原因：第一，一方当事人在格式合同中单方面指定了管辖法院，另一方当事人不得已接受了该格式条款，例如“荷兰铁行渣华邮船公司依提单管辖权条款提出管辖权异议因该地与争议无实际联系被驳回案”以及上文提到的“上海衍六国际货物运输代理有限公司与长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷案”[595]和“德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司买卖合同纠纷案”等[596]；第二，双方当事人对管辖法院的选择相持不下，不得不选择一个中立地方的法院，例如前述“山东聚丰网络有限公司与韩国 MGAME 公司、天津风云网络技术有限公司网络游戏代理及许可合同纠纷管辖权异议案”。无论哪一种情况，合同中的管辖权协议都不是双方当事人真实的共同意愿的体现。在发生纠纷之后，这样的管辖权协议往往不会被当事人遵守。

我国不仅不应取消实际联系原则，反而应当大张旗鼓地坚持和宣传该原则。《民事诉讼法》中的实际联系原则类似于法律适用法中的最密切联系原则，具有很大的优越性。一方面，该原则建立在习惯国际法基础之上，容易得到各国普遍接受，依据该原则作出的判决也容易被其他国家承认和执行；另一方面，该原则有利于当事人纠纷的解决，节约诉讼成本。如果不遵循实际联系原则，就会纵容和鼓励当事人挑选法院，当事人故意到一个与纠纷无关的国家法院去提起诉讼，其目的肯定不会是为了寻求一个适当的判决，而往往是为了拖延时间。这也正是所谓的“鱼雷诉讼”[597]产生的原因。在一个尚未建立有效的判决相互承认与执行机制的国际社会中，取消实际联系原则只会增加判决承认与执行上的难题并损害弱方当事人的诉讼权利。任何纠纷的解决，最关键的是执行问题。只有与纠纷由实际联系的国家法院做出的判决才最容易得到有效执行，因为与纠纷有实际联系的地点往往是法律关系的发生地或当事人的所在地或财产所在地，只有当地法院才最容易查清案件事实，并通过有效方式执行判决。实际联系原则是我国法院长期以来的司法实践证明行之有效的一项司法原则，这样一项原则来之不易，值得我们向国际社会大力推广。[598]我国政府机关在将来参加国际司法合作的谈判中，也可以将其作为国际民事诉讼法的一项基本原则予以倡导。

四、结论与启示

对于我国涉外民事诉讼管辖权规则的修订，我们应当将其放在国际大视野中予以观察。我们注意到，就在我国修订民事诉讼法的同时，西方各国出于各自的目的都对本国的涉外民事诉讼管辖权制度进行了改革或调整，其中最主要的目标都是如何使本国法院更好地行使管辖权。为什么世界各国越来越关注跨国民事诉讼管辖权问题？这实际上是当今国际政治经济环境剧烈变革下的情势使然。2008 年爆发的全球金融危机给世界经济造成了巨大伤害，大量的跨国公司陷入经济困境，债台高筑，从而产生了越来越多的跨国纠纷。世界各国政府面对经济危机也越来越趋于保守，纷纷出台保护本国经济利益的政策。贸易保护主义纷纷抬头，司法保护主义也乘势而起。跨国民事诉讼管辖权的争夺表面上看是当事人之间的法律斗争，但其背后体现的是国家间的“经济战”和“政治战”，是一场看不见硝烟的战争。由于目前

---

[595]中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第 301 号。

[596]中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第 312 号。

[597]所谓鱼雷诉讼，是指纠纷当事人故意到某个司法程序比较繁琐的国家去提起诉讼，例如意大利或比利时司法系统是三级终审，而且每一审级程序都比较拖延，全部审级进行完毕，往往需要 2-3 年才能做出最后判决，从实际角度出发，即使这些法院根本没有管辖权，潜在的侵权者也可能选择通过在意大利或者比利时的法院首先发起诉讼，以获得两三年的“冻结诉讼期”，从而给另一方当事人造成损失。

[598] 2015 年 2 月 4 日实施的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 531 条规定：“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。”该条规定继续保留了实际联系原则。

各国的管辖权主要依赖于各国国内法的规定，因此各国出于维护本国利益的需要，都会自然地追求扩张本国的管辖权。

中国企业近年来越来越多地走出国门到国外去“打天下”，然而由于我国企业不熟悉外国的诉讼制度，一出国门就陷入诉讼大战。这方面的案例有愈演愈烈之势。最近发生的以色列恐怖袭击受害者诉中国银行系列案就是典型。该案中，数十位以色列原告的亲属在巴勒斯坦伊斯兰吉哈德和哈马斯组织实施的恐怖袭击中伤亡，于是他们在美国发动了针对中国银行的诉讼[599]。原告主张，中国银行为恐怖组织提供金融服务，违反了以色列侵权法，要求美国法院根据以色列法律判决中国银行承担侵权责任。法院明明知道其对中国银行没有属人管辖权，因为中国银行与该地区缺乏最低联系（minimum contacts），而且法院对中国银行的送达也不适当，但该法院还是强行将案件移交到美国纽约南区地区法院审理。纽约南区地区法院在审理过程中也是颠三倒四，2011 年 4 月 4 日，审理该案的 Scheindlin 法官否决了中国银行要求驳回诉讼的请求，强行受理该案。目前该案仍在审理当中。

中国建设银行同样也牵涉到美国的民事诉讼中。在 2011 年的 Liu Boshan 中国诉建设银行案[600]中，前中国建设银行职员刘博山（音译）援引美国《外国人侵权法》指控中国建设银行在中国境内参与和协助实施了对原告的酷刑、虐待等违反国际人权法的行为并要求获得侵权赔偿。第二巡回法院援引“吉奥贝案”的判决驳回了原告的诉讼请求。

从上述案例可以看出，涉外民事诉讼并非像有些人认为的那样，是纯粹的私人纠纷，不受国家主权影响。相反，二战后社会的变革已经对现代国际民事诉讼产生了巨大影响。传统的萨维尼的冲突法理论是建立在一种纯粹的“私法模型”（Privatrechtsmodell）基础之上，是欧洲市民社会的产物，其前提是国家与社会的分离(Spaltung von Staat und Gesellschaft)。它符合了 19 世纪的政治经济自由主义潮流。[601]但是，这种模型以及与其相适应的理论如今已经不再适用了。随着现代社会的发展，传统的“守夜人”国家观念被民主——法制国家观念所取代，国家与社会的分立、公法与私法的分立都被打破；其后果是国家的经济、社会和政治权力发生位移，工业化的国家兼具了经济、金融、社会和行政角色，承担了以前由社会担当的任务，也就是说，国家越来越多的干预到社会和经济领域。经济的政治化与政治的经济化，公法的私法化与私法的公法化，私法诉讼的公共化与公法诉讼的私人化紧密交织，难以分割。

总而言之，现代社会已经发生转型。[602]现代国际私法与其他国内法一样，面临个人利益与公共利益的交织。现代国际民事诉讼已经不仅仅局限于传统的合同或婚姻家庭问题，而是更多地向商事、劳动、经济、行政和金融等法律领域扩展。在这些领域，无不打上深深的国家烙印。在这样的背景下，国际民事诉讼与国家利益也紧密交织在一起。尤其是在当今世界陷入空前金融危机的背景下，对新自由主义的反思与批判早已在全球范围内如火如荼。如果我们仍然抱残守缺，身陷 19 世纪的自由主义神话之中而不自拔，那实在是有负于时代提供给中国学者的机遇。在全球化的时代背景下，绝对的自由主义和绝对的国家主义都已成为过眼云烟。中国经验或许可以为国际私法的发展做出独特的贡献。而经过中国司法实践检验的实际联系原则或许能够为后民族时代的国际民事诉讼制度开辟一条新道路。

---

[599]Zahaviet al. v. Bank of China Ltd., No. BC396714. [Docket No. 6, Ex. A.]国内有关该案的报道参见：“中行身陷国际洗钱案”，《财经》杂志 2008 年第 18 期。

[600]Liu Bo Shan v. China Construction Bank Corp., 421 Fed.Appx. 89 (2nd Cir. 2011).

[601]Hans-Peter Haferkamp, The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany, 56 Am. J. Comp. L. 667 (2008).

[602] 2007 年，德国马克思普朗克外国私法和国际私法研究所举办了一场“私法与国家”为主题的研讨会，专门讨论 21 世纪背景下的私法与国家关系问题。参见 Martin Flohr, Beyond the State? Rethinking Private Law. Symposium in Hamburg am 12. und 13. Juli 2007, 72 RabelsZ (2008), p. 391-396; 该研讨会的成果发表在美国《比较法季刊》2008 年第 3 期，参见：Nils Jansen/Ralf Michaels, Beyond the State? Rethinking Private Law: Introduction to the Issue, 56 Am. J. Comp. L. (2008), p.527-540.

涉外违法所得没收程序问题研究

——境外追逃追赃与国际执法合作

刘文君[603]

【摘要】2012 年，我国《刑事诉讼法》增加了“违法所得没收程序”，此后，“涉外违法所得没收程序”开始成为讨论的热点，集中点在于涉外违法所得的没收和资产返还阶段。目前，关于涉外违法所得没收程序的实现大多是通过我国与国外签订刑事司法协助实现。2013 年 6 月中国和加拿大就返还财物和分享被没收资产协定进行谈判，并草签了协定，这是中国就追缴犯罪所得对外谈判的第一项专门规定。

《刑事诉讼法》中关于违法所得没收程序之规定仅 4 条法律条文，无法适应当今国际立法趋势。本文集中介绍涉外违法所得没收程序，在此确信我国的违法所得没收裁定的作出，无论从证据收集、庭审现场还是公告期限等程序都是符合国际刑法趋势和人权标准，符合正当程序标准。

【关键字】：违法所得没收程序；引渡法；刑事司法协助

引言

目前，关于涉外违法所得没收程序的实现大多是通过我国与国外签订刑事司法协助实现，但是，签订刑事司法协助应该有一个统一的国内立法作为依据，否则刑事司法协助会杂乱无章、毫无体系。而且国际公约的生效，如果不能及时转化为国内立法就不能成为国内法律体系的一部分，也不能成为国内法的渊源。鉴于于我国在刑事司法协助方面，并没有关于承认和 执行外国法院的刑事判决或裁决的法律规定，所以我们的涉外违法所得没收裁决作出之后，应向被请求国提出没收请求，以国际合作的方式实现资产返还，并且就这种国际合作制定详细的原则和程序，使之与整个体系兼容匹配，弥补《刑法》与国际公约的距离，适应全球开放环境的需要。

1 涉外违法所得没收程序概述

1.1 涉外违法所得没收程序概念

违法所得没收程序即特别没收程序是新刑诉法中新设立的程序，该程序一反一宣告被告人、犯罪嫌疑人有罪为前提的常态，针对贪污贿赂、恐怖活动犯罪等重大的犯罪案件，如果出现犯罪嫌疑人、被告人潜逃，在发布通缉令一年后不能

[603] 作者：刘文君；性别：女；职位：江西师范大学政法学院法律硕士；联系地址：江西南昌紫阳大道 99 号；联系方式：13077981586

将其捉拿归案，或者出现犯罪嫌疑人、被告人死亡情形时，不需要以宣告其有罪，便可以由人民检察院向人民法院提出没收违法所得没收的申请，人民法院就根据特别诉讼程序对此进行审理，依法作出没收裁定的诉讼活动。我国违法所得没收程序主要规定在《刑事诉讼法》中，其内容规定很少，相关国内立法不完善。

当犯罪嫌疑人、被告人的财产具有涉外性时，国内违法所得没收程序的规定就会显得“捉襟见肘”，如何开展涉外财产的调查以及没收，如何将财产进行分享和收回，都需要一套完善的法律规定。[604]鉴于此，有必要完善涉外违法所得没收程序。

涉外违法所得没收程序应该定义为基于国内违法所得没收裁定的作出，通过特定机构展开国际间的有效合作，实现涉外违法所得的冻结、没收及追缴。该程序应是国际刑事司法协助的一个组成部分，只不过鉴于犯罪所得追缴的重要性，而应该在刑事司法协助框架中中加以独立开来，以凸显其中心地位。

1.2 涉外违法所得没收程序的优越性

目前关于涉外资产追缴主要通过民事确权诉讼和协议追缴，关于其定义和性质如下表 1-1 所示。

方式	定义	主体	性质
通过民事确权诉讼追回资产	资产所在国提起确权民事诉讼，通过提交所有权和法证明，以确立对腐败犯罪资产的所有权	国家和私人之间；私人和私人之间	私法行为
协议追缴	国家之间为了展开追逃和追赃活动，进行会话达成某种协议。	国家和国家之间	国家行为

这两种方式有其自身优点，通过民事确权诉讼追回资产的国内实践案例便是开平案件。此案被称为中华人民共和国建国以来最大的银行资金盗窃案，涉案资金折合人民币超过 40 亿元，涉案主犯分别为中国银行开平市支行的许超凡、余振东、许国俊三人。案发之后，公安部向国际刑警组织提供了广东省人民检察院对余振东、许超凡、许国俊的逮捕决定书。国际刑警组织迅速发出了红色通缉令。包括公安部、广东省公安厅在内的有关办案人员多次赶赴美国，与美国相关部门商谈协助事宜。余振东被捕后，中美双方政府进行了长达一年多的谈判。针

604 黄风．引渡问题研究[M]．中国政法大学出版社，2006 年 11 月．

对我国提出的刑事司法协助请求，美国给予了积极的回应，经中美两国执法机关密切合作，2001 年 12 月，美方根据我国提供的相应犯罪证据事实和材料，作出了刑事扣押的决定，同时启动了美国民事没收程序，美方没收了余振东转往美国的部分赃款，并于 2002 年 12 月在洛杉矶将余振东拘押。2003 年 9 月，美方将所没收的赃款全部返还中方。[605]此外，中国银行还通过民事诉讼等手段从香港、美国和加拿大追回了数亿人民币。

而协议追缴资产的国内实践是赖昌星案件，2012 年 5 月 18 日，福建厦门市中级人民法院对赖昌星走私犯罪集团首要分子赖昌星走私普通货物、行贿犯罪案作出一审判决,判处赖昌星无期徒刑 ， 剥夺政治权利终身 ， 并处没收个人全部财产中方向加方作出的承诺包括，赖昌星在加拿大的资产由加方罚没；被遣返后不判处死刑，不会受到司法机关虐待，享有包括聘请律师为自己辩护在内的法定权利,其亲属及财产亦将受到相应法律保护;中加将开展大规模的经济合作。

以上几个案例主要是通过民事确权诉讼和协议追缴，其中诉讼过程耗时太久，需要很多部门的通力合作，所需人力、物力、财力较多，尤其是协议追缴资产往往会有悖于我国现有的刑事诉讼法规定，比如赖昌星案件中承诺不判处死刑，虽然符合国际社会中的“废除死刑”这一趋势，但并不利于我国刑法体系的完整性。而涉外违法所得没收程序将会具体规定实施主体、操作流程、实施原则和方式等，和外国有协议的国家机构之间进行直接的通话，从而实现涉外财产最快速的没收、追缴和返还，最大限度的节省人力、物力、财力，借助于国际刑事司法协助，实现国与国之间的沟通和互助，从而阻挡世界范围内的贪污腐败和跨国犯罪案件。

2 涉外违法所得没收程序存在的现状和原因分析

2.1 涉外违法所得没收程序现有立法规定

2.1.1 没收裁定与执行标的

违法所得没收程序的设立之目的便是犯罪嫌疑人或者被告人逃匿、死亡情况下通过改程序，没收犯罪的资金和收益，不让犯罪人得以获得利益。如今越来越多的贪污腐败案件往往都是通过洗钱等方式将资金转移到国外，这就造成了没收裁定的执行存在一定困难，造成了没收裁定与执行标的的分离。这一问题的出现导致涉外违法所得没收变得异常困难：一国作出没收裁定，执行标的处于国外，那么国与国之间的联系就必不可少，请求国需要将没收裁定通过司法协助途径传递到被请求国，而被请求国需要根据国际公约和国内相关立法进行审查，审查合法的情况下才能展开一系列的后续程序，如果审查不合法，该没收裁定就无法得到有效的执行。我国法律体系中，关于没收裁定的域外执行规定少之又少，缺乏

---

605 曾令良，饶戈平．国际法[M]．北京:法律出版社，2005.

统一的“刑事司法协助法”，国际司法合作水平和能力都要待提高

2.1.2 执行主体和执行过程

根据我国和其他国家签订的刑事司法协助条约，关于涉外违法所得没收的内容大都如下：被请求国根据本国的国内法，考虑请求方的要求，对犯罪嫌疑人或被告人转移到该国境内的违法所得进行查找，确定之后采取相应的司法措施，比如冻结、扣押等，进而采取没收，并且确保不损害本国国家和合法人的正当利益，将违法所得移交给请求国。在涉外违法所得没收裁定作出过程中，人民法院占有重要地位，首先人民法院需要受理人民检察院提出的没收申请，其次要查封、扣押等相关财产，再次要发出公告，最后是处置财产。[606]当没收裁定作出之后，后续程序就需要按照司法协助的相关规定办理。由于我国没有制定“刑事司法协助法”，关于涉外违法所得没收裁定的执行主体还没有具体的法律依据。按照《中华人民共和国引渡法》的规定，引入的是“主管机关”这一名词，是指中华人民共和国外交部、中华人民共和国最高人民法院、中华人民共和国最高人民检察院、中华人民共和国公安部和中华人民共和国司法部。

根据《最高人民法院外交部司法部关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》，我国法院和外国法院可以通过外交途径相互委托代为调查和取证。但是关于裁定的域外执行并没有专门的法律规定。不过作为国际法主体，我们可以借鉴国际公约和条约的相关规定。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第十三条第 1 款规定：“缔约国在收到对本公约所涵盖的一项犯罪拥有管辖权的另一缔约国关于没收位于被请求国领土内的犯罪所得、财产、设备或其他工具的请求后，应在本国国内法律制度的范围内尽可能：（a）将此种请求提交其主管当局，以便取得没收令并在取得没收令时予以执行；（b）将请求缔约国领土内的法院根据本公约第 12 条第 1 款签订的没收令提交主管当局，以便按请求的范围予以执行，只要该没收令涉及第 12 条第 1 款所述的、位于被请求国领土内的犯罪所得、财产、设备或其他工具。”

2.2 涉外违法所得没收程序存在的障碍

2.2.1 国际公约转化为国内化的障碍

《联合国反腐败公约》第 54 条关于没收事宜国际合作中规定，被请求国采取必要的措施，能够执行另一缔约国法院发出的没收令。若将这一条国际公约转化为国内法，就面临着很大的困难，首先我国刑事诉讼中并没有承认和执行国外裁决的规定，因为各国刑罚制度有很大的区别，承认和执行外国法院判决的主要

606 龚瑜．贪官外逃与国际刑事司法协助[J]．中国党政干部论坛，2006（9）

依据是国际条约以及国际法的基本原则之一的互惠原则。其次，我国“主权至上”观念下对司法权力的重视导致对国外裁决的承认也相当困难。涉外违法所得没收程序涉及到资产的追回问题，这在《联合国反腐败公约》中有专门章节规定，比如关于腐败资产的直接追回和间接追回机制以及返还和处分机制。将这些规定转化为国内法看似容易，实则需要“步步为营”，首先，实现资产追回需要承认和执行外国法院的裁决，需要进行严格的司法审查，这就需要我国法律进行详细的规定；其次，有关返还和处分问题，也需要我国改变“国家财产不可分割”的理念，吸收“补偿和分享”制度。

2.2.2 国内法制定的障碍

首先，从中国历代法制变化规律来看，历朝历代似乎独尊“重刑事轻民事”的观念，对于一些贪污腐败、经济犯罪案件，国外倾向于规定在民事法律之中，而我国则在刑事法律中有所体现，这就导致《联合国反腐败公约》中倡导的“通过民事诉讼程序来实现违法所得的没收”很难实行。[607]“先刑事后民事”理念的深入，让国际公约的相关规定转化为国内法存在一定程度的困难。其次，如何确定涉外违法所得没收的执行机关直接影响到程序的顺利开展。国内相关法律和与外国的条约中存在着“联系机关”、“主管机关”、“中央机关”等不同称谓，比如我国和法国签订的司法协助条约中规定的中央机关是司法部，而我国和俄罗斯签订的条约中出现的是主管机关，这种情况下极容易造成混乱，导致相关机关推卸责任，无法顺利完成刑事司法协助。

2.2.3 裁定的域外承认问题

该问题涉及两个方面，第一是我国的国内法方面，第二是实际操作问题。首先，我国《民事诉讼法》第 266-268 条规定了我国和外国法院判决的相互承认和执行，很大程度上加强了国家之间的司法协助。但是我国《刑事诉讼法》中却找不到一条关于承认和执行外国刑事裁决的规定。唯一有关联的只有第 10 条：“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”基于此条规定，国外的刑事裁决因为在我国没有法律依据而得不到承认和执行，那么根据国际法的对等原则，我国法院所作出的相关裁决也同样得不到国外法院的承认和执行，这就导致即使我国法院已经作出违法所得没收裁定，也无法对流失到国外的资产进行有效的追回。其次，国际法中的“条约前置主义”被很多国家奉行，即使我国建立了完善涉外违法所得没收程序，也需要在双方存在条约的前提下进行相互合作，而条约的商讨和签署也需要一定的国内法和国际法作为依据，此等考虑之下，我国的国内立法不完善进一步阻碍双边条约的制定，

607 陈光中.〈联合国反腐败公约〉与刑事诉讼法再修改[J]. 政法论坛，2006，（1）

阻碍涉外违法所得没收裁定的执行。

3 完善涉外违法所得没收程序的必要性

3.1 为我国国际刑事司法协助法的建立提供条件

自《中华人民共和国引渡法》颁布之后，我国刑事司法协助领域才算有基本的法律规范。当代我国和外国的刑事司法协助是通过签订双边条约来实现的，国内并没有统一的刑事司法协助基本法律规范，这就导致我国和外国签订的双边条约存在着不一致的情况。而且，从已经签订的刑事司法协助条约来看，我国的职能机关或者是外交部，或者是国务院，导致国际司法协助效率不高。这些问题的存在都催促我国尽快建立刑事司法协助法。完善涉外违法所得没收程序也许是倒逼我国刑事司法协助法出台的契机，因为涉外违法所得没收程序裁定作出之后，涉及更多的就是裁定的执行，而根据我国现状，腐败资产追回是涉外违法所得没收程序中的第一大问题。启动腐败资产追回需要大量的时间和金钱。追查被转移的腐败资产，特别是在涉及大规模贪污腐败所产生的资产时，往往需要进行长时间复杂、昂贵的调查、追踪、冻结、没收或民事程序。这一系列的程序多需要国内立法的支撑，需要统一的操作流程，只有建立相应的涉外违法所得没收程序法规，才能在被告人或犯罪嫌疑人逃匿或死亡情况下，针对其涉外违法所得部分签发执行令，并且根据国际司法协助程序展开执行。

3.2 完善国内立法体系

一国法律的健全标志着该国法制化水平，也彰显该国社会文明程度和综合实力。完善的法律体系不仅包括国内法，还包括国际法，不仅要处理国家内部的民事、刑事等问题，还要处理跨国民事、刑事犯罪问题。自新的刑事诉讼法颁布，我国增加了违法所得没收程序，但是关于涉外违法所得没收的执行程序没有规定，这就导致针对被告人或犯罪嫌疑人的涉外财产没有明确的没收实施细则，大量转移到国外的违法所得将继续流失，造成国家财产的损失。

在追缴犯罪所得的刑事司法协助实践当中，往往依据的是国际公约或者缔约双方的双边条约，不过，具体协助的成功与否还是要取决于被请求国的国内相关法律法规。这是因为，不论是国际公约还是双边条约，他们一旦签订，往往具有较强的稳定性和滞后性，修改和变动程序较为复杂，而相比之下，国内专门法律法规具有较强的灵活性，能够通过不断的修订和完善来适应国际刑事司法协助的发展趋势。[608]这里可以借鉴加拿大的《刑事司法协助法》，加拿大在 1985 年颁布

---

608 万霞．反腐败的国际立法浅析[J]．外交学院学报，2004，(1)：23 一 25.

该法开始到2002年，一共对该法进行了12次的补充完善。因此，需要完善涉外违法所得没收程序，充分研究和利用专门的国内法律法规，让没收裁定作出之后，由主管机关展开国际刑事司法协助，不仅能够追回流失资产，而且能够加强国家之间的合作，对世界范围内的腐败现象给予沉重打击。

3.3 遏制贪污腐败等重大犯罪的国际化趋势

腐败案件以及资产流失现象在全世界范围内存在，一旦腐败案件发生，资产都会以一种合法的形式存在于国外（如下表2-1所示），追缴起来特别困难，没有完善的涉外违法所得没收程序，就不能展开有效的国际司法协助。

国家	人员	腐败方式	资产流失	资产流失后的合法存在方式
菲律宾	马科斯	依职权贪污	50到100亿美元	房产、农场、公司、现金、珠宝
尼日利亚	阿巴查	依职权贪污	20到50亿美元	商业股权、国外银行存款
扎伊尔	蒙博托	总统任职	50亿美元	存款、珠宝、房产

上述贪污腐败案件不仅给国家造成了大量资金损失，而且破坏了法律的权威。出现问题之后，就要积极采取措施加以弥补。完善的涉外违法所得没收程序中如果有科学合理的资产分享规定，将会大大缩短资产追缴的平均时间，尽快弥补资产损失。

4 完善涉外违法所得没收程序的途径

4.1 创新涉外违法所得没收程序立法模式

涉外违法所得没收程序需要国际刑事司法协助，而我国开展司法协助的国内法依据只有《刑事诉讼法》的原则性规定和《引渡法》，实践当中出现的其他方面司法协助，比如没收程序涉及道德赃款赃物的冻结、没收、返还等将没有国内法依据。任何国家的刑事诉讼都规定司法机关各司其职，进行有效的分工。引渡之所以出现是因为，本国犯罪人逃离国外，鉴于国家司法主权，必须要将犯罪人在国外有关国家的帮助下进行抓获并且移交，以实现本国的刑事管辖权。《引渡法》的出台也是适应了国际话的趋势，适应了犯罪人越来越多的逃离国外的现状。

而当今世界，另一个普遍性的问题就是贪污腐败现象日益严重，且呈现国际化、科技化趋势，如何能够在没收令签发的情况下，实现违法所得的没收以及返还，也是困扰国际社会的一大问题，该问题同样需要专门的立法，就像《引渡法》中规定引渡的条件、引渡请求的提出、审查、措施以及执行一样，对“违法所得没收程序”也应该规定具体的条件、没收令的提出、审查、执行。

4.2 涉外违法所得没收程序原则设定

4.2.1 尊重国家主权原则

尊重国家主权原则是指尊重各国主权或各国相互尊重主权，各个国家拥有独立自主的处理自己对内对外事务的最高权力。该原则在国际刑法上落脚于刑事管辖权，国际刑事案件的跨国性意味着该案件的犯罪行为或者犯罪结果等发生在不同的国家，但是一旦一个国家确定了刑事管辖权，需要另一国家协助的时候，双方就应该相互尊重刑事管辖权，不应该随便干涉别国司法进程。涉外违法所得没收程序中当一国的没收令发出之后，该国并不能直接到涉外违法所得所在国家进行冻结或者没收，也就是在此不能“自己动手”，如果不尊重国家主权，极易造成霸权主义，而且容易引发国家之间正常的外交关系，引发政治问题。[609]所以正确的做法应该是相互尊重刑事管辖权、尊重国家主权，根据双边条约或者国际公约，提出请求，按照被请求国家的法律展开相关程序，得到域外国家的协助，以实现自己没收令的成功执行。

4.2.2 平等互惠原则

平等互利原则是我国和平共处五项原则的内容之一，是我国对外交往必须遵守的基本准则之一。我国在《刑事诉讼法》中，在国际刑事司法协助中采用的是“互惠”二字，两者含义接近，该原则作为国际法上的原则，指的是根据双方签订或者缔结的有关条约，相互给予对方同等的待遇，或者在没有条约的情况下，在国家进行协合作的过程当中，双方相互作出承诺，实现此次合作的成功并且承诺下次同等情况出现时也会受自己承诺的约束。在涉外违法所得没收程序的确定和没收阶段该原则应该体现在：首先，双方国家应该具有平等的国际法主体地位，承当义务和享有权利方面平等；其次，在涉外违法所得没收程序的具体开展中，请求国不能以一个主权国家作为对象，应该尊重被请求国的主权地位；再次，在没收阶段，应本着对双方都有利的原则进行，不能损害对方国家的利益，在请求书中尽量的表达本国的观念和请求，不能将自我观念强加到被请求国家。最后，就算被请求方因某种原因拒绝提供司法协助，也不能随便对被请求国采取敌对措施，而是通过对等原则在相应领域采取一定程度的限制，或者请求第三方组织充当调解者。

---

[609] 徐武生．赃款赃物追缴若干法律问题探讨[J]．公安大学学报，1996，（3）

4.3 细化涉外违法所得没收程序的权利义务分配

按照借鉴《中华人民共和国引渡法》的立法模式和内容，涉外违法所得没收程序的权利义务分配将分为“向中华人民共和国提出请求”和“向外国提出请求”两个主要部分。鉴于涉外违法所得没收程序的 “没收阶段”和“返还阶段”不同，宜将权利义务分开阐述。

4.3.1 涉外违法所得确定和没收阶段

（一）向中华人民共和国提出违法所得没收请求

A、没收请求的条件

外国向我国提出违法所得没收请求需要同时符合以下条件：第一，请求国的没收请求不损害中华人民共和国的主权和国家安全；第二，请求国的没收令所针对的犯罪不是轻微犯罪，而是符合请求国内的特定严重犯罪；[610]第三，没收请求的财产在中华人民共和国境内，并且能够通过国内法采取有效的冻结、没收措施；第四，请求国签发没收令的法院对有关犯罪案件享有管辖权，，并且请求国没收令的作出符合正当程序；第五，没收请求涉及的财产或者执行活动不妨碍我国正在进行的司法活动。

B、没收请求的提出

第一，请求国的没收请求应当向中华人民共和国外交部提出；第二，请求国提出没收请求应当出具请求书，请求书应当载明：请求机关的名称，被请求违法所得的性质、数量、等，违法犯罪事实的基本情况说明；第三，请求国应当出具以下材料：犯法犯罪人是否已经定罪，如果定罪出具相应的犯罪证据或者证据材料，如果没有定罪出具相应的程序证明；没收请求应当由请求国的主管机关正式签署或者盖章，并应当附有中文译本。第四，请求国应当作出如下保证：第一，一旦出现没收错误，请求国有义务承担给合法第三人造成的损害，并承担纠正司法错误的责任；第二，在我国作出冻结、没收措施之后，请求国应采取一切有利行动方便后续程序的开展。

C、对没收请求的审查

第一，审判机关（易将权力赋予最高人民法院）收到请求国的没收请求之后，应当对请求书和所附的文件材料是否符合请求条件进行审查；第二，若是两个以上的国家就同一违法所得提出没收请求，应当综合考虑我国收到请求的先后、我国与请求国是否存在条约关系等因素，来确定优先顺序。第三，审查之后，认为不符合请求条件的，可以要求请求国在三十日内提供补充材料，也可以根据请求国的申请将期限延长至四十五日。如果请求国在上述期限内没有提供相应补充材料，外交部应当终止没收案件。第四，如果审查符合我国法律规定，则将请求书

[610] 李振奇，朱平．赃款赃物没收追缴程序初探[J]．人民司法，2003，（5）

及相关材料转交有关高级人民法院进行审查，与其他部门进行配合，执行。第五，审查符合有关条约及我国国内法规定时，需要对请求国没收令进行登记，登记之后就具有同我国没收令同等的法律效力；第六，在登记没收令之后，就需要对请求国的没收令展开国内“异议”调查，允许任何公民在没收令登记之后，三十日内针对没收令所涉及的财产提出所有权异议，当公民有证据证明没收令所涉财产为自己合法所有时，可以向法院申请撤销或变更登记。

D、没收的执行

第一，国内刑事诉讼的执行部分都是由法院的执行庭负责，鉴于涉外违法所得的跨国性，没收应由最高人民法院授权相关法院执行。法院根据我国的有关财产冻结和没收规定，通知有关金融机构或者其他财产管理部门进行冻结、没收。第二，设立专门的违法所得基金会，该基金会配有专业财物工作人员，用来存放违法所得，对财物进行暂时管理。

（二）向外国提出违法所得没收请求

第一，请求外国准予违法所得没收，应当由负责办理有关案件的中级人民法院将没收令向最高人民法院提出意见书，并且附有关文件材料和经证明无语的译文。最高人民法院审核之后同意后，通过外交部向外国提出请求。第二，在紧急情况之下，在向外国正式提出没收申请之前，通过外交途径或者被请求国的同意，可以对有关违法所得采取强制措施。第三，有关没收请求所需要的文书、文件等材料应当依照有关条约或者双边条约提出，没有相关条约的，就按照我国关于涉外违法所得没收程序的规定准备。被请求国有特殊要求的，如果不违反我国基本原则可以按照要求进行准备。第四，人民法院负责和外国执行机关进行具体事务的洽谈和沟通，如果需要派员赴外进行有关追缴活动，则应该由犯罪所在地的检察院和公安机关具体开展没收工作。

（3）费用补偿

在一般地国际刑事司法协助当中，有关的执行费用一般是根据司法协助条约的约定来承担的，为了便于双方长久的刑事司法协助，费用通常由被请求国承担。但是，如果被请求国根据请求国提出的请求对有关财物进行没收过程中，支出较大的费用，比如冻结费用、保管费用或者移交费用，就会导致被请求国的积极性降低，此种情况下，应该考虑到任何劳动都应该得到报酬，请求方有必要对被请求方的支出承担补偿。

4.3.2 涉外违法所得资产返还阶段

（一）向中华人民共和国提出资产返还请求

外国向我国提出资金返还请求的前提就是我国已经承认和执行了外国的没收令，已经对有关违法所得采取了相应的强制措施。之所以要提出资产返还请求，是因为该资产适不适合返还即返还成本考量，以及以何种方式返还，返还结果如

何等都不是一个简单的操作程序。第一，没收令执行之后，外国主管机关向我国主管机关提出资产返还请求，我国需要审查双方国家是否存在有关资产返还的双边条约或协议，如果有将按照协议进行，如果没有，将按照互惠原则展开资产返还程序；第二，如果被请求国同意资产返还，将会按照国内法有关财产的处理进行变卖或者移交；第三，我国将考虑此次协助执行中产生的合理费用，包括交通费、材料费等直接成本，还要将潜在的间接成本包括在内。

（二）向外国提出资产返还请求

一般位于被请求国内的违法所得对该国的经济发展和资金流通起到积极的作用，如果请求国和被请求国之间没有协定或者协议，那么被请求国在资产返还方面会持有消极态度。所以签订双百年协议或者协定有助于资产的返还，而签订协议的前提也需要有国内立法的依据。在向外国提出资产返还请求方面，第一，在被请求国业已没收相关财产之后，易于让我国最高法院提出资产返还请求，因为法院作为我国的司法机关，是公正性的代表；[611]第二，就资产返还方式和外国达成协议，积极配合资产返还程序；第三，如果返还结束后，被请求国出现合法第三人主张权利，我国应积极对此回应。

（三）资产返还——资产分享制度构建

涉外违法所得没收程序中还涉及到“资产分享”，这一问题在我国《引渡法》中并没有详细规定，但是涉外违法所得的司法协助中却绕不开这一问题。所谓资产分享，就是指通过国际刑事司法协助、合作，对犯罪嫌疑人或被告人的违法所得资产取得控制之后，请求国要将资产的一部分分按照协议或者约定给在冻结、没收、追缴过程中给予本国帮助的国家。

从我国现行法律来看，我国《刑法》第 64 条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还,违禁品和供犯罪所用的本人财物&应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”从中可以看出我国注重违法所得首先返还给受害人，然后上缴国库，一般情况下不做另外的处置。《中华人民共和国禁毒法》第 57 条规定：“通过禁毒国际合作破获毒品犯罪案件的，中华人民共和国政府可以与有关国家分享查获的非法所得、法所得获得的收益以及供毒品犯罪使用的财物或者财物变卖所得的款项。”当前，我国国内法中并没有专门对涉外违法所得的分享进行规定，而且也没有普遍约束力的协议，只有在个案中进行过分享。2013 年 6 月中国和加拿大就返还财物和分享被没收资产协定进行谈判，并草签了协定，这是中国就追缴犯罪所得对外谈判的第一项专门规定，加拿大成为与我国首个缔

---

[611] 余丙南．〈联合国反腐败公约〉若干问题探析[J]．甘肃行政学院学报，2004，（4）

结此类协定的国家。研究此次协定的内容将对我国建立普遍性的资产分享制度起到引导作用，该协定主要有两个方面，其一，是关于返还，比如缔约一方的法院认定某项被非法侵占的财物为缔约另一方或其境内的企业、个人合法所有,该方将根据协定和本国法律将该财产返还合法所有人。此条规定显示,国有资产被贪污或者挪用，如果能够证明资产属于个人合法所有，将会被予以返还。其二，是关于分享。限定了可以分享的资产范围，仅对于没有或者无法认定合法所有人的犯罪所得，缔约一方在没收后，与另一方按照双方约定的比例（按照缔约国在此次协助中的贡献划分）对该资产进行分享。

国际航空运输公约在我国适用制度的完善

师怡*

【摘 要】华沙体制内部法律文件各有不同的缔约国，加之 1999 年《蒙特利尔公约》生效后在很长一段过渡期内，会出现 1999《蒙特利尔公约》规则与华沙规则并行适用的复杂局面。新旧国际航空运输责任体制的衔接以及我国对公约的适用都是司法实践中绕不开的难题。关于国际公约与我国司法实践的关系，鉴于国际航空运输公约作为国际私法条约的一种类型，具有直接适用的特点，无需转化为国内法就可以直接在国内法院适用。但我国《民用航空法》对国际航空运输公约在国内法院的适用问题规定比较笼统，无助于解决此类公约在适用中遇到的各种问题，我国《民用航空法》的修改稿里面可以予以细化。

【关键词】国际航空运输公约；国际私法条约；法律适用

一、国际航空运输公约在我国的适用困扰

（一）国际航空运输公约的重叠适用[612]

著名航空法学家 Dempsey 教授说过，国际航空货运制度像个法律迷宫，即便训练有素的律师，也可能轻易迷失。[613] 1929 年《华沙公约》第一次在世界范围内统一了运输凭证、运输条件、运输责任和赔偿诉讼等国际航空运输中的多个主要问题，但华沙公约历经了多次的分裂与修改，形成了由 1929 年《华沙公约》以及嗣后八个修订文件组成的华沙体制。由于经各议定书修订后的《华沙公约》，仅在接受各议定书的缔约国之间适用，因此国际航空运输私法规则陷入了混乱。《蒙特利尔公约》于 2003 年 11 月 4 日正式生效实施，接替《华沙公约》成为航空运输责任领域最重要的统一实体法，但《蒙特利尔公约》的孕生并未终结《华沙公约》及其议定书的作用，《蒙特利尔公约》在生效后的过渡期内仍然与华沙规则并行适用，从而使国际航空法律适用问题成为司法困扰。

中国加入的航空运输公约是我国民用航空运输法律的渊源之一，[614] 这些承运人责任公约在责任基础、责任限额、责任免除、责任主体、单证制度以及索赔期限等法律问题上进行过多次修正，不同公约的货运规则之间存在诸多差异。由于国际航空运输公约的数目较多，各个国家对公约的接受情况不同，因此与我国相关的国际航空货运争议，所适用的公约和审判结果都不具有统一性和确定性。

* 师怡，西北政法大学国际法学院讲师，吉林大学法学博士。

612 师怡：《航空运输公约的冲突与协调》，《北京理工大学学报（社会科学版）》，2014 年第 3 期。

613 Paul Stephen Dempsey, *Aviation Liability Law* (2nd ed.), LexisNexis Canada, 2013, p. 700.

614 此外，我国共颁布 1 部法律——《中华人民共和国民用航空法》，发布民航行政法规 30 部（其中 3 部已失效），民用航空规章 185 个（其中 54 个已失效），中国民航法规体系框架初步形成。

此外，国际航空运输公约在我国法院的适用与解释，在我国民航法中缺乏规定。

（二）我国运输法制的双轨问题

各国调整涉外经济关系的法律规范有两种立法模式,即“内外统一”和“内外分流”。前者对涉外法律关系不单独立法，后者区分国内与国际法律关系分别立法。以国际航空货物运输为例，中国民航总局针对国内和国际运输关系，分别制定了《中国民用航空货物国内运输规则》和《中国民用航空货物国际运输规则》，表明我国的航空运输立法采用了“内外分流”的立法模式，对两种运输关系适用不同的赔偿标准。

在调整国际航空货物运输关系的公约中，[615] 鉴于我国已经加入《华沙公约》、《海牙议定书》和《蒙特利尔公约》，在符合公约适用条件的情况下，这些公约会自动适用和优先适用，因此，符合公约定义的“国际运输”[616]条件的航空货运争议，会适用公约下的承运人责任制度和责任限额，而根本不会考虑《中国民用航空货物国际运输规则》的适用问题。相反，如果运输活动仅仅具有涉外因素，而不符合公约定义的“国际运输”，就只能通过国内法进行调整。在这种情况下，只有运输合同的准据法是中国法，才有进一步适用我国《民用航空法》和《中国民用航空货物国际运输规则》的可能。而当航空运输关系构成单纯的国内运输时，就会适用《民用航空法》和《中国民用航空货物国内运输规则》。由于我国民航法和国际公约在承运人责任制度和责任限额方面存在诸多差异，导致不同适用结果下的赔偿责任内外有别，这会促使当事人人为地挑选法院。

二、国际私法条约在国内法院适用的理论与实践

（一）国际私法条约的接受方法

国际私法条约是指国家间旨在创设以国际私法规范为主要内容的国际法上权利义务意思表示一致的结果。其外延包括冲突法条约、民事程序法条约和实体

---

615 调整国际航空货物运输关系的公约有 1929 年《华沙公约》、1955 年《海牙议定书》、1961 年《瓜达拉哈拉公约》、1975 年《蒙特利尔第 4 号议定书》和 1999 年《蒙特利尔公约》。

616 《华沙公约》和《蒙特利尔公约》第 1 条第 1 款表明，公约的调整对象是“国际运输”关系。这些条约赋予国际运输的定义是，“根据运输合同的约定，启运地和目的地不在同一缔约国领土内，或者启运地和目的地位于同一缔约国领土内，但在其他国家有一个约定的经停地点，而不论该其他国家是否为缔约国”。从定义分析，“国际运输”包含了单程运输与往返运输两种情况。在单程运输的情况下，只要启运地和目的地位于不同的缔约国领土内，就属于公约所定义的“国际运输”。如果启运地位于某一缔约国境内，而目的地位于非缔约国，则不符合公约的定义，反之亦然。在往返运输的情况下，“国际运输”要求启运地和目的地在同一缔约国领土内，但在其他国家有一个约定的经停地点，这个经停国可以是公约的成员国也可以不是。如果启运地和目的地在同一非缔约国领土内，则不论有多少经停地点位于其他国家（包括缔约国），该运输都不能称为“国际运输”。

私法条约。规定冲突规范的条约是冲突法条约，规定民事程序规范的条约就是民事程序法条约，规定实体私权利和义务的条约是实体私法条约。实体私法条约又分为任意性规则和强制性规则，而冲突法条约和民事程序法条约多为强制性规则。由于规则的性质不同，法院在适用不同类型的条约时采取的方法也会不同。[617]本文所讨论的国际私法条约实质上是指第一种类型，即“实体私法条约”，或者称“统一实体法条约”。

国际私法条约在各国的适用具有条件限制。从国际条约法的理论和各国实践来看，如果要在一国国内执行一个根据国际法对该国已生效的国际条约，需要通过国内法把该条约并入该国法律体系。将国际条约并入一国法律体系的方法有两种：一种是一元论，即“纳入”法或者直接适用的方法，指一国国内法通过概括性条款承认在国际上已经对该国生效的条约在国内具有法律效力，将条约全部并人该国法律体系；另一种是二元论，即“转化”法或间接适用的方法，指在国际上对一国生效的条约，必须通过制定相应的国内法才能在该国适用。采用“纳入”法的代表性国家有美国、法国、荷兰、瑞士、俄罗斯等；采用“转化”法的代表性国家如意大利、英国等。[618]

（二）国际私法条约在我国的效力

国际私法条约在我国国内的效力包括两方面的问题：一是在国际上对我国生效的条约如何在国内产生法律效力；二是条约被国内法接受后与其他国内法发生冲突时如何处理。前者属于条约接受，而后者属于条约在国内法的位阶。[619]

关于国际私法条约在我国国内如何发生效力，即条约接受问题，宪法和宪法性法律都没有明确规定，但是此类问题分散地规定在我国的法律法规中。结合我国的宪法、法律、司法解释以及对外声明中的内容，从我国缔结和履行国际条约的实际情况来看，我国对国际私法条约采用直接适用的“纳入”法，凡是根据国际法对我国生效的国际条约，直接并入我国法律体系适用。我国立法通过两种方式表明国际私法条约在法院的直接适用性。第一，法律通过规定这些条约调整的事项不再适用国内法的方式表明条约的直接适用性。比如，《继承法》第36条第3款规定：“中华人民共和国与外国订有条约、协定的，按照条约、协定办理。”第

617 徐光明：《国际私法条约在我国法院的适用》，武汉大学博士学位论文，2012 年。
618 这两种分类被国内法学界普遍接受。如李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 314 页。
619 同前注 5。

二，法律通过规定国际私法条约与我国法律冲突时的优先适用表明条约的直接适用性。[620]比如，《民法通则》第142条第2款规定："中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。"[621]

关于条约在我国国内的法律位阶，国内学者普遍认为，对于中国有效的国际条约已经构成中国法律体系的组成部分。有学者甚至提出，国际条约应当是我国法律体系的一个层级，在中国法律体系中具有低于宪法高于法律的效力和地位。[622]这种位阶，在若干法律条文中都有体现。比如，《民法通则》第142条第2款、《民事诉讼法》第236条、《环境保护法》第46条、《行政诉讼法》第72条等法律文件均规定：当条约与我国国内法不一致时，优先适用条约规定。总之，条约优先于国内法，是我国法律制度的一种倾向。[623]

三、国际航空运输公约在适用方面的特殊性

基于国际私法条约在国内法院适用的一般理论，国际航空公约在各参加国的适用也需要通过"纳入"或"转化"两种途径。在前一种方法下，国际航空公约不需转化就可在国内适用；后一种方法下，国际航空公约的内容需要被转化为国内法在国内适用。例如，英国采取"转化"的方法，通过1932年的《航空运输法令》将1929年《华沙公约》进行转化，赋予其国内法的效力。[624]

国际航空运输公约是国家之间谈判形成的、调整平等民商事主体（托运人/收货人与承运人）之间运输合同关系的条约，从类型上界定，都属于国际私法条约，尤其是国际私法条约下的统一实体法条约。国际私法条约的特点是可以直接适用，因为其调整范围不是国家间的贸易政策关系，而是涉外民商事领域当事人的权利义务关系。[625]鉴于国际航空运输公约的调整对象符合国际私法条约的要件，是国际私法条约的类型之一，因此可以直接在国内法院适用。

然而，航空运输公约相比一般的国际私法条约，在适用方面更具有特殊性。尤其是《蒙特利尔公约》，其强制性和优先性，使其有别于一般的国际私法条约。

---

620 赵建文：《国际条约在中国法律体系中的地位》，《法学研究》，2010 年第 6 期。
621 王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，北京大学出版社 2007 年版，第 129 页。
622 同前注 8&9。
623 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 210 页。
624 郝秀辉：《中国视域下航空法独立性之辩》，《北京理工大学学报》（社会科学版），2013 年第 3 期。
625 孙南申、张苏峰：《论未对中国生效的国际私法条约在国内法院适用问题》，《武大国际法评论》，2013 年第 1 期。

前文提到，国际私法条约包含统一实体法条约，而统一实体法条约又可以进一步划分为任意性条约和强制性条约。比如，《联合国国际货物销售合同公约》就是任意性规范，当事人可以明确地做出意思表示，选择一国法律而排除公约的适用，既可以排除整个公约，也可以排除公约的某些条文。不仅如此，当事人还可以通过约定将公约适用于那些因适用条件欠缺而本不应适用公约的合同。[626]与之相反，航空运输公约属于强制性规范。《蒙特利尔公约》第26条规定，任何旨在免除承运人责任或者降低责任限额的合同无效。第49条规定，“运输合同的任何条款和损失发生以前达成的所有特别协议，当事人借以违反公约规定的，无论是选择所适用的法律还是变更有关管辖权的规则，均属无效。”这些条款或者禁止当事人通过合同排除承运人的法定义务，或者禁止当事人在法律适用和管辖权问题上做出选择，表明了公约的强制适用性。

在上海浦东新区人民法院审理的法国航空公司诉智傲物流有限公司案[627]中，托运人和承运人法航签订一份航空货物运输合同，将一批货物从伦敦运往上海。空运单背面的条款写明：“如果运输涉及目的地或经停地与出发地不同，《华沙公约》将被适用。”由于中国和英国均为《华沙公约》、《海牙议定书》和《蒙特利尔公约》的缔约国，因此公约在适用方面存在竞合。法院援引了《蒙特利尔公约》第49条和第55条，判定案件应该适用《蒙特利尔公约》。公约第49条规定，运输合同包含的任何条款，当事人借以违反公约规则的，均属无效；第55条规定，该公约与其他华沙体系文件的关系是，《蒙特利尔公约》优先适用。此案说明了以下几个问题：第一，《蒙特利尔公约》是一个强制适用的公约，在我国直接适用。运输的启运地英国和目的地中国都公约的缔约国，中国法院在审理中应当优先适用公约的规定。第二，《蒙特利尔公约》的优先适用性。《在蒙特利尔公约》与华沙公约文件的关系问题上，《蒙特利尔公约》第55条明确表明其优先地位。第三，在《蒙特利尔公约》的优先效力与当事人意思自治的关系方面，当事人不能通过协议排除《蒙特利尔公约》的适用。即使当事人在运输合同背面写明适用《华沙公约》和《海牙议定书》，这种约定应不予理会。[628]

---

626 [德]彼得·施莱希特里姆：《〈联合国国际货物销售合同公约〉评释》，李慧妮译，北京大学出版社 2006 年版，第 15-17 页。

627 智傲物流有限公司诉法国航空公司航空货运争议案。一审：（2006）浦民二（商）初字第 4384 号；二审（2007）沪一民五（商）终字第 27 号。

628 孙黎：《蒙特利尔公约（1999）的优先适用和强制适用》，《人民司法》，2011 年第 16 期。

综上所述，国际私法条约具有直接适用和间接适用两种模式，具体采用何者取决于条约的类型。统一实体法条约是国际私法条约的一种类型，具有直接适用的特点，航空运输公约作为典型的统一实体法条约，无需转化为国内法就可以直接在国内法院适用。航空运输公约在我国的法律体系中，法律位阶高于一般国内法律，可以直接适用。我国1995年《民用航空法》对国际航空运输公约的适用中的一些问题缺乏明确的规定。尽管这些法律问题在司法判决中得到很好的阐释，但我国不是判例法国家，判例只能作为辅助渊源，其法律位阶较低。《民用航空法》第九章关于公共运输的规定在很大程度上参考了《华沙公约》的规定，近二十年过去，在我国民航法修订之际，《蒙特利尔公约》作为航空运输规则现代化的成果，为我国相关制度的完善提供了借鉴。国际航空运输法作为国际私法条约的一种类型，具有直接适用的特点，无需转化为国内法就可以直接在国内法院适用。我国《民用航空法》对国际航空运输公约在国内法院的适用问题规定比较笼统，无助于解决此类公约在适用中遇到的各种问题，比如不同运输公约之间的关系问题、公约规定与当事人约定的关系问题，我国《民用航空法》的修改稿里面可以体现对这些问题的思考。

实证研究视角下外国法查明制度之症结与完善路径

王徽
(华东政法大学，国际法学院，上海 200042)

内容摘要：外国法查明制度不仅关系到特定涉外案件的法律适用，还关系到国际私法在实践中的生命力。实证研究表明，即便是在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》及配套司法解释出台的背景下，我国法院的外国法查明现状仍就不甚理想。具体表现为，涉及外国法查明的案例聊聊无几；外国法查明方法几乎均为当事人提供和外国法专家提供；最终成功查明并适用外国法的案例屈指可数等。究其原因，不在于立法本身，而在于法律配套制度之不完善。详细包括“外国查明方法难以发挥应有效果”和“法官因担心错误而主观消极”这两个方面。有鉴于此，当务之急应“完善外国法专家查明方法”，并“确立外国法查明与适用错误的免责制度”。响应党的十八届四中全会精神，呼吁在自贸区内开展先行先试，待经验成熟后复制并推广至全国。

关键词：外国法查明；核心症结；完善路径；实证研究

外国法查明(ascertainment of foreign law)，亦称为外国法的证明(proof of foreign law)或外国法内容的确定，是指一国法院在审理涉外民商事案件时，如果依本国的冲突规范（包括当事人基于意思自治原则而选择）应适用某一外国实体法时，如何查明该外国法关于这一涉外案件特定问题的规定或规则的问题。[629]外国法的查明对于国际私法的重要性不言而喻，其甚至关乎国际私法的生死存亡。[630]从微观层面看，它关系到特定涉外案件的法律适用，进而将影响到案件的胜负与当事人之间的权利义务；从宏观层面看，它担负着维护国际民商事判决一致性、交往的可预见性，以及安全性的使命。[631]我国立法对此亦保持了高度的关注，随着《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称《法律适用法》）及其配套司法解释的出台，关于外国法查明的法律制度较之以往已更为明确。党的十八届四中全会指出：“法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施。”[632]为此，有必要依实证研究之视角，从应然向实然过渡。特别是在了解和掌握《法律适用法》实施后外国法查明现状的基础之上，明确当下外国法查明制度的核心症结，并以此提出解决路径。

一、问题的提出和理论假设

文献研究表明，我国就外国法查明的研究成果业已颇丰。结合前人的研究成果来看，外国法查明的结果并不理想，主要表现为最终成功查明并适用外国法的案例十分有限。[633]究其现象背后的原因，理论和实务界可谓众说纷纭。有观点认为这是由于当时的法律未能就外国法的性质加以界定，如未明确采取“法律说”、“事实说”、“折中说”，并以此构建和分配具

作者信息：王徽（1990-），男，上海浦东人，华东政法大学国际法学院 2013 级法学硕士。主要从事国际经济法、国际商事仲裁领域的研究。

[629]黄进：《国际私法》，法律出版社 1999 年版，第 273 页。

[630]参见宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社 2004 年版，第 329 页。

[631]参见徐鹏：《外国法查明：规则借鉴中的思考——以德国外国法查明制度为参照》，载《比较法研究》2007 年第 2 期，第 74 页。

[632]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，详见：http://news.163.com/14/1023/19/A990DECH0001124J.html，访问时间：2014 年 12 月 29 日。

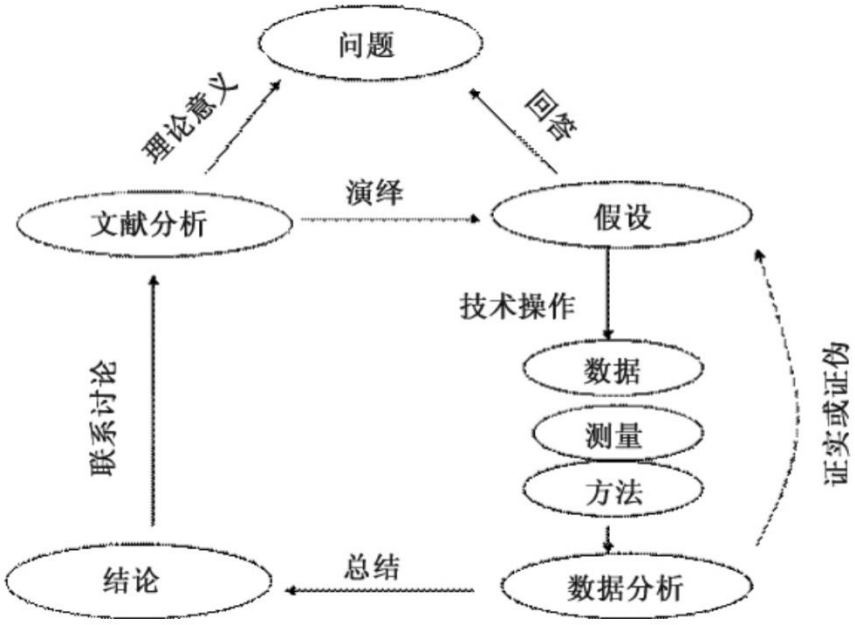
[633]黄进，杜焕芳：《关于我国法院审理涉外海事案件适用法律情况的分析》，载金正佳：《中国海事审判年刊》，人民交通出版社 2005 年版，第 323-327 页。

体查明责任所致；[634]有观点认为这是法院自由裁量权过大且不受约束的结果，如滥用“外国法无法查明”便是典型表现之一；[635]还有观点认为这与部分法官国际私法思维薄弱，习惯性地忽视外国法有关。[636]通过归纳可以发现，前人研究多将问题的矛头指向法律规则本身的缺失，具体的解决方案也往往是站在完善立法的角度而提出的。那么是否说只要进一步完善法律规则后，那么外国法查明的问题就可以“迎刃而解”呢？对此可以通过《法律适用法》的实施现状加以回答。若现状仍不理想，那么极有可能说明当下的主要问题不在于法律规则本身，而在于实施过程中的配套制度没能及时跟进。换言之，这可能表明虽然法律规则正不断完善，但其与实践现状的诉求存在脱钩之处。对于如上假设，本文持肯定之观点。为了验证该假设之正误，下文将依实证研究的方法来展开。

二、外国法查明的司法现状

（一）研究方法和统计样本

本文的逻辑证成和总体思路如“实证研究的基本结构图”所示。根据实证研究的基本结构图，研究需要完成两个循环。就第一个小循环（三角）而言，它是通过文献研究，提炼出理论假设，从而回答相关问题的。但是该理论假设的真伪尚不得而知，为此实证研究还需要进行第二个循环（长方形）。在这个循环中，之前假设的真伪可以通过数据的采集、测量和分析而加以验证。只有同时完成这两个循环，那么才能顺利并科学地开展实证研究。[637]



实证研究的基本结构图

本文统计的对象为我国的司法判决。在样本方面，这些判决均来源于“北大法宝”数据库。时间跨度为《法律适用法》生效至 2014 年年底的审结案例，即从 2011 年 4 月 1 日至 2014 年 12 月 31 日。在检索方法方面，本文运用了“北大法宝”的高级搜索功能。具体以

[634]参见郭玉军：《近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践》，载《武大国际法评论》2007 年第 2 期，第 4 页。
[635]参见肖芳：《我国法院对“外国法无法查明”的滥用及其控制》，载《法学》2012 年第 2 期，第 108 页。
[636]参见韩向东，王娟：《审判实践视野下的外国法查明制度重构》，载《山东审判》2006 年第 5 期，第 106 页。
[637]参见彭玉生：《“洋八股”与社会科学规范》，载《社会学研究》，2010 年第 2 期，第 180-210 页。

“中华人民共和国涉外民事关系法律适用法”为搜索关键词，并辅之于“文书性质”、“审理法院”、“审理程序”、“结果中检索”等搜索工具。本文统计的指标包括“外国法的适用情况”（“数量”和“主动或被动适用”）、“公约与惯例的适用情况”、“外国法无法查明的适用情况”、“查明方法的运用”等情形。

需要指出的是，虽然“北大法宝”是为学界和实务领域使用较为广泛的法律数据库，但它仍然存在一定的局限性，统计难以做到100%的精确。例如，部分法院案例恐因保密等原因而未能获得数据库收录；数据库中的案例存在重复，且处于不断的更新状态。不同查明时间下，样本的数量存在一定的出入；案例本身的说理可能较为简单，缺乏必要信息，最终导致未必能够反映所有的统计指标。然而，即便如此，统计样本仍然具有一定的代表性，并可以从定性和定量的角度来验证本文的理论假设。

（二）涉外民商事案件的分布和走势

1. 总体涉外案件分布

通过索引，共发现符合关键词的涉外民事案件1296起。相比于同期一共的1441022件民事案件，涉外民商事案件仅占约千分之一，总体而言数量非常有限。如下图所示，在涉外案件中，最终未适用中国法，而是适用国际公约，国际惯例，以及域外法的案例只有39件，仅占所有涉外案件的3%。在适用中国法的案例中，除了17起是“外国法无法查明”所致，其余共有408起案例是基于“意思自治”、479起案例是基于“最密切联系”，353起案例是基于“其它冲突规范”而导致中国法适用的。值得一提的是，在“意思自治”适用中国法的案例中，存在一些起初合意适用外国法，但在庭审中却又改为适用中国法的。[638]究其原因，判决中虽并没明确提及，但可能同当事人的代理人，乃至法官的影响有关。[639]因为一旦约定适用外国法，正常情况下便会涉及外国法的查明，当事人（代理人）可能因为种种原因而放弃。由统计数据可得，真正能触发外国法查明程序的案件，可谓凤毛麟角。

适用法律	中国法	域外法（包括公约和惯例）
案例数	1296	39

表一：域外法适用分布情况表

适用中国法的理由	意思自治	最密切联系	外国法无法查明	其它冲突规范
案例数	408	479	17	353

表二：中国法适用理由统计表

2. 外国法无法查明的适用情况

再在北大法宝“结果中搜索”输入“不能查明”或“无法查明”关键字，并结合人工索引的方式，本文共找到17起适用“外国法无法查明”这一理由的案例。如下表所示，就域外法的适用原因而言，主要有“意思自治”、“最密切联系”和“其它冲突规范”这3类。它们分别占了8起、8起和1起。在无法查明的理由上，几乎均以“当事人没有提供”[640]或者“当事人虽有提供，但程度不足以证明外国法”为理由。[641]值得关注的是，凡涉及法院依职

[638]崔光泽（CHOEKWANGTHAEK）等诉邦沪航运有限公司（BANGHUSHIPPINGLIMITED）船员劳务合同纠纷案(2013)武海法商字第00842号

[639]参见马擎宇：《从司法审判实践角度完善我国的外国法查明制度》，载《南阳师范学院学报》2011年第7期，第11页。

[640]山东东岳国际经贸合作股份有限公司诉HanlonInternationalBuildingPorductsInc合作合同纠纷案(2012)济商外初字第15号

[641]北京颖泰嘉和生物科技有限公司与美国百瑞德公司（BIOREDOXINC）居间合同纠纷上诉案(2013)高民终字

权查明外国法时，判决往往只用一句“本院无法查明”而草草了之。例如，在环球昌平实业有限公司（GLOBALCHAMPIONINDUSTRIALLIMITED）与童磊不当得利纠纷上诉案中，根据冲突规范本应适用尼日利亚法律。然而法院却以当事人没有提供，且法院亦无法查明为由而适用了中国法。其中，法院既没详细阐述查明域外法的过程，也未交待所涉及的查明方法。[642]

外国法无法查明的理由	当事人没有提供 （部分案件：法院亦无法查明）	当事人虽提供， 但不足以认定已查明外国法
案例数	15	2

表三：外国法无法查明的理由

非意思自治的情况	最密切联系	其它冲突规范
无法查明的理由	当事人没有提供 （部分案件：法院亦无法查明）	当事人没有提供， 法院亦无法查明
案例数	8	1

表四：“非意思自治”情况下的外国法查明

3. 国际公约和国际惯例的适用情况

在“结果中搜索”输入“国际公约”或“国际惯例”等关键字，并结合人工索引的方式，本文共查询到适用国际公约和国际惯例的案件 21 起。其中适用“联合国国际国际货物销售合同公约”（CISG）的有 14 起，适用国际商事惯例的有 2 起，适用其它国际公约的有 5 起。就适用的理由来看，集中体现在“公约的直接适用”、“意思自治”、“公约的优先适用”这 3 类上。由于无论是公约，还是商业惯例，都是较易获取的法律和规范文本，因此在查明方面较域外法的查明更为简单。这也许可以解释，为何国际公约和国际惯例相对更容易得到适用。

适用公约/惯例	CISG	其它公约	国际商事惯例
适用理由	公约的直接适用、 意思自治	公约的直接适用、 公约的优先适用	意思自治
案例数	14	5	2

表五：国际公约/惯例适用情况

4. 最终适用了“域外法”的情况

通过人工索引的方式，共找到最终适用了域外法的案例 21 起。其中适用我国香港地区的法律有 8 起，我国台湾地区的法律有 3 起，我国澳门地区的法律有 1 起。真正意义上的外国法包括美国法、英国法、日本法、韩国法。在域外法的适用理由上，有依“意思自治”的案例 5 起、“最密切联系”的案例 4 起，其它“冲突规范”的案例 12 起。就所涉及的查明方法而言，判决书提供的并不十分详细，甚至还有未披露任何信息的案例。如郭淑敏诉林春妗等房屋买卖合同纠纷案等。[643]就已披露相关信息的案例来看，基本为清一色的当事人提供，如提交的法律意见书，聘请专家证人等。[644]在所有案例中，仅有一起交代了法院的查明过程，即法院有通过域外法的官方网站而做查明。[645]

第 1270 号

[642](2014)马民一终字第 00303 号

[643](2013)海民初字第 172 号

[644]青岛吉佳来银塑料有限公司等诉青岛龙胜达塑料有限公司债权纠纷案(2012)鲁民四终字第 121 号

[645]麦某某等与岑某某等与公司有关的纠纷上诉案(2012)江中法民四终字第 17 号

域外法	香港地区法	澳门地区法	台湾地区法	美国法	英国法	日本法	韩国法
案例数	8	1	3	2	2	4	1

表格六：域外法适用分布

冲突规范	意思自治	最密切联系	其它冲突规范
案例数	5	4	12

表七：域外法适用的冲突规范

查明方法	当事人提供 （含其聘请专家证人）	法院依职权查明	方法不明
案例数	8	1	12

表八：域外法的查明方法

三、外国法查明问题的核心症结

通过以上案例可得，即便是在 2011 年《法律适用法》生效以后，我国在外国法查明上也未能体现出显著进步。具体表现在外国法（包括公约、国际惯例）最终得以查明和适用的案例可谓寥寥无几；大量案例依“意思自治”和“最密切联系”而指向中国法，根本没有涉及外国法查明的可能性；在少数指向外国法的案例中，又有因“外国法无法查明”，而最终无法得到适用的情形。外国法查明效果的不理想，折射出核心症结尚待解决的事实。对此具有两种可能性。其一，法律规则本身仍不完善。故只要通过进一步完善法律，便可以起到“药到病除”的作用；其二，问题的症结不在于法律规则本身，而在于配套措施的不足。换言之，在规则已日趋完善的背景下，这才是外国法查明现状仍不理想的原因。对于这两者可能性，本文主张采取后一种解释。

（一）法律规则已经日趋完善

学者基于理论的种种呼吁，积极地影响着我国国际私法的发展。随着 2011 年《法律适用法》的出台，以及后续配套司法解释的颁布，诸多理论上的问题得到了一定程度的解决和完善。参考《法律适用法》第十条规定，[646]及其配套司法解释第十七条规定，[647]下述几个方面值得一提。

在查明责任方面，我国立法目前实际采取的是“折中”说，原则上有将外国法作为法律认定。[648]即若依意思自治而适用外国法的情况下，应由当事人提供；若是基于其它冲突规范而指向外国法的，法院有查明外国法的义务。这样的规则设计采取了“法官查明为主，当事人查明为辅”的基本模式，[649]间接地回应了“法律说”和“事实说”之争。这样的立法体例也响应了学界的主要观点，即考虑到我国民事诉讼采取的是“以事实为依据，以法律为准绳”

[646]涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。

[647]人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。

[648]参见万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，北京，中国法制出版社，2011 年，第 78 页。

[649]参见林燕萍，黄艳如：《外国法为何难以查明——基于《涉外民事关系法律适用法》第 10 条的实证分析》，.载《法学》2014 年第 10 期，第 121 页。

的原则，故无论如何定性外国法，审判中均有必要予以查清。[650]

在外国法的查明方法方面，主要体现在《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》（下称《民通司法解释》）第 193 条，[651]以及 2005 年《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》（下称《会议纪要》）第 51、52、53 条之中。[652]仅从法律规则本身来看，并不能说这样的安排是“粗枝大叶”，漏洞百出的。至少从表面来看，查明主体手上的“工具”还是比较丰富的。除了当事人提供、外交途径提供、专家提供之外，还包括互联网、国际组织、法律著述等辅助外国法查明的手段。

在外国法无法查明的标准方面，《法律适用法》司法解释也做出了更细致的规定。例如，在当事人意思自治选择外国法的情况下，若无正当理由而不能提供外国法的，可做外国法无法查明外国法之认定；若是法院依职权查明的，若通过一系列途径仍然不能查明的，可做无法查明之解。就法院是否需要穷尽《民通司法解释》第 193 条所列的所有方法而言，暂且不论是否有法律拘束力，[653]我国最高院在“答记者问”中是有给出否定回答的。发言人表明司法解释并不具有要求穷尽所有查明方法之意[654]，否则具体的条款就会出现“应当”和“必须”词汇。[655]若仅看法律规则，外国法无法查明的标准也已有了相应的规则。

在查明主体方面，《法律适用法》还有将仲裁机构和行政机关纳入其中，从而试图扩大了查明主体的范围。[656]一定程度上，这可以反映出我国立法机关在外国法的适用方面，是持鼓励态度的。例如，考虑到国际商事仲裁领域中同样涉及大量的涉外案件，同样可能涉及外国法的查明与适用，因此法律在制定之时，并没有仅将查明主体限定为法院，而是做了较为开放性的设计。

尽管立法仍然存在一些疏漏或者有待明确之处，但从很大程度讲，前人研究中所提出的一些问题已经得到了或多或少的解决。结合实证数据，外国法查明状况的不理想，恐怕不能再简单地用法律存在漏洞，法律规则不完善，理论争议尚未解决等原因来解释。本文认为，至少当下阶段的核心症结不在于此。

（二）问题的症结在于外国法查明“配套措施”的不足

在“有法可依”和“规则日趋完善”的情况下，我国目前在外国法查明方面的问题反映在“配套措施”的不足上。若不在这方面加以补强，那么就算是继续完善法律规则也难以取得更好的效果。通过归纳和总结，问题的实质症结可细化到外国法查明的“客观困难”和“主观不欲”这两个方面上。

1.外国法查明客观上存在困难，既有查明方法无法有效发挥应有之用

---

[650]参见黄进，杜焕芳：《外国法的查明和解释”的条文设计与论证》，载《求是学刊》2005 年第 2 期，第 71 页。

[651]对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：①由当事人提供;②由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供;③由我国驻该国使领馆提供;④由该国驻我国使馆提供;⑤由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。

[652]51．涉外商事纠纷案件应当适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例，亦可同时提供相关的法律著述、法律介绍资料、专家意见书等。当事人对提供外国法律确有困难的，可以申请人民法院依职权查明相关外国法律。

52．当事人提供的外国法律经质证后无异议的，人民法院应予确认。对当事人有异议的部分或者当事人提供的专家意见不一致的，由人民法院审查认定。

53．外国法律的内容无法查明时，人民法院可以适用中华人民共和国法律。

[653]参见林燕萍，黄艳如：《外国法为何难以查明——基于《涉外民事关系法律适用法》第 10 条的实证分析》，.载《法学》2014 年第 10 期，第 124 页。

[654]《最高法发布首个<涉外民事关系法律适用法>司法解释》，详见 http://china.cnr.cn/gdgg/201301/t20130106_511720258.shtml，访问日期：2015 年 1 月 7 日。

[655]参见万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，北京，中国法制出版社，2011 年，第 80 页。

[656]参见张正怡：《<涉外民事法律关系适用法>中的外国法查明制度》，载《长安大学学报：社会科学版》，2011 年第 2 期，第 120 页。

查明方法除《民通司法解释》）第193条所规定的①由当事人提供;②由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供;③由我国驻该国使领馆提供;④由该国驻我国使馆提供;⑤由中外法律专家提供之外，还包括《会议纪要》第51、52、53条所规定的法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网、法律著述、法律介绍资料等。虽然查明方法的种类颇为多样化，但是实践之中真正能够得到适用的方法却非常有限。上文统计表明，几乎所有的外国法查明案件均可给归结到“当事人提供”和“外国法专家提供”之列。由客观层面加以分析，这映射出其它类型的查明方法未起到应有效果，甚至部分方法有些“有名无实”。[657]

以使领馆查明为例，规则设计规则之初衷是想要借力使领馆，从而协助法院更好查明外国法，但是实践却没能实现上述目标。例如，曾有案例显示我国法院有向新加坡驻华大使馆发函请求查明新加坡法律。但苦等数月后，新加坡驻华大使馆的复函却称：“新加坡是判例法国家，因此无法回答哪条法律适用于法院所提出的问题。由于这些问题没有指明与哪些法规或案件有关，故即使要回答这些问题，也只能告知法院新加坡有关部门对法律的理解。”[658]上述案例实际反应了一组矛盾。站在使领馆的角度，由于它们毕竟不是司法部门，且对案件的了解也有限，因此要求它们提供外国法，特别是判例法，本身难度就很大，可操作性不强。因此它们会将查明请求“踢回”给法院的做法不难理解；同时从法院的立场出发，如果需要将提交的问题需精确到具体哪一个成文法，哪一个判例，那么也就没有请使领馆给予外国法查明协助的必要了。

相同或者相类似的困境同样可能存在于“司法协助”这类查明方法之中。我国虽然与有关国家签订有司法互助协定，如1987年分别于法国[659]和波兰签订[660]，但落实到操作上，上述“尴尬境地”仍然是不易避免的。再加之《纪要》的法律位阶尚不及司法解释，因此无论是从约束力，还是从具体实施看，效果也不尽如人意。综上，正是由于其它外国法查明途径的不力，才导致了“当事人提供”和“法律专家提供”这两类查明途径的被高度依赖。它们的可操作性虽然相对更强，但这两类查明方法也有自身的问题与不足。

通过案例可得，我国法院在认定外国法查明已否上，采取的是类似于“证据”的认定模式。[661]实践中，若法院需要主动查明外国法的话，通常会采取“中外法律专家”的查明模式，如会委托外国律师行出具法律意见等。一般而言，只要该意见不存在违背公共政策或法律规避的情况，那么法院都是会采纳的。[662]而在当事人提供的情况下，通常也会委托外国律师行出具法律意见，但却很可能导致截然相反的后果，特别是外国法相对更难得到法院的认证和适用。例如，在一些案例中，法院会以当事人虽已通过法律意见书的形式提供外国法，但仍然无法证明外国法存在为由，最终阻却外国法的适用。[663]另有一些案件显示，虽双方当事人均有提供法律意见书，但在没有达成一致的情况下，法院会行使自由裁量权，判令外国法部分无法查明。[664]同样是专家意见，却可能因委托人不同，而导致不同的可采性。差别对待背

---

[657]参见马擎宇：《从司法审判实践角度完善我国的外国法查明制度》，载《南阳师范学院学报》2011年第7期，第12页。

[658]参见杨苏：《涉外合同纠纷案件适用法院地法的实践及其完善》，载《法治论丛-上海市政法管理干部学院学报》2004年第1期，第38页。

[659]《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》第二十八条：有关缔约一方的法律、法规、习惯法和司法实践的证明，可以由本国的外交或领事代表机关或者其它有资格的机关或个人以出具证明书的方式提交给缔约另一方法院。

[660]《中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第二十七条：由缔约一方法院或其它主管机关制作或证明的并加盖印章的文件，不必经过认证，即可在缔约另一方境内使用。

[661]参见万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，北京，中国法制出版社，2011年，第81页。

[662]张磊：《外国法的查明之立法及司法问题探析》，载《法律适用》2003年第98页。

[663]北京颖泰嘉和生物科技有限公司与美国百瑞德公司（BIOREDOXINC）居间合同纠纷上诉案(2013)高民终字第1270号。

[664]陈某与某公司财产损害赔偿纠纷上诉案(2012)沪一中民一(民)终字第1265号。

后反映出的是法院对于“当事人提供”的某种怀疑和谨慎态度。进而言之，这不仅反映出“当事人提供”的权威性有限，查明难免有缺漏，故往往不足以令法院信服。还反映出法院缺乏检测当事人所提供外国法的有效途径。因此只能用“自由裁量权”去模糊，乃至弱化外国法的查明。

最后值得一提的是，无论是法院委托外国法专家而言，还是当事人委托外国法专家，均会面对信息不对称的困难。就特定的外国法查明事宜，查明方时常无法得知何为适格的委托对象。例如，在彼此不认识的情况下，位于西南地区的法院或者当事人，通常是不会委托华北地区外国法专家的，纵使他们对于待查明的外国法有精深的研究。

上述论证表明，外国法查明客观上存在查明难的困境，特别是在既有查明途径无法有效发挥作用上。如果完善查明途径的“配套制度”未能跟进，那么无论如何完善法律规则，恐怕也难以取得良好的外国法查明效果。

2. 法官存在主观畏难心理，担心外国法的错查与错用

无论是所谓的“归乡趋势”，还是动辄将外国法查明责任推给“当事人”等，除了上述客观原因，还存在主观上的问题。对此曾有学者指出，这是国际私法意识薄弱所致，因此有必要从这个角度去加强；[665]也有学者将此归结为法官面对羁案压力，不愿自添麻烦，且往往难以自信而又准确地面对外国法。[666]本文认为，以上解释虽都能解释为什么法官在外国法查明上态度颇为消极，但却并没能够触及主观问题的核心症结。如针对国际私法意识薄弱的提法，实证统计给出了相反的解释。因为大多数案例均是有体现国际私法思维，并在判决一开始便阐明法律适用问题的。随着法官队伍素质的不断提高，培训专业性的日益加强，不能就此轻易断言他们的国际私法意识就普遍薄弱。有鉴于此，本文认为主观问题的症结可通俗的总结为“多付出，可能多犯错，得不到勉励”。

一方面，“法官知法”只是一个美好的憧憬。由于每一个法官的法律知识都是有限的，故无论如何都不可能穷尽地知悉全世界的法律。[667]就算是对熟悉的国内法，也可能存在不甚了解之处，更何况是陌生的外国法呢？有鉴于此，即便法官足够的勤勉，足够的迎难而上，也难免确保外国法查明过程中不犯错误。一旦产生了这种错误，且不谈之后如何适用，他很可能遭遇当事人的挑战，如提出二审等。这对于法官而言有一定的压力；

另一方面，就算历经艰辛查到了外国法，在适用过程中也是困难重重，相对更容易产生错误的。虽依国际私法理论，出于法律适用一致性的要求，我国在外国法解释方面的代表性意见是要求法官按照所适用准据法国家的法律和解释规则来解释法律的。[668]但这在具体的操作中恐过高地要求了法官。例如，在适用英美判例法的过程中，就如何在动辄上百页外文判决的字里行间中找到法律规则（原则）绝非易事。即便是对英美法从业人员，在此问题的理解上都是有很大分歧的。[669]我国法官在面对相同或相类似的困难方面，难免不会出现外国法的适用错误。法官显然不愿意因这样的错误而承担“负面评价”，如被通报批评、扣奖金、影响晋升等。[670]因此，与其面临查明和适用的风险，还不如尽量“归乡”，即尽一切可能适用中国法。

值得一提的是，之所以法官倾向于将查明责任归于当事人，并有采取“事实说”的实践倾向，除了办案效率的考虑，责任担当的考虑外，还有受到规则的“诱导”。由《会议纪要》

---

[665]参见刘来平：《中国外国法查明的司法实践及其立法建议》，《首都师范大学学报：社会科学版》2006 年第 6 期，第 38 页。

[666]参见林燕萍，黄艳如：《外国法为何难以查明——基于《涉外民事关系法律适用法》第 10 条的实证分析》，.载《法学》2014 年第 10 期，第 121 页。

[667]参见张磊：《外国法的查明之立法及司法问题探析》，载《法律适用》2003 年第 96 页。

[668]参见郭玉军：《近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践》，载《武大国际法评论》2007 年第 2 期，第 8 页。

[669]参见肖永平：《论英美法系国家判例法的查明和适用》，载《中国法学》2006 年第 5 期，第 118 页。

[670]参见谭世贵，孙玲：《法官责任豁免制度研究》，载《政法论丛》2009 年 10 月版，第 50 页。

第 53 条可得，“当事人提供的外国法律经质证后无异议的，人民法院应予确认。对当事人有异议的部分或者当事人提供的专家意见不一致的，由人民法院审查认定。”一旦将外国法归为“事实”，那么后续的风险是会被降低的。因为，如果当事人对外国法达成一致意见的话，那么在上诉程序中，通常便不可能被推翻；如果双方达不成一致的话，那么便属于法官自由裁量的范畴。只要此处言之有理，同样不太会为上级法院所推翻。

综上所述，部分法官之所以存在为难心理，其核心症结源于对因“查明错误”或“适用错误”而引发负面评价的担心。再加上《会议纪要》的安排，客观上为法官提供了一个降低“风险”的通道，因此可以较好地解释为什么“当事人提供外国法”如此盛行了。进一步地，这也能较好回应并解释为什么法官不太愿意主动查明外国法。

四、外国法查明问题的解决路径

当下问题的核心症结在于法律规则配套措施的缺失。以此为起点，进一步地可归为两个层面的原因，即外国法查明客观上存在困难，既有查明方法无法有效发挥应有之用；以及部分法官存在主观畏难心理，担心因外国法的错查与错用而导致负面评价。借助于成本收益的理念，外国法查明现状之所以不理想与查明成本过高有关。因此，着重解决上述具体问题，降低查明成本，才是有益和正确的进路。

（一）当务之急乃完善外国法专家查明方法

实践中适用最为频繁的查明方法为当事人提供，以及中外法律专家查明。就当事人提供而言，其往往涉及的又是聘请中外法律专家。其它类型的查明方法，如外交查明途径，虽然也需要“激活”或“唤醒”，但因涉及条约的安排，故并非仅凭我国一己之愿便能够于短期内有所突破的。本文认为解决客观问题的当务之急在于细化中外法律专家查明方法的配套措施，如制定《外国法专家查明办法》（下称“办法”）。按照外国法查明的流程，一般需要经历这样几个环节。即法院或当事人通过什么样的方式找到适格的外国法律专家，专家依据什么样的程序查明所需外国法，法院如何认定外国法是否已经查明，并最终如何适合外国法。办法应围绕这些内容而展开。

1. 建立专门的查明机构或者合作机制

依比较法的视角，德国或者瑞士法院，如需查明外国法的话，通常会委托位于德国汉堡的马克斯-普朗克比较法与国际私法研究所(Max-Planck Institute for Comparative and International Private Law Hamburg)，[671]或者瑞士比较法研究所（Institut scisse detroit compare）来协助查明。[672]从专业化的角度看，此类机构中有大批从事比较法研究的专业人士，因此具有足够的知识储备，以完成特定外国法的查明工作；从解决信息不对称的角度看，这样的机构也有助于解决查明主体与专家之间的信息不对称问题。有关当事人可以通过机构而找到外国法专家。

在我国这样的做法同样具有参照性和可行性。例如华东政法大学日前已于上海市高级人民法院签订的《外国法查明专项合作纪要》便是一项积极尝试。该合作纪要表明，通过与高校的合作，借助高校的科研力量，有利于解决法院在外国法查明过程中的难题。[673]类似的实践，还包括中国政法大学与最高人民法院民四庭筹备共建的“外国法查明研究中心”等。[674]

---

[671]Establishing Foreign Law in a German Court, 详见 http://www.iuscomp.org/gla/literature/foreignlaw.htm, 访问日期 2015 年 1 月 12 日。

[672]THE APPLICATION OF FOREIGN LAW IN CIVIL MATTERS IN THE EU MEMBER STATES AND ITS PERSPECTIVES FOR THE FUTURE, 详见 http://ec.europa.eu/justice/civil/files/foreign_law_iii_en.pdf, 访问日期 2015 年 1 月 12 日。

[673]华东政法大学与上海市高级人民法院外国法查明专项合作协议签约暨华东政法大学外国法查明研究中心成立仪式顺利举行，详见 http://www.ecupl.edu.cn/8a/4c/c304a35404/page.htm，访问日期 2015 年 1 月 12 日。

[674]我校与最高法民四庭筹备共建“外国法查明研究中心”，详见 http://web.cupl.edu.cn/html/news/news_173/20150105151410681662779/20150105151410681662779.html，

具体操作中，法院既可以向相对方的特定专家发出外国法查明的委托，也可以发出邀约邀请，并由专家投标再做决定。

随着区域性外国法查明合作机制的不断完善，我国可以逐渐构建全国性的“外国法查明”平台。特别是借助学术机构，以及社会各界的法律资源，整合我国的外国法资料库。[675]相比于外部的数据库，这样的专门资料库，不仅均具有更强的权威性，而且也更具有针对性。如最高院民四庭庭长罗东川的发言所提，不断完善此类基础性、前瞻性的工作，对于外国法查明大有裨益，未来也将成为最高院工作的一项重点。[676]本文认为，可在最高院的牵头下，将具体实施任务分配至相关政法类高校或院系。按照统一的编排体例和要求，由它们具体负责完成某一法域法律规则的查明，上传和后期维护工作。

2. 明确专家的资格，并编制专家名册

就专家资格而言，我国目前并没有详细规定。虽有观点认为没有必要设置专家资格要求，任人唯贤即可，但结合当下情形这未必可取。[677]比较部分法域的做法可得，英国法院主张外国法官或职业律师都具有当然的法律鉴定人资格。除此之外，英国法令和判例还规定，类似殖民地总督、大使、大使馆工作人员、副领事、工作于法律教育协会成员等都有专家资格证明外国法。[678]美国的专家资格认定同样比较宽泛，《联邦证据规则》仅有概括性的规定，即“拥有必要之知识与技能、经受过必要之培训或教育者即有专家资格。”而在美国的实践中，专家通常包括外国法所属国的公民、通晓该外国法的美国教授、该法域的法律实务工作者等。[679]我国同样可以参照以上认定标准，将专家职称、教育背景、实务情况、研究领域等作为考量因素。在此基础之上，编制外国法专家名册，并逐渐向全国推广。这样的好处在于，不仅有利于统一对于专家的管理，而且也有助于扩大外国法查明机构的知名度和公信力。与此同时，呼吁参考《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》的做法，同时采取专家名册外制度。一方面，专家库的建立难免有所缺漏，无法穷尽所有的外国法专家；另一方面，这样的安排也契合并尊重了意思自治原则，赋予了查明主体更大的自决权。

值得一提的是，除了学者之外，有大量的外国法专家从事的是律师职业，且他们同时还就职于特定的律师事务所。一定程度上，律所的商誉高低，也会对外国法最终的认证产生间接影响。有鉴于此，还可以参照商务部建立 WTO 咨询顾问的做法，构建一个律师事务所推荐名册，并将部分律师事务所纳入其中。[680]一方面这有利于法官知悉某些擅长外国法业务的律所，并消除某些不必要的怀疑；另一方面，也为当事人在选择外国法专家上提供更多一层的参考信息。

3. 制定专家查明外国法的程序

专家查明外国法的重点，不仅仅在于找到具体的外国法，还在于需要证明外国法的客观存在与真实有效。而这离不开细致而严密的查明程序，具体可体现在法律文书之上。以法院委托专家为例，一个好的外国法专家意见书，应由以下几个部分构成。第一部分，受委托事

访问日期 2015 年 1 月 12 日。

[675]参见马擎宇：《从司法审判实践角度完善我国的外国法查明制度》，载《南阳师范学院学报》2011 年第 7 期，第 12 页。

[676]最高法将建外国法查明平台，详见 http://legal.china.com.cn/2014-11/28/content_34177301.htm，访问日期 2015 年 1 月 12 日。

[677]参见万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，北京，中国法制出版社，2011 年，第 79 页。

[678]参见李研：《英法两国关于外国法查明问题之比较及其启示》，载《郑州大学学报：哲学社会科学版》2005 年第 3 期，第 71 页。

[679]参见霍政欣：《美国法院查明外国法之考察》，载《北京科技大学学报：社会科学版》2007 年第 4 期，第 80 页。

[680]商务部律师事务所库—贸易救济子库律师事务所中标公告，详见 http://www.mofcom.gov.cn/article/cwgongzuo/jingmaoluntan/zhongbiao/201311/20131100377730.shtml，访问日期 2015 年 1 月 12 日。

项。该部分主要在于明确查明的目标和需求，相当于明确法律的争议点。例如就识别环节，专家应凭独立的判断，既可以确认法院就法律关系的认定，也可以提出相反的建议。作为论证的起点，这会影响到冲突规范的适用，进而波及外国法的查明；第二部分，查明到的外国法法律。如果是成文法，那么文书中应附上法条，以及配套的法律解释等。如果是判例法，则需要附上判例的概述，以及法律规则的总结等；第三部分，查明方法和有效性证明。作为文书的重中之重，这部分将直接影响外国法查明与否的认定。以判例法为例，目前常用的查明工具，“Westlaw”或“lexisNexis”数据库等。由于该数据库同样是英美法实务人士或学者的必备工具，因此它的功能比较完善。例如，数据库有自带标示功能，以表明判例是否仍就有效。除此之外，数据库还会提供案情简介，以及法律规则解释等功能。外国法专家，应该详细交代数据库使用的每一个步骤，从而明确判例查明的每一个细节。除此之外，外国法专家还有必要通过辅助性查明工具，进而确保外国判例的有效性。例如，借助最新版本的外国法律著作、互联网资料、援引了该判例的最新案件等。当且仅当这一系列途径均得以实施后，才能切实有助于外国法查明与否之认证；第四部分，外国法的适用建议。仅查明外国法并不解决所有问题，只有当外国法的适用问题一并得以解决时，才能更好的破解相应难题。外国法在专家意见书中，有必要结合案情，发表外国法适用的有关建议，供有关法院参考。[681]譬如，分析判例与本案的异同，并就判例中法律规则的适用，做一个归纳推理的示范等。

4. 确定专家意见的认证以及专家的查明责任

既然专家意见书属于证据种类之一，那么就不应因为委托做出的主体不同，而存在差异化实践。若是法院依职权查明，并委托外国法专家提供的，应允许当事人对其查明结论充分发表意见，无论是确认，补足，亦或是提出反对；若是当事人提供专家意见的，那么应由当事人彼此充分的质证。若能够达成一致意见，那么法院便可以确认。若存在无法达成一致之处，法院应分情况，而非一味做出无法查明之判断。例如，就双方无法达成一致的部分，法院可自行委托专家予以查证，从而做出科学证明。在验证专家意见方面，上海市一中院首创的当庭互联网查明模式具有参考价值。[682]具体而言，法院可依专家意见中所提到的方法，当庭上网验证具体的外国法。一来，这可以做到公开透明，可为当事人充分知晓；二来也有利于法院认证外国法的查明与否。

最后就查明责任，还应明确专家的侵权责任。一方面，参照民法的原则，此处应采取过错原则。若当事人提供的错误外国法查明结论，导致了当事人的财产或非财产性损害时，应承担赔偿责任。法律规则的安排，有利于督促外国法专家勤勉尽责；另一方面，考虑到外国法查明的困难，以及鼓励外国法专家协助外国查明事项，在此应允许一定的免责事由。例如，在当事人聘请专家的情况下，允许免责条款的订立等。[683]

（二）完善外国法查明与适用的责任机制

上述途径，有利于从客观上解决“查明难”的症结。与此同时还有必要解决“主观不欲”的难题。本文主张从“外国法查明责任的承担”，以及“外国法查明与适用错误的免责”这两方面同时入手。

1.明确查明外国法的责任承担

通过案例研究，实践中确实存在一系列法院不履行查明责任，相反将查明推给当事人的做法。就法院有查明义务的案例，能够充分写明外国法查明或者无法查明理由的判决，几乎寥寥无几。对于前者而言，这显然是没有依法履行查明义务的表现；而对于后者，则反应为

[681]参见万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，北京，中国法制出版社，2011 年，第 82 页。

[682]上海一中院首创当庭上网查明外国法，详见 http://old.chinacourt.org/public/detail.php?id=192136，访问日期 2015 年 1 月 12 日。

[683]参见王葆莳：《外国法查明中的专家侵权责任研究》，载《时代法学》2011 年第 5 期，第 85-94 页。

文书的不规范，缺乏约束机制。尽管法院依职权查明，可能有效率较低，且不利于快速结案的问题，但考虑到法律的严格实施，以及对国际私法价值的追求，应由法院查明的情况应得到坚持。特别是在因冲突规范而指向外国法的情况下，法院具有第一性的查明义务。当事人提供与否，仅仅只是补充，而不应作最终有无查明外国法之依据。[684]为此，有必要通过司法解释，或最高院指导案例的方式，做一下几点安排。

其一，明确最密切联系原则的说理。统计表明近40%的案例，适用了最密切联系原则。较之于“滥用无法查明”的提法，“滥用最密切联系”的可能性显然更大。甚至有不少案例，基本上没有详细阐明理由，便得出了最密切联系地为中国大陆的结论。对此，需要明确判决的说理，尤其是要体现个案中为何中国大陆较域外法的联系更为密切。举例而言，若当合同签订地在中国，履行地在外国的情况下，不能简单地认定中国便是最密切联系地。在认定这点之前，还需要综合判断其它因素，如标的物的所在地，违约发生地等。判决中，应该体现出这些细节以及比较过程，而非再是简单的一句话带过。

其二，明确外国法查明的方式和流程。统计表明，法院依职权查明的案例，鲜有提及查明方式和流程的。这反映出法官在此问题上，存在裁量权较大，操作不够规范的问题。一个完善的查明过程，不仅是司法透明的体现，还是法院切实履行《法律适用法》，本着国际私法原则审理涉外案件的证明。配合当事人查明与外国法专家查明途径之完善，法院同样有必要在判决中明确查明的方法和流程。如涉及法院委托外国法专家的情况时，应在判决中写明委托对象，查明方法，当事人质证等细节。同理，在得出外国法无法查明的结论时，也应该明确详细理由。只有这样，才能避免部分法官潜在的“不作为”与“滥用无法查明和最密切联系原则”的倾向。

其三，明确不依职权查明的责任承担。在不断完善并解决客观查明困难的情况下，若法官仍不依职权查明外国法的，应为此承担相应责任。例如，在二审中予以纠正，或在考核中给予负面评价等。因为这不是法律理解的偏差，而是不遵守法律的问题。若这样的行为一味的被放任，那么无论对法律的权威，亦或是对国际私法的发展，均极为不利的。就目前来看，急需通过配套制度来明确有关责任，逐渐纠正部分法官不恰当的“主观抵触”和“畏难情绪”。

2. 确定外国法查明与适用错误的免责制度

法官并非圣贤，产生外国法查明与适用方面的错误并不令人大惊小怪。如果一味的增加法官的查明义务，并强调因错误而产生的“负面评价”，显无法打消法官的最大担忧，并促进他们积极查明与适用外国法。相比“一味消极不查明”与“积极查明但鲜有错误”，后一种情形更能被接受。为避免因过分担忧规则的惩罚性，从而导致的主观消极，有必要在《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》（下称“办法”）的基础之上，明确外国法查明与适用错误的免责制度。根据“办法”第22条，规定了4种免责机制：（一）因为法律、法规理解和认识上的偏差而导致裁判错误的；（二）因对案件事实和证据认识上的偏差而导致裁判错误的；（三）因出现新的证据而改变裁判的；（四）因国家法律的修订或者政策调整而改变裁判的；（五）其它不应当承担责任的情形。具体而言，前四种情况均有涉及可能。虽然“办法”规定了免责机制，但是在实然操作中存在模糊性。

具体可以分两种情况而展开谈论。第一种情况，若当事人可以就外国法达成一致的，那么就算外国法客观上有误，法官也不用为此承担责任。对此可以参照《纪要》的安排，故不再赘述；另一种情况，若是在法官有主动查明外国法的情况下，只要法官能够严格履行法律，勤勉尽责地落实外国法查明义务，那么即便产生了查明与适用的错误，也可享有免责。在“勤勉尽责”的判断上，主要考虑的因素有法官是否正确地履行了查明义务，在查明过程中是否尽到了足够的努力，在查明方法和流程上是否符合了一切正当程序等。例如，当事人委托的

[684]参见徐鹏：《外国法查明：规则借鉴中的思考——以德国外国法查明制度为参照》，载《比较法研究》2007年第2期，第69页。

专家意见不同时，法官应积极引导更为合适的查明方法，而非草草结束外国法查明程序。[685]这些具体都可以表现在判决书的说理上。一般而言，其越是细致就越能体现勤勉尽责，进而也就越不易产生错误。即便产生错误，“免责制度”无疑对法官的积极性也是一种保护。值得一提的是，“免责制度”不仅要阻却部分错误被上升为“错案”的可能，还需要消除实践中可能存在的种种实然的负面影响，如将改判归于负面评价等。[686]于外国法查明与适用方面，程序性的正义乃当前追求的第一性目标，如果将实质性正义过早提前，并非理性有益之举。

本文认为，结合当下之司法现状，只有从源头打消法官的“主观抵触”和“畏难情绪”，外国法查明与适用的主观症结才能更好地得到妥善解决。外国法查明客观具有较高的难度，若不通过合理的免责制度，从而释放应有的积极性，那么恐怕无论法律规则多么完善，客观配套措施做的再好，也难以实现应有初衷。

五、结论

随着我国不断加大改革开放的力度，可以预计未来涉外案件将呈现递增的趋势。与之相对应的，我国国际私法的实施也将得到更进一步的重视。其中，外国法查明制度的重要性将得到进一步的凸显。实证研究表明，当下外国法查明的种种问题，并不是单纯依靠法律规则的完善便能解决的。其核心症结体现在配套措施的缺失上，如客观上“外国法查明”的困难，以及主观上“担心错误担责”这两方面。因此，当务之急是需要完善外国法查明的配套制度。鉴于新制度的构建、实施和完善需要相应的时间和空间，因此呼吁将上海、广东、天津、福建这四个自贸区变为“试验田”。一方面，这契合自贸区的基本定位，即全面深化改革与全面扩大开放；[687]另一方面，自贸区也为司法改革提供了先行先试的土壤。通过区内的涉外案件，可以验证规则的有效性。并为摸索可复制、可推广的全国的司法改革方案提供宝贵的经验。

Empirical Study on the Key Crux and Perfect Path of the Ascertainment of Foreign Law

Wang Hui

(East China University of Political Science and Law， International Law Faculty，Shanghai 200042)

Abstract： Ascertainment of Foreign Law not only deals with the applicable law in specific foreign-related cases, but also relates to the real practice of private international law. As shown by the empirical study, even after the “Law of the People’s Republic of China on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships” and related judicial interpretation has come into effect, the ascertainment of Foreign Law in courts is still away from ideal. Such conclusion could be reflected by the fact that there are only a little portion foreign-related cases that ultimately deal with ascertainment of foreign law, the proving methods is generally limited to the supply of parties and foreign law experts, few cases successfully prove and apply theforeign law. The key crux concealing behind is the defect of the supporting measures while not the law enactment in itself, which was reflected by the failurein some of the ascertainment of Foreign Law methods and some judges' negative mind caused by the fear to make mistakes. As a result, it is suggested to perfect the ascertainment of Foreign Law methods and ensure the liability exemption system for

[685]参见万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，北京，中国法制出版社，2011 年，第 83 页。

[686]参见谭世贵，孙玲：《法官责任豁免制度研究》，载《政法论丛》2009 年 10 月版，第 49-50 页。

[687]参见包蕾：《涉自贸试验区民商事纠纷趋势预判及应对思考》，载《法律适用》2014 年第 5 期，第 82 页。

the ascertainment of Foreign Law. Following the spirit of the fourth plenary session of the 18th Communist Party of China (CPC) Central Committee and to enhance rule of law, related solutions could first be implemented in free trade zone and, when mature, extend to the whole country.

Key words：ascertainment of foreign law； key crux； perfect path； Empirical study

试论我国国际私法典的编纂

杨俊波*

摘要 国际私法典的编纂一直为学界讨论，2015 年国际法年会同样将其作为议题之一。法典化已成为国际私法的重要发展趋势，我国国际私法在立法方面也进行了尝试并取得了一定成效。就模式而言，“专章式”还是单独的“国际私法典”形式学界依然未达成共识。《涉外民事关系法律适用法》并不是一部国际私法典，就我国实际而言，“国际私法典”更可能是作为民法典分编中的一编，单独法典化之路依然任重道远。

关键词 国际私法典 编纂 法律适用法

一、国际私法法典化趋势

当今世界，国际私法立法法典化趋势明显，尤其是大陆法系国家。如 1987 年瑞士国际私法，1995 年意大利国际私法，以及俄罗斯、比利时等欧陆国家的国际私法。他们都是结合传统法律信条和现代先进思想而形成。[688]法典化是大陆法系国家对法律追寻的最高境界，多数部门法学者都希望能够在其研究领域有一部相应法典，其中以民法典和刑法典最为突出。国际私法作为一个独立的法律部门得到学界认可，从事这一领域研究的学者固然也希望有一部囊括所有规则的国际私法典，这从上述部分国家单独出台相应国际私法典即可见一斑。一部国际私法典凝聚着国际私法人的心血，而未能成就一部法典终显遗憾，因此编纂一部国际私法的呼声不绝于耳。就当今大陆法系国家整体而言，国际私法法典化已成为大陆法系国家的立法趋势。

二、我国国际私法立法状况

在中国近现代立法史上，北洋政府于 1918 年 8 月 5 日公布并施行的《法律适用条例》是第一次真正意义上的关于涉外民事法律适用法的法典编纂，其内容包括 6 章、27 条，1949 年以后， 《法律适用条例》在我国内地被废止，在台湾地

*中山大学法学院国际法研究生。

688 邢钢：国际私法的法典化进程，政法论丛，2005 年。

区则被援用至 1953 年 6 月 6 日《涉外民事法律适用法》公布并施行时为止。[689]

从结构上讲，中国国际私法立法含有多个层次，它以《中华人民共和国宪法》的相关规定为基础，以全国人大及其常务委员会的立法为主体和基干，辅之以国务院及部委的立法，以及有立法权的省市自治区的地方性立法，这种立法结构的多层次性是中国改革开放渐进发展的反映。其原因有二：一方面，中国在国际私法方面立法经验不足，不可能一开始就制定一部国际私法典；另一方面，制定一部国际私法典需要时日，而改革开放要求加快立法进程，在这种情况下只得从实际出发，摸着石头过河，边干边总结经验，在相关法律中对相关的国际私法问题加以规定。[690]

我国现行的冲突规则较为集中地规定于 1986 年的《民法通则》第 8 章“涉外民事关系的法律适用”（第 142 条至第 150 条）。其他一些单行法律、法规也含一些冲突规则，如《继承法》（第 36 条）、《收养法》（第 21 条）、1992 年的《海商法》第 14 章“涉外关系的法律适用”（第 268 条至第 276 条）、《票据法》（2004 年 8 月 28 日修正）第 5 章“涉外票据的法律适用”（第 94 条至第 101 条）、1999 年的《合同法》 等以相关法律及最高人民法院相关司法解释。直至 2010 年《涉外民事关系法律适用法》的出台才有第一次有完整意义上的国际私法单行法。

在“国际私法典”这一问题上，中国国际私法学会曾倾尽全力拟订了《中华人民共和国国际私法示范法》并产生相当重大的影响。然而，由于国际私法学科本身的特性，它不是实体法，而是冲突法，“间接法”。“间接法”这个特征，造成了很难用某种确定的模式来解决所有复杂的问题。[691]此外，这样一部“民间法”由于缺乏官方的支持，最终并没有确定下来。

三、民法典与国际私法典的关系

关于民法典的起草工作我国目前已经历了四次，十八大再次提及“民法典”编纂。[692]这一要求将我国几起几落的民法典编纂工作再次提起。回顾历史，我国曾四次启动民法典的编纂工作，第一次从 1954 年到 1956 年，第二次从 1962 年

689 李浩培：《李浩培文选》，法律出版社 2000 年版，第 45～46 页。
690 黄进：中国涉外民事关系法律适用法的制定与完善，政法论丛，2011 年第 3 期。
691 李双元，蒋新苗，熊育辉：关于起草我国国际私法法典的几点想法，时代法学，2008 年 12 月。
692 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以下简称《决定》，于 2014 年 10 月 23 日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过。其中第二部分第四点关于重点领域立法中有“编纂民法典”的要求。

到 1964 年，第三次从 1979 年到 1982 年，第四次从 1997 年到 2002 年。前四次编纂均因种种原因而被迫停辍，尤其是第四次，其草案已提交全国人大常委会进行一审，最终依然未能成就。

就民法典与国际私法典的关系而言，有学者认为国际私法典应当从属于民法典，有的学者则认为国际私法应当独立出来专门制定一部法典。我国为大陆法系国家，就立法模式而言。大陆法系国家主要有以下三种方式：

1.分散式立法

这种模式是将法律适用法的相关条文分散于民法典各篇章，并未进行归整；尤以法国为代表。这样做的优势很明显，在解决独立问题选择法律适用法时非常清晰明朗，不易造成混乱。然而它也有缺陷，没有一个相对系统性的归纳，法律条文之间没有连贯性，有些问题如果识别不同甚至可能出现相互矛盾的适用。另外，对于一些国际私法特有的如反致等问题不能做出较为系统性的规定。

2.专章式立法

这种立法模式即为在民法典中列出专章，及国际私法篇，全面规定各项国际私法制度。这样做明显将上述分散式立法的缺点弥补，便于统一冲突规范的适用。期典型代表为《德国民法施行法》以及近来的俄罗斯、白俄罗斯等国。专章式的法律适用规范的特点是，法律适用规范的数量有限，调整对象的范围狭窄，有关的规定较为笼统，即一类法律关系往往只有一条规定，只用一个连接点。采用专章式立法制订的国际私法规范仍然存在着笼统、抽象的缺点，缺乏明确、详细、完备的规定，很难适应现代社会经济发展的需要，无法满足大量复杂的涉外民事关系的需求。[693]

3.法典式立法

这种立法模式将国际私法独立于民法典之外，重新编纂一部国际私法典。以奥地利和瑞士等国家为代表。这种模式近乎弥补了上述两种模式的所有缺点，将国际私法提升到一个相当高的地位，如民法典一样设立总则和分则，涵盖绝大部分法律适用规则。这种模式出现须建立在国际私法理论和实践高度发达的基础之上，只有理论相对丰富，而且在实践中也总结出一些较为一致的经验后，法典化编纂才得以形成，造法性立法在国际私法领域几乎行不通。

---

[693] 徐东根：论欧、美国际私法法典化的不同进路及其法哲学思想，河南省政法管理干部学院学报，2004 年第 3 期。

四、我国制定国际私法典需考量的几个问题

由于我国在法律移植中选择大陆法系，尤其是德国法的模式，这在一百多年前就已形成这一传统，因此如要制定国际私法典，可借鉴的经验即为上述三种。在这三种模式中，第一种分散式立法早已不是世界潮流，而我国目前的状况就如此，这受到学界和司法实务界诸多批评，也使编纂国际私法典的呼声持续高涨。因此，我国不可能采取此种方式。在剩下的两种模式中，就专章式立法，是我国民法学界如梁慧星教授、孙宪忠教授等的主张。而我国国际私法学界普遍立场为法典式立法。如徐伟功教授指出我国不适宜采用专章式立法，其从国际私法的发展历史即法典化已成为国际私法的重要趋势、我国目前国际私法立法不足以及我国单独制定国际私法典的可行性三个方面论证了该观点。[694]

此外，在立法中应当坚持私人利益保护原则，途径则为赋予当事人最大的权力自治。意思自治是国际私法中的重要原则，但更高层次的是私法自治，这是国际私法最重要的原则。如果没有公私法的划分，就不会有国际私法这一学科，法典编纂也就无从谈起。

制定国际私法时，还需要考虑实体法的内容。“实体法致力于实体的最好解决，国际私法致力于空间的最好解决”，这种观点固然有其合理性，因为国际私法很重要一方面就是在寻找适用何地的实体法，只是有不同的方法而已，如最密切联系原则，意思自治等。然而这种观点忽略了一点那就是国际私法不仅仅关注冲突法方面的内容，其对实体法亦有所侧重。其最终目的就是适用最适合的实体法来解决实体问题，规则只是用来指引，是手段而不是目的。如果只关注所谓空间方面的解决，实体的公正难以保证，手段应当为目的服务。

五、我国国际私法典的编纂

1.曾经的尝试

国际私法法典编纂努力体现在民间和官方两个方面。一方面，在无立法机关委托的情况下，一些国际私法学者和学术团体相继草拟了国际私法条文，形成了若

694 徐伟功：中国国际私法立法模式的探讨——从我国民法草案第 9 编谈起，河南师范大学学报（哲学社会科学版），2003 年第 4 期。

干民间草案。其中尤以国际私法学会起草的影响最大。[695]另一方面，我国立法机关已出台《涉外民事关系法律适用法》，“涉外民事关系的法律适用法”是紧跟在“侵权责任法”之后的第九编，且按照官方编纂民法典的思路，“先部门后整体，成熟一部制定一部”的指导方针，涉外民事关系法律适用法是从属于民法典的，单独成章，是上述的第二种即专章式立法思路。

2.《涉外民事关系法律适用法》的定位

2010 年 10 月 28 日，第十一届全国人大常委会第十七次会议表决通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，这是新中国历史上第一次出现有关冲突法规则的单行法。是我国第一次系统性的对国际私法规则汇编，虽然仍待完善，但其凝结了我国国际私法学者的心血，吸收了当今世界各国先进的理念，是国际私法历程上的重要里程碑。然而，《涉外民事关系法律适用法》应当如何定位，其是否具有国际私法典的功能，笔者看来还不够。

首先，就法律本身内容而言，一部法典需要穷尽该法域所有法律规则。而《涉外民事关系法律适用法》仅有 8 章 52 条，大多数条文仅是做出一个粗略的指引，称其为法典略显单薄；其次，该法不包含《公司法》、《证券法》等商事领域的冲突规则。就商事关系是否需要制定冲突规则的问题，有学者指出鉴于我国是一个传统上采取“民商合一”立法体例的国家，关于一般民事关系的冲突规则通常也适用于商事关系，故无须在 《涉外民事关系法律适用法》中专门就商法事项制定冲突规则。[696]然而，就一部单行法而言尚可行，就一部法典而言，商事领域对部分商事习惯的利用和遵循与民法并不一致，因此国际私法典也应当就商事领域部分做出规定，而《涉外民事关系法律适用法》显然不够。

3.国际私法典的内容

由于国际私法本身学科的特性，其本身理论性非常强，且理论界并未形成一致结论，甚至关于国际私法的性质都一直未能达成定论，带有明显“学说法”[697]的性质。因此，如果要确定编纂国际私法典，就其内容而言：

---

[695] 在《涉外民事关系法律适用法》，中国国际私法学会曾倾尽众人之力制定出一部《中国国际私法示范法》，向立法者提供参考，这部“法律”凝聚了国际私法学人多年努力，也吸收了当时世界先进立法经验，然而这终究只是学术界的努力，与官方的意图不一致，充其量算是一个民间立法，因此最终并未引起立法者的重视。

[696] 陈卫佐：中国国际私法立法的现代化——兼评 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的得与失，清华法学，2011 年第 2 期。

[697] 李双元，蒋新苗，熊育辉：关于起草我国国际私法法典的几点想法，时代法学，2008 年 12 月。

由于我国是大陆法系国家，国际私法与民法在法典层面有诸多共性，因此可参考民法典的制定模式，设立总则和分则两部分。总则部分规定一般原则，分则中包括婚姻家庭、继承、物权、债权以及知识产权等编，形成一个完整的体系。这在《涉外民事法律关系法律适用法》的结构中即可看出。

其次，我国国际私法规则在立法结构中一分为二，将法律适用部分主要规定在《民法通则》以及《涉外民事关系法律适用法》中，管辖权部分与司法协助部分则规定在《民事诉讼法》中，这种立法结构给我们制定统一法典带来了难度。一部法典应当尽可能穷尽该部门所有的法律规则，因此法典中还应包括此部分内容，当然，就此部分内容尚存争议。

就法典内容而言学界争议依然较大且无主流观点。法律规范的法典化具有形式上的整合价值，一部完善的法典应该容纳所能调整的全部法律关系，一个成熟的国际私法立法体系应当具有这样的特征，即基本立法具有宏观性、经典性、稳重性；各单行立法应当具有针对性、开放性和前沿性；司法解释应当具有权威性、补救性和节制性。[698]因此，就法典的内容部分仍需学界进一步讨论方能确定。

六、笔者对国际私法典编纂的看法

国际私法典是国际私法学界长期讨论的话题，2015 年年会国际私法部分首项议题即为国际私法典的编纂。然而就官方思路来看，国际私法典单独成立法典的可能性较低，最大可能性还是成为民法典的一个部分，即专章式立法，这从物权法、侵权责任法、涉外民事关系法律适用法等部门法的相继出台即可看出。民法学者就民法典编纂亦长期奔走呼号，全国人大代表关于重启民法典编纂的的提案也从未断绝，然而民法典的难产为学界所公认。国际私法要想成就自己的法典，其本身理论差异性决定其将会比民法典更难。

就实际情况来看，改革开放多年来我国没有国际私法典，甚至在 2010 年《涉外民事关系法律适用法》出台前连一部国际私法专门的立法都没有。虽然实务中对于统一相关国际私法规则有一定需求，然而司法解释等方式让这种需求并不强烈。国际私法典编纂一直停留在理论层面，只是学术界重要的愿望。即使出台一部单独法典，其理论意义也将远大于实际意义。国际私法规则本身并未得到统一，

[698] 刘想树：中国国际私法立法问题论略，河北法学，2009 年第 4 期。

《涉外民事关系法律适用法》也还有待完善空间，因此在这种情况下并不适宜出台法典。

笔者在聆听孙宪忠教授讲座时获悉全国人大已于2015年3月20日正式成立民法典编纂小组，民法典编纂进入实质阶段，预计五到八年时间完成。更有幸直接向孙教授提出了国际私法典的编纂问题：民法典分编中是否会有第九编法律适用法编，是否以《涉外民事关系法律适用法》为蓝本？这两者都得到对方肯定的回答，同时他也鼓励国际私法学者继续努力，为国际私法典的编纂继续奋斗，现阶段则并不合适。这与笔者的结论一致。因此，可以预见的是国际私法典会以专章式立法出现在民法典分编中，其单独制定法典之路依然任重道远。

结语：法典化是大陆法系国家推崇的理念，在英美法系国际通常认为法律的生命在于实践，对于形式并没有过多推崇，然而国际私法典编纂之音在学界不绝于耳。就现实而言，出台国际私法典这样一部法典式法律的需求并不迫切，即使出台，也很有可能是对一些单行法或者条文的汇总，难以起到大的作用。就目前情况而言，国际私法更大的可能依然是作为民法典的一编而出现，真正出台一部国际私法典仍需时日方能成就。

我国仲裁裁决的救济途径研究

蒋圣力*

摘要：仲裁裁决，指的是仲裁庭基于当事人提请仲裁的争议事项，于仲裁程序终结之后作出的、得以确定双方实体权利和义务的最终决定。当仲裁裁决存在违法、失当的情形时，司法监督应当是当事人得以对此进行救济的主要途径。然而，由于目前作为上述司法监督的实现方式的撤销和不予执行仲裁裁决制度在理论和实践层面均存在一定的问题，因此，可以考虑完善现行的重新仲裁制度，使得司法监督对仲裁裁决的救济能够在支持仲裁的原则下适度地、合理地进行，从而更好地维护当事人的利益。

关键词：仲裁裁决；司法监督；撤销；不予执行；重新仲裁

根据我国《仲裁法》第 9 条的规定，[699]仲裁裁决被赋予了终局性，其一经作出便具有了约束双方当事人、确定其相互之间权利义务关系的法律效力；并且，整个仲裁程序亦在仲裁庭作出仲裁裁决后随之宣告终结。[700]是故，仲裁程序的根本目的和归宿实则即是作出仲裁裁决，[701]而仲裁裁决的合法、恰当与否亦直接关系到当事人的利益能否得到切实地维护；亦由此当仲裁裁决确实存在违法、失当的情形时，对其进行充分、有效的救济，即既是仲裁发挥公平公正的争端解决功能的应有之义，同时更是进一步地推动仲裁发展的必然要求。

一、仲裁裁决的内涵

在仲裁程序自开始起至终了止的过程中，仲裁庭往往会作出一系列或针对程序性事项、或针对实体性问题，或及于整起案件、或及于部分争议的“决定”；而在上述诸多“决定”中，确定何者得以构成“仲裁裁决”具有十分重要的法律意义。这是因为，仲裁实践表明，虽然多数仲裁裁决均系当事人自动履行，但亦存在少数败诉方或者债务方拒绝履行的情形，[702]而在此情形下，根据我国《仲裁法》第 62 条和《民事诉讼法》第 237 条第 1 款的规定，[703]

---

* 蒋圣力（1989-），男，上海人，华东政法大学国际法专业 2014 级博士研究生，香港大学法学院访问学者。

699 《仲裁法》第 9 条规定：“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。”

700 参见李双元等编著：《中国国际私法通论》，法律出版社 1996 年版，第 760 页。

701 参见（英）艾伦·雷德芬、马丁·亨特等：《国际商事仲裁法律与实践》（第四版），林一飞、宋连斌译，北京大学出版社 2005 年版，第 391 页。

702 参见韩健：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》（修订本），法律出版社 2000 年版，第 370 页。

703 《仲裁法》第 62 条规定：“ 当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。”《民事诉讼法》第 237 条第 1 款规定：“对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执

仅有“（仲裁）裁决”方才具有被据以由当事人自动履行或者向法院申请执行的法律效力，即仅有仲裁裁决方才实际地决定了一方当事人能否通过对方的自动履行或者法院的强制执行，以最终解决其相互之间的权利义务纠纷。因此，在解决应当如何对存在违法、失当的情形的仲裁裁决进行救济之前，确有必要首先对作为救济的对象的仲裁裁决本身的内涵予以明确。

然而，亦恰恰是由于仲裁裁决所具有的上述如此重要的法律意义和地位，反而使得无论是国际立法还是各国学界，在纷纷确立其一裁终局的特性的同时，却又对其概念的界定无不慎之又慎，并且始终莫衷一是。一方面，作为世界范围内有关国际商事仲裁的最具影响力的两部国际法律文件，《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958 年《纽约公约》）对仲裁裁决所作的，与其说是定义，毋宁说是基于不同主体和对象的分类；[704]而 UNCITRAL《国际商事仲裁示范法》则虽然在制定的过程中一度有专家建议对仲裁裁决作出明确的定义，[705]但却终究因为所引起的争议过大而不得不最终放弃。[706]同时，另一方面，世界各国学者对于仲裁裁决定义的认识亦各不相同。例如，有法国学者提出将仲裁裁决定义为，仲裁庭对提交仲裁的任何涉及实体、管辖权或将导致仲裁程序终止的全部或部分争议所作出的最后的决定。[707]而有英国学者则认为，仲裁裁决仅指对实体问题处理的最终决定，这区别于对仲裁程序的决定，后者不具有仲裁裁决的法律地位。[708]至于中国学者之间，亦同样存在主要围绕仲裁裁决的作出时间和对象的争论。例如，有学者认为应当将仲裁裁决定义为，“仲裁庭按照仲裁规则在仲裁过程中或者仲裁程序审理终结后，就任何程序性事项或者就当事人提出的实体请求所作出的书面决定。”[709]而另有学者则认为，“仲裁裁决是指仲裁庭对仲裁当事人提交的争议事项进行审理终结后作出的结论性意见。”[710]

综观上述国际立法的规定和各国学界的观点，虽然无法就仲裁裁决作出具有普遍性的统

行。受申请的人民法院应当执行。”

[704] 《纽约公约》第 1 条第 2 款规定：“‘仲裁裁决’一词不仅指专案选派之仲裁员所作裁决，亦指当事人提请仲裁之常设仲裁机关所作裁决。”

[705] UNCITRAL《国际商事仲裁示范法》的制定过程中有关“仲裁裁决”的定义的专家建议为，“‘裁决’意指解决所有提交仲裁庭的事项而做出的最终裁决，以及仲裁庭对于任何实体问题所做出的最后决定；或者是仲裁庭对于本身的管辖权问题或任何其他程序问题所做的决定。在后种场合，仅在仲裁庭将其决定称为裁决时才为‘仲裁裁决’。”参见宋航：《国际商事仲裁裁决的承认与执行》，法律出版社 2000 年版，第 51-52 页。

[706] See, Howard M. Holtzman and Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on the International Commercial Arbitration—Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p.154.

[707] See, Emmanuel Gaillard and John Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p.737.

[708] See, Alan Redlfern & Martin Hunter, *law and practice of International Commercial Arbitration*, third edition, Sweet & Maxwell, 1999, p.7.

[709] 陈治东：《国际商事仲裁法》，法律出版社 1998 年版，第 239 页。

[710] 李双元等编著：《中国国际私法通论》，法律出版社 1996 年版，第 760 页。

一定义，但笔者仍然倾向于认为仲裁裁决的内涵应当包含以下三个方面的内容：

其一，仲裁裁决的对象应当是当事人提请仲裁的争议事项。诚如有学者指出的，作为仲裁庭据以作出仲裁裁决的基础的仲裁权，是一项在法律授权的范围内，经双方当事人协议授权的权力；[711]并且，尽管在仲裁的性质为何这一问题上存在争论，但无论是“司法权说”、“契约论说”，还是“自治说”，亦均无法否认仲裁源于当事人之间的仲裁协议。因此，仲裁庭作出的仲裁裁决的内容应当以当事人的授权范围为限，即应当与当事人提请仲裁的争议事项相对应，不得超出亦不得遗漏。

其二，仲裁裁决针对的应当是实体性问题。这是因为，一方面，由于当事人将其相互之间的争议提交仲裁的目的是为了定纷止争，因此，其提请仲裁的争议事项即当然地应当是得以实际地确定权利义务关系的实体性问题，而不应当包含对权利义务关系的确定不产生实际影响的程序性事项；并且，亦仅有实体性问题方才具备前述仲裁裁决所要求的“可执行性”，即得以被据以由当事人自动履行或者向法院申请执行，而程序性事项则不会涉及可执行与否的问题。同时，另一方面，尽管饱受质疑，但是长期以来，我国的仲裁立法和各仲裁委员会的仲裁规则均明确规定，由仲裁委员会行使对仲裁协议的存在、效力以及仲裁案件的管辖权作出决定的权力；[712]并且，时至今日，对于上述事项，亦仍然是以仲裁委员会决定为主、仲裁庭决定为辅。[713]由此，在多数情况下，就包括仲裁案件的管辖权等在内的事项作出决定的是仲裁委员会而非仲裁庭，故而，有关上述事项的决定亦就不应当被包含在由仲裁庭作出的仲裁裁决的范畴中。

其三，仲裁裁决应当是在仲裁程序终结之后作出的，具有终局性。由于如前所述地，仲裁程序以作出仲裁裁决为根本目的和归宿，因此，仲裁裁决亦必然应当是仲裁庭在就整起案件审理终了之后方才能够作出的一项终局性的决定；而至于仲裁庭在仲裁程序开始前或者进行过程中作出的其他决定，无论是针对仲裁案件的管辖权还是其他程序性事项，则虽然均是为了获得上述具有终局性的仲裁裁决所不可或缺的前提，但却终究并非仲裁裁决本身。[714]

综上所述，笔者认为，或可以将于仲裁活动中居核心位置的，并且作为当存在违法、失当的情形时需予救济的对象的仲裁裁决定义为，仲裁庭基于当事人提请仲裁的争议事项，于仲裁程序终结之后作出的、得以确定双方实体权利和义务的最终决定。

---

[711] 参见乔欣：《仲裁权研究——仲裁程序公正与权利保障》，法律出版社 2001 年版，第 15 页。
[712] 参见史飚：“商事仲裁监督与制约机制研究”，中国政法大学 2003 年博士学位论文。
[713] 例如，《上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2014年5月1日起施行）第6条第1项规定：“仲裁委员会有权对仲裁协议的存在、效力以及仲裁案件的管辖权作出决定。如有必要，仲裁委员会也可以授权仲裁庭作出管辖权决定，仲裁庭依此授权作出管辖权决定的，可在仲裁程序中单独作出，也可在裁决书中作出。”
[714] 参见赵宁：“国际商事仲裁撤销制度研究”，复旦大学 2008 年博士学位论文。

二、我国仲裁裁决的主要救济途径：司法监督

根据前述我国《仲裁法》第 9 条的规定，仲裁裁决的“终局性”决定了其一经作出，便使得任何一方当事人均不得再就其向仲裁庭申请复审、复核，或者向法院提出上诉、申诉。[715]不过，这并不意味着，当仲裁裁决确实存在违法、失当的情形时，当事人亦当然地不得通过任何途径对其进行救济；恰恰相反地，在与仲裁相关的立法与实践中，世界各国大都赋予了本国法院对仲裁进行监督的权力，几乎没有任何一个国家会放弃对仲裁的司法监督。[716]事实上，诚如有学者指出的，除经由解决投资争端国际中心进行仲裁外，其他所有类型的仲裁均无法摆脱内国法院的司法干预。[717]由此，司法监督即成为了仲裁裁决的主要救济途径；而至于其中原因则应当包括以下几个方面：

其一，仲裁权的行使需要接受司法监督的制约。如前所述地，作为仲裁庭据以作出仲裁裁决的基础的仲裁权应当具有权力属性。这是因为，尽管仲裁庭对仲裁权的行使必须被限定在法律授权的范围内，并且同时还必须依赖于当事人的授权，但是，一旦上述两项前提条件均得到了满足，则仲裁权即随之具备了权力的基本特征[718]——具体而言，基于仲裁权，仲裁庭对于整个仲裁活动的进行即形成了支配力，而由其作出的仲裁裁决亦对当事人形成了必须服从和遵守的法律效力，[719]即当事人通过协议将其相互之间的权利义务纠纷提交仲裁的行为本身，便已经表明了其愿意接受仲裁庭作出的仲裁裁决的约束。[720]由此，根据“权力制约权力”的法理原则，[721]仲裁权的行使即应当受到相应的权力的制约；又因为司法权作为国家的基本权力，同时包含了裁判争端和法律监督的权能，[722]所以，其他各项用诸争端解决的权力的行使，便均应当接受司法权以司法监督为主要方式的制约，而仲裁权亦当然地概莫能外。

其二，仲裁的基本价值的实现需要司法监督的保障。尽管相比于诉讼，作为一项争端解决方式，仲裁更加注重对于效益的追求，但是，由于公平正义的实现始终都是法律所追求的终极目标，因此，效益与公正理应同时构成贯穿整个仲裁活动的基本价值。然而与此同时，又因为在仲裁实践中，效益与公正的矛盾冲突是客观存在的：前述仲裁裁决的终局性一方面是对仲裁的效益价值最为集中和突出的体现，而另一方面则又使得即便在确实存在违法、失当的情形的情况下，当事人亦无法在已经取得一经作出即已生效的仲裁裁决之后，再就相同

---

715 参见刘晓红主编：《国际商事仲裁专题研究》，法律出版社 2009 年版，第 432 页。
716 参见乔欣主编：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 330 页。
717 参见朱克鹏：“论国际商事仲裁中的法院干预”，载《法学评论》1995 年第 4 期。
718 参见郭道晖：“权利与权力的法理区别”，载《人大工作通讯》1998 年第 18 期。
719 参见张春良：“国际商事仲裁权的性态”，载《西南政法大学学报》第 8 卷第 2 期，2006 年 4 月。
720 参见刘家兴：“论仲裁权”，载《中外法学》1994 年第 2 期。
721 参见（法）孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 154 页。
722 参见童兆洪：“司法权概念解读及功能探析”，载《中共中央党校学报》第 8 卷第 2 期，2004 年 5 月。

争议事项重新提请仲裁或者另行诉诸诉讼。由此，仲裁裁决的终局性、即仲裁的效益价值即因为可能使得当事人的利益由于无法通过对存在违法、失当情形的仲裁裁决进行救济而遭受损害，从而在客观上存在减损仲裁的公正价值的可能。所以，为了平衡效益与公正，使得仲裁的上述两项基本价值能够得到均衡的实现，司法监督的保障是十分有需要的。具体而言，一方面，司法监督可以有效地规制仲裁员的擅断，匡正仲裁活动中的程序性错误，确保仲裁裁决能够体现法律正义，并且通过遏制仲裁庭对法律作出不同的解释以维护法律的统一，从而为仲裁公正价值的实现提供最可靠的保障。[723]同时，另一方面，司法监督又能够在仲裁程序的开展、仲裁裁决的的执行等方面给予仲裁支持和协助，以有效地避免仲裁活动遭到恶意的破坏和不必要的延宕，从而提高仲裁的效率，推动仲裁效益价值的实现。[724]

其三，仲裁的特殊性质决定了司法监督的必要性。为从根本上解决行政仲裁模式所带来的诸多弊端，依托《仲裁法》的正式施行，我国成功地将原先强制性的、垄断性的行政仲裁转变为了由当事人协议选择的自愿性的、民间性的仲裁，并将原先作为行政机关或其附属机构的仲裁委员会转变为了独立自主的中介性质的民间服务组织。[725]由此，仲裁即具有了民间性的特殊性质。此外，根据《仲裁法》第 8 条和第 14 条的规定，仲裁亦还具有独立性的特殊性质，即“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，同时，仲裁委员会亦独立于行政机关，与行政机关无隶属关系，并且仲裁委员会之间同样不存在隶属关系。然而，上述两项特殊性质在为仲裁带来相比于诉讼更加自主、灵活的优势的同时，亦产生了一定的负面问题，必须依靠司法监督予以补正：一方面，由于如前所述地，仲裁庭所行使的仲裁权源于当事人的授权，而非司法权或者其他国家权力，因此，无论是作为民间服务组织的仲裁委员会，还是基于当事人的选择并经由仲裁委员会设立的仲裁庭，其均因为缺乏强制力而不仅难以保障全部仲裁程序的顺利推进，同时更无法确保全部仲裁裁决被遵照执行，故而即需要司法监督给予必要的支持和协助。而另一方面，虽然基于仲裁的独立性，仲裁活动固然可以不受干涉地自主地进行，但是倘若不对其加以必要的限制，那么仲裁亦就很有可能成为失控的“独立王国”，[726]因此，在其他行政机关、社会团体和个人均不得干涉仲裁的情况下，同样需要具有法律监督权能的司法权以司法监督的方式对仲裁活动的自主性和仲裁程序的灵活性予以必要的限制，以避免因为对仲裁的放任自流而使得存在违法、失当情形的

---

[723] 参见（英）施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 607 页。
[724] 参见杜新丽：“论国际商事仲裁的司法审查与立法完善”，载《现代法学》第 27 卷第 6 期，2005 年 11 月。
[725] 参见王红松：“坚持仲裁民间性 深化仲裁体制改革——论仲裁法修改应重视的问题”，载《北京仲裁》（第 61 辑）2007 年第 1 期。
[726] 参见徐前权：“论我国仲裁监督体制”，载《法学评论》1997 年第 6 期。

仲裁裁决对当事人的利益造成损害。

三、司法监督对仲裁裁决的救济存在的问题

根据我国相关立法的规定，司法监督主要通过以下两种方式实现对存在违法、失当情形的仲裁裁决的救济：其一，根据《仲裁法》第 58 条第 1 款的规定，当事人可以向法院申请撤销仲裁裁决；[727]其二，根据《仲裁法》第 63 条和《民事诉讼法》第 237 条第 2 款的规定，当事人亦可以向法院申请不予执行仲裁裁决。[728]由此，上述两种实现方式的同时并存即形成了所谓的司法监督对仲裁裁决的“双重救济”制度。事实上，在《仲裁法》的起草过程中，就是否应当在已有不予执行仲裁裁决制度的情况下再设立撤销制度曾经一度引起争议，不过，立法者最终仍然采纳了支持的意见[729]——根据全国人大常委会法工委民法室对此所作的官方解释，增设撤销仲裁裁决制度的目的是为了“有利于保护当事人的合法权益，减少仲裁工作中的失误”。[730]是故，我国相关立法之所以设立司法监督对仲裁裁决的“双重救济”制度，即是旨在加强对仲裁权的行使的制约，并且避免仲裁裁决的终局性因不受约束而对当事人的利益造成损害。但是，在笔者看来，上述所谓的“双重救济”制度实则并未能够实际地体现立法的良好初衷，撤销和不予执行仲裁裁决制度无论是在理论层面还是在实践层面，均存在着一定的问题。

（一）理论层面的问题：对仲裁裁决的终局性造成过度的损抑

尽管如前所述地，为避免仲裁裁决的终局性因为可能使得无法对存在违法、失当情形的仲裁裁决进行救济而对当事人的利益造成损害，通过司法监督对其进行约束是确实需要的；但与此同时，司法监督对仲裁裁决终局性的约束亦应当受到在必要的限度内进行的限制。因为，毋庸置疑地，仲裁之所以得以成为切实可行的争端解决方式的基础，是双方当事人以仲

---

[727] 《仲裁法》第 58 条第 1 款规定：“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（一）没有仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。”

[728] 《仲裁法》第 63 条规定：“被申请人提出证据证明裁决有民事诉讼法第二百一十七条第二款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。”《民事诉讼法》第 237 条第 2 款规定：“被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；(四)裁决所根据的证据是伪造的；(五)对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；(六)仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。”此处，需要注意的是，《仲裁法》第 63 条所指的“民事诉讼法第二百一十七条第二款”为 1991 年 4 月 9 日颁布的《民事诉讼法》中的条款；而该条款现已经由 2012 年 8 月 31 日颁布的《民事诉讼法》修订为第 237 条第 2 款。

[729] 参见江伟、李浩：“论人民法院与仲裁机构的新型关系”，载《法学评论》1995 年第 4 期。

[730] 全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局编著：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社 1995 年版，第 152 页。

裁协议为实在表现的意思自治；[731]而由此，不仅仲裁机构、仲裁地点、仲裁规则、仲裁员以及仲裁审理所适用的法律等均得以由当事人协议选择，即便是当事人对仲裁裁决的履行，在某种程度上亦同样可以被视为是基于双方合意、即仲裁协议对当事人产生的约束力。[732]是故，尽管在实践中确实存在当事人不予履行仲裁裁决的情形，但是之于理论层面，由于仲裁裁决是由当事人协议选择作为争端解决方式的仲裁作出的，即其实际地构成了一项由双方当事人合意产生的约定，因此，为使仲裁裁决能够依照当事人的自愿被自动地履行，就应当确保其必须忠实于当事人的意思自治，必须一经由当事人协议授权的仲裁庭作出即随即具有终局性的法律效力，而不为任意地改变。所以，“仲裁当然应服从法律的管制，但此项管制不能损害仲裁的契约本质”；[733]而倘若司法监督对仲裁裁决终局性的约束超出了必要的限度，那么其实则亦即否定了当事人之于仲裁裁决所欲行使的意思自治，并且由此甚至可能动摇仲裁得以成立的基础。然而，司法监督对仲裁裁决的“双重救济”制度却恰恰造成了对仲裁裁决终局性的过度损抑，主要表现在：

其一，根据前述《仲裁法》第 58 条第 1 款的规定，当事人据以向法院申请撤销仲裁裁决的理由仅限于仲裁裁决所涉的程序性事项存在违法、失当的情形，而并不涉及仲裁裁决中的实体性问题。[734]对此，尽管有学者基于前述仲裁的契约性以及由此引申开来的“契约必须遵守”原则进而提出，只要仲裁程序符合自然正义的要求，当事人一般即准备接受在法律或者事实方面存在错误的仲裁裁决，[735]但在笔者看来，仅以程序性事项存在违法、失当的情形作为撤销仲裁裁决的理由虽然似是确实能够保障当事人之于仲裁裁决所欲行使的意思自治，但是，由于仲裁裁决所针对的终究是得以实际地确定当事人之间权利义务关系的实体性问题，并且仲裁裁决一经撤销又意味着其法律效力被根本地否定，因此，在仅有仲裁裁决所涉的程序性事项存在违法、失当的情形，而不论其中的实体性问题如何的情况下，便全盘否定仲裁裁决的法律效力以及作出该裁决的整个仲裁活动，并且亦不给予当事人或者仲裁庭任何补正机会的撤销制度，实则恰恰是在更大程度上减损了仲裁裁决的终局性。

其二，尽管针对仲裁裁决本身是否具有强制执行力，在学界尚有否定的观点，[736]并且笔者亦更加倾向于认为，基于前述仲裁民间性的特殊性质，无论是仲裁委员会还是仲裁庭，亦确实不具有确保全部仲裁裁决均被遵照执行的强制力，但是，仲裁裁决的终局性却仍然决定

---

731 参见丁伟、陈治东：《冲突法论》，法律出版社 1996 年版，第 318 页。
732 参见李玉泉主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，武汉大学出版社 1994 年版，第 246 页。
733 （英）施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 638 页。
734 参见黄文艺：“新《民事诉讼法》对不予执行仲裁裁决事由修改的理解与适用”，载《北京仲裁》（第 81 辑）2012 年第 3 期。
735 参见陈治东：《国际商事仲裁法》，法律出版社 1998 年版，第 23 页。
736 参见杨崇林：《商务仲裁之理论与实际》，台湾中央文物供应社 1984 年版，第 97 页。

了其一经作出即当然地具有得以约束双方当事人、确定其相互之间权利义务关系的法律效力。因此，除被依法撤销之外，仲裁裁决上述应然的法律效力在任何情况下则均应当得到承认。然而，根据《民事诉讼法》第 237 条第 5 款的规定，[737]法院对仲裁裁决的可执行性的否定却产生了同时间接地否定了其法律效力的效果，即仲裁裁决应然的法律效力在事实上为法院不予执行的裁定所否定，从而造成了所谓的仲裁裁决于法律上有效、而于事实上无效的结果。[738]由此，原本应当限于就仲裁裁决的可执行性进行司法监督的不予执行制度，即因为违背了执行权设置的本旨，越权地在不予执行仲裁裁决的同时亦间接地否定了其应然的法律效力，[739]而对决定了仲裁裁决上述应然的法律效力的仲裁裁决的终局性造成了过度的损抑。

（二）实践层面的问题：当事人无法切实地获得双重救济

如前所述地，我国相关立法设立司法监督对仲裁裁决的“双重救济”制度的初衷，是为了加强对仲裁权的行使的制约和对仲裁裁决的终局性的约束，为当事人的利益提供更加周全、可靠的保障。然而，从具体实践的情况看，撤销和不予执行仲裁裁决制度却并未使当事人切实地获得所谓的双重救济；相反地，上述制度不仅其本身难副其实，反而还造成了对仲裁裁决的履行的恶意拖延。

一方面，从前述《仲裁法》第 58 条第 1 款和《民事诉讼法》第 237 条第 2 款关于当事人得以向法院申请撤销和不予执行仲裁裁决的理由的规定看，尽管在措辞上存在一定的差异，但其实质内容却是完全相同的。由此，倘若成立真正意义上的“双重救济”制度，则应当表现为依法享有对仲裁裁决的执行权的法院对依法享有撤销权的法院作出的驳回撤销申请的裁定进行审查，[740]即在当事人因为据以申请撤销仲裁裁决的理由不为撤销权法院所接受而被裁定驳回撤销申请，导致其第一次救济失败之后，执行权法院还可以再次就相同理由进行审查，并且在上述理由确实得以成立而驳回撤销申请的裁定确实存在错误的情况下，通过对仲裁裁决的可执行性而非应然的法律效力的否定，为当事人提供第二次救济。然而，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 26 条的规定，[741]由于当事人不得以与申请撤销仲裁裁决相同的理由再次申请不予执行，因此，执行权法院亦就无法就当事人申请撤销仲裁裁决的理由是否成立，以及撤销权法院作出的驳回撤销申请的裁定是否正确进行审查，而只得就当事人提出的新的理由，单纯地审查仲裁裁决的可执行性；亦

---

737 《民事诉讼法》第 237 条第 5 款规定：“仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”

738 参见肖晗：“建议取消不予执行仲裁裁决的司法监督方式”，载《河北法学》2001 年第 3 期。

739 参见占善刚、刘显鹏：“论不服仲裁裁决应有之救济途径及其适用”，载《仲裁研究》（第七辑）

740 参见韩平：“我国仲裁裁决双重救济制度之检视”，载《法学》2012 年第 4 期。

741 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 26 条规定：“当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。”

由此，彼此之间实则并不存在后者是对前者的补正的关联的撤销和不予执行仲裁裁决制度，并无法为当事人提供针对前次失败的救济的第二次救济，因而与其称之为“双重救济”制度，毋宁说是两种互不相干、相互独立的仲裁裁决救济制度。

另一方面，虽然前述最高院司法解释第 26 条规定当事人不得以与申请撤销仲裁裁决相同的理由再次申请不予执行的本意，是为了防止当事人滥用救济权利，避免其有意地在撤销申请被驳回后再重复使用确实无法成立的理由申请不予执行而恶意地拖延对仲裁裁决的履行，但是，针对实践中出现的当事人以名义上看似不同、但实质上完全相同的理由先后申请撤销和不予执行仲裁裁决，或者在撤销申请被驳回后又杜撰事实上莫须有的不同理由再申请不予执行的情形，[742]由于上述规定同时并未禁止当事人在撤销申请被驳回后再以不同的理由申请不予执行，并且，我国相关立法又仅规定了当事人申请撤销仲裁裁决的时限，而未规定申请不予执行的时限，[743]因此，撤销申请被驳回的一方当事人在对方当事人向执行权法院提出执行申请之后，仍然得以不受时限约束地、随时地申请不予执行；而只要该方当事人据以申请不予执行仲裁裁决的理由在表面上不同于申请撤销的理由，执行权法院即必须中止执行程序对此进行审查。故而，上述实践中的情形实则仍然在事实上造成了对仲裁裁决的履行的恶意拖延。

四、完善重新仲裁制度作为我国仲裁裁决的救济途径

由于一方面，如前所述地，司法监督理应成为仲裁裁决的主要救济途径，而另一方面，作为目前司法监督对仲裁裁决进行救济的实现方式的“双重救济”制度、即前述撤销和不予执行仲裁裁决制度，却又在理论和实践层面上均存在着一定的问题，因此，笔者认为，可以考虑完善现行的重新仲裁制度，并以该制度作为仲裁裁决的主要救济方式。这是因为：首先，由于现行的重新仲裁制度的法律依据主要是《仲裁法》第 61 条的规定，[744]而该条规定又被置于《仲裁法》第五章“申请撤销裁决”中，因此，重新仲裁制度即可以被视为是撤销仲裁裁决制度中的一种特殊情形，并且进而当然地属于得以对仲裁裁决进行救济的司法监督的范畴。同时，虽然重新仲裁程序的启动以撤销程序的启动为前提，但由于上述两种制度在启动的原因和结果等方面又均存在着相当的不同，[745]因此，重新仲裁制度实则即构成了上述司法监督中的一项相对独立的对仲裁裁决的救济方式。其次，尽管重新仲裁制度因为使得仲裁庭

---

[742] 参见韩平：“我国仲裁裁决双重救济制度之检视”，载《法学》2012 年第 4 期。

[743] 《仲裁法》第 59 条规定：“当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起六个月内提出。”

[744] 《仲裁法》第 61 条规定：“人民法院受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。”

[745] 参见唐姣：“重新仲裁制度的重塑”，中国政法大学 2011 年硕士学位论文。

得以在作出仲裁裁决后，再次就同一争议事项或者仲裁裁决本身存在的违法、失当的情形重新进行仲裁，而似是有悖于仲裁“一裁终局”的特性，但在笔者看来，由于前述仅审查仲裁裁决的程序性事项而不论其实体性问题如何的撤销制度已然对当事人之于仲裁裁决所欲行使的意思自治，以及仲裁裁决的终局性造成了一定的减损，并且，仲裁裁决一经撤销又意味着作出该裁决的整个仲裁活动将被全盘否定，而为此付出的人力、物力等社会资源亦将遭受巨大的浪费，因此，为仲裁庭提供了就存在违法、失当情形的仲裁裁决进行自我补正的机会的重新仲裁制度，不仅能够降低仲裁裁决最终被法院裁定撤销的可能性，以减少相应的社会资源的浪费，更能够在相当程度上避免法院对仲裁进行过度的干预，从而使得经仲裁庭自我补正的仲裁裁决仍然得以保有终局性。由此，基于重新仲裁制度所具有的上述优势，该制度的不断发展既体现了司法对仲裁和前述作为仲裁成立的基础的当事人意思自治的尊重和支持，同时亦体现了其自身的合理性和必要性。[746]不过，由于前述《仲裁法》第 61 条就重新仲裁制度所作的规定过于简单、笼统，对其在具体适用过程中存在的诸多问题均尚未予明确，因此，为使该制度作为仲裁裁决的救济方式能够更好地维护当事人的利益，则仍然需要对其加以完善。

（一）以当事人作为申请重新仲裁的主体

根据《仲裁法》第 61 条的规定，重新仲裁程序的启动完全依赖于法院的裁量权，而当事人并不享有主动申请的权利。对此，笔者认为，由于重新仲裁程序是在法院启动撤销仲裁裁决程序后方才得以启动的，而撤销程序的启动又以当事人向法院提出申请为前提，因此，同样以当事人作为申请重新仲裁的主体首先即是合乎法理逻辑的。并且，又因为在仲裁实践中，当事人申请撤销仲裁裁决的原因，有时并非是对仲裁裁决的绝对的否定，而是希望通过对其中部分违法、失当情形的补正，以更好地、同时亦是更加经济地、效率地维护自身利益，所以，赋予当事人在申请撤销仲裁裁决后再行申请重新仲裁的权利，实则亦是对于上述当事人意思自治的尊重，体现了对这一仲裁的基础属性的保障。[747]而正是因为如此，在诸多国际和国外立法中，当事人提出申请即均被作为了法院启动重新仲裁程序的前提条件。[748]

（二）以实体性问题作为申请重新仲裁的理由

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 21 条第 1 款规定，仅在仲裁裁决所根据的证据是伪造的，或者一方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证

[746] 参见王小莉：“我国重新仲裁制度若干问题探析”，载《仲裁研究》（第二十辑）2009 年第 3 期。
[747] 参见周清华、王利民：“论我国的重新仲裁制度”，载《社会科学辑刊》2008 年第 3 期。
[748] 例如，UNCITRAL《国际商事仲裁示范法》第 34 条第（4）款规定：“法院被请求撤销裁决时，如果适当而且当事一方也要求暂时停止进行撤销程序，则可以在法院确定的一段期间内暂时停止进行，以便给予仲裁庭一个机会重新进行仲裁程序或采取仲裁庭认为能够消除请求撤销裁决的理由的其他行动。”

据的情况下，法院方才得以作出中止撤销程序、发回重新仲裁的裁定，[749]即上述规定将法院得以主动启动重新仲裁程序的理由限定在了仲裁裁决所根据的证据存在违法、失当情形的情况。对此，除应当考虑比照《仲裁法》第 58 条第 1 款的规定，将仲裁裁决所涉的程序违法和仲裁员索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决的行为纳入法院据以裁定重新仲裁的理由外，笔者认为，在确实由当事人提出重新仲裁的申请的情况下，即应当将仲裁裁决中的实体性问题亦作为申请重新仲裁的理由。因为，在由法院主动启动重新仲裁程序的情况下，将其据以作出裁定的理由限定在上述仲裁裁决所涉的程序、证据和仲裁员行为存在违法、失当的情形，固然可以避免过度的司法监督对仲裁“一裁终局”的特性造成减损；[750]但是，在由当事人申请重新仲裁的情况下，由于有关实体性问题的理由是由当事人主动提出的，并且如前所述地，仲裁裁决本身所针对的亦恰恰是实体性问题，因此，法院对于上述申请理由的审查非但不构成司法监督对仲裁的“实体干预”，反而还应当被视为是对当事人意思自治的尊重，以及通过给予仲裁庭自我补正仲裁裁决中的实体性问题的机会，为仲裁提供支持。

（三）以由原仲裁庭进行重新仲裁为原则

由于在法院作出重新仲裁的裁定前，客观上不可能重新组成新的仲裁庭，因此，前述《仲裁法》第 61 条规定中所称的法院所应当通知的仲裁庭、即进行重新仲裁的主体，实则仍然是作出被当事人申请撤销的仲裁裁决的原仲裁庭。[751]对此，有学者提出反对意见称，由于作出存在违法、失当情形的仲裁裁决的原仲裁庭首先即当然地是当事人在订立仲裁协议时便已默示地不予接受的，并且，当事人向法院申请撤销仲裁裁决又进一步地表明了其对原仲裁庭已经失去了信任，因此，为体现对当事人意思自治的尊重，应当由经当事人重新选择的仲裁员所组成的新仲裁庭进行重新仲裁。[752]而在笔者看来，基于仲裁相比于公正更加注重对效益的追求的特性，在仲裁裁决所涉的程序、证据或者其中的实体性问题存在违法、失当情形的情况下，由于由原仲裁庭进行重新仲裁不仅不会造成对仲裁的公正价值的减损，并且还因为无需重复地阅卷、调查、开庭而使得仲裁的效益价值亦能够得到保障，因此，除原仲裁庭中的个别仲裁员存在索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决的行为，而使得由其继续参与重新审理将当然地损害仲裁的公正外，在其他情况下进行的重新仲裁即均应当由原仲裁庭为主体；同时，

---

[749] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 21 条第 1 款规定：“当事人申请撤销国内仲裁裁决的案件属于下列情形之一的，人民法院可以依照仲裁法第六十一条的规定通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁：(一)仲裁裁决所根据的证据是伪造的；(二)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的。”

[750] 参见乔欣主编：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 419 页。

[751] 参见严红：“试论我国涉外仲裁中的重新仲裁制度”，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2001 年第 1 期。

[752] 参见陈建：“也论重新仲裁的法律制度”，载《仲裁与法律通讯》1998 年第 2 期。

即便是在上述仲裁员的行为存在违法、失当情形的特殊情况下，更换个别仲裁员亦有别于重组新的仲裁庭，而仍然属于由原仲裁庭进行重新仲裁。[753]此处，唯一例外地，为尊重当事人的意思自治，在其双方均作出明确表示的情况下，则可以组成新的仲裁庭进行重新仲裁。

（四）重新仲裁的审理范围应当有所限制

由于重新仲裁制度的本旨在于为仲裁庭提供对存在违法、失当情形的仲裁裁决进行自我补正的机会，以更加经济地、效率地维护当事人的利益，因此，不同于民事诉讼的二审程序对一审案件的审理既审查其具体事实又审查其法律适用，重新仲裁无需就仲裁裁决以及作出该裁决的整个仲裁活动进行全盘的重新审理；其审理范围应当限于仲裁裁决中确实存在违法、失当情形的那一部分程序、证据、仲裁员行为或者实体性问题，亦即法院据以作出重新仲裁裁定的理由，[754]而不包括超出仲裁裁决所提出的新的仲裁请求。同时，亦正是因为如此，另一方面，尽管基于对当事人意思自治的尊重，其在有权提出仲裁请求的同时本应相应地享有撤销仲裁请求的权利，[755]但是，在重新仲裁程序中，当事人却并不能够撤销与仲裁裁决中的违法、失当情形相关的仲裁请求；否则，即将导致重新仲裁丧失其审理的对象。

五、结语

我国相关立法设立的司法监督对仲裁裁决的“双重救济”制度、即撤销和不予执行仲裁裁决制度，不仅对仲裁裁决的终局性以及当事人之于仲裁裁决所欲行使的意思自治造成了相当程序的减损，并且在实践中亦并未切实地为当事人提供所谓的双重救济；而这即正是长期以来司法对于仲裁的不信任、司法监督对于仲裁权的限制所导致的必然结果。不过，随着仲裁在争端解决领域中所发挥的重要作用日益显著，司法对于仲裁的态度亦应当顺应社会发展的需要而有所转变。由此，即应当完善现行的重新仲裁制度，为当事人和仲裁庭提供主动地参与对存在违法、失当情形的仲裁裁决进行救济的机会，从而使得司法监督能够在支持仲裁的原则下适度地、合理地进行，以更加经济地、效率地维护当事人的利益。

---

[753] 参见乔欣：《仲裁权研究》，法律出版社 2001 年版，第 309 页。
[754] 参见王小莉：“我国重新仲裁制度若干问题探析”，载《仲裁研究》（第二十辑）2009 年第 3 期。
[755] 参见黄进、徐前权、宋连斌：《仲裁法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 45 页。

论无涉外因素争议的外国仲裁裁决的可执行性

——兼评朝来新生案

张珍星*1；陈虹睿*2

（西安交通大学法学院，陕西 西安，710049）

摘要：朝来新生案判决认定无涉外因素争议的外国仲裁协议的无效已违反国际、国内相关法律规定的立约宗旨及条文文义。此判决以侵犯司法主权为由认定无涉外因素争议的外国仲裁裁决不应被承认和执行，混淆公共政策与司法主权的关系，未能准确理解和适用公共政策、司法主权而是过于宽泛地适用公共政策、司法主权，这不符合国际社会的通行做法。为促进我国商贸发展及提升我国商事仲裁的制度竞争力、市场竞争力，应原则性地确认无涉外因素争议的外国仲裁裁决的可执行性，只在例外情形依个案审查理由予以拒绝。

关键词：朝来新生案；无涉外因素争议；司法主权；公共政策

随着法律服务的推广，仲裁裁决，尤其是国际商事仲裁裁决所具有的法律服务性日益增强，国际商事仲裁裁决在解决国际商事争议中的主导地位日益凸显。在这一背景之下，越来越多的境内企业在仲裁协议约定提交外国仲裁。《民事诉讼法》第271条、《仲裁法》第65条明确规定涉外海事、经贸、商事争议可提交外国仲裁，但对无涉外因素争议可否提交外国仲裁未做出明确规定。据此，学界对无涉外因素争议提交外国仲裁的仲裁协议的效力及此裁决可否得到我国法院承认与执行存有争议，可分为否定说[756]、肯定说[757]、折衷说[758]。实务界似乎对此问题不存疑惑，因为北京二中院在北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案[759]（以下简称朝来新生案）中直接判决认定无涉外因素争议提交外国仲裁的仲裁协议无效，并由此认定此类裁决不应得到我国法院的承认和执行。然而，这一判决的做法值得商榷，必须审慎考察此判决对本案所涉两个争议焦点——《合同书》约定提交大韩商事院仲裁的仲裁协议是否有效及对涉案裁决

基金项目：西安交通大学博士后基金项目“我国国际投资条约与国内外资法的互动研究”（项目编号：2014M562383）

作者简介：*1：张珍星，女，西安交通大学法学院博士生，主要研究方向为国际商法、比较合同法；*2：陈虹睿，女，西安交通法学院讲师，博士，主要研究方向为国际投资法、外资企业法。

[756] 二中法院：如何认定境内外资企业就不具涉外因素的合同纠纷在境外商事仲裁裁决的效力有待明确 [EB/OL]. 上海法院信息网，http：/ / gywebfront. hshfy. sh. cn. 此说认为，若允许境内企业将无涉外因素争议提交外国仲裁，势必会损害国内商事仲裁的竞争力及境内企业的利益。

[757] 崔学杰，何云. 论对涉及违反强制性管理规范的合同所作出的外国仲裁裁决承认和执行 [J]. 北京仲裁，2010（72）：156. 此说认为，若认定此类协议无效，将使据此协议做出的外国裁决得不到我国法院的承认和执行，这不符合《纽约公约》的立法意图和条文规定。

[758] 李鹏. 试论无涉外因素争议的外国仲裁裁决 法学论坛 122-123. 此说认为，为避免境内企业规避我国强制性规范，原则上应禁止此类协议的效力；除非申请人有证据证明被申请人在外国有财产或争议关系与外国有某种实质联系。

[759]（2013）二中民特字第10670号。案由：2007年7月20日，朝来新生公司（由我国自然人独资、在北京工商局注册成立的有限公司，甲方）与所望之信公司（由韩国自然人独立、在北京工商局注册成立的有限公司，乙方）签订《合同书》约定，甲、乙双方合作经营甲方现有的位于北京市朝阳区的高尔夫球场，并就各自的股权比例、投资金额等相关事宜达成协议，合同写明签订地在北京市。合同还约定，若双方发生纠纷，先协商解决；协商不成，提交大韩商事仲裁院仲裁。后因高尔夫球场土地租赁合同被解除产生1800万补偿款，双方就补偿款的分配问题发生纠纷，遂提交大韩商事仲裁院仲裁解决并获得有效裁决。朝来新生公司随之申请北京二中院承认和执行此裁决，但此院以仲裁协议无效和违反我国公共政策为由，拒绝承认和执行此裁决。

的承认和执行是否侵犯我国司法主权、有损我国公共政策的解决，是否符合《纽约公约》的立约宗旨和相关规定，有无背离我国相关法律的立法精神和文义。

一、对朝来新生案判决认定仲裁协议无效的评议

北京二中院在朝来新生案中认为，因大韩商事仲裁院适用我国法律来解决此案商事争端，故依我国法律来认定仲裁条款的效力，从而依《民事诉讼法》第271条、《仲裁法》第65条认定这一仲裁条款无效。很显然，法院的做法既违背《纽约公约》、《国际商事仲裁示范法》关于仲裁协议效力的准据法、对商事争议提交外国仲裁自由权的规定，也背离第271条、第65条的文义。

（一）朝来新生案判决认定仲裁协议无效违反相关国际公约的立约宗旨及规定

1.《纽约公约》的可适性

鉴于外国仲裁在解决国际商事争端中的重要地位日益凸出，为使法律、社会和经济制度不同的各国都可积极承认和执行外国仲裁机构的裁决，以促进国际经贸、国际经济关系的和谐发展，《承认和执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）于1958年应运而生。《纽约公约》第1（1）款[760]对公约适用标准作出规定，采地域标准和非内国标准。所谓地域标准，即以裁决做出地为准，这意味着裁决机构所在地、当事人的国籍等因素与地域标准无关。依此标准，只要裁决做出地国与申请执行地国为不同国家，即可适用公约，不论裁决的纠纷是纯内国经贸、运输和海事纠纷，还是涉外经贸、运输和海事纠纷，均可适用。至于非内国裁决标准，则涉及外国裁决、内国裁决的裁决国籍认定问题，公约未就认定标准做具体规定而有赖于各缔约国依本国法做出认定。我国在加入公约时，对公约的适用做出互惠保留、商事法律关系争议保留。依互惠保留，只有在另一缔约国境内做出的裁决才可在我国适用公约，也即，只有地域标准得到我国承认而非内国裁决标准被否认适用。此外，商事争议保留做出进一步限制，只有平等主体之间的商事争议做出的裁决才可在我国适用公约，若是非商事争议，如民事争议或非平等主体之间的投资争议则不得适用。（我国承认和执行外国仲裁裁决的司法实践述评 北京仲裁 2010（79）我国、韩国均为公约缔约国，朝来新生案所涉争端为股权合作商事争议，因此，在韩国境内做出的仲裁裁决申请我国法院承认和执行，应适用《纽约公约》认定仲裁协议的效力。

2．违背《纽约公约》的条文规定

《纽约公约》第5（1）（甲）项[761]规定，认定仲裁协议效力的准据法依次是：当事人约定的法律、仲裁地法律、法院地法律。此外，依此规定，以仲裁协议无效作为拒绝承认和执行事由时，只得依当事人申请并提供证据证明。很显然，朝来新生案法院的做法违背这一规定。

第一，径自适用我国法律认定仲裁协议效力的做法违背公约关于准据法选择的规定。朝来新生案的当事人未约定仲裁协议效力的准据法，依公约本案应适用

---

[760] 《纽约公约》第1（1）款规定："对法人或自然人之间纠纷的仲裁裁决在一个国家的领土内做成，而在另一个国家请求承认和执行，便可适用；在一个国家请求承认和执行这个国家不认为是本国裁决的仲裁裁决时，也适用本公约。"

[761] 《纽约公约》第5（1）（甲）项规定："被请求承认或执行裁决的管辖当局只有在作为裁决执行对象的当事人提出有关下列情况的证明的时候，才可以根据该当事人的要求，拒绝承认和执行该裁决：（甲）第二条所述的协议的双方当事人，根据对他们适用的法律，当时是处于某种无行为能力的情况之下；或者根据双方当事人选定适用的法律，或在没有这种选定的时候，根据作出裁决的国家的法律，下述协议是无效的。"

仲裁地法律来认定，即韩国法。此案法院却以大韩商事仲裁院适用中国法律来解决当事人双方的实体争议为由，据此认为仲裁协议效力的认定应适用我国法。这已明显违反公约的规定。仲裁实体争议的准据法不同于仲裁协议的准据法，大韩商事仲裁院之所以适用中国法解决实体争议，源于当事人未约定适用法律，而依《韩国仲裁法》第 29（1）、（2）款[762]规定，未约定实体争议适用法律的，应适用与争议标的有最密切联系的国家的法律，即中国法。依韩国《仲裁法》第 3 条对仲裁协议的规定，以及第 37 条关于裁决的承认与执行的规定，第 38 条关于外国裁决的承认与执行（适用纽约公约的规定）可知，只要是契约或非契约法律关系，无论是否涉外，均可提交本国或外国仲裁机构裁决。第 3 条规定仲裁协议指当事人达成的将他们之间因契约性或非契约性法律关系，而产生的或可能发生的，全部或一部分争议，提交仲裁的协议。只约定在大韩商事仲裁员进行仲裁。依公约规定，此案应适用韩国法律来认定仲裁协议效力。

第二，违背公约关于无涉外因素争议可提交外国仲裁的规定。通过对公约第 1(1)款规定的地域标准的文义解释，不论裁决的纠纷是纯内国经贸、运输和海事纠纷，还是涉外经贸、运输和海事纠纷，只要在承认执行地国的另一国境内作出，即可认定为外国裁决。可见，公约允许当事人将无涉外因素争议提交外国仲裁，本案法院适用我国法律认定朝来新生案双方当事人将无涉外因素争议提交外国仲裁的仲裁协议无效，显然违背这款规定的文义。

第三，违背公约第 5（1）（甲）项规定的须依当事人申请才可审查缺乏有效仲裁协议这一拒绝事由。公约第 5 条对“可以拒绝承认和执行”的事由分为两种：依当事人申请并提供证据证明才可审查的情形；由法院依职权进行审查的拒绝事由。第 5（1）(甲)项规定的仲裁协议无效事由属依当事人申请才可审查的情形。朝来新生案没有证据表明当事人向法院申请审查仲裁协议无效，而法院主动审查并以此为由拒绝承认和执行大韩商事仲裁院的裁决，属司法审查启动程序不当行为，有违公约规定。

3．违背《国际商事仲裁示范法》的规定

根据《国际商事仲裁示范法》（简称示范法）第 2（d）款[763]的规定可知，当事人可自由决定将当事人之间的纠纷提交本国或外国仲裁机构裁决，而第 1（1）款对当事人纠纷的外延作广义解释，即“商事”关系纠纷泛指一切契约或非契约性的商事性质关系引起的纠纷。结合这两款规定的文义可知，《示范法》明确允许当事人将无涉外因素商事争议提交外国仲裁裁决。同时，《示范法》第 1（3）（b）(i)项[764]又规定，仲裁协议确定的仲裁地点在各方当事人营业地点所在国之外，即可认定为外国仲裁。依这些规定可认定，朝来新生案的当事人约定的将彼此之间股权合作商事纠纷提交大韩商事仲裁院仲裁的仲裁协议有效。《示范法》是各国政府为公平、有效解决国际商事争端建立的统一仲裁程序法的法律框架，是国际社会为统一国际商事仲裁领域的规则所作的努力，前述规定允许当事人将无涉外因素争议提交外国仲裁表明国际社会对这一做法的普遍尊重与认可。我国作为《示范法》的制定参与国，可反映出我国对国际社会一致态度的尊重与承认。

---

[762] 《韩国仲裁法》第 29 条规定：“（1）仲裁庭应当根据当事人约定的实体争议应适用的法律规则对争议作出裁决，除非另有说明，选择适用某一国的法律或法律制度即指该国实体法，而非其国际冲突规范。（2）如没有上述第（1）款的约定，仲裁庭应当适用与争议标的有最密切联系的国家的法律。”

[763] 《国际商事仲裁示范法》第 2（d）款规定：“本法的规定，除第 28 条外，允许当事人自由决定某一问题时，这种自由包括当事人授权第三人（包括机构）作出此种决定的权利。”

[764] 《国际商事仲裁示范法》第 1（3）(b)(i)规定：“有下列情形之一的，仲裁为国际仲裁：下列地点之一位于各方当事人营业地点所在国以外：仲裁协议中确定的或根据仲裁协议而确定的仲裁地点。”

由此可见，本案法院的做法违背《示范法》的规定，不符合国际社会的普遍态度。

（二）朝来新生案判决认定仲裁协议无效背离国内相关法律规定的文义及性质

如本案法院以无涉外因素争议的当事人不具备将争议提交外国仲裁的行为能力为由，选择适用我国法律，则符合行为能力认定的准据法适用规则。因为，认定当事人行为能力的准据法采“属人原则“，可适用我国法律。那么，本案法院对国内法的解释与适用是否正确？本案法院认为，《合同书》关于若发生纠纷可向大韩商事仲裁院提出仲裁的约定违反了《民事诉讼法》第 271 条的规定，因为该规定只允许涉外经济贸易、运输、海事发生纠纷的当事人可以通过订立合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议，提交我国仲裁机构或者外国仲裁机构仲裁，但未允许国内当事人将其不具有涉外因素的争议提请外国仲裁，因此，这一仲裁条款无效。显然，这一认定违背上述法律规定的文义及提交仲裁权的私权性质。

第一，违背《民事诉讼法》第 271 条的文义。通过对这条规定的文义解释可知，一方面，此条规定授权涉外经贸、海事、运输纠纷的当事人可将争议提交外国仲裁；另一方面，一旦当事人约定以仲裁方式解决此类纠纷，无论在国内仲裁还是外国仲裁，即不得向人民法院起诉。也就是说，这一规定禁止涉外经贸纠纷当事人约定仲裁协议后再另行起诉，属于对诉讼、仲裁这两种争端解决方式之间的管理性规范。这一禁止性规定的目的，一方面旨在保护当事人的意思自治，遵循当事人自由约定的争端解决机制优先原则；另一方面旨在提高涉外经贸纠纷的解决效率，防止重复诉讼，提高诉讼资源利用效率。很显然，此案法院对这一规定的理解与适用存在错误。实际上，此条只对涉外因素争议可提交外国仲裁作出规定，对无涉外因素争议能否提交外国裁决尚未作出明确规定，不能直接从反面推出“提交外国仲裁的必须是涉外因素争议”。此外，必须明确指出，这一规定属 管理性强制性规范而非效力性强制性规范。依《合同法解释二》第 20 条对强制性规范所作的狭义解释，即这一规范只指效力性强制规范，由此可知，违反效力性强制性规范的合同无效，违反管理性强制性规范的合同不影响其效力。仲裁协议本质上为合同，即便此条禁止无涉外因素争议提交外国仲裁，这一仲裁协议的效力不受影响。

第二，从提交商事仲裁的权利性质来看，属于对私权的自由处分，应遵循意思自治原则。从本质上来看，仲裁协议为合同一种，以仲裁方式解决争端应贯彻意思自治原则，遵循当事人约定优先。《仲裁法》体现了这一基本原则，对是否仲裁、仲裁程序规则的选定、仲裁员的选任、仲裁地的选择等均由当事人自由选择。如此，应进一步贯彻提交商事仲裁权利的私权性质，依“法无明文规定即许可”原则，允许当事人将无涉外因素争议提交外国仲裁，认定本案仲裁协议的效力而非排斥其有效性。如前所述，《纽约公约》第 1（1）款、《示范法》第 2（d）款即充分肯定当事人自由决定仲裁权，允许当事人将无涉外因素争议提交外国仲裁。

第三，从《最高人民法院关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定（征求意见稿）》的性质来看，该稿不具有法律效力，不能被适用。此稿第 20 条第（7）项规定，国内当事人将无涉外因素的争议约定外国仲裁的，经一方当事人申请，人民法院应认定仲裁协议无效。从这个意见稿本身的性质来看，其并非法律法规、司法解释，不具有法律效力。而以此稿为基础的新《仲裁法解释》未采纳这一规定，可见我国立法机关对意见稿的这一规定持保留态度。因此，法

院不得适用此规定来认定无涉外因素争议的外国仲裁约定无效。

总之，本案法院对国际、国内相关法律规定的理解与适用均存在一定错误，从而错误认定本案当事人约定的仲裁协议的无效性。

二、对朝来新生案判决认定违反司法主权的评议

北京二中院在朝来新生案中认为，当事人约定向外国仲裁的做法有损我国司法主权，从而适用公约第 5（2）（乙）项规定的有损承认、执行国的公共政策为由拒绝承认和执行大韩商事仲裁院的裁决。这一认定，未能正确理解和适用公约对公共政策拒绝事由的规定，存在混淆司法主权与公共政策关系之嫌，同时未准确把握司法主权的内涵、性质。

（一）从司法主权与公共政策的关系检讨朝来新生案判决认定违反司法主权

北京二中院认定此案裁决侵犯我国司法主权，遂依《纽约公约》第 5（2）（乙）项的规定，以有损我国公共政策为由拒绝执行此裁决。然而，法院就公共政策的内涵、外延、性质等问题只字未提，无法探究法院缘何可以此理由拒绝执行。而从法院以侵犯司法主权这一裁决理由至适用公共政策予以拒绝这一推理逻辑来看，本案法院显然认为侵权司法主权即违反公共政策。很显然，本案法院是否混淆了司法主权与公共政策的关系。

如前所述，《纽约公约》第 5 条对“可以拒绝承认和执行”的事由分为两种，第二种属由法院依职权进行审查的拒绝事由。这类事由统一规定于第 5（2）款，包括：争议事项不具有可仲裁性，即依被请求承认和执行地所在国法律认定争议事项不可以仲裁方式解决；违反公共秩序，即依被请求承认和执行地所在国法律认定承认和执行此裁决有损所在国公共政策。

公约未对公共政策的性质、内涵、外延作出明确规定，由各国依本国法律予以认定。这可能会为法院干预仲裁打开便利之门，客观上不利于仲裁制度的有力发展。不过，有人指出，国际社会对公共政策适用的情况甚为乐观，自 20 世纪后期以来，为促进国际商事仲裁的迅速发展，各国普遍对公共政策做出狭义解释，如将公共政策分为国际、国内公共政策两种，只适用国际公共政策拒绝承认和执行外国裁决，一般不适用国内公共政策。[765]我国《民事诉讼法》对公共政策做出了原则性的规定，可将其理解为：(a)我国宪法的基本精神，四项基本原则，国家统一和民族团结；(b)我国国家的主权和安全；(c)我国缔结和参加的国际条约，包括多边和双边条约中所承担的义务；(d)国际法上公认的公平、正义原则；(e)属于我国基本的法律原则的法律规定，如民法上的诚实信用原则、合同必须信守原则以及反恐、禁止邪教、禁止贩卖人口、禁止洗钱、禁止赌博等；(f)属于我国基本的道德的内容，不能有伤风化；(g)涉及根本性、全局性的利益。

很明显，朝来新生案不存在上述任何一种情形。北京二中院轻率地以侵犯司法主权为由适用公共政策，未能准确理解和适用公共政策，存在宽泛解释与适用公共政策的问题。实际上，对公共政策审查必须基于个案的利益进行，而不能一概性地、轻率地审查。总之，本案法院对公约的解释和适用还存在一定问题，对公约规定的公共政策的解释与适用过于宽泛，这不符合国际通行做法。本案法院的做法，既不利于外国裁决在我国得到承认和执行，也不利于我国裁决得到其它缔约国的承认和执行，最终不利于提升我国商事仲裁的竞争力及我国商贸经济的

[765] 杜新丽. 论外国仲裁裁决在我国的承认与执行———兼论《纽约公约》在中国的适用比较法研究[M]. 2005（4）。

发展。相反，对公约和国内相关法律的合理解释与适用，有助于合理地支持和监督国际商事仲裁，而国际商事仲裁领域本身已经成为竞争性市场，如此，才可进一步提升我国商事仲裁市场的竞争力。

（二）从司法主权的性质、内涵角度检讨朝来新生案判决认定违反司法主权

对何为司法主权，我国法并无明文规定。通过考察我国司法主权沦丧的历史来看，清代末年领事裁判权的确立标志我国司法主权的丧失。可见，司法主权与领事裁判权是相互排斥的关系，为此，可借助对领事裁判权的内涵、性质考察来把握司法主权的性质、内涵。那么，何为领事裁判权。所谓领事裁判权，指外国在中国的侨民成为民事或刑事诉讼的被告时，不受中国法律的调整，也不受中国法庭的管辖，只能由其本国领事按其本国法律裁判。这一制度严重破坏我国司法主权，是清末司法制度半殖民地化的重要标志。由此可见，领事裁判权的性质是司法主权的半殖民地化，核心表现是中国法律适用的排除、中国法院管辖权的丧失。这意味着，作为领事裁判权反面的司法主权的核心表现就是，对在我国领土内发生的民事、刑事案件，无论被告是本国人还是外国人，均可适用我国法律并由我国法院管辖，即适用领土主权在司法领域表现的“属地原则”。那么，朝来新生案的当事人约定将无涉外因素争议提交外国仲裁是否排斥我国法律的适用及我国法院的管辖。很显然，对二者的回答为否。朝来新生案没有证据表明当事人双方为规避我国强制性法律规定的适用及我国法院的管辖才协议将此争议提交外国仲裁。此案当事人双方并未在仲裁协议中约定不得适用我国法而应适用裁决地法或其他国家法律，相反，当事人对实体争议的适用法未做出约定，最终大韩商事仲裁院裁决适用我国法解决实体争议。此外，即便当事人约定提交外国仲裁，也并非排斥我国法院的管辖权，例如，若当事人以仲裁协议无效为由向我国法院起诉时法院有权受理并管辖[766]。最后，当事人就大韩商事仲裁院的裁决请求北京二中院承认和执行时，依《纽约公约》第 5 条、《民事诉讼法》第 274 条的规定，法院有权对外国仲裁裁决进行司法监督，即审查朝来新生案的仲裁裁决是否违反我国公共利益，这便是行使司法主权的典型表现。北京二中院在确认朝来新生能否得到承认和执行时，已适用《纽约公约》及《民事诉讼法》关于司法监督措施的规定对大韩商事仲裁院的裁决的进行审查，确实地行使了司法主权，由此可看出，此案仲裁裁决不存在违反我国司法主权的情形。

若轻率地以违反司法主权为由不予执行无涉外因素争议的外国仲裁裁决，会带来不利后果，即影响我国与其他国家商贸合作的顺利进行，破坏我国商事经济发展的速度，降低我国商事仲裁市场的竞争力。这一做法所致不利后果在 ICSID 仲裁中已有先例。美国最高法院在 The Bremen v Zapata 一案[767]的判词中，对此问题的答案做了坦率的表白：“如果我们按照狭隘的传统法律观念，坚持认为所有的争议都应依照我们的法律，并在我们的法院解决，美国的工商业将很难向世界扩张；我们不可能在国际市场上，要求贸易、商务和劳工交易都按照我们的规则和法律进行，并受我们的法院管辖。”

三、结语

通过前文分析，我们可以得到这样一个结论，即国际商事仲裁领域本身已经

[766] 《仲裁法》第 5 条规定：“当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。”

[767] The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 (1972)。

形成了竞争性市场，并成为全球市场的有机组成部分。一个国家在国际商事仲裁市场上的竞争力，已经构成了综合竞争力中的一环。如果从国际商事仲裁的法律特性考虑，可以把它归于“制度竞争力”；如果从其市场功能角度考虑，可以将其纳入“服务 竞争力”。为积极应对国际商事仲裁市场竞争性日益增强的形势，提升我国国际商事仲裁市场的竞争力，应审慎对待无涉外因素争议的外国仲裁裁决的可执行性问题，通常情况下，应承认和执行这类裁决，只有在确实有损我国国家利益、社会公共道德及有损国际政策的情形下，才予以拒绝承认和执行。

再论公共秩序保留与法律规避的关系[768]

[摘要]公共秩序保留与法律规避的关系问题是国际私法学界中备受争论的问题。目前大多数国际私法学者主张公共秩序保留与法律规避是两个相互独立的问题。本文首先简要介绍公用秩序保留与法律规避的两种制度，进而对主张公共秩序保留与法律规避是两个独立问题的理由进行逐一地批判，最后引出法律规避是公共秩序保留的一种特殊表现形式的观点。

[关键词]公用秩序保留 法律规避 关系

[Abstract] The relationship between Reservation of Public Order and Evasion of Law is a controversial issue in academic circles of private international law. Nowadays most scholars assert that Reservation of Public Order and Evasion of Law are independent and individual problems. This thesis firstly introduces basic knowledge of Reservation of Public Order and Evasion of Law, and then criticizes each reason of the most scholars' assertion. Finally the view that Evasion of Law is a special form of Reservation of Public Order is posted.

[Keywords] Reservation of Public Order, Evasion of Law, Relationship

公共秩序保留与法律规避的关系问题由来已久，国内外学者对此问题主要有两种不同主张。一派学者如克格尔、罗默尔、拉沛、努斯鲍姆、尼波埃、巴迪福等，都认为法律规避是一个独立的问题，不应与公用秩序保留问题混为一谈。在他们看来，两者虽然在结果上常常都是对外国法不予适用，但其性质并不相同。因公共秩序保留而不适用外国法，是着眼于外国法的内容和适用结果；因法律规避而不适用外国法，却着眼于当事人的虚假行为。另一派学者，如梅尔希奥、巴丹、贝尔特拉姆及萨瑟等，却认为法律规避也属于公共秩序保留问题，是后者的一部分。他们认为，在不适用外国法而适用内国法时，两者都是为了维护内国法的权威，法律规避可以视为公共秩序保留问题的一个附带条件[769]。目前大多数国内学者支持前一种观点，并给出了支持此观点的不同理由。笔者认为，法律规避包含在公共秩序保留的范畴之中，是公共秩序保留的一种特殊表现形式，并尝试

[768]李国维，中山大学法学院在读研究生。

[769] 参见韩德培主编：《国际私法》（修订本），武汉大学出版社 1989 年版，第 85 页。

在批判该部分学者给出的理由的基础上，提出自己的观点。

一、公共秩序保留释义

（一）公共秩序保留的概念

公共秩序保留是指一国法院依冲突规范应该使用外国法时，或者依法应该承认与执行外国法院判决或仲裁裁决时，或者依法应该提供司法协助时，因这种适用、承认与执行或者提供司法协助会与法院地国的重大利益、基本政策、法律的基本原则或道德的基本观念相抵触而有权排除和拒绝的保留制度[770]。

各个国家对“公共秩序”的表述略有不同。如意大利、瑞士、匈牙利、土耳其等一些国家的立法直接表述为“公共秩序”或“公共政策”；日本、埃及等一些国家的立法表述为“公共秩序或善良风俗”；韩国法规定为“善良风俗或其他社会秩序”；德国、白俄罗斯等国家表述为“法律的基本原则”[771]；而我国现行的《中华人民共和国涉外关系法律适用法》则规定为“社会公共利益”。尽管各国的规定各不相同，但一般都把涉及其国家、社会及国民的根本利益的事项原则性地纳入其“公共秩序”或“公共政策”的范畴，由司法机关在司法实践中自由裁量[772]。

（二）公共秩序保留的性质

对于公共秩序保留的性质问题，早先主要存在两种不同的主张，即以孟西尼为代表的学者主张将公共秩序保留作为国际私法的一项基本原则，和以德国萨维尼为代表的学者主张将公共秩序保留作为国际私法基本原则的一种例外。

目前大多数学者对此问题已达成共识，认为公共秩序保留应当是国际私法的一项基本原则，原因是公共秩序保留是国家主权原则在国际私法领域的体现，而国家主权包括一个国家对内的最高权和对外的完全独立权，所以，一个国家不管是基于什么样的原因和依据需要适用外国法，只要是为了保护国家的公共秩序，都可以没有例外地排除这种外国法的适用[773]。

---

[770]韩德培主编，肖永平副主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 140 页。

[771]谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社 2007 年版，第 109 页。

[772] 谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社 2007 年版，第 109 页。

[773] 谢石松著：《国际私法学》，高等教育出版社 2007 年版，第 110 页。

（三）公共秩序保留的适用方式

在公共秩序保留适用方式的问题上，也存在两种不同的主张，即基于外国法的内容违反内国的公共秩序来排除适用外国法，还是基于适用外国法的结果违反内国的公用秩序来排除适用外国法。目前绝大多数国家如韩国、日本、瑞士、白俄罗斯等都承认后一种情况，只有少数国家如土耳其、意大利等规定如果外国法的内容违反内国的公共秩序，则排除该外国法的适用。

笔者认为，与其把上述两种主张看作公用秩序保留的完全对立的两种适用方式，不如把这两种主张看作公共秩序保留适用方式的两种形态或两个阶段，即把基于外国法的内容违反内国公共秩序而排除适用外国法看作是绝对的公共秩序保留，把基于适用外国法的结果违反内国的公用秩序而排除适用外国法看作是相对的公共秩序保留。原因在于，一国法院在适用外国法的过程中，必然是首先考察外国法的内容，然后再根据外国法的内容结合案件的具体情况得出适用该外国法的结果。如果某部外国法律的部分内容违反了内国的公共秩序，那么适用该外国法所产生的结果并不必然违反内国的公共秩序，因为根据案件的具体情况可能适用该外国法律中并不违反内国公共秩序的条款；但是，如果适用某部外国法律的结果违反了内国的公用秩序，则至少表明该部外国法律的部分内容违反了内国的公共秩序。对于部分内容违反内国公共秩序的外国法律来说，基于该外国法的内容则必然排除该外国法的适用，而基于适用该外国法的结果则可能继续适用该外国法。因此，从排除适用的外国法的数量上看，绝对的公共秩序保留排除适用的外国法数量较多，而相对的公共秩序保留则较少。换言之，绝对的公用秩序保留排除适用外国法的效力比相对的公共秩序保留排除适用外国法的效力要强。

（四）排除适用外国法后的法律适用问题

对于排除适用外国法后应该适用何种法律的问题，学界主要存在三种主张，即直接适用内国法、拒绝审判和分别处理[774]。目前绝大多数国家都采用直接适用内国法的方式，原因在于，本来公共秩序保留的职能就是防范和否定外国法，肯定和保护内国法，既然根据内国冲突规范所指引的外国法被排除适用，理所当然

[774] 韩德培主编，肖永平副主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 150 页。

地就应该以法院地法的相应规定代替被排除的外国法[775]。

二、法律规避释义

（一）法律规避的概念及构成要件

法律规避，是指国际民商事关系的当事人为利用某一冲突规范，故意制造某种连结点的构成要素，避开本应适用的强制性或禁止性法律规则，从而使对自己有利的法律得以适用的一种逃法或脱法行为[776]。

对于法律规避的构成要件，学界存在“三要件说”、“四要件说”、“五要件说”、“六要件说”等不同主张，通说是“五要件说”：第一，从行为主体上看，法律规避是当事人自己的行为造成的；第二，从主观上讲，法律规避是当事人有目的、有意识造成的，也就是说，当事人主观上有逃避某种法律的动机；第三，从规避的对象上讲，被规避的法律必须是依冲突规范本应适用的强制性或禁止性的法律；第四，从行为方式上看，当事人是通过人为地制造或改变一个或几个连结点的构成要素来达到规避法律的目的，如改变国籍、住所、行为地、物之所在地等；第五，从客观结果上看，当事人的规避行为已经完成，如果按照当事人的愿望行事，就要适用对当事人有利的法律[777]。

（二）法律规避的效力

国际私法上的法律规避中，被规避的法律可能是内国法，也可能是外国法，因此对于法律规避的效力问题，主要存在三种主张，即肯定规避外国法的效力、否定规避内国法的效力和所有的法律规避均为无效[778]。目前绝大多数国家都明确否定当事人规避内国法律的效力，即如果当事人通过故意制造或改变连结点的方式规避内国法并适用外国法，则不发生适用外国法的效果，而直接适用内国法。

三、对“公用秩序保留与法律规避是独立的问题”主张的批判

目前大多数国内学者认为公用秩序保留和法律规避是两个相互独立的问题，

---

[775]高宏贵著：《国际私法（冲突法篇）基本问题研究》，高等教育出版社 2010 年版，第 246 页。

[776] 韩德培主编，肖永平副主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 136 页。

[777] 韩德培主编，肖永平副主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 137 页。

[778] 韩德培主编，肖永平副主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 138 页、139 页。

并给出了支撑此观点的理由。笔者认为法律规避是公共秩序保留的一种特殊表现形式，且学者所给出的理由不尽合理，尝试在下文逐一列举这些理由并予以批判。

第一，二者起因不同，公用秩序是由于冲突规范所指定的外国法的内容及其适用结果与法院地国的公共秩序相抵触而引起，法律规避则是因为当事人故意通过改变连结点的行为所造成。事实上，法律是规范社会秩序的统治工具，而能够援用法律来规范社会秩序的主体是人，只有人们在社会活动中援用法律才能体现出法律的真正价值。因此，外国法的内容及适用效果违背了内国公共秩序的现象是客观存在的，但是引起法官援用公共秩序保留制度的真正起因，并不是外国法与内国公共秩序的冲突本身，而是当事人通过各种各样的方式导致需要援用外国法。由于法律规避的起因是当事人故意制造或改变连结点导致需要援用外国法，所以可以把法律规避的起因理解成公共秩序保留起因的一种表现形式。

第二，二者保护对象不同，公用秩序保留只保护内国法，而且是内国法中的基本原则和基本精神，并非一定为强制性或禁止性法律规范，而法律规避既可以保护本国法，也可以保护外国法，且多为强制性或禁止性法律规范。首先，公共秩序保留并非只保护内国法，学界上仍然存在是否需要保护外国公共秩序的争论。其次，如上所述，从世界各国的做法上看，在公共秩序保留制度上绝大多数国家只保护内国的公共秩序，在法律规避制度上绝大多数国家只否定规避内国法的效果，换言之，无论是公用秩序保留还是法律规避，世界上绝大多数国家都只从本国利益出发，甚少考虑保护外国利益。再者，笔者认为内国的强制性或禁止性规定是内国公共秩序的一部分，此观点将在下文作进一步讨论。

第三，二者行为性质不同，适用公用秩序是一种国家机关的行为，而进行法律规避则是一种私人行为。如上所述，只有人在援用法律的过程中才能发挥出法律的真正价值。对于公共秩序保留来说，首先由当事人通过各种各样的方式导致需要适用外国法，然后法官出于该外国法的内容或适用结果违背内国的公共秩序而拒绝适用外国法；类似地，对于法律规避而言，首先由当事人通过故意制造或改变连结点导致需要适用外国法，然后法官援用法律规避制度拒绝该外国法的适用。因此，无论公共秩序保留还是法律规避，其行为性质都是当事人通过自己的行为企图发生适用外国法的效果，而最终法官拒绝适用该外国法，换言之，所谓“国家机关行为”和“私人行为”并非公用秩序保留或法律规避的行为本质，而

只是行为的两个不同阶段而已。

第四，二者后果不同，由于公共秩序保留不适用冲突规范所援引的外国法，当事人不承担任何法律责任，而由于否定法律规避不适用外国法时，不仅当事人企图适用某一外国法的目的不能达到，而且可能还要对法律规避的行为承担法律上的责任。首先，提出本观点的学者并没有提供充分的证据，证明法律规避的当事人“还要对法律规避的行为承担法律上的责任”。其次，提出本观点的学者没有充分说明法律规避的当事人应当承担何种法律责任以及承担法律责任的依据何在。事实上，不发生适用当事人企图适用的外国法的效果，本身就是对法律规避当事人最有效的惩罚。再者，学界存在法律规避效力问题的争论，有学者指出法律规避并不是一种无效行为，理由是“既然一国的冲突规范给予涉外民商事法律关系的当事人以选择法律的可能，那么涉外民商事法律关系的当事人为了达到其目的而选择某一法律时，就不应归咎于该涉外民商事法律关系的当事人；如果想要防止其冲突规范被人利用，一国立法者就应当在其冲突规范中作出明确规定[779]”，此主张有一定合理性。既然一国的冲突规范允许当事人选择法律，如果对当事人选择法律的行为予以惩罚，则有苛加责任的嫌疑。

四、法律规避是公共秩序保留的一种特殊表现形式的缘由

（一）内国的强制性或禁止性规定是内国公共秩序的一部分

首先，所谓的“强制性规定”和“禁止性规定”，是“强制性规范”项下的两个子概念。强制性规范，是指为了维护一国在政治、社会、经济与文化等领域的重大公共利益，无须多边冲突规范的指引，直接适用国际民商事案件的实体法强制性规范[780]。而公共秩序，包含内国的重大利益、基本政策、法律的基本原则和道德的基本观念四方面内容。在普通法中，公共秩序是指法院不能执行一个其履行会与社会、法律、道德的基本原则相抵触或与社会重大利益相违背的契约；而在罗马法中，公共秩序还指那些不能被当事人通过约定加以排除的具有直接适用效力的法律[781]。内国规定的强制性规范往往与内国的国家利益直接相关，体现

[779]黄进：《国际私法上的法律规避》，载于黄进著：《宏观国际法学论》，武汉大学出版社 2007 年版，第 214 页。

[780]黄进、龙威狄：《论中国国际私法中的强制性规范》，载于《中国社会科学》2012 年第 10 期。

[781] 韩德培主编，肖永平副主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 140 页。

了内国法律的基本原则，所以才导致不能被当事人通过约定加以排除。因此，内国的强制性规范体现了内国法律的基本原则，换言之，内国的强制性规范是内国公共秩序的一部分。

其次，法律规避的内在逻辑也表明内国的强制性规范是内国公共秩序的一部分。法律规避的本义是，当事人通过故意制造或改变连结点的方式，避开本应适用的强制性规范，企图发生适用外国法的效果，而法院拒绝该外国法的适用。但是，这种表述无法解释法院拒绝适用外国法的原因。如果把内国的强制性规范看作是内国公共秩序的一部分，则很容易理解。当事人通过故意制造或改变连结点的方式，避开本应适用的内国强制性规范，其本身就是避开内国公共秩序的约束，这是内国公用秩序所不能允许的，因此法院出于保护内国公共秩序的考虑，拒绝外国法的适用。

（二）从排除外国法后的法律适用上看，公共秩序保留与法律规避具有一致性

如上所述，从排除外国法后的法律适用上看，对于公共秩序保留来说，尽管存在直接适用内国法、拒绝审判和分别处理三种主张，但是绝大多数国家都采用直接适用内国法的方式；对于法律规避而言，尽管同样存在肯定规避外国法的效力、否定规避内国法的效力和所有的法律规避均为无效的三种主张，但是绝大多数国家明确否定当事人规避内国法律的效力，即直接适用内国法。因此，从排除外国法后的法律适用上看，公共秩序保留与法律规避具有一致性。

五、结语

公共秩序保留和法律规避的关系问题由来已久。公共秩序保留与法律规避是两个独立问题的主张是学界通说，但是此主张存在众多不合理的要素。笔者进一步认为，由于内国的强制性或禁止性规定是内国公共秩序的一部分，以及公共秩序保留与法律规避在排除外国法后的法律适用上具有一致性，因此，法律规避应是公共秩序保留的一种特殊表现形式。

2015 年国际法年会论文

跨界的油污损害赔偿问题研究

——以台湾海峡为例

单 位 名 称 ：武汉大学法学院

专 业 名 称 ：国际公法

作 者 姓 名 ：张琪悦

二〇一五年四月

第一章 绪论

第一节 背景引入

一、现实背景

海洋是生命之源，占有地球面积 71%的区域，蕴藏着无穷的生物、矿产资源。全球化的今天，海上贸易更是一国经济实力的重要组成。因此加强各国之间和各国际组织之间的合作与协调对处理海洋问题至关重要。但是，随着海洋资源开发程度的加剧，海洋环境污染也逐渐走进人们的视野。近些年来由于受到来自人类活动的各种污染，海洋生态环境正在日趋恶化，海洋中的鱼类等海洋生物正在日益减少。

目前国际海洋事务面临三个突出问题：第一，加强对《联合国海洋法公约》有关海洋环境保护和保全、海洋科学研究、海洋技术发展和转让等规定的执行；第二，加强发展中国家能力建设，使其更有效地利用海洋，并为国际海洋事务做出更大贡献；第三，充分发挥现有有关国际组织与机制的作用，进一步加强它们之间的合作与协调[782]。在这三个问题中，海洋环境的保护和保全尤为紧迫。

一直以来，人们认为广袤的海洋可以无限使用。而仅仅是在上一世纪，科学技术的迅猛发展使我们更加了解海洋，也认识到海洋的脆弱一面，使我们认识到必须善待海洋。而正是基于这一点，人类必须通过法治确立普遍接受的海洋秩序。

制定有关海洋污染方面的国际法规，其目的不外乎两个方面：一是防止污染；二是对受到污染损害的国家进行赔偿。[783]应该说，控制海洋环境污染的国际海洋法制度一直处在趋于逐渐完善和发展之中。这其中，在海洋污染事故发生后，如何明晰地认定责任并尽快地使受损方依法获得赔偿是一个重要的环节，也是国际海洋立法在不断实践的过程中一直着手完善的重要方面，目前，这方面的规定比较零散地分布在各种与海洋环境保护有关的国际条约和其它国际法律文件中。所以进一步系统地研究和分析与海洋污染相关的国际国内法律制度，并把研究重点放在海洋污染事故发生后的责任认定和赔偿制度上，有其必要性和现实意义。

---

[782] 2005 年 11 月 28 日张义山大使在 60 届联大有关“海洋和海洋法”议题的发言。

[783] 周忠海著:《国际海洋法》,中国政法大学出版社 1987 年版, p.241.

二、理论背景

本文写作的焦点是以石油污染为中心的海洋环境污染。理论界普遍认为，海洋油污较一般类型的污染相比有着危害性大、潜伏期长、损害面广、复杂性强的特点，致使海洋油污难以得到根本性、彻底性的治理。在研究对象的选取上，本文选择了台湾海峡这一油污事故频发的国际性水域，鉴于其特殊的自然状况、生态环境、人文氛围与战略地位，以及两个管辖实体、两种法律制度彼此缺乏沟通合作的政治现状，海峡两岸跨界油污处理与争端解决增加了阻碍。这是论文面临的第二个难题。

纵观国际社会对跨界海洋油污争端解决机制的设置，不难发现各国大多遵循两条主线：一是以 1969 年《国际油污损害民事责任公约》、1971 年《国际油污损害赔偿基金公约》、1982 年《联合国海洋法公约》为核心的十余个国际公约作为国际法依据；二是以各国国内立法为核心的国内法应对机制；抑或是兼采二者的法律适用模式，均为各国解决诸如墨西哥湾溢油事件与康菲中海油渤海湾溢油事件等环境危害性、社会影响力极大的国际案例提供了切实可行的法律依据。

在国际公约和国内立法的指引下，各国在处理争端之前首先应完成责任主体的认定、责任的分配及免责条款的适用。同时，上述国际公约和包括我国《船舶油污损害赔偿基金征收和使用办法》、《海洋环境保护法》在内的国内立法均规定了损害赔偿基金及强制保险制度，以期从法律层面使得油污损害的赔偿尽快落实，并将其造成的损失降到最低。

第二节 文献综述

1.国际层面

跨界的海洋石油污染自 20 世纪后半叶起成为突出的国际问题。为应对此种新型海洋污染，国际社会、区域组织与国家等主体均制定大量公约与法律，对于海上油污的应对与预防起到积极作用。

在半个多世纪以来，跨界海洋油污事件层出不穷，事故危害性逐年增加。近年来最具影响力的当属美国墨西哥湾“深水地平线”石油泄漏及我国渤海湾康菲中国与中海油在蓬莱 19-3 油田漏油实践。学术界与实务界均对此展开深入透彻的分析。关于墨西哥湾案件，学

术界多从国家责任与注意义务、赔偿责任、求偿诉讼资格、反诉措施，引申到美国法律处理此类案件的实践分析中。针对渤海湾案件，研究多从我国生态损害赔偿法律事实、案件法律责任、我国现有法律法规的不足及完善角度展开论述，通过案例探讨跨界海洋油污的解决。

2.油污损害的责任主体

对油污损害赔偿的权利主体：王玫黎博士研究了《1969 年民事责任公约》、《1994 年油污指南》和美国《1990 年油污法》等的不同规定，并立足于我国立法，对油污损害赔偿的权利主体进行了划分。

对油污损害赔偿的义务主体，也即油污损害赔偿的责任人：广东省高级人民法院民四庭副庭长、高级法官欧阳振远、王玫黎博士、张胜硕士等结合《1969 年国际油污损害民事责任公约》、《1971 年设立国际油污损害赔偿基金公约》、美国《1990 年油污法》等公约、外国法等，认为目前的两重赔偿主体机制能较为有效地解决油污损害赔偿的义务主体的确定等问题，并建议我国尽快建立油污基金制度和油污强制责任保险制度。博士王玫黎还讨论了国家可否作为赔偿的主体。

学者韩立新、司玉琢结合我国法、CLC 公约等讨论了油污损害赔偿责任中的连带责任的问题，并细致地区分了两船碰撞双方责任的承担、过失因素的考量、以及两船都漏油或者一个漏油另一个不漏等情况下的责任承担等问题。广东省高级人民法院民四庭副庭长、高级法官欧阳振远结合国内审判实践的不同做法和学者的不同意见讨论了油污损害赔偿责任主体的确定等问题。

3.油污损害赔偿制度的责任

关于海事赔偿责任的研究，国内来看，何丽新与谢美山的合著《海事赔偿责任限制研究》（2008 年）一书论及海事赔偿责任限制制度的诸多方面，汇集了许多学者的观点。杨俊杰的博士学位论文《我国法上的海事赔偿责任限制：问题、立场与建议》主要集中于对比 1957 年《限制公约》与 1976 年《限制公约》的规定，将之与我国海商法规定对比讨论我过还是赔偿责任限制程序中所存在的缺陷和问题，对英美海事赔偿责任限制制度和部分案例做了介绍与评析。司玉琢、傅廷中、张湘兰等海商法名家对海事赔偿责任限制制度在其著作中进行了整体的概述。杨良宜先生在《海事法》一书中对 1957 年《限制公约》与 1976 年《限制公约》在英国海事司法实践中的适用进行了较为详细的介绍。

4.油污损害的基金、保险制度

对于油污损害赔偿基金的研究，基本上的结构皆是分别分析国际、国外的赔偿基金制度，而后针对中国现状提出完善方案。对于国际、国外油污赔偿基金，大多数文章皆会分析其由来、组织结构、资金来源、运行模式、赔偿对象和抗辩事由。而针对中国现状提出完善方案的文章多出于《船舶油污损害赔偿基金征收和使用管理办法》颁布之前，故文章多谈借鉴、制定船舶油污损害赔偿基金。而关于船舶油污损害民事责任保险制度的研究，分析结构基本类同于油污损害赔偿基金的研究。对于二者从理论上分析，基本着手于其制度的作用与意义，因其本是应实践需求所产生的制度。

第三节 调研的目的及意义

一、目的

本文以台湾海峡的油污损害问题为研究对象，基于海洋环境污染尤其是跨界油污损害的赔偿与纠纷解决难度较大的现实背景，从国外墨西哥湾溢油事件与中国康菲、中海油渤海溢油事件两个近年来的经典案例为出发点，以《国际油污损害民事责任公约》、《国际油污损害赔偿基金公约》、《联合国海洋法公约》及各国国内立法作为理论依据，首先试图完成对海上油污的国际争端解决机制、主体的划分、责任的归属、赔偿基金的设置、强制保险的实施等一系列程序及逻辑问题予以梳理和明确，从而试图为跨界油污损害的赔偿问题提供充分的理论依据与切实可行的操作方法，增强海上风险控制，降低环境与经济损失。

二、理论意义

本文首先总结归纳出跨界海洋污染争端解决的模式与方法，并从国际公约和国内立法两条主线整理出解决此类问题的理论依据。同时，本文为责任主体的确认、责任归属的划分、免责条款的适用明确了法律依据。最终，从损害赔偿基金的设立及强制保险措施的事实角度从国际公约、国内立法角度加以阐明与分析，从而形成严整、连贯的争端解决与损害赔偿的

法律链条。

三、现实意义

本文以海上油污损害赔偿问题为核心，通过针对墨西哥湾溢油事件与中国康菲、中海油渤海溢油事件损害赔偿的法律适用、理论依据、实践方法加以分析，从而为国际社会处理和彻底解决其他类似案件提供了可遵循的经典案例，为后续类似案件的处理予以指导，使得海上油污争端解决与赔偿依据有章可循，并尽可能减少涉事各方的矛盾纠纷，有利于赔偿方案尽快落实，受害方利益得到最大限度的维护。

第二章 海洋污染

近年来，海洋问题早已上升为国家战略。生命源起于海洋，在占地球面积 71%的海洋中蕴藏着无穷的生物、矿产资源。全球化的今天，海上贸易更是一国经济实力的重要组成，因此加强各国之间和各国际组织之间的合作与协调对处理与海洋有关的问题至关重要。但是，随着海洋资源的开发日益受到重视，海洋环境污染也逐渐走进人们的视野。近些年来由于受到来自人类活动的各种污染，海洋生态环境正在日趋恶化，海洋中的鱼类等海洋生物正在日益减少。

目前国际海洋事务面临三个突出问题：第一，加强对《联合国海洋法公约》有关海洋环境保护和保全、海洋科学研究、海洋技术发展和转让等规定的执行；第二，加强发展中国家能力建设，使其更有效地利用海洋，并为国际海洋事务做出更大贡献；第三，充分发挥现有有关国际组织与机制的作用，进一步加强它们之间的合作与协调[784]。在这三个问题中，海洋环境的保护和保全尤为紧迫。

一直以来，人们认为广袤的海洋可以无限使用。而仅仅是在上一世纪，科学技术的迅猛发展使我们更加了解海洋，也认识到海洋的脆弱一面，使我们认识到必须善待海洋。而正是基于这一点，人类必须通过法治确立普遍接受的海洋秩序。

制定有关海洋污染方面的国际法规，其目的不外乎两个方面：一是防止污染；二是对受到污染损害的国家进行赔偿。[785]应该说，控制海洋环境污染的国际海洋法制度一直处在趋于逐渐完善和发展之中。这其中，在海洋污染事故发生后，如何明晰地认定责任并尽快地使受损方依法获得赔偿是一个重要的环节，也是国际海洋立法在不断实践的过程中一直着手完善的重要方面，目前，这方面的规定比较零散地分布在各种与海洋环境保护有关的国际条约和其它国际法律文件中。所以进一步系统地研究和分析与海洋污染相关的国际国内法律制度，并把研究重点放在海洋污染事故发生后的责任认定和赔偿制度上，有其必要性和现实意义。

[784] 2005 年 11 月 28 日张义山大使在 60 届联大有关“海洋和海洋法”议题的发言。
[785] 周忠海:《国际海洋法》,中国政法大学出版社 1987 年版, 241 页。

第一节 海洋污染的概念、分类 、危害

《联合国海洋法公约》第一条第 1 款（4）对海洋污染的定义是，“海洋环境污染”是指：人类直接或间接把物质或能量引入海洋环境，其中包括河口湾，以致造成或可能造成损害生物资源和海洋生物、危害人类的其他正当用途在内的各种海洋活动、损坏海水使用质量和减损环境优美等有害影响。

人们通常将海洋称为海洋环境，即海洋环境并不是指海洋周围的环境，而是指海洋本身“其作为一个重要的环境因子，是整个地球生物赖以生存的重要基础”。我国《领海及毗连区法》第 2 条也将我国领海定义为:“邻接我国陆地领土和内水的一带海域”。

有关海洋环境污染的国际海洋法制度是紧密围绕现实中的海洋污染种类制订的，因此，我们要研究、分析相关的法律制度，有必要先简单了解一下海洋污染的种类。

对于海洋环境污染种类的划分有不同的方法。从全球性、区域性条约，各国关于防止海洋污染的立法和国际法学家的论著来看，海洋环境污染主要有三种分类：一种是根据污染物质的种类来划分，可以分为油类污染、油类以外化学物质的污染和放射性污染三种。第二种是以污染物质的来源划分，主要分为陆地源污染、船舶源污染、海上事故源污染和海洋倾废源污染四种。第三种是从对污染的管辖考虑，陆源污染是发生在国家管辖范围内的行为，不产生管辖冲突问题;船舶污染包括海洋倾废源污染和海上事故源污染,这些往往涉及沿海国、船旗国和港口国的管辖问题。

简言之，能够造成重大海洋环境污染事件主要有溢油、赤潮和倾废。而海洋污染源主要有以下四种：来自船舶的污染；倾倒造成的污染；海底活动造成的污染和陆地来源的污染。[786]

被人们称作“海洋污染超级杀手”的石油泄漏是最大的污染问题。据有关资料统计，每年通过各种途径泄漏在海洋的石油和石油产品约占世界石油总产量的 0.5%，其中以油轮航行事故、遇难等造成的海洋环境污染最为突出。另外，油轮老化和油轮失事所造成的石油泄漏现象也很严重。此外，由于人类的经济活动，把大量的富含氮、磷、钾、碳及其他许多有害物质的生产、生活污水排入大海，远远超过了近海水体的自身净化能力，引起水体的富营养化，在雨水少、日照多、海水温度较高且风平浪静的条件下，有害藻类得以爆发性繁殖，致使海水变色、发臭，发生赤潮，这是海洋环境的另一“杀手”。

---

[786] 周忠海：《国际海洋法》，中国政法大学出版社 1987 年版，217 页。

意大利环境联盟在 20 世纪 90 年代末发表的调查报告中称，随着工业的发展及人口的增加，每天陆地上产生的污水和污物也在大量增加。这些污水污物进入海洋后，也给海洋的生态环境造成了极大的危害。比如素有欧洲疗养胜地之称的黑海生态环境急剧恶化，其原因就是陆地上的大量污水源源不断地流进了黑海。调查结果表明，欧洲有 13 个国家近 1.7 亿人口的生活污水及工业废水每天都要排入黑海。海洋受到污染特别是受到有毒物质污染后，会直接或间接地破坏海洋生物的生存环境，进而引起海洋生物的急剧减少或大量死亡。据罗马尼亚海洋专家统计，1950 年以前黑海里约有 100 万只海豚，20 世纪 80 年代末期已经减少到 30 万只，到 1995 年只剩下 13 万只。1986 年黑海的鱼产量为 90 万吨，现在每年只能捕到约 10 万吨。新英格兰的乔治浅滩海域，过去曾是渔业资源最丰富、鱼种最多的海域之一，但近 30 年来这一海域的鱼类却在急剧减少，比如以前盛产的鳕鱼，到 1997 年其捕获量已减少了 95%以上。在东大西洋，金枪鱼的数量自 1975 年以来已减少 90%以上。

土耳其专家发表的一篇题为《黑海正在死亡》的调查报告指出，全世界每年排入沿海水域的氮有 3500 万吨，磷有 375 万吨，其中通过多瑙河每年注入黑海的废物就有 50 万吨氮、4 万吨磷、4500 吨铅、1000 吨铬、900 吨铜和 60 吨水银。乌克兰科学家也警告说，在大洋洋底还沉没有许多军舰，其中包括化学毒气在内的数十吨武器，正在威胁着海洋生物和人类的生命。由美国科学家领导的研究小组对宇航局的人造卫星资料进行大量分析后发现，从 20 世纪 80 年代初到 90 年代中期，北大西洋浮游植物的生长速度下降了 7%。在北太平洋和南极海域，浮游植物的生长速度分别降低了 9%和 10%。[787]

第二节 海洋污染损害赔偿的概念、特点、中国的发展状况

《海洋环境保护法》第 95 条规定: “海洋环境污染损害，是指直接或者间接地把物质或者能量引入海洋环境，产生损害海洋生物资源、危害人体健康’妨害渔业和海上其他合法活动、损害海水使用素质和减损环境质量等有害影响”。依该定义要求，只要对海洋环境产生有害影响，就构成海洋环境污染损害"但对海洋损害赔偿要求的提出，《海洋环境保护法》采用了更严格的标准，其中第 90 条规定: “破坏海洋生态、海洋水产资源、海洋保护区，给国家造成重大损失的，由依照本法规定行使海洋环境监督管理权的部门代表国家对责任者提

[787] 以上数据转引自：李刚:《论海洋污染责任认定及赔偿》，中国政法大学博士学位论文，2006 年。

出损害赔偿要求。”《海洋环境保护法》第95条的关于海洋环境污染损害的解释与《联合国海洋法公约》中的“环境污染”具有相同的含义，但是却使用了《国际油污损害民事责任公约》中的污染损害概念。

正是基于海洋因子及海洋污染行为的特殊性，使海洋污染具有了污染源多且复杂、污染种类繁杂、污染扩散范围大、污染持续性强和污染后果严重等特点。这无疑也使海洋污染损害赔偿较传统的民事侵权损害赔偿而言，具有了如下一些特点:

1、海洋损害事实认定的困难性。由于海洋的流动性与界域的广阔性，致使污染物因为海洋水体的流动与无显性界域，而流动易扩散且潜伏期长，这无疑使海洋损害的事实认定存在诸多困难。

2、因果关系的隐蔽性。由于海洋污染物种类繁杂，以及海洋污染物和海洋环境各要素之间易发的物理、化学、生物反应，致使海洋侵权行为与损害后果之间的因果关系链条不紧密、不明显而时间间隔普遍较长等因素影响，更是加大了因果关系厘清的难度。

3.、赔偿主体的不确定性。当前的诸多海洋污染事件表明，海洋环境污染损害案件大多具有涉外性因素，从而使赔偿主体认定困难。

4.、专业技术性强。由于海洋环境污染物种类的繁杂和污染源多且复杂，及其在海洋流动水体中迁徙、扩散和转化，使得环境污染损害的评估需要具有专门的技术手段，其损害赔偿光计算就有市场计算法、调查评价法、机会成本法、恢复费用法和影子工程法等十多种。[788]

历经二十多年的不断努力，我国初步建立起了海洋环境法律体系。司法实践中，海洋环境污染事件不断涌现，说明我国在海洋环境保护和海洋污染损害赔偿的众多。首先，我国没有由全国人大制定的海洋环境保护基本法，而人大常委的《海洋环境保护法》施行以来，相关的配套法规也没有随之修订完善，甚至许多海洋环境标准仍然有大量的空白之处。在地方，我国也缺少针对各个管辖海域海洋环境的行政法规。其次，当今的环境法制建设，建立公益诉讼制度是大势所趋。我国《民事诉讼法》明确建立了公益诉讼制度，这是我国在立法上的一大进步，但《民事诉讼法》中法律所赋予的公益诉讼权利的主体仅限于“法律规定的机关和有关组织”，并没有赋予给“个人”权利。最后，除了诉讼主体资格的纠葛，赔偿数额是另一个备受关注的问题。对于蓬莱溢油事故，依照《海洋环境保护法》和《海洋溢油生态损害评估技术导则》（以下简称《海损评估导则》）的规定，国家海洋局对康菲（中国）作出了法律规定中的最高限额——“二十万元人民币”的罚款决定，这样的法律规定明显太过陈旧，

[788] 钭晓东、藏卫华：《海洋时代海洋污染损害赔偿问题研究》，载《法学杂志》，2013年第2期。

而且在具体实践中，对环境损害的量化多依赖于专家，法院在决定油污损害的赔偿额度时，并不存在一个绝对的客观标准。而所谓的赔偿数额也不仅仅是赔偿已发生的损害，根据国际公约和各国法律实践，海洋污染造成的具体损失项目损害赔偿通常由清污费用、污染造成的有形财产的灭失或损害、纯经济损失、海洋环境损害组成。这些都需要我国法律加以明确。[789]

第三节 油污损害的概念、特点、定性、中国的发展状况

油污损害是海洋污染损害中的一种，是根据海洋污染物的来源而命名的。关于油污损害的具体概念，目前有多种解释。

《１９６９年国际油污损害民事责任公约》将油污损害定义为是指“由于船舶逸出或排放油类（不论这种逸出或排放发生在何处）后，在运油船舶本身以外因污染而产生的灭失损害，并包括预防措施的费用以及由于采取预防措施而造成的进一步灭失或损害”;《法学大辞典》中指出，油污损害是指“装有散装油类货物的任何类型的远洋船舶和海上船艇，因正常营运或因事故而排放油类或油性混合物造成污染所产生的损害，包括事故发生后，为防止或减轻损害所采取的一切合理措施的费用，以及由于采取预防措施而造成的进一步损害”;《港口经济辞典》认为，油污损害是指“由于油污或油性混合物的排放和溢泄所造成的污染损害。这个损害不仅包括油污直接污染的损害，也包括油污染事故发生后，防止或减轻油污损害所采取合理措施的费用等”;《 中华实用法学大辞典》对油污损害的定义是“ 由于排放油类或油性混合物造成污染所产生的损害，包括事故发生后，为防止或减轻油污损害所采取一切合理措施的费用， 以及由于采取预防措施而造成的进一步损害”。[790]

上述定义大同小异，都指出了油污损害的直接污染物是油污或油性混合物。油污损害的具体范围既包括油污直接污染的损害，又包括事故发生后，为防止或减轻损害所采取的一切合理措施的费用，以及由于采取预防措施而造成的进一步损害。总结起来，油污损害的范围就包括直接损害、合理费用损失和因预防措施而造成的进步一损害。

海洋污染损害中的油污损害的特点，与污染物——油污或油性混合物——的特点和海

[789] 刘瀛：《海洋污染损害赔偿责任研究》，吉林大学硕士学位论文，2013 年 4 月。
[790] 上述概念参阅词条“油污损害”http://epub.cnki.net/KNS/brief/result.aspx?dbPrefix=CRPD，最后访问时间 2014 年 4 月 15 日 17 时。

洋的特点密切相关，并且涉及到诸多方面的问题。

（1）油污损害的危害大并且潜伏期长。在一些海域多次发生石油污染海洋事件，已成为世界性的严重问题，据 1983 年的估计，因人类活动每年排入海洋的石油及其制品达 1000 万吨左右。其中，通过河流排入海洋的废油约有 500 万吨，船舶的排放和事故溢油约 150 万吨，海底油田泄漏和井喷事故排放约 100 多万吨。

海洋石油污染可带来严重的后果。石油入海后首先在水面形成油膜，随后分裂为大小不等的片状或带状油膜随风飘移，还会发生复杂的物理、化学变化。油膜隔绝了大气与海水的气液交换、石油膜的生物分解和自身的氧化作用、消耗水中大量的溶解氧，致使海水缺氧，影响海洋生物的生存，从而损害生物资源和海洋生物并妨碍包括捕鱼在内的各种海洋活动。石油的各种成分都有一定毒性，分散油和乳化油对一切海洋生物都是致命的。海面油膜还会污染海兽皮毛和海鸟羽毛，使它们失去保温、游泳和飞行能力。石油污染还会破坏海滨风景区和海滨浴场。油污或油性混合物也会损害海水使用质量，危害人类健康。大量石油漏入海中，油膜大面积覆盖海洋表面，甚至会阻碍正常的海气交换，有可能影响全球或局部地区的气候。

海洋虽具有很强的自净能力和较大的容量，但在人类活动影响频繁的近海海域及河口、港湾，水体的净化能力常跟不上污染速率，以致造成较重污染，如日本的濑户内海 2/3 的海域海底曾无生物。蒸发作用、氧化反应、微生物吸收，都可降解石油，但自然过程很慢，一般要 5～7 年被污染的海区中的生物才能重新繁殖起来。

油污损害的危害具有潜伏性，一些问题可能要等到若干年后才浮出水面，此时油污损害才会出现具体的损害后果，因此如何在损害行为发生时便证明将来可能出现的损害后果，并要求行为人在当下就承担赔偿责任或者让行为人保证将来在损害发生时其会承担责任，就成为了一个难度较大的问题。

（2）油污损害的扩散面广，因为海水是在全球循环的，污染物进入海洋后，由于海水的循环流动，污染物会扩散到海洋的每一处。所以，油污损害常常超越国界，形成世界性的问题。油污损害页往往涉及一国的多个地区之间、一个海洋区域的多国政府之间的利益协调和责任承担等问题。油污损害也会受到多个学科关注并且受多重法律调整，《海商法》、《环境法》、《侵权责任法》以及其他法律法规规章等都对此有所规定。

（3）油污损害的治理相当困难。彻底清理油污需要花费巨大的财力物力与时间精力，还需要相当先进的技术配合。油污损害是长久性的，被损害的海洋环境和海岸环境在短时间之内无法恢复到之前的正常水平。因此，有学者认为，在现阶段，对海洋污染、油污损害主

要是防，而非治。[791]因为一旦油污损害真正发生，治理措施只能发挥微弱的作用，海洋污染的防治的根本途径在于严格控制污染物的排放数量。

（4）油污损害具有复杂性，其不仅包括油污直接污染的损害，又包括事故发生后，为防止或减轻损害所采取的一切合理措施的费用，以及由于采取预防措施而造成的进一步损害。这就相应地加大了具体确定油污损害赔偿责任（如赔偿主体、赔偿数额、赔偿范围和赔偿方式等）的难度，另外还涉及实践中油污损害行政责任、民事责任与刑事责任的承担顺序问题。当然，本文重点是油污损害的民事责任。

如上所述，油污损害具有其自身的特点和巨大的危害性。在明确油污损害赔偿责任之前，有必要先为油污损害定性，并分析油污损害所涉及的主要法律问题。上文在对“油污损害”下定义时已经讨论过，油污损害在性质上是一种损害事实、损害结果，油污损害的具体范围既包括油污直接污染的损害，又包括事故发生后，为防止或减轻损害所采取的一切合理措施的费用，以及由于采取预防措施而造成的进一步损害。因此，造成油污损害的行为应当被认定为是侵权行为，对这样的行为法律除了课以环境资源行政责任外，最主要的是课以环境资源民事责任。

第一，环境民事责任构成要件上看：

环境民事责任的构成要件是“有排放（含直接排放和间接导致排放以及处理、处置）污染物的行为，有损害结果，排污行为与损害结果有因果关系”。因此，只要致害嫌疑对象有排污行为，受害方有遭受人身、财产和环境损害的事实，并且在排污行为与损害事实之间存在因果关系，则可以推定实施排污行为的人应该承担环境民事责任，而不管事实排污行为的人是否违反排放污染的法律规定或是否存在主观过错（法律明确规定的免责事由除外）。结合这样的观点，可以认定油污损害属于环境民事责任构成要件中的“损害结果”。

第二，油污损害属于环境民事责任构成要件中的“损害结果”

损害结果是指侵害行为致使受害人所遭受的利益上的损失，具体包括：

（1）油污损害中的财产损害

油污损害中的财产损害是指因为油污污染造成的他人财物的减少或毁损。从受害的权利主体上分，可分为对国家的财产损害、对法人或其他组织的财产损害以及对自然人的财产损害三种。从侵害行为与受损财产的关系上可分为直接财产损害与间接财产损害。前者是指油污污染直接导致财产的灭失或毁损，如油污导致沿海鱼塘污染，鱼类大量死亡。后者是指财产毁损导致受害人期待利益的损失。

[791] 吕忠梅：《环境法学》，法律出版社 2008 年版，第 352 页。

（2）油污损害中的人身损害

人身损害是指油污污染侵犯人身权而给自然人人身带来的损害。人身损害主要包括如下几个方面：一是对生命权的侵害，即油污污染可能会剥夺他人生命；二是对健康权的损害，这是与对生命权的侵害相伴生的，几乎任何一个环境污染事故，只要有人死亡，就会有更多数量的人健康受损。而且污染对人体健康的损害具有长期性、潜伏性、甚至隔代发生，其危害远远超过一般伤害；三是对一般人格的侵害。安全、清洁、舒适、卫生的环境是一个人能够真正独立、自由，维持人的基本尊严的重要条件，而油污污染破坏了环境并给人造成了精神上的痛苦

（3）油污损害中的环境损害

油污损害既涉及海洋环境破坏，又涉及海洋环境污染。前者是指人类直接排放、间接导致排放以及处理、处置油污的行为使海洋环境发生物理性状和物质数量的改变，从而致使海洋环境原有的结构、和谐和美感被破坏；后者是指人类活动使海洋环境发生生物、化学等根本性之上的不良变化。上文已在油污损害的特点中对此进行了详细的讨论。2011 年 6 月蓬莱 19—3 油田发生的溢油事故，导致 3345 桶原油及钻探泥浆泄漏进入附近海域，致使污染海洋面积 6200 平方公里，其中劣四类水质海面超过 870 平方公里，对渤海湾造成了严重甚至是毁灭性的海洋污染。

实践中，油污污染带来的损害主要有以下几类：（1）养殖业的损失（鱼苗的死亡、减产等损失）；（2）天然渔业捕捞损失（减产）；（3）天然渔业中的长期损失；（4）承包金、投入生产的成本损失等；（5）清污损失；（6）调查费用；（7）利息；（8）旅游资源损失等；（9）农业损失；（10）医疗费用损失，等等。

综上，油污污染带来的损害主要包括财产损害、人身损害和环境损害。明确油污损害的性质及其范围将有助于探讨油污损害侵权案件的赔偿问题及责任承担问题。

为了健全油污损害赔偿制度，我国已加入《1969 年国际油污损害民事责任公约》，并且已出台相关法律法规规定。依照我国《海洋环境污染把护法》之规定，违反法律规定进行海洋石油勘探开发活动并造成海洋污染的，由国家海洋行政主管部门予以警告，并处以一定数额的罚款；我国已根据《船舶油污损害赔偿基金征收和使用管理办法》建立船舶油污损害赔偿基金；《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》对我国船舶油污责任保险作出了具体规定；2010 年起施行的《中华人民共和国防治船舶污染海洋环境管理条例》按照《海环法》的相关规定，参照相关国际条约，进一步明确了船舶油污损害民事责任保险制度，用以保障船舶在发生油污事故后，能够具备与其赔偿责任限额相匹配的赔付能力。

虽说立法对油污损害赔偿制度做出了一些规定，但是实践中仍存在较多问题，典型的就是对渤海溢油事件的处理结果。依照我国《海洋环境污染把护法》之规定，违反法律规定进行海洋石油勘探开发活动并造成海洋污染的，由国家海洋行政主管部门予以警告，只能并处 2 万元以上 20 万元以下的罚款。即使按照直接经济损失 30%的罚款，最高也不能超过 30 万元。相对于 6200 平方公里海域遭受原油污染的事实而言，如此数额的罚款已显得微不足道。渔民养殖和国家海洋生态的损害也得不到污染者的任何赔偿与补偿。因此，我国仍需要在实践中不断完善油污损害赔偿制度，并且及时修订相关法律，保障油污损害受害者的权利，并促进航运事业的发展。

第三章 台湾海峡

本部分以台湾海峡为切入点研究跨界的油污损害赔偿问题。

所谓海峡，地理上是指天然形成，且在地理上连接两个广袤水域的狭窄通道。国际法上有“用于国际通行的海峡”（简称国际海峡）的专门概念，国际海峡在地理上的海峡基础上，还需满足两个条件，一是地理上必须是连接公海（或专属经济区）与公海（或专属经济区）的水道，二是功能上必须是实际用于国际航行。

台湾海峡，指的是介于台湾岛与欧亚大陆之间的狭窄海域和海峡[792]，位于福建省和台湾之间，宽度约 180km，最窄处约 130km[793]。台湾海峡的法律性质，是用于国际通行的海峡，外国船舶“在台湾海峡内不适用过境通行制，而是依据领海、专属经济区、公海等不同水域的法律性质，适用无害通过制、航行或飞越自由等制度”[794]。

第一节 台湾海峡概况

一、地理概况

台湾海峡油污问题的研究，与其地理状况息息相关，因此本文将先就台湾海峡地理状况做简要介绍。

台湾海峡地理概况

[792] C. Reid Nichols; Robert G. Williams. Encyclopedia of Marine Science. Infobase Publishing. 1 January 2009: 298– [22 January 2013]. ISBN 978-1-4381-1881-9. And T. Ichiye. Ocean Hydrodynamics of the Japan and East China Seas. Elsevier. 1 April 2000: 301– [22 January 2013]. ISBN 978-0-08-087077-9.

[793] "Geography". Government Information Office. Retrieved 23 January 2011. link: http://www.gio.gov.tw/taiwan-website/5-gp/yearbook/2001/chpt01-1.htm 访问时间 2014 年 4 月 1 日。

[794] 傅崐成，刘先鸣：《台湾海峡船源污染法律问题刍议》，载《中国海洋法学评论》2006 年第 1 期，第 143 页。

地理范围	北界：台湾新北市富贵角与中国大陆福建省福州市平潭岛（又称海坛岛）连线	富贵角：台湾本岛极北端之海岬
		平潭岛：又称海坛岛，位于福建东部
	南界：台湾屏东县鹅銮鼻与福建省漳州市东山岛连线	鹅銮鼻：台湾之最南点
		东山岛：福建东南部海上，邻广东省
经纬度	北端在北纬 25.5 度左右，南端在北纬 22 度左右	
沟通海域	属于东海海域，连通南海海域	
岛屿	金门：位于福建东南近海，九龙江口外，与厦门湾口遥望，距离中国大陆实际管辖的角屿仅 1.8 公里，实际由台湾管辖	
	澎湖列岛：东距台湾本岛约 50 公里，西离欧亚大陆约 140 公里，属台湾管辖	
	马祖：福建沿海群岛，属台湾实际管辖	
	平潭岛，实际由中国大陆管辖	
沿岸城市	台湾：新北市、新竹市、台中市、台南市、高雄市、桃园县	
	福建：福州市、莆田市、泉州市、厦门市、漳州市	
季风海流	夏季：西南季风影响下，海流为西南季风流和黑潮（经台湾东侧的太平洋北赤道暖流）西分支结合的东北流（由南向北）	
	冬季：东北季风影响下，海流为西部和中部西南流（由北向南），东部东北流减弱	
水域环境	水深各处相差很大，水文环境复杂，水域内多有浅滩、沟谷、海岛礁石，河流入海口和海湾多，水团和海水流系多	
	为东海风浪较大地区，多台风伴随暴雨	



如上表所示，台湾海峡地理环境复杂，以风大，浪大，流速大著称[795]，被认为是是我国沿海气象、水文条件最恶劣的海域之一[796]。船舶在台湾海峡航行容易发生事故。

[795] 石谦；蔡爱智.:《闽中-台中古通道的地貌环境：兼议“东山陆桥”的通行条件》，载《科技导报》2008-08-18, 26 (22)，75－79 页。

[796] 摘自交通运输部水运科学研究院网站，链接：http://www.wti.ac.cn/article.aspx?menuid=1332&tab=tab_News&tabid=1793 访问时间：2014 年 4 月 1 日。

二、航运概况

台湾海峡有“海上走廊”之称，既是国际航运要道，又是两岸沟通要道。其沿岸港口如高雄港、厦门港、泉州港、福州港等均为客货流量极大的优良港口。以厦门港为例和高雄港为例，厦门港是中国综合运输体系的重要枢纽、集装箱运输干线港、东南沿海区域性枢纽港口和对台航运主要口岸，早在 2002 年就达到吞吐量 2734.51 万吨，集装箱吞吐量 175.44 万标箱，全年超大型船舶到港 195 艘次[797]，2009 年厦门港货物吞吐量突破亿吨[798]，2013 年厦门港集装箱吞吐量达 800.80 万标箱[799]。而高雄港是台湾首要的海运枢纽与货运进出口门户，港口货物吞吐量，约占台湾整体港口货物吞吐量二分之一，是台湾第一大港、世界第十三大港口[800]，2011 年集装箱吞吐量达 964 万 TEU[801][802]

就国际航运而言，台湾海峡位于亚洲及太平洋之间，连接东海和南海海域，沟通东南亚与东亚东北亚各国，早在明清时期就已经成为重要的商业航道[803]。随着国际贸易和现代海运的发展，台湾海峡的重要性更是与日俱增，90%以上的中国进口石油依靠海上运输，而海运石油的三条主要航线，都包含马六甲海峡及台湾海峡[804]。不仅是中国，来自中东的石油经马六甲海峡运至东亚东北亚其他国家也经常取道台湾海峡。随着全球一体化经济的发展，油品及其它货物的通过量将日益增大，往来船舶也会日趋增多[805]。

就两岸交往而言，自两岸三通以来大陆与台湾之间的客货往来日益频繁，作为中国大陆与台湾海上直航的唯一通道，台湾海峡通航船舶量大量增加，2009 年海运通航货柜量就已达 16.29 万 TEU，总装卸货达 332 万 363 吨[806]。2013 年仅厦门港对台货物运输就达到货

---

797 厦门海事局《厦门海域溢油应急计划简介》2003 年。
798 引自中国新闻网，链接：
http://www.chinanews.com/ny/2011/08-03/3230860.shtml 访问时间：2014 年 4 月 1 日。
799 数据来源：厦门港口管理局，引自厦门网。链接：
http://news.xmnn.cn/a/xmxw/201401/t20140117_3682612.htm 访问时间：2014 年 4 月 1 日。
800 引自台湾“交通部”交通统计查询网。链接：
http://stat.motc.gov.tw/mocdb/stmain.jsp?sys=100 访问时间：2014 年 4 月 1 日。
801 数据来源：中国船舶网。链接：
http://www.cnshipnet.com/news/7/33492.html 访问时间：2014 年 4 月 1 日。
802 TEU：是英文 Twenty-foot Equivalent Unit 的缩写。是以长度为 2O 英尺的集装箱为国际计量单位，也称国际标准箱单位，大陆文献一般译为标箱，台湾文献一般不译。本文保留两岸文献各自用语习惯。
803 Jane Kate Leonard. Wei Yuan and China's Rediscovery of the Maritime World. Harvard Univ Asia Center. 1984: 66– [4 March 2013]. ISBN 978-0-674-94855-6.
804 杨晓辉. 中国石油战略的西南布局. 《当代军事文摘》编辑部. 2007 [22 January 2013].
805 周晓航，孔亚平，陈轩浅：《谈台湾海峡污染应急协作机制的建立模式》，海峡两岸航运风险管理与泄油污染防治研讨会论文集第 1-6 页。
806 引自中华日报航运电子报 2009 年 3 月 6 日。链接：
http://www.cdnsp.com.tw/news/newsold/98/9803/nw0306/07.htm 访问时间：2014 年 4 月 1 日。

物 1653.26 万吨，同比增长 22.3%，集装箱 40.23 万标箱，同比增长 9.2%[807]。随着两岸交往的扩大，两岸船舶交流量势必会继续增长。

综合以上两点，台湾海峡气象水文环境恶劣，作为海上交通要道，船舶密度大，航道复杂，属于船舶事故多发区，也是溢油污染风险较大的海域。

第二节 台湾海峡重要性

台湾海峡因其得天独厚的自然资源、多种多样的生态环境、沟通八方的航运价值和至关重要的战略地位而对两岸人民都有着重要意义。

台湾海峡重要性	
自然资源	
生物资源	渔业资源：鲟、鲔、鲨、花蛤、牡蛎、司目鱼等
	保护动物：中华白海豚、白鹭、文昌鱼等
矿产资源	油气、钛铁、磁铁、金红石、独居石、锆石等
生态环境	
	海洋生态系统、沙岸、珊瑚礁、河口、红树林等
人文环境	
航运价值	南北国际航运大通道，两岸沿海的重要航运通道
沿岸港口	如厦门港、台湾第一大港高雄港等
沿岸城市	如厦门为重要贸易中心、国际花园城市，新竹有高新科技园区等，泉州、福州、厦门、高雄、台中均为人口 100 万以上的大城市
旅游资源	如厦门旅游胜地鼓浪屿、台湾旅游胜地澎湖、小琉球等
战略地位	

[807] 数据来源：厦门港口管理局，引自厦门网。链接：http://news.xmnn.cn/a/xmxw/201401/t20140117_3682612.htm 访问时间：2014 年 4 月 1 日。

对国际社会	贸易要道、交通要道
对中国大陆	打破第一岛链进入太平洋的据点、对外开放的捷径、两岸沟通的重要渠道
对台湾	经济、贸易、工业的发展必须大量仰赖海洋和海上运输、两岸沟通的重要渠道

由上表可见，台湾海峡于中国大陆、于台湾、于整个国际社会，甚至作为海洋生态系统的一部分于全人类都有着重要的关系，一旦发生溢油污染，对水生生物、沿岸生物会造成极大损害，对生态环境会造成严重破坏，沿岸港口、工业、渔业、旅游业等产业会遭到重大打击，沿岸城市千万人口的生命健康安全会受到影响，国际贸易、两岸经贸往来也会受到影响。由于台湾海峡政治地位的敏感性，油污损害纠纷的解决不当还可能对两岸关系造成冲击，因此，台湾海峡的污染防治兹事体大，具有极大的研究价值。

第三节 台湾海峡及其周边油污案例

如上所述，台湾海峡由于气象水文条件复杂、船舶交流量大，因此事故多发，是船舶溢油污染的高风险区。“据统计，1973-2003 年间台湾海峡共发生 8 起重大污染事故，前 20 年只发生了 1 起，1973 年-2003 年近 10 年中发生了 7 起，还有 3 起潜在重大污染事故[808]”。

近年来台湾海峡及其周边港区发生的船舶溢油事故或危险如下表：

时间	地点	概况	结果	备注
布拉格油轮事件				
1977.2.7	基隆港外	科威特籍油轮布拉格（Borag）	救难船曾趁高潮期间施救皆	1949 以来，台

[808] 胡江山，林孝鸿.:《海峡两岸溢油应急合作的意义与设想》，载《福建水产》，2002 年第 4 期，56-59 页。

	新濑礁海域	号作从波斯湾满载 3 万 2 千 68 公吨燃料油前往深澳港卸油的途中，不幸在位于基隆港正北方约 2 公里的新濑礁海域触礁沉没	未能如愿，至少 1 万 5 千余公吨燃料油泄漏，含盖整个台湾北部海域，造成 70 多公里海岸不同程度的污染	湾首宗最严重的油轮漏油污染事件
东方佳人号事件				
1990.4	台湾北部野柳海域	东方佳人号货轮自基隆驶往香港途中搁浅，船体断裂，泄出原油	500 吨燃油外泄，污染野柳及龟吼一带之海岸，包括养殖之九孔池等，对当地的海岸生态造成冲击	
安福轮事件				
1996.2.26	福建省湄州湾乌丘屿附近海域	福建省轮船总公司所属安福油轮运载原油 56977．6 吨，由大连开往福建省炼油厂码头。行至福建省湄州湾乌丘屿附近海域时触碰水下不 明障碍物，致该轮抵靠炼油厂码头卸油后不久货油外泄	漏出原油总计为 632 吨，造成福建省泉州市北起惠安县南埔乡狮东村，南至后垅乡峰尾村沿岸滩涂及附近海域受到不同程度的污染受油污损 害者提出污染直接经济损失 2756.55 万元。	
长运轮爆炸事件				
1997.10.7	高雄港	台湾籍油轮长运轮，在高雄港区内进行维修不慎，发生爆炸，造成海域污染	远至南湾均有渔民求偿	
闽油 1 号与东方洋轮碰撞事件				
2000.6.6	福州港闽江口航道	福建省石油总公司邮轮运输公司所属的闽油 1 号轮与海南国际海运股份有限公司所属东方洋轮碰撞导致漏油	闽油 1 号货油泄漏近 80 吨，对附近连江、琅歧地 区的滩涂养殖业造成巨大经济损失，连江县全县遭受损失总面积 20845 亩，损失金额高达 4781 万元，涉及 4591 个养殖户受害人提出 5000	

			万元的污染损害索赔。	
阿玛斯号货轮油污事件				
2001.1.14	垦丁龙坑生态保护区	希腊籍三万五千吨货轮阿玛斯号满载矿砂由印度驶往中国大陆，行经台湾南部海域时，阿玛斯号失去动力。后在垦丁海域搁浅。1 月 18 日，阿玛斯号船身出现破裂情形，并开始漏油	一千一百公吨燃料油污染面积达廿公顷，严重破坏当地海洋生态环境与珍贵的垦丁国家公园的海洋生物资源。总计龙坑地区共有约 3.5 公里的海岸遭污染，其中较为严重的约 750 至 900 米，某些地方的油污更厚达十厘米，海岸及海域受污染面积达到 20 公顷。	台湾首宗跨国诉讼的油污事件。 2002 年台湾“环保署“将 1 月 14 日订为“台湾海域受难日”
隆伯 6 号溢油事件				
2001.1.27	福建平潭海域	隆伯 6 号轮载运 5300 吨柴油途径福建平潭海域时触礁沉没，货油外漏	2500 吨货油外漏，造成当地海域大面积的污染 和当地养殖业的巨大经济损失，受害人提出高达一亿元以上的污染损害索赔	
运鸿轮事件				
2001.9.20	厦门港青屿水道	浙江运鸿海运公司所属的满载 8640 吨零号柴油的运鸿号油轮，航至厦门港青屿水道时与希腊籍集装箱船爱丁堡号发生碰撞后不久倾覆沉没	为有效避免污油泄漏，救捞船队经过连续艰苦作业，将运鸿轮所载油量的 80%抽吸出舱，解除了厦门海域油污警报。	
尼桑丸与惠洋轮相撞事件				
2001.12.21	福州港	日籍油轮尼桑丸在进福州港时与惠洋轮碰撞，尼桑丸右舷货油舱破裂，沥青外漏	货舱内所装沥青外漏近 20 吨	
晨曦号事件				

2008.11.10	石门乡外海	巴拿马籍 Morning Sun 晨曦轮（Morning Sun）(未载货汽车船)自新加坡开往韩国釜山港，因风浪过大于基隆港锚泊区下锚避风，因流锚往南靠岸航行，不谙海岸地形，搁浅于石门乡外海 200 公尺处，船舱破裂导致燃油外泄污染	燃油外泄约 100 吨，严重污染为 700 公尺、轻微污染区域为 2.3 公里	

其中，影响较大的几起事件有：布拉格油轮事件、东方佳人号事件、阿玛斯号事件及运鸿轮事件，这些事件中除运鸿轮事件因及时采取了措施防止了漏油之外，其他事件均造成了不同程度的还是油污，波及范围较广，引起的损害赔偿数额较大。而且，不论是台湾还是中国大陆，尽管先有影响力很大的案例作为前车之鉴，溢油污染的应急处理和事后赔偿还是显得不尽如人意，举例而言，在布拉格油轮事件引起了台湾社会的强烈震动之后，24 年后的阿玛斯号事件仍没有得到及时有效的处理，引发了台湾民众的强烈不满，许多官员为此引咎辞职。由此可见，吸取过去的经验和教训，形成完善的预警、应急和赔偿机制是一项长期的不可懈怠的工作，需要反复研讨，反复总结，居安思危，才能临危不惧。

第四节 台湾海峡油污事件的特殊性

台湾海峡由于历史、地理等原因，是一个政治上的敏感地带，因而在处理台湾海峡油污事件时会面临许多特殊的问题。

第一、两个管辖实体

虽然海峡两岸同属一个中国已经成为共识，台湾海峡属中国一国主权之下，但由于中国尚未完全统一，因此在台湾海峡管辖问题上实际存在台湾和中国大陆两个管辖实体。如文章开头所述，台湾海峡属于用于国际通行的海峡，主权国对外国船舶根据海峡属于领海、专属经济区、公海等不同水域的法律性质，适用无害通过制、航行或飞越自由等不同制度。那么，台湾海峡中领海、专属经济区等管辖水域如何划分就成了必须考虑的问题。根据傅崐成、

刘先鸣老师的研究，“从测量领海及各个海域外部界限的所必须的基线来看，海峡两岸没有冲突。中国大陆于 1996 年颁布了部分领海基点、基线，台湾于 1999 年也颁布了部分相关的领海基点、基线。[809]……依照两岸所分别颁布的领海基线，两岸在各自的内水、12 海里领海之内享有完全的、排他的管辖权。在领海之外，24 海里之内的毗连区内，依据两岸各自的法律享有部分排他管辖权。[810]”

但是，在海峡内部某些范围内仍存在管辖权划分的难题。

首先，“在金门、马祖等毗邻大陆、在台湾控制下的岛屿，台湾并没有公布他们的相关基线。[811]” 那么金门、妈祖附近水域的管辖权如何确定？合理的解决方式是，在此台湾恐怕必须做出退让。根据傅崐成老师的观点，“金门、马祖及其附近岛屿周边的水域，大部分都包括在大陆划定的直线基线之内，成为大陆的内水。因此，将来两岸协商区分划定航道管制水域时，恐怕只能维持在对金门、马祖进出交通与安全防护上的必要程度。[812]”从本段援引中的语气可见，这种做法只是权宜之计，并不能根本解决问题。

其次，专属经济区水道的管辖权如何确定？若按照中间线来加以区分，则是将台湾和中国视作了两个国家，会面临很大的政治风险。因此，这也仍是一个尚待解决的问题。

第二、两种法律制度

面对两个管辖实体带来的管辖权划分问题，联合执法是一种不错的解决方式。然而，“要实现联合执法，必须存在一致的执法基础，即两岸应有统一立法（uniformlegislation）。[813]”而实际情况是，两岸立法并不统一，即使是在有国际统一实体法（MARPOL73/78）的情况下，两岸要实现此方面立法的统一仍然有很长一段路要走。

第三、体制机制缺陷

傅崐成教授指出，目前大陆的海洋执法制度尚欠缺联合执法的合作机制，联合执法尚缺乏基础。近年来，虽然两岸为此都做出了相当大的努力，组织召开了一系列会议，对相关问题进行了一系列探讨，但并没有形成具有法律约束力的文件，而仅仅是学理性的探讨，形成一些倡议性文件，也并没有以法律文件为基础形成一套切实可行的合作机制。

---

809 参见傅崐成：《台湾海峡水域法律地位研究》，载傅崐成著：《海洋管理的法律问题》，台湾：文笙书局 2003 年版，第 387-395 页。转引自傅崐成，刘先鸣：《台湾海峡船源污染法律问题刍议》，载《中国海洋法学评论》2006 年第 1 期，第 143 页。

810 傅崐成，刘先鸣：《台湾海峡船源污染法律问题刍议》，载《中国海洋法学评论》2006 年第 1 期，第 143 页。

811 Zou Keyuan, Redefining the Legal Status of the Taiwan Strait, 15 (2) The InternationalJournal of Marine and Coastal Law 256 (2000) 转引自傅崐成，刘先鸣：《台湾海峡船源污染法律问题刍议》，载《中国海洋法学评论》2006 年第 1 期，第 143 页。

812 傅崐成，刘先鸣：《台湾海峡船源污染法律问题刍议》，载《中国海洋法学评论》2006 年第 1 期，第 143 页。

813 同上。

此外，大陆在此方面的相关法律制度相比于台湾而言较不成熟，而法律制度的变革并非一朝一夕之功，民众和执法人员对先进法律观念、引进的法律制度的理解和接纳需要一段相当长的时间。

不仅如此，大陆海洋环境保护还存在执法权分立的情况，“执法权分属于不同的政府主管机关，难免出现各个部门彼此牵制、推诿的情况，难以保证执法效果。[814]”

在这些特殊性存在的情况下，台湾海峡的油污问题需要广大研究者更多的关注。

第五节 研究台湾海峡油污损害赔偿的意义

基于台湾海峡的油污事故多发性、重要性及其特殊性，本论文组选取其为跨界油污损害赔偿问题的样本进行研究，具有理论和现实意义。

第一，台湾海峡具有典型性和代表性、复杂性。

1.、典型性：在海上油污损害赔偿问题上，台湾海峡是我国此类事故发生最多的海域之一，有足够的有影响力的典型案例可供分析，可以涵盖油污损害赔偿问题的各个方面。

2.、代表性：中国大陆和台湾属于不同法域，有着不同的社会制度，是跨界油污问题的代表，可以以小见大，推而广之，将两岸之间油污损害赔偿的处理方式适用到其他跨界纠纷当中。

3.、复杂性：如上文列举的案例所示，台湾海峡油污事件具有相当的复杂性，不仅可能发生于大陆和台湾的船舶，还可能发生于外籍船舶，如果是船舶碰撞导致溢油，情况则更加复杂，既可能是大陆船舶与大陆船舶相撞于台湾海峡，也可能是台湾船舶与台湾船舶相撞，还有可能是外国船舶之间相撞、大陆或台湾船舶与外籍船舶相撞。虽然尚未发生较有影响力的台湾船舶与大陆船舶相撞引发的损害赔偿，但这种可能性也是存在的。这样多的事故发生形态促使台湾海峡的管辖权主体在相关制度的设计方面去考虑更加复杂的情况，使之适用于所有的问题。亦即，只要将台湾海峡油污问题研究透彻，就足够可以处理其他各种问题，达到举一反三的效果。

第二，台湾海峡问题关涉两岸关系。

随着两岸交往的进一步加深，原先因为政治敏感而为众人讳莫如深的台湾海峡污染问

814 同上。

题渐渐得以摆上台面以供两岸共同寻求解决之道。两岸共享海洋环境，当海洋环境受损时，亦同为受害者，因此携手合作解决台湾海峡油污问题已经成为两岸共识。通过合作解决台海油污损害赔偿问题，可以为两岸对话增设平台，为两岸互相了解创设机会；通过立法、司法、执法方面的合作，更能促进两岸法治的统一，帮助国家统一迈步前进。

另外，两岸经济都从海洋得益不少，保护海洋环境、促进海洋经济发展，是为两岸人民谋福祉，有利于两岸经济的共同发展、共同进步。

第三，台湾海峡油污问题关乎全人类共同利益。

海洋是全人类的共同财富，海洋生态系统遭受破坏会在世界范围内引发蝴蝶效应，对海洋的保护则会使全人类受益。台湾海峡作为海洋生态系统的一部分，保护它，就是保护全人类的利益。

此外，台海危机仍历历在目，台湾海峡的军事政治战略地位仍旧会在国际范围内引起不安定分子的觊觎。海峡两岸合作，共同保护、开发、利用台湾海峡，亦是为世界和平发展做出贡献。

第四章　跨界油污损害的国际争端解决机制

海洋是国家之间相互联系的渠道。基于海洋贯穿各大洲、各沿海国的基本属性，现阶段国际社会的海洋污染以及本文研究的石油污染问题绝大多数是跨界的。跨界的海洋污染问题的争端解决在国际实践中存在较大困难，原因主要在于以下几点：1.法律依据的不统一性。目前，处理跨界海洋油污的国际争端主要有两条主线，其一是以《国际油污损害民事责任公约》与《国际油污损害赔偿基金公约》为核心的国际公约；其二是各国规制此问题的国内立法。不同国家处理此类问题大致模式可分为：完全以国际公约为依据，完全以国内立法为依据，二者兼采的混合式。因而导致不同国家间的法律依据与适用不统一。2.管辖权存在争议。海洋区域划分的多样性导致一国对不同海域可能存在完全的、限制性的管辖权或无管辖权；再加上海水存在极大流动性，导致危害结果发生地存在不确定性与逐渐扩大的趋势。因此，基于各方主体的国籍（属人法）、事故发生地（属地法）、危害结果发生地（属地法）、混合原则所确立的标准或许不能完全解决管辖权争议。3.执行难度大。海洋石油污染通常存在漏油量大、污染海域范围大、经济损失大等特征，导致案件标的远大于其他类型案件。在国际争端解决中，由于部分国家适用完全的国家豁免，抑或对他国、国际组织的裁决不予认可，导致案件难以执行。而跨国进行强制执行的可能性微乎其微，因而导致赔偿问题上难度增加。本章基于此种背景与现状，结合今年来国内外经典案例“墨西哥湾溢油事件”与“康菲、中海油渤海溢油事件”对此问题加以探讨。

第一节 国际海洋环境立法

海洋作为地球上占地面积最大的区域，与人类的生存发展密切相关。工业化与现代化发展使得国际社会普遍对海洋的依赖性剧增、开发强度加大，因而导致人类活动对海洋环境逐渐造成重大威胁。随着 20 世纪以来化石燃料的大量使用致使海上石油开采与船舶运输活动的催生与繁荣，以及石油航运业的兴起，但同时也导致船舶溢油事故频发生，海洋环境遭受到重大挑战。为应对这一新型海洋环境威胁，国际社会对此予以高度重视，并先后制定了有

关海洋环境保护的各类国际条约、法律、规章以规范海上石油开采与运输行为，从而在制度框架内为共同维护好海洋生态环境与全球生态平衡、对于保护海洋环境、合理开发利用海洋资源，防治海洋资源的污染起到积极作用。

一、国际公约

自 20 世纪后半叶以来，以预防与应对海上石油污染的一大批国际公约纷纷制定。国际公约的制定基本遵循如下规律：一是从预防到损害赔偿责任与损害赔偿基金的事实发展顺序；二是从不同主体角度，如船舶、海上石油勘探行为引发的环境污染；三是污染源种类，从油污到船舶燃料再到有毒有害废弃物的顺序。自上世纪 50 年代至今，最具国际影响力的海上油污防治的国际公约有十余个。本文整理如下：

签订时间	生效时间	修订（生效）时间	名称	签订地点	签订场合	签订组织
1954.05.12	1954.05.12	1962 1969	《国际防止海洋油污染公约》	伦敦	防止船舶污染海洋第一次国际外交会议	各国政府
1969.11.29	1975.05.06	1983	《国际干预公海油污事故公约》	布鲁塞尔	布鲁塞尔海上污染损害国际法会议	国际海事组织
1969.11.29	1975.06.19	1976 1984 1992	《国际油污损害民事责任公约》	布鲁塞尔	布鲁塞尔海上污染损害国际法会议	国际海事组织
1971.12.15	1978.10.16	1976 1984 1992 2000	《国际油污损害赔偿基金公约》	布鲁塞尔	关于设立国际油污损害赔偿基金会议	国际海事组织
1972.12.29	第 15 国加入 30	1979	《防止因倾倒废弃物及其他物质而	伦敦	第三次政府间海上倾倒会议	各国政府

	天后		引起海洋污染的公约》			
1973.11.2	第 15 国加入 12 月后	1978	《国际防止船舶造成污染公约》	伦敦	海洋污染国际会议	国际海事组织
1973.11.2	1983.3.30	1991	《干预公海非油类物质污染议定书》	伦敦	国际海洋污染会议	国际海事组织
1982.4.30	1994		《联合国海洋法公约》		第三次联合国海洋法会议	联合国
1990.11.30	1995.5.13		《国际油污防备、反应和合作公约》	伦敦	外交大会	国际海事组织
1996.05.03	详见第 46 条规定		《国际海上运输有害有毒物质的责任和损害赔偿公约》	伦敦	外交大会	国际海事组织
2001.3	2008.11.21		《船舶燃油污染损害民事责任国际公约》	伦敦	外交大会	国际海事组织

以下国际公约在海洋环境保护进程中起到标志性作用。国际社会与学术界对此均作出较高的评价与解读。

1.《防治海洋石油污染国际公约》于 1954 年 4 月 26 日至 5 月 12 日在伦敦召开的防止海洋污染第一次国际外交会议上通过。这是关于海洋环境保护的第一个多边公约，且得到了各国政府的普遍承认。它标志着人类在防止海洋环境污染方面迈出了决定性的一步。

2.《国际油污损害民事责任公约》于 1969 年签署，于 1975 年生效。该公约对海洋油污建立了统一的赔偿制度。在确定当事者的民事责任后，对受害者获得适当的补偿等方面予以明确规定。由于《国际油污损害民事责任公约》是带有强制性的民事责任公约，不参加该公约或不按该公约规定履行责任的船舶将不允许航行到缔约国港口。

3.《防止倾废弃物及其他物质污染海洋的公约》是 1972 年 10 月 30 日至 11 月 13 日在伦敦召开的关于海倾废弃物公约的政府间会议上通过的。这是一个专门以控制海洋倾倒为目的的全球性公约，实质上以公约形式明确各国禁止向海洋倾倒有害废弃物；一些海区可接受低毒无害的废弃物，因而倾倒时应当选择一些指定的倾废区范围内进行。公约的问世是海洋环境保护国际合作的又一里程碑。

4.《联合国海洋法公约》是 1982 年 4 月 30 日在第三次联合国海洋法会议上通过的。公约第事儿部分对于海洋环境保护的法律制度作出全面、系统的规定。这标志着国际海洋环境保护法律制度开始形成阶段性的结束。从此，海洋环境保护法律制度的建设进入了一个新的发展阶段。《联合国海洋法公约》法律制度的实施引起了世界海洋秩序的重大变革，对沿海国开发利用海洋、有效管理海洋和维护海洋权益提供了机遇；但也不可避免地对沿海国的海洋管理实践提出挑战。

海上船舶造成污染一直是各国特别关心的问题。关于防止船舶污染，保护和保全海洋环境的法律制度，在《联合国海洋法公约》中占有相当中央的地位。这类规定主要集中于公约第十二部分“海洋环境的保护和保全”中。该部分共 11 节 45 条，且在领海、专属经济区等部分中也存在相关条款。

《联合国海洋法公约》明确规定，各国有保护和保全海洋环境的义务。各国应当采取一切符合本公约的必要措施，防止、较少与控制任何来源的海洋环境污染，特别是为了防止意外事件和处理紧急情况，应当保证海上操作安全，防止故意和无意的排放，以及规定船舶的设计、建造、装备和操作人员配备的措施。此外，公约还对各国控制船舶造成的海洋环境污染立法做出规定。沿海国应制定防止、减少和控制悬挂其旗帜或在其国内等级的船舶对海洋环境污染的法律和规章，可以制定防止、减少和控制外国船舶对其领海、专属经济区和特定保护区域的法律规章，但不应要求外国船只遵守一般接受的国际规则和标准以外的设计、建造、人员配备或装备标准。

综上，《联合国海洋法公约》作为第一个系统规定有关海洋环境保护和保全国际法律制度，为国际海事组织和各国采取措施防治船舶污染海洋环境提供了原则性的指导意见，对防治船舶污染海洋环境具有重要意义。

二、区际共识

在相关海域中，保护海洋环境、预防海洋污染、合理开发利用海洋资源已成为各区域邻国的共识。其中，取得突出成果的当属欧盟国家。2008 年 10 月中旬，在葡萄牙里斯本召开的关于海洋政策会议上，欧盟渔业与海事委员会委员乔 •博格在会上介绍欧盟委员会 2005 年至 2009 年目标时说，制定全方位的海洋政策将以环境友好、可持续的方式充分挖掘海洋权利。会议期间确认了各国在海事和海洋政策中应当采取以生态系统保护为基础方法。

三、各国国内立法

1、美国

美国国会于 1972 年制定通过了《海岸带管理法》与《海洋保护、研究和自然保护区法》。这两项法律后来成为美国历史上最早的有关海洋环境保护的法律。后来，美国国会又根据海洋环境保护的需要陆续制定了其他一些法律，目前已有十多项法律出台，其中包括《联邦海域污染控制法》、《油污染控制法》、《联邦海洋卫生设施法》等。此外，美国关于水域环保方面的法律较多，其中最主要的有两部，一部是《1990 油污法》，另一部是《水清洁法》。但美国未曾参加关于“油污”方面的国际公约，理由在于美国国内相关法令较国际公约更为细致，标准也低于美国。因此，船舶要进行石油和危险化学品的运输，必须在建造时符合国际标准，同时按照美国环境保护署的要求制定相应的应急反应计划。

2、日本

日本提出了以公海为主开发渔业资源、保护近海生物资源、大力开发海洋能资源、建设海上复合式生活空间、有效保护海岸海域综合利用和有效防止海洋污染的海洋政策，形成了《海岸法》、《共有水面填埋法》、《港湾法》、《砂砾开发法》等 13 部法律。

3、澳大利亚

澳大利亚政府发布《澳大利亚海洋政策》，明确了可持续利用海洋原则、海洋综合规划与管理、海洋产业、科学与技术、主要行动等五部分的规定。此外，澳大利亚联邦和各州颁布了《海洋和水下土地法》、《澳大利亚海洋法》、《海岸带管理法》、《海洋保护法》等 32 个海洋法律和规范。

此外，其他国际亦颁布大量国内法律法规。例如，加拿大颁布了《加拿大海洋法》、《加拿大环境评估法》、《渔业法》、《海运法》等 16 个海洋环境保护相关法律。俄罗斯制定了《管

理海域及其资源的制度》、《大陆架法》等海洋环境保护相关法律 11 部。比利时制定了《大陆架勘探与开发法》等 5 部法律。英国调整海洋资源开发和保护的法律有《海岸保护法》等 3 部。荷兰制定了《海上污染法》、《大陆架采矿法》。新西兰颁布了《资源管理法》、《渔业法》、《自然保护区法》[815]。

第二节 跨界海洋油污案件

自 20 世纪后半叶以来，跨界海洋油污案件开始较为频繁地出现。根据统计结果显示，重大跨界海洋油污案件呈现出如下突出特征：1.在地域范围上，案件已经扩大到欧洲、亚洲、非洲、北美、中美地区，且事故多发生在海峡、海湾、国内或国际航道等较为狭窄的水域或港口附近，在宽阔海面出现事故的概率较小。2.从数量上，重大案件大约维持在每十年 5 至 10 个左右。虽然数量上并无增加趋势足以反映各国政府及国际社会对防治海洋跨界污染措施已起到积极有效作用。3.就发生事故造成的危害结果而言，已经呈现出漏油量逐年增加、污染海域逐年上升，对海洋环境造成的危害及治理难度越来越大。4.从涉事主体上看，可大致分为三类：一是普通船舶在航行过程中遭遇特殊情况，导致船内油料泄漏；二是油轮满载石油航行时遇到事故，导致大量原油泄漏，此类的危害较前者普通船舶大得多；三是海上石油钻井平台等石油钻井设备发生原油泄漏，导致海洋重大环境污染，此类案件的漏油量、污染海域范围及海洋环境危害最大。此外，从船舶所在国籍来看，利比亚和巴拿马籍船舶较多，这也体现出国籍船舶登记制度对船舶运营与实践产生的重大影响。5.从漏油种类而言，与上述分类一一对应的是，普通船舶种类多为燃料油、柴油、重油，而油轮与海上钻井平台等设备则多为原油。6.从事故发生原因来看，可大致分为以下几类：A.航行事故：沉没，碰撞，触礁，搁浅，起火，海难；B. 船舶故障：船身断裂、漏油等；C. 不可抗力：战争，自然灾害等。

以下为半世纪以来发生的国际海洋石油泄漏案件的归纳与总结：

时间	海域	主体	原因	漏油种类	事故情况

[815] 《国际海洋环境保护立法》，货运船期网站，http://www.scheduleblast.com/chi/emag/200903/e221.asp

1967	英国锡利群岛和地角之间公海	利比亚籍“拖累·卡尼翁”	触礁沉没	原油	漏油9.19万吨，污染180千米长海区
1972	阿拉伯海阿曼湾	“海星”号	被撞沉没	原油	漏油11.4万吨
1972	南非海岸	利比亚“泰克赛尼塔”与“奥斯威哥护卫者”	碰撞	石油	漏油10万吨
1975	马六甲海峡	日本“昭和丸”	海难	原油	漏油23.7万吨
1976	法国海岸	“奥林匹克勇敢”	风暴，船身断裂	石油	漏油25万吨
1978	法国布列塔尼外海	利比亚油轮“阿摩科·卡迪兹”	搁浅	原油	漏油23万吨
1978	加拿大布特勒斯港附近	法国“阿莫柯·卡迪斯号”	触礁	原油	漏油12万吨，污染15公里海域
1981	斯堪的纳维亚半岛	英国北海油田海上钻井平台和希腊油轮	漏油	原油	大量海洋生物死亡
1983	非洲南部好望角	西班牙“卡斯特罗”号	起火	原油	漏油10万吨
1983	阿拉斯加的威廉王子海峡	美国“埃克森·瓦尔迪兹号”	触礁	原油	漏油5000万加仑
1990	渤海老铁山水道	巴拿马籍“玛亚8号”、利比	碰撞沉没	柴油	漏油100吨

		亚籍“春鹰”			
1991	波斯湾	艾哈迈迪输油管	海湾战争	原油	漏油总量170万吨
1992	西班牙拉科鲁尼亚湾附近	希腊籍“爱琴海”号	触礁搁浅，船身断裂	原油	漏油6万多吨，污染200公里海域
1996	威尔士圣安角附近	利比亚油轮“海上女王”号	触礁	原油	漏油14.7万吨
1997	日本岛根县隐奇岛东北海域	俄罗斯“纳霍德卡号”	船身断裂	原油	形成数十条油带，海产资源损害
1999	法国布列斯特港以南	“埃里卡号”	沉没	原油	污染海域，海鸟死亡
1999	法国西北部海域	马耳他籍“埃里卡”号	遭遇风暴，断裂沉没	重油	漏油1万多吨，400公里区域污染
2001	渤海大窑湾航道	巴拿马籍“雅河”	碰撞	柴油	漏油218吨
2002	西班牙海域	利比亚籍“威望”号	解体沉没	重油	漏油6.3万吨
2007	刻赤海峡	俄罗斯籍“伏尔加石油139”号	遭遇风暴，解体沉没	重油	漏油3000多吨
2011	墨西哥湾	“深水地平线”钻井平台	爆炸沉没	原油	漏油2亿加仑
2011	渤海湾	美国康菲与中海油	原油泄漏	原油	840平方公里海域水质污染

第三节 重点案例分析

一、墨西哥湾溢油事件

1、案情简介

2010 年 4 月 20 日，位于墨西哥湾麦肯多油井的“深水地平线”海上移动式钻井平台发生爆炸。麦肯多油井位于美国路易斯安那州海岸线海岸线东南 41 公里处，其承包商和主要经营人为应该石油公司。“深水地平线”钻井平台由全球最大的海上钻探企业——瑞士越洋公司拥有并经营，发生爆炸时该钻井平台由英国石油公司承租以进行钻探作业。钻井平台爆炸导致石油井喷并引发大火，随后钻井平台沉入海底，大量石油从油井溢入墨西哥海湾。英国石油公司对油井采取的一系列封堵措施均不理想，导致漏油状态持续近 3 个月，油井最终于 2010 年 7 月 15 日被成果封堵。据估测，大约 2 亿加仑石油溢入墨西哥湾。

2、造成危害

墨西哥湾漏油事件作为美国海域发生的历史上最严重的油污事件，所造成的危害性前所未有。从漏油的海域范围上，油污从墨西哥湾迅速蔓延至路易斯安那州、密西西比州等美国墨西哥湾沿海各州海岸，不仅对海洋环境造成灾难性的破坏，而且对美国墨西哥湾沿岸各州的经济，尤其是渔业和旅游业造成严重影响。此外，油污清理工作亦将消耗大量资源与成本。伴随的事故的解决，重大法律纠纷接踵而来[816]。



图 1[817]

[816] 向在胜：《墨西哥湾漏油事件之法律透视》，载《美国研究》2011 年第 4 期，第 47—48 页。
[817] 图片来源：



图 2[818]



图 3[819]



http://image.baidu.com/i?word=%E5%A2%A8%E8%A5%BF%E5%93%A5%E6%B9%BE%E6%BC%8F%E6%B2%B9&tn=baiduimage&ct=201326592&cl=2&lm=-1&ie=utf-8&fm=hao123

[818] 图片来源：同上。

[819] 图片来源：同上。

图 4[820]

3、后续处理及分析

2010 年 5 月 4 日，“深水地平线”所有人，著名海洋石油工程承包商瑞士 Trans-ocean 公司根据美国《1851 年责任限制法》的规定，以“深水地平线”属于船舶为由，向美国南德克萨斯联邦地区法院休斯顿法庭申请责任限制。责任限制金额为“船舶”的价值加上还未收回的运费，总计 26764083 美元[821]。

美国 1990 年《石油污染法》规定，对船舶（包括海上钻井平台）和相关设施负有责任的所有者、作业者和其他主体，应对漏油负责。责任者不以过失为责任承担条件，允许主张的抗辩范围也很窄。根据该法规定，作为事故责任者的应该石油公司应当承担两大类支出和赔偿，一是“处理费用”，包括清理污染、封堵减压和应负索赔等前期支出；二是损害赔偿，包括对自然资源、财产或人身、生存利用（如对以捕鱼和食鱼为生的印第安部落）、政府收入减少（如各种税费或因人身或财产和自然资源毁损引发的净收益损失）、收益和获益能力、公共服务（包括因情节而增加的消防、安全和健康等方面公共服务成本）损害流向损害的赔偿。此外，《石油污染法》并不排斥受害人和相关团体依据其他制定法及各州法律或普通法的诉因，向责任者索赔以及政府对责任人的处罚。

因此，英国石油公司设立了 200 亿美元的专项赔偿基金，并协议将此笔赔偿款项分批注入由独立第三方监管的基金账户之中，用于支付受害者的赔偿请求以及支付海洋油污清理的费用。同时，美国政府强调，200 亿美元的赔偿额度并非封顶数据。这一安排似乎考虑到多方利益格局中如何艰难地取得适当的赔偿，同时尽量避免环境侵权诉讼的冗长和效率低下；另一方面，对环境风险的引入者和污染的制造者既苛以责任，又不至于让其今后的发展背负过于沉重的包袱[822]。因此，此次事件的善后赔偿事宜也被媒体称为“墨西哥湾的美国样本[823]”。

4、由本案引发的责任主体的国际法思考

此次墨西哥湾应该石油公司钻井平台的漏油事件表明了国际法下责任问题的复杂性。英国石油公司开采原油是在美国近海进行，依照美国国内法展开，但却造成了跨国性损害。海洋水体的流动性进一步加剧了对墨西哥湾沿岸各国乃至公海水体及海底区域的污染，沿岸受到影响的国家针对美国有权主张其承担损害赔偿的国家责任。

---

820 图片来源：同上。

821 彭先伟：《海洋石油开发与污染：兼评美国墨西哥湾溢油事故的海事赔偿责任限制问题》，载《中国海商法年刊》，2010 年 12 月，第 21 卷第 4 期，第 68 页。

822 冷新宇：《对英国石油公司墨西哥湾漏油事件的国际环境法思考——从习惯法的角度考察》，载《江海学刊》，2010 年 5 月，第 134 页。

823 曲乐：《建立油污损害赔偿制度的法理探析——“墨西哥湾的美国经验”对我国的启示》，载《法制与社会》，2011 年 02（上），第 58 页。

在责任主体方面，本案遇到的一大障碍在于，英国石油公司并非美国政府的任何机构或代理人，英国石油公司开采海底石油的行为属于根据特权协议展开的商业行为。因此，沿岸受害国追偿必然面临可归因性方面的问题，即只有按照法律规则证明应该石油公司的行为在此类情况下可被视为没够政府的行为，沿岸受害国才取得了向美国政府索赔的权利。因而，从国家需要对其本身及其国家机关的行为负责。同时，根据功能主义理论对国家责任的规制而言，当国家将政府公共权利委托给个人或其他实体行使，亦可是为满足了归责的必要条件。

同时，站在国际投资法的基本规则看待责任主体，领土范围内的自然资源属于国家，因此私人公司和国家之间就投资达成特许权协议，一定程度上可以视为私人公司管理自然资源的公权力。若跨国污染是纯粹的私人主体造成，不存在任何政府的授权或行使公权力的情况，起源国是否应当对此负责。对此，有学者认为，在跨境污染发生的前提下，起源国寻求受到影响国减轻损害的行为，更多是出于政治考量而非纯粹基于法律的考虑。此外，还存在另一种合理的解释，即造成污染者的行为本身不被国际法所禁止，但当跨国损害发生之时，起源国在习惯法上承担了相应的帮助预防、排除污染的义务，这一义务并非隶属于责任规则而是属于行为规则。如此解释，起源国的责任并不在于是否要对污染者的行为负责，而在于跨境污染产生后是否应当以积极作为的方式排除[824]。

二、渤海溢油事件

1、案情简介

康菲中国是全美最大能源集团与综合性的跨工石油公司；中海油为国内最大的海上油气生产商，二者合作开发的蓬莱 19-3 油田是迄今为止中国建成的最大海上油田。其中，中海油拥有 51%的权益，而康菲中国作为作业者，拥有其余 49%的权益。2011 年 6 月 4 日，康菲中国在渤海油田的两个油井发生漏油事故，调查后确认原因在于康菲中国在蓬莱 19-3 油田 B 平台的生产违反总体开发方案，并未执行分层注水的开发要求。由于长期笼统注水，导致注采比例失调，严重破坏了底层和断层的稳定性，造成断层开裂，形成窜流通道，发生海上溢油事件。国家海洋局两次责成康菲中国于 8 月 31 日前完成 B 平台附近溢油源封堵，清理 C 平台泄漏的海底油污工作，并对污染海域完成清理。此事故造成海洋污染面积达 6200

[824] 冷新宇：《对英国石油公司墨西哥湾漏油事件的国际环境法思考——从习惯法的角度考察》，载《江海学刊》，2010 年 5 月，第 135 页。

平方公里，给渤海湾的生态环境和渔业生产造成严重影响[825]。



图 5[826]



图6[827]

[825] 侯雷、殷金荣：《从渤海湾溢油事件看我国环境会计建立的紧迫性》，载《商业经济》，第 2012 年第 2 期，总第 391 期，第 42 页。

[826] 图片来源：
http://image.baidu.com/i?word=%E6%B8%A4%E6%B5%B7%E6%B9%BE%E6%BC%8F%E6%B2%B9&tn=baiduimage&ct=201326592&cl=2&lm=-1&ie=utf-8&fm=hao123

[827] 图片来源：同上。

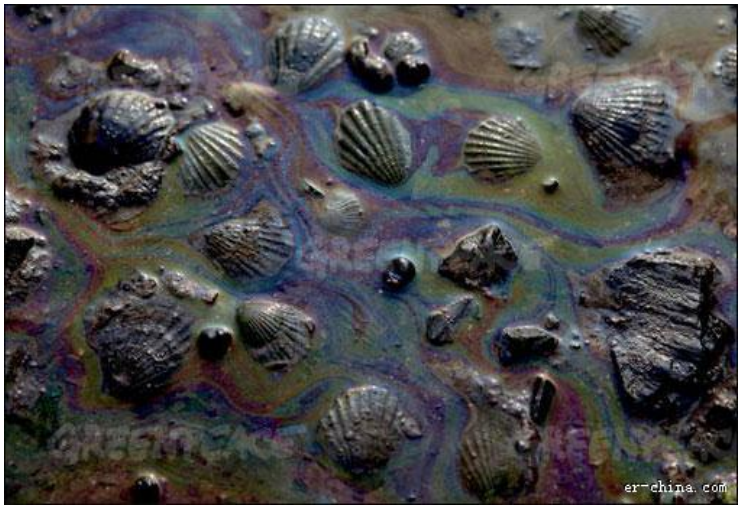


图 7[828]

2、案件的分析与处理

（1）管辖权

首先，从案件的主体而言，一方是美国康菲石油公司，另一方为中国中海油公司，其中一方主体为中国的事实表明我国法院对此享有管辖权。其次，从涉案地点而言，案发地为我国渤海湾蓬莱地区，危害发生地为河北、辽宁、山东省等渤海湾沿岸部分地区，因此无论从属人还是属地原则，均表明我国对此案享有完全管辖权。

（2）责任主体

我国《海洋环境保护法》第 90 条对于污染海洋环境造成损害和破坏海洋生态造成损害的赔责任这两类损害规定的索赔主体不同。第 1 款规定，“造成海洋环境污染损害的责任者，应当排除危害，并赔偿损失；完全由于第三者的故意或过失造成海洋环境污染损害的，由第三者排除诶还，并承担赔偿责任”；第 2 款规定，“对破坏海洋生态、海洋水产资源、海洋保护区，给国家造成重大损失的，由行使海洋环境监督管理权的部门代表国家对责任者提出损害赔偿要求”。因此，第 90 条第 2 款奠定了国家向破坏海洋生态责任人索赔的法律依据。

从本案蓬莱 19-3 油田事故责任方看，作业方为美国康菲石油公司，中海油作为合作方拥有 51%的权益。对于具体责任的认定，海洋主管部门官员表示，海洋部门主要追究作业方康菲中国的责任。合作方是否承担责任，应当根据双方签订的石油勘探开发合同来认定。本文认为，康菲与中海油就中外合作开发海洋石油区块项目是合同关系，对于已开采项目合同的中外双方都有投资并享受收益的权益。按照收益与风险共担原则，中海油与康菲均应对合作区块内的漏油事故承担对外责任。

[828] 图片来源：同上。

（3）法律依据

我国涉海生态损害赔偿的国内法主要分为四个层面：一是法律，如《海洋环境保护法》、《海商法》、《海事诉讼特别程序法》、《渔业法》；二是行政法规，如《海洋石油勘探开发环境保护管理条例》、《防治海洋工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》、《海洋倾废管理条例》等；三是国务院有关部门的国家标准及规范；四是地方性法律文件。在国内法方面，我国还于 2010 年 3 月建立船舶油污责任强制保险制度；最高人民法院公布的《全国第二次涉外商事海事审判工作会议会谈纪要》、《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题规定》等文件为解决具体争议起到不可或缺的作用。在国际公约方面，我国于 1980 年加入 1969《国际油污损害民事责任公约》，于 1995 年加入其 1992 年议定书；1999 年交存 1992 年《国际油污损害赔偿基金公约》加入书；2008 年加入《燃油公约》，因此上述国内法与国际公约均可作为我国处理此案的法律依据。

然而事实上，我国法院对此案的处理仅运用了《海洋环境保护法》第 85 条之规定，“违反法律规定进行海洋石油勘探开发活动并造成海洋污染的，由国家海洋行政主管部门予以警告，只能并处 2 万元以上 20 万元以下的罚款”作为对涉案主体施以行政处罚的依据；根据《海洋环境保护法》第 90 条以及《侵权责任法》第 68 条规定“因第三人过错污染环境造成损害的，受害人可以向排污者请求赔偿，也可以向第三方请求赔偿。”可作为责任主体与赔偿主体确认的依据。

（4）赔偿标准

我国司法实践对于海洋生态损害赔偿范围的确定主要依靠国务院下设机构的规章文件和最高人民法院公布的文件及司法解释。首先，针对我国渔业资源损害评估标准沿用的是 1996 年农业部《水域污染事故渔业损失计算方法规定》（简称 1996《计算方法》）和国家标准化管理委员会 2008 年《渔业污染事故经济损失计算方法》（简称 2008《计算方法》）。1996《计算方法》第 2 条规定“天然渔业资源经济损失计算不低于直接经济损失中水产品损失额的 3 倍”；在 2008《计算方法》中，该项标准得以改进，第 6 条规定为“渔业污染事故经济损失”包括“直接经济损失和天然渔业资源恢复费用”，此外还列举了 11 中具有操作性的“渔业损失量计算方法”。此外，国家海洋局于 2007 年制定的《海洋溢油生态损害评估技术导则》与最高人民法院 2005 年《涉外商事海事纪要》对溢油损害的审判实践具有指导意义。后者文件规定三类“油污损害赔偿”，既船舶油污造成的公民、法人或其他组织的财产损害、为

防止或减轻污染之处的情节费用损失，以及因船舶油污造成的渔业资源和海洋资源的损失[829]。因此，上述赔偿与评估方式的国内立法均为本案赔偿额计算的标准。

（5）后续处理

尽管我国海洋行政主管部门采取各种手段要求康菲公司采取有效措施彻底排查并切断溢油源，消除再次发生溢油的风险，甚至要求其停止钻井、停止油气生产，但海底溢油问题仍未得到彻底解决。

2011 年 12 月 30 日，河北省唐山市乐亭县 29 名养殖户状告康菲公司一案被天津海事法院受理，养殖户共索赔损失 2.347 亿元，并要求被告支付 703 万元的鉴定费用、承担该案诉讼费用，拉开“康菲索赔第一案”的序幕。本案的处理结果为，农业部、康菲与中海油达成如下赔偿协议：康菲石油与中海油两公司共计支付 16.83 亿元，其中康菲公司出资 10.9 亿元，用解决河北、辽宁省部分区县养殖生物和渤海天然渔业资源损害赔偿与补偿问题，此款项于 2014 年 6 月交清；中海油与康菲分别出资 4.8 亿元与 1.13 亿元，承担保护渤海环境的社会责任，此类资金的支付将于 2014 年 12 月完成。但遗憾的是，索赔方案公布后，养殖户获赔受到长期拖延。事发近一年后，部分渔民仍表示未曾收到任何赔偿通知。

3、中美海上石油泄漏应急机制的比较

针对两案件的对比，不难发现我国在海上石油泄漏应急机制方面尚存在较大欠缺。首先，在信息公开方面，任何重大环保事故中，无论是从有效应对环保事故的需要，还是从事故可能影响的人群而言，及时的信息公开非常必要。在墨西哥湾漏油事件中，为不走帐公众知情权，美国政府涉及了专门的求助网站为公众提供较为全面的信息，涉及事故处理、事故现状、最新新闻、赔偿与诉讼的最新进展，以及与各级政府的联系方式。而反观我国渤海漏油事故，我国政府在信息传播方面有所欠缺，绝大多数信息均由国内几家重要商业网站提供，一定程度上反映了政府在信息披露方面的滞后性。

其次，在公众参与层面，公众有效的参与对于解决环境问题起到重大积极作用。墨西哥湾石油泄漏事故发生后，为动员全社会力量应对事故，美国联邦与各级政府采取了如下措施：积极动员全美志愿者参与此次漏油事故；接受各种组织和个人提供的技术、服务、物资资助；发动人们报告受污染与受伤野生动物情况与土地污染情况。然而，在渤海湾漏油事件中，政府很少调动公众力量解决事故，群众在案件中发挥力量较小，且政府尚未为社会人士提供参与的便利条件，不利于尽可能发挥力量解决问题。

---

[829] 刘丹：《渤海溢油事故海洋生态损害赔偿研究——以墨西哥湾溢油自然资源损害赔偿为鉴》，载《法学论坛》，111—114 页。

第三，在石油泄漏应急机制与受害人赔偿援助方面，重大环境事故表现为受害人范围较广、赔偿事宜较为复杂的现状。为保障渔民、海鲜食品行业从业人员、身体与经济遭受伤害者所有求偿主体及时获得赔偿，美国政府一方面开设 24 小时赔偿咨询电话帮助受害者，另一方面强令 BP 合理处理赔偿事宜，可见美国政府对受害人的大力支持，为其提供有利保障。相比之下，我国渔民的请求迟迟得不到法院受理，且未曾获得索赔通知，对待康菲公司的违规操作仅停滞于行政法层面的处罚，由此可看出我国对公民的民事保护力度相对弱得多。

第四节 国际争端解决机制

处理海洋石油泄漏国际争端，国际社会普遍认为，首先应当明确宗旨。跨国环境问题的分析与解决不应仅仅以主权为主导，还应当包括对人类共同利益尊重的方法论为指导[830]。国际法院在审理多个跨界油污海损问题时多以此种思路作为出发点。因此，分析受到原油污染直接影响的国家所遭受的损失以及人类共同利益遭受的损失和污染起源国直接的关系，是国际社会应对此类问题的切入点[831]。

在国际油污损害赔偿制度框架下，油污损害赔偿制度主要有三种模式。第一种是通过加入国际公约直接适用国际油污赔偿机制解决赔偿问题。这是较为普遍的做法。第二种是以美国为例，依靠单一的国内立法建立赔偿机制。例如，1989 年发生的“VALDEZ”号漏油事故促成美国迅速通过 1990 年《油污法》，使得美国的油污赔偿责任制度比 CLC1969 更为严格，赔偿的限额更高、范围更广。此外，美国还建立了损害补偿更为充分的“溢油责任联合基金”，以充分满足本国对于油污损害赔偿的需要。第三种是以加拿大为例采取的国际与宫内双机制共同运行的模式。除加入《责任公约》和《基金公约》外，加拿大还建立了国内的油污基金以弥补国际公约的不足。两套机制的同时运转使受害方获得充分的赔偿，因此可算作最完善的油污损害赔偿机制。但无论何种模式，实际上都已建立损害赔偿责任由传动和货主共同承担，与国际油污损害赔偿制度框架相一致。

由于国内立法是各国自主设立的解决方案，且自主性较强、差异性较大，因此本文仅对重点国际公约中的争端解决机制加以分析。在《1969 年国际油污损害民事责任公约》中确立的问题解决体系如下：以完成对概念及公约适用范围的界定作为前提，再对责任主体、民

---

830 Anotonio Cassesse, International Law, 2nd,, Oxford University Press, 2005, page 489

831 冷新宇：《对英国石油公司墨西哥湾漏油事件的国际环境法思考——从习惯法的角度考察》，载《江海学刊》，2010 年 5 月，第 133 页。

事赔偿责任和免责条款、责任限额加以界定，之后对强制保险制度和财物保证制度予以明确，最后强调时效、管辖权及判决的承认与执行。这一争端解决体系较为完善地对油污损害中的民事责任加以明确。此外，另一重要的国际公约：1971 年设立的《国际油污损害赔偿基金公约》则从对污染受害人的赔偿范围，船舶所有人（包括其保险人和财务保证人）的补贴范围与例外情况，国际油污赔偿基金对每一事故赔偿和补贴的金额合计不超过 4.5 亿金法郎；国际油污损害赔偿基金的款项由缔约国在其领土内港口每年接受海边石油 15 万吨以上的任何人（任何机构和实体）摊款组成等方面对油污损害的赔偿方面加以规制。其他国家公约大多对争端解决机制与方法作以规定，成为解决争端的国际法依据。

此外，根据国际法中特殊法优先于一般法的适用原则，当处理油污海损的国际公约仍有无法解决的问题时，亦可根据《联合国海洋法公约》中的争端解决方式加以处理。《公约》第十二部分针对海洋环境的保护和保全作以规定，是其适用基础。《公约》第十五部分将争端当事国之间的谈判以及当事国对和平解决争端方法的选择作为首选方式，而将强制性裁判解决作为最后的方式，既反映了争端解决灵活自由，也以法律约束力和强制力确保争端能够得以顺利解决。

第五章 跨界油污损害的责任主体

第一节 油污损害关系人结构概览

首先应当明确的是，船舶碰撞造成油污时，应当把油污损害作为一个法律关系，而把船舶碰撞作为另一个法律关系。油污损害赔偿法律关系的主体是漏油船所有人与油污受害人，客体是遭受污染损害的财产如海水养殖物、自然资源、海水浴场的损失等，内容是油污受害人的索赔权利与责任人的赔偿义务。

具体而言，我国《民事诉讼法》明确规定，诉讼当事人只能是自然人和法人，因此在由船舶引起的损害赔偿中，船舶是船舶所有人或经营人的运输工具，在任何情况下都不能作为诉讼主体参加诉讼。整个民事诉讼活动都是围绕着“人”而展开的。按照“人是民事权利义务法律关系的唯一主体”这一法律思维，在因船舶油污造成的海洋环境的损害中，其加害人就不再被认为是船舶，而是船舶所有人、或者船舶经营人和管理人，或者光船承租人等。受害者是海洋自然资源的所有人或者管理人等。另外，在船舶油污损害赔偿中，出于特定的原因，《1969 年民事责任公约》、《2001 年燃油公约》等规定了强制保险制度，按此，索赔人可以直接向保证人而非直接的加害人索赔。由于大型邮轮的不断增多，加害者的财产以及其投保的额度往往不足以赔偿重大油污事件受害者的损失。为此，《1971 年基金公约》创建了一种赔偿基金制度，按此制度，石油货物的所有人缴纳摊款建立赔偿基金，赔偿基金在第一顺序赔偿义务后，充当第二顺序赔偿义务人。广州于 2012 年 7 月 1 日起首次开征船舶油污损害赔偿基金。广州海事局对在辖区水域内接收从海上运输持久性油类物质的货物所有人或其代理人征收船舶油污损害赔偿基金。至 2012 年底，广州海事局共征收油污基金 50.68 万元。[832]

[832] 详情参阅《广州年鉴（2013）》第 258 页。

第二节 我国法上的船舶油污损害赔偿的权利主体

我国有关船舶油污损害赔偿权利主体的规定散见于各种不同效力的法律规范中。享有船舶油污损害赔偿权利的主体，一是代表国家行使权利的有关部门。我国实行自然资源国家所有制，海域也属于国际所有，因此，在油污损害中国家是损害赔偿关系的权利人之一，在我国具体由国务院的不同部门代表国家参与诉讼。相关的国际公约和外国法律也对作为海洋环境污染损害受害人的国家的权利主体地位进行了明确，如《1969 年国际油污损害民事责任公约》第一条中明确，在本公约中，“人”是指任何个人或集体或任何公营或私营机构（不论是否法人），包括国家或其任何下属单位；二是其他自然人、法人。我国的自然资源实行所有权与使用权分离的原则，因此，当海域使用权人使用的海域遭受船舶污染损害，这些单位和个人有权提出索赔请求。

就我国的司法实践来说，1999 年以后，由海洋渔业局代表国家索赔天然渔业的直接损失和中长期损失，清污费用由清污方索赔，养殖渔业损失由养殖户来索赔，其他的损失均由受害方自行索赔。法院在认定索赔主体时采取的是比较开放的态度，是按照谁受到损害谁索赔的原则来处理的。

第三节 船舶油污损害的责任主体

船舶油污损害的责任主体也即船舶油污损害赔偿的义务主体。对环境造成污染威胁的船舶油污事故发生后，如何确定责任主体是处理船舶油污损害赔偿案件中的一个重要问题。有学者将责任主体划分为两大类，一大类是民事责任人及其保险人，另一大类是基金。

一、民事责任人及其保险人

这是从传统海事侵权法出发确立的责任主体，由油污损害的民事责任人作为责任主体，为保证赔偿责任的履行，要求责任人提供保险或保证，由保险人或保证人与责任人共同构成第一大类赔偿义务主体。

1、民事责任人

《1969 年国际油污损害民事责任公约》将油污损害的责任人确定为航运公司，这样不仅在获得责任保险方面较为便利，而且可以激励航运业谨慎从业。

（1）船舶所有人。油污损害的责任人具体是船舶经营人还是由船舶所有人，学界和实务界存在争议。《1969 年国际油污损害民事责任公约》设定的油污损害民事责任的责任人为船舶所有人，并规定船舶所有人是指“登记为船舶所有人的人，如果没有这种登记，则是指拥有该船的人。但如船舶为国家所有而由在该国登记为船舶经营人的公司所经营，船舶所有人即指这种公司” 。

具体而言，首先，船舶所有人要承担自己责任。船舶所有人作为船舶油污损害赔偿责任主体，与“污染者付费”立法理念具有一致性。船舶所有人在油污损害赔偿中当属污染者，是船舶运输活动的主体，为直接的加害人，应当对此承担赔偿责任。船舶所有人作为直接的加害人承担责任的情形在民法理论上被称为自己责任；其次，船舶所有人要承担雇主责任。因为在很多情况下，远洋运输的船东一般并不实际管理船舶，相反，船长、船员及其他代理人却实际控制管理着船舶。此时造成的损害应当由船舶所有人承担责任。《修正 1969 年国际油污损害民事责任公约的 1984 年议定书》中明确规定，除本条第 5 款另有规定外，不论根据本公约与否，不得对下列人等提出污染损害赔偿要求：（ａ）船舶所有人的雇佣人员或代理人，或船员；（ｂ）引航员或为船舶提供服务的非属船员的任何其他人；（ｃ）任何承租人（任何类型的承租人，包括光船承船人），船舶经理人或营运人；（ｄ）经船舶所有人同意或根据有关主管当局的指令进行救助作业的任何人；（ｅ）采取预防措施的任何人；（ｆ）第（ｃ）、（ｄ）、（ｅ）项中提及的所有雇佣人员或代理人，除非损害是由于他们本人有意造成这种损害，或是明知可能造成这种损害而毫不在意的行为或不为所引起。这就明确了船舶所有人应承担的雇主责任。

（2）船舶经营人和管理人、光船承租人

美国《1990 年油污法》将船舶油污损害的赔偿主体规定为任何所有、经营或光船承租船舶的任何人，包括个人、公司、合伙或联营。船舶的经营方式是多样化的，将船舶经营人和光船承租人纳入承担民事责任的体系，可以增加他们避免溢油事件的积极性，而且一旦发生溢油事件他们也能积极主动地采取清污防污措施。在立法理念上，按照“污染者付费”的原则，也应当由实际控制船舶的人来承担油污损害责任。

2、责任保险人或财务保证人

将船舶所有人对油污的民事赔偿责任纳入保险范畴，无疑能防止受害人对责任人的索赔落空，更充分地保护受害人的利益。为确保船舶所有人的赔偿责任的履行，《1969 年国际油污损害民事责任公约》采用了强制保险制度。该公约第七条第 1 款中规定，“在缔约国登记的载运 2 千吨以上散装货油的船舶的船舶所有人必须进行保险或取得其财务保证，如银行保证或国际赔偿基金出具的证书等，保证数额按第五条第（一）款中规定的责任限度决定，以便按本公约规定承担其对油污损害所应负的责任。”由此可以看出，公约所规定的强制保险形式不限于保险，还可以是财务保证。油污损害索赔可以直接向证书上的保险人或其他形式的保证人提起。在这种情况下，保险人或保证人享有与船舶所有人同样的抗辩权，如果油污损害是由于船舶所有人有意的不当行为造成的，保险人或保证人可以免除责任，责任限制同样适用于保险人或保证人，即使在船舶所有人丧失责任限制权的情况下，保险人或保证人依然享有这种权利。采用强制保险的理由在于，它被视为是对无过错责任制度的必要补充手段，是整个公约系统的必要组成部分。一如部分联合国代表所言，“鉴于存在许多单船公司，这些公司的船舶发生油污损害后，受害人只能从已受损害或沉没的船舶的剩余价值中获得补偿，其损失可能得不到弥补或得不到足够弥补。强制保险或保证制度可以解决这个问题。”[833]

二、基金

此部分以基金给付赔偿费的情形为重点。

石油货物的货主作为造成船舶油污损害的污染人之一，《1969 年国际油污损害民事责任公约》并没有将其纳入油污侵权民事责任的框架之内；《1971 年设立国际油污损害赔偿基金公约》以另一种形式，即由石油行业缴纳摊款建立赔偿基金，要求石油货物的货主对油污损害承担赔偿义务。基金充当第一大类赔偿义务主体之后的第二大类赔偿义务主体。

《1971 年设立国际油污损害赔偿基金公约》第 4 条中规定，“任何遭受油污损害的人，由于下列原因不能按照责任公约的条款得到损害的全部和足够赔偿时，本基金应付给赔偿费：（a）由于按照责任公约对损害不承担责任；（b）由于对损害应负责任的船舶所有人，按照责任公约在财务上不能履行其全部义务以及按照该公约第七条规定的财务保证，不能了结或不足以满足损害赔偿的要求：在受害者采取有合理步骤以寻求其可以得到的补救办法后，仍不能得到其按照责任公约应得赔偿金额的全部赔偿，有关的船舶所有人便被视为不能履行其

[833] Wu Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation*, Kluwer Law International Ltd, 1996, p. 66.转引自王玫黎：《船舶油污损害赔偿法律制度研究》，西南政法大学博士学位论文，2007 年。

财务义务，并且认为财务保证不足时；（c）由于根据责任公约第五条第 1 款或根据在本公约生效时已经生效或者开放以便签字，批准或加入的任何其他国际公约的规定，损害超过所限定的船舶所有人的责任。船舶所有人自动防止或少减油污损害而合理带来的费用或合理付出的牺牲，就本条而言，应视同油污损害。”这一规定确定了国际基金在何种情况下应给予遭受油污损害者补偿、船舶所有人可以免除责任的损失等内容。后来的《修正 1969 年国际油污损害民事责任公约的 1992 年议定书》对赔偿对象进行了修改，仅限于对油污受害人进行赔偿，而不再对船舶所有人进行补偿。

第四节 船舶油污损害赔偿的免责事由

《1969 年国际油污损害民事责任公约》第三条中规定了四类免责事由，即船舶所有人如能证实损害系属于以下情况，即对之不负责任：

（1）由于战争行为、敌对行为、内战或武装暴动，或特殊的、不可避免的和不可抗拒性质的自然现象所引起的损害。我国《海洋环境保护法》第九十二条　中规定，完全属于下列情形之一，经过及时采取合理措施，仍然不能避免对海洋环境造成污染损害的，造成污染损害的有关责任者免予承担责任：一是战争，二是不可抗拒的自然灾害；我国《侵权责任法》第二十九条中规定，因不可抗力造成他人损害的，不承担责任。法律另有规定的，依照其规定。由此可见，在这一点上我国国内法规定和法理与《1969 年国际油污损害民事责任公约》的精神相一致。需要注意的是，这种船舶所有人免责事由的前提是，这些战争或者自然现象是损害发生的唯一原因；

（2）完全是由于第三者有意造成损害的行为或怠慢所引起的损害。我国《侵权责任法》第二十八条中规定，损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。对比可以发现，《1969 年国际油污损害民事责任公约》强调的是第三人的主观故意或者怠慢，而不包括过失。另外也应当注意，第三人是造成损害发生的唯一原因。如果第三人引起险情、被告为避免危险可能引起的损害而实施紧急避险，造成了对原告的损害，无论避险是否过当，都要由被告承担责任；

（3）完全是由于负责灯塔或其他助航设备的政府或其他主管当局在执行其职责时，疏忽或其他过失行为所造成的损害。我国《侵权责任法》第二十九条中也规定了遇有负责灯塔

或者其他助航设备的主管部门，在执行职责时的疏忽，或者其他过失行为，经过及时采取合理措施，仍然不能避免对海洋环境造成污染损害的，造成污染损害的有关责任者免予承担责任。两种规定基本一致；

（4）污染损害完全或部分地由于遭受损害人有意造成损害的行为或怠慢而引起，或是由于该人的疏忽所造成，则该船舶所有人即可全部或部分地免除对该人所负的责任。我国《侵权责任法》第二十六条中规定，被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。学界把该原则称作“过失相抵”原则；第二十七条中规定，损害是因受害人故意造成的，行为人不承担责任。由此可见，我国的相关规定与《1969 年国际油污损害民事责任公约》的精神一致。

第五节 小结与评价

油污损害赔偿问题是随着科技的进步带来的，上世纪 60 年代以来，随着几起重大油污事故的发生，国际上对油污的预防和治理探索出了一种行之有效的体制，其核心就是《1969 年国际油污损害民事责任公约》和与之配套的《1971 年设立国际油污损害赔偿基金公约》，也就是上文已讨论的两大类赔偿义务主体。该套制度设计的思路是：（1）由漏油船负污染的第一赔偿责任；（2）漏油船可以对油污享受责任限制；（3）实行油轮强制保险制度；（4）成立油污基金，无法索赔的油污损失或超过责任限制的油污损失，可以由油污基金承担补充责任。

该公约体系的最大贡献在于建立了两重赔偿主体机制：第一重是民事责任主体及其保险人或保证人，第二重为国际油污赔偿基金，资金来源于对石油行业征收的摊款或税款。损害赔偿责任由航运业和石油行业分担（不能充分赔偿时，分担者还有受害人）；航运业的赔偿义务是通过保险得到分散，石油行业的赔偿义务通过基金摊款或税款得到分散。部分国家如美国未参加两个油污公约，而是由国内法形成一套赔偿制度，但框架也是双重赔偿主体机制。《1992 年国际油污损害民事责任公约》是对《1969 年国际油污损害民事责任公约》的修订。我国是《1992 年国际油污损害民事责任公约》的参加国，尽管由于现实原因尚未参加油污基金公约，但已制定油污基金及与之配套的油污责任限制制度。我国已出台《船舶油污损害赔偿基金征收和使用管理办法》，在实践中也摸索出了一套处理油污事件的有效经验。

该制度较好地体现了分担风险原则，而且实现了简约效率的目的。

需要强调的是，这一套公约机制是以相应地配套机制为后盾的。有了强制保险和油污基金制度作保障，在漏油船东无力赔付时，受害人还可以向非漏油船主张赔偿。正如交通事故不可避免一样，船舶碰撞造成油污问题同样不可避免。问题是要在保证航行效率与安全之间保持平衡，在保证航运业发展和治理环境之间保持平衡。

第六章 跨界油污损害的责任问题研究

第一节 跨界油污损害赔偿制度的归责原则

从经济学的角度来看，法律制度也就是一种激励机制，责任配置和赔偿规则将个人行为的外部成本内在化，从而引导个人选择社会最优行为。具体到侵权法，也就是通过归责原则在当事人之间分配损害的成本，以达到两个目的：一、补偿受害人以实现社会公正；二、最小化社会成本以实现社会效率。一个最优的归责原则应当是在不损害激励的情况下实现社会正义所要求的补偿。[834]

船舶油污损害在性质上属于民（商）事侵权行为中由于环境污染这一特殊侵权行为造成的损害。不同的归责原则实质上就是不同的激励机制，加害人和受害人承担的成本不同，从而影响到预防事故发生的积极性。从民法学基本理论和目 前国际及各国立法实践来看，油污损害赔偿制度中适用的规则责任主要是无过错责任原则。

一、无过错责任原则的概念及立法例

无过错责任即引起事故的人对受害人的损害赔偿负有法律责任，即使损害无法通过实施合理注意而予以避免。

《1969 年民事责任公约》第 3 条第 1 款规定，装运持久性油类货物的船舶所有人，对船舶逸出或排放的油污造成的油污损害，不论其本人，船长，船员或其他受雇人员是否有过错，均需依法承担民事责任。但无过错责任并非绝对责任，同时为油污加害人规定了四种免责事由。

新《海洋环境保护法》第 90 条规定，造成海洋环境污染损害的责任者，应当排除危害，并赔偿损失；完全由于第三者的故意或者过失，造成海洋环境污染损害的，由第三者排除危害，并承担赔偿责任。该条第一款规定了无过错归责原则，第二款体现了无过错归责原则下

[834] 参见陈百贤：《论船舶污染损害赔偿》，中国政法大学博士学位论文，2006 年。

的免责事由的规定，丰富了无过错责任原则的内涵。

二、适用无过错责任原则的原因

无过错责任的优点在于能找到花费最少的事故避免者，这是侵权法上促进效率的最佳途径。同时，无过错责任的规则原则将事故成本视同其他商业成本，能从两方面减少事故的发生，为人们从事更安全的活动创造了机会；此外，它还能激励行为者使其活动更安全。

在船舶油污损害赔偿法律体系中，适用无过错原则的主要原因如下：

第一、海上运输的相当危险性。海上运输中自然或人为原因都可能导致灾难的发生，即使船舶所有人及其管理人采取专门措施，也无法消除使他人遭受损害的意外风险。坚持过错原则的后果很可能是在油污污染事件中无辜的受害者无法得到救济。无论是从维护人类生命财产安全还是保护海洋环境的角度，这都无法达到立法的目的。

第二、公平合理思想的要求。油污污染损害中，造成损害的一方大多是经营性的获利企业。这些主体在运输中获利，就应为其获取利益过程中所造成的损害承担责任。而环境污染案件中的受害人对污染的发生几乎不能有任何程度的控制，也不可能通过自己的行为显著加大污染损害的风险。此外，无过错责任的实施有利于增强相关人员的责任心、促使他们对自己所从事的运输行为给予特别的注意，以避免损害的发生。同时，因为法院在跨界油污污染案件中并不十分清楚应当如何平衡成本与收益，这种迫使侵权人权衡的方式也避免了社会资源的浪费。[835]

第三、油污污染案件的复杂性。海上运输具有其自身特殊性、油污污染案件也有着深刻的复杂性，证明加害人的主观过错是十分困难的事情。同时，海上航行也有其独立性，加害方可以通过各种手段在自身有过错的情况下证明自己的无过错。前者否定了适用过错原则的可能性，后者则排除了适用过错推定原则的可能性。

第四、跨界油污污染涉及的受害者人数众多。当受害者人数众多，特别是单个受害者的诉讼请求极小或极大时，事先的政府管制可能是比传统的侵权救济方式更为有效的方法。无过错责任归责原则的确立就是对潜在油污加害人可能的危险行为的一种管制，可以有效维护油污受害人的利益。

[835] 参见邬先江：《海事赔偿责任限制制度研究》，大连海事大学硕士学位论文，2010 年。

第二节 油污损害赔偿范围

一、《民事责任公约》

《1969 年民事责任公约》第 1 条第 6 款规定：“‘油污损害’是指由于船舶逸出或排放油类（不论这种逸出或排放发生在何处）后，在运油船舶本身之外因污染而产生的灭失损害，并包括预防措施的费用以及由于采取预防措施而造成的进一步灭失或损害。”按此规定，具体包括三类：（1）因污染而产生的灭失损害，指的是现有财产价值的减少，为直接的经济损失；（2）预防措施的费用；（3）由于采取预防措施而发生进一步的灭失或损害。

《1969 年民事责任公约 1992 年议定书》增加了对“环境损害（不包括此种损害的盈利损失）的赔偿”，这部分赔偿“应限于已实际采取或将要采取的合理恢复措施的费用”。但公约没有对赔偿范围作直接的规定。

二、美国《1990 年油污法》

美国《1990 年油污法》中赔偿范围的界定非常广泛，具体内容在第 2701 和 2702 条中。具体内容包括：

1、清污费用。美国联邦、州或者印第安部落为清除油污或减少对海滨、海岸或自然资源的损害而发生的费用。包括已经发生的泄漏和虽未发生，但存在污染威胁时而采取的防止费用；任何个人在国家以外事故应急计划协调下实施清污行动的清污费用。

2、损害。油污损害赔偿的范围在美国《1990 年油污法》中得到了扩展。该法中规定的油污损害范围包括以下方面：（1）自然资源的毁坏、破坏、损失或失去用途而遭受的损害包括评估损害的合理费用。赔偿的数量包括：第一，修复、恢复、替代受损害的自然资源或获得同等的资源费用；第二，受损自然资源在恢复前的减值；第三，评估损害的合理费用；（2）对动产或个人财产的损害或对其破坏而造成的经济损失；拥有或租赁该财产的索赔人可以提出此种损坏赔偿；（3）丧失为维持生计自然资源的使用所造成的损害赔偿，任何使用上述被破坏或灭失的自然资源的人可以提出这种索赔；（4）由于不动产、个人财产或自然资源的损坏、破坏、灭失所引起的相当于税收、使用费、租金和利润的净损失；（5）由于不动产、个人财产或自然资源的损坏、破坏、灭失所引起的相当于利润损失和降低收益能力的损失；（6）

在清污期间或之后，由于油类排放所引起的提供增加或额外的公共服务的净开支，包括防火、安全或保护健康的开支。

美国这一法案对油污损害赔偿范围的规定超过了现有国际公约体系的规定，已经涉及纯经济损失的问题。美国立法上的这一改变加之其在石油进口中的重要地位，其他国际公约和国家也已对此有一定的回应。国际海事委员会 1994 年通过的《CMI 油污损害指南》中对经济损失的规定就包括相继经济损失和纯经济损失。

三、我国立法

我国《环境保护法》、《海洋环境保护法》等都没有具体规定油污损害赔偿的范围。2005 年《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 150 条规定了油污损害赔偿范围，具体包括：（1）船舶油污造成的公民、法人和其他组织的财产损失；（2）为防止或减轻污染指出的清污费用损失。清污费用的计算，应当结合污染范围、污染程度、溢油数量、清污人员和设备的费用以及有关证据合理认定；（3）因船舶油污造成的渔业资源和海洋资源损失，此种损失应限于已实际采取或将要采取的合理恢复措施的费用。

第三节 油污损害赔偿中的责任限制

讨论过跨界油污损害赔偿法律制度的归责原则后，即需要讨论责任限制制度。责任限制是海事赔偿制度的一个重要特征。和免责事由相同，责任限额使得跨界油污损害事件中的受害者的损害不能得到充分的赔偿，这一目的是在保护环境的同时，使海上石油运输及相关产业处在适度的发展水平上。

一、责任限制制度的概念及历史演变

海事赔偿责任限制制度，是指在发生重大海损事故后，除某些特定类型的索赔外，责任人对事故所致各种索赔的赔偿责任，可以限制在一定金额内的法律制度。海事赔偿责任限制是海商法的一项特有制度，这一制度是为了鼓励船舶所有人从事海运、减少其赔偿责任风险

而设立的一种特殊损害赔偿制度。

海事赔偿责任限制制度的起源学界目前还没有明确的说法。据推测，这一制度起源于西罗马帝国和十字军东征时期，而后传播到欧洲其他国家。16——17 世纪，因为商业革命的缘故，航运国家基本都接受了船舶所有人责任限制制度。

船舶所有人责任限制制度在不同时期、不同地区的具体规定不同，但也有一些基本的原则，如法定限额与船舶吨位一致；船舶所有人在损害是由其一定程度的过错或过失导致的情况下无权限制责任等。随着国际航运业和国际贸易的发展，享有这一责任限制权利的责任主体开始出现扩大趋势，船舶经营人、程序人、救助人和责任保险人等都开始有权限制自身责任。由此，这一制度也被称为“海事赔偿责任限制”制度。

责任限制制度经历了船价（ship value）制度到金额（monetary）制度的发展。船价制度就是将赔偿责任限定在船舶价值和运费上。在应用上，船价制度分为两种，一种是德国曾采用的模式，船舶所有人对受到限制的索赔不承担个人责任，索赔者只能针对船舶和运费提出索赔，但在行使海事留置权时，索赔者具有优先受偿权；第二种模式法国和美国曾经采用过，船舶所有人对受到限制的索赔承担个人责任，船舶所有权人有权通过放弃船舶和运费来避免或限制责任，索赔者仅通过行使对船舶和运费的海事留置权来获得赔偿。这一制度的缺点在于所有人的损失可以通过弥补船壳保险人的赔偿获得，而受害者所获得的赔偿可能远不足以弥补损失。目前大多数国家都已经废弃了船价制度。[836]

金额制度兴起于 18—19 世纪的英国，这一制度的基本原则沿用至今。责任限额以船舶吨位为基础来计算。如此，船舶责任风险对于船舶所有人和责任保险人来说都是固定的。责任限额是针对船舶遭受的某一起事故，而不是所有事故；以责任限额建立的基金，在索赔者之间按索赔比例分配，而不是按海事优先权来分配。国际社会在船舶油污损害赔偿方面目前已有《1969 年民事责任公约》和《1971 年基金公约》及两公约的 1992 年议定书、《1996 年国际海上运输有害、有毒物质相关损害责任和赔偿公约》等立法上的尝试。[837]

二、责任限制制度立法例

现行国际海事公约或各国国内立法，大多都对船舶油污赔偿责任限制进行了专门规定。

从国际海事公约来看，《1969 年民事责任公约》第 5 条第 1 款规定，船舶所有人有权享

[836] 徐国平：《船舶油污损害赔偿法律制度研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 137 页。
[837] 徐国平：《船舶油污损害赔偿法律制度研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 138 页。

受船舶吨位计算的每吨位 2000 金法郎（相当于 133SDR）的赔偿责任限制，但最高赔偿总额不得超过 21000 万金法郎（相当于 1400 万 SDR）。该条第 2 款规定了船舶所有人丧失责任限制的条件，即油污事故如果是由于船舶所有人的实际过失或私谋造成，船舶所有人无权援引上述责任限制。根据该公约第 7 条的规定，船舶所有人的保险人或财务保证人不存在丧失责任限制的情形。

2000 年 IMO 通过了《1969 年民事责任公约 1992 年议定书》的 2000 年修正案，对责任人的责任限额加以提高：不超过 5000 吨位的船舶为 451 万 SDR；超过此吨位的船舶，每增加一吨位单位，增加 631SDR，但是在任何情况下总额不超过 8977 万 SDR（约合 1.15 亿美元）。这一议定书在 2003 年 11 月 1 日生效。

《燃油公约》自身没有建立赔偿责任限制制度，关于船舶燃油油污损害赔偿责任的规定见于公约第 6 条：本公约不影响船舶所有人或提供保险或其他财务保证的人，根据适用的国内法或国际法律制度，如《1976 年海事索赔责任限制公约》及其修正案，享受责任限制的权利。”这一规定是国际社会避免出现过多特别责任限制制度以保证海事赔偿限制制度的统一的努力。

美国《油污法》的民事责任限额较高。《油污法》规定下，责任人对每一油污事故应承担的赔偿责任为：3000 总吨以下（包括 3000 总吨）的油轮为 200 万美元或 1200 美元/总吨，以较高者为准；3000 总吨以上的油轮为 1000 万美元或 1200 美元/总吨，以较高者为准；其他船舶为 50 万美元或 600 美元/总吨，以较高者为准。美国《油污法》没有规定具体的最高赔偿限额，而是以船舶吨位来计算，如此，超级油轮溢油事故将会产生巨额赔偿责任。

我国国内立法中没有专门针对跨界油污损害赔偿责任限制制度的规定。因此，对我国的跨界油污损害案件，如果不能适用《1969 年国际油污损害民事责任公约及其 1992 年议定书》和《1971 年国际油污损害赔偿基金公约 1992 年议定书》的规定，一般会适用我过《海商法》第十一章有关“海事赔偿责任限制”的规定。《海商法》第 207 条规定：除本法第三百零八条和第二百零九条另有规定外，无论赔偿责任的基础有何不同，责任人均可以依照本章规定限制赔偿责任。与此同时，《海商法》第 210 条对具体责任限额作出了具体的规定。

三、责任限制的适用及丧失

1、责任限制的适用领域

根据《1979 年责任限制公约》第 2 条的规定，责任限制适用的领域包括：（1）有关在

船上发生或与船舶营运或救助作业直接相关的人身伤亡或财产的灭失或损失，以及由此引起的相应损失的索赔；（2）有关海上货物、旅客或其行李运输的迟延所引起的损失的索赔；（3）有关于船舶营运或救助作业直接相关的侵犯除契约权利之外的权利引起的其他损失的索赔；（4）有关沉没、遇难、搁浅或被弃船舶的起浮、清除、毁坏或使之变为无害的索赔；（5）有关船上货物的清除、毁坏或使之变为无害的索赔；（6）有关责任人以外的人和人，为避免或减少责任人按本公约规定可限制其责任的损失所采取的措施，以及由此措施而引起的进一步损失的索赔。同时，该公约第 3 条还规定了不受限制的索赔。

2、责任限制的丧失

《1969 年民事责任公约》第 5 条第 2 款规定，“如果事故是由于船舶所有人的实际过失或私谋所造成，船舶所有人无权利用本条第 1 款规定的责任限度”。《1969 年民事责任公约 1992 年议定书》在第 6 条（2）中对上述条款进行了替代：“如证明该入耳按损害系由所有人故意造成或明知可能造成此种损害而毫不在意的个人行为或不为所致，则该所有人无权根据本公约限制其赔偿责任”。这一改变是指上改变了举证责任的分配规则。

美国法上，没有实际过失或者私谋的证明责任由船舶所有人承担。在当事人没有尽到勤勉义务时，船舶所有人就有可能无法通过责任限制获得抗辩。美国《1990 年油污法》的规定较为严格，第 2704 条（c）（2）之规定，责任限制的权利因下列原因丧失：如果责任主体——（1）没有或者拒绝按照法律报告油污事件，而责任主体知道或者有理由知道该事件；（2）负责清污活动的官员提出了要求而没有或者拒绝与之进行各种合理的合作与协助；（3）没有足够的理由，不或者拒绝遵守《联邦水污染控制法》第 311 条的有关规定。

国内立法的角度上，我国《海商法》第 209 条规定，如果油污引起的损失是由于船舶所有人的故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成的，则船舶所有人及其保险人无权依照本章规定限制赔偿责任。

四、责任限制制度的发展趋势

1、赔偿责任限额的水平不断提高趋势

从当前国际立法来看，责任限制制度中的责任限额有不断提高的趋势。这一提高不仅是船舶所有人及其保证人对每一事故在单位赔偿额的提高，也有每一事故中最高赔偿额上的大幅提高。同时，国际油污损害赔偿基金所赔偿的总额也在不断上升。

《1969 年民事责任公约》和《1957 年船舶所有人责任限制公约》相比，责任限额已翻

一番。截至《1969 年民事责任公约 1992 年议定书》，责任限额已经增加到 300 万 SDR（大约 450 万美元），超过 5000 总吨之后每总吨增加 420SDR（大约 9000 万美元）。2000 年，IMO 下赔偿额提高到了 8977 万 SDR 和 2.03 亿 SDR，以此保证清污费用和污染损害得到较为充分的赔偿。在提高责任限额的同时，船舶所有人更加不易丧失责任限制的机会。该法第 2 条第 2 款规定，只有证明油污损害是有由船舶所有人故意造成或明知可能造成损害而轻率地作为或不作为所致，船舶所有人才丧失享受限制责任的权利。

根据美国《1990 年油污法》的规定，油污损害责任方对损害负无过错责任，其可享受的责任限制为：3000 总吨以上的油货轮限额为 1200 美元/吨，最高不超过 200 玩美元；其他船舶，限额为 600 美元/吨，最高不超过 50 万美元。但与《1969 年民事责任公约 1992 年议定书》不同，美国《1990 年油污法》下，油污损害方极易丧失责任限制。

更为严苛的是，美国《1990 年油污法》1018 条（a）款明确规定了各州自行立法的权利，各州可以就油污损害赔偿问题进行更严格的规定。目前情况来看，美国沿海至少有 24 个州制定了自己的油污法，其中大多数州在归责原则上实行完全无责任限制的无过错责任制度。这一制度的实行和有责任限制的无过错责任相比就在一定程度上超过了船舶所有人等其他责任人所能承受的范围。这对于国际邮轮运输业也说也构成了巨大的冲击。

2、责任限制法律制度和海上船舶油污的损害赔偿范围的统一化趋势

从国际法的角度来看，目前国际社会已经建立起了《1969 年民事责任公约 1992 年议定书》和《1971 年国际油污损害赔偿基金公约 1992 年议定书》以及其他议定书为核心的油污损害赔偿法律制度。但是，各个国家加入公约、议定书的情况不尽相同，同时在国内法上各国的国内立法实践也有许多的差异，而民间协定的存在更是使得海上船舶油污损害赔偿的法律制度成为一个复杂、多元的体系。这一体系中各个部分规定的不同必然带来在法律适用、个案判断等方面的差异和混乱。

因此，寻求海上船舶油污损害赔偿法律制度的统一自将慢慢成为国际社会的共识，唯有如此才能减少海上船舶油污损害赔偿事件在处理中的法律适用、个案判断与公平等方面的问题，才能更好地解决船舶油污损害问题。这一趋势可以从国际海事委员会通过的《CMI 油污损害指南》中窥得一斑。在这一指南的的制定中，在确定油污损害赔偿范围时，参考了大多数国家法律中规定的受偿的请求范围，同时将国际油污赔偿基金确立的标准也纳入了考虑范围。同时，其在专业术语的设定上也考虑了大陆法系、英美法系等不同法律传统国家的可理解性和可接受性。此外这一指南在具体规定中既具有明确性又保留了请求事项的灵活性。这

一指南是海上船舶油污损害赔偿法律制度和责任限额制度统一化的一个表现。[838]

权利具有交互性的特点，在减轻责任主体的赔偿的同时受害人的利益势必会受到影响。在传统私法的赔偿制度下，依照填平原则，受害人要获得的赔偿应是全额赔偿。责任限额在一定程度上剥夺了受害人获得全额赔偿的权利。因此，在建立责任限制制度的同时，作为保证油污受害人获得充分赔偿这一目标实现的解决机制，国际油污损害赔偿制度就引入了强制保险和赔偿基金制度。通过这一分散责任风险的方法，在船东和货主之间建立共同责任承担机制。

[838] 王江凌：《浅论海上船舶油污损害赔偿的范围和责任限额制度》，载《福建政法管理干部学院学报》，第2期，72页

第七章 跨界油污损害赔偿基金和强制保险制度

为分散和转移作为民事责任主体的船舶方的赔偿责任，也为了确保赔偿义务的履行，船舶油污损害赔偿法律制度要求民事责任人持有财务能力证明，通过责任保险或其他保证形式将民事责任人的责任风险转移至责任保险人或其他保证人。石油行业则通过设立赔偿基金来转移和分散赔偿责任，赔偿基金的资金来源于石油公司缴纳的摊款或款税。[839]而下面我们来解析一下基金和强制保险两种制度，以期在台湾海峡跨界油污损害发生时，能够确保赔偿义务的履行，最大限度地控制损失。

第一节 油污赔偿基金

一、国际油污赔偿基金会

1、基金会的由来和组织结构

《1969 年国际油污损害民事责任公约》确定的民事责任人为船舶所有人。而由于大型油轮不断增多，按照公约规定，不可能向油污事故的受害者提供全部的赔偿，决定另行制定石油行业承担赔偿责任的公约，以减轻船舶所有人的负担，并使受害人获得充分赔偿。这一想法最终形成《1971 年基金公约》。根据《1971 年基金公约》设立的“国际油污赔偿基金”，作为船舶油污损害的第二重赔偿主体。根据《1992 年基金公约》又设立了“国际油污赔偿基金”。

国际油污赔偿基金在缔约国应被视作法人，享有权利，承担义务，并能作为当事人参加缔约国法院进行的诉讼。1971 年基金和 1992 年基金的主要机构包括大会（Assembly）、行政委员会（Executive Committee）和由干事领导的秘书处（Secretariat），干事是基金的法定代表人。基金的组织和管理遵守《基金公约》和大会制定的内部章程。

2、赔偿基金的资金来源和运作机制

[839] 徐国平：《船舶油污损害赔偿法律制度研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 1 页。

基金的资金来源于缔约国从海上接受摊款油类的石油公司缴纳的摊款。在一个日历年度内，石油公司在缔约国境内的港口或油站收到从海上运来的摊款石油，以及在非缔约国港口或油站卸货后，在缔约国领土内的任何油站最先收到从海上运来的摊款石油，总量超过 15 万吨的，都必须缴纳摊款。缔约国虽不负有缴纳摊款的义务，但有义务每年向基金会通报负有摊款义务的石油公司名单、地址和收到摊款石油的数量。

公约赋予国际油污赔偿基金法人地位，是为了便于索赔者对基金提起索赔，也为了赔偿责任归于基金而不是基金成员国。按《1969 年民事责任公约》和《1992 年民事责任公约》应向船舶所有人或其保险人、财务保证人提出索赔，而实践中，通常是保赔协会。而《1971 年基金公约》和《1992 年基金公约》规定的赔偿主体是国家油污损害赔偿基金组织。在处理索赔上，国际油污损害赔偿基金组织与保赔协会通力合作。

3、赔偿基金的赔偿对象和抗辩事由

1971 年基金的目标在于：弥补《1969 年民事责任公约》 对油污损害赔偿的不足；免除《1969 年民事责任公约》施加于船舶所有人的额外经济负担，但须符合为确保遵守海上安全所设定的条件和其他公约。1992 年基金的赔偿对象限于油污受害人，不再对船舶所有人进行补偿。在油污事故的受害人不能依据《民事责任公约》获得充分赔偿时，基金作为继船舶所有人之后的第二重民事赔偿主体，给以受害人赔偿。基金对以下三种情况进行赔偿：（1）当船舶所有人依据《民事责任公约》，对油污损害不承担民事责任时；（2）依据《民事责任公约》应承担责任的船舶所有人在财务上不能完全履行其义务，而且依据《民事责任公约》第 7 条所提供的财物保证不足以赔偿损害时（当受害人通过一切合理途径寻求法律救济后，仍不能获得《民事责任公约》所规定的全部赔偿额，则造成损害的船舶所有人就被视作没有财务能力履行其义务，其财务保证被视作不充分）；（3）损害超过船舶所有人依据《民事责任公约》第 5 条第 1 款或其他国际公约的规定应承担的最高赔偿限额。由于船舶所有人免除责任的情况不多，而且存在财务保证，船舶所有人的责任一般能够得到履行。这三种情况中最常见的是第三种，即损害超出责任人的责任限额。

国际油污赔偿基金在以下三种情况下，对油污受害人不负赔偿责任：

（1）经证实，油污损害是因战争、敌对行为、内战或武装暴动而造成，或由军舰或政府公务船舶溢出或排放的油类所造成。

（2）受害人不能证明损害是由一艘或多艘船舶事故所造成，基金对溢油来源不明的污染损害不予赔偿。

（3）如果基金证明油污损害全部或部分由于受害人的故意或过失造成，基金则可以全

部或部分免除对受害人的赔偿责任。

二、中国的船舶油污损害赔偿基金

中国的船舶油污损害赔偿基金所依据的规定为财政部、交通运输部联合制定的《船舶油污损害赔偿基金征收和使用管理办法》。其主要内容包括基金的来源，基金适用的船舶、油类和地理范围，基金对油污损害赔偿的范围，基金对油污损害免予赔偿的情况以及基金对油污损害赔偿的金额等等。

1、基金的性质及其作用

船舶油污损害赔偿基金是一项政府性基金，收入全额上缴中央国库，实行转款专用。船舶油污损害赔偿基金征收、缴纳、使用和管理，应当接受财政、审计部门的监督检查。作为一项法律制度，它的设立、管理和使用，都需要通过一个细致严谨的组织来运营。会由专门的基金管理委员会管理。

船舶油污损害赔偿基金是一种油污损害风险的分摊机制，主要目的是保障油污受害人的损失得以充分或者适当的赔偿；对于应对特大、大型船舶污染事故，船舶油污损害赔偿基金将会发挥积极作用。同时，能及时补偿污染清除单位，也可以减少对于海洋环境造成的破坏。

2、基金的资金来源和运行模式

船舶油污损害赔偿基金征收标准为每吨持久性油类物质 0.3 元。财政部可依据船舶油污损害赔偿需求、持久性油类物质的货物到港量以及积累的船舶油污损害赔偿基金规模等因素，并充分考虑货物所有人的承受能力，会同交通运输部确定、调整征收标准或者暂停征收。船舶油污损害赔偿基金由交通运输部所属海事管理机构向货物所有人或其代理人征收。

在油污损害发生之日起 3 年内且在船舶油污事故发生之日起 6 年内，油污受害人可提出申请从船舶油污损害赔偿基金中获得赔偿或者补偿。船舶油污损害赔偿基金管理委员会在受理索赔申请后，应当组织有关人员对索赔项目进行调查核实，确定赔偿或者补偿的具体数额。对于符合赔偿或者补偿条件的，应当及时给予赔偿或者补偿。申请赔偿或者补偿的相关单位应当积极配合船舶油污损害赔偿基金管理委员会开展索赔调查核实工作。

3、基金适用的油类和地理范围

基金所适用的油类包括持久性油类物质包括原油、燃料油、重柴油、润滑油等持久性烃类矿物油。基金所适用的地理范围也限于中华人民共和国管辖水域内。

4、基金的赔偿范围和抗辩事由

船舶油污损害赔偿基金用于以下油污损害及相关费用的赔偿、补偿：（1）同一事故造成的船舶油污损害赔偿总额超过法定船舶所有人油污损害赔偿责任限额的；（2）船舶所有人依法免除赔偿责任的；（3）船舶所有人及其油污责任保险人或者财务保证人在财力上不能履行其部分或全部义务，或船舶所有人及其油污责任保险人或者财务保证人被视为不具备履行其部分或全部义务的偿付能力；（4）无法找到造成污染船舶的。

下列情况，不得从船舶油污损害赔偿基金中提供赔偿或者补偿：（1）油污损害由战争、敌对行为造成或者由政府用于非商业目的的船舶、军事船舶、渔船排放油类物质造成的；（2）索赔人不能证明油污损害由船舶造成的；（3）因油污受害人过错造成的全部或部分油污损害的。

5、基金赔偿或补偿顺序

船舶油污损害赔偿基金按照申请时间顺序依次受理。其中，对同一事故的索赔按照下列范围和顺序赔偿或补偿：（一）为减少油污损害而采取的应急处置费用；（二）控制或清除污染所产生的费用；（三）对渔业、旅游业等造成的直接经济损失；（四）已采取的恢复海洋生态和天然渔业资源等措施所产生的费用；（五）船舶油污损害赔偿基金管理委员会实施监视监测发生的费用；（六）经国务院批准的其他费用。船舶油污损害赔偿基金不足以赔偿或者补偿前款规定的同一顺序的损失或费用的，按比例受偿。

6、基金对油污损害赔偿的限额

船舶油污损害赔偿基金对任一船舶油污事故的赔偿或补偿金额不超过 3000 万元人民币。财政部可以依据船舶油污事故赔偿需求、累积的船舶油污损害赔偿基金规模等因素，会同交通运输部调整基金赔偿限额。

第二节 船舶油污强制责任保险

一、船舶油污损害民事责任保险制度的意义及作用

船舶溢油污染事故频发，给沿海渔业、养殖业以及海洋生态环境造成巨大危害。通过建立船舶油污保险制度，借助保险公司的经济实力，一旦发生油污事故，可以保障船舶污染损失得到赔偿限额范围内的赔偿；也可以解决应急情况下清污启动资金的问题，在被污染的环

境进一步恶化之前，得到及时、有效的清理和修复。

二、国际公约船舶油污责任保险

1、《民事责任公约》

当发生船舶油污损害时，如没有强制责任保险，受害方往往无法得到足额赔偿，不能有效的保障受害人的利益。为了保障受害人的利益，国际海事组织（IMO）于 1969 年通过了《国际油污损害民事责任公约》（CLC），其中规定“在缔约国登记的运载 2000 吨以上散装油类货物的船舶所有人，必须进行保险或取得其他财务保证，如银行保证或国际赔偿基金出具的证书等。保证数额按第 5 条第 1 款中规定的责任限度决定，以便按本公约规定承担其对油污损害应负的责任。公约采用 2000 吨这个吨位是为了免除小型船舶的强制保证负担以及成员国的管理负担。《民事民事责任公约》及其 1984 年和 1992 年议定书（CLC1984，CLC1992）明确了油污责任的范围并要求所有油轮船东必须有足够的保险以应付可能发生的船舶油污及其赔偿，并在国际公约中第一次引进强制保险并加以实施。船舶油污强制责任保险的制定与实施，既有力促进了国际航运业的发展，也很大程度上消除了因船舶漏油事故对于海洋环境的污染。

船东相互保障和赔偿协会作为油污责任保险最主要的提供者从 1970 年开始提供油污责任保险。船舶所有人的油污责任一般由船舶所加入的保赔协会予以保险。当会员的船舶发生溢油事故时，保赔协会对油污的类型和程度、油污对当地自然资源的影响、当地清污部门的清污能力以及采用额外设备和技术的必要性进行研究，评估船舶所有人的法律责任，建议会员考虑油污法的规定。840

《燃油公约》

2001 年的《燃油公约》规定，当事国登记的总吨位大于 1000 吨的船舶的登记所有人，须进行保险或诸如银行或类似金融机构的担保等其他经济担保，以承担登记所有人的污染损害责任，其金额等于适用的国家或国际限制机制规定的责任限制，但在所有情况下均不应超过按照经修正的《1976 年海事索赔责任限制公约》所计算的数额。该公约也要求强制责任保证。

840 徐国平：《船舶油污损害赔偿法律制度研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 55 页。

三、我国船舶油污责任保险现状[841]

1999 年修订的《中华人民共和国海洋环境保护法》是我国建立船舶油污损害赔偿机制的法律基础。该法第六十六条规定："国家完善并实施船舶油污损害民事赔偿责任制度，按照船舶油污损害赔偿责任由船东和货主共同承担风险的原则，建立船舶油污保险、油污损害赔偿基金制度。实施船舶油污保险、油污损害赔偿基金制度的具体办法由国务院规定。"

2009 年 9 月 2 日，国务院第 79 次常务会议审议通过了《中华人民共和国防治船舶污染海洋环境管理条例》，并已于 2010 年 3 月 1 日起施行。《防污条例》按照《海环法》的相关规定，参照相关国际条约，进一步明确了船舶油污损害民事责任保险制度，用以保障船舶在发生油污事故后，能够具备与其赔偿责任限额相匹配的赔付能力。由于《防污条例》对油污保险制度的规定相对比较原则，需要通过制定相应的配套规章，在上位法原则性规定的基础上对其予以细化和明确。为此，交通运输部制定了《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》（下文称《办法》），并于 2013 年进行了修改。是现今中国对船舶油污责任保险规定最为细致的法律。

1、适用范围

《办法》的适用范围就明确在我国管辖海域内航行的以下三类船舶应当按照本办法的规定参加强制保险：一是 1000 总吨以上载运非油类物质的船舶；二是所有载运非持久性油类物质的船舶；三是所有载运散装持久性油类物质的船舶。需要说明的是，《防污条例》对载运散装持久性油类物质船舶的要求比相关国际公约更为严格，由国际公约要求的"载运 2000 吨以上作为货物的散装持久性油类的船舶"扩大到了所有载运散装持久性油类的船舶。这虽然可能对我国从事沿海运输的小型油船产生一定的影响，一部份船舶状况差、管理水平低、事故风险高的小型油船可能因为难以承受较高的保险费用而被迫退出沿海油运市场；但也正符合淘汰落后、净化沿海油运市场，促使油轮公司向高标准、规范化的发展方向，也符合我国加入《1992 年国际油污损害民事责任公约》（以下简称 CLC92 公约）的履约承诺。

2、船舶油污损害民事责任保险的额度

目前，适用于我国的船舶油污损害民事责任限额的有关的公约、法律法规主要有：《1992 年国际油污损害民事责任公约》、《2001 年国际燃油污染损害民事责任公约》、《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）和《关于不满 300 总吨船舶及沿海运输、沿海作业船舶

841 以下解读引自金水区人民政府网站："交通运输部海事局曹德胜副局长 解读《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》"，
http://www.jinshui.gov.cn/jswwzz/gzcy/zcjd/webinfo/2010/11/1290759475784296.htm 。

海事赔偿限额的决定》（1993 年 11 月 7 日国务院批准 1993 年 11 月 15 日交通部令第 1 号）等，分别规定了各自的适用船舶及其责任限额。其中，《2001 年国际燃油污染损害民事责任公约》未直接规定船舶的责任限制，只是允许船舶根据适用的国内法或国际限制体系规定的责任限额。《海商法》中也没有单独的船舶油污损害民事责任限额，而只规定了人身伤亡和非人身伤亡的海事赔偿责任限制，其中船舶油污染损害适用于非人身伤亡请求的赔偿限额。

基于此，《办法》中分别依据现有的不同管理规定对于不同的船舶及其油污损害民事责任额度作出了相应的规定，即：（1）载运持久性油类物质的船舶，其额度应满足《1992 年国际油污损害民事责任公约》；（2）除（1）外的载运油类物质的船舶和 1000 总吨以上载运非油类物质的船舶，300 总吨以上的，其额度满足《中华人民共和国海商法》关于非人身伤亡的赔偿限额的规定；不满 300 总吨的和从事我国港口之间货物运输或者沿海作业的船舶，按照《海商法》授权国务院交通主管部门规定的限额，其额度应满足 1993 年交通部令第一号令的规定，即按照《中华人民共和国海商法》关于非人身伤亡的赔偿限额的规定限额的 50%计算。

3、保险机构

船舶参加油污损害民事责任保险，必然涉及保险机构，保险机构是有效实施船舶油污损害民事责任保险制度的一个重要环节。目前从事船舶油污损害民事责任险的保险机构，主要分为两类，即商业性保险机构和互助性保险机构。

4、船舶油污损害民事责任保险证书或单证

船舶油污损害民事责任保险证书或单证是船舶防污染证书、文书中的一种，也是船舶投保油污损害民事责任保险的凭证。《国际油污损害民事责任公约》中规定了船舶应持有《油污损害民事责任保险或其他财务保证证书》，而《国际燃油污染损害民事责任公约》规定了船舶应持有《燃油油污损害民事责任保险或其他财务保证证书》。因此，《办法》规定中国籍船舶投保船舶油污损害民事责任保险或者取得其他财务保证之后，应向船籍港所在地的直属海事管理机构申请办理相应船舶油污损害民事责任保险证书，其中载运散装持久性油类物质的船舶应办理《油污损害民事责任保险或其他财务保证证书》；1000 总吨以上载运非持久性油类物质的船舶应同时办理《非持久性油类污染损害民事责任保险或其他财务保证证书》和《燃油污染损害民事责任保险或其他财务保证证书》；其他船舶应办理《燃油污染损害民事责任保险或其他财务保证证书》。而在我国管辖海域内航行的外国籍船舶，适用《国际油污损害民事责任公约》的，应持有缔约国主管机关或其授权机构签发的《油污损害民事责任保险或其他财务保证证书》。适用《国际燃油污染损害民事责任公约》的，应持有缔约国主管

机关或其授权机构签发的《燃油污染损害民事责任保险或其他财务保证证书》。其他船舶应持有有效的保险单证或其他财务保证证明。

结语

第一节 创新性

一、样本创新：以台湾海峡为研究样本

以往海上油污损害赔偿相关研究多以北海、地中海、墨西哥湾等欧美地区作为分析对象，该地区往往发生过引起国际社会广泛关注的重大溢油污染事件，此外欧美地区相关法律制度也较为完善，案例研究整体较为成熟。然而欧美地区案例固然可为我国借鉴，但终究难以解决我国的特殊情况，且我国国情、法律制度和欧美国家也相去甚远。

而本论文以台湾海峡发生的油污事件为切入点进行分析，一来海峡两岸均为华人，没有语言障碍，且体制机制方面有相似之处，可为解决我国更大范围内的油污问题提供更便捷的借鉴渠道。二来台湾海峡为政治军事敏感地带，发生于此海域的事件是跨界油污事件中一类特殊的代表，不仅涉及海洋法，更牵涉两岸关系，以此作为研究样本有利于为将来更复杂问题的解决提供经验。

二、材料创新：引入大量外文文献及台湾文献

本论文利用了大量的时间对外国公约、外国案例、会议报告、期刊论文等进行了翻译并将一些翻译成果引入了论文当中，增强了相关基础事实和油污解决方案的权威性和说服力。

由于本人曾在台湾大学法学院做交换学生，较好地利用了台湾高校的文献资料及台湾老师的指导。论文中大量引用了台湾方面的统计资料、台湾学者的学术论文、会议报告，使得资料更加丰富、视角更加全面。

此外本论文校外指导老师为傅崐成老师，他不仅是台湾著名学者，更是海洋法领域权威，

他的研究帮助本论文在更高远的层次审视两岸关系、提出更富操作性的合作方案。

三、表达形式创新：图文并茂、图表结合

台湾海峡地理状况复杂，因此在论文中本论文组采用地图进行结合说明。此外，绘制大量表格，对概况、文献、案例等进行整理，使文献材料多而不乱，一目了然。

第二节 成果集

一、国际法学层面

其一，对处理国际海洋油污且具有重大影响的国际公约加以梳理，从制定、生效、修订时间、主体、地点、场合等方面予以分类。通过整理与制表，使得处理国际争端的解决依据显而易见。

其二，对 20 世纪后半叶以来的海上油污案件予以整理，分别从时间、海域、主体、原因、漏油种类及事故情况整合与制表，并归纳出近年来案件的趋势与特征，为后续研究作以铺垫。上述法律依据与事实是本文的基础。

其三，从国际争端解决的角度切入。鉴于先前学者对此角度的分析较少，因而本文创造性地将解决机制分为以国际公约为核心的国际法体制与以各国立法为核心的国内法体系，通过两条主线相互配合、相互补充，共同形成海上油污的国际争端解决机制。

二、学术总结层面

一是本文对油污污染损害赔偿制度中的归责原则、损害赔偿范围、责任限制制度进行了一个较为综合的梳理，对各部分内容所涉具有代表性和影响力的国际公约、各国立法进行了一个简要的梳理和总结。同时，侧重对责任限制制度进行了介绍，对油污损害赔偿法律制度中责任限制制度的发展趋势进行了一个简要的评说，同时将责任限制制度与油污损害赔偿中赔偿范围的规定相结合了进行了分析。指出责任限制法律制度和海上船舶油污的损害赔偿范围之间在内容和各国立法上的的统一化趋势。

二则本文结合学术与司法实践前沿理论进行综合分析。广东省高级人民法院民四庭副庭长、高级法官欧阳振远能结合审判实践来展开讨论，审判实践中的经验、困惑与建议都可以

反映到文章中，并为我国的制度建设提出了较好的建议；学者韩立新、司玉琢创新性地提出了两船按过错比例分别承担赔偿责任的意见，并提出了对两船碰撞造成污染损害赔偿的立法或司法解释建议案；广东敬海律师事务所高级合伙人陈向勇，实习律师陈永灿能紧跟立法发展动向，为司法解释草案中关于非漏油方责任承担建言献策。项目组亦从比较法的视角看待问题，开阔了文章的视野。

三、践操作层面

研究船舶油污损害赔偿制度不可避免地会涉及到基金与强制责任保险制度。本文创新之处在于结合了 2012 年财政部、交通运输部联合制定的《船舶油污损害赔偿基金征收和使用管理办法》以及 2010 年施行、2013 修改后的《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》等新施行、修改的规定。解读分析了中国现有的船舶油污损害赔偿基金以及船舶油污损害民事责任保险制度。

第三节 不足处

一、欠缺资料

由于台湾海峡的敏感地位，关于台湾海峡上发生的油污损害尚缺乏官方案例资料，两岸学者的沟通对话、合作研究也是近年来才逐渐兴起，因此相关统计数据、案例汇编等资料颇不易得给研究造成了一定的影响。

油污损害赔偿难在具体实践操作中，油污损害赔偿的权利主体如何举证损害后果大小、责任主体无力承担所有赔偿责任时油污损害赔偿的权利主体还可以向谁求偿，以及索赔数额与法院最终判决数额存在巨大落差时如何维护权利主体的权益，等等。这些问题同时涉及到实体与程序两个方面，需要系统性的解决方案。虽然学者们能从比较法的视角看待问题、引介先进规定，但是对国内立法的推进作用还不甚明显。再加上我国目前审判公开还不够彻底，因此详尽的案例资料比较欠缺，问题研究和建言献策也难免有空泛之嫌。

二、欠缺经验

本文作者为在读学生，没有相关实务经验，实地调研考察也会受到一定限制。因此只能

多借助来自老师、业界律师的指导，多利用二手资料。

康菲中国与中海油在渤海湾漏油事件中的后续处理不当，以及我国获得赔偿款数额严重不足是本案处理中的失败之处，也是中美两国在应急预案及索赔方面存在差距的体现。对此，国内学者大多从我国以预防为主的立法宗旨、重行政处罚轻民事赔偿的限制、信息缺乏透明化、公众参与度有待加强、石油泄漏应急机制与受害人赔偿补助不足等方面加以探讨。本文对此的研究止步于前人的研究成果之上，尚未能对完善我国立法、增强海上油污应对机制提出建设性意见。因此，这是本文较为遗憾之处。

同时，囿于视野和实践经验的不足，尤其是对海事实践尚未有深入接触的实务经验，本文在对油污损害赔偿制度中各个方面的分析未能做到对实践中出现的问题的一一分析。梳理与分析在具体海事法和国际法层面的实践深入不够。与那些从事具体海事审判或海事运输、海事保险、国际贸易等具体实践工作的学者、审判人员、工作人员的视角相比，本文当然不可避免地带有青年学生的稚嫩。

最后，由于篇幅有限，本文在只进行了国际油污基金会与中国船舶油污损害赔偿基金会的对比和国际条约中船舶油污责任保险与中国船舶油污损害民事责任保险的对比。而未涉及国外具体国家关于油污基金会和船舶油污责任保险的探究。并且本文更关注于法律规范，相对的深层次理论研究就显得较为单薄。

参考文献

[1]周忠海.《国际海洋法》[M].北京.中国政法大学出版社，1987。

[2]傅崐成.《海洋管理的法律问题》[M].台湾.文笙书局，2003。

[3]徐国平.《船舶油污损害赔偿法律制度研究》[M].北京.北京大学出版社,2006。

[4]吕忠梅.《环境法学》[M].北京.法律出版社，2008。

[5]Anotonio Cassesse, International Law[M].2nd,, Oxford University Press,2005.

[6]陈百贤.“论船舶污染损害赔偿”[D].中国政法学大学 2006。

[7]李刚.“论海洋污染责任认定及赔偿”[D].中国政法大学 2006。

[8]王玫黎.“船舶油污损害赔偿法律制度研究”[D].西南政法大学 2007。

[9]邬先江.“海事赔偿责任限制制度研究”[D].大连海事大学 2010。

[10]刘瀛.“海洋污染损害赔偿责任研究”[D].吉林大学 2013。

[11]Zou Keyuan, Redefining the Legal Status of the Taiwan Strait[J].The InternationalJournal of Marine and Coastal Law,2000.

[12]Wu Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation[J]*.Kluwer Law International Ltd,1996.

[13]向在胜.“墨西哥湾漏油事件之法律透视”[J].《美国研究》.2001。

[14]胡江山、林孝鸿.“海峡两岸溢油应急合作的意义与设想”[J].《福建水产》.2002。

[15]傅崐成、刘先鸣.“台湾海峡船源污染法律问题刍议”[J].《中国海洋法学评论》.2006。

[16]王江凌.“浅论海上船舶油污损害赔偿的范围和责任限额制度”[J].《福建政法管理干部学院学报》.2006。

[17]杨晓辉.“中国石油战略的西南布局”[J].《当代军事文摘》.2007。

[18]石谦、蔡爱智.“闽中—台中古通道的地貌环境——兼议‘东山陆桥’的通行条件”[J].《科技导报》2008。

[19]彭先伟.“海洋石油开发与污染——兼评美国墨西哥湾溢油事故的海事赔偿责任限制问题”[J].《中国海商法年刊》.2010。

[20]冷新宇.“对英国石油公司墨西哥湾漏油事件的国际环境法思考——从习惯法的角度考察”[J].《江海学刊》.2010。

[21]曲乐.“建立油污损害赔偿制度的法律探析——‘墨西哥湾的美国经验’对我国的启示”

[J].《法制与社会》.2011。

[22]王灿发、黄婧.“康菲溢油事故——反思海洋环境保护法律机制”[J].《行政管理改革》.2011。

[23]孙立文.“海洋法争端解决机制与中国海洋争端解决政策的选择”[J].《太平洋学报》.2011。

[24]侯雷、殷金荣.“从渤海湾溢油事件看我国环境会计建立的紧迫性”[J].《商业经济》.2012。

[25]刘丹.“渤海溢油事故海洋生态损害赔偿研究——以墨西哥湾溢油自然资源损害赔偿为鉴”[J].《法学论坛》.2012。

[26]斜晓东、藏卫华.“海洋时代海洋污染损害赔偿问题研究”[J].《法学杂志》.2013。

[27]周晓航、孔亚平、陈轩浅.“谈台湾海峡污染应急协作机制的建立模式”[A].海峡两岸航运风险管理与泄油污染防治研讨会论文集[C].2009。

[28]广州年鉴编纂委员会.“广州年鉴（2013）” [M].广州：广州年鉴编辑出版社，2013。

[29]货运船期网站.“国际海洋环境保护立法” [EB/OL].

http://www.scheduleblast.com/chi/emag/200903/e221.asp

[30]金水区人民政府网站.“解读《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》”[EB/OL].http://www.jinshui.gov.cn/jswwzz/gzcy/zcjd/webinfo/2010/11/1290759475784296.htm

[31]中华日报航运电子版.“两岸海运通航货柜量已达 16.29 万 TEU”[EB/OL].

http://www.cdnsp.com.tw/news/newsold/98/9803/nw0306/07.htm

[32]厦门网.“厦门港去年吞吐 800 万标箱 列全国沿海主要港口第二位”[EB/OL].

http://news.xmnn.cn/a/xmxw/201401/t20140117_3682612.htm

[33]中国新闻网.“厦门港预计至 2015 年将实现货物吞吐量 2 亿吨”[EB/OL].

http://www.chinanews.com/ny/2011/08-03/3230860.shtml

[34]中国船舶网.“高雄港去年集装箱吞吐量达 964 万 TEU”[EB/OL].

http://www.cnshipnet.com/news/7/33492.html

[35]交通运输部水运科学研究院.“《台湾海峡船舶油污及危化品应急协作支持保障对策》项目 成果将有力保障海峡生态环境安全和航运可持续发展”[EB/OL].

http://www.wti.ac.cn/article.aspx?menuid=1332&tab=tab_News&tabid=1793

[36]百度图片.“渤海湾漏油”[EB/OL].
http://image.baidu.com/i?word=%E6%B8%A4%E6%B5%B7%E6%B9%BE%E6%BC%8F%E6%B2%B9&tn=baiduimage&ct=201326592&cl=2&lm=-1&ie=utf-8&fm=hao123

[37]Government Information Office.“Geography”[EB/OL].
http://www.gio.gov.tw/taiwan-website/5-gp/yearbook/2001/chpt01-1.htm

[38] 张义山.“在 60 届联大有关‘海洋和海洋法’议题的发言”[Z].2005。
[39] 厦门海事局.“厦门海域溢油应急计划简介”[Z].2003。

中非民商事交往法律环境的不足及完善*

郭炯　朱伟东

内容摘要：民商事交往的健康、可持续发展需要有良好的法律环境。良好的法律环境一般需要具备完备的法律制度、高效公正的司法与执法活动、民众较高的法律意识等。在中非民商事交往中，还存在相关法律制度不健全、双方司法与执法的交流与合作还比较薄弱、民众的法律意识普遍不高等问题，因此，在中非民商事交往中出现了大量的民商事争议、投资纠纷以及违法犯罪活动等，这不利于中非民商事交往的正常开展。基于此，中非双方应共同努力，推动商签更多的相关领域的双边条约，并对现有的一些双边条约内容进行完善；中非双方的司法和执法部门应扩大交流与合作，严格实施中非之间业已存在的相关条约，积极解决中非经贸关系中出现的法律问题；中非双方法律界人士应加强交流与沟通，积极宣传对方的法律制度，提高双方民众的法律意识。通过上述努力，为中非民商事交往创造一个良好的法律环境。

关 键 词：中非；民商事交往；双边条约；司法合作；法律交流

作者简介：郭炯，湘潭大学法学院博士研究生（湖南湘潭　411105）；朱伟东，中国海洋大学法政学院教授（山东青岛　266100）。

随着中非经贸关系的发展，中非之间的民商事往来日益频繁，随之产生了大量的民商事争议以及各类刑事案件。如果这些争议和案件不能得到有效、妥善处理，就会影响中非民商事交往的健康、可持续发展。要有效、妥善解决这些争议和案件，就需要具备良好的法律环境，包括完备的法律制度、健全的法律组织、

* 本文是朱伟东主持的国家社科基金课题“中非经贸投资投资纠纷解决机制研究”（项目编号：13BFX158）的阶段成果。本文是根据朱伟东发表在南非 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg* (TSAR, No.2, 2014)杂志上的英文论文“Creating a Favorable Legal Environment for the Sustainable Development of China-Africa Business Relations”整理改编而成。该杂志主编已授权该文的中文修订版在中国发表。本文中文版发表在《西亚非洲》2015 年第 2 期。

完善的法律设施、高效的司法和执法合作以及民众较高的法律意识等。本文围绕中非民商事交往中出现较多的民商事争议、投资争议以及刑事案件，主要从中非民商事交往的法律制度、司法和执法合作以及中非民众的法律意识三个方面，分析中非民商事交往法律环境存在的不足，并提出相应的完善措施。

一、中非民商事交往中的主要法律制度

法律在中非关系可持续发展中的地位和作用日益受到人们的关注和重视。调整中非民商事交往的法律制度既包括中国和非洲国家各自的国内法律制度，也包括中非双方就某些领域共同签订的双边条约以及中非双方共同加入的一些国际条约。有学者专门分析了中非各自国内法律制度对中非商事关系发展的影响，认为中非双方需要加强各自在商事领域的立法和司法，以促进中非经济、商业关系的快速发展。[842]因此，本部分不再对中非各自的相关法律制度进行分析，而主要从中非双方在民商事领域、投资领域以及刑事领域共同签订的双边条约以及共同加入的多边条约进行分析。这几个领域是中非双方民商事交往过程中产生问题较多、最易引发争议的领域，调整这些领域的双边或多边法律制度是否完善，将对中非民商事交往产生重要影响。

（一）中非在民商事司法协助领域的双边及多边条约

根据笔者的研究，近年来的中非民商事争议数量日益增多，民商事争议的类型越来越多样化，包括合同纠纷、信用证和保函纠纷、侵权纠纷、海商事纠纷和婚姻家庭纠纷等，所涉及范围越来越广，在许多非洲国家都出现过涉及中方当事人的民商事案件。[843]在许多民商事争议中，由于缺乏相关的法律途径，导致案件解决过程拖沓、冗长，甚至久拖不决，一些当事人特别是中方当事人甚至不得不放弃经过努力开拓的非洲市场。这对中非民商事交往的未来发展是非常不利的。涉外民商事纠纷的解决涉及司法及司法外文书的域外送达、域外调查取证、以及判决的域外承认与执行等问题，如果国家之间没有签订相关的双边条约或加入相关多边条约，就会导致涉外民商事纠纷解决程序的拖延，甚至无法得到解决。

---

[842] Mose N. Kiggundu 著、朱伟东译：《法律制度在中非商事关系中的作用及完善》，载《民商法论丛》，2014 年第 54 卷，第 328-369 页。

[843] 朱伟东：《中非民商事法律纠纷及其解决》，载《西亚非洲》，2012 年第 3 期；Weidong ZHU, “A Brief Analysis of the Disputes Arising from China-African Civil and Commercial Transactions”, *Journal of Cambridge Studies*, vol.7, No.3, 2012.

为解决各国间在国际民商事诉讼中的合作问题，海牙国际私法会议分别在1965 年 11 月、1970 年 3 月制定了《民商事事项司法与司法外文书域外送达公约》（简称《海牙域外送达公约》）和《民商事事项域外取证公约》（简称《海牙取证公约》）。中国分别在 1991 年 3 月和 1997 年 7 月加入上述两个公约。到目前为止，我国已经可以与 67 个国家和地区依据《海牙送达公约》相互委托送达民商事案件司法文书，与 42 个国家和地区依据《海牙取证公约》相互委托进行民商事案件调查取证合作。[844]在非洲，仅有南非和塞舌尔加入了《海牙取证公约》，只有埃及、博茨瓦纳、马拉维和塞舌尔加入了《海牙送达公约》。虽然中国是上述两个公约的成员国，但由于加入这两个公约的非洲国家数量极其有限，显然，通过公约规定的途径在中非之间进行文书的域外送达和域外调查取证还不能满足中非之间民商事争议发展的需求。在此情况下，中国可能更需要借助双边民商事司法协助条约的方式来解决上述问题。

然而，目前与中国签订有双边民商事司法协助条约的非洲国家不但数量少，而且都集中在北部非洲，它们分别是摩洛哥、[845]突尼斯、[846]埃及、[847]阿尔及利亚。[848]而其他一些与中国有频繁民商事往来且拥有较多中国移民的非洲国家还没有同中国签订此类条约：如南非、苏丹、尼日利亚、安哥拉、几内亚、加纳、赞比亚、坦桑尼亚、博茨瓦纳、津巴布韦、乌干达等。[849]当中国公民或企业与没有同中国签订有双边民商事司法协助条约的非洲国家的公民或企业发生民商事争议时，法院进行司法或司法外文书的域外送达或域外调查取证时将会面临很大问题，这不但会影响案件解决的效率，甚至会影响案件的实体结果。

此外，从已签订的四个中非民商事司法协助条约的内容来看，还存在一些疏漏或不严谨之处，如中国与埃及和突尼斯签订的双边民商事司法协助条约的内容中有管辖权的规定，而中国同摩洛哥、阿尔及利亚签订的双边民商事司法协助条

---

844 为更好贯彻实施上述两个公约，中国最高人民法院审判委员会在 2013 年 1 月 21 日召开的第 1568 次会议通过了《最高人民法院关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》，该规定自 2013 年 5 月 2 日起施行。

845 1996 年 4 月 16 日签订，1999 年 11 月 26 日生效。

846 1999 年 5 月 4 日签订，2000 年 7 月 20 日生效。

847 1994 年 4 月 21 日签订，1995 年 5 月 31 日生效。

848 2010 年 1 月 10 日签订，2010 年 2 月 10 日生效。

849 关于中国在非洲国家移民人数的统计，参见 Yoon Jung Park, “Chinese Migration in Africa”, Occasional Paper, January 2009, China in Africa Project, South African Institute of International Affairs, http://www.africaportal.org/dspace/articles/chinese-migration-africa，2013-08-25.

约中却没有管辖权的内容。国际民商事案件管辖权的确定是国际民商事诉讼的第一步，也是确定能否承认与执行外国法院判决的一个重要考虑因素。考虑到中国和非洲国家有关确定涉外民商事案件管辖权的规定或原则存在很大差异，在双边民商事司法协助条约中对此作出明确规定十分必要，它有利于尽快确定案件的管辖权，有利于争议的快速解决和判决的承认与执行。

基于上述分析，考虑到中非之间日益频繁的民商事交往，中国应鼓励更多非洲国家加入《海牙送达公约》和《海牙取证公约》。但更为实际的是，中国有关部门特别是外交部条法司应积极主动与更多非洲国家谈判签订双边民商事司法协助条约，并根据中非各自的现实情况，在双边民商事司法协助条约中对管辖权问题、司法及司法外文书的送达、域外取证、判决及仲裁裁决的承认与执行以及中非之间民商事法律信息资料的交流与公开作出详细的安排，这样在中非之间出现民商事争议时，就可迅速启动相关程序，加速民商事纠纷的解决。

（二）中非双边投资保护条约

早在 1989 年 10 月中国就同加纳签订了双边投资保护条约，这是第一个中非双边投资保护条约。截至目前，中国与非洲国家共签署双边投资保护条约 33 个，其中已生效的条约数量为 17 个。[850]在 33 个双边投资条约中，有 19 个是在 2000 年 10 月首届中非合作论坛召开后签署的。这也许是因为历届中非合作论坛部长级会议通过的官方文件都鼓励双方签署更多的双边投资保护条约。但是令人不解的是，在这 19 个中非双边投资条约中，只有 6 个是生效的。在未生效的 16 个双边投资条约中，[851]有一些是吸收中国投资较多且近年来投资争议不断的非洲国家同中国签订的，如赞比亚、刚果（金）、贝宁等。考虑到今后中国对非投资大幅增加，如果不积极推动这些条约生效，将不利于中国在非投资的保护。此外，从我国与非洲国家已生效的 16 个双边投资保护条约的内容来看，由于这些条约签订的时间跨度大，较少考虑中非投资的实际情况，有的内容陈旧且不统一，在一

[850] 这 17 个双边投资保护条约是中国同下列非洲国家签订的：加纳、埃及、摩洛哥、毛里求斯、津巴布韦、阿尔及利亚、加蓬、尼日利亚、苏丹、南非、佛得角、埃塞俄比亚、突尼斯、赤道几内亚、马达加斯加、马里、坦桑尼亚。

[851] 中国与下列 16 个非洲国家签署的双边投资保护条约尚未生效：赞比亚、喀麦隆、刚果（金）、刚果（布）、博茨瓦纳、塞拉利昂、利比亚、肯尼亚、科特迪瓦、吉布提、贝宁、乌干达、几内亚、塞舌尔、乍得、利比亚。

些具体规定特别是在条约序言、“投资”及“投资者”的界定、征收及补偿以及争议解决等方面存在着很大不足。[852]

近年来，一些中国企业开始利用中国政府和投资东道国政府签订的双边投资保护条约来维护自己的投资权益，例如，2011 年中国香港居民谢业琛利用中国和秘鲁之间的双边投资保护条约，针对秘鲁政府采取的间接征收行为在解决投资争端国际中心（ICSID）提起仲裁申请，这是中国投资者利用双边投资保护条约解决投资争议的第一案。[853]此后，黑龙江国际经济技术合作公司等三家中国公司以及中国平安保险公司也分别根据中国同蒙古、荷兰之间的双边投资保护条约的规定，分别针对两国政府提起国际仲裁申请。[854]截至目前，尚未有中国投资者利用中非双边投资保护条约的规定来解决在非投资引起的法律争议，不过考虑到中国在非投资企业已超过 2500 多家，投资遍及非洲 49 个国家，投资争议日益增多，中国投资者将来利用此类条约解决投资争议的可能性非常高。

因此，为了增强中国企业投资非洲的信心，更好地保护中国在非洲的合法投资权益，中国商务部条法司应考虑积极推动与更多非洲国家特别是吸收中国投资较多的非洲国家如安哥拉、喀麦隆、南苏丹等签订双边投资条约，并积极将已经签订但尚未生效的 16 个双边投资条约落实生效。李克强总理在 2014 年 5 月与安哥拉总统多斯桑托斯会谈时，就希望中安之间能尽快签署双边投资保护条约。此外，商务部条法司还应考虑同非洲一些重要地区性组织谈判签订地区投资条约或自贸区协定，可以为中国企业带来更大的投资市场。例如，中国可以和南部非洲发展共同体、东非共同体、西非国家经济共同体等市场潜力巨大、经济发展前景较好的地区性组织签订此类条约。[855]

---

[852] 关于中非双边投资条约的不足，参见朱伟东：《中非双边投资条约的不足与完善》，外交部中非联合交流计划课题最终成果。

[853] Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence (Feb. 12, 2007); Final Award on the Merits (July 7, 2011), see http://www.italaw.com/documents/TzaYapShumAwardIACLSummary.pdf，2013-09-15.

[854] China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., et al v. Mongolia, PCA Case (China-Mongolia BIT 1991), see http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1378，2013-9-11; Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29). 关于上述案件的简单介绍，参见 Leon E. Trakman, “China and Investor-State Arbitration”, http://ssrn.com/abstract=2157387，2013-11-09.

[855] 例如，美国已同东南非共同市场、东非共同体和西非经济货币同盟签订有贸易投资框架协议（TIFA）或贸易、投资及发展协议（TIDCA），以便为双方之间有关贸易、投资的议题的对话提供战略性框架和原则。美国总统奥巴马还在 2013 年 7 月 1 日坦桑尼亚商界领袖论坛上发表讲话表示，为了实现“贸易非洲”（Trade

中国有关部门在同非洲国家商谈签订或修正双边投资条约时，应结合中非投资的现实情况，并考虑国际上双边投资条约的最新发展，考虑将环境保护、企业社会责任、劳工权利、抵制贪污及商业贿赂等内容纳入其中，同时对“投资”、“投资者”的界定进行完善，对征收及补偿条款以及争议解决条款作出相应的调整，使其内容更符合中非投资的现实情况，以促进中非投资的可持续发展。同时，中国有关部门应积极关注非洲国家对待双边投资条约的最新态度，以便及时作出应对措施。例如，2013 年 11 月，南非贸工部公布了《投资促进与保护法案》，旨在取代南非与其他国家签订的双边投资条约。该法案的颁布标志着南非外资政策将做出重要转变，会在一定程度上影响非洲其他国家对待双边投资条约的态度。该法案颁布后已引起一些国家和外国投资者的关注。[856]

（三）中非双边刑事司法协助条约及引渡条约

在中非民商事交往中，日益增多的刑事案件对中非双方人民的生命和财产安全造成极大威胁，对中非社会秩序带来了极大的隐患，这相应地会给中非双方人员和企业开展民商事往来带来一定的压力，从而影响中非民商事交往的正常进行。根据一位学者有关在非中国公民和企业遭遇的安全风险的调查，56%的接受调查的中资企业认为在非洲面临着盗窃、抢劫、绑架等社会治安风险，仅次于政治风险，61%的在非中国公民认为存在此类风险，成为在非中国公民面临的最大风险。[857]而根据笔者收集的信息，中国法院在 2013-2014 年度也审理了多起涉及非洲人的刑事案件，这些案件涉及毒品走私、诈骗、走私珍贵动植物制品等。[858]要对这些跨国犯罪案件进行有效打击，为中非民商事往来创造安全有序的环境，就需要中非双方加强刑事司法协助。我国与外国开展刑事司法协助主要是根据与外国政府签订刑事司法协助条约和引渡条约进行的。

截至 2013 年 5 月，中国已与与纳米比亚、阿尔及利亚、突尼斯、南非和埃及 5 国签订有刑事司法协助条约，与纳米比亚、阿尔及利亚、莱索托、突尼斯、南非和安哥拉 6 国签订有引渡条约。上述条约为中非开展刑事司法合作铺平了道

Africa），美国准备同东非共同体谈判签订地区投资条约，以促进该地区贸易和投资的发展。

[856] 朱伟东：《南非<投资促进与保护法案>评析》，载《西亚非洲》2014 年第 2 期，第 4-15 页。

[857] 夏莉萍：《中国涉非领事保护分析》，载《西亚非洲》2013 年第 1 期，第 24 页。

[858] 朱伟东：《中非法律合作新进展年度报告（2013-2014）》，载《非洲地区发展报告（2013-2014）》，中国社会科学出版社，2014 年 11 月版。

路，对于打击发生在成员国内的跨国犯罪活动发挥了积极作用。根据报道，近年来在很多非洲国家都发生过针对华人和中国企业的犯罪活动，[859]由于上述条约涵盖的非洲国家还极其有限，还不能有效打击和遏制在一些非洲国家内发生的针对中国公民和企业的犯罪活动。此外，针对一些非洲国家越来越多的华人犯罪团伙针对华人的违法犯罪活动，中国应考虑同更多非洲国家签署引渡条约，以便将犯罪分子引渡回国，绳之以法，不让犯罪分子抱有可以逍遥法外的侥幸心理，为中国公民和企业创造一个安全的营商环境。

二、中非民商事交往中的司法、执法合作

“徒法不足以自行”。如果法律制度得不到严格、有效的实施，就不能发挥其应有的作用。在为中非关系发展构建完善的法律制度的同时，中非双方的司法和执法部门应加强联系与合作，根据中非双边条约的规定，切实开展民商事和刑事领域的司法合作，保障民商事和刑事诉讼活动的顺利进行，确保民商事争议得到迅速解决，违法犯罪活动依法得到追究。

（一）民商事领域的司法合作

中国和埃及、摩洛哥、阿尔及利亚、突尼斯签订的双边民商事司法协助条约都对民商事司法领域司法协助的内容作了规定。根据这些规定，中国同上述非洲国家进行的民商事司法合作主要有送达司法文书或司法外文书、代为调查取证、承认和执行法院判决与仲裁裁决、交换法律情报以及其他方面的司法协助。这些方面的司法合作对于民商事争议的顺利解决、以及当事人权益的保护具有重要意义。

虽然中非之间的民商事争议频繁发生，但双方执法部门利用双边民商事司法协助条约开展的民商事司法协助不多，并且仅集中于中国和埃及两国之间。根据最高人民法院民四庭一位法官的统计，2004 年至 2010 年上半年期间，埃及共请

[859] 如 2007 年 4 月，埃塞俄比亚的中原油田基地遭到 200 多名武装人员袭击，65 名当地雇员和 9 名中国工人被枪杀，7 名中国工人被绑架；2007 年 9 月，南非一家中资企业的两名中国工人遭遇武装抢劫，被杀身亡；2011 年 1 月，刚果 6 名持枪歹徒抢劫一家中方黄金开采企业的采矿船，1 名中国公民被枪杀身亡，另 1 名中国公民手臂被砍伤；2011 年 2 月，中水二局驻利比亚的 200 多名中国工人为保护公司资产，与 50 多名持枪歹徒抗争，多名中国工人受伤；2011 年 10 月，坦桑尼亚的两家中国企业接连遭到持枪歹徒抢劫，1 名中国工人中枪身亡；2011 年 10 月，在安哥拉从事建筑承包的中国金华商人楼永镇驾车时遭遇歹徒持枪抢劫，被害身亡；2012 年 7 月，在乌干达一个建筑工地打工的 1 名中国工人为制止歹徒撬盗公司财务室，遭枪击身亡。

求中国代为送达民商事司法文书 26 宗，送达地包括北京、重庆、河北、湖北、山东、浙江、江苏、广东、福建等多个省和直辖市。中国法院受托后有效送达 14 宗，未能送达 12 宗，送达成功率为 52.84%，平均每宗司法文书送达耗时 72.7 天。而同期中国向埃及请求协助送达诉讼文书 5 宗，但均无送达回证返回。[860]

上述情况表明，中非双方有关机构尚未认识到双边民商事司法协助条约在解决涉外民商事争议中的地位和作用，还没有充分利用条约所规定的机制。此外，即使在利用条约所规定的机制时，还存在执行不力、查询和催办渠道不畅等现象，导致司法协助不能发挥应有的效果。在此方面，非洲有关国家应加强对条约的实施，确保条约机制得到实施。目前，中国法院为提高民商事司法协助效率已采取了许多措施，如规范司法协助实务的办理时限、试点简化程序、建立催询制度等。中非各国有必要相互借鉴对方司法协助实施机制方面的一些有益举措，提高既有司法协助条约的施行时效，促进中非司法协助合作的良性发展。[861]

（二）刑事领域的司法、执法合作

由于最近几年在非洲发生的针对中国公民和企业的犯罪活动日益突出，中非之间的非法移民引起的社会问题日趋严重，中非还共同面临打击贪污腐败的迫切要求，因此，中非之间在刑事领域的司法、执法合作越来越受到重视。中非之间除签署上述刑事司法协助条约和引渡条约外，双方的执法部门还开展了多领域的刑事司法合作。

例如，2004 年 2 月 22 日，应喀麦隆政府的请求，经我国各主管部门一致同意，中国司法部将在中国犯有盗窃罪并被判处 12 年有期徒刑的喀麦隆籍被判刑人员孔加·萨尔瓦多移管回喀麦隆服刑。[862]2012 年 8 月，中国警方与安哥拉警方合作，成功摧毁在安哥拉从事侵害中国公民合法权益的犯罪团伙 12 个，破获各类重特大刑事案件 48 起，解救中国籍受害人 14 人，并根据两国签署的引渡条约将 37 名犯罪嫌疑人引渡回中国。这是中国警方在非洲首次组织开展的打击侵害

[860] 沈红雨：《中非民商事司法协助制度的实践及相关问题研究》，载《第二届中非合作论坛——法律论坛论文集》，2010 年 9 月 15-19 日。
[861] 沈红雨：同上。
[862] 具体案例参见赵秉志、黄风主编：《被判刑人移管国际暨区域合作》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 580-594 页。

中国公民的犯罪的活动，开启了中非警务合作的新篇章。[863]2013 年 1 月 6 日-2 月 5 日，中国会同有关方面，联合亚洲和非洲 22 个国家，成功开展了一次打击走私濒危物种犯罪活动，取得丰硕成果。[864]

这些联合执法活动有力地震慑了犯罪分子，缓解了不利于中非民商事往来的不稳定因素，为中非关系的长远发展创造了安全的环境。从中非关系发展的大局来看，中非之间的司法、执法活动还应常态化、制度化、扩大化，建立执法信息互通机制，避免因信息缺乏或交流不畅导致执法过程中出现损害合法当事人利益情况的发生。[865]中国应考虑与更多非洲国家特别是那些经常发生针对华人的犯罪案件的国家签署刑事司法协助条约和引渡条约。中国有关部门也可非洲国家就某一领域的事项签署相关合作协议，例如，2012 年 4 月 25 日，中国公安部与安哥拉内政部签署了两国关于维护公共安全和社会秩序的协议，以共同打击共同打击有组织犯罪，人口贩运，毒品走私、非法持有枪支弹药和爆炸物品等活动。[866]此外，这种联合执法活动还可扩大到中非之间的出入境管理部门、劳务部门、工商部门，以打击非法移民、[867]非法劳工及假冒伪劣产品等。[868]

最后，针对中非投资过程中出现的很多有关贪污腐败的报道，中非双方的执法部门还可在《联合国反腐败公约》框架内开展合作，打击各种商业贿赂行为，为中非之间投资的健康发展清除障碍。《联合国反腐败公约》是联合国历史上通过的第一个用于指导国际反腐败斗争的法律文件,对预防腐败、界定腐败犯罪、反腐败国际合作、非法资产追缴等问题进行了法律上的规范,对各国加强国内的反腐行动、提高反腐成效、促进反腐国际合作具有重要意义。该公约于 2005 年 12 月

---

863 消息来源：http://news.xinhuanet.com/legal/2012-08/25/c_123630327_5.htm，2013-08-25.

864 消息来源：http://www.gov.cn/gzdt/2013-02/18/content_2333763.htm，2013-08-28.

865 例如，近几年在非洲肯尼亚、加纳、安哥拉等国发生过多起警察拘捕大量华人的事件。有些华人可能在当地涉嫌非法就业、从事违法犯罪活动等，但有很多华人是合法经营者。这些事件发生后，往往是在我国驻当地使领馆的交涉下，使得无辜华人得到释放。如果非洲国家警方与中国有关执法部门存在交流与合作机制，可能就会减少此类事件的发生，在非的合法中国公民的利益也能得到切实保障。

866 鲁扬：中国与安哥拉签署维护公共安全和社会秩序协议，
http://gb.cri.cn/27824/2012/04/25/5951s3658071.htm, 2013-08-23.

867 随着中非民商事交往的深入发展，非法移民问题已成为中非不得不共同面对的一个社会问题。在中国和非洲国家，非法移民带来了一系列的社会管理问题，甚至产生了大量的违法犯罪活动。例如，在中国就发生过很多来自非洲国家的非法移民的违法犯罪活动，在广州和东莞的一些监狱就关押了许多从事过违法犯罪活动的非洲国家的非法移民，参见周花蕾：《高墙里的“老外”》，载《南方周末》2011 年 3 月 1 日；在非洲国家也有大量来自中国的非法移民，在当地从事一些违法犯罪活动，例如，加纳自 2013 年 6 月开展打击非法采金活动以来，已将约 4600 名中国非法移民驱逐出该国，参见丁良恒：《加纳驱逐 4592 名中国采金者，大部分来自广西》，载《环球时报》2013 年 7 月 17 日。

868 朱伟东：《严堵中非法律纠纷的漏洞》，载《环球时报》2012 年 12 月 11 日。

14 日正式生效。中国在 2005 年 10 月 27 日加入该公约，非洲也已有 47 个国家参加了该公约。[869]这表明了中非双方打击腐败犯罪以及开展广泛刑事司法合作的决心和信心。

三、中非民商事交往中民众的法律意识

良好的法律环境，不仅需要有完备的法律制度、高效公正的司法与执法活动，还需要行为者具有高度的法律意识。法律意识是人们关于法律和法律现象的观点、知识和心理态度的总称，主要表现为人们对法及法律制度的了解、掌握和运用程度，以及对行为是否合法的评价等。如果交往中的人们都具有较高的法律意识，违法犯罪现象就会大幅减少。而在中非交往中存在的现实是，人们的法律意识普遍较低。例如，根据调查，在非中资企业和在非中国公民均认为不熟悉当地法律、法规是在非洲面临的一个重要风险，位居他们各自在非面临的各类风险中的第二位。[870]由于不了解非洲国家的法律，所以报纸、网络上经常有中资企业和中国公民在非洲发生违法行为的报道，如非法解雇当当地劳工、非法在街头零售商品、非法携带象牙出境等，以致许多非洲人都认为中国人法律意识淡薄。另一方面，由于一些在华非洲人不了解中国相关法律，在中国境内也发生很多非法入境、非法居留、非法就业的现象。这种情况对中非民商事交往带来很大的负面影响。

造成中非交往中民众的法律意识普遍较低的原因有很多，例如，语言的差异、中非法律文化与传统的不同、中国人对非洲国家法律存在的误解和偏见等。但最重要的是，中非之间对对方的法律宣传不够，彼此的法学研究机构和学者对对方的法律缺乏足够深入的研究，双方立法、司法、执法机构的信息交流还比较薄弱等。因此，中非双方法律界人士应积极展开交流和沟通，宣传中非法律知识，传播法治观念，增强公民和企业的自觉守法意识。中非之间的许多民商事争议都是由于不了解对方法律制度造成的。如果中非法律界人士能够开展广泛的法律交流与合作，就可以通过建立信息平台、资料库、论坛、培训、合作研究等方式使更多的人们和企业了解中非彼此的法律制度，从而增强遵守当地法律制度的意识，减少中非之间各类纠纷和摩擦的发生。具体而言，我认为中非双方在以后开展法

---

[869] 根据该公约网站统计：http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&lang=en, 2013-08-25..

[870] 夏莉萍，前引文，第 22 页。

律交流与合作时，应重视以下几个方面：

1、畅通立法、执法信息交流渠道

由于中非经贸关系所遇到的法律问题日益复杂，这就需要双方加强立法和执法信息的交流，互通有无，就共同关切的问题制定相应的法律框架，或交换彼此所掌握的情报。例如，中非双方的立法部门可就关系双边投资、贸易的事项进行沟通，经过充分协商、酝酿后联合制定促进贸易、便利投资的法律措施。双方的执法部门可就涉及对方公民或企业的案件展开联合调查，通过定期的对话机制，交换彼此收集的有关信息，以便有效打击跨国犯罪、非法移民等问题。

2、建立中非法律资料库或中非法律信息网

中国企业和商人在非洲投资面临的一个最大问题就是不了解投资对象国的法律制度。一些非洲国家由于历史的原因，法律制度不是很健全，或者对相关法律没有进行及时的修改、废除、整理，或者法律信息资料很不完备，这就造成有时很难了解一些非洲国家的具体法律内容。中非双方可考虑建立中非法律资料库或中非法律信息网，收集相关法律资料，为中非贸易、投资发展提供智力支持。[871]例如，中国可要求与中国签订双边投资保护条约或民商事司法协助条约的非洲国家提供该国有关投资或民商事法律方面的详细资料。

3、加强法律论坛建设

自《沙姆沙伊赫行动计划（2010-2012）》提出中非决定适时举办“中非合作论坛——法律论坛”以来，中非双方法律界人士已分别在 2009 年 12 月、2010 年 9 月、2012 年 12 月、2013 年 11 月、2014 年 11 月在埃及开罗、中国北京、毛里求斯路易港、津巴布韦维多利亚瀑布城和安哥拉首都罗安达连续举办了五次法律论坛。在五次法律论坛上，来自中非双方的法律实务界人士及学术界人士就中非所涉及的法律问题畅所欲言，出谋划策，提出了许多有针对性的观点和建议，对中非政府的决策起了很好的参考和借鉴作用。中非合作论坛第五届部长级会议通过的《中非合作论坛第五届部长级会议—北京行动计划（2013—2015 年）》特别提及同意进一步加强该机制建设。[872]根据以往的情况，我认为以后召开法律合作

[871] 朱伟东：《非洲涉外民商事纠纷的多元化解决机制研究》，湘潭大学出版社 2013 年版，第 293 页。
[872] 关于中非合作论坛——法律论坛的情况，参见张文显、谷昭民：《中国法律外交的理论与实践》，载《国际展望》，2013 年第 2 期。

论坛时，应多邀请来自双方法律学术界的专家和学者，并在该论坛框架下不定期举办一些专业的小型民间法学论坛，以探讨中非双边关系中出现的一些热点法律问题，帮助民众更好了解他们在所在国家所遇到的法律问题。

4、开展中非民商事交往相关法律问题的合作研究

随着中非经贸关系的发展，中非学术交流合作近年来也呈现出蓬勃的发展态势。中非双方学者都希望进一步推动双方学术交流合作，扩大中非思想界的共识，为中非关系的发展提供智力支持。在政府推动下，中非学术交流合作走向了机制化发展道路。例如，为落实 2010 年中非合作论坛第四届部长级会议通过的《沙姆沙伊赫行动计划》，中国外交部在 2010 年 3 月启动了“中非联合交流计划”，中国教育部在 2010 年 6 月启动了“中非高校 20＋20 合作计划”。为推动“中非联合研究交流计划”迈上新台阶，“中非智库 10+10 合作伙伴计划”也于 2013 年 10 月份启动。该计划将支持中非智库建立“一对一”长期合作关系，促进中非智库交流的机制化、常态化。在这些合作项目中，有关法律的内容还比较少，考虑到法律在中非关系可持续发展中的重要作用，应鼓励、推动中非法学者进行合作研究，特别是加强有关非法移民治理、打击跨国犯罪、商业贿赂、中非民商事争议解决[873]等方面的合作研究，并将研究成果公之于众，使普通民众能够通过了解相关法律知识，提高自己的法律意识，从而避免或预防违法犯罪现象的发生。

结语

良好的法律环境需要有完备的法律制度、公正高效的司法与执法活动以及民众较高的法律意识，只有这样才能为民商事活动的顺利开展创造一个安全、有序、稳定的环境。通过上述分析可以看出，中非之间相关的法律框架还不完备，司法与执法的交流与合作还存在一定的问题，民众的法律意识还有待提高。为此，中非双方有关部门今后应围绕中非之间出现的法律热点问题尽量推动签订更多的双边条约，为中非关系的可持续发展建立完备的法律框架；中非双方的司法、执

[873] 有关中非民商事争议解决方面的内容，参见朱伟东：《非洲涉外民商事纠纷的多元化解决机制研究》，湘潭大学出版社 2013 年版；Weidong ZHU, “A Brief Analysis of the Disputes Arising from China-Africa Civil and Commercial Transactions”, *Journal of Cambridge Studies*, vol.7, No.3, 2012; Weidong ZHU, “Arbitration as the Best Option for the Settlement of China-African Trade and Investment Disputes”, *Journal of African Law*, vol.57, No.1, 2013.

法部门应加强沟通和交流，严格实施已生效的各项双边条约，互相配合、互通有无，切实保护彼此公民和企业的合法的人身和财产权益；中非双方的法律界人士应积极开展合作研究，为非法移民治理、打击跨国犯罪、商业贿赂、中非民商事争议解决等关涉中非关系健康发展的问题出谋划策。

The Deficiencies in the Legal Environment for China-Africa Civil and Commercial Transactions and Their Improvement

Guo Jiong　Zhu Weidong

Abstract: *The sound and sustainable civil and commercial transactions require a favorable legal environment, which is composed of a comprehensive legal framework, fair and efficient judicial cooperation and legal enforcement, as well as the high degree of law-abiding sense among the actors. Due to the lack of a comprehensive legal framework, the weak judicial cooperation and legal enforcement, and the absence of high degree of law-abiding sense, many civil and commercial disputes, and even crimes occurred in the current China-Africa civil and commercial transactions, which in turn impede its sound and healthy development. It is therefore submitted that both sides work together to sign more bilateral treaties and to improve the existing treaties between both sides to meet the practical need; the cooperation between the law enforcement authorities from both sides be extended to actively solve the legal issues arising from China-Africa civil and commercial transactions; the exchange of the legal scholars and practioners between both sides be enhanced to promote effectively the law-abiding awareness among the people involved in China-Africa civil and commercial transactions. As a result, a favorable legal environment will be created for the sustainable development of China-Africa civil and commercial transactions.*

Key Words: China-Africa; civil and commercial transactions; judicial cooperation; legal exchange

[i] Jacob Dolinger. World public policy: real international public policy in the conflict of laws [J]. 17 Tex. Int′l L. J，1982，167.

[ii] 邓杰．论公共秩序保留制度的限制适用［J］．学海，2006，（3）.