



中国国际法学会
Chinese Society of International Law



大连海事大学
DALIAN MARITIME UNIVERSITY

中国国际法学会2025年学术年会

2025 Annual Academic Conference of the Chinese Society of International Law

暨世界反法西斯战争胜利及联合国成立80周年与国际法研讨会

and the International Law Symposium Commemorating the 80th Anniversary of the Victory of the World Anti-Fascist War and the Founding of the United Nations

加强涉外法治建设与推进中国式现代化：国际法的地位和作用

Strengthening the Rule of Law in Foreign Affairs and Promoting Chinese Modernization: The Status and Role of International Law

论文集

议题十三： 国际法基本理论研究

主办单位：中国国际法学会 大连海事大学

Co-sponsored by Chinese Society of International Law and Dalian Maritime University

承办单位：大连海事大学法学院

Organized by Law School of Dalian Maritime University

2025年4月25日-27日，大连

April 25-27, 2025, Dalian

目 录

论勤勉尽责义务在国际环境法中的发展演变.....	李春林 1
论美国联邦宪法中的退约权之争.....	董世杰 17
比例原则在条约价值冲突协调中的适用张力与路径选择.....	杨欣 39
“关键时刻”习惯国际法的概念引入：基于公共卫生视域的分析	于丰华 徐崇利 67
国内法域外适用的制度逻辑、体系建设与完善路径.....	汪圣杰 80
美国反贿赂域外立法管辖权的合法性基础、边界及中国因应.....	张芮栋 88
国际法院习惯国际法识别中的国家同意原则.....	陈 颖 114
论应对气候变化的国家必要勤勉 ——以国际法院气候变化咨询意见案为视角	邵莎莎 124
维和人员不法行为可归因性与派遣国国家责任.....	徐瀚冬 147
国际习惯法理论重构背景下外空速成规则的发展路径.....	葛 菲 龙 杰 161
跨界海洋环境损害的国内法域外管辖治理方案.....	苏安琪 171
国际法院对国际强行法的识别研究——以巴勒斯坦问题咨询意见为例	徐坤 183
国际组织决策机制困局破解：国家主权平等下决策权重的动态调适	汪文琪 192
中国法院在法律域外适用中的问题与破解.....	赵灿 209
论联合国常任理事国否决权的改革.....	李富杰 221
跨界污染中的国家责任与赔偿机制研究 ——以日本核污水排海为例	邢淇 230
致命自主武器系统（LAWS）的勤勉义务：国际法挑战与规制路径	林智妍 240

论勤勉尽责义务在国际环境法中的发展演变

李春林*

摘要：勤勉尽责义务起源于国内法，后来被国际法学理论家和国际司法机构移植到国际关系和国际法中适用。尽管勤勉尽责义务在一些国际法领域中变得日益重要，但在国际环境法中地位最为突出，因为它不仅是国际环境法义务的源头，而且还构成其体系支柱。与国际环境法发展相伴而生的是，勤勉尽责义务经历深刻的规范性演进，其中包括内容特定化、程序化、动态化和差别化，并进而发生重大功能性变化，包括从限制责任转向创设责任以及从维护国家利益转向保护全球环境，由此成为国际责任特别是国际环境责任体系的基石。从勤勉尽责义务的发展演变来看，美国特朗普政府再次退出《巴黎协定》，不仅未做到尽责，而且极其不负责，因而应当承担责任。

关键词：尽责义务 国际环境法 《巴黎协定》 国际责任

勤勉尽责现已经成为国际法上一个十分流行甚至被滥用的概念。¹由于勤勉尽责通常是法律所设定的一项义务，因而亦称作勤勉尽责义务，其适用逐步扩展到国际法的各个领域。²尽管勤勉尽责义务在国际法诸多领域中都十分重要，但它在国际环境法中地位尤为独特。正因为如此，国际环境法一直是学者探讨国家尽责的重要领域。³随着全球风险社会的来临，有必要对勤勉尽责义务在国际环境法中发生的规范性演进和功能性变化展开深入分析。鉴于在国际责任体系中具有基石性的地位，勤勉尽责义务为我们审视美国特朗普政府退出《巴黎协定》的国际责任问题提供了一个崭新的视角。实际上，在美国对华征收史无前例高关税的背景下，勤勉尽责也有助于我们更深刻地理解美国对华发动贸易战的违法性。

一、勤勉尽责义务在国际环境法中的兴起

（一）勤勉尽责义务的历史起源

“尽责”（Due diligence）⁴一词源自拉丁语“diligentia”，本意是小心谨慎，反

* 福州大学法学院教授。

¹ Marco Longobardo, The Relevance of the Concept of Due Diligence for International Humanitarian Law, 37 Wis. Int'l L.J. 44, 47-48 (2019).

² ILA Study Group on Due Diligence in International Law, First Report of 7 March 2014, <https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>.

³ Holly Cullen, The Irresistible Rise of Human Rights Due Diligence: Conflict Minerals and Beyond, 48 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 743, 746 (2016).

⁴ “Due diligence”国内也被翻译为“尽职调查”“适当注意”“勤勉”“审慎”和“应有注意”等。在国际法不同领域中，由于其发达程度和具体要求的不同，甚至可以有不同的译法，比如在网络空间中译为“审慎”；在公司并购领域译为“尽职调查”；在工商业与人权领域被译为（人权）尽责。但从其内容与功能的演变来看，译为“尽责”似乎最为贴切，本文有时也译为勤勉尽责。

义词为疏忽大意。《布莱克法律词典》将其界定为：“寻求达到法律要求或履行义务者被合理期待通常应做到的小心谨慎”。⁵尽责概念的根基可追溯到“以不损害他人财产的方式使用自己的财产”（*sic utero tuo ut alienum non laedas*）的格言。⁶事实上，不论普通法系还是大陆法系都承认某些法律主体负有尽责（审慎）义务。该义务依托一个法律假定：个人应当做到合理谨慎，以确保其作为或不作为不会给他人带来可以预见的损害。⁷在国际法理论先驱和国际司法机构的推动下，国内法上的尽责义务被移植到国家之间的关系中适用，从而给各国创设了国际法上的尽责义务。

尽责义务最早为格劳秀斯在 17 世纪阐述，并在 19 世纪正式进入国际法。⁸格氏认为，国内私人行为通常不会引发国家责任，不过国家应基于两项原则即纵容（*patientia*）和包庇（*receptus*）承担国际责任。⁹尽管格劳秀斯尚未探讨现代国家责任问题，但他提出的纵容与包庇原则却为理解国家责任的构成要素奠定了理论基础。因为，明知存在风险却不采取预防措施以及未能对损害作出充分反应，迄今仍是国家尽责原则的核心内容。¹⁰换句话说，格劳秀斯开创性地给尽责融入了跨时间的要求：事先预防未来可能发生的损害并事后救济所发生的损害。¹¹在 18 世纪，瓦特尔（*Vattel*）等人强调，国家承担责任的前提是它知晓并且支持私人加害外国或其国民；他甚至指出，只有在国家积极鼓励或支持其公民实施不法行为侵害外国的情况下，才会招致责任。¹²

到了 19 世纪末至 20 世纪初，霍尔和奥本海集中探讨国家对私人行为的责任问题。霍尔强调，不应将私人不法行为一律归于国家，一国“若是被合理期待知晓并能够防止此类行为才应承担责任”¹³。霍尔由此确立了与现代尽责概念有关的两个重要参数：作为责任之先决条件的国家知情和采取防范措施的能力。¹⁴奥本海把国家责任区分为两种形式，即原始责任和转承责任。原始责任源自可归于国家本身的不法行为或国家未能防止私人行为制造损害。但若是国家尽到了努力而损害仍然发生，就应诉诸转承责任，转承责任只要求国家惩罚实施不法行为者。

⁵ “Due Diligence”, in Bryan A. Garner ed., *Black’s Law Dictionary* (11th ed.), Thomson Reuters, 2019.

⁶ Eric Talbot Jensen & Sean Watts, *A Cyber Duty of Due Diligence: Gentle Civilizer or Crude Destabilizer?*, 95 *Tex. L. Rev.* 1555, 1565 (2017).

⁷ Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, pp. 78-79.

⁸ Robert P. Barnidge, Jr., *The Due Diligence Principle under International Law*, 8 *Int’l Community L. Rev.* 81, 92 (2006).

⁹ Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace* (Book II), Richard Tuck ed., Liberty Fund, 2005, p. 157.

¹⁰ Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 80.

¹¹ Ellen Campbell et al., *Due Diligence Obligations of International Organizations under International Law*, 50 *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.* 541, 559 (2018).

¹² Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, pp. 80-81.

¹³ William Edward Hall, *A Treatise on International Law* (4th ed.), Oxford University Press, p. 227.

¹⁴ Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 82.

¹⁵至此, 经过几代国际法学者的不断探索, 尽责义务最终在理论上得到阐明, 其要义是一国应当确保其领土不得被用来损害他国的国家利益, 并且有三大要素, 即知晓、能力与合理性。

随着尽责义务在国际法中逐渐得到确立, 一些国际司法机构开始在其裁决中加以援引, 最早当属 1872 年阿拉巴马号仲裁案。根据英美两国 1871 年 5 月签署的《华盛顿条约》设立的仲裁法庭认为, 英国不仅没有在武装冲突期间尽到其中立义务, 而且还违反保护他国免受来自其领土的损害的尽责义务。¹⁶尽责概念随后成为外国人保护法的重要内容, 在各类索赔委员会的助推下, 保护外国人乃是国际法中第一个广泛承认尽责义务的领域。¹⁷阿拉巴马号仲裁案的裁决显示, 19 世纪美英外交关系实践明确承认, 一国与他国在国际法上彼此负有尽责义务。¹⁸到了 20 世纪初, 在理论学说和司法判例共同推动下, 国家尽责成为习惯国际法, 它要求国家采取措施, 防止其领土被用于旨在造成域外损害的活动。¹⁹而尽责义务通常要求, 一旦一国知晓某种风险, 就有义务采取一切合理手段来防止损害或减轻其后果。²⁰

(二) 勤勉尽责义务在国际环境法中的生长

尽管尽责最早是作为一国对他国的义务而出现在国际法中,²¹且在很长一段时间内主要适用于外国人保护而非环境保护, 但国家尽责概念迅速延伸到跨界案件中适用。其中, 影响最为深远的当属特雷尔冶炼厂案。位于加拿大英属哥伦比亚省的特雷尔冶炼厂自其建成以来不断释放大量的硫化物, 使美国华盛顿州的农作物遭到严重损害。经过长时间交涉, 美加两国决定将其间争端提交仲裁。通过援引阿拉巴马号仲裁案和国家尽责原则, 仲裁庭在 1941 年作出裁决: “根据国际法和美国法的原则, 任何国家都无权使用或允许使用其领土造成烟雾在另一国领土内或对另一国领土上的财产或人员造成损害, 如果已产生后果严重的情况, 而损害又是证据确凿的话。”²²因此, 仲裁庭不仅重申先前为国际司法机构所阐明的尽责义务, 而且通过首次阐述与跨界污染有关的损害防止原则扩展了其内容。这大大地推动了现代国际环境法的产生。

国际环境法源自损害防止原则并围绕它演进。²³尽管国际法早在 1648 年

¹⁵ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Volume I: Peace, Longmans, 1905, pp. 200-211.

¹⁶ Eric Talbot Jensen & Sean Watts, *Cyber Due Diligence*, 73 Okla. L. Rev. 645, 657-658 (2021).

¹⁷ Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 83.

¹⁸ Eric Talbot Jensen & Sean Watts, *Cyber Due Diligence*, 73 Okla. L. Rev. 645, 665 (2021).

¹⁹ Colin Patrick, *Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations*, 28 Wash. Int'l L.J. 581, 583 (2019).

²⁰ Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 117.

²¹ Anne Peters, Heike Krieger, and Leonhard Kreuzer, *Due Diligence in the International Legal Order: Dissecting the Leitmotif of Current Accountability Debates*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 4.

²² Trail Smelter Arbitration (United States/Canada) (1938 and 1941), RIAA, Vol. III, 1905, p. 1965.

²³ Jutta Brunnée, *Harm Prevention*, in Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel ed., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2021, p. 269.

就诞生了，但现代国际环境法在 20 世纪 70 年代才产生。其中的重要原因是融入尽责义务的伤害防止原则最初并不致力于保护环境本身，而是对国家行使领土主权设定相互限制。只是随着世界环境状况日益恶化和各国民众环保呼声的高涨，伤害防止原则和尽责义务才把关注重心从跨界干扰扩展到对国家管辖范围以外地区的影响上，从对主权权利的损害扩及对环境的损害，现代国际环境法产生的前提才得以具备。因此，国际环境法的生长与尽责义务和伤害防止原则向跨国环境领域延伸适用分不开，而国际环境法反过来成为尽责义务生长的沃土。结果，国际环境法很快就见证了尽责义务的兴起。²⁴

尽责义务首先是作为国际环境法基石性义务而生长的。由于国家尽责是国际环境法义务的源头，尽责义务因而是国际环境法的初始义务，它不仅推动国际环境法规则如无害规则的形成，而且构成国际环境法基本原则如伤害防止原则的支柱，从而与国际环境法同生共长。国际法院在 2010 年纸浆厂案中指出：“作为一项习惯法规则，伤害防止原则起源于对国家在其领土内尽责的要求。”根据该原则，一国“负有义务使用其掌握的一切手段，以避免在其领土上或在其管辖的任何地区发生的活动对另一国的环境造成重大损害”。²⁵因此，国际环境法因尽责义务而生，而尽责义务又因国际环境法而兴。由于两者之间存在密切的联系，环境保护是国际法中尽责义务最被经常适用的领域。²⁶国际环境条约、国际习惯和一般法律原则等，都无一例外地融入尽责义务，以确保国家在其管辖范围内进行的活动不损害该管辖范围以外地区的环境。²⁷

此外，尽责义务还因国际环境法原则和规则的承载而持续扩展。尽责义务被国际环境法文件反复提及，其中《人类环境宣言》第 7 项原则规定：“各国应该采取一切可能的措施来防止海洋受到那些会对人类健康造成危害的、损害生物资源和破坏海洋生物舒适环境的或是妨害对海洋进行其他合法利用的物质的污染。”联合国大会通过《世界自然宪章》原则 21 和 1985 年《保护臭氧层维也纳公约》第 2 条等也都规定了尽责义务。结果，尽责义务日益成为国际环境法原则和规则的基本内容，并在此过程中生长为国际环境法的核心义务。

最后，尽责义务还被写入与环境保护有关的国际条约中。其中，联合国《海洋法公约》第 194 条写入了典型的尽责义务：要求各国采取一切措施“确保在其管辖或控制下的活动不会因为污染对其他国家及其环境造成损害”。由国际法委员会起草的《关于预防危险活动的跨境损害的条款草案》等也都规定了尽责义务，其第 3 条规定：“起源国应采取一切适当措施，以防止重大越境损害的发生或随

²⁴ Otto Kimminich, Völkerrechtliche Haftung für das Handeln Privater im Bereich des internationalen Umweltschutzes, 22 AVR 241–282, 267 (1984).

²⁵ Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.), Judgment, 2010 I.C.J. 14, ¶ 101 (Apr. 20), 55-56.

²⁶ Maria Monnheimer, Due Diligence Obligations in International Human Rights Law, Cambridge University Press, 2021, p. 142.

²⁷ Jesse Cameron Glickenhau, Potential ICJ Advisory Opinion: Duties to Prevent Transboundary Harm from GHG Emissions, 22 N.Y.U. Envtl. L.J. 117, 132-139 (2015).

时尽量减少这种风险”。起源国的义务被说成是一种尽责义务，所要求的国家行为标准是“通常认为是适当的，并与特定情况下的跨界损害风险程度相称”。由此看来，尽责义务在国际环境法乃至国际法中不断地生长。

（三）勤勉尽责义务在国际环境法中的地位

应当说，尽责义务及其承载原则构成国际环境法的基石与支柱。学者指出，国家尽责在国际环境法中的地位最为突出，并表现在多个方面。²⁸

首先，尽责义务向跨国环境领域的延伸，推动国家对于全球环境保护负有国际责任观念的形成，由此奠定国际环境法得以生长的基石。

由于承担尽责义务的前提是国家负有某种责任，尽责义务因而从一开始就与国家的国际责任联系在一起；并且，它在延伸适用至跨国环境领域的同时催生了国家对于域外环境负有国际责任的观念。尽管尽责义务早先只是强调一国对本国管辖范围内的环境负有责任以避免跨界损害他国利益，但由于世界环境运动在20世纪60年代的兴起和全球环境保护意识的高涨，它延伸适用至国家管辖领域外的“公域”环境，从而推动国际环境责任观念的形成，并由此奠定国际环境法生长的基石。作为国际环境法的发端，《人类环境宣言》序言第2段强调：“保护和改善人类环境是各国政府的责任”；且其第1项原则宣称：“人类负有保护和改善这一代和将来的世世代代的环境的庄严责任。”通过反复提及责任、各国责任和人类责任等，《宣言》确立了国家对管辖领域内外的环境都负有国际责任的基调。1992年《里约宣言》还为国家的全球责任制定了一个框架。²⁹

其次，尽责义务在逐渐进入国际环境保护中心地带的过程中促进了国际环境法基本原则持续生长，从而确立了国际环境法体系的基本支柱。

尽责义务起源于英美普通法上的妨害规则，被移植到跨界干扰中适用首先推动无害原则在国际法中的产生。“现代无害原则的历史起点，正如反映在1941年特雷尔冶炼厂仲裁裁决中的，乃是谨慎行事不造成损害的义务。”³⁰在国际环境法中它自然转化为不对他国或国家管辖范围以外环境造成损害的义务。承载尽责义务的无害原则如今被广泛认为是国际习惯法，并且被国际法院认定为构成一般国际法的组成部分。³¹而且，尽责义务还与无害原则融为一体，共同推动损害防止原则的产生。与无害原则主张在国家间分配实际损害的国际责任不同，损害防止原则强调的是国家负有尽责义务防止损害的发生。

²⁸ Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 144.

²⁹ [英]帕特莎·波尼、埃伦·波义尔：《国际法与环境》，那力等译，高等教育出版社2007年版，第92页。

³⁰ Heike Krieger and Anne Peters, *Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 356.

³¹ Ruslan Klafehn, *Burning down the House: Do Brazil's Forest Management Policies Violate the No-Harm Rule under the CBD and Customary International Law?*, 35 *Am. U. Int'l L. Rev.* 941, 949 (2020).

作为国际环境法的规范性基石，³²损害防止原则推动一系列国际环境法基本原则和规则的产生。首先是不损害国外环境原则。损害防止原则与不损害国外环境原则虽然都以尽责义务作为其支柱，但后者专门适用于国际环境领域。紧接着，随着全球风险社会的来临，尽责义务通过更新自身内容架通了从损害防止通向风险预防的桥梁，从而促进风险预防原则的诞生。对此，《里约环境与发展宣言》原则二规定：“各国根据《联合国宪章》和国际法原则有至高无上的权利按照它们自己的环境和发展政策开发它们自己的资源，并有责任保证在它们管辖或控制范围内的活动不对其它国家或不在其管辖范围内的地区的环境造成危害。”损害防止针对已知的损害风险，而风险防范则允许采取预期行动来应对不确定的损害威胁。³³正如国际法院强调：“虽然损害防止原则假定风险是可以客观评估的以避免损害，但风险防范原则则评估面临不确定性的风险，同时考虑人类和环境的脆弱性以及不可逆转的损害的可能性。”³⁴此外，尽责义务也促进了其他国际环境法原则的产生。因此，几乎所有构成国际环境法支柱的基本原则都依托并承载尽责义务。

最后，作为国际环境法中第一项义务，尽责义务是所有国际环境法义务的原点，而其他国际环境法义务本质上是对它的阐释、细化、延伸和扩展。结果，国际环境条约和习惯规范规定的义务大都与尽责义务有关。³⁵

二、勤勉尽责义务在国际环境法中的演进轨迹

国际环境法的生长史也是一部尽责义务不断演变的历史。由于国际环境法的中心使命是防止跨界污染和保护全球环境，这使得尽责义务成为它的一个关键构成要素。³⁶此外，全球环境治理本身具有复杂性和重预防性，使其对写入国际环境法文件中的尽责义务提出了特殊要求，这反过来成为其发展演变的动力。结果，虽然尽责概念被赋予不同的涵义，但自 20 世纪下半叶以来，它在国际环境法中的演进最为显著。³⁷

（一）勤勉尽责义务的特定化

尽责义务在进入国际环境法之前主要是为习惯国际法原则或规则承载的一般性义务，它是指国家有义务采取措施防止第三方在其领土内采取有损他国领土

³² Jutta Brunnée, Harm Prevention, in Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel ed., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2021, p. 270.

³³ Jacqueline Peel, Precaution, in Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel ed., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2021, p. 306.

³⁴ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicar.) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicar. v. Costa Rica)*, Judgment, ¶ 55 (Dec. 16, 2015), <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18856.pdf>.

³⁵ Timo Koivurova, “Due Diligence”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2010, para. 3.

³⁶ Medes Malaihollo, *Due Diligence in International Environmental Law and International Human Rights Law: A Comparative Legal Study of the Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, 68 *Neth. Int'l L. Rev.* 121, 124 (2021).

³⁷ ILA Study Group on Due Diligence in International Law, First Report, 7 March 2014, <https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups?study-groupsID=63>, p. 5.

或利益的行动。³⁸而国际环境法是在应对全球环境退化过程中发展起来的，³⁹因此，仅仅要求对他国做到无害是不够的，它还需要各国承担更明确的义务来阻止环境退化。尽责义务逐渐分化为两类义务：一是与国家机构能力有关的义务，如采取立法或行政措施，建立适当监控机制；二是通知、协商、合作、风险评估、监测或采取预防措施的程序性义务。⁴⁰结果，随着国际环境法原则和规则不断生长，尽责义务不再止步于一般国际法义务，而是日益衍生为特定的国际环境法义务。而国际司法机构特别是国际法院也推动了尽责义务的特定化。

在纸浆厂案中，国际法院认为，根据损害防止原则一国“负有义务使用其所掌握的一切手段，避免在其领土内或管辖下的任何地区发生的活动，对另一国的环境造成重大损害”，保护水环境的义务因而是一种尽责义务。⁴¹法院进而把一般尽责义务分解为特定尽责义务：各国义务收集和提供其管辖范围内某些活动的的环境风险信息；若有可能产生重大不利跨界影响，应当对有关活动进行环境影响评估，否则就无法尽到尽责义务；并负有义务持续监测活动对环境的影响。⁴²国际法院后来还把尽责义务分为程序性和实体性两类。结果，在国际造法和国际司法的共同推动下，尽责义务在国际环境法中通过特定化实现了本土化。

（二）勤勉尽责义务的程序化

在国际法的不同领域，程序性义务（通知、警告、通报或磋商的义务）与尽责标准联系在一起。⁴³尽责义务早先内容较笼统，并无所谓的实体与程序之分。然而，随着国际环境法原则和规则的空前扩增，程序性义务日益与实体性义务相伴而生。风险预防就被说成是一个纯粹的程序性原则，它主要创设三类程序性义务：一是严格评估科学信息中的不确定性；二是确保并存性利益之平衡的透明度；三是潜在地扩大决策过程的参与度。⁴⁴此外，国际习惯规范也普遍承认履行损害防止义务涉及程序性义务，包括以通知和协商的方式合作或开展环境影响评价。⁴⁵由于尽责义务与国际环境法同生共长，程序性义务在国际环境法中兴起，不仅推动尽责义务特定化，也导致其程序化，即出现程序性尽责义务。

在 2015 年尼加拉瓜诉哥斯达黎加案中，国际法院首次区分为程序性尽责义

³⁸ Ellen Campbell et al., *Due Diligence Obligations of International Organizations under International Law*, 50 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 541, 562 (2018).

³⁹ Philippe Cullet, *Common but Differentiated Responsibilities*, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Edward Elgar, 2010, p. 161.

⁴⁰ Anne Peters, Heike Krieger, and Leonhard Kreuzer, *Due Diligence in the International Legal Order: Dissecting the Leitmotif of Current Accountability Debates*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 12.

⁴¹ *Arg. v. Uru.*, 2010 I.C.J. at 68, ¶ 101, ¶ 197.

⁴² *Arg. v. Uru.*, 2010 I.C.J. at 68, ¶ 204, ¶ 205.

⁴³ Heike Krieger and Anne Peters, *Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 363.

⁴⁴ Jacqueline Peel, *The Precautionary Principle in Practice: Environmental Decision-Making and Scientific Uncertainty*, Federation Press, 2005, pp. 156-159.

⁴⁵ [法]皮埃尔·玛丽·杜普和[英]豪尔赫·E.维努阿莱斯著：《国际环境法》，胡斌、马亮译，中国社会科学出版社 2021 年版，第 73 页。

务与实体性尽责义务。其中，程序性尽责义务包括展开环境影响评估的义务和进行通知并协商的义务，而实质性尽责义务是做到尽责以防止重大跨界损害。⁴⁶而且，国际法院在纸浆厂等案中认为，尽责义务来自损害防止原则，而程序性尽责义务为一般尽责义务即实体性尽责义务所派生。按国际法院的理解，损害防止原则包括：首先不得造成重大环境损害，为此就必须采取积极的预防措施，此乃一般性尽责义务；由此派生出的第一个程序性义务就是合作义务，尤其是通知和协商；而派生的第二个程序性义务是，当计划中的活动有可能造成重大不利影响时，就必须展开环境影响评价。⁴⁷结果，尽责成为一项来自另一项基本法律义务的程序性义务，它构成该项义务得以落到实处的手段。⁴⁸

（三）勤勉尽责义务的动态化

尽责义务先前一直停留于无害层面，因而呈现静态性。但由于实现全球可持续发展需要各国持续地尽责，尽责义务在国际环境法中日益具有动态性。其动态性首先由其承载原则的迭代所制造。应当说，在无害原则主导的时代尽责义务因主要是一种消极义务而具有静态性；但在重视风险预防原则的时代，尽责义务不仅包括消极义务，而且还包括国家采取积极行动应对风险的积极义务，因而具有动态性。⁴⁹此外，尽责义务的动态性也为创设目标导向义务的环境条约制造。“目标导向的义务并不规定实现目标的具体行为，而只是定义目标本身。”⁵⁰比如，《巴黎协定》第2条设定“把全球平均气温升幅控制在工业化前水平以上低于2°C之内”的目标。为此，国家必须渐进且累积性地尽责，尽责义务由此具有动态性。“灾难性气候影响的风险意味着缔约方在制定和实施国家自主贡献时高标准地尽责，这进一步提高了对缔约方在其国家自主贡献方面的进展和尽可能高的雄心的规范性期待。”⁵¹

此外，尽责义务的动态性还为国际司法机构所阐明。在2011年就海底采矿发布的咨询意见中，国际海洋法法庭海底争端分庭把风险预防视为尽责义务的组成部分。它在把担保国就深海采矿活动承担的“确保责任”定性为一般尽责义务的同时指出，尽责概念是动态的，可能“随着时间的推移而改变，因为，在某一时刻被认为足够尽责的措施，在出现新的科学或技术知识等情形下就可能变得不够尽责。它也可能因活动中涉及的风险的变化而改变。”⁵²换言之，对于风险较大的

⁴⁶ *Nicar. v. Costa Rica* I.C.J. ¶ 100-101.

⁴⁷ [法]皮埃尔·玛丽·杜普和[英]豪尔赫·E.维努阿莱斯著：《国际环境法》，胡斌、马亮译，中国社会科学出版社2021年版，第80页。

⁴⁸ Ellen Campbell et al., *Due Diligence Obligations of International Organizations under International Law*, 50 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 541, 583 (2018).

⁴⁹ Leslie-Anne Duvic-Paoli, *Fighting Plastics with Environmental Principles? The Relevance of the Prevention Principle in The Global Governance of Plastics*, 114 AJIL Unbound 195, 197 (2020).

⁵⁰ Heike Krieger and Anne Peters, *Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 371.

⁵¹ Lavanya Rajamani, *Due Diligence in International Climate Change Law*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 179.

⁵² *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the*

活动，尽责标准必须更为严格。⁵³因此，尽责义务在国际环境法中具有明显的动态性。

（四）勤勉尽责义务的差别化

由于早年只要求国家做到“无害”，尽责义务在国家之间不会制造实质差别。不过，在进入国际环境法之后，由于不仅要求各国无害环境，而且要求它们尽力保护全球环境，尽责义务不得不在国家之间加以区分。因为，评估一国在特定情形下的尽责程度，取决于一系列因素，包括对领土的控制情况、国家的技术发展水平和危害程度。⁵⁴国际法委员会在《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》第3条的评注中指出：“在确定一个国家是否履行其尽责义务时，国家的经济水平是一个考虑因素。”此外，各国的尽责能力也存在显著的差异。“认定国家未做到尽责面临严重困难，由于各国在保护和避免国际环境损害的能力方面存在很大差异，因此，很难确定一个普遍合理的行为标准。”⁵⁵再者，要求各国尽责保护环境首先要回答一个问题：它们对于全球环境恶化负有同等责任吗？对此，共同但有区别责任原则做了否定的回答。

共同但有区别责任原则的第一个维度是指它给国际社会所有国家都设定一项要求：参与缓解全球环境问题的努力并尽到自身的责任，即全球环境尽责。⁵⁶其第二个维度即有区别的责任涉及到直接反映国家在环境退化的实际影响和在国内层面采取行动的能力方面的差异。就各国尽责的具体要求而言，这就需要考虑每个国家对于特定环境问题产生的影响程度及其预防、减少和控制此种威胁的能力。⁵⁷基于国家发展状况进行区别对待被写入大量国际环境法律文件之中，国际环境法由此成为第一个确立根据国家各自能力给它们设定有区别的义务的公法领域。⁵⁸总的说来，尽责义务先前只是存在事实上的履行差异，但在国际环境法中却演变为法律上的内容差异。国际气候变化体制中的尽责标准是由国家所拥有的资源和能力所决定的。气候体制从一开始就认识到发达国家和发展中国家之间存在巨大差异，并在执行方面对它们加以区别对待。在另一方面，气候变化机制中的尽责标准也是由各国对气候危害的不同贡献决定的。可以说，在国际气候变化体制中对国家规定的具体行为义务的尽责标准，是由气候变化体制中差异

Area, Advisory Opinion No. 17, ¶ 117 (Feb. 1, 2011),

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/adv_op_010211.pdf.

⁵³ Aline L. Jaekel, *The International Seabed Authority and the Precautionary Principle: Balancing Deep Seabed Mineral Mining and Marine Environmental Protection*, Brill Nijhoff, 2017, p. 135.

⁵⁴ Marco Longobardo, *The Relevance of the Concept of Due Diligence for International Humanitarian Law*, 37 *Wis. Int'l L.J.* 44, 52 (2019).

⁵⁵ Christina Voigt, *International Environmental Responsibility and Liability*, in Lavanya Rajamani & Jacqueline Peel ed., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2021, p. 1005.

⁵⁶ Tuula Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements: Regulatory and Policy Aspects*, Kluwer Law International, 2009, p. 1.

⁵⁷ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press (2nd ed.), 2003, p. 286.

⁵⁸ Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 157.

化所具有的独特内涵所决定的。⁵⁹

（五）勤勉尽责义务的一体化

尽责义务在全面进入国际法的过程中逐渐呈现出领域化，即在某个领域实现自身的特定化，由此推动环境尽责、人权尽责和卫生尽责等概念的产生。尽责义务领域化看似导致国家尽责在国际法中的碎片化，不过，由于国际法各领域之间存在物质性关联，再加上有可持续发展理念的统合，不同领域的国家尽责发生联结并走向一体化。环境尽责就跨越国际环境法与国家在其他领域的尽责如人权尽责相交织。联合国人权理事会 2018 年通过的《人权与环境框架原则》原则 1 和 2 分别规定：“各国应确保营造安全、清洁、健康和可持续的环境，以尊重、保护和落实人权”；“各国应尊重、保护和落实人权，以确保营造安全、清洁、健康和可持续的环境”。这表明环境尽责与人权尽责不可分。

尽责义务走向一体化也来自国际司法的推动。由于联合国《海洋法公约》第 138 条规定在“区域内的任何和所有活动”都必须遵守“其他国际法规则”，一些国际司法机构在解释国家在公约第 192 条和 194 条下保护海洋环境的义务时，采用《生物多样性公约》和《濒危野生动植物种国际贸易公约》各自制定的标准。⁶⁰通过援引“与环境有关的国际法大全”来解读有关条款，它们在其裁决中稳步地扩大尽责规范的范围，不仅涵盖国际海洋法中的环境义务，而且扩及在国际人权和土著人民权利法下的国家义务，从而使国家尽责义务走向一体化。⁶¹因此，国际环境造法和司法都在推动环境尽责与人权尽责等走向一体化。

总的说来，由于经历广泛而深刻的发展演变，尽责义务在国际环境法中变得最为发达。尽管国家尽责在其他国际法领域中都大都停留在抽象模糊的标准或原则层面，但在国际环境法中却已经演进为明确而具体的规范体系，并在此过程中从一种消极义务演变为积极的责任，由此引发尽责义务的功能变化。

三、勤勉尽责义务在国际环境法中功能的变化

应当说，尽责义务在国际环境法中的发展演变，并不只是表现为规范内容性变化，它还发生了与之关联的目的功能性变化。

（一）从损害防止转向风险预防

尽责义务早先为防止损害而生长。防止损害与尽责密切关联，因为尽责通常是执行损害防止原则的相关行为标准。⁶²不过，尽责义务在防止跨界损害方面常常是无效的，因为，它只有在损害是“可合理预见”的情况下才会被触发。环境损

⁵⁹ Lavanya Rajamani, Due Diligence in International Climate Change Law, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), Due Diligence in the International Legal Order, Oxford University Press, 2020, pp. 173-174.

⁶⁰ Julian Aguon & Julie Hunter, Second Wave Due Diligence: The Case for Incorporating Free, Prior, and Informed Consent into the Deep Sea Mining Regulatory Regime, 38 Stan. Envtl. L.J. 3, 51-52 (2018).

⁶¹ Julian Aguon & Julie Hunter, Second Wave Due Diligence: The Case for Incorporating Free, Prior, and Informed Consent into the Deep Sea Mining Regulatory Regime, 38 Stan. Envtl. L.J. 3, 8 (2018).

⁶² Stephen Townley, The Rise of Risk in International Law, 18 Chi. J. Int'l L. 594, 598 (2018).

害的性质通常无法预见，但若是仅仅因为缺乏科学证据，国家就没有义务进行防止，其后果往往不堪设想。⁶³因此，在进入国际环境法之后尽责义务逐渐围绕风险预防而演进，并进而推动风险预防原则的产生。风险不同于损害，而是构成损害的先决条件。⁶⁴基于损害防止原则，只有在科学证据表明会发生严重环境损害时，国家才需要采取行动。但在风险预防原则下，一国若是知道某活动有造成重大跨界损害的风险，就必须采取相应的防范措施，即使缺乏相关科学证据。因此，通过与风险预防原则相结合，尽责义务的功能发生了重大变化。

不仅如此，国际司法机构通过把风险预防原则定性为习惯国际法，进而把风险预防说成是尽责义务的组成部分来扩展其内容和功能。就环境保护而言，尽责义务是建立在预防原则基础上的。⁶⁵在 2015 年边境地区案中，国际法院重申其在纸浆厂案中的结论：“为了履行它们在预防重大越境环境损害方面的尽责义务，各国在开展可能对另一国环境产生不利影响的活动之前，必须确定是否存在重大越境损害的风险，这将引发进行环境影响评估的要求。”⁶⁶尽管风险管理是尽责义务的核心所在，但在不同的时代风险具有不同意义。在损害防止原则时代，风险最终起到授权的作用，即授权一个国家针对未能防止损害发生的国家提出索赔。而在风险预防原则时代，随着尽责和风险预防相结合，导致风险引发义务而非授权，即风险不仅催生实体义务，而且创设程序义务。⁶⁷因此，尽责义务内容的扩展与其功能的变化紧密关联。

（二）从限制责任转向创设责任

国家主权早先赋予国家不受限制的绝对权力，包括拥有随意使用其领土的权力，而不用顾及他国利益。⁶⁸但自尽责义务在 20 世纪前后进入国际法之后，国家主权不再绝对。因为，尽责是“对国家主权的制衡”：主权意味国家对其领土的专属管辖权，而尽责义务强调国家应当采取措施保护他国的利益。⁶⁹尽管尽责义务终结国家主权的绝对性，但它最初并未致力于给国家创设责任。正如特雷尔冶炼厂仲裁案所表明的，现代意义上的无害原则历史起点是谨慎行事以不造成危害的义务。⁷⁰尽责义务不会因为实现特定结果而追究国家的责任，相反，由于尽责标准将国家责任限定为过失行为所致，它还会免除行事谨慎和尽责之国家的责

⁶³ Colin Patrick, Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations, 28 Wash. Int'l L.J. 581, 584-585 (2019).

⁶⁴ Stephen Townley, The Rise of Risk in International Law, 18 Chi. J. Int'l L. 594, 597 (2018).

⁶⁵ Jorge E. Vinuales, Due Diligence in International Environmental Law: A Fine-grained Cartography, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), Due Diligence in the International Legal Order, Oxford University Press, 2020, p. 117.

⁶⁶ Certain Activities Carried Out by Nicaragua in Border Area (Costa Rica v. Nicar.) and Construction of Road in Costa Rica Along San Juan River (Nicar. v. Costa Rica), Judgment, 2015 I.C.J. 665, ¶ 104 (Dec. 16).

⁶⁷ Stephen Townley, The Rise of Risk in International Law, 18 Chi. J. Int'l L. 594, 612-626 (2018).

⁶⁸ 林灿玲等著：《国际环境法的产生与发展》，人民法院出版社 2006 年版，第 101 页。

⁶⁹ Giulio Bartolini, The Historical Roots of the Due Diligence Standard, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), Due Diligence in the International Legal Order, Oxford University Press, 2020, p. 23.

⁷⁰ Heike Krieger and Anne Peters, Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), Due Diligence in the International Legal Order, Oxford University Press, 2020, p. 356.

任。虽然“国家对领土的专属控制”意味着国家对“在那里发生的所有损害行为负有责任，但国际社会已通过尽责规则弱化了该原则在实践中的效力”。⁷¹

不过，随着尽责义务从实体义务转向程序义务和从静态义务转向动态义务，它不再只是强调给国家设定无害义务，而是致力于给国家创设严格责任，目的是在主权自由与国际责任之间实现某种平衡。“尽责标准为平衡各国基于主权的行动自由与其他利益的保护提供了空间。尽管法律承认国家行为可以在其领土之外合法地产生影响，但尽责强调，国家领土的主权性‘利用’受到尊重其他国家权利或某些受法律保护的公共利益和价值的相应义务的限制。”⁷²究其原因，随着风险社会的来临和国家之间相互依存的加深，国际社会需要尽责义务空前地扩张以回应加重国家国际责任的时代要求。学者指出，尽责是无害原则的要义所在，为此其功能已经从限制国家责任转向建立问责制，引发此种转变的主要因素是全球风险社会的到来。⁷³由于基于风险的可预测性和国家控制或缓解风险的能力来为风险分配责任，加之在确定什么是“应尽的”义务方面具有开放性和固有平衡性，尽责似乎是在国际关系中分配责任的一个特别合适的法律工具。⁷⁴

（三）从维护国家利益转向保护全球环境

尽责义务最初是为平衡一国与他国利益而兴起的，作为一种较灵活的法律保障，它旨在防止因一国因行使主权的疏忽而损害其他主权国家的利益。即使在国际环境法中，尽责义务先前也强调的是保护国家利益而不是全球环境。就最早在跨界污染责任中引入尽责义务的特雷尔冶炼厂仲裁案来说，它通过把普通法上的妨害类推适用至国际关系之中，主要是防止来自一国领土的烟雾污染给邻国造成人身或财产损失，这与其说保护全球环境，还不如说保护他国的国家利益。然而，随着国家间相互依存的日益加深，国际社会的利益形态不再只局限于国家利益，还包括各国共同利益和全人类整体利益（如保护被视为人类共同关切事项的生态系统）。在此背景下，尽责义务不再只是一种适用于跨界影响的双边义务，而是变为适用于所有国家的全球义务，其功能使命相应地逐渐从维护国家利益转变为保护全球环境。如果说尽责义务最初是一种法律保障，以防止因行使主权的疏忽而损害其他国家利益的可能性，那么它后来经历了根本性的转型，要求保护环境本身，甚至为此会违背国家利益。⁷⁵

⁷¹ Clyde Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, 1928, p. 94.

⁷² Heike Krieger and Anne Peters, *Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 377.

⁷³ Heike Krieger and Anne Peters, *Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 352.

⁷⁴ Heike Krieger and Anne Peters, *Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, pp. 374-377.

⁷⁵ Jorge E. Vinuales, *Due Diligence in International Environmental Law: A Fine-grained Cartography*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 127.

现代国际环境法的标志性特征是关注对环境本身的保护，其生长与尽责义务使命功能的转变分不开，对此学者以承载尽责义务的无害原则的功能变化加以阐释。国际环境法的一个显著特性就是针对一个特定客体——环境的保护。某些非专属于环境的原则例如无害原则，只要它们在环境语境内被再次阐述，也可以发挥这种“身份功能”。于是，无害原则的作用不再是保护他国的“领土”，而是保护他国以及国家管辖外区域的环境本身。⁷⁶具体说来，无害原则和尽责义务推动一系列国际环境法原则包括损害防止原则和风险预防原则的产生，并在此过程中革新自身的基本功能，即从维护国家利益转变为保护全球环境，从防止对主权权利的损害演变为防范对环境的危害。⁷⁷此种功能变化具有重大国际法体系性意义：“尽责义务从保护国家利益的规范转变为保护环境本身的规范，这为国际法的结构从水平性体系更广泛地转型为日益垂直的体系打开了一扇窗户。”⁷⁸

四、从勤勉尽责义务的发展演变看美国特朗普政府退出《巴黎协定》的国际责任

尽责，即对做到应有审慎或谨慎的期望或要求，在国际法的所有领域，从国际环境法到和平与安全法，再到国际经济法，都呈上升趋势。这一监管技术的兴起似乎反映了国际法律秩序为实现其目标和宗旨而要应对的理论和政治挑战。因此，尽责是识别整个国际法律秩序转型的一个指标。⁷⁹国家尽责已经发展为国际关系和国际法中一项普遍接受的原则，并且在国际环境法包括气候变化体制中具体化为各种类型的义务。尽责的传统适用领域是国际无害规则。特别是随着全球风险社会的来临，尽责的功能已经从限制责任转向建立责任。显然，尽责是国际法的一项基本原则，它要求各国不得故意允许其“领土被用于实施侵犯其他国家权利的行为”。⁸⁰由于全球气候系统持续快速地变化，而这主要是美国等大国无节制地排放温室气体所致，因此，特朗普政府退出《巴黎协定》的行为严重违反国际法，尤其是违背其在跨境环境损害与风险预防以及应对气候变化方面承担的国际法义务。

首先，特朗普政府二退《巴黎协定》极不“负责”的国际不法行为。国家承担尽责义务的前提是国家负有国际责任，此乃国际环境法和国际环境合作的基石所在。考虑到尽责义务早已超越先前“消极无害”要求而进入到“积极尽责”时代，特

⁷⁶ [法]皮埃尔·玛丽·杜普和[英]豪尔赫·E.维努阿莱斯著：《国际环境法》，胡斌、马亮译，中国社会科学出版社2021年版，第70页。

⁷⁷ Jutta Brunnée, Harm Prevention, in Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel ed., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2021, p. 269.

⁷⁸ Jorge E. Viñuales, Due Diligence in International Environmental Law: A Fine-grained Cartography, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 128.

⁷⁹ Heike Krieger and Anne Peters, Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 351.

⁸⁰ Eric Talbot Jensen, Due Diligence in Cyber Activities, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 269.

别是其功能已经从防止损害演变为风险预防、从限制责任转向创设责任以及从维护国家利益转向保护全球环境，国际环境责任不再只要求各国做到对全球环境无害，而且还应当尽力应对全球气候变化。特朗普政府退出《巴黎协定》，不仅未达到国际环境责任和尽责义务所设定的时代要求，而且突破国际环境保护的底线即无害，因而是极其不负责任的。这与美国作为世界上头号发达国家的身份严重不符。由于尽责义务和国际环境责任已经被写入国际法文件之中，美国政府的行为因而构成违反国际法的不法行为。

其次，特朗普政府退出《巴黎协定》也是一种严重背弃其“尽责”义务的国际不法行为。特朗普政府的退出行为显然违反国际法上的尽责义务，首先是载入国际环境法原则中的一般尽责义务，包括尽力防止损害、减缓气候变化与预防风险的义务。再者，退出《巴黎协定》的行为还直接违反了写入大量国际法规则中的尽责义务。除了国际环境法规则外，很多国际气候变化法律文件等都规定了尽责义务。更为重要的是，载入国际环境法原则和规则中的尽责义务在晚近内容还大为扩张，并且从实体性义务发展为程序性义务，后者包括通知、协商和跨界环境影响评价义务。国际气候变化法中有许多初级规则。这些规则包括实质性和程序性的义务，以及做到尽责（“最大努力”）的行为义务和要求交付结果的结果义务。

81

最后，特朗普政府退出《巴黎协定》还构成一种应“担责”的国际不法行为。尽责义务的内在逻辑是“不尽责就担责”，即一国若是未履行其尽责义务，就需要对由此给其他国家或国家管辖范围以外地区造成的损害承担法律责任。⁸²事实上，尽责义务在晚近演变过程中也日益强调给国家创设责任包括法律责任。此外，国际责任法要求各国为其任何违反国际法律义务的行为承担责任。《国家责任条款草案》第1条就规定：“国家的每一个国际不法行为都会引起该国的国家责任。”而特朗普政府退出《巴黎协定》，构成国际不法行为，应当承担相应的国际责任。

结语

为了平衡国家利益的保护，原本来自于国内法的尽责义务被格劳秀斯等学者和国际司法机构引入国际法之中。尽责义务早年主要适用于外国人保护领域，后来延伸适用至跨国环境损害，并成为国际环境法的基石性义务。由于推动一系列国际环境原则和规则的产生，并为全球环境保护发生深刻的规范性演进和功能性变化，进而扩展各国的国际环境义务与责任，尽责义务因而与国际环境法同生共长。在此背景下，特朗普政府再度退出《巴黎协定》，这就构成对包括尽责义务在内的国际法的严重违反，理应承担国家责任。不仅如此，美国政府抛弃我国提

⁸¹ Lavanya Rajamani, *Due Diligence in International Climate Change Law*, in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 165.

⁸² Timo Koivurova, “Due Diligence”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2010, para. 7.

出的负责任大国以及各国在大流行病防治等领域“全球尽责”的主张，疯狂发动对华贸易战，构成对国际贸易中的尽责义务和法律义务的严重违反。由于被广泛理解为确保一国领土不被用来对他国的权利和利益造成负面影响的原则，勤勉尽责可谓是国际贸易法的基石。由于具有跨界性，国际贸易不可避免地会对其他国家产生影响。因此，多边贸易体制规定，各国在制定和实施旨在规范国际贸易的文书时必须考虑其他国家利益的义务。⁸³鉴于美国对华加征史无前例的高关税，特朗普政府违反了勤勉尽责等国际法律义务。

参考文献：

- [1] Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace* (Book II), Richard Tuck ed., Liberty Fund, 2005.
- [2] Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Volume I: Peace, Longmans, 1905.
- [3] Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021.
- [4] Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020.
- [5] Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel ed., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2021.
- [6] Aline L. Jaeckel, *The International Seabed Authority and the Precautionary Principle: Balancing Deep Seabed Mineral Mining and Marine Environmental Protection*, Brill Nijhoff, 2017.
- [7] Marco Longobardo, *The Relevance of the Concept of Due Diligence for International Humanitarian Law*, 37 *Wis. Int'l L.J.* 44 (2019).
- [8] Eric Talbot Jensen & Sean Watts, *A Cyber Duty of Due Diligence: Gentle Civilizer or Crude Destabilizer?*, 95 *Tex. L. Rev.* 1555 (2017).
- [9] Colin Patrick, *Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations*, 28 *Wash. Int'l L.J.* 581 (2019).
- [10] Ellen Campbell et al., *Due Diligence Obligations of International Organizations under International Law*, 50 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 541 (2018).
- [11] Julian Aguon & Julie Hunter, *Second Wave Due Diligence: The Case for Incorporating Free, Prior, and Informed Consent into the Deep Sea Mining Regulatory Regime*, 38 *Stan. Envtl. L.J.* 3 (2018).
- [12] Stephen Townley, *The Rise of Risk in International Law*, 18 *Chi. J. Int'l L.* 594 (2018).

⁸³ Markus Krajewski, *Due Diligence in International Trade Law*, Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, 2020, p. 312.

[13] Tony Cabus, *Due Diligence and the High Seas*, Routledge, 2022.

[14] [法]皮埃尔·玛丽·杜普和[英]豪尔赫·E.维努阿莱斯著：《国际环境法》，胡斌、马亮译，中国社会科学出版社 2021 年版。

[15] [英]帕特莎·波尼、埃伦·波义尔：《国际法与环境》，那力等译，高等教育出版社 2007 年版。

Abstract: Due diligence obligations have their origins in domestic law, and have been transposed by international law theorists and international judicial bodies for application in international relations and international law. While due diligence obligations have become increasingly important in some areas of international law, it holds the most prominent position in international environmental law, as it is not only the source of international environmental law obligations, but also constitutes the backbone of its system. In tandem with the development of international environmental law, due diligence obligations have undergone a profound normative evolution, including the specification, proceduralization, dynamization and differentiation of their content, which has led to significant functional changes, including a shift from limiting to creating responsibilities and from safeguarding the interests of a certain state to protecting the global environment, and has thus become the cornerstone of the system of international responsibilities, especially international environmental responsibilities. In the light of the evolution of due diligence obligations, the Trump administration in the United States, by withdrawing once again from the Paris Agreement, has not only failed to exercise due diligence but has also been grossly irresponsible, and should therefore be held accountable.

Key words: Due diligence obligations international environmental law Paris Agreement international responsibility

论美国联邦宪法中的退约权之争

董世杰*

摘要：美国联邦宪法（简称“宪法”）中的退约权之争源自于宪法规定上的缺失，行政权试图在条约事项上进行扩张，以及立法权试图限制行政权的扩张。关于该争议，美国国内形成了两派观点：一派主张总统和国会共同决定退约，而另一派则认为应当由总统单方面决定退约。尽管支持总统和国会共同决定退约的观点更具说服力，但退约的历史实践与理论出现了偏差。自美国建立到 20 世纪初，一直由国会和总统共同决定退约。但从 20 世纪初期开始，退约实践已经从国会与总统共同决定逐渐转向总统单方面决定，特别是在 20 世纪 30 年代以后，由于国会的长期不作为，总统单方面退约的实践已经比较普遍，助长了支持总统单方面决定退约的主张。虽然最高法院没有明确处理退约权的归属问题，但也表明国会在退约问题上的消极不作为，将无助于国会对退约权的主张。因此，当前在退约权问题上，呈现出总统单方面决定退约的发展趋势。要想避免总统在未来垄断退约权，国会有必要改变目前消极不作为的态度。但就特朗普第二个总统任期而言，由于其所属的共和党控制国会参众两院，国会在限制总统单方面退约方面依然难以有所作为。

关键词：美国联邦宪法，退约权，总统，国会，最高法院

一、引言

宪法中的退约权之争，是指根据宪法中的权力配置，对于美国是否退出条约，到底是由总统一人决定，还是需要与国会共同决定？事实上，在美国建国后的 150 多年时间里，退出条约没有在国内引发大的争议，这是因为这一时期条约在美国政治生活中只具有辅助作用，但在二战后，随着美国国际地位的空前提高，条约开始发挥重要作用。¹随着条约重要性的增加，日益迫切需要确定美国政府中到底哪个机关有权决定退出条约。1978 年卡特（Carter）总统执政时期美国退出《美台共同防御条约》，此举引发了美国目前为止有关条约退出最为激烈的争论（具体内容将在下文详述）。²此后，里根（Reagan）总统执政时期退出美国与尼加拉瓜之间的《友好通商航海条约》，小布什（George W. Bush）总统执政时期退出《反导条约》，均在美国国内引发退约权争议。³

* 董世杰，男，法学博士，厦门大学法学院助理教授，硕士生导师，本文系国家社科基金青年项目——“菲律宾外交权的配置对菲南海争端的影响及其对策研究”（19CGJ016）的阶段性研究成果。

¹ Guy M. Miller, Treaty Termination under the United States Constitution: Reassessing the Legacy of Goldwater v. Carter, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 27, No.4, 1995, p.859.

² Serge G. Martin, The President's Power to Terminate Treaties: The Unanswered Question of Goldwater v. Carter, The Journal of International Law and Economics, Vol.14, 1980, pp.301-319.

³ Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, Texas Law Review, Vol.92, 2014, pp.814-815.

中国学界关于美国条约退出的研究，基本上始于特朗普（Trump）总统执政时期。已有的研究主要集中在三个方面：一是分析美国退约行为对国际法律制度的影响；⁴二是分析美国退约行为对国际局势和全球治理的影响；⁵三是分析美国国内政治如何形成退约的外交决策。⁶已有研究缺失一块重要领域，即在美国三权分立架构下，到底什么机关有权决定美国退出条约。事实上，特朗普时期的退约行为也曾在国内引发违宪的质疑声，例如，其退出《开放天空条约》的决定就遭到国会议员的反对。⁷因此，探究宪法中的退约权的配置及其运行问题，有助于填补研究空白。

二、退约权的有关概念

由于本文是从美国国内法视角研究条约退出问题，因此有必要在美国国内法语境下，对所涉及的概念进行界定。美国国内实践中条约存在四种类型：宪法第2条中的条约（Treaties in Article 2 of the Constitution）、国会行政协定（Congressional-Executive Agreements）、依据条约的行政协定（Agreements Pursuant to Treaties）和单纯行政协定（Sole Executive Agreements）。其中，联邦宪法第2条中的条约是美国唯一由联邦宪法明确规定的条约类型，根据联邦宪法第2条第2节的规定，总统有权根据参议院的咨询同意（Advice and Consent）缔结条约。国会行政协定是指总统根据国会参众两院事先授权或事后批准而缔结的行政协定，⁸其中事先授权是指由国会通过事先颁布制定法授权总统缔结行政协定，总统据此缔结行政协定后无需再提交国会批准，而事后批准则是指总统先就行政协定文本谈判，确定约文后再提交国会参众两院批准。⁹依据条约的行政协定是指总统根据已有条约的授权而缔结的行政协定，总统缔结此类行政协定的目的在于执行授权条约中概括规定的义务。单纯行政协定是指依据总统独立宪法权力而非依据制定法明示或暗示授权而缔结的行政协定。¹⁰由于篇幅的原因，本文研究的退约问题，仅限于美国实践中争议最大的宪法第2条中的条约。

从国际法层面而言，条约退出和终止是两个区别但又密切联系的概念。条约

⁴ 参见吕江：《从国际法形式效力的视角对美国退出气候变化〈巴黎协定〉的制度反思》，载《中国软科学》，2019年第1期；江河：《条约退出机制：法律困境、法理解读与中国方案》，载《环球法律评论》，2020年第4期；张九林：《现行国际条约中的单方退出机制研究》，载《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》，2020年第5期。

⁵ 参见王明国：《单边与多边之间：特朗普政府退约的国际制度逻辑》，载《当代亚太》，2020年第1期；邹治波：《美国退出〈中导条约〉的当代含意与影响》，载《国际经济评论》，2020年第1期；姜键：《美国“退群”的根本原因及其严重后果》，载《思想理论教育导刊》，2020年第7期。

⁶ 参见《周期理论视角下特朗普政府“退群行动”动因探析》，载《国外理论动态》，2019年第5期；凌胜利、王彦飞：《特朗普政府为何“退群”？》，载《国际政治科学》，2020年第4期；吕晓莉、刘婧文。

⁷ Scott R. Anderson, Pranay Vaddi, When Can the President Withdraw from the Open Skies Treaty? <https://carnegieendowment.org/2020/04/22/when-can-president-withdraw-from-open-skies-treaty-pub-81623>.

⁸ Curtis A. Bradley and Trevor W. Morrison, Historical Gloss and the Separation of Powers, Harvard Law Review, Vol.126, No.2, 2012, pp.468-469.

⁹ Oona A. Hathaway, Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States, Yale Law Journal, Vol.117, No.7, 2008, pp.1298-1301.

¹⁰ Congressional Research Service, Treaties and Other International Agreements: The Role of The United States Senate, 2001, pp.5 and 86.

的退出的是指条约当事国单方面解除条约对其拘束力。条约的终止是指条约本身丧失法律效力,对所有当事国不再有法律拘束力。对于双边条约而言,一方当事国的退约会导导致条约的终止,同时双方当事国也可以合意终止条约。对于多边条约而言,条约的终止往往需要全体当事国的合意,一个当事国的退约通常不会直接导致条约终止,但如果退约致使多边条约当事国数量不足条约生效最低要求,抑或是退约国在多边条约中极具重要性,其退约行为也会导致多边条约的终止。由此可见,退约并不必然导致条约终止。《维也纳条约法公约》第 54-64 条列明了条约当事国可以退出或终止条约的情形。尽管美国不是《维也纳条约法公约》的当事国,但是美国认为该公约是对习惯国际法的编纂,可以适用于美国。¹¹尽管条约退出和终止在国际法层面存在区别,但在美国国内法中,由于条约退出和终止的程序是相同的,即政府中哪个机关可以代表美国做出主权决定来消除条约对美国的法律效力,所以未对条约退出和终止进行严格区分。因此,下文中的条约退出和条约终止之间具有互换性,二者可以交替使用。

三、退约权争议产生的原因

宪法中的退约权争议的产生,主要受三个方面因素的共同作用,即宪法规定上的缺失,行政权试图在条约事项上进行扩张,以及立法权试图限制行政权的扩张。

首先,宪法规定上存在缺失。这为退约权之争的产生埋下了伏笔。宪法仅在第 2 条第 2 款(也称条约条款)规定,“总统经咨询参议院并取得其同意有权缔结条约,但须有出席参议员总数的三分之二表示赞成”,但未规定如何退出此类条约。这种立法上的缺失,给宪法如何配置退约权,留下了较大解释空间。总统或国会往往会按照有利于己方的立场进行解读和实践,进而导致退约权之争。

其次,以总统为代表的行政权试图在条约事项上进行扩张。这是退约权之争的产生的最重要原因。尽管美国推行三权分立体制,但该体制随着时间的推移也在不断地发展变化,其中一大特点就是行政权的不断扩张。行政权的扩张是受社会发展与现实需要的推动。随着现代社会政治与经济的发展,人们的权利观已经从早期的“自由权本位”发展到今天的“福利权本位”。这意味着政府职能要从资本主义早期的尽量不干预人民权利,转变为积极主动干预社会生活以保障人民的权利,这一转变必然会推动行政权的扩张。¹²而行政权本身具有高效率 and 能动性,使其具备解决社会现实需要的比较优势。相较于立法和司法权,行政权可以调动更多人力和物力资源,从而更加高效和全面地处理各种问题。¹³事实上,美国自

¹¹ Maria Frankowska, the Vienna Convention on the Law of Treaties Before United States Courts, Virginia Journal of International Law, Vol.28, No.2, 1988, p.286.

¹² 参见刘素梅:《论行政权力的扩张》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2006年第2期,第11页。

¹³ 参见丁晓东:《法律能规制紧急状态吗?——美国行政权扩张与自由主义法学的病理》,载《华东政法大学学报》2014年第3期,第52-55页。

建国起,就开始了行政权的扩张进程,使得美国从邦联制国家转变为联邦制国家,并由议会制政府转变为总统制政府。¹⁴行政权的扩张是在 19 世纪末随着垄断资本主义的形成而逐渐突显出来的。行政权全方位的扩张则是在 20 世纪 30 年代罗斯福新政以及二战期间。在二战结束后,行政权扩张的趋势得以延续,即在保持三权分立、制约平衡的基本结构的同时,总统所领导行政机关逐渐成为联邦政府的权力中心,并明显地取得对立法和司法机关的优势地位。¹⁵因此,面对联邦宪法关于退约的规定缺失,如果行政机关能够保持克制,自然不会产生争议。但事实恰恰相反,行政机关试图利用宪法规定缺失的这一机会,主张总统单方面决定退约的权力,以实现行政权在条约领域的扩张。

最后,立法权试图制约行政权的扩张。面对行政机关试图利用宪法规定缺失,来主张总统单方面退约权,只有当立法权意图予以制约时,才可能产生退约权之争。立法权试图制约总统单方面退约权的基础,在于美国的三权分立体制,即将立法权、行政权和司法权分别授予国会、总统和法院,通过权力的相互制衡来保证权力的公正行使。¹⁶因此,出于制衡行政权的考虑,面对总统单方面决定退约,国会不可能保持沉默。但值得注意的是,受美国党派之争的影响,国会往往难以就总统单方面决定退约明确表示反对,即当总统所属党派属于国会参议院或众议院多数时,会为了党派利益而拒绝反对总统单方面决定退约的行为(具体事例将在下文“历史实践”部分详述)。

四、退约权的对立主张

关于宪法架构下到底如何配置退约权的问题,美国国内形成了两派对立的观点:一派主张总统和国会共同决定退约,而另一派则认为应当由总统单方面决定退约。

(一) 总统和国会共同决定退约

主张总统和国会共同决定退约的观点,主要有五个方面论据:对称性原则、类比制定法、参议院有条件同意、宪法起草者意图和功能性考虑。

1. 对称性原则

对称性原则,也被形象地称为镜子原则(Mirror Principle),要求在没有特殊情况下,宪法对于国会在退出条约时的参与程度的要求,应当与缔约时宪法要求的国会参与程度相一致。¹⁷该原则强调缔约程序与退约程序之间的对称性,支持类似的情形和问题适用类似的程序,¹⁸主张程序的可逆性,即缔约程序同样可以

¹⁴ 参见张帅:《美国行政权扩张问题研究》,山东大学博士学位论文,2010年,第61页。

¹⁵ 参见马玉洁:《1933年后美国总统权力的扩张分析》,载《学理论》2014年第20期,第174-175页。

¹⁶ 参见邓晔:《论行政权的扩张与控制》,载《法学杂志》2008年第2期,第141页。

¹⁷ Harold Hongju Koh, Presidential Power to Terminate International Agreements, the Yale Law Journal Forum, Vol.128, 2018, p.436.

¹⁸ Arthur Bestor, Respective Roles of Senate and President in the Making and Abrogation of Treaties—The Original Intent of the Framers of the Constitution Historically Examined, Washington Law Review, Vol.55. No.1, 1979, p.17.

逆向适用于退约。之所以强调缔约与退约的对称性，主要是确保宪法中权力分配的制约和平衡，如果宪法认为将缔约权单独赋予总统是不安全的，那么允许总统单方面终止条约同样也是不安全的。正如缔约时必须考虑国家利益和人民意志一样，国家利益和人民意志也必须影响国家决定是否终止条约。如果宪法认为适宜通过行政机关和国会的共同努力来与其他国家缔结条约，那么终止条约也需要行政机关和国会的共同努力。¹⁹运用对称性原则可以防止行政机关利用总统的单方面退约权，不断蚕食国会的权力。否则，宪法关于参议院同意条约的要求就没有意义，因为在参议院同意总统批准条约后，总统仍可以随时单方面决定退约。²⁰

当然，对称性原则并不是要设定一项通用的退约模式，而是要求根据具体情况决定国会和行政机关参与退约的程度。国会和行政机关参与退约的程度取决于其参与缔约的程度。²¹根据宪法第 2 条的规定，总统缔结条约需要获得参议院三分之二的同意。据学者统计，关于参议院三分之二同意的要求，在宪法中只出现了七次。这一绝对多数的要求涉及宪法中最重要的问题，其中包括弹劾、条约和宪法修正。²²由此可见，宪法高度重视条约，为其规定了严格的缔结程序，与之相对的，也应当遵循严格的退约程序，而非由总统单方面决定退约事宜。为了适应紧急情况，有观点认为可以承认总统在有限时间内单方面暂停美国条约义务，这一期限足以让总统将情况告知国会并使其知晓必须退约的正当理由。尽管可以承认对称性原则存在例外情形，但必须是明确的有限权力，而非授予总统完全的单方面退约权。²³

2. 类比制定法

类比制定法是指将条约类比美国联邦制定法（Statute），根据宪法第 6 条中“最高条款”（Supremacy Clause）的规定，依据宪法所制定的法律和缔结的条约是国家最高法律。既然条约和联邦制定法同为美国最高法律，那么退出条约和废除制定法理应遵循相同程序。尽管宪法没有规定撤销联邦制定法的程序，但是实践中是按照制定联邦制定法的程序来撤销法律，即通过法案（Bill）或联合决议案（Joint Resolution）的形式来撤销已有联邦制定法。²⁴美国最高法院在“移民归化局诉乍得案”（INS v. Chadha）判决中支持这一观点，认为修改和废除联邦制定法，不亚于颁布联邦制定法，必须遵循宪法第 1 条规定的立法程序。²⁵这意味着

¹⁹ Joseph M. Lapointe, Treaty Termination and the Presidency: Using Custom to Solve Separation of Powers Disputes, *Charleston Law Review*, Vol.14, No.1, 2020, pp.164-165.

²⁰ Treaty Termination: Hearings Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate, 96th Congress, 1st Session., 1979, pp.6-7.

²¹ Harold Hongju Koh, Presidential Power to Terminate International Agreements, *the Yale Law Journal Forum*, Vol.128, 2018, p.461.

²² John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, Our Supermajoritarian Constitution, *Texas Law Review*, Vol. 80, No.4, 2002, pp.711-712.

²³ Harold Hongju Koh, Presidential Power to Terminate International Agreements, *the Yale Law Journal Forum*, Vol.128, 2018, p.463.

²⁴ Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, *Texas Law Review*, Vol.92, 2014, p.781.

²⁵ INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983), p.954.

撤销联邦制定法需要经国会参众两院同意并获得总统签署。鉴于宪法既没有规定如何撤销联邦制定法，也没有规定如何退约，既然撤销联邦制定法需要国会参众两院参与，那么退出同为最高法律的条约同样需要国会参众两院的参与。²⁶

反对者认为，众议院不应当参与退约程序。无论“最高条款”的措辞如何，条约的法律效果不能类比国内制定法。赋予整个国会撤销国内制定法的权力，不意味着整个国会拥有同样的退约权。²⁷宪法中规定条约作为最高法律，是强调条约相对于州的法律而言具有至高性。即便条约具有国内影响，其核心仍是国际协议而不是国内法律文件。因此，退约不同于撤销联邦制定法。退约是一项终止美国的国际法律义务的国际行为。如果退约行为随后终止了条约作为国内法渊源的地位，这也只是原先退约行为的附带效果。²⁸此外，从宪法文本而言，由于宪法只规定参议院参与缔约，如果在终止条约时加上众议院，不符合宪法精神。²⁹因此，即便国会将在退约程序中发挥作用，也必须是权力赋予参议院。

3.参议院有条件同意

该观点认为，与其在总统单方面宣布退约后参议院再提出反对，参议院不如事先采取行动。作为参议院咨询同意权的一部分，参议院在条约上附加保留、谅解或声明（*Reservation, Understanding or Declaration*）的权力是长期的和无争议的。³⁰根据这一权力，参议院可以在同意条约时附加退约条件从而达到限制总统单方面退约的目的。尽管宪法没有明确规定，但参议院通过保留、备忘录或声明的形式有条件地同意条约的做法是得到公认的。³¹有观点认为，参议院有条件同意条约已经是一种宪法习惯，这一实践可以追溯至 1795 年参议院有条件同意英美《友好通商航海条约》。³²据统计，自美国建立以来，所缔结的条约中大约 15% 在获得参议院同意时都附加了条件。³³最高法院早在“哈沃诉雅克案”（*Haver v. Yaker*）判决中就曾指出，参议院没有被要求必须完整地接受或拒绝条约，而是可以修改条约。³⁴这意味着，参议院在审议条约文本后，既可以完全同意或拒绝，也可以有条件同意。如果条约获得参议院的有条件同意，那么参议院会将条约与附加的保留、谅解或声明一道送交总统，由总统决定是否批准。总统只有在接受

²⁶ Guy M. Miller, *Treaty Termination under the United States Constitution: Reassessing the Legacy of Goldwater v. Carter*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 27, No.4, 1995, p.888.

²⁷ David J. Scheffer, *Law of Treaty Termination as Applied to the United States De-Recognition of the Republic of China*, *Harvard International Law Journal*, Vol.19, No.3, 1978, p.1002.

²⁸ Louis Henkin, *Litigating the President's Power to Terminate Treaties*, *The American Journal of International Law*, Vol.73, No.4, 1979, p.653.

²⁹ David Gray Adler, *The Constitution and the Termination of Treaties*, Garland Publishing, 1986, p.98.

³⁰ Kristen E. Eichensehr, *Treaty Termination and the Separation of Powers*, *Virginia Journal of International Law*, Vol.53, No.2, 2013, p.250.

³¹ Michael J. Glennon, *The Senate Role in Treaty Ratification*, *The American Journal of International Law*, Vol.77, No.2, 1983, p.258.

³² Michael J. Glennon, *The Constitutional Power of the United States Senate to Condition Its Consent to Treaties - United States*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.67, No.2, 1991, p.534.

³³ Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, *Treaties, Human Rights, and Conditional Consent*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.149, No.2, 2000, p.404.

³⁴ *Haver v. Yaker*, 76 U.S. 32 (1869), p.35.

参议院附加条件的情况下方能批准条约，如果总统拒绝接受，可以将条约重新提交参议院审议，或者在重新提交参议院前与其他缔约国重新谈判，抑或是直接拒绝批准条约。³⁵参议院有条件同意条约，可以被类比为参议院和总统之间的一项合同，总统将条约提交参议院审议被视为发出要约，参议院通过附加条件进行反要约，对于反要约，总统可以接受也可以拒绝。³⁶一旦总统接受参议院附加的退约条件，总统就有义务遵守。通过参议院附加退约条件而总统予以接受的合意过程，使得总统和国会可以在未来通过合作方式避免宪法争议，也可以在一定程度上防止总统因个人原意而滥用行政权力随意退约。

关于参议院附加的退约条件存在两种选择：一种是程序性限制，即总统退约必须获得参议院三分之二同意；另一种则是实体性限制，即列明总统可以退约的情形或者总统禁止退约的情形。如果附加的退约条件是程序性限制，可以实现参议院对退出条约进行有效控制。但对行政机关而言，则存在两个潜在问题。首先，可能会遭遇程序上的拖延。实践中不清楚何时参议院会予以同意，特别是由于参议院内部党派的政治对立致使参议院无法快速给予同意，这一拖延将有损总统将退约作为应对危机的一种外交工具的能力。³⁷其次，可能不当限制总统的行政权。总统每退出一项条约都需要获得参议院同意，但当参议院超过三分之一的成员与总统分属不同党派时，很可能因为政治立场而反对退约。而参议院同意与否，属于政治决定，即便参议院拒绝同意，总统也无法诉诸司法手段来推翻参议院的决定。如果附加的退约条件是实体性限制，总统决定退约必须符合规定的退约情形或者不违反禁止退约的情形。有别于程序性限制允许参议院具体参与退约的决策过程，实体性限制只允许参议院事先设定限制退约的情形，具体退约与否由总统决定。由此可见，实体性限制赋予了总统更大的裁量空间。尽管程序性限制更有利于参议院参与退约，但在实践中参议院采用了实体性限制。例如，参议院 2010 年在同意《新削减战略武器条约》时规定了总统可以退约的情形：如果总统在与国家情报总监协商后，认定俄罗斯意图违反条约第 2 条所设定的限制，总统应当立即通知参议院外交关系委员会和军事委员会，以判断俄罗斯违约行为是否损害美国最高利益，从而使得美国有必要根据条约第 14 条第 3 款的规定退出条约。

³⁸由于实践中未采用程序性限制，致使参议院参与退约的效果大打折扣。

4. 宪法起草者意图

该观点认为，宪法之所以未明确规定退约事项，是宪法起草者当然地认为有

³⁵ Congressional Research Service, *Treaties and Other International Agreements: The Role of The United States Senate*, 2001, p.12.

³⁶ Kristen E. Eichensehr, *Treaty Termination and the Separation of Powers*, *Virginia Journal of International Law*, Vol.53, No.2, 2013, p.302.

³⁷ Kristen E. Eichensehr, *Treaty Termination and the Separation of Powers*, *Virginia Journal of International Law*, Vol.53, No.2, 2013, p.278.

³⁸ Resolution of Ratification: Senate Consideration of Treaty Document 111-5, 2010-12-22, <https://www.congress.gov/treaty-document/111th-congress/5/resolution-text?s=1&r=46>.

权参与缔约的机关也就有权参与终止条约。³⁹美国的缔造者认为缔约权是一项共享权力,即便是行政权力的拥护者汉密尔顿(Hamilton)也强调缔约权的共享性质,认为缔约权既不完全属于立法机关也不完全属于行政机关,行政机关是最适合的谈判代理人,而人民信任的重要性以及条约作为法律运行,都强烈需要里立法机关部分或全部的参与缔约活动。杰斐逊(Jefferson)则认为只能由国会终止条约,因为条约被宣布为与美国法律具有同等地位,作为美国国内的最高法,所以只有立法机关的法律能够宣布废除条约。⁴⁰

在费城起初讨论宪法草案时,曾赋予参议院缔约权和任命大使的权力,唯一赋予总统的外交权力便是接受外国使节。最终宪法文本并未采用这一规定,这一改变可能表明宪法起草者有意将对于外交政策的控制权从立法机关转向行政机关。最终宪法文本的妥协表明,宪法第2条中的条约条款意在条约领域通过总统来制约参议院。⁴¹参议院代表整个国家,而由总统作为条约领域的代理人是适当的。相较于众议院,总统更适合与参议院一同参与缔约,因为总统作为行政机关具有统一性、稳定性和高效性等特点。在条约领域,总统作为参议院的代理人,是宪法起草者的真实意图。总统作为代理人,其职责就是进行条约谈判,然后由参议院根据自己对于国家利益的判断,决定是否批准条约。一旦参议院予以批准,总统就成为条约的守护者。鉴于宪法起草者将总统视为条约谈判和沟通的代理人,当参议院认为条约不再符合国家利益时,也会在条约终止中将总统作为执行其意志的代理人,而不是负责决定是否保留条约的个体。⁴²如果主张总统可以单方面终止任何其认为不适当的条约,那么将会减少人民有意义地参与制定美国外交政策的能力,但如果参议院能够在条约终止中发挥重要作用,将使得人民关于外交事务的声音能够被更有效地倾听。⁴³因此,无论是行政机关还是立法机关,均不享有专属的退约权。相反,二者共享权力,或者一方可以默认另一方单方面终止条约。总统未与参议院适当协商便终止条约,属于滥用处理外交关系的裁量权,应在终止条约前获得参议院同意,以确保总统的退约行为符合宪法要求。⁴⁴

5.功能性考虑

该观点认为,宪法对于退约问题的模糊性,使得美国无法向其他缔约国保证维持条约所需要的政治稳定性和可预测性。⁴⁵如果美国国内法中设定一项普遍的

³⁹ David Gray Adler, *The Constitution and the Termination of Treaties*, Garland Publishing, 1986, p.105.

⁴⁰ Catherine Amirfar and Ashika Singh, *The Trump Administration and the “Unmaking” of International Agreements*, *Harvard International Law Journal*, Vol.59, No.2, 2018, p.452.

⁴¹ Charles A. Lofgren, *War Powers, Treaties, and the Constitution*, in Leonard Levy and Dennis Mahoney (eds.), *The Framing and Ratification of the Constitution*, Macmillan, 1987, pp.253-254.

⁴² Joseph M. Lapointe, *Treaty Termination and the Presidency: Using Custom to Solve Separation of Powers Disputes*, *Charleston Law Review*, Vol.14, No.1, 2020, pp.166-167.

⁴³ Edward McGlynn Gaffney, Jr., *Goldwater v. Carter: The Constitutional Allocation of Power in Treaty Termination*, *Yale Studies in World Public Order*, Vol.6, 1979, p.155.

⁴⁴ David J. Scheffer, *Law of Treaty Termination As Applied to the United States De-Recognition of the Republic of China*, *Harvard International Law Journal*, Vol.19, No.3, 1978, p.937.

⁴⁵ Guy M. Miller, *Treaty Termination under the United States Constitution: Reassessing the Legacy of Goldwater v. Carter*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 27, No.4, 1995, p.860.

单方面退约规则，意味着允许总统凭一己之力使得美国退出大部分条约，从而毁坏了二战后所建立的国际秩序。⁴⁶事实上，宪法起草者在制宪会议中有关条约事项的最后一个考虑，便是美国应当在国际社会被视为一个可靠的参与者。《邦联条例》没有能够确保邦联的所有成员遵守国家对外缔结的条约，从而引发一种担忧，即如果邦联成员废除条约，那么美国将不能被视为一个可靠的国际伙伴。⁴⁷由于《邦联条例》无法约束各成员遵守条约，使得美国无法维护自己的国际信誉和地位，这是导致起草宪法的主要因素之一。在起草宪法时，起草者意识到尽管有时有必要退约，但退约事关美国的国际声誉。⁴⁸如果总统单方面退约不受到制约，将会开创一个不好的先例，使得反复无常和不理智的总统，仅凭一己之力便可使得美国退出重要的双边或多边条约。⁴⁹反之，如果美国总统破坏条约的难度越大，将会在条约的连续性和稳定性方面，给予其他谈判当事国越多的保证，同样也会增加参与谈判的美国行政机关的谈判可信度。因此，即便是宪法允许退约，出于审慎的考虑，也不能放任总统单方面退约，以免损害美国在国际社会的可信度。

（二）总统单方面决定退约

支持总统单方面退约权的观点，主要有三个方面的论据：归属条款（Vesting Clauses）、类比任命条款和功能性考虑。

1. 归属条款

所谓归属条款是指宪法的第1条第1款、第2条第1款和第3条第1款，这些条款将立法权、行政权和司法权依次分配给立法、行政和司法机关。该观点认为，根据宪法第2条第1款的规定，行政权力归属美国总统，而退约权属于行政权，除非宪法对其明确施加限制，否则推定总统享有完全退约权。首先，参议院参与缔约的作用仅仅是制约总统权力，否则总统就享有完全权力，正因如此宪法第1条第8款（即国会权力条款）中没有提及任何缔约权。退约权属于宪法中未列明的权力，其在逻辑上属于总统的一般行政权。⁵⁰其次，宪法第2条的结构表明本条规定的行政权要比第2条第2款规定的权力要宽泛。第2条第2款的条约条款没有具体规定退约权，并不意味着这一权力属于参议院。相反，这些权力依然属于总统的一般行政权力。最后，第2条第1款的规定要求按照有利于总统来解释行政权分配的任何模糊之处。如果第2条第2款没有分配给总统一项具体

⁴⁶ Harold Hongju Koh, Presidential Power to Terminate International Agreements, the Yale Law Journal Forum, Vol.128, 2018, p.461.

⁴⁷ Carlos Manuel Vazquez, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, American Journal of International Law, Vol.89, No.4, 1995, p.698.

⁴⁸ David Gray Adler, The Framers and Treaty Termination: A Matter of Symmetry, Arizona State Law Journal, Vol.1981, No.4, 1981, p.895.

⁴⁹ David J. Scheffer, Law of Treaty Termination as Applied to the United States De-Recognition of the Republic of China, Harvard International Law Journal, Vol.19, No.3, 1978, p.1008..

⁵⁰ Lapointe, Joseph M, Treaty Termination and the Presidency: Using Custom to Solve Separation of Powers Disputes, Charleston Law Review, Vol. 14, No.1, 2020, p.161.

权力,第 2 条第 1 款作为一项包罗万象的规定,一般性地赋予总统行政权,将联邦任何剩余的外交权保留给总统。⁵¹

当然,归属条款理论也遭受质疑,反对者认为,尽管宪法第 1 条和第 2 条中归属条款在表述上存在一些差异,⁵²但不得将其解读为有限授予国会立法权和完全授予总统行政权。如果将第 2 条中的归属条款解读为完全授权,就无法解释为什么第 2 条第 2 款中为何还要具体列举授予总统一些外交权,这一理论也不符合宪法所采用的“列举式权力结构”(Enumerated Powers Structure)。⁵³此外,最高法院相关司法判例也认为,当宪法对于一项政府权力归属未作明确规定是,该项权力由行政机关和立法机关共享,而非单独赋予总统。⁵⁴

2. 类比任命条款

为了反对前文所提及的对称性原则,总统单方面退约权的支持者使用“任命条款”来主张退约程序无需与缔约程序保持一致。⁵⁵任命条款同样规定在宪法第 2 条第 2 款中,即总统提出人选,经咨询参议院并取得其同意后任命大使、公使和领事、最高法院法官以及任命手续未由本宪法规定而应由法律另行规定的所有其他官员。如同条约条款一样,任命条款只规定如何任命,未规定如何免职。这一宪法上的模糊问题,由最高法院在“迈尔斯诉美国案”(Myers v. United States)中得以阐明,即总统享有任命权,参议院享有咨询同意权。总统任命权受到参议院咨询同意权的限制,但是总统的免职权不受限制。免职权附属于任命权,而不是附属于参议院的咨询同意权。宪法授权总统免去其根据参议院咨询同意而任命的行政官员,总统行使免职权无需参议院同意,也不受国会立法限制。⁵⁶由此可见,尽管任命官员需要总统和参议院共同行为,但最高法院认可免职只需总统的单方面行为。

条约条款与任命条款均面临在撤销方面语焉不详的问题,既然在任命方面,判例认可总统单独拥有免职权,那么自然会有观点将条约条款类比任命条款来主张总统的单方面退约权,主要包括以下四点理由:首先,条约条款和任命条款在位置和内容上相似。二者均位于宪法第 2 条第 2 款。二者均始于授予总统权力,

⁵¹ Memorandum from John C. Yoo and Robert J. Delahunty to John Bellinger, III, Senior Associate Counsel to the President and Legal Adviser to the National Security Council regarding the Authority of the President to Suspend Certain Provisions of the ABM Treaty, 2001-11-15, p.6.

⁵² 第 1 条第 1 款规定:宪法所授予的全部立法权均属于由参议院和众议院组成的国会。第 2 条第 1 款规定:行政权力属于美国总统。由于立法权的前面加上了“宪法所授予的”这一限定,而行政权无此限定,使得有观点认为归属于总统的行政权更完全,而归属于国会的立法权是有限的。

⁵³ Curtis A. Bradley and Martin S. Flaherty, Executive Power Essentialism and Foreign Affairs, Michigan Law Review, Vol.102, No.4, 2004, p.551。“列举式权力结构”是指美国联邦政府只享有宪法所明确授予的有限权力,其余权力保留给各州或人民。这一结构旨在控制联邦政府权力。按照这一结构,总统不可能享有包罗万象的一般行政权力。

⁵⁴ Edward McGlynn Gaffney, Jr., Goldwater v. Carter: The Constitutional Allocation of Power in Treaty Termination, Yale Studies in World Public Order, Vol.6, 1979, p.148.

⁵⁵ Restatement (Fourth) of The Foreign Relations Law of The United States, American Law Institute, 2018, Sec. 313, Comment c.

⁵⁶ Myers v. United States, 272 U.S. 52, (1926), pp.122, 123 and 125.

但接着又通过“经参议院咨询同意”的表述限制总统权力。尽管条约需要参议院三分之二同意，而任命官员则需要参议院简单多数同意，但是参议院在这两个事项上咨询同意的机制是相同的。由此可见，第2条第2款中包含了缔约和任命这两项权力，并且为参议院创设相同咨询同意权，表明宪法起草者认为参议院在条约和官员任命中发挥相同作用。其次，两个条款具有类似结构。总统均享有启动权，可以将条约文本或拟任命人选提交参议院以便其同意或拒绝。正是由于将这一启动权赋予总统，才将这两个条款规定在第2条，但宪法起草者又对总统的启动权施加了来自参议院的制约，以免变成单纯的行政权力。再次，两个条款在功能上也具有类似性。任命条款规范总统任命下属来执行总统所负有的尽力切实执行法律的责任，条约条款规范总统实施外交权的机制。尽管单方面终止条约的能力未必使得总统能够尽力切实执行法律，但必然使得总统根据宪法义务处理外交关系。最后，行政机关长期依据两个条款之间的类比来论证总统享有单方面退约权。⁵⁷

即便如上所述，条约条款与任命条款具有类似性，但总统并不具有完全的免职权，对于总统根据参议院咨询同意所任命的官员，总统无权全部单方面免职，其中最典型的就是最高法院法官，非经弹劾不得罢免。此外，最高法院在“汉弗莱遗嘱执行人诉美国案”（*Humphrey's Executor v. United States*）判决中指出，“迈尔斯诉美国案”只是承认对于单纯行政官员，总统有权进行免职，但对于其他具有准立法或准司法权力的官员，总统的免职权受到限制，即国会可以通过制定法列明具体可以免职的事由，总统不得在法定事由之外对其免职。⁵⁸由此可见，总统单方面免职权受到明确限制，所以即便类比任命条款，也无法得出总统拥有完全的单方面退约权。此外，有观点反对类比任命条款，认为总统之所以无需参议院同意便可免职行政官员，是因为行政官员和总统之间存在行政上的从属关系，但是条约终止所要处理的是美国与其他国家间的关系，不同于行政上的从属关系。⁵⁹因此，即便要进行类比，比较有说服力的做法应当是将退约权类比撤销制定法的权力。⁶⁰

3.功能性考虑

该观点认为，总统单方面决定退约可以达到更好的效果。首先，提高处理对外关系的效率。由于参议院缺乏处理外交关系的专门知识并且效率低，如果退约需要参议院的同意，会造成一个实际问题，即获得同意可能会遭遇拖延。需要获得参议院三分之二同意，将赋予超过三分之一的少数参议员否定美国退约的权力。

⁵⁷ Kristen E. Eichensehr, Treaty Termination and the Separation of Powers, *Virginia Journal of International Law*, Vol.53, No.2, 2013, pp.269-271.

⁵⁸ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935), pp.627-631.

⁵⁹ Raoul Berger, President's Unilateral Termination of the Taiwan Treaty, *Northwestern University Law Review*, Vol.75, No.4, 1980, pp.595-596.

⁶⁰ Arthur Bestor, Respective Roles of Senate and President in the Making and Abrogation of Treaties—The Original Intent of the Framers of the Constitution Historically Examined, *Washington Law Review*, Vol.55, No.1, 1979, p.30.

⁶¹这一拖延将有损总统将退约作为应对危机的一种外交工具的能力。⁶²因此,出于提高工作效率的考虑,应当赋予总统单方面退约权。其次,符合美国国家利益。宪法之所以为缔结条约规定繁琐的程序,是担心不受控制的总统通过缔结条约将美国卷入不必要的国际风险之中。例如,缔结同盟条约可能会让美国卷入其他国家之间的战争。相反,对于将美国从国际义务中解脱出来的退约行为,就不存在这样的担心。例如,美国退出与其他国家的同盟条约,就不会出现被卷入战争的风险。⁶³事实上,总统拥有单方面退约权更符合美国利益。例如,面对其他缔约国重大违约行为,总统可以做出最好地判断和反应。如果需要国会同意,会削弱总统的反应能力。⁶⁴最后,以免挫伤总统缔约积极性。外交事务的紧迫性可能要求美国迅速结束一段条约法律关系。根据这一需求,有必要赋予总统权力以决定是否以及何时快速退约。否则,对于退约施加过于严格的要求,会使得未来总统不再积极缔结条约。⁶⁵

上述观点存在明显的片面性。首先,既然是为了提高处理对外关系的效率以及保护总统的缔约积极性,那么宪法为何会给缔约设置严格的要求,难道严格的缔约要求就不会降低效率和挫伤积极性?由此可见,对于条约问题,效率和总统缔约积极性并非宪法的首要追求。那么,以效率和积极性来论证总统单方面退约权,明显缺乏说服力。其次,认为出于美国国家利益考虑,需要控制缔约而非退约的观点,可以适用于美国建国初期,当时盛行“孤立主义”,美国无意在政治上与其他国家过多牵连,但在二战之后,美国的国家利益与全球化密切相连,如果赋予总统享有单方面退约权,同样有损美国国家利益。

综上所述,对于宪法第2条中的条约,相较于支持总统单方面退约权的观点,主张总统和国会共同决定退约事项的观点更具说服力,特别是依据“对称性原则”、“参议院有条件同意”以及“宪法起草者意图”来主张总统退约须获得参议院三分之二同意。

五、退约权的历史实践

尽管理论上主张总统和国会共同决定退约的观点,要更胜于主张总统单方面决定退约的观点,但总统和国会有关退约问题的历史实践与理论出现了偏差。为了便于呈现美国有关退约的历史实践,本部分以20世纪初期为大致分界点,大致将美国退约的历史实践分为前后两个时期。

(一) 美国建国至20世纪初期的实践

⁶¹ Louis Henkin, *Litigating the President's Power to Terminate Treaties*, *The American Journal of International Law*, Vol.73, No.4, p.653.

⁶² Kristen E. Eichensehr, *Treaty Termination and the Separation of Powers*, *Virginia Journal of International Law*, Vol.53, No.2, 2013, pp.278-279.

⁶³ Louis Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, The Foundation Press, 1972, p.169.

⁶⁴ Curtis A. Bradley, *Exiting Congressional-Executive Agreements*, *Duke Law Journal*, Vol.67, No.8, 2018, p.1624.

⁶⁵ Harold Hongju Koh, *Presidential Power to Terminate International Agreements*, *the Yale Law Journal Forum*, Vol.128, 2018, p.459.

这一时期的退约实践可以分为四种类型：国会直接决定退约、国会事先授权或指令总统退约，参议院授权总统退约以及国会事后批准总统退约。

1.国会直接决定退约

美国历史上第一次退出条约发生于 1798 年。在美国与法国爆发冲突前夕，国会通过一项立法并获得亚当斯（Adams）总统签署，该法宣布美国与法国之间的四项条约此后不再对美国政府或公民有拘束力。国会在就是否需要颁布法律进行辩论时，对于国会终止条约的宪法权力，没有出现任何质疑。但这种没有通过总统通知外国政府，完全通过国会立法直接终止条约的做法，似乎是美国历史上的唯一实践。也有观点认为，由于 1789 年立法是国会采取的一系列针对法国有限战争状态措施的一部分，所以制定该法是国会在行使宪法赋予的战争权，而非确立国会拥有终止条约的固定权力的先例。⁶⁶

2.国会事先授权或指令总统退约

这一时期，国会经常授权或指令总统通知外国政府终止条约。⁶⁷例如，针对美国与英国 1818 年缔结并经 1827 年修订的《共同占有俄勒冈条约》，波尔克（Polk）总统在 1845 年的国情咨文中向国会发出请求，建议依据条约中的终止条款，在通知英国一年后终止条约。⁶⁸国会参众两院在 1846 年通过联合决议案，授权波尔克总统自行判断是否终止条约。⁶⁹在通过 1846 年决议案前，国会内就众议院是否适合介入该问题开展辩论。在辩论中，大部分观点支持全体国会授权终止条约，少数众议院表示，除非是根据宣战而终止条约，否则应当由参议院的绝对多数而不是全体国会来授权终止条约。但无论如何，无人主张总统有权单方面终止条约。⁷⁰1865 年，国会参众两院通过联合决议案，指令由约翰逊（Johnson）总统负责通知英国终止双方于 1854 年缔结的《互惠条约》。⁷¹在获得国会授权后，美国总统及时指令国务卿西沃德（Seward）通知英国终止条约。⁷²1874 年，美国国会通过联合决议案，授权格兰特（Grant）总统终止与比利时在 1858 年所缔结的《通商航海条约》。⁷³同样，在获得授权后，总统立即指令国务卿费什（Fish）通知比利时终止条约。⁷⁴

⁶⁶ Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, Texas Law Review, Vol.92, 2014, p.789; Congressional Research Service, International Law and Agreements: Their Effect upon U.S. Law, 2023-07-13, pp.27-28.

⁶⁷ Congressional Research Service, International Law and Agreements: Their Effect upon U.S. Law, 2023-07-13, p.28.

⁶⁸ James K. Polk, First Annual Message (Dec. 2, 1845), in A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, Vol. IV, Part 3, <https://onlinebooks.library.upenn.edu/webbin/gutbook/lookup?num=12463>.

⁶⁹ Joint Resolution concerning the Oregon Territory, April 27, 1846, in U.S. Statutes at Large, Vol. 9 (1845-1847), pp.109-110, <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1sl//l1sl-c29/l1sl-c29.pdf>.

⁷⁰ Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, Texas Law Review, Vol.92, 2014, p.790.

⁷¹ Joint Resolution of January 18, 1865, in U.S. Statutes at Large, Vol. 13 (1864-1865), p.566, <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1sl//l1sl-c38/l1sl-c38.pdf>.

⁷² Letter from William H. Seward to Charles Francis Adams, January. 18, 1865, <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1865p1/d60>.

⁷³ Joint Resolution of June 17, 1874, in U.S. Statutes at Large, Vol. 18 (1873-1875), p.287, <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1sl//l1sl-c43/l1sl-c43.pdf>.

⁷⁴ Letter from Hamilton Fish to J.R. Jones, June 17, 1874,

此外,这一时期总统和国会围绕条约问题产生的相关争议,亦能佐证总统认同其与国会共享退约权。例如,参众两院在1878年通过的《限制中国移民法案》,该法案指令海斯(Hayes)总统废除与中国的移民条约的部分条款,但海斯总统在1879年否决了该法案。海斯总统在其否决通知书中指出,尽管国会拥有终止条约的权力是没有争议的,但本法案只是要求废除现有条约的部分内容,属于修改现有条约,宪法未将修改条约的权力赋予国会,而是由总统在经参议院咨询同意后行使。同样,面对1920年《海商法》指令总统在90天内终止部分条约义务,威尔逊(Wilson)总统拒绝执行,其一方面承认国会可以要求总统完全终止条约,另一方面认为不存在所谓的部分终止条约,其本质上属于修改条约,国会无权要求修改条约。⁷⁵

3.参议院授权总统退约

这一时期,参议院偶尔也会通过决议授权总统退约。例如,皮尔斯(Pierce)总统在1854年的国情咨文中指出,美国有必要通知丹麦终止《友好通商航海条约》。⁷⁶参议院在1855年3月3日通过决议,授权总统终止该条约,总统根据该决议在4月14日通知丹麦终止条约。⁷⁷1856年,参议院曾就在没有众议院参与的情况下,参议院能否适当地授权总统终止条约展开辩论。有观点认为,条约是美国的最高法律的组成部分,只能通过全体国会的行动方能终止条约。⁷⁸参议院要求外交关系委员会考虑这一问题,外交关系委员会的报告认为,至少当条约允许单方面退约时,总统根据参议院的授权而终止条约,在宪法上是合适的。⁷⁹另一起参议院授权退约的实践发生于1921年,根据威尔逊总统1920年发出的关于请求咨询同意退出《国际卫生公约》的请求,参议院在1921年5月授权总统退约。⁸⁰

4.国会事后批准总统退约

这一时期,总统有时会先通知外国退约,然后再获得国会的批准。例如,1864年,林肯(Lincoln)总统通知英国终止《关于限制五大湖地区海军力量的条约》。⁸¹随后参议院就该问题进行辩论,有参议员质疑林肯总统此举超越宪法权力,反对国会通过一项有害的先例,即对于总统事先未经授权的行为予以事后批准和赋权;也有参议员同意国会批准总统事先的终止条约的行为,并且认为国会此举具

<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1874/d44>.

⁷⁵ Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, Texas Law Review, Vol.92, 2014, pp.792-793.

⁷⁶ Franklin Pierce, Second Annual Message, December 4, 1854, <https://www.presidency.ucsba.edu/documents/second-annual-message-8>.

⁷⁷ Franklin Pierce, Third Annual Message, December 31, 1855, <https://www.presidency.ucsba.edu/documents/third-annual-message-8>.

⁷⁸ Jesse S. Reeves, The Jones Act and the Denunciation of Treaties, The American Journal of International Law, Vol.15, No.1, 1921, p.35.

⁷⁹ Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, Texas Law Review, Vol.92, 2014, pp.793-794.

⁸⁰ Congressional Record, Vol.61, Part 2, 1921, pp.1793-1794, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CRECB-1921-pt2-v61/pdf/GPO-CRECB-1921-pt2-v61-19-1.pdf>.

⁸¹ Authority to Withdraw from the North American Free Trade Agreement, October 17, 2018, p.10, <https://www.justice.gov/olc/opinion/authority-withdraw-north-american-free-trade-agreement>.

有溯及力。⁸²国会参众两院最终在 1865 年通过联合决议案,批准总统事先通知英国终止条约的行为。⁸³此外,1911 年塔夫脱 (Taft) 总统在通知俄罗斯终止 1832 年的《通商航海条约》后,提交参议院请求批准其退约行为。⁸⁴国会参众两院最终通过联合决议案,批准总统事先通知俄罗斯终止条约的行为。⁸⁵值得注意的是,相较于在前三种退约实践中,总统均是在得到国会或参议院首肯后方才通知其他国家退约,在总统先通知外国退约再获得国会批准的实践中,已经展现出单方面退约的迹象,但事后寻求国会追认的行为,又表明总统尚未真正主张单方面退约权。

(二) 20 世纪初期至今的实践

进入 20 世纪以后,美国的退约实践不再限于总统与国会共同决定退约,总统单方面决定退约的实践也开始出现并逐渐增加。因此,这一时期的退约实践可以分为两类:总统单方面决定退约以及总统与国会共同决定退约。

1. 总统单方面决定退约

在 20 世纪初期,美国行政机关已经展现单方面决定退约权的意愿。例如,在 1909 年塔夫脱总统执政之初,国务院法律顾问就在内部备忘录中表示,宪法允许总统单方面终止条约。备忘录指出,尽管总统根据国会指令行事可能是最有效和无可非议的条约终止方式,但总统也可以根据美国法,与参议院一道终止条约,抑或是无需参议院决议或国会联合决议而自行通知终止条约。⁸⁶

总统第一次未经国会或参议院事先授权或事后批准而决定退约的实践发生在 1927 年。时任总统柯立芝 (Coolidge) 退出与墨西哥所缔结的有关打击走私的条约。之所以决定退约,主要是考虑到当时美墨关系交恶,已经不可能再执行该条约。在罗斯福总统 (Roosevelt) 执政时期,单方面退约变得更加普遍。例如,由于《关于废除进出口禁令和限制的公约》与新颁布的《国家工业复兴法》相冲突,罗斯福总统在 1933 年单方面决定退约。同样在 1933 年,由于希腊拒绝向美国引渡被指控犯罪的人员,罗斯福总统通知终止与希腊的引渡条约,但后来又撤销了终止条约的通知。1936 年,罗斯福总统以违反 1934 年的《贸易法》为由,单方面终止与意大利之间的《通商航海条约》。⁸⁷不难看出,虽然 20 世纪初期总统单方面退约实践在程序上没有国会直接参与,但多数都是基于条约与制定法之间的冲突,不是完全意义上的单方面退约。

⁸² Congressional Globe, 38th Congress, 2nd Session, pp.312-313, <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage>.

⁸³ Joint Resolution of February 9, 1865, in U.S. Statutes at Large, Vol.13 (1864-1865), p.568, <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1sl/l1sl-c38/l1sl-c38.pdf>.

⁸⁴ Congressional Record, Vol. 48, Part 1, 1912, p.453, <https://www.congress.gov/62/crecb/1911/12/04/GPO-CRECB-1912-pt13-v48-1.pdf>.

⁸⁵ Joint Resolution of December 21, 1911, in U.S. Statutes at Large, Vol.37 (1911-1913), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1sl/l1sl-c62/l1sl-c62.pdf>.

⁸⁶ Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, Texas Law Review, Vol.92, 2014, pp.801-802.

⁸⁷ J. Terry Emerson, The Legislative Role in Treaty Abrogation, Journal of Legislation, Vol.5, No.46, 1978, pp.60-61.

但到了 20 世纪 30 年代末, 行政机关开始日益主张纯粹的单方面退约权。这主要受到三个方面因素影响: 首先, 罗斯福连续在总统选举中获得压倒性胜利; 其次, 其所在的民主党控制国会参众两院, 确保总统的单方面退约行为不会遭到国会的反对; 最后, 随着二战到来所导致国家安全环境发生重大变化。在此背景下, 行政机关主张更加广泛的行政权, 其中就包括退约权。例如, 1939 年, 罗斯福总统宣布终止与日本之间的《通商航海条约》。国务院为此辩护道, 退约是美国总统作为主权国家行政首脑的权力的固有部分, 总统完全控制对外关系, 除非受到宪法的具体限制。⁸⁸1944 年, 罗斯福总统决定单方面退出《关于泛美洲商标和商业保护公约的定书》。⁸⁹在 20 世纪 50、60 年代, 总统单方面退约的实践一直存在。例如, 艾森豪威尔 (Eisenhower) 总统在 1954 年单方面决定退出 1923 年《商品统一分类目录公约》,⁹⁰又于 1958 年单方面决定终止与萨尔瓦多之间的《友好通商航海条约》。⁹¹1962 年, 肯尼迪 (Kennedy) 总统单方面决定终止《与古巴的商业关系条约》。⁹²1965 年, 约翰逊 (Johnson) 总统单方面决定退出《华沙公约》, 但在此后又撤销退约通知。⁹³

在 20 世纪 70 年代之前, 总统单方面决定退约的实践, 在国会内部并未遭到反对, 但这一情况在 1978 年发生改变。随着中美关系正常化的推进, 在可以预见总统会改变对台政策的背景下, 国会在 1978 年通过《国际安全援助法》并获得总统签署。该法规定, 任何影响《美台共同防御条约》存续的提议, 应当由国会和行政机关进行事先协商。⁹⁴但属于民主党的卡特总统在未与国会协商的情况下, 单方面决定终止《美台共同防御条约》。⁹⁵对于卡特总统的决定, 美国国务院的备忘录解释道, 总统享有终止条约的宪法权力, 尽管总统有时会根据国会或参议院的行动来终止条约, 但国会或参议院的行动在法律上并不是必要的。⁹⁶卡特总统的行为在参议院内引发巨大争论, 作为独立人士的参议员小哈里拜德 (Harry Byrd, Jr) 向参议院提交了一项联合决议案, 即参议院认为终止美国与其他国家间的任何共同防御条约, 需要参议院的批准。⁹⁷参议院外交关系委员会就小哈里拜德提交的议案举行了听证会。听证会上, 支持参议院或国会参与条约终止程序的

⁸⁸ Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, Texas Law Review, Vol.92, 2014, pp.807-808.

⁸⁹ US Department of State Bulletin, Vol.11, 1944, p.442.

⁹⁰ Treaty Termination: Hearings Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate, 96th Congress, 1st Session., 1979, p.80.

⁹¹ US Department of State Bulletin, Vol.38, 1958, p.238.

⁹² Treaty Termination: Hearings Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate, 96th Congress, 1st Session., 1979, p.80.

⁹³ John H. Riggs, Jr., Termination of Treaties by the Executive Without Congressional Approval: The Case of the Warsaw Convention, Journal of Air Law and Commerce, Vol.32, 1966, pp.526-527.

⁹⁴ International Security Assistance Act of 1978, Public Law, No.95-384, Sec.26(b), <https://www.congress.gov/95/statute/STATUTE-92/STATUTE-92-Pg730.pdf>.

⁹⁵ Serge G. Martin, The President's Power to Terminate Treaties: The Unanswered Question of Goldwater v. Carter, Journal of International Law and Economics, Vol.14, No.2, 1980, p.302, note 7.

⁹⁶ US Senate Committee on Foreign Relations, 95th Congress, Termination of Treaties: The Constitutional Allocation of Power, 1978, pp.395 and 399.

⁹⁷ Congressional Record, Vol. 125, Part 1, 1979, p.475, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CRECB-1979-pt1/pdf/GPO-CRECB-1979-pt1-2-2.pdf>.

观点，⁹⁸以及支持总统单方面终止条约的观点⁹⁹均得到阐述。听证会结束后，外交关系委员会在其报告中对小哈里拜德提交的议案进行了重大修改，承认总统拥有一定程度的单方面退约权。在参议院收到外交关系委员会的报告后，小哈里拜德提出动议要求用自己的最初议案取代外交关系委员会修改后的议案。该动议获得参议院多数参议员支持，参议院恢复审议小哈里拜德最初提交的议案，但参议院未就该议案进行最终投票表决。¹⁰⁰鉴于参议院未进行最终投票，无法得出参议院正式反对卡特总统单方面终止条约的结论。事实上，由于此时民主党控制国会参众两院，¹⁰¹即便参议院就该议案进行了最终投票，也很难得出反对卡特总统的结果。由此可见，卡特总统之所以敢于单方决定终止条约，除了往届总统存在类似实践外，民主党控制国会参众两院也发挥了很大作用。

在卡特单方面终止《美台共同防御条约》后，美国历届政府所终止或退出的条约几乎都是由总统单方面做出决定。¹⁰²这一时期，面对总统的单方面行为，国会普遍保持沉默，即便部分议员在个案中意图作出回应，但最终也是无果而终。例如，2002 年小布什单方面决定退出《反导条约》，遭到部分国会众议员的反对，他们提出反对小布什的决议案，但小布什所属的共和党控制的众议院¹⁰³并未就该议案进行投票。¹⁰⁴在特朗普第一个总统任期内，由于其所属的共和党控制参议院¹⁰⁵，所以国会未能在反对特朗普单方面退约方面有所作为。尽管特朗普单方面决定退出《开放天空条约》，被指控违反《2020 财年国防授权法》中“需要提前通知国会”的要求，¹⁰⁶但国会参众两院并未通过决议案反对特朗普的做法。此外，为了防止特朗普可能单方面决定退出北约，¹⁰⁷众议院在 2019 年通过的《北约支持法案》明确反对总统退出北约，但该法案未能获得参议院批准。¹⁰⁸

2. 总统与国会共同决定退约

尽管这一时期总统单方面决定退约的实践大量涌现，但总统与国会共同决定

⁹⁸ Treaty Termination: Hearings Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate, 96th Congress, 1st Session, 1979, pp.25–32, 223–274, 387–396.

⁹⁹ Treaty Termination: Hearings Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate, 96th Congress, 1st Session, 1979, pp. 306–312, 396–425, 426–443.

¹⁰⁰ Joseph M. Lapointe, Treaty Termination and the Presidency: Using Custom to Solve Separation of Powers Disputes, *Charleston Law Review*, Vol.14, No.1, 2020, pp.142–144.

¹⁰¹ 96th Congress (1979–1981), the Congress Project, <https://www.thecongressproject.com/96th-congress>.

¹⁰² Joseph M. Lapointe, Treaty Termination and the Presidency: Using Custom to Solve Separation of Powers Disputes, *Charleston Law Review*, Vol.14, No.1, 2020, p.190.

¹⁰³ 107th Congress (2001–2003), the Congress Project, <https://www.thecongressproject.com/107th-congress?rq=107th%20congress>.

¹⁰⁴ H.R. 313, 107th Congress, <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-resolution/313/text>.

¹⁰⁵ 116th Congress (2019–2021), the Congress Project, <https://www.thecongressproject.com/116th-congress?rq=116th%20congress>.

¹⁰⁶ Jean Galbraith, The Runaway Presidential Power Over Diplomacy, *Virginia Law Review*, Vol.108, No.1, 2022, p.112. 值得注意的是，《2020 财年国防授权法》中“需要提前通知国会”的要求，只是一项程序性规定，即总统将退约的决定提前告知国会。该规定既没有禁止总统退出《开放天空条约》，也没有赋予国会在是否退约问题上的决定权。

¹⁰⁷ Curtis Bradley and Jack Goldsmith, Constitutional Issues Relating to the NATO Support Act, January 28, 2019, <https://www.lawfaremedia.org/article/constitutional-issues-relating-nato-support-act>.

¹⁰⁸ H.R. 676, 116th Congress, NATO Support Act, <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/676/text>.

退约的实践并未绝迹。例如，美国 1976 年《渔业养护和管理法》颁布之后，发生了多起美国退约实践。由于该法给美国建立了 200 英里的渔业养护区，在该区域内美国可以行使专属管理权。该法指令美国国务卿重新谈判涉及美国渔业养护区内捕鱼活动的任何条约，以确保重新达成的条约符合该法要求。对于在合理期限内无法重新谈判的条约，该法要求美国应当退约。依据该法，美国退出了 1949 年《西北大西洋渔业公约》和 1952 年《北太平洋公海渔业公约》。¹⁰⁹卡特执政时期，由于一系列归化条约中某些条款被最高法院认定违宪，从而使得这些条约不可执行，并且参议院也支持终止这些条约。行政机关经与参议院外交关系委员会协商后，通知终止这些条约。¹¹⁰2019 年美国国务卿蓬佩奥（Pompeo）通知俄罗斯美国将退出《中导条约》，事实上也就是根据国会的制定法授权。美国国会自《2016 财年国防授权法》起，便要求行政机关判断俄罗斯是否遵守条约，以及制定计划反制俄罗斯可能的违约。¹¹¹

综上所述，从美国建立到 20 世纪初的历史实践表明，美国退约需要国会或参议院的批准。不仅国会或参议院几乎全部参与退约程序，总统也认为需要国会或参议院参与退约。这一时期有关退约主要的争端主要集中在国会内部，即到底是全体国会还只是参议院参与退约。这一时期的历史实践表明，美国建立者不认为宪法赋予总统单方面退约权，而是反对总统单方面退约权。¹¹²但从 20 世纪初期开始，伴随着行政权力的扩张，美国在退约领域的实践已经从国会与总统共同决定退约逐渐转向总统单方面决定退约。特别是在 20 世纪 30 年代以后，美国总统单方面退约的实践已经比较普遍。尽管在少数情况下，国会内部有部分议员试图反对总统单方面退约，但由于总统所属党派控制参议院或众议院，致使国会作为整体无法正式表示反对。因此，相较于 20 世纪之前的退约实践，国会在 20 世纪之后的退约实践中的长期不作为，助长了支持总统单方面决定退约的主张。

六、退约权的司法判例

面对总统单方面退约未遭到国会有力反对的局面，反对总统单方面退约的人还尝试通过司法途径来限制总统权力。截至目前只有三起案件涉及该问题，即“戈德华特诉卡特案”（Goldwater v. Carter）、“灯塔产品公司诉里根案”（Beacon Products Corp. v. Reagan）和“库钦奇诉小布什案”（Kucinich v. Bush）。

“戈德华特诉卡特案”作为美国总统单方面退约问题的第一案，始于卡特宣布终止《美台共同防御条约》。卡特在 1978 年 12 月 15 日宣布，美国将承认中华人民共和国政府是代表全中国的唯一合法政府并且终止《美台共同防御条约》。¹¹³

¹⁰⁹ J. Terry Emerson, The Legislative Role in Treaty Abrogation, *Journal of Legislation*, Vol.46, 1978, pp.63-64.

¹¹⁰ Catherine Amirfar and Ashika Singh, The Trump Administration and the “Unmaking” of International Agreements, *Harvard International Law Journal*, Vol.59, No.2, 2018, p.453.

¹¹¹ Joseph M. Lapointe, Treaty Termination and the Presidency: Using Custom to Solve Separation of Powers Disputes, *Charleston Law Review*, Vol.14, No.1, 2020, pp.194-195.

¹¹² Curtis A. Bradley, Treaty Termination and Historical Gloss, *Texas Law Review*, Vol.92, 2014, pp.800-801.

¹¹³ President Jimmy Carter, Address to the Nation: Diplomatic Relations Between the United States and the

美国国务院于 1978 年 12 月 23 日，正式通知台湾当局将于 1980 年 1 月日终止该条约。¹¹⁴针对卡特终止条约的行为，参议员戈德华特联合其他 8 名参议员和 16 名众议员向哥伦比亚特区联邦地区法院提起诉讼，提出三项诉求：首先，请求法院宣告卡特试图终止《美台共同防御条约》的行为违宪、不合法且无效；其次，禁止卡特实施条约终止；最后，美国终止《美台共同防御条约》的任何决定必须与全体国会进行充分协商，并且经参议院咨议同意或者经参众两院批准。¹¹⁵地区法院支持原告诉求，宣布总统未经参议院三分之二同意或者国会参众两院多数同意，不得终止《美台共同防御条约》，具体理由包括三点：首先，条约作为美国的最高法律，总统负有尽力切实执行法律的责任，而终止条约不属于尽力切实执行法律；其次，作为宪法制度核心内容的分权原则和制约平衡，反对政府任何机关享有不受制约的权力，这一点同样体现在终止条约之中，即终止条约属于共享权力，不得专属于行政或立法机关；最后，在终止条约的大多数先例中，总统在对外发出终止条约通知前，都获得了国会或参议院的批准，因此先例支持终止条约是由总统和国会共享的一项权力。¹¹⁶不难看出，地区法院的判决主要依据前文所述的“对称性原则”和“类比制定法”。

在地区法院作出判决后，被告上诉至哥伦比亚特区巡回上诉法院，上诉法院在判决中撤销了地区法院原判决，认可总统有权在没有获得参议院或国会同意的情况下终止《美台共同防御条约》。首先，上诉法院否定了地区法院判决的主要依据：（1）宪法有关缔约规定不会自动适用于退约，正如总统任命官员与免职官员的程序并非一一对应；（2）将条约类比制定法并不合适，即便二者具有最高法律的特征，也不意味着可以将退约程序类比撤销制定法的程序；（3）先例的多样性致使无法得出决定性的基础，以便据此判断退约权是否由总统与参议院或国会共享。其次，上诉法院给出了总统可以终止《美台共同防御条约》的主要理由：

（1）宪法关于缔约须经参议院三分之二同意的要求，属于对总统行使宪法第 2 条中特定权力的特别限制，非经宪法明确规定不得推定存在，所以将这一特别限制扩展至条约终止是不合理的；（2）宪法第 1 条授予国会的权力是具体和有限的，而第 2 条以概括方式授予总统权力，未对总统的外交权力施加须经参议院三分之二同意的限制；（3）如果总统终止条约需要参议院三分之二同意，会影响总统处理外交事务的效率以及国家利益；（4）总统是联邦政府处理国际关系的唯一机构，这意味着总统在外交领域不仅限于沟通职能，也包括美国针对条约采取行动的积极决策；（5）《美台共同防御条约》中含有终止条款，允许一方提前一年

People's Republic of China (Dec. 15, 1978), in Public Papers of the Presidents of the United States: James E. Carter, Jr. (1978, Book II), pp. 2264-2265.

¹¹⁴ Serge G. Martin, The President's Power to Terminate Treaties: The Unanswered Question of Goldwater v. Carter, *Journal of International Law and Economics*, Vol.14, No.2, 1980, p.302, note 7.

¹¹⁵ Guy M. Miller, Treaty Termination under the United States Constitution: Reassessing the Legacy of Goldwater v. Carter, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 27, No. 4, 1995, p.862.

¹¹⁶ Goldwater v. Carter, 481 F. Supp. 949 (D.D.C. 1979), pp.962-965.

通知另一方终止条约，参议院当年在批准该条约时未对援引终止条款设定条件，那么终止条约的权力自然落在总统身上。¹¹⁷除了历史先例和《美台共同防御条约》的终止条款外，上诉法院的判决理由在前文“归属条款”、“类比任命条款”和“功能性考虑”中均有体现。如前文所述，相较于主张总统和国会共同决定退约，支持总统单方面退约权的观点的说服力较弱，因此上诉法院据此认定总统可以单方面退约引起许多学者的不安，¹¹⁸认为该判决充斥着逻辑混乱、自相矛盾以及彻底否定分权原则，上诉法院更多是基于政策考虑而非合宪性考虑，以免美国的外交政策变得无力。¹¹⁹

初审原告不服上诉法院的判决，上诉至最高法院，最高法院并没有选择支持地区法院或上诉法院的观点，而是命令撤销上诉法院的判决，将案件发回地区法院并指令地区法院驳回原告诉求。最高法院这一决定基于两点理由：首先，本案属于不可司法的政治问题。本案争议焦点是总统退约是否需要参议院或国会的批准，由于宪法未作明确规定，属于宪法留给立法机关和行政机关自行处理的政治问题。其次，争端尚未形成。即便政治问题属于可司法的问题，也需要等到争端产生方能诉诸法院。在美国的制度中，总统和国会存在分歧很常见。这些分歧的解决应当而且几乎总是取决于政治考量而非法律考量。司法机关应当不决定影响总统和国会之间权力分配的问题，除非总统和国会之间出现宪法僵局。否则，等于变相鼓励国会中的小团体甚至个别议员，在正式的政治程序有机会解决总统和国会的冲突之前，诉诸司法程序解决问题。在本案中，尽管参议院正在审议一项决议案（声明终止条约需要参议院批准），但尚未进行最终投票，所以不能说国会拒绝总统的主张。如果国会选择不反对总统的行为，那么法院也无须反对。¹²⁰

在“灯塔产品公司诉里根案”中，与尼加拉瓜有商业往来的原告，因里根总统决定终止美国与尼加拉瓜之间的《友好通商航海条约》遭受损失而诉至马萨诸塞州联邦地区法院，主张总统未经国会的批准不得终止条约。地区法院援引了最高法院在“戈德华特诉卡特案”中的“政治问题不具有可司法性”的观点，认为里根总统能否终止条约同样属于不可司法的政治问题，据此驳回原告诉求。¹²¹同样，在“库钦奇诉布什案”中，针对原告指控小布什总统未经国会批准而单方面退出《反导条约》，哥伦比亚特区联邦地区法院援引“戈德华特诉卡特案”，认为布什总统能否单方面退约属于不可司法的政治问题，据此驳回原告诉求。¹²²

在上述三起案件中，“戈德华特诉卡特案”无疑是最为重要的，其余两个案件

¹¹⁷ Goldwater v. Carter, 617 F.2d 697 (D.C. Cir. 1979), pp.703-708.

¹¹⁸ Guy M. Miller, Treaty Termination under the United States Constitution: Reassessing the Legacy of Goldwater v. Carter, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 27, No.4, 1995, p.866.

¹¹⁹ Alan C. Swan, The Constitutional Power to Terminate Treaties: Who, When, and Why, Yale Studies in World Public Order, Vol.6, 1979, pp.162-163.

¹²⁰ Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979), pp.996-1006.

¹²¹ Beacon Products Corp. v. Reagan, 633 F. Supp. 1191 (D. Mass. 1986), pp.1193, 1198 and 1199.

¹²² Kucinich v. Bush, 236 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2002), pp. 2, 15-17.

都在援引“戈德华特诉卡特案”的判决。尽管有观点认为最高法院在“戈德华特诉卡特案”中回避处理实体问题，使得“戈德华特诉卡特案”不能作为支持总统有权单方终止条约的先例。最高法院的回避态度，使得司法机关没有解决哪个机关有权终止条约的问题。¹²³但事实上，最高法院已经暗示了自己的立场，即对于宪法没有明确授予立法或行政机关的退约权，双方都可以积极争取，双方的态度决定了司法机关是否选择介入。如果双方就退约权问题争执不下，司法机关会选择介入解决。反之，如果任何一方一直表现消极，可以理解为其放弃主张退约权，那么司法机关就没有介入的必要。很明显，国会面对总统单方面退约行为所表现出的消极态度，使得法院没有必要再去反对总统单方面退约行为。

七、结论

宪法中的退约权之争源自于宪法规定上的缺失，行政权试图在条约事项上进行扩张，以及立法权试图限制行政权的扩张。总统和国会共同决定退约与总统单方面决定退约的各自支持者从不同角度进行了分析论证。尽管支持总统和国会共同决定退约的观点更具说服力，但退约的历史实践与理论出现了偏差。自美国建立到 20 世纪初的一百多年里，关于退约问题已经通过实践形成了被广为接受的行为模式——国会和总统共同决定退约。这意味着国会获得了参与退约的先机，只要国会力保这一行为模式得以延续即可。但随着行政权力的扩张，从 20 世纪初期开始，美国在退约领域的行为模式已经从国会与总统共同决定逐渐转向总统单方面决定。特别是在 20 世纪 30 年代以后，由于国会的长期不作为，总统单方面退约的实践已经比较普遍，助长了支持总统单方面决定退约的主张。此外，虽然最高法院没有明确处理退约权的归属问题，但也表明国会在总统单方面退约问题上的消极不作为，将无助于国会对退约权的主张。因此，当前在退约权问题上，呈现出总统单方面决定退约的发展趋势。

有学者指出，即便总统单方面退约的实践在增加，但数量有限且缺乏连续性，而总统与国会共同决定退约的实践仍然存在，所以主张行总统单方面退约构成宪法习惯的观点较弱。¹²⁴该观点具有一定的说服力，特别是考虑到截止目前国会和总统共同决定退约的存续时间要长于总统单方面决定退约的存续时间。但随着时间的推移，只要国会不提出反对，总统单方面决定退约的实践会不断增加，从而弥补现有数量和连续性上的不足。因此，如果国会未来在退约问题上继续保持沉默，只会愈发有利于总统主张有权单方面决定退约。一旦总统获得单方面决定退约的宪法权力，总统的个人意志便可对外转化为美国对待条约的国家意志。如果总统奉行单边主义，那么仅凭一己之力便可使得美国退出重要的双边或多边条约。总统在宪法上享有单方面退约权不仅打破了立法机关和行政机关之间的制约平

¹²³ Kristen E. Eichensehr, Treaty Termination and the Separation of Powers, Virginia Journal of International Law, Vol.53, No.2, 2013, p.263.

¹²⁴ Joseph M. Lapointe, Treaty Termination and the Presidency: Using Custom to Solve Separation of Powers Disputes, Charleston Law Review, Vol.14, No.1, 2020, p.198.

衡，也可能产生外溢效果损害国际多边主义。因此，要想避免总统在未来垄断退约权，国会有必要改变目前消极不作为的态度。但就特朗普第二个总统任期而言，国会依然难以在反对总统单方面退约问题上有所作为。特朗普在开启第二个任期后，随即宣布退出《巴黎协定》和世界卫生组织。¹²⁵ 尽管《巴黎协定》和《世界卫生组织宪章》不属于联邦宪法第 2 条中条约，¹²⁶ 但特朗普决定再次退出，表明其在处理外交事务时仍然坚持单边主义。这意味着，特朗普在必要时可能会决定退出联邦宪法第 2 条中条约，其中潜在的对象就包括《北大西洋公约》。由于特朗普所属的共和党获得了第 119 届国会参众两院的多数席位¹²⁷，所以即便特朗普决定退出联邦宪法第 2 条中条约，国会也难以进行有效反对。

¹²⁵ Putting America First In International Environmental Agreements, January 20, 2025, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/putting-america-first-in-international-environmental-agreements/>; Withdrawing the United States from the World Health Organization, January 25, 2025, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/withdrawing-the-united-states-from-the-worldhealth-organization/>.

¹²⁶ 尽管美国国内对于《巴黎协定》到底属于何种行政协定存在不同看法，但从《巴黎协定》没有被提交参议院而是由奥巴马总统直接签署生效的实践来看，可以确定其不属于联邦宪法第 2 条中条约。Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, Presidential Control Over International Law, Harvard Law Review, Vol.131, No.5, 2018, p.1249; Withdrawal from International Agreements: Legal Framework, the Paris Agreement, and the Iran Nuclear Agreement, Congressional Research Service, 2018, pp.17-18. 同样，美国并没有将《世界卫生组织宪章》视为联邦宪法第 2 条中的条约，而是作为国会行政协定，由国会参众两院通过联合决议案批准总统接受《世界卫生组织宪章》加入世界卫生组织。Oona A. Hathaway, Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States, Yale Law Journal, Vol.117, No.7, 2008, p.1300; Joint Resolution Providing for membership and participation by the United States in the World Health Organization and authorizing an appropriation therefor, June 14, 1948, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad052.asp.

¹²⁷ Kaia Hubbard, GOP majority begins 119th Congress with lengthy list of legislative priorities, CBS News, January 3, 2025, <https://www.cbsnews.com/news/119th-new-congress-to-do-list-priorities/>.

比例原则在条约价值冲突协调中的适用张力与路径选择

杨欣 中国石油大学（华东）文法学院讲师

摘 要：国际法面临的复杂局面和多重挑战导致条约价值的多元化趋势，引致条约价值冲突，包括分属不同条约体制之间、同一条约体制内部、同一条约体系内部价值目标之间的冲突。然而，条约解释以及优先性原则等传统条约冲突协调方式无法应对条约价值冲突协调的难题。比例原则在国际法领域具有广泛的条约法基础，能够为条约价值冲突协调提供技术工具，在适用结果上能够最大程度保全国际法价值，同时，价值通约为其适用提供了可行性，因此，比例原则在条约价值冲突协调中具有适用空间。在比例原则的具体适用中，适当性、必要性和均衡性为条约冲突的协调提供了有价值的指导框架。比例原则并非适用于所有的条约价值冲突场景，具有一定的边界和局限，当涉及到国际社会核心价值、不可分的价值以及价值通约的情形时不能适用。

关键词：比例原则 条约价值 条约冲突

随着国际社会面临新问题的不断涌现和国际秩序的不断演进，全球面临气候变化应对、政治危机协调、网络空间治理等多重难题，现行国际法的有效适用和国际新规则的形成均面临重大挑战。当前复杂局面的应对依赖于国际规则特别是条约作用的发挥。然而，国际法多重挑战导致的现实问题是国际法目标的多样化和复杂性，这在条约方面表现更为明显。例如，当前局势下，各种条约中环境和贸易的复杂关系更加凸显，气候变化目标的达成与投资者保护之间的矛盾逐渐浮现，昭示着条约之间不仅具体规定之间存在冲突的可能，条约价值之间亦存在固有冲突。大多数情况下，《维也纳条约法公约》为条约规则冲突的协调提供了有效指引，而面对更为抽象的条约价值冲突则亟待引入新的有效协调手段。比例原则早已突破传统行政法的藩篱，不仅在其他国内部门法中的适用得到广泛讨论，在国际法领域亦具有适用基础，在条约价值冲突协调中能够发挥不可替代的作用。

一、适用背景：条约价值多元化趋势及冲突复杂性

条约价值既秉承了自然法的本性，又呈现出多元的形态，更在时间层面上不断演变。条约价值的多元性可能带来价值冲突与价值困境。价值多元化虽然丰富了价值主体的主体性，但同时却带来了对同一价值的差异性解释以及不同价值之间的结构性矛盾与选择性悖论。条约价值多元化可能导致一个条约与另一条约的价值之间存在矛盾之处导致两个条约的价值无法同时得到实现，或者对一个条约价值的遵守将导致对另一条约价值的折损，即导致两个条约之间的

价值冲突。条约价值的多元化及其复杂成因导致条约价值冲突的多样化表现，也使其呈现出不同于条约规则冲突的不同特点，需要不同的协调方式。

（一）条约价值属性厘清

探索条约价值冲突的方法路径，必须首先厘清条约价值属性。条约价值与条约原则相伴相随，存在密不可分的关系，而与条约规则存在明显区别。

1. 条约的价值与条约原则

从概念来讲，价值与原则属于不同的概念类型。价值则表明何种事物或状态是值得追求的，而原则具有义务属性。由此可见法律原则属于法律规范范畴，而价值则不是。虽然价值与原则之间并不完全等同，但不能否认的是价值和原则之间存在极为紧密的联系。在自然法学派看来，法律的发展总是遵循一定的价值原则并体现一定的价值追求，这表明法律价值与原则之间存在内在关联。在条约法视阈下，亦是如此。

其一，条约原则是实现条约价值的手段。当一种行为体现了某种价值或者有助于实现某种价值，我们认定其是义务性的。反言之，价值之中蕴含有助于其实现的义务性规范。在法理学、伦理学以及政治哲学中，这种一般性的义务性规范被称为原则。¹条约的产生皆是为了实现某种主要价值，除了具体的义务性规范之外，其中也存在条约的原则，通常与条约的宗旨和目标一样，存在于条约序言之中，与条约价值实现具有直接的关联。

其二，条约价值与条约原则可进行概念转换。在法律推理视阈下，根据阿列克西的观点，法律推理更倾向于使用原则模式而非价值模式，因为原则比价值更直接、明确地体现了法律强制性的特点。²事实上，原则与价值之间存在概念转换的可能性，通过价值模式来进行法律推理亦完全可行。³条约原则在本质上是要求实现特定条约价值的义务性规范，因此条约价值多元化和冲突会导致条约原则冲突。有学者甚至持有这样的观点，即“可以将原则冲突与价值冲突视为同一种冲突，一个是基于道义逻辑的表现，另一个则以价值观念为其外在特征。”⁴以此推论，条约价值冲突与条约规则冲突虽然不能一概而论，但是在特定情境下两者界限并不明确。

2. 条约原则冲突与条约规则冲突

原理理论视阈下，可以将法律规范分为规则和原则，在阿列克西看来，一种规范若非原则，便是规则。⁵根据德沃金法律原则理论，原则与规则的主要

¹ 参见陈坤：《法律推理中的价值权衡及其客观化》，载《法制与社会发展》2022年第5期，第157页。

² See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p.92-93.

³ 参见陈坤：《法律推理中的价值权衡及其客观化》，载《法制与社会发展》2022年第5期，第157页。

⁴ 参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法律规则与法律原则》，张青波译，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》（总第13期），北京大学出版社2008年版，第14页。

⁵ 参见陈显武：《论法学上规则与原则之区分——由非单调逻辑之观点出发》，载《台大法学论议》2004

区别如下：⁶

首先，适用方式不同。在具体情境中，所采取的行动不仅要实现某种特定价值，还需考量与其相关的特别是存在在冲突关系的价值，由于原则与价值的直接相关性，当某一行动涉及多重价值时，就要进行原则的权衡，换言之，需要对不同的原则旨在实现的价值之间进行权衡。与之相反的是，规则在被制定时，已经对其所适用的事实类型需要考虑的价值因素进行过衡量，即规则本身已经“凝结”了价值权衡的结果，因此无需在适用中再次权衡。

其次，适用结果不同。阿列克西与德沃金的观点在这个方面是一致的。⁷规则本身即明确了适用的条件，并以“全有或全无”的方式适用，因此在具体适用中能够决定一个确定的结果，具有确定性特征；与规则不同的是，原则并非直接决定结果，只提供做出决定的指引，并非针对问题本身，而为是非正误的判断提供明晰的标准，但这样的标准并不是非黑即白、非此即彼的，而是具有一定的延展性空间，可以在不同的立场、考虑不同因素的基础上进行权衡、比较、取舍、妥协。⁸

最后，是否存在重要性维度不同。原则具有权重或重要性维度，因此，当两个不同的原则相互冲突时，需要通过比较它们的权重来解决冲突；而规则并不具备这一维度，因此发生冲突时只能通过宣称其中一个规则无效来解决。⁹

在条约法领域，廖诗评早就指出，根据冲突内容同样存在条约原则冲突与条约规则冲突之分，具体而言，包含“原则-原则”“原则-规则”“规则-规则”三种情形。¹⁰条约价值冲突主要与原则冲突相关，前文所述，有时两者可以等同，表现为不同条约基本原则和基本精神方面存在着不一致或者抵触。条约原则冲突与条约规则冲突之间的不同亦遵上述循德沃金和阿列克西的结论，决定了在协调方式上的差异。

3. 条约价值冲突多重属性

国际法规则的设定与运行必然追求某种社会价值目标，这些价值目标之间可能存在矛盾。¹¹条约价值冲突的客观性和真实性正是基于这一基本论断。从属性上划分，条约价值冲突是真实冲突且属于原则冲突范畴。

年第1期。

⁶ See R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 14-16.

⁷ See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 57-58.

⁸ 在法理学上对于原则具有“权衡”意义的讨论，参见[美]德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书1998年版，第82—94页；[美]德沃金：《法律帝国》，李长青译，中国大百科全书1996年版，第176页以后；[美]迈克尔·D.贝勒斯：《法律的原则：一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书1996年版，第11—14页。

⁹ See Ronald Dworkin, *The Model of Rules*, in Ronald Dworkin (ed.), *Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 24-27.

¹⁰ 参见董皞：《法律冲突概念与范畴的定位思考》，载《法学》2012年第3期，第47页。

¹¹ 参见何志鹏：《国际法哲学导论》社会科学文献出版社2013年版，第153页。

首先, 条约价值冲突是真实冲突。区分条约真实冲突与虚假冲突区分的关键在于能够通过条约解释的方式调和矛盾。虚假冲突的发生, 往往源于条约字面上的表面的误读或语义模糊而产生的分歧, 并不产生实质违反情势, 这种表面的分歧大多由用语的歧义等产生, 条约解释能有效消弭虚假冲突。对真实冲突而言, 往往是难以同时满足两个条约的要求, 这种冲突并非表面和虚假的, 因而条约解释甚至优先性规则往往对此无能为力。两种冲突的解决方式不同, 是区分条约“真实冲突”与“虚假冲突”的意义所在。

对于条约价值冲突而言, 并非是措辞上的模糊和用语上的分歧引致, 实践中往往表现为缔约方行为难以同时保证两个条约的价值同时实现, 其无法通过确定条约间的秩序或者条约解释来解决, 因此呼唤更新的协调路径或者协调方法论来进行协调。

再次, 条约价值冲突是原则冲突。根据德沃金法律原则理论中原则与规则在适用方式、适用结果、是否存在重要性维度方面的差异, 可以判断, 条约价值冲突与规则冲突分道扬镳, 而归于原则冲突范畴。这与前述“条约价值与条约原则可进行概念转换”的论断保持一致。因此在条约价值冲突的协调中就必须面对价值权衡的问题, 条约价值冲突协调的结果也并非“非此即彼”“非黑即白”的状态。这意味着条约价值冲突的协调思路、协调方式以及协调结果均与条约规则冲突存在本质区别。

(二) 条约价值多元化成因分析

在国际法的发展历程中, 价值追求与平衡理念是两个永恒不变的主题。从本源上来讲, 经济利益、政治权力和道德规范三大因素, 作为全球化趋势背后的三大社会学基础, 是支撑国际秩序稳定和国际法发展的关键所在, 三者之间相互制约, 形成一种动态平衡, 在国际法的构成性价值中则体现为“安全”“发展”与“人权”三大理念, 共同构建了当代国际法的多元价值体系。¹² 国际法多元化价值体系直接表现为条约价值的多元化。从具体成因来讲, 条约价值的多元化是国际法价值体系面临危机以及国际法专题自主趋势的结果, 亦是国家力量不均衡在条约上的表现。

1. 国际法价值体系自身的危机困境

国际法主体自身的多元化及其价值需求的多样化, 导致国际法并非一套统一的价值观、规范体系, 而是呈现多元化特征。亦很难自诞生之日起就呈现出包含了各种价值目标在内的复数形态。国际法价值体系和国际法具体价值目标是国际法价值层面的两个维度。前者探究国际法体系的价值基点、核心要素, 以及诸多价值之间的逻辑关联, 后者关注价值目标的多元与复杂性, 是价值体

¹² 参见杜玉琼, 袁韵: 《贸易壁垒新形态下 WTO 平衡价值冲突的路径研究》, 载《江苏大学学报(社会科学版)》, 2021 年第 3 期, 第 42 页。

系的构成单元以及内涵外延。

国际法价值体系本身的危机首先表现为价值位阶的缺失。诚然，在国际法价值体系中，存在着发展、安全、人权等核心价值，¹³它们在不同的时空维度内以各种各样的形式构成了国际法的价值体系。即使在这些核心价值之间，既存在着一直无法纾解的正义与秩序之间的价值紧张，又存在着难以调和的自由、平等与安全之间的价值冲突。¹⁴此外，国际法体系之中还存在众多具体价值目标，如国际环境保护、贸易自由、人权保障等。不论是核心价值与具体价值目标之间，还是众多具体价值具体目标之间，很难厘清其价值位阶，即很难阐述一种或几种价值凌驾于其他价值之上，或曰取得比其他价值更重要的地位，对其定位与排序是不可能完成的论证。

国际法价值体系本身的危机还表现为价值的时效性变化。价值是人对于意义的追问，法律价值是以人的需求实现为尺度去衡量法律的意义。价值会随着价值主体的变化与发展呈现出性质、程度与方向上的变迁。¹⁵这意味“哪种价值是更高的价值，因人因时而异。”¹⁶国际法价值与国际法主体密切相关。国际法的价值会随着其价值主体在其历史发展中的价值需求变化而发生改变。国际法主体众多，其自身能力与地位在时间维度上的不断发生变化，其价值需求就会随之有差异化表现，相应国际法价值也会产生变化。国际法价值的这种动态性特征使得要形成稳定的、有序的价值体系难度增加。

条约作为最直接、最有力的国际法表达，其制定与形成的过程就是国际法价值被具体化、原则化和规范化的过程，其在国际法价值指引下产生，通过条约的原则和规则体现着自身的价值追求。一般来说，条约追求的价值目标主要在条约原则条款之中得到彰显，规定具体权利和义务的规则性条款则是条约价值的具象化表达。国际法价值体系的危机导致条约价值亦呈现多元、失序、变化的特征。

2.国际法体系中专题自主的立法趋势

随着国际法律制度的发展，国际社会几乎所有问题都被纳入国际法的规制范围。然而，这些问题表现方式不同，对国际立法的需求也不同，因此很难依靠统一的国际法体系来解决。专题自主是不可避免的国际立法趋势，原因如下：

首先，国际法规范领域的细分。国际规范领域不断扩大，国际社会面临的问题的具体化，导致在国际法体系下根据调整事项的不同以及立法模式的不同，形成了诸多分支领域，如外交领事法、战争法，海洋法、空间法、人道法，人权法，

¹³ 参见杨泽伟：《当代国际法的新发展与价值追求》，载《法学研究》2010年第3期，第181-182页。

¹⁴ 参见郑实：《国际法价值体系的重塑——以风险社会理论为视角》，

¹⁵ 参见孙国华、何贝倍：《法的价值研究中的几个基本理论问题》，载《法制与社会发展》2001年第4期，第22页。

¹⁶ 参见陈嘉映：《价值的理由》，中信出版社2012年版，第80页。

国际刑法、国际环境法、WTO法、国际投资法、国际知识产权保护等，¹⁷这些不同的分支也就是国际法“次级体系”。

其次，国际立法的专业性需求。在解决不同国际法规范领域的问题时，往往需要不同的专业知识储备以及立法技术，对参与者提出更高的要求。例如，在国际原子能方面的国际法规范的形成过程中必然要展示出和其他领域不同的专业性和技术性。不同的领域有其专业性和特殊的立法需求，统一的国际法体系无法“一刀切”地满足这些特殊需求，专题自主的立法模式是解决这一问题的有效途径。

最后，国际组织主导立法的结果。国际组织是重要的国际法主体，在受到国际法规范制约的同时，也是国际立法的主导者与推动者。国际组织，特别是政府间组织在各自的职能范围内促进共识达成、推动谈判进行、主导条约形成。这些国际组织主导的立法往往以维持本组织的章程和宗旨所代表的价值为目标，形成自身场域下的条约体系，倾向于扩大自身主导的条约的适用范围，排斥其他国际条约主导下的条约。在涉及同类事项时，不同的国际组织之间可能出现条约竞合的问题。

在专题自主的立法模式下，国际法不同规则之间逐渐分离，造法性条约在不同的历史性、功能性和区域性的“次级体系”中独立发展，形成不同的“条约体制”。这些条约体制表现出显著的专业性、自足性和相对封闭性的特征，具有明确的目标与宗旨，并分别遵循不同甚至相互冲突的法律原则。¹⁸

3.国家力量不均衡的现实状况

由于国际法并不存在世界政府这一凌驾于国家之上的统一领导机构，因此无法体现国内法统一立法的秩序性，成为了国际法主体利益博弈和立场斗争的阵地和战果。

从历史的角度上来讲，国际社会作为契约社会而存在，各国在进行决策时往往仅考虑自身利益，而较少顾及他国权益以及整个国际社会的全局利益。大国往往推行弱化主权的主张，比如苏联时期的“勃列日涅夫主义”，以及当下美国打着“反恐”的旗帜下对主权国家实施的侵害；相反，小国则普遍坚持主权原则，坚决维护自身独立，要求“互不干涉内政”。这两种主张虽然表面上看似迥异，但本质目标都是都是孤立地谋求本国利益最大化。利益的分歧在国际法层面最终表现为原则和规则的冲突。

现实维度上，面对国际社会复杂多变的难题，一些大国着力推行自己的价

¹⁷ Report of the Study Group of the International Law Commission(Finalized by M.Koskeniemi),Fragmentation of International Law:Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law,13 April 2006,A/CN. C/L.682.P.11.

¹⁸ 参见黄炎：《国际法的碎片化与体系化:体系思维与方法的运用》，载《法律方法》2022年第2期，第400页。

值理念和意志，始终试图建立一套以自己为主导的国际规则体系，通过自身话语权将自身利益转化为条约的价值目标。他们利用国际法的名义将有利于自己一方的法律或者规范推至较高的等级，从而在国际法中就会出现等级差异，进而出现冲突。¹⁹当前霸权国家对单边主义的力推与国际社会对多边主义的需求之间，霸权行动与国际社会的人权需求之间，对霸权地位的维护与全球对民主和公平的需求之间，均存在巨大鸿沟，最终使国际规则呈现撕裂态势，使条约价值之间呈现多元趋势。

（三）条约价值冲突表现模式

根据联合国国际法委员会报告《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》，同一体制内以及不同体制间条约的冲突已经引起了广泛关注。²⁰然而，随着国际法的发展，价值多元和冲突不仅发生于条约之间，即使在同一条约内部也不再是单一的价值取向。这些条约的价值冲突使国际法碎片化这一问题呈现更加复杂的图景。

1. 不同条约体制之间的价值差异

不同条约体制间的价值差异是专题自主国际立法模式下的必然产物。如前所述，不同的国际法次级体系相对独立且特征明显，国际法体系内独立存在多个并行或者交叉的国际法分支或者部门。有部分学者甚至将国际法碎片化看作是国际法体系内的多样性和国际法分支的独立化的表现。²¹在这些国际法分支下，不同的条约形成了其独特的“条约体制”，不同的条约体制内都具有清晰的价值追求与宗旨，分别倡导不同甚至相互矛盾的法律原则。²²不同条约体制的原则、价值目标和宗旨在各自独立体制内基本保持协调和平衡，而当不同体制的条约出现交叉或竞争时，原本各自独立的规则体系间存在的潜在冲突，最终可能转化为实际冲突或表象冲突，而这些条约冲突是不同条约体制相互交叉和竞争所导致的。

不同条约体制之间的冲突，很多时候并不直接表现为具体规则冲突，而是表现为条约所归属的条约体制之间的价值目标冲突。不同的制度体系下，条约之间的价值冲突呈现出显著的特征：第一，不可避免且发生频率高，如前文所述这主要是由于国际法分支和部门的独立性和封闭性导致的，在此不做赘述。第二，从条约冲突的分类上讲，大多属于原则冲突而非规则冲突。规则之间产生冲突的结果通常是两个规则选择其一适用，且由于不同国际组织主导的条约体制自成体系，因此，这种适用往往具有排他性，一部条约中规则的适用也意味着另一规则的无效，二者的冲突无法协调。而不同体制内条约间的价值冲突与之不同，冲突的后

¹⁹ See Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 Am. Int'l L. 413 (1983), p. 413.

²⁰ See International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 256.

²¹ 参见莫世健：《国际法碎片化和国际法体系的效力》，载《法学评论》2015年第4期，第122页。

²² 参见黄炎：《国际法的碎片化与体系化：体系思维与方法的运用》，载《法律方法》2022年第2期，第401页。

果是另一价值的减损而非无效，面对原则冲突的协调，比例性原则特别是其中的衡平性原则重要性得以凸显。第三，难以通过体系解释来协调。由于归属于不同的条约体制，体系解释和体系内协调的方式适用空间不大，需要能够克服国际法次级体系间的鸿沟的更加有力的技术性手段进行协调。近年来这类案件屡见不鲜，澳大利亚烟草平装措施争端、注明的MOX Plant案²³以及国际投资领域东道国与投资者的一系列争端均是这类条约冲突的典型体现。

2.同一条约体制内部价值多元

虽然纵览国际法整幅图景，呈现出“意大利面碗”效应，除了民主、人权、法治这些根本价值追求之外，在具体价值目标上呈现交付错杂的特征。然而，这并不意味所有条约毫无章法，无律可寻，早期国际法次级体系内的条约往往被某一个或者某几个相互联结与协调的价值目标指引，形成相对体系化的条约体制，具有独特的内生逻辑和运行模式。²⁴以国际环境法为例，国际水法、大气污染防治法等专题呈现框架式立法模式，由一个框架公约提供价值指引，确定原则，引领专题内的其他协定。WTO法内部也呈现明显的体系化特征。一般来说，这些专题内部存在专门的法律适用机构或行政管理者促进地方方履约，提供本专题内一系列条约的解释和适用²⁵，有的还存在专门性的争端解决机构，即国际司法/仲裁解决机构的“扩散化”。²⁶

国际法专题内部条约的体系化特征对于保持条约的整体性和一致性固然重要，然而，这一价值目标的单一化弊端也被立法者所关注，意识到对其他价值的忽视可能导致的严重后果，因此在同一条约体制内部价值目标亦有多元化趋势，在主要价值目标之外还存在其他目标考量。例如，尽管贸易自由和贸易促进是WTO法的核心目标，但这并非其唯一目标。²⁷从《WTO协定》序言中可以看出，环境的保护与发展等也是其重要的价值目标，即“保证发展中国家的国际贸易增长份额和经济发展”和“最适宜地利用世界资源”。²⁸

有学者指出，同一条约体制内的条约冲突主要是规范性冲突，可以在缔约时通过“相互迁就”的方式尽力避免，在冲突发生后运用“协调解释”的方法予以调

²³ The MOX Plant Case(Ireland v. U.K.),Provisional Measures,Case No10,[http://www.itlos.org/index.php?id=102;Ireland v. U.K.\('OSPAR' Arbitration\),http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1158,Commission v Ireland,http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-459/03#](http://www.itlos.org/index.php?id=102;Ireland v. U.K.('OSPAR' Arbitration),http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1158,Commission v Ireland,http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-459/03#),last visited on 时间.

²⁴ 参见林燕萍、朱玥：《冲突法在条约冲突解决中的价值及实现路径——由澳大利亚烟草平装争端引发的思考》，载《中国国际私法与比较法年刊》2020年第1期。

²⁵ See Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner,Regime-Collisions:The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law,Michigan Journal of International Law25,2004,p.1011.

²⁶ See Buergenthal Thomas, Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?,Leiden Journal of International Law,Vol.14, 2001,p.267-276.

²⁷ HENRIK A.Protection of Non-Tradevalues in WTO Appel Late Body Jurisprudence:execeptions,Economic Arguments,and Eluding Question,Journal of International Economic Law,2015,18(2).

²⁸ Decision on Trade and Environment, WTO, <https://www.wto.org/english/docse/legal-e/56-dtenve.htm>,last visited on Feb.11,2020.

和。但是，随着更多价值的引入，同一条约体制内看似不兼容的目标产生冲突时，单纯地依靠“协调解释”难以达到目标效果，应当根据一定的原则地指引进行平衡取舍，比例原则无疑是协调这些原则与目标的一个基础性的有效的原则。

3. 同一条约价值目标的多元化

早期的条约中对于其他价值的兼顾主要通过例外条款的纳入得以彰显。²⁹新达成的条约中通过具体内容的发展变化完成对其他价值的保护，北美自由贸易协定是包含以接受环境和劳工标准为条件的第一个主要协定。³⁰大多数新一代自由贸易协定都包含非贸易目标条款³¹，最新签订的自由贸易协定中几乎都包含环境保护和劳工权利的最低标准。在一些学者看来，“核心劳工标准植根于基本人权，而环境保护，最近基于全球变暖时代的域外影响和历史意义，是人类普遍关注的问题。”³²最典型的例子是在跨大西洋贸易和投资伙伴关系

(TTIP) 谈判过程中，欧盟委员会就曾主张“.....贸易不仅关乎我们的经济利益，也关乎其他价值追求。这就是为什么我们在欧盟-美国的贸易谈判中提出了一个非常雄心勃勃的可持续发展方案。”³³可见，贸易和非贸易价值之间的紧张关系在新一代自由贸易协定的背景下突出，这些价值目标之间的冲突已经成为国际贸易的主要问题之一。³⁴

这种同一条约内部的价值冲突不仅发生于国际贸易领域的条约之中，考察最其他条约体制新达成的条约，在纳入多重价值关切、追求多元价值平衡的发展过程中，不可避免面临此种多重价值之间紧张关系的困扰。这显然超出了联合国国际法委员会《国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难》中的预设的框架，导致更复杂的条约冲突问题的产生，需要引入更新的协调方式。

二、适用基础：比例原则在国际法中的适用张力

比例原则作为判定手段与目标之间的最重要的原则，也是价值权衡的有力手段，正在经历由狭义到广义的发展趋势，逐渐突破部门法之间的界限，学者

²⁹ 在此方面最典型的例子就是 WTO 的一般例外及安全例外规定。

³⁰ See David A. Gantz et al., *Labor Rights and Environmental Protection under NAFTA and Other U.S. Free Trade Agreements*, 42 THE U. OF MIAMI INTER-AM. L. REV. 297, 308 (2011).

³¹ See James Harrison et al., *Governing Labour Standards through Free Trade Agreements: Limits of the European Union's Trade and Sustainable Development Chapters*, 57 J. OF COMMON MKT. STUD. 260, 261 (2019).

³² See James A. Gross & Lance Compa, *Human Rights in Labor and Employment Relations: International and Domestic Perspectives 2* (James A. Gross & Lance Compa eds., 1st ed. 2009); See also *Global Environmental Change: Understanding the Human Dimensions 44* (Paul C. Stern, Oran R. Young & Daniel Druckman eds., 1992).

³³ European Commission Press Release IP/15/5993, *EU to Pursue the Most Ambitious Sustainable Development, Labour and Environment Provision in TTIP* (Nov. 6, 2015).

³⁴ See Trade Interests and Extraterritorial Value Considerations in New-Generation Free Trade Agreements: The Psychology of Redirection [article] Legal and Business Articles Journal of International Business and Law, Vol. 19, Issue 2 (2020), pp. 128-161 Nagy, Csongor Istvan

们不断力证其在民法、刑法等其他部门法中适用的正当性，寻求其在其他部门法中的适用的路径。比例原则不仅在国内法中呈现蓬勃生命力，在国际法层面亦有适用的理论基础以及条约基础，并且已在实践中得到反复适用和印证，显示出在国际法领域的适用张力。

（一）比例原则在国际法中适用的法理基础

比例原则作为一种正义的抽象理念，逐渐被解决机构争端中接受并援引用以协调价值冲突。当前对于比例原则在国际法中的适用，主要有作为一般法律原则直接适用、通过条约解释间接适用和作为元规范适用三种观点。

1. 作为一般法律原则直接适用

虽然始终有部分学者对于将比例原则作为一般法律原则持否定态度³⁵，但在现实实践中，一部分仲裁庭已经将比例原则作为国际法渊源体系中的一般法律原则进行适用。在Occidental v.Ecuador一案的审理中，仲裁庭明确地认可了将比例原则作为一般法律原则进行适用观点。³⁶

国际法委员会的结论指出，对于某一项法律原则的认定主要通过两种方式的检验：首先，可以在各国国内法体系中找到被广泛接受的法律原则；其次是可以直接从国际法体系中寻找与之相关的法律原则。³⁷关于比例原则是否能够作为一般法律原则直接适用的争议，在于持否定论者认为其不能满足“各国国内法体系中找到各国普遍接受的法律原则”这一要求。

从各国国内法体系考察来看，一方面，比例原则自德国发源后历经长期发展，影响早已波及诸多国家和地区的国内法。从法系角度看，比例原则已然跨越大陆法系和普通法系的界限，在大陆法系国家得到普遍认可，³⁸英国、澳大利亚、新西兰甚至是美国等普通法系国家也并未对其置若罔闻，而是对其广泛研究并进行引鉴。在一些长期排斥甚至拒绝比例原则的国家和地区，比例原则也得到了传播和适用。在大多数国家的法律体系中都可以找到与比例原则有关的描述或比例原则，这是不可否认的客观事实。³⁹

对于第一重检视中“各国国内法体系中得到公认”这一标准，国际法委员会并未指出“各国”具体指多少个国家，也并未明确什么程度的国内法共有原则才能被具体适用于国际法院裁判案件之中，这是一个需要具体斟酌裁量的问题。

40

³⁵ 参见何焰、谷放：《比例原则在国际投资仲裁中的适用反思：场域边界与规范张力》，载《武大国际法评论》2023年第2期，第141页。

³⁶ See Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, para. 427.

³⁷ See Xuan Shao, *What We Talk about When We Talk about General Principles of Law*, 20 Chinese Journal of International Law 221 (2021).

³⁸ 参见陈新民：《德国公法学基础理论》，山东人民出版社2001年版，第389页。

³⁹ 参见刘权：《比例原则适用的争议与反思》，载《比较法研究》2021年第5期，第179-180页。

⁴⁰ 参见王冬蓉：《论国际习惯与一般法律原则的区别》，载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2018年第

否定论的第一重顾虑是比例原则存在的国家数量不够广泛，实际上在国际法委员会尚未对“各国”数量做出明确要求的情况下，判断比例原则在各国国内法体系中的存在，不仅要从国家的绝对数量上去衡量，还需衡量这些国家法律体系的影响力，从比例原则的影响的法系来看，国际上影响力较大的两大法的代表国家都不同程度上对比例原则进行了承认，实际影响力早已纵深于两大法系之中。

否定论的第二重顾虑是不同国家国内法体系中的比例原则在内涵和结构上存在差异，并不完全相同。有学者指出，比例原则先后历经以国别为基础的继受模式、以区域法为契机的整合模式和以全球化为背景的建构模式。在继受模式下，各国比例原则的功能和形态尚未发生实质性变化。⁴¹在整合模式下，比例原则的位阶秩序、审查密度、功能和形态均有一定转变。⁴²在全球化的大趋势下，比例原则的发展逐渐开始脱离国家、法律体系和部门界分的限制，对包含全球重要法系、超越国别和区域法、削弱公私法的传统界限、涵盖于实体法与程序法领域、深入国内和国际法的适用产生影响，呈现出全球化背景下“法律帝国之基本原则”的发展浪潮。⁴³由此可见，比例原则的结构和内涵处在不断的演变与发展过程之中。国际法委员会对于“公认”的要求并非等同于完全一致。实际上，由于各国法律传统和发展阶段的差异，各国法律体系中某项原则保持完全一致、始终如一并不现实，要成为一般法律原则应当采取核心一致的标准进行考量。因此，以各国法律体系中比例原则的表述方式和适用标准上存在某些差异就否定“公认”的存在是欠缺说服力的。尽管不同的法律体系、不同领域的比例原则在规范性表达上有所不同，但其核心目标都是寻求协调冲突与利益之间的平衡点，故应将其视为一般法律原则。⁴⁴

2.通过条约解释间接适用

条约价值冲突的协调一方面依赖于合理的工具手段，另一方面依赖于高超的裁决技术。在条约未直接将比例原则明示于条文之中时，为了回避比例原则在国际法领域直接适用的合法性纷争，避免引起争议，争端解决机构可以通过条约解释这一方式间接适用比例原则。换言之，通过条约解释的方式，争端解决机构将可以将比例原则纳入特定规范的外延范围，如此便可绕过比例原则法律依据证成这一环节。

通过条约解释间接运用比例原则，争端解决机构的灵活性和解释空间大得

S2 期，第 90 页。

⁴¹ 参见田村悦一：《自由裁量及其限制》，李哲范译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 185-186 页。

⁴² 参见陈璇：《正当防卫与比例原则》，载《环球法律评论》2016 年第 6 期第 39 页。

⁴³ Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Oregon: Hart Publishing, 1999, P.65; Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, *Cambridge Law Journal*, vol.65, no.1, 2006, p.174-207.

⁴⁴ See Eric De Brabandere & Paula Baldini Miranda da Cruz, *The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective*, 89 *Nordic Journal of International Law* 472 (2020).

多。争端解决机构不再纠缠于比例原则的要件和适用限制，而是对比例原则真正的内涵加以解释。大量条约中存在“最大程度”“最小限度”“有必要”“尽最大努力”“公平合理”等措辞，争端解决机构通过对这些措辞进行解释，实现对比例原则适用性、必要性、均衡性的考查。条约条款中存在这一类表述相对模糊、未言明具体标准且昭示程度和界限的措辞，一方面可能是囿于立法条件的限制，为了消除各方分歧促进条约最终达成而采取的妥协性表述，另一方面可能是为了在个案中由争端解决机构根据具体情形而灵活作出判断。例如，大多数投资协定允许东道国在“必要的”时候对资金转移采取限制措施，然而，协定中很少对何为“必要”作出明确解释。何为“必要”关乎东道国权利与外国投资者权利保障界限的关键问题，对“必要”的解释这一重任就落在了争端解决机构头上。⁴⁵对于争端解决机构而言，最终目的是对个案做出妥善解决，而非纠缠比例原则的适用合法性，因此转而对何为“最大程度”“最小限度”“有必要”“尽最大努力”“公平合理”等作出解释即可，以此消弭各方理解的差异。

争端解决机构在实践中将比例原则作为实践中行之有效的条约解释辅助手段，在条约规定未明确哪种权利或权益优先予以保护时，或者条约中使用了需要解释的表示程度以及手段与目的之间关系判定时，通过条约解释来作出判断。然而，这种通过条约解释间接适用比例原则又对比例原则本身采取缄口不言的态度，实际上无异于掩耳盗铃。争端解决机构的解释过程本质是就是运用比例原则以解决不同权利和利益的冲突的过程。

3.作为元规范适用

不论是作为一般法律原则直接适用还是通过条约解释间接适用，都仍然局限在传统规范的框架下。有学者认为，当下比例原则的适用路径有超越传统规范立场的倾向，即“超越了原则与规则语境下的原则属性，构成了指导所有法律原则与规则适用的公设（Postulate）或元规范（mentanorm）”。⁴⁶

比例原则作为元规范的路径之一是将其置于“法理学（法哲学）化”范畴之下寻找适用空间。若置于规范立场之中，遵从释义学体系的要求，一是要求规范内涵的确定性，二是需要明确的法律渊源进行印证。前文所述，对比例原则在国际法领域适用持怀疑论的学者观点就是缺乏必要的条约法基础且在各种法律渊源中的释义缺乏一致性。⁴⁷可见，若不突破规范立场藩篱，则比例原则在国际法中的适用则会一直受到诘难，其适用空间和具体适用方式皆受到严格限制。事实上，在比例原则适用趋势中，“去规范化”的“法学理化”过程隐含其中。比例原则作为元规范，是其法哲学的回归，关注比例原则的核心，即“适

⁴⁵ 参见买木提明·热西提、沈伟：《间接征收语境下公共利益的多重维度及比例原则的解释路径》，载《中南大学学报(社会科学版)》2020年第4期第89页。

⁴⁶ 参见纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，载《政法论坛》2016年第3期。

⁴⁷ 参见何焰、谷放：《比例原则在国际投资仲裁中的适用反思：场域边界与规范张力》，载《武大国际法评论》2023年第2期，第143-144页。

度、均衡的理念和思想，因而是一项理性的行为准则”，将比例原则回归至一种理念、思想或文化，而不再将其限定在规范立场之中，苦于缺乏法释义学上的法源基础。由此，比例原则得以突破仅适用公法和国内法桎梏，适用范围延伸至广泛的部门法以及域外法之中。

比例原则作为元规范的路径之二是将其作为方法论进行适用。作为方法论适用亦是规避比例原则作为一般法律原则怀疑论的途径。将比例原则视为方法论也未否定其本体论意义，有学者认为适用上存在二元论，在国家权力领域适用时，主要体现本体论的意义；而当比例原则适用于非国家权力领域时，其运用则更多地体现为作为操作手段和程序规则方法论考量。一方面“比例原则作为一种方法论意义上的工具性原则”的观点，得到了部分学者的认可。另一方面，这也与比例原则内在的规范构造密切相关。与“目的与手段关系”的这样的理论性阐述相比，比例原则所包含的内容层次和操作细节都显得更为明晰和具体，它以“非常精细和严谨的思考模式，囊括了人类进行理想化的权衡时需要考虑的各种因素，并以步骤化、可操作化的方式呈现出来”。此外，学术理论发展与司法实践的相互补充，通过类型化或阶层化的适用模型，极大地提升了其作为方法论指引的实用性。

（二）比例原则在国际法中的适用的条约基础

比例原则广泛存在于条约之中，战争法和武装冲突法、国际人权法、WTO法中均可见其踪迹，体现了比例原则在国际法中适用广泛的条约基础。

1.战争法和武装冲突法中的比例原则

比例原则在武装冲突法中得到重要体现，这也是国际法体系中运用比例原则较早的例证，要求在使用武力时，其目的、手段以及效果方面都必须控制在合理的范围内，同时也要求在军事利益和人道主义利益之间达到一定的平衡。大多数评论家持有这样的观点：在联合国体系下，合法的武力使用仅限于《联合国宪章》第五十一条所规定的自卫和第七章规定的集体安全行动。在这两种情况下，使用武力受到习惯法要求的限制，必须受到比例原则的约束。在武装冲突法中，比例原则排除了交战各方享有无限地选择对敌人造成损害的手段合法性。自从1949年《日内瓦四公约第一议定书》和《关于保护国际武装冲突受难者的议定书》生效以来，比例原则既是武装冲突法的一项条约规定的原则，也是一项习惯法原则。⁴⁸

2.国际人权法中的比例原则

在国际人权法的框架内，比例原则主要体现为个人的人权与公共利益的边界。

⁴⁸ See Judith Gail Gardam, *Proportionality and Force in International Law* *American Journal of International Law*, Volume 87, Issue 3, July 199, p.391-413. DOI: <https://doi.org/10.2307/2203645>, last visited on 2024-3-13.

《公民权利和政治权利国际公约》⁴⁹以及《美洲国家间人权公约》⁵⁰明确纳入比例原则，规定对个人权利的限制应是必要的且与“民主社会的价值相一致”。⁵¹《欧洲人权公约》中亦有类似规定。⁵²

除了明确个人权利与公共利益的界限之外，当成员方对公约义务损抑或者克减时，也应当“严格限于紧急情况要求的程度（和期限）内”，或者“紧急情势所严格需要者”，有限度的要求，且一旦需要克减的情形消失后，应及时终止克减。⁵³这种限度和时限的要求都体现着比例原则的内涵。

3.WTO法中的比例原则

如前所述，WTO法是同一条约体制内部价值多元化的典型代表，比例原则为平衡WTO多元化的价值目标提供了更基础性的原则，贯穿于WTO协定序言及具体协定之中，既可能以直接的措辞来表现，也可能暗含于具体条款之中。

在《WTO协定》的前言部分，比例原则体现为对贸易自由化目标与其他目标的平衡。除此之外，还体现于具体协定中，如GATT、《TBT协定》、

《SPS协定》、《保障措施协定》、ATC、《反倾销协定》、《SCM协定》、GATS、《TRIPS协定》及DSU的相关条款中都蕴含着比例原则。

在WTO的法规框架内，诸如“必要”（necessary）、“合理”（reasonable）、“适当”（appropriate）、“最少贸易限制”（least trade restriction）等表述，明确地体现了比例原则的运用，强调了比例原则中对于限制措施适当性、必要性、均衡性的要求。WTO法律条文中有时甚至直接使用比例或不成比例的表述方式。很多情形下可能并不直接使用上述措辞，而是通过具体的权利和义务呈现，实质上体现着比例原则的存在。⁵⁴

以上仅是比例原则在国际法中存在例证的不完全列举，除战争法和武装冲突法、国际人权法、WTO法之外，比例原则还以明示或暗含的方式广泛存在于反措施、海洋法、条约法相关条约之中，体现了比例原则在国际条约中的旺盛生命力。

三、适用必要性：传统条约冲突协调方式的乏力

前文已论及，条约价值冲突与条约具体规则层面的冲突不同，其属于“原则冲突”范畴，不论是在协调方式还是协调结果上均与条约具体规则的冲突存在差异。条约解释和优先性原则仅在协调后者方面可大施拳脚，在条约价值冲突方

⁴⁹ 根据《公民权利和政治权利国际公约》第19条第3款，表达自由须有必要的限制，这些限制须由法律明文规定，表达自由的边界是尊重他人的权利和名誉或保护国家安全等目标所必要的限制。

⁵⁰ 参见《美洲人权公约》第13条第2款。

⁵¹ 参见范继增：《欧洲人权法院适用比例原则的功能与逻辑》，载《欧洲研究》2015年第5期，第102页。

⁵² 参见《欧洲人权公约》第10条第2款。

⁵³ 参见《欧洲人权公约》第15条和《美洲人权公约》第27条。

⁵⁴ 韩秀丽：《论WTO法中的比例原则》，厦门大学，2006年，第79页。

面却难以发挥作用。条约价值冲突协调缺乏必要的方法规范和适用原则，基于此，引入擅长“权衡”的比例原则必要性得以凸显。

（一）条约解释的有限适用

虽然《维也纳公约》第30条并未明确指出将条约解释作为解决条约冲突的途径，并且国际法委员会在2006年的报告《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》中也未将其作为冲突解决手段进行探讨，但不容忽视的是，条约解释在解决条约冲突中发挥着至关重要的作用，且这一作用贯穿于整个冲突解决过程。⁵⁵通过明确条约文本的含义和调和各方立场，条约解释有力地推动了条约的有效实施与适用。诚然，条约解释在解决条约冲突方面具有定分止争的功能，甚至在一定程度上有助于维护国际法的体系完整，缓解了国际法的“碎片化”发展趋势。然而，在实际应用中，条约的文本解释、目的解释、体系解释都存在一定的局限性，且条约解释更适用于条约的规则冲突，对于条约价值冲突的协调作用有限。

1. 文义解释：功能供给与价值协调需求错位

VCLT解释规则以“文本解释”为基础，这一点在起草材料中被多次强调。⁵⁶当条约中语意不明时引发条约冲突，特别是适用中的冲突，对用语含义进行解释是协调冲突的有效手段。然而，文本解释在条约价值冲突协调中发挥作用的的空间极其有限，其功能供给与价值协调需求大相径庭。

一方面，文义解释更适用于条约规则冲突而非原则冲突。

条约规则追求客观性和准确性，具有明确的适用条件、适用范围及适用结果，因此应当消除相互矛盾或者模棱两可，应当为缔约方提供明确的权利及义务指引。通过引入文义解释来阐释那些存在多重含义或者表述模糊的用语，可以有效缓解条约冲突。争端解决机构通过对相关用语进行解释来解决纠纷，在相互冲突的规则中进行适用选择的案例不胜枚举，如科孚海峡案。条约中存在大量关键术语缺乏界定的情形，有的是囿于立法技术的缺陷，有的是出于对关键异议的回避，为争端解决机构提供了很大的解读余地和解释负担，文本解释的适用能够有效约束争端解决机构的随意性，为条约适用结果的唯一性和确定性提供保障。

与条约规则相比，条约原则本身就不具有确定性指向，而是提供概括性指引，模糊性是其天然属性。例如，在投资条约当中，存在大量抽象和概括的表述，例如“公正与公平待遇”条款、“充分保护与安全”条款等⁵⁷，正是条约价值的

⁵⁵ 参见廖诗评：《条约解释方法在解决条约冲突中的运用》，载《外交评论(外交学院学报)》2008年第5期，第106页。

⁵⁶ See ILC, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II A/CN.4/167 and Add.1-3, p.57.

⁵⁷ 参见陆以全：《投资条约的价值冲突与整合》，载《云南大学学报(社会科学版)》2020年第4期，第127页。

体现。这种概括性表述并不是条约的缺陷或者妥协，而是作为条约原则的本质属性，其目的是为法院或者仲裁庭的个案价值选择留有余地，就条约本身而言，赋予其精确含义并无必要。因此，当此类条款与其他条约发生冲突时，需要的是选择而非解释。如前所述，条约价值冲突与条约原则冲突是不同语境下的重复表达，文本解释在条约原则冲突协调中无法发挥作用，也即失去条约价值冲突协调中的适用性。

另一方面，文义解释更擅长于表面冲突而非真实冲突。

表面冲突是指在条约之间只出现分歧，但并没有产生违反情势的情况。不同条款之间从表象上看存在不同的甚至相矛盾的规定，然而这种冲突可以通过条约之间的逻辑关系理顺或者条款含义澄清加以消弭。廖诗评以GATT1994第三条和第20条的关系为例阐述了表面的冲突的解决思路。⁵⁸但是，如果条约之间的矛盾不仅限于表面，而是在实际操作过程中真实存在冲突，那么仅依靠文义解释规则的效果就会非常有限。按照国际法委员会的表述，条约解释的初衷和目标是明确文本的真正含义，而非探寻缔约方的意图。⁵⁹文本解释是阐明文本含义的直接方式，而条约价值则属于“缔约方意图”的彰显，因此，文本解释对于条约价值冲突的协调作用有限。

2. 目的解释：与条约价值协调路径背道而驰

目的解释与条约价值冲突协调都与条约的价值与目标存在密切关联。目的解释是参照条约的目的和宗旨赋予术语解读的正当性，解释的根本目标在于实现公约的目的与宗旨。⁶⁰条约价值冲突则需要在相互冲突的条约价值之间做价值判断与平衡，最终对条约冲突做出妥善解决。虽然两者之间存在一定关联，但目的解释很难用于条约价值冲突协调之中，两者甚至可能背道而驰，原因如下：

首先，目的解释在条约法公约以及具体实践中的认可度相对较低。这是目的解释作为条约解释方法用于条约价值冲突协调的先天不足。相对于其他条约解释方法，维也纳条约法公约对目的解释持更加审慎的态度。学界有学者认为，解释结论若想获得合理性与说服力，须以文本解释无法有效填补立法空白为必要，⁶¹实务界的律师，尤其是大陆法系的律师对目的解释更是持保守态

⁵⁸ 参见廖诗评：《条约解释方法在解决条约冲突中的运用》，载《外交评论(外交学院学报)》2008年第5期，第106页。GATT1994第三条主要涉及货物贸易领域的国民待遇，明确禁止成员国在对待进口产品时实施国内税费和国内法规方面的歧视。然而，第20条则规定，在满足特定条件的情况下，成员国可以对进口产品实施限制，给予低于国内相同产品的待遇。从表面上看，这两条规定似乎存在冲突。但经过深入审查，我们发现第三条并未明文规定在任何情况下都不得对进口产品实施国内税费和国内法规方面的歧视。相反，第20条详细规定了实施贸易限制的具体情况。这表明第20条实际上是第三条规定的例外情况。进一步考察GATT1994缔结时的相关记录和资料，可以进一步证实这一点。

⁵⁹ See ILC, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II A/CN.4/167 and Add.1-3, p.57.

⁶⁰ See Haw, Malcolm N., International Law, Cambridge University Press, 2017, p.656.

⁶¹ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第154页。

度。⁶²考察目的解释在实践中的具体适用，发现公约、学界、实务界对目的解释的忌惮并非毫无道理。例如Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria仲裁案中，仲裁庭揭示了仲裁中过度依赖“目的和宗旨”，过度适用“目的解释论”方法会带来的不良后果，认为这在极端的情况下将导致缔约方意图关联性的丧失。⁶³

其次，条约目的解释与条约价值冲突协调发生的场域不同。目的解释大多发生于原则与规则的关系层面，运用昭示宗旨与目的的原则性条款完成对规则条款中术语的释义，一般发生于同一条约内部，最多发生于同一条约体系内部；条约价值冲突协调发生于原则与原则的关系层面，是对两种条约价值关系的处理，不仅发生于条约内部和同一条约体系内部，更多发生于不同条约体制之间。因此，目的解释对于常常发生于不同条约体制之间的价值冲突无法适用。

最后，目的解释与条约价值冲突中价值判断的目的不同。条约价值冲突协调需要价值判断与平衡，价值判断亦是条约解释过程中解释主体面对的重要命题。虽然两者都需要价值判断，然而，目的解释注重解释的一致性，即依据条约的目的与宗旨对具体条款的含义进行解释，希望得出具有一致性的解释结果。而条约价值冲突则志不在此，其产生是由于不同条约目的和宗旨之间存在根本性差异，因此，依赖条约目的的宗旨进行的目的解释对于协调条约冲突的作用十分有限。

3. 体系解释：无法挣脱条约体制桎梏

在《维也纳条约法公约》第31.3条(c)项中，对体系解释原则进行了详尽的阐述，强调了“上下文”的内在含义：既包括“连同弁言及附件在内之约文”，也涵盖了“所有当事国间因缔结条约所订与条约有关的任何协定”，以及“一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书”。条约须作为整体来解释，个别的部分或章节也作为整体来解释。菲茨摩里斯认为国际法院的判决实际上运用了体系解释原则并将其表述为“综合的原则”。⁶⁴体系解释不仅强调条约的内部体系性，也强调整个国际法体系的整体性和体系性。因此有学者认为，体系解释对于弥合条约价值追求之间的鸿沟，缓解国际法碎片化的负面影响，维护国际法体系。⁶⁵然而，由于体系解释本身的模糊性以及条约价值一致性的缺失，体系解释实际上难逃条约体制的桎梏，对于跨越条约体制的价值冲突的弥合往往束手无策。

⁶² See Anne Van Aaken, *Defragmentation of Public International Law through Interpretation: A Methodological Proposal*, 16(2) Indiana Journal of Global Legal Studies, 2009, p.483.

⁶³ See Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction of 8 February 2005, para.193.

⁶⁴ 参见李浩培：《条约法概论》，法律出版社2003年版，第349页。

⁶⁵ 参见冯寿波：《论条约解释对国际法体系的维护——以VCLT第31.3条(c)项为例》，载《西南政法大学学报》2014年第6期，第32页。

一方面，体系解释方法具有其自身的局限性。运用体系解释方法面临的首要困难在于，《维也纳条约法公约》本身的解释规则本身亦存在需要解释之处。有学者指出，对于第31.3条（c）项而言，哪些规则具有“相关性”难以断定，“适用于当事国间关系的”这个短语是否对可适用的国际法规则的范围有限制性作用尚未澄清，是否包含条约解释时处于生效状态的全部国际法尚未阐明。⁶⁶这些问题上的模糊和争议导致体系解释方法的适用受到一定的限制。

另一方面，体系解释适用的条件是所依据的条约持有相同的核心价值，且条约所追求的目标与遵循的原则具有相通之处，如此才能有助于阐明条约条款的真实内涵，解决条约冲突。然而，第二部分内容中已经详述，虽然国际法中存在一定的共同价值，然而涉及到不同的条约之间，价值冲突仍然是常态。只有在涉及到某些具有特殊地位的条约，如联合国宪章，以及具有共同的价值基础和相通的目标与原则的同一条约体系内部的条约时，体系解释才有发挥作用的余地。即使是体系解释，其思路也是通过其他条约的具体条款来澄清含义，进而解决条约冲突，而并非直接对条约价值本身的冲突进行协调。

（二）优先性原则的不适用性

在处理条约冲突时，优先性原则是在对相同法律框架下各条约位阶关系的衡量基础上，不将不同条约之间的冲突关系视为异常情况，而是将条约适用时产生的冲突作为常例，根据特定的调整规则对其进行协调适用或排序适用。鉴于国际法的非体系性的特点，在协调处理条约冲突时，不能直接沿用适用于国内法的优先性原则，只能根据习惯国际法和国际条约中的优先性原则来调和条约之间产生的冲突。当条约间产生冲突时，传统的协调手段主要包括后法优于先法原则、特别法优于一般法原则以及上位法优于下位法原则。但在实际操作中，国际法与国内法存在差异，若无特殊情况，各国际条约之间不存在明确的层级关系，因此上位法优于下位法原则的适用受到了一定的限制。相较于国内法，许多条约本身就存在冲突条款，这种情况下，如前所述，应当优先适用该冲突条款。所以，面对条约产生冲突的情况，国际法提供的主要协调路径有：后法优于先法原则、特别法优于一般法原则、以及冲突条款优先原则。后法优于先法原则、特别法优于一般法原则主要是通过产生冲突的条约间明确优先级关系来进行条约适用秩序的确立。冲突条款则是尊重条约本身创设的适用秩序。

1. 冲突条款优先原则的不适用性

依据《维也纳条约法公约》相关规定，适用后法优于先法原则应注意以下几点：第一，须具有相同主体，如果签订的两个条约主体不完全相同，则对该原则的适用仅发生在相同缔约主体之间。第二，签订的两个条约共同规定同一问题，

⁶⁶ 参见冯寿波：《论条约解释对国际法体系的维护——以 VCLT 第 31.3 条(c)项为例》，载《西南政法学报》2014 年第 6 期，第 32 页。

这也是冲突产生的基础。第三，签订时间靠后的条约必须遵守强行法，即不能违反《联合国宪章》第 103 条。第四，存在冲突的两个条约必须具有时间上的差异。

《维也纳条约法公约》并没有明确规定确定条约先后顺序的标准，普遍观点认为应当以条约日期为确定顺序的标准，而非批准或者生效日期。⁶⁷第五，若签订时间靠后的条约中有条款指出不能削减已存在条约规定的权力或义务，则应依照该条款规定，不得适用后法优于先法原则。该做法体现对缔约国意思自治的尊重。

后法优于先法原则的理论逻辑是：当签订的两个条约缔约主体相同时，应当认为各条约中当然隐藏着缔约国对后约更新前约默示允许的意思表示，对后签订条约的适用体现出缔约方期待新条约代替旧条约的意图，适用后法优于先法原则是对缔约国的意愿更迭最大程度的尊重。一般来说，面对同一体系内部各条约间发生冲突时，后法优于先法原则限制条件较少，其具有较大适用空间，这是基于其受相同或相似价值统领的指导。然而，如前所述，在条约价值冲突中不存在相同或相似价值统领的指导，其真正反映的是各缔约国对价值追求不一致的情况。故在条约价值冲突时适用后法优于先法原则受到诸多限制。

2. 特别法优于一般法原则的不适用性

存在一个统一的法律体系是特别法优于一般法原则发挥作用的基础。但是，通过梳理国际法不难发现，国际法具有明显的非系统性特点，其缺乏统一的立法机构，而且在国际规范形成过程中表现出一种原始和自发的状态。因此，在国际法体系中，适用特别法优于一般法原则存在诸多问题。换言之，在国际法领域内，特别法优于一般法原则本身就具有相当大的局限性。

特别法优于一般法原则若适用于国际法范畴，首先需要对“特别法”与“一般法”进行定义。有学者提出在界定条约或规则属于“特殊”还是“一般”可参照两个标准：第一，在处理同一问题时，特别法规定更加具体，具有较强的针对性和可操作性。第二，从条约主体来看，一般法在主体上可能涵盖特别法。⁶⁸然而，依国际法委员会研究，以这两个方面作为参考标准来判断，可能出现结论不一致的现象。在其报告中表明，在特定地理范围内，依据上述两个标准判断全面的区域性协定与针对特定事项的多边条约之间何者为“特别法”何者为“一般法”，会得到两种截然不同的结果。⁶⁹再如，区分贸易协定与环境协定何为“特殊法”亦相当困难。从贸易视度来看，贸易规则针对国际贸易而设立，故对贸易领域相关事项规定更加具体，而从环境角度来看，环境规则更具准确性。⁷⁰简而言之，区分“特别法”

⁶⁷ 参见国际法委员会研究组的报告：《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》，文件号 A/CN.4/L.682，第 232 段。

⁶⁸ See Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, 2003, p.389.

⁶⁹ 参见国际法委员会研究组的报告：《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》，文件号 A/CN.4/L.682，第 58 段。

⁷⁰ See Ralf Michaels and Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law*, 22 *Duke Journal of Comparative & International Law* 349(2012), p.354.

与“一般法”的难题是客观存在的。

除“特别法”和“一般法”的双重标准难题外，区分“特别法”与“一般法”还存在其他困境。“特别法”与“一般法”是相对概念，必须同时出现，不可能出现单独判断某个条约是“特别法”还是“一般法”的问题，而且同一个条约可能因参照物不同出现既评价为“特别法”又评价为“一般法”的现象。例如，条约 A 相比条约 B 规定更加具体，相比条约 C 规定比较简单，故条约 A 在与条约 B 的关系中评价为“特别法”，而在与条约 C 的关系中可能评价为“一般法”。

冲突原则的适用顺序问题亦是急需解决的问题。当两个条约产生冲突时，可能出现多个原则同时适用现象，优先适用哪项原则亦是难题。后法优于先法原则和特别法优于一般法原则开始都属于国际习惯法，但经过《维也纳条约法公约》第 30 条的规定，后法优于先法原则已被成文法予以明确，而特别法优于一般法原则则继续作为学理或习惯法存在。对于规则的适用顺序问题一直是争论的话题。对此，鲍威林教授认为，《维也纳条约法公约》第 30 条规定的后法优于先法原则是第一位的，特别法优于一般法原则随不能违背依据第 30 条得出的结果，但仍然会成为很多案件中的决定性标准。⁷¹

即使存在冲突的条约缔约方达成一致，也无法保证传统优先性原则能够有效适用。适用特别法优先原则的前提是能够区分冲突条约属于“特别法”何还是“一般法”。⁷²然而，如前所述，这并非易事，也未必会得出唯一确定的答案。由于缺乏明确标准以衡量具体程度，由两个或两个以上规范规定的主题事项的具体程度可能很难确定。⁷³即使可以确定具体程度，特别法优先原则也无法解决两个同样具体或两个同样普遍条约之间的冲突。

四、比例原则的具体适用：路径与限制

比例原则的目标是在可行的情况下，尽可能地为存在利益冲突的权利双方提供有效保护。⁷⁴但比例原则并非在任何情况下都适用，当产生冲突的两种权利都有其自身存在的合理性，能够为社会的整体发展提供价值，任何一方权利受到损失都会给社会带来不良影响，在这种情况下，比例原则才存在使用的空间。但在实际应用情境中，也就是在特定时期特定案件中出现权利冲突的情形下，需要进行适当的权衡。在国际法中，当代表两种核心价值或原则的条约产生矛盾冲突时，通过适用比例原则在两种核心价值间找到平衡点来进行冲突的处理，是其应用的主要体现。在探讨比例原则在条约冲突方面的运用时，学者

⁷¹ 参见[比]鲍威林：《国际公法规则之冲突》，周忠海等译，法律出版社 2005 年版，第 464 页。

⁷² See Martti Koskenniemi, *The Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes'*: An Outline, 2004, UN Doc ILC(LVI)SG/ FIL/ CRD.1 and Add.1, 5.

⁷³ See Nancie Prud'homme, 'Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship', 40 Israel Law Review 356(2007), p.384.

⁷⁴ See Stephan W Schill and Benedict Kingsbury, 'Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest— the Concept of Proportionality' in Stephan W Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p.93.

和律师普遍将比例原则视为衡量某一国家的军事行动是否符合国际法中有关战争与武装冲突的相关规定的重要工具。⁷⁵事实上,除了战争和武装冲突法领域,在国际法的其他方面,例如人权法、国际知识产权保护、航空法、和投资争端领域以及国际环境法中也可以发挥重要作用。⁷⁶

(一) 比例原则在条约价值冲突中的适用性分析

在关涉到条约的核心原则、主旨以及价值追求的情况下,比例原则的应用显得更为合适。比例原则实际上是比例原则在条约冲突领域的外延性适用。在协调不同条约所承载的不同核心价值,特别是需要在这些价值追求之间作出选择与适当妥协以维护整体利益时,比例原则的运用是至关重要的。

1. 比例原则为价值冲突协调提供技术工具

随着“自成体系”和“专题自主”趋势日益显著,不同条约及其相关条款通常蕴含着多元的权利和利益。在两个代表不同权利或基本利益的条约产生冲突的情境下,即产生条约价值冲突时,适用比例原则的必要性变得尤为明显。

优先性规则和条约解释面对条约价值冲突束手无策,导致争端解决机构缺乏技术工具,倾向于对条约价值冲突避而不谈。例如,林燕萍和朱玥通过对洪都拉斯等国诉澳大利亚案和莫里斯亚洲公司诉澳大利亚案进行考察,指出在不同条约体制间产生的条约冲突时,特别是不同条约体制所依赖的价值理念彼此冲突时,案件裁判者对条约冲突问题往往采取回避态度,对条约体制间的条约冲突问题进行模糊化处理或作出模棱两可裁决,缺乏有效的分析工具是至关重要的原则。⁷⁷

在个案争端解决中,条约价值冲突具象化为利益冲突。虽然在评价法学视域下,利益与价值不同,将价值视为评价利益的标准,然而,价值本身无法继续为价值之间的冲突提供权衡依据,因此,找到价值之外的方法规范十分必要。而“比例原则深植于利益冲突的思想之中,并在评价法学的土壤中发展和成熟”,⁷⁸可见其是缓解利益冲突的不二之选。

⁷⁵ See Valentin Jentner, *Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p.70.

⁷⁶ See Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p.228-35; Judith Gail Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p.2-3; Thomas M Franck, 'On Proportionality of Countermeasures in International Law' 102 *American Journal of International Law* 715(2008), p.719; Jan Klabbbers, 'Setting the Scene' in Jan Klabbbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein (eds), *The Constitutionalization of International Law* Oxford: Oxford University Press, 2009, p.35; Emily Crawford, 'Proportionality' in Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Online ed), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2010; UNHRC, 'General Comment 29: States of Emergency (Article 4)', 2001, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11; Stephan W Schill, 'Cross-Regime Harmonization through Proportionality Analysis: The Case of International Investment Law, the Law of State Immunity and Human Rights', 27 *ICSID Review* 87(2012).

⁷⁷ 参见林燕萍、朱玥:《冲突法在条约冲突解决中的价值及实现路径——由澳大利亚烟草平装争端引发的思考》,载《中国国际私法与比较法年刊》2020年第1期,第162页。

⁷⁸ 参见张兰兰:《作为权衡方法的比例原则》,载《法制与社会发展》2022年第3期,第196页。

前文所述，在国际法领域，比例原则不论作为一般法律原则直接适用还是通过条约解释间接适用，都饱受诘难和质疑，在适用上裁决者可能采取回避态度。运用比例原则进行条约价值协调，要跨越适用困境，将其视为元规范更有说服力。若将其置于“法理学（法哲学）化”范畴之下，虽然能够打破其适用范围限制，然由于过于抽象化，距离在争端解决中直接适用相去甚远，故将其作为方法论更具合理性。因此比例原则和权衡在法律适用过程中的角色也实现了从辅助工具到普遍方法的飞跃。

作为方法规范，比例原则为条约价值冲突协调提供的是形式框架和概括指引，而非答案本身。个案裁判的结果更多地取决于相互冲突且必须借助比例原则加以均衡的条约价值本身。简而言之，比例原则是寻找重新整合利益冲突的最佳方案和最优工具。⁷⁹

2.比例原则在适用结果上最大程度保全国际法价值

相较于前述的传统的优先性规则，比例原则在条约冲突协调方面具有其独一无二的优势，在面临前述冲突规则不能协调条约冲突的情况下，往往有发挥作用的空间。当两个条约所维护的核心价值产生冲突时，比例原则通过寻求平衡，在维护一种核心价值的同时最大限度地降低另一基本价值的受损程度，从而尽可能避免条约冲突可能导致的负面影响。与传统的条约冲突协调规则相比，比例原则在具体案例中对两个条约的价值进行平衡，因此具有更强的内在灵活性。⁸⁰

根据 Stephan W Schill 以及本尼迪克特·金斯伯里的研究，比例原则与优先性规则不同，其并不创设优先次序，而是为了在相互冲突的规范之间创设一种折中方法。⁸¹因此，比例原则能够在最大程度上有效保护产生冲突的两种价值。两种相互冲突的条约价值的存在对与国际社会都是有意义的，冲突的任何一方的灭失都会导致国际社会遭受损失甚至带来灾难，但是在具体情境的应用中，也就是在某一时期某一个案中出现权利的情形下，需要进行适当的权衡。例如，在国际贸易领域，贸易自由与贸易保护、贸易便利与贸易安全等价值冲突的存在是必然的，在此基础上不同组织所制定的条约代表着不同的利益追求。事实上，无论是贸易自由与贸易保护，还是贸易便利与贸易安全，在某些特定情境下，双方可能处于对立的关系，但对于国际贸易来说，对立的双方都有其存在的意义，都是不可或缺的存在。在这种情况下，比例原则就成为解决国际条约争端的重要手段。

⁷⁹ See Andreas Kulick, *Global Public Interesse in International Investment Law*, Cambridge University Press, p.168-173.

⁸⁰ See Stephan W Schill and Benedict Kingsbury, 'Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality' in Stephan W Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p.93.

⁸¹ See The German concept of 'praktische Konkordanz', which 'aim[s] at a solution that gives both rights effective protection to the possible extent', exemplifies this approach. See Stephan W Schill and Benedict Kingsbury, 'Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality' in Stephan W Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law* (OUP 2010) 93.

3.经济学方法提供的价值通约为比例原则适用提供了可行性

运用比例原则进行条约价值冲突协调的核心在于均衡原则，均衡原则的前提在于“价值称量”。只有当存在合理恰当的称量工具和标准时，这种价值称量才是可行的，才能得出合理恰当的称量结果，这是比例原则在条约价值冲突协调中适用的基础。价值构建、价值评价、价值指引属于法律伦理学的范畴。对于条约价值冲突而言，价值构建与国际法价值体系特别是价值位阶的确定相关，并不发生于条约价值实际冲突之中，而价值评价和价值指引则发生于条约冲突的过程和结果。根据法律伦理学理论，对条约价值进行分析的时候，首先需要预设一套价值尺度，即说明善与恶、进步与落后分别的标准。⁸² 博登海默指出“在哲学的框架下，我们确实无法为那些应当受到法律认可和保护的利益做出一种具有普遍性和权威性的排序。但是，这并不代表法理学必须将所有利益都视为同一层次上的，更不意味着任何关于质的评价都是不可行的。”⁸³对法律价值进行评估不仅必要且可能。

条约价值冲突协调中的重要难题是通过技术性手段对相互冲突的条约价值进行估计和量化，使不同条约价值，特别是不同条约体制间的不同价值可以通约，从而进行权衡。然而，法法理学或者法律伦理学本身尚未提供确切的尺度或者评估方法，对条约价值的量化评估及权衡可诉诸于法经济学方法。

波斯纳和卢曼都曾肯定成本收益与比例原则结合的合理性。⁸⁴国内学者对比例原则与成本收益之间的关系主要有两种观点，一是“否定论”，以戴昕、张永健为代表，主张抛弃比例原则，以成本收益分析取而代之。⁸⁵二是“结合论”，以刘权、蒋红珍、涂少彬为代表，认为应当将成本收益分析引入比例原则或者将两者结合。两派学者在对待比例原则的态度上纵有分歧，然而均认为借助经济学方法可以对不同价值进行量化和估计。戴昕、张永健指出，通过定序变量可以进行价值排序，甚至可以对生命这种看似不能够被量化的价值进行区间式估价。⁸⁶涂少彬对学界“不同法律价值及其相互之间的量化评估与权衡不可能也不道德”的观点进行了驳斥，指出通过在不同价值追求背后寻找统一的价值衡量标准，即效率标准，以及效率追求最大化的方式，可以统一不同价值之间关系并将之量化，进而切入数学逻辑。⁸⁷审视两派观点，本文认为仅因为比例原

⁸² 参见何志鹏：《国际法哲学导论》，社会科学文献出版社 2013 年版，第 103 页。

⁸³ 参见[美]E·博登海默：《法理学—法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 400 页。

⁸⁴ 参见[美]理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 135 页。Niklas Luhmann, Law as a Social System, p.224.

⁸⁵ 参见戴昕、张永健：《比例原则还是成本收益分析法：法学方法的批判性重构》，载《中外法学》2018 年第 6 期，第 1524-1538 页。

⁸⁶ See Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Right: Why Liberty Depends on Taxes*, New York: W.W. Norton & Company, 2000, p.126; Cass R. Sunstein, *Valuing Life: Humanizing The Regulatory State*, Chicago: University of Chicago Press, 2014.

⁸⁷ 涂少彬：《论法学表达数学化的可能及限度——基于经济学与比例原则的切入》，载《法学评论》，2020 年第 4 期，第 42 页。

则存在适用上的瑕疵就弃之如敝履是不可取的，成本收益分析的适用不仅不会导致比例原则失去适用空间，与之相反，通过成本收益分析有利于客观量化多元价值，为比例原则的适用提供更多可能性。

（二）比例原则在条约价值冲突中的适用原则

传统“三阶论结构”来看，比例原则在实际操作中需要经过严谨的适当性检验、必要性评估以及均衡性审查的多重检验。具体来讲，“适当性”强调的是手段与目标的一致性；“必要性”则要求在众多可行的方案中，应当优先选择对权力影响最小切最为有效的策略；“均衡性”的核心则是寻找实施措施所带来的利益与可能产生的负面效应之间的平衡点。需要注意的是，之所以称之为“三阶论结构”，是由于这三重审查之间具有逻辑上的延展、步骤上的递进，有审查次序的存在，尽管这种审查次序或许并不意味着重要性排序。⁸⁸这种适用顺序和审查结构，在代表不同价值的各种利益权衡过程中提供了更加明确的路径和既定方法。所以有学者认为比例原则从这一角度讲是一套“分析框架或论证程序”。⁸⁹

当比例原则应用于处理条约价值冲突时，首先需要对基本价值进行还原和称量。在处理这类条约冲突时，关键在于将产生冲突的两个条约所承载的不同基本权利或基本利益，还原到其“背后”蕴含的核心价值。将还原后的核心价值置于“法律天平”的两端，比较冲突对象双方的“价值量大小”。基于“称量”的结果，遵循“价值优先”原则，优先适用当前阶段具有更高价值的条约。在适用比例原则的实际操作中，“三阶论结构”包含的适当性、必要性和均衡性多重检验的要求，为条约冲突的协调提供了非常有价值的指导框架。

1.适当性审查

适当性原则考查一国行为是否符合条约价值，其目的是否与条约目的相一致。当所涉及的两个条约目的相悖时，则应分别考察。由于条约价值体现的是国际社会正向追求的东西，理论上讲，一国的行为对两种价值均应是认同的态度，只是面临冲突时不得已做出实现程度的抉择。当其不与其中任何一个条约价值相符，则判断其根本上丧失正当性。换言之，若一行为表现出对其中一个条约价值完全漠视、置之不顾的态度，则其丧失正当性。

其中蕴含着“核心价值保留”这一要求，即当一国优先适用了其中一个条约时，所采取的可能违反另一条约并产生负面影响的措施，不得导致另一条约核心价值的灭失。例如，若一缔约方出于某种原因采取限制贸易的措施，导致贸易对象贸易自由化根本性受限、并因此不能够向对方出口商品或从对方进口商品，从而导致贸易自由化这一价值完全丧失，则这种限制贸易的措施不符合适当性要求。

⁸⁸ 蒋红珍：《比例原则适用的范式转型》，载《中国社会科学》2021年第04期，第118页。

⁸⁹ 杨登杰：《执中行权的宪法比例原则——兼与美国多元审查基准比较》，载《中外法学》2015年第2期，第382页。

2.必要性审查

为了保护其中一条约的核心价值，需对另一条约实施影响措施时，必须确保采取不影响或少影响另一方的措施（量的规定）；为了保护价值更重要的基本权利或利益，需对另一方实施影响措施时，必须采取对另一方负面影响最小的措施（度的规定）。如果其中一条约的价值已经得到实现，必须适时终止对另一条约价值实现产生影响的措施。

其中蕴含“禁止滥用”这一要求，这就是说，若已经达到了充分保护一方价值的目的时，则必须适时、立即终止所采用的影响另一方的所有的措施。例如，当涉及国际环境条约与国际贸易条约之间的冲突关系时，一国出于环境保护的目的需采取一定措施，若可以采取其它不影响贸易自由化措施时，则要尽量不采取加征关税的方式；如果必须加征关税时，则要尽量少加征关税；当保护环境这一目的达到时，则适时、立即终止加征关税的措施。

3.均衡性审查

狭义的比例原则要件要求争端解决机构在一国采取的措施对于某一条约价值实现造成的不利影响与该措施欲保护的价值的价值的重要性之间做出权衡，即争端解决机构需要为冲突的条约所维护的利益赋予价值，然后方能对其进行权衡。

对双方价值的比较应当是动态的、发展的。在不同的历史时期、不同的国际形势下，随着现实情况的变化，双方价值的大小也会产生变动。在国际形势发生变化的情况下，需要及时对双方价值的大小进行重新评估，根据评估结果适时做出符合当下的适用方式，避免在“价值量大小”进行了反转、保护对象亦发生了“易位”的情况下，仍然套用一套权衡结果。

（三）比例原则在条约价值冲突中的适用限制

虽然前文所述，比例原则在条约价值冲突协调中具有诸多优势，然而比例原则并非适用于所有的条约价值冲突场景，具有一定的边界和局限，当涉及到国际社会核心价值、不可分的价值以及价值通约的情形时，并不能援引比例原则。若不遵守这些适用边界，则会引发混乱甚至严重后果。

1.涉及国际社会核心价值时不适用

如前文所述，比例原则并非通过非此即彼的方式解决价值冲突，而是通过对一种价值的限制确保另一种价值的实现。因此，运用比例原则协调价值冲突有一个重要的前提是该价值相对应的权利能够被限制。在国内法体系中，要考量的是该权利是否能够被限制的重要标准是这种权利是否是先规定的权利，对该项权利进行限制是否违反宪法。在国际法体系中不存在统一宪法，但是并不意味着所有权利都能被限制所有价值都能够被折损。尽管从理论上讲，国际法并没有像国内法体系相同的效力位阶，但是国际强行法以及《联合国宪章》第 103 条在某种程度上确立了国际条约的效力位阶关系。国际法所秉承的多元价值理念，往往在

缔结条约时就作为一种原则被纳入,以这种方式使得条约的缔约方同时受到国际法的约束和规范。当体现上述价值的条款转化习惯国际法或者强行法,尤其是强行法时,则非缔约国也会受到约束。“国际强行法的内容主要涉及国际社会核心利益,与国际公共秩序有关。”⁹⁰

一方面,国际“强制规范”中不得减损的价值。很多学者提出国际法中存在国际强行法。“强制规范”指的是整个国际国家社会接受和承认的规范,通常情况下不允许任何减损,除非通过其他强行性规范加以修改。《维也纳公约条约》⁹¹和《国家对国际不法行为的责任条款草案》⁹²明确指的概念,国际劳工组织也曾指出,国际法的强制性准则的概念在国际实践、国际和国内法院和法庭的判决以及法律原则中得到承认。虽然强行性规范的内涵并不十分确切,但通常把禁止奴隶制、酷刑、种族灭绝和侵略通常被引用作为国际规范的例子,它们大多体现了基于“人性的基本考虑”而为“国际社会全体接受并公认为不许损抑”的价值。

另一方面,《联合国宪章》第 103 条中取得优势地位的价值。《联合国宪章》第 103 条规定,“联合国会员国在联合国宪章下的义务”优于联合国成员国“在任何其他国际协议下的义务”。这些规范之所以具有超出普通规范的强制性效力,是由于其代表的价值是国际社会中最核心最关键的价值。在涉及一些绝对不可损害、不容限制的权利和价值的情况下,这种“不容侵犯性”使得对核心价值进行约束的比例原则失去了产生效力的空间。例如,绝对禁止化学武器背后的价值是人的生命健康以及国际安全价值,即使在个案中存在与其他条约价值的冲突,也不得对此进行折损,不可能被置于比例原则中价值平衡天平的一端,从源头上排除比例原则的适用。换言之,一旦至少有一种价值被确定为法律禁止平衡的价值(这种识别通常发生在比例原则适用之前),它就不能被“相对化”,从而排除比例原则适用。

2. 涉及不可分的价值时不适用

比例原则在协调条约冲突时对两种价值是有选择地保护,然而对另一种价值并非全然不顾,而是进行某种程度的抑制和限制。也就是说,不论何种价值,都不是百分百实现或者百分百放弃,本质上是实现程度的问题。然而并不是所有的条约价值都能够被分割,生命价值是最典型的不能够被分割的价值。一个人的生命权是以全有或者全无的方式存在,而不存在实现程度和实现比例的问题。

不可分的价值主要表现为一些涉及国际法主体存亡攸关的价值。如前文所述,价值总是依附于一定的主体而存在,条约的价值是其对特定主体的意义。如果一种行为会导致主体的消失,不论是自然人死亡还是其他主体的消失,那么相关的价值的意义亦不复存在,亦不存在部分或者成比例地对相关权利的侵害。在这类

⁹⁰ 参见陈海明:《国际强行法的基本法理思考》,载《太平洋学报》2013年第4期,第15页。

⁹¹ 参见《维也纳条约法公约》第53条、第64条。

⁹² 参见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第40条、第41条。

价值的实现过程中,行为的结果无非是两种,一种是主体得以继续存在,此类价值得以保全,另一种是主体消失,相关价值亦随之烟消云散。⁹³这种情况下的价值冲突,本质上只有一种价值得以保全,这显然与比例原则的本质和要求不符,因此在这种情况下比例原则的运用丧失合法性。⁹⁴

国际法中不可分的价值主要存在于战争法和人权法之中。在战争法的规定中,一个非常典型的例子是国际法院对于某国以核武器相威胁或使用核武器的合法性问题进行判定时,根据法官们的陈述,大多数法官认为核武器是不分对象的无差别攻击,由于核武器能够产生致命的不能控制的效果,不能对平民和民用目标与战斗员和军事目标作出适当的区别,因此不能适用比例原则,必须展现全面禁止的态度。可见在价值识别中,不能期待一旦使用了核武器,人道主义价值能够得到某种程度的残存,因为结果的发生本身是足够致命且不可控制。在人权法中,较为典型的例子是人权公约中“克减条款”的规定,缔约国即使能够证明实际存在危及本国生存的公共紧急状态,也不得克减其根据公约承担的与某些人权有关的义务,当某些权利是维持人的尊严、身心完整和享有其他权利自由等价值的必要保障时,由于这些价值的重要性和不可分性,不得对价值的实现进行克减。⁹⁵这些“不得克减”的权利和价值与上述“强行性规范”中的价值存在一定的交叉。

3.价值不可通约的情境下不适用

条约价值冲突的协调依赖于价值之间的可通约性,如果不存在这样的价值尺度,那么就不可能客观地确定一种方法来调和相互冲突的价值。有学者认为“在评价上缺乏一套可以作为‘公分母’的共同的比较标准,无法将不同性质的利益或价值转换成具有同一单位的价值”。⁹⁶如前所述,经济学方法以及成本收益分析为不同价值之间的通约性提供了可行性,让比例原则协调条约价值冲突成为可能,这适用于大多数条约价值冲突的场景,然而这并非适用于所有的场景,经济学方法也并非进行条约价值通约的万能钥匙。成本收益分析很多时候无法对价值进行准确量化,因此也就无法准确进行价值比较权衡。“与货币纬度紧密相连的所有权利,如财产权,更适合量化。”⁹⁷通常来说,与财产价值越接近的价值越容易量化,而与人身权或人格尊严相关的价值大小则越难以量化。例如,平等、人的尊严、公平与分配影响等都是很难或不可能量化的价值。⁹⁸

⁹³ See Case of McCann and Others v the United Kingdom [1996] 21 EHRR 97 [194].

⁹⁴ In the Nuclear Weapons Advisory Opinion, this view was concisely expressed by Judge Fleischhauer, who observed that ‘no legal system is entitled to demand the self-abandonment, the suicide, of one of its subjects’. See Nuclear Weapons Advisory Opinion (n 42), Separate Opinion of Judge Fleischhauer [5]. See also Nuclear Weapons Advisory Opinion (n 42), Separate Opinion of Judge Guillaume .

⁹⁵ 参见滕宏庆:《论人权克减及其监督机制》,载《甘肃政法学院学报》2008年第2期,第21页。

⁹⁶ 参见许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第75页。

⁹⁷ See Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 59.

⁹⁸ 参见刘权:《比例原则的精确化及其限度——以成本收益分析的引入为视角》,载《法商研究》2021

对于条约中与经济相关的价值，通过成本收益分析方法量化其折损与实现的大小更具合理性，虽然根据国内学者的研究，成本收益分析适用的范围不限于经济性质的价值，但也不能无限制普遍适用。国内法适用中，比例原则提供人权保障功能，注重公平，⁹⁹而“成本收益分析的核心是配置效率的理念”¹⁰⁰，国际法的目标不仅涉及效率，也追求公平。对于那些绝对无法货币化或者与效率追求相悖的价值来说，量化不可能也不可为，条约价值量化困境带来条约价值通约困境，从而排除这种情境下比例原则的适用。当经济学提供的价值分析方法有碍于公平目标的实现时，或者与人权保障功能相悖时，这种通约变得不可能，形成“通约困境”，比例原则也由此失去适用空间，这种通约困境的判断往往依赖于个案分析而且与国际法的核心价值密切相关。

结 语

比例原则近年来在国际法领域屡被讨论，其中最重要的背景就是气候变化背景下国际投资仲裁中降碳目标与投资者保护的矛盾。这是国际局势动荡之下条约价值冲突的一个缩影，随着人类面临的问题愈加复杂化，条约价值冲突表现将愈演愈烈。缺乏有力协调手段是摆在争端解决机构面前的现实难题。多数学者认同比例原则对于价值权衡的积极中作用，然而，由于比例原则的属性界定、适用边界以及具体适用规范均未在学界达成共识，所以比例原则在国际争端解决中的适用仍然处于未厘定状态。

相对于条约具体规则的冲突，条约价值冲突更加抽象和主观，无法通过传统协调方式达到择一性适用。条约价值冲突因涉及国际法重要价值，须引入有力的。不论是作为元规范还是作为技术规范，比例原则在条约价值冲突协调中的作用不容忽略。既借助传统比例原则“三阶论结构”对国家行为进行评价，又在国际法领域进一步发展其适用方式，完善在国际法层面的“阶层式比例原则建构”。

年第4期，第112页。

⁹⁹ 同上。

¹⁰⁰ See Anthony E. Boardman, David H. Greenberg, Aidan R. Vining, and David La. Weimer, *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practices*, Upper Saddle River, Prentice Hall, 1996, p.28.

“关键时刻”习惯国际法的概念引入：基于公共卫生视域的分析

于丰华 徐崇利*

厦门大学法学院 福建 厦门市 361005

摘要：国际法规则的供给不足与新冠疫情带来的国际社会重大变革时刻——“关键时刻”对新规则的需求难以匹配，现行国际法渊源在新冠疫情之下局限性凸显。在条约谈判陷入僵局、一般法律原则缺位之时，重新审视国际公共卫生领域现有国际习惯法学说，并通过引入“关键时刻”概念对传统国际习惯法“两要素说”进行反思和重构具有现实紧迫性。“关键时刻”国际习惯法主要存在于新兴习惯法的生成和原有习惯国际法的改变两个方面。区别于“速成”习惯国际法，其两要素的加速形成源自于法律确信的加速确立，国家之间在重大国际变革之际，其行为具有高频次形成法律义务的共识，而相应国家实践共识一旦得到了国际社会的一致性和普遍性支持，便满足了加速形成的条件。由于在疫情期间和后疫情时代，引领国相关实践属于个别实践，但是一旦相关实践获得了国际社会的一般性支持，便成为一般实践。此次新冠疫情恰恰可以视为国际社会发生重大变革的典型实例，其促成了卫生工作者的行动自由、风险预警原则、国际疫苗共享等国际习惯法的加速形成。中国今后可以加强对习惯国际法在“关键时刻”多元类型的理解与运用，通过“关键时刻”概念引领部分习惯国际法的加速形成以及以《大流行病条约》为契机倡导新兴习惯国际法的发展。

关键词：国际公共卫生；关键时刻；国际习惯法；人类健康共同体

中图分类号 D922.16 文献标识码 A 文章编号 2097-5058(2025)-00-0000-00

DOI: 10.19752/j.cnki.2097-5058.2025.00.000

一、引言

迄今为止，关于习惯国际法的形成需要持续的时间跨度存在一定的争议。在传统习惯国际法说下，习惯国际法的形成需要具备“国家实践”与“法律确信”两个构成要件。针对国家实践而言，国家实践在满足一致性、普遍性的基础上，还需要满足长期性这一必备要素。在法律确信方面，其在时间维度上应当与国家实践保持时间上的同步性。传统观点可能使习惯国际法难以适应新的全球性问题。随着互联网和云计算技术的迅猛发展，网络安全和数据隐私的保护显得尤为重要。新冠疫情带来的巨大影响以及国际先进武器的技术发展，可能会在在分秒之间使

*本文已被《卫生法学》期刊录用，拟发表于2025年第3期。作者简介：于丰华，女，厦门大学法学院2023级国际法专业博士研究生，研究方向：国际卫生法学，习惯国际法。E-mail: yufh01@126.com。通信作者：徐崇利，男，国际法博士，教授，博士生导师，研究方向：国际法学。E-mail: clxu@xmu.edu.cn。

长期存在的习惯国际法规则过时。因此，各国需要一种机制，使它们能够迅速制定规则来解决这些新问题，而不必诉诸往往费力而耗时的多边条约起草过程。同样，某些世界范围内的公共问题（如新冠疫情），以及公共空间所涉难题（如大陆架和外层空间问题），使得人们希望允许习惯国际法迅速发展，以填补这些规范的空白。

学界关于国际习惯法的主流观点主要包括以下两种：传统国际习惯法与“速成”国际习惯法。然而，上述理论均无法回应一个关键性问题：即国际习惯法的形成速度是否会因为国际社会处于平和发展时期抑或重大变革时期而发生改变。

《马克斯·普朗克国际公法百科全书》（Mac Plank Encyclopedia of Public International Law）描述了国际社会曾经发生国际习惯法加速形成的两种情形：第一，存在应对科学技术新发展的紧迫性。例如，关于大陆架规则的钻井技术，或者关于外层空间自由规则的空间技术。第二，存在应对卢旺达或前南斯拉夫等严重国际犯罪的国际道义紧迫性¹。新冠疫情虽不能完全符合上述任何一种，但却兼具上述两种情形的意涵。一方面，其可能促使各国加快疫苗科学研究进程，从而具有间接引发科学技术加速的紧迫性。另一方面，新冠疫情造成大约 700 万人死亡，全球经济损失超过 12 万亿美元²，因而具有形成以保障人类生命和健康为内容的国际法规范的紧迫性。鉴于 2018 年 ILC 出台的《识别国际习惯法的结论草案》（Draft Conclusions on Identification of Customary International Law）承认了国际习惯法可以相较于 18 世纪、19 世纪时期更为快速形成³，本文在已有研究基础上⁴，以新冠疫情为代表的国际公共卫生危机事件为例，尝试探讨引入“关键时刻”国际习惯法的必要性、可行性及可能路径。

二、现有习惯国际法说的困境分析

（一）传统国际习惯法说的困境

《国际法院规约》将“国际习惯法”定义为“作为通例之证明而经接受为法律者”⁵。我国著名国际法学家王铁崖先生对传统国际习惯法（customary international law）进行了精准界定，“国际习惯法”又称“国际习惯”，由两个因素构成：一是各国的重复的类似行为，即国家实践（state practice），又称“物质的因素”；另一是被各国认为有法律拘束力，即法律确信（opinio juris），又称“心理的因素”⁶。

¹ Tullio Treves, *Customary International Law*, in Mac Plank Encyclopedia of Public International Law, 2006, pp.24.

² See Why the pandemic treaty risks becoming COVID-19 groundhog day, <https://www.nature.com/articles/d41586-023-02904-y>, 2024-03-19.

³ 参见联合国大会决议：《识别国际习惯法的结论草案》，A/RES/73/203（2018），其中，第 8 条第 2 款规定“如果国家实践是一般性的，则国际习惯法不需要具备特定的持续时间便可形成”。

⁴ 部分学者曾经对于国际社会重大变革展开研究，布鲁斯·阿克曼教授（Bruce Ackerman）用“宪法时刻”（constitutional moment）一词来描述美国宪法的变化，我国何志鹏教授也曾提出与此相近的概念——“立宪时刻”。See Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 V A . L. R EV . 771, 772 (1997); 参见何志鹏：《立宪时刻：国际法发展的困境与契机》，载《当代法学》2020 年第 6 期，第 14-25 页。

⁵ 参见《国际法院规约》第 38 条第 1 款（c）项。

⁶ 王铁崖：《国际法》，北京：法律出版社 1995 年版，第 10 页。

在传统习惯国际法中，习惯国际法的形成往往需要几十年的实践，这一段确定的时间，赋予习惯国际法一定的“稳定性”，但同时意味着传统习惯国际法的“不宜修改性”。“关键时刻”习惯国际法的加速形成则更多源于全球性重大挑战引发规则空白的现实逻辑。虽然时间的“持续性”赋予了国家之间进行对话从而形成有效国家实践的过程，但是在现代社会，尤其是在面临新冠疫情、人道主义干涉、“911 事件”预先性自卫权、大陆架权利问题等新兴议题时，传统习惯国际法规则往往难以跟上国际重大事件发生的节奏。在条约、一般法律原则缺位的情形下，传统两要件的改变是具有一定困难的，而一条新的由法律确信先发形成，而国家实践紧随其后改变的路径，似乎更为易于国际社会接受，故而“关键时刻”习惯国际法具有一定的必要性。

（二）“速成”国际习惯法说的困境

英国学者郑斌（Bin Cheng）教授在外层空间领域开创性地提出了“速成”习惯法（‘instant’customary law）概念，确立了国际习惯法“一元论”的构成要件说。郑斌教授认为，国家可以单独或共同形成一项新的国际法规则，只要其他国家不反对，这些国家之间便可以享有共同的法律确信，进而形成一项“速成”国际习惯法⁷。

其一，“速成”国际习惯法理论由于过于激进，常常受到学者的批判⁸。在国际公共卫生领域，经过对中国、美国、加拿大、英国、日本、阿根廷、哥伦比亚、肯尼亚、南非、印度、西班牙、加拿大，代表世界大部分地区的 11 个国家国家实践和法律确信的考察，可以发现卫生保健者的行动自由通常被认为是一项“习惯国际法”⁹。如果采用“速成”习惯国际法概念，国际法是一个水平的法律体系，国家既是国际法律制定者，又是国际法律体系的主体，因此法律确信可以立即产生或改变¹⁰。这往往会导致国际习惯法陷入“自我创制”的困境，并极有可能导致个别国家以形成“以规则为基础的国际法”为目的“自我创制”纯粹工具意义上的国际习惯法规范。“速成”国际习惯法理论将“国家实践”要件仅作为证据效力，从而更容易陷入“唯意志论”的困境。

其二，“速成”国际习惯法最大的困境在于其证成倚重“联合国大会决议”。

（General Assembly Resolution），赋予了国家外交声明、条约缔约文本等材料更低的证明效力。众所周知，联合国大会决议具有建议性质，且各国在联合国

⁷ See Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, Oxford University Press, 1997, p. 136-141.

⁸ 何志鹏、魏晓旭：《速成国际习惯法之重思》，载《东北师大学报（哲学社会科学版）》2020 年第 1 期，第 8 页。

⁹ See Andrés Constantin1 & Aliya Sternstein, *Healthcare workers' freedom of movement in times of pandemics: an emerging norm of customary international law*, *Globalization and Health*, 2023, Vol. 19, No. 83, p. 1-8.

¹⁰ See Bin Cheng, 'Custom: The Future of General State Practice in a Divided World' in *The Structure and Process of International Law* (eds. R. St J. Macdonald and D. Johnston), Dordrecht, 1983, p. 513.

大会的投票情况未必真正反映它们的真实立场¹¹。此外，国际习惯法的证明材料仍然包括国际法委员会确立的国家外交信函、政策声明等内容¹²，甚至条约中所体现的国际习惯法规范也涵盖其中，其效力未必低于“联合国大会决议”。“联合国大会决议”在习惯国际法的形成中往往起着证据证明作用，而非决定性的判断依据。

综上，上述两种主流理论的分歧之处在于：国际习惯法的形成速度如何、国际习惯法的构成要件究竟是单一要素说抑或两要素说。但是，上述观点均难以直接应用于此次全球性新冠疫情危机，因而探寻国际公共卫生领域国际习惯法的变革方案是当务之急。

三、“关键时刻”习惯国际法的证成

（一）“关键时刻”习惯国际法的必要性

1.“关键时刻”习惯国际法概念的缘起

弗朗西斯科·帕里(Francesco Parisi)将习惯国际法描述为“习惯国际法可以既存在于古老的形式之中，也存在于现代的每一次性国家实践(a single act)中”¹³。迈克尔·伍德(Michael Wood)纵使对习惯国际法迅速发展的说法持有一定程度的谨慎态度，但是迈克尔教授试图说明时间的流逝对于建立习惯国际法的规则是多么必要，以及时间对更普遍的习惯国际法形成过程可能具有的意义。他还注意到习惯国际法的形成不需要特别的持续时间，但是一定要经过一段时间方可形成¹⁴。达马托教授(D'Amato)教授进一步认为，习惯国际法的形成必须同时满足质量与数量两个因素¹⁵。从“习惯国际法”的语义中也可以推知，无论是迅速形成还是缓慢形成，其落脚点仍然是习惯，因此，一定的“重复性”成为构成一项新兴习惯国际法的必要要素。

1945年，在联合国建立以前，条约数量较少，现代国际法多数表现为习惯国际法，例如公认的外交保护、国家豁免、公海自由等。“关键时刻”概念更多是在二战之后出现的概念。“关键时刻”对于现代习惯国际法发展的催化作用集中体现在两个方面：其一，任何主体均存在“拖在身后的东西”，即主体的过去组成了人类应对当前危机的全部储备¹⁶，从“时间”的哲学维度——发生学的视角观之，当国际社会遇到了紧急且重大情况，这些能量会迅速迸发，从而对现在的习惯国际法产生影响。其二，“关键时刻”习惯国际法有必要与《国家对国际不法行为的责任条款》第25条所规定的危急情况进行区分。前者意味着习惯国际法在重大国

¹¹ See Michael P. Scharf, *The "Grotian Moment" Concept*, *ILSA Quarterly*, 2011, Vol.19, No. 3, p.16-23.

¹² See *The Yearbook of International Law Commission* (1950-II), pp.368-372.

¹³ Francesco Parisi, *The Formation of Customary International Law*, Paper Presented at the 96th Annual Conference of the American Political Science Association, August 31, 2000, at 5.

¹⁴ Sender, O., & Wood, S. M. . *Between 'Time Immemorial' and 'Instant Custom': The Time Element in Customary International Law*, *Grotiana*, 2021, Vol.42, No.2, 229-251.

¹⁵ D'Amato, *The Concept of International Law*, Cornell University Press 1971, p.39.

¹⁶ 伯格森:《时间与自由意志》,吴士栋译,北京:商务印书馆 1958 年版,第 73 页。

际变革之际加速形成，是习惯国际法理论的补充。后者意味着一国可以援引危急情况作为排除其行为非法性的主要理由，是国家责任的豁免要件。

二战之后，关于战犯共同犯罪的问题亟待解决，恐怖主义 911 事件更是给国际社会带来了严重的威胁。国家对于公共空间的开拓和合作增加，一些突发国际事件也冲击着传统的国际秩序。在探索习惯国际法的时候，我们未必站在一种恒定的、面向过去已经发生事件的立场，仍然恪守国家实践反复的、连续的和长时期的立场。例如，科拜特（P.Cobbett）指出，一项惯例向习惯的发展，近似于“草地中新的道路是由许多足迹不断形成的”。但是，现代社会，我们无法确保这样的足迹不会踩出更多“崎岖小径”。换言之，重大国际变革事件，无论是人为还是自然发生的，其迫使国际社会加快寻找一条乃至多条新规范，而上述规范更多是在动态变革的、面向未来的探索。

“关键时刻”不同于每项国际习惯法规范确切形成的一般“时刻”¹⁷，其意味着，在国际社会特定历史发展时期内，所发生的某一次或者一系列重大自然、科技乃至社会急剧变革，由于其对于传统国际法规范具有范式改变性突破影响，足以引发国际习惯法一反常态的加速形成，故而，此种“时刻”通常可以理解为“关键时刻”。“关键时刻”通常无需几十年的时间，其时间往往相对短暂，十年之内便可以满足要求¹⁸。

2.“关键时刻”习惯国际法提出的理由

第一，根据 20 世纪中后期国际法院的几项典型判决，习惯国际法的形成未必经过一段较长的时间。1969 年，国际法院的法官在审理“北海大陆架案”（North Sea Continental Shelf Case）时已经阐明，国家对条约条款的认同足够迅速形成一项迅速形成的国际习惯法，国家实践的持续时间并非形成国际习惯法的必备要素”¹⁹。1985 年，国际法院审理的“西撒哈拉案”（Western Sahara Case）则明确提出，国际法律制度发展存在“当前的关键时刻”（the present juncture），这一概念能够用以强调发展国际法的迫切需要，以便充分理解案件所涉文化、文明和法律传统的丰富多样性²⁰。1986 年，在国际法院审理的“尼加拉瓜军事及准军事案”

¹⁷ D'Aspremont, Jean, The Custom-Making Moment in Customary International Law (June 22, 2020). Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer, Noora Arajärvi (eds), The Theory and Philosophy of Customary International Law and Its Interpretation, Forthcoming, Available at. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3633416> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3633416>.

¹⁸ 值得注意的是，“关键时刻”与“国际习惯法”之间的紧密联系，是“关键时刻”习惯国际法概念确立的前提条件。“关键时刻”习惯国际法代表着一个重大国际法渊源变革契机，而非一次与国际法规范关系较弱的重大历史事件。例如，1991 年苏联解体、2001 年中国加入 WTO、2008 年美国金融危机，通常情况下不能与“关键时刻”国际习惯法直接等同。并且，“关键时刻”国际习惯法的界定并非单纯基于时间上或空间上的某一尺度，通常也无须追溯至特定的年份、月份，乃至小时和分钟，这一概念在某种程度上具有理论预设功能。

¹⁹ See Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, American Journal of International Law, 1983, p.434-435.

²⁰ Sir Robert Y. Jennings, "Universal International Law in a Multicultural World", in International Law and the

(Nicaragua Case) 中, 国际法院指出, “一个国家对一项新的权利或对不干涉原则的前所未有的例外, 如果原则上由其他国家分享, 则可能倾向于修改国际习惯法”²¹。

第二, 此次新冠疫情冲击了原有的“法律确信”内涵, 由此引发“法律确信”及“国家实践”的内涵重塑。在“法律确信”方面, 通过“法律确信”更多应该形成“共识”而非“同意”。因为习惯国际法的“同意”与“条约”不同, 其“同意”往往是默示的。“法律确信”更多体现为一种为了实现各国人民的健康和安全, 而进行的一种广泛“共识”。以风险预警原则为例, 随着风险社会 (risky society) 的到来, 风险预警原则 (precautionary principle) 在环境法中得以创立²²。自 20 世纪 80 年代起, 风险预警原则进入国际法视域。在国际条约层面, 联合国于 1982 年通过的《世界自然宪章》系首次明确提出风险预警原则的纲领性文件。此后, 这一原则在两次针对加拿大医疗保健重大事件的司法调查中发挥了突出作用。调查专员指出: “当有合理证据表明公共健康面临迫在眉睫的威胁时, 在采取措施避免威胁之前要求提供超越合理怀疑的因果关系证明是不恰当的”²³。在 1992 年《里约热内卢环境与发展宣言》中, 预防原则的定义是: “如果存在严重或不可逆转的损害的威胁, 不应以缺乏充分的科学确定性为理由推迟采取具有成本效益的措施来防止环境退化”。

一些关键国家或行为体的推动具有决定性意义。2020 年 11 月, 中国外交部长致辞称“第一时间采取有力措施, 迅速控制了国内疫情”, 且中国多次召开疫情防控发布会, 从集体防控体系到个人隔离措施的搭建, 均体现出中国采取了预防原则。²⁴ 欧盟认为, 我们正面临严重的公共卫生风险, 这与 covid - 19 的持续传播和新疫苗的大规模使用有关, 新疫苗仍然需要证明其遏制病毒传播的功效, 特别是从长期来看。然而, 这种风险是不确定的, 因为支持疫苗授权的科学数据不完整, 需要进一步调查。在这些风险和不确定性的情况下, 应适用预防原则。²⁵ 根据《欧洲联盟运作条约》(TFUE) 第 191 条第 2 款的规定, 预防原则是欧洲联盟的一项关键原则。预防原则要求决策者在存在影响环境和公共卫生的不确定风险时预测采取行动的时间。2020 年, 美国政府制定了专门应对 COVID-19 的大流行

Grotius Heritage: A Commemorative Colloquium on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius. edited and published by the T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1985, p.195.

²¹ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Judgment, 1986 I.C.J. Rep. 14, p. 207 (June 27).

²² 参见《跨界水道与国际湖泊保护与利用公约》《东北大西洋海洋环境保护公约》《气候变化框架公约》《生物多样性公约》《卡塔赫纳生物安全议定书》等。

²³ See English R, Carlson H, Geduld H, et al, Defining and identifying the critical elements of operational readiness for public health emergency events: a rapid scoping review BMJ Global Health 2024,p.1-9.

²⁴ 王毅:《中国经受住了疫情考验,向世界交上一份中国答卷》,载中华人民共和国外交部网 2020 年 11 月 7 日, https://www.mfa.gov.cn/web/wjzbhd/202011/t20201107_9639387.shtml.

²⁵ The precautionary principle and the authorisation of Covid-19 vaccines under EU law by Alessandra. Donati.

危机行动计划(PanCAP)²⁶。美国期待联合国大会全民健康覆盖问题高级别会议的召开,其成果也将有助于加强和巩固美国在努力加强和巩固的大流行病防范架构²⁷。2022年,美国发布《冠状病毒病全球应对和恢复框架》,包含了三项目标:分别为:(1)为风险最高和最难达到的人群接种;(2)规模化、一体化检测与治疗;(3)为未来的变种和大流行威胁做好准备²⁸。确立了在科学不确定时应用预防原则的实践。由此,关于“预防原则”,形成了较为广泛的法律确信,这也恰好区分于“法律确信”存疑的情形。如北约轰炸南联盟正是因为没有获得上述一致性共识,因而在“法律确信”方面明显存疑。

第三,在“关键时刻”,与传统国际习惯法说不同的是,新的法律确信可以先于新的国家实践,在国际公共卫生领域发生的新冠疫情所衍生的习惯国际法规范尤其如此。而传统观点则认为,法律确信只能与国家实践同时发生或者发挥着支持先前存在的实践的作用。在国际疫苗公平共享领域,2021年,在190个国家和经济体的支持下,近7000人和数百个组织已经签署了《疫苗权益宣言》,这直接要求各国政府和制造商加快监管进程,通过分享专门知识和技术促进制造业,并确保公平分享剂量。的支持下,世界卫生组织建立了COVAX疫苗分配体系,以实现疫苗的公平分配²⁹。各国的疫苗分配体系建立紧随其后,从国内立法到国家的外交辞令,均具有一定的滞后性。因此,在关键时刻,应当发挥世界卫生组织、联合国的积极作用,从而促进国际疫苗共享的习惯国际法的加速形成。

(二)“关键时刻”:加速形成的构限性

因百年未有之大变局而形成的国家间争权夺利愈加激烈的复杂政治环境中,首先需要的是国际法整体上的守正。“关键时刻”习惯国际法具有一定的构限性。Michael P.Scarf教授尝试用“格劳秀斯时刻”概念来认定未经获得授权的人道主义干涉的合法性,其将国际社会重大变革作为潜在的第三要素进行论证。然而,在这些干涉事件中,作者的分析并未严格遵循传统习惯国际法的两要件说,关于“人道主义干涉”是否构成习惯国际法的探讨,其关键点在于,在1999年科索沃事件、2018年北约干涉叙利亚等人道主义干涉事件中,以美国为首的北约国家并未取得联合国案例会的有效授,但是其政府通常率先发布一些官方政策声明。而在此次事件之后,这些国家可能通过联合国大会的形式,迅速在一定规模范围内的国家间形成广泛共识(generally accepted),然而,如果这项规范上升为习惯国际法,

²⁶ DEP'T OF HEALTH & HUMAN SERVS., U.S. GOV'T COVID - 19 RESPONSE PLAN (Mar. 13, 2020), <https://perma.cc/67BH-WVZD>.

²⁷ Dan Fogarty, Explanation of Position on the Adoption of the UN General Assembly Resolution on Pandemic Prevention, Preparedness, and Response. <https://usun.usmission.gov/explanation-of-position-on-the-adoption-of-the-un-general-assembly-resolution-on-pandemic-prevention-preparedness-and-response/>.

²⁸ https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/09/U.S.-COVID-19-GLOBAL-RESPONSE-RECOVERY-FRAMEWORK-clean_9-14_7pm.pdf#:~:text=The%202022%20U.S.%20Global%20COVID-19%20Response%20and%20Recovery,to%20integrate%20COVID-19%20vaccinations%20into%20routine.

²⁹ <https://www.who.int/news/item/19-02-2021-world-waking-up-to-vaccine-equity>.

其将在更广泛的范围（universally applied）内加以适用。因此，在未经授权的人道主义干涉问题，国家的国家实践较早形成，而相关国家通过成文方式订立或修订条约规则方面较为缓慢，因而未经授权的人道主义干涉最终未通过有效的联合国大会决议，其“法律确信”要件欠缺。

“速成”习惯国际法采取“单要素说”，具有“唯意志论”的表现。保障卫生保健工作者的行动自由，在短短几个月内，中国、美国、英国、加拿大、肯尼亚、南非、印度、日本、阿根廷、哥伦比亚及西班牙等十余个代表世界上大多数地区的国家，在法律层面承认了在大流行期间将医疗工作者排除在行动禁令之外的做法³⁰。由于在“国家实践”要素上，上述国家的“国家实践”几乎全部围绕以国家名义发表的公开声明、政府的法律意见的形式。而正是由于在疫情出现至《大流行病条约》出台之间，2005年WHO出台的《国际卫生条例》尚不包含一项具体的关于调整卫生保障者行动自由的规则，故而上述声明应当在何种方向上形成一种法律共识不甚明晰。这也恰恰会导致“法律确信”的悖论。“法律确信悖论”指的是这样一个事实，即如果这个信念指的是一种实践已经成为一种有约束力的义务，那么对一种新出现的规范的最初信念总是错误的。人们如何看待这一悖论的含义，取决于法律确信是被视为一种创造法律的事实，还是一种区分法律的事实³¹。

习惯国际法的发展始终处于“价值判断”与“事实描述”之间。滑动齿轮理论已然对于这一问题进行了一定的延伸。并且何志鹏等也尝试对于滑动齿轮理论进行了更为精细的改造。但是，这一理论仍然具有较强的理论推演问题，尤其是此项函数可能会导致一些国家轻易通过规范的模拟和演示，而将自身的权力注入“法律确信”之中。实际上，在处理习惯国际法理论的时候，尤为重要的是确定“法律确信”要件的作用——即其究竟是“规则区分”（rule distinguishing）、“规则证明”（rule proving）以及“规则创设”（law creating）要素。因为，任何一项国家实践均可能与现有的多种规范相符合，而上述规范可能自相矛盾的。在此种情形下，将“国家实践”确立为一项“规则”，依赖于“法律确信”要件的定性。

具体而言：其一，在传统习惯国际法中，“国家实践”和“法律确信”均发挥着规则区分的作用，即“法律确信”的作用不仅是区分法律和非法律，也是区分习惯国际法与条约等其他国际法渊源。但是，这一学说并未考虑到时间因素的加速作用，这导致传统习惯国际法的形成时间通常为几十年甚至上百年。其二，在“速成”习惯国际法中，“法律确信”是习惯国际法的主要和基本组成部分，即在瞬间之内便足以创立一项习惯国际法规范。“国家实践”只是提供“法律确信”构成的证据，起着辅助和表面的作用。然而，一些非法律原因可能影响到国家的行为，因此不宜简单地从“国家实践”中推断出“法律确信”。易言之，此种方式尽管最为迅

³⁰ Constantin, A., Sternstein, A. Healthcare workers' freedom of movement in times of pandemics: an emerging norm of customary international law. *Global Health* 19, 83 (2023).

³¹ Roozbeh (Rudy) B. Baker, Customary International Law: A Reconceptualization, 41 *Brook. J. Int'l L.* (2016).

速,但是仍然可能受到强权政治(甚至霸权)的影响。其三,“关键时刻”习惯国际法中“法律确信”的规制区分作用虽不同于“速成”习惯国际法,但其同样解答了习惯国际法为何加速形成的难题。“关键时刻”的重大国际变革条件起到催化剂的作用,使得“国家实践”和“法律确信”在发挥规则区分作用的同时,能够在五到十年之内迅速地导致习惯国际法的形成。其四,“格劳秀斯时刻”习惯国际法的形成速度仍然较慢,其仍然需要十年左右的时间,在公共卫生领域无法得到及时适用,而它的“国家实践”和“法律确信”要素均发挥着规则证明的作用。

在“国家实践”要素方面,“关键时刻”国际习惯法更强调“国家实践”在短暂的一段重大变革期之内的重复性和累积效果。相较于传统习惯国际法长期性特征,“关键时刻”国家实践更具有短期性和一致性的特征。并且,之所以称为“关键时刻”国际习惯法,是因为国家的行为往往不是一次性的行为表现。比如在公共卫生基础设施建设方面,具有形成以加强各国疫情防控系统能力为内容的“关键时刻”国际习惯法的可能性。2023年9月,中国海关总署启动“海关筑牢国家生物安全屏障,全面提升口岸疫情疫病防控能力行动”,提出“建立分类分级风险评估制度,提升预警结果运用转化效能,实现早识别、早发现、早预警、早处置”³²。该项行动旨在提升中国口岸疫情防控能力。美国在“COVID-19 全球应对和恢复框架”第4项中提出“支持因 COVID-19 而承受压力的经济体和其他关键系统,防止倒退并实现复苏”³³。可以视为加强公共卫生体系和强化基层能力建设的体现。欧盟在新冠疫情发生之后,进行了三项主要的立法进程:通过了关于严重跨界健康威胁的新条例;欧洲疾病预防控制中心(ECDC)和欧洲药品管理局(EMA)的修订了管辖范围内的原有立法;通过了关于医疗对策的紧急框架³⁴。在上述立法进程中,欧盟着重强调了应对疫情等国际危机的“韧性”(resilience),即韧性不仅是抵御和应对挑战的能力,也是以可持续、公平和民主的方式过渡危机的能力。为此,欧盟提出“其必须(will have to)改善跨部门和跨境危机管理”³⁵。欧盟采取“必须”而非“应当”的用语,表明其立法进程具有强制性,并且其将可持续性抗疫机制建设作为重点,而非仅仅着眼于某一次的抗疫行动,充分体现出“关键时刻”国家实践的重复性、持续性以及累积性。

同时,“关键时刻”习惯国际法的“国家实践”要素,不仅仅包括国家在国际层面的实际行动、外交声明、政策声明、新闻稿等,还包括更多国家在国内层面发布的具有涉外性质的法律措施,如颁布疫情隔离、口罩佩戴、自我检测等关涉本国人和外国人利益的法律法规及政策指引。“预防原则”的“国家实践”,虽然仍然

³² https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202309/content_6904833.htm.

³³ <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/U.S.-COVID-19-Global-Response-and-Recovery-Framework.pdf>

³⁴ How the EU responds to crises and builds resilience, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-crisis-response-resilience/>

³⁵ Ibid.

以国家为主体，但是社区规制实施的效果将对于一国“国家实践”产生直接影响。

“关键时刻”习惯国际法也包含国家不作为的情形。习惯国际法的“不损害原则”要求各国不得进行可能对其他国家造成跨界损害的活动³⁶。从健康权的角度，这可以说意味着一个国家有权保护其公民的健康，但不能在这样做会损害其他国家人民健康的情况下，例如通过囤积疫苗。

四、“关键时刻”习惯国际法的中国观

（一）以“关键时刻”获取应对重大国际事件的主动权

通过加强对习惯国际法在“关键时刻”内涵及功能的理解与运用，可以加强我国应对重大国际事件的主动权。中国在推动习惯国际法在“关键时刻”的动态变革过程中，除了需要进行价值注入、规则调整，还需要考虑“关键时刻”习惯国际法在国际社会中的实际作用。中国目前正处于“百年未有之大变局”，在国际公共卫生领域国际法守正的基础之上，中国可适时进行国际法渊源创新。正如赵骏教授所言，“国际法创新是大国参与并变革国际秩序不可或缺的重要内容与关键能力”³⁷。从“站起来的外来者”，到“富起来的参与者”，再到“强起来的引领者”³⁸，中国在国际社会的影响力逐渐提升，在规则制定方面的理论深度及话语能力也具有实质提升，国际法的“中国学派”正悄然诞生³⁹。在传统习惯国际法概念下，医疗人员的行动自由、风险预警原则、国际疫苗共享只是软性规范，不具有刚性约束，无法回应新冠疫情危机，中国可在推动“关键时刻”习惯国际法形成之时，促使上述规范约束力提升。

（二）通过“关键时刻”概念引领部分习惯国际法的加速形成

在一个民族主义和狭隘主义以牺牲全球理智为代价而蓬勃发展的世界里，我们可能会在可预见的未来看到反复出现的危机⁴⁰。中国应当以新冠肺炎疫情防控为契机，大力推动国际公共卫生安全的合作。在国际法学家边沁生活的年代，国际习惯法的形成离不开普遍实践（即欧洲国家的实践），而时至今日，法律确信的内涵已经发生了较大的转变，国际法律文件便可以形成足够的法律确信。劳伦斯·赫尔佛教授以及英格丽·伍尔特教授认为，实际上，国际习惯法并没有强加于各国，相反，各国主动选择了国际习惯法⁴¹。从这一角度来看，“法律确信”系各国主动选择的一种集合表现。“关键时刻”的国际习惯法，也正是各国在特定情形下的一种明智的法律选择。并且，在这种选择中，实力较强的国家更有可能发挥

³⁶ Vaccine Nationalism, the TRIPS Waiver Proposal and Public International Law - *Opinio Juris*

³⁷ 赵骏：《国际法的守正与创新——以全球治理体系变革的规范需求为视角》，载《中国社会科学》2021年第5期，第26-50页。

³⁸ 徐崇利：《中国国际法立场的演进：以国家角色变化为视角》，载《中国社会科学报》第5版，2022年5月12日。

³⁹ 何志鹏：《国际法中国学派的生成》，载《清华法学》2022年第3期，第165-195页。

⁴⁰ Anthony A. D'Amato, The Concept of Custom in International Law

⁴¹ Helfer, Laurence & Wuerth, Ingrid, Customary International Law: An Instrument Choice Perspective, *Michigan Journal of International Law*, 2016, p.503-609.

其主导作用，故中国应当在全球多边进程中充分发挥大国的引领作用，尤其在国际公共卫生领域为构建“人类健康共同体”贡献中国方案。

（三）以《大流行病条约》为契机倡导新兴习惯国际法的发展

目前，多数国家支持，制定一个真正具有全球意义的“大流行病条约”，让其具有约束力以及足够的灵活度，明确规定各方的权利和责任，来确保疫苗的供应和分配。面对国际社会即将缔结的《大流行病条约》，中国宜主动建言献策，坚持“人类命运共同体”主张，提倡公正合法、程序正当、公众参与的价值遵循。在充分开展合作的基础上，还需坚持防治结合理念，倡导建立人员通、信息通、资源通和监督监管相互制约的机制。当启动新冠风险预警时，各国应当尽可能运用大数据、信息化的科技手段，助力疫情监测预警，方能在最大程度上保证各国人民的生命权、健康权和知情权，同时也应当保障民众的隐私权。申言之，中国在倡导将《国际卫生条例》部分规定上升为国际习惯法的基础上，可以推动《大流行病条约》中的部分条款上升为国际习惯法，从而使重要的国际公共卫生规则获得更为广泛的约束力。

克里斯汀·图姆斯(Christian Tomuschat)教授论及“现代习惯国际法”时指出，此种演绎式习惯国际法规范，源自于“主权平等”以及“人类核心哲学”(core philosophy of humanity)等机制衍生的具有“国际宪法”性质的国际法原则⁴²。中国可以通过将“人类健康共同体”价值纳入到“关键时刻”习惯国际法概念之中，形成兼具中国特色与全球视野的习惯国际法新概念。国际公共卫生领域“关键时刻”习惯国际法需要遵循“以人为本”的价值理念，将保障人类生命权放在首位，同时将风险预警和医疗人员行动自由重要的内容依托，要求国际社会对新冠疫情作出敏捷、高效的预警和处置，并开展多个层面的抗疫国际合作。国际公共卫生领域当前的现实困境及规则需求，与外层空间及大陆架领域在历史上的变革具有高度相似性，而国际法在不同领域中的规则存在着溢出效应(spillover effect)⁴³，故而国际公共卫生领域可以充分汲取其他国际规则领域的习惯国际法发展经验。世界卫生组织(简称“WHO”)自成立以来，颁布了大量包括传染病控制、环境卫生标准、反生物恐怖主义及医药方面的各种决议、标准、建议和指南，形成了庞大的软法体系⁴⁴。但是，软法(soft law)并非《国际法院规约》第38条所列渊源之一，其效力的发挥往往需要与习惯国际法相联系。国际公共卫生领域的软法本质上可以看作该领域习惯国际法的不成熟模式，未来可以通过“软法→‘关键时刻’习惯国际法→国际条约”这种强制力逐步提升的方式，逐步推动“关键时刻”习惯国际法的发展。

⁴² Christian Tomuschat, *Obligations Arising for States without or against Their Will*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol.241, Brill, 1993, p.297-298.

⁴³ “溢出效应”是新功能主义的核心概念，后泛指事务一方面的发展带动了事务其他方面的发展。

⁴⁴ 刘晓红：《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》，载《法学》2020年第4期，第19-32页。

五、结语

“关键时刻”习惯国际法仍然坚持传统“两要素”说，但是在“国家实践”方面，传统国际法学说要求“国家实践”具有长期性和一致性，而“关键时刻”习惯国际法认为，在国际社会发生重大变革期间，“国家实践”的确定应当围绕国家行为的重复性和累积效果。“法律确信”要素在“关键时刻”习惯国际法中权重较大，其发挥着国际习惯法规范形成方面安全阀的作用。“法律确信”要求国家广泛而一致的实践不仅是习惯性的，更是具有法律义务分量的。对于这一要素的理解采取限缩抑或扩张方式，将对于公共卫生、人权、网络空间等诸多新兴领域的习惯国际法形成带来决定性影响。国际公共卫生视域下的“法律确信”先于“国家实践”形成，从而加快了习惯国际法的形成速度。中国宜以“关键时刻”获取应对重大国际事件的主动权，并通过“关键时刻”引领部分习惯国际法的形成。在未来全球《大流行病条约》的缔结过程中，中国宜秉承“人类健康共同体”理念，并适时推动公共卫生领域条约中的典型规范上升为国际习惯法。

Introduction of Customary International Law at the "Critical Moment": An
Analysis from the Perspective of Public Health

Yu Fenghua, Xu Chongli

School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China

Abstract The insufficient supply of international law rules can hardly be matched with the demand for new rules at the "Critical Moment" of major changes in the international community brought about by the COVID-19 epidemic, and the limitations of the existing sources of international law have been highlighted in the light of the COVID-19 epidemic. At a time when treaty negotiations are at an impasse and general principles of law are absent, it is practical and urgent to re-examine the existing customary international law doctrines in the field of international public health and to reflect on and reconstruct the "two-element theory" of traditional customary international law by introducing the concept of "Critical Moment". The concept of "Critical Moment" is of practical urgency. The "Critical Moment" of international customary law mainly exists in two aspects, namely, the generation of emerging customary law and the change of existing customary international law. Different from "instant" customary international law, the accelerated formation of its two elements comes from the accelerated establishment of *opinio juris*, a high frequency of behavior of states during major changes in international society, and the corresponding consensus of the practice of states. Once the afore-mentioned consensus satisfies consistency and universality, the conditions for accelerated formation are met. During the epidemic and the post epidemic era, although relevant practice of a leading state is individual practice, once the relevant practice has gained the general support of the international community, it become the general practice. The COVID-19 epidemic can be regarded as a typical example of a major change in the international community, which led to the acceleration of the formation of international customary law on freedom of movement of health workers, the principle of risk warning, and international vaccine sharing. In the future, China can enhance its understanding and application of multiple types of customary international law at the "Critical Moment", lead the accelerated formation of customary international law through the concept of "Critical Moment", and advocate the development of emerging customary international law by taking the Pandemic Treaty as an opportunity.

Keywords International public health; the Critical Moment; Customary international law; Human health community

(收稿日期: 2024-09-25 责任编辑:)

国内法域外适用的制度逻辑、体系建设与完善路径

汪圣杰¹

摘要：党的二十届三中全会指出：“强化海外利益和投资风险预警、防控、保护体制机制，维护我国公民、法人在海外合法权益。健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”机制。”在统筹发展与安全，推动高水平对外开放的发展大局之下，法律域外适用制度既发挥着“斗争”作用，又发挥着“防御”作用，是涉外法治建设的重要组成部分。良法乃善治之始，当前我国法律域外适用规则仍存在相对零散、数量较少、概念模糊等问题，本文从文义解释、概念比较、逻辑梳理等方式明确法律域外适用制度的内涵，并主要从完善立法、明确原则、创新理念、构建“立、执、司”协同格局的角度提出完善我国法律域外适用制度体系的对策。

关键词：域外适用 域外管辖 涉外法制 法治协同

习近平总书记指出：“法治同开放相伴而行，对外开放向前推进一步，涉外法治建设就要跟进一步。”²现代化的开放大国必须是涉外法治的强国，国内法的域外效力是开放发展国家必备的法律境况。³加快推进我国法域外适用的法律体系建设，服务高质量发展高水平对外开放，既是高质量推进涉外法治、坚持统筹推进国内法治与涉外法治应有之义，也是提升我国参与构建和擅于运用国际规则的能力建设，以有效应对外部风险挑战和维护国家权益。

一、深刻认识构建法律域外适用规则体系的重大意义

第一，法律域外适用规则体系是法律法规体系和法治实施体系的重要组成部分。党的二十大报告指出：“统筹国内法治与涉外法治”、“加强涉外领域立法，形成系统完备的涉外法律法规体系”、“建设协同高效的涉外法治实施体系，提升涉外执法司法效能。”从本质上看，法律域外适用是一国的主权行为，其包含立法、执法、司法等环节，同时涉及国内规则和国际规则两个方面。加强法律域外适用制度建设，不仅为我国扩充国内法的适用范围、延伸我国管辖权提供合法性依据，从更深的层面来讲，法律的域外适用承载着我国加强涉外法治建设的重要功能，是我国基于单国视角，从国内法制建设出发，协调国内治理与国际治理的重要举措。

第二，法律域外适用规则体系承载着保护我国海外利益安全的重要功能。习

¹ 汪圣杰，西南政法大学 2024 级国际法学博士研究生。原文系教育部人文社会科学规划基金项目“中国式现代化的涉外法治内涵体系研究”（23YJA820023）阶段性成果，刊载于《人民检察》2025 年第 3 期。

² 《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境》，载《人民日报》2023 年 11 月 29 日，第 1 版。

³ 参见何志鹏：《涉外法治中的管辖攻防》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 6 期，第 141 页。

近平总书记强调：“推动我国法域外适用的法律体系建设，延伸保护我国海外利益的安全链。”⁴作为双向开放的经济大国，我国拥有巨大的海外利益规模。根据商务部发布的《中国对外投资合作发展报告 2023》显示，2023 年，中国对外非金融类直接投资 1301 亿美元，对外投资存量 2.8 万亿美元，遍布全球 190 多个国家和地区。同年我国向境外派出各类劳务人员 34.7 万人，累计外派劳务人员超 1000 万人。然而，由于世界各国法治建设和营商环境水平参差不齐，我国海外各类实体合法权益遭受侵害的情况时有发生。通过加强法律域外适用规则体系建设，能够提高国内法的法律适用空间，有利于加强我国各类实体“走出去”的法治保障。

第三，法律域外适用规则体系丰富了维护我国国家安全、利用法律对外斗争的“工具箱”。党的二十届三中全会指出：“完善涉外国家安全机制，健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”机制。”现如今，大国之间的竞争不再局限于经济、军事的竞争，更是对外政策与全球战略的博弈。法律是和平年代的武器。近年来，以美国为首的西方国家采取“规则制华”的手段，将经济措施政治化、制裁手段法律化，通过长臂管辖、次级制裁、加征关税等方式频繁打压我国各类实体，严重侵害我国国家安全和海外利益。有鉴于此，必须通过合理制度设计对上述行为进行反制，坚决维护国家主权、尊严与核心利益，在对外斗争中，占领法治制高点，向破坏者、搅局者说不。⁵

二、法律域外适用的基本意涵与核心要义

法的域外适用，是相对法的域内适用而言的。传统管辖权理论认为，国家管辖权的行使以国家领土为要素，领土的边界即管辖权行使的边界。在此观点下，法律适用作为一种主权行为，其行使仅限于一国领土之内。然而，伴随着经济全球化的不断深入和管辖权理论不断发展，领土不再是一国取得管辖权的唯一连接因素。通过建立其他连接点，一国可以突破国家领土的限制而对领土之外的人、事物、行为行使管辖权，由此也衍生出“法律的域外适用”这一新命题。为了更好的了解法律域外适用的运行机制和内在逻辑，有必要进一步解释“法律域外适用”一词，并明确其与相关概念的界分。

（一）法律域外适用的概念厘定

探讨法律域外适用的具体内涵，需要从“域外”和“法律适用”两个方面加以阐释。

第一，关于“域外”的定义。目前学界对于法律域外适用中的“域”的所指存在

⁴ 习近平：《坚持走中国特色社会主义法治道路，更好推进中国特色社会主义法治体系建设》，载《求是》2022 年第 4 期，第 9 页。

⁵ 参见习近平：《在中央全面依法治国委员会第一次会议上的讲话》，载习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 225 页。

争议,其中具有代表性的观点有法域说⁶、领土说⁷、管辖领域说⁸。本文支持领土说,其理由如下:其一,我国是一个多法域国家,港澳台地区与大陆地区位处不同的法域,但是宪法作为国家根本大法能在我国领土全域适用,其本身就是跨法域的。如果此处的“域”理解为“法域”,那么宪法在港澳台地区的适用就成了“域外适用”,会导致国家法制的统一,也会影响宪法的权威和根本大法的地位。其二,在“域”的范围定义上,领土说与“管辖领域说”仅仅是在“专属经济区、大陆架、毗连区”这部分区域是否属于“域内”存在争议。本文认为“管辖领域说”将上述区域视为“域内”有失妥当,因为专属经济区、大陆架、毗连区并非我国领土,即便我国对其享有管辖权,但是这种管辖权是有限的、不完整的,并且需要法律特殊规定。⁹何况这种特殊的法律规定,就属性而言应当属于国家根据立法管辖权创设的法律域外适用规则。

第二,关于“法律适用”的定义。法律适用在概念上通常有狭义和广义之分。广义的法律适用是指国家权力机关、行政机关、司法机关以及国家授权的其他机关将法律适用于具体的人和事的活动。而狭义的法律适用专指司法机关依职权和程序,运用法律处理具体案件的司法行为。¹⁰从我国对外交往实践来看,如果“法律适用”采取狭义解释,那么我国行政机关针对境外实体或行为实施管辖权的行为就没办法囊括其中,这不符合实际情况,也将导致法律域外适用制度的价值功能缺失。

故基于以上论述,法律域外适用中的“域外”应当指“领土之外”,即中华人民共和国的领水、领空、领陆以及底土之外,而“法律适用”应当作广义的解释。因此法律域外适用是指:一国将法律适用于其国家领土之外的实体或行为的过程,包括国内行政机关适用和执行国内法的行为和国内法院实施司法管辖的行为。

(二) 域外适用与域外管辖、域外效力的关系

实践中,域外效力和域外适用通常与域外管辖权交替使用¹¹,但在法律域外适用的语境下,三者逻辑上并非处于同一地位——域外效力与域外管辖在先,域外适用以域外效力和域外管辖为前提。具体而言,域外效力为域外适用提供了应然层面的合法性,而域外管辖为域外适用提供了实然层面的合法性。需要指出

⁶ 参见孙国平:《论劳动法的域外效力》,载《清华法学》2014年第4期,第25页;周永坤:《法理学全球视野》(第二版),法律出版社年版,第107页。

⁷ 参见孙南翔:《法律域外适用体系建设中的管辖权:演化规则与关联结构》,载《法学》2024年第1期,第177页;霍政欣:《我国法域外适用体系之构建——以统筹推进国内法治和涉外法治为视域》,载《中国法律评论》2022年第1期,第43页。

⁸ 参见廖诗评:《中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善》,载《中国法学》2019年第6期,第21页。

⁹ 例如,我国《领海及毗连区法》第13条尽管规定了我国可基于维护国家安全(涉及安全、海关、财政、卫生、出入境等事由)在毗连区内行使管辖权。但是涉及上述规定事由之外的事项,我国便不再享有管辖权,因此这种管辖权并不是完整的。

¹⁰ 参见张军:《法理学》,中国民主法制出版社2014年版,第194页。

¹¹ 参见霍政欣:《域外管辖、“长臂管辖”与我国法域外适用:概念厘定与体系构建》,载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2023年第3期,第78页。

的是,该语境下的“管辖权”在事实上进行了限缩解释,专指司法管辖和执法管辖,和完整意义上的管辖权存在差异。如果从更全面的视角来理解管辖权,其与国家主权的概念接近,可根据国家机关的不同进一步细分为国家立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权¹²。这其中,立法管辖权处于先导地位,因为立法管辖权不仅创设了具有域外效力的法律,更赋予域外司法管辖和域外执法管辖的合法性依据。因此,如果从广义的管辖权概念来理解,可以进一步总结出“法律的域外适用以存在域外管辖权为前提”的结论。

（三）法律域外适用的表现形式

基于文义解释,法律的域外适用至少存在以下四种表现形式:(1)本国管辖机关根据具有域外效力的法律针对域外的实体或行为实施管辖权;(2)一国基于武装暴力等形式对其占领的域外地区适用该国法;(3)外国管辖机关根据国内冲突法规则适用其他国法律;(4)外国管辖机关基于当事人意思自治原则选择适用其他国法。然而,从构建我国国内法的域外适用体系的视角出发,法律域外适用应当仅指第一种情形,其理由在于:第一,法律的域外适用必须具有合法性,武装占领行为严重侵犯他国领土主权,被现代国际法所禁止,该情形之下的法律适用行为不具有正当性,无法获取国际法上的依据。第二,法律适用主体应当是我国司法、行政机关等具有管辖权的机关,而第四、第五种情形之下的法律适用主体是外国管辖机关,外国管辖机关基于冲突法规则或者当事人意思自治原则适用中国法是外国正当的主权行为,我国无权干涉。

随着全球治理与国际合作的深入,上述第一种情形中实施管辖权的行为也可能发生在境外,如我国公安机关前往缅北地区行使执法管辖权抓获电信诈骗犯罪分子,但是这种本国管辖机关根据国内法在境外行使管辖权的主权行为是必影响他国的主权,故此种域外执法行为有严格的国际法限制,通常基于国家间的互惠关系,以存在国家间同意的制度安排为前提。

三、我国法律域外适用规则体系的构建现状及不足

（一）法律域外适用规则体系的构建现状

在现行的法律体制之下,我国国内法的域外适用法律体系至少应包括两个部分:具有域外效力的法律规则和保障中国法域外适用实施效果的法律规则。¹³这两种规则并非完全独立,而是相互依存,并且涵盖不同法律位阶的法律。

1.具有域外效力的法律规则

即国家通过行使立法管辖权创设出具有域外效力的法律规则。具体而言,这类规则分为了两类:第一类是在域内行使并对域外主体产生效果的规则;第二类

¹² 参见韩立余:《涉外关系治理的法律化与中国涉外法律实施》,载《吉林大学社会科学学报》2022年第2期,第46页。

¹³ 参见前注8,廖诗评:《中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善》,第22页。

是在域外行使，即赋权法律实施主体在域外行使主权行为的规则。¹⁴对于第一类规则，在现行立法当中，我国通常以设置法律地域适用范围条款和属事适用范围条款或者综合以上两种方式来确认法律规则的域外效力。¹⁵而对于第二类规则，由于在域外行使主权行为存在诸多困难，并极易引致管辖权冲突，因此该类规则的数量偏少，且其实施效果需要通过其他协调管辖权冲突的双边、多边条约以及国际互惠礼让原则来加以保障。

2.保障中国法域外适用实施效果的规则

该类规则主要包括确立我国域外管辖权依据的法律，包括司法管辖权与执法管辖权的确认规则。目前，在公法领域，我国根据属人主义、保护主义、普遍主义这三项被国际法所认可的管辖权原则确认了域外管辖权的法律依据¹⁶，同时又确认“在我国船舶或者航空器内犯罪”的管辖权¹⁷和效果原则¹⁸丰富了管辖权依据。在民商事领域，除了基于常见的“连接点”引起的管辖权之外，我国还设置了以“存在适当联系”为由的域外管辖权兜底条款。¹⁹此外，在我国管辖机关行使域外管辖权的过程中，相关的立法解释、司法解释、行政解释可能也会在具体案件中被援引，作为推导立法意图、扩充管辖权、协调管辖权冲突的补充依据。

（二）当前我国法律域外适用规则体系面临的突出问题

1.我国尚未明确国际法在我国法律体系当中的法律位阶

为了进一步取得法律域外适用的合法性提高法律域外适用的效果，国家之间往往根据互惠礼让原则，通过签订司法协助条约等形式调适管辖权冲突。这些国际条约在我国法律域外适用实践中扮演了重要角色。国际法与国内法具有密不可分的关系，国际法的实施最终会落到国家层面上，国内法的相关内容也可能通过国家间的合意成为国际法的内容。关于国内法与国内法的二者关系，学界存在一元论与二元论之分。一元论认为国内法与国内法具有同一性，国际法优先于国内法。二元论则认为国际法和国内法是两个完全独立的法律体系，二者的效力位阶存在争议。²⁰我国法学界一般认为，中国特色社会主义法律体系以宪法为核心，涵盖宪法及其相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等七个法律部门，包括法律、行政法规以及地方性法规、自治条例和单行条例三个法律层级。²¹但是对于国际法的在我国国内法律体系中的地位以及

¹⁴ 如《反恐怖主义法》第71条规定我国公安部门、国安部门以及军队可在满足一定条件的情况下出境执行任务。

¹⁵ 参见廖诗评：《中国法中的域外效力条款及其完善：基本理念与思路》，载《中国法律评论》2022年第1期，第54页。

¹⁶ 我国《刑法》第7条至第9条分别确立了属人管辖权、保护管辖权和普遍管辖权。

¹⁷ 参见我国《刑法》第6条。

¹⁸ 例如，我国《反垄断法》第2条规定，如果境外垄断行为对我国国内造成了影响，适用该法。

¹⁹ 详见我国《民事诉讼法》第276条。

²⁰ 贾少学：《国际法与国内法关系论争的时代危机——对一元论和二元论进路的反思》，载《法制与社会发展》2009年第2期，第60-63页。

²¹ 赵建文：《国际条约在中国法律体系中的地位》，载《法学研究》2010年第6期，第190页。

国际法在法律适用的效力位阶的问题，我国尚无确切定论。²²

2.我国法律域外适用条款设置零散且数量偏少

这点尤为体现在我国域外执法管辖权规则中。如前文所言，区别于域外司法管辖权只能由我国司法机关在境内行使，我国执法机关有可能在我国境外行使域外执法管辖权。这种情况之下，由于行使管辖权的行为发生在境外，为确保该行为的合法性其应当受到更严格的法律规制，然而从现阶段来看，我国国内法对此规定非常有限，其行使仍依赖我国同相关国家签署的双边条约。此外，我国现行的公司法、合伙企业法、企业破产法、信托法、反不正当竞争法等法律对于可能域外适用的情形几乎未予考虑²³，这将导致我国在遭受海外利益损失时难以高效地行使域外执法管辖权。在域外司法管辖方面，从以往长期的实践来看，涉我国企业的跨境纠纷的当事人比起选择境内诉讼更倾向于选择境外诉讼或仲裁，这种现象一定程度也反映我国涉外管辖权以及配套的诉讼程序有待提升。²⁴

3.我国部分域外管辖权规则规定模糊或没有设置明确的限度

现有的法律域外适用体系下仍有部分规则存在标准模糊、指向不明的问题，这些规则上的缺漏可能会导致法律功能的缺位或者引发国际管辖权冲突。以《反外国制裁法》为例，作为我国应对外国制裁的专门立法，该法没有明确我国采取反制措施的主管机构，而是将其模糊为“国务院有关部门”，同时该法没有明确采取“反制措施”的具体程序，亦没有相应的实施细则予以补充说明。再以《民事诉讼法》为例，尽管《民事诉讼法》第 276 条作为兜底条款，规定了基于“适当联系”的管辖权取得方式，但是对于“适当联系”是谓何种联系、应当遵循何种原则和限度没有说明。这虽然赋予了法院一定程度的自由裁量权，但也不利于提高规则的透明度，有扩大管辖权冲突的风险，同时也容易引发他国误解，同美国霸权主义色彩的长臂管辖混为一谈。

四、我国法律域外适用规则体系的完善路径

一是确认国际法在我国法律体系中的地位，加强国内法和国际法的衔接。党的二十大报告指出：“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，统筹推进国内法治和涉外法治。”法律域外适用制度的运用涉及到国内法和国际法两套规则，是涉外法治建设的重要组成部分。应当善用国内规则和国际规则，把我国缔结和参加的国际条约纳入中国特色社会主义法律体系，在法律上处理好国内法与国际法的关系。²⁵此外，应加强法律域外适用领域的国内法与国际法的有效衔

²² 尽管这一问题在《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》中有所明确，但是仅局限于涉外民商事关系等私法领域；诸如《海商法》《民用航空法》《民事诉讼法》等法律虽然也明确了存在法律冲突时国际法优先适用的原则，但是这种通过特别立法确认法律位阶的方式难以穷尽一切情形，当争议事项超过相关法律的调整范围时，仍会存在法律适用的争议。

²³ 韩永红：《论我国涉外立法的转型》，载《东方法学》2023 年第 2 期，第 119-120 页。

²⁴ 参见沈红雨：《我国法的域外适用法律体系构建 与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建》，载《中国应用法学》2020 年第 5 期，第 122 页。

²⁵ 参见黄进等：《中国为国际法的创新发展作出重要贡献》，载《人民日报》2019 年 04 月 17 日，第 17

接。一方面，应当积极同相关国家开展谈判，扩充我国法域外适用的双边、多边国际法依据，协调国内治理和区域治理、全球治理。另一方面，要通过制定、完善、细化国内法来落实已经加入的国际条约的制度安排。

二是确立与我国对外开放发展战略相适应的域外管辖权原则。尽管 1927 年的荷花号案确认了法律域外适用行为具有国际法上的合法性²⁶，但这种合法性是必以不违反国家主权平等原则和不干涉内政原则为前提。我国始终将“促进世界和平与发展，推动构建人类命运共同体”作为发展对外关系的宗旨之一²⁷，但同时又面临着美西方国家频繁恶意的打压、制裁与干涉。因此在规则体系构建上应统筹发展利益与安全利益——既要发挥其在经济发展的“促进功能”与“保障功能”，又要彰显其在国家安全领域的“斗争属性”和“防御属性”。此外，国际法日益强调全人类的共同利益，“人类命运共同体”“人类共同关切事项”和等国际法概念已渐入人心²⁸，为了捍卫全人类共同利益，有效应对全球管辖冲突与管辖缺位，我国可从开发国际公共产品的视角去优化管辖权规则。²⁹

三是完善我国法域外适用的配套司法、执法机制。徒法不足以自行。推动涉外法建设应一体推进涉外立法、执法、司法、守法和法律服务，形成涉外法治工作大协同格局。³⁰随着全球化的深入、技术的更迭与社会的发展，各领域的法律域外适用情形会不断增加。然而，由于法律制定与修改程序的复杂性和法律本身存在的滞后性，立法机关没办法及时针对新形势予以回应，在具体案件中，需要行政机关、司法机关根据实际情况通过合法程序对法律的适用作出行政、司法解释。因此，应完善相应的解释程序，推动构建“立、执、司”一体化法治协同机制。此外，为了提高机制的有效性，还应当加强涉外干部队伍法治能力建设，打造高素质专业化涉外法治工作队伍。

四是创新加强域外管辖权规则的“连接点”建设。域外管辖的前提是管辖对象与本国具有实质的关联性。伴随着网络空间等虚拟场景的出现，仅凭领土延伸来行使域外管辖权显得捉襟见肘，因为领土只是体现管辖对象和本国之间关联性的要素之一。以存在“真实联系”的连接点作为域外管辖权的依据更具合理性。长期以来，我国涉外法律体系尤其是公法领域中缺乏对“连接点”的重视，主要采取传统的属人、属地管辖，而忽视了数字时代的给人、事物、行为、场所都带来了深刻变化。为此，应冲破传统管辖权理论的桎梏，创新涉外法律体系中的连接因素，

版。

²⁶1927 年国际常设法院在荷花号案的判决中指出：国家有权行使任何主权力，只要不为国际条约和习惯国际法所禁止，参见 PCIJ, Series A, No.10, Judgment, 7 Sept.1927。

²⁷ 参见《对外关系法》第 1 条。

²⁸ 参见屈文生：《从治外法权到域外规治——以管辖理论为视角》，载《中国社会科学》2021 年第 4 期，第 61 页。

²⁹ 参见孙南翔：《法律域外适用体系建设中的管辖权：演化规则与关联结构》，载《法学》2024 年第 1 期，第 189 页。

³⁰ 同前注 2，《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境》，第 1 版。

在公法制度设计中引入国际私法中存在且成熟的管辖连接点,如居住地、住所地、公司总部、主要商业运营地等概念。³¹

³¹ See Alex Mills, Private Interests and Private Law Regulation in Public International Law Jurisdiction, in Stephen Allen etc. eds., The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law, Oxford University Press, 2019, p. 341.

美国反贿赂域外立法管辖权的合法性基础、边界及中国因应

张芮栋*

摘要：美国《反海外腐败法》率先以单边立法的方式，建立起了对发生在其域外的贿赂行为的立法管辖机制。其最初是出于维护美国国际形象的考量，后来逐渐发展为保护美国商业利益、塑造美国主导的全球法律体系的法律工具。美国的反贿赂域外立法管辖权有着国际法上的基础，一定程度上得到了属人、属地和效果管辖原则的支持。然而，扩张性的管辖需要得到比例原则的限制，不得对他国造成不合理的干涉。从管辖联系的密切程度出发，美国《反海外腐败法》对美国人的管辖是适度的，而基于属地、效果管辖原则对外国人的管辖并不符合比例原则的要求。同时，美国在反贿赂域外管辖权冲突的处理方式方面，也会导致其管辖超出比例原则的界限。面对美国过度的管辖权，中国应以积极的态度予以应对，维护中国的司法管辖权，保护中国企业商业利益。中国一方面应构建自主的反贿赂域外管辖制度，积极防御，另一方面也要主动参与反贿赂国际执法，寻求合作。同时，中国企业要注重反贿赂合规与合作机制的建设。

关键词：反海外贿赂；刑事域外管辖权；国际管辖习惯规则；比例原则；国际执法合作；企业合规

随着全球化的发展，贿赂犯罪日益呈现出跨国化的趋势。传统领土主义模式下，各国仅在其境内实施刑事管辖，而这一做法无法应对跨国贿赂犯罪的复杂状况。美国于1977年颁布了其《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practices Act，简称FCPA），¹开始将反贿赂的管辖权由域内延申至域外，为海外贿赂的规制提供了重要的法律武器。然而，该法扩张性的管辖权亦给世界其他国家带来了许多现实的干涉与潜在的威胁。FCPA设置了大量的管辖连接点，将管辖的触手伸至许多与美国联系微弱的外国主体，使得他国企业、自然人随时面临着受到美国反贿赂指控的境地。其中，德国制造公司西门子股份公司、²德国汽车制造商戴姆勒公

* 武汉大学法学院国际法博士研究生

¹ 根据美国司法部官网，Foreign Corrupt Practices Act的官方中文译名为《反海外腐败法》，本文即采纳这种译名。<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/04/25/fcpa-simplifiedchinese.pdf>，2025年2月11日访问。

² SEC Files Settled Foreign Corrupt Practices Act Charges Against Siemens AG for Engaging in Worldwide Bribery With Total Disgorgement and Criminal Fines of Over \$1.6 Billion, Securities and Exchange Commission v. Siemens Aktiengesellschaft, Civil Action No. 08 CV 02167 (D.D.C.) <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr-20829>, visited on 21 March 2024.

司、³英国国防承包商 BAE 系统公司、⁴日本建筑工程 JGC 公司⁵等都是典型的例子。

2017 年，中国公民何志平遭到美国反海外贿赂指控，尽管其行为并未与美国发生直接的联系，最后还是被美国法院判处了三年监禁及罚款 40 万美元。⁶同一时期的孟晚舟事件亦再度为我们敲响警钟，警示我国必须对美国咄咄逼人的域外管辖手段作出有效回应。美国司法部总检察长杰夫·塞申斯（Jeff Sessions）于 2018 年 11 月 1 日宣布了一项针对中国的新倡议（China Initiative），明确表示了司法部接下来的执法目的主要在于查明涉及与美国企业竞争的中国企业违反 FCPA 的相关案件。⁷FCPA 日益武器化，逐渐成为美国针对中国进行国际贸易政策干预的重要工具。⁸中国是 FCPA 管辖的重点对象，事实上，在 2021-2023 年间所进行的所有的 FCPA 相关调查中，中国一直都是最常被提及的国家之一。⁹

为保障我国海外投资的顺利发展，推动“一带一路”稳定建设，维护我国公民和企业的合法权益，有必要对美国的反海外贿赂域外管辖制度进行系统的研究。目前，现有文献主要侧重于对 FCPA 法律条文整体的探讨、执法现状的介绍以及事实性的批判，而缺乏从国际法层面对其合法性问题的剖析。美国的反贿赂域外立法管辖权有着怎样的法律基础？是否超出了管辖的边界？在何种情况下违反了域外管辖的国际法限制性规则？这是我们亟待解决的问题。本文首先从 FCPA 出台的背景出发，厘清美国反贿赂域外立法管辖的目的。其次，依照管辖的国际习惯规则，指出其管辖的法律基础。再次，以比例原则为依据，将 FCPA 对国际管辖规则的运用、以及管辖冲突的处理进行评析，明确其管辖的边界所在，并指出其管辖过度之处。最后，在此基础上提出我国的应对之策，具体包括建立起中国自主的反贿赂域外管辖体系、加强国际执法合作以及深化企业的合规与合作机制。

一、美国反贿赂域外立法管辖权的确立

³ U.S. v. Daimler AG, No. 1:10-CR-00063 (D.D.C. Mar. 22, 2010), <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-22-10daimlerag-statement.pdf>, visited on 21 March 2024.

⁴ PRESS RELEASE, BAE Systems PLC Pleads Guilty and Ordered to Pay \$400 Million Criminal Fine (Monday, March 1, 2010), <https://www.justice.gov/opa/pr/bae-systems-plc-pleads-guilty-and-ordered-pay-400-million-criminal-fine>, visited on 21 March 2024.

⁵ Press Release, U.S. Dep't of Justice, JGC Corporation Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay a \$218.8 Million Criminal Penalty (Apr. 6, 2011), <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/April/11-crm-431.html>, visited on 21 March 2024.

⁶ United States V. Chi Ping Patrick HO, No. 17-cr-00779, 2018.

⁷ US Department of Justice Press Release No.18-1436: Attorney General Jeff Session's China Initiative Fact Sheet (2018-11-01), <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1107256/dl#:~:text=The%20Attorney%20General%E2%80%99s%20Initiative%20reflects%20the>, visited on 5 October 2024.

⁸ Shearman Sterling, FCPA Digest-Recent Trends and Patterns in The Enforcement of The Foreign Corrupt Practices Act, Jan.2019, p.26.

⁹ 2023 FCPA Year in Review, <https://fcpa.stanford.edu/fcpac-reports/2023-fcpa-year-in-review.pdf>, visited on 21 March 2024.

美国通过《反海外腐败法》确立起了针对美国人和外国人的反贿赂域外立法管辖权，而对这两者的管辖分别是美国出于不同政策考量的结果。其中，对美国人的管辖权的确立主要是为了维护美国的国际形象。而确立起对外国人的管辖权，则是美国保障美国商业利益，以及构建由其主导的全球法律体系的手段。

（一）对美国人的管辖权的确立

美国自然人与美国企业属于《反海外腐败法》（FCPA）的管辖范围，其在美国境外的行贿行为均受制于美国反贿赂域外立法管辖权。FCPA 立法的初衷即是管辖其本国公民和企业，防止其在海外行贿，从而维护美国的名誉与公信力。

美国在反贿赂领域进行域外管辖，最初即是出于维护其国际形象的目的。上世纪七十年代，随着“水门事件”调查的展开，许多美国大企业在海外行贿的行为被披露，因此引发了国际舆论，也在美国国内掀起了热议。为了平息舆论，维护美国在国际舞台上的形象，美国国会决定出台一部针对海外贿赂行为进行管辖的法律。¹⁰1977 年，美国国会通过了 FCPA，确立起了对美国企业及自然人在美国境外行贿行为的管辖权，这也是世界上第一部反贿赂域外管辖的成文立法。

根据现行版本的 FCPA，美国对身为美国人的国内相关（domestic concern）、美国发行人（issuer）及其美国代理人拥有管辖权，而不论其实施贿赂行为的地点在美国域内还是域外，且不要求其贿赂行为与美国存在着其他方面的任何联系。¹¹首先，国内相关包括了“美国公民、国民或居民的任何个人，以及任何主要营业地点在美国，或是根据美国一个州的法律或根据美国一个领地、属地或自治邦的法律组成的任何公司、合伙公司、团体组织、股份公司、商业信托、非法人组织或个人独资企业。”¹²不论其行贿地在美国境内还是境外，也不论其行贿过程是否与美国发生“州际商业”（interstate commerce）联系。¹³其次，发行人指的则是在美国纽约证交所注册上市的企业，既包括美国企业也包括外国企业。¹⁴其中的美国企业即为美国发行人，美国对这类主体进行管辖属于 FCPA 的立法管辖权范围，而并不要求其行贿行为与美国本土存在任何其他联系。¹⁵最后，基于代理人责任，FCPA 对代国内相关与发行人行贿的自然人或企业也设置了管辖权。¹⁶如果该代理人¹⁷是美国自然人或美国企业，其就与国内相关和美国发行人有着一致的管辖规则。¹⁸

¹⁰ Tor Krevier, *Curbing Corruption? The Efficacy of the Foreign Corrupt Practices Act*, 33 N.C. J. INT’ L L. & COM. REG. 87 (2007).

¹¹ See 15 USC§ 78dd-1(g); 15 USC§ 78dd-2(i).

¹² See 15 USC§ 78dd-2(h)(1).

¹³ 15 USC§ 78dd-2(i).

¹⁴ See 15 USC§ 78dd-1(a), 78l.

¹⁵ 15 USC§ 78dd-1(g).

¹⁶ See H. Lowell Brown, *Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government's Reach Now Exceed its Grasp*, 26(2) North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 340 (2001).

¹⁷ 这里的“代理人”指的是代其行事的人，根据 FCPA，范围包括“officer, director, employee, agent”。

¹⁸ 15 USC§ 78dd-2(i); 15 USC§ 78dd-1(g).

与以往的立法不同，FCPA 所规制的并非国内腐败，而是专注于美国人在海外的贿赂行为。这种管辖的目的主要不在于维护其国内的公共利益，实际上对被行贿的外国国家社会更有好处，帮助其治理腐败，促进政治清廉与经济发展。美国通过对海外行贿的美国人进行处罚，有效遏制了其企业在境外的贿赂行径，挽回了因被揭露丑闻而受到损害的国际和国内声誉，进一步有利于塑造美国作为民主世界领导者的形象。

（二）对外国人的管辖权的确立

1977 年 FCPA 颁布时，其管辖范围仅局限于美国人，并不包括外国个人、企业。在 1977 年版 FCPA 的制约下，大量美国企业的海外经营受到严重的不利影响。因为企业在海外经营的过程中，向东道国官员行贿有利于其获取商业机会，尤其是在腐败治理水平较弱的亚非拉地区。为了保障本国的商业利益，一些国家甚至曾为其在海外行贿的企业提供减税补贴。¹⁹美国 70 年代的 FCPA 设立的初衷完全在于规制美国的本土企业，而忽略了全球化的大浪潮和国内企业对于严苛管辖下的不满情绪。1998 年，对 FCPA 噤若寒蝉的公司开始寻求海外机会，并不断对国会进行游说。²⁰为了不使美国企业在国际竞争中陷入劣势，²¹美国决定将其反贿赂的域外管辖权延申至外国主体，并于 1998 年对 FCPA 进行了修订，将外国企业和自然人也纳入其管辖范围。²²

现行 FCPA 即为 1998 年修订版，该法规定，其他国家的企业、自然人在满足一定条件的情况下，其在美国境外的行贿也属于美国管辖。对此，FCPA 在行贿的行为方式上作出了限定，要求其行贿是通过“州际商业”行为，即行贿行为应是通过在国际（州际）商业交往中，不同州与不同国家之间的通讯和交易手段而实施的。²³实际上，FCPA 凭借这一规则将几乎一切外国人都纳入了其域外立法管辖权的范围。

首先，外国发行人属于其管辖范围。根据 FCPA，在美国纽约证交会注册上市的外国企业如果通过州际商业行为实施行贿，就属于美国的管辖范围。一方面，FCPA 并未对发行人的国籍作出限定，实际上也就没有将外国发行人排除在外。²⁴另一方面，在“替代性管辖权”（alternative jurisdiction）条款中，该法为外国发行人的管辖设置了一项前提条件，即其在行贿过程中应实施了州际商业行为。²⁵其次，在此之外，即便行贿行为人既非国内相关，也非发行人，只要其行贿是

¹⁹ JESSE VAN GENUPTEN, *Eliminating Schmiergeld: Lessons Learned from the Enforcement of Foreign Anti-Bribery Laws in the United States and Germany*, 107 THE GEORGETOWN LAW JOURNAL 777 (2019).

²⁰ United States Securities and Exchange Commission, SEC Report on Questionable and Illegal Corporate Payment and Practice.

²¹ Beverley H. Earle, *Foreign Corrupt Practices Act Amendments: The Omnibus Trade and Competitiveness Act's Focus on Improving Investment Opportunities*, 37 CLEV. ST. L. REV., 551-52 (1989).

²² H. Lowell Brown, *Extraterritorial Jurisdiction Under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government's Reach Now Exceed its Grasp?*, 26 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 292 (2001).

²³ See 15 USC§ 78dd-1(g)(2), 78dd-2(i)(2), 78dd-3(f)(5).

²⁴ 15 USC§ 78dd-1(a)

²⁵ 15 USC§ 78dd-1(g).

倚赖其在美国境内所为的州际商业行为而实现的，美国也就对其有权管辖。与外国发行人不同的是，FCPA 要求这类行为人应在“美国境内”行使州际商业行为，而前者并无此要求。²⁶最后，前两者的代理人也属于美国反贿赂域外立法管辖的范围，即便其身作为外国人，只要其行贿是通过州际商业行为而实施的。²⁷

1998 年版的 FCPA 通过较为泛化的管辖连接点，对大量的外国企业和自然人建立起了管辖权。这样一来，FCPA 的反贿赂要求就不再仅仅是限制美国人的规则，而是使得与美国存在一定联系的外国人也要遵守其反贿赂的要求。在国际商业竞争中，美国企业不再完全处于劣势，因为外国企业同样需要应对反贿赂的法律风险，而难以再像以往那样可以获取远超美国企业的不正当商业利益。

（三）管辖权的扩张与全球法律体系的构建

美国凭借 FCPA，不仅对美国人确立起管辖权，而且逐步将管辖权拓展至外国人。这一过程体现了美国反贿赂域外立法管辖权的扩张，其背后的动因不仅是上文提到的商业利益考量，同时也是美国构建以其为主导的全球法律体系的目标。

美国司法部长曾不止一次地指出，FCPA 的重要目的之一在于，让国际经营的企业遵守美国的反贿赂法律规则，并以此塑造自身的合规体系和经营规范。²⁸

在 FCPA 确立起的域外管辖权下，大量外国人都要以美国的法律为依据，遵照其反贿赂的要求，约束自身的海外经营行为。在其他国家法律与美国法关于贿赂的认定不一致时，受到 FCPA 管辖的外国人很多情况下需要优先考虑美国的反贿赂规则，并积极遵守。与其他国家的立法相比，FCPA 由于其州际商业条款、发行人条款的规定，其管辖范围更为广泛。同时，根据 OECD 多年来的报告数据，美国一直以来都是反贿赂域外管辖执法²⁹案件量最高的国家。³⁰因此，美国反贿赂域外管辖对外国人造成的影响更为明显。这实际上加剧了美国法律对其他国家法律的倾轧，大肆扩张美国法域外适用范围，体现了美国力图将其在反贿赂领域的法律规则推向全球的做法，属于一种“道德帝国主义”（moral imperialism）。³¹

作为美国国内立法，FCPA 域外适用范围的不断扩张实际上是美国强权政治和霸权主义的体现。³²如今，FCPA 的运用日益武器化，逐渐开始成为打击其他国家的工具。美国政府不仅将中国等国当作其反贿赂域外管辖的重点关注地区，

²⁶ 15 USC§ 78dd-3(a)(1).

²⁷ 具体而言，对于非发行人的外国人的代理人而言，其州际商业行为必须是在美国境内行使的，而外国发行人的代理人则无此要求。See 15 USC§ 78dd-1(g); 15 USC§ 78dd-3(a)(1).

²⁸ See Assistant Attorney General Lanny A. Breuer Speaks at the 24th National Conference on the Foreign Corrupt Practices Act, Tuesday, November 16, 2010. <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-lanny-breuer-speaks-24th-national-conference-foreign-corrupt>, visited on 10 December 2023.

²⁹ 此处的“域外管辖执法”并非域外执法管辖，而是域外管辖立法的执行。

³⁰ See generally Rachel Brewster, *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy*, 103 VA. L. REV. 1161 (Dec. 2017).

³¹ See Elizabeth Spahn, *International Bribery: The Moral Imperialism Critiques*, 18(1)Minnesota Journal of International Law 163(2009).

³² 参见江河、玄涛：《美国国际法实践的内在法理与外在合法性解构》，社会科学文献出版社 2024 年版，第 93 页。

³³而且在与美国存在竞争关系的工业领域重点执法。³⁴同时，美国反贿赂域外管辖执法对外国企业更为严苛，迄今为止，被处罚金最多的十大企业都为外国企业。³⁵在这种情况下，FCPA 更显得像是美国通过扩张性的管辖权来约束世界各国的一种武器，使得更多国家被纳入其主导建立的法律体系之中。

二、美国反贿赂域外立法管辖的国际法律基础

域外管辖突破了传统的属地主义，是对发生在他国境内行为的管辖。著名的荷花号案（lotus case）确立了各国可以自由行使立法管辖权的规则，³⁶但域外管辖并非当然合法。尽管域外管辖在很多领域已经得到了认可，但仍然需要在国际法上具有相应的法律基础。《美国对外关系法重述（第四版）》规定，美国主张域外管辖权的前提是与被管辖行为之间存在“真实联系”（genuine link），具体包括属人管辖联系、属地管辖联系、效果管辖联系以及普遍管辖联系。³⁷在反贿赂领域，属人管辖和属地管辖原则是最为基础的管辖依据，全球性和一些地区性反贿赂公约都采纳了这两大原则。FCPA 的域外管辖规则最初即以属人管辖为主要依据，通过对美国人的管辖而实现 FCPA 的域外效力。同时，FCPA 也采用了属地管辖原则，将海外贿赂行为与美国之间一定的属地联系作为其实施管辖的依据。此外，FCPA 规则还以效果管辖原则为据，尽管效果原则在反贿赂领域并未成为普遍认可的国际法律基础。

（一）属人管辖原则

对于域外管辖而言，属人管辖原则是最根本的原则。³⁸一国的国内立法可以适用至其公民、个人或企业，而不论其行为发生地是否在国内。³⁹这种做法在国际法上得到了坚定的认可，也是最为历史悠久的一种管辖依据。⁴⁰

在反贿赂领域，以属人管辖原则进行域外管辖得到了相关国际公约的支持。《联合国反腐败公约》规定，缔约国可以对其本国国民或者在其领域内有惯常居所 的无国籍人所实施的贿赂犯罪予以管辖。⁴¹同时，经合组织《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》（以下简称 OECD《公约》）也明确赋予缔约国对在本国境外实施贿赂犯罪行为的国民进行起诉的权力。⁴²此外，《美洲国

³³ See US Department of Justice Press Release No.18-1436: Attorney General Jeff Session's China Initiative Fact Sheet (2018-11-01), [³⁴ See Charles F. Smith and Brittany D. Parling, *American Imperialism: A Practitioner's Experience with Extraterritorial Enforcement of the FCPA*, 2012 University of Chicago Legal Forum 256 \(2012\).](https://www.justice.gov/opa/speech/file/1107256/dl#:~:text=The%20Attorney%20General%E2%80%99s%20Initiative%20reflects%20the,visited on 5 October 2024; See also 2023 FCPA Year in Review, https://fcpa.stanford.edu/fcpac-reports/2023-fcpa-year-in-review.pdf, visited on 21 March 2024.</p></div><div data-bbox=)

³⁵ Andrew S. Boutros and T. Markus Funk, "Carbon Copy" Prosecutions: A Growing Anticorruption Phenomenon in a Shrinking World, 2012 The University of Chicago legal forum 265 (2012).

³⁶ See Lotus Case, PCIJ Series A, No.10, para.46.

³⁷ See RESTATEMENT (FOURTH) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES §407 (2018).

³⁸ Janis, Mark W., *International Law* 364 (8th ed., Wolters Kluwer 2021).

³⁹ Bartolus on the Conflict of Laws 51 (Beal trans 1914).

⁴⁰ Kevin Li, *Reconceiving Extraterritorial Jurisdiction* 45 (1st ed., Nomos 2022).

⁴¹ 《联合国反腐败公约》第十六条、四十二条。

⁴² Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, art.4(2).

家反腐败公约》也确立了这一规则，允许各缔约国对其国民或惯常居住在其境内的人实施的行贿罪行进行管辖。⁴³作为一种典型的腐败犯罪，贿赂罪行都属于这些公约的规制范畴。据此，一国得以凭藉属人这一联系而对行贿人在其境外的行贿行为建立起管辖权。

FCPA 中对美国人的管辖即是依据了属人管辖原则，FCPA 在其替代性管辖条款中明确规定，美国人在美国境外实施的任何行贿行径当然地属于美国的管辖范围。⁴⁴其中，“美国人”指的是《移民和国籍法》第 101 条定义的美国国民，以及根据美国或美国任何州、领地、属地或联邦或其任何政治分支机构的法律组建的任何公司、合伙企业、协会、股份公司、商业信托、非法人组织或独资企业。⁴⁵不论是作为美国企业和自然人的国内相关，还是身为美国企业的美国发行人，或是这两者的美国代理人，都属于这一“美国人”的范畴，与美国有着属人上的联系。

（二）属地管辖原则

属地原则是国家主张管辖权最重要的原则，以领土为依据而进行管辖的观点已经为大多国家所接受。⁴⁶域外管辖本是对严格属地原则的突破，但如果域外行为与领土存在一定的联系，那么管辖就具有更进一步的合法性。

当今，许多反腐败公约虽打破了领土对管辖权的绝对限制，但依然将腐败行为与领土之间的联系作为缔约国建立域外管辖权的重要依据。OECD《公约》规定，“缔约方应采取必要措施，对全部或部分在其领土内发生的行贿外国公职人员的犯罪行为确立管辖权。”⁴⁷《欧洲反腐败刑法公约》也规定，“当罪行全部或部分地发生在其领土内时，缔约国应当立法对此取得管辖权。”⁴⁸这实际上是采用了部分行为理论，以行为的一部分发生在其境内为由，对腐败行为进行管辖。对于反贿赂域外立法管辖国而言，如果贿赂行为的一部分与之存在领土联系，该国即可能得以据此而对其确立管辖权。《联合国反腐败公约》强调了国家领土对管辖权的重要意义，⁴⁹这实际上为这种部分行为管辖理论增添了合法性。

作为对外国人进行管辖的重要依据，FCPA 中的州际商业条款即是以属地管辖原则为基础的。根据 FCPA，州际商业行为指的是“几个州之间、或外国与任何州之间、或任何州与州外任何地方或船舶之间的贸易、商业、运输或通讯，包括电话或其他州际通讯工具，或任何其他州际手段的州际使用”。⁵⁰由此可见，行贿人一旦在行贿过程中借助了州际商业手段，实际上就会与美国领土发生一定的联

⁴³ INTER-AMERICAN CONVENTION AGAINST CORRUPTION, art.5(2), art.8.

⁴⁴ 15 USC§ 78dd-2(i)(1).

⁴⁵ 15 USC§ 78dd-2(i)(2).

⁴⁶ Janis, Mark W., International Law 362-363 (8th ed., Wolters Kluwer 2021).

⁴⁷ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, art.4(1).

⁴⁸ European Criminal Law Convention on Corruption- No. 173, art.17(1)(a).

⁴⁹ 《联合国反腐败公约》第 4 条。

⁵⁰ See 15 USC§ 78dd-1(g)(2), 78dd-2(i)(2), 78dd-3(f)(5).

系。美国将这类行为解释为行贿与美国之间的属地联系，因而得以主张属地管辖权。⁵¹这种做法与国际公约所采用的部分行为理论较为相似，即都是以行贿行为的一部分发生在其领土上而主张管辖。其特点则在于 FCPA 中的州际商业行为是一种拟制的属地联系，而并不要求行贿行为在美国领土上实际发生。

（三）效果管辖原则

根据效果管辖原则，一国可针对未发生在其领土内，但对其领土产生了相应影响的行为进行管辖。⁵²对美国反贿赂域外立法管辖权的确立而言，效果管辖原则也发挥着重要的作用。在国籍和州际商业行为之外，不可忽视的是 FCPA 还将相关企业“发行人”的身份作为管辖的依据，而这正是将其对美国领土产生的“影响”为依据的。

美国 1934 年《证券交易法》第 30A 条规定了对发行人在美国境外行贿的管辖权，构成了 FCPA 对发行人管辖的法律来源。⁵³在 1968 年的舍恩鲍姆诉福斯特布鲁克案中，美国法院指出，美国国会有意让 1934 年《证券交易法》具有域外适用性，其重要目的在于保护国内证券市场免受不当外国交易的影响。⁵⁴由此可见，这一做法是考虑到发行人对美国国内证券市场产生的效果，发行人既在美国注册上市，其商业活动自然会影响到其国内市场，而不论其为美国企业还是外国企业。事实上，1934 年《证券交易法》第 2 条就开宗明义地指出，该法的目的是维护美国国家银行体系和联邦储备体系并使其更加有效，以及确保维护此类交易中公平和诚实的市场，使证券交易符合国家公共利益。⁵⁵

然而，效果管辖规则在国际公约中少有得到体现。除了非洲联盟的《预防和打击腐败公约》之外，⁵⁶不论是 OECD《公约》、《联合国反腐败公约》这类全球性公约，还是以《欧洲反腐败刑法公约》或《美洲国家反腐败公约》为代表的地区性公约，均未将效果管辖规则作为反贿赂域外管辖的依据。英国、德国、法国、新西兰、加拿大等国的立法也未采用效果原则，而主要是以属人、属地管辖原则为管辖依据。⁵⁷尽管美国已经在其刑事立法和司法中大量运用效果原则，⁵⁸但这种做法未能在国际上得到普遍认可。目前，效果原则主要运用于反垄断和证券监管等领域，而在反贿赂领域尚未形成统一的实践。同时，由于效果原则的适用标

⁵¹ See Joseph W. Yockey, *FCPA Settlement, Internal Strife, and the "Culture of Compliance"*, 2012 Wis. L. REV. 712 (2012).

⁵² Austen L. Parrish, *The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business*, 61 VANDERBILT LAWREVIEW 1457-1458 (2008).

⁵³ See 15 USC§ 78dd-1(a), 78l.; US SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, sec.30A.

⁵⁴ *Schoenbaum v. First Brook*, 405 F.2d 200 (2d Cir. 1968).

⁵⁵ US SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, sec.2.

⁵⁶ 程宝库：《商业贿赂——全球治理的立法与实践》，法律出版社 2006 年版，第 344 页。

⁵⁷ 例如英国 2010 年《反贿赂法》（Bribery Act）、加拿大《反贿赂外国公共官员法》（Corruption of Foreign Public Officials Act）、德国 2019 年新修订的《刑法典》（German Criminal Code）和新西兰 1961 年《刑法》（New Zealand Crimes Act 1961）等立法，均未采用效果管辖原则。

⁵⁸ See H. Lowell Brown, *Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government's Reach Now Exceed its Grasp*, 26(2) North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 332 (2001).

准较为模糊，其在实践层面也存在着一一定的困难。⁵⁹

三、美国反贿赂域外立法管辖权的边界

反贿赂域外立法管辖权应受到比例原则的限制，不可突破必要的边界。美国依据 FCPA 确立起的管辖权虽在一定程度上得到了属人、属地和效果管辖原则的支持，但其管辖事项往往涉及多个国家的利益，一旦行使不当就可能侵犯他国主权。⁶⁰国际习惯规则仅仅赋予其域外管辖权基础性的依据，而为了避免管辖过度，域外管辖权还应当受到更进一步的限制。⁶¹美国的域外管辖应当限定在必要的边界之内，遵从比例原则的要求，从而避免管辖过度造成对他国利益不当损害，以及加剧不同国家间的管辖权冲突。

（一）比例原则对反贿赂域外管辖的限制

1.比例原则在域外管辖领域的适用路径

比例原则是对域外管辖的一种限制，作为一项较为成熟的法律原则，该原则不仅可以用于规制国内法主体间的“权利-权利”关系，也可以适用于国际法主体间“权力-权力”结构关系的调整。⁶²因此，国家与国家之间在管辖权上的分配问题属于比例原则的限制范围。⁶³在不同的领域，比例原则有着不同的表现形式，发挥着不同的功能。⁶⁴而在域外管辖层面，对比例原则的遵从应体现为由与被管辖行为联系更为密切的国家进行管辖，从而保障域外管辖权的行使不破坏国家间的利益平衡，以及保持管辖的适度性而避免立法过度。

域外管辖是对传统领土主义的突破，其行使应当是基于被管辖行为与管辖国领土之间的联系。⁶⁵这种联系应当真实（genuine）且充足（sufficient），而这也是属人管辖、属地管辖和效果管辖等管辖原则的理论依据。⁶⁶依据比例原则，一方面，域外立法管辖作为一种手段，不应超出为实现立法目的之必要，不应对他国利益造成不当损害；另一方面，域外立法管辖权在各国之间存在竞合时，应当得到适当的调和，而不应造成过度的冲突。⁶⁷因此，在立法管辖的过程中，管辖国不应对其联系微弱的域外行为建立管辖权，而应当将管辖权让渡于与相关行为联系更为密切的国家。⁶⁸事实上，域外行为与一国的联系越紧密，该国主张适用其国内法的合法性越强，反之则越弱。⁶⁹

⁵⁹ 参见廖诗评：《域外管辖论纲》，《武大国际法评论》2024年第2期，第7、15页。

⁶⁰ 参见汤铮：《域外管辖的边界与冲突研究》，武汉大学出版社2023年版，第49-50页。

⁶¹ See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* 145 (2nd ed., Oxford University Press 2015).

⁶² 王书成：《论纵向分权中的比例原则——以欧盟、联邦及单一制为考察对象》，《重庆社会科学》，2007年第5期。

⁶³ 参见汤铮：《域外管辖的边界与冲突研究》，武汉大学出版社2023年版，第66页。

⁶⁴ 参见雷磊：《比例原则的规范论基础与方法论定位》，《政法论坛》2025年第1期，第5页。

⁶⁵ See Kevin Li, *Reconceiving Extraterritorial Jurisdiction* 32-34 (1st ed., Nomos 2022).

⁶⁶ See James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* 457 (9th ed., Oxford University Press).

⁶⁷ 参见汤铮：《域外管辖的边界与冲突研究》，武汉大学出版社2023年版，第66页。

⁶⁸ See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* 159 (2nd ed., Oxford University Press 2015).

⁶⁹ 参见霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，《政法论坛》2020年第2期，第185-186页。

2.美国反贿赂域外管辖立法对比例原则的运用

首先，美国成文法并未对此作出明确规定，FCPA 中没有相应的规则。即便《美国对外关系法重述(第四版)》以真实联系标准对其立法管辖权作出了限定，其也未言明判定相关域外行为何者与美国联系更为紧密的方法，因此也就无从适用比例原则。⁷⁰

其次，美国实际上在其判例法中对比例原则的运用作出了阐释。总结而言，美国法院普遍强调，域外贿赂行为应与美国之间存在充分的属地、属人管辖联系。而如果其他国家与该贿赂行为之间的联系程度高于美国，美国法院则倾向于限制己方的域外管辖权。美国联邦加州北区法院在一起案件中指出，海外贿赂案件如果与他国联系更为密切，而与美国之间并无紧密联系，美国就不应对其实施管辖权。鉴于该案中的犯罪人员、行贿行为发生地都与美国无关，而是与加拿大联系密切，因此与美国微弱的联系不足以使美国对该案行使管辖权。⁷¹在 2018 年的 US v. Hoskins 案中，美国法院再度强调，反贿赂域外管辖权的行使应以行贿人国籍和行贿发生地为基础，外国国民若未直接在美国领土上实施贿赂罪行，美国就不得对其主张域外管辖。⁷²美国法院的这种观点也得到了其他国家的认可，例如，在 2017 年的 R. v. Karigar 反贿赂域外管辖案中，加拿大法院确认其在 R. v. Libman 中的论断，认为实施管辖的前提是加拿大与案件存在较为密切的联系，只有在贿赂罪行的重要部分发生在加拿大境内的情况下，加拿大方可对其进行管辖。⁷³

最后，美国所签署的国际公约也体现了比例原则对域外管辖权的限制。《联合国反腐败法公约》强调管辖权的行使应当尊重他国主权平等和领土完整，不得干涉他国内政。⁷⁴OECD《公约》在其序言中亦开宗明义地指出，各国是出于打击国际商业贸易中的贿赂行为才决定缔结这一公约，公约的目的在于为各国提供一个全球性的反腐败平台。⁷⁵因此，缔约国不得滥用域外管辖权，各国行使域外管辖权对他国造成的干涉不应超出为实现跨国反贿赂目的之必要。

3.比例原则的适用标准问题

关于如何判断哪一国家与贿赂案件之间的联系更为密切，从而将其确定为实施域外管辖权的适当主体，在国际法层面，目前并不存在明确的标准。实践中，域外管辖案件大多通过对较为量化的联系因素的比较来判断联系的密切程度，但

⁷⁰ See William S. Dodge, *Jurisdictional reasonableness under customary international law: The approach of the Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law*, 62 QIL, Zoom-in 13 (2019).

⁷¹ Mike Koehler, *The FCPA's Jurisdiction Thicket*, <http://fcpaprofessor.com/into-the-fcpas-jurisdictional-thicket/>. Visited on 24 August 2024.

⁷² U. S. v. Hoskins, Docket No. 16-1010-cr, http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/344d856c-9dbe-4f82-8e8a833c358999f6/2/doc/161010comb_opn.pdf#xml =<http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/344d856c-9dbe-4f82-8e8a833c358999f6/2/hilite/>. Visited on 24 August 2024.

⁷³ R. v. Karigar, 2017 ONCA 576.

⁷⁴ 《联合国反腐败公约》第四条第一款。

⁷⁵ See Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Preamble.

同时也强调联系因素的性质所发挥的重要性。国际法院在 1955 年的诺特博姆案（*Nottebohm*）中指出，管辖权的行使应当综合考虑多种连结因素，从而确定管辖国与被管辖主体之间是否存在更为密切的联系。⁷⁶

在反贿赂领域，属地管辖和属人管辖则作为最基础的管辖依据，在这一过程中发挥着最为重要的作用。上文提到的美国与加拿大判例就是很好的例子，这些判例将属地管辖联系与属人管辖联系作为衡量案件与美国之间联系最重要的依据。同时，相关的国际公约的规定也体现了这一原则。⁷⁷因此，在衡量不同国家与反贿赂案件联系程度时，应在属地和属人管辖的基础上，综合比较其所具备的管辖联系因素。

（二）FCPA 中属人、属地和效果管辖规则的比例原则分析

1. FCPA 属人管辖规则的比例原则分析

在 FCPA 以属人原则为基础的管辖规则下，美国与被管辖的行贿行为之间具备最为密切的管辖联系，不会造成对他国利益的不合理干涉。因此，美国对国内相关、美国发行人及美国代理人等美国行为人的管辖符合比例原则的要求，并未突破管辖的边界。

一方面，FCPA 采用了国籍标准，其属人管辖范围内的行为主体与美国存在着最为密切的属人联系。FCPA 中的属人管辖以国籍（住所地）为依据，符合积极属人管辖权（*active personality jurisdiction*）的基本要求。⁷⁸通过替代性管辖条款，美国得以确立起对美国籍的企业和自然人的管辖权。目前，国籍是一国在主张属人管辖时最广为接受，也最少存在争议的一种依据。⁷⁹相较于在此基础上拓展延申而产生的“控制理论”，将美国人控制的公司纳入属人管辖范畴，⁸⁰以及在数据流动领域对在美国境内做生意的主体主张属人管辖的做法，⁸¹国籍则是行为主体与美国之间最为密切的一种联系。

另一方面，行贿地国的属地管辖并不意味着 FCPA 的属人管辖规则不合法。在反贿赂域外管辖的立法实践中，美国企业或自然人如若在外国向当地官员行贿，不仅会受到 FCPA 的属人管辖，还会因属地管辖依据而属于行贿地国的管辖范围。美国依照 FCPA 对其进行域外管辖，必然会对行贿地国的属地管辖权造成干涉。不过，这种干涉并非不合理。不论是国内相关、美国发行人，还是美国代理人，其都拥有美国国籍，所实施的海外贿赂行为也都因此而与美国之间存在最为密切的属人联系。尽管行贿地国与贿赂行为之间存在着最为密切之一的联系，但

⁷⁶ ICJ, *Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala)*, ICJ Rep 4 et seq. (1955) (emphasis added).

⁷⁷ 参见本文第二章，

⁷⁸ See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* 104 (2nd ed., Oxford University Press 2015).

⁷⁹ See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* 104-109 (2nd ed., Oxford University Press 2015).

⁸⁰ See Cedric Ryngaert, *Extraterritorial Export Controls (Secondary Boycotts)*, 7 *Chi J Int'l L* 625 (2008).

⁸¹ Winston Maxwell & Christopher Wolf, *A Global Reality: Governmental Access to Data in the Cloud*, A Hogan Lovells White Paper 5 (2012). https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/publication/revised-government-access-to-cloud-data-paper-18-july-12_pdf.pdf.

属人管辖联系也是判断其联系程度的另一基本依据,因而美国也是与案件联系最为密切的国家。而域外立法管辖本就是对传统属地主义的突破,所以不能当然地认为 FCPA 的属人管辖规则是对他国处理内部事务的不合理干涉。

2. FCPA 属地管辖规则的比例原则分析

FCPA 中以州际商业行为为纽带的属地管辖规则并不完全符合比例原则的要求,而是会造成管辖的过度。一方面,作为行贿过程中的一种附带行为,州际商业行为的行使并不足以构成行贿行为与美国之间的实质性联系。与行贿地国相比,美国不具备更为密切的联系以对其施加管辖。另一方面,州际商业条款会涉及对代理账户管辖权的运用,而后的单独适用缺乏域外管辖上的合法性,未达到比例原则所要求的联系的密切程度。因此,美国仅以此为据而对外国人建立的管辖权有着突破边界之嫌。

(1) 附带行为只能产生微弱的管辖联系

国际公法中的属地管辖权构成要件分析源于刑法模式,在刑法模式中,犯罪构成要件必须在定义上对犯罪的实施至关重要。⁸²根据通行观点,当有证据证明某一犯罪的构成要件 (constituent element) 发生在一国境内时,才能认为犯罪与该国有实质性的领土联系。⁸³州际商业行为的行使尽管被视作与美国之间产生属地联系,但其归根结底只是为便利其行贿顺利实施的一种附带行为 (incidental act),并非行贿罪行中的构成要件。⁸⁴FCPA 所规制的贿赂行为被定义为“在美国境外采用腐败手段以持续提供机会、付款以及此类允诺,或授权提供任何付款、机会、礼物以及此类允诺,从而贿赂本法所规定的行贿对象”,⁸⁵而“电话或其他州际通讯工具”等行为显然不属于行贿行为本身,而只能算便利行贿实施的一种手段和途径,并未达到“至关重要”的程度,与美国也不存在实质性的领土联系。

⁸⁶

在整个海外贿赂的过程中,相较于在行贿地国所实施的贿赂行为而言,州际商业行为所发挥的作用微乎其微,而其所产生的与美国之间的属地联系也是一种极为微弱的联系。例如,在 2020 年的伊卡扎兄弟 (Ycaza brothers) 案中,行贿主体为厄瓜多尔国籍公民,行贿对象为厄瓜多尔官员,行贿地国为厄瓜多尔,美国与案件唯一的联系在于州际商业行为。⁸⁷根据司法部的指控,被告伊卡扎兄弟在实施行贿的过程中,曾在美国境内通过电子邮件、电话进行交流,并使用美国

⁸² Halsbury's Laws (5th ed., LexisNexis Butterworths 2018) Vol 61, para 213.

⁸³ Antonio Cassese, Cassese's International Criminal Law 275-276 (3rd ed., Oxford University Press 2013).

⁸⁴ See Anna Sophie Nagel, *Unilateral Extraterritorial Sanctions: The Search for Jurisdictional Justification Under International Law*, 8 LSE Law Review 376(2023).

⁸⁵ 15 USC§ 78dd-2(i)(1).

⁸⁶ See Anna Sophie Nagel, *Unilateral Extraterritorial Sanctions: The Search for Jurisdictional Justification Under International Law*, 8 LSE Law Review 376(2023).

⁸⁷ See FCPA PROFESSOR, Brothers Plead Guilty To FCPA And Related Charges In Connection With Ecuador Conduct At Issue In Sargeant Marine And Vitol Enforcement Actions, <https://fcpprofessor.com/brothers-plead-guilty-fcpa-related-charges-connection-ecuador-conduct-issue-sargeant-marine-vitol-enforcement-actions/>, visited on 27 May 2024.

电报进行发报，因此符合了州际商业的要求，美国依照 FCPA 对其拥有管辖权。在整个行贿过程中，伊卡扎兄弟对美国通讯工具的借助，一定程度上可以被解释为符合了主观属地管辖原则（subjective territorial jurisdiction）的要求。⁸⁸然而，在美国境内的通讯交流显然并非最为重要的组成部分。相较而言，作为行贿发生地国的厄瓜多尔与该案有着更为密切的属地联系。因为行贿行为的实质性构成部分并非发生在美国境内，而是厄瓜多尔。在这种情况下，美国不应行使管辖，而应将管辖权让渡与厄瓜多尔，但 FCPA 的这一规则并不支持这种做法。

（2）代理账户管辖权不能单独适用

代理账户管辖权（correspondent account jurisdiction），指的是将对在美国境内银行账户的使用视为与美国产生了足够的领土联系，从而对其施加管辖。⁸⁹目前，美国凭借强大的金融实力，通过这一理论，对大量域外非美国实体的经济犯罪、经济制裁案件主张管辖权。⁹⁰根据 FCPA，州际商业条款涵盖了对代理账户管辖权的运用。州际商业行为包括行贿人在美国境内实施的通讯、商业交易等行为，而“商业交易”的含义较为广泛。尽管 FCPA 在立法中并未言明，司法部也 already 已经将“利用美国银行账户转账”解释为州际商业行为的范畴。因此，在一定情况下，州际商业条款的运用也需要遵循对代理账户管辖权的限制性要求。

代理账户管辖权不得单独适用，管辖国不得仅仅藉此而对域外行为建立管辖权。代理账户管辖权理论长期受到质疑，作为一种附带行为，交易资金通过美国金融系统进行清算和结算的事实无法被用于构筑交易行为与美国的真实联系。⁹¹事实上，如果缺乏其他的管辖联系，仅凭在美国领土上发生的金融信息流动就难以满足属地管辖的要求。⁹²在 *Malaeb v. BankMed S.A.L* 案中，美国法院明确指出，不能仅因为行为人使用了位于美国的银行账户而对其主张域外管辖权，而是要综合考虑其他的因素。在域外行为与美国之间仅存在账户关系的情况下，其与美国之间的联系是不充足的，美国不可单基于此而进行管辖。⁹³

纵观 FCPA 的管辖权规则条款，不论是美国人还是外国人，发行人还是非发行人，州际商业行为的行使都属于美国对其确立管辖权的依据。其中，美国人与美国有着属人管辖联系，发行人与美国有着效果管辖联系，而外国非发行人除了以州际商业行为为基础的属地管辖联系，与美国则不再有着其他方面的合法管辖

⁸⁸ See Malcolm D. Evans, *International Law* 297 (5th ed., Oxford University Press 2018).

⁸⁹ 管建强、孙心依：《单边制裁背景下美国域外刑事管辖权的检视与应对》，《南大法学》2023 年第 6 期，第 80 页。

⁹⁰ Jonah Anderson, Jeremy Kuester and Peter Chessick, *Correspondent Risk: Financial Crimes and Correspondent Banking*, 136(9) *Banking Law Journal* 533(2019).

⁹¹ 参见石佳友、刘连炳：《美国扩大美元交易域外管辖对中国的挑战及其应对》，《上海大学学报（社会科学版）》，2018 年第 4 期，第 22-23 页。

⁹² See Anna Sophie Nagel, *Unilateral Extraterritorial Sanctions: The Search for Jurisdictional Justification Under International Law*, 8 *LSE Law Review* 376(2023).

⁹³ Correspondent Bank Relationships, Without More, are Insufficient Basis for Personal Jurisdiction, June 3, 2021, <https://www.schlamstone.com/blogs/commercial/2021-06-03-correspondent-bank-relationships-without-more-are-insufficient-basis-for-personal-jurisdiction>, visited on 16 October 2024.

联系。因此，FCPA 对外国非发行人的管辖权仅以州际商业行为为据，而这就会遇到过度运用代理账户管辖权的情况。

在西门子反贿赂系列案件中，美国司法部对西门子前任财务总监特鲁佩尔（TRUPPEL）的指控即属于这种。该案中，司法部将特鲁佩尔利用位于美国的银行账户进行转账的做法解释为州际商业行为，并以违反了 FCPA 为由对其主张管辖。⁹⁴特鲁佩尔作为 FCPA 管辖项下的外国代理人，与美国并不存在其他方面的管辖联系，即属于“外国非发行人”。阿根廷作为行贿地国，是行贿罪行大部分构成要件的发生地，与案件有着最为密切的属地管辖联系。FCPA 仅仅依靠利用美国银行账户转账这一行为而对其确立管辖权，是对代理账户管辖权的滥用。在这种情况下，与国籍国、行为地国相比，美国与贿赂行为之间的联系过于微弱，超出了管辖的必要边界，有违比例原则的要求。

FCPA 对州际商业条款的运用在属地性的要求上设置了不同的标准，规定外国人应当在美国境内行使州际商业行为，即采用了“实地身处美国+州际商业行为（运用美国银行账户）”的叠加标准，而对美国人则无此要求。这就为对外国人的管辖规定了更高的属地管辖联系要求，一定程度上为代理账户管辖权的滥用进行了限制。然而，对于什么才算“在美国境内行使”，这一限制性规定却缺乏清晰的解释。在日本日挥株式会社（JGC Corporation）海外行贿案中，美国司法部即对州际商业行为进行了扩张性解释，认为运用位于美国的银行账户即属于“发生在美国境内”，而并不要求其切实地在美国境内实施该行为。⁹⁵美国藉此将管辖的触手进一步扩张，延申至与美国联系更为微弱的外国主体。

3. FCPA 效果管辖规则的比例原则分析

在反贿赂领域，效果管辖并未成为广泛认可的域外管辖依据。属地管辖和属人管辖规则才是反贿赂域外管辖的基本依据，同时也已经成为刑事管辖领域公认的国际法基础。⁹⁶美国依据效果管辖理论对发生在其境外的贿赂行为进行管辖，实际上是将与之联系过于微弱的贿赂案件纳入了其管辖范围。

（1）在反贿赂域外管辖中运用效果管辖本身即存在着问题

效果管辖原则是从属地管辖理论中衍生而来的，实际上即是对相关行为与管辖国之间属地管辖联系的进一步拓展。⁹⁷效果管辖权起源于美国铝业案，美国法院将外国企业对美国本土市场产生的影响作为管辖依据，从而将管辖权延申至其

⁹⁴ See PRESS RELEASE Former Siemens Chief Financial Officer Pleads Guilty In Manhattan Federal Court To \$100 Million Foreign Bribery Scheme, Wednesday, September 30, 2015, <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/former-siemens-chief-financial-officer-pleads-guilty-manhattan-federal-court-100>, visited on 20 September 2024.

⁹⁵ Article: DOJ's Use of Expansive Legal Theories Broaden FCPA Jurisdiction, APRIL 01, 2014, <https://www.quinnemanuel.com/the-firm/publications/article-april-2014-doj-s-use-of-expansive-legal-theories-broaden-fcpa-jurisdiction/>, visited on 13 September 2024.

⁹⁶ 陈雷：《论刑事外逃人员管辖权冲突的解决》，《法学》2008年第6期，第130页。

⁹⁷ See Malcolm D. Evans, International Law 298 (5th ed., Oxford University Press 2018).

域外发生的行为。⁹⁸该规则不再专注于发生在美国本土的实地行为，而是认为对其领土造成的经济影响也是充足的管辖联系。然而，效果管辖的合法性存在着较大争议，尤其是与属地管辖相比，这种效果联系显然并没有后者密切。⁹⁹

效果管辖下，域外行为与美国之间的管辖联系仅仅为“效果”。¹⁰⁰既不存在美国领土内实际发生的行为，也不要求行为人与美国之间存在国籍上的联系。尽管荷花号案为立法管辖权的行使设置了较为宽松的条件，一定程度上为效果管辖的自由运用提供了空间，¹⁰¹但贸然在反贿赂领域适用效果管辖规则并非恰当的选择。在缺乏属地、属人管辖联系的情况下，海外贿赂行为对美国领土内产生的“影响”十分微弱。FCPA 以此作为管辖依据，是对域外立法管辖权的不合理扩张。实际上，在一些领域，美国已经因其过分宽泛地适用效果管辖规则而遭到批判。¹⁰²

(2) “发行人”的身份并不能产生与美国之间充足的管辖联系。

美国在 FCPA 中将发行人作为其效果管辖的对象，然而，这种做法并未使得美国对其取得充足的管辖联系。企业在美国纽约证交所注册上市，其海外经营自然与美国国内证券市场产生联系。即便在美国境外行贿，发行人因其与美国的这一联系就会对美国本土造成一定的影响。然而，这一影响真得足以使得美国具备实施管辖的依据吗？

《美国对外关系法重述（第四版）》明确指出，只有在相关行为对美国产生“实质性效果”（substantial effect）的情况下，美国方可对其拥有域外立法管辖权。¹⁰³在 Timberlane 木材公司案中，美国法院认为，实施域外管辖的前提有三：一是该行为影响或意图影响美国商业，二是影响是实质性的，三是行使管辖权不得违反国际礼让和公平原则。¹⁰⁴《谢尔曼法》在修改后也指出，依据效果管辖规则，对国内商业的“效果”必须是“直接、实质性和可合理预见的”。¹⁰⁵然而，在 FCPA 的发行人条款下，相关企业的海外贿赂行为并不会据此而达到这一标准。例如，在挪威国家石油公司案（Statoil）中，该公司作为 FCPA 项下的外国发行人，因其在伊朗的行贿行为而受到美国司法部的反贿赂指控。¹⁰⁶在这一案件中，挪威国家石油公司的经营主要发生在伊朗境内，其行贿是针对伊朗官员，行贿的目的也是为了在伊朗获取更多的商业利益。除了注册上市这一要素以外，该公司在美国境内并无相应的商业经营活动，无法与美国发生直接的商业联系。因此，尽管已

⁹⁸ United States v Aluminium Co of America, 148 F. 2d 416 (1945).

⁹⁹ See Kevin Li, *Reconceiving Extraterritorial Jurisdiction* 39 (1st ed., Nomos 2022).

¹⁰⁰ See Malcolm D. Evans, *International Law* 298 (5th ed., Oxford University Press 2018).

¹⁰¹ Janis, Mark W., *International Law* 366 (8th ed., Wolters Kluwer 2021).

¹⁰² Stern, Brigitte., *Can the United States set Rules for the World? – A French View.*, *Journal of World Trade* 5 (1997).

¹⁰³ See RESTATEMENT (FORTH) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES §402 (2018), pp.148.

¹⁰⁴ Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am. N.T. & S.A., 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

¹⁰⁵ 15 U.S.C. § 6a(1)(A).

¹⁰⁶ See Press Release, U.S. Dep’t of Justice, U.S. Resolves Probe Against Oil Company that Bribe Iranian Official (Oct. 13, 2006), https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2006/October/06_crm_700.html, visited on 21 March 2024.

经在美国注册上市，但其海外贿赂行为对美国国内证券市场所能够造成的“效果”十分有限。美国以此为据而主张管辖，实际上突破了效果管辖规则的边界。¹⁰⁷

美国国务卿乔治·舒尔茨 1984 年在南卡罗来纳州律师协会发表讲话时指出，域外立法管辖权的行使应当慎重且克制，平衡所有重要的利益，包括美国利益和外国利益、眼前利益和长远利益、经济利益和政治利益。¹⁰⁸因此，如果 FCPA 实施管辖所依据的“效果”过于微弱，就会加剧美国与其他国家间的冲突。在 Mak 诉 Wocom 商品有限公司案中，美国法院强调，效果原则的运用不得依据在理论上对美国“一些模糊和不可估量的”影响，而必须证明相关行为对美国国内证券或市场造成了具体损害。¹⁰⁹“一般性的”影响并不足以触发美国的管辖权，除非这种影响实际损害到了具体的美国市场主体。¹¹⁰

对于其他国家而言，在很多情况下，发行人与美国之间的联系并不如其密切。管辖国与域外行为之间的属人联系和属地联系才是根本的管辖依据，相较于行贿地国或行贿人国籍国，美国对发行人的管辖联系十分微弱。即便 FCPA 的发行人条款并未将效果管辖规则作为唯一的依据，而是与属人、属地管辖规则结合起来用，其依然可能突破管辖的边界。一方面，如果行贿人为美国发行人，那么美国本身就与其有着最为密切的属人联系，即便不考虑有限的效果管辖联系，美国对其进行管辖也并不会突破边界。然而，另一方面，对外国发行人进行管辖则与之不同。其与美国之间不存在属人管辖联系，除了在美国注册上市这一要素之外，往往就只有其运用了州际商业行为这一行为可以被作为美国管辖的依据。不过，如前所述，州际商业行为仅是行贿过程中的附带行为，并不会构成与美国之间的实质性联系，而发行人也无法对美国造成切实有效的影响效果。因此，与行贿人国籍国或行贿地国相比，美国与行贿行为之间的联系依旧更为微弱，美国也不应据此而对行贿行为主张管辖权。此时，FCPA 的做法实际上突破了管辖的边界，对与贿赂行为有着更为密切联系的国家而言，美国不当地侵害了其合理的域外立法管辖权。

（三）解决管辖权冲突的比例原则分析

1. FCPA 的管辖扩张与冲突

如今，多国都已经构建起了自主的反贿赂域外管辖机制，一旦与之有着一定属人、属地联系的自然人或企业在其境外行贿，该国则依据其本国法对此类贿赂行为拥有域外立法管辖权。美国依照 FCPA 宽泛的管辖连接点实施管辖，必然造成与其他国家之间的反贿赂管辖冲突。在这种情况下，如果在立法上对管辖冲突

¹⁰⁷ See Annalisa Leibold, *Extraterritorial Application of the FCPA under International Law*, 51(2) Willamette Law Review 262 (2015).

¹⁰⁸ A.D. NEALE & M.L. STEPHENS, *International Business and National Jurisdiction* 166 (Oxford: Clarendon Press 1988).

¹⁰⁹ Mak v. Wocom Commodities Ltd., 112 F.3d 287 (7th Cir. 1997).

¹¹⁰ Bersch v. Drexel Firestone, Inc., 519 F.2d 989 (2d Cir. 1975).

的处理作出明确规定，该问题就会得到缓解。然而，美国在反贿赂层面，并未就此作出相应的法律规定。

《美国对外关系法重述（第四版）》规定，在行使立法管辖权时，应当遵从国际礼让原则，将他国的合法利益考量进去。¹¹¹这就要求一国在面对管辖冲突时，不应将其加剧，而是适度退让以化解冲突。在巴塞罗那电力公司案中，国际法院指出，每个国家都有义务限制其管辖权，避免对更适宜行使管辖的法域的管辖权造成不合理的侵害。¹¹²尽管美国通过国际礼让、宪法规则限制以及不方便法院原则等途径对其域外管辖权作出限制，¹¹³但这些做法在反贿赂领域仍然缺乏相应的立法与司法实践。一方面，FCPA 中缺乏此类规范，因而无法为该问题提供成文法上的指导。另一方面，美国的反贿赂域外管辖执法以行政机关主导的非诉讼和解为主要形式，大多数案件脱离司法程序，导致美国在 FCPA 问题的解决方面未产生充分的司法判例，因此也难以从判例法的角度对管辖冲突的化解设定规则。

美国司法部（DOJ）和证交会（SEC）发布了一些行政指导政策，对 FCPA 中的管辖权问题作出了进一步的明晰，这些也可以作为处理管辖权冲突的依据。其主要形式为备忘录、指南和意见书等，遵照美国《行政程序法》的规定颁布。¹¹⁴尽管这些政策可以为美国反贿赂域外管辖问题的处理提供一定的参考，但由于无须经过通知和评论程序（notice-and-comment process），其并不具备法律效力。¹¹⁵2017 年司法部发布的《塞申斯备忘录》（Sessions Memorandum）明确指出，这类政策不得使用强制性（mandatory）语言，因而与法律并非具有同一地位。¹¹⁶司法部和证交会在 2012 年联合发布的《反海外贿赂法指南》也承认，其不具有约束力，属于非正式的规则，不构成法律规则或规章。¹¹⁷

美国在反贿赂域外管辖权方面一向坚持较为扩张的态度，由于缺乏确定的管辖冲突规则，在与他国的反贿赂域外立法管辖权发生冲突时，FCPA 确立的管辖权就无法受到有效的限制。美国对与其管辖联系微弱的贿赂行为进行管辖，而并不考量与之联系更为密切的国家的管辖权。这是对他国正当管辖权的不合理干涉，也不符合比例原则的要求。

在特里亚（Telia）案中，美国司法部对坐落于瑞典的特里亚公司提起反贿赂指控，主张该公司在乌兹别克斯坦向当地官员行贿的行为违反了 FCPA。本案中，特里亚公司属于 FCPA 项下的外国发行人，并在贿赂交易中大量使用美元结算，

¹¹¹ See RESTATEMENT (FORTH) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES §402 (2018), pp.148.

¹¹² ICJ, Barcelona Traction (Belgium v Spain), ICJ Rep 42 (1970).

¹¹³ Janis, Mark W., International Law 366 (8th ed., Wolters Kluwer 2021).

¹¹⁴ Administrative Procedure Act (APA), 5 U.S.C. §§551-59, 561-70a, 701-06 (2012); FCPA, 15 U.S.C. §78dd-1(d) (2012) (requiring the Attorney General to comply with notice and comment procedures).

¹¹⁵ See Madeleine DeGeorges, *Indecent Disclosure: Has the Department of Justice Provided Sufficient Clarity to Incentivize Corporations to Admit Wrongdoing?*, 5(2) Administrative Law Review Accord 64-65 (2019).

¹¹⁶ Memorandum from Jeff Sessions, Att'y Gen. to All Components 2 (Nov. 16, 2017).

¹¹⁷ U.S. DEPT OF JUSTICE & U.S. SEC. & EXCH. COMM'N, A RESOURCE GUIDE TO THE U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (Nov. 14, 2012).

属于州际商业行为，司法部因此认定美国对其拥有管辖权。¹¹⁸美国与贿赂行为之间的属地管辖联系与效果管辖联系十分有限，而作为行贿地的乌兹别克斯坦和行贿人国籍国的瑞典才是与之联系最为密切的。FCPA 的管辖权是对后两者的属地管辖权和属人管辖权的倾轧，在没有明确要求其限制管辖权的规则的情况下，美国在该案中并未退让管辖，而是在这两国的管辖领域大加扩张。

SBM 案与之相类似，体现了同样的道理。作为一家荷兰公司，SBM 公司向巴西、哈萨克斯坦、伊拉克等多国官员行贿而受到了美国的反贿赂指控。¹¹⁹本案中，美国与行贿行为的联系也较为微弱，其管辖依据一是 SBM 公司行使了州际商业行为，二是该公司在美国建立了一家分支机构，且在行贿过程中通过一名美国雇员发挥了重要的作用。相较于行贿地国与该公司的国籍国，美国并非与该案具备实质性联系的司法管辖区。尽管作为前者的荷兰与巴西也对该案主张了管辖，美国也没有对 FCPA 的管辖权进行限制，未对荷兰与巴西正当的管辖权表示充分的尊重，而是将所收缴的大部分罚金纳入了自己的囊中。¹²⁰

2.“一罪不二罚”原则的适用

作为一项通用的法律原则，“一罪不二罚”要求不得对同一主体犯下的同一罪行进行多次处罚。¹²¹美国宪法也认可了这一原则，将其当作法律正义的基本原则之一。¹²²然而，在涉及不同主权国家的情况下，美国并不适用“一罪不二罚”原则。在许多案例中，美国法院都对此作出了明确表示。¹²³因此，在反贿赂领域，其域外管辖并不会因行贿人已被其他国家管辖而有所退让。美国得以对行贿的企业、自然人进行重复管辖，FCPA 的管辖权进一步失去限制。行贿行为即便在行贿地国、行贿人国籍国等已对其作出管辖后，依然可能受到美国的管辖。在这种情况下，其他国家的立法管辖权相应地受到其干涉。

例如，在前述挪威国家石油公司案中，美国司法部对该公司的管辖即是发生在挪威的管辖之后。¹²⁴挪威作为该公司的国籍国，对其具有最为密切的属人管辖联系。在不受“一罪不二罚”原则约束的情况下，美国以较为微弱的管辖联系而有

¹¹⁸ PRESS RELEASE, Telia Company AB and Its Uzbek Subsidiary Enter Into a Global Foreign Bribery Resolution of More Than \$965 Million for Corrupt Payments in Uzbekistan, September 21, 2017. <https://www.justice.gov/opa/pr/telia-company-ab-and-its-uzbek-subsidiary-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-965>, visited on 3 July 2024.

¹¹⁹ See DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT, UNITED STATES OF AMERICA v. SBM OFFSHORE N.V., CRIMINAL NO. 17-686.

¹²⁰ See Jessie M. Reniere, *Fairness in FCPA Enforcement: A Call for Self-Restraint and Transparency in Multijurisdictional Anti-Bribery Enforcement Actions*, 24(1) *Roger Williams University Law Review* 194 (2019).

¹²¹ See Anthony J. Colangelo, *Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory*, 86 WASH. U. L. REV. 778-779 (2009).

¹²² U.S. CONST. amend. V (providing that no person “shall ... be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”).

¹²³ Michael P. Van Alstine, *Treaty Double Jeopardy: The OECD anti-Bribery Convention and the FCPA*, 73(5) *Ohio State Law Journal* 1332 (2012).

¹²⁴ See Press Release, U.S. Dep’t of Justice, U.S. Resolves Probe Against Oil Company that Bribed Iranian Official (Oct. 13, 2006).

https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2006/October/06_crm_700.html#:~:text=In%20order%20to%20resolve%20a%20pending%20criminal%20investigation%2C,agreed%20to%20enter%20into%20a%20three-year%20deferred%20pr, visited on 26 January 2025.

机会对其进行再度管辖。这不仅会对行贿的公司造成过度的处罚，更是对挪威合理域外管辖权的一种不当侵夺。此外，美国诉 Joeng 案也是一个很好的例子。在被告人 Joeng 受到 FCPA 的反贿赂管辖之前，韩国已经对其实施了刑事制裁。¹²⁵ 该案中，行贿行为发生地国和行贿人国籍国都为韩国，韩国与其管辖联系最为密切。美国尽管与之联系微弱，还是依据 FCPA 对其进行了第二次管辖。

OECD《公约》并不支持多国同时管辖同一贿赂罪行，规定在多个国家同时对某一贿赂案件拥有管辖权的情况下，所涉各国应当积极展开磋商，以此确定一个最适当的国家对案件进行追诉。¹²⁶ 不过，该公约并未作出进一步的细节规定，因而无从得知如何确定“最适当”的管辖国。在反贿赂领域，并不存在有效的国际合作机制，在多国都拥有管辖权的情况下，美国有可能通过 FCPA 对他国的管辖权造成倾轧。国际法院在突尼斯诉利比亚大陆架案（*Tunisia v Libya*）中指出，为实现法治的正义，维护不同国家间利益的平衡，法院可根据案件的具体情况，在几种可能的法律解释中选择一种似乎最接近正义要求的解释。¹²⁷ 这就要求众多管辖国不得过度扩张管辖，而是应注重维护与行贿行为联系密切的国家的管辖利益。

然而，在不适用“一罪不二罚”原则的背景下，美国无义务将管辖权让渡给某一国。美国在实践中会采用“全球和解”（*global settlement*）的模式，与其他拥有管辖权的国家通过协商的方式共同管辖同一贿赂罪行。¹²⁸ 但在这一过程中，美国依然可以对更适合管辖的国家的管辖权造成侵夺。在前述特里亚案中，三个国家对其行贿行为都有管辖权。美国与荷兰达成了共同执法的协议，却将乌兹别克斯坦排除在外。同时，尽管荷兰与之联系更为密切，但美国将案件所收缴的大部分罚金纳入己方手中。¹²⁹ SBM 案体现得则更为明显，在该案中，美国与荷兰和巴西共同管辖 SBM 公司的贿赂行为。美国司法部在其发布的案件和解信息中，明确承认了荷、巴两国的管辖权。但从罚金的分配来看，美国并未对后者的管辖权表示充分尊重。因为美国所收缴的钱款超过这两国之和，即案件中大部分的收缴所得都分配给了美国政府。¹³⁰

（四）小结：FCPA 管辖规则是否突破边界

从比例原则的要求出发，不难发现，FCPA 对美国人的管辖权并未突破管辖的边界，不会打破国家间的利益平衡，属于正常的管辖范畴，而其对外国人的管辖权则突破了这一边界，是对他国管辖权的不当干涉，应当予以摒弃。

¹²⁵ See *United States v. Jeong*, 624 F.3d 706, 707-08 (5th Cir. 2010).

¹²⁶ See Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, art.4(3).

¹²⁷ ICJ, *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v Libya)*, ICJ Rep 18, 60 (1982).

¹²⁸ See Elizabeth Acorn, *Law and Politics in FCPA Prosecutions of Foreign Corporations*, 17(2) DIREITO GV Law Review 13 (2021).

¹²⁹ See Jessie M. Reniere, *Fairness in FCPA Enforcement: A Call for Self-Restraint and Transparency in Multijurisdictional Anti-Bribery Enforcement Actions*, 24(1) Roger Williams University Law Review 191 (2019).

¹³⁰ See Jessie M. Reniere, *Fairness in FCPA Enforcement: A Call for Self-Restraint and Transparency in Multijurisdictional Anti-Bribery Enforcement Actions*, 24(1) Roger Williams University Law Review 194 (2019).

第一，国内相关、美国发行人及美国代理人与美国有着最为密切的属人管辖联系，美国对其进行管辖是一种为域外管辖基本理论所认可的做法，不会对其他国家造成不合理的干涉。第二，外国人中的非发行人与美国之间不存在实质性的领土联系，也不存在其他的合法管辖联系，美国仅以属地管辖原则为据而对其建立管辖权，超出了美国立法管辖的边界，有违比例原则。第三，外国人中的发行人与美国之间缺乏有效的效果管辖联系，其发行人的身份本身并不能构成美国对其进行管辖的依据，即便与州际商业条款结合起来运用，美国对外国发行人也依然不具备充足的管辖联系。因此，在后两种情况下，美国应将管辖权让渡与行贿人国籍国或行贿发生地国，从而让案件由与之具备更加密切的联系的国家进行管辖。

然而，美国对管辖权冲突的解决并未遵从这一原则，而是造成其管辖权的不合理扩张，进一步违反了比例原则。一方面，美国在这一领域缺乏有效的立法规则，难以遏制 FCPA 管辖权对与美国联系微弱的行为进行扩张的做法。另一方面，美国“一罪不二罚”原则无法适用于反贿赂域外立法管辖权冲突的解决当中，导致美国得以避开其他国家的管辖权，从而在此之外对与之联系微弱的行贿行为大肆管辖。

四、中国对美国反贿赂域外立法管辖权的应对之策

美国反贿赂域外管辖制度存在过度管辖之处，突破了管辖的界限，在实践中体现为会对与美国联系极为微弱的行为进行管辖。中国作为全球第二大经济体，在“引进来”与“走出去”战略、“一带一路”倡议的推动下，不仅吸引了大量外国企业在华投资，而且将中国企业的运营范围不断向海外拓展。这些企业大多属于 FCPA 所管辖的行为主体，很容易落入美国的反贿赂域外管辖范畴。在美国对华打压政策的影响下，FCPA 宽泛的域外立法管辖权对中国造成的威胁尤为应当引起重视。对此，我国一方面要构建起自主的反贿赂域外管辖机制，与之相对抗，维护我国司法主权与正当的海外利益。另一方面，还要积极参与反贿赂国际执法，与美国等国家开展合作，在海外贿赂案件中据理力争。同时，中国企业¹³¹亦要重视合作与合规机制的建设，在受到美国反贿赂管辖时主动与其执法机关合作，争取己方利益，并注重培养自身配套的反贿赂体系，减少陷入贿赂指控的风险。

（一）中国反海外贿赂域外管辖机制的构建

面对美国反海外贿赂管辖扩张之势，我国应当构建起自己的反海外贿赂域外管辖机制。美国 FCPA 的立法管辖在很多方面超出了必要的限度，将管辖的触手伸得过长，而这对我国海外利益的保护造成很大的法律风险。对此，我国必须综合运用政治、经济、外交、法治等多种手段加以应对。¹³²我国应转变被动应对与

¹³¹ 包括在华投资的外国企业，也包括海外运营的中国企业。

¹³² 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 256 页。

消极防御域外管辖冲突的传统观念，系统完善以积极主动防御外国制裁为核心的反贿赂刑法机制，着重加强反贿赂法域外管辖制度的建设。¹³³这是对抗美国管辖扩张、维护国家司法主权的应有之义，也是保护我国企业国际经营、促进国家经济发展的必然举措。只有建立起我国自主的反海外贿赂域外管辖机制，才能对抗外国过度的管辖，维护我国国家利益。

目前，我国的反贿赂域外管辖机制仍然付之阙如。2011 年的《刑法修正案（八）》为我国《刑法》增设了海外行贿罪，将“为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的”行为也纳入我国行贿罪的管辖范畴。¹³⁴一方面，这为我国打击海外贿赂行为提供了法律基础，使得我国法院得以对此类犯罪实施管辖。¹³⁵另一方面，这一规定却并未明确建立起反贿赂域外管辖权，我国法院并不能依照该条款而对发生在我国境外的贿赂行为获取管辖权。我国可以《联合国反贿赂公约》和 OECD《公约》提供的国际法基础为依据，以我国《刑法》现存的海外行贿罪规定为依托，并综合吸收借鉴 FCPA 和其他国家的规定，赋予我国反贿赂法以明确的域外效力，构建起反海外贿赂的域外管辖机制。

一方面，我国反贿赂法应建立起合理的属地管辖制度，在立法中明确属地管辖连接点。我国应当在立法上突破传统领土主义的禁锢，对部分发生在我国境内的海外贿赂行为设置管辖权。海外贿赂案件牵涉范围较广，往往波及多个国家，我国作为跨国商业贿赂的重灾区，很容易成为海外贿赂其中一环行为的发生地。对此，我国反贿赂立法可运用部分行为理论，以部分贿赂行为与我国存在属地联系为由而对案件主张管辖。同时，为防止属地管辖过度，我国立法不宜对属地连接点的规定过于广泛，而是应将其限定在合理的范围内，尽量避免类似于 FCPA 中州际商业条款的规定。

另一方面，在属人管辖方面，我国应在立法中明确并细化属人管辖连接点。我国《刑法》第 164 条只规定了犯罪客体，却未指出哪些人可以成为该罪行的主体而受到我国的管辖。¹³⁶一方面，我国公民应属于这一范围。在我国的刑法体系下，我国公民当然属于该罪行的行为主体，而反贿赂法应当对此予以强调，并明确其域外效力。另一方面，我国企业也应当接受我国反贿赂机制的域外管辖。企业是海外贿赂的重要主体，其凭借着雄厚的财力，往往造成更为严重的贿赂后果。因此，我国在立法中应当指出，海外贿赂罪行的犯罪主体不仅包括“中华人民共和国公民”，还包括“在中国设立的企业、组织”。¹³⁷

¹³³ 参见蒋娜：《中国特色刑法域外适用规则的问题与完善》，《中国法学》2022 年第 6 期，第 231 页。

¹³⁴ 《刑法修正案（八）》第二十九条；《刑法》第一百六十四条。

¹³⁵ 目前，我国已出现公开的海外贿赂案件，但仅有一例。参见尹箫、马狄笙：《我国海外反腐新篇章——最高院公布一起对外国公职人员行贿案》，2023.11.24。https://www.junhe.com/legal-updates/2316，2024 年 3 月 28 日访问。

¹³⁶ 《刑法》第一百六十四条。

¹³⁷ 参见张馨文、刘恒东：《论我国反海外贿赂制度的完善进路——以国际反海外贿赂立法经验为视角》，《山东警察学院学报》2021 年第 1 期，第 121-122 页。

（二）国家层面的执法合作

目前，美国反海外贿赂域外管辖主要是通过其执法机关的执法来实现的。在实践中，大多数案件并不会进入司法程序，而是以被指控贿赂的企业或个人与司法部和证交会两大执法机关达成和解而告终。在具体案件的处理上，执法机关拥有着决定性的权力，而案件其他相关国家对待执法的态度，很大程度上影响着美国执法机关最终的处理结果。面对 FCPA 扩张性的域外管辖，我国需要重视在国家层面上与其执法机关之间的合作，以此争取更多的管辖利益。

在面临美国反海外贿赂指控时，我国应当尝试与美国执法机关积极合作，主动参与执法，争取达成有利于我国的和解协议，即“全球和解”模式。在同一起海外贿赂案件中，中国应与包括美国在内的多个国家的执法机构同时与一家公司就外国贿赂指控进行谈判，并经过协商后共同达成和解方案。¹³⁸实践证明，积极寻求与美国执法机关之间的合作，有利于相关国家获得更多的管辖利益。在美国反海外贿赂执法过程中，执法机关会将其他相关国家的执法行动考虑进去。如果与案件联系密切的国家积极参与执法，在一些情况下，美国执法机关在执法过程中会选择一定程度的“退让”。例如，在吉宝海洋工程有限公司案中，新加坡和巴西积极参与执法，与美国进行合作，最后不仅获得了对案件的管辖权，而且共计分配得到了案件罚金总额的四分之三。¹³⁹同样，劳斯莱斯案中的英国和巴西政府通过积极参与执法，与美国司法部就案件的管辖达成了合意。司法部在与劳斯莱斯达成的和解协议中，不仅认可了两国的管辖权，而且明确承认了应将劳斯莱斯缴纳的罚金的主体部分交给英国和巴西政府。¹⁴⁰

具体而言，我国有关机关应与美国和其他国家的执法机关就案件的管辖权以及罚金的分配展开谈判，并在信息的提供、证据获取等方面为彼此提供必要的便利，为我国国家和企业等主体争取相应的利益。在这方面，美国证交会已经与一些外国证券监管机构签订了谅解备忘录（MOUs），构建起了信息交换与执法合作的框架。¹⁴¹我国可以借鉴美国近年来的做法，与美国和其他国家签订双边或多边协议，促进信息共享，便利境外取证，推动全球和解的达成。¹⁴²

此外，加入 OECD《公约》对于我国而言也是一个明智的做法。该公约第九条规定，成员国在其法律和相关条约及安排允许的最大范围内，向另一缔约方提

¹³⁸ See Elizabeth Acorn, *Law and Politics in FCPA Prosecutions of Foreign Corporations*, 17(2) DIREITO GV Law Review 13 (2021).

¹³⁹ PRESS RELEASE, Keppel Offshore & Marine Ltd. and U.S. Based Subsidiary Agree to Pay \$422 Million in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery Case, <https://www.justice.gov/opa/pr/keppel-offshore-marine-ltd-and-us-based-subsidiary-agree-pay-422-million-global-penalties>, visited on 10 July 2024.

¹⁴⁰ Press Release, Dep't of Justice, Rolls-Royce plc Agrees to Pay \$170 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case (Jan.17, 2017), <https://www.justice.gov/opa/pr/rolls-royce-plc-agrees-pay-170-million-criminal-penalty-resolve-foreign-corrupt-practices-act>, visited on 27 March 2024.

¹⁴¹ NICHOLAS M. MCLEAN, *Cross-National Patterns in FCPA Enforcement*, 121(7) The Yale Law Journal 1988 (2012).

¹⁴² See NICHOLAS M. MCLEAN, *Cross-National Patterns in FCPA Enforcement*, 121(7) The Yale Law Journal 1986 (2012).

供及时有效的法律援助。¹⁴³我国可以依托该公约提供的国际合作平台，加强与美国和其他国家之间的执法合作，相互提供跨境执法的便利条件。同时，该公约确立的强制同行审查（peer review）制度也为各国间合作反腐创造了机会。¹⁴⁴因此，加入该公约将改善各国政府之间的协调，有利于中美两国执法机关之间的合作。

145

另外，由于我国目前并未规定明确的反海外贿赂执法机关，在实践中，海外贿赂案件应当是按照一般的国内刑事案件来处理的，即由各地监察机关提起公诉，与之对应的法院进行审理。¹⁴⁶然而，海外贿赂案件本身存在着一般刑事案件所不具备的复杂性，不宜一概交由各地方公检法机关处理，而是由统一的主管机关管理更为合适。¹⁴⁷另外，建立起统一的管辖机关，更加有利于与外国执法机关之间展开谈判与合作。因此，我国的反海外贿赂法还应当明确规定一个中央一级的部门，将其作为海外贿赂案件的执法机关，承担国际合作、达成和解的职能。

（三）企业层面的合规机制

面对美国 FCPA 不合法的管辖，不论是在华投资的外国企业，还是海外运营的中国企业，都不宜与之强硬抗争，尤其不适合对簿公堂寻求司法救济。对于国际化大企业而言，一旦涉诉，往往会付出巨大的代价，“安达信效应”就是一个很好的例子。¹⁴⁸企业一方面要注重与美国执法机关之间的合作，主动与其达成有利于己方的和解协议；另一方面也要加强自身的合规工作，减少贿赂实施的可能性，从而避免受到美国反海外贿赂指控。

1. 积极合作以求最佳和解

企业应当主动争取和解，避免产生诉讼。美国执法机关为了鼓励企业主动合作，配合执法调查，一般会对积极履行相关义务的企业提供更加优惠的和解条件。¹⁴⁹企业亦应重视这一政策，具体而言，企业应当主动履行披露义务、合作义务和补救义务，以此在和解协议中争取更加有利的条件，减少处罚，为企业降低损失。司法部在其 2016 年开启的非诉讼和解“试点计划”（Pilot Program）中首次强调了企业自愿披露（voluntary disclosure）、全面合作（full cooperation）和补救合规（remedial compliance）的重要性，并为积极履行此类义务的企业在接下来的一

¹⁴³ See OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, art. 9.

¹⁴⁴ Emily Tran, *Endemic Corruption in the People's Republic of China*, 17 SANDIEGO INT'L L.J. 326 (2016).

¹⁴⁵ See Yu Chen, *FCPA Actions in China and China's Anti-Bribery Law*, 21(1) San Diego International Law Journal 103 (2019).

¹⁴⁶ 我国目前唯一的海外贿赂案件，即由广州市中级人民法院审理。参见尹箫、马狄笙：《我国海外反腐新篇章——最高院公布一起对外国公职人员行贿案》，2023.11.24。https://www.junhe.com/legal-updates/2316, 2024 年 3 月 28 日访问。

¹⁴⁷ 参见石玉英：《我国反海外贿赂立法的现状、问题与出路》，《湖北大学学报》（哲学社会科学版）2016 年第 4 期，第 111 页。

¹⁴⁸ Tan Yann Xu, *Evaluating Deferred Prosecution Agreements in the Context of Singapore*, Singapore Comparative Law Review 154 (2019).

¹⁴⁹ 参见万方：《美国反贿赂合作机制及对我国反贿赂机制发展的启示》，《法学杂志》，2018 年第 6 期，第 131 页。

年内提供了 30%到 50%的处罚减免。¹⁵⁰后来，在 2022 年，司法部发布的《自愿披露政策》将这一处罚减免的幅度增加到了 50%至 70%，同时明确指出，对其不法行为进行自主披露、与执法机关充分合作并作出适当补救的企业将会在和解协议中获得更为优惠的条件。¹⁵¹

因此，企业一旦受到美国反海外贿赂指控，首要的选择是主动与执法机关展开合作。一方面，在美国执法机关掌握案件事实之前，企业应就已方所了解到的有关海外贿赂行为的问题作出及时披露。另一方面，企业亦应为美国执法机关的调查提供充分的便利条件，作出积极配合。同时，还要对其被指控的贿赂行为进行充分的补救，及时处理涉嫌贿赂的相关人等，并保存好相应的业务记录。¹⁵²反之，不主动合作的结果往往是优惠条件的丧失，而这是我国企业应当尽量避免的。格伦科尔有限公司（Glencore）就因其合作行为迟缓且不彻底，最终仅获得了最低限度的刑罚减免。丰业银行（Bank of Nova Scotia）在其贿赂案件的处理中未采取相应的补救措施，且助长了不当行为，结果被美国执法机关在量刑范围内处以最高罚款。¹⁵³

2.建立有效的合规机制

合规机制对于企业而言十分重要，这不仅体现在贿赂行为发生后其可以作为企业减免处罚的一种考量因素，更表现在合规制度本身可以帮助企业减少贿赂的发生，防患于未然。企业必须充分重视合规机制的建设，一方面为在和解过程中争取到更有利的条件创造机会，另一方面也为未来可能发生的贿赂行为提供预防的机制，从源头上降低落入 FCPA 管辖的可能性。

第一，企业应当出台自己的合规政策，为合规项目的开展提供具体的规范指引。对于企业而言，拥有并保持更新自己的合规政策十分重要。企业可以学习摩根大通公司的做法，制定严格的合规规则，对贿赂这一概念作出更为广泛的规定，并为企业及员工的行为设定更多的限制。企业可以通过发布声明的方式，阐明用于防止贿赂的价值观、政策和程序，明确公司及工作人员皆不得通过行贿来获取或保留业务。¹⁵⁴

第二，企业应当注重提升社会责任感，打造遵纪守法、杜绝贿赂的企业文化。反贿赂问题已经成为了企业社会责任（corporate social responsibility）的核心议题，

¹⁵⁰ JEFFREY MORDAUNT&KEVIN PIERCE, The DOJ's FCPA Pilot Program: A New Era or Business as Usual? <https://www.stout.com/en/insights/article/sj17-the-doj-s-fcpa-pilot-program-a-new-era-or-business-as-usual>, visited on 13 July 2024.

¹⁵¹ U.S. Department of Justice, United States Attorneys' Offices Voluntary Self-Disclosure Policy, <https://www.justice.gov/usao-edny/press-release/file/1569406/dl>, visited on 13 July 2024.

¹⁵² See U.S. Department of Justice, JUSTICE MANUAL, 9-47.120 - FCPA Corporate Enforcement Policy, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977>, visited on 13 July 2024.

¹⁵³ U.S. Department of Justice, Assistant Attorney General Kenneth A. Polite, Jr. Delivers Remarks on Revisions to the Criminal Division's Corporate Enforcement Policy, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-kenneth-polite-jr-delivers-remarks-georgetown-university-law>, visited on 13 July 2024.

¹⁵⁴ Frank C. Razzano and Travis P. Nelson, *The Expanding Criminalization of Transnational Bribery: Global Prosecution Necessitates Global Compliance*, 42(4) International Lawyer (ABA) 1282 (2008).

将杜绝贿赂的理念纳入企业文化中，不仅是优秀的企业道德价值观的要求，更是为企业减少损失的必要手段。¹⁵⁵树立廉洁的合规文化，是企业反贿赂合规体系建设重点所在。由于贿赂具有广泛性、潜在性和隐蔽性的特点，仅仅依靠成文的规章制度并不足以根治，只有建立起深入人心的合规文化，才能实现不敢腐、不能腐、不想腐一体推进的反贿赂战略。¹⁵⁶因此，企业在海外运营过程中应当予以重视，在内部加强宣传和培训，避免管理人员和广大员工缺乏反贿赂的法律意识，从而保障合规制度真正落到实处。¹⁵⁷

第三，企业应当建立起完善的报告制度和独立审计制度。一方面，企业要保障违规行为报告系统的有效运行，及时发现潜在的贿赂行为，并对违规的管理层、员工和代理人等进行惩戒。另一方面，企业必须定期对合规系统进行独立审计，以评估公司的反贿赂知识和合规情况。¹⁵⁸

五、结论

反海外贿赂需要域外管辖制度，但域外管辖应当遵循国际法的要求，不得突破必要的边界，避免造成管辖过度。美国《反海外腐败法》（FCPA）作为世界上第一部反贿赂域外管辖立法，为海外贿赂的规制提供了有力武器，对其他国家的立法亦有着参考意义。其通过设置大量细致的管辖连接点，将与之存在不同程度联系的主体、行为均纳入管辖范围。这是从美国单方面出发，以单边的扩张性立法的方式打击海外贿赂的做法，有利于提高反贿赂的效率，一定程度上值得我国立法学习。然而，其针对与美国联系微弱的外国主体的管辖存在着较大问题。这种做法突破了域外管辖的边界，违反了比例原则，造成了美国反贿赂域外管辖的扩张。这不仅导致他国对贿赂案件的管辖权被不合理地干涉，也给外国企业的跨国经营带来了许多障碍。我国应以高度的理论武装自己，构建起自主的反贿赂域外管辖法律体系，采取积极的态度对美国的域外管辖进行防御。同时，针对其法律实施的特点，我国可以执法合作为主要途径而与美国在具体案件中博弈，争取最大利益。我国企业则应注重加强其自身的合规建设，减少贿赂的风险，在受到美国管辖时要以合作为优先，尽力达成对己方有利的和解协议。

¹⁵⁵ See David Hess, *Combating Corruption through Corporate Transparency: Using Enforcement Discretion to Improve Disclosure*, 21(1) Minnesota Journal of International Law 45 (2012).

¹⁵⁶ 参见毛逸潇：《企业刑事合规激励模式》，《比较法研究》2024年第2期，第174页。

¹⁵⁷ See David Hess, *Combating Corruption through Corporate Transparency: Using Enforcement Discretion to Improve Disclosure*, 21(1) Minnesota Journal of International Law 52 (2012).

¹⁵⁸ Frank C. Razzano and Travis P. Nelson, *The Expanding Criminalization of Transnational Bribery: Global Prosecution Necessitates Global Compliance*, 42(4) International Lawyer (ABA) 1283-1285 (2008).

The Legitimacy Basis, Boundaries and China's Response to the Extraterritorial Prescriptive Jurisdiction of U.S. Anti-Bribery Legislation

Abstract: The U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) took the lead in establishing a mechanism of legislative jurisdiction over bribery occurring extraterritorially by means of unilateral legislation. It was initially designed to safeguard the international image of the United States, but has since evolved into a legal tool to protect U.S. business interests and shape the U.S.-led global legal system. The United States' anti-bribery extraterritorial legislative jurisdiction has a basis in international law and is supported to some extent by the principles of personal, territorial and effects jurisdiction. However, expansive jurisdiction needs to be limited by the principle of proportionality and must not unreasonably interfere with other States. From the point of view of the closeness of the jurisdictional link, the jurisdiction of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act over U.S. persons is proportionate, while the jurisdiction over foreigners based on the principles of territoriality and jurisdiction of effects does not meet the requirements of the principle of proportionality. At the same time, the U.S. approach to dealing with extraterritorial jurisdictional conflicts in anti-bribery can lead to its jurisdiction exceeding the boundaries of the principle of proportionality. In the face of excessive U.S. jurisdiction, China should respond with a positive attitude to safeguard China's jurisdiction and protect the commercial interests of Chinese enterprises. On the one hand, China should build an autonomous anti-bribery extraterritorial jurisdiction system and actively defend itself, and on the other hand, it should also actively participate in anti-bribery international law enforcement and seek cooperation. At the same time, Chinese enterprises should focus on the construction of anti-bribery compliance and cooperation mechanisms.

Keywords: anti-foreign bribery; criminal extraterritorial jurisdiction; customary rules of international jurisdiction; principle of proportionality; international law enforcement cooperation; corporate compliance

国际法院习惯国际法识别中的国家同意原则

陈颖*

摘要：在国际法院的习惯国际法识别实践中，国家同意虽未被列为构成要素，却在制度结构与证据采纳中发挥着关键性作用。作为国际法院司法权行使的前提，国家同意既体现于管辖机制的制度约束，也潜藏于习惯法识别活动中对国家实践和法律确信的评估方式之中。国家同意在识别证据体系中具有隐含功能，在一定程度上构成了对传统“两要素”理论的限制与重构。国际法院在国家间共识尚不充分的背景下，往往通过有限采纳争端双方同意的表现形式，在裁量空间中维持司法活动的正当性与可接受性。国家同意作为国际法院识别习惯国际法过程中的隐性结构，不仅限制了规则适用的普遍性，也同时成为推动规范合法性建构的关键因素。国家同意由此构成习惯国际法识别中不可忽视的隐性结构，其正当化角色与限制效应共同作用于国际法规范的形成逻辑与司法适用实践。

关键词：习惯国际法 国际法院 国家同意 识别证据

一、问题的提出

在国际法的规范体系中，习惯国际法因其历史久远与适用广泛而被视为核心渊源之一。《国际法院规约》第 38 条将“国际习惯”列为可适用法中的首要渊源，明确指出其需由“一般实践”与“法律确信”（*opinio juris*）共同构成。然而，随着国际法院判例的不断积累，传统“二元构成要素”理论在实务中的适用日益显现出张力。尤其是在特定争端中，国际法院往往以简略甚至未加论证的方式确认习惯规则的存在，引发关于习惯国际法识别标准、证据权重及法官裁量范围的持续争议。

在这一背景下，国家同意原则虽然未被明确列为习惯构成要件，却在实践中以多种隐性形式影响着习惯规则的识别与适用。一方面，国际法院作为以国家间同意为基础建立的司法机制，其管辖权本身受到国家意志的约束；¹另一方面，在证据采纳与规范正当性建构中，国家是否接受特定规则被法院视为判断法律确信的重要线索。例如在《北海大陆架案》中，法院即以“特别受影响国家”未接受等距离划界原则为由，否认其已形成习惯国际法。²这种非明示、但又具有结构性影响的国家同意逻辑，构成了国际法院习惯识别实践中的核心张力。

此外，随着国际组织、国际条约与各类决议文书在司法实践中被广泛用作习惯规则的佐证，国际法院的识别方法逐步向制度性权威与行为共识倾斜，对国家

* 陈颖，中国政法大学国际法学院 2024 级国际公法博士研究生。。

¹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2015*[M]. 5th edn, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, pp. 771-774.

² See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.44, paras. 77-78.

实际行为的依赖程度不断降低。如在《查戈斯群岛咨询意见》中，国际法院引用大量联大与安理会决议、国际法委员会文书确认去殖民化义务的习惯法地位，而未详列国家行为或法律确信的实证支撑。³这一发展在提升识别效率与司法可操作性的同时，也引发对国际法院司法自主性与合法性基础的反思：当国家不再被视为“习惯之源”，而成为制度权威之下的承认者时，国家同意的角色是否仍构成习惯规则有效性的基础？亦或仅作为司法策略下的可接受性条件？

现有学理对此问题分歧明显。实证主义传统强调国家主权在规范形成中的决定性，主张无国家同意即无国际法。⁴而新功能主义与宪政主义倾向则重构了规范基础，将法律确信理解为全球法律文化中“可接受性”的共识基础，淡化国家意志在规则认定中的主导作用。⁵但无论立场如何，国际法院司法实践表明，其在案件识别中仍倾向于寻求国家之间最低限度的共识支持，国家同意已成为影响司法决策的重要变量。

因此，重新审视国家同意原则在国际法院习惯国际法识别过程中的作用，厘清其与传统构成要素之间的关系、制度来源与正当性基础，不仅有助于理解当代国际法秩序中主权逻辑与司法逻辑的互动，也有助于推动国际习惯规则识别理论的重构与实践方法的优化。随着国际法院司法活动的制度化，其在管辖权、裁判接受度及执行机制等方面所面临的结构性限制亦日益突出。在识别习惯规则的过程中，国家同意不仅体现为管辖机制的先决条件，也通过判例中对证据采纳与规范适用的偏好，潜移默化地影响了习惯法的认定与发展。

二、国际法院识别活动中的体制限制

国家同意的效力在习惯国际法中的效力颇受挑战，即使并没有明确表达己国的同意，主权国家亦具有遵守习惯国际法的义务。国际法院是和平解决国际争端机制中的一个机构，其司法职能必然在一定程度上受到政治因素影响，其司法活动同样依赖于国家同意，这一点同样也反映在习惯国际法的识别之中。实际上，国际法院在识别时的选择性采取倾向和识别证据中不同程度的国家同意要素，可以用以揭示国际法院是如何容纳并不以国家同意为核心的习惯国际法和国家主权间的冲突。

（一）国际法院司法活动之国家同意约束

《联合国宪章》和《国际法院规约》中用以大量笔墨勾勒出成员国关于国际法院司法独立的制度设想，各方的政治决定将通过司法机制转化为法律术语。政治和法律因素之间的密切相互关系也解释了国际法院法官选举的政治敏感性、国际法院的行政和预算、国际法院判决的执行等问题。毫无疑问，国际法院的司法

³ Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, paras.152-177.

⁴ G.I. Tunkin, Theory of International Law [M]. Harvard University Press, 1974: 93-96.

⁵ Michael Wood, Second Report on the Identification of Customary International Law, UN Doc. A/CN.4/672 (2014), esp. paras. 28-35.

活动是以主权国家的主权让渡为前提的。因此，国际法院必然受到自下而上和自上而下的限制。前者体现为各国对国际法院管辖权的同意，无论这管辖权来源于任择强制抑或是自愿；后者则体现为国际法院受到的体制限制，因此其会积极寻求在诉讼当事人面前表明公正性，以加强对其判决和规范的尊重，包括其中规定的习惯国际法。

根据《国际法院规约》第 36 条的规定，国际法院的管辖权可以分为自愿管辖、协议管辖和任择强制性管辖。虽然国际法院只有在争端所有缔约国都同意的情况下才能裁决案件，一般而言，国家同意对国际法院的运作限制体现为管辖权的递交和对国际法院判决的遵守。各国对国际法院管辖权的接受方式也与被判决后的执行意愿相关联，但也存在不同的接受管辖权的方式会产生不同的遵守结果的假设。⁶囿于《国际法院规约》并未对任择强制管辖权的撤回进行限制，各国有时会通过撤回对法院的强制管辖权或首先拒绝接受该管辖权来退出国际法院的管辖权。接受法院强制管辖权的国家越少，国际法院的法律权威性就越弱。由于缺乏硬性约束，退出国际法院的强制管辖权相对容易。在这方面有两个大国实践的突出案例，分别为法国在 20 世纪 70 年代的“核试验案”做出裁决后退出了国际法院的强制管辖权，以及美国在国际法院于 1984 年认定对“尼加拉瓜军事行动与准军事行动案”拥有管辖权后便退出国际法院。根据这一理由，自愿管辖和协议管辖暗示着主权国家对判决的认可和遵守。在研究了“尼加拉瓜军事行动案”后，有学者提出，为了得到争端各方确实履行国际法院判决的结果，国际法院应当避免作出在该案中的缺席审判。⁷根据国际法院的金斯伯格法官等人对国际法院判决被遵守的概率统计，根据协议管辖而导致的案件遵守率为 85.7%，而根据条约的争端解决机制进入自愿管辖的和受任择强制管辖的案件遵守率则分别为 60% 和 40%。⁸这重复印证了国际法院的司法权威及案件的遵守率与国家同意直接相关之假设。

由此可见，在当前国家平权的国际体制中，国家主权问题已经成为限制国际司法体制发挥作用的一个重要因素，并将长期持续。国际体系的总体结构不仅关系到他们在处理全球性问题上的成效，而且还会影响到他们从制定该体系的各国所得到的支持。从国际法的体系约束性出发，主权国家倾向于选择对自己的正当主权进行最小限度的约束，因为它们认为这种限制将最大限度地保护其国家利益。因此，国际法院不能独立于受其决定影响的政治行为者的偏好行事。⁹

（二）习惯国际法的效力基础之国家同意

⁶ Rosalyn Higgins, Problem and Process: International Law and How We Use It[M]. Clarendon Press, 1996: 189.

⁷ Posner, The Decline of the International Court of Justice[J]. International Conflict Resolution, 2006, 131.

⁸ Ginsburg & McAdams, Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution[J]. William & Mary Law Review, 2004, 45: appendix.

⁹ Ginsburg, Political Constraints on International Courts, in C. Romano, K. Alter and Y. Shany (eds), The Oxford Handbook of International Adjudication (2014) 483, p.487.

同意主义主张习惯国际法的效力来自国家的同意,这起源于十九世纪实证主义法理学传统的一种极端形式,其支持者试图把习惯仅仅解释为一种由各个同意某一规则的国家所达成的“默示的条约”¹⁰,因此被批判为“过分注重主权”。¹¹这一主张的典型代表包括前苏联法理学家 G.I.童金、西方学者如 I.C.麦克吉本(MacGibbon)、菲茨莫里斯(Fitzmaurice)法官等,¹²他们都相信,国际法发源于国家的同意,若无国家同意,那么国际法便不复存在。早期的习惯国际法案例也证实了这一立场。常设国际法院在“荷花号案”中主张,“国际法调整独立国家间的关系,约束国家的法律规则因而发源于他们自己的自由意愿,这些意愿表达在公约中或者普遍接受为法律原则的惯行中,以及为调整这些共存的独立团体之间的关系或者为实现共同目标而建立的规则中。”¹³至今,习惯国际法形成中的“持续反对者”原则仍然标志着同意原则的强大解释力,它标志着国家主权平等在对抗习惯国际法普遍效力上的保障。

然而,国家同意的具体要求仍需细化讨论,多边国际条约缔结的困难程度已然说明,全球范围内的一致同意是不可能的。即便在荷花号案中,法院也是谨慎地谈到了概括同意,而不是指各个国家的分别同意。¹⁴“关于《灭种罪公约》保留问题的咨询案”中对条约保留的解释¹⁵也标志着全体同意理论的崩溃。这一点在《维也纳条约法公约》中也可可见一斑,如果同意理论真的是一个国家的“意志”的表达,那么从逻辑上来说,如果一个国家改变了它的想法,它将停止被约束。但《维也纳条约法公约》第 27 条规定,国家不能太过援引国内法对抗国际法,并且这一条款已经被识别为系习惯国际法。¹⁶于是,关于同意理论的问题便转化为,即便是要求同意,它也并不需要每个国家始终同意,只要一个概括的同意,一个协议的共同意志就足以适用规范。¹⁷“法律确信”体现了国家之间的共同同意(mutual consent)这一观点得到了许多学者的支持,他们认为,国家既是国际法的创造者,也是其所建立的法律制度的服从者,由此可见,国际法规范的内容取

¹⁰ 这一立场的经典论述,见 Corbett, The Consent of States and the sources of the Law of Nations[J]. British Year Book of International Law, 1925, 6: 22-25.

¹¹ Lauterpacht, Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law, [J]. British Year Book of International Law, 1929, 10: 83.

¹² 菲茨莫里斯(Fitzmaurice)法官认为国家同意是潜伏在相互容忍(mutual tolerations)之中的,这种容忍使实践得以建立,乃至成为一种具有约束力的法律规则。Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law[J]. The British Yearbook of International Law, 1953, 30: 30.

¹³ Lotus (1927), P.I.C.J. A.10, p.4, 18 (1927).

¹⁴ Jean d'Aspremont, Towards a New Theory of Sources in International Law, in Anne Orford & Florian Hoffmann (eds.), The Oxford Handbook of the Theory of International Law 667 (Oxford University Press, 2016).

¹⁵ 该咨询意见中对全体同意原则冲击最大的即在界定一项条约的“缔约方”时,即使其中一些缔约方提出了其他缔约方不接受的保留意见,也仅涉及保留条款的适用问题。Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p.23

¹⁶ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 42, paras. 113.

¹⁷ MacGibbon, Some Observations on the Part of Protest in International Law[J]. British Yearbook of International Law, 1953, 30: 293; Karol Wolfke, Custom in Present International Law[M]. (2nd revised edition), Martinus Nijhoff, 1993: 42-50.

决于民族国家对法律内容所能达成的共识。¹⁸而对习惯国际法的传统两要素中注入国家同意的因子则是提供了习惯规则效力基础的一个替代方案，这一间接的“同意”要素是根据主权国家不会选择在国际层面上自愿形成意愿，而是通过其行动有意识或无意识地影响其创造。与此同时，“法律义务感”的存在能够区别于法律以外的其他行动动机，如礼让、政治权宜之计或便利，上述动机不构成所谓的“法律确信”。¹⁹

尽管国际法院在对习惯国际法识别时频频突破两要素的限制，但无可否认的是，国家实践和法律确信仍是习惯国际法的基本构成要素。然而，国际法院进行任何司法活动都必须面临国家同意的体制限制，同时国家同意也是习惯国际法的效力根据之一，在识别活动中的两要素实则暗含国家同意这一因素。尽管在关于习惯国际法的分析中罕有提及，但通过对证据的相对重要性数据量化和对各个证据形式的特征分析，可以见得国家同意构成了国际法院在采取识别证据时的限制。并且，在传统两要素中加入国家同意的限制，有助于在习惯国际法与其他国际法的实证渊源之间塑造一致性和连贯性。

三、识别证据的国家同意表现

（一）不同识别证据的表现形式之特征

欲确认习惯国际法规则，则必须查明习惯国际法存在的证据。就国家实践而言，布朗利的《国际公法原则》提供了国家惯例可能来源的一般清单，其所列举的所有来源都可以用来支持国家惯例的存在。²⁰国际法委员会特别报告员迈克尔·伍德爵士进一步提出了一份可能构成国家惯例的实际行动清单。伍德认为，诸如船只在国际水域通行、战争期间的行为、外交庇护实践和其他事件等事件可以作为国家实践的证据。²¹同时，持续性、广泛性、统一性和普遍性四个标准也多用于对国家实践进行评估，²²但随着国家实践的重要性被逐渐降低，四个标准各存在着不同程度的削弱乃至被否定。不同国家实践的不同重要性衍生出了“特别受影响国家理论”，用以评估或正或反的实践比重。法律确信(*opinion juris*)是习惯国际法的主观或心理因素，国际法院对其已作出了准确的定义。²³从本质上讲，

¹⁸ D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*[M]. Ithaca: Cornell University Press, 1971: 211-212.

¹⁹ United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10, 2018, Chapter V, p.138.

²⁰ See James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*[M]. 9th edn, Oxford University Press, 2019: 24.

²¹ See International Law Commission, *First Report on Formation and Evidence of Customary International Law*, p.21, UN Doc. A/CN.4/663 (May 17, 2013).亦可见于 *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p.266, 277.; *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Judgment, I.C.J. Reports 1960, p.6, 40-41.

²² See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.43, para.74.

²³ 国际法院在“北海大陆架案”中对法律确信作出了描述，即当各国认为他们自己是在适用习惯国际法的强制性规则，或由于习惯法规则要求他们这样做，他们在法律上被迫这样做。国际法院在“尼加拉瓜军事行动和准军事行动案”中指出，法律确信即“显示相信国家有某种一般权利的惯例”。See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.44, para.76-77.; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement, I.C.J. Reports 1986, p.108, para.206.

法律确信是对某一规则在习惯国际法中具有法律约束力的主观看法，将之接受为法律。

国际条约和国际组织及国际机构的决议是确定习惯国际法规则时采用频率最高的证据类型总和，在这方面最常提及的便是《维也纳条约法公约》《联合国国际海洋法公约》、联大决议和国际法委员会所制定的有关国家责任的草案条款。²⁴诚然，依靠多边条约或由大多数成员国通过的国际组织决议作为习惯国际法的识别证据，具有一定的合理性，毕竟此类证据通常都被视为国家的法律确信甚至是国家的“书面实践”。²⁵针对此类书面实践得以形成习惯国际法的机理，彼得·哈斯（Peter Haas）提出社会学习（social learning）的作用，认为联大决议可以建构新的政治和法律的框架，在国际社会的“认知共同体”中凝聚共识并提高认识，²⁶这也正是法律确信之所在。但是，这种书面实践并不能完全等同于国家的实际行为，二者之间有时存在冲突。有论者认为国际组织的实践并不等同于所有缔约方的实践，或者联大决议不构成对《联合国宪章》的有权解释。²⁷如果国际法院欲按照此类法律文件进行习惯国际法的识别，那么国际法院就应该至少讨论相应的国家实践的案例，而非仅通过此类法律文件直接确定对应习惯规则的存在。²⁸在这一点上，国际法院的问题并非在于识别出了错误的习惯国际法规则，而是在论证上鲜有提供符合习惯国际法学说的正当性依据，单独依靠此类法律文件的审查便直接作出结论，起码在论证上是不成功的。

尽管争议双方间的同意这一证据的使用频率不及国际条约，但其极高的比例仍直接反映出了习惯国际法识别中的非法律因素，即国际法院希望其判决和说理能被争端双方所接受，尤其是增加了败诉方接受结果的可能性，并且法院希望其所推定出的法律规则能取得争端双方乃至国际社会的认可。故虽然国际法院也深知，从法理上来说，案件各方达成的共识并不足以成为确立习惯国际法的基础，²⁹因此，在识别工作中，必须确认有一种普遍做法已被公认为法律。但国际法院却在司法实践中以实际认可和采纳不断提升这一证据类型的比重。另一方面，这也证明了在处理国际争端时，即使该案涉及影响国际社会全体成员的习惯国际法识别时，国际法院依旧更关注争端的解决，而非通过宣布国际法的一般和抽象原

²⁴ United Nations - Office of Legal Affairs, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83, 12 December 2001.

²⁵ Akehurst, Custom as a Source of International Law[J]. British Yearbook of International Law, 1974, 47:4.

²⁶ See Peter Haas, UN Conference and Constructivist Governance of the Environment, 8 Global Governance 73 (2002).

²⁷ See Simma and Alston, The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles[J]. Australian Yearbook of International Law, 1992, 12: 90-92.

²⁸ See Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p.460, para.116.

²⁹ 在“尼加拉瓜军事行动和准军事案”中，国际法院指出，如果两国商定将某项规则纳入条约，其商定协议足以使这一规则成为约束双方的法律规则；但在习惯国际法领域中，仅缔约方达成共识还不够。法院必须确定各国惯例的确证实该规则存在于国家法律确信中。See Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement, I.C.J. Reports 1986, p.97-98, para.184.

则以发展国际法。³⁰事实上,即使双方同意、对国家实践的总体分析和断言都不涉及具体论证,但国际法院仍然愿意通过抽象的概括性法律推理以避免积极发展国际法的可能,从而免去国际法院判例史上所面临的种种争议。因此,对双方间同意的依赖有力地表明,国际法院在推理和决策中考虑了国际法院本身司法体制和政治框架的限制以及自身的声誉影响。

在排除了国际条约和国际组织及机构的决议此类国际法律文件所代表的“书面”国家实践后,在国际法院的司法判例中,对国家实践进行审查的分析是十分罕见的。虽然国际法院会声称其已仔细检查(*carefully examine*)了与这一规则相对应的国家实践,³¹但其通常无法举出其所检验的具体国家实践的证据,而是非常概括性地对此进行说明。并且,承前所述,国际法院主动审查的多是反向实践,用以否定某一习惯规则的存在。然而,按照习惯国际法的理论学说,若同时存在正向的反向的实践,在识别过程中应对此进行比较,事实是国际法院鲜少采纳这一比较方式,³²并存在选择性认定国家实践之嫌。而国际法院通过断言确定习惯国际法规则的存在更是将对国家实践的漠视推至极致,因此,尽管国家实践在大多数国际法教科书和论文中被视为习惯国际法的构成要素,但它在司法过程中的占比极小。这也说明了国际法院在习惯国际法的识别上脱离了传统教义,转向服务于国际法院的政治化动机,从而陷入了政治异化的境地。

通过上述分析不难看出,占比较大几类的证据类型的重要性上升将直接带来一个结果,即司法实践中习惯国际法的确定门槛正在逐步降低,通过选择性采纳识别证据,国际法院的自主权和决策权实则正在扩大。而依以法律方法解决争端的现实而言,通过这一灵活的方法论,国际法院才能在《国际法院规约》第38条规定的可适用法(*applicable law*)范围内识别有法律约束力的规范。在没有一项共同签署的国际公约的情况下,国际法院往往只能采用通例或采用一般法律原则

³⁰ 在“依国际法院1974年核试验案判决第63段而提起的对情势进行审查的请求案”中,法院以情势并未变更为理由拒绝对新西兰提出的环评原则和预防原则的习惯国际法地位作出裁判,被法官认为法院因重视形式,而并未触及案件的实质(*merits*)。See *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Dissenting opinion by Judge ad hoc Sir Geoffrey Palmer, I.C.J. Reports 1995, p.413-421, paras.94-119; *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Dissenting opinion by Judge Weeramantry, I.C.J. Reports 1995, p.351-362.朗热瓦法官在其对“东帝汶案”发表的异议意见中引用了罗伯特·詹宁斯对于国际法院职责的认识,即“专门法庭可以解决特定的争端;但是已确立的联合国主要司法机构的职能,不仅必须包括争端解决,还有一般国际法的科学发展……因此,国际法院为国际社会履行类似的职能不是什么陌生的事情。”See *East Timor (Portugal v. Australia)*, Separate opinion of Judge Ranjeva, I.C.J. Reports 1995, p.133, para.6.

³¹ See *Arrest Warrant of 11 April 2000 (D.R.C. v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p.24, para.58; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objection, I.C.J. Reports 2007, p.615, paras. 89-90.再例如在“乌拉圭河纸浆厂案”中,法院认定环境影响评估原则已成习惯国际法,是基于其已被许多国家所采纳,但法院依旧没有表明其具体做了什么工作。See *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p.82-83.

³² 即使是当事方主动递交了反向实践,例如德国在“渔业管辖权”案中指出,在已知的114个沿海国中,如冰岛一般所主张专属渔业区的国家只有20个,比例太小,不足以形成一般惯例。但国际法院未对实践的数量作出回应,并肯定了沿海国专属渔业区和优先捕鱼权。

来解决争端。鉴于后一种方法在识别方面存有更大的不确定性，国际法院一般倾向于采用前者。而这一发展趋势亦是服务于国际法院在国际社会的政治认同和法律权威，并借此维护自身的合法性与正当性。这也解释了为什么国际法院至今没有制定一种连贯的识别习惯国际法的方法或是详细阐述之，并且后续的司法实践也与先前的推理和阐述存在诸多矛盾，这是因为在其司法实践过程中，对习惯国际法的证据采纳和识别方法会因每个案例的情况和受影响方的利益与偏好而异。

（二）国家同意在识别路径中的归纳性体现

关于习惯国际法识别的规范性层面，传统两要素已构建了基本的理论依据和方法基础。虽然出于证据混同这一原因，对两要素的识别究竟是采取整体方法还是分立证明的方法因案而异。但可以确定的是，国际法院对识别活动的证据采纳具有一定倾向，对国际条约和国际组织决议此类证据的高比例采纳和证明，揭示了即使是在最底层的规范层面，对习惯规则的共识基础依然十分重要。并且可以预见的是，这一趋势在未来仍将持续，国际条约和国际组织决议将持续成为司法判决中国家实践和法律确信的重要证据。

当争端各方签署并批准了一项规定了所涉习惯规范的条约时，此类证据的采纳比例极高，并且所涉规则的约束力会被直接推定。例如在“尼加拉瓜军事行动和准军事案”中，国际法院承认，尼加拉瓜和美国都是《联合国宪章》的缔约国，于是直接推导出了这两国皆承认《联合国宪章》第2条第4款规定的禁止使用武力的原则的习惯性质。大多数会员国广泛接受了联合国大会关于习惯规范的决议，国际法院在“刚果境内武装活动案”中引用的《友好关系宣言》也表明了这种协商一致的基础，³³除非争端一方明确反对通过此类决议，使相应国际条约或决议丧失国家间的同意基础。

除却争端当事方在争端被审理前就已签署并批准的国际条约和国际组织决议之外，双方在诉讼期间内的合意也可以成为习惯国际法识别的证据。一方面，国际法院会将争端双方对特定规范的习惯地位认定纳入考虑。例如在“卡塔尔诉巴林海洋划界案”中，巴林是《联合国海洋法公约》的缔约国，卡塔尔仅批准了该《公约》，因此原则上两国并不直接适用《公约》，应适用习惯国际法作为裁判依据。然而，双方都同意，1982年《公约》中与本案相关的大多数条款都反映了习惯国际法。同样，在“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土与海洋争端案”中，虽然哥伦比亚不是《联合国海洋法公约》的缔约国，因此尼加拉瓜要求的海洋划界只能适用习惯国际法，双方的同意使《公约》中的划界规则得以进入该案。³⁴另一方面，国际法院也会宣布某一特定规范在争端当事方接受时的习惯规则地位。例如，在“加布奇科沃-大毛罗斯项目案”中，国际法院根据国际法委员会所制定的有关国

³³ See *Armed Activities on the Territory of the Congo (D.R.C. v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p.226-227, para.162.

³⁴ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 666, para. 114.

家责任的草案条款，引用其中的习惯国际法进行裁决，这是因为争端当事方在诉讼程序中接受了该规则的习惯性质。³⁵同样，“隔离墙案”中，即使该案是并不存在原告与被告的咨询意见，国际法院也根据诉讼程序参与者对《陆战法规惯例章程》（Hague Regulations）之习惯性质的同意，将相关规则适用于案件中。³⁶

四、国家同意原则的规范意义与方法论反思

在国际法院习惯国际法识别的实务中，国家同意的表现形式虽多隐而不显，但其规范基础与解释功能已逐渐凸显为识别活动不可回避的维度。这一维度的存在，既来自国际法院司法体制本身对国家主权的依附性，也源于识别过程对“普遍接受”与“协商一致”之共识逻辑的需求。从方法论角度看，国家同意原则的介入，推动了传统两要素理论的修正与扩展，使识别活动不再仅依赖规范结构内部的逻辑构造，而更多地体现出程序性正当性的追求。

首先，国家同意的融入拓展了“法律确信”概念的解释边界。在诸多判例中，法院将国家在诉讼中对特定规则的认可、对特定决议的接受，乃至对条约条款的援引，均作为判断其对习惯规则确信的重要证据。例如在“卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题案”中，法院虽未明确指出《联合国海洋法公约》对两国具有约束力，但因双方在诉讼中均承认其中相关条款的习惯法地位，法院遂援引该规则作为裁判依据。³⁷类似地，“尼加拉瓜和哥伦比亚的海洋权利争端案”中，尽管哥伦比亚并非《海洋法公约》缔约国，但法院仍以双方在诉讼中的合意为基础确认了习惯法规则的存在。³⁸此种以合意体现法律确信的识别方法，实质上引入了国家同意作为法律确信外部表达的结构性依据。这不仅丰富了法律确信的表达方式，也使其从单纯的“心理要素”转化为包含制度性文件和程序性行为的复合性结构。国家同意因而成为连接国家意志与法律确信之间的中介机制。

其次，国家同意原则的运用强化了国际法院对识别对象选择的可控性。在面对习惯规则内容不稳定、国家实践分歧较大的情形下，法院更倾向于确认那些具备“最低共识基础”的规则，从而避免因扩张解释而招致正当性危机。这一司法自限的策略，在“加布奇科沃—大毛罗斯项目案”中尤为明显。法院在裁决中明确承认国家责任条款草案并未具有正式约束力，但仍基于争端双方在程序中的共同认可，将其中若干规则作为习惯法加以适用。³⁹这种实践逻辑反映出法院在正当性维持与权威建构之间的平衡策略，也说明了国家同意在识别路径中具有“调节裁量”的工具意义。

³⁵ 在该案中，争端双方同意，必须根据国际法委员会一读通过的《国家责任条款草案》第33条中规定的标准来评估必要状态的存在。

³⁶ 在该案中，国际法院首先注意到了以色列不是《陆战法规惯例章程》的缔约国。但国际法院认为，《海牙规章》的规定已成为习惯法的一部分，事实上，法院诉讼程序的所有参与者都承认了这一点。

³⁷ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 674, para. 139.; Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), I.C.J. Reports 2001, p.63, 93, paras.167, 185.

³⁸ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), para. 138.

³⁹ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), I.C.J. Reports 1997, p. 78, para.142.

然而，这一方法论趋向亦引发一系列理论反思。一方面，国家同意在识别路径中的作用虽具现实合理性，却有可能造成规则普遍性与一致性的弱化，⁴⁰尤其是在涉及广泛公共利益或人类共同利益事项的争端中，识别的政治化风险将更为突出。另一方面，过度依赖当事国合意与组织性文书，可能导致法院在识别中回避必要的实证分析，使得判决理由流于抽象宣示，进而削弱司法解释的说服力与规范示范效应。⁴¹因此，有必要在方法论层面进一步明晰国家同意的适用边界与功能定位。国家同意虽可作为识别活动的正当性基础与策略考量，但不应成为替代两要素理论的形式性工具。其应当被视为识别过程中“合法性与实践性之间的桥梁”，在保持规则可接受性与操作性的同时，避免对传统习惯法结构的解构与消解。

结语

国家同意原则虽未在《国际法院规约》第 38 条中获得明文规定，但在国际法院识别习惯国际法的实践中，已逐步体现出结构性与实质性的影响力。通过对司法管辖的制度设定、证据采纳的倾向逻辑以及判例中的规范适用路径的分析可以看出，国家同意不仅构成国际法院司法权行使的前提性条件，也深度介入习惯规则识别的推理过程，成为法院在平衡主权国家意志与习惯法普遍适用之间的重要调节机制。随着国际法院识别标准的灵活化与制度化，国家同意的功能亦在不断拓展：从影响诉讼程序中规则适用的判断依据，延伸至对法律确信表达方式的重构，并在司法活动的正当性建构中发挥重要作用。特别是在当前国际关系高度碎片化、全球共识难以达成的背景下，国际法院在维持自身权威与裁判接受度的同时，日益依赖于国家之间最小限度共识的确认逻辑，这使得国家同意成为连接司法合理性与规范普遍性之间的制度枢纽。然而，这一机制的强化亦面临方法论与规范性上的双重挑战。一方面，对国家同意的过度依赖可能导致习惯规则的区域化与个案化，削弱其统一性与客观性；另一方面，若未能建立明晰的适用标准与边界识别，国家同意将可能成为法院自主性与国家主权之间“灰色地带”的操作工具，模糊习惯国际法的独立规范地位。

因此，未来国际法院在识别习惯国际法的过程中，应进一步推动国家同意原则的功能澄清与适用规范化。一方面，通过区分国家同意在“管辖同意”与“规范认可”之间的不同逻辑，明确其结构位置；另一方面，在保障程序正当性的前提下，强化对实践与法律确信的独立评估，维护国际法基本原则的普遍性。

⁴⁰ Anthea Elizabeth Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation[J]. *American Journal of International Law*, 2001, 95: 757-791.

⁴¹ Michael Wood, Third Report on the Identification of Customary International Law, UN Doc. A/CN.4/682 (2015), paras. 39-45.

论应对气候变化的国家必要勤勉

——以国际法院气候变化咨询意见案为视角

邵莎莎^{*1}

摘要：国际法院气候变化咨询意见案对必要勤勉的讨论，源于全球气候治理执行差距与法律约束力不足的现实困境。《巴黎协定》下国家自主决定模式的法律约束力不足，是减排目标与执行力度持续存在差距的主要原因。在此背景下，必要勤勉被视为强化国家气候义务的重要法律工具，它要求国家采取一切合理措施以履行国际气候义务。在应对气候变化问题中，国家所承担的必要勤勉并非源自单一法律渊源，而是一个复合性的国际法义务结构，需结合多个领域加以理解，以《巴黎协定》中的必要勤勉标准为基础，并将国际环境法、国际海洋法、国际人权法中的必要勤勉要求纳入解释之中，强化国家在气候行动中采取必要勤勉措施的规范基础。各国在提交给国际法院的书面文件和口头陈述对必要勤勉的立场存在显著差异，包括对应对气候背景下必要勤勉的性质、内容、适用范围、规范来源以及法律后果。本文将综合分析各国在国际法院气候咨询意见案中的书面陈述、评论与口头陈述以及对法官提问的回答，特别聚焦瓦努阿图、欧盟、美国、中国等代表性立场，结合现有国际判例，系统阐释必要勤勉在气候法律秩序中的适用与发展逻辑，最终提出国际法院在本案中可能确立的关键判断以及中国的应对方式。

关键词：必要勤勉 勤勉义务 气候变化 国家义务 国际法院气候咨询案

引言

2023年3月，在瓦努阿图等国的推动下，联合国大会第77届会议以协商一致方式通过了第77/276号决议，请求国际法院就气候变化的国家义务与法律后果提供咨询意见，这是历史上首次所有联合国会员国一致同意请求咨询意见。根据国际法院官网记载显示，共有91个国家与国际组织向国际法院提交了书面陈述，²远超以往任何一次国际司法程序。由于许多陈述代表了集体立场（如非洲联盟、欧盟），几乎所有联合国成员国均以直接或间接的方式参与了此次咨询程序，凸显全球社会对气候变化法律责任问题的高度关注与集体回应。

在当前国际法院关于气候变化义务的咨询程序中，必要勤勉正日益显现出其作为国际法解释与义务界定标准的重要地位。这种重要性主要体现在两个层面：

^{*} 邵莎莎，中国政法大学环境与资源保护法学博士研究生。

² International Court of Justice, Written Proceedings: Request for an Advisory Opinion on the Obligations of States in Respect of Climate Change (Case No. 187), available at: <https://icj-cij.org/case/187/written-proceedings> (last accessed 11 April 2025).

一是参与方书面陈述中广泛而集中的阐述，据统计，超过八成的国家与组织在书面文件中明确提到了必要勤勉。³二是法官在口头审理阶段对相关议题的高度关注。从法官在口头审理阶段所提出的问题来看，法院将与必要勤勉密切相关的问题置于解释与判断的重要位置。例如，法官 Tladi 在就《巴黎协定》第 4 条提问时，指出多数参与方在书面和口头陈述中将第 4 条关于国家自主贡献（NDCs）的义务解释为程序性义务。对此，Tladi 法官进一步追问：《巴黎协定》的宗旨与目的以及气候变化条约体系整体的宗旨与目的，是否应当对第 4 条的程序性义务解释产生影响？若产生影响，其性质和程度为何？⁴这一问题虽未明确使用必要勤勉术语，但实质上触及了必要勤勉的核心判断标准之一，国家在设定并履行气候承诺时，是否以条约宗旨和目的为指导。

在应对气候变化执行差距以及法律约束力不足的背景下，作为近年来国际法领域具有影响力的概念之一，⁵必要勤勉正日益成为界定国家气候义务的重要法律工具，要求国家采取一切合理措施以履行国际气候义务。国际司法实践对必要勤勉的关注增加，如国际海洋法法庭已经肯定了第 194 条第 2 款中必要勤勉在气候变化导致的海洋环境不利影响问题上的适用性。而国际法院关于气候变化的咨询案，也为必要勤勉义务在国际气候法领域的适用提供了契机。许多国家在提交至国际法院的书面陈述中主张，应将必要勤勉扩展适用于温室气体排放行为所构成的跨界环境损害。在此趋势下，必要勤勉正逐步从传统国际环境法范畴迈入应对气候变化的适用场景，被构想为国际法院评估国家气候义务履行情况的重要标准之一。

必要勤勉的性质、内容以及适用范围仍然存在不确定性，不同国家在提交给国际法院的书面文件和口头陈述对必要勤勉的立场存在差异。本文将综合分析各国在国际法院气候咨询意见案中的书面陈述、评论与口头陈述以及对法官提问的回答，特别聚焦瓦努阿图、欧盟、美国、中国等代表性立场，结合现有国际判例，系统阐释必要勤勉在气候法律秩序中的适用与发展逻辑，最终提出国际法院在本案中可能确立的关键判断以及中国的应对方式。

一、国际法中必要勤勉的历史发展与性质争议

必要勤勉在不同国际法领域的适用范围不断扩大，包括国际环境法、国际海洋法、国际人权法、国际人道法、投资法和外交法等领域。在具体讨论应对气候变化的必要勤勉之前，有必要系统梳理必要勤勉在国际法理论和实践中如何被确认与适用，为后文更好理解各国在国际法院气候咨询案中提出的必要勤勉主张提

³ Thomas Burri, “Data from Submissions of Participants to the International Court of Justice Advisory Proceedings on Climate Change Law (2024)”, Mendeley Data, V2, available at: <https://data.mendeley.com/datasets/f997hfnhjk/2> (last accessed 11 April 2025).

⁴ Questions by Individual Judges, Verbatim Record, 13 December 2024 (Afternoon), p. 40 (lines 1-12).

⁵ Vladyslav Lanovoy, “Due Diligence in International Law: A Useful Renaissance or ‘All Things to All People’?”, *European Journal of International Law*, 35 (2024), p. 2.

供基础。

（一）必要勤勉的概念

对于必要勤勉的含义，在国际法委员会 2024 年的报告中，必要勤勉被视为一种国家应遵循的义务（duty）或审慎标准（standard of care），适用于其在本国领土内或对其管辖或控制的活动。⁶从某种意义上讲，它与过失相对立，要求各国采取必要的谨慎和审慎措施，以防止风险演变为实际损害，或尽最大努力实现特定目标。⁷这一概念的核心在于平衡国家主权与跨国风险防控，要求国家在其管辖或控制范围内采取有效措施，避免对其他国家权利与利益造成损害。

必要勤勉的典型表达是采取一切必要措施避免损害。尽管必要勤勉在环境法、人权法、国际人道法等多个领域中已广泛存在，但正式条约中明确使用必要勤勉一词的情形很罕见。多数情况下，条约文本往往通过“采取一切适当措施（all appropriate measures）”⁸、“一切必要与有效的措施”（all appropriate and effective measures）⁹、“一切必要措施”（all measures necessary）¹⁰、要求缔约国“尽适当努力”（exert appropriate efforts）¹¹以实现某一目标，或者要求各国“适当考虑”（have due regard）¹²他国的权利等表述，间接传达必要勤勉的要求。这些用语共同构成了必要勤勉的条约表达形式。它们反映出国际法中对国家行为的一贯要求，根据具体情况、能力和风险采取合理努力，防止危害的发生或扩大。

对于必要勤勉一词的术语选择，在国内学者关于 Due Diligence 的已有研究中，存在多种术语表述，例如勤勉义务、勤勉尽责义务、审慎原则、审慎义务、尽责义务等表述。¹³Due Diligence 的法律性质面临诸多争议，暂时还未能被认定为一项明确的国际法义务。为了回应多重的法律性质争议，国际法委员会 2024 年报告有意选择必要勤勉一词，¹⁴本文亦采用必要勤勉。

⁶ ILC, ‘Report of the International Law Commission, Seventy-fifth Session (29 April-31 May and 1 July-2 August 2024)’, UN Doc. A/79/10 (2024) 1, at 147, para. 2.

⁷ Vladyslav Lanovoy, “Due Diligence in International Law: A Useful Renaissance or ‘All Things to All People’?”, *European Journal of International Law*, 35 (2024), p. 5.

⁸ Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 22 March 1985, 1513 UNTS 293, art. 2. Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, 17 March 1992, 1936 UNTS 269, art. 2(1). Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, 22 March 1989, 1637 UNTS 57, art. 4(2). Convention on the Protection of the Alps, 7 November 1991, OJ EC 1996 L 61, pp. 32–36, art. 2(2). Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents, 17 March 1992, 2105 UNTS 457, arts. 3(1) and 6(1).

⁹ Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, 19 November 1972, 1046 UNTS 120. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 25 February 1991, 1989 UNTS 309. United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, 1833 UNTS 3.

¹⁰ United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, 1833 UNTS 3, art. 194(2).

¹¹ Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities, 2 June 1988 (not yet in force), SATCM IV-12-10, art. 7(5).

¹² United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, 1833 UNTS 3, art. 58(3).

¹³ 王金鹏：《跨界环境损害预防中的国家勤勉尽责义务刍议》，载《甘肃政法大学学报》2022 年第 2 期，第 119-131 页。张华：《论非国家行为体之网络攻击的国际法律责任问题——基于审慎原则的分析》，载《法学评论》2019 年第 5 期，第 159-172 页。谷放：《国际投资仲裁中投资者审慎义务的经验考察与学理构建》，载《国际法研究》2024 年第 5 期，第 77-93 页。黄世席、尚轩宇：《国际投资法中的投资者人权尽责义务：现状与进路》，载《武大国际法评论》2024 年第 5 期，第 104-122 页。

¹⁴ ILC, ‘Report of the International Law Commission, Seventy-fifth Session (29 April-31 May and 1 July-2 August 2024)’, UN Doc. A/79/10 (2024) 1, at p.152, para. 21.

（二）必要勤勉的历史发展

1. 必要勤勉与国家责任

必要勤勉在早期和国家责任紧密相关，将国家是否履行必要勤勉与过失相对立。如果国家尽到了必要勤勉义务，则不应被归责（即没有过失）。在国际法理论发展的早期，必要勤勉的概念起源于古代罗马私法，特别是罗马法中的“*diligentia*”概念，即谨慎或注意义务。¹⁵之后通过格劳秀斯等法学家的著作被引入国际法，这些早期的国际法学者将私法中的概念类比到国家责任中，但并没有形成系统的理论，主要是在研究国家责任时零散地涉及到这一概念。¹⁶在实践中，19世纪和20世纪初，必要勤勉的概念在国际仲裁和司法裁决中得到应用，在解读中立国的保护义务、保护外国人及其财产等方面发挥了作用。¹⁷在1872年的阿拉巴马仲裁案中，仲裁庭确立了中立国必须采取必要勤勉措施防止违反中立义务的行为，¹⁸必要勤勉被用来确定国家在防止其领土内私人行为导致损害的责任。这个与国家责任的历史演变紧密相关，在过去相当长的时期，国家责任所研究的内容主要是集中于国家违反外国人的生命及其财产等方面义务的后果。¹⁹并且传统的国家责任理论是以国际不法行为为基础的“过失责任”。²⁰在这一阶段，在国家责任背景下，保护外国人及其财产等案件中提到必要勤勉，更多地也是从过失的对立面来理解必要勤勉。

2. 必要勤勉与国家主权

在国家活动不断外延发展的情形下，必要勤勉被认为是国家主权的延伸，能对国家主权进行限制。²¹国家负有不得明知而允许其领土被用于损害他国权利和利益的行为的义务，²²进一步的，国家有责任对其管辖范围内或受其控制的活动或事件采取必要勤勉，以防止对第三国及其国民、财产造成损害。

在帕尔马斯岛仲裁案中，仲裁庭指出国家主权意味着国家有义务在其领土内保护其他国家的权利。²³在荷花号案中，Moore法官在反对意见书中指出，“一国在其管辖范围内尽到必要勤勉，以防止对他国或其人民实施刑事犯罪行为，这是一项已确立的法律原则。”²⁴必要勤勉主要是为防止国家在行使主权时疏忽

¹⁵ Alice Ollino, *Due Diligence Obligations in International Law* (Cambridge University Press, 2022), p. 17.

¹⁶ Alice Ollino, *Due Diligence Obligations in International Law* (Cambridge University Press, 2022), p. 26.

¹⁷ Giulio Bartolini, “The Historical Roots of the Due Diligence Standard”, in Heike Krieger, Anne Peters, and Leonhard Kreuzer, *Due Diligence in the International Legal Order* (Oxford: Oxford University Press, 2020), pp. 23-41.

¹⁸ *Alabama Claims* (United States v. United Kingdom), reprinted in UNRIIAA, vol. 29, 125, at 129, 131.

¹⁹ 林灿铃：《跨界损害的规则与赔偿研究》，中国政法大学出版社2014年版，第30页。

²⁰ 林灿铃：《跨界损害的规则与赔偿研究》，中国政法大学出版社2014年版，第26页。

²¹ Alice Ollino, *Due Diligence Obligations in International Law* (Cambridge University Press, 2022), p. 22.

Joanna Kulesza, *Due Diligence in International Law* (Brill Nijhoff, 2016), p. 57. Written Statement of Vanuatu, para. 237.

²² United Nations (UN) Secretary-General, ‘Survey of International Law in relation to the Work of the International Law Commission’, 10 Feb. 1949, UN Doc. A/CN.4/Rev.1, para. 57

²³ See *Island of Palmas* (Netherlands v. United States), reprinted in UNRIIAA, vol. 2, 829, at 839

²⁴ S.S. ‘*Lotus*’ (France v. Turkey), Judgment, 1927 P.C.I.J. Series A, No. 10, p. 88, Dissenting Opinion of Judge Moore. (‘It is well settled that a State is bound to use due diligence to prevent the commission within its dominions

大意而损害他国利益（如特雷尔冶炼厂案）。²⁵国际法委员会 2024 年的最新报告指出，必要勤勉概念的核心在于平衡国家主权与跨国风险防控，要求国家在其管辖或控制范围内采取有效措施，避免对其他国家权利与利益造成损害。

3. 必要勤勉与预防跨界环境损害

跨界环境损害是指一国管辖或控制下的行为对其他国家或国家管辖范围以外区域环境造成的损害。²⁶经过数个案件裁决的发展，预防跨界环境损害逐渐成为一项习惯国际法规则。最初，这项义务是在邻国之间的跨境关系背景下提出的，后来逐渐扩展，超出了跨境范畴，涵盖了防止对国家管辖范围之外区域造成环境损害的责任。在国际司法实践中，国际法院在 1949 年科孚海峡案确认了国家有义务不允许其领土被用于侵犯其他国家权利的行为。1996 年，国际法院在“以核武器相威胁或使用核武器的合法性”的咨询意见案中，法院指出“各国负有责任确保其辖区和控制下的活动遵守其他国家或超出国家控制范围的环境，这一责任现已成为国际环境法的一部分。”²⁷直到 2010 年，国际法院通过乌拉圭河纸浆厂案的判决，确认预防跨界环境损害是一项习惯国际法。另外，该案首次将必要勤勉与国际环境法中的预防跨界环境损害联系在一起，法院援引了科孚海峡案，指出国家不允许其领土被用于侵犯其他国家权利的行为的义务是必要勤勉。2015 年哥斯达黎加诉尼加拉瓜案中，法院再次确认乌拉圭河纸浆厂案中所指出的联系，并指出了必要勤勉的环评程序要求。判决载明“国家为了履行在预防跨界环境损害方面的必要勤勉义务……应当确认是否存在可能触发跨界环评义务的严重跨界环境损害风险。”²⁸

（三）必要勤勉的法律性质与规范来源争议

在国际法院气候咨询案中各国对于必要勤勉的争论主要是法律性质和规范来源。在法律性质方面，必要勤勉的法律性质是国际法学界争论的重要问题之一。国际法委员会最新的报告中也明确指出“必要勤勉作为一项一般法律原则或习惯国际法义务，其法律性质和法律基础是不明确的。”²⁹对于必要勤勉的法律性质争

of criminal acts against another nation or its people’).

²⁵ Jorge E. Viñuales, *Due Diligence in International Environmental Law: A Fine-grained Cartography*, in *Due Diligence in the International Legal Order*, Heike Krieger, Anne Peters, and Leonhard Kreuzer (eds) (Oxford University Press, 2020), p.127.

²⁶ 王金鹏：《跨界环境损害预防中的国家勤勉尽责义务刍议》，载《甘肃政法大学学报》2022 年第 2 期，第 121 页。

²⁷ Penelope Ridings, “Annex II: Due Diligence in International Law”, in *Report of the International Law Commission on the Work of its Seventy-Fifth Session (A/79/10)*, United Nations, 2024, p. 146.

²⁸ *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p. 614, para. 99, citing *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 22; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 242, para.29; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 14, para.101; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), p. 706, para. 104. 瓦努阿图的书面陈述中第 107 页，第 350 脚注，做了系统梳理。

²⁹ ILC, ‘Report of the International Law Commission, Seventy-fifth Session (29 April-31 May and 1 July-2 August 2024)’, UN Doc. A/79/10 (2024) 1, at 152, para. 21.

议，主要集中在讨论必要勤勉是一项独立义务还是一项标准。大部分的学者支持必要勤勉作为一种标准，用来衡量义务的履行。³⁰典型的观点认为，必要勤勉是一种由国际法所界定的行为标准，其具体标准可能随初级规则的类型与内容而改变。³¹必要勤勉作为一种标准，意味着其并非独立的义务，而是附属于某种特定义务。多数学者对将必要勤勉解释为习惯国际法中的独立义务或一般国际法原则持批判立场。³²

在规范来源方面，必要勤勉常视为习惯国际法的一部分，例如科孚海峡案中，国际法院依据习惯法认定阿尔巴尼亚未履行勤勉义务。³³也有观点认为，条约也是必要勤勉的重要来源。如前所述，多个公约中出现了“采取一切措施”等措辞，间接体现了必要勤勉的要求。

二、国际法院气候咨询案中讨论必要勤勉的背景

国际法院气候咨询案对必要勤勉的讨论，源于全球气候治理执行差距与法律约束力不足的现实困境。以程序性义务与行为义务为主导、以国家自主决定为基础的《巴黎协定》，在应对全球气候危机时存在根本性不足。³⁴为弥补这一不足，小岛屿国家试图突破传统气候治理的政治僵局，寻求国际司法机构的介入。³⁵国际法院（ICJ）、国际海洋法法庭（ITLOS）和美洲人权法院（IACHR）在内的国际司法机构，近年来相继受理了关于各国在气候变化方面的国际法义务的咨询请求。尽管这些咨询案件的具体侧重点不同，但核心争议均围绕国家应当承担的应对气候变化法律义务的性质与范围展开。

尽管《巴黎协定》确立了各国的国家自主贡献义务（NDCs），并通过全球盘点机制来监测进展，但现有法律框架未能有效确保各国履行其气候承诺，导致当前在减排目标、排放水平和执行力度方面存在显著差距。³⁶造成差距的核心原因在于《巴黎协定》中国家自主决定的首要地位，³⁷以及国家持续重申“国家自主贡献的国家自主性质”拒绝对自由裁量权的限制。³⁸国家自主决定意味着未能对

³⁰ Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2021), p. 3.

Caroline E. Foster, *Global Regulatory Standards in Environmental and Health Disputes: Regulatory Coherence, Due Regard, and Due Diligence* (Oxford University Press, 2021), p.104.

³¹ Alice Ollino, *Due Diligence Obligations in International Law* (Cambridge University Press, 2022), p. 163.

³² Vladyslav Lanovoy, “Due Diligence in International Law: A Useful Renaissance or ‘All Things to All People’?”, *European Journal of International Law*, 35 (2024), p. 10.

³³ International Court of Justice *The Corfu Channel Case*, International Court of Justice, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>.

³⁴ Lavanya Rajamani, “Interpreting the Paris Agreement in its Normative Environment”, *Current Legal Problems*, 77 (2024), p. 167.

³⁵ 秦天宝：《“双碳”目标下我国涉外气候变化诉讼的发展动因与应对之策》，载《中国应用法学》2022年第4期。

³⁶ 联合国气候变化框架公约（UNFCCC）发布的《第一次全球盘点技术对话综合报告》强调“全球温室气体排放趋势未能与符合《巴黎协定》全球温控目标的全球减缓路径相一致，也未能符合长期减排目标的要求。”UNFCCC, 2023 Synthesis Report of the Technical Dialogue of the First Global Stocktake, 2023, p. 13, para. 80.

³⁷ Lavanya Rajamani, “Interpreting the Paris Agreement in its Normative Environment”, *Current Legal Problems*, 77 (2024), p. 167.

³⁸ Decision 1/CMA.5, ‘Outcome of the first global stocktake’ (15 March 2024) UN Doc

NDCs 的内容和执行设定强制性要求,使得各国在 NDCs 的设定和履行上缺乏外部约束。

在应对气候变化执行差距以及法律约束力不足的背景下,必要勤勉被视为强化国家气候义务的重要法律工具,它要求国家采取一切合理措施以履行国际气候义务。国际海洋法法庭在 2024 年的咨询意见中已承认必要勤勉适用于温室气体排放,并区分了一般污染防治义务与跨境污染防治义务的不同勤勉标准。³⁹然而,法庭并未明确必要勤勉在气候变化领域的具体适用标准,这为国际法院进一步澄清这一法律义务提供了空间。

(一) 国家自主贡献双重义务模式的法律约束力不足

《巴黎协定》下国家自主决定模式的法律约束力不足,是减排目标与执行力度持续存在差距的主要原因。自主决定并非天然导致法律约束力不足,关键在于,《巴黎协定》设定义务的抽象性、模糊性以及未提供强制性的执行或争端解决机制,进一步体现在义务的强制性、履行机制的有效性及违约责任的明确性的不足。

1. 《巴黎协定》中国家自主贡献义务的行为义务性质

《巴黎协定》及其《巴黎规则手册》依赖程序性义务、行为义务来替代具有明确法律后果的实质性结果义务。⁴⁰据统计,提交书面陈述和评论的国家中,有 56% 的国家提到了气候变化相关义务是行为义务。⁴¹随着国际气候法逐步从结果义务转向行为义务、从实质义务转向程序义务,国家拥有更大的灵活性和自主性,促使气候机制具备更强的动态性,必要勤勉在国际气候变化法中的角色更加突出。

42

2. 国家自主决定模式赋予国家广泛的自由裁量权

在义务层面,国家自主决定模式赋予国家广泛的自由裁量权。国家自主决定的性质决定了义务的强制性不足。国家自主贡献义务具有双重义务的性质,由基于条约规范的程序性义务和缔约方自主决定的实体性义务构成。⁴³程序性义务是指编制、通报并保持计划实现的连续 NDCs,概括性的实体义务是指采取国内减缓措施。对于程序性义务,各国仅需提交和更新自己的 NDCs,并在每五年提升雄心即可,还通过建立增强的透明度框架、全球盘点以及履行和遵守机制,来保

FCCC/PA/CMA/2023/16/Add.1, p. 2, para. 39 ("UAE Consensus"). "Reaffirms the nationally determined nature of nationally determined contributions and Article 4, paragraph 4, of the Paris Agreement"

³⁹ Request for an Advisory Opinion Submitted by The Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Advisory Opinion, ITLOS, May 21, 2024, para. 244.

⁴⁰ Lavanya Rajamani, "Due Diligence in International Climate Change Law," in Due Diligence in the International Legal Order, ed. Heike Krieger, Anne Peters, and Leonhard Kreuzer (Oxford University Press, 2020), p. 171.

⁴¹ Thomas Burri, "Data from Submissions of Participants to the International Court of Justice Advisory Proceedings on Climate Change Law (2024)", Mendeley Data, V2, available at: <https://data.mendeley.com/datasets/f997hfnhjk/2> (last accessed 11 April 2025).

⁴² Lavanya Rajamani, "Due Diligence in International Climate Change Law," in Due Diligence in the International Legal Order, ed. Heike Krieger, Anne Peters, and Leonhard Kreuzer (Oxford University Press, 2020), p. 164.

⁴³ 陈贻健:《〈巴黎协定〉下国家自主贡献的双重义务模式》,载《法学研究》2023 年第 5 期,第 207 页。

障程序性义务的实现。对于实体性义务,《巴黎协定》的国家自主决定特征给了各国充分的自由裁量权,各国可以自主设定 NDCs,涉及贡献目标以及采取的具体气候行动等实质内容。在双重义务模式之下,缔约方受到的程序性义务强制约束有限,实体性义务强制性约束更为不足。

《巴黎协定》第 4 条的义务设定过于抽象,允许各缔约方在确定其国家自主贡献(NDCs)内容时享有几乎无限的自由裁量权。⁴⁴在《巴黎协定》签署之际,为了吸引更多的国家参与解决温室气体排放问题,协定的关键特点是第四条的国家自主性质。⁴⁵抽象气候义务设定直接导致了 NDCs 形式和内容的多样性,有研究表明各缔约方国家自主决定贡献文本差异显著。⁴⁶国家可以自由决定 NDCs 的形式和内容,并通过附加条件弱化自身的法律责任,使得《巴黎协定》第 4 条的义务更加抽象化,缺乏可操作性。

3. 义务履行机制缺乏强制执行力与追责机制

在执行层面,履行机制缺乏强制执行力。《巴黎协定》设有全球盘点机制,但其作用更多是信息透明化,而非强制执行。由于没有强制履行机制,高排放国家可以在政治或经济压力下调整甚至弱化其 NDCs,而不会受到法律制裁。此外,规则模糊性让国家可自我解释义务履行情况。由于缺乏全球统一的基准,各国可以声称其行动符合最高雄心,即便它们的目标远远不足以实现 1.5°C 或 2°C 目标。这种自我解释削弱了国际社会对各国气候行动的监督力度。

在责任层面,缺乏责任和争端解决机制。《巴黎协定》第 8 条虽然提出损失与损害的概念,但明确排除了责任或赔偿机制的适用,争端解决程序的缺失让协定的约束力更为不足。即使高排放国的碳排放造成小岛屿国家受损,受害国也无法基于《巴黎协定》提起法律索赔。

基于这些局限性,小岛屿国家希望通过国际法院咨询意见,利用国际习惯法等更广泛的法律框架,强化各国的气候法律义务,使气候责任不仅限于《巴黎协定》的自愿承诺,而成为具有国际法效力的义务。

(二) 国际海洋法法庭咨询意见尚未充分讨论必要勤勉

国际海洋法法庭(ITLOS)在其咨询意见中明确了必要勤勉在《联合国海洋法公约》第 194 条下的适用性,并将其作为各国履行防止海洋污染义务的核心标准。法庭认为,第 194 条规定的义务包括一般污染防治义务和跨境污染防治义务,两者均受必要勤勉的约束。在一般污染防治方面,鉴于科学证据已经表明温室气体排放对海洋环境构成严重且不可逆的高风险,第 194 条第 1 款要求各国采取一

⁴⁴ Lavanya Rajamani, "Interpreting the Paris Agreement in its Normative Environment", Current Legal Problems, 77 (2024), p. 117.

⁴⁵ Written Reply of the United States to the Questions of the Court, p. 6.

⁴⁶ 陈艺丹、蔡闻佳、王灿:《国家自主决定贡献的特征研究》,载《气候变化研究进展》2018 年第 3 期,第 295 页。

切必要措施防止、减少和控制此类污染，其必要勤勉标准较为严格。⁴⁷而在跨境污染方面，由于温室气体排放的扩散性，第 194 条第 2 款进一步要求各国确保其管辖或控制下的排放不会对其他国家及其环境造成损害，并防止污染扩散至其主权权利范围之外，因此，其必要勤勉标准的严格程度甚至可能高于第 1 款。⁴⁸

然而，尽管 ITLOS 确立了必要勤勉的适用范围，法庭并未明确界定其具体执行标准，这一模糊性可能在国际法院当前受理的气候咨询案中得到进一步阐释，国际法院的咨询案将成为进一步澄清该义务适用范围的重要契机。在这一背景下，国际法院咨询意见中的必要勤勉成为了关注重点。在联合国大会的决议中，明确提及必要勤勉在明确国家义务中的作用。咨询意见的书面与口头程序表明，国家间必要勤勉的性质、适用范围存在较大分歧。

三、国际法院气候咨询案中各国立场的比较与分析

在必要勤勉是否构成应对气候变化义务的判断标准这一问题上，各国围绕其法律地位、适用范围与后果展开了交锋。各国在陈述中所体现出的分歧，不仅反映了对必要勤勉的不同理解，也折射出其在国家责任、主权限制与制度适用之间的张力。以下将围绕国际法中是否存在必要勤勉、其法律性质、是否适用于气候变化问题、以及违反该义务是否引发法律后果四个方面，对各国的主要立场展开系统梳理与比较。

（一）有关必要勤勉的主要争议

1. 国际法中是否存在必要勤勉？

从各国提交的书面陈述与口头意见来看，多数国家认可必要勤勉已是习惯国际法的一部分，其来源主要包括国际习惯法、条约法以及若干国际法院判例所形成的普遍行为标准。例如，瓦努阿图明确指出必要勤勉属于一般国际法规则，具有习惯国际法性质，不依赖于国家是否缔约而具有拘束力。欧盟虽更强调条约框架，亦在其陈述中承认必要勤勉在跨界环境损害预防中已构成习惯法规则。相较而言，美国虽未否认其在部分判例中的存在，但刻意弱化其普遍适用性，认为其“至多是一般性努力义务”，不构成具体行为义务。

2. 国际法中必要勤勉的性质为何？

一方面，部分国家主张必要勤勉作为独立的习惯国际法义务存在。以瓦努阿图、哥斯达黎加⁴⁹为代表的国家主张必要勤勉本身就是一项独立义务，不依附于其他主规则而独立存在。在其逻辑下，国家在排放温室气体或缺乏足够减缓措施时，已可能因违反必要勤勉而构成国际不法行为。瓦努阿图主张，阿拉巴马案确

⁴⁷ Request for an Advisory Opinion Submitted by The Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Advisory Opinion, ITLOS, May 21, 2024, para. 241.

⁴⁸ Request for an Advisory Opinion Submitted by The Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Advisory Opinion, ITLOS, May 21, 2024, para. 258.

⁴⁹ Written Statements of Costa Rica, para. 37; Vanuatu, paras. 206, 235. 来源于英国书面陈述第 16 页，第 39 脚注。

认了必要勤勉义务作为一项国际法的初级规则。⁵⁰所有国家均有义务以必要勤勉防止其管辖或控制范围内的活动造成可合理预见的损害,这一义务至迟于十九世纪末已被确立。除了阿拉巴马案,瓦努阿图指出必要勤勉作为习惯国际法具有广泛的国际司法实践基础。⁵¹瓦努阿图认为必要勤勉既对解释某些条约义务的适用至关重要,亦具有独立地位。⁵²必要勤勉义务独立于预防跨界环境损害原则。

另一方面,大部分国家主张作为履行条约义务的行为标准。包括欧盟、中国等国家则更倾向于将必要勤勉作为判断国家是否履行其习惯法义务、条约义务(如提交并实施国家自主贡献)的衡量标准或具体要求。

欧盟认为必要勤勉是一项附属于主要义务的行为标准。作为行为标准,必要勤勉的具体内容取决于主要义务的内容。⁵³欧盟将必要勤勉视为更广意义上的行为标准,而不仅仅将其视为预防跨界损害习惯国际法规则的一部分。⁵⁴中国在书面陈述中,将必要勤勉与防止对环境造成重大损害原则并列,作为一般国际法。认为防止对环境造成重大损害的原则不适用于气候变化问题,但必要勤勉可以适用。⁵⁵在给 Tladi 法官的回复中,将必要勤勉作为评估义务是否履行的标准。在认定国家自主贡献义务构成行为义务的基础上,指出评估该行为义务是否履行时,应当依据必要勤勉的标准,审查是否采取了适当的气候变化减缓措施。⁵⁶值得注意的是,即便如美国、英国等否认其适用性的国家,也未完全排除必要勤勉在特定情况下可作为解释国家义务内容的工具。

3.能否将预防跨界损害原则及其必要勤勉应用于应对气候变化?

必要勤勉常常与国际环境法中的预防跨界环境损害联系在一起。⁵⁷大多数国家认可预防跨界环境损害作为一项习惯国际法以及相应的必要勤勉,但关键争议是,该义务是否适用于温室气体排放。大部分国家和组织提交的书面材料中都提到了跨界损害预防义务是否适用于温室气体排放。据有关研究统计,76%的国家

⁵⁰ Written Statement of Vanuatu, para. 243.

⁵¹ Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 22; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 226, para. 29; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), para. 101; Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), p. 706, para. 104. These precedents have been selected by the Court itself as support for this duty in its judgment in the Silala case: Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia), Judgment, I.C.J. Reports 2022, p. 614, para. 99. 参见瓦努阿图,书面陈述,第206段。

⁵² Written Statement of Vanuatu, para. 206.

⁵³ Written Statement of the European Union, para. 83.

⁵⁴ Written Statement of the European Union, p. 20, para. 67.

⁵⁵ 对一般国际法的界定可将国际法委员会报告作为重要参考,将其归纳为包含习惯国际法、一般法律原则、国际与国内法普遍适用的规则,以及法律效力位阶更高的强行法,在国际条约、法院规约、司法实践及海洋领域广泛运用。参见张琪悦:《〈联合国海洋法公约〉序言中“一般国际法”的界定与适用》,载《中国海商法研究》2023年第1期,第58-68页。

⁵⁶ Reply of China to Judge Tladi's Questions.

⁵⁷ ILC, 'Report of the International Law Commission, Seventy-fifth Session (29 April-31 May and 1 July-2 August 2024)', UN Doc. A/79/10 (2024) 1, at 147, para. 2.

和组织认为该项义务适用于温室气体排放；⁵⁸而 14%明确表达了反对意见。⁵⁹在其中，83%的国家和组织都提到了相应的必要勤勉。⁶⁰

一方面，大部分国家认为可以涵盖气候变化导致的损害，具有可适用性。各国在此次程序中所提交的书面陈述普遍达成共识，即预防原则是国际环境法中的一般原则，适用于气候变化造成的一切形式的重大环境损害。⁶¹赞同的国家中，大部分是将必要勤勉视为预防跨界环境损害义务的一部分来讨论必要勤勉的。习惯国际法下的预防义务也应作为解释《巴黎协定》下国家义务的依据，可强化缔约方的条约义务，要求其采取足够行动以履行国家自主贡献（NDC）并确保其减缓目标具有足够力度。此外，欧盟还认为《巴黎协定》下的国家自主贡献义务作为初级规则，也需要履行必要勤勉标准。

另一方面，有少部分国家及组织持有不同意见，认为防止和减轻重大跨界环境损害的习惯国际法义务不适用于气候变化。⁶²例如澳大利亚不否认必要勤勉作为行为标准的存在，但不认为它可被直接适用于气候变化问题。澳大利亚不赞同预防跨界损害及其必要勤勉适用于气候变化，⁶³认为应当主要依据《气候变化框架公约》《巴黎协定》等中国家自愿承担的义务，而非诉诸习惯国际法中的预防跨界损害及其必要勤勉。反对论点主要包括以下内容。

其一，温室气体排放造成的影响本质上不属于跨界损害，习惯国际法尚未确认其适用于气候变化。中国主张，由人为温室气体排放引起的气候变化与由于跨界环境损害所造成的影响不同，气候变化具有全球性、历史性和累积性的特点，其不利影响无法归因于任何单一的温室气体排放活动或特定国家。⁶⁴美国也表达了类似的主张，跨界损害往往是特定的、可识别的点源污染，和温室气体排放存在显著差异。英国认为预防跨界损害旨在解决双边跨境损害（如跨界水污染），

⁵⁸ See, e.g., Written Statements of African Union, paras. 90-99; Albania, paras. 65-93; Antigua and Barbuda, paras. 125-142, 298-346; Bahamas, paras. 92-104; Bangladesh, paras. 88-95; Barbados, paras. 133-150; Belize, paras. 31-63; Burkina Faso, paras. 171-182; Chile, paras. 35-39; Colombia, paras. 3.13ff; COSIS, paras. 80-96; Costa Rica, paras. 40ff; Ecuador, paras. 3.18-3.31; Egypt, paras. 83ff; Grenada, paras. 38-41; IUCN, paras. 307ff; Kenya, paras. 5.3ff; Mauritius, paras. 189-192; Mexico, paras. 40ff; Micronesia, paras. 53ff; Namibia, paras. 49-61; Nauru, paras. 26-33; Nepal, para. 26; Netherlands, paras. 3.52ff; OACPS, paras. 96ff; Pakistan, paras. 29-39; Palau, paras. 14-17; Parties to the Nauru Agreement Office ('PNAO'), paras. 37-46; Philippines, paras. 55ff; Republic of Korea, paras. 32-37; Romania, paras. 98-108; Saint Lucia, paras. 66-68; Saint Vincent and the Grenadines, paras. 98-108; Samoa, paras. 87-130; Seychelles, paras. 97-133; Sierra Leone, paras. 3.10ff; Singapore, paras. 3.1-3.20; Solomon Islands, paras. 146-162; Spain, paras. 6-8; Sri Lanka, paras. 95-98; Switzerland, paras. 14-47; Thailand, paras. 7-14; UAE paras. 90-102; Uruguay, paras. 89ff; Vanuatu, paras. 235ff; Viet Nam, paras. 25-29. 来自英国评论第 16 页，第 38 脚注。

⁵⁹ See, e.g., Written Statements of China, paras. 128-129; India, para. 17; New Zealand, paras. 96-103; Nordic countries, para. 71; OPEC, para. 87; USA, paras. 4.15ff. Australia, para. 4.10; Indonesia, para. 61; Japan, para. 11; Written Comments of United Kingdom, paras.34.

⁶⁰ Thomas Burri, "Data from Submissions of Participants to the International Court of Justice Advisory Proceedings on Climate Change Law (2024)", Mendeley Data, V2, available at: <https://data.mendeley.com/datasets/f997hfnhjk/2> (last accessed 11 April 2025).

⁶¹ Oral Statement of Dominica, p. 55. Also see Written Comments of Chile, paras. 65, 67-77, Belize Written Statement, paras. 31, 32, 35-63; Solomon Islands, paras. 40, 81, 133-162.

⁶² Written Statements of the United States, para. 4.15 et seq., para. 4.25; China, paras. 128, 131, 134 et seq.; India, para. 17; Japan, para. 14; Kuwait, para. 60 et seq.; OPEC, para. 62; Indonesia, paras. 61, 63.

⁶³ Written Statement of Australia, pp. 75-81, paras. 4.2-4.15.

⁶⁴ Written Statement of China, pp. 50-51, paras. 127-129.

而非应对全球性、多源分散且影响广泛的气候损害。⁶⁵澳大利亚也认为温室气体排放影响具有累积性和跨地域性，与传统的从一个国家向邻国释放污染物的情形不同。⁶⁶反对的多数国家引用了国际法委员的报告，国际法委员会在其报告中，依据国家实践和条约实践，对跨界环境污染与气候变化等全球性问题进行了区分，⁶⁷并表达了如下观点：“在跨界污染的背景下，各国防止重大不利影响的义务已明确确立为习惯国际法。”⁶⁸然而，对于气候变化问题，“习惯国际法中是否存在这一义务仍然有些未定。”⁶⁹因此，将“防止对环境造成重大损害”的原则适用于气候变化，缺乏法律与事实依据。⁷⁰

其二，因果关系认定的科学障碍。该原则要求国家以适当勤勉“避免活动……对他国环境造成重大损害”，其核心包含具体因果关系的认定。然而，当前尚无统一科学方法能将单个国家的温室气体排放与特定国家的环境损害直接关联。⁷¹许多国家和组织认为，气候变化的弥散性特征及因果关系、归因和区别责任的未决科学和政治问题，阻碍了一般法律规则的适用或个别案件中赔偿规则的运用。⁷²

其三，《巴黎协定》作为特别法排除了习惯法义务。主张《联合国气候变化框架公约》《巴黎协定》构成特别法，所以一般国际法不适用。⁷³美国强调，气候变化相关的国际义务“主要存在于条约法之中”，特别是《巴黎协定》和《联合国气候变化框架公约》。这些条约构成了国家之间“最新、最明确的同意表达”，应排除其他非条约法源（如习惯国际法、人权法、海洋法等）对国家义务的扩展。

其四，遵守国际气候制度已满足所有其他义务，新加坡、美国和澳大利亚均在书面文件中表达了此类观点。新加坡承认必要勤勉的存在，但认为已经被满足了。在气候变化背景下履行国际习惯法中的必要勤勉义务，主要取决于国家是否遵守了其在《气候变化框架公约》和《巴黎协定》下的义务。⁷⁴澳大利亚在第 4.11 段指出“国际社会选择通过专门的气候条约制度（如《气候公约》《巴黎协定》）应对气候变化，这些条约包含详细义务，应视为对此问题的特别法律回应。”在习惯国际法层面，美国承认防止损害原则与其必要勤勉的义务，但认为温室气体排放不适用防止损害原则。进一步认为，就算防止跨界损害和必要勤勉可以适用

⁶⁵ Written Comments of United Kingdom, paras.34.1.

⁶⁶ Written Statement of Australia, p. 78, para. 4.10.

⁶⁷ Third Report on the Protection of the Atmosphere by Shinya Murase, Special Rapporteur of the International Law Commission, 25 February 2016, A/CN.4/692, para. 37.

⁶⁸ Draft Guidelines on the Protection of the Atmosphere adopted by International Law Commission, Report of the International Law Commission seventy-second session, A/76/10, p. 21, para. 6

⁶⁹ Draft Guidelines on the Protection of the Atmosphere adopted by International Law Commission, Report of the International Law Commission seventy-second session, A/76/10, pp 27-28, para. 8.

⁷⁰ Written Statement of China, p. 51, para. 128.

⁷¹ UK Written Statement, para. 137.4.3.

⁷² Written Statement of United Kingdom, para. 137.4; France, paras. 178, 206; New Zealand, para. 140; Russia, p. 16 et seq.; China, paras. 118, 136, 138.

⁷³ Written Statement of United States, para. 4.15 et seq., para. 4.25; China, paras. 128, 131, 134 et seq.; India, para. 17; Japan, para. 14; Kuwait, para. 60 et seq.; OPEC, para. 62; Indonesia, paras. 61, 63.

⁷⁴ Written Statements of Singapore, paras.3.20.

于温室气体排放，必要勤勉义务也不会超出巴黎协定的规定有更多要求。⁷⁵

4.违反必要勤勉的法律后果与国家责任争议

瓦努阿图主张，行为将引发国家责任一般国际法及特定条约所规定的法律后果。⁷⁶作为独立存在的义务，必要勤勉是初级规则。违反习惯法上的必要勤勉义务（如未尽合理努力防止跨界损害）可能引发国家责任。违反必要勤勉义务将触发《国家责任条款草案》第1条与第31条的法律后果，包括恢复原状、赔偿损失、采取不再犯措施等。瓦努阿图认为，国家在明知温室气体排放可能造成灾难性影响的情况下，未能采取有效措施减少排放，即构成对包括“必要勤勉义务”在内的一系列国际法义务的违反。这些义务包括防止对环境造成重大损害的义务；保护和保存海洋环境的义务；尊重人权（如生存权、自决权）的义务。

欧盟认为必要勤勉义务在《巴黎协定》框架下具有法律约束力，国家必须采取一切合理和适当的措施来确保全球气温控制目标的实现，否则可能面临国际法律责任。目前处于非强制执行机制下。尽管有《巴黎协定》第15条规定的履约机制，但尚未形成国家责任的适用共识。

（二）典型国家不同立场比较与原因分析

1.整体概览分析

总体而言，各国对“必要勤勉”的接受程度与其政治、经济地位及应对气候变化的制度预期高度相关。以瓦努阿图为代表的易受气候影响的国家希望通过法律路径强制大国承担更高义务；以美国、中国为代表的排放大国则更倾向保留国家自主权，回避责任归属问题；以欧盟为代表的国家主张通过义务实质化提高条约执行力。多数国家在陈述与必要勤勉有关的立场观点时，大部分采用的论证思路是必要勤勉是习惯国际法中防止重大跨界环境损害原则的核心内容，而该原则适用于气候变化问题，因此必要勤勉在气候变化问题上也应适用。

在本案中，国家是否主张必要勤勉作为应对气候变化义务的判断标准，并非孤立的问题，而是嵌套于其对若干基础性立场的理解之中，也在某种程度上是这些立场的延伸或体现。在气候变化咨询程序中，国家对于必要勤勉的接受与否，背后实质上反映了它们在气候责任、损失与损害（Loss and Damage）问题上的根本立场分歧，体现了当前国际气候法律话语体系中的关键鸿沟。发展中国家与发达国家围绕损失和损害问题形成了竞争性的话语：发展中国家聚焦于责任和赔偿，发达国家聚焦于风险管理和保险。⁷⁷发展中国家尤其是小岛屿国家，推动将必要勤勉确立为法律义务标准，并尝试借此推动国际法院确认国家在未采取有效气候

⁷⁵ Written Statements of China, paras. 128-129; India, para. 17; New Zealand, paras. 96-103; Nordic countries, para. 71; OPEC, para. 87; Australia, para. 4.10; Indonesia, para. 61; Japan, para. 11; Written Comments of United Kingdom, paras.34.

⁷⁶ Written Statement of Vanuatu, pp. 17-18, para. 20.

⁷⁷ 孙林林：《气候变化国际法律框架下的损失和损害：超越责任和赔偿》，载《法商研究》2024年第41卷第5期。

行动时可能违反国际法，以便为未来主张责任与赔偿建立基础；而发达国家与高排放国家则力图回避这一义务逻辑，以规避法律责任路径。不只是必要勤勉，对于国际法院气候咨询案所有法律论点的理解，都需要建立在对气候变化损失损害差异主张的认知之上。在此基础上，我们才能准确把握为何必要勤勉在本案中成为争议焦点，真正理解国家在必要勤勉上的分歧以及差异选择。

	瓦努阿图	欧盟	美国	中国
必要勤勉的性质	独立义务	义务履行的判断标准	义务履行的判断标准	在书面陈述中将其与预防跨界损害并行讨论；在回答法官提问时认为是义务履行的判断标准
必要勤勉的来源	习惯国际法、条约	条约、习惯国际法	习惯国际法	-
预防跨界损害原则能否适用于温室气体排放	适用，并可强化国家义务	适用，通过预防跨界损害中的必要勤勉解释条约义务	不适用	不适用
气候变化背景下必要勤勉是否已经满足	明确否定，认为当前气候行动不符合必要勤勉要求	认为大多数国家未履行要求	认为通过参与气候条约机制已履行相关勤勉要求	未明确表态，未提出具体评估
违反必要勤勉的法律后果	会引发国家责任，包括一般国际法责任及特定条约义务所设的法律后果	会引发国际责任	反对责任机制	反对责任机制

2.以瓦努阿图为代表的脆弱国家立场

瓦努阿图主张必要勤勉义务属于一般国际法（即习惯国际法）的独立义务，本质上是为其在气候变化损害方面追求法律正义与国家救济提供更强国际法基础。如果必要勤勉被承认为独立的习惯国际法义务，即意味着无论国家是否缔约《巴黎协定》，也必须遵守该义务。并且也可以通过降低因果关系证明难度，一旦他国没有尽到包括减排在内的合理努力，就可能构成国际不法行为，从而引

发国家责任与赔偿主张。

瓦努阿图的目标是实现温室气体排放与化石燃料生产的深度削减。⁷⁸为了促进这一目标的实现，瓦努阿图的核心主张是，国家及其管辖内的人为温室气体排放行为原则上违反了多项条约及习惯国际法规则，且该行为将引发国家责任一般国际法及特定条约所规定的法律后果。⁷⁹瓦努阿图明确强调必要勤勉为一般国际法义务，⁸⁰在国际法院使用术语的语境下，将一般国际法等同于习惯国际法。⁸¹瓦努阿图的一般国际法主张实则是突出必要勤勉构成习惯国际法中的独立义务，并非附属义务，无论是否为条约缔约方均有拘束力，强调习惯法主导地位。

3.以美国为代表的排放大国立场：避免责任与赔偿

美国极力否认必要勤勉的适用，是为了回避国际法律义务的强化，维持《巴黎协定》的软法逻辑，避免自身暴露在气候责任与赔偿的潜在法律后果之下。不只是对于必要勤勉，美国立场体现出义务否认、因果否定、责任封堵的全面否定，核心意图就是防止任何可能将其温室气体排放行为导向法律追责与赔偿义务的路径。这也解释了其为何在条约解释、法律适用乃至国际法院审查权限方面都采取极其狭隘的立场。

一方面是为了防止必要勤勉可能发展为责任基础。一旦国际法院确认必要勤勉适用于气候变化，将为建立各国未尽合理努力、全球气候损害、国家责任、赔偿要求这一法律逻辑链条打开大门。这对美国这种历史累计排放量最高、减排行动仍受国内政治牵制的大国来说，意味着不可控的法律与财政风险。

另一方面是维持国家自主贡献的绝对自主性。美国主张《巴黎协定》下的义务是程序性且非强制性的，其核心立场是：国家有自主决定权，但不承担结果责任。承认“必要勤勉”会动摇这一核心逻辑，使其在国际监督机制中陷入被动。

四、应对气候变化国家必要勤勉的性质、内容及其影响因素

在应对气候变化问题中，国家所承担的必要勤勉并非源自单一法律渊源，而是一个复合性的国际法义务结构，需结合多个领域加以理解。总的来说，要全面把握应对气候变化国家必要勤勉的性质、内容及其影响因素，需要以《巴黎协定》中的必要勤勉标准为基础，并将习惯国际法、海洋法、人权法中的必要勤勉要求纳入解释之中，强化国家在气候行动中采取必要勤勉措施的规范基础。

（一）气候变化保护性义务中的必要勤勉

条约法和习惯国际法中关于保护性义务的必要勤勉要求提供了基本的行为标准，可以适用于气候变化领域。虽然国际社会尚未完全统一地承认一个独立的

⁷⁸ Oral Statement of Vanuatu, Professor Jorge Viñuales, CR 2023/XX, p. 109, para. 9.

⁷⁹ Written Submission of Vanuatu, pp. 17-18, para. 20.

⁸⁰ Written Submission of Vanuatu, para. 4.4.3.

⁸¹ 对一般国际法的界定可将国际法委员会报告作为重要参考，将其归纳为包含习惯国际法、一般法律原则、国际与国内法普遍适用的规则，以及法律效力位阶更高的强行法，在国际条约、法院规约、司法实践及海洋领域广泛运用。参见张琪悦：《联合国海洋法公约》序言中“一般国际法”的界定与适用，载《中国海商法研究》2023年第1期，第58页。

“气候必要勤勉”义务，在国际法不同领域对必要勤勉的要求也存在不同，⁸²但国家已经在多个法律框架中保护性义务的必要勤勉，都可以适用于解释应对气候变化的必要勤勉。通过纳入解释预防跨界环境损害（习惯国际法）、保护人类生命健康与生存环境（人权条约和习惯国际法）、保护海洋环境（《联合国海洋法公约》第 192 条和习惯国际法）等保护性义务，进一步强化了国家在气候行动中采取必要勤勉措施的规范基础。

在预防跨界环境损害原则、保护海洋环境以及人权保护等领域都提到了必要勤勉，尽管习惯国际法、条约法、人权法与海洋法中都嵌入了应对气候变化的必要勤勉要求，但这些义务在触发条件、适用内容、所要求的“合理努力”程度以及法律后果不同，不能混为一谈。国家气候变化必要勤勉标准可以在这些不同义务中寻找共识性要素，并以《巴黎协定》为核心基准，统一建构国家应对气候变化的必要勤勉标准。

1. 气候变化相关保护性义务的内容

从本质上看，咨询意见请求中所要求澄清的是关于国家在气候变化背景下所负的“保护性义务”，请求中列举的条约与习惯国际法共同构成“保护性义务”的规范基础，条约包括《联合国海洋法公约》《公民及政治权利国际公约》《经济社会文化权利国际公约》，习惯国际法包括预防跨界环境损害、海洋环境保护和人权保护，涉及国际环境法、国际海洋法、国际人权法多领域范畴。

联合国大会第 77/276 号决议问题（a）可以用于理解应对气候变化保护性义务的内容，该问题要求国际法院，识别并澄清国际法下各国为保护气候系统及环境其他部分免受人为温室气体排放影响（无论对各国还是今世后代）所承担的义务。⁸³该表述包含四个需厘清的要素，包括“国际法下各国的义务”“确保保护气候系统及环境其他部分”“免受人为温室气体排放影响”“针对各国及子孙后代”，⁸⁴该表述中体现了本次咨询程序中保护性义务内涵，即保护气候系统及环境其他部分免受人为温室气体排放影响，即任何直接或间接旨在保护环境（包括气候系统）“免受人为温室气体排放影响”的义务均属本问题范畴。

保护性义务的范围是国家义务而非其他主体义务，是国际法下的义务而非国内法义务。该义务的规制目标是人为温室气体排放活动，保护对象是各个国家以及子孙后代。国家应对气候变化的保护性义务要求国家积极行事，措辞直接指向预防性与保障性义务，而非传统的消极不作为义务（如不干涉他国内政），要求

⁸² ILA, Tim Stephens (Rapporteur) and Duncan French (Chair), ‘Study Group on Due Diligence in International Law’ (Second Report, July 2016) <https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/draft-study-group-report-johannesburg-2016> accessed 11 April 2025.

⁸³ 决议的英文原文，能够清晰拆解出四个要素，原文是“‘What are the obligations of States under international law to ensure the protection of the climate system and other parts of the environment from anthropogenic emissions of greenhouse gases for States and for present and future generations.’”

⁸⁴ Vanuatu provided a detailed analysis of this issue in its Written Statement of Vanuatu, pp. 98-99, paras. 211-216.

国家在预防、制止人为温室气体排放造成损害时表现出必要勤勉。

2. 气候变化相关保护性义务之下的必要勤勉

正如国际法委员会在《危险活动跨界损害预防条款草案》第3条的评注中所指出,预防重大跨界环境损害的义务需要按照必要勤勉要求履行,这是一项行为义务,而非结果义务。⁸⁵ 国际海洋法法庭海底争端法庭也指出,“必要勤勉义务并不是在任何情况下都要实现某一结果的义务,而是要求采取适当手段、尽最大努力、竭尽所能以实现该结果。”⁸⁶因此,即使实际损害已发生,只要国家已采取了一切合理措施以防止可预见的损害,其并不违反该类义务。此类行为不仅包括制定适当法律与措施,还包括在执行中保持“一定程度的警觉性”,并对公共与私人行为者实施行政监管。⁸⁷

判断国家是否履行了其防止重大跨界环境损害的必要勤勉义务,需要结合具体情境,允许国家在一定范围内行使自由裁量权。国际海洋法庭在《海底活动咨询意见》中指出,必要勤勉义务是一个“可变的概念”,⁸⁸因此难以识别一条适用于所有情况的统一标准,但国际法下有多个因素可用于判断必要勤勉的具体内容。根据国际司法实践,履行预防人为温室气体排放跨界损害的必要勤勉需要考虑的因素。

第一,活动的性质及其风险程度。活动的性质及其所涉及的风险是决定国家应采取何种行动的主要因素。风险越高,对国家所要求的勤勉程度也越高。⁸⁹ILC指出“对被视为高度危险的活动,国家在政策设计与执行中应采取更高层次的谨慎。”⁹⁰ILC还强调活动的规模、位置、所用材料、气候条件等也影响其风险评估。⁹¹ITLOS也指出不同种类的矿产活动因风险不同,可能需要不同的勤勉标准。⁹²

第二,最佳可获得科学。随着科学知识与技术的发展,勤勉义务的内容也会发生变化。过去被视为“足够勤勉”的措施,随着科技进步可能不再满足。⁹³正如纸浆厂案指出的,必要勤勉要求对拟采用的技术进行审慎评估。⁹⁴ITLOS进一步指出,某些措施不应被视为永久适用,国家应“持续评估”其是否符合当前勤勉标准。⁹⁵

⁸⁵ See ILC Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries, United Nations Doc. A/56/10 (2001) (“ILC Draft Articles on Transboundary Harm”), Article 3, Commentary, para. 7. “是否履行本条规定的义务,将取决于加害国的行为。然而,所涉的必要勤勉义务,并不意味着必须在任何情况下都完全防止重大损害,如果实际上无法做到这一点,该国仍需尽其所能降低风险。从这个意义上说,义务的履行并不保证损害不会发生。”

⁸⁶ Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10 (“Activities in the Area Advisory Opinion”), at p. 41, para. 110.

⁸⁷ Pulp Mills, p. 79, para. 197.

⁸⁸ Activities in the Area Advisory Opinion, p. 43, para. 117.

⁸⁹ See Activities in the Area Advisory Opinion, p. 43, para. 117.

⁹⁰ ILC Draft Articles on Transboundary Harm, Article 3, Commentary, para. 11.

⁹¹ ILC Draft Articles on Transboundary Harm, Article 3, Commentary, para. 11.

⁹² Activities in the Area Advisory Opinion, p. 43, para. 117.

⁹³ Activities in the Area Advisory Opinion, p. 43, para. 117.

⁹⁴ Pulp Mills, pp. 88–89, para. 223.

⁹⁵ Activities in the Area Advisory Opinion, p. 69, para. 222.

第三，国家能力与限制。国家履行勤勉义务的能力、条件和局限，也会影响义务内容。由于该义务本质上是要求国家“采取适当手段、尽最大努力、竭尽所能”，⁹⁶因此这些要素将因国而异。尤其在气候变化背景下，有关条约（如 UNFCCC 与《巴黎协定》）明确承认需考虑国家间的共同但有区别的责任和能力差异。⁹⁷

第四，适用风险预防原则。风险预防原则也是满足国家在防止跨界损害中履行必要勤勉义务的重要因素。风险预防原则要求国家即使缺乏充分的科学证据，也不能忽视严重或不可逆环境损害的合理迹象。⁹⁸即使科学证据在论证气候变化对海洋环境造成不利影响的可能性和严重性方面并不充分，也应当适用风险预防原则要求国家采取必要措施。⁹⁹预防原则不规定必须采取何种措施，而是规范国家在确定具体措施时如何行使裁量权。

（二）多法源下的必要勤勉如何用以解释《巴黎协定》

1. 多种保护性义务下的必要勤勉各自独立存在

不同义务具有独特的适用范围与具体要求。以人权条约及习惯国际法所确认的生命权保障义务为例，当气候变化的不利影响威胁生命权时，相关义务无法被海洋环境保护义务（无论基于条约或习惯法）、《巴黎协定》第 4 条减缓义务或“防止重大环境损害”习惯原则所吸收或替代。即便某国在海洋保护、减缓行动或损害预防层面履行义务，若其未能采取适应与减缓措施应对气候变化影响，仍可能单独构成对生命权的侵犯。

2. 多种义务目标的一致性

不论是国际环境法、国际海洋法还是国际人权法，当与气候变化相结合时，落脚点都是要求国家必须采取合理、及时、有效的行动，以防止气候变化造成的重大损害。国家有义务采取具有必要勤勉程度的气候行动，成为习惯法与条约解释的交汇点。尽管起点不同，多条路径在规范实质上可能趋于一致，均要求国家在应对气候变化的行为中展现出合理、及时、有效的努力，进行持续行动。这种行为标准已在多国书面陈述中获得呼应，如法国、西班牙、所罗门群岛等国主张，无论从条约解释还是习惯法义务出发，国家皆应按照必要勤勉标准履行气候义务。

3. 和谐解释原则

许多国家还指出《维也纳条约法公约》及其关于和谐解释和系统整合的规定，特别是第 31 条，该条规定条约应根据其条款的通常含义、在其上下文中以及根据其目的和宗旨进行善意解释。当不同条约产生义务时，这指导它们通过反映各方整体意愿的和谐解释来协调。因此，这种方法将允许协调《巴黎协定》的承诺

⁹⁶ Activities in the Area Advisory Opinion, p. 41, para. 110.

⁹⁷ See UNFCCC, Articles 3(1) and 4(1), as well as the Paris Agreement, Article 2(2). See also, eg, Paris Agreement, Articles 3 and 4(3)-(6).

⁹⁸ See Activities in the Area Advisory Opinion, p. 46, para. 131.

⁹⁹ See COSIS Advisory Opinion, para. 242.

与其他气候相关义务。一些国家认为，义务的和谐解释并不意味着将其他条约或习惯法中的义务纳入气候条约。¹⁰⁰ 欧盟强调，气候变化、人权、环境和海事法律制度下共存的国家义务相互告知，但不能改变这些义务的性质。其他人，例如圣卢西亚，表示系统整合和和谐解释的原则允许自主适用义务。因此，这为法院提出了一个关键问题：和谐解释原则和系统整合原则如何在气候变化义务的具体案例中运作？在众多建议中，塞舌尔表示，任何违反《巴黎协定》目标的行为都构成违反习惯法不造成损害义务，而国家“尽最大努力”遵守《巴黎协定》的要求是一项行为义务，应按照尽职调查标准进行评估。¹⁰¹

（二）《巴黎协定》第 4 条下必要勤勉的性质及其影响因素

《巴黎协定》第 4 条等条约性安排本身即被广泛理解为内含必要勤勉要求，¹⁰² 要求缔约方持续提升减排雄心并采取最大努力履行国家自主贡献。国际法院气候咨询案中，针对《巴黎协定》第 4 条，各国在书面、口头程序以及对法官问题的答复中，围绕该条款的性质内容做了不同程度的阐述，多数国家指出第 4 条的行为义务及必要勤勉的性质。《巴黎协定》条约义务本身需要按照必要勤勉履行，在条约之内，必要勤勉的内容和习惯法下的是不一样的。

1. 必要勤勉是义务履行的判断标准

第一，必要勤勉和行为义务紧密相关。《巴黎协定》第 4 条设定了缔约方就国家自主贡献所负的核心义务，其法律性质应被理解为行为义务（*obligation of conduct*），而非结果义务（*obligation of result*）。这一义务并不要求国家实现特定的减排结果，而是要求其在履约过程中采取一切合理、可行的措施，展现出“必要勤勉”的努力。必要勤勉由此成为判断缔约方是否履行第 4 条义务的核心行为标准，其内涵包括：是否制定并通报符合其最高可能雄心的 NDCs，是否采取切实的国内减缓政策，是否保证信息披露与透明度机制的充分实施，以及是否在每一轮更新中表现出雄心的递进。

第二，巴黎协定第 4 条要求缔约方采取必要勤勉履行减排承诺，这一概念本质上构成义务履行的判断标准，而非独立义务本身。必要勤勉在气候变化背景下不宜被视为独立义务，理由有三：其一，将必要勤勉上升为“普遍性的独立义务”不仅无法提供实质内容，反而可能掩盖其在具体制度中的功能差异；其二，将必要勤勉标准视为独立义务，即在国际关系中普遍要求勤勉行为，将意味着其在规范上优于其他标准；其三，作为独立义务既缺乏明确的法律依据，也容易弱化必要勤勉与具体条约或义务之间本应存在的紧密联系。¹⁰³

¹⁰⁰ Written Statement of Australia.

¹⁰¹ Eugenia Recio, The ICJ Advisory Opinion on Climate Change: December 2024 Hearings, <https://sites.uef.fi/cceel/the-icj-advisory-opinion-on-climate-change-december-2024-hearings/>

¹⁰² Answers of the African Union to the Questions from the Court (Request for Advisory Opinion).

¹⁰³ Heike Krieger, Anne Peters, and Leonhard Kreuzer (eds), *Due Diligence in the International Legal Order* (Oxford University Press, 2020), pp. 374-376.

2.法院考虑必要勤勉标准的主要影响因素

第一，联合国气候变化框架公约（UNFCCC）和《巴黎协定》的目标、宗旨和目的。第一个考量涉及《联合国气候变化框架公约》第2条及《巴黎协定》第2条和第4.1条中所确立的目标。缔约方在全球升温控制于1.5°C及本世纪中叶前后实现“净零”排放目标上已经达成明确共识。这种共识构成了一种规范性预期，即各国行动应与上述目标保持一致。《2021年格拉斯哥气候公约》也与此一致，要求缔约方“在必要时重新审视并加强2030年国家自主贡献中的目标，以对齐《巴黎协定》的温控目标”。欧盟认为，各国在NDC方面的自由裁量权收到《巴黎协定》总体目标和宗旨的校准和约束。¹⁰⁴

第二，最高可能雄心标准。《巴黎协定》第4.3条规定，各国提交的后续国家自主贡献不仅应当代表其现有目标的进展，还必须体现其“最高可能雄心”（highest possible ambition）。尽管“最高可能雄心”这一术语未被定义，但使用“最高”这一最高级形容词表明，缔约方必须尽其最大努力应对气候危害。这一标准塑造了国家应对气候危害时所需履行的必要勤勉义务。¹⁰⁵NDC信息披露规则要求缔约方说明其贡献“如何公平且具有雄心”，同时反映第4.3条中关于“进展”和“雄心”的要求，从而在履行过程中引入透明性与问责机制。各个人权条约机构也认定，履行相关人权义务要求国家实施反映“最高可能雄心”的减缓政策。

第三，共同但有区别的责任和各自能力。必要勤勉作为“尽最大努力”，其本质上允许国家根据自身能力履行义务。这正契合《巴黎协定》第2.2条与第4条诸多段落中提出的“共同但有区别的责任和各自能力”原则。因此，对不同国家应如何勤勉履约，需从其能力、资源、发展阶段等要素出发进行具体化分析，但这并不削弱其基本勤勉义务的存在，而仅调整其履行形式。随着国家情况演进，各国所承担的责任也应随之调整，但这种调整并不改变责任划分的基本依据，即能力与贡献的差异。因此，国家对气候变化贡献的不同也是影响其行为义务所需勤勉标准的重要规范因素。

第四，风险预防原则。在判断国家应履行何种程度的必要勤勉义务时，必须将风险预防原则纳入核心考量。¹⁰⁶阿拉巴马索赔案中指出国家应“依风险程度的严格比例”履行必要勤勉。¹⁰⁷在海底矿产资源勘探咨询意见中，国际海洋法法庭明确指出，风险预防原则是必要勤勉一般义务不可分割的一部分。¹⁰⁸在气候变化

¹⁰⁴ Answers of the European Union to the Questions from the Court (Request for Advisory Opinion).

¹⁰⁵ Christina Voigt and Felipe Ferreira, “‘Dynamic Differentiation’: The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement”, *Transnational Environmental Law*, 5 (2016), p. 297.

¹⁰⁶ Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber) (Advisory Opinion of 1 February 2011) ITLOS Rep 2011, 10 para.117.

¹⁰⁷ Alabama Claims of the United States of America against Great Britain (Award of 14 September 1872) UNRIAA 29, 124, 129. See Jorge E. Viñuales, ‘Due Diligence in International Environmental Law: A Fine-grained Cartography’ in Heike Krieger and others (eds), *Due Diligence in the International Legal Order* OUP 2021) 111, section 2.1: The Characterisation of Due Diligence in the Alabama Arbitration.

¹⁰⁸ Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area

这一具有高度不确定性与潜在灾难性的风险问题上，风险防范原则具有高度适用性。国家在应对气候变化时，应承担与其潜在风险水平相对应的严格的必要勤勉。即使科学尚未完全证实气候变化对特定领域的直接影响，国家也应本于必要勤勉，采取最低限度的预防性行动。

第五，最佳可得科学。缔约方可援引《巴黎协定》条款中体现的相关概念或考量因素作为其评估依据，以确定其国家自主贡献中应纳入哪些措施，从而符合第4条第3款所设定的必要勤勉标准。¹⁰⁹正如国际海洋法法庭所确认的，最佳可得科学是在评估为履行适用必要勤勉标准的义务所应采取哪些措施时的考量因素。¹¹⁰

五、咨询意见的可能方向、影响及应对

在国际法院关于气候变化的咨询程序中，首要议题之一是咨询意见的适用范围。根据统计，在91份国家和国际组织提交的书面材料中，67%的参与者主张扩大咨询范围，认为法院应解释的法律不限于现有气候条约，仅有15%主张范围应予限制。¹¹¹这一分布显示出国际社会普遍支持法院从更广泛的国际法角度解读气候义务问题。从整体趋势来看，在国际海洋法法庭已经做出广义理解的前提下，为了避免国际法碎片化，国际法院不太可能倒退至完全狭义的义务理解框架之中。即便是最为谨慎、强调条约义务重要性的美国，也不得不在其书面陈述中承认潜在前提，即习惯国际法中的防止重大跨界损害规则有适用气候变化问题的理论可能性。¹¹²本文对于国际法院可能就必要勤勉作出的判断，正是建立在上述对于国家气候义务来源的广义解释基础之上。

（一）咨询意见对必要勤勉的可能判断

1. 预防跨界损害及其必要勤勉适用于温室气体排放

在国际法院当前的咨询程序中，各国对于预防跨界环境损害义务及其必要勤勉要求的习惯国际法地位没有异议，争议的核心问题在于：该项义务是否能适用于人为温室气体排放。

本次咨询程序为理解习惯国际法形成机制的独特契机。对于一项国际习惯法的形成确认，国际法院在Libya/Malta案中指出，习惯法的实质内容必须在国家

(Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber) (Advisory Opinion of 1 February 2011) ITLOS Rep 2011, 10. para.131.

¹⁰⁹ Written Statement of the United Kingdom, p. 13, para. 27.2.

¹¹⁰ Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area (Advisory Opinion) [2011] ITLOS Rep 10 ('Activities in the Area'), para. 117; Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Advisory Opinion), ITLOS Case No. 31, 21 May 2024 ('ITLOS Advisory Opinion (Case No. 31)'), para. 243. ITLOS Advisory Opinion (Case No. 31), para. 212. 来源于英国书面评论，第8-9页，脚注24.25。

¹¹¹ Thomas Burri, "Data from Submissions of Participants to the International Court of Justice Advisory Proceedings on Climate Change Law (2024)", Mendeley Data, V2, available at: <https://data.mendeley.com/datasets/f997hfhjk/2> (last accessed 11 April 2025).

¹¹² 美国在其书面陈述中第IV.A.iii节标题中已被明确呈现：“假设习惯国际法确实要求减缓人为温室气体排放及其造成的重大跨界环境损害，那么《联合国气候变化框架公约》及《巴黎协定》下确立的义务，应当构成国家在气候变化领域履行必要勤勉义务的法律标准。”参见美国书面陈述第69页。

的实际行为和法律确信中去寻找。习惯国际法义务的存在需要国家实践和法律确信，法律确信往往难以明确。然而，本次咨询程序提供了大量表达法律确信的实例，几乎所有 91 份书面陈述与 62 份书面评论均表达了关于义务的观点，其中包括跨界损害预防义务是否适用于温室气体排放。据有关研究统计，超过四分之三的国家或组织认为该项义务适用于温室气体排放；而约八分之一明确表达了反对意见。¹¹³

国际法院很可能确认，防止重大跨界环境损害的义务，包括因温室气体排放所致的气候变化损害，是国际习惯法的一部分，并须以必要勤勉的标准加以履行。这一立场延续了法院在既有判例中确立的规则，即各国必须使用一切可用手段，防止其境内或其控制下的活动对他国或全球共有资源（如大气层）造成重大不利影响。法院极有可能指出，该义务在气候变化语境中同样适用，具有普遍拘束力。

2. 《巴黎协定》的国家自主贡献义务需要按照必要勤勉标准履行

首先是关于必要勤勉的性质，国际法院既有判例表明，国际法院在任何特定案件中关注的并不是某种“必要勤勉义务”本身，而是适用的国际法规则。换句话说，必要勤勉并非国际法中的独立义务，而是依附于某一具体的基本规则（如条约或习惯国际法）。¹¹⁴在各个案件中均首先确定适用的基本规则，然后才评估国家是否履行了必要勤勉义务。法院进行的审查包括以下内容：a) 被指违反的习惯规则的范围，或条约制度的管辖范围；b) 国家所施加的控制程度或其所行使的管辖权，以确定任何相应的义务；c) 国家是否因其行为而承担责任。¹¹⁵必要勤勉可能作为一个概念出现在这些分析中，并需参照某项基础规则。

其次，在承认必要勤勉的标准性质的基础上，法院可能进一步认定《巴黎协定》的国家自主贡献义务需要按照必要勤勉标准履行。虽然《巴黎协定》未明示使用必要勤勉的术语，但国际法院可能会承认，该协定中关于最高可能雄心、逐步进展的制度设计，以及各国制定并履行国家自主贡献的义务，实质上构成一种条约层面的必要勤勉义务。这一解释不仅契合协定本身的结构逻辑，也反映了多数缔约国在书面陈述中强调的行为义务性质。

（二）国际法院气候咨询案的未来影响

若国际法院在咨询意见中明确必要勤勉适用于气候变化义务，将标志着国际法对国家应对气候变化行为提出了可审查的法律标准。这不仅意味着各国在制定和执行国家自主贡献时不能任意而为，而必须采取合理、及时和有效的措施防止气候损害，更意味着条约义务将不再仅仅是政治承诺，而是具有法律约束力的行

¹¹³ Thomas Burri, “Data from Submissions of Participants to the International Court of Justice Advisory Proceedings on Climate Change Law (2024)”, Mendeley Data, V2, available at: <https://data.mendeley.com/datasets/f997hfhjk/2> (last accessed 11 April 2025).

¹¹⁴ N. McDonald, “The Role of Due Diligence in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 68 (2019), p. 1048.

¹¹⁵ N. McDonald, “The Role of Due Diligence in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 68 (2019), pp. 1048–1049.

为义务。这一确认将强化《巴黎协定》在国际法中的地位，赋予其更强的规范性，也为判断国家履约行为是否符合国际法设定了明确的评价基准。

国际法院的咨询意见并不具备直接约束力，但它具有法律解释权，可以影响国际和国内的法律实践，进而对全球气候治理产生深远影响，首先，它可以塑造国际气候变化法律框架，国际法院的解释可能促使国际气候法的进一步发展，特别是加强《巴黎协定》等条约的法律效力，推动必要勤勉义务的适用。其次，它可能影响各国国内气候诉讼，许多国家的法院在审理气候诉讼时会参考国际法，国际法院的意见可能为此提供法律依据。此外，国际法院的意见还可能推动全球气候行动，向各国政府和企业施加法律和道义压力，促使它们采取更积极的减排行动。

（三）中国如何应对以避免违反必要勤勉义务

面对可能确立的必要勤勉适用于气候变化的新法律格局，中国应主动调整政策路径，以确保自身履约行为符合法律审查标准。首先，应进一步明确国家自主贡献的实施路径与减排目标的时间表，确保其具有可衡量、可评估的雄心水平；其次，应在国内层面健全温室气体排放监管与立法体系，强化排放核查、市场机制执行及跨部门协同治理能力，确保履约行为具备制度基础；第三，应注重采取切实有效的减缓与适应措施，回应必要勤勉内含的法律期待；第四，在国际法层面应积极参与规则解释，阐明中国立场，并为未来可能出现的法律争议做好准备，以降低法律风险，提升履约透明度和国际信任度。

结论

截止 2025 年 3 月 11 日，全球 195 个缔约方中仅有 19 个国家提交了新版减排承诺，¹¹⁶意味着超过 90% 的缔约方未能履行协定设定的基本程序性义务。在当前《巴黎协定》缔约方普遍未能履行“更新国家自主贡献”的程序性义务的情况下，主张通过“必要勤勉”标准进一步明确国家的实质性义务，似乎面临可行性挑战。然而，正是在程序性履约普遍失守的背景下，引入“必要勤勉”作为外部行为标准，反而具有更为重要的规范意义。作为国际法中判断国家是否履行应尽义务的标准，必要勤勉提供了一个独立于政治承诺之外的法律衡量尺度，为评价国家气候行动的充分性与合法性提供制度依据。

此外，尽管必要勤勉在国际法院气候变化咨询意见程序中有望成为判断国家气候义务履行的标准，但该义务的确认并非终点。围绕其适用所引发的法律责任问题仍有诸多待解难题，尤其是在损害的确定、因果关系的认定以及国家行为与损害后果之间的归责机制等问题上，仍然需要进一步研究。

¹¹⁶ UNFCCC, NDC Registry, available at: <https://unfccc.int/NDCREG> (last accessed 11 April 2025).

维和人员不法行为可归因性与派遣国国家责任

徐瀚冬¹¹⁷

摘要：经联合国安理会授权发起的国际维持和平行动由会员国派遣军队、警察、文职或其他专业人员参与完成。一般来说，联合国拥有维和部队的行动控制权，统一调度维和人员执行不同的维和任务，但在实践中，派遣国保留对维和人员违纪追究权和部分管辖权，因而在“有效控制”原则下，维和人员的不法行为除了归因于联合国，亦可能归因于其派遣国。由于国家不具有联合国所拥有的豁免权，因此若派遣国有效控制维和人员，其必须确保维和人员在行动中遵守国际法相关原则和应负的国际义务，否则将为维和人员的不法行为承担国家责任。欧洲人权法院、荷兰最高院等司法机构作出的判决表明派遣国可能为其国家派出的维和人员的不法行为负责。这些判例可能激励国家在派出维和人员前开展充分的培训，但也可能对未来联合国会员国对维和行动参与人员的派遣产生消极影响。

关键词：维和人员 国家责任 可归因性 有效控制

引言

联合国维持和平始于 1948 年，当时安全理事会授权在中东部署联合国军事观察员。目前，联合国已部署近百次维和行动。近些年，数十万名军事人员和数万名联合国警察以及来自超过 120 个国家的文职人员参加了联合国维持和平行动。随着各国和平过渡和国家功能的重建，维和人员和特派团的数量都有所减少，但维持和平仍将是联合国最复杂的行动任务之一，其所面临的国际法问题并未减少。由于维和行动的人员组成由会员国依据本国意愿自主派出，理论上处于联合国指挥与控制下的维和部队实则与其派遣国无法脱离联系。基于《国际组织责任条款草案》的双重归责模式，若维和人员在行动中违反国际义务，则该不法行为既可能归属于联合国也可能归属于其派遣国。2011 年 11 月，国际法委员会二读通过了《国家对国际不法行为的责任条款草案》（Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts），也称《国家责任条款草案》。《草案》第一条明确规定：“一国的每一国际不法行为都引起该国的国家责任。”这意味着，国家责任是指当一国违反国际义务，或对别国犯下国际不法行为时，两国之间就产生了国际法律关系，行为国就需承担相应的国际法上的责任。¹¹⁸国家不法行为的构成要件有两个：（1）行为的不法性；（2）行为可归因于国家，属于国家的行

¹¹⁷ 徐瀚冬，中国政法大学国际公法博士研究生。

¹¹⁸ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge University Press 2002), p.77; [英] 马尔科姆·肖：《国际法》（第 6 版）下，白桂、高健军、朱利江、李永胜等译，北京大学出版社 2011 年版，第 614 页。

为。除了积极作为，行为也包括不作为，即国家未履行应尽的国际义务。损害或过失不是引起国家责任的构成要素之一。¹¹⁹

虽然国家责任的两个构成要件已有明确规定，且派遣国可能因双重归因原则为本国派出的维和人员的国际不法行为负责，但目前国际法尚未对维和人员派遣国的国家责任作出界定，在何种情况下不法行为可归因于派遣国尚不清晰。本文简要阐述维和行动中行为不法性的认定情况，并基于维和行动的联合国与派遣国指挥结构探究维和人员国际不法行为对派遣国的可归因性，最后分析已判决的维和人员派遣国国家责任判例，探寻国际社会追究维和行动中派遣国国家责任的趋势及影响。

一、维和行动之行为不法性认定

国际义务的来源可以是条约，也可以是国际习惯或国际法的一般法律原则，也可以是由国家单方面行为所产生的国际义务。¹²⁰即使维和行动拥有共同目的，维和行动具有《联合国宪章》第七章的授权依据，维和行动的详细计划的大部分由派出维和人员的国家自行决定，因此在执行过程中，维和人员违反国际义务的行为或国家未履行应尽义务的不作为具有不法性。

（一）作为的不法性

维和人员应遵守国际法相关规定，不实施干涉东道国内政的行为、不在自卫和执行特定任务之外使用武力，维和人员违反这些规定实施的行为即是国际不法行为。

1. 违反遵守不干涉内政原则

不干涉内政原则是国际法基本原则之一，是指任何国家或国家集团均无权以任何理由直接或间接干涉任何其他国家之内政或外交事务。因此，武装干涉及对国家人格或其政治、经济及文化要素之一切其他形式之干预或试图威胁，均系违反国际法。在联合国维和行动中，这一原则与中立原则、公正原则的要求有些相似。这些原则要求联合国维和行动不加区别地行事，特别是在国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治观点方面。换言之，维和人员应不偏不倚地，平等地对待所驻地国家的个人，在执行维和任务的过程中不能介入冲突方的争斗，也不能干涉东道国的内部事务。维和行动本质上来说是外交行动，因此应尽最大可能尊重东道国的内政。然而，在实践中，维和行动有时夹杂了国家意识，基于本国利益或政治目的违反了不干涉内政原则。例如，1993年索马里内战引起人道主义危机，联合国随后派出维和部队进行调停，当地大部分军阀都表示愿意停火和谈，但拥有强大军备力量的军阀艾迪德表示反对。美国推动并积极参与了该次维和行动，并在艾迪德袭击美军士兵后决定抓捕艾迪德。虽然美国最终发出逮捕令取得了联合

¹¹⁹ 周忠海主编：《国际法》（第3版），中国政法大学出版社2017年版，第89-90页。

¹²⁰ 邵沙平：《国际法》（第4版），中国人民大学出版社2020年版，第202页。

国的授权,美国维和人员听从派遣国指示干涉东道国内政成为联合国向一国的武装力量领导人发出逮捕令的先例,并使联合国维和部队卷入武装冲突中。抓捕任务遭到当地武装分子激烈反抗,演变成城市巷战,美军的伤亡和损失引发美国国内抗议和批判,美国在压力之下从索马里撤兵。虽然美国逮捕艾迪德的行为因获得授权而未被追究国家责任,但这一行为明显与不干涉内政原则相悖。简言之,在维和行动中违反不干涉内政原则是一国对其国际义务的违反,应追究其国家责任。

2. 除自卫和执行任务外使用武力

联合国维和行动不是执法工具,因此维和人员一般不能在东道国内使用武力,但有例外。早期的维和行动严格限制武力的使用,仅保留了“自卫”一个使用武力的理由,原因在于维和行动是一种暂时干预,不能影响内部政治。¹²¹冷战结束后,“强有力的维和”(Robust peacekeeping)概念的提出扩大了使用武力的范围,模糊了维持和平、和平执行以及战争之间的界限。强有力的维和是指,如果遭遇危险出于自卫或接受的维和任务需要使用武力,在征得东道国或冲突当事方同意的情况下,可在获得安理会的授权后在战术层面使用武力。¹²²即,当武装冲突局势动荡时,安理会依据事实赋予联合国维和行动“强有力的”执行任务的权力,使用一切必要手段保护威胁平民生命安全的迫在眉睫的攻击,以及协助国家当局维护社会稳定和秩序。需要注意的是,安理会授权使用武力和《联合国宪章》第七章所设想的和平执行有所不同,后者不需要冲突当事方的事先同意,并可能涉及战略层面的武力使用。¹²³而且,为了防止维和行动使用武力受政治的影响,该义务要求维和行动只能将使用武力作为最后的手段。和平行动问题高级别独立小组的报告强调,使用武力的行动是例外且有时间限制的,必须在充分意识到整个联合国特派团的风险和责任的情况下进行,但是也应灵活的方式解释不使用武力原则,以防该原则成为未能保护平民和捍卫使命的借口。¹²⁴虽然报告明确表示要限制在维和任务中使用武力,但并未对何种情形能够下达进攻性使用武力的命令作出详细说明。目前,维和行动已允许安排一些使用进攻性武力的部队,例如在联合国组织刚果民主共和国稳定特派团(MONUSCO)内设立一个干预旅完成进攻行动。¹²⁵然而,当这些为了保护他国平民使用武力的行动缺乏东道国同意时,使用武力问题就变得复杂和有争议,这种武力的使用也被称之为人道主义干涉。¹²⁶人道主义干预尚未作为合法使用武力的理由得到国际社会的普遍认可,也不具备

¹²¹ A. Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect* (Cambridge University Press 2011), p.88.

¹²² United Nations Department of Peacekeeping Operations, *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines* (Capstone Doctrine), 2008, p.52.

¹²³ Ibid, p.34.

¹²⁴ Report of the High-level Independent Panel on Peace Operations, 2015, p.12.

¹²⁵ Security Council resolution 2098, 28 March 2013.

¹²⁶ Carlos C.V. Braga, “Between absolute war and absolute peacekeeping: The question of the use of force in peacekeeping,” in P. Nadin, *The Use of Force in UN Peacekeeping* (Routledge 2018), p.70.

坚实的法律依据，因此除了自卫和模糊的在任务中使用武力情形，维和人员在东道国使用武力属于实施国际不法行为，当其行为可归因于派遣国时，派遣国应承担相应责任。

（二）不作为的不法性

派遣国应阻止其特遣队所在责任区内发生的严重国际罪行，例如灭绝种族罪、危害人类罪；履行审慎义务，及时预防或制止不法行为的发生，并惩罚或审判实施不法行为的维和人员。派遣国未遵守国际义务积极作为的，则其不作为亦属于国际不法行为。

1. 未阻止特遣队管辖区域内发生的犯罪行为

荷兰法院曾审理涉及维和行动中国家责任问题的案件，并认为，若特遣队在责任区域内实施的行为与东道国发生的犯罪行为有关但并未组织犯罪的发生，造成伤亡，且该行为可归因于国家时，国家应为这种不作为的不法行为负责。斯雷布雷尼察母亲（Mothers of Srebrenica）案是该类不作为不法行为的首个判定国家应承担国家责任的案件，在该案中，荷兰被指控违反了《欧洲人权公约》。2007年，10名家庭成员在种族灭绝中丧生的妇女以及代表6000名幸存者的荷兰协会“斯雷布雷尼察母亲”向海牙地方法院提起民事诉讼，要求联合国和荷兰王国对未能阻止发生在由荷兰维和部队守卫的斯雷布雷尼察的种族灭绝负责，并给予相应赔偿。海牙地方法院认为联合国享有绝对诉讼豁免权，因此其无权审理该案件中对联合国提起的诉讼。¹²⁷荷兰地方法院裁定，依据《欧洲人权公约》第2条保障每个人的生命权、第3条禁止酷刑以及不人道或侮辱的待遇的规定，一国负有采取适当行动保护其管辖范围内平民的生命权和身体完整性的义务。¹²⁸在难民撤离时，荷兰控制着荷兰维和特遣队的行动，应为特遣队配合塞尔维亚部队转移并杀害波斯尼亚男性难民的行为负责。荷兰上诉法院认为荷兰特遣队剥夺了受害者30%不受不人道待遇和杀害的权利。该案至荷兰最高院时，最高院维持了裁决，但将生存机会重新评估为10%。

根据国际人权法，只要一国对领土或个人实施有效控制¹²⁹，其应当确保在该领土上或对个人履行国际人权法下的积极义务。¹³⁰在维和行动中，当国家特遣队获得某区域的管辖权时，且其知道或应当知道第三方犯罪行为对一人或多人声明的风险，但没有在其权力和能力范围内采取相应措施防范和制止以避免发生由这种风险造成的危害后果，则该国违反了国际人权法对于个人生命权规定的义务。

2. 未履行审慎义务

¹²⁷ Court of Appeal of The Hague, *Mothers of Srebrenica et al. v. State of The Netherlands and the United Nations*, Judgment in the First Civil Law Section of 30 March 2010, 200.022.151/01.

¹²⁸ Supreme Court of the Netherlands, *The State of the Netherlands v. The Mothers of Srebrenica*, Judgment of 19 July 2019, 17/04567, paras. 4.2.2–4.2.3.

¹²⁹ 关于有效控制，详见本文第二部分第二节“维和人员不法行为的归因原则：有效控制”。

¹³⁰ 同上注 11。

国家对个人的私人行为可能存在审慎义务。¹³¹国际法委员会认为,在《草案》中确认审慎义务的确切性质需要在该主题上花费大量的时间,而且即使审慎义务的性质问题得以解决,也是基于一个假设,那就是任何基本规则或某一类基本规则是包含审慎义务的。¹³²因此,在这种担忧之下,国际法委员会在没有将审慎义务纳入《草案》。

国际法上没有关于国家应负的审慎义务的清单,国际人道法中审慎义务来源于《日内瓦第三公约》第13条和《日内瓦第四公约》第27条。前者是对战俘的保护规定——“战俘在任何时须受人道之待遇。拘留国任何不法行为或因不法行为可导致其看管中之战俘死亡或严重危害其健康者须予禁止,并当视为严重破坏本公约之行为;战俘亦应在任何时受到保护;对战俘之报复措施应予禁止。”后者提及对妇女的特别保护——“妇女应受特别保护以免其荣誉受辱,尤须防止强奸、强迫为娼或任何形式的非礼之侵犯。冲突各方对被保护人得采取由于战争而有必要之管制及安全之措施。”《日内瓦公约》共同第一条表示“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”。红十字国际委员会认为,该条是对非国际性武装冲突中非冲突方的义务,要求这些国家在冲突下的行动必须遵守国际人道法。¹³³《陆战法规和惯例条例》第43条规定占领国必须采取一切力所能及的措施,尽可能恢复并确保公共秩序和公民安全。国际法院通过该条认定占领领土的国家负有国际人道法下保护人权的义务。¹³⁴除了确定由联合国统一调配指挥的维和人员之外,大部分维和人员仍听从派遣国的安排,因此,若一国在合法使用武力后暂时占据某国领土,则应确保本国派遣的维和人员按照国际人道法规定行动,约束维和人员的行为,反之,则违反了国际人道法上相关的审慎义务。

3. 不惩处实施不法行为的维和人员

由于维和行动本身具有中立的原则和立场,并未实际参与武装冲突,且维和行动得到联合国安理会事前的授权,即使使用武力也可能是合法和正当的,因此国际人道法不适用于维和行动。¹³⁵然而,中立性在实践中已经出现违背的情况,当维和部队介入武装冲突时,即使不是冲突方,其使用武力的情形也属于国际人道法的武装冲突范畴。而且,联合国安理会使用武力的授权无法排除国际人道法的适用。¹³⁶因此,在维和人员使用武力介入东道国武装冲突时,其受国际人道法

¹³¹ L. Cameron, *The Privatization of Peacekeeping: Exploring Limits and Responsibility under International Law* (Cambridge University Press 2017), p273.

¹³² ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-first Session', UN Doc A/54/10 (1999), para.420.

¹³³ ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention* (Cambridge University Press 2016), commentary on common Article 1.

¹³⁴ ICJ, *Case Concerning the Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of The Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005), para.178.

¹³⁵ Evan T. Bloom, "Protecting Peacekeepers: The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel," *American Journal of International Law*, vol.89, no.3, 1995, p.624.

¹³⁶ 蒋圣力:《论国际人道法在联合国维持和平行动中的适用》,载《西部法学评论》2018年第2期,第38

的制约，同时，任何犯有国际罪行的个人都应受到相应的刑罚，因此，维和人员对违反国际人道法、国际刑法、国际人权法的行为及罪行负有个人刑事责任。

国家在国际人权法下的一部分积极义务是确保由其控制的维和人员接受培训并因任何违反国际法的行为受到起诉，¹³⁷并应建议相应的法律机制，追究维和人员的个人刑事责任。¹³⁸然而，在实践中，追究维和人员个人刑事责任的案例并非常态，遣返是更为常见的替代性惩罚措施，而且遣返后的国内法院调查、起诉和判决规定也不甚清晰，对派遣国追究维和人员违纪违法责任也没有有效的监督机制，因此位于维和行动东道国的被害人可能无法寻求有效且充分的救济。因此，除了派遣国违反国际义务或可归因于国家的不法行为，若派遣国消极惩处或不惩处实施不法行为的维和人员，被害人或其国家也可以通过国际司法机构或国内法院对派遣国的不作为向派遣国提出索赔。¹³⁹例如，行为人违反了相关人权条约所载的国际义务，需要国家采取积极行动进行制止或补救时，若国家未采取切实有效的保障措施预防不法行为的发生，或在不法行为作出后疏于或拒绝调查和惩罚，被害人可以援引国家责任向派遣国提出索赔。¹⁴⁰多国的军事手册、国家间协议和官方声明提及该义务，¹⁴¹人权理事会将其定性为一项国际义务。¹⁴²目前，从实践中来看，被害人以违反此国际义务为案由提起的国家责任赔偿诉讼较多。

二、维和人员国际不法行为的可归因性

联合国维持和平行动特派团由联合国会员国派遣本国的军队、警察或其他专业人员组成。维和行动一般由联合国组织组织、发起和指挥，且联合国具有超国家性，因此应为维和行动中的不法行为负责。¹⁴³然而，由于特派团组成人员国籍繁多，人员性质复杂，联合国与派遣国对特派团都具有一定的控制，除了个人刑事责任和联合国国际组织责任之外，维和行动中维和人员违反国际法实施的不法行为可能由派遣国负责。按照主流观点，国家责任中不法行为的归因性一般适用

页。

¹³⁷ Tamer Morris, "State Responsibility and Accountability in UN Peacekeeping: The Case of The Mothers of Srebrenica v. The Netherlands," *International Peacekeeping*, vol.29, no.2, 2022, pp.226-227.

¹³⁸ Office of the High Commissioner for Human Rights, General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment), 10 March 1992, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), at paras. 13, 14.

¹³⁹ Jimena M. Conde Jiminian, "Allocating Individual Criminal Responsibility to Peacekeepers for International Crimes and Other Wrongful Acts Committed during Peace Operations," *Tilburg Law Review*, vol.17, no.1, 2012, p.126.

¹⁴⁰ J.M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (Cambridge University Press 2003), p.328.

¹⁴¹ Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law Between Croatia and the SFRY, Article 2, para. 343; Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, Article 5, para. 345; Comprehensive Agreement on Human Rights in Guatemala, Article 3, para. 347.

¹⁴² HRC, Nydia Erika Bautista v Colombia, Decision on admissibility of 1995, UN Doc CCPR/C/55/D/563/1993, para 8.6; HRC, Jose Vicente and Amado Villafane Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Angel Maria Torres Arroyo, and Antonio Hugues Chaparro Torres v Colombia, Decision of 14 March 1996, UN Doc CCPR/C/60/D/612/1995, para 8.8.

¹⁴³ Terry D. Gill, "Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations," *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.42, 2012, p.52.

“有效控制”标准，虽然国际社会尚未对“有效控制”作出明确的定义，但从国际组织的观点和国家实践可以得出较为统一的解释。基于该标准，如果派遣国有效控制其派出的维和特遣队，则特遣队维和人员的不法行为可归因于派遣国。

（一）维和行动之联合国与派遣国的指挥结构

联合国维持和平行动部发布的《联合国维持和平行动：原则和准则》（简称《维和守则》）阐述了联合国维和行动的指导原则和核心目标，并在第七章“管理联合国维和行动”中指出随着维和行动的发展，维和部队不仅是一个部署军事活动的组织，同时还从事外交、文化等不同维度的活动，涉及不同国籍的军人以及不同领域的专业人员，因此较其他附有军事能力的组织更具指挥管理结构复杂性，权力级别不够明确。¹⁴⁴理论上，在维和行动中，联合国秘书处内部的维和部为行动提供政策指导和战略方向，外勤部负责后勤保障和行政支持；维和部中由行动办公室管理的综合行动组（Integrated Operational Teams）负责将政治、军事、警务、特派团支援人员汇编入正式的组织结构；特派团团长（Head of Mission），通常作为秘书长特别代表对维和行动中的军事、警务和文职等活动行使行动权力，团长及其副手组成特派团领导小组，负责监督特派团活动的实施。需要注意的是，联合国会员国提供参与维和行动的军事人员处于联合国部队司令（United Nations Force Commander）或军事部门首长（Head of Military Component）的控制之下，而不受联合国的指挥。会员国一旦派遣维和人员参加行动，特遣队队长及其队员应向联合国部队司令报告，而不应按照其派遣国的指示行事，尤其不能实施可能对维和任务产生不利影响或违反联合国政策的行为。

虽然《维和守则》对维和行动复杂的指挥结构作出了较为清晰的阐述，但实践中却产生了一些问题。首先，由于一些派遣国的国内法或国家政策禁止将其军队的指挥权移交给外国指挥官，只允许让渡“行动控制权”，¹⁴⁵派遣国会事先就具体维和任务和责任区域与联合国进行谈判和商定。因此，联合国秘书处关于维和人员指挥权的措辞十分谨慎，通常并不直接表示联合国拥有维和人员的指挥权。¹⁴⁶为了避免矛盾和冲突，派遣国会指派特遣队中的最高将领为国家特遣队队长（National Contingent Commander），联合国部队司令的命令则通过国家特遣队队长传达给此类国家派遣的维和人员。在这种情况下，联合国部队司令实际上拥有的是行动控制权，是指在与国家特遣队队长协商并经联合国总部批准的情况下，根据行动需要，在任务责任区内，向国家特遣队分配单独任务的权力。¹⁴⁷这种行

¹⁴⁴ Capstone doctrine, supra note 5., p.68.

¹⁴⁵ R. Murphy, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo* (Cambridge University Press 2007), pp.106-147.

¹⁴⁶ Christopher Leck, “International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct,” *Melbourne Journal of International Law*, vol. 10, no. 1, 2009, p. 352.

¹⁴⁷ T. Ford, *Commanding UN Peacekeeping Operations* (Training Materials for the UN Institute of Training and Research 2004), p.153.

动控制权的限制较多,例如在联合国部队司令不能将特遣队中的维和人员部署到派遣国事先同意的责任区之外,也不得未经派遣国同意随意改变其维和任务。¹⁴⁸虽然联合国强调派遣国的限制不应影响维和行动的有效运作,并要求国家特遣队队长不应接受国家的指示,但在实践中,经常会存在维和人员执行联合国部队司令命令前请示其派遣国的现象,¹⁴⁹因此这种实践中的指挥结构使认定维和人员行动指令来源变得困难,并为维和人员行为的归责带来困扰。

(二) 维和人员不法行为的归因标准

1. 有效控制

在承担法律责任的形式问题上,联合国目前主要是鼓励被害人向军队派遣国驻东道国的外交代表机构提起民事诉讼,¹⁵⁰但多数学者认为只要联合国对维和行动拥有控制权就应对维和人员的行为负责,¹⁵¹少部分认为联合国的豁免权会使被害人无法起诉联合国以寻求赔偿,故而不能忽略军队派遣国的责任。¹⁵²如果军队派遣国也可能对维和人员的不法行为负责,则被害人可以在国内法院对国家提起诉讼,从而获得相应的救济。国际法委员会起草的《国际组织责任条款草案》对行为及责任归属采取“多重归属”原则,即维和行动中的不法行为既可能归属于联合国,也可能归属于维和人员派遣国。第7条明确表示,可归因于国际组织的不法行为采取“有效控制”标准。¹⁵³该条并非规定某些行为完全归属于国家或国际组织,而是解决行为归属于哪个实体的问题。¹⁵⁴由于实践中联合国对维和行动拥有控制权,派遣国保留了军队的违纪处分权和刑事管辖权,维和人员可以同时被视为其派遣国的机关和联合国的机关。《国家责任条款草案》第6条规定仅代表国家作出的行为才可归因于国家,与维和人员情况不符,因此第7条是判断维和人员不法行为归因问题的最合适规则,荷兰上诉法院和最高法院的判决也表示该条是判定维和人员行为责任归属的适当法律依据,¹⁵⁵因而如何衡量“有效控制”是认

¹⁴⁸ United Nations Department of Peacekeeping Operations Training Unit, *Glossary of UN Peacekeeping Terms* (1998).

¹⁴⁹ Christine Gray, “Peacekeeping after the Brahimi Report: Is There a Crisis of Credibility for the UN?,” *Journal of Conflict and Security Law*, vol.6, no.2, 2001, pp.279-286.

¹⁵⁰ 盛红生:《论联合国维持和平行动与国际人道法》,载《西安政治学院学报》2012年第4期,第103页。

¹⁵¹ Borhan Amrallah, “The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces,” *Revue égyptienne de droit international* vol.32, 1976, pp. 65-66; M. Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations* (Martinus Nijhoff 2005), p. 126; Francesco Salerno, “International Responsibility for the Conduct of ‘Blue Helmets’: Exploring the Organic Link,” in M. Ragazzi (ed.), *Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff 2013), pp. 425-426.

¹⁵² Tom Dannenbaum, “Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers,” *Harvard International Law Journal*, vol.51, no.1, 2010, pp. 157-164.

¹⁵³ Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, A/66/10 (2011), Art.6.

¹⁵⁴ Commentaries to the draft articles on the responsibility of international organizations, Report of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, Yearbook of the International Law Commission, 2011, Article 7, para. 5.

¹⁵⁵ Supreme Court of the Netherlands, *Netherlands v. Hasan Nuhanovic*, Judgment of 6 September 2013, 12/03324 LZ/TT; Supreme Court of the Netherlands, *Netherlands v. Mustafic et al*, Judgment of 6 September 2013, 12/03329 LZ/TT; The Hague District Court, *Stichting Mothers of Srebrenica v. Netherlands and the United*

定维和人员不法行为是否能够归属于国家的关键问题。

迄今为止，对于维和人员行为归因标准——“有效控制”——尚未得出准确定义。欧洲人权法院提出使用“最终授权与控制”（ultimate authority and control test）标准判断有效控制，即，虽然派遣国对军队安全、纪律等有一定管辖权，但特派团是联合国下属机构，联合国安理会对行动有“最终授权与控制”，因此维和人员所涉不法行为归属联合国。¹⁵⁶然而，该标准广受批判且不被认可，¹⁵⁷原因在于法院未考虑行为的一般归属规则，而只关注了《欧洲人权公约》管辖权问题，且与《国际组织责任条款草案》的多重归属规定相悖。荷兰上诉法院和最高法院都将“有效控制”标准解释为国家阻止其派遣的维和人员行为的能力。¹⁵⁸国际法委员会认同荷兰法院的观点，并表示“有效控制”是一个事实标准，应根据具体情况确定，且适用于维和人员的特定行为。

国际法委员会关于“有效控制”的解释也与国际法院的实践相一致。国际法院在波黑诉南斯拉夫案中提出个人的三种行为可归因于国家，一是根据国内法作为国家机关代表国家行事的行为，二是个人作为事实上的国家机关行使的行为，三是虽然个人不是法律或事实上的国家机关但接受国家指示或控制行事的行为，¹⁵⁹并指出第三种行为归因形式中的控制应该是“有效的”。¹⁶⁰需要注意的是，国际法院提出的“有效控制”适用于私人或实体行为归因于国家的情形，而不是派出的国家机关或军事人员归因于派遣国或国际组织的情形。¹⁶¹虽然目的不同，但二者的解释逻辑是相同的，这两种“有效控制”标准都是为了将个人的行为与国家联系起来，以此判断个人行为是否可归因于国家。因此，“有效控制”标准可适用于第三种行为归因形式。

然而，在该案之前，国际法院第一次解释“有效控制”标准时给出了更高的认定门槛。在尼加拉瓜军事行动和准军事行动案中，国际法院采用了代理人或工具（agent/instrumentality）理论，认为独立于国家的个人被一国政府控制程度达到其可被视为代理人或工具的程度，就可将该人的行为归因于国家。¹⁶²法院举例表

Nations, Judgment of 16 July 2014, C/09/295247 / HA ZA 07-2973.

¹⁵⁶ ECtHR, *Behrami and Behrami v. France*, Decision of n 2 May 2007, Application No. 71412/01; ECtHR, *Saramati v. France, Germany and Norway*, Decision of n 2 May 2007, Application no. 78166/01.

¹⁵⁷ 王凌波：《论联合国维和行动之不法行为归因性——以欧洲人权法院 Behrami/Saramati 案为视角》，载《东北农业大学学报（社会科学版）》2018年第1期；Kjetil M. Larsen, “Attribution of conduct in peace operations: the ‘ultimate authority and control’ test,” *European Journal of International Law*, vol.19, no.3, 2008, pp. 522, 524-525; Aurel Sari, “Jurisdiction and international responsibility in peace support operations: The Behrami and Saramati cases,” *Human Rights Law Review*, vol.8, 2008, pp. 164-165; Marko Milanović and Tatjana Papić, “As bad as it gets: The European Court of Human Rights’s Behrami and Saramati decision and general international law,” *International & Corporate Law Quarterly*, vol.58, no.2, 2009, pp. 285-289.

¹⁵⁸ *Mustafic* case, supra note 19, para. 5.9.

¹⁵⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Judgement of 26 February 2007, paras. 388-389.

¹⁶⁰ *Ibid.*, paras. 396-397; 400-401.

¹⁶¹ Tom Dannenbaum, “Killings at Srebrenica, effective control, and the power to prevent unlawful conduct,” *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 61, no.3, 2012, p. 724.

¹⁶² 冷新宇：《网络攻击中国国家责任的判别标准》，载《西安政治学院学报》2014年第2期，第98页。

明，美国对尼加拉瓜反政府武装的资金支持、组织训练、提供武器、参与军事和准军事行动策划等，不能显示美国主导或决定了反政府武装的行为，具有掌控性，因此尼加拉瓜反政府武装在尼加拉瓜境内的军事和准军事行动不可归因于美国。¹⁶³国际法院认为，美国对反政府武装的主导性是间接的，没有直接证据表明，尼加拉瓜的反政府武装听从美国的指令行事，应当区分依赖和听令。实际上，在波黑案中，法院也表示，“完全依赖”并不等同于“有效控制”，在此基础上还需证明哪些行为是在另一国的控制之下完成的。

基于上述国际组织和国家的实践，由于在维和行动中连接为维和人员和其派遣国的是国家特遣队队长，因此，可以认为，维和人员实施不法行为的责任归属应根据具体案情来判定，且主要取决于国家的国家特遣队队长是否具有在这些情况下阻止该行为的实质能力，¹⁶⁴以及队长是否接到了派遣国发出的指令，如若直接证据或间接证据证明派遣队的行动听令于其派遣国，则可将派遣队中维和人员的行为归因于派遣国，但实践中这一证明标准证明难度较大。

2. 全面控制

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在“达斯科·塔迪奇”（*Dusko Tadic*）案中为了评估被害人受到冲突方或占领国的掌控，适用了有效控制标准，在分析案件事实后，分庭认为有效控制的要求无法得到满足而驳回了起诉。¹⁶⁵主审法官麦克唐纳（McDonald）认为不应当适用有效控制标准，而是建议适用“依赖与控制”（*dependency and control*）标准，她认为有效控制标准是对尼加拉瓜案件事实的误读。个人或实体是否构成其他国家在一国领土上的代理人或工具，可以通过是否具有依赖性来确定，依赖性是指代理人和其他国家之间是否存在足够的联系。而且，即使尼加拉瓜军事和准军事行动案采取有效控制作为证据标准是合理的，这一标准也不必适用于塔迪奇案。¹⁶⁶可以看出，麦克唐纳倾向的依赖与控制标准比有效控制的门槛低，更容易满足。

检方就标准问题提出上诉，上诉分庭的结论是审判分庭错误地适用了有效控制标准，表示该标准既不符合国家责任相关的条款，也不符合司法判决和国家实践。具体而言，上诉分庭解释道，国家对个人行使控制权以致个人不法行为可归因于国家时产生国家责任，但这种控制程度因每个案件的实际情况不同而存在差异，在实践中并非每一种情况都能达到有效控制标准的高要求。分庭认为有必要区分个人直接接受国家指示和多人组成的团体听从国家指令行事的不同情形。对

¹⁶³ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v United States)*, judgment of merits, 27 June 1986, para.115.

¹⁶⁴ Natalia Perova, “Disentangling Effective Control Test for the Purpose of Attribution of the Conduct of UN Peacekeepers to the States and the United Nations,” *Nordic Journal of International Law*, vol. 86, no. 1, 2017, p.34.

¹⁶⁵ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Trial Judgment, IT-94-1, 7 May 1997, paras 584-588.

¹⁶⁶ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald, *supra* note 48, pp.292-299.

于后者，将团体的行为归因于国家，则要求该团体作为一个整体处于国家的“全面控制”之下就足够了。全面控制不仅通过向该团体提供装备和资金支持，还涵盖协调、帮助、策划与该团体相关军事行动等事宜。除此之外，国家没有必要向团体领袖或成员发出明确的违反国家义务的指令。¹⁶⁷

国际法院在波黑诉南斯拉夫案批判了前南刑庭提出的全面控制标准。法院援引《国家责任条款》第 69 条第 8 款之规定，指出该特定条款“国家指示或控制行为”反映了习惯国际法，前南刑庭作为仅具有刑事管辖权的国际性法庭不应处理国家责任相关标准问题，且该个人行为可归因于国家的标准问题并非是认定个人刑事责任所必须的要件。另外，全面控制标准将国家责任的范围扩大到超出国家责任法基本原则之外。¹⁶⁸全面控制标准相比依赖与控制标准的要求更低，虽然可能评估一国对整个团体的控制，但这种标准缺乏实践依据，且受到多方批评，即使国家责任实践中并非都适用了有效控制标准或达到有效控制门槛，但有效控制标准得到了更过的支持。全面控制可能避免国家因躲在被操控的个人或实体背后而不承担国家责任，但这种标准的门槛过低，存在过度认定国家责任的风险。一般来说，维和人员接受联合国的统一调配，派遣国直接向其所派遣的维和人员下达指令的可能性较低，而为派遣队装备武器、资金支持和协助的可能性更高。维和行动由联合国多个会员国共同参与，军事和经济支持都来源于这些国家，因此从维和行动的性质上来说，似乎无论维和人员如何作为，都能符合全面控制标准，因而，该标准不适用于维和行动。

三、追究维和人员派遣国国家责任的趋势与影响

一些国际司法机构或国内法院目前已就维和人员不法行为对其派遣国的国家责任作出判定，从这些案件中可以看出，国际社会倾向于将联合国维和行动中的不法行为规则与联合国和相关维和人员的派遣国，但由于联合国豁免权问题，欧洲人权法院、荷兰等国内法院主要审查了派遣国的国家责任。虽然这些案件可能不会对国际不法行为责任归属问题产生直接影响，但可能影响派遣国对维和行动的支持程度。¹⁶⁹

欧洲人权法院态度转变。如前文所述，2007 年欧洲人权法院在 Behrami/Saramati 案中使用“最终授权与控制”标准判断联合国对维和人员具有有效控制，维和行动中的不法行为应归属于联合国，而联合国并非《欧洲人权公约》的缔约国，因此欧洲人权法院对该案不具有管辖权。然而，2014 年欧洲人权法院在 Jaloud 案中改变其观点，¹⁷⁰认为执行外国当局下达的决定或命令本身并不足以解除该国在《欧洲人权公约》中的义务，因此荷兰派遣的军队受英国军官行动

¹⁶⁷ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeal Judgment, IT-94-1-A, 15th July 1999, paras 116-145.

¹⁶⁸ ICJ, *Application of Genocide Convention case*, supra note 42, paras.400-406.

¹⁶⁹ Noelle Higgins, “The Responsibility of the Netherlands for the Actions of Dutchbat: An Analysis of Nuhanovic and Mustafic,” *International Criminal Law Review*, vol.14, no.3, 2014, p. 658.

¹⁷⁰ ECtHR, *Jaloud v. The Netherlands*, Decision of 20 November 2014, Application no. 47708/08.

控制的情形并未剥夺荷兰对其军队的管辖权，其军队没有被置于国家支配势力之外。¹⁷¹在荷兰国籍军人被指控在伊拉克实施国际不法行为后，荷兰未充分调查和起诉等不作为违反该国的国际义务。法院最终裁定荷兰应对未能充分调查荷兰军队在伊拉克使用致命武力的行为负责。

国内法院支持派遣国为其派出的维和人员不法行为负责。荷兰最高法院的斯雷布雷尼察系列案件是维和派遣国国家责任方面最著名的国内法院判决。在该案中，荷兰维和人员的行为不是按照联合国的指示行事，而是国家越权控制下的行为，因此该行为的不法性应归责于荷兰王国。¹⁷²荷兰上诉法院在由斯雷布雷尼察大屠杀事件引发的 *Nuhanovic* 案中表示，荷兰作为军队派遣国应为斯雷布雷尼察杀戮中死亡的平民负责。¹⁷³比利时 *Mukeshimana* 案与荷兰的案件立场一致，认为在难民寻求救助时将比利时维和部队撤离卢旺达的决定是由比利时作出的，维和人员实际处于比利时的指挥与控制之下，因此比利时应为维和部队未能阻止当地的屠杀行为而承担国家责任。¹⁷⁴从国内法院审理的针对维和行动提起的国家责任索赔案件审理结果来看，法院确认了国家有效控制其派遣队行动时的国家责任，倾向支持国家为维和人员的不法行为负责，但同时作出提醒，对于该类国家责任诉讼，应由受害者直系亲属向国家提起赔偿诉讼，人权组织不具有代为向国家索赔的权利。

国内法院裁决一个国家为其未能预防或阻止相关罪行而承担国家责任，有利于被害人寻求赔偿、补偿等救济，更便于被害人降低其受到的损失，但这些判决对国家派出维和部队的积极性产生潜在的影响。¹⁷⁵在拥有联合国总体授权，且处于执行维和任务时，若派遣国仍需为维和行动期间某些罪行的损害负责，则是拓宽了法律责任的范围。¹⁷⁶这样的判决可能导致联合国的会员国不再愿意派遣维和人员参与联合国维和行动，也可能促使这些国家为了保护其利益而设法干预联合国的统一部署和调度。¹⁷⁷后者可能是对联合国维和行动指挥结构的挑战，因此派遣国的态度可能更倾向于第一种影响，即为了避免在联合国受到豁免权保护时成为国家责任诉讼的被告方，国家可能拒绝或消极派遣本国军队、警力或其他专业人员前往他国执行维和任务。反之，具有承担国家责任的可能性也会在一定程度上

¹⁷¹ Ibid, paras. 143-151.

¹⁷² Supreme Court of The Netherlands, *Mothers of Srebrenica et al. v. State of The Netherlands and the United Nations*, Judgment of 13 April 2012, 10/04437.

¹⁷³ Supreme Court of The Netherlands, *The State of the Netherlands v. Hasan Nuhanović*, Judgment of 6 September 2013, 12/03324.

¹⁷⁴ Cedric Ryngaert, "Apportioning Responsibility between the UN and Member States in UN Peace-Support Operations: An Inquiry into the Application of the "Effective Control" Standard after *Behrami*," *Israel Law Review*, vol.45, no.1, 2012, p. 176.

¹⁷⁵ Otto Spijkers, "Responsibility of the Netherlands for the Genocide in Srebrenica: the *Nuhanovic* and *Mothers of Srebrenica* cases Compared," *Journal of International Peacekeeping*, vol.18, no.3-4, 2014, p. 289.

¹⁷⁶ Cedric Ryngaert, 'Srebrenica Continued: Dutch District Court holds the Netherlands Liable for Cooperation with Bosnian Serbs', *Netherlands International Law Review*, vol.61, no.3, 2014, p.430.

¹⁷⁷ Nico Schrijver, "Beyond Srebrenica and Haiti: Exploring Alternative Remedies against the United Nations," *International Organizations Law Review*, vol.10, no.2, 2013, p. 595.

上激励各国更合理、充分地处理维和人员的违规违法行为。¹⁷⁸在这方面，国家可能在未来更为谨慎充分地培训维和人员，预防不法行为的发生。¹⁷⁹总体来说，追究维和人员派遣国的国家责任对被害人有利，但可能造成的潜在消极影响将大于积极影响。

结语

国家是抽象的主体，因此个人或实体的行为具有不法性且可归因于国家时，即是一国对他国犯下国际不法行为时，该国就需承担相应的国际法律责任。国家承担责任的形式一般为停止不法行为、赔偿或继续履行。维和人员及其派遣国在维和行动中需遵守国际义务，违反国际义务则会使行为产生不法性，这些不法行为包括，维和人员的行为违反遵守不干涉内政原则、除自卫和执行任务外使用武力；派遣国未阻止特遣队管辖区域内发生的犯罪行为、未履行审慎义务、不惩处实施不法行为的维和人员。联合国维和部队由各会员国派出的军队、警察或文职等人员组成，理论上受到联合国的指挥和控制，但实践中由派遣国的高级将领担任国家特遣队队长，向维和人员发布和传达任务，这些任务不能超出派遣国事前同意的责任范围。因此，维和人员既处于联合国行动控制之下，又可能接受派遣国的指挥。在此情况下，需依据“有效控制”标准判断不法行为的可归因性。虽然“有效控制”尚未获得明确定义，但国际法委员会、国际法院和国家的观点基本一致，即“有效控制”是一个事实标准。目前，欧洲人权法院、荷兰国内法院、比利时国内法院已作出过与维和人员派遣国国家责任相关的判决，判定维和行动中的不法行为可归因于国家，国家应承担相应的国家责任。这些判决显示了派遣国可能为维和人员不法行为负责的趋势，可能会激励国家在派出人员参与维和行动前进行充分的事前培训，但也可能使国家产生顾虑，降低派遣维和人员的意愿。

¹⁷⁸ Jelena Pejic, “The European Court of Human Rights’ Al-Jedda Judgment: The Oversight of International Humanitarian Law,” *International Review of the Red Cross*, vol.93, no.883, 2011, p. 842.

¹⁷⁹ Nina Mileva, “State Responsibility in Peacekeeping: The effect of responsibility on future contributions,” *Utrecht Law Review*, vol.12, no.1, 2016, p.133.

The Attribution of Wrongful Acts by Peacekeepers and the State

Responsibility of Sending Countries

Abstract: International peacekeeping operations authorised by the UN Security Council are completed by Member States sending troops, police, civilians, or other professionals. In General, the United Nations has the right to control the operations of peacekeeping forces and uniformly dispatches peacekeepers to perform different peacekeeping tasks. However, Sending Countries reserve the right to pursue disciplinary violations and part of the criminal jurisdiction over peacekeepers in practice. Thus, on the basis of principle of effective control, the wrongdoing of peacekeepers may be attributed not only to the United Nations but also to their Sending Countries. Since the country does not have the immunity that the United Nations has, if the Sending Country effectively controls the peacekeepers, it has the duty to ensure that the peacekeepers abide by the relevant principles of international law and international obligations in their operations, otherwise they will bear state responsibility for the illegal acts of the peacekeepers. Judgments made by judicial bodies such as the European Court of Human Rights and the Dutch Supreme Court indicate that Sending Countries may be responsible for the wrongful acts of peacekeepers sent by them. This jurisprudence may motivate countries to conduct adequate training before sending peacekeepers, but may also have a negative impact on the future deployment of UN Member States to participate in peacekeeping operations.

Key words: peacekeepers, state responsibility, attributability, effective control

国际习惯法理论重构背景下外空速成规则的发展路径

葛菲 龙杰

深圳大学, phoebege2001@126.com

摘要：国际法学界围绕习惯国际法构成理论的争议至今仍悬而未果，随着全球社会环境的变化，关于习惯国际法重构的各种理论层出不穷。尤其是外层空间的特殊环境催生了外空国际习惯的理论创新，即速成习惯国际法理论，其速成的特点对传统国际习惯的“两要素”说产生了较大的冲击。本文探讨了速成习惯国际法的内涵以及其衍生的新兴国际习惯理论，在剖析速成习惯国际法理论的深层理论内核基础上，主张即时国际习惯法存在无法解决的固有理论缺陷，因此要满足外空领域对于速成规则的需求，就需要对既有路径进行改革。本文结合学者们对习惯国际法重构的观点，认为需要基于速成国际习惯理论探寻可供替代的理论路径，同时考虑到“两要素”说的稳定性以及对广大发展中国家利益的保障，认为仍然应当坚持对“两要素”说进行继承和发展。

关键词：外层空间法；国际习惯；“两要素”说；速成习惯国际法

郑斌教授在 1965 发表的文章中试图解决人类外空进行探索的迫切需求，提出了速成习惯国际法（instant international customary law）¹ 这一概念。² 传统意义上的国际习惯法首先必须具备法律确信（opinio juris）这一心理要素，其次就是物质也称实践要素，但该要素需要进行漫长的国家实践（state practice）。而也正是对于国家实践的苛刻要求（实践的数量和时间要求）阻碍了对外层空间探索活动的进程。³ 郑斌教授立足联大决议剖析了外层空间法的新发展，提出将法律确信作为构成国际习惯法的唯一要素，并澄清国家实践并非被剔除考察范围，而是有别与传统国际习惯法理论，将国家实践作为“存在证明”而非“构成要素”。⁴ 郑斌教授这一论断为外空速成规则奠定了理论发展基础，也为国际习惯法的构成理论的创新提供了新的思考方向。

一、国际习惯法理论重构的议题

当前中西方学者对于国际习惯法理论重构的议题都各持一词。不少西方学者，特别是现实主义流派的一些学者，仍然对国际习惯能够成为国际法渊源抱有怀疑

¹ 速成习惯国际法的中文和英文表述出现过多样的表述。本文结合其英文表述和中文内涵，最终采用“速成习惯国际法”这一表述。

² See Bin Cheng, *Studies in International Space Law* (Clarendon Press, 1997), p.677.

³ See Bin Cheng, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law” (1965) 5 *Indian Journal of International Law* 23, pp.23-48.

⁴ See Bin Cheng, *Studies in International Space Law* (Clarendon Press, 1997), pp.136-141.

态度，正是因为他们不能够理解国际习惯法所保障的这些具有长期性抑或是系统性的目标也是十分重要的。这些学者普遍抱有这样的观点，但凡是和达成发达国家的短期利益毫无关联的国际习惯法，对于发达国家的意义就是微乎其微的。譬如 Jack L. Goldsmith⁵、Curtis A. Bradley⁶ 和 Eric Posner⁷ 等学者就提出，国内法院应该采用更加严格的方式来适用国际习惯法，同时需要在符合国家利益的情况下要对国际习惯法进行扩张型的适用。Bhupinder S. Chimni 以第三世界的视角指出了传统和现代的国际习惯法都是全球资本主义短期以及系统利益的体现，并提出了一种更有利于全球发展的后现代的国际习惯法的概念。⁸ 鉴于国际习惯法存在的具体适用层面的问题，以及“两要素”说反应出来的诸多缺陷，不少国内学者都试图探索国际习惯法理论重构的方式，为当前的问题提供解决思路。邓华就“两要素”说进行反思，虽然其当前仍然是学界坚持的权威学说，但是法院审理案件的实践中不乏背离的现象。⁹ 钟燕慧、吴坚提出国际习惯法裹挟这发达资本主义国家的意图，当今发展中国家的崛起，也促成兴起了国际习惯法理论重构的浪潮。¹⁰

二、外空速成规则发展现状阐述

国内外关于国际习惯法构成理论争议，随着时代的发展和国际形式的变化一直在被学者们探讨。学说理论上，以速成习惯国际法为代表的速成规则强调将法律确信或者是国家实践二者之一中的单一要素作为国际习惯法的构成要件的学说。国际法院在实践上，国际法院在判断是否形成国际习惯时，对于法律确信的偏好倾向也往往强于国家实践。在郑斌教授创立速成习惯国际法理后，学者们对于国际习惯法的构成理论继续进行探索和创新，进而极大地丰富了速成规则理论。

（一）理论发展

1. 理论的提出

速成习惯国际法的理念的在上世纪 60 年代就曾反复出现，如 Karol Wolfke 就前人进行总结，归纳了传统国际习惯法因为国际社会发展滞缓、交流效率低下，就此需要漫长的实践来保障国际习惯的正当和理性；而现代国际社会的情况是不同于传统的，规范和规则的形成速率应该顺应国际社会的发展速度的提升以及信

⁵ See Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, “A Theory of Customary International Law”, (1999)66 *The University of Chicago Law Review* 113, p.1113.

⁶ See Curtis A. Bradley, Jack L. Goldsmith, and David H. Moore, Sosa, “Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie”, (2007)120 *Harvard Library Review* 4, p.869.

⁷ See Eric A. Posner and Jack L. Goldsmith, “Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law”, (2000)40 *Virginia Journal of International Law*, p.639.

⁸ See Bhupinder S. Chimni, “Customary international law: A third world perspective”, (2018)112 *American Journal of International Law* 1, pp.1-46.

⁹ 参见邓华：《国际法院认定习惯国际法之实证考察——对“两要素”说的坚持抑或背离？》，载《武大国际法评论》2020年第1期，第31页

¹⁰ 参见钟燕慧、吴坚：《论习惯国际法的重构——基于南北国家利益平衡的视角》，载《开放时代》2024年第1期，第144页。

息传递效率的提高相呼应,进而降低对实践的数量和实践的要求。¹¹ 国际法院法官 Tanaka 在“西南非洲案”也对该观点进行了重申。¹² 虽然上述观点提出时尚未速成习惯国际法的概念尚未正式提出,但这一观念的产生无疑是速成习惯国际法理论形成的“催化剂”。郑斌教授于 1965 年发表文章也正式标志着速成习惯国际法理论的形成。¹³

2.理论的拓展

1983 年 Prosper Weil 从条约法理论出发,提出签订条约这一行为本身即可视为是一项国家实践,进而加快国际习惯法的形成的进程。¹⁴ Craig Carr 和 Gary Scott 也提出,虽然条约的法律约束力仅限于缔约方,但如果在缔结条约时满足某些条件,条约的法律约束力可能会扩大,即实然层面上条约可能具有产生国际习惯的效力。¹⁵

1987 年由 Frederic Kirgis 首创“滑动尺度”(Sliding Scale)模型,即在国家实践达到一定的数量的情况下,形成某项国际习惯规范就可以不需要法律确信作为依据,同理在国际实践不充足的情况下,单纯可以通过法律确信来支持某项国际习惯法的生成。Kirgis 将国际实践和法律确信都作为单独的元素,判断国际习惯法是否能够形成,需要基于“滑动尺度”来进行判断。该理论也为速成习惯国际法的可行性提供了理论支撑。¹⁶

1992 年 Bruno Simma 与 Philip Alston 基于国际法规则的范畴并着眼于人权领域,剖析了传统和现代国际习惯理论,得出传统国际习惯法理论已经之后于时代,例如在人权领域存在“高投入,低回报”的情况,应该跳脱出传统国际习惯法的构成要素理论,弱化国家实践这一要素,来实现解决上述问题的目的。¹⁷

1994 年 Anthony D'Amato 根据国际习惯法理论,提出了重新塑造国际习惯法的构成要素。通过定性因素“表达”(articulation)和定量因素“行为”(act)对国际习惯法进行界定。具体界定上,“表达”要求需要国际习惯法存在有关规则,“行为”则要求与表达契合并能够对政策起到明确的作用。并且,对于“表达”和“行为”两者的先后顺序并无约束。根据该理论条约即可迅速且直接地生成国际习惯法。¹⁸

虽然上述学者的理论的出发点存在差异,但是不难发现其理论的思路都与郑

¹¹ See Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, (Wroclaw Scientific Society, 1964), pp.65-69.

¹² ICJ. South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, Dissenting Opinion of Judge Tanaka [R/OL]. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-06-EN.pdf>. pp.291-294.

¹³ See Bin Cheng, *Studies in International Space Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp. 136-141.

¹⁴ See Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?” (1983)3 *American Journal of International Law*, 77, pp.411-413.

¹⁵ See Gary Scott, Craig Carr, “Multilateral Treaties and the Environment A Case Study in the Formation of Customary International Law”, (1999) *Denver Journal of International Law and Policy*, pp.313-334.

¹⁶ See Frederic L. Kirgis, “Custom on a Sliding Scale”, (1987)81 *American Journal of International Law* 1, pp.146-151.

¹⁷ See Bruno Simma, Philip Alston, “The Sources of Human Rights Law Custom, Jus Cogens, and General Principles”, (1992)12 *Australian Yearbook of International Law*, pp.90-98.

¹⁸ See Anthony D'Amato, (ed.), *International Law Anthology*, (Anderson Publishing Co, 1994), pp.61-101.

斌教授速成习惯国际法理论一脉相承，都意图对削弱国家实践在国际习惯法形成上的影响，将其置于法律确信的下位视为附属或者作为证据而存在。

（二）理论缺陷

速成习惯国际法的出现无疑展现出了现代国际习惯法理论激进的一面，即便在满足了当前的现实基础且具备合理性的情况下，但在深层次的法理、哲学以及论证逻辑层面都不可避免存在漏洞。宏观层面上国际法的实行问题不单单是当前国际法律的问题还有更加深层次的国际关系和政治因素的介入。因此，若速成习惯国际法若被滥用，则可能造成更为严重的现实危机。¹⁹

1. 理论基础的冲突

速成习惯国际法对于时间要素的忽略，显然和传统的对于习惯的生成需要满足时间要素的理解在理论上是完全背离的。首先，从哲学角度出发对国际习惯进行分析，社会哲学学派的学者强调习惯的产生和呈现的是过去的文明，同时又是思维习惯、判决、习惯等压力在现代文明塑造下的形成的。分析法学派的学者提出习惯法的出现是从习惯性规则中探寻法律的过程。²⁰ 从人类社会的发展历程中来看，行为要发展成为规则其必须要满足历史的沉淀，即时间要素。而在人类社会发展和法律制度的推动下，人们对于习惯的界定更加趋向于统一和稳定的法律。²¹ 国际法层面，国际习惯法作为国际法的渊源之一，是国际社会的共同价值理念的表达，也需要不断的沉淀和积累。²² 由此，鉴于国际习惯法作为当前国际法的主要渊源的之一，更应该保持相对的稳定，通过解释说明的方式进行适用，而非积极创设新的规范。²³ 综上，不难得出“速成”和“习惯”之间存在天然的理论概念上的冲突。²⁴

2. 应然、实然法混同

当前，不少学者总结联大决议总是以各种形式渗透到国际法的渊源之中。基于速成习惯国际法理论，即便联大决议是国际软法，却仍然可以产生法律确信，进而能够产生国际习惯法。但是从实然法和应然法的层面而言，其中显然存在着冲突和矛盾。

国际习惯法作为国际法渊源之一，属于实然法的范畴，其理应坚持实证的方法说明现行约束国际关系的国际规范，其着眼点应当是国际法能否以及何种程度上对各国产生法律拘束。而与之相悖，联大决议应该产生应然法的效果。其本质上应该是对国际社会的普遍价值进行指引，其更多是各国意向的表示，并不会产

¹⁹ See Anthea Elizabeth Roberts, “Traditional and Modern Approaches to Customary international Law: A Recompilation”, (2001) *American journal of International Law* 95, pp.770-774.

²⁰ 参见罗斯科·庞德，廖德宇：《法理学》（第一卷），法律出版社 2007 年版，第 127-166 页。

²¹ 参见罗斯科·庞德，廖德宇：《法理学》（第三卷），法律出版社 2007 年版，第 294-295 页。

²² See M Alcolm Shaw, *International Law*. 7th ed. (Cambridge University Press, 2014), pp.51-54.

²³ See Daniel Bodansky, “Customary (And Not so Customary) International Environmental Law”, (1995)3 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp.108-112.

²⁴ See Peter M Alanczuk. *Akehurs's Modern Introduction to International Law*. 7th ed. (Routledge, 1997), pp.45-46.

生实际的法律约束力，因此各国在进行意向表示时并非从法律层面，而更多是政治考量。虽然现实层面上吗，联大决议的确在实践中促成了外空国际习惯法的形成，抑或是转化为了外空条约，²⁵ 但这不能证明联大决议必然能够作为国际法渊源而存在。

不难发现速成习惯国际法暗含了将应然法中的规则作为法律确信的依据，在应然和实然法层面难免冲突，这无疑暴露了速成习惯国际法难以消弭的逻辑缺陷。设想如果这类国际法规则仅仅只存在联大决议这一依据，在规则的执行阶段的实际效果显然会大打折扣，更加不能实践救济功能，进而导致国际法效力受到损害。

26

三、外空速成规则发展路径构想

鉴于当前国际习惯法理论重构的不断深入，以及外空发展的迅猛态势和亟待解决的众多问题，外空速成规则的推陈出新必然与各国外空探索的切身利益紧密联系。虽然郑斌教授的速成习惯国际法理论虽然具有极大的进步意义，但是在理论层面却存在不可弥合的缺陷，无法支撑后续国际习惯法构成理论的继续发展，因此应当从新的角度去思考未来外空速成规则的发展路径。

（一）探寻速成理论的替代路径

作为新型国际法规则的国际软法因其本身并不具备法律约束力被国际法渊源排除在外，但是其特殊的法律地位和作用却对传统国际法渊源所形成的空白领域进行了填补，有些学者认为国际软法可以作为速成国际习惯法，也希望能够对国际软法的效力进行增强。

1. 调整既有理论

国际法一直处于不断变化和发展之中，倘若出现新型的渊源，就设法在原有的基础上创设全新的渊源类型显然有失国际法的稳定性，是不妥当的处理手段。应当建立更为健全的理论体系来应对国际法渊源的变化。

Frederic Kirgis 的“滑动尺度”理论在速成习惯国际法理论的基础上进一步发展和调整。该理论认为法律确信对于外空国际习惯法的构成中并非绝对的主导地位，通过建立法律确信和国家实践的模型（见图 1），表明两要素之间存在着类似图像中的负相关的联系。“滑动尺度”理论在两要素的基础上，结合了速成习惯国际法的单一构成要素的理念，既承认了一般情形下的两要素说，也承认极端情况下可以通过单一要素的作用形成国际习惯法。

此外，还有学者就类似于联大决议这样的软法不应该被划归为国际法规则，其作为软法应该处在一种法律和非法律之间的“过度地带”。²⁷ 何志鹏教授在对

²⁵ 参见尹玉海、余佳颖：《外层空间软法规制之发展及其价值判断》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2019年第1期，第106-112页。

²⁶ See Michael Scharf, “Accelerated Formation of Customary International Law”. (2013-2014) *ILSA Journal of International and Comparative Law* 20, pp.324-326.

²⁷ 参见 G·J·H·范·侯复，王献平：《关于国际法渊源的新理论》，载《环球法律评论》1989年第2期，第

“滑动尺度”模型进行改良时也试图将国际礼让、一般法律原则、国际习惯等国际软法的界限进行了较为清晰的划分（见图2）。

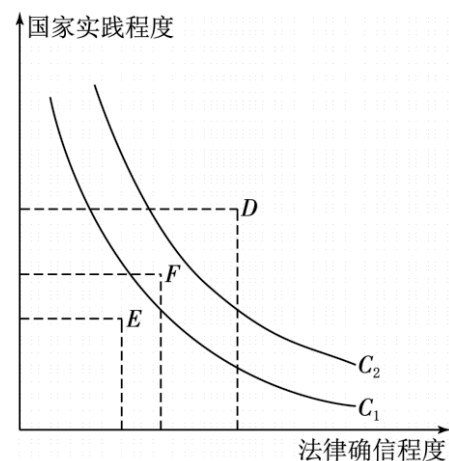


图1 “滑动尺度”理论示意图

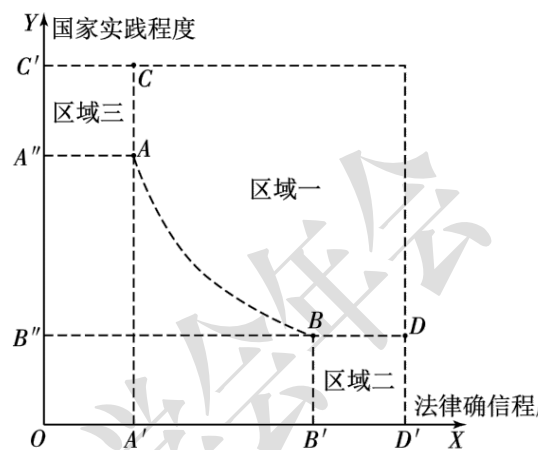


图2 习惯国际法界限示意图

但是，何志鹏教授的改良后的理论虽然将软法进行了较为系统的划分，但是该模型的构建恰恰是对速成习惯国际法理论的否认。因此，这也侧面证明了应该探寻速全新的速成理论的必然性。²⁸

2.探索原则路径

具体的方法层面可以从原则路径进行思考。原则分为两种，一种是一般法律原则，另一种是国际法的基本原则。前者指已被国内法普遍确认且被国际法吸纳的原则，因其是从国内法衍生为国际法的，所以更加注重国际与国内社会之间的对比；²⁹ 后者是从国际法总结而来的，与国家间关系密切相关，且具有基础性和广泛性的特征，作为国际法的关键而存在，³⁰ 在整个国际法体系中起到了指导性作用。³¹ 虽然原则在表述上存在着较为抽象的特点，但是其仍然作为国际法规则的导向和理论支撑而存在。³² 一般情况下法律原则无疑体现了某一法律体系的倡导的观念和价值的偏向，国际法也是这样。回溯二战后的国际法的发展历程，传统领域以及外层空间法、环境法、人权法等新兴领域都是先行提出倡议，然后在各国认识到某一问题的重要性后再展开国际造法。因此，与其划分清楚这些决议、宣言等的法律地位或者渊源，不如对这些决议、宣言中的原则进行分析。重要的价值导向无疑是暗含在这些原则之中的，遂后随着时间的沉淀逐步发展后成

51 页。

²⁸ 参见何志鹏,魏晓旭.《速成习惯国际法重思》,载《东北师大学报(哲学社会科学版)》2020年第1期,第103页。

²⁹ 参见郑斌:《国际法院与法庭适用的一般法律原则》,法律出版社2011年版,第25-26页。

³⁰ Georg Schwarzenberger. The Fundamental Principles of International Law [C/OL]. Collected Courses of The Hague Academy of International Law 1955, Vol.87. https://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrde_A9789028612426_03.

³¹ 参见何志鹏:《国际法基本原则的迷失:动因与出路》,载《当代法学》2017年第2期,第32-45页。

³² 参见H. L. 哈特.《法律的概念》(第二版),法律出版社2006年版,第240-244页。

型。原则路径并不是以软法转化为国际规则作为最终目的，而是起到了在原则转化为国际法渊源过程中的承接作用。适用这一路径的主体仅限于新议题或者新领域中首次创设的软法规则。

3.拓展解释路径

解释路径具体是针对上述原则路径尚未进行及时反映时，可以采取的备用路径。解释路径即将国际软法中不存在法律拘束力的规范内容从国际法的层面出发进行法解释，将原本含糊的内容具体化，但是在法律性质层面上仍然不具有国际软法的效力来源。

上述原则与解释两路径各有侧重着重点并对速成习惯国际法理论存在的不足之提供了可供解决的路径，不论是理论层面的优化，还是借助软法转化为正式的国际法渊源的方法，都对软法的硬化提供了可行的思路。³³

（二）继承发展既有的“两要素”说

虽然当前“两要素”说面临着巨大的理论危机和实践层面的挑战，但是不可否认其在外空领域仍然具备理论优势。外空国际法领域的国际习惯法理论自发展以来就一直没有脱离过传统国际法的“两要素”说，并且学者们也在对“两要素”说的理论不断进行扩充，而速成习惯国际法理论则是特定时代背景下的产物，作为新生事物而言仍然需要不断发展和完善。因此传统的“两要素”说显然更能够适应不断变化的环境具备一定的稳定性，更加符合当前外空法治发展的需求。

1.外空领域“两要素”说的优势

国际习惯形成的“两要素”说在当前的外空领域仍然没有丧失其价值，因此应当对其坚持继承和发展的理念。在当前的外空资源开发领域国际习惯法构成的发展态势，以及当前世界政治格局的逐渐趋于多极化和多元化的演变趋势来看，“两要素”说不仅没有过时，反而在很大程度上能够维护处于劣势地位的发展中国家的外空权益。

与此同时，人类对于外空领域的开发和互动也导致了外空环境的逐渐恶化，近年来外空领域的国际谈判也日渐兴起，新的外空秩序也在酝酿之中。此外，当前在外空领域的政治博弈愈发激烈，外空国际规则制定也日渐被关注且内容上也愈加复杂，在涉及外空安全的前沿领域如外空干扰行为、外空活动的网络安全以及外空干扰行为等领域，以美国为代表的一些空间大国一定会制定具有正对性的方案来促进外空法的制定和解释。³⁴

可以预见未来的外空国际规则制定的博弈局面和焦灼局势一定会更为复杂，也对维持既有的或者说应有的规则的稳定和战略的均衡造成了巨大的挑战。在日渐复杂的外空形式下，之于国际社会，特别是对于外空发展相对滞后的发展国家

³³ 参见何志鹏,魏晓旭:《速成习惯国际法重思》,载《东北师大学报(哲学社会科学版)》2020年1期,第99-106页。

³⁴ 参见张玉沛:《外空国际习惯形成之理论分析》,载《国际法季刊》2023年第3期,第89-91页。

而言更应该坚持对既有的“两要素”说的继承和发展，对新生的规则制定理论抱以更为谨慎的态度，保证外空国际习惯制定的严格性和准确性，在最大程度上预留外空战略发展的空间。

2.坚持“两要素”说的继承发展

关于法律确信和国家实践这两个要素的产生顺序不应该过分拘泥。结合当前美国在外空资源开发领域的法律确信产生国际实践的思路并借助联合国的渠道进行规则宣传手段，进而扩大国际影响，最终对联合国规则的制定进行潜移默化的推动。美国的实践经验也为发展中国家提供了应对思路，即应该在坚持“两要素”说的基础上，从国内法出发，制定完善国内航天法律法规和战略政策等来积极应对这一趋势。

四、结论

速成国际习惯法理论这一创新性理论是在顺应外空活动快速发展情况下应运而生的。外空领域速成规则问题与国际习惯法构成理论的演变不仅存在紧密联系，乃至可能作为国际习惯法构成变革开展的先驱。当前外空资源开发、外空安全的前沿领域如外空干扰行为、外空活动的网络安全等领域，争夺外空国际规则制度主导权的焦灼局势愈演愈烈。然而广大发展中国家处于天然的劣势地位，维持传统的国际习惯构成“两要素”说显然是较为保守和稳妥的，短期内能够继续发挥效用。但鉴于“两要素”说仍然存在较多的问题，不少学者也对国际习惯重构这一问题持续探讨，考虑到当前外空治理领域的切实需求，也应该对新的国际习惯法的构成理论予以重视并谨慎地权衡利弊。

参考文献

- [1] 郑斌.国际法院与法庭适用的一般法律原则[M].法律出版社,2011.
- [2] 罗斯科·庞德,廖德宇.法理学.第一卷[M].法律出版社,2007.
- [3] 罗斯科·庞德,廖德宇.法理学.第一卷[M].法律出版社,2007.
- [4] H. L. 哈特.法律的概念.第二版[M].法律出版社,2006.
- [5] 钟燕慧,吴坚.论习惯国际法的重构——基于南北国家利益平衡的视角[J].开放时代,2024,(01):144-160+9-10.
- [6] 张玉沛.外空国际习惯形成之理论分析[J].国际法學刊,2023,(03):78-107+156.
- [7] 邓华.国际法院认定习惯国际法之实证考察——对“两要素”说的坚持抑或背离? [J].武大国际法评论,2020,4(01):20-34.
- [8] 何志鹏,魏晓旭.速成习惯国际法之重思[J].东北师大学报(哲学社会科学版),2020,(01):99-106.
- [9] 尹玉海,余佳颖.外层空间软法规制之发展及其价值判断[J].北京航空航天大学学报(社会科学版),2019,32(01):106-112.
- [10] 何志鹏.国际法基本原则的迷失:动因与出路[J].当代法学,2017,31(02):32-45.
- [11] G·J·H·范·侯复,王献平.关于国际法渊源的新理论[J].环球法律评论,1989,(02):47-52.
- [12] M Alcolm Shaw, *International Law*. 7th ed.[M]. Cambridge University Press,2014.
- [13] Bin Cheng, *Studies in International Space Law*[M]. Clarendon Press,1997.
- [14] Peter M Alanczuk. *Akehurs's Modern Introduction to International Law*. 7th ed.[M]. Routledge, 1997.
- [15] Anthony D'Amato (ed.), *International Law Anthology*[M]. Anderson Publishing Co,1994.
- [16] Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*[M]. Wroclaw Scientific Society,1964. pp.65-69
- [17] Bhupinder S. Chimni. *Customary International Law: A Third World Perspective*[J]. *American Journal of International Law*, 2018, 112(1): 1-46.
- [18] Curtis A. Bradley, Jack L. Goldsmith, and David H. Moore, Sosa, *Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie*[J]. *Harvard Law Review*, 2007: 869-936.
- [19] Anthea Elizabeth Roberts. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*[J]. *American Journal of international law*, 2001, 95(4): 757-791.
- [20] Eric A. Posner and Jack L. Goldsmith. *Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law*[J]. *Virginia Journal of*

International Law, 2000, 40: 639.

[21] Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner. *A Theory of Customary International Law*[J]. *The University of Chicago Law Review*, 1999, 66: 1113-1177.

[22] Gary Scott, Craig Carr. *Multilateral Treaties and the Environment A Case Study in the Formation of Customary International Law*[J]. *Denver Journal of International Law and Policy*, 1999, 27(2): 313-335.

[23] Bruno Simma, Philip Alston. *The Sources of Human Rights Law Custom, Jus Cogens, and General Principles*[J]. *The Australian Year Book of International Law*, 1992, 12(1): 82-108.

[24] Prosper Weil. *Towards Relative Normativity in International Law?* [J]. *American Journal of International Law*, 1983, 77(3): 413-442.

[25] Bin Cheng. *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law*[J]. *Indian Journal of International Law*, 1965, 5(23): 125-149.

跨界海洋环境损害的国内法域外管辖治理方案

苏安琪*

摘要：针对跨界海洋环境损害治理的国际法困境，通过国内法域外管辖制度能够创新实现治理效能提升。法律的域外适用已经成为全球化时代国内法发展的新动向，而我国《海洋环境保护法》等法律法规也提供了实施域外管辖的法律依据。海洋环境民事公益诉讼制度在价值契合性、制度衔接性和实践操作性方面具备显著优势。目前，我国相关立法尚不完善，且司法系统对海洋环境民事公益诉讼中的域外管辖权的行使存在管辖谦抑倾向，建议通过法律解释技术拓展规范适用空间，建立“风险预防-双向黄金法则”评估框架，并完善公益诉讼主体协同机制，用生态文明法治手段提供环境治理创新方案。

关键词：跨界海洋环境污染 海洋环境民事公益诉讼 域外管辖 域外适用

导论：日本核污染水事件引发的思考

随着日本福岛核泄漏事故所造成的含有放射性物质的污水数量不断增长，日本已于 2023 年 8 月开始将核污染水释放到海中。尽管日本东京电力公司承诺在向海排放之前再次使用多核素去除设备（ALPS）进行处理，使氚以外的放射性物质低于法定标准值，但这仍然意味着排放的是污染水。生态学马克思主义的生态危机理论对资本主义制度下人类对科学技术的滥用进行了反思，指出科学技术在生产活动中能够大幅降低成本，促使资本家将科技异化成榨取剩余价值的工具，忽视对自然环境和人类健康造成的损害。¹生态危机理论批判了经济发展之下逐利者对生态责任的忽视与逃避，其理论对当前处理核污染水排放事件具有指导意义。中国是日本的近邻，日本排放核污染水的行为即造成了“跨界海洋环境损害”，危害中国乃至整个太平洋的海洋环境。截至 2025 年 3 月 12 日，日本已开启第 11 轮核污染水排海，并已经开始拆除核污染水排海后空出来的储罐拆除工作。如何选择有利途径进行救济，并对此类跨界海洋污染问题形成有效的救济方案，是迫在眉睫的问题。此前韩国曾尝试向国际海洋法法庭起诉日本，但因当时排放尚未实施难以取证、此后又面临政治压力而作罢。

习近平总书记强调：“保护生态环境必须依靠制度、依靠法治”，为应对此类全球性环境危机提供了法治指引。面对跨界海洋污染的国际法规制难题，我们需要探寻其他治理出路。当今，严格属地管辖主义日渐式微，国际社会出现跨界环

* 苏安琪，女，武汉大学中国边界与海洋研究院硕士研究生，主要从事海洋法研究。电话：13057383635，邮箱：anqisu331@163.com。武汉，430000；黄德明：武汉大学中国边界与海洋研究院及法学院教授、博导

¹ 姚修杰：《生态学马克思主义的生态危机理论》，《北方论丛》2017 年第 5 期，第 144-145 页。

境损害责任内部化倾向。²大国纷纷开始建设国内法域外适用体系，以期通过本国法救济路径来实现更高效和有利的解决路径。一般来说，域外适用指国家机关将国内法适用于境外的人、物和行为的过程；域外管辖作为域外适用体系的组成部分，是指权力机关对境外的人、物或行为行使管辖权。³当前，我国涉外法治建设如火如荼，国内法的域外适用体系建设正是其中的重要内容。我国可借此机遇对海洋环境治理策略进行优化调弦，合理配置我国海洋环境方面国内法的域外适用问题，既为我国构建切实可行的跨界海洋损害救济途径，也表明我国积极参与海洋环境治理、建设海洋强国的主动性。

一、海洋环境民事公益诉讼中的域外管辖的必要性

相比于小型区域内的水体污染，跨界海洋环境损害是严重的生态环境损害，在沟通对话效力欠佳的情形下，只能依靠法律手段进行规制。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》关于涉外因素的定义，⁴影响我国环境利益的涉外海洋环境案件既包括域外主体在我国管辖海域内实施污染行为并产生污染结果，也包括涉外主体在我国管辖海域外实施污染行为，但对我国海域造成污染或污染重大风险的情形。前者与一般国内环境污染案件并无差别，我国法院可以当然地取得属地管辖权进行管辖；后者即国际环境法理论中的“跨界海洋环境损害”，国内法院需要通过行使“域外管辖权”才可对此种案件进行管辖。目前，我国对此种跨界损害尚缺乏理论研究和司法实践，本文所研究的域外管辖问题即针对此种情形。

（一）诉诸国际司法裁判平台的困境

现有的国际法体系下，追究行为国国家责任证明难度极高而法律依据薄弱，像特雷尔冶炼厂仲裁案此种存在直接因果关系且顺利协商选择适用法律的案件几乎是不可复制的。一方面，国际性法庭或仲裁庭的管辖权难以确立。“国际争端解决是基于合意的解决”，一般来说，提起国际仲裁的前提是双方达成将争端提交仲裁的合意，但在诸如排放核污水此类有预谋的污染事件中，很难达成对争端解决方式的合意。虽然《联合国海洋法公约》（下称“《公约》”）设置了强制管辖权，并且也根据强制管辖权产生了一定数量的实践，但是，要解决海洋污染争端，运用强制管辖权也存在两方面的问题。首先，在国际环境法的发展中，向国际性法庭提起诉讼和仲裁只发挥了有限的作用，⁵在跨界海洋污染问题上，很少

² Attila Tanzi. “Liability for Lawful Acts”, *Encyclopedia of Public International Law*, 2021, (01).

³ 覃俊豪：《国内法域外适用：研究路径、美国实践与中国应对》，《学术论坛》2024年第2期，第136-137页。

⁴ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百二十条：“有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事案件：（一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；（二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；（三）标的物在中华人民共和国领域外的；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的；（五）可以认定为涉外民事案件的其他情形。”故域外主体实施的行为或产生民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的行为均属于涉外行为。

⁵ Alan Boyle. “Environmental Dispute Settlement”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*

有因此诉诸国际法庭的先例。国际法院处理的海洋争端主要集中在边界争端上，国际海洋法法庭受理的案件主要涉及“迅速释放”和“临时措施”两类争议；在根据《公约》附件七开展的国家间仲裁中，也罕有关于海洋环境污染问题的实践。其次，强制程序具有补充性、断后性，需要满足一系列前置程序才能启动强制管辖权。这些前置程序包含的具体条件仍然存在争议，但至少包括“交换意见”和“用尽当地救济”两项。⁶由此可见，要通过强制管辖权解决海洋污染问题并非易事。

另一方面，国际责任的追究也存在困难。国家作为最基本的国际法主体，应当对产生于本国的海洋环境污染行为承担责任。传统国家责任指国家不法行为产生的责任，需要证明国家违背了国际义务，且该行为可归因于国家。然而，这在对海洋环境造成损害的情况下很难得到确凿的证明。现有国际环境立法成果呈现出或碎片化或框架性的特点，在面临跨地域、跨领域的重大污染问题时难以提供有效解决办法。由于海洋的动态性和科学不确定性，行为与损害之间的因果关系不易论证；即便可以证明，要求国家承担责任的法律依据也不够明确有力。

因此，现有相关的国际性法律争端解决机制在管辖权和责任认定等方面都无法切实解决跨界海洋环境污染责任的追究问题，转向国内法救济是必要的治理路径。

（二）海洋环境民事公益诉讼的内在优势

“海洋虽有政治边界但没有环境边界”，跨界海洋环境损害事件与国家海洋环境权益保护密不可分。⁷一方面，海洋环境民事公益诉讼的制度设计契合跨界海洋环境损害事件侵害的复杂法益；另一方面，检察机关作为海洋环境民事公益诉讼的办理主体，相比于其他主体更能代表国家利益，能更加全面维护国家海洋环境权益及更广泛的海洋权益。

1. “公法性”与“私法性”兼具

习近平总书记把良好的生态环境视为“公共产品”，体现其生态文明思想的公共性。⁸在制度设计上，海洋环境民事公益诉讼具有公法救济的逻辑，相比于个体进行的私益诉讼，在涉外海洋污染群体性事件中具有显著优势。一方面，环境权虽与其他人身、财产权利一样属于私人权利，但其具有显著的集体性、公共性，通过私权救济的模式来调整海洋环境问题，会导致诉讼策略上的逻辑谬误和起诉标准的误用。海洋的浩瀚使得跨界污染的覆盖面较广，虽对个体受害者的损害程度可能较低，但因涉及范围广泛对公共利益的危害显而易见。此种情形下，个体提起涉外诉讼的成本远大于损害程度，将会造成受害者形成“理性冷漠（rational

(2009).

⁶ 李文杰：《〈联合国海洋法公约〉争端解决强制管辖权研究》，北京：法律出版社，2019年，第47页。

⁷ 王慧：《发挥检察职能优势助推海洋环境治理现代化》，2022-12-19，

https://mp.weixin.qq.com/s/ipHhLAP_ZhgwNgA6r2ecHQ。

⁸ 刘科、黄博琛：《公共性与全民性：习近平生态文明思想的价值指向》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2024年，第2页。

apathy)”，⁹不利于责任追究。另一方面，环境民事公益诉讼所支持的环境修复等责任在责任的承担方式和责任范围上都已经超出了一般民事责任的范围，检察机关支持起诉或直接起诉也让民事公益诉讼附加了行政色彩，呈现出环境民事公益诉讼公法化倾向，恰好符合“环境民事权利社会化、私法权利公益化”的性质。

在诉讼性质上，环境民事公益诉讼仍归属于民事诉讼。从私权保护的角度追究私人主体的责任，规避了国际诉讼中因国家豁免导致无法追责的问题，同时亦遵守了不干涉主权的国际法原则。依托于国际社会跨界环境损害责任的私法化趋势，¹⁰直接追究域外私人主体对于我国海洋环境的损害责任，也符合国际环境法的最新发展动向。

海洋环境民事公益诉讼所体现的公法私法交融性质尤其对跨界海洋环境污染有所裨益，一方面能够通过检察机关这样的公权力机关介入，提高与域外主体，尤其是与大型跨国公司或他国政府支持项目的议价能力；另一方面，对涉外案件来说，行政诉讼域外管辖的正当性存疑，而刑事诉讼保护性管辖的入罪条件颇高，民事公益诉讼的域外管辖则能在涉外海洋污染案件缺乏一般管辖权时为受害群体的环境和经济权益提供保障。

2. 公益性质与环境人权性质契合

以习近平生态文明理论秉持的“环境正义”作为分析前提，私益诉讼局限于对具体个人损害的赔偿，尤其是经济损害赔偿，而对于海洋环境本身的损害不会直接纳入考虑范围，当污染者与受害者地位悬殊或具有涉外因素之时，私主体常常因能力欠缺或疲于诉累而宁愿自担损失，特别是对于恶劣环境的容忍度升高。与之对比，海洋环境公益诉讼具有公益诉讼特有的公益性，尤其将个体的环境安全利益拓展到公共生态安全，既维护海洋公共环境本身的利益，又能以公权力机关的地位为海洋沿岸居民主张环境正义，回应人民的生态诉求。

2022 年联合国人权理事会第 A/77/284 号决议表明，享有清洁、健康和可持续环境是一项普遍人权，¹¹所有人都有权利生活在良好的生态环境之中。环境权的人格属性体现了人与自然关系的进一步联系和拓展，不再局限于环境对人身的直接有形损害，而是延伸到精神损害、人格尊严等间接损害，“大阪国际机场案”即为此种例证。¹²这种延伸对于海洋环境来说尤其重要，因为人类并不直接生活

⁹ “理性冷漠”原指当选民合理地假设他或她的投票不会对选举的结束产生任何实际影响时，他们通常会感到冷漠。参见布莱克法律词典在线版：<https://thelawdictionary.org/rational-apathy/#:~:text=What%20is%20RATIONAL%20APATHY%3F%20definition%20of%20RATIONAL%20APATHY,Dictionary%20%20Free%20Online%20Legal%20Dictionary%202nd%20Ed>。本文中指海洋环境污染的受害者预计通过私益诉讼维权成本高昂而收益寥寥，因此感到冷漠。

¹⁰ 伍亚荣：《国际环境保护领域内的国家责任及其实现》，北京：法律出版社，2011 年；王芸：《跨界环境损害责任私法化研究》，中国地质大学（北京）2022 年硕士学位论文；Alexander Kees. “Responsibility of States for Private Actors”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2011.

¹¹ Human Rights Council. A/77/284: Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, August 2022, p. 1.

¹² 大阪地判平 11 年 5 月 25 日判例地方自治 203 号。1969 年 12 月，日本兵库县川西市与大阪府半中市的 264 名居民联合控告大阪国际机场，认为机场所产生的飞机噪声造成其精神上的痛苦，妨害其生活，要求

在海洋中，而是利用海洋资源、观赏海洋景观、享受临海环境。海洋污染事件对于人类生存环境的影响大多是间接的、潜在的，强调环境人权有助于提高对海洋环境保护的严格程度。公益诉讼的公益属性与环境权的人权属性都具有保护对象不特定、与经济价值脱钩、有利人类群体生存发展的特点。两者性质契合，故而民事环境公益诉讼的公益性价值取向能够弥补我国环境人权保护的不足。

二、国内法域外管辖的制度支撑

《公约》不阻止国内救济途径，并且鼓励进行防止、减少和控制海洋环境污染的国内立法。¹³环境公益诉讼是我国生态文明制度体系的重要组成部分，相比于国际救济途径，在国内进行海洋环境民事公益诉讼的可行性、操作性更强。

（一）生态文明思想法治论的引领

习近平指出，保护生态环境必须依靠制度、依靠法治。¹⁴正确认识人与自然的关系是进一步开展生态文明法治建设的前提。习近平生态文明思想属于马克思主义生态文明理论发展的最新阶段，扬弃了生态中心论和人类中心论关于人与自然关系的理论，始终坚持“环境正义”导向，¹⁵对环境治理理念进行了更新。习近平法治思想和习近平生态文明思想互为方法论支撑，为处理环境污染事件提供了思想指导。当前，“两山理论”“绿色发展”等理论已经深入人心，跨界海洋环境污染不仅仅是被污染国一国之要务，建设美丽中国既是为我们自己负责，也是对全世界人民负责。

运用法治手段解决环境问题已成为各国共识，而习近平法治思想与习近平生态文明思想的结合不仅明确了建立“生态文明法治体系”的目标，也为全球生态环境治理体系提供了中国方案。¹⁶近年来，我国逐步部署海洋强国重大战略，积极推进海洋资源开发和海洋经济发展。向海图强离不开良好的海洋环境作为支撑，我国对海洋保护的重视程度大幅提升，颁布了一系列保护海洋环境的法律法规和支持政策，进入了海洋治理的新阶段。2019年，沿海地区检察机关开展了为期一年的海洋环境公益诉讼专项活动，向法院提起公益诉讼152件。2022年5月，最高检、最高法发布《关于办理海洋自然资源与生态环境公益诉讼案件若干问题的规定》（下称“《规定》”），对海洋环境公益诉讼的管辖、启动程序等进行了详细的规定，为未来后续程序和实体内容的立法作出了

赔偿。大阪高等法院认为，生命、健康和精神自由作为重要的人格要素直接关系个人的生存利益，应当受到法律保护，即认为精神损害也属于环境污染造成的后果之一。

¹³ 参见《联合国海洋法公约》第十二部分第五节“防止、减少和控制海洋环境污染的国际规则和国内立法”；第十五部分第280条：“本公约的任何规定均不损害任何缔约国于任何时候协议用自行选择的任何和平方法解决它们之间有关本公约的解释或适用的争端的权利。”

¹⁴ 习近平：《在十八届中央政治局第六次集体学习时的讲话》（2013-05-24），中共中央文献研究室编：《习近平关于社会主义生态文明建设论述摘编》，北京：中央文献出版社，2017年，第99页。

¹⁵ 王雨辰、卢斌典：《生态学马克思主义研究的三个维度与社会主义生态文明理论研究》，《求是学刊》2021年第6期，第10页。

¹⁶ 吕忠梅：《习近平生态文明思想的“最严法治”论》，《法学》2024年第5期，第3-20页。

引领和铺垫。

（二）环境民事公益诉讼的制度保障

1.我国法域外适用的体系建设

国内法的域外适用本质上是一种跨国法制度，¹⁷基于基于跨国法的威慑理论，法律域外适用制度的有效性同国家影响跨国事务的能力及其影响意愿呈正相关。¹⁸当前，我国在涉外法治领域的能力建设和开展涉外海洋治理事务的主动性方面都具有显著提升。

党的十八大以来，我国不断推进涉外领域立法工作，完善相关我国法域外适用的体系建设。在国际权力格局变革的背景之下，我国领导人提出了一系列关于涉外法治、国际法治的重要论述，明确提出要加快涉外法治工作战略布局、推动全球治理变革。¹⁹国内法的域外适用成为国际法学者重要的研究领域，实务中，新法的制定也更加注重法的域外适用，将具有涉外因素的法律关系纳入其中。²⁰例如，近五年颁布的《生物安全法》《反有组织犯罪法》等新法均包含域外适用的规定。

在涉外海洋治理意愿方面，近年来，我国逐步部署海洋强国重大战略，积极推进海洋资源开发和海洋经济发展。向海图强离不开良好的海洋环境作为支撑，我国对海洋保护的重视程度大幅提升，颁布了一系列保护海洋环境的法律法规和支持政策，这些条文内容的表述已然为域外适用作出了引领和铺垫。当前，我国《海洋环境保护法》（下称“《海环法》”）已经完成了新一轮的修订，着力加大海洋环境的保护力度，并进一步扩大了域外适用的情形，我国法院对在我国管辖海域以外造成我国管辖海域“污染和生态破坏”的情形都将拥有域外管辖权，表明我国对跨界海洋污染事件的规制力度加强。

随着各类海洋保护活动的开展和法律文件的出台，对于海洋的环保意识和保护力度都将大幅增强，从厌诉怠诉的传统思想向积极追责的新时期转变，海洋环境公益诉讼的可行性提高，能够借助公权力机关的力量统筹受害者的经济损失与环境损害的生态损失，有效应对跨界海洋污染事件。

2.“风险预防原则”的制度保障

在我国目前的法律体系中，除了《规定》这一司法解释以外，在《民事诉讼法》、《海环法》等法律法规及司法解释中均具备可供援引的法律依据，环境公益诉讼与民事公益诉讼的一般规定亦可以应用于海洋环境民事公益诉讼，提供多元化的法规保障。²¹

¹⁷ Michael W. Dowdle, “Transnational Law: A Framework for Analysis”. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p.2.

¹⁸ 陈靓：《法律域外适用制度：生成与实施逻辑》，《中国法律评论》2024年第2期。

¹⁹ 习近平：《在中央全面依法治国工作会议上强调坚定不移走中国特色社会主义道路为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，《人民日报》2020年11月18日，第1版。

²⁰ 刘敬东：《加强涉外领域立法的理论思考与建议》，《国际法研究》2023年第2期。

²¹ 目前，我国的环境民事诉讼体系中并没有单独的海洋环境民事公益诉讼这一类别，故学者对于海洋环

国际环境法强调风险预防原则，既强调对现有知识已经可以论证将会危害环境的的活动进行制止，也强调在科学不确定的条件下，对尚未明确但具有高度危害可能性的活动提前采取措施。我国环境法体系吸纳了风险预防原则，根据《环境民事公益诉讼解释》，即使尚未造成实际危害，只要具有损害社会公共利益重大风险，就可以提起民事公益诉讼。²²即，海洋环境公益诉讼的最大特点在于具有“预防性”，可以对尚未造成损害的行为进行索赔，不仅包括行为前，也包括行为后、污染产生实际影响前。这对于跨界海洋污染案件来说是一个极大的利好，因为海洋污染的显现存在滞后性、隐蔽性，从行为发生到损害后果显现可能需要经过较长的期间，海洋环境的复杂也会增大取证难度和科学不确定性。

当然，对于环境案件来说，惩罚只是一种震慑手段，“修复”才是救济的主要目的。我国民事环境立法中对于环境修复进行了细致规定，提供了多重保障：在修复方式上，在无法直接修复的情形下，允许使用替代性修复方式；在履行方式上，允许自行或委托他人进行修复，给被告方履行修复责任提供了较为简便的方式。在执行保障方面，我国环境修复实践中存在由地方政府负责的“政府运行模式”、由法院负责收缴赔款的“法院主导模式”和社会监管模式三种修复金账户监管模式。²³在跨界海洋污染案件中，后两种监管模式都是合理的选择，尤其是社会监管模式下，由代表公共利益的第三方监管账户的资金流向，设立公共信托或基金会，能够更好地体现公益诉讼的公益价值取向。

在跨界海洋污染案件中，此种重“调整”轻“制裁”的司法理念以及较为变通的修复方案有助于域外主体服判息诉，愿意承担相应的修复责任；在执行方面的各项机制亦为域外主体的实际执行提供了各项保障。因此，使得通过环境民事公益诉讼救济跨界海洋污染事件有效可行，国家治理在此发挥重要作用。

三、海洋环境民事公益诉讼域外管辖的不足与优化

目前，我国国内法的域外适用体系建设方兴未艾，研究方式主要集中于理论研究，研究领域则更多关注国家安全方面，对涉外法治的实证与交叉研究不够深入，缺乏实践层面的细则和指导，有必要对现有海洋环境民事公益诉讼中的域外管辖制度提出优化思路。

（一）司法系统对域外管辖的实践过于谨慎

海洋环境民事公益诉讼中域外管辖权的确立及实施规则不够具体明确，导致实践中域外管辖的落地实施困难。近几年来，海洋环境公益诉讼得到充分重视，

境民事公益诉讼的制度定位有所争议。部分学者认为海洋环境民事公益诉讼并不隶属于环境公益诉讼，也不隶属于公益诉讼，应当作为与其并列的制度存在（如巩固（2022）），本文认为海洋环境民事公益诉讼与一般的环境公益诉讼在制度理念、价值取向上并无不同，应当作为环境民事公益诉讼的一个子分类，在有海洋领域特别法的情形下适用特别法，在没有法律冲突的情形下适用环境民事公益诉讼的一般规定，更符合“陆海共治”的治理思路。

²² 《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（2020 修正）第 1 条。

²³ 袁学红：《构建我国环境公益诉讼生态修复机制实证研究——以昆明中院的实践为视角》，《法律适用》2016 年第 2 期。

涌现出大量司法实践。但是,从已发布的典型案例来看,不管是诉前程序还是诉讼程序,没有一例涉外海洋环境公益诉讼,²⁴更遑论域外管辖。由于海域涉及领土与主权问题,我国海事法院一般遵守严格的地域管辖,只管辖发生在我国管辖海域内的案件。而海洋是动态的,污染会随着洋流运动扩散到各国,发生在我国管辖海域外的污染事件亦会对我国环境造成污染,日本排放核污染水即为此种典型情形。

行使域外管辖权的目的包括防御、调整,甚至制裁,而司法机关的保守态度说明,我国法院对域外管辖权的认识停留在“防御”阶段,呈现被动应对的姿态,以避免在管辖权上逾矩。我国国内立法虽然已经开始考虑国内法的域外适用,但在域外管辖上的过于保守将无法满足不同法域外适用的实践需求。事实上,我国司法系统的这种过度谨慎并无必要。我国现行法律对发生在我国管辖海域外、但影响到我国海域内的污染案件实际上提供了管辖权依据,《民事诉讼法》《海环法》中均含有具有域外适用效力的条款,明确我国对此种跨界海洋污染事件具有管辖权。在国际法层面,国际法院在对“荷花号案”的判决中也表明了对于国家行使域外管辖权的宽容态度,只要没有禁止性规则,各国就可以行使域外管辖权。域外管辖权中,只有执法管辖权与他国领土主权直接关联,就立法管辖权和裁判管辖权来说,进行域外管辖不必然引起“真实法律冲突”,所产生的域外效力也较易被接受和执行。

（二）海洋环境民事公益诉讼中的域外管辖制度优化设计

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》强制规定涉及环境安全的公共利益案件直接适用我国法,²⁵我国一旦取得海洋环境民事公益诉讼的管辖权,就可以直接适用我国法。因此,在具备对跨界海洋污染事件使用我国法进行管辖的基础上,我国应当对现有海洋环境民事公益诉讼制度进行优化设计。

1. 运用解释技术释明法条的域外效力

法律的域外效力模糊是各国立法中普遍存在的现象²⁶,这可以被认为是一种问题,也可以被认为是利用现有立法的模糊为域外适用寻找切口,通过司法机关的态度来修正立法意图,明晰该条款是否可以域外适用,从而据此行使域外管辖权。美国司法实践中存在通过针对具体条款进行解释,从而达到域外适用目的的案例,而司法先例又可以作为这些法律条款具有域外效力的证明,在之后的案件中当然地在域外管辖案件中进行援引。

²⁴ 最高人民检察院:《“守护海洋”检察公益诉讼专项监督活动典型案例》, [EB/OL]. [2020-04-29]. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202004/t20200429_460199.shtml#1.

²⁵ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第10条。

²⁶ 杜涛、周美华:《动物福利法的域外适用:欧盟经验、国际法理与中国应对》,《法治现代化研究》2022年第3期,第175页。

美国法院关于《国家环境政策法》（下称“NEPA”）的具体探讨清晰地表现了法院利用解释技术判断某一条款是否能够进行域外适用的路径。NEPA 第102(2)(C)条要求联邦政府所有机构为重大影响“人类环境质量”的联邦行动准备环境影响报告²⁷。然而，这一条款存在的适用范围问题是，“人类环境”一词指全世界的环境，还是仅指美国的环境。美国法院从文义解释和立法历史两方面进行了论证。在塞班人民依格雷罗诉美国内政部一案²⁸中，原告来自塞班岛托管领土，指控被告的高级专员批准大陆航空公司在塞班岛的公共土地上建造和经营酒店，没有遵守 NEPA 对于准备环境影响报告的要求，而酒店的建设将使塞班岛目前的酒店客房数量增加三倍，从而因污水排放量增加而对海洋和珊瑚礁造成损害。被告认为塞班岛超出了美国领土管辖范围，NEPA 不适用于在托管领土内运作的联邦机构，而法院审查并参考了所有可用的立法意图证据，认为 NEPA 的用词并没有对“人类环境”一词加上任何限定，并且，其立法历史都证明了国会打算将该法规适用于美国控制下的所有地区，因而可以推定 NEPA 可以在托管领土适用。该案的价值在于，虽然行为发生地和损害结果地虽然都在域外，但法院首先基于托管领土受美国管辖的特殊性质而排除国际法的适用，然后通过探寻本国内各个法律的用词来确定该法案的立法意图，从而确认该环境法案的域外适用效力。NEPA 对美国人和国家的大量提及使该法案看起来是面向国内的，但这并不一定与对“人类环境”的广泛解释相矛盾。同时，法院还审查了该法案的起草历史、修正案和国会报告，从而同样推论出了“人类环境”的本意是指世界环境，从而顺利取得域外管辖权，将该条款进行了域外适用。

我国法院同样可以采用此种方式。我国立法都具有面向国内适用的外观，但保护我国海洋环境的目的并不排斥对直接或间接造成我国环境损害的域外行为进行管辖，因此，我国法院也可以借助此种术语解释方法，从而发掘出进行域外管辖的合理依据。更进一步，我国法院甚至可以在具体案件中借鉴被告所在国法院进行域外管辖的具体方法，根据非歧视原则将此种解释方法“移植”到待决案件中。

2. 域外管辖权行使限度的评估

行使域外管辖权的直接目的是实现我国法的域外适用，从而根据我国环境立法实现对我国海域的保护。在环境公益诉讼中，争议双方并不是敌对者，重要的是通过诉讼加强对于海洋活动的监管，保护沿海国共同享有的海洋环境，因此，我国也尊重行为人所在国的法律，允许行为人对行为主观动机进行论证。

OECD 在《跨境污染原则》中敦促各国以非歧视原则解决跨界污染争端，要求行为国对受害国采用不低于本国受到类似污染的保护水平，这被称之为“黄金法则”；另有学者提出“反向黄金法则”，认为受害国不能要求污染来源国遵守受

²⁷ National Environmental Policy Act of 1969, §102(2)(C), 42 U.S.C.

²⁸ People of Saipan v. United States Dept. of Interior, Civ. No. 72-3720, 356 F. Supp. 645 (1973).

害国对其本国公民适用的更高标准。²⁹根据前者，如果一项污染在行为人本国是违法的，那么在我国也同样违法；根据后者，如果我国公民、法人或其他主体在我国管辖海域内实施的行为在我国被认为是非法的，那么该外籍行为者就应当根据我国法被采取相应措施。在评估是否行使域外管辖权的过程中，在没有相反的条约规定的情形下，黄金法则和反向黄金法则应当同时进行查明，如果选用我国法对我国更有利，则行使域外管辖权，如果选用行为国法更有利，则可以基于不方便法院原则考虑放弃域外管辖，到行为人所在国提起诉讼。

这样做看似复杂，但更深层的好处在于，因为该原则的适用要求确定在本国内发生的相似纠纷的处理结果，因此双向黄金法则的查明过程实质上加强了争端双方国家对于本身海域环境的监管和对邻国行为的监督，一方面有利于改善本国监管薄弱的问题，另一方面也通过双方国家的自我监管、相互约束从而减少跨界海洋污染事件的发生，形成海洋监管的正向循环，跨界海洋污染监管难的全球难题。

3.明晰海洋环境民事公益诉讼具体安排

首先，应当明确污染程度的量化指标。进行预防性救济时，我国立法所要求的起诉标准是“具有损害社会公共利益重大风险”。目前，何为“重大风险”仍是一个自由裁量的标准。模糊的标准在裁判时需要更强的论证说理标准，而跨界海洋污染事件具有广泛的社会影响力，应当以清晰的标准来回应社会关注，以公平的判决来表明我国立场。

其次，可以适当扩大起诉主体范围。非政府组织不能直接参与国家间诉讼，但在根据国内法提起的诉讼中，非政府组织就能够作为利益攸关者成为人民的代表。目前，由于海洋环境民事公益诉讼并无单独的法规，故应当以清晰的条款明确赋予社会团体起诉主体资格，并且加强社会团体参与涉外海洋污染案件的激励措施，鼓励有资质、有能力的社会团体推动涉外海洋环境民事公益诉讼的发起。当然，扩大起诉主体资格并不意味着每逢污染事件，各类团体就可以纷纷出动竞相起诉。起诉主体应当至少对案件具有最低限度的联系和保护环境的动机，防止起诉主体对有影响力的案件进行挑选，偏离公益诉讼的本来目的。但是，扩大起诉主体并不意味着一味将起诉主体扩大到个人，否则将模糊公益诉讼和私益诉讼的界限，背离海洋环境公益诉讼“一揽子”维权的优势。在海洋环境民事公益诉讼的域外管辖中，应当强调适格原告是受害公民的利益代言人和维权者，而并不是代替者，强化公民的参与机制，让公民切身参与维权进程，提供必备信息，并且对原被告双方进行督促和监督。

四、结语

通过比较跨界海洋污染的国际法救济与国内法救济两种救济模式，可以得

²⁹ Merrill Thomas W. “Golden Rules for Transboundary Pollution”, Duke Law Journal, 1997.

出国内法救济是更优之选。依托于我国环境公益诉讼的现有制度和《海环法》对于域外管辖权提供的法律依据，通过海洋环境公益诉讼中的域外管辖来规制跨界海洋污染具备必要性和可行性。

但是，本文亦发现了实践中域外管辖的实践相当罕见，于是着眼于我国海洋环境民事公益诉讼的实施现状，分析存在的问题。最后，本文提出了海洋环境民事公益诉讼中的域外管辖制度设计，通过借鉴域外经验，从理论和实践的不同角度提出优化建议。一个层面是从域外管辖权入手，一方面建议通过解释技术来释明我国现有法条的域外效力，扩大实施域外管辖权的范围；另一方面，也建议引入“双向”黄金原则与互惠原则，合理限制域外管辖权的行使限度。另一个层面是优化海洋环境民事公益诉讼本身，通过明确污染程度的量化指标、赋予社会团体的起诉主体资格来明晰海洋环境民事公益诉讼的具体安排。

“良好的生态环境是最普惠的民生福祉”，生态文明建设要求要深入打好污染防治攻坚战，有效防范生态环境风险，共建清洁美丽的世界。目前，域外管辖尚未运用到生态保护和环境治理方面，因此本研究尚缺乏实践分析。但是，已经明晰的是，法治是维护生态环境的制度保障，建设中国法域外适用法律体系，并推进涉外管辖的实践应用，是我国推进新时代生态文明建设、参与全球海洋治理的重要方式，也将是习近平生态文明思想的生动实践。

参考文献：

- [1] 姚修杰：《生态学马克思主义的生态危机理论》，《北方论丛》2017年第5期。
- [2] Attila Tanzi. “Liability for Lawful Acts”, *Encyclopedia of Public International Law*, 2021, (01).
- [3] 覃俊豪：《国内法域外适用：研究路径、美国实践与中国应对》，《学术论坛》2024年第2期。
- [4] Alan Boyle. “Environmental Dispute Settlement”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2009).
- [5] 李文杰：《〈联合国海洋法公约〉争端解决强制管辖权研究》，北京：法律出版社2019年版。
- [7] 刘科、黄博琛：《公共性与全民性：习近平生态文明思想的价值指向》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2024年。
- [8] 伍亚荣：《国际环境保护领域内的国家责任及其实现》，北京：法律出版社，2011年；王芸：《跨界环境损害责任私法化研究》，中国地质大学（北京）2022年硕士学位论文；Alexander Kees. “Responsibility of States for Private Actors”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2011.
- [9] Human Rights Council. A/77/284: Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe,

clean, healthy and sustainable environment, August 2022.

[10] 习近平：《在十八届中央政治局第六次集体学习时的讲话》（2013-05-24），中共中央文献研究室编：《习近平关于社会主义生态文明建设论述摘编》，北京：中央文献出版社 2017 年版。

[11] 王雨辰、卢斌典：《生态学马克思主义研究的三个维度与社会主义生态文明理论研究》，《求是学刊》2021 年第 6 期。

[12] 吕忠梅：《习近平生态文明思想的“最严法治”论》，《法学》2024 年第 5 期。

[13] Michael W. Dowdle, “Transnational Law: A Framework for Analysis”. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p.2.

[14] 陈靓：《法律域外适用制度：生成与实施逻辑》，《中国法律评论》2024 年第 2 期。

[15] 习近平：《在中央全面依法治国工作会议上强调坚定不移走中国特色社会主义道路为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，《人民日报》2020 年 11 月 18 日第 1 版。

[16] 刘敬东：《加强涉外领域立法的理论思考与建议》，《国际法研究》2023 年第 2 期。

[18] 袁学红：《构建我国环境公益诉讼生态修复机制实证研究——以昆明中院的实践为视角》，《法律适用》2016 年第 2 期。

[21] 杜涛、周美华：《动物福利法的域外适用：欧盟经验、国际法理与中国应对》，《法治现代化研究》2022 年第 3 期。

[22] National Environmental Policy Act of 1969, §102(2)(C), 42 U.S.C.

[23] People of Saipan v. United States Dept. of Interior, Civ. No. 72-3720, 356 F. Supp. 645 (1973).

[24] Merrill Thomas W. “Golden Rules for Transboundary Pollution”, Duke Law Journal, 1997.

国际法院对国际强行法的识别研究

——以巴勒斯坦问题咨询意见为例

徐坤¹

摘要：国际法院在 2024 巴勒斯坦问题咨询意见报告中将“自决权”识别为国际强行法，其论证依据包括《联合国宪章》《经济、社会、文化权利国际公约》等普遍性公约，还包括其以往判决和咨询意见等。将“自决权”识别为国际强行法符合《维也纳条约法公约》第 53 条和国际法委员会强行法草案的识别标准中的“一般国际法规范”和“不容克减”“不许损抑”之要素，而“被国家组成之国际社会整体接受和承认”之要素，国际法院虽未明确提及，但通过援引普遍性公约间接证明了“整体接受和承认”之要素。纵观“自决权”被识别为强行法的过程，国际法院采取了阶梯式的方式，即宪章规定——对世义务——强行法三个阶段。总体而言国际法院对识别强行法的态度谨慎，仍在国家同意的基石上履行着自身的职能。

关键词：国际法院 对世义务 识别强行法 民族自决权 咨询意见

引言

依据国际法委员会 2022 年发布的报告，一项国际法规范如果被识别为国际强行法，它必须符合如下标准：(a) 它是一般国际法规范；(b) 被国家组成之国际社会整体接受和承认为不容克减的规范，此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。²这与《维也纳条约法公约》（下称《条约法公约》）第 53 条规定的强行法内容基本一致。国际法院在 2024 年 7 月发布的“以色列在包括东耶路撒冷在内的巴勒斯坦被占领土上的政策和做法所产生的法律后果（下称“巴勒斯坦问题咨询意见”）”咨询意见报告中指出民族自决权（下称“自决权”）是一项国际强行法。在该咨询意见报告的 230 至 243 段中，国际法院指出巴勒斯坦问题存在“自决权”，并论证了“自决权”的强行法性质，其论证依据主要在 230 至 233 段，包括国际法院以往的判决和咨询意见、《联合国宪章》（下称《宪章》）、联合国大会决议、《经济、社会及文化权利国际公约》和《公民权利及政治权利国际公约》（下称“两个基本人权公约”）及有关宣言。³从其论证依据来看，国际法院对强行法的识别符合国际法委员会的第一项标准，即一般的国际法规范。从其论证的文字中，也体现了“不容克减”这一要素。但“被国家组成之国际社会整体接受和承认”这一项，通观 230 至 243 段，国际法院并没有明确提及何为“整体接受

¹ 外交学院学生，18612712582

² 联合国国际法委员会：《国际法委员会报告》，A/77/10（2022），第 29-30 页。

³ Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2024, p. 65, para. 230-233.

和承认”。问题在于，是国际法院忽略了这一要素，还是通过《宪章》和两个基本人权公约以及过往的判决和咨询意见间接证明了这一要素？解决这一问题将有助于理清国际法院识别国际强行法的识别逻辑和论证路径。此外，国际法院本次对强行法的识别是通过咨询意见，这是否扩大了咨询意见的效力和其权利，将“自决权”识别为强行法的过程是否严谨或体现识别强行法的一般趋势和规律等问题亦须分析和关注。

一、国际强行法的概念

（一）国际条约中的强行法规定

国际强行法的概念在条约中最早出现于 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条。该条规定：“条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”依据该条款的内容，可以将国际强行法分解为如下要素：（1）它是一般的国际规范，且具有强制性；（2）它是被国家组成的国际社会全体所接受的一般国际法规范；（3）被认为是不可损抑的，且只有嗣后同等性质的一般国际法规范能够将其更改。

将《条约法公约》第 53 条的内容同国际法委员会的报告中的国际强行法的识别标准对比，国际法委员会报告中的识别标准实际上就是《条约法公约》53 条分解后的内容。

（二）学理上对国际强行法的定义

《条约法公约》第 53 条之规定以及国际法委员会的识别标准并没有规定国际强行法的具体含义。有学者认为，国际强行法是与任意法相对称的，在国际法中普遍适用于所有国际法主体，且国际法主体必须绝对服从和遵守，不能以约定的方式予以损抑的法律规范。它保护的是国际社会普遍认可的价值与利益。⁴也有学者认为，国际强行法是指国际社会公认的具有强行性且不得损抑、仅有相同性质的规范才能对其进行变更的法律规范。⁵还有学者认为，国际强行法是国际社会公认的国际法概念，但是概念的具体内涵还没有一致的认识，《条约法公约》仅是一个形式上的定义，没有提供辨明强行法的标准。⁶考察前述学者对国际强行法的定义和解释，可以得出如下结论：首先，国际强行法无论在学理还是国际法上，都还没有一个统一的定义；其次，即使有些学者作出了解释，但侧重点不同。例如前述定义，有的学者是从拘束力的角度定义，即国际强行法是普遍适用的，是需要国际法主体绝对服从和遵守的。有的学者则是从国家同意的角度去定义国际强行法，强调应是国际社会公认的法律规范。这一点，同《条约法公约》及国际法委员会的报告一致；最后，无论哪一种定义或未给出定义，都提及“不

⁴ 江国青等主编：《国际公法学》（第三版），高等教育出版社 2022 年，第 61 页。

⁵ 贾兵兵著：《国际公法：和平时期的解释与适用》（第二版），清华大学出版社 2024 年，第 51 页。

⁶ 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 2018 年，第 35 页。

可损抑”的特点，因而国际强行法的不可损抑性是一个共识。但总体而言，这些解释或定义是以《条约法公约》第 53 条为基础，与国际法委员会给出的识别标准是相似的。

二、国际法院对国际强行法的识别

依据上述概念分析，国际法院对强行法的识别涉及如下问题：第一，国际法院如何将一种国际法律规范识别为一般的国际法规范；第二，国际法院如何识别“不许损抑”或“不容克减”；第三，国际法院如何识别该规范为“被国家组成之国际社会整体接受和承认”或“国家之国际社会全体接受并公认”。

（一）一般的国际法规范

《国际法院规约》（下称《规约》）第 38 条规定了国际法院裁判时应适用的国际法，包括国际条约、国际习惯、一般法律原则、国际法院判例、权威国际公法学家之学说以及“公允及善良原则”等。这些裁判依据通常也被视为国际法渊源。随着国际法的实践和发展，还出现了“软法”的概念。软法包括没有拘束力的决议、宣言等，为促使更多国家的参与，一般不规定具体的权利义务，但对国家的行为可能存在一定影响。

确定了国际法的渊源后，需要解释的是何为“一般的国际法规范”。关于何为“一般的国际法规范”，当前有几种不同的观点。一是认为一般国际法规范仅指国际习惯法；二是认为一般国际法规范指一般法律原则；三是认为一般国际法规范包括国际习惯法和一般法律原则，但排除已成文的条约和协定等；四是一般国际法不但包括前述各种形式的国际法，还包括软法和未生效的国际条约草案，是包含多重渊源的复合型概念。⁷笔者赞同“包含多重渊源的复合型概念”这一观点。“一般的”在中文里亦可理解为“普遍的”，《维也纳条约法公约》第 53 条规定之强行法，其对应英文表述使用的是“general”也具有“普遍的”之意。因此，“一般的国际法规范”也可理解为“普遍的国际法规范”。《规约》第 38 条列举的国际法规范中，国际条约和国际习惯显然可以成为一般的国际法规范。一般法律原则应难以成为“一般的国际法规范”。有学者认为，国际法院在裁判时如找不到可适用的国际条约或国际习惯，一般法律原则可作为变通的解决办法，但它本身不是一项渊源，且就其含义和内容并无广泛的共识。⁸依据《规约》第 38 条，司法判例和权威公法学家学说可作为确定法律原则的补助资料。权威公法学家学说的作用主要在于其证据价值，但在国际法院的裁决中一般很少直接援引学说或著作。⁹与权威公法学家学说不同，司法判例有演变为一般的国际法规范的趋势。《规约》第 59 条规定“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。”，该条款规定国际法

⁷ 张琪悦：《〈联合国海洋法公约〉序言中“一般国际法”的界定与适用》，载《中国海商法研究》2023 年第 1 期，第 59-60 页。

⁸ 周鲠生：《国际法》，商务印书馆 2018 年，第 15-16 页。

⁹ 邵津主编：《国际法》（第六版），北京大学出版社、高等教育出版社 2024 年，第 13 页。

院的判决仅对案件当事方有拘束力，不构成判例。但在实践中，国际法院的判决常被援引于后案，因此，某一项被广泛认可的判决，有可能实质上变为一般的国际法规范。有学者认为，国际法院在其工作进程中形成了“事实上的判例法”，也是基于这一现象，其在强行法的确认方面屡被关注。¹⁰至于《规约》第38条第2项“公允及善良”原则，当前没有案件明确依这一原则裁判，与其说是司法裁判原则，该原则更近乎于人类行为的一般原则。

再看国际法院在巴勒斯坦问题咨询意见报告中将“自决权”识别为国际强行法援引的国际法依据，包括在230、232段援引以往的判决和咨询意见、231段和233段援引《宪章》和两个基本人权公约等具有普遍性的公约、在231、233段援引了有关宣言和联合国大会的会议文件。从援引的内容来看，国际法院识别过程中的一般国际法规范确属“复合型概念”。但是，考察国际法院具体论证的过程，宣言及大会文件其实是对普遍性条约内容的补充或证明。例如，在231段援引《给予殖民地国家和人民独立宣言》是强调“自决权”作为《宪章》宗旨的重要性；又如233段援引联合国大会记录，是为强调两个基本人权公约中“自决权”的重要性。值得注意的是，国际法院援引过往判决或咨询意见时，并未将其作为公约的补充或证明，而是独立的适用。例如在230段、232段，国际法院分别援引“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果咨询意见”和“东帝汶案（葡萄牙诉澳大利亚）判决”，以确认巴勒斯坦“自决权”的存在，并强调“自决权”是当代国际法的基本原则之一。通过上述分析可知，国际法院在识别强行法时，就一般的国际法规范这一问题上，至少可以得出如下结论：一，具有普遍性的、缔约国众多的国际公约是一般的国际法规范。《宪章》的普遍性无需赘言。截止到目前，《经济、社会及文化权利国际公约》的当事方为173，《公民权利及政治权利国际公约》的当事方为174，目前世界上国家的总数为197，因而这两个人权公约显然也是被国际社会普遍接受的；二，“宣言”或“决议”等软法性质的国际法文件，可以作为一般的国际法规范的补充或证明；三，国际法院的判决和咨询意见也是一般的国际法规范。

（二）“不容克减”与“不许损抑”的体现

考察上述条约，均有类似“不得克减”表述的规定。例如《公民权利及政治权利国际公约》第1条第2款：“无论在何种情形下，民族之生计，不容剥夺”，该公约的其他规定，多以“不得”这样具有禁止性意味的表述，强调缔约国对公民权利和政治权利的保护。《经济、社会及文化权利国际公约》第1条第2款亦规定“无论在何种情形下，民族之生计，不容剥夺。”《宪章》第2条第6款更是规定非会员国亦须遵守宪章第2条规定之原则。

不过，国际法院在巴勒斯坦问题咨询意见报告中，主要是肯定“自决权”的重

¹⁰ 何志鹏：《漂浮的国际强行法》，载《当代法学》2018年第6期，第112页。

要性，以强调其“不容克减”“不许损抑”。例如，在 231 段强调“自决权”是联合国的宗旨之一，也是国际法的基本准则之一，并且在该段还使用了“重要性（importance）”；在 232 段提出尊重该权利是“对世义务（erga omnes）”；在 233 段提出该权利是“基本人权（fundamental human right）”且是“不可剥夺的权利（inalienable right）”等表述，以强调“自决权”的“不容克减”和“不许损抑”。

（三）未明确的“国际社会整体接受和承认”

由上述论证可知，国际法院在该咨询意见报告中识别强行法时，“一般的国际规范”及“不容克减”或“不许损抑”之要素较为显著。但何为“国际社会整体接受和承认”，并没有给出明确的说明。对照现有法律文件用词，《维也纳条约法公约》第 53 条的中文版措辞为“全体”，英文使用的对应词是“whole”，而国际法委员会使用的是“整体”。整体与全体在中文使用中略有不同，全体应指“全部成员”，而“整体”应为“绝大部分”或“普遍的”。

若为“全体”，即一项国际强行法须是国际社会所有成员承认和接受的。但是，这样的解释一方面将强行法的识别置于过高的标准，几乎没有任何一项国际法规范是国家组成的国际社会所有成员全部承认和接受的。另一方面，尽管当前国际法是以国家同意为基础，但在国际法的实践中也会依据不同的情势对国家同意有所限制。例如，《宪章》第 2 条第 6 款规定“本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。”就是对国家同意一定程度的限制。此外，在《灭种罪公约》的咨询意见报告中，国际法院针对缔约方的保留问题，认为保留不应损害公约的宗旨和原则，否则“是一种极端的国家主权的适用”（so extreme an application of the idea of State sovereignty）。¹¹这也体现了对国家同意一定程度的限制。

由此而言，“整体”的意涵更符合国际法的实践和发展趋势。部分国际法实务工作者也认为，所谓整体的接受和承认，只需大部分国家或国际社会的主要部分接受和承认即可，无须达到每一个成员的接受和承认这样一个标准。¹²而参照英文 whole 一词，也偏向于整体，即“重要的部分”。

但无论是“全体”还是“整体”，国际法院在巴勒斯坦问题咨询意见报告中都未明确提及这一要素。因此，只能从已有的论证中寻找线索。考察国际法院的论证依据，主要为普遍性的国际条约。其普遍性一方面体现在绝大部分国家都是这些公约的缔约国，另一方面是“自决权”在这些公约中被规定为“国际法基本原则”或“宗旨”或“不得剥夺”等。依据这两个特性，国际法院应是避免直接论证这一要素，以便降低强行法的识别难度，通过普遍性条约间接证明这一要素的存在。因为，明确地论证何为“被国家组成之国际社会整体接受和承认”确有很大的困难。即使

¹¹ Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1951, p. 20, para. 1-3.

¹² 万鄂湘：《从国际条约对第三国的效力看强行法与习惯法的区别》，载《法学评论》1984 年第 3 期，第 71 页。

通过上述词义分析，一项规则无须国际社会的每一个成员接受和承认，但“整体”的具体定义也实难确定。例如，“整体”若为代表制，则可解释为各大洲具有代表性的国家；若为国家总数的比例，则可解释为全部国家数目的二分之一或三分之二以上；若为各国经济影响力，还可解释为各国经济占世界总量的比例。总之，当需要具体去论证何为“整体”时，国际强行法的识别将变得极为困难，甚至难以识别。另一较小的可能性是，国际法院未考量这一要素。但基于国际法的基础是国家同意这一点，国际法院如果不考虑国家同意的因素，即使将一项国际法规范识别为国际强行法，也不会产生预期的效力。尽管笔者在上文提出国际法的规定和实践对国家同意有所限制，但只是个别情况，还不能因此认定为国际法的发展趋势。

综合上述分析，笔者认为国际法院通过普遍性条约以间接的方式证明了“自决权”是一项“被国家组成之国际社会整体接受和承认”国际法规范，避免直接论证的困难，有利于国际强行法的识别和发展。

三、“识别”的扩权隐忧与国际法院的谨慎

国际法院对强行法的识别既对国际强行法的发展有利，又存在一些隐忧。依据《宪章》第 96 条第 1 款和第 2 款、《国际法院规约》（下称《规约》）第 65 条第 1 款，联合国大会、安理会及大会授权的联合国其他专门机构，可就工作范围内的法律问题向国际法院咨询意见。尽管《宪章》和《规约》没有规定国际法院的咨询意见具有法律拘束力，但就可申请咨询意见的主体而言，是当今国际社会中最具影响力的国际组织的部门和专门机关，咨询意见是否会经由联合国产生外溢的法律效力，或者国际法院是否可通过咨询意见的方式扩大自身的影响力，是值得关注的问题。同时，虽然国际法的效力位阶是一个复杂且未有定论的问题，但依据《条约法公约》第 53 条，国际强行法不得损抑，只有与之同等性质的国际法可以对其更改，且条约与之抵触的无效。又依据《条约法公约》第 64 条，当一项新的国际强行法产生时，现有与之抵触的条约将终止或无效。由此可知，国际强行法在当前的国际法中有着最高的效力。因此，对强行法的识别，确认一项国际法规则为国际强行法应慎之又慎。

或许正是基于强行法的最高效力，国际法院本次借以咨询管辖权将“自决权”识别为国际强行法虽有扩权的隐忧存在，但考察“自决权”被国际法院识别为国际强行法的过程，可知其对强行法的识别十分谨慎。国际法院在早期的司法判决中，一般将“自决权”作为宪章的规定援引。¹³至 1995 年的东帝汶案（East Timor Case），国际法院才将“自决权”与“对世义务（*erga omnes*）”这一概念联系起来。¹⁴“*Erga omnes*”是拉丁语，可追溯至罗马法，该词可表示不特定的群体。如“对物之诉是

¹³ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 25.

¹⁴ East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 202, para. 29.

为维护物权而提起的诉讼，不以特定的人为对象”¹⁵“……它要求除权利人以外的一切其他人遵守一种消极义务……”。¹⁶国际法院引入这一概念的判决是著名的“巴塞罗那电车案（Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Case）”，法院认为，对世义务是指某些权利对所有国家而言都存在法律利益，因此所有国家都有保护这些权利的义务，例如，法院还补充道，宣布侵略和种族灭绝是非法行为，保护人们免受奴役和种族歧视等。¹⁷由国际法院对于对世义务的解释可知，对世义务与国际强行法有一定相似之处，但目前没有权威的国际条约规定它具有强行法那样令条约失效或终止的效力，也未有不得损抑和只有同等性质国际法才可更改效力。因此，对世义务的效力还不能与国际强行法相等同，但就所有国家均有义务这一点而言，其认定标准接近于国际强行法。国际法院于2004年的“巴勒斯坦隔离墙”问题咨询意见中再次将民族自决权同普遍的义务相结合，并援引了巴塞罗那电车案和东帝汶案，进一步强化了“自决权”的对世义务效力。¹⁸最终，国际法院于2024年在“巴勒斯坦问题咨询意见”中，将“自决权”识别为国际强行法。¹⁹

纵观“自决权”被国际法院识别为强行法的过程，可以从时间跨度、“自决权”的性质和咨询意见三个维度看出国际法院对于识别强行法谨慎地态度和做法。首先，从时间的跨度上来看，“自决权”作为宪章和国际法基本原则之一，早期是作为宪章的规定而被援引。而1970年巴塞罗那电车案中提出对世义务的概念后，又经过二十多年于1995年的东帝汶案中，才将“自决权”与对世义务相联系。至2024年在“巴勒斯坦问题咨询意见”中将“自决权”识别为强行法止，从宪章生效时间起算，“自决权”作为宪章基本原则已近80年时间，国际法院在这一时间跨度中，对于“自决权”的认定和识别还具有阶梯性，即宪章规定——对世义务——强行法三个阶段。其次，从“自决权”的性质来看，由本文第三部分论证可知，“自决权”作为宪章和国际法的基本原则以及长久以来的国际社会实践，已经具有不得损抑和国际社会整体接受的特征，故而，国际法院将其识别为强行法并非创设一项新的规则，而是对“自决权”在当今国际法现实中的一种确认。最后，从咨询意见本身看，这一文本并不像判决一样具有法律拘束力，尽管它可能通过联合国这一最大的国际组织发挥一定作用，但毕竟无法和判决相比。

总体而言，从以上三个维度考察国际法院识别强行法的态度和实践，其对强行法的识别可谓慎之又慎。尽管存在扩权的隐忧，但作为国际上最具权威性的国

¹⁵ 黄风：《罗马法》（第二版），中国人民大学出版社2014年版，第14页。

¹⁶ 黄风：《罗马法》，第102页。

¹⁷ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33-34.

¹⁸ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 199, paras. 155-156.

¹⁹ Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2024, p. 65, para. 233.

际司法机构，其实践仍需以国家同意为首要考量，毕竟其权威的来源是绝大多数国家的授权，如果脱离国家同意的基础去扩权，即识别一项国际规则为强行法而无法得到绝大多数国家的同意，那么损伤的必然是国际法院自身。

结语

《条约法公约》第 53 条确立国际强行法已有数十年。经过数十年的发展，不但国际强行法的存在已成共识，国际法委员会还发布了识别强行法的标准，国际法院也通过司法裁判对国际强行法进行识别、确认和强化。国际法院在“巴勒斯坦问题咨询意见”报告中识别“自决权”为国际强行法，符合国际法委员会的识别标准和《条约法公约》第 53 条规定的强行法之要素，即国际强行法应是“一般国际法规范”，且“不容克减”及“不许损抑”，是“被国家组成之国际社会整体接受和承认”的规范。就最后一项要素，国际法院没有以明确的文字直接论证，而是通过普遍性的条约以间接的方式证明这一点。因为，直接论证何为“整体接受和承认”十分困难，过高的标准可能导致强行法的识别无法实现。国际法院巧妙地避开了这一难点，就其效果而言，一方面无碍于国家同意的国际法基础，另一方面又将强行法的识别标准划定在一个合理的范围内，有利于强行法识别的实践和发展。此外，尽管国际法院的识别带来一些扩权的隐忧，但总体而言国际法院对于强行法的识别是谨慎的，其将“自决权”识别为强行法并非创设一项新的规则，而是对法律现实的一种确认，它仍是以国家同意为基础履行着自身的职能，配合及支持联合国维护世界的和平与安全。

Study on the Identification of Jus Cogens by the International Court of Justice - The Case of the Advisory Opinion on Palestine

Xu Kun

Abstract: The International Court of Justice (ICJ) identified the “right to self-determination” as international jus cogens in its 2024 Advisory Opinion on Palestine, basing its argumentation on universal covenants such as the Charter of the United Nations and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, as well as on its previous judgments and advisory opinions. The identification of the “right of self-determination” as international jus cogens is consistent with the elements of “norm of general international law” and “non-derogability” in article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the criteria for identification of jus cogens in the International Law Commission's draft. The element of “acceptance and recognition by the international community of States as a whole” is not explicitly mentioned by ICJ, but it indirectly attests to by citing universal conventions. Throughout the process of

identifying the “right to self-determination” as jus cogens, ICJ has taken a step-by-step approach, i.e., three stages: Charter provisions - obligations erga omnes - jus cogens. On the whole, ICJ has been cautious in identifying jus cogens and has continued to perform its functions on the basis of the cornerstone of State consent.

Key words: International Court of Justice Erga Omnes Identification of Jus Cogens Self-Determination Advisory Opinion

2025年中国国际法学会年会

国际组织决策机制困局破解：国家主权平等下决策权重的动态调适

汪文琪¹

摘要：国际组织决策机制中的主权原则与权重分配长期存在结构性矛盾，影响全球治理的公平与效率。研究发现，现行国际组织决策机制存在主权与权重失衡，且静态权重模型难以适应人口结构变化、数字主权崛起等新挑战。为此，本文创新性地提出分层主权基值设计，在高政治领域强化主权平等，在低政治领域引入动态权重算法，综合考量人口、经济贡献、政治影响力及数字主权等多元指标；其次，构建出“主权—权重—补偿”三维动态平衡模型，通过时变函数实现动态调整，并纳入非正式影响力等隐性指标，弥补传统权力测度缺陷，同时引入补偿机制以校正发展鸿沟。本文为国际组织决策机制优化提供了兼顾公平与效率的系统性方案，对推动全球治理体系适应数字时代挑战具有重要理论价值与实践意义。

关键词：国际组织 决策机制 主权原则 权重原则

一、引言

在全球化浪潮的推动下，国际组织已深度嵌入全球治理体系，成为协调国家间关系、处理跨国事务的关键平台。然而，国际组织决策机制的公平性与效率问题日益凸显。一方面，主权原则要求各国享有平等的话语权；另一方面，国际组织的实际决策机制往往依赖经济、人口等各种权重因素，导致大国主导与小国边缘化的结构性矛盾。由于二者冲突严重影响当前国际组织治理效能的提升，如何平衡国家主权与权重原则的适用成为了亟待破解的难题。

既有研究虽对国际组织决策机制有所探讨，但多停留在表面和理论的冲突分析，未能提出切实可行的系统性解决方案。基于此，本文旨在构建“主权—权重—补偿”三维动态平衡模型，为国际组织决策机制优化破局。研究将从国际组织决策机制的理论基础出发，梳理主权原则与权重原则的发展、关联和在决策机制中的适用，深入挖掘二者冲突背后的多元因素，进而提出兼具创新性与实践价值的决策机制优化设计，为推动国际组织在全球治理中发挥更大作用提供智力支持。

本研究的创新点主要体现在三个方面。一是构建了“主权—权重—补偿”三维动态模型和分层模型，突破了传统国际组织决策机制中二元对立的思维模式，实现了从静态决策到动态决策的转变；二是实现了多维度指标和变量的融合，并将

¹ 武汉大学学生

隐性指标纳入考量，为国际组织决策机制的改革提供了更为全面、深入的视角；三是首次论证补偿机制的可实行路径，进一步完善了国际组织决策机制的三维模型，力求为解决国际组织决策机制内的冲突提供兼具理论深度与实践价值的新思路。

二、主权和权重的关系：剖析现行国际组织决策机制

（一）国家主权原则在国际组织决策中的核心地位

1. 国家主权原则的溯源与发展

国家主权理论的源头可追溯至十六世纪，法国思想家让·博丹在《论共和六书》中首次对“主权”进行了阐述，提出主权是“国家绝对和永恒的权力”且“统治公民和庶民，不受法律约束”。²布丹与其理论一致，将国家定义为“拥有最高权力的由若干户人家及其共有财产所组成的合法政府”，³认为“国家必须有至高无上的主权，主权是国家最本质的特征”。⁴随着1648年《威斯特伐利亚和约》的签订，国家主权原则在国际层面得到正式确认，构建起以主权国家为基本单位的现代国际秩序。

二十世纪以来，国际社会经历了两次世界大战，国家主权理论正面临着新的挑战与变革。一方面，国际组织大量涌现，国际合作的不断加强使国家主权在一定程度上受到限制与约束。例如，《联合国宪章》规定成员国需“善意履行其依本宪章所担负之义务”，⁵这意味着国家有时需让渡部分主权利力。另一方面，人权、环境保护等全球性议题逐步凸显，要求各国超越主权界限开展合作。由此，国际社会上甚至出现了“主权过时论”、“人权高于主权论”等观点，但大多数国家仍主张在坚持国家主权原则基础上，通过国际合作与制度改革，实现国家主权与国际责任、全球公共利益的平衡。总体而言，现代国家主权理论呈现出在维护国家核心主权权益前提下，适度融入国际合作体系、接受国际规则约束的发展趋势。

2. 国家主权原则的体现和局限

国家主权原则的核心在于各国对内享有最高统治权、对外保持独立平等的法律地位，其国际组织决策机制中的体现具有多层次性。在联合国体系中，安理会采用“一国一票”制并赋予五大常任理事国否决权，⁷既体现了主权平等的形式，又通过大国特权反映了二战后的特殊政治妥协；联合国大会则严格遵循193个成员国平等投票的原则，尽管其决议仅具建议性，但这一设计旨在维护主权平等的象征意义；其他国际组织如世界贸易组织的“协商一致”原则（允许任一成员国行

² 岳麟章：《从马基雅维利到尼采》，陕西人民出版社1989年版，第20页。

³ [美] 乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史（下）》，刘山等译，商务印书馆1986年版，第459页。

⁴ 蒋银华：《论国家义务概念之确立与发展》，载《河北法学》2012年第30卷，第57页。

⁵ 《联合国宪章》第一章第2条第（2）项。

⁶ [美] 路易斯·亨金：《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社2005年版，第9页。

⁷ 《联合国宪章》第四章第27条。

使否决权)和国际法院的法官提名制度,均以主权国家为基本决策单元,凸显了主权不可侵犯的核心理念。

然而,国家主权原则的绝对化在实践中面临显著局限性。全球性问题要求合作,但新冠肺炎疫苗实施计划(COVAX)中主权国家囤积疫苗以优先保障自身利益的行为,暴露了“疫苗民族主义”,⁸导致集体行动困境。主权平等原则下的决策效率问题也日益突出。以WTO争端解决机制为例,1997-2001年进行的“关于争端解决规则与程序的谅解”(以下简称DSU)审议和2002年启动的多哈回合DSU谈判都未达成谈判目标,“甚至未能形成可供部长级会议决策的文本”。⁹这种机制僵化表明,纯粹的主权平等虽能保障形式公平,却可能牺牲实质公平与治理效率。国际货币基金组织(以下简称IMF)的“加权投票”决策机制以国家主权原则为基础,结合经济因素分配份额,虽被国际社会批评为“财大气粗”,但其设计逻辑恰恰体现了对主权绝对性的试图削弱和修正,即通过部分让渡主权以换取更高效、公正的集体决策。

(二) 权重在国际组织决策中的作用变迁

1. 传统权重的考量因素

在国际组织决策的演进过程中,传统人口权重的确定主要基于人口数量和经济贡献两大关键因素:

人口数量是衡量国家在国际社会中影响力的基本要素,而关于人口权重的理论基础可追溯至卢梭的“公意”¹⁰理论,即公共决策应反映共同体成员的普遍意志。该理念在国际治理中的投射体现为“一人一票”的民主原则和比例代表制,例如欧洲议会根据成员国人口分配议席,致使德国拥有96席,马耳他仅有6席,¹¹通过这样差异化的代表权实现更广泛的政治参与,进一步佐证了人口权重的可行性。

人口权重的核心优势在于提升国际组织的民主代表性与合理分配资源和责任。从民主代表性出发,人口众多的国家通常拥有更多样的利益诉求,在国际组织决策中赋予人口一定权重,有助于使决策结果更全面涵盖国际社会不同群体的利益,增强决策的代表性。欧盟采取的有效多数制要求,“提案通过需要55%的成员国赞成,且投赞成票的成员国人口数达到欧盟总人口数的65%”。¹²此决策设计便是对人口权重机制的有力支持。从资源分配与责任分担角度看,人口规模往往与国家在全球资源消耗、环境影响、发展需求等密切相关,依据人口权重进行安排具有一定的合理性。以碳排放分配制度为例,印度总统莫迪在第二十六届

⁸ Anjali Pushkaran, Vijay Kumar Chattu and Prakash Narayanan, “A critical analysis of COVAX alliance and corresponding global health governance and policy issues: a scoping review”, (2023) *BMJ Global Health* 1, p. 1.

⁹ 纪文华:《WTO争端解决机制改革研究:进展、挑战和方案建构》,载《国际经济评论》2023年第6期,第68页。

¹⁰ Richard Falk and Andrew Strauss, “Toward Global Parliament”, (2001) 80 *Foreign Affairs* 212, p. 214.

¹¹ 《里斯本条约》第14条。

¹² 罗杭:《国际组织的决策机制设计》,中国社会科学网,

https://www.cssn.cn/skgz/bwyc/202409/t20240912_5777178.shtml, 最后访问时间:2025年3月23日。

联合国气候变化大会上表示，“印度人口占全球总人口的 17%，而其碳排放量仅占全球的 5%”，¹³这种模式忽视了人口规模差异，导致印度等人口大国在发展中受到不公平限制。中国社会科学院潘家华等研究员也曾强调将碳预算总额“以人均方式初始分配……确保碳预算方案的公平性”，¹⁴提出基于人均历史累积排放和保护全球气候的碳预算方案。仅以全球完全一致的标准处理国际事务而不考虑人口权重，将不利于部分人口大国的经济可持续转型，还会因资源分配不均导致国际气候合作中的矛盾，由此可见在国际组织决策中引入人口权重的重要性。

经济贡献的重要性在国际货币基金组织中同样尤其突出。在 IMF 决策机制下，各国的份额认缴是其资金的重要来源，且与投票权直接相关，反映了其“在世界经济版图中的相对地位”。¹⁵因此，经济实力较强、认缴份额较多的国家能在 IMF 的决策中占有较高的投票权比重，如日本享有 6.5% 的投票权，美国甚至持有约 16.49% 的投票权。¹⁶这些国家凭借其经济贡献，在国际组织决策中获得了与其经济实力相匹配的话语权，从而在国际经济秩序的塑造中占据主导地位。

2. 人口变化对权重的影响

随着时间的推移，全球人口结构发生了深刻变革。根据联合国《2024 年世界人口展望》的预测，“2080 年全球人口将达到峰值，随后逐渐下降”（见图 1），¹⁷这将对国际组织决策机制中的人口权重分配带来新的挑战。人口老龄化问题在全球范围内日益突出，以日本为例，其“老年人口比例不断上升”，¹⁸劳动力人口持续减少（见图 2）。此类人口结构变化导致日本的经济增长动力减弱，社会负担逐渐加重。现行国际组织决策往往基于传统人口权重考量，因此日本的人口规模在过去赋予了其一定的话语权，但随着人口结构的变化，该国的人口实际影响力需重新评估。值得注意的问题是，现行国际组织现行的权重模型大多采用静态参数，不能及时反映人口结构的动态变化，导致部分国家在国际组织决策中的权重逐渐偏离其实际人口状况和经济发展需求。

¹³ 《印度欲在 2070 年实现净零排放 气候大会官员望提前》，国际在线，<https://news.cri.cn/20211102/f4316deb-d92a-c381-8915-8cdbc35db3b6.html>，最后访问时间：2025 年 3 月 23 日。

¹⁴ Pan Jiahua and Chen Ying, “Carbon Budget Proposal: A Framework for an Equitable and Sustainable International Climate Regime”, (2010) 31 *Social Sciences in China* 5, p. 5.

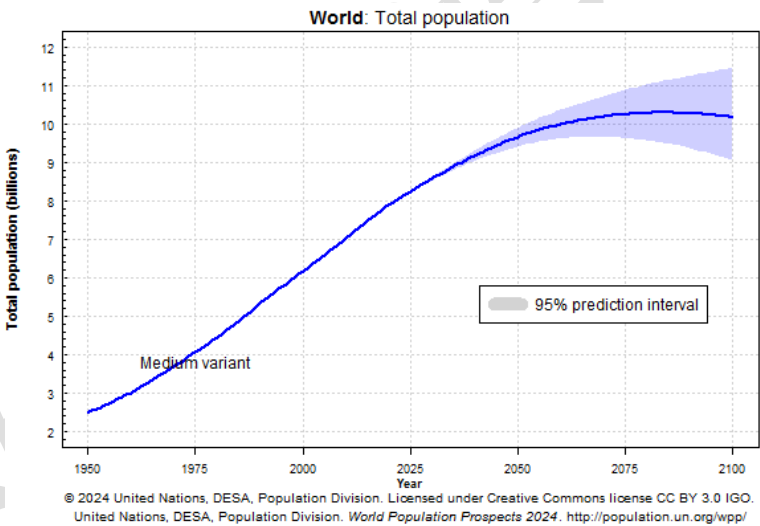
¹⁵ 谢世清：《国际货币基金组织份额与投票权改革》，载《国际经济评论》2011 第 2 期，第 120 页。

¹⁶ “IMF Executive Directors and Voting Power”, International Monetary Fund, <https://www.imf.org/en/About/executive-board/eds-voting-power> (Last visited March 31, 2025).

¹⁷ United Nations Department of Economic and Social Affairs and Population Division, *World Population Prospects 2024: Summary of Results*, UN DESA/POP/2024/TR/NO. 9 (2024), p. 8.

¹⁸ Ronald Lee, “Population aging and the historical development of intergenerational transfer systems”, (2020) 76 *Genus* 1, p.11.

人口生育率下降也是影响人口权重的重要因素。联合国报告称，许多国家都面临生育率持续走低的问题，“目前全球生育率约为每名妇女活产 2.25 个孩子，比前一代人少 1 个孩子”，¹⁹这将导致未来劳动力市场规模缩小，国家未来的发展潜力和影响力都相应受到影响。如果国际组织的决策机制不能及时将生育率因素纳入人口权重的考量，可能导致决策结果与国家的实际发展趋势脱节。此外，人口素质和技能结构的改变也将影响人口权重机制。一些国家通过对教育的大规模投资建设，培养了大批高素质高水平的专业人才，使之通过在国际组织的决策中能够发挥重要作用，为国家争取更多利益。比如新加坡政府于 2002 年正式宣布开展其国际教育枢纽的旗舰项目“全球校园计划”，²⁰通过优质教育和人才引进推动国际人才的培养和储备，以在国际各个领域具备较强竞争力。由此，新加坡可以凭借其人口素质和技能优势，在国际组织决策中提出更具影响力的观点和建议，在一定程度上弥补了其人口规模较小的劣势。综上，国际组织在考量人口权重时，不仅要关注人口结构的改变，更需关注其带来的人口素质和技能结构变化，以确



保决策结果能够更准确地反映各国在国际上的实际地位和影响力。

图 1. 1950-2100 年世界总人口数量统计和预测（图片来源：联合国《2024 年世界人口展望》）

¹⁹ UDESA and Population Division, *World Population Prospects 2024*, p.13.

²⁰ 徐一潄：《“教育、科技、人才”一体化推进的国际经验研究：基于国际教育枢纽建设的视角》，载《江苏高教》2024 年第 6 期，第 112 页。

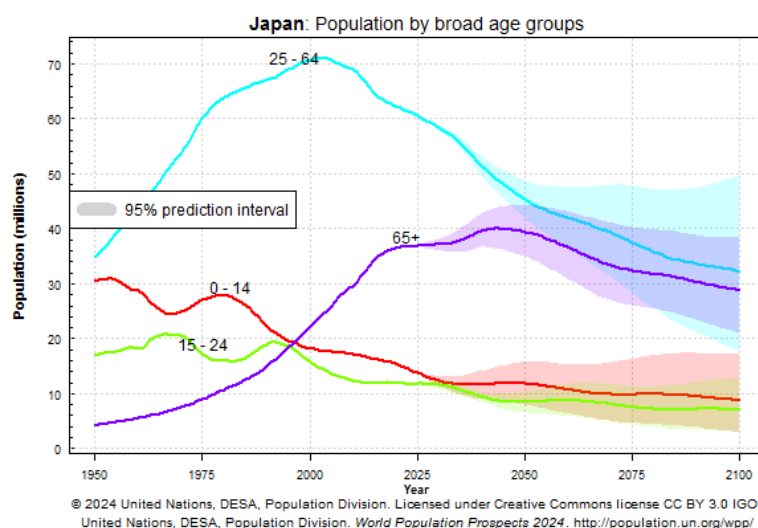
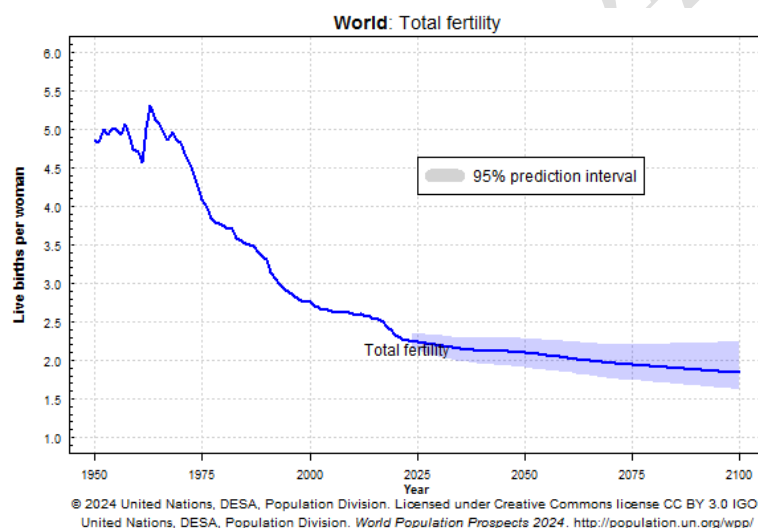


图 2. 1950-2100 年日本各年龄段人口数量统计和预测（图片来源：联合国



《2024 年世界人口展望》)

图 3. 1950-2100 年世界总生育率数据统计和预测（图片来源：联合国《2024 年世界人口展望》)

（三）现行国际组织权重模型剖析

1. 权重模型与应用实践

国际组织决策中，权重模型是权力分配的核心机制，其构成方式直接影响各国在国际事务处理上的话语权。不同国际组织基于自身定位与目标，构建了各具特色的权重模型（详见表 1）。以联合国安理会（UNSC）的决策制度为例，其注重人口权重，实行“一国一票”制叠加“大国一致”²¹原则，即五个常任理事国无论在程序性事项还是实质性事项上都拥有否决权，确保在涉及全球安全的重大问题上，能够综合考虑大国的战略利益与责任担当，避免仓促或片面的决策。不过该制度正面临着国际社会关于代表性与公平性的讨论，随着新兴国家在国际事务中

²¹ 《联合国宪章》第四章第 27 条。

影响力的提升，改革呼声也渐渐兴起。

另一国际组织 IMF 则倾向于注重经济因素权重。该权重模型采用的是其 2008 年修订的计算公式，涵括 GDP（50%）、开放性（30%）、波动性（15%）和外汇储备指标（5%）；其中 GDP 指标的 60%按市场汇率折算，40%按购买力平价折算，²²旨在综合考量各国经济实力与人口规模的国际影响力。回望近年的全球经济形势，主要发达经济体的增长动能明显减弱；与此同时，新兴市场经济体却展现出较强的增长韧性，特别是以中国和印度为代表的新兴大国分别实现了 6.6%和 7.6%的不俗增长率，为 3.1%的全球经济增长提供了重要支撑。²³在此背景下，IMF 份额改革方案中关于向新兴市场倾斜的结构性调整，客观上顺应了全球经济格局的演变趋势，有助于提升全球经济治理体系的有效性。世界银行（以下简称“世行”）的决策机制也采用了类似的权重模型。其贷款分配和项目决策会参考各国 GDP、人均收入水平等因素，旨在使决策结果能够在一定程度上反映不同国家的实际情况和利益诉求。

IMF 决策机制中，GDP 指标仅占 50%，没有实现我国对增加 GDP 指标权重的期待，而亚洲基础设施投资银行（以下简称“亚投行”）作为新兴多边金融机构，在权重分配上进行了重要创新，正在将“以 GDP 为基础决定成员份额”²⁴的主张落到实处；同时设置了 12%的基本投票权以保障小国利益。值得注意的是，中国作为最大股东主动将投票权控制在 26.5%，低于否决权门槛，以表示对多边主义原则的尊重。

基于主权与人口权重的平衡考量，欧盟提出了双重多数表决制。该制度要求一项决议通过需获得超 55% 的成员国支持，且这些成员国涵盖的人口数量应大于 65%欧盟总人口。²⁵其巧妙融合了成员国数量与人口规模两方面因素，既保障了多数主权国家的意愿得以体现，又兼顾了人口权重在决策中的影响力，在区域一体化决策过程中有效平衡了大小成员国之间的利益关系，展现了欧盟内部决策的科学性与民主性。

²² “IMF and World Bank decision-making and governance”, Brettonwoods Project, <https://www.brettonwoodsproject.org/2020/04/imf-and-world-bank-decision-making-and-governance-2/> (Last visited April 3, 2025).

²³ 刘兴华，胡芳：《IMF 份额改革：规模与结构视角》，载《湖南财经经济学院学报》2017 年第 170 期，第 7 页。

²⁴ 顾宾：《亚投行的治理结构》，载《视点》2015 年第 13 期，第 61 页。

²⁵ “Changed rules for qualified majority voting in the Council of the EU”, European Parliament: Directorate-General for Parliamentary Research Services, <https://epthinktank.eu/2014/12/09/changed-rules-for-qualified-majority-voting-in-the-council-of-the-eu/> (Last visited April 3, 2025).

表 1. UNSC、IMF、世行、亚投行、欧盟五大国际组织的决策机制对比

机制	UNSC	IMF/世行	亚投行	欧盟
投票权基础	一国一票	纯经济权重（IMF 基本票仅 3%）	资本+主权（12%基本票）	成员国数量+人口规模
否决权	大国一致，常任理事国有否决权	美国实际拥有否决权（16.5%）	无单国否决	无单国否决
区域侧重	全球安全事务决策	全球覆盖，无硬性区域比例	亚洲项目占 75%+	区域一体化决策
透明度	部分决策过程公开	部分决策过程不公开	强制公开项目评估	决策过程相对透明

（数据来源：UNSC、IMF、世行、亚投行、欧盟官网）

2. 权重模型的局限性分析

然而，现行权重模型在当今复杂多变的国际背景下，暴露出许多局限性。首先，从前文所述的全球人口结构变化角度来看，人口老龄化、生育率下降等问题在全球范围内日益凸显，IMF 等国际组织的现行权重模型由于参数静态设定，显然难以适应国际社会中长期变量的动态变化。

其次，IMF 的基础投票权的价值易被削弱。由于基础投票权占比过低，若 IMF 的资金规模持续扩大，基础投票权会被极大地稀释，仅保留形式上的主权平等意义，最终演变成 IMF 决策机制中一种缺乏实质影响力的制度性安排。同时，IMF 改革虽在一定程度上提高了新兴市场国家的决策份额，美国在该国际组织中的份额依旧过高（16.5%），对于需要获得 85% 特别多数认可的重要事务有绝对否决权，不利于国际组织的民主化改革与公平性发展。此外，刘兴华教授还在《IMF 份额改革》中提出了该机制所面临的 GDP 折算规则缺陷、成员恶意阻碍他国出口贸易以及份额计算公式模糊等问题。²⁶

再而，数字时代下数字主权的崛起正在逐渐改变国际竞争格局，也使人口权重在国际组织决策中的作用发生了显著变化。在传统机制中，人口数量是衡量国家影响力的重要指标之一；但在数字时代，数据资源和数字技术将成为国家竞争力的关键因素。例如，新加坡等小规模人口国家凭借先进的数字技术和庞大的数据资源，在金融科技、数据中心建设等数字领域取得显著成就，对国际数字经济规则制定和相关决策也具有较强的影响力。

最后，现有研究在衡量国际组织决策机制下各国的话语权力时，存在权力测度维度缺失的问题。以 Banzhaf 指数²⁷为例，该指数在测算各国在国际组织中的权力时，仅关注投票权这一显性指标，而忽视了非正式影响力等隐性因素。但实

²⁶ 刘兴华，胡芳：《IMF 份额改革：规模与结构视角》，第 9 页。

²⁷ Dennis Leech, "Voting Power in the Governance of the IMF", (2002) 109 *Annals of Operations Research* 375, p.388.

际在国际组织决策过程中，非正式影响力对决策结果起到不可忽视的作用。例如，美国在 IMF 中除了拥有绝对的单边否定权外，还能通过非正式协商、政治联盟等方式实现其在决策中的超额影响力，亦或通过幕后协商和利益交换，使其观点和利益诉求在决策中得到充分体现。相比之下，部分国家虽在 IMF 拥有一定的投票权，但由于缺乏非正式影响力，在决策过程中往往处于被动地位，难以有效维护自身利益就像 21 个非洲国家共享 3.26% 的投票权却难以转化为实际决策影响力。值得关注的是，“中国的投票权比重从原来的 2.93% 上升为 6.07%，绝对 Banzhaf 指数却从之前的 2.98% 下降为改革后的 2.87%”，²⁸ 呈现下降趋势，日本也存在同样的“投票权提高，决策权却下降”的问题。这种权力测度维度的缺失，使得对国家在国际组织中实际权力和影响力的评估不够全面、准确，进而影响了国际组织决策机制的公正性和有效性。

三、破解权重困局：构建“主权—权重—补偿”三维动态模型

（一）模型构建的理论基础

1. 理论支撑

“主权—权重—补偿”三维动态模型的构建，涵盖主权理论、人口学理论、综合国力理论以及国际关系理论。这些理论相互交织影响，为模型的构建提供了多维度的理论基础和依据。

主权理论是现代国际法的基础，强调国家主权的至高无上性、排他性与独立自主性。国际组织最基本的原则就是“所有成员国主权平等”²⁹，正因为“国家是主权的，因而是平等的”³⁰。从威斯特伐利亚体系确立国家主权概念和原则以来，主权平等原则从最初侧重于政治层面的平等，逐渐扩展到经济、社会、文化等多个领域，包括但不限于各国在国际贸易规则制定和资源分配等方面享有平等的参与权和决策权。这一理论为三维动态模型中主权维度的基础设定提供了核心依据，明确了主权在国际组织决策中的根基性地位，任何决策机制的设计都不得违背主权平等原则，保障各国主权不受侵犯是该模型建构的第一要务。

人口学理论为模型中人口权重的考量提供了关键支撑。人口作为国家的重要组成部分，其规模、结构和分布等因素对国家发展产生深远影响。比如，中国、印度等国家因其庞大的人口基数使其在国际组织决策中需要有相应的话语权，以充分表达本国人民的意愿和利益。不过，麦克尼科尔学者提出，“人口规模在这个图景中并不突出，人口学家的注意力主要集中于变化率和变化组成部分——这是预测和政策行动的前沿”。³¹ 故像老龄化、生育率下降等人口结构的变化也都导

²⁸ 黄薇：《国际组织中的权力计算——以 IMF 份额与投票权改革为例的分析》，载《中国社会科学》2016 年第 12 期，第 17 页。

²⁹ 《联合国宪章》第一章第 2 条第（1）项。

³⁰ 梁西：《梁西国际组织法》，武汉大学出版社 2023 版，第 9 页。

³¹ Geoffrey McNicoll, “Population weights in the international order”, (1999) 25 *Population and Development Review* 411, p.416.

致各国在国际组织决策中的影响力需重新评估调整。从经济和政治权重的考量来看,综合国力理论为模型提供了主要支撑。经济贡献反映了国家在全球经济体系中的地位和作用,例如 GDP 总量、对外投资规模等指标,彰显了国家在经济领域对国际事务的影响力。政治影响力涵盖了在国际政治舞台上的话语权、国际条约的主导权、外交联盟的构建能力等。同时,两大要素的动态变化,如经济结构调整、政治格局变动,也会对当今国家的国际地位产生一定影响。因此,在重新规划国际组织决策机制的过程中,应动态而全面地考量人口权重、经济和政治因素,将它们作为重要变量纳入国际决策模型的构建。

国际关系理论则从宏观层面为三维动态模型的构建提供理论框架。国际关系理论强调国际组织的成长是“以国际关系的演进为基础的”。³²作为国际关系的重要载体,其决策机制的设计需要尽可能准确地反映各国实力,综合考虑利益和权力分配。现实主义理论认为,“国际体系的特点是国家之间不断争夺权力和影响力”,³³即国家往往希望在国际社会中追求权力和利益的最大化,从而试图通过控制决策机制来维护自身利益,这可能导致对弱国主权的侵犯;而自由主义理论则强调国际合作和制度建设的重要性,通过建立合理的国际规则实现各国间的利益协调。在构建新三维动态模型时,借鉴国际关系理论,有助于实现各国在国际组织决策中的利益平衡,促进国际社会的合作与发展。

2. 相较传统模型的创新

与传统的国际组织决策权重模型相比,“主权—权重—补偿”三维动态模型展现出以下独特优势,能够更有效地应对复杂多变的国际形势,提升国际组织决策的科学性、公正性和适应性:

其一,本模型设立了分层主权基值,要求成员国在不同性质的国际事务领域中享有不同的基础权重 S_{min} 。国家主权涵盖政策、经济、法规等多方面,这些因素投射到国际组织决策中会对决策结果影响深远。通过设定主权基值,能够保证综合国力较弱的小国,在决策中也能拥有最基础的话语权,避免因经济、政治影响力不足而被极度边缘化。

其二,本三维动态模型引入了多元变量,重视数字隐形指标。其将人口、经济贡献、政治影响力等多因素构成的权重作为变量纳入机制,通过设计时变函数或多层模型,实时追踪各因素变化,动态调整权重。利用时变函数 $W_{it} = f(P_{it}, G_{it}, A_{it}, D_{it}, t)$,根据不同时期的多元数据进行动态计算,使权重更贴合各国实际综合国力状况,有效解决了传统模型在应对综合国力结构变化时的滞后性问题。通过融合各国的官员任职数、议程设置能力、资金杠杆等非正式隐性指标,

³² 梁西:《梁西国际组织法》,第 21 页。

³³ Suhail Ahmad Sheikh, “Political Realism in International Relations: The Pursuit of Power, Self-Interest, and the National Interest”, (2023) 12 Galaxy: International Multidisciplinary Research Journal 51, p. 51.

该模型还弥补了传统模型在权力测度上的不足,使决策机制更加公平、合理。从数字主权层面来看,模型突破性地引入数字隐性指标 D_{it} ,涵盖跨境数据流动量、5G/AI 数字基础设施覆盖率和关键专利技术标准制定权等要素,全面反映国家数字主权状况,使决策结果更能精准反映国家在当今数字时代的综合实力和实际竞争力。

其三,鉴于传统模型缺乏有效调节机制,本三维动态模型还开创性地加入补偿因子,构建补偿机制。当部分国家因历史、资源禀赋等因素在国际组织决策涉及的关键领域发展滞后时,补偿机制依据预先设定规则,从资源分配、政策倾斜等方面给予针对性补偿。该创新式机制旨在校正国际社会在特定领域的不平衡发展,使国际组织决策在公平与效率间达成更好平衡,促进全球可持续发展。

(二) 主权基值的分层构建

1. 高政治领域的主权原则考量

在与高政治领域相关的国际组织决策机制中,主权平等原则处于首要地位,应予以优先考量并赋予较高的主权基值。

以安全制裁为例,作为一种具有高度强制性和影响力的国际政治手段,其决策结果直接关系到各国主权独立及国际秩序的稳定。联合国安理会在海湾战争(1990-1991 年)期间做出的相关决策是主权平等原则的典范应用。20 世纪末,伊拉克入侵科威特,严重侵犯科威特的主权独立。联合国安理会迅速介入事务,美国、俄罗斯、中国等大国以及众多中小国家,依据国家主权平等原则平等参与讨论与决策,以一国一票机制进行表决。最终,“第 2932 次会议以 14 票对零票通过”³⁴一系列决议,还授权多国部队“使用一切必要手段对伊拉克进行军事干预”,³⁵以恢复科威特的主权与领土完整。这一决策过程彰显了主权平等原则在国际安全事务处理和决策机制中的权威性,确保国际社会基于主权平等原则参与国际事务决策,并维护被侵略国家的主权,保障了国际秩序的稳定,也为后续类似国际安全事件的处理提供了遵循范例。

反观一战前,由于缺乏有效的国际组织及决策机制对奥匈帝国侵犯他国主权行为进行约束与制衡,地区局势急剧恶化,引发第一次世界大战。当今的国际反恐行动中,也仍有部分西方国家以反恐为名,在未充分遵循联合国相关决议的情况下发动军事战争。以伊拉克战争为例,美国等国声称联合国要求“检查伊拉克违禁武器”³⁶的决议隐含动武合法性,此观点虽遭到其他国家的反对,但由于美国绕开联合国安理会的决策机制发动战争,还是造成了平民的大量伤亡,严重践踏了伊拉克的主权与国际秩序的和平。³⁷这表明,尽管国际组织决策机制在不断完

³⁴ 联合国安理会决议:《1990 年 8 月 2 日第 660 (1990) 号决议》,S/RES/660 (1990),第 23 页。

³⁵ 联合国安理会决议:《1990 年 11 月 29 日第 678 (1990) 号决议》,S/RES/678 (1990),第 33 页。

³⁶ 联合国安理会决议:《2002 年 11 月 8 日第 1441 (2002) 号决议》,S/RES/1441 (2002),第 4 页。

³⁷ 古祖雪:《从伊拉克战争看国际法面临的冲击与命运》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2004 年第 3 期,第 99 页。

善，但在涉及人权、民主与和平的高政治领域，仍需进一步强化对主权平等原则的坚守与执行，通过加强国际合作、完善决策规则等方式，防止个别国家以不正当理由侵犯对他国主权和主权平等原则的侵犯。

2.低政治领域的权重机制引入

在低政治领域，渐进式引入由人口、经济贡献、政治影响力等多因素构成的权重能更好地反映各国在该领域的实际贡献和需求，使得国际组织的决策更合理和公平，故仅需赋予模型较低的主权基值。

以《巴黎协定》下的“气候融资”³⁸机制为例，该机制旨在促进发达国家向发展中国家提供资金支持，以帮助发展中国家应对气候变化挑战。在这一领域，单纯依靠主权平等原则进行决策根本无法体现各国在人口规模、经济发展水平、碳排放总量、政治推动力等方面的差异，可能导致决策结果无法解决实际问题。

目前，拉丁美洲和加勒比国家的气候融资困境愈发明显。数据显示，“拉丁美洲和加勒比地区获得全球气候融资的比例仅为 7%”，³⁹远远低于东亚和西欧地区（详见表 2）。然而，该地区“每年因气候变化造成的损失相当于其 GDP 的 1.5% ~ 5%”；⁴⁰且“安第斯冰山消融以及热带雨林的退化等问题使其潜在的经济损失额外增加年度 GDP 的 1%”。⁴¹发展中国家通常经济发展相对滞后，在应对气候变化方面面临更大的压力和挑战；即便如此，部分发展中国家在推动气候合作进程中还是展现出积极的政治影响力。通过这些综合权重纳入决策机制考量，能使这些国家获得更符合其实际需求的资金支持，促进全球气候治理目标的实现。这与印度在第二十六届联合国气候变化大会上提出的需求不谋而合。综上，在涉及低政治领域的议题时，构建科学合理的权重机制是推动国际合作、解决实际问题的关键。

³⁸ 联合国气候变化框架公约第 21 次缔约方大会：《巴黎协定（Paris Agreement）》，FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1，第 26-27 页。

³⁹ 王飞：《发展中国家气候融资的困境与突破——以拉丁美洲和加勒比地区为例》，载《城市与环境研究》2017 年第 2 期，第 73 页。

⁴⁰ Sustainable Development and Human Settlements Division of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), *The Economics of Climate Change in Latin America and the Caribbean: Paradoxes and Challenges*, LC/L.3895/Rev.1 (2014), p. 9.

⁴¹ Sustainable Development and Human Settlements Division of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), *Financing for Development in Latin America and the Caribbean: A Strategic Analysis from a Middle-income Country Perspective*, LC/L.3968 (2015), p. 33.

区域	总额(亿美元)		占比(%)	
	2013 年	2014 年	2013 年	2014 年
东亚	1300	1580	38.0	40.3
西欧	940	980	27.5	25.0
拉丁美洲和加勒比	240	270	7.0	6.9
南亚	130	170	3.8	4.3
中亚和东欧	110	120	3.2	3.1
撒哈拉以南的非洲	130	100	3.8	2.6
其他地区	570	700	16.7	17.9
合计	3420	3920	100	100

表 2. 全球气候融资流向

（图表来源：王飞，《发展中国家气候融资的困境与突破——以拉丁美洲和加勒比地区为例》）

（三）参数变量设置与算法设计

1. 多元参数考量

构建“主权—权重—补偿”三维动态模型时，在纳入主权、经济、政治等因素后，创新性引入数字主权、非正式影响力等多元参数同样具有积极意义，此举是适应数字时代国际形势变化、提升国际组织决策科学性与公正性的必然要求。

数字主权是数字时代的新兴概念，“对内体现为国家对相关数据的最高管辖权，对外体现为国家在数据领域的独立自主权与合作权”。⁴²依据华为的《全球产业展望》预测，“2030 年数字经济占比将达到 60%，数据成为数字产业发展和产业数字化的基础……全球数据将进入 YB 时代”⁴³（1YB≈1 万亿 TB），表明数据资源已成为国家的重要战略资产，对国家的未来发展有着深远影响。数据流量份额是衡量数字主权的直观指标，直观地反映一个国家在全球数据传输和交换中的地位。国际电信联盟（ITU）发布的《全球数字发展报告（2023）》显示，美国占全球跨境数据流量在全球数据流量中占据最大份额，充分体现了其在数字领域的强大影响力。数据存储能力同样是关键指标，拥有庞大的数据存储设施和先进的数据存储技术，能够保障国家对关键数据的安全存储和有效管理，防止数据被外部窃取或恶意利用，部分国家大力发展云计算技术，以此提升本国的数据存储和处理能力，进而增强数字主权。

非正式影响力指的是一个国家或行为体在国际组织或决策过程中，不依赖正式规则或投票权，而是通过其他间接手段来影响决策结果的能力，如人事任命、议程设置、资金控制、联盟构建等。它与正式权力不同，更依赖于软实力和战略操作。虽然当今学者对其的研究存在空白，但非正式影响力对国际组织的决策结果有着不可忽视的作用。官员任职数，尤其是在联合国等重要国际组织中的高级

⁴² 廖凡：《数字主权与全球数字治理》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2024 年第 7 期，第 53 页。

⁴³ 《全球产业展望(GIV)》，华为，<https://www.huawei.com/cn/giv>，最后访问时间：2025 年 4 月 6 日。

职位占比，能够反映一个国家在组织内部的话语权和影响力。基于联合国发布的《工作人员统计报告》，美国在联合国的人员构成中仍占首要地位（详见表 3）；拉美和加勒比国家在其中任专业及以上级别（P 级及以上）的占比仅有 6%-8%，低于欧洲（约 35%）和非洲（约 15%）；同样，拉美国家任 D 级（司长及以上）职务的占比也仅有 5%-7%，远低于发达国家。⁴⁴因此，尽管拉美国积极参与全球气候变化谈判，最终决议仍往往由欧美主导。议程设置能力同样关键，提案通过率是衡量这一能力的重要指标。一些国家在国际组织中具有较强的议程设置能力，能够将符合自身利益的议题纳入决策议程，并推动相关提案的通过。比如在应对气候变化的国际合作中，欧盟积极设置相关议题，推动了一系列环保提案的通过，在全球气候治理决策中发挥了重要引领作用。

此外，GDP 增长率、产业结构优化程度等与经济贡献相关的指标，国际条约的发起与主导能力、外交联盟的稳固程度、在地区事务中的领导力等与国家政治影响力有关的指标，共同作用平衡，构成了国家在国际组织决策中的综合权重。

表 3. 联合国人员国籍分布表

国籍	人员数量	占比（%）	国籍	人员数量	占比（%）
美国	5,670	4.3	黎巴嫩	2,349	1.8
法国	4,604	3.5	菲律宾	2,296	1.7
肯尼亚	4,393	3.3	阿富汗	2,290	1.7
意大利	4,086	3.1	苏丹	2,271	1.7
埃塞俄比亚	3,512	2.6	尼日利亚	2,137	1.6
刚果共和国	3,027	2.3	加拿大	2,016	1.5
南苏丹	2,935	2.2	西班牙	1,948	1.5
印度	2,723	2.0	德国	1,875	1.4
英国	2,579	1.9	巴基斯坦	1,843	1.4
乌干达	2,354	1.8	约旦	1,823	1.4

（数据来源：联合国系统行政首长协调理事会 CEB 官网）

2.动态权重算法的设计

在最新的 AAAI 2025 会议上，北京大学的研究团队提出了一种革命性的语法纠错系统评估新方法——“DSGram”。⁴⁵该模型框架能够灵活调整评估指标权

⁴⁴ “Personnel by Nationality”, UN System Chief Executives Board For Coordination, <https://unsceb.org/hr-nationality/> (Last visited April 8, 2025).
⁴⁵ Jinxiang Xie et al., “DSGram: Dynamic Weighting Sub-Metrics for Grammatical Error Correction in the Era of

重，以此大幅提升评估结果的精准性与可信度。虽然该模型不能直接应用于本文的研究领域，但其所提出的动态权重算法理念，促使我们在国际组织决策场景中同样引入动态调整思维，设计时变函数，实现复杂国际环境下权重的动态协调。

时变函数 $W_{it} = f(P_{it}, G_{it}, A_{it}, D_{it}, t)$ 蕴含丰富且关键的参数变量，将全方位反映国家在国际组织决策中的综合权重。其中，变量 P_{it} 代表人口相关指标，包含但不限于人口数量、结构与素质。近年来，全球人口结构正在经历重大转变。越来越多的国家面临人口老龄化问题，适龄劳动人口比例时高时低。这种变化直接关系到各国在国际事务中的话语权。通过将人口相关指标纳入时变函数，国际组织能够实时捕捉人口动态变化，精准调整人口因素在权重体系中的占比，确保决策结果真实反映各国人口结构变迁对国际事务参与能力的影响。

变量 G_{it} 代表经济贡献相关指标，直观反映国家经济实力，囊括 GDP 总量、增长率、人均 GDP 等核心数据。以中国为例，近年来中国经济保持稳健增长，GDP 总量稳步攀升，因此在与全球经济治理相关的国际组织决策中的话语权不断增强。 G_{it} 指标融入时变函数，有利于模型敏锐感知并衡量各国经济实力的起伏，及时更新权重，而不是同 IMF 执董会五年才完成一次特别提款权（以下简称“SDR”）定值审查，再来决定新的 SDR 定值篮子货币权重。⁴⁶这使得国际组织决策紧密贴合全球经济格局变化，保障经济贡献大的国家在决策中有相称的影响力。

变量 A_{it} 则为政治影响力指标，与国际条约发起次数、外交联盟数量、在国际组织中担任领导职位的影响力等维度相关。这些指标表现出国家在国际政治舞台的地位与作用。如美国通过占据众多国际组织的关键领导职位，在国际政治决策中拥有不可忽视的影响力。通过将该指标纳入时变函数，可以实现动态调控政治因素在权重中的作用，使国际组织决策更全面地考量各国政治实力与国际影响力，避免政治话语权失衡。

变量 D_{it} 代表数字基础建设水平指标，深度体现国家数字主权状况，其对国际组织决策的影响力在当今时代下与日俱增。将该指标纳入时变函数是适应时代发展的举措，能够全面衡量各国在数字时代的综合实力，助力国际组织决策适应数字化变革浪潮，推动数字领域的国际合作与治理。

最后的变量 t 是时间维度标识，明确权重动态变化的时间依赖性。即随着时间不断推进，各参数会持续变化，进而驱动权重的动态调整，以确保“主权—权重—补偿”三维动态模型契合国际形势的发展。

Large Language Models”, (2024) Extended version of a paper to appear in AAAI-25.

⁴⁶ 《IMF 执董会完成五年一次的 SDR 定值审查 并决定新的 SDR 定值篮子货币权重》，国际货币基金组织，<https://www.imf.org/zh/News/Articles/2022/05/14/pr22153-imf-board-concludes-sdr-valuation-review>，最后访问时间：2025 年 4 月 10 日。

（四）补偿机制的基本构建

1. 构建目标与实施原则

补偿机制是“主权—权重—补偿”三维动态模型的关键组成部分，同时也是现有研究所缺乏关注的部分。建立补偿机制的目的在于，对国际组织决策中因各类因素导致发展滞后的国家提供支持，以校正现行国际社会特定领域的不平衡发展态势，实质上推动全球可持续发展。其核心目标是，保障国际组织决策在公平与效率之间达成更好平衡。

在国际社会的演变过程中，部分国家因历史殖民掠夺、资源匮乏或新兴领域起步晚，在技术创新、基础设施建设、贸易规则制定等关键领域处于劣势地位。非洲大陆由于经历过西方殖民统治，其独立后的发展轨迹仍深受殖民时期遗留问题的持续影响，在经济层面最突出的表现是形成了单一经济结构，即一种国民经济体系过度依赖少数初级产品的生产和出口作为主要收入来源的“畸形经济结构”。⁴⁷然而，数据表明“过度依赖单一收入来源以及缺乏多样化则会给宏观经济的长期可持续性带来风险”，⁴⁸进而使得国家不仅难以在贸易规则制定中发声，还缺乏适应国际新规则的资源。本文提出的补偿机制正是为了扭转这种局面，确保这些身处劣势的国家在目前的国际组织决策中，即使仍很难表达自身利益诉求，也必须有希望、有机会获得必要的支持，并借此来提升国家自身的参与能力与发展水平，进而促进全球发展的均衡性。

补偿机制的实施遵循公平、透明与可持续原则。公平性原则强调补偿分配应当基于各国实际发展水平和具体需求，确保资源流向最需要的国家，避免补偿资源被强国不当截取。透明度原则要求补偿规则、分配流程和效果评估全程公开，并且接受国际监督，杜绝暗箱操作与权力寻租。可持续原则强调补偿并非简单的资源输送，而是助力受补偿国家建立起自我发展能力，实现内生性发展。例如在对发展中国家的技术援助中，不仅提供先进技术设备，更注重技术转移与人才培养，使其在未来能够依靠自身力量实现发展，避免对外部补偿产生过度依赖。

2. 实践方法

为推动补偿机制在实践中的运用，本文设想了两种可操作性较强的实践路径。

其一是从资源分配的角度补偿，由国际组织设立专项补偿基金。该基金来源可包括成员国按比例缴纳的会费增量、国际金融机构的专项拨款以及对特定国际经济活动的征税等。国际组织成员国会费缴纳体系本就随组织发展目标与成员国经济状况动态调整，适当提升会费增量，可精准筹集资金用于补偿机制；而像世界银行、国际货币基金组织这类拥有庞大资金储备的国际金融机构，其专项拨款将为补偿基金注入雄厚的资金支持。从应对气候变化领域来考虑，相关公约可明

⁴⁷ 舒运国：《单一经济结构与非洲经济发展》，载《非洲热点观察》2020年第18期，第1页。

⁴⁸ 联合国：《2024年非洲经济发展报告：释放非洲贸易潜力——提振区域市场及降低风险》，UNCTAD/ALDC/AFRICA/2024 (Overview)，第9页。

确规定，发达国家依据其历史碳排放总量及当前经济实力向专项补偿基金注入资金，以助力发展中国家开展清洁能源项目建设、提升气候适应能力，推动全球气候治理公平与效率的平衡。

其二是利用政策倾斜方式进行补偿，即国际组织在制定贸易政策、技术标准等规则时，对发展滞后国家给予特殊待遇。如在农产品贸易规则中，允许农业基础薄弱的国家，依据《农业协定》中特殊与差别待遇条款，在一定期限内设置适当关税壁垒，以保护本国农业产业免受外部低价农产品冲击，稳定国内粮食生产与供应体系。待其产业竞争力提升，可逐步按照 WTO 规则再次调整政策，使其融入进全球农产品贸易市场。又如在技术标准制定中，国际电信联盟（ITU）可以将发展中国家技术研发基础与产业发展需求纳入考量范围，在部分标准参数设定上给予一定灵活性，助力发展中国家通信产业紧跟国际先进水平。

四、结语

国际组织决策机制的改革，本质上是全球治理体系如何适应权力转移与新兴挑战的缩影。本文提出的“主权—权重—补偿”三维动态模型，通过分层主权基值保障小国基本话语权，借助动态权重算法反映综合国力变迁，并依托补偿机制缩小发展差距，为破解当前决策困局提供了系统性方案。该新型模型不仅回应了数字时代主权概念的拓展需求，也通过引入时变函数和隐性指标等多元参数，增强了机制的科学性与适应性。

需要指出的是，尽管本研究在国际组织决策机制中主权与权重的研究方面取得了一定成果，但在数据收集和分析方面仍存在一定局限性，主要源于相关数据的可获得性和完整性不足。如对各国议程设置能力的评估主要依赖提案通过率这一单一指标，而未能充分考量背后的政治博弈和其他数据；且本研究模型只是提出了一个算法设计的框架，并未计算出具体的参数值或权重比，有待未来的学者利用大数据技术挖掘更多有价值的数据并将该模型设计具体化。

展望未来，国际社会可以在实践层面推动三项关键行动：其一，在联合国、IMF 等国际组织中试点动态权重算法，逐步替代僵化或不灵活的静态参数；其二，建立公开透明的补偿基金体系，确保资源向最需要的国家倾斜；其三，强化数字主权在国际规则中的法律地位，避免技术霸权加剧全球不平等。只有在主权平等与权重公平之间找到动态平衡，国际组织才能真正成为全球公共产品的有效供给者，而非权力博弈的角力场。这一进程虽道阻且长，却是构建人类命运共同体的必由之路。

中国法院在法律域外适用中的问题与破解

赵灿¹

摘要：国内法域外适用是指本国的国家机关在本国所属管辖的领域外对其他人、物或者行为产生法律影响，使本国的法律对其在本国所属管辖的领域外适用。我国法院在法律域外适用中面临着学理依据有争议和规则依据不清晰等问题，本文旨在通过分析问题成因，为我国法院探究出解决方案。

文章以提出问题、分析问题和解决问题的逻辑分为三个部分：中国法院在法律域外适用中面临的问题、中国法院法律域外适用问题分析和中国法院在法律域外适用问题中的突破。本文首先界定国内法域外适用的概念，分析国内法域外适用的规则依据和学理依据。其次，提出我国法院进行法律域外适用面临的规则依据和学理依据不明晰、司法协助困难等问题。之后，分析法院面临的以上问题的成因，指出国内法域外适用的学理争议及立法缺失问题。再次，通过对美国法域外适用的剖析，找出我国法院可以借鉴的经验。最后，通过分析我国法院在法律域外适用中的困境，加之以上对美国经验的分析，为法院突破困境提出几点建议。

关键词：国内法域外适用 法院 司法能动 对外关系法

引言

当前我们的国际政治格局和国际制度正在进一步调整，全球治理结构也正在发生巨大变化，国际权威力量的对比也正在进一步地发生近代以来最为革命性的转折。习近平总书记在中共中央政治局第十次集体学习时提出要坚定法治自信，促进国内法域外适用乃是坚定法治自信的题中之义。为了适应国际格局的变化，提高国际参与度，我国应当重视法院进行国内法域外适用的重要意义。随着全球化影响的不断加深，法院进行国内法域外适用已经成为国际法发展的新趋势，²重视法院在国内法域外适用中的作用已经成为适应全球化趋势的必然要求。我国法院进行法律域外适用有利于维护国家和个人的利益，在全球治理中发挥跨国司法治理权，彰显我国国家主权。

法院的司法实践对国内法域外适用具有积极作用。司法是立法的现实化体现，法院的司法活动过程就是依据法律进行应用，法院可以在审判时解释立法。法院可以利用司法解释填补立法空缺。我国法院在域外适用中国法的实践中就填补了

¹ 赵灿：福州大学法学院 2023 级国际法学硕士研究生。

² 蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 5 期，第 131 页。

一些立法疏漏，扩张解释了若干条文。³不仅如此，中国法院在法律域外适用方面的实践还可以推动相应立法的产生和理论的发展，其所促进的理论进展又可以进一步指导司法实践。因此，中国法院进行法律域外适用的司法实践十分重要。

一、国内法域外适用的基本界定

（一）国内法域外适用的概念

国内法域外适用是指本国的国家机关在本国所属管辖的领域外对其他入、物或者行为产生法律影响，使本国的法律对其在本国所属管辖的领域外适用。⁴对国内法域外适用的概念我们要明确以下几个问题：

第一，“域外”和“法域”不是一个概念，“域外”中的“域”是指“管辖领域”。⁵法域，是法律效力所及的空间范围。对我国来说，通常意义上说的“法律”仅涉及大陆范围。在我国港澳台地区存在着不同的法域。本文所称“域外”，是一国管辖领域之外，不包括港澳台地区。因此，中国法的域外适用并不包括在港澳台适用。

第二，国内法域外适用并不包括诉讼双方根据意思自治选择适用本国法律和根据冲突规范指引适用本国法律的情形。这两种情形并不是一国国家机关对其法律的主动适用，而是国家机关被动适用本国法，这不是本文要讨论的内容。

第三，一国在本国法域外适用中的法律主体应该指的是本国的国家机关，而非他国国家机关。例如，我国法律在美国法院处理案件时被适用，这虽然也是我国国内法在域外得到了适用，但并不属于本文的讨论范围。只有在本国国家机关进行的本国法律域外适用才是本文所指的国内法域外适用。

国内法的域外适用包括三类行为：一国制定含有域外适用条款的立法行为、一国法院实施域外司法管辖的行为以及一国行政机关强制或引导域外实体、个人遵守其国内法的行为。⁶本文仅讨论司法行为，也即一国法院实施域外司法的行为。

著名的德国西门子（siemens）公司违反美国《反海外腐败法》一案就体现了美国国内法的域外适用。德国制造公司西门子为了赢得项目竞标，于20世纪90年代中期至2007年前后向包括中国在内的多个国家和地区进行贿赂。美国司法部认为其违反了美国《反海外腐败法》的规定并对西门子公司进行处罚。在本案中，西门子公司贿赂行为均发生在其他国家和地区，并不在美国的管辖领域内，这属于美国对发生在本国管辖领域外的行为适用美国的法律，体现了美国法的域外适用。

在一个主权国家，一国的法律效力往往只及于其主权管辖范围内的领域，一

³ 肖永平、焦小丁：《从司法视角看中国法域外适用体系的构建》，载《中国应用法学》2020年第5期，第61-65页。

⁴ 廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，载《环球法律评论》2019年第3期，第168页。

⁵ Anthony J. Colangelo, *What is Extraterritorial Jurisdiction?*, Cornell Law Review, vol.99:1303, p.1304-1305(2014).

⁶ 韩永红：《美国法域外适用的司法实践及中国应对》，载《环球法律评论》2020年第4期，第166页。

国对管辖领域外的人、物、行为适用本国法显然是对本国法律效力范围的扩张，这类扩张需要一定的依据。国内法域外适用有其规则依据和学理依据。

（二）国内法域外适用的规则依据

具有域外效力的涉外国内法规则是国内法域外适用的规则依据。一国可以通过制定专门的对外关系法律或在法律中制定具有域外适用效力的条款对本国法律赋予域外效力。

我国法律通常以明确法律域外适用效力的条款作为中国法律域外适用的依据，例如用一个条文对本法的域外适用效力作出规定，⁷这种条文往往规定在一部法律的第二条。对外关系法是指一国制定或者通过国际法转化为国内法的方式产生的专门用于处理各类国家对外关系的法律法规及其体系。⁸我国于2023年6月28日第十四届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过的《中华人民共和国对外关系法》第四章首次以法律形式写明中国法域外适用制度。除此之外，中国的法律中具有域外效力的规定散见于各部门法中。⁹这些规定给相应的部门法适用于我国管辖领域外的人、物或者行为的效力提供了法律支撑。

（三）国内法域外适用的学理依据

国内法域外适用建立在主权国家的基础上，原始状态下一国的法律仅在其领域内发生效力，而国内法的域外适用是在一国管辖领域外发生效力，这种非自然状态下的特殊情况一定有其依据，依据就是国内法域外效力的来源。法律效力根据维度不同被划分为时间效力和空间效力，空间效力又进一步划分为一国法律在域内适用的域内效力和一国法律能在域外得到适用的域外效力，国内法域外适用效力就是指空间效力中的域外效力。

国家管辖权通常是指一个国家根据有关国际法对一些特定人、物和特定事件进行监督管理或对其施加影响的法律权力。¹⁰按照一国法律的管辖范围可以将国家管辖细分为域内国家管辖和域外国家管辖。域外管辖是一国在其领域外行使主权。一个国家基于管辖权对管辖领域内的人、物或者行为适用本国法律，那么对域外的人、物或者行为的法律适用也需要具有一定的管辖基础。域外管辖权是一国国内法域外适用的基本前提，国家行使域外管辖权的过程和结果是进行本国法的域外适用。¹¹

一般来说，根据连接点的不同，管辖权可以分为属地管辖权、属人管辖权、保护性管辖权和普遍性管辖权。其中，属地管辖权是以一国的领土为范围确定其

⁷ 《中华人民共和国反垄断法》第二条：“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。”

⁸ 刘仁山：《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》，载《法商研究》2016年第3期，第131页。

⁹ 参见《中华人民共和国刑法》第8条、《中华人民共和国反恐怖主义法》第11条、《中华人民共和国反垄断法》第2条、《中华人民共和国海洋环境保护法》第2条第3款、《中华人民共和国证券法》第2条第4款。

¹⁰ 曾令良主编：《国际公法学》，高等教育出版社2018年版，第121页。

¹¹ 廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，载《中国法学》2019年第6期，第22页。

管辖范围。原则上,涉外案件的人、物或者行为有一项在本国领域内,就可以依据属地管辖权对其进行管辖。国内法域外适用是以域外管辖权为前提,而属地管辖权是域内管辖,所以国内法域外适用一般不以属地管辖权为依据。属人管辖权是指一国对具有其本国国籍的人,无论此人在哪里,都可以依其国籍对其实行属人管辖。保护性管辖权是指国家为了保护本国的安全、领土完整和重大的经济利益,对外国人在该国领域外侵害该国的国家或者公民的重大利益的犯罪行为行使管辖的权利。普遍性管辖权是指根据国际法的规定,不论犯罪行为发生地和罪犯的国籍,各国对于严重危害国际和平与安全以及全人类利益的某些特定的国际犯罪行为均有管辖权,例如战争罪、奴隶贸易等。除属地管辖权外,其他的管辖权都可以突破属地主义的限制,为国内法域外适用提供法律依据。¹²

二、法院在国内法域外适用中的问题表现

(一) 国内法域外适用的学理不清晰

国内法域外适用的学理依据在于国内法的域外效力,而一国法律是否具有域外效力存在着学理上的争议。传统属地主义认为一国法律效力仅及其领土范围。一国法律不具有域外效力,不可以进行域外适用。但随着交通和通讯的发展,全球联系不断增强,人类生活在经济、科技、文化、法律等各个领域建立了全球性的联系。各国与地区在政治、科技、经济贸易上联系密切,互相依存。人们对国际法的认识也从原有的“公——公”关系认识论发展到了“公——私”关系认识论。¹³传统的属地主义不再能满足跨国联系密切的现代社会。由此在传统属地原则之外,逐步发展出来一些为世界各国所能普遍接受的域外适用原则。¹⁴属人管辖原则、保护性管辖原则、普遍性管辖原则等域外适用原则都能成为国内法域外适用的学理依据。

传统属地主义和属地主义的突破两种理论之间仍然存在着争议,我国还没有一种确定的学说。因此我国法律的域外效力的理论依据并没有确定性。

(二) 国内法域外适用的规则依据不明晰

我国对法律域外效力的规定多见于法律条文中。这些具有域外效力的条款作为国内法域外适用的规则依据并不明晰。我国虽然制定了统一的对外关系法,我国涉外法律体系的碎片化问题得到有效解决,中国国内法域外适用的基本法律制度框架初步建立。¹⁵但是,其仍存在着概括性表述太多以及不好操作的问题。

我国法律可以根据调整对象、法的本位、价值目标等划分为三类,分别是公

¹² 上海市第一中级人民法院课题组:《我国法院参与中国法域外适用法律体系建设的路径与机制构建》,载《法律适用》2021年第1期,第158页。

¹³ 蔡从燕:《公私关系的认识论重建与国际法发展》,载《中国法学》2015年第1期,第187-206页。

¹⁴ 漆彤:《加强国内法域外适用法律体系建设和法理研究》,载《人民法院报》2021年2月22日,第2版。

¹⁵ 赵骏:《〈对外关系法〉与中国对外关系法治的新进展》,载《武大国际法评论》2023年第4期,第29页。

法、私法和社会法。公法主要法律有我国的宪法、行政法、诉讼法等。私法主要法律有我国的民法典。社会法是保护社会法益的法律，往往具有社会公益目的，如我国的环境法。在这些领域的法律中，有些规定了域外效力，有些没有规定域外效力。以下以各领域典型的法律规定简析之。

在公法领域，《刑法》就具有域外适用效力。以《刑法》第6条属地原则为基础，《刑法》第7条、第8条、第9条分别从属人管辖原则、保护性管辖原则、普遍性管辖原则的角度规定了《刑法》的域外适用效力。

在私法领域，《民法典》第12条也仅规定：“中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律。法律另有规定的，依照其规定。”虽有但书条款“法律另有规定的”，但是“法律”是指调整涉外关系的法律即冲突法，还是民法体系中的特别法，并无定论。¹⁶由此可见，《民法典》并未对其域外效力作出明确的规定，这是立法的缺失。

在社会法领域，《海洋环境保护法》第2条第3款“在中华人民共和国管辖海域以外，造成中华人民共和国管辖海域污染的，也适用本法。”这一条款充分确定了本法的域外适用效力。

（三）司法协助问题

中国法院进行法律域外适用不仅面临学理依据争议和规则依据不清晰的问题，还有着司法执行困难的问题，这主要体现在国与国之间的司法协助上。司法协助是指国与国之间通过帮助送达文书、承认与执行外国法院判决等行为而相互给予对方司法上的支持与援助。¹⁷许多国家同中国没有司法协助关系，导致中国法院在涉外案件的送达和判决执行中存在困难。

国家间判决的承认与执行，是指主权国家之间在一定条件下相互予以承认对方法院的判决在本主权国家的法律效力，相互帮助判决执行的一种合作行为。¹⁸外国法院判决的承认与执行，在一定程度上是一种司法主权的让渡，各国对此都持谨慎态度。我国判决在外国得到承认与执行有以下几种可能：一、通过以下三种关系之一使得我国法院判决得以在他国得到执行：我国与他国之间缔结了承认与执行判决的司法协助协定；我国与他国都是某一关于判决承认与执行公约的缔约国；我国与他国之间具有互惠关系。二、通过当事人向被申请国申请承认与执行。这种一般存在于两国之间不具有以上三种关系的情况。

法院在依照中国法审判后，要进行案件判决的送达与执行，但由于案件具有涉外因素，送达与执行难免牵涉外国领域。在涉外案件中，如果中国与案涉国家没有司法协助关系，送达和执行就会变得非常困难。

¹⁶ 肖永平、焦小丁：《从司法视角看中国法域外适用体系的构建》，载《中国应用法学》2020年第5期，第60页。

¹⁷ 赵永琛：《国际刑法和国际刑事司法协助》，法律出版社1994年版，第152页。

¹⁸ 宣增益：《国家间判决承认与执行问题研究》，中国政法大学2004年博士学位论文，第1页。

就送达而言，涉外送达可以基于条约、外交途径送达，还可以通过邮寄、公告等方式送达。跨国送达时间长，程序更加复杂，需要准备的资料更多。若是两国没有签订相关条约，则会更加麻烦。

就财产执行而言，如果被申请执行的财产不在我国领域内，中国又没有和财产所在国签订相关国际条约和协定的，两国不存在互惠关系的，要由当事人向外国法院申请承认和执行。申请的这一过程时间漫长，外国法院的处理结果也不一定会使当事人满意，具有不确定性。申请人要为此支付高额的时间成本和金钱成本。

（四）法院的被动性

司法具有被动性。法院功能的被动性是天然的，是法院在纠纷解决中保持其中立第三方地位的必然要求，是保证司法公正外观与实质的前提。¹⁹法院功能的被动性就决定了其不会主动介入案件，法院往往对案件持消极态度，不会主动进行中国法域外适用。“不告不理”原则就体现了法院的被动身份。司法的这种被动性及其定位就意味着人民法院不能像其他行政机关一样能够积极主动地依法行使职权。我国法院在处理涉外案件时，一般都会根据当事人的意思自治选定的法律或者冲突规范所指引的准据法来进行司法审判，很少主动适用中国法，部分法官也没有主动适用中国法的意识。

往往法院在处理涉外民商事案件时，考虑适用哪个准据法有以下顺序：有条约规定的按条约规定，尊重当事人意思自治，若没有国际条约规定或国际条约规定不明确的，根据冲突法规则选择适用准据法。在这些情形中，能适用中国法的情况有这些：适用国际条约的规定，当国际条约规定不完善时，可以捎带适用中国法；当事人根据意思自治选择适用中国法；冲突规范指引适用中国法；冲突规范指引适用外国法，但外国法对争议案件无相关规定或无法查明时，或查明的外国法违反我国法律的禁止性规定时，适用中国法。

但是国内法域外适用并不包括诉讼双方根据意思自治选择适用本国法律和根据冲突规范指引适用本国法律的情形，所以在以上情形中只有适用国际条约时捎带适用中国法和冲突规范指引适用外国法时由于一些特殊原因适用中国法两种情况可以作为域外适用国内法的情形。

三、中国法院法律域外适用问题分析

（一）国内法域外适用的学理争议

国内法域外适用存在的学理依据争议，造成中国法律域外适用有着学理依据不明确的问题。国内法域外适用离不开探讨国内法与国际法的关系。关于国际法与国内法关系的学说，主要是一元论和二元论。

一元论学者有主张国内法优先的，有主张国际法优先的。他们一致认为国际

¹⁹ 卢荣荣：《中国法院功能研究》，法律出版社2014年版，第184-185页。

法和国内法是一个法律概念的两个方面，具有共性和统一性。国际法和国内法在一个法律体系中有效力高低之分，由此，一元论分为国内法优先说和国际法优先说。一元论的两种学说都不够全面。国内法优先说认为各个国家享有绝对的主权，有权决定是否受国际法的约束，各国据此扩张主权，难以形成和谐的国际秩序。部分国际法优先说提倡者在主张国际法优先的同时否认国家主权，国家主权难以实现。

二元论的学者认为，国际法与国内法有重大差异，是两个不同的法律体系。国内法是国家与个人间具有从属关系的法律，而国际法是国家与国家间具有对等关系的法律。²⁰国际法与国内法没有隶属关系，在效力上是平行的，二者性质不同，独立存在，没有一个服从于另一个的问题。

但一元论和二元论都有其弊端，一元论主张国际法与国内法具有同一性，而忽视了二者的区别，二元论主张国际法与国内法不同，而忽视了二者的必然联系。²¹若采用二元论学说作为国内法域外适用的学理基础，则由于学说本身对国际法与国内法的割裂，国内法并不能在一国域外得到适用。一元论学说虽能使得国内法在域外得到适用，但国内法优先说主张国内法一定能在域外得到适用而不受国际法的限制，而国际法优先说主张国内法能否域外适用必须服从于国际法的安排。一元论的两个学说在作为国内法域外适用的学理依据时都太过极端。

我国对于国际法与国内法的关系有一个多数说，大多数学者认为国际法与国内法的关系既不是一元论那样的没有区别，也不是二元论那样的完全割裂，而是对立统一的关系，二者既有区别又有联系，相互转化，相互配合。多数说坚持国家主权的相对性。因此，就我国学者多数说来推断，它主张一国法律可以进行域外适用，但不能超过必要的限度。

综上，一元说、二元说和我国学者多数说的争议使我国法院进行法律域外适用得不到确定的学理支持，这也是造成中国法域外适用不良司法现状的原因之一。

（二）立法回应有待完善

中国法域外适用法律体系亟待建立，域外效力条款少，并散于一些部门法中。规则依据的不完善给我国法院进行法律域外适用工作的开展造成了困难。除统领性的《对外关系法》外，我国对于中国法域外适用的规定仅体现在几部有限的法律中，但仅存的具有域外效力的条款仍然有一些不足。我国有些部门法明确规定了具有域外效力的条款，例如《刑法》第8条、《反恐怖主义法》第11条、《反垄断法》第2条、《海洋环境保护法》第2条第3款和《证券法》第2条第4款。

大部分部门法中并没有规定具有域外效力的条款，一些法律只规定了其域内效力。例如，我国《劳动法》第2条、《劳动合同法》第2条、《环境法》第3条

²⁰ 周忠海：《国际法》，中国政法大学出版社2004年版，第44页。

²¹ 贾少学：《国际法与国内法关系论争的时代危机——对一元论和二元论进路的反思》，载《法制与社会发展》2009年第2期，第64页。

的规定都明确表示其在中国管辖领域范围内具有效力,并未对其域外效力作出规定。

有的部门法虽有域外效力规定,但是有些具有涉外因素的条款规定很模糊,不易实操。例如,我国刑法第 164 条规定,“为谋取不正当商业利益,给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的,依照前款的规定处罚。”作为此罪对象的外国公职人员,我国刑法并没有对其定义作出具体规定,我国对此罪管辖权的“连接点”也无从得知,这对法官处理相关案件造成了困难。²²

四、美国经验借鉴

早在上个世纪 90 年代,美国法域外适用已经涉及几乎所有的美国法领域。²³美国国内法域外适用实践起步早,美国法院处理国内法域外适用的案件数量多,办案经验丰富,美国法域外适用法律体系完善。美国在国内法域外适用中的种种优点值得我们借鉴,但在借鉴时要充分结合中国国情,探索适合中国的国内法域外适用道路,不能照搬美国经验。

(一) 美国法域外适用的依据

美国法域外适用既有规则依据,又有学理依据。美国法域外适用规则依据清晰,美国有统一的对外关系法,其在反垄断法、证券法、反腐败法、环境法、劳动法等领域均存在具有域外效力的规则。美国在国内法域外适用中有着明确清晰的学理依据,最典型的莫过于美国反垄断法的域外适用的管辖依据。

国内法的域外适用涉及多个部门法领域,我国乃至世界都最为重视的是反垄断法的域外适用。美国作为反垄断法域外适用领域的领头羊,除了属地管辖,属人管辖等域外管辖的依据外,还在法院的判例实践中发展出了一些特有的原则,分别是效果原则、共谋原则和合理管辖原则。²⁴效果原则是指只要是行为人的行为故意对美国市场竞争造成了实际影响,不论其国籍与行为发生地,美国都可以对其进行管辖。共谋原则是指在美国域外活动的美国企业和有实际控制的关联性的位于美国境内的公司和位于美国境外的公司,美国都可以管辖。合理管辖原则是在效果原则的基础上发展得来的,在满足效果原则的要求下,案件对美国的利益联系程度还要高于其他相关国家,这样美国才对此案具有管辖权。美国反垄断法域外适用的一些管辖原则都是通过法院判例确定的。“美国诉美国铝业公司案”中 Hand 法官的判决确定了“效果原则”,“廷伯兰木材公司诉美洲银行案”的 Choy 法官确立了“合理管辖原则”。中国不是判例法国家,不能像美国一样通过法官造法确立中国法域外适用的原则,中国法院只能根据现有立法进行中国法域外适用。

(二) 美国法域外适用的限制

²² 陈宇:《从 petrobras 案看美国〈反海外腐败法〉的域外管辖问题》,载《河北法学》2020 年第 5 期,第 184-185 页。

²³ 韩永红:《美国法域外适用的司法实践及中国应对》,载《环球法律评论》2020 年第 4 期,第 168 页。

²⁴ 张敏怡:《美国反垄断法域外适用制度研究》,西南交通大学 2015 年硕士学位论文,第 16-17 页。

美国不仅仅对本国法域外适用的范围进行扩张,有时还会限制本国法的域外效力。在美国进行法律域外适用的实践中,美国联邦法院产生并通过了限制美国法域外适用的“保守的能动主义”²⁵,对于是否适用美国法也有一套审查顺序。首先,适用反域外适用推定原则,看要适用的美国法是否对域外效力作出了明确规定;如果没有域外适用条款或者超出了明确限定的范围,则推定此法不能域外适用。其次,如果无法适用反域外适用推定原则,则要考虑该案件与美国有无充分联系,主要看行为、交易或损害是否发生在美国。如果没有充分联系,则不予适用美国法;如果认定有充分联系,还需考虑域外适用是否满足正当程序的要求。²⁶在不同案件中,美国限制本国法的域外适用理由也有所不同。在一些反垄断案件中,美国法院会利用国际礼让原则限制反垄断法的域外适用;在普通案件中,被告基于国家主权豁免原则提出的抗辩,美国法院会给予支持;在部分案件中,法院会因当事人违反了他国的强制性规定主张自己没有管辖权。²⁷

对于国内法域外适用的限度问题,我们不难看出,美国法域外适用范围呈现先扩张再限制的趋势,比如美国先采用效果原则扩张反垄断法的域外适用范围,再运用合理管辖原则对反垄断法的域外适用进行限制。我国国内法域外适用仍处于起步阶段,我们目前要先扩张适用国内法,再进行域外适用的限制。

(三) 美国法院的司法实践

美国法院进行美国法域外适用的实践十分丰富,司法实践遍及反腐败法、反垄断法、证券法、环境法、劳动法等多个领域。司法实践不仅仅是对案件事实进行事实判断的过程,更是采用价值判断对法律进行适用与解释的过程。美国法院在域外适用美国法的实践中,对私法领域和公法领域采取不同的适用策略。在诉讼涉及市场时,美国法院倾向于扩张美国法域外适用效力,在不涉及市场的公法领域中,法院倾向于限制美国法域外效力。²⁸由此可见,美国法域外适用效力十分灵活,法院可以根据适用领域的不同调整适用效力,以扩大或限缩美国法域外效力的方式来达到良好的司法效果,这也体现了美国法院不同案件中的价值判断和价值选择。美国法域外适用司法实践的这类经验值得我们学习借鉴。我国法院虽然不能像判例法国家一样进行法官造法,但我国法院可以解释法律,法官可以通过限缩解释或扩张解释的方法像美国法院一样收放中国法的域外效力。

美国法院的以退为进也值得我国法院借鉴。马伯里诉麦迪逊一案中,美国大法官马歇尔以最高法院不具有管辖权的理由避免了和麦迪逊的正面冲突。这一判决以限制最高法院的管辖权来主张司法审查的权利,开创了法院审查国会立法的

²⁵ See Geoffrey R.Stone, *When is Judicial Activism Appropriate?*, Chicago Tribune, April13,2012,at A1.

²⁶ 韩永红:《美国法域外适用的司法实践及中国应对》,载《环球法律评论》2020年第4期,第168页。

²⁷ See *Animal Science Products, Inc.v. China Nat.Metals&Minerals Import & Export Corp.*,596 F.Supp.2d 842(D.N.J.2008).

²⁸ 霍政欣:《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》,载《政法论坛》2020年第2期,第173-191页。

先例，初步形成了三权分立相互制衡的格局，对此后美国基本政治制度建制定型有着深远影响。²⁹联邦最高法院以限制管辖权的“退”而换取到三权分立，相互制约的“进”。这一以退为进十分值得我国法院学习。

五、中国法院在法律域外适用问题中的突破

（一）法院利用释法功能解释已有法律

在有中国法域外适用条款或虽有但规定模糊时，法院可以通过解释法律的方法将其用于中国法域外适用司法实践。例如域外效力规定不明确的《民法典》第12条：“中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律。法律另有规定的，依照其规定。”其中但书条款“法律另有规定的”，法院可以将“法律”解释为调整涉外关系的法律即冲突法，进而指引中国法为准据法，进行中国法域外适用。

美国法院利用解释技巧规避先例，我国法院也可以利用法律解释以达到预期的司法效果。美国处在三权分立的背景下，司法不具有法律创制权，其作为普通法系国家，司法要遵循先例。但是，美国的司法能动主义并没有突破这类背景，实现司法权对立法权的僭越。而是巧妙地运用解释技巧，规避先例，采用不同的解释方法与解释顺序以得出预期的结果，并不是严格地适用法律。我国是成文法国家，法院在司法中处于被动地位，不能创造法律，这并不意味着我国法院是绝对的被动司法。我国法院在司法解释方面是肯定的司法能动主义。³⁰

我国法院权能被动，权力较小，法院想要发挥司法能动性，司法解释就是一种不错的解决方法。³¹曾任美国联邦最高法院的法官霍姆斯说，“法律发展的关键的因素就是对社会政策（即什么是对社会最好的）的考虑。在填补法律的‘空隙’或漏洞这一点上，审判与立法没有区别，不同的只是形式”。³²也就是说，法院在司法时解释法律同立法解释一样，都能促进更加良好的司法结果产生，促进社会向前发展。中国法域外适用中，法院可以通过对域外适用条款进行司法解释发挥司法能动性。

（二）法院通过司法造法发挥司法能动性

发挥司法能动性对具体案件的公平正义乃至社会秩序来说都有重要意义。能动的司法可以积极满足社会需求。当个体正义与社会正义不一致时，可以利用法院司法能动性，促进良好的司法结果产生。能动司法还可以促进公民权利保护，监督和限制政府的权力。司法能动主义还可以填补立法漏洞、为立法积累经验、

²⁹ 朱苏力：《制度是如何形成的？——关于马歇尔诉麦迪逊案的故事》，载《比较法研究》1998年第1期，第68页。

³⁰ 王彬：《司法能动主义的中国化》，载《法学论坛》2011年第6期，第121页。

³¹ 徐清宇、周永军：《能动司法之方法论——以司法机关参与创制社会政策为视角》，载《金陵法律评论》2011年第1期，第93页。

³² [美] 沃尔夫：《司法能动主义》，黄金荣译，中国政法大学出版社2004年版，第33页。

照顾弱势一方，实现个案的公平正义、实现法律与社会发展的衡平统一等。³³

我国法院可以通过司法造法发挥司法能动性。作为成文法国家，在有相应法律规则时，我国法院可以发挥释法功能进行法律域外适用。而在没有现有法律规则或者现有法律规则适用并不合理时，法院可以通过适用法律原则的方法以实现国内法域外适用。在没有相应法律原则的情况下，法院还可以利用法律原理进行国内法域外适用。

（三）法院利用调解实现司法的以退为进

法院的作用并不都体现在案件判决上，不少案件都是通过调解结案的。我国法院在处理涉外案件时采用调解结案，看似是限制了法院的主动性，实则是法院的以退为进，以此发挥法院的功能。正如前文所述的美国经验，“以退为进”确实不失为法院在司法被动的今天发挥司法能动和掌握司法主权的好方法。法院在不主动进行域外适用国内法的情况下，仍然可以以退为进，采用调解等柔性的处理方式发挥法院的作用。

2014年6月27日，我国渔船闽霞渔01003号在钓鱼岛海域沉没，致1人死亡，6人下落不明。经福建省霞浦县三沙镇人民调解委员会调解，船舶所属公司与船员家属签订《人民调解协议书》，并向霞浦县人民法院申请司法确认。霞浦县人民法院对此进行依法管辖，确认《人民调解协议书》的效力。霞浦县人民法院的管辖权不仅来源于属人管辖，也来源于对中国专属经济区和大陆架海域的专属管辖权。在这个案件中，钓鱼岛作为有争议的地域，霞浦县人民法院通过调解而不是判决的方式对其行使管辖权，巧妙地运用柔性处理方式，既彰显了我国对钓鱼岛的主权，又避免和日本的正面冲突。

需要注意的是，发挥法律域外适用效力要以符合国际法规则为前提。³⁴“荷花号”原则，即不禁止即为允许原则，在国际法没有明确的禁止性规定的情况下，国家享有主权和自由，³⁵也即可以对外适用具有域外效力的国内法。据此原则，国家在国际法禁止的情况下不能进行国内法域外适用，这也是一国进行域外适用国内法的逻辑起点。国内法域外适用不能违反国际法的有关规则与基本原则，不可过分扩张本国主权，侵犯他国主权。国内法域外适用的法律扩张以必要限度为限，处理好国际法与国内法的关系。

结语

国内法域外适用是当今国际法的发展趋势之一。国家在域外管辖权的基础上进行国内法域外适用，是国际关系密切的表现。国内法院进行本国法域外适用是当今世界大国的通行做法，这种做法在一定程度上体现了大国的综合国力，彰显

³³ 李辉：《司法能动主义》，中国法制出版社2012年版，第232页。

³⁴ 马忠法、龚文娜：《法律域外适用的国际法依据及中国实践》，载《武陵学刊》2020年第5期，第81页。

³⁵ 陈一峰：《国际法不禁止即为允许吗？——“荷花号”原则的当代国际法反思》，载《环球法律评论》2011年第3期，第133页。

国家主权。中国法域外适用包含立法、行政、司法三个环节，法院司法是其中必不可少的一个环节。

我国法院在法律域外适用中面临着一些问题。国内法域外适用有其学理依据和规则依据。但我国存在着学理依据有争议和规则依据不明确以及司法执行困难等问题。这些问题的原因在于学理争议以及相关规则不完善。一元说、二元说和我国学者多数说的争议使我国法院进行法律域外适用得不到确定的学理支持。我国还未建成中国法律域外适用体系，法律域外效力规则依据也不完善。美国在国内法域外适用方面理论成熟、实践丰富，规则清晰，学理依据明朗，这些都值得我们借鉴学习。

通过对我国法院进行法律域外适用面临问题的分析以及美国成熟经验的借鉴，中国法院可以从以下三方面入手，突破司法困境。一、在有相应法律规则时，我国法院可以发挥释法功能进行法律域外适用。二、法院司法造法。在没有现有法律规则或者现有法律规则适用并不合理时，法院可以通过适用法律原则的方法以实现国内法域外适用。在没有相应法律原则的情况下，法院还可以利用原理进行国内法域外适用。三、法院的以退为进。法院在不主动进行域外适用国内法的情况下，仍然可以采用调解等方式发挥作用。

建立中国法域外适用法律体系势在必行。但立法所经历的程序复杂，历时较久，法院司法习惯的转变也需要一些时间。因此，法院突破法律域外适用的困境是一项长期任务，我们要脚踏实地，摸着石头过河。

论联合国常任理事国否决权的改革

李富杰*

摘要：随着国际形势的不断变化，改革联合国常任理事国否决权成为各国关心的话题。否决权虽然对于制衡某些大国霸权主义、避免国际冲突等方面发挥作用，但其特权属性与滥用现象日益背离主权平等原则，成为部分国家霸权政治的制度化载体。针对现存问题，可采取渐进式调整路径，强调在维护大国核心利益的同时，需强化程序约束与多边协商机制。具体而言，可以从限制否决权的使用范围、建立否决权的制约机制、增加阻止决议所需否决权的票数及限制未来可能新增的常任理事国的否决权等方面进行改革，以推动国际治理体系向更具包容性与代表性的方向发展。

关键词：联合国 常任理事国 否决权

一、联合国常任理事国否决权的基本理论

（一）联合国常任理事国的否决权的概念

联合国常任理事国的否决权，即联合国安理会常任理事国的“大国一致”表决原则，是指在安理会在非程序性事项的决议过程中，既要求 9 个理事国的多数赞成票，又要求 5 个常任理事国的一致同意才能通过该决议，任何一个常任理事国投出反对票都将使这个决议无法通过。

否决权在联合国宪章里并未以成文的形式记载，而是一个独立的自成体系的概念¹，核心表现在《联合国宪章》第二十七条，其规定安理会关于程序事项之决议，应以九理事国之可决票表决之，对于其他一切事项之决议，应以九理事国之可决票包括安全理事会五常任理事国之同意票表决之。另外，还包含在一些辅助性和补充性的规定中，如《联合国宪章》第 23 条规定了否决权享有的主体为美国、英国、中国、苏联（现俄罗斯）、法国，《联合国宪章》第 18 章部分条款规定宪章的修正需经安理会全体常任理事国同意等。

（二）联合国常任理事国的否决权产生的历史背景

联合国常任理事国的否决权制度的确立可以追溯到 1944 年的敦巴顿橡树园会议，当时美国总统罗斯福在会议上提出五个大国（美国、中国、苏联、英国、法国）拥有否决权。美、英、苏三国对于安理会常任理事国应享有否决权这个总的原则没有异议。但英国主张，当一个大国是争端当事国时，它就不应该拥有否

* 作者简介：李富杰（2001—），男，汉族，江西赣州人，江西财经大学民商法学专业 2023 级硕士研究生。通信地址：江西省南昌市昌北经济技术开发区玉屏西大街 665 号。邮编：330032。联系电话：18460386183。邮箱：2192706457@qq.com。

¹ 吴迪，程建芳：《浅谈安理会表决程序中的否决机制》，载《北京联合大学学报》2001 年第 3 期。

决权，美国同意其主张，但苏联坚决反对，主张绝对的否决权，即不管在任何情况中都不应该剥夺否决权，这个争论在这次会议上并没有得到解决。

这个问题在 1945 年 2 月召开的雅尔塔会议上得到了最终解决。会议上，由于苏联坚持绝对的否决权，英国和美国为了让这个新的国际组织顺利成立，向苏联承诺新国际组织的权力不得用于反对三大国，三个大国关于安理会的表决权问题也因此达成一致，即采用“大国一致原则”。

1945 年 4 月 25 日，旧金山会议召开，会议上以多数票赞成通过了否决权制度，因此，联合国安理会常任理事国享有一票否决权就合法地存在了。

（三）联合国常任理事国的否决权的适用范围

自否决权合法存在以来，五大国对于否决权的适用范围主要体现在以下四个方面：

1. 解决地区矛盾和争端

联合国安理会的主要职能即为维护国际和平与安全，因此在解决地区矛盾和争端上安理会五大国使用否决权的次数最多，在 1945-1999 年，联合国安理会在解决地区矛盾和争端上一共使用 185 次否决权，占总使用次数的五分之三。

2. 联合国秘书长的选任

联合国秘书长作为联合国的“行政首长”，其所奉行的联合国政策关系着五大国的利益，因此秘书长的选任也成为五大国行使否决权的重要对象。如在 1975 年以后的 26 年里，五大国对秘书长的选任行使否决权就达到 47 次，大约占该类事项使用否决权总数的 84%。

3. 接收会员国

联合国作为主权国家的政府国际组织，其依赖于成员的普遍化来实现普遍安全的目标，由于《联合国宪章》对会员国的加入资格并未作出明确清楚的规定，在冷战期间，美苏常常为限制对方力量的壮大而使用否决权。如在 1946—1959 年，苏联为了阻止新会员国的加入共使用了 50 次否决权，美国在 19 世纪 70 年代也连续使用 6 次否决权来阻止新会员国的加入。从中体现出美苏全然不顾《联合国宪章》的基本原则，为了谋求私利滥用否决权。

4. 裁军

从安理会否决权使用的实践上看，对裁军问题使用否决权次数最少，只有苏联在 1946—1949 年使用的 4 次。在裁军问题上使用否决权次数较少并不意味着其本身得到很好地解决²，相反，正是出于裁军问题的复杂性和难度，联合国设置了许多专门机构来解决这一问题，因此安理会上很少再出现涉及裁军的事项。

二、联合国常任理事国的否决权的现实意义

（一）否决权是其他大国对美国霸权主义的制约

² 史哲：《安理会否决权——“权力政治”的影像》，载《欧洲》2002 年第 6 期。

联合国作为国际组织而非世界政府，并不能凌驾于单个国家之上。自苏联解体后，尽管美国在最近几年的实力相对衰落，但仍未改变当今世界的单极体系，美国作为唯一的超级大国仍然具有超过其他国家的实力。在冷战后，美国奉行全球战略，其目的是在政治、经济、军事等方面保护和促进自己的国家利益和宣扬自身的价值观念，建立美国的单极霸权体系。而联合国也成为美国实现全球战略和全球霸权的重要工具，美国对联合国的控制，也势必会与其他国家尤其是其他常任理事国产生矛盾，因此安理会否决权制度成为其他常任理事国对美国霸权主义进行制约的重要方式。如 2017 年 2 月 28 日，联合国安理会就英、法、美三国提出的关于叙利亚化学武器问题的决议草案进行表决，中国与俄罗斯行使了否决权，草案未获通过，这也是中俄再次联手否决制裁叙利亚的草案。

（二）否决权是联合国安理会常任理事国履行国际义务的动力

联合国安理会五大国承担了远远高于其他中小国家的国际义务，安理会五大常任理事国是联合国会费、联合国维和费用、联合国专门机构如国际货币基金组织资金的主要供给方，同时负有协调处理国际间的关系和重要事务、维护国际和平和安全等国际义务。而五大国坚持要求享有否决权，一个非常重要的原因就是五大国在维护国际和平与安全等方面应当履行非常重要的义务，根据权利义务对等的原则，既然大国应当履行的义务重要并且特殊，那么五大国就应该享有与所应履行义务相对等的特权，这样才能体现大国的权利与义务的对立统一。因此，否决权制度的存在是五大国切实履行重要国际义务的动力。

（三）否决权是制度设计者对过去历史的反思和经验教训的总结

在一战结束后的巴黎和会上，成立了一个名为国际联盟的国际组织。国际联盟在全部重大决议的表决上遵循全体一致的原则，即每个有表决权的国家都拥有一票否决权，这意味着在决议程序中，只要一个国家投反对票，那么该决议就不能通过，并且，争端当事国也可进行表决。这种极其理想的全体一致的表决原则虽然可以防止以多欺少的情况，但其极大地降低了国际联盟的表决效率，有时甚至无法得出表决结果，这也严重限制了国际联盟发挥其职能。因此，设计者们意识到“大国一致”远比“全体一致”更具可操作性。实际上，否决权制度是对拥有否决权的主体进行缩小，避免过多国家拥有否决权而无法有效地达成共识，同时也使得安理会更方便地执行维护世界和平、延缓和制止战争的职能。

（四）否决权可以保护少数者的权利

少数服从多数的决策原则是决策程序通用的原则，一定程度上其可以保障高效和相对公正，但在某些情况下，少数者的权利同样需要关注。日内瓦大学政治学教授简·埃里克·莱恩提出，国际组织中的决策机制必须妥善平衡群体决策的效率和个体利益保护这两种价值。而否决权制度是在遵循多数意见通过决议的基础上而设置，可以做到对个体利益的保护。当今世界依旧存在者霸权主义和强权政

治，在这种国际环境的背景下，否决权制度的存在可以保障少数者的正当权利，防止出现大国联合起来以多欺少的状况，在尊重多数国意见的基础上，能够尊重和表达少数大国不同的合理意见³。

三、联合国常任理事国的否决权存在的问题

否决权赋予大国特权，虽然具有一定的现实意义，但现实中否决权的使用也存在一些问题，主要在如下几方面：

（一）否决权违反国家主权平等原则

《联合国宪章》规定“各国不论大小，一律平等”，此外国际法中也规定了国家不分强弱一律平等的基本原则，基于此，国际事务本应当由全体联合国会员国来决定，这才能体现全体会员国的意志，但常任理事五大国享有否决权，五大国任意一国拥有以一国的意志否认多数国意志的特权，这使得五大国与其他会员国处于不平等的地位。否决权的存在，侵犯了其他国家平等的权利，特别是一些中小国家，它们时常成为某些常任理事国推行霸权主义的对象，成为其向外扩张的牺牲品，这实际上违反了国家平等的基本原则，也违背了国际伦理道德的要求。

在国际社会中，数国代表对否决权违反平等原则发表意见，如布隆迪代表声称：“宪章必须加以修改，以保证联合国各会员国间的完全平等，而这种平等只有通过取消否决权才能实现”⁴。

（二）否决权成为某些大国的豁免权

自否决权存在，有些大国滥用否决权，把否决权当作“挡箭牌”，即使其本身有违反国际法、破坏国际和平与安全的行为，仍然可以借助否决权一意孤行甚至逃避制裁，从而使否决权成为某些大国的豁免权，这种行为虽然符合程序条件，但其与联合国宪章的精神相违背，也与当今国际社会下所赋予否决权维护世界和平与安全的精神相违背。如 1983 年美国入侵格林纳达，尼加拉瓜、圭亚那和津巴布韦三国向联合国安理会提交一份谴责美国入侵格林纳达的决议议案，议案指出美国的行为破坏了格林纳达国家的独立，违反了国际法，并呼吁外国军队立即撤军。然而，美国在表决的过程中行使否决权，使得该议案未能通过，安理会无法干涉其不合法的入侵行为，更不用说对其进行国际制裁，这使否决权实际上成为美国的一种豁免权，其有权决定安理会是否通过于己不利的决议和是否接受决议的约束。

更有甚者，否决权乃至成为某些常任理事国保护其盟友的豁免权。比如，美国在中东问题上，对其盟友以色列一以贯之的是偏袒的态度。2011 年 2 月 18 日，联合国安理会正表决一项由阿拉伯国家起草的决议草案，用以谴责以色列扩大犹

³ 李小丽：《论否决权》，载《世界经济与政治》1996 年第 6 期。

⁴ 刘文冬：《论安理会否决权制度及其改革》，载《太原城市职业技术学院学报》2013 年第 6 期。

太人定居点，该草案获得了 14 个安理会成员的支持，并得到了 100 多个国家的支持，但美国为了偏袒以色列，对该项决议行使否决权导致其未获得通过。美国不顾国际社会广泛呼声，滥用否决权豁免其不法行为以及其盟国不法行为的种种行为，使不少国家认为《联合国宪章》所规定的强制行动，不适用于安理会常任理事国乃至安理会常任理事国所保护的国家。这种行为也引起不少国家的不满，其中毛里求斯代表对此提出：“滥用否决权不仅削弱了安理会处理紧急安全人道主义危机的能力和有效性，而且使其受少数特权国家的控制，以满足他们自己的议程。”因此，对否决权进行必要的改革，已然成为避免让否决权成为某些大国的豁免权，使其更好地维护世界的和平与安全的必然要求。

（三）否决权成为某些大国推行霸权主义的特权

由于否决权的存在，使得某些大国可以在联合国内推行其本国的国家政策和战略，并且很难受到其他国家的制约。随着苏联的解体，美国成了世界上唯一的超级大国，开始走向单边主义道路，推行美国利益优先的全球战略。在政治上，构建以美国为核心的、其他西方民主国家组成的意识形态和价值观念占主导的国际政治新秩序；在经济上，构建以美国为核心的经济体系；在军事上，美国在亚太，印太等区域开展军事部署，对于有各种危害美国利益的国家和地区作出军事反应，防止其他国家和地区的军事崛起。而否决权，无疑成为美国肆无忌惮地实现“称霸全球”目标的重要工具，只要决议不符合美国利益或者限制其推行霸权主义，它就行使否决权。

事实表明，自联合国成立以来，美国为推行其霸权主义以及维护美国利益政策，在安理会通常使用贿赂和威胁的手段。如在前联合国秘书长加利的换届选举上，由于加利对美国奉行的霸权主义、任意向他国实施制裁措施、拖欠联合国会费等问题上表达出不满，美国为了继续推行其霸权主义政策以及维护美国利益，接连阻挠加利的选任。美国政府在得知加利将参加联合国秘书长连任竞选时，甚至声称必要时将会使用否决权阻止其连任。由此可见，否决权给予的大国特权，在现实中让一些大国为了一己私利不正当地推行自己的霸权主义。

否决权的行使影响决议的效率

否决权作为五大国享有的特权，它过于强调五大国的作用，在安理会表决程序中，任何一个大国对决议存在不满，不论其基于合理或不合理的意见，都可阻止决议的通过。而某些大国，为自身谋求利益的需要，往往会不顾联合国宪章精神的约束，随意地使用否决权，这种不加任何限制的否决权会大大影响安理会决议的效率，使安理会无法及时、有效地发挥其应有的职能。

正如在 1946 年安理会历史上第一次行使否决权中，黎巴嫩和叙利亚驻联合国代表致函联合国秘书长，要求撤出英国和法国军队。在安理会的讨论中，美国代表提出了一项决议草案，指出应当尽可能尽快地撤出在黎巴嫩和叙利亚的外国

军队。苏联对该提案没有实质性分歧，但苏联代表维辛斯基对美国提案投了反对票，理由是该草案的某些措辞语气不够强烈有力，由于苏联投了反对票，美国的提案未获通过。这种如此随意地行使表决权的行爲，极大地影响了安理会表决的效率，使安理会无法及时履行其职能。

四、改革联合国常任理事国的否决权的路径

（一）各国对联合国常任理事国的否决权改革的观点

由于否决权被视为大国特权，自其成立以来，一直饱受争议，多年来国际社会对于否决权改革和完善的观点大致可分为以下几张：

1.主张全部保留

主张全部保留的国家主要是 5 个常任理事国，在他们提交的安理会改革方案中并未提及否决权的问题，也就意味着 5 大国认为无需对否决权进行改革，即为全部保留。

这种观点与五大国的利益相契合，但随着国际环境的变化和其他国家的崛起，完全保留原有的否决权已不符合未来国际政治经济环境发展趋势，因此在未来完全原封不动地保留否决权的方案较难维持。

2.主张全部取消

主张全部取消否决权主要为一些发展中国家的态度，包括古巴，厄瓜多尔、伊朗、新加坡等国家。它们认为否决权不符合《联合国宪章》，要求不仅取消否决权，并且取消某些理事国所拥有的直接或者间接的一切特权。如古巴代表表示“应当立即取消否决权，因为它是不合时宜和不民主的特权。”

这种方案同样不可能通过，目前否决权的根基较难受到动摇，从程序上看，五大国拥有否决权来否决完全取消否决权的议案；从实际上看，否决权的存在依然具有许多现实意义，因此完全取消的观点不具有可行性。

3.主张限制使用

主张限制否决权使用的国家包括智利、荷兰、斐济、哥伦比亚等，它们明白完全废止否决权可行性不高、难度很大，便主张对否决权的使用进行限制。其中的方案包括：将一国否决变成两个或三个常任理事国否决、对否决权所涉及的“实质性问题”如接纳新会员国、任命联合国秘书长、和平解决国际争端等大国不可以行使否决权。

此种方案既不会对否决权的根基造成破坏，又能一定程度上对其进行制约从而维护其他国家的利益，随着越来越多的国家对否决权产生不满，五大国为了保存否决权平息争议，较大可能进行妥协，因此这种对否决权进行限制的方案更具有可行性和可操作性。

（二）联合国常任理事国的否决权的改革建议

1.限制否决权的使用范围

针对否决权违反公平、平等原则的问题，现实中五大常任理事国拥有其他会员国都没有的权力，形式上确实违反了国家主权平等的公平原则，若强调绝对的公平，即只能使全体会员国拥有否决权或者废除否决权制度。一方面，国际联盟的教训已经充分体现出全体一致的表决原则不具有可行性，否决权制度的产生也正是对其的反思和改善，不可能让全体会员国拥有否决权；另一方面，废除表决权制度同样不具有可行性，五大国承担了安理会中更多更大的国际责任和义务，这些国际责任和义务与国家的能力相匹配，换句话说只有某些大国才能承担这些较重的国际义务，让大国承担义务的同时就需要给予和义务相对应的权利。同时，否决权的存在也是五大国履行国际义务的前提，正如美国前国务卿赫尔也曾说道：“如果没有否决权，美国一天也不会留在联合国。”所以取消否决权来确保绝对的公平不符合当前实际，此时需要寻求其他方案。

既然不可能达到绝对的公平，那么可以通过在五大国容忍的范围内合理地限制否决权的使用范围，以保持相对的公平，在否决权的根基不受到动摇的情况下，这样既能为五大国所接受，又能符合其他国家的利益。而限制否决权的事项范围，笔者认为最好为涉及全人类共同利益的事项，如安理会采取行动防止或避免危害人类罪、大规模地侵犯人权行为、灭绝种族罪等的决议，五大国不能行使否决权，此等事项既不会受到五大国过于激烈的排斥，使其有妥协的余地，并且也切实关系到全人类的共同利益，可行性较高。

2. 建立否决权的制约机制

针对某些大国将否决权当做豁免权和推行霸权主义的特权等滥用否决权的问题，笔者认为需要在否决权之外，再设置一个制约机制，使其他国家有对大国进行抗衡的力量，对否决权进行制衡。具体方案有以下两种：

第一，安理会其他理事国可以要求五个常任理事国在行使否决权阻止决议通过时公开说明其理由，安理会其他理事国在听取理由后，再对否决权的行使进行表决，由此来决定是否同意该否决权的行使。如果反对票达到一定比例，该否决权的行使便不成立。这种否决权之外的否决机制一定程度上提高了中小国家的话语权，有效制约了五个常任理事国行使否决权，防止随意滥用否决权，使其在行使否决权时更具责任感。

第二，扩大联合国大会的权力，这也是对否决权的行使进行变相地限制。历史上常常出现在联合国大会中多数票通过的决议在安理会被否决，这不符合当前国际现实，联合国大会的成员分布广泛，因此其通过的决议更能反映国际社会的态度和立场。通过扩大联合国大会的权力，可以间接限制安理会的权力。根据《联合国宪章》的规定，联合国大会无权就安理会正在讨论的事项提出任何建议，非经安理会提请，联合国大会不得讨论。因此可以从这一方面加强联合国大会的权力，如对于某些事项可不经安理会的提请，直接由联合国大会讨论，以此来防

止五大国针对这些事项滥用否决权，维护广大中小国家的利益。

3. 增加阻止决议所需否决权的票数

针对否决权存在的影响决议效率问题，笔者认为可以增加阻止决议所需否决权的票数，也就是说，需要两个或者两个以上大国行使否决权才可阻止安理会决议的通过，这种方式一定程度上可以减少某些大国随意行使否决权，提高了五大国行使否决权阻止决议通过的难度，有利于提高安理会决议通过的效率，使否决权的行使更具有代表性。如今两极格局已经结束，世界处于一超多强的局面，和平与发展成为时代主题，否决权作为对抗工具的作用已经不如冷战时那么重要，因此有突破“大国一致原则”的必要⁵。至于增加阻止决议所需否决权的具体票数，笔者认为两票较为合适，将一票否决权改为两票否决权，既可使五大国的否决权不被过分地削弱，发挥出否决权在当前时代背景下应有的作用，又可提高安理会决议效率，让其更加及时有效地解决问题。

4. 未来新加入的常任理事国不享有否决权

当前世界力量格局重大变化，有些常任理事国现实中不是实力最强的，某些实力较强的大国如德国、印度等国竞相角逐常任理事国席位，在此背景下，未来增设常任理事国或许成为一种趋势。但将来如果贸然增加有否决权的常任理事国，必然将对安理会决议的效率产生更大的影响，因此需要对增设常任理事国及其是否拥有否决权问题进行慎重考虑。

笔者认为否决权的主体不宜扩展到未来新增的常任理事国，对于五个常任理事国以外的其他国家而言，其还不具备拥有否决权的条件，还不能承担起与五大国相同程度的国际义务和责任，如果盲目增加否决权享有的主体，会降低安理会决议的效率⁶，使其无法及时履行自己的职责。如新加坡代表在第 61 届联合国大会上发言中提到：“我们不支持将否决权扩展到新常任理事国，增加安全理事会否决权的数量将使决策复杂化，并将损害安理会的信誉和效力。”

五、结语

自二战结束至今 80 多年期间，人类并未经历类似两次世界大战规模的战祸，虽然这是多重因素的结果，但安理会中的大国一致原则在其中发挥着不可或缺的作用。否决权制度将最具影响力的几个大国约束在以维护世界和平与安全为目的的国际制度中，使五大国相互制衡，避免剧烈的冲突，在当今世界中，仍然发挥着极大的现实效用。而当下否决权存在的问题和遭受的批评，很大程度上也是因为某些大国违背联合国宪章精神，滥用否决权追求一己私利。因此为了解决否决权存在的问题以适应当前国际形势，需要在不动摇否决权制度根基的前提下对其进行适当的改革，而这不仅需要五大国的努力，还需要全体联合国成员国的努力

⁵ 刘文冬：《论安理会否决权制度及其改革》，载《太原城市职业技术学院学报》2013 年第 6 期。

⁶ 李小丽：《论否决权》，载《世界经济与政治》1996 年第 6 期。

和智慧,以更好地实现世界的和平与稳定。而作为五大常任理事国之一的中国,在面对不可阻挡的改革浪潮时,也应谨慎对待,推动改革成果符合本国利益的同时也符合全体人民的共同利益。

参考文献

- [1]王杰.安理会否决权的驱动力[J].国际问题研究,2000,(02):20-26+63.
- [2]史哲.安理会否决权——“权力政治”的影像[J].欧洲,2002,(06):36-42+107.
- [3]何志鹏;赵健舟.否决权、回避义务与利益平衡——安理会执行国际法院判决的分析[J].国际法研究,2022,(05):29-41.
- [4]梁西.国际困境:联合国安理会的改革问题——从日、德、印、巴争当常任理事国说起[J].法学评论,2005,(01):3-8.
- [5]刘文宗.论安理会中的否决权问题[J].国际问题研究,1995,(04):18-23+63-64.
- [6]李小丽.论否决权[J].世界经济与政治,1996,(06):49-52.
- [7][英]华尔脱斯.国际联盟史[M].汉敖,宁京译.北京:商务印书馆,1964.
- [8]曾皓.安理会否决权与主权平等原则的关系新论——兼论主权平等原则对否决权改革的指导[J].求索,2009,(04):128-130.
- [9]Joachim Muller.Reforming the United Nations-the Quiet Revolution.The Hague,London,Boston:Kluwer Law International,2001.
- [10]李瑛.论联合国安理会否决权的利弊及改革问题[J].政法学刊,1997,(04):.
- [11]黄存真.浅谈联合国安全理事会常任理事国的否决权——写在《一个更加安全的世界:我们共同的责任》之后[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2005,(04):105-107.
- [12]夏国涵.安理会改革与联合国的未来[J].世界文化,2022,(07):4-9.

跨界污染中的国家责任与赔偿机制研究

——以日本核污水排海为例

邢淇*

摘要：随着全球环境问题的日益严峻，跨界环境污染事件频发，尤其是核事故所带来的环境和健康影响更具有深远的国际性。本文以日本福岛核污水排海事件为例，分析跨界污染中国家责任与赔偿机制的认定困境，通过国际法法源的梳理与责任要件的对比，发现传统国家责任模式的适用局限性、核损害国际公约适用的局限性及现行国际赔偿机制存在诸多问题。提出以明确国家责任边界与归责标准、引入风险预防原则、完善国家赔偿机制和加强区域合作与制度协同的构建国家责任与赔偿机制的有效路径。

关键词：核污染 国家责任 跨界环境损害 赔偿

一、引言

现代科学技术的发展，使环境问题的跨界属性愈发明显。其中核污染因其隐蔽性、持久性与不可逆性，成为国际社会关注的热点问题。2021年，日本政府正式宣布将福岛第一核电站事故中所产生的核污水经过处理后长期排入太平洋。尽管日本方面声称处理水符合国际排放标准，但由于核污染物具有长时间潜伏和累积效应，对海洋生态系统、人类健康及周边国家海洋权益可能构成重大威胁，引发中国、韩国、太平洋岛国及多个国际组织的强烈关切。这一事件具有典型的“跨界污染”特征，不仅挑战了传统国际环境治理机制，也暴露出国家责任与赔偿机制在核污染领域的制度性缺失。

根据国际法基本原则，国家有义务在其主权范围内采取合理措施防止本国活动对他国或全球环境造成重大损害。《联合国海洋法公约》《及早通报核事故公约》等均确立了国家在跨界环境风险下的预防义务、信息通报义务及防止损害义务。¹然而，在实际适用中，国家行为的归责标准、损害的界定、赔偿责任的认定路径等关键环节，往往因证据困难、法律碎片化与国际合作意愿缺失而陷入“有法难依”的尴尬局面。特别是在核污染等具有强技术背景的领域，国家责任的认定面临更大的法律与政治挑战。

在制度层面，目前国际社会对于跨界核污染赔偿问题尚无统一且有效的法律机制。《关于核能领域中第三方责任的巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）、《核损害民事责任维也纳公约》（以下简称《维也纳公约》）等核损害责任条约虽然确

* 邢淇，福州大学法学院国际法学硕士研究生。邮箱：2591751020@qq.com

¹ 梅宏.全球视野中的海洋生态环境损害赔偿法治建设[J].亚太安全与海洋研究

立了“严格责任”与“唯一责任”的民事赔偿原则，但条约适用范围有限，尚未形成普遍效力且上述机制普遍未能充分涵盖国家政策行为的环境责任，使国家层级的赔偿义务游离于国际法规制的边缘。在日本核污水排海事件中，由于日本并未加入上述关键公约，国际社会在寻求法律约束与责任承担机制上面临严重真空。

二、跨界污染中的国家责任认定困境

跨界污染的处理始终面临一系列复杂的法律和实践问题。核污染作为跨界污染中的一类特殊污染，涉及的法律责任和赔偿问题尤为棘手。跨界核污染事件由于其对环境、健康及国家主权所造成的复合性影响，已成为国际法研究中的重要议题。在面对国家责任的实际认定时，国际法的传统工具和制度安排却频频遭遇困境，尤其表现在国家行为的可归责性、归责标准、因果关系的认定以及国际义务履行的界定方面。本文以福岛核污水排海事件为核心案例，首先对当前国家责任认定所面临的主要障碍进行分析分析。

（一）可归责性争议

国家责任是现代国际法的重要基石，指的是一国因其管辖或控制范围内的活动对其他国家的领土、环境或人民造成损害时，该国应当承担的法定责任。国际法上传统国家责任是当一个国家违反了自己所承担的国际法义务时，在国际法上应承担的责任。²后演变成国家从事“国际法不加禁止行为”造成损害应承担的责任。国家责任制度的前提在于国家行为构成可归责的国际不法行为。然而，核事故的起因往往包含自然灾害、人为失误及等综合因素，使得国家行为的可归责性成为高度争议的问题。在福岛核事故中，初期反应堆损毁源于 2011 年东日本大地震及其引发的海啸，具有不可抗力性质，不易归责于国家。但问题并未止步于此。在事故发生十余年后，日本政府决定将处理后的核污水长期持续排放入海。这一行为虽经技术处理与国际组织部分评估，但仍具备明显的国家主导性与政策选择性。尽管初期事故是由地震引发的，但日本政府在后续处理过程中决定将核污水排放入海，这一行为显然属于国家干预行为。根据《联合国海洋法公约》以及《及早通报核事故公约》，日本政府应当履行通报义务与与潜在受影响国进行协商。然而，福岛核污水排海事件中，相关通报和协商的落实不到位，直接导致了邻国对核污染事件的反应滞后，责任认定也因此变得复杂。在传统“过错责任”模式下，核事故责任的认定需要证明国家行为的直接过错。然而，核污染事故的复杂性和长期性，使得对责任的认定更加困难。因此，传统的过错责任模式已无法有效适应跨界污染的处理需求。

按照《国际法委员会国家责任条款草案》第 4 条、第 5 条规定，国家应对本国政府机关或被授权行使政府职能的组织的行为承担国际责任。因此，日本内阁决定与东京电力公司的执行行为均可视为国家行为。争议焦点转向这些行为是否

² 王铁崖. 国际法[M]. 北京:法律出版社,1995. 139.

违反了国际法所规定的环境保护义务,特别是在《联合国海洋法公约》(UNCLOS)第192条“保护和保全海洋环境”的一般义务下,日本是否采取了足够措施防止跨界污染的发生。尽管日本主张核污水经过处理符合国际标准,但其排放行为并非迫不得已的措施,而是具有主动性和持续性的决策行为,尤其是在缺乏邻国协商与充分信息通报的情况下,被国际社会质疑为未尽到风险预防义务,从而构成可归责的国家行为。这种责任并不因事故初因的“自然灾害”性质而被豁免,而应聚焦于后续国家行为的合法性。

(二) 传统国家责任的适用局限

传统国际法中的国家责任模式主要建立于违反国际义务基础上的“过错责任”逻辑,要求行为具备违法性、损害结果与因果关系。³然而,这一框架在适用于跨界污染事件时显现出多重局限:其一,传统国家责任强调“既遂”的损害结果,而跨界环境污染往往具有高度延迟性与不可逆性,需数十年才能确认影响,对责任认定时效性构成挑战。其二,传统理论强调国家违反“明确义务”才构成不法行为,但当前国际核安全义务多以“软法”形式存在,如《国际原子能机构安全标准》《联合国环境规划署指导原则》等。这些规范难构成具有可诉性的“硬法”依据。其三,跨界污染中各国受影响程度差异显著,不易适用一体化的责任标准。污染范围不明确、影响区域跨越国界、具体受害群体难以界定,使得责任追究面临不确定性风险。以福岛核污水排海事件为例,日本政府在决定排放前虽参考国际原子能机构(IAEA)的技术评估,但未设立独立评审机制,也未提供其他国家评估建议与参与决策的机会。此种单边性操作被广泛质疑为回避国际义务,却因缺乏强制性条文约束,难以在现行国际法框架中明确判责。⁴

(三) 因果关系认定困难

国家责任的另一关键构成要素在于因果关系的确认,即损害是否直接由特定国家行为所致。然而,在跨界污染事件中,污染物质的扩散路径复杂,环境介质(如水体、海流、生物链)传输机制不确定,受害国往往难以收集直接证据证明污染源与具体损害之间存在法律上可认定的因果链条。在跨界环境损害争端中,因果关系认定已成为诉讼最常面临的瓶颈问题。例如,在“特莱尔冶炼厂案”“乌拉圭河纸浆厂案”中,国际司法机构均因证据链条不足或科学评估不确定性而放宽标准或搁置判断,但此举亦使责任认定缺乏确定性,削弱了国际法的约束效力。在福岛核污水排海事件中,受害国若试图主张因日本核污水排放导致本国渔业资源减少或民众健康受损,需提交完整的因果关系证明。这一举证标准几近苛刻,更为困难的是,国际原子能机构与日本政府主导的污染检测通常不具有独立性,导致其他国家无法获得充分监测依据。此外,污染影响的潜伏性和积累性,也使

³ 许健. 跨界环境损害国家责任[J]. 天津大学学报(社会科学版),2008,10(6):516-520.

⁴ 张磊. 论国际法上传统国家责任的产生与构成[J]. 学术论坛,2012,35(2):91-95.

得“损害”难以被法律所确认，降低了追责可能性。

（四）福岛核污水排放中的责任模糊性

福岛核污水排放事件的国际法律争议集中体现在以下几个方面：

第一，行为是否违反国际义务。根据《联合国海洋法公约》第 194 条，日本在采取措施防止、减少和控制海洋污染时，有义务不将污染转嫁给其他国家或区域。但日本并未就核污水排海事宜充分通报受影响国家、听取科学评估或开展环境影响评估合作，疑似违反了该条义务。

第二，是否履行政程序性义务。根据《及早通报核事故公约》及《核安全公约》相关条款，日本有义务在可能导致跨境辐射污染时及时向相关国家通报事故风险与应对措施。⁵然而日本对外发布信息滞后，且相关数据发布未包含周边国家专属海域的实际检测结果，降低了外部监督与责任归责的可能性。

第三，责任主体界定模糊。福岛核污水处理虽由东京电力公司执行，但整体决策与监管由日本政府主导。依据《国际法委员会草案》第 8 条，即便为非政府机构，但在国家授意或控制下所实施的行为亦可归责于国家。因此，即使日方试图以“营运方责任”进行区隔，亦无法豁免国家层级的责任归属。

综上所述，福岛事件揭示了国家责任认定在跨界核污染事件中的多重困境，既有制度性缺失，也有法律障碍，更反映出现行国际环境法对突发性、高科技风险事故缺乏有力应对机制的深层问题。这也为后续章节所提出的制度改革与路径建构提供了问题意识的根基。

三、现行国家赔偿机制的不足

（一）核损害国际条约适用的局限

当前国际核损害赔偿的主要法律依据是《维也纳核公约》、《巴黎公约》及其后续修订与补充议定书。这些条约构建了一个以“严格责任原则”（Strict Liability）、“责任限额原则”（Liability Limitation）以及强制财务保证原则（Compulsory Financial Security）为核心的赔偿制度框架，旨在统一核能使用国在核事故发生时的法律责任，确保受害方能够及时获得经济补偿，并减少国家间因核事故引发的争端与不确定性。

这一国际条约体系在适用范围上存在显著的局限性。首先，成员国数量有限导致法律规范覆盖范围不足。《维也纳公约》至今仅有 43 个缔约国，覆盖面主要集中在发展中核能国家；《巴黎公约》则局限于经济合作与发展组织（OECD）成员国，区域性特征明显。⁶这种有限的参与度使得全球多数国家并未纳入现行国际赔偿框架之中。世界上主要的核能利用大国未加入任何国际赔偿体系，加剧了责任制度的不确定性。例如，在福岛核污水排海事件中，日本既非《巴黎公约》

⁵ 王金鹏. 跨界环境损害预防中的国家勤勉尽责义务刍议[J]. 甘肃政法大学学报, 2022, (02): 119-131.

⁶ 刘久, 娄世超. 核损害责任国际公约演进与中国选择[J]. 学术交流, 2019, (01): 77-85.

成员，也未加入《维也纳公约》，其核能法律体系主要基于国内立法构建。这一状况导致国际条约在实践中对日本没有任何法律拘束力，国际社会难以通过既有法律机制实现对核损害行为的制衡与赔偿追索。

即便某些国家参与了上述条约体系，条约间的内容差异也严重阻碍了统一法律标准的建立。譬如，在责任主体界定、司法管辖权安排、赔偿限额设定等核心内容上，《维也纳公约》与《巴黎公约》存在不少制度性差异。虽然 1988 年通过的《联合议定书》尝试在两套体系间建立桥梁，允许不同公约体系内的国家对同一核事故进行协调，但由于该议定书的参与国数量有限，其制度整合效果甚微，国际统一赔偿体系建设仍然滞后。当前国际核赔偿条约普遍采用“缔约国自愿加入”模式，缺乏普适性和强制性。各国是否参与、参与程度、接受管辖与否，均取决于国家主权意志。这种结构性缺陷造成一旦出现重大跨境核污染事故，国际法律体系无法迅速、有效地介入处置与赔偿责任划分，严重影响了事故后的法律响应效率与公正性。

（二）民事责任与国家责任的割裂

现行国际核损害赔偿制度以民事责任为核心，规定核设施营运者为唯一赔偿主体。这种设计初衷在于简化程序、明确责任和确保赔偿效率。具体而言，条约框架规定营运者对核事故负严格责任，并通过强制投保责任险来提供赔偿。然而，该机制同时有意回避对国家本身责任的讨论，使国家在政策制定、监管执行、通报协商等方面的不作为或不当行为游离于责任追究之外。在福岛核污水排海事件中，正是日本政府作为国家决策主体作出将处理水排入大海的决定，其行为具有明显的国家政策属性。然而，按照现行条约体系，日本政府在制度上并不直接承担赔偿责任。即便受害国家能够证明核污染对其造成损害，也只能依据民事赔偿路径向核设施营运方索赔，难以追究国家在排污政策制定、信息公开、协商不当等方面的制度性失责。

民事责任制度的主体局限与传统国家责任体系之间缺乏衔接。国际法理论上，国家因违反国际义务（如未履行通报义务、未开展跨境环境影响评估）而应承担国家责任，但目前尚无专门机制对核污染事故中的国家行为进行系统评估与法律确认。这一责任割裂现象，造成国家责任形式无法有效参与核污染争议的解决，进而影响受害国合法权益的实现。

（三）赔偿范围、标准以及程序的缺失

核污染造成的损害具有显著的特殊性，其影响可能长达数十年乃至上百年，涉及人类健康、生态环境、渔业资源、文化遗产等多个方面。传统意义上的经济损害评估方法，如直接财产损失、营业中断损失、医疗支出等，难以全面反映核污染所带来的系统性与非物质性损害。例如，海洋生态系统一旦遭受核素污染，其恢复周期漫长，且损害难以量化；而对于沿海居民因核污水影响所承受的心理

恐惧、生活方式改变、文化断裂，也无法通过常规金钱赔偿予以衡量。尽管《维也纳公约》及相关条约设定了赔偿限额，但该限额远不能覆盖重大核事故可能带来的全部损害。⁷例如，福岛核事故后日本国内的初期赔偿预算就超过 80 亿美元，仅用于处理本国受害者的医疗、迁徙、损失补偿问题。若考虑跨国影响、环境修复、生态赔偿等成本，现有国际赔偿限额显然远远不足。

福岛事件中的实际损害情况即说明了问题的严重性。该事件对海洋渔业资源、沿海居民生计、区域生态系统均造成深远影响。尽管日本政府已投入数十亿美元用于国内补偿与污染处理，但对于受到影响的邻国，其生态修复、产业损失以及公众健康成本仍难获得法律途径上的补偿。当前条约设定的赔偿限额往往远低于实际损失。例如，《维也纳公约》修订版所设赔偿限额为 3 亿至 15 亿特别提款权（SDR），而福岛核事故初期仅国内补偿预算就已超过 80 亿美元，这种制度限额的严重滞后性进一步凸显了赔偿机制的不足。在赔偿程序方面，同样存在严重缺陷。首先，缺乏强制仲裁与争端解决机制，现有制度多依赖缔约国自愿协商，缺乏对拒绝赔偿、延迟赔偿的有效制裁措施。其次，赔偿请求程序繁复，受害国往往面临举证困难、技术壁垒与法律障碍，尤其是在跨境科学因果关系尚未被完全确认的情境下，核污染的“不可见性”与“延迟性”进一步加重了赔偿请求的复杂程度。

（四）国际组织角色边缘化

国际原子能机构（以下简称 IAEA）作为全球核能安全治理的核心组织，其主要职能在于制定核安全标准、监督核能使用、协助成员国提升技术能力等。然而，在核污染事件的责任评估与赔偿争议中，IAEA 的作用相对边缘化。

IAEA 缺乏强制性执法权与司法裁决权，其评估报告多以“建议”形式呈现，对成员国不具约束力。以福岛事件为例，尽管 IAEA 参与处理水排放方案的评估，但其意见并不能对日本政府决策形成实质性约束。另一方面，IAEA 在技术评估过程中因与排放国保持紧密合作，易引发公正性与中立性质疑。例如，IAEA 技术组在接受日本提供的数据基础上作出风险评估结论，但未对邻近国家提出的环境安全担忧作出充分回应，导致其结论在国际社会中存在一定争议。另一方面，IAEA 在核损害赔偿机制中未被赋予实质性仲裁或救济职能。这使其无法在国家争端中起到法律判定者或调停者的作用，进而影响其权威性与公信力。面对日益复杂的跨国核污染问题，IAEA 的职能定位与制度能力需进行重新审视与制度强化，以匹配其在全球核能安全治理中的核心地位。

四、构建国家责任与赔偿机制的有效路径

在当前国际核污染治理体系中，国家责任与赔偿机制面临诸多挑战。因此，构建一个更加完善、有效的机制显得尤为重要。具体而言，解决现有困境需要从

⁷ 赵威.核损害民事责任制度研究[J].法学杂志,2017,38(11):76-82.DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2017.11.008.

明确国家责任边界、强化预防义务的硬法化、推动建立普适性的国际赔偿基金以及加强区域合作和制度协同四个方面入手。本部分将深入探讨这些路径，提出切实可行的方案，推动国家责任与赔偿机制的有效构建。

（一）明确国家责任边界与归责标准

明确国家在跨境核污染中的责任边界和归责标准是实现有效责任追究与赔偿的前提。现有国际法律框架对于国家责任的界定模糊，往往难以为具体案件提供明确的法律依据。在核能领域，尤其是核污染问题中，国家的责任不仅仅局限于核设施运营的监管，更涉及到环境保护、跨境污染防控、污染事故的应急响应等多方面。因此，必须从以下几个方面明确国家责任的边界与标准：

明确国家监管责任与履职义务 国家在核能活动中的责任不仅限于“无过错责任”，还应包括加强对核设施运营商的监管、核废料管理、核污染防控以及事故发生后的应急响应等多方面的法律义务。国家在这些领域的履职责任是对核污染事故发生后承担赔偿责任的基础。例如，在福岛核污水排海事件中，虽然日本政府声称排放符合国际技术标准，但其在实施该排放决策时未能充分考虑跨境环境影响，未就可能的损害与周边国家充分协商，这体现了在监管责任方面的缺失。因此，国际法应当明确国家在核污染防控中的预防性义务，要求国家采取一切必要措施，避免核污染的跨境扩散。

设立明确的损害责任标准 当前国际法框架中的责任标准大多依赖于“无过错责任”原则，但这一原则在实践中无法充分体现污染责任的复杂性。为确保公平，必须根据核污染的类型、损害的严重程度以及国家行为的责任程度，制定更加明确和合理的归责标准。例如，应当在核污染赔偿过程中考虑到事故发生国在污染预防和事故管理方面的过失，尤其是在跨境污染的情境下，事故发生国应承担更为严苛的责任标准。

（二）引入风险预防原则

预防性措施是减少核污染事故发生的重要手段，也是国家责任认定的重要依据。“风险预防原则”是预防原则的延伸，其核心在于：即便缺乏充分的科学证据，但只要某项活动存在造成重大环境损害的合理可能性，国家即有义务采取审慎态度，实施延迟、调整或中止措施。这一原则已被写入 1992 年《里约环境与发展宣言》第 15 条，并被国际法院在相关判例中所承认。就日本核污水排海行为而言，其对全球海洋生态系统的潜在威胁已广为讨论，虽然日本政府声称已“达标排放”，但科学界对长期生态累积效应仍存显著不确定性。在此背景下，援引风险预防原则，可合理推导出如下国家义务：（1）延迟执行：在争议未平息、国际共识未达成前应暂停排放计划；（2）独立评估：应允许包括邻国科学家在内的第三方评估团队进行实地调查；（3）环境信息公开：及时、完整、透明地披露排污计划及其技术依据，接受国际监督。

从制度设计角度看,应推动各国将风险预防原则纳入其国内法体系,并在区域机制中确立“预防优先条款”,使之在法律适用上具有优先效力。例如,中国可以在《核安全法》或未来的《核损害赔偿法》中明确“潜在跨境影响即触发监管机制”的原则性条文,从立法源头建立对风险行为的制衡体系。⁸

传统的国际环境法往往强调损害发生后的救济责任,而在高风险活动日益频繁的背景下,单纯依赖事后赔偿已难以回应现代环境危机。因此,在国家责任的制度重构中,应系统引入“风险预防原则”,将其作为评估国家行为合法性的前置要件。

（三）明确国家赔偿机制

为了确保在发生核损害时,受害者能够得到充分的赔偿,法律应当明确地规定,在核损害赔偿责任超出营运者以及核能行业自身承担能力的情况下,国家财政需要承担起补充责任。同时,应当详细制定国家补充赔偿责任的启动条件与程序,确保在必要时能够迅速有效地启动国家赔偿机制。国家核损害赔偿基金的建立是这一责任得以实现的关键。该基金可以通过多种渠道扩充其规模,包括但不限于财政拨款、核能行业的税收收入、以及国际社会的援助等。这样的措施能够确保在紧急情况下,有足够的资金进行应急支付,保障受害者的权益。⁹国际赔偿基金机制是解决核污染事故中受害国赔偿问题的重要途径。现行的赔偿机制多依赖于核设施运营方的赔偿责任,而缺乏针对跨境污染事件的普适性赔偿框架。这种模式导致在发生重大跨境核污染事故时,赔偿往往滞后、费用不足,难以满足受害国的实际需求。因此,推动建立具有普适性的国际赔偿基金机制是解决这一问题的关键。

建立跨国核污染赔偿基金。该基金应由核能国家共同出资,根据各国的核能利用情况、事故风险等因素设定缴纳比例。该基金将专门用于跨境核污染事故的赔偿,可以为受害国提供快速、全面的赔偿保障。此外,赔偿基金的资金管理应由独立的国际机构负责,确保其资金使用的透明性和公正性。

为核能国家提供赔偿支持 对于一些核能利用国家较少、经济基础较弱的国家,应为其提供赔偿支持。例如,设立专项基金帮助这些国家在发生核污染事故时,能够及时获得赔偿,避免因经济困难而延误赔偿程序。明确赔偿标准与执行机制 国际赔偿基金的实施应明确赔偿标准,并规定赔偿申请的程序和具体细则。同时,要建立赔偿执行机制,确保受害国能够获得足够的赔偿。赔偿应包括直接损失、间接损失、生态损害以及公共健康损害等方面。在现有国际法体系中,国家之间针对跨界环境损害的赔偿机制尚处于初级阶段。《国家责任条款草案》第36条提出:“国家因国际不法行为所引起的损害,应当赔偿。”但其适用范围、赔

⁸ 王金鹏. 跨界环境损害预防中的国家勤勉尽责义务刍议[J]. 甘肃政法大学学报,2022(2):119-131.

⁹ 黄锡生,宋志琼. 跨界核损害责任的制度缺陷及其立法完善[J]. 甘肃政法学院学报,2012(6):42-46.

偿方式与损害评估机制均缺乏统一标准，尤其在核污染这类长期、不可逆、难以量化的损害面前，现行机制难以支撑公正合理的赔偿安排。

应推动国际社会在核领域建立统一的国家赔偿框架。目前《核损害补充赔偿公约》试图以“强制保险+国家补偿”的混合方式解决赔偿问题，但存在资金池不足、成员国数量有限等弊端。应借鉴《国际油污赔偿基金》运作经验，设立“国际核污染赔偿基金”，由排污国、核能企业与受影响国按比例出资，在发生争议时迅速提供临时赔偿，同时推动后续责任追究。明确赔偿责任范围，包括但不限于：直接经济损失、生态修复费用、健康影响评估成本、监测与调查支出等。

（四）加强区域合作与制度协同

区域合作与制度协同是实现有效跨境核污染治理的必要条件。尤其在核能使用密集、环境互联互通的地区，通过加强区域合作与建立多边平台，可以有效提高治理效率，增强各国之间的责任认定和赔偿机制的协调性。

建立区域合作平台。以东亚地区为例，鉴于核污染具有跨界传播性，各国应加强沟通与协调，建立长期、稳定的核安全合作机制。这可以通过定期召开核安全峰会、建立核污染应急响应机制等方式，提升区域内国家对核污染治理的合作意愿。通过平台化合作，不仅可以共享核污染相关信息，还能共同商讨跨境污染赔偿问题，增强各国在核事故发生后的应急反应能力。完善多边协同机制。在跨境核污染治理中，国际与区域法律框架需要紧密配合。多边协同机制的建设可以通过推动国际和地区组织之间的合作与信息共享，减少法律制度的碎片化。通过整合全球与地区性治理资源，建立高效的跨境核污染治理机制。

五、结语

随着全球环境问题的持续演进和高风险技术广泛应用，跨界环境污染事件已成为国际法亟待回应的重要课题，尤其核事故所引发的跨国生态、健康与法律影响，更暴露出现行国际法责任与赔偿制度的深层次缺陷。本文以日本福岛核污水排海事件为典型案例，结合国际法上的国家责任理论，深入探讨了国家行为的归责机制、国际义务的违反认定标准及跨境损害的构成要件，并进一步揭示出传统国家责任体系在面对新型环境风险时的适用张力与现实困境。现行核损害责任公约在成员覆盖、资金保障和诉权机制方面存在明显短板，难以为跨境受害国和受害个体提供充分救济。在此基础上，论文提出构建更具前瞻性与适应性的国家责任与赔偿机制路径，重点包括：明确国家行为的归责标准，强化对政府主导性决策的法律认定；引入风险预防原则，降低科学不确定性对责任认定的过度影响；完善国家间赔偿机制与损害评估程序，推动核领域专项赔偿基金的设立；并通过衔接民事与国家责任，构建多层次、多主体的权利救济体系；最终在区域层面推动平台化协同治理机制的建立，以实现制度协同与责任共担。

随着区域环境合作的深化和全球环境治理机制的演进，跨界污染责任制度将

朝向更加制度化、合作化与多元化的方向发展。国际社会应以此类高风险环境事件为契机，推动国际环境责任规则的更新，补足制度盲区。对中国而言，作为区域内重要的利益攸关国和核能大国，更应积极参与制度建构进程，推动国内立法完善与区域环境法协同，。

2025年中国国际法学会年会

致命自主武器系统（LAWS）的勤勉义务：国际法挑战与规制 路径

林智妍¹

摘要：技术高速发展与大国话语权的争夺滋生了致命自主武器系统（LAWS）的产生，LAWS 的军事化应用对国际法中传统必要勤勉义务（Due Diligence）理论构成挑战。其技术特性与各国技术水平参差造成传统勤勉义务“可预见性、措施合理性与损害规避可能性”三重要素的理论根基遭到冲击，算法黑箱通过知识权力垄断架空国家的预见能力，技术能力鸿沟将措施合理性异化为霸权工具，而监督机制缺失与责任链断裂则使损害规避沦为虚置承诺。为解决这一义务履行困境，应从技术、法律与司法三方面构建协同治理框架：通过算法透明化强制与风险分级重建可预见性的可视化基础；国际硬法与国内软法的动态互补遏制规则双标，推动措施合理性的全球统一；司法机制创新则以全链条问责模式填补损害规避的制度真空，以此对 LAWS 发展背景下的勤勉义务进行必要性修补和动态化升级。

关键词：必要勤勉义务 致命性自主武器系统 《特定常规武器公约》

一、引言

军事力量作为国家立足的根本，同时作为维护国家安全、主权和发展利益的坚实后盾，其对于一个国家在国际社会中的话语权有着至关重要的作用。现如今，智能科技的发展不断影响着人类的生活，人类的不同需求也在触发技术的创新和突破。于国家而言，渴望获得战场优势的需求拉动了智能技术的发展，智能技术也在军事领域中不断渗透，二者结合之产物，即致命性自主武器系统（Lethal Autonomous Weapon Systems，以下简称 LAWS），成为了一种非传统安全威胁。于此，不同的国家为应对此类挑战有着不同的做法，从获取战场优势而言，部分国家政治家希望推动智能技术与军事装备有机联系，创造出真正意义上的自主武器系统（Autonomous Weapons System，以下简称 AWS）；从预防该威胁而言，各国预先谋划规范军事智能应用的各类讨论，探索制定新的军事行动规则，为相关治理体系的构建奠定坚实基础。²

2013 年，联合国《特定常规武器公约》（Convention on Certain Conventional Weapons，以下简称 CCW）缔约国会议决定成立专门研讨 LAWS 的非正式专家会议，此次会议全方位地探讨了 LAWS 的问题，也是自此时起，LAWS 以及 AWS

¹ 林智妍，福州大学法学院国际法学硕士研究生，（福州 邮编：350001）

² 封帅，薛世坤：《致命性自主武器系统的全球挑战与治理困境》，载《国家安全论坛》2025 年第 1 期

等相关议题正式开始被讨论。³时至今日，全球 LAWS 的研发投入逐年激增，部署国家数量也年年攀升，这一趋势是人工智能技术对传统战争模式的颠覆，同时也是 LAWS 实战化应用从想象演变为实际的人道危机。对于新兴智能技术的渴求与对于传统国际法必要勤勉义务（Due Diligence）的履行在 LAWS 应用领域形成了尖锐的对立。一方面，LAWS 的自身特性对勤勉义务法理基础产生冲击，其自主性使得国家履行“可预见性”的义务产生困难，同时因人工技术相较智能技术的滞后性以及各国极为参差的技术水平导致“措施合理性”义务的标准异化，以及对 LAWS 的监督缺失和责任链断裂使得“规避损害措施”义务虚置；另一方面，各国于 LAWS 的讨论与实际研发和部署也在实践中深刻挑战了勤勉义务的三大要素，同时在 CCW 框架下的多边谈判中，因各国对“自主性”阈值的定义上存在着技术强国和禁止派国家之间的分歧，⁴导致谈判进展缓慢。

综合上述背景，本文以“必要勤勉义务”为切入点，试图从学理视角分析 LAWS 对传统勤勉义务的冲击，同时通过各国履约实践与 CCW 谈判中的分歧，提出 LAWS 治理下必要勤勉义务重构的优化路径，旨在形成以技术分级、法律联动、司法补位的协同治理方式，为 LAWS 的国际规制提供兼具法理正当性与实践操作性的解决方案。

二、必要勤勉义务的法理框架与 LAWS 适用挑战

国际法中必要勤勉义务作为衡量国家责任的核心要素，旨在确保国家在履行国际义务时采取合理措施预防或应对可能产生的损害。尽管其具体内涵因国际法分支领域的差异而有所不同，但在学理与实践的长期发展下，现在的勤勉义务逐渐形成了以知晓（knowledge）、能力（capacities）、合理性（reasonableness）为核心的三大结构性要素，并在国际条约与判例中逐步确立其规范内涵。

根据《国家责任条款草案》第 14 条，勤勉义务要求国家在知晓或应当知晓其境内活动存在跨境损害风险时，采取“一切适当措施”预防损害发生。⁵在不同的国际判例中，勤勉义务履行的三大要素内涵进一步得到支持和深化。科孚海峡案中提出“国家需预见到损害风险的义务”，⁶其奠定了勤勉义务法理框架尤其是“知晓”这一要素的基础；2016 年尼加拉瓜诉哥伦比亚案中提到“国家在采取措施时需考虑其能力，并确保措施能够有效避免损害的发生”，⁷这一判例支持了勤勉义务的“能力”要件，将其深化为“损失规避”；国际法委员会（International Law Commission，以下简称 ILC）在 2001 年对《国家责任条款草案》进行了评注，

³ United Nations, Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) - Meeting of the High Contracting Parties, CCW/MSP/2013/6, 2013.

⁴ United Nations, Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) - Group of Governmental Experts (GGE) on Lethal Autonomous Weapon Systems, CCW/GGE/2023/7, 2023.

⁵ International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art. 14, 2001.

⁶ *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, Judgment of 9 April 1949, ICJ Rep 1949, p. 4.

⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo (DR Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, ICJ Rep 2005, p. 168, para. 301.

其中明确提到,“国家采取的措施应与风险程度及国家能力相称(proportionality)”,⁸这一评注为“合理性”要件提供了权威解释。三大要素共同构成勤勉义务的“三位一体”框架:“知晓”界定义务的触发条件,“能力”调整义务的强度边界,“合理性”规范措施的实施路径。三者的动态互动既体现了国际法对国家主权的尊重,又通过灵活性维护了责任制度的实效性。然而,LAWS 的技术特性正在颠覆这一传统框架。

(一) 可预见性要素坍塌

国际法中的勤勉义务以“知晓(或称可预见性)”为认知基石,其法理根基可追溯至格劳秀斯(Grotius)的“合理注意”(reasonable care)理论,即国家须基于可获知的信息预判风险并采取预防措施。⁹然而,LAWS 的算法黑箱彻底颠覆了这一古典法理范式。深度学习模型的非线性决策机制与可解释性缺失,使得风险预见从“基于经验的理性推断”退化为“概率性猜测”。ILC 在《国家责任条款草案》第 14 条评注中强调,“可预见性”须以“客观理性人标准”(objective reasonable person standard)为基准。¹⁰但 LAWS 的技术特性,也即“自主性”,使得这一标准陷入逻辑悖论:当算法的决策逻辑因技术垄断而成为不可预见、不可公开的领域时,算法成为作出决策的主体时,国家的预见义务是否会因此而失去法律意义。

以 2020 年利比亚冲突中土耳其“卡古-2”无人机自主攻击事件为例,该无人机全程未接收任何人工指令,以完全自主模式攻击撤退中的军事人员。¹¹此事件不仅首次实证了人工智能在实战中独立决策攻击人类目标的可行性,同时暴露出“算法黑箱”对国际法勤勉义务的致命挑战:由于制造商以“国家安全”为由拒绝公开决策逻辑,相关国家因技术壁垒无法追溯攻击意图生成路径,导致《国家责任条款草案》第 14 条要求的“可预见性”彻底悬置,国家预见风险的能力实质失效。

意大利法学家安东尼奥·卡塞塞(Antonio Cassese)曾警示,国际法的有效性依赖于其规则与物质权力结构的适配性。¹²在 LAWS 语境中,技术黑箱实质是权力黑箱——掌握算法解释权的技术实体(如军工复合体)架空国家的法律义务,使“预见不能”成为系统性免责理由。这一危机不仅挑战国际法的规范性权威,更动摇其作为全球治理工具的合法性根基。当算法的认知权威凌驾于法律理性时,“预见不能”将从技术缺陷升格为系统性规范危机。

(二) 能力要素结构性异化

国际法视域下勤勉义务的“能力”要素,又可称之为“措施合理性”要素,其规

⁸ International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, Commentary to art. 14, paras. 47-50.

⁹ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (On the Law of War and Peace), 1625, Book III, Chapter I, Section IV.

¹⁰ International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, Commentary to art. 14, paras. 47-50.

¹¹ Kyle Mizokami. For the First Time, Drones Autonomously Attacked Humans. This is a Turning Point [EB/OL].2021-06-01.

¹² Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, p. 45.

范内核在于要求国家基于自身能力以及资源禀赋采取合理预防措施。这一制度设计蕴含着主权平等原则的法理预设——即通过形式差异化的义务配置,实现实质平等的规范价值。然而,LAWS 所依托的技术资本密集型特征,使得这一要素发生异化:技术强国通过具备优势的物质性权力向国际法规范的制度性权力的转化,构建起具有自我强化特征的体系,将能力标准异化为技术霸权的规范载体。

这种异化首先表现为义务配置的技术垄断性。国际法假定主权平等原则可以弥合国家能力差异,但 LAWS 的研发和监管成本高昂使得国家义务的履行深度与其技术水平呈现正相关的关系,于是许多发展中国家在 LAWS 相关规则制定中,由于面临数据处理能力不足以及参数规模不够庞大等实质性障碍而被边缘化,导致国际社会制定的标准其实并不符合他们的实际履行能力。

其次,规则制定权的制度性垄断使技术优势固化为排他性国际规范。技术资本的高投入门槛与垄断性特质,不仅使能力要素异化为技术霸权合法化的制度性工具,更通过规则制定权的结构性垄断,将技术优势固化为具有排他性的国际规范体系。以美国的技术霸权实践为例,其不仅体现为对互联网根服务器与域名分配系统的实质性控制,更通过推动北约《塔林手册》的制定,系统性地将自己的网络空间军事化理念注入国际规则体系。¹³

再次,能力要素异化更深远的影响在于催生了“合法性双标”的规范危机。例如《武器贸易条约》(ATT)第7条将出口国的责任限定为“不系统性侵犯人权”,¹⁴却未要求评估进口国的技术能力,这体现了技术强国以程序合规掩盖了实质义务的逃避,通过技术出口向弱国转移风险。再如美国主张人类在 LAWS 的“决策闭环中”要拥有一定阈值的参与度,这一措施看似以制定合规标准展示道德领导力,但发展中国家却会因为算力与数据储备不足,难以满足该高成本合规,也难以达到美国所主张的参与度阈值,只能被迫接受“合规豁免”。此类规则的双标实践暴露了勤勉义务中能力要素在 LAWS 治理领域的根本矛盾,使得大部分发展中国家被迫遵守技术强国所制定的“合理性”措施。

(三) 合理性要素价值消解

合理性要素,也即损害规避,是勤勉义务的最终保障。国际人道法(以下简称 IHL)的合理性要素植根于“人道原则”¹⁵,其要求军事必要性与人道保护的动态平衡。¹⁶然而,LAWS 的算法决策逻辑极有可能以“效用最大化”取代价值权衡,消解这一伦理内核。德国哲学家尤尔根·哈贝马斯(Jürgen Habermas)的“沟通理

¹³ 徐能武,龙坤:《联合国 CCW 框架下致命性自主武器系统军控辩争的焦点与趋势》,载《国际安全研究》2019 年第 5 期

¹⁴ United Nations, Arms Trade Treaty, Article 7, 2013.

¹⁵ International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law - Rule 1: The Principle of Distinction between Civilians and Combatants, 2005.

¹⁶ Martens Clause, Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, 1899, Annex, Preamble.

性”理论强调，合法性源于主体间共识。¹⁷但 LAWS 的技术复杂性与跨国供应链特性，剥夺了人类在战争决策中的话语权，使战争沦为单向度的技术暴力，使既有监督与追责机制陷入系统性失效，导致了损害规避的虚置。

从价值消解视角看，该要素中所蕴含的比例原则在 LAWS 中的适用面临根本性悖论。国际法院在“核武器咨询意见”中明确，比例判断需基于“具体情境中的人性考量”。¹⁸然而，LAWS 中 AI 系统在决策中通常无法基于伦理和道德进行价值判断，¹⁹仅能执行预设的数学优化——例如将“军事目标价值”量化为积分权重，而将“平民伤亡风险”折算为概率系数。²⁰这种理性和感性地追求存在不可调和的冲突，前者追求效率最优，后者要求对生命尊严的无条件尊重。因此，合理性要素的价值在此被消解，并且产生更深远的影响：LAWS 的全自动决策将会悬置“责任主体”的概念。当杀戮由算法执行时，个体道德判断被系统性地排除，²¹国际法的追责机制因责任链断裂而失效。

故从义务虚置视角看，责任链的完整性存在危机。现行 CCW 框架缺乏有效核查工具，仅仅依赖缔约国自愿透明度报告。与《化学武器公约》的 OPCW 核查机制相比，CCW 既无算法审计权，亦无现场视察程序，导致违约成本趋近于零。同时，LAWS 的研发、生产与使用涉及多国主体与私营部门，传统国际法的“国家中心主义”追责模式难以应对责任链的复杂性。当军方、制造商与操作者相互推诿时，损害规避义务因责任主体模糊而虚置，对责任主体的追责存在困境，勤勉义务的理论大厦在技术时代的振动中岌岌可危。

三、必要勤勉义务的国家履约实践与 CCW 框架的制度失灵

国际法中的传统必要勤勉义务除了在理论层面遭到冲击，但放眼实践，各国义务的履行也存在着一定的分化，同时在 CCW 框架下对 LAWS 的讨论也存在着概念界定、制度制定等方面的分歧。

（一）国家履约实践的分化

国际法学者路易斯·亨金（Louis Henkin）曾指出：“几乎所有国家都承认国际法，但几乎所有国家也都违反国际法”，²²这一现象在 LAWS 治理领域尤为显著。国际法中的必要勤勉义务要求各国采取合理措施预防 LAWS 的人道风险，但国家履约实践因技术能力与战略利益差异呈现显著分化，具体呈现出积极、消极以及中立的三种模式。

1、积极履行国的规范内化尝试

¹⁷ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, 1996.

¹⁸ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, p. 226.

¹⁹ Stuart Russell and Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed., Pearson, 2020, p. 987.

²⁰ Paul Scharre, *Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War*, W. W. Norton & Company, 2018, p. 157.

²¹ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Viking Press, 1963.

²² Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Columbia University Press, 1979, p. 45.

以德国为代表的积极履行国，通过国内立法将勤勉义务转化为技术治理规则。2023 年《武器法》修正案第 14a 条规定：“致命自主武器系统的研发必须经过独立伦理委员会的风险评估，评估范围包括算法可追溯性、人类控制机制及误击应急预案”。²³这一立法首次将 LAWS 研发阶段的“风险评估”纳入法律义务，将勤勉义务从抽象国际规范升级为具体技术标准。

然而，此类国家的履约实践存在一定的局限性：一方面，国内立法在域外管辖方面存在漏洞，未能充分涵盖对外国供应商技术的审查，这可能导致某些武器系统在部署时规避东道国的伦理审查机制；另一方面，高昂的国内合规成本推高了军事人工智能研发的门槛，反而加深了对技术强国（如美国）的供应链依赖，这种依赖关系进一步巩固了技术强国在全球军事技术领域的主导地位。这些局限性揭示出单一国家立法难以应对全球化技术供应链的复杂性，揭示了国内法与国际义务的衔接困境。

2、消极规避国的工具化逻辑

俄罗斯作为典型的消极规避国，其以“技术实用主义”为观念，重构勤勉义务的合法性边界。其不仅拒绝签署《CCW LAWS 宣言》，更加速“铀-9”全自动地面战斗机器人的实战部署。俄国防部宣称：“在面临非对称威胁时，LAWS 的自主性是维护国家主权的必要手段”。²⁴此主张实质是将《联合国宪章》第 51 条自卫权条款极端化，试图将“军事必要”原则凌驾于勤勉义务所要求的预防义务之上。

此消极实践的核心争议在于对“相称性（proportionality）”原则的体系性消解——当自主武器被定义为“战术平衡工具”时，其附带平民伤亡风险便被纳入“可接受代价”范畴。这种安全例外主义的逻辑，实质是将勤勉义务异化为技术暴力的合法性背书，导致国际法从人道守护者退化为权力博弈的修辞载体。

3、中间摇摆国的选择性合规

印度等中间摇摆国采取类似“规范性对冲”（normative hedging）的策略，在国内立法与国际实践间进行选择性的合规。其 2022 年《人工智能伦理指南》明确排除军事 AI 应用，²⁵却在实践中默许相关技术的出口和使用。此类国家的实践暴露了很多国家政策与实践的脱节——一方面，通过“军民分离”政策将 LAWS 研发转移至私营部门，规避国家层级的勤勉义务审查，反映国际法执行机制的碎片化缺陷；另一方面，利用全球南方国家的技术弱势地位，构建非对称合规优势。这种选择性合规的做法不仅对于义务履行而言没有任何意义，甚至助长了国际规范碎片化的风气。

（二）CCW 框架的制度性缺陷

²³ German Federal Gazette, Waffengesetz-Novelle, 2023, §14a.

²⁴ Ministry of Defence of Russia, "Statement on Lethal Autonomous Weapon Systems," 2023.

²⁵ Ministry of Electronics and Information Technology, Government of India, National Strategy for Artificial Intelligence, 2022, p. 28.

联合国 CCW 会谈机制作为 LAWS 的核心讨论平台，世界众多国家、国际组织和科研机构等代表都围绕 LAWS 军控这个热门问题，基于本国或本组织的立场在此发表自己的观点。CCW 作为 LAWS 治理的核心多边框架，其制度设计源于 20 世纪 80 年代传统常规武器治理需求，其“协商一致”原则在冷战背景下有助于平衡美苏利益，²⁶然而面对 LAWS 的技术复杂性与全球化供应链，这一机制已严重滞后于时代，²⁷使得 CCW 框架陷入规范模糊与监督无力的困境。

1、制度缺陷下规则制定权垄断

安理会五常利用 CCW 的“协商一致”原则，系统性阻挠预设禁令，²⁸例如通过技术性理由推迟或否决具有约束力的禁令提案。此类否决权的滥用将多边机制降级为“俱乐部式治理”，也即所谓大国利益优先，使得全球公共利益沦为了次要选项。其后果是国际法的普遍性原则被技术强国的例外主义侵蚀，中小国家被迫在“象征性参与”与“实质性失语”间抉择。

2、技术标准霸权化下的规范模糊

CCW 谈判的核心争议在于“自主性”定义的量化阈值。有些国家主张人类在 LAWS 的决策闭环中占有一定的参与度，以此作为合法性边界；而奥地利等禁止派则要求全面禁止全自主武器。²⁹此类阈值标准的讨论实则最后会演变为前述国家履约实践中技术强国通过设定量化标准，将自身技术优势固化为国际规范垄断规则制定权，排斥发展中国家的话语权。发展中国家提出的“算法透明性条款”被系统性搁置，反映国际法在技术资本前的权力失衡。定义权的争夺不仅导致勤勉义务的适用范围模糊，更使国际法沦为技术霸权的合法性工具。

3、软法依赖下的履约监督机制缺失

现行 CCW 草案未规定任何实质性核查手段，与前文提及《化学武器公约》（CWC）的 OPCW 模式形成鲜明对比。OPCW 通过现场视察、样品分析等技术手段确保履约，而 CCW 仍依赖“自愿透明度报告”等软性机制，这种“软法依赖”导致违约成本趋近于零，勤勉义务沦为缺乏约束力的道德倡议，而并不具备实现治理的效果。

（三）勤勉义务三要素的异化的结构性矛盾

在实践中，LAWS 治理困境的根源在于技术霸权对国际法必要勤勉义务的系统性解构，具体表现为三重矛盾。首先是知识权力垄断与预见义务失灵，军工复合体通过控制算法解释权，实质剥夺国家的风险预见能力。其次在于标准“双标”与合法性危机，技术强国通过制定符合自身优势的标准将合规异化为自身特权，而发展中国家因能力赤字被迫接受“责任豁免”。最后，在于伦理共识的破灭与损

²⁶ United Nations, Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) - Background and History, 2023.

²⁷ United Nations, CCW/GGE/2023/7, 2023.

²⁸ United Nations, CCW GGE Meeting Report, CCW/GGE/2023/14, 2023.

²⁹ United Nations, Austrian Proposal for a Ban on Fully Autonomous Weapons Systems, CCW/GGE/2023/14, 2023.

害规避的虚置，技术与人性的分歧在 LAWS 治理领域达到巅峰，当技术成为权力的新载体时，国际法既无力驯服技术寡头，也无法捍卫全球范围的公平正义，这直接使得必要勤勉义务在 LAWS 治理领域形同虚设。

四、必要勤勉义务重构路径：三要素修复的协同治理

国际法中的必要勤勉义务旨在通过合理措施预防 LAWS 的人道风险，但如上文所分析，其传统框架在算法黑箱的认知垄断、技术霸权的规则双标以及多边制度的监督失效的冲击下已面临系统性失灵，而这种失灵本质上是国际法规范体系对技术权力的结构性失语。当技术要素深度嵌入武器系统的决策闭环时，传统以主权国家为中心的责任分配模式遭遇解构危机。因此，针对必要勤勉义务可以通过技术、法律、司法三重路径，从技术的特点、法律的短缺、司法的救济三个角度回应既有制度缺陷，通过制度性创新以期协同治理必要勤勉义务的重构。

（一）技术层面

技术黑箱是勤勉义务失效的首要障碍。当算法的决策逻辑因商业机密或国家安全理由而不予以公开时，国家既无法预见风险，亦难以针对其可能却不能预见的后果采取合理措施，因此会导致“可预见性”要素的无法履行。此外，LAWS“自主性”这一特性由于涉及不同技术基础，导致了能够预见的期待值有所不同，因此“可预见性”要素的履行标准应有所不同。为解决障碍，可以从技术层面入手，对算法透明化进行一定程度的强制，以及以风险为导向对 LAWS 应用不同技术的产物进行分级监管，重构义务履行的可审查性基础。

1、算法透明化强制

算法透明化的起点在于强制公开 LAWS 关键功能模块的源代码。国际社会可借鉴北约“可解释人工智能”(XAI)项目、³⁰欧盟的《通用数据保护条例》(GDPR)的做法，³¹要求和提高人工智能系统的透明性和可解释性，并建立独立技术委员会的常态化审查机制。算法透明化强制并非要求全面公开所有代码，而是聚焦于影响人道风险的关键环节。例如，目标锁定算法的透明化可使国际社会追溯自主武器误击事件的技术根源，通过建立可视化解释接口，国际技术委员会能够对算法进行独立审查，从而打破军工复合体的知识垄断，从而将“不可预见性”转化为“可归责性”。

2、风险分级

通过借鉴国际海洋法庭基于“风险更大的活动需要更加严格的勤勉标准”这一理念而为勤勉义务设置不同层次的严格标准这一做法，³²同样地可以为 LAWS 治理建立不同层级的风险管控体系，例如对全自主武器、半自主系统与非致命装

³⁰ North Atlantic Treaty Organization, Science and Technology Organization (STO) - Explainable Artificial Intelligence (XAI), 2023.

³¹ European Union, General Data Protection Regulation (GDPR), Regulation (EU) 2016/679, Article 22.

³² ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, paras.256-258.

备三种情况可能产生的风险进行动态监管。

于全自主武器而言，在当今的国际社会中应当全面禁止其研发与部署，借鉴《禁止集束弹药公约》中的“预防性措施”，采取一切可行的预防措施，以避免 LAWS 对平民和无辜国造成的伤害。于半自主系统而言，应当不仅在其研发阶段进行技术伦理的评估，还应当对其使用阶段的作战日志进行审查，及时对潜在风险或不稳定因素作出反应。于非致命装备而言，可允许其应用，但需要对数据进行实时存证，确保误用行为的追溯可能。如此分类机制通过平衡技术参差，避免了“一刀切”禁令对军事技术创新的过度抑制，也守住了人道底线。

算法透明化是法律协同的前提。唯有穿透算法黑箱，国际社会方能建立统一的规范标准，进而弥合国家实践的分化，保护勤勉义务中可预见性要素，让国家的勤勉义务在新兴技术时代也能够落到实处。

（二）法律层面

由于技术能力鸿沟的存在，国际社会对于 LAWS 中合规标准制定的话语权实际上掌握在技术强国的手中，被边缘化的发展中国家仅能被迫接受合规豁免。因此，国际社会应当通过法律手段，兼顾国际规则统一性与国内执行灵活性，形成多层次责任网络，使勤勉义务的履行回归“共同但有区别的责任”框架。

1、国际硬法的底线规则设定

CCW 作为此领域的现行的国际硬法，未来应当针对两个方面进行革新：其一，在将来第六号议定书中尽量对 LAWS 进行明确的定义。目前公约项下有 5 个附加议定书，缔约国可以自由选择缔结或不缔结。附加议定书分别对以下 4 种类型的武器进行了禁止使用的规定：不人道的，其主要伤害功能是进入人体后变为碎片的武器；地雷、饵雷和其他装置；燃烧性武器；激光致盲武器。在第六号议定书的制作和讨论中，应尽量对 LAWS 进行明确的定义，将其限定为“在无人类实时干预下可自主完成杀伤链闭环的系统”，避免抽象概念引发的解释争议；其二，设置相应伦理委员会。通过借鉴国际原子能机构（IAEA）理事会模式，设立“LAWS 技术伦理委员会”，赋予其算法审计权与现场核查权。该机构的组成应避免大国垄断，可参照国际原子能机构（IAEA）的区域代表制，确保发展中国家在标准制定中的实质参与。此外，还可以尝试接入技术援助基金，要求技术优势国将 LAWS 研发预算的部分注入基金，用于提升发展中国家的合规能力。

2、国内软法的执行机制细化

国内立法是国际规则落地的关键载体。以欧盟《人工智能法案》为例，其提出对高风险 AI 系统实施全生命周期监管，包括算法偏见、误击风险及供应链责任；同时要求成员国建立伦理委员会。³³参考欧盟的实践，可以要求设立跨学科伦理委员会，并对 LAWS 研发企业实施全周期伦理影响评估。此类条款的设置

³³ European Union, AI Act - 2024 Revision, EUR-Lex, 2024

通过将国际义务转化为国内技术标准，能够防止主权国家以技术优势规避义务，例如德国《武器法》修正案虽未能约束外国供应商，³⁴但其风险评估框架为区域性立法提供了范本。

此类的规则整合有利于统一国内外治理的协调，尤其是在国际层面，通过对定义的公平讨论和明确，以及增设相应的委员会，都有助于减轻勤勉义务中能力异化而导致的不公，尽最大的可能排除技术霸权的影响，形成“国际标准——国内实施——跨国监督”的闭环体系。

（三）司法救济层面

法律协同的效力需司法机制保障，若缺乏问责工具，技术透明与规则整合终将沦为纸面承诺。传统司法机制在 LAWS 治理中面临实体法层面缺乏针对性罪名、程序法层面受制于主权豁免与技术不可知性双重困境。因此，需通过管辖权创新与责任链延伸，构建从研发阶段的技术伦理审查、部署阶段的数据存证，到使用后的误击追溯，形成闭合责任网络。

1、国际刑事法院的管辖权扩权

国际法委员会 2023 年提议修订的《罗马规约》具有里程碑意义。在实体法层面，其中第 7 条，将“系统性部署全自主武器攻击平民”纳入危害人类罪，确认了算法驱动的攻击构成对人类尊严的系统性剥夺。在程序法层面，可参考 ICC 对苏丹达尔富尔案件的管辖权实践，³⁵即通过安理会决议突破属地管辖限制，破解战场调查障碍。此外，管辖权扩权的核心挑战是证据获取，其需通过卫星影像、算法日志等技术手段，但倘若被告方拒绝提供算法日志时，可推定其存在《罗马规约》第 30 条规定的故意要件。

2、跨国民事诉讼的责任链延伸

传统国际法以国家为追责主体，但 LAWS 的供应链特性要求将制造商纳入责任范围，因此可对此进行两项创新。其一，诉讼主体扩展。允许冲突受害者依据《欧洲人权公约》第 2 条生命权条款，直接起诉明知系统存在缺陷仍向冲突地区出口 LAWS 的制造商，主张该行为构成“协助侵权”。尽管此类诉讼面临主权豁免与法律冲突的障碍，但其象征意义在于迫使私营部门承担勤勉义务的连带责任，为国际法提供了制衡技术霸权的新工具。其二，举证责任倒置。参考《鹿特丹规则》第 17 条，³⁶要求被告方证明其已尽到《关于危险活动造成跨界损害的预防原则》要求的勤勉义务，否则承担严格责任。³⁷

³⁴ German Federal Gazette, Waffengesetz-Novelle, 2023, §14a.

³⁵ International Criminal Court, Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, 43, para. 436.

³⁶ United Nations, United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (Rotterdam Rules), Article 17, 2009.

³⁷ International Law Commission, Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001.

根据提出的责任链延伸，LAWS 出口方需评估进口国的技术防御能力，尽到勤勉审查义务。若进口国缺乏反制手段，出口方有义务暂停交易或提供技术援助。这样的措施可以通过“源头管控”约束私营部门行为，填补履约监督漏洞，遏制技术霸权的负外部性扩散。

技术、法律与司法路径的协同构成勤勉义务重构的制度基石。技术透明话破解认知垄断，为法律规则提供实时基础；法律革新确立权利义务框架，为司法救济供给规范依据；司法问责强化制度刚性，迫使技术开发者与使用者遵守勤勉标准。这种协同本质上是国际法规范体系对技术革命的适应性进化，通过制度性创新在军事技术创新与人道价值之间建立动态平衡，最终实现《联合国宪章》序言所设想的“免后世战祸”之宗旨。³⁸

五、结论

LAWS 的治理困境，本质上是传统国际法必要勤勉义务的理论根基在技术革命与权力政治双重夹击下的失灵。当算法的认知权威凌驾于法律理性之上，当技术霸权的规则双标撕裂主权平等原则，当多边机制的监督实效纵容责任链的断裂，传统勤勉义务所依赖的“可预见性”、“措施合理性”与“损害规避可能性”三重要素全面瓦解。这一崩解不仅暴露了传统国际法义务在技术资本主义时代的适应性危机，更揭示了在军事人工智能的迭代速度面前，以国家为中心的责任分配模式正加速沦为权力博弈的修饰载体。面对这一危机，本文提出技术、法律、司法协同治理的治理框架。

技术透明化是重构勤勉义务认知基础的先决条件。算法黑箱对“可预见性”要素的冲击，本质上是通过知识垄断实现的技术霸权合法化。军工复合体以国家安全为名藏匿算法决策逻辑，使得国家预见义务沦为技术霸权国家“权力游戏”的牺牲品。穿透这一黑箱不仅需要建立算法可视化解释接口和分级风险监管框架，更需通过区块链存证等技术手段构建算法更新的动态监管网络。

法律协同化则是遏制规则双标的核心路径。现行国际法体系在 LAWS 治理中的失能，集中体现为技术强国通过“协商一致”原则将多边机制异化为俱乐部式治理工具。破解这一困局需要硬法软法双重制度改革：在国际层面，推动 CCW 第六号议定书建设；在国内层面，借鉴欧盟《人工智能法案》的全生命周期监管模式，将“算法影响声明”与“双重用途审查”转化为具有域外效力的技术标准。这种国际硬法兜底与国内软法细化的互动框架，实质是重构“共同但有区别的责任”原则在数字时代的规范内涵。此外，还能以此通过技术援助基金与梯度制裁机制，迫使技术优势国承担与其能力相称的全球治理成本。

司法能动化为填补责任链真空提供了关键工具。传统国家责任框架在 LAWS 跨国追责中的失效，暴露了国际法主体理论的时代局限。将制造商纳入诉讼主体

³⁸ United Nations, Charter of the United Nations, Preamble, 1945.

范围、确立“技术推定原则”与举证责任倒置规则，不仅是程序法的创新突破，更是对国际法责任伦理的范式革新。

至此，信息科技高速发展的时代下，科技已然成为大国争取话语权的重要因素，甚至会演变为人工智能与人类之间的生存性斗争。LAWS 引发的不仅是战争形式的变革，更是人类对自身存续方式的终极追问。当自主武器的决策速度超越人类神经反射的生理极限，当算法优化的杀戮效率消解军事必要性与人道原则的价值权衡，国际法面临的已非单纯的技术规制难题，而是如何阻止战争彻底异化为算力竞赛的文明危机。唯有对勤勉义务三要素进行修复，使“人类控制”原则从道德宣示升格为具有约束力的全球规范，国际法才能在硅基文明的重构中捍卫其合法性根基。



中国国际法学会
Chinese Society of International Law



大连海事大学
DALIAN MARITIME UNIVERSITY

中国国际法学会2025年学术年会
2025 Annual Academic Conference of the Chinese Society of International Law
暨世界反法西斯战争胜利及联合国成立80周年与国际法研讨会
and the International Law Symposium Commemorating the 80th Anniversary of the Victory of the World Anti-Fascist War and the Founding of the United Nations

加强涉外法治建设与推进中国式现代化：国际法的地位和作用
Strengthening the Role of Law in Foreign Affairs and Promoting Chinese Modernization: The Status and Role of International Law

主办单位: 中国国际法学会 大连海事大学
Co-sponsored by Chinese Society of International Law and Dalian Maritime University
承办单位: 大连海事大学法学院
Organized by Law School of Dalian Maritime University

2025年4月25日-27日, 大连
April 25-27, 2025, Dalian