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

议题十五：
国际法运用研究

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

跨境民事诉讼中数据跨境传输的利益分歧与解困路径.....周玉华 1
中国军队开展海外救援行动所涉国际法问题研究.....蔡高强　李曼　刘警文 15
“《印度河水条约》仲裁案”的困局评析.....郑凡 33
论亚太海事仲裁中心建设背景下中国内地海事临时仲裁的建构.....章 成　王恩术 41
《海警法》争议条款的司法化风险与《联合国海洋法公约》“军事例外条款”的适用.....韩 茜 67
限制豁免理论下我国"商业活动例外"条款的文本解构与司法展开路径——基于对美国判例法解释实践的研究.....杨 帆 83
国际卫生规则改革新动向及中国因应.....何 丹 100
国际组织作为当事方的争端解决制度构建.....黄健昀 108
中德法院判决承认与执行中互惠原则的实践、规则及优化.....秦 韬　舒中盛 122
检察机关参与下的阻断美国长臂管辖路径研究.....
.....李金膧 王浩然 刘子辉 李森颖 谷文硕 孙庭玥 143
Study on Dual-track Governance of International Public Health under the International Health Regulations and the Pandemic Convention.....Weiqi Chen 155
病原体遗传资源获取和惠益共享的国际法治理.....耿瑞瑜 176
实体义务上的谈判对海洋划界强制程序的限制.....李泓燕 195
ITLOS 全庭咨询管辖权限的国际法基础困境：肇始、根源、契机与可能之纾解....巨少军　薛桂芳 211
国际法院公益诉讼中的对世义务诉权：解释、争议与反思.....周萌 240
国际争端解决视角下的缺席判（裁）决制度研究.....王晓冬 263
国际法院判决既判力的理论反思和边界重释.....潘 颖 281
《国际卫生条例》修正案与缔约国核心能力建设：履约困境、机制革新与路径选择.....贾唯宇 305
美国对外经济制裁中的“法律战”思维与中国因应.....盛健宁 李滨 325
欧盟《反经济胁迫条例》：预期功能、实施阻碍及中国因应.....王晓杰 345
国际立法中国家的作用探究.....师丹阳 363
UNCLOS 框架下附件七仲裁庭管辖权分析研究.....康利华 367
结构性偏见视角下《联合国海洋法公约》争端解决机制司法能动主义问题研究.....王宇航 379
《海商法（修订草案）》的再审视：聚焦仲裁条款与中国仲裁法修改.....陈海玲 396
《国际卫生条例》实施困境与国际法纾解.....沈叶凡 412
大流行协定中病原体获取与惠益分享机制的困境与重构.....王璨　金成华 425
广义对世义务诉讼在国际法院的实现路径和发展趋势.....何耀星 437
浅析国际法委员会“国际组织作为当事方的争端的解决”专题.....马逸存 463
国际法院咨询管辖权扩张的新发展与成因分析.....曹祥 472
公益诉讼在国际法院的可诉性研究.....陈玉洁 490
论涉制裁纠纷“适当联系”管辖规则的构造.....陈沛明　宋阳 507

2025年中国国际法学会年会

跨境民事诉讼中数据跨境传输的利益分歧与解困路径

周玉华[1]

摘要：近年来不少中国企业作为被告参与的跨境诉讼案件在英美等司法辖区频繁发生。在这些诉讼中，如果原告或法庭要求被告提交其存储在中国境内的证据，往往涉及到数据的跨境传输问题。此外，随着《个人信息保护法》、《数据安全法》和《保守国家秘密法》等与数据相关的法律法规的相继出台，我国对数据监管，特别是跨境数据传输的监管力度显著增强。如何在跨境民事诉讼中做到跨境传输的数据合规成为一个重大课题。中国企业在美国跨境诉讼证据开示问题中面临两难困境，无论是要求适用《海牙取证公约》的抗辩，还是援引数据隐私法规的抗辩，都难于获得美国法院的支持。在此种情况下，本文在案例实证案例基础上提出跨境民事诉讼中跨境传输面临的困境以及如何走出困境方面提出自己的政策建议。

关键词：跨境诉讼 证据开示 数据传输 数据合规

一、欧美跨境取证和证据开示制度与证据出境规则

在跨境诉讼中，证据对于案件事实的查明和法官作出令 人信服的判决具有关键作用。在跨境诉讼案件中,一般而言法官都不是案件亲历者,法官对于案件事实的认知均取 决于当事人提供的或者法院依职权搜集的各项证据。跨境诉讼当事人面临与日俱增的跨司法管辖区取证和举证的需求。 一般而言,英美法系国家普遍存在证据开示（ discovery）制度。 根据《布莱克法律词典》,证据开示指了解原先所不知 道的,揭露和展示原先隐藏起来的事实。 在该制度中,诉讼的当事人往往被强制要求进行证据材料交换,即使是针对域外形成的证据。以美国为例，根据《美国民事诉讼规则》第 26 条的规定，当事人需要向另一方当事人提供与案件任何主张或抗辩相关的信息(属于保密事项范围内的除外)。 根据《美国民事诉讼规则》第 37 条规定：“未开示或未协作开示的制裁”的规定,不进行证据开示的当 事人可能被要求进行强制证据开示,此外,法院还可以决定不得在 庭审使用未出示过的证据、因不履行法院披露命令被判藐视法庭等[2]。因此，法院可发出任

[1] 作者简介：北京外国语大学法学院教授，法学博士，跨国投资并购研究中心主任。本文为司法部 2022 年度法治建设课题《新加坡公约和我国商事调解制度完善研究》（项目号：22SFB3028）的阶段性研究成果。

[2] US Federal Rules of Civil Procedure, Rule **37** .

何与国外证据有关的命令。《美国民事诉讼程序法》第 37 条要求在审判前披露文件。这样的命令可以是强制性的，在不遵守的情况下，可以通过适用藐视法庭的正常补救措施来强制执行[3]。

此外,近年来,各国还基于数据主权、个人信息保护等方面的考量,不断出台限制数据出境的规定,加大跨境诉讼当事人 的举证难度，对抗“单方面审前域外证据开示程序”4。例如 1980 年 7 月,法国制定了《关于个人或官员向外国自然人、法人提供经济、商业、工业、财政或技术性文件或者情报的第 80 - 538 号法律》,其中第 1 条禁止任何人传递经济、商业、工业、金融或技术性质的文件或信息,以为外国司法 或行政程序提供证据。根据该法,法国最高法院于 2007 年作出判决,判定一法国律师收集法国商业信息以用于美国诉讼程序的行为违法5。又如在英国，证据出境也可能受到阻断法案的限制，这取决于政府机构的自由裁量权。《1980 年贸易利益保护法案》（Protection of Trading Interests Act 1980,以下简称《贸易保护法案》）的颁布旨在对抗美国的域外管辖或长臂管辖，特别是具有域外管辖效力的美国对伊朗和古巴的制裁，以及对抗外国“单方面对英国实施其经济和商业政策”。《贸易保护法案》规定英国政府能够根据该法发布命令和指示，以侵犯英国管辖权为由，禁止英国人向外国法院或当局提供信息或文件，因为这样做会侵犯英国的管辖权。英国法院取证分为获取欧盟国家的证据和来源于欧盟国家外的证据。前者适用《关于合作取证的欧盟条例》第 1206/2001 號 （EU Regulation 1206/2001 on cooperation in taking evidence）。关于取证合作的第 1206/2001 号条例 5 旨在为欧盟国家之间传递和执行取证请求提供一个有效的机制。 该条例允许法院通过请求另一个欧盟国家的主管法院获取必要的证据。6 英国法院一贯主张拥有下令披露的管辖权，而不考虑对当事人造成的后果。 在 Morris v Banque Arabe et Internationale d'Investissement SA (No1) Neuberger J 命令披露大量位于法国的文件，尽管披露这些文件将违反法国法律。但 Neuberger 法官在行使自由裁量权时，考虑到这一命令的必要性以及在法国被起诉的可能性很小这一事实，含蓄地处理了这一命令是否符合礼让原则的问题。上诉法院在*卫生大臣诉 Servier 实验室有限公司*案中重申了这一立场，在该案中，一些法国公司拒绝遵守在英国诉讼过程中发出的信息和披露令。每家公司都以法国的禁止令为依据，否则将受到起诉。在得出诉诸第 1206/2001 号条例并非强制性的结论后，上诉法院认为，法国立法的存在并不妨碍此类命令的执行，尽管英

[3] US Federal Rules of Civil Procedure, Rule **37** .

[4] 高雨洋：《通用数据保护条例域外适用问题研究》，中南财经政法大学硕士论文，2023 年 6 月

[5] Hogan Lovells, Four years after the Christopher X Decision, US courts still give little deference to the French blocking statute https: / / f. datasrvr. com/ fr1 /312/ 84340 / Christopher_X_ - _Feature_5. pdf.

[6] 2001 年 5 月 28 日关于成员国法院在民事或商事取证方面合作的第 1206/2001 号条例，OJ L 174/1；CPR PD 24A。

国法院在行使其自由裁量权时应考虑到任何起诉风险。尽管这显然是英国法律的立场，但这种做法仍有待充分检验。在 "Servier 案 "中，并没有提出更广泛的原则性论据，即如果英国法院命令一方当事人在国外实施非法行为，则违反了礼让原则，而在确立英国法律立场的案例中，也没有考虑过此类反对意见。正如 Rimer LJ 在没有详细说明的情况下显然承认的那样，原则上可以认为先前的判例法'从根本上说是错误的，而且一直都是错误的，因为它意图使据说涉及无理侵犯其他国家主权的国内命令合法化'。因此，仍有余地对目前的做法提出质疑，要么在最高法院一级争辩说包括塞尔维尔在内的裁决是错误的，要么指出在塞尔维尔等案件中从未争辩过此类命令原则上是非法的。如果是从欧盟以外的国家取证，则须遵循 1970 年的《海牙海外取证公约 》（ Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad）。由于英国法院的诉讼经常涉及欧盟国家及美国和俄罗斯等国家的当事人，而这些国家都是《海牙公 约》的签署国，因此这兩項文书都特别重要。1970 年《关于在国外取证的海牙公约》允许在一个签署国的诉讼程序中被要求提供证词和文件，而这些证据位于另一个签署国。该公约规定可通过请求书、或通过外交或领事代理人和专员取证。至于《公约》的适用范围，英国法律允许一方当事人通过任何非正式手段获取证据，只要这些手段不涉及对被调查人的压迫，例如从证人那里获得自愿陈述。同样，一方当事人也可以像在国内诉讼中一样，在不援引《海牙公约》的情况下申请命令收集证据。这甚至延伸到审前披露。问题通常出现在以下情况：在英国诉讼中要求披露，但却不符合明确禁止遵守外国披露令的外国法规。与英国法院处理反诉禁令的方法相一致的是，礼让不不太会成为获取此类证据的障碍7。因为这无论如何都与长期以来确立的权威不符；相反，这需要逐案分析礼让是否受到侵犯。8 特别是处理命令的必要性以及起诉的可能性。事实上，英国法院也采用了这种方法，尽管没有明确考虑礼让问题。

根据《英国民事诉讼程序法》第 31 条要求在审判前披露文件。这样的命令可以是强制性的，在不遵守的情况下，可以通过适用藐视法庭的正常补救措施来强制执行9。在欧盟,证据出境会受到《通用数据保护条例》（ General Data Protection Regulation，GDPR）的严格限制。2016 年 4 月 27 日,欧盟通过了 GDPR,成为全方位处理欧盟内部数据主体的 个人可识别资讯的条款和要求,适用于与

---

[7] Richard Fentiman:INTERNATIONAL COMMERCIAL LIGITIGATION(2ED),OXFORD UNIVERSITY PRESS,P113.

[8] 见第 16.110 段及其后；参见美国法律中采用的针对具体案件的礼让分析，尽管这依赖于英国法中通常不采用的国家利益因素：*Aerospatiale v US Dis Court*, 482 US 522, 544 n 29 (1987)；*NML Capital Ltd v Republic of Argentina*, SDNY 8 Feb, 2013。

[9] *Morris 诉 Banque Arabe et Internationale d'Investissement SA (No1)* [2000] CP Rep 65；*Secretary of State for Health v Servier Laboratories Ltd* [2013] EWCA Civ 1234, at [117]-[118], per Beatson LJ; cf *Tiffany (BJ) LLC v Qi An-Drew*, 276 FR 13 (SDNY 25 July, 2011)。

欧洲做生意的所有企业, 不论该企业实体位置何在。 在证据出境方面,GDPR 对保护存储于欧盟境内的数据起到了关键作用。GDPR 第 48 条规定:“任何法庭 判决、仲裁裁决或第三国行政机构的决定,若要求控制者或处理者 对个人数据进行转移或披露,同时满足以下条件时方能得到认可 或执行:一是该判决、裁决或决定必须基于提出请求的第三国与欧 盟或其成员方之间订立的法律互助协议等国际条约,二是该判决、 裁决或决定不会对本章规定的其他转移形式产生消极影响。欧盟 GDPR 亦对于个人数据的跨境传输、处理等环节进行了严格限制,要求数据控制人只有在符合第 5 章“向第三国或国际组织传输个人 数据”的规定的情况下,才能进行跨境传输。10因此,跨境诉讼的当事人往往面临违反一国阻断法案、数据出境、个人信息保护等规定或违反证据开示的要求的两难的抉择。 欧盟对跨境调取欧盟数据的基本观点,仍在于坚持数据存储地原 则之下的司法协助方式,欧盟及其成员方签署了许多可以给美国 提供司法协助的国际条约和协定。欧盟希望执法合作所依赖的法律框架能够避免法律冲突,基于持续的对话、自愿的合作、尊重对方对隐私和执法的根本利益。又例如在法国,证据出境还会受到阻断法案的限制。1980 年 7 月,法国制定了《关于个人或官员向外国自然人、法人提供经济、商业、工业、财政或技术性 文件或者情报的第 80 - 538 号法律》,其中第 1bis 条禁止任何人传递经济、商业、工业、金融或技术性质的文件或信息,以为外国司法或行政程序提供证据。根据该法,法国最高法院于 2007 年作出判 决,判定一法国律师收集法国商业信息以用于美国诉讼程序的行为违法11。 第 80- 538 号法律的立法目的是应对以美国为首的普通法系国家利用其 域外管辖权进行大范围跨境取证,它的主要有两个目标:第一,阻断在法国境内的个人对外国公共机构提供可能对法国造成损害的与经济和商业等相关领域有关的信息;第二,阻断外国正在进行的诉讼调取在法国境内与商业有关的相关信息。第 80-538 号法律第 1 条禁止在法国境内的企业和个人以及外国企业在法国的代表 在日常工作中书面、口头或以其他形式向外国主管机关提供与法 国经济及商业有关的信息(如果这些信息的泄露可能给法国造成 损失)。第 1 条之二对于将有关信息用作外国司法程序中的证 据进行命令禁止,“禁止任何人以书面、口头等形式要求、寻找或传递经济、商业、工业、金融或技术性质的文件或信息,使得这些信息 为外国司法或行政程序或与之有关的程序建立证据”。 但是允许通过国际条约(尤其是《海牙取证公约》)的方式对外提供信息。 因此法国第 80 - 538 号法律第 1 条和第 1 条第 2 款事实上要求在法国境内的公司和个人,除非通过法国与其他国家之间缔

[10] Regulation (EU) **2016/679** of the European Parliament and of the Council of **27** April **2016** on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive **95/ 46**/EC, Section **5**.

[11] 参见乔雄兵:《也论美国的审前证据开示制度》,载《法学评论》**2010** 年第 **4** 期,第 **113** 页。

结的双边条约或国际条约,否则不得为在外国进行的诉讼程序及行政调查程序提供书面或口头资料。对于违反第 80 -538 号法律的行为,法院有权进行刑事处罚,违反人员可能会被“处以 6 个月的监禁和 18,000 欧元的罚款,或只处以其中之一的处罚”.虽然在实践中该法律很少得到实际执行,但是在 2007 年的 Christopher X 案中,一名法国律师为美国诉讼案件向一家法国企业的前董事咨询相关信息并得到答案,后该律师被指控违反第 80 -538 号法律,并被巴黎上诉法院处以刑事罚款 1 万欧元[12]。

在美国,根据《民事诉讼规则》第 26 条的规定,当 事人需要向另一方当事人提供与案件任何主张或抗辩相关的信息属于保密事项范围内的除外)[13]。根据《美国民事诉讼规则》第 37 条“未开示或未协作开示的制裁”的规定,不进行证据开示的当 事人可能被要求进行强制证据开示,此外,法院还可以决定不得在 庭审使用未出示过的证据、因不履行法院披露命令被判藐视法庭等14。根据美国的证据开示制度规定,在美涉诉的中国企业在法庭取证阶段可能面临中国法和外国法冲突的困境之中。例如,我国《数据安全法》第 36 条规定:“……非经中华人民共和国主管机关批准,境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据。”15一方面,中国企业如果听从美国长臂执法的指令,未经主管机构批准,私自向境外司法机构、执法机构提供境内数据可能会违反《数据安全法》、《个人信息保护法》等规定,致使行政处罚甚至刑事处罚;另一方面,中国当事方援引中国法律对抗美国司法机构的证据开示制度时,极有可能不被采纳,如拒绝提供证据,甚至可能导致美国法院的巨额处罚16。

二、中国企业挑战美国法院的证据开示命令胜少败多

美国利益和严格审查外国利益的倾向,中国企业挑战美国法院的证据开示命令胜少败多。已经有多起美国诉讼中法院要求中国企业提交存放于中国境内的与案件相关的证据,这些案件的证据提交同时产生了个人信息和数据出境的问题。例如,在伊利诺伊北区联邦地区法院东部分院审理的 Philips Medical Systems (Cleveland), Inc., et al v. Jose Buan, et al（No. 19 CV 2648/Jose Buan 案）案中,原告向法院起诉被告 Jose Buan、Sherman Jen 与其新雇主 GL Leading Technologies, Inc. 以及与 GL Leading 关联的两家中国公司,称被告共同侵犯其与医用 X 光试管相关的商业秘密。在该案证据开示阶段,原告要求被告提供中国公司员工手机

---

[12] Hogan Lovells, Four years after the Christopher X Decision, US courts still give little deference to the French blocking statute https: / / f. datasrvr. com/ fr**1** /**312**/ **84340** / Christopher_X_ - _Feature_**5**. pdf.

[13] US Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26 . b.

[14] US Federal Rules of Civil Procedure, Rule 37

[15] 司法部:《关于国际民商事司法协助的常见问题解答》,载中华人民共和国司 法部官网,http://www. moj. gov. cn/pub/sfbgw/jgsz/jgszzsdw/zsdwsfxzjlzx/ sfxzjlzxxwdt/**202303**/t**20230330_475371**. html。

[16] 王晨阳、张宇:《隐私信息类型、隐私采集主体与个体隐私风险感知的交互作用研究》,载《南京邮电大学学报（社会科学版）》2023 年第 4 期

中与案件相关信息等证据，被告以《国家秘密法》、《个人信息保护法》、《数据安全法》对国家秘密、个人信息、数据出境存在严格限制为由，申请法院出具对该等个人信息、数据的保护令，拒绝向原告提供。另一起案件是美国加州北区联邦地区法院审理的 Cadence Design Systems Inc v. Syntronic AB, et al 案（Case No. 21-cv-03610/Syntronic 案）。在该案中原告诉被告及其中国关联公司侵犯其软件著作权。原告在证据开示阶段要求被告方从中国境内将 24 台员工电脑提交给美国法院进行检查，查看该等电脑是否存在下载、使用软件的记录。被告同样以电脑中存在员工的个人信息为由，并基于《个人信息保护法》申请法院出具保护令，拒绝向原告提供。然而，前述两起案件中法院均驳回了被告基于《个人信息保护法》所提出的保护令申请，这就意味着被告仍然需向原告提供证据。在 Cadence Design Systems, Inc. v Syntronic AB 一案中[17],被告新拓尼克（北京）科技研发中心有限公司（以下简称新拓尼克）被诉未经许可使用原告的软件,在证据开示环节,法官要求新拓尼克提供 24 台在其控制下的位于中国境内的电脑至美国以供检查”。新拓尼克主张这一要求与我国《个人信息保护法》的规定相悖,因为电脑中储存有员工个人信息,根据我国《个人信息保护法》第 39 条的规定需获取个人同意之后才能进行数据出境,而被告无法获得员工的同意,故无法满足美国法院证据开示的要求。然而法官并未支持被告的主张,认为《个人信息保护法》中存在例外规定,无法阻碍证据开示的要求，因此仍然要求被告提供电脑。由此案可知，如何在不违反各国关于数据、个人信息保护等法律规定的前提下满足法院的要求,亦成为跨境诉讼当事人需要考虑的难点。

表 1：中国企业的抗辩往往难以被采纳的案例一览表

序号	抗辩 1	抗辩 2	抗辩 3
裁判案号	Nike 案&Inventus 案	Cadence 案	Autodesk, Inc. v. ZWCAD Software Co., Ltd.
抗辩理由	主张适用《海牙取证公约》程序 对于跨境调查取证，外国法院应依据《海牙取证公约》向我国司法部等部门请求协助调查取证	援引数据隐私法作为阻断法 中国企业须严格遵守《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》等法律的规定，由网信办作为归口管理部门，负责审查拟出境证据的安	主张适用《保守国家秘密法》 Autodesk 有一款用于辅助设计的明星软件产品，声称被告在开发软件产品时，大量复制了 Autodesk 的源代码。Autodesk 由此基于侵犯著作权和盗用商业秘密起诉被告。在诉讼过程中，Autodesk 要求被告开示后者位于中国的软件源代码。被

[17] *Cadence Design* Systems, Inc. v Syntronic AB, No. **21** -cv - **3610** , (N. D. Cal. June **24**, **2022**).

		全性，若将证据直接出境，将违背中国数据跨境传输规则	告主张，中国《保守国家秘密法》对“国家秘密”的定义广泛，涵盖“涉及‘国民经济和社会发展’，以及‘科学技术’的事项”。其作为一家正在成长的科技公司，源代码的向外输出可能会影响中国国家和经济的发展，故源代码应该属于中国《保守国家秘密法》下的国家秘密。
法院说理	《海牙取证公约》仅为许可性的补充程序，不具有排他性和强制性，中国司法部没有提供回应《海牙取证公约》要求的司法先例，无法作为有效或及时的替代方案	法定义务并不区分中国法律或外国法律规定的义务，《个人信息保护法》并未阻却美国法院依据美国法律施加给被告中国公司的证据开示义务。中国公司作为当事方，有义务遵守美国的证据开示规则。	法院同意 Autodesk 的观点，即 ZWSoft 没有证明根据中国法律存在真正的责任风险，也没有其他因素证明其所寻求的额外保护措施是合理的，法院驳回了 ZWSoft 申请保护令的动议。
裁判理由	Nike 案：驳回撤销取证请求的动议 Inventus 案：批准向中国证人获取证词的动议	Cadence 案：要求被告向美国跨境转交证据	Autodesk 案：强制要求被告开示其位于中国的软件源代码。

三、美国法院对域外法证据保护令的裁判方向和态度

面对美国域外证据开示规则与外国法律之间的冲突，美国法院通过尊重受影响国家的主权利益来促进国际和谐，这一原则被称为国际礼让(International Comity)，是美国法院在解决涉及主权国家法律和利益冲突案件时的合作方法[18]。具体到司法实践中，国际礼让原则往往表现为礼让平衡测试(A Balance of Test)。美国《对外关系法重述（第四版）》第 442(1)(c)节详细列举了国际礼让原则需要考虑的因素：第一，所寻求文件或信息对诉讼的重要性；第二，请求

[18] 赖宛仪：《论美国域外证据开示的限制》，中南财经政法大学硕士论文 2022 年 6 月。

的具体程度；第三，信息是否来自美国；第四，可供选择的信息获取方式；第五，不遵守请求会在多大程度上损害美国的重要利益，或者遵守请求会在多大程度上损害信息所在国的重要利益[19]。尽管美国法院在裁定是否进行域外证据开示时会进行所谓的“国际礼让”分析，但大多数情况下，美国法院特别注重对比美国利益和外国利益的重要性，并呈现出强调

1、美国法院不采纳适用海牙取证公约的抗辩

我国主张跨境调查取证应依据条约、公约或互惠原则进行，具体而言，由外国法院依据《海牙取证公约》、当事国与中国的双边协定、平等互惠原则等向我国司法部等部门请求协助调查取证。与之相反，在中美两国的司法实践中，美国法院通常认为这些司法互助协定并不能构成替代性手段，即使在少量认为其可以构成替代性手段的案件中，法院也只是判断其为轻微地支持抗辩证据开示的一方，很难将其看作切实有效的可替代手段，更不会将其视作证据开示的前置程序，因此在司法实践中该协议实际上被废置，对抗辩证据开示的企业很难起到转嫁风险的作用。例如在 Nike 案中，法院指出中国司法部没有提供回应《海牙取证公约》要求的司法先例；在 Inventus 案中，法院认为通过公约程序向中国企业取证，通常非常昂贵和耗时，且不太可能获取到所需的证据，因此，公约程序无法作为有效或及时的替代方案。

2、美国法院不采纳援引数据隐私法规的抗辩

我国企业作为当事人自愿向境外提供证据的，直接由我国企业向主管机关报告，并在获得批准后向境外提供。数据信息确有向境外提供的必要的，应当通过国家网信部门组织的安全评估、认证后方可向境外提交。具体而言，当事人须严格遵守《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》等法律的规定，由网信办作为归口管理部门，负责审查拟出境证据的安全性。与之相对，美国法院拒绝采纳限制证据开示请求以尊重外国的阻断法规。以前文所述的 Cadence 案为例，该案的争议焦点为：美国法院要求中国公司将 24 台计算机交付至美国的命令，是否违背《个人信息保护法》中的数据跨境传输规则。美国法院认为，中国《个人信息保护法》是一项最近颁布的法律，尚不存在重大的司法或者其他权威的解释。无论是在美国、中国还是在其他任何的司法管辖区，双方都没有举出任何涉及此处争议条款的案例。因此，也不存在任何案件说明根据外国法院的命令跨境传输个人数据会遭受处罚。中国《个人信息保护法》第十三条的表述为“法律义务和责任”，应当将其解释为“法律规定的义务”

[19] 沈雨思：《国际礼让在美国域外证据开示中的适用》，武汉大学硕士论文，2019 年 5 月。

而不是“法定义务”。尽管被告律师认为，除非得到中国法院的承认，否则外国法院的命令不应当被认可，但是他并没有具体论证法律义务必须是“法定”才能属于数据出境限制的豁免例外。原告专家证人认为，该义务并不区分中国法律或外国法律规定的义务，《个人信息保护法》并未阻碍美国法院依据美国法律施加给被告中国公司的证据开示义务。当《个人信息保护法》至少有一部分可以在域外适用于中国境外的外国公司时，在例外中纳入外国法律义务是有道理的，根据外国法律，这些公司将受到潜在的义务的约束。因此，《个人信息保护法》本身没有任何内容表明该例外仅限于中国法律，被告公司的员工对个人信息跨境传输的拒绝同意不具抗辩效力。综上，中国公司由于其作为本案当事方的地位，有义务遵守美国的证据开示规则和本法院的命令，而无需在中国执行。

四、美国法院对域外法证据提交路径的审查标准

如前文所述，中国企业在美国跨境诉讼证据开示问题中面临两难困境，无论是要求适用《海牙取证公约》的抗辩，还是援引数据隐私法规的抗辩，都难于获得美国法院的支持[20]。在前述中国企业在美诉讼案件中，美国法院均援引了美国最高法院的判例 Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court (482 U.S. 522 (1987)/Aerospatiale 案)[21]。在 Aerospatiale 案中，法国飞机制造公司 Societe Nationale Industrielle Aerospatiale 因坠机事故而被美国遇难者家属起诉，原告在证据开示阶段要求法国公司提供与该飞机安全检测、试飞等所有相关资料。法国飞机制造公司申请保护令拒绝提交，理由是根据法国和美国均签署的《海牙公约》，证据跨境提交应通过司法协助途径进行。审理该案的爱荷华南区联邦地区法院拒绝了法国公司的保护令申请，最后法国公司一直上诉至美国最高法院。美国最高法院通过该案确立了对于域外证据提交的审查标准：即当存在域外法或国际公约阻却证据提交时，既不应一概否认域外法效力、也不应一概优先遵从域外法，而是由审理法院根据每一案件的具体事实、外国法所保护的主权利益、适用外国法能否有效进行证据提交等因素进行衡量评估（balance test），决定是否遵从域外法中的证据提交规定。在 Aerospatiale 案之后，美国各巡回区的联邦地区法院又在 Aerospatiale 案的基础上，发展出一系列衡量评估要素，并根据这些要素，由法院决定是适用外国法规定的域外证据审批流程，还是直接适用美国联邦民事诉讼规则。这些要素包括：1）外国法是否确实对证据提交进行阻却；2）证据和文件对于诉讼的重要性；3）适用外国法可能产生的审批流程是否迅速；4）是否有其他替代性途径获取证据；5）

[20] 待丹青：《论海牙取证公约在我国的适用》，复旦大学法院硕士论文 2009 年 4 月。
[21] 温雪斌：《域外证据开示冲突研究》，清华大学硕士论文 2002 年 5 月。

如果违反证据提交要求是否会损害美国主权利益，以及如果遵从证据提交要求是否会损害外国主权利益[22]。

在前述 Jose Buan 案、Cadence 案和 ZWCAD 三起案件中，美国法院实际上均适用了上诉衡量评估审查标准，并未一概否认域外法的适用。在 Jose Buan 案中，法院指出尽管被告列举了《个人信息保护法》的条文，同时提供了中国法律专家意见，但是并未明确究竟哪些信息属于应受保护的个人信息，致使证据无法提供，且《个人信息保护法》也并未禁止被告公司从员工个人手机设备中导出公司信息，同时被告的中国法律专家证人也说明员工个人可以从手机中筛查出其个人信息和公司信息，因此《个人信息保护法》不应成为阻却被告证据提交的理由。而在 Cadence 案中，法院参考了原被告双方中国法律专家证人的意见，特别是《个人信息保护法》第十三条第一款第三项“为履行法定职责或者法定义务所必需，个人信息处理者可以处理个人信息”的解读，法院认为该条中的法定义务并非仅包括中国法律规定的义务，还包括外国法律规定的义务。因此，《个人信息保护法》并未真实阻却被告提供个人信息。法院还特别指出，在原告首次要求被告提交中国公司员工电脑时，中国的《个人信息保护法》并未生效，被告并未基于该法律提出任何个人信息保护的问题，而是回复其没有这些电脑。在原告通过系统确认被告中国公司北京办公室存在使用过原告 Cadence 软件的 24 台电脑后，被告才以《个人信息保护法》为由提出不予提交，但是仍未明确《个人信息保护法》阻却其证据提交的具体条款。结合以上案件具体事实，法院驳回了被告的保护令请求。最后在 ZWCAD 案中，为了降低在中国境外披露其数据和文件可能使其承担中国国家机密和隐私法责任的风险，ZWSoft 申请了一项保护令，要求根据《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（Hague Convention on Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters）进行证据披露[23]。此外，ZWSoft 还请求法院下达一项命令，规定 ZWSoft 已经存放在北京的源代码只能在中国境内供查阅，并且双方适用了 ZWSoft 修改后的保护令。法院认为 ZWSoft 并未证明在本案中源代码和相关文件的生成涉及真正的主权利益。正如双方所承认的，中国法律禁止在未经政府许可的情况下从中国出口国家机密。然而，ZWSoft 并未证明其源代码和相关文件的提供必然涉及这一禁令。特别是，ZWSoft 没有充分证明其关于中国“可能”将其源代码视为或包含国家机密信息的论点。虽然 ZWSoft“根据中国法律，可被视为“美国普通商业信息”的信息可能构成国家机密”的观点可能是正确的，但 ZWSoft 没有提供任何与本案相关材料有关的具体信息。由于法院同意 Autodesk 的观点，即 ZWSoft 没有证明根据中国法律存在真正的责任风险，也没有其他

[22] 邱蓉：《国际你让在美国域外证据开示中的适用》，武汉大学硕士论文，2019 年 5 月。
[23] 尹诺涵：《跨国网络犯罪域外执法改革机制初探——以主权原则与高效执法的平衡为切入点》，载《中国法治》2023 年第 2 期

因素证明其所寻求的额外保护措施是合理的，法院驳回了 ZWSoft 的动议。综上可以看出，在 Jose Buan 和 Cadence、 ZWCAD 三起案件中，法院拒绝被告的保护令申请，主要是基于案件具体事实、以及被告未能证明《个人信息保护法》、《保守国家秘密法》、《国家信息安全法》等法律对被告证据提交形成真实阻却，而并非简单地否认《个人信息保护法》等域外法中关于证据提交路径的适用。

五、对中国企业应对域外证据开示的建议

中国企业在运转过程中，难免产生敏感信息，这些信息的产生使得企业在域外应诉中困难重重。有鉴于此，为了帮助境内企业在跨境诉讼中维护自身合法权益，笔者作出如下建议。

（一）在跨境取证方面,中国企业注意法院地对于取证方式的 规定,考虑不同取证手段的效率,选择最合适的取证手段。 例如, 在美国存在一项特殊规定,即美国允许为了外国法庭诉讼之目的, 在美国境内通过获取联邦地区法院命令的方式取证。 《美国法典》 第 18 编第 1782 条允许外国法律程序中的诉讼人(或潜在诉讼人) 向美国联邦法院申请命令,迫使另一方为该外国程序之使用提供证据。 根据第 1782 条向地区法院申请调取证据的,申请人需要向 地区法院证明以下 3 个要件:(1)申请人是某一外国程序的当事 人或“利益相关者”;(2)该程序是在一个“外国或国际法庭”进 行的;(3)被要求提供证据的人“居住在或被发现在”被提交申请 的法院所在的地区。 如果申请人满足这些法定要求,第 1782 条“授权……联邦地区法院向外国或国际法庭或国外诉讼中的‘相关人员’提供司法协助"。〔1〕这种途径与通过《海牙取证公约》规 定的方式取证相比具有建议和便捷性,无须通过国家机关之间的 层层转递和审查,是实践中中国企业可以选取在美国进行取证的 方式之一。此外,在我国《民事诉讼法》涉外程序进行重大修改之际,新修 订的《民事诉讼法》也扩大了域外调查取证的方式,为诉讼当事人 提供更多便利,可供中国企业参考选择。[24] 修订后的《民事诉讼法》 第 284 条明确规定,除通过国际条约或外交途径进行域外调查取 证外,人民法院还可以通过替代性方式进行域外调查取证,即如果 所在国法律不禁止,那么人民法院可以采用下列方式调查收集:（1）对具有中华人民共和国国籍的当事人、证人,可以委托中华人 民共和国驻当事人、证人所在国的使领馆代为取证；（2）经双方当 事人同意，通过即时通讯工具取证；（3）以双方当事人同意的其他方式取证。此变化将为涉外诉讼中的域外取证工作带来更多的便 利，有助于帮助当事人调查获取更多的域外证据材料。

[24] 刘相文著：《跨境诉讼：法律与实践》，*法律出版社，2024 年 2 月版第 174 页*

（二）树立起数据合规意识，并积极落实国家法律法规规定的数据合规义务

按照中国法下法律规定进行数据出境申报。企业在内部建立常态化的数据合规机制，积极和中国数据出境的主管机关进行联系，对自身涉及的相关数据进行分类分级，进行数据出境风险自评估，按照《数据出境安全评估办法》以及《数据出境安全评估申报指南（第一版）》的相关规定进行申报。首先，对信息进行匿名化处理。根据《个人信息保护法》第 73 条的规定，经匿名化处理的信息不属于该法定义的“个人信息”。因此，在主动向境外提供的情况下，企业可以根据实际情况对数据作出评估，情况允许的，可对部分信息进行匿名化处理，以符合法律法规及网信部门的要求。我们亦曾与司法部、国家网信部门等进行沟通确认，经匿名化处理的信息，若不违反法律等强制性规定的，无需申报即可跨境传输。其次，向有关部门如实申报。在主动提供的情况下，如涉及重要数据或实践情况下不允许匿名化处理的个人信息等，我们建议企业严格按照法律规定完成安全自评估及网信部门安全评估，在获得监管部门的许可后再跨境传输。在收到被动请求提供的情况下数据处理者应当第一时间向当地有关部门报告，按照规定程序完成境内证据调取，以免因此错过期间而有损自身权益。数据跨境传输无小事。随着对外开放不断扩大，中国企业参与的境外诉讼会只增不减，因此而涉及到的跨境数据传输也会越来越多。为维护自身合法权益，保障诉讼程序如期推进，企业应当按照法律的规定对跨境传输的数据完成必要的风险评估工作，履行相关备案申报程序，确保数据跨境合法合规。

（三）在跨境取证方面,中国企业应考虑不同取证手段的效率,选择最合适的取证手段

中国当事方可根据案件的具体事实评估并进行深入分析，判断是否针对证据开示制度申请适用《海牙公约》或其他国际协议，如被法院拒绝，则可考虑申请对拟开示的数据进行特定处理等措施。另外在美国存在一项特殊规定,即美国允许为了外国法庭诉讼之目的, 在美国境内通过获取联邦地区法院命令的方式取证。《美国法典》 第 18 编第 1782 条允许外国法律程序中的诉讼人(或潜在诉讼人) 向美国联邦法院申请命令,迫使另一方为该外国程序之使用提供 证据。 根据第 1782 条向地区法院申请调取证据的,申请人需要向地区法院证明以下 3 个要件:(1)申请人是某一外国程序的当事 人或“利益相关者”;(2)该程序是在一个“外国或国际法庭”进 行的;(3)被要求提供证据的人“居住在或被发现在”被提交申请 的法院所在的地区。 如果申请人满足这些法定要求,第 1782 条 “授权……联邦地区法院向外国或国际法庭或国外诉讼中的‘相关人员’提供司法协助"25。这种途径与通过《海牙取证公约》规定的方式取证相比具有建议和便捷

[25] Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc. , 542 U. S. 241 , 247 (2004).

性,无须通过国家机关之间的层层转递和审查,是实践中中国企业可以选取在美国进行取证的方式之一。此外,在我国《民事诉讼法》涉外程序进行虽然做了重大修改,新修订的《民事诉讼法》也扩大了域外调查取证的方式,为诉讼当事人提供更多便利,但是这些修订仍然无法满足和解决现实中的跨境举证和取证的困境。如果中国企业希望通过跨境取证的方式，延缓诉讼进程，从而配合采取其他行动的，中国企业也可以主动选择通过《海牙取证公约》或者嘱托书等所需时间长、效率较低的方式,实现诉讼目的。

（四）中国企业应充分协调与证据所在国和法院地国主管部门的关系以保护自身权益

现阶段，我国已逐步建构起了数据出境安全治理制度，主要表现为数据出境安全评估制度，同时还包括数据出境标准化合同、数据出境安全认证等数据出境安全治理制度，数据出境安全治理规则已经有了改善[26]。通过对标其他国家和地区的数据出境规则及既有经验，我国数据出境安全治理水平已有所提升，但仍不能满足数据的大规模出境和快速出境要求。我国司法部以及网信部门也应尽快出台域外民事诉讼证据提交审批的具体流程。在进入涉外诉讼程序后，若中国当事方认定向美国法院开示证据可能会违反中国的数据保护相关法规，其律师应主动向对方、并在必要时向法院主动披露相关的数据保护法规。在取证阶段开始后，若当事方在未披露数据保护法规的情况下拒绝开示证据，法院可能会对当事方的不披露行为进行制裁。同时，对涉外诉讼领域的数据跨境传输也应当对后续的权威司法解释或配套管理办法密切关注，将其视为一项重要的数据安全保护工作。正如美国最高法院在 Aerospatiale 案中所明确的审查标准，美国法院不会一概否认域外法规定的证据提交路径的适用效力，也不会因存在域外法就优先遵从域外法中关于证据提交的路径，而是会结合每一起案件的具体事实，结合评估要素进行全面衡量，进而决定选择域外法规定的证据提交路径，还是选择按美国联邦民事诉讼规则进行证据提交。考虑到美国法院的衡量评估要素中包括适用域外法审批流程提交证据是否迅速的要素，中国企业应在应诉时，尽早明确指出域外阻却法对原告所要求提交的证据形成了真实阻却，并清晰地指出受法律保护的个人信息或数据，指出未经审批提交可能损害的国家和个人利益。同时，按照党的二十届三中全会明确提出要建立高效便利安全的数据跨境流动机制的精神，我国司法部以及网信部门也应尽快出台域外民事诉讼证据提交审批的具体流程，明确、细化备案流程。简便的审批流程可以帮助中国企业争取在域外诉讼中说服法院适用《个人信息保护法》、《数据安全法》等法律规定的证据提交流程，在取得审批后及时向境外提交。

[26] 郭德香：《我国数据出境安全治理的多重困境与路径革新》，《法学评论》2024 年第 3 期

(全文完）

【TITLE】Divergent interests and solutions for cross-border data transmission in civil litigation

[ABSTRACT]In recent years, many cross-border litigation cases involving Chinese companies as defendants have frequently occurred in jurisdictions such as the United States. In these lawsuits, if the plaintiff or court requires the defendant to submit evidence stored within China, it often involves cross-border data transmission issues. In addition, with the successive promulgation of data related laws and regulations such as the Personal Information Protection Law, the Data Security Law, and the Law on Guarding State Secrets, China's supervision of data, especially cross-border data transmission, has significantly strengthened. How to achieve data compliance in cross-border civil litigation has become a major issue. Chinese companies face a dilemma in the issue of evidence disclosure in cross-border litigation in the United States, whether it is the defense to apply the Hague Convention on Evidence or the defense to invoke data privacy regulations, it is difficult to obtain support from US courts. In this case, based on empirical cases, this article puts forward its own opinions and suggestions on the difficulties faced by cross-border transmission in cross-border civil litigation and how to overcome them.

[KEY WORDS]Cross-border Litigation ,Evidence Disclosure, Data Transmission ,Data Compliance

作者联系方式：北京市外国语大学法学院（北京市海淀区西三环北路 2 号），13661376116,1047028382@qq.com

2025年中国国际法学会年会

中国军队开展海外救援行动所涉国际法问题研究

蔡高强　李曼　刘警文*

（湘潭大学法学院）

摘要：我军通过撤侨行动、护航行动及参与其他国际救援行动等形式参与海外救援行动，充分利用了我国武装力量所特有的资源和优势，最大限度地保护了我国的海外利益和人民生命财产安全，展示了大国责任担当和我军良好的精神风貌；在海外救援行动中也遇到了国家主权、国际合作、人权问题和人道主义及国际争端解决等国际法律问题；因此，我军在开展海外救援行动过程中应在国际法规则框架下积极通过外交斡旋及国际法律保障机制妥善解决，以确保我军开展海外救援合法性和正当性，切实维护中国公民的合法权益，坚决维护国家利益。

关键词：海外救援；军事行动；国际法

随着我国综合国力的日益提升特别是海外利益的不断增强与发展，我军开展的海外救援行动日益增加。我军开展海外救援行动是我国作为联合国安理会常任理事国履行自身国际义务和责任的必然要求，也是我国切实保护自身海外利益，维护公民在海外的人身财产安全的切实行动。我国军队开展的救援行动具有其他救援主体无法替代的固有优势，是救援过程中的重要力量。但我军的海外救援行动因其救援主体和救援地域的特殊性，必然会产生涉及国家主权、人权和人道主义、国际合作、国际争端解决等诸多方面亟待解决的国际法律问题。

一、我军开展海外救援的主要行动

自新中国成立以来，我军始终坚持全心全意为人民服务的宗旨，立足维护国家安全和利益，保护人民生命和财产的根本出发点，在各个历史时期充分利用自身优势，在我国海外利益和侨民人身安全受到危险与侵犯时，积极开展和参与海外救援行动。同时，建国以来，特别是改革开放以后和社会主义建设新时期以来，我国综合国力日益增强，我军积极承担大国责任，踊跃参与国际护航行动及其他国际救援行动，在一场场海外救援行动中，日益成为维护国家和人民海外利益，传播和践行人类命运共同体理念的重要力量。

（一）撤侨行动

* 蔡高强，男，二级教授，湘潭大学国际法学博士学位点负责人，博士研究生导师，主要从事国际法、国际经济法、国际空间法、国际人权法研究。

自新中国成立以来，从极其艰苦的建国初期，到我国综合国力和海外利益迅猛发展的社会主义建设新时期，我军都积极利用自身具备的资源和条件，充分尊重各国法律和国际法规，充分利用国际合作的各项体制机制，积极开展海外撤侨行动，最大限度保护了我国海外侨民的生命和财产安全，切实维护了国家利益。

1、基于战争影响实施的撤侨行动

二十世纪五十年代，印度尼西亚发生排华事件,导致当地的五十多万中国人失去住所，尽管当时我国刚成立不久，条件艰苦，但也迅速组织军队乘坐着向苏联等国家租用的船只前往印度尼西亚实施撤侨行动。[1]这也是自新中国成立以来的第一次撤侨行动。

改革开放之后，我国的侨务工作也逐渐走上正轨，海外侨民的安全也越来越能得到保障。1990 年，海湾战争爆发，我国外交部立即审时度势，为了确保中国公民的安全，迅速组织近 5000 名滞留在科威特的劳务人员撤离。[2]与此同时，我国外交部的西亚北非司也成立了危机小组，这是我国改革开放后成立的第一个撤离海外人员的专门机构。在海湾战争的撤侨行动中，我国侨民在撤离过程中无一伤亡。

进入二十一世纪以后,新形势下国际安全态势发生变化,随着我国综合实力的增长以及国际影响力的提高，在新的历史潮流下,我国撤侨次数渐长,实践经验也越来越丰富,中国撤侨机制日趋成熟。

从 1990 年到 2011 年，这 21 年间我们国家的整体实力不断发展，而这份发展的成果就照应在了 2011 年的利比亚撤侨行动上，此次行动从规模上来说,比以往的任何一次撤侨都要复杂而庞大,却十分成功,但这与前面几次撤侨获得的经验是不可分割的。本次行动值得一提的是,在这次撤侨行动中,我国派出“徐州”号护卫舰到利比亚执行保护任务,首次使用海军战舰。与此同时,空军也派出了四架飞机,这也是中国空军第一次参与执行撤侨任务。可以说，2011 年的利比亚撤侨创新了人民军队参与海外公民权益保护的军事机制。

2015 年,我国实施了著名的也门撤侨行动。当时,由于战乱,严重威胁各国的侨民的生命安全。危急之下,许多国家纷纷关闭了使馆。2015 年 3 月 29 日,我国海军护卫舰在当地的港口停靠,开始进行撤侨行动。[3]五百七十一名我国同胞全部安全撤离也门地区。相比之下,美国表示无法为侨民撤离提供援助,在当地的美国侨民只能通过搭乘外国的交通工具撤离。相反,我国在完成撤离本国公民任务并且尚有余力的基础之上,又十分慷慨地帮助他国撤离了数百人，这开创了我军撤侨行动的国际合作。

[1]https://m.163.com/，2023-12-18
[2]https://www.sohu.com/，2023-12-18
[3]https://m.163.com/，2023-12-18

2023 年 4 月 15 日，苏丹局势突变，内乱加剧，我国第一时间启动领事保护应急机制并于 2023 年 4 月 26 日派我军“南宁”舰、“微山湖”舰紧急赴苏丹港，执行撤侨任务。六天时间里，两艘军舰共完成两批次 1171 人紧急撤离苏丹任务，累计转运中国公民 940 人、外籍人员 231 人。[4]苏丹撤侨行动，是我国坚持以人民安全为宗旨的有力证明，是我国践行“外交为民”、加强海外安全保障能力建设的具体体现，也是我国统筹自身安全和共同安全的又一例证。

2、基于自然灾害影响实施的撤侨行动

2004 年 12 月 26 号，印尼苏门答腊岛附近海域发生 9.3 级强烈地震并引发海啸。我国派遣舰艇前往受灾地区执行撤侨行动，协助中国公民和其他国家的人员安全撤离。[5]2009 年,墨西哥成为甲型 H1N1 流感疫情重灾地区。我国政府派南航包机接回了滞留在当地的近百名中国公民。[6]2011 年 3 月,日本发生地震以及相继而来的核泄漏事件。在我国驻当地使领馆的努力下,撤离七千六百名我国公民到当地安全地区,九千五百多名公民回到中国。[7]2013 年，菲律宾遭遇超级台风“海燕”，我国派遣中国海军“和平方舟“号医院船奔赴菲律宾受灾地区，执行撤侨任务，确保中国公民安全撤离，并在菲律宾执行人道主义救援。[8]2016 年 11 月，以色列海法市发生特大火灾，面对火情，中国驻以色列大使馆第一时间出动，当晚即组织将重灾区的海法大学中国留学生全部安全撤出。[9]

这些撤侨行动体现了中国海军在面对自然灾害影响时的敏锐应对能力和保障公民安全的责任感。通过这些行动，中国海军展现了作为负责任大国的形象，积极参与国际事务，保护海外中国公民的安全和利益。近十几年来,中国所采取的撤侨行动无疑是成功的,充分展现了国家实力和强大的民族凝聚力。从需要借助他国交通工具才能撤离同胞,到主动帮助他国公民安全撤离,我国在数十次撤侨行动中积累了丰富的实践经验,为建立健全撤侨相关法律制度打下了实践方面的基础。

（二）护航行动

通常认为，我国的海上护航特指在亚丁湾索马里海域的护航行动。中国海军第一批索马里护航编队于 2008 年 12 月 26 日从海南三亚军港启航，并于 2009 年 1 月 6 日到达索马里亚丁湾海域，正式开始护航。这是我国首次使用军事力量赴海外维护国家战略利益，履行国际人道主义义务和保护重要运输线安全。目前，我国海军在亚丁湾索马里海域有序接替、常态化的护航行动仍在进行之中。

[4]https://m.163.com/，2023-1-21
[5]https://news.china.com/，2023-1-21
[6]https://www.sohu.com/，2023-12-18
[7]https://www.sohu.com/，2023-12-18
[8]https://www.xinhuanet.com/，2023-1-21
[9]https://m.163.com/，2023-12-18

2009 年 1 月 6 日，首批护航编队开始执行首次护航任务，为四艘中国商船伴随护航，并于 1 月 29 日，首次解救了被海盗船只围堵的希腊籍商船。[10]2009 年 9 月，海军第三批护航编队首次与俄罗斯海军执行联合护航任务，并共同组织联合反海盗演练，这是我军首次与外军联合护航。[11]2009 年 11 月 23 日，武汉舰、海口舰、深圳舰、黄山舰和微山湖舰被国际海事组织大会授予“航运和人类特别服务奖”。[12]2010 年 11 月 20 日，第七批护航编队特战队员登上被袭击的中国籍特种运输船“泰安口”轮并驱离海盗，全数船员安全获救。这是我军首次以武力营救被劫持商船。[13]2015 年 3 月 26 日，第十九批护航编队奉命前往也门，转战 3 国完成 897 名中外公民撤离任务，创造了我国首次军舰直接靠泊外国港口撤侨、首次执行外国公民撤离任务、首次在战场炮火威胁下撤侨的纪录。[14]2015 年 4 月 3 日，由济南舰、益阳舰和千岛湖舰组成的 152 舰艇编队完成护航任务后，赴埃及、瑞典、美国、古巴、澳大利亚等 13 国进行环球访问，此次任务历时 309 天，航经三大洋五大洲，靠泊 16 国 18 港，任务航程之远、途经海域之广、时间跨度之长、访问国家之多均创人民海军历史之最[15]。

中国海军不仅为中国船舶提供护航，也为航经亚丁湾的各国船舶提供公共安全保障。自 2008 年 12 月 26 日以来，海军护航编队已经成功为几千艘中外船舶实施了安全护航，并多次圆满完成与外军联合护航、联合演习，以及友好访问等任务，受到国际社会的广泛好评。中国海军编队赴索马里海域执行护航任务，以实际行动表明了一个负责任大国承担国际义务的积极态度以及维护国际与地区和平安全的使命担当。

但与此同时，我军开展护航行动也面临着诸多困境。一是我国护航行动开展较晚，我国尚未颁布针对涉外护航行动的法律法规，这会导致我国海军在执行涉外护航行动时所享有的权利和义务不明确，相关制度还有待完善；二是我国海军对国际法的重视程度不高，专门性的国际法人才较少；三是由于各国在主权问题上的高度敏感性，导致我国护航行动的国际合作不足，目前我国护航的国际合作局限于索马里海盗问题上。

（三）参与国际救援行动

国际救援行动是指当他国发生自然灾害、事故灾难和公共卫生事件及战乱时，根据联合国等国际组织的有关协议或当事国的请求，派出军事力量，对有关国家实施的人道主义救助行动。国际救援行动主要包括人员搜救、工程救援、医疗救助、食品和物资紧急支援以及其他形式的特殊救助等。

[10]wap.chinanews.com/，2023-12-18
[11]http://www.people.com.cn/，2023-12-18
[12]http://www.81.cn/view/，2023-12-18
[13]https://www.sina.com.cn/，2023-12-18
[14]http://www.news.cn/，2023-12-18
[15]http://www.people.com.cn/，2023-12-18

1、基于自然灾害影响开展的国际救援行动

2002 年 4 月 27 日，我国正式组建中国国际救援队，代表国家执行国际人道主义救援任务。自我国组建中国国际救援队以来，就一直在积极地参与国际灾害救助，也在国际灾害救助的实践中，发挥了自己的作用。2005 年 10 年 8 日，巴基斯坦发生里氏 7.6 级强烈地震，造成重大人员伤亡。中国政府先后派出两批共计由 90 名人员组成的国际救援队到地震重灾区巴拉考特实施救援。中国国际救援队还首次担任了国际救灾行动的协调员，为在巴拉考特地区成功开展国际救援发挥了重要作用。[16]2010 年 1 月 12 日，海地发生里氏 7.3 级地震，由 50 名人员组成的中国国际救援队于当地时间 14 日凌晨抵达海地开展救援行动。至 1 月 27 日行动结束，救援队共搜寻出遇难者遗体 20 多具，救治伤员 2500 余人，其中重伤员 500 余人。[17]2010 年 7 月和 8 月，巴基斯坦遭遇历史罕见的特大洪灾，造成重大人员伤亡和财产损失。中国先后派出两批总计由 116 名队员组成的国际救援队和 4 架直升机救援队深入灾区参与救灾和医疗防疫工作。[18]2011 年 2 月 22 日，新西兰南岛最大城市克赖斯特彻奇发生里氏 6.3 级地震。由 10 名队员组成的中国国际救援队 2 月 25 日抵达克赖斯特彻奇，参与地震重灾区的救援行动。[19]

2019 年 3 月 15 日，非洲莫桑比克共和国东部遭受强热带气旋“伊代”袭击，暴风、强降雨引发了严重的洪涝灾害、山体滑坡和库坝决堤，造成重大人员伤亡和财产损失。灾害发生后，经党中央、国务院批准，应急管理部迅速组织派出中国救援队于 2019 年 3 月 24 日赴莫桑比克开展国际救援。此次国际救援是新的应急管理体系建立后，我国第一次派出国际救援队伍。[20]2022 年 1 月 15 日，汤加火山大规模爆发，引发海啸、火山灰等灾害，是汤加历史上最严重的自然灾害。灾害发生后，我国应急管理部持续关注灾情发展，组织专家开展分析研判，为中国援助汤加紧急人道主义行动提供支持，调拨帐篷等救灾物资。[21]

2022 年 1 月中下旬，马达加斯加多地突发洪水，造成重大人员伤亡和房屋倒塌、道路中断、山体滑坡等。中国政府决定向马达加斯加提供紧急人道主义物资援助。迅速组织物资调运，向马达加斯加提供帐篷、棉被、毛毯等紧急人道主义物资援助。[22]

2、基于战争影响开展的国际救援行动

2021 年，阿富汗发生数十年未有之变局引发全球关注，该国深陷经济、气候变化、新冠疫情、人道主义等多重危机，中国对此高度关注，积极开展人道主义

[16]http://www.news.cn，2023-12-08 访问
[17]http://www.news.cn，2023-12-08 访问
[18]http://www.news.cn，2023-12-18 访问
[19]http://www.news.cn，2023-12-19 访问
[20]http://www.news.cn，2023-12-19 访问
[21]http://www.news.cn，2023-12-19 访问
[22]参见徐思萌：《中国国际救援彰显应急力量》，载《中国应急管理报》，2022 年 9 月 7 日。

援助行动，2021 年 12 月向阿富汗红新月会援助了价值 1000 万元人民币的生活、医疗等阿方急需物资。[23]自从 2022 年 2 月俄乌冲突爆发以来，中国已先后三次向乌克兰提供了人道主义物资援助。2022 年 3 月 9 日，中国红十字会向乌克兰红十字会援助的 1000 个赈济家庭包搭乘航班从北京启运。[24]中国红十字会向乌克兰红十字会援助的第二批人道主义物资于 3 月 12 日搭乘航班从北京启运。[25]中国红十字会向乌克兰红十字会援助的第三批人道主义物资于 3 月 14 日搭乘航班从北京启运。[26]在这之前，中国也一直对其他地区由于武装冲突或恐怖袭击等人为原因造成的灾害进行积极的救助。

20 多年来，救援队赴阿尔及利亚、伊朗、印度尼西亚、巴基斯坦、海地、新西兰、日本、尼泊尔等国实施了 10 次人道主义紧急救援任务。在历次国际救援中，救援队凭借精湛的技能和专业的素养，发扬国际人道主义精神，全力开展搜索营救，医治伤病员超过 4 万名，出色完成了救援任务，有力地配合了国家整体外交，树立了中国负责任大国的良好形象。[27]

二、我军开展海外救援所涉国际法问题

我军在域外开展救援行动其行动地点处于他国主权范围，海外救援中对他国的主权尊重问题，在救援过程与其他救援主体的合作问题，海外救援过程中发生纠纷的纠纷解决机制和管辖问题，以及海外救援过程中涉及的国际人道主义和人权保护问题都需要在国际公法的规则下妥善加以解决，在国际舞台上充分展现我军良好风貌。

（一）国家主权问题

国家主权是国家存在和发展的基础，是国家作为国际法主体所必备的条件，互相尊重国家主权是现代国际法确认的一条基本原则。

我军开展海外救援必然是发生在海外,这就涉及他国领土主权范围,因此,也必然会涉及到与他国主权,或内政,或信仰价值等等的矛盾,并可能涉及到军舰、军机以及其他武装力量的使用,关涉到双边或多边关系问题。例如，在海外撤侨行动中,某些情况可能会导致一国的撤侨行动与尊重他国主权的不干涉内政原则产生争议。假设一国在当地政府明确表示反对时强行实施撤侨行为,或者一国在实施撤侨行为时同时对他国主权范围内的事项予以干涉,在此类情况下便不得不考虑是否违反不干涉内政原则以及违反的程度如何了。

[23]https://www.redcross.org.cn/html/2022-03/84365.html，2023-12-20 访问。

[24]https://www.redcross.org.cn/html/2022-03/84365.html，2023-12-20 访问。

[25]https://www.redcross.org.cn/html/2022-03/84365.html，2023-12-20 访问。

[26]https://www.redcross.org.cn/html/2022-03/84365.html，2023-12-20 访问。

[27]参见肖凤城：《军队参加国际救援的性质、地位和便利》，载《军法纵横》，2018 年第 7 期。

不干涉内政原则所涉及的是采取撤侨行动的国家和侨民所在国家这两国的主权。当某一国家海外侨民的集体利益在所在国受到严重威胁时,就代表侨民国籍国的重要国家利益在他国受到了威胁,因此,按照属人管辖权原则,侨民国籍国有权保护本国公民,即使是远离本国身处海外的公民。不过,一国从他国领土范围内实施撤离行动,同样也会涉及到他国的属地管辖权,因此,一国的撤侨行动需要取得侨民所在国政府同意。此时会面临两种情况,要么侨民所在国政府同意甚至配合撤离,至少不反对或者妨碍行动;要么侨民所在国政府反对或者妨碍撤离。一般而言,属地管辖原则优于属人管辖原则,在前者基础上撤侨,往往不会产生太大争议。但属地管辖原则不是绝对的,当属地管辖原则违背国际法或违背人道主义或者不作为,用尽当地救济仍无法保障侨民地合法权益,那么此时就需要属人管辖原则即依靠国籍国采取措施救济侨民。[28]

国际救援在本质上应属于人道主义救援，但实践中却发生过受灾国拒绝外国军队或某些国家的军队前来救援的情形。受灾国政府拒绝外国军队参加救援的主要担忧是，军队参加的这种救援行动困难会导致侵犯国家主权的后果。现代国际法并不禁止一国军队依法进入、驻扎和活动于他国境内，对于军队是否有权不经受害国同意就进入该国进行救援，国际上存在着对立的观点。一种观点认为，当一国发生重大灾害时，他国军队有权直接进入该国实施人道救援，受灾国也有义务接受此类救援。法国外交部长库仕内在 2008 年 5 月 8 日就曾建议联合国应该以“保护平民的责任”为由，通过决议允许运送国际援助，即使没有缅甸军政府的同意。[29]虽然该提议并未获得国际社会的广泛认同，但仍被有些媒体、学者认为是国际社会行使“保护责任”的最佳例子。与上述相反的观点则认为，国际救援是国与国的交往，必须遵循国家主权原则。对于发生在一国境内或后果及于一国的灾难，是否准许外国军队入境实施人道救援完全是国家主权范围内的事项，国家并无允许外国救援队入境的义务。如《在救灾中使用外国军事和民防资源的奥斯陆准则》的核心原则之一，就是充分尊重国家主权。《东盟灾难处置和危机应对协定》也指出：“在实施本协议过程中，应依《联合国宪章》和《东南亚友好合作条约》尊重缔约方的主权、领土完整和国家统一。因而，每一受影响的缔约方为应对发生在其领土内的灾难，应承担起主要责任，外部援助或援助提议只能在受影响缔约方的请求或同意下提供。”[30]

（二）国际合作问题

在维护航运安全,开展军舰护航合作的领域有三种合作机制:全球合作机制、区域协作机制和双边协调机制。首先，以联合国为主导的全球合作机制是全球范

[28]参见白潇卓：《国家主权在国际自然灾害救援中的合理制约》，载《民主与法制》，2011 年第 10 期。
[29]参见阙占文：《论灾害救援的国际法问题——以国际救援队的法律地位为中心》，载《行政与法》，2009 年第 11 期。
[30]参见赵娟：《维护国家主权，保障国家海外利益——评<军队维护国家海外利益法律保障研究>》，载《海洋开发与管理》，2015 年第 9 期。

围内参与最广泛的合作机制。我国要高度重视联合国合作机制下相关的决议的形成。尤其是安理会的决议。例如，近三年，西非的几内亚湾海盗猖獗，其发展势头甚至压过了亚丁湾索马里海盗。联合国已就几内亚湾的海盗和海上武装抢劫行为作出了相关决议。我国可以考虑在该海域与几内亚湾周边的国家和区域组织进行护航打击海盗合作。其次，我国要积极、主动、灵活地利用区域合作机制。由于地理位置的相邻，区域内的国家在政治、经济、军事等方面都有着或大或小的共同利益。也因此，开展区域性的合作机制往往更容易得到区域内国家的认可和执行。以区域性的协作机制来开展军舰护航行动，能更有针对性的打击海盗、海上武器抢劫行为和海上恐怖主义，具有更显著的效果。最后，我国也要重视利用双边合作机制，深化双边护航反海盗合作。

加强与航道沿岸国的合作，构建维护世界航运安全共同体。海盗和海上恐怖主义属于海上非传统安全因素。以我国南海为例，该地区的海盗和海上恐怖主义严重的威胁着我国的航运安全。从地理位置上来说，我国与东盟各国互为近邻，在应对海盗、海上恐怖主义上具有广泛的共同利益，我国已东盟等国签订了打击东南亚海盗的区域协定——RCCAAP，这为我国与东南亚等国开展打击海盗、海上武装抢劫行为和海上恐怖主义奠定了重要的制度性基础因此，我国要加强与中国重要的国际航道上的沿岸国在护航打击海盗、海上恐怖主义问题上的地区和国际合作。并对此作出更多的努力。

为了与有关国家就国际救援问题达成一致，应加强国际上关于灾害国际救援双边、多边协议的研究掌握，并协调国家有关部门，制定类似的双边、多变协议的研究掌握，并协调国家有关部门，制定类似的双边、多边协定，就军队参加国际救援的步骤、救援人员与物资入境及开展行动等事项做出规定，为军队参加国际救援行动提供有效的法律安排。[31]

（三）军队豁免问题

国际法中关于国际救援部队的豁免问题主要规定在《奥斯陆准则》所附的《示范协定》和《联合国特权与豁免公约》中，可分为身份豁免和诉讼豁免两大部分。

在身份豁免方面，《示范协定》第 3 条和第 4 条规定：“在受制于本协定特别规定的前提下，当军事和民防人员按照人道事务协调厅的要求待命、被征召和派遣时，以及在协调机制区域内行动时，1946 年 2 月 13 日《联合国特权与豁免公约》适用于军事和民防资源行动。”或“受援国给予军事和民防资源行动，包括其财产、资金、资产、人员，以本协定所明确的特权与豁免，以及受援国与救援国均为缔约国的 1946 年 2 月 13 日《联合国特权与豁免公约》所规定的特权与豁免。”两个条款之间有一个“或”，即这二者之间是选择性的，不过不管选用哪一条，都意味着救援部队和人员享有《联合国特权与豁免公约》所规定的豁免权。

[31]参见宋云霞，王全达：《军队维护国家海外利益法律保障研究》，2014 年版，第 132 页。

但实际上，《联合国特权与豁免公约》规定外交代表和联合国代表在驻在国……享有刑事管辖的完全豁免和民事、行政管辖的基本豁免，《示范协定》在此处的主张属于提倡性的高要求，加之该协定属于软法，各国对救援部队的豁免可不必然适用《联合国特权与豁免公约》，转而另作专门规定。在国际实践中，这多体现为各国间互相签订双边或多边协议。

在诉讼豁免方面，《示范协定》中第七章“管辖权”对此作了四条规定，从不同角度为救援人员免受受援国法院诉讼活动的影响提供了保障。这四条规定反映了四点诉讼管辖豁免要求:一是受援国政府同意军事救援行动所有成员的言论及履行职务的所有行为免受受援国法律追究，且这种豁免具有永久性效力；二是如果受援国政府认为军事救援行动的成员实施了刑事犯罪行为，应当立即通知其行动负责人，并提交所有已经获得的证据；三是救援国将对军事救援行动成员所犯罪行行使管辖权；四是救援人员在受援国法院被提起民事诉讼时能够得到尽可能的保护。显然，被救援国让渡出自身部分司法主权，向救援国倾斜，这在客观上有利于鼓励救援国派武装部队参加救援行动。

（四）人权与人道主义问题

就人道的当今意义而言,它在国际法中是保护人的基石,是国际人道主义法和人权法之间的联接点，也是建立灾害发生时保护人的机制的一种必要的动力。诚如联合国国际法委员会“关于发生灾害时的人员保护”问题特别报告员在研究了国际法庭的一系列判决意见后得出的结论后所说的：人道主义也适用于发生灾害时的人员保护。目前，国际社会普遍认为军队参加国际救援的基本性质为和平时期的人道主义援助行动。2008 年联合国秘书长报告《加强联合国紧急人道主义救助的协调》中提到“利用外国军事资源是各次重大国际救灾行动的共同特点”，“人道主义救援现在是，而且应当继续是，主要属于非军事行动，但外国军事资源可以在救灾行动中发挥宝贵作用”。近年来，我军积极参加国际灾难救援和人道主义援助，派遣专业救援力量赴受灾国救援减灾，提供救援物资和医疗救助，加强救援减灾国际交流，彰显了大国军队的责任担当。我军在组织或参加马航 MH370 失联航班搜救、菲律宾“海燕”台风救援、西非抗击埃博拉疫情、马尔代夫水荒救援、尼泊尔抗震救灾、老挝水灾溃坝救援等多项行动，受到当事国和国际社会的普遍赞誉。

而在国际救灾援助背景下,如果要确定受灾国在救灾中的作用和责任,就必然涉及到维护受灾国的国家主权问题,涉及到未经受灾国同意而进行单边援助是否有违不干涉内政原则。应该肯定的是，救灾国际援助需要受灾国同意是国家主权和不干涉原则的必然要求，联合国大会第 46/182 号决议所附指导原则和《民防援助框架公约》规定也指明了这一观点，从而引出了不干涉原则。但在罔顾灾民人身及财产的重大损失,无视本国救灾能力,以维护主权和不干涉原则为借口任意

拒绝国际援助的行为下，主权应当向人道主义原则让步，即受灾国有接受国际援助的义务。[32]而在我军执行海外人道主义救援行动中,当多国救援力量同时集中在一个国家内展开救援时，需要与受灾国及其他救援力量等方面进行关系协调，尽量避免引发人权与人道主义问题，这主要包括与受灾国方面的协调和与其他救援力量之间的合作问题：其一，应当在尊重受灾国的主权和法律法规、遵守相关国际法的基础上,加强与受灾国政府、军队、警察等有关部门,以及国际和地区的非政府组织等机构的全面合作，为增强我军开展救援工作的主动性,有效避免遂行任务中的忙乱与无序现象,为顺利完成救援任务打下坚实的基础；其二，要确保部队以合作为主旨,正确处理与其他救援力量之间的关系，应当做到及时主动为其他救援力量提供信息和物资等方面的支持帮助、正确处置与其他国家救援力量的矛盾冲突，加强与联合国及其所属人道主义救援机构的协调、沟通与合作,力求形成合力,共同争取救援行动取得最佳效益,切实通过海外人道主义救援行动,在世界上展现我军正义之师、威武之师、文明之师的良好形象。[33]

三、我军开展海外救援所产生纠纷解决的法律机制

“世界是一家，人多力量大”，这是传统的合作理念，不可否认，多国联合参与国际救援集合了多个主体的救援力量，无论是资源优势还是技术优势等都可以最大限度得到发挥，以最大的力量和最有效的方式面对灾情，解除困境。虽然目前各国在国际救援中已经达成了合作互信的共识，并朝着建立国际救援合作的框架性合作机制的方向发展着，但是国际性灾难通常涉及到一国或多国的政治、经济、军事、法律等方面的敏感问题，加剧了国际救援合作的难度。我军海外救援工作结束后，仍有可能产生相关法律问题，特别是在执行海难救助、单边或多边搜救责任区救援任务中，容易产生棘手的法律后果，针对于此，本文提出了外交斡旋和法律机制保障两个解决措施。具体而言：

（一）救援所产生的法律后果

1、海军执行海难救助任务中的若干法律问题

在 2014 年马航 MH370 事件发生后，国家之间的海难救助合作问题就引发了国际社会的广泛关注和思考，这就需要从国际法层面来研究海难救助的相关法律问题，以求为这种国际合作获取更多的支撑和依据。其中，海军执行海难救助的职能冲突、调动指挥权、武力的使用与限制和权利保障与责任承担四个较为突出。

（1）海军执行海难救助职能的法定化与职能冲突定位

海军作为国家军队，其职能是否存在明确定义、定义的职能范围是否包含救助，是否可以作为抢险救灾中的常设或专门力量。海军要参加海难救助行动，就

[32]参见姜世波：《国际救灾法中的人道主义与主权原则之冲突及协调》，载《科学·经济·社会》，2013 年第 3 期。

[33]参见荆博,王道伟：《海外人道主义救援行动中政治工作初探》，载《政工学刊》2014 年第 9 期。

必须明确海军部队这一法定职能。《国家突发公共事件总体应急预案》规定□中国人民解放军和中国人民武装警察部队是处置突发公共事件的骨干和突击力量，按照有关规定参加应急处置工作。《国家海上搜救应急预案》也规定□海上应急救助力量包括各级政府部门投资建设的专业救助力量和军队、武警救助力量。除此之外，我国加入或缔结的有关海上搜救的国际公约，如《1979 国际海上搜寻救助公约》《中美海上搜救协定》等□也赋予了海军参加海难救助等非战争军事行动的国际义务。

从上述规定可以看出国家通过法律法规的形式赋予了海军参加海难救助等非战争军事行动的法定职能。这就为海军在第一时间参与海难救助行动□最大限度地挽救人民群众的生命财产奠定了法律基础。

而海军执行海难救助与传统职能的冲突定位，核心在于对职能的法律定位以及对救助队伍的能力要求。军队是抢险救灾的突击力量而非专业力量。无论是作战还是抢险救灾等非战争军事行动，都需要具备专业知识并进行专业化的训练，因此一支担负多种职能的军队对其训练水平就提出了更高的要求，如果达不到完成多样化军事能力的要求，就难以应付多种安全威胁。而从宪法、国防法以及其他法律法规赋予军队的职能看，军队的主要职能仍然是巩固国防、抵抗侵略、担负防卫作战任务。那就不可避免地会出现职能的冲突问题，这主要体现在两个方面:一是训练任务的冲突。海难救助等非战争军事行动也需要专业化的训练，这势必影响正常的作战训练，两者如何协调分配将会产生冲突。二是执行任务的冲突。一支担负重要作战任务的部队又同时会面临出现紧急自然灾害的情况，尤其是海军部队在海上安全形势日益复杂的情况下需要应对多种海上安全威胁，各种任务具有突发性的特点，不可避免地会出现职能任务冲突的情形。[34]

（2）海军参加海难救助行动中的调动指挥权

海军参加海难救助行动涉及兵力调动，如果任何行动的兵力调动都由最高统帅机关决定则程序过于繁琐，应对灾难反应速度也会大大减慢。灾害事发突然军队的反应速度直接决定着救援效果，如何保证在不滥用军队调动权的前提下迅速调动海军部队参加海难救助行动，就必须有明确的法律规定。如果没有明确的法律规定和合理的协调机制并制订出切实可行的方案预案，对于海军发挥海难救助突击力量的作用积极救援是极为不利的。

这里主要涉及突发情况下海军参与救助的及时调动，包含救援的高效性，需要完善可操作的海军救助法律规范体系，包含指挥、职权分工、配合协调等问题。同时还包括，在国际合作背景下的多国军队联合救援中的指挥权分配，基于军队的特殊性质，是否建立统一的指挥中心以及指挥中心的指挥权边界、权力制约问题。

[34]参见王崇：《海上搜救的国际法问题研究》，大连海事大学，2018 年。

（3）海军参加海难救助行动中武力的使用与限制

海军执行海难救助任务是以救助为中心，武力使用必须受到严格的限制，以保证其达到必要效果而又不被滥用，这里主要是使用武力的允许界限以及程序正义。海军进行海难救助的最终目标是解除受难人员的危险，而不是消灭海上犯罪行为。因此，以救助为目的的武力使用不应超越必要的限度。参照联合国维和行动使用武力的标准，海军执行海难救助任务时使用武力的限度应该是:仅限于保护自身和救助对象最基本的安全、保证救助行动能够顺利进行所采取最低限度的武力措施。[35]

（4）海军参加海难救助行动中的权利保障与责任承担

首先是关于物资与经费获取。海军执行海难救助任务的物资和经费应由国家和地方政府提供保障。但是在实践中物资与经费的获取缺乏具体的制度约束并且涉及军地诸多部门的协调救援的消耗不能及时得到补充、救助经费也难以及时到位。这势必影响到救助行动的顺利实施，因此必须通过立法明确各地各部门的职责，统一和完善海难救助的保障制度，免除海军执行海难救助任务的后顾之忧。

其次是关于救助酬劳。实施了有效救助即取得报酬请求权，这是一项通行的国际惯例。海军在其职责范围之外，出于人道目的所实施的或应请求进行的救助行动，如果有效则有获取报酬的权利。鉴于海军进行海难救助的巨大风险，赋予其在救助成功后请求救助报酬的特殊权利以补偿其损耗，对于鼓励海军进行海难救助、促进海上安全具有重要意义。

最后是造成不当损害后赔偿责任的承担问题。海难救助行动强度高、危险性大，海军进行海难救助时，可能因为设备故障、操作失误和环境影响等原因，对救助对象或第三方造成损害或是对海洋环境和资源造成污染和破坏，可能因此承担相关的经济赔偿、补偿责任。虽然军舰享有豁免权，但是为保证海军执行海难救助任务的积极性和效率，应建立和完善救助风险保障机制及时处置救助所产生的经济赔偿责任，免除海军执行海难救助任务的后顾之忧。

2、单边搜救责任区所引发的国际法问题

（1）强化相关海域范围内国家海洋权益的争端

以单边的形式划定海上搜救责任区可能会将划定的范围延伸到与他国存在争议海域的范围内，进而引发争端。

一方面，在争议海域的范围内划定搜救责任区可能会存在相应的划界争议；

另一方面，尽管国家间可能通过双边或多边的协定在一国管辖海域范围内实施搜救活动，但在没有特殊协定的情形下，非沿海国实施的搜救活动仍然可能会受到如探测设备使用等限制，以避免对沿海国管辖海域的安全构成威胁。

[35]参见于恩志：《海军执行海南救助任务中若干法律问题探讨》，载《海洋开发与管理》，2017 年第 3 期。

这种争端主要体现为搜救船舶通行所引起的争端和争议海域内国家搜救信息交换所引起的争端。

（2）阻碍相关海域范围内国家搜救合作的建立

如果国家间以单边的形式划定海上搜救责任区，在涉及争议海域内敏感因素的情况下，可能会阻碍相关海域范围内国家搜救合作的建立。这种阻碍来自于海上搜救责任区本身与国家自身管辖海域之间的关联，以及在争议海域范围内的重叠性及依附性。

在争议海域和国家管辖海域内，因海上搜救责任区和争议海域发生重叠，可能会为搜救合作带来困难。这种困难主要表现为:减少国家间海上搜救合作实践的推行、延缓国家间海上搜救合作协议的订立。

3、多边搜救责任区所引发的国际法问题

（1）搜救责任区和专属经济区内权利的矛盾

多边海上搜救责任区的形成来自于不同国家之间的意思表示，但如果所形成的海上搜救责任区重叠于某个国家的专属经济区范围之内，那么就会在两者之间产生一定的矛盾。

（2）搜救责任区内多国救助服务协定较为模糊

海上搜救活动不仅包括搜寻遇险人员使其脱离相应的生命危险，还包括了具体的服务事项，如后续医疗服务、善后措施以及遣返要求等。但在大多数国家间多边协议的构建过程中对于如何搜寻定位并使遇险人员脱离险境等内容约定的较为详细，而对相关的救助服务约定的就比较浅显或模糊。

问题原因主要在于以下几个方面：一是海上搜救责任区划分缺乏应有的独立性。国际法学界对于海上搜救责任区的研究较为薄弱，没有厘清海上搜救责任区与国家管辖海域之间的关联，这一现状不仅使得搜救责任区紧密依附于争议海域内以及国家管辖海域内的地缘政治因素，从而强化了相关海域范围内国家海洋权益的争端。二是海上搜救责任区缺乏应有的规范性。海上搜救责任区等概念本身就存在较大的争议，无论是国内立法还是国际公约都没有形成统一的认识。三是对国家主权权利的维护强于对遇险人员生命权的顾及。导致这一现状的原因主要在于海上遇险事件的偶发性和遇险人员生存时间的较为短暂性。

（二）救援军事行动争端的解决机制

目前，针对我军开展海外救援行动所涉的国际法律问题行之有效的解决机制主要包括外交手段斡旋和现有国际法律机制的适用，在实际纠纷中应当具体问题具体分析，择优制定解决方案。

1、外交手段斡旋

外交本质上是一种政治活动，其主要目的是在不诉诸武力、宣传机器或者法律的情况下，确保国家对外政策目标的实现。[36]学界用“救灾外交”指代由灾害导致的外交合作，只有当灾害超出一国救灾能力或灾害的影响超越一国国界，且一国有其政治意愿时，救灾外交才会产生。救灾外交的核心目标是展开救灾合作、实施人道主义救援，以期实现减灾防灾，也包括实现其他外交目标，如重塑国家形象、改善国家间关系、甚至实现经济军事其他目标。救灾外交围绕“人道主义救援”这个中心，以“救灾合作”为重点，力争取得“更广泛的外交合作”。[37]目前，外交斡旋手段是我国面对国际性争端纠纷时多数采用的有效解决机制，结合我国救灾外交的参与机制来看，面对我军开展海外救援行动引发的争端，可行的外交斡旋机制主要包括以下几种：

第一，在联合国救灾合作机制下开展救灾外交斡旋。联合国为各国政府参与国际减灾合作提供了一个良好的平台，在协调人道主义救灾援助、转让减灾技术、促进国际交流、促进减灾框架与气候框架挂钩等领域开展减灾合作。中国作为联合国常任理事国，也是一个负责任的大国，应推动由联合国主导的国际减灾合作，用于解决因此产生的国际性纠纷争端。具体而言，联合国减灾救灾合作机制由联合国国际减灾战略系统和人道主义事务协调厅制定协调具体的减灾救灾行动计划，并报副秘书长兼紧急救济协调员批准，与众多联合国机构协同工作。其中，备灾和恢复阶段的国际合作由国际减灾战略系统主导，应灾阶段的国际合作由人道主义事务协调厅主导。[38]中国既是国际人道主义援助及国际救灾合作的受益者，也是其贡献者，我军在通过联合国向受灾国提供人道主义援助，开展国际救灾合作时，更应当积极运用联合国平台，解决相应纠纷与争端。

第二，在亚洲救灾合作机制下开展救灾外交斡旋。亚洲救灾合作机制主要由中日两国推动，两国在地区事务中扮演着重要角色，在救灾合作中主要建构了“亚洲减灾中心”和“亚洲减灾大会”、“亚洲备灾中心”三个机制，前者由日本倡议成立，旨在提升成员国应对灾害的能力、建设安全的社区、促进社区可持续发展，主要开展减灾信息共享、人力资源培训、社区能力建设以及相关国际会议和交流工作;后两者由中国首倡，是亚洲各国和利益攸关方开展机制化减灾交流与合作的工作平台，旨在通过东亚及其次区域救灾合作对话，分享灾害风险管理中的经验和教训，凝聚东亚各国救灾合作共识，从而推进救灾合作的开展。[39]在针对我军在我国责任搜救区及国土周边海外救援行动中引发的争端问题中，应当重视救灾外交在亚洲区域性外交平台上的适用。

[36]参见杰夫·贝里奇著，庞中英译：《外交理论与实践》，北京大学出版社，2005 年版，第 1 页。
[37]参见何章银：《中国救灾外交研究》，华中师范大学，2014 年。
[38]参见洪凯、侯丹丹：《中国参与联合国国际减灾合作问题研究》，载《东北亚论坛》，2011 年第 3 期。
[39]参见虞少华：《中日韩救灾减灾合作研究》，社会科学文献出版社，2012 年版，第 47-49 页。

第三，在次区域合作机制下开展救灾外交斡旋。中国主要参与建设的区域合作机制主要包括东盟主导机制与上合主导机制。具体而言，前者指的是东亚救灾合作机制，包括东盟地区论坛救灾合作机制、东盟与中日韩救灾合作机制、东亚峰会救灾合作机制，系东盟借助自己在东亚事务上的主导权，在东亚地区救灾合作机制的建构中主导的救灾合作机制。[40]中国已在该机制下已多次推动如“东盟地区论坛武装部队国际救灾法律规程建设研讨会”、“东盟与中日韩武装部队国际救灾研讨会”等救灾外交平台的搭建，国际救灾合作的法律保障、协调机制构建和标准操作程序等问题进行探讨；后者系上海合作组织成员国政府间的救灾合作机制，该机制主要包括“上合组织成员国紧急救灾部门领导人会议”、“上海合作组织成员国边境地区领导人会议”，形成了诸如《上海合作组织成员国政府间紧急救灾互助协定》、《<上合组织成员国政府间救灾互助协定>实施行动计划》等文件，并签署了会议纪要。中国在上合组织框架下推动成员国国际救灾合作方面扮演着积极的推动者和领导者角色。可见，在现有次区域合作机制下开展救灾外交斡旋具备相应可行性。

第四，在双边机制下开展救灾外交斡旋。此处的双边机制主要包括中国与受灾国和中国与其他非受灾国之间的双边外交机制，针对受灾国而言，中国与受灾国展开救灾外交的主要形式有：国家领导人致电慰问、提供救援物资、派遣救援队和医疗队参与救灾和派遣军队参与救灾；针对其他非受灾国而言，主要包括国家元首外交、海上联合搜救演习，即将救灾外交与军事外交相结合，在“救灾合作”的主题下进行军事交流与合作。虽然我们一致倡导多边主义外交，但在某些特定时机下，采用双边机制外交斡旋也有可能更有利于争端和纠纷的解决。

2、充分发挥法律机制的保障作用

当今世界灾害应对已经成为一个全球性问题，因灾害而流离失所者日众，人道主义所带来的国际灾害救援也以前所未有的规模和速度发展，由此所带来的问题也日益突出，重大灾害的国际救援协作催生了国际救灾法律体系。作为国际救援协作的方式之一，军队海外救援行动也受到救灾法的调控。如今，军队执行海外救援行动所能依据的国内法已初具规模，但国际法层面上还没有形成一个专门调整国际救灾的法律部门或者公约体系。目前，国际法领域对灾难援助规制的法律散见于各类全球性条约、区域条约、双边协议以及其它一些不具有法律约束力的“软法”、指导规则、模式等[41]。主要包括以下几个部分：

① 国际公约机制

目前涉及国际救灾的公约主要涉及国际人权法、国际人道主义法、海关法、电信法、环境和工业事故法、武器控制法、运输法、特权和豁免法、卫生法、难

[40]参见王勇辉、孙赔君：《东盟地区论坛框架内的救灾合作机制研究》，载《社会主义研究》2012 年第 12 期。

[41] 参见梁奕杰：《国际灾难救援中受灾国主权的国际法维护》，华东政法大学，2010 年。

民法、民防和军事法等领域，此处仅对具有较大影响力和代表性的国际公约进行介绍。其一是民防和军事法领域，国际上不少国家在立法层面上都将军队和民防部门在不同程度上进行了整合，《灾难救济中军事和民防资产运用准则》（简称《奥斯陆准则》）在此方面为各国做了很好的指引，其鼓励各国在国际救灾行动中，在没有其他选择时，运用军事和民防资产作为最后手段，并要求军事组织只能提供间接援助，而不能与受灾人民有直接合作等。其二是海关法，主要包括《海关合作理事会关于促进加快救灾物资交货的建议》、《简化和协调海关手续公约》[42]和《货物暂准进口公约》，这些公约呼吁各国采取措施为救灾物资提供便利，要求对临时入境的救灾物资实施关税豁免并简化通关文件，旨在加速清关过程，减免通关义务。其三是环境和工业事故法领域，主要涉及《核事故或辐射紧急情况援助公约》，其奠定了核事故或核福射发生时国际救援行动启动、协调和操作的基本规则，涉及了设备和人员的运输、特权与豁免权及成本问题。上述国际公约是保障我军开展海外救援行动最有力的保障，也是相关各国军队执行海外救援任务时必须遵守的行动准则。

②双边条约机制

绝大多数现有的国际救灾法律文书都是国家间、国家和国际人道主义机构间的双边协议。然而，这些条约在关注的重点和作用方面是有限的。一般来说，双边条约涉及救援启动问题、人员和物资入境问题、应急小组的指挥和控制问题、成本分配问题（通常针对接受国、保证责任问题（通常针对救援国），而与人道主义组织（多数是国际组织，如联合国）之间的双边条约则侧重设定人道主义组织在一国境内采取长期行动的界限和适当的法律特权。[43]通过签订双边条约所形成的双边救援协调机制往往是两个国家之间具体协调的结果，如中国和俄罗斯于2006 年 3 月签署了《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于预防和消除紧急情况合作协定》，该协定约定了中俄双方在灾害发生时相互援助的形式，实施紧急救援的途径、保障手段、权利、义务以及救灾信息沟通、技术和人员培训交流与合作等内容。目前，民政部代表中国政府在灾害管理领域与俄罗斯联邦以及上海合作组织成员国间起草签署国家级应对突发灾害的双边和多边救灾互助协定，与其他国家的双边合作也出现了良好的势头。[44]现阶段，我国仍需要主动探索，利用好周边国家、“一带一路”沿线国家及其他地区的关系网络，借助沟通手段促进双边或多边军队救灾合作协议的签订，进一步明确军队参与救灾的法律程

[42] 中国于 1988 年 5 月 29 日交存加入书，同年 8 月 29 日正式生效。同时接受公约 E.3 和 E.5 附约，对 E3 附约中第 2、3、20 条标准条款及第 11、13、15 条建议条款和 E5 附约第 11、35、36、37 条建议条款提出保留。对于 1999 年《关于简化和协调海关制度的国际公约修正案议定书》，中国于 2000 年 6 月 15 日委托中国驻比利时大使签署。

[43] 参见侯娟：《国际灾难法律救济机制研究》，山东大学，2013 年。

[44] 参见曹彩雲：《重大自然灾害后我国参与国际救援协调机制问题研究》，载《四川行政学院学报》，2013 年第 3 期。

序、人员保障、军队规模、职能范围、装备清单等，保证中国军队参与国际救援的合法性和合理性，避免不必要的国际纠纷。[45]

③其他软法机制

除了上述的条约外，还有一部分重要的与之相关的“软法”文件，如国际机构的决议或声明、指导原则、专家或人道主义机构本身所研发的模型和代码。其中的一些“软法”已经构成了国际救灾法律体系的基础，发挥着重要作用。例如联合国大会通过的第 46/182 号决议和 57/150 号决议，不仅规定了联合国人道主义救援的一般特性和人道事务协调办公厅的作用，还号召各国在国际城市搜索和救援援助时提供入境和行动便利，并遵守国际搜索与救援专家咨询组制定的质量标准。除此之外，还包括由人道主义组织制定的《国际红十字与红新月运动和非政府组织救灾行为准则》与 Sphere 计划。[46]《人道主义宪章和赈灾最低标准》，旨在为灾区提供达到最低标准的救助服务。这些“软法”文件有效填补了部分现有国际法规约关于各国军队海外救援行动规范的空白地带，其本身虽不具备强制执行力，但也明析了相关的权利义务关系，可以作为现存强行法的补充适用为我军提供法律机制上的保障。

（2）国内法机制

军队的国际救灾行动不仅需要国际法的支持，还需要国内法的保障。我国军队救灾法律建设的法律规范性文件效力层级主要包括法律、行政法规、部门规章以及军事法律法规，其立法逻辑是以宪法为统领，延伸出有关应对突发事件、自然灾害等综合法规及专项法规，具体而言：

① 综合性法律机制

为了军队能有序、迅速地实施紧急救助，我国已制定多项综合性法规对军队应对突发事件的行动进行规范，并推动相关机制的建立健全。2005 年国务院办公厅印发由民政部牵头编制的《国家自然灾害救助应急预案》，其中系统规定了救灾行动的启动条件、体系职责、应急准备、预警预报与信息管理、救助与重建等内容。该预案还主张向国际社会发出救灾援助呼吁以及开展灾民紧急救助联合行动。2006 年，国务院发布并实施了《国家突发公共事件总体应急预案》，确定了四个类别公共突发事件：自然灾害、事故、公共卫生事件和社会治安事件，规定了应对突发事件的组织体系、运行机制、应急保障和监督管理。其在强调全面调动社会资源的同时，特别指出了武装力量资源的重要性。[47]2007 年，《中华人

[45] 参见付琳琳：《全球灾害中的军事因素与中国军队的国际救灾实践分析》，北京外国语大学,2021 年。

[46] Sphere 计划是由人道主义回应监督委员会等非政府组织于 1997 年启动的一个计划。该计划建立在两个核心理念上：第一，应采取一切可能的步骤缓解人类在灾难和冲突中所遭受的痛；第二，那些遭受灾难的人有权获得有尊严的生活，也有权获得救助。

[47] 详见《国家突发公共事件总体应急预案》第 4 条第 1 款：“……中国人民解放军和中国人民武装警察部队是处置突发公共事件的骨干和突击力量，按照有关规定参加应急处置工作。”

民共和国突发事件应对法》正式出台，从多方面对突发事件的应对进行了规范。2008 年，《中华人民共和国防震减灾法》修订案出台，第九条明确指出该法适用于解放军、武装部队和民兵组织执行抗震救灾任务。[48]十八大以来，我国对该领域的法律进行了多次调整与修订，着力解决军队在救援行动中协调、联动等方面的问题，不断适应变化的救灾工作，这为我军执行海外救援行动提供了法律标准和有力保障。

② 专门性法律机制

我国针对军队处置突发事件制定了专门性的法律法规，主要以军事法规的形式出台，有效推动军队救灾行动职责的具体化。2005 年，国务院、中央军委出台的《军队参加抢险救灾条例》中指出，“军队是抢险救灾的突击力量，执行国家赋予的抢险救灾任务是军队的重要使命”。[49]该条例第一次以法规形式将抢险救灾纳入军队的军事行动范畴中，同时全面系统地规定了军队参加抢险救灾的原则、任务、指挥和保障、权利和义务等，为我军开展救援行动标出指南。2006 年，中央军委发布的《军队处置突发事件总体应急预案》中明确形成了包括事前、事发、事中、事后等各个环节的一整套工作运行机制，确保军队处置突发事件及时、高效。针对国际性救灾任务而言，2009 年，中央军委下发《军队非战争军事行动能力建设规划》，要求我军担负国际救援等 6 类非战争军事行动任务，并明确了在能力建设方面的原则、目标、力量规模等内容。2010 年，中央军委发布《军队处置突发事件应急指挥规定》，将视角转向组织指挥、力量使用、综合保障等问题，为我军处置各类突发事件提供法律保障。这些专项法规的颁布在一定程度上弥补了这方面的法律空白，将军队救援行动流程化、专业化，同时也有效提升了军队处置突发事件的能力、速度和效果。

海外人道主义救援行动是保障人类经济社会健康发展、世界各国繁荣共赢的重要手段，也是国家开展外交、维护和促进与世界各国友好关系的重要途径。面对人类经济社会健康发展和世界各国共存共荣的要求，中国必须敢于承担起新型大国的责任与义务,积极向世界展示中国军人的良好形象,体现文明大国的包容心态与文化底蕴,将我国和平发展的外交理念传递给邻国友邦,扩大国际影响力。

[48] 详见《中华人民共和国防震减灾法》（2008 年修订案）第 9 条：“中国人民解放军、中国人民武装警察部队和民兵组织，依照本法以及其他有关法律、行政法规、军事法规的规定和国务院、中央军事委员会的命令，执行抗震救灾任务，保护人民生命和财产安全。”

[49] 详见《军队参加抢险救灾条例》第 2 条第 1 款。

“《印度河水条约》仲裁案”的困局评析

郑凡*

摘要：2016 年 8 月，巴基斯坦就印度的吉申根加水电站与拉特尔水电站的设计问题启动《印度河水条约》下的仲裁程序，“《印度河水条约》仲裁案”由此形成。该案中的争端表现为水电站设计是否符合《印度河水条约》中的技术性规定，其背后则是印巴两国在条约解释方法上的严重分歧，以及两国在印度河流域开展“水电竞赛”的事态。由于印度反对仲裁并就争端启动《印度河水条约》下的中立专家程序，条约下的第三方争端解决机制因双方在程序选择上冲突而在世界银行平台上陷入近 6 年的停滞。在仲裁庭于 2022 年 10 月正式组建并于 2023 年 7 月对自身权限作出肯定性裁判后，该案仍面临着印度坚持反对仲裁，中立专家与仲裁庭形成“平行程序”局面进而可能产生不一致结论等重重阻碍。《印度河水条约》仲裁案至当前阶段的发展所产生的影响在于将《印度河水条约》下的争端解决机制与实体规则的内在缺陷逐一暴露出来，危及其有效性。

关键词：国际河流争端　吉申根加水电站仲裁案　第三方争端解决机制

自巴基斯坦与印度在 2016 年 8 月与 10 月分别要求启动仲裁与中立专家程序，至世界银行于 2022 年 10 月 17 日完成任命中立专家与仲裁庭主席的程序，《印度河水条约》下的争端解决机制陷入了长达近 6 年的停滞。[1]在此期间，世界银行的调解未获成功，印巴水争端因印方并未暂停吉申根加水电站与拉特尔水电站的建设以及克什米尔地区的局势变化而持续升级。“《印度河水条约》仲裁案”要有效解决吉申根加水电站与拉特尔水电站争端面临着诸多阻碍。

一、《印度河水条约》下争端解决机制在世界银行平台上的长时间停滞致使争端升级

依据《印度河水条约》附件 G 第 9 段与附件 F 第 4 段，当印巴双方无法协商一致时，世界银行承担选任仲裁庭庭长与中立专家的程序性职能。面对印巴双方在程序选择上的冲突，世界银行在 2016 年 12 月之前，一度倾向于“同时履行其在仲裁庭与中立专家上的程序性义务”。对此，世界银行解释称：“该条约未赋权世界银行选择一种程序应当优先于另一种，而是将管辖范围的决定权交给了这两种机制本身。”[2]2016 年 12 月 12 日，世界银行行长改变了立场，宣布“世界银

* 四川大学国际关系学院副研究员，15308041556

[1] See The World Bank, *World Bank Makes Appointments Under the Indus Waters Treaty*, https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2022/10/17/world-bank-makes-appointments-under-indus-waters-treaty, visited 18 March 2025.

[2] See The World Bank, *Fact Sheet: The Indus Waters Treaty 1960 and the Role of the World Bank*, https://www.worldbank.org/en/region/sar/brief/fact-sheet-the-indus-waters-treaty-1960-and-the-world-bank, visited 18 March 2025.

行将同时暂停在双方所请求的两种程序上采取进一步行动”，以求避免得出彼此矛盾的裁决与判断，从而保护《印度河水条约》。[3]世界银行随后于 2017 年 12 月与 2018 年 5 月组织双方会谈磋商，但均无果而终。在印度方面，印度媒体称世界银行的“暂停”立场是对吉申根加水电站与拉特尔水电站的“批准”。[4]印度当局则置巴基斯坦的反对于不顾，继续吉申根加水电站与拉特尔水电站的建设活动。《印度河水条约》下第三方争端解决机制在世界银行平台上的“停滞”不仅反映了争端的严重性，甚至还致使争端升级。

首先，世界银行调解行动的失败，证明其在印巴水争端中的影响力不再。虽然《印度河水条约》未对世界银行履行任命中立专家或仲裁庭庭长的时限作明确规定，但长达近 6 年的时间显然超出了正常范围。在此期间，世界银行组织了多次磋商以寻求双方“达成一致”。世界银行的官方通报中未披露磋商是否涉及争端的实体问题，但世界银行的行为无疑构成就印巴双方程序选择冲突的调解。《印度河水条约》下的争端解决机制也为调解留有空间。[5]从世界银行最终机械性地同时启动中立专家程序与仲裁程序来看，调解未起到积极的效果，那么何以如此呢？对于世界银行在《印度河水条约》达成过程中的调解角色，前印度外长梅塔（Jagat S. Mehta）曾评论道，“世界银行实际上成为了独立的仲裁员”，“倘若未能达成该条约，则将在两国关系中遗留下另一个重大的争议问题，那么后续用于发展的大量经济援助可能全部或部分被撤回”。[6]而在印巴的当前争端中，如在世界银行在相关声明中所特别提及的，世界银行并未资助吉申根加水电站与拉特尔水电站，这也就直接削弱了世界银行在印巴水争端中的影响力。[7]

其次，在《印度河水条约》下的争端解决机制停滞的近 6 年间，印度的建设并未受影响，致使吉申根加水电站与拉特尔水电站争端升级。吉申根加水电站于 2018 年落成，2019 年 2 月 3 日，莫迪高调出席拉特尔水电站建设奠基仪式。[8]这一“现状”的改变使得争端的对象随之发生改变，不再是事前的“水电站设计方案”之争，而是双方更难以妥协、救济成本更高的“水电站”之争。在 2016 年 8 月 19 日的仲裁申请中，巴基斯坦已提出解决争端的紧迫性：“印度实际的及计划中的

---

[3] See The World Bank, *World Bank Declares Pause to Protect Indus Waters Treaty*, https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2016/12/12/world-bank-declares-pause-protect-indus-water-treaty, visited 18 March 2025.

[4] See PTI, India Permitted to Construct Kishanganga, *Ratle Projects under Indus Water Treaty: World Bank*, https://economictimes.indiatimes.com/industry/energy/power/world-bank-snubs-pakistan-says-india-permitted-to-build-power-projects-under-indus-waters-treaty/articleshow/59874161.cms?from=mdr, visited 18 March 2025.

[5] 《印度河水条约》第 9 条第 4 条规定：“为便于谈判的进行，两国政府可同意邀请双方都能接受的一位或几位调停人参加。”

[6] 印度的第二个五年计划高度依赖世界银行及其发达国家成员国的经济援助。Jagat S. Mehta, *The Indus Water Treaty: A Case Study in the Resolution of an International River Basin Conflict*, 12 Natural Resources *Forum* 69 (1988).

[7] See The World Bank, *Fact Sheet: The Indus Waters Treaty 1960 and the Role of the World Bank*, https://www.worldbank.org/en/region/sar/brief/fact-sheet-the-indus-waters-treaty-1960-and-the-world-bank, visited 18 March 2025.

[8] See PM in Jammu, https://www.pmindia.gov.in/en/news_updates/pm-in-jammu-3/, visited 18 March 2025.

违背条约行为对巴基斯坦造成了严重威胁，巴基斯坦的农业依赖西部河流通畅的径流。时间至关重要，仲裁庭应尽快选任以解决本案中的争端。”[9]巴方在 2023 年 7 月 28 日对仲裁申请的修订中，认为世界银行的暂停决定违背了其作为条约缔约方所承担的执行性义务（ministerial obligations）（本案仲裁庭持相同观点），“暂停”令印方得以继续水电建设，而巴方不得不撤回要求印方在仲裁庭作出裁决前暂停建设的临时措施申请，“暂停所造成的延误完全有利于印度，而有损于巴基斯坦。”[10]

二、印度以争端解决程序间的“次序”关系为由否认仲裁庭的权限

在本案仲裁庭正式组建后，印度拒绝参与仲裁庭于 2023 年 1 月 27 至 28 日举行的第一次会议，主张：“仲裁庭无权考虑当前的问题，该问题应由《印度河水条约》下的另一种由中立专家（具有高度资质的工程师）参与程序的决定。”[11]印度外交部发言人称：“我们对该条约的认识是，其中有着对逐级程序的规定。”[12]

在对《印度河水条约》第 9 条所设立的争端解决机制作学术分析时，存在两种常见的使之学理化、体系化的解读。第一种解读认为第 9 条所论及的三种争端类型，即“问题”（questions）、“分歧”（differences）、“争端”（disputes）存在着依次产生的关系，对应的争端解决程序也就形成了次序关系：（1）印度河常设委员会就条约解释或实施中产生的“问题”进行磋商；当印度河常设委员会无法达成一致时，“分歧”产生。（2）“分歧”应当由中立专家判断，但当“分歧”不属于附件 F 第 1 部分明确规定的 23 类技术性问题时，或当中立专家认为“分歧”应作为“争端”处理时，“争端”产生。（3）“争端”或由印巴两国政府间谈判解决，或进入仲裁程序。[13]第二种解读认为第 9 条中的“分歧”、“争端”有着不同性质，即“分歧”专指技术性问题，因而由“具有高级资质”的工程师任中立专家判断（非法律程序）；而“争端”覆盖更宽泛、更具法律性的问题，因而由工程师与国际律师所组成的仲裁庭判断（法律程序）。[14]

然而，这两种解读在追求“简明”的同时，却有悖于《印度河水条约》的具体

---

[9] See Request for Arbitration, *Arbitration Pursuant to Article IX and Annexure G of the Indus Waters Treaty 1960 between the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of India*, 19 August 2016, p. 13.

[10] See Amened Request for Arbitration, *Arbitration Pursuant to Article IX and Annexure G of the Indus Waters Treaty 1960 between the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of India*, 28 July 2023, p. 10, 13, https://pcacases.com/web/sendAttach/48315, 20 October 2023, visited 18 March 2025.

[11] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), *PCA Press Release - First Meeting of Court of Arbitration*, 3 February 2023, https://pcacases.com/web/sendAttach/44473, visited 18 March 2025.

[12] *See PTI: Indus Waters Treaty: India Questions World Bank's Decision to Start Two Separate Processes to Resolve Indo-Pak Differences*, https://economictimes.indiatimes.com/news/india/indus-waters-treaty-india-questions-world-banks-decision-to-start-two-separate-processes-to-resolve-indo-pak-differences/articleshow/97559137.cms, visited 18 March 2025.

[13] 如有巴基斯坦学者将《印度河水条约》下的争端解决机制划分为印度河常设委员会—中立专家—谈判—仲裁“四步”（Stages）。See Waseem Ahmad Qureshi, *Dispute Resolution Mechanisms: An Analysis of the Indus W Dispute Resolution Mechanisms: An Analysis of the Indus Waters Treaty*, 1 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 94-100 (2018).

[14] See Stephen C. McCaffery, The Law of International Watercourses 514 (Oxford University Press 2010). Waseem Ahmad Qureshi, *Dispute Resolution Mechanisms: An Analysis of the Indus W Dispute Resolution Mechanisms: An Analysis of the Indus Waters Treaty*, 18 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 101 (2018).

规定。首先，“分歧”并非专指技术问题，技术性的“分歧”也并非由中立专家程序专属管辖。印度河常设委员会平台上的“问题”，并不局限于技术性问题，而是关于条约执行与解释的“任何问题”，因此当印度河常设委员会中的两国专员不能达成一致时所产生的“分歧”也就涵盖了条约执行与解释中的各类争议。附件 F 第 1 部分在明确中立专家可管辖的技术性问题的同时，也就明确了该范围外的技术性问题可进入仲裁程序。其次，《印度河水条约》第 9 条第 2 款第 2 项中的但书规定揭示了中立专家程序不是“分歧”进入仲裁程序的必经环节。这一在前述学术分析中容易遭到忽视的但书条款规定：“委员会可自行决定分歧由中立专家根据附件 F 第 2 部分的规定处理，或作为争端而根据本条第 3、4、5 款处理，或采取委员会同意的其他解决办法。”其中，“本条第 3、4、5 款”即仲裁程序，换言之，该条款明确表明“分歧”可以直接进入仲裁程序。

印度的“逐级”立场，正是对前述这两种有失准确的解读的结合。首先，在印度河常设委员会平台上，印方专员在回复巴方专员提出将争议诉诸仲裁的信函中，称巴方的立场是“将与技术性设计相关的问题伪装为法律问题诉诸仲裁”，并认为安全超高、泄洪口的设计、蓄水量等技术性问题“只能”依据第 9 条第 2 款（1）项下的中立专家程序处理。[15]其次，在 2022 年 12 月 21 日致世界银行的函中，印方如此阐释其对《印度河水条约》第 9 条的“逐级”解释：“（1）缔约方之间产生的任何问题应当首先由委员会审查，委员会将尽力通过协商解决该问题；（2）若委员会未就其中的任何问题达成一致，这时应认为一项分歧产生，并应在任一方专员的要求下由中立专家处理；（3）如果中立专家依据附件 F 第 7 段的规定，通知委员会他认为该分歧或其中的一部分应作为争端处理，这时应认为一项争端产生。另外，经委员会自行决定，任何分歧可认为成为一项争端，并依据第 9 条第 3、4、5 款处理，或依据委员会**同意**（着重号由印方所加）的其他办法解决。”[16]

印方的“逐级”立场注意到了第 9 条第 2 款中的但书条款，对之的解释则强调需经印度河常设委员会双方专员协商一致，才可以在不经中立专家程序的情况下，直接将“分歧”作为“争端”处理进而进入仲裁程序。[17]确实，不同于《印度河水条约》第 9 条第 2 款第 1 项明确规定印度河常设会员会中的“任一方专员”（either commissioner）要求即可启动中立专家程序，第 9 条第 2 款中的但书条款未对印度河常设委员会如何就“分歧”启动仲裁的工作或决策程序做出明确规定。印度的上述立场，其核心在于认为适用仲裁程序的“争端”需经中立专家判断或印度河常设委员会一致同意才能形成，并据此否认印巴双方已就申根加水电站与拉特尔水电站产生“争端”。

---

[15] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), *Award on the Competence of the Court*, 6 July 2023, pp. 35-36.

[16] *See Letter from India to the World Bank (including Explanatory Note)*, 21 December 2022, p. 1, https://pcacases.com/web/sendAttach/47320, visited 18 March 2025.

[17] *See Letter from India to the World Bank (including Explanatory Note*), 21 December 2022, p. 8.

三、在本案仲裁庭肯定自身权限后，印度仍拒绝参与仲裁程序

需要强调的是，依据《印度河水条约》第 9 条第 5 款，该条约下的仲裁程序性质为强制性仲裁，而非需经双方同意才可启动。那么，一项《印度河水条约》第 9 条下的“分歧”如何在未经印方所主张的“次序”情况下，由争端一方提交仲裁呢？

实际上，印度“逐级”立场在吉申根加案中已提出过，仲裁庭未予支持。吉申根加案仲裁庭对第 9 条第 2 款第 1 项的解释认为，印度河常设委员会双方专员在中立专家程序中有着“双重角色”，其一是“启动者”，指任一方专员认为“分歧”属于技术性问题并倾向于通过中立专家处理；其二是“该机制的一部分”，指需要任一方专员实际做出要求委派中立专家的行为。在缺少要求委派这一行为的情况下，即便有一方专员表述了由中立专家处理“分歧”的意图，仍不足以正式启动中立专家程序。而在双方专员均未就一项“分歧”要求委派中立专家的情况下，便出现了第 9 条第 2 款第 2 项所规定的情况，“若一项分歧不属于本款第 1 项规定的情况”，“则应作为争端处理”，“应依照第 9 条第 3、4、5 款”进入仲裁程序。[18]

在作上述解释时，吉申根加案仲裁庭在解释方法上除运用了文字解释的方法外，还参考了条约起草史，认为最终成文的《印度河水条约》第 9 款有意排除了有一方反对而造成的“程序僵局”，并依循条约序言中“本着合作精神出发解决在解释或实施这里达成的条款中可能发生的一切问题”这一立法目的，仲裁庭认为第 9 条第 2 款第 1 项下的中立专家程序，“本身不构成启动仲裁庭的一项额外程序性障碍”。[19]

2023 年 7 月 6 日，“《印度河水条约》仲裁案”仲裁庭对自身权限问题作出了肯定性裁定。仲裁庭在印方缺席的情况下，从印方 2022 年 12 月 21 日致世界银行的函中识别出对仲裁庭权限的 6 项质疑。[20]对于其中最核心的质疑，即“分歧”未经中立专家程序这一“次序”因而“争端”并未产生，本案仲裁庭沿循了吉申根加案仲裁庭的前述论证与解释，并作如下结论：“总而言之，第 9 条第 1 款要求双方专员尽力解决巴基斯坦关于吉申根加水电站与拉特尔水电站提出的问题。在跨越多次委员会议会的多年讨论之后，他们未能就那些问题达成一致。因此，那些问题经那些讨论进一步提炼后，在不迟于 2016 年 2 月 25 日成为第 9 条第 2 款意义上的分歧。巴基斯坦起初邀请印度共同指定一名中立专家以解决那些分歧时，印度拒绝，尔后巴基斯坦有效地撤回了该邀请。这些分歧因而不属于关于诉诸中

[18] *See Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, Partial Award, 20 December 2013, pp. 180-181.
[19] *See Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, Partial Award, 20 December 2013, p. 182.
[20] 本案仲裁庭所识别出了印方的如下质疑并逐一回应：（1）仲裁庭无权处理其权限问题；（2）因条约第 9 条第 2 款意义下的“争端”并未产生，仲裁庭无权限；（3）因第 9 条第 3、4、5 款中的要求未被满足，仲裁庭无权限；（4）因未依附件 G 第 4 至 11 段适当地组建仲裁庭，仲裁庭无权限；（5）因中立专家正在处理当前的问题，仲裁庭无权限；（6）因依据附件 G 第 1 段，当前没有设立仲裁庭的“必要”，仲裁庭无权限。See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), Award on the Competence of the Court, 6 July 2023, pp. 53-54.

立专家的第 9 条第 2 款第 1 项所规定的情况，于 2016 年 2 月 25 日起存在于双方之间的分歧符合可以通过第 9 条第 3、4、5 款的规定解决的争端。”[21]

面对本案仲裁庭对自身权限的肯定性裁定，印度仍坚持仲裁庭“不合法”的立场，拒绝参与仲裁。[22]虽然仲裁庭在 2023 年 7 月 6 日的裁定中认为，仲裁程序可以合法地在印度缺席的情况下进行，但印度反对仲裁的立场仍将导致仲裁程序面临诸多困难，如难以获得关于吉申根加水电站与拉特尔水电站状况的最新资料、难以开展实地调查等，而最为严重的困难莫过于一旦仲裁结果对印度不利，那么该裁决将如何执行的问题。

四、仲裁庭与中立专家形成“平行程序”，可能产生相冲突的结论

世界银行将避免中立专家与仲裁庭得出彼此矛盾的判断与裁决，作为此前长时间搁置任命程序并转而采取调解行动的重要原因，那么在仲裁庭与中立专家分别于 2023 年 7 月 6 日和 2025 年 1 月 7 日肯定自身权限之后，[23]这种冲突的可能性是否继续存在？答案是肯定的，原因如下：

首先，仲裁庭与中立专家在各自的权限审查中均排除适用《印度河水条约》关于中立专家程序与仲裁程序两者间相衔接转换的规定。一是仲裁庭在审查自身权限的裁定中，否定了印度所提出的“因中立专家正在处理当前的问题，仲裁庭无权限”这一主张。依据《印度河水条约》第 9 条第 6 款的规定，仲裁程序“不适用于中立专家正在处理的分歧”。仲裁庭认为，巴方于 2016 年 8 月 19 日正式提出仲裁请求早于印方于 2016 年 9 月 6 日要求两国政府任命中立专家以及 2016 年 10 月 4 日要求世界银行任命中立专家，进而排除了《印度河水条约》第 9 条第 6 款的适用。[24]二是中立专家审查认为印方于 2016 年 10 月 4 日单方向世界银行提交的“分歧要点声明”中的 7 项“分歧”属于附件 F 第一部分所规定的范围，[25]中立专家享有权限，因而在当前阶段无需适用《印度河水条约》第 9 条第 2 款第（2）项规定，[26]即中立专家“通知委员会他认为该分歧或其中一部分应按争端处理，则

---

[21] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), Award on the Competence of the Court, 6 July 2023, p. 85.

[22] See Ministry of External Affairs Government of India, *Matters pertaining to the Indus Waters Treaty*, https://mea.gov.in/press-releases.htm?dtl/36761/Matters_pertaining_to_the_Indus_Waters_Treaty, visited 18 March 2025.

[23] 中立专家 Michel Lino 于 2023 年 6 月 5 日指定海牙常设仲裁法院为登记处与秘书处。

[24] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), Award on the Competence of the Court, 6 July 2023, p. 113.

[25] 印度河常设委员会印方专员于 2016 年 10 月 4 日单方向世界银行提交的“分歧要点声明”中，7 项“分歧”对应了巴方仲裁请求中的 7 项“争端”，但在具体表述上有着差异。例如，针对吉申根加水电站的蓄水量问题，巴方在仲裁请求中，强调了印方的计算方法有悖条约（如前文解释过的，计算方法问题涉及条约解释），特别是附件 D 第 8 段（c）项与（f）项；[25]而印方的“分歧要点声明”未明确提及“计算方法”，在主张吉申根加水电站的蓄水量符合附件 D 第 8 段（c）项与（f）项的同时，还主张其符合附件 D 第 2 段（c）项。See Supplemental Rules of Procedure, 1 June 2023, pp. 9-10, https://pcacases.com/web/sendAttach/50344, visited 18 March 2025.

[26] 中立专家认为，依据《印度河水条约》附件 F 第 13 段，他之后在审理实体问题时，若发现有问题超出其职权，他可以将之提交条约下的其他争端解决程序。See Indus Waters Treaty Neutral Expert Proceedings (India v. Pakistan), Decision on Certain Issues Pertaining to the Competence of the Neutral Expert, 7 January 2025, p. 140, https://pcacases.com/web/sendAttach/67222, visited 18 March 2025.

应认为已出现争端”并适用仲裁程序。[27]

其次，仲裁庭与中立专家认为《印度河水条约》允许“平行程序”存在。在本案仲裁庭的《权限裁定》中，针对印度主张条约下的争端解决机制在次序上“逐级”，认为条约不允许仲裁庭与中立专家程序同时启动的“平行程序”局面，仲裁庭作了如下回应。一是，仲裁庭指出当前的“平行程序”局面是由印方造成，印方于 2015 年 7 月拒绝与巴方共同任命中立专家，于 2016 年 2 月拒绝与巴方共同组建仲裁庭，并在巴方提交仲裁申请后要求任命中立专家，“这些行为与条约所培植并依赖的合作基础相违背”。二是，仲裁庭认为，依据字面解释，“平行程序”在条约下“完全可能”产生：“纵然存在这样的‘平行程序’会使争端解决程序变得更为复杂并可能对双方构成负担，但条约中没有什么内容将之排除。”[28]换言之，仲裁庭在当前阶段认为，仲裁庭与中立专家可以合法地“自行其是”。中立专家在肯定了自身权限的《关于中立专家权限相关问题的决定》中赞同仲裁庭的观点：“中立专家在本条约中没有看到有任何规定能排除平行程序发生。”[29]

然后，仲裁庭与中立专家间无法建立有效的协同安排。一是由于印度的反对，中立专家拒绝了本案仲裁庭提出的协调邀请。本案仲裁庭第一次会议就提出，将优先审查印度所提出的中立专家程序与仲裁程序两者间关系的问题。[30]2023 年 2 月 8 日，仲裁庭主席致函中立专家利诺（Michel Lino），表示仲裁庭原则上对与中立专家形成协调程序持开放态度，并邀请中立专家表达其态度。[31]印度对此提出反对。在 2022 年 12 月 21 日致世界银行的函中，印度以拒绝接受或承认仲裁庭为由，反对中立专家与仲裁庭之间形成任何的协调或合作，认为一旦两者间形成协调，将致使中立专家正在进行中的判断“非法”。[32]鉴于印度的立场，中立专家于 2023 年 5 月 3 日答复仲裁庭主席：“当前不宜建立‘仲裁庭与中立专家间的协调程序’。”[33]二是中立专家拒绝巴方的推迟判断请求。巴方向中立专家提出“替代性建议”，请求中立专家宣布等待仲裁庭就实体问题作出裁决后，再对自身权限作出判断。对于这一主张，中立专家认为在《印度河水条约》允许“平行程序”的情况下，无需为了“效率与经济”的原因而推延等待，并且“若印度维持当前的立场，它将不承认仲裁庭的最终裁判”。[34]

---

[27] See Indus Waters Treaty Neutral Expert Proceedings (India v. Pakistan), Decision on Certain Issues Pertaining to the Competence of the Neutral Expert, 7 January 2025, p. 140.
[28] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), Award on the Competence of the Court, 6 July 2023, pp.124-125.
[29] See Indus Waters Treaty Neutral Expert Proceedings (India v. Pakistan), Decision on Certain Issues Pertaining to the Competence of the Neutral Expert, 7 January 2025, p. 139.
[30] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), PCA Press Release - First Meeting of Court of Arbitration, 6 July 2023.
[31] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), Award on the Competence of the Court, 6 July 2023, p. 9.
[32] See Letter from India to the World Bank (including Explanatory Note), 21 December 2022, p. 3.
[33] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), Award on the Competence of the Court, 6 July 2023, p. 10.
[34] See Indus Waters Treaty Neutral Expert Proceedings (India v. Pakistan), Decision on Certain Issues Pertaining to the Competence of the Neutral Expert, 7 January 2025, p. 139.

再者，中立专家与仲裁庭可能采取不同的条约解释方法，就技术性问题得出不同结论。如前文已详述的，巴格里哈尔案中立专家引入的“最佳做法”学说深刻影响了当前争端，使之具有条约解释方法之争的性质。对于本案中的条约解释方法之争，巴方予以了着重强调并以此反对中立专家的权限。对此，中立专家在《关于中立专家权限相关问题的决定》以关于径流式水电设计限制的附件 D 第 7 段为例，认为该条款这种存在诸如“合理”“经济性”“令人满意的”“可接受的”等模糊词汇，故而在适用该条款时，必然需要进行解释。因此，中立专家认为条约赋予其在履职时附带性地进行条约解释的权限。[35]在“平行程序”且欠缺协调的局面下，本案中立专家与仲裁庭可能会采取如巴格里哈尔案（“最佳做法”）与吉申根加案（文字解释优先）一般相互冲突的解释方法。

最后，吉申根加水电站与拉特尔水电站争端可能出现中立专家判断与仲裁庭裁决均无法获得双方承认的情况。印度执意不参与仲裁、不承认仲裁庭及其裁决的合法性。巴基斯坦虽参与中立专家程序，但提出了保留。在仲裁庭关于其权限的庭审中，巴方解释了其同时参与中立专家程序的行为与立场。巴方参与中立专家程序，是为了争取中立专家判断认为印方所提交的“分歧”应作为“争端”处理，进入仲裁程序。巴方代表称：“我们希望并期待中立专家将在附件 F 第 7 段的环节作出坚定且明确的判定，他无权处理系统性的条约解释问题，印度的中立专家请求中涉及此种性质的问题实际上是争端或者应作为争端处理。若中立专家没有这样做，那么巴基斯坦将保留挑战其权限的权利。”[36]

2025年中国国际法学会年会

[35] See Indus Waters Treaty Neutral Expert Proceedings (India v. Pakistan), Decision on Certain Issues Pertaining to the Competence of the Neutral Expert, 7 January 2025, pp. 125-127.
[36] See Indus Waters Treaty Arbitration (Pakistan v. India), Certified Transcript (Hearing on Competence), Day 2, 12 May 2023, pp. 47-48, https://pcacases.com/web/sendAttach/47342, visited 18 March 2025.

论亚太海事仲裁中心建设背景下中国内地海事临时仲裁的建构*

章成 王恩术

（湖北 武汉，武汉大学 中国边界与海洋研究院，430072）

摘要：中国目前正致力于将上海市建设为继新加坡、中国香港地区后的第三个亚太海事仲裁中心。临时仲裁是海事仲裁的主流选择，建构临时仲裁会助力中国打造国际海商事纠纷解决优选地，推动多元纠纷解决机制（MDR）的发展，深化法治化的高质量营商环境，进而促进亚太海事仲裁中心的建设。中国内地发展临时仲裁面临着临时仲裁缺乏法律认可、临时仲裁与机构仲裁协调不畅、仲裁体系与国际尚未全面接轨等法律层面的困境，专业海事临时仲裁员量少质低、临时仲裁裁决的执行存在障碍、市场对临时仲裁认知程度较低等实践层面的困境，以及新加坡和中国香港地区等国际竞争层面的困境。针对于此，中国内地应当完善仲裁法律体系，明确临时仲裁法律地位；加强对临时仲裁的实践支持，构建专业化仲裁实施体系；增强仲裁的国际竞争力，提升上海作为海事仲裁中心的影响力，以期妥善建构海事临时仲裁制度，进而将上海市打造成为新一代亚太海事仲裁中心。

关键词：亚太仲裁中心　海事仲裁　临时仲裁制度　《中华人民共和国仲裁法》　海事争议解决

一、引言

上海作为全国改革开放排头兵、创新发展先行者，始终勇立潮头、勇当开路先锋，发挥示范引领作用。2020 年，上海国际航运中心实现基本建成并向全面建成迈进。在打造面向全球的亚太仲裁中心及全面建成国际航运中心（“两个中心”）的战略背景下，《上海市国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标纲要》中明确提出要建设“亚太海事仲裁中心”。由此，在国家战略与国际形势碰撞、顶层设计与底层逻辑呼应的背景下，上海迅速完成了从建设亚太仲裁中心到亚太海事仲裁中心的战略聚焦。[1]要成为国际海事仲裁中心，得到国际航

* **基金项目：**本文系中央高校基本科研业务经费项目/国家领土主权与海洋权益协同创新中心科研培育项目（413000070）、武汉大学青年研究中心（重点）调研课题（202439）的阶段性研究成果。

作者简介：章成，法学博士，公共管理学博士后，武汉大学前沿交叉学科研究院（中国边界与海洋研究院）副教授，国家领土主权与海洋权益协同创新中心（武大总部）研究员，研究领域：国际公法与全球治理、涉外法治、海洋法学。

王恩术，武汉大学前沿交叉学科研究院（中国边界与海洋研究院）研究助理，武汉大学国际法学 2024 级研究生，研究领域：国际经济法与跨境经贸合作、仲裁法学、海商法学。

联系方式：电话：15542317779；**电子邮箱：**wes1159079823@163.com；**通讯地址：**湖北省武汉市武昌区珞珈山街道八一路 299 号武汉大学中国边界与海洋研究院 219 办公室。

[1] 参见邓杰：《美国海事仲裁制度多维检视及中国选择——从建设国际海事仲裁中心的视角出发》，载《国

运界尤其是波罗的海国际航运公会（The Baltic and International Maritime Council, BIMCO）的认可至关重要。[2]最早获得认可的当然是海事仲裁制度最完善、最成熟的伦敦，其次是纽约，从而在全球成为两大国际公认的海事仲裁中心。近年来，随着国际航运、造船业重心的不断东移，国际海事仲裁中心也不断向东部亚太地区扩张和转移。在激烈的国际竞争中，新加坡异军突起、后来居上，于 2012 年获得 BIMCO 的批准，一举成为继伦敦、纽约之后的世界第三大国际海事仲裁中心；我国香港地区亦不甘落后、奋起直追，于 2020 年亦获批准，被追加为位列新加坡之后的第四个海事仲裁地选项。[3]

临时仲裁（Ad Hoc Arbitration）是指由当事人协议约定仲裁程序及规则，或者直接参考既有的仲裁规则来解决争议的制度。在仲裁的历史发展中，临时仲裁先于机构仲裁出现，是早期仲裁的主要形式。鉴于历史和习惯的关系，海事领域一直将临时仲裁视作主要的仲裁形式。2022 年 3 月 18 日，中国海商法协会（China Maritime Law Association, CMLA）推出《中国海商法协会临时仲裁规则》，中国海事仲裁委员会（China Maritime Arbitration Commission, CMAC）配套推出《临时仲裁服务规则》，这意味着我国内地海事仲裁实践中首次明确承认了临时仲裁，并正式引入了临时仲裁规则。此外，我国陆续出台了一些有关临时仲裁制度建构的政策文件（表 1）。但是，我国现行《仲裁法》第 16 条和第 18 条关于约定仲裁委员会的强制性规定，并未赋予临时仲裁以合法地位。由此，我国内地海事临时仲裁制度的建构产生了一系列问题，这些问题对我国计划把上海市建设为亚太地区第三个海事仲裁中心的战略构想也产生了极大障碍。

2024 年 11 月 4 日，《中华人民共和国仲裁法（修订草案）》和《中华人民共和国海商法（修订草案）》一并提请十四届全国人大常委会第十二次会议首次审议。于《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）而言，此次修订着眼于解决仲裁制度和实践中的突出问题，健全完善具有中国特色、与国际通行规则相融通的仲裁法律制度，着力提升仲裁公信力和国际竞争力，营造市场化、法治化、国际化一流营商环境，更好服务高质量发展和高水平开放。于《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）而言，此次修订准确把握海商实践发展的制度诉求，着力解决规则滞后、制度缺失等突出问题，增强修法的针对性、实效性；统筹国内和国际，健全具有中国特色、顺应国际趋势的海商法律制度，更好适应高

际法研究》2023 年第 6 期。

[2] 作为面向船东、承租人、船舶经纪人和代理人等主体开放的世界上最大的直接会员（direct-membership）组织，全球约 60%的商船队（按未载货船舶吨位计）均是 BIMCO 的会员。其虽为非政府间组织（Non-Governmental Organizations），却在国际航运界掌握重要话语权，占据举足轻重的地位。BIMCO 一直致力于促进全球范围内行业标准和规则的建立和统一，并长期专注于各类海事标准格式合同及条款的制定和推广，业内广泛采用的合同有多达 3/4 是来自 BIMCO 制定和推荐的标准格式。由此，凡经 BIMCO 批准纳入其海事标准格式仲裁条款中所列的仲裁地选项，就足以成为被航运界认可和接受的国际海事仲裁中心的标志。

[3] 参见邓杰：《“21 世纪海上丝绸之路”建设背景下亚太海事仲裁中心之争——新加坡海事仲裁制度考察及借鉴》，载《“一带一路”法律研究》2021 年第 1 期。

水平对外开放、畅通国内国际双循环的需要。在此背景下，探讨我国内地临时仲裁制度尤其是海事临时仲裁制度的建构不但恰逢其时，而且确有必要。

从理论层面来看，研究亚太海事仲裁中心建设背景下我国内地海事临时仲裁制度的建构，有助于丰富国内临时仲裁制度的学术探索，特别是在海事争议解决领域的具体应用；同时推动临时仲裁规则与国际标准的接轨，有利于提升我国在国际仲裁理论体系中的影响力。从实践层面来看，回应了亚太地区海事争议解决需求的快速增长，结合上海打造亚太海事仲裁中心的战略目标，提出了基于本地实际的临时仲裁制度构建路径，为提升我仲裁服务的国际竞争力提供了一定支持；同时有助于推动我国内地仲裁制度的现代化和国际化进程，助力中国特色社会主义涉外法治体系建设。

表 1 我国内地出台的有关临时仲裁的部分重要文件

文件性质	文件名称	出台主体	出台时间
法律	《中华人民共和国仲裁法》（现行）	全国人大常委会	2017.9.1
	《中华人民共和国海商法》（现行）		1993.7.1
法律修订草案	《中华人民共和国仲裁法（修订草案）》		2024.11.8
	《中华人民共和国海商法（修订草案）》		
司法意见	《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障意见》	最高人民法院	2016.12.30
法律修订征求意见稿	《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》	司法部	2021.7.30
地方性法规	《上海市涉外商事海事临时仲裁推进办法（试行）》	上海市司法局	2024.6.13
	《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》	上海市人民代表大会	2023.11.23
仲裁规则	《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》	珠海仲裁委员会	2017.3.23
	《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》	中国互联网仲裁联盟	2017.9.19
	《中国海商法协会临时仲裁规则》	中国海商法协会	2022.3.18
	《上海仲裁协会临时仲裁规则》	上海仲裁协会	2024.7.30
	《中国（广西）自由贸易试验区临时仲裁指南》	中国海事仲裁委员会等	2024.9.25
	《上海现代服务业联合会临时仲裁规则》	上海市现代服务业联合会	2024.12.2

资料来源：作者根据公开信息整理

2025年中国海事仲裁年会

二、中国内地建设亚太海事仲裁中心的历史意义和时代需求

（一）历史意义

1. 提升内地在国际仲裁领域的地位

当前国际海事仲裁格局中，伦敦是最受欢迎的海事仲裁地点，其次是新加坡、中国香港地区和巴黎[4]。数据显示，2019 年伦敦受理的国际海事仲裁案件约占全球总量的 83%，而新加坡和中国香港地区分别仅相当于伦敦受案量的 13%和 7%；2020 年，新加坡仍然是伦敦最强大的竞争对手，处理的海事仲裁案件约占伦敦海事仲裁案件的 6%；纽约的仲裁业务规模也远小于伦敦，2022 年纽约海事仲裁的新案仅约为伦敦的 3.1%。[5]相比之下，中国内地海事仲裁的发展明显滞后（见表 2）。目前我国内地海事仲裁机构受理的案件主要局限于涉华纠纷，境外当事人很少主动选择中国作为仲裁地（见表 3），中国内地仲裁机构在国际上的影响力和话语权仍明显不足。通过建设亚太海事仲裁中心，提高中国内地仲裁的国际认可度，对于提升我国在国际仲裁领域的地位具有重要意义：吸引更多国际海事纠纷在华仲裁，逐步缩小与伦敦、新加坡、香港等仲裁重镇的差距；同时，中国内地可以借助这一平台参与国际仲裁规则的制定与完善，在全球 dispute resolution 社群中拥有更大话语权，体现中国作为仲裁新兴强国的地位。

表 2 全球领先海事仲裁地 2019-2022 年受理海事仲裁案件情况

仲裁地	主要仲裁机构	受案量（单位：件）			
		2022 年	2021 年	2020 年	2019 年
伦敦	伦敦海事仲裁员协会	1907	1703	1858	1730
	伦敦国际仲裁中心				
新加坡	新加坡海事仲裁院	92	87	117（包括与国际商会仲裁院共同受理的案件）	225
	新加坡国际仲裁中心				
中国香港地区	香港海事仲裁协会	143	142	144	122
	香港国际仲裁中				

[4] See Holman Fenwick Willan LLP (2023), *The Maritime Arbitration Universe in Numbers: A Recap of 2019 and 2020's Statistics* , HFW, available at https://www.hfw.com/Shipping (last accessed at 3/12/2015).
[5] See Chu B. and Wang W. (2022), *Building an International Arbitration Hub: China's Competitiveness and Direction*, Frontiers in Marine Science, Vol.9, No.986617.

	心				
中国内地	中国海事仲裁委员会	190	85	111	91

数据来源：英国夏礼文律师事务所（Holman Fenwick Willan, HFW）（https://www.hfw.com/Shipping）

表 3 中国海事仲裁委员会 2016-2024 年受理海事仲裁案件情况

年份	受案量（单位：件）	涉外案件数量（单位：件）	涉外案件数量占比
2024	239	93	38.91%
2023	1124	62	5.52%
2022	190	49	25.79%
2021	85	43	50.59%
2020	111	29	26.13%
2019	91	41	45.05%
2018	65	23	35.38%
2017	72	45	62.50%
2016	69	未知	未知

数据来源：中国海事仲裁委员会 2016-2024 年工作报告（https://www.cmac.org.cn/）

2. 助力“海上丝绸之路”倡议实施

“21 世纪海上丝绸之路”倡议（以下简称“倡议”）旨在加强沿线国家的海上互联互通，推动海上贸易和基础设施合作。随着这一倡议的推进，沿线国家间的航运合作项目、大宗商品贸易、港口建设等日益增多，相应的商事和海事纠纷也可能增加。有效的争议解决机制是“一带一路”倡议顺利实施的关键保障之一。通过在中国内地设立亚太海事仲裁中心，可为海上丝绸之路沿线国家提供一个中立、公正且高效的纠纷解决平台。相比诉讼，仲裁更具灵活性和跨国可执行性，能够更好地满足跨境交易的需求。当沿线各国企业在贸易、造船、航运合同等方面发生争议时，一个权威的仲裁机构可以迅速介入并裁决纠纷，避免漫长复杂的跨国诉讼程序，保障项目如期推进。这不仅为“一带一路”建设提供了法律服务支撑，也增强了沿线投资者的信心。此外，中国作为倡议的发起国，在本土提供高质量仲裁服务，有助于展示中国维护多边经贸合作、履行国际责任的形象，提升“一带一路”倡议的整体可信度和吸引力。

3. 填补国际海事仲裁地理区域空白

当前国际海事仲裁中心的地理分布并不均衡。欧洲有伦敦这样的传统仲裁中心，美洲有纽约这样的据点，亚洲则主要有新加坡和香港两个中心。然而，亚太地区幅员辽阔、经济体量巨大，仅靠现有的少数仲裁中心难以满足区域需求。亚

2025年中国国际法学会年会

洲拥有全球最繁忙港口和最大贸易量，却长期缺乏与其地位相称的仲裁供给。中国地处亚太核心地理位置，又是全球最大的航运国家之一，拥有独特的区位与产业优势：中国拥有全球十大最繁忙港口中的七个[6]，贸易航线遍及世界各地，海运贸易量位居全球前列。在这样得天独厚的条件下，中国有能力也有责任填补国际海事仲裁在亚太区域的供给不足。建设亚太海事仲裁中心，可充分发挥中国内地的地缘优势和航运资源优势，就近为本区域国家提供仲裁服务。对于亚洲邻国来说，将纠纷提交位于中国的仲裁中心处理，比远赴欧洲或北美更为便利高效，语言文化距离也更近。这将提高亚太地区海事纠纷解决的可及性，形成与欧美仲裁中心南北呼应、东西互补的全球仲裁版图格局，弥补国际海事仲裁在地理上的空白。

4. 推动我国涉外仲裁法治体系建设

建设亚太海事仲裁中心还具有倒逼我国涉外仲裁法律体系完善的作用。目前我国内地的仲裁法律制度与国际高标准仍有差距，主要体现在对仲裁的管制多于支持。例如，现行《仲裁法》对仲裁协议的认定较为严格，要求明确约定仲裁机构，否则可能被视为无效，这导致如果仅约定“在伦敦仲裁”而未指定具体机构，在我国内地法院看来该仲裁条款可能无效；[7]又如，仲裁程序中财产保全[8]、证据保全[9]等临时措施只能由法院裁定，仲裁庭缺乏相应权力。这些过于刚性的规定体现了立法对仲裁的监督控制多于尊重支持，不利于当事人意思自治。上述制度滞后性不仅制约了我国内地仲裁事业的高质量发展，也在一定程度上阻碍了中国内地仲裁走向国际市场。在筹建亚太海事仲裁中心的过程中，势必要对这些法律短板进行改革。事实上，我国已意识到这一点，近年来启动了《仲裁法》和《海商法》的修改工作，探索允许在特定地区开展临时仲裁试点等措施。亚太海事仲裁中心的建设将加快我国内地仲裁法律与国际规则接轨的进程，例如引入更灵活的仲裁协议认定标准、赋予仲裁庭更多程序自主权、建立与国际接轨的仲裁员选任和监管机制等。通过这些举措，我国涉外仲裁的法治化水平将大大提升，更加符合《承认及执行外国仲裁裁决公约》（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards，简称《纽约公约》）等国际公约精神和国际商事仲裁通行做法。这不仅为国内外当事人在我国内地仲裁提供了制度保障，也向国际社会表明了中国建设法治化、国际化营商环境的决心。

（二）时代需求

1. 亚太地区海运贸易蓬勃发展的需求

---

[6] See Matthew Rochat, *China's Growing Dominance in Maritime Shipping*, The Diplomat (Dec.18, 2021), https://thediplomat.com/2021/12/chinas-growing-dominance-in-maritime-shipping/#:~:text=including%20seven%20of%20the%2010,owned%20by%20the%20%E2%80%9Cbig%20three%E2%80%9D.

[7] 参见《中华人民共和国仲裁法》第 46 条。

[8] 参见《中华人民共和国仲裁法》第 16 条第 1 款第 3 项。

[9] 参见《中华人民共和国仲裁法》第 28 条第 2 款。

亚太地区已成为全球海运贸易最活跃的区域之一。过去几十年中，东亚、东南亚经济迅速崛起，区域内贸易往来频繁，航运市场需求持续增长。根据联合国贸易和发展部（UN Trade and Development，UNCTAD）的数据，2022 年全球 27.6%的海运贸易量发生在亚太区域内部，这主要得益于充满活力的亚洲区域内集装箱航运活动。[10]尤其是以中国为中心的东亚供应链高度发达，带动了亚洲内部航线成为全球增长最快的航运贸易航线。此外，亚洲国家在全球航运业中占据举足轻重的地位：全球前 25 大集装箱港口中有 18 个位于亚洲（其中 11 个在东亚）；主要航运公司和船队也集中于亚太地区。海运贸易的蓬勃发展意味着海事商事纠纷数量也将相应增长，对高效争议解决的需求日益迫切。然而，亚太地区原有的仲裁资源和能力相对不足，大量纠纷不得不提交域外仲裁或通过诉讼解决。为满足这一时代需求，中国内地着力建设亚太海事仲裁中心正当其时。一方面，中国作为区域贸易大国，每年经由海路进出口的货物巨量增长，国内法院每年平均新受理海事案件 26300 余件（见表 4），完善仲裁机制可为部分纠纷提供法院审判之外的解决渠道，减轻司法负担并提高效率。另一方面，在中国内地设立海事仲裁中心可以就近服务区域内当事人，降低他们解决纠纷的时间和经济成本。例如，对于发生在亚洲航线上或港口的争议，各国当事人选择在中国内地仲裁可免去远赴欧美的奔波，并利用中国完善的交通通信基础设施加速仲裁程序。通过满足亚太地区海运贸易高速发展带来的纠纷解决需求，中国内地将成为区域经贸体系的重要支撑，有助于保障贸易畅通和供应链安全。

表 4 2023-2025 年我国海事案件审判情况

法院类别	年份	新收（单位：件）	旧存（单位：件）	结案（单位：件）	未结（单位：件）
最高院	2025	94	86	17	163
	2024	487	82	483	86
	2023	353	0	258	95
高院合计	2025	564	1341	240	1665
	2024	3173	1250	3082	1341
	2023	3866	1424	3856	1434
海事法院合计	2025	5088	3834	2308	6614
	2024	22703	3205	22074	3834
	2023	22154	4868	22311	4711
全国合计	2025	5746	5261	2565	8442

[10] See United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Review of Maritime Transport 2023: Facts and Figures on Asia*, UN Trade and Development (Sept.27, 2023), https://unctad.org/press-material/review-maritime-transport-2023-facts-and-figures-asia#:~:text=,reflecting%20global%20manufacturing%20patterns%2C%20where

	2024	26363	4537	25639	5261
	2023	26373	6292	26425	6240

数据来源：中国海事审判网（https://cmt.court.gov.cn/hssp-zw/#/szsj）

注：2025 年数据仍在跟新中，表中所示数据最后获取时间为 2025 年 4 月 11 日 17：30。

2. 国际仲裁重心向亚太地区转移的需求

近年全球仲裁版图正发生显著变化，仲裁重心逐步从欧美转向亚太。权威调查显示，在 2021 年国际仲裁偏好度调查中，新加坡、香港已与伦敦一道跻身全球最受欢迎的仲裁地前列（伦敦和新加坡均有 54%的受访者偏好，香港为 50%）[11]。这表明亚洲仲裁中心正迅速崛起，获得国际商事主体的广泛认可。新加坡和香港的成功经验凸显了亚太地区仲裁市场的巨大增长潜力。例如，新加坡被誉为“全球最理想和最安全的仲裁地”。其主要仲裁机构新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Centre, SIAC）在 2020 年受理了 1080 件案件，其中 94%为国际案件，受案数量首次超过有“仲裁奥林匹克”之称的国际商会仲裁院（The ICC International Court of Arbitration）。香港国际仲裁中心近年案件数量也稳步上升，带动香港成为全球仲裁业增长最快的地区之一。这些事实反映出越来越多跨国纠纷倾向于选择亚太地区解决，国际仲裁版图正从传统的欧美中心向亚洲拓展转移。在此背景下，中国内地如果能够顺应潮流、迎头赶上，将大有可为。通过设立亚太海事仲裁中心，中国内地可以积极加入这一国际竞争行列。如此一来，中国内地有望将自身巨大涉外商业体量转化为仲裁案例资源，吸引周边乃至全球当事人选择在华仲裁，把亚太地区仲裁重心转移的历史机遇转化为提升中国仲裁影响力的实际成果。

3. 中国“海洋强国”战略推进的需求

建设“海洋强国”是我国的重要国家战略目标，涵盖海洋经济、海上交通、海洋权益等各领域的综合发展。其中，健全海事法治和提升海事治理能力是海洋强国战略的重要内涵。一个国家要成为名副其实的海洋强国，不仅需要强大的海军和航运能力，也需要配套完善的海事法律服务体系和争端解决机制。[12]当前，中国已成为世界航运大国和造船大国，在全球海事事务中扮演日益重要的角色。然而，在国际海事法律与仲裁舞台上，我国的话语权与硬实力尚不匹配。要推动海洋强国战略落地，就必须提升我国在海事规则制定和纠纷处理方面的影响力。建设亚太海事仲裁中心正是增强我国海事法治软实力的关键一步，我国可以为国际航运提供高水平的仲裁服务，参与塑造国际海事纠纷解决的新格局。这不仅服务于我国航运企业“走出去”的需要，为其提供一个熟悉且可信赖的争议解决场所，也为境外企业来华投资经商提供保障，体现负责任海洋大国的担当。此外，海事

[11] See Chu B. and Wang W. (2022), *Building an International Arbitration Hub: China's Competitiveness and Direction*, Frontiers in Marine Science, Vol.9, No.986617.

[12] 参见王勤：《新加坡全球海洋中心城市构建及其启示》，载《广西社会科学》2022 年第 4 期。

仲裁中心的建设将带动国内涉海法律制度、仲裁队伍的全面升级，打造出一批精通国际海事法律的专家和公正高效的仲裁员队伍。这些对于维护国家海洋权益、应对涉外海事纠纷也大有裨益，提升我国综合海洋治理能力。总之，亚太海事仲裁中心作为海洋强国战略在法治领域的具体实践，将为我国由航运大国向航运强国、海洋强国的转变提供有力支撑。

4. 亚太地区“区域经济一体化”的需求

亚太区域经济一体化进程加速，对跨境商事争端解决提出了新的要求。以《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP）为代表的新一代自贸协定，将东盟十国与中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰等 15 国紧密联系在一起，形成了全球人口最多、经贸规模最大的自由贸易区。这种深度的一体化合作意味着区域内贸易投资往来更频繁多样，不同法域企业之间发生商事争议的可能性上升。为了保障区域经济合作的平稳运行，各国亟需构建高效衔接的争议解决机制。仲裁因其跨国可执行性和中立性，成为区域经济合作中解决民商事纠纷的优选方式之一。其中，海事仲裁在处理国际货物买卖、海上运输、港口服务等纠纷方面具有独特优势。然而，目前亚太地区缺乏一个覆盖面广、凝聚各国资源的海事仲裁合作平台。[13]建设亚太海事仲裁中心，正好契合了这一区域合作法治化的需求。一方面，中国内地可以通过该中心倡导建立亚太仲裁机构间的交流合作机制，实现资源共享和规则衔接。国务院早在 2015 年就提出要“探索建立面向亚太的仲裁机构交流合作机制，加快形成面向全球的亚太仲裁中心”，体现了推动区域仲裁合作的政策导向。未来，我国可与 RCEP 成员国的仲裁机构密切合作，互认仲裁员资格、共享案件管理经验，逐步形成亚太仲裁共同体。另一方面，海事仲裁中心的建设将为区域内企业提供“家门口”的争议解决新选项。在 RCEP 框架下，不同国家的企业若对诉讼管辖存有疑虑，完全可以选择提交中国内地的仲裁机构，由各方共同信任的仲裁员依据各国商定的规则进行裁决。这种安排有助于降低区域经济合作的法律风险和交易成本，增强各国企业参与区域一体化的信心和动力。通过海事仲裁中心建设，中国内地将在区域法律合作中发挥引领作用，为亚太经济一体化保驾护航。

三、临时仲裁的建构对建设亚太海事仲裁中心的作用

（一）助力打造国际海商事纠纷解决优选地

1. 适应国际海商事仲裁的主流趋势

在国际海事仲裁领域，临时仲裁（又称 ad hoc 仲裁）是一种重要且普遍的存在形式。伦敦作为传统海事仲裁中心，大部分海事仲裁案件都是按照伦敦海事仲裁员协会（London Maritime Arbitrators Association, LMAA）的仲裁条例进行的临

[13] 参见王天红：《〈海诉法〉中海事仲裁司法审查条款的修改研究》，载《中国海商法研究》2021 年第 1 期。

时仲裁。LMAA 本身并非机构，不介入具体案件管理，也不收取管理费，其角色主要是提供规则范本和仲裁员名册[14]。这种去机构化的仲裁模式历史悠久，已成为伦敦海事仲裁的主流。新加坡和中国香港地区等亚洲仲裁中心同样与国际接轨，支持临时仲裁的发展。以新加坡为例，2004 年设立的新加坡海事仲裁院（(The Singapore Chamber of Maritime Arbitration, SCMA）最初隶属新加坡国际仲裁中心（SIAC）管理，但 2009 年根据航运业界反馈独立出来，转型为自主管理模式[15]。SCMA 只在需要时提供仲裁员指定等有限协助，当事人无需支付案件注册费，其规则设计充分借鉴了 LMAA 的做法，体现出高度的灵活性。中国香港地区依据《仲裁条例》也允许当事人自行组织临时仲裁，并有香港海事仲裁组织（Hong Kong Maritime Arbitration Group, HKMAG）等提供行业指引。由此可见，伦敦、纽约、新加坡、中国香港地区等国际海事仲裁优选地无不将临时仲裁作为重要特色或有机组成部分。相较而言，中国内地现行仲裁体制一直以机构仲裁为主，临时仲裁尚未普及。这种差异在一定程度上削弱了我国内地作为国际仲裁东道地的吸引力。为了将亚太海事仲裁中心打造为国际海事纠纷解决的优选地，我们必须顺应国际海事仲裁的主流趋势，积极引入和推广临时仲裁。

2. 提高对海事纠纷当事人的吸引力

临时仲裁之所以在海事领域备受当事人青睐，源于其在灵活性、效率和成本等方面的独特优势。首先，临时仲裁赋予当事人高度的自主权和灵活性。当事人可以自由选择具备相关海事专业知识和声誉的仲裁员，选择适用的仲裁规则（如 LMAA 条款、UNCITRAL 仲裁规则等），并根据具体纠纷的复杂程度和标的额约定程序安排[16]。这种量身定制的机制使仲裁程序更加契合航运贸易的实际需要，避免了机构仲裁“一刀切”流程可能带来的不便。其次，在效率方面，临时仲裁的程序可以简化到仅保留必要环节，加之没有机构审批环节，当事人沟通直接，因而往往比机构仲裁更为快捷。再次，经济成本的降低是重要考量因素。临时仲裁不需缴纳机构管理费，仲裁员报酬也可由当事人商定，无需按照机构费率计算。据统计，伦敦约 80%的海事仲裁案件通过书面文件审理而无需开庭，大大节约了时间和费用。[17]灵活的程序加上较低的费用，使航运公司在面对一般性合同纠纷

[14] See Bire & Bird, *LMAA arbitration – quietly big, on the increase and not just for maritime disputes,* Bird &Bird (Jun.8, 2023), https://www.twobirds.com/en/disputes-plus/shared/insights/2023/uk/lmaa-arbitration-quietly-big-on-the-increase-and-not-just-for-maritime-disputes.

[15] See Kaili Ang and Arie C. Eernisse, *A Tale of Two Maritime Hubs: The Rise of Regional Maritime Arbitration Centers in Asia*, Kluwer Arbitration Blog (Nov.9, 2021), https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/09/a-tale-of-two-maritime-hubs-the-rise-of-regional-maritime-arbitration-centers-in-asia/#:~:text=Singapore%20has%20been%20an%20active,website%20%E2%80%9CAbout%20Us%E2%80%9D%3A%20About%20Us.

[16] See Pinsent Masons, *Institutional vs. 'ad hoc' arbitration*, Pinsent Masons (Aug.12, 2011), https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/institutional-vs-ad-hoc-arbitration#:~:text=Masons%20www,the%20dispute%20resolution%20procedure%20themselves.

[17] See Maritime London, *LONDON ARBITRATION: Just a few good reasons why, Maritime London,* Maritime London, https://www.maritimelondon.com/service/arbitration.

（如租约争议、货损纠纷）时，更倾向于选择临时仲裁而非诉讼或机构仲裁。在打造亚太海事仲裁中心过程中，我们应充分发挥临时仲裁的这些优势，提升对国内外航运企业的吸引力。

（二）推动多元纠纷解决机制（MDR）的发展

1. 提升争议解决的灵活性

临时仲裁的发展将为海事纠纷解决增添更多元、更灵活的选择，优化中国内地多元纠纷解决机制（Multi-Door Dispute Resolution, MDR）的整体功能。在传统模式下，海事纠纷主要通过法院诉讼或仲裁机构裁决解决。然而，海事纠纷类型多样，标的额有大有小，涉及当事人背景千差万别，单一的解决途径难以满足所有情形。引入临时仲裁后，当事人除了一般的机构仲裁外，又多了一种自主性更强的解决渠道。例如，对于标的额不大、事实争议简单的海事索赔，当事人可以选择临时仲裁以简易程序快速处理；而对于需要保密处理或特殊专门知识的案件，临时仲裁也允许当事人灵活选定熟悉相关领域的仲裁员并安排非公开程序。这样，海事纠纷的解决方式由过去相对单一固定，转变为由诉讼、机构仲裁、临时仲裁、调解等多种方式组成的“工具箱”，当事人可以根据纠纷特点选择最适合的工具。在国际经验中，支持临时仲裁的司法管辖地往往更受欢迎，因为当事人看重的是选择权和制度弹性。新加坡、香港之所以成为亚洲仲裁高地，一个重要原因正是其法律同时包容机构仲裁和临时仲裁，让不同行业、不同偏好的当事人各取所需。反观中国内地，过去由于法律未明确临时仲裁地位，不得不把大部分纠纷引导至机构仲裁或法院，某种程度上限制了争议解决的活力。如今通过海事仲裁中心建设推动临时仲裁发展，将显著提升海事争议解决体系的灵活性和适应性，使我国内地 MDR 朝着更加多元、高效的方向发展。[18]这不仅符合国际商事争议解决的发展趋势，也满足了当事人对“量体裁衣”式纠纷解决服务的需求。

2. 弥补机构仲裁服务空白

临时仲裁还是对现有机构仲裁的重要补充，能够弥补后者在某些方面的服务空白。尽管仲裁机构在处理复杂重大案件、提供程序保障方面具有优势，但其也存在不足之处：例如仲裁收费相对高昂、程序相对固定、个别机构可能面临案件积压等。对于一些标的额较小或特殊类型的纠纷，当事人往往觉得诉诸大型仲裁机构不够经济划算，或者难以找到专门适合的规则。此时，临时仲裁提供了一个理想的替代选项。例如，在航运实务中，不少租船合同、货运代理合同的纠纷金额有限，如果按照普通机构仲裁流程办理，可能出现仲裁费接近甚至超过争议金额的倒挂现象，令当事人却步。而采用临时仲裁，当事人可以简化程序、控制费用，从而使仲裁成为解决小额海事纠纷的可行途径。此外，临时仲裁的机制灵活，还能处理一些新型或非常规的争议情形。例如，当事人来自没有成熟仲裁机构的

[18] 参见王威：《CAFTA 国际海商事仲裁中心构建的法律问题》，载《社会科学家》2022 年第 1 期。

国家或地区时，他们更倾向选择共同认可的第三国临时仲裁，以避免选择任何一方的机构。再比如，多方联合开发海洋项目涉及的争议，可能难以事先约定特定机构仲裁，但可在事发后通过各方协商启动临时仲裁程序来解决。由此可见，临时仲裁在那些机构仲裁覆盖不到或不便覆盖的领域发挥了“补位”作用，拓宽了仲裁服务的范围。从国际上看，正是由于临时仲裁有效填补了市场空白，仲裁机构也受到激励去改进自身服务，以免丢失案件。例如新加坡的 SCMA 从 SIAC 分离独立，就是为了更好满足航运业对低成本、高灵活度仲裁的需求[19]。这一举措不仅留住了原本可能流失到伦敦等地的案件，也促使 SIAC 专注于自身强项，实现差异化良性竞争。对于中国内地而言，推广临时仲裁将使仲裁中心能够涵盖更广谱的案件类型，从大宗的船舶建造合同纠纷，到小额的港口服务费争议都能兼顾处理，形成对机构仲裁的有益补充。通过“机构+临时”双轨并行，我们可以构建起层次丰富、运转高效的海事仲裁服务体系，更好地适应瞬息万变的市场需求。

（三）深化法治化的高质量营商环境

1. 为区域经济合作提供新型争议解决支持

在区域经济合作加深的大背景下，建立灵活多样的跨国争议解决机制是营商环境的重要支撑。传统的纠纷解决主要依赖各国法院，但司法判决跨境执行困难、程序繁琐，难以满足区域一体化进程中大量商事纠纷的解决需要。[20]仲裁因其裁决跨境可执行而成为跨国商事争议的首选方式之一。尤其是临时仲裁，能够根据当事人意愿在任一合作方国家乃至第三国进行，更具中立性和灵活性。这种机制为区域经济合作提供了新型的争议解决支持。例如，在 RCEP 框架下，不同成员国企业之间的合同若发生纠纷，各方可以不受制于某一固定仲裁机构，而是协商选择一个大家都能接受的仲裁地和仲裁员，通过临时仲裁解决争议，从而避免了因选择某一国机构可能引发的偏好争议。在实践中，国际航运贸易领域早有类似经验：波罗的海国际航运公会（BIMCO）在其标准合同中设计了替选仲裁地条款，规定亚洲、欧洲、美洲各有一个推荐仲裁地（新加坡、伦敦、纽约），以方便不同区域的当事人就近解决争议。这体现出区域就近仲裁服务对于跨区域商业往来的重要性。中国内地建设亚太海事仲裁中心，可以看作是对区域经济合作的一种法治保障创新。中心将立足亚洲，服务辐射 RCEP、“一带一路”倡议等多个合作框架，为区域内不同法域的市场主体提供一个共同信赖的争端解决平台。当出现涉及多国的海事纠纷时，各国当事人完全可以选择中国内地仲裁中心进行临时仲

---

[19] See Kaili Ang and Arie C. Eernisse, *A Tale of Two Maritime Hubs: The Rise of Regional Maritime Arbitration Centers in Asia*, Kluwer Arbitration Blog (Nov.9, 2021), https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/09/a-tale-of-two-maritime-hubs-the-rise-of-regional-maritime-arbitration-centers-in-asia/#:~:text=Singapore%20has%20been%20an%20active,website%20%E2%80%9CAbout%20Us%E2%80%9D%3A%20About%20Us.

[20] 参见钱颜：《高质量海事商事仲裁服务助力加快发展新质生产力》，载《中国贸易报》2024 年 7 月 4 日，第 1 版。

裁，由各自选任的仲裁员组成合议庭适用中立法律裁决争议。这不仅为纠纷各方提供了便利，也有助于维护合作关系的稳定，因为争议得到及时妥善解决才不会损害长期合作的基础。可以预见，随着亚太仲裁中心的运作成熟，它将在区域经济合作中发挥“减震器”和“润滑剂”的作用：一方面减少了纠纷演变为外交或贸易争端的可能，维护区域合作的良好氛围；另一方面通过仲裁裁决的示范效应，逐步促成区域商业惯例和法律规则的趋同，提升整体法治合作水平，推动构建更加紧密的区域命运共同体。

2. 增强市场主体对法治化营商环境的信心

高质量的法治化营商环境是吸引投资和促进贸易的基石，而仲裁制度的完善程度往往被视为衡量一国营商环境法治化水平的重要指标之一。对于市场主体来说，签订合同只是合作的开始，他们更加关心的是一旦发生争议，能否有公正高效的途径维护自身权益并使裁决得到切实执行。调查显示，仲裁用户最看重的因素包括仲裁协议和裁决的可执行性以及临时措施的有效落实。如果一个国家能够提供完善的仲裁制度，确保仲裁裁决可以方便地得到承认和执行，那么企业将在该国开展经贸活动时更有安全感和信任感。[21]临时仲裁机制的完善有助于增强市场主体对中国内地法治化营商环境的信心。一方面，它显示出中国内地法律对当事人意思自治和国际惯例的尊重，释放出司法体制开放包容的积极信号。当外国公司发现中国内地法律允许他们像在伦敦、新加坡那样自主选择仲裁方式解决纠纷，并且中国内地法院愿意承认和执行这些仲裁裁决时，他们会更愿意与中方合作并选择在华投资经营。另一方面，临时仲裁的推广需要司法体系提供有力支持，例如建立健全仲裁裁决的司法审查和执行机制。中国内地法院多年来通过“仲裁裁决强制执行事由审查制度”等措施，不断提高涉外仲裁裁决的执行率，维护仲裁的权威性。[22]随着临时仲裁在我国内地的发展，司法机关也将相应完善程序，做到对仲裁的有限度监督与最大程度支持并重，确保仲裁裁决依法高效执行。这将有效打消市场主体对于仲裁公信力和执行力的顾虑。一系列公正执行的案例将树立中国内地仲裁可信赖的口碑，逐步赢得国内外企业的信任感。此外，仲裁中心汇聚的高素质仲裁员队伍和专业化服务，也将提升市场主体对纠纷解决质量的预期，减少其对营商风险的担忧。综上，通过临时仲裁机制的完善和运行，中国内地能够向市场各方展示一个更加公平、公正、透明的法治化营商环境形象，增强投资者和贸易伙伴的信心，最终营造出更加稳定健康的经济发展环境。

四、中国内地临时仲裁的发展困境

[21] 参见冯硕：《〈中华人民共和国仲裁法〉修订的涉外法治之维》，载《上海大学学报（社会科学版）》2024 年第 5 期。

[22] 参见王飒：《海事仲裁效率价值影响因素分析与优化路径探讨》，载《法学前沿·新时代航运法治建设研究文集》2023 年第 4 卷。

（一）法律层面的困境

1. 临时仲裁缺乏内地法律的认可

我国内地现行《仲裁法》对临时仲裁缺乏明确的承认和规定。这部自 1994 年实施的仲裁法要求仲裁协议中载明仲裁机构，否则视为无效。换言之，在中国内地，如果当事人约定自行组建仲裁庭而不依托永久性的仲裁机构，该仲裁协议往往因无法找到法律依据而被法院认定无效，从而使得依据该协议所作出的裁决也难以获得司法承认和执行。[23]这种法律上的空白直接导致了临时仲裁在我国内地难以开展。反观伦敦、纽约、新加坡、中国香港地区等国际知名仲裁中心，其法律体系普遍允许并支持临时仲裁的存在。例如，英国 1996 年《仲裁法》赋予当事人高度的意思自治空间，允许其不经仲裁机构而自行组织仲裁，伦敦海事仲裁员协会（LMAA）据此发展出繁荣的海事临时仲裁实践。[24]纽约等地依托通行的仲裁法（如美国联邦仲裁法）也同样认可当事人自主仲裁的效力。在中国香港地区和新加坡，两地的仲裁立法采纳了《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration，以下简称 UNCITRAL《示范法》）的原则，明确允许临时仲裁，并由法院或指定机构提供必要的支持和监督。因此，这些地区的当事人可以自由选择临时仲裁解决海事纠纷，而不必拘泥于特定机构，仲裁裁决同样能够得到司法认可和跨国执行。相比之下，我国内地尚未正式开放临时仲裁制度，使得国内当事人若希望采用此种机制，面临法律层面的不确定性。尽管近年在上海自贸区、海南自由港等地有所试点探索（例如允许涉外案件在特定区域进行临时仲裁），并且《仲裁法》修订草案中也提及了对临时仲裁的有限放开，但在全国范围内，临时仲裁尚未得到全面法律认可。这一立法滞后的现状成为制约我国内地海事临时仲裁发展的首要困境。

2. 临时仲裁与机构仲裁协调不畅

在现行制度下，我国内地海事商事仲裁主要由各仲裁委员会等机构主导，机构仲裁长期占据主导地位。然而，这种格局在一定程度上造成了临时仲裁与机构仲裁发展上的脱节与不协调。如果引入临时仲裁机制，势必触动现有仲裁机构的利益格局：仲裁机构担心案件流失，仲裁员也习惯于依赖机构提供的程序指引和管理支持，缺乏独立开展仲裁的经验。同时，由于缺乏上位法的明确指引，各仲裁机构对于如何与临时仲裁协同发展也存在疑虑。例如，当事人选择临时仲裁后，如果在仲裁过程中需要选定仲裁员、确定仲裁规则或解决程序争议，现有的仲裁委员会是否以及如何介入协助，缺少统一规范。一方面，仲裁机构缺乏成为“指定机构”或“指派权威”（appointing authority）的法律地位，导致临时仲裁在启动

[23] 参见邓杰：《上海打造亚太海事仲裁中心的制度供给与法治保障》，《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 6 期，第 133-141 页。

[24] See *The Maritime Arbitration Universe in Numbers: A Recap of 2019 and 2020's Statistics* , Holman Fenwick Willan LLP, London, England, 2023, p.3, https://www.hfw.com/Shipping.

和进行中缺乏制度化支撑[25]；另一方面，法院在涉及临时仲裁的司法协助（如仲裁协议效力确认、临时措施、仲裁裁决执行等）上也鲜有实践，致使临时仲裁各环节与现行仲裁体系难以衔接。国际经验表明，机构仲裁与临时仲裁并非对立关系，可以实现协调共存。例如，新加坡在发展海事仲裁时，一方面保留新加坡国际仲裁中心（Sigapore International Arbitration Centre, SIAC）等机构仲裁的优势，另一方面通过新加坡海事仲裁院（SCMA）提供一个兼具临时仲裁灵活性的平台。在这些机制下，仲裁机构可以在当事人需要时担任指定仲裁员的角色、提供场地和程序咨询，但不过度干预案件实质审理，从而实现对临时仲裁的支持而非管控。相较而言，我国内地尚缺乏这样的协调机制和观念。本土仲裁机构过去更多关注自身案件的管理和审查，对不经机构办理的仲裁缺乏参与动力。[26]这种临时仲裁与机构仲裁“各自为战”的局面，使得临时仲裁的发展缺少现有仲裁体系的有力支撑，形成制度协调上的困境。在相关制度完善之前，这种协调不畅的现状仍将持续制约我国内地海事临时仲裁的推广。

3. 内地仲裁体系与国际尚未接轨

首先，在仲裁程序和仲裁员管理方面存在差异。国际海事仲裁中心通常允许当事人在很大范围内自由选择仲裁员，不受国籍和官方名册的限制，只要符合独立公正和专业胜任的要求即可。[27]然而我国内地仲裁机构长期实行仲裁员名册制，我国内地仲裁案件原则上需从机构备案的仲裁员名单中选任仲裁员，且对仲裁员的资格有严格要求（如必须具有法律专业背景、一定年限的工作经验等）。这种做法虽然保证了一定的专业水准，但相对缺乏灵活性，也限制了国外知名海事仲裁员参与我国内地案件的可能性。此外，仲裁机构对案件的程序管理较为深入，例如内地一些仲裁委员会惯常对仲裁裁决行文进行形式审查，有时还会对裁决结果提出修改建议，这在国际上被视为对仲裁独立性的潜在影响（尽管此举旨在保证裁决质量和避免低级错误）。[28]反观伦敦、新加坡、中国香港地区等地，仲裁机构一般不干预仲裁庭对案件的实质裁判，即便在机构仲裁中也主要由当事人和仲裁庭掌控程序，这更符合当事人意思自治原则。**其次，在裁决的承认与执行方面存在差异。**尽管中国是《纽约公约》缔约国之一，对外国仲裁裁决的承认与执行

[25] See Chu B. & Wang W. (2022), “Building an International Arbitration Hub: China's Competitiveness and Direction”, *Frontiers in Marine Science*, Vol.9, No.986617, pp.78-92.

[26] 参见佟尧：《我国海事仲裁协议效力认定规则及完善研究》，《中国国际私法与比较法年刊》2020 年第 1 期，第 230-245 页。

[27] See Matthew Rochat, “China’s Growing Dominance in Maritime Shipping”, *The Diplomat,* 18 December 2021, https://thediplomat.com/2021/12/chinas-growing-dominance-in-maritime-shipping/#:~:text=including%20seven%20of%20the%2010,owned%20by%20the%20%E2%80%9Cbig%20three%E2%80%9D.

[28] See Kaili Ang & Arie C. Eernisse, “A Tale of Two Maritime Hubs: The Rise of Regional Maritime Arbitration Centers in Asia”, *Kluwer Arbitration Blog,* 9 November, 2021, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/09/a-tale-of-two-maritime-hubs-the-rise-of-regional-maritime-arbitration-centers-in-asia/#:~:text=Singapore%20has%20been%20an%20active,website%20%E2%80%9CAbout%20Us%E2%80%9D%3A%20About%20Us.

总体上符合公约要求，但在执行国内仲裁裁决时仍采用内地标准，特别是对于非机构仲裁裁决目前尚无法可依。这意味着，即便我国内地将来放开临时仲裁，如果相关配套的执行制度不完善，仍可能出现国内裁决难以执行或境外不予承认的问题。相较之下，中国香港地区、新加坡等地因采用与国际一致的仲裁法律框架，仲裁裁决更容易获得跨境执行的认可。总之，只有当规则环境与国际标准相符，海外当事人才会放心地将重大海事纠纷提交在中国内地管辖的仲裁，我国当事人也才能更积极地参与国际仲裁竞争。

（二）实践层面的困境

1. 专业海事临时仲裁员量少质低

首先，海事仲裁对仲裁员的要求甚高。海事纠纷往往涉及航运实务、海商法乃至国际公约等复杂专业领域，要求仲裁员不仅精通法律，还要对航运业的商业惯例和技术细节有所了解。在英国等海事仲裁发达地区，许多仲裁员本身是资深航运律师、退休船长、船舶工程师或平均理算师，他们在航运界浸淫多年，具有处理复杂海事争议的专业背景和威望。相比之下，我国内地海事仲裁员主要从法律界和学术界产生，具有深厚航运实务背景的人相对较少，这在处理高专业度的海事案件时可能构成短板。**其次，临时仲裁对仲裁员的综合能力要求更高。**由于缺少机构提供流程管理和秘书支持，仲裁员在临时仲裁中需要亲自组织和安排程序，包括与当事人协商程序日程、证据交换，处理程序异议等。然而我国内地长期的仲裁实践使仲裁员习惯于在机构框架下工作，许多人缺乏独立主持整个仲裁程序的实战经验。如果贸然进入临时仲裁角色，可能在程序把控、效率和当事人管理上暴露不足。另外，从数量上看，尽管我国内地各仲裁委员会名册上注册的仲裁员总数不少，但真正专注于海事领域并活跃办理案件的为数不多，能在国际舞台上与海外仲裁员竞争的更是凤毛麟角。国际主要海事仲裁中心都非常重视仲裁员队伍的国际化和专业化，广泛吸纳各国优秀人才。例如，新加坡海事仲裁院（SCMA）的仲裁员名册上汇聚了来自不同法域的知名海事仲裁员，中国香港地区亦有香港海事仲裁协会（Hong Kong Maritime Arbitration Group, HKMAG）推动本地和国际仲裁员的交流。相形之下，我国内地海事仲裁员的人才培养机制尚不健全，缺乏定期的培训进修和国际交流机会，这不仅影响仲裁员个人的专业提升，也限制了我国内地海事仲裁公信力的提升。因此，加强海事仲裁人才培养、引进行业专家成为仲裁员，以及允许更多国际知名仲裁员参与我国内地案件，已成为推动我国内地临时仲裁发展的当务之急。11 月

2. 临时仲裁裁决的执行存在障碍

首先，法律对临时仲裁裁决的态度较为保守。由于内地法律尚未正式认可临时仲裁，实践中法院在面对此类裁决时缺乏明确指引，往往倾向不予执行。例如，如果当事人依照双方约定自行组成仲裁庭并作出裁决，当申请法院强制执行时，

法院可能会以仲裁协议无效或程序不符合法定要求为由驳回执行请求。这种不确定性使得临时仲裁裁决在我国内地难以落地生效，严重挫伤了当事人选择临时仲裁的意愿。**其次，在仲裁过程进行中缺乏司法支持也是一大障碍。**众所周知，仲裁尤其是临时仲裁有时需要法院的协助才能顺利推进，例如在一方当事人拒不参与仲裁或仲裁协议有争议时，请求法院确认仲裁协议效力、指定仲裁员，或在紧急情况下申请财产保全和临时禁令等。[29]在中国香港地区、新加坡等司法完善的地区，法律明文规定了法院可在这些方面协助仲裁的途径，确保即便在无机构管理的情况下，仲裁程序也能得到必要的外部支持。[30]然而我国内地法院对临时仲裁的司法协助几乎是一片空白：既没有明确的法律授权，也缺少实践经验。这导致一旦仲裁过程中出现上述需要协助的情形，仲裁庭和当事人可能无所适从，仲裁程序面临中断或无法继续的风险。即使仲裁裁决最终作出，其执行也面临双重困难：在中国内地执行，因临时仲裁地位不明而难获支持；在境外执行，若外国法院审查发现仲裁地在中国内地而中国内地法律不承认该裁决，也可能引发不予执行的疑虑。值得注意的是，随着我国内地逐步探索临时仲裁，一些地方司法机关开始积累案例经验。例如，上海市政府报道了内地首例涉外海事临时仲裁案在沪完成并高效执行的案例，从仲裁协议达成到裁决作出仅耗时两周。[31]然而，这毕竟是个案突破，尚未形成普遍适用的规则。临时仲裁裁决执行难的问题无疑会动摇市场对在中国内地开展海事临时仲裁的信心。

3. 市场对临时仲裁认知程度较低

市场主体对于临时仲裁的认知和接受程度不足，也是制约其发展的现实困境。长期以来，内地航运企业、保险公司以及相关的法律服务从业者更习惯于通过法院诉讼或机构仲裁解决纠纷。对于“临时仲裁”这一模式，许多业内人士缺乏直观了解，甚至存在认识误区。一方面，由于我国内地过去不承认临时仲裁，企业在起草合同争议解决条款时通常不会考虑这一选项，而是倾向于选择知名仲裁机构（如中国海事仲裁委员会，或在涉外合同中选择新加坡、中国香港地区等地机构）。行业惯例的固化使得“无机构仲裁”在很多人眼中等同于“无保障的仲裁”。[32]不少企业法务和律师担心，如果不用仲裁委员来管控程序，裁决的权威性和执行力会打折扣，甚至怀疑临时仲裁是否会演变为“私了”而难获司法认可。另一方面，相

---

[29] See *Review of Maritime Transport 2023: Facts and Figures on Asia*, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Geneva, Switzerland, 2023, p.8, https://unctad.org/press-material/review-maritime-transport-2023-facts-and-figures-asia#:~:text=,reflecting%20global%20manufacturing%20patterns%2C%20where.

[30] 参见张晨：《中国元素助力国际海事争议解决》，《法治日报》2024 年 10 月 10 日。

[31] 参见上海市人民政府官网：《上海市司法局积极推动建立制度规则体系 全国首例涉外海事临时仲裁案经济高效化解用时仅两周》，2024 年 12 月 30 日，https://www.shanghai.gov.cn/nw4411/20241230/6399ecf3ef51471bb0c17d154dfc83e5.html2024。

[32] See *Institutional vs. 'ad hoc' arbitration*, Pinsent Masons, London, England, 2011, p.2, https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/institutional-vs-ad-hoc-arbitration#:~:text=Masons%20www,the%20dispute%20resolution%20procedure%20themselves.

较于国际航运界对临时仲裁高效、灵活优点的熟知，内地市场尚未充分认识到这一机制的潜在价值。[33]例如，临时仲裁可以根据当事人需求度身定制程序、节省仲裁费用、加快解决速度，这些优势尚未被广泛宣传。很多航运企业管理层和法务人员并不了解，在伦敦等航运中心，大量海事纠纷是通过当事人自行选定仲裁员的方式迅速裁决的，并未经过繁琐的机构程序。认知的不足直接导致意愿的不足：即便在某些自由贸易区试点允许临时仲裁的背景下，愿意“尝鲜”的当事人仍是少数。要提高市场对临时仲裁的接受度，需要多管齐下的努力。当法律障碍逐步消除、实践经验不断累积，再辅以市场认知的提升，临时仲裁才能真正在我国内地航运法律服务市场站稳脚跟。

（三）国际竞争层面的困境

1. 新加坡：亚太地区首个海事仲裁中心

新加坡作为亚太地区最早崛起的海事仲裁中心，其成功经验为我国内地提供了有益的参考。但也正因为新加坡已抢占先机，我国内地在打造自身的海事仲裁中心时将面临直接的竞争压力。新加坡海事仲裁院（SCMA）自 2009 年重组独立运作以来，逐步发展成为地区内具有影响力的海事争议解决平台。SCMA 能够成功，**首先归功于其灵活专业的仲裁规则。**该机构采用“轻管理”模式，不像传统仲裁机构那样深度介入案件全过程，而是更接近临时仲裁的方式：当事人有高度自主权来选择仲裁员和程序，SCMA 本身仅在需要时提供协调和行政支持。这种模式迎合了国际航运界尤其是海事商事当事人的偏好，因为他们往往希望仲裁简便高效、费用可控、程序上不拘泥于繁文缛节。从规则设计看，SCMA 借鉴了伦敦海事仲裁员协会（LMAA）的一些做法，例如鼓励书面程序、快速裁决机制等，以满足航运纠纷数额相对不大且需要迅速解决的需求。**第二，新加坡政府的鼎力支持也是关键因素。**新加坡将发展国际仲裁（包括海事仲裁）纳入国家战略，在立法上不断完善：其《国际仲裁法》充分体现了当事人意思自治原则，与《纽约公约》和国际惯例接轨；司法上，新加坡法院以对仲裁友好而著称，几乎从不轻易推翻仲裁裁决，对仲裁协议的解释也尽量采取有效原则。这种法治环境使得各国当事人对在新加坡仲裁充满信心。**第三，新加坡拥有现代化的仲裁配套设施。**Maxwell Chambers 等争议解决结构为当事人和仲裁员提供便利的线下服务，加上地理位置优越、语言以英语为主，这些因素都巩固了其作为区域仲裁中心的地位。对于志在成为“亚太海事仲裁中心”的上海来说，新加坡的成功既是榜样也是竞争对手。

2. 中国香港：亚太地区第二个海事仲裁中心

中国香港地区地区作为亚太地区另一重要的海事仲裁中心，同样对大陆构建海事临时仲裁机制形成竞争压力。中国香港地区国际仲裁中心（HKIAC）长期跻

[33] See *LONDON ARBITRATION: Just a few good reasons why,* Maritime London, London, England, 2025, p.1, https://www.maritimelondon.com/service/arbitration.

身世界知名仲裁机构之列，在海事仲裁方面也积累了丰富经验；此外，香港海事仲裁协会（HKMAG）等行业组织的存在，使中国香港地区聚集了一批熟悉航运业务的仲裁人才。中国香港地区的竞争优势**首先在于其法律制度高度国际化、自由化。**中国香港地区沿袭英国普通法体系，《中国香港地区仲裁条例》全面采纳了 UNCITRA《示范法》的内容，最大程度地与国际仲裁准则接轨。具体而言，在中国香港地区进行仲裁，无论是否通过机构，当事人均享有充分的程序自主权：他们可以选择 HKIAC 规则、LMAA 规则或联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission On International Trade Law，以下简称 UNCITRAL）临时仲裁规则，甚至可以不依附任何既定规则而由仲裁庭根据当事人意愿灵活决定程序。这意味着，中国香港地区为临时仲裁的实施提供了完备的法律土壤，其法院也习惯于处理和监督此类仲裁。**第二，中国香港地区在国际仲裁界享有公正中立的声誉。**对于涉及中国内地与外国当事人的海事纠纷来说，中国香港地区常被视为"折中"的理想仲裁地：一方面它地理临近内地、语言文化相通，内地当事人更易接受；另一方面其司法独立、仲裁判例丰富，外国当事人也认为在中国香港地区能获得公正对待。[34]这种信任度是上海等内地城市目前尚难以比拟的，需要时间和实绩来逐步培养。**第三，中国香港地区拥有成熟的仲裁配套服务和人才网络。**从仲裁律师事务所、海事法律专家，到双语书记官、专业鉴定人，中国香港地区的仲裁生态体系非常完善，使仲裁案件从开始到执行的各环节都井然有序。相比之下，上海虽然在航运产业规模上占据优势，但在专业法律服务的国际化程度以及对接国际仲裁资源方面仍显不足。例如，在内地举行国际海事仲裁，能否便利地找到精通英语和海事法的工作人员、提供与国际接轨的程序服务，这是需要补课的领域。**最后，中国香港地区仲裁裁决的跨境执行也有成熟机制保障。**在"一国两制"框架下，中国香港地区与内地间签署了相互执行仲裁裁决的安排，使得仲裁裁决在两地执行具有可预期性。反观目前在上海进行临时仲裁，由于法律地位不明确，其裁决要在境外执行可能面临不确定性。这也是上海在与中国香港地区竞争时需要重点解决的问题之一。

五、中国内地海事临时仲裁的完善路径

（一）完善法律体系，明确临时仲裁法律地位

1. 承认临时仲裁的合法性

现行《仲裁法》要求仲裁协议指定特定的仲裁委员会，实际上否定了当事人自行组织仲裁（临时仲裁）的可能性。这一制度安排在过去为规范仲裁活动发挥了一定作用，但随着国际商事仲裁的发展，过于僵化的规定已无法满足航运贸易等领域对灵活、高效争议解决的需求。参照国际经验，英国于 1996 年修改仲裁

[34] 参见王岩、臧坦坦：《海事审判"三合一"改革背景下海洋环境公益诉讼的实践困境与纾解对策——基于全国法院 2019—2023 年 282 篇裁判文书的实证考察》，载《河北法学》2025 年第 2 期。

法时就确立了高度尊重当事人意思自治的原则，允许仲裁协议不指定机构而由当事人自行组织仲裁程序。[35]美国则通过《联邦仲裁法》等立法，在联邦和州两级为临时仲裁提供了宽松的法律环境[36]，纽约等地的海事仲裁实践中广泛存在由当事人直接委托仲裁员进行仲裁的模式。[37]新加坡和中国香港地区也分别通过《国际仲裁法》和《仲裁条例》采纳了 UNCITRAL《示范法》，明确允许当事人约定临时仲裁，由法院或指定机构在必要时协助执行程序。[38]因此，中国内地应尽快启动《仲裁法》的修订工作，在法律上正式承认临时仲裁的合法地位，删除对仲裁机构的强制性要求，并规定只要仲裁协议明确了仲裁事项、仲裁员选定方式或仲裁规则，当事人自行开展的仲裁即具有法律效力。值得注意的是，我国内地近期的仲裁法修订草案已释放出积极信号，拟在涉外商事和海事纠纷领域有限度地允许临时仲裁。这表明立法层面已经认识到临时仲裁的价值。

2. 优化临时仲裁程序规则

建立临时仲裁法律地位后，还需配套制定完善的程序规则以指导当事人高效开展临时仲裁。国际海事仲裁实践提供了宝贵经验。伦敦海事仲裁员协会（LMAA）长期以来推行的仲裁条款是一套典型的临时仲裁规则模型，其突出特点是程序灵活、成本可控。例如，LMAA 规则允许依据争议金额选择简易程序或文件仲裁，以加快审理进程。新加坡海事仲裁中心（SCMA）则在规则中兼顾了当事人自治和程序管理：当事人可以自由选择仲裁员名单之外的专家担任仲裁员，仲裁程序主要由仲裁庭自行掌控，SCMA 秘书处仅在需要时提供支持服务。这种“机构支持+临时仲裁”的模式兼具灵活性和专业性，值得中国内地借鉴。[39]中国内地可以依托行业协会或现有仲裁机构，推出专门面向海事纠纷的临时仲裁示范规则。例如，由中国海事仲裁委员会牵头，组织业内专家参考 UNCITRA《示范法》、LMAA 条款和 SCMA 规则，制定《中国海事临时仲裁规则》。该规则应充分体现以下要点：简化仲裁程序中的形式要求，赋予仲裁庭更大的程序裁量权；[40]根据海事纠纷特点设计专业化条款（如关于航运惯例证据、技术鉴定的规定）；明确仲裁员报酬和费用分担机制，以避免程序拖延。通过提供一套符合中国内地法律环境又

---

[35] See Mariana Zhong & Hongwei Dang, “Dissecting the 2024 Draft Amendment to the PRC Arbitration Law: A Stride Forward or a Step Back?”, *Kluwer Arbitration Blog,* 3 December 2024, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/12/03/dissecting-the-2024-draft-amendment-to-the-prc-arbitration-law-a-stride-forward-or-a-step-back/#:~:text=increasing%20the%20transparency%20and%20independence,resolve%20their%20disputes%20in%20China

[36] See Chu B. & Wang W. (2022), “Building an International Arbitration Hub: China's Competitiveness and Direction”, *Frontiers in Marine Science*, Vol.9, No.986617, pp.78-92.

[37] 参见周加海、沈红雨：《以高质量海事审判服务保障海洋强国建设——最高人民法院第 41 批指导性案例（指导性案例 230—236 号）的理解与参照》，《中国应用法学》2024 年第 6 期，第 80-91 页。

[38] 参见王勤：《新加坡全球海洋中心城市构建及其启示》，《广西社会科学》2022 年第 4 期，第 42-51 页。

[39] 参见刘晓红、冯硕：《大变局背景下的国际商事仲裁：世界潮流与中国因应》，《中国社会科学》2024 年第 12 期，第 63-82 页以及第 200-201 页。

[40] 参见王天红：《〈海诉法〉中海事仲裁司法审查条款的修改研究》，《中国海商法研究》2021 年第 1 期，第 31-40 页。

与国际接轨的临时仲裁规则范本，可以提高临时仲裁的可操作性，增强当事人选择临时仲裁的信心。[41]规则层面的完善将使海事临时仲裁在程序上更加灵活高效，与航运贸易快速灵动的节奏相契合。

3. 建立临时仲裁衔接机制

首先，通过司法解释或立法明确要求法院在临时仲裁的以下方面提供支持。一是仲裁协议效力确认：当事人就临时仲裁协议发生争议时，法院应受理申请并依据意思自治原则认定仲裁协议有效，防止以未指定机构为由否定协议；二是仲裁程序保障：在仲裁员无法由当事人协商选定时，允许当事人向法院申请指定仲裁员或主持组庭。中国香港地区的经验是《仲裁条例》指定香港国际仲裁中心为 UNCITRAL 临时仲裁的默认指定机关，中国内地也可规定由中国仲裁协会或各地法院的特定机构承担此职能；三是临时措施支持：赋予临时仲裁当事人与机构仲裁当事人同等的申请财产保全和证据保全的权利，当事人可凭临时仲裁协议直接向仲裁地有管辖权的海事法院申请保全措施，法院依法及时审查并执行。在这些环节中，司法应扮演“保障者”角色，为临时仲裁扫清障碍。[42]**第二，明确法院对临时仲裁裁决的审查和执行标准。**法院对临时仲裁裁决的监督应与对机构仲裁裁决保持一致，即仅限于程序公正、管辖权、公共政策等有限理由进行审查，不因未经过仲裁委员会而提高审查强度。[43]为此，可以通过最高人民法院的司法解释统一全国法院对临时仲裁裁决的执行尺度，确保各地法院理解一致，不出现标准不一的情况。**第三，借鉴国际实践优化裁决的跨境执行。**依照《纽约公约》的精神，明确凡在中国内地合法进行的临时仲裁所产生的裁决，均属于《纽约公约》项下“仲裁裁决”，应在公约成员地得到承认与执行。这一点非常重要，因为只有确保中国内地的临时仲裁裁决能方便地在国际上被执行，才能真正增强市场对中国海事临时仲裁的信任。综上，通过建立完善的仲裁-司法衔接机制，临时仲裁将获得必要的外部支撑，在中国的法律体系中有效运作。

（二）加强实践支持，构建专业化仲裁体系

1. 培育高素质海事临时仲裁员队伍

首先，建立系统的培训和认证机制。借鉴伦敦、新加坡等仲裁发达地区的经验，可以依托中国海事仲裁委员会、航运协会以及高等院校，定期举办海事仲裁专题培训班，邀请境内外资深仲裁员、法官和海事法律专家授课，内容涵盖国际

---

41 See *LMAA arbitration – quietly big, on the increase and not just for maritime disputes,* Bird &Bird, London, England, 2023, p.2, https://www.twobirds.com/en/disputes-plus/shared/insights/2023/uk/lmaa-arbitration-quietly-big-on-the-increase-and-not-just-for-maritime-disputes.

42 See Kaili Ang & Arie C. Eernisse, “A Tale of Two Maritime Hubs: The Rise of Regional Maritime Arbitration Centers in Asia”, *Kluwer Arbitration Blog,* 9 November 2021, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/09/a-tale-of-two-maritime-hubs-the-rise-of-regional-maritime-arbitration-centers-in-asia/#:~:text=Singapore%20has%20been%20an%20active,website%20%E2%80%9CAbout%20Us%E2%80%9D%3A%20About%20Us.

43 参见邓杰：《美国海事仲裁制度多维检视及中国选择——从建设国际海事仲裁中心的视角出发》，《国际法研究》2023 年第 6 期，第 138-158 页。

海事法、仲裁程序管理、裁决书写作等。通过严格的培训与考核，逐步建立一支熟悉国际规则、精通双语沟通的本土海事仲裁员队伍。同时，探索仲裁员资格认证制度，引入分级管理，鼓励有丰富实务经验的航运律师、前法官、船长和轮机长等专业人士进入仲裁员名册。[44]伦敦 LMAA 在仲裁员遴选上注重候选人的航运从业背景，新加坡 SCMA 也积极吸纳来自不同法域的海事仲裁专家，这些做法都有助于提高仲裁员队伍的专业多元性。**其次，鼓励国际交流以提升中国仲裁员的实战能力。**可以选派优秀的年轻仲裁员赴伦敦、中国香港地区、新加坡的仲裁机构见习或参与国际海事仲裁员大会[45]（International Congress of Maritime Arbitrators, ICMA）等活动，汲取实务经验，并与国际同行建立联系网络。此外，应建立激励机制提高仲裁员从事临时仲裁的积极性，例如在案件补贴、研究课题支持等方面给予倾斜。[46]总体而言，通过培训、认证和国际交流，中国内地有望造就一批在业务素养和职业操守上都达到国际水准的海事仲裁员。高水平的仲裁员队伍将提升临时仲裁的公信力，使国内外当事人在选择上海等地作为临时仲裁地时更为安心。

2. 健全临时仲裁裁决高效执行机制

首先，优化国内法院对临时仲裁裁决的执行程序。应当制定明确的操作细则，指导各级法院受理和审查临时仲裁裁决的执行申请。[47]例如，可以要求申请人提交仲裁协议、仲裁过程证明和裁决书正本，由仲裁员签名或经公证的文件以确保裁决的真实性，然后法院依照《民事诉讼法》和《仲裁法》的相关规定进行审查。鉴于临时仲裁没有机构盖章这一特点，法院在形式审查时应侧重于确认仲裁员的身份和仲裁程序的合法性，可通过建立仲裁员报备制度解决这一问题：即要求在中国内地进行的临时仲裁案件，其仲裁庭或当事人在仲裁开始时向所在地司法机关或仲裁协会备案仲裁员名单和仲裁规则，以备法院执行时核验。这种备案不影响仲裁独立进行，但能为事后执行提供便利依据。**第二，提升中国临时仲裁裁决在国外的可执行性。**当中国内地允许并发展临时仲裁后，中国内地作出的临时仲裁裁决将被视为《纽约公约》所承认的“国内裁决”或“仲裁地裁决”，外国法院在公约框架下应给予执行。然而，要确保外国法院无障碍地承认中国内地裁决，中国内地必须严格按照国际公认的仲裁标准运行临时仲裁，避免程序瑕疵成为他国

[44] 参见邓杰：《“21 世纪海上丝绸之路”建设背景下亚太海事仲裁中心之争——新加坡海事仲裁制度考察及借鉴》，《“一带一路”法律研究》2021 年第 1 期，第 253-279 页。

[45] 国际海事仲裁员大会成立于 1972 年，是一个非官方、非营利性、定期、非定址的国际论坛.该论坛本着共同促进全世界海事仲裁发展的宗旨，为行业协会、航运企业、司法机关以及专家学者等提供了一个共商海事仲裁、海商法及其他相关前沿问题的高层对话平台。国际海事仲裁员大会已经成为海事仲裁领域最顶级的国际性学术会议，素有世界海事仲裁奥林匹克之称，与会代表多为活跃在该领域的海商法、海事仲裁领域的知名学者、资深法官、著名海事仲裁员、海事律师以及大型航运公司的高级管理人员等。国际海事仲裁员大会每两年举办一次。

[46] 参见吴锦标：《海事司法标准供给的理论阐释与制度构建——以涉外海事审判对接高标准经贸规则为视角》，载《中国应用法学》2024 年第 4 期，第 142-154 页。

[47] 参见钱颜：《高质量海事商事仲裁服务助力加快发展新质生产力》，《中国贸易报》2024 年 7 月 4 日。

拒绝执行的借口。[48]因此，在制度建设中应对标《纽约公约》和 UNCITRA《示范法》的要求，强调仲裁程序的独立公正，保障被执行人充分的程序权利，使裁决结果经得起国际审视。**第三，通过双边司法协助协定、泛区域合作等方式提升裁决跨境执行的效率。**例如，推进与“一带一路”沿线国家商签仲裁裁决互认协议，或利用上海合作组织、RCEP 等多边机制探讨简化执行手续的合作。只有当国内执行畅通、国外执行有保障，临时仲裁对当事人的吸引力才能大大增强。健全的执行机制将夯实中国内地海事临时仲裁的公信力，使其真正成为解决海事纠纷的高效途径。

3. 提升市场对临时仲裁的接受程度

首先，通过行业宣传、法律推广介绍临时仲裁的功能与优点。政府有关部门、行业协会和仲裁机构可以联合举办研讨会、讲座，为航运、造船、货代、保险等领域的企业普及临时仲裁知识，重点阐释其灵活性、专业性以及在节省成本、保密性方面的优势。例如，可以分析典型的国际航运案例，说明当事人通过约定 LMAA 或 SCMA 规则自行仲裁如何快速解决纠纷、维护合作关系，从而让国内企业直观感受到临时仲裁的实用价值。**第二，利用成功案例来增强市场信心。**一旦中国内地出现运用临时仲裁妥善解决海事争议的实例，应及时总结经验、广泛宣传。特别是在广西自贸区、上海自贸区等试点地区，如有企业通过临时仲裁高效解决了与外商的航运合同纠纷，其案例可在行业媒体上予以报道，邀请当事人分享体验，从而打消其他企业对临时仲裁程序和裁决执行的疑虑。**第三，推动将临时仲裁选项纳入标准合同范本。**在航运领域，不少合同（如租船合同、提单）是依赖范本订立的。国内有关协会可以仿效波罗的海国际航运公会（The Baltic and International Maritime Council, BIMCO）等国际组织，在合同范本中增加“中国（广西）临时仲裁”条款作为选项，供交易双方参考采用。这将潜移默化地提高临时仲裁的使用率。**最后，监管部门和仲裁界应密切跟踪市场反馈。**针对企业关心的问题（如临时仲裁的费用、仲裁员中立性等）及时回应，通过发布指引、Q&A 等方式消除疑虑。综合这些举措，能够逐步提高内地市场对临时仲裁的认识水平和接受程度。当越来越多的市场主体愿意尝试并选择临时仲裁解决纠纷时，中国内地海事仲裁的整体环境将更加多元开放。

（三）增强国际竞争力，提升上海作为海事仲裁中心的影响力

1. 借鉴域外建设国际海事仲裁中心的经验

新加坡成功跻身全球主要海事仲裁中心，其经验对上海具有重要启示。**首先，新加坡通过打造专业化的海事仲裁平台（SCMA）满足了航运界的特殊需求。**2009 年新加坡海事仲裁中心（SCMA）重新独立运作，采取了与国际接轨的规则和运

[48] 参见冯硕：《〈中华人民共和国仲裁法〉修订的涉外法治之维》，《上海大学学报（社会科学版）》2024 年第 5 期，第 13-24 页。

营模式，例如不强制使用指定仲裁员名册、根据当事人需要提供灵活的费用安排等，在保持仲裁质量的同时降低了门槛。这一举措吸引了众多航运公司和保险人在当地进行仲裁。上海可以借鉴这一做法，依托自身的海事法律服务资源，在现有仲裁机构基础上设立专门的海事仲裁分支或独立的上海海事仲裁中心。该中心的运行应尽量参照国际标准，如采用开放的仲裁员名册制度，允许海外优秀仲裁员注册执业；制定中英双语的仲裁规则，提高境外当事人的可接受度；借鉴 SCMA 的灵活收费机制，根据案件争议金额和复杂度阶梯式收取仲裁费用，从而增强对不同规模纠纷的适应性。

其次，新加坡政府和行业组织合力营造了仲裁友好的软环境，包括高效廉洁的司法体系和浓厚的仲裁文化。上海在这方面也大有可为：进一步发挥上海自贸区和临港新片区先行先试政策优势，突破制约仲裁发展的制度瓶颈，例如在这些区域放宽外国律师参与仲裁的限制，为境外当事人提供更便利的法律服务；支持上海海事法院与仲裁机构互动，加强法官对国际海事商事法律和仲裁实践的培训，使司法更具专业性和亲和力。**此外，上海应积极培育本土的航运法律服务市场，鼓励知名海事律师事务所在沪集聚，形成专业服务生态圈。**只有法制环境和服务水准双提升，上海的海事仲裁环境才能真正与新加坡比肩，为建设亚太海事仲裁中心提供有力支撑。

2. 深化上海市与国际仲裁机构的交流合作

在全球化背景下，海事争议往往涉及跨国当事方和法律关系，提升上海仲裁的国际影响力需要加强与国际仲裁机构和组织的合作。**首先，搭建合作机制，分享仲裁资源。**上海可以与伦敦海事仲裁员协会（LMAA）、新加坡海事仲裁中心（SCMA）、香港国际仲裁中心（HKIAC）等知名机构签署合作备忘录，在仲裁员推荐、案例研究、规则制定等方面开展交流。这种合作可以使上海及时吸收国际最佳实践，也让国外同行了解上海仲裁的发展，从而扩大上海仲裁的知名度。**第二，实现裁决的跨区域互认与便利执行。**虽然各国普遍通过《纽约公约》框架执行外国仲裁裁决，但上海可探寻更进一步的便利措施。例如，与中国香港地区加强仲裁领域的衔接，落实《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》，推动在上海进行的仲裁裁决在中国香港地区迅速执行，反之亦然；探索与新加坡商讨建立类似的执行合作安排，减少当事人为裁决跨境执行所耗费的时间成本。**第三，共同推广仲裁服务。**上海可联合国际著名仲裁机构举办高层次的海事仲裁峰会或论坛，在全球航运大会、法律服务展会上设立上海仲裁推介专场，宣传上海仲裁优势。同时邀请国际仲裁机构参与上海仲裁周等活动，形成品牌效应。中国香港地区和伦敦通过长期举办国际仲裁会议提升了城市软实力，上海也应在这方面持续投入，以合作共赢姿态融入国际仲裁社群。**最后，制定上海仲裁的国际化战略。**在人才、规则、语言等方面对标

国际一流仲裁机构：引进海外仲裁法律人才到沪工作或短期交流，增强团队国际化；推动仲裁规则与国际进一步接轨，必要时提供英文版官方规则文本以及参考指引；设立涉外仲裁案件的英文审理通道，允许程序以英文进行并提供专业翻译服务，以减少语言障碍。通过与国际机构多层次的合作，上海仲裁可以在保持自身特色的同时，融入全球仲裁网络，提高国际知名度和影响力。

3. 打造高效完备的海事仲裁服务基础设施

硬件与软件兼备的仲裁服务基础设施是吸引当事人选择仲裁地的重要因素。上海应对标国际一流标准，打造集约高效、配套完备的仲裁服务体系。**首先，在硬件方面，可以考虑建立专门的国际仲裁中心场所。**例如，借鉴新加坡麦士威国际争议解决中心（Maxwell Chambers）[49]的模式，在上海建设设施先进的仲裁听证中心，内设不同规模和功能的仲裁庭、当事人休息室、远程视频会议室以及证人等候区等，并配备现代化的信息技术支持（高速互联网、投影展示设备等）。这样的场所既可供上海本地仲裁使用，也可吸引国外仲裁机构租用举办听证，提升上海在亚太地区的仲裁服务辐射力。**第二，软件方面，则侧重提升仲裁服务的人才和制度保障。**应培育专业的仲裁秘书和助理队伍，为仲裁庭提供程序行政支持，包括文件交换、流程安排、记录制作等服务，使临时仲裁在无常设机构的情况下也能得到高效运转的保障。同时，建立完善的双语法律数据库和案例库，方便仲裁员查阅法律法规和参考既有裁决，增强裁决说理的质量和一致性。在司法层面，上海可探索设立涉仲裁事务专门审判团队或绿色通道，提升仲裁相关案件（如撤裁、执行案件）的办理效率，营造仲裁友好的司法氛围。**第三，不断创新服务手段以提高便利性。**例如，开发在线仲裁平台，当事人和仲裁员能够通过平台提交材料、交换证据、在线开庭，提高国际案件中异地参与的便利度；提供多语言智能客服，及时解答境内外当事人的咨询。通过软硬件的协同建设，上海将以更完善的服务迎接各国当事人，增强对国际海事仲裁案件的吸引力。高水平的仲裁基础设施不仅是物质保障，更体现了一座城市对法治和高效服务的承诺。

六、结语

在亚太地区海运贸易蓬勃发展、国际仲裁重心向亚太地区转移、中国“海洋强国”战略加速推进、亚太地区“区域经济一体化”不断发展的时代背景下，将上海市建设为继新加坡、中国香港地区后第三个亚太海事仲裁中心，能够提升中国内地在国际仲裁领域的地位，助力“海上丝绸之路”倡议实施，填补国际海事仲裁地理区域空白，推动我国内地涉外仲裁法治体系建设。

[49] Maxwell Chambers 是新加坡的法律事务服务枢纽，拥有世界一流的设施和服务，为国际和本地顶级法律从业人员提供优质的办公场所和设施，如会议室、秘书处服务和 24 小时商务中心，为仲裁服务机构提供听审室、调解室和仲裁服务机构经营场所的租赁，同时也可用于公司会议和研讨会等活动。Maxwell Chambers 不仅是多家国际知名 ADR 机构、国际商会以及律师事务所的办公地，近年来其更是逐渐成为了包括新加坡国际商事仲裁中心 SIAC、常设仲裁法院（Permanent Court of Arbitration, PCA）等多个国际组织和仲裁机构的主要聆讯地。其成立与发展，是基于新加坡签订的《PCA 新加坡东道国协议》。

临时仲裁的建构对建设亚太海事仲裁中心具有至关重要的作用。建构临时仲裁能够使中国内地顺应国际海商事仲裁的主流趋势，提高对海事纠纷当事人的吸引力；提升中国内地争议解决的灵活性，弥补机构仲裁服务空白；为区域经济合作提供新型争议解决支持，增强市场主体对法治化营商环境的信心。

中国内地临时仲裁的发展面临法律、实践以及国际竞争层面的困境。未来，中国内地应当承认临时仲裁的合法性，优化临时仲裁程序规则，建立司法与临时仲裁衔接机制；培育高素质海事临时仲裁员队伍，健全临时仲裁裁决高效执行机制，提升市场对临时仲裁的接受程度；借鉴域外建设国际海事仲裁中心的经验，深化上海市与国际仲裁机构的交流合作，打造高效完备的海事仲裁服务基础设施。

未来研究可聚焦《仲裁法》修订后的海事临时仲裁的实施效果评估，特别是自贸区临时仲裁试点与全国性制度的衔接问题；同时需关注区域仲裁合作机制的创新路径，例如 RCEP 框架下的仲裁规则互认、亚太仲裁员资格互认体系的构建；此外，海事仲裁人才培养的国际化策略、仲裁服务数字化转型升级对临时仲裁效率的影响等，亦是值得拓展的研究方向。通过理论与实践的双向互动，我国内地有望在深化改革开放与涉外法治建设的进程中，逐步构建具有国际竞争力的海事仲裁体系，最终实现将上海打造为亚太海事仲裁中心的战略目标。

2025年中国国际海事会

《海警法》争议条款的司法化风险与《联合国海洋法公约》“军事例外条款”的适用

韩 茜

沈阳师范大学法学院—讲师，电话：18689860833

摘要：《中华人民共和国海警法》自公布以来遭到了学界的广泛讨论和质疑，这导致我国有关国家涉《联合国海洋法公约》解释和适用的争端增多。尤其在菲律宾颁布实施《海洋区域法》后，南海执法冲突频发。对此，美国等西方国家不仅炒作南海问题，中国依《海警法》执法的合法性也频频遭到质疑，我国面临被提起强制法律程序的风险明显增大。虽然我国根据《公约》第 298 条声明将“关于军事活动的争端”排除在强制程序之外，但国际法庭仍可能不将有关活动视为军事活动，不将有关争端认定为“关于军事活动的争端”，导致声明无法直接阻断相关法律程序。因此，我国宜从活动性质的评价入手，根据相关情况因素在评价中所发挥的不同作用，从活动内容、目的、主体、当事国态度、使用武力等不同角度做好应对预案和准备。

关键词：《海警法》　《联合国海洋法公约》　军事例外条款　执法活动

一、《海警法》争议条款引发的质疑及争端的司法化风险

《中华人民共和国海警法》（以下简称《海警法》）已于 2021 年 2 月 1 日起生效执行。该项法律自颁布和实施以来引发了学界广泛的讨论和争议。特别是南海周边国家抗议《海警法》的部分条款存在违反《联合国海洋法公约》（以下简称“《公约》”）的情形，指责该法在某些具体情形下允许海警采用的手段过于强硬，不仅妨碍他国行使《公约》下的权利且可能因此与中国产生冲突。

目前，学界针对《海警法》有关条款提出的质疑可归为以下三个类别。第一，质疑《海警法》“管辖海域”的具体适用范围，涉及《海警法》第 3 条。第二，主张《海警法》部分涉及海警职能的条款不符合《公约》的规定，涉及《海警法》第 12 条、第 17 条、第 20 条、第 25 条。第三，指责《海警法》第六章规范使用警械和武器的情形过于宽泛和强硬，并质疑其合法性，涉及《海警法》第 12 条、第 17 条、第 20 条、第 22 条、第 47 条、第 49 条等。就南海区域本身而言，中国与菲律宾、越南本就存在主权和海洋权益的争端，而以美国为首的西方国家则质疑中国在南海“所谓”与《公约》不相符和过度的海洋主张。因此，在此基础上再叠加《海警法》引发的争议情形，这就给我国依《海警法》在争议地区的执法活动带来了不小的挑战。

2024 年以来，为了进一步巩固“南海仲裁案”裁决，菲律宾加大了在南海相关岛礁的活动，其在仙宾礁附近与中方的对峙就长达数月，且多次执意派出海警船故意冲撞中方正常维权执法的海警船。[1] 2024 年 11 月 8 日，菲律宾出台《海洋区域法》，将中国黄岩岛和南沙群岛大部分岛礁及相关海域非法纳入菲方海洋区域。[2] 对此，美国政府不仅认可菲律宾的作法，呼吁所有国家使其海洋主张符合《公约》所体现的国际海洋法，[3] 甚至在 2025 年 2 月公开声明支持菲律宾、澳大利亚在南海的航行飞越自由。[4] 起因是 2 月 11 日和 18 日，澳大利亚和菲律宾的军机分别侵闯西沙群岛和黄岩岛领海，并遭到中方拦截，美国指责中方构成不安全且不专业的胁迫行为。[5] 可以预测，随着“南海仲裁案”裁决的持续发酵，周边国家和其他非声索国极有可能将有关海洋权利的争端与在南海争议海域执行《海警法》引发的争端合并诉诸《公约》第十五部分第二节的强制程序，特别是这些国家单方面就可以启动《公约》附件七仲裁程序。

根据《公约》第十五部争端解决程序，第二部分虽然规定了导致有拘束力的强制程序，但第三节又规定了适用强制程序的例外和限制，尤其是第 298 条第 1 款（b）项规定：“一国在签署、批准或加入本公约时，可书面声明对于关于军事活动，包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端，不接受第二节规定的一种或一种以上的程序”。 若一国据该条做出此种声明，某争端又构成本条所指的“关于军事活动的争端”（仅有涉及渔业或海洋科学研究的“关于执法活动的争端”才能排除强制程序的适用），这将触发本条的可适用性，直接排除《公约》第十五部分第二节规定的导致有拘束力裁决的强制程序。针对这一例外条款，我国于 2006 年做出声明，对关于军事活动和执法活动的争端，不接受《公约》第十五部分规定的导致有拘束力裁判的任何一种强制程序。[6] 那么，实践中因实施《海警法》与他国产生的争端能否触发《公约》第 298 条第 1 款（b）项的可适用性，便成为研判我国是否可能被提起相关强制法律程序的关键问题。

目前，南海争议水域常被外国媒体拿来炒作的执法情形多涉及当事国的军舰、军机、海警等主体。根据常识，这些要素似乎可直接赋予有关活动和争端军事性

---

[1] 《外交部发言人就菲律宾海警船在仙宾礁潟湖非法滞留答记者问》，中华人民共和国外交部网站，2024 年 8 月 16 日，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/zcjd/202408/t20240816_11474847.shtml.

[2] 《中华人民共和国外交部关于菲律宾共和国出台“海洋区域法”和“群岛海道法”的声明》，中华人民共和国外交部网站，2024 年 11 月 8 日，https://www.mfa.gov.cn/web/ziliao_674904/1179_674909/202411/t20241108_11523583.shtml.

[3] “Press statement on the Philippines Maritime Zones Act”, U.S. Department of Defense, Nov. 8, 2024, https://www.state.gov/on-the-philippines-maritime-zones-act/.

[4] “U.S. Support for the Philippines in the South China Sea”, U.S. Department of State, February 19, 2025, https://www.state.gov/u-s-support-for-the-philippines-in-the-south-china-sea/.

[5] 《外交部：澳军机侵闯中国领空，中方驱离措施正当合法》，人民日报客户端，2025 年 2 月 13 日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1823928283877560885&wfr=spider&for=pc; 《南部战区新闻发言人发表谈话》，中华人民共和国国防部网站，2025 年 2 月 21 日，http://www.mod.gov.cn/gfbw/qwfb/16370715.html.

[6] 《中国根据〈联合国海洋法公约〉第 298 条提交排除性声明》，中华人民共和国外交部网站，2006 年 9 月 7 日，https://www.mfa.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/tyfg_674913/200609/t20060907_7949590.shtml.

质。但是，自“刻赤海峡案”以来，活动主体的性质已不再对活动性质的认定起到决定性的作用。虽然《公约》没有定义军事活动，也没有规定“关于军事活动的争端”的认定标准和方法。但从近期做出裁决的“刻赤海峡案”、“沿海国权利案”和“扣押军舰和船员案”来看，某一争端是否可以触发《公约》第 298 条第 1 款（b）项“例外条款”的适用基本可以总结为以下三步。首先，相关争端是否属于关于《公约》解释或适用的争端。其次，相关活动是否构成军事活动。最后，相关争端是否构成“关于军事活动的争端”，若活动被认定为执法活动，还需判断相关争端是否属于“关于涉及渔业或海洋科学研究的执法活动的争端”。

可见，因执行《海警法》引发的争端能否适用“例外条款”不仅取决于《海警法》相关条款与《公约》内容的具体联系，还取决于争端中活动性质的认定，并涉及判断相关活动与争端的关系。因此，本文将从《海警法》争议条款涉及的“管辖海域”、“海警职能”、“使用警械和武器的情形”这三类质疑入手，根据适用《公约》“例外条款”的三个步骤，分别研判相关争端的司法化风险并提出对策建议。

二、《海警法》引发的争端与《公约》的解释和适用

（一）“我国管辖海域”可能引发的争端

《海警法》第 3 条规定，海警机构在中华人民共和国管辖海域（以下简称“我国管辖海域”）及其上空开展海上维权执法活动，适用本法。这意味着《海警法》适用的范围为“我国管辖海域”，而该用语的含义是学界最为关注的争议焦点问题。

第一，南海周边国家认为《海警法》规定的管辖水域的范围宽泛且模糊不清，[7] 尤其在“南海仲裁案”的背景下，有学者甚至指出中国在南海管辖权水域的立场长期以来与《公约》的案文相冲突。但《公约》作为国际法条约，已经明确界定了沿海国行使管辖权的海域及其行使管辖权的条件，倘若中国试图将《海警法》的适用范围拓展到整个“九段线”之内就提示一种危险的情况，即九段线内的所有船只都可能成为中国海警的靶子。[8] 因此，中国这种扩大管辖权的做法将对其他国家构成切实威胁，这明显不符合《公约》赋予沿海国在内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架的管辖权范围。[9] 可见，《海警法》第 3 条“我国管辖水域”用语的含义本身就存在有关沿海国的管辖权范围与《公约》解释和适用的争端。

第二，中国与南海部分周边国家，如越南、菲律宾、日本、韩国等国家尚存主权或海上权利的争议，且并未与这些国家拟定划界协议，由于《海警法》授权海警机构管理和控制管辖水域内的外国船只以及在该水域内岛屿上的设施。因此，

---

[7] Wataru Okada, *“China’s Coast Guard Law Challenges Rule-Based Order—The International Community must Respond to China’s Maritime Coercion”*, The Diplomatic Website (April 28, 2021), https://thediplomat.com/2021/04/chinas-coast-guard-law-challenges-rule-based-order/.

[8] Pratnashree Basu, *“China’s new coast guard law: Will recurrent maritime coercion lead to a denouement at sea?”*, Observer Research Foundation (February 24, 2021), https://www.orfonline.org/expert-speak/chinas-new-coast-guard-law/.

[9] Shigeki Sakamoto, *“China’s New Coast Guard Law and Implications for Maritime Security in the East and South China Seas”*, LAWFARE (February 16, 2021), https://www.lawfaremedia.org/article/chinas-new-coast-guard-law-and-implications-maritime-security-east-and-south-china-seas.

部分学者担心中国可能会将《海警法》自然的适用于自认为享有主权的岛屿的内水，以及这些岛屿的毗连区和专属经济区，这就意味着中国可能会企图通过实施《海警法》进而实际管控这些岛礁和区域。[10] 特别是《海警法》的部分条款还允许驱赶在该地区生产作业的他国船只，摧毁南海其他声索国建造的建筑物，甚至在一些情况下可以向他国船只使用武力。因此，在争议水域执行《海警法》可能会增加南海地区额外的复杂性，且更容易刺激这种冲突的升级并引发如争议地区海上权利或有关《公约》第 74 条第 3 款和第 83 条第 3 款临时安排的争端，最终导致周边国家将本可通过不同方式处理的情况诉诸强制程序。[11]

第三，南海争端涉及各种复杂的利益攸关方，尤其是南海天然的地理位置所形成的航道同样也是该地区和全球非声索国海军和空军的中转站和行动区域，这些国家依据《公约》下航行自由的权利在南海开展活动。尤其在印太战略的背景下，该地区的政治意义就更加明显。因此，还有学者指出在该地区实施《海警法》表明中国正在增加其在南海的存在和力量以试图改变东海和南海的现状。[12] 这是否可能会妨碍他国的航行自由和船旗国的专属管辖权，并由此引发有关《公约》第 58 条、第 87 条以及第 92 条解释或适用的争端还有待进一步观察。[13]

可见，由“我国管辖海域”引发的争端均可构成《公约》解释和适用的争端，做为《公约》缔约方的当事国便可根据《公约》第十五部分启动强制程序诉诸第三方解决机构。从相关争端的内容来看，争端的焦点在于中国是否有权利在《海警法》规定的“我国管辖海域”展开执法活动。那么，“我国管辖海域”所带来的争议是否影响到《公约》第 298 条第 1 款（b）项的适用，则是认定相关争端是否构成该条下“关于军事活动或执法活动的争端”之前需要率先回答的问题。

（二）履行海警职能可能引发的争端

《海警法》第二章规定了海警的机构和职责，第三章规定了有关海上安全保卫的职能。针对这些规定，周边国家质疑我国《海警法》第二章规定的部分海警职能和第三章可能采取的安全保卫措施不符合《公约》的规定。因此，我国海警依《海警法》履行海警职能可能引发的潜在争端主要集中在以下几个方面。

第一，根据《海警法》第 12 条第 2 款，我国海警有权对海上重要目标和重

---

[10] Shin Kawashima, *“China’s Worrying New Coast Guard Law—Japan is watching the Senkaku Islands closely”*, The Diplomatic Website (March 17, 2021), https://thediplomat.com/2021/03/chinas-worrying-new-coast-guard-law/.

[11] Nguyen Thanh Trung, *“How China’s Coast Guard Law has Changed the Regional Security Structure”*, ASIA Maritime Transparency Initiative (April 12, 2021), https://amti.csis.org/how-chinas-coast-guard-law-has-changed-the-regional-security-structure/; Ja Ian Chong, Nong Hong, Seokwoo Lee, Ting-Hui Lin, *Sumathy Permal, Takashi Saito, and Nguyen Hong Thao, “Voices: The Chinese Maritime Police Law”*, Maritime Awareness Project (February 11, 2021), https://map.nbr.org/2021/02/voices-the-chinese-maritime-police-law-maritime-awareness-project/.

[12] Sumathy Permal, *“Beijing Bolsters the role of The China Coast Guard”*, ASIA Maritime Transparency Initiative (March 1, 2021), https://amti.csis.org/beijing-bolsters-the-role-of-the-china-coast-guard/.

[13] Shigeki Sakamoto, *“Anatomy of China’s Maritime Strategy: Threatening the Maritime Order Through Its National Legislation and Self-Centered Interpretation of UNCLOS”*, (2023) 100 International Law Studies 374, pp.384-385.

大活动实施安全保卫，并可采取必要措施保护重点岛礁以及专属经济区和大陆架的人工岛屿、设施和结构安全。[14] 对此，有学者提出如果这一规定的目的是意在授权中国海警保护其在外国专属经济区和大陆架从事测量调查的船舶(例如“海洋地质 8 号”)或进行油气勘探的石油钻井平台(例如“海洋石油 981 号”)，或保护在南海从事非法捕捞（IUU）的中国渔船。那么，这些活动将侵犯《公约》赋予沿海国对其专属经济区和大陆架内的生物和非生物资源排他性的主权权利。[15] 可见，中国海警在行使《海警法》第 12 条第 2 款赋予的职能时，可能引发有关《公约》第 56 条、第 77 条等条款的解释或适用的争端。

第二，根据《海警法》第 17 条，针对非法进入我国领海及其以内海域的外国船舶，海警机构有权责令其立即离开，或者采取扣留、强制驱离、强制拖离等措施。[16] 对此，有学者指出在没有界定“非法入境”的含义下，该法律可能被用来作为妨碍无害通过权的借口，除非《公约》另有规定，否则中国无权损害或否认《公约》赋予所有船只的权利。[17] 可见，我国在根据《海警法》第 17 条驱离非法入境的船只或采取某些措施时，可能会引发有关《公约》第 17 条、第 24 条解释或适用的争端。

第三，根据《海警法》第 20 条，未经我国主管机关批准，外国组织和个人在我国管辖海域和岛礁建造建筑物、构筑物，以及布设各类固定或者浮动装置，海警机构有权责令其停止上述违法行为或者限期拆除；对拒不停止违法行为或者逾期不拆除的，海警机构有权予以制止或者强制拆除。[18] 目前，除了文莱，大部分南海声索国基本上都在中国同样声称主权的地物上建设了岗前哨。比如，越南在南沙群岛的六处水下浅滩上建筑了独立平台“经济科技服务站”（Dịch vụ-Khoa，DK1)，因为越南政府认为这些地方属于越南大陆架的延伸。同样，韩国未经中国审批就在东海的苏岩礁上设立了离於岛海洋研究站（Ieodo Ocean Research Center），因为在韩国看来该地区位于与中国专属经济区重叠的海域。因此，有学者指出如果中国根据该条款直接强制拆除争议地区他国的建筑物、构筑物、设施设备等装置，则可能违反《公约》第 74 条、第 83 条、第 280 条中有关使用和平方法解决争端的要求。[19] 另外，结合《海警法》第 22 条的规定，我国海警机构有权依照相关规范，采取包括使用武器在内的一切必要措施制止侵害、排除危险。[20] 有学者特别担心中国会使用武力来摧毁他国在争议地区的建筑设施，并造成

[14] 《海警法》第 12 条第 2 款。
[15] Raul (Pete) Pedrozo, *“Maritime Police Law of the People’s Republic of China”*, (2021) 97 International Law Studies 465, pp.467-468.
[16] 《海警法》第 17 条。
[17] Raul (Pete) Pedrozo, *“Maritime Police Law of the People’s Republic of China”*, (2021) 97 International Law Studies 465, p.468.
[18] 《海警法》第 20 条。
[19] Suk Kyoon Kim, *“An International Law Perspective on the China Coast Guard Law and Its Implications for Maritime Security in East Asia”*, (2022) 37 The International Journal of Marine and Coastal Law 1, p.5.
[20] 《海警法》第 22 条。

对《宪章》第 2 条第 4 款禁止使用武力目的和宗旨的违反。[21] 还有学者认为这一条款增加了海上误判的风险，并可能对南海、东海和台湾海峡的整体稳定与安全造成威胁。[22]

第四，根据《海警法》第 25 条，在执行海上安保任务、打击违反犯罪、处置突发事件、海上生态资源保护、以及其他情形需要时，省级海警局以上海警机构可以在我国管辖海域划定海上临时警戒区。[23] 对此，大多数学者对该条款中临时警戒区的设立表示担忧。根据可能划定的区域，存在以下几种情况。其一，有学者指出《海警法》赋予设立警戒区的情况过于宽泛，不仅限于安全方面，还包括海上犯罪、突发事件、保护海洋资源和生态的情形。若中国在领海内划定警戒区则不符合《公约》第 25 条为保护国家安全而有必要暂时停止外国船舶无害通过的规定。[24] 其二，由于中国《领海及毗连区法》第 13 条将“安全”的管辖范围扩大到毗连区内，对此，有学者认为如果在毗连区内设立临时警戒区则可能存在对《公约》第 33 条第 1 款（a）项的违反。[25] 其三，若中国在专属经济区或公海上划定警戒区，其合法性将根据有关行动是否符合《公约》第 56 条第 2 款和第 87 条第 2 款“适当考虑”其他国家的要求来判断。[26] 其四，如果中国在《公约》赋予沿海国管辖权以外的地方设立警戒区，则可能存在违反《公约》第 89 条任何国家不得将公海置于其主权之下的规定，以及侵犯了其他国家在《公约》第 58 条、第 87 条下公海航行飞越自由和利用海洋的权利。[27]

可见，我国海警在“我国管辖水域”因履行《海警法》第 12 条第 2 款、第 17 条、第 20 条、第 25 条中规定的职能所引发的争端均可构成《公约》解释或适用的争端。那么，以上争端是否能够触发第 298 条第 1 款（b）项的适用性将取决于有关活动的性质和对相关争端的认定。

（三）使用警械和武器可能引发的争端

根据《海警法》第 12 条、第 17 条、第 20 条、第 22 条，我国海警在履行职

---

[21] Raul (Pete) Pedrozo, *“Maritime Police Law of the People’s Republic of China”*, (2021) 97 International Law Studies 465, pp. 468-469.

[22] Navmi Krishna, *“Explained: Why China’s new maritime law might spike tensions in South China Sea”*, The Indian Express (September 9, 2021), https://indianexpress.com/article/explained/explained-why-chinas-new-maritime-law-might-spike-tensions-in-south-china-sea-7481343/.

[23] 《海警法》第 25 条。

[24] Suk Kyoon Kim, *“An International Law Perspective on the China Coast Guard Law and Its Implications for Maritime Security in East Asia”*, (2022) 37 The International Journal of Marine and Coastal Law 1, p. 7.

[25] Shigeki Sakamoto, *“China’s New Coast Guard Law and Implications for Maritime Security in the East and South China Seas”*, LAWFARE (February 16, 2021), https://www.lawfaremedia.org/article/chinas-new-coast-guard-law-and-implications-maritime-security-east-and-south-china-seas.

[26] Shigeki Sakamoto, *“China’s New Coast Guard Law and Implications for Maritime Security in the East and South China Seas”*, LAWFARE (February 16, 2021), https://www.lawfaremedia.org/article/chinas-new-coast-guard-law-and-implications-maritime-security-east-and-south-china-seas.

[27] Suk Kyoon Kim, *“An International Law Perspective on the China Coast Guard Law and Its Implications for Maritime Security in East Asia”*, (2022) 37 The International Journal of Marine and Coastal Law 1, p.7; Raul (Pete) Pedrozo, *“Maritime Police Law of the People’s Republic of China”*, 97 International Law Studies 465, p.471.

责时可以采取必要措施或强制手段，包括强制驱离、拖离、拆除等情形，[28]并可根据《海警法》第六章使用警械或武器。对此，有学者认为这些强制措施可能会造成非法使用武力并违反《宪章》第 2 条第 4 款禁止使用武力的原则，[29] 且授权使用武力的范围过于宽泛，尤其是第 22 条不仅适用于对主权的侵犯，而且也适用于对沿海国专属经济区内自然资源的侵犯，特别是针对渔业和海底资源。[30] 此外，还有学者质疑《海警法》第 47 条和第 49 条的合法性。《海警法》第 47 条规范了我国海警在无需警告的情况下就可以使用手持武器的情形，这被理解为允许更积极地使用武器，而不是将武器的使用作为最后的手段；[31]《海警法》第 49 条则规定我国海警在来不及警告或者警告后可能导致更为严重危害后果的情况下可以直接使用武器，因此，这被认为是暗指先发制人使用武力的原则，即使尚未发生武装攻击，也可以使用武力。但事后看来，由于某些原因，这些规定在国际法下极具争议。[32] 可见，若我国海警依据《海警法》相关规定在实施强制措施的过程中使用了警械或武器等，可能同时还会引发涉及《公约》或《宪章》使用武力合法性的争端。

三、《海警法》相关争端与《公约》"军事例外条款"的适用

从本质上讲，《公约》第 298 条第 1 款（b）项中"关于军事活动的争端"和"关于…执法活动的争端"的认定是一个争端定性问题。相关争端除了要满足第 286 条有关《公约》解释或适用的争端，第 298 条第 1 款（b）项文本中"关于"一词还衔接并定义了"争端"与"军事活动"之间的联系，这对界定该项可排除争端的范围至关重要。目前，虽然争端当事国往往会选择性地做限缩或扩大性的解释，但是，国际法庭趋于对"关于"做适当宽泛的解释。即，军事活动和争端主题事项之间必须存在着恰当紧密的关系，这种关系既不能过于松散，也不得将争端与军事活动完全划等号。[33] 就活动的性质而言，即使《公约》本身并没有规范认定活动性质的规则，但国际海洋法法庭在"刻赤海峡案"中首次提出了区分军事活动和执法活动的一般方法，即"以客观评价有关活动的性质为主，并考虑个案中的相关情况"。[34] 国际成案表明，有关活动的内容和目的对活动性质的认定往往具有决定性的影响，然而，国际法庭对于活动主体、当事国的态度的重视程度在个案中

[28] 《海警法》第 12 条、第 17 条、第 20 条、第 22 条等。

[29] Raul (Pete) Pedrozo, *"Maritime Police Law of the People's Republic of China"*, (2021) 97 International Law Studies 465, p.467.

[30] Suk Kyoon Kim, *"An International Law Perspective on the China Coast Guard Law and Its Implications for Maritime Security in East Asia"*, (2022) 37 The International Journal of Marine and Coastal Law 1, pp.6-7.

[31] Shigeki Sakamoto, *"China's New Coast Guard Law and Implications for Maritime Security in the East and South China Seas"*, LAWFARE (February 16, 2021), https://www.lawfaremedia.org/article/chinas-new-coast-guard-law-and-implications-maritime-security-east-and-south-china-seas.

[32] Ja Ian Chong, Nong Hong, Seokwoo Lee, Ting-Hui Lin, Sumathy Permal, Takashi Saito, and Nguyen Hong Thao, *"Voices: The Chinese Maritime Police Law"*, Maritime Awareness Project (February 11, 2021), https://map.nbr.org/2021/02/voices-the-chinese-maritime-police-law-maritime-awareness-project/.

[33] *Coastal State Right*, *Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation (21 February 2020)*, para. 330; PCA, *South China Sea Arbitration*, Award (12 July 2016), para. 1158; *Detention of Vessels and Servicemen*, 2022 Award, para. 107.

[34] *Kerch Strait Case*, Order, para. 66.

的做法并不一致，需要结合个案具体情形进一步分析。如果沿海国在活动中还涉及使用武力，那么就需要考虑武力发生的具体情境。一般来说，使用武力的种类和程度并不能直接决定活动的性质，而关键的因素是武力使用所营造的一种紧迫的情势是否足以触发军事活动或已经形成军事对抗。[35]

因此，《海警法》争议条款引发的争端在满足关于《公约》解释或适用的争端的前提下，相关争端是否能够触发第 298 条第 1 款（b）项“例外条款”的适用就主要取决于那些与争端保持着一定紧密关系的活动性质的评价。

（一）“我国管辖海域”对第 298 条第 1 款（b）项适用的影响

“我国管辖海域”是否对第 298 条第 1 款（b）项的适用性产生影响需要从活动性质的评价和争端定性本身出发。

就军事活动和执法活动的认定而言，活动发生的水域位置以及该区域是否存在争议均不是评价活动需要考虑的相关情况因素。在“我国管辖海域”的相关争端中，虽然当事国可能主张我国海警的活动内容不符合《公约》规定，但现有司法实践表明，活动的“合法性”与否与活动性质的认定没有必然联系。尤其是在争议水域，沿海国是否有权在该地区执法也不能决定活动的性质。正如，刻赤海峡事件发生在克里米亚半岛和塔曼半岛南部的领海边界附近。[36] 即使俄罗斯和乌克兰两国就克里米亚的主权及其附近的海上权利存在长期的争议。但在“刻赤海峡案”和“扣押军舰和船员案”中，该地域的争议性并没有影响法庭对第 298 条第 1 款（b）项中活动性质的认定。因此，“我国管辖海域”是否符合《公约》的规定同样也不会影响对活动性质的评价。

但是，不同于关于军事活动的争端认定，第 298 条中关于执法活动的争端还受到第 297 条的限制。也就说活动单纯构成执法活动还不能直接决定该争端是否能够触发执法活动的例外。这种执法活动还必须满足根据第 297 条第 2 款（a）项对海洋科学研究行使管辖权或根据第 297 条第 3 款（a）项对生物资源行使主权权利的情形，[37]才得以最终认定构成第 298 条第 1 款（b）项中关于执法活动的争端。针对这种情况，“南海仲裁案”已经表明，第 297 条第 3 款（a）项强调只有一国在其本国专属经济区内对生物资源行使的主权权利被诉的情况下才限制强制性的争端解决，如果一国在另一国专属经济区内的行为违反了《公约》，那么第 298 条第 1 款（b）项则不适用。[38] 同理，第 297 条第 2 款（a）项所指的第

[35] 在“圭亚那诉苏里南案”中，即便苏里南没有造成任何实质性的损害，但其军舰驱逐钻井平台的活动仍然被评价为军事活动。相反，俄罗斯在刻赤事件中曾向乌克兰军舰开火迫使其停下来，但由于俄罗斯海警的活动从形式上更符合遵照执法使用武力的程序和原则，这种武力的使用被视为执法活动。See *Arbitration Between Guyana and Suriname*, Award (17 September 2007), para. 439; See *Kerch Strait Case*, Order, paras. 73-74.

[36] *Detention of Vessels and Servicemen*, 2022 Award, paras.41-54. 刻赤海峡是位于克里米亚和俄罗斯克拉斯诺达尔边疆区之间的狭长水道，是连接黑海和亚速海的唯一通道，具有重要的战略地位。

[37] 《公约》第 297 条、第 298 条。

[38] *South China Sea Arbitration*, Award (12 July 2016), paras.695, 733.

246 条和第 253 条中沿海国对管辖权的行使也同样针对的是发生在专属经济区内和大陆架上的海洋科研项目。[39]

可见，发生在“我国管辖海域”有关海洋科研或渔业的执法活动的争端是否可以触发第 298 条执法活动的例外主要取决于该执法活动的发生地点是否属于我国的专属经济区。在这一点上，由“我国管辖海域”引发的争端确实与“刻赤海峡案”和“扣押军舰和船员案”存在着一定的差异。因为，不管克里米亚半岛的主权归属为谁，有关军事活动的争端的定性都不需要以认定活动发生地的归属为前提。可以预见，未来“我国管辖海域”引发的有关渔业和海洋科学研究的争端必然会面临两种情况。一种情况是，当事国可能会同时提请与相关水域的专属经济区归属有关的诉求。另一种则是，国际法庭可能会沿用“南海仲裁案”的裁决结果，来判断“我国管辖海域”引发的相关争端是否可以适用第 298 条第 1 款（b）项有关执法活动的例外。因此，无论何种情形，“我国管辖海域”的法律地位将是决定第 298 条第 1 款（b）项有关执法活动的例外适用的关键。

（二）履行海警职能的活动性质与争端的认定

从我国海警履行《海警法》赋予的职能所引发的争端来看，当事国的诉求可能主要围绕的是我国海警采取的相应措施违反了其在《公约》下的权利。但就活动性质的认定而言，客观评价就是要求全面考虑双方在事件中的活动，因此，既需要评价他国的活动性质，又要对事件中我国海警履行《海警法》职能的活动性质做出评价。

首先，就他国的活动性质而言，我国海警履行职能的内容和引发争端的主题事项可以反映出事件中他国行为是否涉及军事活动。第一，根据《海警法》第 12 条第 2 款，我国海警的主要职能是负责我国海上重大目标、活动、岛礁、设施设备的安全保卫工作，[40] 并引发有关《公约》主权权利的争端。在这种情况下，即使事件中不存在争议国的活动，他国也可以直接将相关争端诉诸强制措施。但如果事件中争议国同样派出行政执法或军警船只等干扰我方的资源开发建设，此时，可能会存在两种情况。第一种可能如“圭亚那诉苏里南案”，若他方直接派出军舰军机对我方的开发建设活动使用武力或威胁使用武力，则很可能会被直接认定为军事活动。第二种可能涉及他方执法船只与我国海警形成互动的情形，如果双方在附近还涉及军舰军机的参与，则很可能存在军事活动的对峙。第二，根据《海警法》第 17 条，我国海警可针对非法进入我国领海及其以内海域的外国船舶实施一定的措施。[41] 如果非法进入的是普通商业或私人船只，则不存在军事活动的情形。如果是他国军舰违反我国无害通过的法律法规，那么事件中是否存在军事活动，一方面取决于他国军舰是否实施了除“通过”外的其他活动，另一方面则取

[39] 《公约》第 246 条、第 253 条。
[40] 《海警法》第 12 条第 2 款。
[41] 《海警法》第 17 条。

决于他国军舰是否与我方发生互动。第三，根据《海警法》第 20 条，我国海警有权拆除或责令停止他国在我国管辖海域非法建造建筑物、构筑物，及布设各类装置。[42] 从内容上看，他国在我国海域实施以上活动本身并不构成军事活动，即便实施的主体是军事人员，也不能直接决定活动的性质。因此，这类争端仅需评价我国海警履行职能的活动性质即可。第四，根据《海警法》第 25 条，我国海警可因安保需求、海上犯罪和突发事件、环境保护等情形划设海上临时警戒区。[43] 在这种情况下，划设临时警戒区是我方单方面的行为，因此，争端一般可能并不涉及争议国的活动，更谈不上对活动性质的评价。

其次，我国海警在履行以上海警职能时其活动性质构成军事活动还是执法活动需结合活动的内容、目的、主体、当事国态度、使用武力等情况因素进行综合客观的评价。就内容而言，一般情况下，无论是海上安保工作、管控非法船只进入领海、还是责令以及拆除他国建筑设施设备或划设警戒区，这些行动本身并不是军事活动。即便划设警戒区的前提所涉及的安保、海上犯罪或突发事件中可能存在军事活动。但是，从军事活动与争端的关系来看，这类军事活动只能作为划设警戒区的原因，不能作为认定“关于军事活动的争端”的有关活动，其军事属性也不能影响争端的性质。就主体而言，已有学者指出，我国海警虽然自称是执法机构，但其装备设施和作战能力已远超大多数亚洲国家的海军，并被认为是世界上最强大的海岸警卫队。[44] 因此，不少学者认为我国海警同时具有执法和军事的职能，[45]这同时还反映在《海警法》将我国海岸警卫队确立为担负海洋权益保障、海上执法和防御作战职责的重要海上武装力量，并将其置于中央军委指挥之下的规定中。[46] 可见，当我国海警履行的职能更多是为了维护领土主权和国家安全免受他国侵犯时，可能会影响对其活动性质的评价。另外，由于当事国的态度虽然不能直接决定活动的性质，因此，即便我国对外宣称海警机构为执法机构，这也不会在具体事件中对我国海警活动性质的客观评价造成影响。若事件中还涉及使用武力，那么还需结合《海警法》第六章对警械和武器使用的情形进行具体分析。但是，一般来说，如果海警使用武力的操作流程和强度均符合国际标准的规范，那么，就更容易被视为执法活动。

最后，我国海警因履行海警职能引发的争端是否可触发第 298 条第 1 款（b）项的适用可分为两种情况。第一，从对争端中的有关活动的性质评价来看，以上

---

42 《海警法》第 20 条。

43 《海警法》第 25 条。

44 Wataru Okada, *“China’s Coast Guard Law Challenges Rule-Based Order—The International Community must Respond to China’s Maritime Coercion”*, The Diplomatic Website (April 28, 2021), https://thediplomat.com/2021/04/chinas-coast-guard-law-challenges-rule-based-order/.

45 Suk Kyoon Kim, *“An International Law Perspective on the China Coast Guard Law and Its Implications for Maritime Security in East Asia”*, (2022) 37 The International Journal of Marine and Coastal Law 1, p.2; Shigeki Sakamoto, China’s New Coast Guard Law and Implications for Maritime Security in the East and South China Seas, LAWFARE (February 16, 2021), https://www.lawfaremedia.org/article/chinas-new-coast-guard-law-and-implications-maritime-security-east-and-south-china-seas.

46 《海警法》第 83 条。

各类争端中均存在构成军事活动的可能性。由于“关于军事活动的争端”并不要求主题事项本身就是军事活动。因此，事件中争议国和我国海警的活动若有一方可评价构成军事活动，便可触发第 298 条军事活动的例外。第二，我国于 2006 年所做声明，对于第 298 条第 1 款（b）项中根据第 297 条第 2 款和第 3 款不属法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的执法活动的争端，同样不接受《公约》第十五部分第二节规定的任何一种强制程序。因此，若我国海警根据《海警法》第 12 条第 2 款和《海警法》第 20 条所执行的职务涉及对专属经济区生物资源和海洋科学研究行使主权权利和管辖权时，可能就会触发第 298 条执法活动的例外。

综上，我国海警在履行海警职能引发的争端中不仅存在构成军事活动的可能性，该争端也存在触发第 298 条军事活动和执法活动例外的可能性。

（三）我国海警使用警械和武器的活动性质

通常来说，我国海警依《海警法》相关规定使用警械和武器实际上是履行海警职能过程中的某一个环节。因此，在履行职能本身能够引发关于《公约》解释或适用的情形下，争端所涉活动能否被认定为军事活动还需结合《海警法》第六章的相关规定具体分析。

首先，在活动性质的评价过程中，使用武力的合法性与否并不会影响对活动性质的评价。正如在“‘赛加号’案”中，即便几内亚执法人员对“赛加号”使用武力造成了重要设施设备的损毁以及人员的伤亡，并构成了过度使用武力，[47] 但这并不影响几内亚的行为仍然被视为执法活动而非军事活动。又如，在“刻赤海峡案”中，有学者和法官就指出向他国军舰开火等同于向他国主权使用武力，[48]但这也同样没有影响国际海洋法法庭最终认定俄罗斯的活动为执法活动。因此，无论域外国家如何质疑我国《海警法》涉及使用警械和武器的合法性，这都不会对活动的性质评价造成影响。

其次，《海警法》第六章第 46 条至第 49 条由浅入深的分别规定了使用警械、手持武器、舰载或机载武器的程度和不同情形。由于使用武力类型、强度、合法性等并不能决定活动的性质，因此，需要从使用武力的情境和职能目标来具体判断活动的性质。第一，《海警法》第 46 条规定了**可以**使用警械的情况包括，迫使船舶停止航行、强制驱离拖离、阻碍妨害执行职务以及制止违法犯罪的情形。[49] 从内容上看，这些可以使用警械的情况均属于一般的执法情形，且各国《海警法》

[47] *“Saiga” (No. 2)*, Judgment (1 July 1999), ITLOS Reports 1999, para. 159.

[48] *Kerch Strait Case*, Separate Opinion of Judge Gao, para.33；高健军：《〈联合国海洋法公约〉第 298 条中的“军事活动例外”——评国际海洋法法庭在“扣留三艘乌克兰海军船只案”中的临时措施命令》，载《国际法研究》2019 年第 6 期，第 11 页；Valentin J. Schatz, *“Ukrainische Matrosen bald auf der Heimreise? Zur Entscheidung des ITLOS zu vorläufigen Maßnahmen in der Sache Ukraine v. Russia”*, Völkerrechtsblog, https://voelkerrechtsblog.org/ukrainische-matrosen-bald-auf-der-heimreise/.

[49] 《海警法》第 46 条。

多允许本国海警针对企图逃跑或拘捕的船只使用武力。[50] 因此，从使用武力的内容和职能目的来看，我国海警根据第 46 条使用警械的情形就可能多发在执法活动的情境下。第二，《海警法》第 47 条规定了**可以**使用手持武器的情形，包括船舶载有犯罪嫌疑人或非法载运武器、弹药、国家秘密资料、毒品等物品，拒不服从停船指令，以及进入我国管辖海域非法从事生产作业活动，拒不服从停船指令或者以其他方式拒绝接受登临、检查，使用其他措施不足以制止违法行为的情形。[51] 从内容来看，我国海警可以使用手持武器的前提是，必须**经过警告无效**时才可以使用，在这种情况下，并非一定就不符合在执法过程中先发出试听信号，再进行警告，最后才使用武力的国际标准。[52] 从职能目的来看，第 47 条第 1 款和第 2 款均表明使用手持武器的目的是为了迫使行进中的船只停船以进行登临检查或制止违法行为。因此，在一般情况下，我国海警在行使第 47 条使用手持武器的情形也同样可能多发生在执法活动的情境下。第三，《海警法》第 48 条和第 49 条规定了我国海警可以使用舰载或机载武器的情形，以及允许在来不及警告或者警告后可能导致更为严重危害后果时，可以直接使用武器。从内容上来看，《海警法》允许使用高烈度武器的情形包括反恐、暴力事件、执法船舶航空器受到武器或者其他危险方式攻击、以及可能导致严重后果等情形。[53] 虽然有学者质疑，第 49 条中提及的严重后果模糊不清，并可能造成误判，影响地区的整体稳定与安全，甚至是一种先发制人的使用武力。[54] 但从事实来看，几乎绝大多数的国家允许在海岸警卫队的财产、生命、他人生命发生紧迫危险时授权使用武力。[55] 可见，若我国海警在如此严重情形下使用武力，这种行为也同样符合国家实践。另外，从职能目标来看，以上情形均涉及极为暴力的情形，甚至可能遭受武力的攻击。因此，当我国海警为了捍卫我国领土主权和国家安全行使《宪章》第 51 条行使自卫权时，其执法职能就可能向军事职能发生变化。尤其是当根据《海警法》第 83 条中央军事委员会的命令执行某种防卫作战任务时，这种使用武力的情境就会更容易被视为军事活动。

最后，《海警法》第 50 条和第 51 条规定了我国海警使用警械和武器的法律依据，并要求依据情况的危险性质、程度和紧迫性等判断使用武力的必要限度，

---

[50] *"Force Majeure: China's Coast Guard Law in Context"*, Asia Maritime Transparency Initiative (March 30, 2021), https://amti.csis.org/force- majeure-chinas-coast-guard-law-in-context/.

[51] 《海警法》第 47 条。

[52] *"Saiga" (No. 2)*, Judgment (1 July 1999), ITLOS Reports 1999, para.155.

[53] 《海警法》第 48 条、第 49 条。

[54] Navmi Krishna, *"Explained: Why China's new maritime law might spike tensions in South China Sea"*, The Indian Express (September 9, 2021), https://indianexpress.com/article/explained/explained-why-chinas-new-maritime-law-might-spike-tensions-in-south-china-sea-7481343/; Ja Ian Chong, Nong Hong, Seokwoo Lee, Ting-Hui Lin, Sumathy Permal, Takashi Saito, and Nguyen Hong Thao, *"Voices: The Chinese Maritime Police Law"*, Maritime Awareness Project (February 11, 2021), https://map.nbr.org/2021/02/voices-the-chinese-maritime-police-law-maritime-awareness-project/.

[55] *"Force Majeure: China's Coast Guard Law in Context"*, Asia Maritime Transparency Initiative (March 30, 2021), https://amti.csis.org/force- majeure-chinas-coast-guard-law-in-context/.

以避免伤亡和财产损失。[56] 司法实践已经表明，符合国际使用武力标准的情形更容易被视为执法活动，但是，在具体情况下，更重要的是使用武力发生的情境和职能目的。因此，我国海警使用警械和武器的活动性质在大部分情况下都可能是发生在执法活动的情境下。除非在个别情况下是以军事国防为目的，或双方确实形成了一种军事对峙时，则宜视为军事活动。

综上所述，我国海警因执行《海警法》引发的三类争端不仅涉及《公约》的解释或适用，且均存在触发《公约》第 298 条第 1 款（b）项适用的可能性。第一，“我国管辖海域”不是评价活动性质需要考虑的相关情况因素，但执法活动的发生地是否属于我国专属经济区才是决定是否可以触发第 298 条执法活动例外的关键。第二，在履行海警职能引发的争端中，虽然依《海警法》履行的职能本身不具有军事属性，但只要双方的活动有一方可评价为军事活动即可触发第 298 条军事活动的例外。另外，需要注意在履行《海警法》第 12 条第 2 款时可能还会存在构成第 297 条不属于法庭管辖的渔业争端的情形。第三，依《海警法》第六章使用警械、武器的情形可能大部分发生在执法活动的情境下，但当使用武力的职能目的转向为捍卫领土主权、国家安全、行使自卫权或执行中央军委的军事命令时，活动的性质就可能向军事活动发生转变。

四、我国海警在争议水域执法司法化风险的应对与策略

理论上，我国海警依据《海警法》执法引发的三类争端均涉及《公约》的解释或适用，且存在触发《公约》第 298 条第 1 款（b）项适用的可能性。但法庭在有关活动是否构成“军事活动”、有关争端是否构成“关于军事活动的争端”上皆有较大的自由裁量权，且在近年来呈现出明显扩权的做法和发展趋势，[57] 这无疑加大了我国面临司法风险。从《公约》第 298 条第 1 款（b）项例外条款的适用来看，某争端是否属于《公约》解释或适用的争端，争端与活动是否存在密切的联系似乎更多偏向于学理讨论，而实践中，海警执法活动和对方当事国的活动本身才是决定活动性质的关键。基于此，我们认为可以从活动性质评价所考虑的相关因素方面来管控我国海警在争议水域执行《海警法》的司法化风险。

首先，重视活动的内容与目的，尤其当面对他国挑衅行为时，不宜过度反应避免摩擦升级。现有成案表明，对方当事国的活动性质在认定争端中是否存在军事活动同等重要。目前，随着菲律宾《海洋区域法》的颁布和实施，菲方在南海采取的行动越发激进。2024 年 12 月 4 日，菲律宾海警 9701、4409 号船及 3002、3003 号公务船便打着捕鱼护渔旗号侵闯中国黄岩岛领海，并恶意危险接近中国海警正常执法巡查船只。[58] 2024 年 12 月 19 日，菲律宾 1 架 C-208 型机甚至未

[56] 《海警法》第 50 条、第 51 条。

[57] See Ion Galea, *“The Interpretation of ‘Military Activities’, as an Exception to Jurisdiction: The ITLOS Order of 25 May 2019 in the Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels”*, *Romanian Journal of International Law*, Vol. 21, 2019, p. 53.

[58] 《中国海警局新闻发言人就菲船只故意冲撞中国海警船发表谈话》，中国海警局网站，2024 年 12 月 4

经中国政府允许，非法侵入中国黄岩岛领空。[59] 2025 年 2 月 18 日，菲律宾军机在闯入黄岩岛领空后，更是多次擅自改变飞行高度，以不专业、危险方式，蓄意近距穿越中方在空正常巡逻直升机高度层。[60] 可以看出这些行动的目的，特别是在军舰军机不服从沿海国命令的情形下，其凸显的军事意图显然是评价活动性质时需要重点考虑的因素。[61] 基于此种过激行为，在完成维护领土主权或国家安全所必须的动作后，中方海警不宜与之过度纠缠，以避免争端升级，因为只要争端中任何一方的活动可评价为军事活动便可触发例外条款的适用。

其次，不宜忽视活动主体和当事国的态度，应为预防可能发生的司法化风险做好应对预案。虽然现如今各国协同使用军事和执法主体执行各种海事任务的情况并不罕见，国际海洋法法庭在“刻赤海峡案”中指出不能单凭活动中船只和人员的属性来决定活动的性质。[62] 但是，军事人员或军舰军机的参与更容易在双方的互动过程中形成军事对峙。只要适当把握对抗的强度，既可免于直接的冲撞和冲突，又可同时触发军事活动例外的适用。同理，即使各方均可能在起诉后为了到达某种目的改变对争端事件中活动性质的态度。但“扣押军舰和船员案”仲裁庭认为当事国在事发后于第一时间所做的官方声明更能反应该国对事件的真实态度。[63] 对此，我国海警可根据争议水域频发的事件，如岛礁冲突、航行自由行动等提前做好军事、外交、舆论等方面的预案，特别是关于《公约》298 条第 1 款（b）项可适用性的法律准备工作，以降低司法风险。同时在事后及时公布事件的相关情况，可突出他国军舰军机的蓄意挑衅、碰瓷等危险动作及双方互动的军事情势等细节，表明我国利用合法合理必要手段捍卫国家主权和领土完整及维护国家海洋权益和南海地区和平稳定的坚定立场，牢牢掌握事件的话语权。

最后，如果我国海警执法过程中涉及使用武器或警械，建议遵守国际法和国际惯例的相关要求，特别是在使用武力上应依循不可避免、必要性、相称性等原则。[64] 一般来说，使用武力的种类和程度并不能直接决定活动的性质，而关键的因素是武力使用所营造的一种紧迫的情势是否足以使得执法活动向军事活动发生转化。[65] 因此，并非只要使用了武力就一定构成军事活动，关键还需要考虑我

日，https://www.ccg.gov.cn/wqzf/202412/t20241204_2559.html.

[59] 《中国海警局新闻发言人就菲 C-208 型机侵闯我黄岩岛领空发表谈话》，中国海警局网站，2024 年 12 月 20 日，https://www.ccg.gov.cn/wqzf/202412/t20241220_2578.html.

[60] 《南部战区新闻发言人发表谈话》，中华人民共和国国防部网站，2025 年 2 月 21 日，http://www.mod.gov.cn/gfbw/qwfb/16370715.html.

[61] *Detention of Vessels and Servicemen*, 2022 Award, para. 119.

[62] *Kerch Strait Case*, Order, para. 64.

[63] *Detention of Vessels and Servicemen*, 2022 Award, para. 117.

[64] See *The M/V “Saiga” (No. 2) Case,* (Saint Vincent and the Grenadines V. Guinea)*,* Judgment (1 July 1999), ITLOS Reports 1999, para. 155.

[65] 在“圭亚那诉苏里南案”中，即便苏里南没有造成任何实质性的损害，但其军舰驱逐钻井平台的活动仍然被评价为军事活动。相反，俄罗斯在刻赤事件中曾向乌克兰军舰开火迫使其停下来，但由于俄罗斯海警的活动从形式上更符合遵照执法使用武力的程序和原则，这种武力的使用被视为执法活动。See *Arbitration Between Guyana and Suriname*, Award (17 September 2007), para. 439; See *Kerch Strait Case*, Order, paras. 73-74.

国海警使用武力的目标等相关因素。

五、结论

近来，随着菲律宾《海洋区域法》的实施和特朗普 2.0 时代的到来，我国海警在南海争议水域执行《海警法》可能产生摩擦、发生冲突的风险正不断增大。与此同时，由于履行《海警法》争议条款规范之职能引发的争端均归于《公约》的解释或适用，因此，作为《公约》缔约方的任一当事国皆可直接针对我国提起强制法律程序，特别是附件七仲裁程序。

针对争端解决程序，我国于 2006 年依据《公约》第 298 条第 1 款（b）项的规定声明对“关于军事活动的争端”不适用《公约》第十五部分第二节规定的任何一种强制程序。然而，《公约》没有定义军事活动，国际法庭在认定活动和争端性质的方法、标准、事实根据上也尚未形成统一标准，尤其是法庭还可行使较大自由裁量权。因此，即使事件中可能存在军事活动，我国海警因执行《海警法》引发的相关争端也很可能不被视为《公约》第 298 条第 1 款（b）项意义上“关于军事活动的争端”，进而导致我国无法单凭 2006 年的声明阻断法庭对案件行使管辖权。

面对此种法律风险，我国可参照国际法庭在《公约》第 298 条第 1 款（b）项可适用性问题上形成三个步骤，根据争端所涉及《海警法》争议条款的不同情况，分类评价各类争端带来的司法风险。同时，以海警履行海警职能活动为着眼点，根据相关情况因素在活动性质评价所发挥的不同作用，从活动内容、目的、主体、当事国态度、使用武力几个角度努力做好完备、稳妥、有效的应对预案和准备。

Judicial Risks of Controversial Provisions in the Coast Guard Law of China and the Application of Military Exception Under the UNCLOS

Abstract：The Coast Guard Law of China has sparked extensive academic debate and scrutiny after its promulgation, leading to precipitating heightened disputes between China and certain States concerning the interpretation and application of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). Following the enactment of Philippine Maritime Zones Act, law enforcement conflicts have frequently emerged in South China Sea. In response, the United States and other Western nations have amplified rhetoric on South China Sea issues, repeatedly questioning the legality of China’s law enforcement actions under the Coast Guard Law. Consequently, China faces a rise in the likeliness for relevant parties to invoke compulsory dispute settlement procedures against China under this Convention. Although China has declared in pursuance of Article 298 of the UNCLOS that she does not accept any of the

2025年中国国际法学会

compulsory procedures contained in Part XV of the UNCLOS with respect to “disputes concerning military activities”, international tribunals may characterize the activities in question not military in nature, and the dispute not a “dispute concerning military activities” for the purposes of Article 298, paragraph 1 (b) of the UNCLOS. Therefore, to avoid and manage relevant legal risks, China should adopt a multidimensional approach to the relevant circumstances taken into the distinction of the nature of the activities to manage incidents arising from The China Coast Guard Law.

Key words: The Coast Guard Law of China, UNCLOS, military exception clause，law enforcement activities

2025年中国国际法学会年会

限制豁免理论下我国"商业活动例外"条款的文本解构与司法展开路径

——基于对美国判例法解释实践的研究

杨帆*

摘要：传统国家豁免原则在新自由资本主义背景下已由“绝对豁免”逐步转向“限制豁免”，而“商业活动例外”条款正是这一转变的体现。适用该条款需澄清三个关键问题：一是如何界定“商业活动”，即在非行使主权权力情形下，需综合考虑活动的性质与目的；二是“商业活动”与我国领土联系的认定，需明确区分在我国领域内实际发生的交易行为与仅存微弱联系的边缘行为；三是诉讼请求与商业活动之间联系的认定，应严格解释“引起”一词，要求索赔必须基于商业行为的核心要素，而非一般关联。通过对美国 FSIA 及相关判例的比较分析，我国应借鉴国外司法实践中的成熟经验，建立兼顾性质与目的的混合解释模式，同时坚持“非行使主权权力”的限定，确保“商业活动例外”既发挥保护国内商业利益的作用，又不致无限扩大外国主权豁免范围，从而实现司法公正与国际交流之间的平衡。

关键词：限制豁免；商业活动例外；《外国国家豁免法》；FSIA

国家豁免是一项传统的国际法规则，源于拉丁语中“平等者之间无管辖权”这一格言，旨在通过阻止主权国家在外国法院被起诉或被强制执行，以促进主权国家在不受其他主权国家干涉的情况下履行其公共职能。从本质上讲，它排除了法院地国的法院在外国为当事方的某些类别的案件中行使裁决和执行管辖权。随着国家实践的深入发展，围绕国家豁免问题逐渐分化为两种不同的立场：一种坚持传统的“绝对豁免”立场，即主权国家的所有活动及其财产均不受法院地国的管辖；另一种则逐渐接受“限制豁免”立场，即主权国家只有实施主权行为时才享有管辖豁免，在实施非主权行为时，该国仍然可能受到外国法院的管辖。我国长期以来坚持“绝对豁免”的立场。2023 年 9 月 1 日全国人大常委会颁布了《外国国家豁免法》，并于 2024 年 1 月 1 日生效。从内容上来看，该法明确规定了不适用国家豁免的例外情况，比如商业活动、雇佣合同、人身伤害、财产损失以及投资仲裁等情况，这表明我国在外国国家豁免问题上的立场从传统方法向更加开放的思维转变，有望促进我国外交事务朝着法治化的方向发展。

《外国国家豁免法》的通过预示着我国法院将在外交领域扮演更加重要的角色。本法第七条规定的商业例外，允许国内法院受理商业交易中以外国国家为被告的案件，大大增加了法院受理涉及外国国家豁免案件的范围。这样做不仅有助

* 浙江理工大学讲师

于在商业交易中保障当事人的合法权益，增强司法的可预见性，促进国际贸易和投资活动，而且还提供了一个法律框架，使我国法院能够依法对外国国家的商业行为进行司法审查，就主权行为和商业行为的边界问题表明主张和立场，从而塑造我国在国家豁免领域的话语权。不过需要注意的事，由于商业例外条款的高度概括性，其司法适用一直是主张限制豁免的国家司法实践中面临的一大难题，需要法院运用精湛的法律解释技术，在澄清模糊的法律规则的同时实现短期利益和长期利益的兼顾、经济利益和外交利益的平衡、国内政策和国际政策的协调。

一．我国《外国国家豁免法》中“商业活动例外”条款的司法解构

《外国国家豁免法》第七条中的“商业活动例外”条款，其实质借鉴了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》、美国《外国主权豁免法》等国际条约以及多国国内相关法律的立法实践，体现了行使统治权行为与管理权行为二元划分的基本原则。在结合域外实践的基础上，为确保该条款在我国司法实践中的准确适用，亟需对以下三个关键问题予以澄清。

（一）“商业活动”的认定问题

虽然大多数主张限制豁免的国家都在本国立法中规定了“商业活动例外”条款，但在如何界定“商业活动”方面存在分歧。比如在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》、《英国国家豁免法》等法律文件中使用“商业交易”（commercial transaction）一词，从文义上来看，“商业活动”不局限于“交易性活动”，其内涵要比“商业交易”更加广泛。考虑到表述上的差异可以通过“目的解释”、“文本解释”等法律解释方法进行弥合，值得我们关注的是各国对这类活动不同的定义方式和判断标准。就定义方式而言，美国采取抽象概括的方式将“商业活动”定义为正常的商业活动过程或特定的商业交易或行为。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》采取列举的方式对“商业活动”进行了较为详细和明确的列举。就“商业活动”的判断标准而言，大致可以分为三种标准，即性质标准、目的标准和兼顾行为和性质的标准。美国立法明确规定“一项活动的商业性质应根据行为过程或特定交易或行为的性质来确定，而不是根据其目的来确定。”英国、新加坡、澳大利亚等国立法则采取了“目的标准”。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》则采取了混合标准，不过从立法条文来看，性质标准似乎起着更重要的作用，只有在特定情况下才会考虑目的标准。相较之下，我国的《外国国家豁免法》有关“商业活动”的规定体现了对不同做法的吸收和兼顾。比如，在界定“商业活动”的时候采取了“抽象概况+列举”的方式，规定“商业活动”属于“非行使主权权力的行为”，并列举了货物或者服务的交易、投资、借贷等行为。此外，在“商业活动”的判断标准上也明确规定要兼顾活动的性质和目的。

采取混合定义的方式有助于在清晰表明“商业活动”具体范围的同时保持开放。然而，由于定义要素和判断标准的复杂，该条款在司法实践中适用的困难程

度也在增加。各国相关实践表明，“商业活动”包罗万象，不可能通过穷尽列举的方式进行罗列，需要司法机关依据法律规定，结合案件事实，逐案进行判断。第七条第二款先是将“商业活动”定义为“非行使主权权力的行为”，随后又规定“商业活动”的认定要依据“行为的性质和目的”。如何解释“行为的目的和性质”一直以来都是各国国家豁免立法和司法实践中最棘手的问题，我国法院也需要对该问题给出自己的答案，这实际上是塑造话语权的过程。但是结合第七条的内容和其他国家的相关规定，我国法院解释和适用该条款将尤其具有挑战性。

一方面，需要澄清依据“非行使主权权力的行为”来认定某个行为是否属于“商业活动”与依据“行为的性质和目的”来认定“商业活动”二者是什么关系？表面上来看，二者属于认定“商业活动”的不同方法。前者侧重于对“行使主权权力”的解释，需要借助国际公法中的“主权”概念，重点关注是否有公权力的介入或行使政府权力的行为；后者更注重对个案中特定行为性质和目的的理解。美国法院在 Ashraf-Hassan v.Embassy of France 案中认为界定“商业活动”的关键其实在于外国国家是否行使公权力，无论是“性质标准”还是“目的标准”，最后的指向都是考虑其中是否有公权力因素。奥地利法院则在 Collision 案中将两种认定“商业活动”的方法进行了统一，即根据行为的性质和目的判断是否属于“主权行为”。[1]“商业活动”认定方法的混乱将会导致同案不同判的现象，进而引起不必要的外交纠纷，为此需要尽快明确下来“商业活动”的界定方法。

另一方面，在根据“性质标准”和“目的标准”认定特定行为是否构成“商业活动”时，如何处理二者的关系。第七条要求综合考虑与行为性质和目的相关的所有因素，对此可以有三种理解方式：一种是综合考虑与性质或目的相关的所有因素，性质标准或目的标准任何一种得到满足都可以认为构成“商业活动”。这种做法的后果会扩张“商业活动例外条款”的适用范围，外国主权国家享有的豁免范围更窄。第二种理解与第一种相似，区别在于确定性质标准或目的标准的优先性或决定性，当综合考虑各种因素之后，如果基于性质标准和目的标准得出相反结论，那么根据优先标准认定是否构成“商业活动”。第三种理解是行为只有同时满足性质标准和目的标准，才能构成“商业活动”。这种做法的后果是严重限制“商业活动例外条款”的适用范围，外国国家的主权豁免能够在更多的情况下得到尊重。从国外实践来看，尽管越来越多的国家在本国豁免法中规定依据“性质标准”认定“商业活动”，但司法实践却表明“目的标准”也发挥了一定作用。比如，法国宣称基于行为的“性质标准”做出豁免决定，但是法国最高院在 Euro e´quipement v. Centre 案中认为“尽管豁免问题必须结合所从事活动的性质来审查，但是被告国家实体使用建筑物是出于纯粹的商业目的，因此不应当享有豁免权”。加拿大《国家豁免法》明确规定基于活动的性质认定“商业活动”，然而加拿大最高法院在《加

[1] Collision with Foreign Government-Owned Motor Car Case,40I.L.R.73(AustriaSup.Ct.1961)

拿大劳工法》一案中明确采用了“目的”方法。本案涉及美国海军基地雇佣加拿大平民而产生的雇佣关系纠纷，加拿大最高法院认为雇佣的目的是服务于美国国防，与雇佣活动的性质高度相关，涉及到美国的国家主权问题，必须予以驳回。本案中，代表多数意见的 Forest 法官认为“性质和目的是相互关联的，如果不考虑后者，就不可能确定前者。在许多情况下，可能没有必要深入考虑活动的性质和目的的区别。但是，如果考虑目的有助于确定活动的性质，那么就应当且必须考虑活动的目的。”2司法实践中，越来越多的国家开始在坚持性质标准优先地位的基础上，将行为的目的纳入考虑范围，这与对第七条的第二种理解不谋而合。

（二）“商业活动”与我国领土联系的认定问题

我国的《外国国家豁免法》中规定了两种领土联系，包括在中华人民共和国领域内发生的商业活动以及虽然发生在中华人民共和国领域外但在我国领域内产生直接影响的商业活动。FSIA 第 1605(a)(2)条则规定了三种领土联系：（1）“外国在美国开展的商业活动”；（2）“在美国境内实施的与外国在其他地方的商业活动有关的行为”；（3）“在美国领土之外的行为，与外国在其他地方的商业活动有关，并且该行为在美国产生直接影响。”从内容上来看，我国立法模式与 FSIA 存在相似之处，比如都明确涵盖了“发生在境外但对境内产生直接影响的商业活动”，也存在一定差异。对于境内的商业活动，我国法律只规定了“在我国领域内发生的商业活动”这一类情形，FSIA 则规定了两种情况。结合域外立法和司法实践，我国法院在处理“商业活动”与我国领土联系这类问题时将面临两大难题。

第一，如何理解“发生在境外但对境内产生直接影响的商业活动”。解决该问题的关键在于界定“直接影响”。对“直接影响”的解释和适用是长期困扰各国司法机关的一大难题，主要原因在于在贸易全球化和跨境商业活动日益频繁的背景下，越来越多的境外商业活动都会对本国产生影响，尤其对于美国这种全球商业和金融中心而言。如果对“直接影响”进行严格的解释，那么符合“商业活动例外”的活动将会减少许多，外国国家的豁免权主张会得到更大支持，不利于保护美国企业和投资者的海外利益。进行宽泛解释的话，外国国家的豁免权在许多情况下会被剥夺，美国在全球商业和金融领域的地位可能受到影响，这是因为其他国家为了避免在美国法院被剥夺豁免权，可能会在商业交易中避免使用美国的金融系统或与美国企业进行其他交易活动。我国也将经历美国曾经面临的难题。自“一带一路”战略实施以来，我国在沿线国家进行的投融资活动越来越频繁，由于债务违约、工程建设、投资回报、环境与社会责任等引起的纠纷也越来越多，其中不少涉及外国的中央政府或地方政府。我国法院在处理这类案件的时候，需要审慎地解释和适用“直接影响”条款，既要维护我国企业海外正当合法的经济利益，又要避免滥用自由裁量权，肆意剥夺外国国家的豁免权，这会严重损害沿线国家参与

[2]Re Canada Labou rCode, Canada, (1992) 91DLR (4th)449,461;

建设“一带一路”的热情。

第二，如何界定“中华人民共和国领域内发生的商业活动”的范围。美国 FSIA 中规定的第一个领土联系是“外国在美国开展的商业活动”，从用语来看，在我国发生的商业活动显然包括外国在我国开展的商业活动，但是 FSIA 第 1603(e)节进一步要求外国在美国开展的商业活动必须是外国国家所从事的、与美国存在“实质性联系”（substantial contact）的商业活动。美国这么做的目的是避免美国法院成为国际索赔法院。3在 Saudi Arabia v Nelson 案中，美国最高院认为外国在美国开展的商业活动必须与美国有“实质性联系”，孤立的或最低限度的联系是不够的。4美国的这种做法对我国具有一定启示意义，虽然我国就国家豁免的立场正在发生重大转变，但并不意味着我国法院需要处理任何涉及外国政府的民商事案件，应对被诉商业行为与我国法院之间的关系做出进一步要求。“实质性联系”的要求目前已被多数国家所接受，我国未来可以通过立法或司法解释的形式予以体现，问题在于如何在司法实践中解释“实质性联系”。从美国的司法实践来看，对它的理解不尽相同，但公认的一点是，与“最低限度联系”相比，“实质性联系”对联系的程度要求更高。

界定“中华人民共和国领域内发生的商业活动”的范围还面临的一个问题是其是否涵盖美国 FSIA 中规定的第二种联系，即“在境内实施的与外国在其他国家的商业活动有关的行为”。美国的一些法院认为 FSIA 中这一规定涵盖了在美国境内实施的与外国在其他国家的商业活动有关的非商业行为。5按照这种解释，在我国发生的商业活动很显然不包括任何的非商业活动。但是，美国国内对该问题的看法存在分歧，比如 FSIA 立法者声明中引入了“双重商业性”规则，即仅当外国在美国实施的商业行为（或私人行为）与其他地方的商业活动有某种联系时，才可适用商业活动例外。6这又使得“中华人民共和国领域内发生的商业活动”的范围可以涵盖 FSIA 中规定的第二类领土联系。实际上，与 FSIA 中第二种领土联系相关的判例法并不多，该部分的立法报告也强调了与第一种领土联系的重叠，主要涉及给予代理活动产生的损害赔偿诉讼、违反美国证券法的行为、雇佣活动等。导致这一现象的原因可能是商业活动不在美国境内发生，且也不以对美国境内产生直接影响作为条件，因而权利受到侵害的人可能无法注意到诉权。7因此，分析我国立法是否涵盖 FSIA 中规定的“在境内实施的与外国在其他国家的商业活动有关的行为”似乎并无太大意义。

（三）商业活动与诉讼之间联系的认定问题

---

[3] 美国对外关系法第四次重述，第 357 页

[4] Saudi Arabiav Nelson, 507U.S.349,356,113S.Ct.1471(1993).

[5] 在 Byrd v. Corporacion Forestaly Industrial de Olancho S.A.案；Kensington International Ltd.v. Itoua 案

[6] State immunity ininternational law，P114

[7] 张建栋.论国家管辖豁免中的商业活动例外[J].《上海法学研究》集刊,2021,13:24.

我国《外国国家豁免法》第七条规定只有商业活动“引起”（arising out of）的诉讼才涉及管辖豁免问题，“引起”一词借鉴了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第十条第一款的内容，可惜的是两部法律文本都没有做出进一步解释。结合条款原文不难发现，对“引起”的解释实际上涉及商业活动与诉讼之间联系的认定问题，即被诉商业活动与诉讼本身存在何种联系的情况下当事方才可援引“商业活动例外”条款。其他国家的豁免立法中也要求商业活动和诉讼之间存在联系，但在表述方面略有不同。比如，为了符合美国 FSIA 第 1605(a)(2)条的规定，起诉必须基于（based upon）商业活动。英国 1978 年《国家豁免法案》中也规定“国家在与商业交易有关的（relatingto）诉讼方面不享有豁免权”。目前，这些不同的用语在解释和适用时是否存在区别尚不确定。2021 年美国最高院在 Ford Motor Company v.Montana Eighth Judicial District 案中对“引起”和“有关”两组用语进行了区分，它认为“引起”一词更加强调被诉行为和诉讼之间存在因果关系，适用时更加严苛。“有关”一词在适用时比“引起”更加广泛、更具包容性。对于“基于”一词的解释，《美国对外关系法重述》指出“基于”要件要求被诉行为和诉讼之间不能仅存在微弱的联系，也不只是意味着行为与诉讼之间存在因果关系，而是要求二者之间存在更紧密的联系，即被诉行为必须构成诉讼请求的核心或者基础。这意味着在美国司法实践中，按照行为与诉讼之间联系的紧密程度来看，“基于”对联系的紧密程度要求最高，“引起”次之，“有关”最低。但是英国上议院 Millett 勋爵在 Holland v.Lampen-Wolfe 一案的附带意见中指出“与商业交易有关的（relating to）诉讼要求诉讼主张必须由商业交易所引起（arising out of）。”这里实际上表明两种不同表述具有相同的内涵。但具体到“relatingto”一词所界定的被诉行为和诉讼的联系程度时，英国法院对该问题也体现了慎重的态度，它认为该用语在阻止主权豁免例外条款适用方面起着决定性作用，不应当扩大例外条款的适用范围以涵盖侵权行为。8为此，仅仅与商业活动有联系，并不能使一项诉讼本身就被视为（引起主权豁免例外的）商业诉讼；相反，该诉讼必须在某种意义上基于该商业活动，即至少诉讼主张中所有要素中的一个（但不一定所有的要素）必须由所诉商业活动构成。9

即使不考虑以上三类不同表述之间可能存在的区别，我国法院在具体解释和适用“引起”一词时也需要解决商业行为和诉讼之间联系程度的认定问题。与上文所讨论的“商业活动的认定问题”、“商业活动与我国领土联系的认定问题”不同，“商业活动与诉讼之间联系的认定”是适用“商业活动例外”条款的前提，起着类似阀门的作用，只有二者之间某种程度的联系得以建立的情况下法院才会进一步分析所述行为是否构成“商业活动”以及所述行为是否与我国存在直接或间接的领

[8] 参见英国法院在 Simon Morrison v Mapfre Middles ea Insurance plc, City Sightseeing Malta Limited, Awtorità Ghat-Transport F’Malta (Transport for Malta) [2022] CSIH 45, 2022 WL 05239159 about UKSIAs 14

[9] Andrew Dickinson,‘State Immunity and State-Owned Enterprises’(2009)10BusLInt’l97

土联系。在司法实践中，“arising out of”一词通常被翻译为“因…而生”或“由…引起”。这一术语通常用于合同、侵权、保险和其他法律领域，尤其是在国际贸易、民商事诉讼和仲裁中，通常是指某一事件、行为或争议与特定的法律责任、契约、事实或情况之间存在直接的因果关系或联系。因此，从“被诉行为与诉讼存在因果关系”的角度来理解“引起”一词的话，我国法院未来对商业行为和诉讼之间联系程度的认定标准相较英美国家更加宽松，自然人或法人在我国法院能够更容易地针对外国国家的行为主张“商业活动例外”。可以预期的是，由于阀门开的比较大，短期内涉及“商业活动例外”条款的案件量将会激增。考虑到我国法院审理“商业活动例外”案件的经验严重不足，为此需要管理好阀门，利用好“引起”条款，避免相关案件短期内大量堆积拖累司法效率，损害司法的公平正义。

二．美国判例法对 FSIA“商业活动例外”条款的解释和适用

（一）“商业活动”的认定问题

FSIA 第 1603(d)条将“商业活动”定义为“正常的商业行为过程或者特定的商业交易或行为”。值得注意的是，该条款还规定“活动的商业性质应根据行为过程或特定交易或行为的性质来确定，而不是根据其目的来确定”。根据立法者的观点，通过合同采购的商品或服务是否用于公共目的对于认定“商业活动”无关紧要，重要的是活动或交易本身是否具有商业属性。不过，在认定“商业活动”的时候立法者似乎也没有完全排除行为的目的，正如他们所言，“如果一种活动通常以营利为目的，就可以很容易地认定其具有商业性质。”10美国的判例法显示，行为或交易的“目的”总会以某种形式出现在司法实践中。在 DeSanchezv.Banco 案中，第五巡回法院裁定，考虑到其控制外汇储备的目的，尼加拉瓜拒绝兑现其为支付私人银行债务而开出的支票是一个享有豁免的主权行为。在性质和目的的逻辑关系上，法院认为“不相信行为的性质和目的之间始终能够实现完全分离，行为的性质往往是由其目的定义的。除非能够探究此类行为的目的，否则无法确定它们的性质。”11尽管美国法院认识到完全区分行为性质和目的存在很大困难，然而考虑到法律的明确规定和立法者的意图，法院依然会自觉的限制目的标准的适用。在 Segniv.Commercial 案中，第七巡回法院虽然认可第五巡回法院对性质和目的标准的论述，但考虑到国会立法者的意图，要求法院尽可能限制对目的标准的考虑，仅在绝对必要的情况下考虑行为的目的，以界定相关行为的性质。

然而，在著名的 Argentina v.Weltover 案中，美国最高院拒绝了巡回法院所使用的兼顾行为性质和目的标准的审理思路。最高院认为既然 FSIA 明确规定了性质标准，那么就不需要考虑外国政府是出于盈利目的还是为了实现特定的主权目标而行事，关键在于判断外国国家所采取的特定行动（无论背后动机为何）是否

[10] Report no.94-1487, 1976
[11] De Sanchez v. Banco, US,770F.2d1385,1393(5thCir.1985)

属于私人也可以参与的贸易或商业行为。12“私人”测试（private person test）已经成为 FSIA 中“性质”标准的主要适用方式。通过参照基本的“公”与“私”的区分，法院回归到 FSIA“限制豁免”理论根源以消除商业例外的歧义，其核心主张是当外国主权在市场上作为私人行为者行事时，它不能通过豁免逃避责任。美国最高院这种审理思路在处理公权力行为和私人活动相互交织的复杂情况时可能存在争议。比如，一国外交机构出于促进两国人民文化交流的目的而赞助和运营的文化之旅，即使不向参与者收费，也可能被视为一种“商业活动”，因为外国政府从事的组织、导游行为也可为私人所从事。最高法院在强调“性质”而非“目的”的重要性时，明确否认了立法报告中识别“商业活动”时的“盈利目的”，这种做法导致其在 Dale v. Colagiovanni 案中做出一个颇具争议的裁决，即主权国家创建慈善基金会的行为也属于私人能够参与的贸易、交通或商业活动类型，因此构成商业活动。13按照最高院的解释，国家所做的几乎所有事情，除了全面战争之外，都可以被认定为“商业活动”。受 Weltover 案的影响，《美国对外关系法重述》（第四次）指出：“行为的商业性由其性质决定，而不是其目的，因此盈利动机的有无并不是决定性的。”14

无论 FSIA 的立法者还是美国的司法机关，对于是否应当考虑“目的”标准来认定“商业活动”都存在自相矛盾、前后不一致的地方。一方面，适用“目的”标准有助于快速认定那些具有“盈利”动机的活动构成“商业活动”，提高司法效率，保证判决结果的一致性。另一方面，对 FSIA 进行严格解释的话，“目的”标准确实被明确排除，导致司法机关至少不能表面上完全依靠“目的”标准界定被诉活动。此外，“目的”标准被美国法院排除也引起了其他国家的不满，尤其是对第三世界国家而言，政府为了发展经济、提升社会福利等公共目的进行的交易活动将被认定为“商业活动”，从而被剥夺豁免权。为此，美国法院通过考虑交易活动的整个背景对“目的”标准进行了折中适用。在 EM v.Argentina 案中，第二巡回法院认为，阿根廷从国际货币基金组织借款及偿还并不构成“商业活动”。法院在其决定中依赖了四个考虑因素，包括：只有主权国家可以成为国际货币基金组织的成员并使用其融资；阿根廷的借款计划是“旨在维护国际货币体系稳定和促进有序经济增长的更大监管事业的一部分”；借款关系的条款和条件并不受“普通债务工具”的约束，而是受到条约义务的管辖；以及国际货币基金组织的贷款结构具有其作为国际组织的独特之处，且在商业市场上不可获得。换句话说，阿根廷在作为主权国家从国际货币基金组织借款时并未进行商业活动，这一行为发生在一个独特的国际背景下，而非商业市场，并且是出于监管，即主权的目的。此判决不仅表明，“性质”方法不够充分，而“背景”方法更为有用，同时也对“目的”测试给予了辩护。

12 Argentina v. Weltover, 504 US 607。
13 Dale v. Colagiovanni, US,337 F. Supp. 2d 825,839(S.D.Miss.2004);
14 Restatement Fourth, the Foreign Relations Law of the United States, 352.

法庭必然深知，判断商业活动并不是一个简单的过程，仅仅通过交易的性质给出简单答案是不够的；否则，法庭就不会认为有必要对国际货币基金组织贷款的每一个细节进行如此详细的分析。每个个人都可以借款；区分国际货币基金组织贷款与私人贷款的，不是其性质，而是其目的及相关情况。贷款本身，即私人自然人和法人经常进行的借款行为，并不足以决定其商业或非商业特征；答案必须在贷款之外寻求。

综上所述，美国当前在认定“商业活动”的时候主要依据性质标准，具体而言就是适用“私人”测试以判断被诉商业行为是否亦可为私人所从事。性质标准将大大增加国家参与的活动被认定为商业活动的可能性，尤其对那些依赖政府活动提高社会福利的发展中国家而言。不过，目的标准也并非被完全抛弃，只是以“交易背景”的形式被适用于法庭的分析中，作为交易背景的诸多要素之一被考虑。

（二）美国司法实践中“基于”要件的解释和适用

为了根据商业活动例外条款的确立管辖权，美国法院必须判定是否满足诉求必须基于商业活动且该商业活动与美国有实质联系这一条件。法院在判断诉求是否充分基于与美国有足够联系的商业活动时，采取双重方法，即确定外国国家的特定商业行为，该行为是原告诉求的基础；确定商业活动与诉求的核心之间是否存在足够的联系。为满足第一个要件，法院必须确定一项诉求的核心内容。为了避开豁免权，被指控的商业行为必须引发原告的诉求；具体而言，该商业行为必须使原告有权依据其对案件的核心主张获得救济。一旦法院确定了构成原告诉讼基础的特定商业活动，就必须评估该活动是否与美国存在充分的联系以建立管辖权。

由于国会没有就“基于”条款做出进一步解释和指导，导致联邦法院对“基于”条款的不一致解释。不同的巡回法院演变出了不同的解释方法。在 Arango v. Guzman Travel Advisors Corp.一案中，美国第五巡回上诉法院将“基于”定义为“引起所提起诉讼的特定行为是否实际上构成或与商业活动相关，无论被告行为作为整体来看其商业或政府性质如何。”15与第五巡回法院的定义相一致，美国第二和第七巡回上诉法院强调，“基于”要求必须通过明确支撑诉讼的具体行为来独立适用。在 Vencedora Oceanica Navigacion, S.A.诉 Compagnie Nationale Algeriennede Navigation 一案中，第五巡回法庭采用了 Arango 案对“based upon”的定义来创建一个联系测试。该测试旨在确定诉求何时基于在美国发生的商业活动。16Vencedora 法院拒绝了对第一条款进行狭义且字面上的解释，并认为诉求不需要直接基于外国国家在美国的商业活动。相反，仅需存在一个联系以满足第一条款的“based upon”要求。这种广泛的解释被称为简单联系要求。相对而言，美国第七巡回上诉法院在 Santos 诉法国国家航空公司一案中适用了显著联系测试。

[15] Arango v. Guzman Travel Advisors Corp., 621 F.2d 1371,1379 (5thCir.1980).
[16] Vencedora Oceanica Navigacion, S.A., 730F.2 dat 203.

法院在该案中对“基于”的要求进行了狭义解释。17原告美国公民 Miguel Santos 声称在巴黎奥利机场工作期间由于一名法航员工疏忽驾驶车辆撞上装卸平台而造成了人身伤害。法院认为，原告的伤害并不是基于法航在美国的商业活动。法院的理由是伤害与行为之间的联系不足。实际上，Santos 的索赔与法国航空在美国的商业活动没有任何关联，仅仅基于一名法国航空员工恰好驾驶了导致他受伤的车辆这一事实。

在 Saudi Arabiav.Nelson 案中，最高法院阐明了联系要求，并得出“基于”要求需要显著联系的结论。18Nelson 是一名美国公民，在沙特阿拉伯的一家国有医院担任监测系统工程师。他是由美国医院公司（HCA）招募的。Nelson 在沙特阿拉伯面试，但他是在美国与医院签署的雇佣合同。在沙特医院工作期间，纳尔逊开始根据他的工作要求向医院官员报告某些安全缺陷。在他报告这些缺陷几个月后，沙特政府特工逮捕了 Nelson。在拘留期间，他遭到酷刑、殴打、被剥夺食物、被逼迫在未被告知内容的情况下签署一份阿拉伯语声明，并且从未被告知他被监禁的原因。在他获释并返回美国后，Nelson 在佛罗里达南区地方法院起诉沙特阿拉伯和医院。法院驳回了该诉讼，并认为 HCA 招募纳尔逊并未建立第一条商业活动例外所要求的充分关联。在上诉中，第十一巡回法院推翻了该判决，认为沙特阿拉伯通过招募和雇佣 Nelson 以商业身份行事，并且 Nelson 的伤害基于这些在美国进行的招募活动。最高法院在判决中撤销原判并判定，Nelson 的故意侵权索赔并非“基于”沙特阿拉伯的商业活动，比如招聘和雇佣过程，因此不属于该例外情形的范围。相反，法院判定 Nelson 的索赔源于其被捕后沙特阿拉伯的侵权行为。沙特阿拉伯是在其警察权力下实施侵权行为的，因此就 FSIA 而言并非商业行为。基于此，法院无需就沙特阿拉伯在美国的招聘和雇佣是否满足关联要求作出决定。

Saudi Arabia v.Nelson 案中法庭将“基于”要求理解为“那些如果被证明，将使原告在其案件理论下有权获得救济的主张要素”19，或者作为“诉讼的实质”。20法院通过注意到第一条款不包括“in connection with”的短语，区分了第一条款的“基于”要求与第二和第三条款的“基于”要求。通过增加“in connection with”这个短语，国会立法者希望法院能够区分“基于”商业活动的诉讼与“基于”与此类活动相关的行为的诉讼之间的差异。为了使第一条款与其他两个条款保持独立，必须将第一条款解释为需要“与商业活动有更深层次的联系，而不仅仅是简单的关联”。根据这一推理，法院认为 Nelson 案的事实并未满足第一条款“基于”要求。尽管 Nelson 在美国的招聘最终导致了他的伤害，但招聘过程仅是与他的诉求核心相

17 Santos v. Compagnie Nationale Air Fr., 934F. 2d 890,892–93(7thCir.1991).
18 Saudi Arabia v.Nelson, 507U.S.349,356–58(1993).
19 Nelson, 507 US.at357.
20 Callejo v. Bancomer, S.A., 764F. 2d 1101,1109(5th Cir.1985)

关，不构成他诉求的基础。他的诉求完全基于沙特阿拉伯的侵权行为。逮捕、监禁和酷刑等侵权行为与 Nelson 在美国的招聘和雇佣之间存在不够充分的联系。

在 OBB Personenverkehr AG v. Sachs 案中，被告 Carol Sachs 是一名加利福尼亚居民，她通过一家位于马萨诸塞州的旅行社在线购买了 Eurail Pass。她随后用该通行证乘坐了一列由申请人 OBB Personenverkehr AG（OBB）运营的列车。在奥地利，她在试图登车时从站台跌落到轨道上，导致双腿截肢。她在加利福尼亚北区美国地方法院起诉 OBB，OBB 以 FSIA 的主权豁免为由申请撤诉。Carol Sachs 辩称，她的诉讼不受主权豁免的限制，而是应适用商业活动例外的第一条款。她的受伤及其每项索赔均基于该马萨诸塞州旅行社对 Eurail Pass 的销售。地区法院驳回了诉讼，第九巡回法院全体法官推翻了该裁定，认为 Carol Sachs 的诉讼基于欧铁购买，因为该销售“确定了每一项诉因所需的单一要素。”21根据全体法官的意见，整个索赔不必完全基于 OBB 的商业活动，Eurail Pass 的销售仅需发生在美国，并与 Sachs 的五项索赔中的每一项有某种联系即可。最高院驳回了第九巡回法院的判决，裁定本案诉讼受主权豁免的限制，因为它超出了商业活动例外的范围。22最高院在在本案中援引了 Saudi Arabiav.Nelson 案的判决，法院认为“基于”要求是通过审视诉求的基础，即诉讼的重心（the gravamen of the complaint）23得以满足。结合 Nelson 案的审理思路，最高法院在 OBB Personenverkehr AG v. Sachs 案中解释道，本案主张的依据是奥地利国有 OBB 铁路公司的过失行为。法院指出，Sachs 的所有诉求都取决于发生在奥地利的同一悲惨事件，据称该事件是由奥地利的不当行为和危险状况引起的，这导致了在奥地利发生的伤害事件。仅仅因为 Eurail 通行证的销售能够成功建立每一项索赔的单一要素，这一事实未能通过显著联系测试（significant nexus test）。24在一般情况下，寻求根据商业活动例外确立管辖权的原告几乎总能找到至少一项发生在美国的不法行为。为了尽可能创建最清晰的测试标准，法院坚持要求这些不法行为必须是索赔的核心。

考虑到商业行为的日益国际化，在分析商业行为和诉讼之间联系程度的时候适用最小接触分析显得不够合理。使用显著联系测试来满足 FSIA 第 1605(a)(2)条款的实质接触要求，确保只有诉讼的核心要素，即诉讼的重心，能够引发管辖权。在美国发生的孤立或远相关事件始终不足以对外国主权者建立管辖权。国会通过了 FSIA 立法，并设定了有限的豁免例外，这些限制应得到尊重，无论商业和电子商务的跨国性质如何日益增强。对“基于”要求的狭义解释将有助于确保在一个技术能力几乎消除领土边界的时代，对外国主权者行使管辖权仍然是国家豁

21 Sachs v. Republic of Austria, 737F.3d 584,599(9thCir.2013)
22 OBB Personenverkehr AG,136 S.Ct.at393，美国最高院认为 Sachs 的诉讼是基于 OBB 的行为，而不是欧铁通票的销售。
23 Saudi Arabia v. Nelson,507U.S.349,356–57(1993).
24 OBB Personenverkehr AG,136S.Ct.at395.

免规则的例外。25

（三）美国司法实践中“直接影响”条款的解释和适用

“直接影响”条款旨在解决在美国境外发生的商业活动如何与美国建立领土联系的问题。由于国会立法者没有对这一条款做出进一步解释，因此必须由美国法院在实践中进行澄清。考虑到中美两国是全球最重要的经济体，商业活动和经济利益遍布全球，为此对“直接影响”条款的解释和适用直接关系到海外利益的保护问题。美国对该问题的司法实践十分值得我国学习和借鉴。在美国有关“商业活动例外”的司法实践中，涉及“直接影响”条款解释和适用的案例最多、最复杂且最具争议性，总体而言可以分为三个不同的发展阶段。

1.对“直接影响”条款的早期解读：实质可预见性测试的产生

在 Upton v.Empire of Iran 案中，哥伦比亚特区上诉法院强调了“直接影响”的字面含义，即“没有介入因素，而是直线流动，没有偏差或中断”的影响。当被告的商业活动与在美国遭受的损害之间不存在替代原因时，判定为有“直接影响”。在原告立即感受到影响、没有介入因素或原因以及在美国产生实质性影响的情况下，管辖权成立。这种字面解释方法被认为过度限制了该条款的适用。且它没有提供足够的依据来确定直接影响是否发生在美国。虽然它提供了一个有用的测试来确定影响是否是“直接的”，但它没有考虑影响的性质是否应该根据 FSIA 拒绝主权豁免。随后，大多数法院在解释“直接影响”条款时转向 FSIA 的立法历史寻求指导。

立法历史指出该条款的解释方式应符合第二次《对外关系法重述》第 18 节中规定的原则。[26]《对外关系法重述》第 18 节指出所谓“影响”必须是“实质的”（substantial）和“直接和可预见”（direct and foreseeable）的。[27]美国第三、第五、第六、第九和哥伦比亚特区巡回法院采用了《对外关系法重述》对直接影响的解释。《重述》对“直接影响”的检验也被称为“损害地点”检验标准，即主要关注于所称的伤害是否是被告外国国家行为的实质、可预见和直接的影响结果。“实质性”要素是《重述》测试中的三个要素中的第一个，要求外国国家的活动对原告造成“重大财务后果”，从而为防止针对外国国家的微小诉讼提供了保障。采用《重述》测试标准的法院对第二个要素“直接”采取了字面解释。例如，哥伦比亚特区在 Zedan v. Kingdom of Saudi Arabia 一案中采用了 Upton 的分析方法，认为“直接”意味着在被告的行为与在美国遭受的损害之间不存在任何中间事件。同样，在 Gould,Inc.v.PechineyUgineKuhlmann 案中，第六巡回法院认为“直接”意味着原告是被告活动的主要直接受害者，而非间接受害者。“可预见性”是第三个也是最重

[25] Julie Nadine Bloch, Looking to the Gravamen of the Claim: The Commercial Activity Exception of the FSIA, 51NYU Journal of International Law and Politics 621(2019).
[26] H.R.Rep.No.1487,94th Cong., 2d Sess.19, reprinted in 1976 U.S.Code Cong.&Admin.News6604,6618.
[27] Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States，(1965)

要的要素。法院对《重述》中直接影响的可预见性要求的解释是排除了原告偶然遭受的伤害。[28]

将《重述》用于解释“直接影响”条款的做法并未得到一致支持。第二巡回上诉法院已明确拒绝《重述》对“直接影响”的解释。在 Texas Tradin & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria 案中，法院指出参照《重述》有点不合逻辑，因为《重述》涉及的是美国实体法可适用于海外行为的范围，而非美国法院适当的域外管辖权范围。由于 FSIA 的法定措辞暗示在 FSIA 案件中联邦实体法并非总是适用。并且由于《重述》关于实质性和可预见性的要求旨在将美国与外国实体法之间不必要的冲突降至最低，这些要求在 FSIA 中不相关。这一批评已被其他巡回法院注意到，但它们仍然认为《重述》反映了国会的意图，并提供了一种对“直接影响”条款有用的解释方法。

2.TexasTrading 案：实质可预见性测试开始转变

随着实质性可预见性测试的发展，一种更为宽松、对原告更为有利的测试开始出现。20 世纪 70 年代尼日利亚水泥危机引发的诉讼是这一替代性“直接影响”测试产生的推动力。尼日利亚水泥危机是历史上最严重的商业纠纷之一，它提出的问题直指现代国际经济秩序的核心。面对对全球贸易和金融产生重大影响的索赔，美国法院改变了策略，引入了相对更为宽容的直接影响测试。

尼日利亚政府于 1975 年春购买了大量水泥，用于各种基础设施项目，共与 68 家供应商签订了 109 份合同，购买了超过 1600 万公吨水泥，总价值接近 10 亿美元。但是尼日利亚错误估计只有 20%的供应商能够履行合同，但实际远超其预期。于是采取措施限制船只进入其港口，同时通知供应商停止发送水泥。1975 年 8 月，尼日利亚政府为了避免进一步的经济损失，指示纽约摩根担保信托公司不要兑现水泥销售商出具的尼日利亚政府信用证。为了回应这一行为，水泥销售商在美国和欧洲对尼日利亚政府提起了无数诉讼，Texas Trading Milling Corp.v Federal Republic of Nigeria 就是其中之一。[29]与适用实质可预见性测试的法院不同，Texas Trading 案中的法院最终裁定，在美国遭受的财务损失足以触发直接影响条款。尤其是，由于原告应该由摩根担保信托公司支付货款，因此法院认为直接影响条款已得到满足。在得出这一结论时，法院表示，满足“直接影响”要求不需要“实质”或“可预见”的影响。由于缺乏分析依据，审理该案的第二巡回法院仅依靠先例来解释“直接影响”条款的含义。法院认为公司可能遭受的唯一损害是财务损失。因此，在考虑公司是否受到外国活动的直接影响时，法院必须询问公司是否遭受了直接财务损失。此外，第二巡回法院在考察立法者意图后指出，国会要求对那些因为主权国家商业行为而遭受损失的公司或企业提供诉诸法庭的权利，为此不应当对“直接影响”条款进行过分严格的解释。Texas Trading 案是一个

[28] World-Wide Volkswagen Corp.v.Woodson, 444U.S.286,297(1980).
[29] Maryam Jamshidi, The Political Economy of Foreign Sovereign Immunity, 73 Hastings L.J. 585 (2022).

分水岭，这是第一个认为“直接影响”不需要实质性和可预见的影响，并承认美国的金融损失满足该测试的案例。它也可以说有利于全球金融的利益，特别是美国的利益。当时，纽约银行业越来越专注于向外国政府提供贷款。许多外国主权国家，特别是发展中国家的主权国家，都急需资本。虽然 Texas Trading 案可能被视为阻止外国政府与美国银行进行交易，但对美国资本的需求意味着该决定并没有对这些投资造成重大威胁。相反，该案很可能通过维护商业交易的完整性来巩固纽约作为全球金融领导者的声誉。

Texas Trading 案中法院的分析方法存在的最大问题是缺乏定义。[30]由于该案几乎没有为如何解释和适用“直接影响”条款提供任何真正和具体的指导，因此它可能导致不可预测的结果。法院在该案中之所以急于摆脱《重述》对“直接影响”条款的分析思路，原因在于：一方面，国会的态度的已经发生变化，越来越重视对美国企业诉权的维护；另一方面，美国作为世界商业中心和金融中心的地位已经愈加巩固，已不再需要限制在本国法院起诉外国政府，从而鼓励后者大胆使用美国的金融工具。[31]考虑到 Texas Trading 案的裁判思路存在明显缺陷，对于它的支持者而言仍然需要继续发展对“直接影响”条款的解释。

3. Weltover 案及后续发展：具有法律意义的行为

第二巡回法院在 Texas Trading 案中的判决与大多数采用实质性和可预见性要求的巡回法院产生了分歧。针对各巡回法院之间不一致的解释，最高法院在 Republic of Argentina v. Weltover 一案中，[32]最高法院最终对“直接影响”的含义发表了意见。在该案中，由于阿根廷单方面决定延长某些政府债券的还款期限，原告起诉阿根廷违反合同。这些债券以美元计价，可以根据债权人的选择在包括纽约在内的多个指定地点支付。持有 130 万美元债券的原告拒绝接受阿根廷的债务重组，并要求在纽约支付。

原告将诉求集中在 FSIA 的“商业活动例外”上，认为阿根廷的活动在美国造成了直接影响，这一论点在该案之前的第二巡回法院裁决中已被接受。最高法院在确认第二巡回法院的判决时，裁定“直接影响”不包含任何实质性或可预见性的要求。相反，最高法院认为，“直接影响”应是被告活动的直接后果，并且不能过于遥远和不相关。将这一规则应用于本案事实，最高法院认为，因为根据双方合同的约定，款项应该但尚未在纽约银行账户中支付，因此在美国存在足够直接的影响。在 Weltover 案中，美国最高法院进一步具体化了“直接影响”的标准，强调以下要素：必须有明确的合同义务，如支付地点为纽约；影响必须是“直接的”，即因果链条中不存在显著的中断；这种影响可以是经济的，如支付违约影响了纽

[30] Hadwin A. III Card, Interpreting the Direct Effects Clause of the FSIA's Commercial Activity Exception, 59 Fordham L. Rev. 91 (1990).
[31] Maryam Jamshidi, The Political Economy of Foreign Sovereign Immunity, 73 Hastings L.J. 585 (2022).
[32] Republic of Argentina v. Weltover, 504U.S.607,610.

约的美元市场。相较于 Texas Trading 案，Weltover 案更强调合同中规定的行为或义务对美国产生的预见性影响，而不仅仅是一般的经济损失。Weltover 案目前仍然是任何关于“直接影响”要求分析的基础性判决。

Weltover 案之后，各巡回法院就如何解释“直接影响”意见不一。一些法院采取了狭义的解释方法，将“直接影响”条款解释为需要“具有法律意义的行为”（legally significant act）。例如，在美国发生的明确违反合同的行为。不过这一标准存在不小争议，因为从未明确“具有法律意义的行为”应该是引起直接影响的行为（在这种情况下，它应该在美国以外发生），还是直接影响本身（在这种情况下，它应该在美国境内发生）。[33]此外，还有一些法院断然拒绝采用这一标准。需要注意的是自 FSIA 生效以来，法院一直拒绝将违反合同的索赔视为商业行为。尽管如此，与其他类型的索赔相比，基于合同的索赔仍然更有可能触发商业活动例外的领土联系要求。特别是，一些法院已经明确表示，在美国履行合同本身可以满足商业活动例外的直接影响要求。事实上，自 Weltover 案以来，合同违约可以说已经成为建立“直接影响”要求最完善、最可靠的方式之一。其他确立“直接影响”的理由并不那么成功，比如外国商业侵权行为。

三.美国的解释实践对我国适用《外国国家豁免法》的启示

（一）兼顾“性质”和“目的”应以“非行使主权权力”为限

美国的司法实践表明，在对行为的“性质”进行认定的时候，如果采取“私人”测试，将会大大降低国家行为构成“商业活动”的门槛，可能引起其他国家，尤其是发展中国家的不满。如果法院优先考虑“目的”要素，将权衡主权和非主权活动的天平过度倾向“目的”，只能最终导致主权豁免范围的无限扩张，这就失去了《外国国家豁免法》限制性豁免制度立法的意义。毕竟，所有国家从事的活动都是为主权目的而服务的。这就意味着单一适用“性质”或“目的”要素会导致“商业活动”或“主权行为”的泛华。所有可适用的要素在每一个具体的案情中都值得考虑。这种混合性的认定标准与我国的当前立法以及国际司法实践保持了一致，具有适用上的灵活性。

兼顾行为的性质和目的并非意味着两种要素具有同样的权重，也并非意味着二者的权重大小是一成不变的。在我国建设“一带一路”的背景下，我国需要在发展与沿线国家间友好关系和维护我国投资者海外利益方面做出平衡。如上所述，坚持行为“性质”要素的优先性有助于限制外国国家在我国法院主张豁免权，保护公司和私人的利益；相反，坚持行为“目的”要素的优先性有助于限制“商业活动例外”条款的适用，维护外国国家行使规制权或监管权的权力。在不同的时期，不同的案件之中，如何兼顾行为的性质和目的要素亦应当有所不同，我国法院需要从最大化国家利益的角度行使自由裁量权。在涉外法治实践中，一切制度设置

[33] Xiaodong Yang, State Immunity In International Law, Cambridge University Press, 2012.

都可能被归结为功能性工具。面对兼具法律和政治外交属性的国家豁免问题，司法实践理应基于法律科学予以精心考量，为判断“性质”和“目的”提供必要且明确的指导，才能真正不落于政治化的俗套。“性质”和“目的”之间本身并没有严格且独立的界限，也无法划分出完全密闭和独立的领域，甚至有些行为的性质，只有在考虑其目的时才能显现出来。法院必须敏锐地捕捉到一项合同、行为旨在实现公共目标的某些独特特征，并将之纳入考量范围。

兼顾行为的性质和目的并非意味着结果的不确定性，对行为性质和目的的分析固然重要，但是一切认定结果都要以非行使主权权力”为限。牢牢把握《外国国家豁免法》第 7 条强调的“非行使主权权力”这一关键点展开解释。对“行使主权权力”这一概念的界定需要结合整个国家行为做出的背景进行分析，仅仅区分“性质”和“目的”，某些情况下并不足以回答外国国家的特定行为是否属于商业活动，对案件事实的选择可能比对行为本身的区分更具有“决定性”的作用。[34]孤立地看某些行为本身，其显然不具有主权性质，但整体来看，正因为该行为服务于主权目的，才使得外国国家获得了享有主权豁免的正当性。也就是说，特定行为背后的动机或目的往往可能构成该行为定义的一部分。主权行为之所以能够享有豁免，不仅是因为该行为旨在服务国家、为国民谋求福祉，而且在于该行为本身属于政府通常所履行行为的类型，与任何普通的私主体可以从事的行为相对立。这种分析路径正好与美国法院所使用的“私人”测试相反，可以称之为“主权”测试。

（二）严格解释“引起”一词，限制“商业活动例外”条款的援引

中国以往一直坚持绝对豁免政策，这使得国内法院受理以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件的司法实践极其有限。将来在适用《外国国家豁免法》第 7 条的过程中,考虑到国家豁免案件所带有的政治性，法院理应秉持谦抑态度，慎重对待商业例外援引条件，即诉讼和领土、商业活动之间存在联系，从严解释、适度限缩，不能将国家豁免案件等同于一般的民事诉讼案件来处理，保留在商业例外问题上使用国家豁免的灵活性。

我国法院应当调查并论证商业活动和诉讼的之间的联系。我国 《外国国家豁免法》第 7 条第 1 所采用的表述与《联合国国家豁免公约》相近，并同样使用了“引起”一词以限定二者之间的关系。该“引起”的含义需要在司法实践中进一步明确，以限制商业例外条款的管辖适用范围。如果某项请求由于某种因素“引起”，则一旦该因素被证实，请求人就应当能够实现其请求所要求的救济。被诉行为仅仅是为诉由的一个要素提供基础，尚且不足以满足 “引起”的内涵。即使从一般民事诉讼法的角度思考，也应当认为诉讼和商业活动之间需要具有紧密的联系。这意味着，要以《外国国家豁免法》第 7 条为依据维持管辖权，必须满足

[34] 刘芳、周嘉晖：《商业例外条款的国家实践及启示 ——兼评中国《外国国家豁免法》第 7 条》，《海关与经贸研究》2024 年第 45 卷第 5 期。

导致例外情况的一项商业活动与原告的诉由之间存在重大联系。只具有微弱的联系或仅仅满 足因果关系，不应认定为《外国国家豁免法》所规定的“引起”。至少当商业活动仅构成提出该诉求的事实背景时 （例如外国国家在中国从事商业活动这一事件本身），不能援用 《外国国家豁免法》中的商业例外条款。

（三）灵活解释领土联系条款，保护个人和企业的利益进行同等保护

中国《外国国家豁免法》第 7 条第 1 款采取了与美国 FSIA 相似的结构，同样规定了领土联系的扩充条件并采取直接影响标准。从条文表述上来看，该款仅适用于两种情况：一是在中华人民共和国领域内发生的商业活动。在“中华人民共和国领域内发生”要求外国国家的商业活动与中国具有实质性的联系，转让位于中国境内的货物，包括在中国境 内付款、 发行债券，可以认为是建立了实质性的联系；但孤立的接触和不作为，例如仅仅在中国领域内招揽生意、初步谈判，导致未能在中国签订合同，尚不构成“中华人民共和国领域内发生”。

“直接影响”构成了该情况下适用《外国国家豁免法》第 7 条维持管辖权的唯一地域联系因素。该种影响应当是重大、直接的影响，要求商业活动与中国具有紧密、真实且即时的联系。Weltover 案之后，美国遭受纯经济损失的个人和公司原告基于“直接影响”提出索赔的结果大相径庭，美国法院对于公司的主张给予了最大范围的接受，以维护美国企业的海外利益，但是当个人援引该条款的时候，美国法院则进行了更为严格的解释，驳回的个人的主张。导致在“商业活动例外”面前，个人和企业出于不平等的地位。这些结果反映了新自由资本主义的总体倾向，即保护公司原告的财富，同时损害那些交易不涉及重要商业或金融利益的私人。我国法院在适用该条款的时候要对美国的做法引以为鉴。

2025年中国国际法学会

国际卫生规则改革新动向及中国因应

何丹*

摘要：目前，国际卫生规则正进入新的改革阶段，2024 年 6 月 1 日第七十七届世界卫生大会最新通过《国际卫生条例（2005）修正案》，同时缔结《大流行协定》谈判仍在进行。发达国家一直在国际卫生规则制定中占据主导地位，在此轮改革中发达国家与发展中国家就关键制度性安排的博弈斗争日渐凸显，包括中国在内的广大发展中国家面临如何在国际卫生规则制定中发挥应有作用等重大挑战。目前各国争论的关键问题主要集中在基因序列数据分享、公共卫生产品获取、核心能力建设合作等方面。在《大流行协定》后续谈判中，我国应倡导用对世义务定性相关的国际合作义务，从人类共同体利益的高度平衡彼此利益，推动国际卫生规则新一轮的改革。这将有利于更好应对全球公共卫生挑战，也有利于以实际行动推动构建人类卫生健康共同体。

关键词：国际卫生规则;构建人类卫生健康共同体;《国际卫生条例（2005）修正案》;《大流行协定》

新冠疫情后，如何改革国际卫生规则以更好应对传染病挑战成为国际社会广泛关注的议题，各国开始在世卫组织框架下改革国际卫生规则，即修正《国际卫生条例（2005）》（以下简称《条例》）和缔结新的《世界卫生组织预防、防范和应对大流行公约、协定或其他国际文书》（以下简称《大流行协定》）（World Health Organization Convention, Agreement or Other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response）。[1]尽管修正《条例（2005）》与缔结新的《大流行协定》在内容上有一定的重叠，但世卫组织认为两者并不矛盾，未来两者将共存并且作用互补，共同为人类应对传染病挑战发挥应有作用。

中国一直积极参与已于第七十七届世界卫生大会完成的《条例》修正过程，并全程参与了《大流行协定》政府间谈判机构的历次会议，表明中国对国际卫生规则改革的高度重视。此轮改革事关我国的公共卫生安全利益问题，事关广大发展中国家在全球卫生治理体系中的地位、作用和话语权问题。因此从最新《条例修正案》和缔结《大流行协定》谈判的视角探讨我国对相关改革的因应策略十分必要。但目前国内学界对《条例修正案》和《大流行协定》谈判过程进行的讨论

* 何丹，中国国际问题研究院助理研究员，北京大学法学院国际法学博士

[1] 根据世卫组织官方网站译法及中国政府网发布的新华社采访通稿，pandemic 在这里被翻译为“大流行”，而非“大流行病”，故该新文书中文名称为《世界卫生组织预防、防范和应对大流行公约、协定或其他国际文书》，以下简称为《大流行协定》. 参见中国支持世卫组织继续牵头“大流行协定”谈判磋商[EB/OL]. (2024-5-30)[2025-3-1]. https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202405/content_6954453.htm.

寥寥可数，[2]特别是缺乏跟进最新谈判进展并提出深入法律建议的研究。本文以《条例修正案》和缔结《大流行协定》谈判为研究视角，探寻国际卫生规则改革的最新动向和中国应对。首先简要梳理此次国际卫生规则改革的背景和程序，其次结合《条例修正案》和缔结《大流行协定》所涉及的共同议题探讨此轮国际卫生规则改革的重点问题，最后在中国因应部分对我国在《大流行协定》后续谈判中就相关问题所应采取的立场提出建议。

一、国际卫生规则改革新动向：修正《条例》和缔结《大流行协定》

2005 年修订后的《条例》在新冠疫情应对中基本处于瘫痪状态，其中一个重要原因是其规定将大量篇幅集中于发达国家关心的疾病监测能力提升、全球监测体系构建等议题，对于事关发展中国家利益的公共卫生产品提供、核心能力建设合作等议题都关注不足，无法有效平衡发达国家与发展中国家利益。相关国际卫生规则亟待改革。在《条例》修正方面，会员国在 2022 年 9 月 30 日前向世卫组织提交了修正建议，代表了世卫组织 194 个会员国中超过半数国家的建议。《条例》修正审查委员会就国家提交的建议进行审查，提出相应的技术性建议。[3]后《条例》修正问题工作组参考这些技术性建议对国家意见进行正式讨论。[4]在 2024 年 6 月 1 日举行的第七十七届世界卫生大会上，《<国际卫生条例（2005）>修正案》（以下简称《条例修正案》）（Amendments to the International Health Regulations(2005)）已获得一致通过。[5]在缔结《大流行协定》谈判方面，世卫大会特别会议于 2021 年 11 月 29 日至 12 月 1 日举行，会议决定启动《大流行协定》谈判，并为此成立一个对所有成员开放的政府间谈判机构。[6]截至 2025 年 3 月底，政府间谈判机构共举行十三次会议。[7]政府间谈判机构公布了《大流行协

[2] 以最新通过的《条例修正案》和《大流行协定》谈判过程为主题的国内学者代表性论文参见冯洁菡, 贾唯宇. 应对大流行病的全球卫生融资问题研究——以国际卫生法律文书谈判为中心[J]. 武大国际法评论,2024,8(4)；陈颖健. 全球卫生安全治理范式转型：理论、制度与挑战[J]. 武大国际法评论, 2024,8(4)；苏玉菊, 李宇澜. “大流行协定”中“获取和惠益分享”机制构建——基于全球卫生公平的视角[J]. 医学与法学, 2025,17(1)；周银玲. 美国关于《国际卫生条例》修订提案的规制俘获策略及其因应[J]. 国际经济合作,2024,40(3).

[3] Report of the Review Committee Regarding Amendments to the International Health Regulations (2005)[EB/OL]. (2023-2-6)[2025-3-1]. https://apps.who.int/gb/wgihr/pdf_files/wgihr2/A_WGIHR2_5-en.pdf.修订审查委员会分别于即 2022 年 10 月 6 日举行第一次线上会议, 2022 年 10 月 24 至 28 日举行第二次线下会议, 2022 年 11 月 16 日至 17 日举行第三次线上会议, 2022 年 11 月 28 日到 12 月 2 日举行第四次线下会议, 2022 年 12 月 15 至 16 日举行第五次线上会议, 2023 年 1 月 9 日到 13 日举行第六次线下会议。

[4] 修正问题工作组分别于 2022 年 11 月 14 日至 15 日举行第一次会议, 2023 年 2 月 20 日到 24 日举行第二次会议, 2023 年 4 月 17 日到 20 日举行第三次会议, 2023 年 7 月 24 日到 28 日举行第四次会议, 2023 年 10 月 2 日到 6 日举行第五次会议, 2023 年 12 月 7 日到 8 日举行第六次会议, 2024 年 2 月 5 日到 9 日举行第七次会议, 2024 年 4 月 22 日到 26 日举行第八次会议.

[5] WHO. Strengthening Preparedness for and Response to Public Health Emergencies Through Targeted Amendments to the International Health Regulations(2005)(June 1, 2024)WHA77.17, 3-64.

[6] Special session of World Health Assembly 29 November 2021-1 December 2021[EB/OL]. (2021-12-1)[2025-2-23]. https://www.who.int/news-room/events/detail/2021/11/29/default-calendar/second-special-session-of-the-world-health-assembly.

[7] WHO. The World Together: Establishment of the Intergovernmental Negotiating Body to Strengthen Pandemic Prevention, Preparedness and Response(December 1, 2021) SSA2(5), 6-7.

定》谈判过程中的系列官方草案，其中最新的草案为在政府间谈判机构第九次会议续会后于 2024 年 5 月 27 日发布的更新版《<世卫组织大流行协定>草案》（以下简称《协定草案》）。[8]最终文本有望于 2025 年 5 月第七十八届世界卫生大会通过。

此次国际卫生规则改革意义重大，关系到各国能否就一些传染病应对中的关键问题进行更加有效的合作，以便在下一次疾病到来之前为整个人类做好准备。

二、国际卫生规则改革困境：《条例修正案》与缔结《大流行协定》谈判的关键问题评析

改革国际卫生规则本身是为了促进各国的合作，但这一过程又始终充满斗争而面临一系列困境。以下《条例修正案》与缔结《大流行协定》谈判所涉共同议题反映了各国目前的争论焦点，是此轮改革的关键问题。

（一）基因序列数据分享

1.基因序列数据分享在《条例修正案》中的搁置

基因序列数据分享是改进《条例》第 6 条中国家通报义务规定的讨论重点所在。鉴于发达国家利用相关基因序列数据生产相关卫生产品后却拒绝与发展中国家分享卫生产品的实践，许多发展中国家非常关心保护获得基因资源的国家主权，如果没有实质性回报，如大流行相关的卫生产品等，将不会放弃这一主权。[9]美国、俄罗斯都建议缔约国继续向世卫组织通报的信息应包括基因序列数据（genetic/genome sequence data）。[10]但最终的《条例修正案》却采取“不修正”态度。这种“不修正”的结果体现了一种妥协，而且是大国的妥协，是数量众多的发展中国家斗争的结果。基因序列数据分享与惠益获取密切相关，建立一个基因序列数据和惠益分享的多边机制涉及因素多、较为复杂。鉴于此次修正只是弥补《条例》主要缺陷而非对其框架进行修改，发达国家获取基因序列数据的诉求还可以通过《大流行协定》的谈判而得到满足，大国对发展中国家的有关妥协亦可以理解。

2.《大流行协定》谈判中关于基因序列数据获取安全的博弈

在缔结《大流行协定》方面，相关谈判较早明确了应建立世卫组织病原体获取与惠益分享系统（以下简称“PABS 系统”）（Pathogen Access and Benefit-Sharing

[8] Intergovernmental Negotiating Body to Draft and Negotiate a WHO Convention, Agreement or Other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response-Report by the Director-General[EB/OL]. (2024-5-27)[2025-3-15]. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_10-en.pdf.

[9] MARIANA LENHARO. Global “Pandemic Treaty”: Nations Wrestle with how to Fairly Share Virus Data[J]. Nature (London), 2023, 618(7967), 897.

[10] Proposed Amendments to the International Health Regulations (2005) Submitted in Accordance with Decision WHA75(9) (2022) (Original language version of amendments as proposed by each Member State)[EB/OL]. (2024-3-27)[2025-3-15]. https://apps.who.int/gb/wgihr/pdf_files/wgihr1/WGIHR_Submissions_Original_Languages.pdf.

System），以便利国家向世卫组织提供相关基因序列数据，后世卫组织再与第三方实体分享数据并约定由该数据产生的惠益分享方式。引起较大争议的主要问题之一是数据获取是否应实行用户登记制度。美国、德国、英国、法国等国明确表示数据获取不应实行用户登记制度，认为它会影响基因序列数据分享的当前结构。[11]美国甚至表示，发展中国家拥有更强大的能力去处理基因序列并进行分享本身就是一项惠益，因此基因序列数据应该被无条件自由分享。[12]与此同时，非洲区域国家、埃及、印度、印尼、巴西等其他发展中国家反复强调数据获取应实行用户登记制度，使用数据的用户应接受相关协议，并建立一个对会员国负责的世卫组织序列数据库。[13]

经过发展中国家与发达国家的斗争，最新的《协定草案》第 12 条第 1 款增加表述强调“各国对其生物资源拥有的主权权利”的“重要性”。[14]这可谓向尊重国家生物资源主权、保护数据获取安全迈出了重要一步，进一步说明即便是开放的数据分享也应该以保护研究者的贡献与使大众获益为基本原则。但遗憾的是《协定草案》并未就此作出进一步规定，为如何确保各国的生物资源主权得到尊重提供详细指引。

（二）卫生产品获取

1.《条例修正案》在卫生产品获取问题上的有限进步

修正前的《条例》并未具体规定国家间或国家与世卫组织间就获取疫苗等卫生产品相互合作以实现其公平可及的义务，再加之《条例》中国家合作义务的规定很模糊且无法执行，获取卫生产品只能基于供应过剩和慈善的友好分享——而通常国家之间并不友好。[15]为解决应对这一问题，《条例修正案》第 13 条标题增加了“包括公平获取相关卫生产品”一语，内容上增加了第 7、8、9 款，采纳了非洲区域国家和孟加拉国对第 13A 条的部分建议。[16]新增条款既规定了世卫组织在突发公共卫生事件及大流行期间支持和协调应对活动的一般性和具体义务，也对国家之间相互合作的义务、国家与世卫组织合作的义务作出规定，以便为世卫组织所协调的应对活动提供支持。[17]《条例》关于公平获取卫生产品的修正在很大

[11] Chair’s Text on Pandemic Access and Benefit Sharing Unacceptable to Developing Countries[EB/OL]. (2024-3-5)[2025-3-15]. https://twn.my/title2/health.info/2024/hi240303.htm.
[12] Developed Countries Dilute Effectiveness and Accountability in PABS Proposal[EB/OL]. (2024-2-27)[2025-3-15]. https://twn.my/title2/health.info/2024/hi240209.htm.
[13] Chair’s Text on Pandemic Access and Benefit Sharing Unacceptable to Developing Countries[EB/OL]. (2024-3-5)[2025-3-5]. https://twn.my/title2/health.info/2024/hi240303.htm.
[14] Intergovernmental Negotiating Body to Draft and Negotiate a WHO Convention, Agreement or Other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response-Report by the Director-General[EB/OL]. (2024-5-27)[2025-3-5]. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_10-en.pdf.
[15] MARCO MARANI, GABRIEL G. KATUL, WILLIAM K. PAN et al. Intensity and Frequency of Extreme Novel Epidemics[J]. Proceedings of the National Academy of Sciences, 2021, 118(8), 1-4.
[16] Proposed Bureau’s Text for Eighth Working Group on Amendments to the International Health Regulations(2005) Meeting[EB/OL]. (2024-4-17)[2025-3-5]. https://apps.who.int/gb/wgihr/pdf_files/wgihr8/WGIHR8_Proposed_Bureau_text-en.pdf.
[17] WHO. Strengthening Preparedness for and Response to Public Health Emergencies Through Targeted Amendments to the International Health Regulations(2005)(June 1, 2024)WHA77.17, pp.13-15.

程度上是缔约国各方特别是发展中国家与发达国家之间妥协的结果。非洲区域国家、孟加拉国、印尼等 40 余个发展中国家对关于公平获取卫生产品的规定提出了较为具体的法律义务建议，但仅得到部分采纳，《条例修正案》主要就突发公共卫生事件及大流行期间而非所有时期的卫生产品公平获取作出规定。这是因为发达国家并不想为发展中国家获取卫生产品而损耗过多的资源，有关的修正又是在发达国家可接受范围内将公平获取卫生产品义务化的结果。

2.《大流行协定》谈判中关于世卫组织获取卫生产品份额的巨大分歧

如果说发达国家更关心基因序列数据的分享，那么发展中国家作为此次新冠疫情应对中“疫苗鸿沟”的受害者自然更加支持实现使用基因序列数据等生产的疫苗或其他卫生产品的共享。在缔结《大流行协定》的谈判中，发达国家和发展中国家的分歧集中体现在世卫组织获取公共卫生产品份额问题上。最新的《协定草案》凸显了不同国家之间在世卫组织获取卫生产品份额上的分歧，将突发公共卫生事件期间的获取需求与大流行期间的获取需求区别开来，规定在突发公共卫生事件期间世卫组织可实时获取生产商所生产的 10%到 15%的相关卫生产品，在大流行期间生产商则应将其所生产的不超过 20%的相关卫生产品提供给世卫组织。[18]这主要受到包括美国在内的发达国家立场的影响：美国认为每一次突发公共卫生事件情况均不相同，相关卫生产品的提供应视具体情况再讨论，而在大流行期间卫生产品的提供份额则应不超过 20%。但发展中国家却无法接受这一立场，一年以来非洲区域国家和由中国、印度、墨西哥、南非等 29 个发展中国家组成的公平小组（Group for Equity）均呼吁在突发公共卫生事件和大流行期间世卫组织应获取至少 20%的卫生产品却遭到发达国家拒绝。[19]最终文本中就相关比例达成的共识预计很难真正满足需求，各国在卫生产品获取问题上可谓分歧大于共识。

（三）核心能力建设国际合作

1.《条例修正案》对核心能力涵盖范围的扩展

《条例修正案》针对核心能力建设合作的一项主要修改是调整了核心能力涵盖范围。第 5 条“监测”在第 1 款关于核心能力的范围中增加“预防”一语。[20]这意味着《条例》所明确关注的核心能力从疫情爆发后“被动”的监测应对能力扩展至平日“主动”的预防、防范能力，在一定程度上减轻了修正前的《条例》的西方中

[18] SANGEETA SHASHIKANT. WHO: Rich Countries Refuse to Share Vaccines, Medicines & Diagnostics for Health Emergencies[EB/OL]. (2024-5-25)[2025-3-1]. https://www.twn.my/title2/health.info/2024/hi240515.htm; Intergovernmental Negotiating Body to Draft and Negotiate a WHO Convention, Agreement or Other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response-Report by the Director-General[EB/OL]. (2024-5-27)[2025-3-5] https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_10-en.pdf.

[19] SANGEETA SHASHIKANT. WHO: Rich Countries Refuse to Share Vaccines, Medicines & Diagnostics for Health Emergencies[EB/OL]. (2024-5-25)[2025-3-1]. https://www.twn.my/title2/health.info/2024/hi240515.htm.

[20] 修正后文本为尽快发展、加强和保持其预防、发现、评估、通报和报告事件的核心能力。WHO. Strengthening Preparedness for and Response to Public Health Emergencies Through Targeted Amendments to the International Health Regulations(2005)(June 1, 2024)WHA77.17, p.9.

心主义烙印。以上核心能力建设议题的修正再次体现了各方的妥协，也可以说是发展中国家努力争取的结果。实际上，许多发展中国家正是由于缺乏预防、防范能力而首先成为传染病的受害者，加强其预防、防范能力同样符合发达国家的利益，如果病毒突破发展中国家防线，危及的将是整个人类的卫生健康利益。因此，可以说有关修正将预防、防范能力纳入核心能力的范畴既符合发展中国家将《条例》去殖民化的理想，也符合发达国家维护自身卫生健康利益的现实需要。

2.缔结《大流行协定》谈判奠定核心能力建设国际合作的合法性基础

在缔结《大流行协定》谈判中，核心能力建设国际合作是否应在共区原则指导下进行曾一度成为发展中国家与发达国家争论的焦点。“共同但有区别的责任和能力”原则在谈判文本中经历了先加入后舍弃、再加入又舍弃的曲折过程。美国等国甚至认为“团结”是一个有争议的概念，反对将其作为一项原则列入。[21]对此，70 个发展中国家旗帜鲜明表示应保留“团结”这一政府间谈判机构在谈判中应坚持的指导性原则。[22]最新的《协定草案》第 3 条“原则”项下第 5 款明确道在突发卫生事件的情况下，团结所有人民和国家，本着包容、透明和问责的精神，追求共同利益，增进世界公平，并在预防和应对大流行及之后恢复方面做好更充分的准备，同时认识到存在不同的能力水平。[23]这一规定可以说为促进能力建设方面的国际合作奠定了一定的合法性基础，但未来在这一原则指导下如何具体推进核心能力国际合作仍是各国需要进一步探讨的问题。

三、国际卫生规则改革的中国因应：倡导从“对世义务”视角看待相关合作义务

总体来看，《条例修正案》仅代表了各国在许多关键问题上的最低共识，各国能否在这些问题上进一步加强合作还有赖于《大流行协定》的规则制定及缔结。当下《大流行协定》谈判实质内容仍旧向发达国家利益倾斜，尚未就发展中国家关心的议题取得实质性进展。但全球卫生治理的薄弱环节往往在于发展中国家和最不发达国家。[24]中国代表在第七十七届世界卫生大会期间表示后续谈判应进一步加大对发展中国家的支持力度，切实解决目前存在的公平性问题，补齐全球应对大流行短板。[25]不仅如此，我们还有必要用对世义务来定性相关的国际合作义

[21] Developed Countries Say They don’t Know the Meaning of Solidarity in INB9[EB/OL]. (2024-3-26)[2025-3-1]. https://twn.my/title2/health.info/2024/hi240312.htm.
[22] Developed Countries Say They don’t Know the Meaning of Solidarity in INB9[EB/OL]. (2024-3-26)[2025-3-1]. https://twn.my/title2/health.info/2024/hi240312.htm.
[23] Intergovernmental Negotiating Body to Draft and Negotiate a WHO Convention, Agreement or Other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response-Report by the Director-General[EB/OL]. (2024-5-27)[2025-3-3]. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_10-en.pdf.
[24] 刘铁娃. 世界卫生组织在全球卫生治理中的中心地位及其面临的挑战分析[J]. 太平洋学报, 2021,2:17.
[25] 《中国支持世卫组织继续牵头‘大流行协定’谈判磋商”》，中国政府网，2024 年 5 月 30 日，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202405/content_6954453.htm。

务，包括在尊重国家生物资源主权前提下加强全球早期预警系统、改进惠益分享义务、提高监测能力与预防能力等方面的合作义务，以此推动国际卫生规则的改革。

“对世义务”是国际法院在 1970 年“巴塞罗那”案中提出的“国际社会整体”说（International Community as a Whole）的重要组成部分。从文字上看，“国际社会整体”所使用的 community 一语具有集合体的意涵，我们常常讲的欧洲共同体（European Community）即为最好例证，而“as a whole”的短语，则加强了 community 的这一意涵，从而进一步强调了“国际社会整体”的集合体性质。该案判决书还将国际义务区分为两类，一类是国家之间对等的义务（reciprocal obligations），例如仅涉及到派遣国与接受国关系的外交保护义务（西马将这类义务形象地称为双边义务[26]），另一类本质上涉及所有国家、所有国家都有合法利益的义务，例如禁止侵略、禁止灭种以及保护“人的基本权利”的规则，这类义务是对国际社会整体的义务，被国际法院称之为“对世义务”或“对一切的义务”（obligations erga omnes）。[27]在“巴塞罗那”案之后，国际法院还多次表达了和“国际社会整体”说相同或类似的意思。“国际社会整体”说所述法律义务与古典国际法的不同之处在于，作为一个整体的国际社会的利益和需求将会在所保护利益的等级中占据一个中心位置。[28]所谓的对世义务实际上是长期的国际法理论与实践发展的结果，它用一种新的被认为优先适用的对共同体的义务来加重国家对于保护人类共同利益的法律责任，以解决人类所共同面临的问题，进而实现人类的共同利益。

“国际社会整体”说与人类命运共同体及其衍生的人类卫生健康共同体理念完全契合。布鲁诺·西马（Bruno Simma）认为，国际法院所说的“国际社会整体”是指人类社会或人类共同体。[29]也就是说，“国际社会整体”说所述国际社会，不仅包括由国家组成的国际社会，还包括由人这一同一物种组成的人类社会，不仅是指由国家组成的国际共同体，而且指人类共同体。简言之，“国际社会整体”说完全支持人类命运共同体的理念，两者对于国际社会或国际共同体有着极为相近的理解，只不过人类命运共同体理念是从人类历史发展进程考虑问题的，它已经将国家组成的国际社会上升到了人类社会和人类共同体的高度。

“国际社会整体”说特别适用于人类卫生健康共同体理念,二者都是为了应对或解决人类面临的共同问题而提出，都是将应对或解决这些问题作为人类社会或

[26] BRUNO SIMMA. From Bilateralism to Community Interest in International Law[M]. 250 REC. DES COURS (1994-IV). The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997:229.
[27] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 32, para. 33-35.
[28] IGOR IVANOVICH LUKASHUK. The Law of the International Community[M] //International Law Commission. International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission. Geneva: United Nations Publication, 1999:54.
[29] BRUNO SIMMA. From Bilateralism to Community Interest in International Law[M]. 250 REC. DES COURS (1994-IV). The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997:248.

人类的共同利益来对待，都是将人类社会或人类共同利益视为国际社会优先追求的目标。托穆沙特认为，“国际社会整体”说对于解决人类共同面临的问题至关重要，由于一些问题无法在单一国家层面得到满意解决，便需要一种超结构（superstructure）来解决这些问题。[30]西马同样指出，将“共同体”与其组成部分区别开来的是“更高层次的统一”，它代表了人类共同利益而非个体自我利益，人类的共同利益回应的是全体人类的需求、希望和恐惧，其应对解决方案事关整个人类的生存。[31]而构建人类卫生健康共同体理念，就是基于人类共同面临的传染病等公共卫生问题而提出的，就是西马所说的“全体人类的需求、希望和恐惧”性质的问题，就是符合人类共同利益而应该努力奋斗的目标。构建人类卫生健康共同体和“国际社会整体”说在思想的谱系上是相通的。

总之，国际社会能否就防控传染病等人类共同面临的公共卫生问题进行有效的合作，事关人类共同体的利益，事关全人类卫生健康利益；将各国防控传染病的合作义务提升到对世义务的高度，不仅能够用国际法的话语诠释和丰富构建人类命运共同体思想，并且有助于国际社会——无论是发达国家还是发展中国家——从人类共同体利益的高度平衡彼此利益，强化其在防控传染病上共同的义不容辞的法律责任，以顺利完成国际卫生规则新一轮的改革，更好应对全球公共卫生挑战，切实推进构建人类卫生健康共同体进程。将国际卫生法律领域的有关国际合作定性为对世义务，将有可能成为中国对全球公共卫生治理的显著贡献。

四、结语

此轮针对国际卫生规则的改革凸显出发达国家与发展中国家之间仍然存在诸多争议，主要集中在如何分享基因序列数据、获取卫生产品、如何开展核心能力建设国际合作等方面。中国一直积极参与《大流行协定》谈判，应倡导用对世义务来定性相关的国际合作义务，推动国际卫生规则改革。因为这些义务不仅能够使发展中国家受益，也能够使发达国家受益，归根结底是使整个国际社会受益，具有对世义务的特征。对世义务也是与构建人类卫生健康共同体理念密切相关的“国际社会整体”说的重要组成部分。倡导从人类共同体利益的高度平衡彼此利益，有助于更好应对人类共同面临的公共卫生挑战、实现人类共同的卫生健康利益，以实际行动践行中国提出的构建人类卫生健康共同体理念，为推动全球公共卫生治理改革做出独特贡献。

[30] CHRISTIAN TOMUSCHAT. Obligations Arising for States Without or Against Their Will[M]. 241 REC. DES COURS(1993-IV). The Hage/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994:235.
[31] BRUNO SIMMA. From Bilateralism to Community Interest in International Law[M]. 250 REC. DES COURS (1994-IV). The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997:244, 248.

国际组织作为当事方的争端解决制度构建

黄健昀*

摘要：随着活动范围日益扩大，国际组织的身份不仅限于承担国际规则制定者和执行者、争端解决机制提供者等职能，还有可能作为争端解决的当事方出现在争端解决程序中。作为当事方加入争端解决机制，标志着国际组织主体性发生显著变迁。由此引发的国际组织在职能履行过程中的豁免与限制、对方当事人的人权保护问题，需要国际组织在发展演进过程中予以完善。包括中方在内的国际社会各成员在密切关注国际组织身份变化的同时，还需要在国内司法程序中完善国际组织豁免制度，积极推动规范涉国际组织司法诉讼国际共识的形成。国际组织作为争端解决当事方的制度构建不仅涉及国际组织法的深化和发展，也关系到国际法律秩序的稳定与公正。

关键词：国际组织法；争端解决机制；国际组织豁免；人权保护；主体性

一般国际法认为，国际组织在国际社会中扮演着国际立法的推动者、国际事务的管理者、国际争端的解决者等角色。随着国际社会的发展及国际组织活动范围的不断扩大，国际组织的功能与定位也在发生深刻变化。在履行其职能的过程中，国际组织不可避免地涉及公法或私法争议、卷入国际或国内层面的争端解决程序中。联合国国际法委员会目前正在推进一项工作计划，旨在将国际组织视为争端解决的当事方进行基础理论建构。[1]在这一研究过程中，国际法委员会与各国际组织进行了书面沟通，让这些国际组织重新审视组织内部与争端解决相关的法律制度安排和实践案例。无论是国际组织作为争端解决当事方的实践发展，还是国际法委员会对这一制度所进行的理论探索，都进一步表明了国际社会对国际组织主体性变迁的重视。国际组织作为争端解决当事方的角色转变，既改变了其自成立以来作为国际机制和治理平台的传统角色，还相应地建构国际组织作为国际法主体所应承担责任体系。国际组织不仅是国际法的施动者，还可能使国际组织作为受动者承担国际责任，接受相关规则的约束。加入争端解决机制的国际组织与其成员的关系由此也需要重新进行调整。

在国际组织主体身份转变的过程中，如何构建相应的法律制度，并协调国际组织与其他当事人之间的利益冲突，成为引导国际组织主体性变迁的重要契机。包括中国在内的国际组织成员国，应积极参与国际组织活动，推动国际组织作为

* 中山大学法学院博士后，中山大学涉外法治研究院研究员。

[1] Report of the International Law Commission Sixty-eighth session (2 May-10 June and 4 July-12 August 2016), General Assembly Official Records Seventy-first Session Supplement No. 10 (A/71/10), Annexes A, pp. 387-395. 此外，有关该报告的进展可以关注国际法委员会专题报告网页：https://legal.un.org/ilc/guide/10_3.shtml。

争端解决当事方的身份构建与利益协调。完善国际组织在争端解决机制中的责任体系，能够引导国际组织能够更有效地参与到全球治理与争端解决的进程，推动国际法治进一步发展。

一、国际组织作为争端解决当事方的角色转换

国际组织制度设计的初衷在于更好地实现成员间的合作，摆脱囚徒困境的“双输”后果。成员将权力授权让渡给国际组织，以解决单一国家难以应对的跨国性问题。随着国际组织的发展，它们逐渐承担起维护国际社会公共利益的职责，通过履行职能为国际社会提供公共产品。从原先争端解决机制的提供者，到争端解决程序中的当事方，国际组织身份转变和角色转换意味着国际组织的中立性逐渐消解。在争端解决机制中，国际组织作为原告或被告参与诉讼，体现了其维护组织利益的组织本位立场。这种身份的转换意味着国际组织的特殊性逐渐减少，共性日渐突出，它们俨然成为被要求履行特定职能的公共机构。

（一）涉及国际组织争端解决的类型与特点

能够参与到争端解决机制中的国际组织是那些根据条约建立的具有独立法律人格的实体。严格意义上讲，这类实体仅指政府间国际组织。在争端解决进行过程中，国际组织通过一个独立表达有别于其成员意愿的机关来参与诉讼。国际实践中涉及国际组织的争端解决案件主要有如下四种情况：

第一，涉及不同国际组织间的争端。这一类争端总体属于国际组织间的管辖范围冲突。当两个国际组织调整领域或彼此职能近似或重叠时，就有可能发生管辖权冲突。实践中，国际组织管辖权纠纷需要两个国际组织通过协商解决。国际货币基金组织和国际复兴开发银行曾同意设立一个外部审查委员会，调查两个组织有关长期发展贷款竞争的指控。审查委员会对此提出的最终解决方案是，建议国际货币基金组织退出国际复兴开发银行深耕和擅长的长期贷款业务。因为国际货币基金组织关注的是短期内的宏观经济问题，世界银行则更关注经济体内部长期的结构性问题。

第二，涉及国际组织与国家之间的争端。其中包括了组织与成员国、组织与非成员国两种情况。国际组织与其成员的争端可以是国际组织与东道国就组织总部、办事机构所在地安排下的权利义务问题产生争端，还可以是在一些允许区域性组织与其成员一道加入的国际组织内部就协定履行问题产生的矛盾（如欧盟/欧共体可以与其成员一道参与世界贸易组织争端解决机制）。而国际组织与非成员国之家的争端则指的是，国际组织在其职能执行中与非成员国之间的法律关系和权利义务的冲突。例如，国际组织雇员在非成员国境内开展业务遭受损害，并就其中的特权与豁免等问题发生争议。

第三，国际组织与其雇员之间的劳务纠纷。此类争端有专门的法律（国际行政法）和程序（国际行政法庭）依照国际组织职员规定进行调整。国际行政法调整的是作为国际法主体的国际组织与其官员、工作人员之间的（雇佣、合同或劳

动）关系。当前大多数国际组织内部均建立起国际公务员司法救济的途径和方法。联合国框架下主要是由联合国行政法庭处理此类纠纷。国际劳工组织行政法庭和欧洲联盟法院等组织内，也存在处理组织当局与其公务员因聘用关系而发生的行政案件的诉讼程序。

第四，国际组织与自然人或法人等私人当事方（Private Party）之间的纠纷。引发私人当事方与国际组织争议的事实来自私法领域，特别集中在合同法与侵权法两个领域。国际组织为开展日常工作往往需要购买商品或服务，如购买设备、租用会议室、采购书籍和文件以及购买电子服务等。这些合同纠纷往往需要通过冲突法来确定准据法。而国际组织履行职能的过程中造成的人身伤害或死亡、财产损害问题，也需要相关法院对组织的侵权行为作出判断。

前两种涉及国际组织的争端类型属于公法性质的争端，需要通过国际法规定的争端解决程序和规则予以解决。国际组织之间、国际组织与成员之间的争端解决可以视为平等主体之间的纠纷。国际组织与其雇员的争端具有国际行政诉讼的性质，国际组织为此专门制定了特殊的程序和法律加以保障。国际组织与私人当事方的争端解决具有私法性。在合同之债或侵权之债的争端解决中，国际组织放弃了自身的公法主体身份，与相对人构成平等主体关系。因而国际组织与私人当事方的争端可能会被诉至国内法院，并依照国际私法规则确定准据法。但国际组织与私人当事方在诉讼权利能力和行为能力本质上不能等量齐观。诉讼双方的地位实际上不平等。国际组织以集体人格出现在争端解决程序中，真正需要承担诉讼责任的主体难以像法人一样界定。国际组织还可以援引豁免条款进行抗辩。这让私人当事方在审理程序和执行程序中均处于弱势。

（二）争端解决视角下国际组织的主体性变迁

国际组织的主体性是国际组织作为国际法主体所享有的追求权利并被赋予义务的属性。国际组织可以享有与国家或其他国际组织的缔约权、派驻使节和代表的权利、享受特权与豁免等权利。而国际组织的主体资格具有派生属性。国际组织这些权限的取得需要成员的同意，并以符合国际法要求的一般形式作出。国际法委员会正在推动工作将国际组织置于争端解决当事方的地位加以考虑。很大程度上扩大了国际组织作为国际法主体的活动范围，允许国际组织的行为进入司法程序中接受审查与监督。

国际组织享有权利、承担义务以自身章程的规定为限。国际组织章程属于成员间订立的宪法。依照宪法变迁理论，由于规范与现实之间存在矛盾，某些成文法律规范失去了原有的意义，并且被具有新内容的法律规范所取代。在这一阶段内，宪法文本形式上没有变化，而现实上宪法规范的内涵发生了变化。国际组织在履行职能过程中，通过解释条约行使了组织章程中未加以明确规定的“暗含权力”。这与文本中心主义的主张相违背，因为依据最严格的国际组织法律人格认定标准，国际组织法律人格的获得是基于设立国际组织章程的授权。

国际组织主体性发生变迁、行使暗含权力的根源，既可能源于国际组织设立目的必要性，也可能源于国际组织存在的客观必要性。所谓目的必要，指的是国际组织开展活动和履行职能的范围不仅限于组织章程的明文规定，对那些为实现和目的达到该国际组织设立宗旨的行为予以认可。“目的必要说”最早见于联合国“赔偿案”。国际法院认为，为实现联合国的各项宗旨赋予其国际人格是不可或缺的。这些权利和义务能够从明示或默示地其组织章程中推导出来。“客观必要说”则认为国际组织的主体资格说与生俱来的，超越了组织章程的宣示性规定，并且根据国际社会的实际情况开展活动。无论是主观目的还是客观必要，国际法都有必要为国际组织形式暗含权力予以规制，实现国际组织行为与责任相统一。

国际组织具有法律人格是它们能够作为当事方参与到争端解决机制程序的前提条件。国际组织因授权和被需要而拥有国际法律人格，但不能据此认为组织能够自动获得成员国国内的法律人格。国际组织是否有能力作为国内法主体参与到国内诉讼，需要组织承认这一地位，更需要成员国国内法事先规定。首先，赋予国际组织国内法律人格通常在国际组织的基本法律文件中进行规定，即表明国际组织能够拥有财产、订立合同并在国内法院提起法律诉讼。其次，赋予国际组织的国内法律人格还见于国际组织与东道国签订的总部协定中。其中约定了国际组织在哪些情况下受到东道国法院管辖。更为重要的是，这些法律文件还规定了国际组织豁免条款，使国际组织部分地或全部地免受国内法院司法裁判的约束。这一做法已经成为发展成为一项习惯国际法规则。享有国内法院管辖豁免的目的是为了确保国际组织能够独立运作、有效履行职能，免受来自东道国或成员国国内司法因素的干扰。因而受到国际组织不法行为伤害的个人通常无法在国内法院提起国际组织作为被告的民事诉讼。

国际组织作为争端解决当事方，是国际组织正在发生的主体性变迁。国际组织获得独立于成员的法律人格，必然享有一定的权利能力和行为能力。依据权责一致的原则，国际组织理应承担与权利义务相统一的责任能力。而国际社会中并不存在一个统一的司法裁判机构。国际组织的对自身行为产生的责任长期以来往往是自我判断、自行解决。申言之，国际组织责任长期处于不受监督的状态。将国际组织的行为纳入国内或国际的争端解决程序，目的是为了统一规范国际组织行为，为各方参与国际组织活动中提供可预期的结果。为国际组织创设在争端解决机制中的当事方身份，不仅能促进国际组织制度和法律的深化发展，也有助于推动国际法律秩序的公正与稳定。

二、国际组织作为争端解决当事方的责任限度

国际组织在争端解决程序中的当事方角色是基于特定的事实和法律关系构建而来。在开展业务和履行职能的过程中，国际组织需要对其行为负责，并承担因违反义务而产生的国际责任。然而，国际组织通常享有豁免权，免受国内或国际争端解决机制的管辖。这一豁免制度旨在维护国际组织的独立性和运作有效性，

但也与保护相对人合法利益之间产生了冲突。国际组织绝对豁免的立场面临理论和实践上的挑战。普遍要求国际组织作为争端解决当事方参与争端解决程序的趋势，标志着法益保护的重心开始向人权保护倾斜。这一变化对国际组织而言需引起高度重视。在检视自身职能履行及业务开展时，国际组织还需审视其行为是否超越了成员国授权和章程规定的边界。

（一）国际组织职能与业务展开中的责任豁免

国际组织豁免，通常被称为功能性豁免，是指国际组织及其官员在执行成员国在创始条约中委托给他们的职能时，免受国内司法监督的特权。这意味着，国际组织及其官员在履行宪章所赋予的职能时，享有免于国内司法管辖的豁免权。功能性豁免最初是为了确保国际组织在执行其任务时不受成员国的干扰而设立的。随着国际形势的不断变化和国际组织活动的日益多样化，国际组织特权与豁免的具体内容和范围也在不断地演进和调整。

各国和国际上的实践对国际组织豁免问题一直秉持着绝对豁免的立场。《联合国特权与豁免公约》明确规定，联合国及其附属机构在执行职务时享有绝对豁免。与此形成鲜明对照，国家豁免问题已经从绝对豁免发展到相对豁免，但是对国际组织采取限制豁免立场依旧没有在国际社会各主体间形成普遍共识。国家行为中，国家的主权行为可以豁免，但国家的商业行为却不享有豁免。以美国为例，美国的《国际组织豁免法》主张国际组织享有“和外国国家一样的豁免”。在 1976 年之前，国际组织与国家一样享有绝对豁免。而在 1976 年之后，美国《国家主权豁免法》将国家的行为分为主权行为和商业行为，并且规定绝对豁免仅适用于主权行为。美国《国际组织豁免法》中的表述和规定并未随着其《国家主权豁免法》的修改和变化。而在司法实践中，美国最高法院对国际金融公司（世界银行集团的一个组成机构）的豁免权问题进行了裁决。在该案中，最高法院认为国际金融公司享有限制性豁免权，在某些情况下可以被美国法院管辖。

支持国际组织享有绝对豁免的主张集中于两点。首先，基于职能必要理论，赋予国际组织以特权和豁免目的是为了保护国际组织不受成员国的干预，确保它们能够有效、独立地运作。其次，国内的私主体长期以来不享有国际法律人格地位，因而不能在国际性的争端解决机构向国际组织提起诉讼索赔。国际组织因不法行为引起的责任，仅能通过国家对组织提出。依旧固守国际组织绝对豁免立场，在当今国际社会已经显得十分不合适。国际组织活动空间日益扩大，使其对国际事务的影响范围和程度不断加深。国际组织甚至可以透过成员国政府直接影响到国内的私主体。国际组织权力日渐扩大的同时，国际法对国际组织豁免权限的制约并没有任何改变。国际组织依旧可以获得免于在成员国国内法院以管辖权为由免受起诉的权利。

国际组织豁免免除的是那些可归责于国际组织的责任。国际组织的国际责任是指其因违反国际法而承担的法律后果。国际组织的每一国际不法行为均引起该

组织的国际责任。这包括国际组织的机关或代理人在履行职能时所实施的行为，若该行为符合国际法的归责标准，即可视为国际组织的行为，进而引发责任。展开而言，国际组织在职能履行中可能涉及的国际责任类型主要包括直接责任和间接责任。直接责任是指国际组织因自身行为导致的责任，例如在执行任务时违反国际法或其自身的国际义务。间接责任则涉及国际组织通过其成员国或其他国际组织实施的行为。如果一个国际组织通过具有约束力的决定，促使其成员国实施违反国际法的行为，该组织也可能因此承担国际责任。

国际法委员会所力推的、将国际组织作为争端解决当事方的努力，很大程度上为弥补国际组织绝对豁免立场带来的实质不公正。与国际组织有关的四种争端解决诉讼中，组织与组织、组织与国家之间属于公主体的纠纷。此类政治性或法律性争端解决一般不会涉及国际组织豁免问题，双方通过事前或事后安排以确定豁免范围。国际组织与其雇员的争端，则是采取特别法优于一般法的做法，单独创设一类诉讼类型与规则处理国际公务员人事纠纷。这属于创设特殊诉讼场景以实现国际组织放弃豁免的做法。而国际组织与私人当事方之间的争端解决对国际组织绝对豁免立场的最大挑战。国际组织不能以“双标”立场处理与当事人的纠纷，一面在国际社会对外倡导和宣扬尊重法治、民主和人权主张，一面则是在自身行为造成利益相关方损害时无法提供救济。

（二）国际组织绝对豁免与相对方的人权保护

人权保护是限制国际组织绝对豁免的最重要的一个理由。此处的“人权”特指当事人获得诉诸法院的程序性救济。《世界人权宣言》第 8 条明确宣告，当个人基本权利遭受侵害时，有权寻求有资格的国家法院提供救济。相同和类似的表示还体现在《联合国人权宣言》《公民政治权利和文化权利公约》《欧洲人权公约》等多个人权条约当中。受到国际公约的影响，国内层面各国宪法对该项权利也有相应的安排与规定。

国际司法实践中，针对国际组织豁免的限制主要有两条途径：第一，国际组织主动放弃豁免；第二，即便认可国际组织在享有绝对豁免，但国际组织必须提供合理的救济途径，以确保其行为不侵犯他人的基本权利。国际组织的自我约束和主动作为，不仅可以增强国际组织的公信力，还能在一定程度上缓解国际组织涉嫌侵犯人权保护的观感。

期待国际组织主动放弃豁免或限制自身特权似乎不太可能。是否最终接受国际组织放弃豁免的决定权此时又回到了国内法院手中。国际组织若遵守一国国内法院判决，那么当相同的情况发生在另一国家时，国际组织在遵守和执行层面会面临着不同的义务要求。不同国家很难在法律适用和解释存在一致性，即使在同一个国家内部也难以做到。所以国际组织无法在所有成员国国内法院的要求下“削足适履”地承担国际责任。因此大多数国内法院在国际组织放弃管辖豁免之后，往往在执行程序中网开一面、予以豁免。

国际组织主动放弃豁免之后，能够作为一般诉讼主体参与到诉讼程序之中。国际组织自身主动放弃豁免本质上是作为一项原则的例外而存在。常见的做法是以“但书”规定放弃豁免。国际组织宪章中，在组织的“财产和资料免于所有形式的法律程序”这一豁免条款之后附加一条要求——国际组织的负责人可以明确放弃上述豁免。但是在大多数涉及国际组织的国内法院程序中，国际组织负责人基本上不会援引主动放弃豁免条款。因为他们不愿意将组织内部管理和运行细节公诸于众，受到来自成员国和国际社会的仔细审查。而另一种方式则是以明示列举的方式放弃豁免。东道国和国际组织已然意识到国际组织承担责任的必要性。与东道国签订的总部协议中，国际组织和东道国往往约定排除豁免的一些情形。

如国际组织以豁免为理由，拒绝加入对方当事人提起的国内诉讼程序中，则需要提供“合理的替代性法律保护手段”来弥补对方当事人遭受的损失。提供此类保护手段之后，国际组织的特权与豁免就应当得到尊重。而近些年来国际组织在参与私人性质的争端解决案件中的豁免权受到越来越多的质疑。一些国家的国内法院不再单单以国际组织享有职权豁免或者绝对豁免而拒绝管辖一切与国际组织有关的争议，确保国际组织能够向私人当事方原告提供“替代性的补救办法”。这也进一步说明，国内法院开始关注国际组织对私人当事方提供法律保护的质量，赋予应适用豁免条款所侵犯的个人人权更多的权重。从程序上看，国内法院对国际组织豁免和特权的进一步审查为当事人提供事实上的申诉渠道和上诉途径。考察国际组织替代性的补救办法是否会比国内法院所能提供的保护质量更高的做法，意在填平因地位不同而造成双方利益的失衡。

而近些年来国际组织在参与私人性质的争端解决案件中的豁免权受到越来越多的质疑。一些国家的国内法院不再单单以国际组织享有职权豁免或者绝对豁免而拒绝管辖一切与国际组织有关的争议，确保国际组织能够向私人当事方原告提供“替代性的补救办法”。这也进一步说明，国内法院开始关注国际组织对私人当事方提供法律保护的质量，赋予应适用豁免条款所侵犯的个人人权更多的权重。从程序上看，国内法院对国际组织豁免和特权的进一步审查为当事人提供事实上的申诉渠道和上诉途径。考察国际组织替代性的补救办法是否会比国内法院所能提供的保护质量更高的做法，意在实现诉讼双方的利益平衡。国际社会对国际组织的期待也在不断变化。越来越多的国家和国际机构呼吁国际组织在享有豁免权的同时，积极履行人权保护的义务。这种趋势促使国际组织在制定政策和实施项目时，更加关注人权问题，努力实现组织权利与人权保护之间的利益平衡。

三、国际组织作为争端解决当事方的合法性建构

完善国际组织作为争端解决当事方的角色，既是对国际组织长期缺失的身份与责任在理论层面的补全，也是为国际和国内审理涉国际组织案件提供制度遵循的实际需要。实践中，对国际组织加入争端解决机制的制度性约束还仅停留在法律原则层面。《联合国宪章》中的基本原则以及国际组织自身章程所确认共识为

国际组织在争端解决中的行为提供了基础性指引。贯彻一般国际法中的透明度原则，能够确保争端解决机制审理涉国际组织案件的公开，更好地接受国际社会各方面的监督。此外，来自成员的监督是国际组织参与争端解决的重要方面。争端解决程序中，国际组织当事方身份建构的合法性需要在组织自身利益、成员利益以及国际社会公共利益的博弈中得到授权。

（一）创设争端解决当事方身份的组织章程授权

国际组织作为争端解决当事方的制度建构，根本而言需要来自国际组织章程一类的基本文件的授权。国际组织章程具有一般国际条约和国际组织宪章双重属性。这一类条约是主权国家之间彼此达成合作共识载体，同时还表明愿意受到条约所规定的内容的约束。与一般条约的不同之处还在于，组织章程还创设了新的国际法主体。据以成立的国际组织在组织章程规定的范围内开展运作。大多数国际组织章程并未规定国际组织可以作为争端解决的当事方的身份。凭空为国际组织增添当事方身份和参与应诉的责任，势必会对组织的内部法律秩序造成不小的冲击。

将国际组织作为争端解决当事方必然涉及国际组织内部法律秩序的调整。对此，国际法委员会理论上可以从两方面推进工作展开。

一方面，可以从成员一端推动国际组织内部法律秩序的改变。由于成员组成的全体大会是国际组织的最高机关，有权决定组织的一切事项。即便国际组织拥有独立的法律人格，组织成员仍旧能够通过决策与表决程序影响国际组织发展。凡能提交全体大会讨论的议题某种程度上都反映出组织内大多数成员的现实关切。当涉及国际组织的诉讼案件增多时，组织成员可以寻求适当时机提出动议。相关议题通过大会的投票和表决机制所形成的决议，从根本上体现了多数共识而成为组织必须遵循要求。即便这一动议未形成有约束力的组织决议，其存在的价值还可以作为习惯国际法存在的证据，为国际组织作为争端解决当事方的制度构建提供国家实践的证明。

另一方面，还可以从国际组织一端推进自身内部法律秩序的变化。国际组织需要完善自身的特权与豁免制度，将长期秉持的绝对豁免立场转变为相对豁免。国际组织章程达成之后，原本的缔约方对于条约的控制逐渐减弱。加上成员和组织经历的人事变迁，历时性的变化让缔约国不再是“条约的主人”。与此同时，国际组织自身及内设机构在日常运行的过程中获得了条约解释的权威。组织内职业官僚的推动形成了独特的组织文化。国际组织通过自身的理解将国际组织宪章与现实之间的龃龉进行融合。就这一方面而言，国际组织通过对自身章程进行条约解释的技术性手段能够填补其在争端解决身份的漏洞，弥合豁免特权与人权保护之间的冲突。

国际组织早已远离了组织章程的时空背景。当组织的一般成员需要授权少部分人去处理组织事务时，组织就产生了这种等级结构。时间一长，组织内部不断

分化、组织运作过程中便产生了很多中间环节。最后的结果是形成代表少数人利益的组织精英。精英和大众的想法是不同的，因为组织内部精英们追求的是个人利益。久而久之，国际组织的这种不断自我赋权、自我生成、自我实施的全球管理体制，一定程度上超越了成员的授权范围，甚至是排除了成员的干预。传统的国际法发展是“以主权国家为出发点、以条约文本为中心”。当前的国际组织权力日益扩张的背景下，组织逐渐演变为“以自身为本位、以权力行使为中心”。国际组织新获得的权利产生与行使并不以主权国家同意为基础。国际组织越来越多的承接并获得成员国政府转移的职能性权利、在国际社会中行使行政性管理职能。随着制宪时刻的远离与国际组织机构变迁，国际组织早已成为自成体系且自足的国际官僚机构。缺乏权力制约和问责机制的情况下，国际组织及其官僚心是不受约束的权力难免会产生权力滥用的现象。将国际组织至于争端解决机制的审查范围之内，有助于对国际组织进行有效的监督。

国际组织的职业官僚也属于国际组织内部秩序的一部分。国际组织工作人员在履行职责的过程中也同样享有特权与豁免。获得成员权力让渡的国际组织又将这些权力下放到常设的行政机构之上。国际组织内部的高级官僚实际掌控着组织最高权力机关缺位间隙的一切职权。对于此类人员进行一定程度的约束与限制，也有助于国际组织在履行日常职能过程中提高注意义务，避免卷入司法争讼。

（二）确认争端解决当事方身份的外部法律秩序

国际组织作为争端解决当事方的制度构建，还可以通过在组织运行的制度框架外创设外部法律秩序的方式予以规范。作为一类特殊的国际法主体，国际组织不仅受到来自组织章程和组织成员的约束，还受到来自独立于组织之外的秩序的影响。国际法律秩序不像国内法律秩序那样以集中统一立法的方式完成。但在当前的国际社会中，经过一般国际法和普遍性国际组织的运作，某种程度上弥补了国际法律秩序中的连贯性问题，使得国际法具有某种垂直的结构属性。国际社会中的各成员可以就国际组织作为争端解决当事方采取提出建议、发布宣言和制定条约三种外部规制的方式，为国际组织身份转变提供合法性授权。

提出意见或建议（recommendation）的做法是希望国际组织能够改变现状的一种常用方式。国际社会中几乎所有主体都有资格发布建议。提出建议希望能够达到改变现状的同时，还意在通过建议自身所阐明的立场表明态度。随着建议的发布，越来越多的国家或组织对其中的内容进行背书，能够形成新的共识。20 世纪 80 年代产生的“华盛顿共识”便是总部位于华盛顿的三大机构（国际货币基金组织、世界银行和美国政府）对新保守主义经济政策建议的回应。在国际组织加入争端解决机制问题上，只要越来越多的国家意识到通过司法程序能够有效制约国际组织权力扩张，便可以在全球范围内推动形成共识性理念。同样地，由于建议虽不具有强制约束力，但其所蕴含的软法效果也能够约束国际组织在职能履行过程中关注权责一致。

一些国际法主体还可以通过发布宣言或声明（decoration）的方式敦促国际组织做出改变。宣言相对于建议是更为正式且严肃的法律文件。从内容上看，国际社会中的双边宣言或多边宣言通常是有关国际法和国际关系基本原则的确认，具有较强的政治色彩。而从形式上看，宣言通常是由各国的元首或首脑见证产生，具备形式上的庄重性和正式性。宣言中尽管没有具体可执行的内容、违反宣言规定也不存在相应的制裁机制，但是那些违反宣言的行为通常都会受到国际社会的谴责。由此形成的压力更加能够敦促各方遵守宣言的要求。若要将国际组织置于争端解决机制的监督之下，除了需要国际组织的高度自觉之外，还可以考虑从道德层面施加压力。国际组织作为争端解决当事方必须受到国际法基本原则的制约。国际法委员会的工作需要紧密围绕这方面内容展开。

制定条约是调整国际组织行为最具约束力的手段。国际组织也能成为一些条约的缔约方或参与方。通过这个方式调整国际组织在争端解决当事方的身份，需要国际社会成员的积极推动与前期努力。作为联合国的内设机构之一，国际法委员会通过的条款草案具有重要理论意义。“国际组织责任条款草案”到“国际组织作为当事方的争端解决”一系列有关国际组织的报告，反映了国际法委员会加强规范国际组织行为的趋势。这些理论对下一阶段的国际法编纂以及国际规则的产生具有较大的参考价值。国际条约的生成是一个缓慢且不确定的过程。但是国际法委员会的这些主张引发的各方思考与关注，为弥补国际组织在争端解决机制中当事方身份的缺失注入了基因。待到实践充分发展、共识普遍形成之后，这些观念将通过一些正式途径予以确认并形成实际约束力。

四、国际组织作为争端解决当事方与中方立场

随着国际法委员会对国际组织作为争端解决当事方的研究不断深入，国际组织的法律地位和责任也在逐渐明确。中方积极参与这一进程，与国际法委员会一道推动国际法的编纂和发展。国际组织作为当事方应遵循国际法的既有规则，这是国际秩序稳定的基石。国际组织的行动必须在国际法框架内进行，不能滥用自身特殊地位破坏现有国际法律秩序。对于涉及国际组织作为当事方的争端解决机制，中方还可以强调程序的透明化和民主化，避免将经济、政治等因素不当引入，以维护国际国际法律秩序的稳定。

（一）国际法委员会国际组织争端解决议题的中方回应

自国际法委员会指派特别报告员开展“国际组织作为当事方的争端的解决”研究以来，中方一直密切关注研究进程，并在国际公开场合表明自身的观点立场。

针对特别报告员的第一次报告，中方认为本专题研究的争端应限于国际争端，即争端主体应限于政府间国际组织，争端事项应限于国际法解释和适用争议或有关事实争议，不应涵盖涉及非政府间国际组织或实体的争端，或由国内法规制的私法性质的争端。上述观点反映了中方对国际组织定义及其活动范围的一贯立场主张。只有政府间国际组织具备国际法律人格，也只有政府间国际组织具有履行

依照国际法履行基本职能的资格。依据主体性履行职能过程中，国际组织以公法主体的身份展开活动，因此可以依据国际法来对其行为进行规范和裁判。牵涉国际组织的私法诉讼，不宜出现在国际法委员会的报告内容之中。与此有关的诉讼需要以国际组织通过特别安排的或者个案处理的方式予以解决。这样才符合国际法委员会有关国际组织专题设立的初衷。

随着特别报告员工作的持续展开，联合国大会通过了该专题的第二次报告。2024 年国际法委员会第 75 次会议明确限定了国际组织作为当事方的争端解决仅包括国际组织之间的争端以及国际组织与国际之间的争端。国际法委员会同时提及了仲裁和私法解决的争端解决方法予以解决。中方表示理解国际法委员会的出发点，并指出各种争端解决方式没有高低优劣之分，为避免产生鼓励国际组织更多选择特定争端解决方式的歧义。中方还认为指南草案中似不宜明确点出特定争端解决方式，可考虑在评注中予以说明。诚然，国际法主体应当寻求谈判、调查、调停、调解、仲裁、司法解决、区域性机构安排或自行选择其他和平方法，及时、公正地解决各国之间的国际争端。涉及国际组织的公法争端并不一定需要将争议提交给比争端双方地位更高且更中立的第三方。只要争端解决机制为各方所接受、程序公正透明以及得出的裁决令各方满意，无论通过合作方式促成争端的妥善解决都应该予以积极评价。该专题特别报告员提出特定的以争端解决方式来处理国际组织作为当事方的争端解决，对争端的最终解决存在自我设限的意味。

推动国际组织作为争端解决当事方的制度建构是加强对国际组织监管的一个重要方面。从根本上解决国际组织主体责任缺失和责任体系缺位问题，才能更好地推动涉国际组织争端解决制度的建构。中国据此提出的“真正的多边主义”主张具有积极的参考价值。

以联合国为核心的国际体系是多边主义的重要实践场所。中国始终维护联合国权威和地位，忠实履行联合国安理会常任理事国职责和使命，维护联合国宪章宗旨和原则，支持联合国的工作。百年未有之大变局下，国际关系正经历深刻调整。《联合国宪章》确立的战后多边国际秩序、理念、规则和机制面临多重挑战。国际社会中新争端类型的出现和国际组织的活动范围的扩大，使得传统国际法在应对这些问题时显得力不从心。国际法委员会的工作能够为国际法的修订、补充或新规则的制定提供参考，使国际法能够更好地适应国际组织参与争端解决的实践需求。真正的多边主义强调国家间的政策协调要依据共同的原则和理念。各国共同遵守的规则要通过有力的国际多边机构来加以推动。多边机构牵头和各国积极参与下，明确国际组织作为争端解决的身份和责任，确保了国际组织参与争端解决和国际诉讼有了程序的指引。这不仅能够减少国际组织之间、国际组织与国家之间因争端解决不确定性而带来的合作障碍，更是推动真正的多边主义的体现。

真正的多边主义强调国家间的平等合作与共同决策，以维护国际秩序和公平正义。然而，国际组织在行使职能时的越权行为，不但可能破坏这一秩序，还会

损害其他当事方的合法权益。一方面，国际组织越权行为导致国际社会互信共识衰减、协商合作削弱。这无疑为国际法的解释、适用和履行带来新问题。另一方面，国际组织内部的监督机制往往不够健全，对其自身及成员国的行为监督不足。这使得一些违法行为得不到及时发现和纠正，损害了国际组织的公信力。缺乏明确的问责机制和程序，使得难以对相关责任主体进行追究，国际组织责任长期无法得到明确界定和承担。相关问题难以得到根本解决。为了维护真正的多边主义精神，建立第三方争端解决机构的监督制约机制至关重要。加强对国际组织及其组成机构的监督，确保各项工作符合国际法和组织章程的规定，这需要明确问责机制和程序，对违反规定的行为进行严肃追究，提高国际组织的责任意识。而对于一些存在越权风险的国际组织，中方主张对其进行改革和完善，明确其职责和权限范围，加强内部监督和管理机制，以确保国际组织在职能履行过程中的规范性和有效性。

（二）涉国际组织争端解决制度建构的中方主张

中国目前尚未出台专门的“国际组织豁免法”。结合已有的《中华人民共和国外国国家豁免法》及相关国际法原则和实践，可以推知中国在涉及国际组织争端解决制度建构中有关组织豁免问题上潜在的立场与倾向。

首先，与中国在国家豁免的立场类似，中国有关国际组织豁免的立场可以表述为尊重国际组织的特权与豁免，但是组织的非职能行为、明示放弃豁免的情况除外。国际组织作为国际舞台上的重要行为体，其独立性和特殊地位应得到尊重，在一般情况下享有豁免权。这是基于国际组织的宗旨和职能具有特殊性，需要一定的法律保护以确保其正常运作。国际组织公务行为（即履职必要行为）享有绝对豁免，因为执行这些任务是国际组织被创设的主要目的。国际组织的豁免权是在主权平等的基础上，各成员国相互认可和尊重的结果。中方维护国际组织在豁免方面的合理权利，不因其自身属性或作用大小的不同而有所区别。如果国际组织的行为超出了其章程规定的职能范围，从事了与商业交易、侵权等非职能相关的活动，那么在这些情况下可能不享有豁免权。

因此，就国际组织豁免问题的中方立场，应该根据不同国际组织根据其所履行的职能不同，享有的豁免权范围和程度不尽相同。其中具有可操作性的具体做法是，专业型国际组织的豁免权以执行专业事务范围为限，综合性国际组织的豁免权需要限定在一般外交豁免与组织认可的豁免待遇之间。

其次，鉴于中方代表不赞成在国际法委员会报告中规定私法性质的争端，而与国际组织有关的私法争端客观上又确实存在。为弥补这一制度漏洞，针对国际组织与私人当事方的争端解决中国可以在所加入的国际组织中提出议案，促成国际组织在与私人当事方交往过程中行为规范与责任制度的完善。因国际组织的非核心职能行为引发的诉讼，需要以组织的特别决议或组织个案处理的方式维护相对方的合法权益。例如在与国际组织有关的商业活动争议、劳动和劳务相关合同

争议、相关人身和财产损害争议、财产性争议、知识产权争议中，国内法院可以依据成员与组织达成的特别法律规定行使管辖权。

针对与国际组织有关合同之债纠纷，探索制定与国际组织签订合同的国际组织采购法是一条可行路径。国际组织与私人当事方基于相互之间签订的合同所发生的纠纷，大多属于国际组织采购合同纠纷。国际社会对这一类合同的基本性质看法不一。与国际法委员会正在讨论的国际组织与私人当事方的争端解决问题类似，不需要将这类问题单纯归入私法领域或公法领域，仅需要将其拟制为一个特别法律场景加以调整和规定。在国际组织内部专门制定一部关于组织采购活动的行为准则，将能够在很大程度上能够避免将国际组织与私人当事方之间的合同纠纷外溢到国内法院。

针对侵权之债纠纷，将国际组织责任的原理推广到国际组织侵权行为领域，是类型化解决与私人当事方争端解决的另一个重要方面。有关国际组织的不法行为所造成的侵权之债，也需要国际组织将《国际组织责任条款草案》中的法理精神细化成组织内部规范。虽然上述责任条款草案尚未转化为国际条约，但它对国家实践的影响已经体现出来了。国际法律责任的法律依据越清晰，国际组织行为也越规范，私人当事方寻求救济也具备更高的可预见性。这一做法既可以作为国际组织替代性争端解决的一部分，还可以作为国际组织责任法、赔偿法的重要组成内容。如此一来，国际组织侵权行为的责任和影响便可以在其内部消弭。

再次，中方可以根据国际组织是否为争端解决相对方提供合理的救济机制，作为允许国际组织在此类案件中享有豁免的判断。这是对等原则发挥作用的体现。如果国际组织为争端解决相对方提供的救济明确大于拒绝豁免得到的保护，那么主权国家便不需要限制国际组织的豁免权限。《联合国特权与豁免公约》也要求，联合国享受豁免的前提是需要为第三方提供多元救济机制。这一救济方式不仅局限在联合国的行政法庭，还可能是通过个案解决的方式为特定当事人制定有针对性的解决方案。只要国际组织所提供的救济机制能够对当事人人权提供足够保护，那么这种兼具考虑组织独特性和私人当事方权利救济的解决方案被认为是一种有益的发展。

虽然替代性救济机制并非严格意义上的司法救济，不满足形式法治的一般要求，但却在实质上弥补了绝对豁免正当性的缺失，实现国际组织与法院所在国、私人当事方之间的“三赢”结果。提供此类替代性救济渠道，让国际组织不仅维护了自身的信用和形象，避免了国际组织被诉至国内法院的尴尬，还彰显了国际组织保护人权的积极姿态。

五、结论

随着国际法委员会对国际组织责任和国际组织作为争端解决当事方的研究不断推进，有关国际组织主体性的讨论也逐渐深入。国际组织的角色和功能正随着国际格局的变化而经历重要转变，它们作为当事方出现在争端解决程序中概率

大大增加。这要求国际社会重新审视和设计国际组织参与争端解决的法律框架。国际组织法的发展，特别是关于国际组织基本文件、内部法律秩序和外部法律秩序等内容，为国际组织作为争端解决当事方的制度构建提供了坚实的法律基础。在此过程中，确保国际组织的独立性与运作有效性的同时，也需要平衡各方利益，特别是保护相对人的能够诉诸司法救济权利。国际组织作为争端解决当事方的制度构建，不仅是对现有国际法规则的补充和完善，也是对国际组织身份、职能和责任的重新界定。争端解决领域内实现国际组织权利与义务、行为与责任、豁免与限制的统一，对于实现国际法治具有重要意义。

2025年中国国际法学会年会

中德法院判决承认与执行中互惠原则的实践、规则及优化

秦 韬[1] 舒中盛[2]

摘要：近些年随着我域外国司法实践中互惠原则适用案例逐渐增多，从基层法院至中级法院，互惠原则的适用暴露出建立互惠关系困难、互惠关系认定标准严格、事实互惠适用标准不一致、法院查明互惠先例时存在漏洞等各种问题，甚至在互惠认定时存在“囚徒困境”的艰难局面，导致当事人的利益受损也徒增了法院诉累。本文主要以中德判决承认与执行的法院实践作为切入点，探讨中国法院和德国法院依据“互惠原则”予以承认和不予承认的司法实务判例并总结两国法院对互惠原则适用的认定标准，进一步总结中德两国适用互惠原则认定的原则基础和法定程序，并尝试分析中德双方司法协助的重点难点和优化建议，包括研究和采用相互承认与执行的反向互惠制度、建立中德互惠备忘录机制等，推进中德法院判决互相承认和执行的系统化跨境司法合作体系。

关键词：中德法院判决　　承认与执行　　互惠原则　　认定标准

一、问题的提出

随着经济全球化的不断加深，跨国贸易和经济往来变得更加密切，各国因此产生的涉外纠纷案件数量不断增加。当案件的被执行人或其财产不在一国司法辖区内时，一国法院针对这些涉外案件作出的民商事判决，就会面临其判决效力在外国的承认和执行问题。裁定在另外一个国家得到承认与执行的主要方式有三种：一是通过国际条约有关规定或者双边达成的司法协助协议，二是通过两国之间建立的互惠关系，三是通过被申请国国内的相关法律规定。

首先，从国际条约及双边司法协助协议的角度来看，截至 2024 年 12 月，我国已与 39 个国家签署了与民事或商事司法协助相关的双边协定，并已全部生效。在这些协定中，除了与比利时、新加坡、韩国和泰国签订的双边协定中没有涉及承认和执行法院裁决之外，与其他 35 个国家签订的双边司法协助协定中，均将相互承认和执行法院裁决纳入双边司法协助的范围。尽管我国一直积极参与有关承认与执行外国判决的国际讨论和谈判，并愿意参与跨境法律合作框架的制定，但在司法实践中，国际条约和双边条约的引用频率较低，作用有限。

其次，从互惠原则的法律适用角度来看，《中华人民共和国民事诉讼法（2023 年修正）》第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”中的第 287、288、289 条具体规定了我国承认与执行外国法院判决的主要内容。中国法院对于承认与执行外国

[1] 秦　韬：法律硕士，德恒上海律师事务所合伙人，律师、仲裁员、国际商事调解员。
[2] 舒中盛：法学学士，吉林财经大学，德恒上海律师事务所实习生。

法院作出民商事判决的依据，除了针对离婚类型的判决《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》作例外情形，以及中国与其他国家签订的双边司法协助条约作为援引依据外，其余情况只能依据“互惠原则”进行认定。互惠原则是承认与执行外国法院判决制度中的一项重要依据，属于国际私法中的一项基本原则，也被称为对等原则。司法实践中，存在事实互惠、法律互惠、推定互惠及通过外交途径认定的互惠等不同的互惠类型。内国法院通常会对判决作出国的法律规定或实践进行审查，看对方国家是否也会在同等条件或相似情形下承认或执行内国法院判决，进而判断两国间是否存在互惠关系，并将此作为承认或执行外国法院判决的条件之一。因此，在缺乏民商事判决相互承认与执行条约的情况下，国家间形成的积极互惠关系也成为促进国际民商事司法合作的一种依据。

从多数国家的立法来看，对互惠进行原则性规定是一种普遍现象。然而，各国对是否存在互惠关系的认定标准存在差异，这种差异导致互惠适用结果存在不确定性。本文选择德国作为研究样本，是因为德国法院对互惠的适用与中国法院具有同样严苛的高标准，两国的实务判例中所涉及的互认要点可以为两国判决承认机制提供明确的依据。德国柏林高等法院在 2006 年“承认中国法院（江苏省无锡中级人民法院）民商事判决第一案”中特别指出“如果谁也不迈出第一步，那么事实上将永远不可能发生相互间的互惠”。而 2012 年武汉市中级人民法院所作出的对于德国蒙特堡地方法院的裁定，成为了我国首例基于法律互惠对外国判决承认与执行的案例。

总的来说，中德法院判决承认与执行具有鲜明的实操性和借鉴性。本文将借由中德之间法院判决的承认与执行的实际情况，运用比较分析、案例分析等研究方法进行考察，以厘清两国法院针对不同类型案件适用互惠原则的认定标准，并以此探析中德两国对于互惠原则认定标准以及相关司法协助协同发展的趋势和优化建议。

二、中国承认与执行判决中互惠原则的内国实践

（一）承认与执行的德国判决实践

国家	序号	被承认和执行法院	案号	承认和执行法院	案号	承认和执行及相关依据
德国	1	德国蒙特堡地方法院	2009 年 12 月 1 日第 14 IN 335/09 号裁定	武汉市中级人民法院	（2012）鄂武汉中民商外初字第 00016 号民事裁定	承认和执行（事实互惠）

	2	德国亚琛地方法院	2011 年 1 月 1 日 91E5/10 破产裁定	北京市第一中级人民法院	（2022）京 01 破申 786 号	承认和执行（事实互惠）
	3	德国斯图加特地区中级法院	民事调解书	大连市西岗区人民法院	(2015)西审民初字第 84 号民事判决	承认和执行（同意承认法院调解书）

武汉市中级人民法院（2012）鄂武汉中民商外初字第 00016 号案例中，德国蒙特堡地方法院作出的裁定已经发生法律效力，且未违反中国的法律基本原则、国家主权、安全及社会公共利益。武汉中院认为，鉴于 2006 年 5 月 18 日德国柏林高等法院曾判决承认无锡高新技术产业开发区人民法院的民事裁定，可以按互惠原则承认德国蒙特堡地方法院破产裁定的效力。武汉中院裁定："德国蒙特巴地方法院作出的卷宗编号为'14 IN 335/09'裁定已于 2009 年 12 月 1 日在德国发生法律效力，该裁定未违反中华人民共和国的基本原则、国家主权、安全及社会公共利益。鉴于德国柏林高等法院已于 2006 年 5 月 18 日作出判决承认中国江苏省无锡高新技术产业开发区人民法院（2004）新民二初字第 154 号民事裁定，本院可按互惠原则审查……，裁定如下：对德国蒙特堡地方法院作出的卷宗编号为'14 IN 335/09'裁定的法律效力予以承认"。此案例标志着互惠原则的适用不仅基于中德双方的先例，还考虑了判决是否违反中国的法律基本原则和社会公共利益。

北京市第一中级人民法院（2022）京 01 破申 786 号案例中，北京一中院适用法律互惠原则承认德国亚琛地方法院作出的破产裁定，并承认德国法院指定的破产管理人身份，允许其在中国境内履行职责。这是全国首例适用法律互惠原则承认外国破产程序的案件。莱茵有限公司注册于德国亚琛，因无支付能力和资不抵债，向亚琛地方法院申请破产。该德国法院于 2011 年 1 月 1 日作出破产裁定，启动该公司破产程序，并指定 Dr. Andreas Ringstmeier 为破产管理人。为处置莱茵有限公司位于北京市的财产，DAR 向北京一中院提出承认及协助申请。中国法院经过对德国法的查明、认定中德两国之间存在互惠关系以及综合考量德国地方法院的裁定符合中国相关主体的合法权益几个步骤，最终裁定承认德国破产管理人身份并允许其在中国境内依法履职。该案例体现了法律互惠原则在国际破产程序中的适用，强调了互惠关系的认定和对外国法律的查明。

最后，大连市西岗区人民法院（2015）西审民初字第 84 号案例中，该案件历经一审、二审、发回重审，最终形成一致同意承认德国法院调解书的裁判意见。这是德国法院的调解书在中国法院被支持的首例案件，为以后该类德国判决书或调解书在中国被承认与执行起到指导作用。这一案例表明，中国法院在处理外国法院调解书时，也会考虑互惠原则和调解书的具体内容，确保其不违反中国的法

律基本原则和社会公共利益。

（二）不予承认与执行的德国判决实践

国家	序号	不被承认和执行法院	案号	不承认和执行法院	案号	不承认和执行及相关依据
德国	1	德意志联邦共和国法院	/	北京市第二中级人民法院	（2003）二中民初字第00002号	不予承认和执行（不存在互惠关系）
	2	德国奥芬堡州法院	德意志联邦共和国奥芬堡州法院第20460/07号判决	北京市第二中级人民法院	（2010）民四他字第81号	不予承认和执行（送达方式否决，判决无法律效力）
	3	德意志联邦共和国法院	2018年9月14日‘2901/2019’‘2900/2019’公证书	辽宁省沈阳市和平区人民法院	(2023)辽0102民初13174号	不予承认和执行（原告已经超过了在中国法院申请承认法定期限）
	4	德国地方法院	/	浙江省杭州市中级人民法院	(2019)浙01民初4193号	不予承认和执行（被告提交德国法院判决书真实性无法确认）

在国际司法合作的背景下，互惠原则的适用与否常成为外国法院判决能否得到承认与执行的关键。北京市第二中级人民法院（2003）二中民初字第00002号案例中，德意志公司与租赁公司于1986年签订合作协议及主租赁协议，涉及巨额融资。租赁公司自1992年起未能履行支付义务，德意志公司向法兰克福地方法院提起诉讼并获得缺席判决及费用决议。然而，由于中德之间既无相关国际条约也无互惠关系，中国法院驳回了德意志公司承认上述判决的申请。根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第318条的

2025年中国国际法学会年会

规定，当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院做出的发生法律效力的判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系的，当事人可以向人民法院起诉，由有管辖权的人民法院做出判决，予以执行。因此，德意志公司有权向中国法院起诉被告。这一案例凸显了互惠原则在国际司法合作中的重要性，即在缺乏明确的国际条约或互惠关系的情况下，外国法院的判决难以在中国得到承认与执行。

进一步而言，送达方式的合法性也是判决生效的前提条件之一。在北京市第二中级人民法院（2010）民四他字第 81 号案例中，德国奥芬堡州法院通过邮寄方式向被申请人送达判决书，但我国不认可此种送达方式。根据《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》，我国在批准加入公约时明确反对采用公约第十条所规定的方式在我国境内进行送达，其中包括通过邮寄途径直接向身在国外的人员送达司法文书。因此，该判决尚未对被申请人发生法律效力，未被中国法院承认。这一案例说明了送达方式的合法性是判决生效的前提条件之一，不符合公约规定的送达方式将导致判决在中国不具有法律效力。

此外，证据的合法性和有效性是法院判决的重要基础。在辽宁省沈阳市和平区人民法院(2023)辽 0102 民初 13174 号案例中，原告提供的德国法院的判决书和公证文书等证据，由于未经中国法院的承认，在中国不具有法律效力，不能作为认定栾某某与德国公司之间存在债权债务关系的依据。被告辩称债权转让协议不是其真实意思表示，且原告主张的涉案债权与客观事实不符，因此该民事法律行为不应被认定为有效。原告未能提供充分证据证明涉案债权的客观存在，且德国法院的判决在中国不具有法律效力，因此原告的诉讼请求缺乏事实和法律依据，被法院驳回。这一案例强调了证据的合法性和有效性是法院判决的重要基础，未经中国法院承认的外国法院判决书和公证文书在中国不具有法律效力，且原告需提供充分证据证明其主张，否则将面临诉讼请求被驳回的风险。

最后，证据的形式要求和关联性也是法院认定其效力的重要标准。在浙江省杭州市中级人民法院(2019)浙 01 民初 4193 号案例中，皎奢公司提交的“SupremeItalfigo”标识在德国等国的注册与授权资料，经质证，章节四公司对其真实性、合法性与关联性均有异议，认为该组证据形成于域外，未经公证认证程序，且域外商标与本案无关。法院经审查后认为，皎奢公司所提交的证据多为外文、形成于域外证据，未经公证认证，不符合证据形式要求；其中有关在中国提起的商标注册申请文件，与本案缺乏关联性，法院对其效力均不予认可。因此，德国分院的判决未被承认。这一案例反映了证据的形式要求和关联性是法院认定其效力的重要标准，未经公证认证的域外证据不符合证据形式要求，且缺乏关联性的证据将被法院排除，从而导致外国法院的判决在中国不被承认。

（三）承认与不予承认的中国法院考量依据

综上七个案例，从案例的裁判文书的承认与不予承认的具体理由中我们可以明确地总结出中国法院的具体考量以及互惠原则认定的大致标准，标准的判定涵盖该申请的域外判决在形式和实质上是否存在歧视性规定、以及管辖权是否进行无效扩张抑或是该域外判决裁定是否损害我国利益。具体而言，中德法院当前互惠原则的适用仅体现在破产案件，故本节将借由 2023 年北京市第一中级人民法院对德国亚琛地方法院作出的破产裁定予以承认作为新近的案例分析对象，以此揭示德国法院判决承认与不予承认的中国法院考量。

在承认德国法院裁定以及破产人身份问题之前，北京一中院首先对德国亚琛地区法院于 2011 年 1 月 1 日作出卷宗编号为 91IE5/10 的破产裁定（裁定肯定了 DAR 的破产管理人身份）以及德国破产法的有关规定进行了查明；其次，北京一中院依据《北京市高级人民法院关于调整公司强制清算案件及企业破产案件管辖的通知》的有关规定，结合本案跨境破产的案件性质，故认定该院对本案具有管辖权。这是在承认与执行外国判决之前的首要程序。[3]至于认定我国与德国之间存在法律互惠，北京一中院从以下三个方面依据互惠原则进行了审查。

1.德国法对我国不存在歧视性规定

《德国破产法》第 343 条规定，应承认外国破产程序的启动。依据上述法律规定，我国破产程序在德国可以获得认可，同时，现亦无证据证明德国存在拒绝承认我国破产程序或破产相关法律文书的情形，故可以认定德国与我国之间存在互惠关系。而所谓歧视性规定，在宏观的法律框架中还包括该域外判决未违反中华人民共和国的基本原则、国家主权、安全及社会公共利益，即可承认判决的法律效力。

2.德国法律规定未违反我国对于管辖的规定

在实体法中，就“德国亚琛地方法院破产程序裁定案”而言，根据《德国破产法》，德国立法为破产程序的目的做出了清晰界定。该法第 1 条规定“破产程序的宗旨是通过变现债务人的财产……使一个债务人的各个债权人共同得到清偿”；第 56 条规定，“破产管理人的选任（1）应任命一名适合个案、特别是业务精通并独立于债权人和债务人的自然人作为破产管理人，并应从所有愿意承担破产管理的人中选出。”第 80 条规定，“管理权和处分权的转让（1）破产程序开始后，债务人管理和转让破产财产的权利移转至破产管理人。”[3]

在本案中，亚琛地方法院裁定及证明均记载莱茵有限公司系在德国亚琛地方工商注册，住所地为德国亚琛，经济利益的重心是亚琛，因此，可以认定德国亚琛为莱茵有限公司主要利益中心，亚琛地方法院主管其破产程序并无不当，亦未违反《中华人民共和国企业破产法》第 3 条关于“破产案件由债务人住所地人民法院管辖”的规定。

[3] 北京市第一中级人民法院（2022）京 01 破申 786 号民事裁定书

3.德国法院裁定未损害我国利益

《德国破产法》规定德国破产程序系集体清偿程序，对于我国债权人不存在歧视性规定。因本案中涉案公司在中国境内既没有仲裁和诉讼案件，又没有债权人，对于其在我国境内的财产除了不动产买受人以外没有人另外主张权利，因此可以认定亚琛法院作出的案涉裁定没有损害我国法律的基本原则、国家主权、安全和社会公共利益以及我国领域内债权人的合法权益。因此，北京一中院对于亚琛地方法院于 2011 年 1 月 1 日作出卷宗编号为 91IE5/10 的破产裁定应依法予以承认，并承认了 DAR 破产管理人的身份。

综上所述，德国法院判决是否能被中国法院承认和执行的法院考量的标准和依据是严格按照“互惠原则”下的“事实互惠进行”，即以外国法院是否存在承认与执行内国法院判决的客观事实为依据的。如果存在这样的事实就表明内国与判决作出国之间存在互惠关系，也即法院通常是看外国法院是否有承认或执行内国法院判决的先例，如果没有这种先例，即使该国的法律规定中有互惠的要求，也不能认为两国之间存在互惠关系。然而“先例”并非中国法院考察判决承认与执行的唯一标准，仍需要针对判决的实质法律关系及当事人提交的证据材料来综合判定德国法院判决的法律效力。

三、德国承认与执行判决中互惠原则的域外实践

（一）承认与执行的中国判决实践

国家	序号	承认和执行法院	裁判日期	国外判决案号	承认和执行及相关依据	被承认和执行法院	国内判决案号
德国	1	德国柏林高等法院	2006 年	Beschluss vom18.05.2006,20 SCH13/04	承认和执行（事实互惠）	江苏省无锡市中级人民法院	（2004）锡民三仲字第 1 号

在德国现行法律体系中，对于承认与执行外国法院判决所设定的条件，曾一度要求外国法院在执行程序方面与德国法院的规定保持高度一致性，而非仅仅达到近似程度，这无疑对互惠原则的适用提出了较为严苛的标准。然而，在后续的司法实践进程中，德国法院逐渐对“互惠保证”的界定标准进行了优化与完善。

尽管相关条款在字面上存在明确要求，但德国法院在实际操作中，并不要求对方国家必须提供明确无误的“保证”，亦不强求对方国家必须存在承认德国判决的先例。此外，互惠的界定还被限定在特定的法律领域范围内，依据外国判决的

具体性质而定。

在德国，若外国司法机关在原则上或表现出有意向准备承认德国法院的判决，即可视为满足了互惠的保证条件。因此，判决作出国是否曾有承认德国判决的先例，并非认定互惠关系成立的必要且充分条件。以 2006 年德国柏林高等法院承认我国法院判决的裁定为例，德国法院基于当时国际经贸的发展态势，认为“中国法院在未来有较大可能对德国法院先给予的互惠作出积极回应”，从而率先给予了我国判决互惠待遇。

柏林高等法院承认无锡中院判决的主要法律依据，源自中、德两国民事诉讼法中关于司法协助的相关规定。当申请人向德国法院提出执行裁决失利方在德国境内资产的申请后，柏林高等法院依据德国国内法律，并参照《民事诉讼法》第 266 条第 2 款的规定，首先确定了自身对案件的管辖权并予以受理。随后，法院对合同中的仲裁条款有效性进行了细致审查，并得出结论：“无论是依据《德国民事诉讼法》第 1061 条第 1、2 款，抑或是参照 1958 年联合国《纽约公约》第 5 条第 1 款 a 项，亦或是按照《德国民事诉讼法》第 328 条进行判定，所得出的结论均完全一致，即承认中华人民共和国无锡市中级人民法院 2004 年 9 月 2 日所作出的仲裁条款无效的判决。”

柏林高等法院的法官们进一步指出，即便不考虑无锡中院 2004 年 9 月 2 日所作出的有效判决，亦可将中国法作为判定该仲裁条款有效性的准据法。按照此准据法进行判定，所得出的结论自然会与无锡中院的判决保持一致。至于该准据法是否得到了正确适用，柏林高等法院认为：“无需再寻找中国法律问题专家来进行专门评定，因为已有中国法院同行的有效判决，且该判决与中国最高人民法院的意见相契合，故无需担忧中国法未得到正当适用。”

在判决书中阐述适用互惠原则的理由时，法院明确指出：“鉴于中、德之间尚未缔结相互承认法院判决的国际条约，具体司法实践便成为了处理此类案件的关键依据。若双方均等待对方率先迈出一步，自身再跟进给予对方互惠，那么事实上相互间的互惠将永远无法实现，互惠原则也将沦为一句空谈。这种情况显然并非立法者与执法者所期望见到的。为了在未签订国际条约的情况下，不阻碍相互承认法院判决的进程，需要考量的是，若一方率先迈出步伐，另一方是否会予以跟进。依据当前国际经贸不断发展的态势，中国是有可能跟进的。”德国法官判定中国方面会跟进的另一重要依据，在于公共秩序保留原则。具体表现为“中国法律中的相应规定与《德国民事诉讼法》第 328 条第 1 款相契合，因此不应对相互给予互惠产生任何合理怀疑。”

（二）不予承认与执行的中国判决实践

国家	序号	承认和执行法院	裁判日期	国外判决案号	承认和执行及相关依据	被承认和执行法院	国内判决案号
德国	1	德国萨尔布吕肯地区法院	2021 年	No.5 O 249/19	不予承认和执行（不存在互惠关系）	上海市浦东新区法院	（2017）沪 0115 民初 2248 号判决书

德国萨尔布吕肯地区法院对上海市浦东新区法院（2017）沪 0115 民初 2248 号判决不予承认与执行，其核心理由在于德国法院认定中德之间尚未形成互惠关系。德国法院在作出此决定时，是基于对中国法院可能不会承认与执行德国判决的合理怀疑，认为中德之间在互惠承认实践中缺乏必要的准体制保障机制。

这一裁决深刻体现了德国法院在处理承认与执行外国法院判决问题时所秉持的立场与考量。特别是在评估两国之间是否存在互惠关系这一关键环节时，德国法院展现出极为审慎且严格的态度。德国法院认为，互惠关系的建立并非仅凭一方的意愿或单方面的实践即可认定，而需要双方在司法实践中均展现出相互承认与执行对方判决的明确态度与实际行动，且这种态度与行动应具备一定的稳定性和可预期性，从而形成一种准体制化的保障，以确保两国法院判决在对方国家得到承认与执行的对等性与公平性。

然而，在德国法院看来，中德之间尚未达到这种准体制化的互惠保障水平。德国法院可能认为，中国法院在承认与执行德国判决方面的实践尚未达到德国所期望的明确、稳定且可预期的程度，或者德国法院尚未看到足够多的中国法院承认与执行德国判决的先例，从而无法确信中国法院会遵循互惠原则承认与执行德国法院的判决。因此，基于对互惠关系实质内涵的严格解读与考量，德国萨尔布吕肯地区法院作出了不予承认与执行上海市浦东新区法院相关判决的决定。

值得注意的是，尽管德国法院在 2006 年曾承认江苏省无锡市中级人民法院的判决，但萨尔布吕肯地区法院认为这是一起孤立案件，不足以证明一般意义上的互惠保障已经通过司法实践得以确立。这表明德国法院在评估互惠关系时，不仅关注个别案例，还要求存在一种持续且稳定的互惠实践。

（三）承认与不予承认的德国法院考量依据

综上两个案例，德国法院对于承认和执行中国法院判决的互惠原则判准依据限制较少的“推定互惠”。在德国法院予以承认中国判决的第一个案例中，我们可以看到虽然中德两国之间不存在具体的司法协助条约以及法律互惠的基础，在德方代理人在诉讼中列举了北京市二中院曾经拒绝承认执行德国法兰克福地方法

院的案例，并希望借此说明中德之间没有互惠关系的存在时，德国法院认为两国具备彼此互惠的基础，属于推定互惠的范畴。

推定互惠是指，如果没有相反的证据证明外国法院曾拒绝承认或拒绝执行内国法院判决，就推定两国之间存在互惠关系。[4]因此，推定互惠是以外国法院是否存在拒绝内国法院判决这一否定性事实为主要认定标准的。我国有学者将这种互惠认定方式称为与事实互惠相对应的反向互惠。还有德国学者将推定互惠称为“合作的互惠关系”。[5]在本节中将具体探析德国法院承认和执行中国判决的程序性规定以及德国法院适用互惠原则的国内法和国际法依据。

1.中国的内国法规定与德国民事诉讼法不冲突

德国为大陆法系国家，其对于外国民商事判决承认与执行的规则规定于《德意志联邦共和国民事诉讼法》（以下简称“《德国民事诉讼法》”）第三百二十八条、第七百二十二条及第七百二十三条，《德国民事诉讼法》第三百二十八条以消极形式规定了对外国判决的承认条件，即条文规定了德国法院不予承认外国法院判决的情形：[6]

（1）依德国法律，判决作出国的法院对该案无管辖权；

（2）败诉的被告是德国人，并且没有应诉；如果开始诉讼的传票或命令既未在受诉法院国内送达给本人，又未通过德国法律上的共助送达给本人；

（3）判决与德国人无关或者一个在先的判决已经处理了双方当事人争议的实体问题；

（4）承认该判决有悖于善良风俗或不符合德国法律的宗旨；

（5）没有国际上的互惠原则。

德国民事诉讼法没有规定任何有关承认外国法院判决的流程，但是根据《德国民事诉讼法》第二百五十六条任何一方均可以向有管辖权的法院提起一个积极或者消极的确认外国法院判决的诉讼，即承认或不承认外国法院判决的诉讼。德国民事诉讼法也没有规定任何有关执行外国法院判决的流程，因此我们适用德国民事诉讼法的一般程序规则，即债权人在有管辖权的法院向债务人提起宣告外国判决具有执行性的诉讼，一旦法院受理了该诉讼则可能会根据《德国民事诉讼法》第一百二十八条举行听证，根据《德国民事诉讼法》的一般规则，法院会裁决宣告该外国判决是否具有执行性。如果法院认为判决具有可执行性后，法院将进行执行许可令（exequatur）程序，该程序适用于已在作出国正式获得法律效力的各类可执行法院判决，一旦获得执行许可令，债权人就能根据德国执行法律进入执行程序。

综上所述，德国法院不会全面审查外国判决程序或实体方面的合法性，但外

[4] 参见王吉文：《外国判决承认和执行的国际合作机制研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 52 页。
[5] 参见杜涛：《推定互惠促进“一带一路”诉讼纠纷解决》，《人民法院报》2017 年 6 月 15 日，第 2 版。
[6] https://iclg.com/practice-areas/enforcement-of-foreign-judgments-laws-and-regulations/germany#.

国法院的判决必须与德国法律的基本原则相符，即只要生效判决不存在上述《德国民事诉讼法》列明的德国法院不予承认的外国法院判决的情形，就可以依据《德国民事诉讼法》申请德国法院承认外国的生效判决。

2.域外判决所属国与德国均承认的关于司法协助的双边或多国际条约

除德国国内法外，国际法上的互惠原则也是德国法院承认与执行外国判决的重要依据。在国际法上互惠原则是指在国家间不存在条约的情况下，各国应在对等、互惠为前提的基础上原则上相互给予国际民事司法协助。具体到国家间民商事判决的承认与执行问题上是指被请求国在审查承认与执行外国法院判决的请求时，将外国法院在同等情况下也将承认和执行被请求国法院的判决作为积极条件。鉴于中德之间并没有直接签署专门的民商事司法协助条约。但是，两国在司法协助方面有共同参与的多边国际公约，如：《承认及执行外国仲裁裁决公约》（纽约公约）、《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（海牙送达公约）以及《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（国外取证公约），虽然两国间并未有具体案例证明当双边国家发生域外判决管辖冲突时援引国际条约的先例，但国际条约的签署后转化为内国法的适用依旧发挥着指导各国法院进行判决承认和执行的重要考虑标准。

在德国承认和执行域外判决的先例中发挥更大作为的是德国在 1968 年和 1988 年加入的《布鲁塞尔公约》和《卢加诺公约》，并且德国已经将上述公约的原则和内容转换为 2001 年颁布的《实施民商事承认与执行方面的国际条约条例》，此外，德国也与英国、以色列、突尼斯等国签订了关于承认执行法院判决的双边条约。在德国加入的双边或多边条约中，欧盟关于国际私法的布鲁塞尔公约是最具有影响力的，德国通过国内立法的手段将《布鲁塞尔公约》《卢加诺公约》以及其后版本转化为国内法，缔约国法院的判决在满足《布鲁塞尔公约》和《卢加诺公约》要求的情况下在德国境内可以得到无条件的承认。

总体来说，对于欧盟范围内法院的判决在德国都能够得到承认和执行，对于非欧盟国家且未与德国签订双边条约的国家法院作出的判决，德国法院仍然遵循国内法对案件进行审查，同时需要考虑判决作出国与德国之间的互惠关系。因此，中德法院之间判决的承认和执行所采用的互惠原则属于不完全的互惠原则。[7]

四、中德两国推进互惠原则法律适用的难点和展望

中德两国之间关于判决互认的内国法及具体司法认定程序有诸多相似之处，这也为二者在未来的民商事司法协助条约的订立上奠定了基础。具体的相似之处主要体现在，《中华人民共和国民事诉讼法（2023 年修正）》第 289 条以及德国的民事诉讼法中关于执行令程序的相关规定中，都是在有关的管辖法院受理申请

[7]参见杜涛：《互惠原则与外国法院巧决的承认与执行》载《环球法律评论》2007 年第 1 期。

人提出的承认与执行外国法院的判决或裁定后启动程序，依照缔结或参加的国际条约、或依照互惠原则，法院先对相关文件进行审查；如果审查通过，再由内国法院推进执行令程序，债权人随即就能根据德国执行法律进入执行程序。[7]

不得否认的是，中德双方法院对于判决的形式审查和实体审查的过程对于中德双边承认和执行判决起到至关重要的作用，相较于众多学者以及本文在案例中更倾向于去探讨互惠原则的适用情形及认定标准，形式审查和实质审查或许才是中德法院突破“互惠原则”的局限性解释去承认和执行判决的关键所在，尤其是中国与德国二者均作为大陆法系的代表国家之间的审查示例使得二者之间的判决互认案例更具有积极的作用。

溯其根本，“互惠原则”仍旧是中国法院在排除双边协定的效力后承认判决法律效力的权威判准，但是对于如何认定互惠关系、是否存在互惠关系的证明责任分配以及互惠适用的判决类型和范围等问题尚未进行细化规范。

（一）难点

1.中德双方均秉持传统且严苛的互惠关系认定标准及审查程序

中国民商事判决的域外承认和执行遭到他国否认主要原因是我国法院坚持事实互惠的传统常年居于被动承认的地位，即需要他国先作出“承认”的先手，中国法院才会开展实质性的“法律互惠”审查。在针对“五味晃”案给出的复函中，最高院认为中日两国之间不存在认可对方国家判决的先例，因此决定拒绝承认该案日本法院所作判决。该复函确立了我国在审查互惠关系领域的事实互惠原则，并在此后的很长时间内成为我国各地审判机关对外国法院判决效力不予认可的依据。鉴于该案奠定了我国承认域外判决采取审慎立场的主基调，对于涉及境内财产或商事的判决均持以严肃的态度。

德国在民商事判决的承认和执行上秉持“映像原则”（Spiegelbild Prinzip），具体指对于被请求承认与执行的法院判决，如果依据德国法的规定，德国法院对此有直接管辖权那么该外国法院对于该类案件就有间接管辖权；反之，如果依据德国法，德国法院对该案件没有直接国际管辖权，那么该外国法院就不存在适当间接管辖权。映像原则使得德国法院对互惠原则的采用，要求外国法院与德国法院在执行程序方面的规定一致，而不是几乎 相似，是对互惠的要求提出了过高标准。[8]德国法院在后来的司法实践中逐步改善了“互惠保证”的界定标准。尽管有字面意义上的条款规定，但并不要求对方国家有明确的“保证”，也不需要对方国家存在承认德国判决的先例，并且根据外国判决的性质，互惠的界定也被限制在一些特定的法律领域。[9]德国学者休斯认为“德国规定的互惠原则导致本国国民利益

[8] See Wolfgang Wurmnest, *Recognition and Enforcement of U.S. Money Judg ments in Germany*, 23 Berkeley Journal of International Law 187 (2005).
[9] See Wolfgang Wurmnest, *Recognition and Enforcement of U.S. Money Judg ments in Germany*, 23 Berkeley Journal of International Law 187-188 (2005).

无法保障，同时也打击了国际合作的积极性。”[8]另外，德国学者多认为外国判决是否能够得到德国的承认与执行的判断非常困难，将其作为判断协议管辖的成立条件会给法院带来不必要的麻烦

如今中国和德国法院判决承认和执行均受到本国民事诉讼法中“互惠原则”及管辖限制的严苛要求，使得双方在认定标准中均持有“按兵不动，他国先行”的态度，倘若中德都苦苦等待对方的让步，己方再随之跟进，互惠关系就永远不可能成立，立法者和执法者并不想看到这种僵局。

2.中德间互惠适用的证明责任不明和适用案件的例外情形过窄

证明责任的分配是适用互惠原则的必要条件，但中国相关裁定书却没有明确写明互惠关系证明的主体。据以上案例分析，在我国司法体系下，各法院对互惠原则的具体运用还存在模糊与分歧，此情况为外国审判机关作出的判决在中国领域内获得司法认可带来了难题。《民事诉讼法》及其司法解释，以及其他与互惠原则有关的规定，例如《“一带一路”意见》、《南宁声明》等，都只对互惠作了原则性声明，但中国法院在实际操作中应如何适用互惠原则的规定，目前尚无统一的司法裁判准则。因审查标准的缺位，给予了审理法院较大、较宽松的自由裁量权，使得法院在处理相关案件时可以根据实际情况进行灵活判断；另一方面，由于缺乏统一的标准，各级各地方法院之间可能因理解差异而导致司法实务中出现不同程度的分歧，从而对各国间建立正面的互惠关系造成不利影响。除此之外，将境外离婚判决划为互惠适用的例外，在这种情形下，对此类判决的承认无需以遵循互惠原则作为其必要前提，然而中国仅就“离婚判决”存在特殊规定，而其他领域的案件，如对于不涉及财产的其他外国判决，如关于公民权利能力和行为能力、确认亲属关系等的判决，仍需根据国际条约或互惠决定是否承认与执行。综上，证明责任不明及适用互惠原则例外情形使得中德法律间的互惠无法搭建过渡的桥梁。

在德国，除子女和婚姻等人身诉讼案件外，法院对外国判决承认的材料收集一般采用辩论主义。在对待外国法院判决的态度方面，德国采用的是广义的立场。根据德国《民事诉讼法典》第 704 节的规定，不论是终局性判决还是临时措施，只要它们具有强制力，均可申请强制执行。申请承认和执行外国法院判决的一方，必须获得具有最终强制力的法律文书来证明其权利请求事项。另据《民事诉讼法典》第 749 节的规定，申请承认和执行的具有强制力的法律文书除司法判决外，还包括当事人在法庭外的和解、经过公证的债权文书等其他法律文书。

由于中德法院实际开展证明责任的程序性调查和采取的判决形式不一致，这也导致双方需要依据互惠原则的例外情形作出承认与否的判断，若例外范围的认定较少则导致中德法院判决承认和执行的领域长期停滞于破产程序裁定方面，而无法推及更广泛的领域。

3.中德间国际公约被置于“空中阁楼”和司法协助条约的缺位

从双边司法协助条约出发，中德两国之间目前为止还没有正式签订双边的民商事司法协助条约，这意味着，在中国或德国形成的法院判决，在向对方国家法院申请执行时，缺乏获得承认和执行的确定法律依据。目前，中德两国法院判决的跨国承认和执行，仅能通过司法礼让原则，由对方国家的法院自由裁量，来自愿决定是否予以承认和执行。在上述的实践案例中，我们发现德国法院考虑到本地企业合理的抗辩权利，一般很少承认和执行中国法院所做的判决；中国法院的情况也大致类似，基于礼让原则承认德国法院判决的判例非常罕见。

从多边国际公约角度考察，目前涉及跨国诉讼的国际公约体系还很不完善，影响力较大的国际公约体系是海牙国际私法会议（HCCH）框架内所签订的一系列国际条约，其中对中德两国都适用的有 1965 年通过的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》和 1970 年通过的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》。根据上述两个国际条约，中国境内的商事主体向中国法院起诉德国公司时，可依据此条约，由中国法院向德国法院请求协助送达司法文书或调查取证。但截止至今并未有申请人通过此种方法进行诉讼。海牙国际私法会议还在 2019 年通过了新版的《承认与执行外国民商事判决公约》。这一公约试图为不同国家司法系统之间互相承认和执行外国法院判决提供一个多边的解决框架。这个公约的深远意义在于，跨国商事合同的双方如果都是公约成员国的企业，即使事先没有约定本国法院司法管辖，也可以在本国法院起诉对方，对方国家的法院根据公约有义务予以承认和执行。但是，这个公约目前只有乌拉圭和乌克兰两个国家签署，尚未获得批准和生效，因此暂时还不具备现实意义。

综上分析，在现有的双边或多边国际条约框架内，因为缺乏有效的双边或多边国际条约，中德两国之间的商事主体订立合同，即使约定合同争议受中国法院的司法管辖，形成对中方有利的法院判决，也难以在德国法院获得承认和执行。在中国法院起诉德国企业的实践中，跨国的送达、取证等环节也要耗费大量时间。其中针对互惠原则的认定，当事国法院在实践中还无法脱离内国法去考虑国际法条约的适用。

（二）展望

1.中德间进一步明确“法律互惠”的适用标准及认定情形

根据前文的案例所述，中国法院在承认和执行德国法院判决时，多采用“事实互惠”的观点，即在缺乏他国承认和执行本国判决先例的先例下，中国法院无法承认该国作出的判决，即使形式和实质判决中并无过错情形。因此，在面临着承认和执行外国判决的司法合作和互信的双重困难下，通过构建法律互惠的标准，从司法路径而非立法方面来实现，具体做法主要为强化相应裁判文书对互惠原则适用的说理情况、以个案分析为基础使互惠原则的运用更为灵活、发布指导性案

例明确互惠原则等司法实践途径。“事实互惠”的缺憾就在于无法灵活地针对个案判决进行规范性和可预见性的期待，这将双方代理人和当事人居于实务中的尴尬境地。

各级法院在处理外国判决承认与执行案件时，应提供充分的解释或说明，在其裁定书中详细阐述确认或否认互惠关系存在的原因，同时，需清楚地表明中国对互惠原则审查适用的司法态度。具体操作方式为，在涉及使用互惠原则来审查外国法院判决的裁定书中，明确指出法院审查所依据的具体标准，通过采取相对宽松的互惠标准（相较于事实互惠时期），不但可以帮助双方在建立互惠关系上达成共识，而且也会给目前与中国处于互惠困境中的各国传递出积极信息，为将来中德开展司法协助奠定现实依据。在德国柏林高等法院就按照了“法律互惠”的标准对判决予以承认，申请人向德国法院提出执行裁决失利方在德国拥有的资产的申请后柏林高等法院依照德国法律并参照《民事诉讼法》第 266 条第 2 款的规定首先确定了其对案件的管辖权并受理了案件其后对合同中仲裁条款的有效性进行审查并认定：“无论是按《德国民事诉讼法》第 1061 条第 1、2 款或参照 1958 年联合国《纽约公约》第 5 条第 1 款 a 项 或者是按照《德国民事诉讼法》第 328 条得出的结论完全一致即承认中华人民共和国无锡市中级人民法院 2004 年 9 月 2 日作出的仲裁条款无效的判决。[10]

判决书在叙述适用互惠原则的理由时指出：“由于中、德之间不存在相互承认法院判决的国际条约那么具体司法实践就成了处理案件的依据。如果双方都等待对方先迈出一步自己再跟进给予对方互惠的话 事实上永远不可能发生相互间的互惠原则也只能是空谈而已这种情况并不是立法者和执法者所希望的。为了在没有签订国际条约的情况下不阻止相互承认法院判决的向前发展要考虑的是如果一方先走出一步另一方会不会跟进。按现在国际经贸不断发展的情况中国有可能是会跟进的。”[11]德国法官判定中国方面会跟进的另一个依据是公共秩序保留原则这一点表现在“中国法律中的相应规定与《德国民事诉讼法》第 328 条第 1 款相符合因此不应当对相互给予互惠产生怀疑”。[12]

2.中德间进一步放松“推定互惠”关系确立的标准

我国当前已经出台《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》和《南宁声明》用以阐释“推定互惠”的具体适用条件，例如，最高人民法院在 2015 年 7 月 7 日发布的《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》中指出，要在“一带一路”沿线国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下，根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况，可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系。尽管在实践中两份文件的精神尚未具体落实，这也表明对“一带一路”与东盟等国采用较为松散的互惠标准的情况下，自贸区由于自身“先行先试”

的特点，必然要求建立一个更具开放性的互惠机制以推进各国间经济互动，进而提升区域间的经济发展水平。在未来，中国势必在条件成熟时将先行给惠的做法扩大至非“一带一路”沿线国家。

因此，要在此基础上进一步放松互惠关系的认定标准。沈红雨认为要确立法律互惠的认定，通过立法或司法解释的方式建立。[10]如果没有国际条约的情况下，不要求两国之间存在事实互惠的具体表现，只要两国的法律在认可和执行外国法院判决方面具有符合实际的同等条件，那么就认定其符合互惠的要求

3.中德间积极推动司法双边协作条约的订立及法律互惠体系的构建

中德两国同属于大陆法系国家，成文法的规范化制订和遵循势必要与司法的具体执行形成有效的衔接，这也将对于基本条文查明给予了先天的法律互惠优势。

其实中德两国间官方对法治建设的深度对话和交流未曾中断，自 2000 年 6 月 30 日，中国和德国签署了《中德法律领域交流与合作协定》后为两国在法律领域的双边关系提供了国际法基础，并促进了广泛的中德法治对话；发展至今，2022 年签署的为时 5 年的由中国司法部牵头、德国联邦经济合作与发展部协办的《中德法律项目》，已持续地将中德法院司法协助推向更高的台阶。在《项目》中相关章程明确：

“近几十年来，中国经济和社会的快速发展带来了巨大的繁荣，随之也产生了新的社会矛盾和生态负担。为了发展一个公平和环境可承受的经济模式，中国政府非常重视加强法治国家建设。尽管中国对法治国家的理解与欧洲模式有很大的不同，但在司法改革方面中国对德国尤为关注。除了立法解决方案，中国也需要德国的一致、透明和公平适用法律的方法。德国也愿意和中国分享其在法律领域的经验，从而共同加强法治、社会和环境友好型的结构。更好的法律确定性和法律体系的兼容性也会让德国公司和经济行为体从中受益。同样，对中国法律发展的了解使德国行为者能够更好地对中国的发展做出反应，并确定合作的潜力。实现目标的前提是，中德两国相关专家和管理人员了解对方国家的法律情况并及其实践熟悉德国法律适用方法。该项目为此提供了必要的框架。”

除此之外，中德两国都是联合国框架下《承认及执行外国仲裁裁决公约》的成员国（该公约于 1958 年在纽约通过，通常称为《纽约公约》）。根据该公约，中德商事主体之间形成的仲裁裁决，均可向中国或德国的法院申请承认和执行。在实践中，仲裁裁决向中德两国法院申请承认和执行，遇到的司法程序阻碍一般不多。因此，中德间积极推定司法双边协作条约的订立及法律互惠体系的构建对双边法院实务的承认和执行至关重要。

五、中德法院判决承认与执行中互惠规则的优化与建议

[10] 参见沈红雨：《外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究》，载《法律适用》2018 年第 5 期，第 15 页。

随着全球经济一体化的不断推进，中国的综合国力显著增强，国际地位稳步提升。在此背景下，德国法院对中国法院判决的承认，不仅彰显了对中国司法公正性和专业水平的认可，也可视为其积极寻求与中国建立更紧密合作关系的友好姿态。近年来，中国在国际公约参与度及互惠原则适用方面取得了显著进展。例如，海牙国际私法会议已通过两份涉及民商事判决相互执行的公约，中国学术界对此是否批准展开了深入讨论。同时，中国也出台相关文件，适度放宽了互惠要求的严格认定标准，以促进国际司法合作的深化。

然而，中国商事判决在境外的执行范围仍面临诸多挑战，需要从多方面进行审视和优化，以有效提升中国商事判决的跨境执行力。具体而言，中国应积极参与国际公约的制定和批准，完善国内法律框架，增强司法透明度和公信力，加强国际司法交流与合作，推动国际商事法庭的建设，并加强法律服务和法律援助。通过这些措施，中国可以进一步提升商事判决在国际上的认可度和执行力，增强中国在国际司法合作中的影响力和话语权。

（一）研究和采用反向互惠制度

在我国司法实践中，互惠原则一直是影响外国法院判决承认与执行的关键因素之一。根据我国国内法的相关规定，对于外国法院判决承认与执行的申请，首先应审查判决作出国与我国是否加入了相同的国际公约或签订了双边司法互助条约。若存在相关条约或公约，则依据具体条款进行审理；若判决作出国与我国未加入相关公约或未签订条约，则需审查两国之间是否建立了互惠关系。若两国之间亦未建立互惠关系，我国法院通常会拒绝承认与执行该外国判决。然而，我国在外国法院判决承认与执行领域加入的国际条约相对有限。

由于在与判决作出国没有相关公约或条约的情况下，互惠原则的适用标准和具体方式缺乏明确指引。法律规定过于抽象和原则性，导致法官在司法实践中难以判断哪些国家与我国存在互惠关系，从而在很大程度上放弃了互惠原则的适用并依赖于其自由心证。因此，在我国过去的司法实践中，以互惠原则为依据承认与执行外国判决的案件极为少见。这一现状凸显了在国际司法合作中，互惠原则的严格适用标准以及法律规定的模糊性所带来的挑战。

为走出我国在外国法院判决承认与执行领域所面临的困境，中国法院可以大胆改变思路，除传统的正向互惠做法外，积极研究和采用反向互惠制度。即在判断与外国之间是否存在判决承认与执行的互惠时，我国法院不应把外国法院曾经承认和执行过我国法院判决的事实作为判断互惠是否存在的条件，而是首先就认为双方之间存在互惠，并因此承认和执行外国法院判决，只有在以后该国法院拒绝承认和执行中国法院判决时，我国法院再确认双方之间不存在判决承认和执行的互惠。采用这种反向互惠或先行给惠制度的好处是，可以避免正向互惠带来的囚徒困境，使我国法院在对外国判决的承认和执行中具有主动性和灵活性，有利

于我国与更多国家建立判决承认和执行方面的互惠。这种做法不仅有助于提升我国在国际司法合作中的参与度和影响力，还能促进国际民商事判决的自由流通，减少因互惠原则适用不明确而导致的司法实践中的困境。

从中德司法实践出发，德国一般会基于外国有关判决承认和执行的法律规定与本国法律规定相似或不存在重大差别就认为双方存在互惠，即所谓的“法律互惠”，而不要求像中国法院那样必须存在互惠的先例，即所谓的“事实互惠”。例如，在中国法院不存在承认和执行德国法院判决先例的情况下，2006 年柏 林高等法院通过对《德国民事诉讼法》第 328 条规定中的互惠原则进行宽松、自由的解释，承认和执行了中国无锡市中级人民法院作出的民事判决。该案中德国法院对互惠原则所做的 解释实际上就是德国法院采用反向互惠或先行给惠制度的一个很好的注解。此外，根据笔者收集的信息，美国、新加坡、韩国等国的法院也在中国法院未先行承认和执行其判决的情况下，首先承认和执行了中国法院的判决。实际上，如前所述，中国法院曾先行拒绝承认和执行过德国和美国法院判决，但它们并没有因此否认互惠关系的存在，从而拒绝承认和执行中国法院判决。

（二）建立中德互惠备忘录机制

在国际司法合作实践中，备忘录机制作为软法治理工具已形成多样化实践样本。备忘录作为一种新型司法合作模式，其法律属性与运作机理具有显著特征。备忘录本质上属于“软法”治理工具，虽不具备国际条约的强制约束力，却可以通过司法机构间的合作意愿表达和程序规则释明，形成独特的制度柔性。这种软法属性既契合国际司法合作中主权让渡的敏感性考量，又符合全球治理背景下法院间协作的现实需求。2018 年 8 月中国最高人民法院与新加坡最高法院签署的《关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，开创了亚洲国家间通过非约束性文件促进判决跨境执行的新模式。该备忘录虽不具有法律约束力，但通过系统性梳理两国现行法律规定与司法程序，明确承认与执行商事金钱判决的审查标准、程序要件及公共秩序保留等关键条款，实质上构建了司法认知共享机制。这种“规则释明+程序指引”的合作框架，2019 年 8 月，浙江省温州市中院也承认和执行了新加坡法院一项商事判决。申请人海湾发展集团有限公司请求依法裁定承认新加坡共和国高等法庭于 2013 年 2 月 15 日作出的 S139/2012 民事判决的效力，我国法院可以按照互惠原则进行审查，对符合条件的新加坡共和国法院作出的民事判决可予以承认。

中新备忘录模式对中德司法合作具有重要示范价值。与新加坡案例相似，德国作为大陆法系代表国家，其《民事诉讼法》第 328 条同样未对互惠原则的证明标准作出具体规定。通过设立中德互惠备忘录，两国最高法院可就金钱判决执行的要件清单、程序衔接及法律障碍排除等事项达成共识，形成类似中新模式的“制度互认路线图”，其次可聚焦判决金钱判决执行，建立“示范性合作领域”机制。该

机制既能规避条约谈判中的主权让渡争议，又可在示范性司法协作区域，如：长三角地区可基于德企在华投资的数量级优势，可率先设立制度互认试点，通过逐案积累金钱判例建立稳定的司法预期。此外，迪拜国际金融中心法院与英国商事法庭的实践表明，即便在缺乏双边司法协助条约的情况下，备忘录建立的程序透明化机制仍能使跨境执行成功率提升 40%以上。从中德司法实践来看，两国虽已建立条约框架下的司法合作机制，但互惠原则适用仍存在制度性障碍，亟需构建更具操作性的补充机制。

中德备忘录的构建需注重制度创新与本土化改造。在文本设计上，可借鉴中新备忘录“双轨制”架构：既包含两国现行法律规定的系统性对照，又设置典型案例库作为辅助解释工具。在实施机制方面，应建立类案检索与逐级呈报制度，明确基层法院在受理执行申请时须对照备忘录进行初步审查，对涉及法律适用争议的案件须层报至最高法院备案。这种制度设计既保持了备忘录的灵活性，又通过程序性约束确保司法标准的统一性。从温州中院到迪拜法院的实践均证明，软法机制与硬法规则的协同作用能够有效弥合制度差异——当备忘录确立的司法共识积累至临界规模时，将自然催生更具约束力的合作协定。

因此，中德可基于中新备忘录所展现的两国间相互执行金钱判决的积极和尊重态度，有助于构建法院间执行外国金钱判决的路径、拓宽一国金钱判决跨境执行范围、提高金钱判决境外执行力。对于中国而言，如前所述，在缺乏国际公约、双边民商事司法协助条约以及互惠关系的前提下，假如中国商事判决在境外执行，则存在对各个国家执行规定查明难的问题。备忘录的释明作用，对解决中德商事案件金钱判决在境外执行时执行规定查明难的问题，也将具有很重要的价值与意义。

六、结语

从国际司法实践来看，事实互惠、法律互惠和推定互惠的认定标准被广泛采用。每种标准都有其优势和局限性。事实互惠虽然客观，但过于单一，可能导致僵局；法律互惠灵活，但如果要求两国法律规定完全一致，则可能阻碍互惠关系的建立；推定互惠最为宽松，但一旦对方拒绝承认本国判决，互惠关系则难以形成。为了克服这些局限，一些国家在司法实践中采用了多种认定标准，以实现互惠。

中德两国之间在民商事判决的相互承认和执行上，以建立互惠关系为前提。这种互惠关系的认定主要从三个维度进行考量：首先，两国是否签订或共同参与了国际互惠条约；其次，中德法院之间是否存在承认对方法院判决的先例；最后，德国法院是否有承认外国判决的相关立法。尽管目前两国尚未签署国际互惠条约，但通过实际案例已形成了相互承认和执行判决的法律互惠关系，这在司法实践中是一个重要的突破，也是中德互惠关系建立的重要里程碑。

综上，中德作为两个世界上举足轻重的大国和强国，完全有必要也有基础进一步积极参与司法协作框架下判决互认的双边合作。在深化双边司法协作的实践路径中，中德两国已建立起独特的制度演进模式。自 1986 年启动的中德法律合作计划，通过三十余年的持续性对话机制，构建了跨国法律合作的典范范式。该项目以法治对话为核心框架，由德国联邦经济合作与发展部与中国司法机构协同推进，累计开展 400 余场专业研讨，覆盖民法体系构建、跨境商事争议解决、刑事司法协助等关键领域。特别是 2016-2019 年实施的法律合作深化计划，通过系统化的能力建设推动制度融合——中国立法机关深度借鉴大陆法系法典化技术，完成民法典编纂的方法论转型；司法系统引入德国判例分析方法论，使 10,000 余名法官完成法律解释技术的体系化更新。这种植根于制度本位的合作模式，为判决互认机制奠定了双重基础：既培育了 900 余名通晓对方法律体系的实务专家，又通过国家法官学院的联合培训项目建立起司法认知的标准化传导机制。尽管中德两国目前已形成涵盖民商事、刑事领域的多维度合作框架，但在判决承认与执行的具体规则衔接上仍存在制度缝隙。当前中德双边司法协助协定仍面临结构性完善需求。“一带一路”倡议下的法律合作升级为此提供了战略契机：可借鉴中德法律合作计划积累的制度对话经验，在既有协定框架内创设“补充议定书”机制，针对商事及涉金钱案件建立专项通道。这种渐进式规则演进模式，既能延续两国法律移植与本土化改造的成功经验，又可避免重新谈判司法协作协定引发的制度成本。从制度创新维度观察，中德司法协作已具备向“精准互惠”转型的现实条件。两国法官交流项目中形成的 600 余件跨境执行案例分析报告，为细化互认标准提供了实证基础。在此基础上，进一步的反向互惠和备忘录模式能让中国法院和其他国家法院相互明确彼此承认和执行金钱判决的条件和流程，对于谋求在短期内解决中国法院判决特别是跨境商事纠纷金钱判决的境外执行难题来说，无疑是可以尝试的一种新路径。除此之外，在中国放宽互惠要求认定标准，逐步转变以推定互惠来判定互惠要求的背景下，积极参与司法协作框架下判决互认的双边合作，可助于反向互惠的具体实施以及备忘录签订的推广和落实，推进中德法院判决互相承认和执行的系统化跨境司法合作体系。

参考文献

[1]杨润浩:《我国承认与执行外国判决中互惠原则适用的缺陷与完善》,吉林大学 2024 年硕士学位论文。

[2]马琳:《析德国法院承认中国法院民商事判决第一案》,载《法商研究》2007 年 7 月 15 日。

[3]贺连博,李相儒:《双循环战略下互惠原则的法律困境与中国方案》,载《石河子大学学报(哲学社会科学版)》,2022 年 12 月 27 日。

[4]最高人民法院:《关于德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函》载万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》第 3 辑 人民法院出版社 2004 年版 第 37 页-第 38 页。

[5]最高人民法院:《德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力案》载国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(2005 年商事审判案例卷) 国家法官学院出版社、人民法院出版社 2006 年版 第 641 页。

[6]Vgl. Urteil des Kammergerichts Berlin vom18. 05. 2006 Aktenzeichen20Sch13/ 04

[7]李佳桦,康旭:《我国承认与执行外国判决中互惠原则新发展——以亚琛破产案为视角》,载《秦智(社会观察)》,2023 年 4 月 15 日

[8]钱锋:《论外国法院民商事判决的承认与执行》,对外经贸大学 2008 年博士学位论文

[9]李志菁:《我国承认与执行外国法院判决中的互惠原则研究》,北方工业大学 2024 年硕士学位论文。

[10]Vgl. Urteil des Kammergerichts Berlin vom18. 05. 2006 Aktenzeichen20Sch13/ 04

[11]Vgl. Urteil des Kammergerichts Berlin vom18. 05. 2006 Aktenzeichen20Sch13/ 04

[12]Vgl. Urteil des Kammergerichts Berlin vom18. 05. 2006 Aktenzeichen20Sch13/ 04

2025年中国国际法学会年会

检察机关参与下的阻断美国长臂管辖路径研究

李金膧* 王浩然** 刘子辉*** 李森颖**** 谷文硕***** 孙庭玥******

摘要：随着世界百年未有之大变局加速演进，美国频繁利用长臂管辖对我国企业、个人实施制裁，国家海外利益保护与反制裁工作的重要性不言而喻。我国以立法形式初步建立起反制法律规范框架，但是对阻断美国长臂管辖的检察参与路径缺乏系统化、学理化认识，不利于检察机关参与反长臂管辖工作。当前法律规范为检察机关参与阻断长臂管辖提供了可行空间，且检察机关参与反长臂管辖具有职能优势，检察机关参与阻断美国长臂管辖，首先可以将阻断长臂管辖工作与民事支持起诉职能相衔接，其次发挥检察公益诉讼职能，以试点方式将反长臂管辖案件纳入公益诉讼范围，总结试点经验并上升为指导性案例或典型案例；第三应当完善反制裁领域的行刑衔接机制，充分发挥检察机关在行政执法与刑事司法正向衔接中的追诉作用以及在反向衔接中追诉犯罪的职能优势；最后检察机关应加强国际司法协作反制长臂管辖，积极构建国际司法协作机制，为阻断长臂管辖提供法律依据，积极参与国际规则制定与法治话语权建设。

关键词：长臂管辖；反外国制裁；检察机关；国际司法协作

一、问题的提出

近年来，随着中美贸易摩擦不断升级，美国开始利用长臂管辖这一司法手段对我国实施经济制裁，限制甚至禁止本国企业与中国企业之间的正常经贸活动，以达到遏制中国经济进一步发展的目的。为应对美国长臂管辖，我国进行了阻断立法。2020 年 9 月，商务部发布《不可靠实体清单规定》（商务部令二〇二〇年第 4 号，以下简称《实体清单》），《实体清单》规定建立中央国家机关有关部门参加的工作机制，依职权对外国实体的行为进行调查，有关部门可根据实际情况采取处理措施。[1]从实体清单内容看，该清单反映了我国政府坚定维护多边主义立场，坚持深化改革，扩大对外开放，坚决维护各类市场主体合法利益的态度。[2]2021 年 1 月，商务部发布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（商务部令二〇二一年第 1 号，以下简称《阻断办法》）。2021 年 6 月，我国出台了《中华人民共和国反外国制裁法》（以下简称《反制裁法》），为《阻断办法》相关机制及

* 李金膧，河北省保定市竞秀区人民检察院法律政策研究室检察官助理，17703129982；
** 王浩然，河北大学法学院讲师；
*** 刘子辉，河北省保定市人民检察院法律政策研究室主任；
**** 李森颖，河北省顺平县人民检察院第三检察部检察官助理；
***** 谷文硕，河北省涿州市人民检察院第三检察部主任；
****** 孙庭玥，河北省保定市人民检察院第六检察部检察官助理。

[1] 参见《不可靠实体清单规定》第 4 条、第 5 条。

[2] 沈励：《我国阻断和反制裁的立法完善及司法适用探究》，载《法律适用》2023 年第 8 期，第 120 页。

诉讼程序提供了更高位阶的法律支撑。[3]《反制裁法》规定了组织、个人不得执行或者协助执行外国对我国采取的歧视性限制措施的义务，并赋予了我国公民、组织在因其他个人、组织执行外国歧视性限制措施使得自身合法权益受到侵害时提起诉讼的权利[4]，我国通过立法方式反制境外经济制裁的法律体系基本成型。

党的二十大报告指出，要加快涉外法治体系建设，加快形成系统完备的涉外法律法规体系，进一步建立健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”的法律法规，充实应对挑战、防范风险的法律“工具箱”。检察机关作为司法机关，参与涉外法治建设，发挥检察职能，维护国家安全与国家利益是大势所趋也是必然要求。

2024 年底，最高人民检察院审议通过了《最高人民检察院关于加强涉外检察工作的意见》（以下简称《意见》）。《意见》指出，在涉外检察工作中，检察机关应立足国家法律监督机关的宪法定位，全面贯彻总体国家安全观，运用法律武器，有力维护国家主权、安全和发展利益，其中明确提出要健全完善反制裁、反干涉、反“长臂管辖”检察工作机制。[5]然而，从当前的司法实践来看，对阻断长臂管辖的检察参与路径缺乏系统化、学理化认识。因此，有必要系统性研究检察机关如何参与阻断美国长臂管辖。

二、美国长臂管辖的本质及现实危害

（一）长臂管辖的概念及发展

长臂管辖（Long-Arm Jurisdiction）的概念发轫于美国，最初是为了解决跨州法律纠纷中管辖权的问题，在“国际鞋业公司诉华盛顿州”一案中美国法院确立了长臂管辖所适用的“最低限度联系原则（Minimum Contacts）”，该原则认为，如果被告与本州有“最低限度联系”，并且诉讼与该联系相关，则该州法院可以对被告行使管辖权。[6]如，原产于美国的一个商品出口到欧洲再由欧洲出口到中国，则出口环节中与美国原产品产生连接的所有主体，如产品经销商、货运代理商、国内生产商、最终用户等人，都可能因其存在与美国原产品的链接而被认为符合“最低限度联系”而受到美国法律的管辖[7]。随着发展，美国各州开始制定本州的长臂管辖法规，将“最低限度联系原则”具体化，允许州法院对与本州有联系的被告行使管辖权，目前美国已有 44 个州明确规定了长臂管辖规定[8]。然而，近年来美国逐渐滥用“最低限度原则”，长臂管辖的适用逐渐扩展到国际领域，美国法院开始

[3] 梅宇、张哲：《外国制裁司法阻却程序的适用机制》，载《首都师范大学学报》2024 年第 22 期，第 69 页。

[4] 参见《中华人民共和国反外国制裁法》第 12 条。

[5] 《最高检国际合作局负责人就<最高人民检察院关于加强涉外检察工作的意见>答记者问》，见 https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202412/t20241230_677994.shtml#2，2025 年 2 月 25 日访问。

[6] See International Shoe v. State of Washington, 326 U.S. 310 (1945).

[7]黄江：《出口管制和经济制裁：企业风险评估实践指南》， 载《律海沉浮》微信公众号，2025 年 3 月 6 日。

[8] Douglas D. McFarland, Dictum Run Wild:How Long-Arm Statutes Extended to the Limits of Due Process, 84 BUL REV. 491,525-530(20024)

对外国公司和个人行使管辖权，并通过《反海外腐败法》（以下简称“FCPA”）等一系列法律扩大了长臂管辖的适用范围。《反海外腐败法》可以说是美国开展长臂管辖的重要法律规定之一。FCPA 作为全球第一部用以制裁贿赂外国官员的行为的法律，美国一开始颁布 FCPA 的初衷是惩治美国本国公司企业或公民向外国官员的行贿行为，而如今 FCPA 的覆盖范围已经不仅限于美国公司。在“西门子股份公司多国行贿案”中，2008 年，德国乃至欧洲有名的电器电子公司西门子股份被美国司法部指控西门子公司违反了 FCPA 的记账和内部控制规定，西门子公司以承认指控罪行来换取美国司法部的暂缓起诉协议，要求西门子支付罚金约 4.5 亿美元。2019 年美国零售业巨头沃尔玛公司，因其在巴西的子公司通过当地第三方中介公司向巴西当地官员行贿，被指控违反 FCPA，从而被迫向美国政府支付约 1.38 亿美元的刑事处罚和 1.44 亿美元的赔偿金，以解决美国证券交易委员会的指控[9]。美国借助 FCPA 等制度，对非美国企业滥用长臂管辖，侵害了国际间不同国家的司法主权，无疑是将美国无视他国意见，任意赋予、扩大本国国内法以国际法的适用范围和效力。

（二）美国长臂管辖的现实危害

我国企业在中美贸易战中受到美国行使长臂管辖的影响，一方面会限制我国企业以及高新技术的发展，另一方面也会阻碍我国经济以及国际经济一体化发展。具体而言，美国将长臂管辖权多应用于新能源技术、高科技设备、AI 人工智能、生物医药等重点领域，这些领域均为当今世界乃至未来几十年需要重点发展的行业领域。随着我国企业不断在高新技术领域实现技术突破以及产品研发，逐步成为该行业领头羊，使美国感受到严重威胁。美国利用长臂管辖权，对我国重点企业以及人员进行处罚，甚至追究刑事责任，将部分企业列入实体名单，禁止与我国企业通过美元进行结算交易，使我国企业原材料供应链以及产品输出链受到影响，阻碍我国企业关键技术的突破。[10]美国利用其霸权地位，对他国实施长臂管辖以及单边制裁，破坏了正常的国际经济秩序，对国际经济造成持续深远的影响。

三、检察机关参与反长臂管辖的正当性论证

如前所述，虽然目前检察机关尚未被确定为反制裁工作机制的执行机关，但是，检察机关参与反长臂管辖工作有其必要性和可能性。[11]其必要性体现在仅行政机关参与反长臂管辖难以规避长臂管辖带来的危害，其可行性体现在一方面现行阻断法体系为检察机关参与提供了法律空间，另一方面检察机关参与具有角色优势。

---

[9] 王瑛：《从《反海外贿赂行为法》谈中资企业涉外反腐合规体系》，http://www.kangdalawyers.com/library/799.html。

[10] 肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，载《中国法学》2019 年第 6 期，第 58 页。

[11] 郭烁：《检察机关参与：反外国制裁工作的另一种进路》，载《政治与法律》2023 年第 10 期，第 81 页。

（一）行政机关参与反长臂管辖存在局限性

一是行政机关反制裁执法依赖于相关主体主动报告。《阻断办法》中规定我国公民、法人或其他组织受到外国法律或措施禁止或限制其与第三国公民、法人或其他组织正常的经贸活动的，应当在 30 日内向国务院主管部门如实报告相关情况。[12]履行报告义务的公民、法人或其他组织可以向国务院有关部门申请豁免禁令，并作为“外国主权强制”的抗辩依据。但是，从实践情况看，美国法院在评估“外国主权强制”抗辩时，主要考量因素之一是该域内对美国“阻断法”的执行力度。具体而言，当一国司法机关对违反其“阻断法”的行为采取放任态度，且在司法实践中频繁对相关主体予以事实性或法律性豁免时，这种抗辩主张在美国法院的可采性将显著降低。[13]因此，负有报告义务的公民、法人或者其他组织未必有足够的积极性履行该报告义务，且在受到外国法律、措施不当影响时，个人利益与国家、社会利益并非永远一致，难免会出现应报告而未报告的情形。造成行政机关执法被动的局面，难以有效维护国家、社会公共利益。

二是行政机关作出处罚可能违法。《反制裁法》与《阻断办法》在界定“法律的不当域外适用”以及“歧视性限制措施”等关键概念时，存在表述不够明确的问题。由于相关法律条文对上述涉及外国制裁的核心术语缺乏清晰界定，导致在此类情形下实施的行政处罚可能违法。现行法律体系尚未就行政违法行为的认定标准作出明确界定。学界有观点主张，可以借鉴《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条关于行政行为撤销事由的规定，作为判定行政违法性的参考依据。这些判断标准包括：行政行为所依据的证据材料不充分；法律规范适用存在错误；违反法定程序；行政主体超越法定权限范围行使职权；权力行使存在滥用情形；行政行为明显不当等要件。这一观点为行政违法行为的认定提供了可操作性的判断框架。检察机关作为国家专门的法律监督机关，其监督职能具体表现为：依照法律规定的授权，通过特定法律手段对法律执行状况进行监督。这种职能定位既体现了检察机关的宪法地位，也彰显了我国司法制度的独特属性。[14]检察机关在履行职责中发现行政机关实施违法行政行为，有权进行监督。具体到反制裁、反长臂管辖领域，如果我国主体客观上无法识别外国制裁措施是否属于限制性歧视措施，因此未履行报告义务，在该前提下对未履行报告义务的主体进行行政处罚就属于行政违法行为，因为如实报告义务应当以相关主体主观上有知晓的可能性为前提。

（二）检察机关参与具有法律可能性

1.检察机关可以纳入法律规定诉讼主体范围

---

[12] 参见《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第 5 条。

[13] 叶研：《欧盟<阻断法案>述评与启示》，载《太平洋学报》2020 年第 3 期，第 50 页。

[14] 杨建顺：《行政违法行为检察监督的构造》，载《中国检察官》2023 年第 19 期，第 10 页。

当前我国《反制裁法》以及《阻断办法》以模糊性的表述规定了反外国制裁的责任机关，包括“国务院有关部门”以及“中央国家机关有关部门参加的工作机制”。但是，具体包括哪些国家机关以及相关部门，法律法规中并未明确列举。从《反制裁法》以及《阻断办法》立法目的来看，系列法律的出台在于反击某些西方国家霸权主义和强权政治，维护国家主权、安全和发展利益。[15]这也表明外国制裁措施不仅会对企业、个人产生不利影响，其所造成的负面影响甚至会侵害到国家利益以及社会公共利益。因此，仅由相关实体和个人启动民事追诉程序已然与外国制裁所侵害法益的扩张态势不相适应。实际上，《反制裁法》中规定，当我国组织、个人违反法律规定执行外国国家对我国公民的制裁措施时，我国公民、组织可以依法提起诉讼。提起诉讼的主体并未加限定词，显示出开放辐射的特性，因而从文义解释来看，检察机关也应属于“组织”的范畴。[16]

2.违法所需承担的责任类型包括刑事责任

为有效应对外国对我国的制裁，我国在《反制裁法》条文中体现了对违法所需承担责任类型的法律依据进行扩张的考量。《反制裁法》中规定，对于危害我国国家主权、安全、发展利益的行为，有关法律、行政法规、部门规章可以采取其他必要的反制措施。出于扩充相关法律依据的考量，《反制裁法》对“不执行、不配合实施反制措施”所需承担的责任类型并未严格限定，当前《反制裁法》及《阻断办法》中对于违反配合实施反制措施义务的组织和个人，规定应承担民事责任以及行政责任。民事责任如：《阻断办法》中规定，相关实体执行或协助执行外国根据禁令范围内的法律做出的判决、裁定，致使中国公民、法人或其他组织遭受损害的，相关实体可以依法向法院提起诉讼，邀请受益人赔偿损失。行政责任如：《反制裁法》规定反制措施包括限制入境、驱逐出境、对财产实施强制措施以及限制交往等，违反反制措施的个人、组织会被主管机关处以业务禁止的惩罚措施。

除《反制裁法》第十二条规定的民事责任，以及国务院有关行政机关对违反义务的个人组织追究行政责任外，“有关法律”也应包括《刑法》中规定的刑事责任，如违反反外国制裁禁令的行为可能涉及危害国家安全类犯罪，国务院有关行政机关可以根据《反外国制裁法》规定对相关实体、个人处以限制或禁止从事相关活动的行政处罚，亦可以在有关行为的法益侵害程度符合犯罪构成要件时，移交公安机关，由公安机关负责继续侦查，在符合起诉条件时移送检察机关审查起诉。

---

[15] 《中国为什么要制定反外国制裁法？》，见半月谈，https：//mp.weixin.qq.com/s/6dkoamebiwY0SL18VGwevQ，2025 年 2 月 25 日访问。

[16] 吴子越：《反外国制裁的检察维度展开：前提逻辑与制度建设》，载《南海法学》2024 年第 6 期，第 35 页。

（三）检察机关参与阻断长臂管辖的角色优势

1.民事支持起诉职能

受外国制裁影响的个人以及组织具有足够的诉讼能力，是反外国制裁工作能够取得实际效果的前提。[17]检察机关作为国家公诉机关，在诉讼中扮演着至关重要的角色。其中民事支持起诉职能与反制裁、反长臂管辖工作相适配。

《民事诉讼法》第 15 条的规定了支持起诉制度。[18]民事支持起诉制度是民事检察的重要组成部分，检察机关积极落实和推动民事支持起诉工作的开展，既体现了立法的温度也体现了司法的温暖：一方面在立法上为诉讼能力较弱，保护合法权益较为困难的群体设置专门条款维护其合法诉权；另一方面在司法实践中帮助该群体维护自身权益。结合相关检察实践，当前仍存在弱势群体出于年龄、经验、经济、学历等因素的限制，具有起诉意愿但诉讼能力较弱，检察机关开展民事支持起诉工作能够在一定程度上弥补因上述因素限制造成的部分群体不敢诉、不会诉的现象，也是行使民事检察权的应有之义。

《反制裁法》中规定我国公民、组织合法权益因受到其他个人、单位遵守限制性歧视措施而受到损害时，可以提起诉讼，要求停止侵害，赔偿损失。那么，该条中的“公民、组织”能否成为民事支持起诉中所保护的“弱势群体”呢？本文认为，国际商事纠纷与外国制裁及反制裁措施并不存在必然关联性，反外国制裁在深层次上反映了国家主体之间在政治立场与价值观念层面的战略性对抗，体现了国家间甚至不同意识形态之间的博弈。实施实施制裁措施的主体属于一国政府，其对民商事主体造成的损害，本质上体现了国家权力对市场主体的压制。而相较于国家机关来说，民商事主体与一国政府之间的力量对比悬殊，受到制裁的商事主体往往经济利益遭受重大损失，甚至危及生存，且通过自身力量寻求救济的难度更大，在收集证据，查明外国法方面都存在困难。因此，基于外国制裁措施所产生的负面影响，受其不利影响的各类主体，包括自然人、法人组织，也可以被视为“弱势群体”这不仅有助于维护其合法权益，也能更好地应对外国制裁，维护国家利益。

2.检察公益诉讼职能

检察机关职能主要包括诉讼职能和诉讼监督职能，检察机关行使诉讼监督职能具有积极性，这就要求检察机关依法能动履职，公益诉讼作为检察机关能动履职的典型领域，尤其具备积极属性，检察机关在公益诉讼领域能动履职，能够促使一些影响公共秩序以及公共福祉且长期未能解决的问题得到处理。检察机关发挥公益诉讼职能参与反制裁、反长臂管辖工作具有正当性、合理性。具体而言，

---

[17] 金石，宋琴琴，景馨锐：《检察机关民事支持起诉实证分析》，载《人民检察》2024 年第 23 期，第 45 页。

[18] 参见《民事诉讼法》第 15 条：“机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。”

可以从公共利益保护、公益诉讼案件发展趋势来分析。

一方面外国利用长臂管辖对我国实体实施制裁严重损害我国的公共利益。公共利益主要涉及不特定多数人的利益，他国利用长臂管辖对我国实体实施制裁，不仅阻碍中国高科技产业转型升级，为中国企业进入高端制造业制造障碍，严重破坏我国营商环境，阻碍国际贸易的发展，侵害了我国的国家利益和社会公共利益。[19]美国基于其在经济与贸易领域的显著优势，将部分中国企业纳入“实体清单”的管控范围。利用长臂管辖，对涉及美国产品、互联网服务、知识产权乃至美元结算业务的企业采取交易限制与贸易隔离的措施，对全球产业链、供应链及价值链构成严重威胁，破坏了既有的国际经济秩序与全球治理体系的稳定性。[20]

检察机关被赋予公益诉讼起诉主体资格，是我国司法制度改革的重要突破，对维护社会公共利益具有显著的制度优势与实践价值。根据 2017 年《民事诉讼法》《行政诉讼法》修正案及试点实践，检察机关基于法律监督机关的宪法定位，在生态环境与资源保护、食品药品安全等领域，通过诉前检察建议与诉讼程序相结合的方式，有效弥补了社会组织提起公益诉讼时存在的动力不足、专业能力欠缺等制度性缺陷。其特有的调查核实权行使机制与跨区域协作机制，显著提升了公益损害线索发现、证据固定及法律适用的系统性效能。实证研究表明，检察公益诉讼通过个案办理推动行业治理，既实现了对受损公共利益的及时救济，又形成了对潜在违法行为的司法威慑，更构建了行政监管与司法监督协同发力的新型社会治理模式，充分彰显了国家治理体系现代化进程中公权力机关维护公益的法治担当。

另一方面公益诉讼案件范围呈现不断拓宽的趋势。从检察公益诉讼制度确立至今，公益诉讼案件数量日益增长。相关法律在规定检察公益诉讼案件范围时，均使用了“等”这一具有拓展空间的字眼。从我国立法、司法实践来看，公益诉讼的案件范围也在不断扩大。[21]从生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让这几大领域逐步拓展至英雄烈士保护、未成年人保护、军人地位和权益保障、反垄断、知识产权与文物和文化遗产保护等新领域，逐步形成“4+N”的领域范围。检察公益诉讼范围不断拓展是出于现实需要，当前全球科技和产业变革加速前进，社会新兴领域不断涌现，人工智能、生命科学、新能源技术、元宇宙等领域的发展使得新质生产力加快发展的同时，也使得人民群众的生命财产安全、社会公共利益保护面临巨大的威胁，传统的公益诉讼范围已无法满足保护社会公共利益的现实需要。当前，百年未

[19] 王凤涛：《检察公益诉讼与阻断外国法不当域外适用》，载《法治社会》2021 年第 6 期，第 17 页。
[20] 黄伦宽：《中国建立“不可靠实体清单”制度背景及意义》，载《合作经济与科技》2020 年第 2 期，第 38 页。
[21] 颜运秋：《中国特色公益诉讼案件范围拓展的理由与方法》，载《深圳社会科学》2021 年第 1 期，第 48 页。

有之大变局加速演进，经济全球化正在经历深刻重塑，经济全球化呈现新景象，迈向新阶段，国家间的博弈较量也会日益频繁，有必要加快形成完备的反制裁、反长臂管辖法律体系。将反制裁、反长臂管辖案件纳入检察公益诉讼案件范围，符合大势所趋。

3.行刑衔接职能

“行刑衔接”是行政执法与刑事司法相衔接的简称，2001 年国务院要求健全市场法律法规，严格执法时提出“加强行政执法与刑事执法的衔接，建立信息共享、沟通便捷、防范有力、查处及时的打击经济犯罪协作机制，对破坏市场经济秩序构成犯罪行为的，及时移送司法机关处理”。[22]检察机关是法律监督机关，在我国国家权力结构体系中，检察权对行政权承担法律监督职责。行政执法与刑事司法程序间的制度化衔接机制具体体现在以下几方面：其一，通过案件移送监督机制，对行政机关执法活动中发现的涉嫌犯罪线索进行动态审查，防止“以罚代刑”或“有案不移”；其二，依托立案监督程序，对公安机关怠于受理或不当处置的案件启动司法审查，确保刑事追诉程序有效激活；其三，借助信息共享平台、联合执法备案等协作机制，推动执法司法标准统一与证据衔接转化；其四，运用检察建议、专项督察等综合治理手段，促进跨部门协同治理效能提升。该职能的实践价值在于弥合行政违法与刑事犯罪的治理断层，遏制权力寻租与执法惰性，强化法律责任的梯次衔接，既维护刑事法网的严密性，亦通过司法权对行政权的制衡推动法治政府建设，最终服务于国家治理体系与治理能力现代化的深层目标。

美国常利用他国法律漏洞如腐败、数据安全、出口管制等问题发起制裁。检察机关发挥行刑衔接职能，推动行政执法与刑事司法协同发力，能够在一定程度上减少美国以“未能有效执法”为由实施制裁。例如在滴滴出行数据跨境案中，滴滴在美国上市期间，被指未经安全评估向境外提供道路及用户数据，违反《数据安全法》规定。在国家网信办作出行政处罚后，检察机关同步审查是否存在刑事犯罪线索，督促滴滴关闭数据借口、召回敏感信息，并推动滴滴建立独立数据合规委员会，引入第三方审计机构按中美双重标准重建数据治理体系，2022 年美国曾拟起诉滴滴隐瞒数据风险，但因滴滴已在检察机关的监督下进行整改，最终以远低于同类案件的罚款数额达成和解。[23]

4.参与国际刑事司法协助职能

近年来，最高人民检察院通过深化国际司法协作机制建设，推动检察机关在跨国犯罪治理、境外追逃追赃及国际规则对接等领域发挥重要作用。2024

[22] 参见《国务院关于整顿和规范市场经济秩序的决定》（国发【2001】11 号）。

[23] 朱倩，《数据跨境流动安全与利益如何平衡?——“滴滴赴美上市案”的法律分析》，载《公司法律评论》2022 年第 24 期,327-335 页。

年，最高检与外交部、司法部等联合制定、实施《国际刑事司法协助法工作规定》，参与联合国打击网络犯罪公约及 3 个刑事司法协助条约等谈判和磋商，起诉涉外刑事犯罪 4.98 万人，办理刑事司法协助案件 293 件。持续开展国际司法交流合作，邀请外国检察官来华参加交流、培训、研讨 394 人次。推动金砖国家总检察长会议机制扩员，巩固深化上海合作组织成员国总检察长会议、中国-东盟成员国总检察长会议等合作机制，服务高质量共建“一带一路”。[24]既彰显中国在全球法治合作中的建设性角色，也为构建更加公平的国际司法秩序提供了制度性方案。

检察机关参与国际司法协作打击犯罪行为，彰显了维护公民权益、打击新型跨境犯罪的实践成效，如深入推进打击治理跨境赌博专项行动，依法办理了一批跨境赌博犯罪集团案等重大案件，最高检会同最高法、公安部出台相关文件解决国内法和国外法的冲突问题；统筹推进反腐败国际追逃追赃和跨境腐败治理，办理了一批有分量、有影响、有震慑的涉外职务犯罪案件，例如我国首起适用刑事缺席审判程序的“红通人员”程三昌贪污案；依法严惩跨境电信网络诈骗犯罪，重点打击犯罪集团及其组织者、策划者、指挥者和骨干成员，最高检与最高法、公安部联合发布了 10 件典型案例。

反长臂管辖工作最终目的是为了维护国家主权平等与国际法治秩序，其核心路径在于强化国际司法协助机制。构建多层级国际司法协助网，不仅能提升法律对抗效能，更可通过形成“制度性反制力量”重塑国际规则博弈格局，维护多边主义法治体系。

四、检察机关参与反长臂管辖的路径展开

虽然从理论上来说检察机关参与反长臂管辖具有必要性及可能性，但如何使该项制度落地，仍有赖于对检察机关参与反长臂管辖工作的具体路径进行细致的建构。

（一）反长臂管辖工作与民事支持起诉职能相衔接

反长臂管辖工作与检察机关民事支持起诉职能的衔接，体现了国内法治与国际法治理念的协同创新。在法理层面，反长臂管辖旨在通过《阻断办法》等制度构建司法主权屏障，而民事支持起诉则赋予检察机关对弱势主体或公共利益受损案件的程序介入权，二者在维护国家法治安全与公民权益的价值目标上高度契合。检察机关发挥民事支持起诉职能对因外国长臂管辖遭受不当制裁的企业或个人启动支持起诉程序时，应遵循以下原则：

一是要遵守处分原则，处分原则是民事诉讼法的基本原则之一，检察机关发挥民事支持起诉职能，必须尊重当事人的权利，应当充分尊重当事人对自身民事权利和诉讼权利的处分。当事人不提出支持起诉申请的，检察机关原则上

[24] 参见《2024 年最高人民检察院工作报告》。

不启动民事支持起诉程序。检察机关提出的支持起诉意见应当围绕当事人提出的诉讼请求进行，一般不超出其诉讼请求范围，当事人在诉讼中增加、变更、放弃诉讼请求、达成和解协议、撤诉、提出上诉的，检察机关要予以尊重。二是要遵守协作配合原则。检察机关支持起诉的目的是保障当事人诉权平等而非保障当事人胜诉。检察机关在履行支持起诉职责中，应当与审判机关加强沟通交流，保障诉讼活动顺利进行，保障当事人平等使用诉讼权利，形成保护特定群体的合力。第三，应先行引导当事人要求有关国家机关、社会团体依法履行职责，检察机关作为司法机关，在保护特定群体合法权益维护方面发挥的应是“兜底”功能，而非对所有制裁案件中的受损企业都直接履行支持起诉职责，而是在有关部门履行职责遇到问题、困难，当事人受到侵害时权益未得到救济时，再支持起诉。

（二）扩大检察公益诉讼范围

科学立法是处理好改革与法治关系的重要环节。[25]检察机关参与反长臂管辖相关制度的建立，也需要在实践中总结好相关经验。将检察公益诉讼案件范围向反长臂管辖领域拓展，需要从以下几方面开展：一是鼓励地方检察机关开展基层探索，部署地方试点，探索可复制可推广的地方经验。[26]选取外国法不当域外适用案件多、涉外经验丰富、检察公益诉讼实践基础强的地区先行探索。二是总结试点经验，加强与国务院相关部门的沟通协作，及时就重要事项向全国人大常委会提交专项报告，以争取国务院相关部门和全国人大常委会的支持。在提交专项报告时，可同步或单独汇报关于反长臂管辖检察公益诉讼工作的进展及成效。三是出台一批反长臂管辖指导性案例或典型案例，最高检可通过专题新闻发布会或发布指导性案例汇编的形式，精选具有规则突破性和国际示范效应的反长臂管辖案例，配套发布法律适用解读及操作指引，同步组织全国检察机关专项培训研讨，以案例明规则、树标杆，既指导基层办案实践，又通过典型案例宣示立场，在国际规则博弈中强化中国司法话语权。

（三）完善行刑司法衔接机制

完善行刑互动机制，推动行政执法机关与刑事司法机关职能优势互补，是检察机关参与反长臂管辖的必然选择。刑事司法与行政执法的双向衔接机制搭建起双方之间的协作桥梁。通过建立制度化、规范化的协同运作模式，有效促进了两系统间的职能衔接与信息共享，为推进国家治理体系和治理能力现代化提供了重要保障，提升法治建设的整体效能。[27]因违反《反制裁法》第十四条所应承担的法律责任类型并不明确，因此，违反《反制裁法》可能涉及行政与

[25] 刘松山：《科学认识把握改革与法治的关系》，载《国家治理》2025 年第 1 期，第 3 页。
[26] 王凤涛：《检察公益诉讼与阻断外国法不当域外适用》，载《法治社会》2021 年第 6 期，第 15 页。
[27] 李显辉、张昊天：《正确处理六对关系 统筹推进行刑反向衔接和行政违法行为监督》，载《检察日报》2023 年 11 月 22 日，第 7 版。

刑事双重责任。因而有必要从检察机关角度出发，完善反外国制裁双向衔接程序。

一方面检察机关应以履行法律监督职责为核心，充分发挥其在行政执法与刑事司法正向衔接中的追诉作用。首先，在办理反外国制裁案件时，应当着重监督反制裁执法机构移送给公安机关案件时，公安机关可能出现的应立案未立案或者应侦查未侦查的情况，对于反外国制裁机构可能提出的立案监督申请予以高度重视，监督公安机关建立规范的受理和审查机制，同时，还应强化对违法立案情形的监督力度，重点审查不符合立案条件而擅自立案等程序违法行为，确保立案程序的合法性与规范性。

另一方面，检察机关应充分发挥其在犯罪追诉方面的职能优势，进一步强化其在行政执法与刑事司法反向衔接中的监督作用。在此过程中，检察机关处于程序链条的前端，在依法打击违法犯罪行为的同时，应秉持客观公正原则，确保案件处理结果与行为责任相匹配。由于在检察机关办理反外国制裁案件初期，因检察人员专业知识储备尚待充实、实务操作经验较为欠缺，往往难以对被不起诉人是否应当承担行政责任作出精准判断。这种专业能力的局限性可能导致检察机关提出的法律意见缺乏充分的说服力，致使行政执法部门难以认同和采纳，最终影响制度衔接的顺畅性，降低法律监督机制的实际运行效果。

对此，检察机关应进一步深化“听取意见式司法”改革。[28]作为从“行政裁决模式”向“诉讼化裁决模式”转型的过渡形式，听取意见规则的推广具有重要的过渡意义。这一规则有效改变了以往公安司法机关单方决策的封闭性特征，为案件处理注入了程序正当性要素。特别是在办理涉及反外国制裁的案件时，检察机关应当充分运用这一程序机制，通过多方听取意见的方式，全面收集和掌握涉案人员相关信息，从而为检察意见的形成提供充分的事实依据和证据支撑。这种程序性保障不仅有助于提升检察意见的专业性和说服力，也为后续的司法决策奠定了扎实的基础。

此外，有必要借助“府检联动”平台，将反长臂管辖工作纳入府检联动工作机制中，通过打破行政与司法职能壁垒，推动行政机关涉外监管数据与检察机关法律监督职能精准对接，既能在反长臂管辖案件中实现涉外法律风险预警、证据链快速固定，协同开展涉外法治宣传等方式提升市场主体抗风险能力，构建行政执法与检察监督深度融合的协同治理范式。

（四）加强国际司法协作

[28]刘金松：《刑事诉讼模式的“中间状态”：听取意见式司法的兴起》，载《河北法学》2024 年第 8 期，第 182 页。

检察机关通过国际司法协作反制长臂管辖，需以法律斗争为核心、以多边合作为依托，形成“规则对抗+协作反制”的双轨路径。这不仅有助于维护我国司法主权和经济安全，更能为构建更加公平合理的国际法治秩序贡献中国智慧。

一是要积极构建国际司法协作机制，推动双边或多边司法协助协议的签署。与友好国家签署刑事司法协助、民事司法协助等双边协议，明确跨境案件调查取证、文书送达、财产追回等协作规则，为阻断长臂管辖提供法律依据。参与区域性司法协作框架（如上海合作组织、金砖国家合作机制），建立反长臂管辖的联合声明或行动纲领，形成区域性反制合力。二是要强化信息共享与证据协作，建立跨境数据交换与情报共享平台，依托国际刑警组织（INTERPOL）或区域性司法协作网络，构建跨境法律风险预警系统，及时通报长臂管辖的立法动态、执法案例。通过司法协助阻断域外证据滥用，对于外国法院要求中国企业提交敏感数据的“证据开示”要求，依法拒绝提供涉及国家秘密、经济安全的信息，并通过司法协助程序提出异议。对滥用长臂管辖的行为，通过外交或司法途径主张管辖权异议，必要时援引国内阻断法规进行反制。三是要积极参与国际规则制定与法治话语权建设。推动国际法规则的完善与解释，倡导“禁止域外管辖滥用”“尊重国家主权平等”等原则的成文化，推动国际社会对长臂管辖的合法性边界形成共识。输出中国法治经验与反制方案，通过发布白皮书、参与国际研讨会等形式，宣传中国反制裁、反长臂管辖的立法实践，为其他国家提供参考。

2025年中国国际法学会

Study on Dual-track Governance of International Public Health under the International Health Regulations and the Pandemic Convention

Weiqi Chen*

ABSTRACT

WHO has taken a parallel path to the revision of the International Health Regulations and the development of the Pandemic Treaty. Equity has been the most distinctive feature of the intergovernmental negotiations to conclude the Pandemic Convention and has been transformed from the intent of the contracting party to the fundamental principles, metrics and desired outcomes of pandemic prevention, preparedness and response. The coexistence of regulations and conventions conforms to the "rule stratification" theory of international law, and the two have functional complementarity and value compatibility. The dual-track model is guided by the concept of "human health community", emphasizes the nature of global health public goods, and responds to the value pursuit of international law such as equity, solidarity and prevention priority. The two have the legitimacy of international law practice, strengthen the global health governance system, and the realistic limits of the dual-track model are due to the tension of conflicting sovereignty transfer and autonomy at the level of international law, the overlap of rules and the conflict of jurisdiction, and the fragility of the enforcement mechanism. Dual-track governance needs to clarify the level of norms and conflict clauses, strengthen the legitimacy of procedures to enhance compliance, build a collaborative implementation mechanism, respect for sovereignty and compatibility of national interests and other optimization countermeasures.

Keywords: International Health Regulations; Pandemic Convention; Dual-track Governance; One Health; Community of Human Health

1.Presentation of problem

The COVID-19 pandemic has highlighted the inadequate supply of international norms related to infectious diseases and exposed the institutional shortcomings of global public health governance mechanisms. In order to improve the effectiveness of

* Weiqi Chen, Liaoning University, Shenyang Saint Glory Law Service & Translation Co., Ltd, Law counselor,Interpreter.（陈玮琦，辽宁大学，沈阳盛京国瑞法律&翻译服务有限公司，法律顾问、翻译员。主要研究方向：国际法、国际经济法、国际刑法、航空航天法，英语语言文学翻译，“一带一路”沿线国家外国法律查明与翻译,Email:willkie_lawyer2023@163.com）。本文系 2025 年大连海事大学国际法年会会议论文，是作者研究论文阶段性成果，未经本人允许转载刊发，侵权必究。

the provision of international public health norms, WHO has adopted a parallel path of amending the International Health Regulations and developing the Pandemic Treaty. The purpose of the Pandemic Treaty is to enhance the equity and effectiveness of pandemic prevention, preparedness and response through the fullest national and international cooperation, and to ensure equitable and equitable access to health care, vaccinations, personal protective equipment and medicines. In order to achieve health equity and health equity, the Pandemic Convention attempts to make groundbreaking changes in the relationship between the rights and obligations of entities between North and South countries and in the design of dispute settlement procedures to promote treaty compliance. However, there are significant differences between developed and developing countries on key rights issues such as the sharing of knowledge and financing needed for vaccine and drug production, as well as access to genetic resources and the sharing of benefits arising from their use. How are the contents and provisions of the Pandemic Treaty compatible with the International Health Regulations, how to resolve the legal level of the two international laws, and what kind of international public health governance mechanism has been formed under the dual-track governance model? These questions are the focus of this paper.

2.Priority issues of the Pandemic Convention

Each Party to the WHO Pandemic Agreement has primary responsibility for the health and well-being of its people, and countries are critical to strengthening pandemic prevention, preparedness and response. Differences in the levels of development of Parties give rise to differences in pandemic prevention, preparedness and response capacities, and recognizing that the uneven development of health promotion and disease control in different countries, in particular infectious diseases, is a common risk that requires support through international cooperation, including from countries with stronger capacities and better resources, It also requires predictable, sustainable and adequate financial, human, logistical, process, technical and digital health resources. In this paper, the following nine main issues can be summarized regarding the development of the Pandemic Convention.

2.1 Principles of the Pandemic Convention

The "Principles" of the Pandemic Convention are designed to provide a basic value orientation and framework for action in global pandemic governance, and to ensure that national measures in the prevention, response and recovery phases are in line with ethical, legal and scientific standards recognized by the international community. These principles are both the cornerstone of the Convention and a central tool for reconciling sovereign interests with the global public good. First, the principles establish an ethical and legal consensus on global health governance, and ensure fairness, solidarity, and transparency. Principles should balance sovereignty and international obligations, and strengthen scientific rationality and risk prevention. The principles of the Convention

aim to build a global health governance framework that is equal in rights and obligations, equal in science and ethics, and efficient and equitable. The essence of the convention is to upgrade the pandemic response from an AD hoc crisis response to institutionalized cooperation through the normative power of international law. The ultimate goal is to achieve "health equity for all" as sought by the WHO Constitution and to establish legal guardrails against possible future global health crises.[1]

"One health" approach refers to an integrated multisectoral approach that sustainably balances and optimizes human, animal and ecosystem health by equitably addressing the various social, economic and environmental determinants of health. The approach recognises that the health of humans, domestic and wild animals, plants and the wider environment, including ecosystems, are closely linked and interdependent. Article 5 of the Pandemic Convention. "One health" approach to pandemic prevention, preparedness and response. [2] Article 2 of the Convention is a requirement for "objectives" and the objective of the WHO Pandemic Agreement is to prevent, prepare for and respond to pandemics, guided by equity and the principles further defined in this Agreement.

2.2 Global solidarity and Equitable cooperation: Achieving equity in pandemic prevention, preparedness and response

The Pandemic Convention puts forward the issue of "Global solidarity and equitable cooperation to achieve equity in pandemic prevention, preparedness and response", which aims to systematically address structural inequalities in global health governance through legal constraints and institutional design, and ensure that all countries, including all countries, can achieve global health governance. In particular, developing countries have equal access to resources, technical support and decision-making participation in public health crises. Specifically, first of all, to correct the unequal distribution of resources. Second, ensure the fairness of financial support. Third, break the monopoly of information and power, realize the fair sharing of pathogens and data, and ensure the equality of decision-making participation.

Chapter II of the Convention provides for "global solidarity, equitable cooperation and equity in pandemic prevention, preparedness and response". Under Article 4 of the Convention, "Pandemic prevention and public health surveillance", Parties, individually and through international cooperation in bilateral, regional and multilateral Settings, shall take measures to progressively strengthen pandemic prevention and surveillance capacities, in accordance with the International Health Regulations (2005) and taking into account national capacities and national and regional circumstances.[3]

---

[1] See Weiqi Chen.<Study on major legal issues and solutions in pandemic treaty negotiations>[J].<Frontiers in Public Health>,2024-9-20.

[2] Article 5 of the Pandemic Convention. Adopting a "One health" approach to pandemic prevention, preparedness and response.

[3] See Abdifetah Mohamed.The synergies between international health regulations and One Health

2.3 Adopting a "One health" approach to pandemic prevention, preparedness and response

"One Health" is defined as a sustainable holistic approach that balances and optimizes the health of humans, animals and ecosystems. At the heart of the One Health approach are several principles, including interdisciplinary collaboration, systems thinking and sustainability. It emphasizes the need to break down silos between the human and animal health sectors and engage environmental and social determinants of health.[4]Key components include disease surveillance, risk assessment, collaborative research, policy development and capacity building. The One Health approach has shown its effectiveness in addressing a wide range of health challenges, from zoonotic disease outbreaks to antimicrobial resistance and environmental issues. [5]For example, the control of rabies in Asia, an acute infectious disease caused by the rabies virus and transmitted primarily to humans by dogs, and the mitigation of the Ebola outbreak, highlighted the tangible benefits of adopting a "one health" approach in Africa The control of rabies in Asia is a classic example of the application of the "one health" approach. [6]Rabies control in Asia, especially in rabies-affected countries, is a major challenge. However, by adopting a "One health" approach, Asian countries have achieved remarkable results. Ebola is a serious infectious disease whose outbreak is directly linked to habitat loss of wildlife. In Africa, the spread of the Ebola epidemic was effectively mitigated by adopting a "one health" approach, which is not only about addressing disease threats but also about promoting health equity and sustainability.

The Pandemic Convention and the One Health approach share common goals, including the prevention and control of infectious diseases, the early detection of health threats and the promotion of global health security. Both frameworks emphasize the importance of collaboration, transparency and information sharing among stakeholders at local, national and international levels[7]“One Health”， protecting the environment

---

in safeguarding global health security.Science in One Health Volume 3, 2024, 100078.https://doi.org/10.1016/j.soh.2024.100078

[4] See Abdifetah Mohamed.The synergies between international health regulations and One Health in safeguarding global health security.Science in One Health Volume 3, 2024, 100078.https://doi.org/10.1016/j.soh.2024.100078

[5] "One health" in China: break the discipline, to ecological challenges, https://www.sohu.com/a/424258734_663098, last access time: on December 1, 2024.

[6] The control of rabies in Asia is a classic example of the application of the "one health" perspective. Rabies is an acute infectious disease caused by the rabies virus, which is mainly transmitted to humans through dogs. In Asia, especially in rabies-infected countries, the control of rabies is facing great challenges. However, by adopting a "one health" approach, Asian countries have achieved remarkable results. The Ebola epidemic is a serious infectious disease, and its outbreak has a direct relationship with the loss of wildlife habitat. In Africa, the spread of the Ebola epidemic was effectively mitigated by adopting a "one health" approach.

[7] The same health. 2020 to protect the environment, to promote the health of animals and humans. https://www.cvma.org.cn/6953/202110/51913.html, last access time: on December 1, 2024.

to promote animal and human health. One of the key strengths of the One Health approach is the emphasis on interdisciplinary collaboration between human health, animal health, the environment and other relevant sectors. This provides a platform for countries to collaborate across sectors and share information and resources to prevent and control public health threats, in line with the legal framework provided by the IHR.[8]

2.4 Preparedness, preparedness and health system resilience

The "preparedness, preparedness and health system resilience" in the Pandemic Convention aims to fundamentally improve the global preparedness, emergency response efficiency and long-term resilience of the pandemic response through systematic institutional design, so as to avoid a repeat of the catastrophic consequences caused by the collapse of health systems during COVID-19. First, "preparedness" aims to stop the risk of a pandemic at its source. Second, "preparedness" emphasizes institutionalized emergency capacity-building. Finally, strengthen the resilience of health systems to build resilient systems.

Under article 6 of the Convention, "Preparedness, preparedness and resilience of health systems", each Party shall take appropriate measures, within the means and resources available to it, to develop, strengthen and maintain resilient health systems, in particular primary health care services, to prevent, prepare for and respond to pandemics, taking into account the need for equity, and in accordance with article 19, Achieve universal health coverage. Each Party shall take appropriate measures, within the means and resources available to it and in accordance with national and/or domestic law, to develop or strengthen, maintain and monitor health system functions and infrastructure so that, during a pandemic, while maintaining public health functions and appropriate social measures, (b) Provide equitable and timely access to clinical care at an appropriate scale, as well as to quality routine and basic health care services, with a focus on primary health care, mental health and psychosocial support, with special attention to people in vulnerable situations; The ability to implement transparent, cost-effective procurement methods and supply chain management for pandeka-related health products at the national or, where appropriate, regional levels; Develop laboratory and diagnostic capabilities through the application of relevant standards and procedures, including in the area of laboratory biological risk management, and participate in regional and global networks, as appropriate; And promoting the use of social and behavioural sciences, risk communication and community engagement to prevent, prepare for and respond to pandemics; Restoring health systems after a pandemic.[8]

2.5 Sustainable and geographically diverse local production

[8] K. Lee, Z.L. Brumme, Operationalizing the One Health approach: The global governance challenges, Health Policy Plan 28 (7) (2013) 778–785, https://doi.org/10.1093/heapol/czs127.

The "sustainable and geographically diversified local production" in the Pandemic Convention aims to reduce dependence on a small number of countries or enterprises by promoting the decentralization and localization of the global production network of medical supplies, and enhance the ability of countries to independently secure critical health resources during a pandemic, while promoting global health equity and economic resilience. First, deal with supply chain vulnerability to break the risk of monopoly and concentration. Second, promote health equity and ensure access to resources. Finally, promote sustainable economic development and enhance sovereign security and political autonomy.

Under article 10 of the Convention, "Sustainable and geographically diversified local production", Parties shall take measures, as appropriate, to achieve more equitable geographical distribution and rapid scale-up of global production of pandetic-related health products, to increase sustainable, timely and equitable access to such products, and to reduce potential gaps between supply and demand during a pandemic, Including through the adoption of the measures provided for in articles 11 and 13.

2.6 Pathogen acquisition and benefit-sharing system

The Pathogen Access and Benefit Sharing System in the Pandemic Convention balances the global sharing needs of pathogen samples with the protection of the rights and interests of resource-providing countries through legal mechanisms, ensuring that countries can have fair access to the medical products, technologies and economic benefits derived from the contribution of biological resources, so as to build a more equitable and sustainable framework for global health cooperation. First, the contradictions and imbalances in the existing system should be resolved. Secondly, build a fair framework for the distribution of benefits. Third, enhance trust in global health security and collaboration. Finally, the innovation and institutional integration of international law should be completed.

Article 12 of the Convention, "Pathogen Access and benefit-sharing System", recognizing the sovereign right of States to their biological resources and the importance of collective action to mitigate public health risks, and stressing the importance of promoting the rapid and timely sharing of material and sequence information on pathogens with pandemic potential covered by specialized instruments in accordance with paragraph 2 and on an equal basis, Benefits arising from the prompt, timely, fair and equitable sharing of PABS materials and sequence information for public health purposes.

2.7 International cooperation and support for implementation

The "International cooperation and support for implementation" in the Pandemic Convention is to ensure that all countries have the capacity and resources to fulfill their obligations under the Convention through a legally binding and institutionalized multilateral cooperation mechanism, and bridge the implementation gap in global health governance, so as to achieve fairness, efficiency and sustainability of pandemic

response. First, fill the capacity and resource gap. Second, coordinate global action to avoid a fragmented response. Third, build an accountability and transparency framework. Finally, the coordination function of international organizations should be strengthened.

Under Article 19 of the Convention, "International cooperation and support for Implementation", Parties shall cooperate, in accordance with their national laws and available resources, directly or through relevant international organizations, to strengthen the capacity of all Parties, in particular developing country Parties, for pandemic prevention, preparedness and response in a sustainable manner. Such cooperation shall include, inter alia, promoting the transfer of technologies and know-how on mutually agreed terms and shall facilitate the sharing of technical, scientific and legal expertise, as well as encouraging financial assistance and capacity-building support to Parties that lack the means and resources to implement the provisions of this Agreement; Who shall, at the request of Parties, cooperate with relevant organizations to facilitate such cooperation, as appropriate, in support of the implementation of the obligations under this Agreement. Access to sustainable and predictable means necessary to support implementation of the provisions of this Agreement shall be identified and promoted, taking into particular account the specific needs and special circumstances of developing country Parties. The Parties shall, as appropriate, collaborate and cooperate in pandemic prevention, preparedness and response by strengthening and enhancing relevant legal instruments and frameworks and cooperation among relevant organizations and stakeholders in order to achieve the objectives of this Agreement.

2.8 Sustainable financing

"Sustainable financing" in the Pandemic Convention is to ensure long-term, stable and equitable funding for global pandemic prevention, preparedness and response through legal constraints and innovative financial instruments, so as to avoid the collapse of health systems or the failure of international cooperation due to lack of funding or unfair distribution. First, address the fatal flaws in the existing funding mechanism, end "crisis-driven" AD hoc fundraising, and correct the North-South imbalance in funding distribution. Second, build a diversified financing ecosystem. Third, ensure that funds are used efficiently and transparently. Fourth, linking global health and macroeconomic policy.

Under Article 20 of the Convention, "Sustainable Financing", Parties shall provide, in an inclusive and transparent manner, more sustainable and predictable financing for the implementation of this Agreement and the International Health Regulations (2005), to the extent practicable. In this regard, each Party, subject to national and/or domestic legislation and available resources, shall: (a) maintain or increase the domestic funding required for pandemic prevention, preparedness and response; (b) Mobilize, where feasible, additional financial resources, including through grants and concessional loans,

to support Parties, in particular developing country Parties, in implementing the WHO Pandemic Agreement; (c) Promote innovative financing measures, as appropriate, within relevant bilateral, regional and/or multilateral financing mechanisms, including the reformulation of transparent financial plans for pandemic prevention, preparedness and response, in particular for developing country Parties facing financial difficulties; And (d) Encourage inclusive and accountable governance and operational models of existing funding entities in order to minimize the burden on countries, broadly improve efficiency and coherence, increase transparency and respond to the needs and national priorities of developing countries.

2.9 Dispute settlement

The "dispute settlement" mechanism of the Pandemic Convention is to prevent and resolve conflicts between member states arising from the interpretation or implementation of the Convention through legal and institutionalized means, ensure the effective implementation of the rules of the Convention, and maintain the stability and authority of the global health cooperation framework. First, prevent the breakdown of cooperation and uphold multilateral trust. Second, ensure the enforceability of the obligations of the Convention. Third, balance the transfer of sovereignty with public interests. Fourth, deal with specific types of disputes.

Article 25 of the Convention, "Dispute Settlement", states that in the event of a dispute between two or more Parties over the interpretation or application of the WHO Pandemic Agreement, the Parties concerned shall resort to diplomatic channels to seek a settlement of the dispute through negotiation or any other peaceful means of their own choice, including good offices, mediation or conciliation. If no solution is reached by such means, the Parties concerned may, with their written consent, resort to arbitration in accordance with the PCA Arbitration Rules 2012 or subsequent rules, unless otherwise agreed by the Parties to the dispute.

3.The legitimacy and realistic limits of the dual-track governance of the International Health Regulations and the Pandemic Convention

The legal legitimacy of the IHR and the Pandemic Convention is based on the legitimacy of international law. As an international treaty under the framework of WHO, the Regulations derive their legal effect from Article 21 of the Charter of the World Health Organization, and member States give them binding force through the transfer of sovereignty. The Pandemic Convention, if adopted, would be based on multilateral negotiations agreed by all States, in line with the "principle of consent" of international law. The coexistence of the two conforms to the theory of "rule stratification" in international law, that is, rules at different levels, universal rules and special rules can work together. Guided by the concept of "human health community", the dual-track model emphasizes the nature of global health public goods, and responds to the pursuit of equity, solidarity, prevention priority and other values of international law. They also

have the legitimacy to practice international law and strengthen the global health governance system. The realistic limit analysis of the dual-track model originates from the tension between the transfer of sovereignty and autonomy, the overlapping of rules and the conflict of jurisdiction, and the fragility of the enforcement mechanism at the international law level. The dialectical relationship between legitimacy and limitation lies in the fact that the legitimacy of the dual-track model derives from its institutional complementarity, value inclusiveness and practical adaptability, and can respond to the complex needs of global health governance. But its realistic limits reveal the deep contradictions of international law in the fields of sovereignty constraint, rigid implementation and political game.[9]

3.1 Legitimacy in the form of international law

The legitimacy of the International Health Regulations and pandemic Conventions as international law can be demonstrated from the following core dimensions:

First, the legitimacy of the formulation process. The International Health Regulations are established by the World Health Organization under its statutory authority, and the World Health Assembly has the power to adopt binding health regulations under article 21 of the Constitution of the World Health Organization. The regulations were adopted by the World Health Assembly and comply with legal procedures. Regulations are formulated and amended with the participation and consent of member states, the amendment process is negotiated by member states, and finally adopted by consensus. If member states do not explicitly oppose within a specific time, they accept by default, reflecting the principle of "implied consent". The drafting and negotiation of the pandemic convention is based on the institutional framework of treaty law. If the Convention is eventually adopted in the form of a multilateral treaty, its negotiation and signature will follow the procedures set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties and require the express consent, signature and ratification of member States. The Convention adheres to the principle of inclusive negotiations, and the current negotiations emphasize the participation of member states, non-governmental organizations and the public to ensure the legitimacy of the process. Second, the principle of state consent. The binding mechanism of the International Health Regulations, in which member States accept the provisions of the regulations through "implied consent" without objection, is in line with the core principle of "voluntary obligation of sovereign States" in international law. The future path of the pandemic convention, if it enters into force as a treaty, would require ratification by States through domestic procedures to ensure respect for national sovereignty. Third,

[9] See report of the Director-General of the Intergovernmental Negotiating Body for the drafting and negotiation of WHO conventions, agreements or other international instruments for the prevention, preparedness and Response to Pandemics, 77th World Health Assembly, provisional agenda item 13.4 A77/10, 27 May 2024.

the compatibility of the sources of international law. As the main source of international law, treaties and the pandemic Convention are international treaties, in line with the definition of sources of international law in article 38 of the Statute of the International Court of Justice. In addition, regulations and conventions are supported by customary international law, and the long-term practice of countries in epidemic notification and cross-border cooperation may constitute customary international law, further strengthening the legitimacy of these documents. Fourth, enforcement mechanisms and compliance. Soft implementation of the IHR, which does not impose sanctions but promotes compliance through reporting mechanisms, capacity-building and technical cooperation, is consistent with the "cooperative implementation" of international law. The potential mechanisms of the pandemic convention could incorporate stricter monitoring or dispute settlement provisions, but legality does not depend on enforcement, but on state consent. Fifth, it serves the common interests of the international community. On the issue of global public health security, the Regulations and the pandemic Convention aim to address transnational health threats, in line with the spirit of the Charter of the United Nations to promote international cooperation and the principle of "common concern of mankind". On the issue of the balance between human rights and sovereignty, articles are usually designed to balance public health measures with human rights protection, avoiding fundamental conflicts with national sovereignty.

In summary, the legitimacy of the IHR and the Pandemic Convention is rooted in their conformity with the formulation process of international law, the principle of consent of States, and the orientation of the global public interest. Despite challenges at the implementation level, its status as international law is unquestionable. In the future, it is necessary to strengthen cooperation and institutional innovation to enhance their practical effectiveness, rather than questioning their legitimacy.

3.2 The complementarity of the rule system

The International Health Regulations (IHR) and the Pandemic Convention, as the dual-track rules system of global health governance, are complementary in their differentiated division of labor and synergies in objectives, scopes, mechanisms and functions.

First, the complementarity of the legal framework and the scope of application. The regulations have broad applicability, covering all possible "public health emergencies of International concern" (PHEIC), including emerging infectious diseases, bioterrorism, chemical or nuclear incidents, etc., with universality and flexibility. With regard to daily surveillance and emergency response, the Regulation focuses on building Member States' daily surveillance, notification and rapid response capacity and applies to all stages of public health risk, from daily prevention to emergency response. The pandemic Convention is targeted and focuses on the full cycle of the pandemic. Designed specifically for pandemic response, the Convention covers the full

cycle of pandemic prevention, preparedness, response and recovery, providing more systematic tools for equitable distribution of vaccines and supply chain coordination. The Convention can fill a structural gap in the lack of detailed regulations on the long-term phase of pandemic preparedness and recovery. The complementarity of the two is reflected in the fact that the regulations, as a "basic framework", cover all health emergencies, while the Convention, as a "special tool", strengthens the full cycle of pandemic management, forming a two-tier legal system of "universal + special".

Second, the complementarity of mechanism design, the combination of hard and soft methods. The regulations have a soft binding mechanism, rely on voluntary compliance by member states, promote implementation through technical cooperation and capacity building, and avoid non-confrontational implementation of sovereignty disputes. The regulations also have the advantage of flexibility, allowing countries to adapt measures, such as travel restrictions, to national circumstances, which can lead to inadequate enforcement. The pandemic convention is more potentially legalistic, with stricter obligations that could include binding provisions on funding, data sharing, or vaccine distribution, and enhanced accountability. Dispute settlement mechanisms or the introduction of independent monitoring bodies or arbitration procedures to make up for the lack of enforcement of regulations. The complementarity of the two is reflected in the fact that the regulations maintain the basic consensus of international cooperation in the form of "soft law", while the Convention ensures the implementation of key obligations in pandemic response through "hard law" provisions, forming a "flexible + rigid" mechanism balance.

Third, complementary functional division of labor, coordination of prevention and response. The core functions of the regulation are early warning and rapid response, emphasizing real-time information notification within 24 hours to report PHEIC, border health measures and interim recommendations, focusing on "response in the event." But there is a lack of systematic support for long-term preventive pathogen surveillance and economic reconstruction. The pandemic Convention's core function is full-cycle governance, with prevention and preparedness requiring regular exercises, stockpiling of medical supplies, and investment in research and development infrastructure. On the issue of equitable recovery, there may be provisions for debt relief and economic assistance to mitigate the long-term impact of the pandemic on vulnerable countries. The complementarity of the regulations and the Convention is reflected in the regulations ensuring the "quick extinguishment" of emergencies, and the Convention promoting "prevention before problems occur" and "post-disaster reconstruction", forming a closed-loop management from prevention to recovery.

Fourth, the complementarity of subject and resources. The governing body of the regulations is centered on the World Health Organization and relies on the technical capabilities of member states, but the distribution of resources is uneven. Inadequate monitoring and medical resources often make it difficult for developing countries to

fully meet their obligations. The resource integration potential of the Convention will enable the establishment of a multilateral financing mechanism for the Global Pandemic Fund, involving the private sector, the World Bank and other international financial institutions. In addition, promote technology transfer and intellectual property flexibility, such as vaccine patent pools, to make up for the regulation's shortcomings in resource allocation. The complementarity of regulations and conventions is reflected in the fact that regulations provide a governance framework, while conventions inject capital and technical resources, forming a dual-track support system of "rules + resources".

Fifth, balance of rights and obligations. The "sovereignty priority" logic of the regulations allows countries to take additional health measures on the grounds of "sovereign security", provided that they comply with the principle of proportionality, otherwise it is easy to lead to unilateralism, such as the fragmentation of national policies during the epidemic. The Convention's "global Commons" orientation, which emphasizes public health as a global public good, requires member states to cede some sovereignty, such as sharing pathogen data, in exchange for collective security. Free riding can also be reduced through benefits binding, such as equitable distribution of vaccines. The complementarity of the regulations and conventions is reflected in the fact that the regulations safeguard national autonomy in emergency response, and the conventions strengthen the responsibility of global collective action, which jointly balance sovereignty and global public interest.

Sixth, the complementary dimension of time and space. In the time dimension, the regulations apply to short-term responses to emergencies, while the Convention focuses on long-term resilience building for pandemics, such as 10-year prevention plans. From a spatial perspective, the regulations focus on capacity-building at the national level, while the Convention promotes collaborative networks at the regional and global levels, such as regional vaccine production centres.

3.3 Clarity and enforceability of obligations

The International Health Regulations and pandemic Conventions are the core legal instruments of global health governance, and the clarity and enforceability of their obligations have a direct impact on their actual effectiveness.

First, the clarity and enforceability of the obligations of the regulation. In terms of the definition of obligations, the core provisions of the regulations are clear. For example, Article 6 of the Regulations requires member States to notify WHO within 24 hours of information that may constitute a "public health emergency of international concern" (PHEIC), the time node and reporting criteria, such as the severity of the event and the risk of cross-border transmission, are relatively clear. For example, in the early days of the COVID-19 epidemic, China failed to promptly notify suspected violations of regulations, indicating that the provisions are clear but there are disputes over interpretation. In response to the controversy over vague provisions, the regulations

require member States to take "appropriate health measures" (article 43), but the lack of quantification of "proportionality" has led to different measures, such as the abuse of travel bans. On the issue of enforceability, the soft enforcement mechanism of regulations relies on voluntary compliance by member states, and there are no substantive sanctions. The WHO can only issue "interim recommendations" and has only moral pressure on offending countries. In terms of capacity building, it is difficult for developing countries to meet their obligations due to insufficient surveillance and medical resources, such as the delayed reporting of the Ebola outbreak in African countries. Attempts to improve this have been made by WHO to build capacity in member States through "Joint External assessments" (JEE) and "simulation exercises", but effectiveness has been limited by funding and political will.

Secondly, the clarity and enforceability of the obligations of the Convention. Based on the pandemic Convention, the clarity of obligations lies in the elaboration of obligations throughout the cycle. The convention could set specific targets, such as the prevention phase, requiring countries to spend 1% of their GDP annually on public health systems. During the response phase, vaccine producing countries are required to reserve 20% of their production for allocation by WHO. In the recovery phase, a global recovery fund would be set up, with proportionate contributions from developed countries. However, there are potential ambiguities in key provisions of the Convention, such as the use of expressions such as "equitable distribution" and "reasonable contribution" in the Convention, which may repeat the mistake of the International Health Regulations, requiring the elaboration of criteria through additional protocols or technical guidelines. In terms of the enforceability of the obligations of the pandemic Convention, it has the possibility of hard legal mechanisms, such as binding financial obligations, establishing mandatory assessment mechanisms, and defaulting countries facing loan restrictions from international financial institutions. In the implementation of the dispute settlement mechanism, the introduction of an independent arbitral tribunal or the authorization of the International Court of Justice to resolve the implementation of disputes. In terms of monitoring and accountability innovation, a "Pandemic Compliance Review Committee" has been set up to regularly assess countries' compliance status and publicly rank them, linking their compliance performance to WHO's funding allocation and eligibility for international assistance.

Third, the complementarity of the dual-track system, the synergy of clarity and enforceability. The "bottom line obligations" of the regulations focus on basic and procedural obligations, such as communication of information, and ensure minimum international cooperation through clear timetables and reporting processes. The "high-level obligations" of the Convention are aimed at the particularity of the pandemic, stipulating substantive obligations such as resource allocation and intellectual property sharing to make up for the ambiguity of the regulations. There is a superposition effect of the enforcement mechanism between the regulations and the convention. The soft

mechanism of the regulations paves the way for the convention, and the trust and cooperation accumulated by the regulations reduce the resistance to acceptance of the hard legal mechanism of the convention. If the Convention establishes a financial penalty mechanism, it can indirectly promote member States to comply with the basic obligations of the Regulation, such as strengthening monitoring capacity.[10]

4.Optimal approaches and countermeasures for dual-track governance under the International Health Regulations and the Pandemic Convention

The dual-track governance solution of the IHR and the Pandemic Convention emphasizes evidence-based decision-making and scientific verification through a positivist approach, which is reflected in the following aspects: data collection and analysis, and the regulations require member States to establish surveillance systems, timely reporting of outbreak data, and ensuring transparency and accuracy of information.

4.1 Clarify normative levels and conflict clauses

As a dual-track legal framework for global health governance, regulations and conventions need to coordinate their normative levels with potential conflict provisions based on a positivist legal approach, that is, to build clear and actionable solutions from empirical dimensions such as international law rules, treaty texts, practices of contracting parties and dispute settlement mechanisms.

First, the establishment of normative hierarchy, the level of effectiveness under the framework of positivism. The principle of validity in the sources of international law According to the rules of treaty law, for example, according to article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), if two treaties have identical States parties and the provisions are in conflict, the principle of "later law is superior to earlier law" applies; If the Contracting States are not identical, "backlaw precedence" applies only between the common Contracting States. Where the regulations address the same matter as the Convention, but the Convention provides for more specific provisions, such as the whole-cycle management of a pandemic, the Convention takes precedence as a special law. With regard to conflict-of-treaty clauses, if the regulation or convention itself contains a conflict-resolution clause (e.g., "This treaty does not affect other international obligations"), it is directly governed by that provision. The regulations, adopted by the World Health Assembly on the basis of Article 21 of the Constitution of the World Health Organization, fall under the category of "health regulations" and are binding on all Member States. According to the legal nature of the Convention, if the Convention is also adopted by the World Health Assembly in the form of a treaty, it is at the same level of effect as the regulations; If concluded through other multilateral

[10] See Rule Stratification and Institutional complementarity in International Health Law - The Case of IHR and the Pandemic Convention, International Journal of Law, 2024.

negotiating platforms, the hierarchy will need to be determined based on the overlap of Parties and conflict provisions.

Second, the positivist solution to the conflict clause. For the explicit conflict clause of the treaty text, the conflict rule is actively embedded: its relationship to the regulation is clarified in the convention. For example, draft articles: "This Convention does not replace or diminish the effect of the International Health Regulations (2005), but the provisions of this Convention shall prevail with regard to pandemic prevention, preparedness, response and recovery." It is based on the fact that Article 30 of the VCLT allows Parties to agree on their own conflict resolution rules, and such provisions are legally binding. Alternatively, conflicts are reconciled through subsequent practice and subsequent interpretation by States parties, and if Member States continue to generally comply with specific provisions of the regulations after the adoption of the Convention, such as the notification obligation, this can be regarded as tacit support for the effectiveness of the regulations. For example, if the Convention does not provide a time for notification and Member States continue to comply with the regulation's 24-hour notification requirement, the Regulation retains priority in that matter. Who, as the supervisory body of the regulations, can clarify the application of the two documents in specific scenarios by issuing joint guidance or resolutions. Another approach is to adopt a substantiated application of dispute settlement mechanisms, which, depending on judicial or arbitral decisions, can refer to the International Court of Justice (ICJ) or a treaty-designated arbitration body if the interpretation of conflict provisions raises a dispute. For example, if a country refuses to comply with the travel restrictions recommended by the Regulations on the basis of the provisions of the Convention, WHO or Member States may request an ICJ ruling to prioritize obligations pursuant to Articles 31-32 of the VCLT (Rules on Treaty Interpretation). Consideration could also be given to amending article 56 of the Regulations to allow referrals of convention-related conflicts to the WHO Dispute Settlement Committee to form a specialized jurisprudence base.

4.2 Strengthen procedural legitimacy to increase compliance

The core challenge of international health governance lies in the compliance dilemma caused by the lack of procedural legitimacy of the rules. Based on the perspective of positivist jurisprudence, the legitimacy of procedures should be based on verifiable legal facts, such as the transparency of contracting procedures, the express consent of the state, and the institutionalization of supervision mechanism, so as to enhance the authority and binding force of rules.

First, it is necessary to understand the positivism connotation of procedural legitimacy, which emphasizes that the effect of law derives from social facts, such as the express consent of the state and institutionalized practice, rather than abstract moral principles. The strengthening of procedural legitimacy must first satisfy formal legitimacy, that is, rule-making conforms to established international law procedures,

such as the treaty-concluding process stipulated in the Vienna Convention on the Law of Treaties. Secondly, the legitimacy of participation, the substantive participation of member states in rule-making, embodies the principle of "national consent". Finally, through transparency and accountability, the decision-making process is open and stakeholders have the opportunity to voice their concerns.

Second, to analyze ways to strengthen the legitimacy of the IHR process, the formulation process could be revised to enhance democracy. The problem is that the amendment of the regulations uses the "implied consent" mechanism, which some countries believe undermines the legitimacy of the procedure. An empirical solution could be to consider establishing an express consent mechanism, with future amendments requiring member States to ratify or formally confirm in writing by their domestic legislatures, ensuring national autonomy. According to the principle of consensus, amendments to key articles need to be adopted by consensus by the World Health Assembly to avoid the imposition of will by major powers. Strengthen transparent enforcement oversight, which currently relies on non-public assessments by the WHO secretariat, whose impartiality is questioned by member States. Reforms could take the form of open Joint External Assessment (JEE) reports, which would make the results of national health capacity assessments mandatory and open to international scrutiny. Or establish an independent review board, composed of experts in international law and public health, to regularly review the implementation of the regulations and submit public reports to the World Health Assembly.

Third, the empirical construction of the legality of convention procedures. Multilateral negotiations are inclusive and transparent, but the problem is that the negotiation of the Convention may be dominated by a small number of major countries, weakening the sense of participation of developing countries. To solve this problem, regional group representation could be considered, such as the allocation of negotiating seats by WHO region to ensure the representation of vulnerable groups such as Africa and small island States. For non-governmental organization (NGO) observer status, civil society representatives are allowed to participate in negotiating working groups to provide technical advice on the design of intellectual property exemption provisions. A convention requiring unanimous ratification by all States parties can lead to deadlock problems, such as the history of the negotiation of the United Nations Convention on the Law of the Sea. A differentiated design of the ratification process could be adopted to establish a flexible entry into force threshold, that is, the Convention will enter into force after ratification by two-thirds of the member States, and the remaining countries can accede gradually. In addition, the reservation clause is limited: Member states are allowed to make reservations on non-core provisions, but reservations on key obligations such as vaccine distribution and information sharing are prohibited, which can be referred to the system design of Article 22 of the Chemical Weapons Convention.

Fourth, the empirical mechanism of transforming procedural legitimacy into

compliance motivation. The empirical logic of connecting domestic law with constitution is that countries are more likely to comply with international rules that have been internalized into domestic law. Domestic legislation of Convention obligations: Member States are required to adopt supporting legislation when ratifying the Convention, such as establishing a pandemic fund and authorizing data sharing. In addition, the constitutional courts of member States are encouraged to affirm the constitutionality of the Convention, such as the review of the European Convention on Human Rights by the German Federal Constitutional Court.

4.3 Build a collaborative execution mechanism

The collaborative implementation mechanism of the IHR and the pandemic Convention needs to be based on a positivist jurisprudence approach, that is, to build an operational coordination framework through verifiable legal rules, institutional practices, and the facts of state behavior.

First, the legal level should coordinate and clarify the normative relationship and conflict resolution mechanism. The substantiation of the level of effectiveness establishes that the application of the Vienna Convention on the Law of Treaties, if there is complete overlap between the Convention and the Contracting parties to the regulation, makes it clear that the Convention has priority in the application of pandemic management in accordance with the principle of "the latter law is superior to the former law" in article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties; If the Contracting Parties do not fully overlap, the Convention applies between the common Contracting Parties and non-Contracting parties remain bound by the regulations. Embed conflict provisions through the text of the Convention, such as "This Convention does not replace the International Health Regulations, but in the field of pandemic prevention, response and recovery, its provisions shall have precedence." In accordance with the principle of special law, the Convention is a pandemic specific treaty, and its full-cycle management rules constitute a refinement of the regulations, with priority applied to relevant areas. The establishment of simultaneous revision mechanisms in regulations and conventions, such as the Global Health Law Coordination Conference every five years, led by the World Health Organization, with the participation of member states, scientific institutions and civil society, to adjust conflict provisions and technical standards. In the compatibility design of technical attachments, dynamic content such as pathogen lists and vaccine approval standards are released in the form of "common technical attachments" to ensure the scientific consistency of the dual-track rules.[11]

Second, resource sharing and capacity building, institutionalized integration of implementation tools. Through the coordination of the information sharing platform,

[11] Gostin, L. O., & DeBartolo, M. C. (2022). “Global Health Security after COVID-19: Time for a Reinforced International Legal Framework”. American Journal of Public Health.

the data interface will be unified, and the "event information System" of the Regulation will be integrated with the "pandemic warning platform" of the Convention, requiring member States to submit epidemic data, genetic sequences and medical resource inventory information through a single port. Transparency enhancement measures are tied to WHO technical assistance through data sharing obligations. For example, countries that do not submit data in real time are automatically disqualified from applying for the Emergency Fund, as is the case with GAVI, the Global alliance for Vaccines and Immunization. The linkage of financial and material allocation mechanisms, the coordinated use of the Global Health Emergency Fund, the combined management of the "States Parties Fund" of the Regulations and the "pandemic Response Fund" of the Convention, and the prioritization of financial allocation, the funds of the Regulations are used for the initial response to an outbreak, and the funds of the Convention support long-term recovery and equitable distribution. The Supply Chain Coordination Center has set up a "Global Health Materials Coordination Committee" to coordinate the interim recommendations of the regulations and the supply chain guarantee provisions of the Convention, so as to avoid the resource competition similar to the battle for ventilators in the early stage of the novel coronavirus.

Third, the monitoring and evaluation mechanism quantifies indicators and joint accountability. The Global Health Compliance Committee (GHCC) is made up of international law experts, public health officials, and independent scientists. The annual Report on the Coordinated Implementation of the Regulations and the Convention is issued to quantify countries' compliance with the Convention in areas such as epidemic notification, resource sharing and vaccine distribution. With reference to the review mechanism of the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), investigations should be launched into countries in systematic breach of the law and recommendations for rectification should be made. Through differentiated assessment and incentives, capacity building is graded, developing countries apply "basic indicators", such as the establishment of a national public health emergency team, and developed countries apply "high-level indicators", such as the transfer of vaccine research and development technology. Link GHCC assessment results to WHO membership fee reductions and International Monetary Fund (IMF) loan conditions. For example, good performing countries receive a preferential interest rate of 0.2 per cent on loans.

Fourth, the linkage of dispute settlement, from political game to judicial path. First, the establishment of a stepped dispute settlement mechanism, through the first stage of technical mediation, the dispute will be submitted to the WHO "health technology mediation panel", by epidemiologists and legal experts jointly proposed solutions, such as adjusting the proportion of vaccine distribution. The second stage involves compulsory arbitration and, if mediation fails, referral to the Permanent Court of

Arbitration (PCA) or the International Court of Justice (ICJ). For example, if a country violates the vaccine export restriction provisions of the Convention, the ICJ can award compensation or forcibly lift the ban. In this case, we can refer to the case of Nicaragua v. the United States.[12] In addition, through the empirical accumulation of the case database, the "global health dispute case database" is established, and arbitration and judicial decision documents are made public, so as to form authoritative precedents for the interpretation of the dual-track rules and enhance the predictability of the rules.

4.4 Respect for sovereignty is compatible with national interests

The dual-track governance system of regulations and conventions needs to strike a balance between respecting national sovereignty and achieving the global public good. Based on the positivist jurisprudence path, it constructs a solution compatible with sovereignty and national interests through verifiable legal rules, institutionalized practices and state behavior facts.

First, the limit of sovereignty transfer is based on the empirical design of state consent. The Convention needs to be signed and ratified by an express consent mechanism to ensure national autonomy, such as the ratification model of the Paris Climate Agreement. Other complementary principles, such as the convention only provides for cross-border coordination of vaccine distribution, pathogen sharing, domestic health policy autonomy, such as the EU Treaty of Lisbon article 5. The dynamic adjustment of the transfer of sovereignty can be made through the flexible obligation clause, which can be embedded in the Convention with an "exception clause for a state of emergency", allowing the state to suspend the performance of its obligations in extreme circumstances, such as war or civil unrest, but it needs to prove rationality to the supervisory body afterwards. In the differentiated transition period, developing countries can apply for an extension of the implementation transition period, such as gradually reaching the monitoring capacity standard within five years, to avoid a domestic political backlash from too fast a transfer of sovereignty.

Second, the practical design of interest balance mechanism, incentive and constraint. By linking compliance incentives to national interests and tying financial resources to technical assistance, countries with good compliance will be given priority to receive support from the WHO Global Health Emergency Fund and benefit from preferential technology transfer, such as vaccine production technology. Another example is the establishment of an international reputation mechanism, the release of the Global Health Compliance Index, and the ranking of international organizations

[12] Nicaragua v. United States analogy: This case (ICJ, 1986) is often cited by international law scholars as the basis for the "legality of coercive measures", for example, Allyn Taylor in Enforcing Equity: Lessons from ICJ Jurisprudence (2022) recommend its application to rulings in disputes over vaccine export restrictions.

with voting rights, aid eligibility, incentive countries to maintain the reputation of compliance, can refer to the World Bank's "Doing Business ranking". With regard to the predictability of the cost of breach, economic sanctions and benefit restrictions should be adopted to suspend the participation of countries in the World Health Organization's drug prequalification Program for systematic breach of contract by refusing to share pathogen data, and to restrict access to vaccines by referring to retaliatory measures in the WTO dispute settlement mechanism. Another approach is to judicialize accountability, empowering the International Court of Justice (ICJ) to hear cases for breach of the Convention and award damages or enforce compliance.

Third, domestic law connects sovereignty with the substantive coordination of global obligations. First of all, the implementation of domestic legislation, through the Convention obligations through domestic legislation, requiring member states to ratify the Convention to pass supporting legislation, such as the establishment of the pandemic fund, the authorization of data sharing, to ensure that international obligations are consistent with domestic law, can refer to the United Kingdom's International Health Regulations (2008) Implementation Act. Second, through constitutional review support, the constitutional courts of member states are encouraged to confirm the constitutionality of the Convention, such as the review practice of the European Convention on Human Rights by the German Federal Constitutional Court, to enhance domestic legitimacy. Third, establish a local participation mechanism to allow sub-national entities to participate. For example, in federal countries such as the United States and India, "Local Health Coordinating committees" are established to ensure that state/state governments are involved in implementation decisions, which can be modeled on the local action plan of the Paris Climate Agreement.

Fourth, flexibility in supervision and accountability, and a balance between sovereignty and global responsibility. Establish differentiated monitoring mechanisms and conduct graded capacity assessments, applying "basic indicators" in developing countries, such as establishing national public health emergency response teams, and "higher-order indicators" in developed countries, such as technology transfer for vaccine research and development. Adopt a transparent reporting method, requiring member states to submit regular implementation reports and open them to supervision by the international community, which can refer to the review mechanism of the United Nations Convention against Corruption. In addition, non-adversarial enforcement measures should be taken, and technical mediation should be given priority. The dispute will be referred to the World Health Organization's "Health Technology Mediation Panel", where epidemiologists and legal experts will jointly propose a solution to adjust the vaccine distribution ratio to avoid direct political confrontation. It can also adopt progressive sanctions, such as warning, financial restrictions, international reputation downgrade and other steps against the defaulting country to give rectification opportunities, which can refer to the International Atomic Energy Agency IAEA

verification mechanism.

5.Conclusion

Global health governance is facing unprecedented challenges. Positivism theory emphasizes the social effectiveness and operability of law. In the field of global health governance, this theory provides an important theoretical support for the dual-track model. The dual-track approach not only maintains the continuity of the existing International Health Regulations, but also introduces a new governance mechanism through the Pandemic Convention, reflecting the idea of progressive reform. The dual-track model has obvious advantages. It can balance the stability of existing institutions with the innovation of new ones, providing greater flexibility for global health governance. At the same time, this model can better adapt to the actual situation of different countries and improve the acceptability of governance mechanisms. From the practical feasibility point of view, the dual-track model can effectively balance the interests of all parties and reduce the resistance of institutional reform. It not only maintains the effectiveness of existing governance mechanisms, but also provides space for the establishment of new mechanisms, which is conducive to the smooth transition of global health governance.

At the level of institutional design, it is necessary to clarify the respective positioning and interrelationship between the International Health Regulations and the Pandemic Convention. Institutional linkage mechanisms could be established to ensure the coordinated operation of the two frameworks. At the same time, effective monitoring and enforcement mechanisms need to be established to ensure the implementation of the provisions. In terms of institutional coordination, a dedicated coordinating body could be established to take charge of the day-to-day coordination of the two frameworks. At the same time, information sharing mechanisms and joint decision-making mechanisms need to be established to ensure the synergies between the two frameworks. In the implementation path, we can adopt the progressive promotion strategy. First, establish cooperation mechanisms in key areas and gradually expand the scope of cooperation. At the same time, it is necessary to establish an evaluation mechanism to regularly evaluate the operation effect of the dual-track model, and adjust and improve it in time. The dual-track model of global health governance provides a new way to improve the global health governance system. From the perspective of positivism, this model has a solid theoretical foundation and practical feasibility. In the future, it is necessary to further improve the system design and strengthen the mechanism coordination to ensure the effective operation of the dual-track model. The international community needs to continue to deepen cooperation to jointly address global health challenges and build a fairer and more effective global health governance system.

病原体遗传资源获取和惠益共享的国际法治理

耿瑞瑜[1*]

（1.武汉大学国际法研究所／法学院．湖北武汉 430072)

摘要：病原体遗传资源的获取和惠益共享日益成为全球公共卫生治理领域的核心议题，而病原体及其基因序列数据的法律地位和法律规范却存在不确定性。通过分析病原体遗传资源获取和惠益共享的历史发展及其在国际法律制度中的演进，可以发现南、北方国家对此存在较大争议，进一步凸显了国际法因分配正义缺失而无法破解全球公共卫生权利之争的困境。结合《生物多样性公约》《名古屋议定书》《PIP 框架》和《大流行协定》等国际法律文书，针对世界卫生组织病原体遗传资源获取和惠益共享系统的设计与谈判挑战，剖析病原体遗传资源获取和惠益共享存在的模糊性、碎片化、复杂性及交叉性等方面的挑战。国际社会应明确病原体遗传资源定义及权属，加强相关规范的协调与一致性并构建多元主体参与的新系统，以促进全球公共卫生治理体系的公平与可持续发展。

关键词：病原体遗传资源；获取和惠益共享；主权权利；大流行协定

一、问题的提出

“人类文明史也是一部同疾病和灾难的斗争史。”[1]自 20 世纪中期以来，病原体在全球范围内得以迅速传播而不受国境限制，大流行病的跨境暴发也一直伴随着有关病原体惠益共享的争论。[2]大流行病不分国界，每个国家都可能受到其直接或间接的影响，建立完整的大流行病预防、准备和应对系统，是公民确保安全与健康的关键。[3]病原体样本及其基因序列数据随着生物医学领域快速发展及国际公共卫生紧急事件频发，逐渐成为用于公共健康创新、关系全人类共同利益的重要“原材料”，产生了巨大的经济与疾病防治价值，并且成为国际权益争议的焦点之一。由于医药行业可以利用各国提供的病原体样本及其基因序列数据来开发新产品并实现商业化，进而导致了发展中国家与发达国家有关该问题的立场分歧：发展中国家主张对病原体的主权权利，进而建立事先知情同意及惠益共享制度，强调应明确发达国家获取病原体材料的条件与承诺，即发达国家应共享利用其生

* 作者简介：耿瑞瑜，武汉大学法学院、武汉大学国际法研究所博士研究生，主要研究国际法学。联系电话：186 0543 0896，电子邮箱：fxygry@whu.edu.cn，通讯地址：湖北省武汉市武昌区八一路 299 号武汉大学。

1 习近平.团结合作战胜疫情共同构建人类卫生健康共同体[N].人民日报,2020-05-19(002).

2 S F Halabi, R Katz, S Halabi et al. *Viral sovereignty and technology transfer: the changing global system for sharing pathogens for public health research*[M]. Cambridge University Press, 2020: 26-27.

3 WHO Independent Panel, COVID-19: Make it the last pandemic, https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/05/COVID-19-Make-it-the-Last-Pandemic_final.pdf, visited on 2 March 2024.

物遗传资源产生的惠益；发达国家主张将病原体归为人类共同遗产，希望建立不与病原体共享挂钩的自愿性惠益共享机制，从而可以无偿获得病原体材料，以病原体为基础研发的医药产品则由知识产权进行保护。[4]现有病原体共享机制在其实践中造成了有利于西方发达国家而不利于发展中国家的现状，进而加剧了“病原体获取和惠益共享”的困境。

在目前的学术研究中，国内外多数学者主要从生物遗传资源这一上位概念出发开展研究，探讨包括法律框架和国际合作在内的多个方面。特别是在《生物多样性公约》（Convention on Biological Diversity, CBD）的背景下，权利与义务的平衡一直是相关研究的核心议题。[5]在此基础上，国内学者更多从《生物多样性公约》“保护生物多样性”的宗旨与目的出发，研究对遗传资源的开发利用。生物遗传资源的研究不仅需要关注国内的保护与利用，还需要考虑国际合作与共享的机制。在新型冠状病毒肺炎（COVID-19）背景下，尽管有学者对病原体的获取和惠益共享机制进行了初步探讨，但相关研究仍然不够系统和深入，研究总体呈现出碎片化、临时性的特点。例如，有学者围绕“病毒共享的国际法思考”进行理论性探讨，但缺少对相关国际法基础的详细讨论。其他相关研究多为针对病原体获取和惠益共享提出的框架性建议，缺乏对现行国际法律框架进行的全面性、系统性及前瞻性梳理和研究。[6]相较而言，域外学者的研究则开始更早、更为深入。[7]相关研究不仅有针对地分析了病原体在知识产权和主权领域的冲突，还就当前有关国际治理框架进行解构分析。[8]但遗憾的是，现有域外研究并未就相关问题得出明确结论，亦未深入分析现行治理框架缺陷并提出具有针对性的完善策略，并且呈现出权利政治倾向和崇尚经济效益的特点。[9]

在全球性公共健康挑战面前，如何确保病原体的公平获取和惠益共享，是当前学术界和国际社会需要共同面对的重要课题。面对病原体及其基因序列数据法律地位和法律规范的不确定性，本文首先将通过梳理病原体遗传资源获取和惠益共享的历史发展进一步归纳南、北方国家之间的权利之争，进一步立足于《生物多样性公约》、《生物多样性公约关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, Nagoya protocol，以下称《名古屋议定书》）和

[4] 冯洁菡,赵思涵. 传染病病毒样本及基因序列数据获取的国际法规制[J]. 武大国际法评论,2022,6(2):79-97.
[5] 赵富伟,蔡蕾,臧春鑫. 遗传资源获取与惠益分享相关国际制度新进展[J]. 生物多样性,2017,25(11):1147-1155.
[6] 龚向前.病毒共享的国际法思考[J].政法论丛,2010,(05):56-63.
[7] Nico Schrijver. *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* [M]. Cambridge University Press, 2008: 36.
[8] Rourke M F, Phelan A, Lawson C. *Access and benefit-sharing following the synthesis of horsepox virus*[J]. Nature biotechnology, 2020, 38(5): 537-539.
[9] Halabi Sam F, Lawrence O Gostin, Jeffrey S Crowley, et al. *Global Management of Infectious Disease After Ebola* [M]. Oxford University Press, 2016: 16.

《共享流感病毒以及获得疫苗和其他利益的大流行性流感防范框架》（Pandemic Influenza Preparedness Framework, PIPF, 以下称《PIP 框架》）等相关国际法律文书，结合《世界卫生组织大流行协定》（A WHO Convention, Agreement or other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response, WHO Pandemic Agreement, 以下称《大流行协定》）的谈判与实践[10]，更加深入地分析和评估国际法律框架，并提出病原体获取和惠益共享的法律路径，以期为各方争议的解决及 PABS 系统的构建提供有效思路。

二、病原体遗传资源获取和惠益共享的权属争议

（一）争议起源与早期发展

病原体遗传资源的有效获取和惠益共享是进行传染病研究的基础，也是推动药物和疫苗创新研发的核心要素。国际社会在 20 世纪就已洞察到获取和共享病原体的重要性，并在这一关键领域进行了深入的探索和积极的制度构建。20 世纪上半叶，随着世界卫生组织协调的国际流感实验室网络的不断发展，世界卫生组织全球流感监测网络（GISRS）[11]于 1952 年正式成立，它主要依赖于世界各地流感病毒的公开共享以监测季节性流感的传播并检测新的大流行毒株的出现。[12]虽然早期在世界卫生组织全球流感监测网络内获取和共享的病原体样本数量相对有限，但这却是早期病原体样本在全球范围内组织化、系统化获取和惠益共享的有益实践。但在此背景下，国际社会尚未建立一套有效的规范和监督体系来管理病原体的获取和惠益共享。这使得在一些非正式的科研合作中，病原体可能会在没有得到国家授权的情况下被其他国家的科学人员获取。随着对国际生物资源监管不足的担忧日益加深，拥有丰富生物资源的国家开始主张自己的权利，这种主张最终促成了 90 年代《生物多样性公约》的诞生。[13]

随着 21 世纪的到来，全球对病原体获取和惠益共享的重视程度不断提升。基于此，世界卫生大会通过多项决议，鼓励成员国在流感疫情爆发时，尤其是面对新型流感病毒株时，能够迅速、公开地通过世界卫生组织的全球流感监测网络和相关合作中心，分享临床样本、病毒和生物材料。这种做法不仅加强了国际间

---

[10] 2021 年 12 月，世界卫生大会第二届特别会议决定起草和谈判一项世卫组织预防、防范和应对大流行病协定、协定或其他国际文书（A WHO Convention, Agreement or other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response，WHO Pandemic Agreement，简称“《大流行协定》”）。截至 2024 年 2 月，《大流行协定》政府间谈判机构（INB）已召开了 13 届会议，原计划将最终版谈判案文于 2024 年 5 月提交至第 77 届世界卫生大会审议，但由于未就案文内容达成一致，第 77 届世界卫生大会决定将谈判期延长一年。

[11] 世界卫生组织全球流感监测网络在 2011 年《PIP 框架》通过后更名为“世界卫生组织全球流感监测和应对系统”。

[12] WHO, *Celebrating 70 years of GISRS (the Global Influenza Surveillance and Response System)*, https://www.who.int/news/item/03-02-2022-2022-celebrating-70-years-of-gisrs-(the-global-influenza-surveillance-and-response-system)，visited on 22 May 2024.

[13] 秦天宝. 中国履行《生物多样性公约》的过程及面临的挑战[J]. 武汉大学学报（哲学社会科学版）,2021,74(1):95-107.

的信息交流，也促进了全球公共卫生安全。[14]尽管如此，为全球健康目的病原体样本获取和共享仅在《国际卫生条例》（International Health Regulation, IHR）个别条款中以通报“公共卫生信息”的形式间接涉及。[15]世界卫生大会作为世界卫生组织的最高决策机构，自 2006 年通过的一系列有关抗击禽流感和实施《国际卫生条例》的决议也“承认各国对其生物遗传资源的主权权利”。[16]由于对相关条款的解释存在分歧，导致无法达成共识，世界卫生组织为了确保那些在流感疾病负担和应对能力上较为脆弱的发展中国家的利益，自 2007 年起便与各会员国就大流行性流感防范议题的规范制定开展积极的讨论。

从国际法角度，主权原则是国际法的基石，2009 年印度尼西亚援引《生物多样性公约》拒绝继续向世界卫生组织提供流感病毒样本的行为是基于对国家主权和生物资源的保护。该行为宣示了对其领土范围内病原体资源享有主权权利，反映了发展中国家在全球公共卫生治理中的立场和诉求。[17]自此，“病毒主权”争议开始在国际社会出现，并在随后爆发的中东呼吸综合征、埃博拉、寨卡及 H7N9 型禽流感流行中持续引发广泛关注。[18]“病毒主权”概念[19]的出现显示了国际社会中的病原体获取和惠益共享机制运作存在缺陷。其后，为了进一步支持在《生物多样性公约》背景下实现“公平和公正地分享利用遗传资源所产生的惠益”这一目标[20]，《生物多样性公约》第 10 届缔约国大会于 2010 年通过了作为《生物多样性公约》附属协定的《名古屋议定书》。为了建立一个获取及分享遗传资源惠益的全球性架构[21]，《名古屋议定书》扩张了《生物多样性公约》关于获取和惠益共享的内容，并规定为了遗传资源获取方需要得到来源国的“事前知情同意”，同时达成包括公平公正地分享遗传资源所衍生之惠益的“共同商定条件”。特别是，按照《生物多样性公约》[22]及《名古屋议定书》[23]的规定，生物遗传资源的主权属于国家，各国享有其生物遗传资源的主权权利。

（二）重大公共卫生事件推动规则演变

流感病毒具有高度变异性，能够引发全球范围内的流感大流行，对公共卫生

---

[14] WHO, Strengthening pandemic-influenza preparedness and response, https://apps.who.int/iris/handle/10665/25447, visited on 25 May 2024.

[15] WHO, International Health Regulations (2005)-Third edition, https://www.who.int/china/zh/publications-detail/9789241580496, visited on 2 May 2024.

[16] WHO, Avian and pandemic influenza: application of the International Health Regulations (2005), https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA60/A60_8-ch.pdf, visited on 26 May 2024.

[17] Lawrence O. Gostin, Benjamin Mason Meier, *Global Health Law and Policy: Ensuring Justice for a Healthier World* [M]. Oxford University Press, 2023: 22.

[18] Rourke M F. *Restricting access to pathogen samples and epidemiological data: a not-so-brief history of “Viral Sovereignty” and the mark it left on the world*[J]. Infectious diseases in the new millennium: legal and ethical challenges, 2020: 167-191.

[19] Richard Holbrooke & Laurie Garrett, “Sovereignty” That Risks Global Health, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/08/08/AR2008080802919.html, visited on 25 March 2024.

[20] 张小勇.履行《名古屋议定书》背景下病原体共享的规则、挑战与对策[J].生态与农村环境学报,2021,37(09):1098-1103.

[21] 费艳颖,杨元海. 我国微生物遗传资源产权归属正当性审视[J]. 学术探索,2022(1):80-87.

[22] 《生物多样性公约》第 15 条第 1 款。

[23] 《名古屋议定书》序言。

构成重大威胁。由于病毒的高致病性和跨国传播风险，各国对流感病毒样本的共享需求增加。2007 年 5 月，第六十届世界卫生大会首次就大流行性流感的防范议题达成共享流感病毒以及获得疫苗和其他利益的相关决议。[24]讨论一直持续到 2011 年，在各会员国就相关问题达成一致后，第六十四届世界卫生大会批准了《PIP 框架》，为全球流感监测和应对方面的国际合作提供了规范，以简化具有大流行潜质的流感病毒、疫苗和其他利益的共享。[25]同时，世界卫生组织在《PIP 框架》中也承认了各国对其生物资源的主权，而且对与病原体有关的流行病学数据也拥有主权，虽仅适用于“共享 H5N1 和其他可能在人类大流行的流感病毒”。[26]《PIP 框架》还确立了公平分享流感病毒所带来的惠益的原则，包括在疫苗和其他相关产品的开发、生产和分发方面。这些进步不仅反映了对遗传资源主权权利的尊重，也体现了国际社会在应对全球公共卫生危机时的团结与协作。随着《PIP 框架》的实施，各国在流感监测、信息共享以及疫苗研发等方面的合作得到了加强，为全球应对流感大流行提供了有力的法律保障。这一系列规则的发展，不仅是对《生物多样性公约》及《名古屋议定书》的补充，更是在重大公共卫生事件背景下，对病原体遗传资源获取和惠益共享规则的重要完善。

2020 年初，COVID-19 跨越国境，蔓延全球，造成了巨大的生命损失和健康损害，还包括高达万亿美元的经济损失，对全球应对突发公共卫生事件的能力提出严峻挑战。[27]全球共同抗击 COVID-19 的实践再一次证明，各国实验室、政府和医药公司之间共享病原体样本及其基因序列数据，有助于监测流行情况、研究和开发疫苗、诊断和治疗大流行病。[28]同时，COVID-19 疫情也暴露了现行国际法律框架的不足，尤其是在病原体遗传资源的获取和惠益共享方面。许多国家在应对疫情时，发现自身缺乏必要的法律工具来有效管理病原体的获取和共享，以及确保从研究中获得的惠益能够公平分配。这促使国际社会加速了对现行国际法律框架的完善探讨，以期在疫情结束后，能够建立起一个更加健全、公平和有效的病原体遗传资源管理体系。

在此背景下，国际社会开始探索制定新的国际文书，以防范和应对当前以及未来可能出现的病原体获取和惠益共享问题。因而，如何确保病原体及其基因序列数据的可靠国际流动和惠益共享，以及公平地获得由此产生的医药产品，成为新国际文书谈判中最具争议的问题之一。国际社会意识到，必须构建一个更加公正、透明和有效的机制，以确保所有国家都能公平地获取和利用病原体遗传资源，

[24] WHO, Pandemic influenza preparedness: sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits，https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA60/A60_R28-en.pdf，visited on 1 May 2024.
[25] Gostin L O, DeBartolo M C, Katz R. *The global health law trilogy: towards a safer, healthier, and fairer world*[J]. The Lancet, 2017, 390(10105): 1918-1926.
[26] 《PIP 框架》第 4 章：术语的定义和使用。
[27] Omberg R T, Tabarrok A. *Is it possible to prepare for a pandemic*?[J]. Oxford Review of Economic Policy, 2022, 38(4): 851-875.
[28] Thambisetty S, McMahon A, McDonagh L, et al. *Addressing vaccine inequity during the COVID-19 pandemic: The trips intellectual property waiver proposal and beyond*[J]. The Cambridge Law Journal, 2022, 81(2): 384-416.

并从中受益。为此，各国开始积极参与《大流行协定》的谈判，力求在病原体遗传资源的获取、利用和惠益共享方面达成共识。这一进程不仅涉及法律和技术层面的讨论，还涉及各国在公共卫生、经济发展和社会福利等方面的利益平衡。通过谈判，国际社会有望建立一个更加完善的病原体遗传资源获取和惠益共享体系，为全球应对未来可能出现的公共卫生危机提供更加坚实的法律保障。

（三）后疫情时代的国际治理新方向

在近年的 COVID-19 大流行中，病原体遗传资源的共享是快速和无条件的，也没有国家对此种共享主张利益回报。但在新冠疫苗、治疗和诊断产品的全球分配中确出现了极大的不公平。此外，COVID-19 还引发了全球对公共卫生体系的深刻反思。各国开始更加重视公共卫生体系的建设和投入，以提高应对突发公共卫生事件的能力。在这一过程中，病原体遗传资源的获取和惠益共享被视为公共卫生体系建设的重要组成部分。

为避免在未来大流行中再次出现无条件共享病原体遗传资源但无法在全球实现大流行医疗应对产品公平、公正分配的窘境，各国有必要在新的《大流行协定》中确立相关的 PABS 系统。即各国应如何共享具有大流行潜质的病原体遗传资源以及如何从这些病原体遗传资源的共享中得到相应回报，这也是《大流行协定》谈判中的重大争议焦点之一。[29]《大流行协定》在其草案第 12 条中强调了“公平及时的获取和惠益共享”的重要性，选择将“获取和惠益共享”作为实现卫生公平的主要机制。同时，草案提出要建立一个具有大流行潜力的病原体获取和惠益共享的多边系统：世界卫生组织病原体获取和惠益共享系统（the WHO Pathogen Access and Benefit-Sharing System，以下称 PABS 系统）。PABS 系统作为在《大流行协定》中实现公平的潜在机制，旨在解决两个问题：确保生物医学和公共卫生研究人员能够及时获取病原体样本及其基因序列数据，以及确保在大流行期间为有需要的国家获取诊断工具、疫苗和治疗方法。[30]其中，有待谈判的一个关键问题是，各国是否会承诺采纳上述 PABS 系统并实现真正公平和公正的惠益共享，其中存在较大的自愿协商和自由裁量空间。

在《大流行协定》谈判过程中，各成员国就确认各国对其生物遗传资源拥有的主权权利和采取集体行动减轻公共卫生风险的重要性达成初步共识，强调必须促进迅速和及时共享具有大流行潜力的病原体材料和序列信息及其产生的惠益。[31]但是在有关 PABS 系统材料与信息获取范围、与可追溯性相关的公平性和生物

[29] Geneva Graduate Institute, Global Health Centre：The making of a pathogen access and benefit sharing (PABS) system: a multi-stakeholder dialogue，https://repository.graduateinstitute.ch/record/302649?v=pdf，visited on 24 May 2024.

[30] Hampton A R, Eccleston-Turner M, Rourke M, et al. *Equity in the Pandemic Treaty: Access and Benefit Sharing as a Policy Device or a Rhetorical Device?(2023)*[J]. Journal of Law, Medicine & Ethics, 51: 217.

[31] Daniela Morich, Pandemic Accord Update: The Final Stretch Begins, https://www.governingpandemics.org/gp-snapshot, visited on 20 May 2024.

安全、非货币化及货币化惠益形式等核心问题上还存在巨大分歧和立场差异[32]，且与此相关的标准化、具有法律约束力的合同的使用、PABS 系统使用者注册要求和知识产权等问题仍未解决，甚至有观点指出第 12 条 PABS 系统的谈判情况将决定《大流行协定》的成败。[33]概言之，目前谈判仅就 PABS 系统应存在的事实达成了共识，但其精确架构仍未明确。在获取和惠益共享的模式、条件及具体条款方面，仍存在显著分歧。具体分歧点包括：PABS 系统的基本定义；法律文书方式及其生效期；应遵循的原则及国际、国内法律法规；PABS 系统的构成；货币化惠益共享方案；非货币化惠益共享方案等。

2024 年 11 月，联合国《生物多样性公约》第十六次缔约方大会（COP16）达成多项共识并通过多项成果性协议，其中一项是设立一个全球基金——卡利基金会（Cali Fund），该基金专注于公平和公正地分配利用遗传资源数字序列信息（Digital Sequence Information on Genetic Resources，DSI）所产生的利益。成立该基金的目标是确保公平公正地分配利用遗传资源数字序列信息所产生的利益，以整合所有部门的生物多样性，促进实施生物多样性可持续政策。根据大会达成的协议，受益于遗传资源数字序列信息的企业需将其利润的 1% 或营收的 0.1% 缴入卡利基金会。该基金会将在联合国的监督下运作，资金的一半分配给遗传资源所在国，另一半分配给相关的土著民族。但遗憾的是，该协议并不具有强制约束力，未来的实施效果仍需各方共同努力。[34]

综上，各国在病原体遗传资源获取和惠益共享问题上存在政治、经济利益上的分歧或对立，尤其是存在发达国家的商业利益与发展中国家的发展权益之争，导致相关国际法规则迟迟无法落地和实践。在全球性公共健康挑战面前，如何确保病原体遗传资源的公平获取和惠益共享，是当前学术界和国际社会需要共同面对的重要课题。病原体遗传资源获取和惠益共享的权利之争不仅是国家利益冲突问题，也是全球公共卫生、知识产权、技术转让、伦理与公平等多方面的交叉议题。无论最终以何种形式建立该系统，其主要内容或者制度框架均已体现在《大流行协定》草案中，后续各方必然围绕病原体遗传资源的获取和共享、相关利益公平分配等关键制度设计展开博弈。通过明确现存问题、加强多边合作和制定明确的法律、政策框架，或许能够逐步缓解此类冲突和争议。

[32] WHO, Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response，https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_10-en.pdf，visited on 26 May 2024.

[33] 腾讯网，《全球卫生安全悖论：为什么大流行病条约仍然难以达成？》，https://new.qq.com/rain/a/20240905A014NM00，2024 年 9 月 20 日访问。

[34] 央广网，《联合国<生物多样性公约>第十六次缔约方大会通过多项成果性协议》,https://news.cnr.cn/sq/20241103/t20241103_526962958.shtml, 2024 年 11 月 12 日访问。

三、病原体遗传资源获取和惠益共享的困境剖析

（一）病原体相关定义和权属的模糊性

病原体的价值不仅体现在对人类健康的直接影响上，还体现在对医学科学、公共卫生、药物开发和生态学研究的贡献上。深入研究病原体可以更好地保护和促进人类健康，同时也为全球健康安全做出贡献。[35]表面上，病原体资源共享之争是一个条约解释的分歧与国际法体系的漏洞。但它实质上反映出，国际法因分配正义缺失而无法破解全球公共卫生危机的难题。病原体遗传资源涉及生物多样性、公共卫生、知识产权以及国际合作等领域，不同利益相关方在定义病原体遗传资源时关注的重点有所不同，因此导致了定义上的模糊和冲突。

病原体遗传资源实际上具有的双重身份：公共卫生工具与国家主权资源。作为公共卫生工具，尤其是应对新发传染病时，病原体被视为关键的研究对象，全球共享病原体遗传资源被认为对公共健康至关重要。例如，在应对 COVID-19 时，快速共享病毒样本和基因序列是疫苗研发和诊断工具开发的关键。然而，从这一角度出发，病原体遗传资源应被视为全球公共品，其获取和使用应基于最大限度促进全球健康和科学进步的目标。反之，作为国家主权资源，基于《生物多样性公约》和《名古屋议定书》，遗传资源属于国家主权范围。病原体遗传资源作为遗传资源的一部分，同样受这一框架的管辖。这意味着病原体遗传资源的获取和使用必须遵守国家的准入和惠益共享规则。各国，尤其是生物多样性丰富的国家，普遍认为病原体是其自然资源的一部分，不应被轻易获取或用于商业目的，除非有明确的惠益共享机制。上述公共卫生需求与国家主权的紧张关系，是定义病原体遗传资源难以厘清的一个重要原因。

是以，病原体是否属于《生物多样性公约》所规定的“遗传资源”，是国家对其主张主权权利的合法性来源。结合《生物多样性公约》与《名古屋议定书》中有关遗传资源的定义，遗传资源是指具有实际或潜在价值的，来源于动植物、微生物或其他来源的任何具有遗传功能单位的材料。[36]某一材料若需要符合《生物多样性公约》对“遗传资源”的定义，则其至少需要满足“具有实际或潜在价值”及“具有遗传功能单位”两方面的具体要求。有观点据此指出，“遗传资源”是有形的物质材料且应具有功能性和价值性，主要指向的是各国政府、社区与居民投入了大量时间、工作和资源进行保护、栽培、理解和利用的土著资源。[37]但病原体侵袭人类健康甚至构成对生物多样性的威胁，不具有保护和培育的价值，不属于遗传资源的范畴。[38]同时，病原体基因序列数据更是是无形的信息数据，不属于遗

[35] Eccleston-Turner M, Brassington I. *Infectious diseases in the new millennium*[M]. Springer International Publishing, 2020: 37-40.

[36] 《生物多样性公约》，第 2 条；《名古屋议定书》，第 2 条。

[37] Wynberg R. *Biopiracy: Crying wolf or a lever for equity and conservation?*[J]. Research Policy, 2023, 52(2): 1-14.

[38] Fidler D P. *Influenza virus samples, international law, and global health diplomacy*[J]. Emerging infectious diseases, 2008, 14(1): 88.

传资源的范畴，进而提出要对《生物多样性公约》及《名古屋议定书》进行修订，或者重新谈判一项具有法律约束力的惠益分享专门文书，进一步主张对“遗传资源”范围进行限缩解释。[39]上述观点看似合理，实则对“遗传资源”的理解过于片面、静止，更不符合《生物多样性公约》及《名古屋议定书》“公平合理共享利用遗传资源而产生的惠益”的宗旨。此外，随着生物医学技术的革新发展，海量的基因序列数据已经被各国科学家从各类病原体样本中提取，相关研究将进一步提高人类对传染病的科学认识，并推动相关医疗资源的开发利用，最终提升全球公共卫生应对能力。病原体基因序列数据可以通过公共数据库共享，供全球科学家使用。这种数字化信息的获取和使用与传统物理样本的获取存在显著差异。此种数字化信息的自由流动给定义病原体遗传资源带来了更深层次的挑战：是否应将病原体基因序列数据视为遗传资源的一部分？以及如何确保病原体基因序列数据的使用也遵循惠益共享原则？

（二）病原体遗传资源国际法规制的碎片化

国际社会尚未形成统一的法律框架来规范病原体的获取和惠益共享，国际法律协调性差，相关国际法律文件缺乏统一性与联系性，呈现整体规制的碎片化。尽管《生物多样性公约》和《名古屋议定书》等国际条约提出了遗传资源的获取和惠益共享原则，但在病原体领域，这些条约的适用性和实施效果仍存在争议。尤其是在传染病暴发期间，快速获取病原体样本和数据至关重要，而现有法律和政策框架常常导致获取程序复杂、效率低下，可能会延误病原体样本的获取和共享，影响全球公共卫生应对的及时性和有效性。同时，《生物多样性公约》和《名古屋议定书》主要是针对传统的生物多样性保护和遗传资源管理，更多适用于动植物和其他传统生物资源，对病原体的特殊需求和应对机制考虑不足，导致在实践中难以有效实施。此外，各国在病原体遗传资源的获取和惠益共享方面的法律和实践差异较大，缺乏统一的标准和程序。一些国家可能拥有较为完善的法律框架和高效的监管机制，而另一些国家则可能缺乏相关法规或执行不力，这进一步加剧了国际法规制的碎片化。因此，国际社会需要加强合作，共同推动制定统一、高效、适应性强的国际法律框架，以更好地规范病原体遗传资源的获取和惠益共享，提高全球公共卫生应对能力。

虽然国际社会当前未能就病原体获取和惠益共享建立统一规则，但不同主体已就相关资源的获取和惠益共享问题在不同领域达成了一定共识，其中最富代表性的就是在世界卫生组织下专门针对特定病原体多边获取和惠益共享建立的《PIP 框架》。需要强调的是，《PIP 框架》获取与共享范围仅限于 H5N1 病毒及其它可能引起人类大流行的流感病毒，且不包括基因序列数据。同时，《PIP 框架》没有正式要求共享病原体样本，只是鼓励共享病原体样本，且没有就相关事

[39] Kobayashi K. *Will the Discussion on Digital Sequence Information on Genetic Resources Contribute to the" Evolution" of CBD?*[J]. Biodiversity Information Science and Standards, 2019, 3: e36593.

项提供明确的时间要求。由于《在大流行流感防范（PIP）框架下共享具有人类大流行潜力流感病毒（IVPP）的操作指南》本身的非约束性，其中的相关操作用语多为建议性选择，这就使得各方依然难以有效实现对相关规定的有效遵守。[40]其运行主要是通过签订两类标准材料转让协议（Standard Material Transfer Agreements，SMTA）来实现世界卫生组织与各会员国、药物/疫苗/诊断试剂生产商、科研机构、生物技术公司及其他利益相关方对可能引起人类大流行的流感病毒的获取和惠益共享。SMTA-1 管理与世界卫生组织指定实验室（即国家流感中心、世界卫生组织合作中心、H5 参考实验室和其他监管实验室）的材料共享，SMTA-2 管理与此类实验室以外的实体的材料共享。接收流感生物材料的生产商必须提供流感疫苗、诊断试剂和药物，并在大流行期间通过分级定价和技术转让，为中低收入国家服务。此外，生产商每年需要为伙伴关系提供资金捐助，用于推动全球流感大流行的防范与应对工作。但《PIP 框架》在文件本身性质、适用范围，以及对病原体样本获取模式、各方惠益保障等方面的规定存在仍较大局限。《PIP 框架》也没有被确认为《名古屋议定书》第 4 条第 4 款含义范围内的专门性国际获取和惠益共享工具，这意味着它没有取代《生物多样性公约》建立的双边、基于主权的获取和惠益共享系统，更多是作为世界卫生组织为解决病毒主权争议、达到平衡各方利益与保障公共健康的妥协产物。

除此之外，《大流行协定》谈判中提议确立 PABS 系统的范围与《PIP 框架》的范围存在一定重叠，PABS 系统与《PIP 框架》之间的关系尚未厘清。本文认为，如果 PABS 系统能够履行其承诺，则应实现与《PIP 框架》的相互补充，没有理由为了获取和惠益共享的目的而独立运行一个区别对待大流行性流感的平行系统。由此可见，如果难以通过《大流行协定》建立专门的 PABS 系统，全球将缺乏病原体获取和惠益共享的专门法律框架，世界卫生组织当前针对病原体获取和惠益共享依然存在着巨大的监管空白亟待完善。目前，尚不存在多边性和交易性的专门国际条约治理模式是不合理及不完善的。

（三）获取和惠益共享的复杂性与交叉性

在当前的国际法律框架下，各个国际组织、国家和地区对于病原体遗传资源的获取和惠益共享存在着不同的理解和要求，导致国际造法进程中的合作与协调难以取得显著成效。此外，由于病原体遗传资源涉及生物学、医学、法学等多个学科领域，跨领域交叉的问题也愈发突出，这给国际规则的制定和应用带来了极大的挑战。不同学科之间的专业术语、研究方法和利益诉求的差异，使得国际规则在适用过程中常常出现理解偏差和冲突。同时，各国对于病原体遗传资源获取和惠益共享的利益诉求和价值观念也存在差异，这加剧了社会利益与价值之间的

[40] WHO, Operational guidance on sharing influenza viruses with human pandemic potential (IVPP) under the Pandemic influenza preparedness (PIP) framework, https://apps.who.int/iris/handle/10665/259402, visited on 13 June 2024.

博弈，使得相关法律困境愈发凸显。

PABS 系统是一项旨在优化当前病原体遗传资源获取及惠益共享过程中复杂性与交叉性问题的综合性解决方案。PABS 系统作为一种多边体系，将及时获取和惠益共享分离，致力于重建各国对国际法和国际体系实现健康权的信任。[41]非洲国家集团和公平国家集团（Equity Group）所代表的 72 个国家提出一个建立在《PIP 框架》模式基础上的全面的 PABS 系统，从 PABS 系统中获得经济利益的用户应提供有诚意的货币利益共享，以支持大流行的防范和应对以及 PABS 系统的有效运作。对于数字形态的基因序列数据，两大国家集团建议设立对 WHO 成员国负责、透明、多边的 PABS 系统序列数据库，要求访问和获取数据信息的用户落实公平、公正的惠益共享。[42]但是，欧盟和美国均不同意以上两大国家集团对 PABS 系统的提案。欧美反对的主要立足点之一是“开放科学（Open Science）”理念，认为对获取病原体及基因序列数据采取任何方式的管理和规范都会造成研发和创新的延误，尤其在国际关注突发公共卫生事件和大流行中。

根据欧盟的提案，病原体样本和基因序列数据无条件地向提出请求的一方开放。但这涉及到“病原体”是否归属“生物遗传资源”范畴，对此各界观点不一。如属于，要求无条件共享则可能有悖于《生物多样性公约》及《名古屋议定书》所明确的缔约国对其境内“生物遗传资源”享有主权权利的原则。而且，欧盟要求共享所有“导致或可能导致人类宿主疾病”的病毒和生物体，共享范围不仅限于病原体的实体样本，还包括“对其使用有用的流行病学信息和临床信息”。这相当于要求世界卫生组织成员国与全球范围的实验室网络无条件共享所有此类生物资源及相关流行病学和临床信息，但又无有效的机制保障利用这些生物资源和信息开发的产品和获得的利益如何公平分享。[43]除此之外，欧盟仅禁止对以收到形式（即未经修改的形式）的病原体及基因序列数据主张知识产权，但支持病原体样本及基因序列数据在其他方面受到知识产权保护，并且呼吁尊重样本制备中所使用的专有技术。德国、英国等国甚至希望推行匿名模式的信息和数据共享。[44]但上述 PABS 系统的设计不仅无法落实病原体获取和惠益共享，还会危及国家生物安全。[45]

在上述各国家集团对 PABS 系统的立场存在严重分歧的情况下，INB 公布了

---

[41] WHO, Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response, https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_10-en.pdf, visited on 13 June 2024.

[42] Global Health Centre, The making of a pathogen access and benefit sharing (PABS) system: a multi-stakeholder dialogue, https://repository.graduateinstitute.ch/record/302649?v=pdf, visited on 14 June 2024.

[43] Third World Network, The EU's ABS Proposal for the pandemic instrument: Backwards in International Solidarity and Excerbates Inequity, https://www.twn.my/title2/intellectual_property/info.service/2024/ip240101.htm, visited on 14 June 2024.

[44] Thomas B.Cueni, Without Ensuring Swift Access to Pathogens, Pandemic Accord Risks Failure, Health Policy Watch, https://healthpolicy-watch.news/without-ensuring-swift-access-to-pathogens-pandemic-accord-risks-failure/, visited on 14 June 2024.

[45] 龚向前. 生物安全保障的法律问题研究[J]. 武汉大学学报（哲学社会科学版）,2009,62(3):324-328.

一份 PABS 系统设计要素。[46]根据这份设计要素，拟议的 PABS 系统应实现两个目标：快速、系统和及时地获得病原体和基因序列数据，这有助于加强全球监测和风险评估，并促进健康产品的研究、创新和开发；在平等的基础上，根据公共卫生风险和需求，公平、公正和快速分享利用病原体及其基因序列数据带来的货币和非货币利益，包括及时、有效和可预测地获得健康产品。为实现上述目标，该系统应当符合《生物多样性公约》和《名古屋议定书》的目标；提供法律确定性；尽可能多的参与，以及简单、实用和透明。所有缔约方都将为加强和维持 PABS 系统有效运作的相关能力作出贡献，以实现全球公益和全球卫生安全。但上述设计要素公布后又引发了新一轮争议。非洲国家集团和公平国家集团认为，该设计要素深受欧盟 PABS 提案影响，罔顾非洲国家集团和公平国家集团 PABS 提案的各项诉求，并试图让非洲国家集团和公平国家集团关于 PABS 系统的提案被边缘化。[47]

此外，各国的法律框架在病原体获取、共享和利用方面存在差异，这可能导致在实施 PABS 系统时遇到法律障碍。例如，某些国家的生物安全和生物保护法规可能限制病原体的跨境转移。[48]这种法律框架之间的不一致性导致了各国在 PABS 谈判中的立场分歧，并阻碍了全球资源的有效共享。同时，PABS 系统的有效实施要求各国具备强大的技术能力和相应的基础设施，特别是在病原体样本的采集、处理、储存和共享方面。然而，许多低收入国家在这些方面严重欠缺，导致其在谈判中处于不利地位，难以充分参与到资源的获取和惠益共享过程中。部分国家缺乏参与全球病原体监测和共享系统的能力，这也限制了其从 PABS 系统中获益的能力。因此，如何支持上述国家进行能力建设，保证公平与可持续性也成为一个关键问题。

四、病原体遗传资源获取和惠益共享的纾解路径

（一）明确病原体遗传资源定义及权属

为了解决病原体遗传资源定义及权属的不清问题，当前各方提出了以下可能路径：其一，定义的多层次框架。建议建立一个多层次的定义框架，在不同的场景下（如公共卫生紧急情况、日常科研、商业开发等）采用不同的病原体遗传资源定义。[49]这一框架可以在不同法律和监管制度下灵活运作。例如，在全球卫生危机中，病原体遗传资源可被视为全球公共品；而在商业开发过程中，它应受到

[46] WHO, Article 12: Vice Chair and Co-Facilitators' proposed PABS design elements, https://healthpolicy-watch.news/wp-content/uploads/2024/02/Article-12-PABS-design-elements-2024-02-14-for-INB-Bureau-003.pdf, visited on 15 June 2024.

[47] Third World Network, WHO: Attempts to side-line Africa and Equity Group proposal on the PABS System, https://www.twn.my/title2/health.info/2024/hi240205.htm, visited on 14 June 2024.

[48] Tvedt M W, Fauchald O K. *Implementing the Nagoya Protocol on ABS: A Hypothetical Case Study on Enforcing Benefit Sharing in Norway*[J]. The Journal of World Intellectual Property, 2011, 14(5): 383-402.

[49] WHO. Article-by-article compilation of proposed amendments to the international health regulations (2005) submitted in accordance with decision wha75(9), https://apps.who.int/gb/wgihr/pdf_files/wgihr1/WGIHR_Compilation-en.pdf, visited on 14 June 2024.

主权国家的知识产权和利益分享机制的保护。其二，基因序列数据的单独定义。针对病原体基因序列数据的争议，可以通过独立定义基因序列数据并制定相应的获取和惠益共享机制，解决物理样本与数字信息之间的监管鸿沟。这样既可以保证科学研究的开放性，又能确保数字资源的合理管控和公平共享。

首先，针对定义的多层次框架，本文认为该框架过度依赖于明确区分不同的使用情境，例如“公共卫生紧急情况”和“日常用途”。然而，何种情况下属于“公共卫生紧急情况”或“日常用途”并没有明确的界定标准。这种模糊的边界可能导致各方在解释和应用这些规则时产生分歧，增加法律上的不确定性和法律体系的复杂化，尤其是在跨国病原体获取和惠益共享机制中，各国法律和利益需求不同，协调起来非常困难。除此之外，实施多层次框架需要在每种情境下实施不同的获取、共享和惠益机制，这将进一步增高执行和管理成本。发展中国家缺乏必要的法律、监管和执行机构，可能难以在多层次框架下有效管理和保护其病原体遗传资源。发达国家则可能利用多层次框架的复杂性，通过法律漏洞获取资源而不遵循惠益共享规则。其次，单独定义病原体基因序列数据是为了解决物理样本与数字遗传信息之间的差异，旨在解决病原体数字信息的特殊性问题，但此举也带来了诸多潜在弊端。这会削弱惠益共享机制，导致资源提供国无法从数据的商业化应用中受益，加剧全球南北方的不平等。同时，跨国公司可能通过绕开遗传资源法律框架利用病原体基因序列数据牟利，限制资源提供国的经济回报。此外，这种做法会破坏国际卫生合作的信任，阻碍科学开放性，尤其在应对全球公共卫生危机时可能带来不利影响。最终，单独定义还增加了管理复杂性，导致物理资源和数字信息的监管脱节，给全球遗传资源治理带来更多挑战。

基于此，根据病原体在自然界与人类社会中普遍存在的表现形式，以是否存在人为智力创造因素或者存在该因素的多少为标准，本文认为可以将病原体遗传资源概分为以下几种：

其一，自然环境中未经人为处理的病原体。例如因感染病毒而死亡的动植物残骸或组织，这些材料中虽然包含病原体信息，但它们是自然存在的形式，但是不具备人为智力因素。在该阶段，人为智力因素介入较少，因此，权利属性更偏向于资源的发现和收集，而非资源的创造或改进。[50]货币性惠益共享主要涉及到资源的公平和合理分配，以及对原产地国家和社区的补偿。

其二，经过人为分离、加工、储存的病原体样本。此类病原体样本由前一类病原体材料分离得到，用一定的技术予以分离保存，便于进行实验室研究和分析，在分离保存途中存在一定的人为智力因素加工。该阶段权利属性包括对分离和加工技术的权利，以及对由此产生的新遗传材料或产品的权利。货币性惠益共享则更复杂，需要考虑研发投入、知识产权保护以及对原始资源提供者的利益分配。

[50] 李一丁. 全球微生物遗传资源获取规则动态、中国问题与完善建议[J]. 中国科技论坛,2019(11):21-29.

其三，通过基因测序技术取得的病原体基因序列数字信息、研究数据和结果。国际社会就上述病原体基因序列数据的法律地位问题依然存在较大分歧。虽然从传统意义上讲，这些信息可能超出了“遗传资源”的定义范畴[51]，但“材料”（material）[52]一词不应与“物质”（matter）[53]相混淆。此外，从《生物多样性公约》设定的主要目标看，将基因序列数据视为遗传资源亦符合其要求。在经济学中，资源不仅包括自然资源，还包括社会资源，而病原体基因序列数据属于社会信息资源的一种。在这一阶段，人为智力因素体现在高度专业化的技术应用和数据分析上。权利属性涉及到数据的所有权、使用权和知识产权，以及对数据分析结果的保护。惠益共享则需要进一步考虑数据的商业化利用、技术转让和国际合作等方面。考虑到遗传资源立法规范基因序列数据获取的各国实践不一[54]，在明确基因序列数据区别于物理病原体样本法律地位的基础上，国际社会可以根据基因序列数据自身特点及各国实践，进一步探索符合公共卫生目标的基因序列数据获取和惠益共享路径。

上述三类病原体遗传资源的获取方式，可以归纳为原生境获取、非原生境获取和生物信息学获取。通过厘清对病原体遗传资源的分类，可以更好地理解不同阶段、不同类型的病原体遗传资源权利属性和惠益共享问题，并制定相应的保护措施。这不仅有助于促进相关科学研究和技术创新，也有助于确保资源的可持续利用及公平合理的国际合作。

（二）加强相关规范的协调与一致性

病原体遗传资源获取和惠益共享是一个涉及多方利益和多层次问题的复杂议题，应对现行国际法律文书进行全面梳理，明确各国对病原体享有的主权权利，明确其效力范围及相互之间的关系，以避免法律冲突和不确定性。国际社会应共同发布相关政策与指导方针，为各国实践提供明确的方向和参考，促进各国在病原体遗传资源获取和惠益共享方面的协调与合作。同时，设立国际法律文书的定期审查与评估机制，及时根据实践发展对法律文书进行调整和完善，确保其能够适应新的形势和需求，为病原体遗传资源的可持续利用及公平合理的国际合作提供坚实的法律保障。通过在法律、道德和政策层面进行进一步的完善和优化，国际社会有望建立一个更加公正、有效和可持续的病原体遗传资源获取和惠益共享机制，为全球公共卫生的安全与发展提供有力保障。

---

[51] 孙名浩,李颖硕,赵富伟. 病原微生物遗传资源共享利用制度现状、展望与应对建议[J]. 微生物学通报,2024,51(3):720-731.

[52] 《生物多样性公约》界定“遗传资源”时使用了“材料”（material）这一用语。

[53] CBD, Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on Genetic Resources, Synthesis of Views and Information on the Potential Implications of the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources for the Three Objectives of the Convention and the Objective of the Nagoya Protocol, https://www.cbd.int/doc/c/ad68/0246/9c64d10cbbc249734cc73e9d/sbstta-22-inf-02-en.pdf，visited on 3 May 2024.

[54] 吴林寰,石蕾,高孟绪,等. 浅析遗传资源数字序列信息的发展现状与建议[J]. 中国科技资源导刊,2021,53(2):36-43.

其一，明确各国对病原体享有的主权权利。明确将病原体及其基因序列数据归类为“遗传资源”，从而使各国对其的主权主张满足《生物多样性公约》《名古屋议定书》等相关规范的合法性要求，有助于改善发展中国家在公共卫生建设与发展过程中的弱势地位。但也要考虑到病原体基因序列数据与物理病原体样本的法律地位难以保持一致，具体实践中可以根据基因序列数据本身的特点进一步区别获取和惠益共享路径，对基因序列数据的获取与共享重点应在于公共数据库的建设与完善。此外，大多数国家的国内立法实践也表现出将病原体纳入“遗传资源”的趋势。[55]这种立法趋势为国际社会提供了实践依据，推动了全球对病原体遗传资源管理的统一规范。基于此，本文认为现行国际法律应进一步明确“遗传资源”的范畴，并明确将病原体及其基因序列数据纳入其中，进一步澄清和重申各国对在领土范围内分离的病原体享有的主权权利，区别基因序列数据共享的规范路径，从而促进各国共同构建更为公平、透明和有效的全球公共卫生体系，促进国际社会在应对卫生危机中的合作与发展。

其二，明确现行相关国际法律文书的效力与关系。世界卫生组织和相关国际条约权力机构应积极促进各方就《生物多样性公约》《名古屋议定书》《PIP 框架》之间的关系达成共识，关键是要明确《PIP 框架》是否属于《名古屋议定书》第 4.4 条提及的专门性获取和惠益共享国际文书。明确这一关系将消除在共享可能引起人类大流行的流感病毒问题上的法律不确定性，避免当前各国在获取和惠益共享实践中的延迟。从而确保在大流行威胁面前，各国能够迅速、协调地进行应对。同时，世界卫生组织可以将《大流行协定》中 PABS 系统的谈判作为重要契机，积极引导相关国家和利益攸关方为明确现行相关国际法律文书之间的关系展开深入讨论以达成共识，尽可能避免各国在解释和适用上的冲突。通过明确各国际法律文书的关系，各国能够更好地协调其国内法律体系，促进各国明确其国内相关立法，确保在全球公共卫生危机中采取快速、统一的行动，增强全球公共卫生体系的透明度、合法性和可预测性。这也为未来可能出现的跨国传染病威胁提供了坚实的法律基础，进而保障全球公共卫生安全。世界卫生组织还可以通过发布政策文件和指南等方式，进一步引导会员国在国内法律和政策方面的更新和完善，或提出条约的保留声明来明确关系。这不仅有助于增强会员国对国际法律文书的理解和执行力，还能推动其国内法律与国际法律框架的协调。此外，国际社会还应考虑建立一个定期审查机制，评估相关文书之间的协调性和实施效果，确保法律文书能够随着全球卫生需求的变化进行适应性调整。定期审查机制还可以为各国提供一个交流平台，分享成功经验和最佳实践，进一步推动国际法律框架的一致性和可操作性。

[55] 龚向前.传染病控制与当代国际法变革的新趋势——以《国际卫生条例》(2005)为例[J].法学评论,2011,29(01):110-114.

其三，设立国际法律文书的定期审查与评估机制。为了应对病原体遗传资源获取和惠益共享领域的快速变化，设立一个定期审查与评估机制是至关重要的。这一机制能够确保国际法律文书能够跟上科技发展和国际合作的新趋势，及时调整和完善相关规则。通过定期的审查，可以及时发现现有法律框架中的不足之处，评估其实施效果，从而提出改进建议。同时，评估机制还能促进国际间的信息共享和经验交流。该机制将有助于提高国际法律文书的适应性和有效性，更好地服务于全球公共卫生安全和生物多样性的保护。此外，定期审查与评估机制还可以作为一个监督和激励的工具，鼓励各方积极参与国际法律文书的更新和完善。各方在审查与评估过程中，共同探讨解决方案。此种互动不仅能够增进各国之间的理解和信任，还能纾解社会利益与价值博弈的紧张态势。

（三）构建多元主体参与的新系统

病原体获取和惠益共享相关国际制度涉及生物多样性保护、公共健康、粮食安全、全球贸易以及知识产权等诸多领域。[56]完善现行病原体样本及其基因序列数据共享的国家法律框架，离不开多方国际组织和非国家行为者的参与。除世界卫生组织外，其他国际组织在病原体获取和惠益共享中的作用亦不可或缺：联合国粮食和农业组织通过了包含粮食和农业植物遗传资源获取和惠益共享的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》[57]；世界贸易组织关注《与贸易有关知识产权协定》和《生物多样性公约》的关系，相关区域贸易协定也涉及生物遗传资源获取和惠益共享的规定，部分针对遗传资源设置了来源披露制度[58]；世界知识产权组织通过了知识产权、遗传资源和遗传资源相关传统知识国际法律文书《WIPO 知识产权、遗传资源和相关传统知识条约》[59]。上述国际组织的实践经验都可以为病原体获取和惠益共享规范的建立提供参考与借鉴。

除了国际组织的作用，非国家行为体如学术机构、科研机构、非政府组织（NGOS）、私人公司等，也在病原体样本和基因序列数据共享的法律框架完善中扮演着重要角色。以上行为体通常掌握着关键的技术和知识资源，能够推动共享实践的发展和创新。诚然，要实现 PABS 系统的有效构建，国际组织和非国家行为者之间的协同合作至关重要。多方参与的模式不仅能够增强法律框架的科学性和合理性，还能确保这些法律在国际范围内具有协调性和可操作性。通过多方合作与多元参与，国际组织可以更好地将全球标准与各国的具体情况相结合，而非

---

[56] Kamau E C, Fedder B, Winter G. *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community*[J]. Law Env't & Dev. J., 2010, 6: 246.

[57] 《粮食和农业植物遗传资源国际条约》第 10-11 条。

[58] WTO, The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ipcw368_e.doc&ved=2ahUKEwiCotWYj4GIAxWDzTgGHc0oBMMQFnoECB0QAQ&usg=AOvVaw3tMAtTzWeHa5gTdstO41ea, visited on 4 June 2024.

[59] WIPO, Treaty on Intellectual Property, Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/gratk_dc/gratk_dc_7.pdf, visited on 23 June 2024.

国家行为体则可以通过实践和创新为法律框架的完善提供宝贵的经验和反馈。当前，《大流行协定》中的 PABS 系统仍处于复杂且困难的谈判阶段。[60]多元主体参与改善 PABS 系统的谈判，进而促进新系统的构建就显得更为重要。

其一，解决 PABS 系统中的法律冲突。世界卫生组织应推动各方就《大流行协定》与其他相关国际法律文书之间的关系进行明确和统一。目前相关法律框架之间的不一致性导致了各国在 PABS 谈判中的立场分歧，谈判的一个关键挑战是如何在多边框架下实现公平获取和惠益共享。此外，可考虑建立一个法律解释和争端解决机制，这一机制应涵盖国际法专家、政府代表以及利益相关方，通过定期会议和磋商，推动各方就法律适用达成一致，帮助各国在冲突出现时迅速达成一致，从而减少谈判和实施过程中的法律障碍。

其二，推动资源分配的公平性与可持续性。为了确保 PABS 系统的公平性，国际社会应探索建立一个以需求为导向的资源分配模型，建立更明确的技术转让和知识共享机制，进一步明确规定技术转让的标准和程序，结合各国的卫生需求、经济状况和疫情风险等级进行资源分配。通过设立相关全球卫生基金，专门用于支持低收入国家获取疫苗、药品和诊断工具，确保资源分配的公平性和可持续性。此外，应在惠益共享协议中进一步明确规定各方的权利和义务，确保所有参与方都能获得合理的回报，从而提高 PABS 系统的吸引力和可持续性。

其三，提升技术能力建设与基础设施支持。国际社会，特别是世界卫生组织和其他相关国际组织，应加大对低收入国家技术能力和基础设施的投资力度。例如，可以通过建立技术转让机制，促进发达国家和跨国制药公司向发展中国家转移关键技术，提升其在样本处理和疫苗、药品生产方面的能力。同时，应推动建立区域合作中心，集中资源进行联合研发和生产，从而缩小国家间的技术差距。这些举措将使更多国家能够平等参与 PABS 系统的谈判和实践，增强全球卫生治理的整体能力。在此基础上，通过举办定期的国际会议和区域论坛，促进各国和利益相关者之间的交流与协同，特别是在大流行病防控经验、技术和信息共享方面。

其四，增强透明度与信任建设机制。世界卫生组织可设立一个 PABS 系统的利益相关者咨询委员会，定期召开会议，听取各方意见和建议。该委员会应包括发展中国家的代表，确保这些国家的声音能够得到充分表达和重视，推动建立更为多边和包容性的谈判机制。在 PABS 系统的重大决策过程中，世界卫生组织应定期公开征询各利益相关方的意见，并将这些意见纳入决策过程中。例如，在资源分配和惠益共享规则的制定和修订过程中，应通过公开会议或在线平台，收集并发布各方的反馈，确保决策的透明度。同时，为提高 PABS 系统的透明度，可

[60] Chloe Searchinger & Alejandra MartinezPandemic, Agreement Negotiations Begin Final Stretch: What To Expect, https://www.thinkglobalhealth.org/article/pandemic-agreement-negotiations-begin-final-stretch-what-expect, visited on 2 July 2024.

以考虑建立一个高效的信息发布和数据共享机制，包括资源分配情况、惠益共享进展、技术转让记录、资金流动等，确保所有相关方能够及时获取准确的信息。这有助于增强各国在谈判和实践中的合作意愿，减少国际社会对获取和惠益共享的不信任。

其五，引入渐进式的实施策略。鉴于各国在资源获取和惠益共享方面的利益差异，可以考虑采用渐进式实施策略，进而有效应对各国之间短期无法改变的利益分歧和技术差距。在 PABS 系统全面实施之前，可以考虑先通过试点项目或区域合作机制积累经验，并逐步扩大覆盖范围。这样可以在实际操作中调整和完善系统，降低实施风险。除此之外，PABS 系统还可以设计多阶段的实施过程，每个阶段有不同的目标和范围。例如，第一阶段可以专注于建立信息共享和技术转让机制，确保基础设施和技术能力的建设；第二阶段则可以逐步扩大到更多国家，并纳入更复杂的惠益共享协议。分阶段实施可以确保各国有足够的时间进行内部协调，并逐步适应新的法律和技术要求。通过渐进式的实施，PABS 系统可以从小范围内的自愿参与开始，逐渐扩展到更广泛的国际合作。通过展示初步成效，可以吸引更多国家自愿加入，并逐步扩大系统的覆盖范围。

五、结语

近年来，全球公共卫生治理的国际法律框架面临重大调整，尤其是在《大流行协定》的谈判过程中，围绕病原体主权、基因序列数据共享、获取和惠益共享机制等问题展开了激烈讨论。[61]PABS 系统作为《大流行协定》的核心构想之一，试图通过多边框架解决病原体遗传资源的公平获取和惠益共享。然而，各国在该系统的设计和实施上存在明显分歧，尤其是发达国家与发展中国家之间的利益冲突进一步加剧了谈判和实践的难度。但正如世界卫生组织总干事谭德塞所言："《国际卫生条例（2005）》修正案的成功表明，在这个分裂的世界里，各国仍然可以团结起来完成共同的事业。"、"尽管《大流行协定》尚未最终确定，但世界卫生大会已经敲定了前进的方向，并且能够在需要的时候起到保护和促进全球健康的作用。"[62]未来，国际社会需要在全球公共卫生治理中继续深化合作，推动病原体遗传资源获取和惠益共享问题的解决。

对此，我国始终致力于大流行病的防范和应对，以人类命运共同体理念参与病原体遗传资源国际法治，积极为全球抗疫贡献智慧和力量。我国强调，《大流行协定》的制定应秉持尊重成员国主权和相关权利、坚定维护多边治理体系、尊重多样性和差异性等原则。同时，我国强调加强全球统筹协调，从技术、财政和资源层面进一步加大对发展中国家的支持力度，切实解决目前存在的公平性问题，

[61] Hampton A R, Eccleston-Turner M, Rourke M, et al. *Equity'in the pandemic treaty: the false hope of 'access and benefit-sharing*[J]. International & Comparative Law Quarterly, 2023, 72(4): 909-943.

[62] WHO, Countries forging pandemic agreement, breathing life into a polarized world, https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/countries-forging-pandemic-agreement--breathing-life-into-a-polarized-world, visited on 25 June 2024.

补齐全球应对大流行短板，实现制定新的国际文书的初衷。[63]然而，要想让这些国家义务得以履行，而不是沦为一纸具文，程序的建构有着不亚于实体法的重要意义。在未来的全球公共卫生治理中，我国应继续积极参与国际谈判和合作。聚焦安全与发展，确保病原体获取过程的合法性和可追溯性；坚持多边与开放，促进病原体惠益共享的全球和区域性合作；倡导对话与包容，推动各国在国际治理中的交流和责任共担。将未来大流行病的预防、防范和应对纳入国家战略的重要组成部分。重申公平获得基本医疗资源的重要性，以加强全球卫生安全，并根据公共卫生风险和需求，提高病原体获取和惠益共享等传染病医疗对策的公平性，推动建立公平、公正的全球公共卫生体系，为实现人类卫生健康共同体的目标贡献智慧和力量。

Abstract： The access and benefit-sharing (ABS) of pathogen genetic resources has increasingly become a core issue in global public health governance, yet the legal status and regulatory frameworks for pathogens and their genetic sequence data remain uncertain. By examining the historical development of pathogen genetic resource ABS and its evolution within international legal regimes, significant divergences between the Global South and North emerge, highlighting the dilemma of international law in resolving global public health rights disputes due to a lack of distributive justice. Through an analysis of international legal instruments such as the Convention on Biological Diversity (CBD), Nagoya Protocol, Pandemic Influenza Preparedness Framework (PIPF) , and the ongoing WHO Pandemic Agreement, this study explores the design and negotiation challenges of the WHO PABS system. Key challenges include ambiguity, fragmentation, complexity, and intersectionality in ABS governance. The international community should clarify the definition and ownership of pathogen genetic resources, enhance coherence and consistency among relevant norms, and establish a multi-stakeholder participatory system to promote equity and sustainable development in global public health governance.

Keywords: Pathogen genetic resources; Access and benefit-sharing (ABS); Sovereign rights; WHO Pandemic Agreement

[63] 新华社，《中国支持世卫组织继续牵头“大流行协定”谈判磋商》，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202405/content_6954453.htm，2024 年 7 月 2 日访问。

实体义务上的谈判对海洋划界强制程序的限制

李泓燕*

内容摘要：海岸相邻或相向沿海国达成专属经济区和大陆架划界协议前进行谈判是《联合国海洋法公约》第 74 和 83 条暗含的一项实质义务。虽然此项义务与第 283 条规定的交换意见义务在阻却《公约》第十五部分关于争端解决的强制程序方面具有相似功能，但二者在制度价值、触发条件及履行标准上存在明显区别。司法实践对谈判义务履行标准的认定呈现出形式化趋势，这使得两项义务产生不合理混同。实践中，司法仲裁机构未审慎判断谈判义务的内容与意义便认定两项义务履行重叠，背离了《公约》设立协议划界方法的目的与宗旨，有扩大管辖权之嫌。

关键词：专属经济区和大陆架划界　善意谈判义务　交换意见义务　争端解决强制程序

一、问题的提出

谈判是国际社会解决国家间争端的首要方式。因划界事项与国家主权紧密相关，故国家大多倾向优先以谈判协商方式处理划界事项。谈判的优先地位应当以条约的具体规定为依据。《联合国海洋法公约》（以下称《公约》）第 74、83 条规定的协议划界方法中暗含的谈判义务和第 283 条规定的交换意见义务是《公约》中可能具有此种功能的条款。《公约》第 74、83 条第 1 款规定了专属经济区和大陆架划界的首要方式——协议划界，[1]第 2 款则处理了协议划界与第十五部分争端解决程序的关系，具体规定为“有关国家如在合理期间内未能达成任何协议，应诉诸第十五部分所规定的程序”。“第十五部分所规定的程序”即指第 283 条规定的两款交换意见义务，核心内容为“争端各方应迅速就解决争端的方法或实施方式交换意见”。[2]

2021 年 1 月，国际海洋法法庭特别分庭（以下称“分庭”）就毛里求斯与马尔代夫海洋划界案做出关于管辖权和可受理性问题初步反对意见的判决。马尔代夫的第三项初步反对意见为：“根据《公约》第 74、83 条第 2 款，双方之间进行谈判是分庭管辖权的程序性前置要件，但本案中双方谈判义务没有完成”。[3]对此，

* 清华大学法学院国际法专业博士研究生。

1 《联合国海洋法公约》第 74、83 条第 1、2 款除主体分别为专属经济区和大陆架外，其他内容相同。第 74、83 条第 1 款：“海岸相向或相邻的国家间专属经济区/大陆架的界限，应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决。”

2 《联合国海洋法公约》第 283 条第 1 款：“如果缔约国之间对本公约的解释或适用发生争端，争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见。”第 2 款：“如果解决这种争端的程序已经终止，而争端仍未得到解决，或如已达成解决办法，而情况要求就解决办法的实施方式进行协商时，争端各方也应迅速着手交换意见。”

3 See Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, p.89, para.252.

毛里求斯辩称："《公约》第 74、83 条下的谈判义务是实体义务，与管辖权无关"，[4]并指出，"第 283 条交换意见义务是分庭行使管辖权的唯一一项程序性前提"。[5]分庭最终得出了谈判义务已履行完毕的结论，[6]但却始终未对《公约》第 74、83 条下的谈判义务是否构成分庭行使管辖权的前置要件作出回应，亦未对谈判义务的内涵及其与交换意见义务的关系问题展开分析。在相关判例中，谈判义务被当然视为协议划界方法中暗含的一项核心义务。[7]鉴于交换意见义务也包含"双边谈判"的行为要素，且同样具有阻却司法机构行使管辖权的功能，故划界前谈判义务易与交换意见义务产生混淆。作为和平解决争端的首要方法，[8]谈判与司法程序的关系问题曾在相关判例中被深入探讨。[9]《公约》第 74、83 条规定的协议划界方法与当事方谈判及《公约》第十五部分第二节的强制程序紧密相关，但巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案及毛里求斯诉马尔代夫海洋划界案却未对上述问题予以充分回应。

谈判义务是否履行完毕是一项可受理性问题。可受理性事项是那些有关司法机构管辖权行使是否恰当，是否符合司法程序正当性与司法职能的事项。[10]只要当事方提出，司法机构便应审查此类事项。但因可受理性问题依赖个案分析，标准较为弹性，故司法机构对此类事项的审查具有一定限度的自由裁量权。[11]司法机构从未否认过划界前谈判义务是一项与管辖权行使有关的可受理性问题，其自由裁量权集中体现在对义务履行情况的审查上。[12]在司法机构管辖权扩张的背景下，明确谈判义务的设立目的与履行标准有利于有效限制司法机构在主权相关争端中的扩权现象，具有重要意义。

要想明确上述问题，首先需要厘清的是《公约》第 74、83 条下，划界前谈判义务与强制程序的关系：专属经济区和大陆架划界前的谈判义务本为一项实体义务，如何具有阻却《公约》第十五部分第二节下法院或法庭管辖权之行使

---

4 See Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, pp.92-93, paras.262-266.

5 See Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, p.91, para.261.

6 See Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, pp.89,92, paras.252,263-264.

7 See Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017; Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017; Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984; Guyana v. Suriname, Award of 17 September 2007, P.C.A. Case No.2004-04.

8 参见王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 574 页。

9 See Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p.12, para.29; Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p.303, para.56; Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, Separate Opinion of Judge Jesus; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p.440, para.106.

10 Yuval Shany, *Question of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, Cambridge University Press, 2016, pp.48-50.

11 Xue Hanqin, *Jurisdiction of the International Court of Justice*, Brill Nijhoff, 2017, p.37.

12 See Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, p.95, paras.274-276.

的前置性功能？在同样具有限制强制程序功能与相似行为外观的前提下，谈判义务与《公约》第 283 条交换意见义务是否相同？这将有助于明晰司法机构行使司法职能的限度。据此，本文将首先以 1969 年《维也纳条约法公约》（以下称《条约法公约》）第 31 条规定的条约解释规则为据，简要论述划界前谈判义务与《公约》第 74、83 条协议划界方法之间的逻辑关系，解释该条款下谈判义务的具体内涵。在此基础上，本文将从实体层面出发判断谈判义务与强制程序之间的关系，以探究谈判义务的不充分履行在理论上是否能够以及如何能够阻却司法仲裁机构管辖权的行使。最后，本文将结合条约解释规则与判例分析，梳理划界前谈判义务与交换意见义务的区别，并尝试阐释二者在实践中产生混同现象的原因，从而在揭示司法机构扩权现象的基础上，明确其审查划界前谈判义务履行情况时应着重考察的要素，以期限制司法机构表现出的过度扩权倾向。

二、协议划界方法下谈判义务的产生及其内涵

（一）强调对话磋商的引申之义

《公约》第 74、83 条第 1 款与第 2 款文本中没有“划界前谈判”的直接表述，唯一相关的是“界限应.....以协议划定”与“达成协议”的表达。

根据《条约法公约》第 31 条第 1 款，条约应依用语的通常含义解释。[13]在“agreement”（协议）的英文释义中，“意见与立场上达成一致”是其核心含义，[14]而在表述具有法律约束力的决定或安排之意时，“agreement”的释义中出现了“negotiated”一词，该词作为定语被用来强调协议一般需通过谈判达成。[15]因此，从文义解释的角度看，协议划界方法与谈判义务之间具有明确的包含关系。这一解释符合协议划界方法的目的与宗旨。鼓励以协议方式划定边界，意在突出海域边界的国际性，强调划界的双边性。[16]这为缔约方谈判记录所佐证。1973 年海底委员会会议上，土耳其、中国代表均在提案中建议划界应在平等基础上进行协商。[17]1974 年海洋法会议第二期会议上，土耳其提案第 2 段“为避免有关缔约方拒绝开展或继续开展谈判”明确了协议划界下谈判义务的存在。荷兰代表的提案中也出现“谈判启动后.....或在期间内没有达成协议”的表述。[18]此外，作为第 74、83 条的上文，《公约》第 15 条[19]也将“彼此间协议”视为领海划界可以不遵循中间线

---

13 《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款：“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。”

14 See H.W. Fowler, F.G. Fowler, The Concise Oxford Dictionary of Current English 26, fifth edition (Oxford University Press 1964).

15 See Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary 78, ninth edition (Thomson Reuters 2009).

16 See Thomas Cottier, Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation 357 (Cambridge University Press 2015).

17 参见[斐济]南丹，[以]罗森：《1982 年〈联合国海洋法公约〉评注》（第 2 卷），吕文正，毛彬译，海洋出版社 2014 年版，第 727 页。

18 参见[斐济]南丹，[以]罗森：《1982 年〈联合国海洋法公约〉评注》（第 2 卷），吕文正，毛彬译，海洋出版社 2014 年版，第 727-728 页。

19 《联合国海洋法公约》第 15 条：“如果两国海岸彼此相向或相邻，两国中任何一国在彼此没有相反协

划界方法的因素，“在.....的情形下”的表述强调了协议的优先地位。通过双边谈判，以协议方式划界能够保证国家在主权问题上的自由意志。在双方谈判以促成划界协议的过程中，国家可以自主考量地理、政治、历史或经济等相关因素，[20]不必担忧某一双方共同认为应当选用的方法或应予重视的因素是否会在司法仲裁机构固定的标准下被否认。[21]

就该条款下谈判义务的内涵而言，根据词典释义，“negotiate”一词具有如下两种含义：克服障碍或解决困难的方法；带着达成协议的目的就某事进行讨论或交流。[22]这两层含义是一般意义上的。在国际法领域，“谈判”一词在遵循前述一般含义的基础上，具体呈现为下述两种含义。第一，作为和平解决国际争端机制中的一种争端解决方法。第二，作当事方交换实体主张，并积极达成合意的解释。[23]后者的中文表述一般为“对话磋商”，而“谈判”则更偏向解决分歧或争端之用。《弗吉尼亚联合国海洋法公约评注》中文译本就将第 74 条评注英文本中的“negotiate”全部译为“磋商”而非“谈判”。[24]这避免了语义上可能的误解，点出了协议划界方法中谈判义务的核心要义：双方就实体问题进行善意的对话磋商。此解释符合条约解释的整体性要求，毕竟在《公约》第十五部分，“谈判”作为和平解决争端的方式被列于第 279 条之下。[25]

（二）谈判不是协议划界方法的必须要件

在文义上，协议不仅包括明示协议，还包括默示协议。协议划界义务旨在强调划界双方一致的真实意思在划界过程中的重要作用。然而，能够满足这一宗旨的并不只有通过正式谈判达成的划界协议。在海洋划界过程中，默示协议也可能起到相同的作用。[26]条约解释应当联系上下文条款，第 74、83 条每一款中都有协议或协定之表述，而第 4 款下“现行有效的协定”作为第 1、2 款下“协议划界”的成果，其解释具有参考意义。Alexander Proelss 在对协议划界方法的评注中重点讨论了默示协议的情形，侧面反映出能够体现合意的默示协议是第 74、83 条下

议的情形下，均无权将其领海伸延至一条其每一点都同测算两国中每一国领海宽度的基线上最近各点距离相等的中间线以外。但如因历史性所有权或其他特殊情况而有必要按照与上述规定不同的方法划定两国领海的界限，则不适用上述规定。”

20 See Stephen Fietta, Robin Cleverly, A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation 114 (Oxford University Press 2016).

21 See Natalie Klein, Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea 247 (Cambridge University Press 2005).

22 See H.W. Fowler, F.G. Fowler, The Concise Oxford Dictionary of Current English 807, fifth edition (Oxford University Press 1964).

23 See Elizabeth A. Martin, Oxford Dictionary of Law 328 (Shanghai Foreign Language Education Press 2007).

24 参见[斐济]南丹，[以]罗森：《1982 年〈联合国海洋法公约〉评注》（第 2 卷），吕文正，毛彬译，海洋出版社 2014 年版，第 736-737 页。

25 《联合国海洋法公约》第 279 条：“各缔约国应按照《联合国宪章》第二条第三项以和平方法解决它们之间有关本公约的解释或适用的任何争端，并应为此目的以《宪章》第三十三条第一项所指的方法求得解决。”其中，《联合国宪章》第 33 条第 1 项：“任何争端之当事国，于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时，应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或各该国自行选择之其他和平方法，求得解决。”

26 See Thomas Cottier, Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation 358,423 (Cambridge University Press 2015).

“协议”的一种类型。[27]在尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土和海洋边界争端案中，洪都拉斯主张基于默示协议确定的一条沿北纬 15 度线延伸的事实界限是双方边界。[28]尽管法院经过审查认为此线不构成事实界限，但并未否认默示协议属于具有划界效力的协议。[29]秘鲁诉智利海域争端案是唯一一例依据默示协议划界并得到司法机构认可的案例。[30]尽管这一判例在多种特殊因素的结合下产生，但证明了默示协议属于协议划界方法中的一种特殊协议类型。

国际法院在北海大陆架案中表示，划界谈判“促使双方在自己立场之外考虑作出调整，而非一项正式程序”。[31]据此，划界协议也可能通过第三方调停或斡旋等谈判的辅助方式达成，只要双方进行了意见的交流与一定程度的彼此让步。实践中，圭亚那与苏里南就曾在牙买加总理的斡旋下就划界事项展开磋商。[32]虽然相关方能够凭借双方之间没有进行充分谈判的事实，来主张协议划界义务未被充分履行，但这并不意味着协议划界方法中必然包含双边谈判，毕竟理论和实践中存在通过调停或斡旋达成划界协议的可能。因此，相关判例中司法机构不应将“协议划界”的文本替换为“谈判义务”这一表述。[33]不过，专属经济区与大陆架划界前的谈判义务确是由“在公平原则的指引下，大陆架与专属经济区边界不应由单方划定，相关国家应寻求一致，努力达成划界协议”的划界规则引申而来的一项条约义务，[34]同时也是该条款下的核心义务。这点是毋庸置疑的。

三、谈判义务阻却强制程序管辖权的实体归因路径

国际法上谈判对司法程序产生的阻却作用有两种归因路径。第一种是在争端解决的层面，当事方基于合意共同赋予谈判以优先地位，在此情况下，当事方应首先通过双边谈判，协商解决争端，未充分进行谈判在程序上具有阻却司法机构管辖权的功能。这种合意一般通过条约的争端解决条款得以体现。第二种则与“争端的存在”有关。当事方就特定事项进行意见交换是明确争端的存在及其性质、范围的重要环节，存在一项具体的争端是司法机构行使管辖权的前提，而争端的性质与范围则与司法机构的管辖权基础直接相关。

（一）谈判是划界方式的实体指南而非程序规则

一般情况下，两国划界是从缓和对话，到尽力寻找折中方案，再到争端明确

---

27 See Alexander Proelss, United Convention on the Law of the Sea: A Commentary 582-583 (Hart Publishing 2017).

28 See Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.689, paras.86-87.

29 See Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp.735-736, paras.253-256.

30 See Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 39, para. 91.

31 See North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.47, para.85.

32 See Guyana v. Suriname, Award of 17 September 2007, P.C.A. Case No.2004-04, p.39, para.165.

33 See Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, pp.89,92, paras.252,263-264.

34 See Thomas Cottier, Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation 664,677 (Cambridge University Press 2015).

化、白热化后诉诸争端解决程序的一个过程。[35]《公约》设立第 74、83 条的目的在于明确专属经济区和大陆架划界的指南性规定。其中，第 1、2 款从宏观层面上规定了划界的主要方式。大部分国家均在缔约会议的提案中提出，划界应以协议方式进行，有关专属经济区和大陆架划界条款的争议也均围绕具体方法展开，而无论是主张采用中间线或等距离线加特殊情况方法划界还是坚持以公平原则划界的国家，其共同点就是一致认可协议划界方法。[36]这也表明，通过谈判协商努力达成协议是所有国家一致认可的，对专属经济区和大陆架重叠区域划界的首要方式。第 74、83 条第 2 款的约文文本直观表明，谈判义务的履行在行为顺序上应当先于诉诸争端解决程序，也即用尽善意谈判为先，争端解决程序在后。约文文本中“一段合理期间”的表述形成了有力佐证。

第 74、83 条第 2 款对无法达成划界协议的白热化争端提供了解决方案——诉诸《公约》第十五部分的争端解决程序。这是另一种划界方式。将划界争端诉诸以强制程序为核心的第十五部分争端解决程序，意味着争端“达到高潮”。[37]第 3、4 款对开启划界谈判到形成划界协议的中间过程进行了临时安排。第 74、83 条项下的 4 款将划界全流程考虑在内，意在使得实体上的划界方法更加完整、全面。以此为背景性考量因素，将第 2 款有关协议方式划界与诉诸争端解决程序的规定解释为两项具有行动上先后顺序的实体划界方式，更为合理。《弗吉尼亚联合国海洋法公约评注》证实了这一解释的合理性，评注将缔约国有关等距离中间线与公平原则的争议描述为通过谈判形成划界协议或处理划界争端时可以选择依据的划界方法的不同方案。这表明，以协议方式划界与通过争端解决程序划界是划界的两种方式，而其他则为划界应依据的具体方法。[38]

条约相同章节下的条款应当具有统一的主题导向，具有整体性与内在逻辑性。[39]《公约》第五、六部分的规定集中在“专属经济区与大陆架的相关制度与沿海国的权利义务”方面，上下文所涉的条款均为与沿海国及相关国家具体的权利义务或责任直接相关的实体规定。《公约》第 74、83 条分别处于各章节倒数第二及第三条的位置，就公约的统一性与整体性而言，该条款应围绕实体规则展开。因此，相较于将该条款视为海洋划界争端解决程序的有关规定，对其作实体性解释或将更为恰当：该条款是整个章节下“有关沿海国权利义务的相关规定”的基础性前提，

35 See Sovereignty over Pedra Branca / Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, Dissenting Opinion by Judge ad hoc Dugard, p.145, para.29; See also Kasikili / Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999, Separate Opinion by Judge Oda, p.1123, para.14.

36 参见[斐济]南丹，[以]罗森：《1982 年〈联合国海洋法公约〉评注》（第 2 卷），吕文正，毛彬译，海洋出版社 2014 年版，第 726 页。

37 See Karel Wellens, Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice 3 (Ashgate Publishing 2014).

38 参见[斐济]南丹，[以]罗森：《1982 年〈联合国海洋法公约〉评注》（第 2 卷），吕文正，毛彬译，海洋出版社 2014 年版，第 737 页。

39 综合原则是国际法院前院长菲茨莫里斯在 20 世纪 50 年代从国际法院的判决中探究出的六项主要的条约解释原则之一。参见李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 349 页。

是海岸线相邻或相向的国家间有关专属经济区与大陆架的主权权利行使范围的划分规则。因该项规则的主要目的在于正确划定实体权利的行使范围，故协议划界方法及其项下的谈判义务都属于实体性条约义务。国际法院在索马里诉肯尼亚印度洋划界案中对《公约》第 83 条下的谈判义务作出了相同解释。法院指出，“这不是对划界争端解决程序的规定，只是鼓励双方通过协议方式而非单边行动划界”，[40]明确指出了该条款下谈判义务的实体性特征，否认了“将谈判义务认定为一种较司法程序而言具有优先或排斥地位的争端解决方法”的解释。[41]法院将第 83 条有关以协议方式划界的规定视为条约解释的上下文依据，据此否认争端双方签订的谅解备忘录第 6 段具有排除司法程序的功能。[42]尽管 Guillaume 法官反对了法院对谅解备忘录第 6 段作出的解释，但依然表示第 83 条设置谈判义务的目的是规范大陆架划界的方法，它强调这一划界应通过协议进行，认可了该条款下谈判义务的实体属性。[43]

缔约国对协议划界方法的首要地位有明确的意思表示，故《公约》第 74、83 条第 2 款确实规定了“通过谈判行为以协议方式划界”与“通过争端解决程序划界”在实体行为上的先后顺序。不过，鉴于该条款的本意并非设立谈判在争端解决程序上的优先性与对强制程序的阻碍作用，故此条款下谈判义务的优先次序更像是“无心插柳柳成荫”的逻辑效果。

（二）争端的存在与强制程序管辖权

存在一项争端是司法仲裁机构行使管辖权的前提。国际法上通常使用“法律或事实层面上某些方面的不一致”来界定争端是否存在。[44]法律观点或主张的分歧或事实行动上的对抗是争端存在的两项标准。前者体现为相关方对构成其主张依据的条约规则进行的法律解释之间的分歧，这种分歧一般通过外交磋商与意见交换的过程形成与明确。在此背景下，未充分履行谈判义务可能使得争端无法明确形成，从而阻却司法仲裁机构行使管辖权。但实践中，司法仲裁机构更加倾向于低门槛的认定标准，例如在卢森堡与墨西哥临时释放案中，法庭在判断争端存在时，认为一方的消极态度可以根据行为（包括沉默）推定。[45]谈判不再是争端双方确立对立主张或立场的主要途径。[46]然而，这只能表明谈判不是争端存在的

---

40 See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017, p.37, para.90.

41 See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017, pp.36-37, para.91.

42 See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017, pp.36-37, paras.89-91.

43 See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Guillaume, p.81, para.12.

44 See Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment, 1924, PCIJ Series A, No.2, p.11.

45 See The “Zheng He” Case (Luxembourg v. Mexico), Provisional Measures, Order of 27 July 2024, ITLOS Reports 2024, p.23, para.83.

46 这一实践受到了质疑，最具代表性的是小田滋法官。小田滋法官多次表示，先行谈判是促使争端形成的必要条件。See Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, Separate Opinion of Judge Oda, pp.336-337, paras.20-21. See also Oil Platforms

形式要件，但却不能否认其在实体上可能对争端的明确形成产生的影响。正如国际法院在葡萄牙与印度通行权案中指出的，“两国政府之间的外交照会揭示了它们之间在目前提交法院的主要法律问题上存在争端”。[47]在实体标准层面，诉诸司法仲裁程序的争端应具体、明确，并符合原告方真实目的背后的主题事项。[48]在混合争端或多边争端相关的司法仲裁程序中，或可出现当事方已就真实主题事项形成对立立场，但从未就表面争端交换观点或表明立场的情形。从被诉方的角度来说，将“从未就原告诉诸法庭或仲裁庭的争端发表观点、表明立场，争端尚未明确”作为一项诉讼策略，反对司法仲裁机构行使管辖权具有可行性。

即使司法仲裁机构没有将谈判义务的未充分履行作为考量因素从而判定争端不存在，但在专属经济区与大陆架划界案件中，谈判应当具有一定作用。[49]如前所述，通过协议方式划界是缔约国一致认可的划界方法，在第 74、83 条第 1 款下，进行划界前谈判是一项条约义务。因此，当事方应当善意履行谈判义务，在此过程中，谈判可能会关系到争端的形成与明确（包括争端主题事项的限缩）。[50]在双方就重叠区域划界进行谈判的合理期间内，当事方首先阐发彼此的法律主张，争端初步形成。“没有任何调整可能的观点宣告不属于谈判”，[51]争端方进一步就划界事项作实体上的谈判，尽力寻找双方可予调整的利益范围，再次限缩争端范围，争端在此时明确形成。从这个时点开始，此后的谈判有了确定的主题和范围，逐渐发挥其在解决争端过程中的作用。而在此之前，谈判更多发挥的是促进争端形成与结晶化的作用。因谈判义务作为条约义务具有法律约束力，故当事方之间进行交流与谈判是一个必要环节。如此，专属经济区与大陆架划界争端的形成应当有更高的认定标准，如具体的主张，或接近判断争端实体问题的是非曲直时依照的更加深入和精准的标准。[52]

这一解释符合《公约》第 74、83 条第 1、2 款强调划界行为双边性的目的与宗旨。设想一下，若一方通过沉默或行动表示拒绝对话，在此情况下，司法仲裁机构仅依据行为对抗便认定争端存在并行使管辖权，那将可能导致部分当事方只要不排斥司法或仲裁程序，便会逐渐架空该条款下的谈判义务。这与缔约国设立协议划界规则时的初衷背道而驰。《公约》第 76 条的相关解释为此提供了参考。

(Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, Dissenting Opinion of Judge Oda, pp.890-891, para.3; LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, Dissenting Opinion of Judge Oda, p.525, para.3.

47 See Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957, p.149.

48 See Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p.85, para.30.

49 See Maritime Dispute between Peru and Chile, I.C.J. Reports 2014, Declaration of Vice-President Sepúlveda-Amor, p.85, para.18.

50 See Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p.84, para.30.

51 See Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I.C.J. Reports 1963, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, pp.123-125.

52 参见张新军：《国际法上的争端和钓鱼诸岛问题》，《中国法学》2011 年第 3 期，第 185 页。

[53]结合《公约》附件二第 9 条，[54]第 76 条第 10 款应理解为“大陆架界限委员会的行动不应妨害海岸相向或相邻国家间大陆架界限划定的问题”。至于不应妨害的具体事项为何，可以结合委员会程序规则理解。《大陆架界限委员会议事规则》是载明大陆架委员会执行事务所应遵循之程序规范，属于《条约法公约》第 31 条第 3 款（a）项“嗣后所订关于条约规定之适用之任何协定”。[55]《大陆架界限委员会议事规则》附件一第 1 段和第 5 段表明，[56]大陆架划界争端是否存在及事项范围应由当事方决定，因为划界争端的存在与否问题有着较强的政治性。[57]这从侧面体现出谈判对于认定此类争端存在的重要意义。在巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥划界案中，仲裁庭的裁决也体现了这一逻辑，它认为“通过双方在合理期间内未形成专属经济区和大陆架划界协议，甚至在划界方法上也没有达成一致的状态，可以明确认定双方之间存在争端”。[58]

总地来说，专属经济区与大陆架划界前谈判义务的不充分履行可能会从实体层面上阻却强制程序管辖权的行使。不同的是，尽管《公约》第 283 条交换意见义务也具有“不进行双边意见交换，就不能开启强制程序”的功能，但两者的归因路径却截然不同。

四、谈判义务与交换意见义务的不合理混同

《公约》第十五部分第 283 条规定了当事方就争端解决方法交换意见的义务。结合第 286 条“如诉诸第一节而仍未得到解决，经争端任何一方请求，应提交根据本节具有管辖权的法院或法庭”，交换意见义务在程序上有先于第二节强制程序的优先性。从双边磋商与强制程序之间的关系来看，交换意见义务与划界前谈判义务具有相似功能。正因如此，司法实践中出现两项义务重叠履行的情况，反映出两者的不合理混同。

（一）实践中两项义务的混同现象

鉴于两项义务在管辖权问题上的相同功能，海洋划界争端中，二者有时会产生履行重叠的现象。[59]当事方就争端解决方式的选择交换意见，是将争端诉诸具有拘束力的强制程序的前提。[60]作为实体规则的专门规定，专属经济区与大陆架划界禁止单边行为，划界双方应就划界事项进行交流，并努力寻求协议

---

53 《联合国海洋法公约》第 76 条第 10 款：“本条的规定不妨害海岸相向或相邻国家间大陆架界限划定的问题。”

54 《联合国海洋法公约》附件二第 9 条：“委员会的行动不应妨害海岸相向或相邻国家间划定界限的事项。”

55 《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 a 项：“应与上下文一并考虑者尚有当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定。”

56 参见大陆架界限委员会议事规则（CLCS/40/Rev.1）附件一，中文版见 https://klsg.sio.org.cn/csc/uploadfile/file/20211129/1638169829692725.pdf.

57 See Donald R Rothwell & Alex Oude Elferink (eds.), The Oxford Handbook of the Law of the Sea 196-197 (Oxford University Press 2015).

58 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.60, para.196.

59 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.64, para.206.

60 参见高健军：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 178 页。

的达成，只有在合理期间内仍无法达成协议的，才能诉诸争端解决程序。因此，专属经济区与大陆架划界前的谈判义务确能起到阻却强制程序开启的作用。

正因如此，当事方划界谈判进入僵局的情形下，是否仍要履行交换意见义务的问题便浮出水面。这一问题关乎两项义务的重叠履行，也与其二者之于强制程序的意义息息相关。在巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案中，仲裁庭对这一问题进行了分析。在该案中，被诉国主张划界前谈判义务与交换意见义务绝不属于相同的义务，当事方依据第 74、83 条进行谈判并明确争端后，应当再行就争端解决方式进行意见交换。[61]这一主张遭到了巴巴多斯的反对，“如果从第 74、83 条下的海洋划界谈判转向第十五部分争端解决程序的过程还需要双方的一致同意，那么只要任一方提出仍希望进行谈判，就将架空当事方诉诸仲裁的权利”。[62]仲裁庭认可了巴巴多斯的观点，首先指出，“第 74、83 条下的谈判通常不仅包含划界相关的特定问题，还将涵盖基于此产生的其他相关问题”，[63]在此基础上进一步明确，“第 283 条并不意在要求当事方，在经历了长达几年的谈判仍无法就划界得出结论的情形下，还应当就争端解决程序再行交换意见”，[64]并最终得出结论，认为“第 283 条下就谈判或其他和平争端解决方式解决争端进行意见交换的要求已经被包含在那些依据第 74、83 条进行的失败谈判中了”。[65]因此，在专属经济区与大陆架划界争端中，若当事方就划界事项进行了善意谈判，但在合理期间内未能达成协议而转向强制程序时，当事方便无需再履行第 283 条项下的交换意见义务。仲裁庭指出，第 74、83 条下的谈判不仅包含划界的特定问题，还涵盖由此产生的相关问题，这其中就包括争端解决方式的选择。[66]由此看来，在涉及两项义务重叠履行的情况下，就争端解决方法进行意见交换作为附带问题被归于划界前谈判义务的履行内容。

实践中，毛里求斯与马尔代夫海洋划界案中的争论反映了划界前谈判义务与交换意见义务重叠履行的混同倾向。司法仲裁机构对两项义务履行情况的审查呈现出表面化、流程化的特征，裁决内容很少涉及司法仲裁机构对支撑相关结论的事实依据的分析，尤其是当事方提出的外交磋商材料或会议记录。甚至在长期的双边谈判并不包括对争端解决程序的讨论的情况下，[67]仍宏观地认定两项义务重叠履行的逻辑体现出两项义务在内容、履行标准与价值功能方面的

---

61 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, pp.20-21, paras.76-77.

62 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.19, para.71.

63 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.62, para.201.

64 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.63, para.202.

65 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.63, para.203.

66 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.62, para.201.

67 See Guyana v. Suriname, Award of 17 September 2007, P.C.A. Case No.2004-04, p.39, para.166. 仲裁程序的开启对于苏里南而言是突兀的，圭亚那认为双方之间的谈判终止于 2004 年 2 月，这是其提交诉状、开启仲裁的时点，并非其发出的任何告知苏里南可能开启仲裁程序的通知时间。

混同。

（二）两项义务的履行在条约解释层面存在差异

尽管在实践中两项义务出现了混同现象，但作为《公约》项下不同章节的不同条款，应从条约解释的角度考察二者是否具有不同的价值和履行要求。

1.履行行为的逻辑起点不同

以争端的明确形成为基点，划界前谈判义务与交换意见义务所处阶段不同。对于专属经济区或大陆架划界争端而言，就划界方法与权利主张进行双边磋商是整个流程的起点，当争端形成后逐渐结晶化并因谈判僵局被诉诸第十五部分的争端解决程序时，才涉及第 283 条交换意见的履行。根据第 283 条文本的字面意思，当事方需在以下三种情形下履行交换意见义务。第一种情况为明确产生与公约解释及适用有关的争端后，就采取何种争端解决方法进行交流；第二种情况为此前通过意见交换选定的争端解决方法未能解决特定争端时，再次进行意见交换；第三种情况为根据特定需要，就此前选定的争端解决方法的具体实施方式进行协商。[68]上述第二、三种情形下，当事方需展开两轮意见交换，且第二轮意见以第一种情形下的意见交换结果为依据，因此在发生时间上晚于首次就争端解决方法的选择展开的意见交换。基于上述三种情形，交换意见义务应在争端发生后履行，争端的明确形成是启动该义务的前提条件。根据第 74、83 条第 2 款，当事方诉诸第十五部分争端解决程序的行为，包括第 283 条交换意见义务的履行，均是合理期间内谈判失败或僵局之后的步骤。仲裁庭在巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案中的观点验证了这一逻辑的合理性，“交换意见义务是为发生争端的情形设计的.....就争端解决程序交换意见并非第一步，而是双方已经花费一段时间就划界进行谈判后的环节”。[69]因此，专属经济区与大陆架划界过程中谈判义务的起点要早于交换意见义务。这也从侧面体现出，两项义务下当事方进行外交磋商的内容不同。交换意见义务的目的为确定争端解决方式，要求当事方就争端解决方式的选择进行磋商；而专属经济区与大陆架划界前谈判义务的目的则为明确立场，寻求实体诉求上的一致与共存，这要求当事方就划界相关的实体问题进行交流。[70]

2.理论上两项义务的履行标准不同

从约文文本看，第 74、83 条下谈判义务的履行期间是“一段合理期间内”，而第 283 条交换意见义务则应“迅速进行”，这与前者为实体义务而后者为程序义务的区别相关。

作为以划界规则为实体内容的义务，谈判义务的履行不会受到过多的形式限制。一方面，当事方对于划界谈判的过程有着较大的自由度，各方只需在国际法

---

68 参见高健军：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 179 页。

69 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.62, para.201.

70 See José Manuel Cortés Martín, Prior Consultation and Jurisdiction at ITLOS, 13 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 1-26 (2014).

框架内，秉持善意原则履行该义务即可。另一方面，鉴于划界事关重大，直接关系国家主权，故相关的谈判过程较为重视质量与效果。这就意味着，善意履行谈判义务原则将延伸出更为具体的实质性要求。例如，对于海洋划界前的谈判义务，善意原则隐含着透明化的要求，在谈判过程中，当事方应将相关事实摆到明面上，为各方提供充分了解彼此诉求、相关利益及主要问题的机会。[71]只有在当事方基于对前述内容的理解，并结合全部相关事实的基础上进行谈判时，这一旨在相互接近共同点的过程才可能具有实际意义。Thomas Cottier 指出，任一当事方提供不完整信息的行为都可能构成缔约上过失（*culpa in contrahendo*），从而导致基于不准确或误导性信息而达成的划界协议无效。[72]划界前谈判义务的价值是促成当事国本着友好达成协议的目的进行谈判，使基于国家主权的划界事项真正为双方处分，同时促使各方真诚衡量利益，作出一定调整，而非固执地坚持单方意见。因此，专属经济区与大陆架划界前谈判义务绝不是当事方在“在缺乏协议的情况下，通过一个正式的程序以作为一个自动适用某种划界方法的前提”。[73]

而在履行交换意见义务的节点上，争端已经明确形成，当事方大概率已处于胶着或僵局状态。如果对交换意见义务施以如上述谈判义务般的履行要求，一方面将延缓争端解决程序的启动，使得司法仲裁机构的职能无处发挥；另一方面也将使当事方错失将争端诉诸强制程序的时机，[74]从而导致划界争端长期处于悬而未决的状态。过高的履行要求还将违背第 283 条设立的目的与宗旨。《弗吉尼亚联合国海洋法公约评注》指出，“这项规定确保只有在进行适当协商后，争端才能进入一种解决方式或从一种解决方式转移到另一种解决方式”，[75]令当事方对争端解决程序的开启有所准备是交换意见义务的价值。[76]实践中，司法仲裁机构常使用“用尽可能性”[77]和“被诉方不会感到意外”[78]作为判定履行交换意见义务的标准。巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案运用了用尽可能性标准，支撑依据是此前已进行过的意见交换的次数与时长。[79]次数与时长是较为形式化的要素，与当事方之间所交换的意见内容等实质事项关系不大。此外，围海造地案、南方金枪鱼

---

71 See Thomas Cottier, Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation 666 (Cambridge University Press 2015).

72 *Ibid*.

73 See North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.46, para.85.

74 See Haijiang Yang, 1982 Law of the Sea Convention: Dispute Settlement Procedures for Foreign Merchant Ships, 20 The International Journal of Marine and Coastal Law 117-134 (2005).

75 参见[斐济]南丹，[以]罗森：《1982 年〈联合国海洋法公约〉评注》（第 5 卷），吕文正，毛彬译，海洋出版社 2014 年版，第 28 页。

76 See The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of The Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Declaration of Judge ad hoc Anderson, p.254, para.3.

77 See Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p.295, paras.59-60; Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.61, paras.199-200; Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, pp.19-20, paras.45,48.

78 See Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Award of 18 March 2015, P.C.A. Case No.2011-03, p.149, para.382.

79 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, pp.17-18, paras.68-69.

案及莫克斯工厂案也均以用尽可能性为由判定交换意见义务已履行完毕，而支撑这一标准的证据普遍是某一当事方明确拒绝谈判或以不回应的行为表明不愿意谈判。[80]就这一支撑依据而言，只要当事一方具有上述表现，司法仲裁机构便会认定交换意见义务已履行完毕，一般不会探究丧失可能性背后的原因，如某一当事方主张明显不公平。[81]“不会感到意外”这一标准相较前者而言更加宽松，只需被诉方意识到强制程序可能会在某种情况或某段时间内开启即可。该标准之下，当事方意见交换的次数、时长等形式要件都会更为宽松。在北极日出号临时措施案中，法庭认为，荷兰与俄罗斯之间进行的几次外交接触，足以让俄罗斯不会因此次诉讼而感到意外。[82]因此，尽管法庭表示交换意见不是一套无实质内容的程序，[83]但相较专属经济区与大陆架划界前的谈判义务而言，交换意见义务的履行标准还是更为形式化、宽松化。[84]

（三）谈判义务履行标准的形式化是二者混同的深层原因

国际法院在北海大陆架案中强调了公平与善意原则在围绕大陆架划界展开的谈判过程中的根本性地位，并将该原则定义为一般国际法规则。但这并不意味着谈判义务的履行标准是完全抽象的。[85]相反，“善意履行”是一项需要结合个案进行实质判断的标准，“走过场式”的形式化履行行为或抽象层面上的结果公正并不能被认定为该义务履行完毕。[86]司法仲裁实践中，谈判的持续时间、轮次，僵局状态以及双方所提供谈判记录的内容是判定谈判义务是否已充分履行的主要因素。

谈判持续的时间是一项重要因素，实质履行很难在短时间内达成妥协。尽管部分被判定充分履行的谈判持续长达二十余年，[87]但司法仲裁实践倾向于降低双方磋商所持续的时间长短在判断谈判义务履行情况时的比重，“谈判不一定总是以或多或少冗长的记录和公文为前提，双方磋商的持续时间也可以很短”。[88]司法

---

80 See Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, pp.19-20, paras.45,48; Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility, Decision of 4 August 2000, United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol.XXIII, pp.42-43, para.55; MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p.107, para.60.

81 See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Verbatim Record, 19 September 2016, p.51, para.13.

82 See The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of The Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Declaration of Judge ad hoc Anderson, p.254, para.3.

83 See Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao, p.39, para.11; Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Award of 18 March 2015, P.C.A. Case No.2011-03, pp.149-150, para.382.

84 参见余敏友，谢琼：《关于南海仲裁案管辖权裁决的违法性研究——基于〈联合国海洋法公约〉第 283 条“交换意见的义务”》，《边界与海洋研究》2016 年第 2 期，第 112 页。

85 See North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.46, para.85.

86 *Ibid*.

87 See Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p.142, para.126; Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), Judgment, I.C.J. Reports 2013, p.63, para.24.

88 See South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, pp.345-346.

仲裁机构弹性对待时间长短的本意是强调对谈判义务的实质审查，然而，客观上最为直观的标准反而失去了参考价值。专属经济区与大陆架划界往往涉及历史、政治、地缘等多种因素，情况较为复杂，而划界过程中的谈判义务又是一项实质义务，故其履行需要以善意让步和彼此调整为重要要素。国际法院在北海大陆架案中指出，“如果双方坚持自己的立场而不考虑任何调整，谈判就没有意义”。[89]正如 Guillaume 法官在索马里与肯尼亚印度洋划界案反对意见中所表明的，完全没有尝试任何妥协与调整的会议只是双方观点的展示，[90]谈判义务难以被视为充分履行。

司法仲裁机构对谈判僵局状态的认定也较为随意。目前的实践倾向于使用僵局状态来启动自身管辖权的行使。不论是主观意义上一段较长的谈判时间，亦或是一方拒绝出席某次磋商会议的行为，都会成为司法仲裁机构认定谈判已进入僵局状态的证据。在圭亚那诉苏里南划界案中，双方谈判是零散的，且因中间出现苏里南政局变动，谈判也并不连贯。在 2000 年至 2004 年间，双方就划界事项进行实质性讨论的会议持续仅一年左右，[91]致使苏里南认为双方仍在谈判过程中，[92]而圭亚那就突然开启了仲裁程序。仲裁庭只是笼统地通过首次涉及划界的双边接触的时间至提起诉讼的时间为区间进行计算，认为谈判持续时间已经很长。仲裁庭认定谈判可能性已用尽的唯一依据是这样一个宽泛意义上的谈判时长。尽管不能给予顽固一方无限期延长谈判的单方权利，以避免将争端提交有约束力的第三方解决程序，但因划界事项的特殊性，天平适当向谈判的实质履行倾斜或许更为合理。仅通过宏观意义上的谈判时长或外观上的未出席谈判行为便认定谈判已至僵局未免过于形式化。

实践中，双边磋商的具体内容与主题范围不在司法仲裁机构的审查之列。特立尼达和多巴哥反对巴巴多斯以谈判时长为依据主张谈判僵局状态，认为针对划界事项的谈判还处在早期阶段。[93]对此，尽管仲裁庭认识到巴巴多斯主张区间内的双边谈判并非全部以划界为主题，但仍概括性地通过整体谈判时长快速判定了谈判的僵局状态。[94]如果说巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案中那些以渔业资源为主题的谈判还可以在一定程度上视为与划界相关，那么索马里与肯尼亚在印度洋划界案中有关谈判主题的主张可谓毫不相关。在该案中，索马里主张双方第一次会议没有形成任何实质协议，[95]对此，肯尼亚列举了双方签订的谅解备忘录、2014 年 2 月 4 日写给联合国的信函等材料，说明索马里所指的第一次会议主题是讨论

89 See North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.47, para.85.
90 See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Guillaume, p.86, para.29.
91 See Guyana v. Suriname, Award of 17 September 2007, P.C.A. Case No.2004-04, pp.33-34, paras.154-156.
92 See Guyana v. Suriname, Pleadings Suriname Memorandum, 23 May 2005, p.43, para.6,44.
93 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.20, para.75.
94 See Barbados v. Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006, P.C.A. Case No.2004-02, p.60, paras.193-194.
95 See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Application Instituting Proceedings, 28 August 2014, p.10, paras.29-31.

索马里违反谅解备忘录内容，向大陆架界限委员会提交反对肯尼亚提交的申请文件的行为，并说服索马里遵守谅解备忘录内容，撤回其反对意见。[96]索马里声称，没有证据表明这次会议是为了讨论上述问题。[97]该案中，法院因否认谅解备忘录中设定了谈判义务，故并未审查谈判履行相关的反对意见。但索马里与肯尼亚双方均在各自提交文件中对此展开了详细论述，侧面体现出谈判的内容、主题与目的对于判断谈判义务的履行情况的重要意义。谈判义务是一项条约义务，应当有一定的实质履行标准，不应将其变成和交换意见义务一样的程序性前置义务。若要体现出“实质”履行要求，划界相关的谈判行为便应当满足一些要件，如就划界事项进行谈判的整体计划或妥协性安排等。另外，当事方提出的关键性磋商文件的内容至少要与划界事项或争端主题事项有直接、精确的关联。令人遗憾的是，不知是为了避免对政治性较强的证据进行主观解释还是有意扩大管辖权，司法仲裁机构趋向于忽略这些要素，对谈判义务履行标准的认定呈现出较为明显的形式化趋势。

五、结论

《公约》第 74、83 条协议划界方法引申而来的划界前谈判义务是一项实体义务，这一方面要求划界前谈判的履行标准是较高的，另一方面也约束争端方不能轻易将此类争端诉诸强制程序，以此维护国家意志在划界争端解决过程中的重要意义，这是条款的应有之义。因此，通过协商谈判方式解决划界争端并非国家特色，而是为公约缔约国所广泛接受的、具有法律拘束力的实体义务。尽管如此，在存在默示协议的情形下，划界前谈判不是协议划界方式的充分且必要环节，故毛里求斯诉马尔代夫海洋划界案判决中，当事方与分庭直接将“以协议方式划界”这一表述替换性地称为谈判义务是不恰当的。这启发相关部门在起草边界问题相关文件时，应尽可能避免模糊使用“协议划界”的表述，并明确表示出“有关划界的相关争端应首先通过谈判解决，不能解决的再诉诸其他争端解决程序”的意思。[98]

司法仲裁实践对谈判义务履行标准的认定趋于形式化，使其制度价值逐渐与交换意见义务趋同，这与《公约》设立第 74、83 条协议划界方法时的目的与宗旨不相符合。司法仲裁机构应当认识到划界前谈判义务的实体属性及其对强制程序的限制作用，重视当事方间谈判的真实目的与实质内容，不以形式上的时长要件为主要依据，而要注意考察双方谈判的整体性与计划性。总的来说，沟通协商是最适合专属经济区与大陆架的划界方式，司法仲裁机构不应通过弱化其法定优

[96] See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Verbatim Record, 19 September 2016, p.25, paras.26-27.

[97] See Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Verbatim Record, 20 September 2016, p.43, para.28.

[98] 参见匡增军，黄浩：《从南海仲裁案看“南海行为准则”争端解决条款的制定——以〈联合国海洋法公约〉第 281 条为视角》，《武大国际法评论》2018 年第 1 期，第 97 页。

先地位扩张管辖权，《公约》第 74、83 条项下的谈判义务在处理国家专属经济区和大陆架划界问题中的作用值得重视。

2025年中国国际法学会年会

ITLOS 全庭咨询管辖权限的国际法基础困境：肇始、根源、契机与可能之纾解

巨少军　薛桂芳*

摘要：国际海洋法法庭全庭咨询管辖权限的国际法基础困境始于《联合国海洋法公约》明文规定的缺失及法庭的自我扩权，形成国际法基础与实践割裂的局面，根源在于法庭权力对缔约国同意的侵蚀，但这种割裂不会一直存在，二者未来必然会走向一致，关键在于这种一致将通过何种路径实现。尽管法庭实践已趋于稳定，缔约国实践也逐渐转变，但条约解释仍无法解决这一困境，通过“嗣后实践”对《公约》条款进行非正式修改的规范性进路也难以实现。同时，外部赋权协定自身的局限性也意味着其无法从根本上解决这种困境，正式修订《公约》似乎成为相对可靠的选择。鉴于缔约国目前似乎已就全庭咨询管辖权之可能形成最低程度的一致，修订基础性文件《公约》明确权限在理论上并非没有可能。具体条款设计上，可采用“明文规定+缔约国会议把控”的双重限权模式，并协调好新制度与其他现行《公约》下制度的关系。对中国来说，短期内应继续对法庭全庭咨询管辖权的合法性持保留态度，但从长远考虑，应顺应趋势寻求契机推进修订基础性文件明确其全庭咨询管辖权限，为推动国际海洋法法庭司法制度的完善贡献中国方案。

关键词：全庭咨询管辖权限；国际法基础；国家同意；条约解释；非正式修改；正式修改

引言

联合国国际海洋法法庭（以下称“ITLOS”或“法庭”）作为根据《联合国海洋法公约》（以下称“《公约》”）专门设置的国际司法机构，其管辖权限应由《公约》正文及其附件六《国际海洋法法庭规约》（以下称“《规约》”）设定。遗憾的是，《公约》只明确规定了海底争端分庭的咨询管辖权，未明确规定法庭全庭对咨询案件的管辖权，但《规约》第 21 条“将管辖权授予法庭的任何其他协定中具体规定的一切事项”的模糊表述为法庭留下扩权的可能性。在这种情况下，法庭通过超越明示权力的立法、司法实践基本实现了事实上（de facto）对咨询案件的管辖权，并通过条约解释职能论证其扩权的合法性。法庭全庭行使咨询管辖权似乎已是“不可阻挡”之趋势，随着近些年国际司法活动的协同化，ITLOS 在未来的咨询案中推翻前案的可能性微乎其微，可以预见的是这种实践未来将会持续。与

* 巨少军，上海交通大学凯原法学院博士研究生；薛桂芳，上海交通大学凯原特聘教授，上海交通大学极地与深海发展战略研究中心、海洋法治研究中心主任。

实践不同的是，ITLOS 全庭咨询管辖权限的国际法基础长期存在争议，法庭全庭咨询管辖权限的国际法基础与实践呈现割裂局面。首先，现有《公约》（包括《规约》）规定能否为法庭全庭的咨询管辖权提供法律基础是各缔约国争论的焦点，包括中国在内的一些国家认为《公约》未明确赋予法庭此种权力，因此法庭全庭不具有咨询管辖权；其次，即使法庭全庭有管辖咨询案件之可能，这种权力的限度为何，作为法庭基础性文件的《公约》也未作任何规定。由此导致的结果是，法庭是否有权管辖咨询案件及这种权力的限度为何实际上由法庭自行决定，法庭也通过《法庭规则》第 138 条作了规定，但法庭的实际权力已经超越缔约国赋予其的权力，且无法受到缔约国约束。

尽管法庭的咨询意见不具有法律约束力（legal binding），但却是法律的权威声明[1]，只要国际司法机构以一般性方式阐述国际法问题，就具有法律效果（legal effects），从而可能影响整个国际社会[2]，因此《规约》第 21 条存在被少数缔约国通过外部协定赋权滥用，产生“溢出效应”。例如，ITLOS 在“小岛屿国家气候变化与国际法委员会”咨询案（以下称“31 号咨询案”）中发布的咨询意见可能会《公约》实体法层面发生重大变化，实质性地塑造和推动着国际法律商谈进程，并将对全球气候变化和海洋环境的综合治理产生深远影响[3]。因此，法庭全庭咨询管辖权限欠缺有效的国际法基础的问题亟待解决。尽管如此，但国际法与国际实践的密切联系注定这种割裂不会长期存在，二者最终必然走向一致，其中，《公约》缔约国在 2024 年 31 号咨询案中的态度变化及在 BBNJ 协定中赋予 ITLOS 全庭咨询管辖权的实践似乎展现出一丝曙光，但这些实践能否从根本上解决全庭咨询管辖权限的国际法基础困境仍有待验证。鉴于当前 ITLOS 已形成稳定的实践趋势，因此本文主要聚焦于这种一致未来将如何产生，在阐释 ITLOS 全庭咨询管辖权国际法基础困境的形成原因、根本矛盾的基础上，从国际法理论视角对各种可能的路径作具体探讨，在分析各种路径可能性的同时，探寻构建 ITLOS 全庭咨询管辖权限国际法框架的合理方案，最后以中国利益为视角提出未来的实践策略。

一、肇始：明文赋权缺失与法庭自我扩权

当前 ITLOS 全庭咨询管辖权限国际法基础困境的形成原因包括两个方面：一是作为基础性文件的《公约》明文规定的缺失，二是 ITLOS 的自我扩权实践。

（一）基础性文件明文规定的缺失

国际司法机构的管辖权限包含“权”和“限”两层要素，前者解决权力来源的问

[1] Massimo Lando, *Advisory Opinions of the International Court of Justice in Respect of Disputes*, (2023) 61 Columbia Journal of Transnational Law 1, p.126.

[2] *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2015, p.75, para.13 (Declaration of Judge Cot).

[3] 张华：《国际海洋法法庭气候变化咨询意见对海洋环境保护义务的发展及反思》，载《环球法律评论》2025 年第 2 期，第 167 页。

题，后者解决权力范围与限度的问题。在管辖范围上，涉及属人（ratione personae）与属事（ratione materiae）两个方面。咨询案件的特殊性在于国际司法机构作出的咨询意见并无法律约束力，因此不要求参与程序当事国的同意，但前提是国际司法机构已被缔约国通过国际条约等形式赋予管辖咨询案件的权力。如作为欧洲人权法院基础性文件的《欧洲人权公约》第 47 条第 1 款规定“法院得根据部长委员会的请求就与本公约及其议定书的解释有关的法律问题发表咨询意见[4]”，第 2 款又规定“此类意见不得涉及与本公约第一部分及其议定书中规定的权利或自由的内容或范围有关的任何问题，或法院或部长委员会根据本公约可能提起的任何此类诉讼可能需要审议的任何其它问题[5]”，在赋权同时对管辖权的范围作了限制。其它曾经存在或现有全球性、区域性国际司法机构的咨询管辖权限均由其基础性文件及相关文件明确作了类似规定，如常设国际法院、国际法院、美洲人权法院、非洲人权与民族权法院等。相较之下，《公约》仅有第 191 条和第 288 条规定海底争端分庭有权经国际海底管理局大会或理事会请求，对其活动范围内发生的法律问题给出咨询意见。尽管国际组织有独立的法律人格，但其行为必须在成员国赋予的权限范围内。《公约》作为 ITLOS 的基础性文件，未明确规定 ITLOS 全庭是否对咨询案件有管辖权，仅《规约》第 21 条规定“法庭的管辖权包括按照本公约向其提交的一切争端和申请，和将管辖权授予法庭的任何其他国际协定中具体规定的一切事项”。该条款中的“事项”（matters）一词未精确界定用语的外延，相较于“争端”和“申请”存在较大弹性，这为 ITLOS 管辖权的扩张提供了可能。

（二）ITLOS 的自我扩权实践

法庭全庭实现事实上的咨询管辖权主要通过两步：第一步是制定《法庭规则》第 138 条规定行使咨询管辖权的具体规则，第二步是在咨询案件中行权管辖权并论证扩权的合法性。

1. 《法庭规则》第 138 条的制定

ITLOS 在其 1997 年通过的《法庭规则》中嵌入了第 138 条，规定“如果存在与《公约》目的有关的国际协定明确规定向法庭提交咨询请求，法庭可以就某一法律问题作出咨询意见[6]”。ITLOS 在此构想了一项《公约》未规定的司法职能，与附件六《规约》第 21 条平行存在[7]。通过此举，法庭主张其有权在某些案件中发表咨询意见[8]。比较国际海底管理局和国际海洋法法庭筹备委员会向《公约》缔约方大会提交报告中的《法庭规则最终草案》（以下称“最终草案”）会发现，最终草案仅在第 137 条至 146 条规定了海底分庭的咨询程序，但最后通过的《法庭规

[4] European Convention on Human Rights, Art. 47(1).
[5] *Ibid.*, Art. 47(2).
[6] Rules of the Tribunal, Art.138(1).
[7] Shabtai Rosenne, *International Tribunal for the Law of the Sea: 1996-97 Survey*, (1998) 13 The International Journal of Marine and Coastal Law 4, p.507.
[8] Ki-Jun You, *Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal, Revisited*, (2008) 39 Ocean Development & International Law 4, p.360.

则》却加入了第 138 条，将咨询管辖权从海底分庭扩大到全庭，但 ITLOS 并未公开与该条款有关的详尽资料，以帮助考察第 138 条的起草过程。曾担任 ITLOS 法官的拉奥和戈蒂埃认为，《规约》第 21 条足以为国际协定赋予法庭咨询意见管辖权提供法律基础，第 138 条似乎是对该条款的合理解释[9]，ITLOS 在其出版物中也承认这一点[10]。在 2015 年的“次区域渔业委员会”咨询意见案（以下称“21 号咨询案”）中，一些国家认为法庭不能通过制定程序规则赋予其比《公约》正文及其附件规定的更大的权力，因此《法庭规则》第 138 条的有效性取决于其是否符合《公约》正文及《规约》之规定[11]。有观点认为，尽管 ITLOS 的扩权未违背《公约》正文及《规约》，但超出了规定的内容范围，程序方面的问题使《法庭规则》第 138 条的可接受性受到质疑[12]。反对第 138 条正当性的观点认为，《公约》第 288 条和《规约》第 21 条均不能作为其法律基础[13]。尽管《法庭规则》第 138 条的正当性仍受到质疑，但法庭认为其扩权是对《规约》第 21 条的解释或适用，但这种解释或适用早已超越缔约国赋予其的权限。

相较《公约》第 288 条第 2 款，《规约》第 21 条“任何其他协定”（any other agreement）的表述具有较大的解释空间，原因在于后者忽略了“国际”与“与《公约》有关”这两个重要的限定条件。即使要将《规约》第 21 条视为 ITLOS 全庭咨询管辖权限的法律基础，不仅涉及对“任何事项”的解释，还必须明确“任何其他协定”之含义。《法庭规则》第 138 条进行了尝试，对《规约》第 21 条的宽泛规定作了限制，具体表现为三个方面：一是将“协定”限定在了“与《公约》目的有关的国际协定”，二是将“任何事项”限定为法律问题，三是对《规约》第 21 条未规定的有权向法庭提出咨询申请的主体限定在“由通过或根据上述协定授权的机构”。如此，对事管辖的范围成为“根据与《公约》目的有关的国际协定提出的法律问题”，而对人管辖的范围为“由通过或根据与《公约》目的有关的国际协定授权的机构”。即使“事项”一词包含咨询请求，《法庭规则》第 138 条规定的 ITLOS 的咨询管辖权限也已经超出了解释范畴，并不在其职权范围内，实际上是对《规约》第 21 条的修改。因此，《法庭规则》第 138 条在解释该条款时实际上也构成了 ITLOS 全庭咨询管辖权限的依据。

---

[9] P. Chandrasekhara Rao and Ph. Gautier, *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary* (Koninklijke Brill NV, 2006), p.394.

[10] International Tribunal for the Law of the Sea, *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law: 1996–2016* (Koninklijke Brill NV, 2018), p.43.

[11] “Written Statement of the United States”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_Response_Round_1_USA.pdf (last visited 3 March 2025). “Written Statement of the United Kingdom”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_Response_Round_1_UK.pdf (last visited 8 March 2025). “Written Statement of Australia”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_Response_Round_1_Australia.pdf (last visited 8 March 2025).

[12] Miguel García García-Revillo, *The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea* (Koninklijke Brill NV, 2015), p. 311.

[13] Ki-Jun You, *Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal, Revisited*, p.362.

2. 咨询案中的行权实践与条约解释

由于缺少基础性文件的明确规定，《法庭规则》第 138 条实质上提供了咨询管辖权限的判断要件，进而事实上起到了赋权和限权效果[14]。但第 138 条未经过以国家同意为基础的国际立法程序，ITLOS 必须通过解释基础性文件论证该条款及其全庭咨询管辖权的法律基础。在 21 号咨询案中，ITLOS 首次通过司法实践认可其全庭对咨询案件的管辖权，在“小岛屿国家气候变化与国际法委员会委员会”咨询案（以下称“31 号咨询案”）中，ITLOS 延续了这一立场。法庭的总体观点为：《规约》第 21 条在一般意义上赋予法庭全庭行使咨询管辖权的可能性，而在具体案件中，由外部协定直接赋予法庭全庭咨询管辖权，二者共同构成法庭全庭咨询管辖权的实质性法律基础，《法庭规则》第 138 条仅仅是法庭行使咨询管辖权要满足的前提条件。

法庭在两次咨询案中的解释引起了较大争议。有观点认为 ITLOS 在 21 号案中未考察《规约》第 21 条的起草过程，也未充分考虑程序参与方的反对声音[15]，31 号案咨询意见则草率运用 21 号案的结论。如果考察《规约》的起草过程，会发现法庭将“事项”一词解释为延伸至咨询请求是错误的[16]。同时，法庭在 21 号案中认为《法庭规则》第 138 条的制定依据是《规约》第 16 条，但后者仅能解释前者的存在，并不能解释其正当性[17]，其正当性应由《公约》中的赋予全庭咨询管辖权的条款来证成。有鉴于此，ITLOS 对于自身超越基础性文件规定将咨询管辖权扩大至全庭的合法性的论证“并不完全令人信服[18]”。

二、根源：法庭实际权力与国家同意的矛盾

当前 ITLOS 全庭咨询管辖权面临国际法基础困境根本原因在于法庭的实际权力侵蚀国家同意基础，具体涉及明示的国家同意与推定的国家同意两方面。

（一）国际组织权限与国家同意的关系

国际组织拥有不完全的法律人格，具体体现为权力和职能，来源于以国家同意为基础的授权。按照法律实证主义，国家同意为现代国际法的基石，国际社会的共同意愿是国际法的基础[19]，约束国家的法律规则源于国际条约或通过习惯国际法表达的国家的自由意志[20]。在国际实践当中，国际组织权限主要来源于两种授权方式，一是明示授权，二是默示授权。

---

[14] 沈超：《国际海洋法法庭关于气候变化问题的咨询管辖权限》，载《南大法学》2024 年第 6 期，第 131 页。

[15] 参见朱利江：《国际海洋法法庭确认咨询管辖权中的条约解释问题》，载《国际法学刊》2024 年第 3 期，第 15 页。

[16] Tom Ruys, Anemoon Soete, *‘Creeping’ Advisory Jurisdiction of International Courts and Tribunals? The case of the International Tribunal for the Law of the Sea*, (2016) 29 Leiden Journal of International Law 1, p.159.

[17] Jianjun Gao, *The ITLOS Advisory Opinion for the SRFC*, (2015) 14 Chinese Journal of International Law 4, p.743.

[18] International Tribunal for the Law of the Sea, *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law: 1996–2016* (Koninklijke Brill NV, 2018), p.217。

[19] Lassa Francis Oppenheim, *International Law A Treatise, Vol.I. Peace* (Longmans, Green And Co., 1912), p.36.

[20] *The Lotus Case*, Advisory Opinion, P.C.I.J. Reports 1927, Series A, No.10, p.18.

明确授权是一般性的、不易产生分歧的授权方式，通常以国际组织的章程或其它基础性文件为载体，这种载体在本质上一般为国际条约，直接体现缔约国共同意志。如《国际海事组织公约》规定的国际海事组织的职能包括“负责起草公约、协议或其他适当文书；提供成员国之间磋商和信息交流的机制；促进技术合作[21]”以及“对于‘能够通过国际航运业务的正常程序解决’的问题，应建议通过这种方式解决[22]”。默示授权的前提条件是国际组织基础性文件未明确规定某种权力，其基本假设是，如果成员国想到，他们就会明确授予这种权力[23]，这种授权通过对国际组织基础性文件的解释实现。在国际实践中，默示权力一般通过两种思路推导出：一是这种权力为实现国际组织目的和职能所必要，二是基础性文件中存在赋予默示权力的必要意图。与默示权力有关的典型案件是 1949 年“损害赔偿”咨询案，国际法院在该案中同时运用了两种思路，认为“根据国际法，该组织必须被视为拥有《联合国宪章》未明确规定但通过必然暗示赋予其的那些权力，这些权力对于履行其职责至关重要[24]”，以及“通过研究赋予本组织职能的性质及其代理人任务的性质，可以清楚看出，本组织对其代理人行使一定程度的职能保护的能力源于《联合国宪章》中存在的必要意图[25]”。哈克沃斯法官在其不同意见中提到对默示权力的限制，认为“默示权力源自明示权力，且限于为行使明示授权必要的权力范围[26]”，意味着默示权力与体现成员国同意的明示权力存在紧密联系。而在 1954 年的“裁决的效果”咨询案中，针对大会建立行政法庭的权限，国际法院强调了必要意图的重要性，认为“建立公正处理该组织与其员工间案件的法庭对确保.....实施这一点的能力通过必要的宪章意图产生[27]”。有观点认为对国际组织目的和职能的强调实际上是对成员国意图的削弱[28]，背后体现的是国际组织独立意志与成员国意志的紧张关系，但国家不能被他们的创造物所约束，除非它们在明确授权中或通过必要暗示同意这种限制[29]。因此，无论是明示还是默示权力，本质上还是以国家同意为支撑，区别在于前者是明确表达，后者是通过解释国际组织基础性文件推定得出。

（二）ITLOS 扩权与明示国家同意的矛盾

国家同意是国际法合法性的基础，体现最低限度的合法性[30]。国家同意需要

---

[21] Convention on the International Maritime Organization Articles of the Convention, Article 2.
[22] *Ibid.,* Article 3.
[23] Jacob Katz Cogan, Ian Hurd, Ian Johnstone, *The Oxford Handbook of International Organizations* (Oxford University Press, 2016), p.148.
[24] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p.182.
[25] *Ibid*.
[26] *Ibid*., p.198 (Dissenting Opinion by Judge Hackworth).
[27] *Effect of Awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954, p.57.
[28] Nigel D. White, *The law of international organizations* (Manchester University Press, 2017), p.135.
[29] J. Klabbers, *An Introduction to International Organization Law* (Cambridge University Press, 2015), p.53.
[30] David Lefkowitz, “*The Source of International Law: Some Philosophical Reflections*”, in Samantha Besson and John Tasioulas eds., *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010), p.192-193.

通过一定机制实现，如投票表决便是国家同意的制度化表达，在这一过程中，即使并非所有国家同意，但磋商谈判仍体现了国际立法的民主性，能够充分考量各谈判国的利益关切，即便有条款无法达成一致，有关国家也可作出保留。但 ITLOS 的扩权行为背离了这一基础。

《法庭规则》第 138 条的制定是法庭的首次扩权实践。尽管法庭在 21 号咨询案中认为第 138 条的依据是《规约》第 16 条，但后者要求“为履行其职务（functions）”。普罗尔斯对《法庭规则》的评注当中也认为该条款要求法庭制定履行其职务的规则，包括程序规则[31]，但从《公约》正文及其附件中未发现法庭职务包括对管辖咨询案件。因此，ITLOS 实际上为自己创设了原本不存在的权力，这种权力的范围和限度也无法受到基础性文件的约束，而是取决于外部赋权协定的规定与法庭对《法庭规则》第 138 条的解释。《法庭规则》第 138 条对国家同意的违背具体体现在两方面。一方面，ITLOS 制定第 138 条超越《公约》正文及《规约》为其赋予的职权，成员国并未赋予其为自身创设权力的权力。另一方面，该条款作为创设权力的国际立法，未经《公约》缔约方大会的讨论与通过，未体现任何缔约国的明确同意，尽管各缔约国事后并提出明确反对，但这种情况下单纯的沉默并不具有国际法意义。不符合国家同意原则也是后续司法实践中参与程序缔约方反对法庭全庭咨询管辖权的主要理由之一。

（三）法庭扩权与推定国家同意的矛盾

推定的国家同意需要通过解释基础性文件的方式确定。在条约解释场景下，这种推定的国家同意通常被称为缔约国意图，也可以作为国际组织权力的合法性基础。

1. 探寻缔约国真实意图为条约解释之根本

国际法中的解释规则描述了解释者如何从国际法角度确定条约的正确含义[32]。对于什么是条约的正确含义，则是“应与该条约就规范内容而言所传达的信息相一致，并应符合条约缔约方（即所有受条约约束的国家）的意图，只要这些意图被视为共同的[33]”。

当前适用于条约解释的国际法规则以 1969 年《维也纳条约法公约》（以下称“《条约法公约》”）第 31 条至第 33 条为基础。但在《条约法公约》制定过程中，对于条约解释方法曾存在文本论、意图论与目的论三种不同观点。《条约法公约》第 31 条第 1 款规定解释条约要秉持善意，依“用语”并“按上下文”及“参照条约之目的及宗旨”探求术语的“通常含义”，未提及缔约方意图的作用，但这并不意味着国际法委员会抛弃了条约解释目的是确定缔约方的意图这一观点[34]。国际法委

[31] Alexander Proelss, *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea - A Commentary* (Martinus Nighoff Publishers, 2017), p.2362.
[32] Ulf Linderfalk, *On The Interpretation of Treaties* (Springer, 2007), p.33.
[33] *Ibid*.
[34] Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2014), p.83.

员会对其 1966 年通过的《维也纳条约法公约最终草案》（以下称“《最终草案》”）第 27 条第 1 款（即《条约法公约》第 31 条第 1 款）的评注中提到，“本条基于以下观点：必须假定文本是缔约方真实意图的表达；因此，解释的出发点是阐明文本的含义，而不是从一开始就调查缔约方的意图。另一方面，文本符号是当事方共同意愿的表达，仅包括少数例外[35]”。国际法委员会认为“第 1 款包含三项独立的原则，其中第二项为文本解释方法的本质：应推定缔约方具有从其所用术语的通常含义中可以看出的意图[36]”。在对第 31 条其他几款的评注中，也强调假定文本是缔约方真实意图的表达。因此，尽管《条约法公约》第 31 条第 1 款并未直接提及缔约方真实意图，但却隐含了这一要素。按照国际法委员会的观点，条约解释的最终目的就是探寻缔约国真实意图，而文本含义被假定体现了这一点，是缔约国真实意图的客观化。如果文本含义没有体现缔约国真实意图，应以缔约国真实意图所赋予术语的含义为准，《条约法公约》第 31 条第 4 款体现了这一点。一些国际司法实践似乎也证明了探寻缔约方意图的根本性。1948 年“接纳一国加入联合国的条件”咨询案中，国际法院在对《联合国宪章》第 4 条第 1 款进行解释时认为，“《宪章》第 4 条第 1 款文本能够明确体现立法者的意图，文本已经足够清晰.....[37]”。而在 1985 年利比亚与马耳他“大陆架”案中，国际法院认为“.....赋予法院的任务主要是通过解释特别协定识别缔约国的意图[38]”。对缔约国意图的重视特别体现在对条约术语的演化解释当中，因为此类案件最能体现对条约缔结时情势的偏离。在这类案件当中，国际司法机构首先寻求的是实现缔约方意图[39]。如在 1971 年“纳米比亚”咨询意见案中，国际法院认为“根据缔约公约时缔约方的意图来解释一项文书具有首要必要性.....[40]”。在 2009 年的“航行权及相关权利”案中，国际法院对哥斯达黎加与尼加拉瓜 1858 年条约中规定的“商业（commerce）”一词作演化解释时认为，“.....必须推定缔约方意图让这些术语具有不断演变的含义.....为了尊重缔约方在缔结条约时的共同意图而不是背离这一意图.....基于‘缔约时各方的共同意愿’的演化解释[41]”。学界也基本认为探究条约缔约方意图才是条约解释的根本所在，演化解释应当以缔约方意图为基础[42]。

由此，关于条约解释与缔约方意图的关系，本文认为至少可得出三点结论：第一，条约解释以探寻缔约方真实意图为目的，运用《条约法公约》的解释规则

---

35 International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol.II*, p.221.
36 *Ibid.*
37 *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter),* Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1948, p.62.
38 *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p.14, para.19.
39 Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, (Oxford University Press, 2014), p.83.
40 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, para.53.
41 *Dispute Regarding Navigational and related rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, para.66.
42 张卫彬：《条约演进解释的理据、模式及规制路径》，载《法学》2024 年第 6 期，第 163 页。

得出的解释结论应首先推定体现了缔约方真实意图；第二，条约解释应受缔约方意图限制，如果缔约方意图有特定要求，则以缔约方真实意图为准；第三，解释者应做到“勤勉”[43]，综合条约术语本身、上下文、条约目的和宗旨探求缔约方的真实意图，必要时以准备工作及缔约情势为补充。关于《条约法公约》第 31 条第 1 款内的考量要素是否有适用次序之分，学界存在不同意见，国际法委员会认为，术语的通常含义不是在抽象意义上确定，而是根据条约上下文及条约的目的和宗旨[44]。这种方法通常被称为整合原则（principle of integration）[45]，本文认为如此理解较为合理。

2. 法庭的解释推理过程

ITLOS 的咨询管辖权限问题主要涉及对《规约》第 21 条及《法庭规则》第 138 条的解释，前者涉及法庭全庭在一般意义上对管辖咨询案件的法律基础，后者涉及具体案件是否满足行使管辖权条件的判断，其中争议较大的是对《规约》第 21 条的解释。在 21 号咨询案中，法庭认为“《规约》第 21 条与《公约》具有同等地位，它解决了法庭的‘管辖权’问题[46]”。随后，法庭认为解释《规约》第 21 条的关键在于确定“事项”一词的外延，认为如果“任何其他赋予法庭管辖权的协议”中有明确规定，那么“事项”应也包括咨询意见。法庭得出该结论的理由很简单，因为“《规约》第 21 条第三种情况并未使用‘争端’（disputes）这一措辞，故其外延肯定不只包含‘争端’[47]”。在此基础上，法庭《规约》第 21 条与“其他协定”共同构成了法庭全庭咨询管辖权的实质性法律基础[48]。按照法庭的观点，正是《规约》第 21 条提供了可能性，“其他协定”才得以直接赋予法庭全庭对咨询案件的管辖权。对于《法庭规则》第 138 条，法庭认为其仅规定了法庭行使管辖权需满足的前提条件。在确定管辖权法律基础与行使前提的基础上，法庭审查了案件的具体情况，认为满足前提条件。在 31 号案中，法庭一开始就直接表明“发表咨询意见的管辖权以《规约》第 21 条为基础[49]”，认为“21 号案中关于全庭咨询管辖权法律基础的认定得到《公约》大部分缔约国的支持[50]”。此外，法庭还提到 BBNJ 协定为确保《公约》的有效执行，明确规定缔约方大会可以请求法庭作出咨询意见[51]。

考察对条约解释规则的适用情况，在 21 号咨询案中，法庭将《规约》第 21

---

[43] 《条约法公约》中并未明确规定“勤勉”，但本文认为第 31-33 条蕴含这种精神，如要求解释者秉持善意，考虑上下文、条约之目的宗旨、缔约方的嗣后行为等，必要时考察条约的准备工作及缔约之情况。

[44] International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol.II*, p.221.

[45] [英] 伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良等译，法律出版社 2007 年版，第 550 页。

[46] *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2015, p.20, para.52.

[47] *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2015, p.20, para.56.

[48] *Ibid.*, para.58.

[49] *Ibid.*, para.84.

[50] *Ibid.*, para.90.

[51] *Ibid.*, para.92.

条的其他部分作为《条约法公约》第 31 条第 1 款规定的“上下文”考察，得出“事项”一词的含义。在 31 号咨询案中，法庭提到《公约》缔约国对前案观点的支持，可能意在寻求缔约国意图的支撑，至于论及 BBNJ 协定的赋权实践，可能意在诉诸《条约法公约》第 31 条第 3 款规定的“嗣后实践”（subsequent practice）或“嗣后协定”（subsequent agreement）。

3. 法庭解释对探寻缔约国真实意图的违背

在解释国际组织基础性文件时，解释程序不能从属于各种任意武断的方法[52]。为实现探寻缔约方真实意图之目的，解释者需尽“勤勉”之责，综合考量条约术语本身、上下文、条约的目的和宗旨，当解释对象仍意义不明或不合理时，以准备工作及缔约情势为补充资料。但实际上，无论是从解释过程还是解释结果来看，法庭解释均不符合探寻缔约方真实意图的解释目的。

就解释过程而言，法庭在解释“事项”的含义时将《规约》第 21 条的其他部分作为上下文考察，但并未充分考察整个《公约》的规定，特别是涉及法庭管辖权的条款。尽管法庭在解释“争端”和“申请”的含义时援引《公约》第 293 条与《规约》第 23 条，但这两个术语的含义并非模糊不清或存在争议，并非重点解释的对象，因此，法庭在解释“争端”和“申请”这两个含义比较清晰的术语时参考其他《公约》和《规约》的条款，而在解释“事项”时却未参考其他条款，这种做法显得奇怪。国际法委员会在对《最终草案》关于“上下文”一词的评注中援引 1922 年“国际劳工组织管理农业劳动的权限”咨询案认为，常设国际法院强调上下文不仅仅是出现该术语的条约的条款或部分，而是整个条约[53]。此外，《条约法公约》第 31 条第 3 款规定了与上下文一并考虑的情况：当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定，嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例，以及适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。对此，法庭在 31 号咨询意见案中提及 BBNJ 协定中的赋权条款，该条款最可能与“嗣后实践”或“嗣后协定”条款相关，但法庭未展开具体分析，特别是 BBNJ 协定第 47 条第 7 款之规定是否构成“嗣后实践”或“嗣后协定”，以及如果构成，这一因素的重要性如何、会产生何种法律效果。在适用《条约法公约》第 31 条仍无法探究“事项”一词合理含义的情况下，则适用第 32 条运用准备工作和缔约情势作为补充资料，此为条约解释之合理次序，但法庭做的并不严谨，作为重要的条约解释机构，未尽到探寻缔约方真实意图的“勤勉”之职。除此之外，法庭在解释《规约》第 21 条时亦未提及《公约》的目的和宗旨，未遵循《条约法公约》第 31 条第 1 款“参照条约之目的及宗旨”之要求。

就解释结果而言，尽管完成“勤勉”解释之前很难判断得出的结论是否体现了

[52] [英] 伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良等译，法律出版社 2007 年版，第 606 页。
[53] See International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol.II*, p.221.

缔约方真实意图，但缔约方的态度可在一定程度上作为参考，参加 31 号咨询案的缔约国大多提到法庭在 21 号案中的观点，在 35 个缔约国中，24 个缔约国支持法庭在 21 号咨询案中的观点，4 个反对，7 个未明确表态。因此，并没有充分的证据表明大多数缔约国支持法庭的观点。

三、契机：缔约国实践变化对全庭咨询管辖权国际法基础的可能影响

缔约国在缔结条约后的实践会影响条约的发展，本部分主要讨论缔约国近两年的实践变化可能导致的《公约》相关条款解释的新发展，以及这种发展能否解决法庭权力与缔约国同意之间的冲突，纾解法庭全庭在行使咨询管辖权方面面临的国际法基础困境。

（一）缔约国实践变化的具体表现

《公约》缔约国的实践变化主要体现在两方面：一是在 31 号咨询案中对法庭管辖权问题的观点变化，二是缔约方在 BBNJ 协定中赋予 ITLOS 全庭咨询管辖权的实践。

尽管并非所有缔约方参与了程序，但考察 21 号咨询案和 31 号咨询案中提交书面意见的《公约》缔约方的态度及变化情况（如下表）还是能在一定程度上体现各缔约方的实践趋势。

案件	支持全庭咨询管辖权	反对	未明确表态	变化
21 号案	德国、新西兰、索马里、密克罗尼西亚、智利、斯里兰卡	中国、爱尔兰、澳大利亚、阿根廷、英国、泰国、西班牙、美国	沙特阿拉伯、日本、葡萄牙、荷兰[54]、欧盟、古巴、法国、黑山、瑞士	英国、法国、阿根廷

[54] 荷兰认为，法庭在发表咨询意见前必须确认其有权就该请求行使咨询管辖权，如果法庭认为有咨询管辖权，应将请求的咨询意见的范围限制在 SRFC 及其成员根据 MAC 公约开展的活动范围内。“Written Statement of the Kingdom of the Netherlands”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_Response_Round_1_Netherlands.pdf (last visited 16 March 2025).

31 号案	阿根廷、刚果、波兰、新西兰、德国、意大利、莫桑比克、毛里求斯、印度尼西亚、拉脱维亚、智利、瑙鲁、孟加拉国、伯利兹、加拿大、塞拉	澳大利亚[55]、中国、巴西、印度	日本[56]、挪威、欧盟[57]、新加坡[58]、韩国[59]、埃及[60]、英国、葡萄牙[61]、荷兰[62]、沙特阿拉伯	

[55] 澳大利亚表示书面意见不影响其在 21 号案中关于法庭咨询管辖权的立场（在 21 号案中认为法庭没有咨询管辖权），也不影响法庭在适当情况下拒绝发表咨询意见的自由裁量权。“WRITTEN STATEMENT OF AUSTRALIA”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-11-Australia.PDF (last visited 8 March 2025).

[56] 日本表示“希望法庭认真考虑各缔约方提交的书面意见及 21 号咨询意见，就其是否有管辖权审理 COSIS 提交的请求作出适当的决定，以及如果认为其有管辖权，是否应该行使自由裁量权作出咨询意见”。“Written Statement of Japan”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-4-Japan_01.PDF (last visited 8 March 2025).

[57] 在两个咨询案中，欧盟均表示书面声明不影响法庭审查就其所提问题提出咨询意见的请求的管辖权问题。“WRITTEN STATEMENT BY THE EUROPEAN UNION”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-9-EU.pdf (last visited 8 March 2025).

[58] 新加坡未论及法庭咨询管辖权的基础，但认为有必要阐述有关国际法院和法庭行使咨询管辖权的原则及法庭拒绝发表咨询意见的“自由裁量权”的情形。“Written Statement of the Republic of Singapore”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-15-Singapore.pdf (last visited 8 March 2025).

[59] 韩国分析了咨询请求涉及的实体问题，未论及法庭的管辖权问题，但强调其书面意见不影响其未具体涉及的国际法问题的立场。“Written Statement of the Republic of Korea”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-16-ROK.pdf (last visited 8 March 2025).

[60] 埃及分析了实体问题，表明其书面意见不涉及法庭管辖权问题，且不影响其在这些问题上的立场。“WRITTEN STATEMENT OF THR ARAB REPUBLIC OF EGYPT”, ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-17-Egypt.pdf (last visited 8 March, 2025).

[61] 葡萄牙在书面意见中未表达对法庭咨询管辖权的任何观点，但提到“承认 ITLOS 作出的任何咨询意见具有法律性质”。回顾 21 号咨询案，葡萄牙认为法庭在管辖权问题上应全面、准确且明智地处理，特别是《规约》第 21 条能否作为法庭全庭咨询管辖权的基础是存疑的，而对《法庭规则》第 138 条的解读应审慎且明智，与经过谈判各缔约方讨论和同意的《公约》及《规约》赋予 ITLOS 的权力相一致。两个案件中，葡萄牙均未表达明确的支持或反对立场，本文认为宜归入第三类缔约方。 “WRITTEN STATEMENT OF THE PORTUGUESE REPUBLIC SUBMITTED TO THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA” , ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-24-Portugal_01.pdf (last visited 8 March 2025). “Written Statement of the Portuguese Republic” , ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_Response_Round_1_Portugal.pdf (last visited 8 March 2025).

[62] 荷兰表示其书面声明的目的仅是讨论请求的实质内容，就咨询程序而言，荷兰将自行决定权交给法庭，由法庭自行决定其是否具有咨询管辖权。“WRITTEN STATEMENT OF THE KINGDOM OF THE NETHERLANDS” , ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-28-NL.pdf (last visited 16 March, 2025).

	利昂、吉布提、卢旺达、越南、危地马拉、密克罗尼西亚、菲律宾、东帝汶、阿根廷、法国			

表 1：两次咨询案中参与程序各缔约方的态度对比

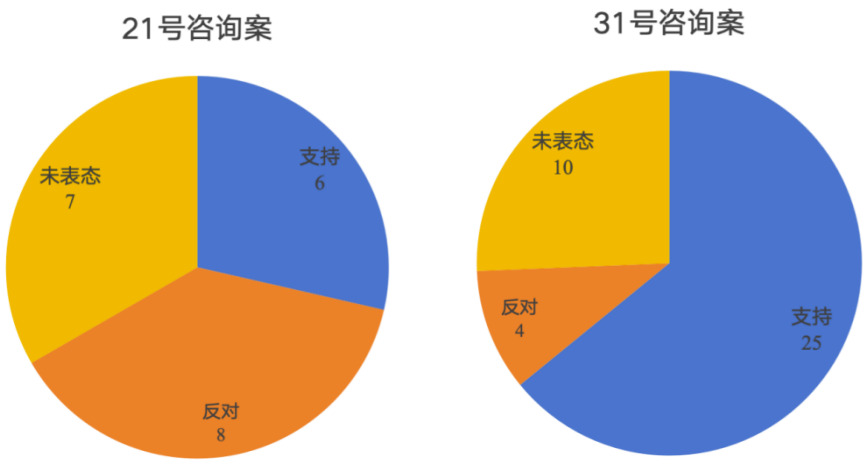


图 1：两次咨询案中各缔约方态度比例情况

比较两个咨询案中的缔约国观点，有三点变化需要关注：一是态度占比变化；二是相同缔约方的总体态度变化。英国在前案明确指出 ITLOS 通过《法庭规则》第 138 条属于越权行为，其无权管辖咨询案件[63]，在后案的书面程序中要求法庭阐明关于其咨询管辖权法律基础的推理[64]，在口头程序中又表示承认法庭在 21 号咨询案中的裁定，即它拥有这样的管辖权。法国在前案中认为法庭全庭没有咨询管辖权，在后案的书面程序中未表达明确态度，但在口头程序中又认为法庭有权限处理当前的咨询请求[65]。阿根廷在前案中反对法庭全庭对咨询案件有管辖权，但后案中表示不会反对仲裁庭对此案行使咨询管辖权[66]。三是争议核心的变化。在前案中，参加程序的大部分缔约方对法庭全庭咨询管辖权的法律基础提出质疑，

[63] "Written Statement of the United Kingdom", ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/written_statements_round1/C21_Response_Round_1_UK.pdf (last visited 8 March 2025).
[64] "WRITTEN STATEMENT OF THE UNITED KINGDOM", ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-27-UK.pdf (last visited 8 March 2025).
[65] "WRITTEN STATEMENT OF FRANCE", ITLOS official website, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-19-France_translation_ITLOS.pdf (last visited 8 March 2025).
[66] International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS/PV.23/C31/6/Rev.1 (13 September 2023).

而在后案中，参加程序的绝大多数缔约国不再提出明确反对，而是希望法庭就全庭咨询管辖权的法律基础、管辖范围作进一步阐明。

此外，2023 年 6 月政府间大会协商一致通过的《<联合国海洋法公约>下国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用协定》（以下称“BBNJ 协定”）是各缔约方实践的另一个变化。根据第 47 条第 7 款之规定，缔约方大会可决定就其职权范围内任何事项的提案是否符合本协定的法律问题请求 ITLOS 提供咨询意见，该请求应说明请求提供咨询意见的法律问题的范围。同时，该条款还对管辖权作了限制，通过正反两方面对 ITLOS 全庭的咨询管辖权限作了比较明确的规定，似乎明确承认了《规约》第 21 条所规定的咨询职能[67]。截至 2025 年 2 月，BBNJ 协定已有 112 个国家签署，20 个国家批准，在实践方面具有一定的广泛性和代表性。

上述两方面的变化，似乎有使 ITLOS 全庭咨询管辖权国际法基础与实践走向一致的潜力，特别在条约解释方面，下文将进行进一步分析。

（二）条约解释的发展与可能性

本部分尝试讨论的是，充分运用已有的解释材料，按照《条约法公约》的解释规则尽“勤勉”之职得出的解释结果能在何种程度上解决 ITLOS 全庭咨询管辖权的国际法基础困境。

1. 条约解释规则下对基础性文件的解释

（1）《条约法公约》第 31 条第 1 款的适用

如法庭在 21 号咨询案中所述，《规约》第 21 条中“一切争端”（all disputes）和“一切申请”（all applications）的含义不存在争议，重点在于对“一切事项”（all matters）的解读。尽管《条约法公约》未明确规定适用第 31 条的具体步骤或次序，但本文认为根据《条约法公约》之精神，对“一切事项”含义的解释可以分为以下几步：

第一，从纯粹的字面意义上理解术语的通常含义。这种理解不考虑术语所处的上下文等外部材料，无论从“日常语言”（everyday language）还是“技术语言”（technical language）[68]角度去理解，“一切事项”都具有都极其广泛的含义，需结合外部材料进一步限定。

第二，结合条约用语上下文。如果只考量《规约》第 21 条，的确很容易得出“一切事项”的涵盖范围必然大于“一切争端”和“一切申请”，包括咨询意见，这是从语法、句法结构方面作出的理解，也是法庭在 21 号咨询案中的推理逻辑。但上下文应包括整个《公约》和《规约》（包括序言、附件），特别是关于 ITLOS

[67] Oktawian Kuc, “BBNJ Treaty and the ITLOS Advisory Jurisdiction”, Blog of the European Journal of International Law, https://www.ejiltalk.org/bbnj-treaty-and-the-itlos-advisory-jurisdiction/ (last visited 23 March 2025).

[68] 在法律领域，“matter”一词有事实，争议事实/待证事实，（考虑、争议的）问题，事项/事情，物质等含义。薛波：《元照英美法词典》，北京大学出版社 2013 年版，第 901 页。

管辖权的条款。在这些条款当中，首先应关注《公约》第 288 条，第 3 款在规定海底分庭的管辖权时使用“任何事项”（any matter）一词，根据第 3 款之规定，包括第十一部分第五节规定的“争端”和“咨询意见”在内。法庭在两个咨询案中并未表明此处的措辞引导了法庭对《规约》第 21 条“事项”一词的解释，导致仲裁庭认为第 21 条中的“事项”也包括咨询意见[69]。条约解释当中的确有一项原则，即同一术语在整份文书中应具有相同含义，但这项原则并不是绝对的[70]。一方面，条约有众多谈判方，有时不同小组负责不同部分，有时使用几种语言，其中一些语言在特定主题上的词汇范围可能比其他语言更大、更细致入微[71]，另一方面，《公约》第 288 条第 3 款涉及特定机构——海底分庭，而非 ITLOS 全庭，将其照搬至《规约》第 21 条也是不恰当的[72]，需进一步考察其他上下文。从对事管辖权的条款安排来看，《公约》第 187 条和第 191 条分别规定了海底争端分庭对争端和咨询意见的管辖权；第 288 条规定了所有相关司法机构的管辖权[73]，根据该条款，ITLOS 全庭仅对有关《公约》的解释或适用和按照与《公约》目的有关的国际协定向其提出的有关该协定的解释或适用的争端有管辖权；第 290 条、第 292 条及第 294 条又分别规定临时措施、迅速释放及初步程序，法庭对此类申请也有管辖权。审视作为上下文的上述条款，无法得出各缔约方有赋予 ITLOS 全庭咨询管辖权的意图。这种模糊的条款设计背后可能有三种原因：一是缔约方就是否赋予 ITLOS 全庭咨询管辖权存在分歧，二是各缔约方未考虑到该问题。无论是哪种原因，能够确定的一点是法庭未就赋予 ITLOS 全庭咨询管辖权形成共同意图。

第三，参照条约之目的和宗旨。这种目的论的解释方法在国际司法实践中常用于国际组织基础性文件的解释[74]，国际组织的默示权力来源于履行其职能或明示权力之必要，这一点已被国际司法实践所确认。本质上，《规约》属于国际组织基础性文件，但无论是考察 ITLOS 的职能还是明示权力，都无法推出法庭全庭对咨询案件有管辖权的必要性。

（2）BBNJ 协定第 47 条第 7 款及其他实践变化的条约解释价值

法庭 31 号咨询案中提到各缔约方在 BBNJ 协定中的赋权实践，但未具体阐释这一实践在解释相关条款时的作用。上文已提到，BBNJ 协定中的赋权实践可能构成《条约法公约》第 31 条第 3 款中的“嗣后协定”或“嗣后实践”。嗣后行为在条约适用中非常重要，其实质在于建立缔约方在条约含义的一致理解75，在条

[69] Massimo Lando, *The Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea: Comments on the Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission*, (2016) 29 Leiden Journal of International Law 2, p.453.
[70] Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2015), p.36.
[71] *Ibid.*, p.183.
[72] Massimo Lando, *The Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea: Comments on the Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission,* p.454 .
[73] 尽管《公约》第十一部分第二节的标题为“导致有拘束力裁判的强制程序”，但第 288 条第 3 款也提到了海底争端分庭的咨询程序，并不完全局限于标题。
[74] Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Brill, 2009), p.431.
[75] International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol.II*, p.222.

约缺少明确规定的情形下，嗣后实践成为填补条约漏洞的方法76。在以往的实践当中，国际司法机构在解释条约时已多次用到“嗣后协定”或“嗣后实践”，如 1949 年国际法院“损害赔偿”咨询案、1962 年国际法院“某些经费”咨询案以及 1971 年国际法院“纳米比亚”咨询案等，但司法实践对两个概念的分析并不深刻。2018 年国际法委员会的报告用专章对“嗣后协定”和“嗣后实践”的定义、形式及作用等方面作了阐释。按照国际法委员会的定义，“嗣后协定”（subsequent agreement）指“由缔约方达成的，并以缔约方有意采取的共同行为或承诺为前提，即便该行为由缔约方为表明对条约解释或条约条款适用的共同理解而采取的单独行为组成”，“嗣后实践”（subsequent practice）则包括“缔约方所有（其他）相关形式的后续行为”77，如此看二者应为包容关系。BBNJ 协定由当事方协商一致通过，似乎可以认为是有意采取的共同行为，有构成“嗣后协定”之可能。但仍有两点需要考察，一是 BBNJ 协定是否与《公约》的解释或其条款的适用有关，二是 BBNJ 协定目前尚未生效，且缔约国尚未覆盖《公约》全部缔约国，是否会阻碍构成“嗣后协定”。对于前者，国际法委员会采用意图论，即缔约方必须有意阐明条约含义或如何适用78，若仅仅协定中包含可用于条约解释或适用的一段话，无前述意图，则不能构成“嗣后协定”79。但主观意图必须外化为客观表现，如在 1993 年“格陵兰岛与扬马延岛间区域海洋划界”案中，国际法院认为“（丹麦和挪威之间）1979 年协议中根本没有提及 1965 年协议的存在或内容80”，不能被认为与后者的解释或适用有关。能被认为与条约的适用有关的典型情况是协定是为了执行条约81，而 BBNJ 协定第 2 条则明确规定“本协定的目标是通过有效执行《公约》的相关规定....”，因此本文认为 BBNJ 协定满足与《公约》的解释或适用有关这一条件。对于后者，国际法委员会在报告中认为“嗣后协定”应仅在条约解释层面被考量，因此并不一定要有约束力82，“嗣后协定”的本质是有关国家具有建立约束性法律关系的意图83，并不要求实际上已经存在法律上的约束力。但国际法委员会也强调，协商一致通过并不是构成“嗣后协定”的充分条件84，“嗣后协定”要求所有条约缔约方的共同一致行为，但事实上，作为《公约》缔约国，俄罗斯退出了协定

76 韩燕煦：《论条约解释中的嗣后实践》，载《国际法研究》2014 年第 1 期，第 57 页。
77 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，A/73/10，第 34 页。
78 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，A/73/10，第 34 页。
79 Ulf Linderfalk, *On The Interpretation of Treaties* (Springer, 2007), p.164.
80 *Case Concerning Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (Denmark/Norway)*, Judgment, I.C.J Reports 1993, p.17, para.28.
81 Ulf Linderfalk, *On The Interpretation of Treaties*, p.165.
82 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，A/73/10，第 33 页。
83 Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2015), p.243. See also Ulf Linderfalk, *On The Interpretation of Treaties*, p.162.
84 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，A/73/10，第 72 页。

案文的协商一致85，表示该文书是不可接受的86。对于第 47 条第 7 款，俄罗斯未明确表态，在过往实践中也难以发现其立场，因此本文认为，BBNJ 协定目前尚不能构成条约所有缔约方之间的“嗣后协定”。相较之下，“嗣后实践”仅要求“缔约方整体”（as a whole）87，并不要求每个缔约方都积极参与到实践当中，只要其他缔约方不表示反对即可。考察俄罗斯的发言会发现，其退出协商一致的主要原因在于海洋保护区对国家管辖范围内区域（特别是 200 海里外大陆架）沿海国活动以及 BBNJ 协定机制对原有区域性、领域性组织的影响88，不涉及法庭咨询管辖权问题，同时也没有其他《公约》缔约方对第 47 条第 7 款提出明确反对，可以认为满足这一条件。在其他条件方面，本文认为 BBNJ 协定既已达到“嗣后协定”的要求，因此也满足“嗣后实践”的要求。综上，本文认为 BBNJ 协定第 47 条第 7 款之规定更可能构成“嗣后实践”。但“嗣后实践”在条约解释当中不一定具有决定性作用89，需要考量具体情况，核心在于体现“缔约国对条约的共同理解”。

仅看 BBNJ 协定第 47 条第 7 款之规定，似乎确实形成了这种共同理解，但如果结合此前的缔约方实践，这种共同理解显得似乎非常“脆弱”。中国、印度、巴西在 2023 年 9 月进行的 31 号咨询案口头程序中，仍然认为《公约》（包括附件）并未赋予法庭全庭咨询管辖权，《规约》第 138 条超越了《公约》授权，但三者均参与了 2023 年 6 月 BBNJ 协定的协商一致程序，中国还在口头程序中提及第 47 条第 7 款的赋权实践，认为“该协定是第一项规定全庭具有咨询管辖权的全球性法律文书，其谈判向联合国全体成员国和《公约》所有缔约国开放，按照国家同意的原则，以协商一致方式通过，可以看作法庭管辖权的发展[90]”。同时，在通过 BBNJ 协定的声明中，中国也强调了《公约》包括其附件六《规约》未赋予法庭全庭咨询管辖权[91]。这也表明，《公约》各缔约国并未就《规约》第 21 条“事项”一词的含义形成共同理解。

2. 基础性文件解释的局限性

尽管法庭可以通过充分考量解释材料、完善其条约解释方法提升解释过程的

---

85 联合国：《根据<联合国海洋法公约>的规定就国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟订一份具有法律约束力的国际文书政府间会议第五届会议报告》，A/CONF.232/2023/5，2023 年 6 月 30 日。

86 United Nations, *Compilation of statements made by delegations under item 5, “General exchange of views”, at the further resumed fifth session of the Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, as submitted by 30 June 2023*, A/CONF.232/2023/INF.5 (August 3, 2023).

87 International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol.II*, p.222.

88 UN, *Compilation of statements*.

89 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，第 48 页。

90 International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS/PV.23/C31/10/Rev.1 (15 September 2023).

91 United Nations, *Compilation of statements made by delegations under item 5, “General exchange of views”, at the further resumed fifth session of the Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, as submitted by 30 June 2023*, A/CONF.232/2023/INF.5 (3 August 2023).

正当性，但要实现以基础性文件作为其全庭咨询管辖权限法律基础的目的却非常困难。就目前的规定来看，无论是考察条约上下文、目的和宗旨还是各缔约方关于理解条约含义的实践，均难以推定出缔约方有使《公约》正文及《规约》赋予ITLOS 全庭咨询管辖权的共同意图，也无法推定出缔约方有使《规约》第 21 条中的“事项”一词具有演化性的意图。这种情况下，《法庭规则》第 138 条解释“事项”一词欠缺合法性，毋论该条款实际上可能构成修改而非解释。

综上，充分考察包括缔约方实践在内的现有解释材料，在现行有效的基础性文件下，条约解释路径既不能解决全庭咨询管辖权有无的问题，也不能合理约束这种管辖权的范围。但从法庭角度来说，通过条约解释构建其全庭行使咨询管辖权限的法律基础是成本最低的方式，同时也维护其制定《法庭规则》第 138 条以及在司法实践中的一系列行为的权威性，法庭试图通过自身的一贯实践，使各缔约国逐渐接受其解释观点，形成对《规约》第 21 条“事项”一词含义的“共同理解”，尽管这种“共同理解”目前尚未形成。如果未来缔约方通过重复、一致的实践最终形成“共同理解”，使“事项”一词的含义包括咨询请求，或许对法庭的解释有所帮助，但仍存在一个不可忽视的问题，因为仅解释“事项”一词不足以完全解决ITLOS 全庭咨询管辖权限的问题，尽管产生了管辖咨询案件之可能，但这种管辖权的范围仍无法通过基础性文件约束，而是要依靠外部的“任何其他协定”，但该用语也有极大的解释空间，这会使 ITLOS 咨询管辖权的范围存在很大的不确定性，尽管《法庭规则》第 138 条作了限定，但也无法从根本上消除这种不确定性，因为少数缔约方仍然可以通过其之间缔结的条约，向法庭提出解释或适用《公约》的咨询请求，在长远意义上影响其他《公约》缔约国的利益，因此程序存在被滥用之风险。

（三）条约非正式修改（informal modification）的可能

不同于修订、替代、使用附加议定书等正式的条约修改方法，非正式修改通过缔约方实践或默契对条约内容或适用进行事实上的调整，但这种方式还未被国际社会广泛认可。

1. 实现非正式修改的规范性途径——习惯国际法

约解释以探寻缔约方真实意图为目的，尽管 BBNJ 协定第 47 条第 7 款体现了缔约方共同意志，但相较缔约方最初的真实意图却发生了变化，似乎有改变“事项”一词原有“通常含义”之嫌。国际法委员会则认为，“解释”的范围不一定由固定（fixed）的“原意”决定，必须通过考虑更广泛的因素[92]，如“嗣后实践”可能有助于确定缔约方在缔结条约时的推定意图是否是赋予所用术语含义演化性[93]，这种演化意图仍在缔约方真实意图的范围内。但根据“航行权及相关权利”案等司法实

[92] 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，第 50 页。
[93] 同前注。

践确定的标准，并不能得出缔约方有使“事项”具有演化性从而包含咨询请求的意图，因为咨询管辖权并非缔约方因缔约时的局限性而无法预料的事项。

条约内容的改变必然导致新权利义务的产生，例如《公约》中未明确规定ITLOS 全庭对咨询案件的管辖权限，可以通过非正式修改的方式规定此种权限，对 ITLOS 及《公约》缔约国来说均产生了新的权利义务。因此，出于合法性考量，非正式修改必须通过规范性的途径，如成为另一种形式的国际法渊源，而目前最可能的是形成习惯国际法。尽管《条约法公约》未明确规定通过习惯国际法修改条约这种方式，但这并不排除后者修改前者的可能性[94]。目前识别习惯国际法的主流学说及基本实践准则为“二要素”理论，要求构成习惯国际法必须满足“一般惯例”（general practice）与“法律确信”（opinio juris）两个要素。

一般惯例是习惯国际法的客观或物质要素，是指能创立或表达习惯国际法的行为的实例[95]。讨论一般惯例的形成，需分析是否满足实践主体、普遍性等条件。在实践主体方面，除了考量“国家实践”（state practice），在特定情况下，相关政府间国际组织的实践也应在构成一般惯例的分析中被考量[96]，但这种情况应受到限制，国际法委员会设定的条件是：（1）标的属于国际组织职权范围内，和/或（2）专门针对国际组织自身的规则[97]。从表述来看，二者满足其一即可。ITLOS 的扩权实践显然超越其职权范围，不满足前一种情形；对于后一种情形，比较典型的例子如涉及国际组织与其他国际组织或国家之间关系的规则等，在这种视角下，ITLOS 的实践的确专门针对自身的咨询管辖权限。普遍性（generality）是指充分的广泛性、代表性及一致性（sufficiently widespread and representative, as well as consistent）[98]，《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 2 项中“作为通例之证明”的表述也强调了对普遍性的要求。但普遍性难以量化[99]，国际法委员会认为，“广泛性和代表性”并没有精确的量化要求，而是基于具体案件发生变动。“充分”不要求所有国家参与到实践当中，而是重点考察那些有机会和可能适用“规则”的国家的广泛性和代表性[100]。关于“一致性”，国际法委员会认为所有国家的实践都保持一致仍是不现实的，因此只要在实质上保持一致即可，一些不一致或矛盾不影响被确认为一般惯例[101]，国际法院在 1986 年尼加拉瓜诉美国“在尼加拉瓜境内实施针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”案中持这种观点。如果仅看各缔约国在 BBNJ

---

94 *Ibid*.

95 张炳南：《论习惯国际法的识别与确定》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2017 年第 4 期，第 27 页。

96 这种观点的理论基础为国际组织并非仅仅是成员国的“载体”，还具有独立的国际法律人格，可以通过自身实践和独立的意志表达推动习惯国际法的形成，国际法委员会认可了这一点。

97 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，A/73/10，第 97 页。

98 同前注，第 100 页。

99 张炳南：《论习惯国际法的识别与确定》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2017 年第 4 期，第 27 页。

100 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，第 101 页。

101 同前注。

协定中的赋权实践，似乎满足一般惯例的条件：第一，关于广泛性、代表性，协商一致通过第 47 条第 7 款的国家几乎涉及所有《公约》缔约国，尽管并不完全一致[102]，但个别差异不影响这种“充分的广泛性和代表性”的存在；第二，关于“一致性”，本文认为第 47 条第 7 款的协商一致通过可能预示着争论的核心可能不再是 ITLOS 全庭是否在一般意义上有对咨询案件行使管辖权之可能，而变成“何种协定通过何种方式赋予法庭对何种问题行使咨询管辖权”的问题，至少在“ITLOS 全庭有对咨询案件行使管辖权之可能”这一问题上，《公约》缔约国似乎已达成最低程度的一致。除前述标准外，判断一般惯例的形成通常还要考虑时间因素，因为不少习惯国际法的形成经过了比较漫长的实践，但在 1969 年“北海大陆架”案中，国际法院确认了时间因素并非习惯国际法形成的必要条件[103]，国际法委员会也认为，只要满足普遍性的条件，则没有实践持续时间上的要求[104]。这不同于一些学者提出的“速成习惯法”（instant custom），国际法委员会已经否定了其存在（there is no such things as “instant custom”）[105]。尽管时间因素并非必要，但一般惯例仍要求这种行为须是各国反复多次的具有一致性的行为[106]，因此应将相关国家的所有已有实践作为整体考量，如果一个国家的实践前后存在变化甚至矛盾，也会影响一般惯例的形成。尽管 ITLOS 已经形成了稳定、前后一致的实践，但部分缔约国的实践前后不一致，如中国、巴西、印度，《公约》各缔约国的实践在整体上并不满足重复性这一条件。因此，至少目前还不能认为《公约》各缔约国就 ITLOS 对咨询案件有管辖权形成了一般惯例。

尽管不满足一般惯例，但考虑到未来的潜在可能，法律确信要素仍有讨论的意义。法律确信要素最初来源于 1927 年常设国际法院“荷花号”案[107]，强调有关国家或国际组织必须认识到并承认其实践或不作为是出于履行法律上的权利和义务，即“法律权利或义务感”（a sense of legal right or obligation）。成员国在国际组织的决议常常被认为体现了法律确信要素，如联合国大会的决议，但国际法委员会认为国际组织或政府间大会上作出的决议[108]既不能构成习惯国际法规则也

[102] 美国并非《公约》缔约国参与了 BBNJ 协定的协商一致，俄罗斯为《公约》缔约国但未参与这一程序。

[103] 国际法院在 1969 年“北海大陆架”案中认为：“只过去很短一段时间这一点本身并不一定妨碍一项习惯国际法新规则的行为…但一个必不可少的要求是，在这段尽管很短的时间内，国家惯例——包括利益特别受影响的那些国家的惯例——应当是普遍、实际上又统一…而且应当显示出，人们普遍承认，其中牵涉到一条法律规则或法律义务”。*North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para.74.

[104] 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，第 50 页。

[105] 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，第 102 页。

[106] 张炳南：《论习惯国际法的识别与确定》，第 28 页。

[107] 在“荷花号”案中，常设国际法院认为“...这也只能表明各国在实践中经常不提起诉讼，而不是承认自己有义务这样做；只有当这种放弃是基于其意识到有放弃的义务时，才可能称之为国际习惯”。*The Lotus Case*, Advisory Opinion, P.C.I.J. (1927), Series A, No.10, p.18.

[108] 此处的“决议”具有广义上的含义，是指国际组织或政府间大会上通过的决议（resolutions）、决定（decisions）和其他议案（other acts），无论其名称为何以及是否具有法律约束力。参见国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，A/73/10，第 107 页。

不能作为习惯国际法存在和内容的决定性证据[109]。本文认为各缔约国协商一致通过 BBNJ 协定目前在法律地位上与这种决议类似，原因在于协商一致通过并不直接产生法律上的约束力，条约只有经过缔约国的接受或批准才对缔约国发生法律效力，因此即使《公约》缔约国参与了协商一致，并不代表其愿受 BBNJ 协定所有条款之约束，也可能是出于权宜之计。即使 BBNJ 协定最终对“具有代表性与广泛性”的绝大多数《公约》缔约国生效，也不代表一定存在法律确信，如在条约与习惯国际法针对同一条款并存时，缔约国认为实践仅仅是为了履行条约权利义务，而非习惯国际法上的权利义务，也不能认为存在习惯国际法意义上的法律确信。《公约》缔约国对法庭全庭咨询管辖权相关条款的态度存在差异，均未表现出习惯国际法意义上的法律确信。

2. 通过规范性路径实现非正式修改的可能

要使“嗣后实践”实现非正式修改的效果，必须通过规范性的途径，否则这种修改方式将欠缺合法性，但这对缔约国实践的要求必然也高于仅考量条约解释的“嗣后实践”。考察习惯国际法的构成要素，无论是一般惯例还是法律确信目前均不满足。如要形成习惯国际法，各缔约方首先必须加强其“一致”实践的重复性，其次在法律确信层面，必须产生习惯国际法意义上的“法律权利或义务感”，而非仅认为在履行条约中的权利或义务。本文认为，未来《公约》各缔约方形成习惯国际法的可能性很小。首先，各缔约方很难再形成具有充分的广泛性、代表性及一致性的实践，少数国家组成的国际组织提出的咨询请求始终不会被其他所有缔约国支持或默认；其次，部分缔约国认为法庭对《规约》第 21 条的解释已经解决了法庭在一般意义上对管辖咨询案件的管辖权，形成新的习惯国际法规则的法律确信会影响法庭以及这些缔约国在习惯国际法形成之前的实践的合法性。即使《公约》缔约国最终形成习惯国际法，也仅能产生最低程度的一致性，即 ITLOS 全庭有行使咨询管辖权之可能，对于管辖权通过何种国际协定赋予、什么机构有权提出咨询请求以及这种管辖权的范围，均无法以此途径解决。这也意味着，通过“嗣后实践”对《公约》条款进行非正式修改的规范性进路难以实现。

（四）小结

通过对 BBNJ 协定第 47 条第 7 款赋权实践及缔约国其他相关实践的考察，可以发现《公约》缔约国并未对基础性文件中相关术语形成“共同理解”，且这种“共同理解”未来也很难形成，即使未来形成“共同理解”，基础性文件也仅能解释 ITLOS 全庭咨询管辖权的产生，无法解决限权问题，这也是条约解释路径始终存在的局限性，因此彻底解决这一权限问题只能寻求直接体现国家同意的立法路径。“嗣后实践”也可能产生对条约的非正式修改的效果，前提是通过规范性的路径，习惯国际法与此联系最为紧密，然而，考察缔约国包括 BBNJ 协定第 47 条第 7

[109] 国际法委员会：《第七十届会议工作报告（2018 年）》，第 108 页。

款在内的实践发现，一般惯例与法律确信两项要素均无法满足，且这种可能性在未来也微乎其微，因此通过“嗣后实践”对《公约》相关条款进行非正式修改的规范性进路当前和未来均难以实现，但能够发现的重要一点是，《公约》缔约国似乎已产生最低程度的一致性，即 ITLOS 全庭有行使咨询管辖权之可能，这也使赋权条约的正式修改具有潜在可能。

四、纾解：赋权条约正式修改的路径探索

条约正式修改的“正式性”在于遵循《条约法公约》及待修改条约规定的修改规则与程序。在基础性文件与外部协定共同作为法庭全庭咨询管辖权法律基础的情况下，对二者的修改完善均可能实现限制法庭全庭咨询管辖权的效果，但后者无法从根本上解决问题。

（一）外部协定的作用与局限性

在当前《公约》框架及法庭对相关条款的解释下，外部协定会在规定法庭的咨询管辖权限方面发挥直接作用，如规定什么机构有权向法庭提出咨询请求及可以提出咨询请求的事项范围。若仅作为外部协定，BBNJ 协定第 47 条第 7 款便是比较好的例子，该条款对法庭全庭咨询管辖权的属人范围和属事范围均作了详细规定，尽管有观点认为这种起草方式令人失望，因为其大大限制了法庭的管辖范围[110]。在属人范围方面，仅有缔约方大会有权决定向法庭提出咨询请求；在属事范围方面，缔约方大会仅能就其职权范围内的事项，不能就其他全球、区域、次区域或领域机构职权范围内的事项提出咨询请求或必然涉及同时审议关于对大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利或有关主张或国家管辖范围以内区域法律地位的任何争端的事项提出咨询请求。这种确定性的规定体现了国家同意与法庭自由裁量权之间的合理界限，非像 21 号咨询案中的《关于确定次区域渔业委员会成员国管辖海域内获取和开发海洋资源最低条件的公约》（以下称“《最低条件公约》”）与 31 号咨询案中的《成立小岛屿国家气候变化与国际法委员会的协定》（以下称“《成立协定》”），以“符合《规约》第 21 条和《法庭规则》第 138 条”等措施将本属于外部协定的权力实质转让给法庭行使[111]。但 BBNJ 协定第 47 条第 7 款与《公约》相关条款之间的关系并不明确，预计未来法庭将继续将其作为支持其解释的论证依据。

尽管能通过优化外部协定产生限制法庭管辖权的效果，但并非所有外部协定都能处理好国家同意与法庭自由裁量范围的界限，仍有国家或组织可以滥用这种权力，原因在于：第一，外部协定本身的范围未受限制，这意味着无论是双边、多边条约；第二，依据外部协定能够规定的咨询事项范围未受限制，如果依据外

[110] Oktawian Kuc, “BBNJ Treaty and the ITLOS Advisory Jurisdiction”, Blog of the European Journal of International Law, https://www.ejiltalk.org/bbnj-treaty-and-the-itlos-advisory-jurisdiction/ (last visited 3 April, 2025).

[111] 沈超：《国际海洋法法庭关于气候变化问题的咨询管辖权限》，载《南大法学》2024 年第 6 期，第 142 页。

部协定提出的问题涉及对《公约》的解释或适用，尽管咨询意见是法庭向依据外部协定提出咨询请求的主体作出，且不具有法律约束力，但产生的“溢出效应”很可能影响其他《公约》缔约国的权利和义务，违背其他《公约》缔约国的意志。《规约》第 21 条便是此种情况，这种问题外部协定自身无法解决，应当由 ITLOS 的基础性文件作出限制，但当前的实际情况是《法庭规则》第 138 条替代基础性文件发挥了这种功能。

（二）基础性文件的赋权与限权模式探索

从《公约》缔约方实践来看，赋予 ITLOS 全庭对咨询案件的管辖权已是必然趋势。但多边条约的修改涉及利益范围广，政治协商难度大，因此重点是如何设计这种权限框架，寻求一种能够平衡利益的最小化修改方式，同时在技术层面探寻修改的可能性。

1. 基础性文件明确权限的必要性

前文已提到，法庭全庭咨询管辖权限之问题肇始于基础性文件明确赋权的缺失，且条约解释无法推定出缔约国的赋权意图，外部协定也无法从根本上解决《公约》缔约国的国家同意与法庭实际权力之间的关系，通过基础性文件予以明确似乎成为唯一的办法。BBNJ 协定第 47 条第 7 款的赋权实践已一定程度上体现《公约》缔约国对法庭全庭有可能行使咨询管辖权的默契，但该条款与《规约》第 21 条的关系并不明确，这种情况下，第 47 条第 7 款未来可能继续被法庭用来解释该条款中“事项”一词的含义，以加强对其在 21 号和 31 号咨询案中观点的论证。因此，修改《公约》才是拨开笼罩在“蔓延”的全庭咨询管辖权上方迷雾的有效途径[112]，值得关注的是，不少缔约国在两次咨询程序中也表达出明确 ITLOS 全庭咨询管辖权限的法律基础、范围的诉求。ITLOS 全庭咨询管辖权的界限也是国家同意与法庭自由裁量范围的界限，这种界限只能由体现国家同意的条约或协定来规定，而非由法庭自己决定。

尽管有观点认为《公约》足够灵活应对新的挑战，缔约国在可预见的未来不太可能有使用第 312 条的必要[113]，但条约解释无法解决所有法律漏洞，BBNJ 协定的制定已证明这一点。同时，不断扩张解释范围不仅使条约术语之含义越来越远离缔约国原意，还会使行使条约解释职能的司法机构迈向立法者，例如在 ITLOS 全庭咨询管辖权的有无问题上，法庭实际上就扮演了立法者的角色，通过自身扩权实践倒逼缔约国进行改变原始意图的实践，以条约解释之名实际上达到了修改之目的，目前法庭实践已稳定化，缔约国应将关注点转向如何完善 ITLOS 咨询管辖权限的法律框架，确保未来法庭实践有明确的国际法依据且权力受到约

[112] Tom Ruys, Anemoon Soete, *‘Creeping’ Advisory Jurisdiction of International Courts and Tribunals? The case of the International Tribunal for the Law of the Sea*, (2016) 29 Leiden Journal of International Law 1, p.176.
[113] Alexander Proelss, *United Nations Convention on The Law of The Sea: A Commentary* (Bloomsbury Publishing, 2017), p.2022.

束，而非拥有超出其应有权限的自由空间，否则面对咨询意见的“溢出效应”将始终处于被动。

通过明确 ITLOS 全庭咨询管辖权的限度，即使外部协定的限权缺失，基础性文件也能使 ITLOS 在确定的框架内活动，避免原属于国家同意范畴的事项落入法庭自由裁量之范围，若外部协定规定的咨询事项超出基础性文件限定的管辖范围，法庭也应以无管辖权为由拒绝请求。为实现这一目标，必须通过基础性文件明确国家同意与法庭实际权力之间的应有界限。

2. 基础性文件赋权与限权的基本框架与相关制度协调

（1）基础性文件限权的基本框架

在属人管辖方面，现存其他全球性、区域性国际司法机构的基础性文件规定存在差异（如表 4），但大部分的情况是，国际司法机构基础性文件的缔约国会通过其建立的权力机构予以把控，如尽管联合国其他机关及专门机关也可请求国际法院发表咨询意见，但须经联合国大会授权，联合国大会决议来源于会员国的投票表决，体现了国家同意的制度化表达。相较之下，《法庭规则》第 138 条第 2 款采用“任何机构”这种措辞，实际上可以向 ITLOS 提出咨询请求的机构几乎不受任何限制，只要外部协定授权其提出咨询请求。

在属事管辖方面，不同国际司法机构的管辖范围也不同（如表 4），但最基本的要求是请求事项必须是法律问题，此外，这些基础性文件对外部机构可咨询的法律事项限制在其活动或职权范围内。以国际法院为例，《国际法院规约》第 36 条也规定了“法院的管辖权包括....或生效的条约和公约中具体规定的所有事项”这样与《规约》第 21 条类似的表达，但不能超出《联合国宪章》第 96 条的范围，后者对不同机构可请求的事项范围作了限制，其中经授权的联合国其他机关及专门机关提出的法律问题必须在工作范围内。部分司法机构的基础性文件会对具体的事项范围作出否定限制，如欧洲人权法院和非洲人权法院。

国际司法机构	有权提出咨询请求的机构范围	请求的事项范围
国际法院	联合国大会，安全理事会，经联合国大会授权的联合国其他机关及专门机关	联合国大会、安全理事会：任何法律问题 经授权的联合国其他机关及专门机关：其工作范围内之任何法律问题
欧洲人权法院	部长委员会	与《保护人权和基本自由公约》及其议定书的解释有关的法律问题。不得涉及与本公约第一部分及其议定书中规定的权利或自由

		的内容或范围有关的任何问题，或法院或部长委员会根据本公约可能提起的任何此类诉讼可能需要审议的任何其它问题。
非洲人权法院	非洲统一组织成员国，非洲统一组织及其任何机构	与《宪章》或任何其它相关人权文件有关的法律事项，前提是该意见的标的与委员会正在审查的事项无关。
美洲人权法院	《美洲人权公约》成员国以及《美洲国家组织宪章》规定的机构	成员国：《美洲人权公约》或其它关于美洲国家人权保护的条约的解释，或者国内法是否符合《美洲人权公约》等国际文件 特别规定的机构：其职权范围内事项
ITLOS 海底争端分庭	国际海底管理局大会或理事会	活动范围内发生的法律问题

表 2：部分其他国际司法机构属人、属事管辖范围

本文认为，如要实现通过基础性文件对 ITLOS 全庭咨询管辖权进行限制，可以借鉴国际法院的模式，实际上《规约》第 21 条的表述就被认为借鉴了《国际法院规约》第 36 条，只是《公约》正文和《规约》缺少了《联合国宪章》第 96 条这样明确的赋权与限权规定。但不同的一点是，《联合国宪章》第 96 条规定的其他机构仅指联合国其他机关及专门机关，此范围以外的机构无论是否存在外部协定授权，都无权请求国际法院发表咨询意见。

当请求机构为《公约》缔约国会议时，可借鉴《联合国宪章》第 96 条中联合国大会与安理会为请求机构的请求权限，将属事范围设定为涉及《公约》解释或适用的任何法律问题。当请求机构为外部机构时，应设定以下几项限制条件：一是必须存在外部的国际协定明确规定该外部机构可以请求法庭全庭发表咨询意见，二是外部机构请求咨询的事项必须是其职权或活动范围内的法律问题，三是该外部协定应当与《公约》的目的或宗旨有关，四是该外部机构的请求必须经过《公约》缔约国会议授权。由此便初步建立了“明确规定+缔约国会议把控”的限权框架。

在从积极视角建立 ITLOS 全庭管辖权限的初步框架后，还应消极视角排除不应当在咨询管辖事项范围内的情形。本文认为应当排除的事项至少包含两种情形：一是必然涉及现有或潜在争端。二是必然涉及大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利或有关主张。

（2）新制度与《公约》下其他制度的关系

若通过基础性文件明确 ITLOS 全庭的咨询管辖权限，必须协调好新制度与现有《公约》下制度之间的关系，避免条款之间存在矛盾。至少需要处理以下几方面关系：

第一，新制度与《公约》现有管辖权制度的关系。在新条款框架下，《规约》第 21 条外部协定赋权部分无需再做调整。相较之下，“争端”和“申请”的措辞均不包含咨询请求，因此需要调整根据《公约》提交的事项范围，同缔约方会议提出咨询请求的情形相协调。

第二，新制度与海底争端分庭咨询管辖权制度的关系。可以在上文设计条款架构的基础上明确二者之间的关系，将海底争端分庭的管辖事项排除出法庭全庭咨询管辖事项的范围。

第三，新制度与《法庭规则》相关条款的关系。鉴于基础性文件已解决权限的实质性问题，法庭应在基础性文件规定的权限范围内对第 138 条作出调整，聚焦属于其自由裁量权范围内的事项，如在具体案件中拒绝行使咨询管辖权的标准，实际上法庭已在两次咨询案中提及。

3. 修改基础性文件的程序可能

除与“区域”内活动有关的规定，《公约》设置了两种修订程序：一是召开审议会议的一般程序，二是不经召开会议的简化程序。在一般程序中，对《公约》提出的修正案必须满足“双重通过”才能实现修正，即修正案首先要获得不少于半数缔约国的同意，方可召开会议；除非会议另有规定，修正案原则上以协商一致方式达成，如穷尽一切努力仍无法达成协商一致，各缔约国可投票表决，根据《议事规则》之规定，对实质性事项的决定由出席且投票的缔约国三分之二多数通过，但该多数票达到参加会议缔约国的一半。简化程序中，修正案须分送所有缔约国，分送通知之日起十二个月内，只要有一个缔约国反对修正案或反对以简化程序通过修正案提案，就视为未通过。尽管一般程序更复杂，但似乎通过修正案的难度小于简化程序，因为从各缔约国在缔约国会议上对 21 号咨询案的态度[114]、在 31 号咨询案中的态度以及在 BBNJ 协定中的赋权实践来看，各缔约国似乎至少已就 ITLOS 全庭对咨询案件有管辖之可能形成一致性，并非没有获得半数缔约国同意以召开审议会议的可能，因此真正的难点在于审议会议是否能通过，这一过程涉及各缔约方的政治协商与利益协调。除根据《公约》规定的修正程序外，通过议定书、执行协定等方式“修改”也是一种方案，最典型的例子就是缔约国于 1994 年 7 月通过《关于执行 1982 年 12 月 10 日<联合国海洋法公约>第十一部分的协

[114] 第二十六次缔约国会议上，一些代表团对法庭发表的 21 号案咨询意见表示赞扬，认为法庭有权发表咨询意见，一个观察员代表团表示，《公约》包括其附件六《规约》并未明确规定任何超出赋予海底争端分庭咨询管辖权的管辖权。See United Nations, *Report of the twenty-sixth Meeting of States Parties (2016)*, SPLOS/303, para.25.

定》（以下称“《执行协定》”）对《公约》第十一部分作了根本性修改。在通过难度方面，这种方案与正式修订程序区别并不大，且还要协调好与《公约》之间的关系。在仅涉及增加个别条款的情况下，采用修正案的方式更为合适。

五、未来的可能趋势与中国因应

国际司法机构近些年的扩权趋势可能会对以国家同意为基础的国际法体系产生冲击，值得各国警惕。从 2011 年首次参加涉及国际海洋法问题的咨询意见程序，到 2023 年在 31 号咨询案中首次参加 ITLOS 咨询意见口头程序，中国近些年逐渐重视对国际司法程序的参与，特别是咨询意见程序，表明中国开始为实现国际正义，积极在无利益关联的案件中发声[115]，为国际海洋法问题的公正解决贡献中国智慧，例如在 21 号和 31 号咨询案中，中国针对“法庭全庭对咨询案件无管辖权”这一点作了有理有据的详细阐述，但法庭最终并未接受，根本原因在于基础性文件的缺陷导致法庭在咨询案件方面的权力不受国家同意之约束。由于通过解释基础性文件确立法庭全庭对咨询案件的管辖权是最低成本的方式，且法庭对此有较大的自由裁量权，未来法庭几乎不可能推翻先前司法实践中的观点，支持法庭解释立场的《公约》缔约国可能也无意开启修正《公约》这种更复杂的活动，但修改条约明确赋予 ITLOS 全庭咨询管辖权也有利于发法庭发表的咨询意见获得国际社会认同，在欠缺直接的法律约束力的情况下，咨询意见对国际法发展的影响很大程度上取决于国际社会认同及后续实践。对于反对当前 ITLOS 全庭咨询管辖权的缔约国来说，修正的协商过程恰好是其表达限权诉求的良好契机，这些国家可能更有参与修正《公约》协商过程的意愿。而对于大部分未明确表态的缔约国来说，很难判断其对当前法庭主导确立的全庭咨询管辖权的具体态度，但从 BBNJ 协定第 47 条第 7 款的实践至少可以判断出，这些缔约国应该并不排斥此种可能，况且，在两次咨询案中未明确表态的缔约国期望法庭自己对其全庭咨询管辖权的法律基础及范围作更详细的论证，但遗憾的是法庭并未做到，因此这些国家也可能会支持通过修订《公约》的协商过程对这些问题予以明确。总的来说，通过修正案修改《公约》这一路径仍有可能实现，而各缔约国争论的焦点可能在于这种管辖权的限度。

对中国来说，短期内可以考虑以下几点：第一，继续对法庭对《规约》第 21 条“事项”一词的解释以及包括《法庭规则》第 138 条在内的法庭以任何方式进行的扩权实践的合法性，以及法庭全庭所发表咨询意见及任何国家或机构基于咨询意见的活动的合法性持保留态度，在未来的法庭全庭行使咨询管辖权的程序中坚持前两次咨询案中的观点。第二，主张 BBNJ 协定第 47 条第 7 款的赋权实践体现绝大多数《公约》缔约国的新意图，并非以《公约》第 21 条为基础。在涉及

[115] 曹文娇：《从韬光养晦到有所作为——论中国对国际司法机构咨询意见案的参与》，载《国际法学刊》2024 年第 4 期，第 39 页。

新的外部协定赋权实践时，若协定无法体现《公约》绝大多数缔约国的意志，则反对这种这种赋权，若同意赋权实践，可借鉴 BBNJ 协定的限权模式。短期策略终究仅代表中国一国的立场与实践，也无法解决通过少数国家通过外部协定中滥用咨询程序的问题，因此中国需要积极寻求一种长期策略，在顺应趋势的同时维护自身利益。

从长远考虑，中国可以寻求契机推动修订基础性文件明确权限，解决国家同意与法庭权力之间的冲突这一根本问题，完善 ITLOS 的司法制度。一方面，顺应趋势在基础性文件中赋予法庭全庭对咨询案件的管辖权，以缔约国会议与经缔约国会议授权的外部机构为请求主体，在赋予外部机构提出咨询请求权力的同时，也开辟缔约国会议这一《公约》下的内部请求通道，缓解在全庭咨询管辖方面内外部机构的权力失衡状态；另一方面，采取“明文规定+缔约国会议把控”的双重限权模式，在建立最低限权标准的同时保持机制的灵活性，同时，缔约国会议把控也有利于各缔约国监督咨询程序的执行情况，降低缔约国同意受侵蚀的风险。尽管这种模式未严格将管辖权限定在固定范围内，但相较现行规定仍对 ITLOS 全庭咨询管辖权的范围作了程度不低的限缩，存在无法通过的风险，中国可根据情况对方案作出调整。

作为解决国际海洋法问题的主要国际司法机构，ITLOS 自身制度是否完善一定程度上也影响国际海洋秩序的发展，因此推动完善 ITLOS 的司法制度，也是推动国际秩序朝更加公平合理的方向发展的应有之义。在“海洋命运共同体”理念的指导下，中国有能力、有意愿为国际海洋法体系贡献更多的公共产品，特别是为相关国际司法制度的完善贡献中国方案。

2025年中国国际法学会年会

The Dilemma of International Legal Basis of the Advisory Jurisdiction of ITLOS as a Full Court: Origin, Root Cause, Opportunity and Possible Solutions

Ju Shaojun and Xue Guifang

Abstract: The dilemma regarding the international legal basis for the advisory jurisdiction of the full court of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) stems from the absence of explicit provisions in the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and the Tribunal's self-expansion, leading to a gap between international legal basis and practice. The root cause lies in the Tribunal's encroachment on the consent of States Parties. However, this gap will not persist indefinitely and convergence is inevitable, the key question remains through which pathway such convergence will be achieved. Although the Tribunal's practice has stabilized and States Parties' practices have gradually shifted, treaty interpretation remain insufficient in resolving this dilemma completely. The normative approach of informally modifying UNCLOS provisions through "subsequent practice" is also unable to succeed. Moreover, the intrinsic limitations of external agreement render them incapable of fundamentally resolving this dilemma. Consequently, formal amendment to the Convention thus appears to be a more reliable option. As States Parties appear to have reached a minimal consensus on the possibility of the full court's advisory jurisdiction, amending the constitutive instrument UNCLOS to clarify the existence and scope of the advisory jurisdiction of ITLOS as a full court is theoretically feasible. In terms of specific clause framework, a dual restrictive model of "explicit provisions & eventually decided by the Meeting of States Parties" may be considered, while ensuring the new regime is harmonized with other existing mechanisms under UNCLOS. In the short term, China should continue to maintain a conservative stance on the legitimacy of the full court's advisory jurisdiction. In the long run, however, China should adapt to the trend and seek opportunities to promote amendments to the UNCLOS to clarify the full court's advisory jurisdiction, thereby contributing China's solution to the improvement of the judicial system of ITLOS.

Keywords: Full Court’s Advisory Jurisdiction, International Legal Basis, State Consent, Treaty Interpretation, Informal Modification, Formal Modification, Meeting of States Parties

2025年中国国际法学会年会

国际法院公益诉讼中的对世义务诉权：解释、争议与反思

周萌*

摘要：公益诉讼主要涉及原告国、被告国和第三国等三类主体，诉讼标的为缔约国间和国际社会整体的共同利益，基于对世义务主张的诉权多用于证立原告国具备提起公益诉讼的诉讼资格。国际法院公益诉讼承认对世义务诉权历经起步踌躇、积极适用、扩大适用和频繁适用四个阶段。现阶段国际法院亟待释明保护公益的目标与确认原告国诉权之间的关系，国际法院目前采取的识别共同利益的方式过于宽泛，而且部分非直接受害国与争端主题事项间缺少充分的联系。同时，保护公益的目标与国际法院双边争端解决机制不兼容的矛盾日益突出。法院的一贯做法是实体性规范与程序性规则相分离，权利或义务本身的“对世”性质不能替代法院的程序性规则。对于《规约》第 62 条和第 63 条规定的两类第三国参加制度，第三国若基于法律利益参加公益诉讼，第三国可能受判决影响的法律利益不能高于原告国提起诉讼所具有的法律利益。第三国若基于条约解释参加公益诉讼，第三国的参诉范围应限于就所涉条约解释提出意见，而且公益诉讼的判决解释应对第三国同样具有拘束力。

关键词：对世义务　公益诉讼　共同利益　诉权　第三国参加制度

一、问题的提出

2021 年 1 月 20 日，缅甸就“冈比亚诉缅甸关于《灭种罪公约》的适用案”（以下简称“冈比亚诉缅甸案”）提出四项初步反对意见，其中缅甸在第二项初步反对意见中否认原告国冈比亚具有将本案提交至国际法院的诉讼资格。2022 年 7 月 22 日，国际法院就缅甸提出的初步反对意见作出判决，驳回了缅甸的第二项初步反对意见。国际法院表明，因《灭种罪公约》的所有缔约国间都有一个“共同利益”，任何缔约国对其他缔约国负有“缔约国间对世义务”（obligations *erga omnes partes*），无论能否证明存在“特殊利益”（special interest），任何缔约国无一例外均能以向法院提起诉讼的方式，就据称违反“缔约国间对世义务”的行为援引另一缔约国的责任。[1]不同于“冈比亚诉缅甸案”中冈比亚是代表伊斯兰合作组织提起诉讼，加拿大和荷兰在 2023 年的“加拿大和荷兰诉叙利亚关于《禁止酷刑公约》的适用案”（以下简称“加拿大和荷兰诉叙利亚案”）仅依据《禁止酷刑公约》缔约国间的共同利益提起“公益诉讼”（*actio popularis*）。国际法院在 2023 年 11 月 16

* 作者简介：周萌，吉林大学法学院 2023 级国际法学博士研究生。该文系初稿，论文主体内容已与导师何志鹏教授合作署名，已录用待发表于《交大法学》2025 年第 4 期。如遇论文抄袭，合作作者将共同追究其违法责任。

[1] See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022, pp. 511-518, paras. 93-114.

日发布的临时措施中如法炮制了“冈比亚诉缅甸案”的说理思路，证成了作为非直接受害国的加拿大和荷兰在该案中的诉讼资格。[2]在“南非诉以色列关于《灭种罪公约》在加沙地带的适用案”（以下简称“南非诉以色列案”）中，以色列虽然未质疑南非提起诉讼的诉讼资格，但是鉴于南非同样援引了“冈比亚诉缅甸案”中涉及到的《灭种罪公约》第 9 条，国际法院于 2024 年 1 月 26 日首次发布的临时措施中再次重申了其在“冈比亚诉缅甸案”中有关共同利益的推论，认定南非有资格就以色列据称违反《灭种罪公约》义务的行为向法院提起诉讼。[3]

“冈比亚诉缅甸案”中有关对世义务诉权的解释已产生“示范效应”，由此亟待解决两个现实问题：一是今后可能确有必要在遵守国际社会基本价值观的集体利益与不鼓励争端扩散的对抗性利益间取得平衡；[4]二是对共同利益的保护将引起国际争端解决机制的结构性转变，如在解决这些超越当事国间权利与义务的问题时，国际法需要超越纯粹为当事国间的双边诉讼而制定的程序规则。[5]国内外相关研究对国际法院是否应承认非直接受害国基于对世义务主张的诉权，以及承认对世义务诉权是否会衍生出滥诉、干涉行为等后续影响各执一词。认为法院承认对世诉权将产生消极影响的学者主张，若法院不对“缔约国间对世义务”的适用方式与范围施义务加严格限定，易导致公益诉讼盛行。[6]认为法院承认对世义务诉权可以丰富原告国诉权基础的学者主张，承认非直接受害国基于对世义务主张的诉权将为维护公共利益的法律诉讼拓展出很大空间，[7]而且出于减轻举证难度的考虑，原告国可在日本核污水排海等全球公域治理中运用“缔约国间对世义务”丰富诉权基础。[8]认为法院承认对世义务诉权对国家责任援引形式和国际法规范发展各有利弊的学者主张，承认非直接受害国基于对世义务主张的诉权一方面可以为《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称《国家责任条款草案》）第 48 条提供支持性案例，但另一方面也为国际法干涉规范的进一步发展提供了理论和实践的理据，公益诉讼的正负效应将同步显现。[9]鉴于此，本文拟在回顾国际法院公益诉讼实践的基础上，解决如下问题：一是国际法院公益诉讼中解释对世

---

[2] See *Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, Provisional Measures, Order of 16 November 2023, I.C.J. Reports 2023, pp. 602-603, paras. 48-51.

[3] See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip* (*South Africa v. Israel*), Provisional Measures, Order of 26 January 2024, I.C.J. Reports 2024, pp.16-17, paras. 33-34.

[4] James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2013, p. 553.

[5] See *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, I.C.J. Reports 1997, p. 118.

[6] 参见廖雪霞：《“对国际社会整体的义务”与国际法院的管辖——以“冈比亚诉缅甸违反《防止及惩治灭绝种族罪公约》案”为切入点》，载《国际法研究》2020 年第 6 期，第 41-42 页。

[7] See Christian J. Tams, *Individual States as Guardins of Community Interests*, in Ulrich Fastenrath *et al.* eds., From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, Oxford University Press, 2011, p. 387.

[8] 参见董世杰、鄢攀曲：《国际法上的诉权及其在福岛和污水问题中的运用》，载《南大法学》2022 年第 4 期，第 35-38 页。

[9] 参见宋杰：《国际法院与共同利益的保护：实践、发展与影响》，载《国际法研究》2017 年第 5 期，第 54-58 页。

义务诉权有何待决问题；二是公益诉讼的基本构造与国际法院争端解决机制的实体与程序规则是否兼容；三是对第三国参加公益诉讼应该施以何种限制条件。

二、国际法院公益诉讼中基于对世义务主张诉权的证立

公益诉讼的首要要件是保护公共利益，不以侵害或损害为援引国家责任的先决条件。因此，提起公益诉讼的原告国既可以是直接受害国，又可以是非直接受害国。向国际法院或法庭提起诉讼以原告国拥有诉权为前提，非直接受害国常基于对世义务主张其具备提起公益诉讼的诉讼资格。

（一）诉权的定义

诉权（*locus standi*）[10]亦称为诉讼资格，一般诉权泛指一个实体作为诉讼程序当事方的权利。[11]具体而言，诉权通常指向援引国家责任的一国与其追究国际不法行为所依据的法律规则间建立联系的一项条件。[12]若想证明二者之间已建立“充分联系”（sufficient link），主要通过以下两种方式：一是限定国家在遵守义务方面享有的地位，如该国必须是享有法律利益的、有利益关切的或受保护的等；二是强调不法行为对该国造成的影响，如该国是受特别影响的或该国是直接受害国。通常一国是否拥有诉权取决于对有关诉权的“直接规则”或“间接规则”的法律解释。[13]一国援引另一国不法行为国责任的形式主要为诉诸反措施或向国际司法机构提起诉讼。诉诸司法是一国援引国家责任的主要形式之一，提起诉讼的原告国最终能否获得司法救济取决于原告国是否拥有诉权与国际司法机构是否对该争端行使管辖权，且原告国拥有诉权是国际司法机构管辖权成立的先决条件。通常提起诉讼的原告国是受到国际不法行为损害或影响的直接受害国，其当然地拥有诉权，国际司法机构亦不会特别审查直接受害国的诉讼资格。而公益诉讼赋予了作为非直接受害国的原告国基于对世义务主张诉权的权利，以诉诸司法方式援引国家责任可以不再以遭受损害或影响为前提，故而作为非直接受害国的原告国是否具备诉权就成为了国际司法起诉阶段[14]的审查重点。国际法院公益诉讼中，1966 年“西南非洲案（第二阶段）”和 1970 年“巴塞罗那电力、电车和电灯公司案”（以下简称“巴塞罗那电车公司案”）等早期实践已表明原告国诉讼资格的认定应遵循援引国家责任的一般规则。[15]反之亦然，一个已确定可以援引另一国责任的

---

[10] 国际司法实践和学界对诉权有不同的表述，例如 *locus standi*, *jus standi*, standing, legal standing, access to the court or tribunal, the capacity to institute the proceedings, right of appearance in a court of justice 等等。

[11] Giorgio Gaja, *Standing: International Court of Justice (ICJ)*, in Hélène Ruiz Fabri ed., Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law, Oxford University Press, 2018. https://opil.ouplaw.com/home/MPIL. Last accessed: 30/08/2024.

[12] Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, p. 26.

[13] “直接规则”是指述及国家以反措施或向国际司法机构提起诉讼等特定方式援引国家责任的规定，例如国际条约中所载“争端解决条款”（compromissory clause）。“间接规则”一般指向习惯国际法上的诉权规则，例如《国家责任条款草案》第 42 条和第 48 条。See Christian J. Tams, at 37-40.

[14] 国际司法的起诉程序主要规定了诉讼主体的资格以及法院的管辖权限，其目的在于对案件的可受理性进行审查，将不适格的诉讼参与人和非属于法院管辖的案件排除在实质性审理程序之外。王林彬：《国际司法程序价值论》，法律出版社 2009 年版，第 38 页。

[15] See Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries (2001), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, pp. 126-127, paras. 2, 7-9, 11.

国家应被推定为具有向国际法院提起公益诉讼的诉讼资格。[16]

（二）国际法院公益诉讼的基本构造

公益诉讼概念最早可追溯至罗马法。在相关文献和判例法中，公益诉讼既指司法意义上向国际司法机构提起诉讼的权利，又指以司法手段以外的方式援引责任保护集体利益的权利。[17]本文的公益诉讼专指向国际司法机构提起诉讼的权利。1966 年“西南非洲案（第二阶段）”中，国际法院将公益诉讼界定为，“国际社会任何成员为维护公共利益而采取法律行动的权利”。同时，国际法院也于该案中表明，“尽管这种权利可能为某些国内法所熟知，但目前国际法尚不熟知，国际法院也不能将其视为是《国际法院规约》第 38.1.c 条所载一般法律原则所包含的权利。”[18]法院判决强调了两个方面：一是公益诉讼要求存在共同体和共同利益；二是国际法院否认该案所处的国际法发展阶段已存在公益诉讼这一概念。但是该案后，国际法院敏锐地捕捉到国际法需要创设一个关涉公共利益的一般性法律概念，以此扭转在 1966 年“西南非洲案（第二阶段）”的“不当作为”。[19]最终国际法院于 1970 年“巴塞罗那电车公司案”以附带意见（*obiter dictum*）形式首次正式提出对世义务概念，[20]对世义务又称为“一般国际法强制性规范产生的义务”。对世义务是为促进所有国家的集体利益而存在，常被描述为是作为国际社会组成部分的国家通过强制执行以实现国际社会的更高利益。[21]通常“一般对世义务”（obligation *erga omnes*）是指一般国际法项下的“多边义务”（multilateral obligation），其中的“对世”（*erga omnes*）是指多边义务中的一般诉权。“缔约国间对世义务”通常是指“集体条约义务”（collective treaty obligation），其中的“缔约国间对世”（*erga omnes partes*）是指各缔约国间享有同等的诉权。[22]国际法院公益诉讼的基本构造为：（1）原告国，即请求国，其提起诉讼不以遭受物质损害或权利受到侵害为前提，通常原告国与被告国同为同一多边公约的缔约国；（2）被告国，即据称实施了国际不法行为的国家；（3）诉讼标的为缔约国间或国际社会整体的共同利益；（4）第三国，或依据《国际法院规约》（以下简称《规约》）第

[16] 《国家责任条款草案》第 42 条评注中表示，“援引”（invocation）应被理解为采取较为正式的措施，例如向另一国提出索赔，或在国际司法机构提起诉讼。See *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 117, para. 2.

[17] See Farid Turab Ahmadov, *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, 2018, p.18.

[18] See *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 47, para. 88.

[19] See Christian J. Tams & Antonios Tzanakopoulos, *Barcelona Traction at 40: The ICJ as An Agent of Legal Development*, 23 Leiden Journal of International Law 781, 799 (2010).

[20] See *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Second Phase,* Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, paras. 33-34.

[21] See Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, 2015, p. 352.

[22] “集体条约义务”（collective treaty obligation）是指为所有缔约国的集体利益而存在的条约义务，任一缔约国均可援引其他缔约国违反条约义务的责任。习惯国际法项下的“集体义务”（collective obligation）和“集体条约义务”统称为一般国际法项下的“多边义务”（multilateral obligation）。See Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 24.

62 条申请参加，或依据第 63 条宣告参加。

（三）公益诉讼原告国基于对世义务主张诉权的法律依据

按照《国家责任条款草案》第 42 条和第 48 条对国际义务的分类，国际义务可分为：（1）涉及双边关系的义务，对应第 42.a 条的“个别对该国承担的义务”；（2）涉及多边关系的义务，对应第 42.b.ii 条的“相互依存的义务”；（3）具有“对世”性质的义务，具体包括保护“超国家利益”（extra-state interest）的义务和“对国际社会整体所承担的义务”，分别对应第 48.1.a 条的“缔约国间对世义务”和第 48.1.b 条的“一般对世义务”。[23]违反具有“对世”性质的义务时，提起公益诉讼的原告国既可能是直接受害国，也可能是非直接受害国。直接受害国的援引责任是充分的：一是其有权要求行为国停止不法行为，并保证不重犯；二是其有权要求行为国以恢复原状、补偿或抵偿等方式进行赔偿；三是其有权采取反措施；四是其根据《国家责任条款草案》第 55 条主张其他援引责任。相比于直接受害国，非直接受害国可援引责任的形式和范围更加有限：一是其有权要求行为国停止不法行为，并保证不重犯；二是当非直接受害国根据《国家责任条款草案》第 48.2.b 条以赔偿（reparation）形式援引国家责任时，仅能要求行为国向直接受害国或义务被违背的受益人提供赔偿，在直接受害国不要求赔偿的情况下，非直接受害国也不得要求赔偿。[24]

国际法委员会于 2006 年《“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”专题结论草案》（以下简称《国际法不成体系问题专题结论草案》）中申明，每一国家均可按照《国家责任条款草案》第 48.1.b 条追究违反“对国际社会整体所承担的义务”的国家责任。[25]国际法委员会 2022 年《关于一般国际法强制性规范（强行法）的识别和法律后果的结论草案》（以下简称《强行法专题结论草案》）的评注中所述，结论 17 第 2 段所载援引责任的规则与国际司法机构的判决相一致。[26]再如国际海洋法法庭在“担保个人和实体从事‘区域’内活动的国家所负责任和义务案”中也曾指出，“《联合国海洋法公约》第 137.2 条中规定，管理局应‘代表’全人类行使（‘区域’内资源的一切权利），可以认为该条款暗含赋予管理局诉请赔偿的权利。鉴于保护公海和‘区域’内环境义务的‘对世’性质，每个缔约国均有权要求赔偿。为支持这一观点，具体可参见《国家责任条款草案》第 48 条。”[27]

---

[23] See Linos-Alexander Sicilianos, *The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility*, 13 European Journal of International Law 1127, 1133-1137 (2002).

[24] See *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol.II, Part Two, p. 128, para. 13.

[25] See Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of the International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law (2006), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, p. 183, para. 37.

[26] See Draft Conclusion on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), with Commentaries (2022), *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, vol. II, Part Two, p. 68, para. 7.

[27] *Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 59, para. 180.

三、国际法院公益诉讼中承认对世义务诉权的曲折过程

有学者将国际法院截至 2014 年对于普遍性利益的保护立场与实践划分为起步与徘徊、重点突破、进一步退两步和再次小步前进等四个阶段。[28]一国提起公益诉讼源于其对普遍性利益的保护立场，而该国是否具备提起公益诉讼的诉讼资格将由法院裁定。故而本文将在前述研究基础上，着重分析国际法院公益诉讼中有关对世义务诉权的解释与结论。

（一）“起步踌躇”到“积极适用”

1. “起步踌躇”阶段

继 1970 年“巴塞罗那电车公司案”后，有学者曾指出，“该附带意见给人传递的印象是（对世义务概念）被故意植入文本或被人为拖入竞技场”[29]。或从实际情况看，对世义务仍然是“应然”的，而不是“实然”的。[30]在后续一段时间的司法实践中，法院适度收回了其对于对世义务的热情态度。如在 1974 年的两例“核试验案”中，国际法院在判决中有意回避了对澳大利亚和新西兰两国诉讼资格的认定问题。法院裁定法国当局所作一系列单方声明是公开的和“对世”的。声明既然是面向国际社会整体，新西兰和澳大利亚自然有权要求声明国履行义务。[31]鉴于法国承诺不在南太平洋地区进行大气核试验，因两个原告国的诉请目的已经达到，法院最终裁定不再进一步审理两国诉请。

1995 年“东帝汶案”常视为法院判定一国是否可以基于对世义务主张诉权的首个案例。令人遗憾的是，因该案中原告国葡萄牙的诉求涉及到作为第三国的印度尼西亚，法院根据“从罗马移除黄金货币案”中所确立的“黄金货币案原则”，最终判定自己对本案并无管辖权。[32]但本文认为，将 1995 年“东帝汶案”作为国际法院判定一国是否可以主张对世义务诉权的首例，仍有疏漏之处。因葡萄牙所主张的民族自决权属对世权利（a right *erga omnes*），并不等于被告国澳大利亚违反了尊重民族自决权的对世义务。对世权利属“初级规范”（primary rules），强调效力及于不特定的人。对世义务属“次级规范”（secondary rules），违反对世义务将产生任何国家无例外可以援引他国责任的法律后果。[33]国际法院虽赞同尊重民族自决权的义务具有“对世”性质，但拒绝判断葡萄牙是否就提起诉讼具有“法律利益”，

---

[28] 参见宋杰：《国际法中普遍性法律利益的保护问题研究——基于国际法庭和国家相关实践的研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 35-115 页。

[29] F. A. Mann, *The Doctrine of Jus Cogens in International Law*, in F. A. Mann ed., Further Studies in International Law, Oxford University Press, 1990, p. 102.

[30] See Bruno E. Simma, *Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations Erga Omnes?* in Jost Delbrück & Ursula E. Heinz eds., The Future of International Law Enforcement: New Scenarios — New Law ? Duncker & Humblot, 1993, p.126.

[31] See *Nuclear Tests（Australia v. France）*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 269, paras. 50-51; See *Nuclear Tests（New Zealand v. France）*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 474, paras. 52-53.

[32] See *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, pp. 104-105, paras. 34-35.

[33] See Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Volume II, Oxford University Press, 2013, p.1505.

也即法院并未裁定葡萄牙是否具备提起该案的诉讼资格。[34]该判决自然也没有进一步澄清，若在印度尼西亚同意的情况下，违反对世义务是否会赋予葡萄牙或其他国家诉权。

2. “积极适用”阶段

迄今为止，法院在 2012 年“有关或起诉或引渡义务的问题案”（以下简称“比利时诉塞内加尔案”）最早也最为明确地肯定了对世义务诉权。就塞内加尔涉嫌违反《禁止酷刑公约》项下的义务，比利时认为不仅因其是《禁止酷刑公约》的缔约国而具有诉讼资格，而且它对该案具有“特殊利益”。[35]根据《禁止酷刑公约》的目标和宗旨，国际法院认定包括比利时在内的所有缔约国就遵守“缔约国间对世义务”均享有法律利益，这意味着每一缔约国均有权援引另一缔约国据称违约的国家责任，并终止违法情况。法院特别强调，如需要原告国具有“特殊利益”，许多情况下没有国家能够提起诉讼。故而，法院认为没有必要就比利时是否具有“特殊利益”发表意见。[36]最终，法院认定比利时作为《禁止酷刑公约》的缔约国有权诉请塞内加尔就违反第 6.2 条“应立即对事实进行初步调查”的义务与第 7.1 条“或引渡或起诉”义务承担责任。

该案中，比利时是基于《禁止酷刑公约》缔约国和直接受害国的“双重身份”提起诉讼，但法院并未考虑比利时主张的“特殊利益”，仅依据缔约国间的共同利益确认了比利时的诉讼资格。薛法官和专案法官苏尔（Judge *ad hoc* Sur）对法院判定比利时对该案具有诉讼资格持有反对意见。苏尔法官将本案中对“缔约国间对世义务”的适用比喻为“变戏法”。[37]薛法官也认为法院这一结论是冒然的和缺乏说服力的，“巴塞罗那电车公司案”只是列明了在双边关系中违反义务的条件，该案没有提及与“缔约国间对世义务”相关的诉讼资格问题，该案后也没有一例案件说明仅因存在共同利益就赋予国家提起诉讼的权利。[38]同时薛法官认为，本案对“缔约国间对世义务”的结论不符合国家责任规则。根据国际法，每一缔约国在履行“缔约国间对世义务”方面具有利益是一回事，而任何缔约国有资格就另一缔约国违反义务的行为向法院提起诉讼则是另一回事。[39]苏尔法官又指明同一条约可能包含不同性质的义务，不能从条约所载某项“缔约国间对世义务”而推定整个条约的对世性质，必须逐一审查《禁止酷刑公约》的条款，以便区分具有“对世”性质和不具有“对世”性质的条款。[40]

---

[34] See *East Timor*, Judgment, para. 29.
[35] See *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Memorial of The Kingdom of Belgium, pp. 79-80, paras. 5.14-5.18.
[36] See *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 449-450, paras. 68-70.
[37] See *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, Dissenting Opinion of Judge *Ad Hoc* Sur, I.C.J. Reports 2012, p. 618, para. 44.
[38] See *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Xue, I.C.J. Reports 2012, pp. 574-575, paras. 14-16.
[39] See *Belgium v. Senegal*, Dissenting Opinion of Judge Xue, para. 17.
[40] See *Belgium v. Senegal*, Dissenting Opinion of Judge *Ad Hoc* Sur, paras. 29-30.

（二）从“扩大适用”到“频繁适用”

1. “扩大适用”阶段

公益诉讼的“二元方法”（dualistic approach）是指原告国既主张保护共同利益，又强调诉请索赔的个人立场。与澳大利亚和新西兰在“核试验案”、葡萄牙在“东帝汶案”与比利时在“比利时诉塞内加尔案”中采取的“二元”诉请策略不同，澳大利亚在 2014 年的“南极捕鲸案”中明确放弃了提请索赔国家一贯主张的“特殊利益”，其提起诉讼完全是基于《国际捕鲸管制公约》缔约国间的共同利益。实际上，日本的“南极特许捕鲸研究项目（第二阶段）”（以下简称 JAPRA II）并未侵犯澳大利亚在其所属海域内的任何权利，澳大利亚也未因此遭受任何物质损害。班达里法官（Judge Bhandari）在庭审中就澳大利亚遭受了何种损害提问时，澳大利亚的两位代表律师也明确回复，澳大利亚并未声称自己是受害国，而是同《国际捕鲸管制公约》的其他缔约国一样，就遵守和保护公约享有共同利益。[41]

因澳大利亚寻求的救济措施[42]与《国家责任条款草案》第 48.2 条相符，克劳福德法官（Judge Crawford）将其概括为，“澳大利亚援引了日本在《国际捕鲸管制公约》项下对其他缔约国承担的对世义务”[43]。日本也并未对澳大利亚的诉讼资格提出异议，塔姆斯（Tams）将其归因于日本是受到《国家责任条款草案》第 48.1 条和 2012 年“比利时诉塞内加尔案”判决结果的影响。[44]国际法院最终裁定日本应撤销与捕获、击杀或加工处理鲸鱼的任何现有授权、许可或许可证，并不再根据《国际捕鲸管制公约》第 8.1 条发放任何许可。[45]判决虽完全绕过了对澳大利亚诉权的认定问题，但从判决结果上推导，法院接纳了澳大利亚声称是为集体利益行事的立场。通过确立管辖权和承认澳大利亚提请索赔的可受理性，法院间接承认了《国际捕鲸管制公约》项下的义务具有“对世”性质，并在此基础上追究日本违反“缔约国间对世义务”的责任。[46]塔姆斯认为，就法院对澳大利亚诉讼资格的认定问题保持沉默，主要有两种解读。一种较为简单的解释是，法院只是不愿明示承认缔约国有权就违约行为提起诉讼，但对澳大利亚诉讼资格的默示承认已是巨大进步。另一种解读是，将 2014 年的“南极捕鲸案”与 2012 年的“比利时诉

---

[41] See *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Verbatim Record, CR/2013/18, 9 July 2013, Presentation by Henry Burmester, p. 28, para. 19; See *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Verbatim Record, CR/2013/18, 9 July 2013, Prensentation by Laurence Boisson de Chazournes, pp. 23-24, paras. 18-20 (translation version).

[42] 澳大利亚请求国际法院宣布日本：（1）不得授权实施或实施任何不属于《国际捕鲸管制公约》第 8 条的“为科学研究目的”的特许捕鲸；（2）立即停止 JAPRA II；（3）撤销允许实施 JAPRA II 的任何授权、许可或许可证。See *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 239, para. 25.

[43] James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law: General Course on Public International Law*, 365 Collected Courses of the Hague Academy of International Law 19, 204 (2014).

[44] See Christian J. Tams, *Road Not Taken, Opportunities Missed: Procedural and Jurisdictional Questions Sidestepped in the Whaling Judgement*, in Malgosia Fitzmaurice & Dai Tamada eds., Whaling in the Antarctic: Significance and Implications of the ICJ Judgment, Brill Nijhoff, 2016, p. 208.

[45] See *Whaling in the Antarctic*, Judgment, para. 245.

[46] See Priya Urs, *Obligations Erga Omnes and the Question of Standing before the International Court of Justice*, 34 Leiden Journal of Inernational Law 505, 514 (2021).

塞内加尔案”相联系后，可以反映出法院有审理超越国家间双边争端的意愿。两种解读所达成的共识是，“南极捕鲸案”是国际法院历史上首次公开审理由一国仅基于“缔约国间对世义务”提起的公益诉讼。[47]

国际法院认定非直接受害国有权援引其他缔约国违反“缔约国间对世义务”的责任，具体可分为两类情况：一是条约中载有允许将与条约解释或适用的争端提交至国际法院的“争端解决条款”（compromissory clause）。如 2012 年“比利时诉塞内加尔案”中，国际法院认为比利时作为《禁止酷刑公约》的缔约国有权根据《禁止酷刑公约》第 30.1 条援引塞内加尔的责任。[48]二是如 2014 年“南极捕鲸案”所依据的《国际捕鲸管制公约》并未规定“争端解决条款”，法院是根据《规约》第 36.2 条的“任意强制管辖条款”（optional clause）承认了澳大利亚的诉讼资格。[49]该案也即具有里程碑式意义，若国际法院能确立协商一致的管辖权基础，非直接受害国可在国际司法机构援引违反对世义务的国家责任。申言之，国际司法常被视为是确定某项义务的“对世”性质，并宣布不法行为国违反该项义务的一种程序。[50]

在国际法院承认一国基于对世义务主张诉权的同时，国际司法的双边性质与保护公益所需采取的集体行动间的紧张关系也在日益凸显。例如马绍尔群岛共和国分别于 2014 年提起向英国、印度和巴基斯坦“就停止核军备竞赛和核裁军进行谈判义务案”（以下简称“马绍尔群岛诉英国案”）。[51]马绍尔群岛在该案也采取了“二元”诉请策略：一是基于《国家责任条款草案》第 42.b.ii 条主张自己是直接受害国；二是鉴于每一缔约国根据《不扩散核武器公约》第 6 条所承担的义务是“缔约国间对世义务”，按照《国家责任条款草案》第 48 条，马绍尔群岛有义务就消除核武器开展并完成谈判。[52]法院在判决说理中引用了 1996 年“以核武器相威胁或使用核武器的合法性咨询意见”的结论，赞同在不扩散核武器方面存在集体利益。[53]但因国际法院认定马绍尔群岛与英国间不存在争端，最终法院判定自身对该案无管辖权。[54]薛法官在单独声明中指出，该案的关键问题是各国在履行对世

[47] See Christian J. Tam, at 209-211.
[48] See *Belgium v. Senegal*, Judgment, para. 70.
[49] See *Whaling in the Antarctic*, Judgment, para. 41.
[50] Yoshifumi Tanaka, *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, 68 Netherlands International Law Review 1, 23 (2021).
[51] 2014 年马绍尔群岛向国际法院请求中国、朝鲜、法国、印度、以色列、巴基斯坦、俄罗斯、英国和美国等 9 个有核国家违反《不扩散核武器公约》和习惯国际法上停止核军备竞赛和实行核裁军的谈判义务，因英国、印度和巴基斯坦等 3 国曾按照《规约》第 36.2 条发布过接受国际法院任意强制管辖的单方声明，故而国际法院将 3 个案件统一称为“就停止核军备竞赛和核裁军进行谈判义务案”，其余 6 国均未接受国际法院的管辖。因申请书完全相同，本文仅就“马绍尔群岛诉英国案”展开分析。
[52] See *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Memorial of the Marshall Islands, paras. 103-110.
[53] See *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 844, para. 20.
[54] See *Marshall Islands v. United Kingdom*, Judgment, para. 57.

义务中的集体失职能否转化为一系列的双边争端而予以分别处理。[55]核争端的特殊性质关乎国际社会整体的共同利益，实现核裁军也确实需要各国采取协调一致的集体性行动。但正如通卡法官（Judge Tomka）所述，“本案表明了国际法院职能的局限性，因为国际法院是从国际仲裁演变而来的，而国际仲裁侧重于解决双边争端。”[56]

2. “频繁适用”阶段

历经“比利时诉塞内加尔案”和“南极捕鲸案”后，国际法院已明确支持一国可基于对世义务诉权提起公益诉讼。但在诸如“马绍尔群岛诉英国案”中，公益诉讼与国际法院争端解决机制间不兼容的矛盾也在同步显现。在 2022 年“冈比亚诉缅甸案”及嗣后的公益诉讼中，国际法院就面临着因承认对世义务诉权而引发的后续问题。缅甸在第二项初步反对意见中提出，冈比亚不具备将本案提交至国际法院的诉讼资格，理由如下：第一，缅甸认为只有直接受害国才有资格向国际法院提起诉讼，但冈比亚既不是直接受害国，又未证明自身享有具体的法律利益。第二，冈比亚未遵守《国家责任条款草案》第 44.a 条关于主张所涉国籍的规则，因而诉请不可受理。第三，即便假定非直接受害国有资格根据《灭种罪公约》第 9 条将争端提交至法院，此种诉讼资格也是从属并取决于直接受害国的诉讼资格。基于罗兴亚人大量涌入孟加拉国的事实，缅甸认为孟加拉国应是就该案提起诉讼“最自然的国家”。但鉴于孟加拉国已对《灭种罪公约》第 9 条提出保留，冈比亚等非直接受害国也不具备诉讼资格。[57]

国际法院将其要回答的问题归结为：冈比亚是否有权援引缅甸据称违反《灭种罪公约》义务的责任。法院回顾了 1951 年“对《灭种罪公约》保留的咨询意见案”、1970 年“巴塞罗那电车公司案”和 2012 年“比利时诉塞内加尔案”有关遵守共同利益的要求，否认了缅甸提出的应区分援引责任与向法院提起诉讼的诉讼资格的观点。同时，国际法院认定《灭种罪公约》第 9 条的措辞并未为援引责任或受理案件施以任何附加条件，该条措辞也并没有表明争端只能发生在据称违反《灭种罪公约》的缔约国与直接受害国之间。孟加拉国涌入大量罗兴亚人的事实情况并不影响其他缔约国主张共同利益的权利，因此也不排除冈比亚的诉讼资格，法院不需要处理孟加拉国对第 9 条的保留。基于上述理由，法院否决了缅甸的第二项初步反对意见，判定冈比亚有权援引缅甸据称违反《灭种罪公约》第 1 条、第 3 条、第 4 条和第 5 条的责任。[58]

在谈及该案的性质时，专案法官克雷斯（Judge *ad hoc* Kress）强调，“法院应

---

[55] See *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Declaration of Judge Xue, p. 1033, para. 15.
[56] See *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Separate Opinion of Judge Tomka, p. 899, para. 40.
[57] See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*The Gambia v. Myanmar*), Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar, pp. 65-107, paras. 210-350.
[58] See *The Gambia v. Myanmar*, Judgment, paras. 106-114.

继续在就违反（缔约国间）对世义务提起诉讼中谨慎使用‘公益诉讼’一词，（缔约国间）对世义务在法院判例中已经根深蒂固，并非确有必要承认‘公益诉讼’这一术语。”[59]薛法官认为，国际法院对缅甸第一项初步反对意见的推理回避了法院所需面对的真正难题，因为法院的司法职能仅限于解决两个国家之间的双边争端，不适合受理公益诉讼。[60]薛法官认为，冈比亚事实上代表国际组织行事，易导致被告国缅甸居于不平等的地位。与薛法官的观点类似，克雷斯法官也意识到了将保护国际社会共同利益纳入国际法院争端解决框架将带来程序性挑战。对此，克雷斯法官提出了一般性意见，即必须确保所有当事国在为保护共同利益提起的诉讼中均享有程序公平。[61]

早在 2012 年“比利时诉塞内加尔案”中，薛法官和苏尔法官对法院仅依据缔约国间共同利益就认定比利时具备诉讼资格的做法持有反对意见。在“冈比亚诉缅甸案”中，薛法官和克雷斯法官也对法院认定冈比亚具有诉讼资格提出了质疑。薛法官就诉讼资格的认定问题强调了三点：一是不应忽略该案与 2012 年“比利时诉塞内加尔案”在案件事实上的差异。二是国际法院的一贯做法是明确区分实体性规则与程序性规则，也即“一项规范的对世性质与基于同意的管辖权基础是两件不同的事”。三是法院认定非直接受害国具有诉讼资格的宽泛做法将产生两项潜在的不利后果，一方面更多国家将对国际法院的管辖作出保留，另一方面各国将再次提出如《灭种罪公约》第 9 条等“争端解决条款”模糊不清或缺乏实质指控。[62]在回应缅甸提出的承认冈比亚的诉权会导致更广泛的影响时，克雷斯法官表示如果法院认同冈比亚对诉讼增加的关切，而不为该案涉及的共同利益提供应有的法律保护，那将是错误的。但同时他也认同克劳福德法官的观点，应在保护共同利益与防止争端扩散间寻求平衡。[63]

在 2023 年“加拿大和荷兰诉叙利亚案”首次发布的临时措施中，国际法院延续了“冈比亚诉缅甸案”中证成非直接受害国具有诉讼资格的说理思路。即鉴于《禁止酷刑公约》的缔约国就遵守公约义务具有共同利益，法院认定加拿大和荷兰具有提起该案的诉讼资格。[64]薛法官在该案所附的个人声明中重申了她在“比利时诉塞内加尔案”和“冈比亚诉缅甸案”中一贯所持的立场，即公益诉讼案件仅依据缔约国间共同利益就确认原告国的诉讼资格缺少必要的管辖权联系。薛法官

---

[59] See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*The Gambia v. Myanmar*), Preliminary Objections, Judgment, Declaration of Judge *Ad Hoc* Kress, I.C.J. Reports 2022, pp. 554-556, para. 32.

[60] 缅甸的第一项初步反对意见提出了一实质性问题，即法院根据《规约》是否有权受理事实上由“伊斯兰合作组织”这一国际组织发起，并交由其成员之一的冈比亚代表该组织行事的案件。薛法官认为，冈比亚所采取法律行动的性质等同于公益诉讼。See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*The Gambia v. Myanmar*), Preliminary Objections, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Xue, I.C.J. Reports 2022, pp. 520-523, paras. 3-10.

[61] See *The Gambia v. Myanmar*, Declaration of Judge *Ad Hoc* Kress, paras. 34-35.

[62] See *The Gambia v. Myanmar*, Dissenting Opinion of Judge Xue, paras. 36-39.

[63] See *The Gambia v. Myanmar*, Declaration of Judge *Ad Hoc* Kress, para. 33.

[64] See *Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic*, Order of 16 November 2023, paras. 50-51.

尤为强调三点：一是国际法院确认此种诉讼资格与基于同意的管辖权基础不一致；二是国际法院在不对《规约》和《国际法院规则》（以下简称《规则》）作出必要修正的情况，确认此种诉讼资格将在程序、证据和救济措施方面对既往案件构成挑战；三是国际法院确认此种诉讼资格可能会对各缔约国执行《禁止酷刑公约》产生警示作用。[65]

就公益诉讼与国际法院争端解决机制的对抗性结构及其程序性规则是否兼容而言，“冈比亚诉缅甸案”和“南非诉以色列案”中均有第三国申请或宣告参加诉讼。2023 年 11 月 15 日，马尔代夫和加拿大、丹麦、法国、德国、荷兰和英国等 6 国联合依据《规约》第 63 条基于条约解释宣告参加“冈比亚诉缅甸案”。在 2024 年 7 月 3 日发布的法院命令中，法院认定仅受理马尔代夫参加声明和联合参加声明涉及《灭种罪公约》相关条款解释的部分，对超出《规约》第 63 条和《规则》第 82 条范围的部分则不予受理。[66]“南非诉以色列案”中第三国参加诉讼的情况更加复杂，截至目前共有 10 个国家（地区）申请或宣告参加诉讼。[67]其中尼加拉瓜是依据《规约》第 62 条基于法律利益申请参加，巴勒斯坦同时依据《规约》第 62 条和第 63 条参加诉讼，其余 8 国均是依据第 63 条基于条约解释宣告参加。综观两类参加制度，第三国参加公益诉讼应至少解决如下两方面的问题：（1）尤其是在由非直接受害国提起的公益诉讼中，第三国依据《规约》第 62 条基于法律利益的参加与原告国提起诉讼所依据的法律利益有何区别；（2）第三国依据《规约》第 63 条基于条约解释参加诉讼时，如何避免出现第三国大规模宣告参加的情况。

四、反思国际法院公益诉讼中基于对世义务主张的诉权

自国际法院积极回应对世义务诉权后，法院判决和薛法官、苏尔法官和克雷斯法官等法官指向了两个待决的现实问题：（1）法院仅依据共同利益认定原告国具备诉讼资格是否缺乏充分的联系；（2）公益诉讼与以国家同意为管辖权基础的国际法院争端解决机制是否兼容。

（一）保护公益的目标与确认诉权间的关系有待释明

1. 国际法院识别对世义务的方式过于宽泛

国际法院明确承认的“缔约国间对世义务”有禁止灭绝种族、尊重民族自决权与禁止酷刑三类。按照国际法委员会 2022 年《强行法专题结论草案》结论 23“非

---

[65] See *Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, Order of 16 November 2023, Declaration of Judge Xue, paras. 4-7.

[66] 国际法院于 2024 年 2 月 1 日修订《规则》第 81 条、第 82 条和第 86 条，修正案于 2024 年 6 月 1 日正式生效。因马尔代夫参加声明和联合参加声明于修正案生效前提交，法院仍依据生效前的第 82 条审查参加声明。See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*The Gambia v. Myanmar*), Admissibility of The Declarations of Intervention, Order of 3 July 2024, para. 46.

[67] 根据修订后的《规则》第 81.1 条和第 82.1 条，提交参加诉讼的申请书和参加声明不得晚于答辩状的提交日期。截至 2025 年 4 月 20 日，按宣布参加的先后顺序，10 国为尼加拉瓜、哥伦比亚、利比亚、墨西哥、巴勒斯坦、西班牙、土耳其、智利和马尔代夫，预计还会有其他国家参加诉讼。

详尽无遗的清单”，一般国际法强制性规范（强行法）还包括禁止侵略、禁止危害人类罪、国际人道法的基本规则、禁止种族歧视和种族隔离、禁止奴隶制等。[68]附件所载清单仅是对国际法编纂和司法实践的非穷尽式列举，不排除其他具有强行法性质的规范存在，亦不排除嗣后出现此种性质的规范。[69]根据结论 17 所载“所有一般国际法强制性规范均产生对世义务，但并非所有对世义务均源自一般国际法强制性规范”的结论，不排除存在其他的义务。[70]例如 1974 年两例“核试验案”中，法院认定法国发布的禁止大气层核试验的单方声明具有“对世”性质。[71]2014 年“南极捕鲸案”中，法院提及《国际捕鲸管制公约》宗旨和目标的集体性质，以及序言所载“尽速实现鲸类资源达到最适当的水平”属共同利益。[72]前述对世义务的性质也不尽相同，如通常只有构成大规模或系统性侵犯人权才能被判定为违反禁止灭绝种族或禁止危害人类罪。而构成违反禁止酷刑则不要求违反行为具有集体性质，针对一人或多人施以一次或多次酷刑或其他不人道的处罚行为即可构成违反。综上，一方面如国际法委员会所述，对世义务概念必然会随着时间的推移而改变，不排除存在符合认定条件的“潜在候选者”。[73]另一方面如苏尔法官和学者所述，被违反的对世义务本身也具有多样性，[74]法院不应对某一多边公约项下的各项义务一概而论，均不加分殊地认定其具有“对世”性质。

在前述涉及到对世义务的案件中，国际法院对于对世义务的识别采取了一种较为宽泛的方法，而此种做法对诉权认定至少有两重影响。其一，相对模糊且宽泛的识别方法极容易使法院逾越其司法职能。作为国际司法机构的国际法院确实在司法实践中创设并发展了对世义务概念，但受制于其所承担的司法职能，其创设、解释与适用某一法律概念只能是由判决说理所附带的。[75]例如薛法官就曾在“冈比亚诉缅甸案”的反对意见中提出质疑，共同利益不只存在于《灭种罪公约》当中，以此类推，这类共同利益广泛存在于涉及人权、环境、裁军等问题的公约中。按照法院在“冈比亚诉缅甸案”中的推理，一旦某公约项下的义务被认定为“缔约国间对世义务”，只要诉讼双方未就法院的管辖权作出保留，任何缔约国无论

---

68 *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, vol. II, Part Two, p. 89.

69 *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, vol. II, Part Two, p. 85, para. 4.

70 《强行法专题结论草案》结论 17 第 1 段从总体上概述了强行法与对世义务间的关系，see *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, vol. II, Part Two, p. 66, para. 4. 关于强行法与对世义务之间关系的探讨，详见何志鹏、周萌：《强行法与对世义务间关系的动态演进机理探究》，载《南大法学》2024 年第 3 期。

71 See *Nuclear Tests（Australia v. France）*, Judgment, para. 50; *Nuclear Tests（New Zealand v. France）*, Judgment, para. 52.

72 See *Whaling in the Antarctic*, Judgment, para. 56.

73 See *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 127, para. 7.

74 See Tom Ruys, *Legal Standing and Public Interest Litigation — Are All Erga Omnes Breaches Equal?* 20 Chinese Journal of International Law 457, 467-468 (2021).

75 国际法院于“巴塞罗那电车公司案”首次正式提出对世义务概念时，就曾被质疑逾越了其司法职能。See Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 2010, p. 233. 该案虽然凸显了国际法院是国际法发展的有力推动者，但法院受其职能的限制，法院自身不能单独创设法律。法院只有将自身置身于更广泛的国际造法进程中，判决结果被其他参与国际法编纂的主体接纳时才会最终形成法律。See Christian J. Tams & Antonios Tzanakopoulos, at 800.

是否因据称违反该义务的行为而受特别影响，都有资格向另一缔约国提起诉讼。[76]此种在多边公约中泛在的共同利益易导致法院不当判定某一义务具有“对世”性质，而该公约的任一缔约国可就另一缔约国违反该项义务提起诉讼。

其二，国际法院对某一多边公约所载各项义务的性质也是一概而论、不加区分。以“冈比亚诉缅甸案”判决为例，冈比亚指控缅甸违反《灭种罪公约》的第 1 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条和第 6 条，最终法院判决支持了冈比亚除《灭种罪公约》第 6 条外的其余诉请，即法院认定其余各项义务均属于“缔约国间对世义务”。就《灭种罪公约》第 5 条而言，若缔约国没有颁布惩治灭绝种族罪的国内立法，或国内立法不完全符合公约对灭绝种族的定义，即构成违反“缔约国间对世义务”。按照法院在该案中的推理，即便任一缔约国就违反行为不具“特殊利益”，也可基于缔约国间共同利益，以诉讼形式援引另一缔约国违反颁布国内立法惩治灭绝种族罪的国家责任。而此类识别对世义务和承认缔约国具有诉讼资格的宽泛做法恐会导致国家宣布退出国际条约或对公约的“争端解决条款”作出保留。国际法院公益诉讼本意是为保护共同利益，法院承认一国基于对世义务主张的诉权也是为丰富诉权基础，但若因对各项义务的性质不加区分而导致错误地承认原告国的诉讼资格，可能会降低国家对国际法院管辖权的接受程度。[77]

目前国际法院公益诉讼的诉权基础暂未涉及“一般对世义务”，但学者们表示不排除一国可以基于“一般对世义务”主张诉权。[78]只是相较于“缔约国间对世义务”，“一般对世义务”的证成则更加复杂。“缔约国间对世义务”既可源自于多边条约，也可能源自于习惯国际法。[79]在“缔约国间对世义务”为诉权基础的公益诉讼中，原告国的诉权认定问题往往变为了法院判定公约项下的义务是否具有“对世”性质，以及对公约所载“争端解决条款”是否授权提起公益诉讼的条约解释问题。“一般对世义务”源自于一般国际法，“一般对世义务”与“缔约国间对世义务”同属一般国际法项下的“多边义务”。[80]目前为止，以“一般对世义务”为诉权基础的公益诉讼中，多基于条约规定、习惯国际法与一般国际法间的转化关系。[81]如 1969 年“北海大陆架案”中所述，条约规定可以编纂（或宣告）一项既有的一般国际法，

---

[76] See *The Gambia v. Myanmar*, Dissenting Opinion of Judge Xue, para. 39.

[77] See Mao Xiao, *Public-Interest Litigation before the International Court of Justice: Comment on The Gambia v. Myanmar Case*, 21 Chinese Journal of International Law 589, 597 (2022).

[78] 学者们承认一国可以基于“一般对世义务”主张诉权。见前注[8]，董世杰、鄢攀曲文，第 27-28 页；See Daniel Costelloe, at 24；See James Crawford, at 202; See Giorgio Gaja, *Claims Concerning Obligations Erga Omnes in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, in Riccardo Pisillo Mazzeschi & Pasquale De Sena eds., Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law, 2018, p. 45.

[79] See *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol.II, Part Two, p. 126, para. 6.

[80] See Daniel Costelloe, at 24.

[81] 使用“条约规定”一词而非“条约”，是指这里涉及的是条约所载一项或多项规范，而非条约本身。See *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, vol.II, Part Two, p. 34, para. 8.习惯国际法是指被接受为法律（法律确信）的一般惯例，习惯国际法是一般国际法最明显的表现形式。See *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, vol. II, Part Two, p. 31, para. 4. 2006 年《国际法不成体系问题专题结论草案》第 21 段区分了条约规定和一般国际法的适用，第 22 段表明一般国际法包括习惯国际法和一般法律原则。See *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, p. 180, paras. 21-22.

缔结一项条约规定也有助于将新出现的一般国际法规则具体化，或条约规定通过后，可以在嗣后实践的基础上反映一般规则。[82]此处“一般国际法”的“一般”是指有关规范的适用范围，一般国际法是指对国际社会所有成员具有同等约束力的国际法规范。[83]

2016 年“马绍尔群岛诉英国案”中，马绍尔群岛在起诉状中就谈及了“缔约国间对世义务”与“一般对世义务”间相重叠的问题。马绍尔群岛认为，若一国是《不扩散核武器公约》的缔约国，就禁止核武器与实施核裁军开展谈判的义务可以被视为是一项条约义务，而对于非公约缔约国而言，该项义务从性质上是源自于习惯国际法的义务。[84]1974 年两例“核试验案”中，澳大利亚的主张和新西兰的第一项与第二项主张实际上是两国基于“一般对世义务”主张诉权的一次尝试。[85]但前述三例案件中，法院最终均未对争端行使管辖权，法院对“一般对世义务”这一诉权基础也未作更多阐释。虽然“缔约国间对世义务”可经由国际社会更普遍的适用转化为“一般对世义务”，但作为诉权基础，仍应将二者加以区别：第一，条约规定与习惯国际法间存在“平行规则”（parallel rule）。法院曾认定，即便源自于两类国际法渊源的两项规范内容相同，有关国家亦同时受到条约法和习惯国际法上的约束，两项规范仍应被视为彼此独立存在。[86]第二，按照国际法学会 2005 年《普遍权利和普遍义务决议》第 1 条，“缔约国间对世义务”是指多边条约的某一缔约国对特定国家集团承担的义务，“一般对世义务”是指一国基于一般国际法对国际社会整体承担的义务。[87]从对世义务的特征上看，“一般对世义务”对义务的普遍性（universality）要求更高。

“巴塞罗那电车公司案”确立了对世义务的两项基本特征，即“所涉事项的重要性”和义务是非双边的或非互惠的。[88]无论是“缔约国间对世义务”还是“一般对世义务”，本质上是缔约国间或国际社会整体就共同利益达成的一项共识。根据这项共识，某些共同关切的事项不应由各国单独或相互间自行处置，应由缔约国或国际社会整体共同承认或惩处。[89]故而，识别对世义务的前提是确认其反映并

[82] See *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, pp. 38-41, paras. 61-69.
[83] See *North Sea Continental Shelf*, Judgment, para. 63.
[84] See *Marshall Islands v. United Kingdom*, Memorial of the Marshall Islands, para. 105.
[85] 澳大利亚谈及其诉讼资格时认为，禁止大气核试验是对世义务，澳大利亚有权要求法国政府履行该义务。*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Memorial on Jurisdiction and Admissibility Submitted by the Goverment of Australia, paras.448-449. 新西兰共提出五项权利主张，其中第一项与第二项主张为：（1）包括新西兰在内的国际社会所有成员国免遭核试验产生的放射性尘埃危害；（2）包括新西兰在内的国际社会所有成员国的陆地、海洋和空中环境免遭人为污染。See *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Memorial on Jurisdiction and Admissibility Submitted by the Government of New Zealand, paras. 190-191.
[86] See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 95, para. 178.
[87] Institut De Droit International, Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law, Fifth Commission, by M. Giorgio Gaja, Krakow Session, 2005, Article 1.
[88] “所涉事项的重要性”（the importance of the rights involved）是指对世义务就其性质而言是所有国家共同的关切。义务是非双边的（non-bilateralisable）或非互惠的（non-reciprocal）是指每个国家都对遵守享有法律利益。See *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, para. 33.
[89] See Marco Longobardo, *The Standing of Indirectly Injured States in the Litigation of Community Interests*

保护的国际社会基本价值。国际法编纂和司法实践确认的对世义务，按类型可大致划分为维护国际秩序、维护国际公共道德和伦理价值、维护国际公共利益三类。[90]国际法院若要识别其他的对世义务也应主要围绕这三大类型，该项义务还需同时符合对世义务的两项基本特征。同时借鉴苏尔法官的观点，必须逐一审查某一多边公约的各项条款，用以区分公约项下各项义务的不同性质，不能因公约所载某项“缔约国间对世义务”就推定该公约具有“对世”性质。

2. 提起公益诉讼的原告国与争端主题事项间缺少充分联系

诉权通常指向两个方面：一是一国是否具备提起诉讼的诉讼资格；二是提起诉讼的国家是否与争端主题事项（subject-matter）间建立充分的联系，此种充分联系常是以受害国享有特殊利益或受特别影响为基础的。而公益诉讼超越了双边法律关系，提起诉讼不以权利受到侵害或遭受物质损害为前提。薛法官在“比利时诉塞内加尔案”的反对意见、“冈比亚诉缅甸案”的反对意见和“加拿大和荷兰诉叙利亚案”的声明中均提及一问题，即在违反“缔约国间对世义务”的情况下，该公约的所有缔约国是否仅因缔约国身份就具备提起公益诉讼的诉讼资格，而无需考虑其对该案是否具有特殊利益。

相较于法院判决，薛法官对原告国诉讼资格的认定采取了一种更为精细的做法。在谈及《灭种罪公约》第 9 条这一“争端解决条款”时，薛法官认为原告国必须与据称的违反行为间有领土、国籍或某种其他形式的联系。[91]就《灭种罪公约》的解释而言，薛法官认为不应只考虑缔约国间的共同利益，而应考虑公约的起源和性质、联合国大会和缔约方所追求的目标、公约各项条款间的关系、以及各条款与公约目标之间的关系。[92]提起公益诉讼的原告国与争端主题事项间应有直接、充分的联系。如 2005 年《普遍权利和普遍义务决议》第 3 条所载，承担对世义务的国家与被指控违反对世义务的国家之间存在“管辖权联系”（jurisdiction link）。[93]薛法官的反对意见说明了两点：第一，不能仅从某一多边公约的存在理由直接断定缔约国间存在共同利益；第二，违反“缔约国间对世义务”的事实本身不足以认定原告国具有提起公益诉讼的法律利益。虽然《灭种罪公约》第 9 条对“争端”一词无任何限定，但这并不意味着原告国与被指称的违反行为之间不需要有关联，提起诉讼必须基于原告国可依据国际法为自身主张的法律利益。总体上，共同利益的认定与法院执行此种共同利益的权利问题应被视为两个不同的问题。虽然法院对诉权规则的解释过程不能完全脱离于具有“对世”性质的实体性规范，但一国

before the ICJ: Lessons Learned and Future Implications in Light of The Gambia v. Myanmar and Beyond, 24 International Community Law Review 1, 1 (2021).

[90] 维护国际秩序主要包括禁止侵略、禁止非法使用武力、民族自决权等。维护国际公共道德和伦理价值主要包括禁止灭绝种族、禁止酷刑、国际人道法的基本原则、禁止种族歧视和种族隔离、禁止奴隶制等。维护国际公共利益主要与保护、开发与利用极地、深海等“全球公域”相关。参见张辉：《国际法效力等级问题研究》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 79-83 页。

[91] See *The Gambia v. Myanmar*, Dissenting Opinion of Judge Xue, para. 24.

[92] See *The Gambia v. Myanmar*, Dissenting Opinion of Judge Xue, para. 16.

[93] See Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law, Article 3.

若要以提起诉讼的方式援引另一国违反对世义务的责任，该国需满足诉诸司法的实体与程序条件。

“冈比亚诉缅甸案”中涉及的另一问题是，在由非直接受害国提起的公益诉讼中，直接受害国是否是“不可或缺的第三方”。按照缅甸的主张，如果在受违反行为特别影响的孟加拉国不能提起诉讼的情况下，作为没有受特别影响的冈比亚若有资格提起诉讼，这将是对法院协商一致的管辖权基础的重大突破。[94]法院没有直接处理这个问题，而是选择从结果上赞同了威拉曼特里法官（Judge Weeramantry）所持立场，即对世权是一系列独立的普遍权利，这些权利不是相互依赖的。[95]本文认为，法院并未完全回应缅甸的主张，法院未按照直接受害国是否有能力提起诉讼，而分类讨论是否要承认非直接受害国的诉讼资格。若非直接受害国依据《国家责任条款草案》第 48.b.ii 条为受害国或义务受益人的利益要求赔偿，无论直接受害国是否提起诉讼，直接受害国的参与应是确有必要的，否则第三国利益则就构成了争端的主题事项，此时非直接受害国提请索赔范围也应是有限的。若非直接受害国因《国家责任条款草案》第 48 条项下义务而单独遭受损害，其不为直接受害国的利益行事而单独提起诉讼，其权利将与涉及同一国际不法行为的直接受害国权利相一致。[96]那么，若非直接受害国未遭受单独损害，其单独提起诉讼的权利是否仍不受直接受害国影响。既判力原则具有结论性效力与排除性效力，排除性效力只用于排除诉因，不能用于排除前诉的事实或法律争议，[97]即同一当事人之间就同一事由的判决是终局的，判决仅在当事方间有拘束力。因此，法院也无法以既判力原则约束非直接受害国以同一事由向同一不法行为国单独提起诉讼。再者，冈比亚的法律行动可能会挑战争端裁决的终局性原则。按照法院的推理，“冈比亚诉缅甸案”的判决对《灭种罪公约》的其他缔约国不具约束力，其他缔约国不会被阻止行使自身权利，仍可就同一事由向同一不法行为国单独提起诉讼，薛法官亦认为该推理不符合国家责任规则。[98]

（二）保护公益的目标与国际法院双边争端解决机制不兼容

1. 权利或义务的对世性质不能替代程序性规则

若宽泛的对世义务识别方法是国际法院公益诉讼的“触发机制”，“东帝汶案”确立下的实体性规范与程序性规则相区分的做法则是公益诉讼的“限制机制”。1995 年“东帝汶案”明确指出，“一项规范的对世性质与基于同意的管辖权基础是两件不同的事。”[99]2006 年的“刚果境内的武装活动案”更进一步说明权利和义务

[94] See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*The Gambia v. Myanmar*), Verbatim Record, CR/2019/19, 11 December 2019, para. 56.
[95] See *East Timor (Portugal v. Australia)*, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, I.C.J. Reports 1995, p. 172.
[96] See *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 126, para. 4.
[97] See Niccolò Ridi, *Precarious Finality? Reflections on Res Judicata and the Question of the Delimitation of the Continental Shelf Case*, 31 Leiden Journal of International Law 383, 385 (2018).
[98] See *The Gambia v. Myanmar*, Dissenting Opinion of Judge Xue, para. 11.
[99] See *East Timor*, Judgment, para. 29.

的对世性质这一事实并不赋予法院受理该争端的管辖权。[100]申言之，在任何时候所涉权利或义务本身的重要性都不能自动成为法院受理案件的依据，即一项实体性规范的“对世”性质并不凌驾于法院基于同意的管辖权基础之上。就诉权与管辖权的关系而言，一国就该案享有诉权是法院管辖权成立的先决条件之一。2007 年“波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山关于《灭种罪公约》的适用案”指出，法院认为有关当事国诉诸法院的条件未满足，而属事管辖权的条件已满足，即便当事国未质疑诉权资格，法院也应当认为关于当事国诉诸法院的条件未被满足，法院对实体问题无管辖权。[101]2008 年“克罗地亚诉塞尔维亚关于《灭种罪公约》的适用案”进一步指出，如果法院在关于管辖权和案件可受理性的初步反对意见判决中，判定自身对该案有管辖权，而未提及原告国诉诸法院的条件是否满足，可以得出结论认为法院判定诉诸法院的条件已得到满足。[102]

国际法院的管辖由国家诉权和管辖权两部分组成。法院管辖的前提是“争端”的存在，国际法上的“争端”是指“法律争端”（legal dispute），具体是指“两个主体之间就法律或事实的意见分歧、法律观点或利益间的冲突。”[103]首先，原告国在提起公益诉讼之时，两国间的“争端”就应存在 。2016 年“马绍尔群岛诉英国案”正是因“争端”不存在，法院最终判定对该案无管辖权。其次，公益诉讼所涉争端的主题事项也应围绕“对法律或事实的异议”或“法律观点或法律利益冲突”。结合前述司法实践，国际法院公益诉讼所涉争端的诉由包括但不限于：与某一项义务是否具有“对世”性质的解释与适用有关；对据称违反对世义务的某一国际不法行为的法律或事实认定异议；直接受害国与非直接受害国之间就同一不法行为法律利益间的冲突；同属一多边公约缔约国的非直接受害国之间就同一不法行为法律利益间的冲突等。

法院若对特定国家间的“争端”行使管辖权，还需国家同意接受管辖。例如法院在 1995 年“东帝汶案”中以“黄金货币案原则”拒绝行使管辖权，正是因该案违背了法院基于国家同意原则的管辖权。国家常以三种形式表示同意接受法院管辖：（1）通过订立特别协议将案件提交给国际法院；（2）依据国际条约中赋予国际法院管辖权的“争端解决条款”；（3）国家依据《规约》第 36.2 条“任意强制管辖条款”作出接受法院强制管辖的声明。[104]法院判定公益诉讼的原被告国间是否具有“管辖权联系”主要是依据后两种形式：（1）某一多边公约的“争端解决条款”是否赋予缔约国将违反公约项下具有“对世”性质的实体性规范诉诸司法的权利；（2）

[100] See *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 32, para. 64.
[101] See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 94, para. 122.
[102] See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia),* Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 433, para. 68.
[103] *The Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. Great Britian*）, Judgment of 1924, P.C.I.J. Series A, p. 11.
[104] 参见廖雪霞文，第 29 页。

从国家依据《规约》第 36.2 条“任意强制管辖条款”作出的接受管辖声明是否可以推断出赋予该国诉诸司法的权利。有学者将前一种国家同意接受管辖的形式称为“明示授权”，将后一种称为“默示授权”。[105]对于“明示授权”，法院裁决的重点应为该公益诉讼所涉“争端”是否属于该多边公约的“争端解决条款”所载“有关本公约的解释和使用的任何争端”。对于“默示授权”，法院裁决的重点应为当事国作出的接受强制管辖的声明是否包括公益性质的争端。

有学者提出，若想在保护共同利益与国际司法的双边性结构之间实现平衡，尊重法院基于国家同意的管辖权基础可被视为旨在实现二者平衡的一个要素。[106]法院自“东帝汶案”后采取的一贯做法是权利和义务的“对世”性质不能替代据以判断法院管辖权与案件可受理性的程序性规则。法院最终是否对该公益诉讼行使管辖权，仍取决于是否存在基于国家同意的管辖权基础与争端主体间是否存在可受理的“争端”。以解决国家间双边争端为主的国际法院争端解决机制，其特点之一是以当事国为主导，司法机构只是被动地居中裁判，且国家间的双边争端往往不涉及第三国利益。而公益诉讼有两项基本特征，即“存在一个利益深厚或价值同质化的共同体”与“司法裁判在法律的解释与适用中处于中心地位”。[107]这要求法院积极主动地促进保护公益目标的实现，当事国并不居于争端解决程序的主导者地位，其主要是为法院裁决违反对世义务的法律与事实争端提供信息，目前国际法院争端解决机制的双边性结构和程序性规则并不适合审理公益诉讼。但鉴于“任何特定的争端越来越不可能具有严格的双边性质”[108]，如威拉曼特里法官和克劳福德法官对现有国际法院争端解决机制适配公益诉讼进行了有益尝试。威拉曼特里法官主张进一步限制“黄金货币案原则”的适用，只有被告国违反对世义务的责任不能独立于非当事国违反同一对世义务的责任时，这一点才成立。[109]克劳福德法官在“马绍尔群岛诉英国案”中认为，“毫无疑问，任何多边争端最终都必须被纳入双边争端解决机制，但这并不要求法院从一开始就将争端视为是双边法律关系。”[110]但上述提议仍属于个案尝试，若想公益诉讼保护公益的目标与国际法院双边争端解决机制相兼容，还需调整与修订《规约》和《规则》规定的实体与程序性规则。

2. 第三国参加公益诉讼应同时满足实体与程序条件

公益诉讼的“公益性”的表现形式之一为第三国申请或宣告参加诉讼，多年来

---

105 See Farid Turab Ahmadov, at 100.

106 See Santiago Villalpando, *The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law*, 21 European Journal of International Law 387, 418-419 (2010).

107 Jason A. Beckett, *Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law*, 12 European Journal of International Law 627, 634 (2001).

108 See *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, p. 118.

109 See *East Timor*, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 173.

110 See *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Dissenting Opinion of Judge Crawford, pp. 1101-1102, para. 21.

第三国参加（intervention）制度在法院司法实践中鲜有涉及，但在近年的“冈比亚诉缅甸案”和“南非诉以色列案”等两起公益诉讼中均涉及第三国参加制度。申请参加“冈比亚诉缅甸案”的 7 国均依据《规约》第 63 条宣告基于条约解释参加诉讼，国际法院也作出了不受理第三国超出《灭种罪公约》条约解释范围部分的答复。目前宣布参加“南非诉以色列案”的 10 国中，兼有依据《规约》第 63 条基于条约解释的参加和依据《规约》第 62 条基于法律利益的参加两类情况。通常认为，第三国依据第 62 条申请参加诉讼需拥有个性化的、可能受法院判决影响的法律利益，由法院裁决是否受理该申请。有学者将第三国依据《规约》第 62 条基于法律利益的参加视为调和为保护共同利益所采取的集体行动与国际争端解决的双边性质间的矛盾一种选择。[111]由此引发一待决问题，尤其是当提起公益诉讼的原告国为非直接受害国时，第三国“具有法律性质之利益”与原告国提起诉讼的“法律利益”间有何区别。第三国依据第 63 条宣告参加诉讼是基于任何一项多边条约的缔约国均对条约解释具有一般性利益，若该国行使此项权利，则判决中的解释对该国具有同样的拘束力，宣告参加诉讼的国家权利无需征得当事国当事国，国际法院仅在例外情况下裁定参加不具有可受理性。但在“根据《灭种罪公约》提出的灭绝种族罪指控案”（以下简称“乌克兰诉俄罗斯案”）中出现了史无前例的第三国大规模宣告参加诉讼的情况，第三国依据《规约》第 63 条基于条约解释的参加已演变成各国共同谴责违法行为，参加目的旨在为案件当事国一方提供支持，而不是旨在促进法律解释的统一。[112]如何避免在国际法院公益诉讼中出现此类情况，也是法院亟待解决的现实问题的之一。

有别于传统双边诉讼，公益诉讼允许非直接受害国提起公益诉讼。若法院允许就同一对世义务享有法律利益的其他国家参加诉讼，提起诉讼国家所具有的“法律利益”与第三国依据第 62 条申请参加诉讼的“具有法律性质之利益”究竟有何区别。乔治·加亚（Giorgio Gaja）法官曾提出一区分标准，即必须允许对其承担对世义务的所有国家参加诉讼，无论第三国“具有法律性质之利益”是什么，都不能高于向法院提起诉讼的正当理由。[113]本文认为，“不能高于”标准源自于第三国参加的附带（incidental）性质，法院可应用于裁定“南非诉以色列案”中第三国的参加申请是否具有可受理性。早在 1951 年的“阿亚·德拉托雷案”中，国际法院裁定受理古巴的参加声明时指出，“每一项参加都是案件主程序的附带事项，参加声明只有在法律上与待决事项的主题相关时，才具有这种性质。”[114]根据《规约》第 62 条和《规则》第 81 条的规定，第三国申请参加公益诉讼应满足如下三

[111] See Yoshifumi Tanaka, at 28.
[112] See Kyra Wigard, Ori Pomson & Juliette McIntyre, *Keeping Score: An Empirical Analysis of the Interventions in Ukraine v. Russia*, 14 Journal of International Dispute Settlement 305, 325-326 (2023).
[113] See Giorgio Gaja, *The Protection of General Interests in the International Community*, 364 Collected Courses of the Hague Academy of International Law 15, 119 (2011).
[114] See *Haya de la Torre Case*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 76.

项条件：第一，第三国所依据的“可能受判决影响的法律性质的利益”必须是依据国际法而存在的法律性质的利益，[115]而不是政治、经济或其他策略性的利益。第二，第三国可能受判决影响的法律利益应当“真实而具体”（real and concrete），[116]不能过于宏观和抽象。第三，第三国的参加目的应当是明确的，参加目的必须与主程序所涉争端的主题事项相关联，不能因参加而产生新的争端。[117]若第三国的参加或将直接或间接引入新的争端，或第三国旨在以参加确认额外的权利，均不应被认定为是有效的参加目的。例如“南非诉以色列案”中，一方面巴勒斯坦有意借参加使法院承认它的“国家”身份，另一方面其主张其是《国家责任条款草案》第 42.b.i 条的直接受害国，参加诉讼是为保护自身可能受判决影响的法律利益。[118]根据“不能高于”标准和参加制度的附带性质，巴勒斯坦的参加目的恐怕难以获得法院的支持。

第三国依据《规约》第 63 条宣告参加诉讼是一国的固有权利，仅在特定情况下受到法院的制约。对公益诉讼中第三国依据《规约》第 63 条基于条约解释的参加，法院也不应仅局限于形式判断，需审查声明内容和范围是否符合《规约》第 63 条和《规则》第 82 条的要求。首先，法院应判定第三国的参诉范围是否仅限于就所涉条约解释提出意见。按照《规则》第 82.5 条规定，第三国应说明其认为解释有争议的条约的具体条款，并说明其所主张对这些条款的解释。公益诉讼涉及某一多边公约项下具有“对世”性质的义务的解释争议时，法院应关注条约解释与案件裁决结果间的相关性。[119]同时，法院应区分作为推理要素的条约解释与条约解释本就是争端主题事项这两类情况，只有公益诉讼涉及后一种情况时，第三国基于条约解释的参加才能产生全部效力。[120]“冈比亚诉缅甸案”和“乌克兰诉俄罗斯案”中均出现了宣告参加的第三国对《灭种罪公约》的条约解释有利于原告国冈一方的情况。对此，参加声明若有损如当事国平等原则等基本法律原则时，

---

[115] See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Application by the Hellenic Republic for Permission to Intervene, Order of 6 July 2010, Declaration of Judge *AD Hoc* Gaja, I.C.J. Reports 2011, p. 531, para. 2.

[116] 哥斯达黎加和洪都拉斯两国申请参加“领土和海洋争端案”，两国的参加申请均未获法院支持。See *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Costa Rica for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p.358, para.26; See *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Honduras for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 434, para. 37.

[117] See *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/ Malta)*, Application by Italy for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p.19, para.29; See *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Honduras for Permission to Intervene, Judgment, para. 44.

[118] 巴勒斯坦同时依据《规约》第 62 条和第 63 条参加“南非诉以色列案。Application for Permission to Intervene and Declaration of Intervention, Submitted by Palestine, in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, paras. 26-33.

[119] 加亚法官在“南极捕鲸案”的声明中提出，法院在考虑是否受理新西兰依据《规则》第 63 条提交的参加声明时，法院本应阐明和确定对《国际捕鲸管制公约》的解释与案件裁决结果间的相关性。See *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*, Declaration of Intervention of New Zealand, Order of 6 February 2013, Declaration of Judge Gaja, I.C.J. Reports 2013, p. 41.

[120] See *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Admissibility of the Declarations of Intervention, Order of 5 June 2023, Declaration of Judge Abraham, I.C.J. Reports 2023, pp. 387-388, paras. 9-10.

即便参加声明符合《规约》和《规则》，法院也有权驳回参加声明。[121]其次，法院需要判定是否存在条约保留等对抗判决同等拘束力的法律事实。如“乌克兰诉俄罗斯案”中，因美国对《灭种罪公约》第 9 条作出保留后，该条约对美国不具拘束力，法院认定美国的参加声明在初步反对意见阶段是不可受理的。[122]同理，就违反“缔约国间对世义务”提起的公益诉讼中，若一缔约国对某一多边公约的“争端解决条款”作出保留，则该国不能依据《规约》第 63 条宣告参加。

五、结论

“冈比亚诉缅甸案”后，国内外研究的侧重点为法院是否应承认非直接受害国基于对世义务主张的诉权，以及若法院承认对世义务诉权是否会造成“滥诉”。现如今国际法院公益诉讼中承认一国基于对世义务主张的诉权已是不争的事实，争议问题也应转向保护公益的目标与国际法院现有的实体与程序规则是否相称。

总体上，法院在既有的公益诉讼中并未释明实现保护公益的目标与确认一国诉权间的关系。就法院目前对“缔约国间对世义务”所采取的宽泛的识别方法，薛法官和苏尔法官的观点可供借鉴。尤其是当提起公益诉讼的原告国为非直接受害国时，原告国应与争端主题事项间建立必要的“管辖权联系”，即判断原告国是否获得“争端解决条款”的“明示授权”或接受任意强制管辖声明的“默示授权”。对某一多边公约项下各项义务的性质也不应一概而论，应逐一审查其是否具有“对世”性质。同时，在由非直接受害国提起的公益诉讼中，应按非直接受害国提起诉讼的诉由，分类讨论直接受害国是否为“不可或缺的第三方”。而且从诉权基础的角度，法院公益诉讼也不应排除一国可以基于“一般对世义务”主张诉权，但“一般对世义务”对义务的普遍适用性要求更高。

就公益诉讼的基本构造与国际法院争端解决机制的双边性结构不兼容的问题，法院仍应坚持其自“东帝汶案”后一贯遵循的实体性规范与程序性规则相分离的做法。法院若对公益诉讼行使管辖权，除一国拥有诉权外，还需同时满足存在可受理的“争端”与当事国同意接受法院的管辖两项条件。对于第三国参加公益诉讼的情况，第三国依据《规约》第 62 条的“可能受判决影响的法律性质的利益”不能高于原告国提起公益诉讼所具有的法律利益。而第三国依据《规约》第 63 条参诉，参诉范围只能限于就所涉条约解释提出意见，且公益诉讼的判决解释对该国应具有同样的拘束力。

正如克雷斯法官在“冈比亚诉缅甸”中所述，“虽然为集体利益、特别是国际社会整体的核心利益提供司法保护肯定具有重要意义，但绝不能忽视这样一个实

[121] See *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*, Declaration of Intervention of New Zealand, Order of 6 February 2013, Declaration of Judge Owada, I.C.J. Reports 2013, p. 11, para. 2.
[122] See *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Admissibility of the Declarations of Intervention, Order of 5 June 2023, paras. 90-98.

施，被指控违反（缔约国间）对世义务的被告国可能不应对违反行为负责。”[123]公益诉讼确是一把“双刃剑”，一方面承认对世义务诉权会丰富诉权基础，但另一方面由此产生的滥诉、国家干涉等消极影响也不容忽视。我国作为发展中大国，观察与思考国际法规范发展一定要兼有全球考量和本国立场，且保护本国的国家利益应处于优位价值。对于公益诉讼这一未有确切结论的研究议题，我国应审慎、渐次地跟进理论研究和司法实践，就该议题仔细分析我国立场是必要的和不可或缺的。

2025年中国国际法学会年会

[123] See *The Gambia v. Myanmar*, Declaration of Judge *Ad Hoc* Kress, para. 35.

国际争端解决视角下的缺席判（裁）决制度研究

王晓冬*

摘要：缺席判（裁）决在国际争端解决中并不少见，然而缺席判（裁）决的国际法规制却较少得到关注。近日，缺席判决程序出现了泛政治化的倾向，严重违反了以国际法为基础的国际秩序。通过详细分析国际法、国内法对作出缺席判（裁）决的管辖权和实质性规制，可以发现法院作出缺席判决的条件相较于仲裁庭作出缺席裁决的条件更加严格，尤其体现在法院的事实查明、证据审查义务和出席一方的举证责任加重等方面，这表明国际社会对法院作出缺席判决持更加审慎的态度，尽可能地克制缺席判决的出现。在此基础上，通过考查国际争端解决中的缺席判决案例，梳理其中的不足之处，并为我国将来如何应对缺席判（裁）决提供一些可行的建议。我国可以从规定、完善、利用、落实有限的国家同意、严格的撤销程序、后置的执行豁免声明以及兜底的反制裁措施四个方面入手，积极利用法律规则维护自身的合法权益。

关键词：管辖权；事实查明义务；令法院满意的证明标准；内国涉主权诉讼；反制裁

引言

长期以来，国际争端解决中的缺席判（裁）决问题不为学界重点关注，缺席判（裁）决程序似乎是国际争端解决机构在妥善处理管辖权问题，得出管辖权存在的结论之后顺理成章开启地一种程序。然而，缺席判（裁）决程序具有自身的独立价值，其不仅存在不低于普通判（裁）决的程序性要求，而且还可能涉及到特殊的实质性要求。尤其是在国际诉讼程序和内国涉主权诉讼程序中，缺席判决程序的启动常常设置了实质性的事实、证据审查环节，这意味着并非只需管辖权存在就可以开启缺席程序，作出缺席判决。然而近来，缺席程序出现了泛政治化的倾向，逐渐成为大国竞争的工具。2025 年 3 月 7 日，美国密苏里东区联邦地区法院的法官斯蒂芬·林博(Stephen N. Limbaugh)就密苏里州起诉中国政府等被告的新冠疫情损害赔偿一案（以下简称“密苏里案”）作出对我国不利的缺席判决，就是一例明证。[1]这一案件的反转令人吃惊，疫情期间，美国各州就新冠赔偿起诉中国政府的案子不在少数，都由于缺乏管辖权无疾而终。密苏里案此时作出不利于中国的缺席判决，极有可能产生多米诺骨牌效应，引起新冠滥诉再度反扑。

值此之际，有必要从国际法的视角系统地分析国际争端解决中的缺席判（裁）

* 复旦大学法学院博士生

[1] Missouri ex rel. Bailey v. The People’s Republic of China et al., Memorandum and Judgement(March 7, 2025), Case No. 1:20-cv-00099-SNLJ, p.32.

决问题。本文旨在详细考查缺席判（裁）决的法律构成要件，探讨其在不同国际争端解决程序中的实行情况，并就我国应对缺席判（裁）决事宜提出完善建议，以有力反击将法律规则政治化、武器化的乱象，保障我国及国家财产在国际法中的合法利益，切实维护以国际法为基础的国际秩序。[2]

一、缺席判（裁）决机制的管辖权规制

值得说明得是，尽管国际争端常通过国际商事仲裁程序、国际投资仲裁程序以及国际法院诉讼程序处理，但是一国国内法院审理的涉外案件，尤其是依托限制豁免理论开展的涉及外国国家的诉讼程序，也逐渐成为解决国际争端的途径之一。在以上各程序中，无论是缺席裁决还是缺席判决，缺席程序的开启都以管辖权存在为前提。不同得是，从国际商事仲裁程序到国际投资仲裁程序再到国际法院诉讼程序和内国涉主权诉讼程序，争端解决机构认定管辖权存在的标准愈发严格。

（一）国际商事仲裁程序

在国际商事仲裁程序中，当事双方的合意是提交仲裁的基础。当事双方的自由裁量权极大，可以自由决定仲裁范围、仲裁规则、仲裁程序、仲裁地和适用法律。同时，当事双方达成仲裁合意的时间也没有限制，其既可以事先约定就将来可能发生的争端提请仲裁解决，也可以在事后达成共同意思表示就已经存在的争端申请开启仲裁程序。[3]目前，主流的国际商事仲裁规则也都纳入了事关当事双方的仲裁合意和自由裁量权的条款，只要仲裁庭认定当事双方存在有效的仲裁合同或仲裁条款，在不违反仲裁地强制性法律规定的情况下，就可以通过自我裁定的方式确认管辖权的存在。[4]可以说，在国际商事仲裁程序中，认定管辖权存在的标准并不复杂。

（二）国际投资仲裁程序

在国际投资仲裁程序中，国家同意对判断管辖权是否存在至关重要。以ICSID（以下简称中心）投资仲裁程序为例，确认中心对某一投资案件享有管辖权需要满足三个要件：当事人适格、争端性质适格和当事双方合意。[5]首先，当事人适格要求投资东道国是《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》（以下简称《ICSID 公约》）的缔约国，包含缔约国指派到中心的该国的任何组成部分或机构；而投资者是另一缔约国的国民。其次，争端性质适格规定提交至中心的案件需为直接由于投资产生的法律争端。最后，当事双方合意要求投资东道国和投资者需达成将争端提交中心仲裁的书面同意，同意一经作出不可单方撤销。

---

[2] 蔡从燕：《论“以国际法为基础的国际秩序”》，载《中国社会科学》2023 年第 1 期。

[3] Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, p.2.

[4] UNCITRAL Arbitration Rules (2021), Article 23.1; ICC Arbitration Rules (2021), Article 6.3, 6.5; SIAC Arbitration Rules (2025), Article 31.1; HKIAC Administered Arbitration Rules (2024), Article 19.1; LCIA Arbitration Rules (2020), Article 23.1 .

[5] Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Article 25.1.

尽管中心对提交仲裁的书面同意的具体形式没有明确规定，但据统计，在中心既往和现在受理全部的案件中，大部分是通过国家间双边投资条约中的中心仲裁条款提起的，占比 58%。[6]不同于国际商事仲裁，在国际投资仲裁中一方在提起仲裁程序之前常常未曾和对方有过直接接触，这类仲裁被称为无默契仲裁（Arbitration without Privity）。[7]一般认为，国家在双边投资条约中作出的就未来可能发生的投资法律争端提交中心仲裁的意思表示构成要约，在争端发生后，投资者向中心提交仲裁请求视为投资者接受了东道国的仲裁要约，构成承诺，此时双方即达成仲裁合意。[8]

当事双方的仲裁合意是中心管辖的基石，[9]由于大多数案件是投资者主动向中心提请仲裁，因此认定投资者一方存在仲裁同意一般没有争端。然而，在实践中判断国家是否就特定事项作出了仲裁同意并不简单。例如，在涉及腐败的投资案件，国家是否同意投资者对腐败投资提交中心仲裁尚不清楚。仅有极少数投资条约或者贸易协定明确规定了国家同意仲裁的范围限于适格投资，投资者不能将腐败投资案件提交仲裁或仲裁庭对腐败投资案件不享有管辖权。[10]除此之外，仲裁庭对投资“合法性条款”的解读极易影响国家同意范围的认定，进而使得仲裁庭是否对某一案件享有管辖权处于不确定的状态。[11]同样，对于公平与公正待遇条款是否属于国家同意仲裁的范围也是众说纷纭。[12]此外，由于国家反诉投资者的情况极少，在国家反诉机制中针对投资条约等法律文件是否纳入了国家反诉权尚存争端，[13]投资者是否对反诉做出了同意表示，进而仲裁庭是否享有管辖权等事

---

[6] *The ICSID Caseload-Statistics*, ICSID (January, 2025), p.8, Chater 9, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2025-1%20ENG%20-%20The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%28Issue%202025-1%29.pdf ; Christoph Schreuer, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*, in Michael Waibel eds., *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p.357.

[7] Jan Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10(2) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 232(1995).

[8] 余劲松：《国际投资法》（第 6 版），法律出版社 2022 年版；Christoph Schreuer, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*, in Michael Waibel eds., *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p.357.

[9] Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, International Bank for Reconstruction and Development (March 18, 1965), p.7, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Report_Executive_Directors.pdf.

[10] the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement, article 8.18; the Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT (2019), article 19; the Norway Model BIT (2015), article 14; the India Model BIT (2015), article 13. 这些条款规定“如果投资是通过欺诈性虚假陈述、隐瞒、腐败或相当于滥用程序的行为进行的，投资者不得根据本章（或本文本）提交仲裁索赔”。另参见 the Netherlands Model BIT (2019), article 16. 该条款规定“如果投资是通过欺诈性虚假陈述、隐瞒、腐败或相当于滥用程序的类似恶意行为进行的，仲裁庭应拒绝管辖权”。

[11] 在中心审理的案件中，Metal-Tech v. Uzbekistan 案和 Inceysa Vallisolentana v. El Salvador 案的仲裁庭以相关投资不是适格投资为由认定无管辖权。然而在 EDF v．Romania 案中，仲裁庭径直就案件的实体问题进行裁决，事实上表明仲裁庭认为对腐败投资案件享有管辖权。See Metal-Tech Limited v. The Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, p.128, 132-133; Inceysa Vallisolentana, S. L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/3/26, Award, 2 August 2006, para.339; EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009.

[12] 余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，载《中国法学》2011 年第 2 期，第 137- 138 页；董静然：《再论公平公正待遇条款——基于善意原则的分析》，载《武大国际法评论》2024 年第 3 期，第 126-127 页。

[13]桑远棵：《国际投资仲裁中国家反诉的适用困境及其化解》，载《中国海商法研究》2023 年第 1 期，第

宜同样莫衷一是。[14]

相比于国际商事仲裁程序，国际投资仲裁程序的管辖权认定呈现出稍显复杂的局面，尤其体现在投资东道国与投资者仲裁合意的判定问题中。

（三）国际法院诉讼程序

不仅国际商事仲裁程序和国际投资仲裁程序的缺席裁决需要考量仲裁庭是否对案件享有管辖权，国际法院诉讼程序的缺席判决同样需要审查法庭的管辖权，且在国际法院诉讼程序中法庭认定管辖权存在的条件更加严格。

根据《国际法院规约》所载，在国际法院程序中存在诉讼、咨询管辖权此两大类属事管辖权基础，前者又可以细分为三小种：自愿管辖、协定管辖和任择强制性管辖。[15]鉴于在咨询管辖程序中，不存在缺席判决的问题，故本文在此仅讨论诉讼管辖程序。第一，针对自愿管辖程序。在 20 世纪 70 年代之前，发展中国家极少通过达成特殊协议（special agreement）的方式表示自愿接受国际法院的管辖，自 1945 年国际法院成立以来 25 年间，仅有哥伦比亚及秘鲁就庇护问题于 1949 年请求国际法院管辖一例。然而，在非殖民化运动的高潮平息之后，越来越多的发展中国家开始通过特殊协议自愿请求国际法院就国家之间的陆地、岛屿以及海洋等领土与主权权利争端作出判决，其中以非洲国家居多。[16]由于自愿管辖程序建立在争端双方国家达成诉讼合意的基础上，因此极少出现缺席判决。只有 1947 年英国与阿尔巴尼亚的科孚海峡案，阿尔巴尼亚在英国单方面起诉后表示同意接受国际法院管辖，后又中途退席，法院最后作出了缺席判决。[17]

第二，针对协定管辖程序。《国际法院规约》明确规定就“联合国宪章或现行条约及协约中所特定之一切事件”，国际法院享有协定管辖权。[18]司法实践中，协定管辖权的基础有一部分是人权条约中的强制性管辖条款。例如，1949 年法国就在埃及的法国国民和受保护人员的保护事宜起诉埃及，就是依据《关于废除埃及奴隶制的蒙特勒公约》第 13 条申请国际法院管辖。[19]还有一些案件是基于民用航空公约以及国家间通商航海公约、友好合作条约、和平解决争端条约、换文等法律文件提请国际法院管辖的。例如，1971 年印度就关于国际民航组织理事会

104-106 页。

[14] 肖军、康雪飘：《国际投资仲裁中国家反诉的仲裁同意问题》，载《武大国际法评论》2018 年第 5 期，第 87-88 页。

[15] Statute of the International Court of Justice, Article 36, 65.

[16] 据统计，截至 2022 年 7 月 31 日，国家间通过自愿管辖的方式申请国际法院介入的案件共 20 例。其中 1970 年之前，在国际法院受理的 6 起案件中，只有 2 例涉及发展中国家；而在 1970 之后，国际法院共受理 14 起案件，有 13 件涉及到发展中国家。 International Court of Justice, Annuaire Yearbook (2021-2022), p. 204-207.该国际法院年鉴中未收录 1947 年英国与阿尔巴尼亚的科孚海峡案，但此案其实也是通过特殊协议达成的自愿管辖，因此本文统一纳入。International Court of Justice, Special Agreement concluded on 25 March 1948; United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, Corfu Channel, Judgment of International Court of Justice, 25 March 1948, p.14-18.

[17] United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, Corfu Channel, Judgment of International Court of Justice, 15 December 1949.

[18] Statute of the International Court of Justice, Article 36.1.

[19] France v. Egypt, Protection of French Nationals and Protected Persons in Egypt, Application instituting proceedings, 13 October 1949, p.8.

管辖权的上诉事宜起诉巴基斯坦，依据是《芝加哥国际民用航空公约》第 84 条和《国际航空过境协定》第 2 条。[20]1972 年英国和德国分别就渔业管辖权事宜起诉冰岛，依据是英国政府、德国政府各自和冰岛政府的换文中的“将与冰岛周围渔业管辖权延伸有关的任何争端提交法院审理”规定。[21]据国际法院统计，截至 2022 年 7 月 31 日，共计 88 个案件是基于协定管辖程序提起的。[22]

第三，针对任择强制性管辖程序。考虑到《国际法院规约》第 36 条第 5 款“曾依常设国际法院规约第三十六条所为之声明而现仍有效者，就本规约当事国间而言，在该项声明期间尚未届满前并依其条款，应认为对于国际法院强制管辖之接受”，目前仍有 6 个国家对常设国际法院任择性强制管辖的承诺尚处有效期内，这些承诺至今仍适用于国际法院。[23]截至目前，共有 74 个国家根据第 36 条第 2 款，作出了承认国际法院具有强制性管辖权的声明，国际法院就此有资格开启相关程序。[24]

可以看出，虽然国际法院的管辖权条件相比于国际仲裁程序更加严格，但仍有越来越多的国家表现出更强地利用国际法院解决国际争端的意愿，各国正通过不同的管辖权路径逐渐参与到国际诉讼中来，其中发展中国家对国际法院诉讼程序的信任程度也在不断增加。

（四）内国涉主权诉讼程序

相比于前述程序，在内国涉主权诉讼程序中，由于常常缺乏外国国家事先作出的同意管辖承诺，且很少出现外国国家主动放弃管辖豁免的情况，法院获得案件管辖权的条件更加严格。这也意味着从立法角度看，一国国内法院更难针对外国国家作出缺席判决。

在内国涉主权诉讼中，由于牵涉国家豁免的问题。一般而言，只要被告国家没有以明示或默示的方式表示同意放弃豁免权，一国国内法院就有义务主动审查该国家是否享有豁免权。[25]这意味着，不论被告国家是否通过“特别出庭”途径援引豁免，审查豁免权存在与否都是法院的职责之一，也是作出缺席判决的必经程序。一方面，从国际社会的立法文件看，这一点已经得到证实。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（以下简称《联合国豁免公约》）第 6 条第 1 款明确表示，一国国内法院要“主动确定（determine on their own initiative）”被告国家的豁免权

[20] India v. Pakistan, Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Application instituting proceedings, 30 August 1971, p.4.
[21] United Kingdom v. Iceland, Fisheries Jurisdiction, Application instituting proceedings, 14 April 1972, p.3; Federal Republic of Germany v. Iceland, Fisheries Jurisdiction, Application instituting proceedings, 5 June 1972, p.3.
[22] International Court of Justice, Annuaire Yearbook (2021-2022), p.125, 208-237.
[23] Statistic of States, Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory, International Court of Justice website, https://icj-cij.org/declarations.
[24] Statistic of States, Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory, International Court of Justice website, https://icj-cij.org/declarations.
[25] 郭玉军、王卿：《对国家做出缺席判决的风险及其预防措施———以现有国家豁免立法和司法实践为中心》，载《学习与实践》2011 年第 9 期，第 68 页。

在司法程序中得到尊重。[26]我国《外国国家豁免法》第 18 条第 1 款也清晰地规定，“主动查明”被告国家是否享有豁免权是缺席判决的前提条件之一。[27]在实践中，一国国内法院若要认定另一主权国家不享有管辖豁免，最常援引的豁免例外情形是商业交易例外。这一例外在《联合国豁免公约》中也得到呈现。尽管目前《联合国豁免公约》尚未生效，只有 28 个签署国，[28]但是仍对各国国家豁免法的形成和发展产生了一定影响，其中部分规则被视为对习惯国际法的编纂。[29]因此下文借由《联合国豁免公约》分析商业交易例外的适用情形。

该公约规定了援引商业交易例外需要满足商业交易要件、主体要件和法院管辖要件：首先，商业交易是指除雇用合同外的任何商业、工业、贸易或专业性质的合同或交易，包括销售货物或提供服务的商业合同或交易，以及金融交易合同，同时在确定商业交易是否存在时优先考虑合同或交易的性质，必要时考虑目的；其次，该项商业交易的当事双方应为国家和另一国家的自然人或法人，发生在国家之间的商业交易无法援引豁免例外；最后，根据国际私法中的法律适用规则，该项商业交易的争端解决归属另一国法院管辖。[30]值得注意得是，在公约的缔结准备过程中，各国对商业交易的认定标准采“性质说”还是“目的说”曾产生重大分歧。德国曾表示交易的法律性质是判断一项交易是否属于商业交易的唯一决定因素。除非交易目的是公开的，此目的在合同订立时常常是不可识别的，国家在涉及司法审查时才声称合同具有非商业目的基本等同于剥夺了私人当事方寻求司法救济的任何途径。且在现行制度下，由于一国国内法院最终必须依靠援引豁免的政府提供的信息来确定交易目的，这意味着在决定非商业目的交易是否可以引发豁免时仍存在不确定性。[31]相比德国的强硬态度，澳大利亚的主张更加温和一些，其倾向于主要通过交易性质判定一项交易是否属于公约意义上的商业交易，鉴于一国国内法院审查被告外国实践存在困难，只有在交易本身缔约之时有规定的情况下方可考虑交易目的。[32]事实上，不少发达国家都提出或委婉地表达了删

[26] United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Article 6.1, “A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.”

[27] 《中华人民共和国外国国家豁免法》第 18 条第 1 款：经送达完成，外国国家未在中华人民共和国的法院指定期限内出庭的，法院应当主动查明该外国国家是否享有管辖豁免。对于外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免的案件，法院可以缺席判决，但应当在诉讼文书送达之日的六个月以后。

[28] 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》需要 30 个缔约国方可生效，目前只有其中 24 个国家履行完毕国内的批准、接受、核准、加入程序成为了缔约国。United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Artcile 30; *Privileges and Immunities, Diplomatic and Consular Relations, etc, United Nations Treaty Collection*, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en, last visit on March 17, 2025.

[29] Philippa Webb, *Introductory note of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, Audiovisual Library of International Law, https://legal.un.org/avl/ha/cjistp/cjistp.html, last visit on March 17, 2025.

[30] United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Artcile 2, 10.

[31] Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Secretary-General, Addendum 1, A/47/326/Add.1(August 25, 1992), p. 4.

[32] Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Secretary-General, A/47/326(August 4, 1992), p. 3-4.

除交易目的判断标准或严格限制交易目的标准的使用的主张，以避免交易目的标准解释的主观性使得被告国家逃避管辖。[33]相较之下，发展中国家则在商业交易的判断标准事宜上采取了更为包容的态度。巴西政府曾明确表示，可以将交易目的纳入考量范围，以确定交易的商业或非商业事实。[34]可见，发达国家和发展中国家在这一问题的立场上存在较大差别。

不过，联合国国际法委员会（International Law Commission）注意到发展中国家努力提高国民经济发展的现状，出于为其提供充分保护的考量，决定采取折衷的立法方式，延续二读草案的做法，在判断商业交易是否存在时同时采用“性质”和“目的”两种检验方法，“性质”检验的顺序优先于“目的”检验。在此情形下，即使一项交易从性质上看是商业的，但是如果交易目的与确定交易的非商业性质有关，国家也可以基于此目的最终认定交易的非商业性。例如，人道主义救援等纯粹的公共目的可以排除交易的商业性质，这一主张可以在国家采购粮食以解除饥荒或供应药品以消除蔓延的流行病等特殊情形下得以适用。[35]

由于《联合国豁免公约》尚未生效，且各国就商业交易的判断标准依旧存在巨大的认识分歧，各国在国内的豁免立法中仍各执己见。加拿大在其《国家豁免法》中就采用了“性质说”，规定商业活动系指因其性质而具有商业特征的任何特定交易、行为、举动或任何通常的行为过程。[36]而中国在《外国国家豁免法》中不仅综合采用了“性质说”和“目的说”，而且更进一步取消了《联合国豁免公约》中关于“性质说”的适用顺序优先于“目的说”的规定。[37]这意味着在我国认定外国国家的行为符合商业交易例外更加困难，因为除在交易缔结之时外国国家就声明交易目的之外，法院常常要用通过考查外国国家的实践和其提供的信息来确定交易目的，外国国家的主观态度将影响交易目的的认定。

总之，即便采纳限制豁免理论，一国在另一国家的国内法院享有豁免仍是原则，商业交易等剥夺国家豁免的情形是例外。在此基础上，一国国内法院要管辖涉及另一主权国家的案件相比于其他国际仲裁、诉讼程序更加困难，而想要作出缺席判决则更是难上加难。

---

[33] See opinions of Austria, Switzerland, United Kingdom, United States in Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Secretary-General, A/47/326(August 4, 1992), p. 11, 21, 25, 29; See opinion of Italy in Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Secretary-General, Addendum 3, A/47/326/Add.3(September28, 1992), p. 2-3; See opinion of Netherlands in Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Secretary-General, Addendum 4, A/47/326/Add.4(October 5, 1992), p. 3; See opinion of France in Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Secretary-General, Addendum 5, A/47/326/Add.5(October 16, 1992), p. 2-3.

[34] Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Secretary-General, A/47/326(August 4, 1992), p. 14.

[35] Carlos Calero Rodrigues, Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Workins Group, A/C.6/47/L.10(November 3, 1992), p. 4; Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property with commentaries, 1991, p. 9, also see United Nations Office of Legal Affairs, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf, last visit on 8 April 2025.

[36] Canada, State Immunity Act, Article 2.

[37] 中国《外国国家豁免法》，第 7 条。

二、缺席判决机制的实质性规制

相比于国际仲裁程序，仲裁庭在作出缺席裁决前只需关注缺席案件的管辖权要件是否满足即可；而在国际法院诉讼程序和内国涉主权诉讼程序中，由于必然涉及到主权国家的诉讼权利，法院对作出缺席判决持更加审慎的态度，尤其体现在实质性规制的引入环节。一方面，在国际法院的诉讼程序中，《国际法院规约》第 53 条规定了法院在作出缺席判决之前需要履行事实查明义务；另一方面，在一些国家国内法院管辖的涉及外国国家的诉讼程序中，法院加重了出席一方（常常是法院地国的自然人或法人等私人主体）的举证责任，要求其提出令法院满意的证据（evidence satisfactory to the court），方可作出针对另一主权国家的缺席裁决。这也表明从仲裁庭的缺席裁决，到法院的缺席判决，作出相关法律文书的条件愈发严格。

（一）国际法院的事实查明义务

根据《国际法院规约》第 53 条所载，当事国一方不出庭或不为其自身主张辩护时，另一当事国可以请求法院作出有利于其主张的裁判。法院在按照前款规定作出裁判前，应该查明其不仅根据第 36、37 条规定享有管辖权，而且另一当事国的主张应在事实和法律上均有充分的依据。这一规定承袭了《常设国际法院规约》的规定，延续了法院在作出缺席判决前还负有事实查明义务的做法。[38]有观点认为，《常设国际法院规约》的起草者有意使得在国际司法程序中作出缺席判决的条件相较于国内司法程序更加严格，因此才赋予常设国际法院额外的事实查明义务。[39]该条同样规定了法院的法律查明义务，不过根据在英国与冰岛的渔业管辖权案件中确定的法官知法原则（the principle jura novit curia），“法院必须主动考虑可能与解决争端有关的所有国际法规则，确立或证明国际法规则的责任不能强加于任何当事一方，因为法律属于法院的司法知识范围内”，[40]因此在缺席判决程序中要求查明需适用的法律并未加重法院的义务。

同时，值得注意得是，尽管国际法院在作出缺席判决之前需要查明案件事实，然而事实查明义务只是一定程度上的，而非由法院承担缺席一方应当承担的举证义务。这是由于虽然国际法院的诉讼程序对当事一国缺席的行为不存在任何的制裁或惩罚措施，但是法院也不能通过高标准的事实查明规则在客观上起到促使当事国缺席的反面效果。[41]换言之，法院需要在作出缺席判决前适当地履行事实查明义务，同时平衡缺席当事国与出庭当事国的权利义务，不能使缺席一方相较出庭一方获得更有利的地位，但可以在适当地履行事实查明义务后，作出更有利于

---

[38] Statute of the Permanent Court of International Justice, Article 53.
[39] H. W. A. Thirlway, *Non-Appearance before the International Court of Justice,* Cambridge University Press, 1985, p. 123.
[40] United Kingdom v. Iceland, Fisheries Jurisdiction Case Fisheries Jurisdiction, Judgment, p.13.
[41] H. Von Mangoldt and A. Zimmermann, ‘Article 53’ in B. Simma and others (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, p. 1346.

出庭一方的裁判。然而，法院需要在多大程度上履行事实查明义务尚不明确。在国际法院的司法实践中，法院的事实查明义务在各案中呈现出不同的标准。

第一，采被动的事实查明义务说时，法院履行义务的标准较低，仅限于查明出庭方提交到法院的事实问题即可，不需要对案件涉及的所有事实问题进行一一查明。国际法院成立之后受理的第一案：科孚海峡案，属于当事一国中途退席的特殊情况。1946 年 10 月 22 日，英国四艘军舰在未事先告知阿尔巴尼亚政府的情形下，径直驶入属于阿尔巴尼亚领海范围内的科孚海峡，两艘驱逐舰遭遇水雷后爆炸，死伤共计 42 人。此案随后被英国提交至安理会，安理会建议两国立即将该争端提交到国际法院进一步解决。[42]后英国单方面向国际法院提起诉讼，阿尔巴尼亚政府虽然强烈谴责了英国单方面起诉的行为违反了《国际法院规约》关于自愿管辖的规定，但仍然表示在本案中接受国际法院的管辖。[43]1947 年 12 月 1 日，阿尔巴尼亚再次提出初步反对意见，主张两国未达成同意国际法院管辖的特殊协议，此案不具可受理性，但未得到法院支持。[44]后来，阿尔巴尼亚在评估赔偿额这一法庭审理的最后阶段退席。法院表示《国际法院规约》第 53 条规定的事实查明义务仅限于考查出席一方提交的材料，而非强迫法院审查所有细节的准确性，因为在某些一方缺席的情况下，事无巨细在实践中被证明是不可能的。[45]这一观点表明在一国缺席的情况下，法院的事实查明义务只是被动的，仅审查已经提交到法院的事实问题，而非主动的，不需审查全部问题。应该说，采被动的事实审查义务观时，法院兼顾了出席一国的利益，同时有效减轻了自身的审查负担。

第二，采主动的事实查明义务说时，法院履行义务的标准较高。法院不仅需要审查出席一国提交的事实，还需尽可能地审查案涉的其他事实问题。在澳大利亚与法国的核试验案中，1973 年 5 月 9 日，澳大利亚就法国提议在南太平洋地区大气层进行的核武器试验对法国提起诉讼。在 1974 年 12 月 20 日颁布的两项判决中，法院认为澳大利亚的申请不再具有任何意义，因为法国在各种公开声明中宣布，在 1974 年系列核试验完成后不再进行大气层核试验。在此之前，法国曾提出管辖权异议。法院在谈及《国际法院规约》第 53 条时表示在缺席判决时，法院有责任确信它掌握了所有可获得的事实。[46]这一观点主张将事实查明义务的履行标准大幅提高，法院需要审查的事实问题并不局限于出席一国所提交材料的范围内，还需主动审查其余事实。然而，由于主动的事实查明义务说对法院履行

[42] United Nations Security Council Resolution, 9 April 1947, S/324.
[43] United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, Corfu Channel, the Albanian Government's letter to the Registry of the Court, 2 July 1947, in International Court of Justice's Summary of the Judgment of 25 March 1948, p.1.
[44] United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, Corfu Channel, Preliminary Objection of the Albanian Government, 1 December 1947; United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, Corfu Channel, International Court of Justice's Summary of the Judgment of 25 March 1948, p.1.
[45] Corfu Channel Case, Judgment of December 15th 1949 (Compensation), ICJ Reports 1949 244.
[46] Nuclear Tests Case 253, 263 para 31, 457, 468 para 32.

义务的标准过于严苛，在司法实践难以真正落实。事实上，在本案中，法院也并未承担如此高标准的事实查明义务。相反，法院仍旧采用了被动的做法。具体而言，法院将法国官员在法庭之外发表的声明（如在媒体等处）纳入了考量范围，通过收集此类非常规的程序性来文以满足第 53 条的要求，并未真正开展任何事实调查以掌握所有可获得的事实。这反映出采主动的事实查明义务说时，法院部分承担了缺席一国本应承担的举证义务，不符合民事审判程序中通行的当事人主义诉讼模式，同时也加重了法院自身的审查成本，使得该项规定难以在实践中切实落地。

应该承认，被动的事实查明义务说和主动的事实查明义务说各有优劣，问题的关键是如何平衡缺席一国和出席一国的权利义务关系，如何平衡法院的正当程序要求与合规成本。通过上述案件的考查可以看出，由于采纳主动说时，法院承担了过高的义务履行成本，导致法院最终在实践中或积极地或无奈地放弃了落实高标准的事实查明义务，殊途同归地选择了较为被动地履行第 53 条要求。不得不说，科孚海峡案作为国际法院审理的缺席判决第一案，其形成的关于第 53 条的适用逻辑对于后来的缺席案件处理产生了深远的影响。在其后案件的审理中，法院总是有意无意地滑向被动的事实查明义务说，甚至在尼加拉瓜案中，法院通过选择性地引用科孚海峡案的部分说理，忽略“法院通过自身认为合适的方法确信所提交的材料有充分的根据”这部分论述，以减轻履行事实查明义务带来的负担。[47]这似乎与《常设国际法院规约》与《国际法院规约》起草者的意图背道而驰。笔者认为，在援引科孚海峡案的说理方式以证成被动、低标准的事实查明义务是合理的这一观点之前，需要将此案的特殊之处纳入考量范围，即科孚海峡案是一起被告方阿尔巴尼亚中途退席的案件。阿尔巴尼亚在法院审理的第三也是最后阶段关于评估赔偿金额的阶段才退席，这意味着阿尔巴尼亚在法院审理的第二阶段，即阿尔巴尼亚是否需要对英国舰队的人身和财产损失承担国家责任这一实体审理阶段，并未缺席；相反，阿尔巴尼亚还做了实体答辩并指定了布尔诺法学院法学博士和教授波胡斯拉夫·伊卡伊（M. Bohuslav Ečer）作为本案的专案法官。[48]鉴于阿尔巴尼亚已经在实体审理阶段进行了实体答辩，提交了答辩书等诉讼材料，出席双方已然向法院提交了许多事实问题，因此在认定阿尔巴尼亚的国家责任存在之后，科孚海峡案的法院即便在阿尔巴尼亚缺席赔偿额计算阶段时采用被动的事实查明义务说也不至于使得第 53 条的要求流于形式。但是如果在某一案件中，缺席一国属于自始缺席的情况，法院还依旧套用科孚海峡案的被动的事实查明义务说就可能违背第 53 条起草的目的，出现部分对案件裁判有重要影响的

[47] W. Michael Reisman, ‘Respecting One’s Own Jurisprudence: A Plea to the International Court of Justice’ 83 The American Journal of International Law 312, 313.
[48] United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, Corfu Channel, Judgment of 9 April 1949, p.7.

事实没有查明的尴尬局面。

因此，笔者认为，综合被动说和主动说或是唯一可行的方法，即一方面法院需要审查由出席方提交到庭前的事实问题；另一方面，对于出席方未提交但对缺席判（裁）决的作出具有重要价值的事实问题，法院也需要主动审查。综合的事实查明义务说不仅可以防止缺席一国由于缺席获得不应有的利益，帮助法院作出尽量公正的裁判，而且还可以有效缓解法院的事实查明负担。不过，值得注意得是，鉴于《国际法院规约》第 53 条并没有明确具体地界定法院履行事实查明义务的标准如何。在司法实践中，法院对此享有较高的自由裁量权。虽然该条规定要求不能使得缺席一国因为缺席而获利，但是并未禁止缺席一国因为缺席而遭受不利。换言之，缺席一国很可能由于缺席而在诉讼程序中处于不利地位，这是缺席可能要付出的固有代价。

（二）内国法院更高的证据审查义务

由于内国法院管辖与另一主权国家有关的案件必然涉及国家豁免问题，只有采限制豁免理论的国家才可能针对另一国家作出缺席判决。美国 1976 年《外国主权豁免法》是全球第一部采限制豁免立场的国家豁免立法，其对在缺席程序中原告的举证责任和法院的证据审查义务作出更高标准的规定，下文将主要以美国法为例进行阐述。

美国《外国主权豁免法》中就缺席判决规定：美国法院或州法院不得对外国及其政治分支机构、专门机构或部门作出缺席判决，除非原告以令法院满意的证据证明其主张或救济权。[49]该条规定承袭了美国 1938 年《联邦民事诉讼规则》的立法思路，[50]明确表示法院就主权国家及其机构（包括美国政府及其官员和机构）作出缺席判决必须以原先提出令法院满意的证据为前提。这一规则确立了在针对主权国家的缺席程序中需要适用高于普通民事诉讼程序的证明标准。

在普通法系的诉讼程序中，证明标准主要可以分为四类：刑事案件通常采用“排除合理怀疑（beyond a reasonable doubt）”的证明标准，普通的民事诉讼案件通常采用“优势证据（preponderance of evidence）”标准或“可能性平衡（balance of probabilities）”标准，而在特殊程序中有时会采用“明确而令人信服（clear and convincing）”的标准，最低的标准则是仅需提出“表面证据（*prima facie* evidence）”。[51]还有学者对这些证明标准进行了量化研究，主张明确而令人信服证明标准至多需要 80%的可信度，而优势证据或者平衡的可能性标准只需要超过 50%的可信度。[52]在普通法系证明标准的影响下，曾有仲裁庭在国际投资仲裁程序中指出涉

[49] US Code, §1608(e).
[50] US Federal Rule of Civil Procedure, Rule 55(d).
[51] James A. Green, *Fluctuating Evidentiary Standards for Self- defence in the International Court of Justice*, 58 International & Comparative Law Quarterly 166 (2009).
[52] [美]罗纳尔多·v. 卡门：《美国刑事诉讼——法律和实践》（第 6 版），张鸿巍译，武汉大学出版社 2006 年版，第 539 页。

及腐败的投资案件具有特殊性，仲裁庭支持申请人的腐败指控需要满足明确而令人信服的证明标准。[53]此外，我国法律也对欺诈、胁迫、恶意串通、口头遗嘱以及赠与等特殊事实设定了高于一般民事案件的证明标准。[54]虽然《外国主权豁免法》并未使用明确而令人信服的证明标准，而是采用了令法院满意的证明标准，但是实践中基本可以将二者等同视之。在 1998 年美国哥伦比亚特区联邦法院就 Flatow v.伊朗案件作出的判决中，法院就采用了明确且令人信服（clear and convincing）的证明标准来解释“令法院满意的证据”。[55]因此，可以得出结论：《外国主权豁免法》的确对涉及主权国家的缺席程序规定了更高的证明标准。而在普通的民事诉讼中，并无此项特殊规定。相反，一方缺席会导致书记员认定缺席方违约，出席方的举证责任将会大大降低。[56]应该承认，《外国主权豁免法》在立法时有意加重了原告方的举证责任和法院的证据审查义务，这一克制缺席判决作出的倾向充分体现了法律起草者的意图，使得法院作出缺席判决的门槛升高。

然而，由于美国《外国主权豁免法》中没有具体规定“令法院满意的证据”的标准或构成要件，实践中的处理方法悄然滑向了普通诉讼程序中的当事人主义诉讼模式，即法院并不代替一方当事人审查事实和证据问题，法院只在双方当事人的相互对抗中作居中裁判，一方缺席将导致对其不利的裁判出现。在 1997 年美国佛罗里达南区联邦地区法院在就 Alejandre, et al. v.古巴案作出的判决中，法院表示“在审判中，原告提出了大量的证词和书面证据来支持他们的主张。由于古巴没有提出辩护，法院将直接采纳原告无争端的事实指控（uncontroverted factual allegations）”。[57]在前述 Flatow v.伊朗案件的判决中，法院虽然采用了明确且令人信服的证明标准来解释“令法院满意的证据”，但是仍然没有具体阐述如何认定明确且令人信服的证据，法院最终通过列举原告所提交的 29 项证据对“明确且令人信服”、“令法院满意”的证明标准进行模糊化处理，以得出原告已经成功建立了表面证据案件的结论。[58]在近日的密苏里案中，法院依然回避了就“令法院满意的证据”提出具有可操作性的界定方法，选择认定在《外国主权豁免法》项下，如果一方缺席法院可以直接采纳原告无争端的事实指控。[59]甚至将令法院满意的证明标准与表面证明标准等同对待，以规避适用更高的证明标准，主张“原告若要在涉及外国主权的缺席诉讼中胜诉，必须提出法律上充分的表面证据（*prima facie* case）。换言之，需要存在法律上充分的证据基础，以使理性的陪审团作出有利于原告的认定”。[60]

---

[53] EDF (Services) Ltd v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para.221.
[54] 《民事诉讼法》司法解释，第 109 条。
[55] Flatow v. Islamic Republic of Iran, et al., 999 F. Supp. 1 (D.D.C. 1999), p.6.
[56] US Federal Rule of Civil Procedure, Rule 55(a).
[57] Alejandre, et al. v. The Republic of Cuba, et al., 996 F.Supp. 1239(S.D. Fla, 1997), p.1243.
[58] Flatow v. Islamic Republic of Iran, et al., 999 F. Supp. 1 (D.D.C. 1999), p.6.
[59] Missouri v. The People’s Republic of China, F.Supp.3d(E.D. Mo.2025), p.2.
[60] Kilburn v. Islamic Republic of Iran, 699 F.Supp.2d 136(D.D.C. 2010), p.150.

从以上司法实践中可以发现，《外国主权豁免法》中规定的更高的原告方举证责任和法院的证据审查义务并没有落地。相反，法院凭借自身的自由裁量权悄无声息地架空了立法者的本意，使得针对主权国家作出缺席判决的克制态度不复存在，背离了审慎对待涉外国主权诉讼的精神，进而导致相较于国际法院诉讼程序，在内国涉主权诉讼中更易出现缺席判决的吊诡现象。

三、国际争端解决程序中的缺席判决考查

在不同的国际争端解决程序中，缺席判（裁）决案件均不在少数，但由于不同程序对缺席判（裁）决作出所需满足的要件数量和程度存在不同要求，其关注的具体问题也有所不同。在国际仲裁程序中，鉴于当事双方的仲裁合意是仲裁庭确立管辖权的基石，相关的缺席裁决作出不会受到太多阻力，而且缺席裁决并不会比对席裁决的可执行性更差。因此下文主要就国际诉讼程序、内国涉主权诉讼程序中常讨论的问题进行分析与梳理，以期更好地了解实践中缺席判决制度的运作模式与弊病。

（一）国际法院诉讼程序中的缺席判决

截至 2022 年 7 月 31 日，国际法院一共作出了 14 个缺席判决。其中，在 5 起案件中涉及冰岛、法国和美国 3 个发达国家缺席，其余皆为发展中国家缺席。[61]在这些案件中，国际法院逐渐形成了对缺席判决程序的一些实践认知。以下两个方面是在该程序中讨论得较多的问题：国家是否有出庭的义务、一方缺席是否会导致出席方承担更高或更低的举证责任。

首先，国家并没有出席的义务。尽管国际法院对国家的缺席表示遗憾，[62]但是相关法律中并没有国家必须出庭的规定。相反，《国际法院规约》中明确规定法院在作出缺席判决前应确保出席一方的主张在事实及法律上均有根据，这意味着一方缺席并不妨碍法院享有案件管辖权，也不影响法院对实体问题进行审查。[63]同时，法院也从未就缺席事宜对某一国家施加过制裁或处罚。可见，不论是从立法的角度，还是司法实践的角度出发，国家都没有出庭的义务，是否出庭是国家的权利。而且，国家不仅可以自由决定是否出庭，还可以自由选择出庭或退席的阶段。国际诉讼程序复杂，常常经历多个审理阶段，例如先审理管辖权问题，再审查实体问题。与此对应，国家出庭或退席的阶段也有不同，曾有国家在庭审的前半段出庭而后半段退席的情况，例如在科孚海峡案中阿尔巴尼亚政府在庭审的最后一个阶段才退席，此前其已经指定了专案法官，[64]在尼加拉瓜诉美国案中，美国也是在法院作出不利于其管辖权和可受理性主张后才退席；[65]也存在相反的

[61] International Court of Justice, Annuaire Yearbook (2021-2022), p. 290-293.
[62] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom. v. Iceland), Judgment of 2 February 1973, p.7; Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany. v. Iceland), Judgment of 2 February 1973, p.54.
[63] Statute of the International Court of Justice, Article 53.
[64] United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, Corfu Channel, Judgment of 9 April 1949, p.7.
[65] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America),

情况，例如在英国和伊朗的石油公司案中，伊朗在起先的临时措施（provisional measures）阶段并未出庭，法院准予采取临时措施后，伊朗指定了专案法官并提出了初步异议（preliminary objection）并最终获得了法院支持。[66]《国际法院规约》和《国际法院规则》都并未禁止这些临时决定的出庭或退席行为。可见，国家在国际诉讼程序中对是否出庭以及何时出庭事宜拥有决定性的自由。

其次，在一方缺席的情况下，出庭方的举证责任与非缺席程序下相同，而非需要承担更高或更低的举证责任。不过，缺席判决程序对法院施加了额外的义务，即法院需要确保出庭方的主张在事实和法律上均有充足依据。[67]从《国际法院规约》第 53 条的起草过程看，不论被告是否出庭，原告所需承担的证明标准并不会受到影响。[68]一方面，被告不出庭并不会被视为自动承认、接受原告的观点，也不会降低原告的举证责任。虽然《国际法院规约》和《国际法院规则》并未明确提及这一点，但是《国际法院规约》第 53 条足以表明原告的主张仍需充足的依据方可获得法院支持，而非在一方缺席未受质疑的情况下自动成立。这一做法充分体现了对缺席一国法律权益的保护。类似地，在内国涉主权诉讼中，不少国际公约和国内法都表示一方缺席并不意味着其同意法院行使管辖权，更不意味着其同意对方的主张。[69]另一方面，被告缺席也不会加重原告的举证责任。在第 53 条的起草历史中，有观点表示，某些国家的缺席判决制度对原告方不利，因为原告必须证明被告如果出庭就会提出异议的事实，而第 53 条不应采纳这种做法。[70]总之，一方缺席的事实不应给出席方带来不利后果。[71]第 53 条的双重目标即允许一方缺席，也允许另一方在缺席程序中继续寻求救济。[72]

（二）内国涉主权诉讼程序中的缺席判决

鉴于美国《外国主权豁免法》是全球最早的国内主权豁免立法，美国法院的涉主权诉讼实践也较为丰富，故此处以美国为例展开深入分析。通过考查相关案例，笔者发现在美国的涉主权缺席判决中存在三个争端较为激烈的问题：一是，商业行为的认定；二是直接影响（direct effect）的界定；三是证明标准的选用。首先，不同国家对商业行为采“性质说”还是“目的说”存在较大争端。如前所述，

Judgment of 27 June 1986, p.23.

[66] Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952.

[67] Shabtai Rosenne, *The Reconceptualization of Objections in the International Court of Justice*, in *IL Processo Internazionale: Studi in Onore Di Gaetano Morelli*, 14 Communicazioni I Studi 735, 749 (1975).

[68] Jerome B. Elkind, *Non-appearance Before the International Court of Justice: Functional and Comparative Analysis*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p.100-102.

[69] United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Article 8.4;《外国国家豁免法》第 18 条第 1 款。

[70] Engelmann, *A History of Continental Civil Procedure*, John murray, 1928, p.607 in Jerome B. Elkind, *Non-appearance Before the International Court of Justice: Functional and Comparative Analysis*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p.101.

[71] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, p.25-26.

[72] Stanimir A. Alexandrov, *Non-Appearance before the International Court of Justice*, 33(1) Columbia Journal of Transnational Law 41, 44(1995).

这一问题在《联合国豁免公约》的设计过程中就曾广泛地讨论过。美国在其《外国主权豁免法》中采用得是“性质说”，其认为商业是指正常的商业行为过程或特定的商业交易或行为，一项活动的商业性质应参照行为过程、特定交易或行为的性质来确定，而不是参照其目的来确定。[73]这一立法不留余地地排除了在饥荒或疫情等特殊情形下，公共目的理论适用的可能性，并不科学。根据该法，美国第八巡回法庭在上诉审中认定外国国家接管口罩生产工厂、购买世界个人防护装备（Personal Protective Equipment,PPE）供应的大部分以及出售这些物品以获取利润是市场中私主体的行为，其在性质上是商业的。[74]这个结论是荒唐的，接管口罩生产工厂显然是国家行使主权权力的一种行为，[75]政府在疫情蔓延期间供应药品和 PPE 正是《联合国豁免公约》认定得基于纯粹的人道主义救援，开展地具有公共目的行为，应该排除商业性质的认定。[76]

其次，对直接影响的界定在美国法院内部也呈现出混乱的不统一状态。根据美国法律，在美国境外与外国商业活动有关的行为，必须在美国造成直接影响才能适用国家商业豁免例外规则。[77]一般认为，仅有单个美国自然人和公司的财政损失（financial loss）不构成《外国主权豁免法》项下的直接影响。[78]但美国第八巡回法院认为除财政损失之外，若还存在其他影响就可以构成直接影响，尽管其未对何种类型的其他影响可以归于直接影响作出进一步地阐释。[79]这一对直接影响持扩张解释的立场与联邦最高法院的精神有悖。联邦最高法院曾指出直接影响系指被告行为产生的一种即时的影响（Immediate consequence）。[80]除此之外，其他法院也对直接影响采取限缩的解释路径。美国哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院就表示影响并不需要是价值巨大的或可预见的，但是一定不是纯粹微不足道或遥远微弱的。[81]其还指出直接影响是不存在干预因素的影响，其沿着得没有中断和偏差的直线流动。[82]有趣得是，第八巡回法院的主席法官史密斯（Smith）在其不同意见里面暗示到，法院对直接影响采取扩张解释立场可能是受到国会的干预，以针对特定国家。史密斯法官指出法院错误地把随着时间推移产生的连锁反应（ripple effect）认定为直接影响。[83]这些司法实践可以证明，在美国法院中，对直接影响的具体界定与法官自由裁量权的行使有极大关系。在存有特殊政治意图

[73] US Code, §1603.
[74] Missouri v. The People’s Republic of China, 90 F.4th 930(8th Cir.2024), p.938.
[75] ICSID 将许多限制行使投资使用权、对投资产生实质性剥夺影响的行为解释为间接征收，表明这正是一种主权行为。
[76] Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property with commentaries, 1991, p. 9, also see United Nations Office of Legal Affairs, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf, last visit on 8 April 2025.
[77] US Code, §1605(2).
[78] Guirlando v. T.C. Ziraat Bankasi A.S., 602 F.3d 69 (2d Cir. 2010),p.79.
[79] Missouri v. The People’s Republic of China, 90 F.4th 930(8th Cir.2024), p.939.
[80] Republic of Argentina v. Weltover, Inc., 504 U.S. 607(1992), p.618.
[81] Valambhia v. United Republic of Tanzania, 964 F.3d 1135 (D.C.Cir. 2020), p.1140.
[82] Princz v. Fed. Republic of Germany, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994), p.1172.
[83] Missouri v. The People’s Republic of China, 90 F.4th 930(8th Cir.2024), p.414.

时，个别法院可能突破既往的判决逻辑，肆意扩张解释直接影响要素，为针对外国国家作出缺席判决大开方便之门。

第三，令法院满意的证明标准也同样受到法院自由裁量权行使的极大影响。如前所述，从立法上看，《外国主权豁免法》的起草者是希望通过提高原告举证责任和法院证据审查义务的方式，尽可能避免对外国国家作出缺席判决。然而在司法实践中，不少法院都通过解释的方式认定令法院满意的证明标准可以根据个案的不同进行变通，法院通过行使自由裁量权，在事实上取消了这一更高程度的证明标准，逐渐架空了法律起草者的原意。美国哥伦比亚特区联邦地区法院曾表示，如果外国国家拒绝出庭为自己辩护，那么其就将自己置于风险之下：原告无争端的证据会令人满意地证明其主张。[84]哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院也在判决中指出，从缺席且可能敌对的主权国家那里获得第一手证据和目击者证词是困难或不可能的，这一观点暗示法院可以在主权国家缺席时通过间接证据等方式认定某一事实的存在，[85]而且可以根据不同的情况调整证据要求。[86]随后哥伦比亚特区联邦地区法院更是直接了当地表明，鉴于很难获得直接证据，《外国主权豁免法》允许法院采信间接证据，并施加相较于其他情况更低的举证责任要求。[87]可见，美国法院在司法实践中通过行使自由裁量权，稀释了《外国主权豁免法》中要求的更高程度的证明标准。

四、中国因应

如前所述，不同程序的缺席判（裁）决需要满足不同的要件。从法律本身的角度看，在内国涉主权诉讼中作出缺席判决的条件最为严格。然而在实践中，缺席判决的要件适用又有了新的发展。为避免缺席判（裁）决程序的泛政治化倾向，我国有必要针对缺席判（裁）决的各要件作出有针对性的应对。笔者认为可以从以下四个方面入手，构建系统性的应对策略。

（一）有限的国家同意

一般来说，除内国涉主权诉讼程序外，国际商事仲裁程序、国际投资仲裁程序以及国际法院诉讼程序都需要以国家同意管辖作为缺席判（裁）决的前提。我国可以通过限制同意承诺的范围来限缩遭遇缺席判（裁）决的可能性。例如，国家可以尽可能少约定以国际商事仲裁程序解决其与私主体的权利，避免商事仲裁庭过多地从商事行为的角度出发行使自由裁量权，忽略主权国家在商事行为中特殊性；[88]在国际投资仲裁程序中，国家可以于双边投资协定中设置明示的投资合法性条款，规定投资是指根据缔约国任何一方的法律和法规接受的任何种类的资

[84] Gates v. Syrian Arab Republic, 580 F.Supp.2d 53 (D.D.C. 2008), p.63.
[85] Owens v. Republic of Sudan, 864 F.3d 751(D.C. Cir. 2017), p.785.
[86] Bundy v. Jackson, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981), p. 951.
[87] Saharkhiz v. Islamic Republic of Iran, Case No. 19-cv-2938, 2023 WL 9196605(D.D.C. 2023), p.5.
[88] 刚果（金）案（FG Hemisphere Associates, LLC v. Democratic Republic of Congo, et al）就是通过 ICC 解决投资东道国与投资者之间的纠纷的。

产，以将仲裁同意限制在适格投资的范围内；[89]在我国对国际法规则和国际法实践有相当程度的了解之前，谨慎对待国际条约中的协定管辖条款，必要时可以对条约中的强制性争端解决作出保留，以避免国际法院诉讼带来的压力。[90]至于内国涉主权滥诉，我国更可以旗帜鲜明地表示反对，澄清这些滥诉诉由不属于限制豁免理论通常规定的豁免例外情形，缺乏国家的同意管辖承诺。通过设立有限的国家同意范围，至少可以在内国涉主权诉讼外的其他争端解决程序，有效降低国家遭遇缺席判决的概率。

（二）严格的撤销程序

即使缺席判（裁）作出，我国也可以申请撤销，以此挑战缺席判（裁）的合法性。我国《仲裁法》规定违反正当程序等要求可构成撤销仲裁裁决的法定事由。[91]以正当程序要求为例，事实上，无论是否属于缺席判（裁），有效的判（裁）都需要以有效的送达为前提。如果缺席判（裁）作出之前我国未曾收到相关开庭材料或者未获得公正的答辩机会，都可以构成申请撤销的法定事由。以国内仲裁裁决为例，送达相关事宜是“以仲裁违反法定程序为由申请撤裁时最常涉及的内容”。[92]在国际仲裁中，违反正当程序也是常用的撤裁事由之一。基于同样道理，《承认及执行外国仲裁裁决公约》也规定，违反正当程序是拒绝承认与执行裁决的事由之一。[93]我国《外国国家豁免法》还对缺席判决设置了更高的送达期间要求，即缺席判决在诉讼文书送达之日的六个月以后方可作出。[94]这意味着在内国涉主权诉讼中，作出有效的缺席判决需要满足的程序性要件不仅有管辖权要件，还可能有更高的送达期间要件。通过积极寻求撤销缺席判（裁）决的可能性，国家可以从根本上解决缺席判（裁）决可能带来的不利影响。

（三）后置的执行豁免声明

如果缺席判（裁）已经作出，而且难以在撤销程序中予以挑战，国家还可以主张执行豁免，这在内国涉主权诉讼中最为常见。欧盟《国家豁免公约》就执行豁免有如下规定：不得在另一缔约国境内对一缔约国的财产采取执行措施或预防措施，除非该国在任何特定情况下以书面形式明确表示同意。[95]《联合国豁免公约》也对强制执行国家财产进行了严格的限制，原则上禁止强制执行措施，除非存在以下三种情形：国家明示同意、已经拨出或专门指定某财产用于清偿对应诉

[89] 中国—埃及 BIT 就曾作此规定。参见《中国—埃及双边投资条约》，第 1 条第 1 款。
[90] 我国曾于 2006 年 8 月 25 日对《联合国海洋法公约》第 298 条作出了保留，拒绝接受海洋划界等方面的任择强制性管辖。Declaration of China, United Nations, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en, last visit on 7 April 2025.
[91] 《仲裁法》第 58 条。
[92] 尤文杰：《国内仲裁裁决撤销事由实证研究——兼论法定撤裁事由的完善》，载《商事仲裁与调解》2023 年第 2 期，第 92 页。
[93] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Article V.1(b).
[94] 《外国国家豁免法》，第 18 条。
[95] European Convention on State Immunity, Article 23.

讼标的的请求、存在处于法院地国领土内且与被诉实体有联系的用于政府非商业性用途以外目的的财产。[96]不过笔者建议尽量克制使用这一应对措施，因为执行豁免似乎暗示国家已经接受了缺席判（裁）决的有效性。在实践中，国家应劣后使用执行豁免措施，尽量通过上述其他应对措施减轻缺席判（裁）决给主权国家带来的不利影响。

（四）兜底的反制裁措施

除上述应对措施外，国家还有兜底策略以抵消缺席判（裁）决产生的负面影响，尤其是内国涉主权诉讼程序中的缺席判决。我国《实施<中华人民共和国反外国制裁法>的规定》明确表示在外国国家、组织或者个人通过推动、实施诉讼等手段危害我国主权、安全、发展利益的情况下，我国有权采取相关的反制裁措施。[97]该条规定不仅扩大了初级制裁的适用范围，采用非列举式表达将制裁对象从实施行动的外国国家、组织或者个人延伸至与其相关的组织、个人；还确立了开展次级制裁的可能性，禁止任何组织和个人执行或者协助执行上述判决。面对近日缺席判决的泛政治化倾向，应该承认相关的反制裁措施、报复措施是有效的应对策略。通过实施反制裁，将相关压力转移至对方国家，可以形成一种倒逼机制，迫使对方国家在国内法院作出对我国不利的缺席判决时斟酌再三。在国际社会大变革的今日，友好的磋商可能成为一种奢侈，在此情况下，反制裁不失为一种自力救济性的应对措施。

五、结语

缺席判（裁）决本是国际争端解决中一种正常的裁判程序，以应对一方不出庭的特殊情况。然而在近日出现了泛政治化的趋势，缺席判（裁）决逐渐成为了大国竞争的工具。据分析，缺席判（裁）决的作出至少需要满足管辖权要件，在缺席判决中还需要满足实质性要件。详言之，国际法院在缺席程序中需要承担事实查明义务，内国法院或需承担更重的证据审查义务，出席一方也需承担更高的举证责任。横向观察国际商事仲裁、国际投资仲裁、国际法院法院诉讼以及内国涉主权诉讼四种争端解决程序的相关法律文本，可以发现作出缺席判（裁）决需满足的要件愈发严苛，尤其体现出国内法立法者对就外国国家作出缺席判决事宜的克制态度。不过在争端解决的实践中，有些要件的适用流于形式，违背了克制作出缺席判决的立法原意。为避免将来的滥诉及其缺席判（裁）决对我国造成的不利影响，有必要从限制国家同意、积极寻求撤销程序、及时主张执行豁免和完善相关反制裁措施四个方面建立健全缺席判（裁）决的系统性应对措施，通过国内、国际法律程序积极维护以国际法为基础的国际秩序。

[96] Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Article 19.
[97]《实施〈中华人民共和国反外国制裁法〉的规定》，第 19 条。

国际法院判决既判力的理论反思和边界重释

潘 颖*

摘要：作为“一般法律原则”，既判力是司法权威赖以存续的制度性支撑。但相较于国内判决的既判力，国际法院判决的既判力则具有根植于国家同意原则的独特性。主权意志优先和司法权威强化间的结构性矛盾，根源性导致既判力原则的适用困境，对其边界的重释本质便在于实现二者的有机统一。对此，国家明示同意范围首先构筑既判力的初始效力场域；而其中，对既判力的客体边界予以双向司法调适，得以成为既判力制度运行尽可能兼顾其应然目标实现的路径选择：一方面准许对国家同意范围予以动态释义，以将既判力适度延展至争端主题事项及其先决要点，并涵盖程序性事项，得以纾解司法碎片化的困境；另一方面通过“实质审查”和“切实解决”双重标准增强既判事项的权威内核，得以实现司法独立和正义。

关键词：既判力；一般法律原则；国际司法权威；国家同意原则；隐含同意

一、导论

既判力（*res judicata*）是国际司法实践中经常提及或适用的一个概念。国际法院判决的既判力以《国际法院规约》（以下简称《规约》）第 59 条[1]和第 60 条[2]为法律依据，是指判决在实体和程序上具有的“约束性”和“终局性”。一方面，国际法院判决在争端当事方之间并就该特定案件具有法律约束力；另一方面，国际法院作为初审和终审法院，其判决具有终局性而不得上诉，使得“有关事项最终得到妥善解决”。[3]质言之，判决既判力内涵“约束性”和“终局性”两方面，不仅表现为对争端当事方的实体性拘束，而且事关对后诉法院的程序性制约，即强调争端的一次性解决而禁止后诉法院进行矛盾裁判。由此在司法实践中，前诉判决的既判力将成为判断后诉是否具有“可受理性”（admissibility）的关键要素。

然而，无论是判决的“约束性”还是“终局性”，其均具有“相对性”。此“相对性”意味着既判力的作用仅在一定范围内发生，或既判力应具有相应的效力边界，包括主体边界和客体边界两方面。就此，常设国际法院法官安齐洛蒂（Anzilotti）早在 1927 年霍茹夫工厂案解释性判决反对意见中指明用以判断既判力边界的三个传统要素：当事方 (*persona*/parties)、诉求 (*petitum*/claim) 和诉由 (*causa*

* 潘颖，厦门大学法学院 2023 级国际法博士研究生；福建厦门 361005。

[1] Art. 59 of ICJ Statute: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.”

[2] Art. 60 of ICJ Statute: “The judgment is final and without appeal. In the event of dispute as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party.”

[3] N. Ridi, *Precarious Finality? Reflections on Res Judicata and the Question of the Delimitation of the Continental Shelf Case*, Leiden Journal of International Law, Vol. 31, 2018, p. 385.

petendi/legal grounds or cause）。[4]其中，“当事方”[5]构成既判力的主体界限；而“诉求”和“诉由”共同限制着既判力所作用的客体事项。

但国际司法实践表明，对上述三个传统要素的字面理解始终无法给予厘清既判力边界以明确指引，其难以应对复杂多样的国际争端情势。例如在 2016 年尼加拉瓜和哥伦比亚间大陆架划界问题案的初步反对阶段，国际法院法官间便就前诉 2012 年领土和海洋争端案判决有关部分是否具有既判力问题产生很大的分歧，最终是以极具争议的 8 票对 8 票得出结论。[6]而就充满着“法律困境”（legal difficulties）[7]的南斯拉夫联盟共和国（自 2003 年 2 月 4 日起称为“塞尔维亚和黑山”，自 2006 年 6 月 3 日起称为“塞尔维亚共和国”）在联合国的地位问题，国际法院在 2004 年武力使用合法性案初步反对判决[8]和 2007 年关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》案实体判决[9]中则给出了截然相反的回答，由此也引发学者间对既判力边界问题的激烈讨论。对此，正如国际法院法官杰塞普（Jessup）曾指出的那样，“常设国际法院和国际法院司法判例中的各类裁决，法官的各类独立意见，以及‘最权威公法学家的学说’，均未提供一套自动化的标准以明确界定既判力规则的涵盖范围及其边界。”[10]

应该说，确定既判力边界具有重要的实践价值。其一，既判力边界是判断特定事项能否进入案件实体审查阶段的核心标准。当起诉方通过包装对前诉已决事项提起重复诉讼时，既判力边界的认定将直接决定后诉可受理性（admissibility）的审查结论。其二，当前诉结论构成后诉的必要前置判断时，既判力边界的界定将决定国际法院能否对前诉结论进行实质性推翻，即如果前诉已通过终局性判决确立了特定法律关系，那么国际法院在后诉中需遵循既判力原则而禁止进行颠覆性裁判。其三，《规约》第 60.2 条规定的判决解释程序在实践中严格受制于原判决的既判力边界。一方面，通常唯有原判决中具有既判力的部分方可被请求解释。正如常设国际法院法官安齐洛蒂（Anzilotti）所言，《规约》第 59 条对判决约束力的范围限定同样约束第 60.2 条的适用，“第 60.2 条正是在此限度内规定，如果发生争议，那么任何一方都有权要求国际法院作出解释……对判决具有约束力的

---

[4] Interpretation of Judgments Nos. 7and 8 (Factory at Chorzow), Judgment No. II, 1927, P.C.I.J., Series A, No. I3, Dissenting Opinion of Judge Anzilotti, paras. 23-27.

[5] 在国际法院的争端解决机制中，诉讼争端当事方仅为“国家”。由此本文所述的“当事方”和“当事国”可以互换使用。

[6] Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016.

[7] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order, I.C.J. Reports 1993, p. 14, para. 18.

[8] Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004.

[9] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007.

[10] South West Africa (Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, Dissenting Opinion of Judge Jessup, p. 333.

解释只能参考所解释的原判决的约束性部分。”[11]另一方面，解释性判决只具有澄清原判决含义和范围的宣示性作用，即其功能限于消除对原判决的“误解或解释歧义”，由此应是“纯粹声明性的，因为它没有添加任何内容”。[12]正因如此，“既判力原则的优先地位”必须贯穿于整个解释过程的始终。[13]

当前，在百年未有之大变局加速演进时代背景下，国际性争端日益加剧，司法方式成为国家之间解决争端的重要途径。我国难免面临着受国际性裁判机构管辖甚至越权管辖的风险和挑战，也可能通过国际性裁判机构捍卫我国权益。因此，对判决既判力边界的探讨有助于提升我国未来处理国际事务的有效性。尽管既判力问题在国内司法体制中多有理论探讨，但国际争端解决机制具有不同于国内司法机制的特质，此特质根源于国际社会的“无政府状态”。为此，国内司法判决的既判力边界在国际争端解决机制中难以直接沿用，在国际法范畴中研究既判力问题需要建立于国际法基础理论的宏观架构之中。同时，尽管既判力在除国际法院外的其他国际性裁判机构的争端解决机制中也多有承认和发展，但有关规定多以《规约》相关条文为蓝图。作为拥有相对普遍的管辖权的国际性司法机构，国际法院在推动既判力理论和实践的发展方面的贡献具有核心性的参考价值。由此，本文选取国际法院判决为研究对象，在考察具有代表性的实践案例基础上，剖析既判力的法理基础和运行逻辑，并最终通过对既判力边界的重释以期实现将此制度内的结构性矛盾化为价值衡平的实践智慧。

二、国际法院判决既判力的法理基础和运作机制

在探寻国际法院判决既判力边界问题之前，需要首先掌握“国际法院判决为什么需要产生既判力”以及“国际法院判决既判力何以产生”这两个最为基础的法理问题。前者旨在回答既判力的价值基础以证成此效力生成的现实必要性，进而为既判力边界的认定提供目的性指引；而后者则通过溯源既判力的生成逻辑从而为既判力边界的厘定提供合法性限度。对此二者法理追问的诠释，将在厘清国际社会对既判力的功能期待与规范限度的结构性张力基础上，为后续探讨既判力边界及其重释路径提供理论基础。

（一）制度必要的价值证成：维系国际司法权威

国际法院判决的既判力明文规定于《规约》第 59 条和第 60 条中，但此条文绝非既判力唯一正式的国际法渊源。早在 1920 年法学家顾问委员会讨论起草《常设国际法院规约》时，英国菲力摩尔勋爵（Lord Phillimore）就曾指出,“一般性原则（general principles）是所有国家在国内管辖（***foro domestico***）中都接受的原则，

[11] Interpretation of Judgments Nos. 7and 8 (Factory at Chorzow), Judgment No. II, 1927, P.C.I.J., Series A, No. I3, Dissenting Opinion of Judge Anzilotti, para. 23.
[12] Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon), Judgment, I.C.J. Reports 1999, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p.51, para. 8.
[13] Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013, pp. 281, 303, para. 55.

比如……既判力原则”。[14]其后，常设国际法院法官安齐洛蒂（Anzilotti）在 1927 年霍茹夫工厂案解释性判决的反对意见中针对既判力问题认为，“如果有某个案件可以合法地援引……‘文明各民族承认的一般法律原则（general principles of law）’……那么可以说本案就是如此。”[15]鉴于各具有代表性的法系均将既判力视为国内司法程序适用的法律原则，著名国际法学者郑斌也在其专著中鲜明地指出，“如果对于既判力作为一般法律原则……有所存疑的话,那也是极为罕见的。”[16]

作为一项公认的“一般法律原则”，既判力不依赖于严格的实在法规范，其实际是以普适的功能性诉求来弥合实在法空白，目的在于赋予法治以灵活性从而有效应对现实中发生的所有法律情势。[17]具体而言，作为争端解决机制中的程序性原则，既判力是国际社会对司法法治共识的具象化产物，其内生性得回应国际社会对司法法治的功能性需求，即通过赋予判决以程序终局性和实体约束性进而维系和巩固司法独立、权威和公信。

一方面，既判力所要求的程序终局性强调判决应保持不受挑战。此不仅内涵着对诉讼经济的追求，保证诉讼尽可能地低成本运行；而且避免了矛盾裁判的出现，从而维护判决所确认的法律关系的稳定性，保障争端当事方对判决产生的信赖利益，由此最终强化司法的公信与权威。正如罗马法学家乌尔比安曾道，“法的格言是:正直生活,无害他人,使人各得其所”，其中“使人各得其所”的理念在司法场域中便体现为对权利义务关系的终局性分配。就此，国际法院曾指出程序终局性在既判力中的“首要地位”，[18]并且“法律关系的稳定需要判决具有终局性……已经裁决有利于该方的问题不再被争论，这符合各方的利益……剥夺当事方已获得的判决利益通常应被视为违反了规制法律解决争端的基本原则”。[19]

另一方面，既判力所要求的实体约束性强调争端当事方应具备法律义务和责任将判决纸面内容转化为现实行动，由此强化司法权威对行为的规范性效力。司法权威的生成仅依靠道德宣言式的规劝或争端当事方的自愿遵行并不足够，其应通过责任归属机制的建立而形成稳定和可预期的法律秩序。简言之，责任原则是实现司法权威的前提所在。[20]如果判决缺乏约束性之强制性内核，争端当事方能够选择性弃守不利判决，那么司法争端解决机制将退化为利益博弈的政治谈判场

[14] I Scobbie, *Res judicata, Precedent and the International Court: A Preliminary Sketch*, YBIL, Vol.20, 1999, p.299.
[15] Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorz´ow) (Germany v. Poland), Judgment, PCIJ Series A, No.13, 1927, Dissenting Opinion of Judge Anzilotti, paras. 23, 27.
[16] 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2011 年版，第 148 页。
[17] 苏超:《论国际法中的一般法律原则》,载《国际法学刊》2024 年第 1 期，第 121-153 页。
[18] Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) (Nigeria v. Cameroon), Preliminary Objections, Judgment of 25 March 1999, p.36, para.12.
[19] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, para. 116.
[20] 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2011 年版，第 7 页。

域，司法机构将与其他政治性的组织或机构别无二致，国际社会对司法权威的基本信仰将始终难以构筑。据此可断，判决实体约束性是确保司法权威的关键所在。

可以认为，既判力作为一般法律原则，是国内法与国际法体系的共同司法理性的产物，是维系司法权威的核心机制，也是司法权威赖以存续的制度性支撑。其普遍性不具争议，因而《规约》第 59 条仅是对该原则的确认和重申而非其实际的效力来源。正因如此，尽管《欧洲法院规则》中并未对既判力作出任何明文规定，但欧洲法院在实践中常依赖于此原则驳回相关案件。[21]正是基于此普适性特征，既判力原则似乎可为构建跨机构的“判决效力互认机制”提供法理支撑，进而一定程度得化解由国际性裁判机构激增所引发的司法碎片化担忧。

（二）规范效力的生成依归：源于国家主权同意

作为国际法正式渊源中的“一般法律原则”，既判力实际源于国家法律体系的一般法律原则，而并非国际法律体系所特有。国际法院在将国内法中的既判力原则引入国际法范畴中并进行转化适用时，需要使得该原则能够“与国际法的基本原则相容”，并且“具有在国际法律体系中充分适用的条件”。[22]申言之，鉴于国内和国际争端解决机制的本质及其所应遵循的基本原则并不完全相同，对于在国际法范畴中用于维系司法权威的既判力原则而言，其运行机制并非全然是国内法范畴中既判力原则的镜像表达。

对此应予明确的是，在无政府状态国际社会中，缺乏超国家权威机构使得国家对于国际法以及国际法院判决的遵行实际根植于其政治意愿而非外力强制，此机理是既判力原则在国际法范畴中适用的基石所在。具体而言，国际法院判决的既判力归根结底应源自主权国家授予国际法院个案管辖权的国家同意，其实质是“约定必守原则”（*pacta sunt servanda*）的逻辑延展，即对争端裁判权的让渡本身便隐含着对国际司法权的服从性承诺。

在此方面，英国哲学家约翰·洛克（John Locke）所提出的社会契约论似乎可以为国家同意与国际法院判决既判力之间的关联性提供某种合理的论证思路。[23]就其要义，该理论首先假设个人处于道德和理性的“自然状态”，在此状态中个人遵循自然法，同时相互之间可以达成契约并遵循约定必守原则此典型的自然法规范。然而，自然状态存在固有的结构性困境：尽管个人心中清楚自然法是什么，但由于“个人偏袒自己的利益而往往不愿意将自然法作为适用于自己具体情况的约束性法律”，由此亟需一个“已知且公正的法官，具有根据既定法律解决所有争议的权威”。[24]此困境推动着“理性人”离开自然状态而形成权力政府，该权力政府

[21] Benjamin Salas Kantor and Mari´a Elisa Zavala Achurra, *The Principle of res judicata before the International Court of Justice: in the Midst of Comradeship and Divorce between International Tribunals,* Journal of International Dispute Settlement, Vol.0, 2019, p.5.
[22] Marcelo V´azquez-Berm´udez, *Second Report on General Principles of Law,* A/CN.4/741, draft conclusion 6.
[23] John Locke, *Two Treatises of Government,* Peter Laslett *ed.*, 2nd ed, Cambridge University Press, 1963.
[24] John Locke, *Two Treatises of Government,* Peter Laslett *ed.*, 2nd ed, Cambridge University Press, 1963, pp. 298-299.

得以建构并行使强制性权力的合法性便来源于被统治者的真实而明确的同意。

然而，此理论的前提假设由于难以在国内社会中证成而遭致大卫·休谟（David Hume）等学者的现实主义批判。[25]但就无政府状态下的国际社会而言，社会契约论的适用前提则更易证成。[26]一方面，各国完全可以独立行动而不加入任何国际组织或政治共同体，即各国本便处于自然状态中，国家间达成的实在法规范都类似于弱法契约，约定必守原则也是国际社会所公认的国家自我约束的道德律令。另一方面，出于理性考量，国际社会中的自然状态同样存在结构性缺陷而亟需独立的国际性权威机构以解决各方争端。于是，国际司法机构应运而生，国际法院对个案的管辖权根据《规约》第 36 条正是建立在国家明确同意的基础上。由此正如国际法学家埃默里克·瓦特尔（**Emer de Vattel**）在半个世纪前所定义的，主权提供了"仅受自愿接受的限制的自由……主权国家必须被视为在自然状态下共同生活的众多自由人。各国不仅相互独立，而且独立于除它们明确同意的原则之外的任何更高原则。"[27]

基于此，社会契约论合理解释了国家同意原则何以构成国际争端解决机制的核心和基石。从宏观层面来看，国家作为《规约》缔约国的身份便抽象地表明该国对国际司法机制本身的制度性承认。而从微观角度观之，国家在具体个案中所表明的管辖同意，一方面得以赋予该国程序性权利以在诉讼程序中进行充分的论证攻击与防御，"审判区别于其他秩序的最本质特征在于，其保证主体以一种特殊的形式参与影响自身利益的决定的形成，这就是为自己的利益而提交证据和展开辩论"；[28]另一方面则意味着该国自愿放弃对规制其行为之规则的部分控制权并自愿受诉讼结果的制约。[29]国际法学家郑斌便对此总结道，"一国参与组建国际法庭并同意接受其管辖这一事实表明,该国已经愿意加入那些接受法院管辖权的国家当中。正是通过行使主权,该国自愿接受了这种地位,这种地位本质上不仅对其赋予权利,而且对其施加义务,比如……遵守将来做出的判决。"[30]依此而论，国家同意对于国际司法判决效力的重要性，与国家同意对于国际条约效力的重要性相比，并无什么区别，"司法判决……只是取代了直接源自国家共同意图的解决方案，是由国际法院根据双方授权达成的解决方案"。[31]

有鉴于此，国际法院判决的既判力，尤其是其对争端当事方所产生的"约束性"，并非由国际司法权威本身自动生成，而是根源于争端当事方赋予国际法院

---

[25] Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 19.
[26] Matthew Lister, *The Legitimating Role of Consent in International Law*, Chicago Journal of International Law, Vol. 11, No. 2, p. 663.
[27] Emer de Vattel, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns,* Abraham Small, 1817, p. 13.
[28] Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, Harford Law Review, Vol.92, No.2, 1978, pp.353-409.
[29] R. Higgins, *Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom*, *International and Comparative Law Quarterly,* Vol.50, No.1, 2001, p.132.
[30] 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2011 年版，第 351 页。
[31] Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 27, para. 46.

个案管辖权的国家同意，此同意是国际法院判决得以生成既判力的前提和基础。此也是国际法院判决区别于国内法院判决的既判力的根本之处——国家同意原则构成国际法院判决既判力独特的效力来源。

（三）边界重释的路径选择：国家主权和司法权威间的张力与平衡

在国际法范畴中，道义性诉求和合意性基础间的张力始终存在，此也是自然法学派和实在法学派之间长期争论的未解难题。此张力投射于既判力的生成机制时，便体现为既判力的价值基础和效力来源间的动态博弈：既判力需首先受限于国家同意以获得合法性基础，而其一旦生成便承载着维系国际司法权威的功能性目标。在无政府状态的国际社会中，司法权威强化与主权意志优先之间的结构性矛盾，成为既判力原则适用困境的深层诱因。前者追求加强国际司法机制对国际治理的自主效能，试图通过对司法程序的技术性控制权以部分消解国家主权的绝对性；而后者则坚守主权意志对司法权能范围的根本限定，国家同意应始终是确保国际司法权威的合法性来源。由此，二者的矛盾张力决定了既判力边界认定的复杂性。

以 1966 年西南非洲（第二阶段）案判决和 2007 年关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》案实体判决的对比为例。在前案判决中，国际法院以“起诉方未证明具备法律利益”为由实质推翻了其在先前的初步反对判决中作出的管辖权认定，由此反映出国际法院通过对程序安定性的自我颠覆以实现对主权敏感问题的司法回避倾向。[32]但就后案判决而言，国际法院则明确援引既判力原则驳回被诉方在实体阶段对管辖权提出的二次挑战，由此彰显了国际法院通过强化裁判的不可逆性以实现对国际司法权威严格维系的目标追求。[33]

两案对既判力原则的适用差异，深刻体现出国际法院个案中在坚守国家同意抑或强化司法权威间的利弊抉择，其本质便是既判力原则所内涵的结构性张力在国际司法实践中的具象化呈现。尽管个案化考量得以展现国际司法的灵活性，但此所导致的既判力边界认定的模糊性也必然削弱该制度运行的现实效能。保持认定标准的一致性、稳定性和可预测性是司法法治的本质要求。为破解此困境，当前国际争端解决机制亟需发展出稳定而可预测的既判力认定标准，以期最终实现将此结构性张力转化为价值衡平的实践智慧。对既判力边界的重释，目标便在于实现国际司法权威与国家主权意志在既判力制度理性框架下的有机统一。

三、主体边界重释：基于国家同意原则的刚性约束

既判力的主体边界是指既判力作用的主体范围。根据《规约》第 59 条，国家同意原则通过严格的合意性框架将既判力限定于争端当事国之间，此设计根植

[32] South West Africa (Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, Dissenting Opinion of Judge Jessup, p. 333.

[33] 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, p.95, para.126.

于传统诉讼双边主义范式，由此凸显了国家同意原则对既判力主体边界的刚性制约。但基于争端解决的多边化趋势，此既定结构在应对第三方潜在法律利益时显现出治理赤字，对既判力主体的严格形式化限定可能导致判决效力的碎片化危机。对此，《规约》第 63 条通过国家概括同意的方式实现了既判力向介入国的法定延展；同时，判决的“说服性权威”则得以外溢于既判力之外以补强国际司法权威真空。

（一）既判力主体边界的初始限定

在传统的双边诉讼结构中，判决除在争端当事方之间不具有法律约束力。任何将既判力向未赋予管辖同意的国家进行延展的意图，将直接挑战国际法的实在主义根基，进而威胁国家主权平等之国际法始终应维护的价值核心和底线。[34]

一方面，国际法院判决既判力的主体范围通常仅以争端当事国为限，不对非争端当事国产生任何法律约束力，由此避免一国在未赋予国际法院管辖同意的情况下承担法律义务。例如，就在 1992 年至 2000 年期间南斯拉夫联盟共和国在联合国的地位问题，国际法院在 2007 年关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》案实体判决中便明确指出，尽管其在 1996 年作出的本案初步反对判决中隐含认定了该国是《规约》的缔约国，并且此事项属于前案判决中的既判事项，但“由于……既判力不能延伸至与当时审理的案件不同的争端当事方之间的诉讼程序”，因此在 2004 年武力使用合法性案判决中无需考虑 1996 年判决的既判力问题。[35]同样得，在 1986 年布基纳法索-马里边境争端案判决中，国际法院分庭针对尼日尔-马里-布基纳法索三国交汇点指出，其管辖权并不仅仅因为边界终点位于非争端当事方的第三国边界上而受到限制，同时“领国尼日尔的权利在任何情况下都受到《规约》第 59 条的保障……本判决对尼日尔的边界走向不具有对抗性。”[36]如此，既判力的主体相对性得以规范性表明，未参与案件的非争端当事国可针对相同争议问题重启诉讼程序，判决并不产生“对世效力”，由此避免传统意义上“司法造法”(judicial lawmaking)的发生。

另一方面，国家同意原则对既判力主体边界的限定同时体现为一种前置性的管辖权阻却制度，即“货币黄金案原则”（Monetary Gold principle）或称“不可或缺第三方原则”（principle of the indispensable third party）。此原则的核心要义是，当对第三国权利和义务的决定构成处置国际法院面前争端的必要逻辑前提时，即判决的作出不得不对第三国权利义务构成“直接性”法律处置时，国际法院需获得该第三国的管辖同意，亦即该第三国需成为争端当事国，否则国际法院应拒绝继续行使管辖权。[37]该原则适用标准的严格性在 1992 年某些磷酸盐土地案中可见

[34] 何志鹏:《国家本位：现代性国际法的动力特征》，载《当代法学》2021 年第 5 期，第 111-115 页。
[35] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.100, para.135.
[36] Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 27, para. 46.
[37] Case of the Monetary Gold Removed From Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th,

一斑。国际法院在该案中认为，尽管“关于澳大利亚承担责任的存在或内容的裁决很可能对其他两个有关国家的法律状况产生影响”，但“鉴于其并非确定澳大利亚法律责任的基础”，因此国际法院“无需对此法律状况进行裁决”，也便无需适用货币黄金案原则。[38]由此可见，该原则的适用严格要求第三国权利应构成案件“争端主题事项”（subject matter of dispute）或其无法回避的核心前提，以至于既判力原则无法给予该第三国以充分保护，而任何其他的间接影响或潜在关联均不足以启动该原则的适用。此制度设计实质上是将对非争端当事国的国家同意保护提前至管辖权认定阶段，由此与既判力原则形成了程序性互补和协调，即前者的适用实际上是对后者主体边界要求的进一步细化。

（二）既判力主体边界的法定延展

既判力的主体边界受国家同意原则的刚性限定不具争议，任何试图突破争端当事国以扩张司法判决既判力的主张均将引发司法造法之合法性批判，并直接动摇国家主权平等之国际法价值基石，由此触发国际社会对国际司法的制度信任危机。但值得注意到的是，《规约》第 63 条创设了准允既判力作用主体适度扩宽至“非争端当事国”的法定程序性路径。此条款特别规定了第三国“权利介入”（intervention as of a right）诉讼程序的方式，即条约缔约国具有主动作出声明以介入有关该条约解释的诉讼案件的权利，同时在其“不能获得争端当事方地位” [39]的前提下，判决中的条约解释部分对该介入国产生同样的约束力。[40]

然而，此法定延展路径本质上并非是国家同意原则的“例外”表征，并不构成对国家同意原则刚性制约的消解，而是重构了国家同意的存在形态。具体而言，《规约》第 63 条对第 59 条的特别规定本身，便可解释为权利介入国预先将其自愿受判决介入部分约束的国家概括同意赋予其中。申言之，成为《规约》缔约国便直接意味着同步接受了其中有关行使介入权的法律后果的相关规定。实质上，此对既判力主体边界的法定延展嵌入了司法体系性整合的愿景，即该规定意图确保条约解释的一致性和普遍性，并避免介入国任意行使介入权进而导致介入制度异化为国家权力争夺的策略性工具。由此，《规约》第 63 条通过介入国的概括同意，恰在维护既判力合法性逻辑与实现司法体系性目标间开辟了一条精妙路径。

可以认为，除《规约》明文特别规定外，国际法院判决既判力始终不得超越于争端当事国之外。就上述“权利介入”制度而言，既判力主体边界的延展并非基

1954 : I.C. J. Reports 1954, p. 31.

[38] Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C. J. Reports 1992, pp.261-262.

[39] Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Declaration of Intervention by New Zealand, Order of 6 February 2013, I.C.J. Reports 2013, p. 9, para. 18.

[40] Art.63 of ICJ Statute: “1. Whenever the construction of a convention to which states other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such states forthwith. 2. Every state so notified has the right to intervene in the proceedings; but if it uses this right, the construction given by the judgment will be equally binding upon it.”学者将两种介入途径分别定义为“酌情介入”(discretionary intervention / intervention by leave of the Court）和“权利介入”(intervention as of a right)。See S. Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, Fourth Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 1440.

于个案中介入行为所隐含的国家同意的推定，而是根植于《规约》缔约国身份所承载的概括性明示承诺。此恰得以解释“酌情介入”(discretionary intervention / intervention by leave of the Court）的国家并不受制于既判力的原因所在。根据《规约》第 62 条，当第三国认为其具有“可能受案件裁决影响的法律性质的利益”时，该国可得申请介入其中。[41]但与《规约》第 63 条不同，第 62 条对第三国酌情介入的法律后果保持缄默。对此，国际法院分庭曾在 1990 年陆地、岛屿和海洋边界争端案中直接指明，“根据《规约》第 62 条准许介入的国家，如未取得争端当事方的地位，则不受其介入的诉讼程序中作出的判决的约束。在这种情况下，介入者取得的陈述权并不携载着要求其受裁决约束的义务。”[42]国际法院分庭的此番论述便表明了除法定路径外，既判力主体边界应严格限于争端当事方，仅介入申请的作出并不足够。

（三）既判力主体边界外的效力补强

对既判力主体边界的严格限定和法定延展均受国家同意原则的刚性制约。但此既判力的主体阈限，无法直接回应国际社会对裁判活动的稳定性、连贯性及法律安全性等司法功能性期待。为此，尽管既判力的主体界限无法摆脱国家同意原则的合法性掣肘，但其“说服性权威”（persuasive authority）得以外溢于既判力之外，以尽可能确保判决一致性从而为国际社会提供可预测性的行为指南，此对维系国际社会对国际司法权威的信任尤为关键。

具体而言，尽管国际司法判决根据《规约》第 38 条并非正式的国际法渊源，国际法范畴也未承继普通法系中的遵循先例原则，但国际司法判决可作为确定国际法的辅助性材料毋庸置疑。[43]一方面，鉴于司法判决承载着国际法院法官等权威性法律认知共同体对国际法的广泛共识，其可以助推重塑包括但不限于争端当事方在内的国际社会主体对国际法的认知，并由此产生潜移默化的规范性效力。例如，在讨论关于使用武力的合法性时，国际社会始终绕不开对国际法院曾作出的尼加拉瓜诉美国案判决的探讨；[44]“对一切义务”**(obligations erga omnes)**这一重要概念的出现也仅是源于一份国际法院判决中的附带意见（obiter dictum）。[45]由此，有学者将国际司法裁决归类为“国际软法”（international soft law）的范畴。[46]

---

[41] Art. 62 of ICJ Statute: “l. Should a state consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene.2 It shall be for the Court to decide upon this request.”

[42] Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C. J. Reports 1990, p.609, para. 423.

[43] Art.38.1 of ICJ Statute: “The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; international custom, as evidence of a general practice accepted as law; the general principles of law recognized by civilized nations; subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

[44] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C. J. Reports 1984.

[45] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C. J. Reports 1970, p.32.

[46] Laurence R. Helfer, *Nonconsensual International Lawmaking*, University of Illinois Law Review, Vol. 2008,

另一方面，个案司法判决所承载着的司法权威性将推动着在“事实上的判例法”的形成，个案司法判决并由此潜在影响各国法律诉求或权利主张的强弱。具体来说，当后诉与前诉涉及相同的法律情势但争端当事方不同时，尽管后诉法院不受前诉既判力制约而可以自由地回顾曾经就该相同法律情势作出的理解，并选择性而非强制性适用其在前诉中采取的立场，但其“通常不会偏离既定判例，除非找到非常特殊的原因”，[47]“必须确保与自己过去的判例法保持一致，以提供可预测性”，并且“为了正义，应当出于令人信服的理由而背离先例”。[48]由此，前诉判决可作为后诉争端当事方用以补强或削减有关诉求的有力论据而存在。就此，正如国际法院在 1978 年爱琴海大陆架案中所指出的，“《规约》第 59 条虽规定法院裁决仅对当事国及特定案件具有约束力，但显然法院关于 1928 年法律文件效力所作的任何司法认定——无论其确认为现行有效或归于失效——都可能对希腊和土耳其以外的国家关系产生规范效应”。[49]同样，国际法院在 2004 年阿韦纳案中的表述则更为明确，其指出“本案判决虽仅涉及墨西哥国民，但绝不能据此推断本判决所确立的裁量准则不适用于其他在美处于类似情势的外国公民”。[50]

有鉴于此，对判决说服性权威的认可，不仅维护了既判力制度内的国家主权逻辑，同时允许个案判决效力通过非强制性路径弥散于争端当事国之外。两种效力相互补足，并共同构建和维系国际司法权威：既判力通过判决终局性以维护个案法律关系的稳定性，从形式上捍卫国际司法的公信力；而后者则将个案判决升华为国际社会普遍的法律认知，从实质上拓宽国际司法的影响力。正是基于此互补性效力机制的共同运作，国际法院不仅是国家间双边争端的裁决者，而且得以成为国际共识的推行者。

当然，判决的说服性权威并不构成对既判力的直接取代，既判力的存在也“并不意味着国际法院的裁决没有先例效力……其绝不阻止国际法院将自己的判决视为先例”。[51]二者在效力运行机制上存在显著分野。其一，就效力发生机理而言，既判力以国家同意为其根本性效力来源与基础；而说服性权威则取决于判决本身的论证质量以及国际社会认可度，其本质在于通过对国际社会法律认知的重塑而间接产生对行为的规范效力。其二，就效力作用范围而言，既判力的本质是对争端当事方法律关系予以终局性确认，由此通常仅产生于判决主文并作用于争端当

No. 1, 2008, pp.71-125.

47 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 428, para. 53.

48 Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, Joint Declaration of Ranjeva, Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, p. 330, para. 3.

49 Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, pp. 16–17, para. 39.

50 Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2004, p.70, para.151.

51 Shabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court:1920-2005, Brill Nijhoff, Vol. III, 2017, p. 1628.

事方之间；但说服性权威则可延及非争端当事国，并更多得产生于判决推理部分，尤其强调判决中相对抽象的法律理由部分作为说理论据的普遍性价值。[52]正如法官格罗（Gros）在巴塞罗那电车（第二阶段）案判决的独立意见中指出，“即使既判力并不延伸至判决推理部分，但坚持先前判决中提出的推理……是国际法院的惯例。”[53]其三，就效力持续性而言，既判力所强调的“终局性”表明判决所确认的权利义务法律关系不受后续情势发展所改变，强调对时际法规则（inter-temporal rule）的尊重，即除《规约》第 61 条之例外，判决既判力在争端当事方间持续存在;[54]而个案判决的说服性权威将会随着未来时空的发展而变迁。例如国际法院在 1966 年西南非洲（第二阶段）案判决中将诉权严格限于受害国享有；[55]但在 2019 年冈比亚诉缅甸《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案中，国际法院则基于“对一切义务”概念将诉权主体扩至非直接受影响的国家。[56]此观点演变便彰显了国际社会对普遍利益保护的共识演进。

四、客体边界重释：基于双向度的国际司法调适

既判力的客体界限是指既判力所作用的客体事项或称既判事项，对既判事项的界明是既判力制度中极为重要的问题。但不同于对既判力主体边界的刚性制约，《规约》第 59 条对“本案”一词的模糊设定，赋予了国际法院在客体边界界定方面相对灵活的裁量空间。由此，对既判力客体边界的重释，是在既判力制度运行中实现国家主权和司法权威有机统一的关键性场域。具体而言，国家同意原则构筑了既判事项的初始范围；而在此基础上，对此初始范围的双向调适便可成为实践优化路径：对客体边界的延展准许对国家同意范围予以动态释义，进而推动国际司法秩序的体系性演进；对客体边界的限缩则要求对既判事项权威内核的收紧固化，以实现司法效能独立和司法程序正义。此两种路径不是非此即彼地独立运行，而是旨在分别从“广度”与“深度”两方面分层作用于既判力制度运行机制：前者侧重于对既判力辐射范围的拓宽，而后者则以既判力效力密度的强化为导向。

（一）客体边界的初始框定

与既判力的主体边界相同，国家同意原则同样是认定既判力客体边界的原始支点。一般而言，既判力并非及于判决的全部内容，而仅附着于“判决主文”

---

[52] 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2011 年版，第 341 页。

[53] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C. J. Reports 1970, Separate Opinion of Judge Gros, p.267

[54] Art.61.1 of ICJ Statute: “1. An application for revision of a judgment may be made only when it is based upon the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgment was given, unknown to the Court and also to the party claiming revision, always provided that such ignorance was not due to negligence.”学者郑斌对此指出，根据《规约》第 61 条的条件进行修改“构成对既判力原则的直接例外，此影响终审判决的有效性”。参见郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2011 年版，第 372 页。

[55] South West Africa (Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, pp.99-100, paras.33.

[56] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, pp.17-18, paras. 39-42.

（*dispositif*）。[57]此方面便是国家同意原则在既判力客体边界认定中的核心作用的具象化呈现。具言之，根据《国际法院规则》第 95 条，判决包含着“事实陈述”（a statement of the facts）、“法律理由”（the reasons in point of law）、“判决的执行条款”（the operative provisions of the judgment）等各部分。前两者属于“判决推理部分”，其构成判决主文的必要步骤；而“判决的执行条款”也称为“判决主文”，其通过宣布推理结果的方式来最终决定争端当事方的诉讼主张（submission）正确与否或陈述争端当事各方的权利义务分配。“不诉不理原则”（*ne ultra petita* principle）则进一步要求国际法院应“不仅对争端当事方最后诉讼主张所述的问题进行答复，而且避免在判决主文中处理争端当事方在最后诉讼主张中没有要求法院裁决的主题”。[58]由此，判决主文作为对争端当事国诉讼主张的最终结论性回应，切合国家“明示同意”（express consent）国际法院管辖的事项范围，因此从形式上构筑起既判事项的初始范围。

正是当事方自己提出的诉讼主张限制了判决主文的内容，由此“归根结底，既判力的范围只能参照一般性诉状，特别是当事方提交的诉讼主张来确定”。[59]但在实践中，国际法院常表现出过度的司法能动，具体表现为其在判决主文中超出当事方诉讼主张范围而作出事实或法律认定。例如，在根据当事方诉讼主张认定某行为的违法性后，国际法院常进一步明确有关国家的赔偿责任或其他对最终结论不具有决定性的法律声明。[60]此做法超出国家同意范围并显然构成对不诉不理原则的直接违背，由此国际法院法官伯根塔尔（Buergenthal）在 2003 年石油平台案判决的独立意见中指出，国际法院将当事方并未要求审查的 1955 年友好条约第 XX.1(d)条的解释和适用列入判决主文中的做法超越了管辖权，由此应“无权被视为适用于美国行动的法律权威声明”。[61]质言之，至少就不诉不理原则来看，判决主文应严格限于争端方诉讼主张的法定范畴，超越诉讼主张范围的主文内容仅应具备指导性。

但就判决推理部分而言，国际法院基于“法院知法”（*jura novit curia*）则可以表现出相当的自主性。即尽管不诉不理原则要求国际法院不得在判决主文中认定未向其提出的诉讼主张以限制主文中的既判事项范围，但国际法院依据何种理由、适用何种法律等以裁决有关事项则由国际法院自主决定。正是由于判决推理部分通常游离于国家同意范围外，因此“既判力权威……原则上仅依附于其执行条款，

[57] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 94, para. 123.
[58] Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum Case, Judgment of November 27th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 402.
[59] Shabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court:1920-2005, Brill Nijhoff, Vol. III, 2017, p. 1603.
[60] Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p.73, para.153.
[61] Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, Separate Opinion of Buergenthal, p. 274, para. 9.

而不依附于其推理部分。”[62]

（二）客体边界的适度延展

通过对静态化国家意志表达的司法动态释义，使得碎片化的主权意志整合为体系化的司法运作逻辑，将成为拓宽既判力辐射范围，以实现国家主权和司法权威在既判力制度理性框架下相融合的典型范式。当然，对既判力客体边界的延展路径绝非肆意的司法扩权，其应始终恪守主权让渡的合法性逻辑，即不应限于教条化的国家同意范围释义而抹除其中司法权行使的能动空间，但同样不能放任司法肆意扩权以损害既判力的合法性根基。

1.客体边界延及争端主题事项

对客体边界初始框定的延展需求，实质出于对静态化的国家同意原则适用而可能引发的司法碎片化困境的认知。尤其是当既判事项严格囿于对争端当事方文本固化的诉讼主张的认定时，此将不可避免得导致实体审判权的人为分散与判决结论间的实质矛盾，由此最终引发司法效能的阻滞和司法权威的破坏。有鉴于此，尽管依据何种诉由并据此提出怎样的诉求和诉讼主张是争端当事方的自主权利，但国际法院理应“不受当事方所提出的诉求的约束”，即应在结合争端当事国诉求、诉由及其有关呈件的基础上，审慎而自主得“客观”确定“争端主题事项”，并基于此事项作出管辖权和可受理性认定及有关判决。[63]同时，将既判力延及于客观界明的“争端主题事项”，便得以有效阻断当事方通过对诉求或诉因的人为拆分或重构以获得二次辩论机会并推翻既定结论。

就此，常设国际法院法官安齐洛蒂（Anzilotti）早已提出应以“诉求”和“诉由”共同限制既判力所作用的客体事项，此论断实质要求应穿透当事方的主观构造而寻求对案件真实问题的客观考量。争端主题事项,即争端当事双方在法律主张上存在冲突的事项，正是“诉求”和“诉由”的综合表达。[64]据此而言，在考虑是否适用既判力原则时，应避免机械对照前后诉诉讼主张的文本差异，而应着力明晰前后诉的争端主题事项是否具备“同一性”。在此方面，《联合国海洋法公约》项下的附件七仲裁庭在南方蓝鳍金枪鱼案中的做法值得借鉴。此案中，尽管起诉方将争端分别置于《南方蓝鳍金枪鱼养护公约》与《联合国海洋法公约》两个不同的公约项下进行表述，但仲裁裁决明确指出“认为根据《联合国海洋法公约》实际产生的争端，不同于《南方蓝鳍金枪鱼养护公约》项下的争端，那是人为的”，

---

62 Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion, 1925 P.C.I.J. (ser. B) No. 11(May 16), pp. 29–30.

63 Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, Dissent Opinion by Winiarski, pp. 51-56.

64 诉求和诉讼主张概念及其意义不同。诉求（claim）是在请求书或特别协定中简明的权利主张，是指起诉方主张被诉方违反的国际法律义务或需承担法律责任的具体争议问题（如领土主权争端、条约解释争端等），请求书必须“说明诉求的确切性质”（the precise nature of the claim），但无需展开法律论证或提交具体诉讼主张。诉求需要足够具体以能够界定“争端的主题事项”，由此辅助国际法院在诉讼的程序性阶段明确有关诉求的管辖权和可受理性，并划定案件的属事管辖权范围。而诉讼主张是争端当事方在书面程序或口头辩论中提出的具体法律请求（如请求法院宣布某行为非法、判令赔偿等），最后诉讼主张相当于将整个案件精炼为一系列需要判决的争议问题，并最终将成为实体判决的主文部分。

由此仲裁庭最终认定两案争端是同一的，即“本次争端双方……是在解决实际上由两个公约产生的‘单一争端’的同一缔约方”。[65]对当事方主观构造的突破性阐释，便得以刺破虚假面纱以探析争端的本质内涵，此无论就管辖权认定而言还是在既判力认定方面均至关重要。

2.客体边界延及先决要点

如果对某既判事项的先决要点不赋予既判力，那么此既判事项的权威性便可能因败诉方未来对先决要点的重复起诉而遭受实质破坏。此正如国际法院法官科列茨基（Koretsky）在 1966 年西南非洲（第二阶段）案判决的反对意见中所形象指出的，“如果这类理由以导致主文失去依据的方式修改或变动，那么国际法院裁决便会像没有地基的建筑物一样倒塌”。[66]

在此方面，对既判力边界的适度延展，便是国际法院基于体系性思维以实现国际司法体系化转变的有效路径，而其中对“隐含同意”（implied consent）理念的引入便是关键一环。所谓**隐含同意**理念，即是国际法院通过对国家意志或国家授权范围的“客观推定”，以实现对国家同意范围的柔性调适。此理念在对国际法正式渊源的认定中便得以凸显，并同时**体现于国际法院对司法管辖权范围的尝试性突围。**[67]基于此理念，对既判力的延展便得以具备合法性基础，正如下述两案所联动得揭示那样。

在 1925 年德国利益案中，常设国际法院基于《日内瓦公约》第 23 条对该案享有管辖权时，波兰曾提出管辖权异议指出，“德国诉请中涉及《日内瓦公约》第 23 条未涵盖的争议……此未涵盖的争议有关《凡尔赛条约》第 256 条的解释和适用。”[68]但由于“如果不对《凡尔赛条约》第 256 条和波兰引用的其他国际法规则作出解释，《日内瓦公约》的适用几乎是不可能的”，常设国际法院最终基于实现司法职能完整性的需要而认为“这些问题仅构成适用《日内瓦公约》的‘附带或先决要点’。如果对其他国际协定的解释必须被视为对法院拥有管辖权的某一

---

[65] Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility, Decision of 4 August 2000, p.42, para. 54.

[66] South West Africa (Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, Dissenting Opinion of Judge Koretsky, p. 241.

[67] 《规约》第 38.1.c 条将“一般法律原则”引入国际法正式渊源中，以填补实在国际法规则的空白及缺漏。此类原则并非产生于国家通过批准或签署具体条约而表达的明示同意，而源自于“各文明国家所承认”。国际法院对此类原则的认定需从有关原则于各国国内法中的普遍存在性,或从各国所公认的法律观念中得出。此实际上便体现为国家的隐含同意或称“汇聚中的多样性”或“未完成共识”，即其尽管并非国家意愿的直接表达，但能够推定为客观代表多元化各国所公认的法律观念，或可以客观解读为国家在一般层面上共享的某种承诺。See Mary Ellen O'Connell, Richad F. Scott & Naomi Roht-Arriaza, *The International Legal System: Cases and Materials,* 6th edn, Foundation Press, 2010, pp. 141-142; David Caron*, Contemporary International Law Issues in Asia Pacific: The Importance and Challenge of the Difference between Rules and Principles in International Law*, *Chinese Yearbook of International Law and Affairs,* Vol.29, 2011, pp.193-194.同时，有学者将习惯国际法规则也视为了国家隐含同意的表现形式。See Matthew Lister, *The Legitimizing Role of Consent in International Law,* Chicago Journal of International Law, Vol. 11, No. 2, 2011, p.317.有学者也认为对缔约方意图的推定是开启对条约规则“演进解释”方法的“钥匙”。参见刘宁元、闫飞：《条约演化解释方法之缔约方意图推定》,载《北华大学学报(社会科学版)》2020 年第 3 期，第 85 页。

[68] Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germ. v. Pol.), Preliminary Objections, Judgment,1925 P.C.I.J. Series A. No 6, p. 18.

问题作出决定的附带内容，则该解释应无可争辩地属于法院的权限范围”。[69]对此类管辖权的认定便源于国际法院对未明示的国家同意管辖范围的隐含推定。[70]而对此“附带或先决要点”的既判力，常设国际法院则在 1927 年霍茹夫工厂案解释性判决中进一步指明，“不具争议获得既判力的结论所依据的理由……构成法院裁决的必要条件……而属于《规约》第 59 条规定具有约束力的要点。”[71]如果不认可该要点的既判力，那么前诉判决主文的权威性便可能因为败诉方未来对该要点的重复起诉而受到质疑，由此波兰所声称的权利保留将实质“剥夺（前诉）判决主文 2a 款的逻辑性和必要性基础，进而使得结论仅具有临时性”,以至于“要真正得解决国际争端并不可能”。[72]

据此，对判决推理部分的既判力不应一概而论。申言之，不诉不理原则“不能阻止国际法院在其判决推理中处理某些法律问题……国际法院在认为必要或可取的情况下，在判决推理部分中可能处理该问题的某些方面”，[73]其中如上述两案所示，将既判力附着于在判决推理部分认定的“附带或先决要点”之上，有其理论基础和实践必要。正因如此，国际法院相继在 2007 年案判决和 2016 年尼加拉瓜和哥伦比亚间大陆架划界问题案判决中指出了“必要的隐含”（necessary implication）概念，即“若某一事项未以明示或必要的隐含方式实际被裁决，则其不产生任何既判力”。[74]对既判力边界可以延展至“明示”范围之外的认可，便源于国家对国际争端完整解决的隐含同意或称默示授权。

但隐含同意理念的适用始终不得退化为国际法院的主观臆断而成为消解国家主权的司法肆意扩权工具，此恰体现国家主权和司法权威在既判力理性框架下的张力和博弈。就此，“必要性”要件应首先在逻辑上构建严格的形式性门槛，即唯有构成判决主文“不可分割的理由”（inseparable reasons）方可被赋予既判力。所谓“不可分割的理由”系指如果没有其则判决主文无法自我成立（self-standing）的理由。[75]就此形式性要件而言，国际法院法官杰塞普（Jessup）早在对西南非洲（第二阶段）案判决的反对意见中明确指出，“现已无可争议获得既判力”的判决部分在于“构成判决主文必要条件的调查发现”。[76]而鉴于判决可得解释范围严格

[69] Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germ. v. Pol.), Preliminary Objections, Judgment, 1925 P.C.I.J. Series A. No 6, p. 18.
[70] Charles Kotuby Jr & Luke Sabota, *General Principles of Law and International Due Process*, Oxford University Press, 2017, pp. 159-160；郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社 2011 年版，第 266 页；潘颖：《国际海洋争端解决中的“附带性管辖权”研究》，载《边界与海洋研究》2024 年第 6 期，第 45-72 页。
[71] Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Germ. v. Pol.), 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No. 13 (Dec. 16), p.10.
[72] Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Germ. v. Pol.), 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No. 13 (Dec. 16), p.19.
[73] Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, Separate Opinion of Buergenthal, p. 274, para. 9.
[74] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp.98-99, paras.132-133.
[75] Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013, Joint Declaration of Judges Owada, Bennoua and Gaja, p.320, para. 2.
[76] South West Africa (Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, Dissenting Opinion

受制于原判决中具有既判力的部分，国际法院在其后多个判决解释案中便鲜明得表达了对上述观点的认可，多次指出“所请求的解释应与判决主文相关而不应涉及判决推理部分，除非后者与主文密不可分”。[77]就此，七名法官在 2016 年尼加拉瓜和哥伦比亚间大陆架划界问题案中发表联合反对意见总结道，“如果判决推理部分与判决执行条款‘不可分割’或者构成‘法院裁决的实质条件’，那么既判力可以赋于这些理由上。”[78]“必要性”要件的提出，其本质系通过阻断对先决要点的重复起诉，以避免判决的终局性结论遭受解构性挑战。

但另一方面，单纯依赖“必要性”要件对既判力延展进行形式性制约，仍难以完全克服国际法院基于功能必要性对国家主权意志的侵蚀可能。尤其当某事项属于争端当事国长期争议但始终未达成司法管辖合意的法律情势时，仅基于逻辑必要性而将此“重要问题”纳入司法管辖范围并赋予既判力，将显然构成对国家意志的直接违背。此便是 2007 年关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》案实体判决备受争议的根源所在。在该案判决中，国际法院将当事方间长期拒绝对话的被诉方法律地位问题，视为了 1996 年该案初步反对判决在逻辑和法律上均通过“必要的隐含”予以裁断的既判事项。[79]但显然，从此案背景来看，争端当事双方均是刻意得在初步反对阶段中对此问题避而不谈，并且 1996 年初步反对判决也并未“在南斯拉夫联盟共和国对《宪章》和《规约》的法律地位问题上采取明确的立场”。[80]由此，仅通过逻辑上的“必要性”将此重要问题置于既判力范围内，将无异于通过司法技术性裁断实现对国家同意原则的绕行。对此，“辅助性”要件的引入便得以修正既判力延展可能造成的对国家意志的过度偏离：其要求对先决要点赋予既判力仅是为了辅助判决主文既判力得以实现，其应仅是手段而非目的。[81]申言之，赋予既判力的先决要点应避免构成任一争端当事方主观上所始终拒绝解决司法管辖，或者客观上构成两方长期争议而未决的重要事项。正如有学者针对隐含权力行使所指出的，“这种谨慎可能是意识到该理论滥用导致的后果以及为了确保国际法体系特别是联合国体系的统一性。”[82]任何将非辅助性事项突破国家同意范围而纳入国际法院管辖，甚至对有关认定赋予既判力的做法，均将不仅对国家权益带来严重不利后果，也将最终损害国际社会对国际司法的制度性信任。

---

of Judge Jessup, p.331.

[77] Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 296, para. 34.

[78] Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, Joint Dissenting Opinion of Vice-President Yusuf, Judges Cançado Trindade, Xue, Gaja, Bhandari, Robinson and Judge ad hoc Brower, p.143, para. 6.

[79] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp.98-99, paras.132-133.

[80] Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), I.C.J. Reports 2004, pp. 308-309, para. 74.

[81] Interpretation of Judgments Nos. 7and 8 (Factory at Chorzow), Judgment No. II, 1927, P.C.I.J., Series A, No. I3, Dissenting Opinion of Judge Anzilotti, p. 26, para. 6.

[82] Andrzej Gadkowski, *The Doctrine of Implied Powers of International Organizations in the Case Law of International Tribunals,* Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Vol. 6, 2016, pp. 45-59.

3.客体边界延及程序性事项

应澄清的是，既判力可得附着的“判决”不仅包括实体判决，同时应延及初步反对判决。正如国际法院在 2007 年关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》案实体判决中驳回了被诉方所提出的“初步反对裁决不会也不可能产生与实体裁决相同的后果……既判力原则不会阻止驳回初步反对意见的判决无限期地继续接受进一步的质疑”，而直接基于对既判力有关规则的文义解释指明，“关于管辖权问题的裁决根据《规约》第 36.6 条是通过判决形式作出，同时《规约》第 60 条规定的‘判决是终局的而不得上诉’中并未区分关于管辖权和可受理性的判决和实体性判决。”[83]由此，国际法院在本案中正式确认初步反对判决的既判力。

此突破实则暗含着国际法院对国家同意管辖范围的动态释义。具体而言，国际法院对管辖权与可受理性的审查认定，并非直接源于国家的个案授权，而是依据其作为司法机关所固有的“管辖权自决权”(competence-competence)。此权力通常被视为国际法院基于其司法属性而应“永恒”具备的“固有权力”（inherent power），否则难以实现国际司法机制的独立存续。[84]但需特别指出的是，管辖权自决权仍可追溯至国家脱离自然状态而构建国际司法机制时的原始授权。正基于此，将既判力延展至初步反对判决可视为对个案文本固化的国家同意范围的动态释义而非完全背离。此延展同时具备其价值必要性：一方面，唯有赋予初步反对判决以既判力，方能维系国际司法权威对程序安定性的保障功能；另一方面，对程序性裁决的效力传递也将确保实体判决既判力的有效落实。

但相较于实体判决，初步反对判决的既判力复杂性源于其中所存在的程序事项与实体事项的相互交织和效力界分。一方面，初步反对程序的设置初衷在于避免一国在未经其同意的情况下遭受国际法院对实体事项进行是非曲直的判断，即阻却未获管辖合意的实体审查。故此，国际法院在此阶段的全能应限于对程序事项的认定，对此类裁定赋予既判力理应不具争议。但在实践中，程序认定常与实体要素形成必要关联，由此催生出初步反对判决既判力覆盖范围的疑难，即是否应及于其中的实体事项认定。

对此，需要首先明确的是，程序审查不得预设实体结论。质言之，纵使初步认定可能关联实体要素，但有关实体事项的裁定仅具临时属性而不得赋予终局性效力，否则便将直接背离上述初步反对程序的设置初衷，并显然构成对国家意愿的直接违背。常设国际法院早在 1925 年德国某些利益案初步反对判决中便明确指出，“尽管波兰并未被限制从案情中提取支持其初步反对意见的论点，但本院在就此反对意见作出的裁决不能以任何方式预先判断其今后作出的实体性裁

[83]Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 91, para. 117.
[84]Art.36.6 of ICJ Statute: “In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court.”

决。”[85]同样得，国际法院在 1966 年西南非洲（第二阶段）案中进一步指明，“初步反对判决可能会触及案件实体问题，但仅具备‘中间性质’（of an interlocutory character），并且限于决定初步反对意见所提出的问题所必需的范围内。因此，任何关于实体问题的裁决，都只是作出初步反对判决动机的一部分而不是该判决的对象。其不能被列为所涉实体问题的最终决定。”[86]

然而，此种对初步反对判决所涉事项的效力界分，或称要求仅将既判力延及至其中的程序事项，固然符合维护国家同意原则的合法性预期，但在实践中难以实现维护司法程序性安定的功能性期待。即程序阶段认定事实可能被实体判决推翻，由此直接冲击司法程序的安定性和程序判决的权威性。此正是西南非洲系列案产生争议的根源所在，此案深刻内涵着程序安定性和实体正义性间的矛盾和张力。此案中，国际法院在 1962 年初步反对阶段确认受理此案件后，在 1966 年第二阶段判决则以起诉方缺乏法律利益为由驳回了诉讼请求，此便实质架空了既判程序事项的既判实效，致使既判力延展所意图维护的司法程序安定性难以实现。[87]为化解此困境，当前实践开始转向综合审查模式，即通过宣布涉及复杂实体要素的程序性抗辩不具备“完全初步性质”，而将其留待实体阶段合并审查。此既得以维系程序安定，亦避免过早触及敏感实体问题，由此得以有效弥合程序与实体事项在程序判决中的效力冲突，有效契合国际社会对司法程序性安定与维护国家管辖同意的双重预期。[88]

此外，即使初步反对程序已得终结，国际法院应仍对管辖权与可受理性保持持续审查权。在实践中，初步反对意见通常并未能穷尽对管辖权与可受理性的全部反对意见；而针对争端当事方未提出的程序性争议事项，国际法院基于管辖权自决权便“可以在诉讼的任何阶段考虑管辖权事项”，自由得基于“新事实或新证据”进行审查与裁量。[89]正如国际法院在 1972 年国际民航组织理事会管辖权上诉案中所指明的，国际法院“必须始终确保具有管辖权，并且必须在必要时自行处理该问题。”[90]如果以初步反对判决的既判力阻断国际法院对固有权力的行使可能，那么国际司法机制便可能陷入基于不完整的证据链而作出不可逆转决定的困局，其实际便是以维护程序安定性为名，行损害国家同意原则之实。

（三）客体边界的形式限缩

如上所述，动态化的国家同意释义为判决既判力边界的适度延展提供了合法性源泉，但此并非否定司法权在既判力生成过程中的独立作用：判决唯有通过司

[85] Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germ. v. Pol.), Preliminary Objections, Judgment, 1925 P.C.I.J. Series A. No 6, pp. 15-16.
[86] South West Africa (Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 37, para.56.
[87] South West Africa (Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 38, para. 61.
[88] Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978, pp. 16-17, paras. 39-40.
[89] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp. 91-92, para. 117-118.
[90] Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972, p.52, para.13.

法权的实际运作中才得以作出并具备现实既判力。质言之，当事方对既判力的认可不仅源于其授予管辖权的国家同意，更是出于对司法独立、公正和权威的肯定性评价。基于此，既判事项理应嵌入司法权威内核，即表现为国际法院对国家同意管辖事项的实质审查以及切实决断。此标准的提出尽管形式上表现为对既判力辐射范围的克制和限缩，但其绝非表明国际司法权威在此制度运行中的消极退让。相反地，其实际是通过在国家同意范围内强化既判事项的权威内核的方式，实现国家主权和司法权威在既判事项中的有机统一。

1.既判事项已受实质审查

既判力原则的实践价值包含着对司法正义和司法经济在内的“良好司法管理”（sound administration of justice）的目标追求，即“基于公共政策的考量，判决必须终结当事方争端并同时否定有关辩护”。[91]但此目标的实现要求既判力应是争端当事方之间进行充分得攻击防御并经国际法院实质审查而形成的结果，否则对争端当事方施加不得再次举证的义务显然不符合司法正义的本质要求。为此，《规约》第56.1条明文规定“判决应说明所依据的理由”。[92]常设国际法院也早已指明，“无论是在可受理性、管辖权还是实质内容上，判决都应该包含理由和说服力”。[93]此即潜在地要求终局性裁决的作出应基于国际法院的实质审查和充分论证，确保对既判事项的认定嵌入充分的法律分析与逻辑证成。

由此，国际法院常强调判决推理部分在认定既判力客体边界方面的工具性价值，此观点不难得以理解。通常而言，判决推理部分的目的便在于通过事实认可和法律分析的方式对判决主文结论予以证成，由此增强主文结论的说服力。为此，常设国际法院法官安齐洛蒂(Anzilotti)便曾提出对判决应进行整体性理解，即“当我说只有判决执行条款才具有约束力时，并不意味着只有执行部分实际写入的内容构成法院裁决。相反得，可以肯定的是，几乎总是需要参考理由说明以清楚理解执行部分。”[94]将判决推理部分视为检视法律论证充分性的工具，目的便在于确保既判事项已受国际法院实质审查。其后，国际法院也多次在个案中明确道，“为了确定某一特定事项是否包含在既判力范围中，可能必须结合上下文进行解读”；[95]“在确定原判决执行条款的含义和范围时，法院将根据其惯例考虑该判决的推理，只要它阐明了对执行条款的适当解释”；[96]“法院裁决载于判决执行条款中，

[91] Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, Dissenting Opinion of Donoghue, p.198, para. 42.

[92] Art. 56.1 of ICJ Statute: “1. The judgment shall state the reasons on which it is based.”

[93] S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), p. 23.

[94] Interpretation of Judgments Nos. 7and 8 (Factory at Chorzow), Judgment No. II, 1927, P.C.I.J., Series A, No. I3, Dissenting Opinion of Judge Anzilotti, para. 24.

[95] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 95, para. 126.

[96] Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 306, para. 68.

其内容和范围应参照判决书所阐述的理由来确定”[97]等等之类。

实质审查标准的提出将既判事项“经司法实质审查的国家同意管辖事项”，不仅无损既判力的合法性基础，而且凸显了国际司法的独立性权威。就此，国际法院对 1950 年庇护案判决的既判事项的审慎认定值得借鉴。在后诉 1951 年哈雅·德拉托雷案中，国际法院尽管指出此案与 1950 年庇护案基于相同事实情况，但其认为两案之间不存在既判力原则的适用问题，因为后诉争议事项超出了前诉的审查范围。[98]将哈雅·德拉托雷移交给秘鲁的义务“完全不包括在当事方（第一次）起诉材料中”。[99]据此，国际法院在 2007 年关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》案实体判决中的认定结论则应予批判性反思。此案判决认定，“尽管 1996 年判决没有具体提及被诉方在联合国地位方面的法律复杂性”，但“一国作为诉讼一方的资格问题是先于属事管辖权，并且是法院在必要时有义务应依职权提出和审查的问题”，由此该资格问题“在逻辑和法律上”均通过“必要的隐含”予以裁断,“该判决所附的既判力延伸到该特定的调查发现”。[100]但“无论是在 1996 年判决的推理部分还是主文中，该问题甚至都没得到审查，更不用说已得决定了。”[101]据此，三名法官在联合反对意见中提出对“必要的隐含”事项的既判力认定，仅要求事项间在逻辑上具有必要联系并不足够，还应要求此事项至少得到过实质审查，“既判力不能延伸到国际法院尚未考虑（更不用说决定）的问题”。[102]

2.既判事项已得切实解决

既判力的内在品质是每项判决所固有权威发展的终点。作为既判力的核心要素，程序终局性需以《规约》第 61 条为唯一例外，防止争端当事方就“经国际法院案情实质审查过的事项再次敲开法院的大门”，从而实现国际法院促进国际争端和平解决之司法职能。[103]然而，判决的程序终局性应以国际法院对此事项已作出终局性法律评价为前提，否则如果以既判力阻却未决事项的后续司法救济，那么将直接危及司法正义的实现。就此，国际法院曾鲜明得总结道，“既判力意味着不可能改变具有既判力的判决所创造的法律地位”，由此其“必须确定由终局性保障的决定的内容……必须明确（后诉提出的）主张是否以及在多大程度上已经

[97] Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 126, para. 61.
[98] Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 80.
[99] Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum Case, Judgment of November 27th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 403.
[100] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp.98-100, para.132-136.
[101] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma, p. 267, para. 3.
[102] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma, p. 267, para. 3.
[103] Milenko Kreća, *The Res Judicata Rule in Jurisdictional Decisions of The International Court of Justice,* Belgrade Law Review, Vol.62, No. 3, 2014, p.18.

得到最终解决。”[104]此也是临时措施命令并不具备既判力的原因所在。

将既判事项限缩于已得国际法院切实裁决的事项，不仅彰显了国际司法对既判事项的最终决断力，同时为争端当事国保留了对未决事项的后续救济空间。以2016 年尼加拉瓜和哥伦比亚间大陆架划界问题案为例。此案中，当事双方对前诉 2012 年领土和海洋争端案的判决主文第三项所涵盖的内容产生争议，对此内容的解读直接事关着国际法院是否已在前诉中就本案主题事项作出了切实裁决，并进而影响本案的可受理性。就此，国际法院通过“在上下文中分析以确定（前诉）决定‘不支持’（cannot hold）尼加拉瓜主张的含义”，并明确 2012 年领土和海洋争端案的判决主文“是否必须被理解为以缺乏证据为由直接驳回尼加拉瓜的诉请……或者仅是由于程序和制度要求未得到满足而拒绝该请求”。[105]基于对前诉判决推理部分的参考，国际法院最终认定了前诉判决主文并未明确解决有关大陆架划界问题，即“虽然本院在 2012 年判决执行条款第 3 项中裁定尼加拉瓜的主张不能得到支持，但之所以这样做，是因为后者尚未履行其根据《联合国海洋法公约》第 76.8 条规定的义务，即向大陆架界线委员会交存《公约》附件二第 4 条所要求的 200 海里外大陆架界限信息”。[106]由此，国际法院拒绝了本案被诉方基于既判力原则所提出的初步反对意见。

但值得提及的是，尽案国际法院对既判事项的认定引入了切实解决标准值得肯定，但其最终结论的正确性实际上受到了很大的质疑。其原因在于，如果国际法院在前诉实体阶段确已实质审查了某项争议，但却最终拒绝对此争议事项作出终局性裁决，其似乎实质上创设了结果空悬的司法漏洞。同时，国际法院所认定的前诉对有关争议并未予以切实解决的根本原因——“程序性要求未完全满足”也本应直接阻碍前诉的可受理性。[107]

五、结论

国际法始终面临着理想与现实之间的矛盾和张力。一方面，国际法希冀于构建一个凌驾于各主权国家之上的具有普遍性秩序的法律主义愿景。正如国际法学家劳特派特（Lauterpacht）在其专著中指出，和平“首先是一项法律命题，它是法律体系统一性的体现。从司法逻辑上看，无政府状态和私人武力的存在不可避免地将受到谴责。”[108]但另一方面，此追求仍然被国家主权的政治性面向所裹胁。

---

[104] Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 126, para. 59.

[105] Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 129, para. 74.

[106] Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 132, para. 84.

[107] Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, p. 187, para. 42.

[108] Lauterpacht, The Function of Law in the International Community, p.446.

[109]正是每个相关国家对国家同意的需求造就了国际法，由此也难以从根本上推动变革。

就国际争端解决机制而言，上述二者间的冲突和张力便全然展现着国际法院面临“灰色地带”时常流露出的摇摆不定和思绪紊乱。如果司法能动过于激进，国际司法机制将遭遇主权抵制；但若司法能动无所作为，那么此机制也将完全沦为主权附庸。由此，就既判力边界的重释而言，不应将国家主权和司法权威的互动视为二元对立的零和博弈，而应通过国际司法实践的累积而导向二者动态协调的共生演进状态。其一，既判力的主体边界应受国家同意原则的刚性制约，即除基于《规约》第 63 条规定的法定延展路径外，既判力仅限于争端当事国之间，但判决的“说服性权威”得以外溢于既判力之外，与既判力共同实现构建和维系国际司法权威的目标。正是在此互补性效力机制的共同运作下，国际法院不仅是国家间双边争端的裁决者，而且得以成为国际共识的推行者。其二，争端当事国的诉讼主张构筑既判事项的初始范围，其体现于判决主文中；但基于动态化的国家同意范围释义，既判力客体边界可延展至争端主题事项及其先决要点，并且可同时涵盖程序性事项，此延展路径得以在维护国家主权意志的基础上有效纾解国际司法碎片化之困境。其三，既判事项应限缩于已受国际法院实质审查并已得切实解决的国家同意管辖事项，此是判决既判力得以产生的应然之义，也是凸显国际司法独立并维护国际司法正义的必然选择。

尊重国家主权意志和维护国际司法权威间的动态平衡，恰是国际争端解决机制保持其生命力的关键所在。在上述辩证框架下，中国便可将既判力边界弹性及其所生发的制度韧性作为维护本国权益的法律工具加以巧妙运用。一方面，在面临国际性裁判机构越权管辖风险时，中国学者有必要全面研究既判力边界问题，借鉴已有相关判例经验，在看到动态化的国家同意范围释义可能的基础上，通过前瞻性法律行动固化主权共识，以防范国际司法能动对国家意志的蚕食可能。具体而言，在争议尚处外交阶段即以外交换文、白皮书等形式精准界定争端根本性质，表明外交途径和平解决争端的国家合意，并通过“辅助性”要件的提出把控司法管辖权和判决既判力的适度延展，由此从根本上阻断他国政府的主观诉讼构造和包装。同时，规避有关事项受到实质审查或得到切实解决，可消除既判力生成的制度前提。而对于重复包装起诉的争议问题，主张争端的“同一性”以及原判决既判力延及于此，也可成为抗辩案件可受理性的有效理由。而另一方面，国家同意范围的动态释义可成为中国利用既定判决以捍卫本国权益的创新性路径。首先，中国可通过第三方权利介入方式推动有利“约束性”判决产出，或利用他案判决的“说服性权威”有力论证本国权益主张，并在此基础上促进有利判例向国际社会普遍共识转化，甚至最终实现软法硬化。其次，当作为诉讼当事方时，中国则需要

[109] Fassbender, Sovereignty and Constitutionalism in International Law, p.143.

精细化运用司法技术，不仅需穷尽相关诉讼主张以防范既判力阻断再诉可能，同时也可充分论证判决推理的不可分割性以将关键争议要点尽可能纳入判决既判力边界内。就此，既判力的制度韧性将助力中国未来参与国际治理时实现程序性话语权，并进而发展出兼容法律理性与政治考量的系统性策略。

2025年中国国际法学会年会

《国际卫生条例》修正案与缔约国核心能力建设：履约困境、机制革新与路径选择

贾唯宇*

内容摘要： 《国际卫生条例(2005)》修正案以全球公共卫生安全为核心，重构缔约国应对突发卫生事件的核心能力框架，涵盖“预防、防范、检测与应对”全流程能力建设，并强化跨部门协作与公平资源分配机制。但缔约国仍面临着因财政短缺、技术薄弱及评估机制缺陷导致的核心能力建设困境。《国际卫生条例(2005)》修正案通过扩展风险管理维度、细化卫生服务供给要求，试图弥合能力与需求间的鸿沟，但其落地仍受制于国际援助低效、融资机制失衡及区域发展差异。因而，应当依托世卫组织协调功能、创新全球卫生融资工具、完善监督和评估机制以及深化区域合作网络等路径，全面完善全球卫生治理体系。

关键词： 核心能力建设；《国际卫生条例(2005)》修正案；人类卫生安全；世界卫生组织；国际卫生合作

引言

《国际卫生条例（2005 年）》（以下简称“《条例》”）作为一项具有法律约束力的国际协议，旨在构建全球公共卫生安全体系，适用于 194 个缔约国。根据《条例》要求，缔约国有义务发展并维持覆盖社区、基层（含指定口岸）、中层及国家层面的核心公共卫生能力，重点聚焦监测、评估、通报和应对可能引发国际关注的突发公共卫生事件（PHEIC）。具体能力要求包括流行病监测、实验室检测、风险沟通及应急响应等，以确保在疫情暴发时能够快速反应。然而，尽管《条例》自 2007 年生效后为各国设定 2012 年 6 月为履约期限，但受资源匮乏、技术薄弱等因素制约，截至 2012 年仅 42 个缔约国宣布达标，118 个国家申请延期至 2014 年。[1]此后，第 68 届世界卫生大会于 2015 年批准 81 国延期至 2016 年，[2]并优先支持 60 个非洲及中西部国家于 2019 年完成能力建设。[3]发展中国家反复申请推迟核心能力建设进程的行为，深刻暴露出其在公共卫生领域面临的结构性困境。

2020 年暴发的新型冠状病毒肺炎（COVID-19）大流行进一步暴露了全球卫

* 武汉大学国际法研究所博士研究生，辽宁台安人。

1 参见《保护人类免受未来卫生危机之祸 全球应对卫生危机高级别小组的报告》（A/70/723），第 31 页。

2 参见《卫生安全状况 秘书长的说明》（A/71/598 ），第 8 页。

3 参见《2014 年埃博拉病毒病疫情和所提问题：执行委员会埃博拉突发事件特别会议（EBSS3.R1 号决议）和第六十八届世界卫生大会（WHA68(10)号决定）的后续行动 2014 年埃博拉病毒病疫情最新情况和秘书处对所提其它问题的反应 总干事的报告》，第 5 页。

生体系的脆弱性。疫情导致约 1800 万人死亡，全球 GDP 损失高达 10 至 12 万亿美元，[4]揭示各国在应急资金、卫生系统韧性、资源分配及大流行病防范投入等方面存在显著缺陷。[5]为应对此类系统性短板，世卫组织于 2022 年启动《条例》修订，并于 2024 年 6 月最终通过修正案。[6]新版修正案将公共卫生风险管理从“监测与应对”扩展至“预防、防范、检测与应对”全流程，[7]强调卫生服务提供能力的强化，包括基础设施完善、跨部门协作及社会参与，并新增中层预防能力要求（如流行病学调查、实验室诊断及风险沟通），以提升对新兴病原体与全球疫情蔓延的应对效能。[8]

然而，修正案的推进并未彻底解决履约难题。中低收入国家仍面临公共卫生财政短缺、国际援助机制低效、世卫组织支持瓶颈及评估机制缺陷等多重挑战。尤其在非洲等地区，卫生基础设施薄弱、债务负担加剧与资源分配失衡等问题持续制约核心能力落实。在此背景下，全球协作与系统性改革的重要性愈发凸显。本文立足《条例》法律框架，结合缔约国履约现状与修正案新要求，分析核心能力建设的挑战，并从法律、资金、评估及合作等维度探讨突围现有困境的可行措施，以期为完善全球卫生治理提供参考。

一、《国际卫生条例》下核心能力建设的法律框架

《条例》要求缔约国发展应对突发公共卫生事件的核心能力，包括监测、实验室检测和风险沟通等方面，以加强基层、中层和国家层面公共卫生应对能力，及时监测、预防和应对突发公共卫生事件。[9]这些核心能力的建设有赖于立法支持、充足的资金保障以及国家协调中心的有效配合，缔约国需要通过相互协作的方式，共同发展并保持这些核心能力。具体而言，《条例》第五条、第十三条、第四十四条和附件 1 明确了缔约国发展核心能力的具体义务。由于不同国家之间的公共卫生需求、可获得资源、基础设施等具体能力水平参差不齐，《条例》第五条和第十三条要求缔约国“尽速，但不迟于本条例对该国生效之日起五年……”。根据《条例》的要求，缔约国需要按照一定的时间表建设和保持核心能力，本文依据其对缔约国生效的日期确定了建立国家核心能力的时间表，如下表 1 所示。

表 1 《国际卫生条例》要求缔约国建立国家核心能力的时间表

4 Omberg, R. T., & Tabarrok, A. *Is it Possible to Prepare for a Pandemic?,* 38 Oxford Review of Economic Policy 851-875 (2022).

5 See Kominers, S. D., & Tabarrok, A. *Vaccines and the Covid-19 Pandemic: Lessons from Failure and Success,* 38 Oxford Review of Economic Policy 719-741 (2022).

6 WHO, https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/international-health-regulations-amendments, visited on 12 March 2025.

7 WHO, World Health Assembly agreement reached on wide-ranging, decisive package of amendments to improve the International Health Regulations, https://www.who.int/news/item/01-06-2024-world-health-assembly-agreement-reached-on-wide-ranging--decisive-package-of-amendments-to-improve-the-international-health-regulations--and-sets-date-for-finalizing-negotiations-on-a-proposed-pandemic-agreement, visited on 12 March 2025.

8 参见《国际卫生条例（2005）》拟议修正案。

9 Gostin, L. O., DeBartolo, M. C., & Friedman, E. A. *The International Health Regulations 10 years on: the Governing Framework for Global Health Security,* 386 The Lancet 2222-2226 (2015).

时间	主要事件
2005 年 5 月	通过《国际卫生条例》。
2007 年 6 月	《条例》生效。
2009 年 6 月	缔约国评估其现有国家机制的能力和资源是否能够满足《条例》附件 1 确定的最低能力要求的最后期限，若没有能力，需制定并实施行动计划。
2012 年 6 月	缔约国建立所有附件 1 规定的核心能力的日期；如尚未建立，提交延期文件。
2014 年 6 月（首次延期）	获准延长期限的缔约国建立所有核心能力的日期，特殊情况下可再延期两年。
2015 年 6 月（再次延期）	81 个缔约国向世卫组织提出延期申请，延期至 2016 年，并提交进展报告。

（一）《条例》缔约国发展核心能力的义务

首先，关于缔约国发展监测能力的义务，《国际卫生条例》第五条第 1 款明确要求，各缔约国应当根据本条例附件 1 的具体规定，在不迟于本条例在该缔约国生效后五年内，尽快发展、加强和保持其发现、评估、通报和报告突发性公共卫生事件的能力。[10]此外，第十三条第 1 款对缔约国的公共卫生应对能力提出要求，各缔约国应当根据附件 1 的要求尽速、但不迟于本条例对该缔约国生效之日起五年，发展、加强和保持快速和有效应对公共卫生风险和国际关注的突发公共卫生事件的能力。世界卫生组织应该与会员国协商，发布指南以支持缔约国发展公共卫生应对能力。[11]第四十四条则强调了缔约国之间以及缔约国与世界卫生组织之间在发展、加强和保持核心能力方面的合作和援助义务。具体而言，缔约国之间的合作应当包括以下方面：发现和评估事件并采取应对措施，提供或促进技术合作和后勤支持，筹集财政资源以促进履行其根据本条例承担的义务，为履行本条例制订法律草案和其他法律和行政规定。世卫组织与缔约国之间的合作应当包括以下方面：评价和评估缔约国的公共卫生能力，向缔约国提供技术合作和后勤支持或给予方便，筹集财政资源以支持发展中国家建设、加强和保持核心能力。

附件 1 中则进一步细化了对缔约国监测、应对能力，以及对指定机场、港口和陆路口岸核心能力的最低要求。首先，关于监测和应对的核心能力方面：第一，缔约国应利用现有国家机构和资源，满足核心能力要求，这些要求包括监测、报

[10] 参见《国际卫生条例（2005）》，第五条。
[11] 参见《国际卫生条例（2005）》，第十三条。

告、通报、核实、应对和合作活动；以及指定机场、港口和陆路口岸的活动。第二，每个缔约国应在本条例对本国生效后两年内评估现有国家机构和资源满足核心能力要求的能力，并根据评估结果制定和实施行动计划，确保核心能力在本国全部领土内到位并发挥作用。第三，在社区和基层公共卫生应对能力层面，一旦发现本国领土所有地区在特定时间和地点发生的超过预期水平的涉及疾病或死亡的事件，立即向相应的卫生保健机构报告所掌握的一切重要信息，并且立即采取初步控制措施。第四，在中层公共卫生应对能力层面，应当确认所报告事件的状况并支持或采取额外控制措施，并且立即评估报告的事件，如发现情况紧急，则向国家级机构报告所有重要信息。第五，在国家层面评估和通报能力层面，应当在 48 小时内评估所有紧急事件的报告。如评估结果表明，根据第六条第一款和附件 2 该事件属应通报事件，则通过《国际卫生条例》国家归口单位根据第七条和第九条第二款的要求立即通报世界卫生组织，并且迅速决定为防止国内和国际传播需采取的控制措施，提供支持，包括专业人员、实验室分析、后勤援助、现场援助、与高级卫生官员和其他官员建立直接业务联系、与其他有关政府部门建立直接联系、与重要业务部门保持通讯联系、制定和实施国家应急预案、全天 24 小时执行。[12]

其次，关于指定机场、港口和陆路口岸的核心能力要求，一方面相关机场、港口和陆路口岸的常备能力包括：提供适宜的医疗服务机构和足够的医务人员、设备和场所，以便迅速诊治患病的旅行者，调动设备和人员，以便将患病的旅行者运送至适当的医疗设施，配备受过培训的人员检查交通工具，通过卫生监督工作确保使用入境口岸设施的旅行者拥有安全的环境，制定计划并提供受过培训的人员，以控制入境口岸及其附近的媒介和宿主。另一方面，需要应对可能的国际关注的突发公共卫生事件的能力包括：建立和完善突发公共卫生事件应急预案，为突发公共卫生事件提供适当的应对措施；评估和诊治受染的旅行者或动物，并与当地医疗和兽医机构就隔离、治疗和可能需要的其他支持性服务做出安排；提供与其他旅行者分开的适当场地，以便对嫌疑受染或受染的人员进行访视；对嫌疑旅行者进行评估，必要时进行检疫，并最好远离入境口岸；采取措施对行李、货物、集装箱、交通工具、物品或邮包进行除虫、灭鼠、消毒、除污或其他处理；对到达和离港的旅行者采取出入境控制措施；

调动专用设备和穿戴合适个人防护装备的受过培训的人员，以便运送可能携带感染或污染的旅行者。

（二）世卫组织关于核心能力建设的法定职责

根据《国际卫生条例》（IHR）第四十四条的规定，WHO 应当履行以下义务，支持、帮助、评估、监测、并协调缔约国的核心能力建设：首先，WHO 应通过

[12] 参见《国际卫生条例（2005）》，第四十四条。

制定技术指南、开展能力培训及提供专项援助等方式，为各缔约国提供指导与技术支持，帮助其系统评估并持续强化履行 IHR 要求的公共卫生核心能力；其次，WHO 承担对各国核心能力建设进展的动态监测职责，定期评估各国应对突发公共卫生事件的准备水平，并基于评估结果向缔约国反馈薄弱环节及改进建议，以推动能力提升；此外，在跨国或全球性公共卫生事件中，WHO 需发挥国际协调作用，统筹各国间的合作行动，促进疫情信息实时共享、应急资源高效调配及联合响应机制的实施，从而确保全球卫生治理体系能够协同应对跨境健康威胁。[13]

表 2 《国际卫生条例》对国家核心能力建设的具体要求

条款名称	义务类型	具体要求	
第五条第 1 款	监测能力	发现公共卫生事件	
		评估事件风险	
		通报和报告突发公共卫生事件	
第十三条第 1 款	应对能力	快速响应公共卫生风险	
		有效应对国际关注的突发公共卫生事件（PHEIC）	
第四十四条	合作与援助	缔约国义务	技术合作（培训、信息共享）
			后勤支持（物资调配）
			财政支持（发展中国家）
		WHO 义务	评估能力
			提供技术/后勤支持
			筹资协助
附件 1	分层监测与应对（国家层面、中层机构、社区层面）	国家层面	48 小时内评估事件并通报 WHO
			实施控制措施
		中层机构	核实事件并升级应对
		社区层面	实时报告及初步控

[13] 参见《国际卫生条例（2005）》，第四十四条。

2025年中国国际法学会年会

			制
	指定口岸能力	常备能力	医疗设施、卫生监督、媒介控制
		应急能力	隔离措施、消杀处理、专用设备

（三）《条例》修正案对核心能力建设的变革

《条例》自 2005 年首次修订以来，持续对全球公共卫生事务产生深远影响。2023 年，针对全球卫生环境的变化，世卫组织再次对《条例》进行了修订。此次修订的核心内容不仅延续了早期版本强调监测和应对能力的要求，还进一步扩展了涵盖的领域，特别是在预防、防范、检测及响应等公共卫生风险管理的各个阶段。《条例》最新修正案明确提出，公共卫生应对不仅需要加强各国的应急响应能力，还需注重建立更加系统、全面的公共卫生能力，推动包括社区在内的各方参与防控公共卫生事件。

1.从单一监测转变为全阶段预防与应对

《条例》修正案的最大变化之一是其不再仅停留在对“监测和应对能力”的要求，而是强调了公共卫生风险管理的全阶段能力，包括“预防、防范、检测和应对”。这一变化反映了对公共卫生事件的整体思考，意味着各国不仅要能发现并快速应对公共卫生威胁，还应具备从事件发生前到事件后的全过程防控能力。特别是在面对新兴疾病或未知病原体时，全面的预防和早期反应能力至关重要。修正案要求各国不仅要构建即时应对能力，还要加强疫情的早期监测、流行病学分析和控制措施。[14]

2.增强卫生服务提供能力

以往的《条例》核心能力要求更多集中于技术性能力，如监测、应急反应等，而此次修订突出了“卫生服务提供能力”。这一能力不仅要求缔约国确保拥有足够的基础设施和设备，还需要能够提供足够的医疗资源、专业人才及相关服务支持，以便在紧急情况下有效应对突发公共卫生事件。修正案还要求国家具备更强的卫生应急服务协调和跨部门合作能力，确保公共卫生系统能够在危机时刻正常运转。[15]

3.促进社会广泛参与和共同协作

最新修正案明确要求各国促进包括社区在内的相关利益攸关方参与公共卫生风险管理。公共卫生危机不仅是政府的责任，更需要社会各界，包括卫生部门、教育机构、民间组织、科研机构及公众等在内的各方协作。这种协作不仅能够提

[14] 参见《条例（2005）》拟议修正案，第五条、第十三条、附件 1。
[15] 参见《条例（2005）》拟议修正案，附件 1。

升应急响应效率，还能够有效动员公众参与防疫工作，减少恐慌与误解。[16]

4.强化中层预防与防范能力

此次修正案增加了中层预防、防范和应对能力的要求。这些要求强化了各国在面对公共卫生风险时的全面响应能力，确保从监测到处置、从决策到执行的每个环节都能够得到有效支撑。具体而言，这些能力包括以下方面：[17]

（1）监测：提升各国对疾病流行动态的监测能力，以便及时发现公共卫生风险。

（2）现场调查：加强对突发公共卫生事件的现场调查和流行病学分析能力，帮助准确定位疫情的源头和传播路径。

（3）实验室诊断：通过加强实验室能力，尤其是在样本转送和处理方面，确保准确及时地进行病原学诊断。

（4）实施控制措施：提升各国实施隔离、疫苗接种和其他公共卫生控制措施的能力。

（5）获得应对所需的卫生服务与卫生产品：确保在应对突发公共卫生事件时，能够有效调配医疗资源、药品和疫苗。

（6）风险沟通：包括如何处理和纠正错误信息和虚假信息，避免公共恐慌和不必要的社会混乱。

（7）后勤援助：如设备、医疗用品和运输等，为现场应急响应提供保障。

5.增强公平获取卫生服务和产品的能力

《条例》修正案特别强调各国要具备公平获取卫生服务和产品的能力，确保在突发公共卫生事件发生时，所有人群，尤其是弱势群体，能够公平获得所需的医疗资源。这一要求与全球公共卫生公平密切相关，旨在通过全球协作减少资源分配的不平等现象，确保全球公共卫生应对更加公平和全面。[18]

6.重视信息处理与传播

《条例》修正案还特别关注信息流的管理，要求各国具备处理和传播流行病学信息的能力。及时、准确的公共卫生信息对于应急响应至关重要，因此，缔约国必须能够在突发事件中迅速收集、分析和传播关键数据，同时有效应对来自媒体和社交网络上的错误信息或虚假信息，以避免引起社会恐慌和误导。[19]

二、《国际卫生条例》监测与评估框架的演进逻辑

依据《条例》第 54 条，缔约国及 WHO 总干事需定期向世界卫生大会提交履约进展报告，由此形成国际卫生条例监测与评估框架（IHR Monitoring and Evaluation Framework, 以下简称为“IHRMEF”）的制度基础。

[16] 参见《条例（2005）》拟议修正案，附件 1。
[17] 参见《条例（2005）》拟议修正案，附件 1。
[18] 参见《条例（2005）》拟议修正案，第十三条之八。
[19] 参见《条例（2005）》拟议修正案，附件 1。

（一）评估框架的初步构建

IHRMEF 框架的构建历经阶段性演进过程：在 2007 年 IHR 生效初期，履约监测主要依赖缔约国单一年度自我评估报告（State Party Annual Reporting，以下简称为“SPAR”）。然而，2003 年 SARS 疫情暴露的全球卫生治理碎片化问题，促使《条例》强化了缔约国核心能力建设的强制性要求，规定所有成员国需在 2012 年前完成能力达标。但截至 2016 年，仅 1/3 缔约国报告实现全面合规，[20]且 SPAR 机制存在显著局限性——多数国家未能持续提交年度进展数据，自我评估结果的客观性与可比性亦存疑，需要新的评估工具来更准确地评估和提升国家的卫生安全准备和响应能力。鉴于此，第 68 届 WHA（2015 年）决议通过 IHRMEF 的正式建制化，确立多维度监测体系，整合四类互补性评估工具：SPAR、自愿性联合外部评估（Joint External Evaluation，以下简称为“JEE”）、事后行动审查（After Action Review，以下简称为“AAR”）及模拟演练（Simulation Exercise，以下简称为“SimEx”），形成“常态监测-深度诊断-实践验证”的闭环评估机制。[21]

IHRMEF 的演进折射出全球卫生治理从“合规性驱动”向“效能导向”的范式转型：其通过混合使用 SPAR 和 JEE，平衡主权关切与全球卫生公共产品供给需求；同时，引入 AAR 与 SimEx 有利于进一步增强制度的适应性治理能力。[22]

（二）评估框架的逐步完善

1.SPAR 机制的功能与局限

SPAR 作为基础性监测工具，要求缔约国通过跨部门协作，按年度报告 19 项核心能力（如监测、响应、口岸卫生等）的实施进展。其设计初衷在于建立连续性数据流，支持 WHO 追踪全球卫生安全能力动态。但实证研究表明，2014 年至 2016 年间仅部分国家坚持完整提交年度报告，且埃博拉疫情的暴发表明各国的自我评估结果普遍存在乐观偏误，难以真实反映各国真实的能力缺口。[23]这一局限性催生了外部独立评估工具的需求。

2.JEE 工具的创新与迭代

JEE 作为 IHRMEF 的核心突破，采用“自我报告结合自愿性同行评审模式，每 4-5 年周期性地对缔约国 19 个技术领域、49 项指标，按照 1-5 级进行标准化评分。[24]

---

[20] Gostin, L. O., & Katz, R. *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security,* 94 The Milbank Quarterly 264-313 (2016).

[21] WHO, International Health Regulations (2005), IHR Monitoring and Evaluation Framework, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/276651/WHO-WHE-CPI-2018.51-eng.pdf?sequence=1, visited on 17 March 2025.

[22] Copper, Frederik Anton, *et al*. *Simulation Exercises and after-Action Reviews–Analysis of Outputs During 2016–2019 to Strengthen Global Health Emergency Preparedness and Response*, 16 Globalization and health 115 (2020).

[23] Ravi, S. J., Snyder, M. R., & Rivers, C., *Review of International Efforts to Strengthen the Global Outbreak Response System Since the 2014–16 West Africa Ebola Epidemic*, 34 Health policy and planning 47-54 (2019).

[24] WHO, Joint external evaluation tool: International Health Regulations (2005) - third edition, https://www.who.int/publications/i/item/9789240051980, visited on 18 March 2025.

其监测特点包括：

（1）循证决策导向：基于多利益相关方（政府、WHO、独立专家）的实地核查与结构化访谈，生成可量化、可比较的能力基线数据；

（2）动态适应性：随全球卫生安全挑战演变持续修订评估框架。例如，2022年第三版 JEE 将“国家立法与融资”拆分为独立技术领域，强化法律工具与资源可持续性的权重；合并“应急准备”与“应急操作中心”为“健康应急管理”领域，体现全周期风险管理理念；

（3）能力建设衔接：评估结果直接关联 WHO 技术援助优先级，如通过全球卫生安全议程定向支持薄弱领域。

3.AAR 与 SimEx 的实操价值

AAR 聚焦于真实公共卫生事件的回溯性分析，通过多学科专家研讨识别应急响应中的系统性缺陷（如跨部门协调失灵、信息共享滞后），推动制度性改进。[25]SimEx 则通过构建虚拟疫情场景（如新型病原体跨境传播），压力测试国家的预案可行性、资源配置效率及多机构协同能力。[26]二者共同构成“实践-反思-优化”的能力强化循环，弥补 SPAR 与 JEE 的静态评估局限。

表 3　《国际卫生条例》监测与评估框架下的四类工具

工具名称	定义与目的	性质	实施频率
缔约国自我评估年度报告 (SPAR)	国家主导的多部门审查，评估国际卫生条例核心能力实施进展	强制性	每年
事后行动审查 (AAR)	在真实公共卫生事件后，评估选定核心能力的功能性表现	自愿性	事件发生后 3 个月内
模拟演练 (SimEx)	通过虚构事件场景，评估核心能力的准备水平与功能性	自愿性	根据规划定期开展
联合外部评估 (JEE)	外部专家对缔约国国际卫生条例核心能力建设进展的独立评审	自愿性	每 4 至 5 年一次

三、缔约国核心能力建设的总体进展与区域差异

根据世界卫生大会决议框架，缔约国被要求在 2012 年前完成《条例》核心

[25] WHO, Guidance for after action review (AAR), https://www.who.int/publications/i/item/WHO-WHE-CPI-2019.4, visited on 18 March 2025.

[26] WHO, WHO Simulation Exercise Manual, https://www.who.int/publications/i/item/WHO-WHE-CPI-2017.10, visited on 18 March 2025.

能力建设，但允许通过申请延期至 2014 年或 2016 年。截至 2015 年第 68 届世界卫生大会，全球共批准 81 个缔约国延期至 2016 年完成建设。为进一步推动能力建设进程，世界卫生大会于同期确立对 60 个优先国家（含非洲中西部地区）的定向支持机制，要求其在 2019 年 7 月前实现核心能力目标。然而，基于 IHRMEF 中四项工具的交叉验证，全球核心能力建设仍面临显著结构性挑战。据缔约国自我报告显示，截至 2022 年，约 2/3 国家在国家及次国家层面具备基本核心能力，但在传染病暴发的预防与响应能力维度仍普遍存在缺口，其中非洲区域表现尤为突出。[27]

具体而言，非洲区域的核心能力呈现非均衡发展特征。2022 年数据显示，非洲区域在检测能力和运营准备方面取得了一定进展，分别有 78%的国家在检测能力和 38%的国家在运营准备方面达到了功能性能力。然而，预防能力、响应能力、资源启用与协调能力等关键领域仍明显滞后，只有 28%的国家在预防能力和响应能力上达到较高水平，资源启用与协调能力的达标率为 32%。纵向比较显示，2018 至 2022 年间，非洲区域在预防、检测、响应、资源启用、协调、筹备这六大核心能力维度上均取得了系统性进展，但整体水平仍显著落后于其他地区。这一差距部分源于非洲区域的社会经济特征，特别是低收入和中低收入国家占比高，面临着高疾病负担、卫生资源竞争激烈以及疫情后复苏能力薄弱等多重挑战。[28]

2016 年至 2019 年间，JEE 工具的深度评估进一步揭示了非洲地区在技术性能力方面的缺口。在 19 个技术领域中，抗菌素耐药性防控、生物安全与安保、多灾害应急响应规划、化学与辐射事件应对等核心能力的达标率低于 10%。尤其是在“预防”领域，15 项指标中 12 项的最高能力等级仅为 2 级；在“响应”领域，只有 3%的国家具备国家级多灾害应急预案。值得注意的是，尽管非洲地区在检测能力的定量指标中表现相对较好，78%的国家达到了功能性级别，但 JEE 评估显示其检测系统的技术完备性仍存在缺陷。在 13 项检测指标中，只有 1 项达到最高水平，这表明该地区的监测网络灵敏度和实验室诊断能力仍需要提升。总体而言，非洲地区的 IHR 能力建设呈现出“检测驱动型”的特征，但在关键的预防与响应环节的薄弱性可能削弱其公共卫生安全体系的整体韧性。这一现象凸显了全球卫生治理中的“能力-需求”错配问题，亟需通过定向技术援助、可持续筹资机制以及区域合作框架加以系统性改善。[29]

四、缔约国面临核心能力建设的主要挑战

[27] See Eze, P., Idemili, J. C., Nwoko, F. O., James, N., & Lawani, L. O. *Epidemic Preparedness and Response Capacity Against Infectious Disease Outbreaks in 186 Countries, 2018–2022*, 24 BMC Infectious Diseases 1-11 (2024).

[28] See Eze, P., Idemili, J. C., Nwoko, F. O., James, N., & Lawani, L. O. *Epidemic Preparedness and Response Capacity Against Infectious Disease Outbreaks in 186 Countries, 2018–2022*, 24 BMC Infectious Diseases 1-11 (2024).

[29] See Talisuna, Ambrose, *et al., Joint External Evaluation of the International Health Regulation (2005) Capacities: Current Status and Lessons Learnt in the WHO African Region.* 4 BMJ global health e001312 (2019).

修订后的《条例》对缔约国提出了更高的核心能力建设要求，但在实际执行过程中，缔约国的核心能力建设在资源分配、能力建设、国际合作等方面实际面临的诸多挑战不减反增。特别是对中低收入国家而言，公共卫生体系的脆弱性使得它们在疫情防控和应对方面遭遇了比其他地区更为严峻的挑战。这一现象的深层次成因源自这些国家长期以来在经济、社会和卫生领域的历史性遗留问题，尤其是在公共卫生领域的严重资金不足。中低收入国家特别是非洲国家的公共卫生困境，与其深刻的被殖民历史背景密切相关。大量的非洲国家未能建立起稳定的公共卫生基础设施，许多地方仍面临着医疗人力资源短缺、医疗设备和药品供应不足等问题，这些问题的存在使得它们难以有效应对突发公共卫生事件。[30]特别是在疫情爆发的初期，这些国家更是暴露出公共卫生体系的脆弱性，成为全球公共卫生危机中的高风险区域，亟待强化核心能力建设。然而这些国家的核心能力建设却面临着多重挑战，既包括公共卫生财政预算严重不足、国际卫生合作与援助机制运行困境，还包括 WHO 支持机制的效能瓶颈和监测评估机制的结构性缺陷。

（一）中低收入国家公共卫生财政预算严重不足

2001 年，非洲联盟在《阿布贾宣言》中作出历史性承诺，要求成员国将至少15%的国家预算投入卫生领域，旨在系统性解决公共卫生资金长期短缺问题，提升疾病防控体系效能。[31]然而，世界卫生组织 2023 年数据显示，截至当前，仅有卢旺达、博茨瓦纳和佛得角三国达成该目标，其余国家卫生预算占比普遍低于10%。[32]这一差距表明：尽管非洲多国政府公开承诺支持卫生能力建设，但在财政资源分配层面仍存在严重失衡，反映出政策承诺与实际执行间的结构性矛盾。这些国家的公共卫生资源严重不足，卫生部门的预算无法满足防范和应对公共卫生危机所需的基础设施建设、疫苗采购、医疗物资储备等方面的支出。卫生财政资金不足使得非洲国家在面对全球公共卫生挑战时处于更加脆弱的地位。

除此之外，愈发沉重的债务负担更加剧了中低收入国家的公共卫生财政赤字，特别是非洲国家。随着近年来全球经济形势的变化，尤其是 COVID-19 疫情的爆发，许多中低收入国家面临着巨大的经济压力。为了应对疫情及其带来的经济损失，许多国家不得不增加借款和债务支出，这些国家的债务偿还压力导致财政空间进一步压缩。据统计，2019 年，有 54 个中低收入国家的债务偿还支出高于其国内医疗支出，而这些国家的总人口超过 33 亿人。[33]非洲国家的债务总额不断上

[30] See Cullet P., *Differential Treatment in Environmental Law: Addressing Critiques and Conceptualizing the Next Steps*, 5 Transnational Environmental Law 305-328 (2016).
[31] Africa CDC, Africa's Health Financing in a New Era, https://africacdc.org/download/africas-health-financing-in-a-new-era-april-2025/, visited on 21 March 2025.
[32] Africa CDC, Africa's Health Financing in a New Era, https://africacdc.org/download/africas-health-financing-in-a-new-era-april-2025/, visited on 21 March 2025.
[33] Federspiel F., et al., *Growing Debt Burden in Low-and Middle-Income Countries during COVID-19 May Constrain Health Financing*, 15 Global Health Action 2072461 (2022).

升，这意味着它们的公共卫生领域无法获得足够的资金支持。预计 2025 年，非洲国家需要偿还 810 亿美元的债务，这些债务远超过预期的外部融资流入，进一步压缩了用于健康投资的财政空间。[34]由于债务偿还占用了大量的财政收入，导致公共卫生资金的投入大大减少。据估算，许多中低收入国家每年的公共卫生资金需求约为 162 亿美元，其中至少存在 70 亿美元的资金缺口。[35]这使得这些国家在疫情防控和公共卫生能力建设方面的财政预算更加紧张，无法有效地维持和加强疫情预防、诊断、治疗等方面的能力。

（二）国际卫生合作与援助机制面临运行困境

首先，国际合作与援助往往受到各国经济因素的影响，缺乏长期的稳定性和持续性。根据《条例》修正案第四十四条第二之二款的要求，缔约国应根据本国的法律和现有资源情况，保持或增加国内供资，确保公共卫生核心能力建设的可持续性。[36]尽管许多国家认识到国内资金对公共卫生建设的重要性，但实践中大多数低收入国家的公共卫生预算非常有限，财政资源的配置优先级往往偏向于经济发展、基础设施建设等其他领域。这导致发展中国家通常缺乏足够的财政资源来支持公共卫生系统的建设和应急响应能力的提升。许多中低收入国家的国内公共卫生预算不充足，在面对疫情等公共卫生事件时往往缺乏足够的资金进行有效应对，高度依赖于国际合作与援助机制的支持。尽管《条例》修正案明确要求各缔约国通过国际合作和援助，尤其是筹集资金支持发展中公共卫生核心能力建设。但实际上，在全球公共卫生危机暴发后，许多中低收入国家难以迅速获得足够的资金支持、技术援助和物资供应，这在很大程度上阻碍这些国家有效应对公共卫生事件。发达国家在支持低收入国家提高公共卫生应对能力方面的合作表现出了有限的团结。国际社会在资金分配上的不均衡，加剧了贫富国家在公共卫生能力建设上的差距。尤其是低收入国家常常无法满足全球公共卫生应急响应的最低标准，进一步暴露了国际卫生合作和援助机制的不足。

其次，国际合作与援助的有效性不仅受到经济因素的影响，政治因素同样是制约国际合作的关键障碍。缔约国间在公共卫生应急响应中的协调与合作往往受到各国外交政策和国内政治的影响。例如，一些国家可能出经济、政治或安全的考虑，选择优先保护自身利益，而推迟或减少对其他国家的援助。此外，国际卫生合作往往缺乏强有力的强制机制，尤其是在应对跨国疫情爆发时，国家间的合作意愿和执行力度显得尤为关键。以 COVID-19 大流行为例，一些国家选择了采取民族主义政策，即首先保障国内需求，而对全球援助提供的承诺较少。这种局面导致全球资源的分配不均，尤其是在疫苗、药物和医疗物资的分配方面，全球

[34] Africa CDC, Africa's Health Financing in a New Era, https://africacdc.org/download/africas-health-financing-in-a-new-era-april-2025/, visited on 21 March 2025.
[35] Evaborhene N. A., *et al.*, *The Pandemic Treaty, the Pandemic Fund, and the Global Commons: Our Scepticism,* 8 BMJ global health e011431 (2023).
[36] 《条例》第四十四条第二之二款。

合作面临严峻挑战。此外，特朗普政府决定退出 WHO 并停止对 WHO 的资金支持和对外援助，这一举措进一步削弱了国际卫生合作的效果。2022 年至 2024 年期间，非洲的疾病暴发增加了 41%。然而，非洲大陆的官方发展援助（ODA）损失了 70%，从 2021 年的 810 亿美元暴跌到 2025 年的 250 亿美元。[37]这主要是由于美国削减了资金——而官方发展援助涵盖了非洲大陆 30%的卫生支出美国作为全球最大经济体之一，其退出 WHO 和停止资金支持的决定使得全球公共卫生资源和协调工作面临了更加复杂的局面。这一政治决策不仅削弱了全球公共卫生领域的合作与信任，还对其他国家的卫生能力建设产生了深远的负面影响。

除了资金援助外，技术援助和能力建设也是公共卫生应急响应中至关重要的一部分。尽管《条例》修正案鼓励缔约国通过合作机制分享技术和经验，但在实际操作中，技术援助的实施往往遇到困难。一方面，许多低收入国家在技术转移和创新方面存在基础设施和技术能力的不足，难以有效吸收和应用国际援助中的先进技术。另一方面，技术援助的缺乏规范性和透明度也使得援助的效果难以保证，往往难以达到预期的公共卫生提升效果。

（三）WHO 支持机制的效能瓶颈

尽管 WHO 在全球公共卫生事务中扮演着至关重要的协调和指导角色，但在推动全球公共卫生能力建设和应急响应时，在协调多个国家和国际机构的利益、信息共享、技术支持和执行力方面，WHO 未能充分发挥主导作用。一方面，在全球公共卫生行动中，WHO 的主导作用受到多方利益协调的挑战。各个国家、国际组织以及非政府组织、行业协会和私人公司等利益相关者的不同立场，常常导致在公共卫生危机的应对措施上产生分歧。WHO 的“轻法律治理”倾向使其难以推动政策落地全球卫生治理体系中的各利益方，包括非政府组织、行业协会、私人企业等，增加了全球卫生政策实施的复杂性。[38]除此之外，虽然 WHO 有全球公共卫生政策的权威，但由于其财政依赖成员国自愿捐款，导致政策制定易受捐助大国意愿影响。[39]例如，疫情期间发达国家主导议程设置，发展中国家在数据共享、疫苗分配等环节处于弱势，[40]这种情况在一定程度上延迟了全球共同应对疫情的时效性和一致性。此外，由于 WHO 无法强制要求各国遵守其建议，这种多方利益的协调问题加剧了全球卫生治理的复杂性和难度。尤其是在公共卫生危机发生时，WHO 面临着各方意见的压力，缺乏强有力的执行机制使其难以推动各国迅速而有效地执行必要的公共卫生措施。

---

[37] Africa CDC, Africa’s Health Financing in a New Era, https://africacdc.org/download/africas-health-financing-in-a-new-era-april-2025/, visited on 21 March 2025.

[38] 贺嘉：《全球公共卫生治理中的成员遵约机制研究》，《西南政法大学学报》2020 年第 03 期，第 19-31 页。

[39] 蔡洁、 俞顺洪：《全球卫生治理重塑中的世界卫生组织》，《上海对外经贸大学学报》2021 年第 1 期，第 49-63 页。

[40] 何丹：《人类卫生健康共同体理念与全球卫生治理体系的完善》，《国际问题研究》2022 年第 5 期，第 118-138 页。

另一方面，WHO 作为全球公共卫生治理的核心机构，虽拥有制定全球公共卫生政策的权威，但其缺乏有效的强制性执行机制，成员国常以主权为由规避义务，如疫情期间部分国家未充分共享数据，甚至违反条例规定。[41]全球卫生政策的落实仍依赖于各国政府的合作和资金支持，而这往往受到各国国内政治、经济和社会条件的制约。而且全球公共卫生应急响应的有效性在很大程度上依赖于信息共享和技术支持。然而，由于全球卫生数据的不对称性和技术能力的差距，WHO 在全球公共卫生资源的协调和信息共享时面临诸多困难。尤其是在一些低收入国家，公共卫生信息的采集、分析和报告能力严重不足，使得 WHO 在全球疫情监测和数据分析方面面临制约。例如，许多低收入国家缺乏有效的流行病学监测系统和数据处理能力，导致全球公共卫生风险难以及时识别和控制。[42]即使 WHO 在全球层面提供了技术支持和资源协调，但由于这些国家缺乏足够的技术和人力资源，WHO 的支持往往难以直接有效地转化为行动成果。此外，全球公共卫生数据的实时共享仍面临着许多障碍，包括数据的安全性、隐私保护问题以及国家间对信息共享的政治顾虑。这些问题进一步限制了 WHO 在全球公共卫生应急响应中的领导作用和协调能力。

（四）监测评估机制的结构性缺陷

《条例》修正案要求世卫组织评价和评估缔约国是否满足核心能力要求，并逐步发展完善了多维度的核心能力监测和评估体系 IHRMEF。然而，当前 IHRMEF 机制仍存在明显局限性，无法有效地反应缔约国预防、防范和应对大流行病的能力。

首先，《条例》仅要求缔约国定期自我报告核心能力建设情况，因而 SPAR 是该监测和评估框架中唯一的强制性机制，其由各国自行评估后通过指定单位在线报告核心能力的进展情况，且没有其他外部评估机制监督。这意味着，相关评估结果高度依赖于缔约国主动提供的信息，而缔约国自我报告信息的真实性与全面性可能受到国内政治、资源状况或能力限制等多重因素的影响。JEE、SimEx、AAR 则较为注重多学科的参与，包括外部专家、公共卫生专家和其他相关部门的共同参与，全面评估国家在多个领域（如国家实验室系统、监测系统、应急响应等）能力的建设进展情况。但这三类评估工具均具有任意性，由缔约国自愿采取，缔约国没有义务接受外部专家的现场访问。在缺乏第三方机制独立审查的情况下，难以确保国家自我评估的结果真实可靠。在某些情况下，各国政府对 IHR 要求的执行并不完全透明，就一些不愿暴露其自身公共卫生弱点的国家而言，可能在报告中遗漏关键数据或低估疫情的严重性，这使得部分评估过程存在信息不

[41] 熊爱宗：《新冠肺炎疫情下世界卫生组织面临的挑战及其应对》，《国际经济评论》2020 年第 06 期，第 159-176 页。

[42] 田旭、 徐秀军：《全球公共产品赤字及中国应对实践》，《世界经济与政治》2021 年第 9 期，第 128-154 页。

透明、评估不全面的情况。这种情况可能导致国家层面乃至全球层面对新发或既发公共卫生风险的误判，进而影响全球疫情预防、防范和应对策略的及时制定和协调。

再次，国家核心能力建设合规的监测与评估过程涉及各国政府、世卫组织、非政府组织等多利益相关者，以及法律、技术、财务等多个维度。这使得合规性监测变得颇为复杂，大为增加了缔约国执行的时间成本和经济成本，限制了其覆盖范围和实施频率。且不同监测与评估框架的指标之间存在较大差异。以 2022 年更新的 SPAR 工具（第二版）和 JEE 工具（第三版）的具体指标为例， SPAR 包含了 15 项能力和 35 个具体指标，主要集中在国家报告能力的有效性与国家层面政策的执行能力方面；[43] JEE 则包含 19 个技术领域，涵盖了更广泛的公共卫生应急管理能力，尤其是实验室和检测能力、应急准备和健康紧急管理等方面，更为重视抗菌素耐药性防控、生物安全与安保、多灾害应急响应规划等相关指标更为细化。[44]但是否指标更多、更全面，就能更真实地反映缔约国应对大流行病的实际能力？实则不然，正如《国际卫生条例》审查委员会在报告中指明，COVID-19 清楚地揭示了国家核心能力评估结果与疫情应对的实际差距。[45]例如，美国在 2016 年 JEE 评分中“卫生应急响应行动（Emergency response operations）中”达 4 级（最高 5 级），但其 COVID-19 导致的死亡率远超 2017 年获相似评分的瑞士。[46]因而，IHRMEF 机制关键问题在于，对缔约国而言，究竟哪些指标更能够有效地反映国家核心能力建设的实际情况，从而能够更好地预防、防范和应对未来可能发生的大流行病。

五、强化缔约国核心能力建设的具体路径

（一）充分发挥 WHO 的指导作用，强化技术支持

尽管 WHO 在公共卫生领域有着重要的战略指导和协调作用，但其在某些领域的支持仍显不足。为了进一步强化全球公共卫生能力，WHO 应在现有框架的基础上，加强对各国公共卫生体系建设的具体支持。这不仅包括提供技术指导、数据分析支持和应急响应的直接援助，还应推动全球范围内的政策协调，确保各国能够统一行动，避免单独行动造成资源浪费或效果减弱。[47]在 WHO 的支持下，各国应更加注重加强基础设施建设，特别是在疫情监测、实验室检测、风险沟通

---

43 参见《<国际卫生条例(2005)>缔约国自评年度报告工具，第二版》，第 8 页。

44 WHO, Joint external evaluation tool: International Health Regulations (2005), 3rd ed, iris.who.int/handle/10665/357087, visited on 21 March 2025.

45 WHO, Report of the Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) during the COVID-19 response, https://www.who.int/publications/m/item/a74-9-who-s-work-in-health-emergencies, visited on 21 March 2025.

46 在 JEE R2 项目“应急响应行动”中，包括四项评分，R.2.1 启动紧急行动的能力、R.2.2 紧急行动中心作程序和计划、R.2.3 紧急行动计划、R.2.4 针对《国际卫生条例》相关危害实施病例管理程序，其中 2016 年美国的各项评分分别为 5/4/4/3，平均分为 4；2017 年瑞士的各项评分分别为 5/4/4/5，平均分为 4.5。数据来源自：WHO, https://extranet.who.int/sph/jee, visited on 20 March 2025.

47 蔡洁、 俞顺洪：《全球卫生治理重塑中的世界卫生组织》，《上海对外经贸大学学报》2021 年第 1 期，第 49-63 页。

等关键领域的能力提升。WHO 可通过设立更多的培训项目、提供资源支持以及共享全球公共卫生信息，帮助各国建设更为健全的公共卫生系统，特别是在低收入国家，确保其在应对全球性公共卫生危机时具备更高的反应能力。WHO 还应加强其在国际公共卫生法律和政策制定中的作用，推动缔约国通过立法手段建立更具可操作性和强制性的公共卫生体系，以确保核心能力建设和公共卫生应急响应能够依法执行。同时，WHO 还应推动对《国际卫生条例》及其他国际卫生标准的实施，协助各国在实践中落实相关规定。

随着技术和数据在公共卫生领域的作用日益增强，技术支持和能力建设已成为提高公共卫生核心能力的关键。WHO 应继续强化对低收入国家的技术援助，特别是在流行病学监测、实验室能力建设、风险评估等领域，通过技术援助项目，提供必要的设备、软件、人员培训等支持，帮助各国建立和完善其公共卫生信息系统。例如，通过全球疫情警报和反应网络等项目，帮助发展中国家获得先进的疫情监测技术，确保在疫情爆发时能够快速反应和提供精准数据。[48] WHO 还可通过提供数字化工具、远程技术支持和建立共享技术平台，帮助各国提升公共卫生应急响应能力。尤其是在疫情爆发初期，许多低收入国家的技术支持体系严重不足，导致其在应急响应时未能迅速行动。通过加强技术援助，世卫组织将有助于弥补这些国家在技术和人力资源方面的缺口，提升其整体公共卫生应对能力。除了短期的技术援助和培训外，WHO 还应帮助各国制定长期的技术发展规划，确保这些国家能够持续改善其公共卫生技术基础。此外，跨部门协作和多方参与也是加强技术支持的必要路径。WHO 可协助各国建立跨部门合作机制，确保各级政府、私营部门、国际组织及民间社会共同参与公共卫生技术支持和能力建设工作。通过整合各方资源和力量，提升技术支持的效果和范围，进而提升全球公共卫生核心能力建设的整体水平。

（二）加大国内外资金支持，确保卫生融资公平可持续

公共卫生核心能力建设需要大量的财政支持，尤其是在中低收入国家。然而，尽管《条例》要求各国政府增加对公共卫生的财政投入，许多国家在实际执行中仍然存在严重的资金不足问题。因此，缔约国应当优先通过增加国内公共卫生财政投入来加强核心能力建设，这是各国应履行的义务。首先，各缔约国应增强国内财政对公共卫生领域的投入，尽量提高公共卫生部门的预算比例。尤其是部分非洲和亚洲国家，长期以来公共卫生部门预算低、资源分配不合理，导致其卫生系统长期处于弱势地位。根据《条例》的要求，缔约国应当在自己的财政能力范围内，确保公共卫生领域的长期投入。各国必须增强公共卫生部门的财政预算，确保将足够的资源用于卫生基础设施、公共卫生服务、疾病预防、实验室能力建

[48] WHO, Rapidly detecting and responding to health emergencies，https://www.who.int/activities/rapidly-detecting-and-responding-to-health-emergencies, visited on 22 March 2025.

设、流行病学监测等领域。这不仅仅是各国履行《条例》的义务，更是其公共卫生体系可持续发展的关键。通过增加公共卫生预算，这些国家能够更好地构建应对突发公共卫生事件的能力，从而提高全球卫生治理的整体效果。此外，世卫组织还应推动债务减免或债务重组，帮助负债沉重的低收入国家减轻债务压力，为公共卫生投资腾出更多资金。例如，国际社会可以通过减少或免除这些国家的外债，使得其能够将更多的财政资源投入到公共卫生建设中。这不仅能够提高这些国家的公共卫生应对能力，还能够减轻它们因债务负担过重而无法发展其他重要领域的困境。

除了国内财政支持外，国际合作和援助机制在强化公共卫生能力建设方面也起着至关重要的作用。WHO 应加大对低收入国家的财政支持，推动国际社会向贫困国家提供更多的援助和技术支持。[49]现有的全球卫生融资缺乏系统性和可持续性，资金的来源和分配经常出现不平衡。尤其是现有的国际援助机制往往过于集中于短期应急反应，忽视了公共卫生系统的长期建设，这导致很多低收入国家在突发公共卫生事件后无法恢复到正常的卫生服务水平。为解决这些问题，全球卫生融资机制应更加注重公平性和可持续性。公平性要求全球资金的分配要充分考虑不同国家的经济能力和公共卫生需求，确保发展中国家能够获得足够的资金支持，满足其基础卫生设施和服务的需求。可持续性则意味着资金的投入不仅仅是为了应对当前的疫情，还需要支持公共卫生系统的长期建设，帮助这些国家提升应对未来卫生危机的能力。

除了传统的政府拨款和国际援助外，推动多元化融资机制至关重要。可以通过增加公共卫生领域的税收、创新融资工具和发展公共私营合作等方式，增加卫生领域的资金来源。这些创新的融资机制不仅能够为中低收入国家提供更多的资金支持，还能够提高这些国家在全球卫生治理中的主动性和话语权。此外，多元卫生伙伴的参与也能够为公共卫生建设提供重要的资金支持。在全球卫生伙伴关系中，全球抗击艾滋病、结核病和疟疾基金（以下称“全球基金”）、全球疫苗免疫联盟、流行病防范创新联盟、疫苗联盟等融资机构均建立了由政府、政府间国际组织、私营部门、慈善机构和民间社会等公私合作的创新伙伴关系。它们创新了融资方式，包括通过配比基金、预先市场承诺[50]、国际免疫融资机制[51]和疫苗计划等多元筹资手段，为预防和治疗艾滋病、结核病、疟疾、埃博拉、腮腺炎、麻疹及新发传染病疫苗的研发与生产提供了可观的资金支持。2020 年，全球基金设立了新冠应对机制，致力于减少新冠疫情对抗击艾

[49] 何丹：《人类卫生健康共同体理念与全球卫生治理体系的完善》，《国际问题研究》2022 年第 5 期，第 118-138 页。

[50] 参见[美]劳伦斯·O.戈斯廷：《全球卫生法》，翟宏丽等译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 136-137 页。

[51] 参见[美]劳伦斯·O.戈斯廷：《全球卫生法》，翟宏丽等译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 136-137 页。

滋病、结核病和疟疾的影响。[52]通过鼓励多元主体有序、充分、合理参与到全球卫生融资中，可以有效弥补卫生融资资金的不足，推动全球卫生融资项目的多元化发展。

（三）完善缔约国核心能力建设的监测和评估机制

有效的监测和评估机制是全球公共卫生安全的基础，特别是对《条例》规定的核心能力建设来说，确保缔约国能够及时发现并有效应对突发公共卫生事件至关重要。然而，鉴于当前 IHRMEF 监测和评估框架仍存在一定的不足，尤其是在评估的透明度、客观性、数据可靠性和反馈机制等方面。为了提高《条例》实施的效果，必须对现有的监测和评估机制进行改进，增强其监督力度和执行效能。

首先，就自我评估报告机制而言，由于其内容高度依赖各国提供的信息，可能受到国内政治因素、资源压力和公共卫生能力薄弱等影响，导致结果偏差。为解决这一问题，可以在自我评估报告的基础上，引入外部验证机制。除了国家自行提供的官方数据外，允许使用民间社会、学术专家等非官方数据源进行补充评估。这些非官方数据源能提供独立、客观的信息，增强评估报告的准确性和可信度。例如，非政府组织、公共卫生领域的研究人员及国际公共卫生专家等可以参与数据收集和验证工作。必要时，WHO 工作人员也可以独立收集公共卫生数据，以确保数据的全面性和准确性。[53]

其次，可以引入成员国之间的同行评审，以增加监测和评估机制的透明度和声誉激励，促使国家遵守义务。同行评审是一种有效的监测工具，通过成员国之间的互动评估，增强了评估过程的透明度和公正性。引入同行评审机制，可以为全球公共卫生能力建设提供多元视角和实践经验，尤其在发现问题和改进实施方案方面具有重要作用。在同行评审过程中，各国通过相互评审，分享最佳实践和成功经验，促进全球公共卫生能力的持续提升。例如，经济合作与发展组织在反贿赂公约框架下采用的同行评审机制，通过各成员国之间的定期评审，不仅提高了透明度，还推动了成员国在反贿赂方面的共同进步。同样，国际能源署（IEA）的“紧急响应审查”也通过同行评审来评估成员国在应急情况中的准备情况。通过引入类似的同行评审机制，成员国能够共享公共卫生应急响应的经验和挑战，增进理解和合作。同行评审不仅增强了缔约国的责任感和声誉激励，还能促进跨国公共卫生问题的深入讨论与解决方案的探索，帮助各国克服实施《国际卫生条例》过程中遇到的具体问题和挑战。[54]

在现有同行评审和自我评估机制之外，还可以建立一个独立常设的全球公共卫生监督机构。该机构应在 WHO 框架下运行，但需保持高度独立性和专业性，

---

[52] See Global Fund, Response Mechanism, https://www.theglobalfund.org/en/covid-19/response-mechanism/, visited on 29 March 2025.

[53] Berman, A., *Closing the Compliance GAP: From Soft to Hard Monitoring Mechanisms under the International Health Regulations*, 20 Washington University Global Studies Law Review 593 (2021).

[54] INT'L ENERGY AGENCY, https://www.iea.org/ (last visited Jan. 4, 2021).

专门负责长期监测评估各国公共卫生核心能力建设情况，并提出针对性改进建议。哈佛-伦敦卫生与热带医学学院独立小组即曾提议设立全球疾病防控问责委员会。[55]这一构想可借鉴联合国麻醉药品管制体系的成功经验，即通过国际麻醉药品管制委员会这一独立监管机构监督条约执行情况，并对违规国家提出外交协商和政策修改建议。[56]此类独立监督机制不仅能强化《条例》的执行效力，督促各国履行公共卫生责任，还能避免 WHO 的行政干预，确保评估工作的客观性和透明度，从而提升全球卫生治理的公信力和运行效能。

（四）加强缔约国之间的信息交流、共享与合作

公共卫生事件的应对需要依赖实时、准确的信息，这对疫情的及时识别、传播路径的追踪、以及控制措施的制定至关重要。尤其在传染病爆发期间，数据的迅速共享能够帮助各国政府、公共卫生组织和国际合作伙伴了解疫情发展趋势，预测疾病扩散范围，从而优化防控措施。WHO 在其指导文件中多次强调，“快速数据共享在健康应急中至关重要”。[57]这一点也在 COVID-19 大流行期间得到了充分验证：数字化工具如 HealthMap、ProMED 等，已经在 COVID-19 疫情期间为全球疫情监控提供了重要的技术支持。[58]这些工具能够实时收集和分析各国的疫情数据，帮助公共卫生部门迅速掌握疫情动态，制定合理的应对措施。因而，为了实现全球范围内的有效信息共享，必须建立更加健全的全球数据共享机制，推动数字化公共卫生监测系统的建设，通过物联网、大数据、人工智能等技术，提高公共卫生数据的实时性、精准性和可靠性。首先，WHO 应当充分协调各国在数据收集、共享、分析和发布方面的合作，推动国家间、地区间的信息透明度。[59]包括加强公共卫生数据平台的建设，推动各国共享疫情信息、病例数据、健康系统状况等信息，确保信息能够及时传递、分析并用于决策支持。[60]特别是在突发公共卫生事件期间，WHO 应扮演信息协调者的角色，确保不同国家、地区和国际组织之间的数据流动更加高效、透明。此外，WHO 应当继续重视通过全球流感监测和响应系统，在各国之间提供病毒变种、传播路径和防控策略的信息。通过设立共享数据平台，提供实时的疫情信息，能够促进全球公共卫生资源的协调与调度，从而更好地应对跨国传播的疾病。[61]这不仅能够为全球疫情防控提供

---

[55] Moon, Suerie, *et al., Will Ebola Change the Game? Ten Essential Reforms Before the Next Pandemic. The Report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola,* 386 The Lancet 2204-2221(2015).

[56] 《麻醉品单一公约(1961)》，第九条。

[57] World Health Organization. (2016). Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks. World Health Organization. https://iris.who.int/handle/10665/250580

[58] Bhatia, Sangeeta, *et al.*, *Using Digital Surveillance Tools for Near Real-Time Mapping of the Risk ff Infectious Disease Spread,* 4 NPJ digital medicine 73 (2021).

[59] 世卫组织，传染病爆发伦理问题管理指南，https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250580/9787513261357-chi.pdf，2025 年 3 月 26 日访问。

[60] 熊爱宗：《新冠肺炎疫情下世界卫生组织面临的挑战及其应对》，《国际经济评论》2020 年第 06 期，第 159-176 页。

[61] Fallatah, D. I., & Adekola, H. A., *Digital Epidemiology: Harnessing Big Data for Early Detection and Monitoring of Viral Outbreaks*, 6 Infection prevention in practice 100382 (2024).

了宝贵的数据支持，还可以通过分享病毒、数据和利益的方式来培养全球信任、促进全球合作。

其次，区域合作框架也有助于降低资源共享的不平衡问题。在面对跨国疫情传播时，地区间的合作与信息流动尤为关键。[62]各国需要通过区域合作机制，及时交换信息和协作应对措施。非洲、亚洲和拉丁美洲等发展中国家，在技术、资金、卫生基础设施等方面普遍存在不足。通过建立区域公共卫生合作网络，提供资源共享、技术援助和培训支持，能够提升这些国家的公共卫生应急响应能力。尤其是在疫情爆发初期，发展中国家的卫生资源紧张，信息共享平台能够帮助他们获取国际卫生应急响应的最新动态，制定更为有效的防控策略。例如，非洲联盟成员国已在加强区域公共卫生信息共享方面取得了一定进展，通过设立区域公共卫生监测平台，提高了区域内国家对疫情的监测能力和应对效率。[63]东南亚国家在传染病监测和应对中，也借助东南亚公共卫生网络等区域合作框架，实现了快速信息共享，提升了区域应对能力。[64]这种跨境合作模式不仅有效提高了疫情响应速度，还促使国家间在公共卫生领域的资源和技术支持得到了优化。同时，还应当逐步完善国际间数据共享的法律框架。随着数字化技术和大数据分析的广泛应用，公共卫生数据越来越依赖于个人健康数据、基因组数据等敏感信息。这些数据的共享和流动需要遵循严格的隐私保护措施，避免个人数据的滥用和泄露，在确保数据隐私和安全的前提下进行共享。[65]WHO 应支持成员国建立强有力的公共卫生数据安全与隐私保护机制，建立与完善符合伦理要求的全球标准和法律框架，确保敏感数据在全球信息共享过程中得到妥善处理。[66]

2025年中国国际法学会年会

[62] Merrill, Rebecca D., *et al.*, *Responding to Communicable Diseases in Internationally Mobile Populations at Points of Entry and along Porous Borders, Nigeria, Benin, and Togo,* 23 Emerging Infectious Diseases S114 (2017).

[63] Kangume, Ms Mallion, *et al., Continental Strategic Framework to Strengthen Cross-Border Surveillance, Coordination and Information Sharing in Africa,* 152 International Journal of Infectious Diseases 107434 (2025).

[64] Davies, S. E., Containing Contagion: The Politics of Disease Outbreaks in Southeast Asia, Johns Hopkins University Press, 2019, p. 173.

[65] WHO, Global strategy on digital health 2020-2025, https://www.who.int/publications/i/item/9789240020924, visited on 23 March 2025.

[66] WHO, WHO Personal Data Protection Policy, https://www.who.int/publications/m/item/who-personal-data-protection-policy, visited on 23 March 2025.

美国对外经济制裁中的“法律战”思维与中国因应

盛健宁 李滨*

摘要：在美国对外关系中，美国运用法律制度实施对外经济制裁以达到与传统武装冲突相当的战略效果，反映出“法律战”思维对美国对外经济关系的深刻影响。“法律战”有“工具型法律战”“遵守—利用差异法律战”两种表现形态，对外经济制裁作为一种典型的“工具型法律战”，可能引发新型的“经济法律战”。美国对外制裁因对平民造成过度伤害，不合理扩张管辖权并违反国际法基本原则，而不具备合法性；因违反国际人道法中的必要性、区分原则和相称性原则而缺失正当性。在中美关系中，美国对中国发起的单边经济制裁具有遏制中国综合国力发展的军事战略特征，是一种特殊的“经济法律战”。中国应准确研判美国对华经济制裁的规律与走向，充分检视经济制裁发生战略效应的前提基础与限度，建立起中国的法律战因应体系并施以有效反制，这不仅为中国应对新一轮美国发起的“关税战”“贸易战”提供了重要工具，也有助于中国在涉外法治斗争中维护以《联合国宪章》为基础的现行国际秩序。

关键词：法律战，经济制裁，正当性与合法性，反制

引言

制裁是美国外交政策的核心工具之一，也是美国遏制竞争对手最常用的手段。美国已经建立起以制裁法和总统令为框架的制裁法律体系，覆盖反恐、人权、信息安全等领域。美国对外经济制裁受到具有军事战略性质的“法律战”思维的深刻影响，将经济制裁作为一种能够实现与武装冲突在目的和效果上相当的战略手段。正如现代战争实践中，运用“法律战”能够削弱敌方的合法性，实现有效的“软杀伤”作用，制定和实施有关制裁的法律制度则是运用以经济为内容的“法律战”，谋求国际关系博弈中的优势或主导地位。美国的经济制裁是一种“工具型法律战”，也可称其为“经济法律战”。正面回应“法律战”思维的影响是构建中国反制裁法律体系的重要环节和抓手。为此，应充分认识“法律战”思维的军事战略性质，客观分析“法律战”思维影响下的美国对外经济制裁工具的实际作用与效能限度，突出批判“法律战”思维影响下美国经济制裁的合法性、正当性缺陷，以此为突破口构建中国的反制体系。

一、“法律战”思维的军事战略性质

（一）军事背景下的“法律战”话语

“法律战”（Lawfare）一词源自美国，由“法律”和“战争”组成，强调法律工具

* 北京师范大学法学院博士研究生；北京师范大学法学院教授、博士生导师

对传统战争手段的替代，决斗使用的是语言而不是剑。[1] 进入 21 世纪，“法律战”被时任美国空军上校邓拉普 (Dunlap) 定义为一种战争武器，得到了大多数学者的认可。奥尔德·基特里的著作《法律作为战争武器》（Law as a Weapon of War）一书中进一步指出，由于军事行动可能耗费巨大的人力物力，国家和非国家行为体将更倾向于使用非军事手段解决争端。例如指责目标国家的军事行动是违反国际法的侵略战争，动摇对手的作战意志，迫使对手停止使用武力。实践表明，“法律战”的内涵随国家安全优先事项的变化而变化，从武装冲突延伸到与经济制裁、网络安全甚至气候变化有关的诸多问题。

中国学者对“法律战”的内涵也提出过各种不同观点。例如，有观点指出，“法律战”被用于指代一个国家利用合法化的国际机构来实现战略目的，[2] 是军队政治工作的一部分，《中国人民解放军政治工作条例》对此做出了规定。[3] 有学者认为，法律战是国家间的法律和制度之争，是一国参与国际治理无法回避和必须回应的法律竞争和反遏制，或者说，法律战是帮助发起国取得战略目标的新型国家间竞争方式，其背后是国际规则主导权的激烈争夺，伴随多维混合的经济战和金融战等。[4] 也有学者认为，法律战是一个受到政治因素深刻影响并且形式理性远不充分的规范体系，或是一种注重对术语和推理规则定义的形式科学。[5]

在美国对外政策的实践中，“法律战”更接近于“使用或滥用法律作为传统军事行动的替代品来实现作战目标的战略”[6]，“法律战”本质上具有军事战略的属性，可以被视为武装冲突场景下的一种特殊“武器”。对此，有学者提出类似的“国际法律战”概念，[7] 即使用或滥用国际法，解释或曲解国际法规范和基本原则以实现军事目的。具体来说，法律战利用法律建立、维持或改变武装冲突力量平衡，迫使对手以遵守国际法的形式行事并实现自身目的。

（二）“法律战”的两种基本形态

根据“法律战”在具体情境中的不同应用，可以将其区分为“工具型法律战”和“遵守—利用差异法律战”两种相互关联的形态。前者指的是使用或滥用法律工具达到与传统军事行动相同或相似的效果，后者指在正面战场上或通过国际司法机

---

[1]Carlson J, Yeomans N, “Whither Goeth the Law-Humanity or Barbarity. The Way Out: Radical Alternatives in Australia” (1975).

[2] 乔良，王湘穗.：《超限战与反超限战——中国人提出的新战争观美国人如何应对》，载《军事文摘》2016 年第 17 期，第 80 页。

[3]《条例》17 条规定，会同有关机关组织开展舆论战、心理战、法律战教育训练。开展战时政治工作研究演练，制定和完善战时政治工作预案。

[4] 赵骏、顾天杰：《国际法律斗争的攻防策略与法治破局：以国内法为视角》，载《太平洋学报》2022 年第 7 期，第 1-14 页。

[5] 任雁冰：“法律战（Lawfare）属于形式科学竞争（Competition in Formal Science）吗”，微信公众平台，https://mp.weixin.wqq.com/s/VQnmurJ0wRZREe8JEzM5DA，最后访问时间：2025 年 2 月 14 日。

[6] See Kittrie O F., *Lawfare: Law as a weapon of war,* (Oxford University Press, 2016), p.8.

[7] 董跃、盛健宁：《国际法视角下美国“法律战”的形式、走向与对策》，http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2023-05/18/content_8855201.html，最后访问时间：2025 年 2 月 14 日。

构，利用法律给对手施加更大影响，获得军事上的优势。工具型法律战[8]受实用主义法学影响，与法律工具理论关系密切，是一种成本低、伤亡小的军事策略，突出特点是通过使用国内法和国际法等法律工具影响对手以代替甚至超出常规军事行动的效果。工具型法律战是国家和非国家行为体使用的最常见的法律战类型，发动主体包括国际组织、主权国家、国际法上的个人，各类主体寻求使用工具型法律战实现和武装冲突相同或相似效果，具体表现形式可见表 1-1

适用场域	国际机构及主要法律战措施	国家机构及主要法律战措施
国际法	在国际机构使用国际法：1.制定旨在使对手处于不利地位的新国际法 2.重新解释现有国际法以使对手处于不利地位 3.在国际刑事法院提起刑事诉讼 4.国际司法机构发布咨询意见	在国家司法机构使用国际法：1.利用“普遍管辖权”的依据，在国家法院起诉涉嫌战争罪的第三国官员 2.将国际法作为国家法院对涉嫌战争罪的国内公司进行刑事起诉的依据
国内法	在国际机构使用国内法	在国家机构使用国内法：1.制定新的国内法，旨在让战略产品的外国供应商在自己的市场和对手的市场之间做出选择 2.向流氓国家或恐怖组织提供金融服务的银行采取刑事或民事执法行动
地方法律	在国际机构使用地方法	在地方机构使用地方法：1.地方立法 2.针对向流氓国家或恐怖组织提供金融服务的银行采取地方民事强制执行 3.地方行政裁量权

表 1-1 可用于工具型法律战的法律类型和适用场域

经济制裁是典型的工具型法律战。[9] 经济制裁与武装冲突场景下的法律战有相同的目标与功能。在目标上，法律战或者经济制裁都可以在国家间的博弈中自身获得优势或主导地位，进而能够在政治、军事、经济等领域有效控制或影响对方国家。在功能上，两者均是通过运用法律规则而削弱对方国家的博弈能力，相应地巩固或增强自身的博弈能力，形成对己方有利的博弈对比形势。两者主要区别在于，经济制裁使用或滥用与贸易、金融相关的法律规则，而法律战则主要借助国际人道法、国际人权法等不直接具有经济内容的国际法规则。经济制裁作为代替武装冲突的一种“法律战”手段，与“经济治国术”[10]（Economic statecraft）观念密切相关，经济制裁作为重要的干预手段，通过胁迫方式减少与被制裁国家的

[8] 美国在削弱伊拉克空军和利用金融战对付伊朗时进行了工具型法律战。美国政府利用美元的支配地位，联合外国政府、国际组织和金融机构制裁伊朗，扰乱了伊朗的对外贸易关系。非美国企业担心遭受美国财政部的次级制裁和处罚，纷纷停止与伊朗的交易，造成了伊朗各类企业的倒闭和制造业的崩溃，使伊朗沦为“失败国家”。

[9] 美国法域外适用允许司法部起诉属于第三国的法人或自然人，阿尔斯通高管在纽约出差期间因贿赂印尼官员违反《反海外腐败法》被监禁，后该高管阿尔斯通集团将能源业务出售给通用电气获释。同样，美国利用对伊朗的制裁向中国公司华为发起制裁，将其排除在本国电信网络之外。华为因通过其子公司 Skycom 规避美国对伊朗的制裁而在纽约东区地方法院被起诉，高管孟晚舟于 2018 年 12 月在加拿大过境墨西哥途中应美国当局要求被捕,并被软禁至 2021 年回国。根据美国驻华大使馆和领事馆的声明，华为首席财务官孟晚舟承认误导全球金融机构，参见《华为首席财务官孟晚舟承认误导全球金融机构》，美国驻华大使馆和领事馆, https://china.usembassy-china.org.cn/zh/huawei-cfo-wanzhou-meng-admits-to-misleading-global-financial-institution-cn/，最后访问时间：2024 年 6 月 24 日。

[10] 经济治国术被定义为“主要依靠以货币形式合理地反映市场价格的资源来施加影响力”，See Baldwin D A, *Economic Statecraft,* （Princeton University Press, 1985）, p.189.

经济交换，削弱目标国的军事力量。[11] 现实中，经济制裁或制裁威胁常常作为一种外交工具，可以干预国家间武装冲突或预防冲突，但不加区分的经济制裁，与武装冲突均会危及平民的生命安全。当制裁为实现军事目的而发动，通过操控实施制裁的法律规则，对那些可能促进或阻碍安全外部性[12]的国际经济交易进行控制，使目标国家更为有效地受到国际经济交易的安全外部性影响或制约时，[13] 这一行为即构成了“经济法律战”（financial lawfare）。[14] 根据图 2-1 所示，经济制裁可通过直接适用、转化适用、调整适用法律，以及使用非法律工具这四种手段作用于促进或阻碍经济交换，产生或预防安全外部性影响。[15]

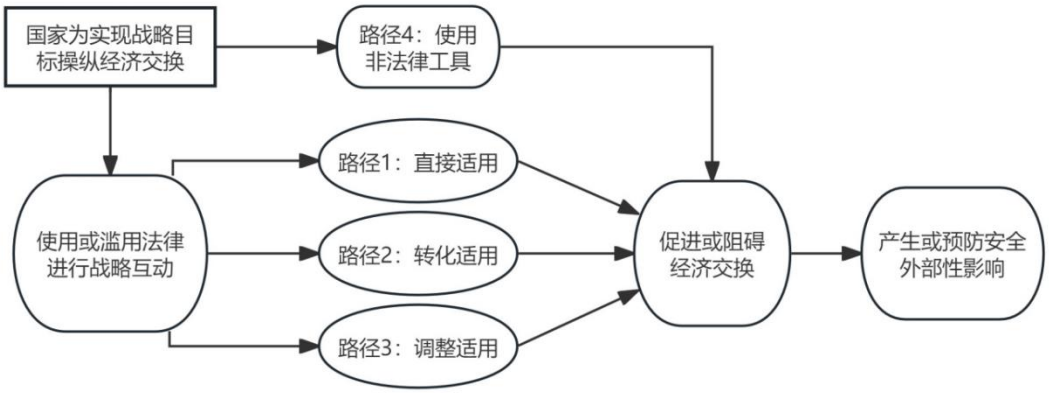


图 2-1 经济法律战的过程[16]

“遵守—利用差异”法律战指国家或非国家行为体利用对手遵守国际法的特点，在遵守国际法的进程中对特定行为者施加重大影响，[17] 通过利用或滥用法律规则的方法开展非对称作战，利用国际法加剧战争的不对称性。例如塔利班在学校、医院等场所部署军事设施，一旦美国及其盟友发动轰炸，便可指责其违反国际人道法；[18] 发动“遵守—利用差异”法律战的目的在于利用法律漏洞，操纵法律的解释与适用，给遵守法律的对手施加巨大影响，获取有利于己方的道义优势。

---

[11] 大部分的学者都认同，法律在经济治国的进程中只发挥边缘作用，See Mearsheimer J , *The false promise of international institutions//International organization,* （Routledge, 2017）, pp.237-282.

[12] 影响经济交易的法律在国内层面体现在立法或法院裁决的判例中，在国际层面体现条约、习惯国际法中。而安全外部性源于独立影响国家作战能力或自主决策的交易，例如阻止军事技术销往或输送给目标国。

[13] 外部性是指交易中产生的成本或收益，但直接参与交易的参与者并不产生这种成本或收益。安全外部性是增强或削弱国家安全的经济互动的副产品。安全被定义为与直接影响国家行动自主权的事务有关，或“战争的可能性和性质”, See Walt S M, “The renaissance of security studies”, （1991）2 *International studies quarterly* 35, pp.211-239.

[14] See Gordon J, “Smart sanctions revisited”, （2010）3 *Ethics & International Affairs* 2010, pp.315-335.

[15] 一是应用，执行符合其既定目的的现行法律，法律允许政府出于战略目的直接破坏或促成经济交易；二是转换，工具性使用现有规则，利用服务于其他监管目的的法规来操纵贸易；三是修订，指为实现战略目标而对规范交易的法律进行修改；四是非法律工具，如政府私下指导公司行为，或通过新闻媒体煽动消费者抵制。

[16] Ferguson V A. Economic lawfare, “The logic and dynamics of using law to exercise economic power”, （2022）3 *International Studies Review* 24, viac032.

[17] “遵守—利用差异”法律战也被有的学者译为“合规—杠杆差异”法律战。参见沈伟：《中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法》，载《比较法研究》2021 年第 1 期，第 180-200 页。

[18] Férey A, “Pour une approche descriptive du lawfare dans le conflit israélo-palestinien”, （2022）1*Raisons politiques* 85, pp.53-71.

（三）“法律战”中的进攻与防御

法律战的具体运用目的有“进攻型”和“防御型”之分。进攻型法律战通常表现为国家或非国家行为体主动利用国际法规则以产生与使用武力或其他强制手段所能产生的同等效果，[20] 这通常表现为提起与国际法相关的诉讼、提出咨询意见请求、重新解释现有国际法规则，推动形成不利于对手的国际法规则，使针对对手的攻击行动合法化，令对手处于不利地位，等等。与之对应的防御型法律战以抵御进攻型法律战为目的，并尽可能地使进攻型法律战产生与使用武力或其他强制手段等同效果的目的落空。[21] 当然，法律战的上述两种类型划分具有相对性，进攻与防御往往交织在一起，这使法律战在实际发动与运用过程中呈现出一定复杂性。

例如，在巴以冲突中，巴勒斯坦曾积极采取具有“进攻型”特征的法律战措施。包括加入国际刑事法院，积极寻求根据《国际刑事法院罗马规约》（以下简称《罗马规约》）第十四条[22]对以色列官员提起诉讼，指控其在加沙和约旦河西岸的以色列定居点的战斗中犯有战争罪。同时，通过阿拉伯联盟倡导在《罗马规约》第八条第 2 款 b 项第 8 段[23]添加“直接或间接”一词，专门为将以色列扩建定居点列为“战争罪”，作为补充，巴勒斯坦援引《罗马规约》第十二条第 3 款，允许非成员国赋予法院对其领土的管辖权，以此否定以色列认为对其战略利益至关重要的定居点的合法性，使以色列国家官员面临国际刑事法院起诉的风险和压力。[24] 当一个国家利用国际法回应对手的进攻型法律战或防止国家免受武装冲突影响时，法律战也是防御型的，例如巴勒斯坦非政府组织对荷兰等国的公司发起诉讼，指控其为以色列提供用于加沙的军事设备，目的是让这些公司减少与以色列的业务往来，以此切断对以色列军事行动的支持。

二、法律战思维影响下的美国对外经济制裁实践

美国国内法确立了较为成熟的对外经济制裁法律框架，经济制裁应依法进行，在形式上符合现代“法治”原则。但这并不能掩盖对外经济制裁实践具有的明显军事遏制特征，有关经济制裁的法律规则越来越成为美国实施遏制战略的重要工具。

---

[19] 按照某些西方学者的观点，俄乌冲突也是俄罗斯发动“遵守—利用差异”法律战的体现。根据该观点，俄罗斯一方面积极敦促乌克兰履行《明斯克第二协议》规定；另一方面则“逃避”义务，不承认自身的当事国地位，仅认为己方为调停的“中间人”，发动战争是为了维护卢甘斯克和顿涅茨克的独立地位，保证乌克兰对协议的完全履行。

[20] 这通常表现为在国际法庭上提起与国际法相关的刑事诉讼、提出咨询意见、请求重新解释现有国际法的规定，形成不利于对手的国际法规则，使对手处于不利地位。

[21] See Bodnieks V, “Defensive lawfare and deterrence: Analysis of Latvia’s approach to legal bases in the context of hybrid warfare (2014-2022)”, (2023) 2 *Security and Defence Quarterly* 42, pp.55-67.

[22]《罗马规约》第 14 条第 1 款规定，缔约国可以向检察官提交显示一项或多项本法院管辖权内的犯罪已经发生的情势，请检察官调查该情势，以便确定是否应指控某个人或某些人实施了这些犯罪。

[23] 占领国将部分本国平民人口间接或直接迁移到其占领的领土，或将被占领领土的全部或部分人口驱逐或迁移到被占领领土内或外的地方。

[24] Mr Mayank Mishra, “LAWFARE: TACTICS AND TECHNIQUES”, 30 September, 2023, https://maritimeindia.org/lawfare-tactics-techniques-and-case-studies/, 访问时间：2024 年 6 月 20 日。

（一）美国对外经济制裁的基本法律框架

美国现行的法律和行政制度规定了美国对外制裁从立法到实施的全过程，其核心法律渊源为“国会立法+总统行政命令”的组合。国会负责出台制裁立法，包括一般性法律、专项性法案以及其他与经济制裁相关的条例；[25] 行政部门负责制裁执法，《国际紧急经济权力法》授权总统以行政令的形式实施制裁； 财政部下设的外国资产管理办公室（OFAC）作为执法机构，[26] 由其制定的 SDN 名单是美国发动法律战的重要工具。[27]此外，国务院也会在国家安全委员会（NSC）领导的计划中对各种目标实施制裁，并在内部建立了制裁政策办公室，旨在协调政策立场和利益，最大限度地发挥制裁的效力。

（二）美国对外经济制裁的军事遏制特征

经济制裁一直是美国外交政策的重要组成部分。1898 年美西战争期间，国会授权总统禁止出口与战争有关的煤炭等材料，此时经济制裁以“点对点”的形式实施，未触及美国的中立主义政策，[28] 也未产生外溢效果。两次科技革命加剧了战争方式的革新。军事上的成功越来越取决于实施经济封锁和其他经济控制的能力。[29] 随着军事技术的改进，武装冲突的范围扩大到作战领域以外的经济和社会领域，现代战争成为包括军事能力在内的国家综合实力的博弈，国家的经济实力显然是决定性因素，传统战争越来越具有“经济战”的特征。

一战期间，美国发起的经济制裁可被视为“工具型法律战”的开端。美国参战后，与英国政府合作执行对同盟国的禁运，颁布《与敌国贸易法》，说服中立国家对德国等国采取贸易限制，在这期间，美英政府的封锁使德国的出口和外国投资下降了 80%以上。[30]。一战期间美国对外制裁进一步发挥了法律战效果。在此

---

[25] 《国际紧急经济权利法》是美国实施经济制裁的核心授权性法律，允许总统宣布进入紧急状态或宣布对美国的敌人实施制裁。《武器出口控制法》等辅助性法案规定了武器贸易的出口管制，《对外援助法》管理了对外援助和援助项目，为经济制裁提供了积极与消极的法律依据。为管控大规模杀伤性武器和处理地区性冲突，美国出台了针对特定国家和事件的《赫尔姆斯-伯顿法》《2022 年芯片和科学法案》等《爱国者法案》和等法律也进一步规范了经济制裁的法律解释。参见陶士贵,仇欣雨：《中国实体受美国经济制裁的影响及其应对策略》，载《福建论坛(人文社会科学版)》2023 年第 10 期，第 95-109 页。

[26] 外国资产管理办公室因其实施了诸多经济制裁而受到广泛批评。如胡安·萨拉特在《财政部的战争》一书中指出，在 911 之后，恐怖组织和其他组织依赖国际金融体系从事非法行为，导致了一系列新的制裁工具和方法的发展，这包括直接情报收集活动与其他金融机构以外的国际信息交换可疑交易和类似活动.See Zarate, Juan, “Treasury's war: The unleashing of a new era of financial warfare”, Public Affairs, 2013.

[27] See Verdier P H, “Sanctions overcompliance: What, why, and does it matter?”, （2022）*NCJ Int'l L* 48, pp.471-498. 该机构最早设立于 2013 年，2017 年被解散，2021 年重新设立，其主要职能包括内部协调和政策制定、制裁外交、机构间代表和协作、国际制裁信息共享和能力建设等。See Daniel Fried and Edward Fishman, “The rebirth of the State Department’s Office of Sanctions Coordination: Guidelines for success”, *New Atlanticist*, February 12, 2021.

[28] 中立主义也被批评为孤立主义，是美国自 1776 年建国以后奉行 150 多年的外交原则，一直持续到 1941 年珍珠港事件爆发。美国历史上的外交中立主义包含四个立场:不干涉主义，不永久结盟，寻求经济扩张，强调国家安全。中立主义的真实面目是经济上的扩张主义，它的背后目标是对美国利益的高度重视。参见刘映汐：《美国历史上的外交中立主义与当前对外政策》，载《江南社会学院学报》, 2020 年第 2 期，第 54-59 页。

[29] Blackwill R D, Harris J M. *War by other means: Geoeconomics and statecraft* (Harvard University Press, 2016), p.18.

[30] See Kramer A, “Recent Historiography of the First World War: (Part II)”, (2014) 2 *Journal of Modern European History* 12, pp.155-174.

期间，美国完全放弃中立主义。[31] 二战爆发后，制裁作为一种“武器”被广泛应用，制裁的“法律战”特征更加明显。1940 年，德国入侵丹麦和挪威后，为了阻止其获得丹麦和挪威在美国的资产，罗斯福发布了第 8389 号行政令，冻结了两国的在美资产。在联合制裁下，德国基本丧失了通过海外贸易获取石油、铁矿石、橡胶等战争物资的可能性，军事力量遭到了极大削弱。

1941 年，美国成立经济防卫委员会专门负责战时经济制裁，并颁布实施了被视为一种“积极的制裁武器”的《租借法案》，[32] 该法案为被侵略国提供军事和经济上的援助时，不再强调被侵略国的政体与意识形态，[33] 改变了制裁仅作为“消极武器”使用的观念。[34] 二战期间美国的经济制裁实践表明，经济制裁的有效性取决于叠加交织在一起的多种因素：既需要国家决策者同其盟友确定制裁类型、协调管辖权以执行制裁协议，[35] 也需要在内部建立行之有效的援助体系，保证制裁的持续性。[36]

冷战结束后，美国开始了所谓的“十年制裁”期，[37] 越来越多地使用“工具型法律战”，特别是涉及武器转让的制裁。美国出台“特别指定国民名单”（SDN 名单），以《全球马格尼茨基人权问责法》等域外法和政策的名义，针对外国实体和企业实施最严厉的金融制裁和技术出口限制手段。一旦被列入 SDN 名单，被指定的企业和实体相当于在全球经济的金融管道中被“军事管制”。与其交易的主体除了面临高额罚金和刑事监禁，还将承受财产隔离、被切断与美元金融体系的联系等严重不利后果。美国的强大经济实力和对全球市场的控制与影响力使得上述制裁具有显著的威慑性，被制裁国因制裁遭受与传统武装冲突行为相同程度的经济、社会和政治动荡，突出了经济制裁这种特殊的“法律战”的如下遏制（containment）特征：一是限制目标国的经济资源，削弱其军事行动能力，例如影响军火采购和军工研究；二是在不引发武装冲突的前提下，对所谓的敌国施加威慑，迫使其改变行为或政策；三是影响公众舆论，制裁伴随对目标国人权状况的指责，争取国际社会的关注与支持，进一步孤立目标国。

---

[31] 现实层面，由于美国并未对意大利执行严格的封锁禁运导致了埃塞俄比亚的沦陷；国联对九一八事变作出“道义上的不承认”亦未阻止全面侵华战争的爆发。政策层面，受到经济大萧条的影响，法西斯政权的崛起，使得美国出于国家安全的考虑抛弃了原本奉行的中立主义。参见：[美] 尼古拉斯穆德：《经济制裁：封锁、遏制与对抗的历史》, 李旭译, 中国科学技术出版社, 2024 年，第 20 页。

[32] 《租借法案》很大程度上也是《国联规约》第 16 条积极经济武器的具体表现，美国劳工联合会称之为“国防领域最重要的法律与经济武器”，是《财政援助公约》的落实措施，因为国联从未充分建立起庞大的后勤援助体系。See Mulder N, T*he economic weapon: The rise of sanctions as a tool of modern war*, （Yale University Press, 2022）, p.20

[33] 接受《租借法案》援助的中国国民政府、希腊的梅塔克萨斯等政权都被美国视为独裁政权，《租借法案》并不考虑受援国的国内政治情况。

[34] 例如，1937-1938 年日本通过海军封锁中国沿海地区摧毁国民政府的经济，然而两年后，国民政府因封锁遭受的损失丧失的亚洲贸易额均在美国的贷款中获得了补偿，这也反方向证实了制裁的“法律战”效果。

[35] 参见王燕, 李菁：《美国出口管制清单制度对中国的影响及应对》，载《经贸法律评论》 2022 年第 5 期，第 75-90 页。

[36] Lin T C W, “Financial weapons of war”, （2015）*Minn. L. Rev* 100, pp.1377-1439.

[37] Morgan T C, Syropoulos C, Yotov Y V, “Economic sanctions: Evolution, consequences, and challenges”, （2023）1 *Journal of Economic Perspectives* 37, pp.3-29.

以上实践表明，美国对外制裁是与军事干预发挥同等或相似效果[38]的外交政策工具，在武装冲突的场景下，经济制裁被作为一种“法律武器”使用，它往往与军事干预密切配合，并且越来越成为实施军事遏制战略的主要手段。

（三）经济制裁与军事行动的配合——以叙利亚为例

美国对叙利亚发动的经济制裁可以被视为法律战应用于军事遏制目的的典型事例。[39] 美国对叙利亚的经济制裁明显地用于替代军事行动，[40] 对叙利亚的法律战有着更明显地推动政权更迭的意图。美国对叙经济制裁可分为四个阶段。首先，安理会新闻声明的失效引发了美国的第一轮制裁，希望通过制裁推动叙利亚的政治改革。[41] 其次，随着外交政策发生变化，美西方国家的目标从诱导政治改革转向迫使阿萨德政权下台。2011 年 8 月，奥巴马签署行政令，冻结该政权的资产，禁止进口叙利亚石油，并禁止任何美国人在叙投资，欧盟也下令禁止叙利亚石油出口欧洲，考虑到该国 95%的石油出口都流向了欧洲，这一行为尤其具有破坏性。[42] 再次，随着反政府军的军事胜利，制裁进入第三阶段，制裁目标从迫使叙利亚政权让步转变为争取彻底的军事胜利，这直观地体现在美欧由经济制裁转向为反政府武装提供军事支持，与此同时，加大对叙利亚政权的军事介入。[43] 最后，美国对叙利亚采取了以“经济制裁”和“有限军事介入”结合的新一轮胁迫外交政策，出台《凯撒叙利亚平民保护法》，限制全球所有国家与叙政府之间的贸易投资，[44] 这导致叙利亚国民经济陷入半瘫痪状态。叙利亚因遭受制裁而陷入经济社会发展的全面倒退，有人将其视为法律战的成功案例，认为法律战与传统战争一样具有相当的破坏性，称其为“最复杂、影响最深远的制裁制度”。[45]

---

[38] 使用经济制裁这种“工具型法律战”产生的效果可以和军事武器的破坏旗鼓相当，将经济制裁军事化是美国官方关注的重点，美国财政部长珍妮特·耶伦警告说，将经济问题与包括国家安全在内的更广泛的国家利益考虑分开将会越来越困难。为了增进对美国对外经济制裁及其影响的理解，必须建立能够解释军事和经济安全问题之间联系的理论或者模型，而法律战为此提供了支持，基于这类分析也体现在艾伯特赫希曼 Hirschmann 的见解，他认为，贸易可以作为一种权力的工具，并可能为发展关于制裁、军事力量和地缘政治目标之间关系的有价值的见解提供可行的基础。See Walter M. Hudson: Revisiting Albert O. *Hirschman on Trade and Development*, （Columbia University Press, 2021）, p.352.

[39] Sadat Meidani S H, Mohammadi M. United States' Lawfare agiant Iran from the perspective of International law. （2013）*Public Law Studies Quarterly*, pp.1-28.

[40] 经济制裁与常规战争手段相互替代的关系可延伸至经济治国术和军事治国术之间的联系，经济治国术的代表学者大卫·鲍德温认为，政治家试图通过操纵法律框架来影响国际贸易格局的行为可以被视为经济治国术的应用体现. Baldwin D A, *Economic Statecraft,* （Princeton University Press, 1985）, p.189.

[41] 联合国安理会（UNSC）的欧洲成员国（法国、英国、意大利和葡萄牙）在美国的支持下，分发了一份联合国安理会的新闻声明草案，谴责叙利亚政权的暴力行为，并呼吁进行政治改革进程，该草案因可能构成非法干涉叙利亚内政遭到了其他国家的反对。 See Andrew Rettman: “EU and US take 'first step' toward Syria sanctions”, *euobserver*, 27 April 2011.

[42] 据国际货币基金组织估计，2010 年至 2015 年间，叙利亚 GDP 损失了 75%，降幅比二战期间的德国或日本还要大， Jeanne Gobat and Kristina Kostial: “IMF Working Paper Middle East and Central Asia Department Syria's Conflict Economy Jeanne Gobat and Kristina Kostial”, June 2016, https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2016/wp16123.pdf,(last visited 2 January 2025)

[43] Arslanian F, *Contextualizing economic sanctions on Syria//The War for Syria*, (Routledge, 2019), pp.277-298.

[44]杨玉龙：《美国对叙利亚的胁迫外交：内容、动因及其影响》,载《当代世界与社会主义》2023 年第 4 期，第 162-169 页。

[45] Hanania, Richard: “Ineffective, Immoral, Politically Convenient: America's Overreliance on Economic Sanctions and What to Do about It.” Policy Analysis No. 884, Cato Institute, *Washington, DC*, 18 February 18 2020.

美国以经济制裁实现军事遏制战略的类似实例还有对伊朗、针对克里米亚公投事件以及对恐怖组织的制裁。美国对伊朗的制裁集中在金融与能源领域，以制裁大规模杀伤性武器供应商为重点，通过扩张司法管辖权对与伊朗贸易的外国公司施压，伊朗最终接受了国际原子能机构的监督和限制换取制裁解除；克里米亚危机后，美国发动法律战反对俄罗斯“吞并”克里米亚[46]的行为， 对克里米亚地区进行全面制裁，创设了制裁俄罗斯能源、军工企业的行业制裁清单（SSI）；在发动与恐怖组织的战争时，美国依据《全球恐怖主义制裁条例》等行政令，瓦解其融资并断绝金融机构与恐怖组织之间的业务往来，被认为发挥了比战斧导弹更有效的作用[47]。

三、美国对外经济制裁对当代国际法秩序的破坏

美国对外经济制裁尽管建立在“规则”的基础之上，[48] 从表面上看有维护道义的“正当性”，在个别场景下也产生了一定积极效果，但在本质上，以法律战思维为指导的美国对外经济制裁实践既不合法也不正当，是对以《联合国宪章》为基础的当代国际法秩序的破坏。

（一）以经济制裁作为“武器”不具有合法性

《联合国宪章》规定了集体安全体系下的多边制裁措施。单边制裁则是在联合国框架外，不以安理会决议为基础自发实施的制裁。[49] 美国对外制裁即为单边制裁，在未获安理会授权的情况下对被制裁国家造成损害。[50] 这种制裁以规制他国及其国民的行为为目标，发挥威慑作用的原因在于被制裁国对制裁国的经济依赖度，遭受制裁会导致被制裁国市场准入机会的丧失[51]，此外，持续的单边制裁很有可能切断被制裁国与国际社会的一切经济联系，进而引发被制裁国的政治革命、政权崩溃与社会动荡，这些制裁影响都足以产生与武装冲突相同的效果，这就是法律战的基本策略，美国单边经济制裁措施违背了《联合国宪章》确立的国际法基本原则。

1.美国对外经济制裁不合理扩张管辖权[52]

---

[46] Allison R, “Russia and the post-2014 international legal order: revisionism and realpolitik”, (2017)3 *International affairs* 93, pp.519-543.

[47] Daugirdas K, Mortenson J D, “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law”, （2015）2 *American Journal of International Law* 109, Vol.109, pp.643-676.

[48] 参见沈伟：《中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法》，载《比较法研究》2021 年第 1 期，第 180-200 页。

[49] Köchler H, “Sanctions and International Law”, （2019）3 *International Organisations Research Journal* 14, p.27.

[50] Schmidt J, “The legality of unilateral extra-territorial sanctions under international law”, （2022）1*Journal of Conflict and Security Law* 27, pp.53-81.

[51] 同上

[52] 司法领域，汉德法官在美国铝业公司案中提出了效果标准来证明法院对该案享有管辖权，在立法领域，《对外贸易反托拉斯促进法》以立法形式对该标准予以确认，更进一步在《第三次对外关系法重述》中得到明确，美国国会立法通过扩张管辖权，使得法院有权认定国会立法的域外效力，这尤其表现在阻断古巴和外界贸易往来的《赫尔姆斯—伯顿法》以及《对伊朗、利比亚制裁法案》，也为次级制裁赋予了法律依据。参见马光,毛启扬： 《单边制裁与阻断立法下中国企业的合规困境与应对策略》，载《武大国际法评论》2023 年第 2 期，第 17-37 页。

美国对外制裁中的次级制裁措施就包含不合理的域外管辖。次级制裁可以分为两类[53]，一类是在准入限制内的域外制裁，如拒绝提供贷款、禁止开设美国银行账户[54]，这类准入限制措施由于主要适用于美国国内市场，因而没有明显的域外管辖特征；另一类则是超出准入限制的域外制裁，该类制裁禁止美国国民“控制”的任何法人实体与第三国国民或与受制裁国家及其企业开展业务。[55] 第二类次级制裁措施具有明显的域外管辖特征。 由于保护性管辖很难为与国家安全没有直接关系的活动实施管辖权提供充分依据，[56] 美国创设了“代理账户管辖权”原则，指当与美国的唯一联系是通过美国银行清算美元支付时，即可以对从事国外交易的外国人实施制裁。在美国起诉土耳其国有银行 Halkbank 案中，美国对 Halkbank 实施制裁的理由是其未遵从美国对伊朗的制裁，该银行与美国的唯一联系是通过美国的银行或金融机构实施美元清算，美国可对发生在美国境内的清算行为行使属地管辖。[57] 美元清算本来属于正常商业交易，并未直接对美国支付系统或美国构成任何威胁，[58] 然而美国政府在执法和司法上通过在美元清算活动与制裁目标之间建立起“联系”，借助属地管辖使制裁措施对第三国实体产生域外效力，这是对属地管辖权域外效力的不当扩张。同时，美国将制裁措施规定适用于所有与被制裁对象开展交易的实体，这实际上是美国国内立法在对人的适用范围上行使普遍管辖权的表现。美国制裁立法的“普遍”管辖权扩张，不可避免地与他国在立法上的属人管辖权形成冲突。

2.美国对外制裁违反了不干涉内政原则

不干涉内政原则作为习惯国际法的基本禁止性原则，被国际法院确认为“习惯国际法的重要组成部分”[59]。“干涉内政”须具备两个要素，一是有意图改变目标国的政策，二是构成经济胁迫。[60]一国有选择其政治、经济、社会等制度的权利，

---

[53] Meyer J A, “Second thoughts on secondary sanctions”, （2008）*U. Pa. J. Int'l L* 30, *pp.*905-968.

[54] Ruys T, Ryngaert C, “Secondary sanctions: a weapon out of control? The international legality of, and European Responses to, US secondary sanctions”, (2020) *British Yearbook of International Law*, p.1-116.

[55] 苏珊·埃梅内格讨论了这个问题并得出如下结论：“此外，一个国家不能以本国公民控制外国公司为前提来进行国籍管辖。美国对在美国境外注册但由美国母公司拥有的公司行使管辖权的做法根据国际法是不合法的。” See Emmenegger S, “Extraterritorial economic sanctions and their foundation in international law”, (2016) 3 *Ariz. J. Int'l & Comp. L 33,* pp.631-660.

[56] 同上

[57] 美国对使用美元交易的行为进行制裁，属于属地管辖的行使，其核心论点在于，在美国的代理银行代表外国客户处理美元付款构成金融服务出口，以美元进行交易的外国当事方即使付款的发起人和接收人位于美国境外，不会免受美国管辖权要求的约束。这是因为，银行与美国代理银行之间的清算行为发生在美国境内，构成了触发美国属地管辖权的行为。参见廖诗评：《域外管辖论纲》，载《武大国际法评论》2024 年第 2 期，第 23-44 页；See Emmenegger S, Zuber F, “To infinity and beyond: Us dollar-based jurisdiction in the us sanctions context”, （2022）*Swiss Review of Business and Financial Market Law,* pp.114-130.

[58] Emmenegger P, Eggenberger K, “State sovereignty, economic interdependence and US extraterritoriality: The demise of Swiss banking secrecy and the re-embedding of international finance”, （2019）*Journal of international relations and development* 21, pp.798-823.

[59] 在“尼加拉瓜”案中，国际法院几乎没有考察具体的国家实践，就得出了结论，不干涉原则具有习惯法的性质。法院的做法遭到了不少学者的批评。美国学者达马托甚至称国际法院错误地适用了习惯法的方法，参见陈一峰: 《不干涉原则作为习惯国际法之证明方法》，载《法学家》2012 年第 5 期，第 153-163+180 页。

[60] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua(Nicaragua v. United States of America), Merits,

任何形式的经济干预都应当被禁止。[61]反之，根据不干涉内政原则的要求，制裁行为的合法性需满足两个条件，一是针对目标方的不法行为，二是采取非胁迫措施。[62]美国对外经济制裁大多通过拒绝、控制方式来影响另一国获得该国资金技术和市场资源。在主权平等的国际社会中，当被制裁行为属于目标国内部事务时，则某一制裁措施则构成对目标国的胁迫。

实践中，一方面，美国对外制裁往往因超越了反措施的实质界限，并未针对目标国的不法行为而具有不合法的性质。如在美国的制裁下，前苏联的乌连戈伊天然气管道项目被迫暂停，欧共体认为美国制裁是对其事务的“不可接受的干涉”[63]。另一方面，美国对外制裁也通常采取明显或隐性的胁迫手段。其中，停止援助也应被视为“隐性胁迫”的行为，特别是对于依赖援助生存的国家而言。如国际法院在尼加拉瓜案的判决中认为，尼方称美国认为采取停止经济援助不违反不干涉内政原则的观点不合理，停止经济援助可以是针对一个国家采取的最常见，也可能是最严厉的经济行动。在本案中，依赖一国援助或几乎完全与该国进行贸易的国家也倾向于承认美国针对其实施的经济制裁是强制性且具有胁迫性质的，因此违反不干涉原则。[64]

（二）经济制裁不具有正当性

为了证明经济制裁具有道义正当性，美国往往鼓吹其利用制裁的目的是迫使目标国家解除独裁统治或推动民主化改革，[65] 或制裁措施本身包含人道主义豁免，支持弱势群体的基本需求。[66] 类似的论调还包括，制裁能够促使相关国际法主体履行国际法义务，使规范对象产生“遵守制裁的动力”，[67] 制裁是“对国际不当行为的一种罚款”，[68] 或者制止被制裁国严重侵犯人权行为，等等。[69] 然而，

Judgment, ICJ. Reports 1986, p.126, para.246.

[61] 《国际法原则宣言》依照宪章不干涉任何国家国内管辖事件之义务之原则规定，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。任何国家均不得使用或鼓励使用经济、政治或任何他种措施强迫另一国家，以取得该国主权权利行使上之屈从，并自该国获取任何种类之利益。又，任何国家均不得组织、协助、煽动、资助、鼓动或容许目的在于以暴力推翻另一国政权之颠覆、恐怖或武装活动，或干预另一国之内争。每一国均有选择其政治、经济、社会及文化制度之不可移让之权利，不受他国任何形式之干涉。

[62] 李燕飙,许妙：《中美战略博弈下的美国对华人权制裁：法理批驳与中国因应》，载《统一战线学研究》2023 年第 3 期，第 166-180 页。

[63] COMMENTS OF THE EUROPEAN COMMUNITY ON THE AMENDMENTS OF 22 JUNE 1982 TO THE U.S. EXPORT REGULATIONS, European Community News, https://aei.pitt.edu/1768/1/US_dispute_comments_1982.pdf(last visited 2 January 2025).

[64] 前述在分析美国战间期根据《租借法案》援助同盟国，可以视为积极型经济武器的使用，同理停止援助也可以被视为消极性经济武器，也可算为经济制裁的一种。

[65] See Grauvogel J, Von Soest C, “Claims to legitimacy count: Why sanctions fail to instigate democratisation in authoritarian regimes”, (2014) 4 *European Journal of Political Research* 53, pp.635-653.

[66] See Treasury Implements Historic Humanitarian Sanctions Exceptions, U.S. Department of the Treasuryhttps://home.treasury.gov/news/press-releases/jy1175, (last visited 20 June 2024)

[67] 保罗·B.斯蒂芬,彭卓群,韩秀丽： 《论国际法的正当性》，载《国际经济法学刊》2023 年第 3 期，第 48-60 页。

[68] Ladurner F. An Ethics of Sanctions? Attempt and Critique of the Moral Justification of Economic Sanctions.（2023）2 *Conatus-Journal of Philosophy* 8, pp.313-343.

[69] 例如，有学者指出，美国认为其实施的制裁偏向约翰·加尔通“天真的”制裁理论，认为贸易和金融限制会迫使古巴等国改变政策， 根据此理论，制裁可能剥夺目标获得必要的经济和军事资源的机会，由于制

单边经济制裁的正当性始终存有争议，特别是，当美国将对外制裁作为一种“武器”用于替代直接的武装冲突时，会违反国际人道法中的必要性、区分原则和相称性原则。

虽然制裁措施本身不具有使用武力的性质，但利用制裁措施以达到与武装冲突相等同的军事效果时，制裁作为一种替代直接武装冲突的手段也应受到国际人道法的约束与限制，在这种情形下，国际人道法构成了制裁措施应遵守的最低门槛，[70] 国际人道法确立的人道保护最低标准也应适用于和平时期。[71] 在国家间关系恶化时，往往会发生全面制裁甚至使用武力的威胁，国际社会对于经济制裁的关注逐渐也由一般合法性向“人道主义”考量靠拢，[72] 即经济制裁作作为一种国家政策工具也应符合人道主义标准。越来越多的学者认为，国际人道法可用于规制和约束美国的对外制裁措施。[73]

根据上述观点，美国的对外经济制裁在武装冲突的情境下首先不符合必要性原则，根据《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（以下简称《第一议定书》）第五十七条第 3 款，在多个军事目标之间进行选择时，应是预期对平民生命和民用物体造成的危险最小的，一旦确定了合法目标，须评估不同的策略并选择以最小的损害方式，[74] 经济制裁的范围必须仅限于可能有机会实现合法目标的范围，而不能任意扩展至全面制裁。在美国对伊朗实施制裁期间，缺乏医疗用品导致了一场人道主义灾难。有关企业担心可能会受到制药公司和国际银行的制裁，导致流入伊朗的医疗用品被中断。根据联合国人权理事会的调查，胰岛素和抗反转录病毒药物等药品的短缺严重延误了癌症、肺部疾病等多种疾病的治疗，导致许多不必要的死亡病例。这再次反映出违反国际人道法的

裁对目标政权的政治稳定和生存构成重大威胁，目标国家可能会屈服于外部压力，以恢复经济和政治稳定。制裁引发的资源萎缩会动摇目标国家的统治基础，削弱被制裁政府镇压和消除异议的能力以改善人权状况。这具体表现在物质基础的激励降低，如阻碍民众获得就业机会、税收减免、住房、工资、购买奢侈品的机会。如果不再从选择性激励中受益，政权支持者和其他关键公众人物可能会选择脱离执政联盟并加入反政权团体。此外，承受制裁经济成本的公民可能会对政府产生更多不满，恶劣的生活条件可能有助于反政权团体动员、吸纳更多支持者对抗执政政府。See Jentleson B W, “Economic sanctions and post-Cold War conflicts: Challenges for theory and policy. International conflict resolution after the Cold War”, 2000, pp.123-177；Liou R Y L, Murdie A, Peksen D, “Revisiting the causal links between economic sanctions and human rights violations”, （2021）4 *Political Research Quarterly* 74, pp.808-821.

[70] Milaninia N. *Jus ad bellum economicum and jus in bello economico: The Limits of Economic Sanctions Under the Paradigm of International Humanitarian Law, Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences*, (The Hague: TMC Asser Press, 2015),pp.95-124.

[71] 在“科孚海峡案”中，国际法院认为，在和平时期，基本的人道考虑甚至比战争时期更加严格，或是“对于人道主义的基本考虑平时应比战时标准更高”。因此，战时的武装冲突都不允许违反国际人道法，那么在和平时期实施的经济制裁更应该严格遵守国际人道法。即使没有立足于法律战，也有充分的理由认为，无论是战时还是和平时期，国际人道法的必要性、区分原则和相称性原则可用于评估美国对外经济制裁。See International Humanitarian Law Databases, Rule 14 Proportionality in Attack, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule14(last visited 20 June 2024).

[72] O'Connell M E, “Debating the law of sanctions”, (2022) 1 *European Journal of International Law* 13, pp.63-79.

[73] Milaninia N. *Jus ad bellum economicum and jus in bello economico: The Limits of Economic Sanctions Under the Paradigm of International Humanitarian Law, Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences*, (The Hague: TMC Asser Press, 2015),pp.95-124.

[74] Beer Y, “Humanity Considerations Cannot Reduce War’s Hazards Alone: Revitalizing the Concept of Military Necessity”, (2015）4 *European Journal of International Law* 26, pp.801-828.

制裁措施对更广泛人群造成的有害后果。美国将制裁“武器化”以对抗竞争对手，造成超出措施指定目标的伤害，显然不具有必要性。[75]

其次，美国对外经济制裁措施客观上没有区分对违法行为负责的主体和平民。《第一议定书》第四十八条、第五十一条、第五十二条规定了禁止以平民和平民物体为攻击目标，包括破坏民用基础设施，影响平民或对民用物体不分皂白的攻击是严重违反人道法的行为，这可被视为“严格”的区分原则。也就是说，在国际人道法语境下，所有作为平民保护的人都应该免受经济制裁的影响。[76]但当美国对外制裁作为反措施使用时，就会背离国际人道法中的“严格”区分原则，基于对国家责任相关规则的通常理解，一国实施反措施时不得拒绝为被制裁国提供平民生存需要的人道主义物资，但对一国重要经济行业的制裁，即所谓“聪明制裁”，事实上还是将被制裁国的民用设施作为制裁对象。相反，国际人道法的区分原则明确禁止以任何理由制裁平民。在对委内瑞拉的制裁中，美国人禁止为委方官员、企业提供资金或服务，同时禁止美国境内发生与上述主体的交易行为。[77] 从制裁措施的效果上看，大量人口难以获得医疗保障，不得不移民离开。此外，委内瑞拉平民也因制裁措施遭受饥饿，[78] 三分之一的人口面临中度或严重的粮食安全危机，[79] 有学者指出，这意味着美国的制裁措施违反了《第一议定书》第五十四条第 1 款禁止使平民陷于饥饿的战斗方法，[80] 同时，美国严重限制贸易准入的行为，造成了委方购买粮食储备机制的枯竭，剥夺了平民与弱势群体获得食品、药品和物资等基本服务和用品的机会，水电住房等基本生活条件的恶化。美国对外经济制裁难以不对民用设施造成损害，因而也背离了区分原则绝对保护平民的理念。

最后，美国对外经济制裁不符合相称性原则。根据《第一议定书》第五十二条第 2 款规定，相称性原则允许合法使用武力“制服敌人”，但应采取“达到其预期结果的破坏性最小的措施”，当攻击造成民用基础设施的长期损失或损坏时，

---

[75] 方瑞安: 《国际人权和人道主义法律体系对经济制裁的规制》，载《人权法学》2022 年第 3 期，第 116-133 页。

[76] 国际法委员会在向经济、社会和文化权利委员会提交申请时暗示了这种解释，呼吁在制定制裁措施时“充分考虑”《经济、社会和文化权利国际公约》的规定。

[77] Venezuela: Overview of U.S. Sanctions Policy, Congress.gov, https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10715 (last visited 18 March 2025).[77] 2017-2018 年，有 4 万人死亡或遭受饥饿，引发了对美国实施集体惩罚的指控。See Weisbrot M, Sachs J, “Punishing civilians: US sanctions on Venezuela”, (2019) 5 *Challenge* 62, pp.299-321.

[78] Venezuela: Overview of U.S. Sanctions Policy, Congress.gov, https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10715 (last visited 18 March 2025).[78] 2017-2018 年，有 4 万人死亡或遭受饥饿，引发了对美国实施集体惩罚的指控。See Weisbrot M, Sachs J, “Punishing civilians: US sanctions on Venezuela”, (2019) 5 *Challenge* 62, pp.299-321.

[79] World Food Programme, Venezuela Food Security Assessment, https://www.wfp.org/news/venezuela-food-security-assessment (last visited 18 March 2025).

[80] 例如 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条、《欧洲人权公约》第 2 条，但此处对生命权应进行扩大解释，按照《经济、社会国际公约》第 11 条的规定，将保障食物供应作为保护生命权一部分。See Kondoch, Boris, “The limits of economic sanctions under international law: The case of Iraq”, (2001)1 *Journal of International Peacekeeping* 7, pp.267-294.

应用相称性原则需要对攻击给平民造成的“直接经济损害”进行评估，这种评估包括对平民造成的可预见的长期与持续的伤害。当制裁措施被用于武装冲突的情形时，很可能因为不符合相称性原则的要求而失去正当性。例如，在美国对伊拉克实施制裁期间，导致了伊拉克经济崩溃，受到饥饿、疾病等因素的影响，儿童死亡率增加了五倍[81]，公共卫生系统与医疗系统也陷入瘫痪，美国对伊拉克实施的全面制裁造成的累积影响，难以与制裁国或科威特最初遭受的损害的相称，[82] 也违背了相称性原则。

综上，当制裁作为一种“武器”用于替代直接的武装冲突或者在武装冲突中与武力措施相配合使用时，它不仅会给平民造成重大伤害，[83] 同时也往往难以实现预期目标。[84] 在和平时期，制裁往往会加剧贫困，损害公共卫生健康，并给弱势群体造成不利影响。[85] 例如，美国对用于供水和供电系统的产品出口禁令损害了古巴、伊拉克的卫生服务，因为医疗设备与救护车高度依赖此类系统。[86] 尽管制裁措施包含对农副产品和医疗用品的人道主义考量，但这些物品常常受到制裁引起的市场整体波动的负面影响。例如，美国 2018 年重新对伊朗发起制裁后，食品和医保产品行业的价格分别上涨 186%和 125%。[87] 当制裁是为了改变某一国家整体与社会制度，而并非保卫国家免受侵略或胁迫或终止侵犯人权的行为时，往往会造成大规模侵犯人权的情形。例如，对前南斯拉夫实施的武器禁运使波斯尼亚失去了对抗侵略者的自卫能力，造成了大量穆斯林平民的死亡。[88]

四、美国对外经济制裁法律战的中国因应

2022 年《美国国家安全战略》将中国视为唯一的有意重塑国际秩序的竞争对手，[89] 然而，美国对中国的经济制裁或发动经济法律战的意图已经超越了国家

---

[81] ICRC, Iraq: 1989-1999, a decade of sanctions, 14-12-1999 Report, p.4.

[82] Happold M, *Economic sanctions and international law: An introduction. Economic Sanctions and International Law,* （Hart Publishing, 2016）, p.128.

[83] See Gordon J, “Smart sanctions revisited”, (2011) 3 *Ethics & International Affairs* 25, pp.315-335. Ear..3ly B R, Schulzke M, “Still unjust, just in different ways: how targeted sanctions fall short of just war theory's principles”, (2019) 1 *International Studies Review* 21, pp.57-80.

[84] 有学者指出，在美对伊、对委制裁中，被制裁国的统治者有权利用其有限公共资源规避制裁，保持执政联盟的完整，并将损害转嫁给本国国民，可以说经济制裁无法阻止一个政权获得必需品，因为目标国可从第三方国家和私人行为体获取商品。在 20 世纪 90 年代，联合国对前南斯拉夫实施全面制裁，对其本国及邻国定罪。米洛舍维奇政权通过跨国犯罪，在黑市上来获取资源、创造收入并加强其对权力的控制，得以在制裁中幸存下来。即使在全面制裁的情况下，制裁很难改变损害目标政府的运作方式。See Peksen D, “Political targets: The human rights effect of economic sanctions//*”,* (2025) 2 *East Asia Forum Quarterly* 15*,* pp.26-27. Kirkham K, Jia Y, Woo Y. *Theoretical Identification of the Mechanisms of Sanctions//The Routledge Handbook of the Political Economy of Sanctions,* (Routledge,2023), pp.48-58.

[85] See Allen S H, “The domestic political costs of economic sanctions”, (2008) 6 *Journal of Conflict Resolution* 52, pp.916-944.

See Grauvogel J, Licht A A, Von Soest C, “Sanctions and signals: How international sanction threats trigger domestic protest in targeted regimes”. （2017）1 *International Studies Quarterly* 61, pp.86-97.

[86] Garfield R, “The impact of economic embargoes on the health of women and children”, （1997）4 *Journal of the American Medical Women's Association* 52*,* p.198.

[87] See Farzanegan M R, “Batmanghelidj E. Understanding Economic Sanctions on Iran: A Survey”, （2023）2 *The Economists' Voice* 20*,* pp.197-226.

[88] Roger Cohen, “ARMS TRAFFICKING TO BOSNIA GOES ON DESPITE EMBARGO”, *The New York Times*，5 November 1994.

[89] NATIONAL SECURITY STRATEGY October 2022, https://www.whitehouse.gov/wp-

间竞争的通常内涵，具有明显的遏制特征，即以经济制裁为手段达到与传统武装冲突相同或相似的效果，禁止与关键技术供应商的接触，代替一般的武装冲突，使中国遭遇近似经济遏制[90]的外部环境封锁，阻止军事战略物资输入中国，并在技术上对中国军队形成代差优势。[91] 以法律手段应对美国经济制裁措施，是中国对外关系法的重要内容之一。根据《中华人民共和国对外关系法》第三十三条第1、2两款规定："对于违反国际法和国际关系基本准则，危害中华人民共和国主权、安全、发展利益的行为，中华人民共和国有权采取相应反制和限制措施。国务院及其部门制定必要的行政法规、部门规章，建立相应工作制度和机制，加强部门协同配合，确定和实施有关反制和限制措施。"《中华人民共和国反外国制裁法》确立了中国反制裁的基本法律框架。中国在依法实施反制和限制措施时，应当有针对性地回应美国经济制裁的"法律战"特征，寻求破解其背后遏制意图的有效措施方案。

（一）加强应对"法律战"的顶层设计

美国"法律战"思维指导下的经济制裁是中国应对外部风险与挑战的一项重要内容，应对美国的"法律战"也是中国涉外法治建设工作的一项重要任务。党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革推进中国式现代化的决定》将"加强涉外法治建设"作为完善中国特色社会主义法治体系的重点任务加以部署，提高涉外法治斗争能力是加快涉外法治建设的重要组成部分。随着大国间战略竞争和法律博弈加剧，"法律战"将越来越成为涉外法治斗争的主要形式。将中国式"法律战"因应体系纳入涉外法治建设进程，需要加强应对"法律战"的顶层设计。习近平指出，涉外法治工作是一项涉及面广、联动性强的系统工程，必须统筹国内和国际，统筹发展和安全，坚持前瞻性思考、全局性谋划、战略性布局、整体性推进，加强顶层设计，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。

---

content/uploads/2022/10/Biden-Harris-Administrations-National-Security-Strategy-10.2022.pdf (last visited 18 March 2025).

[90] 源自"经济治国术"理论，该理论区分了国家可以采用的四种理想型经济治国战略：经济竞争、经济遏制、技术竞争和技术遏制。美国选择采用哪种战略取决于目标国家拥有的地缘经济能力类型以及该国对本国安全构成的安全挑战的类型。这一理论框架非常强调技术，5G 和人工智能等新兴技术体现了经济与军事安全之间的交叉，从技术竞争到技术遏制，再到经济竞争与经济遏制，体现了地缘经济以及国家竞争的升级和经济制裁烈度的提高，而能与法律战相提并论的应是经济遏制，或介乎于经济竞争与经济遏制之间的制裁。如今有关中美关系的讨论多表述为"新冷战"，但美国对华实施的制裁更接近于经济竞争而非经济遏制。相较于中国的经济遏制，美国对待日本的态度更偏向"经济竞争"，尽管当时存在来自国会和美国企业的保护主义压力，但里根政府认为日本是美国的盟友，而不是国家安全威胁。日本没有能力、也没有兴趣利用贸易胁迫其他国家，也没有试图以牺牲美国战略利益为代价输出其发展模式。但微妙的是，日本确实在 20 世纪 80 年代挑战了"华盛顿共识"，但那是对自由市场经济普遍主张的批评，在美国的叙事下，这并非像中国等共产主义国家试图输出革命和意识形态，更像是内部竞争。See Taniguchi R, Babb S， "The global construction of development models: the US, Japan and the East Asian miracle"，（2019）2 *Socio-Economic Review* 7, pp.277-303; Lee J, "Maher R. US economic statecraft and great power competition"，（2022）4 *Business and Politics* 24, pp.332-347.

[91] Cameron F. Kerry, Mary E. Lovely, Pavneet Singh, Liza Tobin, Ryan Hass, Patricia M. Kim, and Emilie Kimball, "Is US security dependent on limiting China's economic growth?", *Brookings,* 3 October 2023.

采取反制和限制措施是中国对外关系的重要法律事项，涉及国家整体利益，在实施的过程中需要全面综合考虑和衡量各种相关利弊因素做出决策，即要算好经济账，也要算好政治账，即要符合国内法和国际法的原则与规则，也要与国际社会普遍接受的道义及价值观相吻合。只有通过加强顶层设计，提高统筹决策的能力和效率，才能确保应对非法制裁的措施方案取得符合国家根本利益的法律和社会效果。实践不断表明，应对非法经济制裁不能仅仅依靠法律规则，加强顶层设计，统筹运用法律规则和其他相关措施，是确保反制和限制措施实施效果的必然要求。各种国家权力工具必须协同工作才能发挥最大效力，应对“法律战”也必须辅以其他措施，包括情报、外交、经济以及必要的军事措施等才能取得实效[92]。

当前，建立中国式“法律战”因应体系的首要之义是增强反遏制（anti-containment）能力建设。虽然 2022 年《美国国家安全战略》将对中国的竞争战略与对苏联、伊朗等国家的遏制战略加以区分，但不可否认的是，竞争与遏制之间的界限十分模糊，在实践中竞争战略很容易受政策变动和调整的影响而被遏制战略所取代，这种可能性随着特朗普新一届政府的上台而不断增强。应对美国政府可能采取的限制获取战略资源的措施，中国应综合采取一系列法律、政治、经济和军事相关的政策和行动，要在避免发生正面军事冲突危机的同时，优先重点建设中国在获得战略资源上的自主能力，有效克减经济制裁的遏制效果。

制裁与反制裁在本质上是国家间科技与经济等方面综合实力的较量。美国的对外经济制裁通过其巨大的国内市场吸引力、被制裁国家和实体以及第三国和实体对美国市场的依赖程度而发挥其遏制功能。经济制裁的本质上是霸权行为借助经济实力在市场交易领域的延续，也是对市场理性的完全背离。因此，经济制裁对实施制裁国家及实体和被制裁对象均会造成不同程度的破坏性影响，对此，需要结合具体制裁情形做出个案评估进而采取应对措施。因应“法律战”思维指导下的经济制裁必然是一个复杂的动态调整的理性政治决策过程，这使得顶层设计变得尤为重要。

（二）研判应对美国优先贸易政策引发的新一轮关税战和贸易战

特朗普政府日前发布了《美国优先贸易政策备忘录》，要求贸易代表审查和评估美国与中国之间的经贸协定以及 2024 年 5 月 14 日发布的 301 关税四年期复审结果报告，以确定对中国采取的适当行动，包括征收关税或其他必要措施，并重点针对工业供应链以及经第三国规避的情形。[93]认为，中美贸易关系不平衡，美国需要采取强硬立场确定对中国征收关税的水平。截止至 2025 年 4 月 12 日，特朗普政府宣布将对中国商品征收的关税提高 125%，对中国总加征关税税率为

[92] JEREMY S. WEBER,Playing the MIDFIELD, It’s High Time to Recognize Law as an Instrument of National Power, https://www.jagreporter.af.mil/Portals/88/2019%20Articles/Documents/20191104%20Weber-Midfield.pdf?ver=k0kVh8O_sg6ZHnToq7CFwA%3D%3D(last visited 18 March 2025).

[93] See America First Trade Policy, https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/america-first-trade-policy/(last visited 18 March 2025).

145%，并立即生效。与此同时，特朗普政府决定对其他 75 个贸易伙伴国暂停实施“对等关税”90 天，并将相关税率降至 10%。这种“一加一停”关税策略的调整，标志着特朗普政府的关税策略发生了重大转变，即从全球“对等关税”争端转向将矛头对准中国。这种关税“闪电战”标志着中美贸易摩擦从局部摩擦升级为系统性对抗，若持续升级，将导致双边贸易实质性脱钩，除了特殊豁免和不得不进口的货物之外，中美之间将不存在可供选择的贸易。但也有分析认为，特朗普将关税作为“再平衡”美国贸易逆差的工具和经济战略博弈的武器，尚未将其作为意识形态斗争或延续“新冷战”的手段。[94]

特朗普政府的“美国优先”关税和贸易政策将加速现有国际经济秩序的“失序”，其本质是以区域化秩序代替国际法治。[95]特朗普政府 2.0 版关税战和贸易战将给中国带来重大的风险和挑战，使中国参与到更具烈度的经济转型竞争中，并遭遇一定的出口贸易压力和经济损失。其一，出口贸易体系遭受系统性冲击，特朗普政府可能联合盟友实施供应链审查，限制转口贸易，使得中国通过第三国规避风险的路径失效，造成出口导向型产业订单流失、利润减少；其二，技术封锁和技术脱钩进一步升级，导致中国半导体、人工智能等领域研发周期延长；其三，国内经济面临转型压力，出口导向型产业衰退可能引发中国区域性失业潮，提高社会不稳定风险。

对此，中国应不断丰富完善特朗普对华经贸政策的反制“工具箱”，通过非关税措施发挥相应的制约或反制作用。首先，应充分全面分析美国经济面临的高通胀、高财政赤字等问题，利用中国在全球贸易和外汇储备等领域的地位和影响力，[96] 针对特朗普政府对华新一轮特定产业打压、经贸领域遏制出台对等反制措施；其次，在芯片、航空航天等领域加快实现对美国产品的替代，并将出口管制扩大到稀土金属和石墨等战略性产品中；[97]最后，加大企业出口及相关投资的全球化布局调整，以及尝试通过转口贸易等途径来减轻美国关税壁垒造成的负面影响，中国企业还应当基于《美国优先贸易政策备忘录》项下的调查领域，对自身的供应链情况进行审查，以制定相应的风险规避策略。另一方面，中国需以两国间贸易平衡治理为切入点，始终保持战略定力，不放弃寻求中美经贸共识，主动促成中美第二阶段经贸协议的达成，为中美关系注入更多的稳定性和确定性，但同时也应认识到，中美达成第二阶段协议的形势尚不明朗，特朗普挥舞关税“大棒”以及对中国关键领域的出口管制也大大降低了协议达成的可能性。

（三）积极推动有关反制裁国际规则的形成

---

[94] 王栋、马涛：《特朗普第二任期对华竞争战略前瞻》，载《国际安全研究》2025 年第 2 期。

[95] See Stewart Patrick, “The Death of the World America Made”, *Emissary*, 19 February , 2025.

[96] 巩冰：《特朗普可能当选情景下的对华经贸政策分析》，载《清华金融评论》2024 年 8 月刊，第 129 期。

[97] Tue：“The impact of US tariffs on China: three scenarios”, https://www.eiu.com/n/the-impact-of-us-tariffs-on-china-three-scenarios/(last visited 18 March 2025).

当前，在对待制裁问题上国际关系的法治化程度还不尽人意。中国应倡导规制单边制裁的相关国际法规则的建立，实现国际秩序的法治化，将推动反制裁国止次级制裁的基本立场，主动承担不承认次级制裁合法性的法律义务，[98] 通过国家实践促进反对次级制裁相关习惯国际法规则的形成。以此为基础，在联合国大会框架内持续反对美国对古巴等国实施的单边制裁，敦促已经并继续实施支持单边制裁的其他国家尽快停止或使无效，积极利用多边国际机制否定单边制裁行为的合法性与正当性，推动有关单边制裁的禁止性习惯国际法规则的形成。例如，国际人道法为禁止单边制裁提供了有力的法律依据，由于单边制裁对平民可能造成与武装冲突相当的损害，中国应在国际社会积极倡导通过国际人道法规范规制单边制裁，落实人道保护理念在限制制裁措施的负面影响上所应发挥的积极作用，为经济制裁措施划定不可突破的人道底线，推动适用于制裁措施的人道主义强行法规则的形成。具体而言，可以强调把关键经济基础设施排除规则与预防义务引入到区分原则和相称性原则之中[99]， 在制裁期间以及制裁前后对其进行影响评估，并长期监测经济制裁对人权的影响，以此降低制裁对国际社会平民的伤害。

此外，当今国际社会大多数实施的单边制裁并不是针对国家不法行为，单边制裁缺乏任何司法审查，使其成为国家任意行使权力的行为。国际法院在其核武器咨询意见中明确认为，核武器的扩散甚至使用本身并不违法，国际法也未规定一个国家有遵守特定治理模式的法律义务，对伊朗等国家的制裁显然是出于政治原因。考虑到实施单边制裁造成损害的严重性，以司法审查的形式进行制约是可取的。国际法院在伊朗诉美国案的判决中认为其有权裁定案件的实质部分，这表明根据国内立法实施的单边制裁也可能受到国际司法机构的审查，因此推进国际司法机构对单边制裁的司法审查也可对其进行有效限制。

推动限制单边制裁措施的国际法规则形成有赖于中国在解释、适用以及发展国际法规则方面不断增强“话语能力”。运用国际法规则维护国家和国际社会共同利益的能力是国家软实力的重要组成部分。“法律战”思维指导下的经济制裁虽然表现为一国依赖其军事和经济硬实力的霸权行为，但历史经验也表明，在对抗霸权行为上，软实力也发挥着不可忽视的积极作用。发展和运用有关单边经济制裁的反制和限制措施的法律规则，是软实力在抗衡“法律战”的系统工程中作为不可或缺组成部分的具体表现。

（四）运用涉外法治斗争维护以《联合国宪章》为基础的国际秩序

美国“法律战”思维引领下的经济制裁措施虽有减少正面武装冲突的积极意义，但其单边措施的性质从根本上并不符合《联合国宪章》倡导的集体安全、合

[98] Terry PCR, *Secondary Sanctions, Access Restrictions and Customary International Law. In: Ruys T, Ryngaert C, Rodríguez Silvestre F, eds. The Cambridge Handbook of Secondary Sanctions and International Law. Cambridge Law Handbooks,* (Cambridge University Press, 2024), pp.117-144.

[99] Nathanael Tilahun & Obiora Okafor: “Economic Sanctions and Humanitarian Principles: Lessons from International Humanitarian Law”, *Yale Journal ofInternational Law*, June 26, 2023.

作与对话理念。“法律战”在法律上和道义上的缺陷导致它对国际法的破坏性超出了建构性，以符合规则的形式实现违背《联合国宪章》宗旨和原则的不正当目的，这是一种消极的工具主义法律现象，[100] 滥用“法律战”的种种实践不断侵蚀着《联合国宪章》作为当代国际法律秩序基础的权威性，对国际法自身价值的普遍认同产生严重负面影响，[101] 最终会导致国际关系的“失序”。

因此，有效运用涉外法治斗争手段，化解“法律战”对当代国际法秩序的破坏性影响，维护以《联合国宪章》为基础的国际秩序也是中国涉外法治建设的重要宗旨和目标。不同于美国霸权主义的“法律战”，中国的涉外法治斗争是在国际政治格局大变革背景下，更好地管控冲突和规制战略竞争，维护国际关系的基本秩序、推动国际法朝着更加公正合理的方向变革的重要手段。

单边经济制裁是对《联合国宪章》关于集体安全保障多边机制的严重背离。美国对外经济制裁中的“法律战”思维与其国家安全观泛化、谋求绝对安全的策略相呼应，其深层根源在于对各种风险和威胁的感知与预判缺乏基本理性和信任度，在法律规则的解释和适用上否认善意原则的伦理价值与规范意义，导致过度的工具主义倾向。对此，维护《联合国宪章》为基础的国际秩序，践行真正的多边主义，需要从根本上解决国家间，特别是大国之间在国际关系中的相互信任问题。有学者认为，美国尝试将中国融入“自由国际秩序”接触战略的失败，导致了中美之间围绕塑造全球规则、法律以及政治制度体现的价值观开展日趋激烈的竞争，[102]尽管这种观点存有过度强调意识形态斗争的倾向，但也反向说明了中国涉外法治斗争需要兼顾维护国家利益与在国际关系中建立与巩固信任的双重目标。在反制裁和限制措施法律规则的适用过程中，应重视有利于建立信任的各种具体措施，如提高法律与政策的透明度，法律解释与政策调整的可预期程度等等。

结语

禁止将战争作为推行国家政策的工具，这是国际法发展历史进程中具有积极意义的重大事件。尽管如此，战争思维的“惯性”仍有可能在不同程度上影响着当代国家实践。美国对外经济制裁中的“法律战”就是这种以冲突和对抗为主要特征的思维模式与法律工具主义观念相结合的产物。将法律作为用于实现军事战略的手段，通过运用制裁的法律规则实现与武装冲突相等同的遏制效果，这与《联合国宪章》所倡导的以国际合作共谋和平与发展的宗旨相背道而驰，“法律战”的蔓延泛滥会导致国际社会转向“失序”。在涉外法治斗争中对抗“法律战”背后的霸权主义行径，化解非法单边经济制裁的遏制效应，是中国涉外法治

[100] Michael Dressler: “Lawfare: Both an Existential Threat to the International Rule of Law and an Indispensable Tool of American Foreign Policy in the Twenty-First Century”, *Penn State Law Review*, 6 March 6 2021.
[101] Goldsmith J, *The terror presidency: Law and judgment inside the Bush administration* WW Norton & Company, 2007, p.33.
[102] See G. John Ikenberry, Systemic Rivals: America’s Emerging Grand Strategy toward China, *Global Asia*, December 2021.

建设的一项重要课题，也为完善中国国际法自主知识体系提供了重要实践依据。应当承认的是，反对单边经济制裁的遏制从根本上依赖于中国综合国力的不断提高，其长期性、复杂性和艰巨性不应被低估。

2025年中国国际法学会年会

欧盟《反经济胁迫条例》：预期功能、实施阻碍及中国因应

王晓杰*

摘要：欧盟《反经济胁迫条例》具有威慑功能、斗争功能和救济功能，并且从舆论传播、经济基础、法规配合三个方面使功能发挥最大化，但是该条例的实施面临内外多重阻力。在外部方面，《反经济胁迫条例》难以对美国形成威慑；在规则本身方面，存在规则的不确定性和高成本问题；在欧盟内部，欧盟成员国的分歧也会成为实施阻碍。本文通过分析欧盟《反经济胁迫条例》对我国的不利影响，包括利用该条例为自身经济胁迫行为辩护等，提出立法、司法、执法等多方面应对策略。

关键词：《反经济胁迫条例》；功能定位；实施阻碍；法律应对

引言

欧盟委员会主席冯德莱恩在 2020 年发文表示欧盟意图建立“阻止和抵制第三方胁迫行为的工具”。[1]2023 年 10 月 23 日，欧盟理事会正式批准了反经济胁迫文书的修改文本，同年 12 月 7 日，欧盟官方公报正式发布了《关于保护联盟及其成员国免受第三国经济胁迫的第 2023/2675 号条例》(以下简称《反经济胁迫条例》)，这意味着欧盟反胁迫工具已成为立法并正式生效。欧盟《反经济胁迫条例》包括 37 段前言和 17 个条文，涉及立法目的、立法依据、适用范围、反制措施和实施程序等诸多方面。欧盟《反经济胁迫条例》具有很强的外部性，是外交、经济和法律融合的产物，其在国际经济法律和实践中是一个新颖的事物。实际上，目前大多数国家和地区都没有专门的反胁迫工具，包括美国、中国、澳大利亚和加拿大等国。《反经济胁迫条例》虽然名义为“反”，具有抵御性的意涵，但其本质是限制他国经济发展的进攻性武器，在欧盟内部，通过该条例加强经济安全和相关政策协调，在欧盟外部，旨在保护欧盟成员国在国际经贸关系中的利益，助力欧盟增加经济韧性并实现战略自主。

一、欧盟《反经济胁迫条例》的三维功能

（一）威慑功能

1.威慑是《反经济胁迫条例》的首要功能

立足于国际视域，《反经济胁迫条例》具有威慑和斗争两项功能，而威慑功能是《反经济胁迫条例》的首要功能。欧盟《反经济胁迫条例》的主要目标是威慑，因此不需要使用该条例将是最成功的结果。当前，在国际环境日益复杂化、

* 王晓杰，外交学院国际法与外交专业博士研究生。

[1] See European Commission, “State of the Union 2020. Letter of Intent to President David Maria Sassoli and to Chancellor Angela Merkel.” 16 September 2020, p.5.

大国竞争加剧的背景下，各国逐渐陷入“安全困境”，在对外经贸政策中不断出现国家安全措施，尤其是个别国家依靠其在不对称性经济依赖关系中的优势地位，频繁实施金融制裁、限制贸易、冻结资产等经济胁迫行为。而欧盟现行法律框架无法妥善解决经济胁迫问题，即便是欧盟《阻断条例》在经济胁迫问题上也没有威慑作用，其吓阻效果和阻断力度均有限。是故，欧盟将经济安全置于战略地位，并通过《反经济胁迫条例》实现政治立场的法律表达。《反经济胁迫条例》是混合贸易和外交政策的工具，其具有广泛适用范围性和应对措施多样性性，通过设立明确的响应机制阻止域外和其他形式的胁迫从而避免未来的争端，也即通过威慑第三国的潜在经济胁迫来维护欧盟和成员国在政策制定方面的自主权，保护贸易和投资免受武器化影响，从而发挥其有效防范外部风险的效果。

2. 制度设计中威慑功能的发挥

欧盟《反经济胁迫条例》的首要功能就是威慑第三国放弃经济胁迫或者在发生经济胁迫时停止经济胁迫，具体而言，威慑功能的发挥主要在以下方面：

第一，威慑功能体现在专门解决胁迫问题的框架。威慑效果来自于存在一个专门的、有效的、可信的、迅速的解决胁迫问题的框架，通过制度化的安排和严格的应对措施予以其他各国及相关国际法主体形式上的压迫。[2]欧盟《反经济胁迫条例》的存在就起着威慑功能，而可预测性和透明度助力该功能的发挥，共同商业政策下的立法框架为在必要时采取迅速有效的行动提供了机会，通过使第三国放弃经济胁迫或者在发生经济胁迫时停止经济胁迫，从而保护欧盟及其成员国的利益。

第二，通过应对措施提高《反经济胁迫条例》威慑力。欧盟《反经济胁迫条例》之所以将应对措施作为反对经济胁迫的最后手段，是因为欧盟主要想借此提高该条例的威慑力。欧盟《反经济胁迫条例》附件一中设置了一揽子应对措施，应对措施的强度从限制措施逐渐递增直至不履行相关国际义务，全方位迫使第三国停止经济胁迫。欧盟《反经济胁迫条例》附件一在诸多应对措施后加以“在必要时可以相当于不履行应适用的国际义务”的表述，可知欧盟的应对措施不仅包括与欧盟的国际义务相一致的措施，而且包括在第三国的经济胁迫构成国际不法行为的情况下，不履行对有关第三国的国际义务，这不仅为欧盟扩大反胁迫措施的形式和适用范围预留了空间，而且通过提供强有力的应对措施提升《反经济胁迫条例》的威慑力。

（二）斗争功能

《反经济胁迫条例》是欧盟开展对外斗争工具箱中的重要组成部分，展现出明显的斗争功能。从《反经济胁迫条例》的内容中亦能识别其对斗争功能的发挥，

[2] 张丽英，巩文昊：《欧盟贸易政策“武器化”的逻辑解构与法律回应——以<反经济胁迫条例>为例》，《欧洲研究》，2024 年第 3 期，第 100 页。

具体而言，欧盟通过对“经济胁迫”的话语拉锯、弱化他国经济行为的合法性和正当性等确保《反经济胁迫条例》的精准适用和法律斗争的有效性。

1.斗争功能是在外交层面的对外定位

《反经济胁迫条例》是欧盟开展对外斗争工具箱中的重要组成部分，其对象和后果均具有国际性和外部性。斗争功能是《反经济胁迫条例》在外交层面的定位，欧盟意图借助该条例表明其在相关国际问题上的政治立场并争取更多谈判筹码。在无政府的国际体系中，各主权国家作为同类实体必须通过维持或加强物质权力实现自身利益保护，而大国之间的物质权力分配基本决定了国际体系结构，所以，本质上，国际体系就是国家间争夺权力的斗争。[3]当前，随着国际贸易的发展，各国家之间在经济上逐渐形成相互依赖的关系。自由主义学者认为，经济相互依赖使国家间产生了共同利益，这种共同利益会约束国家行为并国际合作，但实际上，国家间经济上的相互依赖已经逐渐成为国家间权力斗争和博弈的工具。[4]这便是《反经济胁迫条例》发挥斗争功能的现实基础所在。一方面，《反经济胁迫条例》的对象和后果均具有国际性和外部性，这为《反经济胁迫条例》赋予了国际法的斗争性功能。另一方面，国际法与政治、外交的紧密联系为《反经济胁迫条例》斗争功能的发挥提供良机。国际关系理论认为，一国身份强烈影响着其在行动和选择方面的特殊偏好，在法律上形成各国对国际不法和合法行为的偏向。[5]欧盟《反经济胁迫条例》是法律和外交融合的产物，其通过在法律上判断第三国行为的合法和非法性，将欧盟自身的外交偏好予以合法和正当，助力欧盟在国际斗争的背景下运用兼具合作和斗争的欧盟法。

2.斗争功能于规则设计中体现

《反经济胁迫条例》在外交层面具有斗争功能，一方面，有关“经济胁迫”的话语拉锯助力欧盟在经济胁迫及其实践问题上的斗争，另一方面，欧盟通过弱化他国经济行为的合法性和正当性，强化自身措施的合法性和法律斗争行为的正当性，并通过“靶向”打击确保《反经济胁迫条例》的精准适用和法律斗争的有效性。《反经济胁迫条例》的斗争功能体现在欧盟弱化他国经济行为的合法性和正当性，强化自身经济措施的合法性和正当性。《反经济胁迫条例》为欧盟及其成员国的相关斗争措施提供合法性依据，这可以降低欧盟采取应对措施时遇到的声誉风险和在国际社会的认同风险。[6]欧盟以第三国的经济行为不符合国际法且以保护欧盟正当利益为由，依据《反经济胁迫条例》发动所谓的“反胁迫措施”，从而强化欧盟措施的合法性和法律斗争行为的正当性。在此基础上，欧盟可以合理合法地

[3] 秦亚青:《权力·制度·文化———国际政治学的三种体系理论》,《世界经济与政治》，2002 年第 6 期，第 6 页。
[4] 付清：《经济相互依赖武器化与美国主导权护持战略》,《世界经济与政治》，2024 年第 7 期，第 126 页。
[5] 李鸣:《国际法的性质及作用:批判国际法学的反思》,《中外法学》，2020 年第 3 期，第 808 页。
[6] 沈伟：《中美贸易摩擦中的法律战———从不可靠实体清单制度到阻断办法》,《比较法研究》，2021 年第 1 期，第 185、186 页。

打击和制裁第三国或其产业发展、企业或个人，从而维持欧盟竞争优势地位，维护欧盟及其成员国的战略利益。

同时，“靶向”打击是《反经济胁迫条例》文本中斗争功能的发挥。《反经济胁迫条例》条款中虽未明确指出打击的对象，但通过其发布的多项官方文件以及该条例的出台背景可知，欧盟借助《反经济胁迫条例》框定的打击对象主要是中国和美国。例如，在《影响评估报告》中，欧盟将美国根据 1974 年《美国贸易法》301 条款征收关税的行为列为经济胁迫。[7]欧盟借助《反经济胁迫条例》适用的指向性来避免打击对象的泛化，确保精准适用和有效斗争。

（三）救济功能

《反经济胁迫条例》的救济功能是在法律层面的对内救济，其中诸多条款都体现出该条例救济功能的发挥，不仅为寻求赔偿提供了法律支撑，也更有力地保护欧盟及其成员国的国际权益，确保欧盟私人实体的经济利益。

1.救济功能是法律层面的对内定位

《反经济胁迫条例》的救济对象是欧盟及其成员国，也包括受到经济损失的欧盟企业。《反经济胁迫条例》第一条第 1 款规定该条例是为了“确保有效保护欧盟及其成员国的利益不受第三国经济胁迫”，这体现了《反经济胁迫条例》对欧盟内部预设的救济效果。《反经济胁迫条例》第一条第 2 款第 2 项规定“本条例还为欧盟在适当情况下寻求对欧盟所受损害的赔偿建立了一个框架。”实践中，遭受制裁的主体在国际层面也可以通过本国诉至 WT0、国际法院等国际组织寻求救济，但是欧盟认为目前多边体制、国家间争端解决机制未能有效解决相关经济胁迫争端，因此欧盟将国内救济措施作为维护本国主体合法权益的一种重要路径。实际上，《反经济胁迫条例》开拓出了实现救济的特殊渠道，通过使第三国及其相关经济主体遭受经济损失，增加第三国经济胁迫的代价，达到改变其对外经济政策的目的，也有助于提升欧盟企业对反经济胁迫的防控和救济能力。

2.在具体条款中救济功能的发挥

《反经济胁迫条例》为寻求赔偿提供了法律基础。据统计，欧盟《反经济胁迫条例（草案）》仅提到 3 次赔偿事宜，但是《反经济胁迫条例》最终文本提到 18 次。[8]整体而言，赔偿贯穿欧盟在应对措施的选择、设计、修改、暂停和终止的全过程，《反经济胁迫条例》的诸多条款都体现出该条例救济功能的发挥。

第一，在时间上，自第三国措施被认定为经济胁迫后，欧盟委员会便可提出赔偿请求。《反经济胁迫条例》第第 5 条第 10 款规定，在欧盟理事会通过了第三

[7] See European Commission, “Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Union and its Member States from Economic Coercion by Third Countries,” SWD(2021) 371 final, Brussels, 8.12.2021, p.13.

[8] 解楠楠：《“反胁迫”还是“胁迫”：欧盟<反经济胁迫条例>评析》，《国际经济合作》，2024 年第 4 期，第 7 页。

国经济胁迫认定的执行法案后，欧盟委员会有权利要求第三国在合理期间内弥补对欧盟的损害。《反经济胁迫条例》第六条规定了在对第三国措施认定后欧盟与第三国的接触，即在通过有关经济胁迫认定的执行法案之后，欧盟委员会应提供充分的机会和平台与第三国进行磋商，从而促使第三国停止经济胁迫，并在磋商中提出赔偿请求，要求第三国赔偿因经济胁迫对欧盟及其成员国造成的损害。

第二，第三国未能赔偿欧盟损失是启动应对措施的条件之一。《反经济胁迫条例》第 8 条第 1 款规定了欧盟委员会采取应对措施的条件，其中便涉及损害赔偿：当第三国在磋商后并未在合理期间内停止经济胁迫且并未赔偿欧盟所受损害。如果第三国的经济胁迫已经停止，但第三国仍未完全弥补欧盟提出的损害，那么欧盟委员会应根据案件具体情况判断采取应对措施对欧盟及其成员国利益而言是否是必要的。

二、欧盟《反经济胁迫条例》的推进进路

欧盟为了发挥《反经济胁迫条例》的威慑功能、斗争功能和救济功能，从舆论传播、经济基础、法规配合三个角度进行突破。在舆论方面，通过与他国就共同关切的涉胁迫议题寻求合作，力图最大限度地凝聚反胁迫共识。在经济基础方面，欧盟在出台《反经济胁迫条例》的同时，也积极加强经济能力建设，从而减少欧盟在全球经济网络中对他国的依赖性，涉及绿色能源、金融、外资审查、技术安全等诸多方面。在法规配合方面，欧盟《阻断条例》是防守性工具，《反经济胁迫条例》是进击性武器，两者形成合力

（一）通过舆论传播扩大攻势

近年来，欧盟屡次通过舆论给自己贴上“受害者”、“反胁迫”等标签，占据舆论斗争的“道德高地”，加大渲染欧盟对外经济依赖所带来的脆弱性，从而为后续反经济胁迫提供支撑。《反经济胁迫条例》与欧盟之前提出的“去风险”等言论形成合流，在此基础上，欧盟联合其他国家形成舆论阵营，注重与他国就共同关切的涉胁迫议题寻求合作，力图最大限度地凝聚反胁迫共识，利用舆论最大程度将《反经济胁迫条例》的法律影响力转为政治影响力，并助推富含斗争意图和自身价值观的新规范落地。此前，美国提出对华“脱钩”以与中国展开经济对抗，但是这一主张遭到欧洲国家的广泛反对。[9]作为回应，2023 年 3 月底冯德莱恩发表演讲，详细阐述了对华“去风险”概念以及初步战略构想。[10]随后，美国迅速接纳这一概念并在国际场合多次提出对华经济“去风险”。“去风险”作为一个新概念，是美欧对华战略的新叙事框架，是美欧国家在彼此共同利益和分歧之间寻找到的平衡点，以此重塑与中国的贸易和投资关系。“去风险”侧重点在于降低风险和不稳

[9] 曹佳鲁，房乐宪：《技术主权与地缘政治：解码<欧洲经济安全战略>的核心与影响》，《和平与发展》，2024 年第 3 期，第 98 页。

[10] European Commission, Speech by President von der Leyen on EU-China relations to the Mercator Institute for China Studies and the European Policy Centre, Brussels, March 30, 2023. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_2063, Last Visited at 9 Feb. 2025.

定因素，看似是温和的措辞，避免对经贸关系产生过重的负面影响，实则蕴含着对华强硬立场。[11]欧盟成员国也对“去风险”做出回应，如欧洲主流智库也在疯狂鼓吹对华“去风险”，如德国墨卡托中国研究中心（MERICS）认为欧盟应从制定对华安全工具、准备应对台海冲突等多方面制定“去风险”政策。[12]总之，自明确对华“去风险”以来，欧盟在多个场合炒作与华经贸往来的风险，利用政府、议会等官方平台发声进行声援，加大渲染欧盟对外经济依赖所带来的脆弱性，从而为后续反经济胁迫提供支撑。

（二）以经济能力建设为基础

为了确保并增强欧盟在经济相互依赖网络中的竞争力和自主性，减少经济依赖从而降低经济胁迫的可能性和危害程度，欧盟采取以下措施增强经济能力建设：

一是加强能源安全和供应链韧性。欧盟高度依赖俄罗斯能源，俄乌冲突暴露了欧盟在能源方面的脆弱性，是故，欧盟加速能源转型，避免俄罗斯以能源为武器对欧盟经济施加影响。2021 年，欧盟委员会发布“绿色新政”计划，提出了扩大欧盟碳市场、提高绿色能源占比等诸多新法案。俄乌冲突加速了实施该一揽子政策的进程，提高能源独立性从而逐步摆脱对俄罗斯能源的依赖。欧盟为了加速能源转型，发布了《绿色协议工业计划》，持续加大能源转型资金投入，从而提高欧盟能源供应的去俄化、多元化，降低对他国经贸领域战略依赖。[13] 在自身经济结构性问题的背景下，欧盟提出了诸多促进产业发展和升级的措施以加强“经济主权”，提升经贸领域比较优势和欧盟国际竞争力。[14]欧盟通过多种途径获得产业比较优势：如通过设置外资安全审查条例，限制外国企业的投资并购活动；在电动汽车等绿色产业领域实施外国补贴调查，将中国的产业优势归为“巨额隐形补贴”。此外，欧盟还重启跨国天然气管道建设、优化基础设施使用、减少对核电的限制等方面减少能源危机的冲击。

二是加强基础设施和网络安全。2024 年 1 月，欧盟公布《推进欧洲经济安全的五项新措施》，从而减少欧盟战略的外部依赖性，全面推进“去风险”战略，降低对外依赖，保障经济安全，增强战略自主。制定一系列政策工具应对经济相互依赖武器化，如加强对外投资审查、对中国诸多商品发起反补贴和反倾销调查、加强支持两用技术研发。同时，各种经济措施交织成密集编制的政策大网，加强欧盟经济的韧性，如颁布《欧洲芯片法案》，从而保证半导体的安全供应；颁布《关键原材料法案》，减少欧盟在原材料开采和加工等方面的依赖程度；2024 年 1 月 13 日生效的《关于在欧盟全境实现高度统一网络安全措施的指令》旨在提

[11] 柯静：《美欧对华“去风险”战略及其对中国的影响》，《太平洋学报》，2023 年第 8 期，第 32、33 页。
[12] 顾苏，熊炜：《试析欧盟推动对华“去风险”》，《现代国际关系》，2023 年第 9 期，第 44 页。
[13] 丁纯，孙露，纪昊楠：《俄乌冲突以来的欧洲经济：表现、原因、政策应对与前景》，《同济大学学报(社会科学版)》，2024 年第 4 期，第 32 页。
[14] 黄郑亮：《新冠疫情下欧盟对全球价值链参与路径的调整与结构重塑》，《国际关系研究》，2021 年第 1 期，第 46 页。

高欧盟的网络韧性，加强网络和数据安全。此外，出台《网络韧性法》、《关键实体韧性指令》等文件。[15]

（三）与欧盟阻断法形成合力

欧盟目前拥有各种贸易防御工具来防范特定的不公平贸易行为，每一种工具都有不同的性质并完成自己的功能。为了加强欧盟的战略自主性，欧盟出台了《反经济胁迫条例》，但欧盟另一个关键支柱是欧盟《阻断条例》。当第三国措施对欧盟企业域外适用时，《阻断条例》便是对该行为的统一回应。而且，使用阻断措施和建立经济胁迫规则标志着能够在欧盟层面应对国际经济争端，这是成员国无法在欧盟框架之外执行的，更加大了《反经济胁迫条例》的威慑力和斗争力。

《阻断条例》是防守性工具，《反经济胁迫条例》是进击性武器。欧盟《阻断条例》本质上是冲突法，是为了遏制美国的“长臂管辖”干涉。[16]由于美国对古巴、伊朗的制裁，欧盟决定以正式立法的形式来充分保障欧盟私人实体的利益。欧盟《阻断条例》一共 12 条，旨在减少国际贸易阻碍并促进经贸往来。《阻断条例》规定了“阻断义务”[17]和“报告义务”[18]，即适用对象不得遵守“列出的禁令”并在一定实践内向欧盟委员会报告，主动披露相关信息并配合调查。同时欧盟《阻断条例》最有威慑力的制度是“救济制度”[19]，即受阻断法影响而遭受损失的欧盟主体可以向造成损失的自然人或法人提出索赔。实际上，欧盟《阻断条例》的适用范围非常有限，只有被列出的部分属于禁令范围，目前只有部分美国法律被阻断，可见欧盟《阻断条例》具有很强的抑制性和防守性。[20]

而《反经济胁迫条例》则有所不同，虽然其名义上是“反”，具有抵御性的意涵，但其定位是依托规则门槛限制他国经济发展的进攻性武器，是贸易保护主义的政策工具。依照《反经济胁迫条例》的规定，第一步是判定第三国措施，第二步是在第三国未应欧盟要求停止经济胁迫的情况下采用欧盟应对措施，且当争端涉及化学品、知识产权时，欧盟可依据《反经济胁迫条例》暂停履行相关国际协议下的义务。此外，该条例创新性地提出第三国赔偿机制，通过放宽经济胁迫的定义从而扩大适用范围等，都意味着其具有进攻性。更何况，欧盟作为经济相互依赖网络中的参与者，其认为第三国是否实施以及如何实施相互依赖武器化取决于其威胁认知，也就是说，其对受威胁程度的判断和理解是主观上认为是否已经出现经济胁迫，而非客观上是否存在作为国际不法行为的经济胁迫。即使是同一

---

15 曾钰稼，张敏：《欧洲经济安全治理的基本逻辑及政策走向》，《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》，2024 年第 6 期，第 4 页。

16 郭烁：《云存储的数据主权维护 ——以阻断法案规制“长臂管辖”为例》，《中国法律评论》，2022 年第 6 期，第 81 页。

17 欧盟《阻断条例》第 5 条。

18 欧盟《阻断条例》第 2 条。

19 欧盟《阻断条例》第 6 条。

20 沈伟，吴楚天:《利器还是钝器？欧盟<阻断条例>的实施困境和借鉴》，《德国研究》，2023 年 第 4 期，第 47 页。

种政策行为，一国倾向于认定友好国家的行为比较中立，而将敌对国家对行为比定为挑衅或威胁

三、欧盟《反经济胁迫条例》的实施阻碍

欧盟《反经济胁迫条例》具有预设的威慑功能、斗争功能和救济功能，但不可否认，欧盟《反经济胁迫条例》的实施面临多重阻力。《反经济胁迫条例》的实施阻碍涉及欧盟内外部因素以及规则本身的问题：一是外部因素，即美国强大的国家实力。二是规则本身，即规则的不确定性和高成本性。三是内部因素，即国家和超国家层面之间的权限分配。所以，对欧盟而言，真正实施欧盟《反经济胁迫条例》并非易事，受到来自欧盟内外多重因素的制约。

（一）威慑有效性与目标国

《反经济胁迫条例》的首要功能是威慑功能，但其威慑效果只能针对经济地位更弱的国家。虽然《反经济胁迫条例》的出台和实施都指向美国，但基于美国在经济相互依赖网络中的优势地位，《反经济胁迫条例》难以达到威慑与抵制美国“经济胁迫”的目标。

1.美国在经济相互依赖网络中具有优势地位

二战后美国经济实力增加，经济胁迫行为也随之增加。美国以国内立法作为实施经济胁迫的基础。如 1807 年美国国会通过了第一项胁迫性经济措施，即贸易禁运，以报复英国在拿破仑战争期间骚扰美国商船的行为。1917 年，国会通过了《与敌人贸易法》(the Trading With the Enemy Act)，这是至今仍在使用的主要经济制裁法规之一。在颁布国内立法的基础上，美国实施经济胁迫的例子诸多，如美国对古巴实施经济封锁长达 60 年，限制其贸易和金融交易；美国对俄罗斯采取金融制裁、限制贸易、冻结资产等经济行为。而且，美国在 1960-1962 年期间对多米尼加共和国的政策取得短暂成功的一个重要因素是实施了经济胁迫。在与多米尼加各政治派别的谈判中，经济胁迫为美国外交官提供了筹码，也即美国谈判代表威胁要继续限制贸易以换取所期望的行动。[21]

2.《反经济胁迫条例》威慑功能难以对美国起效

从经验上来看，《反经济胁迫条例》的实施有效性主要取决于目标国。由于欧盟当前面临的“经济胁迫”主要源于美国，而美国具有强大的治外法权和国家实力，所以《反经济胁迫条例》难以达到威慑与抵制美国“经济胁迫”的目标。

美国能频繁和有效实施经济胁迫的能力取决于其经济和金融实力，以及它与外国之间密切的经济和金融联系。根据“武器化相互依赖”（weaponized interdependence）理论[22]，美国企业的影响力和经济规模等因素使其他国家产生对

[21] Schreiber, Anna P. "Economic Coercion as an Instrument of Foreign Policy: U.S. Economic Measures Against Cuba and the Dominican Republic." *World Politics*, vol. 25, no. 3, April 1973, p.413.

[22] Henry Farrell and Abraham L. Newman，“Weaponized Interdependence: How Global Economic Networks Shape State Coercion,”*International Security*, Vol.44, No.1, 2019, p.48.

美国经济不对称依赖，这是美国实施经济胁迫的物质条件。正如“新美国安全中心”所指，美国可通过贸易管制、制裁等消极经济措施向目标国施压以实现自身安全目标和外交政策。[23]实际上，美国的经济胁迫建立在经济和金融实力的六个主要来源之上，包括美元的全球主导地位、美国金融机构的主导作用、美国市场的规模和吸引力、美国公司在全球供应链中的深度、美国公司对外投资的巨大广度、 以及金融透明度和美国法律制度。[24]有学者通过研究美国对古巴和多米尼加共和国的经济胁迫，认为“经济胁迫作为外交政策工具有局限性，其有效性很可能取决于外交和军事压力的支撑，但经济胁迫的象征性功能使其成为具有诱惑力的政策”。[25]同样，美国也基于其强大的国家实力和治外法权对欧盟及其成员国实施强制性域外制裁并造成更大的附带损害，如 2019 年 10 月，华盛顿颁布了一项行政命令，切断欧洲与土耳其在尚未确定领域的贸易关系，以迫使雷杰普·塔伊普·埃尔多安改变在叙利亚的路线。[26]所以，总体而言，欧盟《反经济胁迫条例》的实施有效性存疑，其威慑效果只能针对经济地位更弱的国家。

（二）规则不确定和高成本性

欧盟《反经济胁迫条例》的规则设置在经济胁迫认定和应对、损害赔偿请求方面存在模糊性，导致实践可操作性不足，同时，欧盟《反经济胁迫条例》的落实会给欧盟委员会及成员国带来沉重的行政负担，伤及相关欧盟实体企业的经济利益，这些因素都会影响《反经济胁迫条例》救济功能和斗争功能的发挥。

1.《反经济胁迫条例》规则不确定问题

欧盟《反经济胁迫条例》的规则设置存在模糊性，导致实践可操作性不足，且配套措施的缺乏加大了反胁迫措施实施的难度，例如经济胁迫界定范围宽泛，在损害赔偿的计算方面如何确定特定行为者的责任程度等。规则的模糊性导致《反经济胁迫条例》实施和运行存在不确定性，不仅容易导致机制运行的混乱和重叠，影响反胁迫工作的实施，也会影响其救济功能和斗争功能的发挥。一方面，规则适用范围过宽的隐忧。鉴于国际法中缺乏对经济胁迫的明确定义，所以《反经济胁迫条例》规定第一步是确定第三国的行为是否构成经济胁迫，这也是该条例在规则设计和谈判中最具争议的部分，因为它定义了该条例的适用范围。《反经济胁迫条例》对经济胁迫的界定过于宽泛，导致该条例的适用范围过宽。另一方面，《反经济胁迫条例》在应对措施设计方面同样存在规则不确定性。规则的

[23] Peter E. Harrell et al.. *Economic Dominance, Financial Technology, and the Future of U.S. Economic Coercion*. Washington. D. C.: Center for a New American Security, 2019, p.5.
[24] Peter E. Harrell et al.. *Economic Dominance, Financial Technology, and the Future of U.S. Economic Coercion*. Washington. D. C.: Center for a New American Security, 2019, p.8.
[25] Schreiber, Anna P. “Economic Coercion as an Instrument of Foreign Policy: U.S. Economic Measures Against Cuba and the Dominican Republic.” *World Politics*, vol. 25, no. 3, 1973, p.413.
[26] Jonathan Hackenbroich et al.,“Defending Europe’ s Economic Sovereignty: New Ways to Resist Economic Coercion,”European Council on Foreign Relations，p.4, 20 October 2020，https://ecfr.eu/publication/defending_europe_economic_sovereignty_new_ways_to_resist_economic_coercion/. Last Visited at 19 Mar. 2025.

不确定不仅容易导致欧盟委员会和相关主管机关过度自由裁量，而且会导致应对措施实施的不可预测性。由于应对措施的合法性始终是其救济功能和斗争功能能否实现的核心问题，在应对措施方面的规则不确定会导致欧盟反胁迫措施的合法性难以保障，这不仅无法预防和阻止第三国经济胁迫行为对欧盟的不利影响，还将加剧欧盟与第三国的经贸冲突，不仅影响内部救济功能的实现，也会影响依赖反胁迫措施的斗争功能的发挥。

2.《反经济胁迫条例》实施高成本问题

《反经济胁迫条例》的实施成本涉及欧盟执法机构的行政成本、欧盟成员国的成本以及相关实体企业的成本，规则实施的高成本会影响《反经济胁迫条例》救济功能和斗争功能的发挥。

第一，《反经济胁迫条例》实施涉及欧盟执法机构的行政成本。在《反经济胁迫条例》运行后，欧盟委员会需审查第三国措施、通知成员国、寻求有关第三国措施影响的信息、发布公告、与第三国磋商寻求停止经济胁迫、提出损害赔偿请求、选取和设计应对措施、修改和终止应对措施、在应对措施终止后评估并提交评估报告等。而欧盟理事会需多数通过执行法案、根据执行法案采取行动等。同时，《反经济胁迫条例》第 18 条规定欧盟委员会应由一个专门委员会协助。在此背景下，有学者提出《反经济胁迫条例》的运行保守估计将需要五个特定的全职职位。[27]总之，欧盟《反经济胁迫条例》的落实会给欧盟委员会及成员国带来沉重的行政负担，包括信息收集、进行调查、商定解决方案、使用应对措施和经济胁迫的监督，行政负担的程度取决于欧盟和成员国所遭受经济胁迫的频率以及该条例的使用程度。

第二，欧盟成员国的成本。欧盟成员国最终会承担欧盟委员会关于实施应对措施的决定所造成的财政负担。《反经济胁迫条例》的实施会给利益相关的欧盟成员国带来负面影响，在能源、金融、电信、知识产权、投资等领域对第三国施加限制措施也会给欧盟成员国带来经济损失。例如，在知识产权领域，限制知识产权就是限制无形资产的所有权，这可能会损害欧盟成员国的创新和投资环境。而且，欧盟及其成员国批准了与第三国签订的多项双边投资条约。投资条约通常规定在被申请国违反相关条约的情况下投资者可以获得赔偿，也就是说投资者与国家之间的争端可能导致欧盟或其成员国之一不得不支付金钱赔偿。如由于欧盟根据《反经济胁迫条例》采取的应对措施违反相关条约，外国投资者有可能向欧盟或成员国索赔。因此，在欧盟委员会做出反胁迫决定后，利益相关的成员国可能会因义务而采取的行动承担财务责任。同时，《反经济胁迫条例》对经济胁迫宽泛的界定不仅给欧盟及其成员国相关机构带来审查压力，另一方面，也会在成

[27] See European Commission, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Union and its Member States from Economic Coercion by Third Countries”, Brussels, 8.12.2021 COM(2021) 775 final 2021/0406 (COD), pp.6-7.

员国本就已经受到经贸负面影响的情况下带来更大经济成本。[28]

（三）欧盟内部分歧和阻力

欧盟内部对《反经济胁迫条例》的适用存在争议，各成员国立场的不一致将影响和制约欧盟行动的一致性。由于欧盟各成员国偏好和利益考量的差异，在制定对外政策和《反经济胁迫条例》过程中难以达成完全统一的立场，特别是在涉及各国核心经济利益时分歧更为明显，这也导致了对经济胁迫和反胁迫措施态度的不同。

1.在《反经济胁迫条例》制定上存在分歧

欧盟在拟定《反经济胁迫条例》过程中发起了利益相关者磋商（Stakeholder consultations），主要就经济胁迫问题、潜在的立法工具及其可能的影响与利益相关者进行了广泛的磋商，其中表示反对或持保留意见的利益相关者不在少数。而且在《反经济胁迫条例》制定过程中，各方在内部权限方面出现明显的分歧，最后的权限分配无非是各谈判方妥协的结果。

在《反经济胁迫条例》制定过程中就有成员国和其他利益相关者表示反对。如在条例提出阶段，意大利、捷克、爱沙尼亚、芬兰和瑞典等国就表示反对或怀疑该提案。捷克共和国和瑞典在《反经济胁迫条例》谈判中担任理事会轮值主席国，在此过程中不断对《反经济胁迫条例》升级贸易政策和引发针锋相对报复的可能性持保留态度，持相同观点的还有爱尔兰、德国和北欧国家。而且，一些行业协会和欧洲企业也担心欧盟的反胁迫措施将导致自身利益受损，要求欧盟出台对受到反胁迫措施影响的企业提供补偿的机制，甚至一些企业反对欧盟实施《反经济胁迫条例》。德国宝马集团曾明确表示，不希望有这样一个工具，而应该把更多的精力放在 WTO 改革上。整体上，利益相关者对使用干预主义措施持谨慎态度，更愿意以更温和的外交方式阻止第三国免受经济胁迫。他们认为应该避免作为最后手段的反制措施，因为《反经济胁迫条例》应对措施的实施存在附带损害、进一步报复和升级的冲突的风险。更何况，《反经济胁迫条例》会被用于政治目标，并会成为保护主义的工具。

2.在《反经济胁迫条例》适用上存在阻力

具体而言，第一，支持自由贸易的国家担心《反经济胁迫条例》会加剧贸易冲突，而且反制措施有成为永久性措施的风险。以法国和德国为例，其在经济上具有较强自主性，马克龙就曾提出“必须抵制那些要求减少对华贸易的言论”[29]，“欧盟应保持商业开放，即便是在保护欧盟经济利益和经济安全时也不应转向保

[28] See Péter Tutto,“An Eye for an Eye? The European Commission’s Proposal for an Anti-Coercion Instrument and What It Means for Member States,”*ELTE Law Journal*, No.2, 2022, p.109.

[29] Michel Rose and Laurie Chen, “Ahead of Xi meeting, Macron warns against shunning China,” Reuters, April 5, 2023, https://www.reuters.com/world/europe/between-reset-de risk-eu-leaders-pay-rare-visit-china-2023-04-04/. Last Visited at 19 Mar. 2025.

护主义”。[30]德国总理朔尔茨也曾表示，“德国政府已经制定了相关法律可以保证本国经济安全”[31]第二，较小的欧盟成员国会设法阻止其否决权变得无用，处于经济困难状况的欧盟成员国则希望自身保留无条件的权利以决定是否允许以及允许何种投资进入，而《反经济胁迫条例》将剥夺它们在经济制裁和反制裁方面最重要的权利——否决权。[32]换言之，在较弱小成员国的角度而言，欧盟《反经济胁迫条例》的实施可能导致欧盟对成员国经济活动的干预，引发侵蚀成员国自身主权的担忧。第三，尽管有部分成员国支持欧盟为保护经济安全而采取的措施，但他们也并不完全遵从欧盟委员会的领导。虽然在对外政策方面，立陶宛认为欧盟的措施是必要的，“欧盟有关经济安全的措施是减少经济依赖风险的重要战略组成部分”[33]，但对于限制措施等涉及一国重大利益和国家主权的敏感事务，在欧盟层面推行统一协调机制很难得到认同。可见，虽然《反经济胁迫条例》是迄今为止欧盟可支配的最横向、全面的贸易工具，但是由于成员国在对外经济政策和反经济胁迫等方面不同维度的理解，不可避免的，在推动欧盟《反经济胁迫条例》实施和建立统一反胁迫机制的过程中，欧盟将面临来自成员国的重重阻力，这也是欧盟实施《反经济胁迫条例》必须考虑的重要因素。

四、欧盟《反经济胁迫条例》的中国因应

《反经济胁迫条例》具有明显指向性。欧盟不仅在多个国际场合及联合声明中公开指责或含沙射影地提到中国存在经济胁迫问题，而且在《反经济胁迫条例》立法过程中，欧盟也多次将经济胁迫问题的矛头指向中国。所以，不可否认的是，欧盟《反经济胁迫条例》的出台将对我国具有不利影响，一方面，欧盟在实施该条例的过程中有为自身经济胁迫行为辩护的风险，披着反胁迫的外衣，真实目的是实施经济胁迫，另一方面，欧盟《反经济胁迫条例》的出台会带动其他国家通过类似的单边立法，进一步削弱多边规则的效力。同时，作为对欧盟自身经济措施的回应，欧盟会面临第三国的反抗经济措施，争端将通过对欧盟的报复升级为“贸易战”。

（一）欧盟《反经济胁迫条例》的负面影响

1. 从抵制美国到指向中国

[30] Georgina Wright, “Macron’s New Quest for European Economic Security,” Institut Montaigne, April 17, 2023, https://www.institutmontaigne.org/en/expressions/macrons-new quest-european-economic-security. Last Visited at 19 Mar. 2025.

[31] Riham Alkousaa, “Germany’s Scholz rejects blanket state supervision of exports to China,” Reuters, June 19, 2023, https://www.reuters.com/world/europe/germanys-scholz rejects-blanket-state-supervision-exports-china-2023-06-19/. Last Visited at 19 Mar. 2025.

[32] Tutto, Peter. "An Eye for an Eye? The European Commission's Proposal for an Anti-Coercion Instrument and What It Means for Member States." *ELTE Law Journal*, vol. 2022, no. 2, 2022, p.109.

[33] Landsbergis, “Lithuania’s Foreign Minister Landsbergis: ‘EC initiatives on economic security are an important step in defending the EU’s economic interests and an integral part of a broader strategy to reduce risks of economic dependence’,” Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Lithuania, January 24, 2024. https://mfa.lt/en/news/928/lithuanias-foreign-minister-landsbergis-ec-initiatives-on-economic-security-are-an-important-step-in-defending-the-eus-economic-interests-and-an-integral-part-of-a-broader-strategy-to-reduce-risks-of-economic-dependence:35498, Last Visited at 19 Mar. 2025.

《反经济胁迫条例》是在特朗普政府推行单边主义的国际环境下酝酿并生成的。美国对他国实施经济胁迫措施往往具有国内法支撑，以正式立法的形式为自身经济行为做背书，如在 1962 年《贸易扩张法》和 1974 年《美国贸易法》的基础上，特朗普政府在铝、钢铁等能源进口方面对欧盟成员国加征关税。正是美国的单边惩罚性关税使欧盟意识到有必要通过经贸措施反击美国的经济胁迫行为，以维护欧盟及其成员国的决策自主权。欧盟《影响评估报告》中指出“鉴于美国在对法国采用的数字服务税进行调查后，根据 1974 年《美国贸易法》第 301 条可能实施贸易限制措施……虽然美国当时没有采取这些措施，但这种可能的行动增加了经济经营者的不确定性，并给政策制定者带来了压力”。[34]可见，《反经济胁迫条例》是欧盟应对美国单边主义行为负面效应的产物，其初衷是抵制美国借助国内法实施的经济胁迫行为。[35]但在多个国际场合中，胁迫发起者美国摇身一变，成为了所谓“中国经济胁迫”行为的受害者，其相应的经济举措也成为了保护美国利益的“反胁迫”措施。如 2021 年七国集团外长会发表的联合声明指出中国的相关经济行为是“胁迫性经济政策”的体现；2023 年美国在《G7 声明》中强调依靠经济依赖性和脆弱性的经济胁迫行为是破坏国际规则的不利实践，影响成员国外交政策和立场，损害国际经贸安全与稳定。[36]欧盟除了在多个国际场合及联合声明中公开指责或含沙射影地提到中国存在经济胁迫问题，在立法过程中，欧盟也多次将经济胁迫问题的矛头指向中国。欧盟《影响评估报告》中提到欧盟及其成员国多次被蓄意施加经济压力，“中国滥用贸易防御工具或选择性地加强对来自特定国家或地区的商品的边境检查”[37]，并将中国合法经济行为归为经济胁迫的范畴。例如，2020 年，中国在对澳大利亚的贸易行为进行早期调查之后，依照国际法对澳大利亚大麦征收 80%的反倾销和反补贴税，而欧盟认为这是“中国经济胁迫”的典型表现。[38]

2. 从反胁迫转向实施胁迫

作为对外政策工具，《反经济胁迫条例》的新颖性及其广泛的跨部门适用性

[34] See European Commission, “Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Union and its Member States from Economic Coercion by Third Countries,” SWD(2021) 371 final, Brussels, 8.12.2021, p.5.

[35] 解楠楠：《“反胁迫”还是“胁迫”：欧盟<反经济胁迫条例>评析》，载《国际经济合作》2024 年第 4 期，第 5 页。

[36] G7 Leaders’ Statement on Economic Resilience and Economic Security”, 20 May 2023, https://www.consilium.europa.eu/media/64501/g7-statement-on-economic-resilience-and-economic-security.pdf, Last visited at February 23, 2025.

[37] See European Commission, “Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Union and its Member States from Economic Coercion by Third Countries,” SWD(2021) 371 final, Brussels, 8.12.2021, p.9.

[38] See European Commission, “Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Union and its Member States from Economic Coercion by Third Countries,” SWD(2021) 371 final, Brussels, 8.12.2021, p.12.

也引发了国际社会对该条例过于频繁使用的担忧。实际上，在《反经济胁迫条例》制定过程中，欧盟美国商会（American Chamber of Commerce in EU）和其他利益相关者就强调保持对国际贸易和投资的开放至关重要，以防从开放贸易政策转向防御性甚至保护主义贸易政策，否则将对欧盟企业、企业供应链和投资决策产生负面影响。[39]从目前来看，2024 年六月欧洲议会选举结果表示欧洲右翼民粹势力正在崛起，其推崇保守的经济政策，对国际贸易持怀疑、反对态度，这也可能导致欧盟及其成员国后续在贸易政策上更加封闭。所以，欧盟利用《反经济胁迫条例》作为贸易防御机制只是表象，潜在的更大问题是欧盟贸易政策进一步转向保护主义，这也导致安理会成员国从一开始就对该条例的广泛意义更加警觉。

虽然欧盟制定《反经济胁迫条例》的初衷是消除欧洲面临的经济风险，其只是对他国先前违反国际义务的行为采取限制性措施，但是《反经济胁迫条例》的采用很可能会变成一把双刃剑。例如《反经济胁迫条例》第 2 条规定第三国干涉欧盟“合法主权选择”，但合法主权选择作为一个概念并非排他性或特别限制的领域，界定哪些事项落入欧盟及其成员国“合法主权选择”的范畴属于欧盟自由裁量权的范畴。欧盟对该条例的适用可能会被指责为虚伪，其他国家指责欧盟保持双重标准，欧盟自身的经济行为也可能违反该条例的法律架构，而对他国实施干涉“合法主权选择”并构成经济胁迫。除了面临着对经济胁迫的界定双重标准的谴责，《反经济胁迫条例》会加速国际贸易的武器化进程，导致这么一个局面：各国不断指责对方采取胁迫行为并声称他们是合法采取对策的人，进而煽动经贸矛盾进一步升级，增加国家间“贸易战”的风险。

（二）欧盟《反经济胁迫条例》的应对之策

1. 立法：加快完善我国反制裁法律体系

无论是舆论造势还是法律指向，中国已成为欧盟《反经济胁迫条例》的主要目标。在涉外法律斗争中，国内法的作用日益凸显，所以中国有必要完善国内反制立法，反击和制衡欧盟以“反经济胁迫”为由的经济胁迫措施。《反外国制裁法》补充了关于相关主题的现有立法，例如 2020 年《中华人民共和国出口管制法》、2021 年《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》和 2020 年《不可靠实体清单规定》。中国《反外国制裁法》第 3 条规定，外国国家以其本国法律对我国进行打压，干涉我国内政的，我国有权采取相应的措施予以反击。由此可知，《反外国制裁法》并未局限于外国的经济制裁措施，欧盟根据《反经济胁迫条例》对我国采取的所谓“反胁迫”举措能够作为中国启动《反外国制裁法》的触发因素，但需完善配套立法增加可操作性。具体而言，需要完善以下方面：

第一，列出反制措施清单，丰富反制措施。从反制措施来看，《反外国制裁

[39] AmCham EU, “Mechanism to deter & counteract coercive action by non-EU countries”, 4 Apr. 2022, https://www.amchameu.eu/position-papers/mechanism-deter-and-counteract-coercive-action-non-eu-countries, Last visited at February 23, 2025.

法》第 6 条规定了 3 种类型的反制措施，一是出入境限制，包括不准入境或驱逐出境等措施，二是查封、扣押在中国境内的财产，三是限制或禁止境内组织、个人与其交易。此外，《反外国制裁法》还以“其他必要措施”的形式规定了兜底条款，为反制措施的增加或变化提供空间。同时，中国《反外国制裁法》第 15 条规定该法可适用于外国国家实施危害我国主权和安全的情况，但并未列出以外国国家为目标的可采取的反制措施，后续可通过下位法的形式列出在贸易、投资、知识产权、能源、公共采购等领域的反制措施。

第二，明确私人诉讼相关问题。《反外国制裁法》第 12 条规定合法权益受侵害的我国公民、组织可以向人民法院提起诉讼赔偿，但是有关管辖权、原告资格、损害赔偿等要素并不明确。欧盟根据《反经济胁迫条例》采取应对措施后，可能伤及我国公民及企业的合法权益，相应的，《反外国制裁法》第 12 条的适用频率会增加，所以后续需要以司法解释的形式尽快完善相关民事诉讼问题，尤其是要明确民事赔偿是惩罚性的还是补偿性的。事实上，补偿性损害赔偿可能会因数额较小无法形成威慑力，惩罚性赔偿更能挽回企业或个人的经济损失，法律的威慑力也会随之提高。[40]

第三，明确反制裁负责部门的权限。中国《反外国制裁法》第 10 条规定了反制裁工作协调机制，并规定国务院有关部门按照各自职责协同配合，但该条款的可操作性欠缺，需后续对具体责任部门和运作流程等加以详细规定。中国目前尚未设立专门的反制裁主管部门，主要以外交部、商务部、公安部等主体联合行动的方式进行，而在各主体具体分工和义务不明的情况下，多主体联动易出现执行混乱和效率低等问题。[41]所以，后续不仅要明确其他反制裁执法部门的分工，赋予不同部门在各自管辖领域的地位[42]，还可以尝试在行政系统下设置反制裁主管部门，形成反制裁机制的核心，高效完成信息收集和处理、执行分工、协调决策等工作。[43]

第四，完善反制措施实施流程。一方面，我国在根据《反外国制裁法》作出反制措施决定前，主管部门将拟采用的措施向目标国通报，另一方面，主观部门在规定期限内邀请目标国政府予以磋商，在磋商无法解决争端时便采取反制措施，这不仅可以进一步确保我国反制措施在国际法框架下的合法性，也可以更全面的发挥《反外国制裁法》的威慑效用。此外，《反外国制裁法》第 8 条概括规定了反制措施的修改和取消，可以借鉴欧盟《反经济胁迫条例》在动态评估机制方面

[40] 丁国峰：《我国反垄断法律责任体系的完善和适用》，《安徽大学学报（哲学社会科学版）》，2012 年第 2 期，第 145-147 页。

[41] 袁见等:《美国对他国金融制裁的法律基础、实践及对中国的启示》，《国际贸易》，2021 年第 7 期，第 74 页。

[42] 陈喆，韦绮珊：《<反外国制裁法>实施中的法律问题与完善》，《武大国际法评论》，2023 年第 5 期，第 75 页。

[43] 王达坡，彭德雷：《欧盟对外经济制裁体系及其镜鉴》，《德国研究》，2023 年第 2 期，第 122 页。

的规定，细化《反外国制裁法》在反制措施暂停、修改、监测和审查等方面的规定。一方面，有关部门应实时了解和监测相关制裁情况以随时调整和修改，提升反制措施的精准度并确保其有效性，另一方面，即便在反制措施终止后，也可以通过动态评估系统为之后反制措施的采取提供经验。

2.司法：利用 WTO 争端解决机制

虽然欧盟《反经济胁迫条例》没有明确相关措施在 WTO 管辖范围内，但无论是从经济胁迫的概念界定，还是从欧盟预设的应对措施来看，欧盟依据《反经济胁迫条例》所采取的措施涉嫌违反 WTO 规则。中国可将其诉诸 WTO 争端解决程序，通过 WTO 争端解决机制质疑欧盟根据《反经济胁迫条例》采取应对措施的国际合法性，即利用《反经济胁迫条例》的合法性漏洞进行反击。中国在利用 WTO 争端解决机制时，可以从以下几方面出发：

一是欧盟所谓的“反经济胁迫”措施，如限制进出口或增加关税等行为，涉及对中国义务、承诺以及 WTO 法律规则的违反。经济胁迫和反胁迫涉及的领域广泛，包括投资、贸易、知识产权、金融等方面，都可能引起 WTO 成员方诉讼。因为 WTO 规则涉及货物贸易、服务贸易、知识产权等诸多方面，WTO 成员国贸易法规所规定的权利义务需与 WTO 相关协议一致，而欧盟《反经济胁迫条例》规定的经济行为难免涉及欧盟与其他国家在 WTO 项下签订的经贸协议。中国作为 WTO 成员国可以适时启动 WTO 争端解决机制，特别是当欧盟基于《反经济胁迫条例》实施不合法的反制措施时，如对货物或服务贸易收取额外费用或施加多种限制。虽然 WTO 争端解决机制主要针对传统的国际贸易议题，但在投资、知识产权保护和利用等领域也同样适用，只是在投资、知识产权保护和利用等领域采用“与贸易有关”的标准。[44]同时，在投资领域，由于欧盟诸多成员国与中国签订双边投资条约，在欧盟基于《反经济胁迫条例》采取的应对措施违反条约义务时，中国可以向国际投资仲裁机构提起仲裁。

二是《反经济胁迫条例》作为欧盟单边自救措施，其规避了 WTO 争端解决机制的专属管辖权和暂停义务的授权。一方面，WTO 规则并不关注国家行为 ru 体的意图，而是聚焦于成员国所采用的手段，一项措施被定性为《反经济胁迫条例》框架下的经济胁迫和被认定为违反世贸组织承诺是两件事，即国家行为可能同时属于《反经济胁迫条例》框架下经济胁迫的范畴和违反世贸组织承诺的范畴。另一方面，在《反经济胁迫条例》出台后，欧盟会根据《反经济胁迫条例》采取单边行动，而非在 WTO 框架下商定的争端解决程序的情况下合法地采取应对措施。欧盟的行为如果可以被解释为：为违反世贸组织条例的行为寻求补救或为世贸组织法律所涵盖的内容提供补救措施，则违反了 WTO 争端解决机制的专属管

[44] 沈伟，陈徐安黎：《WTO 规则视角下供应链安全规范检视及应对》，《国际经济评论》，2023 年第 6 期，第 42 页。

辖权。

虽然目前 WTO 争端解决机制仍存在问题，如在专家资质、判决一致性、时间成本等方面。自 2017 年 WTO 上诉机构停摆以来，WTO 成员方和各国学者提出了解决危机的诸多方案，如个案不上诉安排、实行一审制、另外建立多边上诉机构等，但目前只有“多方临时上诉仲裁安排”（MPIA）被付诸实践。实际上，主要成员方在 WTO 争端解决机制理念认知上的分歧也使机制改革进程缓慢，改革谈判也多呈现对抗性，各成员方都在寻求符合自己诉求的改革结果。[45]但在“多方临时上诉仲裁安排”（MPIA）机制下仍能处理经贸纠纷，“欧盟土耳其药品案”的顺利解决无疑是利用 MPIA 机制解决纠纷的积极信号。[46]但是，WTO 裁决的顺利实施也需要关注。例如，WTO 的 DS543 案专家组作出裁决，指出美国对华加征关税的行为违反《关贸总协定》最惠国待遇条款，美国以公共道德例外作为抗辩理由并不具有合理性，但美国后续并未采取纠正措施。所以，WTO 裁决的顺利实施也需要关注。[47]

3.执法：建立反经济胁迫工作跨部门协同机制

经济胁迫和反胁迫本质上属于各国在经贸领域的冲突，而商务部一直处于经贸冲突的前线，所以反经济胁迫工作协调机制可以由商务部牵头，同时，会同具有涉外职能的机构部门，包括外交部、税务总局、银保监会、海关等，使反胁迫工作协调机制顺利进行。在职能方面，反经济胁迫工作跨部门协同机制至少包括以下职能：他国对我国实施经济胁迫时的信息收集职能、相关反胁迫提案的提议职能、专家评议机制、反胁迫措施的战略谋划和实地调研、定期审议机制、工作监督和效果评议机制等。[48]

同时，在面对不同国家对华实施的经济胁迫时，无论是直接的经济胁迫还是以“反胁迫”名义实施的胁迫措施，反经济胁迫工作跨部门协调小组可根据不同情况设计不同反胁迫措施和战略。例如，在应对欧盟以“反胁迫”名义实施的胁迫措施时，反经济胁迫工作组可以从欧盟《反经济胁迫条例》的内部分歧着手。利用欧盟内部在《反经济胁迫条例》适用上的分歧进行反制，并将欧盟的应对措施瓦解于初级阶段。如上文所述，欧盟内部在《反经济胁迫条例》的制定和适用上存在分歧。《反经济胁迫条例》对经济胁迫宽泛的界定不仅给欧盟及其成员国相关机构带来审查压力，另一方面，也会在成员国本就已经受到经贸负面影响的情况下带来更大经济成本。[49]也就是说，《反经济胁迫条例》的实施会给利益相关的欧盟成员国带来负面影响，在能源、金融、电信、知识产权、投资等领域对第三国

[45] 纪文华：《WTO 争端解决机制改革研究：进展、挑战和方案建构》，《国际经济评论》，2023 年第 6 期，第 70 页。
[46] 王达坡，彭德雷：《欧盟对外经济制裁体系及其镜鉴》，《德国研究》，2023 年第 2 期，第 122、123 页。
[47] 李季：《美国对华 301 措施的新动向、影响与中国应对》，《国际贸易》，2025 年第 1 期，第 93 页。
[48] 陈喆，韦绮珊：《<反外国制裁法>实施中的执法问题》，《国际商务研究》，2023 年第 3 期，第 54 页。
[49] Tutto, Peter. "An Eye for an Eye? The European Commission's Proposal for an Anti-Coercion Instrument and What It Means for Member States." *ELTE Law Journal*, vol. 2022, no. 2, 2022, p. 109.

施加限制措施会给欧盟成员国带来经济损失。在充分研判的基础上可以对关键成员国与欧盟代表游说，毕竟欧盟应对措施的负面效应的承担者最终是利益相关成员国及其企业，从而使欧盟的应对措施终止于欧盟委员会的提案阶段。

2025年中国国际法学会年会

国际立法中国家的作用探究

师丹阳

（武汉大学中国边界与海洋研究院，湖北 武汉 430072）

摘要：国际法的确立是国际体系中的各国有了统一的遵循标准和规范，国际法有助于加强国家互动的稳定性和可预测性。国际法随着国际交往的出现和日益频繁不断发展，是制度化的国际关系，是国际关系的特定表现形式。国际法规则的制定是国家间政治、经济等综合力量对比的反映，是各国在国际合作与斗争中不同利益冲突和妥协的结果。同时，作为国际关系发展产物的国际法，反过来又对国际关系的发展产生重要影响。主权国家在处理国际关系中遇到问题时，都将不可避免地要受到国际法规则的影响。国家是国际体系中的基本单元，国际法不仅在国家间的妥协和交涉与合作下诞生，并且之后在维护国家利益、维护国际体系上发挥了重要作用。那么在国际法律的制定、运行与维护过程中，国家究竟发生了怎样的多重作用？

关键词：国际法；国家；国际体系；规范；利益

1.国家与国际法的制定

首先，毋庸置疑的一点是国际法的制定者是国家,只有主权国家是国际法的基本主体[2]。在国际社会中，每个国家都平等地拥有着国家主权，国际法不允许一个凌驾于国家之上的立法机关。因此，国际法不可能像国内法那样由立法机关依一定程序制定，而只能通过国家之间的协议来达成，也就是以缔结条约的方式制定。除此之外国际法采取特殊的实施方式。在国内，有一些有组织的强制机关如军队、警察、法院来维护法律，并保证其实施。国际上不存在这样的超越国家之上的强制机关，国际法的实施，只能依靠国际法主体——国家本身，依靠国家的单独或集体行动来保证。

因此长期以来,人们一直认为,只要各国的行为符合国际法,它们就可以友好地调整它们的利益冲突,永远生活在和平之中。而随着世界形势变得越来越具有戏剧性,法治世界的前景变得越来越难以估计,如今人们越来越多地关注起国际法的约束力与执行效力[3]。

2.国际法维护国家利益实现

*[1]作者简介：师丹阳（2002—），女，河北邢台人，武汉大学中国边界与海洋研究院 2024 级研究生，从事俄罗斯与北极研究。

*联系方式：师丹阳，13903298600.**邮箱：**2275138342@qq.com **通讯地址：**湖北省武汉市武昌区武汉大学工学部，师丹阳 收，邮编：430072.

[2] 武兴华.国际法主体资格及其地位[J].思想政治课教学,2011(03):39.

[3] Barnett, M. N. (1997). Bringing in the new world order: Liberalism, legitimacy, and the United Nations. World Politics, 49(4), 526–551.

国家利益是国家关系研究的核心部分，正是国家利益促使国家参与国际活动，国际法的制定与国家关系密不可分，尤其是国家利益，国家在参与国际社会活动中，总会把国家利益考虑在内，国家以其国家利益参与制定国际规范，国际规范同时也维护和约束国家利益，两者是互动的关系。国际法维护国家利益的实现，同时也及时制止对于他国国家利益侵犯的行为。《International Law And Foreign Policy》中提及国际法通过国家之间的协调达到采取最优方案，维护国家之间共同的最大的利益的目的，从而避免一国不理智的逐利行为对于共同利益的损害[4]。国家不同层面上的对于国际法的维护，会使国际法在解决不同问题时发挥效力不同的作用，但无论如何维护国家核心利益、维护主权领土完整为国际法的基本功效。在现代国家体系中，包括以联合国为核心的维护各国独立与平等、维护各国领土完整、维护各国不受侵犯与政治稳定等具体的国际法律制度，也就成为各国获取与维护“身份”这一根本利益的工具，法律制度塑造了这些国家之所以是“国家”的事实，反过来，国家对法律制度的维护又成为各国的核心利益。根据此种情况，遵守与维护法律制度，或者说维护国际法律制度的“合法性”与“权威性”[5]，在国家视角下相应地达到最高的等级。从实际案例来看当一国违反联合国所确立的基本制度时，当朝鲜战争爆发时，美国不惜牵头组织“联合国军”或“多国部队”[6]，用最剧烈的军事手段恢复战前的秩序状态。因为维护制度不仅仅是被侵害的国家的核心利益，也关系着所有国家的核心利益。

国家作为国际法的基本主体其利益受国际法保护，同时也有相应的权利和义务。国家的权利分基本权利和派生权利两类。基本权利是国家固有的，从国家主权直接引伸出来的权利，国家在享受基本权利上没有差别。派生权利是从基本权利派生出来的权利，各国享有的派生权利有所不同。国家的基本权利和基本义务是一致的。一国享有基本权利的同时，也负有尊重他国基本权利的义务。在国际关系中，不容许有只享受权利而不承担义务的特权国家，也不应该有只承担义务而不享有权利的无权国家。因为国家是国际法的主体，在国际法上享受权利并承担义务，所以国家的这种权利和义务要靠代表它的政府来实现。

3.国家是遵循国际法的主体

国际法时是约束国家行为的规则，与国内法的私人诉讼并不相同因此对于国家来说似乎并没有强制的束缚力和惩罚手段足以使各个国家严格地遵守相关的规定，在这一点上国际法不过是积极的道德。因此我们十分感兴趣的一点在于我们感兴趣的是政府为什么要遵守法律,为什么要遵守法院的判决。国内法对政府施加影响的过程可能具有普遍适用性,并与国际问题相关。法律命令论是用来区

[4] Hafner-Burton, E. M., Victor, D. G., & Lupu, Y. (2012). *International relations for international law*. American Journal of International Law, 106(1), 47–97.
[5] Franck, T. M. (1990). *The power of legitimacy among nations*. Oxford: Oxford University Press.
[6] Hafner-Burton, E. M., Victor, D. G., & Lupu, Y. (2012). *International relations for international law*. American Journal of International Law, 106(1), 47–97.

分实然法和应然法的,它显然是从对典型的侵权或合同私人诉讼的考察中发展出来的，它对法律的定义不适用于约束国家行为的规则。因此想要了解政府为何遵循国际法我们可以从内外两个层面来充分了解。

在国际上,一个政府最重要的外部力量不是它自己的公民,而是其他国家。在一国政府决定违反国际法的规则之前,它必须考虑其他国家可能的反应。相关的不仅仅是受违约行为影响最大的国家的直接反应，同时对所谓世界公众舆论的影响也必须加以考虑。因此,在《Bringing Law To Bear On Governments》[7]中总结到，明智的决定不能忽视政府以外的三个因素:(一)本国国内的政治批评，(2)一旦采取行动受到被侵犯国打击报复的几率，(3)盟国和未承诺的国家之间发生不利反应的可能性[8]。这些考虑类似于个人在决定违法犯罪之前必须权衡的那些考虑，虽然它们不是来自一个至高无上的君主的有组织的意志,但它们也不是完全不可预测和任意的。有惩罚违规者的规则;一个受害国不能在不权衡后果的情况下进行过度的报复。除了这些来自外部的压力,还有影响政府行为的内部力量，其中最为生动的一个类似于个人对于法律的尊重。总而言之，人是有道德的动物,通常更愿意使自己所做的不仅是实际的,而且是正确的。个人道德标准同样也会在涉及一些争端或战争时发挥作用。

同时在《The Role Of An International Legal adviser to Government》9一文中也详细分析了政府国际法律顾问的作用，文中提及弗兰克爵士认为,国际法律顾问的职能不仅仅是让决策者了解国际法的要求，而且还要更进一步,努力实现国际法与政策之间的一致性弗兰克爵士在提出这一论点时提到联合王国的《大臣守则》,其中提到“大臣们遵守法律,包括国际法和条约义务,维护司法和保护公共生活的完整性的首要责任的背景”。弗兰克爵士还提到促进法治和一个国家本身遵守国际法之间的一致性的价值。确保符合国际法的确是一个有价值的政策考虑。然而,确保符合国际法可能只是要考虑的许多因素之一，民主理论赞成由当选者作出决定:而不是他们的选择被法律咨询所掩盖,法律咨询将不符合国际法的选择描绘成比客观情况更难做出。

4.总结

国际法承载了国际社会的游戏规则，它的制定离不开各个国家对其国家利益的维护和追逐。在国际关系史上对于国家利益存在不同的观点不同的国家利益观对国际法产生不同的影响。国际法对于解决国际冲突化解争端具有重要作用，国际法的各个主体都应该维护国际法权威，规范自身行为，同时国际法更多地依赖国家之间的“道德”约束，没有如同国内法一样强力的制裁和打击违法犯罪的手段，

[7] Fisher, R. (1961). *Bringing law to bear on governments. Harvard Law Review*, 74(6), 1130–1140.
[8] Cortell, A. P., & Davis, J. W. (1996). *How do international institutions matter? The domestic impact of international rules and norms*. International Studies Quarterly, 40(4), 451–478.
[9] Bouwhuis, S. (2012). *The role of an international legal adviser to government*. International and Comparative Law Quarterly, 61(4), 939–960.

但却能够通过自身独具的约束性和国际影响力及时制止有关情况发生，同时该国也会在国际社会失信。同时各国也应为国际法的不断完善添砖加瓦，不断丰富其内涵补充其内容，推动新型国际关系的构建和人类命运共同体的建立。

【参考文献】

[1]刘志云.论国家利益与国际法的关系演变[J].世界经济与政治,2014(05):33-48+156-157.

[2]Bouwhuis, S. (2012). The role of an international legal adviser to government. International and Comparative Law Quarterly, 61(4), 939–960.

[3]Cortell, A. P., & Davis, J. W. (1996). How do international institutions matter? The domestic impact of international rules and norms. International Studies Quarterly, 40(4), 451–478.

[4]Barnett, M. N. (1997). Bringing in the new world order: Liberalism, legitimacy, and the United Nations. World Politics, 49(4), 526–551.

[5]Fisher, R. (1961). Bringing law to bear on governments. Harvard Law Review, 74(6), 1130–1140.

[6]Hafner-Burton, E. M., Victor, D. G., & Lupu, Y. (2012). International relations for international law. American Journal of International Law, 106(1), 47–97.

[7]武兴华.国际法主体资格及其地位[J].思想政治课教学,2011(03):39.

[8]Franck, T. M. (1990). The power of legitimacy among nations. Oxford: Oxford University Press.

2025年中国国际法学会年会

UNCLOS 框架下附件七仲裁庭管辖权分析研究

康利华 大连海事大学法学院

摘要：附件七仲裁是《联合国海洋法公约》第十五部分“争端的解决”规定下的强制争端解决程序之一。《联合国海洋法公约》第十五部分以及附件七集中规定了附件七仲裁适用的前提条件、适用要件以及限制性规定。附件七仲裁具有自主性、强制性、单方意志性的特征，被公约赋予“唯一剩余方法”的地位，在海洋划界、资源利用等海洋争端中被广泛应用。“南方金枪鱼案”、“南海仲裁案”以及“Enrica Lexie”号案等与附件七仲裁法庭管辖权相关的典型案件体现出附件七仲裁庭正呈现出忽视国家意志并通过扩大解释公约以扩张管辖权的趋势。附件七仲裁法庭管辖权的扩张虽在一定程度上推进国际海洋法治化建设进程，但也带来背离公约设定初衷，违背程序正当性要求，破坏国际司法秩序等不利影响。在“南海仲裁案”的负面影响启示下，中国有必要通过正视附件七仲裁管辖权并合理利用管辖权异议的程序规则，加强应对附件七仲裁管辖权扩张的不利影响以维护国家权益。

关键词：《联合国海洋法公约》；附件七仲裁；强制管辖；

一、UNCLOS 附件七仲裁庭的强制管辖权基本概况

良好的争端解决机制的建立是国际法治实现“良法善治”标准的重要路径。《联合国海洋法公约》是海洋法治领域的实体良法，同时公约第十五部分确定的争端解决机制则是海洋法治领域实现良法善治的重要程序。《联合国海洋法公约》构建了具有强制约束力的法律争端解决方法，其规定公约第十五部分强制适用于与公约解释说明过程中产生的相关争议。《海洋法公约》第 287 条第 1 款规定，国家有权选择国际海洋法法庭、国际法院以及附件七与附件八仲裁。因附件七仲裁作为唯一剩余方法，其在海洋划界争端、渔业资源养护争端等多种海洋争端解决领域被广泛使用。随着“南海仲裁案”裁决引起广泛争议，对 UNCLOS 附件七仲裁庭强制管辖权进行研究，具有其必要性。

（一）UNCLOS 附件七仲裁庭强制管辖权基本概述

《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）设置包括附件七仲裁在内的争端解决机制，旨在和平解决公约解释与适用过程中产生的海洋权益争端以实现国际法治[1]。《海洋法公约》第十五部分以及附件七对仲裁法庭管辖权的程序内容进行了相对集中规定。

[1] 罗欢欣：《<联合国海洋法公约>争端解决程序的比较与选择》，载《地方立法研究》2022 年第 7 卷第 5 期第 111-119 页。

1.附件七仲裁强制管辖适用的前提条件

《海洋法公约》第十五部分第一节对包括附件七仲裁在内的争端解决方法启动的前提条件与当事国义务进行了一般规定。附件七仲裁是属于《海洋法公约》第十五部分的具体内容，第十五部分的一般规定同样适用与附件七仲裁程序。第十五部分不仅规定争端当事国应承担以和平方式解决争端的义务，还规定了《海洋法公约》下争端解决机制启用的前提条件。一是争端在经过当事国选择的和平方法下无法得到妥善解决。为充分体现国家意思自治优先原则，包括附件七仲裁在内的争端解决程序启动的前提条件首先是当事国选择的和平方法无法妥善解决争端，且其已达成的协议不排除《海洋法公约》下的程序适用。二是当事国之间并无一般性、区域性或双方协定等作为公约下争端解决程序的替代协议。《海洋法公约》坚持国家主权原则优先，并未限制当事国选择其他可产生具有拘束力裁判的争端解决方式。若争端方之间存在争端解决方式选择的协议，则协议规定的具有强制性的争端解决方式优先于《海洋法公约》下的争端程序。三是争端方需承担事先交换意见的义务。争端方事先交换意见是附件七仲裁等《海洋法公约》下争端解决方式启动的前置程序[2]。争端发生时，争端解决方式的意见交换、解决方式终止但争端未得到妥善解决时交换意见以及解决方式存在争议时交换意见等争端方意见的善意交换或争端方为交换意见付诸的努力是公约下强制方式启动的必要前提。

2.附件七仲裁强制管辖的适用要件

《海洋法公约》第十五部分第二节对强制程序适用的具体内容做出了规定。第二节对产生拘束力的强制程序的管辖权进行了规定。强制程序可启用的重要前置要求是争端方需用尽当地救济方法。强制程序适用的主体是《海洋法公约》的缔约国以及依照公约具体规定的缔约国以外的其他国际实体。强制程序适用的争端即属于附件七仲裁法庭等争端解决程序管辖范围内的争端是涉及公约解释适用或与公约目的相关的国际协定的解释适用争议。强制程序管辖权的最终确定则由提交申请的法院或法庭自身裁量[3]。

3.附件七仲裁强制管辖的限制与例外

另外，《海洋法公约》第十五部分第三节对强制程序的限制与例外做出了规定。《海洋法公约》设立了强制性争端解决机制，但也规定了争端解决机制的限制与例外以尊重国家主权。《海洋法公约》第 297 条明确了适用与不适用强制性争端解决方式的一般限制。关于其他国家在专属经济区内的权利和义务的争端以及关于保护和保全海洋环境的争端属于明确适用强制程序的争端；关于专属经济区内和大陆架上的海洋科学研究争端以及关于专属经济区内渔业养护和管理产

[2] 参见《联合国海洋法公约》(United Nations Convention on the Law of the Sea) 第十五部分第一节。
[3] 参见《联合国海洋法公约》(United Nations Convention on the Law of the Sea) 第十五部分第二节。

生的争端属于明确不适用强制程序的争端。《海洋法公约》第 298 条则明确了强制性争端解决方式的任择例外，关于划定海洋边界的争端或涉及历史性海湾或所有权的争端、关于军事活动的争端以及正有联合国安全理事会执行《联合国宪章》所赋予的职务的争端，国家可以通过声明选择排除强制性争端解决方式的适用[4]。

最后，附件七则对公约下一般争端的仲裁具体程序如启动程序、仲裁法庭的组成等进行规定。值得注意的是附件七明确仲裁程序的启动具有单方意志性，仅需争端一方提出即可，不受其他当事方积极反对或消极应对的影响。

（二）附件七仲裁法庭管辖权的特征分析

首先，附件七仲裁法庭管辖权具有自主性与强制性相结合的特征。在尊重国家主权的原则下，公约在规定法律方法强制适用的同时，不仅规定强制适用程序的一般限制与任择例外给予国家自主选择是否排除强制管辖权的权利，还规定附件七仲裁法庭的程序启动、人员组成等具体程序方面有争端国家选择，尊重国家的自主意志。

其次，附件七仲裁法庭管辖权具有单方意志性。附件七仲裁法庭不仅程序启动具有提起单方性仅需争端一方提起即可启动，而且程序的推进同样具有单方性。争端一方提起仲裁后，其他当事方不到庭的消极应对或提出管辖权异议的强烈反对，在仲裁庭说明管辖权后，不妨碍仲裁程序的进行以及仲裁法庭做出裁决[5]。

另外，附件七仲裁法庭管辖权的确认具有程序前置性。附件七仲裁法庭强制管辖权的启用具有一系列前置程序，当事国需选择和平方式解决争端，且需要满足用尽当地救济以及解决方法终止争端仍然无法妥善解决，无其他替代协议排除附件七仲裁程序的适用条件，当事国已履行交换意见程序才可启动附件七仲裁程序。

最后，附件七仲裁法庭管辖权具有超越国际海洋法法庭以及国际法院等公约下一般国际裁判机构的强制性[6]。《海洋法公约》将附件七仲裁法庭作为唯一剩余强制方法，当事国就争端解决方式不做选择或选择不同等无法达成合意时，争端可强制适用于附件七仲裁。同时具有规范性最低以及强制性最高特征的附件七仲裁也因此被缔约国广泛采用，与《海洋法公约》未授予国际海洋法法庭管辖强制性以及国际法院需要争端各方协议相比，附件七仲裁法庭具有超越公约下其他国际裁判机构的强制性管辖权。

二、UNCLOS 附件七仲裁庭管辖权的适用情况

结合附件七仲裁庭管辖权的独有特征，缔约国之间的海洋权益争端广泛采取附件七仲裁解决方式，据统计，自 1999 年“南方金枪鱼”案起，附件七仲裁法庭

[4] 参见《联合国海洋法公约》(United Nations Convention on the Law of the Sea) 第十五部分第三节。
[5] 刘衡：《论强制仲裁在国际争端解决中的历史演进》，载《国际法研究》2019 年第 5 期，第 19-22 页。
[6] 廖雪霞：《<联合国海洋法公约>项下法庭与仲裁庭属事管辖权的扩张》，载《环球法律评论》2022 年第 44 卷第 6 期，第 185-186 页。

已被应用于超 15 起海洋争端案件，在海洋划界争端、渔业争端、生物资源养护争端等发挥了重要作用。但多数案件也因附件七仲裁庭管辖权具有异议并引发广泛争议。通过评析与附件七仲裁庭管辖权相关的经典案例，附件七仲裁庭的强制管辖权正呈现出自我扩张的趋势。

（一）附件七仲裁庭管辖权适用案例评析

据统计，在提交附件七仲裁的案件中，有 5 个案件移交国际海洋法法庭，9 个案件存在管辖权异议，其中南方金枪鱼案的仲裁庭管辖权具有典型性，中菲南海仲裁案、意印“Enrica Lexie”号案的仲裁庭管辖权裁决引发国际较大争议，具有重要的参考意义[7]。

1.南方金枪鱼案

南方金枪鱼案涉及澳大利亚、新西兰以及日本三个主要捕捞金枪鱼国家，是《海洋法公约》生效以来第一起应用附件七仲裁的案件，也是首起仲裁法庭拒绝行使管辖权的案件。日本与澳新两国之间就附件七仲裁法庭管辖权的主要争议点集中于仲裁法庭管辖权启动的前提要件。一是三方争端是属于金枪鱼数量监测的单纯的科学争议还是同时包括《海洋法公约》解释与适用的法律争议。二是三方签署的 1993 年《南方金枪鱼养护公约》中规定的和平解决争端方式是否已经用尽且终止，争端是否无法得到妥善解决。三是 1993 年《南方金枪鱼养护公约》是否构成《海洋法公约》强制争端解决方式的替代协议[8]。仲裁法庭首先将审查当事国争议的性质作为仲裁庭管辖权确认的先决条件，其次对附件七强制仲裁程序的启动条件进行了严格审查与谨慎适用以确认仲裁法庭的管辖权。仲裁庭通过审查争端方提交的申请，确认三方争端存在《海洋法公约》解释与适用的争议属于仲裁庭可受理的争端范围。另外，仲裁庭通过审查 1993 年《南方金枪鱼养护公约》的具体条款，认为三方约定的“争端解决程序的选择需双发同意”实际排除《海洋法公约》第十五部分的强制管辖程序，不符合前提条件，争端不应有附件七仲裁法庭管辖，以此做出了仲裁庭无管辖权的裁定[9]。南方金枪鱼案对附件七仲裁强制管辖权要件的确认提供了宝贵的实践经验。

2.中菲南海仲裁案

中菲南海仲裁案涉及中国与菲律宾两个国家，是涉及中国南海权益，引起国际社会广泛关注的重点案例，不仅对中国南海的海洋权益产生较大影响，还对附件七仲裁法庭管辖权的确认带来错误经验。中国与菲律宾两国就附件七仲裁法庭管辖权的主要争议点同样集中于争端性质的确认、仲裁庭管辖启动的前提要件以

[7] 潘晓琳：《<联合国海洋法公约>附件七下仲裁实证研究》，载《中国海商法研究》2023 年第 34 卷第 4 期，第 3-5 页。

[8] See ITLOS, Proceedings and judgments of southern Bluefrn Tuna Cases (New zealand v. Japan; Australia v. Japan), provisional Measures, (SBT Provisional . Measures).

[9] See Southern Bluefrn Tuna Cases (New zealand v. Japan; Australia v. Japan), Award on jurisdiction and admissibility, August 4, 2000, para.21-28.

及仲裁庭管辖权的任择例外。一是双方争端是否属于《海洋法公约》解释与适用争端。二是中国与菲律宾等东盟各国签署的《南方各方宣言》是否属于排除公约强制管辖程序的其他协议。三是中菲双方是否已经履行交换意见的义务。与南方金枪鱼案仲裁法庭严格审查争端性质与谨慎适用仲裁程序启动条件做法不同的是，南海仲裁法庭不仅对《海洋法公约》进行随意和扩张解释，而且裁判忽视国家的自主意志，具有十分明显的利益倾向[10]。仲裁庭对争端性质认定的理由不充分，仲裁庭忽视争端性质作为仲裁庭管辖权确定的先决条件，而是认定其中 8 项诉求的管辖权需要分析实体问题才可予以确认，在未明确争端性质的前提下即认为仲裁法庭具有管辖权。其次，仲裁法庭不对《海洋法公约》下强制管辖的条件适用与任择例外进行谨慎审查，未查明《南海各方宣言》是否属于可排除强制管辖的其他协议，也未查明中菲争端是否属于中国声明排除强制管辖的领土主权与海洋划界争端，即在忽视争端实质的前提之下认定双方争端不属于领土主权与划界争端，忽视中国的国家意志[11]。另外，仲裁法庭随意扩大解释《海洋法公约》条文规定，将中国主张的历史性权利认定为属于《海洋法公约》框架下的历史性海湾权利，违背包括北大西洋鱼案以及英国与挪威渔业案在内的历史性权利认定的国际实践。中菲南海仲裁法庭管辖权的确定忽视国家意志，随意扩大解释《海洋法公约》，裁判缺乏法律依据，不仅损害中国南海权益，还破坏国际司法秩序，属于仲裁法庭管辖权确认的典型错误案例[12]。

3.意印“Enrica Lexie”号案

意印“Enrica Lexie”号案涉及意大利与印度两个国家，是关于国家官员外国刑事豁免问题的案件，仲裁法庭对自身管辖权确认的裁判引发了国际社会的广泛关注，其仲裁法庭管辖权的确认理由也受到学者批判。意大利与印度两国就附件七仲裁庭管辖权的主要争议点属于争端性质的确认即国家官员的外国刑事豁免问题是否属于附件七仲裁的管辖范围。意大利主张国家官员的外国刑事豁免问题与《海洋法公约》第 56 条与第 58 条规定相关，属于对《海洋法公约》的解释与适用问题。印度主张《海洋法公约》第 56 条与第 58 条并不指向国家官员的外国刑事豁免的一般规则，双方争端与《海洋法公约》解释与适用无关，不属于附件七仲裁法庭的管辖范围[13]。仲裁法庭在此案中违背了印度的国家意志，采取了扩张性解释的做法，确认仲裁庭的争端管辖权。首先仲裁庭并未审查争端的实质，而是仅依靠双方围绕《海洋法公约》第 56 条与第 58 条进行主张，即认定双方争端属于公约解释与适用的争端。其次仲裁庭虽承认对国家官员外国刑事管辖豁免问

[10] See Notification, section III(The philippines, Claims), para.31, and section V (Relief Sought), para.41.
[11] 何田田：《指定专家程序与证据的公正性、正当性研判——以“南海仲裁案”为例》，载《法学》2022 年第 3 期，第 177-180 页。
[12] 于向东，崔浩然：《南海仲裁案临时仲裁庭之公正性剖析》，载《东南亚研究》2017 年第 2 期，第 158 页。
[13] PCA Case No.2015-28: The‘Enrica Lexie’ Incident (Italy v.India), Award of 21 May 2020, pp.22-24.

题不具有管辖权，但在《海洋法公约》并无规定的情形下，将国家官员外国刑事管辖豁免问题作为国家对外国官员行使刑事管辖问题的“附带问题”，从而确认仲裁庭对于双方争端具有管辖权[14]。仲裁庭的论证解释实际上已脱离《联合国海洋法公约》的规定，并不属于处理关于《海洋法公约》的解释和适用争端，将仲裁庭管辖权扩张至国家同意原则之外。意印“Enrica Lexie”号案仲裁庭管辖权确认的裁判再一次呈现出附件七仲裁管辖权的扩张趋势，为仲裁庭管辖权确认提供了错误经验。

（二）附件七仲裁庭管辖权存在自我扩展趋势

结合有关附件七仲裁庭管辖权的相关案例，可发现附件七仲裁已被广泛用于国家间海洋权益争端的解决，附件七仲裁庭管辖权的确认因为《海洋法公约》规定模糊而产生广泛争议，近些年案例均已体现仲裁庭管辖权正逐渐呈现扩张趋势。

1.附件七仲裁庭管辖权的自我裁量忽视国家意志

附件七仲裁庭单方意志性特征的设立本身即具有违背尊重国家意志原则的表现，实践中附件七仲裁庭更加呈现出忽视国家意志的趋势。中菲“南海仲裁案”，孟加拉国诉印度“海洋划界案”以及“查戈斯群岛海洋保护区案”等多个案件的具体实践都体现出附件七仲裁庭更倾向于为论证其管辖权强制性而忽视国家真实意志表示。中菲仲裁法庭忽视中国 “不接受、不参与”的立场，在菲律宾单方意志下启动并推进仲裁进程；“查戈斯群岛海洋保护区案”仲裁法庭忽视英国请求管辖权问题单独处理的诉求，合并审理程序问题与实体问题且对英国拒绝强制管辖的个别实体问题做出裁决。无论是为确认其管辖权忽视当事国之间争端的实质，还是在存在不应诉的情形下，起诉方指派政治立场利益倾向明显的仲裁员组建仲裁庭做出更有利于起诉方的仲裁裁决，都体现出附件七仲裁庭为扩张管辖权而忽视国际意志的倾向。

2.附件七仲裁庭趋向扩大解释《海洋法公约》确认其管辖权

《海洋法公约》第十五部分对公约项下的强制争端解决程序启动的前提条件、强制程序的适用要件以及强制程序的一般限制与任择例外进行了规定。综合附件七仲裁法庭管辖权确认裁判可知，附件七仲裁法庭逐渐倾向于扩张解释条文规定，仅注重形式审查忽视国家真实意思表示，降低管辖权确认门槛，更强调其管辖权的强制性[15]。

首先，附件七仲裁法庭对国家间排除强制管辖适用设置严格条件。对比南方金枪鱼与中菲南海仲裁案可知，与南方金枪鱼案仲裁法庭审查 1993 年《南方金枪鱼养护公约》规定的实质义务排除仲裁庭强制管辖权不同，中菲南海仲裁法庭

[14] 赵鹏：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的“必要性”分析—由意大利诉印度“艾瑞克·莱谢号”案裁决引发的思考》，载《边界与海洋研究》2021 年第 6 卷第 5 期，第 95-100 页。

[15] 刘惠惠：《联合国海洋法公约附件七仲裁庭强制管辖权的扩张：路径、成因及应对》，载《上海法学研究》2023 年第 3 卷第 9 期，第 60-65 页。

将《海洋法公约》第282条审查替代协议的标准解释为只有当事国须在协议中明确声明排除公约强制争端解决程序的适用时，协议才可具有排除效力。中菲南海仲裁庭扩张解释《海洋法公约》，倾向于文义解释，忽视国家间真实意思表示，对国家间排除强制管辖适用的解释设置严格条件。

其次，附件七仲裁法庭对强制程序启动的前提条件减低难度要求。例如中菲南海仲裁案中，对于《海洋法公约》规定的283条交换意见义务，附件七仲裁法庭倾向于将其解释为程序义务，在南方金枪鱼案、中菲南海仲裁案以及MOX工厂案中均对交换意见义务解释成为程序义务，认为争端方断定无协议达成可能性时即无需交换意见义务，此种解释与将交换意见义务解释为用尽和平方式解决争端的实质性义务的国际主流观点相违背。附件七仲裁法庭将交换意见义务解释为程序性义务降低了强制程序启动的前提条件实现难度以促进仲裁法庭管辖权的确认[16]。

另外，附件七仲裁法庭对混合型争端进行拆解，间接管辖公约排除性争端。例如无论是意印“Enrica Lexie”号案仲裁法庭将国家官员国外刑事豁免作为公约管辖事项下的附带问题，确认仲裁法庭的管辖权，还是中菲南海仲裁法庭忽视菲律宾将提交仲裁庭的诉求掩饰伪装成为与公约解释适用相关的争端，忽视其为陆地领土主权与海洋划界争端的实质，忽视中国对海洋划界与领土主权争端排除强制管辖的国家意志，都体现出附件七仲裁法庭通过拆解混合型争端以扩张其强制管辖权的适用[17]。

三、UNCLOS附件七仲裁庭管辖权的扩张倾向的影响分析

（一）附件七仲裁庭管辖权扩张的有利影响

附件七仲裁庭强制管辖权的扩张可在一定程度上推进国际海洋法治化建设进程。一方面，附件七仲裁庭强制管辖权的扩张为当事国无法妥善解决的海洋争端提供司法解决的平台，丰富了《海洋法公约》下强制争端解决程序的司法实践，避免冲突恶化[18]。附件七仲裁庭可在司法实践运用中增强《海洋法公约》条文的解释与适用，促进国际社会对《海洋法公约》文本内涵的理解与共识的形成，另一方面，附件七仲裁在海洋争端案件中的广泛应用还可促使在实践运用中发现《海洋法公约》争端解决机制构建的缺陷，促进争端解决程序的完善。附件七仲裁对国际重大海洋争端案件的裁决不仅引发缔约国对《海洋法公约》下争端解决机制程序的高度关注，还引发国际学者等群体对《海洋法公约》运行机制的完善、制度设计的缺陷以及未来的发展改革等国际海洋治理重点问题的广泛关注与研

[16] 罗国强，于敏娜：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的发展倾向和中国应对》，载《河北法学》2020年第38卷第12期，第66-70页。

[17] 黄影：《<联合国海洋法公约>中领土型混合争议仲裁管辖权问题研究》，载《武大国际法评论》2018年第2卷第4期，第76-90页。

[18] 刘惠惠：《联合国海洋法公约附件七仲裁庭强制管辖权的扩张：路径、成因及应对》，载《上海法学研究》2023年第3卷第9期，第65-68页。

究，促进以《海洋法公约》为核心的国际海洋司法秩序的推进。除此之外，附件七仲裁庭强制管辖权的扩展更加促使缔约国就海洋争端积极谈判，促进海洋争端问题的和平解决。据学者 Sara McLaughlin Mitchell 对海洋争端案件的实证研究，《海洋法公约》下的强制管辖程序在一定程度上违背国家意志，使得缔约国参加诉讼的意愿显著降低，缔约国会更加积极寻找谈判等其他争端解决方式以避免《海洋法公约》强制争端解决程序的管辖，更加促进《海洋法公约》和平解决海洋争端的宗旨导向的实现[19]。

（二）附件七仲裁庭管辖权扩张的不利影响

附件七仲裁庭管辖权的扩张虽在一定程度上有利于国际海洋法治进程的推进，但结合近几年的典型案例可发现附件七仲裁庭以错误方式追求其管辖权的扩张带来一系列负面影响，引起缔约国和国际社会的关注。

首先，仲裁庭管辖权扩张违反程序正当性要求，破坏司法公正秩序。程序公正与实体公正是司法公正的必然要求，程序公正是实现实体公正的必备条件。近年来，附件七仲裁庭为实现管辖权的强制性，多出出现程序运行不公的问题，损害《海洋法公约》下争端解决程序的程序公正，对司法机构的威信力产生不良影响。据统计，附件七仲裁管辖的案件下，约 13 起案件组建仲裁法庭，其中高大 8 起案件因出现不应诉的情况而由国际海洋法法庭庭长一人指派 4 名仲裁员组建仲裁法庭[20]。例如，在中菲南海仲裁法庭的组建与运行中，仲裁员指派缺乏正当性，在中国“不接受”“不承认”的立场下，中菲仲裁法庭的仲裁员除菲方指派 1 名代表外，其他 4 名代表全部由国际海洋法法庭庭长指认，且因缺乏国家海洋法法庭庭长指派仲裁员的监督机制，仲裁庭易受国际海洋法法庭庭长个人意志与政治立场的影响，破坏国际仲裁的公正性。

其次，仲裁庭管辖权扩张背离《海洋法公约》初衷，损害公约争端解决机制的运行。尊重国家主权原则与国家同意原则是国际法运行的基础，因此国际法中强制性法律机制并不普遍设立。《海洋法公约》第十五部分强制性争端解决机制的建立是第三次联合国海洋法会议的重大成就。结合第三次联合国海洋法会议的议程内容，并参考《海洋法公约》第十五部分对国家自主选择争端解决方式以及允许国家对领土主权与海洋划界等高敏感事项的任择性排除规定可知，包括附件七仲裁在内的强制性争端解决机制设立的初衷仅是为当事国之间和平解决海洋争端提供兜底性保障而非优先于国家意志与超越国家同意原则运行[21]。附件七仲裁法庭为实现管辖权的强制性，扩大解释“公约解释与适用的争端”等存在模糊性

[19] Sara McLaughlin Mitchell and Andrew P. Owsiak，*Judicialization of the Sea: Bargaining in the Shadow of UNCLOS*，American Journal of International Law，115（2021）.

[20] 何田田：《指定专家程序与证据的公正性、正当性研判——以“南海仲裁案”为例》，载《法学》2022 年第 3 期，第 177-180 页。

[21] 罗国强，于敏娜：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的发展倾向和中国应对》，载《河北法学》2020 年第 38 卷第 12 期，第 66-70 页。

的公约条款内容，增强国家排除仲裁管辖的难度，降低仲裁管辖启动的门槛，从而尽可能将当事国海洋争端置于其管辖权范围内的行为，不仅背离《海洋法公约》兜底性保障设立的初衷，还违背国家同意原则，严重损害《海洋法公约》条文的公正性与权威性。且伴随着仲裁管辖权异议的增多，国际仲裁的公信力受到损害，国际法院等其他国际司法机构对仲裁的公正性产生质疑，无法援引仲裁裁决审理案件，对公约强制性争端解决机制的运行与联系产生影响。

另外，仲裁庭管辖权的随意扩张使其成为部分国家谋求利益的工具，不利于海洋争端的和平解决。附件七仲裁庭在违背国家同意原则扩张自身管辖权下，在一些海洋争端案件中做出的裁决迎合部分国家的需求，使部分缔约国产生可依据附件七仲裁单方意志性与仲裁强制性的特征，通过掩饰争端性质等方式提起仲裁以谋求自身政治利益的认识，获取有利于自身利益的裁决结果[22]。例如中菲仲裁案中，菲律宾通过刻意避开海洋划界争端掩饰自身诉求，单方提起附件七仲裁，使中国被迫卷入强制程序的诉讼风险；再例如俄乌刻赤海峡案中，乌克兰刻意避开领土主权争端和军事活动等高敏感事项，将争端混合伪装成仲裁庭有权管辖事项，以实现其申请国际海洋法法庭临时措施的请求实现。因此，附件七仲裁庭管辖权的扩张为部分国家实现短期利益提供了便利，促使国家搁置和平方式解决争端，不仅不利于海洋争端的和平解决，还会因仲裁庭管辖争议以及裁决的承认与执行产生其他争端，使得当事国之间争端更加复杂化。

四、UNCLOS 附件七仲裁庭强制管辖权扩张下的中国应对

随着强制管辖权的扩张趋势，越来越多海洋法争端将被提交至附件七仲裁，作为海洋大国，中国周边的沿海国家众多，面临着较多的海洋权益争端，因此附件七仲裁程序将对中国海洋权益维护产生较大影响。以中菲南海仲裁案为例，仲裁法庭的裁决否认了中国在南海的大部分海洋权利，使中国面临较大的法律压力，带来一系列损害中国国际形象的不良影响。鉴于此，中国应从“南海仲裁案”中汲取经验教训，加强应对附件七仲裁庭强制管辖权扩张的消极影响，灵活运用附件七仲裁程序维护自身合法海洋权益。

（一）正视附件七仲裁的强制管辖

中国于 1996 年批转《海洋法公约》，但对于公约第十五部分的争端解决方式并未做出明确选择。对于《海洋法公约》下包括附件七仲裁在内的强制管辖机制，中国通过声明方式在部分海洋争端如领土主权争端、海洋划界争端以及军事活动有关的争端事项下排除强制管辖程序的适用。在解决海洋争端领域，中国倾向于依据国家同意原则，采取谈判协商等政治磋商方法，而尽量回避第三方争端解决处理纠纷的方法[23]。但实践中，借助第三方争端机构处理纠纷的方法已渐渐成为

[22] 罗国强：《论“南海仲裁案”仲裁裁决的枉法性》，载《当代法学》2016 年第 30 第 6 期，第 156 页。
[23] 罗国强，于敏娜：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的发展倾向和中国应对》，载《河北法学》2020 年第 38 卷第 12 期，第 76-80 页。

多数国家的选择，附件七仲裁更是由于《海洋法公约》唯一剩余方法安排以及其单方意志性等特征被广泛应用，其管辖权扩张的趋势也使得多数国家不得不参与仲裁程序。例如，在中菲“南海仲裁案”中，中国的回避立场不仅使中国面临较大的法律压力，还使中国因仲裁庭的程序安排处于不利境地。因此，中国应正视附件七仲裁的强制管辖，可必要时选择参与仲裁程序，探索其他维护国家海洋权益的路径与方法，如对于非声明排除的海洋争端如资源利用、环境保护等争端事项，中国可主动提起附件七仲裁，利用《海洋法公约》争端解决机制解决纠纷，保证自身合法权益同时，树立良好的国际形象。

（二）灵活运用管辖权异议的程序规则维护国家权益

在无可避免被拉入仲裁管辖程序时，中国可通过严格审查《海洋法公约》对强制管辖前提条件、适用范围以及限制条件的规定，正当提出对附件七仲裁法庭的管辖权异议，维护自身正当合法权益。

1.充分考察仲裁管辖权启动的前提条件

《海洋法公约》设立包括附件七仲裁在内的强制管辖程序的初衷是为当事国用尽和平解决方式仍未得到妥善解决的海洋争端提供兜底性保障，因此公约设立了附件七仲裁适用的前提条件。当面临被提起附件七仲裁时，中国可全面审查《海洋法公约》规定的前提条件如是否存在自行协议，自行协议是否排除强制管辖程序，是否已经履行交换意见义务等，当必备的前提条件未被满足时，中国可提起管辖权异议[24]。在“南方金枪鱼”案中，日本依据《南方金枪鱼养护公约》提出管辖权异议，仲裁法庭也根据公约的具体内容认定其为仲裁强制管辖的替代协议而拒绝管辖。因此审查前提条件而提出管辖权异议可作为国家避免强制程序的可行路径。在中菲“南海仲裁案”中，菲律宾提出的诉求中认为《南海各方行为宣言》并未是具有法律约束力的“自行协议”而属于政治承诺，不能排除《海洋法公约》强制仲裁程序的适用。根据《维也纳条约法公约》第二条[25]可知，具有法律约束力的国际文件与名称无关，文件中具有表明缔约方法律义务的条款，即可认定为具有法律约束力的协议[26]。《南海各方行为宣言》中存在规定当事国依据《联合国宪章》《海洋公约》等和平解决海洋争端等法律义务的条款[27]，应被视为南海各方国家依照国际条约签署的和平解决海洋争端的协议。另外，在中菲“南海仲裁案”中，中菲未曾就菲律宾提起仲裁的争端事项进行意见交换过意见，菲律宾在并未善意履行“交换意见”的前提义务下，不应提起附件七仲裁。因此，中菲南海仲裁

[24] 高菲《论南海仲裁案的非法越权管辖——兼议中国政府“不接受不参与”的正当立场与策略》，载《时代法学》2016 年第 14 卷第 4 期，第 112-113 页。

[25] 参见《维也纳条约法公约》第 2 条第 1 款：“条约谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何...”。

[26] 宋燕辉：《由〈南海各方行为宣言〉论“菲律宾诉中国案”仲裁庭之管辖权问题》，载《国际法研究》2014 年第 2 期，第 26 页。

[27] 参见《南海各方宣言》第 4 段：“根据公认的国际法原则，包括 1982 年《联合国海洋法公约》，由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判，以和平方式解决它们的领土和管辖权争议...”。

法庭管辖权的认定并未强有力的法律依据，在管辖权存在争议的情况下所做出的裁定同样缺乏公正性与权威性，中国可不予承认与执行。同时，在未来面临附件七仲裁管辖时，中国也可充分考查《海洋法公约》规定的前提条件，必要时提出管辖权异议，以维护国家权益。

2.发挥限制性规定与任择性例外条款的作用

在尊重国家主权的原则下，《海洋法公约》对强制管辖程序做出了限制性与例外性规定，允许国家遵循自身意愿对高敏感事项排除强制程序适用。2006 年中国根据《海洋法公约》第 298 条第 1 款，就领土主权、海洋划界以及军事活动、执法活动相关的争端发表了排除性声明。中国可通过依据《海洋法公约》的限制与例外条款，并结合国家的排除性声明，在面临仲裁庭管辖时，认定争端的性质，对应属于限制性与例外性的海洋争端提出管辖权异议，排除附件七仲裁庭的强制管辖[28]。如，在中菲“南海仲裁案”中，《海洋法公约》第 298 条是南海仲裁法庭行使管辖权的主要障碍，也是中国可以此排除强制仲裁的重要路径。菲律宾向南海仲裁法庭提出的 15 项仲裁诉求中，无论是请求确认中国“九段线”无效还是确认部分岩礁性质的诉求，实质皆为请求仲裁庭进行海洋划界。在“查戈斯海洋保护区案”中，仲裁法庭通过审查案件事实基础以及诉讼目的等要素，识别案件实为公约排除的海洋划界争端而拒绝管辖。“南海仲裁案”实质与此案件性质相同，而南海仲裁法庭并未审查事实基础及诉讼目的等要素，其管辖权的裁定缺乏法律基础。因此充分利用《海洋法公约》限制性规定与任择性条款，提出管辖权异议，也是中国应对附件七强制管辖权不当扩张的路径之一。

五、结语

附件七仲裁强制管辖权的扩张趋势愈加明显，对于我国海洋争端解决具有重要影响。中菲“南海仲裁案”带来的影响已证明附件七仲裁管辖权扩张的潜在危险性。目前，我国在南海、东海、黄海等海洋区域面临海洋争端频发困境，谨慎应对附件七仲裁管辖权扩张的潜在危险是维护我国海洋权益的重要因素。中国应坚定和平方式解决海洋争端的立场，认真研究《海洋法公约》争端解决程序的相关规定，充分利用程序规则，维护国家权益同时寻找有效方式和平解决海洋争端

[28] 刘丹：《论<联合国海洋法公约>第 298 条“任择性例外”—兼评南海仲裁案中的管辖权问题》，载《国际法研究》2016 年第 6 期，第 15-20 页。

参考文献

[1] 潘晓琳：《<联合国海洋法公约>附件七下仲裁实证研究》，载《中国海商法研究》2023 年第 34 卷第 4 期。

[2] 刘惠惠：《联合国海洋法公约附件七仲裁庭强制管辖权的扩张：路径、成因及应对》，载《上海法学研究》2023 年第 3 卷第 9 期。

[3] 罗欢欣：《<联合国海洋法公约>争端解决程序的比较与选择》，载《地方立法研究》2022 年第 7 卷第 5 期。

[4] 廖雪霞：《<联合国海洋法公约>项下法庭与仲裁庭属事管辖权的扩张》，载《环球法律评论》2022 年第 44 卷第 6 期。

[5] 何田田：《指定专家程序与证据的公正性、正当性研判——以“南海仲裁案”为例》，载《法学》2022 年第 3 期。

[6] 赵鹏：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的“必要性”分析—由意大利诉印度“艾瑞克·莱谢号”案裁决引发的思考》，载《边界与海洋研究》2021 年第 6 卷第 5 期。

[7] 罗国强，于敏娜：《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的发展倾向和中国应对》，载《河北法学》2020 年第 38 卷第 12 期。

[8] 刘衡：《论强制仲裁在国际争端解决中的历史演进》，载《国际法研究》2019 年第 5 期。

[9] 黄影：《<联合国海洋法公约>中领土型混合争议仲裁管辖权问题研究》，载《武大国际法评论》2018 年第 2 卷第 4 期。

[10] 于向东，崔浩然：《南海仲裁案临时仲裁庭之公正性剖析》，载《东南亚研究》2017 年第 2 期。

[11] 罗国强：《论“南海仲裁案”仲裁裁决的枉法性》，载《当代法学》2016 年第 30 第 6 期。

[12] 高菲《论南海仲裁案的非法越权管辖——兼议中国政府“不接受不参与”的正当立场与策略》，载《时代法学》2016 年第 14 卷第 4 期。

[13] 刘丹：《论<联合国海洋法公约>第 298 条“任择性例外”—兼评南海仲裁案中的管辖权问题》，载《国际法研究》2016 年第 6 期。

[14] 宋燕辉：《由〈南海各方行为宣言〉论“菲律宾诉中国案”仲裁庭之管辖权问题》，载《国际法研究》2014 年第 2 期。

[15] Sara McLaughlin Mitchell and Andrew P. Owsiak，Judicialization of the Sea: Bargaining in the Shadow of UNCLOS，American Journal of International Law，115（2021）.

结构性偏见视角下《联合国海洋法公约》争端解决机制司法能动主义问题研究

王宇航*

摘要：《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）在发达国家和发展中国家，沿海国和内陆国近 10 年的激烈争论后，最终于 1982 年的第三次联合国海洋法会议上以一揽子协议的方式被正式签署。其被认为是国际法下最成功的立法之一。对其更是不乏有“海洋宪法”等溢美之词，《公约》最特殊的便是其设定了特定的强制性管辖程序，与其他条约相比，这极为罕见。但在近些年实践中，《公约》框架下争端解决机构倾向于通过重心拆解的方式重塑争端、利用《公约》中存在的援引条款过度拓展解释公约条文含义，刻意抬高其他解决途径的门槛以及肆意曲解简化在先义务的方式提高自身获案率，其表露出的司法能动主义倾向引起了缔约国与学者的忧虑，并在实际上损害了缔约国利益。结构性偏见理论侧重于从一种在先经验的视角出发去研究《公约》争端解决机构司法能动主义倾向的内外在逻辑。随后在分析其内外在逻辑的基础上从结构性偏见视角出发给出矫正司法能动主义的措施与建议。

关键词：司法能动主义;结构性偏见;《联合国海洋法公约》

一、问题的提出

《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）[1]第十五部分确定的争端解决机制被认为是对原有国际争端解决机制的新突破，依据《公约》第 287 条，缔约国可在国际海洋法法庭（ITLOS）、国际法院（ICJ）、附件七仲裁庭和附件八仲裁庭之间选择一个或多个机构以解决《公约》解释和适用产生的争议。然而，近年来，《公约》框架下的法庭与仲裁庭在实践中表现出日益显著的司法能动主义倾向。以附件七仲裁庭为例，近十年来，提交到该仲裁程序的 12 件案件几乎均涉及管辖权争议，除两起案件尚未结案、情况尚不明朗外，其余 10 起案件中，当事方或是协议终止仲裁程序，或是将案件移交至其他争端解决机构，最终形成的 5 份裁决都未得到当事方的承认与执行。[2]《公约》项下争端解决机制司法能动主义倾向具体表现在以下几个方面：首先，通过“重心拆解”的方式重塑争端、利用《公

* 王宇航，男，硕士学历，大连海事大学法学院在读

[1]*United Nations Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10 December 1982, came into force 16 November 1994, 21 ILM 1245 (1982).

[2]参见罗国强,于敏娜:《<联合国海洋法公约>附件七仲裁庭管辖权的发展倾向和中国应对》,载《河北法学》2020 年第 38 期，第 56-80 页。

约》中存在的援引条款过度拓展解释《公约》条文含义，刻意抬高其他解决途径的门槛以及以肆意曲解简化在先义务的方式提高自身获案率。；其次，过度援引《公约》条款以拓展条文解释范围；再次，刻意抬高其他争端解决途径的门槛；最后，通过简化或曲解在先义务的方式提高案件受理率。如在 2016 年的“中菲南海仲裁庭”中，仲裁庭不顾中方早已做出的排除适用书面声明，[3]在组织程序不合规与公约解释适用过于宽泛的基础上肆意做出“最终裁决”，其在适用程序错误，仲裁员选择上存在的问题遭受各方批评。此外，始于“查戈斯海洋保护区案”[4]后作为仲裁庭确定案件管辖重要标准的“重心检验”方法也由于其存在重心识别的主观性易导致争端界定的扭曲，从而成为仲裁庭不当扩张属事管辖权的依据。[5]这一点在随后的“恩丽卡-莱克辛号案”[6]中得到了证实，在该案中仲裁庭在检验争端重心的时候，片面截取双方论点，致使不当认定争端实质并进行了管辖。

与此同时《公约》下设的联合国海洋法法庭在裁判依据界定上也存在模糊性的问题，如在“用尽当地补救办法”含义的认定上，海洋法法庭存在不当认识进而影响了对“塞加号案”[7]“弗吉尼亚 G 号案”[8]等案件的判决。此外，法庭全庭在没有明确条款依据的情况下，通过拓展解释《公约》21 条规定，单方面认定自身拥有咨询管辖权。并据此受理了小岛屿国家气候变化与国际法委员会提出的咨询请求，就缔约国在气候变化背景下保护海洋环境的特定义务发表意见。[9]

综上，可见《公约》下设的联合国海洋法法庭与仲裁庭在界定争端实质的过程中，存在滥用界定争端法律标准，重塑争端实质的现象，从而不当扩张属事管辖权，并实质性影响了裁判的公正性。在当前国际治理面临逆全球化与区域主义抬头的背景下，系统研究《公约》争端解决机制的司法能动主义倾向具有重要的理论与实践意义。然而，我国学界对海洋法法庭的专门研究相对有限，[10]针对附件七仲裁庭的研究也多集中于案例分析与法律解释问题。[11]近年来，尽管学界对《公约》争端解决程序的扩张倾向进行了广泛批判，但对内在动因的深入探究仍

[3]*The government of the people's republic of China does not accept any of the procedures provided for in section 2 of part xv of the convention with respect to all the categories of disputes referred to in paragraph 1 (a) (b) (c) of article 298 of the convention*, at http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations, him.(Last visited on June 24, 2024).

[4]*The Chagos Marine Protected Area Ar-bitration (Mauritius v. United Kingdom)*, an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII of UNCLOS.

[5]See Jeremy Jacobson, *getting "arising out of" right: ford motor company and the purpose of the "arising out of" prong in the minimum contacts analysis*, 97 n.y.u. l. rev. 315 (2022).

[6]*The “Enrica Lexie” Incident (Italy v India)*, an Arbitral Tribunal Constituted ITLOS Case No. 24 (Provisional Measures).

[7]TLOS and the Saga of the Saiga: Peaceful Settlement of a Law of the Sea Dispute，The Saiga No. 2 case of UNCLOS.

[8]*The M/V "Virginia G" Case (Panama v Guinea-Bissau)*, ITLOS Case.

[9]*Commission of small island states on climate change and international law*，“request for an Advisoryopinion', at https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31 (Last visited on June 16, 2020).

[10]参见吴慧:《国际海洋法法庭研究》，海洋出版社 2002 年版，第 199-203 页。

[11]参见贾兵兵:《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究：附件七仲裁实践》，清华大学出版社 2018 年版，第 2-3 页。

显不足。因此，本文从结构性偏见的视角出发，系统研究《公约》争端程序表现出的司法能动主义倾向，理清其内在逻辑，并结合实际案例分析其利弊影响，最终提出基于结构性偏见视角的矫正措施。

二、《公约》结构性偏见的制度根源与司法能动主义的内在逻辑

《公约》框架下国际争端解决机构在近年来的司法实践中表现出的司法能动主义倾向，引起了学界的广泛关注以及部分《公约》缔约国的不满。[12]与国际社会中主权国家内部存在统一且强有力的公权力机关不同，国际社会的结构形式以平权为基础，任何国际公约的效力均源于各主权国家的同意。因此，国际争端解决机构的权威同样根植于国家同意，而其正当性作为权威性最有力的证明形式，不仅关乎争端解决机构自身的权威更关乎其所保障的国际法秩序的权威。[13]司法能动主义打破《公约》缔约方最初努力维系的权利义务平衡之时，也正是其酿成正当性危机之始。[14]国际司法机构在引用《公约》规则时如果大幅度和习惯性地超越国家同意的范畴，将会进一步加剧《公约》第十五部分争端解决机制的正当性赤字。长此以往，过度司法能动主义可能导致争端当事国及潜在诉讼者对国际司法机构产生不信任危机，进而危及国际法层面的司法良治。在此背景下，结构性偏见理论为研究这一问题提供了一个新的研究视角。从结构性偏见视角出发，考察《公约》框架下司法机构表露出的司法能动主义的驱动因素，可从外部与内部两个方面进行分析，在外部，国际法自身的特点与国际法重心转移共同作用下深刻影响着《公约》框架下争端解决机构的实践。在内部，争端解决程序间的竞争与程序制度存在漏洞在内在动力方面推动着争端解决机制显现出司法能动主义倾向。

（一）结构性偏见的理论内涵及其实践表现

“结构性偏见”理论由国际法批判学家科斯肯涅米（Martti Koskenniemi）提出，他指出“国际机构基于其职能或在专业领域产生的观念模式，在其实践中展现出对特定规范性结果的固有偏好。”[15]按照该理论，国际法因其语言与实质上的模糊性，使其成为一个单纯的、盛托价值观的容器，供各国依据自己的利益向其中添加内容。[16]在国际争端解决机构的实践中，其在处理案件议题的时候，即使通过使用无懈可击的专业论证可以证明许多种做法是合理的，但仍存在着一种结构性的偏好，使它们为其典型的、根深蒂固的偏好服务，[17]这种偏好源于制度本身的

[12]See Keith R. Fisher, *education for judicial aspirants*, 43 akron l. rev. 163 (2010).
[13]See tomasz tadeusz kennewick, *Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions, counter-strategies*, normative changeand the habits of heart, 26 ind. j. global legal stud. 501 (2019).
[14]See Jeffrey W. Stempel, Sarig Armenian & David Mcclure, *stoney road out of eden: the struggle to recover insurance for armenian genocide deaths and its implications for the future of state authority*, contract rights, and human rights, 18 buff. hum. rts. l. rev. 1 (2012).
[15]See Martti Koskenniemi, fr*om apology to utopia: the structure of international legal argument*, Cambridge university press, pp 606 -607,2006.
[16]See Julen Etxabe, *The Dialogical Language of Law*, 59 osgoode hall l. j. 429 (2022).
[17]See Kyle Reinhard, *"sociological gobbledygook": gill v. whiteford, wal-mart v. dukes, the court's selective distrust of "soft science"*, 67 ucla l. rev. 700 (2020).

设计和运行方式。不同于个人的认知偏见或刻板印象,结构性偏见更多着眼于探讨更深层次的制度性和系统性问题。尽管国际法批判学派的学者们热衷于批判并论证国际法的实质不确定性，但其未能提出具体解决方案的做法为人所诟病。[18]然而，结构性偏见理论侧重于从一种先前经验的价值偏向角度出发，解释了国际法存在的本质矛盾，回应了联合国海洋法法庭与附件七仲裁庭在个案中表现出的司法能动主义倾向的根源问题：这种倾向是受个案具体因素影响，还是广泛存在于国际法司法裁判程序中？若是后者，应如何规制以确保其在合理范围内运行？

在国际海洋法实践中，结构性偏见通过制度性倾斜设计与权力分配失衡两方面为《公约》争端解决机构的司法能动主义倾向创造了条件。从总体作用上来看，制度模糊性提供规范空间，权力集中化提供实施条件。这种协同效应在制度框架下表现为路径依赖的强化即，初始制度设计中的微小缺陷，在权力失衡背景下被不断放大，最终导致司法能动主义的不可逆增长。

1.《公约》文本中存在制度性倾斜设计

《公约》在起草通过时，为敦促《公约》通过，对三类矛盾采取了妥协性处理：首先是主权逻辑与人类共同遗产原则的价值冲突；其次是刚性规则与海洋治理动态性的功能矛盾；最后是技术理性与政治决策的认知鸿沟。这种制度文本中存在的结构性系统设计构成了司法能动主义滋生的制度温床。

（1）程序强制性与实体权利失衡的悖反

为处理第一类矛盾，《公约》的制度性倾斜设计表现为程序强制性与实体权利失衡的悖反。《公约》第 288 条第 4 款规定的附件七仲裁的自动触发机制与《公约》第 298 条规定的缔约国权利保留制度间存在规范冲突，催生了管辖权的自我膨胀倾向。以附件七仲裁庭为例，由于《公约》赋予其的强制性与单方意志性，使其成为“剩余程序的剩余程序”致使其在程序创制上较一般仲裁程序具有更为严重的“司法化仲裁”倾向。[19]在被称为仲裁条款的第 287 条，在程序设置上是属于禁止缔约国做出保留的。即无论缔约国是否接受仲裁庭，都无可避免的使其成为“最终解决程序与手段”，这种强制性是远超大多数国际争端解决机构的。同时，仲裁的提起并不需要被诉方的同意与参与，争端一方可单方面直接启动程序。甚至事实上启动方可凭借自己意志主导程序的发起，仲裁员的选任乃至程序的进展。这种缺陷极易被人利用，将争端进行拆解、包装与加工后单方面提起仲裁程序，并在事实上主导仲裁程序流程做出对己方有利的裁决。例如南海仲裁案中，仲裁庭通过"争端要素解构技术"将主权问题拆解为《公约》解释问题，实质是利用程序机制的刚性特征突破实体权利保留条款的限制。这种程序工具主义（Procedural Instrumentalism）暴露了制度设计内在的张力：争端解决机构强制性的制度承诺，反向刺激司法机构扩张解释权以维持机制有效性。

[18]See Brianne J. Gorod, *The collateral consequences of ex post judicial review*, 88 wash. l. rev. 903 (2013).
[19] See Nico Gurian, *Rethinking judicial review of arbitration*, 50 colum. j.l. & soc. probs. 507 (2017).

（2）规范模糊性引发的解释权扩张

为处理第二类矛盾，《公约》的制度性倾斜设计表现为规范模糊性引发的解释权扩张。具体来说就是《条约》为吸引更多人通过，使其在法律体系构建过程中必然需要考虑多方利益而不得不进行妥协，以至于更倾向于进行宽泛性立法。这种立法方式，加重了法律自身所固有的语言模糊性，不可避免使司法机构在审判案件时存在较大解释空间。此外，《公约》为解决国际法碎片化的特点而采用的援引条款制度，由于外延标准难以界定，更是加重了国际法的不确定性，如《公约》第 293 条第一款规定“根据本节具有管辖权的法院或法庭应适用本公约和其他与本公约不相抵触的国际法规则”这一条款给争端解决机构引用其他国际法规则从而促使《公约》与其他国际法规则的良性互动以及争端的一体化解决提供了法律依据，但是也带来了一些困境。[20]究竟何种国际法规则是“不相抵触”的，甚至于在审判案件中，那些国际法规则可以被援引，在不同案件中具体援引规则也不一致。比如《公约》第 74/83 条关于海洋划界"公平解决"的开放性表述，为司法造法提供了制度切口。在"加纳/科特迪瓦大西洋划界案"（ITLOS,2017）中，法庭突破传统等距离原则，通过引入社会经济因素以实现"结果公平"，该裁判策略实为对制度模糊地带的能动性填充。这种"争端解决机构释法权"的扩张，本质是条约结构性缺陷引发的制度反噬。

（3）技术治理的认知垄断效应

为处理第三类矛盾，《公约》的制度性倾斜设计表现为技术治理的认知垄断效应。比如《公约》第 76 条大陆架制度将地质科学标准法律化，这种制度构造，本意是为了以科技标准提升《公约》文本的科学性。但在"孟加拉湾划界案"中，法庭借助大陆架界限委员会（CLCS）的技术建议，将 200 海里外大陆架权利从主权主张中剥离，转化为纯粹的技术认定问题。这种"去政治化"操作使司法机构获得通过技术话语重构法律关系的制度工具，构成能动主义的新型实践形态。

2. 争端解决机制中的权力分配失衡

《公约》争端解决机制先例制度理论构建的深层机理，揭示了《公约》实施过程中制度设计与实践运作的张力关系。《公约》争端解决机构通过"先例累积—规范重构"的循环模式，实质上突破了条约文本的刚性约束。这种司法实践策略以"诺星号案"为典型表征：国际海洋法法庭（ITLOS）在审理过程中，表面上援引《公约》第 94 条船旗国义务条款，实则通过法律解释技术将"适当管辖义务"升级为"严格责任标准"。这种司法造法行为依托判例法理论的渐进式规范塑造功能，将个案裁判的临时性权力优势转化为制度性权威——当后续争端解决机构在同类案件中反复援引"诺星号案"确立的标准时，原本属于司法裁量权范畴的临时

[20]参见汪小静:《<联合国海洋法公约>第 74 条和第 83 条“公平解决”下的划界方法：价值取向与规则演进》，载《武大国际法评论》2022 年第 6 期，第 129-155 页。

规则便固化为具有约束力的规范体系。这种制度异化现象的产生根源，在于《公约》框架下争端解决机构既充当法律适用者又扮演规范创造者的双重角色，其通过判例体系的自我强化机制不断拓展权力边界，最终导致成员国主权让渡范围与司法机构权力扩张程度之间形成结构性失衡。这种制度性悖论不仅挑战了传统国际法"国家同意"原则，更在国际司法实践中形成了"法官造法"与条约解释之间的规范冲突场域。

（二）司法能动主义的发生机理与演进路径

为深入探讨这一问题，同样需要明确“司法能动主义”的内涵及其适用范围。“司法能动主义”是起源于美国的一种司法哲学观。[21]是与“司法克制主义”相对应的一个概念，其思想渊源可追溯至福柯对康德法律形式主义的反思，法律形式主义认为“法律是一个封闭自给的体系，法律概念、法律原则与法律规则等无缝隙地结合在一起”。福柯不再局限于追求法律的形式理性，转而强调实践乃至主观能动性对法律的塑造作用。其思想到 20 世纪的美国借助法律实用主义哲学的兴起，开始作为一种司法哲学而被具体运用到实践。其中的代表人物卡多佐主张“法律规则并非作为终极真理的教义，而是一种可被证伪的假说，在那些重大的法律实验室——司法法院——中被不断地重复检测”。[22]亦即，法官能动司法的过程就是用实践搭起了人的主观世界和客观世界的桥梁，而法官的能动司法又形成了经验从而内化于意识的生成过程。[23]尽管其具体定义与内涵在其发源地美国仍存在较大争议。但通过《元照英美法词典》和《布莱克法律词典》对其的定义可对其内涵进行分析。《元照英美法词典》将司法能动主义定义为“一种司法理论，它鼓励法官摆脱对司法判例的严格遵从，允许法官在制作判决时考虑其个人对于公共政策（public policy）的观点以及以其他因素作为指导，通过判决来保护或扩展与先例或立法意图不符的个人权利。遵循该理论会造成某些判决侵犯立法权和行政权的结果。”[24]《布莱克法律词典》则将司法能动主义定义为，“司法机构在审理案件的具体过程中，不因循先例和遵从成文法的字面含义进行司法解释的一种司法理念以及基于此理念的行动。[25]尽管定义各异，但其核心在于司法主体在司法过程中通过积极运用法律解释方法实现对法律的创造与补充。但也应注意，由于法律秩序性、体系性和权威性的考量，分析范式或裁判指引需要一定程度上的统一， 不能不计后果地在辽阔的司法荒野上任意驰骋。[26]由于其内涵的抽象性，因而司法机构关于任何法律问题的决定均有可能被纳入司法能动主义的概念框架

[21]See Carlos A. Ball, *The judicial activism of justice Anthony Kennedy,* 72 am. u. l. rev. 1501 (2023).
[22]《司法过程的性质》，本杰明·卡多佐［美］，苏力译，商务印书馆 1998 年版，第 10 页。
[23] 参见《转变中的法律与社会: 迈向回应型法》， P.诺内特［美］、P.塞尔兹尼克［美］,张志铭译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 10 页。
[24]《元照英美法词典》，北京出版社，2013 年缩印版，第 748 页。
[25]《布莱克法律词典》，West 出版社，2009 年第 9 版，第 894 页。
[26] 参见秦天宝：《司法能动主义下环境司法之发展方向》，清华法学 2022 年 16(05)期，第 147-162 页。

之下，无论是程序法中的管辖权问题，亦或是实体法中的权利义务关系。[27]在国际法领域中，司法能动主义的演进路径与国内法不同，主要是通过《公约》第 287 条规定的四种争端解决机构，包括联合国海洋法法庭、国际法院、附件七仲裁庭和附件八仲裁庭在受理争端，解释《公约》条文实现的。其主要表现形式包括在程序以及解释上司法能动主义倾向，具体可见下表：[28]

案件名称	审理机构	司法能动主义类型	具体表现	争议焦点
南海仲裁案（菲律宾 v 中国 2013-2016）	附件七仲裁庭	程序性与解释性	1. 程序性：仲裁庭在未获中国同意下强行确立管辖权，将领土主权和海洋划界争端包装为“公约解释与适用”问题，规避中国依《公约》第 298 条的排除性声明； 2. 解释性：对《公约》第 121 条“岩礁”定义进行扩张解释，否定南海岛礁的专属经济区地位；重新定义“历史性权利”，否定中国主张的合法性	菲方主张中国在南海活动违反《公约》，涉及海洋环境与划界争端。
查戈斯群岛案（毛里求斯诉英国，2015）	附件七仲裁庭	程序性	通过“重心法”标准拆分混合型争端，将领土主权争端视为“次要”问题，延伸对《公约》管辖范围内事项的管辖权。尽管最终未支持毛里求斯全部诉求，但开创了混合争端管辖权的先例	查戈斯群岛主权争议及英国设立海洋保护区的合法性。
“恩里卡·莱克西”事件案（意大利诉印度，2015）	附件七仲裁庭	程序性	仲裁庭将涉及海军豁免权的核心争端视为《公约》管辖事项的“附带问题”，通过程序性裁量扩大管辖权，引发仲裁员内部争议	意大利海军人员枪击印度渔民事件的法律豁免权争议。
南海仲裁案临时措施请求（2015）	国际海洋法法庭（ITLOS）	程序性	在管辖权未决阶段，支持菲方关于“防止环境损害”的临时措施请求，扩大对《公约》第 290 条的解释，突破程序性限制	菲方主张中国填海造岛破坏海洋环境，要求采取紧急措施。

[27]See Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of judicial activism*, 92 california law review 1441, 1444 (2004); Bradley C. Canon, *defining the dimensions of judicial activism*, 66 judicature 236, 239 (1983); Margit Cohn & Momrdechai Kremnitzer, *judicial activism: a multidimensional model,* 18 canadian journal of law and jurisprudence 333, 340 (2005).

[28] See Lara M. Pair, *judicial activism in the icj charter interpretation*, 8 ilsa journal of international & comparative law 181, 218-219 (2001); Anthony Aust, advisory opinions, 1 journal of international disputesettlement 123, 146 (2010); Photini Pazartzis, *the ambit and limits of the advisory function of the internationalcourt of justice*, in eva rieter & henri de waele eds, *evolving principles of international law: studies in honourof karel c. wellens*, martinus nijhoff publishers, p. 271, 2012.

乌克兰诉俄罗斯“沿海国权利案”（2016）	附件七仲裁庭	程序性	仲裁庭认定克里米亚主权争端是海洋法争端的“先决问题”，但通过程序性裁量拒绝管辖，间接扩张了对混合型争端的审查权	克里米亚主权争议与俄罗斯在相关海域的权利主张。
孟加拉国与印度海洋划界案（2014）	国际海洋法法庭（ITLOS）	解释性	采用“三步划界法”（等距线调整至公平结果），结合地理与经济因素，突破传统划界规则，发展海洋划界方法论。	孟加拉湾的领海、专属经济区和大陆架划界争议
关于黑海、亚速海和刻赤海峡沿海国权利案（乌克兰诉俄罗斯，2019）	附件七仲裁庭	程序性	仲裁庭在初步反对阶段广泛援引“南海仲裁案”裁决，将主权争议与《公约》解释问题混合处理，扩大管辖权范围	黑海海域的航行权与沿海国管辖权争议
毛里求斯/马尔代夫海洋划界案（2021）	ITLOS特别分庭	程序性与解释性	1. 程序性：分庭在未解决查戈斯群岛主权争端的情况下，认定主权争端已不存在，通过司法技巧确立管辖权； 2. 解释性：援引国际法院咨询意见和联合国大会决议，将非法律约束力的文件作为主权争端解决的依据	查戈斯群岛主权争议与海洋划界的关系

图 1：近十年《公约》框架下海洋法法庭与仲裁庭司法能动主义倾向案件一览表

1. 程序上的司法能动主义

纵观近年《公约》框架下争端解决机构在处理程序问题的做法，无论是通过重构矛盾从而进行管辖权扩张、还是临时措施的双重标准，唯一不变的是司法能动主义的脉络日渐清晰。具体来说，程序性的司法能动主义首先表现在强制管辖程序的突破，通过对《公约》第 298 条例外声明的目的性限缩。例如在南海仲裁案中，仲裁庭通过"整体性解释"（Holistic Interpretation）将历史性权利主张纳入《公约》解释范围，实质上架空第 298 条对"历史性所有权"的管辖排除。这种"司法造法"（Judicial Lawmaking）引发国际法学界对管辖权越界（Ultra Vires）的批判。这种能动性重塑争端的技术性做法在"孟加拉湾划界案"（ITLOS Case No.16）中达到顶峰。法庭通过引入"灰区理论"（Grey Area Doctrine），将 200 海里外大陆架划界与海洋权利分配脱钩，以科学技术手段消解主权争议的敏感性。这种"去政治化"策略实质上是司法能动主义（Judicial Technocracy）对国家主权的侵蚀。程序性的司法能动主义还表现在海洋法法庭采取临时措施措施的双重标准，《公约》第 290 条赋予法庭广泛的临时措施裁量权，但在海洋法法庭实践中呈现选择性适用倾向。对比"ARA Libertad 案"（2012）与"北极日出号案"（2013）：前者拒

绝对主权豁免船只采取临时措施，后者却以环境保护为由对俄罗斯施加航行限制。这种双重标准暴露《公约》争端解决机构权力分配失衡的深层危机。

2.解释上的司法能动主义

《公约》争端解决机构在解释权的方面司法能动主义倾向呈现多维度扩张态势，其本质是司法机构以《公约》第 288 条对"公约解释与适用"的宽泛授权赋予司法机构准修约权为依据，通过解释技术突破条约文本约束，从而实现规范重构与权力集中。在方法论层面，"目的解释"的方法被较多的使用，例如，MOX 核电厂案仲裁庭以生态保护为目标导向，将《公约》第 123 条半闭海合作义务与《OSPAR 公约》强行嫁接，这种体系整合解释不仅违反《维也纳条约法公约》第 31 条的文本中心主义要求，更使"目的解释"异化为司法造法的理论工具。这种解释性的司法能动主义还表现在查戈斯群岛咨询意见中国际法院将非缔约国实践纳入解释范畴的操作，实质突破条约相对效力原则以及在南海仲裁案中法庭援引第 293 条"其他国际法规则"的开放性规定使规范选择权异化为司法机构单方裁量权。这种解释权垄断化与先例制度形成共生关系——当司法机构通过 MOX 核电厂案确立的"目的解释"方法论被后续案件反复援引时，临时性法律技术便固化为制度性权力，最终导致《公约》文本的规范权威让位于司法机构的动态解释体系。这种司法中心主义的扩张既冲击国际法"国家同意"原则的根基，也引发条约稳定性与司法能动性之间的结构性冲突。

三、司法能动主义的系统效应：国际法碎片化与整合的张力

尽管联合国海洋法法庭可以主张其行为旨在维护国际社会的共同利益与价值，并更好地履行国际法赋予其职权，，但在国际法的语境下，这种在一定程度上超越国家同意原则的裁决实践，实际上可能收效甚微，甚至可能破坏国际法体系的稳定性，从而将法律论证的科学过程异化为掺杂政治考量与外交博弈的活动。这种突破法律框架的“自由裁量”已经在实践中对《公约》缔约国的利益造成了损害。以下将从正反两方面对司法能动主义进行功能反思。

（一）司法能动主义对国际法律体系的积极影响

在《公约》框架下，争端解决机构表现出的司法能动主义倾向，在一定程度上能够将争端引入法律轨道，并通过和平方式加以解决。，这符合国际法“以和平方式解决争端”的基本要求，也与《公约》的创设目的相一致，从而有效避免了争端的升级与冲突的激化。司法能动主义对国际法体系的积极影响主要体现在以下两个方面：

首先，司法能动主义能够促使争端当事国尽快进入谈判进程，从而推动争端的解决。国际海洋争端往往具有高度的复杂性和敏感性，争端各方通常难以通过外交途径或其他非法律手段达成一致。然而，在司法能动主义的影响下，争端解

决机构倾向于受理案件来扩大其管辖权与影响力，[29]而在比较常见的通过仲裁解决海洋争端中，仲裁庭在历史上的表现结果往往启人怀疑。而当前在国际海洋治理中表露出的海洋治理区域化倾向，也正是在各国意识到国际争端处理机制的无力，转而采取区域内协商、订立条约等方式解决争端。[30]可以说司法能动主义在以破坏国际司法权威与秩序的方式，一定程度上又有利于督促争端方尽快通过“协商、交涉、斡旋”等方式解决争端。然而，值得注意的是，司法途径并非解决争端的最有效或最经济的方式。以南海仲裁案为例，菲律宾在仲裁过程中耗费了约 3000 万美元，且整个程序历时三年之久。由于仲裁庭在组庭程序及管辖权认定上存在争议，其裁决的权威性与执行力受到质疑。因此，司法能动主义倾向下的争端解决程序有利于促使司法回归谦抑与理性。

其次，司法能动主义通过争端解决实践丰富了《公约》的法律内涵，推动了国际法的发展。国际法条文往往具有模糊性和开放性，需要通过司法实践加以解释与澄清。在“查戈斯群岛案”中，仲裁庭对识别争端的性质、范围的原则进行了进一步阐述，提出了界定的具体标准，即“重心检验（relative weight）标准”，这一标准在之后的仲裁实践中被广泛运用。[31]此外，在“北极日出号”案中，仲裁庭对《公约》第 293 条外延的解释，不仅推动了争端的解决，也获得了学术界的认可。[32] 这些案例表明，司法能动主义通过具体案件的审理，为国际法条文的解释与适用提供了新的视角与方法，从而在一定程度上推动了国际法的演进与发展。

（二）司法能动主义对国际法律体系的消极影响

正如前文所述，海洋法法庭及其他相关争端解决机构所表现出的司法能动主义倾向，往往受到结构性偏向的驱动。这种先天不足的能动主义倾向对国际法体系的整体破坏性，实际上超过了其对国际法发展的建设性贡献。其弊端主要体现在以下几个方面：：削弱司法机构的权威性、对《公约》缔约国造成实质性利益损害、破坏国际法的体系性以及加剧了国际海洋法法庭与附件七仲裁庭的矛盾等等。

1.司法能动主义削弱司法机构的权威性

对于国际争端解决机制而言，司法能动主义最直接的负面影响在于，它将本应逻辑严谨的法律推理过程异化为以发表意见和作出裁决为结果导向的“文字游戏”，[33]从而损害了司法机构的正当性与权威性。具体而言，司法能动主义倾向会对司法机构的负面影响主要体现在以下几个方面：1 法律适用的不确定性增加。司法机构过于主观能动地解释和运用法律，可能会降低法律的公信力和可预测性。

[29]See Nicole G. Iannarone, *structural barriers to inclusion in arbitrator pools*, 96 wash. l. rev. 1389 (2021).
[30]See Virginia Morris. *African Union Declarations*, resolutions and decisions (2023).
[31]Award in the Arbitration regarding *the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.*
[32]参见唐美玲：《国际海洋法法庭“北极日出号”案评析》，载《外交学院学报》2015 年第 6 期，第 70 页。
[33]Application for *Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribuna*l, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982, Dissenting Opinion of Judge Morozov, p. 439, para. 8.

这种不确定性不仅削弱了国际法的稳定性，还可能引发缔约国对司法机构的不信任。2 裁决结果的难以预期性。司法能动主义倾向下，裁决结果往往更多地依赖于法官的个人价值取向，而非严格的法律推理。这种缺乏一致性的裁决实践，可能降低争端当事方对裁决的信任度，进而削弱司法机构的权威性。3 国家主权受到潜在侵犯。司法能动主义可能过度扩张司法机构的管辖权，跨越国家主权的界限，引发国家间的争议。这种对国家主权的潜在侵犯，不仅可能激化国际矛盾，还可能使缔约国对国际司法机制产生抵触情绪。4 裁决执行效力下降。由于司法能动主义导致的裁决缺乏确定性和公信力，其执行效力可能大打折扣。当事国可能以裁决缺乏合法性为由拒绝执行，从而进一步削弱国际争端解决机制的实际效力。

总体而言，司法能动主义倾向会显著损害国际争端解决机构的公信力和权威性。在当前后疫情时代经济衰退与逆全球化趋势的大背景下，缔约国可能会基于对争端解决机构的权威性的质疑，怠于履行应尽义务，事实上，经费问题一直是困扰着国际机构的运营的难题例如。联合国正在面临严重的流动性资金危机，截至 2024 年 5 月 9 日，只有 108 个成员国全额缴纳了会费，截至 2023 年 9 月底，未缴欠款总额为 13.5 亿美元。[34]为应对危机，自去年 12 月以来，联合国已经暂时关闭了部分办事处，包括其日内瓦总部，并呼吁会员国尽快缴纳会费。这种财政困境进一步加剧了国际机构的信用危机。争端解决机制若以透支自身信用的方式谋求扩张影响力。可能会陷入一种恶性循环：为扩大影响而表露出司法能动主义---做出不当裁判---权威性下降----为挽救影响继续施行司法能动主义行为---权威性进一步下降。最终危及国际法秩序的整体稳定性。

2.司法能动主义破坏国际法的体系性

自哈夫教授在国际法委员会首次提出国际法碎片化问题以来，国际社会对这一问题的讨论与研究已持续多年。为尽可能减少国际法碎片化影响，除了在《公约》中明确规定援引条款，旨在通过开放立法模式增强国际法规则之间的联系与关联性。此外，争端解决程序之间相互援引判例的做法，也背视为减少国际法碎片化的努力。仲裁案例作为国际法的辅助性渊源，虽对国际司法和仲裁机构不具有拘束力。[35]但在实践中，国际法院为统一对国际法规则的解释以及论证某项国际法律规则的存在，已多次援引仲裁庭的判决。据统计，国际法院在其判决和咨询意见中，已有 15 件案件援引了国家间仲裁裁决，占其所作判决和咨询意见总量的 20%左右，其中 10 件涉及领土和海洋划界争端。且仲裁裁决在案件审理中

[34] 《实施计划 ：联合国海洋科学 促进可持续发展十年 (2021-2030 年) 》,联合国数字图书馆（unesco），at https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376780_chi，（last visited March 13, 2025 ）.

[35]See Eric De Brabandere, *The use of precedent and external case law by the international court of justice and the international tribunal for the law of the sea*, law and practice of international courts and tribunals, vol.15, 2016, p. 26.

具有的权威性与国际法院本身所作的判例基本相当，[36]这种国际争端解决程序间的互动，极大地推动了国际海洋法体系化的发展以及争端的统一解决。然而，近年来，以附件七仲裁庭为代表的争端解决机制在司法能动主义倾向的驱动下，多次违背《公约》原意对条款进行扩张性解释。这种行为不仅招致各方批评，其裁决也难以服众。对于此类判决国际法院在实践中并没有援引。[37]这不仅打破了多年来的援引传统，也使争端解决机制为减轻国际碎片化的所作的努力付之东流。此外，这种对《公约》规则制度的曲解，不利于国际社会对国际法规则制度形成统一认识。尽管将国际海洋法碎片化的加剧完全归咎于司法能动主义可能过于苛责，但不可否认的是，这种司法能动主义倾向确实对国际法体系的整体性造成了的破坏，并成为成员国转向国际海洋治理区域化的重要动因。

3.司法能动主义推动国际海洋治理区域化倾向

近年来，由于国际局势不稳定性和不确定性的大幅增加，国际社会对全球主义的价值和全球治理的前景产生质疑，全球治理呈现区域转向的态势。[38]国际治理的区域化倾向正是在全球治理遭遇逆流的背景下提出的。需要明确的是，这种转向趋势是多种原因叠加的结果，争端解决机制的司法能动主义倾向只是其中之一。此外，尽管区域化倾向对全球海洋治理模式构成了挑战，但全球化治理仍然是解决全球性海洋问题的最有效途径。

在讨论国际海洋治理区域化倾向时，首先需要辨明“区域”的含义。从地理意义上讲，“区域”指的是“容纳相近国家的特定地理范围，且这些国家在外交事务中形成相互关联的单位”，[39]地理上的接近性和国家间的相互关联性是构成区域的两大要素。[40]国际海洋治理区域化的具体表现包括区域性国际组织权力的增长、区域性海洋治理机制的完善、国际谈判中的区域“组团”、区域性海洋立法数量的激增以及区域性海洋合作项目的涌现等。然而，这种区域化倾向对国际海洋治理的影响是双重的。一方面，海洋治理区域化路径可能在一定程度上与全球海洋治理模式争夺治理资源，并伴随区域化程度的加深，可能会导致国际海洋治理的零散化与碎片化。另一方面，区域化治理也为解决特定区域内的海洋问题提供了更为灵活和高效的途径。事实上，海洋治理的区域化路径与海洋治理的全球化路径作为海洋治理的两种重要途径，两者并非对立关系，而是相辅相成的，全球

[36]See Vladyslav Lanovoy, *the authority of inter-state arbitral awards in the case law of the international court of justice*, Leiden journal of international law, vol. 32, 2019, pp. 4-6.
[37]See Mario Gervasi, *the interpretation of the united nations convention on the law of the sea in the chagos marine protected area arbitration: the influence of the land sovereignty dispute, in angela del vecchio. r oberto virzo,interpretations of the united nations convention on the law of the sea by international courts and tribunals*, Switzerland: Springer Nature Switzerland ag, p. 198, 2019.
[38]参见崔野：《全球海洋治理区域主义路径的发展与中国因应》，载《东北亚论坛》2024 年第 1 期，第 64-79 页。
[39]参见邓涵：《澜湄区域合作中“区域”观念的错位及其影响》,载《东南亚研究》2023 年第 2 期，第 128 页。
[40]See Robert Ayson, *regional stability in the asia-pacific：towards a conceptual understanding*, Asian security vol.1，no.2，pp. 190-213, 2005.

海洋治理应发挥顶层设计与引导作用，而区域化治理则应在全球框架下进行，以实现两者的协同发展。

四、《公约》争端解决机制中司法能动主义的规制路径

正如前文所述，结构性偏见主要是通过制度倾斜设计与权力分配失衡两方面对《公约》项下争端解决机构产生影响。因此，本部分则是从结构性偏见视角出发，探讨如何通过制度设计的动态修正、解释方法的规范性约束以及权力结构的再平衡，来应对争端解决机构司法能动主义倾向，这种应对并非单纯呼吁司法克制，而是通过制度性改革与机制优化，实现对司法能动主义的有效规制。

(一) 制度设计的动态化修正

1.制度设计的动态修正

结合前文分析，《公约》在条文规定上确实存在模糊与空白，在《公约》的磋商过程中，部分条文因缔约国意志的博弈而被反复修改，导致很多条文的立法原意难以追溯，进而在条文适用过程中引发缔约国对某些条款的解释与适用分歧。然而，启动《公约》修订程序面临极高的复杂性与不确定性。由于国际社会缺乏统一且权威的立法主体，修订程序一旦启动，可能陷入漫长的谈判与争论，最终结果未必符合预期。因此，应该将重点放在在对《公约》的动态化修正中，而非寄希望于全面修订。国际法的解释权本质上是规范制定权的延伸。结构性偏见理论揭示，《公约》争端解决机制通过垄断《公约》的解释权，将其作为自身扩权的工具。为打破这种垄断，需构建多元解释主体协同机制，具体包括以下两方面：

（1）构建缔约国联合解释委员会。

在国际法实践中，联合解释机制已在部分领域初现雏形。例如，世界贸易组织争端解决机制中的“成员方联合声明”制度。联合声明倡议可被视为在面对谈判僵局时，部分 WTO 成员通过诸边方式达成协议，并使其逐步多边化直至适用于所有 WTO 成员。[41]然而，诸边方式并非多边谈判的替代品，其最终目标仍应是形成多边规则。[42]因此，更应注意诸边谈判中成员的代表性，促使谈判结果兼顾发展中国家利益，防止诸边谈判成为大国操纵的工具，造成对发展中国家的技术霸凌。《公约》第 313 条允许缔约国通过协议修正条约，此条款可延伸解释为成员国集体行使解释权的法律基础。通过构建缔约国联合解释委员会，将抽象的“同意”转化为具体的规范制定参与权，避免司法机构通过垄断解释权架空国家意志。联合解释委员会可通过“解释-反馈”循环机制，限制司法裁量权的无序扩张。例如，在国际海底管理局理事会通过协商一致制定深海采矿规章时，发展中国家曾通过集体谈判迫使发达国家妥协，要求将“利益共享基金”与“技术转让义务”写入

[41] Bernard Hoekman & Charles Sabel, *"Plurilateral Cooperation as an Alternative to Trade Agreements: Innovating One Domain at a Time"*, Global Policy, Vol.12, Issue 3,2021, p.49.

[42]都亳：《WTO 的未来：诸边协定是提振多边贸易体制的有效路径》，太平洋学报，2024 年 32(02)期，第 43-57 页。

条款。这种“缔约国主导的规范生成模式”为《公约》解释权的民主化提供范例。

（2）推进区域共识的规范补充功能。

当前《公约》争端解决机制的问题在于过度依赖“全球统一解释”，忽视了区域海洋治理的特殊性。例如，在南海仲裁案中，仲裁庭将中国的“断续线”主张简单归类为“历史性权利”，却未充分考虑东南亚海域长期存在的传统渔权矛盾。这种“全球统一解释”难以应对各区域复杂情况。当前，全球治理面临困境，国际法正处于“立宪时刻”，[43]其主要原因是国家间力量对比发生变化，由此导致全球权力结构正在新一轮的洗牌。[44]国家实力的此消彼长使曾经居于优势地位的美国等西方国家不愿继续承担巨大的“公共成本”来调整、修缮现有的国际法体系，国际法这一重要国际公共产品的供给出现不足。[45]在此背景下，以中国为代表的第三世界应抓住机遇，推动《公约》完善。回顾历史，《公约》的通过与生效正是以中国为代表的第三世界国家努力推动的结果。在启动《公约》修改程序困难的情况下，引入区域共识机制，在承认《公约》框架的同时，为历史性权利等特殊问题保留灵活处理空间，形成“全球-区域”共识功能互补，借助辅助性原则优化《公约》治理效能。例如，非洲联盟通过《非洲海洋战略 2063 框架》协调成员国立场，在“毛里求斯/马尔代夫海洋划界案”中成功推动国际海洋法法庭采纳非洲统一大陆架主张，有效制衡了 CLCS 技术评估中的西方中心主义倾向。此外，推动区域共识机制也可以保护本土文化多样性，契合联合国《联合国海洋科学，促进可持续发展十年 (2021-2030 年)》计划要求。[46]例如太平洋岛国基于传统生态知识形成的“海洋保护区网络”，可为《公约》第 194 条“生态系统保护义务”提供本土化解释资源。这种“全球-区域”双层体系，既维护《公约》的普遍性，又能充分尊重与发挥地方性知识的合法性

（二）权力结构的再平衡

司法能动主义的程序性扩张根植于《公约》争端解决机制的权力集中化结构。因此需通过细化争端解决机构程序设置以及增设裁决异议审查机构来重塑权力格局。事实上，对比《国际法院规约》、《海洋法法庭规约》与附件七仲裁程序文本可以发现，附件七的条款数量少很多，内容较简单。其中，《国际法院规约》分 5 章共 70 条；《海洋法法庭规约》分 5 章共 41 条；附件七总共只有 13 个条款。[47]从条文数量可以发现，附件七仲裁庭的程序设计过于简化，与它作为处理

[43]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 14-17 页。
[44]参见赵磊：《从世界格局与国际秩序看“百年未有之大变局”》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2019 年第 3 期，第 114-121 页。
[45]参见孟于群、杨署东：《国际公共产品供给:加总技术下的制度安排与全球治理》，载《学术月刊》2018 年第 1 期，第 97 页。
[46] 《实施计划 ：联合国海洋科学 促进可持续发展十年 (2021-2030 年) 》,联合国数字图书馆（unesco），at https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376780_chi，（last visited March 13, 2025 ）.
[47] 参见罗欢欣：《<联合国海洋法公约>争端解决程序的比较与选择》,载《地方立法研究》2022 年第 5 期，第 101-119 页。

《公约》有关争端最后的强制管辖程序的地位相比是很不相称的，具有很大的程序性风险。仲裁庭以往的实践也确实表露出了相当的司法能动主义倾向，如“南海仲裁案”的发生也印证了《公约》缺乏对附件七仲裁庭基于其自由裁量权适用强制程序的制约与监督机制以及对其扩张管辖权的救济机制这一事实。此外，还可仿照国际商事仲裁，针对《公约》强制管辖程序设置裁决异议审查机构，该机构成员可以由非争端方的缔约国、海洋法专家或与争端事项相关方面的专家组成，对越权裁决（如南海仲裁案管辖权裁定）进行程序合法性审查，以确保裁决异议审查机构的中立性、独立性和权威性。裁决异议审查机构设立的理论渊源为国际法正当程序原则。在以往国际实践中《ICSID 公约》第 52 条规定了撤销委员会制度，建立了由非争端方缔约国、独立学者组成的常设审查机构以审查《ICSID 公约》执行情况。因此，通过细化《公约》框架下争端解决机构程序规定以及构建外部监督机制，从内外两方面限制司法机构的“自我授权循环”。

（三）解释方法的规范性约束

《公约》框架下争端解决机构司法能动主义倾向的另一个表现形式就是解释权的扩张，即通过目的解释与肆意认定国际习惯法对《公约》文本进行扩张解释。对此，需以制度刚性明确《公约》解释方法顺位以及保障国际习惯法认定标准来促使争端解决机构回归解释理性。

首先是以制度刚性明确解释方法顺位。《维也纳条约法公约》第 31 条明确规定了“文本-上下文-目的”的解释顺序。然而，《公约》框架下争端解决机构在以往实践中颠倒解释层级，将目的解释凌驾于文本之上。例如，在“MOX 核电厂案”中，仲裁庭为强化环境保护，将《公约》第 123 条“半闭海合作义务”与《OSPAR 公约》的放射性物质管制条款强行嫁接，完全无视第 123 条关于闭海或半闭海沿岸国的合作的文本限定。因此需通过制度构建来确保法律解释文本主义的优先适用。具体来说就是，首先是充分发挥前文提及的裁决异议审查委员会的监督作用。其次是构建司法机构解释层级刚性要求，即司法机构需在裁判文书中明确展示从文本分析到目的推论的完整逻辑链，禁止跳过文本直接诉诸“公约宗旨”。再次，针对条约中广泛存在的援引条款以及技术性条款，必须依赖公认的标准，而非由裁判员主观判断。文本主义的坚守不仅符合国际法的确定性需求，更是对主权平等原则的尊重。例如，在“查戈斯群岛咨询意见”中，国际法院将非殖民化原则引入《公约》解释时，仍严格依托第 73 条“非自治领土”的文本框架，避免了目的解释的泛化风险。这种文本主义与价值的结合，为平衡司法能动性与条约稳定性提供了范例。

其次是以制度刚性保障国际习惯法认定标准。国际习惯是《国际法院规约》第 38 条第 1 款明文规定的一种国际法渊源，而渊源又是国际法的核心。[48]与条

[48] See *Yearbook of The International Law Commission*, Volume II Part Two,2011, p.183.

约原则上仅适用于缔约各方不同，除特殊情况外，[49]习惯国际法原则上对各国具有同等效力。[50]为了给习惯国际法的识别提供权威指引， 联合国国际法委员会2018 年通过了《关于习惯国际法的识别的结论草案》（下称《结论草案》）并得到联合国大会第 73/203 号决议的认可。[51] 《结论草案》将“两要素法”（two-element approach）确定为识别习惯国际法的基本方法，并就识别一般惯例（general practice）和法律确信(opine juris)所依赖的证据、评价标准、判断方法等具体问题给出了原则性结论。应当指出，根据《联合国宪章》，此类大会决议并不具有约束力或任何法律效力，但国际法委员会的成果因其权威性似乎已成为审议习惯国际法识别相关事项的基本参考指南。[52]而国际司法机构，特别是国际法院作为联合国的主要司法机关，在习惯国际法识别方法和评价标准的形成和发展上同样具有不可忽视的影响力。[53]国际法院在个案中是否严格依循和实际适用为各国普遍接受的习惯国际法识别方法和评价标准，深刻影响着国际法体系的完整性、统一性和权威性。[54]然而实践中，《公约》框架下争端解决机构随意认定国际习惯法的做法却令人担忧，以 2023 年尼加拉瓜诉哥伦比亚案为例，国际法院在判决中表面提及了认定国际习惯法的两大构成要素（一般惯例和法律确信）但是却并未实际适用这两个标准，忽略众多国家关切，将“一国对自测算其领海宽度的基线量起 200 海里以外大陆架的权利不能延伸至从另一国基线量起 200 海里以内”认定为国际习惯法。实际上，尼加拉瓜诉哥伦比亚案并非个例，在以往的实践中，随意认定国际习惯法的行为俯仰皆是。因此，应该构建异议否认制度，若某一国家持续公开反对某项规则，则该规则不得对其适用。同时要求争端解决机构在判决中逐项列举支持习惯规则的国家实践，促进国际习惯法的认定标准化。同时，应承认区域性习惯法的独立地位。例如，非洲统一组织（OAU）通过《非洲海洋资源管理宪章》确立的“社区渔业权”，可作为《公约》第 61 条“生物资源养护”的区域性解释依据。这种“全球-区域”习惯法分层体系，既避免解释权的过度集中，又契合国际法多元主义的演进趋势。

五、结语

综上，《联合国海洋法公约》争端解决机制的司法能动主义倾向，本质上是国际法体系中结构性权力失衡的产物。本文通过结构性偏见理论框架揭示，这一现象根植于《公约》制度设计的内在张力：主权逻辑与共同遗产原则的冲突、技

---

[49] 一般指"一贯反对者"(persistent objector）和特殊习惯法（particular customary law）或区域习惯法（regional customary law)。

[50] See Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* , Oxford University Press,2nd edn, 2019, p.63.

[51] *Intemational Law Commission, Draft Canclusions on Identification of Customary International Lau*、*With Commentaries(hereinafter "ILC Draft Conclusions")*,2018,https: //legal, un, org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

[52] See Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* , Oxford University Press, 2nd edn, 2019, p.66.

[53] See Jean D'aspremont, *The Discourse on Customary International Law* , OSAIL,2021, p.40.

[54] 孔令杰, 陈龙：《国际法院“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023 年判决之批评——以习惯国际法的识别为中心》，国际法研究 2025 年,(01)期，第 50-71 页。

术治理与政治决策的割裂以及程序强制性与实体权利的悖反。这些制度性缺陷通过路径依赖效应不断强化，使司法机构从争端解决者异化为规范制定者，形成“模糊条款提供解释空间—权力垄断推动规则重构—判例体系巩固制度权威”的闭环机制。南海仲裁案中管辖权越界、孟加拉湾划界案中技术话语对主权的消解，均印证了司法能动主义对国家同意原则的侵蚀。

司法能动主义的规制需超越“司法克制”的简单呼吁，转向制度性权力再分配与解释权民主化的系统性改革。首先，通过缔约国联合解释委员会与区域共识补充机制构建多元解释体系，既依托《公约》第 313 条赋予缔约国集体解释权以制衡司法越界，又借助区域实践平衡全球性解释的霸权倾向。其次，程序透明化与权力制衡要求设立裁决异议审查机构，借鉴《ICSID 公约》撤销委员会模式，对越权裁决进行合法性审查，同时推动技术评估民主化，打破西方中心主义的技术垄断。最后，解释方法的规范性约束需回归《维也纳条约法公约》第 31 条的文本主义本位，严格遵循“文本-上下文-目的”解释顺位，并以国际法委员会《习惯国际法识别结论草案》为基准，审慎援引习惯规则，承认区域性习惯法的独立价值。

最终，当前国际法体系正经历“立宪时刻”的阵痛，发展中国家亟需利用权力结构重组的历史契机，推动《公约》从“制度妥协的产物”向“全球海洋公域宪章”的范式转型。唯有通过制度设计的系统性革新，方能在司法能动与国家主权、技术理性与民主参与、全球统一与区域多元之间建立动态平衡，遏制司法中心主义对“海洋宪法”完整性的侵蚀，使《公约》真正成为“适用于所有国家的普遍法律秩序”。

2025年中国国际法学会年会

《海商法（修订草案）》的再审视：聚焦仲裁条款与中国仲裁法修改

陈海玲*

（华南师范大学法学院 广东广州 510006）

内容提要：《海商法(修订草案)》的正式出台，在十四届全国人大常委会第十二次会议的深入审议下，为更好地适应航运市场日趋多元化的需求，加快航运法制现代化进程，标志着我国航运法律体系正在经历一场深刻变革。这一审议结果，彰显了仲裁条款在其中的核心地位，不仅是法治中国航运建设的重要节点。仔细研读，修订草案在拓宽适用范围、引入专项仲裁制度、与仲裁法修订衔接不畅、国际化水平有待提升等方面，仲裁条款虽有创新，但仍面临明确不足、操作性不强等挑战。为此，本文从实际案例出发，分析仲裁条款在海商合同中的应用，探讨仲裁法修订的影响，并就明确仲裁机构遴选标准、规范仲裁规则适用、同步推进仲裁法修订、引入临时仲裁机制、与国际仲裁规则接轨等方面提出了完善建议，以期提升我国航运法治竞争力，促进航运法治现代化建设，为提高我国航运法治水平，促进为海上力量战略提供支持，为实战派提供有益借鉴。

关键词：《海商法（修订草案）》 《仲裁法（修订草案）》 仲裁条款 中国仲裁法 临时仲裁制度

作为国际贸易的重要支撑，航运行业的法律体系是否健全对国家经济利益和国际竞争力的影响，在全球经济一体化日益加深的大背景下显得愈发显著。制定一部既能与国际接轨，又能适应现代航运发展需求的海商法，考虑到中国航运市场规模大、资源丰富，尤为迫切。在这样的背景下，审议《海商法(修订草案)》，既具有现实意义，又具有战略意义，可谓意义深远。仲裁条款在海商合同范畴中起着至关重要的作用，既与纠纷解决的方式和效率有直接关系，又对合同当事人的合法权益起着不可替代的维护作用。

一、《海商法（修订草案）》仲裁条款面临的挑战

（一）面临的挑战

1. 仲裁条款的明确性和可操作性有待提高

在审视海上商事合同时，我们不难发现，对于有效保护合同双方权益，提高

* 作者简介：陈海玲，女，华南师范大学法律硕士。

纠纷解决效率，仲裁条款的明确性和可操作性起到了至关重要的作用。能够为仲裁机构指明裁决路径的、表述明确、内容具体的仲裁条款，进而保证快速、公正、有效地处理各种争议。但遗憾的是，在现行的《海商法(修订草案)》中，多个核心话题中对仲裁条款的表述还是有所欠缺。2024 年 11 月 5 日《法治日报》报导指出，海商法修订草案意在适应航运与贸易发展新趋势，合理调整海商活动中各方当事人的权利义务关系，但实际操作中涉及的仲裁条款可能会因表述模糊不清而造成不必要的争议。[1]

在仲裁机构选择实际应用的探讨中发现的一个比较典型的案例是：在一宗海上货物运输合同纠纷中，“由知名仲裁机构仲裁”仅笼统地提到了合同中的仲裁条款，而对哪一家仲裁机构却没有给出具体说明。当争议浮现时，一方坚持应为中国海事仲裁委员会而另一方却推伦敦国际仲裁院，双方对“知名仲裁机构”的界定产生了严重的分歧。这种模糊，导致仲裁程序的启动遇到障碍，双方因此陷入谈判、纠纷的冗长之中。不仅使纠纷解决成本大大提高，而且由于时间拖沓、证据毁损等不利情况，合同双方的合法权益也随之受到严重侵害。这一实例对仲裁机构选择标准的关键性，在《海商法（修订草案）》中有很深的揭示。具体地说，在仲裁机构选任的时候，为了避免含混不清的表述，选择一个特定的仲裁机构，还是从多个仲裁机构中选一个，这是法律条文应该做得很详细的规定。

笔者在对实务当中仲裁规则运用展开探讨时发现，很多时候纠纷都是源于争议各方对仲裁规则条文的模棱两可，例如“中国船东保赔协会、中国人民保险公司关于船舶租用业务理赔有关事宜的说明”在“当事人对赔偿范围发生的争议，凡各方对仲裁裁决不服或对仲裁有异议，由各方协商确定由哪一家仲裁机构负责仲裁”情况下，就发生一方当事人依照《国际商会仲裁规则》提出仲裁，另一方当事人坚持适用中国海事仲裁委员会仲裁规则时，是否要遵循中国海事仲裁委员会的相关具体仲裁规定，使得仲裁规则的制定过程中产生了意见分歧，仲裁程序一度僵持。由此在海商法草案修改稿制订的过程中，到底是严格依照一种具体仲裁规则的标准执行，还是需要交由当事人自主协商将仲裁规则写入法条中作出明文规定也需进行思考，而任何约定的内容也要强调不可违背法律法规的强制性规定。

我们在考虑仲裁程序安排的全面和明确问题。完整的仲裁程序应当详细包括提起仲裁申请，答辩，提交证据、开庭审理等，最后经审理后的仲裁结果才会真正体现仲裁程序安排的全面性和明确性的价值。应作出具体的仲裁程序。如果仲裁协议在重要仲裁程序环节处没有足够明确和可操作，那么仲裁组织在纠纷处理上可能出现一连串障碍，由此可能引发一系列不必要的法律纠纷和诉讼案件，违背仲裁快速解决纠纷的初衷。

再如，各种新型仲裁机构、仲裁规则以及仲裁程序相继层出不穷地涌现，以

[1] 参见蒲晓磊. 拟加大对海上旅客权益保护力度 [N]. 法治日报, 2024-11-05 (002).

适应不断繁荣发展的航运市场与国际贸易形势的变化。例如作为新型仲裁形式的在线仲裁平台，近年来在水面逐渐浮出。其采用的仲裁规则与仲裁程序与传统仲裁方式有着显著不同。因此，在海商法草案修改中，要做到仲裁内容的可操作性、适应性强，在支持仲裁制度的权威性和有效性的同时，能够从容面对新的情形和新出现的新挑战新问题。

2. 与仲裁法修改的衔接需进一步加强

作为调节仲裁活动的基本法律，需要进一步促进仲裁法在调剂仲裁活动中的统一，但是值得警惕的是，在塑造可能将对仲裁条款之合法有效性和实践适用性构成潜在危害的仲裁法最新动向中，《海商法(修订草案)》似乎缺乏应有的吸纳。换句话说，仲裁法的新动向，无疑增加了仲裁制度的灵活性与快速运行，其中包括也许会认可临时仲裁的介入、裁审协定效力鉴定标准的确立等。但是，如果这些仲裁法的新变化没有及时体现在《海商法(修订草案)》中的仲裁条款当中，那么，冲突与不确定的法律条文之间将在仲裁实践中产生矛盾，这既增大了仲裁机构办案的困难程度，也有可能在“不经意”间损害仲裁合同当事人之正当利益，由此滋生不无必要的法律纠纷。

中国仲裁制度在全球范围内的竞争力明显受到《仲裁法》在界定仲裁机构作用、明确临时措施和司法审查标准等方面的模糊限制。《海商法(修订草案)》中与仲裁有关的条款也明显反映了这一现象。具体来说，国际航运领域的一大痛点就是仲裁法中临时仲裁制度的缺位。海商合同纠纷因缺乏临时仲裁机制而难以得到及时有效的处理，在紧急救援、船舶碰撞等迫切需要快速灵活解决纠纷的场景面前。此外，在海商仲裁领域同样突出的仲裁自裁管辖机制错位，即仲裁庭无权对自己的管辖作出法定裁决，导致管辖争议处理周期延长，损害了仲裁的公正性和权威性，也使海商合同双方的合法权益面临风险。然而，在修订海商法草案时，其仲裁条款与仲裁法的衔接，既要着眼于临时仲裁制度的出台等仲裁法新增制度，更要深刻洞察现有制度缺陷对海商仲裁可能产生的长远影响，及时做出调整，确保二者高度协同，共同促进海商仲裁工作效能的整体提升。[2]

但是，在协同推进《海商法仲裁条款与仲裁法修订》与《海商法》仲裁法的修改过程中，必须十分重视二者的一致性和衔接性。这就要求我们在修订工作中，一旦有修改的内容出来，就必须对仲裁法的最新动态进行不断的跟踪，并很快准确地融入到仲裁条款当中去。同时，通过深化交流与合作，确保仲裁条款无论从内容还是形式上，都能够准确地与仲裁法最新的要求相衔接，从而实现两者的无缝衔接，这一点也是与仲裁法修订有关部门的沟通与协作是必不可少的。

3. 仲裁条款的国际化水平有待提高

[2] 参见冯硕. 《中华人民共和国仲裁法》修订的涉外法治之维 [J]. 上海大学学报(社会科学版), 2024, 41 (05): 13-24.

随着我国航运市场的日益开放，国际竞争的加剧，提高我国仲裁条款的国际化程度，已成为当前我国航运业发展的当务之急。但是，对于目前的《海商法（修订草案）》，在国际化的程度上，有关仲裁的条款还有待于进一步的深化和强化。

在完善仲裁条款的过程中，要更加主动地与国际接轨，要把国际上通行的实践和惯例广泛参照。以国际航运业务为例，其中被广泛采用的《约克-安特卫普规则》，详细、周密地规范了国际海事仲裁领域经常引用的共同海损理算等关键事项，体现了其权威性和实用性极强的特点。《海商法(修订草案)》为使仲裁条款在处理相关纠纷时更符合国际航运实践的实际需求，在制定仲裁条款时，可以充分考虑借鉴约克-安特卫普规则的相关内容。同时，伦敦国际仲裁院(LCIA)、新加坡国际仲裁中心(SIAC)等多家国际知名仲裁机构都有一套涵盖从提交仲裁申请、组建仲裁庭直至执行裁决等各个环节的相当成熟和完善的仲裁规则和流程，并在长期的实践中积累了丰富的经验。仲裁活动的公正高效得到了有效保障。这些成熟的仲裁规则和流程，在《海商法(修订草案)》制定仲裁条款时的参考和借鉴，无疑会大大增强我国仲裁制度在国际上的公认度和适用性，从而使我国仲裁制度的国际竞争力进一步增强。[3]

其核心着眼点应落在保障合同双方当事人合法权益之上，审视仲裁条款的设计。尤其是合同双方往往来自五湖四海，根植于全球航运市场这一多元法律文化交汇的领域特有的法律传统和制度之中。试想，在一起涉及多国主体的海运货物运输合同纠纷案中，一方可能受一般法系的影响很大，而另一方却根植于大陆法系，这种法律文化的多样性，对于双方理解合同条款、解决争议的预期，无疑会加深分歧。鉴于这样的背景，《海商法(修订草案)》中的仲裁条款，为保证仲裁程序的公正性和透明度，切实捍卫合同双方的正当权益，尊重当事人意思自治，恪守仲裁的保密性等国际上广泛认可的仲裁原则和制度，亟待认真构思，并予以明确采纳。同时，条款还应强调，在不同国家法律文化背景下，充分考虑和尊重仲裁过程中的合理主张，避免因文化差异造成的裁决不公，以保证仲裁结果既能体现国际共识，又能兼顾各方特点。

仲裁条款的设计要体现足够的弹性与可适用性，以便在今后能有效应对各种突发的、随时存在的新情况新问题。随着全球经济贸易格局的新变化，国际海运市场风起云涌，仲裁机构、仲裁规则、仲裁程序，呈现出种类繁多、不断出现的新品种。比如利用区块链技术应用于仲裁领域就是一个鲜活的例子，已经有不少新类型的前沿仲裁平台在对仲裁证据管理、仲裁证据进行证明手段的创新探索，它具有去中心化、不可篡改的区块链性质。鉴于此，对于《海商法(修订草案)》中的仲裁条款要具有足够强大的弹性适应能力，能跟上世界未来国际航运市场发

[3] 参见闫婧茹. 自由贸易港（区）国际中转集拼业务相关法律问题（下） [J]. 中国港口, 2024, (02): 60-64.

展的趋势与需求，吸收利用这些新事物、新技术、新规则对仲裁条款的内容和外在形式结构随时进行调整与完善。具体来讲，可以设一定条件下，当事人选择适用区块链技术以满足提高仲裁效率、仲裁公正的需要，并以此保障中国海商仲裁在国际上的领先性地位。不妨允许中国仲裁机构当事人在某些特殊情况下，对仲裁证据进行选择。即通过中国海商仲裁机构主导的新技术应用，选择适用区块链技术对证据的管理，乃至选择整个仲裁程序的管理。

二、仲裁条款在《海商法（修订草案）》中的地位与作用

（一）仲裁条款的重要性

仲裁快捷高效，方便灵活，不公开的特点，使得仲裁在航运界得到普遍青睐。对于直接关系着诉讼的具体方式及效率，以及切实维护合同各方当事人合法权益起着决定性至关重要的作用的海商合同来讲，仲裁条款居于不言而喻的重要地位。

海上货物运输合同是典型反映出运用仲裁条款处理案件的条款。“针对海上货物运输合同发生的货物灭失、损害或者迟延交付等，无论谁是海事请求人，无论是基于运输合同提起赔偿之诉，还是基于侵权行为提起索赔，都可以依本章关于承运人抗辩理由的规定和免除责任限制的规定，对承运人提起诉讼或者申请扣留货物或者提起扣押船舶的海事请求，规定非常详细，表明仲裁是适用于运输合同中的责任限制条款与抗辩的规定对合同内、外主体均是公开适用的。同理，第一百一十九条中对旅客的人身伤亡赔偿请求与行李损害、灭失赔偿请求的规定也透露了对仲裁的广泛应用；第 186 条关于救助合同撤销与修改的规定则更多反映了关于仲裁的规定，使得救助合同在适当情况下可以通过仲裁程序进行撤销、修改，使仲裁成为合同当事人有效和便利的法律救济程序，从而确保当事人选择多种纠纷解决方式，可以及时有效解决海商运输纠纷。

（二）修订草案中仲裁条款的创新与亮点

1. 拓宽仲裁适用范围

本次修改，仲裁管辖范围不仅不再将仲裁“适用涉外”限制于“涉外经贸、运输、海事等有关争议”，而且将适用仲裁范围扩大至“适用涉外的”所有“有关争议”。一方面显示中国仲裁制度开放包容的本性，另一方面是顺应世界日益走向全球经济一体化趋势而做出的重大调整。根据法务部部长贺荣十四届全国人大常委会第十二次会议介绍，这是进一步扩大对外开放，使“涉外仲裁特别规则”适用于更多案件，将国际航运争议更多地引入我国进行仲裁，在充分支持我国高质量发展和高水平对外开放战略基础上，势必提高我国仲裁机构在全世界的竞争力。[4]

观察一个真事例，即一个中国航运企业与一个贸易企业运输货物，在外国注

[4] 参见蒲晓磊. 支持仲裁机构“走出去”“引进来” [N]. 法治日报, 2024-11-05 (001).

册、多个国家有广泛的活动，在一宗有关国际运输过程货物损坏责任的纠纷争议案例中解决双方的海上业务，这种纠纷的解决恐怕难以直接适用涉外仲裁特别条款，依照旧有的海商法规定仲裁适用范围，处理的路径可能会十分曲折、复杂。但按照《海商法(修订草案)》，该案例则可以直接适用涉外仲裁特别条款，因为，从其内容来看存在涉外因素，其适用仲裁的范围自然就有明显的扩大。随即中国仲裁机构按照相关规定受理该案，仲裁庭审理时对该纠纷争议，即考虑到国际运输的习惯做法，也严格贯彻双方合同的约定，最终将案件高效、圆满化解。这样一个真事例很鲜活地展现了按照修订草案规定，扩大仲裁适用范围，让修法成效看得见的和进步的效果，使其可以处理好许多包含有涉外因素的航运纠纷，显得得心应手和有效。

这一调整效果辐射在国际航运领域。目前在世界经济全球化进程中，复杂涉外主体、多样司法制度、成堆的国际规则是海上争议的显著特点。《海商法(修订草案)》扩大对海事争议仲裁适用的范围让中国在国际航运仲裁中更有说服力、更有影响力，更契合国际通行的仲裁理念和做法。比如新加坡运用其精巧的仲裁制度以及仲裁适用范围的扩大成功地吸引了很多国际海事纠纷的纷至沓来。我国这次海商法仲裁适用范围的扩大亦将有利于中国在全球国际航运仲裁市场中的扩大和话语权的增强，有利于中国由航运大国向航运强国的转化，对于展现中国独特的智慧和解决方案，为航运业的发展提供长期稳定的支持具有重要意义。

2. 引入特别仲裁制度

随着我国自贸区“开放性”扩大，在区内经营的企业与外资企业在国际贸易或其他国际交往中出现的争议纠纷，可以依据双方事先达成一致约定的仲裁委员会仲裁，也可自主决定由符合《海商法(修订草案)》的要求、具有专业知识的专家组成的特设仲裁庭，依据双方约定的具有国际性的程序性规则，在国内某个可选的地点，由该特设的临时组成仲裁庭在规定期间内仲裁解决当事人之间相关的涉外海商争议。2017 年，某家中海集运在某自贸试验区内与一家涉及船舶租赁及关联服务条款的境外航运服务供应企业在合作期间，船舶维修责任、费用等发生争议，双方各持不同看法。因该涉外争议发生在自贸试验区内，双方根据《海商法(修订草案)》，采用特设仲裁庭的方式，由具有一定海商法律知识及航运实践经验的专业人士组成的特设仲裁庭，依据事先约定的一套程序性规则的仲裁规则，双方商定在自贸试验区内选取一固定场所，对这一起涉外海商纠纷作出有公信力的解决。[5]

对于当事人双方的约定、国际航运业公认的业内的做法以及我国海商法的相关条款规定内容，仲裁庭在推进仲裁工作中的每一步都进行了精思密议。仲裁庭基于责任归属的主争议焦点，参照我国海商法中对船舶租赁期间维修责任的明确

[5] 参见张维炜. 贴合国情 接轨国际——仲裁法颁布 30 年迎首次修订 [J]. 中国人大, 2024, (23): 18-19.

规定，严格依照国际上通行的航运标准合同中的约定条款明确规定了责任归属；对于费用承担问题，给出了合理、公平的裁量裁定，充分考虑到了当前的市场情况，也充分考虑到了合同双方履行中的实际情况。从立案到作出裁决仅仅经过了较短的时间，仲裁程序清晰流畅，裁决结果当事人双方均认可且主动履行，仲裁机制高效率、权威性得到显现。

这个特别仲裁制度与自贸试验区企业面对涉外海商争端灵活、专业等需求，相比更符合传统仲裁模式。该制度通过打破传统仲裁模式的界限，让当事人在特定情况制定仲裁规则与选择仲裁员的权利，让仲裁过程贴近案件事实，仲裁裁决的公平、合理性与当事人的接受度大大提高，提高仲裁裁决的公信力，增强仲裁裁决的执行力，与此同时为我国仲裁系统积累处理复杂特殊纠纷的办案经验，能够提高社会公众对仲裁方式解决海商争议事项的信任与依赖。因此，这个新制度的构建必将为中国航运法治现代化发展注入强有力的动力，极大地提高中国在复杂特殊纠纷化解中处理效率，增强公众信任度。值得注意的是，特别仲裁的具体实施细则的细节，在第一百八十六条的规定中并未特别介绍，但是该文规定“双方协议仲裁”实际运用中可以理解成是一类特殊仲裁制度，即双方能够在因不正当影响、危险状况及显失公平等情形下，导致救援合同争议，或所付出的救援费用明显与提供救援的实际服务不成比例的情况下，寻求公平的解决办法。由此可见，特别仲裁制度解决海商争端适用范围和功效更加突出，凸显重要作用。

3.完善仲裁司法管辖规则[6]

立法者在最新修订的草案中，创新性地引入了“仲裁场所”这一制度概念，明确指出仲裁裁决是在仲裁场所作出的，这一举措为后续仲裁裁决的认定和执行打下了坚实的法律基石。同时，此次修订通过与国际仲裁通行做法的积极接轨，既增强了我国仲裁制度的国际兼容性，又展现了我国积极姿态和开放胸怀，在法治仲裁建设方面，使我国在国际仲裁领域的亲和力和吸引力得到了显著提升。

三、中国仲裁法修改对《海商法（修订草案）》仲裁条款的影响

（一）仲裁法修改的背景与必要性

自 1994 年我国现行仲裁法颁布以来，在民事纠纷的处理、经济发展的驱动以及对外开放的促进等方面都发挥了重要作用，对我国仲裁法的修订具有十分重要的意义，因此，我国《仲裁法》对海商法修改《仲裁条款的影响（一）、仲裁法修订的背景和必要性自 1994 年我国现行仲裁法颁布以来，在处理民事纠纷、促进对外开放等方面发挥了重要作用。特别是相对于域外仲裁制度，我国在仲裁制度的某些环节上显得较为薄弱，监管制度也亟待健全，这些问题正逐步浮出水

[6] 参见彭波. 十四届全国人大常委会第十二次会议审议多部法律草案[N]. 人民日报, 2024-11-05(004).

面，使我国仲裁在国际上的竞争力和公众信任度受到严重制约。鉴于此，全面修订和革新仲裁法成为当务之急，以适应新时期经济社会发展的新要求。

（二）仲裁法修改的主要内容及其对海商法的影响

1. 完善仲裁机构制度

《仲裁法》修订工作正在稳步推进，其对仲裁机构制度的全面完善，无疑将为《海商法》(修订草案)中的仲裁篇章铺设坚实的制度支撑，《仲裁法》修订工作正在稳步推进，其对仲裁机构制度的全面完善，将为仲裁工作目前，第十四届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议已经正式提交了《中华人民共和国仲裁法(修订草案)》，并迎来了第一次审议的机会。修订草案对仲裁机构的本质属性、内部治理结构、外部监管机制等都做了细致的规定，其中特别引人注目的是，我国仲裁机构被明确定位为公益性质的非营利法人机构，这一举措在促进仲裁机构自主经营、淡化行政色彩的同时，也与国际通行做法保持了高度一致。为我国仲裁机构树立了更鲜明的响亮的国际化气场。以获得非盈利性法人的明确地位后为例，积极加强上海国际经济贸易仲裁委员会内部运行机制的改造，吸纳专业仲裁员，其国际化视角，法学功底深厚，其展现的专业素养和公正的态度，在办理涉国际海商纠纷案时，得到了国际上业界的一致好评，所办理的案件的效率和质量都有了极大提升，从而实现了海商合同双方在国际航运仲裁渠道的话语权和影响力有了更可靠更高效的纠纷解决渠道，法治中国的建设也有了实效。[7]

修正案在有关仲裁机构内部的治理改善方法时，给出较为明确的规范要求，直接要求仲裁委员会需要积极建设自己的内部治理规范，在决策、执行、监督等方面的基本职责范围和操作环节需要遵循相关法律法规和有关自身章程作出严格的规范和确定。为此，北京仲裁委员会等仲裁机构纷纷积极完善自身的内部治理结构，针对复杂型海事仲裁案件等疑难案件，通过简化决策、优化流程设计等加快速度作出裁决决定、迅速处理结案，使案件办案效率大幅度提升。同时，通过其他手段加强仲裁员团队的管理规范，提高仲裁员的业务水平、服务质量，从而增加当事人对仲裁制度的信赖。此外，修订草案还着重强调了仲裁委员会应建立健全信息公开机制，主动将包括章程、登记备案信息、仲裁规则、仲裁员名单、服务流程、费用标准、年度工作报告和财务预决算报告等在内的关键信息向社会公布，这无疑增强了仲裁活动的透明度，有力地保障了当事人的知情权和自主选择权，体现了仲裁制度朝着更加规范化、透明化方向迈进的坚定步伐、仲裁提升组织增强组织的机构网站、组织网站协会组织机构、网站协会、网站社团、网站、网站等网站，同时，仲裁委员会也强调，组织网站协会的内部治理，仲裁机构要

[7] 参见安然然. 施行近 30 年的仲裁法迎来重要修订 这些突出问题亟待解决 [N]. 第一财经日报, 2024-11-19 (A06).

建立健全信息公开机制，主动向社会公布包括章程、登记备案信息、仲裁规则、仲裁员名单、服务流程、费用标准、年度工作报告和财务预决算报告等在内的关键信息，这更加坚定了仲裁机构向社会公开、向公众开放、向社会开放的方向发展的步伐，也更加坚定了仲裁机构的公信力。

该部门对全国范围内的仲裁工作依法进行指导和监督，致力于完善有关监督管理制度，对仲裁机构外部监督管理制度进行监督，对国务院司法行政部门所肩负的职责进行了细致的规定，即由今后的发展来统筹规划仲裁事业，同时对司法行政部门在行政处罚方面的职权范围进行了明确的界定。此次调整，无疑是为了保证仲裁机构合法合规的运作，加强了对仲裁机构的监督。不过，对于西安仲裁委仲裁院研究员吴咸亮的担忧，学界和实业界也有不同声音。《草案》确立的仲裁机构受司法行政机关指导和监督的模式，由于担心借监督之名行不当干预之实，有可能被误读为行政机关干预仲裁提供了可乘之机。然而，如何在实践操作中妥善平衡监督与独立的关系，确保仲裁机构既能接受必要的监督，又能保持其独立性和公正性，已成为当前迫切需要深入探讨和妥善解决的重要问题，当前，仲裁机构的独立性和公正性问题仍需进一步研究解决。

2. 完善仲裁协议规定

对仲裁法的最新修改，致力于为仲裁机构在仲裁协议中约定不明或表述模糊的情形下，在仲裁协定中构建一个围绕仲裁意图表达的仲裁协议效力框架，提供一条清晰、明确的指引方案。这一调整有望使仲裁条款模糊导致的争议频发问题得到明显缓解。以往，在海上商业交往活动中，由于仲裁条款所表达出来的不确切，合同双方往往会陷入纠纷，从而对仲裁程序的顺利进行造成阻碍。随着仲裁法的这种革新，将强化仲裁条款的效力，其执行力度也将大大增强，为快速高效地解决海上商事纠纷构筑了坚实的法律支撑。

3. 增加临时仲裁制度

立法者在即将开始的仲裁法修订工作中，着眼于明确其适用范围，确立一系列必要的程序性规范，对临时仲裁制度进行了扩展和规范化的处理。这一具有开创性的制度变革，对于包含在海商法草案修改稿中的具体仲裁架构而言，无疑将在法律基础和制度上提供更为坚实的保障。特别是在海洋商业活动中，当事各方在面临紧急救援、船只碰撞等特定情况时，为应对突发争端挑战，往往急需一种快速灵活的争端解决机制。临时仲裁机制恰好与这类特定需求相契合，为当事双方在争议解决上开辟了一条更加便捷、高效的途径。它的推出，无疑将促进中国仲裁体系加速向国际化迈进，进而在国际舞台上增强中国仲裁服务的竞争力。以沉船事故救助为例，根据相关法律条款，如第 192 条规定，救助方有权向船舶所有人主张相当于救助费的特别赔偿，当救助方根据本法第 190 条所获得的救助报酬低于根据该特定条款所能获得的特别赔偿时。一旦在特别赔偿问题上，救助方

与船东发生纠纷，双方同意诉诸仲裁，就可以启动临时仲裁程序，依据的是仲裁法的最新修订及有关规定。这一机制的运用，对迅速有效化解海商纠纷无疑将起到极大的推动作用。[8]

全面审视后不难发现，中国仲裁法的任何一次修改，对涉及仲裁条款的《海商法(修订草案)》的影响必然是深远的，也是非常重大的。完善仲裁机构组织架构和运行机制，优化仲裁协议条款内容，积极探索引入临时仲裁灵活机制，是我国仲裁制度公正性、运行效率和国际化水平有效提升的迫切需要。惟其如此，才能为顺利开展国际海事贸易提供有力的法律保障，构筑起快速高效解决海上商争的法律基石。

四、《海商法（修订草案）》仲裁条款的完善建议

（一）强化仲裁条款的明确性和可操作性

在海上商事合同语境下，仲裁条款一般被视为争议解决的基石，其表述的明确性、执行效力直接关系到合同双方的权益得到有效保障，也关系到争议处理过程的效率和公正性，仲裁条款的明确性、可操作性、规范性有鉴于此，确保仲裁条款既明确无误，又切实可行，对于维护合同当事人合法权益，促进海上经营活动健康发展，无疑是海商法修订过程中一项至关重要的工作。

在讨论制定仲裁条款时，需要重点考虑清楚选择仲裁机构的标准是什么。在海洋商事合同范畴内，设立明确、无差错的仲裁机构，是保证高效、有效地解决争议的先决条件。遵循《中华人民共和国仲裁法(修订草案)》选择仲裁机构的新导向，仲裁条款在编纂《海商法(修订草案)》过程中，应严谨规定合同当事人需选择中国海事仲裁委员会等权威机构等既具体又具备相应资质的仲裁机构。举个例子来说明一起海运货物运输合同纠纷案：甲公司与乙公司订立了运输合同，其中仲裁条款只笼统地约定“由有资质的仲裁机构进行仲裁”，而对具体的代理机构则没有明确说明。争议爆发后，甲公司倾向于选择新成立但在当地知名度不高的仲裁机构，而乙公司主张选择双方各执一词的国际知名仲裁机构，致使仲裁程序僵持不下，致使货物滞留港口，并由此产生巨额费用，双方损失惨重。这一事例深刻地揭示了，明确仲裁机构的选择标准，对于避免仲裁程序受阻或仲裁裁决难以得到广泛认可和执行的问题至关重要，因为仲裁机构的不确定性导致了纠纷浮现时仲裁程序的障碍。

在讨论制定仲裁条款时，需要重点强调的是，它的重要性是明确适用仲裁规则的方法。作为仲裁程序核心保障的《仲裁规则》，对每一个关键环节的仲裁流程都进行了详细的勾画。所以，在《海商法(修订草案)》的仲裁章节中，要郑重

[8] 参见亓玉昆：“海商法修订草案提请审议 适当调整海商活动当事人的权利和义务”，《人民日报》，2024年11月5日，第04版。

地讲清楚这一点。在仲裁规则的选择上，合同双方必须严格按照所选择的仲裁机构的规定执行，或者经过双方的协商达成一致，但法律法规中的强制条款是绝对不能在这个协议中触及的。比如，在一宗船舶租赁纠纷的仲裁过程中，双方曾约定采用某一仲裁机构的规则，但其中一方试图擅自修改，理由是该机构的某些规则存在不合理之处，此举一出，立刻引起争议。这种违反仲裁规则选择协议的行为，如果按照明文规定，显然是不被允许的，既有利于维护仲裁程序的规范性和公正性，也有利于仲裁裁决公信力和可执行性的进一步增强。

在起草仲裁条款时应当注重具体的仲裁地点的选择，仲裁地点的选择决定着仲裁程序的正常进行，而更深一步的问题关乎着仲裁裁决的接收与否，以及可执行性等问题。因此，在《海商法(修订草案)》仲裁章节中，应该对仲裁机构地理优越性、法律制度的相合性、裁决确认与实现的方便性等方面进行综合考虑，选择合适的仲裁地点，此外为满足仲裁条款的适应性和灵活性，便于更好的适应争议解决的实际需求，合同双方可以相互协商，在某些特定情形下对仲裁地点进行酌情安排。[9]

对于仲裁条款的设计，《海商法(修订草案)》在起草过程中除了上述的几类重要细节内容需要作出具体的细化规定之外，还应以突出体现仲裁裁决终局性的特殊性为重点而具体作出一些说明。具体是指当仲裁庭作出了最后的裁决后，再行对仲裁裁决的纠纷提起法律诉讼活动或者其他仲裁组织进行其他仲裁均不在可选范围之列，并且此种仲裁裁决对合同的参与方产生了不能更改的强制性的约束力，这对于做好海商事纠纷的相关处理工作提供了比较有保障的制度支撑，对于缓解纠纷解决的时间成本和支出具有积极意义，并促进仲裁的效率化以及公信力的提升。

在《海商法》修订征求意见稿》编著工作中，《海商法》（修订草案）》编撰工作，在致力增强仲裁条文明令、可操作性的基础上，可以积极地借鉴国际海事仲裁领域的先进的实务和成熟的途径。具体地说，为了使国际上实际需要更好的契合，而草案的编纂者可从现有的国际海事仲裁机构中考虑既包括现有的准则、所选择的合适的仲裁地，也包括仲裁程序上的优化。再者，对于将国际上有关仲裁裁决予以承认与实施的专门条款列入仲裁条款，草案还应该予以进一步的考虑，目的是为了确保这类裁决能够跨越国界，在全世界范围内获得贯彻执行的目的性。正如某些国际上著名的仲裁机构，为了强化裁决的执行效力而在其仲裁条款中明确地引用了诸如《承认及执行国外仲裁裁决公约》之类的国际上有关法律文件中，这一做法无疑是为海商法（修订草案）》提供了一个有价值的参照。

（二）加强仲裁条款与仲裁法修改的衔接

[9] 参见郝世坤, 郭沙沙. 我国临时仲裁制度构建的逻辑与路径 [J]. 新疆财经大学学报, 2024, (03): 73-80.

在仲裁法不断演进完善的背景下，加强仲裁条款与仲裁法修改的衔接，成为法治建设进程中的核心问题。保障《海商法(修订草案)》仲裁条款与仲裁法修订内容的衔接，针对当前形势尤为关键。这对维护海商领域法治秩序具有不可忽视的重要意义，不仅关系到仲裁条款的合法性认定和效力判定，也对海商合同纠纷解决机制的效率和公正性产生了深刻影响。

密切关注并紧密跟踪仲裁法的修订动态，才是有效的仲裁条款与海商法和仲裁法修订进程的衔接之举。冯硕在《<中华人民共和国仲裁法>修订的涉外法治之维》一书中深刻的指出，仲裁法的修改需要兼顾国内法治与涉外依法的双重维度，而这一洞见对于仲裁条款与仲裁法在海商法中的顺畅衔接，具有十分重要的意义，因此，《海商法（修订草案）》是我国《仲裁法》中的一项重要内容。仲裁法的每一次修订都映射着对仲裁实践提出的新挑战、对仲裁制度发展提出新需求的审慎考虑，作为规制仲裁活动的基石性法律，仲裁法的每次修订都起到了很好的作用。鉴于此，在《海商法修订草案》的编撰过程中，为了保证仲裁条款内容的正当性、一致性，切实规避在实务中可能出现的法律冲突和不确定风险，就必须保证与仲裁法的最新修订同步，以保障仲裁条款内容的合法性和一致性。

在着手优化《海商法(修订草案)》仲裁条款时，在处理海商合同纠纷时，特别要明确其适用范围和具体流程，将临时仲裁机制纳入其中。正如学者金梓航在《论构建我国临时仲裁司法监督体系》一书中所深刻阐述的那样，我国采用临时仲裁制度，既可以使解决争议的成本明显降低，又可以有效促进外汇收入的提高，其好处是显而易见的。尤其是在海商领域，临时仲裁恰好能切合海商纠纷快速解决的迫切需求，鉴于海上运输活动对时效性的高要求，以及船舶碰撞、海上救援等突发事件时有发生。以船舶碰撞事故为例，事故发生后，双方急需明确责任归属，妥善处理赔偿事宜，此时，临时仲裁机制就能发挥重要作用，它可以避开繁琐冗长的机构仲裁程序，迅速组成仲裁庭启动裁决，从而及时化解纠纷，有效缩短船舶在港口滞留的时间，减少不必要的经济损失。

在选择仲裁员环节，对仲裁员资格的具体要求参见相关文件。仲裁员最好具备丰富的法学功底，表现为确保能够准确领会《海商法》及其他海商法律法规的立法精神、立法意图，法学学位或学历，以及经过相关学术培训；而在船舶买卖的方面应具备一定年限的从业经历或从事海商法律服务的实践经验，此类背景有助于其针对海商案件的相关问题，在处理海商争议上能够具备实战中的深刻见解，妥善地处理各种复杂情况。例如，有海商法律实务积累的仲裁员处理海上货物运输责任这种难处理的纠纷时，往往比较能够细致入微地发现案件的实际情况，在适用法律方面作出准确判断。仲裁员为维系仲裁程序的公正性、私密性，维护整个仲裁程序严肃性、权威性，必须具备高尚的从业道德、恪守诚信、公平、保密等行业操守。

一套完整的监督机制在司法监督的框架之下显得格外重要。为此，可以考虑成立专门仲裁监督机构，该机构成员对海商临时仲裁活动的整体监督管理负有不可推卸的责任，需要兼具深厚的法学理论功底和丰富的实务经验。同时，对监督机构的工作步骤、职责边界、决策模式、信息公开范畴等都要有详细的规定，明确并公诸于众一套监督流程和标准，确保其显露无遗，以保障监督工作的透明度与公正性。在此基础上，仲裁裁决的复审工作要加大力度，一旦发现裁决与法律规定相违背、仲裁程序或与当事人合法权益受到侵害，要马上采取措施予以纠正甚至撤销，等等。比如某海商临时仲裁案，如果仲裁员没有按照既定程序进行裁决，监管机构就要适时地依法介入，对偏差要及时纠正，切实捍卫当事人的正当权益，然后对海商仲裁的公正性、权威性进行守土有责。[10]

另外，国际化接轨工作要十分注意和国际制度相衔接的问题，从而确保仲裁条款与《仲裁法(修订草案)》的一致性和连贯性。国际航运业正朝着极富开放性、竞争性的态势发展，且近年来随着世界经济一体化趋势不断加深，为吸引更多的国际航运纠纷可以首选我国作为仲裁所在地，就要求中国仲裁机制不断提高国际影响力，为此，在拟定《海商法(修订草案)》中的仲裁条款时应注意国际上的海事仲裁的最新实践、先进理念，积极借鉴国际海事仲裁机构的规制、仲裁地点和程序设置，来增强仲裁条款在国际上的适用效力，在国际范围内的仲裁条款适用中，有同时，要谨慎思考在国际范围内仲裁裁决的认可与执行中，在仲裁条款增加特别规定，来保证在国际范围内裁决顺利执行。在此过程中，参考李倩文观点，即与国际通行规则相衔接，明确仲裁地国法院裁决认可与执行的权责以及程序安排，从而进一步完善国际化的执行保证体系的《海商法》的仲裁条款，有效增强中国仲裁的国际航运竞争力。

（三）提升仲裁条款的国际化水平

我国海商法修订工作也应适应开放、竞争加剧的航运市场现状，在仲裁制度方面，国际化程度更高，也是修订海商法中的棘手课题。《海商法(修订草案)》中关于仲裁一章欲有更广阔的适用领域，必学习借鉴国际标准和惯例，将更多的国际海商争议提交中国进行仲裁，扩大中国仲裁在国际范围内的影响力和可接受性。从以下几个方面加以完善以增加其仲裁条款的可接受性：[11]

对于裁决机构，应赋予当事人更大的裁决机构的选择权。《海商法(修订草案)》规定，纠纷双方当事人可以协议选择国际海事仲裁委员会(LMAA)、伦敦国际仲裁院(LCIA)等国际商会海事仲裁机构进行仲裁，裁决机构仅限上述两种。在仲裁机构方面，国际的海事仲裁组织均是在仲裁程序上的公正与仲裁员等方面有丰富

[10] 参见金梓航. 论我国临时仲裁司法监督制度的构建 [N]. 江苏经济报, 2024-09-13 (T01).
[11] 参见黄竹智, 王纯强. 海运货物运输控制权的数字化流变 [J]. 中国海事, 2024, (04): 57-59.

的成功仲裁经验，也拥有大量专业的仲裁员可供选择，加之引入国际仲裁制度，有利于中国仲裁机制在全球的声誉与吸引力。例如，国际航运实务当中，由于成熟的仲裁制度规则、人员构成等因素，可以有效地处理复杂且环环相扣的国际航运争议，航运大公司间进行订约时往往选择国际知名仲裁机构，比如伦敦国际仲裁院。由于国际仲裁机构对于裁决的认可和执行也在全球拥有很高的认可度，据伦敦国际仲裁院平均每年受理的国际贸易诉讼，其中的国际航运纠纷案件数量也相当可观，这是国际仲裁机构在高端海事争议解决中的优势的最好体现。通过赋予当事人选择国际知名仲裁机构裁决的权利，中国海商法中的仲裁条款也势必大大提升中国船企的国际竞争力，使得中国船企更加顺应国际船市的发展。

国际化和灵活性的双重考虑是选择仲裁规则过程中所要考虑的。《海商法（修订草案）》或将国际仲裁准则的双方合意为基础，明确指出实施仲裁活动应予以遵循。这就意味着，合同中仲裁条款可以按照当事人的具体需要和喜好加以细化设置，这不仅突出了尊重当事人自主意愿，而且使仲裁条款的灵活性和适应性大大增强。同时，吸纳国际上先进的仲裁规则，对我国仲裁制度的正规化、专门化建设，无疑是有很大好处的。以国际商会仲裁院（ICC）为例，其仲裁规则在世界范围内得到了广泛的推崇，在仲裁申请、仲裁庭组建、证据提交、审理模式等诸多方面都做了详细而合理的仲裁程序各个阶段的规定。这些规则在充分考虑国际商事交易的繁复性和多元性的情况下，可以为当事人提供高效、公正的仲裁服务。因此，我国海商法中的仲裁条款不妨借鉴国际商会仲裁院的做法，如在证据规则层面，为适应电子数据在现代航运业务日益普及的趋势，可以借鉴其对电子证据的认可标准及规范；在仲裁庭组建方面，为保证仲裁庭的业务水准和公正立场，可以参照其对仲裁员资质和选任流程的严格要求。

此外，仲裁地的选择也具有重要的意义。《海商法（修订草案）》意在促使当事人周全考虑仲裁机构的地理定位、法律制度的契合性以及仲裁裁决能否得到广泛的承认和执行等多元要素，从而在敲定仲裁地点时予以考虑。为增进仲裁条款在国际上的认同，双方可以就伦敦、新加坡等国际性城市作为仲裁地进行协商，并可以相互协商。这些城市为仲裁活动的顺利开展提供了坚实的法制保障，其法律框架健全，司法体系高效。就以新加坡为实例而言，作为举世闻名的仲裁枢纽，其不但构建了完备的仲裁法律制度，而且由于其法律基础的牢固和高效的司法辅助，还配备了专业的仲裁服务设施，使新加坡仲裁中心的裁决在世界各国得到广泛的认可和贯彻执行。在新加坡开展仲裁，当事人可以体会到仲裁流程的顺畅，以及裁决执行的可靠机制。但是，我国海商法中的仲裁条款应该指导当事人审慎地将上文因素取舍在仲裁地点上，以增强仲裁条款的实用性和裁决执行的顺利度。

而且，要想在全球舞台上有效提升我国仲裁制度的竞争力，就必须将专门针对外国仲裁的条款设计融入《海商法(修订草案)》中。这些条款要对涉外仲裁的

适用范围、程序细节、裁决认定和执行的关键环节等内容进行细致的勾勒。具体地说，就是在处理涉外仲裁事务时，既要尊重当事人的意思自治，又要保证仲裁程序的保密性，这就需要严格遵循国际公认的仲裁原则。同时，为确保仲裁裁决在全球范围内得到畅通无阻的执行，对于国际仲裁裁决认可和执行的规定，可以借鉴国际上的先进经验，在仲裁条款中专门纳入其中。以国际仲裁裁决跨国认可和执行的法律基础为例，《承认和执行外国仲裁裁决公约》即《纽约公约》。因此，我国海商法中的仲裁条款可以明确规定，为确保我国仲裁裁决能够在国际上得到有效执行，同时也为外国仲裁裁决在我国的顺利执行提供法律保障，在涉及外国仲裁裁决的承认和执行事项时，应当遵循《纽约公约》的有关规定，从而推动我国仲裁制度向更高层次的国际化迈进。

这一点值得强调的是，我们还要继续关注国内仲裁体系，同时致力于促进仲裁条款的国际接受性；一方面，要保证国内仲裁制度的顺畅与国际仲裁机制的对接、协同作战；另一方面，适当地创新、完善国内仲裁制度也是针对国内航运市场特有的需要、特点而作出的。举个例子，可以借鉴国际上先进的仲裁理念和惯例，从而在我国海事仲裁的有关规则和流程的基础上，进一步精进。如国际先导仲裁庭管理模式的借鉴和实践，进而促进仲裁效率的提高，从而加强仲裁庭的组建和运作的规范性；同时学习国际仲裁机构在处理海事纠纷的复杂情况下所表现出的特许性、谋略，从而提高我国仲裁员的业务水平，提高他们解决实际问题的本领。通过上述措施，使国内仲裁体系不断完善，使之与国际仲裁体系形成良性互动、协同并进，从而为推动我国航运事业蓬勃发展提供更加牢固的法制支撑，通过上述一系列措施，促进我国航运业蓬勃发展。

总体而言，提高仲裁条款在国内国际适用性是我国海商法修改过程中的一个核心问题。可参照国际仲裁规则、给当事人自主选派国际仲裁地，为我国仲裁体制的在全球范围内增强竞争力、影响，在涉外仲裁中多加专项规定的同时，可以考虑吸纳国际仲裁机构的先进经验，并赋予当事人选择的自主权。这一做法的目的是为了吸引越来越多的国际航运纠纷被我国作为仲裁场所而选择，同时也是为我国航运业蓬勃发展打下更加牢固的法律基石，同时也为我国海运业的发展打下基础。

五、结论

作为核心构成部分，它的完备性对法治氛围和中国航运业的国际竞争力有着深刻的影响。此次调研致力于海商法(修订草案)审议工作的深入开展，标志着中国航运法律体系建设工作迈上了一个新的台阶。其中，仲裁条款现存的弊病，对其重要性和作用进行了全面的剖析，并对仲裁法修订带来的连锁反应进行了探究，进而提出了旨在为我国航运法治现代化进程贡献力量的一系列具有可操作性的

改进措施。经过缜密研究，拓宽仲裁适用范围、引入特殊仲裁机制、优化仲裁司法管辖规定等，《海商法(修订草案)》中的仲裁条款虽然不乏创新和闪光点，但面临的考验依然不少。具体来看，在确凿和可操作层面，仲裁条款尚有欠缺，对争议解决效率无疑会有所削弱，对当事人合法权益可能会造成损害；同时，与潜在法冲突与不确定性风险的仲裁法修改缺乏良好衔接；国际化程度还有提升空间，以顺应日竞日争日益激烈的国际航运市场。针对以上存在问题，本研究完善建议的提出是广度与深度并举，可以为立法决策者、司法工作者和航运者实践工作者提供有益借鉴或启示，包括提升条款的确定性与可操作性，对仲裁法衔接深度提升，国际化程度提升等内容。然而航运市场却是变的，国际上航运方面的立法也是在不断更新。国际航运市场仲裁条款最新的动态及其涉及到的深层次内容这一研究方面还存在很大的不足，关于海商法中仲裁条款未来的研究，伴随着航运科技飞速的演变以及贸易模式的不断改变，国际法环境变化频出，一定会受到更多新的问题与挑战。

在这样的背景下，我们热切期盼有更多的青年才俊投身于这一研究领域，从多元化的角度对典型案件进行深刻解剖、开展富有创新性的探索，广泛收集国际上航运市场的最新数据。只有这样，中国海商法中的仲裁条款才能不断得到丰富和完善，才能促进我国航运法律体系向一个新的高度发展，从而为我国从航运大国向航运强国转变提供坚实的法律支撑，进而帮助我国在全球航运治理体系中发挥更加关键的作用，最终实现海洋强国的宏伟战略域，中国海商法仲裁条款我国航运法中仲裁条款，最终实现我国海商法的国际化，中国海商法中的仲裁条款才能得到国际认可，中国的海商法中，我国海商的仲裁条款才可以得到国际承认，中国的航运法律体系才能得到国际社会认可，中国的海洋法律才能得到国际社会的认可。

2025年中国国际海洋法学会年会

《国际卫生条例》实施困境与国际法纾解

沈叶凡*

（武汉大学 法学院，湖北 武汉，430072）

摘要：《国际卫生条例》存在实施困境，未得到国际社会的广泛遵守。经第七十七届世界卫生大会修正,《国际卫生条例》部分条款内容仍缺乏法律强制力，导致该条例仅具有硬法形式，但实质上仍属于软法范畴。目前《国际卫生条例》的实施存在三大难题，包括遵约监督机制不足、问责机制不足和争端解决机制缺位。为实现全球卫生治理、促进贸易增长的目标，需要进一步完善条款内容，通过对“大流行病公约”进行嗣后解释，以及进一步促进国际合作和援助，以敦促《国际卫生条例》被各国履行，进而实现人类卫生健康共同体。

关键词：国际卫生条例　软法　条约　大流行病公约　嗣后解释

第七十七届世界卫生大会于 2024 年 6 月 1 日通过 WHA77.17 决议，批准《国际卫生条例》修正案（“修正案”），修正案将在总干事通知所有缔约国后 12 个月生效。因此，自 2025 年 9 月 19 日起，2025 年《国际卫生条例》（“《条例（2025）》”）即将取代 2005 年《国际卫生条例》（“《条例（2005）》”，与《条例（2025）》统称“《条例》”）正式对未拒绝修正案的缔约国生效。尽管各国在提出的拟议修正案中强调条例的硬法化，但最终修正案仍以软条款的内容呈现。

事实上，新型冠状病毒（COVID-19）大流行病期间，国际社会就已经对全球卫生治理赤字问题进行了反思，尤其是在《条例》的运用上，国际卫生组织(“WHO”)更为国际社会所诟病。批评者认为，在没有国家合作的情况下，WHO 缺乏必要的行政能力来应对大流行的爆发。[1]虽然国际社会认可《条例》属于条约，但是其软法性的规定致使缔约国不愿接受国际监督和问责。因此，《条例》都存在很大的遵约困境。

在此困境下，有必要探讨《条例》的属性，即其形式上的硬法性和实质上的软法性。基于上述特点，《条例》在灵活性等方面有其优势，但在大流行病时期则具有较大的短板，难以敦促各国遵约实施。需要通过进一步对《条例》进行反思修缮、对嗣后协定进行善意解释、开展国际合作等方式弥补缺陷，推动全球卫生治理更上一层楼，以更好地应对可能出现的公共卫生危机，实现人类卫生健康共同体。

* 作者简介：沈叶凡(2001-)，女，上海金山人，武汉大学法学院国际公法硕士研究生，本科学位，主要从事国际卫生法、国际知识产权法、制裁法研究。

[1] Malcolm N. Shaw. *International Law* [M]. 9th Edition, University of Cambridge, 2021: 252.

一、《国际卫生条例》的性质分析

《条例》在形式上符合硬法的条件，但在实质内容上却是软法。法律规范不是二元的，而是基于渐变的规范性：从有约束力到无约束力，[2]因此形式和实质可以对《条例》有不同定义。一方面，《条例》是条约，符合条约在国际法上的理解。根据李浩培先生的观点，“条约是至少两个国际法主体意在原则上按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的意思表示的一致”。[3]另一方面，《条例》在内容上不具有强制性。在北海大陆架案中，法院认为条约被视为造法之前必须满足的条件之一是，条约的起草方式应具有“潜在的规范性”。[4]巴克斯特法官曾指出，有些条约是软法，因为它们没有对缔约方施加真正的义务。[5]例如，《联合国气候变化框架公约》的核心条款涉及解决温室气体排放问题的政策和措施，但措辞十分谨慎模糊，不能确定是否产生了任何实质义务。

（一）形式上的硬法

1.联合国秘书处登记

联合国宪章的第一百零二条所规定需要登记的国际文书是一切条约及国际协定（every treaty and every international agreement）。具言之，联合国法律事务厅条约科《条约手册》载明，“根据国际法确定法律义务的意向一项条约或协定必须要求缔约国根据国际法承担具有约束力的法律义务，而不是只作出政治承诺”。该文书无论形式如何，必须概要说明缔约国准备根据国际法接受法律约束。[6]

未登记条约并不会剥夺条约的地位，仅在联合国机构不允许引用该条约。然而，只有具有约束力的条约或国际协议才可以登记。秘书处曾得出结论认为，提交供登记的载有建立议会协会的框架的一项文书，按第一百零二条规定是不能登记的，因此该文书并非条约。

根据《条例（2025）》第六十六条，条例一旦生效，总干事应当将经证明无误的副本交联合国秘书长备案。而在联合国条约汇编中，《条例》以 I-44861 为注册号赫然在列[7]。由于联合国秘书处已经按照联合国宪章登记了《条例》，便是认可《条例》属于具有约束力的法律义务的条约。

2.术语措辞

---

[2] Shelton D. (ed.). *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2000.

[3] 李浩培. 条约法概述[M]. 北京: 法律出版社, 1988: 1.；李浩培. 《李浩培文选》. 北京: 法律出版社, 2000: 560-561.

[4] North Sea Continental Shelf (Germany v Denmark). Judgement, I.C.J. Reports 1969[R].

[5] Baxter R.R. *International Law in “Her Infinite Variety*”[J]. International & Comparative Law Quarterly, 1980, Vol.29: 549-566.

[6] 联合国法律事务厅条约科. 条约手册[S]. https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Chinese.pdf?_gl=1*16zrh06*_ga*MTc2NzcxMDEwOS4xNzA1OTE3OTUy*_ga_TK9BQL5X7Z*MTcwOTAwODE4Ni4xNC4xLjE3MDkwMDg1NjEuMC4wLjA, 2024-11-26.

[7] United Nations Treaty Series Online. *International Health Regulations* (2005)[DB]. https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801d31cc&clang=_en, 2024-11-26.

参考条约与谅解录术语比较表[8],《条例》对条款的标题都是“条文”（Article）而非“段落”（paragraph）；缔约国的指代都是“当事方”（parties）而非“参加方”或“政府”（participants，governments）；条款里的助动词都是“应该”（shall），而不是“愿意”（will）；第五十四条、五十五条关于最终条款，措辞都是“生效”（enter into force）而非“开始实施”或“开始实行”（come into effect, come into operation）；第五条关于各国监测卫生事件、第十三条公共卫生应对等条文属于缔约国的“义务”（obligations）而非“许诺”（commitments），相应的，其他条款里的措辞是“权利”（rights）而非“利益”（benefits）。

由此可见，《条例》使用的属于措辞都是相对具有法律拘束力，而并非仅仅在表达一种政治信息，这再一次印证了《条例》在形式上是属于硬法的。

（二）实质上的软法

1.遵约监督机制不足

在现行《条例》框架内，WHO 用其专业知识为其缔约国提供医学建议，最大限度地换取缔约国的部分主权——缔约国主动向国际社会公开报告国内的突发事件情况和按照 WHO 的建议采取相应卫生措施。如此一来，缔约国遵守《条例》完全需要出于自愿，而无监督机制。缔约国在《条例（2005）》框架下，存在报告、通知、能力建设、卫生措施四大方面的义务[9]，而《条例（2025）》下，缔约国根据还有促进公平获取相关卫生产品的义务。

第一，能力建设义务履行情况不佳，通知报告义务被忽略。根据《条例（2005）》，缔约国应该尽快发展、加强和保持其发现、评估、通报和报告事件的能力，而《条例（2025）》新增了预防事件的核心能力。然而，缔约国曾由于担心拖累本国经济走势，或由于害怕招致污名化屡次存在不通报、不应对的情况。例如埃博拉疫情期间的西非存在明显的延迟通报、通报不充分[10]。印度尼西亚政府曾一度宣布，将不会把禽流感病毒样本发送到 WHO 的“全球流感监测网”上。[11]

第二，卫生措施义务超过限度。《条例（2005）》第四十三条的额外卫生措施也常常被视为“过度卫生措施”而滥用。许多国家以“把疾病留在自己的国土上，别带到我这里来”[12]为指导思想，禁止贸易和旅行，禁止与发生疫情的国家停运航班等过激措施，以维护本国利益。十六位卫生领域的专家学者（包括 WHO 前任首席法律顾问）在《柳叶刀》上发表文章，认为在新冠疫情期间许多国家对中国采取的额外卫生措施，例如旅行限制等，实际上违背了《条例》项下的相关义务

[8] ［英]安托尼．奥斯特：《现代条约法与实践》[M]. 江国青译. 北京：中国人民大学出版社，2005: 398.
[9] 马忠法. 论全球大流行下国际卫生法治的完善[J]. 社会科学辑刊，2021(6): 109-119.
[10] WHO. *Report of the Ebola Interim Assessment Panel*[EB]. https://www.who.int/docs/default-source/documents/evaluation/report-ebola-interim-assessment-panel.pdf, 2024-11-26.
[11] WHO. *Pandemic Influenza Preparedness: Sharing of Influenza Viruses and Access to Vaccines and Other Benefits*[EB]. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63/A63_4-en.pdf, 2024-11-26.
[12] 世界卫生组织. 世卫组织结果报告 2018-2019 年规划预算：推动在每个国家产生影响[EB]. https://iris.who.int/handle/10665/355146, 2024-11-26.

[13]。虽然 WHO 曾多次呼吁取消贸易壁垒以共同对抗疫情，总干事批评在“威胁仍然未知”的情况下，采取这样“简单粗暴”的措施[14]，令人“深感不安”，却依然收效甚微[15]。根据《条例（2025）》，受卫生措施影响的缔约国可以直接或通过总干事与之协商，总干事也可以为有关缔约国之间的协商提供便利，但卫生措施的影响仍无法通过法律得到消除或赔偿。第三，公平获取相关卫生产品的义务遵约情况有待观察。《条例（2025）》第 13 条将公平获取相关卫生产品纳入公共卫生应对条款，缔约国在 PHEIC 期间应遵从适用法律和现有资源，承诺相互合作和援助，并支持由世界卫生组织协调的应对活动。WTO 在 COVID-19 大流行病期间通过《关于〈与贸易有关的知识产权协定〉的部长决定》，实施新冠疫苗专利的豁免，[16]这是国际上对公共卫生产品一致认同的罕见例证。是否《条例（2025）》中的该义务能被遵守还有待生效后考证。

2.问责机制不足

《条例》缺乏问责机制，这对缔约国将失去威慑力和强制力，便沦为一份“没有牙齿的法律文件”[17]《条例（2025）》第 10 条规定，若“缔约国不接受合作建议”，世卫组织应当与其他缔约国共享其获得的信息，并“鼓励”该国接受合作建议。这相比《条例（2005）》增强了疫情信息共享机制的强制性，一定程度上加强了追责能力。然而，根据《条例（2025）》第 15 条、第 16 条，总干事的提出的临时或长期建议仍不能起到问责的作用。因为缔约国可以自由是否接受总干事的，且仍然可以规避核心能力的建设或采取“过度卫生措施”。比如，即使总干事提出了相关国家应当撤销过度卫生措施的建议后，仍存在部分国家继续实施超过比例的限制性卫生措施。[18]

《条例（2025）》实际上仅给缔约国规定了若干义务，但没有更多的问责机制去约束和敦促缔约国履行义务。事实上，对缔约国未履行完成 WHO 体系内规定的义务，唯一的惩罚机制只是在缔约国“未尽到财政义务或存在其他例外情况时”，根据《世界卫生组织组织法》（“《组织法》”）第 7 条“暂停该缔约国享有的投票权及其他服务”。[19]然而美国于 2020 年 4 月宣布对 WHO 断供，但在 2021 年

---

[13] Habibi R, *et al. Do not violate the International Health regulations during the COVID-19 outbreak*[J]. The Lancet, 2003, Vol.395: 664-666.

[14] 联合国官网. 世界卫生组织总干事批评以“简单粗暴”方式应对“奥密克戎”新冠病毒变异毒株来袭[EB/OL]. https://news.un.org/zh/story/2021/11/1095252, 2024-11-26.

[15] 世界卫生组织官网. 世卫组织总干事在二十国集团贸易部长会议上的讲话[EB/OL]. https://www.who.int/zh/director-general/speeches/detail/who-director-generals-remarks-for-g20-trade-ministers, 2024-11-26.

[16] WTO. *Ministerial Decision on the Trips Agreement*［Z］. WT/L/1141. ¶3.

[17] Nicholson A, *et al. Global Health Risk Framework: Resilient and Sustainable Health Systems to Respond to Global Infectious Disease Outbreaks: Workshop Summary［EB/OL］*. https://doi.org/10.17226/21856, 2024-11-26.

[18] WHO. *Implementation of the International Health Regulations (2005): Report of the Review Committee on the Role of the International Health Regulations in the Ebola Outbreak and Response*. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69/A69_21-en.pdf?ua=1, 2024-11-26.

[19] 龚向前. 世卫组织《国际卫生条例》争端解决机制研究[J]. 武大国际法评论，2020(3): 89-90.

1 月 20 日，拜登上台签署行政令重返 WHO 后[20]，国际卫生大会并未暂停其投票权，更不用说在其他例外情况下，WHO 是否能问责违反义务的缔约国了。

3.争端解决机制缺位

根据《条例（2025）》第五十六条，一共有 5 种涉国际公共卫生争端解决方式[21]，分别规定在第一至五款内：其一，通过谈判或其他自愿的和平方式解决（如斡旋、调停、和解等）；其二，世卫组织总干事出面协调解决。上述两种解决方式显然对缔约国不具有强制力。其三，任择性强制仲裁；其四，提交其他国际性争端解决机构。第三、第四种解决方式将在下文分析。其五，关于世卫组织和缔约国之间发生的争端，应提交世界卫生大会。但世界卫生大会如果就上述争端仅依《组织法》第 23 条，以决议的方式作出，这既不是根据《组织法》第 21 条所通过的“方法”或“标准”，也不构成嗣后协议，[21]从而不对会员国产生法律约束力。

关于第三款的任择性强制仲裁，该仲裁机制仅是一只“纸老虎”，一方面仲裁的内容仅限于与《条例》解释或执行有关的争端，另一方面一方面，争议双方需要同意进行仲裁，自愿接受仲裁结果，才能受到仲裁的强制约束。事实上，自 2005 年以来，没有任何缔约国作出过任择强制仲裁的书面声明，因此尚未有缔约国通过仲裁程序解决国际卫生争端。与《联合国海洋法公约》（UNCLOS）附件七中的仲裁相比，《条例》下的仲裁似乎根本没有用武之地，仲裁庭的管辖权也相对较小。UNCLOS 第二百八十七条规定，缔约国如为有效声明所未包括的争端的一方，应视为已接受附件七所规定的仲裁。这一规定足可见海洋法争端下仲裁使用的范围之广，效力之强。

关于第四款规定的“可以提交其他国际性争端解决机构”。国际社会有观点认为，公共卫生领域的争端可以利用 WTO 下的争端解决机制加以解决。然而，一方面由于美国的干扰，上诉机构从 2019 年停摆至今。另一方面，《实施卫生与植物卫生措施协定》（“SPS 协定”）附件 A 所规定的“国际标准、指南或建议”中并不包含 WHO 的建议。因此，WHO 的建议及其项下的相关法律不能在 WTO 争端解决机制中直接作为法律规定得以适用，更无法直接审查 WHO 的法律规定。[22]

因此，违反《条例》所产生的国际公共卫生争端缺乏具有强制力的争端解决机制，正是因为该机制的缺位，导致一方面争端解决的程序缺乏规范化，另一方面解决争端的国际文件缺乏约束当事国的强制力，并将进一步导致《条例》被肆

[20] VOA. U.S. Rejoins World Health Organization［EB/OL］. https://editorials.voa.gov/a/u-s-rejoins-world-health-organization/5763751.html., 2024-11-26.

[21] 分别是：（1）通过谈判或其他自愿的和平方式解决（如斡旋、调停、和解等）；（2）世卫组织总干事出面协调解决；（3）由当事国根据具体情况进行选择，提交常设的仲裁法庭进行仲裁裁决；（4）提交其他国际性争端解决机构解决；（5）如果在世卫组织和缔约国之间发生争端，提交世界卫生大会解决。

[22] 冯洁菡. 额外卫生措施的国际法规制——以《国际卫生条例》和 SPS 协定为视角［J］. 武大国际法评论，2020, (3): 24-25.

意违反。

二、《国际卫生条例》硬法化的必要性

（一）《国际卫生条例》软法化的原因

1.民族主义思想

民族主义思想中的“本国利益至上”，显然不利于《条例》的遵守和实施。例如，美国一项声明国家主权和安全大于 WHO 措施的立场，“美国第一”的民族主义思想贯彻美国的内政和外交理念。美国以维护自己国家利益为理由，用错误的信息和反科学的言论误导民众，而不顾 WHO 和国内卫生官员和专家的建议，最终导致美国沦落为“全球第一抗疫失败国”。[23]而在国际社会上，美国对“中国病毒”、“武汉生物实验室病毒泄密”等阴谋论则是信手拈来。[24]。此外，在新冠疫情期间，美国却暂停了 WHO 会费缴纳，甚至宣布要退出国际组织。

在《国际卫生条例》订立伊始，为了尽快让国家达成协议，设置了大量的软法性和原则性的条文。这是因为在公共卫生领域达成国家间利益的平衡并非易事，公共卫生涉及到国家主权之中最敏感的人民安全话题[25]，软条约具有较大的弹性，可留给各国解释的余地。然而，一些缔约国顺藤摸瓜，大肆宣扬其民族主义主张，显然无助于实现“以针对公共卫生风险，同时又避免对国际交通和贸易造成不必要干扰的适当方式，预防、抵御和控制疾病的国际传播，并提供公共卫生应对措施”的目标和范围。

2.履约能力不平衡

WHO 资金支持机制的缺失，使得（条例》的履行缺乏最基本的激励措施。[26]对缔约国（尤其是低收人国家）在人力、技术和资金等方面支持力度相当有限。2016 年到 2019 年，WHO 对非洲地区的 40 个国家进行能力评估（占非洲 47 个缔约国的约 80%），结果显示没有一个国家符合标准。[27]

世卫组织的资金主要来自两方面，即常规评定会费（根据会员国国内生产总值和人口规模计算）和会员国自愿捐助。自 20 世纪 80 年代起，世卫组织常规评定会费就因为会员国执意坚持联合国专门机构预算零增长而受到严格限制，自 1993 年以后从未增长。而会员国自愿捐助一般是用于特定项目的“预算外资金”，基本不受世卫组织秘书处控制。所以世卫组织通常仅能提供咨询等服务，无法提供经济援助或自主调配医疗资源。在 COVID-19 大流行病期间，国际组织等行为

---

[23] 杨迅，王芳. 智库报告揭露美国抗疫真相，与会人士呼吁——尊重科学与事实，停止溯源政治化［N］. 人民日报，2021-08-10(3).

[24] 杨迅. 病毒溯源研究不应被当作地缘政治竞争的工具——多国政府政要专家学者等反对溯源问题政治化［N］. 人民日报，2021-08-09(3).

[25] 马忠法，徐子淳. 论大流行病条约谈判中的主要法律问题及其应对［J］. 中国卫生法制，2024, (1): 77-78.

[26] 张博源. 非传统安全视角下全球公共卫生法治的转型机理与路径探究——以《国际卫生条例》为分析核心［J］. 复旦国际关系评论，2022, (1): 8.

[27] Talisuna A, *et al. Joint External Evaluation of the International Health Regulation (2005) Capacities: Current Status and Lessons Learnt in the WHO African Region*［J］. BMJ Global Health, 2019, Vol.4(1): 1-6.

体纷纷捐款。如世界银行提供了 120 亿美元的资金，帮助成员国采取有效措施以防控新冠肺炎疫情，最大限度降低疫情对经济造成的严重影响。[28]盖茨基金会为应对全球新冠病毒防控也投资了 1 亿美元。[29]但是各行为体基本是按自己组织的意图来决定资金流向，其结果就是资源无法在各国之间的公平分配。

尤其对于特定核心公共卫生能力较低的发展中国家而言，在国际援助阙如之下，考虑到遵从的成本与收益以及自身履行能力，缔约国也难以遵守实施《条例》。在此前提下，《条例（2025）》规定了第四十四条之二——资金协调机制，以便公平地满足发展中国家发展、加强和维持核心能力的需要和重点，这在一定程度上能缓解南北国家核心能力不平衡的现状。

（二）软法的优势和缺陷

《条例》作为实质上的软法，具有软法自身的特点，其优点使得各国愿意搁置硬法而诉诸软法，其缺点也使得软法的效力不受到保障。

一方面，软法具备显著优势。首先，软法具有一定的自治性，能够积极规范和引导相关国家的行为，能够起到调整实效。虽然软法规范缺乏硬法的法律强制力，但能够提供其他符合国际法规范的问责机制，例如通过劝说、合适和习惯等，而不是通过法律制裁加以威胁。[30]例如在促进问责方面，通过“点名羞辱”进展不足的国家，可以动员国际社会持续提供资金以应对艾滋病毒/艾滋病、结核病和疟疾。[31]其次，软法具有较低的创制和修改的成本。条约签署后，还必须获得国内当权机关的批准。相较之下，政府行政机构可以自行缔结软法，不需要通过国内批准，。面对新的全球卫生威胁时，科学往往是不确定的，出现新型传染病时，在没有完全理解疾病是如何传播的或谁面临最大风险的情况下，软法有助于缓解措施。[32]最后，软法具有良好的灵活性，弹性较大。鉴于软法宣誓性、原则性的描述，各国对于软法的解释具有充分的调整空间，在后续谈判博弈时提供了柔和的基础。

另一方面，软法的缺陷也不容小觑。其一，影响最大的缺陷在于不具有法律强制力，这主要体现在不可执行性上。由于软法的内容更为主观，国家的裁量权更为自由；并且就违反软法的后果并未建立惩罚机制。一些软法采取“如有必要”“尽可能”“根据缔约方的能力”等措辞，这些激励性而非强制性命令的措辞使

[28] 世界银行集团. 世界银行集团如何帮助各国应对 19 冠状病毒病（新型冠状病毒）[EB/OL]. https://www.shihang.org/zh/news/factsheet/2020/02/11/how-the-world-bank-group-is-helpingcountries-with-covid-19-coronavirus., 2024-11-26.

[29] Bill & Melinda Gates Foundation. *Bill & Melinda Gates Foundation Commits $10Million to Global Response to 2019.nCoy[EB/OL]*. https://www.gatesfoundation.org/Media-Center/Press-Releases/2020/01/Gates-Foundation-Commits-10-Million-to-Global-Response-to-2019-nCOV., 2024-11-26.

[30] Abbott, K.W. & Snidal, D. Hard and Soft Law in International Governance[J]. International Organization, 2000, 54(3): 421-456.

[31] Taylor, *et al. Nonbinding Legal Instruments in Governance for Global Health: Lessons from the Global AIDS Reporting Mechanism*[J]. Journal of Law, Medicine & Ethics, 2014, 42(1): 72-87.

[32] Sekalala, *S. Soft Law and Global Health Problems: Lessons from Responses to HIV/AIDS*, Malaria and Tuberculosis[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

缔约方在履行时具有更大的裁量权，[33]仅依靠国家自愿履行，或协商等履行方式并不能起到强制和威慑的作用。其二，国际法不成体系的问题尤其体现在软法的碎片化上。政府间国际组织的决议、非政府间国际组织的标准、示范法、国际性司法机构的裁决[34]等软法，由于制定主体、客体以及内容的多样化，治理机制难免产生冲突和重合。其三，软法不具有精确性，软法常以原则的方式呈现，例如联合国大会通过的《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》笼统地确定了禁止使用武力、和平解决国际争端和民族自决权等原则性事项，尽量回避处理利益分配问题，相对抽象模糊。同样的，《条例（2025）》的软法属性导致各国并不积极履行报告通知义务、怠于建设核心卫生能力，且常常出现滥用额外卫生措施的情形。在缔约国违反义务的情况下，也无法进行问责，更没有提供缔约国间有法律强制力的争端解决措施。

（三）《条例》硬法化的意义

虽然形式上《条例》属于硬法，但实质上由于缺少履约监督机制、问责机制和争端解决机制。《条例》具有软法的性质，因此对 WHO 的运作和《条例（2025）》的实施造成了很大障碍，这对全球卫生治理的推进和国际贸易的发展都是非常不利的。事实上，世界卫生组织的决议、宣言、指南、协议和建议等规范性文件具有一定的灵活性和弹性以供缓解措施。

缔约国不履行通知报告的义务，致使 WHO 缺乏及时获取疫情情报的能力。《条例》要求缔约国向世卫组织通报任及时向世卫组织通报任何病毒爆发以及旅行和贸易限制的情况，并迅速分享病毒样本和流行病学信息，而 WHO 将监测和评估围绕疾病及更广阔领域的最新科学发展，找出利用这些进展改善全球健康的机会，并通过专业性的分析将情报和指导意见分散到各个国家。埃博拉疫情期间的西非，以及 MERS 疫情期间，存在明显的延迟通报、不充分也直接削弱了 WHO 应急决策的循证基础。[35]新冠疫情开始时，大多数国家未履行及时通报义务，因此全球卫生治理错失构建防疫信息网的最佳时机。

滥用额外卫生措施导致维护公共卫生应对与促进贸易之间利益失衡。1983 年第三版《国际卫生条例》诠释在前言中明确指出，《条例》旨在防止疾病在国际间传播，确保最大安全，同时又尽可能小地干扰国际交通。额外卫生措施如果不加以具有强制力的限制，将会严重影响全球贸易。在埃博拉疫情中，采取额外卫生措施严重干扰国际运输的国家有 69 个，但主动通报的国家很少，仅有 40% 的缔约国在秘书处发出核查要求后作出了说明。[18]同样，秘书长在 COVID-19 大流行期间发出的临时提案中也建议，缔约国不应当对疫情暴发国采取旅行或贸易

[33] D'Aspremont, J. *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*[J]. European Journal of International Law, 2008, 19: 1075-1093.

[34] 严阳. 刍论全球治理中的国际软法——以兴起、表现形式及特点为视角[J]. 理论月刊，2016(7): 107.

[35] WHO. Report of the Ebola Interim Assessment Panel［EB/OL］. https://www.who.int/docs/default-source/documents/evaluation/report-ebola-interim-assessment-panel.pdf., 2024-11-26.

限制措施。然而韩国、印度等国仍对中国货物贸易采取管制措施，严重干扰了中国的贸易进出口。

因此，无论是从全球卫生治理角度还是从促进贸易增长角度，都需要将《条例》硬化，使其具有强制约束力。

三、硬法化路径分析

（一）《条例》内部治理

回顾缔结和修改的历史，《条例》经历了“失约-引发修改-再度失约-再度引发修改”的循环反复。新冠疫情爆发后，《条例》陷入再度“失约”的状态。[24]从内部治理角度，《条例》缔结时间较长，在缔约国之中已经具有相当的权威性。故适当将《条例》中的条文硬法化，为缔约国设定强制性的权利和义务。虽然在第七十七届世界卫生大会上已经完成了《条例（2005）》的修订补充工作，但无可讳言的是，《条例（2025）》在进一步促进各缔约国履约方面仍存在着硬法化的余地。

1.弥补遵约监督机制不足

《条例》常受到执行和遵守程度低的批评，而且各缔约国在政治层面上对它们的执行投入不足。在修正案中，各国通过提出各类议案尝试弥补遵约监督机制的不足。[36]捷克代表欧盟提议，世界卫生大会应做出决定和提出建议，以促进《条例》的有效实施，并设立一个关于《条例》的特别委员会以协助世界卫生大会履行职能。斯威士兰代表南非提议为所有成员国设立一个遵约委员会，以讨论《条例》的执行和运作情况，确保《条例（2005）》和《条例（2025）》两个文书的执行之间有更好的一致性和互补性。同样的，马来西亚、美国也认为迫切需要建立遵约委员会。然而，虽然《条例（2025）》在第五十四条之二规定设立了实施《条例（2005）》缔约国委员会，但主要是用于监督关于合作、援助和筹资以及资金协调机制的内容。因此，为进一步促进遵约，必要时可以扩大委员会的监督范围。

针对核心能力建设，《条例》可以建立独立评估和监督机制，出于对透明度和非歧视原则的贯彻，进一步细化核心能力监督评估的标准并在《条例》附件中公开。[37]例如美国提议建立普遍健康定期审查机制（Universal Health Periodic Review mechanism），若识别出在实现核心能力方面存在资源限制和其他挑战，世界卫生组织及其区域办事处应根据缔约国的请求提供或促进技术支持，并协助动员财政资源以发展、加强和维持这些能力。

为应对额外的卫生措施，一方面，针对旅行禁令等涉及个人人权的事项，可考虑建立一种有助于改进准备和应对工作的同行审议机制[38]，这一机制与人权理

---

[36] 《国际卫生条例（2005）》拟议修正案［EB/OL］. 世界卫生组织官网, 2024-11-26[2024-11-26]. https://apps.who.int/gb/wgihr/pdf_files/wgihr1/WGIHR_Submissions-ch.pdf., 2024-11-26.

[37] Lin C-F. COVID-19 and the Institutional Resilience of the IHR（2005）: Time for a Dispute Settlement Redesign?［J］. Contemporary Asia arbitration journal, 2020, 13: 269-290.

[38] 曾万萍. 新冠疫情下的全球卫生治理：现状、问题与完善——以 2005 版《国际卫生条例》为视角［J］. 中国卫生法制, 2022(4): 69.

事会所使用的一般定期审议类似；另一方面，可考虑与 WTO 合作解决对跨国公司或国家的事务，如贸易禁运等。

2.弥补问责机制不足

为加强对缔约国采取过度卫生措施的问责，《条例（2025）》第十条修改为，若缔约国在 48 小时内不接受合作建议，必要时世界卫生组织“应该”立即与其他缔约国共享信息。[39]相比之下，加强了《条例（2005）》的责任追究力度，有利于全球卫生信息共享。

此外《条例》还可以补充设立一个问责委员会。[40]类似于第二章、第三章的突发事件委员会和审查委员会，由总干事从《条例》专家名册和酌情从 WHO 其他专家咨询团选出的专家组成问责委员会。问责委员会作为一个常设机构将独立于总干事运作，并直接向 WHO 负责。[37]此外，如果在问责委员会问责程序开始前，当事国就决定接受约束并相应通知问责委员会，则委员会的意见和建议具有拘束力。

3.推进争端解决机制改革

《条例（2025）》并且对争端解决机制进行补充，在目前的五种争端解决方式中，仲裁和其他国际性争端解决机构涉及强制力，可以考虑重启两者以推进争端解决机制的改革。可以考虑对第三款任择强制仲裁的争端解决方式进行修改，可以参考 UNCLOS 中关于争端解决的强制性仲裁，但务必需要限制争端范围，例如将争端范围限制于与解释或适用《条例》有关的事项的缔约国间争端。如果 WHO 资金充足，也可以成立自己的仲裁庭，对于不遵守裁决的缔约国，可采取向国际社会通报等“声誉罚”“点名羞辱”的制裁机制。

此外，还可以推动缔约国将争端诉诸国际法院。《组织法》第七十五条规定“除当事国另有协议解决方法外，应依国际法院规约之法规，因解释或适用本组织法而起之争端或问题提交国际法院”。一方面，可以考虑将该条补充到《条例》的争端解决部分；另一方面，国际法院本身已经承认“《组织法》第七十五条规定为法院管辖权基础提供了依据”。[19]因此，也可以通过将《组织法》和《条例》结合起来，通过一致性解释，使《条例》缔约国也能通过协议管辖将争端提交国际法院。

额外的卫生措施是《条例》的基石[41]，《修正案逐条汇编》第五十六条——争端的解决，特别关注额外卫生措施的投诉，其第六款规定“世界卫生组织必须向会员国通报针对任何会员国都未报告或本组织未建议的额外措施提出的所有投

[39] 国际卫生条例修正问题工作组. 缔约国根据 WHA75/(9)号决定提交的《国际卫生条例(2005)》拟议修正案逐条汇编［R］. A/WGIHR/2/6.

[40] Lawrence O Gostin & Rebecca Katz, The International Health Regulations: the governing framework for global health security［J］. The Milbank Quarterly, 2016, 94(2): 264-313.

[41] 审查委员会. 关于与 2009 年甲型 H1N1 流感大流行有关的《国际卫生条例（2005）》实施情况的报告［R］. A 64/10: 140-141.

诉”，第七款规定“采取前款所述措施的会员国必须及时向世界卫生组织通报确立和维持这些措施的科学理由，世界卫生组织则须传播这些信息”。例如乌拉圭代表南方共同市场在修正案中提议，就额外卫生措施由审查委员会报告，后由世界卫生大会审议并提出建议。[42]因此，除了原本《条例》的五种争端解决方式，针对额外的卫生措施增加了一项方式，通过国际社会监督批评的方式，敦促相关国家限制额外卫生措施的使用。

（二）以外力推动《条约》的解释和实施

1.“大流行病公约”的嗣后解释

鉴于国际社会未能成功地团结一致公平应对 COVID-19 大流行，世界卫生大会于 2021 年 12 月设立了一个负责起草和谈判一项大流行病公约、协定或其他国际文书的政府间谈判机构，[43]推动“大流行病公约”的制定和签署。继《国际卫生条例》和《世卫组织烟草控制框架公约》后，这将是 WHO 第三次行使国际立法权。第七十七届世界卫生大会通过 WHA77(20)号决议，决定延长政府间谈判机构关于大流行协定草案的任务期限，并将成果提交第七十八届世界卫生大会审议。[44]

根据《维也纳条约法公约》，嗣后协定是指当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定。具体而言，根据《关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案》[45]，“大流行病公约”是缔约方在共同行动中达成的、表明对《条例》的解释和规定适用的共同理解。公约生效后能对《条例》起到补充作用，作为嗣后协定解释《条例》。

一方面，在西方建议采取的“框架公约+议定书”模式下，[46]《条例》有可能成为“大流行病公约”下的一个议定书，这就需要妥善解决“大流行病公约”与《条例》的协调问题。例如《条例（2025）》包括了对大流行突发事件的定义并确定了六项标准，“大流行病公约”通过后能对大流行病突发事件的应对等问题进行补充。另一方面，“大流行病公约”可能在传统公共卫生领域与《条例》交叉，也可能弥补《条例》的不足，如完善信息通报和共享机制。“大流行病公约”可能会引入人权条约中的定期审议机制，或者纳入透明度、迅速分享信息、问责制等更有约束力和强制力的条款[47]。

此外，《世卫组织大流行协定谈判案文提案》中明确指出，缔约方认识到，

---

[42] 世界卫生组织. 根据 WHA75/(9)号决定（2022 年）提交的《国际卫生条例（2005）》拟议修正案［EB/OL］. https://apps.who.int/gb/wgihr/pdf_files/wgihr1/WGIHR_Submissions-ch.pdf., 2024-11-26.

[43] 世界卫生组织. 世界健康大会同意启动制定历史性全球协议以预防、准备和应对大流行［EB/OL］. https://www.who.int/news/item/01-12-2021-world-health-assembly-agrees-to-launch-process-to-develop-historic-global-accord-on-pandemic-prevention-preparedness-and-response., 2024-11-26.

[44] 世界卫生组织. 起草和谈判世卫组织预防、防范和应对大流行公约、协定或其他国际文书的政府间谈判机构［EB/OL］. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_(20)-ch.pdf., 2024-11-26.

[45] 国际法委员会. 第七十届会议工作报告［EB/OL］. https://legal.un.org/ilc/reports/2018/., 2024-11-26.

[46] IPPPR. 国际卫生法视角［EB/OL］. https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/05/Background-paper-16-International-treaties.pdf., 2024-11-26.

[47] 肖永平. 论推动构建人类卫生健康共同体的法治方法［J］. 东方法学，2022(4): 128.

对世卫组织大流行协定以及包括《国际卫生条例》在内的其他相关国际文书的解释应该能够相互补充、相互兼容。[48]因此，遵约监督机制、问责机制和争端解决机制的不足能通过“大流行病公约”嗣后解释加以弥补，“大流行病公约”中有强制力的条款也能相应硬化《条例》，使其更有法律约束力。

2.促进国际合作和援助

《条例》成为软条约的原因之一是缔约国履约能力不平衡，这一现状除了缔约国综合能力不同以外，WHO 也并没有补上第三世界的短板。因此，一方面 WHO 需要与其他国际组织合作，一方面也需要推动国家间的理解与合作，增加对 WHO 的财政支持，从而第三世界国家有更多资金方面的援助，提高履约能力。

第一，需要进一步推进 WHO 与其他国际机构的合作。可以考虑统筹 WHO 与 WTO 两者间的防疫政策，鉴于 WTO 频繁利用争端解决机制对公共卫生事件引发的贸易纠纷进行裁决，所以虽然只有部分《条例》涵盖的卫生措施会同时受到 SPS 协定的规制，[21]WTO 也在事实上成为国际卫生领域最具影响力的机构。[49]因此，缔约国在 SPS 协定范围内仍可积极诉诸 WTO 的争端解决机制。此外，世界银行和区域性国际银行都有设立基金项目来应对传染病治理活动，[50]WHO 可以在国际卫生事件爆发时进一步与上述国际组织合作，经相关国际组织委托，行使相关资金、物资的调度权。[51]在上述前提下，第三世界国家在卫生事件爆发时能有更多资金来履行《条例》。

第二，均衡缔约国对 WHO 的财政支持。一方面，《条例（2025）》第四十四条之二规定了资金协调机制，争取最大限度地为缔约国（特别是发展中国家缔约国）的实施需求和重点提供资金。但具体的实现路径仍然模糊，可考虑借鉴国际环境法领域“共同但有区别的责任与各自能力”原则对发展中国家加强核心能力建设提供必要的资金支持。[52]另一方面，可以考虑通过其他财政分担原则来分摊缔约国的会费，从而使 WHO 有更多可自由调度的费用。WHO 年度预算中只有 20%来自正常的会费，而赠款和专项资金占 80%。[37]后者由非政府组织提供，最终将导致少数财力雄厚的捐助者“事实上”控制了全球卫生议程。基于此，WHO 可借鉴国际货币基金组织采用的原则，将各国国民收入等因素纳入考量范围，使用衡量缔约国“在世界经济中的相对地位”的方法来确定其配额的分配。事实上，从绝对值来看，美国是对联合国财政贡献最大的国家，但从人均值来看，美国排名仅第 21 位。按全球国民总收入来看，美国财政预算的贡献率显然低于其他发

48 世界卫生组织. 世卫组织大流行协定谈判案文提案［R］. A/INB/7/3，第 25 条第 2 款.
49 刘晓红. 国际公共卫生安全全球治理的国际法之维［J］. 法学，2020(4): 25.
50 王明国. 人类卫生健康共同体的科学内涵、时代价值与构建路径［J］. 当代世界，2020(7): 38.
51 马忠法，谢迪扬. 传染病防治国际法制度的现状、缺陷与完善［J］. 安徽师范大学学报（人文社会科学版）, 2022(5): 108.
52 冯洁菡，贾唯宇. 应对大流行病的全球卫生融资问题研究——以国际卫生法律文书谈判为中心［J］. 武大国际法评论，2024(4): 15.

达国家，如挪威的人均贡献金额是美国的 9 倍。[53]因此，发达国家更需要拉动 WHO 会费的提高，来平衡年度预算，使发达国家和发展中国家一起达成可持续发展目标。

国际合作和援助需要取得进一步进展，以实现三百亿目标，实现与健康有关的可持续发展目标，并应对其他健康挑战。在 WHO 预算提高，财政分担公平的前提下，第三世界国家才能被补齐短板，能更好地履行《条约》的义务，改善全球卫生法治。

四、结语

《条例》是形式硬法、实质软法的体现，在联合国秘书处登记以及术语措辞使其在形式上具有硬法的特点，但实质上，基于民族主义思想和缔约国履约能力不平衡，条约存在遵约监督机制不足、问责机制不足和争端解决机制缺位等困境，致使《条例》屡次被违反。为应对此困境，需要通过内外两种途径使《条例》硬化。从内来看，《条例》需要进一步修缮以弥补上述问题，增加强制性条款；从外来看，可以通过“大流行病公约”进行嗣后协定的善意解释，也需要促进国际合作和援助，增加 WHO 的可调动资金以弥补发展中国家履约能力的短板。习近平主席在第七十三届世界卫生大会视频会议开幕式上重申了要“共同构建人类卫生健康共同体”。在《条例》硬法化过程中，中国需要积极与 WHO 进行合作并加以经济援助。中国既要加强本国的卫生安全保障，推动《健康中国 2030》的实施，更要带头遵守《条例》和后续的“大流行病公约”，积极加强国际法斗争，为改善其他国家和区域的健康作出贡献，积极进一步推动构建人类卫生健康共同体。

2025年中国国际法学会

[53] Brown G, Susskind D. *International cooperation during the COVID-19 pandemic*［J］. Oxford Review of Economic Policy, 2020, 36(64): 64-76.

大流行协定中病原体获取与惠益分享机制的困境与重构

王璨　金成华*

摘要：病原体获取与惠益共享机制(PABS)是全球协同应对大流行病的关键制度安排。新冠疫情暴露出《生物多样性公约》《名古屋议定书》及《大流行性流感防范框架》等现行机制在响应效率、资源分配等方面存在延迟与不公。大流行协定试图引入新的 PABS 机制，以构建更加公平、高效的国际卫生合作体系。然而，协定谈判进展缓慢，相关机制的构建仍面临主权确认与全球共享的制度张力、惠益机制难以落地、病原体遗传序列信息数据面临多重法律义务等挑战。为推动 PABS 机制的有效落地，亟需在凝聚“人类卫生健康共同体”共识基础上，完善程序公平与分配公平原则，强化制度的法律效力与可操作性。

关键词：大流行协定 病原体获取与惠益分享 国际卫生治理

一、引言

COVID-19 大流行作为全球卫生治理的范式危机，以实证方式暴露了全球卫生治理结构的诸多缺陷。[1]不仅造成全球数百万人死亡，还对全球经济、社会秩序和国家公共卫生体系造成冲击，凸显出各国在疫情应对能力上的差距。鉴于此，194 个世卫组织成员国于 2021 年启动了《大流行协定》的谈判，旨在建立更公平有效的国际卫生合作机制来预防、应对和防范大流行疾病。[2]其中病原体信息的共享，以及疫苗、治疗药物等卫生产品、技术和资金的公平可及，构成了应对突发流行传染病的关键环节。作为协定的核心创新，病原体获取与惠益分享（Pathogen Access and Benefit Sharing, 以下简称“PABS”）机制被正式提出。该机制将用于确保快速、系统和及时地分享 PABS 材料和信息，包括具有大流行潜力的病原体的生物材料以及与开发大流行相关卫生产品有关的序列信息，[3]同时为疫苗、治疗药物等卫生产品的研发建立公平的利益分配规则。然而，在全球卫生治理体系中，如何在确保病原体信息共享的同时保护各国利益及相关研发主体的合法权益，仍面临诸多法律与现实挑战。是故，研究病原体获取与惠益分享机制的制度演进与当前大流行协定谈判中相关制度设计的局限，对于完善全球卫生治

*王璨，上海大学法学院硕士研究生。
金成华，上海大学法学院副教授，上海大学法学院国际卫生法治研究中心。

[1] 参见 Gostin L O, Moon S, Meier B M. *Reimagining Global Health Governance in the Age of COVID-19*, 110 American Journal of Public Health 1615(2020).

[2] 参见 Proposal for the WHO Pandemic Agreement, INB 第十三次会议谈判文本，https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.keionline.org%2Fwp-content%2Fuploads%2FProposal_for_WHO_Pandemic_Agreement_E-Onscreen-21-February_Bureau-Proposal-03.25.2025_for-circulation.docx

[3] 同上条。

理体系、提升未来大流行病应对能力、推动构建更加公平的国际卫生秩序，具有重要意义。

二、病原体获取与惠益分享机制的国际法演变与困境

（一）PABS 机制起源：从《生物多样性公约》到 PIP 框架

《大流行协定》中的 PABS 机制设计并非首次出现。病原体样本的国际法保护起源于 1992 年《生物多样性公约》（Convention on Biological Diversity，以下简称“CBD”）的缔结。此前，在“人类共同遗产”原则主导下，生物资源丰富国承担着生态保护的高昂成本却无法公平分享遗传资源被发达国家开发利用所产生的惠益，这种权责失衡促使 CBD 确立其三大核心目标——保护生物多样性、促进遗传资源可持续利用以及实现惠益的公平合理分配。[4]病原体被视为遗传资源之一。

在此基础上，CBD 在国际法层面建构了获取与惠益分享机制（Access and Benefit-Sharing, 以下简称“ABS”）。随后，《生物多样性公约》缔约方会议（COP）多次召开，围绕病原体样本资源获取与惠益分享的国际机制等议题进行谈判，并最终于 2010 年促成了 CBD 的附加约束性议定书——《名古屋议定书》（The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity，以下简称“NP”）的通过。NP 作为 CBD 的补充性法律文件，于 2014 年正式生效，进一步细化和强化了 ABS 机制的操作规程。根据 CBD 第 15 条与 NP 第 5 条、第 6 条，缔约国基于对自然资源的永久主权，有权通过国内立法确立事先知情同意（Prior Informed Consent, PIC）程序，并要求资源利用者在共同商定条件（Mutually Agreed Terms, MAT）框架下达成获取协议。在惠益分享层面，NP 第 5 条明确要求建立货币性与非货币性补偿，其中货币性补偿包括特许权使用费、联合研发资金等直接经济对价，而非货币性补偿则涵盖技术转让、能力建设及科研成果共享等长期合作模式。[5]虽然 CBD 及 NP 框架下的 ABS 机制并未专门针对病原体资源进行规制，但其确立的遗传资源国家主权原则推动了部分国家对病原体的主权主张。部分国家依据主权原则，对流感病毒毒株的跨境流动施加限制，这一做法在一定程度上影响了国际卫生治理体系下的流感监测和疫苗研发。

2006 年 H5N1 禽流感疫情引发的国际争议，使全球卫生治理领域下的病原体共享机制争议进入国际社会视野。作为疫情重灾区的印度尼西亚援引 CBD，主张对本国境内分离出的病毒样本拥有主权，并拒绝无条件共享。这一立场挑战了此前近 60 年全球流感治理体系的既有运作模式。在此之前，WHO 下的全球流感监测网络（Global Influenza Surveillance Network, GISN）作为全球流感治理的

[4] 参见 CBD, Art.1.
[5] 参见 NP, Art.5, Art.6.

核心机制，一直依赖各国提供病毒样本，随后由世界卫生组织（WHO）协调分析，确定高风险毒株，并据此决定疫苗的生产方案。[6]2007 年印度尼西亚指控 WHO 将印尼提供的病毒样本转交给制药公司，用于研发流感疫苗；而这些企业随后对疫苗及其成分申请专利，致使发展中国家无法负担高昂的疫苗费用。这一指控后来得到了证实——GISN 实验室确实未经原始样本提供国的许可，向制药公司转移了病毒样本。[7]印尼的立场挑战了传统国际公共卫生领域的病毒共享模式，暴露出流感病毒惠益的分配不均问题[8]——发展中国家往往承担了样本提供义务，却在疫苗、药物等生物医药产品的收益分配中处于不利地位，所衍生的经济与技术利益，却多为拥有研发能力与产业优势的发达国家占有。

因此 WHO 历经四年磋商于 2011 年通过《大流行性流感防范框架》(Pandemic Influenza Preparedness Framework，以下简称“PIP 框架”），用于规范流感病毒资源的共享以及利益的公平分配。PIP 框架要求成员国向全球流感监测与响应系统（GISRS）共享具有人类大流行潜力的流感病毒。由标准材料转让协议（SMTA1）规范全球流感监测与 GISRS 内部实验室间的 PIP 生物材料转让，规范材料的处理、知识产权归属及后续共享义务。配套协议（SMTA2）则约束 GISRS 外的实体（如疫苗生产商、研究机构），明确接受方需承担的义务。[9]获得病原体的相关实体需要向 WHO 提供回报，包括疫苗、诊断工具、资金支持等，以确保全球公平应对流感大流行。

PIP 框架适用于 H5N1 病毒及其它具有大流行潜力的流感病毒[10]，其 ABS 机制的核心目标在于应对公共卫生紧急事件。需要明确的是，PIP 框架并非一个独立的 ABS 机制，而是被 CBD 和 NP 所承认并与之保持一致的专门化工具，[11]可以认为 PIP 框架在公共卫生领域对 CBD/NP 框架形成补充。但也受限于 PIP 框架的“流感”适用范围，当前对于其他病原体的跨境获取与惠益分享仍适用于 CBD 和 NP 的相关规定。

（二）既有 ABS 机制的适用困境与治理局限

尽管 ABS 机制在国际法上已形成基本的规范结构，但在面对突发性公共卫生事件时，围绕病原体的跨境获取与后续惠益分享，既有 ABS 制度均显示出明

---

[6] 参见 Irwin R. *Indonesia, H5N1, and Global Health Diplomacy*, 3 Global health governance (2010).

[7] 参见 Rourke M, Eccleston-Turner M. *The Pandemic Influenza Preparedness Framework as a 'Specialized International Access and Benefit-Sharing Instrument' under the Nagoya Protocol*, 72 N. Ir. Legal Q., 411(2021).

[8] *参见* Sedyaningsih E R, Isfandari S, Soendoro T, et al. *Towards Mutual Trust, Transparency and Equity in Virus Sharing Mechanism: The Avian Influenza Case of Indonesia,* 37 Annals Academy of Medicine Singapore 482(2008).

[9] 参见 PIP, Art. 5.4.

[10] 参见 PIP,Art.2.

[11] 参见 Rourke M. *Viruses for Sale–All Viruses are Subject to Access and Benefit Sharing Obligations under the Convention on Biological Diversity*, 69 European Intellectual Property Review 27(2017).

显的滞后性与执行乏力。因此，进一步分析现行机制在适用突发性公共卫生事件的主要困境，是理解其局限性与制度重构必要性的前提。

1、CBD 及 NP 框架的局限性

CBD 和 NP 将病原体纳入国家主权管辖下的遗传资源范畴。根据 CBD 第 15 条，国家对境内遗传资源享有永久主权。CBD 第 19 条及 NP 第 5 条、第 15 条进一步明确，惠益分享应遵循公平原则并通过国内立法实施，也就意味着国家可以援引国家主权原则拒绝分享病毒样本。该制度实质上构建了以“对价交换”为本质的获取与惠益分享机制，即由资源提供国与资源获取国通过双边协商形式完成遗传资源的转移与利益安排。并且 NP 强调双边协议作为首选的惠益共享工具。[12]这也凸显了 CBD 及 NP 在订立目标上与公共卫生治理和疾病防控的背离。公共卫生研究与疾病防控需要快速共享最新的病原体样本，并推动全球多方合作，而 CBD 及 NP 下的 ABS 机制难以实现这一目标。

并且，该制度设计下的 ABS 机制通常基于冗长的 PIC 和 MAT 的谈判过程，很可能导致病原体或其他遗传资源的获取受阻，[13]特别是在突发公共卫生事件或紧急研发需求下影响响应速度。有研究表明，[14]法国由于落实 NP 的相关立法，候选疫苗病毒在运送至制造商过程中曾被延误三个月。对突发公共卫生事件下的快速获取机制，NP 同样缺乏清晰界定，NP 第 8 条仅原则性要求“紧急情况”下，缔约方可迅速获得遗传资源，但未对此情形作出明确规定，也并未阐述简化程序的具体步骤，对于突发性公共卫生危机并无实质性帮助。

其次，根据 NP 第 6 条，缔约方通过国内措施履行 PIC 和 MAT 义务，即将该制度义务内化为本国法律框架，完成国内立法转化。这也带来了两个层面的病原体信息获取滞后。其一，各国在 ABS 法规设计与执行上的显著差异，导致跨国研究机构在获取微生物资源时必须应对不同国家立法体系下的合规问题，显著抬高了获取成本，[15]同样也会制约病原体的高效流动。对于仍受 CBD 及 NP 规制的病原体共享来说，需逐一厘清并遵守各国复杂多变的国内立法规定，不仅延误研究进度，也提高了获取与使用病原体的制度性交易成本。这种法律碎片化实质上削弱了 ABS 机制作为全球合作平台的可操作性与可预期性。其二，针对大流行性流感病毒，CBD 及 NP 与 PIP 框架的协调机制也存在缺位。若大流行性流感病毒的共享规则与各国 ABS 立法发生冲突，是否也会阻碍病毒样本的共享？在实践层面，因 NP 的实施而引发季节性流感病毒样本共享延迟的情况已多次出现。

---

[12] 参见 Muller M R. *Genetic Resources as Natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol,* Routledge, 2015, p.5-6.

[13] 参见 Lajaunie C, Morand S. *Nagoya Protocol and Infectious Diseases: Hindrance or Opportunity?,* 8 Frontiers in Public Health 238(2020).

[14] 参见 GISAID, *GISAID's Comments on the WHO Report of the Public Health Implications of Implementation of the Nagoya Protocol (2019)* https://www.gisaid.org/fileadmin/c/gisaid/files/pdfs/GISAID_Comments_DOS-10789.pdf

[15] 参见 Pauchard N. *Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and Its Protocol: What can Some Numbers Tell us about the Effectiveness of the Regulatory Regime?* 6 Resources 11(2017).

如 2018 年末东南亚和南美等部分国家流感中心，虽然根据 PIP 框架向 GISRS 及时共享病毒样本，但由于与各自国家的 ABS 立法发生冲突，不得不推迟样本的共享。[16]

由此可见，由 CBD 和 NP 规制病原体的获取与惠益分享恐不能成功，诸多学者[17]也意识到了这一点。

2、PIP 框架中 ABS 机制的局限性

PIP 框架从全球公共卫生安全的角度对流感病毒病原体信息共享作出规范，要求所有成员，包括国家机构与商业企业，均有义务共享流感病毒信息，以维护全球卫生安全。根据 PIP 规则，经 WHO 批准的成员国、药企及研究机构均可从 GISRS 实验室获取病毒样本用于疫苗研发，实质上建立了一种多边共享机制，使流感病毒遗传资源可在成员间流通，并确保疫苗研发惠益由参与方共享。

然而，PIP 框架作为一项非强制性法律文件，[18]仅依赖成员国的自愿合作，未在法律层面确立强制性的信息共享义务。其次，该框架适用范围局限，仅针对大流行性的流感病毒，未覆盖诸如冠状病毒、埃博拉病毒等非流感病原体。埃博拉和冠状病毒等仍依赖双边机制，可能导致获取延迟与公平性问题。[19]此外，WHO 作为中介在全球疫苗分配中的协调能力受限，且 PIP 框架内的利益分配条款相对模糊，致使发展中国家在疫苗可及性层面仍然面临分配不公的问题。在真正发生大流行时，用于规范商业第三方义务的 SMTA2 文件也难以有效保障其承诺的兑现。[20]COVID-19 疫情防控实践显示，高收入国家普遍囤积疫苗，而中低收入国家的疫苗获取普遍滞后 6 至 8 个月。[21]可见 PIP 框架在要求发展中国家共享病原体样本的同时，却未能建立具有强制约束力的惠益分配规则。

因此，构建具有法律约束力的多边合作机制，以实现疫苗等惠益的公平分配，已成当务之急。在此背景下，PABS 机制的设计成为大流行协定谈判的核心议题之一。

三、大流行协定中 PABS 条款的争议分析

大流行协定谈判试图通过更具强制力的病原体获取与惠益分享机制重构全球卫生治理的规则框架，将 ABS 机制升级为适用所有潜在大流行病原体的常态

---

[16] 参见 GISAID, *GISAID's Comments on the WHO Report of the Public Health Implications of Implementation of the Nagoya Protocol (2019)* https://www.gisaid.org/fileadmin/c/gisaid/files/pdfs/GISAID_Comments_DOS-10789.pdf

[17] 参见 Laird S, Wynberg R, Rourke M, et al. *Rethink the Expansion of Access and Benefit Sharing,* 367 Science 1200(2020).

[18] 参见 Sekalala S, Masud H. *Soft Law Possibilities in Global Health Law,* 49 Journal of Law, Medicine & Ethics 152(2021).

[19] 参见 Brink, Martin, et al. Bilateral vs. Multilateral-ein Vergleich der verschiedenen Konzepte zu Access and Benefit-sharing. Natur und Landschaft 99(2024), S.125-134.

[20] 参见 Rourke M F. *Access by Design, Benefits if Convenient: A Closer Look at the Pandemic Influenza Preparedness Framework's Standard Material Transfer Agreements,* 97 The Milbank Quarterly 91(2019).

[21] 参见 Hampton A R, Eccleston-Turner M, Rourke M, et al. *Equity in the Pandemic Treaty: Access and Benefit-Sharing as a Policy Device or a Rhetorical Device?* 51 Journal of Law, Medicine & Ethics 217 (2023).

化制度，将公平分配大流行相关产品作为核心内容之一。截至 2025 年 3 月，政府间谈判机构（Intergovernmental Negotiating Body, INB）已举行 13 轮正式会议，然而在第十三次会议上，关于设立 PABS 机制的具体条款仍存在较大分歧，主席团未能就多项关键内容达成一致。[22]以下部分将依据 INB 第十三次会议谈判文本，分析当前 PABS 机制构建面临的挑战。

（一）主权确认与全球共享机制之张力

大流行协定草案确认了各国对其境内病原体及相关信息的主权，并以平等原则为基础，强调惠益共享的公平性与公正性。国家在病原体资源上的主权是惠益公平分配的合法性基础。只有确立国家对病原体的主权，才能在国际卫生合作中确保发展中国家在利益分享、疫苗获取和技术转移方面享有平等地位，从而避免资源失衡和利益不均。尽管各国希望通过主张病毒主权以控制病原体的获取与利用，在一定程度上可理解为争取本国优先获取疫苗与医疗资源的现实策略，但这种以国家利益为导向的控制行为，实质上可能削弱全球病原体共享机制，进而危及全球公共健康。全球化背景下，任何一国的疫情暴发都可能迅速演变为全球性大流行，亟需各国协同应对，而非各自为政。[23]

第二，同样承认各国的主权权利，草案并未回应 CBD 及 NP 框架下 ABS 机制已披露的困境，即国家对病毒主权的控制势必面临数据共享延迟的潜在风险。依据谈判文本第十二条第 5 款规定，[24]各国在病原体出口管制及生物数据保护方面保留自主决策权。若缔约国援引国家安全或基于生物安全法规限制关键病原体样本出口，全球实时监测机制可能因此受阻，甚至使 PABS 制度在实践中趋于虚置。这种矛盾使得文本陷入与 CBD/NP 相同的困境——将主权作为利益分配的前提，却未提供主权与全球公共健康优先性的冲突解决规则。尤其是在突发公共卫生事件背景下，如何在尊重国家主权的同时，确保全球公共卫生紧急状态下的资源调配优先性，仍然缺乏明确的法律框架。

同样的制度漏洞体现在多边与双边义务竞合层面，谈判文本未明确禁止缔约国在履行向 WHO 提交样本的核心义务后，通过双边协议实施二次转让。[25]若缔约国在履行提交样本的义务后，仍可通过双边协议实施病原体转让。那么企业或其他国家可能通过双边协议获取病原体样本，而不受 PABS 的利益分享义务约

[22] 参见 Proposal for the WHO Pandemic Agreement,INB 第十三次会议谈判文本。

[23] 参见 Teo T S M. *Pathogenic Viruses as a Global Commons: The Shared Responsibility of Pandemics*, 2 Medical Law International 102(2021).

[24] 参见 Proposal for the WHO Pandemic Agreement,INB 第十三次会议谈判文本第 12 条第 5 款：“PABS 机制的执行应符合各国国内法及适用的国际法律、法规和标准，包括但不限于病原体的出口管制、生物安全、生物安保及数据保护”。

[25] Switzer S., et al. *Comments on Article 12: Pathogen Access and Benefit Sharing (PABS) of the REVISED Draft of the Negotiating Text of the WHO Pandemic Agreement*, 13th March 2024. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4760373

束，从而规避其承担的公平分享责任，这也可能导致一些欠发达国家再次被排除在惠益分享机制之外，也就背离了大流行协定的订立初衷。更有学者指出，当前的草案文本呈现出软化倾向，[26]诸多中低收入国家对条款中“应鼓励”“尽可能”等表达表示担忧，认为此类非强制性措辞可能为发达国家规避义务提供空间，[27]使PABS 机制的公平性和有效性大打折扣。

（二）惠益分享制度难以落地

PABS 的惠益分享制度是决定该机制能否真正有效运行的核心设计，也是众多国家的核心关切。病原体获取与惠益分享（PABS）机制的制度效能，本质上取决于其惠益分享条款的强制力配置与权利义务的对等性设计。当前国际社会虽在形式上就基础性惠益范畴达成共识——包括年度货币捐助以及疫苗、治疗药物与诊断工具（Vaccine, Therapeutic and Diagnostic Products, VTD）的共享承诺，但围绕具体数额的争议仍在持续。谈判文本中关于“公平、及时、可负担”的分配原则虽被普遍接受，却在转化为具体义务时遭遇阻力。

当前的主要谈判趋向要求“参与生产商需根据与 WHO 签订的法律约束合同，向 WHO 提供 20%产量的 VTD 优先获取权，其中 10%须免费提供，剩余部分按可负担价格或生产成本供应，或由 WHO 统筹调配”。[28]然而，该分配方案受到制药企业和部分发达国家的质疑，认为固定比例分配可能削弱市场激励，影响生产商积极性，从而影响 PABS 机制的可持续性。发达国家在谈判中普遍回避具有强制约束力的义务，试图通过模糊化惠益共享规则维持自身制度优势。[29]与此相对，非洲集团及埃及明确反对该立场，并主张至少 20%的疫苗储备应被纳入疫情紧急应对体系，[30]以确保发展中国家的基本防疫需求。他们的立场强调必须强制提供利益，根据需要而不是购买力分配对策，并要求中低收入国家必须参与 PABS 治理和决策过程。[31]全球南方同样认为，谈判文本在公平分配、技术共享等核心条款上的措辞日趋淡化，缺乏可操作性。[32]可见，当前达成的草案仅为“表面共识”，并未实质性回应生物资源获取与惠益红利分配之间的不对等问题，也未充分考虑不同利益主体的核心关切。

---

[26] 参见苏玉菊、李宇澜：《“大流行协定”中“获取和惠益分享”机制构建——基于全球卫生公平的视角》，载《医学与法学》2025 年第 17 期，第 15-22 页。

[27] 参见 Cranston G. *Understanding the Expectations, Positions and Ambitions of LMICs During Pandemic Treaty Negotiations, and the Factors Contributing to them*, 5 PLOS Global Public Health e0003851 (2025).

[28] 参见 Proposal for the WHO Pandemic Agreement,INB 第十三次会议谈判文本第 12 条。

[29] 参见 TWN, *Concerns over Weakening of the Pathogen Access and Benefit Sharing System,* https://www.twn.my/title2/biotk/2025/btk250201.htm.

[30] 参见 *WHO: Africa Group and Group of Equity Say “no” to Dilution of PABS Obligations*, https://www.twn.my/title2/health.info/2024/hi240905.htm.

[31] 参见 Cranston G. *Understanding the Expectations, Positions and Ambitions of LMICs During Pandemic Treaty Negotiations, and the Factors Contributing to them*, 5 PLOS Global Public Health e0003851 (2025).

[32] 参见 The South Center, *South Centre Statement at the 9th Session of the Intergovernmental Negotiating Body to Draft and Negotiate a WHO Convention, Agreement or Other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response,* https://www.southcentre.int/sc-statement-to-the-who-inb9-march-2024/

有学者认为这将使 PABS 体系具有剥削性，本质上是“以现代化的方式延续国际卫生法内在的新殖民特性”[33]。事实上这种规范软化的倾向在 COVID-19 大流行期间已显现缺陷。例如，新冠疫苗实施计划（COVAX）机制因资金短缺与供应链问题未能兑现公平分配承诺，导致全球疫苗获取出现严重不均。若 PABS 机制在未来继续回避惠益分享的制度刚性问题，其公平分配承诺恐将沦为空谈，甚至可能重蹈形式平等掩盖实质剥削的全球卫生治理旧弊。因此，为避免 PABS 机制重蹈 COVAX 失败的覆辙，未来谈判亟需在法律约束力、技术转移机制及公平分配模式上形成更具实质性的规则体系。

（三）病原体 GSD 多重法律义务风险

近年来，随着基因组测序、编辑与合成技术的快速发展，新一代测序技术显著提高了遗传信息的获取效率，并大幅压缩了相关成本，[34]数字序列信息(DSI)高度的科研与商业价值逐渐成为国际遗传资源治理中的核心关注对象。[35]2014 年西非埃博拉疫情期间，美国某制药企业基于公开数据库中获取的来自几内亚幸存者的病毒序列信息，成功开发出相关治疗药物，并据此申请百余项专利，获得可观经济回报。[36]同时，由于相关序列数据通常可通过开放平台无偿获取，研发方在利用 DSI 时并无明确的法律义务向原产国进行收益分享。由此，引发了关于 DSI 是否应纳入现有 ABS 制度的广泛争议。显然，DSI 为研究机构绕开传统 ABS 框架提供了路径，使其可通过技术手段规避获取与惠益分享义务。因此 2022 年《生物多样性公约》（CBD）缔约方大会（COP）决定建立包含遗传资源 DSI 的惠益分享机制，以推动 DSI 利用成果的公平分享，[37]该机制也于 2024 年 11 月在 COP16 会议上被正式启动。[38]

而正在谈判的大流行协定拟通过 PABS 将具有大流行潜力的病原体样本及其遗传序列数据（GSD）一并纳入规制范围。DSI 和 GSD 在当前国际条约谈判中含义基本相同。[39]那么该机制在目标与功能上与 CBD 下的 DSI 惠益分享机制存在交叉与重叠，可能引发制度适用争议。研究指出[40],当前涉及 DSI 惠益分享的国际制度体系高度碎片化，不同机制由国家、区域组织及全球机构分别主导，缺

[33] 参见 Ramakrishnan N. *Bio-surveillance as One Health: A Critique of Recent Definitions and Policy Initiatives*, 66 Development 215 (2023).
[34] 参见 Halewood M. *New Rules for Sharing Benefits from the Use of Digital Sequence Information,* 67 The Nucleus 5(2024).
[35] 参见 Heather JM, Chain B. *The Sequence of Sequencers: The History of Sequencing DNA,* 107 Genomics 1(2016).
[36] 参见 Bagley M A. *“Just” Sharing: The Virtues of Digital Sequence Information Benefit-Sharing for the Common Good*, 63 Harvard International Law Journal 1(2022).
[37] 参见《生物多样性公约缔约方大会通过的决定 15/9. 遗传资源数字序列信息》，https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-15/cop-15-dec-09-zh.pdf
[38] 参见《2024 年 11 月 1 日生物多样性公约缔约方大会通过的决定 16/2. 遗传资源数字序列信息》，https://ww w.cbd.int/doc/decisions/cop-16/cop-16-dec-02-zh.pdf
[39] 参见 Gaffney J, Tibebu R, Bart R, et al. *Open Access to Genetic Sequence Data Maximizes Value to Scientists, Farmers, and Society,* 26 Global Food Security 100411(2020).
[40] 参见 Berman A, Van Vooren B. *Access and Benefit Sharing: Streamlining Legal Frameworks for Global Health Equity,* 3 BMJ Public Health 1(2025).

乏统一的协调框架。WHO 和 CBD 关于 DSI/GSD 机制的适用缺乏实质性协同与对话。[41]

四、病原体获取与惠益分享机制的完善路径

从前文分析可见，当前大流行协定中关于 PABS 机制的谈判文本仍存在主权与全球共享的冲突、惠益分享难以落地和与其他国际条约的适用关系等问题，若无法在制度设计层面加以回应，不仅将削弱该机制的实际效能，也可能在未来公共卫生危机中埋下制度性隐患。鉴于此，本文认为，后续协定谈判亟须从以下几个方面进一步完善与推进。

（一）推进深化人类卫生健康共同体理念

人类卫生健康共同体是为处理全球公共卫生危机贡献的中国智慧。该理念是习近平总书记在全球公共卫生危机背景下提出的重要思想，展现了人类命运共同体在维护人类生命权益和健康权益方面的具体实践。[42]该理念深刻认识到，地球是一个统一的病菌池，全人类的安危与命运息息相关。[43]人类健康权作为普遍性人权，强调每个人在面对健康威胁时都应享有平等的医疗保障和资源获取权。在全球卫生危机中，这一权利不仅仅是国家内部事务，更是全球共同的责任。任何国家若未能保障人民的健康权，都会影响全球卫生体系的稳定与公正。而人类卫生健康共同体理念为全球化时代下的全球卫生治理提供了路径。人类卫生健康共同体倡导团结协作的治理方式，坚持国家不分大小、一律平等的基本原则，支持国际组织在全球公共卫生治理实践中起到积极作用，是着眼全球解决卫生健康问题的现实指向。[44]

当前大流行协定谈判中，PABS 机制的制度困境，实质上折射出国家利益与健康权作为普遍性人权的规范价值冲突。技术先进国家基于对全球卫生治理主导权的战略考量，不断模糊惠益分享机制以维护其国家利益。而发展中国家，受限于技术能力薄弱、科研转化与生产体系不健全，其制度诉求集中于构建公平合理的全球资源与技术共享机制。然与各国国家利益相对立的是人类健康权的普遍性需求。所有国家和人民都应平等享有健康资源的获取权。在全球化背景下，传染病的传播不受国界限制，往往迅速在全球范围内扩散。全球卫生危机，尤其是大流行病的爆发，迫切要求突破传统的国家利益框架，推动全球合作。因此，尽管各方围绕自身利益展开激烈博弈，但从全球公共卫生治理的角度来看，大流行病的防控最终关乎全人类的健康权。因此，为了推动谈判顺利进行，必须不断推进

---

41 参见 Hampton A R. *The Future of Access and Benefit-Sharing (ABS) in Global Health*，2024 Global Health Cases ghcs20240005(2024).

42 参见郭玉宇：《中国医学伦理学在推进人类命运共同体进程中的历史责任》，载《中国医学伦理学》2025 年第 38 期，第 95-102 页。

43 参见龚向前、樊亚涵：《人类卫生健康共同体构建的国际法路径与中国方案》，载《中州学刊》2022 年，第 44-51 页。

44 参见郭玉宇：《中国医学伦理学在推进人类命运共同体进程中的历史责任》，载《中国医学伦理学》2025 年第 38 期，第 95-102 页。

深化人类卫生健康共同体理念，以人类健康权为本，推动全球合作与资源共享的公平性。

（二）推动落实程序公平与分配公平

国际法中的公平是动态、多层次的工具，既服务于个案正义，也承载全球资源分配的道德诉求。[45]公平原则已经成为国际法的重要组成部分，[46]贯穿于环境法、贸易法、人权法及全球卫生治理等多个制度体系之中。在大流行协定的谈判中，公平原则不仅被明确作为协定确立的核心目标之一，也应成为制度设计与条款协商的内在逻辑依据。

公平并不仅仅意味着结果上的资源公平分配，更体现在各方对话权利的平等与参与能力的保障上。尤其在当前大流行协定的谈判进程中，低收入和中等收入国家（LMICs）由于技术、资金和人力资源的限制，在并行条文协商过程中往往被边缘化，难以对关键性制度条款的制定施加实质性影响。[47]当前南北国家在惠益分享制度等谈判中争执不下，对于资源控制、技术垄断与知识产权安排等方面的分歧仍然存在，若缺乏透明、公正的协商程序作为前提基础，任何关于公平分配的承诺都将失去可信基础。

是故，在协定谈判中，各方意见均需得到充分表达并形成有效反馈，推动各方在互利基础上达成妥协，以程序公平推动公平谈判文本的达成。公平的制度建构，根本上是一种政治过程，[48]其成果源于对差异性利益的协调与融合，而非对少数强势国家偏好或技术话语的简单叠加。因此，大流行协定若欲真正服务于全球卫生公共利益，就必须回归公平的本质要求——不仅是分配规则的对等，更是协商过程的平衡与正义。

（三）强化 PABS 机制的法律效力与可操作性

在当前大流行协定谈判中，病原体获取与惠益分享机制的文本尚未充分回应国家主权原则对病原体信息及时共享的造成的挑战。虽然确认了各国在其境内病原体和相关数据上的主权，但未对由此造成的共享义务架空和数据共享延迟作出讨论。是故，谈判应进一步明确国家主权在病原体信息管理中的行使边界，或设立例外情形，以平衡国家利益与全球公共卫生安全。

其次，如前所述大流行协定虽然是一个多边协议，但目前对 PABS 机制适用的病原体范围、[49]数据类型和适用场景等并未明晰，面临被双边协议架空的风险。

---

[45] 参见 Janis M W. *The Ambiguity of Equity in International Law,* 9 Brook. J. Int'l L. 7(1983).

[46] 参见 Hampton A R, Eccleston-Turner M, Rourke M, et al. *Equity'in the Pandemic Treaty: The False Hope of Access and Benefit-Sharing,* 72 International & Comparative Law Quarterly 909(2023).

[47] 参见 Sekalala S, Lake S, Hodges S, et al. *Navigating Time Equity: Balancing Urgency and Inclusivity in Pandemic Treaty Negotiations*, 4 PLOS Global Public Health e0003118(2024).

[48] 参见 Ojiako C P, Shaweno T, Dereje N, et al. *The Complexities of Global Health Negotiations: Power Dynamics and the Politics of the Pandemic Agreement,* 4 PLOS Global Public Health e0003841(2024).

[49] 参见苏玉菊、李宇澜：《“大流行协定”中“获取和惠益分享”机制构建——基于全球卫生公平的视角》，载《医学与法学》2025 年第 17 期，第 15-22 页。

且文本措辞不断软化，导致部分条款缺乏法律效力或可操作性。PABS 的成功实施需要依托一个稳定、透明且可操作的多边合作框架，以促进公平获取病原体信息并确保惠益合理分配。因此，应在后续谈判文本或配套的 PABS 专门文书中，对其适用范围及运作机制进行明确界定，从而增强该机制的法律效力与可操作性。进一步而言，对 PABS 机制适用范围的清晰界定，也有助于协调大流行协定与《生物多样性公约》及《名古屋议定书》等现有 ABS 工具之间的关系，推动不同国际规则之间的制度一致性与相互支持，避免制度竞合和法律适用的冲突。[50]

此外，现行谈判文本应对惠益分享制度设计进行明晰，确保其在全球卫生治理的法律框架下具备可操作性和法律效力。为协调病原体提供国与疫苗生产国、发展中国家与发达国家的利益分歧，WHO 是否能够依据“共同但有区别的责任”原则，进行差异化义务分层，多元化责任承担的制度设计。例如考虑建立基于疫情风险评估、卫生基础设施水平及国家贡献度的多元指标体系，明确病原体提供国获得最低比例疫苗保障的法律权利。

五、结语

大流行协定中 PABS 机制的建立背后承载着共建人类健康共同体的美好愿景。制定并签署一套强有力且真正公平的病原体获取与惠益分享条款，并非出于善意或慈善行为。这是一种科学行为，一种安全举措，也是一种自身利益的体现。[51]在当今全球深度连接的时代，个人的健康取决于所有人的健康。推动病原体获取与惠益分享机制，不仅有助于遏制当前及未来可能出现的大流行病，更是维护全球公共卫生安全的必然选择。当前 WHO 虽完成对 PABS 机制的构建，但已然迈出了重要一步。

Abstract： The pathogen access and benefit-sharing (PABS) mechanism is a key institutional tool for fostering global cooperation in pandemic response. The COVID-19 exposed significant limitations in existing frameworks—such as the Convention on Biological Diversity, the Nagoya Protocol, and the Pandemic Influenza Preparedness Framework—notably delays in response and inequities in benefit distribution. The proposed Pandemic Agreement aims to establish a new PABS mechanism to promote a fairer and more effective system for international health collaboration. However, negotiations have been slow, and the mechanism faces a range of challenges, including

[50] 参见 Walckiers P, Frison C, Aubry S. *A Roadmap to Equity in Pandemic Preparedness, Prevention and Response,* 14 Journal of Global Health 03031(2024).

[51] 参见 Lancet T. *The Pandemic Treaty: Shameful and Unjust*. 403 Lancet (London, England) 781 (2024).

tensions between national sovereignty and global sharing, practical difficulties in the implementation of benefit sharing, and legal ambiguities surrounding pathogen-related genetic sequence data. To ensure the effective implementation of PABS, it is crucial to build consensus of a “Global community of health for all,” strengthen both procedural and distributive justice, and enhance the mechanism’s legal enforceability and operational feasibility.

Keywords: Pandemic Agreement；Pathogen Access and Benefit-Sharing；Global Health Governance.

2025年中国国际法学会年会

广义对世义务诉讼在国际法院的实现路径和发展趋势

何耀星*

摘要：广义对世义务诉讼包括“对世义务”诉讼和“对所有缔约国适用的义务”诉讼，特点在于即使是非受害国，也拥有合法的诉讼资格向国际法院提起诉讼。近年国际法院审理大量相关“对所有缔约国适用的义务”案件，但法院和学界对于该义务的认定标准并不清晰和统一。本文提出一般制度、特别制度和发挥独特作用的争议解决条款这三种途径。一般制度的核心是判断多边条约“共同利益”的存在，需考察该条约是否存在缔约国在非受损情形下的积极义务条款；特别制度的重点在于案件情势本身的严重性；争议解决条款则应认识其可以独立于“对所有缔约国适用的义务”作为给予非受害国以诉讼资格的依据。为揭示广义对世义务出现和发展的原因，本文论述了广义对世义务与“国际社会本位”的国际法秩序相互推动的互动关系。最后结合最近的尼加拉瓜诉德国案，指出“对所有缔约国适用的义务”的扩张趋势和在“货币黄金原则”下的潜在阻碍，探讨该义务的未来发展。

关键词：对世义务；对所有缔约国适用的义务；诉讼资格；争议解决条款；国际社会。

引　言

2024 年 1 月 26 日，国际法院（以下简称“法院”）发布了一项临时措施，确认南非在“南非诉以色列案”中，作为非受害国，基于“对所有缔约国适用的义务”（Obligation *Erga Omnes Partes*）的法律依据，具有将该争端提交给法院的诉权（Standing）。该案为法院第三次明确基于该依据给予一国诉权，标志着“所有缔约国适用的义务”诉讼在国际法领域中逐渐成熟并确立。2024 年 3 月 1 日，尼加拉瓜向法院提起诉讼指控德国涉嫌向正在实施种族灭绝的以色列进行军事援助，这表明国际社会各国特别是广大发展中国家，正借助“对所有缔约国适用的义务”，以一种前所未有的活跃姿态参与到国际法义务的监督和执行中。

继 2009 年参加国际法院科索沃咨询意见口头程序后，我国近年来在国际司法实践中的参与日益频繁：2023 年外交部条法司司长马新民代表中国在国际海洋法法庭涉气候变化咨询意见案口头程序中进行陈述，阐述中国关于管辖权、国际气候变化法以及国际海洋法问题的立场。2024 年 2 月 22 日，马新民再次代表中国在国际法院巴勒斯坦被占领土问题咨询意见案口头程序中发表陈述，介绍中国关于法院咨询管辖权、民族自决、使用武力法和国际人道法等法律问题的观点

* 何耀星，武汉大学中国边界与海洋研究院硕士生。通信地址：湖北省武汉市武昌区武汉大学中国边界与海洋研究院 430072；电子邮件：hyx20091218@163.com。

和主张。

然而，尽管“对所有缔约国适用的义务”诉讼在国际法领域的地位日益稳固，我国对于该领域的研究仍相对不足，且在对该类型诉讼的认定标准上存在认知的模糊性。本文旨在通过回顾历年来相关的国际法案件，构建一套系统的、可操作性的以“对所有缔约国适用的义务”为依据提起诉讼的法律框架：排除错误的认定标准，创新性的从条约积极义务条款角度出发，揭示“对所有缔约国适用的义务”的本质要求。同时，结合最新法院实践，本文将探讨“对所有缔约国适用的的义务”诉讼的未来发展趋势。深入理解并科学运用“对所有缔约国适用的义务”，对于我国以更加积极的大国姿态参与国际法实践，明确表达中国立场和中国观点，为国际问题的治理贡献中国智慧和中国方案，坚定捍卫我国国家利益及维护世界和平与安全具有重要意义。

一、国际法院对于广义对世义务诉讼的态度转变

本文所指的广义对世义务诉讼包含两种诉讼类型，即“对世义务”（Obligation *Erga Omnes*）诉讼和“对所有缔约国适用的义务”（Obligation *Erga Omnes Partes*）诉讼。国际法院对于广义对世义务诉讼的态度可以大致分为两个阶段：第一个阶段，从否定到肯定；第二个阶段，重心从对世义务转移到“对所有缔约国适用的义务”。

（一）从集体诉讼(Actio Popularis)到“对世义务”(Obligation Erga Omnes)

根据国家对国际不法行为责任的条款草案（以下简称“草案”）第 42 条，[1]当一国违反国际法义务，且该不法行为对另一国造成损害（Injury）或者特别影响（Specially Affected），则该国可以作为受害国或者受特别影响国（Injured States or Specially Affected States）来援引另一国的责任。这是国际法中一国获得诉讼资格（Standing or *locus standi*，也翻译为诉权或诉讼地位）的传统途径，在大多数情况下甚至是关乎案件可受理的必要条件[2]。从另一角度来分析，提起诉讼的国家需和所指控行为存在领土、国籍或其他形式的联系（Link）。[3]例如本国领土被他国军队侵略，或本国国民的权利在他国受到损害。

广义对世义务诉讼之所以引起广泛争议，在于其创设了“非受害国”也有权向国际法院提起诉讼的新型诉讼形式，使一国可以指控与其距离万里的另一国违反国际法义务，即使所指控的行为没有对本国造成任何损害或特殊影响。冈比亚诉

[1] International Law Commission [**ILC**], *Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, Article 42, U.N. Doc. A/56/10 (2001) [**ILC, ARSIWA**].

[2] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*, 1949 Report of the International Court of Justice, 181-2, April 11.

[3] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia v. Myanmar), Dissenting Opinion of Judge Xue, 2022 Report of the International Court of Justice, ¶ 8, July 22 [**Gambia v. Myanmar**].

缅甸案[4]和南非诉以色列[5]案即符合此类情况，两起诉国所指控的种族灭绝行为并未对两起诉国造成任何实质影响。

然而，在五十余年前的西南非洲案，国际法院对于给予非受害国诉讼地位持犹豫保守态度，并拒绝将集体诉讼（*Actio Popularis*）引入国际法领域。4 年后，国际法院即在巴塞罗那电车案中给出了完全相反的意见，本文将首先回顾这一转变历程。

1.西南非洲案：对于集体诉讼的否定态度

1884 年—1915 年，“西南非洲”（South West Africa，现纳米比亚）是指位于非洲西南部的一片德属殖民地。经过一战中的西南非洲运动，当时的“南非联邦”（Union of South Africa，现南非共和国）在凡尔赛合约和国际联盟（以下简称“国联”）体系下被确认为该地区的委任统治国，负责行政管理。二战后联合国建立，该领土本应成为联合国托管领土，但受到南非的阻挠和拒绝。[6]

1960 年，埃塞俄比亚和利比里亚分别向国际法院提起诉讼，[7]指控南非在西南非洲问题上违反《国际联盟盟约》和《关于德属西南非洲领土的委任统治协定》（以下简称“委任统治协定”）相关条款，没有履行作为委任统治国的义务，并且对该领土上的居民实施种族隔离措施。两国将该委任统治协定的争议解决条款（Compromissory Clause）[8]作为提起诉讼的管辖权依据。

两国在此次诉讼中的争议焦点是针对争议解决条款的条约解释，即该争议解决条款是否只有在涉及起诉国本国个体利益的条款被违反的情况下，才能给予该国合法的诉讼资格。[9]如果给予埃塞俄比亚和利比里亚两国以诉讼资格——南非对于领土托管事项并没有影响这两国的自身利益，可能会被认为国际法院实质上承认集体诉讼[10]的存在。国际法院在该案中对于集体诉讼制度做出了评价：该项制度可能在某些国内法已经闻名，但是在国际法领域不是这样——它还不足以构成规约 38 条意义上的一般法律原则以引入国际法体系。[11]

---

[4] Gambia v. Myanmar, *Judgment*.

[5] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (South Africa v. Israel), Order, 2024 International Court of Justice, Jan. 26 [**South Africa v. Israel**].

[6] Christof Heyns & Magnus Killander, *South West Africa/Namibia (Advisory Opinions and Judgments)*, para 9, Max Planck Encyclopedias of International Law (Mar. 2007), https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e209?rskey=oUSDFV&result=2&prd=OPIL [**Heyns & Killander (2007)**] .

[7] *South West Africa* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, 1962 Report of the International Court of Justice, 322-3, Dec. 21 [**South West Africa**].

[8] 国际联盟《关于德属西南非洲领土的委任统治协定》第七条：“委任统治国同意，如果委任统治国和国际联盟另一成员国之间在委任统治条款的解释或适用方面发生任何争端，如果不能通过谈判解决，则应提交《国际联盟盟约》第十四条规定的常设国际法院。”

[9] South West Africa, Second Phase, *Judgment*, ¶ 63; Pok Yin S. Chow, On Obligations Erga Omnes Partes, 52 ***Georgetown Journal of International Law*** 469, 477 (2021) [**Chow (2021)**]. 要特别注意的是，无论是 1962 年还是 1966 年的判决。国际法院始终是在通过条约内的争议解决条款来处理诉讼资格问题，并没有讨论对世义务的问题。

[10] South West Africa, Second Phase, *Judgment*, ¶ 88. 集体诉讼指“一个社区的任何成员有权采取法律手段捍卫公共利益”。

[11] Ibid.

纵观该案诉讼程序，国际法院对于是否给予两国诉讼资格这一问题表现出极大的分裂性：1962 年，国际法院在第一阶段判决中仅仅以 8 票比 7 票达成多数意见，认为两国在此次争端中有合法的诉讼资格[12]，并且该意见受到 Spender 和 Fitzmaurice 两位法官的联合反对[13]。四年后的第二阶段判决中，针对同一问题的赞成票和反对票再次打成 7-7 平，最后由当时的主席 Spender 法官投出决定性的一票——反对票。[14]国际法院最终认定埃塞俄比亚和利比里亚对于该诉讼的主体事项没有合法利益（legal interest），没有诉讼资格提起相关主张。

两次判决的票型都为 8-7，体现出国际法院在是否给予非受害国以诉讼资格的问题上十分犹豫，并最终采取了否定态度。在如此分化的意见下，该项判决受到国际社会尤其是发展中国家的广泛批评。[15]国际法院法官薛捍勤回顾该案评价说："这种司法拒绝引起各联合国会员国对法院的强烈愤慨，严重损害法院声誉。"[16]面临巨大国际社会压力，以及本身对于该问题的摇摆不定，或许是国际法院仅在四年后就及时"纠错"的原因。

2.巴塞罗那电车案："对世义务"的历史性声明

在巴塞罗那电车案中，国际法院需要审理的问题是，一家加拿大公司被西班牙法院宣布破产，比利时是否可以代表该公司的一位比利时股东向西班牙索赔。[17]法院指出，该问题的核心在于比利时是否有权对该比利时股东行使外交保护，即使该公司的国籍为加拿大。[18]在进入对于案情的实质分析之前，法院首先对一国在外交保护领域对另一国的义务和面向整个国际社会的义务进行对比分析：指出后者的不同在于它是全体国家的关切，每一国都对其中权利的保护含有法律利益，这种义务叫做对世义务。[19]例如，防止侵略、禁止种族灭绝，以及对于基本人权（Basic Rights of the Human Person）的保护，像阻止奴隶制和种族歧视，都属于对世义务的范畴。[20]

这一段论述被学界[21]广泛认为是对于 4 年前西南非洲案的纠错：所有国家包括非受害国，作为国际社会整体的成员之一，有权援引违反对世义务的责任，[22]即有合法的诉讼资格。不过也有学者和法官认为，[23]判决并没有明确阐释对世义务和诉讼资格之间的关系，各国应当履行对世义务并不代表在非受损的情况下有

[12] South West Africa, Preliminary Objections, *Judgment*, 343.
[13] South West Africa, Preliminary Objections, *Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice*, 550-4.
[14]South West Africa, Second Phase, *Judgment*, ¶ 100.
[15] Heyns & Killander (2007), para 58.
[16] South Africa v. Israel, Order, *Declaration of Judge Xue*, ¶ 3.
[17] *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, 1970 Report of the International Court of Justice [I.C.J. Rep.], ¶ 28, Feb.5 [**Barcelona Traction**].
[18] Barcelona Traction, *Judgment*, ¶ 32.
[19] Barcelona Traction, *Judgment*, ¶ 33.
[20] Barcelona Traction, *Judgment*, ¶ 34.
[21] Alaa Hachem et al., A New Tool for Enforcing Human Rights: Erga Omnes Partes Standing, 61 ***Columbia Journal of Transnational Law***, manuscript p. 17-18 footnote 44 (Forthcoming 2024) [**Hachem et al. (2024)**].
[22] ILC, ARSIWA, p. 127.
[23] Chow (2021), p. 481-2; The Gambia v. Myanmar, *Dissenting Opinion of Judge Xue*, ¶ 34-5.

权对他国违反对世义务提起诉讼。

其实，从该案对于外交保护领域的论述来看，法院隐晦的表达了两者的关系。法院认为，外交保护所指向的义务和对世义务是两种不同类别的义务：每一个国家都对履行对世义务上有法律利益，然而并非所有国家都对履行外交保护所指向的义务有法律利益。如果起诉国对于违反外交保护所指向的义务提出主张（Bring a Claim），还需要满足“存在国际不法行为”和“受损者是其国民”两个条件。[24]因此，法院的重点在于两者义务被违反的情况下，有权援引责任的国家的范围存在不同，同时，法院并无意图将诉讼，这一最为关键的救济手段，排除在对世义务的范畴之外。综上所述，巴塞罗那电车案给非受害国获取诉讼资格开辟了一条可能的、理论上的通道，完成了从否定到肯定的转变。

3.巴塞罗那电车案之后：对于对世义务的谨慎态度

回顾巴塞罗那电车案后所有有关对世义务的案件，可以发现对世义务的范围在不断扩大：人民自决[25]，人道主义法[26]，对于海洋的共同保护[27]被相继纳入对世义务的范畴。然而，国际法院从未明确依据对世义务给予起诉国诉讼资格。[28]法院在论述这些对世义务时或是在强调该义务世界各国都必须履行[29]，或是在阐述其不能替代管辖权的建立[30]，都没有直接指明对世义务可以给予诉讼资格。

此外，对于对世义务的认定标准也十分模糊。根据巴塞罗那电车案的论述，[31]“考虑到涉及权利的重要性”，所有国家对于保护这些权利都有法律利益。这表明对世义务的衡量标准是“重要性”。从上述被普遍接受的对世义务清单可以看出，目前的对世义务大多属于强行法（*Jus Cogens*）[32]，但其实两者属于完全不同的概念，只是在外延上有所重合[33]。如果认为强行法才属于对世义务，则针对“重要性”的要求过高，局限了对世义务的范围。因此，若要判断某一项义务是不是对世义务，只能和国际法院已经给出的清单进行“重要性”的比较，而无法做出更清晰的

---

[24] Barcelona Traction, *Judgment*, ¶ 35.

[25] *East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment, 1995 Report of the International Court of Justice, ¶ 29, June 30 [**East Timor**].

[26] *Legal Consequences of Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 Report of the International Court of Justice, ¶ 157 July 9 [**Wall Opinion**].

[27] *Responsibilities and Obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area*, Advisory Opinion, 2011 International Tribunal for the Law of the Sea Reports, ¶ 180, Feb 1; *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, 2014 Report of the International Court of Justice, ¶ 56, Mar. [31] [**Whaling Case**]. 确切的说，国际法院于捕鲸案确认的是案涉公约《国际捕鲸管制公约》包含“对所有缔约国的义务”。

[28] Gambia v. Myanmar, *Dissenting Opinion of Judge Xue*, ¶ 38.

[29] Wall Opinion, ¶ 157.

[30] East Timor, *Judgment*, ¶ 29.

[31] Barcelona Traction, *Judgment*, ¶ 34.

[32] ILC, *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens)*, conclusion 23, U.N. Doc. A/77/10 (2022) [**ILC, Draft conclusion on jus cogens**]. 目前被广泛承认的对世义务都在国际法委员会所给出的强行法清单内：禁止侵略；禁止种族灭绝；禁止危害人类罪；国际人道主义法的基本规则；禁止种族歧视和种族隔离；禁止奴隶制；禁止酷刑；人民自决权。

[33] ILC, *Draft conclusion on jus cogens*, p. 66. “例如,某些与共同空间有关的规则,尤其是共同遗产制度，无论是否具有强行法地位，均可产生普遍义务。”

推断。综合以上表明，国际法院在对于“如何衡量这种重要性”、“重要性要达到什么样的程度”等更具有操作性的问题上没有给予更多指导。

无论是没有在案件中明确依据对世义务给予诉讼资格，还是模糊化对世义务的标准，两者都说明国际法院在对世义务领域是十分克制的。自 2012 年或引渡或起诉案[34]开始，国际法院的重心从对世义务逐渐转向为“对所有缔约国适用的义务”。

（二）从对世义务到“对所有缔约国适用的义务”(Obligation Erga Omnes Partes)

“对所有缔约国适用的义务”和对世义务之间的差异主要在于存在形式和约束对象。“对所有缔约国适用的义务”存在于多边条约中，保护该条约中各缔约国的共同利益（Common Interest）。[35]对世义务则不仅存在于条约法，也以习惯法的形式存在，其保护的是整个国际社会的共同利益。[36]若多边条约的缔约国违反了“对所有缔约国适用的义务”，则其他任何缔约国，无论是否受损或受直接影响，都有权援引该国的责任。

近年来，多个非受害国向国际法院提起了以“对所有缔约国适用的义务”为违法性基础的诉讼，如 2012 年比利时诉塞内加尔案[37]，2022 年冈比亚诉缅甸案[38]，2023 年加拿大和荷兰诉叙利亚案[39]，2024 年南非诉以色列案[40]和尼加拉瓜诉德国案[41]。问题在于，国际法院对于“对所有缔约国适用的义务”的认定标准同样是模糊和不清晰的。本文将通过回顾现有案件，总结出一套具体可操作的框架，为判断“对所有缔约国适用的义务”提供帮助。

二、以“对所有缔约国适用的义务”提起诉讼的法律框架

非受害国若向国际法院提起有关“对所有缔约国适用的义务”的诉讼并被法院认为有合法诉讼资格，需要诸多条件。首要是证明所指控义务属于“对所有缔约国适用的义务”。案涉公约需要以对共同利益的保护为目的，且案涉义务不能与保护共同利益相抵触。这是近几年来国际法院在审理“对所有缔约国适用的义务”诉讼中所一贯遵循的思路，因此笔者称之为“一般制度”。

除一般制度外，薛捍勤法官在南非诉以色列案中暗示，案涉情势本身的严重性也是给予非受害国以诉讼资格的原因之一，因此笔者称为“特别制度”。

---

[34] *Question relating to the obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment, 2012 Report of the International Court of Justice, July 20 [**Belgium v. Senegal**].
[35] ILC, *ARSIWA*, p. 126; Institut de Droit International, Obligations Erga Omnes in International Law, Article 1 (2005).
[36] Chow (2021), p. 487.
[37] Belgium v. Senegal, *Judgment*, ¶ 70.
[38] Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 114.
[39] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Canada & Netherlands v. Syria), Order, 2023 Report of the International Court of Justice, ¶ 50 Nov. 16 [**Canada & Netherlands v. Syria**].
[40] South Africa v. Israel, *Order*, ¶ 33-34.
[41] *Alleged Breaches of Certain International Obligations in Respect of the Occupied Palestinian Territory* (Nicaragua v. Germany), Order, 2024 Report of the International Court of Justice, ¶ 2, April 30 [**Nicaragua v. Germany**].

最后，本部分将重点论述争议解决条款在“对所有缔约国适用的义务”中所发挥的双重作用。争议解决条款常被起诉国援引以建立国际法院的管辖权，但常被忽视的是部分特定的争议解决条款同时也可以给予起诉国合法的诉讼资格。在“给予诉讼资格”方面，争议解决条款和“对所有缔约国适用的义务”是非受害国可以同时援引的依据，两者互相独立且可以并存。

（一）一般制度：“对所有缔约国适用的义务”的成立条件

1.以对共同利益（Common Interest）的保护为目的

判断“对所有缔约国适用的义务”是否存在，首要是通过条约的目的和宗旨来判断该条约是否旨在创设和保护共同利益。[42]例如，在捕鲸案中，条约的序言明确提到“尽速实现鲸类资源达到最适当的水平，是共同的利益”，“为了保护鲸类及其后代丰富的天然资源，是全世界各国的利益”[43]。如果论证到此为止，那么几乎所有条约都创设了共同利益，都包含“对所有缔约国适用的义务”。因为所有多边条约的目的和宗旨都表达了所有缔约国想要共同保护和追求的利益和价值。那么，是否存在其他标准？本部分将首先回顾关于《防止和惩治灭绝种族罪公约》（以下简称灭种公约）保留问题的咨询意见。第二，以灭种公约和禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约（以下简称为酷刑公约）的条约结构为重心，给共同利益的认定提供合理的标准。

（1）个体利益的不存在并非共同利益存在的必要条件

在关于《防止和惩治灭绝种族罪公约》保留问题的咨询意见（以下简称“咨询意见”）[44]中，国际法院指出，“在这样一个公约（即灭种公约）里，各缔约国没有任何他们自己的利益，他们只是有一个共同利益，即实现作为公约存在理由的崇高目标。总之，这种类型的公约不和国家的个体利益或害处相关，也不是维持一种合同式的权利与义务的平衡。”比利时诉塞内加尔案[45]和缅甸案[46]两案中，国际法院引用该段来辅助证明灭种公约和酷刑公约创设了共同利益，包含“对所有缔约国适用的义务”。

由此或许可以推断，如果一个多边公约的目的和宗旨仅仅是实现共同利益，即一种共同价值和崇高目标，而非为了实现各个缔约国的个体利益，那么该公约可以被认为创造了共同利益，包含“对所有缔约国适用的义务”。但是，这个评判标准存在一个问题：没有各缔约国的个体利益仅是灭种公约的特殊特征，并不是对世义务的衡量标准。该结论可以从咨询意见中“问题的解决办法必须从该公约的特征中得出”、“事实上，很难想象有哪项公约会在更大程度上具有这种双重特

[42] Hachem et al. (2024), manuscript p. 31; Chow (2021), p. 496.
[43] Whaling Case, *Judgment*, ¶ 56.
[44] *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951 Report of the International Court of Justice, p. 23, May 28 [**Reservation to the Genocide Convention Opinion**].
[45] Belgium v. Senegal, *Judgment*, ¶ 68.
[46] Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 107.

性（保障人类群体的生存和维护最基础的道德原则）”[47]等诸多表述得出。因为咨询意见通过论述灭种公约的特征来讨论的问题为是否可以对该公约做出保留，而非是否可以给予各缔约国诉讼资格。国际法院虽然在论述“对所有缔约国适用的义务”时引用了该标准，但是重点在于“实现各缔约国的共同目标”，而非“各缔约国在条约中没有任何自身利益”。综上所述，条约是否存在保障缔约国个体利益的条款并不是判断是否存在“对所有缔约国适用的义务”的标准。

（2）缔约国在非受损情形下的积极义务条款系判断共同利益的充分条件

要判断一个条约是否旨在创设共同利益，应考察其序言，设计和结构，以及保障目的和宗旨实现的权利义务条款。[48]比利时诉塞内加尔案中，国际法院认为，酷刑公约的目的是在全球范围内阻止酷刑行为发生，如果发生，则行为人不能免受处罚。[49]该条约规定，缔约国有义务进行事前调查[50]，如果案发，任何国家有义务提交案件给有关部门，[51]不论行为人国籍和案件发生地。这表明，为实现遏制酷刑等非人道行为的条约目的，各缔约国需履行事先调查、及时报告等积极义务，从而真正促进共同利益的实现。冈比亚诉缅甸案中的灭种公约更是如此，法院强调该条约规定各缔约国应履行阻止、遏制种族灭绝行为并对其进行惩罚的积极义务[52]，在全球范围内进行合作，[53]达成尽可能消除种族灭绝现象的条约目的。

这些义务与国际法传统双边关系中的义务不同，[54]不以领土或国籍等传统联系为启动的限制条件，而是要求各国在全球范围内积极行动以履行义务，以促进共同利益的实现。因此，即使一个多边条约存在一个共同的价值和目标，如果各缔约国在自己并没有受损或受特别影响的情况下，并不需要履行积极义务来促进公约的目的和宗旨的实现，则该公约不能被认为创设了共同利益，不能说其包含“对所有缔约国适用的义务”。

以“日内瓦四公约”的共同第一条为例：“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。”[55]“任何情形”下尊重和确保尊重，表明该条款并没有附加其他条件。该条款要求所有缔约国除需保证自己遵守，还应积极确保武装冲突的有关各方遵守国际人道主义法规则，并要对违反该法的行为做出反应，即

---

47 Reservation to the Genocide Convention Opinion, ¶ 23.
48 Chow (2021), p. 496.
49 Belgium v. Senegal, *Judgment*, ¶ 68.
50 联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第六条（以下简称为“《禁止酷刑公约》”）。
51 《禁止酷刑公约》第七条。
52 Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 07.
53 联合国《防止及惩治种族灭绝公约》序言（以下简称为“《灭种公约》”）。“深信欲免人类再遭此类狞恶之浩劫，国际合作实所必需”。
54 Christian Dominicé, The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations, 10 ***European Journal of International Law***,353, 354 (1999).
55 “日内瓦四公约”是指各国于 1949 年 8 月 12 日在日内瓦签署的《关于改善战地武装部队伤者和病者的境遇的日内瓦公约》(第一公约)、《关于改善海上武装部队伤者和病者及遇船难者的境遇的日内瓦公约》(第二公约)、《关于战俘待遇的日内瓦公约》(第三公约)和《关于战时保护平民的日内瓦公约》(第四公约)。该四公约的第一条的条文是完全一致的。

使缔约国不是武装冲突当事方。[56]与之相反，《减少无国籍状态公约》核心条款规定各国禁止任意剥夺国民国籍[57]，但并未创设积极义务以在各缔约国非受损的情形下促进全球范围内无国籍人的减少，以促进目的和宗旨的实现。

2.相关义务（relevant obligation）必须与实现共同利益相关

2012 年或引渡或起诉案中，法院没有采取“各缔约国可以对不法行为援引整个条约的责任”的表述，而是多次使用了“被讨论的义务”、“牵扯到的权利”，“援引塞内加尔违反公约第六条第二段，第七条第一段的责任”这样仅提及部分条款的表述。[58]2022 年缅甸案同样也是如此。[59]2024 年南非诉以色列案中，法院在临时性措施（provisional measure）更是指出，各缔约国通过承诺履行公约中阻止、抑制，和惩罚种族灭绝公约的各项义务，来“实现共同利益”。[60]

综上所述，一个多边条约创设了共同利益并不代表其所载所有义务都是“对所有缔约国适用的义务”，[61]在具体案情中，还需判断这些义务是否有助于实现共同利益[62]。

（二）特别制度：情势的严重性

巴塞罗那电车案明确提出，基于部分义务的“重要性”，这些义务可以被称为对世义务。[63]部分学者认为，除义务本身的重要性，该义务被违反的严重程度也是判断一国是否可以凭借对世义务而获取诉讼地位的考量因素[64]。以类比的角度，若依据“对所有缔约国适用的义务”获取诉讼地位，义务的被违反程度之严重性是否会产生影响？于 2024 年南非诉以色列案中，薛捍勤法官的声明[65]隐晦的表达了对该问题的肯定态度。

1.薛捍勤法官对于南非诉以色列案声明的概要

在该声明中，薛法官首先提到巴勒斯坦问题中联合国的地位和责任。该问题自联合国创始即一直是其议程之一，墙案中[66]，法院也回顾联合国大会 54/107 号决议的话“重申联合国对巴勒斯坦问题负有永久的责任，直至此问题的所有方面均按照国际正统（International Legitimacy）获得令人满意的解决为止”。依此，薛法官认为，国际法院作为联合国的主要司法机构，应当确保巴勒斯坦人民受国际

---

[56] Nicaragua v. Germany, *Order*, ¶ 23; Laurence Boisson De Chazournes &Luigi Condorelli, Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests, 82 ***International Review of the Red Cross*** 67, 70 (2000).

[57] 联合国《减少无国籍状态公约》第八条第三款。

[58] Belgium v. Senegal, *Judgment*, ¶ 68-70.

[59] Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 107-108.

[60] South Africa v. Israel, *Order*, ¶ 33-34.

[61] Gambia v. Myanmar, *Declaration of Judge Ad Hoc Kreß*, ¶ 16.

[62] Alaa Hachem et al., manuscript p. 38.

[63] Barcelona Traction, *Judgment*, ¶ 34; Rachel López, The Law of Gravity, 58 ***Columbia Journal of Transnational Law***,565, 617 (2020) [López (2020)].

[64] López (2020), 565, 618-9; Annemarieke Vermeer-Künzli, A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga omnes, 56 ***The International and Comparative Law Quarterly***, 553, 578 (2007);

[65] South Africa v. Israel, Order, *Declaration of Judge Xue*.

[66] Wall Opinion, ¶ 49.

法保护，特别是面临种族灭绝这样的罪行。[67]

此外，薛法官罗列了联合国报告中有关巴以冲突的数据：自 2023 年 10 月 9 日至 2024 年 1 月 24 日，巴以冲突中至少 25,700 人被杀，超过 6,3740 人受伤，大约 170 万人无家可归。薛法官评论说“加沙局势依然骇人听闻、灾难性和毁灭性.....加沙人道主义灾难的严重性不仅威胁到加沙人民的生存，也是对最基本的道德和人道原则的挑战”[68]。

最后，薛法官回顾以往有关对世义务案例，认为基于本案的特殊情形，国际法院可以给予南非诉讼地位。她认为，国际法院 1966 年拒绝裁判西南非洲案引起了联合国各成员国的愤慨，给法院名誉造成了影响。在此之后的巴塞罗那电车案虽然提出了对世义务，但是在该案中也并没有将其与诉讼资格联系起来。但是，薛法官指出，尽管法律和实践仍在发展，但是国际社会对于巴勒斯坦人民这样的应当受保护的群体有共同利益，这是最没有争议的。这是属于法院应当依据“对所有缔约国适用的义务”来给予缔约国诉讼地位的案情。[69]

2．薛法官的态度转变：情势的严重性是合法诉讼资格的依据

薛法官在 2012 年或引渡或起诉案和 2022 年缅甸案中对于“对所有缔约国适用的义务”保持观点一致，[70]即认为国际法院的实践自始至终没有把对世义务与诉讼资格放在一起讨论，2012 和 2022 年国际法院两次判定可以凭借“对所有缔约国适用的义务”给予一国诉讼资格的观点是不符合以往法院实践的[71]。该观点在其针对 2024 年南非诉以色列案的声明中得到延续。[72]

但是，2024 年薛法官同意法院依据对所有缔约国的义务给予南非诉讼资格，对其之前的观点进行了修正：当情势达到一定的严重性，特别是联合国对于该问题的特别关注，将成为国际法院给予一国诉讼地位的合法理由。[73]

其声明中所提到的 1966 年西南非洲案或许是其观点修正的原因。1966 年 1 月 18 日，国际法院拒绝认为埃塞俄比亚和利比里亚对于西南非洲案有诉权因而没有进行实体审理，此举受到国际社会广泛批评。当年 10 月 27 日，大会 2145 号决议[74]宣布托管终止且南非没有任何权利管理西南非洲，1968 年 6 月 12 日，大会 2372 号决议[75]正式将西南非洲更名为纳米比亚。

与西南非洲情势类似，巴以问题是联合国创立以来就致力于和平解决的难题，

---

[67] South Africa v. Israel, Order, *Declaration of Judge Xue*, ¶ 2.
[68] South Africa v. Israel, Order, *Declaration of Judge Xue*, ¶ 3.
[69] South Africa v. Israel, Order, *Declaration of Judge Xue*, ¶ 4.
[70] Belgium v. Senegal, *Dissenting Opinion of Judge Xue*, ¶ 15-6; Gambia v. Myanmar, *Dissenting Opinion of Judge Xue*, ¶ 33-4.
[71] Belgium v. Senegal, *Dissenting Opinion of Judge Xue*, ¶ 18.
[72] South Africa v. Israel, Order, *Declaration of Judge Xue*, ¶ 4. “The Court, however, did not touch on the question of standing in that Judgment （Barcelona Traction Judgment）”
[73] Pearce Clancy, *Erga Omnes Partes Standing after South Africa v Israel*, EJIL: TALK! (Feb. 1, 2024), https://www.ejiltalk.org/erga-omnes-partes-standing-after-south-africa-v-israel/.
[74] United Nations General Assembly [UNGA], Question of South West Africa, U.N. Doc. A/RES/2145(XXI) (Oct. 27, 1966)
[75] UNGA, Question of South West Africa, U.N. Doc. A/RES/2372(XXII) (June 12, 1968)

是国际社会高度关注的焦点。且正如上述，不到一百天的伤亡数据体现了此次冲突的严重性，加沙地带的人道主义局势也被联合国安理会决议确认为是灾难性的[76]。由此，薛法官认为国际法院不应当重蹈覆辙，而是应当主动发挥作为联合国主要司法机关[77]的职能。

综上所述，薛法官转变态度的主要原因是巴以冲突日益严重的情势，将其作为依据“对所有缔约国的义务”给予诉讼资格的特别制度。其中，联合国的参与程度是重要考虑因素。

（三）争议解决条款：独立主张诉讼资格和建立管辖权的双重依据

1962 年，国际法院发布西南非洲案第一阶段判决，Jessup 法官在其独立意见中提到：“一个多世纪以来，条约明确承认各国在一般人道主义事业中的合法利益，并多次提供程序性手段，使各国能够确保这些利益得到尊重。”[78]争议解决条款在“对所有缔约国适用的义务”诉讼的法律框架内，不仅可以作为国际法院建立管辖权的主要依据，在部分情况下，也可以作为起诉国拥有合法诉讼资格的理由。[79]

此外，在一个多边条约中，争议解决条款的内容和缔约方在起草条约时于该条款达成的合意，也是评估该条约是否含有“对所有缔约国适用的义务”的法律标准。

1.争议解决条款作为国际法院建立管辖权的主要依据

国家同意是国际法院行使管辖权的基础。[80]因此，在部分学者主张“对所有缔约国适用的义务”诉讼会引起滥诉和沦为政治工具时[81]，不能忽视国际法院对于强制管辖权[82]的规定。一国即使对于另一国援引违反“对所有缔约国适用的义务”的责任从而有诉权，若两国没有达成将该争端提交给国际法院处理的合意，国际法院也无权对该争端进行实体审理。

国际法院建立管辖权包含许多途径[83]，争议解决条款（compromissory clause）是其中之一：通过条约规定，缔约方之间有关条约解释和适用的争端交由国际法院解决。[84]截止目前，与“对所有缔约国适用的义务”有关的五个案件中，2012 年或引渡或起诉案[85]，2022 年冈比亚诉缅甸案[86]，2023 年加拿大和荷兰诉叙利亚案

[76] United Nations Security Council, Res. 2728, ¶ 4, U.N. Doc. S/RES/2728 (Mar. 25, 2024).
[77] 《联合国宪章》第九十二条。
[78] South West Africa case, Preliminary Objections, *Separate Opinion of Judge Jessup*, 425.
[79] Chow (2021), p. 492 footnote 118.
[80] Malcolm N. Shaw, ***International Law***, Cambridge University Press, 2017, p. 2130.
[81] Chow (2021), p. 487.
[82] 《国际法院规约》第 36 条。
[83] 《国际法院规约》第 36 条。例如，（1）当事方签订特殊协定（special agreement）同意接受国际法院管辖；（2）当事国发布声明接受国际法院管辖。
[84] Harris, Incidental Determinations in Proceedings under Compromissory Clauses, 70 ***International and Comparative Law Quarterly*** 417, 417 (2021); Christian James Tams, *The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction*, SSRN (June 3, 2009), https://ssrn.com/abstract=1413722.
[85] Belgium v. Senegal, *Judgment*, ¶ 63.
[86] Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 30.

[87]，2024 年南非诉以色列案[88]和尼加拉瓜诉德国案[89]中，起诉国皆分别依据禁止酷刑公约[90]和灭种公约[91]的争议解决条款来寻求国际法院对该案的管辖权。每个条约的争议解决条款都有成立条件，比较常见的前提条件是“争端的存在（Existence of a Dispute）”和“在诉诸国际法院前，必须穷尽调解、仲裁或其他和平解决争端的途径”。同样，部分争议解决条款也可以发挥自己的特殊作用，作为解决案件诉讼资格问题的重要途径。

2.独立作用：作为诉讼国享有诉讼资格的独立依据

起诉国主张自己拥有合法诉讼资格而提起诉讼，并非只能依赖受损（injury）和广义对世义务（*Erga Omnes* & *Erga Omnes Partes* ）[92]作为依据，也可以援引多边条约的争议解决条款。依据《草案》第 55 条，[93]两者是一般法（国家责任法）和特别法（条约法）的关系。不论是否牵涉到“对所有缔约国适用的义务”，起诉国皆可依据争议解决条款主张自身的合法诉讼资格。[94]此时，法院需要判断起诉国是否满足争议解决条款的限制条件。本部分将主要介绍在法院给予或不给予非受害国以诉讼资格的判例中，如何对争议解决条款进行条约解释。

1923 年 Wimbledon 案中，德国不允许一艘船舶渡过基尔运河，该船船旗为英国，但由法国公司租用。英、法、意大利和日本提起诉讼，指控该行为违反《凡尔赛合约》第 380 条，即“基尔运河及其航道应在完全平等的条件下对与德国和平相处的所有国家的商船和战船保持自由和开放”。[95]

该案焦点之一在于，意大利和日本，在案情中并没有直接受损的两国，是否有权提起诉讼。根据凡尔赛合约第 386 条，“如果出现违反第 380 至 386 条的情形，或对这些条款的解释发生争议，任何利益相关国（Any Interested Power）均可向国际联盟为此目的设立的司法机构提出上诉”，条约解释的关键在于如何解释“利益相关国”，以及意大利和日本是否属于利益相关国。

国际法院对此进行广义解释：四个起诉国对于基尔运河相关的条款的执行有清晰的利益，因为他们都有竖着各自国旗的舰队和商船。即使四国可能没有任何经济利益受损，也属于争议解决条款中的“任何利益相关国”。[96]在法院对于争议

[87] Canada & Netherlands v. Syria, *Order*, ¶ 47.
[88] South Africa v. Israel, *Order*, ¶ 31.
[89] Nicaragua v. Germany, Order, ¶ 3.
[90] 《禁止酷刑公约》第 30 条。“两个或两个以上缔约国之间有关本公约的解释或适用的任何争端，如不能通过谈判解决，在其中一方的要求下，应提交仲裁。如果自要求仲裁之日起六个月内各方不能就仲裁之组织达成一致意见，任何一方均可按照国际法院规约要求将此争端提交国际法院。”
[91]《灭种公约》第 9 条。“缔约国间关于本公约的解释、适用或实施的争端，包括关于某一国家对于灭绝种族罪或第三条所列任何其他行为的责任的争端，经争端一方的请求，应提交国际法院。”
[92] ILC, *ARSIWA*, Article 42 & 48.
[93] ILC, *ARSIWA*, Article 55.
[94] Christian James Tams, ***Enforcing Obligations Erga Omnes***, Cambridge University Press, 2005, p. 68, 76 [Tams (2005)]; Chow (2021), p. 492 footnote 118 (2021).
[95] 《凡尔赛合约》(Treaty of Versailles)
[96] *S.S. Wimbledon* (Britain, France, Italy, Japan v. German, Poland intervening), 1923 P.C.I.J. (ser. A) Judgment No. 1, p. 20, Aug. 17.

解决条款的解释下，每个参与航海的《凡尔赛合约》缔约国对于第 380 到 386 条[97]的切实履行都享有利益，都有权提起诉讼。[98]这也被称为是国际法庭中第一个让非受害国援引另一国责任的案例。[99]

第二个案件为 1932 年 Memel 案[100]。Memel 曾是普鲁士领土的一部分，一战后，立陶宛与英国、法国、意大利和日本签订协定[101]，将该领土主权转移给立陶宛，但是该领土享有立法、司法、行政，财政的自治权。Memel 的一位理事会主席在没有通知立陶宛政府的情况下前往德国会见德国食品和外交大臣，立陶宛因此免除其主席职位。德国将此情势提请国联理事会注意，最终协商无果。英国、法国、意大利和日本援引巴黎协定的争议解决条款即第 17 条，寻求常设国际法院解决该争端，法院和作为被告国的立陶宛都没有对起诉国的诉讼资格提出质疑[102]。该条争议解决条款含义十分清晰：如果立陶宛政府和其他缔约国之间在有关这些规定的法律问题或事实问题上有任何意见分歧，则这种分歧应被视为具有国际性质的争端。立陶宛政府同意，如果另一方提出相关的要求，所有这类争端应提交至常设国际法院。[103]因此在此案中，即使四个起诉国并没有在该争端中有任何利益受损或受特别影响，法院和被告并没有对于其诉讼资格提出疑问。

然而，并非所有案件如 Memel 案所涉及的争议解决条款一样，条文含义清晰而没有歧义。在前述的西南非洲案中，关于争议解决条款的问题有很大争议。部分学者认为，该案其重点讨论的焦点应为争议解决条款的条约解释，最后得出的有关集体诉讼的结论反而是不必要的。[104]

根据该案案涉条约《委任统治协定》第七条第二款，如果委任统治国与另一国联成员国对于协定的解释和适用发生争端，委任统治国同意，如果该争端不能通过协商解决，应将其提交至常设国际法院。[105]1962 年，法院在第一阶段判决中认为该条款使用条文清楚、清晰和精确，国联成员对于委任统治国关于《委任统治协定》中任何义务的实施都拥有法律利益，埃塞俄比亚和利比里亚与南非产生的争议属于争议解决条款所说的争端。[106]Spender 和 Fitzmaurice 两位法官则在反对意见中认为，[107]根据该条约签订时，即 1920 年对于“争端”一词的传统理解，这里的“争端”应当理解为当事方是因为他们自身的利益而引起的直接的争议，而

---

97 凡尔赛合约第 380 条-第 386 条都是与基尔运河航行相关的条款。
98 Tams (2005), p. 68, 79.
99 Alaa Hachem et al., manuscript p. 13.
100 Marcelo G Kohen, *Memel Territory Statute, Interpretation of, Case*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (May, 2006), https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690e62?rskey=rZY6VN&result=1&prd=OPIL.
101 英国、法国、意大利、日本《梅梅尔领土协定》(Convention Concerning the Territory of Memel)
102 Tams (2005), p. 68, 75.
103 《梅梅尔领土协定》第十四条。
104 Tams (2005), p. 68; Pok Yin S. Chow (2021), p. 477.
105 《关于德属西南非洲的委任统治协定》第七条第二款。
106 South Wes t Africa, Preliminary Objections, *Judgment*, 343-344.
107 South West Africa, Preliminary Objections, *Judgment*, 549-50, 558-559.

不是因为代表任何其他实体。第二，根据《委任统治协定》的上下文和框架，第五条[108]阐述了委任统治国应当保护在委任领土中其他国联成员国国民的利益，这是与委任协定本身的执行条款是分开的。其他成员国援引第七条争议解决条款只限于保护各国个体利益。在 1966 年第二阶段判决中，法院几乎是完全遵循两位法官的思路，认为起诉国并不具有有关保证协定实施的权利，此项权利只属于国联这个整体。[109]法院将委任协定的争议解决条款和《与波兰和平条约》[110]作比较，认为第七条并没有采取“法律或事实问题存在任何意见分歧.....应被视为具有国际性质的争端”这样清晰的表述，唯有起诉国因自身利益受损而提起诉讼，该条款才会给予其诉讼资格。[111]

综上所述，争议解决条款可以独立给予非受害国以诉讼资格，但要考虑到该条款的条文、条约的上下文、条约本身的框架以及缔结条约时各缔约国的意图——当然这也是条约解释的基本途径[112]。在一般的国家责任法遵循的是只有受损才能援引责任的情况[113]下，通过这些途径主要考察争议解决条款作为特别法是否有突破传统诉讼资格限制的意涵，抑或仅仅是遵从一般法。

3.争议解决条款与“对所有缔约国适用的义务”的互动关系

（1）争议解决条款作为特别法的不可违反性

即使一国指控 “对所有缔约国适用的义务”，该国不一定可以依此获取合法诉讼资格，因为还需考察条约中的争议解决条款是否对于诉讼资格增设其他限制条件。反过来说，如果案涉义务并不构成“对所有缔约国适用的义务”，但是争议解决条款旨在给予非受损缔约国以诉讼资格，起诉国也有权进行诉讼。冈比亚诉缅甸案可以提供依据：该判决第四部分“冈比亚向法院提起诉讼的资格”中，法院判定被指控义务为“对所有缔约国适用的义务”，各缔约国对其有权援引责任。[114]在下一段，法院即对灭种公约的争议解决条款是否对各缔约方的诉权进行限制进行了讨论，最终得出否定的结论[115]。

综上所述，在诉讼资格领域，争议解决条款作为特别法的适用优先于作为一般法的“对所有缔约国适用的义务”，应当保证特别法没有被违反。

（2）争议解决条款的性质影响“对所有缔约国适用的义务”的判定

---

108 《关于德属西南非洲的委任统治协定》第 5 条。“在不违反任何当地法律关于维护公共秩序和公共道德的规定的情况下，委任统治者应确保领土内的信仰自由和进行各种形式的礼拜，并应允许所有传教士，任何国际联盟成员国的国民，为完成其职业使命而进入、旅行和居住在领土内、”

109 South West Africa, Second Phase, *Judgment*, ¶ 16.

110 国际联盟《与波兰和平共处条约》第十二条。“波兰还同意，波兰政府与任何一个主要盟国和联系国或任何其他国家、国际联盟理事会成员之间对本条款引起的法律或事实问题存在任何意见分歧，根据《国际联盟盟约》第十四条，应被视为具有国际性质的争端。波兰政府特此同意，如果另一方要求，任何此类争端均应提交常设国际法院。常设法院的裁决为最终裁决，与《公约》第十三条下的裁决具有同等效力。”

111 South West Africa, Second Phase, *Judgment*, ¶ 65-70.

112 《维也纳条约法公约》第 31 条—32 条。

113 ILC, *ARSIWA*, Article 42.

114 Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 108.

115 Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 110-1.

如前所述，判定“对所有缔约国适用的义务”应当关注该条约具体的条款和结构，各国是否在自己没有受损或者特别影响的情况下，需要履行积极义务以保证共同利益的实现。如果一个条约的争议解决条款给予非受害国将争端诉至国际法院的诉权，这有助于判断该公约是否含有“对所有缔约国适用的义务”，因为这显示出该条约在争端解决方式上意图让更多缔约国参与到对于违反义务行为的集体执行（Collective Enforcement）机制中来。[116]在目前被法院明确承认包含“对所有缔约国适用的义务”的禁止酷刑公约[117]和灭种公约[118]中，两公约的争议解决条款都没有将诉权限制在直接受害国中。

（3）允许争议解决条款保留影响“对所有缔约国适用的义务”的判定

在或引渡或起诉案中，案涉公约即禁止酷刑公约的争议解决条款允许各缔约国在加入时做出声明，不受有关国际法院强制管辖权条款的约束。薛法官在反对意见中指出，如果缔约方旨在创设“对所有缔约国适用的义务”，争议解决条款对于缔约方应当是强制的，而非可选择的。[119]同样，灭种公约也允许缔约国针对争议解决条款做出保留，[120]薛法官认为这使得其他缔约方将无法对做出了保留的缔约方向国际法院提起诉讼，[121]指控其违反灭种公约的义务，暗示灭种公约也没有创设“对所有缔约国适用的义务”。Pok Yin S. Chow 对该观点进行反驳，指出薛法官混淆了诉讼资格、可受理性和管辖权三者之间的关系。[122]“对所有缔约国适用的义务”只与诉讼资格相关，它不与可受理性的其他层面（如争议的存在，当地救济的穷尽）和管辖权问题有关。条约允许对争议解决条款进行保留只是给各缔约国留存了一个自由选择争端解决形式的空间，并不影响条约义务本身的性质。

Pok Yin S. Chow 和薛法官对于争议解决条款的理解都存在一个问题：该种条款的确大部分情况规制的是管辖权，但是也有可能与诉讼资格有关。这是上文所得出的结论，并被 Wimbledon 案、Memel 案西南非洲案所印证。

由此，一个特殊的情形是：当一个条约允许对争议解决条款有关于诉讼资格的部分，更具体的而言是对关于“允许非受害国有合法的诉讼资格”这一点提出保留，修改为“只有受害国才有诉讼资格”，则该条约并不旨在创设“对所有缔约国适用的义务”。如果仅仅提出保留主张不受该条款约束，这并不会影响条约的义务性质，因为缔约国依然可以依据“对所有缔约国适用的义务”而建立合法的诉讼资格。但是，如果缔约国进行保留将其修改为“只有受害国才有诉讼资格”，这将会出现条约内部的矛盾，因为从“对所有缔约国适用的义务”来说，所有缔约国有

116 Chow (2021), p. 499 footnote 148 (2021).
117 该条款的条文除要求首先将争端诉诸于仲裁，其他部分与灭种公约的争端解决条款类似。
118 Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 111.
119 Belgium v. Senegal, *Dissenting Opinion of Judge Xue*, ¶ 22-3.
120 *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006 I.C.J. Rep., ¶ 67, Dec. 19.
121 Gambia v. Myanmar, *Dissenting Opinion of Judge Xue*, ¶ 29.
122 Chow (2021), p. 499 footnote 148.

权援引对于违反该义务的缔约国的责任是其应有之义。这种保留并不符合条约的目的和宗旨。

回到禁止酷刑公约的情况，条约明确规定各国可以在加入条约时做出不受争议解决条款约束的声明。[123]那么各缔约国仅仅是在提起诉讼时不受作为特别法的条约法的限制，有权通过其他途径建立国际法院的管辖权，基于“对所有缔约国适用的义务”获取诉讼资格。灭种公约也是如此，以美国对争议解决条款做出的保留为例：“关于《公约》第九条，美国作为当事方的任何争端可根据该条提交国际法院管辖，但每次均须得到美国的明确同意。”[124]其他国家的保留也类似如此，只强调国家同意，并未涉及诉讼资格问题。

综上，对于多边公约的争议解决条款不应被忽视其在诉讼资格问题上发挥的作用。非受害国依据“对所有缔约国适用的义务”提出关于诉权的主张，也可以同时依据争议解决条款提出，且应当注意该条款是否对于诉权施加限制。同时，如果条约准许对争议解决条款有关诉讼资格部分进行保留，则该条约并不会创设“对所有缔约国适用的义务”。

三、广义对世义务与国际社会本位的互动关系

广义对世义务的出现源自于日益“国际社会”（International Community）本位的国际法秩序，而广义对世义务，特别是“对所有缔约国适用的义务”的蓬勃发展又促进了国际法律关系的“国际社会化”。本部分将回顾国际法从传统的主权本位向国际社会本位转移的这一过程，阐释广义对世义务与国际社会本位的互动关系。这有助于理解本文前两部分，即国际法院对于广义对世义务诉讼的态度转变的原因，和“对所有缔约国适用的义务”为何以共同利益为核心，并且可以依此给予诉讼资格。

1927 年常设国际法院于莲花号（Lotus）案中对于国际法律秩序进行了描述：“国际法规范独立国家之间的关系。对各国具有约束力的法律规则源于各国的自由意志，这些自由意志体现在公约中，或体现在被普遍接受为法律原则的惯例中……对于独立国家的限制不能被随意假设。”[125]同时，法院也提到国际法是禁止性规范，在禁止范围之外各国有广泛的酌处权。[126]这一段著名的论述的也被学者称为“Lotus 原则”，该原则以“国家主权平等原则”作为基础，把国际法律秩序描述为一个的国家间（Inter-State）的体系，尊重各个主权国家自己的法律实践和意志。[127]

---

[123]以摩洛哥的保留为例：根据第 30 条第 2 款，摩洛哥王国政府不接受该条第 1 款的约束。https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en

[124] 见联合国条约集 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en.

[125] *S.S. Lotus* (France. v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) Judgment No. 9, p. 18, (Sept. 7) [**Lotus**].

[126] Lotus, *Judgment*, p. 19.

[127] Armin von Bogdandy & Markus Rau, The Lotus, Max Planck Encyclopedias of International Law (June, 2006), https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e162?rskey=mJrOGQ&result=2&prd=OPIL； *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*

此时，国际法的重心主要在于国家与国家间通过双边互动所产生的互惠式的权利义务。时至今日，莲花号案所描述的一个个独立分开的主权国家所构成的世界正在往一个各国紧密联系在一起的“国际社会”转变，共同的价值和原则逐渐凝结起来并被受到无比重视。二战后联合国建立，联合国安理会依据联合国宪章构建集体安全体系，以促进和平解决争端和应对威胁、破坏和平和侵略行为[128]；世界人权宣言被大会通过，受到全球接受和认可的国际人权标准体系逐渐形成；WTO 体系建立，促进各国的贸易合作和更有序的解决贸易纠纷和摩擦[129]；国际刑事法院建立，致力于消除世界范围内有罪不罚现象[130]。在此过程中，国际法的重心从独立国家之间的双边互动主义向“国际社会”的共同利益（Community Interest）转移，从主权本位向国际社会本位倾斜。强行法（Peremptory norms/*jus cogens*）和对世义务两概念是其中的法律结晶。

强行法的概念本身与国际社会紧密绑定在一起：强行法反映并保护国际社会的基本价值观，其被国际社会整体接受和承认为不可克减的规范。[131]该规范约束的主体是“国际社会整体”（International Community as a whole）而非一两个国家，其保护的是“基本价值观”（Fundamental Value）而非国家个体利益。更重要的是，强行法规范的约束力并不来源于国家的“同意”（consent），[132]不像条约法各国可以自主决定是否缔约或通过保留使其不受特定条款约束，而是源于其权利本身的性质——国际社会所持基本价值观的重要性[133]。综合来看，强行法的核心为国际社会，而非单个或几个主权国家。

至于强行法所规定义务的实施和执行，对世义务和“对所有缔约国适用的义务”则发挥重要作用。回顾强行法的定义“其被世界各国所承认和接受”，因此产生对世义务[134]，关乎所有国家的合法利益，任何国家均有权援引违反强行法的责任。

强行法产生对世义务，但是并非所有对世义务皆源于强行法。[135]对所有缔约国适用的义务更是如此，其适用主体在于公约的各缔约国而并非国际社会。

但是，从目前国际法院关于“对所有缔约国适用的义务”的判例来看，起诉国所援引的禁止种族灭绝、禁止酷刑、和国际人道法基本规则的责任均属于强行法和对世义务的范畴。而且案涉的种族灭绝公约、禁止酷刑公约和日内瓦公约缔约

(Nicaragua v. United States), Judgment,
1986 I.C.J. Rep., ¶ 286, June 27.

128 《联合国宪章》第七章 “对于和平之威胁、和平之破坏及侵略行为之应付办法”。

129 世界贸易组织《关税与贸易总协定》序言。

130 国际刑事法院《罗马规约》序言。

131 ILC, *Draft conclusion on jus cogens*, conclusion 2, p. 11-2.

132 *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984).

133 *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, Vol 1, ¶ 153–154 (Dec. 10, 1998); *Michael Domingues v. United States*, Merits, App. No. 62/02, Inter-American Commission on Human Rights, ¶ 49 (Oct. 22, 2022)

134 ILC, *Draft conclusion on jus cogens*, conclusion 17, p. 64.

135 ILC, *Draft conclusion on jus cogens*, p. 66.

国数量皆十分广泛[136]，法院并没有把传统双边关系中的国家受损作为诉权的前提条件，每一个缔约国都有合法诉讼资格以促进这些义务的实施和履行。这实质上进一步推进国际法秩序“国际社会化”，使得普世价值可以通过司法执行机制得到实现。正如前国际法院 Simma 大法官所说，“国际法正在从双边主义走向共同利益（Community Interest）”。[137]

四、国际法院“对所有缔约国适用的义务”诉讼的未来发展

（一）以“对所有缔约国适用的义务”提起诉讼的扩张趋势

2023 年 10 月 26 日，国际法院时任院长 Joan E. Donoghue 于联合国大会第七十八届会议代表法院进行年度报告，其中提到，“法院正在经历其历史上最有活力的时期之一——这个趋势没有任何减缓的倾向”。[138]自 2020 年以来，相当一部分的案件与“对所有缔约国适用的义务”有关，这个“潘多拉魔盒”事实上降低了诉讼的程序门槛，放宽了诉讼国的条件限制，增加了法院的案件数量。

2020 年 1 月，国际法院发布命令，初步认定（prima facie）冈比亚诉缅甸案中冈比亚的诉讼资格成立，同意采取临时性措施。[139]2022 年 7 月，法院维持先前观点，与或引渡或起诉案中的禁止酷刑公约进行类比，明确指出冈比亚“作为灭种公约的缔约国”，有权对缅甸违反“对所有缔约国适用的义务”援引责任，即使没有受损或被特别影响。[140]这表明种族灭绝公约和禁止酷刑公约的所有缔约国都有权对另一缔约国违反“对所有缔约国适用的义务”的行为提起诉讼。

2023 年 6 月，加拿大和荷兰联合提起诉讼，指控叙利亚违反禁止酷刑公约义务，11 月法院发布命令，同样根据“对所有缔约国适用的义务”认为两国诉讼资格合法，同意采取临时措施。[141]在仅一个月后的 23 年末，以色列涉嫌在加沙地区实施种族灭绝成为国际法院审理的争端，而起诉国是远离巴以冲突的南非——在 70 年余年前西南非洲案的被告国。2024 年新年伊始，在举世瞩目的听证会中以色列并没有对于南非的诉讼资格提出抗辩——和前两案截然不同[142]。随后国际法院发布命令，用很短篇幅认可了南非的诉权[143]。

在国际社会还在消化南非诉以色列案时，3 月 1 日，尼加拉瓜向国际法院提起诉讼，指控德国向以色列提供军事援助，严重违反包括灭种公约、1949 年日内

---

[136] 截止 2024 年 5 月 25 日，根据联合国条约集数据库（United Nations Treaty Collection），《灭种公约》缔约国数量为 152; 《1949 日内瓦四公约》缔约国数量为 196;《禁止酷刑公约》缔约国数量为 171。

[137] Ulrich Fastenrath et al., ***From Bilateralism to Community Interest Essays in Honour of Judge Bruno Simma***, Oxford University Press, 2011, p. 975.

[138] Joan E. Donoghue, *Speech by He Judge Joan E. Donoghue, President of the International Court of Justice, on the Occasion of the seventy-Eighth Session of the United Nations General Assembly*, ICJ (Oct. 26, 2023), https://www.icj-cij.org/sites/default/files/press-releases/0/000-20231026-sta-01-00-en.pdf.

[139] Gambia v. Myanmar, *Order*, ¶ 42.

[140] Gambia v. Myanmar, *Judgment*, ¶ 108-9, 114.

[141] Canada & Netherlands v. Syria, *Order*, ¶ 50-1.

[142] 缅甸和叙利亚都在诉讼过程中分别对于起诉国的诉讼资格提出抗辩，主张其没有受到特别损害，不应当有诉讼资格。

[143] South Africa v. Israel, *Order*, ¶ 33-4.

瓦四公约及其 1966 年议定书，其他习惯国际法等一系列国际法义务。[144]尼加拉瓜作为显然的非武装冲突方和没有受到冲突特别影响的国家，并没有对本国的诉讼资格提出主张。4 月 30 日，国际法院发布命令，裁定因事实不足而不采取临时性措施，[145]但全篇并未提及尼加拉瓜的诉讼资格问题，可以推测法院对此采取默认肯定的态度，并不认为此问题会产生争议而需要再次讨论。

2020 年到 2024 年关于“对所有缔约国适用的义务”相关的案件多达四个，且在去年和今年集中爆发。纵比四个案例，起诉国已不主动证明本国“诉讼资格”成立，被告国也不对该问题提出抗辩，法院对此的讨论从篇幅变短到不进行论述，种种变化可以得出“依据‘对所有缔约国适用的义务’获取诉讼资格”的法律规则已经深入人心，在国际法的一次次实践中得到反复的确认。

展望未来，是否会有越来越多的非受害国依据“对所有缔约国适用的义务”，解除“诉讼资格的镣铐”，主动参与国际法院的诉讼中来？在灭种公约和禁止酷刑公约外，会不会有起诉国论证其他条约创设了“对所有缔约国适用的义务”？这些问题仍是未知。唯一可以确定的是，依据“对所有缔约国适用的义务”提起诉讼的扩张趋势已不可阻挡。

（二）“货币黄金原则”对于执行广义对世义务的潜在阻碍

货币黄金原则（Monetary Golden Principle or Effective Third Party Principle，或称必要第三方原则）是指国际法院裁决当事国双方的某一争端时，若除当事国的第三方的法律利益构成裁决的主题事项（Subject Matter），则法院不能对当事国之间的争端做出判决。[146]关于“主题事项”概念，东帝汶案中，国际法院指出如果裁判一个主张的前提是判定一国的法律地位，“主题事项”这个条件则被满足。[147]该规则源于国际法院的管辖权基础——国家同意，国际法院不能未经该国同意对该国的权利和利益做出裁决。

冈比亚诉缅甸案判决明确指出，虽然大量难民潮涌入缅甸相邻国孟加拉国，孟加拉国是否提起诉讼这个问题，并不影响包括冈比亚在内所有缔约国在此案中主张“对所有缔约国适用的义务”的诉权。[148]这表明受害国可以基于“受损”行使诉权，并不影响非受害国依据“对所有缔约国适用的义务”的诉权。在该案中，孟加拉国的法律地位并不构成该案裁决的主题事项。

但在南非诉以色列案中，巴勒斯坦的法律利益是否会构成法院裁决的主题事项的问题存在讨论空间。有学者认为，[149]南非提出的主张严格限制在对于种族灭

---

144 Nicaragua v. Germany, *Order*, ¶ 2.
145 Nicaragua v. Germany, *Order*, ¶ 20.
146 *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Italy v. France, United Kingdom, United States), Judgment, 1954 I.C.J. Reps, p. 32-33, June 15; East Timor, *Judgment*, ¶ 34-5.
147 East Timor, *Judgment*, ¶ 33-4.
148 Gambia v. Myanmar, Judgment, ¶ 113.
149 Jan-Phillip, *Erga Omnes Partes Standing and Procedural Issues in South Africa v. Israel Graf*, EJIL: TALK! (Feb. 1, 2024), https://www.ejiltalk.org/erga-omnes-partes-standing-and-procedural-issues-in-south-africa-v-israel/ [**Philip (2024)**].

绝公约义务的违反，法院可以做出一个内容较为狭窄的判决，从而不影响巴勒斯坦的法律利益。再者，在法院发布命令时，[150]巴勒斯坦还是观察员国，不在法院的管辖权限内[151]。基于以上两点，该案不会有货币黄金原则上的影响。但是他进一步提出了一个可能引起货币黄金原则问题的理论假设[152]：假设 B 国为实施种族灭绝的 C 国提供军事援助。A 国可以根据灭种公约第 III (e)条，以“共谋”为由对 B 国提起诉讼。在此，因为在确定 A 国共谋行为之前，首先关于 C 国实施灭绝种族罪的裁决将成为争端的主题事项，因此国际法院将无法受理这一申诉。

在最近的尼加拉瓜诉德国案中，这个理论问题成为了现实。虽然在法院所发布命令的主体部分未提到货币黄金原则，但是国际法院副主席 Sebutinde 在其独立意见中[153]指出，尼加拉瓜指控德国为以色列提供军事装备的行为违反了灭种公约、日内瓦公约以及其他习惯法义务，法院若要对此项主张进行裁判，首先必须认定以色列存在国际不法行为，即构成种族灭绝或违反战争法。后者，是前者的前提。然而，以色列作为该案第三方并没有参与诉讼，且其行为的合法性与否的问题在南非诉以色列案中依然停留在临时性措施的阶段，国际法院并没有实质性认定以色列构成种族灭绝。Sebutinde 法官总结得出，对于以色列行为法律利益的判定构成了本项裁决的主题事项，且以色列并非本案当事方，因此法院根据货币黄金原则不能受理该项主张。

特设法官 Al-Khasawneh 则对此提出了相反意见。Al-Khasawneh 强调，南非诉以色列案中法院已经初步认定以色列部分行为是“可信的种族灭绝”（plausible genocide），[154] "该程度足以满足对德国共谋行为进行法律判定所需的基本前提条件。如果要等到以色列实施完所有种族灭绝行为再援引德国责任将是无比荒唐的[155]。再者，目前没有法院将货币黄金原则应用于临时性措施阶段的任何案例。第三，货币黄金原则的本质在于以国家同意基础的国际法院管辖权。以色列对于灭种公约的管辖权条款没有进行保留，其隐含该国已同意法院管辖相关争端。[156]第四，《国际法院规约》给予任何法律利益受损的第三国都可以介入（Intervening）案件的权利，可以证明货币黄金原则不应当得到如此宽泛的适用。[157]

随着广义对世义务诉讼案件持续增多，越来越多的非受害国以起诉国的身份出现在诉讼进程中。但是，广义对世义务的成立是非受害国的主张可以被国际法

---

[150] United Nations News, *General Assembly presses Security Council to give ‘favourable consideration’ to full Palestinian membership*, UN News (May 10, 2024), https://news.un.org/zh/story/2024/05/1128601.需注意，联合国大会已经以压倒性的多数认定巴勒斯坦应被接纳为联合国会员国，据此建议安理会重新审议巴勒斯坦以会员国身份加入联合国的申请。

[151] 《国际法院规约》第 34 条第一款。

[152] Phillip (2024).

[153] Nicaragua v. Germany, *Separate Opinion of Vice-President Sebutinde*, ¶ 23.

[154] South Africa v. Israel, *Order*, ¶ 54.

[155] Nicaragua v. Germany, *Dissenting Opinion of Al-Khasawneh*, ¶ 13.

[156] Nicaragua v. Germany, *Dissenting Opinion of Al-Khasawneh*, ¶ 15.

[157] Nicaragua v. Germany, *Dissenting Opinion of Al-Khasawneh*, ¶ 17.

院受理的必要条件而非充分条件，还需要审查必要第三方是否存在。如果第三国的法律利益构成案件的主题事项，法院依然无权受理对于有关违反广义对世义务的指控。未来，在对于“主题事项”的判定依然模糊的情况下，货币黄金原则可能对于广义对世义务的执行造成新的障碍，[158]国际社会各国和条约中的各缔约国通过“广义对世义务”维护彼此共同利益的目标将又一次无法实现。

结　论

当一国对其领土内的本国公民实施种族灭绝或酷刑，依据传统的受损才能获取诉讼资格的模式，受害者将无法向国际法院寻求救济，因为一国不能也不会对自己起诉。[159]广义对世义务诉讼，特别是“对所有缔约国适用的义务”诉讼作为一种新型司法工具填补了这样的空白，使得世界各国或者条约缔约国有权代表这些受害者维护他们的权利。[160]该种诉讼形式一方面有利于世界各国，特别是广大第三世界国家广泛参与国际司法实践，扭转长期以“西方中心主义”为核心的国际法传统叙事；另一方面，部分国家也有可能将其视为政治工具，赢得案件并非其提起诉讼的目的，而是通过实现特定案件或程序的启动从而获得的媒体关注和舆论支持，向其他国家实施政治压力。[161]

面对这样一个“潘多拉魔盒”，最重要的是把握平衡，正确认知“对所有缔约国适用的义务”的核心——共同利益。共同利益并非禁止条约保护任何个体利益，将“对所有缔约国适用的义务”限制在过小的范围内；同时，缔约国在缔结条约时存在共同的目标和价值追求不能代表该条约创设了共同利益，否则每个多边条约皆可以被解释为包含“对所有缔约国适用的义务”。关键在于条约是否规定各缔约国即使在本国（包括本国国民）未受影响的情况下，也需要积极履行相关义务，以促进条约目的和宗旨的实现。

此外，不能忽视的是争议解决条款有可能规定诉权从而对“对所有缔约国适用的义务”产生影响。作为一般法的“对所有缔约国适用的义务”提起的诉讼成立的前提，是作为特别法的争议解决条款中所规定的条件被满足。更进一步，条约允许争议解决条款的保留不能被简单的解释为与诉权毫无关系，而是需要进一步细化标准，审查条约是否准许对争议解决条款有关诉讼资格的部分进行保留。

回顾最新的尼加拉瓜诉德国案，诚如尼加拉瓜诉德国案特设法官 Al-Khasawneh 所说，[162]国际法院受理一个案件要花几年甚至十几年的时间，如果国

---

158 Abhishek Trivedi, Monetary Gold Principle and the Case of Nicaragua v. Germany, ¶ 24, ***Chinese Journal of International Law*** (May 7, 2024), https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmae016.

159 Phillip (2024).

160 Alaa Hachem et al., manuscript p. 17-18 footnote 44.

161 Yusra Suedi and Justine Bendel, *The Recent Genocide Cases and Public Interest Litigation: A Complicated Relationship*, EJIL: TALK! (April 5, 2024), https://www.ejiltalk.org/the-recent-genocide-cases-and-public-interest-litigation-a-complicated-relationship/.

162 Nicaragua v. Germany, *Dissenting Opinion of Al-Khasawneh*, ¶ 13.

际法院只能对南非诉以色列案作出最终判决后，才开始对德国被指控的参与共谋种族灭绝的行为进行审理，国际法对于广义对世义务的保护依然是空中楼阁。因此，在“对所有缔约国适用的义务”诉讼日益扩张的今天，“货币黄金原则”对于该类型诉讼的潜在障碍需要进一步研究。

参考文献

一、中文文献

（一）中文论文

〔1〕罗欢欢：《人类命运共同体思想对国际法的理念创新———与“对一切的义务”的比较分析》，载《国际法研究》2018 年第 2 期。

〔2〕廖雪霞：《“对国际社会整体的义务”与国际法院的管辖———以“冈比亚诉缅甸违反<防止及惩治灭绝种族罪公约>案”为切入点》，载《国际法研究》2020 年第 6 期。

二、英文文献

（一）联合国文件

〔1〕United Nations General Assembly, Question of South West Africa, U.N. Doc. A/RES/2145(XXI) (Oct. 27, 1966)

〔2〕United Nations General Assembly, Question of South West Africa, U.N. Doc. A/RES/2372(XXII) (June 12, 1968)

〔3〕United Nations Security Council, Res. 2728, U.N. Doc. S/RES/2728 (Mar. 25, 2024).

〔4〕International Law Commission, *Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, U.N. Doc. A/56/10 (2001).

〔5〕International Law Commission, *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens)*, U.N. Doc. A/77/10 (2022).

（二）国际案件和仲裁裁决

〔1〕*S.S. Wimbledon* (Britain, France, Italy, Japan v. German, Poland intervening), 1923 P.C.I.J. (ser. A) Judgment No. 1, Aug. 17.

〔2〕*S.S. Lotus* (France. v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) Judgment No. 9, Sept. 7.

〔3〕*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations,* Advisory Opinion, 1949 Report of the International Court of Justice, April 11.

〔4〕*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951 I.C.J. Rep., May 28.

2025年中国国际法学会年会

〔5〕*Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Italy v. France, United Kingdom, United States), Judgment, 1954 I.C.J. Reps, June 15.

〔6〕*South West Africa* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, 1962 Report of the International Court of Justice, Dec. 21.

〔7〕*South West Africa* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice, 1962 Report of the International Court of Justice, Dec. 21.

〔8〕*South West Africa* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, Separate Opinion of Jessup, 1962 Report of the International Court of Justice, Dec. 21.

〔9〕*South West Africa* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, 1966 Report of the International Court of Justice, July 18.

〔10〕*The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), Judgment, 1970 Report of the International Court of Justice, Feb.5.

〔11〕*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Judgment, 1986 I.C.J. Rep., June 27.

〔12〕*East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment, 1995 Report of the International Court of Justice, June 30.

〔13〕*Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, Vol 1, (Dec. 10, 1998)

〔14〕*Legal Consequences of Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 Report of the International Court of Justice, July 9.

〔15〕*Armed Activities on the Territory of the Congo* (Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006 I.C.J. Rep., Dec. 19.

〔16〕*Responsibilities and Obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area*, Advisory Opinion, 2011 International Tribunal for the Law of the Sea Reports, Feb. 1.

〔17〕*Question relating to the obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Dissenting Opinion of Judge Xue, 2012 I.C.J. Rep., July 20.

〔18〕*Question relating to the obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment, 2012 I.C.J. Rep., July 20

〔19〕*Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, 2014 I.C.J. Rep, Mar. 31.

〔20〕*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the*

Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Judgment, 2022 Report of the International Court of Justice, July 22.

〔21〕*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Dissenting Opinion of Judge Xue, 2022 Report of the International Court of Justice, July 22.

〔22〕*Michael Domingues v. United States*, Merits, App. No. 62/02, Inter-American Commission on Human Rights, ¶ 49 (Oct. 22, 2022)

〔23〕*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Canada & Netherlands v. Syria), Order, 2023 I.C.J. Rep., Nov. 16.

〔24〕*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (South Africa v. Israel), Order, 2024 International Court of Justice, Jan. 26.

〔25〕*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* ((South Africa v. Israel), Order, Declaration of Judge Xue, 2024 International Court of Justice, Jan. 26.

〔26〕*Alleged Breaches of Certain International Obligations in Respect of the Occupied Palestinian Territory* (Nicaragua v. Germany), Order, 2024 I.C.J. Rep., April 30.

〔27〕*Alleged Breaches of Certain International Obligations in Respect of the Occupied Palestinian Territory* (Nicaragua v. Germany), Separate Opinion of Vice-President Sebutinde, 2024 I.C.J. Rep., April 30.

〔28〕*Alleged Breaches of Certain International Obligations in Respect of the Occupied Palestinian Territory* (Nicaragua v. Germany), Dissenting Opinion of Al-Khasawneh, 2024 I.C.J. Rep., April 30.

（三）国内法判例

〔1〕Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984).

（四）英文著作

〔2〕Christian James Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes*, 68, 76 (Cambridge University Press 2005)

〔3〕Ulrich Fastenrath et al., From Bilateralism to Community Interest Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 975 (2011, Oxford University Press).

〔4〕Malcolm N. Shaw, *International Law*, 2130 (9th ed., Cambridge University Press 2017)

2025年中国国际法学会年会

（四）英文论文

〔1〕Christian Dominicé, *The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations,* 10 European Journal of International Law,353, 354 (1999).

〔2〕Laurence Boisson De Chazournes &Luigi Condorelli, *Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests*, 82 International Review of the Red Cross 67, 70 (2000).

〔3〕Annemarieke Vermeer-Künzli, *A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga omnes*, 56 The International and Comparative Law Quarterly, 553, 578 (2007);

〔4〕Rachel López, *The Law of Gravity*, 58 Columbia Journal of Transnational Law,565, 617 (2020)

〔5〕Harris, *Incidental Determinations in Proceedings under Compromissory Clauses*, 70 International and Comparative Law Quarterly 417, 417 (2021)

〔6〕Pok Yin S. Chow, *On Obligations Erga Omnes Partes*, 52 Georgetown Journal of International Law 469 (2021).

〔7〕Alaa Hachem et al., *A New Tool for Enforcing Human Rights: Erga Omnes Partes Standing*, 61 Columbia Journal of Transnational Law, manuscript at 17-18 footnote 44 (Forthcoming 2024).

〔8〕Abhishek Trivedi, *Monetary Gold Principle and the Case of Nicaragua v. Germany*, ¶ 24, Chinese Journal of International Law (May 7, 2024), https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmae016.

（五）网络文献及其他英文文献

〔1〕Institut de Droit International, Obligations Erga Omnes in International Law, Article 1 (2005).

〔2〕Marcelo G Kohen, Memel Territory Statute, Interpretation of, Case, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (May, 2006), https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690e62?rskey=rZY6VN&result=1&prd=OPIL.

〔3〕Armin von Bogdandy & Markus Rau, *The Lotus*, Max Planck Encyclopedias of International Law (June, 2006), https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e162?rskey=mJrOGQ&result=2&prd=OPIL。

〔4〕Christof Heyns & Magnus Killander, *South West Africa/Namibia (Advisory Opinions and Judgments)*, Max Planck Encyclopedias of International Law (Mar. 2007), https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-

9780199231690-e209?rskey=oUSDFV&result=2&prd=OPIL.

〔5〕Christian James Tams, *The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction*, SSRN (June 3, 2009), https://ssrn.com/abstract=1413722.

〔6〕Joan E. Donoghue, *Speech by He Judge Joan E. Donoghue, President of the International Court of Justice, on the Occasion of the seventy-Eighth Session of the UnitedNations General Assembly*, ICJ (Oct. 26, 2023), https://www.icj-cij.org/sites/default/files/press-releases/0/000-20231026-sta-01-00-en.pdf.

〔7〕Jan-Phillip, *Erga Omnes Partes Standing and Procedural Issues in South Africa v. Israel Graf*, EJIL: TALK! (Feb. 1, 2024), https://www.ejiltalk.org/erga-omnes-partes-standing-and-procedural-issues-in-south-africa-v-israel/.

〔8〕Pearce Clancy, *Erga Omnes Partes Standing after South Africa v Israel*, EJIL: TALK! (Feb. 1, 2024), https://www.ejiltalk.org/erga-omnes-partes-standing-after-south-africa-v-israel/.

2025年中国国际法学会年会

浅析国际法委员会“国际组织作为当事方的争端的解决”专题

马逸存*

摘要：国际法委员会近年新发起的“国际组织作为当事方的争端的解决”专题目前已经通过了六条草案指南及相关评注。其中，本文重点研究争端事项的涵盖范围以及争端解决方法的可及性问题。关于前者，本文在厘清“国际争端”和“私法性质的争端”二者内涵与关系的基础上，通过分析委员会与联合国的宗旨与实践，认为不宜从争端事项的范围中排除“私法性质的争端”；关于后者，本文支持中国代表团的合理关切，从争端主体自主选择解决方法、现有国家实践、体系解释以及文本妥协属性四个方面展开论证，认为在可及性部分委员会着重强调“仲裁和司法解决”并不妥当，值得进一步修改完善。

关键词：国际法委员会；“国际组织作为当事方的争端的解决”专题；国际争端；私法性质的争端；草案指南；争端解决方法的可及性；国际组织法

作者简介：马逸存，北京外国语大学法学院国际法学硕士研究生，国家留基委-美国天普大学全额奖学金获得者（2025-2026 学年），2025 年中国“杰赛普”国际法模拟法庭竞赛中担任学生教练获得全国季军。

一、引言

和平解决争端的机制适用于国际组织原则上并没有争议。国际法院在 1949 年“为联合国服务期间所受伤害的赔偿”咨询意见案中明确了联合国有向主权国家发起独立求偿请求的能力。[1]然而，过去几十年里，国际法委员会（以下简称委员会）与其他共同推动“国际法逐渐发展和编纂”的国际权威机构对于“国际组织作为当事方的争端的解决”这一专题进行直接系统的研究程度相当有限。[2]正如委员会现任新西兰籍委员佩内洛普·赖丁斯（Penelope Ridings）博士指出，尽管委员会于 2011 年通过了《国际组织的责任条款草案案文》，其第三部分也确立了“国际组织的国际责任的内容”，但是案文并没有规定诉诸合适的争端解决机制的内容，[3]从而使得国际组织的可责性（accountability）难以得到真正的保证。[4]在这样

---

* 北京外国语大学法学院国际法学硕士研究生。

[1] See *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949,* p. 174.

[2] 如国际法学会（Institute of International Law）于 1957 年通过了一项关于“针对国际机构所作决定的司法补救”的决议，国际法协会（International Law Association）在 2004 年柏林会议上通过的一份报告在最后一部分“针对国际组织的补救办法”中涉及了争端解决问题。See First report on the settlement of disputes to which international organizations are parties, by August Reinisch, Special Rapporteur (A/CN.4/756), paras. 5-17.

[3] See Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session, Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II (Part Two), paras 87-88.

[4] 国际组织顺利的求偿权机制在法理上也同样适用。See Penelope Ridings, *Settlement of Disputes to which International Organisations are a Party: A Spotlight on the ILC and its Relevance to the Pacific*, Australian and New Zealand Society of International Law, https://anzsilperspective.com/settlement-of-disputes-to-which-

的背景下，委员会于近十年前开始筹备对这一专题的研究，并于三年前正式纳入工作方案。下文将按照时间脉络简要梳理专题研究的进展概况。

2016年5月18日，在委员会第68届会议期间，委员会设立了规划组（Planning Group）。[5]同年6月3日，规划组决定重组长期工作方案工作组（Working Group on the long-term programme of work，以下简称工作组），在工作组的建议下，委员会决定将两个专题纳入其长期工作方案（long-term programme of work），其中之一便是“国际组织作为当事方的国际争端的解决”（The Settlement of international disputes to which international organizations are parties）。[6]由迈克尔·伍德爵士（Sir Michael Wood）撰写的本专题的提纲（以下简称2016年提纲）被列入同年委员会报告的附件一。[7]2022年5月17日，委员会决定将本专题列入工作方案，并任命维也纳大学奥古斯特·莱茵里希（August Reinisch）教授为特别报告员。[8]同年8月5日，委员会还请秘书处撰写了一份备忘录，为本专题相关工作提供有关的国家和国际组织实践的信息。[9]在2023年第74届会议期间，委员会审议了特别报告员的第一次报告，将所载指南草案1、2转交起草委员会（Drafting Committee），通过了指南草案1、2，划定了本专题的范围并确定了“国际组织”、“争端”和“争端解决”的定义。委员会还决定将本专题的标题从“国际组织作为当事方的国际争端的解决”改为“国际组织作为当事方的争端的解决”，最终通过了两条指南草案的评注。[10]2024年第75届会议期间，委员会审议了特别报告员的第二次报告和秘书处的备忘录，决定将报告所载指南草案3、4、5、6转交起草委员会，通过了指南草案3、4、5、6，涉及争端范围、诉诸争端解决方法、争端解决方法的可及性以及对仲裁和司法解决的要求，最终通过了四条指南草案的评注。[11]

委员会通过草案指南而非草案案文，旨在通过树立最佳实践（best practice）的方式为国家和国际组织在这一议题上提供实际指导。不过，我国国际法学界目前尚未有对该专题研究专门进行分析的学术成果。本文将着重对专题争端事项的涵盖范围与争端解决方式的可及性两个议题展开批判性分析，最后简要列举了一

international-organisations-are-a-party-a-spotlight-on-the-ilc-and-its-relevance-to-the-pacific/.

[5] See Report of the International Law Commission on the work of its sixty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Seventy-first Session, Supplement No. 10* (A/71/10), para 303.

[6] 另外一个专题是国家责任方面的国家继承。*Ibid.*, paras. 306, 308.

[7] See Sir Michael Wood, “The settlement of international disputes to which international organizations are parties”, *Yearbook of the International Law Commission, 2016,* Vol. II (Part Two), annex I.

[8] See Report of the International Law Commission on the work of its seventy-third session, *Official Records of the General Assembly, Seventy-seventh Session, Supplement No. 10* (A/77/10), para. 238.

[9] *Ibid.*, para 241.

[10] 在2023年这个时间节点开启对本专题的第一次审议可以更好地保证本专题审议的延续性和稳定性，因为委员会的委会任期时间为五年（quinquennium），最近一个任期正是2023-2027年。见前注，Penelope Ridings 文；see also Report of the International Law Commission on the work of its seventy-fourth session, *Official Records of the General Assembly, Seventy-eighty Session, Supplement No. 10* (A/78/10), paras. 45-46.

[11] See Report of the International Law Commission on the work of its seventy-fifth session, *Official Records of the General Assembly, Seventy-eighty Session, Supplement No. 10* (A/79/10), paras. 59-61.

些可供深入研究的议题。

二、专题争端事项的涵盖范围

（一）观点分歧

草案指南 1“范围”为“本草案指南涉及国际组织作为当事方的争端的解决”。[12]正文看上去平平无奇，但却暗藏玄机。

特别报告员在第二次报告中指出，第 78 届联合国大会第六委员会（以下简称六委）就“委员会第 74 届会议工作报告”议题进行辩论期间，如欧盟、德国、荷兰等 21 个代表团认为通过扩大专题争端事项的涵盖范围，得以囊括私法性质的争端具有高度实际重要性；而只有中国一个代表团希望将本专题的范围限于国际争端。[13]然而，笔者通过该报告脚注 6 指引的网址进行查询，在仔细查阅研究后，发现中国代表团在该届六委的发言中并没有任何提及本专题的内容。于是在对该结论表示怀疑的基础上，通过查询第 79 届六委“委员会第 75 届会议工作报告”议题中国代表团的发言，终于在第二部分发现了相关表述。[14]

关于争端事项的涵盖范围，中国代表、新任国际法委员会委员、外交部条法司司长马新民在第 79 届六委发言指出：“中方认为，本专题研究的争端范围应限于政府间国际组织为当事方的国际争端，争端事项应限于国际法解释和适用争议或有关事实争议，不宜涵盖涉及非政府间国际组织或实体的争端，或由国内法规制的具有私法性质的争端。否则可能偏离本专题设立初衷。”[15]中国代表团在这里并没有给出合适的排除原因，后文详细的论证实际上证明了纳入“私法性质的争端”不仅不违背设立初衷，而且符合设立时的初衷构想。或许反对纳入“私法性质的争端”的理由之一是，容易使得对东道国国内法院司法主权的尊重失衡。[16]

特别报告员则在第二次报告“未来工作方案”部分阐明，“第二次报告的重点是国际组织作为当事方的‘国际’争端。特别报告员打算在 2025 年第三次报告中详细分析在解决国际组织作为当事方的‘非国际’争端方面的实践，即主要是国际组织与私人当事方之间在国际法以外的法律范围内产生的争端。这将包括‘私法性质’的争端（disputes of a “private law character”）。”[17]特别报告员通过将“非国际争端”的定性等同于“私法性质的争端”，得以将“国际争端”和“私法性质的争端”作为相互对立的一组概念。由上文可知，特别报告员与中国代表团就专题争端事项的涵盖范围这一议题出现了明显的观点分歧。

---

[12] *Ibid.*, para. 62.

[13] See Second report on the settlement of disputes to which international organizations are parties, by August Reinisch, Special Rapporteur (A/CN.4/766), para. 3.

[14] 参见《中国代表、外交部条法司司长马新民关于第 79 届联大六委“国际法委员会第 75 届会议工作报告”议题的发言》，第二部分，https://www.un.org/en/ga/sixth/79/pdfs/statements/ilc/26mtg_china_2.pdf，第 1 页。

[15] *Ibid.*

[16] 同前注，Penelope Ridings 文。

[17] 同前注，Second report by Special Rapporteur, para. 247.

（二）对于争议焦点的分析

从以上不同相关方对于争端事项涵盖范围的认识差异，不难归纳出争议焦点首先在于如何认识“国际争端”与“私法性质的争端”两个核心概念的内涵与关系，紧接着将通过分析委员会准备工作的宗旨与实践以及联合国的过往实践，进而对是否在专题争端事项中纳入“私法性质的争端”作出合理判断。

（1）两个核心概念的内涵与关系

从形式逻辑上看，“国际争端”的对立面是“非国际争端或各成员国国内争端”；而“私法性质的争端”的对立面则是“公法性质的争端”。字面上看，“国际争端”和“私法性质的争端”似乎并不能解释特别报告员将二者构建为相对范畴的理由。反而因为在法理上，“国际争端”这一概念的一部分由“私法性质的争端”的一部分构成，而后者显然并不一定都是具备国际要素的“国际争端”，会得出二者之间具有交叉关系的结论。

然而，2016 年提纲实际上对“国际争端”进行了限定，国际组织之间以及国际组织与国家或其他国际法主体之间产生的“国际法项下的争端可被定性为国际争端”。[18] 由此可见，此处的“国际争端”严格意义上涉及的是“公法性质的争端”，完全受国际公法管辖。特别报告员的第二次报告在这一概念基础上继续延伸，“非国际法争端的发生是因为国际组织往往也具有国内法律人格。因此，国际组织可能成为因合同关系而与个人和法人产生争议的当事方，而合同关系由具体的国内法或合同法一般原则规制。同样。私法性质的侵权行为或不法伤害纠纷也是非国际争端”。特别报告员在下一段就非国际争端列举了国际组织因采购、租赁等合同性质的争议的例子。[19]严格意义上讲，这里的“非国际争端”/“私法性质的争端”由于争端当事方涉及国际组织，并非真正的不具备国际属性的争端，而是国际公法管辖范围以外的争端或者并非在国际公法下产生的争端。[20]

另外，委员会在 2023 年会议工作报告中提出的以上两个核心概念之间模糊的边界实际上导致理论上的分类在实践中可能并不适用，本质上加强了其将“私法性质的争端”纳入争端事项涵盖范围的论证理由，因为如果不研究这种情形的话，本专题的范围就会有先天的漏洞。主要的例子是引起“私法性质的争端”的人身伤害或财产损失侵权索赔，在受害者母国行使外交保护予以支持的情况下，可能转变为国际索赔（争端的性质发生变化）；还有国际组织之间基于不同的法律规范的两类请求权会导致争端的性质有根本的不同。[21]

---

[18] 同前注, Wood, para. 3.

[19] 同前注，Second report by Special Rapporteur, paras. 17-18.

[20] 另外需要强调的是这一“私法性质的争端”并不包含国际组织与其职员之间的争端，也就是国际行政法的问题。参见前注，Wood, para. 3; *Ibid.*, para. 21.

[21] See Report of the International Law Commission on the work of its seventy-fourth session, *Official Records of the General Assembly, Seventy-eighty Session, Supplement No. 10* (A/78/10), para. 49, Commentary para. (5).

（2）委员会与联合国的宗旨与实践

回顾委员会准备工作的宗旨与实践，可以发现委员会从一开始就并没有排除“私法性质的争端”的意图。2016 年提纲指出，“某些私法性质的争端，例如契约型争端，或国际组织的侵权行为或针对国际组织的侵权行为引起的争端，是否也可包括在内，将留待今后决定”。[22]如果从本专题直接相关的最早的文件表述来看，确实无法得出委员会有明确将“私法性质的争端”排除出争端事项的涵盖范围的初衷。委员会在随后的工作准备期间的实践也能佐证这一观点。委员会在 2022 年会议工作报告里指出，“考虑到这类争端实际上对国际组织运作的重要性，可以假定（it was presumed that）特别报告员和委员会将考虑到这类争端”。[23]

从联合国的实践来看，首先 1946 年《联合国特权与豁免公约》第 8 条“争端解决”中第 29 小节（section）要求联合国“应对下列争端提供适当的解决方式：（一）以联合国为一方的合同争端或其他私法性质的争端”。[24]可见即便在 80 年前，“私法性质的争端”已经属于联合国需要考虑的争端范围。另外在历史上，委员会与国家之间的紧密的联系程度是其鲜明的特点。[25]因此在这个意义上，六委的讨论意见对委员会而言非常重要。而恰恰在本专题产生草案指南以及首份报告之前，六委在“国际法委员会今后的工作”一节中明确指出“有代表团欢迎将私法争端纳入该专题范围内，原因是这类争端具有切实重要性，并往往对东道国产生影响”。[26]更为重要的是，这份意见摘要中并没有指出中国代表团提出的将“私法性质的争端”排除出争端事项涵盖范围的观点，所以可以推定中国代表团彼时确实没有提出这一观点。《国际法委员会章程》（以下简称《章程》）第 24 条规定，“委员会应当考虑使得习惯国际法的证据更加具备更获得性的方式”。[27]这意味着，后续中国如果真的主张本专题有关国内私法性质争端的草案指南部分不构成习惯国际法或者即使构成习惯国际法也不对我国产生拘束力的观点将从证据上看不太具备说服力。因为在关键的习惯国际法初期形成时，中国政府没有提出反对意见，从而很难被视作是“持续反对者”（consistent objector）。

另外可能会存在这样一种观点，即纳入“私法性质的争端”可能会超出委员会的授权（mandate）和专长（expertise）。毕竟《章程》第 1 条第 2 款阐明委员会

---

[22] 同前注, Wood, para. 3.

[23] 需要明确的是，彼时特别报告员还没有进行报告，委员会还未正式审议本主题也还没有通过任何指南草案案文，标题自然也还是明确为“国际争端”。同前注，Report of the International Law Commission on the work of its seventy-third session, para. 238.

[24] Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (adopted 13 February 1946, entered into force 17 September 1946) 1 UNTS 15, p. 30.

[25] See Dire Tladi, *Symposium on 150 Years of the Institut De Droit International and the International Law Association The International Law Commission, the Institut, and States*, 117 AJIL Unbound 231.

[26] 参见《秘书处编写的关于大会第七十七届会议期间第六委员会就国际法委员会第七十三届（2022 年）工作报告讨论情况的专题摘要》，10 February 2023, A/CN.4/755, para. 82.

[27] Statute of the International Law Commission (adopted 21 November 1947, amended in 1950, 1955 and 1981), Art 24.

应该主要涉及国际公法相关的议题，但也并不排除委员会进入国际私法的研究范畴。[28]对于“私法性质的争端”进行研究，必然会涉及以各成员国国内法为准据法的相关实践，委员会是否有足够的专长和精力真正重视不同法系的国内实践。关于这一点，可能不会是一个主要的问题。因为委员会过往在“防止及惩治危害人类罪条款草案”“关于发生灾害时的人员保护的条款草案”“领事关系条款草案”“国际组织的责任草案”“国际队国际不法行为的责任草案”等专题研究中都涉及到了国内法的研究部分。[29]值得一提的是，特别报告员的第一次报告中还提及“自 2014 年以来，欧洲委员会国际公法法律顾问委员会（Committee of Legal Advisers on Public International Law, CAHDI）一直在处理‘国际组织作为当事方的私法性质争端的解决’问题”。[30]欧盟这一实践或许可以对“私法性质的争端”部分的研究有较大作用。“私法性质的争端”主要将通过 2025 年特别报告员的第三次报告以及今年委员会工作会议呈现研究效果。

（3）结论及建议

据以上分析可知，将“私法性质的争端”纳入专题事项的涵盖范围并无明显不妥。不过由于在本专题中，客观存在着两种不同类别的争端，本文建议委员会有必要在草案指南 2“用语”中对“争端”一词进行进一步分类细化，或者直接将不同类别的争端作为两个术语进行定性。

三、专题争端解决方法的可及性

（一）中国代表团的疑虑

马新民司长在上文同一发言中，针对草案指南 5 也提出了中国代表团的关切，“草案指南 5‘争端解决方法的可及性（accessibility）’部分特别提及要将仲裁、司法解决等更多作为国际组织之间以及国际组织与国家间的争端解决方式。评注认为，仲裁和司法解决方式在相关实践中运用频率较低，有必要使此类争端解决方式更加广泛可及。中方理解起草该条指南的初衷，但同时要指出，各种争端解决方式没有高低优劣之分，为避免产生鼓励国际组织更多选择特定争端解决方式的歧义，中方认为指南草案中似不宜明确点出特定争端解决方式，可考虑在评注中予以说明”。

（二）相关草案指南与国际法上的争端解决方法

[28] *Ibid.*, Art 1.

[29] 注意不同专题对于“国内法”一词的不同表述。See Report of the International Law Commission on the work of its seventy-fourth session, *Official Records of the General Assembly, Seventy-eighty Session, Supplement No. 10* (A/78/10), para 49, n 99.

[30] See First report on the settlement of disputes to which international organizations are parties, by August Reinisch, Special Rapporteur (A/CN.4/756), para. 8.

委员会目前通过的草案指南 5 原文如下，“对于争端解决方法，包括酌情使用（as appropriate）仲裁和司法解决，需使之更加广泛可及，用于解决国际组织之间或国际组织与国家之间的争端”。[31]指南 5 评注第一段进一步指出，“草案指南 4 建议使用适当方法和平解决国际组织作为当事方的争端，草案指南 5 则处理另一个问题，即争端解决方法是否实际可用（available）和可及”。[32]根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款，语词的一般含义需要放在上下文以及宗旨目的中方能进行善意解释。所以，在仔细分析草案指南 5 之前，有必要先行查阅草案指南 4 以及指南 4 引证的草案指南 2（c）项。

草案指南 4“诉诸争端解决办法”为“对于国际组织之间或国际组织与国家之间的争端，需本着诚意与合作精神，通过草案指南 2（c）项所述、可能适合争端的情况和性质的争端解决办法予以解决”；草案指南 2（c）给出了本专题项下“争端解决办法”的定义，“是指谈判（negotiation）、调查（enquiry）、调解（mediation）、和解（conciliation）、仲裁、司法解决（judicial settlement）、诉诸区域机构或安排（resort to regional agencies or arrangements），或解决争端的其他和平方法”。委员会提出的这一系列争端解决办法，最早出现于《联合国宪章》第 33 条第 1 款，随后又在 1970 年联大《与国家间友好关系与合作相关的国际法原则宣言》得到重申。[33]

传统国际法一般将谈判、调查、调解、和解视作“外交解决方法”（diplomatic means），在这种类别下，当事方对争端保持控制而且可以以认为恰当的方式接受或者拒绝提议的解决方式；而仲裁与司法解决一般被称作是“法律解决方法”（legal means of settlement），当事方在寻求获得一份有拘束力的决定（通常基于国际法而作出）时一般会采用这种方式。[34]而在以上解决方法中，谈判被公认为是最简单便捷也是最常使用的方法。[35]

（三）批判性分析

特别报告员第二次报告所载的指南 5 对于一系列争端解决方法的使用完全失衡，原文是“在解决国际组织作为当事方的国际争端时，应提供并更广泛使用仲裁和司法解决方法”。委员会草案指南 5 在此基础上大幅调整。

评注明确该指南与指南 4 一样，并没有在不同争端解决方法之间确立位阶的高低。委员会还再次强调，在两条指南中都运用“酌情”一词来确保争端当事方对

---

[31] See Report of the International Law Commission on the work of its seventy-fifth session, *Official Records of the General Assembly, Seventy-eighty Session, Supplement No. 10* (A/79/10), para. 62.
[32] *Ibid.*
[33] General Assembly Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970.
[34] See John G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 6th ed., Cambridge University Press, 2017, p. 88.
[35] *Ibid.*, p. 2; also see Nii Lante Wallace-Bruce, *The Settlement of International Disputes: The Contribution of Australia and New Zealand*, Martinus Nijhoff, 1998, p. 38.

不同争端解决方法的选择自由；指南 5 建议使所有争端解决方法更加广泛可及，没有对任何特定方法赋予优先地位。插入“包括……仲裁和司法解决”一语，是因为在没有明确规定的情况下，这些争端解决方法的可及性特别低，为了使方法切实可用，似乎宜建议使这种争端解决形式更加广泛可及。评注还特意说明选择“可及性”一词是为了强调实际问题，例如费用和可用的法律补救办法，而不是仅在法律上有争端解决方法可用（availability）。[36]

本文对以上评注的说理与中国代表团一样存在较大的疑虑，本文认为该条指南完全有修改进步的空间。以下是几点理由。第一，既然委员会评注已经选择尊重国际组织作为争端当事方对不同争端方法的选择自由，也就同时应该假定国际组织内部的机构（尤其是其法律顾问）对于其自身如何妥善解决争端维护自身利益有最为准确的认识。委员会不应该仅仅通过某种争端解决办法的使用频率较低，就推测争端当事方应该增加该类争端解决办法的可及性，这在实际上干涉了争端当事国的自由选择争端方法的权利；

第二，现有国家与国际组织实践并不支持单一强调仲裁和司法解决，这容易使得草案指南 5 沦为应然法（*de lege ferenda*）而非实然法（*lex lata*）。2024 年本专题起草委员会主席菲比·奥科瓦（Phoebe Okowa）教授在其向委员会的陈述中，明确指出委员们对于强调仲裁和司法解决有无必要并没有产生确信（were not convinced that a concentration on arbitration and judicial settlement was warranted）。[37]而且委员会在指南 4 的评注中也承认了两点，其一是秘书处的备忘录[38]发现在实践中，国际组织会诉诸指南草案 2（c）项所述的所有争端解决方法以解决与其他国际组织和国家的争端；其二是争端往往以保密方式解决，因此实际上难以准确评估具体争端解决方法的实际使用情况和使用频率。委员会相当于承认了争端方法使用的普遍性和相关频率的不透明。在这种情况下，单独在草案指南正文专门点出某种争端方法是具有误导性的，不能准确反映国家实践。

第三，从体系解释来看，上一节已经展现了指南 4 与指南 2（c）所提及的争端解决方法是一系列且完整的。而在草案指南 5 却单独提出“仲裁和司法解决”，虽然某种意义上可能被视作是草案指南 6 进行论述的前置铺垫，但却并没有直接提及其他可能的方法。为什么在如此具有创新的一条指南里，要刻意不提及其他的方法在体系上难以解释。因此，加上“酌情”二字也并不能打消疑虑

第四，起草委员会主席也坦承这单独插入的一句是妥协的产物。有些委员坚定要求加入这一条，认为评注可以缓解另一些委员对此的疑虑。[39]这意味着，不

[36] See Report of the International Law Commission on the work of its seventy-fifth session, *Official Records of the General Assembly, Seventy-eighty Session, Supplement No. 10* (A/79/10), para. 63, commentary to Guideline 5, subparagraph 2, 4, 5.
[37] See Ms Phoebe Okowa, *Statement of the Chair of the Drafting Committee*, 31 May 2024, p. 11.
[38] A/CN.4/764.
[39] See Ms Phoebe Okowa, *Statement of the Chair of the Drafting Committee*, 31 May 2024, p. 12.

管是正文还是评注都还存在进步完善的空间。

四、委员会工作的“隐藏宝石”与未来展望

2023 年，国际组织法研究领域内掀起了寻找国际组织法的“隐藏宝石”（hidden gems）的理论旋风，简单来说是为了突破这一领域的主导方法论“功能主义”（functionalism）的桎梏与局限，选择在已有的智识资源中重新发现哪些方法论或议题能够给国际组织法这一研究领域带来新的启示。[40]

尽管“隐藏宝石”也并不容易觅得，需要说明的是，在委员会过去几年已经进行的研究之中，必然还有值得深入挖掘的议题。但是受限于笔者的研究深度和篇幅考量，本文没有展开。此处试举两例，一是草案指南 2 中“国际组织”的定义采纳了特别报告会的建议，而没有采纳委员会 2011 年《国际组织的责任条款草案案文》第 2 条有关“国际组织”的工作定义。这一变化的原因为何？甚至可以将历史维度再往前延伸，考虑这一新定义与委员会更为久远的有关国际组织的专题研究的联系；[41]二是国际组织法领域的专家 Niels Blokker 教授长期以来认为委员会没有对国际组织的实践有足够的重视，而过于关注国家本身的实践。[42]本专题本身涉及大量的国际组织主动提供的实践，是否落入委员会之前认定的缺陷之中是一个有价值的问题。

另外早在 2022 年联大六委讨论期间，便有代表团建议，“国际法委员会接下来不妨着手编撰国际组织的管辖豁免规则，作为关于本专题和‘国际组织的责任’专题工作的合理延伸”。[43]将本专题系统地防止在国际组织法相关专题的背景下是有必要的，国际组织法的不同制度需要有机地结合起来，最终才能真正转动起来。

2025年中国国际法学会

[40] See Devika Hovell, Jan Klabbers and Guy Fiti Sinclair, *Hidden Gems in International Organizations Law – A Brief Introduction*, 34 European Journal of International Law 137.
[41] See Lorenzo Gasbarri, *The Concept of an International Organization in International Law*, Oxford University Press, 2021.
[42] See Niels Blokker, *Legal Facets of the Practice of International Organizations*, Hague Academy of International Law, 435 Recueil des Cours 73, p. 302-306.
[43] 见前注，《秘书处联大六委专题摘要》，para. 82.

国际法院咨询管辖权扩张的新发展与成因分析

曹祥*

内容摘要：在“查戈斯群岛案”之后，国际法院又陆续受理了“巴勒斯坦被占领土法律地位咨询意见案”以及“气候变化国际义务咨询意见案”，侧面表明了国际社会对咨询扩权逐渐产生“工具性策略”的共识。实证研究表明，当前的扩权呈现出三个维度的特征：管辖权客体向高敏感政治领域泛化、申请主体借由国际组织议程设置实现隐形扩容、咨询意见通过“软法硬化”法律效力提升。此种扩张引发了程序滥用风险倍增、与诉讼功能定位混乱以及国际法体系碎片化加剧等危机。从外部驱动来看，全球治理赤字的迫切需求推动国际法院以“咨询管辖权”为突破口向“高政治敏感度”的全球公共议题迈进；从内在逻辑来看，国际法院通过司法能动主义主动突破限制，关注自身权威性的实现。对中国而言，要立足多边主义的司法改革化取向，灵活分类适用国家同意原则以及积极参与全球司法治理机制来化解危机。

关键词：国际法院；咨询管辖权；正当性危机；全球治理

引言

作为联合国的主要司法机构的国际法院，根据《联合国宪章》第 96 条[1]和《国际法院规约》第 65 条[2]行使咨询管辖权，就特定法律问题发表咨询意见，旨在为政治机构作出决定前提供需要权威的法律建议，及协助其他联合国机构开展活动。国际法院的咨询意见解决了国际事务中一些争议较大，直接涉及国家重大利益的问题，在促进世界和平与正义所发挥的作用是巨大的。考察国际法院的既往咨询实践，不难发现国际法院的咨询管辖正呈现出强扩权趋势：依托于对“国家同意原则”的突破和对“法律问题”的扩大解释，在咨询事项所涉及的范围十分广泛，不仅几乎涵盖了国际法所有领域，而且包括政治与法律问题混合案件，甚至扩展到一些政治敏感度较高的事项；咨询意见的法律效力增强，所发挥的作用也早已超出立法者的预想，不仅能在国际法发展和国家政策选择上发挥指导作用，还能以软法的形式、非争端解决方式的外表行司法解决争端之实。

以 2019 年“查戈斯群岛咨询意见案”为分界线，近几年来国际法院咨询管辖

* 作者简介：曹祥，女，河南省信阳市，河南大学在读国际法学硕，电话 19837870839。

[1]《联合国宪章》第 96 条：一、大会或安全理事会对于任何法律问题得情国际法院发表咨询意见。二、联合国其他机关及各种专门机关，对于其工作范围内之任何法律问题，得随时以大会之授权，请求国际法院发表咨询意见。”

[2]《国际法院规约》第 65 条：法院可应《联合国宪章》授权或根据《宪章》授权的任何机构的请求，就任何法律问题发表咨询意见。法院咨询意见所针对的问题应以书面请求的方式提交法院，该请求包含对需要发表意见的确切陈述，并附有可能揭示该问题的所有文件。

权的行使频率有所提升，部分国际法行为体出现模仿“查戈斯群岛案”策略性启动咨询程序，尝试将气候变化、领土主权等本需基于“协商一致原则”或“国家同意原则”协商解决的全球公共议题司法化，这一现象侧面反映出国际社会逐步产生对咨询管辖权扩张实践达成新的“工具性策略”的共识：此类实践不仅重构了国际法院在全球治理中的角色谱系，更是暴露了国际法体系中对宪政化争端解决方式的需求。目前学界的研究多聚焦于“查戈斯群岛案”等早期判例，局限于对国际法院实践的单向度分析，缺乏对新兴咨询实践的体系化考察以及国际社会对咨询管辖扩权的态度。鉴于中国作为国际法院咨询程序的积极参与方，更有必要系统性重新审视咨询管辖权扩张的新发展。对此，本文通过实证方法检视国际法院咨询管辖扩权的新趋势，并分析这些趋势可能引发的正当性危机，结合当下国际法治环境的变化反思成因并提供中国的应对防范，对准确把握全球治理中的中国选择有重要意义。

一、国际法院咨询管辖权扩张新发展的具体表现

国际法院咨询管辖权的行使受《联合国宪章》第 96 条及《国际法院规约》第 65 条确立的三项核心要件约束：申请主体须具备宪章赋权或特别授权资格、咨询事项须属法律问题范畴、且议题须与申请机关职能范围具有实质关联。近年的咨询实践表明，国际法院咨询管辖权在继承既有扩张路径的基础上呈现出三方面的演进变化：其一，管辖权客体外延从传统法律争议向高政治敏感度的全球治理议题泛化，依托对“法律问题”的扩张解释实现客体扩张；其二，申请主体资格通过联合国体系内的授权机制实现隐性拓展，突破传统宪章授权框架；其三，咨询意见逐渐产生实质性法律效力，开始形成对主权国家行为的隐性约束。

（一）咨询管辖权客体外延泛化

国际法院咨询管辖权的扩张趋势在当代国际法治实践中尤为显著，其核心表现之一是管辖权客体外延的泛化。这一趋势主要是通过突破“国家同意原则”与扩大解释“法律问题”得以实现，将咨询管辖事项从传统法律争议延伸至高政治敏感度的全球治理议题。例如，在 2024 年国际法院针对以色列占领巴勒斯坦领土合法性问题的咨询意见案中，尽管以色列未明确同意，法院仍基于联合国大会的请求发表意见，认定以色列持续占领行为违反国际法，并强调其有义务立即停止非法占领。这一裁决不仅直接涉及国家领土主权争端，更将国际法院的角色放入巴以冲突这一长期政治化议题中，凸显了咨询程序对国家核心利益的介入。法院在此案中援引“合作原则”[3]，即作为联合国主要司法机关，其发表咨询意见是协助联合国机构履行职责的体现，即便涉及实际争议，也不应受制于个别国家的反对。这种逻辑延续了自 1950 年“和平条约解释案”以来的司法立场——正如英国著名

[3]参见刘芳雄《国际法院咨询管辖权研究》[M]，浙江大学出版社 2008 年版，第 118 页；吴慧.国际司法机构的咨询管辖权研究[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2013,15(05):73-80+135.

学者 HerschLauterpacht 所指出的[4]，国际法院通过区分咨询程序与诉讼程序，逐渐淡化“国家同意原则”的刚性约束，转而强调其作为联合国机关的职能属性，认为咨询意见的发表是“参与联合国活动”的必要形式，而非针对国家的强制性裁决。

在扩张路径上，国际法院还通过对“法律问题”的目的性解释拓宽管辖范围。在巴勒斯坦被占领土案中，法院将领土主权、占领合法性等高度政治化议题重构为“国际法框架下的法律问题”，主张“法律问题本质上是基于法律术语提出并可通过法律原则解答的[5]”，即使其附带政治维度也不影响管辖权的行使。这与西撒哈拉案中“法律与政治不可分割”[6]的经典论述一脉相承，即法院通过形式化解释模糊事实问题与法律问题的界限，将咨询管辖权客体泛化为任何涉及国际法适用的议题。这种司法策略在近年实践中出现进一步强化，国际法院在处理气候变化咨询意见请求时，可能需将环境治理、碳减排责任等全球性挑战转化为对国际法义务的解析，从而将咨询程序延伸至传统上由政治协商一致主导的领域，以寻求实现国际气候变化法的范式转变，从一个完全由“谈判形成的法律体系”转变为一个也涉及“裁定的法律体系”。在 2024 年气候变化咨询意见案中，尽管涉及国家自主贡献的多样性和气候损害因果关系的复杂性，法院仍通过解释《联合国宪章》义务框架，将温室气体排放的法律后果以及要求各国承担防止气候系统受损的义务纳入“法律问题”范畴，这一做法实质上将全球治理议题纳入国际法院司法审查范围。

然而，这种扩张也引发了争议。有批评者曾指出，法院过度介入高政治议题可能削弱其司法独立性[7]，巴勒斯坦案中咨询意见被巴方视为“正义的胜利”并用于国际舆论动员，而以方则质疑其程序正当性。尽管法院通过《规约》第 65 条的酌处权保留拒绝发表意见的可能性，但在实践中，其更倾向于以“司法适当性”为由行使管辖权，而非受制于国家同意。这种也倾向被学者描述为从“协商一致模式”向“强制模式”的隐性转变，可能加剧国际关系司法化的碎片化风险[8]。此外，法院通过对咨询问题的“重述权”，如“拓展、解释、甚至重新表述提交的问题”[9]，赋予其灵活规避敏感争端的空间，但也使得咨询程序更易受司法政策驱动，甚至被质疑为“大国政治工具”。长远来看，如何在维护国际法治统一性与尊重国家主权间平衡，仍是国际法院咨询管辖权扩张面临的核心挑战。

（二）咨询意见申请主体隐性扩容

[4]See Hersch Lauterpacht,The Development of International Law by the International Court,Cambridge University Press,1996,p.357.

[5]See the“Legality of the Threat or NuclearWeapons”,Case(1996),Advisory Opinion,p.11-12，para.13.See I.C.J. Reports 1975,p.18,para.15.

[6]See I.C.J. Report1975,p25,para.32-33.

[7]杨泽伟.国际法院的司法独立:困境与变革[J].外交评论(外交学院学报),2012,29(02):132-142.

[8]Romano CPR.The shift from the consensual to the compulsory paradigmin international adjudication:elements for a theory of consent[J].NYUJInt'lL.&Pol.,2006,39:791.

[9]Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied PalestinianTerritory，Advisory Opinion of 9July2004，I.C.J.Reports2004，para.38(hereinafter“Wall”).

国际法院咨询管辖权的扩张不仅体现在管辖客体的泛化，更表现为申请主体的隐形扩容——也即尽管《联合国宪章》和《国际法院规约》规定咨询意见只能由联合国大会、安全理事会或经大会批准的机构提出，国家无权直接向国际法院提出请求，但实践中特定国家却可以通过外交协调等途径，推动国际组织或民族解放运动组织间接发起咨询程序，从而将国家层面的政治诉求转化为法律问题以寻求国际法院的权威性裁断。

迄今为止只有 18 个机构享有咨询请求权，但《宪章》并未对表决程序作严格限定，且自联合国成立以来的咨询实践中，国际法院实际上摒弃了国联时期表决的“一致同意原则”[10]，这种模糊性为国家的策略性操作提供了一定的空间，例如联大决议仅需要“简单多数”即可通过。事实上，自 60 年代中期以来联合国体系内会员国结构发生巨变后联大表决经常出现大量弃权和不参与投票的情况，全体成员中相对不多者能通过一项关于咨询申请的决议的情况早已成为现实，以 1996 年大会有关以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询表决结果为例，其中赞成票仅占所有票数的 49%左右。因此在近些年的咨询实践中，国家能够通过游说联合国大会获得简单多数支持成功推动联大决议的几率非常大，且不需要通过相关国家的同意，从而有效的避免了大国意志的影响（比如安理会中常任理事国的一票否决权能够阻止咨询请求的通过），例如阿拉伯国家联盟（以下简称阿盟）联合伊斯兰合作组织（OIC）、非洲联盟（非盟）等区域性组织的力量，通过外交斡旋协调了 57 个联合国成员国和国际组织立场，最终以 87 票赞成、26 票反对、53 票弃权的结果获得压倒性多数的通过决议草案，成功将巴勒斯坦的领土诉求包装为国际人道法的适用性审查而提交给了国际法院，为未来通过国际法手段解决领土争端提供了一种新的范式，尽管其中包含了美国和以色列（争端当事国）投出的反对票。需要说明的是，巴勒斯坦作为非国家实体，且非联合国会员国，正是通过民族解放组织推动联大决议从而间接参与咨询程序，突破了其非联合国会员国的身份限制，将领土争端问题呈现在联大议程之中。而在 2023 年 4 月联大一致通过的“气候变化咨询意见案”中表面上由民间团体推动（PISFCC，由学生发起组成的太平洋岛国学生应对气候变化组织），实则背后也存在国家层面的系统性战略运作。PISFCC 等民间组织与受气候变化威胁最严重的小岛屿国家代表瓦努阿图形成“自下而上”的协作模式，通过构建“气候脆弱国家统一战线”获得 120 国支持，包括欧盟成员国和部分发展中国家，将气候赔偿诉求上升为“人类共同关切”义务。这些间接参与模式实质上突破了传统主体资格限制：通过将民族解放运动或民间团体作为国家诉求的“传话筒”，国家借助国际

[10]根据《国联盟约》第 18 条第 2 款规定，大会及行政院的决定须经所有与会成员国的一致同意，程序事项仅需要多数票决定。尽管《国联盟约》未对申请咨询意见是程序事项还是非程序事项明确规定，但在行政院的实践中，除四项申请意见外，其余申请咨询意见的请求都获得了当事方的同意，是以一致同意的形式通过的。相关四个申请均仅缺乏当事方的同意。

组织将敏感议题法律化，既能规避了直接对抗大国的政治风险，又利用国际法院的权威性为其诉求赋权，而国际法院则通过动态解释扩展其治理职能，在回应全球治理需求的同时希望能够实现自身权威性的重构，这种双向互动既反映了小国或弱国“以小博大”的司法策略，也暴露了国际法院的危机——当咨询程序沦为法律工具时，其正当性基础可能因为程序滥用风险而受到到侵蚀。

（三）咨询意见法律效力实质提升

国际法院咨询管辖权的扩张不仅体现在程序启动的灵活性和覆盖议题范围的广泛性，更表现为咨询意见法律效力的实质性跃升。国际法院的司法职能主要是通过诉讼管辖权和咨询管辖权实现，而咨询管辖之所以区别与诉讼管辖，是因为其功能在于强调为法律问题提供权威性意见而非解决争端，并不具备约束力。但是实践表明国际法院咨询意见的嗣后法律效力及其导致的“准司法造法”效应在民族自决问题上已有所显现。广义上的法律效力是指能够多角度的推动争端的解决，并非局限于强制效力，国际法院的咨询意见是一种类似于“司法造法”的过程，德国学者将国际法上的“司法造法”这一现象理解为“国际司法结构判决的目的不仅是处理案件本身，而且是通过创制抽象的、类型化的表述，作为嗣后法律实践的权威参考点，从而影响一般性的法律商谈”，[11]由于咨询意见在适用时具有一致性和可预见性，在这个意义上实质通过“软法硬化”机制拥有准先例效应，在毛里求斯/马尔代夫，联合国海洋法法庭特别分庭援引“查戈斯咨询意见案”，间接承认国际法院的咨询意见有可能产生进一步的法律效力，赋予其争端实质既判力的权威，形成了跨国司法机构的规范协同。此外，由于在所有的咨询案件中，法院的组成和它在诉讼案件程序中的组成一致，因此这种“司法造法”效应能够从判决结果扩展至咨询意见本身，这就意味着，尽管理论上这种咨询意见可能不会直接对案件本身的当事方造成直接影响，但其仍可通过影响相关国家组织或机构采取措施来间接形成一种“准司法造法”的效果，也可以对嗣后争端的解决提供参考意见，尤其是对于双方对抗性较强的民族自决争端，这种效果既能够极大的缓解当事方剑拔弩张的气氛，也为日后其他民族非殖民化进程的推进提供参考和帮助。例如在“西撒哈拉咨询意见案”中，国际法院对自决权作为基本权利的定位给予了肯定，并认定民族自决权行使的目标所在；又如在“西南非洲咨询意见案”中，国际法院所提供的咨询意见本身并未明确其属于普遍国际法，但其为联合国大会所接受并认可，并且使之成为解决西南非洲问题的法律依据。Lauterpacht 法官也曾指出，法院在裁判中不断援引先前的判决和咨询意见，这表明在法院看来，过往的咨询意见与判决具有同等效力，都会对案件的后续产生影响，在现实中，如果事实上存在争议当事方，则诉讼案件和咨询案件之间的区别只是名义上的。[12]因

[11]Arminvon Bogdandy，Ingo Venzke，Beyond Dispute：International Judicial Institutions as Lawmakers,German Law Journal 987-988(2011),Vol.12

[12]See Hersch Lauterpacht,The Development of International Law by the International Court,Cambridge University

此，认为咨询意见不具约束力的观点更多的是理论上的，而不是真实的。相关的国际组织还可以通过内部程序将咨询意见外化为具体的行为，从而使咨询意见间接地达到类似判决的实际效果，咨询意见的嗣后法律效应同样需要重视，当 2024 巴勒斯坦被占领土秩序意见认定以色列构成“事实吞并”后，联大据此通过具有里程碑意义的 ES-11/8 号决议要求以色列在 12 个月内结束非法占领；西班牙、挪威等国更直接援引该意见作为承认巴勒斯坦国的法理基石，而且依托咨询意见的权威性，阿盟也通过阿拉伯—伊斯兰部长级委员会协调行动，形成了一种“咨询—决议—实践”的规范转化链条。这种法律效力的生成机在否定以色列占领合法性的同时，为巴勒斯坦主权诉求提供了比判决更具结构性的支撑——咨询意见虽没采取强制措辞，却以规范转化与制度反馈实现了比传统诉讼更为深远和有效的影响。

在联合国时期，国际法院对它在咨询职能方面的角色采取了一种积极司法主义，借用前国际法院院长 HumphreyWaldock 先生在 1976 年说过的话就是：国际法院，主要经由同化其程序的过程，已经将咨询管辖权发展成为一种几乎能够完成任何司法任务的可行的工具，如果它们有这种想法的话。[13]换言之，国际法院对其咨询管辖权并没有采取一种过分严格的态度；“法律问题”的限定并不排除“国家间争端”的事实，极大地有助于法院通过行使咨询管辖权促进联合国的工作和国际社会的和平。从咨询意见的功能看，咨询意见能够裁断违法行为的存在并指出错误行为者，而这正是任何法院的主要功能；从咨询意见的拘束力来看，咨询意见名义上没有拘束力，但它事实上具有很高的司法权威；从咨询意见与诉讼判决的区别来看，两者最大的不同仅仅在于咨询意见本身的措辞并不强求任何国家或国际组织从事某些行为。当咨询意见具有良好的说服力时，它所实际发挥的作用与判决没有本质区别，考虑到咨询管辖没有约束力，不那么让主权国家觉得反感的话，该管辖权就更为可行、价值性更高了。

二、国际法院咨询管辖权扩张的正当性危机

透过国际法院咨询管辖权运行的实践，可以发现，这些超越国家预料以外的实践特点与其被预设的制度逻辑有相悖之处，引发其设立者的不满，进而使国际法院面临自身正当性危机。

（一）频繁出现程序滥用

程序滥用是推进全球治理法治化过程中难以避免的问题，尽管《国际法院规约》致力于平衡争端各方的利益，但程序滥用的趋势却日益显著，这不仅可能进一步加剧国际法庭的诉讼负担，还可能导致国际法院成为政治博弈的工具，损害法院的中立性和公信力。程序滥用在学术界中被定义为一个或多个当事人在行使

Press,1996,p.358.

[13]See“Aspects of Advisory of the International Court of Justice”,Gilberto Amado Memorial Lecture，1976，p 12.

权利时，其权利内容与该权利设定的目的相悖，比如行使欺诈、拖延、为造成损害、获得非法利益、降低或消除某些其他可用程序的效力、或纯粹为了宣传的目的等[14]。国际法院在处理程序滥用方面表现得相当保守，一些被学术界视为程序滥用的行为尚未被国际法院视为滥用，正如国际法院曾在关于核武器威胁或使用合法性的意见中指出“请求的动机可能是出于政治原因，以及所给意见可能的政治影响，在确定法院给予此类意见的管辖权时无关紧要”，[15]但部分学者却指出核裁军问题本质上是政治博弈的延伸，国际法院介入此类高度敏感的议题，超出了其司法职能的合理边界，是对咨询程序的滥用，损害了法院自身的独立性和中立性。[16]诚然，面对日趋复杂的国际争端，国家可能在“有效冲突管理策略和放弃决策成本”之间权衡，[17]最终导致一个案件呈于国际法院，特别是近年来，各国利用咨询意见解决争端的诉讼策略成为热门话题，例如“查戈斯群岛咨询意见案”中法院推导出毛里求斯的非殖民化进程未合法完成，这一违约行为不仅对英国而且对所有成员国产生的法律后果。这一咨询意见被认为是“软”诉讼策略的巨大成功，从参加咨询程序的国家移交的书面陈述来看，国际社会已经广泛承认，将查戈斯群岛从毛里求斯分离是非法的。有学者对该案件评价“需要警惕一些国家仿照炮制和滥用国际司法机构的咨询程序”，一些国家可能将国家件的领土主权争端“包装”成国际司法和仲裁机构具有管辖权的事项，进而利用这种管辖权影响和干预当事国外交磋商进程，[18]在“巴勒斯坦被占领土法律地位案咨询意见”发表后，以色列及盟友就指责巴勒斯坦利用咨询程序“绕过双边谈判”，将政治争议司法化，破坏了《奥斯陆协议》框架下的和平进展。从咨询既往实践来看，当事国的同意尽管能够作为咨询管辖权行使裁量权所考虑的因素，但从未付诸实践过，国际法院似乎希望在更大范围内发挥其咨询职能的作用，这并不利于国际法院的咨询意见获得相关国家的认同，进而可能会对咨询意见的实际影响力产生消极作用，产生规避当事国同意解决争端的效果，将与其司法性质不相容。

至今以来，安理会仅有一次利用咨询管辖权的经历，即在 1971 年就纳米比亚案申请法院发表咨询意见，有学者评价：“安理会宁可采用政治方式也不愿受益于法院关于法律问题的帮助[19]”显然安理会和专门机构对法院的冷漠，不愿意利用咨询管辖权的根本原因在于处于某些政治考虑，它们担心“法院的手伸得过

[14]Robert Kolb,General Principles of Procedural Law,in The Statute of the International Court of Justice:A Commen-tary,Oxford University Press,2019,p.998.

[15]核武器威胁或使用的合法性，1996 年国际法院年报（I），第 234 页，第 13 段。

[16]参见宋杰.“国家在战争或武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案”述评[J].武大国际法评论,2007,7(02):273-289.

[17]Stephen EGent&Megan Shannon,Decision Control and the Pursuit of Binding Conflict Managment Choosing the Ties that Bind,Journal of Conflict Resolution,Vol.15,2011,p.710.

[18]叶强.国际法院就“查戈斯案”发表咨询意见[J].世界知识,2019,(08):38-39.

[19]See Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice，Fifty Years of the International Court of Justcie，Cambridge University Press，1996，p.182.

长”进入其“势力范围”。

（二）与诉讼程序功能定位混乱

一般而言，作为国际法院的两大职能——诉讼与咨询，前者主要是在征求国家同意的基础上来对国家间的争端进行审理，而所作出的判决具有法律约束力，而后者则是有权申请的主体就可申请的事项向国际司法机关请求出具咨询意见的权利，咨询意见不具有法律约束力及强制执行力，仅对个案有效。首先，“一事一议”的国家间诉讼事项基本上不会涉及一些影响国际社会较为深远的问题，诉讼管辖权因而很难有用武之地，例如 2023 年 3 月 29 日，联大所有 193 个成员国一致同意通过第 77/276 号决议，启动了就各国在气候变化方面的义务发表咨询意见的进程，类似气候变化这种涉及关系到过个国家的根本利益的问题，已经超出了诉讼模式所能适用的范围，而且国际实践趋势表明，未来这样的问题将会越来越多。其次，即便是解决国家之间的争端，咨询管辖权也发挥着独特的作用，值得回顾的是，由于通过诉讼的方式将争端提交第三方解决既有风险又耗时，还可能被视为被告国的不友好行为，并且最根本的因素则是国际法院没有强制管辖权，在国际法院进行诉讼取决于相关国家的同意，而在咨询程序中，某些国家可以争端进行一定的包装进而启动咨询程序，这样一来，在无法获得争端当事国同意进行诉讼程序的情况下，咨询程序可以作为诉讼程序的替代品，变相的为国际法院的强制管辖权设置了一道“后门程序”。最后，相较于诉讼判决对国家的影响而言，咨询意见缺乏实质的法律约束力，只是作为相关主体行为的依据，手段和方式都较为温和，且咨询意见中作出的司法裁定分量和权威不亚于判决书，因为他们是由主管国际法事务的联合国“主要司法机关”以同样严格的程序作出的，因此也为一些国家法主体所青睐，甚至视为是一种防止诉讼案件的刚性程序的方式，例如常设法院在 1927 年作出的关于“多瑙河欧洲委员会”的咨询意见，罗马尼亚当时拒绝采用诉讼程序，作为妥协，同意请求常设法院发表咨询意见解决有关争端[20]。

（三）加剧国际法体系“碎片化”风险

近年，受疫情影响，一些国家政策内顾倾向加重，大国提供国际公共产品的意愿和能力明显减弱，保护主义和“逆全球化”抬头，全球供应链遭受冲击。由于大国协调难度加大，全球统一规则的制定实施面临更大的困难，分领域菜单式合作更加受到青睐，进一步加剧了国家法体系的碎片化。[21]碎片化是伴随国际法规则在不同的历史性、功能性和区域性系统中各自发展、彼此分离的必然结果，但其所引起的国际法之间的矛盾冲突给国际关系增添了不稳定因素，影响国际法体

[20]参见史久镛：《国际法院的咨询职能》，2004 年 11 月 5 日在大会第六委员会的演讲。

[21]参见外交部网站：《外交部条法司司长贾桂德出席中国国际法学会 2022 年学术年会》，2022 年 5 月 30 日。https://www.fmprc.gov.cn/wjdt_674879/sjxw_674887/202205/t20220530_10694480.shtml，2025 年 2 月 11 日访问。

系的效力，使得人们对于国际法能否实现其主要目标、避免重点和稳定国际关系，从而实现法律的真正功能感到怀疑，危机国际法的威信、可信度和可靠度。国际法的“碎片化”问题实质是反映了法社会学对全球化社会的一个基本假定，即领土作为社会区分的原则已经为非领土的功能性所取代，全球法经历着从领土分化到功能或者说“部门分化”的过程，如“国际环境法”、“国际人权法”等专门制度的运作领域。[22]此外，自 1899 年常设仲裁法庭开始，100 多年以来，国际社会永久性、半永久性的的国际法庭大量出现，产生了爆炸式增多，其中具有代表性的拥有普遍管辖权的国际性法庭如国际法院、国际海洋法庭等出现，由于这些国际法庭相互之间不存在任何组织结构关系，从而可能产生国际性法庭之间管辖权冲突、重复，导致法院造法活动间相互抵触，国际法庭的“扩散”导致国际法体系的分裂，妨碍国际法迈向同质化的步伐增加和国家间行为标准的不确定性。前述中国际法院咨询意见在澄清和发展国际法，助推国际机构履行职责等方面发挥积极作用，这也是部分国家积极推动国际法院等机构发表咨询意见的主要原因，例如 2023 年小岛屿国家推动国际法庭通过了三份气候变化咨询案[23]，以推动制定关于气候变化的司法阐述的“已裁定的法律”，一些学者也认为，气候变化咨询意见将塑造公众意识，确定各类行为者的规范性预期，以及对国家的直接影响，显示国际法规则和诉讼在要求国家承担责任方面的潜在作用。[24]对于咨询意见的这种潜在效果，特别是针对试图澄清或阐述国家义务的过程中，国际法院不可避免的会在模棱两可的问题上倾向于一方，破坏各方的微妙平衡，其结果可能会使气候谈判复杂化，影响联合国气候谈判机制作为全球气候治理的主渠道，阻碍国际法的协调统一解释和适用，从而加速气候变化法的碎片化进程。“国际人权法”领域，在现有国际法院关于民族自决原则的意见中有五项涉及非殖民化[25]，在这些咨询意见中，国际法院多次审查和确认了有关民族自决权的原则性规范和大会决议、宣言等国际法律文件等，不断明确化这些文件中民族自决权的实质渊源以及法律意涵，同时还对民族自决原则的不同特定方面作出法律阐释，并在实践中通过决议等形式肯定了咨询意见的法律阐明，获得了主权国家的广泛认可影响了相关当事国的国家行为，它在实践层面上所达成的法律效果显示出一种软法特征，由此表现为特定领域的造法活动。但需要指出的是，民族自决原则的非殖民化内涵同样具有

[22]陈喜峰.国际法自足制度:在不成体系和社会宪政之间[J].国外社会科学,2009,(04):125-132.

[23]2022 年 12 月 12 日，小岛屿国家气候变化与国际法委员会向国际海洋法法庭提交了征求咨询意见的请求，请求法庭就《联合国海洋法公约》缔约国“防止、减少和控制海洋环境污染”和“保护和保全海洋环境”免受气候变化影响的义务发表咨询意见；2023 年 1 月 9 日，智利和哥伦比亚外交部长联合请求美洲人权法院发表咨询意见，要求法院澄清各国在国际人权法框架内应对气候经济情况的义务；2023 年 3 月 29 日，联合国大会经表决一致通过题为“请求国际法院就各国在气候变化方面的义务提供咨询意见”的决议草案。

[24]Request for an advisory opinions ubmitted by the commission of smallis land states on climate change and international law（request for advisory opinion submitted to the tribunal），written statement of UK，para.30.

[25]分别是纳米比亚案（1971）、西撒哈拉案（1975）、在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案（2004）、科索沃单方面宣布独立案（2008）、查戈斯群岛从毛里求斯分离的法律后果案（2019）。

一定历史性，在后殖民时代，该原则的使用同样要受到主权的限制，不能绝对的理解为无条件主张一切民族分离和成立独立的民族国家，在非殖民化进程中，民族自决原则和国家实践的发展无疑被纳入传统国家主权框架内，国际法院的咨询意见促进了国际法的发展，但在后殖民化时期，随着殖民主义体系的瓦解，该原则的适用主体和范围也发生一定变化，在这种情况下，对民族自决原则的绝对化解释可能使多民族国家陷入分裂危机，进而对一国主权与领土完整造成影响。“科索沃咨询意见案”就是一个典型例子，国际法院对科索沃单方面宣布独立是否符合国际法发表的咨询意见不仅没有明确后殖民时代民族自决原则的基本内涵和适用标准，反而通过对关键法律问题的回避和转换得出了具有误导性的结论，[26]这种处理方式反而导致了民族自决权和分离权的混淆以及对国家主权和领土完整原则的狭隘解释，招致“国际人权法”的碎片化。Koroma 法官在反对意见中表明“从结果来看，该咨询意见可能成为世界各地分离主义者的‘指导手册’，从而对国际法及国家主权造成冲击”。[27]

三、国际法院咨询意见正当性危机的成因

国家法院咨询管辖不断扩权表象背后隐含的是外部环境和内部行动者的共同作用所致，究其原因，外因在于全球治理体系面临严峻的供需不平衡问题，治理赤字推动国际法院以咨询程序为突破口使全球治理规则更加民主化、法治化；内因则在于，当和平和发展成为国际社会的主流时，全球化使联合国专门机构更注重自身发展，注重维护机制整体，从而更容易主动作出超越国家预料之外的行为，如嗣后司法造法效应，使其司法化程度被动加强，以及发生争端解决功能性质演变。

（一）外因：全球治理赤字的需求推动

与格劳秀斯时代主要关注国家之间的关系和问题相比，今天代表着国际社会整体利益或者人类共同利益的“全球问题”，以及牵涉到某些国家或地区的“区域问题”则成为关系全人类福祉的新领域、新问题。这些全球问题和区域问题实际上已经超越了传统地缘关系和主权界限，以其如同核爆炸式的放射性后果令世界各国不得不涉足其中，单一国家无力应对。由此，全球治理理念从 20 世纪 90 年代后期开始在世界政治领域被广泛使用，之所以使用“全球”而非“国际”，凸显了全球治理理论强调治理活动的多层次特征，倾向于淡化国际、跨国或者国内层面的区分，强调在营造共识的基础上以协调的方式构建多层次的网络，以应对新的全球问题实行各种路径的综合治理，其中法治作为全球治理的根本方式，成为应对全球问题的主要路径。当前全球治理面临的主要问题是治理赤字，即现有的国

[26]国际法院既未正面回应科索沃单方面宣布独立行为的合法性，也从未对其宣布独立后的最终地位作出表态，表明国际法院试图从中立的立场回避可能涉及的政治风险。

[27]See Accordance withI nternational Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo,Advisory Opinion,ICJ Reports 2010，Dissenting Opinion of Judge Koroma.

际制度或安排在面对各类全球性挑战时，并不能发挥出人们所预期的效果，全球治理公共产品的供给与全球治理机制的作用效能不能满足国际社会对全球问题有效治理的期待和需求。[28]导致治理赤字产生的主要原因之一在于国际社会中非西方国家的代表性、发言权缺失导致了全球治理机构的低效和失败，[29]各方难以围绕着全球公共问题展开合作，导致国际社会在面对各类全球性挑战时无法采取协调一致的行动，有效应对各类跨国威胁。

至于国际法院咨询管辖扩权现象，本质上是全球治理中公共产品供给不足的司法实践映射，正是因为咨询管辖的司法实践变化与全球治理转型所需要的变革治理体制中不公平不公正的安排恰恰相契合，国际法院能够以咨询程序作为突破点，推动国际法从“国家间法”向“全球公法”的演进。当前，世界之变、时代之变、历史之变正以前所未有的方式展开。[30]单边主义、保护主义抬头，经济全球化遭遇逆流，世界经济复苏乏力，乌克兰危机、巴以冲突等地缘政治冲突加剧，以及气候变化、网络空间治理等非传统安全形势的日益严峻，不断冲击国际秩序的稳定格局，全球性问题呈现出复杂多样的态势。究其原因，权利导向型的国际社会难以达成符合发展中国家利益安排的协议，多层次多行为体的全球治理体系并未能为小国创造出更加公平有效参与世界治理的途径，国家对国际社会法治化的追求憧憬正无比强化。外部环境不断推动全球治理转向，推动了对于跨越国家边界的规则体系与协调行动的需求的增加。国际法院作为联合国主要司法机构，咨询和诉讼作为其两大重要职能，诉讼职能囿于国际同意原则和“一事一议”的特性，不能广泛涉及这些全球问题，事实上，司法实践已经证明，国际法院的任择条款作用尤其在以往基本上那个不尽如人意，仲裁条款则往往局限于某一特定条约内的事项，诉讼管辖权不足以应对全球化带来的新挑战。从咨询管辖权产生以来的有关司法实践来看，咨询意见所涉及的问题大都关系到国际社会关注的焦点，并相应为国际社会的稳定起到重大作用，且基于咨询意见不具有法律约束力，各国更易于接受请求发表咨询意见的方式。放眼整个国际社会，国际法院基于咨询管辖权数十年基本成功运作的经历无疑是适合作为获得国际社会认同的机关对国际法之间的冲突进行权威建议的机关，这也就解释了为何在一些热点事件因为瞬时性而激发国际社会的情感共振之时，国际法院能够通过咨询管辖权的跃升方式打开机会窗口，介入热点问题。比如，在“巴勒斯坦被占领土法律地位案”中国际法院通过程序性策略将高度政治化的巴以冲突转化为纯粹的法律问题，通过司法机制实现全球公共利益的“去政治化”保护和治理司法化。近年来国际法院频繁通过咨询意见介入气候变化等新兴全球问题领域的司法实践正是全球治理转型驱

[28]参见秦亚青《全球治理失灵与秩序理念的重建》，载《世界经济与政治》2013 年第 4 期；刘世强《应对全球治理赤字的中国方案及其显示意义》，载《理论月刊》2020 年第 3 期。
[29]庞中英.全球治理赤字及其解决——中国在解决全球治理赤字中的作用[J].社会科学，2016(12):4.
[30]习近平：《高举在中国特色社会主义伟大旗帜，为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2022 年版第 60 页。

动的结果，正如瓦努阿图气候变化部长 RalphRegenvanu 对气候变化咨询案的评价：“衡量成功的真正标准是这一进程是否能扩大最脆弱群体的声音，并将法律的明确性转化为切实的气候争议行动”。[31]气候变化是一个激烈的政治问题，自 1980 年代末气候变化问题首次列入国际议程以来，国际气候变化法主要是通过各国之间的谈判制定的，结果达成了三项法律协定[32]，这些文书一起组成了国家制定的“气候变化谈判法律”[33]。但这三十年的国际气候谈判对于很多国家而言，成果远远不够——COP29 达成的一揽子平衡成果不能说完全令人满意。[34]这些现象促使受气候变化影响最大的小岛屿国家期寄超越国际谈判的范围，寻找能够推动气候变化的途径，相较诉讼方式，发表咨询意见作为国际法院（庭）司法活动的重要组成部分，能够与诉讼判决一样作为广义层面的国际法渊源，对形成国际习惯法和劝导国家行为发挥重要影响力，因此顺势成为现阶段在形式和程序上承载国际气候司法的重要工具，截至目前国际上已有 3 份关涉气候变化的咨询案件[35]。这表明在气候变化案中部分国家不仅仅希望咨询程序仅是一项法律活动，而是希望它们能够挑战国际法律体系，要求其应对挑战，并为解决联合国大会所称的“前所未有的文明挑战”提供框架，打破长期以来阻碍气候变化影响最严重群体发声的结构性不平等，克服集体行动困境。

全球治理机制是破解全球治理赤字的抓手。面向未来，以联合国为代表的国际组织仍然是全球公共产品的主要提供者，也是维系全球秩序和稳定国际体系的基础，因此为了弥补全球治理机制中美欧等发达国家拥有远超于其国家实力的代表权，广大发展中国家的话语权严重不足的重要缺陷，推动和促进全球治理体制改革，推进全球治理规则民主化、法治化，使全球治理体制更加平衡地反映大多数国家意愿和利益，充分利用国际法院的咨询管辖权是应对全球治理发展需求的最佳选择之一。

（二）内因：司法能动主义的制度驱动

---

[31]Ralph Regenvanu,ICJ Advisory Opinion and SmallIsland States’Access to ClimateJustice,2024 年 7 月 31 日，IISD，https://sdg.iisd.org/。2025 年 3 月 11 访问。

[32]分别是：1992 年《联合国气候变化框架公约》（《气候公约》）、1997 年《京都议定书》和 2015 年《巴黎协定》。

[33]For an overview of international climate change law,see DBodan skyetal,International Climate Change Law(OxfordUniversityPress2017).

[34]参见李政,孙若水,马海晶.COP29 气候大会观察：小年不“小”[J].世界环境,2024,(06):19-22；UNFCCC Secretariat‘Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement:ASynthesis Report’UN DocFCCC/PA/CMA/2022/4(26October2022).paras9,13.据政府间气候变化专门委员会（IPCC）计算到 2030 年各国温室气体排放量比 2019 年的水平减少近 50%，才能在没有或预想的过高的情况下实现《巴黎协定》的 1.5℃温度目标，但根据《气候公约》秘书处对缔约方目前本国确定的捐款的最新分析（NDCs）几乎没有国家走上这样的轨道。

[35]2022 年 12 月 12 日，小岛屿国家气候变化与国际法委员会向国际海洋法法庭提交了征求咨询意见的请求，请求法庭就《联合国海洋法公约》缔约国“防止、减少和控制海洋环境污染”和“保护和保全海洋环境”免受气候变化影响的义务发表咨询意见；2023 年 1 月 9 日，智利和哥伦比亚外交部长联合请求美洲人权法院发表咨询意见，要求法院澄清各国在国际人权法框架内应对气候经济情况的义务；2023 年 3 月 29 日，联合国大会经表决一致通过题为“请求国际法院就各国在气候变化方面的义务提供咨询意见”的决议草案。

“司法能动”的概念最早出自于美国，随后扩展到其他国家，尽管学界对于司法能动的判断标准莫衷一是，但参见的标准涉及法官对待立法或行政机关的决定、解释法律，对待判例的态度以及是否宣示法律。[36]如果法官推翻了立法的决定、背离判例、扩大解释法律，甚至宣示法律以便在宪法的框架下扩张自己在分权与制衡中的司法权限，从而服务社会发展、推动社会变革，那么就是一种司法能动。国际司法的背景虽然是建立在国际关系基础上的，但司法权的本质与国内司法并无不同：司掌司法权的主题——法官都来自各个主权国家，他们的司法观念显然不可能完全与国内司法政策没有任何渊源关系，有美国学者称之为通过司法介入政治问题来化解各种政治纷争，同时实现司法对公民权利的保护，[37]意味着司法应反映现实的变化和社会要求敢于通过司法方法和技术，突破现有规则创造法律，并敢于将政治问题转化为法律问题加以解决。反之，司法克制则意味着法官在司法过程中应严格信守法律规则，排斥政治、道德、政策、法官个人情感，偏见等主观因素的影响。换言之，克制主义代表着维持现实，能动主义者意味着编织未来。常设法院奉行司法克制主义的立场，出于对国际法治的追求，司法克制主义作为国际法院的司法政策是毫无疑问的。然而，随着国际社会构成基础的改变，主权国家在上世纪六七十年代的激增，非国家行为体在国际社会作用的增强，国家法院法官构成的变化，国际社会价值观念的转变，严格司法的克制主义政策，尤其是这种克制主义政策下严守的那些规则很大程度上体现的是强权国家基础下对新型弱小国家不公平的规则，能动主义——法官通过法律解释和法律补充技术将新兴国家的政治要求和新的价值观念输入到既有的法律规则中，如扩大法律渊源，将联合国大会决议宣扬声明等包含进去发现法律规则，通过更新国家法理论，解释一般法律原则等手段能动的反映现实要求便逐渐登上历史舞台。就国际法庭的能动主义而言，1971 年纳米比亚咨询意见案开启了里程碑，较为有效的“推翻”了更早的判例。这就导致法官可以处理当时任何非重大的、具有较高政治——法律紧张关系的问题。

在 1970 年代前，法院之所以长期坚持僵化的实证主义立场，部分原因是出于当时“冷战”格局使法院尽量避免涉足政治问题，而对法律总是作出狭隘的解释，以及法院仍体现了“欧洲中心论”，未能代表世界各大文化及法系，第三世界尚未完全形成，在国际政治舞台的力量和话语权较小，没有改变联合国和国际法院西方法律文化占主导地位的状况。在西南非洲案作出判决后的十五年，国际法院就纳米比亚案发表咨询意见，咨询过程中，南非当局提出只有安理会常任理事国都投赞成票才能提出咨询意见的决议，从《联合国宪章》的实际文本来看，该提议是有道理的，但国际法院将“confirmativevote”扩大解释为包含了弃权票，扩张了

[36]顾培东.司法能动主义的蕴含[J].法律适用,2010,(Z1):11-14.
[37]参见克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义—自由的保障还是安全的威胁？》（修订版）[M]，黄金荣译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 5 页。

其咨询管辖权限，后面法院的一系列实践也充分证明了，法院作出这一裁决的考虑是更侧重一个公正的结果。这种结果导向完全适合司法能动主义，法院所考虑的法律之外的因素是，重新赢得第三世界国家的信任。西方的国际法学者认为，自纳米比亚案之后国际法院的保守主义倾向改观，在此后的诸多案件中发挥能动主义角色。事实上，正是这种职能机构的发展需求决定了他们在履行职务的过程中具有追求更多行动空间的天然动机，特别是在国际共识度高且外部压力强势的情况下，内部行动者可能通过“以退为进”的默许，将策略以一种非正式、非显性和去政治性等方式内置于工作流程中，在专业性和程序性的掩盖下，以一种“不被注意”的方式达到目标。咨询意见天然与诉讼判决的区分定位恰恰能够满足国际法院能动主义的需求，以一种“潜移默化”的方式推动“高政治”、“高敏感”的议题进入职能机构的业务范围且能够做到回避政治冲突，以获取成员方和国际舆论对其行动范围的认同。

国际法院咨询管辖扩权本质上是全球治理赤字与司法能动主义互动的产物，推进全球治理规则民主化、法治化。然而，这一进程仍需要在法院的司法权威与国家主权、规范统一与制度多元之间寻求平衡，防止扩权异化为新型霸权工具。

四、国际法院咨询管辖权扩张的中国因应

国际法院作为联合国主要司法机关，其通过咨询管辖扩权的行为既是全球治理转向的驱动，也是发挥司法能动性进行权力拓展的必然结果。尤其是对于中国而言，深刻认知国际法院咨询管辖权适用变化规律，积极应对其带来之危机，不仅可以改善在国际争端利益博弈中长期疲于应对的被动局面，而且能够在国际社会秩序重构期间输出中国观点，提升中国话语权。

（一）立足多边主义的司法改革化取向

立足多边主义的司法化改革是中国方案的根本取向。中国是真正的多边主义倡导者，更是行动派。近年来，中国提出共建“一带一路”倡议和三大全球倡议，为完善全球治理提供公共产品；坚定维护发展中国家共同利益，不断汇聚“全球南方”联合自强的合力；坚定同各国共享发展机遇，以自身高质量发展和高水平开放推动普惠包容的经济全球化。在坚持多边主义的基本方向下，中国坚持对国际争端解决机制的司法化改革方向，需要在包容性多边主义的框架下推进，既吸纳新兴国家的治理诉求，也维护人类共同价值的底线规则。正如外交部部长王毅所言：“要构建人类命运共同体，必须坚决弘扬‘和平、发展、公平、争议、民主、自由等全人类共同价值’”。中国可以在应对国际法院咨询管辖无序扩权的情况下，吸取现有机制正当性危机及其成因的教训，再守住国际争端解决机制赖以生存的制度根基的基础上，引导机制改革的开拓创新，形成优化国际争端解决机制设置的长远对策。国际法院咨询管辖扩权表象的背后是外对宪政化的追求、内部对自主性的追求，因此，在纠正国际法院司法能动过剩的问题上，既需要强化对机制

的外部供给和内部控制。全球治理的宪政化转向主要是因为全球危机的倒逼，跨国问题的不可分割性和国际社会公共产品供给的需求加剧了宪政化实践的出现，美国退出《巴黎协定》、俄乌冲突中的“规则破坏”行为，促使国际社会寄希望于通过宪政化约束霸权，对此中国应当坚持“引领国际社会合作应对突出挑战”[38]，倡导共商共建共享的宪政化路径，加大对国际社会公共产品的供给能力建设。至于内部控制，如今看来《联合国宪章》第 18 条、27 条的规定以及《国际法院规约》第 65 条的规定已显滞后，法院咨询功能的设计者似乎没有预料到国际组织日后的发展变化以及对通过咨询管辖协助国际组织履行职责的考虑不周，规则的滞后性导致申请咨询意见的门槛实质降低，大会积极利用咨询管辖权、法院内部司法能动进行解释于国际社会的反响产生分歧，需要推动进一步探索《联合国宪章》中所规定职能边界与潜力，将对咨询管辖权的解释等由程序性事项扩展到实质性条款，以及加强适用的外部控制例，平衡国际法院的法律权限。

（二）坚持国家同意原则的分类适用

在坚持立足多边主义的司法改革方向的基础上，应对国际法院咨询管辖权扩张的现实问题，同时结合当下的国际法体系结构和大国利益选择，我国可以采取选择性支持国家同意原则的平衡策略，增加具体方案选择的灵活性和能动性，支持功能性领域宪政化，例如气候变化、数据主权等新型争端，通过功能性的调适拓展治理领域，利用咨询意见推动“气候难民权”、“碳关税规则”等新型权利的制度化。但是需要抵制涉及核心主权的司法扩权，对于涉及领土主权、内政事务的咨询请求（如南海问题、台湾问题），中国需坚决援引《联合国宪章》第 2 条第 7 框“不干涉内政”原则，反对国际法院未经国家同意介入，例如在“查戈斯群岛案”中中国明确提出反对将非殖民化问题司法化，强调应当通过双边谈判解决的做法需要继续坚持，以表明中国立场。提出国家同意原则的适用是为了防止国际法院滥用强制管辖，维护国家主权等核心利益，因此有一定的正当性，但是国际法院正常开展司法活动不能完全适用国家同意原则，如此才能做到制度的良性发展。国际法院发表咨询意见的主动性与重视当事国同意原则之间并不矛盾，按照国际法院发表咨询管辖意见的本意是更好的处理在联合国框架内的主题所申请的法律问题，要更好的发挥咨询管辖权的作用，梳理国际法院权威的同时维护好当事国同意原则，就可以对咨询事项分类适用当事国同意原则。涉及国家核心利益时，国际法院应当在取得当事国同意时才能行使咨询管辖权，不涉及国家的核心利益的情况下，对一般法律问题的咨询事项国家法院自然可以直接发表咨询意见，这样既满足国际法院更好知道各机构工作的目的，咨询意见不涉及国家利益纠纷也更易于得到国家的接受。

[38]杨依军:《习近平同美国总统拜登举行视频会晤》,athttps://www.gov.cn/xinwen/2021-11/16/content_5651232.htm,2024 年 6 月 17 日。

（三）积极参与全球司法治理机制

中国对国际法院的利用经历了数个不同的阶段，自 1971 年 10 月，中国恢复在联合国合法席位后，长期以来并未参加国际法院的咨询意见案，但近年来，中国参与的案件开始变多，并且既参与提交书面声明、口头陈述等程序外，书面声明的篇幅和专业性也不断加强，书面声明和口头陈述的法律论证也逐渐加强。这表明中国的国际法能力在不断增强。[39]进入新时代以来，我国综合国力大增，融入国际社会的程序已经远非 1971 年所能比，但需要看到的是，我国仍然是一个发展中国家，与外部世界之间继续处在着各种非正常的政治经济摩擦和冲突，我国所涉的国家纠纷也越来越多和复杂，某些争端甚至存在激化的趋势。正是在这个意义上，一个更加公正的国际政治与经济新秩序、一个公平与法治的世界法秩序仍然是作为发展中国家的中国行走于国际台的目标和追求，因此，在人力、物力、财力允许的情况下，中国应当更加积极广泛的参加包括国际法院在内的国际私法机构的咨询程序，充分利用各个程序环节，这不仅包括积极参加书面程序和口头程序、出席庭审进行口头陈述，对其他国家的主张进行反驳，也在口头程序结束互后对法官留下的问题进行书面答复，对其他国家的书面答复进行评论甚至再评论，也包括积极向国际组织提交官方文书，尤其是法律文书。此外，参与国际司法机构的咨询意见案，不能仅停留在管辖权等基础性问题或核心议题，而要更加深入全面的参与对更多细节问题的讨论，即便在某些案件中否认管辖权的享有，也可以让步性的讨论实质议题，以避免因为否定管辖权而错过对实体法规范的塑造。同时，需要加强中国自身国际法实践的总结研究，以保持前后立场一致，其实要对中国的国际法立场进行前瞻性的研究，这一点我国在 2024 年的巴勒斯坦被占领土意见咨询案就有成功做法，尽管我国支持巴勒斯坦独立建国的权力，但书面陈述和口头陈述特别否定了“救济性分离权”、“救济性自决权”的存在，与中国在科索沃咨询意见案中的立场保持一致。

参考文献

[1]曹文姣.从韬光养晦到有所作为——论中国对国际司法机构咨询意见案的参与[J].国际法学刊,2024,(04):39-64+156.

[2]孙振民,孔垂裕.追求公平正义：全球治理的中国参与[J].山东理工大学学报(社会科学版),2024,40(05):35-42.

[3]杨翠柏,宁茜.国际法院气候司法的未来向度及中国因应——基于气候变化咨询意见案的考察[J].法治论坛,2024,(01):3-22.

[4]阙占文.气候变化咨询意见案法律争议与我国因应[J].政法论

[39]曹文姣.从韬光养晦到有所作为——论中国对国际司法机构咨询意见案的参与[J].国际法学刊,2024,(04):39-64+156.

丛,2024,(04):173-184.

[5]杲沈洁,肖冰.国际争端解决机制高度司法化的危机与中国应对[J].国际经济法学刊,2024,(03):32-46.

[6]廖雪霞.国际法院咨询意见程序中的法律问题与政治问题[J].法学评论,2024,42(04):182-196.

[7]杨博文.国际法院气候变化咨询意见案回溯：义务生成、责任判定与遵约诉求[J].国际经济法学刊,2024,(02):1-20.

[8]任琳.全球治理赤字与治理体系新态势[J].人民论坛,2023,(12):28-32.

[9]刘晶.国际法院咨询意见的司法造法性与政治异化——以有关民族自决的咨询意见为例[J].武大国际法评论,2023,7(02):120-137.

[10]王澳.国际法院咨询管辖权扩张的问题研究[D].中南财经政法大学,2023.

[11]赵一衡.叙事实践与反“霸权治理”[D].外交学院,2023.

[12]王钊.国际法院司法能动主义研究[D].吉林大学,2023.

[13]吴志成,王慧婷.破解全球治理赤字的中国视角和实践[J].马克思主义与现实,2023,(01):111-119+204.

[14]高健军.谁解决了查戈斯群岛的主权争端?——“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”初步反对主张判决评析[J].国际法研究,2021,(05):4-17.

[15]朱利江.“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”初步反对意见判决的问题、技巧与影响[J].国际法研究,2021,(05):18-29.

[16]雷筱璐.为确立管辖权对“争端是否被解决”争端的判断——从“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”初步反对意见判决的思路谈起[J].国际法研究,2021,(05):30-42.

[17]宋岩.国际机制确定领土主权的权限问题——以“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”为视角[J].国际法研究,2021,(05):43-54.

[18]徐奇.国际法上“货币黄金案原则”的再审视：法理演进和实践挑战——兼评“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”[J].国际法研究,2021,(05):55-79.

[19]刘珊.论自决权的强行法性质——以“查戈斯群岛”咨询意见案为切入点[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2021,(05):120-126.

[20]夏菡.非殖民化进程中的民族自决权——基于对查戈斯群岛咨询意见案的分析[J].国际关系与国际法学刊,2020,9(00):200-223.

[21]叶强.同意原则在国际法院咨询程序中的地位再考[J].中国海洋大学学报(社会科学版),2020,(02):124-134.

[22]朱利江.在能动与克制之间——“查戈斯群岛案”中的国际司法政策探析[J].当代法学,2020,34(02):140-151.

[23]丁祥高.在法律与政治之间:国际法院“核武器合法性案”咨询意见的逻辑

[J].湖南师范大学社会科学学报,2020,49(01):63-69.

[24]黄影.联合国框架下非殖民化问题的最新进展——国际法院“查戈斯群岛咨询意见案”述评[J].国际法研究,2019,(06):28-40.

[25]罗国强,于敏娜.国际法庭咨询管辖权的扩张倾向与中国策略[J].学术界,2019,(10):133-147.

[26]王佳.国际法院查戈斯群岛咨询意见案述评[J].大连海事大学学报(社会科学版),2019,18(04):12-18.

[27]叶强.国际法院就“查戈斯案”发表咨询意见[J].世界知识,2019,(08):38-39.

[28]杨泽伟.国际法院的司法独立:困境与变革[J].外交评论(外交学院学报),2012,29(02):132-142.

[29]顾培东.司法能动主义的蕴含[J].法律适用,2010,(Z1):11-14.

[30]陈喜峰.国际法自足制度:在不成体系和社会宪政之间[J].国外社会科学,2009,(04):125-132.

[31]宋杰.“国家在战争或武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案”述评[J].武大国际法评论,2007,7(02):273-289.

[32]克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义—自由的保障还是安全的威胁？》（修订版）[M]，黄金荣译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 5 页。

[33]Hersch Lauterpacht,The Development of International Law by the International Court,Cambridge UniversityPress,1996,p.357.

[34]the“Legality of the Threat or Nuclear Weapons”,Case(1996),Advisory Opinion,p.11-12，para.13.SeeI.C.J.Reports1975,p.18,para.15.

[35]Romano C P R. The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: elements for a theory of consent[J]. NYUJ Int'l L. & Pol., 2006, 39: 791.

[36]Robert Kolb,General Principles of Procedural Law,in The Statute of the International Court of Justice:A Commen-tary,Oxford University Press,2019,p.998.

[37]StephenE Gent&Megan Shannon,Decision Control and the Pursuit of Binding Conflict Managment Choosing the Ties that Bind,Journal of Conflict Resolution,Vol.15,2011,p.710.

（河南大学）

2025年中国国际法学会

公益诉讼在国际法院的可诉性研究

——以对世义务为视角

陈玉洁*

摘要：对世义务作为一个国际法概念，最初由国际法院在1970年“巴塞罗那电车案”判决中提出，并逐步为国际社会所广泛接受。随着国际争端的日益复杂化，国际法院在实践中开始出现类似国内法上公益诉讼的案件，即以对世义务作为诉权基础，以非受害国身份提起诉讼，且近几年在数量上呈上升趋势。由于实践超前于理论发展，目前并不存在与公益诉讼案件相关的成文法规则，国际法院在既往案件中的立场和逻辑亦存在不确定性。特别是，作为理论基础的对世义务及其与公益诉讼案件诉权间的联系有待释明。在国际法上公益诉讼案件已成趋势的情况下，有必要审视其在争端解决体系中的角色，变革与完善这一案件类型的审理机制，寻求更有利于实现国际社会共同利益与价值的路径。

关键词：公益诉讼；国际法院；对世义务；共同利益

一、问题的提出：公益诉讼与国际法上的国家诉权

（一）作为法律概念的公益诉讼

作为一种现象，公益诉讼（Public Interest Litigation 或 *Actio popularis*）[1]最初起源于罗马法，用于应对侵权领域不存在特定受害人但存在危险行为或活动的情况。[2]也就是说，基于“公共利益（Public interest）”，[3]公众的任何一员均有权针对该行为或活动提起诉讼。经过发展，当前不少国家在国内法中针对公益诉讼作出了单独规定。例如，作为世界上公益诉讼制度最为完备的国家之一，美国在其《谢尔曼法》（Sherman Antitrust Act）及《克莱顿法》（Clayton Antitrust Act）等多项法案中针对不同的公益诉讼类型、起诉主体及案由等具体事项构建了基本框架。[4]随着中国特色社会主义法律体系的不断完善，我国在2013年1月新实施的《民事诉讼法》中于第55条明确了我国民事公益诉讼的程序性规则，[5]司法实践中公益诉讼的数量也逐渐增多，主要涉及环境保护、消费者权益维护等社会共同关切的问题。尽管在多数国家的法律文本中出现，公益诉讼作为一个法律概念的定性却鲜有界定。布莱克法律词典（Black’s Law Dictionary）曾将其定义为“公众、整

*作者简介：陈玉洁，女，武汉大学法学院2023级硕士研究生，主要研究方向：国际公法。

[1] 当今学界对 Public interest litigation 和 *Actio popularis* 两词在含义上并没有明确区分，应当认为此两词在文义上相同。下文如无特殊说明，本文所指“公益诉讼”兼指两者。

[2] See Farid Ahmadov, *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*, Koninklijke Brill NV, 2018, p. 13.

[3] See Robert Warden Lee, *The Elements of Roman Law*, Sweet & Maxwell Ltd, 1956, p. 402.

[4] 参见赵许明：《公益诉讼模式比较与选择》，载《比较法研究》2003年第2期，第70页。

[5] 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第55条。

个社会拥有某种金钱利益，或其法律权利或责任受到某种利益影响的诉讼，”[6]但在后续版本中却删除了这一词条，只保留了 *Actio popularis* 一词的罗马法含义，即“公众中的男性成员可以为公共福利利益提起的诉讼。”[7]可见，公益诉讼制度的关键为公共利益（public interest）——另一个也在理论界尚存争议的概念。而在形式上，公益诉讼案件的一个明显特征为起诉方并非案件的直接法律利害关系人。总体而言，公益作为一种国内法制度，公益诉讼与社会制度和法律文化特定语境等息息相关，其具体内涵在不同国家也不尽相同。

（二）国际法上的国家诉权

国际法上的诉权（*locus standi* 或 standing），是指一国通过国际法院（International Court of Justice, ICJ）或其他国际争端解决机构主张其他国际法主体国际责任的资格或地位，亦有学者将其概括为通过国际法庭要求其他国际法主体承担国际责任的一种权利。[8] 国际法上并没有就国家诉权专门缔结条约，国际法院内部也没有在相关程序及规则中提及，但国际司法实践表明，若一国在某一案件中拥有具体诉权，其必须具备所要求的法律利益关系。[9]

国际法上与诉权相关的一个概念是管辖权（jurisdiction）。根据《国际法院规约》，只有在国家同意（state consent）的基础上，国际法院才有权对提交的具体争端进行管辖。而与管辖权相关的另一概念为可受理性（admissibility），如果说管辖权解决的是法院是否有权力审理某一案件，可受理性则更关注国际法院或仲裁庭审理该案是否合适。[10]关于可受理性、诉权和管辖权的区别，《国际法院规约》及相关程序规则中并未规定，国际法院在既往判例中也未澄清，但这一问题在近期获得了较大的发展。2023 年 4 月，国际法院对“1899 年 10 月 3 日的仲裁裁决案”（“Arbitral Award of 3 October 1899”）作出判决，首次对管辖权和可受理性的关系进行了阐明。根据该案判决，管辖权事项分为“管辖权的存在（The existence of jurisdiction）”，其以国家同意为基础，而另一层面则为“管辖权的行使（The exercise of jurisdiction）”，可受理性即与这一概念有关。[11] 最后，诉权与可受理性的关联在于，国际司法实践已经证明，一国是否具有诉权是具体案件中影响该案可受理性的因素之一。[12] 如此，诉权、管辖权、可受理性之间的关系得以衔接，

---

[6] See *Public Interest Litigation Origin, Constitutional aspect, Guidelines*, B&B Associates (Jan. 14, 2025), https://bnblegal.com/article/public-interest-litigation-origin-constitutional-aspect-guidelines/.

[7] See Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, 2009, p.31.

[8] 本文所指的诉权，不包括确定国际法院是否存在管辖权（jurisdiction）这一步骤，而主要关注实质层面，一国在国际法院对他国提起诉讼的资格和地位。参见董世杰、鄢攀曲：《国际法上的诉权及其在福岛核污水问题中的运用》，载《南大法学》2022 年第 4 期，第 23 页。

[9] See Nicolas Strain, *Regulating Collective Resources under Multilateral Treaties: The Decision in Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*, 20 Melbourne Journal of International Law 572, 576-577 (2019).

[10] See Swissbourgh and others v. Lesotho, PCA Case No. 2013-29, Award, para. 207.

[11] See Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Judgment, I.C.J. Reports 2023, p. 18, para. 64; Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Judgment, partly separate and partially dissenting opinion of Judge *ad hoc* Couvreur, I.C.J. Reports 2023, p. 3, para. 7.

[12] See South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 51, para. 100.

构成了国际法院审理某一具体案件实体内容的基础，而作为同时影响管辖权和可受理性的诉权，在这一复杂的关系链中承担的作用不容忽视。

（三）公益诉讼在国际法上的适用性

国际法院作为联合国下设的司法争端解决机构，根据《国际法院规约》（以下简称“《规约》”），其主要职能为解决国家等国际法主体间的“争端（dispute）”[13]。如前所述，在一国存在国际不法行为的情况下，通常由受害国向国际法院提起诉讼，不涉及非受害第三国。亦即，享有诉诸国际法院之诉权的申请国往往是受害国一方。而公益诉讼的一大特征即为原告通常与案件没有明显的法律上的利害关系。如此看来，公益诉讼与国际法院的制度安排并不相容，国际法院也于 1966 年在“西南非洲案（South West Africa）”的判决中明确指出，“国际法上尚不存在公益诉讼”。[14]此判决一出，引起了国际法学界极大的争论和批判。然而，在仅仅几年后的 1970 年，国际法院在“巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案（Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited）”（以下简称“巴塞罗那电车案”）的判决中承认国际法上存在一种各国都享有法律利益的义务，即对世义务（Obligations *erga omnes*），搭建了国际法上公益诉讼的诉权框架。[15]此后，陆续有国家基于此在并不直接受某国行为影响的情况下向国际法院提起诉讼。在这些案件中，请求国（The Applicant）都并非受特定行为影响的国家，对世义务及共同利益成为了这些国家诉诸国际法院的基础。

整体来看，与大多传统国际法规则的发展不同，国际法上的公益诉讼是以实践为先导，而后带动相关理论发展的一项制度。因此，在理论层面，公益诉讼的具体适用还有待进一步发展和完善。面对这样一种实践超前于理论发展的诉讼类型，有必要就其产生和发展的具体过程进行检视，从制度设计、功能和目的实现等角度就实践情况展开分析，特别是需要重新审视其在国际争端解决制度中的地位及有待发展和完善之处。篇幅所限，本文的讨论仅限于国际法院，暂不涉及其他国际争端解决机构。

二、对国际法院公益诉讼案件的实践考察

（一）实践趋势：逐渐明朗的公益诉讼倾向

根据《规约》，国际法院受理的案件类型主要分为咨询（advisory）案件和诉讼（contentious）案件。[16]在国际法上，公益诉讼案件在形式上的特殊之处在于，请求国并非传统意义上的“受害国（Injured State）”，而是以相关国家违反了对世义务作为诉权基础。综合来看，尽管近年来相关案件数量呈上升趋势，在整个国

[13] See Statute of the International Court of Justice, Article 26.
[14] See South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 47, para. 88.
[15] See James Crawford, *Multilateral Rights and Obligations in International Law*, in Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2006, p. 451.
[16] 出于同国内法体系保持一致的考量，本文的关注对象也限定于国际法院的诉讼管辖案件。

际法院的案件集合中，公益诉讼案件仍处于相对少数状态。下表为 1966 年以来国际法院审理的公益诉讼案件的简要梳理。

裁决时间及案件名称	**当事方**	**案件的重要性及意义**
1966 年西南非洲案	埃塞俄比亚、利比里亚 v. 南非	**认为一般国际法层面尚不存在“公益诉讼”**
1970 年巴塞罗那电车案	比利时 v. 西班牙	**提出了“对世义务”的概念**
1974 年南极核试验案	法国 v. 澳大利亚	法院判决中刻意回避了对义务性质的评价
1995 年东帝汶案	葡萄牙 v. 澳大利亚	对世义务不能突破管辖权规则
2012 年或引渡或起诉案	比利时 v. 塞内加尔	**概念交汇：“若基于对世义务违反提起诉讼，则无需再考虑是否存在特殊利益”**
2014 年南极捕鲸案	加拿大 v. 澳大利亚	一种默认：被告没有质疑原告的诉权，国际法院选择了不审查
2022 冈比亚诉缅甸案	冈比亚 v. 缅甸	**历史上原告第一次将其诉权完全建立在对世义务之上**
2022 亚美尼亚诉阿塞拜疆案	加拿大 v. 澳大利亚	
2023 乌克兰诉俄罗斯案	冈比亚 v. 缅甸	
2023 加拿大、荷兰诉沙特阿拉伯案	冈比亚 v. 缅甸	
2024 南非诉以色列案	冈比亚 v. 缅甸	
2024 尼加拉瓜诉德国案	冈比亚 v. 缅甸	
裁决时间及案件名称	**当事方**	**案件的重要性及意义**
1966 年西南非洲案	埃塞俄比亚、利比里亚 v. 南非	**认为一般国际法层面尚不存在“公益诉讼”**
1970 年巴塞罗那电车案	比利时 v. 西班牙	**提出了“对世义务”的概念**

裁决时间及案件名称	当事方	案件的重要性及意义
1974 年南极核试验案	法国 v. 澳大利亚	法院判决中刻意回避了对义务性质的评价
1995 年东帝汶案	葡萄牙 v. 澳大利亚	对世义务不能突破管辖权规则
2012 年或引渡或起诉案	比利时 v. 塞内加尔	**概念交汇：“若基于对世义务违反提起诉讼，则无需再考虑是否存在特殊利益”**
2014 年南极捕鲸案	加拿大 v. 澳大利亚	一种默认：被告没有质疑原告的诉权，国际法院选择了不审查
2022 冈比亚诉缅甸案	冈比亚 v. 缅甸	**历史上原告第一次将其诉权完全建立在对世义务之上**
2022 亚美尼亚诉阿塞拜疆案	加拿大 v. 澳大利亚	
2023 乌克兰诉俄罗斯案	冈比亚 v. 缅甸	
2023 加拿大、荷兰诉沙特阿拉伯案	冈比亚 v. 缅甸	
2024 南非诉以色列案	冈比亚 v. 缅甸	
2024 尼加拉瓜诉德国案	冈比亚 v. 缅甸	

表 1 国际法院受理的具有公益诉讼性质案件情况汇总

1966 年“西南非洲案”被普遍认为是国际法上对公益诉讼问题探讨的起点。1970 年“巴塞罗那电车案”承认了对世义务的概念，客观上给予了国际法上公益诉讼案件极强的诉权基础。随后，虽然国际法院在某些涉及公益诉讼性质的案件中对这一案件的可诉性保持了缄默或是默认，但这些案件的结果都可以印证，国际法院的立场大抵是允许这类诉讼案件存在的。特别是，在 2012 年“或引渡或起诉案”之后，国际法院在实践中更加明确地认为，公益诉讼案件涉及国际社会的共同利益（Common interest），认为它们具有可受理性。一个直接的后果是，类似诉讼案件的数量在近年来呈明显上升趋势，例如 2021 年《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案（Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination，以下简称“亚美尼亚诉阿塞拜疆案”）”，2022 年“根据《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的灭绝种族指控案（Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of

the Crime of Genocide，以下简称“乌克兰诉俄罗斯案”），2023 年“《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的适用案（Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment，以下简称“加拿大、荷兰诉沙特阿拉伯案”）”、“《防止及惩治灭绝种族罪公约》在加沙地带的适用案（以下简称“南非诉以色列案”）”以及 2024 年 4 月的“指控在巴勒斯坦被占领土上发生的违反某些国际义务的行为案（Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory，以下简称“尼加拉瓜诉德国案”）。[17]这些案件的申请国都并非传统意义上的“受害国”，而在部分已经出具指示临时措施的案件中，国际法院也明确承认了这些所谓非受直接影响的国家的诉权地位，进一步印证了国际法院对公益诉讼案件的积极态度。有学者曾精妙地将国际法院自 1970 年“巴塞罗那电车案”以来对待公益诉讼案件的态度分为“保守——积极”两个阶段，[18]目前看来，这一趋势在实践中发展更甚，未来国际法院在同类案件中的态度也由此可以预见。

（二）裁判思路：非规则导向

通过前文对相关案件的梳理，一个初步的发现是，国际法院已然对公益诉讼案件持肯定态度，且这种积极态度自 2012 年“或起诉或引渡案”后已经较为稳定。将国际法院的裁判进行比较，有以下几点可以归纳。

1.非规则导向：以对世义务和共同利益为核心

诚然，国际法院的判例可构成国际法的次要渊源（subsidiary sources），但演化至今天，国际法上也尚未就公益诉讼案件涉及的基本国际法规则达成一致，暂未形成拘束力更强的国际法主要渊源（primary sources）规则，在国际法院既往裁判中，核心和关键是非受害国是否具有申请国资格，即公益诉讼案件中的诉权关系问题。而在这一问题上，国际法院在所有相关案件的裁决说理中都将诉权基础指向了对世义务和共同利益这两个概念。

（1）对世义务在国际法院实践中的运用

对世义务，又称“对一切义务”或“对国际社会整体的义务”，起源于罗马语 *erga omnes*，字面意思为“对一切（towards all）”，与相关群体的所有国家或个人有关。[19] 其最初由国际法院在 1970 年“巴塞罗那电车案”第二阶段的判决中提出。国际法院认为，对世义务是一国对国际社会整体负有的义务，[20]且因其保护的权利太过重要，每一国家都就其履行享有法律利益。[21]在分类上，大致可分为“缔约

[17] See Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany), indication of provisional measures order, I.C.J. Reports of 30 April 2024, p. 11, para. 25.
[18]参见廖雪霞：《“对国际社会整体的义务”与国际法院的管辖》，载《国际法研究》2020 年第 6 期，第 32 页。
[19] See Aaron X. Fellmeth & Maurice Horwitz, Guide to Latin in international law, Oxford University Press, 2009, p. 88.
[20] See Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 33, para. 33.
[21] See Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970,

国间的对世义务（obligations *erga omnes partes*）”和“一般对世义务（obligations *erga omnes*）”两类。就前者而言，义务通常来源于多边条约或习惯国际法，[22]但在多边条约语境下，这并不意味着这种义务来源因此局限于仅为缔约国利益而制定的安排，而可以扩展到这些国家为更广泛的共同利益而制定的协定。[23]对于一般对世义务的来源，国际法院在“巴塞罗那电车案”“及之后的案件裁判中列举或确认了几项一般对世义务，包括禁止侵略、禁止种族灭绝、涉及基本人权保护的规则如禁止奴役和种族歧视，[24]禁止种族灭绝，[25]民族自决权，[26]以及海洋法中的区域公海环境保护义务。[27]

在涉及公益诉讼的案件中，不管国际法院最终的态度如何，请求国的请求或裁判中总是出现对世义务相关的表述。值得关注的是，这些案件涉及的对世义务均可以更具体地被划分到“缔约国间的对世义务”这一范畴，因为涉及的禁止种族灭绝、禁止酷刑等义务均都有《灭种公约》《禁止酷刑公约》等多边条约作为支撑。同时，考察 2012 年以来的有关案例，可以发现，请求国作为诉权基础的这些义务大多数也是在实践中已为国际法院或其他国际法庭、仲裁庭所明确承认的对世义务。[28]可以预见，未来国际法院和仲裁庭将为对世义务的确认提供更多实践证明与确信。[29]

（2）对世义务的相关概念：国际法上的共同利益

在国际法院的相关案例中不难发现的是，对世义务在国际法院的裁判中往往不是单独出现的，与之相伴共存的另一概念为共同利益，更确切地说，共同利益是识别对世义务的重要标签。

产生于具体问题，共同利益同样作为一个模糊概念，[30]有学者将其特征概括

---

p. 33, para. 33.

[22] See ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, p. 126.

[23] See S.S. “Wimbledon”, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 15, at p. 30.

[24] See Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 33, para. 34.

[25] See Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 616, para. 31.

[26] Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 199, para. 155.

[27] Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2011, p. 59, para. 180.

[28] See Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 449, para. 65; Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 243, para. 33; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 616, para. 31; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 199, para. 155; Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2011, p. 59, para. 180.

[29] See Yoshifumi Tanaka, *The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law*, 68 Harvard International Law Journal 1, 4 (2021).

[30] See Yoshifumi Tanaka, *Protection of Community Interests in International Law: The Case of the Law of the Sea*, in A. von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), Max planck Year book of United Nations Law, Koninklijke Brill N.V., 2011, pp. 331-332.

为“将个别国家的利益上升为整个人类需求、希望和担忧”；[31]亦有学者直接将共同利益定义为“包含国家集合共同体的基本利益”。[32]尽管在具体内容上多有争议，共同利益的核心在“共同”一词上，是无需过多质疑的。

共同利益在国际法院相关文书中出现的最早时间为 1951 年“《灭种公约》咨询案”中的论述，也即为后续裁判多次引用的说理：“在这样的公约中，缔约国没有任何自己的利益；它们只有一个共同的利益，即实现作为公约存在理由的崇高目标。”[33]国际法院在 2012 年“或起诉或引渡案”以及 2022 年“冈比亚诉缅甸案”的相关裁判中均引用了这段裁判的原文，用来论述所涉及义务的对世性质。可以说，国际法院认为，共同利益构成支撑对世义务存在的基本价值，在判断一项国际法上的义务是否具有对世性时，是否存在共同利益是一个重要的判断标准。

至于对世义务与共同利益的关系，国际法院在 2012 年“或起诉或引渡案”的裁判中首次进行了明确阐述：共同利益的存在使某些义务具有对世性，而另一方面，对世义务的履行将使所有国家获有法律利益。[34]换言之，共同利益与对世义务实际上是一个硬币的两面，二者具有密不可分的内在联系。[35]

2.形式逻辑：有赖于条约解释与先前判例

尽管 2012 年以后国际法院对公益诉讼的态度整体上走向积极，但直接明确地在裁判说理中就公益诉讼涉及的对世义务与共同利益进行阐述的仅有“或起诉或引渡案”和“冈比亚诉缅甸案”。在此两案的裁判之中，国际法院的推理逻辑是相对一致的。具体来说，国际法院在两案中都直接承认了非受害国对他国国际不法行为诉诸国际法院的权利，即非直接受害国的国际法诉权。在说理过程中，国际法院的核心围绕着对世义务和共同利益展开，而在形式上展现出的方法主要是条约解释和先前判例。

就条约解释而言，国际法院主要通过条约的目的解释来确认案件所涉及的《灭种公约》和《禁止酷刑公约》为公约的缔约国设定了共同利益，认为没有国家可以免责，继而引出所设定的义务性质为对世义务，最后强调对世义务的履行与各缔约国所享有的法律利益密切相关，并引用了 1951 年“《灭种公约》咨询案”中关于共同利益的论述佐证。虽然一般国际法体系中并不存在因循先例原则

---

[31] See Wolfgang, Benedek KoenDe Feyter *et al.* (eds.), The Common Interest in International Law, intersentia, 2014, p. 17.

[32] See Wolfgang, Benedek KoenDe Feyter *et al.* (eds.), The Common Interest in International Law, intersentia, 2014, p. 17.

[33] 裁判原文为：“In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d’être of the Convention. ” See Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23.

[34] See Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 449, para. 68.

[35] 参见宋杰：《国际法院与共同利益的保护：实践、发展与影响》，载《国际法研究》2017 年第 5 期，第 47 页。

（*Stare decisis*），[36]但国际法院在类似案件中反复对 1951 年案例的陈述一定程度上能够印证国际法院的态度，也可代表公益诉讼国际法规则当前和未来的发展方向。

三、对国际法院公益诉讼实践思路的分析：一种批判性视角

通过国际法院的实践可以发现，与其他案件相比，公益诉讼案件的数量相对较少，而国际法院内部对公益诉讼案件的态度也在法官内部形成了分歧。不可否认，某种程度上来看，基于对世义务产生非受害国诉权，进而触发公益诉讼的模式能够填补国际法上国家责任主张的空白，使一些严重违反国际法的行为得到更有效的规制；但就目前的实践来看，国际法院在相关案件的裁判中似乎有意或无意地“错过”了就公益诉讼所涉及的国际法规则及其背后的法理进行释明的机会。这导致了当前国际法院诉讼案件的审理机制同公益诉讼所要达成的目标之间还存在着相当的差距，国际法院的裁判仍有较大争论和发展的空间。

（一）缺乏明确规范：作为诉权基础的对世义务说服力欠佳

1.有关公益诉讼的国际法渊源不足

首先，应当明确的是，当前有关公益诉讼的国际法规范尚未形成，仍处于发展之中。尽管在国际法院在“巴塞罗那电车案”承认国际法上存在对世义务以来，国际法委员会于 2001 年在其编纂的《国家责任条款草案》（Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts，以下简称“《条款草案》”）中承认当一国违反对世义务时，非受害国以外的国家也可援引该国国际法上的责任，[37]但援引国家责任的形式是否包含诉诸国际法院，尤其是赋予非受害国以外的其他国家在国际法院起诉的地位和资格是否已经构成，又或是在多大程度上构成习惯国际法，是不确定的。[38]从当前的国际法实践来看，可供参考的数量较少，且在国际法院审理的对世义务的相关案件中，针对非受害国诉权的管辖权异议几乎中在每一案中都存在，因此从习惯国际法形成所需的国家实践（state practice）来看，是不够统一的。此外，对国际法院而言，尽管因循先例原则并不适用，但当其认为某一具体案件不应同先前案件的裁判类似时，应当仔细审查并区分。[39]遗憾的是，在 2012 年“或起诉或引渡案”的裁判中，其首次承认对世义务与非受害国所享有的诉权之间存在关联，并未引用任何国际法渊源，且国际法院在更长的时间内对类似案件中的态度整体上是不统一的，但并没有选择解释。更具体地来看，缺乏明确规范导致国际法院在类似案件的处理中，就对世义务概念和范围的厘清而言也存在着诸多问题。

2.作为基础法律概念的对世义务和共同利益界定的模糊性

---

[36] See Malcolm N. Shaw, International law, Cambridge University Press, 2021, p. 93.
[37] See ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 48.
[38] See Tom Ruys, *Legal Standing and Public Interest Litigation— Are All Erga Omnes Breaches Equal?*, 20 Chinese Journal of International Law 457, 460 (2021).
[39] See Malcolm N. Shaw, International law, Cambridge University Press, 2021, p. 93.

国际法院在 2012 年“或起诉或引渡”案及以后的裁判理由逐渐稳定下来，即在公益诉讼相关案件中，对世义务和共同利益的维护至关重要。但这两个概念本身也同样存在不确定性，国际法上并不存在判断对世义务和共同利益存在的客观标准。就对世义务来看，一方面，1970 年国际法院提出这一概念以后，才逐步引发了学界的关注，其出现和发展更像是“横空出世”。一个合理的推论是，国际法院对这一概念的承认与 1966 年在“西南非洲案”中认为“国际法层面尚不存在公益诉讼”的论断明显相悖，在如此短暂的时间内推翻自己的先前判决，考虑到“西南非洲案”后引起的巨大争议，对世义务似乎是国际法院为重新检视甚至“纠正”其 1966 年判决而出现的。[40]正如有学者指出的，国际法院在“巴塞罗那电车案”中的论证更像是一种换回其在“西南非洲案”中丧失信誉的司法政策行为，[41]在规则上并没有给出明确的方向。另一方面，有学者将目前为国际法院在实践中确认的对世义务类型化为有公约规定的、属于强行法领域的义务。[42]但国际法院的这一认定背后的合理性值得怀疑。国际法院作为联合国下设的专门司法机构，虽然其行为具有广泛的约束力和影响力，但其司法性决定了其在规则的确认上存在较大的被动性。换言之，国际法院只能通过案件的审理，通过裁判对提交其处理的案件中涉及的规则进行处理，类似“见招拆招”，而不能像联合国国际法委员会（International law committee，ICL）一样，作为“国际造法者”主动对所有国际法规则进行分析并归纳出一份相关规则清单，编纂并发展国际法。[43]这说明国际法院在对世义务的认定标准上存在一定的随机性，即便对国际法院在裁判中认定的对世义务类型进行客观归纳，也很难从中抽象出相对统一的标准适用于日后可能的案件中。

至于共同利益，它似乎是一个比对世义务更为模糊的概念，国际法院至今也没有在裁判中释明共同利益的具体内涵及判断标准，又或者说，对于任何国际司法机构来说，这都是一个不太可能完成的任务。在此情况下，在具体案件中认定某一项义务是否具有对世性或关涉国际社会的具体利益，在标准的适用上是存在随机性的。而在既往的案件中，国际法院意图通过对世义务作为公益诉讼的推动因素，以对世义务来保护国际社会公共利益，无异于将一个不确定的概念叠加到另一个不确定的概念之上，[44]其说服力难以令人信服，在缺乏明确规范的情况下，仅凭两个不确定的概念作为公益诉讼的基础，未免有失偏颇。

（二）一种不确定性：对世义务与非受害国诉权的因果关系认定

通过上文梳理可以发现，国际法院在公益诉讼案件裁判中呈现的思路逐渐趋

---

[40] See Farid Ahmadov, The Right of *Actio Popularis* before International Courts and Tribunals, Koninklijke Brill NV, 2018, p. 11.

[41] 参见朱利江：《论国际裁判中的司法政策》，载《中国法学》2024 年第 3 期，第 295 页。

[42] 参见李嘉怡：《“对缔约国整体的义务”概念在国际法院的适用》，载《中国海洋大学学报》（社会科学版）2022 年第 5 期，第 90 页。

[43] 参见邓华：《国际法院对强行法的发展：规则和方法》，载《南大法学》2020 年第 3 期，第 87 页。

[44] See Justine Bendel & Yusra Suedi, Public Interest Litigation in International Law, Routledge, 2024, p. 14.

于稳定，即由共同利益和对世义务关联到非受害国诉权，进而维护国际社会公共利益。然而，相比于国际法院处理的所有相关案件，其仅在“或引渡或起诉案”、“冈比亚诉缅甸案”的有关裁决以及“加拿大、荷兰诉沙特阿拉伯案”和“南非诉以色列案”的指示措施中承袭这一思路，而在中间 2014 年的“南极捕鲸案”则选择了避而不谈的一种默认式的肯定。国际法院能否在未来的裁判中延续这种稳定，还需要更多案件的印证。问题是，国际法院就对世义务和公共利益与非受害国诉权关系的认定逻辑中也存在值得推敲之处。

1.有选择的条约解释

就国际法院裁判的形式逻辑而言，在判断案件涉及的国际条约在缔约国间建立起共同利益，或设定的某项义务是否导致其他国家存在法律上的共同利益时，国际法院的主要有赖于条约解释，特别是依据条约的目的和宗旨来判断，[45]而至于更详细的判断标准，例如是否条约的目的解释，是否参考了条约的起草历史和国家实践等，国际法院均保持了沉默。从另一角度来说，国际法院在判断共同利益的过程中预留了相当大的解释空间，在这种情况下解释共同利益，并作为非受害国诉权的唯一基础，存在主观化和扩大解释的风险。[46]正如一种比较夸张的宽点认为，从某种程度上讲，国际法院的所有案例均可认为与公共利益有关，[47]因为总会涉及到“国家预算和国家权力行使的合法性”等问题，[48]因为这些问题都是与国际社会的重要构成主体——主权国家休戚相关的。

2.对世义务触发公益诉讼的条件未明

转向实质内容，国际法院在裁判中所呈现的基于对世义务引发国际法诉权的逻辑也值得探讨，特别是对世义务可以赋予非受害国诉权的情形，是难以通过国际法院的现有裁判得出结论的。

依照国际法院的逻辑，首先，似乎被相关公约（例如“或起诉或引渡案”涉及的《禁止酷刑公约》及“冈比亚诉缅甸案”涉及的《灭种公约》）规定的义务可以不加以区分地被一揽子认定为对世义务。这种做法是否合理？以《灭种公约》为例，该公约的核心义务是禁止灭绝种族行为，但围绕这一目标派生的各缔约国通过国内立法执行该条约（第 5 条），起诉或交由国际刑事法庭审判违反公约下义务的行为者（第 6 条）等义务是否应当和禁止种族灭绝这一主要义务放到同等的位置上，国际法院并未区分，忽略了对世义务违反的类型具有多样性的可能。这种情况导致的后果之一是，即使灭绝种族行为没有真实发生，因为没有在国内立法中

[45] See Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 449, para. 68; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022, pp. 515-516, para. 106-107.

[46] See Xiao Mao, *Public-Interest Litigation before the International Court of Justice: Comment on The Gambia v. Myanmar Case*, 21 Chinese Journal of International Law 589, 596 (2022).

[47] See Justine Bendel & Yusra Suedi, Public Interest Litigation in International Law, Routledge, 2024, p. 16.

[48] See Astrid Wiik, *Amicus Curiae* before International Courts, Hart Publishing, 2018, p. 53.

采取符合《灭种公约》规定的方式颁布相关国内法规的国家也可被任何缔约国起诉至国际法院，被认为违反了对世义务。[49]在共同利益尚未受影响的情形下，这种诉讼是不必要的。

其次，在既往具有公益诉讼性质的案件中，国际法院无一例外地避免了对一般对世义务的界定，而将涉案义务全部界定为缔约国间的对世义务。随之而来的一个问题是，这仅是巧合，还是国际法院的有意为之？笔者在此倾向于后者。从约束的主体范围来看，缔约国间的对世义务对全体缔约国具有拘束力，而若需上升为一般对世义务，则国际社会整体都要成为这一义务约束的对象。[50]如此，似乎要证成针对国际社会整体的对世义务，要求的标准可能更为严苛，也许这也是国际法院在既往案例中保持谨慎的原因之一。但问题在此并未得到解决，尽管1970 年“巴塞罗那电车案”中法院以不穷尽方式列举了禁止种族灭绝等义务为一般对世义务，[51]但在之后类似的案件中再也没有触及过对一般对世义务来源和性质的界定，也就没有再对一般对世义务进行接续发展。考虑到一般对世义务的更大拘束范围，是否可以得出推论，即基于一般对世义务的违反也将必然赋予国际社会所有非受害国诉权地位？亦或是，从国际法院谨慎的态度考虑，限于缔约国间的对世义务？不管从哪种角度进行解读，似乎都会带来公益诉讼被滥用或是对世义务这一概念最终沦为法律上的摆设之嫌。因此，国际法院若想解决这些矛盾，还需要在后续的公益诉讼案件中触及对世义务和诉权关系的核心，明确触发诉权的明确条件。

3.对程序必要性的反思

在程序的设置上，如果说国际法上公益诉讼存在的目的是危害国际社会共同利益的行为无人担责情形的发生，那么另一个需要考虑的问题在于，是否在所有情况下对世义务的违反都需要非受害国诉诸国际法院才能避免这一情况发生？是否存在违反的义务具有对世性，但亦存在所谓受害国的情况？国际法院在裁判时似乎回避了这一点。这一问题的答案可以是肯定的，因为某些对世义务的违反可以是“孤立（isolated）”的。[52]特别是在涉及基本人权保护的义务问题上，这种孤立违反的情景较为典型。具体来说，在这类义务的履行上，往往指向某一群体或以全体人类为保护和义务履行的对象。而当某一群体被以国籍、种族等标准赋予社会及法律意义时，其必定与某一或某些特定的国家发生利益关联。因此，他国对某一特殊群体行为若涉及到人权对世义务的违反，总会出现更直接受影响的

[49] See Xiao Mao, *Public-Interest Litigation before the International Court of Justice: Comment on The Gambia v. Myanmar Case*, 21 Chinese Journal of International Law 589, 595 (2022).
[50] See ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, p. 126.
[51] See Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 33, paras. 32-33.
[52] See Tom Ruys, *Legal Standing and Public Interest Litigation— Are All Erga Omnes Breaches Equal?*, 20 Chinese Journal of International Law 457, 460 (2021).

国家，此时可以认为，存在所谓的“受害国”，即便不赋予非受害国诉权，也并不会导致国际法院担心的“有罪不罚”的情况出现。这方面的典型的例子例如不推回义务（the non-refoulement principle），[53]以及诸如《灭种公约》和《禁止酷刑公约》等人权条约中规定的某些义务。

如此看来，在国际法院的公益诉讼实践中，基于对世义务的诉权在因果关系的论证层面还存在着解释与完善的空间，当前的说理是远远不够的。

（三）目的实现的悖论：公益诉讼与国际司法机构的制度设计

国际法院作为世界上最重要的国际司法机构之一，其最重要的职能之一即解决当事国提交的争端，这点也体现在《规约》中。[54]所谓“争端”，通常是指“两方在法律或事实问题上的分歧、法律观点或利益冲突。”[55]这也就决定了国际法院争端解决是以双边机制为主的。而公益诉讼案件与之不同的地方在于，由于请求国为非受害国，似乎很难说在其与被告国“之间”存在冲突，因此可以认为，公益诉讼不需要以争端的存在为前提。[56]这与国际法院作为争端解决机构的定位是有出入的。

其次，如果公益诉讼的最终目的是维护国际社会公共利益与良好秩序，恐怕国际法院的实践无法轻易地实现这一既定目标。国际法院对公益诉讼态度的变化是受特定的国际关系背景影响的。国际法并非单纯的法律，国际司法的目的在于给国际关系中的纷争和矛盾提供一个解决方案；而国际关系的核心是政治，因此国际司法的政治因素毋庸置疑。[57]考察国际法院就公益诉讼态度发生变化的时间，几乎是进入 21 世纪以来才逐渐不回避的。这与冷战结束，国家责任法的发展以及人权法、国际刑法等具体领域的变化是密不可分的。[58]而国际法院在实践中之所以对公益诉讼的认定和发展呈现缓慢发展的态势，又与这类案件的特殊性有关。在涉及对世义务的情况下，往往与人权、民族自决权等引起国际社会密切关注，甚至与国际关系变化紧密相关的权利有关，这就导致在一定程度上公益诉讼案件存在一定的政治敏感性，国际法院面对具有高度政治敏感性的问题时，更多地展现出司法克制与审慎。[59]一方面，国际法院期待通过公益诉讼实现国际社会公共利益的维护，而另一方面，其自身的实践又受制于政治或其他因素的考量保持审慎态度，很难单纯地通过司法方式实现既定目标。同时，国际法院公益诉讼一定

---

[53] See Tom Ruys, *Legal Standing and Public Interest Litigation— Are All Erga Omnes Breaches Equal?*, 20 Chinese Journal of International Law 457, 460 (2021).
[54] See Statute of the International Court of Justice, Article 36.
[55] See East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, pp. 99-100 para. 21-22.
[56] See Xiao Mao, *Public-Interest Litigation before the International Court of Justice: Comment on The Gambia v. Myanmar Case*, 21 Chinese Journal of International Law 589, 604 (2022).
[57] 参见何志鹏：《国际司法的中国立场》，载《法商研究》2016 年第 2 期，第 46 页。
[58] 参见宋杰：《国际法院与共同利益的保护：实践、发展与影响》，载《国际法研究》2017 年第 5 期，第 52 页。
[59] 参见邓华：《国际法院对强行法的发展：规则和方法》，载《南大法学》2020 年第 3 期，第 87 页；朱利江：《国际法院判例中的争端之界定——从“马绍尔群岛案”谈起》，载《法商研究》2017 年第 5 期，第 151-160 页。

程度上也为某些国家充当“世界警察”角色，[60]干涉他国内政提供了理由，有沦为法律外目的的风险。近年来如“加拿大、荷兰诉沙特阿拉伯案”、“乌克兰诉俄罗斯案”等已被学者贴上了“高度政治化”的标签，[61]值得引起警惕。

另一个值得关注的问题在于，既然国际法上公益诉讼的最终目的是维护人类社会基本价值和道德规范等共同利益，则还需要考虑国际法层面是否存在其他能够实现这一目标的机制。一个追问是，国际法院公益诉讼是否为在国际法层面保护国际社会公共利益的最佳场域？就国际法院实践来看，《灭种公约》和《禁止酷刑公约》两个普遍性国际公约及其规定的与人权有关的对世义务的出现频率是相对较高的。而当今类似的某些多边条约中规定的个人申诉或争端解决机制本身即能实现促进条约执行的作用，在没有国际法上的公益诉讼的情况下，诸如联合国安理会、人权事务委员会等机构也存在处理个人申诉，调查被指控国情势，以将问题解决的可能。笔者认为，与作为司法方式的诉讼相比，与条约直接相关的多边争端解决机制能够更高效、也更直接地解决与条约设定的义务履行而造成的引发的争端。因此从某种意义上来说，就共同利益的保护来看，公益诉讼并非唯一方式。仅凭条约的目的和宗旨及其所维护的所谓共同利益即将他国置于随时可能被起诉的风险之中，忽略了多边条约本身设置的救济制度和其他争端解决机制的作用，[62]似乎不是一个最优解。

通过上述分析可以发现，国际法院正通过自身实践肯定国际法上存在公益诉讼的事实，整体倾向是积极且日益稳定的。但是，受制于各种因素，国际法院的裁判逻辑仅注重形式，尚未给出非受害国可以起诉的底层逻辑，在裁判过程中主要依赖于既往判例，不管是对世义务的认定范围还是确认方式都存在着被动而保守的问题。在更宏观的层面上，国际法上并未承认公益诉讼这一概念的存在，由于其同国际法院双边争端解决机制为主的架构并不相容，国际社会公共利益的维护是否有必要完全或主要倚仗公益诉讼，也是可能引起质疑的。而在国际形势波谲云诡的今天，公益诉讼最为明显的一个弊端是，非受害国起诉的动机难以琢磨，不排除有将国际司法政治化的可能。国际法院要想通过司法实践真正建立起公益诉讼更加系统的制度，还需要较大的改革和长久的实践。

四、因应与展望

公益诉讼起源并发展于不同国家，在国内法体系中存在多样性，因此很难找到一个被广泛接受的统一概念，[63]直接由国内法移植至国际法层面更是几乎不可

[60] See Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic), I.C.J. Judgment of 16 November 2023, Declaration of Judge Xue Hanqin, p. 2, para. 7.

[61] See Tom Ruys, *Legal Standing and Public Interest Litigation— Are All Erga Omnes Breaches Equal?*, 20 Chinese Journal of International Law 457, 470 (2021).

[62] See Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, dissenting opinion of Judge Xue Hanqin, I.C.J. Reports 2022, p. 525, para. 17.

[63] See Justine Bendel & Yusra Suedi, Public Interest Litigation in International Law, Routledge, 2024, pp. 9-10.

能。现实情况告诉我们，在不需要界定公益诉讼概念具体内容的情况下，国际法上已经出现了公益诉讼的相关实践，作为国际争端解决的重要场域之一，国际法院也早已牵涉其中。虽然国际法院判例在规范层面仅具有约束当事双方的拘束力，[64]但其由此形成的司法权威在事实上也深刻影响了国家的行为，在特定实践中，将进一步延伸并发展为有限的司法造法，[65]其司法实践与制度经验亦将影响后续国际司法机构的运行与发展。[66]正是因为这种“牵一发而动全身”的现状，且在多重因素的束缚下，国际法院的公益诉讼实践才呈现出“水滴石穿”，积极但谨慎的发展趋势。

从实践情况来看，国际法院的既往司法裁判已经产生了深远影响，特别是在对国家行为的指引上。随着 2012 年首次肯定非受害国可基于对世义务享有国际法诉权以来，到 2022 年“冈比亚诉缅甸”案初步反对意见裁决中再次确认，近几年诉诸国际法院的类似案件增幅已大大超过 2012 年以前。一个更明显的趋势是，在 2024 年 1 月国际法院就“南非诉以色列”案指示临时措施的情况来看，以色列并未就南非的诉讼地位提出异议，在指示措施的法官个别和不同意见中，也并没有法官就南非的诉讼地位提出质疑，这与过去类似案件相比，是非常不同的。这标志着国际法院在公益诉讼案件裁判中的又一次发展。然而这些案件是否真的完全出于“利他主义”的动机被诉诸国际法院，未来的走向有如何，似乎是没有办法确定的。但可以肯定的一点是，在国际法院这种积极的态度影响下，假设第三国也愿意介入案件，国际法院将越来越多地受理非受害国的申请，这似乎并非不切实际。[67]在此趋势下，更要警惕公益诉讼案件的“公益性”，避免其成为干涉正当化的工具或手段。

更深一步来看，国际法院在公益诉讼实践中的形成的模式还有很大的空间。首先，作为基础的对世义务并不具有传统国际法的双边性质，[68]由于全体国家都对其享有法律利益，因此对世义务的认定范围和标准应当谨慎。而现代国际法以国家同意为基础，当前以国际法院裁判的形式确认对世义务的内容事实上国际法院在行使“造法”功能，这似乎也是对国家同意原则的违背。[69]就其内容而言，对世义务也仍然存在着很多值得继续讨论和确认的内容，例如其所涉领域、具体内容和履行方式等。[70]其次，就共同利益保护的目标来看，公益诉讼作为一种社会

---

64 See Statute of the International Court of Justice, Article 59.

65 参见刘晶：《国际法院咨询意见的司法造法性与政治异化》，载《武大国际法评论》2023 年第 2 期，第 126 页。

66 参见严阳：《作为国际法渊源权威 文本的《国际法院规约》第 38 条》，载《河北法学》2023 年第 10 期，第 124 页。

67 See Eugenio Carli, Community Interests Above All: The Ongoing Procedural Effects of *Erga Omnes Partes* Obligations Before the International Court of Justice (Dec. 29, 2023), https://www.ejiltalk.org/community-interests-above-all-the-ongoing-procedural-effects-of-erga-omnes-partes-obligations-before-the-international-court-of-justice/.

68 参见李媛媛、张艳: 《援引日本福岛核污水排海的国家责任》，载《国际经济法学刊》2023 年第 4 期，第 11 页。

69 参见邓华：《国际法院对强行法的发展：规则和方法》，载《南大法学》2020 年第 3 期，第 91-92 页。

70 参见谢海霞：《人类命运共同体的构建与国际法的发展》，载《法学论坛》2018 年第 1 期，第 33 页。

变革的策略，其功能的发挥不能孤立于其他努力。[71]亦即，国际社会共同利益的实现不能完全依赖于司法手段，除在后续裁判中尝试界定共同利益并划定范围以外，国际法院还应当考虑同其他国际争端解决机制和国际法执行机制的协调。最后，既然公益诉讼同国际法院的现存机制存在不相容之处，要想实现良性发展，必要的机构和制度改革也应当纳入考虑范围 。

最后，将目光转向我国，尽管目前为止我国并未成为国际法院审理案件的当事国，但并不代表可以因此置身事外。公益诉讼在国际法上的发展一定程度上代表了当前国际社会对共同利益维护的共识和决心，但也不排除一些国家别有用心，伺机利用诉讼手段实现司法外目的的企图。很多情况下，适用法律活动不仅是法律规则的解释和适用，在根本上还是价值和政策选择问题。[72]作为世界上最大的发展中国家，近年来中国在国际舞台上日益活跃，在维护国际社会和平与安全等事项中发挥的作用也日益增强，这也招致了某些国家的歪曲甚至污名化。一方面，既然公益诉讼的目标是国际社会公共利益，则中国有义务通过表达立场，参与实践推动公益诉讼的进一步发展，为国际社会的有益秩序贡献力量；另一方面，也需对这一趋势保持谨慎和审慎，积极推动相关规则的形成与完善，避免成为他国无端攻击和指摘的对象，以实际行动为人类命运共同体的建设贡献中国智慧与中国力量。

2025年中国国际法学会

[71] See Scott L. Cummings & Deborah L. Rhode, *Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice*, 4 Fordham Urban Law Journal 603, 605 (2009).

[72] 参见马新民：《南海仲裁案庭外法理斗争：回顾与展望》，载《边界与海洋研究》2017 年第 4 期，第 25 页。

An Analysis on the Justiciability of Public Interest Litigation before the International Court of Justice: Based on Obligations Erga Omnes

CHEN Yujie

Abstract: With the increasing complexity of international disputes, the International Court of Justice (ICJ) had to deal with cases similar to public interest litigation in domestic law, and the number of such cases has been on the rise in recent years. As practice has outpaced theoretical development, there are currently no codified rules relating to public interest litigation, and thus there is uncertainty as to the position and logic of the ICJ in these cases. In particular, the obligation erga omnes, which was the basis of the litigation, and its link to the standing in such litigation cases had yet to be clarified. As public-interest litigation has become a trend in international law, it is necessary to scrutinize its role in the international dispute settlement system, change and improve the adjudication mechanism, and seek an approach more conducive to the realization of the common interests and values of the international community as a whole.

Key words: public interest litigation; International Court of Justice; obligations erga omnes; common interests.

2025年中国国际法学会年会

论涉制裁纠纷“适当联系”管辖规则的构造

陈沛明[1] 宋阳

摘要：《民事诉讼法》第 267 条第 2 款确立的适当联系原则是中国法院确立涉制裁纠纷管辖权的主要依据，可以有效填补域外管辖连结点空缺、提升反制裁国家能力并平衡私主体商事利益。然而在涉制裁纠纷的特定场域下，适当联系管辖的具体规则有待进一步解释。通过对国际法上的客观属地原则、效果原则与保护原则的阐释，可以从客观地域联系、主观效果影响和国家利益保护三个维度构造适当联系管辖的积极要素；通过对国际法上礼让概念的解释以及不方便法院原则的适用，可由此确定排除适当联系管辖的消极要素；通过考察积极消极两个层面的司法实践，有助于探讨“适当联系”要素间的内在平衡路径，最终得以回应涉制裁纠纷并行管辖的现实困境，从维护国家主权与发展利益、适用互助条约与互惠原则消除管辖竞争以及通过要素裁量性管辖平衡商事利益三个层面构造涉制裁纠纷的中国管辖方案。

关键词：制裁 管辖权 适当联系 不方便法院

一、问题的提出

2023 年 9 月新修订的《民事诉讼法》第 276 条是中国法院确定包括涉制裁纠纷在内的一系列涉外民事纠纷管辖权的主要依据。其中第 276 条第 2 款规定，“除前款规定外，涉外民事纠纷与中华人民共和国存在其他适当联系的，可以由人民法院管辖。”因而，如何判断存在第 1 款“合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地、代表机构住所地”外的“其他适当联系”，把握“可以由人民法院管辖”的措辞限度，是适当联系原则得以适用且应以适用的主要问题。

而在实践中出现的大量涉制裁纠纷中，当事人出于对本国、他国及第三国涉制裁法律及政策立场的考量，自然倾向于在对自身有利的法院地国起诉或接受仲裁，使得相应的制裁或反制裁法律得以适用。尤其自俄罗斯总统普京于 2020 年 6 月 8 日修改《俄罗斯联邦仲裁程序法》（Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации）[2]设立涉制裁专属管辖权制度以应对愈演愈烈的西方国家对俄制裁以来，在俄罗斯与英美加及欧盟各国间已然逐渐形成了纠纷解决的两级。各国法律在制裁与反制裁政策上的不同立场不仅导致出现了一方当事人拒绝

[1] 河北大学学生

[2] 需要指出的是，在俄罗斯联邦的仲裁法院（Арбитражный суд）并非中文意义上的商事仲裁机构，其实质是国家法院。而在俄语和俄罗斯法律中，中国法律意义上的商事仲裁机构则一般被称为 Третейский суд，又与国家法院没有任何关系。

管辖进而否认裁判约束力的“零和博弈”局面，更使得涉制裁纠纷的当事人“逃离”传统的伦敦、巴黎等纠纷解决地，选择沙特、阿联酋、新加坡乃至中国等立场较为中立的国家进行管辖。

因而，在此背景下，有必要探讨中国法院在潜在的涉制裁纠纷中适用适当联系原则进而行使管辖的特殊意义。中国既可能成为受制裁的当事国，还有可能成为反制裁的实施国，或者与制裁无关的第三国，如何在不同的情景下保证管辖的“适当”是问题的关键。更具体而言，涉制裁纠纷中存在哪些“其他适当联系”，而对于这些要素，中国法院“可以”行使管辖权的限度如何，是尚待探讨的问题。

二、涉制裁纠纷下适用适当联系原则的意义

面对现实中大量潜在的涉制裁纠纷，中国法院目前尚未受理一起相关案件，适当联系原则的适用也仅体现于少量的纯商事纠纷和知识产权纠纷案件中，理论与现实存在较大的隔阂。有必首先要探究适当联系原则适用于涉制裁纠纷这一场域的特殊意义。

（一）填补域外管辖连结点空缺

现代国家的管辖实践已然超越了传统上以人、事物、事项及场所要素确定的管辖连结方法，以“联系”确定国家管辖的路径适应了当下相互依存的国家之间行使管辖的实际需求。。而囿于涉制裁纠纷的现实复杂性，各国法院在制裁与反制裁政策交织的背景下，往往需要实现特定情境下的管辖利益，以适当联系形成的域外管辖方案成为了应对制裁的有效方法。

根据联合国国际法委员会的报告，域外管辖的核心原则在于国家必须与该人、财产或情况存在的某种联系，从而有效地主张管辖权。当下美国广泛实施的通过 SWIFT 结算方式确定美国连结点的制裁方法就是最为典型的域外管辖。然而，国际法在域外管辖这一国家域外行使权力的“灰色地带”设定了相对模糊的界限。尽管国际法委员会在前述的报告中最终在规制贩毒、洗钱等跨国犯罪的刑事法和国际银行、国际股票涉及的商事法两个领域形成了一项拟议的法律文书大纲，但却难以形成具体情境下的具体规则。

而涉制裁纠纷恰恰构成了国家在具体情景下需要判断是否行使域外管辖权力的特殊场域。中国既可能成为受制裁的当事国，还有可能成为反制裁的实施国，或者与制裁无关的第三国。通过适当联系原则的适用，有助于进一步分析双方当事人及中国法院在其中扮演的角色，从而确定行使管辖的各类潜在的联系，避免“管辖真空”，填补域外管辖连结点空缺。

（二）提升反制裁国家能力

《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》中指出，健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”机制是完善涉外国家安全机制，进而推进国家安全体系和能力现代化的一部分。也学者指出，以司法控制的方式可以阻却制

裁带来的潜在风险，因而管辖权是比诉权更有力的反制裁工具[3]。以美国为典型代表，其严密的制裁规则依赖于各国内行政部门高效、灵活的执行能力以及立法、执法部门不断推进的制裁体系化、法制化水平。而中国应以同样严密的法治水平提升自身反制裁能力水平，回应外国霸权。

尽管《民事诉讼法》不属于《反外国制裁法》、《不可靠实体清单规定》与《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》形成的中国反制裁法律体系，但其涉外编管辖权的内容构成了以司法手段规制涉制裁纠纷的基本前提。特别是第 276 条第 2 款中的适当联系原则，其不仅作为 2023 年《民事诉讼法》第五次修正中的一个重大变化，其更是构成了我国《反外国制裁法》第 12 条与《阻断办法》第 9 条中追偿诉讼的主要管辖权依据。如何在立法的最新动态与现实的制裁实践中解释与适用适当联系原则成为了提升我国反制裁能力水平的重要问题。

有学者指出，当下中国反制裁法治体系仍需要协调与平衡国际对抗和国际合作、震慑制裁国和吸引外资、维护国家安全和发展市场经济等有所冲突和矛盾的价值取向，反制裁措施的标准有待设定，跨部门联动的执行机制需要协调与平衡。[4]而适当联系原则作为连结涉外民商事纠纷的关键要素，构成了私主体商事纠纷同涉制裁国家政策间相互联系的纽带，有必要深入理解其内涵，回应目前我国反制裁国家能力建设的迫切需要。

（三）平衡私主体商事利益

管辖的确定并非目的，而是手段，是使得商事实体私法得以适用的过程。国家在确定涉制裁纠纷管辖权的过程中，法院不可能无视管辖最终带来的后果。尤其在涉制裁纠纷中，当公法介入私法时，可能产生公法控制或制约私法的效果，使基于私法产生的契约“死亡”，而最终即便行使管辖，也将导致管辖徒劳无功的潜在后果。

究其原因，相比于涉制裁纠纷，一般纠纷的当事人有着更高的概率满足于在多个潜在的法院国中接受其中之一的管辖。这是由于最终得以在纠纷当事人间适用的商事法律在各个国家间并不存在极大的差异。换言之，纯商事性质的纠纷在法院的选择上并不会产生零和博弈的局面。在多数情况下，即便对一方当事人来说并不是最优解的国家法院进行了管辖，也并不会导致其完全丧失在该国解决纠纷的信心，而涉制裁纠纷则不然。一份判决的产生很可能对今后一系列相关案件产生“盖棺定论”的效果，尤其涉及一国在反制裁与纠纷解决政策上的基本立场。

因而，域外管辖的行使，尤其在商事纠纷领域，往往目的并非是完全对冲它国的制裁或反制裁政策，而更应保证行使的“有效”性。更进一步而言，在商事领域进行国别法上“有效”与“无效”的争议是缺乏实用价值的，只会导致各国法院间

[3] 苏超：《论专属管辖权的反制裁功能》，载《甘肃政法大学学报》2024 年第 3 期。
[4] 沈伟：《金融制裁与反制裁中的国家能力建设》，载《财经法学》2024 年第 5 期。

往复的禁诉令（anti-suit injunction）与反禁诉令（anti-anti-suit injunction）、双向判决的拒绝承认与执行，乃至外交抗议与反抗议。更为实用的问题在于，哪个国家的法院对双方“更有效”，在涉制裁纠纷下如何使我国民事诉讼法中的适当联系原则得到高效适用，以推动纠纷获得更有效的解决，形成国际负责任大国合理行使域外管辖的示范效应。

三、涉制裁纠纷下适当联系域外管辖规则的国际法构造

就适当联系原则在民事诉讼法上的基本定位而言，学界已有一些相对成熟的探讨。学者将之视为一种“特殊地域”管辖权[5]，是相对于第 276 条第 1 款中的 6 种属地要素而言之外的一种“兜底”连结方法，体现了一种谦抑性的保护性管辖[6]。然而，在涉制裁纠纷的场域下，适当联系原则超越属地要素而管辖于国家领域之外的规则范畴有待进一步从国际法层面加以探讨。

（一）形成“适当联系”的积极要素

承前文所述，适当联系原则作为一种例外性与兜底性的“特殊地域管辖”，其域外适用的范畴仍待进一步解释。借鉴现代国际法管辖权规则以及在现实中产生的大量国家实践，有助于分析在涉制裁纠纷下构造适当联系原则域外适用的积极要素。

1.依地域联系建立的管辖

适当联系原则首先是一种依地域联系，对“在中华人民共和国领域内没有住所的被告”，对“位于中华人民共和国领域内”的属地要素建立的管辖。从国际法上的客观属地原则（Objective territoriality principle）出发，当国家试图管辖之行为的构成因素出现在领土国境内时，一国可对其领土外的人、财产或行为行使管辖权。值得强调的是，尽管客观属地原则要求其依据的地域联系在中国领域内，但最终管辖的对象仍然是中国领域外的人，实际上构成了一种反直觉的域外管辖。而需要进一步明确的问题在于如何在涉制裁纠纷这一具体场域下对此种依地域联系建立的域外管辖方法进行解释与适用。

通常用以解释客观属地原则的例子可能来自跨越两国边境的刑事犯罪，但这并不意味着客观属地原则仅适用于国家间的刑事管辖权。1915 年荷兰最高法院确定一名站在德国边境的德国农民将一匹马从边境线的荷兰一侧拉到德国一侧，从而违反了荷兰对德国的出口禁令并构成刑事犯罪[7]。而类似的在国家间发生紧张情势时采取的出口管制案例在客观属地原则演进的历史并非唯一，如 1993 年发生的通过无人机将堕胎药从德国运送到边境河对岸的波兰的事件[8]。因而，国家在适用客观属地原则时并不局限于严格的刑法，而逐渐扩张至其他具有经济性

[5] 叶斌：《《民事诉讼法》涉外协议管辖规则的理解与适用》，载《国际法学刊》2025 年第 1 期。
[6] 宋连斌：《《民事诉讼法》第 276 条适当联系规定的意涵与适用》，载《国际法学刊》2025 年第 1 期。
[7] HR6April 1915 (Azewijnse paard) ECLI:NL:HR:1915:BG9430 (Supreme Court of the Netherlands) 427
[8] https://www.bbc.com/news/world-europe-33299660

质的国内法，如《荷兰所得税法》适用于从荷兰获得收入的任何人，无论其国籍或居住国如何。

上述国家实践指向了国家在刑法之外的各类国内法领域进行管辖的意图，而涉制裁纠纷恰恰可以落入这一管辖范畴。而进一步的问题是，在涉制裁纠纷下，可能出现在我国境内的行为构成因素有哪些。

如果将涉制裁纠纷视为单纯的商事合同纠纷，最高人民法院于 2024 年审理的“浙江省某旅行社诉某邮轮公司返还‘南极游’船票款项”系列案件[9]是典型的因外力因素致合同无法履行并适用适当联系原则确定管辖权的例子。该案中，上海旅行社与某外国邮轮公司签订《合同》，为浙江旅行社组团的 46 人购买“南极游”船票。上海旅行社公司收到浙江旅行社付款后向邮轮公司支付了款项，但在款项支付后由于新冠肺炎疫情爆发，旅行无法成行。由于外国邮轮公司以病毒爆发情形视为不可抗力为由不予退款，进而导致了纠纷的产生。由于案涉合同的签订地、履行地不在中国，该外国邮轮公司的注册地在丹麦哥本哈根市，在中华人民共和国领域内没有住所，也未设有代表机构，最终最高人民法院确定依据“适当联系”原则行使管辖，依据主要包含两点。首先，纠纷系因请求退还旅游团款而产生，而争议款项已在中国完成支付。此外，就该争议款项在中国法院形成了多起系列关联诉讼，包含旅行社间的诉讼以及多起游客对旅行社的诉讼。

可以发现，该案与现实中大量的涉制裁纠纷有相当的相似性，都是因外力导致的合同履行不能。结合其他类似案件，可以将行使管辖的连结点可以概括为三类。首先，中国是与签订国际商事合同有关的行为地，如合同在中国磋商。其次，中国是与履行国际商事合同有关的行为地，如合同的标的从中国发出，合同款项由中国银行支付。最后，中国是其他平行诉讼或关联纠纷处理的所在地，如中国法院或仲裁庭已对关联案件行使管辖甚至产生了生效判决与裁决。此外值得注意的是，涉制裁纠纷与一般纠纷不同的一点是，由于外国制裁政策在判例中往往不被视为一种不可抗力因素，反而赋予了合同最终经法院判决得以保留而不致消灭更大的可能。

2.依主观影响建立的管辖

然而，涉制裁纠纷也可能被视为一种侵权责任纠纷，尤其是涉及我国《反外国制裁法》第 12 条与《阻断办法》第 9 条中的追偿诉讼。追偿诉讼必须以“侵害中国公民、组织合法权益”为前提，是典型的侵权之诉。而在追偿诉讼中，即使已确立了当事人的诉权，法院仍然必须首先确定其自身具有管辖权，所依据的管辖方法有赖对适当联系原则的进一步解释与适用。

适当联系原则不应完全是一种单纯依客观的地域联系建立的管辖，尤其在追偿诉讼这一典型的侵权诉讼中不应局限其解释于侵权行为地这一单一客观指标。

[9] （2023）最高法民辖 115 号民事裁定书

国际法上的“效果原则（effects doctrine）”可理解为根据外国国民于一国领土外发生的行为在该领土上产生重大影响而主张管辖权。这一依据尽管密切关系到客观属地原则，但不要求行为要素之一发生在管制国的领土上。尽管效果原则在过去的研究中往往被认为是美国等国对超越国际法管辖规则的再创造与扩张解释，被视为其将本国法律强加于他国而服务本国经济利益的借口，存在相当的争议，然而当下国家在行使管辖权方面的国家实践已然走在了旧国际法规则之前。有学者指出，在管辖权方面，由于小国缺乏有效规制大型跨国企业的能力，大国的域外管辖能够减少规制缝隙，因而中国等拥有充分市场权力和规制、监督能力的国家能够帮助在“去中心化”的国际秩序中克服集体行动困境并提供公共产品[10]。

以涉制裁纠纷中侵权行为的效果产生影响为连结方法而形成的主观联系判定方法正是适用适当联系原则的另一方面内涵。而就效果原则适用过程中影响的对象而言，首先应限于中国企业，并不必区分初级制裁与次级制裁的不同制裁方法。从立法文本上，追偿诉讼提起的主体限于“我国公民、组织”。然而，外国企业是否应享有追偿诉讼背景外的相似权利是值得探讨的问题。中国企业同样有可能作为“被追偿”的一方。在非追偿诉讼的背景下可以虚构一个以下场景。俄罗斯 A 公司约定委托中国 B 外贸公司向德国 C 公司购买一批零件，但由于在德国 C 公司收到款项后，俄罗斯受到欧盟的相关制裁，禁止外国与其进行有关交易、合作等活动，中国 B 公司作为合同的相对方被俄罗斯 A 公司在中国法院起诉。在此场景下，德国公司的行为对中国企业产生了直接的影响，致使其不能履行交货义务。而从比较法的视角看，中国法院相比于俄罗斯法院或德国法院而言也成为了最有利于解决纠纷的中立场所。

同时，此种影响并不必然限于实际已然发生的事实，还可以涉及尚未发生或预期发生的未来情况的评估。在“OPPO 诉诺基亚案”中，最高人民法院在解释适当联系原则时加入了“可合理预见的缔约后合同履行地”要素[11]。而在“印尼棕榈油种植园耕作权抵押权”一案中，法院认为，主张行使涉案“印尼耕作权”抵押权的主体系在我国注册的金融机构，纠纷可能涉及我国企业海外经济正当权益，可认定与我国存在适当、必要、合理的联系[12]。最终，法院在确定管辖后适用了印尼法律进行裁判。因而值得强调的是，管辖权的确立与具体适用的实体法是相区分的两个问题。对于主要事实发生在外国的涉制裁纠纷而言，中国法院同样可以基于中国企业已发生或预期发生的利益减损，主观考量如履约预期所得、抵押权优先受偿等因素，并视案件具体情况最终适用具体的商事法律。

3.依利益保护建立的管辖

在基于上述客观和主观要素建立的适当联系管辖方法之外，尤其当案件涉及

[10] 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。
[11] （2022）最高法知民辖终 167 号
[12] （2023）津民终 842 号

我国制裁与反制裁政策时，对涉制裁纠纷管辖的考量可能将从单纯的私主体间的地域联系或效果影响上升至社会公共利益与国家发展利益层面。国际法上的“保护原则（protective principle）”赋予了一国由于境外的人、 财产或行为可能对该国的基本国家利益构成威胁而对其行使管辖权的权力。如何解释适当联系原则中体现的利益保护的内涵则需要进一步展开探讨。

尽管从严格意义讲，保护原则针对的是损害国家的重大基本利益及国家安全的行为，通常限于与制造伪币、非法移民等有关的很具体的犯罪和政治行为[13]，似乎并不针对民商事活动。然而，现代国家对于国家安全的扩张性解释已将这一范畴扩展至经济安全、社会安全以及各种公共利益方面。我国民事诉讼法中的诸多条款如第 280 条、第 282 条等均表述了当案件涉及“中华人民共和国主权、安全或者社会公共利益”时由我国法院管辖的必要。保护原则的适用当然应涉及我国反制裁法及“阻断办法”等此类具有较强行政性质的法律。例如针对美国屡屡出台的涉疆制裁法律下这一类制裁清单下引发的商事纠纷，中国法院依据适当联系原则中的利益保护内涵行使管辖权并不单纯是为了维护企业的合法权益，更体现了维护国家发展利益这一重要目标。

就保护的范围而言，适当联系原则作为解决涉制裁纠纷的管辖依据并无争议。然而，就保护的方式而言，是否应效仿俄罗斯加入涉及反制裁的专属管辖权规定则尚存在一定的争议。从条文间的关系看，第 276 条第 2 款的适当联系管辖方法与第 279 条中的三种专属管辖方法是并列关系。而针对涉制裁纠纷而言，在目前我国较为缺乏涉制裁纠纷管辖实践基础的背景下，可能不宜采取过度极化的反制裁管辖方法。当下随着西方国家对俄罗斯制裁的不断收紧，俄罗斯在涉制裁纠纷领域由于过度适用专属管辖规则，产生了大量平行诉讼问题，甚至可能存在违反纽约公约之嫌。在香港经济特区高等法院最近审理的一起案件中，法院根据 HKIAC 仲裁条款向俄罗斯某银行发出禁诉令以保护 HKIAC 仲裁[14]。在“Uraltransmash 诉 Pesa 案”中，俄罗斯最高法院推翻了下级法院狭义解释的所有决定，认为如果俄罗斯当事方受到制裁，则意味着它无法在外国法院或外国仲裁地仲裁中获得正义，并发出了针对 SCC 仲裁的反仲裁禁令[15]。

现实中出现的大量俄罗斯法院与外国法院及国际仲裁庭间竞相签发禁诉令与反禁诉令的案例表明，国家行使管辖权的边界，尤其是基于“利益保护”采取的管辖联系方法绝不是任意扩张的。在涉制裁纠纷这一场域，这一问题显得更为重要。一旦法院超越管辖权行使的边界，不能恰当地适用反制裁规则，则可能在纠纷解决领域被打上不利的标签，不仅导致商事利益的流失，反而还可能潜在地实

[13] James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, 9 th ed. Oxford: Oxford University Press, 2019，p. 442-443

[14] Bank A v Bank B (2024) HKCFI 2529

[15] A 60-36897/2020 https://kad.arbitr.ru/Card/99ce7aa2-7f06-4615-baa5-94473b980771

现了美国等国家对中国特定产业施加制裁的损害效果。

（二）排除“适当联系”的消极要素

承前文所述，在涉制裁纠纷中适用适当联系原则时还应遵循一定的限制。国家往往以自愿约束管辖权力的方式实现他国管辖优于本国管辖的效果，实际上的最终目标是避免司法资源的浪费，促进纠纷更有效率的解决。而涉制裁纠纷作为兼具国际政治敏感性与商事利益复杂性的一类纠纷，在涉及适当联系原则的解释与适用时，需要对其内含的消极要素进行相当审慎的考量。

国际法中的“礼让（comity）”构成了国家限制管辖权边界的重要依据。就法的制定而言，礼让是指国家通过限制其法律的管辖范围保证国际间的相互尊重，被称为“规范礼让（prescriptive comity）”。我国民事诉讼法在第二十四章中建构了相互平行、互不隶属的四种管辖方法。因而，对第 276 条第 2 款下的适当联系原则的解释首先不能与第 277 条中的协议管辖，第 278 条中的应诉和反诉管辖，以及第 279 条中的专属管辖混为一谈。这就意味着，只有在不存在协议管辖、应诉或反诉管辖以及专属管辖的情形下，以及第 276 条第 1 款中的六种连结点不在我国境内时，才存在适用适当联系原则的条件。具体而言，则涵盖了前文所述的形成适当联系原则的三种积极要素。

而就法的适用而言，国家赋予法院以自由裁量权，拒绝对其他地方更适当裁决的事项行使管辖权，被称为“司法礼让（judicial comity）”。一方面，司法礼让体现于第 276 条第 2 款条文中“可以由人民法院管辖”的措辞，表现法院在判断存在适当联系的基础上是否实际行使管辖权的自由裁量。另一方面，《民事诉讼法》第 282 条中的不方便法院原则为礼让的程度提供了一定的参考。根据第 282 条，当被告提出管辖异议，不方便法院原则的适用必须同时满足以下 5 种情形，即案件争议的基本事实不是发生在中华人民共和国领域内，人民法院审理案件和当事人参加诉讼均明显不方便时；当事人之间不存在选择人民法院管辖的协议；案件不属于人民法院专属管辖；案件不涉及中华人民共和国主权、安全或者社会公共利益以及外国法院审理案件更为方便。据此，法院可以裁定驳回起诉，告知原告向更为方便的外国法院提起诉讼。

因而，在不方便法院原则适用的背景下，并非所有涉及中国企业的案件法院都应当行使管辖权。在涉制裁纠纷中可虚拟一个下述纠纷场景。德国 A 公司与俄罗斯 B 公司签署了原油进口协议，中国 C 公司则与德国 A 公司签署了相关石油化工产品买卖合同。然而，由于俄罗斯颁布的反制裁规则，俄罗斯法院宣布原油进口协议无效，运输途中的货物被冻结，德国 A 公司因而由于缺乏石油原材料而无法履行与中国 C 公司的合同，中国 C 公司于是在中国法院起诉 A 公司。在这一场景中，显然中国 C 公司与中国法院兼具客观的地域联系与预期产生的效果影响，足以构成适当联系。然而，纠纷产生的主要事实显然主要发生在俄罗

斯境内，法律适用同样涉及俄罗斯法，在此情形下，中国法院似乎并非便于行使管辖的场所。，同样，也并非所有不涉及中国企业的案件法院就不应当行使管辖权，如果案件涉及中国的反制裁法律的适用，中国法院也不应放弃这一潜在的向外国企业解释中国反制裁法律的机会。

综合来看，不方便法院原则作为构造涉制裁纠纷适当联系管辖规则的消极要素，其具体适用方法存在相当的模糊性，有赖于对特定案件下具体情况的分析。同时，《民事诉讼法》内部关于管辖规则的消极要素与前述的 3 种积极要素存在不完全的重合，从系统解释的视角看，如何使适当联系管辖规则内各要素达到平衡是进一步需要解决的问题。

（三）“适当联系”要素间的内在平衡

之所以在前述的以国际法确立的国家域外管辖的有限边界构造涉制裁纠纷中适当联系的各种要素间似乎难以找到一个合适的平衡点，是因为上述分析并未真正触及一个重要前提，即各种管辖要素背后所依据的一般国际法规范间并无层级（hierarchy）高低，各种法律原则间不存在优先适用的情况。各国可以在这一“灰色地带”依本国国内法自行调整，在考量管辖依据时享有广泛的任意裁量权。因而，有必要探究我国法院在司法实践中适用“适当联系原则”时对各要素权重的考量，并进一步探讨涉制裁纠纷的场域下“适当联系”要素间的内在平衡逻辑。

以“适当联系”为关键词检索“中国裁判文书网”下的案例，可以发现自 2023 年《民事诉讼法》修改以来，法院在司法实践中以形成适当联系的积极要素衡量方法为主流，以排除适当联系的消极要素衡量方法为少数例外。一方面，就具体的三种积极要素而言，以客观地域要素形成的联系占大多数，而效果影响与利益保护要素往往作为法院强化适用地域管辖说理方法的补充因素。而另一方面，以“不方便法院”为关键词检索“中国裁判文书网”下的案例，能够发现不方便法院原则在大多数案例中难以得到适用，即便在少量案例中一审法院适用了不方便法院原则，也在二审法院中被推翻。

诚然，当下的司法实践情况来源于《民事诉讼法》对管辖规则的内部结构控制。不方便法院原则以 5 种“同时”满足的情形设置了相对困难的适用条件，而“适当联系”并无进一步的正面解释。在既有案例中，法院以公司代表人的住所地在中国这一单一要素确定存在存在适当联系，甚至推翻了事先约定的由外国法院专属管辖的协议[16]，而侧重于当事人在管辖协议中“可在任何数量的司法辖区同时提起法律程序”的约定。笔者认为其存在一定的争议。究其根本，法院并未能区分法律上具有管辖权和司法过程中实际行使管辖权这两个不同的问题。换言之，法院可能忽视或默示外国法院同样具有管辖权的情况，对可能产生的潜在平行诉讼纠纷持一种放任的倾向。

[16] （2024）豫 01 民辖终 997 号。

综合比较前文所分析的积极要素与消极要素可以发现，以不方便法院原则和适当联系管辖以外的协议管辖、应诉或反诉管辖以及专属管辖构成的消极要素的范围本身略大于单纯不满足适当联系积极要素的否定范围，二者并非完全对称的结构。如下图所示，“方便”与“不方便”构成了留待进一步解释的附加要素。尽管法院在确定“不方便”层面发展出了相对成熟的先例，如保证法庭审理程序进行的各方面要求，但在实践中，外国法院审理案件“更为方便”这一正面情形显著次要于我国审理“不方便”的情形，几乎并不正面提起或论证某某外国法院是“方便”的法院，使得该标准实际上只具有补充性作用，因而可能导致我国法院对于当下潜在的大量涉制裁纠纷管辖有失审慎，尤其是在各国法院管辖权力相互重叠的情形之下。

<table>
<tr><th>形成适当联系的积极要素</th><th>排除适当联系的消极要素</th></tr>
<tr><td></td><td>不属于协议管辖（277 条）、应诉或反诉管辖（278 条）及专属管辖（279 条）的情形</td></tr>
<tr><td>276 条第 1 款下的 6 种地域要素（合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地、代表机构住所地位于中华人民共和国领域内）</td><td rowspan="2">案件争议的基本事实不是发生在中华人民共和国领域内</td></tr>
<tr><td rowspan="2">276 条第 2 款下的“其他适当联系”</td></tr>
<tr><td>案件不涉及中华人民共和国主权、安全或者社会公共利益</td></tr>
<tr><td rowspan="2"></td><td>人民法院审理案件和当事人参加诉讼均明显不方便</td></tr>
<tr><td>外国法院审理案件更为方便</td></tr>
</table>

四、涉制裁纠纷并行管辖下的中国管辖方案

从国际法视域出发，构造涉制裁纠纷下《民事诉讼法》中的适当联系域外管辖规则有助于回答最基本的法律解释问题，即在涉制裁纠纷下适当联系原则包含哪些积极与消极要素以及各种要素的内在逻辑如何。然而，国际法不是所谓的“餐桌菜单论”，而是维系于一套国家间平等的规则之上，各国行使管辖之规则亦然。在涉制裁纠纷的场域下，多个国家同时享有依各种要素形成的管辖依据以及行使管辖的实际或预期利益。当涉制裁纠纷中的各种“联系”相互交错，各国管辖相互重叠，并行管辖（concurrent jurisdiction）这一国际法管辖规则的内生性结构性问

2025年中国国际法学会会

题愈发凸显，因而有必要回归当下的中国法管辖规则体系，更进一步探究涉制裁纠纷并行管辖下的中国管辖方案。

（一）以维护国家主权与发展利益为基本前提

管辖权是国家主权的延伸，而维护国家主权构成了行使管辖的基本前提。一方面，国家主权权力作用于实际的空间地理范畴，并不限于国家领土。在公海、大陆架、专属经济区、南北极乃至外层空间都形成了特殊的管辖制度，国际法通过特别法优于一般法的路径解决了潜在的由主权衍生而来的管辖权争端。但另一方面，国家主权并不限于此，发展安全与经济治理构成了另一层面的管辖依据，涵盖了对本国经济金融、网络空间等一系列虚拟场域的治理范畴。而涉制裁纠纷管辖规则的构造既依赖于传统的地域要素，又需要考虑本国发展利益与经济治理权力的虚拟边界。

涉制裁纠纷的根源在制裁，在于国家公权力，是各国主权权力相互作用的特殊场域。美国等西方国家将单边制裁作为一种国家间的经济胁迫手段，以实现其对外霸权。而国家间围绕制裁与反制裁间的法律战即便作为一种区别武装冲突的“软性冲突”方式，依然附着于各国国内的行政机构。在这一点上，涉制裁纠纷与国际知识产权纠纷似乎存在相似之处，尽管非典型初级制裁及次级制裁不断发展，制裁措施自发出起本身就具有极强的地理性或国别性。因而，对涉制裁纠纷的管辖规则构造无法忽视制裁本身的国家性质。

同时，涉制裁纠纷的性质是私主体间产生的纠纷。迫于初级制裁或次级制裁的压力，制裁发起国、第三国的私人与目标国的私人间的资金、货物、服务、技术的流动单向或双向受阻，订立的国际商事合同难以继续履行，进而产生了涉制裁纠纷。但涉制裁纠纷却不单纯是商事纠纷，国家赋予了受制裁损害的私主体追偿的权利。但无论其性质如何，问题的关键实际上在于私人间因制裁产生的纠纷是否可归于国家经济发展或社会利益的范畴。在适当联系原则得以适用的既有案例中，法院认为，尽管被告户籍地及经常居住地在中国，法院具有管辖权，但原被告间的纠纷并不涉及国家、公民、法人或者其他组织的利益，进而并不行使管辖权[17]。

因而，并非所有涉及中国公民的涉制裁纠纷法院都应当行使管辖权。换言之，对于不同情形下的涉制裁纠纷，中国法院拥有管辖的能力却并不意味着实际应当行使管辖权。对于直接或间接针对我国的制裁措施引发的涉制裁纠纷，法院应坚决行使管辖，维护国家主权与发展利益。而对于与我国无关的制裁措施，则有必要进行审慎的考量。

（二）适用互助条约与互惠原则消除管辖竞争

在国家主权之外，国家试图通过国际法规范有效解决其纠纷。条约、习惯国

[17] （2023）京 0108 民初 44612 号。

际法与一般法律原则构成了国际法的主要渊源。而就并行管辖而言，国际法上的管辖权规则本身可能就是并行管辖体系的一部分。管辖权并不是排他的，而是并行的。因而，在这一并行的规则体系之中，如果能够明确各种管辖规则的层级，使某些规则得以优先适用，则有助于解决当下涉制裁纠纷领域管辖竞争的现象，

条约作为清晰确定国家间相互权利和义务关系的国际法律文件，在解决涉制裁纠纷中产生的并行管辖问题时具有独特的层级优势。从条约适用的范围看，涉制裁纠纷往往因其具有的商事性质，可以落入 2023 年通过的《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》调整对象的范围，当国际条约与中华人民共和国法律有不同规定时，应适用国际条约的规定。因而，“适当联系”原则的适用依赖于不存在相关国际条约确立管辖的前提。但在这一场景下，如何进一步明确此类条约的法律适用方法是仍待讨论的问题。以《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》为例，其第一条第一款载明，缔约一方的国民在缔约另一方的境内，在人身和财产权利方面享有与缔约另一方国民同等的司法保护，有权在与另一方国民同等的条件下，诉诸于缔约另一方的法院和其他主管民事和刑事案件的机关，有权在这些机关提出请求或进行其他诉讼行为。那么，如前文所述，在非典型初级制裁及次级制裁的背景下，俄罗斯国民似乎可以同样享有类似于制裁追偿权的实体权利。

而从行使管辖最终的效果出发，以特定条约中的管辖权合作取代管辖权竞争也有利于我国法院生效判决的承认与执行。在大多数情况下，涉制裁纠纷的主要事实发生在外国，在中国境内不存在可供扣押的财产，也就可能导致出现一种较为极端的情况，即无论法院行使管辖的方式多么合理，只要最终的裁判结果不符合当事人的心理预期，就会导致其拒不履行生效判决的结果。而国际条约与互惠原则（reciprocity principle）构成了《民事诉讼法》第 298 条承认与执行外国法院判决裁定的基石。在涉制裁纠纷中，尤其涉及跨国追偿诉讼的承认与执行时，基于国际条约或互惠原则建立的国家同盟可以由此发挥重要作用。在著名的“西屋电气公司案”中，英国与澳大利亚、加拿大在反对美国反垄断法域外适用于各国铀矿企业问题上达成了一致同盟。英国出台了《保护贸易利益法》，其中第 7 条规定，如果外国承诺将承认和执行英国法院作出的追偿诉讼判决，那么英国基于互惠同样会承认和执行该外国法院作出的生效判决。受英国影响，澳大利亚也在《外国程序（过度管辖）法》第 12 条中专门规定了追偿诉讼判决的互惠执行条款。最终两国于 1994 年最终签署了一项关于相互承认和执行判决的协议。我国也可借鉴相关经验，推动双边领域在涉制裁纠纷领域的管辖合作，避免管辖竞争。



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

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