



Distr.: General
13 April 2006

Chinese
Original: English

国际法委员会

第五十八届会议

2006年5月1日至6月9日和7月3日至8月11日，日内瓦

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

国际法委员会研究组的报告

定稿人：马尔蒂·科斯肯涅米*

目 录

	段次	页次
A. 导言	1-4	7
B. 不成体系成为一种现象	5-45	8
1. 背景	5-20	8

* 主席由衷感谢许多同事提供的帮助，他们有的就本专题提出了评论意见，有的则就某些问题提供了咨询意见和援助。其中特别应该提到 Campbell McLachlan 教授、Anders Fischer-Lescano 博士、Gunther Teubner 教授、Emmanuelle Jouannet 教授、Pierre Marie Dupuy 教授和 Isabelle Van Damme 女士。纽约大学的几位实习生也在研究组会议以及收集关于某些具体项目的背景材料方面提供了协助。他们当中包括 Gita Kothari、Cade Mosley、Peter Prows 和 Olivia Maloney。赫尔辛基大学埃里克·卡斯特伦国际法和人权研究所的 Anna Huilaja、Ilona Nieminen 和 Varro Vooglaid 在研究中提供了非常重要的帮助。最后，但并非不重要的是，需要感谢赫尔辛基大学的 Anja Lindroos 女士这些年来所给予的协助，没有她对研究组历次会议的详细记录和她的背景研究，本报告就无法形成。但本报告的内容（包括其中提出的任何意见）仍然由其作者负完全责任。

目 录 (续)

	段次	页次
2. 什么是冲突?	21-26	12
3. 本研究采取的方法: 寻找关系	27-36	14
4. 协调——制度一体化	37-43	17
5. 管辖权与适用法律	44-45	19
C. 特别法与一般法之间的冲突	46-222	20
1. 导言	47-55	20
(a) 因对一般法作相互冲突的解释而产生的不成体系	49-52	21
(b) 因出现作为一般法例外情况的特别法而产生的不成体系	53-54	22
(c) 因各类特别法之间的差异而产生的不成体系	55	22
2. 特别法准则的职能和范围	56-122	23
(a) 国际法中的特别法	56-87	23
(一) 法律学说	56-67	23
(二) 判例法	68-84	26
(三) 非正式等级: 特别法之要点	85-87	31
(b) 特别法的两种提法	88-107	32
(一) 特别法作为对普通法的应用的阐述	98-102	35
(二) 特别法作为一般规则的例外	103-107	36
(c) 被禁止的特别法	108-110	38
(d) 一般法与特别法之间区别的相互关联性	111-118	39
(一) 关于缔约方的特殊性	113-115	39
(二) 关于“事项”的特殊性	116-118	40
(e) 特别法的结论: “一般法”的无所不在	119-122	41
3. 自足(特别)制度	123-190	42
(a) 什么是自足制度?	123-137	42
(b) 自足制度与国际法委员会有关国家责任的工作	138-152	47

目 录 (续)

	段次	页次
(c) 国家责任以外的自足制度与一般国际法之间的关系.....	153-190	53
(一) 自足(特别)制度的建立.....	154-158	53
(二) 正常情况下自足(特别)制度相对于一般国际法的关系.....	159-185	54
(1) 实例: 人权制度.....	161-164	54
(2) 实例: 世贸组织的法律.....	165-171	55
(3) 关于正常情况下自足(特别)制度与一般国际法之间关系的结论.....	172-185	58
(三) 因自足制度的失败而诉诸一般规则.....	186-190	62
4. 关于自足制度的结论.....	191-194	63
5. 区域主义.....	195-219	64
(a) 什么是“区域主义”?.....	195-198	64
(b) “区域主义”作为审查国际法的一套方式和方法.....	199-204	65
(c) “区域主义”作为制定国际法的一种手段.....	205-210	67
(d) “区域主义”作为区域性排除适用普遍国际法规则的一种方式.....	211-217	69
(e) 欧洲一体化.....	218-219	71
6. 关于特别法和一般法之间冲突的结论.....	220-222	72
D. 先后所订准则之间的冲突.....	223-323	73
1. 关于先后所订条约之间冲突的一般法.....	228-250	75
(a) 缔约方相同的条约之间的冲突.....	229-233	75
(b) 缔约方不同的条约之间的冲突.....	234-250	76
(一) 前法.....	236-242	77
(二) 后法.....	243-250	79
2. 《维也纳条约法公约》第30条: 从失效到责任.....	251-266	80
(a) “同一事项”问题.....	253-256	81
(b) 国际法委员会的辩论.....	257-266	82
3. 特殊条款.....	267-294	84

目 录 (续)

	段次	页次
(a) 冲突条款分类	268-271	84
(b) 体制内和跨体制的关系：环境条约	272-282	86
(c) 欧共同体条约中的冲突条款	283-288	89
(d) 断开条款	289-294	92
4. 相互间协定	295-323	94
(a) 适用于缔结相互间协定的条件	304-315	97
(一) 维护原条约缔约方的权利和利益	305-308	98
(二) 维护多边条约的目的和宗旨	309-313	99
(三) 其他情况	314-315	101
(b) 通知其他缔约方和其他缔约方的反应	316-318	101
(c) 相互间协定缔约方违犯多边条约的后果	319	102
(d) 有关先后所订协定的结论	320-323	102
E. 重要关系：作为冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条、强制法及普遍义务	324-409	103
1. 《联合国宪章》第一百零三条	328-360	104
(a) 什么是主要义务？	331-332	105
(b) 一项义务优先于另一项义务是何意思？	333-340	106
(c) 特殊情况	341-350	108
(一) 与联合国会员国和非会员国之间缔结的条约冲突	341-343	108
(二) 与习惯国际法非强制性规范冲突	344-345	109
(三) 与强制法规范的冲突	346-350	110
(d) 适用	351-360	111
2. 强制法	361-379	113
(a) 强制法的效力：冲突规范无效	365-373	115
(b) 强制法的内容	374-376	118
(c) 判例法	377-379	119

目 录 (续)

	段次	页次
3. 普遍义务	380-406	120
(a) 从双边义务到对“整个国际社会”应尽的义务	382-390	121
(b) 对谁承担普遍义务?	391-398	124
(c) 对所有方面适用的义务	399-403	126
(d) 强制法和普遍义务之间的关系	404-406	127
4. 结论	407-409	128
F. 体系整合和《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 (c) 项	410-480	129
1. 导言—“体系整合的原则”	410-423	129
2. 《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 (c) 项	424-432	133
(a) 释义	424-428	133
(b) 国际法委员会的辩论	429-432	135
3. 判例法	433-460	136
(a) 伊朗-美国索赔法庭	434	136
(b) 欧洲人权法院	435-438	137
(c) 莫克斯工厂/保护东北大西洋海洋环境公约仲裁	439-442	138
(d) 世贸组织	443-450	139
(e) 国际法院	451-460	142
4. 特殊问题	461-478	145
(a) 有待考虑的规则	462-472	145
(一) 习惯法和一般原则	463-469	146
(二) 其他适用的协定国际法	470-472	148
(b) 有待考虑义务的重要性	473-474	150
(c) 国际法的时际性和总体发展情况	475-478	150
5. 结论	479-480	152

目 录（续）

	段次	页次
G 一般性结论.....	481-493	152
1. 不成体系的性质.....	481-483	152
2. 本项研究的视角.....	484-490	153
3. 一致性和多元化之间：对今后工作的建议.....	491-493	155

附录

研究组工作的结论草案

（见 A/CN.4/L.682/Add.1 号文件）

A. 导言

1. 国际法委员会在 2000 年第五十二届会议上决定将“国际法不成体系引起的危险”专题列入其长期工作方案。¹ 次年，大会请委员会在长期方案中进一步审议这些专题。委员会 2002 年第五十四届会议决定将修改后的专题“国际法不成体系：国际法的多样化和扩展引起的困难”列入其现行的工作方案，并设立一个研究组。² 研究组就有待处理的专题通过了若干建议，并请当时的研究组主席布鲁诺·辛马先生就“特别法规则的职能和范围与‘自足制度’问题”编写一份研究报告。³ 委员会 2003 年第五十五届会议任命马尔蒂·科斯肯涅米先生担任研究组主席。研究组还为其工作制定了暂定时间表，将上一年度已经决定的各种研究问题分配给其成员，并且就该项工作将要采用的方法问题做出了决定。⁴

2. 2004 年，研究组主席向研究组提交了一份题为“特别法规则的职能和范围与‘自足制度’问题”的研究纲要。在对该研究纲要进行了初步辩论（主要集中在实质性问题和方法问题上）之后，研究组于次年向委员会提交了关于这一项目的研究报告定本。⁵ 除了这份研究报告之外，研究组 2004 年还收到其成员就其余四个项目编写的纲要。研究组对主席的报告进行了深入讨论，并对委员会其他成员编写报告提出了一些指导意见。另外，研究组还开始讨论在其辩论基础上可能得出的各项暂定“结论”。⁶

3. 2005 年，委员会听取了研究组主席就研究组的工作情况所作的简要介绍，并就这一专题交换了意见。研究组审议了主席编写的关于“区域主义”问题的备忘录，并收到有关以下题目的报告定本：“根据‘适用于当事国间关系之任何有关国际法规则’（《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项）解释条约”；“仅在若干当事国之间修改多边条约”（《维也纳条约法公约》第 41 条）以及关于“国际法中的等级：绝对法、普遍义务、作为解决冲突之规则的《联合国宪章》第一百零三条”的最后报告。另外，研究组还收到其一位成员拟订的一份关于“分离条款”的非正式文件。研究组设想能够在 2006 年向委员会第五十八届会议提交一份综合研究报告以及一些结论、指导意见或原则。⁷

¹ 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》（A/55/10），第九章 A 部分第 1 节，第 729 段。另见格哈德·哈夫纳的论文《国际法不成体系引起的危险》，同上，附件，英文第 321 页。

² 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》（A/57/10），第九章 A 部分，第 492-494 段、第 511 段。

³ 同上，第 512 段。这五个专题是：（a）特别法规则的职能和范围与“自足制度”问题；（b）在谈论国际法的一般发展和国际社会的关注时依照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”（《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项）解释条约的问题；（c）关于同一事项先后所订条约之适用（《维也纳条约法公约》第 30 条）；（d）仅在若干当事国之间修改多边条约（《维也纳条约法公约》第 41 条）；（e）国际法的等级：绝对法、普遍义务、作为解决冲突之规则的《联合国宪章》第一百零三条。

⁴ 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》（A/58/10），第十章，第 413 段、第 424-435 段。

⁵ 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》（A/59/10），第十章，第 298-358 段。

⁶ 同上。

⁷ 《大会正式记录，第六十届会议，补编第 10 号》（A/60/10），第十一章，第 445-493 段。

4. 本报告就是研究组的综合报告。报告是由研究组主席以及委员会其他成员在四年工作期间所编写的各种纲要和报告合并而成，其中包括主席编写的关于“特别法规则的职能和范围与‘自足制度’问题”的研究纲要；由里亚德·达乌迪先生编写的关于“仅在若干当事国之间修改多边条约（《维也纳条约法公约》第41条）”的报告；由兹齐斯拉夫·加利茨基先生编写的关于“国际法中的等级：绝对法、普遍义务、作为解决冲突之规则的《联合国宪章》第一百零三条”的报告；由威廉·曼斯菲尔德先生编写的关于“根据‘适用于当事国间关系之任何有关国际法规则’（《维也纳条约法公约》第31条第3款（c）项）解释条约”的报告，以及由特奥多尔·梅莱斯卡努先生编写的“关于同一事项先后所订条约之适用”的报告。其他几位委员会成员也在各届会议期间参加了研究组的审议工作，他们的专业知识为某些专题的讨论提供了极大的便利。此外，本报告补充以一份附录，其中载有一套拟议的结论草案供研究组通过，并拟于2006年转交委员会以便采取适当行动。

B. 不成体系成为一种现象

1. 背景

5. 早在半个世纪以前，Wilfred Jenks 就已概述了不成体系的背景问题，并特别提请注意两种现象。一方面，国际世界缺乏一个总的立法机构。因此：

……造法性条约往往有助于促进许多历史性、功能性和区域性团体的发展，这些团体彼此分离，它们之间的相互关系在某些方面类似于独立的市政法系之间的相互关系。⁸

6. Jenks 非常有预见性地设想需要一种类似于冲突法的法律来处理这类不成体系问题。这种法律制约的不是不同领土法律制度之间的冲突，而制约的是条约制度之间的冲突。他认为产生这一现象的另一个原因在于法律本身。

产生造法性条约之间最严重冲突的来源之一，是有关修订多边文书和对修订文本的法律效力做出规定的法律的重要发展。⁹

7. 目前，对这一分析没有什么补充。当然，多边（“立法”）条约活动的数量在过去五十年里已成倍增长。¹⁰与此同时产生了各种程度不同的正式管理制度，但并非所有正式管理制度在双边外交中都遵循公

⁸ C. Wilfried Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, BYBIL vol. 30, (1953) p. 403.

⁹ 同上。

¹⁰ 联合国系统登记了 50 000 多项条约。见 Christopher J. Borgen 的“Resolving Treaty Conflicts”, *George Washington International Law Review*, vol. 37 (2005) pp.57。在 20 世纪缔结的多边条约大约有 6 000 个，其中 30%属于一般性条约，开放供所有国家加入。见 Charlotte Ku, *Global Governance and the Changing Face of International Law* (ACUNS Keynote Paper 2001/2) p.45。

法。¹¹近来国际现代性的特征之一就是社会学家所称的“功能区别”，表现为社会各部分的日益专业化以及这些部分的相关自主作用。这种情形在国内和国际上均有发生。关于全球化的一个著名悖论就是，尽管全球化导致世界各地的社会生活日趋一致，但全球化还导致日益严重的不成体系，也就是说，导致出现社会行为及结构的专门和相对自治的领域。

8. 国际社会界的不成体系具有一定的法律意义，特别是因为伴随着这一现象出现了各种专门的和（相对）自治的规则或规则复合体、法律机构以及法律实践领域。¹²曾经似乎受“一般国际法”管辖的事项现在已经成为“贸易法”、“人权法”、“环境法”、“海洋法”、“欧洲法”等专门法律以及甚至“投资法”或“国际难民法”等具有外来特征和高度专业知识的法律所管辖的领域，每一种法律都有其自己的原则和机构。正如律师们所认为的，问题是这种专门法律的制定和机构建设往往是在比较忽视邻近领域的立法和机构活动，比较忽视国际法的一般原则和惯例的情况下进行的。结果造成各种规则或规则体系之间的冲突，背离体制惯例，并很可能失去对法律的全面理解。¹³

9. 尽管在立法和机构形式两个方面，不成体系都是无可质疑的重要事实，但国际律师们对这种现象的评估看法不一。一些评论人士对此提出严厉批评，认为这种现象削弱了一般国际法、导致出现相互冲突的法理学、选择法院和失去法律保障等问题。而另外一些评论人士则只把这个问题看作是随着国际法律活动的增多而自然出现的一个技术性问题，这个问题是可以通过技术合理化和协调加以控制的。¹⁴

¹¹ 在讨论国际规则来源多样化的各种书籍中，特别有用的书籍包括 Eric Loquin & Catherine Kessedjian (eds.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); 和 Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005)。在 José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005) 一书中对传统组织的活动进行了研究。Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005) pp. 417-586 和 Ronnie Lipschutz & Cathleen Vogel, “Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation”, in R.R. Hall & T.J. Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) pp. 115-140 也介绍了目前在非条约制定法律方面的不同观点。

¹² 特别见 Andreas Fisher-Lescano & Günther Teubner, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Mich. J. Int'l L.*, vol.25 (2004) pp. 999-1046。但在 L.A.N. M. Barnhoorn & Karel Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law* (The Hague: Nijhoff, 1995) 中已经十分详细地讨论过这个问题。

¹³ 不应该忘记，法律多元化传统的目的就是寻求准确地处理这类问题。但到目前为止，多元化一直集中在研究老殖民地的土著法律与西方法律的共存以及国内社会出现的私法类型方面。要想了解著名的论述，见 Sally Engel Merry, “Legal Pluralism”, *Law & Soc. Rev.*, vol.22 (1988) pp. 869-896, 要想了解更近的（和批评性的）论述，见 Simon Roberts, “After Government? On Representing Law without the State”, *Modern Law Review*, vol.68 (2005) pp. 1-24。

¹⁴ “不成体系”是当今学术论文和会议经常谈到的一个问题。除了前注 11 提到的资料来源外，另见 “Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle”, *New York Journal of International Law and Politics*, vol.31 (1999) pp. 679-993; Andreas Zimmermann & Reiner Hoffmann, with assisting editor Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006); Karel Wellens & Rosario Huesa Vinaixa (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Brussels: Bruylant, 2006 forthcoming)。在 Pierre Marie Dupuy, “L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours...*, vol.297 (2002) 中强烈要求统一国际法。若想了解更多参考资料，见 Martti Koskenniemi & Päivi Leino, “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?.” *Leiden Journal of International Law*, vol.15 (2002) pp. 553-579。

10. 无需赘述导致出现各种特殊或专业规则体系和机构的社会学或政治背景，或许可以用实例来充分说明这个法律问题的性质。最近在三个不同的体制程序中均提到联合王国塞拉菲尔德“莫克斯工厂”核设施的运营可能造成的环境影响问题，它们是：根据《联合国海洋法公约》（《海洋法公约》）附件七之规定设立的仲裁法庭、根据《保护东北大西洋海洋环境公约》（《奥巴委公约》）设立的强制争端解决程序，以及根据欧洲共同体和欧洲原子能共同体各项条约在欧洲法院内部设立的程序。以下三个规则复合体似乎全都涉及到同样的事实：《海洋法公约》的（通用）规则、《奥巴委公约》的（区域）规则以及欧共体/欧洲原子能共同体的（区域）规则。究竟哪一个规则应具有决定权？这个问题主要是关于海洋法还是关于北海（可能的）污染？或是关于欧共体之间的关系？对所提出的这些问题做出回答是困难的。这些规则复合体彼此之间存在何种联系（如果有联系的话）？应该使用什么原则来决定它们之间的潜在冲突？

11. 然而，这个问题变得甚至更加棘手。英国以就同一事项向奥巴委公约仲裁法庭和欧洲法院提出诉讼为由，对根据《海洋法公约》附件七之规定设立的仲裁法庭对此案的管辖权提出异议，该仲裁法庭在讨论这项异议时称：

即使《奥巴委公约》、《欧共体条约》和欧洲原子能共同体条约载有与[《海洋法公约》]中所规定的权利或义务类似或相同的权利或义务，这些协定项下的权利和义务也是与[《海洋法公约》]中所规定的权利和义务分别存在的。¹⁵

12. 仲裁法庭认为，由于“当事方各自的背景、目的和意图、事后做法以及准备工作文件方面存在差别”，不同的机构对即使相同规则的运用也可能是不同的。¹⁶ 海洋法公约仲裁法庭承认，法律规则和原则的含义取决于它们在何种情况下适用。如果背景环境，包括规范性环境不同，则即使相同的条款也可能显出差异。但这对于法律确定性和法律主体平等的目标会产生何种影响？

13. 上一段提出了机构问题和实质性问题。前一个问题涉及到适用国际法律规则的各种机构的管辖权及其彼此之间的等级关系问题。委员会决定将这个问题搁在一边。机构管辖权的问题最好由机构本身来解决。委员会希望把重点放在实质性问题上一——法律被分裂成高度专业化的、彼此之间以及与一般法之间相对自治的“盒子”。这种专业化的实际作用是什么？应该怎样看待这些“盒子”之间的关系？就上述例子而言，《海洋法公约》作为一项环境条约，它与一个区域一体化文书之间是什么样的关系？

14. 委员会认为，正如其改拟的专题题目：“国际法不成体系：国际法的多样化和扩展引起的困难”所表明的那样，这个问题既有积极的一面，也有消极的一面。一方面，国际法不成体系确实有产生各种相互冲突和不相容的规则、原则、规则体系及体制惯例的危险，另一方面，它反映出国际法律活动迅速扩展到各种新

¹⁵ 莫克斯工厂案，要求采取临时措施令（爱尔兰诉联合王国）（2001年12月3日），国际海洋法法庭，《国际法案件汇编》第126卷（2005年），英文第273页，第50段。

¹⁶ 同上，英文第273-274页，第51段。

的领域及其目标和手段的多样化。这个题目似乎表明，尽管存在“问题”，但它们并不都是新问题，并且这类性质的问题也并非国际律师们通过以往经常采用的解决过去产生的规范性冲突的手段所无法加以解决的。

15. 委员会处理国际法不成体系问题的基本理由是，随着新的特殊类型的法律、“自足制度”和受地理区域或功能限制的条约系统的出现，产生了国际法能否保持一致性的问题。各类新型专业法律的出现绝非偶然，而是为了应对各种新技术和功能要求。“环境法”的问世是回应人们对国际环境状况的日益关切。“贸易法”是作为调整国际经济关系的一个工具而制定的。“人权法”旨在保护个人的权益，而“国际刑法”则是对“打击有罪不罚现象”的一种法律体现。每一种规则复合体或“制度”的产生都伴随着其自身的原则、专长形式及其“精神特质”，这种精神特质未必与邻近专业的精神特质相同。例如，“贸易法”和“环境法”具有非常具体的目标，并且依赖于各种可能往往指向不同方向的原则。为了使新法律产生效力，新法中往往会载有一些可能与旧的一般法或其他一些专业部门法律不相容的新型条约条款或惯例。新规则或制度的制定往往是很明确的，以便偏离先前一般法的规定。当这种偏离成为经常发生的普遍情况时，法律的统一性就会受到损害。

16. 不应把这类偏离理解为法律-技术性“错误”。它们反映出在多元化（全球）社会中行为主体的不同追求和偏好。在十分复杂的社会条件下，坚持表面上的统一毫无意义。一项法律如不能阐明事实情况之间或特定问题领域中似乎相关的利益或价值之间出现过的差异，它将是完全无法令人接受、不切实际且十分武断的。¹⁷ 但如果不成体系在这方面是一种“自然的”发展结果的话（确实，由于参与国法律制度的多样性，国际法总是比较“不成体系”），那人们就不清楚委员会为何应处理这一专题。

17. 本报告的出发点是希望提供一个概念框架，在此框架内能够以法律专业方式把握、评估和处理各种或许是无可避免的情形。这一框架是由 1969 年的《维也纳条约法公约》提供的。看来将大多数新制度联合起来的一个做法是主张条约法对这些新制度具有约束力，并且其从业人员了解这些新制度都被该条约法所涵盖。作为曾经制定《维也纳公约》的机构，委员会非常适合从这一角度分析国际法的所谓不成体系问题。指出这里所涉及的问题是有益的。那就是尽管从社会学意义上讲，目前的不成体系包含许多新的特征，并且其强度与以往出现的类似现象的强度不可同日而语，但它仍然是国际社会界多样化的一种现象，国际社会界的特征是与（相对）更加同质的国内情境相比，始终带有国际制度标志。从条约法的观点来看，国际法律体系分裂为各种技术“制度”，这与其传统上分裂为所谓“国家法律体系”的程度不等的自治领土制度没有多大区别。

18. 这就是为什么说重视传统法律处理各种法律规则与原则之间紧张关系或冲突的各种手段是有益的原因。这些手段的共同之处就是它们寻求在这类规则和原则之间建立具有实际意义的关系，从而确定在任何特定争端或冲突中应当如何使用这些手段。本报告讨论了律师们传统上认为在规范性冲突中所涉及的四种关系：

¹⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Age of the Paradigmatic Transition* (New York: Routledge, 1995), 尤其是英文第 114 页及以下各页对国际法律多元论的出现进行了详尽的描述。

- (a) 特别法与一般法之间的关系 (C 节),
- (b) 前法与后法之间的关系 (D 节),
- (c) 不同等级的法律之间的关系 (E 节),
- (d) 法律与更广泛意义上的其“规范性环境”的关系 (F 节)。

19. 可以各种不同的方式来设想这些关系。其中一种情形就是一种法律(规范、规则、原则、规则复合体)完全废除另一种法律。这种情形只是在涉及绝对法的等级关系中出现。而在更多情况下,优先权是“相对的”。“其他法律”只是被暂时搁置一边,并且可能往往得以“从幕后”影响对优先法律的解释和适用。然后会出现这样的情形,即两种规范被认为同时起作用,彼此相互支持。其最终的结果是,似乎根本就没有冲突或分歧。这些法律是协调一致的。

20. 本报告在讨论这些关系时特别要提到各种国际法院和仲裁法庭的惯例。所作的假定是国际法传统的“不成体系”已使得从业人员掌握了处理指向不同方向的各种规则和规则体系的手段。这并不意味着抹杀近来推进管理制度功能专业化的重要性。但这些事实发展确实表明对于法律推理工作所具有的意义相对较小。从某种意义来说,“不成体系”和“一致性”都不是世界的重要方面,而在于旁观者的看法。新事物和人们所不熟悉的事物(肯定)会挑战这个世界惯常的思维和组织方式。新事物本身就代表了与旧世界的“决裂”。在这种情况下,推理的任务就是通过将人们不熟悉的事物与已被普遍接受的思考模式结合起来,使其成为人们所熟悉的事物,或通过修改这些模式以使新现象能够被接受。当然,在熟悉的概念系统与我们从这个世界接受的新信息之间始终会有某些“认知上的不一致”。例如,“莫克斯工厂”案提出的一致性问题的解决尚未在某些法理领域得到解决,以至于只能尽力寻找先前采用过的解决办法。但《海洋法条约》、《奥巴委公约》和欧共体法律规则之间的潜在重叠或冲突无法立即得到解决这一事实并不意味着该案不能通过熟悉的法律推理模式来加以解决。本报告论述有关法律推理问题。尽管其用意并非要为“莫克斯工厂”案这类问题提供一个现成的解决办法,但它确实提供了一个工具箱,使处理这个问题(或任何其他类似问题)的律师们可以借助这个工具箱经缜密分析做出决定。

2. 什么是“冲突”?

21. 本报告探讨采取何种手段来处理国际法实质内容中的冲突(或明显冲突)。这就提出了什么是“冲突”的问题。这个问题可以从两个方面来探讨:相关规则所涉事项或受相关规则约束的法律主体。例如,《维也纳条约法公约》第 30 条似乎采用了从前一个方面入手的办法。它提出了处理与“同一事项”有关的先后所订条约的办法。有时会有人提出,例如在一项贸易条约与一项环境条约之间出现冲突的情况下,第 30 条就不适用,因为这些条约所涉及的事项不同。¹⁸但不能因此说明专门的法律(“贸易法”、“环境法”)本身没有

¹⁸ Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, *supra*, note 10, pp. 603-604。

规范价值。它们只是从不同的利益角度或出于不同的政策目标来描述这些文书的非正式标签。大多数国际文书都可以从各种不同角度来加以描述：处理贸易问题的条约可能在很大程度上涉及人权和环境问题，反之亦然。比如说，一项关于海上运输化学品的条约至少涉及到海洋法、环境法、贸易法和海上运输法。这些专门的法律与文书的“性质”关系不大，更多的是与描述文书所出于的利益有关。

22. 如果冲突是指仅在涉及“同一”事项的两种规则之间存在的冲突，那么如何适用条约，关键将取决于该事项根据某种（假定）预先存在的不同事项分类表属于哪一类，但是并没有这样的分类表。事实上，一切都将取决于就有关法律文书属于哪一类——它是与“贸易”有关还是与“环境”有关？是与“难民法”有关还是与“人权法”有关？是与“投资法”有关还是与“发展法”有关？——进行争论的结果。再回顾一下海上运输化学物质的例子，如果没有关于上述分类和描述该文书所出于的利益的任何分类的明确规则，则可能会通过在相关和不相关的利益之间做出看似完全随意的选择来避免出现冲突：比如，从海上保险人的角度来看，该案主要涉及的是运输问题，而从环境组织的角度来看，该案的主要方面是环境问题。不同的“事项”标准导致不同的反证法。因此，它在确定是否有冲突方面并不是决定性的。¹⁹ 正如 Vierdag 在讨论与《维也纳条约法公约》第 30 条所述后订协定有关的这一标准时所指出的：

关于所涉法律文书必须是与“同一事项”有关这一要求看来在理论上引起了极大的难题，但在实践中可能并非如此棘手。在试图针对一组事实或行动同时适用两条规则时，如果导致互不相容的结果，则可以把握地假设，关于“同一事项”的检验要求已得到满足。²⁰

23. 这个观点看来是正确的。在下列情况下，“同一事项”标准似乎已经得到满足：针对同一个问题援引两条或两套不同的规则，或者换言之，作为解释的结果，相关条约在被某一当事方适用时似乎指向不同的方向。

24. 但是，这不是问题的结束。“指向不同的方向”是什么意思呢？从严格的概念上说，即如果某个属于两个条约的缔约国可能只因遵守一项规则而无法遵守另一项规则，那么就假定存在着冲突。这就是不相容的基本情形，可能只因履行一种义务而无法履行另一种义务。不过，还有对冲突的其他较为宽松的理解。²¹在

¹⁹ 这并不是说，两个条约可能属于或可能不属于同一“制度”的事实与设想它们之间关系的方式无关。详见下文 D.3. (a) 节。

²⁰ E.W. Vierdag, “The Time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions”, BYBIL vol. 59 (1988) p.100。

²¹ 在 Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, (Cambridge: Cambridge University Press: 2003) pp. 164-200 中进行了十分深入的讨论（注意世贸组织机构如何将“冲突”狭义地理解为不相容）。另见 Jenks 阐述的关于“冲突”与“分歧”之间的区别，见 “The Conflict of Law-Making ...”，前注 8，pp. 425-427，关于“冲突”的相当严格的定义，见 Jan B. Mus, “Conflicts between Treaties in International Law”, *Netherlands International Law Review*, vol. XLV (1998) pp.214-217; Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties* (Leiden: Nijhoff, 2003) pp. 5-7。

两项条约的条款之间没有任何严格的不相容的情况下，一项条约有时可能会妨碍另一项条约的目标。两项条约或两套规则可能有不同的背景理由或出自不同的立法政策或旨在取得不同的结果。例如，国家豁免法和人权法所阐述的两套规则就有截然不同的目标。贸易法和环境法也出自不同类型的政策，并且这一事实可能对如何解释或适用相关规则产生影响。尽管这种“政策冲突”没有导致某个缔约国的义务之间逻辑上的不相容，但它也可能与不成体系问题有关。²²

25. 本报告采用一种比较宽泛的冲突概念，即两种规则或原则表明对一个问题不同的处理方式的情形。只注重逻辑上的不相容会错误地将法律推理定性为逻辑归类。事实上，任何裁定都会涉及到释法和在替代规则阐述与逻辑推理模式内无法采用的含义之间做出选择的问题。

26. 规则之间的冲突是每种法律秩序中都存在的一种现象。每种法律秩序也都谙熟如何处理这类问题。多数法律体系和国际法都了解有关特别法或后法等准则，下文将对此进行更加详细的解释。国内法律秩序在各种规则和规则体系之间也有很强的等级关系（除了裁定规则冲突的等级体制外）。但在国际法中，等级关系则少得多，也弱得多，关于这点下文 E 节还将进行讨论。尽管有许多种声称有助于解决冲突的解释性原则，但同意 Jenks 的观点是有益的：

正如据认为我们必须做的，假定有关该事项的一套连贯一致的原则不仅需要，而且必要，我们就不得不承认它是有用的、确实是不可或缺的，因为这些原则可以指导我们就特定案件得出合理的结论，但它们没有绝对的效力。²³

3. 本研究采取的方法：寻找关系

27. 冲突查明和冲突解决是法律推理的一个组成部分，即律师们解释和运用正式法律条文的务实过程的一部分。在这一过程中，法律规则很少会单独出现而同其他规则不发生任何关系。通常，即便是规定个人权利及义务的单一（主要）规则也要假定存在其他（次要）规则，这些次要规则规定了立法机构颁布、修改和终止这些规则的权力以及法律适用机构解释和适用这些规则的权限。

28. 但是，即便实质性的主要规则通常也是成组出现的，带有各种例外规则、技术执行规定及更宽泛的解释原则。按照通常对“规则”和“原则”的区分，二者的关系是抽象程度一低一高的两种规范之间的典型关系。因此，一条“规则”有时可以被看作是一条“原则”的具体运用，是取代该原则而适用的一项特别法或

²² 关于讨论情况，见 Rüdiger Wolfrum & Nele Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (Berlin: Springer, 2003) pp. 6-13 and Nele Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge. Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze* (Berlin: Springer, 2005) pp. 8-18 (a categorisation of conflict-types from logical incompatibility to political conflicts and overlaps of regulatory scope)。

²³ Jenks, “The Conflict of Law-Making ...” supra note 8, p. 407。

后法。在这种情况下，这种特殊性与一般性或前法与后法之间的区分并非一种解决冲突的手段，而是一项释法指导方针，表示一条规则应依照另一条规则来解释，只是另一条规则的一个情形或一种阐释。²⁴

29. 从另一个角度来说，一般原则或先前的原则也可被看作是对具体规则（或后来的规则）的基本原理或目的的说明。例如，《联合国海洋法公约》中的渔业条款可被视为有关渔业资源的各种情形或阐释的任何特定条约的背景原则。²⁵

30. 例如，在南部蓝鳍金枪鱼案（2000年）中，日本除其他外，主张1993年的《南部蓝鳍金枪鱼养护公约》既作为特别法又作为后法适用于该案，排除适用1982年的《联合国海洋法公约》。²⁶但仲裁法庭认为，1982年《联合国海洋法公约》和1993年《南部蓝鳍金枪鱼养护公约》都适用于该案。仲裁法庭确认：

……超过一个以上的条约同时影响到某一争端是国际法和国家实践上司空见惯的事。没有理由为什么一个国家的某种行为不会违反其在不止一个条约项下的义务。不论是在实质内容上，还是在其相关的解决争端条款上，经常都会并存着数个条约。现阶段国际法律义务的范围得益于添加和累积的进程：在国家实践上，缔结一项执行公约未必取消框架公约对该执行公约的缔约国施加的义务。《联合国宪章》第一、五十五和五十六条规定的促进普遍尊重和遵守人权的广泛条款以及为实现这些宗旨而进行合作的国际义务并没有因为当事国批准各项人权公约和其他人权条约而被解除……。显然，1993年的《南部蓝鳍金枪鱼养护公约》的某些条款也没有全部列出《联合国海洋法公约》的相关义务。从某些方面来讲，《联合国海洋法公约》可被视为超出《南部蓝鳍金枪鱼养护公约》的范围。²⁷

31. 这是对在一般多边条约和具体的双边或区域条约之间可能出现的许多情形所作的十分恰当的描述。在这些情况下，双边或区域条约具有特别法或后法的特性，它们不可能完全导致一般条约失效。相反，先前的一般性文书仍“在幕后”起作用，支配后来更具体的规则的解釋和适用方式。²⁸不管这种关系是按照（非正式）等级还是按劳动分工观点来设想似乎都无关紧要。然而，这并不能消除进行以下辨别方面存在的困难，即如何理解后来的文书或更具体的文书是对较一般性文书的“发展”或“运用”？而何时又是意图成为较一

²⁴ 见 Neil McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon, (1978), p.156 和 pp.152-194 (一般论述)。对“规则”和“原则”之间区别的性質有多种认识。若要了解，见 Martti Koskenniemi, “General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law”, in Martti Koskenniemi, *Sources of International Law* (London: Ashgate, 2000), pp.359-402。若要了解最近关于规则/原则一分为二关系在国际法（自决问题）中的作用的论述，见 Karen Knop, *Diversity and Self-Determination* (Cambridge University Press, 2000), pp.20-39。

²⁵ 这似乎在《联合国海洋法公约》第87条里也得到确认，《联合国条约汇编》，第1834卷，英文第396页。

²⁶ 南部蓝鳍金枪鱼案（澳大利亚和新西兰诉日本）2000年8月4日的裁决（管辖权和可受理性）《国际仲裁裁决汇编》第二十三卷（2004年），英文第23页，第38（c）段。

²⁷ 同上，英文第40-41页，第52段。

²⁸ 因此，例如《联合国鱼类协定》第4条规定，“应在《联合国海洋法公约》背景下并使用与该法一致的方式解释和适用”，《执行1982年12月10日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》，《联合国条约汇编》，第2167卷，英文第3页。

般性文书的例外或对它的限制？任何旨在“发展”公海自由的技术规则，只要它确定了在行使这一自由时必须符合的具体条件以及必须遵循的机构模式，同时也就是对这一自由的限制。

32. 委员会一贯清楚，很难把“逐渐发展”和“编纂”明确区分开来。同样，要试图明确区分一项一般规则的“运用”和对它的“限制”或“偏离”，也是很困难的。这一切取决于如何解释具体文书或后来的文书试图对其增添内容的那项一般法律。因此必须小心谨慎，不要轻易推定一项特别法需要自动予以“广义”或“狭义”的解释。解释的宽或窄取决于对一般法和特别法之间关系的认识（是“运用”还是“例外”？）。同样，这又需要把这种关系看作是某一“体系”的一部分。

33. 法律经常被称为是一个“体系”。这只不过表明，构成法律的各项决定、规则及原则似乎是相互任意关联的。²⁹ 尽管律师们对各项决定、规则及原则之间的系统关系可能看法不一，但对于法律推理的任务之一是确定这种关系的这一点，很少有人不赞同。

34. 然而，不应认为这是在重申在其本身进行系统努力之前某种业已“存在的”东西。国际法的背后并不存在单一的立法意志。各项条约和惯例是一些相互冲突的动机和目的的产物，是“讨价还价”和“一揽子交易”的结果，也往往是对某种环境下具体事件做出自发反应的结果。但是，如果认为法律推理是一种有目的的活动，那么自然就不应当将其仅仅看作是机械地运用各种看似任意的规则、决定或行为模式，而应当将其看作是一个针对人类某种目标的整体运作。同样，律师们或许会对某项规则或某一行为的目的看法不一，但是并不能就此认为根本无法预见任何这种目标。大量的释法活动旨在将一项不明确的规则与某个目的联系起来，并通过显示这一规则在某体系中的位置，说明为什么要以这样而不是那样的方式来运用这一规则的理由。因此，尽管缔结一项一般条约的意图有时是要使某一领域中业已分散存在的规定失效，例如 1982 年的《联合国海洋法公约》就明文规定优先于 1958 年的各项海洋法公约，³⁰但有时并不能推断出这种意图。1966 年通过的两项世界人权盟约（《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》）并未暗示要撤销或推翻 1951 年《欧洲人权与基本自由公约》的任何（更加具体的）规定。³¹后来的法规是意在维护还是排除先前的法规，这一问题同样不能抽象地加以确定，而只能通过释法来确定。

35. 法律解释，以及随之而来的法律推理，都通过将规则和原则设想为人类某种努力或宗旨的一部分，在它们之间建立起系统关系。系统的思维绝不仅仅是法学界的一项“学术”内容，它贯穿在一切法律推理当中，包括贯

²⁹ 认为国际法是一个“原始”架构的观点，其依据是这样一种主张：国际法的各项规则并不构成一个“体系”，而仅仅是各国签订的（主要）规则的总汇而已。见 H.L.A Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961) pp. 208-231。

³⁰ 见《联合国海洋法公约》第 311 条。

³¹ 见《公民权利和政治权利国际公约》第 44 条，《联合国条约汇编》第 99 卷，英文第 171 页。有关评论见 Karl Zemanek, “General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours...* vol. 266 (1977) pp. 227-8。另见 Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...* 前注 20, pp. 120-124。

穿在法官和行政管理者的法律运用实践当中。³² 这正是由于法律规则及原则总是“成组”呈现的结果。不过，除此之外还有一条理由，即施行某社区法律的法律运用者有政治义务使其决定符合该社区的偏好和期望。³³

36. 运用任何法律，其初步步骤是要形成对某一事项的初步看法。除其他外，这包括初步评估确定存在哪些适用的规则和原则。而结果往往是，有若干标准似乎都具有初步的相关性。这时就需要做出选择，并提出如此选择的理由。法律推理是从初步看法走向结论的过程，它必须力求通过解释来调和不同标准之间的明显冲突，而若无法调和，就必须在不同标准之间确立一种明确的主次关系。此时，特别法、后法或优先法等释法准则及解决冲突的手段就可以发挥作用。通过运用这些手段，便可看清两个或更多规则之间的系统关系，从而可以说明选择某种适用的标准和得出某种结论的理由。然而这些规则的运用并不是机械的，而是作为一种“指导方针”，³⁴ 鉴于有必要使结论符合整个法律体系的预期目的或功能，³⁵ 应表明有关规则之间存在的某种恰当关系，这一过程往往是在一种不确定的环境中进行的，但这并不影响它的重要性。法律工作者通过释法，使法律得以明确，成形并具有方向。这样，法律就不再是一些任意的指令，而开始成为一个目的明确的（法律）体系。

4. 协调——制度一体化

37. 在国际法中，有一种针对规范性冲突的重要假定，即条约解释是一种外交手段，是避免或缓解冲突的外交事务。这也延伸到裁决方面。正如在以前一次关于条约冲突的有益的讨论中，卢梭就法官的职责所论述的：

……当两个协定之间出现分歧时，十分自然的是必须设法进行协调，而不是进行对抗。³⁶

38. 这已经成为一种广泛公认的解释原则，并且可以从多个方面进行阐释。它可以作为一项经验法则，即当产生新的义务时，假定各国不会减损其各项义务。例如，Jennings 和 Watts 指出：

³² “体系化”——即在法律规则之间建立起系统的关系——是法律推理的一个主要方面。例如，见 Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft* (New York Springer, 1979), pp.50-77, 关于一般论述，见 Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford: Clarendon Press, 1979)。关于采用社会学派（“Luhmannian”学派）的系统理论研究国际法问题的论述，见 Andreas Fischer-Lescano, “Die Emergenz von Globalverfassung”, *ZaÖRV* vol. 63 (2003) pp. 717-760。

³³ 关于这一观点，有一段著名的阐述，见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (Harvard: Harvard University Press, 1977)。

³⁴ 这是美国在对 Waldock 拟议的《维也纳条约法公约》第 30 条和第 31 条草案所作评论中的提法。见 Humphrey Waldock, 关于条约法的第六次报告，《国际法委员会年鉴》（1966 年）第二卷，第二部分，英文第 94 页。

³⁵ “二级理由说明”是用来解决难案（即无法找到“自动”适用的裁决办法的案件）的技术手段，这种技术手段或考察某项决定的后果，或考察该决定同整个法律体系（有目的体系）之间的系统吻合程度及一致性。见 McCormick, *Legal Reasoning ...* 前注 24, pp 100-128。

³⁶ 查尔斯·卢梭，“*De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*”，*RGDIP* vol. 39 (1932), p. 153。

……假定当事方打算实施的行为并不违反公认的国际法原则或先前条约规定的对第三国的义务。³⁷

39. 正如国际法院在“通过权”一案中所指出的：

一项解释规则是，由一国政府提供的文本原则上必须在提出文本之时提供解释，并且目的在于根据现有法律产生影响而不是违反现有法律。³⁸

40. 还有其他一些原因使得一国政府可能希望避免发表确认存在不相容性的正式声明。如上所述，这可能往往属于政治评估问题。例如，在 1931 年开始的具有争议的“奥德关税同盟”案中，常设国际法院认为，计划与德国的联盟违反了奥地利在《凡尔赛条约》和《圣日耳曼议定书》中承诺的不放弃其独立性的义务。正如 Anzilotti 法官所指出的，法院被请求就完全属于政治问题做出裁决。依据什么样的法律标准来判断奥地利与德国之间的关税同盟以及它们的全部历史关系及其与欧洲问题的联系是否侵害了奥地利的独立性呢？在此方面，与德国之间的条约的性质完全不同于（比如说）与捷克斯洛伐克之间的条约的性质。³⁹ 奥德案中所争议的潜在“不成体系”突出了法律相容性问题与行为主体的偏好之间的联系，并且在解决这些问题时需要谨慎处理，有时直截了当地声明存在不相容性可能是很不妥当的。

41. 关于规范性冲突的司法或仲裁惯例比较少，事实上，直到最近都是特别少。正如 Borgen 所认为的那样，导致出现这种情况的部分原因肯定是由于当事方希望就它们之间存在的明显冲突问题进行谈判，而不希望把权力给外人来就似乎只是协调方面的困难做出裁定，而这种困难可能根植于国家政府所代表的各种利益。并且谈判很少会涉及到冲突规则的“适用”问题，而是尽量寻找务实的解决办法，重新建立已被打乱的和谐关系。尽管讨论各国如何通过谈判解决这类问题可能是一件有意思的事，但事实上所取得的任何结果都是通过特定情况下的讨价还价之后得到的，因而难以将这些结果用作某种习惯规则或其他规则的依据。⁴⁰

42. 不过，尽管协调常常能够为规范性冲突带来可以接受的结果，但协调并没有明确的界限：“它可能会解决明显的冲突；但无法解决真正的冲突。”⁴¹ 这并不意味着规范性冲突的内在性质使得它们不适合进行协调。只要当事方之间存在协调的意愿，任何问题都可以进行协调。但有的时候或者是由于当事各方的立场彼此相去甚远，可能就没有协调的意愿。这或者是由于规范性冲突中所体现的利益或偏好方面的重大冲突导致的，或者是由于认为协调解决会牺牲谈判中处于弱势地位一方的利益导致的。在此方面，“协调的”解决办法可适用于解决规范性冲突是有限度的。特别是在某项条约明确规定了法律主体的权利或义务的情况下，就必须小心，不要把这些权利或义务看成仅仅是达成协调解决过程中的谈判筹码。

³⁷ Sir Robert Jennings 和 Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (London: Longman, 1992) (9th ed), p. 1275. 关于对不存在冲突的假定（即表明协调一致）的广泛接受，另见 Pauwelyn, *Conflict of Norms...* 前注 21, pp. 240-244.

³⁸ 关于印度领土上通行权的案件（初步反对意见）（葡萄牙诉印度）1957 年《国际法院案例汇编》，英文第 142 页。

³⁹ 正如卢梭指出的那样，“De la compatibilité des norms...”，前注 36, pp. 187-8.

⁴⁰ Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”，前注 10, pp. 605-606（但另见其关于外交惯例的讨论，英文第 606-610 页）。

⁴¹ 同上，英文第 640 页。

43. 如果规范性冲突要由第三方解决，则协调的影响力仍然很大，尽管或许不如在当事方之间自己解决那样具有强制性。因为需要对已经确定存在的冲突做出解释，在处理潜在冲突方面往往可能采取的做法是忽略它们，特别是在没有任何当事方提出这一问题的情况下。但如果某一当事方提出关于冲突以及关于某种义务优先于另一种义务的问题时，则必须采取某种立场。当然，在这种情况下，仍然有可能得出这样的结论，即尽管两种规范似乎指向不同的方向，但经过调整之后，仍然有可能以不存在重叠或冲突的方式来适用或理解它们。有时候，这可能需要运用各种冲突解决规则，对此本报告将作大量论述。但可能通过努力达成一项解决方案，以某种最佳方式将各项相互冲突的义务与国际法的一般背景结合起来。由于冲突问题引起有关不同文书之目标（而不是义务）的实现问题，相关机构可能起不了什么作用。无论如何，第三方解决机构在其管辖权方面总是有限的。

5. 管辖权与适用法律

44. 在关于不成体系和规范性冲突的辩论中，不时有人提出，在一般国际法项下所设想的法律规则和原则之间无论是什么样的关系，条约机构和争端解决机构都无法如此适用这些关系，因为它们的管辖权限于组成文书或受该文书的限制。例如，人权机构无法适用世贸组织所涵盖的协定。这种意见实质上只是关于某些制度的自足性质的一种论点，下文 C.3 节将对此问题进行详细讨论。因此，这里只稍作论述就足够了。

45. 多数国际法庭的管辖权都只限于某些类型的争端或某些条约项下引起的争端。但有限的管辖权并不意味着在对这些条约的解释和适用过程中对法律适用范围的限制。特别是在世贸组织背景下，管辖权和适用法律这两种概念是有区别的。⁴² 尽管《世贸组织解决争端的谅解书》将这种管辖权限于世贸组织所涵盖的协定项下提出的权利要求，但没有明确规定适用法律的范围。⁴³ 相比之下，例如《国际法院规约》第 38 条就列出了国际法院在做出裁决时应该适用的法律渊源，从而确定了国际法院的适用法律。⁴⁴ 同样，《联合国海洋法公约》规定，海洋法仲裁法庭拥有“对关于本公约的解释和适用方面任何争端的管辖权”和在对案件做出裁决时，仲裁法庭“应适用本公约和与本公约不相抵触的其他国际法规则”。⁴⁵ 由于《解决争端的谅解书》中没

⁴² Lorand Bartels, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade*, vol. 35 (2001) pp. 501-502; David Palmenter and Petros C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *AJIL* vol. 92 (1998), pp. 398-399; Joost Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?” *AJIL* vol. 95 (2001), pp. 554-566; Gabrielle Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *EJIL* vol. 13 (2002), pp. 757-779; Anja Lindroos and Michael Mehling, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO”, *EJIL* vol. 16 (2005) pp. 860-866.

⁴³ 在关于赞成或反对在世贸组织争端解决中扩大适用法律范围的辩论中，《解决争端的谅解书》第 1.1、3.2、7、11 和 19.2 条被用作论据（《国际法材料》，第 33 卷（1994 年）英文第 1144 页）。例如见 Bartels, *Applicable Law in WTO...*” *ibid.*, pp. 502-509; Lindroos and Mehling, “Dispelling the Chimera ‘Self-Contained Regimes’”, *ibid.*, pp. 873-875 和 *Korea-Measures Affecting Government Procurement*, 1 May 2000, WT/DS163/R, para. 7.101, note 755.

⁴⁴ 例如见 Bartels, “Applicable Law in WTO...”, *ibid.*, pp. 501-502 及 Palmenter 和 Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, 前注 42, pp. 398-399.

⁴⁵ 《联合国海洋法公约》第 288 条第（1）款和第 293 条第（1）款。

有这类明确规定，因此关于适用法律的范围似乎一直是个问题。然而，世贸组织肯定不是惟一个设立了条约机构却没有明确提到它应该适用国际法的组织。正如下文 C 节和 F 节将特别详细论述的，世贸组织所涵盖的条约是国际法的产物，并且是与其他国际法规范不断相互作用的结果。⁴⁶正如上诉机关在其第一个案子中所说的那样，“不能脱离国际公法来解读《总协定》（《关贸总协定》）。”⁴⁷其中的含义耐人寻味。但该机构又说，所有国际法庭或条约机构从来都不曾当真怀疑过，正如某个机构的管辖权受到限制一样（事实情况总是如此，即使国际法院也不例外），它对这种管辖权的行使也受到规范性环境的制约。

C. 特别法与一般法之间的冲突

46. 本节所讨论的是通过相互冲突的规范之间的特殊性与一般性的关系来确定规范性冲突的性质问题。本节分为四个部分。C.1 节提供一个框架，供讨论相互冲突的规范的“特殊性”或“一般性”问题。C.2 节概要介绍特别法规则作为一种务实机制所具有的作用和性质，这种机制是为处理两种国际法规则均有效且以不同方式适用于处理同一事项的情形。⁴⁸ C.3 节概括介绍判例法和关于“自足制度”的学术讨论情况。C.4 节简要讨论国际法中的区域主义。

1. 导言

47. 分析规范性冲突最常见的手段之一就是侧重于分析相互冲突的规范的一般性与特殊性。在此方面，可以区分出三类冲突，即：

- (a) 一般法与对一般法的特殊、非正统解释之间的冲突；
- (b) 一般法与声称作为其例外的特定规则之间的冲突；以及
- (c) 两类特别法之间的冲突。

48. 不成体系在这三类冲突的每一类中都有不同表现。第一类实际上是关于在复杂的体制环境中不同法律解释的效力，因此严格来讲不在委员会的研究范畴之内，后两类则是真正的冲突，在这种情况下，法律本身

⁴⁶ 例如, Palmenter 和 Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, pp. 398-399; Joel P. Trachtman, “The Domain of WTO Dispute Resolution”, *Harvard International Law Journal* vol. 40 (1999) pp. 333-377; Bartels, “Applicable Law in WTO ...”, 前注 42, pp. 501-502; Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO...”, 前注 42, pp. 554-566; Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*...前注 21, Law; Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”... 前注 42, pp.757-779; Lindroos and Mehling, “Dispelling the Chimera ...”, 前注 42, pp. 860-866.

⁴⁷ 见美国——新配方汽油和传统汽油标准案，1996年4月29日，WT/DS2/AB/R，英文第17页，同样，例如见朝鲜——影响政府采购的措施案，2000年5月1日，WT/DS163/R，第7.96段。特别小组说，“习惯国际法通常应适用于世贸组织成员之间的经济关系。只要世贸组织条约协定未‘退出’习惯国际法，习惯国际法就适用。”

⁴⁸ 说一项规则是“有效的”，是指它是（“有效的”）法律秩序的一部分。说它是适用的，是指它规定了某个法律主体在特定情形下的权利、义务或权力。

（与对其所作的一些推定解释相比）似乎有差别，这取决于使用何种规范性框架对其进行研究。⁴⁹ 下文对这三类冲突逐一作简要说明。

（a）因对一般法作相互冲突的解释而产生的不成体系

49. 在 1999 年的塔迪奇案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭（前南问题国际法庭）上诉分庭审理了塞尔维亚-黑山对波斯尼亚塞族民兵在前南斯拉夫冲突中的行为负责的问题。为此目的，前南问题国际法庭研究了国际法院在 1986 年尼加拉瓜案中的裁定。在该案中，国际法院没有仅因美国组织、资助、训练和装备尼加拉瓜反政府分子而认定美国应对反政府分子的行为负责，理由是此类介入没有达到“有效控制”的标准。⁵⁰ 但前南问题国际法庭自己得出结论认为，“有效控制”标准将判定外部势力对内乱应负法律责任的门槛定得太高。外部势力“在组织、协调或筹划军事团体的军事行动方面发挥作用”既已足够，也就是说只要它对军事团体实行“总体控制”，有关冲突就变成“国际武装冲突”。⁵¹

50. 尼加拉瓜案与塔迪奇案两者之间的反差，就是在对一般国际法规则先后做出的解释之间存在规范性冲突的例证。⁵² 塔迪奇案没有表明“总体控制”与“有效控制”并存是一般法的例外情况，或者是适用于南斯拉夫冲突的一个特别（地方）制度。它寻求的是要完全取代这项标准。

51. 此处的用意不是要说明塔迪奇案与尼加拉瓜案谁对谁错，而只是说明在两个机构面对类似事实，以不同的方式对法律做出解释时会产生何种规范性冲突。这是任何法律制度中都会发生的普通现象。但其结果对于缺乏适当机构等级的国际法律制度而言，可能特别成问题。例如，想象一下两个机构对关于领土所有权的一般法（基本未经编纂）做出不同解释的情形。一个机构认为甲国已有效地取得了一片土地的所有权，而另一个机构则认为这片土地属于乙国。如果没有一个更高一级的机构能够就此类冲突做出裁定，则甲乙两国就无法在就有关领土采取官方行动时确信外部势力或机构会认为这类行动具有法律效力。在对规定法律地位的一般法做出相互冲突的解释时，也会出现类似问题。

52. 对一般法内容的不同看法产生了两种问题。第一，它们降低了法律保障的程度。法律主体不再能预测官方机构对其行为的反应，因而无法对行动做出相应规划。第二，它们使法律主体处于彼此不平等的地位。它们享有的权利取决于由哪个管辖权加以执行。国内法大多是通过上诉手段来处理这些问题的。等级高的机

⁴⁹ 我曾讨论过规范性冲突取决于不同概念框架的问题，见 Martti Koskeniemi & Päivi Leino, “Fragmentation of International Law?” ...前注 14, pp. 553-579。

⁵⁰ 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜进行的军事和准军事行动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国）（案情实质），1986 年《国际法院案例汇编》，英文第 64-65 页，第 115 段。

⁵¹ 见检察官诉达斯科·塔迪奇案，1999 年 7 月 15 日的判决，案件编号 IT-94-1-A, A.Ch.。另见《国际法材料》（1999 年），第 38 卷，英文第 1540-1546 页，第 115、116-145 段。

⁵² 这无需是对两案反差的惟一解释，甚至无需是正确解释。一些评论者曾提出，还可以事实为依据对这些案子互相加以区分。在这种情况下，就不会有规范性冲突。无论哪种观点理由看似更为充足，这一原则的要点依然是：不能排除面对类似事实的两个法庭会对适用的法律做出不同的解释。

关（通常是法院）会做出正式的权威性裁决。⁵³ 而此种权威通常是国际法所欠缺的。此类冲突倘若产生且被视为问题（情况不一定总会如此），就只能通过立法或行政手段加以解决。要么国家通过新的法律来解决冲突。要么有关机构寻求日后对其法理加以协调。

(b) 因出现作为一般法例外情况的特别法而产生的不成体系

53. 另一种情况是，一机构做出的裁定偏离了以前曾就类似情形所作的裁定，原因是新案件据认为不属于一般规则，而是一般规则的例外。这一点可以用人权机关如何处理保留意见来加以说明。在 1988 年 *Belilos* 案中，欧洲人权法院认为瑞士在其批准书中发表的声明是事实上的保留，认定它与《公约》的目标和宗旨不符而不予接受，并认为瑞士应受《公约》约束，“不管这项声明是否有效”。⁵⁴ 在其后的案件中，欧洲法院指出，关于对条约的保留的正常规则本身不适用于人权法。法院认为：

……有关法院[即国际法院和欧洲人权法院]的作用和目的根本不同，加之存在无条件接受的惯例，[……]为区分《公约》的做法与国际法院的做法提供了充分的依据。⁵⁵

54. 此处的用意也不是要对欧洲人权法院的意见进行褒贬，而是指出一种现象，不管人们如何看，这种现象都与在一些事项上出现例外或例外模式有关。它们偏离了一般法，但因其所涉事项的特殊性质而被认为是正当的。

(c) 因各类特别法之间的差异而产生的不成体系

55. 最后，第三种情形是不同类别的特别法之间的冲突。可以通过提及有关贸易与环境的辩论来说明这一情形。在 1998 年牛肉荷尔蒙案中，世界贸易组织（世贸组织）的上诉机关根据世贸组织所涵盖的条约，特别是《实施卫生与植物卫生措施协定》审议了所称的“预防原则”的地位问题。该机关得出结论认为，不管“根据国际环境法”这项原则的地位如何，它对世贸组织没有约束力。⁵⁶ 这种处理方式表明，“环境法”与“贸易法”可受不同原则制约。因而适用哪一项规则就取决于在这方面对一个案子如何归类。这一做法似乎会产生问题，因为“贸易法”或“环境法”等分类并没有明确的界限。例如，在海上运油与贸易和环境都有关系，与海洋法规则也有关联。比如，在确定船东对船舶的技术特性所负的义务时，所参照的合理标准是从

⁵³ 从制度-理论的角度来看，法院的立场对于处理法律中的职能差异——即不成体系——至关重要。此处的一致性是基于有义务即使对“疑难案件”也要做出裁决。在这方面特别见 Niklas Luhmann, *Law as a Social System* (transl. by K.A. Zeigert, ed. by F. Kastner, R. Nobles, D. Schiff and R. Zeigert) (Oxford: Oxford University Press 2004), 尤其是英文第 284-296 页。

⁵⁴ *Belilos* 诉瑞士，1988 年 4 月 29 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1988 年）第 132 号，英文第 28 页，第 60 段。

⁵⁵ *Loizidou* 诉土耳其，初步反对意见，1995 年 3 月 23 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1995 年）第 310 号，英文第 29 页，第 67 段。

⁵⁶ 欧洲共同体——有关肉食和肉食产品的措施(荷尔蒙)案，1998 年 2 月 13 日，WT/DS26/AB/R、WT/DS48/AB/R，第 123-125 段。

将运油视为一项商业活动的角度来看呢，还是从将其视为对环境有危险的活动的角度来看？视人们选择哪一种角度作为有关的法律解释框架，答案势必有所不同。

2. 特别法准则的职能和范围

(a) 国际法中的特别法

(一) 法律学说

56. “特别法偏离一般法”这一原则是一项广为接受的释法准则和一种解决规范性冲突的手段。⁵⁷该原则表明，若某一事项同时受一个一般标准和一个更具体的规则管辖，则后者应优先于前者。然而，对于一般标准和具体规则之间的关系也存在两种看法。一种看法是，应在一般标准的限定范围内或在其背景下解读和理解具体规则，通常是将具体规则看作是对一般标准的阐释、更新或技术上的具体说明。⁵⁸在这种情况下，具体规则和一般标准的方向是一致的。

57. 然而，对特别法的理解有时是狭义的，所涵盖的情形是：两种法律条款都同时有效且适用，并且没有明确的等级关系，但就同一组事实所提供的处理方法却相互抵触。在这种情况下，特别法是以一种解决冲突的手段出现。它暗示应当适用（具体的）例外规定来代替（一般）规则。⁵⁹不过，在上述两种情况下，“特别”规则，即适用范围限制更加明确的规则都是优先的。⁶⁰

58. 然而，这一准则并不能自动适用。特别要着重指出存在着两种困难。第一，“一般”和“特别”往往很难区分，而且视所注重的是某条规定的实际覆盖范围还是其针对的法律主体的数量，人们得出的结论往往大相径庭。一个所涉区域范围有限的一般制度与一项关于某一具体主题的普遍条约之间的关系就是这样一个例子。⁶¹第二，这一原则同其他释法准则或解决冲突的手段，例如 *lex posterior derogat legi priori*（后来的法律优先于先前的法律）

⁵⁷ “特别法偏离一般法”这一原则由来已久。《民法大全》中就已经提出这一原则。见 Papinian, Dig.48、19、41 和 Dig.50、17、80。后者这样叙述道：“in toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est”（译：“在整个法律中，特别都优先于一般，任何有关种类的东西都是十分重要的。”）The Digest of Justinian vol.IV, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985) 拉丁文本由 T.Mommsen 和 P.Kruger 编辑。此项原则的其他拉丁文提法还有：“Generalibus specialia derogant”, “Generi per speciem derogatur”, “specialia generalibus, non generalia specialibus”。本报告并不论述一个非常类似的不同提法，即 *ejusdem generis* 规则，也就是“特别条文控制一般条文”的释法规则。有关讨论情况，见 Lord A.D. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961) 2nd ed., pp.393-399。

⁵⁸ 关于这种理解，例如见 Jan B.Mus, “Conflicts between Treaties...” 前注 21, p. 218。另外，Fitzmaurice 也认为，当“一条具体规定……超出一条一般规定的范围之外”时，就出现了特别法，见 Sir Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and other Treaty Points”, BYBIL, vol.33 (1957), p.236。

⁵⁹ 见 Alexander Peczenik, *Juridikens metodproblem* (Stockholm: Gebers, 1980) p. 106。

⁶⁰ 即关于一项规定的适用范围的说明至少包含一个另一项规定没有特别提及的特性。见 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer, 1975) pp. 251-252。

⁶¹ Jenks 认为，这些冲突只能依据其自身的具体情况来加以裁决。见 C.Wilfried Jenks, “The Conflict of Law-Making ...”, 前注 8, p. 447。

原则之间的关系也不明确，因此其作用可能会被规范性条文之间的等级关系或关于“相关性”或“重要性”的非正式看法所抵消。⁶²

59. 特别优先于一般，这在国际法法理学上也是由来已久。Grotius 曾对这一原理有过精辟的论述：

在此种情况下[即一份文件中各部分发生冲突时]应当遵循何种规则。在相等的协议中……最为具体和最为接近手中主题者，应获得优先，因为通常来讲，特别规定要比一般规定更为有效。⁶³

60. 这一段论述指出了特别法规则被广为接受的两条理由。与一般规则相比，特别规则更具有相关性（“最为接近手中主题”），在调解事项方面更为有效（“通常更为有效”）。也可以说，特别规则更能照顾到各种具体情况。与一般规则相比，特别规则使人更强烈地感到有必要予以适用。⁶⁴特别规则比一般规则更清晰，更确切，因此往往使人感到“更为强硬”或更具“约束力”，而一般规则可能存在于幕后，只是偶尔适用而已。此外，特别法规则也许能为当事方获得他们想要获得的东西提供更大的便利，因此似乎更有用。⁶⁵

61. 因此，文献中一般也接受特别法规则作为一种有效的释法准则或国际公法中解决冲突的手段，也就不足为奇了，不过，对此很少有长篇论述。经典作家（Pufendorf, Vattel）理所当然地接受了这一规则和其他手段。⁶⁶Anzilotti 对这一规则下了一个绝对的定义“in toto jure genus per speciem derogatur；特别法规则优先于一般规则”。正如多边条约优先于习惯法一样，两国之间的条约优先于多边条约，这一点与他的唯意志论相一致。⁶⁷例如，和查尔斯·卢梭一样，在他看来，特别法准则的权力在于其要实现政党意志的方式。⁶⁸而 Georges Scelle 则认为，只应偶尔允许特别规则优先于他所称的一般法的“总体结构”。根据他的社会学反唯意志论学说，一般规则反映了客观的社会学利益，因此总是可以防止单个国家逃避义务。⁶⁹

⁶² 关于其他可能性的论述，见 Hannu T.Klami, “Legal Heuristics: A Theoretical Skeleton”, *Oikeustiede-Jurisprudentia* 1982, pp.46-53. 另见 Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts* ..., 前注 21, pp. 189-191. 若需了解更具一般性的条约因其“相关性”或“压倒一切的性质”而推翻更具体的条约方面的案例，见同上，英文第 114-125、125-131 页和其他各处。Ian Sinclair 提到对各种技术手段和准则的混合使用问题，见 Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, 1984), 2nd ed, pp.95-98.

⁶³ Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis. Libri Tres*, Edited by James Brown Scott, *The Classics of International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1925) Book II, Chap. XVI, Sect. XXIX, p. 428.

⁶⁴ “特别法”优先于“一般法”的理由，另见 Pierre Marie Dupuy, “L’unité de l’ordre juridique internationale.”, 前注 14, pp. 428-9.

⁶⁵ 另见 Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms* ...前注 21 p. 388. 关于唯意志论学派对特别法的理解，在出现其他证据时进行反驳，见 Nancy Kontou, *The Termination of Treaties in Light of New Customary International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994) 英文第 142 页和其中所载参考书目。

⁶⁶ Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, Transl. by J. Barbeyrac, (Basle : Thourneisen, 1732), Bk, V, Ch. XII, pp.138-140; Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des Souverains* (2 vols, Londres, 1758), Tome I, Livre II, Ch. XVII, p. 511, para. 316.

⁶⁷ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, tôme I (transl. by Gilbert Gidel) (Paris: Sirey, 1929) p. 103.

⁶⁸ Charles Rousseau, “De la compatibilité des norms...”, supra note 36, p. 177.

⁶⁹ Georges Scelle, *Cours de droit international public* (Paris : Domat-Montchrestien, 1948) p. 642.

62. 然而，这两种方法显然都过于绝对，要么过于尊重单个国家的意志，要么对偏离抽象原则的必要性认识不够。后来律师强调特别法原则的相对性，强调有必要将这项原则与后法平衡，也要与较为一般的条款所享有的等级地位相平衡。⁷⁰

63. 国际法委员会在对有关国家应对国际不法行为所负责任的条款草案第 55 条所作评论中，较为详细地概述了这项原则的适用：

第 55 条

特别法

在国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行受国际法特别规则管辖的情况下，这些条款不适用。

64. 这一规定确立了特别规则在适用方面的规范性优先地位。或正如委员会在评注中所述，它表示“本条款以一种剩余方式发挥作用”。⁷¹ 这项规定清楚地表明了委员会的意愿，允许各国通过相互之间的协定来制定、适用和减损国家责任的一般规则。当然，这种权力不可能没有限制：减损规则必须至少与被减损条款具有相同的地位。例如，很难看出国家如何能够减损关于国家责任的一般法中界定的“严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务”活动条件的那些方面。⁷²

65. 理论上，在解释条约过程中（《维也纳条约法公约》第 31 至第 33 条）或在处理有关先后所订条约问题时（《维也纳条约法公约》第 30 条，特别是有关后法原则），特别法通常作为一项要素与其他要素一起讨论。⁷³ 尽管这一原则没有被纳入《维也纳条约法公约》，但在其起草过程中仍有人指出，在解决条约之间冲

⁷⁰ 例如见 Arrigo Cavaglieri, “Règles générales de droit de la paix”, *Recueil des Cours* ... vol. 26 (1929-I) p. 334; Gerald Eulalio do Nascimento e Silva, “Le facteur temps et les traités”, *Recueil des Cours* ... vol. 154 (1977-I) p. 246.

⁷¹ 对关于国家责任的条款草案第 55 条所作评论，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/56/10) 第 2 段，英文第 356 页。

⁷² 对关于国家责任的条款草案第 40-41 条和 48 条所作评论，同上，英文第 282-292、318-324 页。

⁷³ 除所列资料来源外，例如见 Charles Rousseau, “De la compatibilité des normes...”前注 36, 英文第 133-192 页，尤其是英文第 177-178、188-189 页; Jenks, “The Conflict of Law-Making...”, 前注 8, 英文第 401-453 页，尤其是英文第 446-447 页; Manfred Zuleeg, “Vertragskonkurrenz im Völkerrecht. teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten”, *GYBIL* vol 20 (1977) 英文第 246-276 页，尤其是英文第 256-259 页; V. Czaplinski & G. Danilenko, “Conflict of Norms in International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXI (1990) 英文第 20-21 页; Kontou, *The Termination of Treaties* ...前注 65, 英文第 141-144 页; Malgosia Fitzmaurice & Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties* (Utrecht: Eleven International Publishing, 2005) 尤其是英文第 314-348 页。另见 Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell & James C. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: principles of content and procedure* (New Haven and Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht: New Haven Press, 1994) 英文第 199-206 页; Sinclair, *The Vienna Convention* ... 前注 62, 英文第 98 页; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 英文第 201 页。另见 Patrick Daillier 和 Alain Pellet, *Droit international public* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence: 2002) 7th ed., 英文第 271 页 (discussing *lex specialis* in the context of article 30 (3) of the VCLT)。很少有评论者表示拒绝这项原则。不过，见 Ulf Linderfalk, *Om tolkning av traktater* (Lund: Lunds universitet, 2001) pp. 353-4 (认为它被某些手段所涵盖，被其他手段所推翻)。

突的各种手段中，注意到一项条约相对于另一项条约可能具有的“特殊性”程度，将是有益的。⁷⁴

66. 但是，没有理由将特别法的运用局限于各条约之间的关系。例如，Jennings 和 Watts 指出，这一原则“有时适用于解决两种不同但可能均适用的规则之间的明显冲突”，并特别指出其适用范围并不局限于条约法。同其他许多人一样，他们强调这一原则的指示作用，即作为“表达常识和正规语法用法”的“可随意使用的工具”。⁷⁵ 因此，这项原则经常被用来调解条约（作为特别法）和惯例（作为“一般法”）之间的关系。⁷⁶

67. 法律解释就其实质而言，有许多不确定性，对于特别法的作用来说也同样如此。正如 O'Connell 所述：“著书者分为两派，一派认为可以为解释拟订确定的规则，另一派认为这只是一种幻想”。⁷⁷ 这也许是因为有若干手册根本没有提及这一原则的原因。如果认为法律解释只是“艺术，而不是科学”，那么，将其同技术规则或原理捆在一起，当然没有什么意义。⁷⁸ 尽管如此，如果过分奢望解释性指导原则具有规范力，那么会导致对这一原则的放弃。如 Grotius 上文所述，由于特别法存在各种长处，致使解释者优先采用特别法，而不是一般法。因此律师有理由对特别法予以实际考虑。有了好的理由，Schwarzenberger 将这个法律的整体分支——即释法——视为他所称的公正法的一个方面，即“责令各方以理性和诚信适用每个条约”的规则。⁷⁹ 作为一个解释性指导原则，特别法的确提出了重要的关切问题：必须确保标准的实际相关性和效力，并保持对于当事方的意图来说是有益的指导。当然，这些问题需要与下列相对立的问题保持平衡：相关标准的等级地位和国家意图的其他证据。但是，无论对“平衡”如何理解，所有这一切都发生在争论的做法中，这种做法寻求证明其结果是正当的，这些结果较少是技术应用方面的，更多的是作为对有目的的法律制度所作的贡献。

(二) 判例法

68. 国际判例法似乎也接受特别法准则，不过通常也不予以详述。可以对四种不同情况加以区分。这一准则可发生作用的情况是：(a) 在单一文书中；(b) 在两个不同的文书之间；(c) 在条约和非条约标准之间；(d) 在两项非条约标准之间。

⁷⁴ 咨询专家的声明 (Waldock)，联合国条约法会议，第二届会议，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，《正式记录》(联合国，1970 年，纽约) 英文第 270 页。另见 Paul Reuter, *Introduction au droit des traités* (Paris: Presses Universitaires de France, 1985) 2nd edn, p. 112。

⁷⁵ Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts, *Oppenheim's ...supra note 37 vol. I*, pp. 1270, 1280。

⁷⁶ 例如见 Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht: Nijhoff, 1985) p. 161。

⁷⁷ D.P. O'Connell, *International Law* (London: Stevens and Sons, 1970), vol. I, p. 253。

⁷⁸ 见 Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (Reissue with a new Epilogue, Cambridge: Cambridge University Press, 2005) p. 338-339。

⁷⁹ Georg Schwarzenberger, *International Law* (London: Stevens and Sons, 1957) 3rd ed., vol. I, pp. 474, 477 et seq. 另见 Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, 前注 21, p. 388。

69. 比格尔海峡仲裁案与 1881 年《边界条约》第二条与第三条之间的关系有关，两者都处理划界问题。在仲裁法庭看来，第二条没有具体规定火地岛和一些有争议的岛屿的划界问题。这一问题留给了第三条。虽然这两项条款都是处理相同的领土问题，但相互并不重复，没有造成异常情况或累赘：⁸⁰

……所有冲突或异常情况都可以通过适用一般法不损害特别法这一规则得到解决，据此，第二条（一般法）让位于第三条（特别法），后者优先……⁸¹

70. 这是一种标准情况，在这种情况下，特别法出现在同一个文书中，调解其两项条款之间的关系。⁸²还可以从《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款中“通常意义”原则以及从尊重当事方意愿的必要性方面，找到适用特别法的理由。

71. 欧洲人权法院在阐述《欧洲人权公约》各项条款之间的关系性质时经常适用特别法。例如，法院审议了第 13 条和第 5 条第 4 款之间的关系，前者规定了要求“国家当局提供有效补救”的权利，后者规定任何被剥夺了自由的人“有权提出诉讼，由法院对其被拘留的合法性做出迅速裁决，如果对其拘留系属非法，应下令释放”。据此，似乎得出这样的结论：

既然第 13 条的要求不如第 5 条第 4 款严格，那么在根据第 5 条起诉时，[后者]就必须被视为特别法。⁸³

72. 同样，欧洲人权法院认为，《公约》关于公平审判权的第 6 条相对于第 13 条关于提供“有效补救”的规定来说，应被视为特别法。⁸⁴法院还认为，第 11 条规定的集会和结社自由可以作为特别法优先于第 10 条规定的言论自由。⁸⁵

⁸⁰ *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)* ILR vol. 52 (1979) p. 141, paras. 36, 38.

⁸¹ 同上，英文第 142 页，第 39 段。

⁸² 另见欧洲法院关于 1968 年《布鲁塞尔民事和商务判决的管辖权和执行问题公约》第 5 (1) 条和第 13 条之间的关系的讨论。第 5 (1) 条规定涉及到“一般契约事务”，而第 13 条则“特别涉及消费者达成的各种不同的契约”，因此，后者对于前者来说构成了特别法，如果该条款可适用的话，适用该条款就足够了。在这种情况下，“不必审查第 5 (1) 条是否[对索赔]做出规定”。第 C-96/00 号案例，*Rudolf Gabriel*，2002 年 7 月 11 日的判决，ECR (2002) I-06367，英文第 6398-6399 页第 35-36 段和英文第 6404 页第 59 段。

⁸³ *Brannigan* 和 *McBride* 诉联合王国，1993 年 5 月 28 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1993 年）第 258 号，英文第 57 页，第 76 段。另见 *De Jong, Balje* 和 *van den Brink* 诉荷兰，1984 年 5 月 22 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1984 年）第 77 号，英文第 27 页，第 60 段；*Murray* 诉联合王国，1994 年 10 月 28 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1994 年）第 300 号，英文第 37 页，第 98 段和 *Nikolova* 诉保加利亚，1999 年 3 月 25 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》1999-II，英文第 25 页，第 69 段。

⁸⁴ *Yankov* 诉保加利亚，2003 年 12 月 11 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》2003-XII，第 150 段。另见 *Brualla Cómez de la Torre* 诉西班牙，1997 年 12 月 19 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》1997-VIII，英文第 2957 页，第 41 段；*Vasilescu* 诉罗马尼亚，1998 年 5 月 22 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》1998-III，英文第 1076 页，第 43 段。Cf. *Kudla* 诉波兰，2000 年 10 月 26 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》2000-XI，英文第 234-236 页，第 164-168 段。

73. 这些条款未必总是相互冲突，也可能同时适用。实际上，在特定情况下，第 5 条第 4 款也可以被视为是对第 13 条的适用。当两项条款有密切联系时，如言论自由和集会自由条款，也会发生这种情况。有时集会自由相对于言论自由来说可能会以特别法形式出现。但是这种关系也可能颠倒过来。没有理由为什么规定言论自由的第 10 条相对于规定和平集会自由的第 11 条来说，可被视为特别法。

74. 第二种情况是特别法用于调解不同文书之间的关系。在马夫罗马蒂斯巴勒斯坦租让地案中，常设国际法院面对两项对其管辖权具有影响的文书，1922 年巴勒斯坦授权和《洛桑条约》1923 年第十二号议定书。法院认定“在有疑问的情况下，议定书作为一项特别而且日期较近的协定，应予以优先”。⁸⁶ 这一观点似乎既赞同后法也赞同特别法准则，而并未探讨两者之间的关系问题。

75. 这一问题在世界贸易组织中也得到一般性处理，在该组织中，专门小组和上诉机关在解释所涉条约时偶尔也会诉诸特别法。⁸⁷ 在土耳其——纺织品和服装进口的限制一案中，专门小组强调指出，世贸组织协定是一项“一揽子承诺”，其成员的义务是累积的。因此，只有在两项条款不能同时适用时，一项特别条款才有可能优先于另外一项条款。⁸⁸ 在印度尼西亚——影响汽车工业的某些措施一案中，专门小组同样解释道，有一种针对冲突的假定，要确定存在冲突，它必须发生在同样的当事方之间，涉及同一事项，而且必须存在相互排斥的规定。⁸⁹ 在世贸组织中，特别法作为解决冲突的一种辅助手段似乎作用有限。⁹⁰

76. 如在特定的体制环境中（在下文 D 节所述的某种“制度”范围内）适用特别法，则无疑要受到相关的（尽管未必是正式的）机构等级的影响。2000 年，欧盟初审法院根据要求，确定 1981 年一项条例与 1994 年委员会一项决定之间的关系，前者将海关调查所获资料视为机密，后者则规定公众可以获得委员会文件。法院认为，该条例

……就其作为特别法适用而言，不能以有悖于该决定的方式加以解释，因为该决定的根本目标在于使公民有机会更有效地监督公共权力机构工作的合法性……。⁹¹

⁸⁵ *Ezelin* 诉法国，1991 年 4 月 26 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1991 年），第 202 号，英文第 20 页，第 35 段和 *Djavit An* 诉土耳其，2003 年 2 月 20 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》2003-III，英文第 251 页，第 39 段。

⁸⁶ 马夫罗马蒂斯巴勒斯坦租让地案，《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 2 号（1924 年），英文第 31 页。

⁸⁷ 这些解释曾发生在单一文书的条款之间，也发生在两个不同的“所涉条约”的条款之间。在世贸组织条约和非世贸组织条约之间似乎尚未出现提及特别法的案例。见巴西——飞机出口融资方案，1999 年 4 月 14 日，WT/DS46/R，第 7.40 段；土耳其——纺织品和服装进口的限制案，1999 年 5 月 31 日，WTO/DS34/R，第 9.92 段和印度尼西亚——影响汽车工业的某些措施案，1998 年 7 月 2 日，WT/DS54/、WT/DS55/R、WT/DS59/R、WT/DS64/R，第 14.28-14.34 段。

⁸⁸ 土耳其——纺织品和服装进口的限制案，1999 年 5 月 31 日，WT/DS34/R，第 9.92 段。

⁸⁹ 印度尼西亚——影响汽车工业的某些措施案，1998 年 7 月 2 日，WT/DS54/、WT/DS55/R、WT/DS59/R、WT/DS64/R，第 14.28 段。

⁹⁰ 印度——农业、纺织业和工业产品质量方面的进口限制案，1999 年 4 月 6 日，WT/DS90/R，第 4.20 段。

⁹¹ T-123/99 号案例，*JT* 的公司诉欧洲共同体委员会，一审法院 2000 年 10 月 12 日的判决，ECR（2000）II-3269，英文第 3292 页，第 50 段。

77. 较早的理事会条例和较晚的委员会决定之间的规范等级关系也许不十分清楚，后者包括了一项关于公众获得委员会和理事会文件的《行为守则》。尽管如此，在此案中，法院对先前的一项特别法进行了解释，而这项特别法的地位起码不低于后来委员会的决定，以便与后者平起平坐。⁹² 不难理解为何有关透明度方面的考虑可能于 1999 年推翻了 1981 年的条例。但这种关系既不是正式等级的“自动”结果，也不是作为解决冲突规则的特别法的“自动”结果。

78. 第三种情况是诉诸特别法以使非条约标准享有条约标准的特权。在 INA 公司诉伊朗伊斯兰共和国案中，该公司就其在伊朗保险公司中 20% 的股票被没收而寻求补偿。原告称，根据国际法和《伊朗-美国友好条约》（1955 年），应当“立即提供足够而有效的”赔偿。被告则认为应当根据国有化股票纯账面价值来计算赔偿。法庭认为，在大规模合法的国有化情况下，一般国际法已不再规定充分赔偿。然而，法庭在审议此案的宗旨时并未试图确定惯例规范的确切内容：

我们面临的是以友好条约形式出现的特别法，它原则上应优先于一般规则。⁹³

79. 条约规则优先于惯例，只是因为大多数一般国际法都是任意法规则，这样各方有权通过确立制约其行为的具体权利或义务来偏离一般国际法。正如国际法院指出的，“众所周知，实际上可以通过协定，在特定案情况下或在特定当事方之间偏离[一般]国际法的规则”。⁹⁴ 在尼加拉瓜一案中，法院确认了这一做法，并确认条约实际优先于惯例：

一般说来，条约规则属于特别法，如果条约已经规定解决索赔的手段，一国就不宜依据习惯法规则提出此种索赔要求。⁹⁵

80. 在大陆架（突尼斯诉阿拉伯利比亚民众国）一案中，法院建议说，各国可通过这一手段选择放弃拟订一般法。第三次联合国海洋法会议以《特别协定》的方式批准了这一做法，以便吸纳“新的已被接受的趋势”。在这方面，法院指出：

⁹² 在最近一个案例中采用了相似的论点，这一案例处理的是两项命令之间的关系，一项命令涉及废物问题（1975 年 7 月 15 日的 75/442 EEC），另一项时间较近，涉及的是废物包装问题（1994 年 12 月 20 日的 94/62 EC）。欧洲法院认为后者的规定对于前者来说是特别法，“因此，在特别需要根据后一规定来解决问题的情况下，后者优先于”先前的规定。但并不存在完全搁置一边的问题：判决书指出，“尽管如此，75/442 号命令对于 94/62 号命令的解释和适用来说，依然十分重要”。Case C-444/00, *The Queen, on the application of Mayer Parry Recycling Ltd. v. Environment Agency and Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, and Corus (UK) Ltd. and Allied Steel and Wire Ltd (ASW)*, 2003 年 6 月 19 日的判决，ECR (2003) I-06163, 英文第 6228-6229 页，第 57 和第 52 段。

⁹³ INA 公司诉伊朗案，《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》第 8 卷，1985-I，英文第 378 页。

⁹⁴ 北海大陆架案，（德意志联邦共和国诉丹麦；德意志联邦共和国诉荷兰）1969 年《国际法院案例汇编》，英文第 42 页，第 72 段。但另见英文第 38-39 页，第 61-65 段，“一般习惯法规则和义务……究其实质而言，必须对国际社会全体成员具有同等效力”。

⁹⁵ 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜进行的军事和准军事行动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国）（案情实质），1986 年《国际法院案例汇编》，英文第 137 页，第 274 段。

毫无疑问，缔约方可从《特别协定》中发现海洋法方面的某些具体发展[……]，并宣布在特定情况下它们的双边关系中，这些规则应作为特别法而具有约束力。⁹⁶

81. 在这些案例中，法院接受一般国际法可通过订立协定予以偏离，而这种协定可作为特别法而合理化。这些案例表明了国际法庭的实践，在那些同时也存在习惯法的事务中，给予条约法以优先地位——这一实践突出了惯例的决定性性质，同时突出表明法庭对协定的尊重，认为这些协定是法庭据以做出判决的“最坚实”、并可推定为最合理的基础。Thirlway 将这一法理归纳如下：

人们普遍接受，除绝对法外，条约作为特别法是条约缔约方之间的法律，优先于本来可以制约它们之间关系的一般习惯法。⁹⁷

82. 但这绝不意味着一般习惯法将因此予以废除。它将继续在幕后适用，并在条约停止生效，或如尼加拉瓜一案的情况，在适用法律的有关机构的管辖权未覆盖该条约时，则一般习惯法便完全适用。⁹⁸

83. 在 1981 年的一个案例中可以发现特别法的一种非典型使用情况。在该案中，伊朗-美国索赔法庭结论认为，“一项特别规定优先于一项一般规定，这是一个普遍公认的解释原则”。法庭在这里援引特别法，旨在说明“《处理索赔问题的声明》的条款已经十分详细而明晰，必定优先于各方申明的意图，而不论这些意图是什么”。⁹⁹ 同样，这一原则似乎也与《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款项下具有“通常”意义的规则相吻合。

84. 第四种情况是，这种推理适用于两种非条约标准，不过未必使用特别法。在通过权一案中就是如此。法院在确定有关国家（印度和英国/葡萄牙）业已接受的惯例，并确定在印度领土上的过境权之后，认为没有必要再调查有关过境通行的一般法律的内容是什么。在法院看来，显然在任何情况下，“这种特定惯例必定优先于任何一般规则”。¹⁰⁰ 尽管明确的惯例并不多见，但很难看出为什么特别法——或至少是特别法背后的推理——不能适用于一般和特殊惯例之间的关系。有意思的是，在通过权一案中，法院使用了 Thirlway 所说的“得到完全承认并受到尊重的司法手段”，即一旦找到特别惯例，从而使特别规则到底是对一般法律的详细阐述还是一般法律的例外，抑或这方面究竟是否存在任何一般法律尚无法确定时，便放弃审查一般法律的内容。¹⁰¹

⁹⁶ 大陆架案（突尼斯诉利比亚）（判决），1982 年《国际法院案例汇编》，英文第 38 页，第 24 段。

⁹⁷ Hugh Thirlway, “The Law and procedure of the International Court of Justice”, BYBIL vol. 60, (1989) p. 147. 同样，例如见 Alfred Verdross & Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1984) 3rd ed. pp. 414, 415.

⁹⁸ 见尼加拉瓜案，英文第 96 页，第 179 段。

⁹⁹ A/2 号案例，《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》第 1 卷，1981-1982 年，英文第 104 页。

¹⁰⁰ 印度领土通过权案（葡萄牙诉印度）（案情实质），1960 年《国际法院案例汇编》，英文第 44 页。

¹⁰¹ Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, BYBIL vol. 61 (1990), pp. 104-106.

(三) 非正式等级：特别法之要点

85. 国际法渊源之间没有正式的等级。不过，有若干著书者认为，各种渊源之间确实存在某种非正式等级，这种观点得到认可。由于“一般法律”没有绝对法的地位，因此，条约一般优先于惯例，特别条约优先于一般条约。¹⁰² 同样，可以假定（如通行权一案所示），地方惯例（如果经证实）优先于一般习惯法，也许整个习惯法优先于《国际法院规约》第 38 条第 1 款（c）项确定的一般法律原则。¹⁰³ 这种非正式等级并非出自颁布的立法，而是产生于法律推理的“雄辩”¹⁰⁴ 或是“自然”¹⁰⁵ 结果。任何法院或律师在回答规范问题时，首先要看的是条约，其次是惯例，再次是法律的一般原则。Serge Sur 写道，“从经验来看，法院首先注重的是特殊性程度最高、最明确、表述最为客观的规则”。¹⁰⁶ 次级渊源并不因此消失，而是在指导对特别法律的解释方面发挥“剩余作用”，并在前者由于某种原因不能适用时，取而代之。¹⁰⁷

86. 此种非正式等级是法律推理的一个实用方面，通过此种推理可区分“简单”和“疑难”案件。特别法律的特殊性反映出其与背景的相关性，并且是当事方意愿的证明，因此，适用起来似乎理所当然。在此种“简单”案例中，标准或文书的特殊性甚至不会成为争论的对象。只有在“疑难”案例中，当对表面的标准或文书是否适用提出质疑，并提出另一个标准或文书取而代之时，才有必要对这些标准或文书的“背后”或“周围”进行检查。只有在这时，特别法准则才有明确的相关性，即便如此，也只是在对于应如何理解特定背景提出对立的看法（如该案的义务是“固有的”还是“相互依存的”），从而偏离当事方意愿的证明（如后法）或等级（如绝对法）时，特别法准则才具有明确的相关性。

87. 如果出现“疑难”案例，特别法即可发挥作用，指出一系列具有实际相关性的考虑因素：标准是否直接可用和是否具有情境敏感性。这些可能不是决定性的考虑因素。它们可能被一些对立的因素所压倒。对这类考虑因素进行的推理，尽管不可能将之压缩成为具有决定意义的规则或手段，但也不能应把它理解为是随

¹⁰² Verdross & Simma, *Universelles Völkerrecht*, supra note 97, pp.413, 414; Thirlway, “The Law and procedure of the International Court of Justice”, supra note 97, pp.143-144.

¹⁰³ 在法国的学说中，有时实现这一结果的途径是在文书和规范之间，或正式渊源和这一渊源所含的（实质性）规则之间加以区分，这样，在前者来说也许没有等级之分，但对后者来说，必须有解决重叠和冲突的规则。例如见 Daillier 和 Pellet, *Droit international public*, 前注 73, pp. 114-116; Georges Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours* ...vol.207 (1999) p. 188.

¹⁰⁴ Jennings & Watts, *Oppenheim's*...supra note 37, p. 26, note 2.

¹⁰⁵ Villiger, *Customary International Law* ...supra note 76, p. 161. Likewise, Hersch Lauterpacht, *International Law. The Collected papers of Sir Hersch Lauterpacht*, Ed. by Eli Lauterpacht, (Cambridge: Cambridge University Press, 1970-1978) vol. I, pp. 86-88.

¹⁰⁶ Serge Sur, *L'interprétation en droit international public* (Paris: LGDJ, 1974), p. 164. Czaplinski 和 Danilenko 谈及“义务的优先次序”，Czaplinski & Danilenko, “Conflict of Norms...”, 前注 73, p. 8.

¹⁰⁷ 例如见 Rousseau 关于波兰但泽邮局案的讨论，咨询意见，《常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 11 号（1925 年），其中《凡尔赛条约》将得到但泽和波兰之间双边会谈的补充，“De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international”，以及关于欧洲委员会对加拉茨与布赖伊拉之间多瑙河的管辖权问题的讨论，咨询意见，《常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 14 号（1927 年），英文第 177 页。

心所欲的。¹⁰⁸对这一推理可以进行批评，而这一推理是否能够占上风，将取决于它能否成功地演化为所谓的“在压倒一切的社区目标所确立的范围内，各方真正共同的期待”，¹⁰⁹正如《国际法院规约》第 38 条第 1 款所述的各项渊源、判例和理论中得到体现和检验的那样。在此类辩论中，所有各方均假定，他们所说的是否有理，取决于其论点如何与国际法律制度的宗旨这一更高的观点相联系。

(b) 特别法的两种提法

88. 法律可能以下述两种方式考虑特别规则同一般规则之间的关系：一是可将特别规则视为一般标准在特定情况下的应用。特别规则与一般规则之间的关系就如同行政条例与国内法令之间的关系。¹¹⁰二是可将特别规则视为对一般规则的修改、否决或使其无效。¹¹¹有时第一种情况根本不被视为规范性冲突的情形而被认为涉及的是同时适用特殊标准和一般标准。¹¹²因此，只有后一种情况被认为真正涉及特别法的应用。这似乎是世界贸易组织争端解决机构所持的立场。虽然似乎极力强调对世贸组织的义务做出解释以使这些义务之间互不发生冲突，但在不可能做出“协调一致的解釋”情况下、则假定适用特别法原则，也就是由一项特别标准来否决一项一般标准。¹¹³

89. 国际法委员会在起草国家对国际不法行为的责任条款草案第 55 条期间所作的假定可能就属于这种情况。委员会在评注中解释说：

(4) 要使特别法原则能够适用，仅仅两种不同的规定述及同一事项是不够的；这两种规定之间必须存在某种事实上的不一致，或者可以看到有一种规定排斥另一规定的意图。

90. 委员会提及欧洲人权法院 *Neumeister* 一案来证实其论点。在该案中，法院表示，《公约》第 5 条第 1 款中关于对非法逮捕的赔偿规定相对于第 50 条中关于赔偿的一般规则并不构成特别法。前者并未使后者失效。相反，两项规定同时起作用。在适用前者时应“考虑到”后者。¹¹⁴但是最近该法院经常将类似的案件定性为涉及特别法的案件。因此，针对第 71 段中提及的案件——该案同时适用《欧洲公约》第 13 条关于“有

¹⁰⁸ Pace strict positivists such as Kelsen. See Hans Kelsen, *Introduction to Problems of Legal Theory*, Intr. and ed. by Paulson & Paulson, (Oxford, Clarendon Press, 1992) pp.81-84.

¹⁰⁹ McDougal, Lasswell & Miller, *The Interpretation of International Agreements* ..., supra note 73, p. 83.

¹¹⁰ 这是 Scelle 对特别法在国际法中的运用所作的说明，Scelle, *Cours de droit*..., 前注 69, p. 642.

¹¹¹ Jenks 将“冲突”和“分歧”区分开来，Jenks, “The Conflict of Law-Making...”, 前注 8, p. 425-7. Pauwelyn 也是如此，*Conflict of Norms*..., 前注 21, p. 6.

¹¹² 这似乎是 Pauwelyn 处理该问题的方式。他同意可能难以评估有关案件属于两类中的哪一类，但是他坚持分析性区分，仅将特别法“作为解决可适用的法律中的冲突的规则”，同上，英文第 386 页。

¹¹³ 见土耳其——纺织品和服装进口的限制案，WT/DS34/R, 1999 年 5 月 31 日，第 9.92-9.96 段。关于针对世贸组织法规中的冲突所作的总的假定，见 Pauwelyn, *Conflict of Norms*..., supra note 21, pp. 240-244.

¹¹⁴ *Neumeister* 诉奥地利（第 50 条）1974 年 5 月 7 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1974 年）第 17 号，英文第 13 页，第 29 段。

效补救”的规定和第 5 条第（4）款关于法院有权就某人被拘留迅速做出处理的规定——法院参照特别法做出了处理：

根据欧洲人权法院既定的判例法，《公约》第 5 条第 4 款相对于第 13 条较为一般性的规定构成特别法。在本案中，申诉人根据《公约》第 13 条提出的控诉所依据的事实即为根据第 5 条第 4 款所审查的事实。因此，鉴于已认定违反第 5 条第 4 款的情事，法院无须再审查有关违反第 13 条的指控。¹¹⁵

91. 在上述案件以及许多其他案件中，欧洲人权法院认为，甚至在两项规定没有直接冲突而可以说两者同时适用的情况下，也可适用特别法。¹¹⁶ 这是一种适当的做法。有两个理由能够说明为什么将“适用”情况与特别法开创例外情况或涉及“宣告无效”的情况联系起来考虑是有益的。第一，根据上文所述特别法的定义，也包括这样的情况：适用的准则更加具体，是因为它将一般规则本身作为该准则适用范围定义的一项要素纳入其中。第二，更重要的是，虽然从分析的观点而言，进行区分是正确的，但实际上却很少能够明确区分。可能往往很难说一项规则究竟是“应用”、“修改”还是“背离”一项标准。“应用”或“修改”也在某种程度上涉及“背离”和“宣告无效”。要决定哪一种说法适当，就需要对两种规则做出解释，根据《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条，这些解释也可能超出对这些规则中所使用的说法的审查范围。在 *Gabcikovo-Nagymaros* 工程一案中可以很明显地看出这种模棱两可的情况。国际法院这样提到特别法：

……最重要的是欧洲人权法院认定《1977 年条约》仍然有效从而适用于各方之间的关系。这种关系也取决于两国所缔结的其他有关公约的规定和一般国际法规则，在这一特定的案件中还取决于有关国家责任的规则，但尤其取决于作为特别法的《1977 年条约》的可适用规则。¹¹⁷

92. 在此案中，欧洲人权法院对特别法——《1977 年条约》——同其他法律之间可能存在什么关系未作决定。一般法是否可能提供类似或不同的指导并不重要。只要能够应用该条约就足够了。就此案的说法是：《1977 年条约》所具有的非正式优势地位导致未经确定是否存在任何“冲突”，就使所有其他条约和一般法失效。在此案及许多其他案件中，无须（事实上也不可能）决定是否将特别法用作一种“解释性准则”或“解决冲突手段”，以及特别法是否仅仅“应用”一些较一般性的标准还是背离这种标准。¹¹⁸ 事实上，甚至连提出这个问题也可能是无关紧要的。根据上文所讨论的非正式等级适用有关的特别法，仅此而已，除非另一方提出绝对法或者先前的某项根据《维也纳条约法公约》第 30 条或第 41 条之规定可能享有优先权的义务问题。

¹¹⁵ *Nikolova* 诉保加利亚，1999 年 3 月 25 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》1999-II，英文第 25 页，第 69 段。

¹¹⁶ 关于这一方面，另见 Hans Aufricht, “Supersession of Treaties in International Law”, *Cornell Legal Quarterly* vol.37 (1951-52) p.698 (special law being “supplementary” while the general law remains “controlling”).

¹¹⁷ *Gabcikovo-Nagymaros* 项目案（匈牙利诉斯洛伐克），1997 年《国际法院案例汇编》，英文第 76 页，第 132 段。

¹¹⁸ 关于这一事项的讨论情况，见 Jenks, “The Conflict of Law-Making...”, 前注 8, pp. 408-420。

93. 有时确定了两种准则之间的特别法关系，这两种准则非但不相抵触，而且指向同一方向，而“特殊”/“一般”之间的关系也与“手段”/“目的”之间的关系有关联。如上文所指出的，对于《欧洲公约》关于言论自由的第10条与关于集会和行动自由的第11条之间的关系，欧洲人权法院认定，相对于前者而言，后者为特别法。

法院注意到，在本案中无法将言论自由同集会自由问题分割开来。《公约》第10条所确保的维护个人见解是《公约》第11条所体现的和平集会自由的一项目标……因此，法院注意到申诉人主要感到不满的是据称“北塞浦路斯土耳其共和国”当局拒绝准许他越过“绿线”同希族塞人会面，认为该公约第11条作为有关集会问题的特别法应得到优先考虑，从而无须另行根据第10条审查该问题。但是法院在审查和解释第11条时考虑到第10条。¹¹⁹

94. 第10条和第11条不但不相抵触，而且指向同一方向：两条之间所存在的是一种手段与目的之间的关系。然而为什么“言论”是“集会”的目的？难道不可能有时将有意义的“集会”（例如争取民主和自治）理解为目的，而言论权只是为达到这种目的的一种手段？一般规则同特别规则之间的关系往往可能很复杂而且具有两个层面。法院注意到，甚至在特别规则使一般规则失效的情况下，后者还可继续为前者提供解释方面的指导。

95. 上述例子表明，在确定两种标准之间的关系时，将一项标准视为另一项标准的应用或例外往往是不可能的。例如，可以说《联合国宪章》第五十一条内的“自卫之自然权利”相对于第二条第四项关于不使用武力的原则，构成特别法。两项规则的应用范围十分相似（但是并不相同）（两者都适用于国与国间使用武力的问题）。第五十一条比第二条第四项更具体，因此在符合其条件的情况下予以适用。从这个意义上讲，第五十一条有时可以“取代”第二条第四项的禁令或“使其失效”。但是也可将第五十一条视为第二条第四项的“应用”，因为自卫包括针对违反第二条第四项规定的国家采取的行动。在这种情况下，第五十一条加强并支持第二条第四项，指示如果发生违反第二条第四项规定的情事，在一些（即涉及“武装攻击”的）情况下应采取何种行动。如今在同一目的——保护国家领土完整和政治独立——之下对两项规则作了合理的解释，两者似乎都是这方面的具体应用。现在看来第五十一条与其说是第二条第四项的一种例外情况，不如说是对它的补充。

96. 或者谈论在1996年的以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案中，特别法的地位如何？对此，国际法院说，人权法（即《公民权利和政治权利国际公约》）和武装冲突法都在“战时”适用。然而，当要确定什么是该公约第6条第1款项下“任意剥夺生命”时，这“要根据适用的特别法，即适用于武装冲突的法律来确定。”¹²⁰ 在此方面，这两个法律领域同时适用，或者你中有我，我中有你。但从另一个角度来讲，武装冲突法——特别是其比较宽松的屠戮标准——将该公约实践中可能已经提供的所有标准都置于不顾。

¹¹⁹ *Djavit An* 诉土耳其，2003年2月20日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》，2003-III，英文第251页，第39段。

¹²⁰ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，1996年《国际法院案例汇编》，英文第240页，第25段。

97. 因此，一项规则是否被视为另一项规则的“适用”、“修订”或“例外”，取决于我们如何在实际应用情况下看待这些规则，包括对其目标和宗旨的理解。由于将“适用”与“宣告无效”分割开来是人为的而且歪曲了产生特别法问题的背景情况，有人提议将所有这些问题纳入特别法研究。

(一) 特别法作为对普通法的应用或阐述

98. 因此，一项规则可能对另一项规则来说构成特别法，应用、更新或发展另一项规则，或是在同样的意义上予以补充，就一般性规则应在某种特定情况下做出何种规定提供指导。同样，一项区域性文书相对于一项国际性文书、一项技术执行协定相对于一项一般性的“框架”文书来说，也可能构成特别法。¹²¹ 尽管现在特别规则能够“应用”一般规则，但前者也可以一种会产生规范性后果的方式使后者失去效力。

99. 例如，1987年《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》的许多规定相对于1985年《保护臭氧层维也纳公约》构成特别法。¹²² 各国在应用《蒙特利尔议定书》第2条中的排放削减时间表时，它们对《维也纳公约》中所载一般性原则做出了具体的解释。虽然在这种情况下可以说各国既应用《议定书》也应用《公约》，但有一种看法是现今《议定书》已将《公约》抛在一边。如今在对有关义务发生争议时，解释的出发点和重点都是《议定书》而不是《公约》的措辞。《议定书》的特别规则代表着对《公约》中规定的义务的独立和权威性解释。然而《公约》所阐述的原则和宗旨继续对《议定书》的解释和应用产生影响。换句话说，在处理“简单的”案件时，可以毫无争议地适用《议定书》，而在“疑难”案件中，在对《议定书》的解释和适用产生争议时，就需要诉诸《公约》等标准来加以解决。

100. 这种想法也适用于即使特别法完全是为了取代一般法的情况。正如伊朗-美国索赔法庭在阿莫科国际金融公司诉伊朗一案中所指出的：

《条约》作为关于两国之间关系的特别法，取代普通法，即习惯国际法。然而，这并不意味着后者与本案不相关。相反，习惯法规则或许有助于填补《条约》可能存在的空白，确定案文中未界定的用语

¹²¹ 这种关系的例子见 Jenks, “The Conflict of Law-Making...”, 前注 8, p. 408-420 和 Sadat-Akhavi, “Methods of Resolving Conflicts...”, 前注 21, pp. 189-191, 各处。另见南方蓝鳍金枪鱼案件仲裁法庭，该法庭指出各条约之间经常存在的类似之处，并指出“执行公约的缔结未必撤销执行公约缔约方根据框架公约所承担的义务”，《国际法材料》第 39 卷（2000 年），英文第 1388 页，第 52 段。该法庭没有指明这是否构成具体应用特别法或使特别法无效，因为日本认为它完全以执行公约所规定的义务取代框架公约规定的义务。

¹²² 《保护臭氧层维也纳公约》，1985 年 3 月 22 日，《联合国条约汇编》，第 1513 卷，英文第 293 页；《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》，1987 年 9 月 16 日，《联合国条约汇编》，第 1522 卷，英文第 3 页；《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》经调整的案文，1990 年 6 月 29 日，第二次会议报告的附件二（UNEP/OzL.Pro.2/3）；以及 1991 年 8 月 27 日的保存通知 C.N.133.1991.TREATIES-3/2（对西班牙文调整和修正正本的补正）。另见《国际法材料》第 30 卷（1991 年）英文第 539 页和《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》经调整的案文，1990 年 6 月 29 日，第二次会议报告的附件二（UNEP/OzL.Pro.2/3）；以及 1991 年 8 月 27 日的保存通知 C.N.133.1991.TREATIES-3/2（对西班牙文调整和修正正本的补正）。另见《国际法材料》，第 30 卷，英文第 541 页。

的含意，或更一般而言，有助于其规定的解释和执行。¹²³

101. 此案与上述 *Neumeister* 一案没有什么不同，欧洲人权法院在该案中不认为《公约》第 5 条第 5 款相对于第 50 条构成特别法，因为法院的推论意见是特别法必须涉及冲突。该法院根据第 5 条第 5 款是一项“实质性”规定而第 50 条则是论述法院权限的规定这一事实来区分这两项规定。但是在应用前者时还是“考虑到”后者。¹²⁴虽然法院在这里没有援引特别法，但是在后来的判例中曾经这样做。¹²⁵

102. 在这两宗案件，即涉及是应用还是背离一般法的案件中，特别法规则的要点是表明应当适用哪一项规则。在这两宗案件中，结果表明可适用的是特别规则而不是一般规则。但是这种取代始终只是局部的。一般规则继续在幕后为特别规则提供解释方面的指导。因此，在最近的石油平台案中，采用了关于使用武力的一般法来解释相关特别法，即伊朗和美国于 1955 年签订的《友好条约》中“必要性”的广义标准。这不是说特别重要的一般法将特别法抛在一边，而是根据前者对后者的含义进行解释。¹²⁶

(二) 特别法作为一般规则的例外

103. 正如上文所指出的，大部分一般国际法都是决定性的，可以通过例外方式予以背离。但是“例外”也只是在相对的意义起作用，以至于被“搁置一边的”规则将继续对这种例外的解释和应用产生影响。人们常说，战争法相对于与同一事项有关的阐述和平时期规范的规则构成特别法。¹²⁷在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性一案中，国际法院讨论了《公民权利和政治权利国际公约》与适用于武装冲突的法律之间的关系。《盟约》第 6 条第 1 款规定了个人生命不受任意剥夺的权利。法院指出，这项权利也适用于敌对行动，但是：

对于是否构成任意剥夺生命行为的检验，应由适用的特别法，即适用于武装冲突的旨在规范敌对行为的法律来决定。¹²⁸

¹²³ 阿莫科国际金融公司诉伊朗案，《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》，第 15 卷，1987-II，英文第 222 页。

¹²⁴ *Neumeister* 诉奥地利，1974 年 5 月 7 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1974 年），第 17 号，英文第 13 页，第 30 段。

¹²⁵ 联合国利比亚法庭的情况有些类似，该法庭于 1955 年面临根据设立法庭的大会（1950 年 12 月 15 日第 388（V）号）决议第 7 和第 10 条对其管辖权提出的异议。利比亚表示，没收问题是在前一条而不是在后一条中讨论，后一条是对法庭的管辖权做出规定，这种管辖权不涉及该问题。利比亚对这一点的说法如下：“在解释方面的普遍法律原则是，如果一般性案文同特殊案文相抵触，则应优先考虑后者”。法庭拒不接受这种反对理由，指出第 7 条仅仅“详细说明”一个事实，即法庭本应对被没收的财产具有管辖权，通常法庭是根据第 10 条行使这种权力。见 *Décision rendue le 27 juin 1955 dans l'affaire relative aux institutions, sociétés et associations visées à l'article 5 de l'accord conclu, en date du 28 juin 1951, entre les gouvernements Britannique et Italien, concernant la disposition de certains biens Italiens en Libye*, UNRIAA, vol. XII, p. 388.

¹²⁶ 正如 Emmanuel Jouannet 所建议的，“Le juge international face aux problèmes de l'incohérence et d'instabilité de droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6.11.2003”, RGDIP vol.108 (2004), p. 933, 936.

¹²⁷ 例如，见 Jenks, “The Conflict of Law-Making...”, 前注 8, p. 446; Wolfram Karl, “Treaties, Conflicts between”, in *Encyclopaedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000) vol.I, p. 937.

¹²⁸ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，1996 年《国际法院案例汇编》，英文第 240 页，第 25 段。

104. 战争法的例子着重说明这样一种情况，即规则本身规定了其适用的条件，即存在“武装冲突”。由于有这种条件，该规则似乎比没有规定这种条件的规则显得“特殊”。这种视为特别法的情形使人们注意到该原则运用的一个重要方面。即使该原则的运用是为说明诉诸例外情况是有理由的，但被搁置一边的规则并未完全消失。¹²⁹国际法院特别指出，在武装冲突中仍然适用人权法。例外情况——人权法——仅对其中一个（尽管是很重要的）方面，即对“任意性”的相关评估产生影响。人道主义法作为特别法并不表明人权在战争中被废除。该法不是以一种正式或绝对的方式起作用，而是作为法院推理的一个实用方面。不论多么想要取消和平与武装冲突之间的区别，但在决定根据何种标准来判断这些（特殊）情况下的行为时，不可能完全忽略战争仍然是和平时期的常态这种例外情况。“核武器的合法性”是一宗“疑难案件”，因为国际法院必须在几套不同的规则之间做出选择，其中任何一套规则都无法完全废止其他规则。特别法只不过表明，虽然只是行使各项人权这点是可取的，但是鉴于武装冲突的特殊性和持续性，这种解决办法过于理想主义。因此法院形成一套系统的法律意见，考虑到确保“国家生存”这一压倒一切的需要，将两套规则之间的关系视为目前的现实与未来的可能之间的关系。¹³⁰

105. 这里要着重指出的是，在特别法作为一般法的例外情况被援引时，就表示事实的特殊性质证明偏离本来是“正常的”行动方针是有理由的。这再次突出了特别法在就有关“一般性”和“特殊性”，什么是“正常的”，什么是“例外”做出实际判断方面所起的作用。有时是在一项文书内作这种区分。因此，《公民权利和政治权利国际公约》第4条规定，“如紧急状态危及本国”，缔约国有权减免履行其依照盟约某些条款所负的义务。在符合这种实际条件时，就产生一种与“武装冲突”类似的情况，从而有理由适用国际法院在有关核武器的合法性的意见中所提及的战争法。同样，在后一种情况下，在发生紧急状态时，要么继续适用有限程度的合法性，否则实际上将会出现全然违反宪法的法律真空。

106. 但是条约中往往没有就构成“特殊”情况的实际条件做出规定，必须通过正规手段来确定是否存在默契、不容反悔的规定、实效、历史性权利、情势的变迁或当地惯例（通行权案）等。这种评估取决于并不断参照对一宗案件至关重要和无关紧要的因素、以及对应突出和掩盖的方面的评价性判断。例如，实效或“历史性上的统一”是否可作为正式的“所有权”之前的一种例外的根据，或反之亦然？有时（如 Pulau Ligitan 和 Pulau Sipadan 案件）实效可能实际上作为所有权的根据，有时原先存在的所有权可能使任何实效变为非法（巴卡西半岛案件）。没有任何先验的解决办法看来是可适用的。¹³¹

¹²⁹ 然而意见书中关于人权法的边际作用的观点受到批判，见 Vera Gowlland-Debbas, “The Right to Life and Genocide: The Court and International Public Policy”, in Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands (eds.) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) pp.321-326。

¹³⁰ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，1996年《国际法院案例汇编》，英文第267页，第105 E段。

¹³¹ 见关于对 Pulau Ligitan 和 Palau Sipadan 的主权案（印度尼西亚诉马来西亚），2002年《国际法院案例汇编》，英文第682页，第134段和英文第684页，第145段（实效为马来西亚所有权的根据）和关于喀麦隆与尼日利亚间海陆边界的案件（喀麦隆诉尼日利亚，赤道几内亚干预），2002年《国际法院案例汇编》，英文第112页，第223段和英文第44-46页，第52和54-55段（实效非法）。另见关于边境争端的案件（布基纳法索诉马里）1986年《国际法院案例汇编》，英文第564页，第18段（“事实上所有权的概念广义来说也可包括可以确定一项权利的存在和这项权利的实际来源的任何证据”）。

107. 基于实效的论据，和基于不容反悔规定（隆瑞古寺案件）以及历史性权利（英国—挪威渔业案件）的论据一样，都类似于特别法。¹³² 它们的目的是力求使法律对特定情况做出回应。它们还建立一种非正式的等级系统，寻求通过指出相关事实，将特殊情况与其一般性（和正式）的背景区分开来。与“核武器的合法性案件”的咨询意见一样，这些论据尚未决定以什么作为突出有关事实的根据以及什么是选择解释性框架的正当理由。“武装冲突”的事实说明在何种程度上影响《公民权利和政治权利国际公约》第6条有关“任意剥夺生命”说法的含义？在这方面没有任何单一的准则。¹³³ 必须权衡各种不同的考虑因素，要使权衡有别于表示任何倾向，就必须设法参照法律的各项系统目标，以其作为解释之依据和背景。

(c) 被禁止的特别法

108. 大部分一般国际法可通过特别法予以偏离。但有时或者明确禁止偏离，或者可偏离一般法的性质。关于绝对法的情况将在下文E节进行讨论。例如，就最近的《奥巴委公约》争端（爱尔兰诉联合王国）案件，仲裁法庭认为，不言而喻，其任务是在适用《奥巴委公约》的同时，也适用国际惯例和一般法律原则，只要这些惯例和原则未被作为特别法的《公约》所推翻。但法庭又补充说，“尽管如此，它还必须尊重当时存在的与当事国的特别法可能不一致的相关绝对法之规定”。¹³⁴ 除了绝对法之外，可能还有其他类型的一般法也禁止偏离。例如，在人权规范相互抵触时，通常认定对受保护权益较为有利的规范优先。¹³⁵ 至少，那些对受益人不利的偏离看来要被排除。

109. 是否允许通过特别法来偏离一般法将取决于对有关一般法的解释。看来有关的考虑至少包括以下几点：一般法的规范地位（该法律是否是绝对法？）；所涉义务的受益者是谁（禁止偏离那些使包括个人或国家实体在内的第三方受益的法律）；是否可以通过其他办法，从一般性规则的条款中推断出该规则是不可偏离的（例如，该规则具有“整体”或“相互依存”性，或具有普遍适用性质，或是随后的实践产生了对不可偏离性的期望）。¹³⁶ 在有些情况下，禁止偏离的理由可以是偏离将“破坏一般性条约在其缔约国的权利与

¹³² 关于隆瑞古寺的案件（柬埔寨诉泰国）（案情实质），1962年《国际法院案例汇编》，英文第23页；渔业案件（联合王国诉挪威），1951年《国际法院案例汇编》，英文第130-131页。

¹³³ 正如 McDougal, Lasswell & Miller 所强调的那样，*The Interpretation of International Agreements*... 前注 73, p. 206。

¹³⁴ 关于获取《奥巴委公约》第9条项下信息的争端（2003年7月2日的最终裁决），《国际法案件汇编》，第126卷（2005年），英文第364页，第84段。

¹³⁵ Karl, “Treaties, Conflicts between”... 前注 127, p. 939; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts*..., 前注 21, p. 213-231。另见 Eysinga 和 Schücking 法官在 Oscar Chinn 案中的个别意见，《常设国际法院案例汇编》，A/B辑，第63号（1934年），英文第132-135页、第149页。

¹³⁶ 关于正常（“相互”）与“内在”和“相互依存”义务之间的区别，见 Fitzmaurice 爵士撰写的关于条约法的第三次报告，*Yearbook*... 1958 vol. II, p. 40, para. 76。关于国际法院内在国家责任项目的最后阶段对这个区别的处理办法，见 James Crawford 撰写的关于国家责任的第三次报告，A/CN.4/507/add.4 号文件（2000年），英文第44-48页，第99-108段。可进一步参见下文E节。

义务之间建立的平衡”，¹³⁷ 但也可以同样的理由来禁止规则的适用或修改。除了具有公法性质的条约（无论该类别是如何界定的）之外，这还适用于国际组织的组成文书。¹³⁸

110. 在实践中，这些考虑因素有时可能引起这样一个问题：与“适用”、“更新”或“修改”相比，何为“偏离”？对这个问题的看法可能各不相同，而这种不同势必反映出对一般法的不同理解。例如，某项技术性适用是否会对某项脆弱的一揽子交易产生威胁？如果仅注意特别法，而不对一般法的性质及合理目的形成某种看法，是无法解决上述问题的。

(d) 一般法与特别法之间区别的相互关联性

111. 特别法规则方面存在的困难之一，源于“一般”和“特别”之间的区别并不分明。每条一般规则都涉及某些特别的内容，即包括了某些事实陈述，作为其适用的一般条件，从这个意义上说，每条一般规则也都是特别的。例如，《禁止杀伤人员地雷公约》（《渥太华条约》）规定了关于使用地雷的一般法。¹³⁹ 然而，该公约也是人道主义法一般规则的一个“特别”方面。另一方面，所有特别法都具有一般性，因为规则的一个特点就是“一般”地适用于某一类情况。每一条规则都可以下述方式来表述：“规则 q 适用于每一个 p 的说法成立”。没有任何规则仅适用于一种情况。一项规则所适用的情况即使很少，为使标准成为一项规则（而不是对某人的命令），就必须做出一般性的界定。在许多国内法对法律（laws）和法令（acts），或 *loi* 和 *acte*（法文的“法律和法令”）、*Gesetz* 和 *Massnahme*（德文的“法律和法令”）所作的区分中反映出这一点。

112. 因此，一般性和特殊性是相互关联的。一条规则是“一般”还是“特别”，绝不是抽象的概念，而是与其他一些规则相关的。这种相关性在两个方面起作用。一条规则是一般还是特别可能与其主题事项（事实描述）有关，也可能与其行为受该规则约束的行为者的数目有关。¹⁴⁰ 因此，使用杀伤人员地雷是人道主义法这个一般主题内的一个特别主题。一般惯例和地方惯例之间的区别也可作为所涉行为者数目方面的一个例子。这些方面可能重叠。因此，有的规则可能在主题事项上是一般性的（例如睦邻友好条约），但仅适用于数目有限的（两个）国家之间的特别关系。

(一) 关于缔约方的特殊性

113. 在考虑把特别法作为解决冲突的手段时，必须区分以下两类情况：一类情况是，不同的义务在相同的国家之间均有效和适用（A/B+A/B），另一类情况是，如果在一种关系中履行某项义务（A/B），则无法在另一种关系中履行另一项义务（A/C）。人们通常参照先后所订条约来讨论这两种情况（《维也纳条约法公约》

¹³⁷ Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, supra note 21, p. 131.

¹³⁸ 例如见 Ignaz Seidl-Hohenveldern, “Hierarchy of Treaties”, in Jan Klabbers & René Lefeber, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (The Hague: Nijhoff, 1998), pp. 15-16; Karl, “Treaties, Conflicts between”, 前注 127, p. 940.

¹³⁹ 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》，1997年9月18日，《联合国条约汇编》，第2056卷，英文第211页。

¹⁴⁰ Villiger, *Customary International Law...*, supra note 76, p. 36; Kontou, *The Termination of Treaties...*, supra note 65, pp. 19-20.

第 30 条), 尽管本报告的 D 节将讨论这些问题, 但说明特别法是如何在这些关系中起作用 (如果确实起作用) 的, 仍不无裨益。

114. 在第一类情况 (A/B+A/B) 中, 特别法确实在一个很窄的范围内适用, 即 A 和 B 都有权按照自己的意愿修正它们以前的条约或偏离大部分一般法律。然而, 不能自动排除其他情况, 例如, 两个国家在缔结一项一般性措词的条约时, 希望因此废除以前签署的某项较为具体的条约。在这样的情况下, 特别法可能具有表示缔约方意愿的某种价值:¹⁴¹ 如果可以认为, 先前的条约义务所具有的特殊性表明缔约方并没有设想该义务可以被后法所取消, 则后法不得取消该义务。如果某项多边条约的数目有限的缔约方在彼此之间建立了一个特别制度, 这种情况也受《维也纳条约法公约》第 41 条下有关“修改”的规定管辖, 在这里无法就其进行任何详细的讨论。

115. 难以处理的情况是, 一个国家 (A) 对两个 (或多个) 国家 (B 和 C) 承担了相互冲突的义务, 并出现了哪项义务应当优先的问题。在这种情况下, 特别法看来基本上不相关。每个双边 (条约) 关系都受“条约必须遵守”原则的制约, 并排除对第三方的影响。《维也纳条约法公约》第 30 条没有对这样的冲突做出规定。¹⁴² 一个国家如果参加了相互冲突的法律文书, 实际上需要选择它将执行哪一项条约和违反哪一项条约, 连同因违反条约而承担国家责任的后果。¹⁴³

(二) 关于“事项”的特殊性

116. 正如上文所指出的, 为了确定一条规则是“特别”还是“一般”, 需要进行一次关系评估: 该规则在什么意义上是特别的? 在哪些方面是一般的? 由于那些只有在某些方面相互类似的规则才能够加以比较, 而且才能够相互冲突, 因此必须和 Fitzmaurice 一样假设, 特别法“仅适用于有关具体规定和一般规定均处理同一实质性问题的情况”。¹⁴⁴ 此外, 关于国家为国际不法行为承担责任的第 55 条草案所附评注规定, 如果要适用特别法, 各项规则必须处理的是同一事项。¹⁴⁵

¹⁴¹ 正如 Rousseau 所述, “De la compatibilité des normes ...”, 前注 36, p. 177; Manfred Zuleeg, “Vertragskonkurrenz im Völkerrecht. teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten”, GYBIL vol 20 (1977) pp. 246-276, p. 256。可进一步参见 McNair, *The Law of Treaties*, 前注 57, pp. 219-220。这符合《维也纳条约法公约》第 30 条第 4 款。另见 Mus, “Conflicts between Treaties ...”, 前注 21, pp. 217-219。

¹⁴² Lauterpacht 最初提出, 后来的条约除非具备“一定程度的一般性, 从而使其获得立法文件的性质”, 否则将被视为无效, 见关于条约法的报告, *Yearbook ... 1953 vol. II*, pp. 156-159。然而, 后来的特别报告员 (Fitzmaurice 和 Waldock) 认为, 这个观点不合理地使得后来条约的无辜缔约方处于不利地位。

¹⁴³ Zuleeg 把这称为“政治自由原则”, “Vertragskonkurrenz im Völkerrecht...”, 前注 141, pp. 267-268。另见 Mus, “Conflicts between Treaties...”, 前注 21, pp. 227-231。以下两个人很好地阐述了《维也纳条约法公约》第 30 条的起源和对该条的评论: Sur, *L'interprétation en droit ...*, 前注 106, pp. 167-171 和 Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts ...*, 前注 21, pp. 59-84。就这个问题进行了最全面讨论的人是 Gyuora Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction, the Dialectic of Duplicity* (New York: Praeger, 1988)。

¹⁴⁴ 见 Gerald Fitzmaurice 爵士著, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points”, BYBIL vol. 33, (1957) p. 237。

¹⁴⁵ 关于国家责任的条文草案第 55 条第 4-5 款的评注, 见《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10), 2001 年, 英文第 358-359 页。

117. 但是，正如在上文 B.2 节所指出的那样，“同一事项”作为适用冲突规则的一项条件的标准太不具体而无法使用。对不同情形的定性可能有不同的看法，这主要取决于个人思想中的规范目的。从某种意义上讲，国际社会的大部分活动都与“环境”有关，那么是否每个问题都是环境规则所论述的“环境”问题？但大多数形式的国际行为也与“人权”或“安全”有些关系。凡此种种都与应该适用什么样的规则无关，而与如何确定某种情势的相关特征有关。

118. 上面所举的例子涉及到海上运输危险品问题。这个案件是属于这一套规则还是那一套特别规则管辖，将取决于解释者认为下列哪个因素在所涉情况中是有意义的考虑因素：法律旨在促进的是贸易、船旗国或沿岸国的管辖权还是环境保护？其中没有哪种看法相对于其他看法具有内在优先性。这就是为什么在疑难案件中，为了做出有充分理由的裁决，必须将所有这些都考虑进去，并阐明这些考虑因素之间的某种系统关系的原因。不能把其中任何考虑因素置于不顾，正如国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性一案中没有把人权法或所援引的任何其他法律分支（环境法、人道主义法、使用武力法）置于不顾一样。所有这些法律在某种意义上说都是特别法。但这并不意味着国际法院的以下裁决是无懈可击的：法院“无法明确地断定，在事关国家生死存亡进行自卫的极端情况之下，以核武器进行威胁或使用核武器的做法是否合法”。¹⁴⁶也许可以对国际法院所详细讨论的系统一致性以及在“事关国家生死存亡”问题上所阐述的最高价值观加以批判。但是，重要的不是这个裁决正确与否，而是在做出这个裁决时没有把任何法律“自动”地置于不顾。国际法院在编写上述咨询意见时考虑到了所有这些法律，该意见的权威性在于，当其然后提出所涉法律的决定性目的时，所作论述是貌似有理的。

(e) 特别法的结论：“一般法”的无所不在

119. “特别法优先于一般法”指的是一个标准的法律推理手段，国际法以及其他被视为体系的法律领域都采用这个手段。其效力完全取决于所阐述的规范性考虑因素：对具体情况的敏感性、反映国家意志的能力、具体性、清晰性、明确性。在独立评估这个手段的运用情况时，不能不考虑上述后一类考虑因素在具体法律推理中所发挥的作用。一项具体的协定与涉及这项协定的一般法之间有着什么样的关系？它是在实施或支持一般法，还是或许在偏离一般法？对一般法的偏离是否可以容忍？这样的问题不会有普遍适用、独立于具体情况的答案。从这个意义上讲，无法对这条特别法准则进行有意义的编纂。

120. 在讨论特别法的作用时，应当结合对特别法据称将要修改、替代、更新或偏离的一般法的性质和宗旨进行评估。这突出表明了推理的系统性，而“特别法”中的论据正是这种推理极为复杂的一部分。任何规则、条约或惯例，无论其所涉事项多么特别，或所涉国家的数目多么有限，都不是在真空中适用的。其规范性环境不仅包括任何可能与所涉事项有关的一般法，而且还包括确定有关法律主体及其基本权利和义务的原则以及补充、修改或取消这些权利和义务所采取的形式，将在下文 F 节进行更加详细的阐述。像“主权”、“互

¹⁴⁶ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，1996年《国际法院案例汇编》，英文第266页，第105 E段（答复）。

不干涉”、“自决”、“主权平等”、“不使用武力”、“兼听则明”、“任何人均不得因不当行为而获利”等原则，以及像特别法和后法这样的解释性准则，还有大量其他法律推理手段，都是这个框架的组成部分。

121. 一般法与特别规则之间的关系是普遍存在的。人们总是可以就某一具体的国际法规则询问它是如何与其规范性环境相关联的。这种关系并非总是显而易见。有的时候，国家制定的具体权利和义务，似乎根本没有涉及这一事项的一般法。在这种情况下，这些权利和义务在表面上看来不具备特别法的性质，不将它们与任何较为“一般的”权利和义务进行比较。这些规则“周围”的规范性领域似乎仍是一个无法律范畴，正如这些新的法规现在所涉及的事项在新法规生效之前所处的状态一样。

122. 然而，以上所述表明，无论围绕着国际法的“空白”这个老问题存在着什么样的逻辑、概念或政治问题，¹⁴⁷ 至少从一个意义上说，关于特别法存在着一个无法范畴的说法在概念上是不可能成立的。如果某个法律主体根据“特别法”提出一项权利要求，那么只有参照法律体系的整个背景，了解“特别法”是如何颁布的，其“特别”之处在哪里，以及特别法是如何实施、修改和终止的，才能够断定这一权利要求是否有效。不可能为提出有限意义上的法律要求，只选择法律的某一部分，而把法律的其他部分抛在一边。这是因为，法律推理是在一个封闭和循环的系统中进行的，只有通过承认其他法律权利要求的正确性，才能够决定是承认还是不承认一项法律权利要求。这可以通过所谓的“自足制度”问题来加以说明。

3. 自足（特别）制度

(a) 什么是自足制度？

123. 委员会在就国家对国际不法行为的责任条款草案第 55 条（特别法）提出的评注中明确地区分了两种情况：一种是“较弱的特别法形式，例如具体的条约对某一问题的规定”，另一种是“强势的特别法形式，包括经常提到的自足制度”。尽管评注没有对“强势的形式”做出界定，但是列举了两个例子：常设国际法院对温布尔登案（1923 年）的判决和国际法院对人质案（1980 年）的判决。¹⁴⁸

124. 这种做法也有一定的模糊性。委员会确认自足制度并将其定义为国家责任法内特别法的一个亚类（即“强势的形式”）。这一定义似乎涉及一组特别次要规则要求优先于国家责任一般法次要规则的情况。该定义严格遵照国际法院在人质案中对这一术语的用法。在该案的审理中，法院将外交法确定为一种自足制度，其依据恰恰是外交法为处理违规行为而设立其自己“内部”制度的方式。

简而言之，外交法规则构成了一个自足制度，它一方面规定接受国应向外交使团提供设施、特权和豁免的义务，另一方面也预见使团成员可能滥用相关权利，并明确规定接受国处理此类滥用权利可采

¹⁴⁷ 这一讨论并不打算在关于是否可以允许或是否应该在最后指出“案情不明”的辩论中支持任何一方，Hersch Lauterpacht 与 Julius Stone 讨论了这个问题，Lucien Siorat、Gerald Fitzmaurice、Ulrich Fastenrath 等人的著述也详细讨论了这个问题。

¹⁴⁸ 关于国家责任的条款草案第 55 条第 5 款的评注，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，(2001 年) 英文第 358-359 页。

用的手段。¹⁴⁹

125. 换言之，接受国不得采取对等行为而违反外交豁免规定；接受国只能采用外交法中规定的纠正补救措施。法院假定这些补救措施“完全有效”。在尼加拉瓜案中，法院对人权法也采取基本相同的态度：有关条约具有其自身的责任追究制度，因此，其他反应方式都是不宜采用的。¹⁵⁰

126. 然而，常设国际法院对温布尔登案的判决采用了一种更为宽泛的自足制度概念。该案涉及基尔运河的地位问题，受关于国内水道的一般法以及 1919 年《凡尔赛条约》关于该运河的特别规则的管辖。法院就适用的法律做了如下的叙述：

尽管由德国在其领土上修建的基尔运河直至 1919 年始终是兼有运河两岸土地的德国国内的一条水道，但（凡尔赛）条约仍然谨慎行事，未将该运河同德意志帝国其他内部可航行水道等同起来。在第十二部分的末尾还专门设立了一节条款……增添了关于基尔运河的专门规则；这些规则同该帝国其他内部可航行水道的规则在若干方面存在着差异……较为具体的差异在于：基尔运河向未同德国交战的所有国家的船舶及过境运输开放，而德国其他可航行水道的自由通行权……仅限于协约国和参战国。因此，基尔运河的各项规定是自足的。（其）依据的理念，是无法通过同[其他水道的有关规定]进行类推而理解的，而应当进行“反论”解释，即通过论述来排除这些规定。¹⁵¹

127. 在此处，“自足制度”概念并不仅仅限于一套特别的次要规则。基尔运河制度的“特殊”性似乎源于《凡尔赛条约》有关条款规定的一些主要规则，特别是关于德国义务的规则的特殊性，而不是源于关于违规的特别规则的特殊性。虽然法院在此处使用了“自足”的字眼，但很难确定它除了表示当存在关于某一问题的具体协定规则时，这些规则将优先于任何外部规则，除此之外是否还有其他含义。这显然是法院于 1925 年发表的一份意见书中所用字眼的含义。在这份意见书中，法院认为，为了解释一个条约中的特定词语，不必参照外部资料来源：“因此一切似乎都表明，在这一点上，公约是自足的，并且……[应当采用]词语的自然含义”。¹⁵² 当然，这是一个很常用的司法手段，而且符合以上 C 节所述的关于条约规则实际优先于一般法的原则。¹⁵³

128. 因此，还是能够对“自足制度”概念的两种用法加以临时区分的。从狭义上说，使用这一术语意味着在处理一项违法行为的后果时，国家责任法中的一套特别次要规则要求优先于一般规则。从广义上说，使用

¹⁴⁹ 美国在德黑兰的外交和领事人员案（美国诉伊朗），1980 年《国际法院案例汇编》，英文第 41 页，第 86 段。

¹⁵⁰ 法院指出，使用武力不是“确保尊重人权的适当方法”，因为“当人权受到国际公约保护时，这种保护的形式是，依据各公约本身规定的安排来监测或确保对人权的尊重。尼加拉瓜案，第 267-268 段。

¹⁵¹ 温布尔登案，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号（1923 年），英文第 23-24 页。

¹⁵² 交换希腊和土耳其居民案，咨询意见，《常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 10 号（1925 年），英文第 20 页。

¹⁵³ 这在领土纠纷中是常见的。如果一项条约确定了一个领土边界，那么就不必再讨论实际占领地保有原则，即关于相关有效性的国际法，例如见领土纠纷案（利比亚诉乍得）1994 年《国际法院案例汇编》，英文第 38-39 页，第 75-76 段。

这一术语是指主要规则与次要规则间相互关联的整体，有时也指以不同于一般法所采用的方式处理某一特定问题的规则“系统”或“子系统”。这样一套规则的范围可能是有限的，例如国际法院与罗马规约缔约国间的司法合作制度，这套规则也可能是相当宽泛的¹⁵⁴，例如将《欧洲人权公约》解释为“欧洲公共秩序（*ordre public*）保护个人的一种手段”。¹⁵⁵ 从这一广泛的含义来看，自足性实际上同国际法契约性的特点密不可分：如果一个事项受一项条约管辖，那么通常没有理由再诉诸其他渊源。

129. 但“自足制度”概念的使用偶尔也会超出温布尔登案所采用的含义。有时，外交或学术专业知识职能专门化的整个领域被描述为是自足的（不管是否使用这一字眼），因为人们认为这些领域适用特别的规则及释法和管理手段。¹⁵⁶ 例如，“人权法”、“世界贸易组织法”、“欧洲法/欧洲联盟法”、“人道主义法”、“空间法”以及其他领域经常被认为是“特别”领域，因为在这些领域的管理中通常都假定要对一般国际法规则进行修改，甚至排除。人们在提到“国际环境法的原则”或“国际人权法的原则”时，往往假定这些原则在某方面同一般法对类似情况的规定有所不同。

130. 例如，“灵活”或者目的性释法原则在人权法中要比一般国际法中更加根深蒂固。¹⁵⁷ 众所周知，欧洲人权法院认为，在适用一项“规范性条约”时，应依据其目标和宗旨而不应依据对缔约国义务的最狭窄的解释。¹⁵⁸ 该法院所作的如下陈述，进一步突出了与一般法的区别：

……与传统类型的国际条约不同的是，[欧洲]公约不仅包含缔约国之间相互对等的约定，它还在相互及双边关系网络的基础上确立的各项客观义务。¹⁵⁹

131. 通过将自身同国际法院进行比较，欧洲法院发现“不同法庭的作用和宗旨有着根本的区别，从而为公约的做法不同于国际法院的做法提供了有力的依据。”¹⁶⁰ 而美洲人权法院和人权委员会也采取了相同的态度，

¹⁵⁴ 关于这一点，见 Göran Sluiter, “The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol.25 (2003), p.629.

¹⁵⁵ 塞浦路斯诉土耳其，2001年5月10日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》2001-IV，英文第25页，第78段。

¹⁵⁶ 有关论述，见 L.A.N.M.Barnhoorn & K.C.Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules...* 前注 12。

¹⁵⁷ 关于“灵活”或者“目的性”释法原则在人权法中的作用，见 Patrick Wachsmann, “Les methodes de l'interprétation des conventions à la protection des droits de l'homme”, in: SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Coll.1998 (Paris: Pedone, 1998) pp.188-193. 另见 Lucius Cafilisch & Antonio Cancado Trindade, “Les conventions americaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général”, 108 RGDIP vol.108, (2004) pp.11-22.

¹⁵⁸ *Wemhoff* 诉危地马拉共和国阵线，1968年6月27日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》(1968年)A辑，第7号，英文第23页，第8段。

¹⁵⁹ 爱尔兰诉联合王国，1978年1月18日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》(1978年)A辑，第25号，英文第90页，第239段。另见 *The Effect of Reservations*, OC-2/82, Int-Am CHR Series A, No. 2, pp. 14-16, paras. 29-33 和 *Restrictions to the Death Penalty*, OC-3/83, Int-Am CHR Series A, No. 3, pp. 76-77, para. 50.

¹⁶⁰ *Loizidou* 诉土耳其（初步反对意见），1995年3月23日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》(1995年)A辑，第310号，英文第26-27页，第70-72段，英文第29页，第84-85段。

可见，这并不是欧洲公约的标新立异的做法。¹⁶¹

132. 这第三种含义上的自足制度主要是通过提供释法指导和指示来起作用，这种指导和指示在某方面偏离一般法规则。它涵盖了一套范围广泛且以不同方式相互关联的规则体系，而假定一般法受影响的程度也大不相同。那么，1971年联合国秘书处向委员会提交的报告将国际法划分为17个不同的“专题”或“部门”，其实际规范意义何在？¹⁶² 即使可以说这种划分仅仅是“相对的”且主要用于教学目的，但人们仍常常将这样划分的部门或子系统同有关规则管理方面的特别法原则相联系。¹⁶³

133. 这并不是说这第三种含义上的自足制度的作用就明确或简单了。实际上，诸如 Brownlie 或 Pellet 等作者都对过于强调“人权法”之类法规的特殊性进行了批评。¹⁶⁴ 同样，“国际环境法”是否应被划分为国际法的一个特别部门且适用比较狭义的释法原则，还是仅仅作为环境条约或习惯规则的总汇，这个问题或许显得过于抽象，没有多少实际意义。¹⁶⁵ 将武装冲突方面的法律划分为特别法或者自足制度，或甚至看作是“一套偏离国际公法的规则”，¹⁶⁶ 这大大扩大了条约法等一般规则受影响的范围。¹⁶⁷ 然而，不管国际法“通晓者”如何怀疑这种划分的规范性，但是这些领域内的“专家”通常认为这些划分的意义非同小可。此类制度具有很强的功能性，同时也能够起到指出和阐明有关利益的作用，这些利益为有关规则的管理确定了方向。¹⁶⁸

¹⁶¹ 美洲法院援引欧洲法院的做法，将“人权条约是动态的，释法者必须考虑今昔变化和当前现状”的原则看作“人权法法典”的一部分，见 *Consular Assistance*, Advisory opinion of 1 October 1999, Int-Am CHR Series A, No. 16, pp. 256-7, paras. 114-115。在其具有争议性的第 24 号一般性评论意见中，联合国人权委员会表示，《维也纳条约法公约》的规定是“不宜用于解决人权条约的保留问题。此类条约，特别是该公约，并非国与国之间相互义务交换的一个网络。它们关系着个人的权利赋予问题。国与国之间对等的原则不适用……”，有关批准或加入该公约任择议定书所作保留问题或就该公约第 41 条发表的声明的一般评论意见，见 CCPR/21/Rev.1/Add.6 (1994) 号文件，另见《国际法材料》，第 35 卷（1995 年）英文第 839 页，第 17 段。

¹⁶² 国际法概览，秘书长编写的工作文件，《1971 年……年鉴》，第二卷，第一部分，英文第 1 至 99 页。

¹⁶³ 关于讨论情况，例如见 Peter Malanczuk, “Space Law as a Branch of International Law” in Barnhoorn & Wellens, *Diversity in Secondary Rules* ... 前注 12 pp.144-146。

¹⁶⁴ 见 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford Oxford University Press, 2003) 6th ed., pp.529-530 (a criticism of the speciality of human rights law); Alain Pellet, “Droit de l’homme et droit international”, Gilberto Amado Memorial Lecture, 18 July 2000 (UN 2000)。

¹⁶⁵ Tuomas Kuokkanen 对这一问题进行了重点探讨，见 *International Law and the Environment. Variations on a Theme* (The Hague: Kluwer, 2002) (回顾了国际律师从较为直接地运用传统规则到使用繁杂的渊源制度来处理环境问题的历史)。

¹⁶⁶ H.H.G. Post, “Some Curiosities in the Sources of the Law of Armed Conflict Conceived in a General International Legal Perspective” in Barnhoorn & Wellens, *Diversity in Secondary Rules* ..., supra note 12, p. 96。

¹⁶⁷ 例如，必须维护和平条约的约束力这一点同《维也纳条约法公约》第 52 条规定的原则（以威胁或使用武力对一国施行强迫则无效）之间可能出现的冲突也许根本无法在《维也纳条约法公约》的范围内得到解决。

¹⁶⁸ 从社会学意义上讲，甚至可以说这些制度表达了不同的社会理念：它们之间的冲突就表现为理念冲突——例如，环境理念和贸易理念、人权理念和外交理念的冲突。这样的定义表明，国际法的不成体系问题反映了全球化社会现实本身非常根本的一面——领土作为社会区分的原则已经为（非领土）功能性取代。可进一步参见 Martti Koskenniemi & Päivi Leino, “Fragmentation of International Law? ...”, 前注 14, pp. 553-579 和 Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, “Regime-Kollisionen: Kompatibilität durch vernetzung Statt Rechsteinheit”, 即将出版。

134. 就一般国际法在贸易法中的作用进行的辩论就可以说明这一点。毫无疑问，世界贸易组织的争端解决制度是一个自足制度，也就是说《解决争端的谅解书》(DSU)第23条排斥了在世界贸易组织制度“特定子系统”之外采取单方面确定违规或者采取对应措施的做法。¹⁶⁹有时，有人会主张，一般国际法不应当被应用于世界贸易组织条约的管理当中，因为后者从总体方向上来说与通常意义上的国际公法存在着根本的区别：后者的依据是国家主权，而前者的理论依据是比较优势。二者衍生的释法原则往往完全对立。¹⁷⁰现在，世界贸易组织争端解决机构已经广泛采用国际习惯法和一般原则来解释世界贸易组织各项条约。¹⁷¹不管世界贸易组织所涵盖的条约的性质如何，很少有律师还会坚持认为这些条约完全排斥国际公法。¹⁷²然而，仍需回答的一个问题是，贸易方面的理念有时——或许经常——同维护主权方面的理念相冲突，并且在必须做出选择时，贸易法的一般目标和“原则”——不管如何加以理解——对贸易机构和专家来说将会比传统的解释方法似乎更可取。

135. “自足制度”的三种概念相互之间并没有明确的区分。一套次要规则的特别体系——国家对国际不法行为的责任条款草案第55条所述的主要情况——通常是通过制订一项条约或者密切相关的一套条约而形成的。1985年的《保护臭氧层维也纳公约》以及与此相关的1987年的《蒙特利尔议定书》中的“违约制度”就是一例，该议定书优先于该公约中的争端解决标准条款。¹⁷³某一(领土、功能)问题方面的特别制度(温布尔登案)可以包括若干个文书或者做法，它们由于针对同一个问题(例如建立一个自由贸易区或世界贸易组织管理的贸易制度一类的世界贸易制度)而合为一体。毫无疑问，条约制度从第一或第二种含义上说都具有特殊性，也就是说，它既是一个自足的补救制度(国家责任)，也是关于采纳、修改、管理或终止有关义务的一套特别规则。

136. 从最广泛的概念上说，“自足制度”涉及全世界所有具有专门功能或目的倾向的整个领域：例如，在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性一案中，国际法院将武装冲突方面的法律确定为特别法；又例如，环境法通常被认为会附带一些特别原则，如预防原则、“谁污染谁付费”原则以及“可持续发展”原则，这些原则为处理环境问题指明了方向。¹⁷⁴在牛肉荷尔蒙案一类的情形下，我们便可以看出这种特殊性的意义。在此类情形中，欧洲共同体在世贸组织中主张，在对欧共体禁止进口某些肉或肉类产品措施的合理性进行评估时，应当考虑1992年《里约宣言》所通过的谨慎原则。而上诉机关却指出，虽然该原则也许已经“实际

¹⁶⁹ “特定子系统”一词见 Gabrielle Marceau, “WTO Dispute Settlement ... 前注 42, p. 755, pp. 766-779。”

¹⁷⁰ Jeffrey Dunoff, “The WTO in Transition: Of Constitutents, Competence and Coherence”, *George Washington International Law Review*, vol.33 (2001) pp. 991-2。

¹⁷¹ 关于一般情况，见 James & Kevin R. Gray, “Principles of International law in the WTO Dispute Settlement Body”, *ICLQ*, vol.50 (2001) pp. 249-298 and Eric Canal-Forgues, “Sur l’interprétation dans le droit de l’OMC”, *RGDIP*, vol.105 (2001) pp. 1-24。

¹⁷² 进一步参见下文 C.3. (c) (二) (2) 节。

¹⁷³ 见《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第8条以及 Martti Koskeniemi 的评论, “Breach of Treaty or Non- Compliance. Reflections on the Enforcement of the Montreal protocol”, *YBIEL* vol.3 (1992) pp.123-162。

¹⁷⁴ 例如见 Brownlie, *Principles...*前注 164, pp. 274-281。另见 case details *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory opinion*, *I.C.J. Reports* 1996 p. 226 *passim*。

成为环境习惯法的一项一般原则”，但它并未明确成为一般习惯法的一部分。¹⁷⁵ 如果将这一原则划为“环境习惯法”的一项原则，那么当然就难以确定在何种情况下这一原则可以在“国际贸易法”下适用。

137. 似乎“国际法的大多数行动[已经]转向依照专门制度行事”。¹⁷⁶ 至少就国家责任来说，这已经成为达成统一制度的必由之路。要成功制定一套次要规则（这是特别报告员们之间分歧的主要焦点之一），这些规则就必须具有一般性，这样，各国在就某个主题采用主要规则时，就自然会也有兴趣采用针对违反主要规则行为而制定的次要规则。现在，各国已经从正式的争端解决办法转而采用环境条约中“比较柔和的”、非敌对形式的责任追究办法（“违约机制”），这就是一个例证。这种转变不必过于引发问题。正如 Crawford 所述，委员会从来没有认为其制定的责任制度是一个“适合一切”的制度。各国是愿意采用还是不采用一般法，这是一个“政治问题以及（与现有制度有关的）释法问题”。¹⁷⁷ 但是如果该制度不能提高有关义务的效力，而是减弱了现有的标准——Prosper Weil 若干年前就曾非常引人注目地指出了这一问题¹⁷⁸——那么就可能需要剩余适用或“转而采用”关于国家责任的一般法。

(b) 自足制度与国际法委员会有关国家责任的工作

138. 特别报告员罗伯托·阿戈在对被违反的国际义务的“根源”和“内容”的讨论中论述了这一问题。¹⁷⁹ 被违反的准则的特征是否影响到随后产生的责任的类型？众所周知，阿戈通过对国际“罪行”和“简单违反”的区别，主要从国家责任分级的角度讨论了这一问题。¹⁸⁰ 在此，没有必要对这一问题进行探讨。然而，应注意到阿戈认为除这一区别外，无需按照被违反义务的根源或内容对不同的后果进行分类。他的目标是制订一套普遍适用的有关不法行为的规则，并能涵盖任何违反主要规则的行为，他实现了这一目标。与这种普遍性相对应，他承认国家有权就违反某些类型的主要规则的特别后果做出规定：

在一些国家之间缔结某项条约的情况下，它们可以就违反条约特别规定的义务行为规定一个特别责任制度。¹⁸¹

¹⁷⁵ 欧洲共同体——有关肉类和肉类产品的措施（荷尔蒙）案（1998年1月16日），WT/DS26/AB/R, DSR 1998:I, 第180-181页，第123-125段。关于环境法中的“预防原则”，见 Patrick Daillier & Alain Pellet, *Droit international*前注73, (2002) pp. 1307-1310。

¹⁷⁶ Daniel Bodansky & John R. Crook, “Introduction and Overview to Symposium: The ILC's State Responsibility Articles”, *AJIL* vol.96 (2002) p. 774。

¹⁷⁷ James Crawford, “The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect”, *AJIL* vol.96 (2002), p. 880。

¹⁷⁸ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, *AJIL* vol.77 (1983) pp. 413-442。

¹⁷⁹ 特别见罗伯托·阿戈，关于国家责任的第五次报告，《1976年.....年鉴》，第二卷，第一部分，英文第6页，第12-15段。

¹⁸⁰ 阿戈，《第五次报告》，同上，英文第26页，第80段。

¹⁸¹ 阿戈，《第五次报告》，同上，英文第6页，第14段。另见第17条草案，阿戈，《第五次报告》，同上，英文第24页，第71段。

139. 阿戈没有探讨这些特别条约-制度与一般规则具有何种联系的问题，但是 1982 年特别报告员里普哈根在对其所称的“作为国家责任第二部分草案基础的一般问题”的讨论中，十分详细地论述了这一问题。阿戈注意到，国家具有建立关于国家责任的条约特别制度的不容置疑的能力，这一观点似乎成为第二部分起草工作的中心，并产生了不少问题。里普哈根指出：

当今的国际法不是仅仅仿照一个制度而是仿照多种国际上的子系统建立的，而在每个子系统中，所谓的“主要规则”和所谓的“次要规则”之间存在着息息相关、甚至是无法区分的关系。¹⁸²

140. 里普哈根认为，存在这类“子系统”（他有时称之为“制度”），即主要规则和次要规则相互关联的系统以及实现责任的程序，¹⁸³ 是非常普遍的现象：国家在制订主要规则时，几乎都会遇到对违反规则采取何种措施的问题。在这种情况下，国家往往对国家责任的内容、程度和形式制订某些特别规则。虽然条约规定的特别制度似乎是要点所在，但是里普哈根与阿戈明显不同，他也假定通过特别次要规则对某项主要规则的内容加以补充是正当的。对里普哈根而言，建立这种联系已经成为他的工作中心，为此他就侵略和其他破坏国际和平与安全行为以及在客观制度广泛定义方面的反措施进行了讨论。除国际“罪行”问题外，讨论没有涉及如何确定特定主要规则与违反这些规则的行为后果之间其他具体类型的关系。¹⁸⁴

141. 里普哈根的做法是受对三种不同类型的国际法规则进行“功能分析”的启发：一些规则谋求把国家分开，一些规则反映了他所称的“共同基础”，而另一些规则则试图组织并行地行使国家主权。¹⁸⁵ 不论这种分析具有何种社会学价值，但是委员会没有被这一分析说服，也没有把他的“系统”或“子系统”写入条款草案。此外，他试图采取有别于阿戈的做法，按照这些义务的来源或内容（一般惯例—协定国际法—司法、准司法和其他机构决定）对违反义务行为的后果进行分类，但最终都没有写入草案。¹⁸⁶ 这并不意味着委员会想排除根据被违反的主要规则的性质来决定违反后果的做法，而只是认为这可通过一项保留条款充分加以处理，该保留条款的内容最终写入了第 55 条草案。

142. 换言之，人们承认这些条款具有剩余性质，国家也可以采取特别责任制度。这种制度与一般法具有何种关系？尽管里普哈根使用了“自足”一词，并预见相关的整套行为规则、程序规则和地位规定“在理论上”可能[形成]一个封闭的法律环道，¹⁸⁷ 但事实上他从不想说这些规则是完全孤立的：

¹⁸² 里普哈根，关于国家责任的《第三次报告》，《1982 年……年鉴》，第二卷，第一部分，英文第 28 页，第 35 段。

¹⁸³ 里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 28 页，第 38 段。

¹⁸⁴ 威廉·里普哈根，《第四次报告》，《1983 年……年鉴》，第二卷，第一部分，英文第 8-24 页，第 31-130 段。

¹⁸⁵ 里普哈根，《第三次报告》，前注 182，英文第 28-30 页，第 39-53 段。

¹⁸⁶ 关于该提议，见威廉·里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 40-44 页，第 106-128 段。

¹⁸⁷ 威廉·里普哈根，引言，《1982 年……年鉴》，第一卷，英文第 202 页，第 16 段。

这并不意味着，这种子系统的存在永远排除了有关不法行为法律后果的国际习惯法任何一般规则的适用，……整个子系统本身可能失败，在这种情况下转而采用另一个子系统可能是无可避免的。¹⁸⁸

143. 这似乎是明显的。但是，这里存在着两种不同的看法。首先，虽然里普哈根仅仅谈到了子系统的“失败”，但必须假定这一子系统的沉默可能会产生同样的后果。另一方面，虽然里普哈根仅仅谈到了转而采用其他“子系统”，但却难以看出他为何希望排除转而采取国家责任的一般规则，正如他在其他地方确实明确表示的：

当今国际法中……许多不同的国家责任制度（或子系统），每一个都受到《联合国宪章》普遍系统，包括在一致通过的宣言中对《宪章》所作的阐述的制约……。¹⁸⁹

144. 里普哈根除了指出这一“普遍系统”还包括强制法之外，没有详细阐述该系统的性质或范围。这一问题在适当的时候被完全纳入了“罪行”问题。¹⁹⁰

145. 尽管里普哈根采用了这一术语，但是他的论点实质内容引起的争议相对较小，只是在本研究的第一部分中对有关特别法与一般法之间的关系以及特别法是否切实需要优先于一般法的观点进行了概述。里普哈根指出，条款草案“无法全面处理对所有法律义务的所有违反行为的法律后果”。¹⁹¹ 因此，虽然里普哈根把子系统问题描述为“作为第二部分起草基础的一般问题”，但他还是认为可以通过一般保留条款这一相对简单和没有争议的方法加以解决。¹⁹² 结果，草稿本身的规定“仅仅”成了“对国际不法行为法律后果的可予以反驳的假设”。¹⁹³

146. 里普哈根在这一阶段注意到，可能存在违反对平行或不同后果做出规定的两个子系统规则的行为（比如一个子系统允许采取反措施，而另一个子系统则禁止采取反措施）。虽然特别法规则可以解决某些此类问题，但在各子系统可能具有不同目标和目的的情况下无法自动解决可能发生的冲突，比如在贸易文书实施中

¹⁸⁸ 威廉·里普哈根，《第三次报告》，前注 182，英文第 30 页，第 54 段。

¹⁸⁹ 里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 39 页，第 104 段。

¹⁹⁰ 里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 39 页，第 104-105 段。

¹⁹¹ 里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 31 页，第 55 段。

¹⁹² 1982 年该条款的初稿内容如下：

第 3 条

此部分规定适用于一国对国际义务的每个违反行为，如果确定义务的国际法规则或其他适用的国际法规则已对这种违反行为的法律后果做出规定，则不受此限。

里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 47 页。该条款的作用在于“除非另有规定”，应适用劳工组织的草案一事做出规定。另见里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 39 页，第 103 段。委员会同意这一观点。1983 年，委员会通过了以下保留条款（第 2 条）：“……此部分规定对一国的任何国际不法行为的法律后果加以支配，如果具体涉及这一国际不法行为的国际法其他规则已对这些法律后果加以确定，则不受此限”。《1983 年……年鉴》，第二卷，第二部分，英文第 42 页，第 113 段。

¹⁹³ 里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 31 页，第 57 段。

适用环境法原则。为此，里普哈根建议“似乎可能仍有必要按照法律后果的轻重制订一种可能的法律后果分类，并表明普遍排除一个或多个法律后果的主要法律环境”。¹⁹⁴ 这导致他对法律后果的等级制展开讨论，这场讨论最终发展成并被完全纳入关于国际罪行的讨论。¹⁹⁵ 最后，里普哈根提出的惟一的等级制乃是在保留条款中加入的两项限制。一个自足制度不能偏离强制法的规则，也不能偏离“《联合国宪章》有关维护国际和平与安全的规定和程序”。¹⁹⁶

147. 与里普哈根一样，他的追随者阿兰焦-鲁伊斯也承认，“存在这些以条约为基础的体系或体系组合，这种体系往往在自身的契约或特别框架内论述规范缔约国之间诸多关系，特别包括缔约国违反该体系规定义务而产生的后果的法律制度”。¹⁹⁷带着这种广泛和系统的看法，他指出，“一些法律学者”找到了影响“缔约国诉诸一般法律所规定的补救措施的能力”的一类“自足制度”。¹⁹⁸ 阿兰焦-鲁伊斯明确了广义观点与狭义观点之间的区别。广义观点从一般规则体系和子系统方面加以论述。他把狭义观点与布鲁诺·希马 1985 年颇具影响力的文章相联系，后者在文章中重点论述子系统意在：

或多或少地全面排除适用不法行为的一般法律后果，特别排除适用受害方通常采用的反措施。¹⁹⁹

148. 阿兰焦-鲁伊斯本人一开始似乎坚持更加广义的概念，并提出了自足制度的例子，例如由关于成立欧洲共同体的条约、人权条约以及国际法院在“人质”案中阐述的外交法所建立的“体系”。但是，他在论点的发展过程中却强调狭义问题，即补救措施——特别是反措施——在这种制度中是否“对缔约国在法律上诉诸一般国际法规定的合法措施的可能性产生某种程度的影响”。²⁰⁰ 因此，阿兰焦-鲁伊斯在论述自足制度——特别是在讨论有关国家实践问题——时常常寻求解答这样一个问题，即此类制度是否完全脱离一般法（“形成封闭的法律环道”）？或换言之，是否排除了今后诉诸关于国家责任的一般法律规定的补救措施？他对这一问题做出了断然否定的回答。由于他把自足制度界定为与一般法律完全脱离的多套规则，他在实践中无法找到任何这种制度：“……据称自足制度实际上似乎无一成为现实”。²⁰¹

¹⁹⁴ 里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 34 页，第 77 段。

¹⁹⁵ 对威廉·里普哈根而言，“罪行”是国际法上的一种提出一套特别后果的特别子系统。见里普哈根，《第三次报告》，同上，英文第 44-46 页，第 130-143 段。

¹⁹⁶ 威廉·里普哈根，第 2 条草案引言，《1984 年……年鉴》，第一卷，英文第 261 页，第 4、6-9 段。

¹⁹⁷ 加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯，关于国家责任的《第三次报告》，《1991 年……年鉴》，第二卷，第一部分，英文第 25 页，第 84 段。

¹⁹⁸ 阿兰焦-鲁伊斯，《第三次报告》，同上，英文第 25 页，第 84 段。

¹⁹⁹ 阿兰焦-鲁伊斯，《第三次报告》，同上，英文第 25-26 页，第 84 段，引述布鲁诺·希马，“自足制度”，《荷兰国际法年鉴》，第 16 卷（1985 年），英文第 115 至 116 页。

²⁰⁰ 阿兰焦-鲁伊斯，《第三次报告》，同上，英文第 26 页，第 85 至 86 段。同样，阿兰焦-鲁伊斯，《第四次报告》，《1992 年……年鉴》，第二卷，第一部分，英文第 35 页，第 97 段。

²⁰¹ 阿兰焦-鲁伊斯，《第四次报告》，同上，英文第 40 页，第 112 段。

149. 阿兰焦-鲁伊斯不反对建立以特别条约为基础的制度。需要这种制度“通过特别机制对违反行为进行更有效的监督和应对”。²⁰² 但是，他反对关于“这将使这种制度永远无法诉诸一般法律”这一结论。认为至少在国家未能得到有效补偿、不法行为在特别制度采取程序过程时继续存在的情况下，需要转而采取一般补救措施。²⁰³ 他承认，偏离或“转而采取”只应在“极端情况”中发生。特别制度毕竟是一项多边交易，每一方都为提出共同程序而得到某些利益回报。然而，他的要点是要打开据称是“封闭”的制度。特别制度的优先地位来自国际法的一般规则和对条约的解释。但是，优先地位并不就此假设要放弃一般法律的保障——这就是阿兰焦-鲁伊斯对有关（当时）第 2 条草案剩余性质的条款所作的解读。这可能不符合那些希望加强（而非减损）关于国家责任的通常规则的国家的意向。²⁰⁴

150. 2000 年，詹姆斯·克劳福德特别报告员在关于委员会草案与外部法律关系的第 37 至 39 条草案的讨论中论述了自足制度。第 37 条载有关于草案剩余作用的一般条款：将允许采用特别规则。克劳福德没有对这种特别规则是否也具有排他性的问题做出笼统的回答。这是“每个案例中始终存在的解释问题”。²⁰⁵ 作为自足制度具有“排他性”的例子，克劳福德提到了世贸组织的补救制度。作为特别制度仅仅是对一般法律的某些方面加以修改的例子，他提到了《欧洲人权公约》第 41 条。但是，克劳福德没有说明在这里“排他性”是意味着对一般法律的排除和最终替代，还是仅仅在自足制度如里普哈根所述已经“失败”的情况下尽早取代“转而采取”一般补救措施的可能性。在条款草案的评注中保留了这两个例子。

151. 在这方面，第 37 条从第 2 部分挪到了第 4 部分（“一般规定”），成为标题为“特别法”的第 55 条，并涵盖了草案的全部内容，既包括了不法行为存在的条件，也包括了国家责任的内容和履行。²⁰⁶ 正如本报告开篇所述，委员会的意思并不是指第 55 条下的每项偏离都具有“自足制度”的性质。委员会区分了特别法所谓的“强”式和“弱”式，并仅仅把前者贴上“自足”的标签。但是，委员会使用“强”/“弱”术语的原因依然很不明确，并有可能产生混淆。评注中的实质区别不是规范意义上“强”与“弱”的规定之间的区别，而是“关于某一问题的具体条约规定”（正常的特别法——委员会的“弱”式）与温布尔登案和人质案的结果（委员会的“强”式）之间的区别。由于委员会通过提及这两个案件的例子仅仅对“自足制度”作了界定，因此，正如我们看到的，委员会把两种不同的含义都写进了草案：（1）认为自足制度是不法行为的一套特别后果（人质案）和（2）认为自足制度是制约对某个问题的处理的一套首要和次要规则（温布尔登案）。这两个含义都未必比“关于某一问题的具体条约规定”“更强”（至少在更加具有约束力含义上“更强”，或更不易于减损）。

²⁰² 阿兰焦-鲁伊斯，《第四次报告》，同上，英文第 40 页，第 112 和第 114 段。

²⁰³ 阿兰焦-鲁伊斯，《第四次报告》，同上，英文第 40-41 页，第 115 段。

²⁰⁴ 阿兰焦-鲁伊斯，《第四次报告》，同上，英文第 42 页，第 123-124 段。

²⁰⁵ 詹姆斯·克劳福德，关于国家责任的《第三次报告》，A/CN.4/507/Add.4 号文件（2001 年），英文第 27 页，第 420 段。

²⁰⁶ 第 55 条（特别法）内容如下：

在国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行受国际法特别规则管辖的情况下，这些条款不适用。

152. 从委员会在国家责任范围内对“自足制度”的处理可得出以下结论：

- (1) 定义。特别报告员始终采用狭义和广义的“自足制度”概念，这两种概念都写入了委员会关于第 55 条的评注。自足制度是 (a) 一套确定违反某些主要规则的后果（包括这种确定的程序）的特别次要规则，和 (b) 关于某个有限问题的相互关联的规则组合（成套规则、制度、子系统）以及这些规则的建立、解释、适用、修改或终止，总之是这些规则的管理。此外，学术性评注和做法不断提到第三个概念，即“国际法分支”。该概念同样假定以自足制度的方式发挥作用并声称应按自身原则加以规范；
- (2) 建立。国家有权建立优先于条约草案中一般规则的自足制度。这项权利的惟一限制与特别法适用的限制相同。除其他外，这意味着“各国之间甚至不能对违反其相互义务的法律后果做出允许采取违背一般国际法强制性规范行动的规定……所涉的特别规则[必须]至少与本条款中表述的规则具有相同的法律地位”；²⁰⁷
- (3) 在正常情况下自足制度与一般法律的关系。原则上，应通过对建立这一制度的文书进行解释来确定自足制度与关于国家责任的一般法律之间的关系。但是，自足制度都不是“封闭的法律环道”。虽然特别/条约制度（如特别法）在适用领域具有优先地位，但是通常应以解释例外情况的方式，即有限的方式对这一领域加以解释。无论如何，在构成该制度的文书中没有规定或无法从中推定特别减损的情况下，关于国家责任的一般法规则如同一般国际法的其他规则一样，都在一定程度上对这种制度加以补充；
- (4) 自足制度的失败。草案或评注中没有明确说明在“自足制度”没有明确涵盖的情况下或在这一制度失败时可能“转而采取”国家责任一般规则的情况下，剩余适用一般规则的问题。但是，里普哈根和阿尔焦-鲁伊斯特别报告员都论及这一问题，他们都认为一旦自足制度失败，就必须允许诉诸一般法律，这是不言自明的。委员会并未明确说明这种失败所包含的内容是什么。但是，可以从不必遵循用尽当地补救办法的条件中加以类推。这些情况是：补救办法明显无法获得或缺乏效力，或者在其他情况下没有理由期待诉诸补救办法；
- (5) “自足”术语的不适当性。两位特别报告员和他们所讨论的案例都没有暗示特别体系或制度的概念将与一般国际法完全脱离。在这方面，“自足制度”概念很容易引起误解。虽然一种制度或责任、有关问题的一套规则或国际法分支需要一般法律加以补充的程度各不相同，但是没有人支持在任何地方都应该完全排除一般法律这一看法。如下文所述，这种排除甚至在概念上都是不可能的。因此，有人建议用“特别制度”代替“自足制度”一词。

²⁰⁷ 关于国家责任的条款草案第 55 条第 2 款的评注，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，英文第 357 页。

(c) 国家责任以外的自足制度与一般国际法之间的关系

153. 关于不成体系问题，主要关切的问题是上文所述自足（特别）制度的三个含义与一般法律之间的关系，即（a）建立特别制度的条件；（b）正常情况下该制度相对于一般国际法的适用范围；和（c）由于该制度失败而“转而采取”一般规则的条件。

(一) 自足（特别）制度的建立

154. 关于第一个问题，不仅国家责任法，而且大多数国际法都具有决定性，这几乎是没有疑问的，并且可能通过建立一个制度来规避义务，但要有所限制，这种限制可能源于一般法律具有的绝对法性质或其他强制性特性。除强制性规范外，至少还应考虑到以下三方面的限制：

(1) 该制度不得偏离使包括个人和非国家实体在内的第三方受益的法律；

(2) 该制度不得偏离一般法律，如果该一般法律的义务具有“整体的”或“相互依赖”的性质，具有普遍适用性或做法产生了对不减损的合理期待；²⁰⁸

(3) 该制度不得偏离具有公法性质或作为国际组织的组成文书的条约。²⁰⁹

155. 但是，在建立所表述的三种含义的自足（特别）制度时应考虑到不同的问题。

156. 通常只能通过确定其适用的首要规则、（特别）责任的性质、内容和形式和适用机构的条约来建立国家责任——即违反的特别后果——的特别制度。虽然在概念上并非无法想象这种制度可能通过默许或以习惯方式（例如关于国际不法行为的国家责任条款草案第 56 条所预见的非受害国家的集体反措施制度）出现，但这似乎是极少见的。

157. 通常可通过一项或几项条约（如世贸组织“所涵盖的条约”）来建立更为广义上的特别制度（温布尔登案，任何相互联系的多套主要和次要规则）。但是，也可能出现这种情况，即在缔约国没有做出有意识决定的情况下，一套条约规定也许在较长的时间内通过执行机构的活动而发展成为一种制度，该制度具有自身的制度管理、修改和终止规则。欧洲法院直到 1963 年才把“当时的”欧洲经济共同体界定为“国际法的新的法律秩序”。²¹⁰ 欧洲法律发展成为一种自足制度，包括直接影响、优先地位和基本权利理论等各项原则，

²⁰⁸ 见下文 E 节关于普遍适用义务的讨论。

²⁰⁹ 见上文关于特别法部分。

²¹⁰ 第 26/62 号案例，NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos 诉荷兰国内税收管理局，1963 年 2 月 5 日的判决，ECR，英文专刊，第 2 页。

在很大程度上都是通过欧洲法院的解释活动进行的，并未始终得到全体成员国的充分支持。我们看到，人权法的情况（尽管从更为狭义的概念上说）也大致一样。虽然缔约国无疑建立了执行机构，从而向自足迈出了第一步，但是制度的自治范围在很大程度上是由这些机构确定。关于对《欧洲人权公约》的保留意见进行区分的理论发展就是这方面的一个典型例子。²¹¹

158. “国际刑法”、“人道主义法”、“贸易法”、“环境法”等最广义的特别制度，都产生于律师、外交官、压力团体的非正式活动，更多是通过转变法律文化和应对专业化的实际需要，而不是通过有意识的建立制度行为产生的。这种概念反映了国际社会功能的多元化，更具体而言，反映了某些决策性人物寻求提出或加强在一般法律下未予以足够重视的偏好和倾向而开展的活动。特别执行机构适用特别的“原则”是这类制度的一个明显特征。

（二）正常情况下自足（特别）制度相对于一般国际法的关系

159. 特别制度与一般法律之间的关系——即从根本上讲，一种制度的自足程度——主要涉及解释构成制度的各项条约。一般法律在多大程度上填补空白或协助解释制度的适用（即实施）？一旦明确任何制度都不会完全脱离一般法律，则出现它们之间关系的问题。

160. 实际上，有可能通过论及监督机关在人权和贸易法领域的活动情况来阐明这种相互关系，委员会在关于国家对国际不法行为责任的条款草案第 55 条评注中曾特别提到两种制度。

（1）实例：人权制度

161. 欧洲人权法院和美洲人权法院等人权机关经常参考一般国际法的有关规则和原则，其内容不仅涉及条约解释，而且涉及国家地位、管辖权和豁免权等事宜及各种程序适当原则。²¹² 美洲法院曾利用其广泛的咨询管辖权，不仅解释其他人权文书（例如《欧洲公约》或 1966 年《国际盟约》），而且解释 1963 年《维也纳领事关系公约》等文书。²¹³ 该法院在 1988 年发表的意见中，明确提到国际法中国家连续性原则。根据该原则，尽管政府更换，但国家责任继续存在。²¹⁴ 在最近的一系列案件中，欧洲人权法院阐明了《欧洲公约》中各项权利和国家豁免权之间的关系。例如，承认国家豁免权对《欧洲公约》第 6 条第 1 款规定的诉讼权的效力。该法院特别指出：

²¹¹ 见 *Belilos* 诉瑞士案，1988 年 4 月 29 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》（1988 年）A 辑，第 132 号，英文第 24 页，第 50 段，英文第 28 页，第 60 段。

²¹² 关于这一概述，特别见 Caflisch and Cancado Trindade, “Les conventions americaine et europeenne des droits de l’homme et le droit international général”。

²¹³ 见 “*Other Treaties*” *Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court*, Judgment of 24 September 1982, OC-1/82, Int-Am CHR Series A, No. 1。

²¹⁴ *Velásquez Rodríguez* 案，1988 年 7 月 29 日的判决，《美洲人权年鉴》（1988 年）英文第 990 页，第 184 段。

……不能脱离实际解释《公约》。法庭必须铭记《公约》作为人权条约的特殊性质，必须考虑到国际法的有关规则。应尽可能依照国际法其他规则，包括关于授予国家豁免权的规则来解释《公约》，因为《公约》是国际法的一部分。²¹⁵

162. 过去没有《公约》规则优先于一般法律规则的先验假定。相反，法院曾假定关于国家豁免权的一般法律优先，指出：

缔约方采取的体现出国际公法关于国家豁免权公认规则的措施，原则上不能被视为是对第 6 条第 1 款中规定的诉讼权施加不适当的限制。正如诉讼权是该条中公平审判保证的固有部分，对诉讼权的某些限制也必须同样被视为固有部分。例如，国际社会普遍接受的那些限制是国家豁免权原则的组成部分。²¹⁶

163. 法院在阐述国家管辖权和国家责任的规则时确认，不应脱离法律实际来看待《公约》。在 *Bankovic* (1999 年) 案中，法院指出：

法院回顾，不能脱离实际解释和适用《公约》的各项基本原则。法院在审查有关其管辖权的问题时，还必须考虑到国际法的有关规则，所以必须依照国际法有关原则确定国家责任，然而法院仍必须铭记《公约》作为人权条约的特殊性质。应尽可能依照国际法其他原则来解释《公约》，因为《公约》是国际法的一部分。²¹⁷

164. 换言之，从防止诉诸一般法律的意义上说，《欧洲人权公约》现在没有、过去也未曾被视为自足制度。相反，法院经常使用一般国际法，推定应按照该一般法律来解读《公约》内的各项权利，而不是先验假定《公约》各项权利优先。

(2) 实例：世贸组织的法律

165. 这个问题虽然可能有较多争议，但在世贸组织体系中影响不大。正如我们所看到的，虽然有时有人建议世贸组织所涵盖的条约形成一个封闭的体系，但上诉机关使用类似欧洲人权法院的措辞拒绝了这一立场，指出不应“客观上脱离国际公法”来解读世贸组织的各项协定。²¹⁸ 从那时起，上诉机关经常寻求“酌

²¹⁵ *McElhinney* 诉爱尔兰，2001 年 11 月 21 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》2001-XI，第 36 段。同样，*Al-Adsani* 诉联合王国，2001 年 11 月 21 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》2001-XI，英文第 100 页，第 55 段。

²¹⁶ *Fogarty* 诉联合王国，2001 年 11 月 21 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》2001-XI，第 36 段。

²¹⁷ 在 *Bankovic* 诉比利时和其他方一案的裁决（2001 年 12 月 12 日）中确认了这一点，《欧洲人权法院案例汇编》2001-XII，英文第 351 页，第 57 段（参考书目略）。

²¹⁸ 美国——新配方汽油和传统汽油标准（1996 年 5 月 20 日），WT/DS2/AB/R，1996 年《争端解决报告》第一号，英文第 16 页。

情从国际法一般原则中找到补充性的解释指导”。²¹⁹ 最近，一个世贸组织专门小组有机会对这一问题作如下具体说明：

我们注意到，《解决争端的谅解书》第 3 条第 2 款要求我们根据解释国际公法的习惯国际法规则，设法在特定争端中阐明世贸组织各项协定的现有规定。但世贸组织协定比习惯国际法的关系更加宽广。习惯国际法通常适用于世贸组织成员之间的经济关系。只要世贸组织条约协定未“退出”习惯国际法，习惯国际法就适用。换言之，只要没有冲突或前后不一的情况或在某个世贸组织所涵盖的协定中表示适用情况不同，我们就认为国际法习惯规则适用于世贸组织条约和世贸组织条约的拟订工作。²²⁰

166. 但学术界对在这方面实际上可走多远存在意见分歧，特别集中在世贸组织机构使用其他特别制度的法律，尤其是环境法，或以非世贸组织条约为依据的法律方面。但无论对世贸组织专门小组和上诉机关的权限持何种看法，该立场既未认同也未确定“世贸组织法律”（或更确切地说，“世贸组织所涵盖的协定”）是否实质上也是自足的这一问题。²²¹

167. 《解决争端的谅解书》第 3 条第 2 款和第 19 条第 2 款通常是进行分析的起点，世贸组织据此解决争端，旨在维护所涵盖的协定项下成员国的权利和义务。²²² 这一点有时被解释为不得以任何方式采用非世贸组织法律来落实世贸组织法律规定的任何“权利和义务”。²²³ 极端的解释可能将此视为完全抛开所有非世贸组织法律。但《解决争端的谅解书》第 3 条第 2 款进一步驳斥了这一点。专门小组和上诉机关将根据该条款运用“国际公法的习惯解释规则”——该规则不仅包括《维也纳条约法公约》，而且通过其中第 31 至 32 条，还包括其他任何条约解释规则。例如，包括第 31 条第 3 款（c）项，该项规定所作解释应考虑到“适用各方之间关系的国际法的任何有关规则”。²²⁴

²¹⁹ 美国——禁止进口某些海虾和海虾产品（1998 年 11 月 6 日），WT/DS58/AB/R，1998 年《争端解决报告》第一号，英文第 2755 页，第 151 段。

²²⁰ 朝鲜——影响政府采购的措施（2000 年 1 月 19 日），WT/DS163/R，第 7.96 段。

²²¹ Joost Pauwelyn 在“*Conflict of Norms...*”中着重提出这一问题，前注 21，英文第 460-463 页。

²²² 第 3 条第 2 款规定：

“争端解决机构的建议和裁决不能增加或减少所涵盖的协定中规定的权利和义务”；

第 19 条第 2 款规定：

“专门小组和上诉机关的定论和建议不能增加或减少所涵盖的协定中规定的权利和义务”。

²²³ 因此，Joel Trachtman 主张“世贸组织解决争端小组和上诉机关限于运用世贸组织实体法，无权运用一般国际实体法或其他协定法”，见 Joel Trachtman 所著“*The Domain of WTO Dispute Resolution*”，前注 46，英文第 342 页。当然，Trachtman 同意适用《维也纳公约》各项解释规则及其他专门列入的规则。他认为，这些规则主要涉及程序法而非实体法。

²²⁴ 见下文 F 节。

168. 《维也纳条约法公约》的条约解释规则——第 31 条和第 32 条——已被视为习惯法，广泛适用于世贸组织体系。²²⁵ 但上诉机关也经常讨论并运用国际公法的其他标准。关于世贸组织所涵盖的条约与各项环境协定之间的关系一直有很大争议。²²⁶ 在海虾/海龟案（1998 年）中，专门小组对《关贸总协定》第 20 条（g）项中“可用竭自然资源”的概念所作的界定只包括“可用竭的矿物等资源，不包括生物或可再生资源”。上诉机关不同意这一观点。认为应根据最新发展情况来解释这一概念：“第 20 条（g）项中‘自然资源’这一通用术语不是‘静止’的，而‘根据定义是发展的’”。为寻找最新含义，除其他文书外，上诉机关还参考了 1992 年《里约宣言》、《21 世纪议程》、1992 年《生物多样性公约》和《联合国海洋法公约》，最终做出的解释是应包括所有生物和非生物自然资源。²²⁷

169. 尽管对世贸组织内有关可适用法律问题有许多不同看法，但似乎主要有两大立场。一种立场认为，世贸组织是国际法的组成部分，是在国际法规则和原则的一般制度内运作。例如，可通过以下推定合理解释这一立场：成员国依照并根据国际法各项规则和原则通过了《马拉喀什协定》，没有任何理由假定——鉴于没有明确表达相反意见的协定——这些规则和原则不继续规范这些协定的实施。另一种立场则强调，《解决争端的谅解书》中的条款要求专门小组和上诉机关既不增加也不减少所涵盖的条约规定的义务。然而，实际上这两种立场根本不难与世贸组织的几乎所有做法相调和。后一观点甚至可以接受广泛采用国际习惯法和其他条约，方法要么是明确提及（通过《解决争端的谅解书》第 3 条第 2 款）这些国际习惯法和其他条约将它们纳入世贸组织，或通过含蓄地提及达成世贸组织协定的背景将它们纳入世贸组织。无论如何，上述两种立场都能够采用范围非常广泛的做法（有点类似国内法中的“一元论”和“二元论”立场），包括各种声明，例如专门小组在上述 2000 年朝鲜——影响政府采购措施案中所作的声明。因此，几乎没有原则上的理由可背离这样的观点，即一般国际法是对世贸组织法律的补充，除非明确说明排除一般国际法；其他条约也如此，这些条约最好依照世贸组织所涵盖的条约予以解读。²²⁸

²²⁵ 上诉机关注意到这一点，用国际法院作为权威以确定《维也纳条约法公约》解释规则的习惯法性质。见美国——新配方汽油标准案（1996 年 5 月 20 日）WT/DS2/AB/R，1996 年《争端解决报告》第一号，英文第 15-16 页。在日本——酒精饮料税案中确认了第 32 条的习惯法性质，（1996 年 10 月 4 日）WT/DS8/AB/R，1996 年《争端解决报告》第一号，英文第 104 页。关于进一步讨论情况，见 Anja Lindroos 和 Michael Mehling，“Dispelling the Chimera...”，前注 42，pp. 857-877。

²²⁶ 见 J. Cameron & J. Robinson，“The Use of Trade Provisions in International Environmental Agreements and the Compatibility with GATT”，YBIEL vol.2（1991）p. 3。为全面了解海虾/海龟案（1998 年）案之前的判例法，见 Michael J. Trebilcock & Robert Howse, *The Regulation of International Trade*（London: Routledge, 1999）2nd ed. pp. 397-420。另见 Gabrielle Marceau，“Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAS and other Treaties”，*Journal of World Trade* vol. 35（2001）pp. 1081-1131。

²²⁷ 美国——禁止进口某些海虾和海虾产品（1998 年 11 月 6 日）WT/DS58/AB/R，1998 年《争端解决报告》第七号，英文第 2794-2797 页，第 127-131 段。此外，还考虑这些产品的可耗竭性质，指出《濒危物种公约》附录 1 中列出所有 7 种海龟，见美国——禁止进口某些海虾和海虾产品（1998 年 11 月 6 日），WT/DS58/AB/R，1998 年《争端解决报告》第七号，英文第 2797 至 2798 页，第 132-133 段。

²²⁸ 采取后一立场的新著是 Pauwelyn 撰写的“*Conflict of Norms...*”，前注 21。

170. 这并不排除在对世贸组织各项协定的解释中出现具体的“世贸组织精粹”——正如在人权条约机构工作中有可能看到“人权精粹”一样，同时也不妨碍在实施世贸组织条约过程中将通常的国家责任规则搁置一边。实际上，这是世贸组织体系存在的理由，并从一般法律本身的特别法规则获得规范力量。即使世贸组织各机构的权限显然限于根据所涵盖的协定（例如，不根据环境条约或人权条约）审理索赔，但在阐释有关权利和义务的内容时，世贸组织各机构必须将这些权利和义务置于一般国际法（包括有关的环境条约和人权条约）的大背景中。

171. 这并非是世贸组织特有的做法，而是扩大到各种区域贸易协定项下的做法。例如，在费尔德曼诉墨西哥案中，北美自由贸易区仲裁法庭就需要确定《北美自由贸易协定》第 1110 条项下“征用”措辞的含义。该仲裁法院认为，该条款“如此宽泛，以至于难以适用于具体案例。”因此，法庭根据“国际习惯法原则”来解读这一条款，以阐明该条款是否适用于针对灰色市场香烟出口采取国家行为。²²⁹

（3）关于正常情况下自足（特别）制度与一般国际法之间关系的结论

172. 从总体排除适用一般国际法的意义上说，现有条约制度都不是自足制度。相反，例如人权条约机构和贸易法条约机构在实施其特别制度中就经常运用一般国际法。虽然国家能够通过特别责任制度或规则管理制度将大部分一般法搁置一边，但由此应当得出什么结论在一定程度上取决于该制度规范范围的广度或“深度”。特别国家责任制度的范围通常由有关条约确定。无需假定在特别条款范围之外不适用一般法。至于相互关联的建立制度、实施、修正和终止规则，可能更广泛地排除一般法。这套规则可能由特别解释原则加以制约，并须反映出该制度的目标和宗旨。这可能特别会对负责促进该制度宗旨的解释机关的权限产生影响。

173. 最后，最广义的自足制度——“环境法”、“空间法”等——与表明应考虑到特别原则的其他此类制度或一系列制度相互发生作用。从这第三种含义上说，自足制度的特点是既无明确的界限也无严格确定的规范力量。它为法律决策带来声称具有相关性而且需要与其他考虑因素保持平衡的各种考虑因素和要素。没有任何暗示要将一般法律排除在外。这样做的意义在于指出或多或少具有相关性的因素和惯例，而这种相关性取决于如何描述所争论的问题（是否是“贸易法”问题？是“人道主义法”还是“人权法”方面的问题？）。

174. 正如 Bruno Simma 在其关于自足制度问题的主要文章中所指出的，这里主要关心的是“在何种情况下可援引国际不法行为的一般法律后果？”²³⁰ 如上所述，特别报告员从不认为自足制度或子系统是完全并最终排除适用一般法的“封闭的法律环道”。从惯例和文献中可得出的起码结论是，《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条永远适用，除非其他解释原则明确提出它们无效。实际上，所有现有国际法律适用机关都

²²⁹ *Feldman* 诉墨西哥合众国，2002 年 12 月 16 日的判决，国际投资争端解决中心案例编号：ARB (AF) /99/1，《国际法案件汇编》第 126 卷（2003 年），英文第 58、65 页，第 98 段。

²³⁰ Simma, “Self-Contained Regimes”, 前注 199, 英文第 118 页，原文斜体。

确认这一点。²³¹ 由于这些条款——特别是第 31 条第 3 款 (c) 项——已经将条约解释置于各方权利和义务的一般范围内，所以一般国际法（即一般习惯法和一般法律原则）的适用问题在一定程度上似乎是纯理论问题。无论实践上还是理论上，特别是国际公法专家的著作，都强有力地表明一般国际法永远适用。²³² Antonio Cassese 最近采取的立场具有代表性，在讨论人权条约中关于监督有关条约的实施和对违法行为做出反应的特别程序时，他指出：

有人提出的关于《公约》和《议定书》中所设想的监测制度应禁止缔约国“脱离”《公约》中所述的自足制度并诉诸采用和平的反措施的习惯法制度的建议，有悖整个国际人权法的精神。²³³

175. 关于人权条约的许多学术著作都采取了相同立场。Pauwelyn 简要概括了这一立场：

在其条约关系中，国家能够“退出”国际法的一条或多条规则，或从理论上说，退出所有规则（绝对法规则除外），但国家不能退出国际法体系。²³⁴

176. Pauwelyn 指出，这有政策原因，但也有逻辑问题。国家不能退出条约必须遵守原则，除非认为该制度的特性在于它根本不产生任何义务（这时则似乎很难看出此类协定的约束力何在）。总的来说，声称（几乎前所未闻）自足制度完全建立在国际法范围之外的观点与十九世纪末律师关于国内法与国际法之间（二元论）关系的观点类似。²³⁵

177. 根据这一观点，一般国际法只有被明确纳入特别制度才适用。无论根据国内法这一观点有何效力，很难理解它如何能够适用于国际法律“制度”与一般国际法之间的关系。首先，该制度无疑接受——或可能不

²³¹ 关于最近的某些确认，见利吉丹岛和西巴丹岛主权案（印度尼西亚诉马来西亚），2002 年《国际法院案例汇编》，英文第 645-646 页，第 37 段（包括法院以前相同的确认判决一览表）。关于其他法庭最近所作的类似确认，例如，见日本——酒精饮料税（1996 年 10 月 4 日）WT/DS8/AB/R，要点 D，1996 年《争端解决报告》，第一号，英文第 104-106 页；对死刑的限制，1983 年 9 月 8 日的判决，OC-3/83，Int-Am CHR，A 辑，第 3 号，第 76 页；Ethyl Corp. 诉加拿大（1997 年 11 月 28 日），北美自由贸易协定仲裁法庭，《国际法案件汇编》，第 122 卷（2002 年），英文第 278-279 页，第 50-52 段（注意到美国也接受其习惯地位）；废物管理公司诉墨西哥（2000 年 6 月 2 日）ICSID，《国际法案件汇编》第 121 卷（2002 年）英文第 51 页，注 2。欧洲人权法院早先也指出，法院“准备考虑……应遵守《维也纳公约》第 31 条至 33 条”，Golder 诉联合王国，1975 年 2 月 21 日的判决，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 18 号，英文第 14 页，第 29 段。该法院最近在 Bankovic 诉比利时和其他方一案的裁决（2001 年 12 月 12 日）中确认了这一点，（“《公约》必须依照《维也纳公约》中的规则加以解释……”）《欧洲人权法院案例汇编》2001-XII，英文第 350-351 页，第 55 段。关于伊朗-美国索赔法庭更广泛的阐述（“法庭的任务是根据《维也纳条约法公约》解释《阿尔及尔协定》的有关条款”），见 Sedco Inc. 诉伊朗国家石油公司，《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》，第 9 卷，1985-I，第 256 页（提及先前相同的阐述）。

²³² 关于立场审查，见阿兰焦-鲁伊斯，《第四次报告》，前注 200，英文第 36-38 页，第 99-106 段。

²³³ Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) p. 208.

²³⁴ Pauwelyn, *Conflict of Norms*...supra note 21, p. 37.

²³⁵ 事实上，Joel Trachtman 在“*Institutional Linkage: Transcending Trade and……*”中进行如此类比，《美国国际法学报》（2002 年），第 96 卷，英文第 89-91 页。

接受——一般国际法的约束力。建立制度行为有效和无效的条件由一般法评定。但这也意味着《维也纳条约法公约》的大部分内容——至少其习惯法部分，首先包括第 31 条和第 32 条——在未说明被纳入的情况下自动成为制度的一部分。实际上，只有凭借《维也纳条约法公约》，该制度才会被确认为如此的制度，并与国际法其余部分区别开来。因此，国际法院在最近的一个案件中裁定，如果条约解释原则是指下列情况，那么，授权适用“国际法规则和原则”的协定规定则属多余：

……无论如何，法院都有权为解释[有关]条约的目的运用条约解释一般规则。²³⁶

178. 事实上，没有证据表明任何规则-制度会声称独立于《维也纳条约法公约》之外有效或起作用。

179. 第二，与国内法不同，国际法制度永远不完全，只制约国家行为的某些方面，同时推定有许多其他规则发挥作用。国际法制度总是处于“体系”环境中。这终究是法律一般原则中某些习惯法规则普遍性的根本意义所在。正如常设仲裁法院在 *Georges Pinson* 案中所指出的：

必须默认每项国际公约均得援引一般国际法原则来处理它本身无法明确解决或无法以不同方式解决的所有问题。²³⁷

180. 或者，正如奥巴委公约仲裁法庭最近所声明的那样：

我们的首要责任是适用《奥巴委公约》。国际法庭还将适用习惯国际法和一般原则，除非当事方已经创设特别法。²³⁸

181. 这也体现在关于国家合同的各种判例中。最初，可能曾有存在法律真空的感觉。但自从就沙特阿拉伯诉阿拉伯-美国石油公司一案做出裁决（1958 年）以来，将国际法作为适用的法律秩序已经成为一种标准做法。仲裁法庭声明如下：

显然，如果不是基于某种法律制度，任何合同都不可能凭空存在。合同的订立并非交由当事方自由酌处。它必定与某种实在法有关，该法对当事方所表达的互惠和一致意图给予法律效力。²³⁹

²³⁶ *Kasikili/Sedudu Island* 案（博茨瓦纳诉纳米比亚），1999 年《国际法院案例汇编》，英文第 1102 页，第 93 段。

²³⁷ “必须默认每项国际公约均得援引一般国际法原则来处理它本身无法明确解决或无法以不同方式解决的所有问题。”*Georges Pinson* 案，（法国诉墨西哥）1928 年 4 月 13 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第 5 卷，英文第 422 页。

²³⁸ 关于获取《奥巴委公约》第 9 条项下信息的争端（2003 年 7 月 2 日最终裁决），第 84 段，《国际法案件汇编》第 126 卷（2005 年），英文第 364 页。

²³⁹ 沙特阿拉伯诉阿美石油公司，《国际法案件汇编》，第 27 卷（1963 年），英文第 165 页。

182. 即使是关于这类合同的适当法令也可能是引起某种争议的问题，大多数律师会接受 *TOPCO/CALASIATIC* (1977 年) 案中惟一仲裁员所作的声明，即这是“国际法的一个特殊分支：国际合同法。”²⁴⁰ 伊朗-美国索赔法庭对由此带来的结果也做出如下声明：

在两国关系中，条约作为特别法优于一般法，即习惯国际法……然而……习惯国际法的规则有助于填补条约法可能存在的空白，确定其中未界定的术语的意思，或更广义而言，有助于其各项条款的解释和执行。²⁴¹

183. 这些规则和原则至少包括关于国家地位、管辖权、国家代表制、国家继承、建立和转让主权、外交人员特权和豁免权、领土地位（“例如公海自由”）、国籍规则和“危害人类罪”概念的规则和原则，更不必说依照《联合国宪章》第一百零三条不仅适用而且高于制度-规则的所有各种规则。欧洲人权法院的一名法官和美洲人权法院院长在审查法院惯例时，着重详细说明了其各自条约机构运用关于国家责任、豁免权、管辖权和“文明国家承认的一般法律原则”（不总是与一般国际法原则有区别）的情况。他们得出以下结论：

有关制度是一般国际法和协定国际法的组成部分。这意味着国际法不成体系概念几乎与国际保护人权制度无关。²⁴²

184. 为进一步阐明或许是不言自明的观点，不存在关于国家地位的特别“世贸组织规则”或过境通行的“人权概念”，同样几乎不存在欧洲人权法院关于国家豁免权的特别规则或世贸组织关于“可用竭资源”的概念。此外，一般规则是有效的，除非明确排除其效力。这是国际法院分庭在西西里电子公司案中关于当地补救办法规则适用性的观点。毫无疑问：

……条约缔约方能够同意当地补救办法规则应当适用或确认该规则应适用于就指控的违反条约行为提出的索赔。但本分庭不能接受的是：根本不说明意图竟然就认为已经以默示方式摒弃了习惯国际法上的某一重要原则。²⁴³

185. 这符合“一般法普遍适用”的性质——因为并未明确说明将其排除。有人辩称法律的这些部分——法院称之为“重要原则”——只在被“纳入”有关制度时才有效，这是没有道理的。从未有过任何“纳入”行为。但更有关的是，很难看出制度建立者如何可能商定不纳入（即不赞成）这些一般原则。在非殖民化之后，

²⁴⁰ 德士古海外石油公司/加利福尼亚石油公司诉利比亚案，《国际法材料》，第 17 卷（1978 年），英文第 13 页，第 32 段，有关“国际投资法”的发展及现状的概况，例如见 Andreas Lowenfeld, *International Economic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002) pp. 387-493。

²⁴¹ 阿莫科国际金融公司诉伊朗，《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》第 15 卷，1987-II，英文第 222 页，第 112 段。我感谢 Carlos Lopez Hurtado 提供参考材料和论点。

²⁴² Cafilisch & Cancade Trindade, “Les conventions americaine et europeenne des droits de l’homme...”, supra note 157, pp. 60-61。

²⁴³ 西西里电子公司 (ELSI) (美利坚合众国诉意大利)，1989 年《国际法院案例汇编》，英文第 42 页，第 50 段。

关于新国家能否挑选它们愿意实施的习惯法的辩论已经结束，“拒绝”旧惯例的情况不多。很少有行为主体愿意同声称完全拒绝所有一般国际法的特别制度建立关系。在这种情况下，为什么还会有人（包括制度建立者）如此纠缠于制度的纳入问题？

（三）因自足制度的失败而诉诸一般规则

186. 大多数评论者都认为，第三种情况——自足制度“失败”——将导致诉诸一般法。但何谓“失败”，这点还很不明确。在评估这一问题时显然必须考虑制度的性质。²⁴⁴ 就大多数特别制度而言，它们存在的理由是强化关于某一特定专题的法律，更有效地保护特定利益，或者就某一事项订立比一般法更加具体（且更加“公正”）的规章。人权条约机构的报告和各方实施情况以及环境条约领域的违约处理机制显然正是为了达到这一目的。世贸组织迅速、有效的解决争端制度也同样如此。

187. 如今，有时可能出现这样一种危险，就是特别制度实际上削弱了相关义务。比如，这种情况可能由以下原因所致：各方实施情况的处理工作过度积压；非专业性或带有偏见地讨论国家报告；制度内各机构的任何其他有意或无意的不良运作。制度内的解决争端机制可能运作得极慢或极无效力，以致损害继续产生，导致对公正的解决办法不抱希望。这时，该制度便是“失败”了，相关权利的受益者于是应有权诉诸一般国际法的机构和机制。

188. 无法订立判断何谓“制度失败”的一般标准。这种失败可能是实质性的，也可能是程序性的。如果制度完全无法实现其当初建立时所要实现的目的，比如说，如果某一自由贸易制度的成员国坚持保护主义做法，某一区域性环境条约的沿海缔约国无视承诺，继续污染水道，则该制度便在实质上失败了。如果根据《维也纳条约法公约》第 60 条，这一失败可称为“重大违约”，则该制度的成员国便可诉诸于该条款中所述手段。根据《维也纳条约法公约》第 62 条的规定，也不排除关于制度失败的事实可以称为“情形之根本改变”。

189. 另一种情况是程序性失败，即制度内各机构未能按规定运作。比如，它们承诺做出赔偿，但赔偿却没有兑现。²⁴⁵ 如果出现关于某一特别制度的缔约国应继续诉诸特别程序直至何时的问题时，或许应考虑进行类推，比如参考外交保护法中关于用尽当地补救办法的规定。在此方面，委员会现有的外交保护草案第 8 至第 10 条阐述了主要原则。根据第 10 条，在以下情况下无需用尽当地补救办法：

²⁴⁴ 例如见阿兰焦-鲁伊斯，《第四次报告》，前注 200，英文第 40-41 页，第 115-116 段；Simma，“自足制度”，前注 199，英文第 111-131 页；Denis Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public* (Paris: Pedone, 1994) . pp. 278-291; Christian Sano Homsí, “Self-Contained Regimes-No Cop-out for North Korea”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol.24 (2000) , p.99-123 以及 Barnhoorn & Wellens 的各种文章, *Diversity in Secondary Rules...*前注 12. Pauwelyn 的 *Conflict of Norms* 也有益地讨论诸如世贸组织法律秩序这样的特别制度“援引”一般国际法的议题，而“退出”的程度则依然有待诠释。前注 21，英文第 205-236 页。

²⁴⁵ 这是阿兰焦-鲁伊斯的《第四次报告》中列举的例子，前注 200，英文第 40 页，第 115a 段。

(a) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；(b) 补救过程受到不当拖延，且不当拖延是由[据称应对损害承担责任的]国家造成的。²⁴⁶

190. 这似乎适用于受损国本身也是有关制度的成员国的情况。当然，制度外的国家继续适用一般法律。但是如果受损国并非该制度的正式成员国，而该制度未能达到其既定目标，在这种情况下又会出现怎样的局面？比如，根据《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第8条订立的违约处理机制未能使那些经常违反该议定书第2条规定的减少排放量义务的缔约国改变行为；1966年《公民权利和政治权利国际公约》的一些缔约国无视人权事务委员会的意见和结论，继续大规模侵犯人权。其他缔约国何时才可对违反关于国际不法行为的国家责任条款草案第49条或第54条所订义务的缔约国采取反措施？对这些问题都没有明确答案，但显然到某一时刻必须诉诸有关国家责任的一般规则，包括解决争端的反措施和一般机制（例如，依据特别制度两个成员所作的强制管辖权声明诉诸国际法院）。²⁴⁷

4. 关于自足制度的结论

191. 特别制度的存在理由与特别法的存在理由相同。它们更好地考虑了所涉事项的特殊性；较之一般法，它们能更有效地调解问题，更密切地关注其成员的偏好。如果适用一般法来对违约行为做出反应（特别是反措施）可能不合适或可能会产生反作用，在这种情况下或许更适宜用自足制度应对违约行为，例如外交法中的不受欢迎的人制度。但正如委员会所述，同样清楚的是，如果一般法具有强制性性质，则不得背离。事实上，这一假定似乎是：为了使背离有据可凭，特别规则“至少与本条款所表述的规则具有相同的法律地位”。²⁴⁸

192. 但没有任何制度是自足的。即便是发展完善的制度，一般法也至少可发挥两种功能。第一，一般法提供规范性背景，有助于其未做出具体规定的某些方面的运作。例如，在世贸组织解决争端制度中的某一争端当事国解体的情况下，可采用国家继承一般规则来裁决该解体国家提出的或针对该解体国家提出的任何索赔要求。本报告说明了采用这一补充办法的一些途径。第二，在特别制度无法适当运作的情况下，一般法规则便可发挥作用。此种失败可能是实质性的，也可能是程序性的，《维也纳公约》本身至少概述了在这类情况下制度成员国可以采用的一些途径。关于国家责任的规则在此类情况下或许也可加以借鉴。

193. 第三，“自足制度”一词是不当的用词。任何法律制度都不可能脱离一般国际法。甚至此种脱离是否可能发生都令人怀疑：一种制度只有在提及适用该制度以外（有效力和有约束力的）规则和原则的情况下才

²⁴⁶ 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第10号》(A/58/10)，第10[14]条，英文第84页。

²⁴⁷ 可进一步参见 Simma, “自足制度”，前注199，英文第118-135页和 Alland, *Justice privée et ordre juridique* ...前注244, pp. 290-291。欧盟的特别制度的失败似乎也属这种情况。另见 Laurence Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations économiques internationales* (Geneve: Pedone 1992), p. 185。

²⁴⁸ 对关于国家责任的条款草案第55条第2款所作评论，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第10号》(A/56/10)，英文第357页。

可能具有（或不具有）法律上的约束力（“效力”）。委员会过去就“自足制度”、“制度”和“子系统”开展的辩论都从未假设过它们会完全脱离一般法。值得指出的是，《维也纳条约法公约》第42条载有一项与此直接有关的“明希豪森条款”，因为它明文规定将每一种法律制度都置于其框架之内。该项条款规定：

第42条 条约之效力及继续有效

1. 条约之效力或一国承受条约拘束之同意之效力仅经由本公约之适用始得加以非议。

194. 可以说，这是《维也纳公约》对制度建立和制度管理领域中一切事物所作的“最低限度”的规范。通过该条款和上述推理，每一种特别制度都可以在下列三方面与一般国际法挂钩：

- (1) 特别制度的效力，包括其建立方面的效力的条件，根据一般国际法的各项原则决定；
- (2) 由于特别制度是“特别的”，它不能提供其运作的所有条件。一般法为此目的提供资源。这不是将一般法纳入特别制度的问题，而是源于一般法的“一般性”，换言之，源于国际法的系统性质的问题。一般国际法主要是以下列三种不同方式来影响特别制度的运作：
 - (a) 一般国际法（即一般惯例和一般法律原则）可填补特别制度中的空白并为其运作提供解释性指导；
 - (b) 《维也纳条约法公约》的大多数条款（尤其包括第31和第32条）都具有习惯法的效力并适用于（a）项内所述情况；
 - (c) 一般国际法载有一些等级原则，这些原则制约特别制度的运作，尤其是可确定国际法的强制性规范，还可提供资源以确定在发生冲突情况下哪种制度应予以优先，或者至少可确定因推迟采用另一种制度（通常为国际责任）而违反某种制度的规定会产生什么后果。
- (3) 最后，一般国际法规定了特别制度归于“失败”的后果。然而，通常不可能由某一特别制度本身来决定该制度是在什么时候“失败”的。无法对失败做出权威性确定或许正是此类失败——例如，当某种解决争端的特别办法不起作用时——的一个方面。

5. 区域主义

(a) 什么是“区域主义”？

195. “区域主义”在国际法条约中并不占突出地位，并且当它占突出地位时，也很少以“规则”或“原则”的形式出现。它也不代表与“人权法”或“贸易法”具有同等地位的法律的实质方面。当出现区域主义问

题时，通常会涉及到法律的实质方面，以便就国际法的普遍性问题、其历史发展或实质方面背后的各种不同影响展开讨论。区域主义只在很少的情况下以公开规范的形式出现，作为一种区域性的特别法，其目的或者是适用某种经修改的一般规则，或者特别可能是作为对这种规则的偏离。

196. 区域主义是外交政策辩论中一个早已存在的主题。关于管理各种事项（比如，经济政策或集体安全等）的最佳做法的讨论，一般都利用比全球框架范围要窄的体制框架的优势。正如第二次世界大战结束时各大国在联合国进行辩论一样，在区域主义和普世主义之间做出何种选择对战后集体安全体系的规划有很大影响。例如，丘吉尔最初倾向于建立一套区域体系——“在这个世界组织大家庭内的欧洲委员会和非洲委员会”。²⁴⁹随着辩论结果倾向于建立一个在安全理事会监督之下的单一体系，在旧金山会议上就有人对这一做法会为外部势力干预区域安全管理（特别是在拉丁美洲地区）打开方便之门表示担忧。²⁵⁰

197. 有时，法律方法（例如，“英美做法”）的特定倾向或某些国家集团所采取的或特有的政策（比如，“第三世界做法”）也会引起区域主义问题。关于人权和文化相对主义的辩论有时也会突出这些紧张关系。在这种辩论中，焦点是某些规则或原则（包括人权概念）是否应该自动普遍适用的问题。在预期的普遍体系中，区域差异的范围是什么呢？

198. 作为法律和政治修辞的一部分，“区域主义”在表达上有各种不同的用法。这需要对这一概念对委员会内目前正在研究的国际法不成体系问题所产生的实际影响进行分析。为此，有人认为“区域主义”至少有三种明确涉及到国际法的不同含义，应该考虑到这些含义。

(b) “区域主义” 作为审查国际法的一套方式和方法

199. 这个术语的第一种（也是最普遍的一种）用法，是指法律思想和文化的特定倾向。例如，有时据说，国际法中存在“英美”传统或“大陆”传统，尽管人们经常否认这两种传统的区别。²⁵¹近期，人们一直习惯地认为存在不同的“苏维埃”主义或对国际法的“第三世界做法”。²⁵²在某种程度上体现了不同法律文化的

²⁴⁹ W.G. Grewe, “The History of the United Nations” in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 1995) p. 7.

²⁵⁰ 例如见 Ruth Russell and Jeannette E Muther, *A History of the United Nations Charter. The Role of the United States 1940-1945* (Washington: Brookings, 1958) pp. 688-712. Stephen C. Schlesinger, *Act of Creation. The Founding of the United Nations* (Boulder: Westview, 2003) pp. 175-192.

²⁵¹ 特别见 Hersch Lauterpacht, “The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law”, *BYBIL* vol.12 (1931) pp. 31-62。另见 Edwin D. Dickinson, “L’interprétation et l’application du droit international dans les pays anglo-américains”, *Recueil des cours ...vol. 129* (1970) pp. 305-395.

²⁵² Antony Anghie & B.S. Chimni, “Third World Approaches to International law and Individual responsibility in International Conflicts” in Steven R. Ratner & Anne-Marie Slaughter, *The Methods of International Law* (Washington: ASIL, 2004) pp. 185-210. On “Soviet” and “Russian” doctrines, see K. Gryzbowski, *Soviet Public International law: Doctrines and Diplomatic Practice* (Leiden: Sijthoff, 1970); Tarja Långström, *Transformation in Russia and International Law* (The Hague: Nijhoff, 2002)。

概念，例如，《国际法委员会章程》第 8 条就要求“应确保整个委员会代表世界各主要形式的文明和各主要法系。”许多其他国际法机构的组成也要符合这种模式，即在联合国选举中按照“公平地域分配”原则的标准（尽管通常不是正式的）做法中所反映出的模式。联合国大会不时强调这一原则的重要性，例如，它在 2002 年“鼓励联合国人权文书缔约国为选举条约机构成员制订按地理区域分配的配额制度。”²⁵³

200. 毫无疑问，国际法始终存在各种区域和地方做法，甚至是“文化”，并且有许多相关文献论述它们对一般国际法的影响。如此一来，比如，目前又有大量关于国际法“欧洲传统”的作用的言论。²⁵⁴还开展了“国际法的美国传统”问题的历史研究，²⁵⁵并就非洲或亚洲对国际法发展的作用展开辩论。²⁵⁶自 19 世纪以来，经常强调拉丁美洲的特殊性质及其对国际法的影响。²⁵⁷

201. 虽然无疑能够探究特定区域对国际法产生的社会、文化和政治影响，但这些研究并不真正论述不成体系问题。它们没有宣称，由于有些规则是“区域”灵感的产物，应该以某种特别方式加以解读或应用。相反，这些区域影响似乎非常确切，因为它们已经失去其原有的地理局限性，得以为普遍性国际法的发展做出贡献。它们仍是国际法背后的历史或文化渊源、并继续产生不同程度的政治影响。

202. 国际律师中的一个强烈假定是，无论这类影响如何，应该以普遍的方式来解读法律。正如 Robert Jennings 先生在 1987 年指出的那样：

……国际公法的首要一般原则是其普遍性的质量；也就是说，所有国家都承认它有效和适用，无论这些国家拥有什么样的文化、经济、社会政治或宗教历史和传统。²⁵⁸

203. 不过，正如 Jennings 本人所指出，

²⁵³ 见 A/RES/56/146 (2002)。

²⁵⁴ 特别见自 1990 年以来在《欧洲国际法学报》上举办的关于“国际法中的欧洲传统”的系列专题讨论。

²⁵⁵ 例如见 Mark W. Janis, *The American Tradition of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004)。

²⁵⁶ 见 T.O. Elias, *Africa and the Development of International Law* (Leiden: Sijthoff, 1972); R.P. Anand, “The Role of Asian States in the Development of International Law” in R.-J. Dupuy (ed.), *The Future of International Law in a Multicultural World* (The Hague: Nijhoff, 1983) p. 105。自 1999 年以来在《国际法历史杂志》上发表的许多文章一直在从历史的角度谈论国际法的区域影响和发展。

²⁵⁷ 见庇护权案（哥伦比亚诉秘鲁），1950 年《国际法院案例汇编》（Alvarez 法官的反对意见），英文第 293-294 页。有关 19 世纪辩论的概要，见 Hector Gros Espiel, “La doctrine du Droit international en Amérique Latine avant la première conférence panaméricaine”，《国际法历史杂志》，第 3 卷（2001 年），英文第 1-17 页。另见 Liliana Obregón, *Completing Civilization: Nineteenth Century Criollo Interventions in International Law* (SJD Diss. Harvard, mimeo, on file with author)。二十世纪这一想法的主要拥护者无疑是 Alejandro Alvarez。参见他的“拉丁美洲和国际法”，《美国国际法学报》，第 3 卷（1909 年），英文第 269-353 页。

²⁵⁸ Robert Jennings, “Universal International law in a Multicultural World” in Maarten Bos & Ian Brownlie, *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford: Oxford University Press, 1987)，也载于 *Collected Essays of Sir Robert Jennings* (The Hague: Kluwer, 1998) p. 341。

……当然，这并不是说，没有区域差异的余地，即使是原则问题……。普遍性并不意味着一致性。但它的确意味着，无论有什么样的差别，这样的区域性国际法都是整个国际法体系的一部分，而不是一个单独的体系，并且其有效性最终源于整个国际法体系。²⁵⁹

204. 如果区域主义本身不是自动地具有规范意义，那么突出它的重要性是因为它兼有功能性差别。也就是说，如果国际法以前的推动力可能是地理区域的话，那么如今的推动力往往是全球多样化的特定利益：贸易利益、全球化游说团体、环境主义者或人权团体等等。“第三世界”的语言已经反映了这一变化。尽管第三世界集团中的各国有时是按照地理区域划分的（例如“南方国家”），这并非意指它们所共同享有的特殊地理财产（例如，气候等），而是指基于集各种利益、价值观或政治目标为一体的某种同质性。功能性差别——出现了各种寻求对“人权法”或“环境法”等特殊类型的（“功能性”）关切做出回应的特殊类型的法律——无疑是国际法不成体系和多样化现象的（社会学）根源。但这个问题将在本报告的其他部分进行讨论，这里无需特别讨论。

(c) “区域主义”作为制定国际法的一种手段

205. 另一种意义上的区域主义是制定国际法的特权论坛。经常有人设想在区域范围内制定或应该制定国际法，因为行为主体的利益或观点的相对一致将会确保更有效或更公平地执行相关规范。深厚的文化底蕴能够更好地确保各种规章的合法性，并确保它们能够得到一致的理解和实施。这可能就是为什么人权制度和自由贸易制度始终起源于区域范围的原因，尽管普世主义者提出了关于人权或商品市场的理念。

206. 这是赞成背景论的一个一般论点，并且已经在上文关于特别法的部分进行过讨论：背景的接近能更好地反映有关方的利益和征得其同意。作为一个法律政策问题，采取区域做法常常可提高工作效率。²⁶⁰人权和经济一体化都是这一类推理的例子。更广泛地来讲，区域主义的出现有时与关于国际法的社会学理论不无关系，特别是与强调从各国到较大国际政府机构的自然发展趋势的观点有关。

207. 例如，根据 Georges Scelle 提出的国际法社会学（“客观主义者”）理论，区域主义是以他所称的“联邦现象”的形式出现，是逐步从单个国家向较大规范性机构发展的一个过程，并处于扩大“团结”领域的连续阶段之中。他写道，“这是有可能发生的，是因为邻国之间具有自然亲合力（共同的历史、语言、宗教等）、对劳动分工的需要（正如在区域经济一体化中一样）或考虑到某种共同威胁（如通过发展区域安全体系）。”²⁶¹ 最

²⁵⁹ Jennings, 同上, 英文第 342 页。

²⁶⁰ 关于非洲国家、美洲国家、前社会主义国家和西欧国家之间区域合作的一个非常详尽的综述，以及联合国各区域委员会和区域发展银行的讨论，见 Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000) vol. IV, pp. 100-161。

²⁶¹ Scelle, *Cours de droit* ...supra note 69, p. 253。

近，关于国际关系的研究中出现的各种有关相互依赖和国际制度的理论以及全球化的社会学，都指出了通过比国家更广泛的机构包括区域机构进行管理的优势。

208. 这些研究得出了各种不同的政治评估结果。例如，Hedley Bull 指出了第三世界区域主义的吸引力：对弱国来说，这种区域主义具有功能性和团结的优势，可以利用它来避免由于参加全球或其他比较广泛的合作领域而可能导致的大国主宰的危险。²⁶² 其他一些理论家所持的观点恰恰相反，他们把区域主义看作是谋取霸权的一种手段。按照这种看法，区域主义常常预示着产生由大国支配的很大空间或霸权“阵营”（Monroe 主义或许就是一个例子），以便确保霸权地位或调整因世界上其他地方的另外一种力量的活动所打乱的权力平衡。²⁶³

209. 当然，关于论述区域主义作为合作与霸权政治的一种手段的性质和优缺点的著作不胜枚举。²⁶⁴ 但这些社会学观点和历史推测（无论有何价值）是否非常有助于对国际法不成体系问题的审查这点令人怀疑。它们还倾向于从功能的角度来看待区域合作，将其看作是各国普遍需要进行协作以实现共同目标或为争取合作伙伴以便产生、维护或反对霸权的一种特殊情况。作为关于合作逻辑与合理选择理论的一个事件，区域主义丧失了其作为一个问题的特性，一般来说应该结合国际社会的功能多样化，尤其是特别制度问题来加以论述，这个问题已在本报告的前一部分作了论述。

210. 然而，有一个方面值得在此一提，即贸易法方面的区域主义。尽管关贸总协定/世贸组织体系内的全球贸易制度具有很强的影响力，但另一方面，缔结的各种区域贸易协定并没有减少。例如，在 1990 年至 1994 年乌拉圭回合谈判的最后几个阶段期间，关贸总协定秘书处接到了 33 个区域贸易协定通知，而该秘书处仅在 2004 年 1 月至 2005 年 2 月期间就接到共计 43 个区域贸易协定的通知，“使之成为有史以来区域贸易协定成果最多的一个时期”。²⁶⁵ 从技术层面来讲，尽管这些协定显然放宽了其伙伴之间的贸易，但它们同时限制了与外部世界的贸易。关于区域贸易协定的具体理由参见《关税及贸易总协定》第 24 条，尽管对该条款的适用范围一直存在地方性争论，但正如上诉机关所阐述的那样，世贸组织体系内（可以理解的）观点一直在

²⁶² Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics* (London: Macmillan, 1977) pp. 305-6. 关于位于各国和全球安全体系之间的中级区域安全“联合体”的优缺点问题，例如见 Barry Buzan, *People, States, & Fear: An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era* (New York, Harvester, 1991) 2nd ed. pp. 186-229. 关于经济全球化和区域化的各种相互加强而且相互挑战的力量问题，例如见 Charles Oman, “Globalization, Regionalization and Inequality” in Andrew Hurrell & Ngaire Woods (eds.), *Inequality, Globalization, and World Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2000) pp. 36-65.

²⁶³ 特别见 Carl Schmitt, *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Berlin: Duncker & Humblot 1950)。同样，见 Wilhelm Grewe, *The Epochs of International Law* (Berlin: De Gruyter, 2000) pp. 458 et seq.

²⁶⁴ 例如见 Richard Falk & Saul Mendlowitz (eds.), *Regional Politics and World Order* (San Francisco: Freeman, 1973); Winfried Lang, *Die internationale Regionalismus* (Springer: Wien, 1982) and the essays collected in Joseph S. Nye, *International Regionalism. Readings* (Boston: Little & Brown 1968)。

²⁶⁵ Friedl Weiss, “Coalitions of the Willing: The Case for Multilateralism vs. Regional and Bi-lateral Arrangements in World Trade” in C. Calliess, G. Nolte & P-T. Stoll, *Coalitions of the Willing. Avant-garde or Threat* (Cambridge Cambridge University Press, 2006, forthcoming)。另见下文 D. 4. (a) (一) 节。

对它进行限制性的解释。²⁶⁶尽管如此，鉴于在发展全球贸易体系方面存在的困难和争论，缔结区域贸易协定的做法目前看来不会终止。

(d) “区域主义”作为区域性排除适用普遍国际法规则的一种方式

211. 但如果“区域主义”是指某种具有区域效力范围或对某种普遍规则或原则的效力范围进行某种区域限制的规则或原则，则“区域主义”可能具有更强的含义。从前一种（积极的）意义上说，这种规则或原则只对某个特定区域内的成员国具有约束力。²⁶⁷从后一种（消极）意义上说，“区域主义”将使某一特定地理区域内的国家免受其他普遍规则或原则的约束。

212. 上述建议中有许多问题，其中有些根本不是相关“区域”的身份认同问题，而特别是将这种身份强加于不具有该身份的国家的国家的问题。对于规范性的区域主义，它必须明确区别于某一区域内各国之间多边条约的普通情况或各国之间相当于某种区域惯例的一套趋同做法。在后两种情况下，协定规则或习惯规则是在有关国家同意该规则的基础上对它们具有约束力。属于同一区域的国家这一事实只是它们关系中的一个事实要素，比起它们的种族构成或经济制度而言，不会对该规则的约束力或解释产生更大的影响。²⁶⁸我们不是要描述各种区域联系中独立的规范力量，这些情况在上文所述的特别法中进行了讨论。²⁶⁹

213. 另外一种更加困难的情况是，一种区域规则（根据条约做法或惯例）在某个国家没有明确通过或接受它的时候，声称对该国具有约束力。国际法院在庇护案（1950年）和阿亚德拉托雷案（1951年）中就涉及到这种主张（尽管毫无结果）。在此案中，哥伦比亚除其他外辩称已经出现关于外交庇护问题的“美洲”或“拉丁美洲”法律。²⁷⁰据阿尔瓦雷兹法官称，这是基于拉丁美洲国家“自其独立以来”“修改法律以使其符合该大陆的利益和抱负”的愿望。²⁷¹在这里，区域主义的目的和理由被明确地概括为：目的是偏离一般法，而这样做的理由是部分根据有关区域适当性的社会学论点，得到部分同意（“愿望”）。哥伦比亚与阿尔瓦雷兹法官一样清楚这种法律的规范力。哥伦比亚认为，区域法律甚至适用于本区域中尚未接受该法律

²⁶⁶ 见土耳其——纺织品和服装进口的限制案，1999年5月31日，WTO/DS34/R，第9.92段。

²⁶⁷ 这种理解见 Dietrich Schindler, “Regional International Law”, in Bernhardt, Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000) vol. IV, pp. 161, 161-165.

²⁶⁸ 这并不意味着它根本没有影响。例如在阿亚德拉托雷案中，国际法院认为有权解释相关的（哈瓦纳）公约第2条“符合有关庇护问题的拉丁美洲传统”，阿亚德拉托雷案（哥伦比亚诉秘鲁）1951年《国际法院案例汇编》，英文第81页。

²⁶⁹ 许多区域组织都如此。它们的“区域”特征没有使它们区别于其他多边组织。例如，这就意味着并非相关区域的所有国家都始终参与这些区域组织，在这种情况下，它们的权限甚至没有延伸到非参与国家。Schindler, “区域国际法”，英文第161页。

²⁷⁰ 特别见“Observations du gouvernement du Colombie sur l’existence du droit international américain. Réplique de gouvernement Colombien (20 IV 50) ICJ, *Asylum case (Colombia/Peru) Pleadings vol. I*, pp. 330-334.

²⁷¹ 庇护案（哥伦比亚诉秘鲁）1950年《国际法院案例汇编》（阿尔瓦雷兹法官的反对意见），英文第293页。同样，里德法官指出，存在“协约法和习惯法机构与普遍国际法形成补充，并且适用于泛美世界中国与国之间的关系”，庇护案（哥伦比亚诉秘鲁）1950年《国际法院案例汇编》（里德法官的反对意见），英文第316页。

的国家。²⁷² 阿尔瓦雷兹不仅主张在“影响美洲的问题上”，区域法律“对新世界的所有国家”以及所有其他国家具有约束力，²⁷³ 而且还主张区域法律在“无需得到[新世界当中]所有国家承认的情况下‘对这些国家具有约束力’。”²⁷⁴

214. 声称具有明确的南美洲适用渊源或适用领域的规则经常会出现区域主义问题，如著名的卡尔沃主义、德拉戈主义和托瓦尔主义。²⁷⁵然而，这些主义都未曾得到过普遍认同，如今看来它们的重要性似乎值得怀疑。在庇护案中，法院本身并没有宣称在概念上存在上文所述的强烈意义上明确属于国际法的区域性规则（即自动对一个区域的国家具有约束力、以及约束其他国家与这些国家的关系的规则）的可能性。²⁷⁶ 它只是说，哥伦比亚为证明存在关于外交庇护的区域规则而列举的情形可能是出于便利或政治权宜的考虑。没有提供任何证据证明这些情形产生于对法律义务的理解。²⁷⁷ 但更重要的一点是，或许法院将哥伦比亚的主张作为一个关于习惯法的主张来对待，并且鉴于哥伦比亚未能提供必要的证据，法院驳回了它的这一主张。换句话说，判决中并没有明确讨论“区域主义”问题，更谈不上对上文概述的强烈意义上的区域主义的认可。

215. 事实上，很少有人支持这样的建议，即区域主义将拥有对区域习惯行为以外的其他事物——当然伴有有关国家必要的法律意见——的规范性依据。在此情况下，区域以外的国家不会自动受相关区域惯例的约束，除非有明确迹象表明它们已明示或默示地（或可能通过不提出抗议的方式）接受这一惯例。这还使得就关于区域主义的任何具体规范性（相对于历史性的、社会学的或立法手段）展开辩论成为多余。不过，有两个具体问题可能仍需着重谈一谈。

²⁷² “Mémoire du Gouvernement Colombien”, *Haya de la Torre case (Colombia v. Peru) Pleadings 1951* pp. 25-27.

²⁷³ “普遍国际法如今发现自己也在大陆法和区域法的框架之内，并且所有这些法系都根据《联合国宪章》的序言部分和第一章所载之规定呈现了新的趋势；这些趋势完全反映了美洲国际精神”，庇护案（哥伦比亚诉秘鲁）1950年《国际法院案例汇编》（阿尔瓦雷兹法官的反对意见），英文第294页。

²⁷⁴ 庇护案（哥伦比亚诉秘鲁）1950年《国际法院案例汇编》（阿尔瓦雷兹法官的不同意见），英文第294页。

²⁷⁵ 根据卡尔沃主义的一个版本，与缔约国同外国私人承包商订立的合同有关的国际责任被排除在外。另一种说法将它描述为一项合同规定，其中“外商同意不就合同引起的任何问题吁请其国籍国解决。”这通常作为一项条款插入（或建议列入）投资合同，但也有人主张将其作为南美区域法律的一项具体规则。例如见 D. P. O’Connell, *International Law*, 前注 77, vol. II, pp. 1059-1066 and Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility” in Max Sorensen, *Manual of Public International Law* (London: Macmillan, 1968) pp. 590-593. 关于其如今（有争议的）相关性，见 Christopher K. Dalrymple, “Politics and Foreign Investment: The Multilateral Investment Guarantee and the Calvo Clause”, *Cornell International Law Journal* vol.29 (1996) p. 161 和 Denise Manning-Cabrol, “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”, *Law & Policy in International Business*, vol.26 (1995) p. 1169. 德拉戈主义寻求从国家责任的一般规则中免除国家贷款，The Drago doctrine sought to exempt State loans from general rules of State responsibility, O’Connell, *International Law*, 前注 77, vol. II, pp. 1003-4. 托瓦尔主义与声称不承认通过非宪法规定的手段产生权力的政府的义务有关。O’Connell, 前注 77, vol. I, p. 137.

²⁷⁶ 尽管通过提及“拉丁美洲沿用最久的传统之一，即不干涉传统”做出这方面的暗示，庇护案（哥伦比亚/秘鲁）1950年《国际法院案例汇编》，英文第285页。

²⁷⁷ 庇护案（哥伦比亚诉秘鲁）1950年《国际法院案例汇编》，英文第276-277页。

216. 一是人权法中普世主义与区域主义对立的问题。尽管这是一个深入涉及文化相对论的哲学问题（并且属于国际法委员会不成体系项目之外），但处理这个问题的一种方式值得注意。这就是不从普遍规范的例外方面来思考“区域主义挑战”，而是像 Andrew Hurrell 那样“主要从执行方面”对它进行思考。²⁷⁸这意味着不是从例外方面理解区域多样性，而是动态地、根据具体情况实施和运用共同标准。如果这样，那么这个问题也会属于一般法和特别法之间更一般性的关系问题，与特别法的适用性及范围的一般性问题没有区别。

217. 另一种情况涉及联合国集体安全体系内普世主义与区域主义之间的关系问题，或换句话说，涉及到《联合国宪章》第七章与第八章之间的关系。在这里，未决的问题包括区域“安排”或“机构”的定义是什么以及根据第五十二条第（一）款采取的行动什么时候可能是“适当”的。但最重要的问题似乎涉及到采取执行行动的区域机构和安排与安全理事会之间的管辖权孰先孰后的问题。²⁷⁹根据第五十二条第（二）款的规定，区域机构或安排的成员应尽一切努力解决它们之间的争端，解决不了的才提交给安理会。在这里，无论对正确的进行顺序有什么样的不同意见，显然都不能认为区域机构或安排所采取的行动是对安全理事会管辖权的一种“例外”，它始终是安理会认为适合进行干涉的情况下——例如，由于区域行动不是或不可能是“适当”或有效的——有权处理的一个问题。在此方面，第八章应被视为一套功能性条款，寻求在适当考虑“辅助”问题的情况下最适当地处理各项具体问题。²⁸⁰

(e) 欧洲一体化

218. 最后，应该简要地提一下欧洲联盟。众所周知，欧盟从签订 1957 年的《欧洲经济共同体罗马条约》时起便成为一个关税同盟。自那时以来，创始条约经过多次修改，使得目前生效的文件（《欧洲联盟条约》（1992 年在马斯特里赫特签订，1997 年和 2001 年分别在阿姆斯特丹和尼斯进行修改）超出了某种经济安排的范围。该联盟的活动据说是由三个“支柱”组成，一个涉及到与“共同体”活动有关的最重大的超国家规则，另外两个支柱则更多地涉及到司法和内政方面共同外交和安全政策与合作等“政府间”领域。欧洲一体化已经深刻地改变了欧盟成员国之间法律关系的性质。正如欧洲法院发表的一个著名论断那样，创始条约不仅仅是国际协定，它们具有欧盟的某种“宪法性质。”²⁸¹ 它们已经在成员国之间建立起特殊类型的法律秩序，因此，不一定要按照解释和适用“普通”协定的方式来解释和适用这些协定。

²⁷⁸ Andrew Hurrell, “Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World” in Tim Dunne & Nicholas J. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) pp. 294-297.

²⁷⁹ 关于有用的概述，见 Hummer & Schweitzer, “Article 52”, in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (Oxford: Oxford University Press 1995) pp. 683-722.

²⁸⁰ 同上，第 709-710 页。

²⁸¹ 第 294/83 号案例，*Parti écologiste “Les Verts”* 诉欧洲议会，1986 年 4 月 23 日的判决，ECR (1986) 01339，英文第 1365 页，第 23 段。

219. 没有理由停留在欧盟成员国之间法律关系的特殊性质问题上。对不成体系起到推波助澜作用的一种现象是，欧盟作为一个国际行动者在国际舞台上起到了各种不同的作用。首先，在欧盟管辖权的“第一支柱”下运作的欧洲共同体是国际法的一个主体，实际上，外界可能将其视为一个政府间组织，无论发生何种变化，其具体性质都带有这种特征。²⁸²同时，特别是在涉及到外交政策问题以及司法和内政方面的合作时，欧共同体总是与其成员国共进退。欧共同体专属管辖权和欧盟与成员国之间共同管辖权之间的区别是欧共同体法律中一个错综复杂的部分，往往很难理解。关于“混合协定”的情况尤其如此，在这些协定中，共同体和成员国都是缔约方，但它们各自的管辖权发展成为制定欧共同体（内部）法律的职能。²⁸³欧盟方面当然强调说，它们都不会对第三国的权利产生任何影响，确实，从后者的角度来看，严格属于两方当事人之间行为的法律发展也不会产生这种影响。然而，从条约权利和义务——包括对可能发生的任何违反行为承担的责任——一致性的角度来看，分割的管辖权问题仍然是一个令人关注的问题。欧共同体行为的一个特殊方面——所谓的“分离条款”——与《维也纳公约》有着直接联系，因此，我们将在下文 D 节单独讨论。

6. 关于特别法和一般法之间冲突的结论

220. 所有法律体系都包括与所涉事项和适用范围有关的具有程度不同的一般性和特殊性的各种规则和原则。有时它们会指向不同的方向，如果这样的话，法律推理的任务就是建立这些规则和原则之间具有实际意义的关系，从而确定它们是否能够以相互支持的方式加以适用或一种规则或原则是否应该明确优先于另一种规则或原则。这就是在下文 F 节当中所称的“体制一体化”。

221. 许多规则体系除了包含特别主要规则之外，还包含与责任或争端解决有关的特别次要规则。尽管这些制度有时被称为“自足制度”，但它们从未“在客观上孤立于”其余法律。事实上，正如我们所看到的那样，它们有其效力和范围，并且不断受到各种法律规则和原则的补充，这些规则和原则不是通过任何具体的行为制订或纳入的。“区域主义”的社会学现象也不意味着孤立的法律体系在某个区域基础上出现。专业化的或区域性的规则复合体所起的作用是一个有事实根据的历史性问题，只能根据每个规则的具体情况才能搞清楚，并且要牢记它们构成其中一部分的法律的“系统”性。

222. 本节着重介绍了在法律推理过程中规范性标准的“特殊性”和“一般性”的实际作用。并强调指出这些属性与其具体运作方式之间的关系特征总是取决于它们所适用的背景。只可能在“一般”方面提出“特殊性”的主张或进行抗辩。在此方面，国际法实质内容的不成体系——本次研究的对象——并未对法律实践构成任何很严重的危险。法律推理的一部分是将规则和规则体系彼此联系起来，这与将它们分离开来并确立它们之间的优先和等级关系一样正常。新的法律“分支”、新型条约或系列条约的出现是一个全球化的世界社

²⁸² 见 Jan Klabbers, “Presumptive Personality: The European Union in International Law” in Martti Koskenniemi, *International Law Aspects of the European Union* (The Hague: Nijhoff, 1997) pp. 231-254.

²⁸³ 关于有益的分析，见 Joni Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and Its Member States* (The Hague: Brill, 2001)。

会复杂性的一种特征。如果律师们认为无法应对这种复杂性，那么这反映的不是其“工具箱”中的问题，而反映的是他们在如何使用工具箱方面的想象力问题。

D. 先后规范之间的冲突

223. 特别法和一般法之间的关系常常受与另一种关系，即先行法和后行法之间的关系的影 响，这种关系变化很多，在此情况下很难说它的变化是否改变了特别法原则的实施。一般说来，通常的情况可能是，国家颁布一项后行一般法时，即使先行法从某种意义上讲更“特别”，其目的也是要取消先行法。再者，似乎也不宜定出如何处理这两类关系的任何一般规则。

224. 最基本的情况是在习惯法先前所涵盖的领域通过一项条约：“众所周知，实际上可以通过协定在特定案例中或在特定当事方之间偏离[一般]国际法。”²⁸⁴ 然而，上文 C 节已经解释过，这并非理所当然地意味着那先行习惯法彻底过时失效。²⁸⁵ 通常，习惯法对尚未加入（法典编纂性）条约的那些国家仍然有效；如果由于某种缘故，该条约仍不能适用或只涵盖部分主题事项，习惯法偶尔也可以在条约伙伴之间适用。²⁸⁶ 协定常常取消先行习惯法，这一事实不能化成任何有利于后行法的当然假设。事实上，假定习惯和条约截然对立是错误的。一方面，条约可能是创建习惯法过程的一部分。²⁸⁷ 另一方面，习惯行为无疑会影响条约的解释和适用，而且在某些情况下也可能修改条约法。²⁸⁸ 因为上文解释过，国际法渊源没有普遍适用的等级体系，特定条约和特定习惯规范之间的关系总是要根据具体情况加以决定。²⁸⁹

²⁸⁴ 北海大陆架案（德意志联邦共和国/丹麦；德意志联邦共和国/荷兰），1969 年《国际法院案例汇编》，英文第 42 页，第 72 段。另见，大陆架案（突尼斯/阿拉伯利比亚民众国）（案情实质），1982 年《国际法院案例汇编》，英文第 38 页，第 24 段。

²⁸⁵ 具体见 Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden: Sijthoff, 1972), 第 95-108 页。另见 Karl Zemanek, “The Legal Foundations of the International Legal System...” 前注 31, 英文第 220-221 页。

²⁸⁶ 用国际法院的话讲，“即使习惯国际法和国际条约法这两类的内容相同，习惯国际法也在国际条约法之外继续独立存在和适用”，*尼加拉瓜案*，英文第 96 页，第 179 段。《维也纳条约法公约》第 43 条也料到了这种情况，它规定，宣布某项条约无效不影响“无须基于条约”的对该国有约束力的义务。不过，一刀切同样危险。即使是某项公约缔约国的目的就是要在其相互关系中偏离先前的习惯，也不能事先排除这种情况。《维也纳条约法》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，英文第 331 页。

²⁸⁷ 北海大陆架案（德意志联邦共和国/丹麦；德意志联邦共和国/荷兰），1969 年《国际法院案例汇编》，英文第 41 页，第 71 段。

²⁸⁸ 这种情况规定解释者必须尊重条约后来实践的第 31 条第 3 款（b）项也稍微预料到了。另一种情况是时际冲突法（见下文第 6 章），在这种法律中后起习惯会影响条约的开放式或“活动”条款的解释。另见 Michael Byres, *Custom, Power, and the Power of Rules* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 英文第 172-180 页；M.E. Villiger, *Customary International Law...* 见前注 76, 英文第 295-297 页。

²⁸⁹ 除其他外，这还等于说，即使条约和习惯可能常常作为“特别”和“一般”彼此相联，但情况并非总是这样。一项特殊“（或双边）习惯当然可能在这方面比一项多边条约更特殊。Michael Akehurst, “The Hierarchy of Sources of International Law”, *BYBIL* vol. 47 (1974-1975), p.275。

225. 然而，除特别法准则外，“后行法替代先行法”或后法废除前法原则，在国际法中常被列为一项解释或解决冲突原则。²⁹⁰ 这项准则根在罗马法，也得到了早期不同作家（如格劳秀斯和瓦泰尔）的承认。²⁹¹ 它有时被为《国际法院规约》第 38 条第 1 款 c 项规定一项“一般法律原则文明各国所承认者”，²⁹² 有时被视为一项习惯法解释原则，²⁹³ 偶尔被设想为法律智士在法律程序中寻求国内类推时会不由使用的一种技术。²⁹⁴ Schwarzenberger 称它为一项非规范性的“准则”，这种准则指向通过对两项条约的正当解释得出的一种结果，特别是后订（或先订）条约公认优先于其对应条约，因为这就是缔约国的目的。²⁹⁵

226. 像对特别法一样，不管后法的正式地位如何，都很容易接受后法的实用理论根据。它厚今薄昔，更具体地反映了当前环境和有关行为者当前的意志。当然，它也不能要求绝对优先。尽管存在着涉及任何强制法问题，但允许后立承诺压倒先立承诺，特别是后立承诺所许当事方或受益人与先立承诺不同时，通常似乎难以令人接受。²⁹⁶ 此处与其他地方一样，实用主义、特别决定和协调一致倾向占了上风。²⁹⁷

227. 先后所订条约的抽象或理论研究往往把这视为“条约法特别隐晦的一面”，原因也许就在于此。²⁹⁸ 问题没有因为司法或仲裁实践稀少，没有因为通过外交谈判解决条约冲突的倾向而减少。²⁹⁹ 隐晦之点既涉及该原则的规范意义——它有多大威力？也涉及其后果——如果它意在推翻另一项规则，情况如何？有时，它确

²⁹⁰ Quincy Wright, “Conflict between International Law and Treaties”, 《美国国际法学报》 vol. 11 (1917) No. 3, p. 579; Charles Rousseau, “De la compatibilité des norms...前注 36 (1932) p. 150; C. Wilfred Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, 前注 8, pp. 445-446; Akehurst, “The Hierarchy of Sources...ibid., p. 273; W. Czaplinski & G. Danilenko, “Conflict of Norms in International Law”, 前注 73, pp. 19-22; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*...note 62, p. 98; Wolfram Karl, “Treaties, Conflicts between”, 前注 127, vol. IV, pp. 937-938; Anthony Aust, *Modern Treaty Law*... 前注 73, p. 201; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms*..., 前注 21, pp. 335-363; Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public*, 前注 73, p. 270; Rüdiger Wolfrum & Nele Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, 前注 22, pp. 152-158.

²⁹¹ Papinian Digest 50, 17,80; Paul. Digest 32, 66,5 和 Dig. 1, 4,1, The Digest of Justinian vol. IV,拉丁文文本编者 T. Mommsen 和 P. Kruger, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985); Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis*. ...前注 63, Book II, Ch. XVI, Sect. XXIX, p. 428; Emmerich de Vattel, *Law of Nations; Principels of the Law of Nature applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (New York: AMS Press, 1982) Book II, Ch. XVII, p. 272, para. 315.

²⁹² 比如见 Hans Aufricht, “Supersession of Treaties...”, 前注 116, 英文第 655 页。

²⁹³ Malgosia Fitzmaurice 和 Olufemi Elias, *Contemporary Issues*...前注 73, p. 322。

²⁹⁴ 人们明确地做国内类推，如 Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets* (Paris Economica, 1985) p. 161, 还有 Czaplinski & Danilenko, “Conflict of Norms in International Law”,前注 73, p. 21。

²⁹⁵ Georg Schwarzenberger, *International Law*, supra note 79, p. 473。

²⁹⁶ 后法和前法准则实际同时有效可能源自两种法来自不同国内类推的方式。如果后法预计国际规则与国内立法类似（后行法通常推翻先行法），则前法暗示与国内合同（如劳特帕赫特明确提出的那样）类似。另见 Christopher J. Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, 前注 10, 英文第 620-639 页。

²⁹⁷ Charles Rousseau, “De la compatibilité des normes”, supra note 36, p. 153。

²⁹⁸ Sinclair, 《维也纳条约法公约》，前注 62, 英文第 93 页。

²⁹⁹ Guyora Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction*..., supra note 143, p. 17; Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, supra note 10, pp. 591-600, 609-620。

实可以为其反面——后法——所废。从下文中会看到，这些隐晦之点并没有因为通过了《维也纳条约法公约》第 30 条而消失。尽力澄清此事很重要，因为先订条约和后订条约之间的冲突随着常常是准立法性质的多边条约法（如环境领域中）的稳步增加而越来越重要。³⁰⁰

1. 关于先订条约和后订条约之间冲突的一般法

228. 先订条约和后订条约之间的冲突问题，如今已为《维也纳条约法公约》第 30 条和第 41 条所涵盖。不过，大家在下文可以看到，该条约留下了许多问题没有解决，而且通常只提到一般法。无论如何，《维也纳条约法公约》所尊奉的规则基本上编纂了该公约订立之前存在的并继续为适用那些协定规定提供理论根据和视角的一般法方法。因此，单独研究先订条约和后订条约之间冲突的一般法很有用。在此应当区分两种基本情况：一是两项条约的缔约方相同，一是缔约方不同。

(a) 缔约方相同的条约之间的冲突

229. 两个国家就同一主题事项缔结两项条约，却丝毫没有提到它们彼此的关系时，通常首先把它们看作是相容的（协调一致原则）。³⁰¹ 通常的做法可能就是先简单地审查一下从现有对条约正文的不同解读中推出的缔约方的意图。³⁰²

230. 如果不能从正文中得出此类协调一致的意图，就可以求助于后法准则，推定有减损先订协定的意图。³⁰³ 比如，如果条约涉及完全不同的专题，而且是由不同届政府官员谈判订立，情况可能就是如此。³⁰⁴ 当然，这一推定是可以反驳的，目的是如果解释确实表明缔约方不想减损先订协定，那么目的就应当优于准则。例如，委员会在处理该问题时，在没有冲突条款的情况下，优先问题显然要通过解释缔约方的意志来解决：它们打算让后订条约补充还是减损先订条约？³⁰⁵

231. 同样的考虑也适用于缔约方相同的多边条约之间的关系。这就是说，除非看来缔约方想用后订条约取代先订条约，否则就要努力通过解释予以协调。《维也纳条约法公约》第 59 条明确规定：

“任何条约于其全体当事国就同一事项缔结后订条约，且有下列情形之一时，应视为业已终止：

³⁰⁰ 特别见 Wolfrum 和 Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, 前注 22, pp.1-13; Nele Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge...*前注 22, pp. 53-73; Fitzmaurice 和 Elias, *Contemporary Issues ...*前注 73, pp. 321-348。

³⁰¹ Czaplinski-Danilenko, “Conflict of Norms in International Law”, 前注 73, p.13; Schwarzenberger, *International Law*, 前注 79, p. 474; Aust, *Modern Treaty Law*, 前注 73, p. 174; Pauwelyn, *Conflict of Norms...*前注 21, pp. 240-244。另见 Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, 前注 8, pp. 427-729。

³⁰² 另见 Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, 前注 10, p. 583。

³⁰³ Rousseau, “De la compatibilité des normes ...”, supra note 36, pp. 188-190; Aufrecht, “Supersession of Treaties ...”, supra note 116, p. 657; Mus, “Conflicts between Treaties...”, supra note 21, p. 220; Aust, *Modern Treaty Law...* supra note 73, p. 174。

³⁰⁴ Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, supra note 10, p. 583。

³⁰⁵ 见 Mus 中的讨论，同上，英文第 217-218 页；Fitzmaurice 和 Elias, *Contemporary Issues...*前注 73, 英文第 321-322 页。

(a) 自后订条约可见或另经确定当事国之意思为此一事项应以该条约为准；或

(b) 后订条约与前订条约之规定不合之程度使两者不可能同时适用。”

232. 然而，虽然缔约方相同的两项条约的情况，从原则上，很容易处理，但仍会有各种复杂情况。例如，有哪项协定是先订协定问题。许多作者，包括维也纳会议的专家顾问 Humphrey Waldock，都认为除非从上下文中再也看不到别的东西，否则决定时点（早订/后订）的关键日期是条约的通过日期，而无论如何，比如说，不是条约的批准或生效日期。³⁰⁶ 少数人的意见支持生效日期或从缔约方的意图中推求这一日期。³⁰⁷ 这一问题对不同国家可能采取不同的方式加以解决，造成了更加复杂的情况。比如，A 国本可能先缔约 X 条约，后缔约 Y 条约，而 B 国本可能只在批准 X 之后才成为 Y 的缔约国。³⁰⁸

233. 另外，还有后法和特别法的关系问题。Jenks 已经指出，这两项原则均不“可视为绝对有效。有些原则必须根据具体案件的环境加以权衡和调和。”³⁰⁹ 在马夫罗马蒂斯巴勒斯坦特许案（1924 年），常设国际法院同时适用了特别法和后法，没有确定二者的高低等级。关于 1922 年《巴勒斯坦委任统治条约》和 1923 年《洛桑和平条约第十二号议定书》之间的关系问题，法院只是说：“在疑案中，该议定书是一项特别协定，距当前时间更近，应当优先适用。”³¹⁰ 这个问题归根结底就是评估哪个方面——“特殊性”或“临时性”——在这一点上似乎更重要。有时根本没有必要就此表明态度，各个法庭偶尔无视这两项原则。³¹¹

(b) 缔约方不同的条约之间的冲突

234. 这是此事确实存在问题的方面，特别是因为它常常涉及重大事项——打破政治或军事联盟，缔结单独和平条约等。³¹² 例如，Rousseau 1932 年讨论条约冲突时首先指出，当时没有比这个更迫切的法律问题了。他当时在思考《国际联盟盟约》与 1928 年《巴黎公约》、联盟成员中立协定及当时常设国际法院在有争议的奥地利-德国关税同盟案新近做出的裁定之间的关系。法院在该案中以微弱优势断定，预想的同盟不符合 1922

³⁰⁶ Mus, 同上, 英文第 220-222 页; Aust, *Modern Treaty Law*...前注 73, 英文第 183 页; Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts* ...前注 21, 英文第 75-78 页, 特殊情况另见英文第 78-82 页。

³⁰⁷ 前者, 见 Max Sorensen, “Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international”, *Annuaire* vol. 55, (1973) p. 54. 关于后者的提议, 见 Czapinski-Danilenko, “Conflict of Norms in International Law”, 前注 73, p. 19。

³⁰⁸ E.W. Vierdag, “The Time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty: ...”, supra note 20, p. 102; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts* ..., supra note 21, pp. 75-82。

³⁰⁹ Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, supra note 8, p. 407; Sinclair, 《维也纳条约法公约》, 前注 62, p. 96。

³¹⁰ Mavrommatis Palestine Concessions case, 《常设国际法院案例汇编》A 辑, 第 2 号 (1924 年), 英文第 31 页。

³¹¹ 比如见 Schwarzenberger, *International Law* 中有关美国墨西哥一般索赔委员会对 *Gorham* 索赔案 (1930 年) 的讨论, 前注 79, 英文第 479-480 页。

³¹² 这是 Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction* 中的观点。.....前注 143。

年《圣日尔曼议定书》规定奥地利履行的义务。³¹³ 古典法学家（Gentili、格劳秀斯、瓦泰尔）讨论的学院实例是一个三方联盟中的两方之间的战争——第三方应当援助两个交战方的哪一方？冷战期间，两个集团的成员偶尔互相指控对方有此违约行为。³¹⁴

235. 最近，在 Humphrey Waldock 爵士所谓“处理同一主题事项的多边条约链”背景下，出现了先订条约和后订条约之间的关系问题。³¹⁵ 全球和区域组织的立法活动范围非常广泛，因此出现了关于特殊专题的条约法群，群内群（或制度）外具体条约之间的关系错综复杂。这些关系只能根据明确的规则困难地加以处理。这就是“现代国际法……不从条约效力角度处理这一问题”的原因。³¹⁶ 相反，我们会看到，此事已经从条约之间相对“优先”的角度加以处理了，支持追究任何不履行义务行为的责任。

（一）前法

236. 然而，大家有时也说，即使不涉及强制法问题，先订条约或后订条约也可能享有某种一般优势。先订条约的优势常常由早期自然法学家提出。如认为某项条约已经转让了国家处理某事的权力，那么后订与此不符的条约当然就因为缺乏管辖权而无效。在军事联盟问题上，格劳秀斯、Pufendorf 和瓦泰尔都宁可给最古老的联盟以优先。这在任何义务都不“只”是一个互相意志问题而是得到一种主导客观法律制度认可的体系中似乎很自然。³¹⁷

237. 最近，国际法院在保留案（1951 年）中暗示了先订条约的先天优势，因为法院说，它是一项：

公认的原则，即一项多边公约是就根据公约条款自由达成协定的结果，因此任何一个缔约方都无权通过单边决定或特殊协定阻挠或损坏公约的目标和存在理由。³¹⁸

238. 要解释这段的意义有点难。在探讨是否容许订立相互间协定的程度上，下文 D.4 节将讨论此问题。大体上讲，它似乎只是暗示了公约必须遵守所获得的不证自明，当然对《灭绝种族罪公约》或不相容的“特殊协定”的效力没有丝毫暗示。在此也许可以提出两条意见。第一，这种说法只是提醒缔约国，国家违约就要承担责任。第二，特别是当时提出这种说法的背景下，它可能打算强调该公约主题事件的特殊重要性和遵守公约义务的严肃性。³¹⁹ 在此情况下，争论会有助于表明《灭绝种族罪公约》的强制法或其他“客观”性质。

³¹³ Rousseau, “De la compatibilité des normes ...”, 前注 36, pp. 133-134 和 178-187。另见 *Customs regime between Germany and Austria*, 咨询意见, 《常设国际法院案例汇编》A/B 辑, 第 41 号 (1931 年), 英文第 35 页。

³¹⁴ 特别见 Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction*. ... 前注 143, 英文第 24-25、40-42 页。另见 Bastid, *Les traités dans la vie internationale...* 中的例子, 前注 294, 英文第 162、164 页。

³¹⁵ Humphrey Waldock 爵士, 第三次报告, 《1964 年……年鉴》, 第二卷, 英文第 43 页, 第 32 段。

³¹⁶ Czaplinski-Danilenko, “Conflict of Norms in International Law”, *supra* note 73, p. 20.

³¹⁷ 见 Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction*. ... 前注 143, pp. 40-42.

³¹⁸ 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留案, 咨询意见, 1951 年《国际法院案例汇编》, 英文第 21 页。

³¹⁹ 另见 Schwarzenberger, *International Law* 中的讨论, 前注 79, pp. 483-484.

239. 支持前法常常提到的案件来自 20 世纪初和中美洲法院。哥斯达黎加和萨尔瓦多控诉说，尼加拉瓜与美国缔结了一项有关巴拿马运河的条约，违犯了先前就此主题事项与它们订立的条约。法院指出这些条约是互不相容的，尼加拉瓜没有履行自己的义务，但没有宣布尼加拉瓜后来与美国订立的条约无效，因为美国不是法院所受理案件的当事方，它也不能就美国权利表态。³²⁰

240. 另一起明显适用后法的案件可能涉及客观领土制度。这是，比如，由常设法院审查奥地利-德国关税同盟案（1931 年）提出的。在此案中，常设法院以 8 票对 7 票判定，规划的关税同盟条约本会违背奥地利根据 1919 年《凡尔赛条约》和《圣日尔曼条约》及 1922 年的一项有关议定书当履行的义务，“不得采取任何可能直接、间接或以任何手段损害其独立的行动。”³²¹ 但是，法院没有详细阐明达成规划的关税同盟本可能引来的后果。这方面有时也援引的另一起案件是 *Oscar Chinn* 案。在这起案件中，表示异议的法官有两位（Eysinga 和 Schücking）提出，1919 年《圣日尔曼条约》或 1922 年的议定书，从其某些规定偏离 1885 年《柏林法》的程度来看，是无效的，因为后者建立了某种类似客观制度的东西。³²² 但这是少数派的意见。1919 年条约或 1922 年议定书的效力问题缔约方没有提起，法院也在此问题保持沉默，似乎是同意《柏林法》可以接受相互修改。³²³

241. 后法原则特别得到了与国内合同法（“一项违犯合同的合同的不合法性”）类比的支持。³²⁴ 赫希·劳特帕赫特在提交给国际法委员会的条约法报告中就是以这种立场为出发点的。然而，他也同意，这在某些情况下会导致荒唐的结果，特别是在后订法涉及普遍适用时。³²⁵ 如果前法在合同法中普遍适用，后法就在公法和立法性法规中普遍适用。所以，二者的关系反映了人看待条约性质的方式。不过，二种类比都有问题。在本报告期间将经常强调，《维也纳条约法公约》同等对待所有条约模糊了实际条约之间的许多区别。³²⁶

242. 也可能有一项后立条约因增加了缔约方的权利或利益可能影响先订条约规定的情况，最典型的也是最惠国条款。假如有此类条款，一缔约方保证给后立条约缔约方好处的后立条约也将适用于先订条约的缔约方。³²⁷

³²⁰ 哥斯达黎加诉尼加拉瓜，《美国国际法学报》vol.11（1917）No. 1, p. 228。另见萨尔瓦多诉尼加拉瓜，《美国国际法学报》vol.11,（1917）No. 3, p. 674。讨论详情，见，比如 Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, 前注 10, 英文第 591-594 页。

³²¹ 德国和奥地利之间的关税制度，咨询意见，《常设国际法院案例汇编》A/B 辑，第 41 号（1931 年），英文第 42 页，《SG 条约》第 88 条。

³²² 见 Aufricht, “Supersession of Treaties ...”, 前注 116, 英文第 672 页。 *Oscar Chinn* 案，《常设国际法院案例汇编》A/B 辑，第 63 号（1934 年）（Eysinga 的个别意见）英文第 131 页 和（Schücking 的个别意见）英文第 148 页。

³²³ *Oscar Chinn* 案。另见 Schwarzenberger, *International Law* 中的讨论，前注 79, 英文第 485 页； Sir Humphrey Waldock, 《第二次报告》，《1963……年鉴》第二卷，第 57 页，第 15 段。另见 *Jurisdiction of the European commission of the Danube between Galatz and Braila* 案，咨询意见，《常设国际法院案例汇编》B 辑，第 14 号（1927 年）英文第 23 页（相互间协定）。

³²⁴ C. Wilfried Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, supra note 8, p. 442。

³²⁵ 赫希·劳特帕赫特，报告，《1953 年……年鉴》第二卷，英文第 156-159 页。

³²⁶ Rousseau, “De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international”, pp. 150-151; Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, p. 599。

³²⁷ Aufricht, “Supersession of Treaties ...”, supra note 116, pp. 679-682。

(二) 后法

243. 从上文可以看出，后法废除前法这一原则扎根于国内判例，也常常在国际法的背景中被援引。但本会原样适用该原则的情况少有。直接提到缔约方的意志，通常可能比提到后法原则更实用，因为上文也已经指出，它可能只是表达后法原则而已。这是一个后订条约缔约方不同于先订条约缔约方的问题，所以是否有任何实际作用留待后法发挥，很难说。

244. 然而，可能在极为罕见的情况下，与先订条约缔约方不同的缔约方所缔结的后订条约废除了先订条约。这当然违反了第三方国家不受他人之间的行为一类事物影响的原则。Aufrecht 指出，这是一个不平等（后立）条约问题，其中不平等，比如，可能涉及后订条约缔约方的大国地位。³²⁸

245. 不管是否有任何强制法问题，都会有这种推翻先前条约的立法性条约？后法显然适用于修订文书的情况。这也是《维也纳条约法公约》第 41 条规定的相互间协定的情况，详见 D.4 节。可是，两项条约缔约方不同时情况如何？Wilfred Jenks 以为：

授予有关国际机构以必要权力，规定在某些立法行为领域完全适用这一原则可能有好处。³²⁹

246. 这个问题又与某些多边条约的特殊性有联系。在一起重要案件中，欧洲人权法院裁定《欧洲人权公约》控制了一项先订双边条约的内容和（或）适用，或起码决定了有关国家当局如何解释和适用先订双边条约。在此问题涉及了一项 1994 年《俄罗斯拉脱维亚条约》的适用，因为它涉及驱逐苏联前成员国军队及其家属离开拉脱维亚领土问题。法院根据拉脱维亚后来加入的《欧洲公约》审查了所涉个人的权利，最后断定：

……[俄罗斯拉脱维亚]条约不能作为正当根据剥夺法院审查申诉人的权利和自由是否受到了干涉，如果受到了干涉，也审查干涉是否正当的权力。³³⁰

247. 这一看法根据的是一项早先做出的可否受理的决定。法院在该决定中具体说明如下：

把[《欧洲人权公约》]第 57 条第 1 款条文与第 1 条合看可以看出，一个国家批准该公约，就要求当时其境内实行的一切法律应当符合该公约。

法院认为，同样的原则必须适用于一个缔约国在批准该公约之前已经缔结而且有可能与该公约某些规

³²⁸ 同上，英文第 673-674 页。

³²⁹ Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", *supra* note 8, p. 446.

³³⁰ *Slivenko* 诉拉脱维亚，2003 年 10 月 9 日的判决，欧洲人权法院 2003-X, 第 265 页，第 120 段。

定相反的国际条约的任何条款。³³¹

248. 这是一项重要的原则声明。根据这一原则，似乎很难否认，如果后法应当从有利于《欧洲人权公约》的角度加以解读，这也应当有利于即使不是任何后订多边立法性条约，至少也是任何其他后订人权条约。另一方面，我们面临一个似乎由对单纯交易双边文书享有某种优先的特殊“整体”义务——如人权条约中的义务——概念做了最佳处理的等级体系。但是很难说这是否就是特别法、后法或上位法的情况，这是否也有点不相干。关键是双边条约在适用时不具有脱离其规范环境而独立存在的有效期。参照后订多边条约解释双边条约是合理的，其他相关的似乎很少。

249. 但很难由此案件得出一般结论。它突出了人权条约（也许作为“整体”或“绝对”条约）的规范力量，但不可能解决先后主次这个一般问题，当然也不得被援引来全面支持后法。另外，这起案件来自为适用《欧洲人权公约》而特设的欧洲人权法院，这一事实并非不重要——即使是在它可能很难符合法院在 *Al-Adsani* 案中愿意让步支持一项先立的国家豁免习惯规则时。³³²

250. 事实上，不管后法规则拥有何等规范力量（上文已经指出，这种力量在立法体系中比在合同体系中大多了），正如特别法一样，它无法以机械的方式使自己适用。根据情况，许多其他考虑因素也可能很重要，包括“特别法”/“一般法”和“上位法”/“下位法”区别的同时可适用性。最好是联系国际法委员会有关《维也纳条约法公约》第 30 条的辩论来讨论这些问题。

2. 《维也纳条约法公约》第 30 条：从无效到责任

251. 大家已经看到，关于先后所订条约之冲突的一般法，没有提出明确方法解决关于后订条约缔约方不同于先订条约缔约方情况的最重要问题——起码是极重要的理论问题。显然，对《维也纳条约法》中的这一问题还有话要说。这个问题在《维也纳条约法》第 30 条中得到了处理，但第 30 条却终究是剩余的。³³³

《维也纳条约法》第 30 条 关于同一事项先后所订条约之适用

1. 以不违反联合国宪章第一百零三条为限，就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应依下列各项确定之。

³³¹ *Slivenko* 等诉拉脱维亚（2002 年 1 月 23 日关于可否受理的决定）欧洲人权法院 2002-II, 第 482-483 页, 第 60-61 段。关于深入讨论, 另见 Ineta Ziemele, “Case-Law of the European Court of Human Rights and Integrity of International law”, Karel Wellens 和 Charo Huesa 编的 *L'influence des sources sur ...* 前注 14, 英文第 201-212 页。

³³² *Al-Adsani* 诉联合王国, 2001 年 11 月 21 日的判决, 欧洲人权法院 2001-XI, 英文第 79 页。

³³³ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, supra note 62, p. 97; Anthony Aust, *Modern Treaty Law...*, supra note 73, p. 174。

2. 遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时，该先订或后订条约之规定应居优先。
3. 遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第 59 条终止或停止施行先订条约时，先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。
4. 遇后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时：
 - (a) 在同为两条约之当事国间，适用第三项之同一规则；
 - (b) 在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约约定之。
5. 第四项不妨碍第 41 条，或依第 60 条终止或停止施行条约之任何问题，或一国因缔结或适用一条约而其规定与该国另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题。

252. 这一条文相对来说多数没有争议，也（或）抓住了上述一般法的现状。第 1 款提到第 103 条，第 2 款提到冲突条款，尤其是这样。第 3 款“有效地编纂了后法规则”。³³⁴ 这涉及后订条约缔约方相同，或除了先订条约所有缔约方外还有一些新缔约方的情况。因为同样也是根据传统标准，只有从缔约方意思中得不到别的结论时，才适用后法。

(a) “同一事项”问题

253. 第 30 条处理了先订条约和后立条约之间的冲突问题。不过，许多评注者已经指出，它处理得似乎不是很成功。³³⁵ 问题之一就是该条（和第 1 款）的标题似乎把它限制于“关于同一事项”的条约之间的冲突。如果对这一限制严格加以解释，那么它似乎把多数重要情况——比如，环境条约和贸易条约之间的冲突，或者人权条约与人道主义法条约之间的冲突——推到了自己的范围之外。³³⁶ 然而，上文 B 节已经指出，这既不是对“同一事项”这一措辞的一种必然解释，也不是一种合理解释。

254. “人权法”、“贸易法”、“环境法”等术语，是贴在某些专业特化形式上的武断标签。没有关于如何限定特殊条约体制的规则，多数体制都可以从若干此类角度加以限制。例如，人权条约常常用于推进环境目标，贸易体制以保护人权（特别是财产权）为前提和基础。这些限制，从观察者评估文书的角度来看，与文书的性质无关，而与利益有关。要限制第 30 条适用于“处理同一事项”的条约，就要允许国家只根据新的“主

³³⁴ Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, supra note 10, p. 603; Mus, “Conflicts between Treaties ...”, supra note 21, pp. 219-220.

³³⁵ Vierdag, “The Time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty...”, supra note 308, pp. 92-108; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, supra note 21, pp.70-84; Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, *ibid.*, p. 603; Fitzmaurice & Elias, *Contemporary Issues ...*, supra note 73, pp. 314-331; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, supra note 62, p. 98.

³³⁶ 这一点最近由 Borgen 提出，同上，英文第 611-615 页。参见 Sinclair, 同上，英文第 98 页。

题”来限定一项新条约而背离其义务。例如，它们只要在所谓“人类流动法”的新主题方面缔结一项文书，就可以背离难民文书规定的义务。³³⁷上文已经指出，要检验两项条约是否处理“同一事项”就要看履行一项条约规定的义务是否会影响履行另一项条约规定的义务。那么这“影响”也许是直接妨碍了履行另一项义务，也许是以某种方式损害其目标和宗旨。

255. 然而，下文也将论证，两项条约的关系问题不可能脱离二者之间的任何体制关系而加以彻底解决。例如，世贸组织条约与人权条约的关联方式，不同环境问题框架条约与区域执行文书的关联方式。不可能抽象地决定何时两项文书处理“同一事项”。但这并非意味着不可能在体制上有联系而且缔约国也设想作为同一共同努力的一部分的条约“链”或群之间建立起体制联系。确定此类“条约体制”的重要意义就在于，在一种这样的体制内确定两项文书之间的关系似乎没有在跨越不同体制确定两项文书之间的关系那么复杂。例如，后法或特别法的论点看来在一种体制的两项条约之间显然比在不同体制的条约之间更有力。在前一种情况下，立法类比似乎不合适，在没有明确意识到均属于“同一项目”而缔结的两项条约的情况下，似乎更不合适。

256. 处理“同一事项”的条约和同一“体制”内的条约之间的区别可能看来微不足道，实际却是一种重大的视角转变。在前一种情况下，重点在于当前正被调整的对象；在后一种情况下，重点在于缔约国的意图及其所建立的体制。前者取决于是把一个问题抽象地定性为“人权问题”、“环境问题”还是“贸易问题”，而且会遇到一种困难，即常常可以对一个问题进行许多定性，而且不同的行为者可能有意以不同的方式为该问题定性，以确保可以适用他们更喜欢适用的规则体系。相比之下，“体制”观念则指向为把一套套条约彼此联系起来可能已经确立的体制安排。在同一体制内和不同体制间，条约当然会彼此冲突。进行这种区分，只是要指出，在前一种情况下，解决冲突的任务，比如通过寻求一种“互相支持的解决办法”，可能比在后一种情况下要容易得多或简单得多，因为在后一种情况下，成问题的常常是体制本身所依赖的更广泛目标或价值观念之间的冲突。

(b) 国际法委员会的辩论

257. 如果说第 30 条的许多内容没有争议，第 4 款却非如此，这就是说，后订条约的缔约方没有完全包括缔结先订条约的所有国家的情况却非如此。这成为国际法委员会多数辩论重点探讨的问题，丝毫也不奇怪。有两个问题得到了强调：是否应当从不相容的条约的“效力”或者“孰先孰后”的角度来思考它们之间的关系，是否有理由挑出特殊类属的条约单独加以处理。大家普遍同意（因此也较少讨论），条款必须反映《联合国宪章》第一百零三条规定给予强制法和《宪章》的优先。³³⁸如果后立双边或多边条约的缔约国相同，后

³³⁷ 一些有关一项新“反恐怖主义法”的辩论具体说明了这种关切。

³³⁸ G.G. Fitzmaurice, 《第三次报告》, 《1958 年……年鉴》, 第二卷, 英文第 27、41 页 (第 18 (1) 条草案); Waldock, 《第二次报告》, 《1963 年……年鉴》, 第二卷, 第 54、61 页 (第 14 (3) 和 14 (4) 条草案)。与强制法或《宪章》第一百零三条冲突是否一律导致冲突规则无效的问题, 将在下文第 6 章讨论。

订条约一般会优先适用，因为缔约方总是有权以后立条约终止先订条约（除了强制规范问题），大家对此也没有异议。最重要的问题，是如何处理先订条约的缔约方并非都是后订条约的缔约方和有些国家是后订条约的缔约方却不是先订条约的缔约方的情况。有关讨论文献中通常都有概述，简单浏览一下就够了。³³⁹

258. 第一任特别报告员劳特帕赫特从效力角度来构想条约冲突，倡导前法规则——后订条约无效。³⁴⁰ 不过，这有两个限制条件。第一，（后订条约）只有

偏离先立条约太甚，严重妨害了先立条约其他缔约方的利益或严重损害了该条约的最初目的，才无效。

259. 第二个例外涉及：

《联合国宪章》之类的多边条约，它们带有一定的普遍性，赋予了它们以真正影响国际社会所有成员的立法性法规的特点，或者必须视为是为国际利益而缔结的。³⁴¹

260. 在这后一种情况下，后立条约将推翻先订条约。这些规定表达了劳特帕赫特努力以国内法的形象来想象条约，特别是认为多边条约在健全的国际法制体系内的作用相当于国内立法。尽管他认为第一个限制已经是实在法，但他却觉得后一限制将涉及逐步发展。³⁴²

261. 第二任特别报员 Fitzmaurice 不认为无效是条约冲突的真正后果。有那么多条约，各国通常又不那么不了解彼此的承诺，如果冲突导致自动失效，对无辜的缔约方来说是不公平的。³⁴³ 此外，Fitzmaurice 还认为，此类极端后果实际上没有得到国际惯例的支持。因此，他更喜欢 1935 年《哈佛研究》已经提出的解决办法。它规定先订条约“优先”，以此作为主要规则。这种立场不会使后订条约无效，甚至也不会禁止订立相互排斥的条约。³⁴⁴ 这个实际问题会通过对于无辜的缔约方承担赔偿责任来解决。已经履行了互相排斥义务的国家，实际上（虽然 Fitzmaurice 显然会对此感到不悦）仍然要选择自己将履行哪项协定。³⁴⁵

262. 像劳特帕赫特一样，Fitzmaurice 也觉得必须考虑到包含比建立在缔约方之间互相承诺或利益之上的普通条约“更加绝对类型义务”的条约的情况，限定先订条约的“优先”。他界定了两类这样的条约，即“整

³³⁹ 比如见 Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction...* 前注 143, pp. 49-65; Mus, “Conflicts between Treaties ...”, 前注 21, pp. 222-227.

³⁴⁰ 见劳特帕赫特，（第一次）报告，《1953 年……年鉴》第二卷，英文第 156-159 页。根据他一贯适用国内类推，他坚持认为国际法庭应当有权宣布后订条约无效，并规定支付一直不知道有先立条约的后订条约缔约方因此而蒙受的任何损失的损害赔偿，劳特帕赫特，（第一次）报告，英文第 156 页。

³⁴¹ 第 16 条草案，劳特帕赫特，同上，英文第 156 页。

³⁴² 同上，英文第 157 页，第 5 和 6 段。

³⁴³ Fitzmaurice，《第三次报告》，《1958 年……年鉴》第二卷，英文第 41-42 页，第 83 段。

³⁴⁴ The Draft Convention on the Law of Treaties, Harvard Research in International Law, 《美国国际法学报》 vol. 29, Supplement (1935) pp. 1024-1025.

³⁴⁵ 他承认，虽然没有“选择权利”，却有“选择权力”，Fitzmaurice，《第三次报告》，英文第 42 页，第 85 段。

体”和“互相依存”条约。前一类条约容许履行义务完全不依赖其他方的履行情况，如人道主义或人权公约。在后一种情况下，最典型的是裁军条约，每个缔约方的义务均“取决于所有缔约方的相应履行。”与这些条约冲突的条约将受到无效的制裁。换句话说，Fitzmaurice 保留了劳特帕赫特处理这类特殊（“客观”或“立法性”）条约的解决方案。³⁴⁶

263. 第三任特殊报告员 Waldock 坚持并扩展了这种办法，从无效走向了优先。他强调必须极端谨慎地对待主权国家之间的条约可能会面临无效制裁的意见。首先必须通过解释并力求使条约彼此一致，来处理潜在冲突。如果无法调和有关条约，那么有关国家就必须商定孰先孰后，并对无辜的缔约方承担赔偿责任。

264. Waldock 不像其先驱，他没有保留对立法性或“客观”条约的特殊处理。他觉得，国际惯例不支持这种做法。³⁴⁷ 此类条约中的规定的性质和重要性至少是极为多种多样，不适用确立一项一般规则。如果某些条约，如战争法条约，载有特别重要的规定，它们就受到了它们的强制法性质的保护。可是因为这些条约保留了单边退约的权利，要排除实施事实上暗示了此类退约的后立条约的可能，似乎不合逻辑。³⁴⁸

265. Waldock 的解决办法是将这个问题相对化。对缔结第一项而未缔结第二项条约的国家来说，第一项条约优先。如果第二项条约的所有缔约方也都是第一项条约的缔约方，那么这就是一种相互间协定，必须通过解释第一项条约来决定是否容许这种协定。³⁴⁹

266. 在讨论过程中，提出了后订多边条约缔约方群体不同于先订条约缔约方群体的两类情况的一个重要区别：(a) 有些国家不是先订条约的缔约方，却是后订条约的缔约方，(b) 后订条约的所有缔约方也都是先订条约的缔约方。后一情况涉及了后来所谓的条约相互修改，并在第 41 条下单独加以处理（见下文 D.4 节）。

3. 特殊条款

267. 由于有关先后所订规范之间冲突的一般法性质不定，由于《维也纳条约法》第 30 条的笼统开放式的表述，国家在条约本身中列入如何处理互相冲突的后立或先立条约的指示，似乎很重要。下面几节将包含：

(a) 冲突条款的简明分类；(b) 对“体制”间和跨“体制”冲突条款的讨论；(c) 载入欧共体条约的冲突条款及 (d) 所谓“断开条款”的做法。

³⁴⁶ G. G. Fitzmaurice, 《第二次报告》, 《1957 年……年鉴》第二卷, 英文第 54 页, 第 124-126 段; Fitzmaurice, 同上, 英文第 44 页, 第 91 段。

³⁴⁷ Waldock, 同上, 英文第 58 页, 第 20 段。

³⁴⁸ 同上, 英文第 59-60 页, 第 25-20 段。

³⁴⁹ 同上, 英文第 60 页, 第 31 段。

(a) 冲突条款分类

268. 各类冲突条款中至少可以分出如下几类。³⁵⁰

(一) 禁止缔结不相容后立条约的条款。这是后法规则的一种明确例外，旨在保证先订条约的规范力量。例如，根据《北约条约》第 8 条，“每个缔约方皆宣布本国和其他任何缔约方或任何第三方国家之间目前生效的国际协议均不与本条约的规定冲突，并承诺不加入任何与本条约冲突的国际协议。”³⁵¹

(二) 明确允许后订“相容”条约的条款。有一个例子可能就是《海洋法公约》第 311 条第 3 款。它规定如下：本公约两个或两个以上缔约国可订立仅在各该国相互关系上适用的、修改或暂停适用本公约的规定的协定，但须这种协定不涉及本公约中某项规定，如对该规定予以减损就与公约的目的及宗旨的有效执行不相符合，而且这种协定不应影响本公约所载各项基本原则的适用，同时这种协定的规定不影响其他缔约国根据本公约享有其权利和履行其义务。

(3) 后立条约中规定它“不应影响”先订条约的条款。一个例子就是《日内瓦公海公约》第 30 条。该条规定：

“本公约的规定，不影响已在缔约国间生效的公约或其他国际协议的效力。”

这规定了一项先订条约和后立条约之间协调一致的可反驳推定。³⁵²

(4) 后立条约中规定在缔约方中本条约推翻先订条约的条款。这实际上是一种通过相互间协定“修改”某项协定的情况，下文 D.4 节再详论。

(5) 后立条约中明确废除先订条约的条款。³⁵³ 例如《海洋法公约》第 311 条第 1 款，它规定，在该公约缔约方和 1958 年各项海洋法公约缔约方中间，该公约优先适用。

(6) 后立条约中明确维持先订相容条约的条款。例如《海洋法公约》第 311 条第 2 款，它规定“本公约应不改变各缔约国根据与本公约相符合的其他条约而产生的权利和义务，但以不影响其他缔约国根据本公约享有其权利或履行其义务为限。”

³⁵⁰ 见 Rousseau, “De la compatibilité des normes”, supra note 36, pp. 154-164; Czaplinski-Danilenko, “Conflict of Norms”, supra note 73, pp. 14; Jan B. Mus, “Conflicts between Treaties”, supra note 21, pp. 214-217; Aust, *Modern Treaty Law*..., supra note 73, pp. 174-181; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts* ..., supra note 21, pp. 86-97; Fitzmaurice 和 Elias, *Contemporary Issues*... supra note 73, pp. 323-325; Patrick Daillier 和 Alain Pellet, *Droit international public*, supra note 73, pp. 268-271; Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, supra note 10, pp. 584-587.

³⁵¹ 见 Aufricht, “Supersession of Treaties ...”, 前注 116, 英文第 666-667 页。

³⁵² 《日内瓦公海公约》，《美国国际法学报》 vol. 52, (1958), 英文第 842 页。另见 Borgen “Resolving Treaty Conflicts”, 前注 10, 英文第 586 页; Aufricht, 同上, 英文第 669 页。

³⁵³ Aufricht, 同上, 英文第 661-663 页。

- (7) 承诺未来协定将废除先订条约的条款。例如《欧盟条约》第 307 条（《欧洲公约》第 234 条）规定，成员加入欧盟之前缔结的条约为成员规定的权利和义务不受影响。但是，这些成员要承诺采取行动，以废除这些条约（详见下文 D.3 节（c））。

269. 此类条款无疑都有用途，但它们所能取得的效果有限。例如，它们不得影响第三方的权利，也不得妨碍强制法或其他等级原则（如与整体或互相依赖义务有关的原则）的实施。³⁵⁴

270. 但即使是有冲突条款，它们的意义或效力有时也可能很隐晦。1992 年《生物多样性公约》第 22 条提供了一个例子：

1. 本公约的规定不影响任何缔约国在任何现有国际协定下的权利和义务，除非行使这些权利和义务将严重破坏或威胁生物多样性。
2. 缔约国实施公约不得抵触各国在海洋法下的权利和义务。

271. 通过这些表述似乎不清楚事实上什么条约正为什么所推翻。当然，该规定可以解读为一项劝告，即在一项总体合作义务中，始终应当把有关文书解读为彼此相容的（如，系统整合原则，见下文 F 节）。³⁵⁵ 有时这一目标事实上已写入了有关冲突条款。³⁵⁶ 但是，如果某个缔约方根据《生物多样性公约》或某项其他条约要求某项权利，似乎很难用解释或“协调”否认这一权利。另外，有时冲突条款本身也可能彼此冲突或互相抵消。³⁵⁷ 在这种情况下必须诉诸解决冲突的一般性原则。

(b) 体制内和跨体制的关系：环境条约

272. 前面的审议已经表明，《维也纳条约法公约》第 30 条有种种局限。它在处理相同缔约方之间有关某一相关专题的两项条约的关系时，最能发挥作用。那么，假定后订条约表达了缔约的最新意志，因此应当予以实施，是公平的。当缔约方不同时，第 30 条允许已经订立了不相容义务的国家选择将履行哪项义务。面对条约体制，例如习惯上认为贸易法、人权法或环境法之中存在的条约体制之间的关系，第 30 条仍然同样令人失望。无法只根据时间先后合理地假定一项条约明确优先于另一项条约（事实上，也就是一种体制优先于另一种体制）。必需采取更细致的办法。但不可能在必然限于特殊考虑的争端解决中找出此类办法；相反倒可以通过采取适当的冲突条款予以促进。冲突条款可分为两类。第一类仿照《维也纳条约法公约》第 30 条，

³⁵⁴ Waldock, 《第三次报告》, 《1958 年……年鉴》, 第二卷, 英文第 38 页, 第 15 段。

³⁵⁵ 这些意见见 Wolfrum 和 Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, supra note 22, 英文第 125 页; Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge*. ...前注 22, 英文第 191-194 及以下各页; Fitzmaurice 和 Elias, *Contemporary Issues*...前注 73, 英文第 333 页。有关生物安全议定书中冲突条款的含混之处的有益讨论, 见 Sabrina Safrin, “Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements”, 《美国国际法学报》 vol. 96 (2002), 英文第 606-628 页。

³⁵⁶ 例如, 《海洋法公约》第 237 条第 2 款为具体环境条约所取代, 只是具体环境条约要“以符合[《海洋法公约》]原则和目标的方式”加以执行。另见 Fitzmaurice 和 Elias, 同上, 英文第 334-336 页。

³⁵⁷ 《海洋法公约》第 311 条第 3 款和《生物多样性公约》第 22 条第 1 款就是如此。讨论见 Fitzmaurice 和 Elias, 同上, 英文第 334 页。

力求通过明确确定两项条约之间的先后找出解决办法。本节所讨论的第二类避免确定明确的优先，而是尽可能地协调同时适用两项条约。

273. 分属不同体制的条约之间的关系，是一个普遍问题。其最突出的表现涉及形成贸易和环境体制一部分的文书之间的关系。³⁵⁸ 虽然谈判者似乎越来越明确地意识到了这一问题，但实践至今却以不一致的方式发展了。例如，在有关《生物多样性公约卡塔赫纳生物安全议定书》（2000年）的谈判中，该议定书与缔约方根据涉及世贸组织的协定而承担的义务之间的关系，引起了广泛的辩论。结果，该议定书载入了有关它与贸易文书的关系的规定，但未触及许多其他重要条约关系。它们包括，比如，该议定书与《国际植物保护公约》、《化学武器公约》和《生物武器公约》的关系。³⁵⁹

274. 《生物安全议定书》有关序言段落的最后措辞生动地说明了当前的问题：

认识到贸易协定与环境协定应相辅相成，以期实现可持续发展，强调不得将本议定书解释为暗示缔约方根据任何现行国际协定所享有的权利和所承担的义务有任何改变，认为上述陈述无意使本议定书附属于其他国际协议。³⁶⁰

275. 谈判者一直不愿意决定应当如何确切地把环境和贸易协定彼此联系起来或与任何其他协定联系起来。³⁶¹ 他们似乎已经同意的惟一事情，就是不应当认为《生物安全议定书》不及任何其他协定重要。类似条款在其他条约中也可以找到。例如，《粮农植物遗传资源国际条约》（2002年）序言规定，不应当把该条约解释为“以任何方式暗示其他国际条约为缔约方规定的权利和义务有了变化。”它接着表达了一种谅解，即这项原则“无意在本条约和其他国际协定之间分出高下。”³⁶²

³⁵⁸ 例如，Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...* 前注 21, 英文第 213-247 页, 探讨了人权条约等不同类型条约的具体冲突解决技巧, 也探讨了“较有利规定”的原则; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in...* 前注 21, 英文第 345-361 页, 探讨了世贸组织条约的冲突条款; Deborah E. Siegel, “Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund’s Articles of Agreement and the WTO Agreement”, 《美国国际法学报》, vol.96 (2002), 英文第 561-599 页; Anja Lindroos, “Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis*”, *Nordic Journal of International Law* (2005) vol. 74, 英文第 30-34、60-64 页; Wolfrum 和 Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, 前注 22, 广泛地探讨了环境条约与其他条约之间的冲突。环境条约与其他条约冲突的可能特别大, 因这多数事项都与环境有关, 这一事实在 Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtliche Verträge...* 前注 22, 英文第 53-73 页中得到了强调。世贸组织已经在国际卫生条约背景下审议了这一问题, *Review and Approval of Proposed Amendments to the International Health Regulations: Relations with Other International Instruments*, 卫生组织文件 A/IHR/IGWG/INF.DOC./1, 2004 年 9 月 30 日, 英文第 1-10 页。

³⁵⁹ Safrin, “Treaties in Collision? ...” *supra* note 355, p. 617.

³⁶⁰ 《生物多样性公约卡塔赫纳生物安全议定书》, 保存通知 2000 年 4 月 27 日的 C.N.251.2000.TREATIES-1; 2003 年 12 月 22 日的 C.N. 1471.2003.TREATIES-41 (议定书阿拉伯文本的更正提案) 及 2004 年 3 月 26 日 C.N.291.2004.TREATIES-11 (更正议定书阿拉伯文本, 转递有关记录)。另见《国际法材料》vol. 39 (2000), 英文第 1027 页。

³⁶¹ Safrin, “Treaties in Collision? ...” 前注 355, pp. 618-621 和 Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, 前注 10, p. 614.

³⁶² 《粮农植物遗传资源国际条约》序言, 2002 年 11 月 6 日, <ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/it/ITPGRe.pdf> (最后一次访问, 2006 年 3 月 28 日)。

276. 此类提法确实暗示大家愿意承认存在着平行而且可能互相冲突的条约义务。但它们都没有清楚地指明如果出现了冲突应当如何办，相反倒诉诸仿佛把问题的解决推向未来的折衷办法。例如，《生物安全议定书》冲突条款第一段规定“贸易协定与环境协定应相辅相成，以期实现可持续发展。”其假定是，在发生冲突时，可以而且也应当在条约合作伙伴之间加以解决，目的是互相迁就。³⁶³同样，上文提到的《粮农植物遗传资源国际条约》承认，“本条约和其他与本条约有关的国际协定应当相辅相成，以便实现持久的粮农安全。”其他条约载有有条件的冲突条款，也为评价和谈判留下了很大余地。例如，《危险废物跨境贸易巴塞尔公约》（1989年）缔约方缔结其他协定，“只要此类协定或协议不减损本公约关于以对环境无害方式管理危险废物和其他废物的要求。”³⁶⁴而且1992年《生物多样性公约》说“本公约的规定不得影响任何缔约国在任何有国际协定下的权利和义务，除非行使这些权利和义务将严重破坏或威胁生物多样性。”³⁶⁵

277. 此类条款都承认，就条约优先性提出一项一般规则似乎不可取。就此而言，条约和可能出现的情形太多多种多样。缔约方却呼吁互相迁就通融，愿意为他们的文书设想一种“相辅相成”的作用。这只是强调协调解释的重要性的另一种方式。这在同属一种体制、目标和宗旨类似或“精神特质”相近的条约——比如在几项环境或贸易文书之间，可以发挥很好的作用。但不能先验地假定，跨体制条约，即在人们觉得是零和对策的情况下力求采取绝不相容的解决办法或受非常不同（也许是相反）目的激励的条约的缔约国也愿意这样。在这种情况下，到了最后，必须让一项条约优先于另一项条约。此时，重点就由协调转移到了权利和义务上。甚至在开放或纲领性规定很容易普通的时候，也不能说订明（主观）权利和义务的规定也是如此。为了使它们生效，提供诉诸独立于体制的争端解决办法的可能，仍然很重要。

278. 互相迁就通融在同一体制的两份文书，尤其是一份框架协定和一份更具体的（执行）协定之间最容易。³⁶⁶例如，《海洋法公约》的冲突条款许多都是开放式的，没有设定简单划一的优先顺序。这是可以理解的。通常有理由鼓励做出更明确的规定。上文C节已经指出，执行协定作为特殊法到时将优先适用，而框架文书作为一般法仍将留“在幕后”。《海洋法公约》第311条第2款（错，当是第3款——译注）允许缔约国缔结修改协定：

……但须这种协定不涉及本公约中某项规定，如对该规定予以减损就与公约的目的及宗旨的有效执行不相符合，而且这种协定不应影响本公约所载各项基本原则的适用，同时这种协定的规定不影响其他缔约国根据本公约享有其权利和履行其义务。

279. 此处“相容”一词用得相当含混，为缔约方就《海洋法公约》涉及的专题达成协定留下了宽广的余地，只是告诫这种协定不应“影响各项基本原则的适用”或缔约方的“权利”和“义务”。虽然有从严或从宽解

³⁶³ 这种“协调义务”的内容和形式在 Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge*... 中有详细讨论，前注 22，英文第 233-390 页。

³⁶⁴ 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》第 11 条，28，《联合国条约汇编》第 1673 卷，英文第 57 页。

³⁶⁵ 《生物多样性公约》第 22 条，《联合国条约汇编》第 1760 卷，英文第 79 页。

³⁶⁶ Wolfrum 和 Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, 前注 22，英文第 121 页。《海洋法公约》作为一项总括公约与一项有关争端解决制度的执行协定的关系，已在 2004 年 8 月 4 日南方蓝鳍金枪鱼案件（澳大利亚和新西兰/日本）的裁决（管辖权和可否受理）中提出。《国际仲裁裁决汇编》XXII 卷（2004 年），英文第 1-57 页。

释“权利”和“义务”等用语的余地，但该条款的主旨是在寻求合理的通融。如上文讨论的环境条约一样，它似乎要为《海洋法公约》和那些特殊文书寻找一种“相辅相成”的作用。在某项协定看来与它完全冲突的情况下，这到底是什么意思仍然不清楚。³⁶⁷

280. 这种寻求“相辅相成”解释的对策的弱点在于它是开放式的。通过订立此类冲突条款，缔约国把它们决定遇到冲突情况应当如何办的权限转移给了法律适用者。如果两项条约同属一个体制，这样办可能很好。如果跨体制的条约之间有了冲突，那么只有法律适用者是不偏不倚的第三方，从有关条约所属体制之外处理这些互相冲突的文书，这种解释办法才能奏效。不过，法律适用者可能是与（互相冲突）的体制中的某个体制密切相联的机构或行政管理者。在这种情况下，一项开放式的冲突条款将开始支持把属于法律适用者体制的条约放在首位。

281. 提到该条约基本目的的冲突条约与要求相互间协定不得使原条约目的和宗旨落空的《维也纳条约法公约》第41条（b）款措辞一致。通常，这些条约也支持以最大限度地保留两项条约规定的权利和义务的方式解释条约的想法。协调办法（“相辅相成”）最适合有效管理的目的。

282. 然而，随之而来的解释不定却造成了一种“机构偏见”，即所谓“相辅相成”的解决办法是根据负责解释冲突条款的机构的优先事项决定的。为防止这种情况，还是把关键规定，尤其是与缔约方的实质性权利和义务有关的规定清清楚楚地写入多边条约为好，免得它们在执行阶段受到损害。

（c）欧共同体条约中的冲突条款

283. 建立国际组织的协定常常载有一项冲突条款。最著名的例子就是《联合国宪章》第一百零三条（详见下文E节）。同样建立欧洲共同体的条约（《欧共同体条约》）第307条（先前的第234条）制订了一项欧共同体成员国与第三方缔结协定的冲突规则。³⁶⁸ 欧共同体条约绝对优先于成员国彼此之间缔结的协定。然而，关于第三方，第307条规定：

³⁶⁷ Fitzmaurice 和 Elias, *Contemporary Issues...*, 前注 73 p. 335 及 Wolfrum 和 Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, 前注 22, pp. 15-31。

³⁶⁸ I. MacLeod, I.D. Hendry 和 Stephen Hyett, *The External Relations of the European Communities* (Oxford : Clarendon Press, 1996) p. 229 及 Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations* (Oxford Oxford University Press, 2004) p. 334。另见，例如 Jan. Klabbbers, “Re-Inventing the Law of Treaties: the Contribution of the EC Courts”, *Netherlands Yearbook of International Law* vol. XXX (1999) p. 45-74; Jan Klabbbers, “Moribund on the Fourth of July? The Court of Justice on Prior Agreements of the Member States”, *European Law Review*, vol. 26, (2001) pp. 187-197; Christian N.K. Franklin, “Flexibility vs. Legal Certainty, Article 307 EC and Other Issues in the Aftermath of the Open Skies Cases”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 10 (2005) pp. 79-115; P.J. Kuijper, “The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Legal Issues of European Integration*, vol. 25,(1998)No. 1, pp. 1-23; F.E. Dowrick, “Overlapping International and European Laws,” *ICLQ*, vol. 27 (1978) p. 629-60。

一个或一个以上成员国与一个或一个以上第三方国家在 1958 年 1 月 1 日之前（对加入国而言则是在加入日期之前）缔结的协定所规定的权利和义务，不受本条约规定的影响。

只要此类协定与本条约不一致，有关成员国应当采取一切适当步骤消除所确定的不一致之处。各成员国必要时为此目的应互相协助，并酌情采取共同姿态。

在适用第 1 款所说的协定时，各成员国应考虑到每个成员国根据本条约给予的有利条件是建立欧共体的一个完整组成部分，因此与创立共同机构、赋予共同机构以权力及其他所有成员国给予同样有利条件密不可分。

284. 该条给予某成员国与第三方国家在有关此问题的欧共体各项条约生效之前缔结的条约以优先。³⁶⁹ 欧洲共同体法院（欧共体法院）经常澄清第 307 条的范围。³⁷⁰ 在 *Burgoa* 案中，欧共体法院确认第 307 条“是全面覆盖。不论什么专题，它适用一切国际协定，这能够影响该条约的适用。”³⁷¹ 该条的措辞和后来的案例法都不同意扩大该规定的范围，使之适用于成员国在加入之后缔结的协定。³⁷² 根据先导性判例，该规定涵盖了第三方的权利和成员国的义务：

申诉人回复道，第 234 条的“权利和义务”两个术语，就“权利”而言，指的是第三方国家的权利，就“义务”而言，指的是成员国家的义务；而且根据国际法原则，一个国家承担与先订条约所定权利不一致的新义务，依照事实就是在履行新义务所必要的程度上放弃行使这些权利。³⁷³

申诉人的解释理由充足，被告方提出的抗议必须予以驳回。³⁷⁴

285. 第三方国家的权利和成员国的义务之间的区分，涉及某个成员国是否可以声称，因为与第三方国家订立了条约，就无法履行欧共体法律规定该国对其他成员国应尽的义务问题。在上文提到的案件中，意大利政府认为，因为对《关贸总协定》的承诺，它无法履行自己开展欧共体内贸易的义务。法院很快就解决了这起案件：“在《欧共体条约》管辖的事务上，《欧共体条约》优先于各成员国在该条约生效前彼此缔结的协定，包括在《关贸总协定》框架内达成的协定。”³⁷⁵ 因此，在成员关系中，不能靠第 307 条为欧共体内的贸易限

³⁶⁹ Klabbers, “Moribund on the Fourth of July? ...”, 同上，英文第 187-188 页。

³⁷⁰ Eeckhout, *External Relations of the European Union*. ...supra note 368, p. 334.

³⁷¹ C-812/79 号案件, *Attorney General v. Juan C. Burgoa*, 1980 年 10 月 4 日, ECR (1980) 2787, 英文第 2802 页, 第 6 段。

³⁷² Eeckhout, *External Relations of the European Union*....supra note 368, p. 335.

³⁷³ 10/61 号案件, 欧洲经济共同体委员会诉意大利, 1962 年 2 月 27 日的判决, ECR 1, 第 II B 3 段。另见 MacLeod 等, *The External Relations of the European Communities*, 前注 368, 英文第 230 页和 Eeckhout, *External Relations of the European Union*. ... 同上, 英文第 337-338 页。

³⁷⁴ 10/61 号案件, 欧洲经济共同体委员会诉意大利, 1962 年 2 月 27 日的判决, ECRI, 第 II B 4 段。

³⁷⁵ 同上, 第 II B 5 段。

制开脱。³⁷⁶但是这种权利和义务划分不是没有问题的。³⁷⁷ Klabbers 已经指出, 第 307 条显然适用于双边条约和“可以双边化的”多边条约。对其他各类的多边条约, 第 307 条适用程度有限。³⁷⁸

286. 第 307 条没有为欧共体本身规定义务。然而, 正如欧共体法院在 *Burgoa* 案件中所说:

虽然第 234 条第 1 款只提到了各成员国的义务, 但是它如果不暗示共同体机构有义务不妨碍各成员国履行先订条约所规定的义务, 就无法实现其目的。然而, 共同体机构的这项义务只是允许有关成员国履行先订条约为之规定的义务, 在涉及有关非成员国时则对欧共体没有约束力。³⁷⁹

287. 根据欧共体条约第 307 条规定, 各成员国可以实施先前与第三方国家订立的协定, 欧共体有义务不妨碍这种实施。然而, 各成员国也必须采取一切适当步骤消除它们对欧共体所承担的义务与这些先前条约之间的不一致之处。³⁸⁰ 欧共体法院已经指出, 这涉及积极努力使外部义务与欧共体义务一致的义务:

……虽然, 就该条约第 234 条来说, 各成员国可以选择将要采取的适当步骤, 但是它们有义务消除一项先于欧共体的公约和《欧共体公约》之间存在的任何不一致之处。如果成员国遇到了无法调整某项协定的困难, 因此就不能排除放弃该协定的义务。³⁸¹

对于认为与共同体的利益相比, 此类放弃涉及对外交政策利益不当的轻视[……]的论点, 必须指出平衡兼顾成员国的外交政策利益与共同体的利益已经载入该条约第 234 条, 因为它允许成员国不适用共同体的规定, 以便尊重第三方国家因先订协定而享有的权利, 履行先订协定规定的义务。该条还允许它们选择适当的手段使有关协定与共同体法律一致起来。³⁸²

288. 欧共体法院的立场是, 第 307 条要求“消除任何不一致之处”的规定是相当严格的。³⁸³ 法院似乎愿意承认成员国在使其外部承诺与欧共体法律一致方面可能会面临困难。这有时可能涉及必须放弃此类承诺的义务。换句话说, 如 Eeckhout 所指出的那样, “成员国的外交政策利益不可凌驾于这种义务之上, 成员国原

³⁷⁶ MacLeod 等, *The External Relations of the European Communities*, 前注 368, 英文第 230 页。这在 121/85 号案件 *Conegate Limited v. HM Customs & Excise* 得到了确认, 1986 年 3 月 11 日判决, ECR (1986) 1007, 英文第 1024 页。

³⁷⁷ Klabbers, “Re-Inventing the Law of Treaties...”, supra note 368, p. 63。

³⁷⁸ 同上, 英文第 64、65 页。

³⁷⁹ C-812/79 号案件, *Attorney General v. Juan C. Burgoa*, 1980 年 10 月 14 日的判决, ECR (1980) 2787, 英文第 2803 页, 第 9 段。

³⁸⁰ 同上, 英文第 2807-2809 页, 第 23-26 段和 Jan Klabbers, “Moribund on the Fourth of July?...”, 前注 368, 英文第 188-189 页。

³⁸¹ C-62/98 号案件, *Commission of the European Communities v. Portugal*, 2000 年 7 月 4 日的判决, ECR (2000) I-05171, 英文第 5211-5212 页, 第 49 段。

³⁸² 同上, 英文第 5212 页, 第 50 段。

³⁸³ Klabbers, “Moribund on the Fourth of July? ...”, supra note 368, pp. 195-196。

则上不可认为放弃会损害这些利益。”³⁸⁴ 他还说，“这丝毫无意暗示会出现共同体本身必须采取行动消除不一致之处，如修改共同体法律的情况。”³⁸⁵

(d) 断开条款

289. 可能适合在此讨论的一项惯例是扩大欧洲共同体所缔结的多边协定中的所谓“断开条款”。目前至少有17项欧洲共同体成员国和非成员国（在有些情况下，也是欧洲共同体）参与缔结的多边条约载有这种条款。³⁸⁶根据欧洲联盟委员会，该条款的目的是确保在欧共体成员国之间继续适用共同体规则，丝毫无意影响成员国与条约其他缔约方之间的义务。³⁸⁷这些条款的确切措辞因为公约而异，但核心内容在1988年《税务事项行政互助公约》第27条中得到了保留：

尽管有本公约的规则，那些身为欧洲经济共同体成员的缔约方应在彼此关系中适用在该共同体中生效的共同规则。

³⁸⁴ Eec khout, *External Relations of the European Union*. ... supra note 368, p. 342.

³⁸⁵ 同上。

³⁸⁶ 2005年5月16日华沙《欧洲委员会关于犯罪收益和恐怖主义筹措资金的清洗、搜查、扣押和没收问题的公约》第52条第4款；2005年5月16日华沙《欧洲委员会打击贩运人口行动公约》第40条第3款；2005年5月16日华沙《欧洲委员会预防恐怖主义公约》第26条第3款；2003年5月15日斯特拉斯堡《欧洲委员会关于儿童合同公约》第20条第3款；2001年11月8日斯特拉斯堡《欧洲保护视听遗产公约》第21条；2001年1月24日斯特拉斯堡《欧洲依法保护基于或由有条件享受构成的服务的公约》第11条第4款；2000年5月11日斯特拉斯堡《欧洲促进青年跨国长期志愿服务公约》第19条第2款；1995年1月31日斯特拉斯堡《关于执行〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉第17条的海上非法贩运协定》第30条第3款；1994年5月11日斯特拉斯堡《欧洲关于卫星跨界播放框架内的版权法和邻接权问题的公约》第9条第1款；1993年6月21日卢加诺《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第25条第2款；1990年6月5日《欧洲关于破产所涉某些国际方面的公约》第38条第2款；1989年9月11日斯特拉斯堡《〈反内幕交易公约〉议定书》第1条；1989年5月5日斯特拉斯堡《欧洲国境外电视广播公约》第27条第1款；1989年4月20日斯特拉斯堡《欧洲反内幕交易公约》第16条之二；1988年1月25日斯特拉斯堡欧洲委员会/经合组织《税务事项行政互助公约》第27条第2款；2003年5月21日基辅《工业事故对跨界水域造成损害的民事责任和赔偿议定书》第20条第2款；1995年6月14日罗马《私法协关于被盗或非法出口文物的公约》第13条第3款。

³⁸⁷ 欧洲共同体/欧洲联盟及其成员国在2005年《欧洲委员会反恐公约》的《解释性报告》中做了如下声明：“欧洲共同体/欧洲联盟及其成员国重申它们要求列入‘断开条款’的目的是在加入国际公约时，尤其是在把主权从成员国转移到共同体时顾及联盟的体制结构。这一条款的目的不是要减少一个非欧洲联盟缔约方权利或增加它对欧洲共同体/欧洲联盟及其成员国的义务，因为后者也是该公约的缔约方。断开条款对该公约属于共同体/联盟管辖权范围内的那些部分是不可或缺的，目的是要指明欧洲联盟成员国不可在它们彼此之间（或它们本身与欧洲共同体/欧洲联盟之间）直接援引和适用该公约规定的权利和义务。这并不妨碍该公约在欧洲共同体/欧洲联盟及其成员国和该公约其他缔约方之间充分适用；共同体和欧洲联盟成员国将受该公约的约束，必要时也将像该公约的任何其他缔约方一样通过共同体/联盟的立法适用该公约。因此，它们将保证完全尊重该公约关于非欧洲联盟缔约方的规定。”作为一项《维也纳条约法公约》第31条第2款(b)项所指的因缔结条约所订的文书，这项声明成了该公约“上下文”的一部分。*European Treaty Series*, No. 196, para. 272；另见 Loïc Azoulay, “The Acquis of the European Union and International Organizations”, *European Law Journal*, vol. 11, (2005), 尤其是 p. 211；和 Andrea Schulz, “The Relationship between the judgments project and other international instruments”, Preliminary document No. 24 of December 2003, Hague Conference on Private International Law, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd19e.pdf (2006年3月31日最后一次被访问)。

290. 有些断开条款是一般性的，涵盖整个条约。其余则是局部性的或有限制的。³⁸⁸《工业事故对跨界水域造成损害的民事责任和赔偿议定书》第 20 条第 2 款中的条款就是一个局部性断开条款的例子，其目的只是要取代原条约中的若干条。³⁸⁹ 作为一项有条约断开条款的例子，可以举出欧洲委员会《预防恐怖主义公约》第 26 条第 3 款，它提到欧共体规则“不妨碍本公约的目标和宗旨，也不妨碍它对其他缔约方的充分适用”。另一个也许是同样含糊的条件写入了《关于执行〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉第 17 条的海上非法贩运协定》第 30 条。该条规定“如果两个或两个以上缔约方已经就本协定所涉问题缔结了协定或条约，或已经以其他方式确立了它们在该问题的关系，且能促进合作，缔结方可同意适用该协定或条约，或相应调节它们的关系，而不适用本协定。”³⁹⁰

291. 在所有情况下，在处理欧共体成员之间的关系方面，条约的规则都被欧共体规则全部或部分取代。不过，欧共体成员和其他条约缔约方之间的义务仍然受条约的制约。将此类条款列入多边条约已经成了某种令人担心的原因。似乎很难参照《维也纳公约》的规定对它们进行分类，此类条款的激增对原条约的一致性的影响似乎也成问题。³⁹¹

292. 《维也纳条约法公约》第 30 条第 2 款规定“遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时，该先订或后订条约之规定应居优先”。³⁹² 这一表述也涵盖了断开条款。因此，最好把它们当成是附加于条约的冲突条款，目的是为了调节共同体法律与条约之间可能存在的冲突。有关此类条款可能令人不安的是，它们只对原条约的某些缔约方开放，它们所说的共同体法律的内容可能是不确定的，而且也会变动。然而，这与也只在某些缔约方之间适用，而且未来可能会修改的常规相互间修正几乎没什么区别。

293. 在什么条件下才允许订立此类条款？起点当然是各缔约方都同意该条款，免得出现效力问题。然而也不能排除其他缔约方可能不知道断开条款的真正意义，因为断开条款所说规则（欧共体的有关规则）一直很含糊，不断修改或以新的方式加以解释。在这种情况下，欧共体的规则开始像《维也纳条约法公约》第 30 条第 4 款所包含的一项续订新条约。根据《维也纳条约法公约》第 30 条第 5 款，“[第 30 条]第四项不妨碍第四十一条。”³⁹³ 通过这种办法，一项开放的断开条款也会受到第 41 条要求的影响。在做《维也纳条约法公约》准备工作期间，国际法委员会主席确认，相互修改的权利不应当是无限的，任何修改都有必要尊重条约的目的和宗旨。³⁹⁴

³⁸⁸ 关于分类问题，见 Constantin P. Economidès & Alexandros G. Kolliopoulos, “La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critiquable”, RGDIP (2006 年，即将出版)。

³⁸⁹ 同上。

³⁹⁰ 同上。

³⁹¹ 同上。

³⁹² 《维也纳条约法公约》第 30 条第 2 款。

³⁹³ 这两条的起草过程重合相当严重。见 D.2 (b) 节和 D.4 节。

³⁹⁴ 1966 年 6 月 22 日国际法委员会第 876 次会议，《1966 年……年鉴》，第一卷，第二部分，英文第 219 页。

佩莱对保留意见持类似立场，因为他解释说，一项得到明确批准的不明确的保留意见也必须通过目的和宗旨检验。³⁹⁵ 因此，尽管断开条款的范围和内容通常为当初同意所涵盖，如果断开条款所提到的规章将来被修改，那么只准如《维也纳条约法公约》第 41 条第 1 款规定的那样，在“不影响其他国享有条约上之权利或履行其义务者；不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的和宗旨不合之规定者”的程度上进行修改。

294. 像相互修改一样，断开条款使一组为数有限的缔约方能够采取与其特殊情况相应的措施来促进条约的宗旨。但正像相互间协定一样，这种做法也造成了破坏原条约体制的可能。不过，它们的共同点是力求用一种只应当在某些缔约方之间适用的不同体制全部或部分取代条约。条款的真正实质并非明摆在表面，而是在于条款所提到的体制。这种体制的实质与条约本身一致正是人们关切的真正要点所在。从条约其他缔约方的观点来看，使用断开条款可能导致双重标准，犯政治错误或只是造成混乱。³⁹⁶ 为了安抚这种关切，有些断开条款精心措辞，以便“不妨碍本公约的目的和宗旨。”然而，即使它们没有包含这类措辞，与目的和宗旨一致这一条件，如上文指出的那样，可能来自为相互修改订定下的条件。在评估这种一致性时，有两点很重要。第一，断开条款征得了条约所有缔约方的同意。从这个角度来看，这一做法似乎不成问题。断开条款的效力来自缔约方的同意。另一方面，缔约方总是非常了解断开条款所说体制的内容，而且这种体制也会不依其他缔约方的意志，甚至在其他缔约方不知道的情况下修改，这两点都不明显。在此种情况下，关于与目的和宗旨一致的标准就要规定评估条约缔约方这一做法的有关标准。像在别处一样，审议条约提到的规定是否就是 Fitzmaurice 所谓无法与条约分开的“整体”或“互相依存”的条款，似乎很重要。

4. 相互间协定

295. 上文已经指出，在国际法委员会就条约冲突进行辩论期间，经常区分某些条约缔约方之间为修改该条约在它们相互关系之中的适用而达成的后立协定和除了先订条约缔约方外还有其他国家参加的后订条约。前一种情况（相互间协定）目前已涵盖在《维也纳条约法公约》第 41 条中。

296. 委员会的特别报务员都强调了相互修改对多边条约的实际重要性。劳特帕赫特指出，这些都是制订条约以便更好地在某些缔约方之间的关系中适用而常用的技巧，惟一的问题是此类协定会不会在使该条约失效

³⁹⁵ 阿兰·佩莱，《关于条约保留的第十次报告》，A/CN.4/558/Add.1（2005）号文件，英文第 3-4 页。

³⁹⁶ 比如见欧洲委员会会议主席 Serhiy Holotavy 2005 年 4 月 7 日在赫尔辛基第二十六届欧洲司法部长会议上的讲话 http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2005-Helsinki/disc_holovaty.asp（2006 年 3 月 31 日最后一次被访问）；报告员 Ruth-Gaby Vermot-Mangold 2005 年 3 月 15 日为常设委员会根据紧急程序开展有关《欧洲委员会打击贩运人口行动公约草案》辩论而做的报告 <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10474.htm>（2006 年 3 月 31 日最后一次被访问）；Peter J. Kuijper: “The Conclusion and Implementation of the Uruguay Rounds results by the European Community”, EJIL, vol. 6, (1995) pp. 223-224; Interim Health Protection Agency operational statement on the International Health Regulations, 12 May 2004, http://www.hpa.org.uk/hpa/international/IHR_statement.htm（2006 年 3 月 31 日最后一次被访问）。

的程度上影响条约其他缔约方的权利。³⁹⁷Fitzmaurice 称相互间条约为“一种主要文书，如今应用日益广泛，借此可以以必要的也许是如意的方式改变特定的条约情况。”³⁹⁸Waldock 同意实践证明相互间协定是“一种修订一般性多边条约的正常方式。”³⁹⁹

因此，1906年《1864年改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》为一项新公约所修订。新公约明确规定，经正式批准后，新公约在处理缔约国关系中应当取代1864年的公约，但在处理未加入新公约的1864年公约缔约方的关系中1864年公约应当仍然有效。类似规定也插入了修订先订的1899年公约的1907年《海牙陆战法规和惯例公约》中。⁴⁰⁰

297. 的确，一项多边条约为数有限的缔约方之间缔结协定是一种古老的做法，条约本身的最后条款常常做出此类规定。⁴⁰¹ 此类相互间协定未必减损条约。相反，此类相互间协定在处理修改性条约缔约方之间关系方面有助于执行、更新和加强原条约。在这种情况下，没有理由不让相互间协定完全生效。

298. 例如，1961年《维也纳外交关系公约》和1963年《维也纳领事关系公约》都允许就各自事项缔结提供更有利待遇或确认、补充、扩展或扩大它们有关规定的协定。⁴⁰² 一个与后者有关的例子是捷克斯洛伐克和奥地利1979年3月14日缔结的协定。在该协定中，两国希望“根据公约[《维也纳领事关系公约》]第73条第2款的规定确认、补充和扩大该公约的条款，从而也根据《欧洲安全和合作会议最后文件》促进两国之间的友谊进一步发展。”⁴⁰³ 另一个例子是1967年12月11日《欧洲领事职权公约》。在该公约中，缔结《维也纳领事关系公约》的欧洲委员会成员国把有关特权扩大到了《维也纳公约》所许可的范围之外，它们指出这些特殊规则是根据它们之间的密切合作确定的。⁴⁰⁴

³⁹⁷ 赫希·劳特帕赫特，《第二次报告》，《1954年……年鉴》，第二卷，英文第136页。

³⁹⁸ Fitzmaurice，《第三次报告》，同上，1958年，第二卷，英文第43页，第89段（关于第18（8）条草案的评注）。

³⁹⁹ Waldock，《第三次报告》，同上，1964年，第二卷，英文第49页。

⁴⁰⁰ 同上。

⁴⁰¹ 关于多边条约为后立“特殊”（互相间）协定所更新或完善的典型例子的讨论，见 Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...* 前注21，英文第114-119页。

⁴⁰² 1961年《维也纳外交关系公约》第47条，《联合国条约汇编》第500卷，英文第95页及1963年《维也纳领事关系公约》第72和第73（2）条，《联合国条约汇编》第596卷，英文第261页。

⁴⁰³ 该协定还特殊在《1963年公约》第1条界定的各类人员之外增加了“亲属”，也扩大了该公约第5条各款所界定的领事职务。见《联合国条约汇编》第1224卷，英文第21页。

⁴⁰⁴ *European Treaty Series*（欧洲委员会：斯特拉斯堡，1993年）序言部分，vol. II, No. 61, p. 274。欧洲委员会成员国已经缔结了许多相互间协定，在它们彼此的关系中引进了比多边条约一般体制更为先进的特殊体制。这些特殊体制是以欧洲委员会的目的为基础的：即“通过协定和经济、社会、文化、科学、法律及行政事项中的共同行动，加强其成员之间的团结……[以便]促进它们的社会经济发展……”比如见在1883年3月20日缔结、1934年订正的《保护工业产权巴黎公约》第15条的基础上缔结的1953年12月11日《欧洲专利申请规定手续公约》和1963年11月27日《统一发明专利实体法的若干方面公约》。两公约文本，见《联合国条约汇编》第218卷，英文第27页；《联合国条约汇编》第1249卷，英文第369页。

299. 明确鼓励缔约方缔结进一步执行或扩大其条款的条约的实例，就是1968年7月1日《不扩散核武器条约》。该条约第7条规定：“本条约的任何规定不得影响任何国家集团为保证其各自领土上完全没有核武器而缔结区域性条约的权利”。结果，事实上确实缔结了几项在区域一级加强禁止核武器的区域协定。⁴⁰⁵

300. 虽然所有特别报告员都认为缔结相互间协定的权力不可能是无限的，但起初着重的是必需本着诚意与其他缔约方协商。⁴⁰⁶ 委员会把焦点集中在将所拟订立的相互间协定通知其他缔约方的程序上。⁴⁰⁷ 1964年委员会辩论就此问题提出了一项单独草案（第69条草案）。⁴⁰⁸ 虽然巴尔托什注意到了相互间协定“也可能间接影响原条约缔约方利益”的情况，但辩论仍然多是涉及通知问题。⁴⁰⁹ Waldock 在其第六次报告中提出了处理“仅在若干缔约方之间修改多边条约的协定”的第67条草案。⁴¹⁰ 这一条为各国政府普遍接受；在委员会1966年的讨论中，Reuter 说，这是一种别出心裁的折衷方案，既兼顾了承认原条约缔约方权利的必要性，也兼顾了允许修改条约以顾及某些国际要求的必要性。⁴¹¹ 这是维也纳会议通过后来第41条的基础。

《维也纳条约法公约》第41条

仅在若干当事国间修改多边条约之协定

1. 多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约：

(a) 条约内规定有作此种修改之可能者；或

(b) 有关之修改非为条约所禁止，且：

(一) 不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者；

⁴⁰⁵ 比如见分别在东南亚、太平洋（有议定书明确禁止核试验的地区）和非洲建立无核武器区的1995年12月15日《东南亚无核武器区条约》（《曼谷条约》）；南太平洋国家（澳大利亚、新西兰及该区域各岛国）之间1985年8月6日缔结的《南太平洋无核区条约》（《拉罗通加条约》）及1996年4月11日《非洲无核武器区条约》（《佩林达巴条约》）。这些条约的文本，见《联合国条约汇编》第729卷，英文第169页；《国际法材料》第36卷，英文第635页；《国际法材料》第24卷，英文第1440页；《国际法材料》第35卷，英文第698页。

⁴⁰⁶ Waldock, 《第三次报告》，《1964年……年鉴》，第二卷，英文第47页。

⁴⁰⁷ 1964年6月15日国际法委员会第745次会议，《1964年……年鉴》，第一卷，英文第141页。

⁴⁰⁸ 1964年6月15日国际法委员会第745次会议，同上，英文第143页，另见第141-152页。

⁴⁰⁹ 1964年7月13日国际法委员会第764次会议，同上，英文第272页。

⁴¹⁰ Sir Humphrey Waldock, 《第六次报告》，《1966年……年鉴》第二卷，英文第47页。第67条（只在某些缔约方之间修改多边条约的协定）原文是：“多边条约的二个或二个以上缔约方可以只在彼此之间订立修改条约的协定，但条件是：(a) 此类修改可能是条约规定的；或 (b) 有关修改：(一) 不影响其他缔约方享有条约为之规定的权利，行使条约为之规定的权利或履行其义务；(二) 不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的和宗旨不合的规定；(三) 非为条约所禁止。”

⁴¹¹ 1966年6月23日国际法委员会第876次会议，《1966年……年鉴》第一卷，第二部分，英文第219页。

(二) 不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。

2. 除属第一项(a)款范围之情形条约另有规定者外,有关当事国应将其缔结协定之意思及协定对条约所规定之修改,通知其他当事国。⁴¹²

301. 相互间协定产生了两种合法关系:在原条约所有缔约方之间适用的“一般”关系和在相互间协定缔约国之间适用的“特殊”关系。不过,这种情形并不是相互间协定所特有的。例如,反对或接受保留意见的选择可能导致一项多边条约一方面在大多数缔约方之间普遍有效,另一方面在大多数缔约方和保留国之间效力有限。⁴¹³

302. 在条约修正过程中,如果有些缔约方试图修订条约,但并非所有缔约方都赞同该修订,也会出现类似情形。在此情况下,原条约对未参加修正的缔约方仍然有效。⁴¹⁴对未批准修正的缔约方而言也是如此:原条约在它们之间仍然有效,而经修正条约则对其他缔约方生效。⁴¹⁵“修正”和第41条规定的相互间协定的区别是,后者的目的不是要订正原条约,只是要修改原条约在若干缔约方之间关系中的适用。⁴¹⁶第41条意在只涵盖后一种情况。⁴¹⁷

303. 第41条力求在两种要求,即满足为数有限的缔约方希望根据相互间规则调整其关系的需要的要求与允许其他缔约方继续照原样适用条约体制的要求之间,寻求妥协。它承认多边条约缔约方有权利通过相互间协定创立一种特别体制,但又通过对行使此种权利施加严格条件而力求保护条约的一般体制。

(a) 适用于缔结相互间协定的条件

304. 一项条约当然可以全部或部分明确允许或明确禁止缔结相互间协定。遇条约避而不言时或在条约避而不言的情况下,就出现了是否允许缔结相互间协定的问题。在某些情况下,修改可能影响条约其他缔约方的

⁴¹² 类似规定也载入了1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第41条, A/CONF.129/15号文件。另见《国际法材料》第25卷(1986年),英文第543页。它们都涉及了多边条约两个或两个以上缔约方之间缔结仅在彼此间修改条约的协定的情况。此类相互间协定可以合理地解释为后法实例和特别法实例。不过,不论采取哪项理据,该规定的作用都相似。

⁴¹³ 见 Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 由 Philippe Cahier 修订, (Paris: PUF, 1995) 第3版, 英文第76页。

⁴¹⁴ 见 Yasseen 先生在委员会第746次会议上的发言,《1964年……年鉴》第一卷,英文第151页,第51段。

⁴¹⁵ 见 Castrén 先生在委员会第752次会议上的发言,同上,英文第190页,第67段。

⁴¹⁶ 委员会弃而不用“订正”一词,因为它具有政治含义。委员会选用了“修正”,指全体缔约方对多边条约的改动;用“修改”,指通过相互间协定对多边条约进行的改动,此事有单独条款加以处理。见委员会第747次会议的讨论,同上,英文第152至157页。

⁴¹⁷ 不过,委员会也觉得有必要在提交给大会的报告中讲明这种区别。它说:“……打算在所有缔约方之间普遍修正条约的修正协定与自始打算只在若干缔约方之间修改条约实施的协定,即相互间协定,有本质区别。修正文书事实上同样可能只在若干缔约方之间生效,但委员会认为必须明确区分狭义的修正程序和在为数有限的缔约方小圈子内修改条约实施的相互间协定。”《1964年……年鉴》第二卷,英文第195和196页,第9段。

利益或权利，可能影响落实条约的目的和宗旨。因为这些原因，《维也纳条约法公约》第 41 条为缔结相互间协定规定了严格的条件。⁴¹⁸ 在下列情况下允许缔结相互间协定：

- “（一）不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者；
- （二）不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。”

（一）维护原条约缔约方的权利和利益

305. 第 41 条第 1 款（b）项（一）规定了相互间协定必须满足的第一个条件，即互相关协定不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务。这似乎很自然。⁴¹⁹ 相互间协定只对其缔约方具有法律效力。它们仍然受原条约的约束，而且必须在与其他缔约方的关系中继续遵守原条约，就好像没有相互间协定一样。然而，在某些情况下，原条约起草者可能已经明确预见并允许特殊类型的相互偏离。例如，《关税及贸易总协定》（《总协定》）第二十四条规定可以建立和保持“关税同盟”和“自由贸易区”，但它们规定的贸易条件“大体上[不得]高于或严于”建立同盟之前的此类关税和贸易规章的“总体影响范围”。⁴²⁰ 显然，此处的假定是，区域贸易协定一般不会损害多边自由贸易体系。然而，它们也可能制造既得利益集团，阻碍更广泛的贸易协调。无论如何，此类协定在世贸组织争端解决制度中经常提到，当然也丝毫不是说它们可能是已经先验地违背了《总协定》而缔结的。⁴²¹

306. 另一方面，《总协定》条约中没有如果两个或两个以上缔约方希望缔结限制彼此之间贸易的相互协定就可以适用的规则。既然缺乏此类规则，似乎就没有什么东西能防止成员缔结相互间协定，以便它们在彼此

⁴¹⁸ 见 Humphrey Waldock 爵士在委员会第 860 次会议上的发言：“然而，委员会很重视第 67 条，而且通过在第 1 款中明确规定相当严格的条件，承认相互间协定可能对原协定其他缔约方的利益构成潜在威胁。”《1966 年……年鉴》第一卷，第二部分，英文第 128 页，第 88 段。《条约法公约草案》第 22 条（b）款为相互间协定规定了类似的条件，见 Harvard Research in International Law, 《美国国际法学报》，vol. 29, Supplement (1935) 英文第 1016 至 1024 页。另见 Francesco Capotorti, “L’extinction et la suspension des traits”, Recueil des cours...vol 134 (1971) 英文第 509 页；Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, 前注 21, 英文第 57-59 页。

⁴¹⁹ 相互间协定不得增加（影响）其他缔约方履行其义务，这一条已经载入了第 41 条，以回应 Paredes 先生的发言。Paredes 先生说，重要的是相互间协定不应当把更大的义务或负担强加给它们。他举例说，相互间协定可能规定吃水较深的船只通航或在原条约明确规定的 1 年中通航时间以外的其他时间通航，从而就把更大义务或负担强加给了没有缔结相互间协定的原条约其他缔约方。第 764 次会议，《1964 年……年鉴》第一卷，英文第 272 页，第 79 段。另见《条约法公约草案》第 22 条（b）项的评注，Harvard Research in International Law, 《美国国际法学报》，vol. 29, Supplement (1935), 英文第 1016-1024 页。

⁴²⁰ 《关税及贸易总协定》第二十四条，《联合国条约汇编》第 55 卷，英文第 187 页。

⁴²¹ 比如见 *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, 1999 年 5 月 31 日，WTO/DS34/R, 第 9.97 段（“我们很清楚，自 1947 年《总协定》设立以来，区域贸易协定数量和重要性都大大增加，如今已经涵盖了相当大部分的世界贸易”）。截至 2005 年 1 月，已有 312 项区域贸易协定报给了世贸组织，其中 170 项当时仍然有效。见 Isabelle van Damme, “What Role is There for Regional International Law in the Interpretation of WTO Agreements”, 载于 Lorans Bartels 和 Frederico Ortino 所编的 *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 2006, 即将出版)。

交易中，对它们觉得是正当贸易限制的东西，不援引（比如说）《总协定》第三条和第十一条。⁴²² 此类协定会影响世贸组织其他成员的权利和义务，但当它产生有利影响时，第 41 条规定的条件就会得到满足。⁴²³

307. 有时候，相互间协定不会直接侵犯其他缔约方的权利，却有可能损害其他缔约方的利益。⁴²⁴ 不过，一般都假定，参加一项多边条约会导致利害相共和休戚相关，它们意味着缔约方都有权利就其中某些缔约方之间达成的特殊安排是否符合条约总体体制发表看法。旨在统一特殊领域的法律规则的条约尤其是如此。这种思想反映在《海洋法公约》第 311 条第 3 款中。第 311 条第 3 款规定，适用于本公约缔约方之间关系的相互间协定不得影响“[本公约]所载各项基本原则的适用，同时这种协定的规定不影响其他缔约国根据本公约享有其权利和履行其义务。”⁴²⁵

308. “休戚相关义务”到底是什么意思，泛泛而论当然很难讲。在多数情况下，这可能会为第 41 条规定的第二个条件所涵盖。根据第二个条件的规定，相互间协定不“关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的和宗旨不合之规定者。”

(二) 维护多边条约的目的和宗旨

309. 与条约目的和宗旨不合这一概念首先由国际法法院在保留案（1951 年）中提出，得到了越来越广泛的接受，并特别适用于保留意见。这一概念也在《维也纳条约法公约》的条款中，即第 18 条（不妨碍其目的及宗旨之义务）、第 19 条（保留）、第 31 条（解释）、第 41 条（相互间协定）、第 58 条（终止和停止相互间协定）及第 60 条（重大违约）中占有突出地位。目的和宗旨这一概念在国际法委员会关于保留意见的报告深入探讨这一问题之前，在文献中很少有系统的探讨。⁴²⁶ 这些辩论中表达出的关切，从本质上，与似乎对根据第 41 条和涉及停止实施多边条约的第 58 条第 1 款（b）项（二）决定是否允许缔结相互间协定很重要的关切没有什么不同。⁴²⁷

310. 在进行《维也纳条约法公约》准备工作期间，国际法委员会的辩论重点是区分（只）载有互惠义务的条约和规定了非互惠的，也就是说“更绝对型”的义务的条约。在前一种情况下，相互间协定没有构成任何

⁴²² 这两条分别禁止歧视进口产品优待国内产品和在边境实行数量限制。

⁴²³ 见 Joost Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO, ...”, 前注 42, 英文第 548-549 页。

⁴²⁴ 见 Verdross 先生和 Castrén 先生在委员会第 860 次会议上的发言,《1966 年……年鉴》第一卷, 第二部分, 英文第 139 页, 第 58-59 段。

⁴²⁵ 着重部分由作者标明。

⁴²⁶ 最近一次阐述和讨论, 见阿兰·佩莱, 《第十次报告》, A/CN.4/558/Add.1(2005)号文件。另见 Isabelle Buffard 和 Karl Zemanek, “‘Object and Purpose’ of a treaty: an enigma?” *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3 (1998), 英文第 311-343 页及 Jan Klabbbers, “Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties”, *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. VIII (1997), 英文第 138-160 页。

⁴²⁷ 见《维也纳条约法公约》即附有评注的《条约法条款草案》第 57 条（《维也纳条约法公约》第 58 条），《1966 年……年鉴》第二卷, 第二部分, 英文第 253-255 页。

严重问题。允许缔结相互间协定是因为，它们通常只影响双边关系；或者，如果它们的效力更大，从其他缔约方的角度来看则是积极的。⁴²⁸ 相互间协定可以看作是条约的发展，完全符合条约的精神特质及条约的目的和宗旨。

311. 然而，在义务无法分类归入双边关系的情况下，相互间协定可能更容易被理解为违背了条约的目的和宗旨。在国际法委员会讨论期间，非互惠条约根据其义务的“绝对”、“整体”或“互相依赖”性质得以定性。⁴²⁹ 虽然这些措辞（“绝对”、“整体”或“互相依赖”）都没有进入第 41 条，但普遍同意并非所有的条约在这方面都具有相同的特点。因此，例如，《维也纳条约法公约》第 60 条第 2 款（c）项规定了在“由于条约性质关系，遇一当事国对其规定有重大违反情事，致每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变”的情况下援引违约的特殊规则。同样，国际法委员会《国家责任条款草案》（2001 年）第 42 条（b）款（二）提到了评注所谓的“互相依赖义务”，即若予以违背就“根本改变了作为该义务当事方的所有其他国家的地位”的义务。⁴³⁰

312. 区别这两类条约的重要意义是无可置疑的。1961 年《维也纳条约法公约》和 1963 年《维也纳领事关系公约》就是载有基本互惠义务的条约的例子。缔约方在相互关系中可以随时减损这些义务。例如，裁军条约则不然。在裁军条约中，一方履行其义务是其他各缔约方履行其义务的前提。一方违约实际就是对其他各缔约方违约。⁴³¹ 就人权条约而论，它是一种绝对或“整体”条约。它所施加的义务是不以任何互惠期望或其他缔约方履行其义务为条件的。

313. 首先正是修改载有此类非互惠（即“整体”、“互相依赖”或“绝对”）义务的条约的相互间协定有可能影响条约目的和宗旨的实施，因此为《维也纳条约法公约》第 41 条第 1 款（b）项（二）所禁止。然而，决定“不一致”的程序问题将仍然存在。根据法院在保留案意见中阐明的主要规则，每个国家都将自己评价某个国家提出的保留意见是否符合条约的目的和宗旨，并决定自己应对该保留意见采取何种行动。⁴³² 这一问题留给各缔约方斟酌处理，但行使酌处权当然要履行诚信义务。⁴³³ 没有证据表明有关相互间协定的情形有任何不同：多边条约的任何缔约方都可以相互间协定可能妨碍条约目的和宗旨的实施为由反对缔结此种协定。⁴³⁴

⁴²⁸ 见 Fitzmaurice, 《第三次报告》, 《1958 年……年鉴》第二卷, 英文第 43-44 页, 第 88-89 段。

⁴²⁹ 大体上见 Fitzmaurice, 同上, 英文第 41-45 页, 第 77-94 段; 《1964 年……年鉴》第二卷, 英文第 55 页, 第 10 段。《第三次报告》, 英文第 39 页, 第 17 段, 另见上文第 109 和 262 段。

⁴³⁰ 见《国家责任条款草案》第 42 条评注, 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10) 第 13 段。提到的例子有“裁军条约、无核区条约或任何其他每个缔约方履约确实取决于并要求其他各方履约的条约”。

⁴³¹ 此例, 另见《1966 年……年鉴》第二卷, 英文第 255 页, 第 8 段。另见委员会《国家责任条款草案》第 42 条（b）款（二）评注（特别是第 13 段）, 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10)。

⁴³² 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留案, 咨询意见, 《国际法院案例汇编》(1951 年) 英文第 26 页。

⁴³³ 见 Paul Reuter, *Introduction au droit des traits*, 前注 74, 英文第 74-75 页。

⁴³⁴ 见 D.N. Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, *BYBIL* vol. 59 (1989) p. 190。

(三) 其他情况

314. 当然在某些情况下，多边条约的起草者因为要维护和巩固条约的规则，可能会插入一些条款禁止缔约方缔结减损条约规则的协定或插入一些条款保证多边条约所载规则优先于特殊协定所载规则，从而建立一种条约规则等级。例如，1982年《海洋法公约》就是如此。《海洋法公约》第311条第6款规定“缔约国同意对第136条所载关于人类共同继承财产的基本原则不应有任何修正，并同意它们不应参加任何减损该原则的协定。”⁴³⁵

315. 另一项冲突条款允许缔约方缔结相互间协定，只是它们不得违反原条约所确立的规则。例如，1979年《保护工业产权巴黎公约》第19条就是如此。⁴³⁶然而，在多数情况下，条约并没有载入允许或禁止相互间协定的条款。在这种情况下，缔约方缔结相互间协定的权力将不得不根据第41条中的标准予以决定。第41条的要点是在且在修改不破坏条约体制的统一性或效力的条件下允许修改。

(b) 通知其他缔约方和其他缔约方的反应

316. 根据《维也纳条约法公约》第41条第2款规定，必须把相互间协定通知其他缔约方，而且通知必须及时以便其他缔约方做出反应。⁴³⁷1964年，委员会认为每一项缔结相互间协定的提案都应当予以通知，可后来听从荷兰政府的评论意见，决定凡缔结相互间协定的意思都应当通知其他缔约方，条约本身做出了可缔结相互间协定的规定时例外。⁴³⁸在后一种情况下，条约可要求缔结相互间协定和终止相互间协定都得予以通知。例如，1980年5月20日《关于儿童监护权之决定的承认和执行及儿童监护权之恢复的欧洲公约》第20条第2款规定，两个或两个以上缔约国通过某种方式，包括它们之间的协定，已经设立了承认或执行的特别制度时，可以适用该制度以取代该公约或其任何部分。该公约希望采取这一步骤的缔约方必须“将决定通知欧洲委员会秘书长”，而且“改变或撤销决定也必须予以通知。”⁴³⁹

⁴³⁵ 文本见《海洋法公约》，21《国际法材料》（1982年），英文第1261页；见第311条评注第6段，M. Nordquist（编），*United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*（Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989）vol. V, 英文第241页及以下各页。

⁴³⁶ 《保护工业产权巴黎公约》，《联合国条约汇编》，英文第305页。

⁴³⁷ 这一规定，在通过时，就成了国际法逐渐发展的典范，而不是国际法编纂的实例。见Humphrey Waldock爵士在委员会第764次会议上的发言，《1964年……年鉴》第一卷，英文第274页，第102段。委员会在讨论通知问题时，有些委员认为，只有在缔结多边条约中未规定的相互间协定的情况下才需要通知，其他委员则认为只有在少数国家之间缔结多边条约的情况下才需要通知，这一事实证明了上述观点。见阿戈先生在委员会第745次会议上的发言，《1964年……年鉴》第一卷，英文第203页，第85段和Tunkin先生在委员会第764次会议上的发言，《1964年……年鉴》第一卷，英文第273页，第97段。

⁴³⁸ 《1966年……年鉴》第二卷，英文第87页，第3段。

⁴³⁹ 《关于儿童监护权之决定的承认和执行及儿童监护权之恢复的欧洲公约》，*European Treaty Series*（欧洲委员会：斯特拉斯堡，1983年）第四卷，第105号，英文第211页。

317. 第 41 条第 2 款规定，希望缔结相互间协定的缔约方（“有关当事国”）必须把自己的意思通知其他缔约方。通知可以由“有关当事国”之一予以发出，但条约可以规定，通知应当通过条约保存者予以发出。⁴⁴⁰ 通知通常由条约缔约国或保存者发出，但实际上在某些情况下可以认为通知已经发出，因为修改的意思从相互间协定的目的来看普遍都是不言而喻的。

318. 如果通知要保护其他缔约方的利益，就必须及时送到其他缔约方手中。委员会有些委员认为，缔结相互间协定的意思应当立即通知其他缔约方。⁴⁴¹ 其他委员觉得，除了传达意思的困难外，一旦缔结和公布协定，就应当发布消息。⁴⁴² 委员会决定，应当给缔约方以反应时间，而且只有把具体提案传给它们，才可以给它们以反应时间，因此第 2 款措辞的意思就是必须把“它[协定]对条约所规定之修改”通知其他缔约方。换句话说，必须在相互间协定谈判的早期阶段发出通知，不过只要在缔结之前发出就够了，以便其他缔约方做出真正的反应。

(c) 相互间协定缔约方违犯多边条约的后果

319. 第 41 条条文留下了两个问题没有解决。第一问题是违犯《维也纳条约法公约》第 41 条第 1 款规定缔结相互间协定而构成严重违犯条约的法律效力问题；第二问题是在通知根据第 41 条第 2 款发出后提出的反对意见的法律效力问题。⁴⁴³ 然而，偏离原协定而缔结的相互间协定并不因此而无效，似乎是不言而喻的。从上文所述对缔约方不同的条约的冲突的考量中似乎可以断定，后果如何应当取决于对原条约的解释。此外，违犯条约的后果在《维也纳条约法公约》第 60 条中有所探讨，而且是通过国家责任制度予以探讨的。此处不是探讨这些问题的地方。不过，有两条评论意见不妨一提。第一条，在修改严重违约——即涉及到事关原条约实施的规定——的情况下未参加修改的原条约缔约方可以通过一致同意集体终止或停止原条约。第二，在两种情况下允许个体做出全部或部分中止实施条约的决定。受（非法）修改特别影响的缔约方可以在自己与违约相互间协定缔约方之间的关系中中止实施条约。修改构成的重大违约彻底改变了其他缔约方对履行条约规定义务的立场时，任何受影响的缔约方同样可以对自己中止实施条约。⁴⁴⁴

(d) 有关先后所订协定的结论

320. 有关先后所订协定之间冲突的法律主要是基于有关缔约方意图及条约目标与宗旨的假定。在此，冲突解决与条约解释分不开。先订条约和后订条约均不享有理所当然的优先。至如今已妥善决定，在冲突的情况

⁴⁴⁰ 见 1982 年《联合国海洋法公约》第 311 条第 4 款评注，Nordquist 编的 *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982...*，前注 435，英文第 240 页。

⁴⁴¹ 见 Humphrey Waldock 爵士在委员会第 860 次会议上提出的第 41 条草案案文，《1966 年……年鉴》第一卷，第二部分，英文第 123 页。

⁴⁴² 见 Reuter 先生在委员会第 754 次会议上的发言，《1964 年……年鉴》第一卷，英文第 201 页，第 51 段。

⁴⁴³ 见 Briggs 先生在委员会第 860 次会议上的发言，《1966 年……年鉴》第一卷，第二部分，英文第 126 页，第 71 段及以下各段。

⁴⁴⁴ 《维也纳条约法公约》第 60 条第 2 款。另见，比如 Reuter, *Introduction au droit des traités*，前注 74，英文第 161-162 页。

下，问题不是涉及无效，而是涉及条约的相对优先。这一态度也反映在《维也纳条约法公约》第 30 条中。第 30 条基本是编纂一项开放的先行做法，留下了一些最困难的问题没有解决。例如，显然令人不满的是，已经缔结不相容协定的缔约方将有权选择自己将履行哪项协定，有权选择协定的哪个缔约方必须通过履行国家责任来满足自己。

321. 由于本身性质而可能享有优先的特别类型条约问题，也是《维也纳公约》遗留下来的一个未决问题。劳特帕赫特和 Fitzmaurice 都觉得有理由假定有此类条约——后者称之为“整体”或“互相依赖”条约，第 30 条却没有提及，也许是因为 Waldock（错误地）假定这一问题有关强制法的规定会加以处理。不论如何，这不符合有关人权条约的一些惯例。然而，这种辩论也在某种程度上反映在第 41 条为相互间协定所设的限制中。根据第 30 条第 5 款，这些限制也可以适用于其他后立条约，而且如上文所示，在断开条款讨论也会有一定的意义。

322. 缔结相互间协定的权力是一个重要的、普遍为人接受的手段，为数有限的条约缔约方可以通过此种手段力求保证在彼此之间最妥当、最有效地执行原条约。然而，《维也纳条约法公约》第 41 条也限制了缔结相互间协定的权力，对这种权力太明确地违背原条约的目的和宗旨的限制特别严。

323. 这一法律多半可以借助通过具体冲突条款加以特别调节。不过，在实践中，国家通常都不愿意以这种方式确定明确的高下等级。特别是在几项条约构成所谓一种“体制”的组成部分时，即在体制上彼此相联，旨在实现类似目标时，在适用这些条约方面求助于“协调”似乎是一种切实的办法。不过，这种协调在跨体制方面，也就是说解决条约冲突的“立法”办法看来最不相干的情况下，也成问题。这些也是后法规则最少适用的情况。在此情况下，应当强调保障有关公约规定的权利。如果一项权利因为与另一项条约不符就被否定，那么应当追究国家责任。这在特殊体制条约“管理”中是不是一种切合实际的期望，难说。在条约已经确立了明确规定的（主观）权利时，为了解决跨体制的冲突，甚至是体制内的冲突，诉诸一般的争端解决机构似乎是最佳选择。

E. 重要关系：作为冲突规则的《联合国宪章》

第一百零三条、强制法及普遍义务

324. 对国际法不成体系的关切多源于对国际法律体系的“横向”性质的认识。国际法的规则和原则彼此无高下之分。不同渊源（条约、习惯和法律的一般原则）也不按任何普遍优先顺序排列。这是国际法系和国内法系的一个关键区别。国内法是按严格的高低等级组织的，宪法在最高层次调节法系的实施，国际法中却没有这种正式的宪法，因此在国际法律规则之间也不存在普遍的优先顺序。

325. 然而，这决不是说在具体情况下无法决定冲突规则之间的优先顺序。在前几节中我们已经看到，有时如何以特别对一般的关系，即时间先后关系作标准，以此决定一项规则可以优先于另一项规则。不过，我们也看到了无法抽象决定这些关系实施的情形。特别法或后法是否适用，取决于先前对某一特殊标准的相关

性的评估。这反映了一种实用观念，即在特殊情况下，有些标准比其他标准更重要，例如因为它们能更好地确保重要利益或保护重要价值观念。

326. 从来都不容置疑的事实是，在国际社会中有些考虑比其他考虑重要，因此在法律上也必须这么看，不过如何阐明这种重要意义却一直是学术界长期争议的问题。这里丝毫不表明对这一争议，例如，自然法或政治公理在国际法中的作用，国际法是否正在“宪法化”或在何种程度上在“宪法化”，采取了任何立场。不管找到通用词汇表达特殊规范的重要意义的的作用有多么困难，国际法惯例却始终承认有某些高于其他规范的规范，因此必须予以实施。国际法院在科孚海峡案（1949年）中以其所谓的“人性基本考虑”限制国家主权，在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案（1996年）中假定有“国际习惯法不可违反的原则”而没有引起重大反对，不是无足轻重的。⁴⁴⁵

327. 有一种重要实践增强了人们的非正式感受，即有些规范比其他规范重要，在遇到冲突的情况下应当实施这些重要规范。在没有普遍理论说明这种重要感从何而来的情况下，实践已经发现了一套表达国际法中非正式等级之类的东西的词汇。本节要探讨这套词汇的三个方面，即《联合国宪章》第一百零三条、强制性规范概念（强制法）和普遍义务。

1. 《联合国宪章》第一百零三条

328. 《国际联盟盟约》已经载有一条规定示意该盟约本身相对于其他国际义务是“更高的法律”。⁴⁴⁶ 该盟约第20条草案案文如下：

联盟成员各自均同意接受本盟约即取消了所有与其条款不符的相互义务或相互间谅解，并庄严承诺它们今后不会缔结任何与盟约条款不符的约定。

如果联盟任何成员在成为联盟成员之前已经承担了任何与本盟约条款不符的义务，该成员有责任立即采取措施从此种义务中解脱出来。

329. 这一规定是起草《联合国宪章》第一百零三条的起点。在旧金山已经形成了普遍谅解，即《宪章》规定的义务应当优先于成员国的其他条约承诺。⁴⁴⁷ 对这一原则的措辞起初有小小的分歧，后来目前的文本一致通过，具体内容如下：

⁴⁴⁵ 科孚海峡案（联合王国诉阿尔巴尼亚），1949年《国际法院案例汇编》，第22页；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，1996年《国际法院案例汇编》，英文第257页，第79段。

⁴⁴⁶ 特别见赫希·劳特帕赫特，“The Covenant as the Higher Law”，BYBIL vol. 17（1936），pp. 54-65。

⁴⁴⁷ Rudolf Bernhardt, “Article 103” in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (New York: Oxford University Press, 2002) p. 1293。

“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”

330. 与上述盟约不同，第一百零三条也扩展了《宪章》规定对会员国未来协定的优先，并把优先扩展到会员国与联合国非会员国之间的协定。

(a) 什么是主要义务？

331. 第一百零三条没有说《宪章》优先，但提到了《宪章》规定的义务。除了《宪章》本身所载的权利和义务外，这也包括基于联合国各机构具有约束力的决定而规定的职责。最重要的例子就是第二十五条。该条要求会员国必须接受并履行安全理事会根据《宪章》第七章通过的决议。即使安全理事会根据第一百零三条做出的决定应居优先在《宪章》中没有明讲，在实践和理论中却得到了广泛接受。⁴⁴⁸人们有时也提出这样的问题：理事会越权通过的决议根据第一百零三条是否也应居优先。⁴⁴⁹由于联合国会员国的义务只能来自此类在联合国权利限制范围内采取的决议，所以越权决定本来不产生任何义务。因此，也没有冲突。这个问题对联合国机关，包括安全理事会通过的无约束力的决议也是一样。这些都不在第一百零三条范围内。⁴⁵⁰

332. 最后，安全理事会经常提议，其决议不仅优先于其他国际义务，而且也优先于私法合同、执照、许可证等。⁴⁵¹从原则上讲，当前把国与国之间受国内法制约的协定看作是国际协定毫无问题。但至于安全理事会有关纯私法文书的决议的效力，则必须假定它们未必无效，可各国有义务不执行此类合同。这可能会引起不履行义务的责任和赔偿等难题，但在此没有必要细论这套问题。

⁴⁴⁸ 用 Bernhardt 的话讲，“联合国会员国受第二十五条约束，要‘依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议’，所以根据第一百零三条，它们也要相应地给这些义务以高于其他任何承诺的优先”。Bernhardt, “Article 103”, 同上，英文第 1295 页。另见，比如 Pierre-Marie Dupuy, “L’unité de l’ordre juridique international. .”, 前注 14, 英文第 240 页; Karl Zemanek, “The Legal Foundations of the International System...”, 前注 31, 英文第 230 页。另一种看法，见 Derek Bowett, “The Impact of Security Council Decisions to Dispute Settlement Procedures”, EJIL vol. 5 (1994), 第 92 页: “[一项]理事会的决定不是一项条约义务。履约义务可能是，但决定本身不是。”(楷体原文所有)。

⁴⁴⁹ Susan Lamb, “Legal Limits to United Nations Security Council Powers”, 载于 Guy S. Goodwin-Gill 等编的 *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie* (Oxford: Clarendon Press, 1999) p. 361; Erika De Wet, *The Chapter VII powers of the United Nations Security Council* (Oxford: Hart, 2005); Niels Blokker, “Is the authorization authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by ‘Coalitions of the Able and Willing’”, EJIL, vol 11 (2000) p. 541; Georg Nolte, “The limits of the Security Council’s Powers and its Functions in the International Legal System: Some Reflections”, 载于 Michael Byers 编的 *The Role of Law in International Politics. Essays in international relations and international law* (Oxford: Oxford University Press, 2000) p. 315。

⁴⁵⁰ 关于讨论情况，见 Robert Kolb, “Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?”, ZaöRV, vol. 64 (2004) p. 21。

⁴⁵¹ 比如见安理会第 1160 (1998) 号决议、安理会第 1127 (1997) 号决议、安理会第 1173 (1998) 号决议、安理会第 1267 (1999) 号决议和安理会第 1298 (2000) 号决议。

(b) 一项义务优先于另一项义务是何意思？

333. 对第一百零三条规定不享有优先的义务来说，情况如何？多数评注者都认为，这里的关键不是效力问题，而是先后问题。较低级的规则只有在与第一百零三条规定的义务冲突的情况下才不予考虑。⁴⁵² 这就是 Waldock 在国际法委员会就《维也纳条约法公约》第 30 条进行辩论期间对此问题的看法：“第一百零三条的措辞清楚地表明，它推定了《宪章》的优先性，而不是与《宪章》冲突的条约的无效性。”⁴⁵³

334. 少数著者根据《宪章》就是“宪法”的观点接受了有关第一百零三条的效力的更广泛观点，即冲突条约或义务无效。⁴⁵⁴ 对这问题的明确答复（优先还是无效？）无法从第一百零三条条文中找出。但“居优先”一词从语法角度看并未意味着较低级的规则就一定无效，或甚至被停止。只是禁止国家履行这另一项规范规定的义务。第一百零三条字面上说，遇有冲突，有关国家应当履行《宪章》规定的义务，并在其他协定为之规定的职责与《宪章》规定义务相符的情况下履行其他协定为之规定的职责。⁴⁵⁵ 这也符合《宪章》的起草材料，因为起草材料说：

冲突应当因为履行《宪章》规定的某项义务而起，这就够了。冲突是因这两类义务的本质不合还是因为在特定情况下适用《宪章》的规定而起，则无关紧要。⁴⁵⁶

335. 《宪章》规定的义务与某项其他义务之间的冲突可能以绝对特殊的方式而起。例如，这就是《蒙特利尔公约》在洛克比案中遇到的情况。⁴⁵⁷ 很难明白起草人如何会已经认定此类冲突会使冲突条约——在洛克比案就是整个《蒙特利尔公约》——无效。⁴⁵⁸ 这会是毫无意义的。再者，从目的论的角度来看，不论冲突是多

⁴⁵² 比如见 Dupuy, “L’unité de l’ordre juridique international. ...” 前注 14, 第 243 页; Zemanek, “The Legal Foundations of the International System...” 前注 31, 英文第 230 页。

⁴⁵³ 见 Humphrey Waldock 爵士《第三次报告》，《1964 年……年鉴》第二卷，英文第 36 页。

⁴⁵⁴ 见 Bernhardt, “Article 103”, supra 447, 英文第 1297 页。另一位评注者认为，条约规定的义务与《宪章》规定的义务冲突会导致与强制法冲突一样的结果——无效。见 Bardo Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998) p. 590。另见 A. D. McNair, *The Law of Treaties*, 前注 57, 英文第 217 页。

⁴⁵⁵ 另见 Elena Sciso, “On Article 103 of the Charter of the United Nations in the Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 38 (1987) pp. 169–170; Pierre-Marie Dupuy, “The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1 (1997) pp. 13–15。Goodrich 和 Hambro 断定“要注意，这条[第一百零三条]没有规定自动取消与《宪章》条款不符的义务。这一规则只在确实有冲突之时才表述出来，以便实施。”见 Leland M. Goodrich 和 Edvard Hambro, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents* (London: Stevens & Sons Limited, 1949) 第 2 版和修订版，英文第 519 页。

⁴⁵⁶ 联合国国际组织会议，第四委员会第 2 组委员会报告员的报告，933 号文件, IV/2/42 (2) (文件，十三，英文第 703 页)，见 Goodrich 和 Hambro 的引文，同上，英文第 519 页。

⁴⁵⁷ 见下文 E.1 (d) 节，尤其是洛克比案。

⁴⁵⁸ 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，《联合国条约汇编》第 974 卷，英文第 177 页。

么容易发生，较稳妥的观点是把第一百零三条看成是确保《宪章》义务可以得到有效履行的一种手段，而不是要废除其他条约体制。

336. 在最近发生的另一起案件中，不列颠的高级法院做出判决，肯定安全理事会的决议高于不列颠的人权义务。⁴⁵⁹原告，一位拥有伊拉克和英国双重国籍的公民，在伊拉克被英国军队拘留了 10 个月而未受到控告。他认为，拘留侵犯了 1998 年《人权法》规定他享有的权利。从规范冲突的观点来看，这一判决有两点特别重要。第一，该法院根据它所谓的“国际人权法背景”检验了拘留被告是否合法。⁴⁶⁰然而，该法院以使自己能够绕开冲突问题的方式把拘留本身解释为一种人权措施：

安全理事会实际上承担着维护国际和平与安全的首要责任，它自己决定需要一支多国部队。其目的是要恢复将有效保护伊拉克境内人士人权的安全。情愿协助安全理事会实现这一目的的人有权采取实现这一目的所必需的措施，包括拘留。⁴⁶¹

337. 然而，该法院又补充说，分主次高下也在所难免：

为了恢复和维持伊拉克境内人权必需的那种和平与安全，安全理事会已经根据《日内瓦第四公约》第 78 条核准拘留是因强制性的安全理由所必需的。⁴⁶²

值得注意的是，在“检验拘留是否合法”方面，该法院从未探讨可用的强制法问题。⁴⁶³

338. 第二，该法院讨论了《联合国宪章》与其他各种条约义务的关系，它断定《联合国宪章》第一百零三条也包括了安全理事会的决议，而且根据它们采取的行动应当优先于其他条约义务，哪怕是人权性的条约义务，如《欧洲人权公约》规定的义务。⁴⁶⁴因此，该法院没有判定原告的权利遭受了侵犯。

339. 最后，第一百零三条的优先在《维也纳条约法公约》第 30 条第 1 款中明确提到了：

以不违反联合国宪章第一百零三条为限，就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应以下列各项确实之。

⁴⁵⁹ The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence, 2005 年 8 月 12 日判决，CO/3673/2005, [2005] EWHC 1809 (Admin) 号案。

⁴⁶⁰ 同上，见该判决的第 94 及以下各段。

⁴⁶¹ 同上，第 104 段。

⁴⁶² 同上，第 108 段。

⁴⁶³ 不过，却允许 Al Jedda 先生提出上诉，而且该案 2006 年 1 月受到了上诉法院的审理。

⁴⁶⁴ The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence 判决第 112 段，前注 459。

340. 这项规定的背景提供了丰富的信息。上文 D 节已经讨论过，涉及“适用就同一事项先后所订条约”的第 30 条没有假定，根据它而不予考虑的条约是无效的，而只是不予考虑，以便适用较高级的条约并在必要的程度上适用。事实上，这么说只是指明了《宪章》规定义务的等级效果与强制法不同的方式，与《宪章》义务冲突会使其他规范无效或终止其他规范。⁴⁶⁵

(c) 特别情况

(一) 与联合国会员国和非会员国之间缔结的条约冲突

341. 《宪章》规定义务与联合国会员国和非会员国之间的条约规定的义务彼此冲突，造成了棘手的法律问题。⁴⁶⁶ 用国际法委员会自己的话说，“这一规定在处理联合国会员国和非会员国关系方面的确实效力，可能不完全清楚。”⁴⁶⁷ 的确，第一百零三条条文没有区别联合国会员国之间所起的义务与非会员国的和对非会员国的义务。由于人们把《宪章》解读为“宪法性”的文件，那当然就没有问题。例如，Bernhardt 就以直截了当的方式解决了这个问题：

有充分的理由假定，与第三方国家缔结的明显或至少表面上与《宪章》抵触的条约，不仅是不可强制执行的，而且对这些国家来说也是无效的。《宪章》已经成了国际社会的“宪法”，第三方国家在其条约关系和其他方面，必须尊重《宪章》为联合国会员国规定的义务。⁴⁶⁸

342. 同样，Goodrich 和 Hambro 早先讨论《宪章》时写道：

《宪章》……具有国际社会基本法的性质。非会员国没有正式接受它，不过却期望它们承认该法是国际生活的一个事实，并调整适应它。⁴⁶⁹

343. 但情况仍然是非会员国并不正式受《宪章》约束，因为《宪章》对它们来说仍然是他人之间的行为

⁴⁶⁵ 也有人认为，“明确解决冲突义务问题在某项《宪章》规定反映了强制法的规范的情况下似乎也是可能的……在这种情况下，冲突义务是并且仍然是无效的。”Bernhardt, “Article 103”, 前注 447, p. 1298。然而，在此种情况下，无效不是源于《联合国宪章》，而是源于申明所有与强制法不合的协定均无效这一规则。

⁴⁶⁶ 无可否认，由于仍然留存联合国会员国圈子之外的国家很少，所以这些问题与其说是实际问题，不如说是理论性问题。

⁴⁶⁷ 《条约法条款草案》，《1966 年……年鉴》第二卷，英文第 214 页。

⁴⁶⁸ Bernhardt, “Article 103”, 前注 447, 英文第 1298 页。另见，比如 Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, 前注 454, 英文第 532 页；但要了解另一种看法，另见 Jean-Marc Thouvenin, “Article 103”, Jean-Pierre Cot 等编的 *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article* (Paris :Economica, 2005) 第 3 版，英文第 2136 至 2139 页，尤其是英文第 2146 页：“[i]l ne saurait alors être considéré, en lui-même, comme l’élément clé permettant de reconnaître à la Charte des Nations Unies les qualités d’une constitution de la communauté internationale。”

⁴⁶⁹ Goodrich 和 Hambro, *Charter of the United Nations...* 前注 455, 英文第 519 页。

事项。⁴⁷⁰ 在事情的正常进程中，会员国应当不能依赖第一百零三条解除自己对非会员国履行条约义务的责任。⁴⁷¹ 然而，有一种有力的理论观点往往肯定，至少是对联合国会员国，肯定《宪章》义务绝对优先于对非会员国的冲突义务。⁴⁷² 这也许可以拿《维也纳条约法公约》第 30 条第 1 款做辩解，可以把该款解读为《维也纳公约》缔约方都接受《宪章》为上。⁴⁷³ 无论如何，这没有解决因为适用第一百零三条将要对非会员国担负的任何责任。

(二) 与习惯国际法非强制性规范冲突

344. 第一百零三条的措辞“依任何其他国际协定所负之义务”暗示，只有契约义务是该条所针对的目标。不过，是否也涵盖习惯法，大家看法纷纭。在起草《宪章》的过程中，最后文件最终略去了一种方案；根据这种方案，所有其他承诺，包括根据习惯法做出的承诺，都将为《宪章》所取代。⁴⁷⁴ 这表明结论就是，至少对起草者来说，第一百零三条只涵盖其他条约。不过，这也不排除该法后来发展的可能。的确，至少是拥护“宪法”观点的人称，第一百零三条也适用于冲突习惯法。

假定《宪章》规定的义务在对其他[包括基于习惯法的]义务关系中不居优先，是不正确的。必须把第一百零三条和第二十五条，和《宪章》作为基本文件及作为国际社会“宪法”的性质，联系起来看待。因此，第一百零三条的基本思想在《宪章》义务与条约所载义务之外的义务发生冲突的情况下也是讲得通的。⁴⁷⁵

345. 尽管有些人支持这种观点，⁴⁷⁶ 其他人却怀疑第一百零三条是否把《宪章》提升到习惯法之上。⁴⁷⁷ 在此有两种考虑可能很重要。第一，字面解释提供了一种明确结果。不论把“国际协定”解释得多宽，都不会涵盖国际习惯。不过，第二，上文 C 节也已经指出，作为一般法，习惯法通常都让位于作为特别法的条约，人

⁴⁷⁰ 见《维也纳条约法公约》第 34 条。McNair 勋爵也确认，即使是《联合国宪章》也没有权力使其中所载规则对非会员国有约束力。见 McNair, *The Law of Treaties*, 前注 57, 英文第 218 页。

⁴⁷¹ 进一步讨论，见 Sciso, “On Article 103 of the Charter of the United Nations ...”, 前注 455, 英文第 167 页及以下各页。

⁴⁷² 比如见 Patric Daillier 和 Alain Pellet, *Droit international public*, 前注 73, Dupuy, “L’unité de l’ordre juridique international. ...”, 前注 14, 英文第 241 页; Andreas Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung* (Munich: Beck, 2001) p. 113.

⁴⁷³ 《维也纳条约法公约》编纂习惯国际法的程度对当前来说也很重要。

⁴⁷⁴ Jean Combacau, *Le pouvoir de sanction de l’ONU: étude théorique de la coercition non militaire* (Paris: Pedone, 1974), 英文第 282 页。一项《宪章》早期评注也确认，《宪章》义务高于习惯法义务的可能性甚至不被看作是一个需要回答的问题。见 Goodrich 和 Hambro, *Charter of the United Nations...*, 前注 455, 英文第 517-518 页。

⁴⁷⁵ Bernhardt, “Article 103”, 前注 447, 英文第 1298-1299 页。

⁴⁷⁶ 比如见 Alina Kaczorowska, *Public International Law* (London: Old Bailey Press 2002) 第 21 页。她在书中说：“有若干评注者也提出，这一规定将同样适用于不一致的习惯法”。可惜，没有给出出处。

⁴⁷⁷ 比如见 Nigel D. White 和 Ademola Abass, “Countermeasures and Sanctions”, Malcolm D. Evans 编的 *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003) 英文第 518 页。他认为“第一百零三条赋予因《联合国宪章》而起的义务以高于根据任何其他国际条约而起的义务地位，但不清楚这是否会影响会员国的惯有权利。”

们会以为也包括建立联合国之类国际组织的条约。无论如何，安全理事会的实践仍然基于安全理事会决议废除冲突习惯法这一谅解。由于安全理事会是《宪章》的产物，所以，如果安全理事会决议的普遍效力不扩展至《宪章》本身，就怪了。因此，似乎不妨赞同普遍的看法，即第一百零三条应当加以广泛解释，以便肯定宪章义务也优先于联合国会员国的习惯法义务。⁴⁷⁸

(三) 与强制法规范的冲突

346. 如果联合国会员国不能够拟订违背强制法的有效协定，它们必定也不能赋予某个国际组织以违犯强制法规范的权力。的确，理论和实践都明确证实，《联合国宪章》和强制法规范之间的冲突没有导致《宪章》义务居上，而是导致它们无效。⁴⁷⁹ 从这种意义上讲，《联合国宪章》是一项国际协定，与其他任何条约没有两样。这对安全理事会的决议特别重要，因为有人不止一次指责安理会决议违背了强制性规范。⁴⁸⁰

347. 这个问题 2005 年 9 月在欧共体一审法院中提出。⁴⁸¹ 这些案件涉及冻结欧盟委员会根据安全理事会通过的决定怀疑与恐怖主义分子有关的个人和实体的财产。该法院裁定欧共体有权命令采取这些措施。大体上，它们也不属于司法审查的范围。该判决有两点值得注意。

348. 第一，该法院判定，根据国际法，联合国会员国根据《宪章》所负的义务优先于任何其他义务，包括《欧洲人权公约》和《欧共体条约》规定的义务。这种至高无上也扩展至安全理事会的决定：

安全理事会的有关决议，从原则上讲，不在本法院的司法审查之列，而且……本法院无权根据共同体法哪怕间接质疑它们的合法性。相反，本法院一定要尽可能以符合会员国根据《联合国宪章》所负之义务的方式解决和适用共同体法。⁴⁸²

349. 不过，第二，这种至高无上不是绝对的。用该法院的话讲：

⁴⁷⁸ 比如见关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》案（波斯尼亚黑塞哥维那诉南斯拉夫（塞尔维亚和黑山）），1993 年 9 月 13 日令，1993 年《国际法院案例汇编》（劳特帕赫特法官的个别意见），英文第 440 页，第 110 段。

⁴⁷⁹ 比如见 Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, 前注 454, 英文第 590 及以下各页。

⁴⁸⁰ 比如见 Zemanek, “The Legal Foundations of the International System...”, 前注 31, 英文第 231 页和 *jus cogens* 一章。

⁴⁸¹ 两起案件的判决：一审法院 2005 年 9 月 21 日在 T-306/01 号案件 *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* 和 T-315/01 案件 *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* 中的判决，即将公布。

⁴⁸² 同上，T-306/01 号案件 *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation*，第 276 段。该法院还说，共同体不是联合国成员，但根据建立共同体的条约规定也必须认为它要受《联合国宪章》规定义务的约束，就像其成员国受约束一样。见该判决第 210 段。

国际法[……]容许推定，安全理事会的决议具有约束力这一原则有一项限制，即它们必须遵守强制法的基本强制性规定。如若不然，那么不管多么不可能，它们既不能约束联合国成员国，因此也能约束共同体。⁴⁸³

350. 在随后分析不让申诉人行使其权利是否违反了强制法问题时，该法院做出了否定判决。

(d) 适用

351. 在联合国各机关的实践中，特别是涉及安全理事会根据第七章采取的有约束力的决定时，常常援助第一百零三条，并不令人惊奇。虽然直接提到第一百零三条不很常见，但其实质却出现得较频繁。

352. 自 1990 年代初起，安全理事会根据第七章采取的许多决议（即设定义务的决议）都强调它们优先于任何其他义务。提到第一百零三条的一个著名例子可见第 670（1990）号决议。在该决议中安理会决定了制裁伊拉克的措施。决议正文是：

回顾《联合国宪章》第一〇三条的规定，兹根据《宪章》第七章，……要求所有国家履行其义务，保证严格彻底地遵守第 661（1990）号决议……⁴⁸⁴

353. 才过一年，前南斯拉夫领土上的危机就促进安全理事会通过了许多实施制裁的决议，其中许多决议都明确或含蓄地强调它们及先前的决议优于任何其他承诺。⁴⁸⁵关于利比亚的第 748（1992）号决议——国际法院在 1992 年 4 月 14 日的命令中提到（见下文）——第 7 段说：

要求所有国家，包括非联合国会员国的国家，以及所有国际组织，严格依照本决议的规定行事，而毋需顾及任何国际协定……所赋予或规定的任何权利或义务……⁴⁸⁶

354. 在此后的实践中，安全理事会开始使用在根据第七章通过的若干决议中可以找到的、略有修改的一项标准条款。例如，第 1267（1999）号决议声明如下：

[安理会]呼吁所有国家以及所有国际和区域组织，无论有任何国际协定，或在[安理会]所定措施生效之日以前签订的任何合同或颁发的任何执照或许可证所赋予的任何权利或规定的任何义务，仍应严格

⁴⁸³ 同上，T-306/01 号案件，第 281 段。

⁴⁸⁴ 安理会第 670（1990）号决议。

⁴⁸⁵ 见安理会第 713（1991）号决议、安理会第 724（1991）号决议、安理会第 727（1992）号决议、安理会第 743（1992）号决议、安理会第 757（1992）号决议、安理会第 787（1992）号决议、安理会第 820（1993）号决议。

⁴⁸⁶ 安理会第 748（1992）号决议。另见有关索马里（安理会第 733（1992）号决议）和利比亚（安理会第 788（1992）号决议）的类似决定。

按照本决议的规定行事……⁴⁸⁷

355. 虽然该条款没有明确提到第一百零三条，但它却接受了第一百零三条规定的法律效力。因此，它不是只对联合国会员国的，而是对所有国家以及国际和区域组织的。它涵盖了不仅是基于条约而且也是基于私人合同、执照和许可证的权利和义务。这很自然，因为它正是影响目标国和外界实体之间私人交易的制裁制度的理据。不过，上文已经指出，这没有回答个人赔偿责任的各种问题。

356. 在个别意见中，国际法院法官偶尔提到第一百零三条。⁴⁸⁸然而，在1992年之前，法院本身只在一项裁定中讨论过它。但是当时在1984年尼加拉瓜案中，法院已经强调《宪章》规定的义务优先于其他条约义务。⁴⁸⁹第一百零三条在洛克比案（1992年）中受到了充分注意。⁴⁹⁰联合王国和美国政府要求利比亚交出某些与苏格兰洛克比村飞机坠毁调查有关的人。安理会根据《宪章》第七章采取行动，支持将对利比亚采取的惩治措施。利比亚则认为上述两国政府的要求不符合1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》，并把争端提交给了国际法院。

357. 首先，利比亚请法院指示临时措施，而被告则认为安全理事会有约束力的决定不容许指明临时措施。在1992年4月14日令中，国际法院申明：

39. 鉴于联合国会员国利比亚和美国均有义务接受和执行安全理事会根据《宪章》第二十五条做出的决定；鉴于正在审查临时措施诉讼的法院认为，初步看来，这项义务扩大到第748（1992）号决议所载的决定；而且鉴于根据《宪章》第一百零三条，缔约国在这方面的义务优先于它们根据任何其他国际协定包括《蒙特利尔公约》规定所承担的义务；

40. 鉴于法院虽然本阶段还没有被要求明确确定安全理事会的第748（1992）号决议的法律效力，却认为不论该决议通过前的情况如何，现在都不能认为利比亚根据《蒙特利尔公约》要求的权利对

⁴⁸⁷ 安理会第1267（1999）号决议。比如见安理会第1127（1997）号决议、安理会第1173（1998）号决议、安理会第1132（1997）号决议及安理会第1298（2000）号决议。

⁴⁸⁸ 比如见1902年《婴儿监护权公约》的适用案（荷兰诉瑞典），1958年《国际法院案例汇编》（Moreno Quintana法官的个别意见）英文第107页；西南非洲案（埃塞俄比亚诉南非；利比亚诉南非）（初步反对意见）1962年《国际法院案例汇编》（Jessup法官的个别意见）英文第407页；南非无视安全理事会第276（1970）号决议持续赖在纳米比亚（西南部非洲）对各国的法律影响，咨询意见，1971年《国际法院案例汇编》（Ammoun法官的个别意见）英文第99页；在大陆架（突尼斯/阿拉伯利比亚民众国）案（突尼斯诉阿拉伯利比亚民众国）中适用对1982年2月24日判决的订正和解释1985年《国际法院案例汇编》（Ruda法官的个别意见）英文第232-233页。

⁴⁸⁹ 见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动（尼加拉瓜诉美利坚合众国）1984年《国际法院案例汇编》英文第440页，第107段。

⁴⁹⁰ 洛克比空难事件引起的1971年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题（阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国）（初步反对意见）1998年《国际法院案例汇编》英文第8页。

通过指明临时措施的保护是合适的。⁴⁹¹

358. 有几位法官在个别意见和反对意见中确认了同样的论证方式。⁴⁹²值得注意的是，法院当然还有法官个人，都只提到冲突条约义务可否强制执行，而没有提到无效或停止。

359. 劳特帕赫特法官对国际法院在《灭绝种族罪公约》的适用案中所下达的命令提出了个别意见，讨论了第一百零三条与强制法的关系：

强制法概念是一个高于习惯国际法和条约的概念。《宪章》第一百零三条在安全理事会的一项决定与生效条约义务冲突的情况下可能赋予安理会的救济，不能作为一个简单的规范等级问题扩大到安全理事会决议与强制法之间的冲突。否则人们实际上不得不提出这一个相反的命题——安全理事会的决议甚至可以要求参与灭绝种族——这显然是令人无法接受的。⁴⁹³

360. 这似乎很自然。如果（上文已经指出）《联合国宪章》不高于强制法，那么它也就无法把违背强制法的权力转给接受它所赋予的管辖权的机构。

2. 强制法

361. 认为某些规范的法律等级高于其他规范的观点无论如何在所有法系都有表露。⁴⁹⁴另外，在国际法中，一向有人提议，某一类规范极为重要，决不能容许予以减损。毫无疑问，强制性规范（强制法）思想比现代国际法本身都古老。评注者常常指出罗马法对严格法和酌定权的区分，⁴⁹⁵也常常指出公法或公权不得通过私人协议而加以变更这一准则。⁴⁹⁶17 和 18 世纪的自然法学家丝毫不怀疑某些规范永远存在，高于国家意志，

⁴⁹¹ 洛克比空难事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题（阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国）（临时措施）1992 年《国际法院案例汇编》英文第 15 页，第 39 和 40 段。

⁴⁹² 例如，Shahabuddeen 法官在个别意见中写道：“《联合国宪章》第二十五条规定利比亚有义务遵守[第 748（1992）号]决议所述决定……根据《宪章》第一百零三条，这项义务优先于利比亚可能承担的任何冲突条约义务……条约义务可以因安全理事会实施制裁的决定而失效……因此，假定利比亚有自己所声称的权利，但在该决议有效期间显然不能予以强制执行。”洛克比空难事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题（阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国）（临时措施）（Shahabuddeen 法官的个别意见）1992 年《国际法院案例汇编》英文第 28 页。

⁴⁹³ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚黑塞哥维那诉南斯拉夫（塞尔维亚和黑山））1993 年 9 月 13 日令（劳特帕赫特法官的个别意见）1993 年《国际法院案例汇编》英文第 440 页，第 110 段。

⁴⁹⁴ “很难想象有任何不论是个人还是国家组成的、法律对订立合同自由不加任何限制的社会”McNair, *The Law of Treaties*, 前注 57, 英文第 213–214 页。

⁴⁹⁵ Jochen Frowein, “Jus Cogens”, 见 Rudolf Berhardt 编的 *Encyclopaedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier, 1997) 第 3 卷, 英文第 65 页。

限制着世俗统治者或其群体可以依法商定的东西。⁴⁹⁷ 此外，国际法中强制法观念的发展无疑受到了规定与公共秩序或公共政策目的冲突的协定无效的国内法的影响。⁴⁹⁸ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭（前南问题国际法庭）把强制法的背景、性质和效力概括为：

由于这一原则（禁止酷刑）所保护的价值观念很重要，它已经演变成了一项强制性规范或强制法，即在国际等级中享有高于条约法，甚至高于“普通习惯规则的等级的规范。如此提高等级的最显著后果是国家不能通过国际条约、地方或特殊习惯甚至是没有被赋予同样规范效力的一般习惯规则减损这一原则。”⁴⁹⁹

362. 强制法在《维也纳条约法公约》准备期间进入了实在国际法。国际法委员会在 1966 年条约法最后草案第 50 和第 61 条中提到了它。⁵⁰⁰ 在维也纳，这一概念以下列形式写入了第 53 和第 64 条：

第 53 条

条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。

第 64 条

遇有新一般国际法强制规律产生时，任何现有条约之与该项规律抵触者即成为无效而终止。⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 前注 62, 英文第 110 页。另见 Dinah Shelton, “International Law and Relative Normativity”, 载于 Evans, *International Law*, 前注 477, 英文第 151 页。然而，据说古代法律中并没有使用过强制法这个术语。见 Manfred Lachs, “The Development and General Trends of International Law in Our Time”, *Recueil des Cours...* vol.169, (1980/IV), 英文第 202 页。

⁴⁹⁷ Emmerich de Vattel 提出了下述已成为经典的说法：“既然……国家必然法则在于对国家适用自然法——这种法不可变，因为它基于事物的性质，特别是人性，那么国家必然法则就是不可变的。据此，由于此法不可变，而且它规定的义务是必然不可缺少的，那么国家既不能通过公约改变此法，自己行事不守此法，也不能互相解除对方遵守此法的义务。这是我们区分合法条约、公约和非法条约、公约，区分无害合理习惯和不公正或可指责的习惯的原则。” 见他的 *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Joseph Chitty 译自法文，原文 1855 (New York AMS Press, 1982) 第 55 页（斜体为原文所有）。

⁴⁹⁸ 《拿破伦法典》第 6 条提供了一个典型的例子：“On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs。”

⁴⁹⁹ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, 1998 年 12 月 10 日的判决, IT-95-17/1 号案件, 第二审判分庭, 另见《国际法案件汇编》第 121 卷 (2002 年), 英文第 260 页, 第 153 段。

⁵⁰⁰ 第 50 条：条约如果与不许减损且只有通过以后具有同样性质的一般国际法规范方可修改的规范冲突，则无效。第 61 条：遇第 50 条所述那种一般国际法新的强制性规范得以确立，则与该规范冲突的任何现行条约均无效，均告终止。见《条约法条款草案》，《国际法委员会第十八届会议工作报告》，《1966 年……年鉴》第二卷，英文第 247 页。

⁵⁰¹ 《维也纳条约法公约》第 53 条和第 64 条。

363. 在学术文献中，这一概念引起了相当大的注意——自写入《维也纳公约》以来更是如此。⁵⁰²这些年来，当初围绕这一观念本身的怀疑多已趋于消失。因为国际法委员会最后说：“一般国际法强制性规范概念在国际惯例中，在国际和国家法院和法庭的判例中，在法律原理中得到了承认。”⁵⁰³然而，对其理论基础、应用范围和内容的争论仍无不当。如安东尼·奥斯特所言：“这一概念过去是个有争议的概念。如今同更多的是其范围和可适用性不清。”⁵⁰⁴

364. 有两方面需要讨论：强制法的效力及其内容。

(a) 强制法的效力：冲突规范无效

365. 《维也纳公约》第 53 条规定缔结时与一般国际法强制性规范冲突的条约无效。因此，而且与《维也纳条约法公约》第 31 条规定的单纯“优先”不同，强制法概念所概括的内容是狭义的等级规则，不只是优先规则。⁵⁰⁵因此，条约与强制法冲突的结果是，条约应当不仅不可适用，而且完全无效，丝毫不产生任何法律后果。⁵⁰⁶这需要写入《维也纳条约法公约》第 71 条第 1 款的另一个后果：

条约依第 53 条无效者，当事国应：(a) 尽量消除依据与任何一般国际法强制规律相抵触之规定所实施行为之后果；及 (b) 使彼此关系符合一般国际法强制规律。

366. 这一点必须联系《维也纳条约法公约》第 64 条加以理解，阐明强制法在等级体系中占有较高地位并不具有追溯性质。⁵⁰⁷如果一般国际法强制性规范产生于条约缔结之后，则条约本身终止，但基于条约的权利

⁵⁰² 然而，强制法一词虽然使用不广，却在国际法委员会执行强制法之前已经使用。总的见 Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Vienna: Springer-Verlag, 1974)。Cassese 认为它特别是 1960 年代形势发展的结果。见 Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005) 第 2 版，英文第 199-200 页。

⁵⁰³ 国际法委员会，关于国家为国际不法行为承担责任的条款草案的评注，《2001 年……年鉴》第二卷，第二部分，英文第 282 页。

⁵⁰⁴ 安东尼·奥斯特，*Handbook of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) 英文第 11 页（着重部分由作者标明）。同样，*Sosa v. Alvarez-Machain* 等案件，美国地方上诉法院（2003 年 6 月 3 日）《国际法案件汇编》第 127 卷（2005 年），英文第 705 页。Michael Byers，例如，写道：“如今国际法学者普遍接受了强制法概念。”见 Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, 前注 288，英文第 184 页。关于一项有名的怀疑性评价，见 Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 《美国国际法学报》vol. 77 (1983)，英文第 413 页，他认为任何倾向于承认强制性规范和“只具有约束力规范”区分的趋势，会进一步“削弱”规范性本身，助长国际体系中的异常情况的发展。

⁵⁰⁵ 对此大家普遍同意。比如见 Jean Combacau 和 Serge Sur, *Droit international public* (Paris: Montchrestien 2004) 英文第 157 页。

⁵⁰⁶ 不过这不一定导致整个条约无效。不与强制法冲突而且同与强制法冲突的条款分开的条款，可能仍然有效。Cassese, *International Law*, 前注 502，英文第 206 页。

⁵⁰⁷ 用国际法委员会本身的话说，不存在什么会成为《维也纳公约》具有追溯效力的第 53 条的问题。见《条约法条款草案》，《1966 年……年鉴》第二卷，英文第 248 页。

和义务只在本身违背（新）强制法的情况下方为无效。这一结构写进了《维也纳公约》第 71 条第 2 款中。第 2 款规定：

遇有条约依第 64 条成为无效而终止之情形，条约之终止：(a) 解除当事国继续履行条约之义务；(b) 不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势；但嗣后此等权利、义务或情势之保持仅以与一般国际法新强制规律不相抵触者为限。

367. 可以设想有三种冲突情况。一项强制法规范可能与正规条约、（一般）习惯国际法规则及另一项强制法规范冲突。第一情况最简单。条约与强制法冲突，则条约或其中一项单独规定无效。不管是双边条约还是多边条约。上文已经指出，《联合国宪章》也不例外。⁵⁰⁸ 国际组织的决定也是一样。同样的逻辑也适用于强制法和（一般）习惯法的冲突。二者冲突，则后者无效。彼此冲突的强制法规范之间的关系问题，如为实现自决权而运用武力的权利问题，则困难得多。本阶段无法假定强制法学说本身可能解决此类冲突：强制法规范相互之间不存在高下等级。

368. 有几位代表在国际法委员会讨论期间已经表示担心把强制法观念引入实在法会破坏条约关系的稳定，在维也纳又再度表示担心。担心各国会开始利用基于强制法的论点为不履行条约义务开脱。⁵⁰⁹ 为了防止或尽量减少此种情况出现，《维也纳公约》写入了一种机制。根据这种机制，条约效力争端当事方必须通过《联合国宪章》所列和平手段寻求解决办法，如果找不到解决办法，那么

关于第 53 条或第 64 条之适用或解释之争端之任一当事国得以请求书将争端提请国际法院裁决之，但各当事国同意将争端提交公断者不在此限。⁵¹⁰

369. 至今没有任何案件根据此条提交给国际法院。

370. 把强制法当作冲突规范应用的最重要的是英国上议院对皮诺切特案的审判。⁵¹¹ 众所周知，这里的问题是，一位前任国家元首面对任职期间实施酷刑的控告是否可以仍享有豁免。提到 *Furundžija* 案的有关段落，⁵¹²

⁵⁰⁸ 由于《宪章》在《维也纳公约》生效之前早已通过多年，所以不可根据后者而应当根据习惯国际法框架来处理《宪章》和强制法的关系。

⁵⁰⁹ 关于有名的怀疑性评价，见 Weil, "Towards Relative Normativity..." 前注 504，英文第 413 页，他认为区分强制性规范和“普通规范”会进一步“削弱”规范性本身，也会进一步损坏国际体系。

⁵¹⁰ 见《维也纳公约》第 65 条第 3 款和第 66 条 (a) 款。

⁵¹¹ *Regina v. Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (3 号案件)，1999 年 3 月 24 日，上议院，119 《国际法案件汇编》英文第 136 页。

⁵¹² *Prosecutor v. Anto Furundžija*，1998 年 12 月 10 日的判决，IT-95-17/1 号案件，第二审判分庭，121 《国际法案件汇编》(2002 年)，英文第 260 页，第 153 段。

上议院议员认为“国际酷刑罪行的强制法性质使各国具有正当理由对不论在何处实行的酷刑采取普遍管辖。”⁵¹³ 由于“双重犯罪”条件得到满足，皮诺切特对引渡到西班牙的请求不能请求豁免。用上议院议员 Millett 的话说：

不能假定国际法既确定了一桩罪行具有强制法性质，同时又提供了与其所寻求施加的义务有共同范围的豁免。⁵¹⁴

371. 皮诺切特诉讼事实上具有重大历史意义，不是说对参议员皮诺切特本人具有重大历史意义，而是说一个当地地方法院第一次拒绝给予一位前国家元首以豁免，因为对违犯强制法的起诉不可能有任何豁免。

372. 使下位规范无效是强制法的作用。这并不意味着，不管处罚个人遇到什么程序障碍，或者，比如说，涉及民事案件救济，强制法都会自动伸张正义。在 *Al-Adsani* 案中，要求欧洲人权法院判决英国是否违犯《欧洲人权公约》，因为英国法院在涉及据称科威特国应对遭受科威特特工酷刑的人 (*Al-Adsani*) 负有赔偿责任的民事案件中维护了科威特国的豁免权。⁵¹⁵ 法院裁定禁止酷刑是强制法的一部分，但没有裁决联合王国适用 1978 年《国家豁免法》的方式违犯了《欧洲人权公约》第 1 和第 3 条。法院说，它承认

禁止酷刑已经在国际法中取得了强制性规范的地位，但认为注意到本案像 *Furundžija* 案和皮诺切特案那样，不是涉及个人对指控酷刑行为的刑事责任，而是涉及一国在关于其境内酷刑行为损害赔偿的民事诉讼中的豁免权。尽管禁止酷刑在国际法中具有特殊性，但法院却无法在手头上的国际文书、司法权威典籍或其他材料中找到任何可靠的根据断定，作为一个国际法问题，在酷刑行为指控地国法院的民事诉讼中，另一国不再享有豁免。⁵¹⁶

373. 因此，法院尽管注意到禁止酷刑是强制法的一部分得到了越来越广泛的承认，却发现没有明文表示国际法认可了这样的主张，即对在法院地国境外实施的指控酷刑所致损害民事索赔，国家无权享有豁免。通过实际所做裁决，法院没有赋予强制法规范以取消国家依习惯国际法所享权利的效力。⁵¹⁷

⁵¹³ *Regina v. Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), 前注 511。

⁵¹⁴ 同上，英文第 232 页。

⁵¹⁵ *Al-Adsani v. the United Kingdom*, 2001 年 11 月 21 日的判决，欧洲人权法院 2001-XI, 英文第 79 页。

⁵¹⁶ 同上，英文第 101-102 页，第 61 段。

⁵¹⁷ 在对 *Al-Adsani* 案的反对意见中，Ferrari Bravo 法官上来就说“真可惜！”，对该案件的结果深表失望：“法院……有大好机会明确而有力地谴责一切酷刑行为。要这么做，它只需要维持上议院对 *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (3 号案件) 的判决……即指明禁止酷刑现在是强制法，所以酷刑是国际法所定的一种犯罪。因此，各国都有义务协助惩治酷刑，不能躲在官样文章之后，以免不得不做出判决。但是法院说……无法找到任何国际法规则要求它在酷刑行为受指控地的民事诉讼中不适用豁免规则时，认同的正是这样一种陈腐的官样文章……同样的案件还会有，但可惜法院错过了一个做出大胆判决的很好机会。”同上，(Ferrari Bravo 法官的反对意见) 英文第 14 页。

(b) 强制法的内容

374. 在其条约法最后草案中，国际法委员会有意不列举强制法规范的具体例子。⁵¹⁸ 它之所以这么做，是因为如它所言，“没有一个确定某项国际法一般准则具有强制法性质的简单标准。”⁵¹⁹ 当时可以预见，《维也纳公约》通过后会就此问题展开广泛辩论。如今已有不同司法或外交机关的若干意见提出了什么可以算作强制法规范的看法。在 2001 年《国家责任条款草案》的评注中，国际法委员会列举的强制法例子有禁止侵略、奴隶制和奴隶贸易、灭绝种族、种族歧视和种族隔离、酷刑（见 1984 年 12 月 10 日《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》的定义），可适用于武装冲突的国际人道主义法基本规则及自决权。⁵²⁰ 在 *Furundžija* 案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭把禁止酷刑定义为一种强制性规范和一项普遍义务。⁵²¹ 总的说来，最常援引的具有强制法地位的备选规范包括：(a) 禁止侵略性地使用武力；(b) 自卫权；(c) 禁止灭绝种族；(d) 禁止酷刑；(e) 危害人类罪；(f) 禁止奴隶制和奴隶贸易；(g) 禁止海盗行为；(h) 禁止种族歧视和种族隔离；(i) 禁止针对平民的敌对行为（国际人道主义法基本规则）。⁵²²

375. 如何识别强制法的问题从理论上讲不容易解决。如多数评注者指出的那样，不仅没有一份独一无二的强制法规范权威清单，而且对列入该清单的标准也莫衷一是。识别起点必须是第 53 条本身的措辞，参照“国

⁵¹⁸ 见《条约法条款草案》，国际法委员会第十八届会议报告，《1966 年……年鉴》第二卷，英文第 248 页。

⁵¹⁹ 同上，英文第 247-248 页。McNair 爵士把这同一意思表达得很优美，他写道：“举例说明这些规则[强制法]比界定这些规则容易”。见 A.D. McNair, *The Law of Treaties*, 前注 57, 英文第 215 页。另见，比如 Aust, *Handbook of International Law*, 前注 504, 英文第 11 页；Shelton, “International Law and Relative Normativity”, 前注 496, 英文第 151 页。

⁵²⁰ 《国家责任条款草案》，第 40 条评注，《大会正式记录，第五十六届会议》(A/56/10)，英文第 283-284 页，第 4-6 段。

⁵²¹ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, 1998 年 12 月 10 日的判决，IT-95-17/1 号案件，第二审判分庭，121《国际法案件汇编》(2002 年)，英文第 260-262 页，第 151-157 段。

⁵²² Brownlie 列为此类争议最少的例子有禁止使用武力、禁止灭绝种族法、种族非歧视原则、危害人类罪及禁止奴隶贸易和海盗行为的规则。Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 前注 164, 英文第 515 页；Aust 认为也许普遍接受的例子只有禁止使用武力（《联合国宪章》的规定）、禁止灭绝种族、禁止奴隶贸易和禁止酷刑。Aust, *Handbook of International Law*, 前注 504, 英文第 11 页；Rosalyn Higgins 提到的例子是禁止灭绝种族、禁止酷刑和禁止杀害战俘。见 Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Oxford University Press, 1994) 第 21 和 22 页。另外，国际法院在巴塞罗那电车公司案中明确列举的义务例子——禁止侵略、禁止灭绝种族、禁止侵犯有关人的基本权利的规则，包括免受奴役和种族歧视——也是常被援引的强制法例子。见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案（比利时诉西班牙）（第二阶段）1970 年《国际法院案例汇编》，英文第 32 页。关于在国际法院的实践中称为“基本性”的规则，见 Vera Gowlland-Debbas, “Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community”, 载于 A.S. Muller 等编的 *The International Court of Justice. Its Future Role after Fifty Years* (*The Hague Kluwer*, 1997) 英文第 335 至 342 页。关于列表，另见 Jarna Petman, “Panglossian Views to the New World Order. Review of Cassese, *International Law* (2001)”, 芬兰文《国际法年鉴》第 13 卷 (2002 年)，英文第 337 和 378 页；Daillier 和 Pellet, *Droit international public*, 前注 73, 英文第 206 和 207 页。有些评注者提出，强制法规范也包括公海自由（见 Jochen Frowein, “Jus Cogens” 前注 495, 英文第 67 页），但国际法委员会的看法似乎始终不一样。委员会不断申明，把规范提到了强制法的地位的不是普遍接受，而是规范的内容。用委员会自己的话讲：“在委员会看来，不是国际法一般规则的形式而是它所涉及的主题事项的特殊性质可能赋予它以强制法的特点。”顺着同样的思路，委员会只是最近又补充道，国际法强制性规范规定的义务“来自一些实质性行为守则，这些守则禁止某些行为，那些行为由于威胁到国家和人民的生存以及最基本的人类价值而被视为不可容忍。”见《国家责任条款草案》，第 40 条评注，第 3 段，载于《大会正式记录，第五十六届会议》(A/56/10) 英文第 283 页。

家之国际社会全体接受并公认”的规范来识别强制法。虽然这一措辞本身不免有争议（特别是提到一个“国家”之社会和“全体”这一要求的意义的地方），⁵²³但它也有拐弯抹角的问题，令人不安。如果强制法的要点是限制各国可以合法商定的东西，那么可以同时使其内容依赖于国家之间商定的内容吗？⁵²⁴强制法的历史背景在于一种反唯意志论的、常常具有宗教倾向的自然法，即假定有关于人类行为的“绝对”规范。尽管多数人（和国家）仍然认为有此类规范存在很重要——确实很重要，但如今的外交和法律词汇似乎不能为它们提出一个看似合理的理由。为证实任何特定的规范是强制法人们可能希望援引的任何标准，似乎都会使该推定规范受到与该标准有关的一切不确定性和脆弱性的影响。

376. 不要试图通过抽象的定义确定强制法的内容，最好遵循国际法委员会 1966 年选定的道路，因为它“认为泛泛规定条约若与某项强制法规则冲突则无效，并将这一规则的全部内容留待国家惯例和国际法庭的司法实践去解决，是正确的方针。”⁵²⁵这在今天看似仍然是正确的方法。

(c) 判例法

377. 有关强制法的判例法范围很广。国际和地方的许多法院和法庭都使用基于强制法的论点支持其判定和判决。⁵²⁶但强制法从规范冲突角度出现的案件，为数要有限得多。Antonio Cassese 已经指出：

……关于某项具体规则的强制法性质，各国之间没有发生过争论。也没有一个或一个以上的国家在与其他国家发生争端时坚持某项规则的强制性，而其他国家要么沉默要么提出质疑。也没有任何国际法庭解决过围绕着是否必须把某项具体规范视为属于所讨论的规范汇编这一问题的任何争论，更不用说国际法院。⁵²⁷

378. 国际法院一直不愿意在其判定中提到强制法。明确提到这一术语，只见于极少的案件。在 1986 年尼加拉瓜案中，国际法院有关强制法最常为人提到的判定，可算是一个例子。⁵²⁸然而，也许已经把本来没有的

⁵²³ 比如见 Cassese, *International Law*, 前注 502, 英文第 201 页(“最重要和最具代表性的国家”)及 Jean Combacau 和 Serge Sur, *Droit international public* 中的讨论, 前注 505, 英文第 158-160 页。

⁵²⁴ 见 Martti Koskenniemi, *From Apology to utopia...*, 前注 78, 英文第 323-325 页。

⁵²⁵ 《条约法条款草案》，《1966 年……年鉴》，第二卷，英文第 248 页。

⁵²⁶ 有关国际法院及其前身的司法宣判中提到基本规范之处的综述，见 Vera Gowlland-Debbas, “Judicial Insights into Fundamental Values and Interests...,” 前注 522, 英文第 332-342 页。有关其他机构，比如见 *Prosecutor v. Kupreskic*, 2000 年 1 月 14 日的判决，IT-95-16 号案件，前南问题国际法庭第二审判分庭，英文第 203 页，第 520 段，<http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf> (2006 年 3 月 31 日最后一次被访问)。该判决说，“国际人道主义法的多数规范，尤其是禁止战争罪、危害人类罪和灭绝种族的规范，也是国际法强制性规范或强制法，即具有不可减损或压倒一切的特征”。有关不同司法机构批准使用这一概念的场所的更多例子，见判例法一节。

⁵²⁷ Cassese, *International Law*, 前注 502, p. 202。

⁵²⁸ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)(案情实质)1986 年《国际法院案例汇编》，英文第 100-101 页，第 190 段。

意思加进了该判定中：法院只是通过（虽然是明显赞同地）引用国际法委员会和争论双方的话提到了强制法这个字眼——它从未把这个词收入自己的语言中。⁵²⁹

379. 但因为法院一再提到超越契约性条约关系的一般和基本原则，所以可以假定法院实质上已经肯定了这一概念。法院在所审第一起案件中已经指出，国家的义务未必具有契约性，反倒也可能是基于某些特定的一般公认原则，其中包括“人性的基本考虑”。⁵³⁰ 刚过一年，法院就给出了一项极其著名的咨询意见，其中申明“本公约的基本原则是文明国家承认的即使没有规定任何契约性义务也对各国具有约束力的原则。”⁵³¹ 同样，1996年的一项咨询意见也提到了“国际习惯法不可侵犯的原则”。⁵³² 这些方针，还有巴塞罗那电车公司案的推理都显示，法院从一开始就认为必须强调国际法中存在着特殊重要的规范，只是它对这些规范的地位或实施没有那么清楚。⁵³³

3. 普遍义务

380. 普遍义务不同于《联合国宪章》第一百零三条和强制法。后者的特点是具有规范权力——废除冲突规范的能力，而普遍义务则指定了有关法律的适用范围以由此而来的程序性后果。创设普遍义务的规范应属于“整个国际社会”，所有国家——不管它们在此事中的特殊利害关系是什么，遇有违犯规范的情况都有权援引国家责任。然而，一项义务的普遍性不表明这项义务明显高于其他义务。虽然在实践中公认具有普遍效力

⁵²⁹ 国际法院实际使用强制法一词的惟一形式是法院法官个人的个别意见和反对意见。实际上早在1934年，常设国际法院法官 Schücking 在其个别意见中就提到了以国家之间协定的形式创立强制法的可能。见 *Oscar Chinn* 案，《常设国际法院汇编》A/B 辑，第 63 号（1934 年）（Schücking 法官的个别意见），英文第 149 页。此后，多次以这种形式提到了强制性规范。比如见，《1902 年未成年人监护权公约》的适用案（荷兰诉瑞典），1958 年《国际法院案例汇编》（Moreno Quintana 法官的个别意见），英文第 106 页和以下各页；北海大陆架案（德意志联邦共和国诉丹麦；德意志联邦共和国诉荷兰），1969 年《国际法院案例汇编》（法官 Padilla Nervo 和 Sörensen 的个别意见），英文第 97 和 248 页；北海大陆架案（德意志联邦共和国诉丹麦；德意志联邦共和国诉荷兰），1969 年《国际法院案例汇编》（法官 Tanaka 的反对意见），英文第 182 页；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案（比利时诉西班牙）（第二阶段），1970 年《国际法院案例汇编》（Ammoun 的个别意见），英文第 304 页；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），1986 年《国际法院案例汇编》（Nagendra Singh 院长的个别意见），英文第 153 页；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），1986 年《国际法院案例汇编》（Sette-Camara 法官的个别意见），英文第 199 和以下各页；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚黑塞哥维那诉南斯拉夫（塞尔维亚和黑山）），1993 年 9 月 13 日法令，1993 年《国际法院案例汇编》（劳特帕赫特法官的个别意见），英文第 440 页；使用武力的合法性（南斯拉夫诉美利坚合众国），请求指出临时措施，1999 年 6 月 2 日法令，1999 年《国际法院案例汇编》（专案法官 Kreca 的反对意见），英文第 53-61 页，第 10-17 段；2000 年 4 月 11 日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），2002 年《国际法院案例汇编》（Al-Khasawneh 法官的反对意见），英文第 95 页，第 3 段；石油平台案（伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国），2003 年《国际法院案例汇编》（Buergenthal 法官的个别意见），第 23 段。

⁵³⁰ 科孚海峡案（联合国王国诉阿尔巴尼亚）（案情实质），1949 年《国际法院案例汇编》，英文第 22 页。

⁵³¹ 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留，咨询意见，1951 年《国际法院案例汇编》，英文第 24 页。

⁵³² 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，1996 年《国际法院案例汇编》，英文第 226 页，第 79 段。同一看法也在至今最新的咨询意见中得到了法院的确认，在被占巴基斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，转载于 A/ES-10/273 和 Corr.1 号文件。另见《国际法材料》第 43 卷（2004 年），英文第 1009 页。

⁵³³ 见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案（比利时诉西班牙）（第二阶段），1970 年《国际法院案例汇编》，英文第 32 页。

的规范无疑规定了重要义务，但这种重要性并没有转化为等级优先，像第一百零三条和强制法所享的等级优先那样。

381. “有关此类国家普遍义务的法律意义问题一直是学者和法学家热烈争论的问题，至今在国际法的文献和实践中仍然顽固存在，未得到解决”，可能确实如此。⁵³⁴ 不过，这可能适用于普遍义务的特殊谅解（和清单），但概念本身——国际法某些规则的普遍适用性观念——却深深扎根于国际惯例。

(a) 从双边义务到对“整个国际社会”应尽的义务

382. 国际法的主要部分出自国家之间的契约关系，从这种意义上讲仍然是“双边主义的”。⁵³⁵ 各国相互之间都有义务，每个国家只有作为个体才有权援引违约行为，以此作为要求履行国家义务的基础。Allott 教授很好地把握住了国际法的特殊性，他把它描述为“使国家社会在内部能作为封闭系统行事、在彼此关系中能作为领土所有者行事所必需的起码法律。”⁵³⁶ 或用 Simma 的话说：

传统国际法完全掌握在主权国家手中，取决于它们的双边法律关系，取决于法律责任固有的双边特征……关于建立于此类双边主义基础之上的实质，国际法在千百年的过程中，发展成了一个限定主权国家的时空范围并分别涉及个人和某些管辖权问题的体系。从本质上讲，这些规则要求国家不得介入如此划分的领域。此外，国际法以条约的形式为法律行为规定了以互惠互利为基础的框架……⁵³⁷

383. 国际法双边主义是指，国际法要求国家在其相互关系中互惠互利，而不是彼此把对方当作某种大约一般观念上的国际公共领域的成员。双边主义的实施方式在可称为“私立正义”或“人人为己说”的国家责任法中，特别重要：

国家享有权利，意谓国家拥有法律诉权，可要求履行相应义务，如不履行，就拿应履行义务的人（们）是问……总之，从传统上讲，不存在普遍义务：靠每个国家保护自己的权利；不靠任何国家捍卫他国的权利。⁵³⁸

⁵³⁴ Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension* (Antwerpen: Intersentia, 2001) p. 123.

⁵³⁵ 特别见 Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours*...第 250 卷(1994 年), 第 230 页及以下各页。这个术语最先由特别报告员 Willem Riphagen 使用, 《第三次报告》, 《1982 年……年鉴》第二卷, 第一部分, 英文第 36 页。Simma 指出, “双边主义”一词比“相关的”或“有关的”等形容词更精确地把握住了国际法的实质, 更不容易引起误解。Simma, “From Bilateralism to Community Interest...”, 英文第 230 页及以下各页。

⁵³⁶ Philip Allott, *Eunomia. New Order for a New World* (Oxford: Oxford University Press, 1990) p. 324.

⁵³⁷ Simma, “From Bilateralism to Community Interest...”, 前注 535, 英文第 229 页。

⁵³⁸ Weil, “Towards Relative Normativity ...”, 前注 504, 英文第 431 页。另见 Denys Alland, *Justice privée et ordre juridique*...前注 244。欲了解另一种论点, 即认为普遍义务概念作为一法律问题不成立, 见 Jan Klabbers, “The Scope of International Law: Erga Omnes Obligations and the Turn to Morality”, 载于 Matti Tupamäki 编的 *Liber Amicorum Bengt Broms: Celebrating His 70th Birthday* (Finnish Branch of the International Law Association: Helsinki, 1999), 英文第 177 页。

384. 国际法院在其损害赔偿意见中表达了这种看法，它裁定“只有被欠国际义务方才可以对不履行国际义务行为提出索赔。”⁵³⁹

385. 然而，当代国际法远远超越了双边主义。在国际法委员会有关《维也纳公约》的辩论中，特别报告员已经区分了创设各国在互惠关系网中应彼此承担的义务的条约和创设 Fitzmaurice 所谓“更加绝对型的义务”——即“整体”或“互相依赖”性的义务的条约。作为这些类别的例子，他举出了裁军和人道主义法公约。此类公约规定的义务简化为互惠互利的国与国之间的关系就失去了意义。⁵⁴⁰ 在这种情况下，这种区分的重要性在于处理条约冲突的方式——“更加绝对”型的义务更不容易因“修改”或“后法”而受到减损。

386. 早期辩论中最常提到的案件涉及禁止灭绝种族问题。根据国际法院在对《灭绝种族罪公约》提出的保留案中的推理，典型条约涉及对国家的单独利弊，或涉及维持某种契约平衡。⁵⁴¹ 但根据《灭绝种族罪公约》等公约，各国不是在谋求国家个体的利益。相反，它们有一种“共同利益，即实现作为公约存在理由的那些崇高目标”。“因此，在这种类型的公约中，不能谈论对国家的单独利弊或维持权利和义务之间的某种完美契约平衡。”⁵⁴² 自该案之后，学者，还有国际和国内法庭，都普遍提到区分契约型规范和更具公法性质的规范所依据的“某些压倒一切的共同价值”⁵⁴³ 和共同利益或者优先。

387. 常引的权威性章节在此当然指的是法院在巴塞罗那电车公司案中的声明。自《维也纳公约》通过之后，一直在就不可简化为双边国与国之间关系条例的“基本规范”的性质和作用进行辩论，该声明可能从中受到了启发。⁵⁴⁴ 此处的“普遍”一词（本是个拉丁词，意谓“对人人/所有人的”）首次受到了公众的高度关注。⁵⁴⁵ 众所周知，法院裁定比利时没有法律诉权代表一家加拿大公司的比利时股东起诉西班牙。在一条著名的附带意见中，法院申明如下：

……应当从根本上区分一国对整个国际社会的义务和在外交保护领域面对另一国而起的义务。依据其性质，前者是所有国家关注的事项。鉴于所涉权利的重要性，可以认为所有国家在这些权利保护中都有合法利益；它们就是普遍义务。

⁵³⁹ 对执行联合国职务时所受损害的赔偿，咨询意见，1949年《国际法院案例汇编》，英文第181和182页。

⁵⁴⁰ Fitzmaurice, 《第三次报告》, 《1958年……年鉴》, 第二卷, 英文第44页, 第91段。

⁵⁴¹ 对《防止灭绝种族罪公约》提出的保留, 咨询意见, 1951年《国际法院案例汇编》, 英文第23页。

⁵⁴² 同上。

⁵⁴³ Gowlland-Debbas, “Judicial Insights into Fundamental Values and Interests ...”, 前注522, 英文第328页。另见 Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) 英文第2-3页。

⁵⁴⁴ Jochen Frowein, “Obligations Erga Omnes”, 载于 Rudolf Bernhardt 编的 *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 1997) 第三卷, 英文第757页。

⁵⁴⁵ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(比利时诉西班牙)(第二阶段), 1970年《国际法院案例汇编》, 英文第32页, 第33段。关于对普遍义务概念的支持, 见 Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht: Nijhoff, 1991) 英文第343-344页; Claudia Annacker, “The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law”, *Austrian Journal of Public International Law*, 第46卷(1994年), 英文第131页。关于批评意见, 见 Weil, “Towards Relative Normativity...”, 前注504, 英文第413页。

此类义务在当代国际法中，源于—— 举例而言—— 规定侵略和种族灭绝行为为非法，也源于人的基本权利的原则和规则，包括不受奴役和种族歧视的保护。保护的某些相应权利已经进入了一般国际法主体……其他权利则由具有普遍或准普遍性质的国际文书授予。⁵⁴⁶

388. 这些段落的重要意义首先在于概述了国际法中确实存在着不同类型的义务。一方面，存在着在双边主义基础之上对另一个特定国家或各国的传统类型的义务，然后又有了所有国家都关切的和所有国家在其保护中都有合法利益的义务。

389. 虽然国际院所举普遍义务的例子可能也具有强制法的性质，但法院并没有设法强调它们的不可减损性。相反，法院却想指出，有些规则产生了一项在违约情况下提出索赔的诉权的普遍原则。⁵⁴⁷ 普遍规范未必就具有重要内容。它们是具有某些程序特点的规范，即不只是受益者个人而是任何国家都可以援引违犯这些规范的行为。这些是关于次要规则而不是主要规则的义务。⁵⁴⁸ 国际法委员会本身也确认了普遍义务说。即使有些违约行为构成了极其严重的妨碍整个国际公共秩序罪，被称为“犯罪”，这种思想最终也从委员会的《国家责任条款草案》（2001年）中删除了，最后案文的第48条作为由此而来的妥协的一部分，措辞也作了调整，以承认受害国以外的国家也有可能援引责任：

1. 受害国以外的任何国家都有权……在下列情况下对另一国援引责任：

(a) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务；或

(b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。⁵⁴⁹

390. 委员会在其评注中明言，这条规定旨在处理巴塞罗那电车公司案提到的那种义务。虽然措辞不同，这条规定也处理了 Fitzmaurice 利用确立“整体”和“互相依赖”义务的条约的语言讨论过的案件。特殊是第一项处理了评注所谓的“对所有方面适用的义务”——也就是说，出自某项条约、旨在保护该条约缔约方“集体利益”的义务。⁵⁵⁰ 第二款处理了真正的普遍义务，即一般法中其履行为“整个国际社会”所关注的义务。

⁵⁴⁶ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案（比利时诉西班牙）（第二阶段），1970年《国际法院案例汇编》，英文第32页。

⁵⁴⁷ 见 Michael Byers, “Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules”, *Nordic Journal of International Law*, vol.66 (1997) 211, p. 230.

⁵⁴⁸ 另见 Gaetano Arangio-Ruiz, 《第四次报告》，《1992年……年鉴》第二卷，第一部分，英文第34页，第92段：“普遍义务概念的特点不是规范所保护的利益很重要——这是能代表强制法的方面，而是这种义务的内容的‘法律不可分割性’，即有关规则规定了同时约束每个当事方对其他各方的义务。这一法律结构不只是代表了强制性规范，而且也代表了其他一般国际法规则，代表了若干多边条约规则（对所有方面适用的义务）。”

⁵⁴⁹ 《国家责任条款草案》第48条，载于《大会正式记录，第五十六届会议》（A/56/10），英文第56页。

⁵⁵⁰ 同上，第48条的评注。委员会所举的例子涉及与环境、区域安全或保护人权区域体系有关的条约。

(b) 对谁承担普遍义务？

391. 虽然不是所有但多数普遍义务都出现在人权和人道主义法领域。在这些领域中，法律没有以双边主义的方式创设国家之间的互惠义务。例如，在一国领土上尊重言论自由权的义务，并没有把目标指向任何特定的国家或特定国家的公民。确切地讲，根据此种规范，一国对其管辖的所有人承担责任。在这种关系中没有交换条件。不管其他国家可能如何，一国必须尊重这种权利。⁵⁵¹

392. 这提出了谁是普遍义务的受益者和一个人作为直接受益者的地位是否对应对违约行为的能力有任何影响的问题。从学术角度讲，完全可以说普遍义务“不是基于权利和义务的交换而是基于遵守某种规范制度”。⁵⁵²但从任何实际违约行为引起的被告的程序性权利的角度来看，根本不清楚这是什么意思。

393. 如果一国对酷刑拷打其公民负有责任，没有一个国家都会受到任何直接伤害。除了直接涉及的个人外，认定任何其他他人所受的任何伤害都是纯理论性的，即建立这样一种假设之上的：此类行为侵犯了“所有人”或用巴塞罗那电车公司案的措辞讲就是“整个国际社会”的某些价值或利益。虽然，根据双边主义，实施酷刑的国家违背了自己的义务，但不会有受害国，因此也没有拥有索赔权的国家。⁵⁵³当然，国际法委员会已经承认可能有非受害国也可以有权试图了解违约行为的情况，而且这些情况正是那类违规事件涉及“整个国际社会”和各国合法利益所在的情况。⁵⁵⁴第 48 条第 1 款 (a) 项所处理的对所有方面适用的情况，涉及条约缔约方的集体利益遭受侵犯，因此各缔约方理所当然都有权援引违约行为的情况。第 48 条第 1 款 (b) 项涉及一般普遍义务，这些义务为所有国家确定了一项权利，也就是说它们有权以“国际社会”成员的身份援引违约行为。⁵⁵⁵

⁵⁵¹ Simma 已经指出，人权条约是一类特殊协定，有关这类协定的义务在缔约国之间根本没有法律效力，而是要求缔约国在其管辖范围内采取某种本身不显示为缔约方之间任何实际交流或互动的“平行”行为。见 Bruno Simma, “Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility”, 载于 Yoram Dinstein 编的 *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Dordrecht: Nijhoff, 1988) p. 823 (着重部分为原文所有)。

⁵⁵² 见 René Provost, “Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law”, BYBIL vol.65 (1994) p. 386。

⁵⁵³ Seiderman 甚至断定“不宜把人权规范分为要求履行普遍义务的规范和不要履行普遍义务的规范。”见 Seiderman, *Hierarchy in International Law*...前注 534, 英文第 124 页。欲了解另一看法, 见 Byers, “Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules”, 前注 547, 英文第 232 页。Byers 认为普遍义务仍然属于双边主义范例的范畴, 建议“可以认为一项普遍规则包含每对国家之间一系列相同的双边关系”, 外加一特点, 即不论谁因为违背此类义务行为遭受直接损失, 每个国家都有权提出索赔。如此探讨这一学说的灵感也许是基于国际法院 1973 年在核试验案中发表的看法。在其判定中, 法院裁定“法国当局单边声明是在法院之外公开对所有人做出的……这些声明的目的很清楚, 它们是针对整个国际社会的, 而且法院裁定它们构成了具有法律效力的承诺。”核试验案 (澳大利亚诉法国), 1974 年《国际法院案例汇编》, 英文第 269 页, 第 50-51 段。根据这一早期观点的论证, 普遍义务实际不过是一国已对国际社会所有国家承担的义务。

⁵⁵⁴ 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 42 条 (b) 款, 载于《大会正式记录, 第五十六届会议》(A/56/10), 英文第 53 页。

⁵⁵⁵ 同上, 第 48 条草案的评注。

394. 而且可以在前南问题国际法庭 *Furundžija* 案的判决中找到精辟的概述。该判决先说禁止酷刑是强制法规范，然后也把确立普遍义务的强制法规范界定如下：

再者，禁止酷刑为国家施加了普遍义务，即对国际社会其他所有成员国负有的义务，而每个成员国也有相关的权利。此外，不履行此种义务既侵犯了国际社会所有成员的相关权利，也产生了自然归于每个成员的守约要求权，于是每个成员国都有权坚持要求该义务得到履行或无论如何可以要求违约行为中止。⁵⁵⁶

395. “双边”义务和普遍义务的区别好像类似于合同和公法义务的内部区别。在后者，关系是法律主体和公权力之间的关系。即使违背后者可能侵犯个人的利益，但反应权能（像在多数刑法中一样）则在公权力手中。

396. 不过，这不是说，国家只能通过集体程序做出反应。如果情况真是这样，那么缺乏一般集体反应程序——除了《联合国宪章》第七章规定的外——会使有关普遍的规定实际上失去意义。加亚在提交给国际法学会的报告中已经指出，涉及所有国家的集体反应“实际上是不可能的”。因此，势必要断定，对“整个国际社会”所负的义务也是单独对每个国家所负的义务，不涉及该国的任何特殊利益，而且其中每个国家遇到违约行为都有反应能力。其他主体——个人、个人团体或组织——是否也可能有权做出反应，则取决于有关规范的内容和是否有做出此类反应的适当渠道。⁵⁵⁷

397. 也有人建议，对所有人负有的义务与违约行为后果的确定有关，特别是可能涉及不承认义务。在审议以色列在被占巴勒斯坦领土上部分修建安全屏障的合法性时，国际法院申明如下：

以色列所违反的普遍义务是，尊重巴勒斯坦人民自决权的义务以及以色列按照国际人道主义法应遵守的某些义务……鉴于所涉权利和义务的性质和重要性，法院认为，所有国家都有义务不承认因……修建隔离墙而导致的非法状况。⁵⁵⁸

398. 法院明确说明了这一点，它裁定：

各国还有义务不为维护这一修建行为所致局势而提供帮助或者援助。所有各国在遵守《联合国宪章》及国际法的同时，应确保终止任何通过修建隔离墙而对巴勒斯坦人民行使自决权造成阻碍的行为。另

⁵⁵⁶ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, 1998年12月10日的判决, IT-95-17/1 号案, 第二审判分庭, 121 《国际法案件汇编》(2002年), 英文第260页, 第151段。

⁵⁵⁷ Giorgio Gaja, “Obligations and Rights Erga Omnes in International Law”, *Annuaire...* vol. 71. Part one, p. 126.

⁵⁵⁸ 在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案, 咨询意见, 转载于 A/ES-10/273 和 Corr.1 号文件。另见《国际法材料》第43卷(2004年), 英文第1009页, 第155-159段。

外，1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》的缔约国都有义务在遵守《联合国宪章》及国际法的同时，确保以色列遵守该公约所包含的国际人道主义法。⁵⁵⁹

(c) 对所有方面适用的义务

399. 国际法院在隔离墙案中的判决有言，“体现人权的文书没有授予各国不分侵犯人权行为受害者的国籍一律保护他们的权能。”这几行可以理解为普遍义务不能基于条约法。不过，这本不可能是法院的意思。更妥当的看法似乎是，法院希望说特殊协定可以把法律诉求传递给适当程序。换句话说，这一声明与普遍义务的渊源无关，而与人权条约的技术特点有关。Ian Seiderman 已经说过，“为了提起集体诉讼，一国或其他国际法主体需要诉权和诉讼地。普遍本身只涉及前一个要求。”⁵⁶⁰

400. 但不应当过分强调诉权和管辖权的区别。就国家责任——普遍义务的主要领域——而论，没有管辖权不会使要求无效。比如，在人权领域，即使“集体诉讼”可能仍然超出了特定诉讼地提供的种种可能，但国家责任一般法却完全可以供代表“整个国际社会”的行为者利用。⁵⁶¹

401. 这种道理早在很久以前论及《欧洲人权公约》时已经说明了。在1961年 *Pfunders* 案中，⁵⁶² 奥地利政府指称意大利法院的刑事诉讼违背了《欧洲公约》第6条。意大利政府不以为然，它称条约机构没有受理此案的属时管辖权，因为奥地利在争端事件发生时尚未批准该公约，所以也无权提出要求。不过，欧洲人权委员会驳回了这种论点，作了一项著名声明，即缔约方缔结该公约的目的不是要根据他们国家各自的利益互相授予互惠权利和义务，而是要实现欧洲委员会在其章程中表达的目的和理想，建立一种欧洲自由民主政体的共同公共秩序，以保护它们的政治传统、理想、自由和法治等共同遗产。

⁵⁵⁹ 同上，英文第1009页，第155和159段。然而，这并非没有引起其他法官的异议。因此，希金斯法官在其个别意见中说，“与法院不同，[她]不认为所查出的违反国际法事件的业已明确的后果与普遍义务概念有任何关系……法院在巴塞罗那电车公司案中的著名判词……常常被援引，实在过火。遗憾的是，本意见现在也这么做了……那项判词针对的是一个非常特殊的管辖权立足点问题……它同给案件第三方施加实质义务无关。”她还说：“非法情况不会得到第三方的承认或协助是不言而喻的，毋需援引‘普遍’这一不确定概念……联合国会员国承担的不承认和不援助的义务不依靠普遍这一观念。”同上，英文第1009页（希金斯法官的个别意见），第37-38段。

⁵⁶⁰ 见 Seiderman, *Hierarchy in International Law*...前注534，英文第136-137页。同样，在东帝汶案中，国际法院裁定：“规范的普遍性与同意管辖规则是两回事。不论所援引义务的性质如何，法院的判决要评价一个非案件当事国的行为是否合法时，法院就不能裁决另一个国家的行为是否合法。如果是这样，即使有关权利是一项普遍权利，法院也不能采取行动。”见东帝汶案（葡萄牙诉澳大利亚），1995年《国际法院案例汇编》，英文第102页，第29段。另见在被占巴基斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，《国际法材料》第43卷（2004年），英文第1009页（希金斯法官的个别意见），第37段。她在该段中说，巴塞罗那电车公司案的判词针对的是一个非常特殊的管辖权立足点问题。

⁵⁶¹ 关于利用普遍概念授权非国家行为者的提议，比如见 Hilary Charlesworth 和 Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis* (Manchester: Manchester University Press, 2000)，英文第94-95页。

⁵⁶² 奥地利诉意大利，1961年1月11日，YBECHR 第4卷，英文第116页。

缔约国在《欧洲公约》中承担的义务基本上具有目的性，旨在保护个人的基本权利免遭任何缔约方的侵犯，而不是为缔约方本身创设主观和互惠权利。⁵⁶³

402. 因此，不得不得出这样的结论，即不能说规范的渊源对规范是否产生普遍义务具有决定性。⁵⁶⁴相反，正是主要规范的性质决定了次要规范的性质。

403. 普遍义务确实可以以条约规范为基础，这也已经得到了国际法学会的确认。2005年通过的题为“国际法的普遍义务和普遍权利”的决议，把普遍义务定义为：

- (a) 一般国际法规定的义务：鉴于国际社会的共同价值观念和对履约的关切，这是一国在任何特定情况下都应对国际社会承担的义务，所以一旦违背了这项义务，各国都可以采取行动；或
- (b) 多边条约规定的义务：鉴于条约缔约国的共同价值观念和对履约的关切，这是条约某个缔约国在任何特定情况下都应对其他所有缔约国承担的义务，所以一旦违背了这项义务，条约所有缔约国都可以采取行动。⁵⁶⁵

(d) 强制法和普遍义务之间的关系

404. 强制法和普遍义务观念之间的密切关系是一个始终造成混乱的根源。强制法规范是特别重要的规范，具有不可减损的特点。大家都明白，与它们冲突的规范是无效的。普遍义务是其履行涉及各国（“整个国际社会”）合法利益的义务。很可能，各国在遵守不容减损的规则方面都有合法利益。从这种意义上讲，似乎可以假定，所有强制法规范都构成了普遍义务。但是这一等式反过来则不成立。履行某项义务涉及所有国家，从这一事实出发未必就能下结论说，这些规范都是强制性的——也就是说，它们未必使冲突义务无效。

405. 在《条款草案》评注中，国际法委员会把强制法和普遍义务之间的关系具体阐明如下：

一般国际法的强制规范强调一定数量的基本义务的范围和优先性，而对整个国际社会的义务则主要是所有国家遵守的法律意义——如就这几条而言，在于有权提出任何违反国家的责任问题。根据它们重点的不同，应以两种各自不同的方式反映这两个概念的后果。第一，严重违背一般国际法强制性规范

⁵⁶³ 同上，英文第 138 页。

⁵⁶⁴ 另见 Annacker, “The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations ...”, 前注 545, 英文第 136 页。他认为“规范本身的渊源不容许就责任制度的主要规范所施加的义务和所涉及的权利（次要规范）的结构做出任何结论。”

⁵⁶⁵ *Obligations and Rights Erga Omnes in International Law*, 国际法学会, Krakow 会议, *Annuaire de l'Institut de Droit International* (2005 年) 第 1 条, 着重部分由作者标明。见 Gaetano Arangio-Ruiz, 《第四次报告》, 《1992 年……年鉴》第二卷, 第一部分, 英文第 34 页, 第 92 段。报告说, “这一法律机制[普遍义务]不仅代表了强制性规范, 而且也代表了一般国际法的其他规范和一些多边条约规则 (对所有方面适用的义务)。”

产生的义务，可引起更多的后果，不仅对负有责任的国家，而且也对所有其他国家。第二，所有国家都有权对违背对整个国际社会的义务提出责任问题。⁵⁶⁶

406. 在 *Furundžija* 案中，前南问题国际法庭阐明了普遍义务的程序要点与强制法和规范等级的联系之间的关系：

“尽管刚提到的普遍性适用于国际强制执行（广义来说）领域，但禁止酷刑的另一个主要特点则涉及国际规范秩序中的规则等级体制。”⁵⁶⁷

4. 结论

407. 等级体制讨论确认了上述各节最后已经承认的结论。国际法的规则、原则和义务之间没有一套单一、固定的等级关系，但这并不是说上下等级关系不存在，只是不论根据相反考虑援引某些规范（规则、原则）的语境是什么，这些关系到底如何都无法抽象地予以决定。虽然习惯上都从强制法规范和普遍义务的角度论述了国际法中的等级体制，但不清楚这些是否是仅见或确实是实际上意义最重要的情况。大家在 C 和 D 节已经看到，还有其他重要规则，比如“整体”或“互相依赖”性的义务、“不可侵犯的原则”、“人性的基本考虑”及不损害条约的目标和宗旨就不可能违犯的条约条款，它们在法律推理实践中起着更重要的作用。可能是把焦点放在拉丁语格言上分散了对那些更世俗类的重要关系的注意。

408. 不过，本节已经强调了强制法规范和普遍义务之间存在的明确区别。前者与某项规范的规范“分量”有关，后者则与其程序“范围”有关。尽管强制法规范必然在普遍范围内适用，但并非所有的普遍义务都具有强制法的分量。尽管哪些规范属于这些类别确实每次仍然要单议，但在 1990 年代，已经就至少某些具有强制法性质的禁令的性质和违背某些规定非受害国有诉权的义务问题，渐渐达成了一项可靠的职业共识。如果这些种类仍然变化不定，这并不是说它们没有意义。相反，正因为它们比较开放，才能在规范冲突（强制法）的具体环境中或在不得不决定有关某些义务（普遍义务）的地位时，合理地利用它们。

409. 但法律是一种有系统的人为产物，有关高低规范的辩论仍然是阐明“宪法化”和不成体系的沃土。《联合国宪章》第一百零三条当然是说《宪章》的等级地位高于国际法的其他部分，而强制法这一观念则表明，即使是联合国的政治职能也会遇到“宪法”限制。当然，现在已不再对强制法观念的有意义的置疑。任何实际争端都与如何确定其内容有关，特别与某种行动或事件的定性有关。在此，一切都取决于政治偏爱的发

⁵⁶⁶ 《国家对国际不法行为的责任条款草案》的评注，《2001年……年鉴》第二卷，第二部分，英文第 281-282 页。Michael Byers 用下列措辞描绘了这种关系：“强制法规则，也称‘强制性规则’，是国际‘公共政策’不可减损的规则。它们使与它们冲突的其他非强制性规则无效。而普遍规则则是如果违背就会在所有受约束的国家中产生提出要求的一般诉权的规则。”见 Byers, “Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules”, 前注 547, 英文第 211 页。

⁵⁶⁷ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, 1998 年 12 月 10 日的判决, IT-95-17/1 号案, 第二审判分庭, 121 《国际法案件汇编》(2002 年), 英文第 260 页, 第 153 段。

展。⁵⁶⁸然而，这一观念的重要性，就像普遍义务的重要性一样，与其说在于实际“适用”这些概念的方式，不如说它们标志着体制决策引起争论的可能与边界。从这种程度上看，这些观念降低了国际法不成体系似乎可能成问题的程度。

F. 体系整合和《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 (c) 项

1. 导言 — “体系整合的原则”

410. 前几节论述了国际法的规则与原则（规范）之间的三种关系类型：特别规范与一般规范的关系、先订规范与后订规范的关系以及与具有不同规范力的规则和原则的关系。每一节都谈到了如下论点：只要将规则和原则置于确定的相互关系中，法律手段完全能解决规范的冲突或重叠。各节还强调了这样一点：对于这个过程，不存在任何自动的或机械的东西。相关手段（特别法；后法；上位法）运作的方式依赖于应被认为是每一案件相关方面的那些东西。起决定作用的究竟是一种规则的特殊性还是普遍性，或者需要优先考虑的是先行规则还是后行规则，这取决于诸如缔约方的意志、文书的性质和它们的目标与宗旨等方面，还取决于在适用中能把对法律体系运作的干扰降到最低程度的合理方法。

411. 在以前对国际惯例进行的调查中存在着另一个显见的特点，那就是结合背景情况努力避免使将被搁置起来的规范失效——只是将抽象的、迄今十分空洞的强制法学说作为一种例外。换言之，就是采取小心谨慎的态度，不让人联想到一个由各国正式通过的条约或遵循的惯例在某个方面会变成毫无法律效力。为了做到这一点，特别采取了以下两种手法。其一是通过对规范的解释努力统一相互明显抵触的规范，使得它们能互相兼容。其二是采用以优先问题取代有效性问题的手法。将被搁置一边的规范仿佛仍将留在“背景中”，继续影响获得优先的规范的解释及适用。

412. 由此得出结论，与某些时候建议的相反，解决冲突和解释两者无法相互区分开来。冲突是否存在，如何处理表面冲突，都取决于解释相关规则的方法。不过，不能过分强调这一点。只要一旦肯定冲突切实存在，那么就无需再加解释。作为一种解释的结果，规则看来要么是兼容的，要么是相互抵触的。有时强调一下两种规则或两套规则相互抵触的性质或许是益的，这有助于指出进行立法干预的必要性。然而，通常更为合适的做法似乎是，贬低这种冲突的意义并从它们对普遍认同的——“体系的”——目标的贡献角度来解读相关

⁵⁶⁸ 在这方面，特别重要的是欧共体一审法院在 Ahmed Ali Yusuf 和 Al Barakaat 国际基金会诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会的 T-306/01 号案中的审议。上文已经指出，法院说它有权审查联合国安全理事会的决定是否符合强制法。在有一点上，它对“属于强制法范围内的人的基本权利”的推断，指明并非所有的“基本权利”同样都是强制法，第 286 段。然而，在下文的一段中，法院进而评估了“冻结资金……是否侵犯了申诉人的基本权利”，所以事实上是合并了这两个类别——“基本权利”和“强制法”。见第 288 段。对强制法如此宽泛的理解也出现法院的观点中，即“任意剥夺”财产权“无论如何都可以视为违背了强制法”，第 293 段。另外，有趣的是，法院认为，尽管向法院起诉的权利确实具有强制法地位，但这并不说这种权利是无限的。相反，为落实《宪章》第一百零三条而采取的行动对此种权利的限制似乎是“这种权利所固有的，因为它得到了强制法的保护”，第 343 段。

材料。“相互支持”的手法提供了这方面的一个范例。不过，不管采用的是何种方法，推理过程遵照的是老一套的法律途径：参照正常的含义、缔约方的意志、合法期望、善意和后起惯例，以及“目标和宗旨”和有效性原则。最后，如果必须确定明确的优先顺序，正如我们在上面所看到的，这或许可以通过以下三项标准来实现：(a) 特殊性（特别法）；(b) 临时性（后法）；(c) 地位（强制法、普遍义务和《联合国宪章》第一百零三条）。

413. 因此，在解释条约方面《维也纳条约法公约》涉及到了规则和原则的多元性，这并不令人感到意外。尤其可以认为第 31 条第 3 款 (c) 项表达了可称为“体系整合”原则的东西，⁵⁶⁹表达了本报告一直在论述的、通过参照国际义务的规范性环境（“体系”）解释国际义务所依据的程序。《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 (c) 项规定：

应与上下文一并考虑者尚有：

…… (c) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

414. 采用这样一种原则的根本理由是可以理解的。所有条约规定，其效力和有效性均来自于一般法，并创设与其他条约规定和习惯国际法规则确立的权利和义务并存的权利和义务。此类权利或义务，没有一个对其他权利和义务拥有固有的优先。它们的关系问题只能通过一种使它们似乎成为某个连贯一致而有意义的整体的推理过程加以处理。正如 McNair 所指出的，这就是它们也必须参照国际法一般原则的背景加以适用和解释的原因。⁵⁷⁰或者，如仲裁法庭在 *Geoges Pinson* 案中所指出的那样，必须认为一个条约“为它本身未明确以不同方式解决的所有问题指明了此类原则”。⁵⁷¹在解释条约过程中参照国际法的一般规则是解释过程中平淡无奇而且往往无意识的一部分。我们已经在上文 C 节中详细论述了在特别（和非“自成一体”）体制的运作方面这是如何发生的。在专门条约机构的活动中，一种浓重的法律背景一直是以一种无争议的方式推定的。没有一个法庭会要求为“听取另一方之词”的规则提供证据，或对联合国会员国作为“国家”的性质提出置疑。这些事情被看作是规定的，如果某一缔约方对任何此类程序标准的相关性或公法地位提出异议，那么需由该方为其（非正统的）案子进行辩护。

415. 但是，体系整合原则比仅仅重申一般国际法在特定条约实施中的适用性走得更远。它指出了更广泛地考虑规范性环境的必要性。这不是什么新事物。例如，仲裁法庭在始于 1937 年的法国诉比利时案件中做出了如下裁定，并且未作任何进一步的解释：

⁵⁶⁹ Jean Combacau 和 Serge Sur, “Principe d’intégration”, 载于《国际公法》，前注 505，英文第 175 页，更详细的情况见 Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, 《国际法和比较法季刊》第 54 卷（2005 年），英文第 279-320 页。

⁵⁷⁰ A.D.McNair 的《条约法》，前注 57，英文第 466 页。

⁵⁷¹ *Georges Pinson* 案（法国/墨西哥合众国），1928 年 4 月 13 日裁决书，《国际仲裁裁决汇编》，第 5 卷，英文第 422 页。

撇开语法和逻辑上的解释不谈，应该考虑这样一个事实，即应该将 Tardieu-Jaspar 协定放在 1930 年 1 月海牙协定的范围内——也就是说“Young 计划”的范围内加以解释，Young 计划仔细地确定了实行德国赔付和德国转让的方法。⁵⁷²

416. 在这一案件中，对一个条约的解释是通过参照另一条约来进行的。显然，法国-比利时问题与解决德国赔款问题的全面努力有关，在解释那个协定时不能忽略这一事实——条约与那种总体解决的联系。更广泛地说，如果协调国家之间的关系实际上是国际法的核心问题，那么在解读具体的规范时必须对照另一些规范，后者影响到那些同被解释的条约一样的事实。一个恰当的例子是 Fitzmaurice 称之为条约“链”的东西，它们在不同层面上或者从特定的（技术的和地理的）角度处理同样类型的问题。⁵⁷³ 正如仲裁法庭在南部蓝鳍金枪鱼案（2000 年）中指出的：

……超过一个以上的条约同时影响到某一争端是国际法和国家实践上司空见惯的事……经常都会并存着数个条约……国际法律义务的普遍范围得益于添加和累积的进程。⁵⁷⁴

417. 在框架条约和执行条约时代，这似乎是不证自明的。“条约并存”说确切地论述了对某些文书的解读做出协调或者从“相互支持”的角度看待它们的必要性。1982 年《海洋法公约》与为执行该公约缔结的捕鱼条约的关系，在南部蓝鳍金枪鱼案中是有争议的。把这些文书彼此分开孤立解读本来就不合适，肯定也不符合当事国的意向。尽管应该如何设想那种关系——它们是不是 D.2 (a) 节所谓的“制度”的一部分？——可能仍然是有争论的主题（尤其是由于有关解决争端的条款相互重叠），但法庭本身充分认识到它不能忽视这样一个事实：两个条约都出现了这个问题。⁵⁷⁵

418. 然而，这个问题并不限于框架条约与执行条约之间的关系（毕竟，这些定性没有任何确定的内容）。肯定不能依赖于一个国家怎样选择描绘一个决定哪个条约适用的问题，或者有一个怎样限定了一个法庭的管辖权。Daillier 和 Pellet 明确表达了总的看法：

⁵⁷² 关于 Tardieu-Jaspar 协定的分歧（比利时/法国），1937 年 3 月 1 日裁决书，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，英文第 1713 页。

⁵⁷³ G.G. Fitzmaurice, 《第三次报告》，《1958 年……年鉴》，第二卷，英文第 44 页，第 89 (b) 段。

⁵⁷⁴ 南部蓝鳍金枪鱼案，《国际法材料》第 39 卷（2000 年），英文第 1388 页，第 52 段。

⁵⁷⁵ 关于就法庭采用区域性条约（《保护南部蓝鳍金枪鱼公约》）的解决争端规定而不采用《海洋法公约》第十五部分的（强制性）规定导致出现的问题进行的辩论，可参见 Jacqueline Peel, “A Paper Umbrella Which Dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration”, *Melbourne Journal of International Law*, 第 3 卷（2002 年），英文第 53-78 页；Barbara Kwiatkowska, “The Ireland v. United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism”, *International Journal of Marine & Coastal Law*, 第 18 卷（2003 年），英文第 52 页和该页的注释。

对一个条约不能孤立地加以考虑。它不仅植根于社会现实之中，而且应该将其条款与其能与之竞争的其他法律规范相对照。⁵⁷⁶

419. 其中没有一个预先确定将一种规范与另一种规范进行“对照”的意思是什么，或者它们会怎样进入“法律上有同样效力的状态”。这些事情必须留给解释者视情况做出决定。问题仅仅在于——但是它是一个关键问题——不能忽视规范性环境，在对条约进行解释时应该铭记整合原则。这表明需要进行解释，以便在围绕着某一可理解的和连贯一致的目标看待这些规则，以次要重要的目标为代价将更重要的关切摆在优先位置。这就是第 31 条第 3 款（c）项所要求的一切：将一致而有意义的意识纳入法律推理（包括法院和法庭的推理）过程。这里，衡量成败的尺度是法律界对结果的看法。

420. 本节可理解为是对《维也纳国际法公约》第 31 条第 3 款（c）项的地位和实施的一种说明，而且还可理解为对前面几节所讲的许多内容的一种概括。国际法的体系性质在该条中得到了最为清晰的正式表述。正如薛捍勤女士在国际法委员会有关第 31 条第 3 款（c）项意义的辩论中所指出的，该条款的作用就像开启国际法这座大厦的一把“万能钥匙”。假如有体系问题——两个或两个以上的规范之间存在不一致、冲突、重叠等——而且没有其他任何解释手段能提供解决办法，那么就可能始终得诉诸该条，以便以一种经缜密分析的方法来处理问题。

421. 当然，经常会出现这样一种情况：根本不必正式参照第 31 条第 3 款（c）项，因为其他一些手段充分提供了考虑规范性环境的需要。正如我们所看到的，习惯法、一般法律原则和一般条约规定，形成了具体的条约规定的解释背景，要实现体系整合，往往只需参与它们就够了。有时，第 31 条第 3 款（c）项只是用来确认这一点。例如，在最近关于账目审核的案件（荷兰诉法国，2004 年）中，一当事方曾要求法庭适用第 31 条第 3 款（c）项，以支持该方论点，即本案可适用“谁污染谁付费原则”。法庭审议了这一论点，随后指出：

这项原则载于若干国际文书，包括双边文书和多边文书，并且具有不同的效力等级。法庭没有否认它在义务上的重要性，但它不认为这项原则形成一般国际法的一部分。⁵⁷⁷

422. 但是，如果这就是第 31 条第 3 款（c）项涵盖的所有内容，那就不需要它了。然而，它的措词不局限于“一般国际法”，而是延伸到了“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。因此，有人在委员会提议加上“一般”这个词，但最后没有列入。委员会虽然不是只参照但主要参照的是其他条约规则。在多边条约的情况下，这是否要求待解释条约的所有缔约方也是其他那些“有待考虑的”的条约的缔约方，下文将加以讨论。⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Daillier 和 Pellet, *Droit international public*, 前注 73, 英文第 266 页。

⁵⁷⁷ 关于审核在执行 1976 年 12 月 3 日《保护莱茵河免受氯化物污染公约》（荷兰/法国）的 1991 年 9 月 25 日补充议定书中荷兰王国与法兰西共和国之间账目案，2004 年 3 月 12 日裁决书，《国际仲裁裁决汇编》，第 25 卷，英文第 312 页，第 103 段。

⁵⁷⁸ 最近在讨论欧共体-影响生物技术产品批准和销售的措施一案中世界贸易组织专门小组提出了（很有限制的）建议，即它们应该是这样（2006 年 2 月 7 日），WT/DS291-293/INTERIM，英文第 300-301 页，第 7.70-7.72 段。

423. 有时有人提出国际法庭或法律适用（条约）机构无权适用“超出”组成文书范围的法律，或者仲裁机构在商议裁决时不应考虑未纳入有争议条约或相关仲裁协议的规则或原则。但是，如果像在上文 B.5 节中论述的，所有国际法存在于与其他法律的体系关系之中，那么假若不将赋予管辖权的相关文书放入它的规范性环境中，此类应用就丝毫不可能发生。⁵⁷⁹ 这意味着尽管一个法庭可能只对某一文书拥有管辖权，但是法庭必须始终联系该文书的规范性环境——就是说“别的”国际法——解释并适用该文书。⁵⁸⁰ 这就是《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项所表达的体系整合原则。确实，曾有人批评第 31 条第 3 款（c）项的措辞无论在实质和时间范围还是在它的规范力量方面都不明确：应该怎样广泛地考虑“别的法律”呢？先行法后行法又怎么办？而“考虑”这词真正的含义是什么？正如 Weeramantry 法官在 *Gabčíkovo-Nagymaros* 一案中所指出的，此项规定“几乎没有以如此重要的事情所必需的清晰度涵盖这一方面”。⁵⁸¹ Thirlway 甚至怀疑“……该项对解释条约工作是否有任何帮助”。⁵⁸² 但是，如果该条只是表达一种更宽泛的原则——“体系整合”原则，如果该原则又表达了法律推理做法中的一个合理的或者甚至是必要的方面，那么对该原则的实际应用和潜在应用的讨论，将是对研究所谓的国际法不成体系（或多样化）的一种有益贡献。

2. 《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项

（a） 释义

424. 第 31 条第 3 款（c）项位于《维也纳公约》第三部分论述条约解释问题的第三节。第 31 条以下列措词规定了“解释之通则”：

1. 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。
2. 就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：
 - （a）全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；
 - （b）一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约相关文书之任何文书。
3. 应上下文一并考虑者尚有：

⁵⁷⁹ 关于这方面，另见 Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, 前注 21, 英文第 460-463 页及各处。

⁵⁸⁰ 这不是说区分这些方面实际上是很容易办到的——或者甚至是可能的。事实上这是不可能做到的，国际法委员会竭力避免采取任何有关时际冲突法的规则，其主要原因就在于此（见下面 6.4.3 节）。这一看法是概念性的，涉及到任何权利或义务都具有两面的情况——一个“可适用”并且实质上要通过“解释”来确定的条约的产物。

⁵⁸¹ *Gabčíkovo-Nagymaros* 工程案（匈牙利/斯洛伐克），1997 年《国际法院案例汇编》（Weeramantry 法官的个别意见），英文第 114 页。

⁵⁸² Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, Part III, BYBIL vol. 62 (1991) No. 1, p. 58。

- (a) 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；
- (b) 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；
- (c) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

4. 倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。

425. 根据第三款，除了上下文，在条约解释中还应考虑三个方面，它们未按特定的优先次序排列。其中第三个是“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。那些规定是解释过程中必须履行的一部分。不像第32条关于准备工作文件是“解释之补充材料”的规定，它们应在条约措词的含义含糊不清、晦涩难懂、不合逻辑或不合情理的情况下加以参照。⁵⁸³

426. 对第31条第3款(c)项的文本分析揭示了该规则中值得强调的若干方面：

- (a) 它提到了“国际法规则”——从而强调为了解释目的必须参照法律规则，而不是参照更宽泛的原则或不可能明确为规则的考虑；
- (b) 该项泛泛提到了国际法规则。其用语涵盖了国际法的所有渊源，包括惯例、一般原则，必要时还有其他条约；
- (c) 那些规则必须既是相关的，又是“适用于当事国间关系”的。该项未具体说明，在确定相关性和适用性时，是否必须顾及到有关条约的所有缔约方，或者仅仅是争端方；
- (d) 该项不包含任何时间方面的规定。它未说明适用的国际法规则是在条约缔结之日确定还是在争端出现之日确定。

427. 当然，人们普遍以为《维也纳条约法公约》第31条和32条反映了习惯国际法。⁵⁸⁴它们的吸引力或许可归因于以下事实：它们采用一套实用的考虑，那些考虑从国家背景讲是人们所熟悉的，同时又是极其普泛

⁵⁸³ 世贸组织专门小组在讨论欧共体——影响生物技术产品批准和销售的措施一案中也确认了这一点（2006年2月7日），WT/DS291-293/INTERIM，英文第300页，第7.69段。

⁵⁸⁴ 见 Mark E. Villiger *Customary International Law ...* 中的国家惯例、判例和学说著作的概述，前注 76，英文第 334-343 页。最近的做法，见领土争端案（阿拉伯利比亚民众国/乍得），1994 年《国际法院案例汇编》，英文第 6 页；*Kasikili/Sedudu* 岛案（博茨瓦纳/纳米比亚），1999 年《国际法院案例汇编》，英文第 1059 页；“拉格朗案（德国诉美利坚合众国）”，2001 年《国际法院案例汇编》，英文第 501 页，第 99 段。另见“*Golder* 诉联合王国”，1975 年 2 月 21 日的判决书，《欧洲人权法院汇编》A 辑（1975 年）第 18 号，英文第 14 页，第 29 段；对死刑案件的限制，1983 年 9 月 8 日判决书，咨询意见，Int-AmCHR，OC-3/83，《国际法案件汇编》，第 70 卷，英文第 449 页，以及如：美国——新配方汽油和普通汽油标准案，（1996 年 4 月 29 日），WT/DS2/AB/R，1996 年《解决争端报告》，第一号，英文第 16 页。

和灵活的，足以给大多数解释方面的问题提供合理的回答。该公约避免对任何涉及解释问题的重大学说辩论明确表态。这两条既采用“通常意义”又采用“具有针对性的”方法；它们也期望缔约方同意符合善意的做法。事实上，很难想到任何被排除在第 31-32 条之外的解释方法。⁵⁸⁵ 但该公约无意详尽地陈述解释手段——比如说丝毫没有提到特别法或后法。

428. 在国家惯例和国际法庭的惯例中，特定的解释方式当然已经得到了发展。因此通过人权公约的一次次宣读，在或许比正规条约更加广泛的程度上寻求其有益效力，成了人权机构的一种惯例。某些建立国际机构的条约已用“宪法”术语加以解释了。世贸组织最近的经历，即上诉机构坚决认为专门小组应认真对待该公约的规则，正好表明恰到好处地适用原则或许有多么艰难。⁵⁸⁶ 尽管该公约并未要求解释者按第 31-32 条中所列次序适用其程序，但凭直觉感到，事实上该次序有可能代表了一种处理这项工作的有效顺序。然而，没有任何理由将这些手段过于分明地互相分离开来。正如下文会看到的，有时外部渊源可能会有益地澄清条约用语的通常意义，或它们的目标和宗旨。

(b) 国际法委员会的辩论

429. 在国际法委员会中，目前《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 (c) 项的文本出自于处理条约解释问题的草案。Waldock 于 1964 年向委员会提交的第 70 条第 1 款 (b) 项的草案指出：

条约措词应根据每个词所具有之自然通常含义予善意解释之一……[并且]

(b) 应在缔结该条约时有有效的国际法规则之背景内。⁵⁸⁷

430. 该条款分为两个部分。一是表达体系整合的原则——即条约应该“在国际法规则之背景内”予以解释。在接着展开的整个讨论中，大家认为此原则是理所当然的。没有人对条约应该在它们的规范性环境的背景内解读这一想法提出质疑。确实有些委员提出，其中所说的参照是参照“原则”，而不是“规则”，或者设想在前面添加“一般”这个词（“一般规则”或“一般原则”）。⁵⁸⁸ 然而，这些建议最后没有一个写入正文。

431. 委员会中的所有讨论和争论都是针对该规定的第二部分的——即以下建议：应该在缔结条约时有有效的法律之基础上构建规范性环境。这是时际冲突法问题。在这方面，此规定综合了国际法学会的决

⁵⁸⁵ 在 Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia* 中讨论了不能将解释手段明确列为优先这个问题，前注 78，英文第 333-345 页。

⁵⁸⁶ 见下文讨论的案件，尤其是 James Cameron 和 Kevin R.Gray, “Principles of International law in the WTO Dispute Settlement Body”，前注 171，英文第 248 页。

⁵⁸⁷ Waldock, 《第三次报告》，《1964 年……年鉴》，第二卷，英文第 55 页，第 10 段。

⁵⁸⁸ 尤其见 Tunkin 先生的发言，国际法委员会第 756 次会议（1964 年 7 月 14 日），《1964 年……年鉴》，第一卷，英文第 278 页，第 49 段。

议⁵⁸⁹与 Fitzmaurice 的构想，前者“要求根据国际法原则”予以解释，而后者强调的是同时性原则。⁵⁹⁰在 Waldock 最初的提议中，一项补充规则（第 56 条草案，最终从该公约中删除）具体论述了时际冲突法如下：⁵⁹¹

(1) 条约应根据在条约起草时有有效的法律解释之；

(2) 按照第 1 款之规定，条约的适用应以条约适用时有有效的国际法规则为准。

432. 虽然 1964 年列入有关时际冲突法的规定提议没有获得委员会的支持，但此问题还是不断在条约解释规定的背景下引起争议。结果是，国际法委员会的评注将涉及目前第 31 条第 3 款 (c) 项内容的含义和适用的讨论限制于叙述时际性的讨论。⁵⁹²不过，在这里指出这次讨论中以及整个时际性学说中假定的东西，是有好处的。这种看法认为，条约的解释和适用始终要参照其他国际法规，而且惟一的问题是那些“其他规则”是应该根据缔结条约时或适用条约时的规范形势加以设想。⁵⁹³正如有些委员所言，这是从探究缔约方意向的这一目标中得出的结论——因为缔约方意向肯定受到了条约谈判和通过时有有效的规则的影响，而且在条约有效期内也得到了发展。⁵⁹⁴

3. 判例法

433. 直到最近，司法惯例或国家惯例中鲜有参照第 31 条第 3 款 (c) 项的。

(a) 伊朗—美国索赔法庭

434. 法庭始终判定习惯国际法是适用的。在早先的一个案件中，它曾明确认定“……习惯法规则或许有助于填补该条约可能存在的空缺，以确定案文中未界定的用语的含义，或是较广泛地说协助解释和执行其规

⁵⁸⁹ 《1956 年……年鉴》，英文第 364-365 页。该学会的决议提到这一点在历史上曾经有过争论。它并未出现在 Lauterpacht 1950 年的最初方案（《1950 年……年鉴》，第一部分，英文第 433 页）中。他随后在 1952 年又加上了参照习惯国际法一般原则的解释作用（《1952 年……年鉴》，第一卷，英文第 223 页）。它面临了强烈的反对，理由是存在不确定性，与该学会的编纂作用不相一致（《1952 年……年鉴》第二卷，英文第 384-386 页，Guggenheim 和 Rolin 的评论，《1954 年……年鉴》第一卷，英文第 228 页）。在任命 Fitzmaurice 取代 Lauterpacht 任报告员后，前者在其草案中丝毫没有提及这类参照（《1956 年……年鉴》，英文第 337-338 页）。它只是在辩论过程中在 Basedevant 发言后加上去的（《1958 年……年鉴》，英文第 344 页）。

⁵⁹⁰ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1 (Grotius Publications Limited: Cambridge, 1986) p. 369.

⁵⁹¹ Waldock, 《第三次报告》，《1964 年……年鉴》，第二卷，英文第 8-9 页。

⁵⁹² 国际法委员会通过的附有评注的《条约法条款》，《联合国条约法大会，正式记录，大会文件》，第一届和第二届次会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日（联合国：纽约，1971 年），英文第 42-43 页。

⁵⁹³ 见 Waldock, 《第三次报告》，《1964 年……年鉴》，第二卷，英文第 8-10 页；国际法委员会的辩论，载于《1964 年……年鉴》，第一卷，英文第 33-40 页。

⁵⁹⁴ 比如见 Paredes 先生的发言，国际法委员会第 728 次会议（1964 年 5 月 21 日），《1964 年……年鉴》，第一卷，英文第 34 页，第 12 段。

定。”⁵⁹⁵ 促使具体参照第 31 条第 3 款 (c) 项的问题是《阿尔及尔协定》强加的有美国籍要求的决定，其目的在于确定谁可以向该法庭提出权利主张。因此，在 *Espahanian 诉 Tejarat 银行* 一案中就出现了问题：具有伊朗和美国双重国籍的原告是否能向该法庭提出权利主张。⁵⁹⁶ 该法庭明确援引了《维也纳公约》第 31 条第 3 款 (c) 项，以证明广泛参照有关国际法中外交保护法的材料是正确的。⁵⁹⁷ 这些材料支持法庭的结论：国际法的适用规则就是占主导地位的和有效的国籍的适用规则。⁵⁹⁸

(b) 欧洲人权法院

435. 正如在上文 C 节中指出的，欧洲人权法院例行地适用了一般国际法。然而，它在阐释受《欧洲人权公约》第 6 条保护的接受公正审判权利的范围时具体参照了第 31 条第 3 款 (c) 项。在 *Golde 诉联合王国* 一案中，该法院在不得不决定第 6 条是否保障了每个希望确定自身公民权利和义务者应享有向法院申诉的权利时，参照了第 31 条第 3 款 (c) 项。⁵⁹⁹ 通过这一途径，该法院转而参照《国际法院规约》第 38 条第 1 款 (c) 项承认国际法规则包括“一般法律原则为文明各国所承认者”。⁶⁰⁰ 它裁决，向民事法院申诉的权利就是这样一种一般法律原则，在解释第 6 条的含义时可以依靠它。

436. 在 *Loizidou 诉土耳其* 一案中，该法院不得不对是否承认北塞浦路斯土耳其共和国某些行为有效的问题做出裁决。⁶⁰¹ 它援引了第 31 条第 3 款 (c) 项，以此为据参照了支持以下提法的联合国安全理事会决议和国家惯例的证据：按照国际法，北塞浦路斯土耳其共和国不能视为一个国家。⁶⁰² 塞浦路斯共和国依然是塞浦路斯惟一的合法政府，北塞浦路斯土耳其共和国的行为不得视为有效。

437. 在 2001 年的三项里程碑式的裁决中，欧洲人权法院使用了第 31 条第 3 款 (c) 项，以便决定国家豁免规则是否与《欧洲公约》第 6 条第 1 款规定的向法院申诉的权利相抵触。⁶⁰³ 在每个案件中，该法院都以多

⁵⁹⁵ 阿莫科国际金融公司诉伊朗案，《伊朗-美国索赔法庭判例汇编》，第 15 卷，1987 年第二部分，英文第 222 页，第 112 段。

⁵⁹⁶ *Espahanian 诉 Tejarat 银行* 案，《伊朗-美国索赔法庭判例汇编》，第 2 卷，1983 年第一卷，英文第 157 页。

⁵⁹⁷ 同上，英文第 161 页。

⁵⁹⁸ 另见 A/18 号案件，效果是一样的，《伊朗-美国索赔法庭判例汇编》，第 5 卷，1984 年第一卷，英文第 260 页。另还就 *Grimm 诉伊朗* 一案中的反对意见援引了该规定，《伊朗-美国索赔法庭判例汇编》，第 2 卷，1983 年第一卷，Howard M.Holtzmann 的反对意见，英文第 82 页，关于在伊朗未保护个人是否可能构成“影响其妻子财产权”的措施的问题。

⁵⁹⁹ *Golder 诉联合王国*，1975 年 2 月 21 日判决书，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑（1975 年）第 18 号，英文第 13-14 页，第 27-31 段。

⁶⁰⁰ 同上，英文第 17-18 页，第 35 段。

⁶⁰¹ *Loizidou 诉土耳其*（案情实质），1996 年 12 月 18 日判决书，欧洲人权法院，1996 年第四部分，英文第 2231 页，第 44 段。

⁶⁰² 同上，英文第 2231 页，第 44 段。

⁶⁰³ *Al-Adsani 诉联合王国*，2001 年 11 月 21 日判决书，欧洲人权法院，2001 年第十一部分，第 79 页；*Fogarty 诉联合王国*，2001 年 11 月 21 日判决书，欧洲人权法院，2001 年第十一部分，英文第 157 页；以及 *McElhinney 诉爱尔兰*，2001 年 11 月 21 日判决书，欧洲人权法院，2001 年第十一部分，英文第 37 页。在 *Banković 诉比利时和其他国家* 一案中，欧洲人权法院也参照了第 31 条第 3 款 (c) 项，2001 年 12 月 12 日裁决书，“可采纳性”，欧洲人权法院，2001 年第十二部分，英文第 351 页，第 57 段。有关对该法院做法的批评，见 Alexander Orakhelashvili, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”，《欧洲国际法学报》，第 14 卷（2003 年），第 3 号，英文第 529 页。

数票判定实施国家豁免。向法院申诉的权利不是绝对的。它可能受到一些限制，只要这些限制是相称的，是追求合法目标的。在做评估时，该法院做了如下推理：

……该公约必须根据《维也纳公约》中阐明的规则予以解释……并且……第 31 条第 3 款 (c) 项……指出，应该考虑“适用于当事国间关系之任何相关国际法规则”。该公约，包括第 6 条，不能在真空中予以解释。法院必须铭记该公约作为一种人权条约的特殊性质，还必须考虑国际法的有关规则……对公约的解释应该尽可能与它所属的国际法其他规则相统一，包括与授予国家豁免相关的那些规则。

因此，一个缔约方采取的反映国际公法关于国家豁免的公认规则的措施，原则上不能视为过分限制了体现在第 6 条第 1 款中的向法院申诉的权利。⁶⁰⁴

438. 不妨指出：在此，该法院本可以简单地将国家豁免排除在外，称它与该公约的适用毫无关系。但是它没有这样做。第 6 条与习惯国际法关于国家豁免的规则发生冲突，其原因仅仅是因为该法院决定将第 6 条纳入它的规范性环境（无疑是因为被告提出了那方面要求）。该法院根据维护国家豁免体系中的一般利益对《欧洲公约》中规定的权利做了权衡。法院最终采用了第 31 条第 3 款 (c) 项，以便在本案中将该公约的规则撇在一边。⁶⁰⁵

(c) 莫克斯工厂/保护东北大西洋海洋环境公约仲裁

439. 正如在上文 B 节中指出的，这是爱尔兰就塞拉菲尔德核后处理厂的运营控诉联合王国的系列诉讼案件中的一部分。⁶⁰⁶ 裁决是在涉及获得有关莫克斯工厂运营信息的诉讼中根据 1992 年的《保护东北大西洋海洋环境公约》（《奥巴委公约》）做出的。爱尔兰声称，参照国际法其他规则会在两方面影响解释《奥巴委公约》中规定的缔约方义务。

⁶⁰⁴ *Al-Adsani* 诉联合王国，2001 年 11 月 21 日判决书，欧洲人权法院，2001 年第十一部分，英文第 100 页，第 55-56 段；另见 *Fogarty* 诉联合王国，2001 年 11 月 21 日判决书，欧洲人权法院，2001 年第十一部分，第 35-36 段；*McElhinney* 诉爱尔兰，2001 年 11 月 21 日判决书，欧洲人权法院，2001 年第十一部分，第 36-37 段。

⁶⁰⁵ 该裁决并非没有受到质疑。持反对意见的法官没有声称国家豁免与此毫不相干，或者在“纯粹属于第 6 条事项”中应不予以考虑。相反，他们认为，国家豁免作为一个国际法方面的问题，应该将优先地位让他们看成是国际法强制性规则（强制法）的东西。*Al-Adsani* 诉联合王国，2001 年 11 月 21 日判决书，欧洲人权法院，2001 年第十一部分，英文第 111-113 页，*Rozakis* 和 *Caflich* 法官联合提出的反对意见，加入者有 *Wildhaber*、*Costa*、*Cabral Barreto* 和 *Vajić* 等法官。其他持不同意见者希望容许把在国家领土上所犯的侵权行为作为例外。*McElhinney* 诉爱尔兰，2001 年 11 月 21 日判决书，欧洲人权法院，2001 年第十一部分，英文第 51-54 页，*Caflich*、*Cabral Barreto* 和 *Vajić* 三名法官联合提出的反对意见。

⁶⁰⁶ 关于在《奥巴委公约》第 9 条规定的取得资料方面存在的争端，终局裁决（爱尔兰诉联合王国）（2003 年 7 月 2 日）常设仲裁法院，《国际法材料》第 42 卷（2003 年），英文第 1118 页。其他的案件是：莫克斯工厂案，请求临时措施令（爱尔兰诉联合王国）（2001 年 12 月 3 日）国际海洋法法庭，《国际法材料》第 41 卷（2002 年），英文第 405 页；莫克斯工厂案，第三号令（爱尔兰诉联合王国）（2003 年 6 月 24 日）常设仲裁法院，《国际法材料》第 42 卷（2003 年），英文第 1187 页。

440. 第一，爱尔兰认为，《保护东北大西洋海洋环境公约》第9条第3款(d)项中的规定提到了“适用的国际法规”，因此必须参照国际法和国际惯例。爱尔兰声称，这包括《1992年联合国环境与发展会议宣言》（《里约宣言》）和2001年的《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的奥尔胡斯公约》。⁶⁰⁷ 联合王国答称，《里约宣言》不是条约，《奥尔胡斯公约》既没有得到爱尔兰的批准，也没有得到联合王国的批准。

441. 法庭相信，在解释这一条约义务时它有权利用现有的国际法和国际惯例，从而在解释时明确参照了第31条第3款(c)项。然而，它认为，爱尔兰提到的文书中没有一个是事实上属于“缔约方之间适用的法律规则”。它们仅仅是在“演绎国际法”，没有得到特许法庭是不能应用的。⁶⁰⁸ 王室法律顾问 Gavan Griffith 是仲裁员之一，他对此持有不同意见。⁶⁰⁹ 他指出，《奥尔胡斯公约》已经生效，爱尔兰和联合王国也都在上面签了字。后者已公开表示，打算尽快批准该公约。至少，这使法庭有权将《奥尔胡斯公约》视为证明双方在环境信息的定义上持有共同观点的证据。

442. 第二，联合王国认为，它已执行了与该事项有关的欧洲共同体第90/313号指令，从而也就履行了《奥巴委公约》规定的惟一义务。然而，法庭并不认为遵循欧共体的规定就会妨碍执行奥巴委规定的程序。两种制度可以同时并存，即使它们强制执行相同的法律义务。⁶¹⁰ 它认为：

使用类似语言的首要目的是在保护海洋环境方面建立统一的和一致的法律标准，而不是为一套法律补救确立一种居于其他方面之上的优先地位。⁶¹¹

(d) 世贸组织

443. 如上文C节中所详细解释的，世贸组织上诉机构的多项裁决在解释世贸组织所涵盖的各项协定中都考虑了习惯国际法和一般国际法原则的适用。例如，在海虾-海龟一案中，上诉机构广泛地参照了国际环境法文本。⁶¹² 它裁定，第二十条(g)款中的“自然资源”和“会用竭的”这些词，“从定义上讲是不断演变的”，

⁶⁰⁷ 《关于环境与发展里约宣言》，联合国环境与发展会议，里约热内卢，1992年6月3-14日（联合国出版物，出售品编号：E93.I.8和更正），第一卷；大会通过的决议，决议一，附件一。《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的奥尔胡斯公约》，联合国《条约汇编》，第2161卷，英文第450页。

⁶⁰⁸ 关于在《奥巴委公约》第9条规定的取得资料方面存在的争端，终局裁决（爱尔兰诉联合王国）（2003年7月2日）常设仲裁法院，《国际法材料》第42卷（2003年），英文第1137-1138页，第99、101-105段。

⁶⁰⁹ 关于在《奥巴委公约》第9条规定的取得资料方面存在的争端，终局裁决（爱尔兰诉联合王国）（2003年7月2日）常设仲裁法院，《国际法材料》第42卷（2003年），英文第1161-1165页。

⁶¹⁰ 法庭庭长 Michael Reisman 教授对这一问题持有不同意见：关于在《奥巴委公约》第9条规定中取得资料方面存在的争端，终局裁决（爱尔兰诉联合王国）（2003年7月2日）常设仲裁法院，《国际法材料》第42卷（2003年），英文第1157-1160页。

⁶¹¹ 关于在《奥巴委公约》第9条规定的取得资料方面存在的争端，终局裁决（爱尔兰诉联合王国）（2003年7月2日）常设仲裁法院，《国际法材料》第42卷（2003年），英文第1144页，第143段。

⁶¹² 美国——禁止进口某些虾和虾产品案（1998年10月12日），WT/DS58/AB/R，1998年《解决争端报告》，第七号，英文第2793-2798页，第126-134段。

因此在支持以下提议时考虑了《海洋法公约》的第 56 条：自然资源可包括生物和非生物资源。⁶¹³ 上诉机构还在支持这一解释中参照了《二十一世纪议程》⁶¹⁴ 和与《养护野生动物移栖物种公约》一起通过的援助发展中国家的决议。⁶¹⁵ 在这样做时，它强调指出，第二十条的起首部分是“只是善意原则的一种表达方式”，它裁定这是一种一般国际法原则。⁶¹⁶ 法庭明确地援引第 31 条第 3 款 (c) 项说，“在这里我们的任务是解释该起首部分的语言，视情况从一般国际法原则中寻求解释方面的指导”。⁶¹⁷ 在决定海龟是否“会用竭”的问题时，上诉机构参照了这样一个事实，即所有 7 种公认的海龟品种都被列入了《濒危野生动植物物种国际贸易公约》的附录 1。

444. 世贸组织涵盖的条约和多边环境协定及一些人权文书之间的关系，目前成了越来越多的学术著作讨论的主题。⁶¹⁸ 上诉机构始终承认，《争端解决谅解书》第 3 条第 2 款中的规定——即专门小组应适用“解释国际公法的习惯规则”——要求严格适用《维也纳条约法公约》第 31-32 条解决提交它审理的问题。它毫不犹豫地撤消了专门小组的决定，理由是它们没有那样做。⁶¹⁹ 在履行解释职能时，它广泛参照了其他的国际法规则。但是它从不认为那些其他规则会推翻世贸组织所涵盖的协定中规定的任何东西——尽管它们影响到了协定的解释和适用。

445. 例如，世贸组织各机构往往考虑区域贸易协定和双边贸易协定。在美国 - 外销公司 (第 21.5 条 - 欧共体) 一案中 (2002 年)，上诉机构参照了广泛的区域贸易协定和双边贸易协定，发现它们在定义“外源收入”一词中都采用了它愿称为“广泛接受的共同要素”的说法；当时它使用“外源收入”一词是为了在补贴与反补贴措施协定的背景下解释该术语。⁶²⁰ 在欧共体-家禽一案中 (1998 年)，上诉机构解释了它求助 1994 年《油籽协定》的理由，将该协定作为“根据《维也纳公约》第 32 条解释 (世贸组织相关承诺) 的补充资

⁶¹³ 同上，英文第 2795-2796 页，第 130 段，该段列举了南非不顾安全理事会第 276 (1970) 号决议继续留驻纳米比亚 (西南非洲) 对各国的法律后果，咨询意见，1971 年《国际法院案例汇编》，英文第 31 页。法庭指出，尽管申诉国已经批准了《海洋法公约》，但美国尚未批准，不过在听证过程中它接受了以下意见：《海洋法公约》中有关捕鱼的法律规定大部分反映了习惯国际法。

⁶¹⁴ 联合国环境与发展会议 (环发会议) 由联合国环境与发展会议于 1992 年 6 月 14 日通过，《联合国环境与发展会议报告》，里约热内卢，1992 年 6 月 3-14 日 (联合国出版物，出售品编号：E.93.I.8 和更正)。

⁶¹⁵ 缔结《养护野生动物移栖物种公约》会议的最后文件，《国际法材料》第 19 卷 (1980 年) 英文第 11 页，以及《养护野生动物移栖物种公约》英文第 15 页。

⁶¹⁶ 美国——禁止进口某些虾和虾产品案 (1998 年 10 月 12 日)，WT/DS58/AB/R，1998 年《解决争端报告》，第七号，英文第 2807 页，第 158 段。

⁶¹⁷ 同上，英文第 2807 页，第 158 段。

⁶¹⁸ 比如见 Joost Pauwelyn, “The Role of Public International Law...”, 前注 42, 英文第 535 页; Gabrielle Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, 前注 42; Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 前注 240, 英文第 314-339 页; 以及 Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, 前注 21。

⁶¹⁹ 美国——新配方汽油和普通汽油标准案 (1996 年 4 月 29 日)，WT/DS2/AB/R，1996 年《解决争端报告》，第一号，英文第 15-17 页。

⁶²⁰ 美国——“外国销售公司”的税收待遇案 (第 21.5 条——欧共体) (2002 年 1 月 14 日)，WT/DS108/AB/RW，第 141-145 段 (尤其是脚注 123)。

料，因为它是欧洲共同体特惠减让的历史背景的一部分……”⁶²¹ 在韩国 - 牛肉一案中（2000 年），一专门小组再次参照了韩国加入的各项双边贸易协定，这“不是为了‘强制执行’那些双边协定的内容，而完全是为了解释世贸组织一项含糊的规定”。⁶²² 可能有人会辩称，这些协定只是用来作为“解释之补充资料”，而不是因第 31 条第 3 款（c）项的规定如此。⁶²³ 此类求助常常被合理地解释为提供各缔约方意向的证据或条约用词“通常意义”的证据。

446. 然而没有理由不从该条中准确寻找“考虑”此类外部协定的法律基础——尤其是在此类“考虑”超出了仅仅参考脚注的情况下。这看来是合乎情理的，例如在像智利 - 价格幅度（2002 年）那样的案件中。在此案中，专门小组以一种将其在本案中的考虑排除在外的方式解释并应用了智利与南方共同市场之间的协定。专门小组参照了该文书（所谓的 ECA35 协定）的序言和第 24 条，并指出它表明双方（智利和南方共同市场）并不打算排除不同的规则可适用于其他国际协定——即世贸组织协定——的可能性。换言之，专门小组适用了非世贸组织条约来实行反致——通过对该条约的解释，允许在世贸组织的背景下进行该条约本不允许的处理（从而建立了一种假设：ECA35 协定未以此类方式予以解释，因此世贸组织标准本不适用）。⁶²⁴

447. 有时听到这样一种主张，由于《争端解决谅解书》中明令禁止，所以这甚至是不能容许的；《争端解决谅解书》明文规定，“争端解决机构的建议和裁定不能增加或减少所涵盖协定中规定的权利和义务”（《争端解决谅解书》3: 2 结尾）。然而，此类观点假定，所涵盖的协定正是以上诉机构否定的方式受到了“临床隔离”。以下两种考虑在这里是相关的。第一，当使用《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项时，需要有《争端解决谅解书》本身的特许。但是，第二，也是更重要的一点，解释不能给正被解释的文书“增加”任何东西。它通过一种法律手段（由《争端解决谅解书》特准的手段）解释文书的含义，该手段涉及到对其规范性环境的考虑。是否把根据第 31 条第 3 款（c）项诉诸其他协定列为解释之补充资料，作为缔约方意向或通常意义或善意的证明（假定一些国家为了不履行义务而不加入协定），在这里似乎并不重要。根本理由仍然是将一些国家在世贸组织体系内的行动看成与自身在其他体制或规范背景内的行动完全一样的那个理由。解释并不增加或减少存在于某个法律工作者天堂中的权利或义务，在那里权利和义务可以自动地予以确定并不需要加以解释。所有的文书都是通过解释得到含义的——甚至含义是“通常”含义这一结论也是解释的结果，这种解释不可能具有一种先验的居于其他解释之上的优先地位。

⁶²¹ 欧共体——影响某些家禽产品进口的措施案（1998 年 7 月 23 日），WT/DS69/AB/R，1998 年《解决争端报告》，第五号，英文第 2060 页，第 83 段，更广一点就是第 2057-2060 页，第 77-85 段。

⁶²² 韩国——影响进口鲜牛肉、冷藏牛肉和冷冻牛肉的措施案（2000 年 1 月 10 日）WT/DS161/ R，WT/DS161/AB/R，2001 年《解决争端报告》，第一号，英文第 59 页，第 539 段。

⁶²³ 见 Isabelle Van Damme, “What Role is there for Regional International Law in the Interpretation of the WTO Agreements?”, 前注 421。

⁶²⁴ 智利——与某些农产品有关的价格幅度体系和保障措施案（2002 年 5 月 3 日）WT/DS207/ R，第 7.81-7.86 段。同样在欧共体 - 香蕉的进口、销售和分配制度案中（1997 年 9 月 25 日），WT/DS27/AB/R，1997 年《解决争端报告》，第二号，英文第 661 页，第 167 段。

448. 最后，一个世贸组织专门小组在最近的欧共体-生物技术产品一案中（2006年）援用了第31条第3款（c）项，尽管援用是有限的，但意义却十分重大。这里，欧洲共同体辩称，它禁止进口转基因生物的做法可以证明是正当的，特别是按照某些非世贸组织的规则。它尤其辩称，应该考虑1992年的《生物多样性公约》和有关的2000年《生物安全议定书》。专门小组首先认定两份文书事实上确立了“国际法规则”，随后审议了它们是否也“适用于当事国间关系”的问题。它认为，那里所说的“当事国”是指“同意接受条约约束并且条约对其生效的国家”。⁶²⁵它拒绝考虑以下意见，即凡提到的第31条第3款（c）项中的“当事国”（仅仅）是指争端各方。有待解释的条约的所有缔约方必须已经成为另一条约的缔约方。换言之，专门小组以一种非双边的方式解读世贸组织条约，以“确保或增强适用于这些国家的国际法规则的一致性，并为避免相关规则之间的冲突做出贡献”。⁶²⁶由于美国未成为这些条约中任一条约的缔约方（尽管签署了《生物多样性公约》），所以这些条约不在“考虑之列”。

449. 专门小组还审议了欧共体提出的论点，即1998年这一论点是在的欧共体-荷尔蒙一案中提出以来，预先防范原则已被定为一般国际法原则（然而，这里专门小组的用语有点不大明确，只是偶而提到“一般法律原则”）。专门小组同意，如果情况确是这样，那么根据第31条第3款（c）项它就是相关的。然而，它判定——尽管是以一种有点晦涩的方式，“预先防范原则的法律地位依然未定”，它“无需对预先防范原则是否是公认的一般国际法原则或习惯国际法原则做出表态”。⁶²⁷

450. 这个案件有两个方面颇为重要。第一，专门小组同意如下看法：第31条第3款（c）项适用于一般国际法和其他条约。第二，它对第31条第3款（c）项作了解释，致使待考虑的条约必须是这样一个条约，即世贸组织相关条约的所有缔约方也是该条约的缔约方。后来的争论使人们实际上根本不可能找到一种根据第31条第3款（c）项规定，为协助解释，可以参照其他多边条约的多边背景。专门小组以整个多边条约体系的一致性为代价，换得了它称其为对世贸组织条约解释的“一致性”。其目的在于通过接受以下说法来减轻这种后果：仍然可以考虑其他条约，将其作为阐明世贸组织相关条约中某些用语的通常意义的事实。这当然始终是可能的，正如上文所指出的，过去也是这样做过。然而，考虑其他条约，将其作为“通常意义”的证明，似乎是一种防止上诉机构所强调指出的完全是人为的“临床隔离”的方法。

（e）国际法院

451. 在石油平台案（伊朗诉美利坚合众国）中，国际法院援用了第31条第3款（c）项，这样做确实很有意义。⁶²⁸在这一点上，曾要求法院对1955年《美国和伊朗友好、经济关系和领事权利条约》的两个条款做

⁶²⁵ 欧共体——影响生物技术产品批准和营销的措施案（2006年2月7日）WT/DS291-293/INTERIM，英文第299页，第7.68段。

⁶²⁶ 同上，英文第300页，第7.70段

⁶²⁷ 同上，英文第307页，第7.89段。

⁶²⁸ 石油平台案（伊朗诉美利坚合众国）（案情实质），2003年《国际法院案例汇编》，英文第161页，第41段。

出解释，要求法院判定指称伊朗在两伊战争中危及了中立商业航运的行动及随后美国海军摧毁了伊朗在波斯湾的三座石油平台，是否违反了该条约。法院的管辖权仅限于因条约的解释和适用引起的争端。它没有任何其他管辖依据能为适用习惯国际法提供独立的依据。⁶²⁹ 该条约执行部分有一项条款规定：

本条约不阻止采取以下措施：

……（d）为履行缔约方维护或恢复国际和平与安全的义务采取的必要措施；或为保护它的基本安全利益采取的必要措施。⁶³⁰

452. 据美国称，这一条款只是想把所有此类措施排除在该条约的范围之外。此规定应该根据其通常意义予以解释，它给每个国家确定其基本安全利益留下了广阔的理解余地。⁶³¹ 它认为，没有余地可以认定该条约含有关于使用武力的习惯国际法规则（如伊朗所称），这样做会违反对法院管辖权的限制。

453. 法院处理解释问题时采用了绝然不同的方式。它首先问到，此类必要措施是否包括使用武力，如果包括，那么可以按照国际法使用武力的条件（包括任何合法自卫的条件）是否适用。⁶³² 法院参照了用于解释的其他辅助手段，随后推定：

此外，根据 1969 年《维也纳条约法公约》中反映的条约解释通则，解释必须考虑“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”（第 31 条第 3 款（c）项）。法院不能接受以下看法：1955 年条约第二十条第 1 款（d）项意在完全独立于使用武力的相关的国际法规则行事，以便能被成功援引，甚至在对违反该条约非法使用武力提出诉讼请求的有限背景下。从而，应用与此问题有关的相关的国际法规则，构成了 1955 年条约……委于法院的解释任务不可分割的一部分。⁶³³

454. 随后，法院进而将那些国际法的一般规则应用于美国的行为。它得出如下结论：按照条约的规定，那些措施不能认为是必要的，“因为那些行动构成了诉诸武力，按照所涉国际法，它们不能视为自卫行为，所以按照其正确解释，不属于是由条约的那项规定构想的措施范畴”。⁶³⁴

⁶²⁹ 参阅：尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事行动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国）中的立场，1986 年《国际法院案例汇编》，英文第 14 页，法院被要求解释十分相似的条约语言，另外因双方根据规约的第 36 条第 2 款发表了单边声明，法院还获得了其管辖权的补充基础。

⁶³⁰ 《美国和伊朗友好、经济关系和领事权利条约》第二十条第 1 款（d）项，石油平台案（伊朗诉美利坚合众国）（案情实质），2003 年《国际法院案例汇编》，第 32 段。

⁶³¹ 石油平台案（伊朗诉美利坚合众国），国际法院，美国的复辩状，2001 年 3 月 23 日，第四部分，英文第 139-140 页，http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/ioppleadings/iop_ipleadings_20010323_rejoinder_us_04.pdf（最近一次访问是 2006 年 3 月 23 日）。

⁶³² 石油平台案（伊朗诉美利坚合众国）（案情实质），国际法院，2003 年《国际法院案例汇编》，第 40 段。

⁶³³ 同上，第 41 段。

⁶³⁴ 同上，第 78 段。

455. 法院对案情实质的判决得到了绝大多数法官的支持。然而，有人在个别意见中对适当的解释方法问题提出了不同看法。⁶³⁵Buergenthal 法官对第 31 条 3 款 (c) 项采用了最狭义的看法。他称，法院的管辖权仅限于缔约方同意委托给它的那些事项，并认为这也限制了法院在解释它所审理的条约时能参照其他法律渊源的程度。在他看来，这种限制排除了对其他国际法规则的依赖，不管它们是属于习惯的还是协定的，即使是见诸《联合国宪章》的。⁶³⁶实际上，这会使第 31 条第 3 款 (c) 项的含义变得毫无价值，与广泛的国际司法和仲裁惯例背道而驰。此外，它会武断地建议，对缔约方而言，条约的意义独立于缔约方同意缔结条约的规范环境。

456. Simma 法官则采取了相反的立场。他认为，法院本该抓住时机宣布有关使用武力的习惯国际法，甚至比原先更明确地宣布《宪章》的重要性。⁶³⁷根据 Lauterpacht 及他人早先采取的立场，他主张广泛使用一般国际法和适用于各缔约方的其他条约规则，他认为这根据第 31 条第 3 款 (c) 项可以认为是正当的。⁶³⁸Higgins 法官对法院援用第 31 条第 3 款 (c) 项的批评要严厉许多。⁶³⁹她指出，第二十条第 1 款 d 项是一项经济条约的一部分，需要根据该条约所用术语的通常意义及其上下文，对该条加以解释。她认为，此条规定不是一种“从表面看想吸纳涉及条款中未提及主题的国际法的全部实质的规定——至少与法院提供的解释相比是内容更多的解释。”⁶⁴⁰

457. Kooijmans 法官在某种程度上采取的是中间立场。他认为，法院本应该从分析 1955 年条约本身的文本着手。但是，为了决定根据该条约采取涉及到使用武力的特定措施是否“必要”，法院“别无选择，为此只能依靠一般国际法体系”。⁶⁴¹正因为法院不拥有《宪章》规定的管辖权，为了赋予它确实拥有管辖权的条约一种意义，求助“一般国际法”下的自卫概念是不可避免的。⁶⁴²事实上就是说，这不比整个本报告中所确认的更多：一般国际法为特别法的全面适用提供了背景。同时，有关国家地位、海上通道、代表权和责任的大量规则构成了石油平台案的基础，毫无问题所有缔约方都认定它们是适用的。

⁶³⁵ 法院以 14 对 2 票通过了判决，拒绝支持伊朗的主张 (Al-Khasawneh 和 Elaraby 法官持反对意见)，另以 15 对 1 票拒绝支持美国的反诉 (Simma 法官持反对意见)。

⁶³⁶ 石油平台案 (伊朗诉美利坚合众国) (案情实质)，2003 年《国际法院案例汇编》(Buergenthal 法官的个别意见)，第 22-23 段。

⁶³⁷ 同上，(Simma 法官的个别意见) 国际法院，第 5-16 段。

⁶³⁸ 同上，第 9 段。

⁶³⁹ 同上，(Higgins 法官的个别意见)，第 40-54 段。

⁶⁴⁰ 同上，第 46 段。

⁶⁴¹ 同上，(Kooijmans 法官的个别意见)，英文第 1401 页，第 48 段。

⁶⁴² 同上，第 52 段。

458. 石油平台案表明，为了从技术性的条约规定转移到它认为的该事项的真正核心——使用武力，国际法院果敢适用了第 31 条第 3 款 (c) 项。⁶⁴³ 法院将一般国际法的实质部分引入了它的条约分析，包括《联合国宪章》。随后通过参照一般国际法中规定的地位对所涉国家的行为做出评估，反过来，该地位也被用来评估它在条约中的地位。法院第一次承认第 31 条第 3 款 (c) 项在这一过程中所起的轴心作用，但是对于何时适用和怎样适用的问题未做进一步指导。

459. 事实上，法院在一般国际法的范围内求助《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 (c) 项或许没有必要。有争议的条约规定包含了需要加以解释的无限制的“必要”条款。由于不可能使用业经证明的缔约方意向来加以解释，法院只能转向“一般国际法”有关该标准内容的说法。国际法院在北海大陆架一案中（1969 年）陈述了这方面的根本理由。一般习惯法就其本身的性质而言，必须对国际社会的所有成员具有同等效力，因此不能成为产生任何单边排他权的缘由。⁶⁴⁴

460. 假定一个法庭在解释一个条约时无权应用一般国际法，那就是认为国家一旦缔结了条约，它们就建立了一个确切地说是由这种排他构成的真空。正如我们在上文 C 节中所看到的，从国际惯例中找不到支持此类论点的任何证据。相反，有大量的材料支持一般国际法的适用性，以便解释任何特定的法律关系，不管某一双边条约、当地的习惯或者等同于通过默认或不许否认达成有约束力规则的一系列非正式交流是否也处理了这种关系。

4. 特别问题

461. 有三个特别问题与第 31 条第 3 款 (c) 项的适用有着密切关系。一个涉及到其中的参照范围。该规定所说的“适用于当事国间关系之国际法规则”是什么？第二个问题涉及到参照的规范分量。那些规则“应与上下文一并考虑”这句话的含义是什么？第三个是时际性问题：对于有待考虑的规则，关键日期是哪一个——是条约缔结之日，还是在适用条约时法律有效之时？

(a) 有待考虑的规则

462. 直到最近，国际法庭很少具体援用第 31 条第 3 款 (c) 项，这并非说它们本不会参照需适用的条约之外的法律。就其本身的性质而言，习惯法和一般法律原则（以及一般国际法原则），相对任何特定的协定而言，都是作为一般法存在的。它们是完全适用的，也常常结合特定的条约一起适用。参照第 31 条第 3 款 (c) 项的做法通常与求助某些规则的可能性及其程度有关，在普遍性和约束力方面这些规则与有待解释的条约

⁶⁴³ 如在 Emmanuel Jouannet “Le juge international face aux problèmes d’ incohérence et d’instabilité du droit international...” 一文中所强调的，前注 126。该案件引起了种种反应。有些人高度赞扬了法院对第 31 条第 3 款 (c) 项采取的果敢看法，具体情况可见 Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public* (巴黎: Dalloz, 2004 年) 第 7 版，英文第 314-315 页。

⁶⁴⁴ 北海大陆架案 (德意志联邦共和国/丹麦; 德意志联邦共和国/荷兰)，1969 年《国际法院案例汇编》，英文第 38-39 页，第 63 段。

（通常是别的条约）应处在同一水平上，但是它们似乎是与之相冲突的，或者会提出一些从上下文看在其他方面似乎是非正统的考虑。

（一）习惯法和一般原则

463. 如在上文 C 节中解释的，尽管在国际法渊源之间不存在任何正式等级，不过还是存在一种由于法律工作者探求适用法的某种程序而形成的非正式等级，顺序是从特别法到一般法，或从比较特殊的到比较一般的——就是说通常是从条约文本到习惯法和法律的一般原则。Max Huber 曾经根据法律推理的进展用同心圆表述这一点，每一个同心圆在条约解释中构成了潜在援助的参照范围，他的看法使人深受启发：

所以，应该在公约文本中寻找缔约方的意愿，首先是在与争论有关的条款中，尔后在整个公约中，接着在一般国际法中，最后在文明国家承认的一般法律原则中。通过这个同心圆，法律工作者们将能在许多案件中“根据全部国际法和国际司法的基本要求”确定假定的缔约方意愿。就是这样报告员令人赞赏地提出了法官的任务。⁶⁴⁵

464. 第 31 条第 3 款（c）项仅是范围更大的解释过程的一部分；在这一过程中，如果有的话，解释者必须首先考虑条约用词的显明含义，然后考虑上下文，然后考虑与目标和宗旨、后续做法，最终是准备工作有关的考虑。这不是作为对一种心理过程的实际描述。不能用如此纯粹理性的术语把握具体解释。⁶⁴⁶ 正如 Waldock 本人以一种特有的谨慎方式指出的：“在某种程度上，解释文件是一种艺术，而不是严谨的科学。”⁶⁴⁷ 但它是对法律工作者和法庭合格的公开推理的一种恰当描述。例如在石油平台案中，法院先是分析 1955 年《友好条约》的第二十条第 1 款（d）项文本，然后分析缔约方的意图，缔约方意图再一次指出需要审议有关使用武力的一般法的情况。起点是条约本身，解释从较具体的和明显的（词典和上下文）开始再进入到不大明确和不大明显的（目标和宗旨、相似的条约等等），以便赋予文本一种可证明是正当的含义。

465. 审查解释过程，不是将它作为心理（思想）过程，而是将它作为合格的法律论据中的一种活动，这不可避免会将它描述为在“体系整合”方面的一种努力——体系整合是指支撑国家间法律秩序主张的原则和推定体系中的整合，并提供了其有争论的材料。其中，应该提一下两种推定，一种是积极的，另一种是消极的：

（a）按照积极推定，缔约方同意“参照一般国际法原则处理[条约]本身未以明确的措词或以不同的方式解决的所有问题”；⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ 《1952 年……年鉴》第一部分，英文第 200-201 页。

⁶⁴⁶ 在国际法方面，对解释过程的最佳分析之一仍然是 Max Sorensen, *Les sources du droit international. Etude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*（哥本哈根：Munksgaard, 1946 年），尤其是英文第 210-236 页。

⁶⁴⁷ Waldock, 《第三次报告》，《1964 年……年鉴》第二卷，英文第 54 页，第 6 段。

⁶⁴⁸ *Georges Pinson* 案（法国/墨西哥合众国），1928 年 4 月 13 日裁定书，《国际仲裁裁决汇编》，第 5 卷，英文第 422 页。

(b) 按照消极推定，缔约方在承担条约义务时无意采取有悖于一般公认的国际法原则或违背以前对第三国承诺的条约义务的行动。⁶⁴⁹

466. 根据这些推定，一种对习惯国际法和一般法律原则特别重要的作用展现在我们面前。如世贸组织专门小组最近所说：

……[与第3条第2款中的提法[参考：习惯解释规则]相比] 世贸组织协定与国际法的关系更加宽广。习惯国际法一般适用于世贸组织成员之间的经济关系。只要世贸组织条约协定不“退出”习惯国际法，习惯国际法就适用。换言之，只要没有冲突或前后不一的情况或在某个世贸组织涵盖的协定中表示适用情况不同，我们就认为国际法习惯规则适用于世贸组织条约和世贸组织条约的拟订过程。⁶⁵⁰

467. 上文审议的案件大多数涉及到对习惯国际法原则的肯定及适用。这通常是在条约规则不明确或不确定的情况下发生的，它的含义是通过参照业已发展的国际法体系加以确定（如在伊朗—美国索赔法庭在 *Esphahanian* 诉 *Tejarat* 银行一案中所处理的双重国籍问题中，或在海虾—海龟一案中所讨论的关贸总协定第二十条的释义中），或者条约使用的措词在习惯国际法中具有公认的含义，因此可认为缔约方是有意参照它的。例如，大家会发现北美贸协贸易委员会在 *Pope & Talbot* 公司诉加拿大一案中解释的“公正公平待遇”和“充分保护与安全”这些词语的释义中情况就是这样。⁶⁵¹

468. 一个法庭是否明确选择援引第31条第3款(c)项的做法，在这里确实并不重要。这些一般规则和原则作为其地道的“普遍性”的一种职能是适用的，与它们通过 Thomas Franck 所称的“最起码的”检验——一种或多或少不稳定的“国际社会（政府、法官、学者）的常识”——相比，其有效性的基础一点都不大。⁶⁵² 常设国际法院不必作任何特别的参照，例如在 *Chorzów* 工厂案中，它指出：

任何违反承诺的行为都涉及到一种赔偿义务，这是一种国际法原则，甚至是一种一般法律原则。⁶⁵³

469. 这个问题与国际法认定的许多原则有关，诸如海上交通自由⁶⁵⁴、“善意”⁶⁵⁵、“禁止反言”⁶⁵⁶、“不法行为不产生权利”⁶⁵⁷等等。进一步的例子包括国家地位的标准 (*Loizidou*)；国家责任法（同时影响到人权义

⁶⁴⁹ 关于穿越印度领土案（葡萄牙诉印度）（初步异议），1957年《国际法院案例汇编》，英文第142页；Roger Jennings 爵士和 Arthur Watts 爵士编辑的 *Oppenheim's*……前注37，英文第1275页。

⁶⁵⁰ 韩国——影响政府采购的措施案（2000年5月1日）WT/DS163/R，英文第183页，第7.96段。

⁶⁵¹ *Pope* 和 *Talbot* 公司诉加拿大（2002年5月31日）北美贸协仲裁法庭，《国际法材料》第41卷（2002年）英文第1347页，它引用了北美贸协自由贸易委员会的解释。

⁶⁵² Thomas M. Franck, “Non-Treaty Law-making: When, What and How?”, 载于 Rüdiger Wolfrum 和 Volker Röben, *Development of International Law in Treaty-making*, 前注10, 英文第423页。

⁶⁵³ *Chorzów* 工厂案（案情实质），《常设国际法院汇编》A辑，第17号（1928年），英文第29页。

⁶⁵⁴ 科孚海峡案（联合王国诉阿尔巴尼亚）（案情实质），1949年《国际法院案例汇编》，英文第22页。

⁶⁵⁵ 核试验案（澳大利亚诉法国），1974年《国际法院案例汇编》，英文第268页，第46段。

⁶⁵⁶ 隆端古寺案（柬埔寨诉泰国）（案情实质），1962年《国际法院案例汇编》，英文第31-32页。

务的范围⁶⁵⁸和世贸组织中的经济反措施法); 国家豁免法; 使用武力; 以及善意原则等。⁶⁵⁹ 文明国家公认的一般法律原则在确定条约规定在一原则性框架内的位置时执行一项十分类似的任务(如在 *Golder* 一案中确定公正审判权的范围时所做的)。在世贸组织上诉机构经常使用的程序原则中, Pauwelyn 列举了“举证责任、起诉权、正当程序、善意、对专门小组的事实陈述、条约的追溯力或条约构成上的错误”等。⁶⁶⁰ 这些并不是通过国家的积极行为来“颁布”的(尽管它们完全可以追溯到国家意志), 而是国际法一般构架的组成部分, 或者说——实际上是一样的——是证明对法律争端的裁决纯属正当的法律技巧的一些方面。⁶⁶¹

(二) 其他适用的协定国际法

470. 正如上文所指出的, 第 31 条第 3 款 (c) 项越出了通常适用“一般国际法”这一自明之理, 并预见可能出现协定国际法的另一规则适用于缔约方之间关系的情况。主要的问题是: 所释条约的所有缔约方是否有必要也是另一个条约——为解释目的指望它充当另一国际法来源的条约——的缔约方?

471. 如所释条约是大家普遍接受的多边条约(诸如世贸组织所涵盖的协定), 问题就显得尤其严重。正如我们所看到的, 在欧共体 - 生物技术产品一案中专门小组做出了如下结论: 在解释世贸组织协定中, 只有所有世贸组织成员都是其缔约方的协定可以在第 31 条第 3 款 (c) 项下加以考虑。⁶⁶² 铭记在大部分重要的多边公约的全体成员中达到充分一致是不可能的, 所以在解释此类公约时使用协定国际法也是不可能的。这产生了一种令人啼笑皆非的结果: 一个多边条约, 诸如世贸组织涵盖的协定, 其成员扩大得越多, 那些条约就会离其余的国际法越远。⁶⁶³ 实际上, 结果是多边协定被分离开来, 成了在适用中丝毫不允许相互参照的“孤岛”。它还会禁止使用可能已根据框架条约缔结的区域性的或其他特定的执行协定(包括相互间协定), 用作帮助解释框架条约的辅助手段。这似乎与大多数多边条约缔结工作背后的立法特质相反, 也可能带有大多数缔约者的意向。当然, 其中有一些可以通过以下做法得到缓和, 即要求认定, 只要条约不是在所释条约的所

⁶⁵⁷ 南非不顾安全理事会第 276 (1970) 号决议继续留驻纳米比亚对各国的法律后果, 咨询意见, 1971 年《国际法院案例汇编》, 英文第 299 页。

⁶⁵⁸ 比如见 *Loizidou* 诉土耳其(初步异议), 1995 年 3 月 23 日判决书, 《欧洲人权法院汇编》A 辑 (1995 年), 第 310 号, 第 57-64 段。另见在 *Banković* 诉比利时和其他国家一案中国际公法管辖权规则的援用, 2001 年 12 月 12 日的裁定, 可接受性, 欧洲人权法院 2001-XII, 英文第 351-352 页, 第 59-60 段。

⁶⁵⁹ 见 Pauwelyn, *Conflict of Norms* ... 前注 21, 英文第 271 页。

⁶⁶⁰ Joost Pauwelyn, “The World Trade Organization”, 载于 Charo Huesa 和 Karel Wellens, *L'influence des sources sur*, ..., 前注 14, 英文第 225-226 页及其中的注释。

⁶⁶¹ 详见 Martti Koskenniemi, “General Principles. Reflections on Constructivist Thinking in International Law”, 载于 Martti Koskenniemi 编的 *Sources of International Law*, 前注 24, 英文第 359-399 页。

⁶⁶² 欧共体——影响生物技术产品批准和营销的措施案 (2006 年 2 月 7 日) WT/DS291-293/INTERIM, 英文第 299-330 页, 第 7.68-7.70 段。

⁶⁶³ Marceau 的“世贸组织的争端解决和人权”, 前注 42, 英文第 78 页。

有缔约方之间生效，条约中包含的规则就被当作习惯国际法来对待。⁶⁶⁴这种做法会保持至少是某些多边条约的“普遍性”，但是在以下两种情况下会造成不适当的限制：

- (a) 它有可能阻止参照那些为国际社会（包括争端当事国）广泛接受的，但仍未获得普遍批准的并且不是在所有方面都被认为是阐述习惯国际法的条约（如《联合国海洋法》等）；
- (b) 它还可能阻止参照那些是对涉及专门主题事项的国际法内容最重要的阐述的条约，依据是它们未得到所释条约的所有缔约方的批准。

472. 一种更好的解决办法是允许参照另一个条约，只要争端当事方也是另一个条约的缔约方。尽管这会导致出现最终产生不同解释的可能性（取决于哪些缔约国也是争端当事方），但这只是反映了尊重缔约方（本来就不同的）意志的需要，反映了大多数条约的双边主义性质，缔约方意志是通过参照其他那些条约加以阐释的，而双边主义性质则以有关比如说保留、相互修改和先后所订条约等方面的做法作为支柱。⁶⁶⁵分歧在条约法中是司空见惯的，只要明确区分以下两类条约，其风险就会减轻，一是“互惠的”或“对双方都具约束力的”条约（在这种情况下仅解释方面的“分歧”不会造成任何问题），二是“整体”或“相互依存的”条约（或是所有缔约方缔结的条约）——在那里不应允许在解释中使用别的条约来威胁待释条约的一致性。⁶⁶⁶这还会回答世贸组织专门小组在欧共体—生物技术产品一案中对条约解释的一致性问题⁶⁶⁷的严密关切。⁶⁶⁷另外，也有必要考虑在何种程度上所依靠的另一条约可以说已被“含蓄地”接受了，或者至少“在它可以合理地认为表达所有成员的共同意图或对相关措词含义的理解的意义上”得到了其他缔约方的容忍。⁶⁶⁸事实上，在世贸组织上诉机构的某些裁决中已经采用了这种方法。⁶⁶⁹它使以下意义得到了充分体现：某些多边条约的观念或概念，尽管在缔约方相同的条约中或许并未发现，但得到了广泛的采用，并足以提供“共识”或“最新水平”在特定技术领域中的确切意义，而未必反映形式上的习惯法。

(b) 有待考虑义务的重要性

⁶⁶⁴ 比如见在海虾—海龟案中对以下事实的强调：尽管美国未批准《海洋法公约》，但在争辩过程中它同意，相关条款大部分反映了习惯国际法，美国——禁止进口某些虾和虾产品案（1998年10月12日），WT/DS58/AB/R，1998年《解决争端报告》，第七号，英文第2814页，第171段，注释174。

⁶⁶⁵ 不能过于强调：这种“出现分歧”的风险不会大于通过参照缔约方意志对多边条约所做任何解释的风险。

⁶⁶⁶ 有关最近在世贸组织涵盖的协定的背景下探讨这一思想的情况，见 Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, 前注21, 英文第440-486页，以及 Joost Pauwelyn, “A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?” , 《欧洲国际法学报》第14卷（2003年），英文第907页。

⁶⁶⁷ 欧共体——影响生物技术产品批准和营销的措施案（2006年2月7日）WT/DS291-293/INTERIM, 英文第300页，第7.70段。

⁶⁶⁸ Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, 前注21, 英文第257-263页，支持在世贸组织涵盖的协定方面采用这一做法。

⁶⁶⁹ 比如见在美国——禁止进口某些虾和虾产品一案中（1998年10月12日）上诉机构依靠的来源。WT/DS58/AB/R，1998年《解决争端报告》，第七号，英文第2795-2796页，第130段。

473. 上文的论述也回答了根据第 31 条第 3 款 (c) 项加以考虑的法律——权利和义务——应予重视的问题。这些权利和义务的重要性并不在于它们的首要特性。正如我们所看到的，国际法将这一职能保留给了强制法。过度重视规范性环境而轻视特定条约的做法会——像有关一般法优先于特别法的广义推定一样——阻止缔约：有必要对新的情况做出反应并使因这样或那样的原因在传统法律中未得到充分表述的利益或需要得到充分体现。的确，有必要“考虑”之意义在于它在国际法律秩序中履行着一种体系职能，将专门部分互相链接在一起，并与普遍原则链接在一起。⁶⁷⁰

474. 在特定权利和义务看来与其他权利和义务发生冲突时如何给予前者以规范的重要性，这个问题只能在个案基础上加以论证。在这方面，对 Higgins、Buergenthal 和 Kooijmans 法官在考虑如何实现在规则的冲突要求或者国家豁免与国际犯罪责任之间的平衡问题时发表的意见，没有什么可补充的。

国际法谋求兼顾这一价值（防止各国内政受到外部未经授权的干涉）与打击有罪不罚的斗争，而不是让一种规范战胜另一种规范。⁶⁷¹

(c) 国际法的时际性和总体发展情况

475. 第三个一般问题——和在委员会内部引起广泛讨论的问题——是时际冲突法问题，换言之就是何时是应当根据第 31 条第 3 款 (c) 项评估当加以“考虑”的规则适当时间（关键日期）。传统规则，⁶⁷² 和 Waldock 向委员会提议的规则由两部分组成：一部分肯定“同时性”，另一部分允许有待考虑的法律发生变化。按照前者，一个条约需“根据在条约拟订时有效的法律”予以解释。⁶⁷³ 然而，后者则要求“条约的适用应属在条约适用时有效的国际法规则管辖”。⁶⁷⁴

476. 该原则这两部分的根本依据是显而易见的，难于置疑的。一方面，当国家创立一种法律关系时，它们无疑会在做这件事时考虑到法律关系形成时存在的规范性环境。或者换言之，遵从在条约缔结时有效的法律，能对缔约方的意向做出最佳考虑。不过没有一种法律关系能一直不受时间的影响。这已经被需要考虑缔约方的后续做法这一点所证明。同样，缔约方对条约含义和适用的看法是随着时间的推移、经验的积累以及新的信息和新的环境而发展的。

⁶⁷⁰ 有关早先的论述，可特别见 Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Longman's: 伦敦, 1927 年) (它强调了私法原则在建立国际法律关系中的作用)。

⁶⁷¹ 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 2002 年《国际法院案例汇编》(Higgins、Kooijmans 和 Buergenthal 联合提出的个别意见), 英文第 86-87 页, 第 79 段。

⁶⁷² 该规则是 Huber 法官在领土要求的背景下陈述的, 它分为以下两个部分: “……法律事实必须依照与其同一时期的法律而不是在争端产生时有效的法律进行评价”(同时性), “使产生权利的行为服从于权利产生时有效的法律的同一原则, 要求权利的存在, 换言之, 它的不断显现, 应遵循法律演变所需的条件。”帕尔马斯岛案(荷兰诉美利坚合众国), 1928 年 4 月 4 日的裁定书, 《国际仲裁裁决汇编》第二卷, 英文第 845 页和 839 页。

⁶⁷³ 第 56 条第 1 款草案, Waldock, 《第三次报告》, 《1964 年……年鉴》, 第二卷, 英文第 8 页。

⁶⁷⁴ 第 56 条第 2 款草案, 同上, 英文第 9 页。

477. 时际冲突法学说基本上是这两种根本依据的一种提示，一个指向过去，将其作为找到缔约方意向的一种指南，另一个指向现在，理由完全一样。正如 Jiménez de Aréchaga 1964 年在委员会中指出的：

缔约方的意图应该具有控制性，就此意图而言似乎存在两种可能性：一是它们意欲将某种一成不变的法律概念纳入条约之中，或者，如果它们没有此类意图，则法律概念就会发生变化，从而必须不仅在该文书的上下文中，而且在它们所属的整个法律秩序的框架内予以解释。不应该采用以下方式防止缔约方意志的自由行使：将其在条约拟订时就存在的每一种概念定形化。⁶⁷⁵

478. 试图在过去和现在之间确定一种一般的和抽象的优先似乎是毫无意义的，⁶⁷⁶ 因此最好是在决定是否适用第 31 条第 3 款 (c) 项时再次挑选出某些可能相关的意见，以便“考虑”在条约缔结时存在的或者在适用时存在的那些“其他义务”。再则，起点必须是，就此问题做出决定就是一件解释条约本身的事情。使用的语言会给予任何指示吗？该论据的起点似乎理当是“同时性原则”——它涉及到在义务对相关方生效时存在的规范性环境⁶⁷⁷ 什么时候条约语言本身会在其上下文中规定应考虑未来的发展？什么时候这会成为合理的假设，其例子至少包括：

(a) 条约中的术语使用“不是静止的而是不断变化的”。⁶⁷⁸ 当缔约方通过对语言的选择意欲锁定不断演变的含义而不采用它们自己的特异定义（例如，在相关条约中使用诸如“征用”或“大陆架”等术语）时，情况就是这样。⁶⁷⁹ 通过以其目标和宗旨为标准解读那一语言，缔约方似乎已对逐步发展方案做出了承诺时，情况也可能是这样。⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ Jiménez de Aréchaga 先生，第 728 次会议（1964 年 5 月 21 日），《1964 年……年鉴》第一卷，英文第 34 页，第 10 段，对该学说提出了一个十分妥贴的版本：“条件是，如果能确定缔约方的意图是，条约中使用的措词或表述的含义或范围应该跟上条约的发展，那么在解释条约时必须使那一意图得到体现。” Thirlway 的“1960-1989 年国际法院的法律和程序”，第三部分，前注 582，英文第 57 页。另见：Hugh Thirlway 的“1960-1989 年国际法院的法律和程序”，第一部分，前注 97，英文第 135-143 页和 Rosalyn Higgins 的“时间与法律：老问题的国际前景”，《国际法和比较法季刊》第 46 卷（1997 年），英文第 515-519 页。

⁶⁷⁶ 最终这成了委员会未能提出有关这一问题的条款的真正原因。

⁶⁷⁷ 这表达了“根据缔约方在缔结条约时的意图解释一个文书的绝对必要性”，南非不顾安全理事会第 276（1970）号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果，咨询意见，1971 年《国际法院案例汇编》，英文第 31 页。

⁶⁷⁸ Jennings 和 Watts 的“奥本海国际法……”，前注 37，英文第 1282 页。标准例子是使用作为联盟的委托统治制度的一部分的“神圣的文明托管”概念。南非不顾安全理事会第 276（1970）号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果，咨询意见，1971 年《国际法院案例汇编》，英文第 31 页，第 53 段。

⁶⁷⁹ 从而在爱琴海大陆架一案中，国际法院应用了推定，即通用的术语“旨在跟上法律的演变并与现行法律在任何特定的时间赋予措词的含义相对应”，1978 年《国际法院案例汇编》，英文第 32 页。

⁶⁸⁰ 在国际法院的 *Gabčíkovo-Nagymaros* 一案中情况就是这样。“法院希望指出，最新制定的环境法规范对条约的执行具有举足轻重的作用，缔约方可通过协议将它们……纳入……条约中。这些条款不包含具体的履约义务，但要求缔约方在履行它们的义务时确保多瑙河的水质不受损害，自然环境得到保护，并在就需在联合合同计划中加以规定的手段达成一致时考虑新的环境规范。缔约方将这些变化的规定插入了条约，从而承认了调整项目使之适应新的情况的潜在必要性。所以，条约不是静止的，应可随时修订，以适应新出现的国际法规范。”*Gabčíkovo-Nagymaros* 工程案（匈牙利/斯洛伐克），1997 年《国际法院案例汇编》，英文第 76-80 页，第 132-147 段。另见 Weeramantry 法官的个别意见，*Gabčíkovo-Nagymaros* 工程案（匈牙利/斯洛伐克），1997 年《国际法院案例汇编》（Weeramantry 法官的个别意见），英文第 113-115 页。

(b) 用极为普通的字眼描述义务，从而对法律适用时的地位实行一种反致。因而，在海虾-海龟案中讨论的关贸总协定第二十条中的一般例外，允许采取“对保护人、动物或植物生命或健康所必要的”或“与保护会用竭资源相关的”措施，其目的在于适应随时间的推移而发展的形势。⁶⁸¹ 例如保护虾的必要措施，其变化取决于虾群的生存遭到威胁的程度。尽管第二十条的广泛含义依然没变，但是它的实际内容将会随着时间的推移发生变化。在那方面，参照“其他的国际法规则”，如一些多边环境条约，就成了词语的通常意义以及它们的目标和宗旨所要求的，支持调查科学和社会价值及期望的次要证据的一种形式。

(e) 结论

479. 《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 (c) 项和它所表达的“体系整合”原则概括了前几节的结果。它们要求争端解决机构——或谋求弄明白“法律是什么”的法律工作者——确定有关方面引用的规则在与案件相关的其他规则和原则的背景中的位置。在这一过程中，较具体的或立即可用的来源应互相对照，并根据“幕后”的一般法进行解读。至于这种相互对照解读规则的做法其含意是什么，无法抽象地加以陈述。但是，这种具体解读方式所带来的结果，从第 31 条第 3 款 (c) 项的角度看，事实上可能不如其他任何结果重要，对它的证明需回过头来参照更广泛的法律环境，更确切地说，就是整个的国际法“体系”。

480. “考虑”“其他法律”的方式对缔约方和任何单一案件的结果来说是极为重要的。然而，体系整合原则看来超出了个案。通过确保结果与法律环境相链接以及相邻规则得到考虑——或许得到适用，或许宣布作废，或许暂时搁置一边——任何决定也都会根据实际取向、分配选择和政治目标阐明法律一体环境。在一个其优先地位和目标往往未获充分表达的分散的和自发的体制世界里，阐明这一环境是十分重要的。它对于国际机构——尤其是负有适用法律使命的机构——重大的和建设性的发展也具有重要意义。认为那些机构相互之间是完全分离的，它们仅注意自己的目标和取向，那就是认为法律只是达到制度一目标的一种工具。但是法律也与保护权利和强化义务有关，首先是以某种像一般公共利益那样的东西为后盾的权利和义务。如果没有“体系整合”原则，就不可能表达人类公益——不能缩减为任何特定机构或“体制”的利益——的任何意义并使其保持活力。

G. 一般性结论

1. 不成体系的性质

481. 全球化的一个方面就是出现了全球范围的技术上专门的合作网络：贸易、环境、人权、外交、交通、医药、犯罪预防、能源生产、安全、本土合作等等——一些超越国界的并很难通过传统的国际法加以监管的

⁶⁸¹ “从世贸组织协定前言中所列的观点中我们注意到，第二十条 (g) 款中的‘自然资源’这个通用术语在内容上或者提法上都不是‘静止的’，‘从定义上讲是不断演变的’。”美国——禁止进口某些虾和虾产品案 (1998 年 10 月 12 日)，WT/DS58/AB/R，1998 年《解决争端报告》，第七号，英文第 2795-2796 页，第 130 段。

生活和专家合作领域。鉴于网络的跨国性质，国内法看来是不够的，而国际法也不能充分地考虑它们的专门目标和需要。

482. 结果是，这些网络通常是制定自己的规则和规则体系。这种情况的发生有时是非正式的，是主要行为者采取了产生期望的或被其他方面仿效的一些行为形式或标准化的解决办法。有时，协调是通过统一国家或地区的法律法规——比如说 通过合同形式或责任规则的日益标准化——来实现的。但是一些专门规则和规则体系常常也是通过政府间的合作，尤其是在政府间专门组织的帮助下诞生的。结果是诞生了一些国际法制度，它们的基础存在于多边条约和国际组织条例、专门条约以及为每个网络的需要和利益量身打造的而很少考虑外部世界的习惯模式之中。

483. 这就是关注国际法不成体系问题的背景：相互之间没有明确关系的专门规则和规则体系的兴起。对法律问题的答复变成取决于所问对象是谁、你注重什么样的规则体系。据此，本项研究探索了以下问题的答案：专门规则体系的性质是什么？怎样设想它们相互之间的关系？它们的冲突属哪些规则管辖？这些问题似乎都是一些很基本的问题，却不是经常涉及到的。

2. 本项研究的视角

484. 本项研究的目的并不是想在国际法的规则或规则体系之间建立确定的先后关系。从这种程度看，研究结果似乎令人不满，或者至少是非结论性的。然而，无法通过仅仅是阐释法律推理过程的方式来无可非议地确立此类优先顺序。它们应该反映国际行为者（首先是国家）的（政治）取向。规范冲突不是通过较严密的法律推理方式可以“避免”的技术“错误”。新的规则和规则体系是作为对新取向的回应出现的，有时出自于有意识的努力，想方设法背离存在于老制度下的取向。它们要求做出立法方面的而不是法律-技术方面的回应。

485. 但是，在国际法中缺乏普遍等级体系并不意味着规范冲突会导致法律瘫痪。相关等级必须只为特定的目的而确立，并且是为了解决出现的特定问题。这是《维也纳条约法公约》条款具有自身相关性和在国际法委员会的界限内进行的研究能做出建设性贡献之所在。想法是通过从国际法院和国际法庭的实践中获得的一些案例，来说明在法律工作者们处理看来涉及到规则或规则体系之间冲突的问题时可以利用的手段。

486. 本项研究中提出的一个关键论点是，规范的冲突是国际法特有的问题。由于国际上的法律制订——通过习惯和条约——具有一种自发、分散和不分等级的性质，法律工作者们始终不得不处理多种多样的普遍性程度不一的和规范力量各异的材料。在它受理的第一个案件中，正如我们所看到的，常设国际法院就面临着这样一个问题，即不得不解决两套规则——《凡尔赛和约》和战时中立国控制进入交战领土的权利——之间的冲突或重叠问题。不过，通过对德国主权的解释和先例的援引（巴拿马运河和苏伊士运河），法院终于确

立了《凡尔赛和约》的优先地位。⁶⁸² 此后，通过参照许多类型的适用的法律材料确定各国或其他主体的权利和义务成了国际法庭的例行工作，成为要求它们所做的工作的一部分。

487. 但是，在此层面上处理问题——冲突出现时处理冲突——将意味着，它们将作为法律手段方面的问题而不是实质性的（法律—政治）取向问题，以一种正式的和不受限制的方式加以处理。在某种程度上，本报告正是因为没有涉及实质问题才得到了大家的认可。这种“形式主义”并非没有自己的议事日程。想方设法讨论一种有关细分的世界的连贯一致的法律—专业手段，表示人们相信专门制度之间的冲突可以通过法律途径加以克服，即使法律不会比要求具有一种听取他人意见、考虑他们的观点并最终找出理由充分的解决办法的意愿走得更远。然而，这可能只是表达国际法始终存在的真正目的。从细分为主权国家的世界到细分成专门“体制”的世界，这一变动事实上可能根本不要求对国际公法进行重大改革——但却可能要求富有想象地使用其传统技巧。总有一些国家将国际法视为与其主权不相容的东西。同样，今天可能还有一些全球性的制度或规则集合体认为国际法是一种外来入侵。在后一种情况下就像在前一种情况下一样，几乎没有任何理由对“临床隔离”的逻辑做出让步。如果一个国家的看法不能成为其活动的国际合法性的最权威的论点，那么单是一个规则或一个制度的观点是不能决定其国际法律含义的。如果需要国际法作为促进（主权）国家之间协调和合作的一种结构，那么协调和组织（自主的）规则集合体和机构的合作也同样需要国际法。

488. 特别规则和规则集合体无疑是必要的——在某种程度上是从有不同主权国存在的意义上讲的。世界是多元的，这种多元是不能减缩的。法律不能以一种抽象的方式解决可能发生在经济制度与环境制度之间、人权与外交豁免之间或者海洋制度的一般法与区域性的捕鱼条约之间的任何冲突。每一个都有自己的专家和特质、自己的优先考虑和取向以及结构偏见。从体制上对此类制度做出“规划”是为了优先考虑某些关注。对不成体系的关注涉及传统国际法——包括其引进的法律推理手段——在专门化的条件中是否继续可行的问题。拉丁准则（特别法、后法、上位法）在解决在错综复杂的经济和技术情况下产生的冲突中是否具有实用性？尽管本报告从正面回答了这个问题，但也强调了这一回答存在的局限性。国际公法并不包含可以说已经用于解决国际社会问题的规则。发展这些规则是一项政治任务。

489. 对国际法不成体系的关注涉及到体制和实质两个方面。在体制方面，特定条约—制度的执行机关——往往是法院和法庭——的急剧增加引起了对偏离判例和挑选法院地的关注。法律主体的权利和义务可能取决于受理法院是否承认。委员会于 2002 和 2003 年做出决定后，本报告将不成体系的体制方面搁置了起来，转而重点讨论实质问题，讨论国际法中新生的“特别法”、条约制度及按功能组合的规则和专题分支，讨论了它们的互相关系及其与一般国际法的关系。对特别法和后法标准的适用以及国际法中的重要关系和“体系”给予了特别的重视。重点自始至终是由《维也纳条约法公约》提供的，不过是有意识地努力在其体系环境中解读该条约本身，这个环境一部分是由国际法庭和其他法律适用机构的惯例构成的，一部分是由其所属的一般国际法构成的。研究小组的工作的执行结论草案，本报告附录中有详细叙述。

⁶⁸² *SS Wimbledon* 案，《常设国际法院汇编》A 辑，第一号，英文第 25、28-30 页。

490. 并非所有的实质性问题都得到了讨论。例如，作为带有特有的“软性”强制执行和解决争端机制的特殊类型法律的“软法律”方面问题，并未付诸讨论。不过，只要软法律声称存在于与“硬法律”分离的“临床隔离”中，C节中论述特别法与一般法关系的许多意见对它就是适用的。同样，本项研究没有涉及与私人或公私活动中限制模式的出现有关的问题——包括商法或其他类型的涉及跨国活动的非正式法规——以及它们对传统的法律制订的影响。新型“全球法”可能在何种程度上出现在以国家为轴心的传统国际法之外？要讨论这个问题，就需要采取类型绝然不同的做法。然而，这不是说《维也纳公约》，或确切地说是国际法，不能用来引导和控制这些非正式的，往往又是由私人利益引出的各类监管模式。条约法允许使用框架条约、条约群和由许多类型的规范材料构成的体制的方式越复杂越灵活，可以在国际法范围内理解的此类分散的私法规可能就越多。

3. 一致性和多元化之间：对今后工作的建议

491. 不成体系问题引出了国际法的一致性问题。一致性和可预见性与法律保障相关，因此具有积极价值。而且，惟有一致的法律体系才能平等对待法律主体。然而，一致性是一种形式的和抽象的价值。如果一个法律体系在某些方面是不公正的或不可操作的，即使它是一致的，这也不会使它更有价值。因此，应该将多元化与一致性一并理解为该体系的一种构成价值。实际上，在一个多主权的世界里情况始终如此。

492. 国际法的多样性可能威胁到它的一致性，但这是为了增加因应环境的能力所致。不成体系将国际法推向多元化方向，但如本报告努力强调的那样，这是不断利用一般国际法的资源，尤其是《维也纳条约法公约》的规则，还有习惯法和“一般法律原则为文明各国所承认者”所致。本报告的主要结论是：特别条约体制（不应称为“自成一体”的体制）的诞生并未严重损害法律保障、可预见性或法律主体的平等地位。特别法和后法、相互间协定以及给予强制性规范的优先地位等所用的技术，以及（迄今未加详细阐述的）“对整个国际社会承担的负义务”的概念，提供了一种能以灵活的方式回应多数不成体系的实质性问题的基本专业工具箱。可以用它们来反映那些合乎情理的关注和受到强烈关注的问题（例如经济发展、人权、环境保护、安全）。

493. 国际法律体系从未有过那种可以反映国家法律秩序特征的一致性。不过，最现代社会的日趋复杂，对民族社会内相互冲突的传统和社会目标的容忍和鼓励，以及技术专门化的需要，所有这些都损害了民族国家的同质特性。如今，最现代国家的法律源自于半独立的内外规范性渊源。如果说这可能有损国内法的体制一致性，那么新生的（温和）多元化所具有的与背景相联系的因应能力及其实用性则弥补了这一点。同样，冲突规则和重叠法律制度的出现无疑会带来国际层面上的协调问题。但是——这也是本报告第二个主要结论，实际上尚没有任何同质的、分等级的元系统能用来解决这些问题。国际法将需要在一致性和合理多元化的要求各指向不同方向的领域内运作。为了使国际法成功地做到这一点，必须更多地关注规范和体制的碰撞问题以及处理此类碰撞的规则、方法和技术。此事如何处理，附录所述研究小组的结论的提案中有详细说明。这可能至少需要在以下三个方面做出努力：

- (a) 重视《维也纳条约法公约》作为一种“冲突国际法”基础的作用；
- (b) 重视“体制”的概念和运作；
- (c) 审查“一般国际法”的概念。

(1) 作为“冲突国际法”基础的《维也纳条约法公约》

委员会决定将其处理这一问题的工作定位在《维也纳公约》范围内。本报告认为，这一决定是有充分的事实根据的。如上文详细解释的，该公约为处理不成文体系问题提供了规范基础——“工具箱”。不存在任何它也不应该为“冲突国际法”的进一步发展提供基础的理由。条约之间、条约制度之间以及条约和其他法律渊源之间的冲突今后也会不可避免地出现，或许还会更多。在缺乏固定等级的情况下，此类冲突只能通过“碰撞规则”加以解决，这些规则既考虑一致性的需要，也考虑背景敏感性。在制定此类碰撞规则时，可能需要对《维也纳条约法公约》的若干方面进行更严密的审查。

例如，该公约采用同样的规则来处理双边和多边条约是不恰当的。出现的问题不同，处理问题的手段也应该不同。例如，在解释双边条约中，缔约方的意向相对容易确定，而多边条约是作为一揽子交易或协议出现的，几乎不存在单一的、明确定义的缔约方意向。而且，目前丝毫不承认“框架条约”和“执行条约”的特殊性质，而本报告多认为此类条约具有特殊的关系类型，不能认为它们等同于任何条约之间的关系。另外，没有任何东西有损 Fitzmaurice 最初的观点：比如说，人权和人道主义法条约（以及例如环境条约）构成了特殊级别的非双边（“整体”或“相互依赖的”）文书，这些文书不能采用与建立双边关系的“普通”条约一样的手段加以实施。在整个报告中，我们看到了条约的性质——包括其目标和宗旨——是怎样限制条约缔约方通过特别法或想到间协定背离条约的自由。但是，事实上，给予特别法的高于一般法的约定优先，以及平等约定的否决这种优先的手段，都是非正式条约等级体系的一些方面，但注重以强制法或《联合国宪章》第一百零三条的语言表达的正式等级体系，常常使得上述等级相形见绌。

总的说来，《维也纳条约法公约》对特殊类型的条约和可能用来解释和适用这些条约的特别规则未给予足够的承认。在这方面似乎需要做更多的工作。有人提议应该就以下两个方面提供指导原则：《维也纳公约》的条款怎样承认条约类型的广泛变化和这些类型的规范含义，以及是否有可能就如何处理条约冲突的问题制定非正式的指导原则。至少，下列主题应该成为此类努力的一部分：

- (a) 应该在更大程度上承认双边和多边条约关系之间存在的不同；
- (b) 应该进一步审查利用为实现具体的技术规则通过的多边条约进行国际“立法”的过程。这可能涉及到建立一种适宜于不同研究探讨的条约条款类型学。这些类型学应该将，比如说“纲领性”条款与确立主观权利的条款，和正式责任相关联的“硬法律”条款与特别的“软责任”制度下的“软法律”条款进行对照；

- (c) 应该进一步阐明“框架条约”和“执行条约”的概念，尤其是为了强调它们之间的和它们之中所设立的体制之间的特别（等级）关系；
- (d) 应该在更大程度上承认其条款“可双边化的”多边公约与不可双边化的双边公约（即所谓的“整体”条约或阐明“相互依赖的”或者是“绝对的”义务的条约）之间的区别；
- (e) 应该进一步详细阐明“对整个国际社会”应负义务（普遍义务）或对“整个缔约国群体”应负义务（对所有方面适用的义务）的确切含意；
- (f) 最近的实践为谋求消除或处理条约间潜在冲突的“冲突条款”建立了广泛的模式。然而，这些条款往往是不清晰的或者是含糊不清的。比如说，两项条约应该以一种“相互支持的方式”加以解释这句话，其具体含义是什么？

(2) 对制度法的研究

本项研究中有许多地方指出，条约链或条约群的重要性在日益增加，包括框架条约与执行条约之间的关系。实际上，不成体系是在发展国际规则和文书网络过程中产生的，出于一切实用的目的——包括为了解释，那些网络被作为单一的“整体”或“制度”来对待。本项研究确定了三种类型的特别制度：

- (a) 一套套关于国家责任的特别次要规则；
- (b) 一套套关于处理已查明问题的特别规则和原则；
- (c) 一个个具有自身原则、制度和目的的国际法特别分支。

迄今，无论是《维也纳条约法公约》还是国际仲裁惯例或司法惯例，都没有详细地阐明过这些特别类型的整体。然而，从本项研究中可以得知，“体制”可能在某一个正式条约、某一套正式条约和制度内，或以更广泛的“文化”方式发挥其功能。体制内的规则冲突似乎不同于体制间的冲突，或许也应该以不同的方式加以处理。“体制”还可能有非政府部门的参与，以一种可能影响它们的解释和实施方式代表非政府的利益。体制经常是在行政协调和“相互支持”的基础上运作的，关键是寻找体制方面的最佳结果。尽管这对于用一般性的或“纲领性的”措词拟定的条约规定显然是恰当的，但是对于确定主观权利或确立目的在于保障此类权利的义务的那些规定就不太合适了。体制运行方面的争端，可能并非总是得到负责处理承认权利主张问题的同一机关的妥善处理。同样，当源于不同体制的条约规定发生冲突时，应该注意保障冲突的解决不能由仅与冲突体制中的某一体制有关联的机关说了算。

兹建议委员会不妨从三个意义中的某个或某些意义上扼要地阐述一下特别体制的作用。为此目的，它不妨审查一下以下几点：

- (a) 作为全球化进程的一种结果而存在的国际体制和跨国体制的类型；
- (b) 体制自主运行的方式。这可能涉及到诸如内部体制等级的形成和运作、适用于体制-文书的解释原则、促成体制一致运行所需的特定规则或机构类型等等问题；
- (c) 一般国际（公）法在体制中所起的作用，包括在解决解释冲突和规定违反体制-规则情况责任方面的作用。可以审查公法和私法的关系，包括软法律和此类体制中的其他无约束的文书；
- (d) 在技术性条约体制中有许多规定都具有告诫性、程序性或“纲领性”特征。此类条款与规定主观权利或义务的条款形成了鲜明对照。尽管在出现冲突的情况下（或者，例如缺乏资源）可以轻而易举地对前者做出调整，但对后者加以平衡或协调就不那么容易了。对体制-规则的任何研究均应在特定的体制-规则的规范力中考虑此类对照；
- (e) 体制失败的条件和后果。首先，什么情况算作“体制失败”？正常中止的一般法在程序上的补救手段何时能适用？
- (f) 体制间关系的整个集合体，目前是法律上的一个黑洞。可用何种冲突解决原则来处理两种体制之间或跨体制文书之间的冲突？
- (g) 解决体制内争端和解决体制间争端可以不采取同样的规则或程序。对于后一种情况，尤其需要确保能提供不偏不倚的解决机制。

(3) “一般国际法”的性质和运作

正如我们在整个研究报告中所看到的，不成体系现象的产生是有背景的，不仅时常明确参照《维也纳条约法公约》，而且也时常参照称为“一般国际法”的某种东西。然而，对这所表达的意思不存在任何得到充分表述的或统一的理解。“一般国际法”明显参照了一般习惯法以及《国际法院规约》第 38 条第 1 款 (c) 项所载的“一般法律原则为文明各国所承认者”。但是，它也可能参照国际法本身的原则以及来自国内法的类似原则，尤其是法律程序原则（必须听取另一方之词、遇有疑义时应遵循从宽方针、禁止反言等等）。在国际法庭——包括世贸组织的上诉机构、欧洲人权法院和美洲国家人权法院——的实践中，它们经常参照各种类型的原则，这些原则有时出自国内法，有时出自国际惯例，但往往是以一种不具体说明其权力的方式。

“一般国际法”的实质内容有许多在 Hersch Lauterpacht 提交的研究报告中作了详细论述。这项研究是联合国秘书长于 1948 年委托进行的，从而启动了国际法委员会编纂和逐步发展国际法的工作。⁶⁸³ 经过将近五

⁶⁸³ 涉及国际法委员会编纂工作的国际法概览，第 A/CN.4/1 号文件（联合国出版物，出售品编号：48.V.1），重刊代号为 A/CN.4/1/Rev.1（联合国出版物，出售品编号：48.V.1 (1)），另还发表在《国际法》上。Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht, 第一卷（Elihu Lauterpacht 编辑，Cambridge 大学出版社：Cambridge, 1970 年），英文第 445-530 页。

十年的工作，委员会于 1996 年分析了逐步发展和编纂国际法的范围，而且为了全面审查一般国际公法的主要领域，制定按照 13 个主要领域分类的国际法专题总方案。⁶⁸⁴ 不管“编纂和逐步发展”的前景如何，今天有一点似乎是清楚的，即国际法的发展，将主要以专家的准备工作为基础在专门负责制订法律的会议和组织内进行，而且将导致复杂的拥有自己的体制规定和程序的条约体制。实际上，这是一度出现对不成体系问题的关注的背景的一部分。

在日益专门化的法律环境中，为普遍调整那些不能降到实现特别利益并且比技术上的协调走得更远的关系而受托讲一般国际法语言的机构已经很少了。国际法委员会就是这样一个机构。它所从事的编纂和发展工作恰好涉及阐述“一般国际法”的内容，把它当作只能理解为一种国际公共领域的一个方面。采用《维也纳公约》的视角形成一种支配一切的观点在本项研究中已经成为可能；这一事实表明，国际法引起了当前的广泛关注，但不是完全从实质性规则和原则——毕竟，已经编纂了其中的很大一部分——的角度而是作为一种形式论证式手段。重要的是，正是那种技术手段代表了在扩散技术单一主义的世界里属于“一般”的东西。

转向专门的条约制订和国际法委员会议程上专题的减少，表明在普遍规则的术语编纂和逐步发展方面能取得的成就是有限的。必要的概括和抽象是要为条约法的普适范围付出的代价，在某一点上已经跨越了过于概括和抽象的门槛。在“普遍”规则的构架下，事实上经常发生的是，表面上看来只是在地方或专门技术层面执行一般（但完全是不确定的）标准，其实是专家在制订规则。在这一点上，提请人们注意一下“一般国际法”以何种方式不断出现在区域机构和专门机构的实践中是十分有益的。正是这种一般国际法提供了某一国际公共领域的基础，人们可以从这一基础的角度对在特定的条约体制下开展的专门探索和技术活动做出评估。

因此，兹建议委员会以编纂和逐步发展以外的形式——不是作为替代物，而是作为对后者的补充——加紧寻求“重申”一般国际法的途径。此类重申工作应该集中在，比如说，以下三个方面：

- (a) 对“一般国际法”的参照究竟涵盖哪些来源？
- (b) “一般国际法”以何种方式出现在国际条约法及国际和国内的法院和法庭的实践中以及其他的国际法律适用机构中？
- (c) 在何种程度上，今天已经取得成功的“编纂和逐步发展”事实上必然需要对一般国际法的诞生和自发运行加以研究——这项工作由国际法委员会适当实施。

⁶⁸⁴ 《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 246-248 段和附件二。