

全球一體化與民法傳統¹

唐曉晴

澳門大學法學院副教授

一、引言

今天的演講環節是作為2005年10月由中國法律學會於北京舉辦的名為“經濟全球化的趨勢與法律規定之構建”的國際研討會的延續。當天的會議吸引了眾多國際著名學者參與，當中包括代表澳門的四位代表團成員（Paulo Castro教授、Ignazio Castellucci 教授、文遠達教授和本人）。

在北京的會議中，每位澳門代表團成員都發表了一篇學術論文。可是，本人的同事所發表的論文皆是英文的，而本人的稿件卻是中文的。另一方面，儘管研討會的題目名為“全球化與法律規定”應該是一些跨國性和一般性的內容，而本人所發表的卻很地道和具體——《將來物與將來物之買賣合同》。這麼具體的話題仍然引來了不少中國學者的關注，對此本人並不感到驚奇。實際上，每當涉及到全球化與法律的時候，就會出現很多組合的可能性。這些假設可能是：全球一體化的現象可能會為法律帶來甚麼後果呢？法律在經濟全球化的過程中扮演一個甚麼角色呢？是否應該將法律全球化，即一體化呢？現在是否已經存在法律概念及法律研究所的一體化？或者，是甚麼讓我們確信法律最終有可能出現統一或整合呢？法律可以整合到一個怎樣程度呢？全球一體化及作為反義詞多樣化等等。

縱使如上所述，此演講在澳門原本是針對本學院英文碩士班的學生而準備的。如果由本人以中文來發表這份講稿好像不太適當。因此，本人只剩下兩個選擇：一）將為北京會議而準備的論文翻譯成英文；二）

¹ 此文與發給澳門大學法學院英文碩士班學生的講稿相應。在此，本人欲向邀請我參加這次演講的同事致謝，他們分別是：Paulo Castro教授、Castellucci 教授和文遠達教授。

另行撰寫一篇相關內容之論文。

我選擇了後者，而結果是製作了這篇文章。雖然本人的兩篇文章之內容並不相同，但我相信它們之間存在著共性，就是將以下之資訊傳播：民法傳統不僅是法律全球一體化的起始點，在某程度上民法本身亦已經被一體化了。

在本人於北京發表的文章裡，首先從《澳門民法典》的一個具體話題出發，然後將其起源追溯到葡國法、義大利法和羅馬法。這次在澳門的演講，我嘗試解釋這樣做的原因（即為何我把澳門法律的一個題目與歐洲法和羅馬法聯繫起來）。

每當我們談及“全球一體化與法律規定的構建”時，人們總會很容易地聯想到將來，猶如將現今的狀況，甚至將法律的性質，想成就只有孤立和變化一樣。然而，本人的觀點認為，這只是一定程度上反映了事實，或者顯然不是真相。我敢說，在法律的世界裡，全球一體化並非將來式而是現在式或者過去式，民法傳統本身已經被一體化了。

二、民法傳統

作為法律系學生，我敢說你們都應該聽過以下的故事：

在西元4世紀90年代，一位年輕而有野心的皇帝立志要成就一番春秋大業，將沒落了數個世紀的帝國恢復成一個更大的強國。為了實現理想，他刻畫了一個非常詳細的行動計劃，至少包括以下三方面：一）為其帝國實現政權一統；二）將法律統一；三）恢復遺失了的文化。這位皇帝的名字是，東羅馬帝國的查士丁尼大帝。而其計劃的第二部分正是人類法制史上的一個關鍵時刻。

就是這樣，查士丁尼在其即位後的第二年就成立了一個由十名成員組成、專門負責編輯和組織現存法律的委員會。為此，這個委員會被賦予增加、修改、廢止和將材料系統化的權力。出乎意料地，在一個相對較短的時間裡，委員會已經收得其成果：編製了《查士丁尼法典》，這被譽為所有現代法典的始祖。

隨後多年，查士丁尼更進一步推動編纂，將一些著名的羅馬律師的教條式作品進行編纂而成著名的《學說匯纂》。後來，為了教學目的以及取代由蓋尤斯所著的、明顯已經不合時宜的舊叢書《法學階梯》，其促成了《法學階梯》新版本之精心製作。上述三本著作，連同《新律》，統一

合稱為世界知名的《民法大全》。

不言而喻，查士丁尼精心製作如斯法學經典的主要意圖，就是要挽救長期衰落的羅馬帝國和回復其昔日光輝的法律文化。然而，不管他有多努力，羅馬帝國還是無法回復其原來的版圖，其東帝國亦於14世紀終告滅亡。

自西羅馬帝國衰落後，歐洲大部分被日爾曼人所佔領；而查士丁尼法律的有效性僅局限於義大利一帶和西班牙半島。換言之，羅馬法喪失了其約束力。雖然這樣，羅馬法的精髓通過天主教教庭的力量得以保存下來。此外，日爾曼法一般只適用於同類族人，而羅馬法對於羅馬帝國的後裔而言則繼續行之有效。事實上，日爾曼法具體而言較為淺白簡單；而在民事和商事生活上，要以日爾曼法來取代羅馬法在實踐上是沒可能的。不過，正因為其複雜性，使到法律工作者在適用羅馬法時往往吃力不討好。日爾曼君主考慮到這一困難點，便開始著力於發展其自身的法典。這些製成品是以查士丁尼法作為藍本，並將習慣法結合到簡化版的羅馬法。在眾多日爾曼法典中，最著名的作品包括有：Breviarium Alaricianum, Codex Revisus, Lex Visigothorum, Liber Iudicum等。不用言明，那些法典是絕對無法與查士丁尼法相提並論。

踏入12世紀，各種因素諸如政治（復興羅馬帝國的野心）、宗教（天主教教庭的發展）、文化經濟（羅馬法本身的完美技術和適應新時代經濟和社會現實的靈活性）等等爭相使到羅馬法復興。無論如何，波洛尼亞大學（註釋派學院）²的出現，對羅馬法復興來說，是一個重要的啓程點。

當時，《民法大全》由一部民族法和西哥特式法典，變成為了法律研究的主要對象。義大利，尤其是波洛尼亞大學，很快地成為了一個法學研究中心，吸引眾多本地和外地學生入讀。當那些外地生完成學業並回到自己國家時，便會同時將所學到的法學理論以及相關的知識和技術帶回去。由此，以《民法大全》為基礎的羅馬法，以及主要以拉丁文書寫的註釋學派和評註學派的著作，就成為了大多數歐洲管轄權的共同基礎和共同語言。而在近代，《民法大全》以及註釋學派和評註學派的著作甚至獲得絕對法淵源這個美譽（亦即被稱為“*Ius Commune*”）。

從16世紀起，國家和邦等概念開始在歐洲盛行，而一股法律國家化和中央集權（尤其是立法權）之趨勢亦漸漸形成。昔日影響深遠的“*Ius*

² 【葡】M. J. de Almeida Costa, 《葡萄牙法律史》, Almedina, 2001年, 第211頁。

Commune”亦逐漸失去其約束力；取而代之，由立法機構所制定之法律成為了唯一的法律淵源。

我們可以說，國家化的進程為法典化的趨勢開闢了道路，因為在制定新法令的過程中，由於立法者需要將現存法律和習慣詳細記載，並將有關著作有系統地作出整理。在這情況下，由17世紀開始，法典化的試金石相繼出現，例如1667年的《民法條例》、1670年的《刑法條例》等等。

現代民法典先驅這個美譽，由1756年的 Codex Maximilianeus Bavaricus civilis 享有，應該可以說是當之無愧，這完全是歸功於其系統的方法，然而，這部法典的系統化程度仍不太高。Codex Maximilianeus 之後，隨之而來的有多部精心製作的民法典，當中包括 Preussischen Allgemeines Landrecht（或簡稱為ALR）和《奧地利民法典》（或簡稱為ABGB）都相繼在日爾曼法系國家出現。《普魯士法典》取得高程度的系統性，但其並非為私法所專屬。第一部優秀的現代民法典是《奧地利民法典》，或ABGB³，其針對概念的準確性以及在整个法典的系統連貫性都顯然超過了ALR。不過，基於其制度過於簡單，這部法典在很多方面看來好像不夠完善。

法典化的趨勢最終蔓延至整個歐洲，與此同時，法國大革命亦告爆發，由兩者相遇所孕育出來的結晶品就是1804年的《法國民法典》。這部法典亦被譽為第一次現代法典化運動的最大成就。這部法典的成就完全超越了所有舊有法規。從技術角度上看，jusrationalist 系統本質上被移植到這部法典。

作為革命的產物，《法國民法典》的首要目標就是要廢除舊有制度以及統一國家的私法。另一方面，在自然法思想的影響下，立法者嘗試去制定一部理性而又可以在所有國家和社會適用的法典。

《法國民法典》作為人類史上法律科學的一個轉折點，其所帶來的影響千古流傳。起初，《法國民法典》伴隨著拿破崙的佔領而被帶到歐洲國家，亦即，比利時、盧森堡、荷蘭、義大利、西班牙和葡萄牙等。雖然這些國家後來也恢復了他們的主權，但《法國民法典》的影響並無因此而褪色，相反，《法國民法典》卻成為了他們法律傳統的一部分。當那些歐洲國家制定自己的民法典時，亦保留了許多《法國民法典》的規範和特徵。

³ 【德】Franz Wieacker,《近代私法史》，古本江基金會（Fundação Gulbenkian），Lisboa，1993年，第384頁。

另一方面，許多非洲、印度支那和拉丁美洲國家都被19世紀的歐洲列強所佔領而淪為殖民地，從而使《法國民法典》或者受該《法國民法典》所影響而製定的法典適用於這些國家。而在19世紀早期，《法國民法典》成為了這些國家的立法藍本。

當法典化趨勢繼續之同時，在19世紀末期及20世紀都分別有多部著名的法典出臺⁴，當中大多數無論在內容上還是在系統結構上都敢於創新。然而，那些創新或者偏離絕不代表可以將根深柢固的民法傳統完全地割斷。

三、民法傳統背景下的全球化

如果以上的結論是正確的，即是，的確存在民法傳統，而有關傳統已經一體化了的話，“全球化”這詞對於法學家而言似乎已經毫無意義。那麼，為何在國際層面上還有這麼多人嘗試（官方或民間的）為法律制度的一體化而奮鬥呢（試想《聯合國國際貨物銷售公約》）？甚至只是為了區域層面上法律制度和諧而奮鬥呢（試想《歐洲合同法的原則》、《歐洲私法共同核心計劃》、《歐洲民法典計劃》等）？

那些嘗試意味著甚麼呢？這只是告訴我們現今世界的法律制度完全未達至一體。這樣看來，是多麼的矛盾！

根據本人之觀點，這裡根本不存在任何矛盾。我這樣認為僅僅是因為全球化這個詞並非一個絕對判斷，相反，它是一個相對之價值和永無休止的故事。

當我們認為民法傳統已經一體化的時候，我們正在遠離宏觀的角度。民法傳統本身，作為人類文化的一部分，在某程度上，它受到國際上的廣泛承認；由此，我們可以說它完全滿足一體化的條件。實際上，當代現存的所有民法典都可以追溯到同一個起源：羅馬法，或者更具體的是，查士丁尼羅馬法。這就能夠解釋到為什麼同樣是來自義大利的同事，Castellucci 教授和文遠達教授，會發現我們的《澳門民法典》非常親切，而且他們和其他本地法律專家一樣很快便能投入相關討論。這裡我想說的是，我們吸納民法典作為我們私法的基礎的同時，其實我們的法

⁴ 例如，《德國民法典》(1900年)，《義大利民法典》(1942年)及《荷蘭民法典》(1992年)等。

律在某程度上就已經達到一體化。

當我們提到世界上現有的法律制度與一體化仍有一段距離時，甚至談不上區域程度上的和諧時，我們所指的是法律適用的實際層面而言。在這方面，當然法律還未達致一體化。法律文化和至高無上的立法權的差異正正就是導致無法達至和諧的主要源頭。當主權國家這個理念繼續存在，差異仍會繼續存在，而它之所以存在具有十分充分的理由——不同族群間的利益衝突。

不過，現實中亦存在另一股強大的動力正在將各種不同法律體系和特別的法律制度推向和諧甚至統一這個最終目標。那就是，經濟交易和科技的迅速發展，使到人與人之間的溝通更有效率。

可以斷言，在商業世界中，只有當一套相同的規則適用於所有參與者的時候，才能達致公平和進行交易。由於經濟力量往往決定一國之強弱，而經濟上的富足更是每一個人實際上所追求的唯一目標，因而形成了追求法律上之和諧的強烈要求。在此方面，應該（為邁向最終的統一）付出更多努力。在一體化的進程中，本人認為民法傳統已經提供了一個基本框架，而在某程度上亦構建了世界上眾多管轄權的共同語言。

然而，我們必須謹記，法律是文化的倒影。在某些方面（諸如親屬法和物權法），統一並非最佳的解決方法，而像全球化此類概念實際上是不可能的或者是無法接受的，因為它意味著不公平、不合理，而絕非和諧。

最理想的情況是：各人都能保持其特質，而同時又能和諧共同地生活。因此，在法律層面上，本人主張和諧這個概念，多於全球一體化這一概念。

全球化及其對國際法的影響： 邁向國際法治？

Paulo Canelas de Castro

澳門大學法學院客座副教授

葡萄牙科英布拉大學法學院邀請助理教授（學術性休假）

“近年來，在國際關係中法治的蔓延一直是許多政治，社會和經濟方面取得進展的基礎。（……）新千年是再次肯定我們組織的主要目標以及重新關注它們的一個適當機會。在國際事務中建立法治具有重要的優先地位”。

科菲 安南

前言

1. 法治的歷史根基

17世紀一方面見證了現代國家的誕生，另一方面又見證了建基現代國家^{1、2}的國際（威斯特）社會和國際法³。

-
- ¹ 對於威斯特法利亞和約（以及隨之而來的國際社會）和國際法之間的關係的這一觀點，參見John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, 劍橋, 1894年, 第54-59頁; Antoine Hobza, “Questions de droit international concernant les religions”, RCADI, 1924, 第IV冊, t.5, 第377-379頁; Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 紐約, 1954年, 麥克米蘭, 第115-118頁; Leo Gross, “威斯特法利亞和約”, AJIL, 1984年, 第42冊, 第20-41頁。
- ² 國家被假設為唯一對被視為原有的, 最高的, 單獨的以及不可分割的公權力之持有者（‘*Hoheitsgewalt*’）。參見Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3rd ed., Bad Homburg, 1960年, 第427-504頁。同樣參見 Hans Schneider, “Gewalt, öffentliche”, 載於Roman Herzog等人編輯, *Evangelisches Staatslexikon*, 第1冊, 3rd ed., Stuttgart, 1987, Kreuz Verlag, cols. 1123-1125。
- ³ 就國家在早期國際體系中的法律和政治情況的分析, 參見Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law* (由Michael Byers翻譯), 柏林, 2000年, Walter de Gruyter; Jost Delbrück和Rüdiger Wolfrum (編輯), *Völkerrecht*, Bd I/1, 2nd ed., 柏林, 1989年, Walter de Gruyter, 第2-21頁。

從那時起，法治原則⁴也開始浮現：作為一條與現代國家緊密相連的原則，法治原則被運用於國家內及其法律秩序上。

與此同時，主權原則成為了國際法的中心原則，規範現代國家之間的關係⁵。

前一原則，在其國內陣營中，作為國家強權及其代表“縱向”等級化優越性證明以及法律凌駕於國家內市民社會的表現。國家機關同樣也可以通過執行統治者或立法者所訂的命令，受其委託使之實現。

主權原則在國際方面，一直被描述為一個“橫向”的社會規範，沒有“*suprema potestas*”，沒有凌駕於國家的最高權力。該原則的制定是為了保護該實體和其自由。主權和國家之間的關係變得如此“強制”以至於作為對比，沒有幾個把無政府狀態的國家⁶或一個檯球桌⁷等同於國際社會，其中國家作為不透明的“球”在國際社會的遊戲中會經常發生衝突，在它們持續不斷地權力鬥爭中⁸有時甚至消滅對方⁹。同時，在它們的“球狀”內，它們也相當於一個好的、完美的以及在包裹公民的結構中享有代表權的“幾何”形象。國家是一個封閉的黑盒子，其鑄造一個無法被刺破的面紗蓋在社會領域，從那時起，事實上缺乏任何法律主觀性。

國家法律，逐步基於法治和國家機關的支持，因為國家武裝力量可

⁴ 參見 Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5th ed., 科英布拉, 2002年, Almedina, 第93-100及243-281頁; Ulrich Karpen, *Der Rechtsstaat des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1999年, Nomos; Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1986, Mohr.

⁵ 參見 Hans Kelsen, “Théorie générale du droit international public: problèmes choisis”, *RCA-DI*, 1932年, 第IV冊, t.42, 第121-351頁。

⁶ Hedley Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, 2nd ed., 紐約, 1995年, 哥倫比亞大學出版社。

⁷ Georges Abi-Saab, “Preface”, 載於 M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droit de l'homme*, 布魯塞爾, 1976年, Bruylant, p.viii.

⁸ A. Cassese, *International Law in a Divided World*, 牛津, 1991年, 牛津大學出版社。

⁹ 這是現實派的看法（並且，為此目的，同樣也是新現實派，或結構現實派，即 Kenneth Waltz 的看法）。開創性的著作仍然參見 H.J. Morgenthau, *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, 紐約, 1948年, A. Knopf. 其他近期稿件，可以參見 Oona A. Hathaway 和 Harold Hongju Koh, *Foundations of International Law and Politics*, 紐約, 2005年, Foundation Press, 第42-48頁以及 David Held 和 Anthony McGrew (編), *Governing Globalization-Power, Authority and Global Governance*, 劍橋, 2002年, Polity, 第237-248頁中的概述或參考文獻。

以使之成真、迅速表現良好、得以發展並且能夠規範國家界限內生活的基本方面。

相比之下，國際法相應成為了最低限度、零星的、不確定的法律，因為它基於易變的國家意志¹⁰（它不過是“國際公法”¹¹）並規範國家之間的相互關係，國家極少與外國發生關係，只涉及一些謹慎的領域，如戰爭與和平、航海、商業、外交和國家屬性的問題。這只是一個確保被包圍的國家與接壤的鄰國共存¹²的法律。

此外，這是一個“無牙”的法律，一隻僅會咆哮但不會真的咬人的老虎，由於其系統特性，即缺乏能夠審判爭端的機構以及在不遵守情況下對被阻礙的法律義務的強制執行，尤其是當這種不遵守是由於強國所造成的。在執行的層面上，磋商、政治、國家意志都會重新出現來最終確定事實，而非法律。相對於政治領域，法律缺乏獨特性，這就是一些歐洲（基督教）國家俱樂部中，只是逐步增選其他國家加入這個受制約的社會。國際法反映現實。它於“事後”對戰場上或外交上衝突權力的制衡進行寬恕。就其主權的基本原則，從這個意義上，就相當於對行為的許可，這樣就等於Stephen Krasner所譴責的“組織化虛偽”¹³。

在任何情況下，這兩條原則對傳達傳統世紀之久的國家與其（雙重）法律形象來說都是必不可少的。

一方面國內法或“*inneres Recht*”非常強勢，正如國家對於在其領土範圍內的市民和其他“權力”來說是非常強勢的。

相反，國際法或“*ausseres Recht*”，作為國家意志，原則上主權或自由的概括表達，是微弱的，正如國家準備接受其基本自由受到約束或限制一樣微弱。因此不足為奇的是這麼多世紀以來，事實上直到二十世紀末，模式為國家可以任意行為，甚至會反映到逐漸議定限制個人力量的使用中來（漸進但又緩慢，艱難地注入到整個二十世紀）。

¹⁰ 如Ivan Shearer, “In Fear of International Law”, *IJGLS*, 2005年, 第15冊, n°1, 第346頁, 寫道“*international law is essentially a voluntarist system of law*”。

¹¹ 這仍是在60年代J. Brierly著名手冊中的教導。參見J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed., 牛津, 1963年, Clarendon Press (1967年重印)。

¹² 關於國際法的傳統理解類別通常與Wolfgang Friedmann的著作, *The Changing Structure of International Law*, 倫敦, 1964年, Stevens裏國際法學術中所用的“合作”, “促進”相反。對於其他試圖捕捉國際法演變兩極化趨勢的含義, 請允許我們參考Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, 科英布拉, 1994年, Mimeo。

¹³ Stephen D. Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, 普林斯頓, NJ, 1999, 普林斯頓大學出版社。

國際法不僅僅是偶然地結構薄弱。由於缺乏中央化機構，相當於國家在國內領域的地位，它同樣也依賴於規定的針對者，即國家，依賴他們的善意以施加任何影響，儘管是最小限度的影響。或者，正如Triepel¹⁴暗示性的表述，這一般是比較無能為力的，而取決於領袖能打勝仗。在理念和規範上長期主導國際法和國內法之間的關係的雙重統治¹⁵，因此恰恰就是一個有充分依據的真實生活寫照。

直到上世紀80年代末，這種形象一直基本保持其真實性，儘管伴隨兩次世界大戰的結束，出現了兩次充滿希望和夢想的戲劇性時刻，兩個予以極大期待的時期^{16、17}，然而隨著冷戰的到來隨即破滅¹⁸。

¹⁴ Heinrich Triepel, “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, *RCADI*, 1923年, 第1冊, 第106頁。

¹⁵ 就國際法和國內法關係，把它們描繪為建立在主權國家之上的世界之單獨領域的書目中，最具代表性的當然為Heinrich Triepel。除了前文腳註中所提到的著作外，還可以參見*Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899年, Hirschfeldt.

¹⁶ 不容分為，我們並打算削弱國際法在這期間的重要發展，其中我們將隨後指出的變化其實在尋求靈感並在這些時期內得以延續。事實上，在許多方面它們比現在的國際法更重大或更顯而易見，它們來自於解釋，重構工作而非實際中對新制定法的頒佈。我們一直在努力捕捉幾個由反思過去國際法著作時期所引發的突變（伴隨著延續性），正如Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias do Direito da Neutralidade*, 科英布拉, 1994年, Mimeo; “Mutações e Constâncias do Direito Internacional do Ambiente”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 1994年, n°2, 第145-183頁; “Sinais de (nova) Modernidade no Direito Internacional da Água” (在國際水法中(新的)現代化跡象), *Nação e Defesa*, 1998年, n°86, 第101-129頁; “De quantas Cartas se faz a paz internacional?”, 載於Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho (編), *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, 科英布拉, 葡萄牙, 1999年, 科英布拉社論, 第1005-1060頁; “Do ‘Mare Clausum’ ao ‘Mare Commune’? Em busca do Fio de Ariadne através de cinco séculos de regulação jurídica”, 文章發表於“Portugal-Brasil: ano 2000”會議, 在葡萄牙科英布拉舉辦, 2000年(即將出版); “A intervenção armada e o Caso do Kosovo—Novos Elementos para a Construção de uma Nova Ordem Internacional?”, *Nação e Defesa*, 2001年, n.97, 第75-134頁; “Intervenção Humanitária e Assistência Humanitária no Pós-Guerra Fria: lembrança do passado e esperança num futuro mais humano?”, *BFDM*, 2003, 第15冊, 第165-187頁。然而，我們確實理解冷戰削弱或使較新的規範性的資訊特點變得不明確或不一致。從這個意義上說我們隨後要細查的發展可以視為國際法律體系顯著重建的重要新要素的引入。

¹⁷ 在國際社會層面上這個主要突變同樣可以探測到，此後更通常稱之為*international community*，概念的過渡得益於19世紀德國理論家的著作，上述所有見Ferdinand Tönnies (*Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*, Darmstadt, 2005年, Wissenschaftliche Buchgesellschaft)以及裏面所建立的結構(*Gesellschaft-Gemeinschaft*)。

¹⁸ 有關安全問題，請允許我們參考Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, 科英布拉, 1994年, Mimeo。

2. 全球化¹⁹：是否會有所改變？

伴隨著目前正在開展的全球化時代^{20、21}，以及隨之而來的結果

- 結束世界的分隔狀態；以及
- 展開了強大的非國家化進程^{22、23}

¹⁹ 這裡嘗試對全球化下個定義似乎是多餘的，因為之前已經存在很多。總之要注意的是這些定義通常是多方面的，這似乎反映了這種現象的複雜性和多面性以及認為這是一個過程的明顯共識。這些過程的部分—如大規模移民，全球恐怖主義，氣候變化，臭氧層破壞—可以被作為客觀事實看待。其他則有較為明顯的主觀性。我們在這裡指出一個日益普遍的看法就是原本以國家為中心的政治進程正在朝著一個更多層次，存在其他主體互動以追求公共目標和完成公共任務的方向發展。相似觀點參見，Jost Delbrück, “Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State”, IJGLS, 2004年，第11冊，n°1, 第33頁，註釋7。

²⁰ 儘管有其自身的缺點，全球化仍是目前最常用的表述來形容在過去15年裏世界所經歷的多方面和複雜的發展以及它給傳統主權概念所帶來的變化。

²¹ 就全球化進程特性的全面分析這裡不可能詳述，可參見David Held等編寫，*Global Transformations: Politics, Economics and Culture*，劍橋，1999年，Polity Press., 第1，3-5章；Ulrich Beck, *What is Globalization?*，劍橋，2000年，Polity Press, Stefan Oeter, “§1. Welthandelsordnung im Spannungsfeld von Wirtschaft, Recht und Politik”，載於Meinhard Hilf 和Stefan Oeter, *WTO-Recht. Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, 2005年，Nomos, 第1-9頁。

²² 或者“國家的退卻”，由Susan Strange所創造的表述，*The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*，劍橋，1996年，劍橋大學出版社。無論如何，“diffusion of state power”，較溫和的含義見，Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*，劍橋，2005年，劍橋大學出版社，第12頁。

²³ 德國術語來表明這種國家能力和地位逐漸下降的趨勢，即應對我們這個時代的挑戰所必需的公共產品的產生，例如那些對人權、環境和國際安全的保障以及全球治理所需手段的構想，‘Entstaatlichung’，從概念上看上去更貼切。相反地，‘dédoublément fonctionnel’的表達由 Georges Scelle 在 “Le phénomène juridique de dédoublement fonctionnel” 中指出，提到國家和國家憑藉其權力，在許多方面的確似乎遠離現實。載於Walter schätzel 和 Hans-Jürgen Schlochauer (編)，*Rechtsfragen der internationalen Organisation. Festschrift für Hans Wehberg*, Frankfurt am Main, 1956年, Vittorio Klostermann, 第324-342頁。

- 產生一個更為複雜和多元化的社會²⁴、²⁵、²⁶；
- 一個自由化的世界顯然已經形成²⁷，從理論上說，這將會進一步促進非國家主體的解放；以及伴隨著特別學術造詣²⁸賦予我們這個時代專門術語的特點；
- 世界各國之間日益增加的相互依存；
- 在國際組織內以及通過多邊條約增加各國合作的必要性；
- 更多地轉移以往傳統政府職能，從國家轉移到其他管理的“各個階層”，包括“較高”（全球性或區域性的國際組織）和“較低”（非國家主體，在國家內部或邊境設置內為一定的行為）；
- 在多邊、區域及雙邊層面上前所未有的貿易自由化；
- 新信息技術的倡導開發；
- 從保護主義到開放的市場經濟的轉變；
- 跨國經營活動的增加；
- 民主觀念和體制的逐漸加強；

²⁴ Bas Arts, Math Noortmann和Bob Reinalda (編), *Non-State Actors in International Relations*, Aldershot, 2002, Ashgate.

²⁵ 非政府組織已經對全球民間社會的形成產生越來越大的影響。很多時候他們以一種自我任命的方式行動，倡導或代表國際社會的公眾利益，執行不同的任務，如監督國家行為以其對國際義務的遵守，在國際法律制度的諮詢、立法、執行和審判階段提供專業知識。就國際法中對非政府組織的歷史發展和法律地位的關注可見Stephan Hobe, “Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations”, *IJGLS*, 1997年, 第5冊, 第191-209頁；Rainer Hoffmann (編), *Non-State Actors as New Subjects of International Law: From the Traditional State Order Towards the Law of the Global Community*, 柏林, 1999年, Duncker & Humblot; Karsten Nowrot, “Legal Consequences of Globalization: the Status on Non-Governmental Organizations Under International Law”, *IJGLS*, 1999年, 第6冊, 第579-645頁；Michael Hempel, *Die Völkerrechts-subjektivität internationaler nichtsstaatlicher Organisationen*, 柏林, 1999年, Duncker & Humblot; Ignaz Seidl-Hohenveldern和Gerhard Loibl, *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 7th ed., Köln, 2000, Carl Heymanns Verlag, 第84頁；Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, 劍橋, 2005年, 劍橋大學出版社。

²⁶ 受啟發於, Jost Delbrück, “Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State”, *IJGLS*, 2004年, 第11冊, n°1, 第33頁, 註釋7, 提及“橫向的多重角色及縱向的互通性”。

²⁷ 這樣的表述見, 例如Francis Fukuyama, “The End of History”, *The National Interest*, 1989年, n°16, 3-18頁。

²⁸ 概要載於Manfred B. Steger, *Globalization*, 牛津, 2003年, 牛津大學出版社。

- 把全球不同地點連成廣泛的通信、移民和交互關聯的系統；
- 全球地域主導的實體擴張；
- 各種全球力量對地方生活的影響擴大；
- 全球和地方相互作用的系統；
- 對人類生存的廣泛影響；
- 主權國家、企業和公民內部以及相互之間互動方式的改變；
- 外國和本國國民之間金融、商業、文化和社會的交流範圍擴大；
- 不同國家的人民之間政治關係的增強；
- 國際機構的覆蓋增加— 由經濟、社會和政治— 所構成的嶄新的全球政治實體；
- 新規範制定者的出現（以及他們及其規範所帶來的挑戰）；
- 為了開始應對我們這一時代的挑戰而對跨國管理制度的發展^{29、30、31}；
- 國家和民間社會之間的界限模糊；
- 公共和私有之間的界限模糊；
- 在這個越發多元化和聯繫更緊密的跨國社會主體中，衝突和摩擦的機會增大。

同樣訂立如此法律條款的目標在於：

- 提高世界上大多數人的生活水準；
- 擴大市場規模和生產效率；

²⁹ 其理論依據和形式的簡明概述，參見 Anthony McGrew, “Liberal Internationalism: Between Realism and Cosmopolitanism”, 載於 David Held 等編輯, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, 劍橋, 1999年, Polity, 第267-289頁, 同樣見 James Rosenau, “Governance in a New Global Order”, 載於 David Held 和 Anthony McGrew (編), *Governing Globalization-Power, Authority and Global Governance*, 劍橋, 2002年, Polity, 第71-73頁。

³⁰ 它們通常的定義指一連串（‘自成一體’）的原則、規範和程式以及或多或少其執行、要求遵守以及爭端解決的制度化形式的存在。參見 Stephen D. Krasner (編), *International Regimes*, Ithaca, 1983年, 康乃爾大學出版社; Volker Rittberger (編), *Regime Theory and International Relations*, 牛津, 1990年, 牛津大學出版社; Andreas Hasenclever, Peter Mayer和Volker Rittberger, *Theories of International Regimes*, 劍橋, 1997年, 劍橋大學出版社。

³¹ 就它們在自然資源和其他社會商品的分配和保存中被用作為敦促遵循機制, 見 Klaus D. Wolf, *Internationale Regime zur Verteilung globaler Ressourcen*, Baden-Baden, 1991年, Nomos。

• 允許缺乏資本的國家向其他有盈餘的國家借款，甚至打破一些在過去會引起軍事衝突的障礙和偏見。

無論如何，有些東西似乎正被強烈地撼動，尤其在公共權力的定位和使用以及保障公共物資供應的能力方面³²十分明顯，以至於前面所提到國家和國際領域的反差可能不再那麼突出³³。幾位作者把它們看作一種後國家形式格局³⁴的一部分，一種呼喚新規範的新現實狀況^{35、36、37}，一種新的涉及“憲政替代”³⁸

³² 一個簡單的例子足以表現這個事實：在現有的條件下國家再也無法能夠控制易波動的資金流向。

³³ 就此，見David Held, “Regulating Globalization”, 載於D. Held和Anthony McGrew (編), *The Global Transformations Reader*, 2nd ed., 劍橋, 2000年, Polity, 第422-423頁碼。

³⁴ 尤其是Jürgen Habermas的方法。參見之前, “Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie”, *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, 2005年, Suhrkamp, 第91頁及其後。

³⁵ Ingolf Pernice, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited?” *CMLR*, 1999年, 第36冊, 第703頁及其後, 相同作者“Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *ELR*, 2002年, 第27冊, 第509頁及其後。

³⁶ Jost Delbrück更提及“一個跨國聯邦的法律框架”。參見其“Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State”, *IJGLS*, 2004年, 第11冊, n°1, 第31-55頁。

³⁷ 要求全球化所能讓位於一個複雜而又多極化的跨國性、全球性社會的憲法化其中一個好的理由是因為過程的不平衡和引發的合法性基礎的批評。根據這個觀點，全球化需要被“馴服”(我們的靈感來源於David Held和Mathias Koenig-Archibugi (編), *Taming Globalization. Frontiers of Governance*, 劍橋, 2003年, Polity Press標題的啓發)。這些批評已經被系統地確定為“全球化的不滿”(參見Joseph E. Stiglitz, *Globalisation and Its Discontents*, 紐約, 2002年, Norton, 同樣David Held和Anthony McGrew, *Globalization/Anti-Globalization*, 劍橋, 2002年, Polity)。在這些由全球化所帶來的疑慮中，下列似乎構成了突出問題：即明顯的孤立公權力在不同層次的執行，無法限制(如非遏止)不受約束的(瘋狂的)新自由化的全球資本主義，在這一過程中主體的合法性缺失，既缺乏民主權利或又缺乏透明度，問責制和責任制。

³⁸ D. Chalmers, “Post-nationalism and Quest for Constitutional Substitutes”, *Journal of Law and Society*, 2000年, n°178, 第192-206頁。

的多層次（憲法性）法律^{39、40、41、42}，一個重構的國際法，其中恰恰不再設定國家公權力的平等以及依照傳統衍化而來的國內領域和國際領域以及國家之間關係領域⁴³的僵化界限，但仍然使用憲法語言、憲法工具和功能，將目標和價值視為最具重要性的，來為新的現實狀況構建更好的“框架”⁴⁴。

鑒於這麼多變化的跡象，對過往解決方法的反思似乎是恰當的，以投入一個典型的自我奮鬥。

³⁹ 構建和發展憲法性國際法的需要似乎是全球化所引起的國際法重要反思的一個主要特點之一。我們在結論部分會回到這個問題上。

⁴⁰ 對憲法的反思和為治理這個已改變的“新的中世紀”國際體系所需價值觀、目標和原則的建立以及相應地由國際和非國家主體執行的各自不同且被粉碎的公權力其中一個主要原因（Hedley Bull, *The Anarchical Society, A Study of Order in World Politics*, 第254-255頁首次陳述關於新的中世紀恰恰作為一個表現為複雜的層疊式的國際、國家和亞國家組織與國際社會的新政治背景的想法，其中個人的權力觀念和一種日益增強的“世界共同利益”削弱了國家主權）在於要處理由此舉所來帶的合法性、問責制和責任制的嚴重問題（顯然與Mattias Kumm的觀點相一致，見Mattias Kumm, “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, *EJIL*, 2004年，第15冊，n°5，第907-931頁）。

⁴¹ 這一多層次憲法的概念應接近於‘*cum grano salis*’。事實上，如果它（正面）暗示不同層面或橫向的規範層次都是同樣相關聯的，那麼它可能忽略了這些結構或‘*corpus iuris*’縱向和橫向層面的相互關聯，它們很多無疑都是互相“滲透”的。（歐洲聯盟的模式就是一個明顯的例子）。

⁴² 在政治哲學領域，由Otfried Höffe於*Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999年以及“Globalität statt Globalismus-Über eine subsidiäre und föderale Weltrepublik”中闡明，載於James Bohmann和Matthias Lutz-Bohmann（編），*Weltstaat oder Staatenwelt: Für und Wider die Idee einer Weltrepublik*, Frankfurt am Main, 2002年，Suhrkamp，第8-31頁。

⁴³ 呼喚全球憲政的另外一個原因在於全球化所造成的國家憲法的侵蝕所需，這也同樣解釋了為甚麼這個新的憲政已被多元化並具有重要的全球性、國際性因素，並克服國家和國際領域傳統邊界。的確，面臨全球化和它的一些特點（全球性問題，國家內部的非國家主體行為）要求將傳統的國家/政府職能（至少部分）轉移到其他執行政府或公權力的場合，憲法鬆散相對地使他們能夠達到這一目的。隨後產生一種源自於其他層面的補償性措施的需要，即為國際平臺。這同時存在的憲法職能缺失以及它們在其他層面的實質性假設與作者們所提出的觀點相一致，如John H. Jackson, “Changing Fundamentals of International Law and International Economic Law”, *AVR*, 2003年，第4冊，第447頁以及Thomas Cottier和Maya Hertig, “The Prospect of 21st Century Constitutionalism”, *Max-Planck UNYB*, 2003年，第7冊，第261-328頁。

⁴⁴ 在最後的闡述中，我們會以一個較為寬泛但又扼要的方式回到這個問題上。

因此，這些明顯的情勢變更所帶來的問題⁴⁵：

即是否可以說，法治原則不再局限於國家內部框架，而是已經作為國際社會的特徵並對國際社會產生影響呢？

如果是的話，如果我們真會看到標誌法治在國際層面嶄露頭角的新時代曙光，這將毫無疑問構成人類的一個主要進程。極其可能的是這也不可能不對傳統上以此為基礎的國家和國際法產生影響。

在我們開始細查這種假設（第一和第二部分）的優點及隨後其可能產生的意義（第三和最後陳述）之前，首先澄清對法治概念的實質理解以及實質研究方法似乎是必要的。

3. 法治 —— 一些本質特徵

事實上，有人可能會注意到，首先，儘管它在實踐中是一個與現代國家和歷史發展相關的非常重要的特點，但是法治的概念遠沒有建立或獲得共識。它甚至已經變得有點難以定義⁴⁶。我們可能面對許多內容如此多樣的可供選擇的建議方案⁴⁷，這是不足為奇的。其中一個主要的爭議點在於是否定義的概念就意味著對某些觀點和目標以及它們內容的參考。這樣的爭論涉及一個更為正式的構想並宣揚一個更為實質性的概念，或者正如Paul Craig所說，一種介於“狹義”和“廣義”的法治概念的爭論⁴⁸。鑒於前者的觀點強調形式要求，如合法性、清晰性，但卻沒有涉及概念內容的本質，後者聲稱沒有正確的價值觀和實質公正的要求就沒有法治⁴⁹，尤其是針對個人人權的強制執行由法院或其他機構的合法性掌

⁴⁵ 就其他有關對國際法產生深遠影響的問題，參見Ellen Hey, “Globalization and International Law”, *International Law Forum du Droit International*, 2002年，第4冊，n°1，第12頁。

⁴⁶ 目前這種情況更甚。根據，Richard H. Fallon, Jr., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, 1997年，第97冊，第1頁。

⁴⁷ 參見A. Watts, “The International Rule of Law”, *German Yearbook of International Law*, 1993年，第36冊，第15-45頁；Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, Leiden, 1998年，Nijhoff；以及近期，A. Watts, “The Importance of International Law”，載於M. Byers（編），*The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, 牛津，2000年，牛津大學出版社。

⁴⁸ Paul Craig, “Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework”, *Public Law*, 1997年，第467-487頁。

⁴⁹ 提出這一想法是J. Raz, “The rule of law and its virtue”, *Law Quarterly Review*, 1977年，第93冊，第195頁及其後，以及R. Summers, “The ideal socio-legal order. Its ‘rule of law’ dimension”, *Ratio Juris*, 1988年，第154-161頁。

控來決定⁵⁰。例如英國傳統（“法治”概念的傳達）和德國傳統（體現在“*Rechtsstaat*”的概念中）似乎就存在根本性的分歧⁵¹。

無論如何，就該含義的一個主要共識有必要至少包含政治對法律的屈服以及外交對司法的屈服。

的確，法治首先是一種“消極”方式，而非政治⁵²。Oscar Schachter 教授已經清楚警告說把法律降低到政治的層面而“使之作為法律存在”是不可能的⁵³。

政治是多變的、任意的，而法律及其規則並非如此。法律及其規則是確定的、穩定的。根據“法治”理念，其他方面的含義與政治截然不同，法律是預先訂立，同樣其規則也是事先設計和預知的。正是如此，根據“法治”理念，法律意味著對所有人平等適用，法律面前，人人平等。沒有人會被法律所遺忘，也沒有人能凌駕於法律之上。

這就是為甚麼我們通常都會認為權力是武斷和鎮壓的，人民、法律主體只可以根據法律，根據法治擁有可信的權力，獲得自由。

該原則第二個重大影響就是實質性的喪失，儘管彌漫著規範性特徵，但其具有體制性本質^{54、55}：參照法治可以指出其存在機構性、獨立性特徵的事實，保障對相關法律主體的開放，趨向於用一種強制的方式，如具代表性的法院做法，根據所創建的原則和規則實施法律並就此解決衝突。

⁵⁰ 持此觀點有R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, 1985年，哈佛大學出版社，第11-12頁。

⁵¹ M.-L. Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, 1999年，Kluwer，第66頁及其後。同樣參見B. Kriegel, “Démocratie et état de droit”，載於B. Kriegel, *Propos sur la démocratie. Essais sur un idéal politique*, 巴黎，1994年，Descartes，第31-44頁，作者談到法國傳統並認為法國和英國強調形式主義成分，德國構想注重實質性觀點。

⁵² 正如Gomes Canotilho頗具啟發性地表達為“the taming of the political realm by law”甚至更好，以避免任何誤解，見他的*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5th ed., 科英布拉，2002，Almendina，第93頁。

⁵³ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Norwell, Massachusetts, 1991年，Martinus Nijhoff，第4頁。

⁵⁴ Vide Richard H. Fallon, Jr., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, 1997年，第97冊，第38頁。

⁵⁵ 這為Morton J. Horwitz所強調，見“*The Rule of Law: An Unqualified Human Good*”, *Yale Law Journal*, 1997年，第86冊，第566頁，即使此方面也是作者所批判反對的。

4. 有關方法：分析框架 — 選擇和問題

正如我們所見，所假設的問題即是否存在任何我們可能看到的國際法治時代曙光的可信空間。

為了探究這種真正震撼性改革的可能性，一個（不）比過去甚至20年前寬泛得多的國際法治。我將首先對國際法的一些近期且似乎由全球化新趨勢直接產生的主要發展做簡略概述。我將特別關注兩個特殊問題領域：貿易法和環境保護法。

我之所以決定細查這兩個主要的國際法領域是因為我相信它們不僅因令人矚目的發展而顯得尤為突出⁵⁶；更因為它們可以等同於兩個構建國內法的主要領域，作為我們本能的法律模式，尤其當法治岌岌可危時。

第一個領域結構上從實際應用來說，我們可能將其定為私法性質的國際法。的確，這個領域的法律本質上類似於國內私法，因為它的主要目的是保護私有財產，無論是屬於國際法一般主體國家的，還是那些非國家行為者的。

在這樣的領域中，通常要在非國家行為者之間或非國家行為者與國家之間建立起一個基本的關係。在爭端階段，或者說由前面提到的關係所引起的次級關係，它們通常會具體表現為相對原告主張而言國家或非國家行為者違反國際法律義務。當提到國家干涉，國家是以一種“橫向”關係為這樣的行為，而非通常他們所運用的“*ius imperii*”。就此我們想到的一個很好的例子就是國際貿易法。

就第二個領域而言我們可以稱之為公法性質的國際法。在這個領域，國際法在功能上是針對公共財產、集體利益或行為人團體基本價值的保護，該領域中規則並非可由任何人特別自由支配，而是普遍與每個人相關，義務可能是“*erga omnes*”。這部法律從結構上等同於或可與國內公法相比較。

在初級規則或初級關係階段，這個領域通常使公共實體至少介入一方。在次級關係或施行那些初級規則解決爭端的階段，我們通常見到非國家行為人或甚至一個國家就國家行為人違反一些國際法律制度適用的規則提出起訴，並可能涉及其他利益相關者。

大部分國際環境制度屬於這個領域。

就這兩個問題領域，並通過對法治概念的短評所得出的感悟，基本

⁵⁶ 可能存在的另一個很好的選擇會是人權法。

上，我打算提出兩個問題。

首先，我會試圖闡述國際法在這樣的領域中是否作為一個置於首位的合法性屏障而變得更加強勁。換句話說，是否之前存在一個問題領域的法制化而使國際法不受干擾。

我們希望這一舉動是可以被理解的，符合邏輯的。畢竟，甚至在我們解決法治問題之前，必須有一個可行的、強有力的、綜合性的法律存在於此。事實上在很多領域很多世紀卻並非如此。的確，要使 Ronald Dworkin 所謂的法律帝國⁵⁷的真正法治得以存在，一個首當其衝、必不可少的條件當然就是某一特定生活領域或一個問題領域被適當地規管，也的確在特定情形範疇中存在法律，該法律或權利而非權威是可適用於人類行為的管治“標準”。這意味著那個領域是法治為中心而非以權力或外交為主導⁵⁸。這一舉動更為相關因為其與過往之前的情形截然不同。那同樣假設法律是通過一定的正式程式和實質條款建立的，就此稱之為“實體”⁵⁹。只有這樣，它才有機會對現實社會施加影響。根據這個觀點，就這些事項的規則之數量和質量以及法制建設的一致性似乎就成為根本關聯性之必要⁶⁰。

其次，我們要著眼於這些領域的司法化⁶¹，或者因為司法的缺省，關注一些更趨向司法性質的機構和程式來控制和審查合法性舉措。

在這個疑問背後，在學說界和當前世界普遍越來越多的關注於國際法的真正有效性，國際法毫不猶豫地“咬”它的義務人。這也可以用

⁵⁷ R. Dworkin, *Law's Empire*, 劍橋, Massachusetts, 1998年, Belknap Press.

⁵⁸ 參見David A. Gantz, “Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice Forum Opportunities for the NAFTA Parties”, *American University International Law Review*, 1999年, 第14冊, 第1031頁和John. H. Jackson, *The World Trading System*, 2nd ed., 劍橋, 1997年, MIT Press.

⁵⁹ 根據這個實體，我們可以指出通過衡量義務的程度和存有疑問的規範所展現的準確性來判斷法制化的各種程度。

⁶⁰ 就這個國際關係法制化的類似標準，見K. Raustiala和A.-M. Slaughter, “International Law, International Relations and Compliance”, 載於W. Carlsnaes, T. Risse和B. Simmons (編), *Handbook of International Relations*, 倫敦, 2002年, Sage, 第545-559頁。

⁶¹ 我們理解的“司法化”涵蓋兩個方面。一方面，司法化是一個對特定爭端解決程式越發司法化，由法院或類似機構參與體現獨立性、公正性和審判管轄的過程。另一方面，該術語用來描述一個國家機構證明已經到達一定通常與司法情況相關的特徵或性質的水準。

來解釋尤其在近來的國際舞臺上，其法律已經見證了很多體制發展。或者，正如另一作者所言⁶²，這是一個國際法實施的時刻，在這一刻，國際法逐漸關注遵守的情況，關注它的有效貫徹執行⁶³。

我們將會評估是否我們可以說一個體制支柱的存在“事實上”保證了這個可能日益壯大的法律取得對現實的影響力並的確正在影響著現實。本質上，這僅與目前面臨的問題相關，如果它同時表明越來越多的程式和實體被用來決定是否國際行為人遵守其國際承諾⁶⁴以及這些機構顯示所有通常與司法實體相關的特徵，即獨立性和一些有意義的權力和司法類型。

另外，我冒昧認為在我們這樣一個全球化的世界中，也因此更為複雜和多元，涉及越來越多的跨國關係，這也似乎首當其沖地決定了擁

⁶² Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, 牛津, 1997年, Clarendon Press.

⁶³ 顯然，這通過強烈的學說對合作和非對抗性實施手段的關注使執行和遵守結合起來，該手段應作為傳統執法模式的補充而非完全取代後者。持一致見解的有Abram Chayes 和Antonia H. Chayes, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, 劍橋, Massachussets, 1995年, 哈佛大學出版社; Christian Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, RCADI, t. 281, 2001年, 第358-389頁以及Jost Delbrück, “Prospects for a “World (Internal) Law?”: Legal Developments in a Changing International System”, IJGLS, 2002年, 第9冊, 第425-427頁。這個在國際法律制度中的趨勢可以說與類似的國內制度平行發展。事實上，這個舉措在國內行政法中很容易被探測到（載於葡萄牙文版，見該研究初探Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 科英布拉, 1987年, Almedina和以後尤其是Maria João Estorninho和Pedro Gonçalves的著作）。但同樣需要注意的是憲法性規範並不總帶有制裁性，甚至憲法法院收回其對政治實體模式形成的影響和權能，引自Konrad Hesse, “its reputation and the strength of its arguments” (“Die Macht des Gerichts beruht nur auf seinem Ansehen und auf der Überzeugungskraft seiner Argument”). 參見Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20th ed., Heidelberg, 1995年, C.F. Müller, 第567節。

⁶⁴ 這個看法是由資深評論員提出，如C.P.R. Romano, “The Proliferation of International Judicial Bodies. The Pieces of a Puzzle”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999年, 第3冊, 第709頁及其後; R.O.Keohane, A. Moravcsik and A.-M. Slaughter, “Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational”, IO, 2000年, 第54冊, 第457頁; Bernhard Zangl和Michael Zürn, “Internationale Verrechtlichung-Ursachen und Konsequenzen”, 載於B. Zangl和M.Zürn (編), *Verrechtlichung-Baustein für Global Governance?*, 波恩, 2004年, Dietz-Verlag.

有發言權或只是期望在裁決階段被“聽到”的行為人的範圍。我們因此也會考慮到在該領域訴諸司法監督的問題。這似乎更相關，因為它可能隨時都會被認為司法化的過程不僅是類似於出現法院機構的結果，同樣也是通過提供給這些機構服務的相關社會行為人以實際運用的生動經驗的結果。因此我們想知道是否個人、企事業單位、非政府組織、跨國公司，甚至認知共同體能在相關領域通過參與決策過程以及獲得行政和法律部門的管道達到“全球代理”而擁有程式權方面“*ius standi*”的認可⁶⁵。

I

法制化

法制化的確是我們這一時代的特點。

我們很難想出國際法在國際互動的任何方面，“*rectiu*”人類生活的任何領域中，還未真正發展規則和標準的情況。即使是那些過往似乎和全球法律秩序不相干的領域——例如污染環境、人權、人道主義事務、難民、恐怖主義、裁軍、組織犯罪、日用品、海洋及其海底、通訊、外層空間、運輸、網絡空間這些問題——近來都被完全規範或有此趨勢。

如今所延續的正如上世紀下半葉還在被反復懷疑或過去一直被眾人質問的問題，即國際法的存在被用來描述為在該領域“標準雪利酒派對的問題”：“國際法真的是法律嗎？”已不再有任何意義。相反，正在逝去的假設可能被替換為國際法就其本身而言在生活的各個領域有一個規範性要點。

因此，就過去贊同對國際法的懷疑，從對該法律秩序採取了一種懷疑的態度轉變為今天有人可能會與主要作者如Thomas Franck保持一致，認為是其成熟性和複雜性的表現或國際法後本體論時期也不足為奇⁶⁶。這

⁶⁵ 在這個清單上，顯然，我們要向協商超國家主義和協商民主理論致以學術研究上的敬意，尤其是他們對相關技術和科學專家在決策過程中，伴隨倫理和社會的關注，以及在個人、集體和認知共同體的公共空間領域的投入或協商價值的認可。對這些理論主張，見例如，C. Joerges和J. Neyer, “From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology”, *European Law Journal*, 1997年，第3冊，第273頁及其後以及Harold Hongju Koh和Ronald C. Slye (編), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven, 1999年，耶魯大學出版社。

⁶⁶ Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1997年，Clarendon Press.

顯然揭示了一個國際法部分相對於國家而言不同的能力，即另一個來限制和約束它們的能力。

事實上，國際法已經得到發展甚至超越了國家之間相互作用的傳統領域。除了涉及非國家和反對國家的義務⁶⁷以及理解國際社會^{68、69、70}的利益和價值觀^{71、72}，並處理越來越多人類共同關心的問題^{73、74}之外，它現在

⁶⁷ 見Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States without or against their Will”, RCADI, 1993年, 第IV冊, t.241, 第195-374頁。

⁶⁸ 就其在國際法中的概念及其意義, 見Hermann Mosler, “The International Society as a Legal Community”, RCADI, 1974年, I, 第140期, 第1頁及其後; Hermann Mosler, *The International Society as Legal Community*, Alphen, 1980年, Sijthoff; Christian Tomuschat, “Die internationale Gemeinschaft”, AVR, 1995年, 第33冊, 第1頁及其後; Andreas L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht: eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, München, 2001年, C. H. Beck. 這當然牽涉到這個社會是由法律所決定的並且超越國家作為其主體的想法。除此之外, 通常存在一個重要的意義不明確性, 只有部分原因能歸功於這個新的現象。然而, 該概念似乎從法律意義上說比從人性角度更為準確。

⁶⁹ 存在於法律文書中, 無論是判例法或協定性質的法律, 例如見, ICJ, “Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (second phase)”, *ICJ Reports*, 1970年, 3, 第33段; 以及ICC法令序言, 第4段; ILC國家責任(2001), 條款第42條, b), Doc. A/CN.4/L.602, Rev.1。

⁷⁰ 關係到這個概念的一個重要觀點是國際社會是一個法律社會, 一個法律帝國下的社會。就該概念的理解對歐洲一體化產生主要影響並隨後成為誘因, 尤其出於它被為“憲法化”的判例法探尋動態啓示的歐洲法院所採用(這一點被Joseph Weiler正確地強調, “The Transformation of Europe”, 載於J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe, ‘Do the New Clothes Have an Emperor?’* 以及其他有關歐洲一體化的文章, 劍橋, 1999年, 劍橋大學出版社, 第2章。

⁷¹ 的確, 現代國際法不再是一個簡單的有關雙邊關係的法律, 一個有關“鄰國”的法律, 表達一種互惠的權利和義務(‘do ut des’, ‘tit for tat’), 而是越來越多的理解為“多邊形關係”(就後一概念, 見J. J. Gomes Canotilho, “A responsabilidade por danos ambientais-Aproximação juspublicística”, 載於INA, *Direito do Ambiente*, 1994年, 第397-409頁以及同一作者, “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controle judicial preventivo”, RJUA, 1994, n°1, 第55-66頁)和多邊規範性綱要。

⁷² 見Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interests”, *RCADI*, 1994年, 第VI冊, t.250, 第217-384頁。

⁷³ 該景象已被C. Wilfred Jenks所預料到, *The Common Law of Mankind*, New York, 1958年, Praeger。

⁷⁴ 見Christian Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *RCADI*, 2001年, t.281。

不僅在日益增多的大量領域中治理跨國關係，還似乎樂意擴大到處理國家和本國公民關係的某些方面^{75、76、77}。這個趨勢⁷⁸只不過強調了未來挑戰的重要性。

A. 法制化 —— 國際貿易⁷⁹

WTO及其龐大的一整套規則的前身是GATT，即關稅與貿易總協定，在試圖通過哈瓦那憲章建立起一個國際貿易組織，由於美國國會沒

⁷⁵ 其中的一個可能的例子就是人權或對環境問題的標準適用於（不再有保留的）國內領域的構想，並相應地制定法律的趨勢。因此，聯合國憲章第2(7)看來越來越缺乏任何實用的功能。

⁷⁶ 這可能同樣被看作為使個人擁有雙重公民身份的趨勢，例如個人作為其本國公民，同樣也是世界公民（或區域性超國家實體的公民）。在此過程中，國際法相應地成為一種私法性質的世界法（the *Weltbürgerrecht* 由Kant 在其*Kant Immanuel, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, (1795)中假想性地預見，載於Karl Vorländer（編），*Immanuel Kant. Sämtliche Werke*, 1964年，Meiner）。就此見，Otfried Höffe, “Globalität statt Globalismus - Über eine subsidiäre und föderale Weltrepublik”, 載於James Bohmann和Matthias Lutz-Bohmann（編），*Weltstaat oder Staatenwelt: Für und Wider die Idee einer Weltrepublik*, Frankfurt am Main, 2002年，Suhrkamp，第31頁。

⁷⁷ 當然，“相反”同樣適用，因為同樣存在一種從過去被認為是純粹國家制度內部的問題“上升”到國際領域問題的趨勢。尤其是民主的例子，越來越多地被表達為“外部”行為人（其他國家，國際組織或非政府組織）審查一些特別國家的“內部情況”，並（直接關係到這一看法）成為國際法（“軟法”）的一項原則（只要是期望的，初期的和告誡性的即可）。見Gregory Fox和Brad Roth（編），*Democratic Governance and International Law*, 2000年；Steven Wheatley, “Democracy in International Law: A European Perspective”, *ICLQ*, 2002年，第51冊，第225-247頁；L. Ali Khan, *A Theory of Universal Democracy: Beyond the End of History*, The Hague, 2003, Kluwer, UN Commission on Human Rights, Resolution 1999/57, 1999年4月27日, “Promoting of the right to democracy”。我們會在最後總結時回到這個話題。

⁷⁸ 這個大趨勢可能會導致多個世紀法律領域的目標有所轉變，正如A.A Cançado Trindade 近期所提出的那樣, “International Law for Humankind: Towards a New *Ius Gentium*”, *RCADI*, 2005年, ts.316和317。

⁷⁹ 我們在這一部分加入了一些會議過程中所作的研究結果“A Globalização e a Organização Mundial do Comércio”，我們將此獻給1997年在科英布拉大學Curso de Estudos Europeus所舉辦的暑期課程。隨後我們與Gomes Canotilho一起為其享有國際知識產權的認可而奮鬥，共同撰寫法律建議。這些後面所寫的部分已經被出版，可見於Gomes Canotilho和Paulo Canelas de Castro “Do efeito directo do artigo 33º do Acordo TRIPS”，載於Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa（編），*Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira*，科英布拉，2006年，Coimbra Editora，第747-801頁。

有批准⁸⁰而宣告失敗後該條約於1949年通過。

隨後，本質上，國際貿易過去屬於極小的法律領域，以不斷的磋商為主導，只要是外交性的即可。那些都是政治和外交壓倒法律的“舊的黃金時代”，某些人以此為一個好理由來嘲諷那一套溫和的GATT規則是“用來反復對話的總協定”。

事實上，如果有人來關心對該條約內容的評估，他只會感到這些大量的規則除了一些籠統而沒有太大制約的介紹性原則⁸¹外，只是相當於一個命令來為談判或所牽涉到的“客戶”的需要（而且就能力而言是變量的）找尋解決方案“à la carte”而感到驚訝。

的確，即使更為“實體”的規則也充滿了漏洞、豁免或例外，這些使規範性資訊變得十分稀缺，充其只是一個法律幻覺。在上述這些少數規則中，尤其有兩條特別突出這一特點：

- 第XIX條，一方面，該條款允許在每一次國內生產者遭受衝擊或產生承擔嚴重損失風險的時候採取保障措施。該條款目的在於對國家經濟中的損失先發制人，授予締約國一方單方面暫停關稅義務或修改或甚至撤銷原來所做的優惠，繼而避免可能對地方生產者產生損害。儘管這種機制原本的構建是作為一種關稅義務規則和一般配額禁止的例外，它以這種寬泛、模糊的術語來表達，對其在實際中成為真正的“規則”產生風險。這更可能使其他締約國受此類措施影響。反過來，則有權隨時暫停同等的優惠，作為所造成損失的一項賠償。保障措施以一種報復上行螺旋形式，引起其他單方面的措施。

- 第XXII條關於協商，從另一方面。它首先需要有一個良好的考慮存在於協商中，一般而言，根據協商的重要性和通過協商的爭端解決，按照兩個層次的程式，首先使衝突雙方互相徵詢對方的意見，只有在此之後，第二階段，才將此事項轉交給所有締約方。

鑒於這種“開放式的條文”制度，對於人們最通常將此描述為一種靈活的政治性制度（這些特徵只用來強調執行政條約的臨時性特性）也不足為奇。

⁸⁰ 該插曲見Said El-Naggar, “Developing Countries and the International Trading System”, 載於Steve Charnovitz, Debra P. Steger和Peter van den Bossche (編), *Law in the Service of Human Dignity. Essays in Honour of Florentino Feliciano*, 劍橋, 2005年, 劍橋大學出版社, 第58頁。

⁸¹ 如有關貿易自由, 非歧視, 最優惠國待遇, 國民待遇等原則。

然而，這種傳統的方式已經在90年代發生極大的改變。

1. 對新體制的簡述⁸²

1949GATT協定就是一組約短短20條的空泛規範，在1994年馬拉喀什通過的所有協議由數百有時還表現相當詳細的規定組成，在一套具體的和其他更一般的條約中，同時包括一般性和部門性的問題，無論是實體還是程式和制度規定，都具有規範性的準確和詳細。這已是非常密集的規範網絡本身其實直接有助於一個規則的特別分析，此外，按照法律程式和施加具有法律思想的決定以及根據其法律的發展，通過機制的聯合促使其實施而得以加強⁸³。再者，這是一個有生命力的制度，為配合生活本身的進化而不斷取得新的進步，例如，像一些近期對TRIPS協議的發展，如多哈宣言有關廉價藥品的進入問題就是證明⁸⁴。

我們可以更為詳細地看這個問題：

首先，建立WTO的協議結束了GATT條約的臨時性質，它建立了一個國際組織並且清楚地賦予其法人資格。

其次，涉及到體制問題，該制度已經通過建立一個真正的國際組織來處理貿易和與貿易有關的國際問題而不像GATT只召開名義上的會議，這樣純粹的事實就自然而然地使之“硬化”。

第三，關於實質性問題，首先當然要承認在WTO和GATT下所適用的法律仍具有相似的因素——這至少存在於GATT 1947的條款被GATT 1994保留的情形——但總體情況卻完全不同。一方面，因為額外協議在其他幾個領域締結，從而真正擴大國際貿易法的範圍。例如，貿易與服務總協定已涵蓋了服務貿易。而且，另一方面，其他領域的協議以非常詳細的方式獲得通過，以使之之前的GATT一般規則得以具體化。例如協議中關於衛生和植物檢疫措施（SPS協議）中的食品安全標準以及在修訂的技術性貿易壁壘協定（TBT協定）中的技術標準情形。最後，即使問題嚴格說來與貿易不同，也已被包含在內。如在TRIPS協議中與貿易有關的知識產權問題。

⁸² 總體詳見Meinhard Hilf/Stefan Oeter, *WTO-Recht. Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, 2005年, Nomos, 第1-9頁。

⁸³ 儘管在後一方面取得較小的成功, John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, 劍橋, 2006年, 劍橋大學出版社, 第100頁及其後。

⁸⁴ 多哈就TRIPS協議和公共健康方面的宣言, 2001年通過。

第四，新體制的預測性和安全性有所增強⁸⁵，僅僅是擁有越來越多詳細規則的事實即可說明。這一發展不僅有利於國家（每一個國家），同樣也有利於非國家行為者，例如私營企業⁸⁶。

第五，觀察現在體制的基本內容就可以有重要發現，即規則和例外條款之間的關係有著戲劇性地轉變。傳統的減損制度經歷了一個重要變化，正如某些學說⁸⁷甚至歐洲法院的判例法⁸⁸所強調的，在WTO的背景之下，減損只在非常苛刻的條件下得以承認。事實上，如今仍然被例外允許的極少數的減損正面臨一個完全不同的背景，因為它們現在不是以自由裁量，單邊機制存在，而是作為預訂規則適用的結果和手段⁸⁹。

這可以通過更詳細地分析之前提到的兩個代表過往GATT模式靈活性的“最卓絕”的解決方案加以核實：補償和其他單邊措施和協商方案：

— 保障措施—補償和暫停的特權仍被允許是事實。不過現在規定它們具有臨時性質並表現為作為決定強制執行的手段。無論如何，他們具有最後救濟的性質並根據嚴格的程式方可採用（第22條第2款）。該機制從而成為增強可適用法律的手段而非減損情況。

— 協商—雖然根據WTO協議附件II中的對爭議解決程式及規則的理解中第4和第5條所規定的協商和調解原則仍然存在，但是該體系表現出第3條第2款所提到的安全和可預測性目標的特色。此外，的確，訴訟案件仍然首先由專家小組處理，但是如今該解決方案展現出完全不同的姿態確為事實，第8條第2款已清楚地確保了成員的獨立性。此外，新制

⁸⁵ 太過加強以至於一些學者開始將此視為過度。見John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, 劍橋, 2006年, 劍橋大學出版社, 第100頁及其後。

⁸⁶ 該觀點強調於“Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators”, *JWT*, 2001年, 第35冊1, 第4-16頁。

⁸⁷ Norio Komuro, “Is the WTO Dispute Settlement Mechanism Responsive to the Needs of the Traders? Would a System of Direct Action by Private Parties Yield Better Results?”, *JWT*, 1998年, 第32冊, n°2, 第157頁。

⁸⁸ 見法律顧問Tesauro在案件C-53/96中的意見, *Hermès International v. FHT Marketing Choice BV*, 法院1998年6月16日判決, *ECR* (1998) I-3602.

⁸⁹ 有關系統的描述和分析, 見Castillo de la Torre, “The Status of GATT in EEC Law-Some New Developments”, *JWT*, 1992年, 第26冊, n°5, 第66頁, 同樣見Kuyper, Peter-Jan, “The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the Community”, 載於Bourgeois, Berrod和Fourier (編), *The Uruguay Round Results — A European Lawyer’s Perspective*, 布魯塞爾, 1995年, European Inter University Press, 第104頁。

度要求從專家小組成員那裏得到一個客觀的事實評估作為決定的條件，這樣就構成一個法律性的決定，一個關於被爭論行為與WTO法律（第11條）的整合。然後由爭端解決機制採納專家小組的報告，除非向上訴機構提出上訴（第16條第4款）。

2. 意義

總之，從GATT到WTO的轉變已意味著對之前存在的GATT原則的加強，甚至在各個方面改變了那些原則本身。這一舉動與更嚴格地界定各國義務相一致，增強WTO成員對WTO法律的遵守以及減少過去傳統大量訴諸於單邊貿易措施的渴求⁹⁰。

正如它目前的表現，該制度首先確保了每一個（類型）國家在獲得利益上的平等。

首先對發達國家來說這是理所當然的。作為已系統地建立權利和義務的WTO的成員來說，發達國家獲得了他們所尋求的安全性和可預見性，這作為世界貿易所需的框架以及到達預期世界經濟持續增長的堅固基礎⁹¹。如果沒有這樣一個框架，沒有這樣一個基礎而只有法律的保證，那麼就無法為它們提供一個雄心勃勃的持續增長的保證。發達國家歷史性的貿易擴張將會削弱。如果缺乏通過利用WTO體制而產生的法律發展以及法治建設，那麼世界將無法達到大多數發達國家為之奮鬥的真正的世界經濟體系。依照現有的世界經濟制度，要到達所追求的終極目標可能仍然距離遙遠。但這也僅僅是一個時間早晚的問題。

就發展中國家來說情況也一樣如此。的確，如果沒有所有WTO協議的通過以及使各成員享有平等權利和義務的組織的建立所帶來的發展，那麼發展中國家將會一直處於世界經濟體系之外。同樣，如果沒有

⁹⁰ 見K. Abbott等編輯，“The Concept of Legalisation”，*IO*，2000年，第54冊，第406頁。

⁹¹ 然而，需要注意的是所規定、禁止和授權（“法制化”作為一個程度）的操作行為的精確性、確定性和預見性的程度各個協議不盡相同。較之其他，一些WTO協議更為法律化。WTO與貿易有關的知識產權協議(TRIPS)的大多數規則的精確度比享受國民待遇的一個關鍵義務條款高。持相同意見有，K. Abbott等“*The Concept of Legalisation*”，*IO*，2000年，第54冊，第406頁。它清晰地指出TRIPS協議規則總體上更為“法制化”，尤其是其第33條，使我們能夠把它作為在WTO背景下測試直接效力的概念適用的“好案例”。見Gomes Canotilho和Paulo Canelas de Castro“*Do efeito directo do artigo 33°do Acordo TRIPS*”，載於Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa（編），*Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira*，科英布拉，2006年，Coimbra Editora，第747-801頁。

(WTO) 法治建設使發展中國家現在都成為(平等)WTO成員,那麼在WTO中就無法和發達國家平起平坐,很大程度上,這是WTO所取得的最大成就之一,即在WTO爭端解決機制中享有平等⁹²。如果沒有法治和新的WTO爭端解決機制,極其可能的是發展中國家將會註定永遠停留在發展中國家的狀態,正如GATT時代所發生的一樣⁹³。這已是絕大部分20世紀中所產生的不爭的歷史教訓:它們將停留在權力的憐憫狀態,它們缺少真正的權力。如中國或印度這些國家的新興經濟活力正是可以證明發展中國家在一個開放體制中的狀況是可以改變其命運的有力證據。

B. 法制化 —— 環境保護

自然資源過去往往作為一個在國際法上無人問津的問題領域,的確直到70年代,在1972年斯德哥爾摩召開的聯合國人類環境會議上成為首當其衝的國際爭論性問題。這一總體的局面由極少數內容模糊的授權規則而受減損,問題在於就徵用和使用所產生的賠償(例如,尤其在國際水道領域的公平使用原則⁹⁴)。

因此這更像一部國家的法律,除了主要由國家法律情況來決定的定

⁹² 就該機制中迄今為止有關它們訴訟的數據,見Kara Leitner和Simon Lester, “WTO Dispute Settlement, 1995-2003. A Statistical Analysis”, *JIEL*, 2004年,第7冊,第165-179頁。

⁹³ 就他們在國際貿易法律體系中過去和目前的狀況分析,見Said El-Naggar, “Developing Countries and the International Trading System”, 載於Steve Charnovitz, Debra P. Steger and Peter van den Bossche (編), *Law in the Service of Human Dignity. Essays in Honour of Florentino Feliciano*, 劍橋, 2005年, 劍橋大學出版社, 第58-75頁。

⁹⁴ 關於平等使用和合理使用原則的局限性導致該“體制”見證了過去15年的發展,允許我們參見Paulo Canelas de Castro, “O Regime Jurídico das Utilizações dos Cursos de Água Internacionais no Projecto da Comissão de Direito Internacional”, *RJUA*, 1996年, n°s 5/6, 第141-162頁; “The Judgment in the Case Concerning the Gabcikovo-Nagyamaros Project: Positive Signs for the Evolution of International Water Law”, *YBIEL*, 1997年, 第8冊, 第21-31頁; “The Future of International Water Law”, 載於FLAD, *Shared Water Systems and Transboundary Issues. With Special Emphasis on the Iberian Peninsula*, Lisboa, 2002年, *Flad*, 第149-216頁, 現在同樣載於*Recent Developments in Water Law. Principles and Comparative Cases*, Lisbon, 2005年, FLAD; “Prospects for the Future of International Water Law: The View Projected by the Epistemic Community”, 載於The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (編), *Resolution of International Water Disputes*, 海牙, 2003年, Kluwer, 第371-416頁; “Evolução do regime jurídico da relação rio-mar: rumo a um Direito (integrado) das águas?”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N°s.21/22, Junho-Dezembro 2004年, 第159-232頁。

義外，其餘基本上轉變為由主權引起的壓倒“反對規則”的現象：國家在一定（非）領土範圍內，一旦擁有某種授權，將會基本上以‘全權委託’的方式來行為，因為這會使它們感到滿意。

1. 改變的跡象

自從人類在70年代開始發揚環保意識以來，這種情況也同樣發生了急劇的變化⁹⁵。國際法從那時起明顯被“綠化”⁹⁶。

此舉首先意味著制定法律、產生規則的一個不平常的過程。現在該演變已經使許多條約僅在此領域無法實際操作。此外，似乎不再存在一個可觀國際規則尚未涉足的領域。在短時間內，各國，並非很少連同許多其他新的非國家行為者尤其是國際組織⁹⁷一起設法來構思方案（原則、規則、機制、體制），這打破了一個平衡，雖然困難並總是趨向於在經濟和環境因素之間修正。

更甚的是，各國有時由於國際組織密集網絡的協助使他們越來越多地看上去陷入於此⁹⁸，它們已經在其所從事的創新法律工程中表現出大量的想像；事實上，他們所訴諸於⁹⁹的法律文書範圍似乎可以毫不誇張地說，已經設法重置了整個國際法淵源的局面。因此可能參照：

- 一些儘管很少的一般法律原則；
- 一個或兩個規例規則；
- 一連串不具約束力的決議和宣言；
- 締結大量條約來解決相當具體的事宜¹⁰⁰。

⁹⁵ 就喚醒國際社會意識的充滿倫理性的闡述或世界末日的預言，見John Alder和David Wilkinson, *Environmental Law and Ethics*, 倫敦, 1999年, Macmillan, 第14-16頁, 以及Lorraine Elliott, *The Global Politics of the Environment*, 2nd ed., 紐約, N.Y., 2004年, 紐約大學出版社, 第8-10頁。

⁹⁶ 見Philippe Sands (編), *Greening International Law*, 倫敦, 1993年, Earthscan, 同樣就國際關係部分, K. T. Lipton (編), *The Greening of Sovereignty in World Politics*, 劍橋, Massachusetts, 1998年, MIT Press.

⁹⁷ 見Lorraine Elliott, *The Global Politics of the Environment*, 2nd ed., 紐約, N.Y., 2004年, 紐約大學出版社, 第93-112頁。

⁹⁸ 見Union of International Associations (編), *Yearbook of International Organizations*, 1992年, KG Saar Verlag. 提供了現存超過300個國際組織的概況。

⁹⁹ 見José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Madrid, 1999年, McGraw-Hill, 第39-86頁。

¹⁰⁰ 儘管取得一些有影響力的效果，但卻從未真正努力追求編纂一部綜合環境法的法典。見A. Ch. Kiss, “L'état du droit de l'environnement en 1981年: problèmes et solutions”, *JDI*, 1981年, 第518頁。

比較而言，後幾項很多是“框架協議”¹⁰¹，即它們作為進一步談判其他協議的一個大致框架^{102、103}。

2. 意義

總之，所有這些有時非常分散的規範密集網絡在很大程度上是一種“軟法”。

然而，事實是不容分說的，因為其通常會產生一個邁向“硬”法的催化效果¹⁰⁴。無論如何，這與國際社會成員的需要相對應。國際環境法的特性明顯為功能性和漸進性，這導致其規則在結構上變得靈活，是一種典型的“軟法”¹⁰⁵。另一方面，鑒於該領域所牽涉的不確定因素，如果規範性要求不同，除非“更高”，否則，各國可能並不會約束自己。

由於許多相當於“相對的規範”¹⁰⁶，這“非正式規範”並不意味著

¹⁰¹ 這是對這些公約的恰當定義，經常用在國際環境法中，其中只載明一些指導國家行為的寬泛原則，通過以後對協定或議定書甚至技術或專家機構對高技術性法規的採納（諸如國際標準化組織 — ISO — 或歐洲標準化委員會 — CEN）而建立當事人的具體義務。見 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 劍橋, 2000年, 劍橋大學出版社, 第97頁。

¹⁰² 見 Patricia W. Birnie 和 Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, 1992年, 第27頁和 Christian Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001年, 第247-250頁。

¹⁰³ 對於該問題和其他創新規範性技術，如對權利和義務的標準和傾斜，見 A. Ch. Kiss, “Nouvelles tendances en droit international de l’environnement”, *German YBIL*, 1989年, 第32冊, 第260頁；P.H. Sand, *Lessons to be learned in Global Environmental Governance*, 紐約, 1991年, World Resources Institute, 第6-14頁和 D. Caron, “La protection de la couche d’ozone stratosphérique et la structure de l’activité normative internationale en matière d’environnement”, *AFDI*, 1990頁, 第722-724頁。

¹⁰⁴ 現在若認為這些軟法的制定不重要確有不妥。首先，因為國家在一個良好的誠信義務下認真考慮是否遵守這些行為（即當這些都是通過聯合國組織機構的框架下通過的一聯合國憲章第2條第2款迫使成員國如此），尤其是當它們同意這些規則。此外，通常這些法案都表達了一個幾乎普遍的“*Opinio iuris*”，這樣就可以並事實上趨向於發展和推廣一種新的國際習慣法的形成，即成為硬法。最後，很多時候它們同樣對國內層面上的法律制定產生重大影響，促使國家據此塑造它們的國內法。就此，見 Jost Delbrück 和 Rüdiger Wolfrum (編), *Völkerrecht*, 2nd ed, 柏林, 1989年, De Gruyter, 第1冊, 第1部分, 第26-27頁和 Paul C. Szasz, “General Law-Making Process”, 載於 Oscar Schachter 和 Christopher C. Joyner (編), *United Nations Legal Order*, 劍橋, 1995年, Grotius, 第63-64, 96-97頁。

¹⁰⁵ P.M. Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, *Michigan Journal of International Law*, 1991年, 第12冊, 2, 第420-435頁。

¹⁰⁶ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, *AJIL*, 1983年, 第77冊, 第413頁以及下列等等, *EJIL*, 1993年, 第14冊, n°3, 第305-340頁。

法律的缺位；只是表現出一種不同類型的法律。事實上，如今我們甚至可以推斷對每個可能引發的單一問題可在這大量的“Corpus iuris”中找到某些解決方案：的確，儘管在這法律的初級階段，問題似乎不再是法律的適用性，而是它們如何真正被應用和遵守。

II 司法化

在國內背景下，司法官、司法機構通常是法律秩序的骨幹，真正地由法治原則指導。即便不是最重要，他們也是作為最重要的制度“監護人”或守衛人之一。

因此，自然而然第一步就是想國際社會如何通過設立法院和其他獨立的爭端解決機構而有所進展。

1. 司法機關或機制的建立

明確寬泛的答案就是的確存在越來越多的司法機制，同樣也存在旨在裁定違反國際法糾紛或就國際法解釋和適用糾紛的司法程式¹⁰⁷。

的確，甚至可以就80年代早期為止的前後情況劃一道分水嶺，過往只存在極少數的獨立國際仲裁程式或組織決定是否違反法律規則和目前的情況如何。直到80年代，在國際關係的多數問題領域，仲裁制度（若他們的確存在）則是由專家小組、機構、委員會成員或委員會主導，如聯合國人權委員會由政治性的國家獨立代表組成。然而，今天存在超過40多個大部分獨立的國際法庭或類似於法院的機構，它們中很多都在90年代期間成立。

最為顯著的例子可能要數常設國際刑事法院，它最終¹⁰⁸通過羅馬規約

¹⁰⁷ 然而，這一進展的對比，不應該忘記的是由於對關於強制性管轄的“vexata quaestio”大量改變情形的缺失，自從1899和1907這兩次海牙國際會議以來，這成為了一個顯著的問題。這由A. A. Cançado Trindade適時地提出，“International Law for Humankind: Towards a New Ius Gentium”，*RCADI*, 2005年，t.317, 第173頁。

¹⁰⁸ 關於此舉突出倡導，見M. Cherif Bassiouni, “The Time Has Come for an International Criminal Court”, *Indiana International and Comparative Law Review*, 1991年，第1冊1，第1-43頁。國際上在二次世界大戰後期就努力成立這個常設國際刑事法院。這些努力最終在1998年當聯合國全權代表外交會議關於設立國際刑事法院在1998年7月17日通過了國際刑事法院的羅馬規約時得以實現。見UN Doc. A/CONF.183/9。

¹⁰⁹而設立以審理和判決戰爭罪行¹¹⁰。它是建立在前南斯拉夫國際刑事法庭（ICTFY）¹¹¹和盧旺達國際刑事法庭^{112、113、114}的經驗教訓之上。頗具爭議¹¹⁵的經驗證明了這種機構對增加國際法的可靠性尤為需要，特別是敏感的国际人道主義法和國際人權法¹¹⁶。這同樣有助於表明如果加強獨立性和公正性條件¹¹⁷以及使法庭成為永久性的¹¹⁸，則國際刑事司法的地位將會加強。

¹⁰⁹ *ILM*, 1994年，第33冊，第1598頁及其後。於2002年生效。

¹¹⁰ A. Cassese, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *EJIL*, 1999年，第10冊，144頁及其後；Frédéric Mégret, “Epilogue to an Endless Debate: The International Criminal Debate: The International Criminal Court’s Third Party Jurisdiction and the Looming Resolution in International Law”, *EJIL*, 2001年，第12冊，第247頁及其後。

¹¹¹ 見Daphna Shrage 和Ralph Zacklin, “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *EJIL*, 1994年，第5冊，第360-380頁。見S/Res/827。

¹¹² Roy S. Lee, “The Rwanda Tribunal”, *Leiden Journal of International Law*, 1996年，第9冊，第37-61頁，見S/Res/955(1994)。

¹¹³ 其他“專門”法庭的建立是被臨時性的考慮，大部分的情況下是以混合的模式（所謂的“國際化法庭”），如再2000年根據聯合國安全理事會1315號決議建立起的塞拉里昂法庭。就此和其他法庭都具有相同的特性，即如聯合國駐東帝汶過渡行政當局的規定（UNAET; Regulation 11 of 2000）在東帝汶對戰爭罪，種族滅絕罪以及反人類罪的委託起訴。見Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Leiden, 2006, Nijhoff, 第147-148頁，177頁，181-183頁。

¹¹⁴ 特別是國際刑事法院的規約第5條，這種新的司法機構可能建立在兩個專門法院之上運行，以進一步使它們核心而抽象的種族滅絕罪，戰爭罪和反人類罪得以具體化和執行。

¹¹⁵ 圍繞這些法庭有關的理論爭議，比如，它們建立的性質和合法性。見，特別是Jost Delbrück, “Article 24 and Article 25”, 載於B. Simma（編），*The Charter of the United Nations-A Commentary*, 2nd ed., 2002年，牛津大學出版社，第442-464頁，notius第56段和Andreas L. Paulus, “Article 29”, *idem*, 13, 61-75, 76-81.如今已被普遍承認這種建立根據聯合國憲章第七章以及第29條是有效的。前南斯拉夫國際刑事法庭根據安理會1993年5月25日827號決議建立，盧旺達國際刑事法庭根據安理會1994年11月8日955號決議成立。就此同樣見，Lori F. Damrosch 等，*International Law: Cases and materials*, 4th ed., St. Paul, Minn., 2001, West Group, 第411-414頁，1332-1366。就根據安理會決議建立刑事法庭的合法性問題被前南斯拉夫軍事法庭上訴庭權威性地在1995年案件*Prosecutor v. Tadic* N°IT-94-AR72中解決。見*ILM*, 1996年，第35冊，32頁及其後。

¹¹⁶ 上述所提的法庭是特別建立來起訴“嚴重違反國際人道主義法”的事實並不能磨滅它們與人權法的關係，因為違反人道主義法同時也構成對人權的踐踏。見人權委員會，總評n°31, “Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant”, *CCPR/C/21/Rev. 1/Add.13*, 2004年5月26日，第18段。

¹¹⁷ 見Philippe Sands, “The Independence of the International Judiciary: Some Introductory Thoughts”, 載於Steve Charnovitz, Debra P. Steger和Peter van den Bossche（編），*Law in the Service of Human Dignity. Essays in Honour of Florentino Feliciano*, 劍橋，2005年，劍橋大學出版社，第313-322頁。

¹¹⁸ 但同樣也證明了發展“逆流”的重要性（從而再次證明法制化和司法化是互補的舉

另一方面，國際法院仍然是聯合國的主要司法機構及其專門機構已有悠久的歷史，它現在比以往任何時候都忙於處理來自於世界每個角落的重大案件。儘管發生司法權力下放，即使是世界法院也毫不猶豫地制定規則抵抗在當今國際舞臺上如美國¹¹⁹這樣強大的國家所採取的立場，其判決日程表正變得越來越長。在該機構中，當今各國之間的重大法律—政治問題不斷在進行訴訟¹²⁰。

不該忘記的是安理會也同樣享有裁決權¹²¹，儘管傳統上並不希望運用這一權力，當然是因為害怕否決權，這往往被訴諸於冷戰時代，而現在用來定期批評那些對國際和平與秩序的維持構成威脅的國家，這一項更為重要因為所涉及的概念關係到一系列更廣泛的情況，涵蓋了對共同價值觀不同場合的違反。從而，安理會甚至更進一步來促進、授權或強制制裁這些“鬧事者”。

仍然在全球平臺上，同樣應關注座落於漢堡的國際海洋法法庭，自從1994年成立以來¹²²，它已對聯合國海洋法公約^{123、124}中大量的法律“文獻”

動)，諸如統一實體的國際刑法。見Leila Nadya Sadat, “Redefining Universal Jurisdiction”, *New England Law Review*, 2000年，第35冊，第249頁。

¹¹⁹ 見*LaGrand(Germany v. United States)*案例載於<http://www.icj.cij.org>。就此與其他近期案例(*Breard, Avena*)，直接與美國有關，見John F. Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, 劍橋，2004年，劍橋大學出版社，第270-277頁。

¹²⁰ 見Rosalyn Higgins, “Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom”, *ICLQ*, 2001年，第50冊，第121-132頁。

¹²¹ 見VI章以及其中第24, 25, 34, 35條，和Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 紐約，1954年，Reinhart & Co.,第193-194頁和Rosalyn Higgins, “The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council”, *AJIL*, 1970年，第64冊，第1-18頁。

¹²² ITLOS基於國際海洋法公約附件VI所創建。就對其的分析和初步評估，見Shabtai Rosenne, “International Tribunal for the Law of the Sea: 1996-97 Survey”, *IJMCL*, 1988年，第13冊，第487-514頁；和Tullio Treves, “The Law of the Sea Tribunal: Its Status and Scope of Jurisdiction after November 16”, *ZaöRV*, 1994年，第55冊，第4331頁。

¹²³ 法庭正是源自於1982聯合國公約（如第XV部分，第279-299條）中相關條款的海洋法體制中複雜的爭端解決方案的一個要素。該方案中除了法庭外（公約附件VI），還包括海底爭端庭（第186-191條），專門或特別庭（公約規定），一個調解委員會（附件V），仲裁（附件VII，仲裁庭的章程）和特殊仲裁（附件VIII，包括特殊仲裁庭章程，具有調查事實的權力）。公約第297條列出了三項（海洋法國際法庭，國際法院或仲裁）具有約束力的程式（僅要求一個主張權利方）的選項，這樣就制約了國際法爭端解決方式自由選擇的傳統。

¹²⁴ 關於爭端解決機制的歷程，見，如A. O. Adede, *The System for Settlement of Dispute under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Dordrecht, 1987年，Nijhoff, 第3-283頁；Thomas

的鑒定作出貢獻，不單單是通過其值得注意的對非國家實體的授權¹²⁵。

有人可能會同樣指出聯合國行政法庭的良好建立¹²⁶，想到聯合國賠償委員會^{127、128}和由世界銀行和其他多邊開發銀行所建立的調查小組¹²⁹。

此外，仲裁¹³⁰也同樣得到了巨大的發展¹³¹。聯合國國際貿易委員

A. Mensah, "The International Tribunal for the Law of the Sea", *Leiden Journal of International Law*, 1998年, 第11冊, 第527-546頁和Hugo Caminos, "The Creation of Specialised Courts: The Case of the International Tribunal for the Law of the Sea", 載於N. Ando, E. McWhinney和R. Wolfrum (編), *Liber Amicorum Judge S. Oda*, 第1冊, The Hague, 2002年, Kluwer.

¹²⁵ 關於海洋法國際法庭所取得的成就的批判性觀點，強調判決數量及範圍的局限性，基本上與其“促進釋放”案例中和就申訴要最終進行的仲裁庭尚未構成時的臨時措施的強制管轄，爭辯說這微弱的記錄是由於糾紛雙方可選擇其他仲裁的方式所引起的，見Jillaine Seymour, "The International Tribunal for the Law of the Sea: A Great Mistake?", *IJGLS*, 2006年, 第13冊, 第1-35頁。

¹²⁶ 儘管有大國如蘇聯和美國的強烈抵制，但是聯合國行政庭還是由聯合國大會根據該法庭特設規約所建立起來。見大會決議351 (IV), UNGAOR, 4th Session, 1949年。概況可見，Hans-Joachim Priess, *Internationale Verwaltungsgerichte und Beschwerdeausschüsse*, 柏林, 1989年, Duncker & Humblot, 其中同樣及具洞察力地闡述了有關其他國際行政法院歷程。

¹²⁷ David D. Caron, "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *AJIL*, 1990年, 第84冊, 第104-156頁。同樣見在伊拉克入侵科威特後由安理會建立的聯合國賠償委員會旨在根據所授權的個人、企業、政府和國際組織提出主張要求為戰爭帶來的損失獲得賠償，雖然只有國家才可以向委員會申訴—作為一個政治機構，儘管其任務（考慮、核實申訴，決定損失）和組成含有大量的司法要素（見Richard B. Lillich (編), *The United Nations Compensation Commission*, Irvington, NY, 1995年, Transnational Publishers）。

¹²⁸ 聯合國賠償委員會已由安理會設立（1991年決議687和692），在伊拉克入侵科威特之後，目標是授予戰爭損失的賠償。除其權力和成員資格外，委員會保持為一個政治機構，正如其由行政性程式主導。見，John R. Crook, "The United Nations Compensation Commission—A New Structure to Enforce State Responsibility", *AJIL*, 1993年, 第87冊, 第149-151頁和Richard B. Lillich (編), *The United Nations Compensation Commission*, Irvington, NY, 1995年, Transnational Publishers。

¹²⁹ Laurence Boisson de Chazournes, "Le Panel d'inspection de la Banque mondiale: a propos de la complexification de l'espace public international", *RGDIP*, 2001年, n°1, 第145-1652頁；Ellen Hey, "The World Bank Inspection Panel: Towards the Recognition of a New Legally relevant Relationship in International Law", *Hofstra Law and Policy Symposium*, 1997年, 第61頁；David Freestone, "The Environmental and Social Safeguard Policies of the World Bank and the Evolving Role of the Inspection Panel", 載於A. Kiss等編, *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, The Hague, 2003年, Kluwer, 第145-154頁。

¹³⁰ 事實上，我傾向於把該功能當作司法的補充，從而構成一個“共生關係”，正如Charney曾說過。見J. I. Charney, "Is International Law threatened by Multiple International Tribunals?", *RCADI*, 1998年, 第271冊, 第315頁。

¹³¹ C. Gray和B. Kingsbury, "Inter-State Arbitration since 1945: Overview and Evaluation", 載

(UNCITRAL) 和國際商會 (ICC) 規則被用在國際商業仲裁中¹³²。投資爭端通常由投資爭端國際中心 (ICSID) 解決¹³³。

常設仲裁法院¹³⁴在調整其管理規則後^{135、136、137、138}似乎獲得了新生¹³⁹。

於M. W. Janis (編), *International Courts for the Twenty-First Century*, Dordrecht, 1992年, Nijhoff, 第55-83頁。

¹³² 見John Collier和Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, 牛津, 2000年, 牛津大學出版社, 第45-58頁。

¹³³ 同上, 第59-73頁。

¹³⁴ 有關其歷史和目前成就的權威說明, 見Hans Jonkman, “The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution”, *RCADI*, 1999年, t.279, 第16-47頁。同樣見, Shabtai Rosenne (編), *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907 and International Arbitration. Reports and Documents*, 海牙, 2001年, 尤其是頗具價值的歷史性敘述。

¹³⁵ 相對於特別仲裁, 尤其是PCA, 作為機構仲裁和調解的一種, 進一步擴充到超過97個國家, 並已存在長達一個多世紀, 似乎提供了一個有利的更合法的選擇。無論如何, 要使仲裁在實際中取得普遍成功以及在PCA方面有所成就, 這將很大程度上取決於國家能克服通常的被動局面而加入到仲裁解決辦法中的可能性, 尤其是處理國家與個人和非政府組織的關係時。重要而不可忽視的事實是如果在缺乏任何形式的未必有的強制管轄時, 非國家行為者獲得在仲裁爭端處理機構中申訴的權利, 就可以使國家保持同意。當決定訴諸於仲裁時, 這進一步與反映國家所要考慮的因素有關。就此, 見Philippe Sands, “Concluding Remarks”, 載於The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (編), *Resolution of International Water Disputes*, 海牙, 2003年, Kluwer, 第417-425頁。

¹³⁶ 事實上, 除了仲裁, 後來可選性規則的設立來規定了爭端決議的不同方法。見, 例如PCA, *Optional Conciliation Rules (1996)* and PCA, *Optional Rules for Fact-Finding Commissions of Inquiry (1997)*, 載於常設仲裁法院秘書處及國際事務局, *Permanent Court of Arbitration. Basic Documents*, 海牙, 1998年, 分別於第153頁及其後, 第171頁及其後; 同樣可見於<http://www.pca-cpa.org/BD>。

¹³⁷ 見PCA, *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States (1992)*, 載於常設仲裁法院秘書處及國際事務局, *Permanent Court of Arbitration. Basic Documents*, 海牙, 1998年, 第41頁及其後; 同樣可見於<http://www.pca-cpa.org/BD>。

¹³⁸ 這些規則同樣涵蓋了各國和國際組織之間的爭端 (見PCA, *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two Parties of Which Only One Is a State (1993)*, 載於常設仲裁法院秘書處及國際事務局, *Permanent Court of Arbitration. Basic Documents*, 海牙, 1998年, 第69頁), 就只有爭端一方為國家的情形 (見PCA, *Optional Rules for Arbitration Involving Organizations and States (1996)*, 載於常設仲裁法院秘書處及國際事務局, *Permanent Court of Arbitration. Basic Documents*, 海牙, 1998年, 第97頁), 以及就國際組織和私人之間的爭端 (見PCA, *Optional Rules for Arbitration between international Organizations and Private Parties (1996)*, 載於常設仲裁法院秘書處及國際事務局, *Permanent Court of Arbitration. Basic Documents*, 海牙, 1998年, 第125頁; 同樣可見於<http://www.pca-cpa.org/BD>)。

¹³⁹ 這些新的“可選規則”在已大量運用的UNCITRAL仲裁規則後制定, 重印載於常設

在環保領域所取得的進展尤其顯著^{140、141}。

在區域層面也同樣如此。

特別是作為逐漸完善和複雜的歐盟司法系統之首的歐洲法院^{142、143}。它作為一個世界最複雜¹⁴⁴和擁有綜合的國際司法復核機制¹⁴⁵的機構形象出現，並且，更全面地確保了法律在其特別法律秩序中的盛行^{146、147}，它由

仲裁法院秘書處及國際事務局，*Permanent Court of Arbitration. Basic Documents*，海牙，1998年，第237頁。

¹⁴⁰ 見PCA, *Optional Rules for Arbitration of Disputes relating to Natural Resources and/or the Environment* (2001)和PCA, *Optional Rules for Conciliation of Disputes relating to Natural Resources and/or the Environment* (2002),可見於<http://www.pca-cpa.org/EDR>。

¹⁴¹ 環境仲裁和調節的國際法院（就此資訊，其規約，成員，判決的案例文本可見於<http://iceac.sarenet.es> 以及Eckard Rehbinder和Demetrio Loperena, “Legal Protection of Environmental Rights: The Role and Experience of the International Court of Environmental Arbitration and Conciliation”, *EPL*, 2001年，第31冊，n°6，第282-292頁）應很難成為真正的替代，至少在可預見的未來。儘管後一法院證明比PCA更靈活（尤其由於依據環境損害的受害者單方面地行動而提供一個宣告性而不具有約束力的國際環境糾紛裁決的可能性）並設計一個機制為缺乏資源和能力的申訴人提供法律援助進入通常的程式，它並不具有其他選擇的同等地位。有人甚至會疑問是否其強烈的靈活性並不是被告一方，國家懷疑和被動遵守的理由之一。的確，已獲得的經驗（見Eckard Rehbinder和Demetrio Loperena, “Legal Protection of Environmental Rights: The Role and Experience of the International Court of Environmental Arbitration and Conciliation”, *EPL*, 2001,第31冊，n°6，第282-292頁）可能可以作為類似這些問題的證據。

¹⁴² 技術上，它作為所有歐洲共同體的司法機構（在歐洲煤鋼共同體被替代後，目前有兩個。）歐盟尚未有正式的國際法人資格。

¹⁴³ 最近，隨著一個專門歐盟民事服務庭的出現，一個三“層”司法已建立。這歸功於尼斯條約使這一及其他歐盟司法體系結構得以發展或在未來將要發展（第2（32）條，即新條款第225a）。歐盟專利庭的創建正被審查中。

¹⁴⁴ 歐洲法院在案例*Commission vs. Council*中宣佈其1971裁決，即條約已建立起一個完整的復核機制的體系，旨在控制機構行為的合法性。

¹⁴⁵ E. Lauterpacht, “The Legal Effect of Illegal Acts of International Organizations”，載於D. W. Bowett等編，*Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair*，倫敦，1965年，Stevens & Sons，第95頁，正表示在該複雜的機制中，似乎難以想像一個非法行為會被排除在第230條的適用情形中。

¹⁴⁶ 建立歐洲共同體條約第220條。

¹⁴⁷ 見A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*，牛津大學出版社，和K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*，牛津，2001年，牛津大學出版社。

法律構成，享有至上權力並能對國內法律秩序產生直接作用^{148、149}。不可否認的是，其裁決對歐洲法成為指導歐盟中的每個行為者的莊嚴燈塔有特別的貢獻，當然是因為它的這種做法是明顯造福於市民的^{150、151、152、153}。

近來Mercosur¹⁵⁴在拉丁美洲所建立的安第斯共同體¹⁵⁵體系，雖然實際操作中所取得的成效甚微，也不管其機構的複雜性，其以不同的特徵、方法和影響力，似乎已順應這股趨勢。在北美環境合作協議的背景

¹⁴⁸ 這是規章中的情況，根據第249條的普遍適用性，這些規章具有完整的約束力並直接適用於所有成員國。規章直接授予歐洲共同體公民權利和義務，無論是自然人還是企業實體，都最終可由歐洲法院強制執行。

¹⁴⁹ 關於其他法律文件，即指令，見ECJ's *Van Gend & Los* 判例法和其在案例9/73中的裁決，*Schlüter*, ECR, 1973, 第423-454頁，(32)，案例57/65，*Lütticke*, ECR, 1996, 第361-375頁；案例36/74，*Walrave*, ECR, 1974, 第595-610頁；案例41/74，*Van Duyn*, ECR, 1974, 第567-585頁；案例9/70，*Franz Grad*, ECR, 1970, 第509-535頁。

¹⁵⁰ Daniel Sarmiento, *Poder judicial e Integración europea, La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, 馬德里，2004年，Civitas。

¹⁵¹ 關於由慷慨的歐洲法律釋義賦予他們國際性特權身份的評論，見Moura Ramos, Rui Manuel, *Direito Comunitário. Programa, conteúdos e métodos de ensino*, 科英布拉，2003年，Coimbra Editora, 第24-25頁。

¹⁵² 這同樣也是一個難以被接受的原因，也因為協調性問題，即與條約第230(4)私人個體的*ius standi* 缺乏相對應的程式。就此問題我們可見近期Paulo Canelas de Castro, "Locus Standi of private applicants to the European Court of Justice-Sisyphus's Works?", *BFDUM*, 2004年，第17冊，第15-43頁。

¹⁵³ 就非政府組織在歐洲法院的情況，見Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, 劍橋，2005年，劍橋大學出版社，第264-270頁。

¹⁵⁴ 見Paulo Borda Casella和Vera L. V. Liquidato (編)，*Direito da integração*, São Paulo, 2006年，Quartier Latin (即將出版)；P. B. Casella, "Quadrilateral perspective on integration in the Americas- a view for the Mercosur and Brazil", 載於L. Perret (編)，*The Evolution of Free Trade in the Americas/ L'évolution du libre-échange dans les Amériques*, Montréal, 1999年，Wilson and Lafleur, 第125-155頁；P.B. Casella, L.O. Baptista和Araminta de A. Mercadante (編)，*MERCOSUL: das negociações à implantação*, São Paulo, 1st ed., 1994年，2nd rev. ed., 1998, LTr. Ed; P. B. Casella, *Mercosul: exigências e perspectivas integração e consolidação de espaço Econômico integrado*, São Paulo, 1996, LTr; P.B. Casella, *Mercosul: exigências e perspectivas de integração de espaço econômico integrado*, São Paulo, 1995年，FDUSP。

¹⁵⁵ 見José Luís da Cruz Vilaça和José Manuel Sobrino Heredia, "Do Pacto Andino à Comunidade Andina. O Protocolo de Trujillo: Simples Reforma Institucional ou Aprofundamento da Integração Subregional?", *Temas de Integração*, 1997年，n°3，第2冊；Galo Pico Mantilla, *Derecho Andino*, 2nd ed., Quito, 1992年，Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena。

¹⁵⁶，北美同樣也設立了一些實例。類似的跡象還出現在非洲發展共同體（SADC）¹⁵⁷和其他非洲區域性的努力中^{158、159}，但處於欠發達階段。

此外，這股趨勢不僅被牢牢把握在較明顯的經濟遊戲中，其同樣也滲透在人權保護中¹⁶⁰，歐洲人權法院的經驗最為突出^{161、162}，甚至它同樣被其他類似機構明智地效仿，尤其在美洲大陸¹⁶³，即同時依靠美洲國家

¹⁵⁶ 這是兩個下屬北美自由貿易協定（NAFTA）之一，其制定旨在支持NAFTA的環保規定。在該協議下一種所謂的“公民提交程式”已被建立，允許私人當事人就協議的客體提出訴訟。應提及的是其他NAFTA下屬協議，即勞務合作北美協議，它包括另一個提交程式，但卻較為微弱。就該兩者，見Jack I. Garvey, “Trade Law and Quality of Life-Dispute Settlement under the NAFTA Side Accords on Labour and the Environment”, *AJIL*, 1995年，第89冊，第439-453頁；Raymond MacCallum, “Evaluating the Citizen Submission Procedure under the North American Agreement on Environmental Cooperation”, *Colorado JIELP*, 1997年，第8冊，第395-396頁以及A. L. C. de Mestral, “The Significance of the NAFTA Side Agreements on Environmental and Labour Cooperation”, *Arizona JICL*, 1998頁，第169-185頁。

¹⁵⁷ SADC法庭根據SADC1992條約第9條所建立，坐落於Windhoek, 納米比亞，2005年11月正式運作，遵從法庭協議和SADC法庭的程式規則的規定。

¹⁵⁸ 關於其中之一，OAHADA（非洲統一商法組織），見Boris Martor, Nanette Pikington, David S. Sellers和Sébastien Thouvenot, *Business Law in Africa, OAHADA and the Harmonization Process*, 倫敦，2002年，Kogan Pace, *notius* 第11-16頁。

¹⁵⁹ 就這些和其他組織通常爭端解決機制較為不完善的情況，見Henry G. Schermers和Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, 3rd ed., Dordrecht, 1995年，Nijhoff.

¹⁶⁰ 更為普遍的是在人權的背景下，設立了監督機構，嚴格說來由於其無權在所處理的案件中作出具約束力的決定因而並不是一個司法機構。然而他們的作用是不可低估的，因為這些機構作出的陳述往往被看作對隱諱的公約的權威性解釋。在這些機構中，尤其是人權委員會通過制定一般性意見和根據所遞交的國家報告對國家質疑，有助於創造大量可觀判例法並闡明國際公民和政治權利公約。見Dominick McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 牛津，1994。

¹⁶¹ 通過歐洲理事會根據歐洲人權和基本自由公約下建立起來。

¹⁶² 它蘊含了大量先進的國家之間和私人控訴的司法解決機制。無論是法院還是委員會（隨著公約第11協議的生效後，與此同時它已開始隕落）都已制定了大量的判例法作為保護人權的典範，並相當於一種“歐洲視角”（見Charles Leben, “Is there a European Approach to Human Rights?”, 載於Philip Alston（編），*The EU and Human Rights*, 牛津，1999年，牛津大學出版社，第69頁及其後，*notius*，第93頁），據此人權同樣構成包括民主和法治的三角關係中的一級，並在歐洲範圍產生影響。據此，Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Leiden, 2006年，Nijhoff, 第440-442頁。

¹⁶³ 參閱，例如Lucius Cafilisch和António Cançado Trindade, “Les Conventions américaine et

委員會和美洲國家法院的美洲人權體系^{164、165}。

無疑，僅僅建立訴訟程式和審判程式的事實並不一定導致國際法被更好地遵守，這同樣也是法治原則的目的^{166、167、168}。從這個意義上說，單純地建立法院並不意味著司法體系的充足。

相反，審判程式的建立必須被當作首要的，不可或缺的司法和新興國際法治的條件。

européenne des droits de l'homme et le droit international général”，*RGDIP*，2004年，n°5。

¹⁶⁴ 見Thomas Buergenthal, *The Inter-American Court of Human Rights*，*AJIL*，1982年，第76冊，第231-245頁；David J. Padilla, “The Inter-American Commission on Human Rights of the Organization of American States. A Case Study”，*American University Journal of International Law and Policy*，1993年，第9冊，第95-115頁；Scott Davidson, *The International-American Human Rights System*，Aldershot, 1997年，Dartmouth。

¹⁶⁵ 關於非洲人權和民族權利委員會和法院建立的日益有趣經歷。見Evelyn A. Ankumah, *The African Commission on Human and People's Rights: Practices and Procedures*，海牙，1996年，Nijhoff；U. Oji Umzurike, *The African Charter on Human and People's Rights*，海牙，1997年，Nijhoff；以及Rachel Murray, *The African Commission on Human and People's Rights and International Law*，牛津，2000年，Hart。就非政府組織在非洲委員會的身份，見Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*，劍橋，2005年，劍橋大學出版社，第279-285頁。

¹⁶⁶ 同樣由於其本身也引起了法律支離破碎的恐懼，該專業性觀點提出自John H. Jackson, “Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization”，*NYUJILP*，1999年，第31冊，第823頁及其後；Cesare P. R. Romano, “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”，*NYUJILP*，1999年，第31冊，第709頁及其後；Jonathan I. Charney, “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Court and Tribunals”；Pierre-Marie Dupuy, “The Danger of Fragmentation or Unification of the Legal System and the International Court of Justice”；Georges Abi-Saab, “Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks”，都載於*NYUJILP*，1999年，第31冊，各自於第697頁及其後；791頁及其後；和919頁及其後。Robert Y. Jennings, “The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers”，*ASIL Bulletin*，1995年，第9冊，第2-7頁。

¹⁶⁷ 然而，有些學者爭論說司法機制的多樣化可能在事實上存在幾個優勢：見Alan Boyle, “Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction”，*ICLQ*，1997年，第46冊，第37-54頁；Jonathan I. Charney, “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? ”，*RCADI*，1998年，t.281. 第101-373頁。

¹⁶⁸ 無論如何，可以設計出可供選擇的方法來減少危險。就此，見Georges Abi-Saab, “Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks”，*NYUJILP*，1999年，第31冊，第919-933頁。

第一，因為可能存在令人信服的理由，該領域的具體化可使司法避免單純和簡單。這經常被用在有關環境保護的情況中。即使事實並非如此，僅僅是司法也可能並不足夠，必須滿足其他條件來配合司法的內容和影響，使之真正可被稱為法治的存在。

就此之中的要素，我們相信下列幾項尤其相關：

1. 平等

似乎確實勢在必行。首先，所有法律主體或社會行為者都在法律面前一律平等，任何人不能凌駕於法律之上，所有相似事宜得到相似或同等的對待。這些對過去的國際法主要行為者和情況來說並非如此。在傳統的國際法中，越強大的國家在違反法律義務的情況下更容易脫身，而不那麼強大的國家如果犯下相似的罪行則極可能不得面對後果。隨著在當今國際生活和國際法律的問題領域中建立起來的司法裁決機關和程式，要達到這個平等待遇的機會更為艱難¹⁶⁹。

2. 獨立

審判程式的政治獨立性和公正性對於違反類似國際法律規則的平等對待是另一個關鍵的前提。

當然，像那些在聯合國人權委員會^{170、171、172、173、174}中的外交仲裁程式並沒有真正成為例外。同樣，像那些在歐洲人權法院中的司法審判程式並沒有成為無可爭辯的規則。但是，尤其在過去的15年裏，很多先前存在用以解決國際關係糾紛的程式已逐漸變得更司法化同樣是一個事

¹⁶⁹ 見下文關於國際貿易中“裁決”的例子。

¹⁷⁰ 人權委員會在國際公民和政治權利公約的規範背景下已經成立。

¹⁷¹ 主要法律文件管制這一行為的是聯合國經濟和社會委員會決議1235（XLII）和1503（XLVIII）。

¹⁷² 它已由聯合國大會所設立。

¹⁷³ 就機制的大體情況，見Philip Alston（編），*The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*，紐約，1992年，牛津大學出版社和Stephen Marks，“The United Nations and Human Rights: The Promise of Multilateral Diplomacy and Action”，載於Burns Weston和Stephen Marks（編），*The Future of International Human Rights*，1999年，Boulder，第291頁。

¹⁷⁴ Cfr. Anne F. Bayefsky，“Making the Human Rights Treaties Work”，載於Louis Henkin和John Lawrence Hargrove，*Human Rights: A Agenda for the Next Century*，華盛頓，1994年，American Society of International Law，第229頁。

實。這意味著它們現在的趨勢更向司法靠攏，如我們所熟知的國內的那些程式。就此，它們已不得不取得更多的政治獨立，更大程度上依賴強制管轄，並使訴訟越發簡便。

3. 管轄

國際法治的另一個同樣重要的先決條件是審判程式可以執行強制管轄。

只有當那些被申述為違反他們法律義務的國家無法阻止程式的實施時，對相似的罪行作相似的對待才似乎可行。

傳統上，在大多國際問題領域，審判程式不可執行強制管轄。

就此情況如國際法院，其管轄權很大程度上依賴於涉及法律糾紛的國家認可¹⁷⁵。這正使我們想起葡萄牙在東帝汶案件中不可能將印度尼西亞繩之以法的障礙¹⁷⁶來說明該問題。

然而，自從20世紀80年代以來，在越來越多問題領域的審判程式已被賦予了權威而無需被告國的同意。在刑事事務中的情況正是如此。

4. 訴訟

就類似違反國際法律規則類似對待的更進一步的先決條件就是審判程式不可以只由國家提起訴訟。

出於外交原因，國家趨向於避免對其他違反國際法律規則的國家提出訴訟。因此，只有少量違反行為，通常只是那些不怎麼強大的國家才引發法律訴訟，而其他特別是強國卻並非如此。為了糾正這個弱點，一些人主張非國家行為者應獲得進入國際審判程式的權利。

但是，傳統上國際審判程式只可以由國家發起。國際法院就是一個典型的例子。

¹⁷⁵ 在規約的第36條已預見就法院權限的同意形式。

¹⁷⁶ Miguel Galvão Teles, “As Nações Unidas e a questão de Timor-Leste”, *Politica Internacional*, 1999年, 第20冊, n°3, 第177-191頁; Miguel Galvão Teles, “Timor-Leste”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2. suplemento, Lisboa, 2000年, 第617頁及其後; Paulo Canelas de Castro, “Das demokratische Portugal und das Selbstbestimmungsrecht der Völker -Der Fall Ost-Timor”, 載於 E. Jayme (Hrsg.), *Deutsch-Lusitanische Rechtstae*, Baden-Baden, 1994年, Nomos Verlag, 第152-175頁; Miguel Galvão Teles and Paulo Canelas de Castro, “Portugal and the Right of Peoples to Self-Determination”, *Archiv des Völkerrechts*, n°34,1,1996年, 第246頁。

關於非國家行為者參與的審判程式過去往往稀少，一個早期的例外¹⁷⁷就是歐洲人權法院。

然而，如今的國際審判制度為非國家行為者如個人¹⁷⁸、私營團體¹⁷⁹和國際機構提供越來越多的參與機會。

更進一步的調查¹⁸⁰——由於本文有限的方法，範圍和目的將不再深入¹⁸¹

¹⁷⁷ 甚至在這個背景下就個人和非政府組織的訴訟是一個演化過程的頂點。的確，在組織初步的結構中，個人和非政府組織訴諸於委員會只有以國家對個人向委員會申訴的同意為條件。但是，這種模式以及平衡的歐洲委員會—歐洲法院結構已經改變，以使受害者法律代表能夠訴諸於法院（起先，他們能夠隨同委員會一起出席，後來他們可以遞交書面訴狀，最終訴諸於法院的權利獲得了認可）後來在1998年他們已在歐洲人權法院作為正式當事人參與審判過程。見歷史性演變的描述，Philippe Sands, “Turtles and Torturers”: The Transformation of International Law”, *NYUJLP*, 2001年，第33冊，第546頁；António Augusto Cançado Trindade, “The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century”, *Columbia Human Rights Law Review*, 1998年，第1冊，第17頁；Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, 劍橋，2005年，劍橋大學出版社，第328-345頁。歐洲體系的這個進程包括隨後的膽怯舉措已經隨著議定書9的通過和引入得以初步修正，允許個人直接訴諸於法院。該法律文件後來被1998年生效的議定書11所取代，對體系完全修改，今後允許個人、非政府組織和個人團體直接向法院申訴。

¹⁷⁸ 美洲國家體系尤其如此，在美洲國家委員會訴諸法院的代表中結合了受害者法律代表原本已被接受（他們被稱為代表“助理”）。在1996年，美洲國家法院的法官可向受害人代表提問並就摘要在法院陳述。在1996年年底，程式規則的修改使受害人代表可以在賠償討論階段直接向法院提出他們的論點和證據。後來在2002美洲國家法院的程式規則中有一條款（第35條，第4段）體現了個人在訴諸於法院過程中的“地位”（‘locus standi’）。

¹⁷⁹ 有關非政府組織，在訴訟中同樣作為正式當事人以及作為‘amicus curiae’，見Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, 劍橋，2005年，劍橋大學出版社，第5和6章，第218-299，300-364頁。

¹⁸⁰ 類似標準，載於R. O. Keohane, A. Moravcsik 和A.M.Slaughter, “Legalised Dispute Resolution: Interstate and Transnational”, *IO*, 2000年，第54冊，第457頁。

¹⁸¹ 尤其要注意的是對“雙重講提”項目所宣揚方法的優點受到認可，該思想途徑渴望克服在國際關係和國際法中的“文化”分裂（不均衡地受到其“現實主義者”歷史性學習的影響）並致力於結合傳統國際關係和國際法自治觀點（就此，見Robert Beck, “International Law and International Relations: The Prospects for Interdisciplinary Collaboration”, 載於Robert Beck 等（編），*International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, 牛津，1996年，牛津大學出版社，第3-30頁；José Manuel Perea, “O lugar do Direito num horizonte pós-positivista”, *Política Internacional*, 1998年，18，n°2，第79-91頁；“Ordem jurídica, desordem mundial. Um contributo para o estudo do Direito Internacional”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2002年，第64冊，第12-16頁），我們承認我們就隨後在文本中提到的更經典的國際關係方法的質疑存在局限性。

——就是相對重要的在特別領域中¹⁸²所有潛在的爭端解決機制的情況和程式，以及潛在的“消費者”有效訴諸於這些機制¹⁸³。

A. 司法化 —— 國際貿易

1. 一個真正的司法系統

正如我們所見，很久以前就有一個WTO，那就是GATT¹⁸⁴。它一開始並不是一個組織¹⁸⁵，參照在一個長期觀察者Robert E. Hudec¹⁸⁶所做出的準確看法——“一個法律和外交的混合”，它只是一個法律構想。

“爭端解決制度”符合該風險所需的前提條件。它一開始以一個由外交官所組成的非正式“工作小組”出現，僅僅在過去幾年中，緩慢地通過制度一點點減少不確定的推理從而演變為“專家”小組。這些機構仍然由外交官組成並運用外交或政治思想來審議，這仍會由於集會中足以使要承擔所有後果消失的單個否決權的存在（首先來自於“敗訴方”）而被赦免¹⁸⁷。

目前的情況卻有天壤之別。該制度變得司法化，正如作者隱諱地說道，自此“咬”向各國¹⁸⁸。

¹⁸² 所要考慮事項中可能尤其是有關於環境保護方面。

¹⁸³ 在貿易方面，可能會注意到自從建立WTO以來糾紛的數量已經爆破，這可能反映了WTO成員對新體制充滿更多的信心。見，尤其是M.L.Busch和E. Reinhardt, “Testing International Trade Law. Empirical Studies of GATT/WTO Dispute Settlement”, 載於D. L. M. Kennedy和J. D. Southwick (編), *The Political Economy of International Trade Law. Essays in Honour of Robert E. Hudec*, 劍橋, 2002年, 劍橋大學出版社, 第464頁, 以及Kara Leitner和Simon Lester, “WTO Dispute Settlement, 1995-2003. A Statistical Analysis”, *JIEL*, 2004年, 第7冊, 第165-179頁。

¹⁸⁴ 就其法律實體重要著作見, John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis, 1969年, Bobbs-Merrill.

¹⁸⁵ 儘管GATT最初是由哈瓦那憲章中關於構想創立世界經濟組織部分所孕育。

¹⁸⁶ Robert E. Hudec, *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT Legal System* Salem, New Hampshire, 1993, Butterworth.

¹⁸⁷ Ernst-Ulrich Petersmann, “Strengthening GATT Procedures for Settling Trade Dispute”, *World Economy*, 1988年, 第11冊, 第55-89頁。

¹⁸⁸ Miquel Montana I Móra, “A GATT with Teeth: Law Wins Over Politics in the Resolution of International Trade Disputes”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1993年, 第31冊, 第103頁及其後。

新WTO法律制度最戲劇性的突變恰恰就是一個以解決爭端為目的的真正司法體制的建立¹⁸⁹；一個雙層的體制。的確，除了已經提到的第一層外，即專家小組繼續存在但以不同形式出現（專家小組成員，其獨立性法律保證，須客觀斷案），現在還有第二層，即上訴機構的介入。在專家小組的決定或爭端解決機構¹⁹⁰認為某一舉措是不符合WTO規則之後¹⁹¹，該機構建議成員國訴訟方式（第19條第1款），並且爭端解決機構會被授權監督報告和建議的履行（第21條）。但被告可以就法律問題向上訴機構提出疑議。該上訴機構是一個常設機構，其7名成員都是律師，他們任期4年，並可續任（第17條第1，2款）。這樣就構成了一個司法性的國際機構，其職能類似於其他司法機構，即根據國際法就之前專家小組報告中所評估的法律作出決定（第17條第6款）^{192、193}。

2. 平等

WTO相比以前在前WTO貿易體系中的做法，已明顯邁向法律而非

¹⁸⁹ 法律管理文書就是WTO爭端解決規則和程式的諒解，即通常所熟知的爭端解決諒解。其對應於WTO協議附件II。見*ILM*, 1994年，第33冊，第1226頁及其後。一個很好的概述可見於Alan C. Swan 和John F. Murphy, *Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations*, 2nd ed., 紐約，1999年，Lexis, 第591-596頁。

¹⁹⁰ 實踐中，WTO總理事會。

¹⁹¹ 爭端解決機構只有當WTO成員國的政府提出主張說“其自然增加”的利益正遭受另一個成員國政府行為的損害時才調查這些事宜（爭端解決諒解第3.3條）。爭端解決諒解把這看作一個由“爭端”引起的“案例”（第3.7條）。純粹就不遵守規則而無其他支持的主張或對WTO條約解釋的歧異技術上是不在WTO爭端體制的範圍內的。

¹⁹² Rambod Behboodi, “Legal Reasoning and the International Law of Trade: The First Steps of the Appellate Body of the WTO”, *JWT*, 1998年，n°32, 第4冊，第55-99頁和Deborah Z. Cass, “The Constitutionalization of Trade Law: Judicial Norm-generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *EJIL*, 2001年，第12冊，第39-75頁。

¹⁹³ 然而，就機構的名稱在學說上尚未清晰。While M. Nettesheim, “Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung—zur Entwicklung der Ordnungsformen des internationalen Wirtschaftsrechts”, 載於C.-D. Classen 等（編），*In einem Vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen...-Liber Amicorum Thomas Oppermann*, 柏林，2001年，Duncker & Humblot, 第396頁和Armin von Bogdandy, “Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation”, *Kritische Justiz*, 2002年，第34冊，第267頁毫不猶豫地將其定性為“司法實體”，其他如J. Bacchus, “Groping toward Grotius: the WTO and the International Rule of Law”, *Harvard ILJ*, 2003年，第44冊，第541頁，更為吝嗇傾向於將其成為“準司法”程式。但是就其“司法化”功能的認可可是得以普遍承認的。

政治化地對待貿易問題和爭端解決¹⁹⁴。這一變化正被認為是對較弱國家的“利益”的保護，使他們能夠從一開始就與較強的國家平等。對他們訴諸於爭端解決機制以及其結果的記錄似乎可以證實該觀點。

3. 獨立

我們已經看到經過一個短暫的時間，當爭端方自己努力以外交解決其問題後，在上世紀50年代，出現所謂的專家小組就主張違反GATT義務的爭端做出決定，該專家小組由3個法律顧問組成，他們以個人名義行使職能。然而，他們的獨立性由於特定涉及糾紛的國家在個案中可選擇專家小組成員的事實而受到減損。通常，來自於中立國的代表而非真正的獨立法律專家被選定為小組成員。

但是，在20世紀80年代末和90年代初期，尤其是在WTO替代舊有的GATT後，仲裁程式在政治上變得更為獨立。雖然專家小組成員的組成沒有改變，但是正如我們所見，自從第8條第2款確保了他們的獨立性以來，他們的身份在法律上已有所不同。並且他們的職能也展現出新氣象，因為他們現在要求根據更完善更清晰的法律客觀地評估事實。再者，為了校正專家小組在上訴案件中的報告，已成立了一個非常獨立的上訴機構。

相比該小組，上訴機構由法律專家構成，他們如普通法院的法官一樣獨立。上訴機構的7位成員現在由選舉產生來處理在他們4年任期中可能產生的所有爭端，而非涉案國家根據個案做出選擇。這賦予了他們很大程度上的政治獨立性。

4. 權限

GATT/WTO也同樣是一個機構中司法審判程式變為強制性的例子。

整個70年代和80年代中，GATT專家小組的管轄權並不是強制的。專家小組的建立以及報告的通過都取決於GATT理事會。然而，這些決定依賴於所有國家的（“積極”）共識，包括被訴國。這意味著即使是被訴國也總是可以阻止程式的進行。

¹⁹⁴ 見J. H. H. Weiler, “The Rules of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on WTO Dispute Settlement”, 載於R. B. Porter等（編），*Efficiency, Equity, and Legitimacy. The Multilateral Trading System at the Millennium*, 華盛頓，2001年，Brookings.

但是，這種方式隨著1995年WTO的建立，同樣在90年代中期發生了變化。在國際貿易法中的爭端解決機制得到了極大的增強，它現在涵蓋了強制管轄。在爭端解決制度的各種變化中¹⁹⁵，存在這樣一個事實就是目前爭端解決小組的建立以及專家小組報告的通過不再像過去一樣，在GATT框架受爭端國一方阻礙。相反，新建立的爭端解決機構只可以以一致通過而拒絕報告（用組織的行話來說，是從“積極共識”到“消極”共識的演變）。正如 Norio Komuro 所說，這意味著現在的規則是“準自動共識”（“quasi-automatic consensus”）¹⁹⁶。同樣爭端當事方現在可以就專家小組裁決的法律觀點向上訴機構提出上訴，因為現在存在一個雙層的爭端解決系統。對被訴國來說目前存在的唯一可能是訴諸於上訴機構。不過，其報告仍然只可以通過上訴機構一致的決定才可被否決¹⁹⁷。因此，被訴方不再能夠阻礙報告的通過。再者，過去小組的成員都為外交官，上訴機構的成員現在都是經過充分訓練純粹運用法律思維的律師。

¹⁹⁵ 動態地使WTO爭端制度發生轉變的複雜過程可以被描述為如下情形：申訴成員國政府有一個程式性權利以確保一個獨立的專家小組調查其訴訟請求以及被訴政府的反饋。專家小組將審查訴狀和答辯狀，舉行一次口頭的聽證會並對後續問題提出意見並在6至9個月內作出決定。當沒有上訴時，這項決定就被DSB通過（包括所有WTO成員的政府），除非各國政府就不採納達成一致（“消極共識”）。當個案就法律問題被上訴，上訴機構將考慮訴狀和答辯狀，舉行一次口頭聽證會並發佈決定，通常在60至90日內完成。該上訴決定是由DSB通過的，除非達成一致不通過。根據通過的決定，敗訴的被訴政府要在所給的“合理”期間內遵守決定。如果原起訴方認為該遵守並未發生，他可根據DSU第21.5條提出申訴。這將使原專家小組審查遵守情況。決定將在90日內作出並可上訴。一旦上訴期滿並未被遵守，訴訟方可尋求“中止特許權或其他義務”的權利，這是WTO領域中報復的一種慣用手法，反措施或制裁。在目前的實際操作中，只有在根據地21.5條專家小組發現持續地不履行後才考慮採取報復行動。申訴政府然後可能尋求報復的權力。根據第22.6條可以通過裁決採取適當程度的報復行動。在這個過程中，涉訴的政府可以通過履行決定來解決爭端。一旦裁決在60日內完成，申訴政府即擁有對敗訴政府在仲裁中設定的金融層面上施加貿易報復行動的權利。該報復行動的目的並非懲罰，而是促使其遵守。DSB就爭端進行持續的監督，直到其最終得以解決（第21.6條）。

¹⁹⁶ Norio Komuro, “Is the WTO Dispute Settlement Mechanism Responsive to the Needs of the Traders? Would a System of Direct Action by Private Parties Yield Better Results?”, *JWT*, 1998年, 第32冊, n°2, 第157頁。

¹⁹⁷ 至今為止，所有提請DSB的專家小組和上訴機構的決定都被通過。

5. 訴訟

如今的國際裁決制度越來越多地為非國家行為者如個人、私人團體以及國際機構提供訴訟的途徑。一個典型的例子就是海洋法爭端解決制度¹⁹⁸。

不過，WTO貿易領域的裁決程式仍然只能以國家為主體，如在GATT中一樣，只有國家能要求成立專家小組。然而，在這一設置下仍存在一些可能為未來的行動和法律的發展發揮“橋梁”作用的創新。事實上，除了已經在GATT框架下賦予它們訴訟權外，私人行為者可能作為“法庭之友”（“*amicus curiae*”）“參與”到WTO爭端解決程式中¹⁹⁹，通過所謂的“法庭之友”，上訴機構應將他們所提供資訊納入考慮範圍^{200、201、202、203}。如今

¹⁹⁸ 其他個人享有原告地位提出訴訟的突出機構有國際勞工組織，北美自由貿易協定第11章（投資），以及地區人權條約的爭端解決機構。見D.Shelton, “The Participation of Nongovernmental Organisations in International Judicial Proceedings”, *AJIL*, 1994年，第88冊，第625頁。

¹⁹⁹ Hervé Ascensio, “L’*amicus curiae* devant les juridictions internationales”, *RGDIP*, 2001年，第4冊，105卷，第907-908頁，表明這可能以一個非正式的形式實現，無需正規化的規定。

²⁰⁰ 概況，見S. Krislov, “The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal*, 1963年，第72頁；E. Angell, “The Amicus Curiae: American Development of English Institutions”, *ICLQ*, 1967年，第16冊，第1017頁；Loretta Re, “The Amicus Curiae Brief: Access to the Courts for Public Interest Associations”, *Melbourne University Law Review*, 1984年，第14冊，第552頁及其後。

²⁰¹ 尤其，見J. Waincymer, *WTO Litigation Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, 倫敦，2002年，Cameron May, 第328-331頁，S. Ohloff, “Beteiligung von Verbänden und Unternehmen im WTO Streitbeilegungsverfahren. Das Shrimps-Turtle Verfahren als Wendepunkt?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999年，第139冊。

²⁰² 在“判例法”中，見專家小組報告，United States - *Import Prohibitions of Certain Shrimps and Shrimp Products case* (India, Pakistan and Thailand v. U.S.), 1998年5月15日，WTO Doc. WT/DS58/R.見上訴機構報告，United States - *Import Prohibitions of Certain Shrimps and Shrimp Products*, 1998年10月12日，WTO Doc. WT/DS58/AB/R.然而，引發強烈的批評，見Asif H. Qureshi, “Extraterritorial Shrimps, NGOs and the WTO Appellate Body”, *ICLQ*, 1999年，第48冊，第205-206頁。上訴機構的傾向明顯逆轉於*European Communities - Measures Affecting the Prohibition of Asbestos and Asbestos - Containing Products*, 2001年3月12日，WTO Doc. WT/AB/R.然而在該背景下似乎並沒有對更慷慨的訴訟資格做出明顯預示。

²⁰³ 其他對於個人*ius standi*認可的重要例子為國際勞工組織，北美自由貿易區協定第11章投資以及由區域性人權條約所建立的司法機構。概況見，D.Shelton, “The Participation of Nongovernmental Organisations in International Judicial Proceedings”, *AJIL*, 1994年，第88頁，第625頁。

對於個人或企事業加入到爭端方國家代表的情況並不罕見²⁰⁴。此外，一些學說同樣“反對”有關原告資格更“慷慨的”的規則^{205、206、207、208}。

B. 司法化 —— 環境保護

1. 監管遵守的不同實例

在這一領域中的情形相比之前在很多方面頗為不同。

²⁰⁴ 如Steve Charnovitz, “WTO Dispute Settlement as a Model for International Governance”, 載於 Alexandre Kiss, Dinah Shelton和Kanami Ishibashi (編), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, 海牙, 2003年, Kluwer, 第246頁, 寫道“一些政府如美國應私有產業的要求在WTO中慣常支持訴訟的確為事實, 但是WTO並不理會訴訟的來源。”

²⁰⁵ 見, 代表性論述, Norio Komuro, “Is the WTO Dispute Settlement Mechanism Responsive to the Needs of the Traders? Would a System of Direct Action by Private Parties Yield Better Results?”, *JWT*, 1998年, 第32冊, n°2。

²⁰⁶ 特別參見近期國際法協會有關國際貿易法所作的決議, 即決議n°2/2000, 附件3 (“國際貿易中法治宣言”), 於2000年7月29日ILA第69屆會議上通過, 它‘特別’建議“WTO成員要通過增強和接受WTO規則來鞏固國際貿易中的法治, 特別是, (b) “為代表合法利益的觀察員在各自的程式中開放WTO爭端解決制度, 並促進WTO爭端解決程式的充分透明度; (c) 允許個人, 包括自然人和法人, 以一個諮詢的‘訴訟地位’出現在影響他們自身權益的爭端解決程式中”。國際法律協會, 第69屆會議報告, 倫敦, 2000年, 第24-25頁。

²⁰⁷ 然而, 見Raymond Ranjeva, “Les organisations non gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international”, *RCADI*, 1997年, t.270, 第50頁及其後, 考慮到“法庭之友”在司法管轄中的作用由國家同意原則所決定而持保留意見。

²⁰⁸ 近年來所發表的其他意見都表示要減少WTO的“民主赤字”就要建立起一個WTO的議會機構(由歐盟提出的一項建議)以及一個WTO經濟和社會諮詢委員會(由國際法協會提出的一項建議); WTO成員國通過一項宣言承諾尊重普遍性人權義務; 使WTO與NGOs的協商更系統化並建立在相信後者的專業和監測能力能一方面有助於減少公民和議會間可監測資料的不對稱, 另一方面能協助WTO談判代表(WTO已就與貿易相關的環境和發展問題與NGOs一起舉辦年度研討會)的基礎上。見E.U. Petersmann, “Human Rights and International Economic Law in the 21st Century” *JIEL*, 2001年, 第3冊, 第54-56頁和R.Howse, “How to Begin to Think About the Democratic Deficit at the WTO”, 載於S. Griller (編), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, 維也納, 2003年, Springer, 82頁。

儘管一些學說呼籲建立一個世界環境法院^{209、210}，但卻遭到其他權威學說的反擊^{211、212}，因為具體用以處理不遵守現有規則情況的‘特別’司法程式尚未建立。反之，監督和預防機制已經建立。許多國際機制已經建立，以努力避免進一步環境惡化為主要任務。

各國都認為沒有必要試圖訴諸傳統司法機制確保普遍遵守環境保護的國際規則²¹³，以及在持續不遵守的情況下規定國家責任。另一被主張的選擇就是關注於制度的技術管理。在這種模式下，可以避免二元選項，小的侵犯不會構成侵犯，只要制度的完整性沒有受到威脅²¹⁴。

²⁰⁹ 即，義大利法官Amedeo Postiglione(*The Global Village Without Regulations*, Firenze, 1992年, Giunite; *Tribunale Internazionale Dell' Ambiente Roma*, 1992年; “An International Court for the Environment?”, *Environmental Policy and Law*, 1993年, 第23冊, 第73-78頁; *Giustizia e Ambiente Globale: Necessità Di Una Corte Internazionale*, Milano, 2001年), 德國教授Alfred Rest (“Enhanced Implementation of the Biological Diversity Convention by Judicial Control”, *Environmental Policy and Law*, 1999年, 第29冊, 第32-42頁; “The Indispensability of an International Environmental Court”, *RECIEL*, 1998年, 第7冊, 第63-67頁; “Need for an International Court for the Environment?” *Environmental Policy and Law*, 1994年, 第24冊, 第178-187頁) 以及Jan Pronk, “Keynote Address”, 載於International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (編), *International Investments and Protection of the Environment: The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, 海牙, 2001年, Kluwer。

²¹⁰ 這些在圍繞尚未解決或甚至尚未提出的環境問題的主張專業性強且數量眾多，需要專業技術和知識處理它們，尤其需要就環境適宜的國際司法中為個人和NGOs提供一個通常比其他司法程式更為寬泛的訴訟途徑條款，所討論的程式應該讓大眾，集體或公共利益得到充分和開放的表達。

²¹¹ 法官閣下Robert Jennings (“The Need for an Environment Court?”, *Environmental Policy and Law*, 1992年, 第20冊, 第312-314頁, Ellen Hey (*Reflections on an International Environmental Court*, 海牙, 2002年, Kluwer)。

²¹² 所列出的理由往往是建立在若國際法院擴散則法律和法學的統一性可能遭受危機的價值觀基礎之上，這樣在有意圖的司法‘法庭’中就會使實體裁決產生摩擦，任意選擇法庭和司法管轄重疊的風險增大。

²¹³ 就此理論和實踐問題，見Martti Koskenniemi, “Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflections on the Enforcement of the Montreal Protocol”, *YBIEL*, 1992年, 第3冊, 第123頁及其後。在京都議定書框架下的平行體制及其經驗和所形成的問題，見J.Brunnée, “The Kyoto Protocol: Testing Ground for Compliance Theories?”, *ZaöRV*, 2003年, 第63頁, 第263-270頁。

²¹⁴ 該理論最具代表性的闡述見Abram Chayes 和Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, 劍橋, Massachusetts, 1995年, 哈佛大學出版社。

然而，這些大體上的趨勢，有時與後現代主義國際法律思想的萌芽²¹⁵等同但並非絕對。它們並不等於完全缺乏訴諸司法的機制。這一點體現在90年代後期各種環境性質的案例在國際法院中被提起訴訟²¹⁶。並且世界法院同樣已經展現出準備迎接特別就那些事宜²¹⁷而建立一個專門議事廳和探尋其他可行方案^{218、219}所帶來的挑戰。海洋法國際法庭和其他仲裁法庭的經驗亦是證明如此²²⁰。

儘管如此，仍然普遍感到環境的問題無法以白紙黑字簡單地通過國

²¹⁵ 見Veijo Heiskanen, “The Rationality of the Use of Force and the Evolution of International Organization”, 載於J. M. Coicaud和V. Heiskanen (編), *The Legitimacy of International Organizations*, 東京, 2001年, 聯合國大學出版社, 第155-185頁。同樣見D. Harvey, *The Condition of Post modernity*, 牛津, 1989年, Blackwell.

²¹⁶ 一個典型的例子就是就*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*的諮詢意見(國際法院報告, 1996年, 第241頁及其後) 1996年7月8日, 另一個是(*The Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project(Hungary v. Slovakia)*, 國際法院報告或ILM, 1998年, 第37冊, 第162頁及其後)。就後者, 見Paulo Canelas de Castro, “The Judgment of the Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project: Positive Signs for the Evolution of International Water Law”, *YBIEL*, 1997年, 第8冊, 第21-31頁。

²¹⁷ 該法院在1993年7月建立其第一個專門常設議事廳, 處理環境事宜。議事廳由每3年挑選一次的法院主席, 副主席和5位法官組成。

²¹⁸ 然而, 要注意的是該議事廳從未發揮過作用。這可能由於環境問題的“穿插”性質, 儘管國際上日益關注, 但是這些問題幾乎無法“獨立”存在, 正如*Gabcikovo-Nagymaros Project(Hungary v. Slovakia)*, 案件(國際法院報告, 1997年, 第7頁)和*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*案件(國際法院報告, 1998年)似乎已經證明。

²¹⁹ 見Rosalyn Higgins, “Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom”, *ICLQ*, 2001年, 第50冊, 第121-132頁。

²²⁰ 似乎對如下回顧是適時的, 即21議程(39.10)呼籲各國進一步為有效執行國際協議研究機制如避免和解決爭議的方式, 特別提到不遵守規定的程式, 仲裁和調解。Eckard Rehbindler和Demetrio Loperena, “Legal Protection of Environment Rights: The Role and Experience of the International Court of Environmental Arbitration and Conciliation”, *EPL*, 2001年, 第31冊, n°6, 第286頁正指出這些程式的一個局限性之一就是儘管它們的利益想像, 尤其當涉及環境問題時, 但個人和非政府組織並沒有參與對締約國執行公約的監督。這可能解釋為即使這些程式被提起, 求助於更正式的審判程式如仲裁法院, 也通常不被執行。就此, 見Laurence Boisson de Chazournes, “La mise en oeuvre du droit international dans le domaine de la protection de l’environnement: enjeux et défis”, *RGDIP*, 1995年, IC卷, 第56頁以及下列等等和UNECE MP.WAT/2000/5, 1999年12月17日: Geneva Strategy and Framework for Monitoring Compliance with Agreements on Transboundary Waters, 附件I, UN/CEMP.WAT/2000/5 (1999年12月17日)。

家是否已經或尚未遵守國際規則的雙重決定來解決。在該領域興起的“軟法”同樣引起越來越多的“軟責任”²²¹以及更弱的司法機制。

一些很好的理由似乎證明這種“越軌”：

第一，大多時候國際規則對這些事宜的管制並不像人們所企盼的那樣清晰和具體。

第二，一旦發生違反規則的情況司法機構的介入可能為時已晚，因為對環境的損害可能極大以至於即使支付賠償也對自然資產的損失或破壞無濟於事。

第三，違背法律的國家可能無法承擔賠償，因為其糟糕的金融狀況，欠發達狀態或其他原因。

第四，損害可能是由個人所應起的，並未牽涉國家責任（例如，由於缺乏應有的注意）。

第五，可能發生的是所造成的損害不止對一個或多個明確的國家而是對整個國際社會造成影響，由於外交、政治或其他因素，沒有一個國家準備提起司法或其他行動反對過錯國。

第六，有人可能會對律師始終作為評估這類問題的最佳人選產生懷疑，至少要由他們自己作出。

總之，這正被作為一個以預防為首當其衝的要件，由集體機構代表國際社會或至少一個國家集團來採取行動的領域²²²。人們認為這些機構的首要任務應該是監督國家行為，在不遵守的情況下協助越軌國家補救所造成的損失。制裁應被視為最後的救濟手段並在屢次不履行後進行干預。

這些論點並非意味著法律爭端可能不會在兩個或多個國家間引起以及無法通過訴諸仲裁或司法訴訟得以解決。的確，大多環境條約，甚至那些提供監測機制的條約也並沒有排除這種追索權；它們甚至就此作出清晰的規定。例如，1992年氣候變化公約（第14條）即是如此。並且，同樣正如我們所指出的，事實上已經產生一些求助並且甚至似乎有所增加。

然而，存在於現實中的事實是國家趨向於避免司法程式，而主要依靠監督程式和監測機制。

²²¹ 已經關注到這股趨勢：R.B.Bilder, “The Settlement of Disputes in the Field of the International Law of the Environment”, *RCADI*, 1975年，第1冊，t.144, 第139-239頁。

²²² Jutta Brunneé, “COPing with Consent: Law-Making under Multilateral Environment Agreements”, *Leiden Journal of International Law*, 2002年，第15冊，第1頁及其後。

無論如何，這些都已被創造性地建立起來並不應當被忽視或低估。

這樣的監測機構務必使國家遵守國際環境保護的適用標準。因此它們可能以某一特定條約下的國家集體名義行事，或者代表整個人類（在世界性組織中所建立的機構如聯合國）。監測機制同時具有核查各國是否遵守國際標準和促進遵守這些標準的任務。顯然，這些機制所發揮的作用切實符合了當今國際社會的實際情況。

這些機制的豐富性是非常值得注意的：一項對諸多環境條約許可檢測顯示主要有四個類別：(a)國家自我報告程式；(b)檢查；(c)所謂的不遵守程式；(d)預防性全球監測。

a) 許多環境條約都規定國家就其執行情況具有準備定期報告的責任。

這些報告通常都轉交給根據條約所設立的秘書處，或負責具體條約的組織秘書處〔例如，1973年瀕危野生動植物種國際貿易公約（CITES）第8條的規定〕。在其他情況下報告通過秘書處向締約國會議遞交（例如，1992年氣候變化框架公約中的第12條）。多數情況下，國家報告由秘書處評審，然後由其提交給締約國會議起草建議進行討論，並且如果可能的話，在會議上通過。

b) 通過現場勘察的監測更為有效。勘察由一個聯合的組織或機構或通過個別締約國進行²²³。

提出該監督方法的條約有，例如1959年南極條約中規定各締約國可以進行勘察並向有關“協商方”報告，然後在他們的會議中討論報告。1973年國際防止船舶污染公約（MARPOL）委託船旗國和船所靠岸的國家一起執行監測任務。1992年紐埃條約就在漁業監測以及在南太平洋地區的執法合作中規定海上（為加強太平洋巡邏艇方案由締約國的船隻執行）和空中檢查條款（有澳大利亞和新西蘭的飛機執行）。其他條款賦予集體機構檢查的權利。例如，於1971年通過的對1946年國際管制捕鯨公約建立由國際捕鯨委員會任命但由政府提名並支付的國際觀察員計劃的時間表。1973年瀕危野生動植物種國際貿易公約（CITES）規定秘書處在收到國家的報告後，可以授權一項調查，該調查的結果遞交給締約國會議，然後依次對相關國家提出建議（第13條）。一個更有效的監督制度規定於1972年聯合國教科文組織關於保護世界文化和自然遺產公

²²³ 關於機制概況，見Stefan Oeter, “Inspection in International Law: Monitoring Compliance and the Problem of Implementation Law”, *NYBIL*, 1997年，第XXVIII冊，第101-169頁。

約，在其之下一個政府間委員會確保對國家保護世界遺址的“系統性”監測，並當這些遺址正在遭受自然災害和人類活動威脅時進行“反應”監測。

c) 第三種更為先進的監督制度就是所謂的不遵守程式。

它首次就1987年關於消耗臭氧層物質的蒙特利爾議定書而於1990年建立。它隨後被其他條約採用（特別是1992年氣候變化框架公約，1994年硫排放減少議定書，外加1979年遠距離越境空氣污染公約，1994年聯合國防治荒漠化公約和京都議定書^{224、225}）。該監察制度較之其他更為有效，並具有司法解決爭端的某些特徵。尤其是，一方面，訴訟可能存在一個爭議性特徵（被控訴的國家可能要出現在監察機構面前提出異議和意見書）；另一方面，程式的結果可能作為具有約束力的決定而通過（在實踐中無異於強制制裁）。

一般情況下，該程式如下開展（於1990年建立並隨後加以改進，將被作為一個模式）：如果秘書處對各國定期報告進行檢查後，認為一國沒有遵守條約，它可向締約國會議以及執行委員會（常設機構，由10位締約國的代表組成，通常每年召開兩次會議）作出報告。同樣，秘書處可向委員傳達一國就另一締約國對其義務的履行所提出的反對和疑慮（稱為保留），並由“佐證資料”支持。此外，一國可通過秘書處向委員會報告表示儘管它已經全力以赴，“真誠”（“*bona fide*”）的努力，但是仍然無法全面履行其義務。委員會討論秘書處的報告，或申訴國的“保留”，或國家所提交的沒有能力履行議定書義務的意見書。它會邀請被申訴國或自我報告國參與討論。然後它向締約國會議作出報告。該會議將作出決定並要求採取措施使議定書得以充分遵守。會議可採用的措施列於附件五，包括：(a)提供適當的援助，包括數據收集和報告的協助、技術援助、技術轉讓和資金援助、資訊轉讓和培訓；(b)發出警告；(c)根據可適用的有關暫停實施條約的國際法，暫停議定書賦予的具體權利和特權，無論它們是否受時間限制，包括那些有關產業合理化、生產、消費、貿易、技術轉讓、金融機制和體制安排。

²²⁴ 見*ILM*, 1998年，第37冊，第22頁及其後。

²²⁵ 關於議定書內容的全面介紹，見Claude Breidenich等，“Current Development: The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change”，*AJIL*, 1998年，第92冊，第315頁及其後。

d) 第四個制度與目前已討論的制度的不同點在於它的主要目的不是用來驗證國家是否違背有關環境保護的國際規則，而是在於就環境方面收集數據和資訊以更好地防止可能對環境造成的損害。該類別中最重要制度就是聯合國環境規劃署所設計的地球—觀測計劃框架下全球環境監測系統(GEMS)。它指導“收集和評估人類和自然環境的資訊以便預見到環境退化以及提醒國際社會那些可能會干預生物圈運作的人類行為並為人類造福”²²⁶。

2. 獨立性

在眾多的國際環境制度中，有可能提高裁決程式的獨立性。

一般說來，直到80年代初，幾乎沒有一個國際環境機制包含獨立機關對法律義務的違反進行裁決的條款。在國際捕鯨委員會中，國家不得不在他們之間解決違反他們法律義務的糾紛。

相比之下，大多80年代以來建立的國際環境制度都存在裁決程式，儘管政治獨立程度有限。

²²⁶ 關於這些促進遵守的解決方案的性能和效益理論性討論概況，見Günther Handl, “Controlling Implementation of and Compliance with International Environmental Commitments: The Rocky Road from Rio”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1994年，第5冊，第305頁及其後；Harold K. Jacobsen和Edith Brown Weiss, “Strengthening Compliance with International Environmental Accords: Preliminary Observations from a Collaborative Project”, *Global Governance*, 1995年，第1冊，第19頁及其後；Abram Chayes 和Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty. Compliance With International Regulatory Agreements*, 劍橋, Massachussets, 1995年；Patrick Szell, “The Development of Multilateral Mechanisms for Monitoring Compliance”, 載於W. Lang (編), *Sustainable Development and International Law*, 波士頓, MA, 1995年, Graham & Trotman, 第97頁及其後；Laurence Boisson de Chazournes, “La mise en oeuvre du droit international dans le domaine de la protection de l’environnement: enjeux et défis”, *RGDIP*, 1995年, 1C卷, 第56頁以及下列等等；James Cameron等(編), *Improving Compliance with International Environmental Law*, 1996年；Rüdiger Wolfrum, “Means of Ensuring Compliance With and Enforcement of International Environmental Law”, *RCADI*, 1998年, 第272頁及其後；David G. Victor等(編), *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments: Theory and Practice*, 1998年；O. Yashida, “Soft Enforcement of Treaties: The Montreal Protocol’s Noncompliance Procedure and the Functions of International Environmental Institutions”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1999年, 第10冊, 第95頁及其後。

保護臭氧層的國際制度可能是第一個專家委員會被賦予任務對所指違反國際義務的爭端進行裁決的國際環境制度。然而，從那以後，專家委員從某種程度上已成為多數國際環境保護條約的標準。大部分這些委員會委員享有相當的政治獨立性，作為專家以個人名義行事，一旦當選，在他們的整個任期不得被罷免。

3. 管轄

相比之下，裁判程式的管轄權在很多國際環境制度中已具有準強制性。

在大多數國際環境制度中，專家委員會有權獨立決定他們所收到的違反環境規則的資訊是否值得進一步調查。雖然，大多數這些條約中，專家委員會的報告必須由有關的國家會議通過，但在實踐中，它們總是被通過而無需進一步的修改。

4. 訴訟

較之GATT/WTO的訴訟途徑，國際環境制度裁決程式的訴訟途徑已經擴大至涵蓋非國家行為者作為申訴人。

在當今多數國際環境制度中，諸如保護臭氧層的制度和應對氣候變化的制度，裁決程式可以“依職權”（*ex officio*）啓動。

負責裁決的專家委員會可以對他們自己所收集的或從秘書處得到的潛在侵犯資料採取行動。這間接賦予了環保團體如綠色和平組織進入裁決程式的途徑。儘管從形式上，這些非政府組織的申訴不需要理會，但是國際環境制度中的專家委員會迄今為止根據有關國家可能違反法律義務的可靠資訊從沒有拒絕採取行動。

III

評估過程

1. 光明的跡象

似乎可能收集到的有關——國際貿易法，國際環境法——問題領域和有關這兩個問題的法制化和司法化，以及這些作為相關爭端解決機制獨立性、管轄權和得到爭端解決服務因素的證據確實對法律和作為目前國際法解決爭端重要方法之訴諸司法和其他法律控制機制的構想起到重大作用。總體而言，就其變化中的訴訟途徑，政治上的日益獨立以及強

制管轄權的增強，國際法不論是其主要規則還是裁決程式都已比過去更法制化和司法化。

這當然也適用於國際貿易法，儘管對於大多國際環境制度來說程度較小。

然而，更大程度上的法制化和司法化並不導致統一法的發展和裁決程式。相反，依賴於被討論的問題領域，它隨一個具體輪廓而產生規則和程式。

尤其，我們發現WTO的裁決程式在它們的政治獨立性和管轄權上更為司法化。但是至於它們的訴訟標準，情況則並非如此。

相比之下，大多數的國際環境體制在進入相關裁決程式方面更“開放”。但它們的政治獨立性以及管轄權仍然不足。整體上，管轄權在這裡相對落後，該事實可體現在國際環境法的具體特點中，在這一背景下甚至導致有些人對訴諸裁決機制的條件產生質疑²²⁷。

無論如何，值得保留的似乎是在這法制化和司法化過程背後的原動力，至少在一定程度上，加速融入全球化的進程。這種關係也將解釋為何在GATT/WTO中的司法化比在環境保護部門中先進得多的原因。

事實上，全球化已經成為法制化和司法化背後的原動力。各國已不得不以新的國際規則來應對這一挑戰。此外，由於在國際化的背景下國界正被日益滲透的事實，各國已對“跨”國規則，沒有以邊界為前提的規則（“超越邊界”）或與之相關的邊界不是決定性因素的規則都越來越一致。相比傳統國際規則或睦鄰規則，這些較新的規則不僅規定國家如何對其他國家採取行動，也規定了他們應如何規範他們自己的社會²²⁸。例如在WTO背景下的TRIPS規則顯然如此²²⁹。為了應對全球化的複雜性，規則本身已變得日益精細，並且它們的適用尤其困難，要求對衝突法律原則的權衡。舉例來說，WTO很多規則的適用必須在自由貿易與消

²²⁷ 該問題已被我們討論，見Paulo Canelas de Castro, “Water Law: the View Projected by the Epistemic Community”, 載於常設仲裁法院國際事務局, *Resolution of International Water Disputes*, 海牙, 2003年, Kluwer, 第371-416頁。

²²⁸ 國家之間可進行貿易但是與相應社會的經濟活動有關。環境事宜甚至更為明顯，與人類社會息息相關，環境問題是典型地由私人行為所引發。

²²⁹ 我們對這個問題的深入探討，見J.J. Gomes Canotilho和Paulo Canelas de Castro, “Do efeito directo do artigo 33º do Acordo TRIPS”, 載於Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (編), *Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira*, 科英布拉, 即將出版, Coimbra Editora.

費者安全或保護知識產權之間，或保護知識產權與獲得廉價藥品之間作出平衡。反過來，這些國際（較強）機構設置中所產生的作為重要組成部分的“新”規則或新一波的法制化，鼓勵各國逐漸接受更多的國際制度化，尤其是通過司法化裁決。其介入是由於顯然司法裁決比外交裁決更適合於這些規則的可靠實施和適用。國際法超越國際政治的首要目標似乎已從中得到促進。

2. 不確定因素：籠罩在地平線上的不祥雲層？

然而，一些忠告似乎同樣需要：第一是要冒險擴大國際法治並不是單向道路進展的勝利。相反，人們應指望問題介入整條道路²³⁰。這其中²³¹，大國對邁向霸權地位的誘惑可能為當前最深切關注的問題之一。雖然在很多問題領域國際法治的興起隨著美國漸增的霸權而相繼出現^{232、233}，但是我們也已目睹了近年來令人信服的跡象表明該²³⁴或其他任何強國²³⁵、

²³⁰ 一些較近期所產生的憂慮情況可作為代表性檢驗案例的有（但當然沒有列舉窮盡），相關海洋法主要法律權的通過，相對於國際刑事管轄的態度，京都議定書的通過，對伊拉克的干涉，在Guantánamo, Al-Ghraiib或其他地方戰俘的對待，有關日內瓦公約的地位，恐怖主義的規章以及用既定的人權平衡這種“反恐戰爭”。

²³¹ 其他能想到的問題但在此無法討論的有國際法不成體系和一些非正規化法律的趨勢。有趣的事，國際法委員會似乎對此也有部分關注，已於近期在其議程中記錄了之前的話題。見Gerhard Hafner, “Risk Ensuing from the Fragmentation of International Law”, 載於國際法委員會, *Report of the Working Group on Long-Term Programme of Work*, UNDoc. ILC (LII)/WG/LT/L/Add.1.(2000)以及相同作者, “Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law”, *Michigan Journal of International Law*, 2004年, 第25冊, 第849-863頁。

²³² 例如，在戰後初期美國倡導建立聯合國，布雷頓森林體系和關貿總協定。同樣見John Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, 劍橋, 2004年, 劍橋大學出版社, 第2-4頁。

²³³ 有關國際環境法，見Jutta Brunnée, “The Kyoto Protocol: Testing Ground for Compliance Theories?” *ZaōRV*, 2000年, 第63冊, 第619-636頁, 於第2點, 標題為“*The Trajectory of US Engagement in International Environmental Law*”。

²³⁴ 知名國際法學者已經表達了對美國與一般國際法關係或國際法特定領域中軌跡的相似顧慮，如Jutta Brunnée, “The United States and International Environmental Law: Living with an Elephant”, *EJIL*, 2004年, 第15冊, n°4, 第617-649頁和Ivan Shearer, “In Fear of International Law”, *IJGLS*, 2005年, 第15冊, n°1, 第345-378頁。Philippe Sands特別在他的書中諷刺，見*Lawless World. America and the Making and Breaking of Global Rules from FDR's Atlantic Charter to George W. Bush's Illegal War*. 紐約, N.Y., 2005年, Viking.

²³⁵ 事實上這一關注會涉及一個比美國擁有更廣泛陣容的強國，正如I. Shearer所說，儘管也有一種看法認為就目前國際法發展他們所產生的疑慮或公眾的態度罕為人知或尚未

²³⁶的霸權，可能會危及到國際法治²³⁷。

最近值得關注的是在美國佔主導優勢或感到其國家利益受到威脅的領域中，程式的法制化和司法化已面臨巨大的壓力。這種情況在京都議定書²³⁸或國際刑事法院²³⁹中尤其明顯。這也同樣發生在聯合國海洋法公約第11部分^{240、241、242}以及最近所形成的布希先發制人攻擊教條²⁴³和美英

清晰。就此，見Ivan Shearer, “In Fear of International Law”, 2005年，第15冊，n°1, 第345-378頁。

²³⁶ 對於在澳大利亞類似的‘*Ängste*’，除了Shearer已經引用的文章外，見Hilary Charlesworth等, “Deep Anxieties: Australia and the International Legal Order”, *Sidney Law Review*, 2003年，第25冊，第423頁及其後。

²³⁷ 在美國國際法或國際關係的學者內持類似的看法，譴責一種‘分離’趨勢或‘單邊行動’，見Jonathan D.Greenberg, “Does Power Trump Law?” *Stanford Law Review*, 2003年，第55冊，第1815頁；D.M. Malone和Y.Foong Khong, “Unilateralism and U.S. Foreign Policy: International Perspectives”, 載D. M. Malone和Y.Foong Khong (編), *Unilateralism and U.S. Foreign Policy: International Perspectives*, 2003年，第5頁；D. Caron, “Between Empire and Community—The United States and Multilateralism 2001-2003年: A Mid-Term Assessment”, *Berkeley JIL*, 2003年，第21冊，第398頁。

²³⁸ 克林頓政府在1998年12月11日簽署議定書後，布希政府表明他將不會批准，對該過程的全面回顧，見John Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, 劍橋，2004年，劍橋大學出版社，第339-341頁。同樣見Bruce Yandle和Stuart Buck, “Bootleggers, Baptists, and the Global Warming Battle”, *Harvard Environmental Law Review*, 2002年，第26冊，第177頁及其後。

²³⁹ 由於管理國際刑事法院的管轄權規則（規約第13條）可能導致牽涉到美國國民的情況，儘管美國並非羅馬規約的締約國，美國一直奉行三級政策，其中部分會使那一規則無效：一方面，在國際上，它與一些國家通過了一個所謂的“98條協議”或雙邊豁免協議，即確保互不向國際刑事法院移交國民；另一方面，仍然在國際上，由安理會決議1422（2002）和1487（2003）所作的妥協，即它不得違反美國的利益來確保；最後，在國內，通過頒佈法律來禁止任何與國際刑事法院的合作（見HRLJ, 2002年，第27冊，第275頁及其後）。

²⁴⁰ 對該問題我們的分析見於Paulo Canelas de Castro, Do ‘Mare Clausum’ ao ‘Mare Commune’? Em busca do fio de Ariadne através de cinco séculos de regulação jurídica do Mar?, (即將出版)。

²⁴¹ 其他可以舉出的要求特別不平等待遇如此態度的例子有：全面禁止核試驗條約，地雷公約，生物多樣性公約。

²⁴² 這種干預在冷戰結束和我們一直關注的新一輪的全球化之前產生。但這也存在臭名昭著的先例，如Connally保留和在尼加拉瓜案中對國際法院強制管轄權同意的撤銷就是很好的證明。

²⁴³ 與聯合國憲章第51條規定的字面意義甚至其相應更為自由的實踐相反。

於2003年對伊拉克的攻打²⁴⁴。相比之下，美國主導的問題領域並不很突出，裁決程式的法制化和司法化繼續進行而未受干擾。例如在WTO中即是如此，其中美國總體上對適用法的發展和相關裁決程式的遵守起到巨大作用。這可能被認為是表明了WTO爭端解決制度其實是最近所建立的得到美國贊同的唯一一個系統。

第二個忠告可能也同樣表現出對該法治內容的適時關注：即使在這些問題領域似乎可以表明國際法治的擴張，但這與現代國家對國內法治的一般理解來說無論是基本法律還是裁決程式方面仍然相差甚遠。國際環境法就足以證明這一點。在可預見的將來國際法治想要達到與規範發展的同等程度或與國內法治一樣具有約束力似乎是不可能的。

此外，對比國內法治，新興的國際法治是不全面，並沒有一律融入國際法原則和規則的整個範圍。並不存在一個延伸到所有問題領域的法治，並且也沒有任何跡象表明這樣一體化的法治會出現。相反，我們卻目睹了在不同問題領域各不相同的法律規則。一些發展，一些體制甚至呈現出“獨立性”^{245、246}。國際法治仍然是特定問題領域。無論是已經建立還是正在出現的一般原則，以及在領域內或跨領域通常再次通過原則²⁴⁷所進行的一些仿效，可有助於緩和問題，但無法徹底解決。

²⁴⁴ 似乎根據憲章第51條對其再作調整的努力並不可信，並且安理會決議沒有授權這種行動。

²⁴⁵ 關於體制的理論，除了前面所提及的著作外，見Math Noortmann, *Enforcing International Law. From Self-contained Regimes, Aldershot*, 2005年，Ashgate, 第129-160頁。

²⁴⁶ 然而，這股趨勢尚未得到同意或共識。相反我們可能甚至指向一個正在崛起的理論研究，目的在於確互相影響，作為知識和規範的橋梁，作為不同的法律解決方法或法律領域，甚至在法律體系和法律秩序之間的紐帶。這股趨勢越來越表現成為我們這個時代的主流。就此問題，關注與WTO體制，見José E. Alvarez (編), “Symposium: the Boundaries of the WTO”, *AJIL*, 2002年，第96冊，n°1, 包括此內所有投稿，第1-157頁。

²⁴⁷ 我們已從不同的事例論述這個問題並據此作了我們自己的測試和嘗試，尤其在國際海洋法和國際水道法領域。見Paulo Canelas de Castro, “Mutações e Constâncias do Direito Internacional do Ambiente”, *RJUA*, 1994年，n°2, 第145-183頁；“O Regime Jurídico das Utilizações dos Cursos de Água Internacionais no Projecto da Comissão de Direito Internacional”, *RJUA*, 1996年，n°s 5/6, 第141-162頁；“Intervenção de Paulo Canelas de Castro: “Para que os rios unam: um projecto de Convenção sobre a cooperação para a protecção e a utilização equilibrada e duradoura dos cursos de água luso-espanhóis”, 載於Universidade Autónoma de Lisboa, *Conferência Portugal—Espana*, Lisboa, 1997年，第53-90頁；“Novos Rumos do Direito da Água: a caminho de uma revolução (tranquila)?”, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento do Urbanismo e do Ambiente*, 1998年，n°1, 第11-36頁；“Do Mare

進一步，從大局出發，似乎所考慮的問題領域被擱置了，但對其他來說（其他領域可收集到類似的數據，例如海洋法²⁴⁸和人權法）可能更敏感，因高度政治而更為暗淡。的確，要使一個國際法治在安全與防務

Liberum ao Mare Commune?-as viçosas mutações do Direito Internacional do Mar”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2001年, n°24, 第11-24頁；“New Era in Luso-Spanish Relations in the Management of Shared Basins? The Challenge of Sustainability”, 載於Malgosia Fitzmaurice和M. Szuniewicz (編), *Exploitation of Natural Resources in the 21st Century*, 倫敦, 2003年, Kluwer, 第191-234頁；“The issue of Transboundary Rivers in Southern Africa”, 載於Luso-American Foundation, *Implementing Transboundary River Conventions, with emphasis on the Portuguese-Spanish Case: Challenges and Opportunities*, 里斯本, 葡萄牙, 2003年, 第209-248頁；*Do ‘Mare Clausum’ ao ‘Mare Commune’? Em busca do fio de Ariadne através de cinco séculos de regulação jurídica do Mar*”, 即將出版, 同樣 “Freshwaters-Sea Interface: Emerging International Legal Field?”, *BFDUM*, 第16冊, 2004年, 第179-220頁；“Evolução do regime jurídico da relação rio-mar: rumo a um Direito (integrado) das águas?”, *RJUA*, 2004年, n°21/22, 第159-232頁；*Recent Development in Water Law. Principles and Comparative Cases*, 里斯本, 2005年, Luso-American Foundation；“Cambiamento dei paradigmi nella legislazione internazionale e europea a tutela delle acque”, *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, 2006年, n°6 (即將出版)；“A nova geração dos tratados internacionais sobre águas no contexto da África Austral: Rumo à sustentabilidade?”, 載於Carlos Alberto de Bragança (Coord.), *5º Congresso Ibérico, Gestão e Planeamento da Água—Bacias Partilhadas, Bases para a Gestão Sustentável da Água e do Território—Resumos de Comunicações e Lista de posters*, 里斯本, 2006年, FCT (即將出版)；Mudança de Paradigmas no Direito Internacional da Água? As “Regras de Berlim” da Associação de Direito Internacional”, 載於Carlos Alberto de Bragança (Coord.), *5º Congresso Ibérico, Gestão e Planeamento da Água—Bacias Partilhadas, Bases para a Gestão Sustentável da Água e do Território—Resumos de Comunicações e Lista de posters*, 里斯本, 2006年, FCT (即將出版)；“Nova Era nas Relações Luso-Espanholas na Gestão das Bacias Partilhadas? Em busca da Sustentabilidade”, 載於J.J.Gomes Canotilho (org.), *O regime jurídico internacional dos rios transfronteiriços*, Coimbra Editora, 2006年, Coimbra (即將出版)。

²⁴⁸ 再次見Paulo Canelas de Castro, “Do Mare Liberum ao Mare Commune?-as viçosas mutações do Direito Internacional do Mar”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2001年, n°24, 第11-24頁；進一步分析於*Do ‘Mare Clausum’ ao ‘Mare Commune’? Em busca do fio de Ariadne através de cinco séculos de regulação jurídica do Mar*”, 即將出版；同樣 “Freshwaters-Sea Interface: Emerging International Legal Field?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, 第16冊, 2004年, 第179-220頁；Paulo Canelas de Castro, “Evolução do regime jurídico da relação rio-mar: rumo a um Direito (integrado) das águas?”, *RJUA*, 2004年, n°21/22, 第159-232頁。

問題方面得到相當發展似乎不太可能^{249、250}。與此相反，所有跡象都表明這個邁向國際法治進步的趨勢在該領域中並不那麼強大。

結束語

一個國際法的根本轉型

儘管它可能是新興及不協調的，但這不完美的國際法治顯示了一個在國際法和現代國家主權概念中根本轉型。事實上，這種新興國際法治極大地限制了國家在國際法以外的自由裁量行為。既然主權作為幾個世紀以來現代國家的其中一個特點，國際法治的興起必須被認為是現代國家在過去的20世紀內最根本的轉型之一以及一個新世紀和新千年根本且鮮明的誕生標誌。而且這種新興國際法治可同樣被看作為一個國際法自身的根本轉型以及在這樣的法律中國家主權與國際法律秩序“緊張”概念的指示²⁵¹

²⁴⁹ 過去我們已經關注到國際法律規定在該領域的應變能力，這可能是由於它與維護國家及其屬性的根本問題密切相關（或其傳統思想），載於Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, 科英布拉，1994年，Mimeo; “Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da comunidade internacional”, *A Ingerência e o Direito internacional. XIV Jornadas IDN/CESEDEN*, 1996年，第77-129頁；以及“Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da comunidade internacional”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1995年，第LXXI冊，第287-345頁（沿襲之前論述的文章）；“De quantas Cartas se faz a paz internacional?” *Vértice*, 1998年，第5-27頁，同樣載於Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho（編），*Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1999年，Coimbra Editora, 第1005-1060頁。

²⁵⁰ 即使我們不希望再進一步“倒退”到過去以及回顧如在科索沃或阿富汗使用武力的案件（見Paulo Canelas de Castro, “A intervenção armada e o caso do Kosovo-novos elementos para a construção de uma nova ordem internacional”, *Nação e Defesa*, 2001年，第97冊），近期在伊拉克問題上就軍事干涉的合法性所提出的疑問是一個證實該說法的典型例子（精闢的論述見Christian Tomuschat, *Völkerrechtliche Aspekte bewaffneter Konflikte*, 海德堡，2004年，C.F.Müller, 第13-18頁）。

²⁵¹ 如Ellen Hey所作評述（從一個不同角度但得到相似的結論）：“變化（...）要求（...）將涉及一個強調國家自由裁量的模式轉換...一個強調從國家依其意願受制於國際法到為人類進一步的利益國家有責任發展和執行國際法的轉換（...）”。見Ellen Hey, “Sustainable Use of Shared Water Resources: The Need for a Paradigmatic Shift in International Watercourses Law”, 載Gerald Henry Blake等（編），*The Peaceful Management of Transboundary Resources*, 倫敦，1995年，Graham & Trotman, 第127頁及其後。

、²⁵²。這種轉型正在進行，它是如此之劇烈以至於似乎說它是一個真正的模式轉換也不為過，若非如Thomas Kuhn²⁵³所述的一個科學革命。當在任何情況下想到法治原則的影響時它理所當然地開始作為一個會議桌上的議題。

並且，翻閱由一些負責維護國內法律秩序的著名法院所作的近期重要判例²⁵⁴，我們可同樣認為國際法和國內法關係的傳統觀念開始改變，從中非常內部的法律秩序，傳統上的獨立，幾乎都“隱退”²⁵⁵了。

該過程可能在事實上擁有不容置疑的重要性。的確，法治的擴大不但可以表現為一個自身的目標，並且作為（其中）一個更為深刻的（結構）轉變，一個國際法概念突變的證據。

²⁵² 除了這主權的“功能性”外（沿襲同樣的根本思路，尤其參照國際環境法，見Franz Xaver Perez, Cooperative Sovereignty. From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law, 海牙, 2000年, Kluwer, 尤其是第5和6章, 第145-343頁, 在此作者把主權概念化“作為合作的責任”), 另一有希望的對主權概念正在進行反思的重要思路是從傳統上對它假定的整體性進行質疑而是強調它的可分性。這尤其與全球化對國際法及其結構的影響的研究背景有關, 但是存在一個更廣泛更根本的關係, 因為它涉及到很多國際法傳統模式更根本和更持久的結構其中之一的本質。例如見, Stefan Oeter, “Souveränität und Demokratie als Probleme in der ‘Verfassungsentwicklung’ der Europäischen Union”, *ZaöRV*, 1995年, 第55冊, 第685頁; Katharina Heckel, *Der Föderalismus als Prinzip überstaatlicher Gemeinschaftsbildung*, 柏林, 1998年, Duncker & Humblot, 第85-87頁; Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 柏林, 2001年, Duncker & Humblot, 第144-148頁。仍然將其視為內在不可分割但修改了傳統概念, 由於其同時同意底層權力可被不同實體分割, Alexander Böhmer, *Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871*, 柏林, 1999年, Duncker & Humblot, 第188-194頁。

²⁵³ Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 芝加哥, 1969年, 芝加哥大學出版社。

²⁵⁴ 首先是美國的近期案例。尤其, 見Grutter v. Bollinger 和Atkins v. Virginia, 以及Lawrence v. Texas 最高法院或者說9位法官中的一些重新探索外國和國際法處理憲法性問題的相似性, 並被載於“法官附帶意見書”中“國際法是我們法律的一部分, 必須被法院確認和執行(…)”但譴責傳統法院的憲法性裁定。類似的舉動可以在其他普通法國家的憲法性裁定中探尋到。見Cheryl Saunders, “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, *IJGLS*, 2006年, 第13冊, n°1, 第37-76頁。

²⁵⁵ 例如, Michael Cottier, “Die Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Normen im innerstaatlichen Bereich als Ausprägung der Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, *SZIER*, 1999年, 第403頁及其後。