

第三章 人权能超越主权吗？

——不干涉内政原则与“普遍性价值”之间的相克

第一节 绪 论

在今天，无论哪一个国家都无法堂而皇之地否认人权，人权已然成为神圣的观念，全世界都在提倡对人权的保障和尊重。然而，我们通过各种新闻媒介不仅听见而且看到，现实中大大小小各种规模的人权侵害在世界各地发生。既然如此，那么当一个国家里发生了人权侵害，是否存在制止和矫正的手段呢？

当今，确保人权的机制多种多样，成一定重叠构造，有一国本身的行政机关以及司法机关的救济，也有涉及人权问题的NGO以及新闻媒介等国内和国际舆论对人权侵害主体的非难，各种人权条约以及联合国的人权保障的履行确保措施等等。但是，对人权侵害的判断标准，或更进一步说对人权普遍性的观念本身，国际社会里却存在这样和那样的对立。而且，对纠正人权侵害所应当采用的国际性手段的对立——也即，不同主体所拥有的各种不同的矫正手段，其中对人权侵害国主权形成制约的手段中，哪些在国际法上合法或拥有全球性正统性——愈加

严重。

尤其是在人权侵害中有的表现为严重侵害人权,灭种罪行为是其典型形态,对这种人权侵害,求助于普通的人权履行确保机制就可能效果微乎其微。为了阻止普通的人权履行确保机制无法救济的这类人权侵害,危害国家主权的外部强制性干涉——其中典型的是行使武力——是否应该得到承认?“人权”在尚不似今天这样受国际重视的时代,国际法上曾争论过“人道干涉 humanitarian interventions^[1]”的是非。在多数情况下,“人道干涉”都是欧美列强出于战略和经济目的,向土耳其、罗马尼亚等小国进行军事干涉的借口。有着这样的反面历史,加之《联合国宪章》规定了第二次世界大战后强化了战争违法观,因此,战后否认人道干涉的合法性的学说成了主流,争议也逐渐平息。

可是,70年代,因巴基斯坦对孟加拉国人民的镇压,印度对巴基斯坦实行了武力干涉,尼日利亚内战中许多伊勃族人为尼日利亚军队所屠杀,以这些事件为契机,以美国为中心的肯定人道干涉的理论就开始粉墨登场。而且,80年代后期,随着“无国境医师团”等非政府团体开始积极开展人道救援活动,就出现了以法国为中心的“人道救援权利(droit d'assistance humanitaire)”、“人道干预权利(droit d'ingérence humanitaire)”的理论,这种理论尽管不主张武力干涉,但却认为应该承认无需国家同意的人道救援活动。由于90年代前期联合国安全理事会采纳了支援人道救援活动的一系列强制措施,这些问题不仅在学术上而且实践中也引起了广泛的争议,为阻止、纠正人权侵害所应当采用的国际手段,也就成了分歧最大的问题。

这种活跃的议论现象,主要直接出于以下几个原因:(1)随着苏联以及东欧的崩溃,在人们的认识中,人权问题已经取代了迄今为止的东西对立、防止核战争问题,成了从未有过的全球性重要课题;(2)波斯尼亚的塞尔维亚人武装力量进行的“民族净化”、索马里内战中出现的大量死亡,卢旺达的大量屠杀突其族人等严重的人权和人道问题风起云涌,新闻媒介的详细报道吸引了许多民众的关心;(3)冷战终结后“联合国重整旗鼓”的话题沸沸扬扬(事实上,仅仅在联合国种种活动中,安理会的广义上的和平维持活动——包括宪章第7章的强制措施——的重新启动),不同于过去由国家进行的“人道干涉”,联合国出面充当“干涉与干预”主体这一全新的事态备受人们注目。

而且,联合国也曾经尝试实施以人道为目的的干涉和干预,但是,这种做法在索马里的失败(联合国部队与当地武装力量虽然实际上陷入武力对抗状态,但由于联合国部队没有能从美国等国家那里得到所曾期待的兵力和财政上的支持,其结果是强制措施因失败而告终)后,急速衰退。特别是在美国,90年代前期“人道干涉”论形成一种狂热,但到了90年代后期,“人道干涉”论却明显退色。联合国秘书长布特罗斯·加利在《为了和平的课题^[2]》中建议创设拥有有限强制力的联合国“和平强制部队”,但是,仅在两年后的追加文书^[3]中却撤回了这一建议,而且态度一变,认为联合国部队的活动应限于中立原则和同意原则前提下的传统式的和平维持活动。

“索马里的失败”使布特罗斯·加利成为替罪羊,也是他一改初衷的原因。但是,并不能由此断言,造成必须有“和平维持部队”这一观念的现实本身已然荡然无存。因为在《宪章》第42、43条规定下,组织正式的联合国部队的可能性几乎接近于零,

而另一方面,和平维持活动却又无法在派遣目的地依靠实力保障人道救援活动。为处理介于这两者之间的事态,实际上也就有必要创立“和平维持部队”。毋宁说,由于发展中国家在21世纪将进行的现代化过程可能频频发生内战以及对宗教、语言上的少数民族进行压制,创设“和平维持部队”就可能显得更为必要。80年代后期“人道干涉”论开始出现高潮,如第一章所述,这实际上不过是将持续到21世纪国际社会的根源性问题的表现,也即(1)主权国家的并存与经济、信息的国际化之间的相克;(2)原则上对“和平”、“人权”、“环境”、“民主主义”等“普遍价值”规范的肯定与发展中国家的被害者意识之间存在的相克;(3)经济实力与知识霸权之间的国际性龟裂。

从国际法的观点来看,为纠正人权侵害就进行干涉是否妥当,这一问题在理论上和实践上直接涉及应该怎样评价近年来人们主张应将其规定在实定法上的一些概念。这些概念有的涉及国家对国际社会所承担的对世性义务(obligations erga omnes)、有的涉及即使通过双边条约或多边条约等“特别法”也不能背离的强行规范(jus cogens)、有的则涉及侵害国际社会全体利益这一法律利益的国际犯罪。人们认为,人权保障(特别是禁止灭种罪、禁止酷刑等核心性人权保障)是国际法上的对世义务和强行规范的典型代表,大规模且严重的人权侵害(1986年联合国国际法委员会的《国家责任条约草案》第19条规定,“严重违反对于保护人类有着不可缺少的重要性的国际义务”)是一种国际犯罪。这种认识也有一定的影响力。

这些问题,每一个都关系到国际社会的法律和政治的大问题,对它们有必要进行认真的研究。这里,我们通过考察包括“人道干涉”这一极端方式在内的广义上的人权保障机制,以简

要的形式分析讨论人权侵害的对应框架,以期有助于今后对这一问题更深一步的研究。同时,这也是第四章以后我们详细论述全球规模之正统性的人权评价标准及其判断机制时的一个前提。

第二节 跨越国境的活动与不干涉内政的原则

一 不干涉内政原则的历史和意义

(一)不干涉内政原则与国内管辖事务

维多利亚通过欧洲与非欧洲的关系描述了近代欧洲国际法的原型,而格老秀斯则在欧洲各国之间的关系上描述了这种原型。在他们的论述中,由于当时的“国家”尚未成熟,否定来自外部的强制性干涉的不干涉(non-intervention)原则也就尚未成立。例如,当某一国统治者对本国臣民施加了显而易见的侵害时,格老秀斯就认为,其他权利主体能够以人类社会的名义对该侵害国进行武力干涉^[4]。不干涉原则经过18世纪瓦泰勒的国际法理论;19世纪霸权大国英国的不干涉政策;反对欧洲各国干涉西半球事务的美国“门罗主义”政策;中南美诸国抵制欧洲各国与美国的干涉;19世纪末至20世纪初叶的国家权利与义务的理论^[5]等过程,于20世纪初已经基本确立。^[6]

不过,对国家独立和不干涉原则的强调,在另一方面,也成为由区别正义战争和非正义战争的正战论向无差别战争观转变

的原因之一。在无差别战争观看来,战争是超越法律的现象,在国际法上无法对其作出评价。也就是说,每一个国家是主权性存在,相互独立,只要负有不干涉义务,就很难判断某一战争合法而另一战争违法,因此,也就只能得出结论说,战争是超出国际法评价的超法现象。在 19 世纪末至 20 世纪初叶的国际法上,占支配性地位的观念认为,战争是超越法律的现象,没有被禁止,而且,未导致战争的武力报复及平时封锁等武力行使也得到了认可。

另一方面,在无差别战争观占支配地位的时代,不干涉“原则”不仅事实上常被违反,而且受到法律的制约。原因主要出于以下现实和逻辑。

首先,事实上,一个国家可以通过与其他国家的合意来制约本来保留于自己主权的事项。尽管主权平等与不干涉是国际法原则,但是,不同国家间却存在巨大的力量之差,这是国际社会里亘古不变的事实,国际法一直在这样的环境中发挥作用。对弱小国家来说,即使是关税和司法等国内管辖事项的领域,也可能因不平等条约使自己的主权受到很大制约。19 世纪,日本和中国等国家被迫与欧美帝国主义列强缔结一系列的通商条约,承认欧美诸国的领事裁判权,在条约上规定片面的关税。通过这些条约,日本和中国等的司法权行使以及自主性关税政策都受到很大制约。

然而,这些限制如果是国家根据自己的意思所达成的合意为基础,那么,在当时的国际法上,就完全是合法的。强制签订的条约在国际法上亦属合法——若非如此,许多和平条约当属无效——,这也就是当时的国际法的逻辑。为包含有限制本国主权的不平等条约所苦的日本、中国、土耳其等国,只能经过

长年累月的努力与欧关列强不断交涉,来修改这类条约。

以第一次世界大战的惨祸为契机,成立了国际联盟,它是一个可以通过对推行违法战争的国家实施制裁来维持国际和平的机构。与此同时,一国不受外来干涉能自由地进行管辖的领域被定义为“国内管辖”事项。换言之,当发生可能导致断绝国交危险的纠纷时,《国际联盟规约》规定,其成员国必须通过仲裁裁判、司法解决(与国际联盟同时设立的国际常设法院)、国际联盟理事会审查之任何之一来解决纠纷(《联盟规约》第12条),这一规定导致了一些国家,尤其是孤立主义倾向严重的美国的警戒和抵制。美国一直把关税、移民、国籍、种族等问题作为国内问题,因而,当这些问题可能受到国际联盟干涉时,美国就表现得相当的警戒,强烈要求对此给予保障。

这样就产生了《国际联盟规约》第15条8项的规定:“纠纷当事国的一方认为,纠纷仅由在国际法上属于该当事国管辖事项内事项而发生,并且国际联盟理事会也承认如此时,国际联盟理事会……不得对其解决提出任何建议”。美国最终并未加入国际联盟,规约上的规定却依样留存,这后来成了约束国际关系的原则之一。

在《联盟规约》就国内管辖事项作了规定之后,于1923年的突尼斯——摩洛哥国籍法令案中,国际常设法院在咨询意见中以一般形式对国内管辖观念作出了定义。该咨询意见认为,“纯属国内管辖”一词是指某些事项,这些事项虽然和一个以上的国家的利害密切相关,但原则上不由国际法加以规定。关于某一事项是否纯属国内管辖事项,原则上是一个相对的问题,它依国际关系的发展为转移^[7]。依据这一意见,国家有诸如国内统治体制及国籍等不受国际法限制的领域,这些领域也就属于国内

管辖。而且,这一意见克服了当时占支配地位的僵硬的“本质论”,受到了很高评价,并大大地影响了后来对“国内管辖”的解释。

第二次世界大战后,一方面,国际社会确立了尊重人权这一普遍性理念,并致力于其实现。另一方面,战后国际社会确立了严格的干涉原则及强化了战争违法观,即使某一国发生严重的人权侵害,其他国家或国际组织也难能置喙。从普遍性人权保障的观点来看,这种严格的、强化了的不干涉原则和战争违法观,甚至可以说是现行国际法发展的一个障碍。从人道和尊重人权的观点看来,某一国发生明显人权侵害、非人道行为事态时,禁止使用武力原则和不干涉原则具有妨碍来自外部的阻止或纠正这一事态的机能。

然而,在维持国际社会和平与从人道的恣意干涉主义行为中保护中小国的意义上,这两个原则是国际社会里不可缺少的原则。国际社会里,应当普遍遵守的人权价值以及国际和平,从大国的专横行为下保护中小国,两方面的价值都必须追求,因此,不能简单地断言说,“保护人权就必须限制国家主权”。战后国际法中最重要的成文法是《联合国宪章》,它规定联合国的第一目的就是“维持国际和平和安全”(第1条1项),而对人权保障只作了间接的规定,“达成国际协力以助长和奖励尊重所有的人的人权及其基本的自由”(第1条3项)。禁止使用武力原则规定,“所有的联合国成员国,在处理国际关系时,必须慎重对待武力恫吓和武力行使问题”(第2条4项)。而我们却必须摸索出一条路,使禁止使用武力这一具有根本重要性的原则与人权保障这一同样具有基本重要性的价值得以同时成立,这也正是问题的困难所在。

(二)第二次世界大战后的不干涉 内政原则与战争非法化

第二次世界大战后创设的联合国,以国际和平为第一目的,在有关国际和平问题上,具有对会员国采取军事强制措施的强大权限。但在另一方面,对不涉及国际和平的领域,根据《联合国宪章》规定,联合国比国际联盟在更广的范围上承认会员国的国内管辖权。《联合国宪章》第2条7项规定,“本宪章不得认为授权联合国干涉(intervene)在本质上(essentially)属于任何国家国内管辖之事件。……但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。”这一规定与国际联盟时的情形一样,是基于美国提案制定的。当时,美国表现出极为厌恶强大的国际组织对国内事务干预的态度。但颇有讽刺意味的是,美国随后即推行对别国干涉主义的政策,开始对该规定作限定性的解释。与此相反,中小国则以该规定为依据,强调不干涉内政原则的重要意义。

该规定的问题涉及到多方面,但在涉及“为保护人权的干预或干涉”上,主要问题有以下几个方面:第1,不干涉内政原则是仅仅规定了联合国对会员国的义务,还是也规定了国家间的义务;第2,被禁止的干涉是仅仅限于“强制干预”(forceful or dictatorial interference)这一国际法上普通意义的干涉,还是也包含国际政治上一般所说的对别国政策的批判、国际组织的建议等广义的干涉;第3,“在本质上属于国家国内管辖之事件”的判断标准是什么;第4,上述标准的判断者是谁。

关于这些问题,国家实践上和学术上都有各种各样的争论。比如,对第一方面的问题,美国主张,宪章第2条7项规定的是联合国与会员国关系上的联合国不干涉会员国内政的原则,它

与国家间关系上的不干涉内政原则无关,同时,美国为使自己的干涉主义的对外政策不受第2条7项的制约,试图对该条款作限定性解释。与此相反,发展中国家和社会主义国家痛恶大国干涉主义政策,它们认为,第2条7项不仅规定了联合国和会员国之间的关系,也规定了国家间关系上的不干涉内政原则。这种论争出现在各种场合,然而就联合国的情形来说,由于发展中国家占据多数席位,不干涉内政原则被认为包含广泛内容。现在可以说,这一认识占据了主导地位。^[8]

具体地说,发展中国家对过去的帝国主义列强的干涉主义政策具有强烈的反感,在1955年的万隆会议上通过和平友好五项原则时,它们就将不干涉内政原则作为五项原则的重要支柱;^[9]在联合国中,它们又要求将这一原则明确规定为调整国际关系的基本原则。这些努力取得了丰厚的成果。联合国大会通过了一系列的决议:1965年讨论通过了《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》,1970年又在继承1965年宣言对不干涉内政原则规定的基础上,通过了《关于各国依联合国宪章建立友好及合作的国际法原则的宣言》,1980年通过了《关于不容许干涉和干预别国内政的宣言》。^[10]这些宣言中,1965年和1981年宣言都不是以意见一致方法通过的,特别是后者,是在力拒欧美发达国家的强烈反对后通过的。在这个意义上说,其国际正当性存在一些疑问。不过,1965年的决议规定基本上为《国际法原则宣言》所继承。与这两个宣言不同,《国际法原则宣言》不仅就不干涉内政原则,而且就禁止使用武力原则等问题,对《联合国宪章》作了一般性的有权解释,使《联合国宪章》的一般性、抽象性规定更加明确,更加具体。因而,这一宣言享有很高的国际正统性。^[11]

《国际法原则宣言》规定,“任一国家或国家集团都无权凭借任何理由直接或间接地干涉别国内政或对外事务。因此,对于国家人格及其政治、经济和文化要素的武力干涉以及其他任何形式的干预或威吓,都违反国际法”^[12]。该规定虽未对上述有关《宪章》第2条7项的问题(3)和(4)作出解答,而对于问题(1),则明确地把不干涉原则放置在调整国家间关系原则上,有关问题(2),不仅传统的武力干涉(armed or military interventions),一切形式的干预(interferences)都构成违反国际法。不可否认,联合国大会的决议拥有很高的权威及正统性,《国际法原则宣言》里规定了广泛且强化了的不干涉原则,这无疑是对“为保障人权而进行的干预”的很大制约。

战后的国际社会,人权侵害无论是由于政府直接的压制政策,还是因为在处理自然灾害或内战时的政府无策,许多人权及人道 NGO 都积极地进行救援受害者的活动。80年代后期,在法国的主导下,以非政府团体为中心,开展了是否应该承认“人道救援权”的讨论。在这种情况下,联合国大会于1988、1990、1991年分别通过决议,缓和了领域国同意的原则,使来自国外的救援自然灾害和饥饿的活动能更为有效。^[13]然而,对即使是这种非国家主体的、显而易见的人道的活动,由于发展中国家厌恶大国在“人道救援”借口下的干涉行为,它们也采取了抵制态度,其结果,这种活动的可能性和内容都只能极为有限。

第二次世界大战后,国际社会以《联合国宪章》为中心使战争违法化进一步彻底,并且将和平视为国际社会第一位的公共价值。战争违法观的实效性虽仍旧存在着不少问题,然而,当一个国家欲作出行使武力的抉择时,则必须为其在国际法上寻找属于一种例外的正当理由。这种在原则上全面禁止武力的国

际环境,与无差别战争观的时代相比,构成具有根本性不同的规范机制。由此,大国“炮舰外交”的可能性明显缩小,而在另一面,当一国发生大规模且严重的人权侵害时,则很难动用外来强制手段来阻止。什么样的手段才能解决通常的国际人权保障机制无法阻止的人权侵害,这个问题最大的障碍——某种意义上非常滑稽——却正是干涉原则的强化及战争违法观念在战后的进一步深入。^{〔14〕}

在国际法院涉及干涉问题的判决中,也可看到干涉原则和战争违法观念已经显然得到加强。在科孚海峡案中,英国舰船触发了设置在阿尔巴尼亚领海内的水雷,英国在没有获得阿尔巴尼亚同意的情况下进行了扫海作战。在1949年的判决中,国际法院判定,“英国所主张的干涉的权利,曾在过去造成相当严重的滥用事例……只能被认为是在国际法上没有地位的、一种武力政策的表明”。^{〔15〕}还有,在尼加拉瓜军事、准军事活动案中,美国意欲推翻尼加拉瓜的左翼革命政权而向反政府势力提供财政支援、训练、武器供给、信息、后勤支援等全面的军事、准军事支援。于1986年的判决中,国际法院判定,以《国际法原则宣言》为基础的不干涉原则,是国际法的基本原则^{〔16〕}。

还有,在第二次世界大战后,由于殖民地统治下的各民族以及与此有很强连带意识的非欧洲诸国的强烈要求,国际社会承认,民族自决权是国际法上的权利,然而,在实际运用时,则对既存的独立国家内部所发生的独立运动,却完全否定适用这一权利。从殖民地统治下独立出来的亚洲、非洲各国,由于国内存在宗教、语言、地域的对立问题,经常发生国内多数派对少数派的压制、歧视,而且,这些人权侵害常常涉及分离独立运动,从而导

致更严重的人权压制。然而,国际社会一向对用伴随武力行使的干预来阻止类似人权侵害的活动持消极态度。后文将提及,巴基斯坦军为阻止孟加拉国的独立动用了武力,造成了严重的人权侵害,而为阻止这种侵害,印度进行了武力干涉。这一行为受到了来自多方面的谴责。尼日利亚对比亚佛拉地区的独立运动也采用了毫无容赦的压制,然而,国际社会却未采取任何措施予以制止。同样事例也发生在东帝汶。

二 日益萎缩的国境障壁

(一) 跨越国境的经济及其对法的影响

不过,第二次世界大战后的历史性特征,并不限于上述不干涉原则的强化趋势。不仅如此,在第二次世界大战后的人类活动中,技术革新不断出现,经济规模也不断扩大,这些都不以人们意志为转移向以往被认为是国内事项的领域产生影响和渗透。如 90 年代后期,东亚各国为金融市场的力量所播弄,人类活动的国际化和超国境化所具有的力量十分强大,成为战后国际社会的最大特征。战后的国际社会一方面有来自外部对国内管辖事项的影响和渗透,而另一方面也存在国内势力对这一影响和渗透的强烈抵抗。

第二次世界大战后,经济活动超越了既存的国境线,开始了国际化,这些与欲对之施加限制的国家主权在许多方面形成相克。通过不断进步的技术革新对生产力发展的推动、肯定世俗欲望的扩大和满足的价值观在全球的普及、以及使自由贸易和投资成为可能的国际经济体制(GATT 及 IMF 体制)的建立,贸

易和国际投资就呈现了不断扩大的趋势。为了扩大贸易,消除关税以及“非关税障碍”就成了新的课题,基准认证、流通制度、补助金等,种种产业制度甚至文化,都成为国家间交涉的对象。通过缔结条约,它们也就不可避免被改正或变更。各国关于投资的国内制度也不例外。

在经济领域中,把过去认为是国内事项的问题推向“国际化”的驱动力是美国,其次是其他经济发达国家。由于有这些发达国家的巨大生产力和金融能量的支撑,对包括发展中国家在内的全世界人民而言,超越国境的经济活动就开始成为一种日常的事实。另一方面,经济也由历史、文化、政治体制等因素决定,不同国家的生存方式也大为不同。因而,随着经济的国际化,围绕着这些不同特征因素的摩擦也就陡然增加。这种摩擦在拥有不同文化及宗教的国家之间,也表现为价值观念的冲突,因而,也就更加严重。20 世纪后期持续不断的日美经济摩擦,就是一个典型,类似现象在其他国家也随处可见^[17]。

在日美经济摩擦过程中,美国强烈要求日本采取改善国内流通制度、为消除独占性的商业习惯加强禁止垄断法律的适用、对证券和银行适用金融制度的“国际基准”等等的措施。从 19 世纪的国际关系来看,这些事项都是典型的国内管辖事项,仅仅是将其作为外交交涉的对象,都可能被反驳为“干涉内政”。但是,从突尼斯——摩洛哥国籍法令案所表明的国内管辖事项的性质来看,国内管辖事项不能被认为是固定的东西。而且,如前所述,两个国家将属于国内管辖的事项通过条约来处理,这种做法自古就有。

从国际法观点来看,这里所提出的新问题却是美国对禁止垄断法律等美国法律的域外适用的问题。这一问题在欧美之

间造成了严重的对立。在 1945 年的阿尔科尔案件中,就美国企业在加拿大的子公司与在欧洲的欧洲企业联合结成输出卡特尔,联邦上诉法院依据美国反托拉斯法的效果,承认了该法律的域外适用。^[18]以该案判决为嚆矢,类似判决持续在美国发生。对此,西欧强烈抗议,认为美国法律的域外适用侵害了自己的主权,并且对抗性地采取立法措施等手段来排除美国法律的适用。在此过程中,以 1977 年的联邦上诉法院对丁巴伦案件的判决^[19]为契机,美国法院从“国际礼让”的观点出发,转而对以往基于效果理论的美国法律的域外适用采取了自制态度。但是,同时却坚持认为,域外适用在国际法上合法。因而,随着国际经济活动的扩大,这一问题今后一定会持续成为重要的论点。

而且,南北经济格差是当今国际社会应当解决的最重要课题之一。尽管发展中国家接受了大量的援助和投资,然而,发展中国家的权威主义政治体制、无效率的经济政策、日常可见的贿赂等,未必能有效地利用这些援助和投资。为此,国际货币基金、世界银行等国际金融组织以及援助国,都对发展中国家的经济政策等领域就资金的利用附加了种种条件。

国际金融组织与接受融资的国家之间缔结条约,作为融资的条件要求附加一定的经济政策、金融政策等义务,这种作法一般说来不构成国际法上的违法干涉。尽管如此,很多发展中国家对这些金融组织的“附加条件”表示了强烈的抵制。发展中国家中,很多领导人、甚至国民对过去历史上所受列强的军事、经济干涉存有怨恨,对于来自处于优越地位一方的“压力”总是反应过剩。而且,大多数的发展中国家自身有这样那样的宗教、语言、文化、经济对立问题。因此,对于政权担当者而言,强调“抵

制来自外部的干涉就是保卫独立”对维持权力、国内统一有着重要的意义。即使是对国际法上属于合法的行为,面对“融资背后或隐或现的压力”,发展中国家出于民族自豪,也就高举“不干涉内政”原则来进行抵制。

这些问题虽然一般不涉及国际法上的不干涉原则,然而,在国内政治上则却具有很强的煽动效果,与其他处同一立场上的发展中国家则有国际性连带的意义。这样,即使是对为解除南北格差问题这一发展中国家与发达国家目标一致的问题所提供的资金协助,围绕不干涉原则,发达国家、国际金融组织与发展中国家之间却反复不断地出现对立。^[20]

(二) 跨越国境的信息所具有的意义和问题

与经济活动相并列,信息的国际化也是第二次世界大战后的显著特征。它对阻止侵害人权及环境等起到了重要作用,同时,在另一方面,也唤起强烈的抵制。一方面,许多发展中国家由于司法权独立的不彻底以及对新闻报道的限制等原因,司法机关及新闻媒介在人权保护上并未起到充分作用。因此,为阻止发展中国家发生的人权侵害,以发达国家的人权 NGO 及新闻媒介为中心的世界舆论,就具有重要的作用。

南非的消除种族隔离运动以及其他类似事件都得以如实的反映,然而,这还仅仅是一些报道广泛、备受瞩目的事例。今天,NGO 和电视、报刊等媒体不停歇地发挥着作用,无疑是国际人权保障机制所不可缺少的因素。对联合国人权委员会、防止歧视和保护少数民族小委员会、《自由权公约》及《社会权公约》所设置的人权委员会、地区人权条约上的人权委员会等等确保人权履行和监视机构而言,NGO 以及媒体所提供

的信息,是这些机关发挥保障国际人权这一公共机能不可缺少的。

另一方面,推动全球规模的信息流动,无论文字还是电波,压倒多数的都是欧美企业。全世界的人们所接收到的新闻,大半通过 CNN、路透社、AP 等欧美的电视、通讯社获得,各国政策决策人每日阅读的《纽约时报》、《国际导报》等是欧美的文字新闻。当然这些媒体通过人们有意识或无意识地选择向全世界传播着包含欧美人的偏见在内的信息。国际性知名人权 NGO,以国际大赦组织为首,压倒性多数都以欧美为根据地,无论人员还是财政上都有欧美各国为后盾。

由此可知,欧美发达国家的新闻媒介及 NGO 每每是独善的,不少在没有充分理解发展中国家文化、历史、社会的情况下,单方面地报道(不仅发展中国家,欧美媒体的对日报道也很有偏激的色彩)。批判对象的选择,从媒体的主观兴趣及欧美读者、听众的先入观出发,常常具有很大的恣意性。因此,如上所述,发展中国家具有将被害者意识转变成过剩反应的严重倾向,对这些媒体的报道以及 NGO 的活动也就表现出强烈的抵制情绪。

三 “普遍性价值”及其实现的艰难

如上所述,来自外部对国内管辖事项的影响和制约在不断扩大,这基本上来源于经济及信息的国际化这一现实的人类活动。然而,与此同时,战后国际社会逐渐固定下来的“普遍性”价值观念,也成为其基础之一。第二次世界大战后,对国内管辖这一名义下的国家裁量构成制约的、并获得广泛承认的理念中,有

尊重人权、保护环境、经济自由化等各种理念,其中,具有最高正统性的是人权理念。

以纳粹德国对犹太人的大量屠杀为代表的重大人权侵害,即使国家企图以国内管辖来抗辩,国际社会也决然不会容忍。这是今人任何一个国家、任何一个独裁者都无法正面否定的理念。实际上,在与人权相关的领域里,国家的恣意性政策在第二次世界大战后受种种国际制约。第一次世界大战后,日本在凡尔塞会议上提出了种族平等提案,由于英美澳不愿意国际联盟插手本国国内种族问题而强烈反对,提案由此被葬送。^[21]鉴于这一历史,我们应该高度评价说,以《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《国际人权公约》等为根据,通过联合国积极的活动,各国的人权问题已经成为国际性审议、批判、督促改善的对象,这作为第二次世界大战后的实践已经有了很大的进步。

在此之上,“和平”、“人权”、“环境”和“民主主义”等一般被认为是“普遍性价值”的领域也开始出现了重叠现象。第二次世界大战后,内战、大规模人权弹压以及环境破坏等,几乎以与国家间战争具有同等的破坏力,对人类的和平生活形成威胁。在这种事态下,不存在国家间战争即为“和平”状态的过去那种和平观念也就发生了变化。人们开始提出一种积极的和平概念,认为除没有战争外,人权受到保护和不存在构造性暴力的状态,才能被认为是和平状态。在这一积极的和平概念的发展过程中,以约翰·加尔顿格为中心的和平研究,起到了很大的作用。南非和罗得西亚曾主张种族歧视政策为国内管辖事项,但联合国却反驳和谴责说,它属于“国际关心的事项”,并最终作出其构成“和平之威胁”的结论,对南非和罗得西亚采取了非

军事性强制措施^[22]。进入 90 年代,联合国安全理事会为保护伊拉克国内的库尔德民族采取了强制措施,同时,出于人道目的在索马里、卢旺达、海地等地采用了强制措施。这些事例,只有在上述和平概念获得实质性扩大的背景之下,才能得到充分理解^[23]。

然而,从国际社会谴责南非的种族隔离到实现这一政策的废除,前后经历了三十年之久,因此,实现“普遍性价值”更需要近乎于绝望的时间、忍耐以及不懈的努力。国际社会中的多数发展中国家,成了联合国实现对南非、罗得西亚进行制裁的动力,但是,在这些发展中国家中,民主主义却没有起到充分的作用,同时也存在着严重的人权问题和环境破坏的问题。甚至不少国家内部存在严重的民族、宗教对立,有的接近内战状态。因此,在对“和平”、“民主主义”、“人权”作表面性赞同的同时,大多数发展中国家都还没有相当健全的基础来在本国实现这些价值。

另外,这些“普遍性价值”自身仍有不少问题。例如,被认为是当今具有代表性之普遍价值的人权理念,乃是近代欧洲的产物。人类的幸福、福祉,大凡在任何文明和时代,都毫无疑问是为人们所承认的普遍性价值。可是,它们以“个人的尊严”、甚至“人权”形态的出现,即使是在近代之前的欧洲,也都是未曾存在过的观念。而且,在本来难以习惯“个人”、“法”和“权利”的思维方式的非欧美各国里,即使在 20 世纪末的今天,也依然存在来自宗教等其他价值观念以及文化观念对人权的抵抗。

同时,在包括人权在内的近代欧洲文明向全世界扩展的过程中,迄今欧美各大国常常凭借种种借口,出于利己的动机干预

弱小国家的国内问题。历史上,“人道干涉”经常表现为欧洲各国以上耳其对基督教徒的弹压为借口而进行的政治性干涉。最热衷于“人权外交”的美国,即使在卡特总统时期也尚且无法避免双重标准之弊害,到里根政权时期,则被用做专门对付社会主义的武器。正是由于人权乃高贵的理念,呐喊“人权弹压”也就能成为批判敌对势力时极为有效的政治工具^[24]。

这样,以“普遍性价值”为基础,国际关心事项的扩大也就意味国内管辖事项的缩小。对这一倾向,发展中国家进行了顽强的抵制。后文将论及,在联合国以及人权条约机构中,从正面来议论不干涉原则的现象逐渐减少,但是,这种抵制现在也依然很强,将来也还会持续下去。发展中国家的这种姿态,有其尊重文化多样性之正当一面,也有借此名目实际上意欲维持独裁、权威主义的另一面,以及虽然对人权尊重本身表示赞同却因国家经济发展所处阶段尚无法予以足够保障的一面等,存在多方面重叠的原因。

要回答“人权能否超越主权”这一问题,首先就应该认识这一问题-问题的多面性,并具体考察“对什么形式的人权侵害,由什么主体、凭借什么方法所进行的干预,可以得到认可”。下面就通过设定几个最为一般的问题,概观寻求解答这个问题的途径:(1)现行的国际人权保障是什么样的制度,实际上是怎样发挥作用的?(2)当这种一般性制度无法对应的大规模且严重的人权侵害状况时,采用了什么样的对应方法,这些方法在国际社会中受到了怎样的评价?(3)什么样的规范和制度,才能在现实中得到一般人的正义感和规范意识的认可,并且对理应认可的强制性人权保障措施施加一定制约,并在此基础上,得到法律上的肯定,从而实际上能够起到作用?

第三节 人权国际保护的实施措施

一 人权的国际保护和联合国确保实施的制度

(一)人权的国际保护

人权侵害大致可分为:(1)国家机关所为;(2)饥饿、社会性迫害、歧视等社会构造及习俗所造成;(3)缘于每一个个人或团体的行为三种情况。通常前者期待司法机关、新闻媒介、后二者则期待行政机关及教育机能来防止和救济,但是,无论哪一方面,一国的努力是不够的。保护人权的第一性行为主体当属国家,然而同时,国家,尤其拥有警察及军队等强制权力的国家机关,又是人权侵害的第一性主体。在此意义上,期待国家担负人权保护的机能,就在根本上违背逻辑。人权保障的本质在于要求来自国外的监视和纠正,其理由也就在于此。

这种国际平面上的人权保障制度,基本上由联合国及国际人权公约等多边条约,以及依据它们所设立的确保人权保障履行机制所构成。一般来说,国际人权保障所采用的形式是,联合国及国际会议采纳人权条约,而各国批准这些条约,从而在国际法上担负尊重人权和确保人权的义务。但是,如果仅仅如此,就只能是纸上谈兵。因为,在人权保障中,担保国际法上义务得以履行的相互主义这一手段——例如对方国在公海违法捕获本国渔船时,该国则可以在公海捕获对方国渔船,采用这样一种本来

构成违法行为而被禁止的手段,来向对方国施加压力,也即采取对抗措施——却基本上难以发生效用。

不妨设想,如果对方国违反国际人权保障,侵害了其国民的人权,本国则同样违反国际人权保障,以侵害本国国民的形式来向对方国施加压力的话,就必然荒唐无稽。只要认识到这一点,互相主义不起作用也就不解自明(A国侵害居住A国的B国国民的人权时,B国则侵害居住B国的A国国民的人权,相互主义也可能以这样的形式发生作用,但这样的事例,在人权侵害问题中只是无数事例中极其个别的情况)。国际人权保障问题上,有必要的不是他国对人权侵害国的监视及压力——平等的主权国家间水平的法律规范的担保机制——而是国际组织及人权条约上的机关——能够体现国际社会的公共价值的正统性,并且能担保公共价值的机关——所设立的人权保障监视和实现系统,其原因也就在于人权的这种非相互主义和国际公共价值的性质^[25]。

在确保国际人权保障履行机制中,有联合国体制下所发达起来的监视体制,也有各人权条约机关的监视体制,它们各自与NGO的积极活动相结合发挥着作用。各国的人权侵害通过多种途径反映到国际人权保障的机制中来:(1)缔约国向人权委员会等国际机关作出的人权状况报告;(2)就其他缔约国对人权侵害所作的通报^[26];(3)受害者及人权NGO等个人的通报等等。这样所受理的人权侵害,根据应受保障人权的种类、当事国的不同,通过以下各种方式的配合使用来达成解决:(1)国际人权机关的人权状况审议;(2)因公开审议而构成的国际压力;(3)以一般性或特定国名、事件名方式所采纳的建议;(4)国际机关及成员国会议作出的“友好解决”; (5)国际人权法院作出的司法解

决^[27]等等。

这样的国际人权保障,在第2次世界大战前,只存在于国际劳工组织和少数民族保护条约等极其有限的制度中,战后,这一点人为改善。第1,通过《世界人权宣言》、《国际人权公约》等形式,人权作为具有全球性规模之正统性的理念获得了普遍的承认。第2,人权保障从仅限于种种自由权的有限制的保障,发展成为包括经济、社会、文化权利在内的有全面性的国际人权保障。第3,如从殖民地统治这一集团性人权压制下获得解放,民族自决权等集团性权利也被认可为人权。第4,人权保障历史中,长期以来实际上被排除在外的妇女、“有色”人种、无产阶级等也开始受到保障。第5,战前只有外交保护这样一种具有实效的国际权利保护方式,而且外交保护乃是国家政策的道具并非个人权利的实现手段。与此不同,战后的权利实现方面国家要件已经开始淡化,在许多人权领域中,创设了许多普遍性和地域性的国际人权保障的监视和救济机构,因此,个人通过直接的、国际性手段来实现权利的方式已经形成制度化。第6,人权NGO和新闻媒介,报道和举发人权侵害,实施人权教育,提供为实现经济、社会、文化权利中所必需的资金和技术,对人权保障起到了重要作用。最后,在国际法院的判例和许多学说上,人权保障被列为国家的对世性义务,而且,在联合国国际法委员会制定的《国家责任条约草案》和许多学说中,对核心性人权的大规模且严重侵害被认为构成国际犯罪。

(二)联合国确保实施的方法^[28]

当然,如前所述,人权保障并非联合国成员国的直接义务。《联合国宪章》第1条3项并没有直接规定必须尊重人权,而是

规定,作为联合国的目的之一,为“增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”而促进国际合作。第 55 条 c 款也不是直接规定“人权及基本自由之普遍尊重与遵守”,而只规定联合国有义务“促进”这一尊重与遵守。^[29]然而,如上所述,通过有关宪章第 2 条 7 项联合国和各国的实践、种种决议以及宣言的积累,人权问题在联合国已经逐渐成为国际关心事项。事实上,通过联合国人权委员会、特别是防止歧视和保护少数民族小委员会,各国的人权状况在联合国受到审理,大规模且严重的人权侵害则由联合国大会和安理会受理,特殊情况时,则因对和平构成威胁而成为强制措施的对象。

联合国人权委员会过去仅仅停留在参与人权宣言及条约的立案上,不曾审查人权侵害的申诉,随着对这种现状的批判逐渐加强,以经济社会理事会决议 1235(1967 年)和 1503(1970 年)为基础,开始发挥确保人权履行的机能。人权委员会,通过自身的提议,可以公开审查成员国大规模的人权侵害,以此来达到改善人权状况的目的;人权小委员会则在个人及 NGO 的通报基础上,非公开地审查“严重的、证据确凿且持续性的人权侵害”。二者有同样目的,都在于对人权侵害进行审查、报告和建议,形式上,与依据《自由权公约的选择议定书》所进行的审查不同,不是在于救济个人,但是,在实质上,却与之互相重合。

在“1235 程序”中,由于人权委员会由成员国的政府代表组成,而他们都根据政府指示行事,因而很难避免各国对人权问题进行政治性利用。80 年代以后,人权委员会在以往的国别人权问题的审议之外,通过工作小组就酷刑、种族歧视、妇女、幼儿等问题进行了课题性探讨,取得了一定的效果,但是,却也未能根本解决上述问题。另外,“1503 程序”则存在以下问题,(1)因为

不公开审议,很难达到公开批判及指责恶劣的人权侵害国,以及在此基础上纠正人权侵害的目的;(2)纠正措施仅仅停留在向经济社会理事会的报告和建议;(3)只能处理来自世界各地大量的人权侵害的通报中极其有限的一部分。

虽然存在这些问题,70年代以来,联合国在缓和、矫正许多严重人权侵害中所起的作用,却非常宝贵。南非、社会主义诸国和许多发展中国家以不干涉原则为根据主张人权问题是国内管辖事项,在极端的情况下,它们对审议本身、甚至调查团的派遣、建议的采纳都表示强烈反对。不过,联合国各机关(大会、人权委员会、防止歧视和保护少数民族小委员会等)一般都作出了反驳。70年代后期之后,援引不干涉原则的现象也就逐渐减少^[30]。

二 依据人权条约确保实施^[31]

当今世界中,尤其是许多发展中国家中,存在限制表现自由、酷刑、不经裁判的拘留及处刑等形形色色的侵害人权的事态。对此,在普遍性人权条约中,《自由权公约》规定了具有代表性的确保人权履行机制,该公约规定,缔约国有义务履行尊重和确保其管辖下的所有个人的权利(第2条1项)。与《社会权规约》不同,它没有包含缓和和发展中国家的义务的规定(第2条3项)。缔约国定期地提出报告,自由权委员会审查这些报告,这成为确保所有缔约国履行义务的基本制度(第40条)^[32]。

这一方法尽管与联合国确保履行机制存在同样的问题,但是,因受到委员会对报告的批判而改善人权侵害状况的事例却不少。在《自由权公约》中,此外还有国家通报制度(第41条)和

《第一选择议定书》所规定的委员会对个人通报的审查制度(《自由权规约第一选择议定书》第1条)^[33]。国家通报事实上并没有被利用。但是,根据《第一选择议定书》(到1998年10月1日,自由权规约140个缔约国中有92个国家已经批准),委员会的对个人通报的审查,作为对人权侵害的救济措施,却起到了一定作用。

《社会权公约》也规定,报告制度是所有缔约国在确保履行方面的基本义务(第16条)^[34],以前,这种报告是由成员国政府代表构成的经济社会理事会进行审议,然而,这种审议实际上基本没有发挥作用。因此,联合国于1985年设立由个人资格获选者取代国家代表而构成的社会权公约委员会,规定由它来审查上述报告。在1990年的一般意见第3号中,社会权公约委员会提出了“基本性社会权”设想,认为确保满足对生存所必需的食物、住房等的权利以及受教育的权利这一核心性义务,是包括发展中国家在内所有缔约国的最低限度的、应立即履行的义务,如若相当数量的人们得不到最低限度的食物、健康保护、住房、基础教育,则可以推定认定该缔约国没有履行公约上的义务。社会权在过去被认为是“渐进达成”的权利,而且,自由权中心主义的解释也十分流行,其结果是社会权被草率对待。由于委员会的这一设想,社会权也得以向着有实效性的实现迈出了一大步。现在,该委员会依然在全力以赴地展开活动。

人权条约中,除上述普遍且全面性的国际人权保障之外,还包含有关特定人权的普遍性人权条约,如《消除妇女歧视条约》以及《禁止酷刑等行为的条约》,这些条约都设有条约上的监视机关。而且,缔约国限于一个地区的地区性人权条约(比如,《欧洲人权公约》、《美洲人权条约》、《非洲人权宪章》等),尽管实际

效果因地区存在一定差异,但都发挥了一定作用。

以西欧诸国为中心,欧洲缔结了《欧洲人权条约》(主要是自由权)以及起补充作用的一系列议定书(个别的人权),而且设立了保证履行的方法和制度。同时,在欧洲,人权NGO的活动也很活跃,因此,以国际手段纠正各国人权侵害的机制很有效地发挥了作用。尤其是保证履行的机制双管齐下,一来规定了缔约国向欧洲人权委员会通报其他国的人权侵害的国家通报制度,二来规定了个人以及NGO进行通报的个人通报制度(不过,在此之前,委员会的受理权限必须得到缔约国的承认)。根据问题的轻重,可以通过委员会、欧洲人权法院、内阁委员会等主要机关,分别采取友好解决、司法审查、内阁委员会决议几种形式来解决。这种方式成为《自由权公约》以及其他人权条约的履行确保机制的模式。

另外,欧洲还制定了保障社会权的《欧洲宪章》,通过国家报告制度来保证它的履行。还有,1975年《赫尔辛基宣言》,尽管它不是条约,而是全欧安全合作会议(OSCE)的最终议定书。在该宣言采纳后,举行了三次重新探讨会议和两次人权专家会议,持续不断地讨论了有关保障人权的履行问题。这一过程中,许多NGO组织监视苏联、东欧的人权履行状况,新闻媒体也大量地报道了政治犯的处境等人权问题。这样,不仅仅是采纳有关人权的国际文件,而且也通过实施机能的总体性实施保障机制,《赫尔辛基宣言》实现了对苏联和东欧人权状况的改善,构成导致其强权统治体制最终崩溃的一大因素^[35]。

欧洲之外的地区,美洲有人权宣言和人权条约(包括追加议定书和有关个别问题的人权条约)以及保证履行机制的人权委员会和人权法院,但是,由于美洲各国的政治体制、经济、社会状

况存在重重问题,无法期待单靠这些组织就能够大幅度地改善人权状况。非洲和伊斯兰各国也有同样问题。虽然前者有《非洲人权宪章》及《非洲难民条约》,后者有《开罗人权宣言》等人权文件,但它们的实效性都很低。虽然,不断有人在亚洲主张地方人权条约以及地方人权机构的必要性,但到现在也仍然无法实现。唯一的人权先进国日本的消极态度、对欧美各国“人权帝国主义”的抵制、人口过剩、经济水准、政治体制、宗教、文化的多样性等诸多问题,都成其障碍^[36]。国际人权机关根据国家所作的人权状况报告、其他的人权条约当事国的通报以及受害人、NGO的通报,作出调查、审议、公告,虽然有些国家对此表示不满并以“干涉内政”为由加以抵制,但是,这些方法仍旧逐渐作为制度安定下来。这一整套制度的实效性表现为多种多样:(1)国际人权机关的独立性;(2)受批判的国家对于国际批判所表现出的敏感;(3)NGO与新闻媒体的作用。通常,由个人代表而不是国家代表组成的机关,比较热心于拥护人权,更易于牵制在政治上利用人权。联合国人权委员会委员由国家代表构成,这样的机关重视本国利益的倾向较强,很难期待它们在人权的监视上发挥大用场。另一方面,个人代表性过于强,因而对政府影响力较微弱,这也造成实效性低下。人权状况受到调查、审查的国家,在怎样的程度上重视国际舆论,这一点很关键。在此意义上,人权NGO和新闻媒体的作用就很重要。而另一方面,独善的做法容易招来文化、历史、宗教大不相同的国家的抵制,常常适得其反^[37]。

但是,国际人权保障机制并非单单依据条约而成立。联合国大会决议以及维也纳人权会议等重要的国际会议所作出的宣言、决议、最终议定书等国际文件及其持续引用,同样在实现人

权保障上也起重要作用。例如,《世界人权宣言》、全欧安全和合作会议最终议定书(《赫尔辛基宣言》)、《维也纳人权宣言》等,都是国际组织及国际会议的决议,其自身虽不具有法律约束力,但它们的规范性意义却很重要。尤其《世界人权宣言》为各国宪法及法令、判例、国际组织及国际会议的决议所频繁引用,使保护人权的规范意识在一般民众里普及,从而构筑起了人权保障的实效性基础。CSCE 最终议定书的人权保障规定,与此后的一系列程序相辅相成,如前所述,对改善苏联、东欧的人权状况起了很大作用。

从全局来看,联合国、多边条约、决议、宣言等规范性文件,与人权监视机关所实施的确保履行制度一道,把人权问题视为国际关心事项,通过这些人权条约上的委员会及联合国人权委员会、防止歧视和保护少数民族小委员会作出的审议和公布人权侵害状况等方式,逐步瓦解以不干涉原则为后盾的辩解,在削减掩盖人权侵害的国家主权障碍上取得了一定成果。然而,这些确保履行的机制,终究不过是以人权侵害(的嫌疑)国的同意为基础的温文制度,对大规模且严重的人权侵害则力所不及。通报、调查、审议、建议等确保人权履行手段本身,根本就没有将阻止以灭种罪为代表的大规模且严重的人权侵害作为目标。对这些性质极端恶劣的人权侵害,人们认为应该利用现行法律上的刑事程序来对其责任者起诉和处罚。

三 依据刑事诉讼程序防止人权侵害

第二次世界大战后,纽伦堡和东京裁判以“反和平罪”、“反人道罪”以及一般性战争犯罪判处了德国和日本的前首相、陆军

总指挥、总参谋长等国家领导人。可是,联合国在战后却放弃了普及该先例的努力,很长时间内,国际刑事法院充其量只不过是纸上谈兵。

当然,在此期间,并非没有出现以设立国际刑事法院为设想的制止犯罪的条约。1948年的《灭种罪条约》就灭种罪(集团大屠杀)的定义作了以下规定,以整体抹杀特定民族、种族或者宗教性集团的全部或其部分为目的的行为,并具有以下特点之一者构成灭种罪:(a)杀害集团成员,(b)对集团成员在肉体及精神上造成严重伤害,(c)故意对该集团加施意图在于带来其人体伤害的生活条件,(d)采取限制该集团出生率的措施,(e)强迫该集团的儿童向他集团移居。同时,规定对该犯罪的实行者及其共谋者人,由犯罪实行地国家的法院或者国际刑事法院进行判决(第2、3和6条)。罪犯“不论是宪法上肩负责任的统治者,还是公务人员或一般个人,都应予以处罚”(第4条)。另外,灭种罪及其共谋、教唆等在引渡时不得作为政治犯,缔约国承诺向犯罪实行地国家的法院和国际刑事法院引渡(第7条)^[38]。

另外,1973年的《禁止种族隔离条约》中,第1条规定种族隔离是反人道罪,源于种族隔离政策的非人道行为构成对国际和平与安全的严重威胁。第2条具体对种族隔离罪行下了定义,第3条规定犯有第2条罪行者的国际刑事责任,第4条规定了缔约国所负有的制止和防范种族隔离罪行的义务,第5条规定由国内法院或国际刑事法院的裁判^[39]。联合国则于1949年以来一直在审议《关于反人类和平与安全罪法典草案》。1982年,联合国国际法委员会重新开始中断了很长时间的草案审议,现在正在全力以赴地审议之中。此外,1992年始单独审议《国际刑事法院规约草案》,1995年该条约案在国际法委员会获得

通过,在1998年,为使其通过为多边条约,已经列为联合国外交会议的议题(本稿执笔开始不久,该条约已经被采纳)。

国际刑事法院——本稿动笔时(1998年6月)尚有不少不确定部分——基本上以灭种罪、通常的战争犯罪、反人道罪等(还有侵略和恐怖活动作为候补)为对象(草案第5条),缔约国通过逐个承诺而接受法院管辖权(第6条和第9条),另外安全理事会依据宪章第7章采取行动时,不必获得管辖权承诺就可以向法院托付案例(第6和第10条)。该草案规定了罪刑法定主义(第21条)、禁止适用事后法(第22条)等刑事诉讼法的基本原则,判处最高刑为无期徒刑或20—40年的有期徒刑,不适用死刑(第75条)⁽⁴⁰⁾。

以对前南斯拉夫的“民族净化”及卢旺达发生的大量屠杀的强烈谴责为契机,联合国安全理事会设立了国际刑事法院,追诉严重违反国际人道法的责任者。这些对国际常设刑事法院的具体化是一个很大的推动力。不过,如上所述,国际常设刑事法院的规约没有采取前南斯拉夫、卢旺达问题上的安全理事会决议形式,而是采取了正式的多边条约形式。内容上,法院管辖必须通过国家同意,但却同时又设立了依据安全理事会干预的裁判管辖,很显其筹划上的苦心。

就国际法上的犯罪行为,追究国家领导人的个人责任,这在逻辑上可能造成主权国家体制的瓦解,其影响相当深远。但是,在前南斯拉夫问题上,通过法院有关人员全力以赴的努力,尽管实现了对少数犯罪者的起诉,却未能达成对要紧的最高责任者的起诉,即使实现了起诉,对于将来可能发生的同类人权侵害制止效果如何,仍是一个未知数。卢旺达问题上,国际刑事法院基本上未能起到作用。国际常设刑事法院在多大程度上能制止国

家机关所造成的大规模且严重的人权侵害,尚是疑问重重。

毫无疑问,通过国际刑事程序来制止严重的人权侵害,并不排除其他人权保障机制的共同作用,相反,它可以与其他机制相互补充。国际刑事法院本身的机能,是补充国家刑事司法制度,只不过是一种备用性的作用(见本书序文)。在这个意义上,根据国际刑事程序来起诉和处罚人权侵害者,就仅在有限的程度上强化了现行人权保障机制。另外,国际刑事法院除有一定的抑制效果之外,还有一定的教育效果。现阶段,人们一般都对国际刑事法院规程持善意的评价^[41]。

然而,很多情况下,灭种罪是通过包括许多国家机关在内的国家政策所实行的犯罪行为,在发生灭种罪的情况下,就很难想像该国法院能处罚总统、首相、国防大臣、总参谋长这些政治和军队的最高首脑。《国际刑事法院规约》尽管规定不论犯罪人公务地位如何都对犯罪者进行裁判(第24条),但事实上,起草时所假定的被告人纯粹为私人^[42]。因此,国际刑事法院即使以现有规约的形式生效,却很难认为它有制止国家机关参与的国家整体性之大规模人权侵害的效果。对侵略、反人道罪、灭种罪等犯罪的具体事例,国家不可能接受国际刑事法院对本国的领导人或国家机关行使裁判管辖权。

而且,在具体案例中,为了阻止大规模的人权侵害,有时就不得不容认“程度相对较低的罪孽”,与人权侵害的主体交涉来摸索政治性解决办法(比如,前南斯拉夫和索马里等的情况)。在这种情况下,国际刑事法院的管辖会不会妨碍对政治性解决办法的摸索呢?^[43]而且,国际刑事法院能判处的最高刑罚——当然根据对最终草案的选择情况而定——是无期徒刑,不能判处死刑(第75条),这样一来就可能造成难以避免的不公平后

果,因为,罪行最严重的罪犯只能被判无期徒刑,而责任更轻的罪犯却可能(由当事国的国内法院判决)被判处死刑^[44]。鉴于这些,难道不是正如 E·H·卡尔和肯纳所一直批判的那样,在设立国际刑事法院的整个构想中,过度理想主义的法律学家式或道德学家式的思维方式是不是占据了优势?这是很令人担心的事。因此,不能不认为,依靠追究责任人员的刑事责任来制止以灭种罪为代表的大规模且严重的人权侵害,这种尝试很难具有实效。

第四节 填补现行制度缺陷的方法

一 “无私的”第三国的“人道”干涉?

因此,虽然制止人权侵害的国际制度已经逐渐完善,但远远不够充分。为此,欧美尤其美国的学者及人权活动家当中,有不少人主张,应该承认使用人道干涉来制止大规模且严重的人权侵害。如前所述,“人道干涉”在第二次大战后随着战争违法观的强化而很少为人们所提起,但是,在几起令人震惊的灭种罪事件以及有关报道之后,自 70 年代以来,这种主张在美国又绿春风^[45]。

在判断人道干涉的是与非时,首先必须考虑以下几个方面。

第一,“人道性”干涉的多义性。在以往的措词法中,尤其是 90 年代联合国开始积极采取的以人道为目的的强制措施之前的措词法中,将单纯为保护侨居外国的本国国民(至多也只包括

居住该国的本国国民和其他外国人)的出兵称为“人道干涉”的例子不少。这是因为,在现实政治中,“人道”一词具有向万人诉求的力量,容易为侵害他国主权的出兵唤起国内及国际的支持。

但是,对保护范围限于本国国民或居住该国的外国居民的出兵,称之为“人道干涉”,是在用同一个概念谈论具有不同性质范畴的事,这不仅使议论变得混乱,而且具有以“人道”的名义来为保护在外居民所作干涉进行辩护的机能。“人道(humanity)”是一个一般性概念,当生命和安全价值受到威胁时,不论是美国人,还是柬埔寨人抑或卢旺达人,人道基准的适用不应当存在差别。尽管如此,当欧美人的生命和安全受到威胁时,即使仅是数十人的规模,这些国家也可能在“人道”的名目下进行武力干涉。而当柬埔寨人或卢旺达人被处于这种情况时,即便丧失数十万人的生命,也无法促使欧美各国进行武力干涉。这就是号称“人道”干涉的现实。人们批判“人道干涉”是“伪善”,是“政治性滥用”,因此,对“人道”讥讽也就盛行起来。

要将“人道干涉”作为独立的范畴来冷静地议论的话,则应当把人道干涉与保护侨居外国的本国居民所进行的干涉相区别,将其限定于为制止以灭种罪为代表的、严重且大规模对生命价值侵害而进行的、来自于外部的、伴随使用武力的强制性干预^[46]。不过,如后文所述,从一开始就把保护对象限定于被干涉国国民或将其限定于除干涉国国民之外的被干涉国国民,这种做法有违人道干涉的根本理念(救护人命)。大规模且严重的人权侵害的对象,偶尔可能包括滞留该国的外国人,然而,这却不构成当然拒绝从人道干涉观点来评价这一侵害的理由。

第二,对于干涉的人道性得到承认的既往事例,干涉国是如何加以说明,国际社会是如何反应?有必要从国际社会如何对

应至今的“人道干涉”事例,来探索国际社会对这一问题的规范意识。在迄今涉及“人道性”干涉的事例中,人们主要是根据两种基准来说明其“人道性”。第1,无论干涉国一方出于何种政治目的,其结果制止了大量杀戮,也即表现为一种“结果的人道性”;第2,干涉国一方的目的很纯粹地限于救助人命,表现为“目的的人道性”。当然,很多事例中二者交织一处,上述分类到底不过是用于考察的一种理念形式而已。而且,这种分类尽管在分析以往的事例时有意义,但却不能成为判断将来发生的干涉之正统性与合法性的规范性基准^[47]。

一般说来,作为“结果的人道性”的事例则可列举如下:

为铲除伊萨·阿明的恐怖政权,1979年坦桑尼亚越国侵入乌干达,打倒了阿明政权。

同时,一定程度具有“目的的人道性”因素的事例则可以举出很多例子。比如,1964年刚果的内战过程中发生了大量虐杀,千人以上(主要是外国人)被拘为人质,生命受到威胁,这时,比利时和美国出兵刚果从叛乱军中救出人质;还有1979年,法国打倒了大量杀戮包括儿童在内之居民的中非共和国的博卡萨“皇帝”^[48]。不过,后文将提到,其中的刚果干涉为保护侨居外国居民而进行干涉的色彩很浓。

涉及“结果的人道性”的事例中,干涉国尽管言及了被干涉国政权的“灭种犯罪行为”、“镇压”、“压制”、“残忍行为”等,却没有用“人道干涉”来为自己的行为作辩护。这些事例中,干涉国主要是以自卫、对侵略的反击、援助被压制人民的自决和解放斗争来为自己的行为辩护。例如印度,尽管举出巴基斯坦军对孟加拉国人民的施虐来作为自己干涉的正当根据,但基本上是强调蜂拥而至的大量巴基斯坦难民构成“一种侵略”,认为巴基斯坦

难民使本国的社会生活陷入了危机状况,因而,对巴基斯坦军的反击就不可避免^[49]。

但是,从战后强化了战争违法观看来,印度的行动显然没有满足国际法上自卫权的条件。在联合国安全理事会和大会上以及其他场合中,印度的行为都受到欧美各国以及中国等许多国家的谴责。几乎没有国家承认印度的自卫主张,也没有哪个国家认为“人道干涉”就能予以容忍。不过,对印度的非难并不激烈,过了一段时间之后,国际社会承认了孟加拉国的独立,追认了既成事实^[50]。

1979年,坦桑尼亚采用武力干涉使残虐的乌干达阿明统治打上了休止符,它开始援用反击乌干达攻击的自卫,后来在自卫之余,又以援助乌干达人民反抗阿明政权压迫的解放战争,来为自己的武力干涉作辩护。另外,非洲——具体是非洲统一机构(OAU)——没有肩负起打倒阿明政权的责任,这也成为坦桑尼亚干涉的理由之一^[51]。坦桑尼亚的武力干涉是否满足自卫条件尚存疑问,少数非洲国家从不干涉原则出发谴责了坦桑尼亚的行为。但是,坦桑尼亚的武力干涉所受谴责的程度比印度还低。国际社会中的大多数国家对打倒阿明政权、终止残虐的杀戮表示欢迎,并且追认了既成事实^[52]。

1964年比利时及美国干涉刚果以及1979年法国干涉中非两事例中,干涉国在达到救护人命、推翻独裁者目的之后比较短时间内就已撤兵。尤其是1964年派兵刚果,在妨碍被干涉国的政治独立和领土完整方面,较其他干涉的程度要轻。国际社会对其派兵的非难不是没有,但可以说是蜻蜓点水,一抹而过。另一方面,救助的对象多半是滞留的外国人,事实上不仅接近为保护侨居外国的本国居民而进行的干涉,同时也很难否认隐藏在

后的插手刚果国内政治这一目的^[53]。

而 1979 年法国在干涉中非时,开始所主张的原则是,受推翻了“皇帝”博卡萨的政变政权之邀请,然而,事实上,正是通过法国的干涉行动,博卡萨政权才被推翻。因此,若从侵害中非共和国这一独立国家的政治独立观点而论,可以说是构成严重侵害主权。尽管法国方面有着追求一般性国家利益的动机,也即保证对前法殖民地的影响力,然而,博卡萨政权下存在严重人权侵害的事实,而以制止人权侵害为动机的干涉行为也容易为世界所容忍,因此,无论是就其结果来看,还是就其意图来看,这一事例都是一个具有人道性的事例,但同时,也是一个极其例外的事例^[54]。而且,上述种种事例中,干涉国尽管主张“人道”或“保护人命”,却没有使用“人道干涉”来为自己的行为寻找正当依据。

以上事例之外,欧美学者所举出的“人道干涉”的例子不少,其中多数如同美国进攻格林纳达事例中所能看到的典型一样,战略性干涉及为保护侨居外国的本国国民的干涉色彩极其浓厚。在对格林纳达进攻时,美国反复言及“缺乏对人权的尊重”、“对格林纳达人民的威胁”的现状,强调干涉的主要目的是“保护侨居外国的本国国民”。对此,联合国安全理事会上提出了谴责美国进攻的决议案,其中使用了“严重侵犯国际法以及国家的独立、主权、领土完整”等激烈的措词。但该决议因美国行使否决权而被否决,投反对票的只有美国,赞成 11 票(包括法国等西欧诸国)、弃权 3 票(英国、多哥、扎伊尔)。联合国大会则在 1983 年 11 月 2 日提出几乎同样内容的决议案,该决议以赞成 108、以反对 9 票、弃权 27 票的压倒性票数获得通过^[55]。

在该大会决议中,西方各发达国家也有不少投了弃权票。

通常,对措辞如此激烈的非议美国的决议,这些国家一般都持反对态度。这一事实说明,国际社会对美国假借“人道”名义进行肆意的武力干涉——1965年干涉多米尼加,1989年干涉巴拿马,由此可见,干涉已经成为美国对中南美政策、尤其是对加勒比海诸国政策中的一种习惯做法——表现出强烈的抵制态度。正是这种对“人道干涉”滥用的历史——尤其“人道干涉”与为保护侨居外国的本国居民的干涉的有意无意的组合或混淆——形成一个最大原因,使那些承认为制止大规模且严重的人权侵害有必要采取强制行动的人,无法毫不犹豫地断言其构成禁止行使武力原则的例外。

如上所述,在战后的国家实践中,人道干涉,至少在“人道干涉”这一独立的范畴内,并没有构成禁止使用武力原则和不干涉原则的例外,而在国际法上被认为合法。对“人道干涉”持有强烈警戒感和抵制态度的发展中国家,即使客观上自身也可能处于需要类似正当根据的立场,一方面对被干涉国政府的“暴政”、“压制”、“军事镇压”等持非难立场,但却没有诉诸于“人道干涉”的观念。在欧美各国学术中,容忍“人道干涉”的理论占有相当的地位,而且,实际上实行过干涉的政府也使用了“保护本国以及他国国民的生命和安全”这类措辞,但它们却并不曾使用“人道干涉”一词。

另一方面,大多数国家尽管对于武力干涉本身持有上述谨慎保守的态度,而实际上对制止以灭种罪为代表的大规模且严重的对生命价值之侵害的结果却表示欢迎,或者至少是持默认态度。印度和坦桑尼亚的干涉受到部分国家的非难,而其结果建立起来的国家和政府却受到大多数国家的庆贺,而且,对印度和坦桑尼亚的非难在短期间内也即销声匿迹。

另外,谈论“人道干涉”问题时,有必要考虑能否期待国家出于真正的人道目的进行干涉的现实可能性。出现大量杀害及大量饿死所代表的大规模且严重的人权侵害情况时,即使使用外部武力干涉也应加以制止,这也是人类自然的情感,道义上具有很强的说服力。而且,从国际法观点来看,人们认为,国家尊重人权的义务是一种对世性义务,其中特别是禁止灭种罪构成强制规范,同时犯有灭种罪的国家就犯有侵害所有国家的法律利益的国际犯罪。依此逻辑,也就可以说,任何国家都拥有制止灭种罪行为发生的权利。

但是,在现实中,却不可能期待一个国家为纠正他国的人权侵害甘愿付出巨大的牺牲(战斗中本国兵士的死伤及出兵所发生的费用)而采取积极的行动。一个国家决定使用武力干涉来制止发生在他国的大规模人权侵害,通常限于以下理由:(1)由于该人权侵害,使保护侨居该国的本国国民成为必要(欧美各国进行的“人道”干涉基本属于此例);(2)人权侵害的对象涉及某一特定民族集团,而该民族集团在干涉国的国内政治上持有相当的发言权;(3)与本国军队的死伤人员和战争支出成本相比,由干涉所获得的利益相当之大(坦桑尼亚的干涉事例中,干涉国与被干涉国[乌干达]的政权处于对立立场,推翻其政权就可以获得极大利益)。

前南斯拉夫内战中,欧美新闻媒介大量报道塞尔维亚人武装力量进行的“民族净化”,不断强烈地呼吁应当出兵予以制止。尽管如此,对牺牲者超出了20万人、而且发生在欧洲土地上的这一不断扩大的悲剧,不论美国还是欧洲各国考虑到本国军队可能发生的伤亡,根本就没有真正地派遣陆军出阵。在日本,根本就没有人论及这一问题。当这种侵害发生在不论地理上还是

心理上都远离欧美或日本的卢旺达时,尽管伤亡超出前南斯拉夫内战,然而,各国却都只是在大量屠杀告一段落,大量难民流出之后才开始采取具体措施,这与其说是制止大量屠杀不如说只限于保护难民。这些事实以及其他一些类似事例都说明,出于纯粹人道目的的军事行动常常难以实现。

二 联合国为人道目的所采取的强制措施

因此,某一国家发生大规模且严重的人权侵害的情况时,基本上无法期待其他国家采用“人道”干涉来加以制止。而且,鉴于存在借“人道”名义滥用干涉和政治性利用干涉的可能性,我们甚至都不应该存有这种期待之念。另一方面,冷战终结后的90年代初期,在前南斯拉夫、索马里、卢旺达等国发生的内战中,因“民族净化”及部族对立而发生大量屠杀,这在一般市民的情感上唤起了强烈反响。尤其在欧美市民看来,前南斯拉夫的“民族净化”就是在眼前愈演愈烈的大量屠杀,新闻媒介也大量报道了索马里、卢旺达的悲剧。市民们开始意识到,既然现行的人权履行确保制度无法处理,则有必要采取新的行动。

于是,人们对联合国的强制行为赋予厚望。随着冷战的终结,安全理事会因否决权的行使而陷入困境的可能性缩小,与冷战期间相比,联合国从事维持和平及恢复和平活动的国际环境大为改善。当时的联合国秘书长布特罗斯·加利也在《为了和平的课题》里,倡导创设拥有一定强制力的“和平强制部队”^{〔56〕},主张为使类似惨剧不再发生,联合国应发挥更积极的作用。最为重要的是,联合国是今天具有最高正统性的代表国际社会的组织,与国家相比,可以采取远离政治打算的行为。在此意义上,

90年代,人们对联合国的行动寄予了很高的期待。

在90年代联合国干预的事例中,与大规模且严重的人权侵害有关联的事例,可以列举如下:(1)对应1991年伊拉克的侯赛因政权对伊拉克北部的库尔德民族的镇压;(2)对应1992年索马里内战;(3)对应1991—1993年前南斯拉夫,尤其波黑发生的内战;(4)对应1994年卢旺达的内战;(5)对应海地包括组织性侵害市民自由在内的人道状况的恶化^[57]。

其中事例(1)中,安全理事会决议688号认定“其后果对同一地区的国际和平与安全构成威胁……谴责伊拉克对一般市民的压制”^[58],在没有得到伊拉克同意的情况下,以美军为中心的“同盟军(通常称为多国籍部队)”在伊拉克北部设置了安全地带,保护库尔德人(后来,与伊拉克之间就这一点达成了协议)。该决议似乎表明,当某一国家内部的人权侵害对和平构成威胁时,则可能成为《联合国宪章》第7章所规定措施的对象^[59]。但是,该决议前文表明,伊拉克对一般市民的压制造成了“大量难民流出国境以及对境外的冲击”,这对该地区的和平和安全构成了威胁,而且,决议主文第1款也认定伊拉克压制一般人民的“后果”造成了对和平的威胁,因此,强制措施的根据与其说是伊拉克国内的人权侵害本身,倒不如说是构成对境外威胁的色彩更浓^[60]。

事例(2)中,为制止索马里内战造成的大量牺牲及其非人道的行为,安全理事会通过决议794号(1992年),依据宪章第7章,批准成员国及联合国秘书长可以采取任何认为必要的手段在索马里进行人道救援活动^[61]。这与以决定对南非实施强制措施的安全理事会决议及事例(1)中的决议688号不同,没有导人超越国境影响这一因素,不仅认为某一国家大规模且严重的

人权侵害(不过,具体地是使用“the magnitude of the human tragedy caused by the conflict in Somalia”这类措辞,而没有使用“human rights”一类措词)对和平构成威胁(大量难民向邻近国家移动,使与此相关的国家发生严重的粮食短缺、居住条件恶化等问题,但这类问题并未被作为“和平之威胁”的根据),而且,在许可联合国本身在第2次索马里活动(UNOSOM—II)中采用强制措施的事例中,将一国国内的人权侵害(大规模且严重地侵害生存的权利,表现为大规模的饥馑)视为联合国强制行为根据的色彩也明显浓厚起来^[62]。

然而,在派遣联合国部队之前,由于有势力的内战当事方对联合国部队的公平性提出了很大疑问,而且也由于对和平交涉毫无进展以及屠杀和掠夺救援物资的大量报道,联合国则不得不放弃和平交涉。此外,不同于 UNOSOM—II,为确保提供人道援助的安全,根据安全理事会决议所派遣的以美国军队为主的多国籍部队(UNITAF),在没依联合国秘书长的请求解除内战势力武装的情况下,就决定撤退。这一点,联合国和美国之间有很大的意见分歧,兼有当地部队司令官的错误判断等问题,UNOSOM—II 未能够达成充分成果而逐渐缩小其规模,最后,只得恢复到传统式的非强制型和平维持活动^[63]。

事例(3)中,随着前南斯拉夫内战的扩大,波斯尼亚发生的大量屠杀、暴行、强制移居等事态的进展,安全理事会采纳了许多决议(然而,这些决议缺乏一贯性)。决议 770 号(1992 年)要求成员国为当地的人道救援活动的展开和安全采取应有的措施。决议 836 号(1993 年)则决定,为支援肩负保卫安全地带任务的联合国部队(UNPROFOR),成员国应该采取包括空袭在内的必要手段^[64]。这样,在一开始,作为传统的非强制型和平维

持活动的一环,联合国派出 UNPROFOR,但是,随着当地战势的激化而不得不求助于强制措施,向北约组织要求轰炸塞尔维亚人势力,试图利用军事行动来制止被害的进一步扩大。

在涉及卢旺达的事例(4)中,当卢旺达发生大规模屠杀时,联合国、近邻的非洲诸国以及其他各国都没有采取任何强制措施。而只在大量屠杀告一段落,大量难民流出时,联合国终于采取了行动,通过安全理事会决议 929 号(1994 年),承认当地的人道危机对地区和平构成威胁,根据宪章第 7 章的原则,承认为保护难民和避难民,以及确保人道援助活动可以采取任何所需措施^[65]。

在事例(5)中,鉴于海地颠覆了由选举产生的民主政权,而且随后不断发生严重的人权侵害,联合国通过安全理事会决议 940 号(1994 年),承认成员国可以组成多国籍部队,采取相应措施^[66]。该事例中,海地的军事政权于武力具体行使之前就已经投降,因此并未发生现实的强制干涉。

以上索马里、前南斯拉夫、卢旺达、海地事例中,尽管也使用“人道悲剧”、“人道危机”等措辞,而且也提及这类事态的例外性,安全理事会却将大规模人权侵害本身作为依据《宪章》第 7 章所采取措施的根据。对南非与伊拉克的强制措施,有着浓厚的“跨越国境”的威胁这一古典的威胁“国际”和平与安全的色彩,然而现在,一个国家内部发生的大规模且严重的人权侵害本身,逐渐地成为国际关心事项,进而成为联合国强制措施的对象——尽管没有用“人权侵害”这类词汇,而且也必须通过相当慎重的程序和政治妥协^[67]。

因此,为对应 90 年代种种内战中所发生的非人道事态,联合国在某种程度上将一国内部发生的大规模且严重的人权侵害

认定为是联合国采取强制措施的基础。然而,尽管不像以往那样彻底,以中国为中心的发展中国家依然反对来自于外部的人权干涉,即使是对联合国行动,这种姿态也没有改变。尤其是“人道干涉”所具有的历史性反面影响,干涉意味着包含武力行使在内的对国家主权的严重侵犯,因此,发展中国家对源于严重的人权侵害的联合国强制措施持抵制态度,而且,这种抵制比对人权保障的一般性保证履行措施所采取的抵制立场要强烈得多。同时,这种抵制态度并不局限于发展中国家,它在发达国家的政府有关人士以及学者之间也广泛存在。

而且,联合国基本上通过成员国而发生作用。联合国的决定是各个国家间对立和妥协的产物,所谓“联合国部队”,事实上是各个成员国所派遣的部队。90年代前半期,前南斯拉夫、索马里、卢旺达等国的悲惨现状被大量报道,人们期望联合国能设法制止,但是,在没有得到成员国足够的政治、财政支持的情况下,联合国所做的也就只能是超出自身能力的和平维持及和平恢复活动。其结果,如人们在“索马里的失败”中所看到的那样,联合国因人道目的所采取的强制活动就不可避免地面临着巨大障碍^[68]。

另外,整编联合国部队需要一定的时间,无法迅速对应紧急的大规模人权侵害。而且,如上所述,一个国家决定干涉发生在他国国内的人权侵害,虽属例外,并非全然不存在。在这种情况下,这些国家为了主张其干涉的合法性和正统性,都是尽可能地利用联合国机制来采取行动。即使从90年代联合国采取强制措施的事例来看,尽管绝大多数情况下,联合国都是意欲派兵,然现实上却是采用授权(authorization)形式,许可具有向人权侵害国派遣兵力的准备和能力的各“同盟部队”、“多国籍部队”行

使武力。

由此,今后在国际社会中,发生大规模侵害生命价值的人权侵害情况时,就不能仅将干涉主体设想为单纯由个别国家的干涉,或单纯由联合国的干涉。实际上,在这两个极端之间,存在多种多样的干涉形态。我们有必要在这一思索线上,来对各种事态进行分门别类,阐明当发生怎样的人权侵害事态时,由什么样的主体,在满足什么条件的基础上,能允许其采取什么样的干涉行动等等的基准。在考察这些基准时,应当注意以下几个方面:(1)迄今,各国是怎样对应大规模且严重的人权侵害;(2)《禁止灭种罪条约》、《禁止种族隔离条约》等现行国际法的规定及其问题性;(3)80年代末期之后联合国的新形态的活动;(4)国际法上有关国家之国际犯罪的讨论等。

截至80年代,国际法学者对“人道干涉”所作的议论,多数集中于论述个别国家所进行的干涉的是与非,就联合国的参与形式以及《国家责任条约草案》中对国际犯罪的规定,却基本上没有涉及^[69]。我自己在1993年执笔的论文里已经概括性地论及了这个问题^[70],这里,一方面提及后来的研究,另一方面也对我1993年的研究作最小限度的修改,尝试阐明在思考为制止人权侵害的干涉之合法性和正统性时的判断基准。

三 干涉的准据框架

为制止人权侵害而进行的干涉,常常依据一定的规范。在分析这些规范时,应注意考察以下要素:第1,发生了什么样的人权侵害,也即人权侵害的规模、严重性、持续期间等;第2,谁的人权受到侵害,也即是人权侵害国的国民,或者一定的外国人

集团,或少数民族等;第3,干涉的主体是什么,也即是像联合国那样的普遍性国际组织,或是人权侵害国为其成员国的地区性国际组织,或是第三国、或是被视为人权侵害对象的外国人的国籍国,或是少数民族成员所属的民族,或是该少数民族成员所属民族占多数的邻国等。并且,这些干涉主体可以采取何种干涉行动,也即作为非军事性行动,不履行金融、运输等方面的义务、冻结人权侵害国以及其国民资产等,或为阻止人权侵害而进行武力威胁、或限定性的、或全面性的武力干涉等;第4,依据上述规范性分类所采取的行动,在现实中有实现的可能吗?实际上,断绝通商、金融关系,进而使用武力干涉,这些做法另一方面也给干涉国本身造成物力、人力损失,那么,“阻止人权侵害”这一理念能否克服因预见到这种现实损害所提出的异议?假如不能克服这种异议,那么,是否还存在其他决定施行干涉的要素呢?而且,除该问题所固有的这些论点之外,通常还应当考虑以下几点,第5,武力行使的最终手段特性(进行武力干涉之前,对寻求非军事解决方法所作的努力,多大程度上成为武力行使的前提条件)以及均衡性要件(人权侵害的规模及其严重性与防止镇压人权、预防将来的再次发生、推翻可能成为人权侵害主体或置类似事态于不顾的政权以及对其进行占领等等的措施之间,均衡性如何);第6,国际社会里为多数国家和人民所接受之干涉的法律及道义基础(这一问题具体地将在上述论点(1)、(2)和(3),尤其是(3)中探讨),理解异文化的要求(在人权侵害国占支配性文化、宗教的背景下,该人权侵害占一种怎样的地位,这种地位与外部所认识人权侵害的程度之间所存在的差距),一贯性要求(排除适用双重标准)。第6项中的论点是与本书一直追求着的、考察有关国际关系问题基础上所必要的国际、跨国和文明相

容的正统性直接相关的问题。

(一)人权侵害的种类、程度和规模

如果人权侵害规模较小,或者程度较轻,如何纠正通常应当由国内救济机关来决定。国际人权保障原则上限于国内纠正难以实施的情况。国际人权的履行保障通常限于以人权侵害国的同意原则为基础的确保人权条约履行措施(也即,国家报告的审议、在获得被通报有人权侵害之国家的同意基础上派遣调查团和当地调查、人权侵害的审议内容和调查内容的公布、根据审议情况作出一般性建议或指定人权侵害国的个别建议、管辖权在条约上获得认可的人权法院所作出的判决等),以及具有同等内容的联合国确保人权履行措施(不过,联合国体制中不存在人权法院制度)。

但是,即使是小规模、甚至是个别的人权侵害,也有可能适用联合国以及人权条约机关的审议、调查、建议等非强制性程序。《自由权公约》以及《欧洲人权条约》的确保履行程序就是典型的例子。当这些条约上的义务和习惯已经确立时,国家就不能因人权侵害的规模小或人权侵害程度轻微而援引不干涉原则来抗辩。各种确保人权保障的履行机关能够在什么程度审议、调查、公开人权侵害,采纳一般性或具体建议,应当根据设定该机关权限的国际人权条约、决议及现存的习惯,就一个具体事例进行具体判断。比如,联合国的防止歧视保护少数民族小委员会审议“严重的、证据确凿且持续发生的人权侵害”,不干涉原则不可能构成对符合该条件的人权侵害所作审议和决议的障碍^[71]。

即使联合国这样具有较高正统性的国际组织,当人权侵害

规模小或严重程度低时,也不可能采取以人权侵害为依据的强制性行动。安全理事会的强制措施,只有当安理会认定存在宪章第39条所规定的“和平之威胁、和平之破坏、或侵略”事态时,才可能采用实施。从索马里、卢旺达等联合国实施的包括行使武力在内的强制措施的例子来看,要断定人权侵害构成“和平之威胁”,必须满足存在相当规模的对生命价值之侵害这一最低条件。

大规模侵害生命价值之人权侵害的典型代表是灭种罪行为。对此,《灭种罪条约》已经规定了相应措施,但如前面所述,这些措施很难发挥实效。因此,在这种情况下,应该认为可以适用联合国的强制措施,以及得到联合国的建议或许可的个别国家的武力干涉。从根本上说,这是因为国家存在的第一性理由就在于确保人的生命和安全,从事灭种罪行为,或者置自己领域主权范围的灭种罪行为于不顾,这样的国家根本就没有资格援引不干涉内政原则。这一点可以说是任何政治理论都所共有的基本理念。迄今,联合国对比灭种罪行为的人权侵害规模要更小、严重性要更低的事例尚且已经动用过强制措施,安理会当然也就可以将灭种罪行为断定“和平之威胁”,从而将其作为强制措施的对象。即使从对“反人道罪”作出裁断的纽伦堡裁判、《灭种罪条约》对灭种罪行为的违法性以及责任的规定、《国家责任条约草案》中对“国际犯罪”的规定,以及对既存事例的一般评价来看,这一认识都得到了肯定。

而且,《禁止种族隔离条约》将种族隔离规定为“反人道罪”,同时又将“由种族隔离政策及习惯做法所发生的不人道行为”规定为构成对国际和平和安全重大威胁的犯罪行为(第1条)^[72]。因此,实际上也就规定了采取《联合国宪章》第7

章的强制措施的可能性。与此不同,《灭种罪条约》则没有这一类规定。这应该说是《灭种罪条约》在立法上的不完备。不过,该条约第8条规定,为防止、制止灭种罪行为或第3条所规定的任何行为,缔约国有权向联合国主管机关要求采取《联合国宪章》所规定的适当措施。^[73]由此可见,我们上面所取的解释是完全可行的,而且,这种解释也与该条约制定之后的国际法发展相符合。

对于灭种罪行为之外的大规模且严重的人权侵害,可以认为,对于可视同为灭种罪行为的大规模且严重侵害生命价值的侵害行为,应许可采取强制措施。但是,这个一般性标准极为抽象,容易被滥用。而且,人权侵害的种类与干涉主体和干涉程序密切相关。有的干涉是联合国本身的干涉行为,其国际正统性极高,政治上滥用的危险性也很低;有的干涉是由联合国断定对“和平之威胁”,通过授权由个别国家或国家集团所采取的具体行动;有的干涉则缺少联合国的介入,纯粹是个别国家所进行的干涉。在这些干涉行动中,允许成为干涉对象的人权侵害当然存在程度的不同。对于滥用的危险性,应依据下文(二)所述的必要条件来防止。

(二)应受保护的人权主体

一般说来,人权的享受主体是没有任何限定的“人”。灭种罪行为可以说是承认包括武力行使之干涉的典型例子。即使在这种情况下,允许用武力干涉来保障人权,其最终根据也在于人命的价值优先于其他价值和利益这一极为朴素、也最为普遍的根本性判断。基于这一点,在原理上,就应该不存在限定人权侵害对象的理由。“人道干涉”所应保护的主体是居民全体。不

过,受保护主体中也包括干涉国的本国国民,因此,使用武力保护侨居外国的本国国民的干涉与为阻止灭种罪行为所进行的干涉之间的关系就容易混淆。

国际法是否承认有限度地使用武力保护侨居外国的本国国民——有的人将其解释是自卫权的一种形态——,这个问题本身包括很复杂的理论问题。鉴于其滥用的危险性,我个人持极为消极的态度。不过,假使认可这种干涉,在理论上,可以认为武力干涉这一行为具有为保护侨居外国的本国国民和人道干涉的双重意义。但是,人道干涉的必要条件与为保护侨居外国的本国国民的干涉的必要条件不尽相同。因此,实际上,这种同一行为的双重机能解释论也就很难行得通。

本来,认定灭种罪行为存在条件之一是存有灭绝作为民族、种族、宗教集团本身的意图,这与一般的大量屠杀在性质上不同。为此,即使存在构成国际法意义上的灭种罪行为的事态,其中有的可能只是属于本国国民的特定集团受到攻击,而侨居外国的本国国民却并未受侵害的情形。本国国民或侨居外国的本国国民的人权受到侵害时,即使其规模和严重程度近似于灭种罪行为,有的并不构成灭种罪条约上的灭种罪行为,有的可能只是进行灭种罪行为时伴随着对侨居外国的本国国民的残暴行为。

但是,令人忧虑的是,尽管现实情况没有满足为阻止灭种罪所进行的干涉之必要条件,以保护本国国民权益而派兵的国家却很可能主张“人道干涉”,以此为自己的行动寻找正当理由。有的人主张,这类武力干涉应该限定于人权侵害国的国民或干涉国之外的居民,这种主张一方面就是由于存在这种现实,有一定的合理性。^[74]但是,如后所述,防止滥用应该期待于

联合国的条件判断,而不应该取限定保护对象的方式。因为,一开始就限定保护对象的做法,与人命价值的至高性这一原理相矛盾。而正是这一原理,才使超越不干涉内政原则的干涉获得正当根据。

(三)干涉的主体和方法

人权侵害所侵害的不是个别国家的利益,而是国际公共价值,因此,人权保障的承担者就应该是国际共同体全体或作为其机关的国际组织或国家。如上所述,人权侵害并不损害个别国家的利益,因而,复仇或报复措施这些传统的相互主义权利义务关系前提下的水平性权利担保措施,就不起作用。这样,第三节里阐述的各种国际保障人权程序以及原本意义上的制裁——作为上位权限机关,国际共同体对国家行为是否构成权利侵害作出判断,并相应地采取措施——就成为国际社会对应对人权侵害的基本措施。比如像美国那样,自认为“人权的守护者”,根据自己国内法来认定“人权侵害国”,从而对其施加压力,如果对方国不屈服,就施之以“制裁”。一般说来,这种做法就不可能被承认为合理的对应方法。

即使从国际法或国际政治观点来看,要在一定程度上牺牲不干涉内政原则所具有的重大价值,则要求干涉主体能具有代表国际共同体全体利益的高度正统性。以最明确的形式具备这种正统性的是联合国。此外,国际劳工组织及联合国教科文组织等国际组织在有关劳动者的权利、文化权利等方面,具备仅次于联合国的正统性。因此,以人权侵害为根据的干涉,就必须以这些普遍性国际组织的参与为中心。不过,联合国之外的普遍性国际组织不同于联合国,它们不能决定强制措施,因此,这些

组织所能够采用的纠正人权侵害措施,只限于上述条约基础上的非强制性确保履行措施。

当发生大规模且严重的人权侵害时,这些一般性的确保人权保障履行的确保程序就很难发挥效力,也就有必要由安理会通过断定存在“和平之威胁”,采取强制措施来阻止这种侵害。因为,无论在国际法上,还是政治上,这都是最适当的一种形式。从均衡性条件来看,当然首先应当考虑适用非军事性强制措施,但是对于包括灭种罪行为在内的大量杀戮,非军事性措施就可能缺乏实效性。这时,也就应该容许立即诉诸军事手段。由于宪章第42条所规定的联合国军队没有任何现实性,因此,这里的军事性强制措施应该是90年代所使用的、“宪章第7章原则下”具有一般性宪章依据的联合国部队。

尽管安理会断定了以灭种罪行为为代表的大规模且严重的人权侵害构成“和平之威胁”,但联合国可能本身决定不采取强制行动,而建议为制止人权侵害由成员国作出强制行动。基于这种建议,成员国是否可以采用原本属于违反国际法的行动——其典型就是武力行使——呢?抑或,安理会因否决权的行使陷于机能停止时,联合国大会作出类似断定和建议时,成员国是否可以遵照该建议进行武力干涉呢?

从尊重人权侵害国主权这一国际法的角度来考察它与其他成员国的关系时,很明显,利用国际法上没有拘束力的建议决议来限制人权侵害国主权,使之成为其他成员国使用武力干涉的对象,这种做法难以在国际法上站住脚。尤其是,联合国安全理事会或大会本来就没有解释、适用国际法的任务。因此,在规范逻辑上,成员国即使遵守了安全理事会或大会的建议,也并不一定就意味着采取了一般国际法上的合法行动。有时,这种判断

可能存有疑问。^[75]

不过,在这种情况下,就成员国与人权侵害国的关系来说,应该认为,安全理事会或大会的建议当然构成前者使用武力之违法性的排除事由。不然的话,就可能引出极为不合理的结论。因为,这意味着,要求成员国采取遵守国际法行动的联合国会在使用武力这一重要问题上建议国家采取违法行动。而且,在这种情况下,安全理事会或大会不单是作为联合国机关,也是作为国际社会共同的公共权力机关,应该说,其所采取的行动不仅在《联合国宪章》上,而且在一般国际法上,能暂时解除成员国不使用武力的义务,具有排除武力干涉违法性的权限。一般说来,联合国的行动都具有这种国际社会共同体的公共权力机关的性质,但是,在武力行使的问题上,这认识更为妥当。对联合国的这种建议,成员国应积极应对。

安全理事会或大会有时认定存在“和平之威胁”,但却不作出采取强制措施的建议,而只是认可成员国采取强制措施。对依据这一认可由个别国家或国家集团采取的强制行动,应如何判断呢?对这种情况,不能将这种认可解释为排除使用武力之违法性的事由。“海湾战争”是针对侵略所采取的行动,同盟军行动的依据是安全理事会为保护科威特人所作出的 688 号决议,因而,具有排除其行动违法性的基础。

但是,当安全理事会的决议存在包括享受否决权国在内的一定反对(弃权)或大会中有许多国家持反对意见时,有时就很难判断,联合国的认定是真正针对“和平之威胁”的认定,或只是—些国家利用联合国以期达成其他目的。比如,朝鲜战争时,联合国没有军事行动的指挥权,军事权限基本上是以白纸委任的方式委任给了美国。“海湾战争”时,依联合国的授权,多国部队

的武力行使也是如此。这些事实使联合国建议、授权的正当性受到损害。对这一点,联合国针对索马里所采取的行动就有所改善。但是,这种改善实际上是否对联合国部队的有效行动有益,或者派出部队的国家,特别是期望能实际担负有效作战行动的美国,主张保留军事行动的指挥权时,是否应放弃为阻止人权侵害的干涉呢?这些问题依然没有解决。为能以满足国际、文明相容的正当性以及军事行动的现实有效性的形式来实行联合国授权的强制行动,这种改善就必不可少。^[76]

依据联合国以外的国际组织、特别是美洲国家组织等地区性安全组织的决议所实施的干涉,比单纯由个别国家的行动具有更高的正当性,但比联合国更容易为(地区)霸权大国作为政治工具所利用。所以,依地区性组织决议所进行的武力干涉很难得到公认。不过,一国发生的灭种犯罪行为、大规模饥饿的事态未能导致采纳联合国的干涉决议,未能引起全世界的注意,而只构成地区性事态时,地区性组织之武力干涉决议的正当性也就更容易得到承认。卢旺达所发生的大量屠杀就是一例。由此,不能断言,一切为阻止大规模且严重的人权侵害认可武力强制行动的地区性组织的决议都无以得到承认。

(四)干涉的现实可能性

联合国不是拥有军队或其他强制手段的超国家组织。联合国尽管有自己的秘书长、秘书处,但它基本上是通过成员国开展活动。90年代初期的联合国在前南斯拉夫、索马里等问题上,未能得到成员国充分的支持,担负起过重的任务,不可避免地遭遇许多挫折。其结果,在索马里展开的联合国部队的人道性强制措施,被认为是重大失败,而在前南斯拉夫展开的行动也未能

取得很好的成果。当然,如果联合国不干预,前南斯拉夫的事态会更加恶化,受害者会更多。有证据表明,UNITAF 和 UNOSOM-II 的索马里派遣大大地减少了索马里的饥饿死亡者。尽管人们说“索马里的失败”,但是,如果没有联合国的强制行动,索马里事态是否会好转呢?我们应该从反面来分析这一结论。

还有,与进行人权侵害的势力相比,人道干涉的主体若非在军事上占有绝对优势,则无法使强制措施获得成效。而且,无论是联合国本身的和平维持部队授权采取强制行动,还是成员国的多国籍军队授权采取强制行动,都存在提供军事力量的国家在多大程度上承认人道干涉所具有的利益和意义这一根本性问题。发达国家对于本国国民的生命及安全问题比较敏感,若非干涉对本国军队带来的损害与从干涉所获得的物质及精神上的利益和满足感相比甚微的话,它们必然就不会派兵遣将。“索马里的失败”之所以发生,就是因为美国构成多国部队的核心,干涉初期具有解除各武装势力的军事力量,但它却畏惧对解除武装的抵抗以及由此而引起的战斗中本国士兵的牺牲,因而不顾联合国秘书长的强烈请求,未进行武装解除就决定撤退,其结果,兵力上处劣势的 UNOSOM-II 不得以在情况更为恶化的阶段动手实施武装解除。^[77]

然而,问题在于,对大规模且严重侵害人权的国家进行强制干预以阻止人权侵害的正统性根据与各国实际上可能决定干涉的事态之间,存在着很大的背离。上述表明,国家愿意忍受牺牲为阻止人权侵害而实施强制干预,多数都只是限定于与本国内强大民族属同一的民族因该人权侵害而受到重大侵害的情势。其典型例子就是为保护侨居外国的本国国民所进行的干涉。这

种干涉常常被说成是为“人道”的干涉。但这种名目上的“人道干涉”显然缺少国际正统性。

另一方面,当人道目的比较显然时,有可能出现国家不愿向联合国指挥下的部队提供兵力的事态。为阻止灭种罪行为的强制措施在道义上无可非议,但在许多国家中却无以成为政权指导者要求国民付出牺牲的充分根据。联合国秘书长加利在其《为了和平的课题》中,提出了“和平强制部队”的设想,积极主张联合国为人道目的实施强制措施。但是,考虑到成员国对提供兵力的消极态度以及对牺牲士兵的畏惧立场,其中特别是考虑到对维持国际秩序有重要责任的美国的消极态度,他在《为了和平的课题》追补文中,实际上放弃了自己的这一设想。这一事实可以说是事出有因。

不过,将联合国和平维持活动又重新限定于依据传统式的同意原则和中立原则的非强制性干涉,这种做法并没有使问题得以解决。充其结果,也只是视大规模且严重的人权侵害而不顾,或者是任凭大国——主要是美国——根据独自判断进行恣意的“人道干涉”。也即又重新返回到过去那种毫无成果的选择上去。^[78]因此,以“索马里的失败”为依据,主张“联合国的和平维持活动应该是传统的非强制性的活动”的说法,就极不充分,某种意义上,甚至是一种不负责任的议论。

这里我们不能更深一步分析这一问题,但仍想指出,确实是美国所持的消极态度使联合国秘书长加利不得已放弃人道干涉的设想,但有学者开始依据对“索马里的失败”的冷静的评价来批判分析美国的这种态度。这种做法比那种单纯要求返回到传统的和平维持活动的议论要更进一步理解了现实,也是更为有责任感探讨。

其代表学者是汤姆·法拉。他指出,90年代初期联合国卷入其中的人道干涉,使许多人失望,美国国内也出现了孤立主义的倾向,以及对不涉及狭义上的美国自身利益就尽量避免干预的倾向。在此基础上,法拉依据自己在和平维持活动上的经历,论证人们一般所说的“索马里的失败”教训是一种错误认识,指出了以下两个方面。第1,为对应美国国内的倾向,应该创设尖子部队,由其承担派往危险性很大的地域的任务;第2,在几个国家维持同样的部队,让其与美国部队共同训练。比较理想的是,这支部队整体上应由代表国际社会的各地域和文明圈的部队构成。^[79]

这一提案现在一般被认为是“单纯的理想论”。而且,有人反对创设“美国国内的尖子部队”的设想。但是,要在全球规模上实现人权保护就不能只靠美丽的空谈。战后的日本对任何形态的武力行使都存有强烈反感,从来就没有思考有时为阻止严重的人权侵害有必要行使武力,也没有思考过这种武力不只是一种抽象的存在,而是必须由哪国提供的东西。这样也许可以说,日本国民一直是从这种极端的立场,自己身处安全地域,以一种不负责任的评论家身份来对美国、欧洲诸国、甚至联合国行动进行批判。在思考这个问题时,我们最起码应该认识到,单是批判90年代初期联合国的人道干涉是一种失败,提倡重回传统的联合国和平维持活动,实际上只是主张无视卢旺达、前南斯拉夫所发生的灭种罪行为。

(五) 诉诸武力的最后性和均衡性

使用武力的人道干涉,是破坏构成国际社会基础的国家主权最为严重的行为。为此,在采取这一行动过程中,必须作出慎

重的判断,必须先行使用非强制性手段,也必须以现行制度中的人权保护的确保履行措施无以发挥作用为前提。特别是联合国的干预,从依据安全理事会决定的强制措施,到依据理事会和大会建议的强制措施,再到依据理事会和大会授权或许可由个别国家所实施的强制措施,其正统性在逐次降低,与此成比例,使用非强制性措施解决问题的义务就逐次提高。

但是,在依安全理事会授权,或理事会陷入瘫痪时,依大会授权创设多国部队,采取行动时,是否必须首先用尽现行人权保护的确保履行制度呢?可以说,穷尽这些先行程序不是绝对条件。对应灭种罪行为这种异常事态,有时要求展开必争分秒的武力干预。所以,不穷尽非强制措施就不能采取强制措施的主张,就不是一种现实的态度。^[80]

同时,为阻止人权侵害所采取的手段,必须妥当,有均衡性。即使有大会决议或安全理事会的许可,行使武力一般所要求的均衡性条件也同样适用。而且,当人权侵害起因于该国政治权力的存在形态时,为阻止现行的人权侵害,防止其将来重新发作,干涉主体就不得以在一定程度上干预政治权力的存在形态,但是,这种干预应该限定在所需的最小限度内。不能允许阻止了人权侵害之后又长期留驻部队,或组织傀儡政权。

与此相同,有意见认为,联合国在索马里的强制行动的失败,其很大原因在于它没有限于人道目的活动所需最小限度的强制措施,而是非常急性地按照发达国的设想,试图创设新的国家制度、起诉处罚犯罪者。^[81]这个问题与理解被干涉国文化、宗教、政治、军事、人际和社会关系等,对广义的异文化理解的必要性相关。对此,将在下文论及。

(六)干涉的依据与理解异文化、干涉的一贯性及自我独善之间的关系

进行人道干涉时,必须确保干涉的决定在国际、跨国以及文明相容三个层次上具有全球代表性。联合国安全理事会或大会的决议能以全体一致采纳当然最好,但当以多数赞成采纳时,应该有超越文化、宗教、政治经济体制不同的绝大多数国家的支持。“海湾战争”时,同盟军的行动尽管有种种问题,但其有很高的正统性。因为作为其根据的决定以及现实的行动,不仅具有欧美各国,而且也有阿拉伯各国、穆斯林各国的支持,有相当的文明基础。

而且,武力的人道干涉要求有对被干涉国的文化、宗教以及传统的理解。不可否认,许多摩擦、纠纷的根源和激化的原因都在于“文化帝国主义”之欧美的自以为是。不过,人命价值的至高性并不为各国的文化、传统和宗教所否定。对生命价值大规模且严重的人权侵害,达到类同灭种罪行为时,应该允许进行人道干涉,其理由也就在这里。

为阻止严重人权侵害的行动,现在即使不得不服从一定选择,但也应有最低限度的一贯性。认定灭种罪行为时,应该考虑多方面要素,例如牺牲者的绝对数、与人口相比较的相对数、采取预防性阻止行动时所具有的紧迫感或确实性等等。但在认定和采取强制措施时,应该极力排除双重标准,确保一贯性。因为没有一贯性,就意味存在对“人权”、“人道”的政治利用,它削弱防止人权侵害行动的道义性,增加干涉措施获国内、国际支持的难度,其结果,可能牺牲国际人权保障本身的实效性。

最后,为阻止人权侵害,干涉主体的手应该尽可能干净。相

对而言,在各国中,美国是比较具有正义感的国家,不顾自己的牺牲,关心世界人权问题,为减少人权侵害作了很大努力。然而,发展中国家对美国却抱有很强烈的不信任感。其原因在于,美国一方面随意干涉加勒比海各国,却默许以色列在巴勒斯坦的人权侵害以及它对阿拉伯各国的进攻,同时,美国国内也存在种族歧视、大量的杀人、毒品犯罪等问题,表现是在处理人权问题上的自以为是和双重基准。对亚洲各国的人权压制,日本不能取强硬态度的很大原因就在于它没有正视战争责任、殖民地统治的责任,自身在道德上有许多弱点。“裁判官之肮脏的手”即使是奉教人权、人道的活动,结果也可能是削弱其正统性,妨碍行动的实效。

大规模且严重的人权侵害多数发生在发展中国家,而来自外部的干涉则主要是大国或过去的殖民地统治国家。英国无论如何在北爱尔兰问题受到国际社会的谴责,法国和德国无论如何在外国劳工问题上受到国际批判,这些国家都不可能成为联合国武力干涉的对象。实际上,很可能成为干涉对象是中小的发展中国家,也正因为如此,这些国家高举主权和不干涉内政原则的大旗,抵制人道干涉论。这种状况将来还会继续存在。鉴于这一点,无论如何强调排除独善行事的重要性,都不会过分。

注 释

(1) 在古典性定义上,“人道干涉”是指,当主权者的行动超越了符合理性和正义的权限限度、恣意且一贯地实行暴虐行为时,以保护该国国民不受这种虐待侵害这一正当目的所进行的武力行使。参见 E. Stowell, *Intervention in International Law* (John Byrne, Washington, 1921), p. 53. 由此可以看出,它意味着以其他国家中发生的不人道行为

为根据的所有武力干涉。但是实际上,“人道干涉”常常指为保护侨居他国的本国国民的生命、身体、财产所进行的武力干涉。因此,与其说它是包括“为保护侨居外国的本国国民的干涉”,不如说它就是这种干涉本身。对这一点,我们在后文将详细论述。

[2] A/47/277 (An Agenda for Peace, S/24111), 1992.

[3] A/50/60 (Supplement to an Agenda for Peace, S/1995/1), 1995.

[4] H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis libri tre* (Amsterdani, 1646, Latin Texts & Translation by F. Kelsey et al., The Classics of International Law, No. 1, Clarendon Press, Oxford, 1925), II, XXV, 8(2). 另外参见 Onuma Y., ed., *A Normative Approach to War* (Clarendon Press, Oxford, 1993), p. 177.

[5] Onuma Y., “Between Natural Rights of Man and Fundamental Rights of States”, N. MacCormick and Z. Bankowski, eds., *Enlightenment, Rights and Revolution* (Aberdeen Univ. Press, Aberdeen, 1989), pp. 140—141.

[6] R. Vincent, *Non-intervention and International Order* (Princeton Univ. Press, Princeton, 1974); H. Bull, ed., *Intervention in World Politics* (Clarendon Press, Oxford, 1984). V. Lowe, “The Principle of Non-Intervention”, V. Lowe and Warbrick, eds., *The United Nations and The Principle of International Law* (Routledge, London, 1994), pp. 66—79.

[7] Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et Maroc, 7 février 1923, PCIJ, *Recueil des avis consultatifs* (série B), n. 4 (1923), pp. 23—24.

[8] M. Kamminga, *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights* (Univ. of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992), pp. 69—82. 小森光夫:《国際法規の形成と国内管轄の概念》,载于松田幹夫編:

《流動する国際関係の法》，国際書院 1997 年版，第 110—146 頁；森川幸一：《国内管轄事項とその国際標準化》，載于村瀬信也、奥脇直也編：《国家管轄権》，勁草書房 1998 年版，第 121—127 頁。

[9] 石井明：《不干涉原則と中国》載于大沼保昭編：《東亜の構想》，筑摩書房，2000 年。

[10] A/RES/2131 (XX)，GAOR，20th Sess.，Suppl. No. 14，A/6014，1965. A/RES/2625 (XXV)，GAOR，25th Sess.，Suppl. No. 28，A/8028，1970. A/RES/36/103，(GAOR，36th Sess.，No. 51，A/36/51，1981.)

[11] M. Kanninga, *supra* n. 8, p. 82.

[12] 山本草二編：《国际条约集》，有斐閣 1998 年版，第 36 頁。

[13] A/RES/43/131，GAOR，43rd Sess.，Suppl. No. 49，A/43/49，1988. A/RES/45/100，GAOR，45th Sess.，Suppl. No. 49，A/45/49，1990. A/RES/46/182，GAOR，46th Sess.，Suppl. No. 49，A/46/49，1991；M. Bettati, “Un droit d’ingérence?”，*Revue générale de droit international public*, CXL (1991), pp. 644—646. 西海真樹：《人道的救援権の提唱》，《熊本法学》第 81 号，1994 年，第 1—52 頁；同《人道的救援権の法的構成の試み》，《法学新報》第 105 卷 5、6 号，1996 年，第 1—54 頁。

[14] S. Murphy, *Humanitarian Intervention* (Univ. of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996), pp. 7—75, 83—114, 362—363, 370 et passim. 在 90 年代有关“人道干涉”的许多论文中，本书是一本论点相当全面的好书，不过，对其个别主张和结论，本人却很难赞同。

[15] *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th 1949, I. C. J. Reports 1949, p. 35. 此外，国际法院在 1970 年的巴塞罗那公司案件的判决中，把由有关禁止种族灭绝、奴隶制度、种族歧视等人的基本性权利的原则和规则所产生的义务，认定为是对国际共同体的“对世性义务”，所有国家都对它的保护享有法律利益，同时又阐明，规定人权的各种文件并没有不顾权利侵害之受害者的国籍如何而赋予各国保护受害者的权能，实际上对以“人权保障 = 对世性义务”为借口的干涉加以了制约。

I. C. J. Reports 1970, paras. 31, 94 (pp. 32, 47).

[16] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of June 27 1986, I. C. J. Reports 1986, para. 202 (p. 106). 国际法院在此判决之前曾经说不干涉原则没有规定在联合国宪章中。Ibid. 这是因为在涉及案件的适用法规时,法院强调了完全适用习惯国际法,但这一表现容易引起误解。

[17] 参見大沼保昭:《倭国と極東のめいた》,中央公論社 1988 年版,第 162—263 頁。

[18] 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

[19] 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

[20] 大隈宏,《コンディショネティの論理と動態》,载于山影進編:《相互依存時代の国際摩擦》,東京大学出版会 1989 年版,第 202—212、222—229 頁。

[21] 大沼保昭:《遙かなる人種平等の理想》,载于同編:《国際法、国際連合と日本》,弘文堂 1987 年版,第 447—456 頁。

[22] 有关联合国对种族隔离所采取的措施,有许多文献,这里参见以下文献。L. Henkin, "Human Rights and 'Domestic Jurisdiction'", T. Buergenthal, ed., *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord* (Allanheld, Osmun, Montclair, 1977), pp. 26—28. 金東勲,《人權・自決權と現代国際法》,新有堂 1979 年版,第 147—164 頁;藥師寺公夫:《人權外交と国内事項不干渉の原則》,《国際問題》第 318 号,1986 年,第 15—29 頁;森川幸一,《アパルトヘイト問題と經濟制裁》,《法律時報》第 59 卷 2 号,1987 年,第 67—74 頁;同《国連の対南アフリカ・南ローデシア強制措置の性質(1)》,《専修大学法学研究所紀要》第 15 号,1990 年,第 85—116 頁;A. Cassese, "The General Assembly: Historical Perspective 1945—1989", P. Alston, ed., *infra* n. 28, pp. 28—29, 32—34, 43—44; A. Chaycs and A. H. Chaycs, *The New Sovereignty* (Harvard U-

niv. Press, Cambridge, Mass., 1995), pp. 43—47.

[23] J. Delbruck, “A Fresh Look at Humanitarian Intervention under the Authority of the United Nations”, *Indiana Law Journal*, LXVII (1992), pp. 897—900.

[24] 在日本,对人权概念的政治性利用的问题,在有关人权的文献中没有充分地论及,但是,因为任何人都难以轻易否定人权,人权的政治性利用的作用也就极为显著,因此对这个问题的探讨对全面理解人权是不可缺少的。阿部浩己在《国連人権委员会の国別審査手続に関する一考察》(《神奈川法学》第26卷第1号,1990年,第163—247頁)一文中实证论述了国际人权的履行确保过程中所存在政治性的问题。即使在委员以个人身份选出,政治性总体较弱的联合国人权委员会的防止歧视保护少数民族委员会中,我本人也曾经有过很苦涩的经验,因为我所关心的萨哈林残留朝鲜人问题被当作一个政治性很高的问题(参见大沼保昭:《サハリン棄民》,中央公論社1992年版,第153—156頁)。另外,对美国的“人权外交”和冷战时代对苏联人权问题处理上所表现的政治性,参见本书第4章注(10)所引用的文献。

[25] 在前注(15)所引用的巴塞罗那公司案件的判决中,国际法院明确指出,如有关外交保护规则等基于互相主义原则的义务,与由有关禁止种族灭绝、保护不受奴隶制和种族歧视侵害的规则所产生的义务之间,存在“本质性区别”。I. C. J. Reports 1970, para. 31, p. 32.

当然,像美国那样,把自己视为是普遍性价值的旗手,通过“人权外交”对在法律上处在低于水平关系的主权国家,利用事实上的实力落差来担保“普遍性价值”的做法,在国际关系也不是没有,有时甚至可能比国际组织的担保机制还更有实效。而且,在将自己视为普遍性价值的旗手,并且在财力上和国际影响力上都具有强大势力的NGO与只有主权国家之虚名的弱小国的关系上,这种现象也同样存在。因而,在肯定人道干涉的理论看来,即使是通过武力行使这一极端手段来担保由一个或几个国家所主张的人权价值,这种做法也应该得到承认。就个别

国家对人权侵害国采取的“制裁”和干涉,参见 H. Steiner and P. Alston, eds., *International Human Rights in Context* (Clarendon Press, Oxford, 1996), pp. 811—883.

[26] 国家通报制度是在某缔约国对其他缔约国的人权侵害进行通报后,确保该条约实施的人权委员会就开始调查事实,谋求“友好解决”的制度。《欧洲人权条约》采取了这一制度,《自由权公约》和《美洲人权条约》也规定了这一制度。该制度是介于作为第二次大战后国际公共价值的人权保障与保护本国国民的传统性外交保护制度之间的一种制度,在实践中基本上没有发生作用。

[27] 《欧洲人权条约》和《美洲人权条约》采取了由人权法院受理并且通过司法程序解决人权委员会或缔约国的人权侵害申诉的制度。尤其是在《欧洲人权条约》中,人权法院对纠正缔约国的人权侵害起到了很大作用。在人权问题上,人权法院具有优于各国终审法院的机能,当国家的司法机关无意识中陷入偏见或缺少对政治权力的独立性时,人权法院的作用也就表现得更为有效。不过,人权法院只能对接受了其管辖权的缔约国行使裁判权,而且个人不能成为向法院提出人权侵害申诉的主体。但是,就欧洲的状况来说,根据 1998 年 11 月将生效的第 11 议定书,个人的提诉权将为所有缔约国所承认。从人权保障的观点来看,这可以说是一个很大的进步。

[28] 田畑茂二郎:《国際化時代の人権問題》,岩波書店 1988 年版;P. Alston, ed., *The United Nations and Human Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1992); H. Steiner and P. Alston, ed., *supra* n. 25, pp. 329-455.

[29] 山本編:前注(10),第 10、22 頁。

[30] M. Kamminga, *supra* n. 8, pp. 102—126 et passim.

[31] H. Steiner and P. Alston, eds., *supra* n. 25, pp. 500—705.

[32] 山本編:前注(10),第 61、64 頁。

[33] 同上,第 64—65、66—67 頁。

〔34〕 同上,第 59 頁。

〔35〕 T. Buergenthal, eds., *supra* n. 22. V. グバリ(小久保康之訳):《人的次元(第三バスケット)》,載于百瀬宏・植田隆子編:《歐洲安全保障協力會議(CSCE)1975-1992》,日本國際問題研究所 1992 年版;吉川元:《ヨーロッパ安全保障協力會議(CSCE)》,三嶺書房 1994 年版。

〔36〕 參見本書第 6 章第 3 節。另外參見大沼保昭:《文際的人権を目指して》,載于渡邊昭夫編:《アジアの人権》,日本國際問題研究所 1997 年版,第 273 頁和 291 頁注(5)的引用文獻。

〔37〕 肯特認真仔細地觀察了聯合國防止歧視和保護少數民族委員會對天安門事件的審議,指出該委員會的巴里委員(英國出身)對中國的感情性批判反過來只會產生反作用。參見 A. Kent, “China and the International Human Rights Regime”, *Human Rights Quarterly*, XVII (1995), pp. 10—47, esp. 12, 18, 39—40.

〔38〕 山本編:前注(19),第 120 頁。

〔39〕 田畑茂二郎等編:《國際人權條約・宣言集》,第 2 版,東信堂 1994 年版,第 85—87 頁。

〔40〕 A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998 (Draft Statute for the International Criminal Court (United Nations Diplomatic Conference on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, Italy, 15 June—17 July 1998)), pp. 11—34, 48, 119.

〔41〕 坂本一也,《國際刑事裁判所設立構想に関する一考察》,《法学》第 59 卷 3 号,1995 年,第 86—122 頁;藤田久一:《戰爭犯罪とは何か》,岩波書店 1995 年版,第 190—221 頁;同《國際刑事裁判所規定の草案に関して》,《國際人權》第 6 号,1995 年,第 42—49 頁;田中利幸:《刑事裁判管轄の國際化と国内法的履行・國際法的履行》,村瀬・奥脇編:前注(8),第 603—627 頁。

〔42〕 I. Crawford, “The I. L. C. Adopts a Statute for an International-

al Criminal Court", *American Journal of International Law*, LXXXIX (1995), pp. 408—409.

[43] 对处理这一问题,规约第16条(提交采纳的最后草案(A/CONF.183/C.1/L.76,16 July 1998)规定,当安全理事会要求法院停止搜查、起诉时,法院应该停止搜查和起诉一年。但是,如果适用该条款,就可能出现实际的犯罪执行者被起诉,而对重大犯罪全体负有责任的指导者却免于起诉的不均衡现象。这种现状也一定会引起批判。

[44] J. Crawford, *supra* n. 42, p. 407.

[45] 参见 W. M. Reisman, "Humanitarian Intervention to Protect the Ibos", R. Lillich, ed., *Humanitarian Intervention and the United Nations* (Univ. Press of Virginia, Charlottesville, 1997); R. Lillich, "Humanitarian Intervention", J. N. Moore, ed., *Land and Civil War in the Modern World* (Johns Hopkins Press, Baltimore, 1974); F. Teson, *Humanitarian Intervention* (Transnational Publishers, New York, 1988)等代表性文献。另外,在美国国内主张对禁止使用武力的原则应该作严格解释的论文,参见 T. Franck and Rodley, "After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force", *American Journal of International Law*, LXVII(1973); L. Henkin, "The Invasion of Panama under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, XXIX(1991)。在这两者之间,开展了激烈地争论,而且一些欧洲和第三世界国家的学者也参加了争论。另外,在欧洲的法语圈中,从80年代开始,对“无国境医生团”等NGO的人道救助、干预的权利和义务等也开展了议论。1988年、1990年和1991年联合国大会有关人权救援的决议,属于后者的议论。参见 M. Bettati, *supra* n. 13.

[46] 对“人道干涉”的定义作了很好整理的最新研究,参见 S. Murphy, *supra* n. 14, esp. pp. 8—20. 另外,谢飞尔主张,应该将对为保护侨居外国的本国国民的干涉放人人道干涉的范畴。D. Scheffer, "Toward a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention", *Univ. of Toledo*

Law Review, XXIII(1991), pp. 271—273. 但是, 这是一种以冷战结束后如何强化和活用联合国为背景的议论, 带有许多问题。

[47] 对“人道干涉”的规范性判断基准, 存在各种认识, 其中存在干涉行动限定于人的救助(救助型)和使受干涉国家的政治体制发生变化(构造型)等分类, 参见 M. Bettati, *supra* n. 13, pp. 641—642; K. K. Rease and Forsythe, “Humanitarian Intervention and International Law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, XLV(1993), pp. 9—11; *id.*, “Human Rights, Humanitarian Intervention, and World Politics”, *Human Rights Quarterly*, XV(1993), pp. 301—302. 前者在许多场合与为保护侨居外国的本国国民的派兵相一致, 在这个意义上是一种个别国家的利益保护手段, 国际法一般承认这种手段。这从受干涉国的主权受侵害的程度比较轻的角度来看, 虽说可以理解, 但是不能否定, 这种现状具有对大国长期以来为保护国外本国国民反复行使有限的武力这一现实在规范上加以认可的一面。从国际社会的公共价值观点来看, 对以本国国民为救助对象的武力行使的肯定, 即使被干涉国家的主权受侵害的程度较轻, 也必须采取极为慎重的态度。相反, 真正为阻止人权侵害所进行的干涉行动, 如果没有现行制度在一定程度上发生构造性变化, 就很难产生实效。而且, 从上述基准来看, 基本上都只能被自动地认定成违法行为。对这个问题, 我们将在最后探讨。

[48] 当然, 在具体的事例中, 对干涉国家的“主观的人道性”的评价存在各种不同意见。比如, F. Teson, *supra* n. 45 (2nd ed., 1997), pp. 186—187; V. Nanda, “Tragidies in Northern Iraq, Liberia, Yugoslavia, and Haiti”, *Denver Journal of International Law and Policy*, XX(1992), pp. 315—319. 尽管没有新言国际法上合法的“人道干涉”, 但对印度却采取了和善态度。而对此, W. Verwey, “Umanitarian Intervention under International Law”, *Netherlands International Law Review*, XXXII(1985), pp. 399—404; N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity* (Nijhoff, Dordrecht,

1985), pp. 89—113; K. K. Pease and D. Forsythe, *supra* n. 47, pp. 9—10 则采取否定立场。

[49] S/PV. 1606, SCOR, XXVI, 1606th meeting, 4 December 1971, paras. 158—183; A/PV. 2003 and Corr. 1, GAOR, XXVI, plen. meeting, 2—3rd meeting, 7 December 1971, paras. 151—170.

[50] T. Franck and Rodley, *supra* n. 45, p. 303; N. Ronzitti, *supra* n. 48, pp. 95—97.

[51] N. Ronzitti, *supra* n. 48, pp. 102—103; V. Nanda, *supra* n. 48, pp. 320—321.

[52] N. Ronzitti, *supra* n. 48, pp. 104—106.

[53] 对这一点,有的学者主张,1964年美国和比利时对刚果的派兵也具有人道性,参见 W. M. Reisman, *supra* n. 45, p. 185. 另外,参见 W. Verwey, *supra* n. 48, pp. 399—404 所引用的文献。

[54] S. Murphy, *supra* n. 14, p. 108.

[55] S/PV. 2491, SCOR, XXXVIII, 2491st meeting, 27 October 1983, S/16077/Rev. 1, para. 431 (p. 39); A/RES/38/7, GAOR, 38th Sess., Suppl. No. 47, A/38/47, 1983, p. 19. 另外,美国政府在为对格林纳达的进攻辩护时,提出了合法政府的请求、东加勒比海国家机构的决定和保护侨外本国国民等三个根据,而避免援用“人道干涉”。Letter from the Legal Adviser, United States Department of State, February 10, 1984, *International Lawyer*, XVIII(1984), pp. 381—387.

[56] A/47/277 (An Agenda for Peace, S/24111), *supra* n. 2, p. 13.

[57] O. Corton et P. Klein, “Action humanitaire et chapitre VII”, *Annuaire française de droit international*, XXXIX(1993), pp. 105—130; T. Farer, “A Paradigm of Legitimate Intervention”, L. Damrosch, ed., *Enforcing Restraint* (Council on Foreign Relations Press, New York, 1993), pp. 316—347; 佐藤哲夫:《冷戦後の国際連合憲章等7章に基づく安全保障理事会の活動》,《法学研究(一橋大学研究年報)》第26号,1994

年,第53—167頁(该论文十分正确地分析了联合国安全理事会自90年代以来对本问题所采纳的决议,是必读文献);神余隆博,《ポスト冷戦の国連平和維持活動の新展開》,《阪大法学》第43卷4号,1994年,第1—62頁;R. Thakur and C. Thayer, eds., *Crisis of Expectations* (Westview, Boulder, 1995); D. Daniel and B. Hayes, eds., *Beyond Traditional Peacekeeping* (Macmillan, London, 1995); 浅田正彦:《国連における平和維持活動の概念と最近の動向》,載于西原正、S. ハリソン編:《国連PKOと日米安保》,垂紀書房1995年版,第35—89頁;R. Falk, “The Complexities of Humanitarian Intervention”, *Michigan Journal of International Law*, XVII (1996), pp. 491—513; 酒井啓亘:《国連平和維持活動の今日的展開と原則の動揺》,《国際法外交雑誌》第94卷5、6合併号,1996年,第93—116頁;青井千由紀:《人道的介入のドクトリン》,《レヴェイアサン》臨時増刊,1996年,第12—47頁;S. Murphy, *supra* n. 14, pp. 282—234.

[58] S/RES/688(1991), para. 1.

[59] 参見 Forsythe and Pease, *supra* n. 47, p. 303.

[60] O. Corton et P. Klein, *supra* n. 58; 佐藤:前注(58),第126頁;松田竹男:《国際連合の集団安全保障》,《国際法外交雑誌》94卷5、6合併号,1996年,第51頁引注20。

[61] S/RES/794(1992), para. 10.

[62] 松田竹男:《ソマリア武力行使決議の検討》,《名古屋大学法政論集》第149号,1993年,第367—370頁;R. Patman, “The UN Operation in Somalia”, R. Thakur and C. Thayer, eds., *supra* n. 58, pp. 85—104.

[63] 如前所述,联合国秘书长加里在联合国向索马里派遣和平维持部队的过程中提出了“和平强制部队”的设想,但是在两年后的补遗中却撤回了这一设想,认为联合国的活动应该回到依据非强制和同意原则的传统式和平维持活动。这其中“索马里的失败”可以说是一个

很大原因。

[64] S/RES770(1992), para. 2; S/RES836(1993), paras. 9, 10; S. Lamb, "The UN Protection Force in Former Yugoslavia", R. Thakur and C. Thayer, eds., *supra* n. 57, pp. 65—84; S. Murphy, *supra* n. 14, pp. 217—243.

[65] S/RES/929(1994), para. 3.

[66] S/RES/940(1994), para. 4.

[67] 佐藤, 前注(57), 第 160—162 页; B. Simmam "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des cours*, CCL (1994 - VI), pp. 2712—274. 另外, 参见前注(57)、(60)和(62)所引文献。

[68] 在 1993 年的论文中, 我曾经指出, "现在的联合国过分地开展了和平维持和恢复活动, 将来不可避免会遭遇很大困难", 这一认识现在可以说是不幸言中。参见大沼保昭:《人権は主権を超えるか》, 载于山本武彦等編:《国際化と人権》, 国際書院 1994 年版, 第 32 页。

[69] W. Verwey, *supra* n. 48, pp. 414—417 非常例外地涉及到了这一点。

[70] 大沼, 前注(68), 第 33—38 页。

[71] 就以上所有习惯, 参见 M. Kamminga, *supra* n. 8, pp. 82—111.

[72] 田畑編: 前注(39), 第 86 页。

[73] 山本編: 前注(10), 第 120 页。

[74] 认为保护主体应该限于受干涉国国民的观点, 早在格老秀斯等初期的学者中已经存在。参见 Onuma Y., ed., *supra* n. 4, pp. 107—109. 但是, 他们大部分没有文章中所涉及的问题意识, 而只指成为专制政权的压迫对象的受干涉国国民全体。与此相反, 应限于干涉国以外之居民的主张, 却意识到了我们所论及的问题。参见 D. Greig, *International Law* (2nd ed., Butterworth, London, 1976), p. 880; R. Mar-

go, "Legality of the Entebbe Raid in International Law", *South Africa Law Journal*, XCIV(1977), p. 318.

[75] 对这个问题,在以美国为中心的同盟军为对抗伊拉克对科威特的侵略,依据安全理事会的决议将伊拉克驱逐出科威特的“海湾战争”时,围绕安全理事会决议的解释,有过激烈争论。在这里,也同样是一个重要问题。参见 O. Schachter, "United Nations Law in the Gulf Conflict", *American Journal of International Law*, LXXXV(1991), pp. 452—473; id., "Authorized Use of Force by the United Nations and Regional Organizations", L. Damrosch and D. Scheffer, eds., *Law and Force in the New International Order* (Westview, Boulder, 1991), pp. 65—93; 森川幸一:《平和の実現と国際法》,载于石村修也編:《いま戦争と平和を考える》,国際書院 1992 年版,第 81 頁;松井芳郎:《湾岸戦争と国際法》,日本評論社 1993 年版,第 71—93 頁;佐藤:前注(57),第 84—90、98—100 頁。

[76] 神余隆博:《新国連論》,大阪大学出版社 1995 年版,第 176—213 頁;S. Murphy, *supra* n. 14, pp. 315—334.

[77] 参见 T. Farer, "Intervention in Unnatural Humanitarian Emergencies", *Human Rights Quarterly*, XVIII(1996), pp. 1—22. 在议论索马里的经验时,最大的问题在于绝大多数意见都将索马里的“失败”简单地归同于“和平强制部队”的失败。的确,联合国在索马里的活动没有取得充分的成果,但是,这有多种原因,对此必须冷静地分析探讨。单纯将其归结于“和平强制部队的失败”,从而提倡恢复传统的和平维持活动,这种做法无益于问题的解决。对于这一点,前面所引用的法拉的论文进行了很出色的分析,该论文出自于参与了索马里活动的优秀的国际法学者之手,是议论这一问题时必读的文献。

[78] 对个别国家所进行的“人道干涉”,许多国家都持肯定态度,对此我们在文章中已经谈到。而且,国际法委员会对《国家责任条约草案》的审议过程表明,从国际法学界总体来看,反对由个别国家对犯有

“国际犯罪”行为的国家进行制裁的意见也很强烈。参见 M. Spinedi, “International Crimes of State: The Legislative History”, J. Weiler et al., eds., *International Crimes of State* (Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1998), pp. 89—102; P. - M. Dupuy, “Implications of the Institutionalization of International Crimes of States”, *Ibid.*, pp. 177—179; B. Simma, “International Crimes”, *ibid.*, pp. 307—315; 另外, 有关人权保障和不干涉内政原则, 参见国际法协会中的议论 (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, LXII (1989), pp. 223—291, esp. 259—262.

[79] T. Farc, *supra* n. 77, pp. 20—22.

[80] W. Verwey, *supra* n. 48, p. 370.

[81] T. Fare, *supra* n. 77, pp. 9—13.