

台灣國際法季刊

第九卷第三期

二〇一二年九月

台灣國際法季刊

TAIWAN INTERNATIONAL LAW QUARTERLY

VOLUME 9NO.3

September 2012

第九卷第三期

二〇一二年九月

發行人：邱晃泉

發行所：台灣國際法學會

PUBLISHER：Taiwanese Society of International Law, TSIL

總編輯：邱晃泉 GENERAL EDITOR: Mr. Chiu, H.C

執行編輯：廖福特 EXECUTIVE EDITOR: Prof. Dr. Liao, F.T.

副執行編輯：徐揮彥、林雍昇 VICE EXECUTIVE EDITOR: Prof. Dr. Hsu, H.Y., Mr. Lin, I.S.

編輯委員：邱晃泉、廖福特、李明峻、鄧衍森、姜皇池、陳荔彤、葉錦鴻、謝英士、吳煜宗、徐揮彥、林雍昇、宋燕輝、陳怡凱、魏靜芬、胡慶山

EDITORIAL BOARD: Mr. Chiu, H.C., Prof. Dr. Liao, F.T., Prof. Dr. Li, M.J., Prof. Teng, Y.S., Prof. Dr. Chiang, H.C., Prof. Dr. Chen, L.T., Prof. Dr. Yeh, C.H., Mr. Hsieh, Y.S., Prof. Dr. Wu, Y.Z., Prof. Dr. Hsu, H.Y., Mr. Lin, I.S., Prof. Dr. Song, Y.H., Prof. Dr. Chen, Y.K., Prof. Dr. Wei, J.F., Prof. Dr. Hu, C.S.

季刊行政：陳新裕 ADMINISTRATION: Mr.Chen, H.Y.

台灣國際法學會：

名譽理事長：彭明敏

名譽顧問：小田滋、安藤仁介、陳隆志

名譽理事：王世榕、李鴻禧、洪茂雄、姚嘉文、黃文雄、黃宗樂、陳繼盛

理事長：邱晃泉

理事：謝英士、鄧衍森、廖福特、張炳煌、姚志明、葉錦鴻、陳荔彤、吳志中、姚孟昌、徐揮彥、宋燕輝、吳煜宗、蔡育岱、王鳳蘭

監事：武田美紀子、姜皇池、王思為、陳耀祥、廖宗聖

秘書長：李明峻

副秘書長：林廷輝

秘書：陳新裕

會址：104 台北市南京東路二段一二五號十四樓之一

電話：(〇二) 二五一五四九三二

電子郵件：tsilorg@ms78.hinet.net

雜誌交寄郵局：台北金南郵局「中華郵政台北誌字第 331 號執照登記為雜誌交寄」

本季刊授權由「新學林出版股份有限公司」代理經銷

台灣國際法季刊第九卷第三期 目次

《專題論文》國際人權專題	
加拿大 Métis 原住民的認同與身份	施正鋒----- 5
NGO 與跨國憲政主義的發展： 以台灣加入國際人權公約的實踐為例	
	張文貞-----47
《公民與政治權利國際公約》 基本權克減(derogate)措施之探討	
	胡慶山-----73
《研究論文》	
日俄戰爭期間所涉及之國際法問題	趙國材、李明峻----- 125
《國際法論文獎》	
外國投資之法律管制與保護—— 以徵收投資者私有財產為中心(下)	
	林韋仲----- 169
《演講》	
國際法院審理國際氣候變遷訴訟之可能性 ——於訴訟程序與諮詢程序	
	繁田泰宏 副教授----- 223
《文獻》	
台灣最新條約與國際協議選輯	-----275
《會訊》	
台灣國際法學會會務紀要	-----292
台灣國際法學會季刊稿約	-----293
感謝辭	-----300

《專題論文》

加拿大 Métis 原住民的認同與身份*

The Identity and the Indigenous Status of the Métis in Canada

施 正 鋒*

摘要

在簡單介紹 Métis 的歷史發展後，我們根據解釋認同產生的三大理論，也就是原生論、結構論、以及建構論，分別探討 Métis 認同的三個面向。接著，我們考察加拿政府如何處理 Métis 的原住民族身分，包括行政、憲法、以及最高法院的判例。

Abstract

After a brief introduction of the historical development of the Métis in Canada, we will employ three theories of identity formation, primordialism, structuralism, and constructivism, to explain how the three dimensions of their identity. We will then look into how the Canadian government has dealt with the issue of the Métis' indigenous status by administrative, judicial, and constitutional measures.

關鍵詞：Métis、加拿大、認同、原生論、結構論、建構論、原住民族身分

Keywords: Métis, identity, primordialism, structuralism,

* 收於台灣國際法學會出版『台灣國際法學會十週年論文集』。

* 東華大學民族發展暨社會工作學系教授

constructivism, indigenous status

壹、前言

台灣原住民族的人權保障，經過原住民族權利運動二十多年來努力，有長足的進步，特別是在2005年由國會所通過準憲法位階的『原住民族基本法』，大體把眾人所追求的理想化為原則性的法條。另外，聯合國大會在2007年終於通過『原住民族權利宣言』(*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*)，也象徵著國際社會對於原住民族權利保障的背書。接下來，大家要著重的，應該是如何進行理念的具體實踐。在這令人覺得陶醉的氛圍當中，卻是暗流洶湧，對於平埔族¹恢復原住民身分的要求，行政院原住民族委員會橫加阻擾²。

其實，在原住民族權利運動中，平埔族人自來從未缺席，而具有原住民族身分的原運菁英也多支持鼓勵³，包括日後擔任原民會主委的尤哈尼·伊斯卡卡夫特(布農族)、以及瓦歷斯·貝林(賽德克族)。然而，目前國民黨政府的原住民族事務主事者，儼然是將自己的角色侷限於已經具有原住民族身分者的代理人，傾向於拒絕平埔族回復原住民族身分，就外人看來，難免有球員兼裁判的行爲⁴。對照原運時期尤哈尼·伊斯卡卡夫特(1997)的開放

¹ 包括台南的西拉雅族、嘉義的洪雅族、彰化的巴布薩族、台中的拍瀑拉族、中部的巴宰族、苗栗的道卡斯族、北部的凱達格蘭族、宜蘭的噶瑪蘭族、以及屏東的馬卡道族。

² 甚至於口出「乞丐趕廟公」的惡言。

³ 即使台南縣政府在2009年所主辦「西拉雅的認同與認定——2009台南地區平埔族群學術研討會」，多位原住民族學者受邀講評，包括目前的原民會主委孫大川，也是相談甚歡。

⁴ 有關於原民會作法的各種說詞、以及批判，見筆者的整理(施正鋒，

主張，平埔族當然是覺得相當錯愕。

遭受如此突如其來的打擊，平埔族菁英的立即反應是訴諸聯合國。當下，台灣平埔權益促進會立即寫了一封信給聯合國大會所轄人權理事會⁵(Human Rights Council)所聘任的原住民族基本人權特別調查報告員⁶James Anaya⁷，控訴總統馬英九、行政院長吳敦義、以及前後任原住民族委員會主委章仁香、以及孫大川，痛陳未能積極處理其被剝奪的原住民族身分⁸。另外，平埔族西拉雅族人萬淑娟⁹在台南縣政府的支持下，向政府提起行政訴訟¹⁰，控告原民會不承認西拉雅族人的原住民身分(呂淑姮，2010)。

比較特別的是，與加拿大原住民關係匪淺的立委孔文吉(2010)，面對這一波爭議，主張平埔族應該採取 Métis¹¹的方式來解決問題。無獨有偶，台灣平埔原住民協會先前在當時執政的民

2010a：131-36；2010b)。

⁵ 成立於 2006 年。自從中華民國政府退出聯合國以來，台灣長期就是國際社會的孤兒，在中國的蠻橫封鎖之下，相關的周邊組織根本無法正式進門，除非是更改國名，譬如使用「台澎金馬(TPGM)」關稅領域加入「世界貿易組織(WTO)」，再不就是拜託國際友人護航，比如以 NGO「亞洲原住民族聯盟(AIPP)」會員身份，偷渡參加聯合國「原住民議題常設論壇(UN Permanent Forum on Indigenous Issues)」會議。

⁶ 原文是 Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Peoples。

⁷ S. James Anaya 是亞歷桑納大學(University of Arizona)的人權法教授，在其名著《國際法中的原住民族》(*Indigenous Peoples in International Law*)，不只探討原住民族的人權，還花了相當篇幅說明如何告政府。

⁸ 根據相關媒體報導(楊久瑩、范正祥，2010)，台灣平埔權益促進會理事長潘紀揚表示，Anaya 已經正式簽名回函表示受理。原民會則表示，透過外交管道求證，聯合國並未受理。

⁹ 台南縣西拉雅原住民事務委員會執行秘書。

¹⁰ 見台北高等行政法院(100)的『99 年度訴字第 2306 號判決書』。

¹¹ 台灣譯為梅蒂人、梅蒂絲人、梅諦斯、或是媒地族人。見施正鋒(2010c)。

進黨族群事務部協助下，主辦「平埔族群運動策略座談會」¹²，邀請筆者以〈台灣平埔族群與加拿大 Métis 原住民族政策〉為題引言，似乎對於 Métis 也有一些想像。

在這樣的脈絡下，東華大學原住民族學院與台灣加拿大研究學會在 2009 年舉辦了一場「加拿大 Métis 原住民族研究學術研討會」，初步探索 Métis 的族群認同、以及法律地位(施正鋒，2010c)。在兩會於次年所舉辦的「加拿大原住民族權利保障學術研討會」，與會學者針對加拿大聯邦最高法院的判例提出論文，而攸關 Métis 原住民族權利的 *Regina v. Powley* 案，也是會議上討論的焦點之一(紀舜傑，2010)。

加拿大是一個多元族群的國家，大約可以分為英裔(英語使用者¹³)、法裔(法語使用者¹⁴)、原住民族¹⁵、以及新移民四大族群(見圖 1)。

¹² 台北，劍潭海外青年活動中心，2005/7/23-24。

¹³ 也就是 English speakers，基本上是以安格魯·薩克森為主，大體是當年北美洲英國保王黨的後裔，因為美國獨立，被迫北上。

¹⁴ 也就是 French speakers(或稱為 Quebecers、Québécois)，是當年法國墾殖者的後裔，主要居住在魁北克，因此，也大體可以稱為魁北克人。當然，並非所有的魁北克住民講法語，尤其是 Montreal；相對地，並非所有講法語者住在魁北克。

¹⁵ 加拿大對原住民族(indigenous peoples)的用字是 Aboriginal peoples、或是 Aboriginals；也有人稱為 Natives(土著)。在過去，一般人含混慣稱所有的原住民為 Indians。

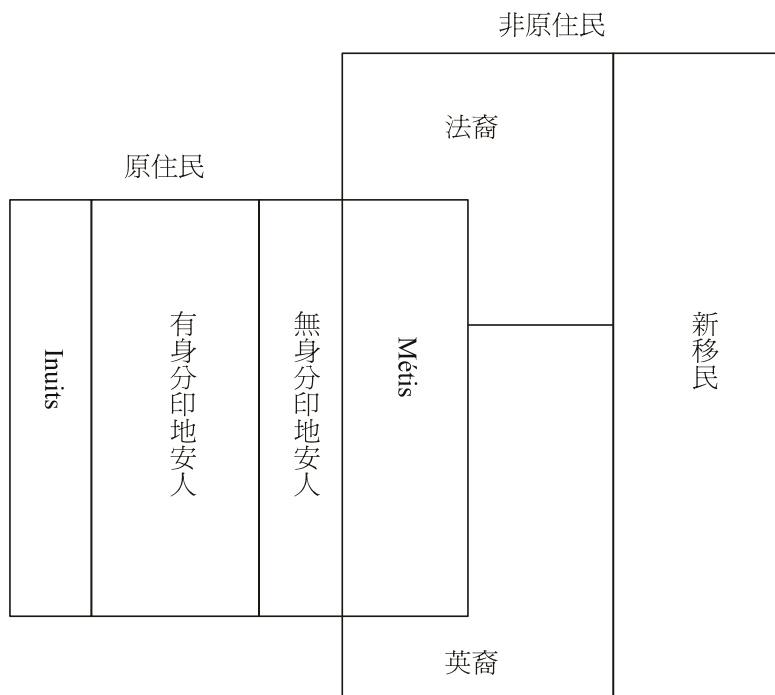


圖1：加拿大的族群分類

根據『1982 憲政法案』，原住民族又可以細分為 First Nations¹⁶、Inuits¹⁷、以及 Métis。根據 2006 年的人口普查，在加拿大總人口 31,241,030 當中，有 1,172,790 自認為原住民族(佔 3.75%)，其中 First Nations 有 698,025 人、Inuits 50,485 人、以及

¹⁶ 或可譯為「第一民族」，也就是當年加拿大尚未建國前，就已經與英國簽訂條約的印地安人。

¹⁷ 居住在北極圈，也就是愛斯基摩人。

Métis 389,785 人(佔原住民族人口的 33.23%)(Statistics Canada, c.2006)。當前，大部份 Métis 分布在安大略省(73,605)、以及西部省份，包括 Alberta(85,500)、Manitoba(71,805)、British Columbia(59,445)、以及 Saskatchewan¹⁸(48,115)(見表 1)。

表 1：加拿大 2006 年人口普查 Métis 人口分布以及十年成長率

全國、省份、領域	人數	百分比(%)	成長率(%)
Canada	389,785	100	91
Atlantic region	18,805	5	192
Newfoundland and Labrador	6,470	2	42
Prince Edward Island	385	0.1	250
Nova Scotia	7,680	2	831
New Brunswick	4,270	1	347
Quebec	27,980	7	80
Ontario	73,605	19	242
Manitoba	71,805	18	58
Saskatchewan	48,115	12	34
Alberta	85,500	22	73
British Columbia	59,445	15	132
Territories	4,515	1	5
Yukon Territory	805	0.2	46
Northwest Territories	3,580	0.9	-2
Nunavut	130	0	63

來源：Statistics Canada(c. 2006: Table 13)。

大體而言，Métis 是當年北美洲法裔皮貨商人／獵人與印地安原住民¹⁹通婚的後代，他們同時具有法裔、以及印地安人的特

¹⁸ Alberta、Saskatchewan、以及 Manitoba 稱為加拿大西部的草原三省 (Prairie Provinces)。

¹⁹ 包括 Cree、以及 Ojibwa。Alberta Federation of Métis Settlement Associations 等(1978: 14)甚至於主張，在 1608 年建立 Quebec City 的法國探險家 Samuel de Champlain，他的隊員與 Huron、及 Algonquin 族女性通婚的小孩，其實是第一代 Métis。廣義來看，也沒有錯，不然就無法解釋

色，然而，大多數不願意被白人社會整合、也不願意遁入印地安保留區，因此孕育出與兩者不同的集體認同(Douaud, 1983: 74-76)。在過去，有關於 Métis 的研究²⁰，主要集中於他們在十九世紀與加拿大政府的對抗²¹，特別是有關於其領導者 Louis Riel 的歷史定位²²。近年來由於政府單位與 Métis 的狩獵權爭議，學術界對於他們根據『1982 憲政法案』而來的原住民族身分有較多的討論²³；尤其是聯邦最高法院的判例 *R. v. Powley* 在 2003 年出爐，對於 Métis 族群認同、身份、以及權利的探究越來越多²⁴。

所謂的「認同(identity)」，是指一族人或是個人的自我看法；相對之下，「身分(status)」是指國家對於這個認同的確認²⁵，不管是族群的「承認(recognition)」、或是個人的「認定(identification)」(Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1996: 1.3)。我們先前曾經針對噶瑪蘭平埔族人的身分認同，提出兩個基本問題：「誰是噶瑪蘭人」、以及「噶瑪蘭人是甚麼？」，前者是要了解作為噶瑪蘭人的意義為何，後者則是要問作為噶瑪蘭人的資格為何(施正鋒, 2003: 45; 2007: 223)。而 Peterson 與 Brown(1985a)也有「being Métis」、以及「becoming Métis」的分法，我們可以分別譯「作

未何 Métis 的族名用法文、而非英文(Douaud, 1983: 73)。

²⁰ 見 Friesen(1992)歷史回顧、Adams(1975、1995)的政治批判，以及 Royal Commission on Aboriginal People(1996)報告書中有關 Métis 的部份的政策建議。

²¹ 見 Flanagan(1983)、Melnyk(1992)、Stanley(1960)、以及 Woodcock(1975)。

²² 見 Betts(2008)、Braz(2003)、以及 Flanagan(1996)。

²³ 見 Bell(1991, 1997)、Larry Chartrand(1999-2000, 2004)、Paul Chartrand(2002)、Olthuis(2009)、Peterson 與 Brown(1985a)、以及 Sawchuk(2000)。

²⁴ 見 Andersen(2005)、Barman 與 Evans(2009)、Bell 與 Leonard(2004)、Grammond(2009)、Horton 與 Mohr(2005)、以及 Wilson 與 Mallet(2008)。

²⁵ 有關於國內承認的國際法根源，見 Giokas 與 Groves(2002: 47-48)。

爲 Métis」、以及「成爲 Métis」。這兩組異曲同工、相互呼應的對照，都是在思考族人如何看待自己、以及國家的政治／法律作爲，也就是「Who are the Métis」、以及「What is Métis」的課題。

根據聯合國『原住民族權利宣言』第三十三條第一款：

Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions.

也就是說，每一個原住民族有權根據本身的慣俗及傳統，決定自己的認同、以及成員的資格。然而，對於現代國家而言，由於原住民族的身分涉及到國家的「權利(rights)」保障、以及社會「福利(welfare、或是services)」的提供，因此，政府機構對於原住民族身分的認定，自然會強調必須有相當明確程度的具體操作化指標，以免可能大量出現投機的身分轉換者。我們把上述概念的關係整理如圖2，意思是說，由認同、身分、到權利，政府的認定雖然決定身分、進而確保權利的行使、或是福利的取得，不過，就原住民族的認同產生而言，只能算是中介變數，頂多只是可以強化，也可以減弱。

究竟加拿大的 Métis 經驗是否可以移植台灣？乍看之下，加拿大的 Métis 與台灣的平埔族似乎有些類似的，特別是根據民間「有唐山公、無唐山母的」說法，似乎是印證台灣的本省籍漢人(包括閩南人、客家人)多少都有平埔族的血統，也就是混血族群。然而，目前要求國家恢復原住民族身分者，並非上述自認爲是漢人的兩個族群，而是在日治時代的戶籍登記具有「平埔／熟番」身分者；譬如台南的西拉雅族，他們雖然在戰後被國民黨剝奪(disenfranchised、disentitled)原住民族身分，卻仍有相當強烈的原住民族意識。因此，我們如果要借他山之石，首先對於 Métis

的認同是如何產生，必須有更深層的了解。

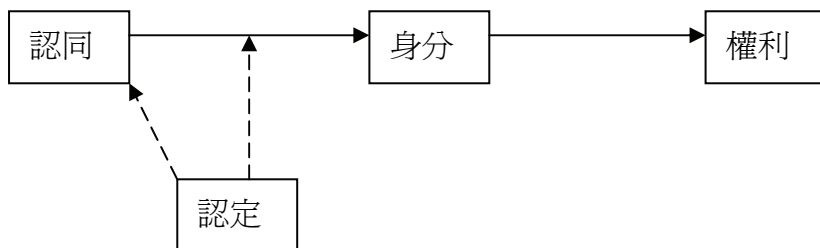


圖 2：認同、認定、以及身分的關係

在下面，我們先將介紹集體認同的三種理論，然而透過這些理論來了解 Métis 認同的不同面向如何詮釋。再來，我們要考察國家體制中是如何來看待 Métis 身分、以及權利，包括 1982 年的『憲政法案』、以及聯邦最高法院在 2003 年的判例 *R. v. Powley*。

貳、集體認同產生的理論

一般而言，我們可以把社會科學對於集體認同如何產生的理論，歸納為「原生論／本質論(primordialism/essentialism)」、「結構論／工具論(structuralism/instrumentalism)」、以及「建構論(constructuralism)」三大類²⁶。所謂的原生論，是認為一個人的族群認同是生下來就固定不變的，而且是取決於在客觀上可以觀察得到的一些本質性特徵，包括血緣、語言、宗教、或是其他文化特色，因此稱為原生論；論者因此主張，只要把這些認同的本質、

²⁶ 見 Isaacs(1975)、Anderson(1991)、Esman(1994)、Grande(2000)、Grammond(2009)、以及施正鋒(1998、1999、2000)。

或是核心²⁷(core)找出來，就可以辨識出這個人的認同，因此又稱為本質論。

相對之下，持結構論者相信，光是有再多的共同本質，如果沒有族人沒有在政治權力、經濟資源、社會地位、或是文化認同層面，感受到結構性的分配不公平，尤其是透過國家機器所制度化的歧視、支配、或是壓迫，那麼，這群人頂多只是一個具有共同血緣、或是文化特色的集團，並不能昇華為具有集體認同的族群、或是民族。由於相對剝奪感往往必須透過族群菁英的啓蒙才有可能出現，因此，這種經過動員而來的認同，難免會被視為具有高度工具性。

最後，當前解釋集體認同的主流是建構論，也就是說，所有的認同都是經過集體想像(imagines)、人為建構(constructed)、或是後天創造(created)而來的，強調彼此的共同經驗、命運、記憶／失憶、或是歷史；因此，到底有多少共同的客觀性特色，並不太重要，重點在於彼此的共同體感覺到底有多強烈。在不同的脈絡下，在選擇如何豎立區隔「我們／自己人(we)」與「他者／圈外人(other)」的藩籬、決定誰要包含在內(included)、誰要排除在外(excluded)之際，往往就會有不同的標準出現。一般而言，基本的作法是強調自己人的共同點、淡化彼此的差異²⁸，相對地，必須淡化與他者的共同點、強化與對方的差異。既然如此，認同是經過自我選擇的、而且是高度流動的，不會是一成不變的。

對於 Métis 的領導者而言，在不同的階段，將會選擇不同的動員策略，潮起潮落、與時俱進，將自己的定位由「族群分類」

²⁷ 對於「核心」說法的正反意見，見 Stevenson(2004: 4)、以及 Andersen(2005: 297)。

²⁸ 譬如 Andersen(2005)主張，應該強調「獨特性(distinctiveness)」、而非「差異(difference)」的多少。

(ethnic category)或是「文化集團(cultural group)」、「族群(ethnic group)」、到「民族(people、nation)」²⁹。接下來，我們將嘗試著從這三個面向³⁰，來考察 Métis 認同的產生。首先，我們認為 Métis 認同的孕育可以由原生論來解釋；接著，我們可以使用結構論來說明 Métis 認同是如何在抗爭中成長；最後，我們將以建構論來了解 Métis 認同的浴火重生。

參、原生論下的認同

Métis 是指居住在加拿大西部，那些白人與印地安人通婚者的後裔³¹；雖然這些白人以法裔為主，也有不少英裔者(包括蘇格蘭裔)。大寫的 Métis 是專有名詞，源自法文形容詞 *métis*，等同於英文 *mixed*、或是 *cross-bred*，就是混血兒的意思。根據 Métis National Council，小寫代表血緣／種族關係，而大寫則有社會文化、或是政治上的意義(Peterson & Brown, 1985b: 6)。一般而言，英裔的混血兒喜歡自稱 *half-breed*(雜種)，而法裔的混血兒喜歡自稱 Métis，聽起來比較中性、或是異國情調，比較沒有輕蔑的絃外之音(Sawchuk, 1978: 20)。就字面來看，*half-breed* 有白人、以及印地安人剛好各有一半的意思，如此「素人生物學(*folk*

²⁹ 這裡是參考 Sawchuk(1978: 13)的看法，擴大而來。

³⁰ 請比較 Brown(1993: 20)的歷史發展分期。另外，Barman 與 Evans(2009)也歸納出社會排他／血緣、法律、以及自我認定等三種途徑。

³¹ 在十六世紀，穿著正式服裝的歐洲紳士往往要戴毛氈帽，而北美洲的水獺毛皮適合做成防水的毛氈布料，可以多年維持高帽的挺直(Campbell, 1978: 7)。由於前來冒險的白人需要印地安人幫忙誘捕水獺，開始與當地女子通婚。這種共生關係，背後有法國在十七世紀的政策考量，也就是說，只要接受同化(皈依天主教)，就可以就地取材、解決人口不足問題(Dickason, 1985: 21-22)。

biology)」的看法，表面上看來似乎合於科學，其實，頂多只能正確稱呼第一代的混血兒，也就是父親是白人、母親是印地安人。事實上，Métis 自來習慣採取內婚制³²，因此，當代的 Métis 血源，究竟白人與印地安人的成分有多少，並不是那麼切確，而等同於英文 mixed bloods 的 Métis，反倒是比較能反映出事實。

對於原生論的支持者，他們相信可以在一群人當中找出一些共同的外觀特徵、或是文化特色，拿來作為辨識族群的標準。所以，我們要問，有甚麼特色，可以讓族人、或是外人一看就知道是 Métis？就外觀而言，Métis 的膚色的確是看來比白人稍微深一點，因此，法裔 Métis 往往自稱為 bois-brûlés(burnt sticks, 燒過的樹枝)、或是 charcoal faces(炭臉)；儘管如此，許多 Métis 看起來像白人，有些則與印地安人相似。除此之外，不論是語言³³、衣著、藝術、或是民藝，幾乎是很難與其它族群區隔。譬如說，有些 Métis 從事琉璃珠飾、或是皮雕藝品，只不過，印地安人也有類似的手工藝品。搜索枯腸³⁴，唯一可以說是與眾不同的是華麗的手織「Métis 織帶(Métis sash)」，主要功能是當做腰帶、或是圍巾，當然，也拿來當作榮耀的象徵(Sawchuk, 1978: 40)。追根究底，Métis 織帶畢竟還是起源於東部林地的印地安人(Jones, 2003)。如果真的要說 Métis 的獨創性，就是他們是唯一起源於北美洲的土生土長(native)族群，因為，不要說白人，連印地安人、以及 Inuits 都是由他處遷徙而來的移民(Brown, 1993: 24;

³² 男性 Métis 或許會娶印地安人，不過，女性 Métis 則一成不變，除了少數嫁給白人，一般是不會嫁給其他族群的人(Sawchuk, 1978: 25)。

³³ 當然，Métis 所講的法語算是古法語，來自 Normandy、以及 Picardy，並混有一些 Cree、以及 Chippewa 的腔調，再加上一點點英文(Dusenberry, 1985: 122)。

³⁴ 事實上，早期的 Métis 會想辦法掩飾他們的文化特徵，以避免被白人歧視(Sawchuk, 1978: 40)。

Sealey & Lussier, 1975: 9)。

雖然法裔、以及英裔 Métis 由於原初與印地安人接觸，因而具有共同的非白人血緣，然而，不管是從語言、宗教、職業、或是墾殖³⁵區域來看，兩者還是可以觀察到有相當大的不同點³⁶ (Sawchuk, 1978: 21-23)。儘管如此，兩者卻能培養出命運共同體的感覺，這表示說，勢必有其他更重要的因素，讓雙方立足於起碼的共同點之後，可以超越彼此的原生差異。具體而言，就是面對來自 Ottawa 的擴張性墾殖政策，威脅到他們特有的生活方式，尤其是自來的皮貨經濟，因此，Métis 除了被迫往西繼續遷徙，就是只有武力抗爭一途。在十九世紀的兩次大型抗爭，法裔與英裔 Métis 攜手合作，進而有「族群的誕生³⁷(ethnogenesis)」，此時，不管是白人種族的血緣差異、或是語言／文化／宗教上的差別、甚至於歷史恩怨，都已經不是那麼重要了。

肆、結構論下的認同

Métis 的分布地，主要是在五大湖區以西，特別是紅河谷³⁸(現在的 Manitoba 省)，可以說是孕育現代 Métis 民族主義的子宮。儘管世居於此的 Métis 與世無爭，在十九世紀開始面對東來的嚴峻挑戰，尤其是墾殖擴張的壓力，在經濟利益與文化認同相互強

³⁵ Métis 原本是不從事農業的，然而，漸漸受到後來的白人墾殖者影響，也開始進行開墾的工作(Sawchuk, 1978: 27)。

³⁶ 即使是對於 Métis 相當友善的歷史學者 Stanley(1960: 8-9)，對於兩者有截然不同的評價。儘管他認為前者老實、好客、以及虔誠，不過，卻不免有懶惰、粗心、膚淺、焦躁、喜歡搞小圈圈、以及自負等刻板印象；相對之下，後者則大多是節儉、勤勞、以及事業成功。

³⁷ 這是 Brown(1987: 139)的用字，*R. v. Powley*(2003)判例也用這個字。

³⁸ 紅河谷的原住民是 Cree。

化的情況下，把原本鬆散的文化認同強化為政治認同，他們開始宣稱自己是「嶄新的民族(New Nation)」。他們在 Louis Riel 的領導下，對於加拿大政府發動兩波武力抗爭，終於將所有的 Métis 團結起來³⁹。

其實，Métis 的混血現象至少在 1775 年就已經出現在紅河谷，為何遲自十九世紀中，才開始在政治場域展頭露面？同樣的，在加拿大東部的魁北克，十七世紀早就出現法國人與印地安人通婚的混血兒，為何這些人就未曾凝聚出類似 Métis 的集體認同(Sawchuk, 1978: 19, 23)？Sealey(1980: 97-102)認為，東部的混血兒大致上融入法裔社會，相對之下，面對白人、以及印地安人的雙重排拒⁴⁰，讓西部的 Métis 強烈感受到主流社會的壓迫，再加上政府的同化政策，Métis 族群認同快速發展。另外，歷史學者的傳統解釋多採取邊疆開發的立場，譬如 Stanley 認為，這是原始人與文明人接觸所必然的，也就是文化優越、加上軍事支配的決定論(Sawchuk, 1978: 16-17)。如此近似於「開山撫番」的說法，形同怪罪 Métis 咎由自取，也就是說，既然殖民擴張是不可避免的，Métis 當然是望風披靡⁴¹。

有關於 Métis 抗爭的緣由，另一種說法是工具論，強調在法裔與英裔的矛盾中，族群菁英推波助瀾，儼然把族群當作一種利益團體(Sawchuk, 1978: 11、24)。這樣的詮釋，大體抓住加拿大

³⁹ 此部分的歷史描述，主要整理自 Ens(1996)、Francis(1982)、Friesen(1984)、Métis Association of Alberta 等人(1981)、Sealey 與 Lussier(1975)、以及 Stanley(1960)。

⁴⁰ 也就是被視為私生子而鄙夷(Sealey & Lussier, 1975: 162)。

⁴¹ Sawchuk(1978: 17)不以為然，先是批判這是在族群中心主義的詮釋，假設 Métis 文化落後，強烈帶有社會達爾文主義的適者生存的觀點；不過，他也指出，對於主流社會的武力優勢在同化過程中的角色，Stanley 應該是了然於胸。

開國以來的基本社會分歧，也就是先來的法裔抗拒後來者英裔的支配，進而表現在西北公司⁴²(North West Company, 簡寫為 NWC) 與哈德遜灣公司⁴³(Hudson's Bay Company, 簡寫 HBC)之間的經濟利益競爭⁴⁴，Métis 的族群認同終究難被政治操弄，淪為代理人戰爭的馬前卒(Douaud, 1983: 73)。因此，這種說法暗示著陰謀論的絃外之音，也就是譴責 NWC 的推波助瀾。然而，如此看來簡潔的二元對立說法，卻沒有辦法解釋，為何法裔與英裔的 Métis 在日後可以跨越歷史鴻溝，共同對抗加拿大政府。

回頭看歷史發展，在西班牙、以及葡萄牙發現新大陸之後，法國與英國街展開激烈的競爭。法國在十七世紀初期於加拿大的大西洋岸，建立了第一塊殖民地 Acadia，隨即快速擴展⁴⁵。英國

⁴² 由法國、以及蘇格蘭商人在 1779 年成立於 Montreal。

⁴³ 成立於 1670 年，獲得英王查理二世的特許，獨占在 Rupert's Land 與印第安人的交易，特別是以毛毯交換皮貨。Rupert's Land 的面積幾乎佔了北美洲的 15%、或是當今加拿大的三分之一。除了當前 Manitoba 全部，還包含大部分 Saskatchewan、Alberta 及 Nunavut 南部、Ontario 及 Quebec 北部、以及 Minnesota 及 North Dakota 部分。

⁴⁴ 譬如說，HBC 的股東 Lord Selkirk，在 1811 年招募了一些蘇格蘭人、以及愛爾蘭人到紅河谷開墾(這塊墾地稱為 Assiniboia)；NWC 當然認為這是 HBC 想要壟斷的陰謀，因此鼓動 Métis，要是墾殖者開發成功，他們恐怕就無法保有自己的土地。在 1814 年，由於穀物歉收，墾殖者只好食用 Métis 的野牛肉乾(pemmican)，HBC 因此禁止紅河谷的肉乾外流。然而，NWC 的捆工(voyageurs)仰賴肉乾維生，否則，就沒有辦法把皮貨運到東部去，NWC 當然會認為 HBC 存心要他們公司關門，雙方因此打了一場「牛肉乾戰爭(Pemmican War)」，墾殖者被迫北移。次年，Robert Semple 又從蘇格蘭招募了一批人前來，墾殖者隨之回來，與 NWC 的人馬在 1816 年打了一場 Battle of Oaks。Selkirk 聞訊，帶領僱傭兵佔領 NWC 的總部。Selkirk 後來雖然受斥，不過，驚慌未定的所有 NWC 的 Métis 召開了一場會議，正式宣告 Métis Nation 的誕生(Alberta Federation of Métis Settlement Associations, et al.: 1978: 26-29)。加拿大歷史學者一向認為這些騷動是 NWC 煽動所造成的，換句話說，Métis 的族群認同只不過是 NWC 所人為「創造的(created)」(Sawchuk, 1978: 24)。

⁴⁵ 在高峰時期，法國在北美洲的殖民地 New France 分為五大塊，除了

在 1613 年向法國展開為時 150 年的戰爭，於 1670 年在法國人的北邊成立 HBC；隨著 Acadia 在 1710 年落入英國手中⁴⁶，法國漸漸招架不住。在「七年戰爭」(1756-63)後，戰敗的法國在 *Treaty of Paris*(1763)被迫放棄大部分在北美洲的殖民地。關鍵的是美國在 1776 年獨立，英國鼓勵保王派北移，以捍衛在北美洲剩下來的殖民地；另外，英國剛好跟法國打完戰爭，必須有地方安置解甲的軍人，因此，鼓勵他們由英國本土移民加拿大，墾殖者在 1816 年大量移入，從此埋下日後加拿大的裔、英裔住民衝突的因子。

在加拿大西部，兩大商社 HBC 以及 NWC 長期爲了皮貨競爭激烈；兩者在 1821 年合併，仍然稱爲 HBC，從此，皮貨生意已經是日薄西山，擋不住墾殖的潮流(Sawchuk, 1978: 26)。由於兩家公司原本在各地設置貿易站，現在只要一個就夠，造成大量 Métis 雇員⁴⁷失業，HBC 於是將有意願的 Métis 安置到紅河谷開墾，也好抵擋南部兇猛的 Dakota 印地安人；陰錯陽差，讓原本四散的 Métis 有機會進一步凝聚出共同意識。在十九世紀中葉，紅河谷的 Métis 開始從事政治組織，希望能有自己的政府，不必繼續受制於渥太華、以及倫敦的統治，也不用老是看那些皮貨公司主管的臉色。

Métis 在 1846 年向英國女王、以及加拿大政府請願，未被受理。在 1854 年，他們分爲兩派，紅河谷的 Métis 認命，認爲只有接受同化才有可能生存，因此選擇農耕、以及放牧；西部草原的 Métis 則不想定居下來當農人，因此往西發展。然而，前者發

Acadia，還有 Newfoundland、Canada、Hudson Bay、以及 Louisiana。由於法國本土還有相當多的土地未被耕種，因此，在北美洲並不太熱衷墾殖。

⁴⁶ 被改名爲 Nova Scotia。

⁴⁷ 他們擔任的工作包括獵人、捆工、以及嚮導。

現事態越來越嚴重，而 HBC 對於他們的控訴顯然是充耳不聞，因此，紅河谷的法裔與英裔 Métis 在 1860 年共同舉行會議，商討如何處理土地問題，要求政府出面解決，而加拿大政府還是一如往常不予理會 (Alberta Federation of Métis Settlement Associations, et al.: 1978: 31, 35-36, 41)。

在 1867 年，英國在北美洲剩下的三個殖民⁴⁸地結合為加拿大邦聯(Canadian Confederation)，成爲一個自治領(dominion)。HBC 在 1869 年同意將所擁有的土地讓渡給加拿大政府，其中包含 Métis 聚居的紅河谷；當時，加拿大政府擔心美國覬覦這塊西北的領土，積極鼓勵墾殖(Alberta Federation of Métis Settlement Associations, et al.: 1978: 40-41)。沿著紅河谷開發的 Métis 自認爲土地之子⁴⁹，對於 HBC 私相授受相當不滿；儘管 Métis 彼此知道哪一塊地屬於誰，卻苦於拿不出權狀來證明，擔心政府把土地分配給白人墾殖者。因此，當政府前來清丈土地之際，Métis 頑強抗拒，並且成立臨時政府，同時向加拿大政府提出權利保護的清單⁵⁰。窮盡和平的手段，政府仍然不爲所動，以法裔爲主的 Métis 只好在 1869 年訴諸武力，稱爲「紅河叛亂(Red River Rebellion)」。

面對 Métis 的激烈抗爭，加拿大政府被迫讓步，通過權宜性的 *Manitoba Act*⁵¹(1870)來加以安撫；不過，Métis 的領導者 Riel 雖然被族人選爲議員，政府卻不准就任，他只好流亡美國。此後，白人墾殖者還是源源不斷地移入紅河谷，甚至於侵占 Métis 的家

⁴⁸ 包含 New Brunswick、Nova Scotia、以及 Canada；後者分爲 Ontario、以及 Quebec，加起來總共有四個省份。

⁴⁹ 亦即「Lords of the Soil」；見 Sawchuk(1978: 24)。

⁵⁰ 也就是「Métis List of Rights」，這些要求包括民選自己的政府、派代表參加加拿大議會、以及在當地採取英法雙語(Métis Association of Alberta, et al.: 1981: 251-52)。

⁵¹ 加拿大憲法爲不成文憲法，此法屬於憲法的一部份。

產、非法徵用其土地，因此爭端時起；更嚴重的是，Métis 的領袖迭遭官兵騷擾、毆打、甚至於暗殺，而政府卻視若無睹、袖手旁觀。甜本，根據 *Manitoba Act*，政府答應撥出一百四十萬英畝的農地給 Métis；Métis 可以決定保有土地券／授田證(land script)、或是補償券(money script)。然而，在充滿敵意的環境下，90%的 Métis 只得選擇接受現金補償券，然後低價賣出，追著野牛的蹤跡，往西遷徙到 Saskatchewan⁵²、以及 Alberta。一部份 Métis 選擇土地券，留下來從事墾殖，不過卻是飽受騷擾，最後，在驚弓之鳥之下，也認命地把土地賣給東部來的土地投機客，踏上往西的路途。

沒有想到，土地捐客、以及墾殖者食髓知味，在 1870 年代以及 1880 年中葉又蜂擁而至，政府的土地丈量人員也尾隨而來，Métis 先後十五次向政府要求解決土地權的問題，未獲重視 (Alberta Federation of Métis Settlement Associations, et al.: 1978: 69-70)。眼看著舊戲重演，Métis 已經沒有新的邊地可逃逸，走投無路之下，只好在 1885 年再度進行抗爭，他們找回流亡於 Montana 的 Riel 領軍，被稱為「西北叛亂(North-West Rebellion)」。面對 Métis 的請願，政府先是敷衍了事，後來乾脆派軍隊進行鎮壓。Métis 寡不敵眾投降，Riel 被判叛國而吊死。戰後，加拿大政府向 Métis 還是提出保有土地、或是補償券的選擇。不過，大部分的 Métis 覺悟政府不會幫助他們守住土地，因此乖乖地接受補償券、變換微薄的現金，然後又繼續往西北逃竄。

失去賴以維生的土地、以及相關的生活方式，應該是 Métis 認同凝聚的主要因素。對於 Métis 來說，他們「抗爭(resistance)」

⁵² 這裡的 Métis 於 1873 年在 St. Laurent 成立的臨時政府(Sawchuk, 1978: 30)。

有理；相對之下，對於加拿大政府來說，Métis 的行爲就是「叛亂(rebellion)」，當然要採取軍事圍剿。在兩次抗爭之後，不少留下來的 Métis 隱名埋姓⁵³，有些選擇變成白人、有些寧願逸去當印地安人，也有一批人南下當美國人，當然，盛極而衰，還是有相當多的人保持 Métis 的認同，伺機而動(Brown, 1993: 20)。

伍、建構論下的認同

Métis 經歷軍事潰敗，政治屈服、經濟困頓、以及社會歧視排山倒海而來，Métis 集體認同暫時衰退。在十九世紀末，經過 Métis 本身的爭取、加上天主教會的聲援，政府短暫設置過保留區，不過，卻因為缺乏奧援，終究還是被廢止；在經濟大恐慌的 1930 年代，貧窮的 Métis 家庭更是難以爲繼(Alberta Federation of Metis Settlement Associations, et al.: 1978: 101-103)。對於這個「被人遺忘的民族(forgotten people)」，Sealey 與 Lussier(1975: 45)是如此形容在二十世紀上半葉的他們：

In a sense, they were a people who had no future and were cheated of the present because the past was filled with pain, hunger, sorrow and despair.

從邏輯上來看，當 A(白人認同)與 B(印地安人認同)相遇以後，有可能出現四種可能的認同：維持原來的 A 認同(固守)、接受外來的認同 B(涵化)、產生新的認同 C(融合)、或是同時保有認同 A 與 B(雙元)(圖 3)(Christian, 2000: 12; Serge, 1980: 139-40)。對於大部份 Métis 來說，他們既不是白人(A)、也不是

⁵³ 有點像是加禮宛戰役之後，面對清朝官兵的加禮宛人(花蓮的噶瑪蘭人)；見潘朝成、施正鋒(2010)。

印地安人(B)，因此是自成一體的族群認同⁵⁴(C)。著名的 Métis 女歌手 Buffy Sainte-Marie 說，她不是「混／半血兒」(half-breed，兩邊的血緣各一半的意思)，而是「雙血兒(double-breed)」(Alberta Federation of Métis Settlement Associations, et al.: 1978: 13)，認同近似於 A + B。

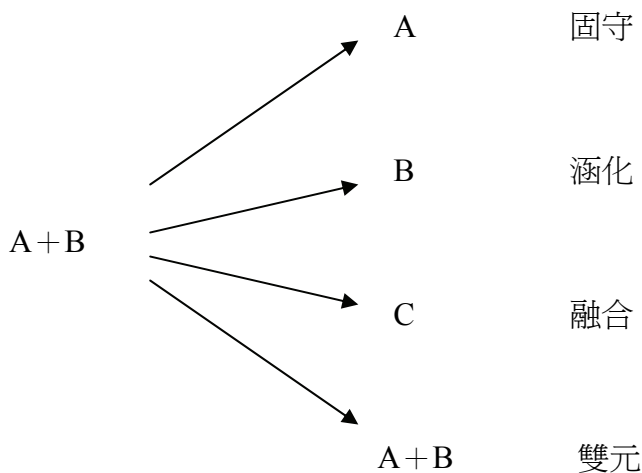


圖 3：族群接觸後的可能認同發展

Métis 因為具有白人的特色，因而不被他們的印地安人鄰居所接受；同時，又由於他們具有印地安人的特徵，白人因此跟他們保持距離(Sawchuk, 1978: 10)。此外，主流社會普遍對於 Métis 有原始、懶惰、以及叛服無常的刻板印象；只不過，他們也相當

⁵⁴ Métis 神父 Guy Lavallee 認為，Métis 文化就好像他們的織帶，是由多種文化編織而成的(Brown, 1993: 24)，也就是說，除了血緣上的相混，還要加上文化上的混搭。見 Hill(2001)、Martinez-Echazabal(1998)、Ströbele-Gregor(1994)、以及 Turgeon(2009)對於混血認同的討論。

有骨氣(non-conformist)，認為自己既不是印地安人、也不是白人(Sealey & Lussier, 1975: 162, 169)。長期以來，Métis 抱怨政府對他們的待遇遠不如印地安人，沒有相關的政府部門來照顧他們、無福享受國家對原住民族所提供的福利，因此，他們的首要目標就是爭取原住民族身分，進而獲得相關的權利保障。

在 1960 年中期，國內外的政治氣候允許⁵⁵，Métis 菁英重新調整族群區隔的界線，展開 Métis 認同重新形塑(reformulation)的工作，以鼓勵更多的人加入 Métis 的共同體，希望能透過聯合陣線⁵⁶，克服在文化、經濟、以及政治上的諸多挑戰(Sawchuk, 1978: x)。基本上而言，凡是具有印地安血統、卻又不是「具有身分的印地安人(status Indians、或是 registered Indians)」，都可以算是 Métis，因而都是可以合作的對象。

我們可以看到，Métis 認同可以視為一種以消去法所做的負面定義，既不是白人(雖然沒有明說)、又沒有法定的印地安人身分(必要條件)，只好當 Métis(Sawchuk, 1978: ix-x, 2, 10)。當然，未必所有符合上述條件的人都自認為 Métis，因為他們也有可能自認為是白人、或是印地安人(Sawchuk, 1978: 6-7)。如果是那些老早就已經認為自己是白人者，既然符合政府自來的同化政策，因此就沒有困擾。如果硬是要當作廣義的印地安人，當然是可以勉強視為「無身分印地安人(non-status Indians、或是 non-registered

⁵⁵ 有關於國際原住民族權利運動的發展，見施正鋒(2008)。對於加拿大原住民族政策的政治脈絡，見施正鋒(2005)。

⁵⁶ 原來不分畛域的 National Indian Council 成立於 1961 年，在 1968 年裂解為 National Indian Brotherhood、以及 Canadian Métis Society，象徵有身分的印地安人與 Métis 分道揚鑣。另外，Native Council of Canada 在 1971 年成立(目前稱為 Congress of Aboriginal Peoples)，取代被譏為「只有頭、沒有身體」的前者。有關於這些組織的發展、以及政治遊說，見 Sealey & Lussier(1975: 162)、以及 Weinstein(2007)的紀錄。

Indians)」。問題是，並非所有的無身分印地安人都願意自認為 Métis，因此，自我認同是作為 Métis 的第三個條件(Sawchuk, 1978: 6-7)。

另一個 Métis 身分的課題，就是如何面對自己內部的多元⁵⁷。就最狹義的定義來說，「紅河谷 Métis(Red River Métis)」構成共同體的核心，因為他們的先人參與了兩場歷史抗爭；往外延伸，所謂的「歷史 Métis 民族(Historic Métis nation)」，也就是居住在西部草原幾個省份的 Métis，他們應該是源自紅河谷，因此，Métis 身分迥無疑義；不過，有人認為這種定義還是過於狹隘，畢竟，不管是往東的 Ontario、還是西部的 British Columbia，為數眾多的「其他 Métis(Other Métis)」，大致上還是起源於前述祖居地，沒有必要拒人於千里之外(Sawchuk, 2000: 78-83)。

我們可以看到(見圖 4)，廣義的 Métis 認同／身分的定義是自我認定，也就是連無身分印地安人也可以接受。在光譜的左邊，就端賴 Métis 組織所訂下來鬆緊不一的成員條件，也就是申請人被社群／族群接受的程度，包含歷史文件的證明(政府、或是教堂的登錄)、或是血緣的百分比(譬如上溯五代先祖之一)(Sawchuk, 2000: 76-80)。在 1983 年成立的 Métis National Council，主張採取比較嚴格的標準，相對之下，Congress of Aboriginal Peoples 還是支持廣義的定義⁵⁸，也就是堅持要把「遺

⁵⁷ 譬如 Royal Commission on Aboriginal Peoples(1996: 1.2)便指出，Métis 內部有許多不同的社群，不是只有一種文化。另外，*R. v. Powley*(2003)也認為，應該用複數「Métis peoples」才能貼切表達內部的多元。

⁵⁸ Congress of Aboriginal Peoples 的前身 Native Council of Canada，是當年推動原住民族權利入憲的團體之一。Métis National Council 則是在 1982 年『憲政法案』通過後才成立的，基本上是代表草原省份的 Métis。有關於 Métis 組織對於成員的規定(membership code)，見 Chartrand(2008: 59-70)的整理。

忘的(forgotten)」Métis 找回來(Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1996; 2.1; Barman & Evans, 2009: 65)。

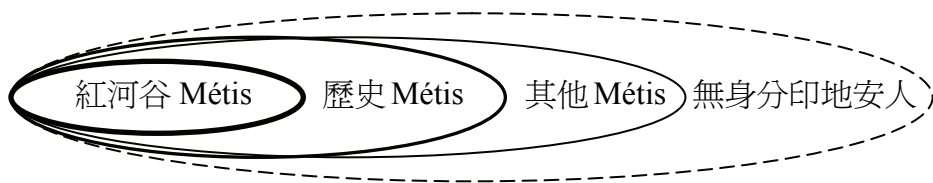


圖 4：Métis 的範圍

經過眾人的一番努力(尤其是 Native Council of Canada)，1982 年的『憲政法案』(*Constitutional Act, 1982*)終於承認 Métis 的原住民族身分(第三十五條、第二款)：

In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit, and Métis peoples of Canada.

不過，也因為擔心政府社會福利分配的資源排擠，Métis 組織對於誰才是憲法上所提的 Métis，開始斤斤計較，也就是到底要不要接納自認為是 Métis 的無身分印地安人。在粥少僧多的情況下，貧賤夫妻百事哀，Métis 與無身分印地安人終於分道揚鑣⁵⁹(Sawchuk, 2000: 77-79)。

陸、國家體制中的 Métis 法定身份

大體而言，Métis 議題一向被加拿大政府視為原住民族政策⁶⁰

⁵⁹ 值得一提的是，加拿大國會在 1985 年通過『印地安法』(*Indian Act*)的修正案 *Bill C-31*，約有一萬多無身分印地安人取回(reinstatement)身分(Lawrence, 2003: 14)。

⁶⁰ 有關於加拿大原住民族政策的一般性回顧，見 Guillemin(1978)。

中無傷大雅的小菜，把責任推給省政府，因此，只有平日在第一線的社福、保育、或是執法人員必須計較(Groves & Morse, 2004: 268, 272, 277)。相較於人口普查中的自我認定、或是 Métis 組織的定義，加拿大政府也有一套作法⁶¹。加拿大國會在 1876 年將現有相關法規整併為『印地安法』(*Indian Act*)，專門處理「印地安人暨印地安保留地(Indians and Lands Reserved for Indians)」，特別是印地安人的「登錄⁶²(registration)」，「混血兒(half-breed)」被明文排除在外，Métis 因此被認為沒有印地安人的資格(Stevenson, 2004: 43-44)。

就一般的看法，除了血緣上的差別，印地安人與 Métis 的最大差別，就是印地安人當年與英國簽訂條約，而沒有簽條約 Métis 則獲得分配土地券、或是現金券。不過，這樣的二分法未必精確，因為，西岸的印第安人終究未來得及與加拿大政府簽訂條約，相對地，也有極少數的 Métis 簽了條約。這表示，兩者的身分還是有相當的灰色地帶。然而，除非為了行政上的需要，也就是身分認定，加拿大政府沒有必要為了 Métis 認同的定義來傷神。

獨一無二的是，當年政府為了執行 *Manitoba Act* 的土地分配，適用的對象是該省的「混血住民(half-breed residents)」(三十一條)，只不過，當時並未加以作定義。英國在 1873 年與 Ojibway 所簽訂的 *Treaty 3*，雖然後面附加了有關 Rain River and Lake 地區「混血兒(half-breeds)」文字，還是未加定義。雖然 1982 年的

⁶¹ Groves 與 Morse(2004)認為加拿大行政部門的做法一向是實務取向，講白一點，就是且戰且走的態度。

⁶² 表面上，這是一種人口管制的作法，事實上，則是希望嚴格的父系血緣標準，想辦法同化印地安人，剝奪「夠文明(civilized)」者的法定印地安人身分。這個過程稱為「enfranchisement」，可以直譯為「取得選舉權」、或是「取得公民權」，說好聽一點，就是他們能與一般(白人)的加拿大公民平起平坐(Grammond, 2009: 71-75)。

『憲政法案』終於承認 Métis 的原住民族身分，卻刻意對於 Métis 的定義留白，而後續的談判對於 Métis 的定義並未達成協議。在 1985-87 年，加拿大政府爲了處理魁北克問題而與各省總理展開修憲談判，原住民族議題也被帶入，卻沒有具體結果；由於原住民族對於政府大失所望，堅決杯葛政府與 Quebec 的憲改計畫，讓 *Meech Lake Accord*(1987)觸礁。在 1992 年，政府終於被迫同意將 *Métis Nation Accord* 以附錄方式列入 *Charlottetown Accord*(1992)，要求政府進行 Métis 的身分登錄。以下是該協定的定義。

“Métis” means an Aboriginal person who self-identifies as Métis, who is distinct from Indian and Inuit and is a descendant of those Métis who received or were entitled to receive land grants and/or scrip under the provisions of the Manitoba Act, 1870, or the Dominion Lands Act, as enacted from time to time.

可惜，該協定公投並未過關，功敗垂成。由於政治協商未能有所突破，Métis 領導者只好朝司法途徑來解決⁶³。

唯一的特例是 Alberta 省政府，爲了決定誰有資格前往新開設的十二塊墾殖地⁶⁴，在 1938 年通過 *Métis Population Betterment Act*，嘗試對於 Métis 做了如下的定義：

“Métis” means a person of mixed white and Indian blood but does not included either an Indian or a non-treaty Indian as

⁶³ 根據前 National Council of Canada 的理事長 Harry W. Daniels(2002: 14)，他們當年在策略上的優先順序是，先嚐試與政府進行直接談判，退而求其次是與政府共組委員會處理，最後，不得已之下才打官司。

⁶⁴ 稱爲 Métis Settlements，也可以視爲保留區；後來，有四塊實在是難以爲繼而被省政府廢止。

defined in the *Indian Act*.

在兩年後的版本(*Métis Population Betterment Act, 1940*)，定義修正為：

“Métis” means a person of mixed white and Indian blood having not less than one-quarter Indian blood, but does not included either an Indian or a non-treaty Indian as defined in the *Indian Act*.

多了一個條件，也就是必須擁有至少 25%的印地安血統。後來取而代之的 *Métis Settlement Act*(譬如 2000 年的版本)，文字已經調整為：

“Métis” means a person of aboriginal ancestry who identifies with Métis history and culture.

不過，Royal Commission on Aboriginal Peoples(1996)在報告中倒是明確建議 Métis 的定義：

Every person who

(a) identifies himself or herself as Métis and

(b) is accepted as such by the nation of Métis people with which that person wishes to be associated, on the basis of criteria and procedures determined by that nation be recognized as a member of that nation for purposes of nation-to-nation negotiations and as Métis for that purpose.

也就是除了自我認定外，還必須被族群接受。

依據 1867 年的『憲政法案』(*Constitution Act, 1867*)，有關於印地安人的立法權在於國會(s. 91(24))；然而，究竟這裡的印地安人是採取廣義、還是狹義的定義，一直有不同的解釋。在 *Re Eskimos*(1939)案，爭議在於 Inuit 是否為該法所提及的印地安

人，最高法院最後的判定是廣義、鬆散的(*generic*)解釋，也就是包含 Inuit；如果是這樣，當然應該也包含 Métis 才對(Stevenson, 2004: 2, 36-37)。然而，法院後來卻對印地安人的範圍採取狹義的解釋。

回顧 1920-30 年代，草原三省與聯邦政府簽署了 *Natural Resources Transfer Agreements*⁶⁵(Tough, 2004)，特別提到印地安人漁獵權的不分季節保障。迄今，有幾個判例涉及究竟這裡的印地安人是否包含 Métis，包括 *R. v. Laprise*(1978)、*R. v. Ferguson*(1993)、*R. v. Grumbo*(1998)、*R. v. Blais*(2003)，大體是以生活方式不像印地安人而判定 Métis 不是印地安人，與先前的 *Re Eskimos*(1939)判例迥然不同(Andersen, 2000; Chartrand, 1999-2000; Stevenson, 2004: 50-53)。我們可以看到，在這三個省份的印地安人，除了『印地安法』，又比 Métis 多了一個權利保障的依據，就是 *NRTA*。

聯邦最高法院在 2003 年所作的判例 *R. v. Powley*，可以說是政府首度針對 1982 年的『憲政法案』所承認 Métis 的原住民族身分，正面對 Métis 做出定義。大法官們開宗明義指出，並非所有同時具有白人與印地安人血統的人都是 Métis，就民族而言，還必須發展出自己的慣俗／生活方式、以及可資辨識的集體認同：

The term “Métis” in section 35 does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, way of life, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit

⁶⁵ 稱為 *Constitutional Act, 1930*，簡寫為 *NRTA*。

and European forebears.”

就 Métis 生活方式／共同體／社群(community)而言，必須滿足三個某種程度持續不斷(continuity、stability)的條件：獨特的集體認同、住在一起、以及享有共同的生活方式(包括慣俗、以及傳統)。至於個人 Métis 身分要如何驗證(verification)，則包含三大因素：自我認同(主觀條件)、血緣(客觀要條)、以及社群接受⁶⁶。

大法官們還提出四項重點：(一)即使缺乏能見度，也就是所謂的「潛伏(go underground)」，並不否定 Métis 族群在目前繼續存在的事實；(二)即使先人當年接受政府補助而登記為印地安人，並不能否定個人本身的 Métis 身分；(三)行政部門不能誇大辨識 Métis 身分的技術性困難，進而否定其憲法所賦予的權利；(四)政府不能以保育為由，全盤否定 Métis 賴以維生的漁獲權。整體而言，就是強調行政部門不能以任何理由侵犯 Métis 的原住民族權利。

最具有啓發性的，是如何判定 Métis 誕生(ethnogenesis)的時機。Powley 判例把 *R. v. Van der Peet*(1996)案所提供的檢試(稱為 *Van der Peet test*)當作模組(template)，稍作修正而運用到 Métis(稱為 *Powley test*)。根據 *R. v. Van der Peet*，1982 年『憲政法案』所要保護的原住民族文化及傳統，是指印地安人在與白人接觸以前(pre-contact)的所有者；然而，Métis 族群是在與白人接觸以後(post-contact)才有的，也就是在十七世紀中葉出現(emerged)、並在 1850 年達到顛峰(peaked)。因此，合理的 Métis 文化傳統出現的時間點，是在白人有效控制(control)之前、而非與白人初步接觸的時候。

⁶⁶ 當然，Métis 組織是否接受，多少還是會受到族群領導者的主觀判斷所左右(Grammond, 2009: 146)。

也就是說，即使白人的有效政治控制干預了 Métis 族群的傳統發展，卻沒有將其完全消滅，他們還是繼續存在的；以被告所居的地方而言，白人完全控制大概是發生在 1860 年代到 1890 年代之間。總之，要判斷族群出現、或是存在的時機，必須考慮時空上的脈絡，再來做個案的判斷，並非一成不變。我們根據 *Powley* 判例，把 1982 年『憲政法案』適用的時間繪成圖 5。

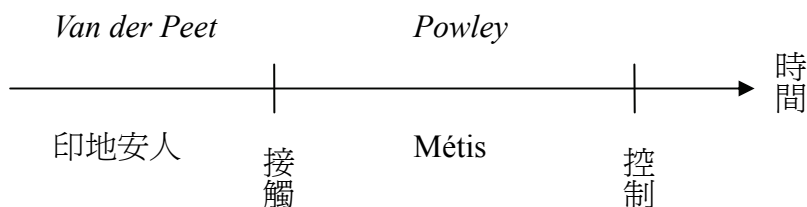


圖 5：1982 年『憲政法案』適用的時間點

我們可以這樣說，在早期，有關於印地安人的定義，加拿大官方大體是採取比較寬鬆的方式，包含 Inuits、以及 Métis 在內，也就是說，這是一個等同於原民族的名詞；相對地，近年來，政府對於印地安人的定義，傾向於採取嚴格的解釋，也就是具有身分的印地安人，因此，不要說 Métis、連沒有身分的印地安人也排除在相關法律的適用。Stevenson(2004: 33)把印地安人分為「行政上的印地安人⁶⁷(administrative Indians)」、以及「憲法上的印地安人(constitutional Indians)」，前者適用『印地安法』的印地安人「福利」，後者適用 1982 年『憲政法案』的原住民族「權利」；也就是說，前者位階較低，適用對象較窄，而後者位階較高，適用對象也較廣。

⁶⁷ Giokas 與 Groves(2002: 44)稱為「法定的印地安人(legal Indians)」。

柒、結語

從原生論來看，Métis認同決定於共同的混血基礎、以及衍生而來的共同語言及宗教，然而，這樣的觀點，並沒有辦法解釋為何東部的混血兒也有白人、以及印地安人的血緣，卻融入法裔白人社會，終究沒有認同Métis這個共同體。從結構論來看，Métis認同產生，甚至於由族群提升為民族，是一種對於外來支配的反彈，尤其是來自Ottawa的墾殖擴張威脅，剝奪了他們賴以維生的土地、以及獨特的生活方式，最後，由於無路可退，只好選擇武力抗爭一途，也讓Métis認同昇華到最高點。根據建構論，雖然Métis在軍事場域潰敗，又面對隨之而來的政治宰制、經濟匱乏、社會歧視、以及文化剝奪，然而，他們只是暫時蟄伏，等待適當的時機重新崛起，在社會運動與政治運作交叉運用下，終於在憲法獲得承認是原住民族。

儘管Métis的集體認同已經在國家體制內屹立不搖，然而，在實際上的原住民族人權保障，特別是Métis是否為適用的對象，仍然爭議不斷，因此，仍然有待政府的進一步澄清。就人口普查而言，由於並未涉及福利的提供，政府採取主觀認同的途徑，因此，Métis的人口看來有可觀的成長。相對地，Métis組織內部看法南轅北轍，有主張從嚴定義，然而，也有力主開放、包含無身分的印地安人，以便擴大結盟力量。

加拿大行政部門一向採取是消極的做法，除非必要，不想去更動行之以久的『印地安法』定義，也就是由政府作最狹義的血緣認定。早期，由於印地安人貝視為原住民族的同義詞，因此，還有是否包含Métis的爭議；然而，隨著First Nations與Métis分家，新的課題就變成到底誰有資格納入。由於政治上沒有辦法達

成協議，只好走司法的路子。在廣義的自我認同(主觀條件)與狹義的血緣(客觀要條)之間，*Powley*加上了第三個條件族群接受，可以算是一種妥協，一方面降低原生論被無限上綱的可能，另一方面，透過族群的認同，也可以適度排除速成而虛假的Métis認同。

整體來看，Métis是一個嶄新的族群／民族，是在白人墾殖者移入以後，才慢慢發展而成的；然而，這並不影響他們作為原住民族的資格。相對之下，我們目前所看到的台灣平埔族，是一個原本具有原住民族身分(熟番、平埔)，在戰後被政府以行政命令取消。同樣是希望取得政府的官方承認，前者要求的是取得(obtain)原住民族的身分，而後者則是要求恢復(reinststate)原住民族身分。

目前，Métis的身分已經獲得憲法的正式承認，而且司法上也有明確的判例，接下來要努力的，是族人與行政部門如何著手進一步規範。相對地，馬英九在總統大選之際，在埔里簽署了一份『支持平埔族復振大業約定書』，應允平埔族正名；只不過，他加注了「願在文化、歷史層面，全力支持推動」，仍有相當大的想像空間。或許是因為擔心有限資源的排擠，包括考試加分、工作權保障、敬老津貼、土地登記、以及立委／議員保留席次，目前具有原住民族身分者仍有相當疑慮，這是可以理解的。

儘管有上述的差別，*Powley*判例還是對於平埔族的身分有相當大的啓示。首先，並不能因為平埔族過去隱匿自己的身分，進而否認他們存在的事實。接著，即使他們的祖先因為任何因素選擇當漢人，並不能否定個人的平埔族身分。再來，政府不能以身分認定技術困難為由，否定他們作為平埔族的資格。最後，政府如果不承認平埔族的身分，就是剝奪他們應該享有的原住民族權

利。

當年國民政府因為行政上的方便，沒有經過正當程序(du process)、以及取得當事人的同意，剝奪平埔族的身分、以及相關的權利，由人權的角度來看，特別是聯合國在2007年通過的『原住民族權利宣言』(Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)、以及聯合國在1965年通過的『消除各種形式種族歧視國際公約』(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)，在國際上恐怕是站不住腳的。

參考文獻

漢文文獻

- 台北高等行政法院。100。『99 年度訴字第 2306 號判決書』。
 <<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>>(2012/2/22)
- 潘朝成、施正鋒(編)。2010。《加禮宛戰役》。壽豐：東華大學原住民族學院。
- 紀舜傑。2010。〈*R. v. Powley* —— Métis 原住民族權利之確認〉收於施正鋒(編)《加拿大原住民權利保障》頁。壽豐：東華大學原住民族學院。
- 孔文吉，2010。〈平埔族的正名之路〉《中國時報》11 月 23 日
 <<http://webhost1.ly.gov.tw/10999/f2cont/index.php?load=read&id=94>>(2011/3/19)。
- 呂淑姮，2010。〈不認可平埔身分、西拉雅狀告原民會〉《立報》11 月 23 日
 <<http://www.lihpao.com/?action-viewnews-itemid-102039>>(2011/3/19)。
- 施正鋒。1998。《族群與民族主義——集體認同的政治分析》台北：前衛。
- 施正鋒。1999。〈台灣意識的探索〉《台灣政治建構》頁 1-39。台北：前衛。
- 施正鋒。2000。〈台灣人的國家認同〉《台灣人的民族認同》頁 1-40。台北：前衛。
- 施正鋒。2003。〈平埔身分認同〉收於潘朝成、劉益昌、施正鋒編《台灣平埔族》頁 43-60。台北：前衛。
- 施正鋒。2005。《台灣原住民族政治與政策》。台中：新新台灣文化教育基金會。
- 施正鋒。2007。《台灣政治史》。台中：新新台灣文化教育基金會。
- 施正鋒。2008。《原住民族人權》。壽豐：東華大學原住民族學院。
- 施正鋒。2010a。《台灣族群政策》。台中：新新台灣文化教育基金會。
- 施正鋒。2010b。〈平埔族原住民族身分被剝奪的探討〉。發表於台灣國際法學會主辦「原住民、文化財與國際法學術研討會——平埔族、烏山頭水庫與聯合國」，官田，烏山頭水庫西拉雅度假飯店國際會

議廳，10月31日。

施正鋒(編)。2010c。《加拿大Métis原住民族》。壽豐：東華大學原住民族學院。

尤哈尼·依斯卡卡夫特。1997。〈從原住民的觀點來看平埔族〉收於施正鋒編《族群政治與政策》頁1-15。台北：前衛。

外文文獻

Adams, Howard. 1975. *Prison of Grass: Canada from the Native Point of View*. Toronto: General Publishing.

Adams, Howard. 1995. *A Tortured People: The Politics of Colonization*. Penticton, B.C.: Theytus Books.

The Alberta Federation of Métis Settlement Associations, Daniel R. Anderson, and Alda M. Anderson. 1978. *The Métis People of Canada: A History*. Toronto: Gage Publishing.

Andersen, Chris. 2000. "The Formalization of Métis Identities in Canadian Provincial Court," in Ron F. Laliberte, Priscilla Settee, James B. Waldram, Rob Innes, Brenda Macdougall, Lesley MaBain, and F. Laurie Barron, eds. *Expressions in Canadian Native Studies*, pp. 95-115. Saskatoon, Sask.: University Extension Press.

Andersen, Chris. 2005. "Residual Tensions of Empire: Contemporary Métis Communities and the Canadian Judicial Imagination," in Michael Murphy, ed. *Reconfiguring Aboriginal-State Relations*, pp. 295-325. Montreal: McGill-Queen's University Press.

Anderson, Benedict. 1991. *Imagined Communities*, rev. ed. London: Verso.

Barman, Jean, and Mike Evans. 2009. "Reflections on Being, and Becoming, Métis in British Columbia." *BC Studies*, No. 161, pp. 59-91.

Bell, Catherine. 1991. "Who Are the Métis People in Section 35(2)?" *Alberta Law Review*, Vol. 29, pp. 351-81.

Bell, Catherine. 1997. "Métis Constitutional Rights in Section 35(1)." *Alberta Law Review*, Vol. 36, No. 1, pp. 180-217.

Bell, Catherine, and Clayton Leonard. 2004. "A New Era in Métis Constitutional Rights: The Importance of *Powley* and *Blais*."

- Alberta Law Review*, Vol. 41, No. 4, pp. 1049-83.
- Betts, Gregory. 2008. "Non compos mentis: A Meta-Historical Survey of the Historiographic Narrative of Louis Riel's 'Insanity'." *International Journal of Canadian Studies*, No. 38, pp. 15-40.
- Bill C-31, 1985* <http://www.johnco.com/nativel/bill_c31.html> (2011/3/29).
- Braz, Albert. 2003. *The False Traitor: Louis Riel in Canadian Culture*. Toronto: University of Toronto Press.
- Brown, Jennifer S. H. 1987 (2002). "The Métis: Genesis and Rebirth," in Bruce Alden Cox, ed. *Native People, Native Lands: Canadian Indians, Inuit and Métis*, pp. 241-55. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- Brown, Jennifer S. H. 1993. "Métis, Halfbreeds, and Other Real Peoples: Challenging Culture and Categories." *History Teacher*, Vol. 27, No. 1, pp. 19-26.
- Campbell, Maria. 1978. *Riel's People: How the Métis Lived*. Vancouver: Douglas & McIntyre.
- Charlottetown Accord, 1992* <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=A1ARTA0010099>> (2011/3/31).
- Chartrand, Larry N. 1999-2000. "Are We Métis or Are We Indians? A Commentary on *R. v. Grumbo*." *Ottawa Law Review*, Vol. 31, No. 2, pp. 267-81.
- Chartrand, Larry N. 2004. "The Definition of Métis Peoples in Section 35(2) of the *Constitution Act, 1982*." *Saskatchewan Law Review*, Vol. 67, pp. 209-33.
- Chartrand, Paul L. A., ed. 2002. *Who Are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*. Saskatoon: Purich Publishing.
- Chartrand, Paul L. A. 2008. "Defining the 'Métis' of Canada: A Principled Approach to Crown-Aboriginal Relations," in Frederica Wilson, and Melanie Mallet, eds. *Métis-Crown Relations: Rights, Identity, and Governance*, pp. 27-70. Toronto: Irwin Law.
- Christian, Mark. 2000. *Multiracial Identity: An International Perspective*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan Press.

- Constitution Act, 1867 (British North America Act)* <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const//Const_index.html> (2011/3/31).
- Constitutional Act, 1982* <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1982.html> (2011/3/29).
- Daniels, Harry W. 2002. "Foreword," in Paul L. A. Chartrand, ed. *Who Are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*, pp. 11-14. Saskatoon: Purich Publishing.
- Dickson, Olive Patricia. 1985. "from 'One Nation' in the Northeast to 'New Nation' in the Northwest: A Look at the Emergence of the Métis," in Jacqueline Peterson, and Jennifer S. H. Brown, eds. *The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America*, pp. 19-36. Winnipeg: University of Manitoba Press.
- Dominion Lands Act, 1872 (Act Respecting the Public Lands of the Dominion)* (Stevenson, 2004: 23-24).
- Douaud, Patrick C. 1983. "Canadian Métis Identity" A Pattern of Evolution." *Anthropos*, Vol. 78, Nos. 1-2, pp. 71-88.
- Dusenberry, Verne. 1985. "Waiting for a Day That never Comes: The Dispossessed Métis of Montana," in Jacqueline Peterson, and Jennifer S. H. Brown, eds. *The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America*, pp. 119-36. Winnipeg: University of Manitoba Press.
- Ens, Gerhard J. 1996. *Homeland to Hinterland: The Changing Worlds of the Red River Métis in the Nineteenth Century*. Toronto: University of Toronto Press.
- Esman, Milton. 1994. *Ethnic Politics*. Ithaca: Cornell University Press.
- Falnaga, Thomas. 1983. *Riel and the Rebellion: 1885 Reconsidered*. Saskatoon: Western Producer Prairie Books.
- Falnaga, Thomas. 1996. *Louis "David" Riel": "Prophet of the New World,"* rev. ed. Toronto: University of Toronto Press.
- Francis, Daniel. 1982. *Battle for the West: Fur Traders and the Birth of Western Canada*. Edmonton: Hurtig Publishers.
- Friesen, Gerald. 1984. *The Canadian Prairie: A History*. Toronto: University of Toronto Press.
- Friesen, Gerald. 1992. "Historical Writing on the Prairie West," in R. Douglas Francis, and Howard Palmer, eds. *The Prairie West:*

- Historical Readings*, 2nd ed. pp. 5-26. Edmonton: Pica Pica Press.
- Giokas, John, and Robert K. Groves. 2002. "Collective and Individual Recognition in Canada: The Indian Act Regime," in Paul L. A. Chartrand, ed. *Who Are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*, pp. 41-82. Saskatoon: Purich Publishing.
- Grammond, Sébastien. 2009. *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- Grande, Sandy. 2000. "American Indian Identity and Intellectual: The Quest for a New Red Pedagogy." *Qualitative Studies in Education*, Vol. 13, No. 4, pp. 343-59.
- Groves, Robert K., and Bradford W. Morse. 2004. "Constituting Aboriginal Collectivities" Avoiding New Peoples 'In Between'." *Saskatchewan Law Review*, Vol. 67, No. 1, pp. 263-305
- Guillemain, Jeanne. 1978. "The Politics of National Integration: A Comparison of United States and Canadian Indian Administrations." *Social Problems*, Vol. 25, No. 3, pp. 319-32.
- Hill, Samantha. 2011. "Race and Nation Building: A Comparison of Canadian Métis and Mexican Mestizos." Master thesis, University of British Columbia.
- Horton, Andrew, and Christine Mohr. 2005. "R. v. Powley: Dodging *Van der Peet* to Recognize Métis Rights." *Queen's Law Journal*, Vol. 30, No. 2, pp. 772-824.
- Indian Act, 1985 (1867)* (Stevenson, 2004: 25).
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965* <<http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm>> (2011/4/9).
- Isaacs, Harold R. 1975. *Idols of the Tribe: Group Identity and Political Change*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Jones, Archer Doris. 2003. "The Métis Sash." <<http://members.shaw.ca/archeryisme/Metis/Metis%20Sash.htm>> (2011/3/26).
- Lawrence, Bonita. 2003. "Gender, Race, and the Regulation of Native Identity in Canada and the United States: An Overview." *Hypatia*,

- Vol. 18, No. 2, pp. 3-31.
- Martínez-Echazábal, Lourdes. 1998. "Mestizaje and the Discourse of National/Cultural Identity in Latin America, 1845-1959." *Latin American Perspectives*, Vol. 25, No. 3, pp. 21-42.
- Manitoba Act, 1870* <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ma_1870.html> (2011/3/29).
- Meech Lake Accord, 1987 (1987 Constitutional Accord)* <<http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/Proposals/MeechLake.html>>(2011/4/2).
- Melnik, George, ed. 1992. *Riel to Reform: A History of Protest in Western Canada*. Saskatoon: Fifth House Publishers.
- The Métis Association of Alberta, Joe Sawchuk, Patricia Sawchuk, and Therisa Ferguson. 1981. *Métis Land Rights in Alberta: A Political History*. Edmonton: Métis Association of Alberta.
- Métis Nation Accord, 1992* <<http://caid.ca/RRCAP4.5.D.pdf>> (2011/3/31).
- Métis Population Betterment Act, 1938* <<http://historyonline.msgc.ca/images/4/45.pdf>> (2011/3/31).
- Métis Population Betterment Act, 1940* <<http://historyonline.msgc.ca/images/4/48.pdf>> (2011/3/31).
- Métis Settlement Act, 2000* <http://www.qp.alberta.ca/574.cfm?page=m14.cfm&leg_type=Acts&isbncln=9780779748020> (2011/3/31).
- Natural Resources Transfer Agreements (Constitutional Act, 1930)* <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1930.html> (2011/3/31).
- Olthuis, Brent. 2009. "The Constitution's Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the Constitution Act, 1982." *McGill Law Journal*, Vol. 54, No. 1, pp. 1-43.
- Peterson, Jacqueline, and Jennifer S. H. Brown. 1985a. *The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America*. Winnipeg: University of Manitoba Press.
- Peterson, Jacqueline, and Jennifer S. H. Brown. 1985b. "Introduction," in Jacqueline Peterson, and Jennifer S. H. Brown, eds. *The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America*, pp. 3-16. Winnipeg: University of Manitoba Press.

- R. v. *Blais*, 2003 <<http://csc.lexum.org/en/2003/2003scc44/2003scc44.html>> (2011/4/ 1).
- R. v. *Ferguson*, 1993 <<http://www.mandellpinder.com/pdf/cases/R-v-Ferguson-1994-1-CNLR-117-Alta-QB.pdf>> (2011/4/1).
- R. v. *Grumbo*, 1998 (Stevenson, 2004: 51).
- R. v. *Laprise*, 1978 (Stevenson, 2004: 50-51).
- R. v. *Powley*, 2003 <<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc43/2003scc43.pdf>> (2011/4/1).
- R. v. *Van der Peet*, 1996 <<http://scc.lexum.org/en/1996/1996scr2-507/1996scr2-507.html>> (2011/4/01)
- Re Eskimos (Reference re Term "Indians")*, 1939 (Stevenson, 2004: 2-3).
- Royal Commission on Aboriginal Peoples. 1996. "Métis Perspective," *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 4, *Perspectives and Realities* <<http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071211060054/>> <http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sj/sj20_e.html> (2011/3/31).
- Sawchuk, Joe. 1978. *The Métis of Manitoba: Reflections of an Ethnic Identity*. Toronto: Peter Martin Associates.
- Sawchuk, Joe. 2000. "Negotiating and Identity: Métis Political Organizations and Canadian Government, and Competing Concepts of Aboriginality." *American Indian Quarterly*, Vol. 24, No. 3, pp. 73-92.
- Sealey, D. Bruce. 1980. "Ethnicity and the Concept of Métisness," in Antoine S. Lussier, and D. Bruce Sealey, eds. *The Other Natives: The/les Métis*, Vol. 3, pp. 95-117. Winnipeg: Manitoba Métis Federation.
- Sealey, D. Bruce, and Antoine S. Lussier. 1975. *The Métis: Canada's Forgotten People*. Winnipeg: Manitoba Métis Federation Press.
- Serge, Dan V. 1980. *A Crisis of Identity: Israel and Zionism*. Oxford: Oxford University Press.
- Stanley, George F. G. 1960 (1936). *The Birth of Western Canada: A History of the Riel Rebellions*. Toronto: University of Toronto Press.
- Statistics Canada. c.2006. *Aboriginal Peoples in Canada in 2006: Inuit, Métis and First Nations, 2006 Census* <<http://www12.statcan.ca/>

- census-recensement/2006/as-sa/97-558/pdf/97-558-XIE2006001.pdf> (2011/3/19).
- Stevenson, Mark L. 2004. "The Métis Aboriginal Rights Evolution." Master thesis, University of British Columbia.
- Ströbele-Gregor, Juliana. 1994. "From *Indio* to Mestizo . . . to *Indio*: New Indian Movements in Bolivia." *Latin American Perspectives*, Vo. 21, No. 2, pp. 106-23.
- Tough, Frank. 2004. "The Forgotten Constitution: The Natural Resources Transfer Agreements and Indian Livelihood Rights, ca. 1925-33." *Alberta Law Review*, Vol. 41, No. 4, pp. 999-1048.
- Treaty 3, 1873* <<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/hts/tgu/pubs/t3/trty3-eng.asp>> (2011/3/31).
- Turgeon, Laurier. 2009. "The Terms of Mestissage: Creolization, and Hybridity: Shades of Meaning and Mixed Messages," in Denis Gagon, Denis Cobet, and Lise Gaboury-Diallo, eds. *Métis Histories and Identities: A Tribute to Gabriel Dumont*, pp. 115-39. Winnipeg: Presses Universitaires de Saint-Boniface.
- United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007* <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/drip.html>> (2011/4/9).
- Weinstein, John. 2007. *Quiet Revolution West: The Rebirth of Métis Nationalism*. Calgary: Fifth House.
- Wilson, Frederica, and Melanie Mallet, eds. 2008. *Métis-Crown Relations: Rights, Identity, and Governance*. Toronto: Irwin Law.
- Woodcock, George. 1975. *Gabriel Dumont*. Edmonton: Hurtig Publishers.

NGO 與跨國憲政主義的發展： 以台灣加入國際人權公約的實踐為例

NGO and the Development of Transnational Constitutionalism: The Experience in the Internalization of International Human Rights Law in Taiwan

張文貞*

摘要

隨著跨國憲政主義的發展，許多國際規範逐漸於主權國家之內國法秩序中下滲，內國憲法規範也相應地漸次向外擴張。此一趨勢，某程度亦反映於台灣近年在憲法及國際人權法上的發展，其中又以台灣對於國際人權公約的內國法化最為重要。對於此一跨國規範秩序的形成，除了政府之外，也有愈來愈多非政府組織(nongovernmental organizations, NGO)提供極大的助力。本文以台灣在〈消除對婦女一切形式歧視公約〉、〈兒童權利公約〉及〈國際菸草控制框架公約〉的內國規範化過程為例，觀察內國 NGO 在此一過程中所扮演的角色。本文發現，內國 NGO 具有對外及對內的雙重功能。對外，內國 NGO 可以積極要求政府加入國際人權公約；對內，內國 NGO 則可以透過各種如修法、立法或制定施行法等內國規範化過程來強化國際規範的內國落實。更重要的是，本文進一步觀察到，由於全球化及資訊科技的發達，內國 NGO 有時反而比政府更具有跨國連結的優勢，毋須被動等待政府

* 國立台灣大學法律學院副教授，美國耶魯大學法學博士。本文初稿曾於台大法律學院主辦《東亞法治之形成與發展學術研討會》(2009年6月10日)中發表，後經修改而成。本文為作者台大優勢重點領域拔尖計畫〈憲法與國際人權法的對話：東亞脈絡的考察〉(2008.08-2011.07)之部分研究成果，併此申明。作者感謝研究計畫助理台大法研所李怡俐、陸詩薇、及洪慧玲等同學，協助本文相關資料之蒐集與分析。當然，所有文責，由作者自負。

協助，就能透過其在國際與內國雙重規範化面向的努力，來積極落實跨國憲政主義。

Abstract

With the development of transnational constitutionalism, constitutionalization of international law and internationalization of constitutional law become evident as a global trend. This trend is reflected in the recent internationalization of international human rights laws in Taiwan. Aside from governments, nongovernmental organizations (NGO) have played crucial roles in this process. This Article observes the roles that domestic NGOs have played in the ratification or internationalization of the Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), Convention on the Rights of Child (CRC), and the Framework Convention on Tobacco Control (FCTC). It finds that domestic NGOs have played double roles. Externally, these domestic NGOs actively demand the government to accede to international human rights regimes. Internally, they have led the process of internalization by promoting new legislation or implementation statutes. More importantly, this Article finds that globalization and technology advancement have provided NGOs with greater advantage in transnational networking and information, even way ahead the government. If leveraging properly, these domestic NGOs will become crucial players in the development of transnational constitutionalism encompassing both international and domestic laws.

關鍵詞：跨國憲政主義、國際法的憲法化、憲法的國際法化、兒童權利公約、消除對婦女一切形式歧視公約、防制煙草框架公約

Keywords: Transnational Constitutionalism, Constitutionalization of International Law, Internationalization of Constitutional Law,

CRC, CEDAW, FCTC

壹、前言

跨國憲政主義(transnational constitutionalism)的發展，近年成爲憲法及國際法學界共同的關注焦點¹。「國際法的憲法化」(constitutionalization of international law)及「憲法的國際法化」(internationalization of constitutional law)，是其主要的內涵²。我們清楚看到，國際規範有逐步向主權國家的內國法秩序下滲的趨勢，而內國憲法規範也相應地漸次向外擴張，甚至產生域外效力³。

此一趨勢，某程度亦於台灣近年在憲法及國際法的發展上表現出來，其中又以台灣近年對國際人權公約的批准或加入，最爲重要⁴。2005年1月，立法院通過批准〈國際菸草控制框架公約〉(Framework Convention on Tobacco Control, FCTC)，總統隨即於同年3月頒布加入書。2007年1月，立法院通過批准〈消除對婦女

¹ 參見 VICKI C. JACKSON, *CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA* (2010); Jiunn-Rong Yeh & Wen-Chen Chang, *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions*, 27 PENN STATE INT'L L. REV. 89-124 (2008).

² 這兩個趨勢最早的討論，參見 Herman Schwartz, *Internationalization of Constitutional Law*, 10 Human Rights Brief 10 (2003).

³ 參見 Tom Ginsburg et al., *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*, 2008 U. Ill. L. Rev. 201 (2008). 以歐洲理事會及歐洲人權法院爲對象的探討，參見張文貞，〈跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院與內國憲法法院關係初探〉，《月旦法學》，150期，頁57-70 (2007)。

⁴ 初步探討，參見張文貞，〈憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐〉，收於廖福特主編：《憲法解釋之理論與實務》第6輯，台北：中研院／元照出版，頁223-272 (2009)；張文貞，〈國際人權法與內國憲法的匯流：臺灣施行兩大人權公約之後〉，收於社團法人臺灣法學會主編：《臺灣法學新課題(八)》，台北：元照出版，頁1-26 (2010)。

一切形式歧視公約〉(Convention on the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW)，總統很快在同年2月頒布加入書。雖然這兩個公約加入書在聯合國秘書長那邊的存放，如預期般地並不順利，但並未影響我國加入國際人權公約的努力。

二年後，2009年3月27日，我國加入CEDAW後的國家報告正式發表，邀請曾任CEDAW委員會的國外專家來台審查並給予評論意見⁵。幾天後，3月31日，立法院批准〈公民與政治權利國際公約〉(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)及〈社會經濟文化權利國際公約〉(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR)，同時通過〈兩公約施行法〉。總統在5月間頒布兩公約加入書，雖然其存放仍為聯合國秘書長所拒，但總統指定同年人權日(12月10日)正式實施兩公約施行法，自此兩公約所保障人權成為我國內國法律秩序的一部分⁶。2011年5月20日，立法院又通過CEDAW施行法，並於2012年1月1日正式實施，使CEDAW所揭示性別人權及促進性別平等的規定，具有國內法律之效力。

其實，台灣積極加入國際人權公約並使其國內法化的努力，並非近年才有。早在1993年，政府就曾多次公開宣示遵守〈兒童權利公約〉(Convention on Rights of the Child, CRC)，並在後來兒童相關權利之立法及修法過程中，納入公約的相關規範。

⁵ 國外專家的審查意見，經財團法人婦女權益促進發展基金會(以下簡稱婦權基金會)整理，非常值得參考。CEDAW初次國家報告及國外專家的審查意見，都收錄於婦權基金會網站上的CEDAW專區，參見<http://wrp.womenweb.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=632>

⁶ 兩公約施行法第二條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」

有愈來愈多的國家主動加入國際人權公約，甚至透過各種方式讓國際人權規範於內國法律秩序產生效力並直接適用，台灣也不例外⁷。不過，其中的原因，卻非常值得我們進一步思考與探究。不論是國際法學界或憲法學界，在嘗試解釋此一跨國憲政主義現象的發生時，往往將焦點置於主權國家，探究政府或是法院在其中所扮演的角色。例如，目前相當主流的見解，是將跨國憲政主義的發生，解釋為各國政府基於內國政治利益的考量，不得不對跨國規範秩序作出承諾(commitment)，以此增強其在內國統治基礎的合法性及正當性⁸。跨國憲政主義的發展，在時間性上明顯伴隨第三波、甚至第四波民主化浪潮，也就一點都不令人意外⁹。

傳統自由派的國際法論述雖然不贊同此種偏向內國政治利益需要的看法，卻也認為跨國憲政主義的形成，完全繫諸於一國政治部門根據當前國際政治情勢所作的理性計算與決定，當加入國際規範秩序或於內國引入國際規範秩序，無害於一國政治部門的利益時，各國政治部門很自然作出此一選擇，與民主化與否無關¹⁰。比較有意思的是，也有學者從社會心理學的角度切入，認為當今跨國憲政秩序的形成，其實與各國間在文化及行為上愈來愈多的交往、影響、甚至是相互學習模仿有關；並以歐盟為例，

⁷ 參見張文貞，〈憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐〉，收於湯德宗主編：《憲法解釋之理論與實務》第6輯，台北：中研院/元照出版(2009)。

⁸ Ginsburg et al, *id.* at 210-21. 參見另參Tom Ginsburg, *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law*, 38 N.Y.U.J. INT'L & POL. 707 (2006).

⁹ Ginsburg et al., *id.* at 232-33.

¹⁰ For the most recent representative view, see Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (2005).

來論證此種社會心理學上的聚合現象，也可能進一步導致各國或跨國規範的相互影響、驅同、甚至合致¹¹。

不管是前述哪一種理論，政府角色都是學者的關注焦點，卻不見其他非政府部分的角色或功能。在國際法各相關學派中，最重視非政府組織(nongovernmental organizations, NGO)角色的「跨國程序法學派(transnational legal process)」，雖然相當重視NGO在整個跨國規範秩序形成中的角色，但往往著眼於如「國際特赦組織(Amnesty International)」或「人權觀察(Human Rights Watch)」等非常知名而重要的跨國NGO的角色，對內國的NGO則比較少予以著墨¹²。本文認為，內國NGO對新一波跨國憲政秩序形成，扮演了主導者的角色。以下將以台灣近年積極加入國際人權公約的實踐為例，說明NGO在這一波跨國規範秩序形成脈絡中的地位與重要性。

貳、NGO在國際規範形成上的角色

NGO對國際規範形成上的角色，可從兩個角度來觀察。一個是NGO直接引導、參與國際規範的形成，這個部分也是近年國際法相關文獻中的討論焦點。另一個則是NGO在國際規範內

¹¹ See e.g. Ryan Goodman & Derek Jinks, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, 54 DUKE L. J. 621, 646-56 (2004).

¹² The role of transnational NGOs is particularly salient in human rights, environmental law and international trade. See e.g. Daniel Esty, *Non-governmental organization at the World Trade Organization: Cooperation, Competition or Exclusion*, 1 J. INT'L ECON. L. 123 (1998); and Kal Raustiala, *The "Participatory Revolution" in International Environmental Law*, 21 HARV. ENV'T L. REV. 537 (1997).

國法化的過程中，可以予以著力之處。國際法學界近年開始注意到NGO與各國全球或區域國際規範形成的關係，但顯然還有許多尚待開拓、研究的空間¹³。

一、NGO與國際規範的形成

NGO對國際規範形成有重大的影響，有時甚至可以引導國家來發現議題、主導國際規範的走向。二十世紀末期的全球化所帶動的「跨國主義(internationalism)」強化了NGO的能力，使得它們與政府、甚至是與其他國家的政府，都可以發展出多元互動關係。

NGO的活力來自其組成成員。雖然NGO或國家，都是由個人所組成，但NGO與國家最不同的地方在於，NGO的成員都是自願加入，也很積極地幫助NGO實現目標。這種自願加入提供了NGO的強大的量能，更是NGO運作正當性的重要來源。雖然這種正當性，並非來於形式的法制基礎，而是偏向道德層面，但有時反而在其成員之間發揮更深遠的影響力。從二次世界大戰以來，NGO一直是全球規範秩序的重要倡議者；二十世紀末期的全球化及區域化，使得NGO對許多全球或區域的規範形成享有更多自主的力量，甚至也會自主選擇其所支持特定國際規範秩序。在越新興的規範議題領域，NGO的角色似乎越能發揮¹⁴。NGO對於國際規範形成的影響，包括對國際規範的詮釋、發展、

¹³ Steve Charnovitz, *Nongovernmental Organizations and International Law*, 100 AM. J. INT'L L. 348, 348 (2006).

¹⁴ *Id.* at 350.

法律適用及實行；它們時常在各個國際、區域、甚或內國法院提供專業法律意見、擔任「法庭之友(amici curie)¹⁵」。

何以NGO可以在國際規範形成過程中發揮功能呢？一個可能的原因是NGO較為獨立，相異於追求極大化政治利益的政府，NGO往往能取得更多信賴、發揮更大功能。另外則是NGO在愈來愈交錯複雜的各項議題中，有更為優越的創新思考能力，不向一般政府官僚組織容易陷入舊有的思考窠臼，NGO在規範的倡議上往往能扮演更為主動、積極的角色，具有如同企業領導者(entrepreneur)一般的特質，在理念的競爭市場上，更具優勢¹⁶。

二、NGO與國際規範的實踐及內國法化

雖然NGO在國際規範形成上扮演愈來愈重要的角色，甚至某種程度已經挑戰了以國家為核心主體的國際規範體系，但這並不必然意味著國家在國際規範形成過程中的重要性就會降低。事實上，NGO的參與、尤其是各國國內NGO對國際規範形成過程的參與，可能反而會強化國家的角色。這也可以解釋何以國家會願意給予NGO對國際事務一定的參與權利。此外，許多NGO對特定議題的理解及專業知識，甚至比政府部門的官員來得更深入，加上NGO在公民社會中的連結網絡，不但能協助政府對外參與國際規範的形成，甚至能協助這些國際規範的內國法化與有效遵循¹⁷。

¹⁵ *Id.* at 351.

¹⁶ *Id.* at 356.

¹⁷ *Id.* at 356.

許多國際法或國際關係理論將觀察焦點過度集中於國家，而忽略了在國家之外的次級的政治實體、法院、個人、企業或其他行動者在國際規範形成及內國法化中的角色。這些非國家的行動者，在國際規範形成、詮釋及實踐的過程中，都扮演了相當的角色。當跨國間的溝通合作出現問題、甚至是僵局時，NGO可以跳過政府的層級，直接在國家內部、或在跨國層次上，來與其他國家的NGO、甚至是政府來進行溝通。許多時候，跨國NGO也可以透過其在不同國家的分支團體，來進行溝通或協調，而其溝通或協調的成果可以作為將來正式跨國協商或規範形成的基礎。國際特赦組織(Amnesty International)、人權觀察(Human Right Watch)的跨國NGO，就在許多議題上扮演這樣的角色，其在正式或非正式規範形成過程中的影響力，許多時候甚至超越單一的國家¹⁸。

NGO對國際規範的詮釋也扮演了相當重要的角色。規範的詮釋都不可能僅限於政府，詮釋的群體(interpretive community)包括政府部門及NGO。除了各國政府以外，內國或區域的法院、甚至是非官方的仲裁制度，都可能對國際規範進行詮釋。而此一過程中，許多內國或國際NGO如國際法學會(Commissions of international publicist)等，也可以形成另外一個相當具有力量的詮釋社群，而與以國家為主的傳統國際法詮釋社群來競爭、甚至相互抗衡¹⁹。

¹⁸ Margaret E. McGuinness, *Exploring the limits of international human rights law*, 34 Ga. J. Int'l & Comp. L. 393, 411 (2006).

¹⁹ Harold Hongju Koh, *Bringing International Law Home*, 35 HOUS. L. REV. 623, 650 (1998).

參、NGO對台灣批准國際人權公約的影響

台灣從2000年開始積極批准或加入國際人權公約，甚至早在1993年政府就多次公開宣示對〈兒童權利公約〉的主動遵行。以下本文將探討在政府主動加入或遵循這些國際人權公約的背後，NGO究竟發揮何種關鍵性的力量。

一、NGO與消除對婦女一切形式歧視公約

2007年1月，立法院通過批准CEDAW；2010年3月，CEDAW國家報告公布；2011年5月，立法院通過CEDAW施行法；2012年1月，CEDAW施行法正式生效，其中有關婦女人權保障及性別平等的規定，正式成爲我國內國法的一部份，具有國內法律的效力。

不過，CEDAW並非是在2000年以後才引入國內。婦女新知基金會在1987年推動兩性工作平等法的修正時，所參考的外國文獻與立法例中已經包括CEDAW，但並未對其進行進一步的闡述²⁰。2002年，行政院研考會委託台灣新世紀文教基金會製作了一份《國際人權公約國內法化之方法與策略》委託研究報告，分別由陳隆志教授與廖福特教授擔任計畫主持人與協同主持人。報告中明白指出，加入或落實國際人權公約，是爭取國際地位與國際認同的一種途徑，並且建議應該從CEDAW、兒童權利公約(CRC)、禁止一切酷刑公約開始嘗試，因爲這三個公約並未將簽

²⁰ 陸詩薇，《當我們「同」在「異」起？台灣CEDAW運動之研究與評析》，台大法研所碩士論文，頁40 (2009)。

署的主體限定於聯合國會員國²¹。2006年，外交部委託台大張文貞教授進行《台灣加入聯合國〈消除對婦女一切形式歧視公約〉之國內法律評估》研究計畫，計畫報告中明白指出加入、落實CEDAW對於落實我國人權立國的目標、提昇我國的國際地位有重大意義²²。

2004年4月台灣婦全會、台大婦女研究室、中華心理衛生協會合辦〈民間婦女團體參與聯合國婦女地位委員會第48屆大會〉，在這次會議中，陳瑤華教授建議政府應該正視北京行動綱領，並將聯合國安理會1325號決議及CEDAW內國法化，使台灣的人權保障符合國際標準²³。2004年7月婦全會召開理監事會，同意開始積極推動台灣加入簽署、落實CEDAW。同年8月，台灣婦全會邀集了台灣女性學學會、婦女新知協會、東吳大學張佛泉人權研究中心、台大婦女研究室、台灣終止童妓協會、女影會、勵馨基金會、台北市婦女新知協會等共9個團體，正式成立了〈民間推動台灣落實CEDAW聯盟〉。由婦全會理事長尤美女擔任召集人，中華經濟研究院副研究員徐遵慈及中華民國基督教女青年會(YWCA)秘書長李萍擔任副召集人²⁴。婦全會先後邀請中國人權理事會前駐港主任Sophia Woodman、紐西蘭籍教授Maegaret Bedgood來台，召開CEDAW圓桌會議與工作坊²⁵。

同時，陳瑤華教授於行政院人權保障推動小組中提案政府簽署CEDAW²⁶。內政部隨後召開研商評估的會議，也得到推動加

²¹ 同前註，頁88。

²² 張文貞，〈台灣加入聯合國「消除對婦女一切形式歧視公約」之國內法律評估研究計畫〉，外交部委託研究（2006）。

²³ 陸詩薇，前揭（註20）碩士論文，頁50。

²⁴ 同前註，頁51。

²⁵ 同前註，頁51。

²⁶ 同前註，頁51。

入CEDAW的共識。2006年7月，行政院決議將外交部函送我國擬加入CEDAW一案送請立法院審議，民間推動台灣落實CEDAW聯盟則開始積極監督立法院審議CEDAW，以各種方式爭取朝野立委的支持²⁷。2007年1月5日，立法院通過加入CEDAW，並於2月間請我國友邦將加入書轉送聯合國。由於適逢聯合國婦女地位委員會第51屆大會舉行期間，我國也派出了代表團赴紐約與會，並就我國加入CEDAW一事進行宣傳。不過，聯合國秘書長仍拒絕了我國的加入書。

加入書雖然被拒，但是在民間團體的努力之下，CEDAW得到了國內政黨領袖的重視，在2008年的總統大選中，CEDAW出現在兩大黨總統候選人的婦女政見中。其後，政府與民間婦女團體合作，開始研擬CEDAW施行法草案，民間婦運者也持續參與國家報告的撰寫，並由婦女權益促進發展基金會於2008年10月15日舉辦〈CEDAW培力國際研討會暨工作坊〉²⁸。2009年3月，政府完成第一份國家報告的撰寫，並於2009年3月27、28日舉辦國家報告發表會，邀請三位CEDAW委員來台審查國家報告。

從前述的討論中，我們可以很清楚地看到，不管是從CEDAW的引入國內、倡議加入、到國家報告的撰寫及國際審查，都有各個婦女團體的積極努力的痕跡。婦女NGO對CEDAW在台灣落實可以說發揮了最關鍵的力量。

²⁷ 同前註，頁52。

²⁸ 同前註，頁53。

二、NGO與兒童權利公約

〈兒童權利公約(Convention on Rights of the Child, CRC)〉於1989年11月通過，1990年9月正式生效，共有193個締約國，是第一大的國際人權公約。台灣對此一公約的瞭解與主動遵循，也是透過NGO的國際連結與內國倡議。

1.國際反童妓運動與《兒童權利公約》之引入

受到亞洲各國反對觀光買春運動的影響，我國從1980年代末期開始，陸續有幾個民間團體開始倡議援助從娼少女的行動。包括彩虹婦女事工中心、台北市婦女救援基金會、台北市勵馨基金會、終止童妓運動協會、基督教門諾會花蓮善牧中心、天主教善牧修女會等²⁹。1987年，十餘個民間團體首次發起「反對販賣人口」之遊行抗議行動，即使在結盟之下隱含著路線的差異，但是，此次遊行可以說是台灣異質民間團體首次的串連。整體而言，這些團體是從反對販賣人口、反對迫害弱勢的少數族群(原住民)此人權關懷的角度作為串連的基礎，並以立法倡議、遊行示威、中

²⁹ 終止童妓協會成立的背景，是1990年開始為期三年的「終止亞洲童妓國際運動(The International Campaign to End Child Prostitution in Asian Tourism, 簡稱ECPAT)」，台灣終止童妓協會於1991年正式加入國際終止童妓組織，並於1994年3月31日正式立案，結合國內關心婦女、兒童權利等團體組成ECPAT台灣委員會，開始在台灣展開提昇兒童人權與預防兒童從娼的各項工作，主要的工作目標是終止童妓、終止兒童色情、終止跨國性剝削，同時在工作方式上，也注重青少年的參與，以及國際性的合作交流。詳參該會網站：<[tp://www.ecpat.org.tw/](http://www.ecpat.org.tw/)>

途之家的設置為運動策略，因而得以在政治、經濟、社會劇烈轉型但威權控制陰影未消的社會獲得關注³⁰。

這一波的民間串連行動也引出了我國第一個以倡議國際人權公約為遊說策略的社會運動，此即1992年的《兒童權利公約》倡議行動，國際公約的規定與國際制裁的壓力，也成為民間團體與政府談判的策略之一³¹。行動團體除了在內國倡議之外，也運用參與國際會議的機會，向聯合國兒童人權次級團體及官方代表爭取支持，呼籲國際社會不應該以政治因素排除台灣加入公約，因為台灣是一個「具有民主政治而積極投入國際化、全球化的國家」，因此排除台灣不但是國際的損失，也是缺乏道德勇氣與公理的表現³²。

這一波倡議的行動得到一些政府方面的回應，例如1989年《少年福利法》的通過、1993年《兒童福利法》修正、1995年《兒童及少年性交易防制條例》的制定等。內政部政務次長房金炎曾於1993年在立法院院會中公開發示我國願遵守兒童權利公約之精神與原則。而政府亦曾於1995年去函聯合國，詢問加入兒童權利公約之可能性，而得到聯合國官員復函表示，依據2758號決議，中華人民共和國為中國在聯合國之唯一合法代表，故僅有其可以簽署該公約。

〈台灣加入聯合國兒童權利公約推動聯盟〉於2000年正式成立，由時任立法委員並身兼中華民國兒童人權協會理事長的賴勁

³⁰ 張碧琴，《防治未成年從娼的民間行動分析》。台灣大學社會學研究所應用社會學組碩士論文(1994)。

³¹ 相關新聞可參考，〈劉麗芳：聯合國兒童人權公約77國下月實施我國不應落於人後〉(1990/8/21)；〈婦女團體發表聯合聲明呼籲政府：別讓雛妓問題成為國際制裁議題〉，楊秋蘋，中國時報第16版(1994/06/23)。

³² 施慧玲，〈論我國兒童權利法制之發展—兼談落實聯合國兒童權利公約之社會運動〉，收錄於中正大學法學集刊第14期(2004)。

麟先生擔任召集人。賴勁麟等同於是在體制內外同時推動公約的落實³³。

雖然立法院從來沒有正式批准兒童權利公約，在立法院內，論及兒童權利相關法制的建制或修正時，幾乎一定會提到兒童權利公約，例如2002年行政院函覆張福興委員質詢，針對台灣兒童人權指標連續四年不及格應如何改善時，就特別強調：

「未來在推動兒童人權的作為上，積極建置完整法規體系、研擬推動整體兒童照顧方案、及踐行聯合國兒童權利公約之精神意旨，藉以改善兒童人權，增進兒童權益。兒童權益範圍至為廣泛，舉凡其基本人權、健康權、教育權及社會權等層面，除了兒童局本身基於政府公部門主導地位極力推動外，未來更將借重於民間之資源力量、團體的參與下，共同致力於兒童權益保障及維護，以及積極加入聯合國兒童權利公約，以提昇保障國內兒童人權³⁴。」

³³ 例如質詢內政部是否有積極推動台灣加入兒童權利公約的政策等，資料來源：立法院公報，第89卷第55期(3114)(下)，頁259-297，出版日期：2000/10/21。賴委員表示上個會期已經提出希望能積極推動，就算聯合國不允許我國加入，落實公約也直接與內國兒童權利保障有關，更何況公約並不限制非會員國加入。兒童局長劉邦富則回應，內政部經常與外交部開會協商此事，並委由民間團體進行兒童人權狀況的專案研究，並且會修訂兒童及少年福利法，把保障年齡提高到18歲，以符合公約的要求。

³⁴ 立法院公報90卷第7期，頁344。

2.兒童福利法制定與修正之發展背景

我國在1973年完成制定《兒童福利法》。該法草案於1950年即開始草擬，1966年送請行政院備核³⁵。關於兒童福利法為何在延宕多年後於1973年通過，民進黨於其1993年所提出的政策白皮書中指出：

「民國62年兒童福利法的通過，明顯地在回應聯合國兒童基金會從52年到61年間的支助，隨著我國退出聯合國，聯合國兒童基金會也撤離台灣，而隔年兒童福利法也迅即通過，具體而微反應出這是做給國際社會看的³⁶。」

在通過之後，我國兒童福利法經過4次修正，分別是在1993、1999、2000、2002，其中以第1次變動幅度最大，後3次的修正都是細節性、技術性的調整。1993年第1次修法，由兒童福利專家學者、律師、法官及立法委員等組成修法聯盟所主導，命名為〈兒童福利聯盟〉，並於1991年成立兒童福利聯盟文教基金會，除了推動規範的制定與修正外，參與實務亦甚深³⁷。

基本上，1993年以後兒童權利相關法制的發展，都受到聯合國兒童權利公約內涵的影響。例如，2003年兒童及少年福利法的合併，就受到兒童權利公約第一條及第二規定的影響³⁸。2005年修正刑法第六十三條，對未滿十八歲之人不得判處死刑或無期徒刑

³⁵ 賴月蜜，〈兒童及少年福利法合併修法之歷程與爭議－民間團體推動修法之經驗〉，社區發展季刊103期，頁50、51(2003)。

³⁶ 賴月蜜，同前註。

³⁷ 1980年底由林志嘉等數位立委及關心兒童的各界人士、相關團體，共同組成「兒童福利聯盟」，推動兒福法修正，後來於1991年12月成立正式組織「兒童福利聯盟文教基金會」。基金會網站：<http://www.children.org.tw/>。

³⁸ 立法院公報，第93卷第19期，院會紀錄，頁128。

刑的規定，也提到兒童權利公約第三十七條的規定³⁹。2006年，教育基本法第八條及第十五條修正，明文禁止體罰，也受到兒童權利公約第十九條第一項、第二十八條第二項對兒童身體權及人性尊嚴的保障與尊重⁴⁰。2007年，民法第一〇五九條及第一〇六三條的修正，清楚收到兒童權利公約第七條及第十二條規定的影響，而確保而兒童有取得其姓名及國籍、及獲知其血統來源的權利⁴¹。同時，民法收養相關規定的修正，亦本於兒童權利公約所規定之子女最佳利益原則⁴²。2007年，兒童及少年性交易防制條例第二十八條的修正，清楚指出兒童權利公約第三十四條防止兒童收到性剝削的立法目的⁴³。同年菸害防制法的修正，亦訴諸兒童權利公約，以確保胎兒健康為由，將孕婦納入不得吸菸之範圍⁴⁴。2008年，民法繼承編施行法及戶籍法的修正，也都引用的兒童權利公約的相關規定⁴⁵。

三、NGO與防制煙草框架公約

〈國際菸草控制框架公約(Framework Convention on Tobacco Control, FCTC)〉是由世界衛生大會(World Health Assembly)於2003年5月通過，並於2005年2月正式生效。在其正

³⁹ 立法院公報，第94卷第5期，院會紀錄，頁300-302。

⁴⁰ 立法院公報，第94卷第53期，委員會紀錄，頁81；立法院公報，第95卷第59期，委員會紀錄，頁210。

⁴¹ 立法院公報，第96卷第38期，院會紀錄，頁51、53、54、83、86、93、98。

⁴² 立法院公報，第96卷第38期，院會紀錄，頁60。

⁴³ 立法院公報，第96卷第54期，院會紀錄，頁111、115。

⁴⁴ 立法院公報，第95卷第2期，院會紀錄，頁190。

⁴⁵ 立法院公報，第97卷第16期，院會紀錄，頁68；立法院公報，第97卷第25期，院會紀錄，頁87。

式生效之前，2005年1月，立法院就已經通過批准，總統並隨即於3月頒布加入書。

FCTC是在反菸團體推動菸害防制法的過程中引入台灣。董氏基金會於1988年即提出菸害防制法草案，並且於1992年開始配合世界衛生組織每年的反菸主軸舉辦活動。在法律訴訟方面，1998年董氏基金會協助進行對美國西北航空公司的損害賠償訴訟⁴⁶，並於1999在台北召開APACT十週年大會，特邀美國律師團針對亞太各國赴美進行跨國菸害訴訟求償的方式及可行性。2004舉辦國際論壇，與亞太各國代表討論如何促成各國遵守國際「菸草控制框架公約」之規範，並再次聯合112個民間團體共同籌組台灣拒菸聯盟⁴⁷，開始推動國內落實、加入FCTC。

這一連串的行動首先促成立法院在公約正式生效前批准，並繼續以FCTC的內涵推動菸害防制法的修法。在公約加入方面，外交部透過友邦駐聯合國代表於2005年5月12日致函聯合國秘書長，向秘書處存放公約加入書，並請求列入紀錄及正式答覆，但未獲回覆。當時的外交部次長高英茂曾經於立法院表示：

「……由於知道秘書處不會理會我國，因此本部請友邦幫我國遞送，不過聯合國方面迄今沒有回應，但是至少我們爭取到道義上的勝利，因為台灣主動推動好的國際公約。現在又有一項新的國際醫衛規定，即International Health Regulations，我國也希望和加入FCTC一樣，透過行政院送請大院審議，審議之後由總統

⁴⁶ 見台灣高等法院八十八年度重上字第三二〇號判決、最高法院九十一年度台上字第一四九五號判決。

⁴⁷ 總共有112個團體。包括消費者文教基金會、台灣國際醫學聯盟、新環境基金會、董氏基金會等社會或專業團體。

公布，本部再想辦法遞送到聯合國。在法律上雖然無法正式、公開做到，實質上都要做⁴⁸。」

雖然最後我國未能成功加入FCTC，但在後來我國菸害防制法的幾次修正中，其內容明顯收到FCTC相關規定的影響，清楚展現我國主動遵循此一公約的決心與實踐⁴⁹。

四、NGO的主導角色

很明顯地，在前述國際人權公約的加入上，無不是透過我國NGO的積極努力，才得以實現。在許多方面，NGO的行動都更先於政府，也更積極。儘管我國對國際人權公約的正式加入一再被拒，NGO仍持續對政府施壓，甚至主張應自發性地制定內國相關規範，以落實公約的原則及規範。透過這些努力與倡議，NGO變得更熟悉國際人權公約，甚至更清楚跨國規範秩序相互影響、與形成之關鍵過程。

因為我國在國際地位上的孤立，政府並未比民間團體在國際規範形成的過程中享有更多優勢。在前述之三個公約，民間團體並非透過政府得知國際人權公約之簽屬與跨國規範之形成，而是透過自行參與國際會議、或與跨國組織網絡聯繫，來了解國際規範的最新發展。以《兒童權利公約》的早期發展為例，〈終止亞洲童妓國際運動〉即扮演了傳遞《兒童權利公約》相關資訊的關鍵角色。而在CEDAW的例子中，婦女團體非藉官方邀請，而是

⁴⁸ 立法院公報，第95卷第13期，委員會紀錄。

⁴⁹ 例如菸害防制法第十五條及第十六條的規定，就受到FCTC第八(二)條的影響；菸害防制法第六條的規定，就受到FCTC第十一(一)條的影響；菸害防制法第十三條的規定，就受到FCTC第九條的影響。

私下受邀參與1995年世界婦女大會，因而建立跨國婦女運動的聯絡網，透過這些連繫來加強對CEDAW的瞭解其後續的倡議。

此外，NGO的跨國連繫，往往比政府來得更加快速且有效率，皆展現出民間團體的跨國性。例如，終止亞洲童妓國際運動與台灣終止童妓協會皆致力於倡議《兒童權利公約》，而在CEDAW運動中，婦女團體則利用個人、及職業上與國際組織的關係，致力於落實CEDAW，這波倡議行動，正是成功將CEDAW引入國內的關鍵因素。同樣的，董氏基金會協助建立亞洲第一個反菸區域組織APACT，使得董氏基金會在區域聯盟中占有一席之地外，更因此得以持續接觸國際上的最新發展。

在這些運動中，NGO並非只致力於推動簽署國際人權公約，亦同樣重視內國之立法，亦即並非僅著重於體制內公約的落實，亦著重於國際人權法與內國法律規範之整合。以CEDAW與FCTC為例，儘管我國加入遭拒，NGO仍持續推動國內相應立法、政策的落實。而我國推動《兒童權利公約》之過程，亦是依循著相同的模式，在內國法的落實上，恐怕比許多締約國都要來得更加完整。

在國際規範形成與內國整合的過程中，NGO無疑扮演了最關鍵的角色，使台灣不只能夠搭上國際人權發展的潮流，更使跨國憲政秩序能深植內國法規範中。NGO所建構的並非僅是提供國內人權保障之憲政秩序，而是透過內國、跨國組織的努力，使內國與國際人權規範相互影響、甚至是合致的跨國規範秩序。

肆、結論

從前面的討論中，我們可以清楚看出NGO在台灣加入國際人權公約中的主導角色。即便在加入書存放受挫之後，NGO仍持續將相關人權規範納入內國修法的努力。在加入及落實國際人權規範的角色上，內國NGO其實扮演了雙重的功能。第一重是對外的，內國NGO積極要求政府加入國際人權公約。第二重是對內的，不論加入國際人權公約是否順利，內國NGO都致力將國際人權公約透過各種如修法、立法或制定施行法等「規範化」的方式來於內國落實。此種雙重角色的扮演，與傳統國際法區分跨國NGO與內國NGO，而認為國際人權規範的形成往往主要仰賴跨國NGO，內國NGO僅能在內國扮演國際人權規範是否於特定內國落實的監督功能，有很大差異。從前面三個案例我們可以清楚看到，雖然因為台灣特殊的國際處境，政府與民間在相關議題資訊接收及處理的國際化程度均不夠高，但內國NGO國際化的程度顯然比政府更勝一籌。

本文認為，全球化及資訊科技對民間的影響要更大於政府，而有效將全球組織、個人以及各種資訊連結有效予以扁平化。內國NGO透過這種愈來愈扁平的跨國資訊連結，能有效獲得資訊，在台灣前述三個案例中，甚至能比政府更早、更有快地獲得國際人權規範的相關資訊，並進入跨國NGO的資訊整合平台之中。在前述跨國資訊連結的基礎上，愈來愈多的內國NGO逐漸成為「跨國的」NGO，許多內國的NGO不但愈來愈沒有特定國家的屬性，其國際化的程度往往令其政府難以望其項背⁵⁰。更重

⁵⁰ For example, Steve Charnovitz called these domestic NGOs as international-minded NGOs. See Charnovitz, *supra* note 10, at 363.

要的是，這些「跨國的」內國NGO正是當今跨國憲政主義的背後的主要動力。如前所述，當今的跨國憲政主義，並非僅一味單向的國際化，而完全不考慮這些國際規範是否真正能於內國落實，亦非僅著眼各國單獨的人權議題脈絡，而對統一的國際規範不加關心⁵¹。相反地，跨國憲政主義是一個漸進有機的形成，逐步整合國際規範與內國規範，而「跨國的」內國NGO正是此一跨國憲政秩序形成的主要媒介。這些內國NGO比任何國際性的NGO都還要瞭解內國人權議題的特色，也掌握相關議題的進程，它們可以透過各種內國規範化的手段包括修法、立法、司法訴訟或單純的遊說及鼓吹，來推動人權改革⁵²。而在這個過程中，內國NGO透過跨國網絡與資訊連結，能主動掌握跨國人權規範形成及發展，不再被動等待政府願意(或不願意)加入國際人權規範，而能透過國際與內國雙重規範化面向的努力，落實跨國憲政主義。

⁵¹ See e.g. Thomas Risse & Kathryn Sikkink, *The Socialization of international human rights norms into domestic practice: introduction*, in THE POWER OF HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL NORMS AND DOMESTIC CHANGE 1-38, 17-22 (Thomas Risse et al ed., 1999).

⁵² See Paul W. Kahn, *American Hegemony and International Law: Speaking Law to Power: Popular Sovereignty, Human Rights and the New International Order*, 1 CHI. J. INT'L L. 1, 13-16 (2000); Arturo J. Carrillo, *Bringing International Human Rights Home: The Innovative Role of Human Rights Clinics in the Transnational Legal Process*, 35 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 527 (2004).

參考文獻

英文專書

- Goldsmith J. L., & Posner, E.A. (2005). *The limits of international law*. NY: Oxford University Press.
- Jackson, V. C. (2010). *Constitutional engagement in a transnational era*. NY: Oxford University Press.

英文專書論文

- Risse, T. & Sikkink, K. (1999). The Socialization of international human rights norms into domestic practice: introduction. In Risse, T. & Sikkink, K. (Ed.), *The power of human rights: international norms and domestic change* (1-38). Cambridge: Cambridge University Press.

英文期刊

- Carrillo, A. J. (2004). Bringing international human rights home: The innovative role of human rights clinics in the transnational legal process. *Columbia Human Rights Law Review*, 35, 527-587.
- Charnovitz, S. (2006). Nongovernmental organizations and international law. *American Journal of International Law*, 100, 348-372.
- Esty, D. (1998). Non-governmental organization at the World Trade Organization: Cooperation, Competition or Exclusion. *Journal of International Economic Law*, 1, 123-147.
- Ginsburg T. & et al. (2008). Commitment and diffusion: how and why national constitutions incorporate international law. *University of Illinois Law Review*, 1, 201-238.
- Ginsburg, T. (2006). Locking in democracy: constitutions, commitment, and international law. *New York University Journal of International Law and Policy*, 38, 707.

- Goodman, R. & Jinks, D. (2004). How to influence states: socialization and international human rights law. *Duke Law Journal*, 54, 621-656.
- Kahn, P. W. (2000). American hegemony and international law: Speaking law to power: popular Sovereignty, human rights and the new international order. *Chicago Journal of International Law*, 1, 13-16.
- Koh, H. H. (1998). Bringing international law home. *Houston Law Review*, 35, 623- 650.
- McGuinness, M. E. (2006). Exploring the limits of international human rights law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 34, 393-411.
- Raustiala, K. (1997). The “participatory revolution” in international environmental law. *Harvard Environmental Law Review*, 21, 537-586.
- Schwartz, H. (2003). Internationalization of constitutional law. *Human Rights Brief*, 10.
- Yeh, J. R. & Chang, W. -C. (2008). The emergence of transnational constitutionalism: Its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*, 27, 89-124.

中文專書論文

- 張文貞(2009)，〈憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐〉，廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁223-272。臺北：中央研究院／元照。

中文期刊

- 施慧玲(2004)。〈論我國兒童權利法制之發展-兼談落實聯合國兒童權利公約之社會運動〉，《中正大學法學集刊》，第14期。
- 張文貞(2007)。〈跨國憲政主義的合縱與連橫-歐洲人權法院及內國憲法法院關係初探〉，《月旦法學雜誌》，第151期，頁57-70。
- 賴月蜜(2003)。〈兒童及少年福利法合併修法之歷程與爭議—民間團體推動修法之經驗〉，《社區發展季刊》，第103期，頁50-51。

碩博士論文

- 張碧琴(1994)。《防治未成年從娼的民間行動分析》。台灣大學社會學研究所應用社會學組碩士論文。
- 陸詩薇(2009)。《當我們「同」在「異」起？台灣CEDAW運動之研究與評析》，台大法研所碩士論文。

研究計畫

- 張文貞(2006)。〈台灣加入聯合國「消除對婦女一切形式歧視公約」之國內法律評估研究計畫〉，外交部委託研究。

中文網站

- 財團法人婦女權益促進發展基金會。消除對婦女一切形式歧視公約(CEDAW)專區，網址：http://wrp.womenweb.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=632。2012.09.20。點閱日期：2012年10月1日。
- 台灣展翅協會。網站：<http://www.ecpat.org.tw/>。點閱日期：2012年10月1日。
- 兒童福利聯盟文教基金會。網站：<http://www.children.org.tw/>。點閱日期：2012年10月1日。

新聞報導

- 〈劉麗芳：聯合國兒童人權公約 77國下月實施 我國不應落於人後〉(1990/8/21)。
- 〈婦女團體發表聯合聲明呼籲政府：別讓雛妓問題成爲國際制裁議題〉，楊秋蘋，中國時報第16版(1994/06/23)。

政府資料

- 立法院公報，第93卷第19期，院會紀錄。
- 立法院公報，第94卷第5期，院會紀錄。
- 立法院公報，第94卷第53期，委員會紀錄。

- 立法院公報，第95卷第13期，委員會紀錄。
- 立法院公報，第95卷第59期，委員會紀錄。
- 立法院公報，第96卷第38期，院會紀錄。
- 立法院公報，第96卷第38期，院會紀錄。
- 立法院公報，第96卷第54期，院會紀錄。
- 立法院公報，第95卷第2期，院會紀錄。
- 立法院公報，第97卷第16期，院會紀錄。
- 立法院公報，第97卷第25期，院會紀錄。

司法判決

- 最高法院九十一年度台上字第一四九五號判決。
- 台灣高等法院八十八年度重上字第三二〇號判決。

《公民與政治權利國際公約》基本權克減 (derogate)措施之探討

The Research on the Provision of Derogation of Basic Human Rights in the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights

胡慶山*

摘要

本論文將針對聯合國《公民與政治權利國際公約》基本權克減措施規定第四條條文，依照第四條的總論；第四條的條文、意義與解釋；第四條條款的制定經緯；克減措施的前提：威脅國民生存的公共緊急事態的存在；緊急事態的正式宣布；允許克減措施的各項限制條件，如適用範圍與各項例外、不可克減的各項權利、比例原則、符合國際法的其他各項義務、歧視的禁止、通告的義務(第四條第三項)等論點進行論述，並論及委員會的各項權限與實踐，包括政府報告的審查、各項的個人來文。同時，本論文將討論第四條的各項保留，並就與日本緊急事態法體制的關係進行討論。

Abstract

This paper will address the Provision of Derogation of Basic Human Rights in the UN International Covenant on Civil and Political Rights, Article IV, discussed in accordance with the following arguments: the remarks of Article IV (I), the provisions, meaning and interpretation of Article IV(II), the historical

* 淡江大學國際研究學院亞洲研究所日本研究組專任副教授兼所長暨日本研究中心主任

background of the provisions of Article IV (III), the premis of derogation measures: the threat of national survival in time of public emergency exists; emergency situation announced, the restrictions allowing derogation measures: the scope and exceptions: non-derogable rights; the principle of proportionality; meeting other obligations under international law; the prohibition of discrimination; notificating obligations: the Committee's authorities and practice: reviewing the government report and the personal communications, the reservations of the Article IV, and the relations with Japanese emergency law regime, on behalf of the Conclusion.

關鍵詞：基本權克減措施、不可克減權利、比例原則、歧視的禁止、緊急事態法體制

Keywords: derogation measures of basic human rights, non-derogable rights, the principle of proportionality, the prohibition of discrimination, emergency law regime

壹、前言

大多數的憲法包含有緊急條款，賦予國家元首或中央政府採取例外的措施，包括限制或擱置(suspension)各項的基本權利，在獲得或未獲得國會的同意下，在戰爭期間或災難性狀況。此國家的憲法緊急權利(constitution right of emergency)可與基於刑法的個人自我防衛權利(individual's right of self-defense)加以比較。此外，此國家的憲法緊急權利提供國家的最高憲法機關民主式的正當性基礎¹，在避免肇因於國際或國內的戰爭所引起對一般大眾

¹ 參照 Anna Khakee, *Securing? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed

例外性、無可挽回性(irreparable)的損害之目的下，企圖停止(topple)憲法秩序或特別嚴重的自然或環境災害。

通常是植基於可疑的法律基礎(dubious legal footing)或是單純的事實上的(de facto)權力，所有的憲法保障皆以國家安全或是對顛覆(subversion)、恐怖主義或「憲法的敵人」進行戰鬥的名義下受到擱置。上述的措施將促使對無數的人進行逮捕、隔離(incommunicado)監禁、強制驅離、刑求加以正當化，上述的定罪乃是在特別法庭或其他權利的限制下的簡略程序進行，特別是針對政治參與鼓動者與反對者。實際上，有種特別傾向是有關於軍事獨裁的部分，誤用(misuse)緊急狀態的工具，以維持自身的權力職位，通常是藉由違憲的手段加以確保。在許多的國家中，緊急狀態與其他的例外情形，在許多的層面上已成為國家公權力行使的「正常」型態²。

因此，國際法面臨著在以下兩者間尋求一個中間之道(middle course)，即在捍衛憲法與民主秩序的目的下，承認主權國家的合法權利，以及防止濫用僅是維持權力的事實地位(de facto positions)的緊急狀態權利。此正是國際人權條約經常包含著一個一般性條款，該條款賦予締約國在某些條件下得以暫時克減(derogate)某些的人權義務，且遵守國際上的監督。上述條件包括正式宣布緊急狀態時對緊急狀態的定義，以及上述在任何情況下皆不得擱置(suspended)的「不得克減」的權利範圍。在容讓藉

Forces(DCAF) Policy Paper-No. 30, pp. 1-45.

² 參照 O'Donnell, States of Exception, International Commission of Jurists Review No. 21 (1978), p. 52.亦可比較 1983 年起國際法律家委員會的延伸性研究，International Commission of Jurists, States of Emergency, Their Impact on Human Rights, Geneva 1983，以及緊急狀態次委員會的特別報告者，L. DESPOUY 的年度報告；例如 E/CN. 4/Sub. 2/1992/23/Rev. 1.

由其他締約國與相關國際組織的監督之目的下，各國在利用緊急狀態權利時，負有提出相對應各種報告的義務。

透過國際法關於緊急條款的比較分析，顯示上述條款在實質上經常是相異的³。相對於公約第四條僅提及公共緊急狀態，《歐洲人權條約》第十五條以及《美洲人權條約》第二十七條皆提及戰爭。同時，在《美洲人權條約》第二十七條規定亦指出公共危險的相對性模糊情況，該公共危險正威脅著締約國的安全。相對於此，其他條約則僅針對國民生存(the life of the nation)的威脅。

在另一方面，《美洲人權條約》第二十七條第二項包含著綜合性的(comprehensive)各項不得克減權利項目，即除本公約第四條第二項所提及的各項權利外，亦涵蓋有政治上的各項權利、兒童與家族的權利，以及取得姓名與國籍的權利。此外，《歐洲人權條約》第十五條第二項則含有一個關於不得克減「本質重要各項權利」的限制性項目；亦即，限定在刑求、奴隸、奴役(servitude)與各項溯及性刑法的禁止，以及關於生命權的某些層面。

關於緊急狀態宣言的各項限制，唯有在其服從與遵守國際監督下始為有效。本公約第四條第三項賦予締約國有義務立即通知其他締約國有關任何的克減，包括其理由所在。截至目前為止，至少已有 22 個締約國基於第四條第三項通告的一個或數個克減⁴。1982 年 9 月第四屆與 1983 年 11 月第六屆締約國會議上，荷蘭代表團倡議(initiated)關於此議題的討論，建議擴張不得克減權利

³ 參照 Sieghart, Paul, *The International Law of Human Rights*, Oxford 1983, p.11 的調查。

⁴ 即阿爾及利亞、阿根廷、玻利維亞、智利、哥倫比亞、厄瓜多爾、薩爾瓦多、以色列、尼加拉瓜、巴拿馬、秘魯、波蘭、俄羅斯、斯里蘭卡、蘇丹、蘇利南、千里達與多貝哥、突尼西亞、烏拉圭、委內瑞拉與南斯拉夫，以及英國關於北愛爾蘭。參照 CCPR/C/2/Rev.3, pp. 78 以下。

項目，並提案授權人權事務委員會(Human Rights Committee)針對發生緊急狀態事件之際，建構(institute)特定的程序⁵。但上述倡議遭致蘇聯代表根據第三十條提出程序性異議，因為該條規定締約國會議的召開僅是為選舉前述委員會⁶，從而導致締約國停止對此項議題的討論。

雖然公約第四條第三項未提及人權事務委員會，但在研究締約國政府報告書與關於個人來文的決定上⁷，此委員會早已處理公共緊急狀態的存在問題，以及是否遵守所要求的各項條件。人權事務委員會上述的作法，乃是依循最早進行國際人權是否落實於國內法的歐洲人權條約監督機構的歐洲人權委員會與歐洲人權法院，自從其開始判例法後，歐洲人權條約監督機構即強調，其已被歐洲人權公約授權審查個人在內國法的各項適用⁸是否符

⁵ 參照 CCPR/SP/SR. p.5., SR.7, p.8.

⁶ 參照 CCPR/SP/SR.6, p.3., SR.7, p.3., 9, SR. 8, p.3.

⁷ 比較 Hartman, Joan F., *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies-A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, Harvard International Law Journal (HILJ), Vol. 22(1981), p. 29.; Hartmen, Joan F., *Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision*, Human Rights Quarterly(HRQ), Vol. 7 (1985), p.122.; Walkate, Jaap A., *The Human Rights Committee and Public Emergencies*, Yale Journal of World Public Order (YJWPO), Vol. 9 (1982), p.136.; Buergenthal, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in Henkin, Louis (ed.), *The International Bill of Rights - The Covenant on Civil and Political Rights*, New York 1981, p.72, 85.; Opsahl, Torkel, *Emergency Derogation from Human Rights*, Nordic Journal on Human Rights(NJHR), Vol. 5, No.3 (1987), p.5; Graefrath, Bernhard, *The Application of International Human Rights Standards to States with different economic, social and cultural Systems*, UN Bulletin of Human Rights – Special Issue (1985), p.91.

⁸ 此判例法啟動於(commenced)第一個希臘案件(Greece v. United Kingdom)，與歐洲人權事務委員會在羅勒斯(Lawless)的判決中。然而，關

合歐洲人權公約。

在關於緊急狀態措施的討論方面，基於智利、敘利亞與哥倫比亞的政府報告書，以及審查烏拉圭與哥倫比亞緊急狀態中有關個人來文的見解後，人權事務委員會在 1981 年 7 月首次針對第四條發佈一般意見書。該意見書注意到緊急狀態權利的例外性與暫時性本質，並呼籲所有當事締約國應毫不遲疑地通知其他締約國任何有關緊急狀態的宣言，並向人權事務委員會履行報告義務，特別是確保不得克減權利受到遵守上⁹。

此一般意見書的發佈似乎已解決於 1977 年提出的一項討論，即當締約國提出針對第四條適用時關於委員會權限應有的起草方針¹⁰。在 1982 年與 1983 年，挪威籍的委員會成員歐璞薩 (Opsahl) 提案當緊急狀態宣言提出時，根據第四十條第一項(b)款應提出一份特別報告，並在特別的程序中受到審查。但由於委員會的權限在第四條下受到限制，因而此提案受到否決¹¹。然而，此項倡議(initiative)卻在第四屆與第六屆的締約國會議上受到西方代表的支持¹²；並在 1984 年春的席拉庫撒(Siracusa)專家會議

於此條款，歐洲史特拉斯堡機構特別地強調，「裁量餘地(margin of appreciation)」原則可被適用於國內有權限機關的各項判決；乃因此項原則與當事國的特定情況有直接的關連，歐洲史特拉斯堡機構處在較佳的立場，以判斷是否存在有公共緊急狀態，其各項措施是否為絕對需要對於避免(vert)上述的緊急狀態。比較 Higgins, Rosalyn, *Derogations under Human Rights Treaties*, *British Yearbook of International Law (BYIL)*, Vol. 48, (1976/77), p.288.的延伸性的研究。

⁹ GenC5/13, §3,p.851.比較 Walkate, *supra* note 7, p.141.

¹⁰ 參照 A/32/44,35f.(§138).亦參照 Buergenthal, *supra* note 7, p. 85; Graefrath *supra* note 7, p. 88.

¹¹ 比較 CCPR/C/SR.334,349,351,404.關於辯論的摘要可參照 A/37/40, 75ff.(§§340-44),A/38/40,88 (§374).亦可參照 Opsahl, *supra* note 7, p.5; Walkate, *supra* note 7, p.143; Hartman, *supra* note 7, p. 125.

¹² CCPR/SP/SR.5, §23,SR.7, §37.

上，進一步修正審查上述倡議。

此專家會議是由各種非政府人權組織所組成，專門負責(dedicated solely)本公約第四條的解釋與公約其他的限制條款，會後通過「席拉庫撒原則(Siracusa Principles)」。基於此原則的第七十三段，呼籲人權事務委員會導入要求針對緊急狀態提出獨立報告書的特別程序，並在最早可能的日期對上述報告書進行審查¹³。無庸贅言地，儘管席拉庫撒原則代表著非政府會議的結論，但第三十九到第七十六段包含著許多在解釋第四條上有價值的參考內容。同時，此原則對其他的民間倡議¹⁴及關於此主題的用字遣詞，皆經過相當周延的考慮，並受到共同審議，如同本公約的準備文書所採取的方式一般，同時亦參考人權事務委員會的判例法(case law)與其他國組織的比較判例法(comparable case law)。

值得注意的是，上述「《公民與政治權利國際公約》關於限制與效力停止之席拉庫撒原則(Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights)」，於1985年在聯合國經濟社會理事會¹⁵表決通過。

¹³ 「關於在公民與政治權利國際公約中的限制與減損條款的席拉庫撒原則(Siracusa Principles)」的條文，可參照 E/CN.4/1985/4;1985 Human Rights Quarterly 3; 36 International Commission of Jurists Review 47 (1986)。比較由哈特曼(Hartman)提出的作業文書，1985 Human Rights Quarterly 89，以及歐·朵聶爾(O' Donnell)的評釋，1985 Human Rights Quarterly 23。

¹⁴ 例如，收錄在 3/1987 Nordic Journal on Human Rights 中的「關於在公共緊急狀態或國內暴力各時期的規範與程序的奧斯陸提言(Oslo Statement on Norms and Procedures in Times of Public Emergency or Internal Violence)」，以及國際法院(ICJ)所提出的建言，參照 States of Emergency, Their Impact on Human Rights, Geneva 1983, p.459。

¹⁵ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the

貳、《公民與政治權利國際公約》第四條條款

一、第四條的制定經緯

公約第四條的緊急狀態條款，可追溯到 1947 年聯合國人權委員會的起草委員會(Drafting Committee of the HRCComm)中的英國草案(British draft)¹⁶。此項草案其後在聯合國人權委員會以四票比三票及八票棄權下被接受，在首次嘗試通過的失敗下，該項草案成爲一個討論的基礎¹⁷。此項草案參考所有的戰爭與國家緊急狀態的案例，且未包括任何有助於不可克減權利(in favour of non-derogable rights)的各種例外。此項草案在原則上受到美國的批判。

首先，爭論的是關於《世界人權宣言》第二十九條意涵下的單一且一般性限制條款，在表決通過特定的限制條款後，美國提議否決整個條款，乃因後者已造成第四條成爲多餘的(superfluous)¹⁸。1949 年法國提出妥協案規定在針對歧視的特定禁止下與在贊成不可克減權利下的廣泛(far-reaching)例外¹⁹，而英國草案於修正後被限縮到上述重要且不可克減的各項權利

International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc E/CN. 4/1985/4, Annex(1985).

¹⁶ E/CN.4/AC.1/4, 7, E/CN. 4/21, Annex B, 25. 比較 A/2929, p. 23.; Bossuyt, Marc J., Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht 1987, p. 81.; Hartman, supra note 7, 1981 HILJ p.8; id., supra note 7, 1985 HRQ p.95.; Higgins, supra note 7, p.286.

¹⁷ E/CN. 4/SR.431, 4. 參照在 E/600, Annex B 中的條文。

¹⁸ 參照 E/CN.4/AC.1/SR.22,p.3.; E/CN.4/SR. 127, p.3; E/CN.4/170/Add.1.

¹⁹ E/CN.4/187, p. 324, 365.

上。不久之後，歐洲審議會(Council of Europe)將其規定於《歐洲人權公約》第十五條第二項，同時亦是以上述英國倡議為基礎²⁰。其後，何種權利應賦予作為不可克減的問題²¹乃成為長期討論的主題，此項討論終於在 1950 年對於第四條第二項所指定的各項權利的唱名(roll-call)投票中結束²²。

在法國的倡議下，針對正式宣言的要求被插入第四條第一項中；同時由於聯合國在預防戰爭的目標下成立，為求避免強調戰爭此一可能性，決定剔除(strike)關於戰爭的參照用語²³。最後，符合基於國際法其他義務的要求與歧視禁止的特別規定，則是基於修正後的 1952 年英國的各項提案²⁴。

在聯合國大會第三委員會中，聯合國人權委員會的草案²⁵僅有體例(stylistic)的修正，更長的討論則集中於是否緊急狀態僅須要正式地或「合法地」被宣佈；以及是否不可克減權利的清單應排除第十八條第三項行使的宗教自由，與是否要擴及到結婚的權利等問題²⁶。最後，在墨西哥的倡議下，一個獨立的文句被追加(appended)納入第四條第三項中，表明締約國須被告知關於緊急

²⁰ E/CN.4/188.關於歐洲人權公約第十五條的歷史經緯，參照 Higgins, *supra* note 7, 1976/77 BYBIL p.288.; Hartman, *supra* note 7, 1981 HILJ p.4.

²¹ 關於各種不同的提案可參照比較，Bossuyt, *supra* note 18, p.91.

²² 十一個國家，包括法國、美國與英國投票贊成此一妥協；比利時、智利與烏拉圭棄權。參照 E/CN.4/SR.196, §28.; 亦參照 Bossuyt, *supra* note 18, p. 839.

²³ 參照 E/CN.4/365; E/CN.4/SR.126. p. 6; 在 A/2929, 23 (§39)的各項參照。亦可參照 Schwelb, Egon, Some aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966, in Eide & Schou A. (eds.), *International Protection of Human Rights*, Stockholm 1968, p.116.

²⁴ E/CN.4/L.139 與 Rev.1.

²⁵ 參照 E/2573, 66.

²⁶ 參照 A/C.3/SR.1259-SR.1262;A/5655, §§40-55.

狀態的終止。

二、第四條的條文、意義與解釋

《公民與政治權利國際公約》第四條條文如下：「1.在威脅國民生存之公共緊急事態時，當此緊急事態的存在正式地受到宣布時，本公約的締約國，在事態的緊急性為真正必要的限度下，得以採取克減基於本公約義務之措施。然而，該項措施不得牴觸該締約國基於國際法所負有的義務；此外，不得包括僅以人種、膚色、性別、語言、宗教或社會出身為理由之歧視在內。

2.第一項的規定不允許第六條、第七條、第八條第一項及第二項、第十一條、第十五條、第十六條並第十八條規定的克減。

3.行使採取克減義務措施權利之本公約締約國，向聯合國秘書長通知克減的規定與至於克減的理由後，立即通知本公約的其他締約國。再者，在克減終了之日透過上述秘書長通知此旨趣。」²⁷。

根據日本國際人權法研究者山下恭弘的見解指出，《公民與政治權利國際公約》第四條的意義，有以下幾點：

第一，戰爭、內亂、國內的暴動與緊張等公共緊急狀態中，於國內法或國際法上規定的個人權利與自由的保護，在國家防衛與社會秩序維持之目的下，就今日國內及國際社會的現狀而言，相關當事國暫時性加以限制的可能性，乃屬不得不承認的必要之惡。

第二，由過去與現在的經驗法則可清楚得知，正是在公共緊

²⁷ 參照陳隆志總策劃、許慶雄總主編、李明峻主編，《當代國際法文獻選集》(台北：前衛出版社，1998年)，頁156。

急狀態之際，一般難以想像的殘虐與非人道行為經常發生，故放任相關當事國的自由判斷，將造成個人的權利與自由受到必要以上的限制，但就國際人權公約所追求的「人權保護」之最高原則而言，輕忽此種人權侵害的狀態絕不能加以承認。

第三，本條在公共緊急事態發生時，對國家得以採取關於個人權利自由的限制措施，即一般所稱「人權規定的暫時效力停止(derogation)」措施(在此略稱為「克減」措施)，規定其所允許的界限與手續，強化國際社會的監督，謀求盡可能地排除相關當事國的恣意性判斷。此乃設立本條之意義所在。

第四，倘若本公約完全不承認公共緊急事態發生時對權利的限制，將招致國家的反彈，批准公約的國家數量亦將會大量減少。為求避免上述情形的發生，公約積極地規定對權利限制的條件，以備緊急事態發生，可說是具備現實性與盡人事的對應。由此觀點，亦可找出本條的意義。

關於本條的解釋方面，本條較諸於聯合國人權委員會所提出的原案，雖有若干的不同，如追加第三項「違反終了之日……」的文句等，但其構成及內容並未改變。具有與本條相同旨趣的規定有，歐洲人權公約第十五條²⁸與美洲人權公約第二十七條。在解釋本條時，注意上述的規定乃相當重要²⁹。

²⁸ 參照 Susan Marks, *Civil Liberties at the Margin: The UK Derogation and European Court of Human Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 1(Spring, 1995), pp.69-95.

²⁹ 此外，關於非洲人權體制下緊急事態中的不可克減權利的批判性分析，可參照 Belay Frenesh Tessema, *A Critical Analysis of Non-derogable Rights in a State of Emergency under the African System: The Case of Ethiopia and Mozambique*, Submitted in partial fulfillment of the requirements of the degree LLM (Human Rights and Democratization in Africa), Faculty of Law Universidade Eduardo Mondlane Maputo, Mozambique, 31 October

參、克減措施的先決條件(prerequisites)

本公約締約國若要進行克減措施，其充分與必要的兩個先決條件是：一、威脅國民生存的公共緊急事態必須存在；二、必須由締約國中央政府進行緊急事態的正式宣布。以下即針對上述兩項前提條件加以分述：

一、威脅國民生存的公共緊急事態的存在

本條第一項中所謂的「威脅國民生存的公共緊急事態」係指何種事態？慮及此文句的意涵時，原始提案的審議過程、人權事務委員會的一般意見、先例皆無法參考。與本公約第四條的不明確性相較，在規定同一文句的《歐洲人權公約》下，以在數個案件中做出令人饒富興味的判斷為基礎，簡述在歐洲所累積的先例對本公約的解釋給予有利的提示。

舉例而言，歐洲人權法院在羅雷斯事件³⁰中，對公共緊急事態做出以下的定義。亦即，所謂的公共緊急事態係指「影響全體國民，危及國家此一共同體的組織性活動之例外性且急迫的危機或緊急的事態」。對此，更進一步的定義是歐洲人權委員會在希臘事件³¹中所做的判斷，區分為以下的四個基準，作為更為具體的基準而受到提示。(一)「公共緊急事態」必須是現實且急迫的事態；(二)其影響涉及全體國民；(三)國家此一共同體組織性活

2005.

³⁰ Lawless Case, Year Book European Convention on Human Rights., Vol.4, p. 472.

³¹ The Greek Case, Year Book European Convention on Human ., Vol, 12, p. 72.

動的持續受到威脅；(四)危機或危險必須是《歐洲人權公約》所承認的通常措施或制約下，對公共安全、公共衛生與公共秩序的維持上明顯地不充分般的例外事態。

《歐洲人權公約》顯示的上述基準，雖非能說完全，但具有適切的內容。既然國際人權公約本身未見任何的基準，上述《歐洲人權公約》的基準即可成為思考本條所謂「公共緊急事態」為何的出發點。若更進一步思考公共緊急事態的意涵時，除上述的歐洲基準外，可參照前述以國際法律家委員會(International Commission of Jurists)為主，於1984年所整理的「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」³²；以及該年國際法協會(International Law Association)表決通過的「巴黎最低基準(The Paris Minimum Standards)」³³。上述的原則與基準顯示出較歐洲基準更進一步發展的內容，亦包括關於公共緊急事態存在與否的討論在內，乃是將緊急事態全體的討論更加精緻化與意義化的素材。

相對於《歐洲人權公約》第十五條、《美洲人權公約》第二十七條與在聯合國人權委員會的原始草案，本公約第四條僅提及公共的緊急狀態(public emergency ; le cas où un danger public exceptionnel)。原始針對戰爭的參考在1952年受到剔除，目的是避免給予聯合國接受戰爭的印象。然而，此一表現不應導引人作出以下的結論，即在戰爭時期各項克減是不受允許。反之，武裝的國際衝突通常表示威脅到國民生存的公共緊急狀態原型(prototype)³⁴。舉例而言，1985年11月11日的通告(notification)

³² Human Rights Quarterly, Vol. 7, no. 1985.該原則的特刊。

³³ Subrata Roy Chowdhury, Rule of Law in a State of Emergency (Pinter Publishers, 1989)介紹該基準的全文，並進行詳細的解說。

³⁴ 在第四條的起草期間中此點重複地受到強調。比較 E/CN.4/SR.126, p.6, SR.330, p.4; A/2929,23 (§39); A/C.3/SR. 1260, p.257.在此意涵下，亦可

中，尼加拉瓜藉由引用聯合國的軍事侵略將其緊急狀態擴張加以正當化³⁵。

就量而言，內戰或嚴重暴力的內部動亂(internal unrest)之其他情形截至目前是最經常受到主張作為宣布緊急狀態的原因³⁶。在1990年代所有基於第四條第三項作出克減措施通告的國家(阿爾及利亞、阿根廷、玻利維亞、智利、哥倫比亞、厄瓜多爾、薩爾瓦多、秘魯、波蘭、俄羅斯、蘇丹、突尼西亞、英國、烏拉圭、委內瑞拉與南斯拉夫)，以其內部各種困難(社會動亂、顛覆(subversive)活動、破壞(vandalism)、游擊戰爭(guerilla war)、種族衝突(ethnic conflicts)、恐怖主義(terrorism)等)加以正當化³⁷。如同許多上述事例顯示，明確的情況是，在國家安全主義或相當於前者的意識形態的利益下，總會出現濫用緊急權的危險³⁸。

基於此一理由，第四條第一項涵蓋以下的要求，此要求係採自《歐洲人權公約》第十五條第一項，即緊急狀態僅唯有在威脅到國民生存(threatens the life of the nation; menace l'existence de la nation)下始允許各項的克減措施。儘管法國提出的條文確曾提及不僅是一個存在的緊急狀態，亦須是正威脅國民生存的緊急狀態的危險(the danger; un danger)，此種危險必須不是想像或單純的害怕；而是國民的生存(非來自獨裁者所造成)必須是現實上與直接地受到威脅且達到異常的程度³⁹。歐洲人權實施機關已持續

參照 Hartman, supra note 7, 1985 HRQ p.98.

³⁵ 參照在 CCPR/C/2/Rev.3 中通告的內容。

³⁶ 比較 Hartman, supra note 7, 1981 HILJ p.13; id. supra note 7, 1985 HRQ p. 93.

³⁷ 參照 CCPR/C/2/Rev.3.

³⁸ 比較 ICJ, supra note 2, Emergency p.414.; Hartman, supra note 7, 1985 HRQ, p.93.

³⁹ Hartman, supra note 7, 1985 HRQ, p. 91; 前述註 13 席拉庫撒原則

地判決以下的基準成爲一個現正威脅國民生存的緊急狀態的指標(indicative)，可作爲本公約第四條解釋的引用⁴⁰；一個真實直接的威脅，其影響關涉整體國民且造成共同體的組織性生存的持續性成爲不確定，用正常對各項權利限制的可能性不足以避免(averted)。英國在北愛爾蘭採取的克減措施，受到歐洲人權實施機關與人權事務委員會的同意⁴¹，顯示出地理上限定的緊急狀態得以影響全體人口甚至於國民的生存⁴²。

在另一方面，在智利長時間緊急狀態的案件中，人權事務委員會表示正當性的懷疑，如同歐洲人權委員會對希臘案件的懷疑一般，皆是關於現正威脅國民生存緊急狀態的存在與否。在蘭帝涅里·席爾瓦(landinelli Silva)案件中，委員會的意見是，烏拉圭不能僅以宣布緊急狀態的存在即可逃避本公約的義務，官方通告的理由不足以將脫離(departure from)正常法體制加以合法化⁴³。

除武裝衝突與國內動亂外，嚴重的自然或環境災害亦可導致現正威脅國民生存的緊急狀態。其例包括地震、水災、龍捲風(cyclones)或核子事故，假設其效果造成共同體大多數部門組織性生存不確定時⁴⁴。儘管單純的經濟困境無法將克減措施加以正

(Siracusa Principles)第三九段落；在 GenC5/13, §3 段落，委員會特別提及緊急狀態的異常性與臨時性的性質。

⁴⁰ 在此意涵下，可參照 Schwelb, supra note 25, in Eide & Schou p.116; Buergenthal, supra note 7, in Henkin p.72, 79 ; O'Donnell, supra note 2, 1985 HRQ p.23.

⁴¹ 比較 Walkate, supra note 7, 1982 YJWPO p.136., 有更多的參考。

⁴² 在此意涵下，亦可參照 Buergenthal, supra note 7, in Henkin p.72, 80.; Hartman, supra note 7, 1985 HRQ, p. 92.

⁴³ landinelli Silva v. Chile, No. 34/1978, §8.3. 在此意涵下，亦可比較 Salgar de Montejo v. Colombia, No. 64/1979, §10.3.關於委員會的判例法詳細可參照前述的 36-40 段落。

⁴⁴ 在此意涵下，亦可比較公約起草準備文書中各種的參考：E/CN.4/365,

當化⁴⁵，但廣範圍的經濟危機與長期的(chronic)飢餓與未開發情況引起的社會與經濟上動亂，在例外的情形下，則可依照比例原則採取現正威脅國民生存的緊急狀態⁴⁶。

二、緊急事態的正式宣布

相對於在區域人權條約中的緊急狀態條款，本公約第四條第一項包括一個明確條件(express condition)，即僅在緊急狀態的存在「正式地受到宣布(is officially proclaimed; est proclamé par un acte officiel)」，締約國始被授權克減各項權利。換言之，事前的正式宣布(prior official proclamation)對第四條的適用而言，乃是一個重要的技術性先決條件。儘管緊急狀態可能是顯而易見，但基於公約的權利克減，只要是被授權的國內機關未正式宣布緊急狀態時，即構成國際法上的違反。此法效果將宣布與基於第四條第三項的通知此一國際責任加以區別。後者並非必要條件，後者並無法將緊急狀態措施賦予合法(renders lawful)⁴⁷，僅是在其他締約國與人權事務委員會採行的國際監督下所採取的替代措施。在另一方面，第四條第一項的正式宣布乃是必要條件⁴⁸，並提供國內的監督，特別是來自立法與司法機關⁴⁹。

p.20(法國草案); E/CN.4/SR.196,p.7; Hartman, supra note 7, 1985 HRQ, p. 98.

⁴⁵ 在此意涵下，前述註 13 席拉庫撒原則(Siracusa Principles)第四一段落；O'Donnell, supra note 2, 1985 HRQ p. 24.

⁴⁶ 在此意涵下，Hartman, supra note 7, 1985 HRQ, p. 94.亦可參照 1989 年 3 月 17 日委內瑞拉的通告。

⁴⁷ 在此意涵下，可參照 No.34;1978,§8.3; No.64/1979,§10.3.

⁴⁸ 此法效果藉由第四條第一項的規定毫不含糊地表現出。

⁴⁹ 比較 Buergenthal, supra note 7, in Henkin p.72, 80.;Hartman, supra note 7, 1985 HRQ, p. 99.亦可參照 Questiaux, Etude 9 (§43).

此正式宣布的要求可追溯到 1950 年聯合國人權委員會中的法國草案⁵⁰。1963 年墨西哥在聯合國大會第三委員會提出動議，以「合法地」取代「正式地」的字眼。此目的是要確保緊急狀態的宣布必須符合各自憲法上所規定的程序⁵¹。儘管此動議最終未獲得成功，但仍存在著以下的共識，即當有權限的機關做出緊急狀態的宣布，唯有在被視為是「正式的」情形下始被承認⁵²。

正式宣布的本質重要性是在於相對於受影響人口的大眾注意。人民應得知關於緊急狀態措施適用的確切文書資料、領域與時間範圍，以及該措施對人權行使所造成的衝擊。特別是要防止事實上的權利克減，以及其後對早已犯下的人權侵害加以正當化的企圖。

本條採取對應公共緊急事態措施的前提是，公告周知公共緊急事態的存在，且明白規定相關當事國正式宣布緊急事態存在的必要性。本條所謂「緊急事態的存在正式地受到宣布時」係意味著，依據相關當事國的憲法或法律上所規定的條件，由擁有權限的機關宣布「公共緊急事態」。唯有在經過上述正式的宣布，無論是宣布的形式為何，只要是正式即可，相關當事國即可轉而採行人權規定暫時性的克減(效力停止)措施。然而，上述的措施並非無條件地受到承認，唯有在公約所規定的條件範圍內始受到承認。

⁵⁰ E/CN.4/365, 20: 「…藉由當局正式宣布的緊急狀態…」。

⁵¹ A/C.3/L.1170;A/C.3/SR.1261, §§2,11,36.關於憲法的要求，可參照 ICJ, *supra* note 2, *Emergency*, p. 432.

⁵² 比較 Bossuyt, *supra* note 18, p.88 中各種的參考。

肆、允許克減措施的各项限制條件

儘管本公約第四條認識到緊急狀態的可能存在，與要求締約國中央政府負責任的正式宣佈下，得以採取對本公約基本人權保障義務的克減措施；但縱使是承認所採取的克減措施，上述措施仍不可針對不可克減權利，且必須符合比例原則，同時亦須符合國際法上其他各項要求的義務，其實施上亦不可有針對重要事由的歧視，更重要的程序條件是必須要通告人權事務委員會。以下即針對上述各項論點加以分述。

一、適用範圍與各項例外：不可克減的各项權利

本條在第一項規定以下的三個條件，明白地規定相關當事國得以採取克減(效力停止)措施的範圍。第一，「事態的緊急性為真正必要的限度」；第二，「不得抵觸該締約國基於國際法所負有的義務」；第三，「不得包括僅以人種、膚色、性別、語言、宗教或社會出身為理由之歧視在內」。

首先，所謂的「事態的緊急性為真正必要的限度」意涵究竟為何？

當公共緊急狀態存在與受到正式地宣布時，締約國可基於公約採取「克減其義務的措施」(measures derogating from their obligations)。相較於直到 1952 年始提到聯合國人權委員會的各项草案，上述草案僅提及締約國有義務尊重與確保根據公約第二條上各項的實質性權利⁵³，第四條第一項的用語已擴展到涵蓋所

⁵³ 特別是 E/CN.4/21, Annex B; E/CN. 4/188.的英國草案；以及在聯合國人權事務委員會早期報告書中的各项草案，E/1371, p. 29; E/1681, p.15;

有公約的義務。換言之，亦涵蓋到第二十八條下各項的程序責任(procedural duties)，特別是根據第四十條的報告責任，以及國家間的參與責任，與各項個人來文程序。由公約起草準備文書可清楚得知，此乃聯合國人權委員會的意圖⁵⁴。舉例而言，人權事務委員會關於政府報告書的要求已對黎巴嫩展現更大的忍耐，縱使黎巴嫩並未根據第四條第三項通知委員會關於緊急狀態。然而，截至目前在已通知的所有國家中，並無任何國家明顯地自公約程序責任加以克減。

更重要的是，關於維護各項實質權利的克減措施。相對於公約其他的限制條款，其僅提及各項的特定權利，除第四條第二項表列的各項權利外，所有的權利皆可在緊急狀態時加以克減。此不得克減權利項目乃是在冗長的討論後妥協的產物⁵⁵；雖然此項目遠超過《歐洲人權公約》第十五條第二項規定的四項重要權利⁵⁶，儘管是遠低於《美洲人權公約》第二十七條第二項擴張性的條款⁵⁷。

除與個人存在的最基本的各項權利(生命權與在法之前做為人的承認；刑求拷問、奴隸與奴役的禁止)外，本公約第四條第

E/1992, p. 20..

⁵⁴ A/2929, 24 (§§ 45, 47) ; Bossuyt, *supra* note 18, p.91, 98.

⁵⁵ 關於歷史背景可參照，Bossuyt , *supra* note 18, p.91.; Hartman, *supra* note 7, 1985 HRQ p. 115.

⁵⁶ 第二條的生命權、第三條刑求與拷問的禁止、第四條第一項奴隸或奴役的禁止，罪刑法定主義。

⁵⁷ 第二項規定不可擱置的權利(suspension)有第三條的對司法人格的權利、第四條對生命的權利、第五條對人道待遇的權利、第六條免於奴隸的自由、第九條免於法律追溯的禁止、第十二條良心與宗教的自由、第十七條家族的權利、第十八條對姓名的權利、第十九條對兒童的權利、第二十條對國籍的權利，與第二十三條參與政府的權利，或上述權利保護重要的司法保障。

二項包含其他的權利，諸如債務監禁的禁止，刑法追溯的禁止，與思想、良心及宗教的自由。雖然後者的權利在聯合國大會第三委員會曾是辯論的主題，即針對第十八條第三項關於宗教行使可允許的各項限制，墨西哥提出動議主張僅第一、二與四項是不可克減，但未獲通過⁵⁸。根據本公約第二任擇議定書第六條第二項，以及本公約第二任擇議定書第一條第一項不受處決的權利，基於本公約第四條不受任何的克減。

法國與美國在聯合國第三委員會中提案表示將人身自由(或部分的人身自由)各項權利與法支配下的特定最小限度的保障視為是不可克減，但亦未能獲得多數通過⁵⁹。儘管如此，「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」涵蓋著各種關於維持最低限度正當程序必要性的參考⁶⁰，且參照國際法下的其他各項義務(特別是 1949 年與 1977 年日內瓦各項條約)，以及第四條第一項受到嚴格要求措施的規定加以正當化⁶¹。法國與美國的前述提案亦規定應通過離開國家的權利(the right to leave the country)與外國人驅逐的禁止(the prohibition of expulsion of aliens)，上述提案之後受到撤回。沙烏地阿拉伯與塞內加爾在聯合國大會第三委員會已提案盼能通過結婚的權利，但卻因以下的事實遭受否決，即在戰爭期間與

⁵⁸ 參照 A/C.3/L.1170.亦可參照 Bossuyt, *supra* note 18, p.95. Hartman, *supra* note 7, 1981 HILJ p.16,發現在正常的時期中一個權利的通過附帶著相關廣範圍的限制條款，令人不可思議。

⁵⁹ 關於各種的提案可參照與比較 Bossuyt, *supra* note 18, p.91; Hartman, *supra* note 7, 1985 HRQ, p. 116.

⁶⁰ 特別是「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」第 60, 66, 67,70 段，參照前述註 13；Buergenthal, *supra* note 7, p. 83, 在不可克減的權利中亦包括公平審判的權利在內。在此意涵下，亦可參照 ICJ recommendations Nos. 5-8, 14-37, in ICJ, *Emergency* p.459.

⁶¹ 比較 O'Donnell, *supra* note 2, 1985 HRQ, p. 28.; Hartman, *supra* note 7, 1985 HRQ, p. 118.

敵國的國民結婚得以受到禁止⁶²。

國際法律家委員會亦提出將第二十條的戰爭宣傳與仇恨倡導的禁止、第二十七條的少數者各項權利、第十條受監者享有人道待遇的權利、第十九條第一項的個人享有意見自由的權利，作為事實上的不可克減權利，並建議納入第四條第二項中⁶³。在另一方面，哈德曼(Joan Hartman)正確地指出，不可克減權利的擴張，對與緊急狀態下進行戰鬥而擱置的所有權利而言，將會造成相對的失去焦點，且將使第四條成為繁瑣無用(trivialize)的規定⁶⁴。

誠然，當政府在緊急狀態時克減相同的姓名與出生登記的記錄權利或配偶的各項平等權利時，亦令人難以想像。然而，此一不可克減權利項目的重要性，不在於上述權利的列舉，而在於明白地承認，在緊急狀態下特別地會受到危害的人類特定本質權利，與人類的尊嚴，乃是在任何的情況下(包括戰爭或內戰)皆不可受到限制。

在實踐上，除非締約國國內法違反各項的不可克減權利外，一般而言，克減措施的目標與對象，主要是在於人身自由、遷徙自由與隱私、法程序保障與各項政治權利與自由的行使(投票的權利及表現、結社與集會的自由)⁶⁵。此可由根據第四條第三項關於遵守克減的本公約各條款所提出的「通知」特別明顯得知⁶⁶。

除幾個例外，如烏拉圭的「正式宣布」中並未包含任何所謂

⁶² A/C.3/L.1171;Bossuyt, supra note 18, p.94.

⁶³ ICJ, supra note 2, Emergency p.440, 463 (Recommendation 38).

⁶⁴ Hartman, supra note 7, 1985 HRQ, p. 113.

⁶⁵ 比較 O'Donnell, supra note 7, p. 21; ICJ Rev. p. 52. ;在此脈絡下，聯合國人權事務委員會上菲律賓提案，以詳盡的可停止權利(人身自由、遷徙、表現與結社的自由、外國人驅逐的禁止)，取代不可克減權利的項目(E/CN.4/365, p.19.)。

⁶⁶ 參照關於此些通知的條文於 CCPR/C/2/Rev.3.

停止的權利⁶⁷；哥倫比亞的克減首次提及公約所有條款為「無法符合公共秩序的維持與恢復」⁶⁸；所有的締約國皆指出各項權利須遵守克減措施。最擴張性的項目是包括在尼加拉瓜所提出的「通知」中，其事實上關涉本公約所有的可克減權利，甚至包括第一條到第五條的條款⁶⁹。其餘各國，如阿根廷、玻利維亞、哥倫比亞、斯里蘭卡、蘇丹、蘇利南與南斯拉夫，僅指明兩、三個權利。幾乎所有的「通知」皆提及第十二條的遷徙自由與第二十一條的集會自由的權利；大多數亦列出第九條的人身自由、第十七條的隱私、第十九條的表現自由與第二十二條的結社自由的各項權利。第十四條的程序性保障正式受到官方限制的僅有尼加拉瓜、波蘭(第五項)、斯里蘭卡(第三項(b))、千里達與多貝哥(第三項)，以及英國。此外，尼加拉瓜與英國已限制第十條中的各項保障；然而，後者僅針對第二項與第三項。蘇丹特別是自第二條克減。外國人的驅逐在智利與尼加拉瓜受到允許。儘管《美洲人權公約》第二十七條將政治各項權利列為不可克減，但特別是拉丁美洲各國(特別是智利與烏拉圭)，無論是在事實上或是法律上皆已停止上述權利⁷⁰。

⁶⁷ CCPR/C/2/Rev.3；亦可參照委員會在 No.34/1978, §§6,8.的批判。

⁶⁸ CCPR/C/2/Rev.3.在聯合國秘書長反覆的質詢後，哥倫比亞始宣布僅第十二條與第二十一條受到克減措施的影響，*id.*, p. 43.在另一方面，在針對哥倫比亞三件的個人來文決定中，委員會注意到，該政府宣稱已停止第十九條第二項與第二十一條。在此意涵下，可參照在 CCPR/C/2/Add.4,5 中的通知。由於上述的情況涉及第六條、第九條與第十四條的違反，因此委員會宣稱該政府宣布的緊急狀態於此方面乃不具關聯性(No.45/1979,§12.2; No.46/1979,§13.2; No.64/1979,§10.2,3.)。

⁶⁹ CCPR/C/2Rev.3,然而，似乎是不允許締約國自第四條的義務進行克減。關於保留的許容性(permissibility)可參照前揭註 paras.41,42.

⁷⁰ 參照 CCPR/C/2/Rev.3 中關於智利針對投票權的宣言；關於烏拉圭，參照 1976 年 9 月 1 日第四號組織法(the Acta Institucional No.4)，以及委員

由原始提案的審議經過與本公約的先例等觀之，對於「事態的緊急性為真正必要的限度」此條件的解釋，似乎是不太能適用於實際的案例上。舉例而言，人權事務委員會的第五號一般意見第三段僅指出，「基於第四條所採取的措施具有例外且暫時性的性質，僅唯有在相關當事國國民的生存受到威脅時，始得以存續」。因此，就一個解釋方法而言，可利用規定同一文句的《歐洲人權公約》下所顯示出的先例。對於此條件，前述歐洲人權法院在羅勒斯事件⁷¹與北愛爾蘭事件⁷²中，歐洲人權委員會與人權法院已做出有利的判斷。要言之，人權規定暫時性效力停止措施，大致上必須滿足以下的基準。第一，通常的法體制已無法對應緊急事態，效力停止乃屬必要；第二，緊急事態與對應事態所選擇的措施間具備關聯(link)；第三，在防止效力停止措施濫用所造成人權侵害上，事先已預備好適切的預防手段。

再者，當使效力停止措施正當化的因素消失時，該項措施必須立即停止。此外，值得注意的是，包括「公共緊急事態」究竟是否存在之內，實際上所採取的措施是否符合上述三個基準的第一次判斷權屬於相關當事國。依據歐洲的先例，傾向於承認國家對於此點的合理性自由裁量。對此傾向提出理論根據的是，一般所稱的「評價的餘地(margin of appreciation)」。

會所做的相對應的決定，前述第三十五到三十八段與第二十五條，第十四、四十、四十三段；對於已批准美洲人權公約的本公約締約國，自本公約第二十五條克減亦會構成第四條第一項的違反，即使該克減不牴觸國際法下的其他義務，比較前述第二十七段。關於在緊急狀態下基於美洲人權公約權利克減的課題，比較美洲人權法院的意見，1987年1月30日的No.OC-8/87與1987年10月6日的No.OC-9/87., in 1988 HRLJ, p. 204.

⁷¹ Lawless Case, Year Book European Convention on Human Rights., Vol.4, p. 474-480.

⁷² Ireland v. UK, Y. B. Eur. Conv. H.R., Vol. 19, pp. 584-602.

根據上述的「評價的餘地」理論，當發生與國家存立有關的公共事態時，承認國家對條約解釋一定的裁量，條約的實施機關應尊重上述的國家裁量。問題在於，此裁量的「幅度」受到承認的程度為何？人權事務委員會在公共緊急事態的相關案件中，雖尚未採用此一理論，但卻在與緊急事態無直接關聯的公約第十九條表現自由的相關案件中已採用此理論。

關於「評價的餘地」理論存在的意義，人權事務委員會指出，由於「(各國間)普遍地適用可能的共通基準不存在。因此，關於此點，必須賦予有責任的國家機關一定裁量的餘地⁷³」。依據此項理論，解釋條約的某項文句時，當各國間有共通的理解且可找出共通的基準時，特定國家的裁量幅度將大為縮減。在緊急事態的案件中人權事務委員會是否採取此項理論至今雖仍不明確，假設已採用時，將來廣泛且無條件地承認國家裁量的幅度時，對人權事務委員會而言，等同於自行放棄對本條解釋的最終判斷權。

2001年，聯合國《公民與政治權利國際公約》人權事務委員會針對緊急事態做出第十九號一般意見書⁷⁴，並提出相關的各項原則。聯合國《公民與政治權利國際公約》第四條允許在緊急狀態時克減某些的權利；同時，亦建立以下的體制，即在第二項條列出許多權利為不可克減。第四條第二項規定的不可克減權利為，第六條的生命權、第七條免受拷問刑求或殘忍、不人道或傷及品格的待遇、第八條第一項與第二項奴隸與奴役的禁止、第十一條無法履行契約義務之拘禁的禁止、第十五條刑法上的各項保

⁷³ Hertzberg and Others v. Finland (N0.61/197910.3 宮崎繁樹編集代表『國際人權規約先例集---

規約人權委員會精選決定集第一集』(東信堂，1988年)，頁209。

⁷⁴ General Comment 29: State of Emergency (Article 4), UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

障、第十六條法前平等的承認，以及第十八條宗教信條的表明。儘管公約未將第十四條的司法程序保障列為不可克減的權利，但人權事務委員會的重點置於，公約關於司法各項程序保障的各項條款決不能作為(made subject to)故意規避(circumvent)第四條第二項不可克減權利的措施⁷⁵。舉例而言，即使是在正式宣布的緊急狀態下，任何會導致科處死刑的審判必須符合公約第十四條所要求的所有要求的程序。誠然，縱使可自第十四條加以克減是受到允許，但人權事務委員會的解釋是，任何上述克減的程度乃是受到限制⁷⁶。

人權事務委員會亦注意到，「不可克減權利」的完全補充規定(full complement)包括在國際人權法、國際人道法、國際刑法下的各項義務中部分可適用的各項權利在內，乃因第四條第一項要求任何克減聯合國《公民與政治權利國際公約》各項條款的措施皆必須符合國際法下締約國的其他各項義務⁷⁷。若將此立場加以擴張解釋，人權事務委員會已確認，在可適用於所有國家的習慣國際法下的某些權利可成為不可克減權利。

二、比例原則

根據聯合國《公民與政治權利國際公約》第四條第一項，各項權利唯有在「狀態緊急所嚴格要求的程度(to the extent strictly required by the exigencies of the situation ; dans la stricte mesure où la situation l'exige)」。此乃是針對比例原則(the principle of

⁷⁵ General Comment 29, id, para.15.

⁷⁶ General Comment 29, id, para.16; Siracusa Principles, para. 67.

⁷⁷ General Comment 29, id, paras.9-13.

proportionality ; Verhältnismäßigkeit)明顯的參照，此將受到人權事務委員會的審查⁷⁸，除不可克減權利的項目外，此原則代表著對受允許的克減措施最重要的限制⁷⁹。介入的程度與措施的範圍(領域性與臨時性兩者)皆必須基於合理的關聯性，即與威脅國民生存之緊急狀態的戰鬥實際上的必要性⁸⁰。比例原則要求克減措施的必要性應定期受到獨立國內機關；特別是，立法與司法機關⁸¹的審查。對於在平時期間本公約所允准的各項限制程度⁸²，在採取緊急措施之前皆須已全部受到適用⁸³。再者，在本公約中未加以處理的各項權利限制，亦必須在公約各項權利限制之前先行適用⁸⁴。

儘管是在受到質疑情況下，克減措施可受到適用之處，唯有在締約國直接受到暴動或災害影響的區域而已。就例外措施而言，唯有在限定的期間內始可施行；並唯有在絕對必要(absolutely necessary)時始可延長⁸⁵。然而如前所述，在威權體制方面存在某種的傾向，即長期性的(permanently)施行緊急狀態，使緊急狀態成爲事實上的一般狀況⁸⁶。

⁷⁸ 在 No.34/1978,§8.3 ; No.64/1979,§10.3.亦可與 Opsahl, supra note 7, 3/1987 NJHR, p. 5; Schwelb, supra note 7, in Eide & Schou, p.116.加以比較。

⁷⁹ 詳見 Hartman, supra note 7, 1985 HRQ, p. 105.; id., 1981 HILJ at 17; Buergenthal, supra note 7, p. 80.; O'Donnel, supra note 2, 21 ICJ Rev. p. 55.; id., 1985 HRQ, p. 27.

⁸⁰ 比較「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」第 51 段，前揭註 13。

⁸¹ 比較 id., 第 52, 55, 56 段。

⁸² 特別是在第十四條第一項、第十八條第三項、第十九條第三項、第二十一條、第二十二條第二項與第二十五條。

⁸³ 比較「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」第 53 段，前揭註 13。

⁸⁴ O'Donnell, supra note 2, 1985 HRQ, p. 27, 在此脈絡下提及受到美國憲法保障的攜帶武器權利。

⁸⁵ GenC 5/13,§3, 委員會強調克減措施乃是臨時性。

⁸⁶ 關於此點，會提及巴拉圭、海地、巴西、烏拉圭、哥倫比亞、喀麥隆、

「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」第七十段確定地表示，儘管第九、十與十四條未受承認是不可克減，但特定的最低限度的保障(minimum guarantees)，如人身保護令(habeas corpus)與接受公平審判的權利，將永不能受到克減，乃因上述克減會與比例原則矛盾⁸⁷。此項解釋產生出以下的義務，即針對所有的逮捕進行記錄、禁止無限定的拘禁或審判前的逮捕、僅能兩三天的單獨監禁(solitary confinement)，限制軍事審判針對私人。

三、符合國際法下的其他各項義務

聯合國《公民與政治權利國際公約》第四條第一項規定進一步的條件，即克減措施不可以抵觸(inconsistent)國際法下的其他各項義務。此項條件下，締約國基於條約、國際習慣法等負有本公約以外所有的相關義務。基於要求履行上述義務的規定，即使是在本條第二項明白規定的緊急事態下，亦有可能更進一步包括與擴充應受保障的人權內容。一般而言，此處所指的緊急事態的「其他義務」典型為，適用國際人道法的詳細規定⁸⁸。

此條款可追溯到聯合國人權委員會中美國與比利時的提

薩伊、敘利亞、泰國、台灣、南韓或馬來西亞。比較 O'Donnell, *supra* note 2, 21 ICJ Rev., p. 55, 59; ICJ, *supra* note 2, Emergency, p.415.;委員會已表示其保留，關於智利、敘利亞、哥倫比亞、烏拉圭、秘魯與薩爾瓦多施行的減損措施的長度。參照 A/34/40, §§78,293; A/35/40,§247; A/37/40, §270; A/38/40, §449; A/42/40, §157.

⁸⁷ 關於此「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」的重要原則，可參照 Hartman, *supra* note 7, 1985 HRQ, p. 119.; O'Donnell, *supra* note 2,1985 HRQ, p. 32.在此意涵，亦可參照 ICJ, *supra* note 2, Emergency, p.424.

⁸⁸ 詳見宮崎繁樹編著『國際人權規約』(日本評論社、1979年)，頁130-131。

案⁸⁹。南斯拉夫企圖尋求將此用語加以特定，藉由對聯合國憲章與世界人權宣言明確的參照，但徒勞無功⁹⁰。因此，「國際法下的各項義務」此用語廣泛地指涉習慣國際法(customary international law)與國際條約法(international treaty law)，主要是(primarily)其他的人權條約與人道國際法(humanitarian international law)領域的條約⁹¹。特別值得注意的是，受到締約國以壓倒性的多數加以批准的1949年四個日內瓦條約第三條，以及1977年兩個附加議定書中所含有的法治(rule of law)最低限度的保障。

此外，值得一提的是，關於強制勞動、結社自由與勞工各項平等權，同樣地受到大多數國家所批准，一般雖缺乏緊急狀態條款，但仍可成為締約國的國際法義務。其他的例子尚有：1951年《日內瓦難民條約》(包括1967附加議定書)；《非洲人權憲章(Africa Charter on Human and People's Rights, ACHPR)》皆未包含緊急狀態條款；以及《美洲人權公約(American Convention on Human Rights, ACHR)》第二十七條第二項則包括不可克減權利的擴張項目；再者，習慣國際法的某些規則，例如禁止將難民驅逐回國，皆可為締約國的國際法上限制克減的其他義務。

最後，公約本身亦可產生限制克減措施的各項義務；特別是，第五條第一項中濫用的禁止，將以破壞本公約任何權利為目

⁸⁹ E/CN.4/365, 367.比較 A/2929, 24 (§43); Bossuyt, *supra* note 18, p. 89.

⁹⁰ E/CN.4/L.212; E/CN.4/SR.331, p. 5.

⁹¹ 比較 Buergenthal, *supra* note 7, p. 82; Hartman, *supra* note 7, 1981 HILJ, p. 17.; *id.*, 1985 HRQ, p. 119; 「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」第 66-68 段，前揭註 13; O'Donnell, *supra* note 2, 1985 HRQ, p. 30.; McGoldrick, *The Human Rights Committee, Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 1991, p.304.

的之締約國的各項行為視為非法。倘若國家的法體制在結構上以權利的破壞或限制為基礎，例如採取種族歧視主義、法西斯主義或殖民主義的國家，且該等國家已批准本公約時，則將不能依賴(rely)第四條以維持其所謂的緊急狀態體制⁹²。

四、歧視的禁止

聯合國《公民與政治權利國際公約》第四條第一項要求，克減措施不得涉及僅依據種族、膚色、性別、語言、宗教或社會出身。此條款可追溯至黎巴嫩提案，即針對類似本公約第二十六條一般性的禁止歧視；但最終的結果是，比黎巴嫩提案更為限制的版本受到表決通過，乃因戰時敵國的國民經常受到歧視⁹³。當時在表決通過前的討論中，特別是在國民的出身與政治見解的區別基準上，受到激烈地討論，藉由插入「純粹(solely; uniquement)」此用語於第四條第一項中，反對上述歧視禁止的聲浪始降低。

由此可知，當緊急狀態措施主要影響的對象是，特定種族或特定的民族(ethnic)、宗教或語言少數者的構成員時，且是在地理上有限定的適用範圍，則上述的措施將受到允許，只要上述措

⁹² 針對種族主義、法西斯主義或殖民主義的國家，比較 O'Donnell, *supra* note 2, 21 ICJ Rev., p. 58. 比較 Buergenthal, *supra* note 7, p. 87. 亦可參照第五條第五到第六項。

⁹³ 關於此歷史背景，比較 Hartman, 1985 HRQ, p. 118; Buergenthal, *supra* note 7, p. 82.; A/2929, 24 (§44); Bossuyt, *supra* note 18, p.89.; 關於第四條第一項歧視禁止的重要性，亦可比較 CE Doc. H(70)7, 19 (§§68-69); Partsch, Karl Josef, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, in Vasak & Alston, Philip (eds.), *The International Dimensions of Human Rights*, 2 volumes, Paris (Unesco) 1982, p. 73.

施並非故意地以這些人口族群為目標即可。由於歧視正是會在緊急狀態時經常發生，本公約第四條第一項的明白禁止發揮支持歧視禁止的功能。反之，在公約第二條第一項、第三條、第二十五條與第二十六條則是可受到克減。因此，蘇丹自第二條的克減，在解釋上必須符合此特定的歧視禁止⁹⁴。

五、通告的義務(第四條第三項)：委員會的各項權限與實踐

國際通告責任的規定早在 1947 年英國草案中即可見到，此通告必須載明特定的各項克減措施與其各項理由。然而，僅有 1950 年比利時的提案受到表決通過，即通告義務改為涵蓋已克減的各項條款，而非特定的措施⁹⁵。立即通告的要求則是基於由菲律賓所提出的草案。在聯合國大會第三委員會上，墨西哥與沙烏地阿拉伯的臨時動議案受到表決通過，確定關於緊急狀態的終止，必須以獨立的通知加以提出⁹⁶。因此，締約國必須提出關於緊急狀態的施行、受克減的條款與克減措施的理由之立即通告；以及指出緊急狀態受到取消日期之第二次通告。

其他締約國藉由聯合國祕書處的中介(intermediary)將會受到通告。在聯合國人權委員會上印度曾提出臨時動議案，聯合國大會亦應正式地受到通告，但卻遭否決⁹⁷。本公約第四條第三項亦未規定須向人權事務委員會進行通告的責任。然而，締約國間

⁹⁴ CCPR/C/2/Rev.3,在此方面，美國提出針對第四條第一項的解釋宣言，id., p. 771。

⁹⁵ E/CN.4/497.歐洲人權公約第十五條第一項包含關於締約國在此方面更進一步要求的義務。比較 CE Doc. H(70)7, 21(§76).

⁹⁶ E/CN.4/365; A/C.3/L.1170, L.1173, L.1176.

⁹⁷ E/CN.4/SR.330.3,6,7,10.

各次會議並未能成功地處理緊急狀態⁹⁸的問題，迫使人權事務委員會必須在其締約國報告與個人來文程序中主張其權限(competence)，即審查基於第四條第三項的通告；同時間接地審查克減措施是否符合公約⁹⁹。

關於此一方面，人權事務委員會已遵照歐洲史特拉斯堡人權實施機關的實踐，該機關自起初即判決其本身被賦予審查公共緊急狀態是否存在？施行的緊急狀態措施是否必要¹⁰⁰？然而，作為評估(appraising)有權限的國內機關此一論點，由歐洲人權委員會所發展的裁量餘地理論，並未明顯地受到表決通過。在「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」亦未受到提及，乃因在參與的專家們與各非政府組織的意見中，此處的裁量餘地理論含有以下的風險，即國際監督的可能性將受到削弱¹⁰¹。無論如何，緊急狀態雖然主要是屬於有權限(原則是司法與立法)機關的國內事項，但審查緊急狀態的宣布是否具正當性？所採取的措施是否符合本公約的各項要求¹⁰²？仍是人權事務委員會的權限，此點乃無庸置疑。

⁹⁸ *Id.*, paras. 5, 7.

⁹⁹ 比較 *id.*, 6 關於此最先發生爭議的課題。亦可參照 Buergenthal, *supra* note 7, p. 85.; Opaahl, *supra* note 2, 3/1987 NJHR p. 5.; Schwelb, in Eide & Schou, *supra* note 7, p. 116; Higgins, *supra* note 7, 1976/77 BYBIL p. 287. 然而，亦有不同的意見指出，如 Graefrath, *supra* note 7, p. 88，其結論是在締約國報告與個人來文程序中，唯有在緊急措施受到濫用，或使用於破壞或危及和平，或以某種其他方式進行國際犯罪時，委員會始可進行審查，*id.*, at 98. 然而，此結論並未受到委員會實踐上的支持。儘管東德專家格雷法哈斯(Graefrath)曾協助加以形塑，亦曾加以詳細的描述。

¹⁰⁰ 比較 Higgins, *supra* note 7, 1976/77 BYBIL, p. 288.

¹⁰¹ 比較 O'Donnell, *supra* note 2, 1985 HRQ, p. 29. 反論可比較 Buergenthal, *supra* note 7, p. 82.

¹⁰² 參照 *supra* note 7，乃因此項原則與當事國的特定情況有直接的關連，歐洲史特拉斯堡機構處在較佳的立場，以判斷是否存在有公共緊急狀態，其各項措施是否為絕對需要對於避免(avert)上述的緊急狀態。

人權事務委員會負有監視效力停止措施是否濫用的義務。因此，取得所欲監督的資訊即為不可或缺，人權事務委員會的一般意見書亦做出以下的指示，即「(根據本條第三項)締約國於公共緊急事態時，除須將其所採取的效力停止措施之性質與程度及其理由通知其他的締約國外，並附上相關的文件，說明效力停止的各個權利的性質與程度，以履行公約第四十條的報告義務乃屬重要」¹⁰³。

然而，根據公約第四十條相關當事國提出報告的義務，乃是以五年的週期進行之；若是偶爾與緊急事態時的報告義務重疊之情形姑且不論，但在非上述狀況下若不按時提出報告，則令人無可奈何。因此，人權事務委員會於 1993 年設定新的程序規則(第六十六條第二項)，即當在迅速對應緊急事態的目的下「承認適當」時，規定可隨時要求相關當事國提出報告書。

此外，當相關當事國是任擇議定書的締約國時，並有個人來文針對緊急事態的人權侵害向人權事務委員會提出時，則人權事務委員會的對應更令人饒富興味。亦即，根據人權事務委員會的先例¹⁰⁴，援用本條的國家，負有「進行相關事實充分詳細說明的義務」，並指出怠忽上述義務的國家不得將效力停止措施加以正當化。期待人權事務委員會今後亦能在取得資訊上因相關當事國不合作的態度受妨礙時，堅持上述先例所提示出的態度。

¹⁰³ 聯合國公民與政治權利國際公約人權事務委員會第五號一般意見書第三段。

¹⁰⁴ *Silva and Others v. Uruguay* (No. 34/1978, para. 8.3); 『先例集 1』，前揭註 72，頁 104。

(一)政府報告的審查

人權事務委員會藉由審查基於第四十條第二項所提出的政府報告書的程序中，有權監督緊急狀態措施；在報告書中締約國有義務指出影響其履行本公約的各項困難¹⁰⁵。儘管人權事務委員會關於政府報告書格式(formulation)的方針並未明顯地提及第四條，但人權事務委員會確實期待且亦討論來自各當事國所提供關於此領域的相關資訊。

1979 年春在討論英國政府報告書的期間，人權事務委員會強調其有責任「查明(ascertain)在該條款下各自與每一克減措施是否具備正當性(justification)」¹⁰⁶。1979 年關於緊急狀態永久化(perpetuation)智利報告書的討論時，嚴厲的批判受到提出；乃因論及真正的緊急狀態係肇因於軍事政團(junta)本身¹⁰⁷。該年，敘利亞政府因未將長期存在的緊急狀態通告其他的締約國，違反其責任而受到注意¹⁰⁸。相對於此，在超過 30 年處於某種緊急狀態(siege)的哥倫比亞，於 1980 年 7 月雖符合立即通告的要求，但如同敘利亞及其他的締約國¹⁰⁹一般，至今仍未根據第四條第三項提出通告。在 1981 年 7 月關於第四條的一般意見書(General Comment)中，人權事務委員會的批判是，在許多的締約國中，緊急狀態究竟是否生效？基於公約的義務究竟是否已克減？並

¹⁰⁵ 比較 Higgins, *supra* note 7, 1976/77 BYBIL p. 287; Buergenthal, *supra* note 7, p. 85.

¹⁰⁶ A/34/40,55(§235).亦可與 1985 年第二次定期報告書中的討論加以比較，A/40/40, 100ff.亦可參照 McGoldrick, *supra* note 90, p.308.

¹⁰⁷ A/34/40,19(§78).亦比較其後 1984 年報告書中的討論，A/39/40,82.

¹⁰⁸ A/34/40,72(§293).

¹⁰⁹ 同時委員會亦對伊拉克、伊朗、黎巴嫩、阿富汗或薩伊發出要求，在 A/35/40,27(§127); A/37/40,68(§306); A/38/40,81(§345); A/40/40,117f. (§ 591,596);A/42/40,67(§263).

未釐清。該委員會呼籲所有的締約國完全遵守公約的各項要求，包括根據第四條第三項在施行緊急狀態時的通告責任¹¹⁰。

藉由烏拉圭發布的通告，許多特別的問題受到提及¹¹¹。除1979年7月首次發出通告的事實外，特別是在公約生效後每隔三年，該通告並未包含任何有關克減公約各條款的資訊。關於此點的各項理由，該通告僅指出烏拉圭的緊急狀態乃是「一件普通常識(a matter of universal knowledge)」，因此任何實質性的正當化皆是「畫蛇添足(superfluous)」。在檢討此份首次報告書中，人權事務委員會強調，在與針對烏拉圭的個人來文之判決(holdings)相調和下，規定在第四條的公約責任，包括第三項中的責任已受到違反¹¹²。關於薩爾瓦多亦同，人權事務委員會強調，通告責任並非僅是形式(formality)¹¹³。關於目前或過去的克減措施是否符合公約的各項要求，亦是針對斯里蘭卡、波蘭與突尼西亞提出的政府報告書所檢討的焦點¹¹⁴。

國際實踐已顯示人權事務委員會在審查政府報告書時，調查所有與第四條有關的課題。當緊急狀態通告受到提出時，人權事務委員會根據第四條第三項審查，此項通告是否是在緊急狀態實施後立即完成？克減的公約條款是否表列？關於緊急狀態的各種理由是否已提供足夠的資訊？假設儘管已有以下的清晰的指示，即緊急狀態事實上有效，或克減措施已受到實施，締約國卻

¹¹⁰ GenC5/13, §§2-3.

¹¹¹ CCPR/C/2/Rev.3, 亦可與關於個人來文的判例法 *infra paras.35-38* 比較。

¹¹² A/37/40, 59(§270).

¹¹³ A/39/40, 14(§75). 亦可與其後在 A/42/40, 42(§157). 報告書的檢討加以比較。

¹¹⁴ 參照 A/39/40, 21(§104); A/42/40, p.12., 28. 關於其他國家，參照 McGoldrick, *supra* note 90, p. 302 的分析。

未能根據第四條第三項告知其他的締約國時，該締約國將會立即受到要求必須符合此項告知義務。

在上述情況下，人權事務委員會審查是否確實存在真實地威脅到國民生存的緊急狀態？該狀態是否正式地受到宣稱？各項措施是否符合上述的各項條件與各項限制？對此，哈特曼(Joan Hartman)認為，人權事務委員會對此領域內受限定的可能性已做出最為理想之活用的見解¹¹⁵，乃是正確。在緊急狀態期間，包括對生命的權利等不可克減權利在內的公約各項權利特別容易受到威脅，且在許多國家如前述的蘇丹、哥倫比亞與烏拉圭等甚至已受到侵害。令人感到遺憾的是，儘管挪威委員歐普薩爾(Opsahl)曾提出相對應的倡議，即人權事務委員會未能強制已做出緊急狀態通告的締約國立即提出根據第四十條第一項(b)款的後續報告書，並在其緊接著的會期於特定的程序中加以審查上述的報告書¹¹⁶；並未進一步地獲得共識。

(二)各項的個人來文

在審查基於公約第一任擇議定書所提出的個人來文時，人權事務委員會已廣泛地處理第四條的問題。在許多控訴烏拉圭的決定中，人權事務委員會依據其職權(ex officio)已審查由烏拉圭政府在其意見中所提及的例外性安全措施，是否已造成基於第四條

¹¹⁵ Hartman, *supra* note 7, 1985 HRQ, p. 122. 可參照其在 1981 HILJ, p. 29. 的評價；亦可見到 Walkate, *supra* note 7, 1982 YJWPO, p.145. 中肯定的評價。

¹¹⁶ 亦可比較 Walkate, *supra* note 7, 1982 YJWPO, p. 143.; 「席拉庫撒(Siracusa)各項原則」第 73 段，前揭註 13; Hartman, *supra* note 7, 1985 HRQ, p.125.; Opsahl, *supra* note 7, 3/1987 NJHR, p. 5.

某些權利的克減？人權事務委員會已注意到，烏拉圭政府並未提供任何資訊以正當化上述的克減；烏拉圭政府雖已違反公約許多的人權規定，且影響到不可克減的權利，但烏拉圭政府依然對於上述的質疑在任何的情況下皆做出否定的回答¹¹⁷。在康德瑞斯(Conteris)案件中，來文者其本人明白地宣稱烏拉圭違反第四條，人權事務委員會並未進一步處理此項議題，乃因烏拉圭政府並未依據克減措施¹¹⁸，對來文者進行權利侵害。

然而，在1981年4月8日的席爾法事件中，人權事務委員會做出關於第四條的解釋，由於此乃首次烏拉圭政府基於1979年7月30日做出的緊急狀態通告¹¹⁹，係依據其權力進行克減。如同許多其他控訴烏拉圭的案件，此特定的問題是關於1976年9月1日第四號組織法(the Acta Institucional No.4)的適用，該法剝奪所有在1966年與1971年的民主選舉中左翼候選人往後十五年行使各種型態的政治活動權利，包括投票權在內。同樣地在此，人權事務委員會亦發現第二十五條的違反，並做出第四條第一項與第三項的前提條件並未受到滿足的結論。關於基於第三項所提出的注意事項，人權事務委員會特別批判到，烏拉圭政府「並無任何的意圖要指出，關於公約所保障各項權利，事實上所訴諸的各項克減措施的性質與範圍；或要表示上述的克減措施乃是嚴格的必要」¹²⁰。

在個人來文程序中關於第四條，及人權事務委員會對此審查

¹¹⁷ 參照 No.4/1977,§17; No.6/1977,§14; No.8/1977,§15; No.28/1978,§14; No.32/1978, § 10; No.33/1978, § 11; No.37/1978, § 12; No.44/1979, § 14; No.52/1979,§11;亦可比較 McGoldrick, *supra* note 90, p. 311.

¹¹⁸ No.139/1983,§7.5.

¹¹⁹ 關於通告的條文，可比較 CCPR/C/2/Rev.3.

¹²⁰ No.34/1978,§8.2.

之各項權限的鮮明案例中，人權事務委員會的判決如下：「儘管宣示緊急狀態是締約國的主權性權利乃是無庸置疑，但在目前來文的特定脈絡中，人權事務委員會的意見是，除單純涉及各種的例外情況的存在外，不得回避(evade)基於公約批准所必須履行的義務。儘管採取克減措施的實質性權利可不依循基於公約第四條第三項所做成的正式通告書¹²¹，當相關當事國基於第一任擇議定書的各項程序中涉及公約第四條第一項時，該當事國對於相關事實有義務提供充分詳細的說明。基於第一任擇議定書的作為，人權事務委員會的功能是，確認締約國是否基於公約達成其應有的各項遵守(commitments)。在免除上述功能與評估公約第四條第一項所規定的該類型情形是否存在於當事國中之目的下，人權事務委員會需要完全與考慮周到的資訊」¹²²。

設若某種緊急狀態遍及烏拉圭，對此人權事務委員會的結論是，對於左派反對黨成員各項政治權利遭受停權(suspension)，就公約第四條第一項的意涵而言，「在處理所宣稱的緊急狀態情況與恢復政治自由的目的下」，並非嚴格地受到需要¹²³。

人權事務委員會在薩爾加(Salgar de Montejo)對哥倫比亞事件中，關於 1980 年 7 月哥倫比亞發出的相關通告書，做出同樣的見解¹²⁴。在此事件中，人權事務委員會再次強調，締約國不得僅因涉及緊急狀態(state of siege)的存在，即迴避公約的各項義

¹²¹ 關於其法效果，在基於第四條第一項關於緊急狀態的國內宣示，與對此的國際通告間的基本區分，可參照 Buergenthal, *surpa note 7*, p. 86; 在此意涵下，亦可參照 No.64/1979, §10.3.

¹²² No.34/1978, §8.3.

¹²³ *Id.* At §8.4.

¹²⁴ No. 64/1979, § § 10.2, 10.3. 哥倫比亞通告書的條文可參照 CCPR/C/2Add.4,5.

務，且締約國更應是在個人來文程序中有義務針對各種的相關事實提供充分詳細的說明，以使人權事務委員會得以評估緊急狀態是否存在，克減措施是否必要。

此外，人權事務委員會重申其對第四條第三項的解釋，即哥倫比亞採取克減措施的權限並未依循正式的通告書。乃因哥倫比亞的通告書特地(exclusively)涉及第十九條與第二十一條的克減，以及由於在上述事件中第十四條第五項的違反唯一受到主張，人權事務委員會達成的結論是，合法的克減不可能存在。類似的結論亦可在其他兩個針對哥倫比亞的個人來文審查中發現，即在蘇阿雷(Suárez de Guerrero)事件中，對生命與身體保全兩項不可克減權利的違反受到主張與確認¹²⁵；在發爾斯(Fals Borda)事件中，主要是第九條關於人身自由與逮捕程序的各项違反¹²⁶。

與審查政府報告書時相同，人權事務委員會於個人來文程序中亦明白表示，基於第一任擇議定書其權限的行使中，其被賦予權限有權分析所有關於與第四條有關所衍生的法律與事實之各項問題；此外，人權事務委員會指出，相關當事國有責任提供完全與考慮周到的資訊，在各個個案處理的基礎下有關公共緊急狀態的存在，以及克減措施的採行是否是嚴格的必要。關於本公約第四條第三項通告書的各项法效果，以下的內容係節錄自人權事務委員會的判例法中：相對於基於第四條第一項緊急狀態的正式通告書，關於第四條第三項通告書對於採行克減措施並非必要的條件，而應是基於公約關於施行緊急狀態時立即產生的一項額外的責任(an additional duty)；在關於第四條第三項通告書中關於公

¹²⁵ No. 45/1979, §12.2.

¹²⁶ No. 46/1979, §13.2.

約相關條項的克減資訊乃具備創制性(constitutive)，即相關當事國其後不得涉及其他條項的克減，無論是在個人的來文程序中或政府報告書的審查程序中；此同樣地適用於關於各項領域性或臨時性(territorial or temporal)克減措施範圍的資訊。

伍、第四條的各項保留與日本的實踐

關於本公約第四條第一項的法效果，法國政府提出一項保留。即在授權危及狀態或緊急狀態的法國法中所有的相關條項，「被理解為符合公約第四條的目的；以及，其次，就法國共和憲法第十六條的解釋與施行的目的而言，『緊急狀態所要求的嚴格必要性程度』，不得限制共和國總統採取『各種狀況所要求的措施』之權限」¹²⁷。在審查法國首次於1983年提出的政府報告書期間，對此方面有許多的人權事務委員會委員們提出各項的質疑¹²⁸。東德專家格雷法哈斯(Graefrath)做出以下的評論，即法國已確認關於第四條保留的許容性(permissibility)¹²⁹。然而，對人權事務委員會委員所提出的質疑，法國代表強調，「保留」僅能適用於第一項，即此項主張「基於維也納條約乃是相當地具有正當性，但對他而言，關於此條款第四條的其他條項是否能作出保留的問題，乃是委員會應加以決定的問題之一」¹³⁰。

¹²⁷ 可參照 CCPR/C/2Rev.3,關於美國對於宣言的解釋，可參照 id. p.771.

¹²⁸ CCPR/C/SR. 439, 440, 441, 445; A/38/40, 70 f. (para. 299), 亦可參照 McGoldrick, supra note 90, p. 304.

¹²⁹ CCPR/C/SR. 441, para. 35; 亦可參照 McGoldrick, supra note 90, p. 305.

¹³⁰ A/38/40, 75 (para. 320).

對第四條第二項唯一提出保留的締約國是千里達多貝哥¹³¹。亦即，「千里達多貝哥共和國政府保留適用公約第四條第二項全部的條項之權利，乃因其憲法第七條第三項賦予國會制定立法，縱使該項立法不符合所謂憲法的第四條與第五條」。

德國聯邦共和國政府與荷蘭政府認為，上述千里達多貝哥的保留與公約的宗旨與目的不符，且正式地提出異議¹³²。在審查千里達多貝哥共和國政府 1984 年首次的政府報告書期間，許多的人權事務委員會委員們提出各項的質疑，即關於憲法上緊急狀態的各項權限與第四條第二項的調和性問題；並認為上述的保留「乃是在關於條約法的維也納公約第十九條(c)的意涵下，嚴重的具有與公約的宗旨與目的之不調和性(inconsistency)」¹³³。渠等要求千里達多貝哥共和國政府可否撤回上述的保留。千里達多貝哥共和國政府的代表承諾「鑑於此問題的嚴重性」，會將此問題提交國內的相關部會處理¹³⁴，但在 1987 年在審查第二次定期報告書期間，上述的保留再次地受到強烈的批判，該國的代表回答，其政府「並不考慮撤回其保留」¹³⁵。如同前述法國回應人權事務委員會委員們的質疑可知，對於第四條第一項的各項保留原則上雖可以被視為是人權事務委員會所允許¹³⁶，由上述的討論清楚可知，但對於第四條第二項的各項保留乃是與公約的宗旨與目

¹³¹ CCPR/C/2/Rev. 3.

¹³² Id.

¹³³ CCPR/C/SR. 550, 551,555;A/40/42,22(para. 112); 特別可參照德國專家多慕舒阿特(Tomuschat)(CCPR/C/SR. 555,para.1); 亦可參照 McGoldrick, *supra* note 90, p. 306.

¹³⁴ A/40/40, 24 (para. 125).

¹³⁵ A/43/40, 34 (paras. 53,54).

¹³⁶ 儘管有許多的來文者主張，對任何的減損條款無任何的保留受到允許(McGoldrick, *supra* note 90, p. 321(note 64))。

的不調和。綜上所述，若要維持自拷問刑求、奴隸與奴役禁止，或其他不可克減權利的各項克減，且要符合基於關於條約法的維也納公約第十九條(c)的與公約的宗旨與目的，乃是極其困難之事。

以與日本緊急事態法體制的關係為例，如眾所周知地，日本國憲法對於預測公共緊急事態，設定得以發令限制個人基本權利般的緊急措施相關法令之機關與程序之規定，並不存在。然而，此並非意味著日本在公共緊急事態時不能發生對人權的制約。根據第四十條第一項(b)款日本政府第三次向人權事務委員會提出的政府報告書¹³⁷，關於第四條的內容是，在設定緊急狀態的法令中，限制基本人權的規定完全不存在；並指出「在我國當發生緊急事態時，將因應必要，採取根據憲法與本公約的措施」，並未否定人權受到制約的可能性。

關於日本設定緊急事態相關法令有《災害對策基本法》第八章(第一〇五條以下)、《警察法》第六章(第七十一條以下)、《自衛隊法》第七十八條、《安全保障會議設置法》等。上述的法律，就與本條的關係而言，可找出以下兩個問題點。第一，緊急事態的本身並未予以定義，或僅是例示性提及而已，且定義的內容非常不明確；第二，並未明確規定對基本人權制約的可能性。在日本憲法第十三條確實有以個人權利不得違反公共福祉為理由，有可能制約基本人權。然而，即使如此，根據憲法第三十一條與第四十一條，若無國會的立法或基於該法律的授權，乃不可能基於

¹³⁷ 「日本政府の市民的及び政治的権利に関する国際規約第四十条一(b)に基づく第3回報告」「第二部 規約の各条に対する逐条報告」「第四條」(2011年02月02日閲覧)，<http://www.nichibenren.or.jp/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/liberty_report-3rd_gov.html#2>

緊急事態措施制約基本人權；即使相關法令稀少，上述制約的內容、程度、時期與解除皆必須明白受到表示。

日本學界對於與公共緊急事態關係緊密所謂的「有事法制」¹³⁸，則以「彷彿消失的亡靈再度重現」加以形容。在此姑且不論「有事法制」的功與過，上述的日本國憲法的制約與本公約第四條的限制皆必須加以充分地考量，本條的制約乃是國際社會所承認的最低限度的底線，此點決不可忘記。

再者，根據 1981 年 7 月 28 日人權事務委員會針對第四條的權利停止做出一般性意見書第五號；對此，日本律師聯合會整理出以下三個要點¹³⁹。亦即，第一，針對公約第四條，於審查數個締約國的政府報告書時，在人權事務委員會上提出許多的問題。當發生威脅國民生存的公共緊急狀態且受到正式的宣示時，締約國於緊急狀態乃是真正有必要的限度內，得以克減(derogate)大多數的權利。然而，締約國不得克減一定的特定權利，亦不得以各種的理由採取歧視性的措施。再者，締約國對於其所採取的權利克減，包括其理由及其終止日期在內，負有立即透過聯合國秘書長通告締約國的義務。

第二，締約國一般而言須明白表示，在國內法體制上有關緊急狀態之機關，與規範權利克減的法律之適用規定。然而，當明白克減公約上權利有二、三個條款時，不僅止於緊急狀態是否正式受到宣示，對於公約不允許克減的權利實際上是否未被克減，以及是否更進一步針對其克減與克減的理由通知其他的締約

¹³⁸ 由於日本國憲法第九條「戰爭放棄」條款，「戰爭」此一用語基本上已成為法律禁止使用的用語，因此以「有事法制」取代「戰爭法制」。

¹³⁹ 「自由權規約委員会による一般的意見一覧」「一般的意見 5(13) 四條・権利の停止」(2011 年 02 月 02 日閱覽) <http://www.nichibenren.or.jp/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/liberty_general-comment.html#0>

國，皆不明確。

第三，委員會認為基於第四條所採取的措施乃是例外性且是暫時性的性質；不過是只要當事國國民的生存受到威脅時始得維持之而已；以及在緊急狀態時保護最需要的人權即特別不得克減的人權乃是重要。再者，委員會認為締約國在公共緊急狀態時向其他締約國通知其所採取的克減措施的性質與程度及其理由，更進一步附上相關文件說明克減的各項權利之性質與程度，藉此履行公約第四十條的報告義務，乃是同等的重要。

再者，日本政府根據第四十條第一項(b)款第五次向人權事務委員會提出的政府報告書¹⁴⁰，關於第四條的緊急狀態的克減措施，在其第一二二項目指出，在日本，縱使發生緊急狀態的情況下，將會採取依據憲法及本公約的措施；在確保日本的和平與獨立及國家與國民的安全之目的下，對於武力攻擊事態等(武力攻擊事態及武力攻擊預測事態)的對應方面，規定基本理念與國家及地方公共團體等的責任義務等基本事項，目的是準備對應的態勢。

2003年6月日本成立《武力攻擊事態等下日本的和平與獨立及國家與國民安全的確保相關法律(簡稱「事態對應法」)》。再者，武力攻擊事態等下，在保護國民的生命、身體及財產免受武力攻擊，以及將武力攻擊對國民生活及國民經濟給予最小影響的目的下，規定國家、地方公共團體等的責任義務、國民的合作、住民的避難措施、避難住民等的救援措施、武力攻擊災害的對應

¹⁴⁰ 「日本政府の市民的及び政治的権利に関する国際規約第四十条一(b)に基づく第5回報告」「第四條：緊急事態の逸脱措置」(2011年02月02日閲覧) <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_5.pdf#search=>日本政府報告書 自由権規約

措施，藉此輔以事態對應法，在國家整體進行萬全態勢的準備之目的下，於 2004 年 6 月成立武力攻擊事態等下國民保護措施相關法律(簡稱為「國民保護法」)，並於該年 9 月 17 日施行。

事態對應法中規定，於武力攻擊事態等的對應上，必須尊重憲法所保障的國民自由與權利，即使是對此加以限制時，該限制限定於對應該武力攻擊事態等的必要最小限度上，且必須在公正與適切的程序下進行；此時，憲法關於法之下平等的第十四條、免於奴隸性拘束及苦役的自由的第十八條、思想與良心自由的第十九條、集會結社表現通信秘密的第二十一條，及其他關於基本人權的規定，必須給予最大限度的尊重之要旨。再者，在國民保護法中，對於基本人權的尊重，與武力攻擊事態對應法有同樣的規定外，亦規定關於國民權利與利益的迅速救濟。

陸、結語

綜上所述，對於聯合國《公民與政治權利國際公約》基本權克減措施規定，可以以下幾個論點作為本論文的結語。

在聯合國《公民與政治權利國際公約》基本權克減措施規定上，值得特別留意的是：

第一，本公約第四條第一項中所謂的「公共緊急事態」，係指對憲法秩序產生危害的戰爭狀態、包括自然或環境災害的災難性狀況等。本公約並未針對「公共緊急事態」做出明確的定義，而是將第一次的定義權交由締約國自行在國內法體制中加以決定。

第二，在上述的緊急事態下，在民主正當性的法基礎下，主權國家可行使憲法緊急權利，限制或擱置憲法中的各項的基本權

利。

第三，此種憲法緊急權利有受到濫用的可能性，如以國家安全或是對顛覆、恐怖主義或「憲法的敵人」、社會動亂、破壞活動、游擊戰爭、種族衝突、內亂等理由，進行戰鬥的名義下擱置憲法上的基本人權，甚至對無數的人進行逮捕、隔離監禁、強制驅離、刑求等侵害人權的行為，皆在緊急事態下加以正當化，極易針對政治參與鼓動者與進行特別法廷或其他權利的限制下簡略程序的審判。

第四，本公約第四條規定主要的目的是，「捍衛憲法與民主秩序的目的下主權國家的合法權利之承認」，以及「防止僅是維持權力的事實地位(*de facto positions*)的緊急狀態權利的濫用」；要言之，乃是維護憲法的最高法規性，恢復與促進民主秩序，在上述兩種目的下，主權國家擁有行使緊急狀態的權利，但其目的絕不可是為維持與確保既有權力的軍事獨裁政權。

第五，本公約第四條雖賦予締約國在某些條件下得以暫時克減公約規定的某些人權義務，但必須符合以下的條件包括緊急狀態的定義，法技術上的要求，如緊急狀態的正式宣布、規定「不得克減」的權利，即在任何情況下皆不得擱置的絕對權利；各國在利用緊急狀態權利時，必須容讓其他締約國與相關國際組織的監督，且負有提出相對應各種克減措施的報告義務。

第六，前述的「不得克減」的絕對性權利，有第六條的生命權、第七條免受拷問刑求或殘忍、不人道或傷及品格的待遇、第八條第一項與第二項奴隸與奴役的禁止、第十一條無法履行契約義務之拘禁的禁止、第十五條刑法上的各項保障、第十六條法前平等的承認，以及第十八條宗教信條的表明。此點已進一步在2001年聯合國《公民與政治權利國際公約》人權事務委員會針

對緊急事態做出第十九號一般意見書中受到確認。

第七，儘管本公約第四條未提及人權事務委員會，但無論是締約國所宣稱的威脅國民生存之「公共緊急事態」是否存在、此「緊急事態的存在」締約國是否正式地宣布、締約國所採取的基本人權緊急克減措施是否在「真正必要的限度」下採行、上述的措施是否牴觸締約國基於國際法應負有的義務、上述措施是否有基於「人種、膚色、性別、語言、宗教或社會出身」理由的歧視、上述措施是否有針對「第六條、第七條、第八條第一項及第二項、第十一條、第十五條、第十六條並第十八條規定」、上述措施的施行是否通告聯合國秘書長後立即通告其他的締約國、終止上述措施實是否通告聯合國秘書長、針對本公約第四條締約國的保留是否具備正當性；對此，人權事務委員會基於公約第四十條第二項的政府報告書程序、本公約第一任擇議定書中規定的個人來文制度的程序、依循歐洲史特拉斯堡機構的判例法、1981年7月28日首次針對第四條發佈的第五號一般意見書，以及1985年聯合國經濟社會理事會表決通過的「《公民與政治權利國際公約》關於限制與效力停止之席拉庫撒原則」，皆可進行審查。

參考文獻

漢文資料

李鴻禧〈國家緊急權之憲法法理——從國家安全法之釐定談起——〉，
文星出版社，第一〇四期，1987年2月，頁51。

日文資料

宮崎繁樹編著『國際人權規約』，日本評論社，1979年，頁130-131。
宮崎繁樹編集代表『國際人權規約先例集——規約人權委員會精選決定集第一集』東信堂・1988年，頁104、209。

外文資料

Alex Conte and Richard Burchill, *Defining Civil and Political Rights---The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, 2en Edition, ashgate,2009, p.41.

Bossuyt, Marc J., *Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht 1987, p. 18.;81.; 88.; 89.;91.;94.;95.; 98.;839.

McGoldrick, *The Human Rights Committee, Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 1991, p.302, 304, 305, 306,311,321,408.

Sieghart, Paul, *The International Law of Human Rights*, Oxford 1983, p.11

Subrata Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency* (Pinter Publishers, 1989)

英文專書的論文

Buergethal, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in Henkin, Louis (ed.), *The International Bill of Rights - The Covenant on Civil and Political Rights*, New York 1981, p.72, 79,

80, 82,83,85, 86, 87;

Partsch, Karl Josef, Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination, in Vasak & Alston, Philip (eds.), The International Dimensions of Human Rights, 2 volumes, Paris (Unesco) 1982, p. 73.

Schwelb, Egon, Some aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966, in Eide & Schou A. (eds.), International Protection of Human Rights, Stockholm 1968, p.116.

英文期刊

Anna Khakee, Securing? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces(DCAF) Policy Paper-No. 30, pp. 1-45.

Hartman, Joan F., Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies-A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations, Harvard International Law Journal (HILJ),Vol. 22(1981), p.4.;8.; 13.;16.;17.; 29.; 204.

Hartmen, Joan F., Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision, Human Rights Quarterly(HRQ), Vol. 7 (1985), p.23.;27.;91; 92.;93.; 94.;95.;98.; 99.;105.;113.; 115.;116.;118.;119.;122 .;125.;

Higgins, Rosalyn, Derogations under Human Rights Treaties, British Yearbook of International Law(BYIL), Vol. 48, (1976/77), p.286.;287.;288.

Human Rights Quarterly 3; 36 International Commission of Jurists Review 47 (1986).

Human Rights Quarterly, Vol. 7, no. 1985.

O'Donnell, States of Exception, International Commission of Jurists Review No. 21 (1978), p. 21,24,28, 29,30,32,52.

Opsahl, Torkel, Emergency Derogation from Human Rights, Nordic Journal on Human Rights(NJHR), Vol. 5, No.3 (1987), p.5;

Susan Marks, Civil Liberties at the Margin: The UK Derogation and

European Court of Human Rights, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, No. 1(Spring, 1995), pp.69-95.

The Greek Case, Year Book European Convention on Human ., Vol, 12, p. 72.

Walkate, Jaap A., The Human Rights Committee and Public Emergencies, Yale Journal of World Public Order (YJWPO), Vol. 9 (1982), p.136 ;143;145.

研究報告

Belay Frenesh Tessema, A Critical Analysis of Non-derogable Rights in a State of Emergency under the African System: The Case of Ethiopia and Mozambique, Submitted in partial fulfillment of the requirements of the degree LLM (Human Rights and Democratisation in Africa), Faculty of Law Universidade Eduardo Mondlane Maputo, Mozambique, 31 October 2005.

Graefrath, Bernhard, The Application of International Human Rights Standards to States with different economic, social and cultural Systems, UN Bulletin of Human Rights - Special Issue (1985), p.88,91.

International Commission of Jurists, States of Emergency, Their Impact on Human Rights, Geneva 1983, p.414.;415.; 432.; 440, 424,459, 463 (Recommendation 38).

Oslo Statement on Norms and Procedures in Times of Public Emergency or Internal

Violence, 3/1987 Nordic Journal on Human Rights,States of Emergency, Their Impact on Human Rights, Geneva 1983, p.459.

《研究論文》

日俄戰爭期間所涉及之國際法問題

Questions of International Law Practice Involved in the 1904-05 Russo-Japanese War

趙國材* 李明峻**

摘要

日俄戰爭係歷史上之重大戰爭，戰爭的起因是由於大日本帝國和俄羅斯帝國爭奪在朝鮮半島和當時的滿洲地區(即中國東北)的權利。日俄戰爭以仁川海戰開始，以對馬海峽海戰結束，而日俄戰爭的陸上戰場，除日軍登陸庫頁島之役外，陸上都是以中國東北為戰場，而清朝政府被迫宣佈中立，甚至為這場戰爭劃出交戰區。因此，長達十九個月的日俄戰爭，涉及國際法的戰爭法或武裝衝突法的部分頗多，特別是有關中立法問題，更是難免應被檢視的絕佳題材。

從歷史、政治、外交、軍事等角度分析日俄戰爭之論著不少，惟本文則聚焦於討論日俄戰爭所牽涉之國際法問題，包括日俄雙方的宣戰與停戰問題、在中立國領土上從事戰爭行為之適法性、海戰方面的相關問題、戰時禁製品(Contraband of War)問題、俄國驅逐在滿洲及西伯利亞之日僑問題、由國際調查委員會處理的北海事件(The North Sea Dogger Bank Incident)以及調停與斡旋之效力問題等，並探討旅順、大連租借權之讓渡以及滿蒙權益問題。

Abstract

The Russo-Japanese War is one of the very important wars in

* 英國劍橋大學法學學士、法學碩士，愛丁堡大學法學博士。現任行政院海洋事務推動小組委員、國防大學及國立政治大學國際法兼任教授。

** 台灣國際法學會秘書長。

war history. The cause of the war is due to struggle of mastering in the Korean Peninsula and the Manchuria region (Northeast China) between the Japanese empire and the Russian empire. The Russo-Japanese War began in the Incheon war and terminated at the Tsushima Strait sea battle, except the Battle of the Japanese troops landed on Sakhalin, all the land battles of the Russo-Japanese War was on the Northeast China soil; the Qing government was not only forced to announce its neutrality, but also to draw war zone for the Russo-Japanese War. Indeed, the Russo-Japanese War, up to 19 months long, thus involving international law, the law of war, the law of armed conflict, and practical issues on law of neutrality are being correctness examined by applying disclosure rules and regulations.

There are plenty of first and second hand materials on military treatise on the Russo-Japanese War from historical, political, diplomatic and military perspective. The purpose of this essay is broadly surveyed international law issues concerning the Russo-Japanese War, including Japan and Russia declared war, armistice issues, the legality of act of war engaged in the neutral territory, and related issues of the naval battle on Contraband of War, Russia expelled overseas Japanese in Manchuria and Siberia, the International Committee of Inquiry dealt with the North Sea Dogger Bank Incident, as well as the effectiveness of the mediation and good offices. It is notorious that certain problems of Lushun, Dalian alienation of leasehold interests of Manchuria and Mongolia are also transformed into the current legal exploration.

關鍵詞：日俄戰爭、陸戰法規、武裝衝突法、中立法、戰時禁製品、北海事件

Keywords: The *Russo-Japanese War*、Hague Convention on Land Warfare Custom and Regulations、Law of Armed Conflicts、Law of Neutrality、Contraband of War、The North Sea *Dogger Bank*

Incident

壹、前言

日俄戰爭係歷史上之重大戰爭，戰爭的起因是由於大日本帝國和俄羅斯帝國爭奪在朝鮮半島和當時的滿洲地區(即中國東北)的利權。俄國出動約 50 萬部隊，而日本亦投入約 40 萬部隊，結果俄軍戰死 52,623 人，病死 11,170 人，負傷 146,032 人，而日軍戰死 88,429 人，病死 27,192 人，負傷 153,584 人，戰況可謂十分慘烈。如旅順西線制高點「203 高地爭奪戰」，日軍死傷 59,304 名，而俄軍陣地 42,000 名幾無一人存活。

早在 1894 年中日甲午戰爭之後，俄國以「三國干涉」迫使日本同意由清政府贖回遼東半島，兩國即發生嫌隙。之後，1896 年俄國與李鴻章簽訂《中俄密約》，取得通過滿洲修建西伯利亞鐵路(東清鐵路)的權利。1898 年 3 月 27 日，沙俄再迫使清政府簽訂《旅大租地條約》，租借軍港旅順口、商港大連灣 25 年。1900 年八國聯軍侵華，俄國趁機介入內滿全境，染指朝鮮，引起日本的極度不滿。當 1903 年橫貫北滿的東清鐵路和縱貫整個滿洲的東清鐵路南滿支線全部完工，鐵路樞紐哈爾濱成為旅順之外俄國在滿洲的第二個重要據點，俄國在滿洲取得極大優勢，獨佔在內滿洲的殖民利益，引發日本發動戰爭的決心。

於是，當 1903 年日俄瓜分內滿和朝鮮的談判破裂時，備戰多年且於 1902 年與英國結成同盟的日本，決心以此為藉口發動戰爭。1904 年 2 月 6 日，日本向俄國發出最後通牒，並宣佈斷絕日俄外交關係。2 月 8 日，日軍偷襲旅順口，對俄國不宣而戰。2 月 9 日，俄國對日宣戰，2 月 10 日日本正式對俄宣戰。日俄戰

爭全面爆發。日俄戰爭的陸上戰場是清朝本土的滿洲地區，而清朝政府卻被逼迫宣佈中立，甚至為這場戰爭專門劃出一塊交戰區。然而，日俄戰爭以海戰(仁川海戰)開始，也以海戰(對馬海峽海戰)結束。在對馬海峽海戰中，日本聯合艦隊使用丁字戰法殲滅俄國太平洋艦隊，俄國太平洋艦隊三分之二的艦隻被摧毀，幾乎全軍覆沒，而日方僅損失三艘魚雷艇。這是海戰史上損失最為懸殊的海戰之一，使得俄國海軍自此一蹶不振。

日俄戰爭的影響深遠。日本因戰勝於 1905 年與俄簽訂《日俄樸資茅斯和約(The Russo-Japanese Portsmouth Peace Treaty)》，獲得庫頁島，日俄戰爭促成日本在東北亞取得軍事優勢，並取得在朝鮮、滿洲駐軍的權利，令俄國於此的拓展受阻撓。日本其後於 1910 年間兼併朝鮮，取得滿洲，包括遼東之半島之大連港的權利。另一方面，俄國革命者不滿俄軍在日俄戰爭中挫敗而引發騷亂，沙皇聲望折損，須動用軍隊平息動亂，卻產生 1905 年革命。俄國因東亞外交政策挫敗而將其重點轉移歐洲，在巴爾幹半島製造一系列危機，終於引爆第一次世界大戰。

從歷史、政治、外交、軍事等角度分析日俄戰爭之論著不少，惟本文則聚焦於討論日俄戰爭所牽涉之國際法問題，包括日俄雙方的宣戰與停戰問題、在中立國領土上從事戰爭行為之適法性、海戰方面的相關問題、俄國驅逐在滿洲及西伯利亞之日僑問題、戰時禁製品(Contraband of War)問題以及調停與斡旋之效力問題等，並探討旅順、大連租借權之讓渡以及滿蒙權益問題。

貳、日俄雙方的宣戰與停戰問題

一、宣戰問題

戰爭由宣戰而開始乎？從中世紀以至十七世紀初葉，國際慣例上均先宣戰而後開戰。在傳統國際法上，開戰須表明戰意，無論為明示或默示，而先制攻擊是存在於戰爭(武裝衝突)及武力使用的歷史中，若基於侵略他國之立場，則先制攻擊如同偷襲一般，不宣而戰。

在日俄戰爭的案例中，1904年2月6日，日本公使栗野遞送致俄最後通牒(Ultimatum)¹，日俄兩國正式斷交。日本於2月10日正式對俄宣戰之前，為求先制之利，於2月8日之夜，正當俄國軍官在旅順城內舉行慶祝艦隊司令施塔克將軍夫人晚宴時，日方司令官東鄉平八郎²指揮日本聯合艦隊突發襲擊，連發16枚魚雷，重創俄軍3艘戰艦，日俄戰爭正式拉開序幕³；另由其他日艦護送十二師團至仁川上陸，使日本陸軍得以先於俄軍佔平壤之地形優勢，取得戰略先機。

傳統的戰爭法認為戰爭的開始需經宣戰，但並不完全否認事實上的敵對武裝行為，亦是使爭端或敵對雙方進入戰爭狀態的方

¹ 最後通牒(Ultimatum)乃在國家間有懸而未決的爭端時，爭端一國政府以斷然的詞句向另一國政府公開提出的專斷的、不容對方作任何爭辯和反駁的威脅性要求和警告。

² 東鄉平八郎(1848-1934)，日本海軍元帥，海軍大將，侯爵，與陸軍的乃木希典並稱日本軍國主義的軍神。日俄戰爭時在對馬海峽海戰中，擊敗俄國海軍，成為近代史上東方黃種人打敗西方白種人的先例，使他得到「東方納爾遜」之譽。

³ 鄧蜀生、張秀平、楊慧玫主編，《影響世界的100個戰爭》〈台中：好讀出版社，2005年〉，頁363-367。

式。所謂宣戰就是宣告武力爭端國間和平關係的結束和武裝衝突狀態的開始。從國際條約的規定來看，1907年《海牙第三公約》第一條規定：「非有預先而明顯的警告，或用說明理由的宣戰形式，或有附有條件的宣戰為最後通牒的形式，彼此均不應開戰。」；第二條規定：「戰爭情形之存在，應從速通知各中立國。」開戰是敵對雙方戰鬥行動的開始，可以是戰爭狀態的正式開始，也可以是敵對雙方實際戰事的開始。交戰國需以附理由之「開戰宣告」(Declaration of War)或告知目的之「最後通牒」兩種方式，使交戰國雙方進入戰爭之法律狀態。然而，1904年日本偷襲俄駐旅順艦隊，如同1941年日本偷襲珍珠港一般，此種在軍事上不宜而戰的行為，是否違反國際法值得討論。

首先，《海牙第三公約》成立於1907年，但日俄戰爭發生於1904年，故而1941年日本偷襲珍珠港或有違反國際法的問題，但在《海牙第三公約》成立之前的行為，是否違反國際法即頗有爭議。其次，前述這些規定表明宣戰或以最後通牒方式作「附有條件的宣戰」，是傳統戰爭法的一般要求，但不是強行規範(*jus cogens*)⁴。

⁴ The general definition of *jus cogens* reflected in Article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. What, exactly, is it about *jus cogens* that distinguishes it from ordinary international law? In answering this question, international lawyers usually resort to “the Legal-Consequences-as-Criterion Theory”: while ordinary international law can be rebutted or modified in accordance with the duly expressed will of States, *jus cogens* norms permit no derogation and allow modification only by the creation of a new norm having the same character. See Alexidze, “Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law,” *Hague Recueil des Cours*, 172 (1981), pp. 219, 259-60; Kyoji Kawasaki, “A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law,” *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 34 (2006), p. 27; Ulf Linderfalk, “What Is So Special About *Jus Cogens*? – On the Difference between the Ordinary and the Peremptory

但此點並非指宣戰不具國際法的效力。有關宣戰的必要性，格勞秀斯(Hugo Grotius)認為：「開戰前必須宣戰是國際法的準則。」但英美學者則認為宣戰只是一種任意的法律程式，大規模的武裝衝突或武力爭端並不因沒有宣戰就不是戰爭⁵。因此，即使敵對雙方採取的是事實上的戰爭行為，也不能否認這種行為的戰爭性質。由上可見，宣戰並不是普遍性的國際法規則，其用限於使交戰雙方、非衝突當事國和中立國知悉交戰狀態的開始或事實上已經存在。

同時，雖然在 1928 年巴黎《非戰公約》明文廢棄戰爭，但宣戰在國際法上的地位隨之降低，但並未完全失去作用。第二次世界大戰後，基於國際法上聯合國憲章之限制，國家發動戰爭之權利被禁止，惟《聯合國憲章》第五十一條又承認被動的自衛權，但目前對自衛權之解釋或實際運用仍多爭議。然而，憲章第五十一條規定自衛權的條件應限於個別自衛(Individual Self-Defence)或集體自衛(Collectively Self-Defence)；在面臨立即的攻擊時，先發制人被認為是可接受的自衛行動；敵人必須有能力又有意圖襲擊，才有合理的理由實行先發制人。2002 年美國小布希(George W. Bush)政府提出「預防性自衛(Anticipatory Self-Defense)」，亦即當國家安全受到威脅時，得先發制人，解除威脅，美國攻打阿富汗和伊拉克就是實例⁶。

International Law,” *International Community Law Review*, 14 (2012), pp. 3-18.

⁵ 從國際實踐來看，世界史上許多重大戰爭都是不宣而戰，如 1904 年的日俄戰爭、1937 年日本入侵中國、1939 年德國入侵波蘭和 1941 年日本偷襲珍珠港等。村瀨信也、真山全著，《武力紛争の国際法》(東京：東信堂，2004 年)，頁 253。

⁶ 張勝凱著，《從國際法觀點：論水雷在武裝衝突中對戰術及戰略之影響》〈臺北：政治大學外交所戰略專班碩士論文，民國 94 年〉，頁 102-105。

二、停戰問題

1905年，在日俄戰爭媾和之前，雙方議和代表簽訂全部停戰條約。《海牙規則》關於停戰之規定，見於1907年《陸戰法規和慣例公約》／《海牙第四公約》(1907 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land)第三十六至第四十一條⁷。在停戰協定中，停戰之開始及終結日期須明白規定；如協定上未規定有特定時期，則任一方隨時重新開戰，但須先通知他方。停戰須於適當之時期內通告各關係官署及軍隊；敵對行為當於接到通知後或於指定時間即行停止。

停戰期間，雙方在戰線外關於攻守之一切準備可以為所欲為，但在停戰協定中，應當明白規定在停戰期間，何項行為可為，何項行為不許為；若協定上未有明文規定，多數學者認為若不是因為停戰，敵方可防制之一切行為，皆不許為，即雙方有維持戰線內現狀之義務；少數學者則主張凡未經協定上明白禁止之事皆可為；後者比較與近世國際慣例相合。

當一方有重大違反停戰條約之情事，他方得即時宣告廢約，或在緊急場合即時開始戰鬥。個人如有違犯停戰條約情事，受害者之他方交戰者有要求處罰犯人或賠償損害之權利。關於停戰後得否繼續增兵至前線，傳統國際法並未規定，而日俄戰爭時，日本於停戰時仍繼續增兵到前線，從國際法角度觀之，此一行為是否合法仍有爭議。

值得注意的是，武裝衝突的結束是指衝突當事國間武力爭端狀態的終止和和平關係的恢復。在傳統國際法中，戰爭的結束與

⁷ Adam Roberts and Richard Guelff, *Documents on the Law of War*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp. 80-81.

停止戰爭不同，停戰是交戰各方根據協議暫時停止軍事行動，而不是戰爭狀態的終止。停戰可以是全面的，也可以是局部的。全面停戰是指各衝突當事國停止所有戰場的軍事行動，往往是戰爭終止的前兆。局部停戰是指在某個或幾個戰場、戰區等有限範圍內，武裝衝突各方停止其軍事行動。局部停戰大都是臨時性且定期性，甚至還有重新開戰的可能⁸。

戰爭的結束與投降或無條件投降亦有區別。投降是指衝突當事國一方承認自己完全戰敗而要求對方停止戰鬥。根據 1907 年《海牙第四公約》的規定，投降必須接受，且不得拒絕。投降後的軍人不得受侮辱。所謂無條件投降即是依戰勝國一方的要求和條件投降。投降是結束敵對行為的步驟，但不是戰爭狀態的結束，戰爭狀態的結束須經必要的法律程式，通常方式是締結和約。這些規定亦適用於武裝衝突法。

參、日俄戰爭與中立國之問題

一、交戰雙方應尊重中立國之主權

在日俄戰爭時期，中國採取「局外中立」之態度，然日俄戰爭之進行，實際之戰場卻在中國境內。就中立法之發展而言，在進入二十世紀之後，南非戰爭與日俄戰爭發生牽涉中立法之若干問題，引起 1907 年第二次海牙和平會議對中立法之注意，從而議定兩個直接與中立法有關之公約，即《海牙第五公約》／《關

⁸ 1953 年 7 月 23 日簽訂的韓戰停戰協定，雖然劃定軍事分界線、非軍事區，並作出有關戰俘、停火等事項的具體安排，但南北韓間的戰爭狀態並未就此結束。參照金學俊著，《朝鮮戰爭—原因·過程·休戰·影響》（東京：論創社，2007 年），頁 23-25。

於陸戰中立國家及其人民之權利與義務》(1907 Hague Convention V Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land)⁹，與《海牙第十三公約》／《關於海戰中立國家之權利與義務》(1907 Hague Convention XIII Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War)¹⁰。其中關於交戰國對中立國應盡之基本義務，就是尊重中立國之領土。

《海牙第五公約》第一條規定：「中立國之領土，不可侵犯。」《海牙第十三公約》亦規定，交戰國必須尊重中立國之領土主權，並避免在中立國領水內有違反中立情事，若中立國故意容許交戰國一方對另一方從事戰鬥，即構成違反中立之義務。在日俄戰爭前，由於俄國未獲中國同意而對滿洲進行軍事占領，故日本於戰爭爆發時，以此作為藉口，指明中國未達完全的中立。然當戰爭爆發時，中國向日、俄兩國宣言：「日俄失和，中國均以友邦之故，嚴守局外中立。東三省所在之城池、官衙、民命、財產，兩國均不得有損傷，原有之中國軍隊彼此不相侵犯。遼河以西凡俄國撤退之地，由北洋大臣派兵駐紮，各省邊境內、外蒙古均照局外中立之例辦理，不使兩國軍隊稍為侵越。如有闖入境界內時，中國當竭力攔阻，不得視為有乖平和，但滿洲之地為外國駐紮軍隊，尚未撤退各地方，中國力所不及，難實行局外中立之例。然東三省權利，兩國無論誰勝誰敗，仍歸中國自主不得佔據。」¹¹。中國對滿洲有全然不可克服之障礙，故未能有效行使領土主權以

⁹ Adam Roberts and Richard Guelff, *Documents on the Law of War*, 3 rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp. 85-94.

¹⁰ Roberts and Guelff, *ibid.*, pp. 127-37.

¹¹ 劉彥著，《中國近時外交史》〈臺北：文海出版社，民國 10 年〉，頁 377-378。

保護其中立。在此種情況下，其與中立責任問題並沒有關係，在中國領土內實行軍事行動不足以減損中國為中立國之地位。

二、交戰雙方在中立國領域不得從事任何戰鬥之行爲

交戰國既然必須尊重中立國之領土，便不得在中立國領域有從事任何戰鬥之行爲。戰場只限於交戰國的領土、公海、公海上空與無主地，不得擴及中立領土；交戰國之陸軍與空軍，不得進入中立國之領陸與領空，也不得在上述地區作戰；如中立國不禁止，交戰國軍艦雖可通過中立國之領海，但不得在中立國領海與敵人有敵對行爲，也不得行使交戰國之權利。

同時，《海牙第十三公約》第二條規定：「交戰國軍艦在中立國領水內之任何敵對行爲，包括拿捕與搜索權之行使，構成違反中立，並應嚴加禁止。」。由此觀之，中立國領土不但不得作為戰場，且不得作為軍事活動之根據地。《海牙第十三公約》第五條規定，交戰國不得以中立國港口或領海作為海軍活動之根據地。此一原則，對中立領陸及領空，也比照適用。

中國作為中立國，不僅要保持中立，更必須要避免捲入戰爭，其責任並非單純是對自己本身的責任，亦不能用以作為其不履行中立義務的藉口，這是國際公法上的一種國際責任，中國後來禁止各交戰國在中國領土、領海內有交戰行爲，且明令禁止其軍隊及軍需經過中國，中國在這方面從其中立規章及其發給邊防官員的命令，均可以證明其已然盡力。

三、日艦侵犯中立國之中立義務

在日俄戰爭中，交戰國確有侵犯中國中立情事¹²。1904年7月，因日本陸軍圍攻旅順，俄艦隊偏處港內缺乏安全保障，由俄少將維達蓋特(Witjef)於1904年8月10日率領艦隊實行突圍，遭遇日本艦隊，爆發黃海海戰，俄艦敗退。11日，俄國驅逐艦「剛毅號(The *Rechtelni*)」避入中國芝罘(煙台)港，該艦已失去戰鬥能力，被中國拘留，惟俄兵仍留在艦上，由中國軍艦看守。然翌日，日本軍艦闖入芝罘港內，要求「剛毅號」駛至外海作戰，否則就得向日本投降。俄艦長回答其已向中國投降，並解除武裝，不能作戰，該艦已在中國的保護之下。中國官員曾派一位軍

¹² China's neutrality rules prescribed that war vessels of either belligerent should leave China's territorial waters within forty-eight hours or else be interned. Instead, however, of acting boldly on this proclaimed rule, the Chinese authorities opened discussions with the representatives of both belligerents over the treatment to be accorded to certain Russian war vessels which had taken refuge in the port of Shanghai. This action and attitude threw into clear relief China's executive weakness, and both belligerents took advantage of it, Russia by passive resistance to China's neutrality regulations, and Japan by open violation of them and by "her attempt to dictate what China's neutrality duties were in respect to herself," Luckily, Captain W.F. Tyler, the Coast Inspector was appointed adviser in neutrality affairs to Admiral Yeh, the Chinese Naval Commander-in-Chief. When the next case arose Admiral Sah, on Tyler's advice, refused point blank to discuss the matter with the belligerent Consuls or to allow the local Chinese authorities to interfere. He took the stand: "In carrying out neutrality duties China is acting as the Constable of International Law. She will listen to representations from either side, but she refuses to discuss her duties or to have pressure brought to hear on her. On her rests the responsibility for giving effect to International Law. If she makes a mistake remedy can be obtained by proper process. She does not discuss, she acts and accepts the responsibility for her action." Stanley F. Wright, *Hart and the Chinese Customs* (Belfast: WM. Mullan & Son, 1950), pp.803-04.

官規勸日艦：中國是中立國，並且已對俄艦做了保證，日本不應在中國海面擄去一艘受中立國保護之下的船。但已駛入港內的兩艘日艦仍靠舷向「剛毅號」開火射擊，並企圖拖走該艦進行拿捕，侵犯中國之中立。蓋芝罘港與旅順、大連不同，並未包括在中國所劃定之戰區範圍內，日本軍艦開到中國港口來，已構成對中國中立的破壞行爲，但日本不肯爲此向中國道歉，反辯稱中國對俄國未能厲行中立規則。

其後，在芝罘港內又發生數次類似事件，大半俄艦均不想重蹈「剛毅號」之覆轍，同年 11 月 16 日，俄國驅逐艦「拉斯特羅尼號(*The Rasteropny*)」進入中國芝罘(煙台)港，通知中國官員俄艦願意投降而拘留，但俄艦懷疑中國對其具有保護的能力，在中國軍官登艦接管之前，撤走艦上俄兵，將該艦自行炸沉，防止日軍拿捕該艦；但此一舉動是非常不適當的，有危及通航之可能。1905 年 1 月 2 日，又有四艘俄國驅逐艦和汽艇駛入芝罘港，通知中國官員俄艦願意投降，解除武裝而被中國拘留。中國爲避免「剛毅號」事件重演，俄兵被移到岸上居住，艦艇由中國官員完全接管。對於這種接管情事，係因交戰國破壞中國之中立規條，中國已傾盡全力阻止，對於這些俄艦已完全盡到中立義務。

四、交戰國侵犯中立情事之救濟方法

一般而言，交戰國違反中立後，中立國得使用三種方法，謀求救濟：

(一)抗議。中立國向違反中立之交戰國抗議，往往能發生效力，因交戰國都願與中立國維持友好，避免使其加入敵方作戰。例如，日俄戰爭期間，根據《英日同盟條約》之規定，除非有其

他國家投入俄國陣營，否則英國須守中立，而爲了不使英國支持日本投入日俄戰爭，故一旦英國對俄國提出侵犯其中立之抗議，俄國通常會接受。

(二)次於戰爭的方法。中立國對違反中立之交戰國，使用報仇手段，給予交戰國雙方差別待遇，不得視爲與其不偏不倚之義務相違背。

(三)使用武力。中立國如若認爲交戰國違反中立之情形已十分嚴重，經交涉後，該交戰國又否認責任或拒絕賠償，中立國得使用武力，達到救濟之目的。

日俄戰爭期間，中國雖宣佈局外中立，但實際戰場卻是在中國境內，交戰國之戰鬥行爲已經侵犯中國之中立地位，然因當時中國之積弱不振，對於此種情形卻是無可奈何，除了提出抗議之外，只得劃定東三省爲戰區，中國爲顧及自身安全，不可能向交戰國其中任何一方宣戰。交戰中之俄國與日本都不想讓中國嚴格執行中立義務，故俄國對中國的中立規章作消極抵抗，日本則侵犯芝罘港的中立。有關中立事項，日本作爲一個交戰國，得對中立國的貿易在一定限度內進行偵察，有權表示意見，但沒有干涉中國的中立責任，危害中國的中立地位的權利。中國作爲中立國，應傾聽交戰國任何一方的意見，但拒絕討論對交戰國的責任，或拒絕交戰國所施展的壓力，一切依國際公法處理，若中立國有違反中立義務，得循適當手續獲得補救。

五、交戰國侵犯中立國平民之生命、財產

長達十九個月的日俄戰爭，除日軍登陸庫頁島之役外，陸上都是以中國東北爲戰場。俄軍剽掠戰場附近的村莊，掠奪東北森

林、煤礦等自然資源及利用中國難民，將東三省變成俄軍的供應基地，並經常以武力脅迫中國壯丁，前往鐵路、礦山勞動，或到海域修築炮臺，開挖戰壕等無償勞動，甚至於敗退時還屠殺中國人以洩憤恨；日軍所到之處，毀房伐樹，侵害村民。由於戰區擴大，難民日益增多，如 1904 年冬天奉天省城已聚集待賑災之難民十餘萬人，不少人飢寒交迫，露宿街頭；許多兒童因感染猩紅熱或天花而喪命。

東北人民死於戰火達二萬人之上，財產損失約白銀六千九百萬兩之多，地方歷史文物多毀於戰火。從旅順口逃往煙台、上海等港口，擅自登岸的俄國水兵和難民拒絕按中立條規解除武裝，無視中國法令，逞兇作惡，影響戰場以外的中國人民之人身安全。受到俄軍壓迫和剝削的中國人，紛紛結會拒俄，舉行罷工；被俄軍蹂躪的村落，聯合起來組織「團練」，抗俄檄文，遍佈城鄉，武裝抵抗俄軍。中國武裝抗俄組織中最有名為「馬賊」，馬賊毀鐵路和奪糧餉的「制俄二策」，使沙俄駐華公使不得不要求清政府命盛京將軍速將馬賊殄滅之。清廷對日俄兩國在東北戰場的各種違反中立之行爲，卻僅以「守局外中立」爲由，拒絕採取任何武裝行動，制止日俄兩國對中國人民生命及財產上的迫害¹³。

六、中立國設立軍事情報站之防止義務

無線電台與無線電裝備，在傳達情報之各種工具中，所佔地位尤爲重要，故中立國應防止交戰國於其境內設立軍用無線電台，且禁止使用戰前純爲非軍事目的而設置於中立地之此等設

¹³ 中國社會科學院近代史研究所編，《沙俄侵華史》（北京：人民出版社，1990 年），第四卷，上冊，頁 495-509。

置。戰爭期間，俄國在煙台設立一無線電台，與旅順守軍通達消息。中國因其些舉動違反中立，而將該電台毀壞。自國際法觀察，中國措施實屬正當。事實上，軍事情報與軍事行動之進行，其關係十分密切，是以中立國如允許交戰國在其領域內設立軍事情報站，便等於以其領土作為交戰國之軍事根據地，違反中立義務。

《海牙公約》與《海牙無線電規則(Hague Radio Regulations)》，對中立國有防止交戰國在其境內設立軍事情報站之義務，都有相關規定¹⁴。《海牙第五公約》第三條規定，「交戰國不得：一、在中立國領土設立無線電報台，或用以為與交戰國海陸軍通達消息之各種器具；二、在中立國領土使用戰前所設此等裝置，其目的專為軍用而向未作為公眾交通之用者。」；《海牙第十三公約》第五條規定，「交戰國不得設立無線電報台或為與交戰國陸海軍通達消息之任何工具。」；《海牙無線電規則》第三條規定：「交戰國與其代理人在中立國境內設立或管理無線電台，在交戰國與許可成立或管理此種電台之中立國，皆構成違反中立。」；《海牙無線電規則》第五條又規定：「交戰國之流動無線電台，在中立國境內，必須避免使用其無線電器具。中立國政府，必須以在其權力下之方法，防止此種使用。」。

就此而言，中立國之義務僅限於此，蓋《海牙第五公約》第八條規定：「交戰國使用中立國電報線、電話線、或無線電機，無論屬於國家或屬於公司或個人，中立國均不得加以禁止或限制。」。

¹⁴ The Commission of Jurists, met in The Hague from 11 December 1922 to 19 February 1923, unanimously adopted a General Report on the Revision of the Rules of Warfare, Part I of which was the Rules of the Control of Radio in Time of War.

七、仁川港停泊中立船艦之問題

日俄戰爭之初，日本聯合艦隊主力於 1904 年 2 月 6 日由佐世保啓航，向旅順航駛，一部在對馬海峽扼制海參威，一部則掩護向朝鮮仁川運送之陸軍部隊；8 日下午四時，以日本聯合艦隊一部兵力編成「瓜生戰隊」或「瓜生支隊」，由海軍少將瓜生外吉擔任司令官，掩護陸軍登陸之艦隊抵達八尾島，在仁川西方七海涅處，適逢 1,230 噸的俄艦「朝鮮人(The Koretz)」號從港內駛出，預備要送朝鮮俄使機要文件赴旅順，恰與日艦相遇，雙方於當日下午四時四十分交火，「朝鮮人號」見日艦發砲，隨即轉頭逃回仁川錨地內；五時三十分，「瓜生戰隊」各艦抵達仁川港附近，當時港內除俄艦六千五百噸的「瓦利牙古號(The Varyag)」、「朝鮮人號」及商船「生加利號」外，尚有英、法、義、美及朝鮮等國各一艘之軍艦和商船等停泊於港內。

9 日午時，日本陸軍登陸完畢，戰隊司令官瓜生通牒俄艦「瓦利牙古號」艦長，要求「限其於本日午後一時出港，逾時即於港內施行砲擊」，並通知其他各中立國之艦長，「請於本日午後四時以前，停泊於安全之地」，經法、義、英艦長會商，聯合答覆以交戰國軍艦不應停泊於中立國港內，各艦無變換錨位之理，且若於港內相互砲擊，更嚴重違反國際法之規定。」。

當日正午剛過，俄艦自行出港，英、法、義艦聞之均向其歡呼示敬，日本可能違反國際規約之問題也一併化解；但日艦已在港外部署就緒，等待俄艦出港，即施行攻擊，十二時三十分，俄艦駛抵八尾島北方約四海涅處，雙方發生戰鬥，俄艦寡不敵眾，「瓦利牙古號」重創不支，急退回仁川，「朝鮮人號」亦隨之而退，日軍見「瓦利牙古號」受到重創乃停止追擊，暫停於八尾島

西北約三海湮附近的菲裡浦島；「瓦利牙古號」艦長魯門乃夫知該艦受傷已無法再戰，即命乘員一律離艦，而將之破壞沉沒；「朝鮮人號」雖無損傷，但孤掌難鳴，亦自行爆沉；商船「生加利號」則破壞引擎汽缸，縱火焚燒至夜間沉沒；此一仁川港海戰，涉及到港內中立船艦之國際法爭端問題，就在俄艦自行爆沉下無聲化解。

肆、海戰方面的相關問題

一、日本以沉船封鎖旅順港問題

在國際法上，封鎖須為「有效(must be effective)¹⁵」，而非紙上封鎖(Paper Blockade)。封鎖在分類上又可分為「平時封鎖」與「戰時封鎖」；就封鎖的效果而言，「平時封鎖」的效果不及於第三國；「戰時封鎖」的效果及於第三國。日俄戰爭中，日本對俄國的海上封鎖就屬於「戰時封鎖」。日本雖襲擊旅順，但俄艦避港不出，又有強大陸基岸炮支援，使日本艦隊難以重創俄軍。日本為取得黃海及日本海之制海權，從2月9日到3月初，日軍以沉船的方式試圖三次封鎖旅順港，將船沉在旅順港出口處，封鎖俄國艦隊，並不斷炮擊俄艦，使俄艦不能出港。

第一次實行封鎖時，東鄉平八郎司令官編制閉塞艦五艘，召集決死將卒七十七名，立應募者二千餘人，於1904年2月24日午前三時，齊向旅順港口前進，俄軍發現日艦進襲，以探海燈

¹⁵ Under 4 of the 1856 Paris Declaration Respecting Maritime Law: "Blockades...must be effective, that is to say, maintained by a force sufficient really to prevent access to the coast of the enemy."

照射閉塞艦，使其目眩，又以俄由炮臺猛放彈丸，而未能達其目的而退；又於3月27日，實施第二次封鎖，閉塞艦四艘，決死員六十五人，以日午前三時突進旅順口距港口二哩許，俄軍探海燈發現閉塞艦後開始攻擊，閉塞艦雖達其目的進港口中錨沉之，然俄軍鐵甲艦尚得出入港口，封鎖之實效尚未全收；故於5月3日午前三、四時，日軍再進行第三次封鎖，敢死隊應達二萬人，閉塞船十二艘，向港口進發，五艘閉塞艦入港自沉，自是巡洋艦以上之船，不能通航，封鎖旅順之目的全達。但美國並不以為日本之封鎖行為是「戰時封鎖」，主要原因是美國以為日俄兩國尚未進入戰爭狀態，封鎖之效力不及於美國。

二、設置海上防禦區域

日俄戰爭時，日本在其沿海一帶，劃定十哩範圍之海上防禦區域(defensive area at sea)。在防禦區域內，限制外國船舶之航行，尤其是禁止夜間通過；禁止捕魚；船舶必須服從命令，否則即可依法處罰等。1917年美國參加第一次世界大戰之後，也有類似防禦區之措施。日、美兩國設置海上防禦區域，似未招致中立國之抗議。這或許是中立國以為，交戰國為防衛之目的而在與其領海毗連之海上實施航行管制是一種合理之措施。

三、使用水雷與魚雷之限制

水雷是一種裝有強烈性炸藥，專門在水下引爆的武器。水雷和魚雷的發明和使用，嚴重威脅國際航運與中立國之航行權利。日俄戰爭期間，交戰國雙方都曾使用水雷，對水雷戰之準備及計

畫相當周詳，且日本亦開創水雷在海戰中，攻勢戰略思想運用之先河，威脅中立船之航行。

自 1904 年 2 月 8 日起，日本東鄉平八郎元帥率領聯合艦隊，突擊旅順港俄艦隊，取得制海權，復以船隻堵塞港口，敷布水雷；3 月上旬，俄國新任太平洋艦隊司令馬卡羅夫到旅順就職，瞭解海區、艦船要塞的基礎，決定在遼東半島沿海地區布設水雷，防止日軍登陸並從側後威脅旅順基地。俄國艦隊為佈雷而潛出港口，於港外航道佈雷，也用水雷還擊，擊沉兩艘日本戰艦和三艘巡洋艦。馬卡羅夫於 4 月 13 日乘坐一萬一千噸的俄國旗艦「彼德巴夫羅斯克號(The *Petropaulousk*)」出海返航時，誤觸日本水雷而沉沒，一萬三千噸的「波比達號(The *Pobieda*)」亦被水雷擊傷¹⁶。在這次戰爭中，俄國軍艦為日本海軍所擊沉者共為十六艘。而日本商船為己方的水雷擊沉者二十一艘之多。

當時使用水雷的種類如下：

1. 「繫纜繩自動觸發水雷(anchored automatic contact mine)」：在岸上或船上以纜繩繫住一觸即發的水雷，雖以纜繩繫住，但時有脫離纜繩之可能，故對中立船之危害很大。

2. 「無繫纜繩自動觸發水雷(unanchored automatic contact mine)」：設在海中毫無所繫、一觸即發之水雷，多數設在公海上，而且漂流不定，故又稱漂浮水雷(floating mine)，任何船舶與之相觸，隨即被炸，對中立船之危害最大。

然戰爭中及戰後數個月內，這些繫留觸發水雷卻因與雷錨斷脫，漂浮在非戰區的航道上，不斷發生商船觸雷而受損之事件，中立國船艦被殃及者，不在少數。尤其是中國船艦、商船、漁船、

¹⁶ 中外重要戰史彙編編纂委員會編，《中外重要戰史彙編》〈桃園：三軍大學編印：民國 87 年〉，下冊，頁 7。

旅客、漁民等，在日俄戰爭前後，因觸發上述兩種水雷而沉沒與溺斃者眾多。鑑於水雷效能威脅頗鉅，常危及中立國船舶，為限制水雷之使用，以避免不必要之災害，1907年第二次海牙和平會議上，各國討論有關如何限制使用自動觸發水雷之問題。

結果，與會各國簽訂《海牙第八公約》／《關於敷設自動觸發水雷公約》(1907 Hague Convention VIII Relative to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines)¹⁷，該約第一條規定，禁止以下的手段：

1. 禁止敷設「無繫纜繩自動觸發水雷」，但若敷設此種水雷失其控制後至多一小時而不復危害者，不在此限。

2. 禁止敷設斷纜後仍有危害之「繫纜繩自動觸發水雷」。

3. 禁止使用射擊不中後仍有危害之魚雷。

該約第三條規定，使用「繫纜繩自動觸發水雷」時，必須採取各種預防措施，以保障和平航行之安全，各交戰國應盡力設法使該種水雷於一定時限後不復危害，並於停止看守時，若於軍情無害，應立即對航行者指示有危險之海域，並通知各國政府。第五條規定，各交戰國在停戰後，須盡力將所敷設之水雷完全除去，交戰一方在他方海域敷設的繫纜繩觸發水雷，應由敷設國將敷設之地點通知對方；交戰國雙方，並各應於最短期內，除去所

¹⁷ N. Ronzitti, (ed.), *The Law of Naval Warfare: A Collections of Agreements and Documents with Commentaries* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988), pp. 129-48; Roberts and Guelff, *supra*. note 8, pp. 103-110, 113, 512. 1994 San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, *ibid.*, pp.591-92. UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 16.20; 幹焱平編，《國際海戰法概要》〈北京：海潮出版社：1999年〉，頁72-74。

¹⁷ 趙國材、張勝凱，〈論海戰法上的水雷及魚雷〉，〔臺北：國防部〕《海軍學術月刊》，第三十九卷，第十二期(民國94年)，頁42-55。

有在本國領海內敷設之水雷。第六條規定，各締約國如有未及仿造本約內所定改良之水雷，以致於尚難遵守第一條、第三條之規定者，應速將所有水雷質料改變，以符合條約之規定。但此公約之規避方法很多，故對於戰時中立船舶之航行，未能提供充分之保障。

日俄戰爭中雙方過度使用且無法控制水雷，造成戰爭期間及往後無辜的傷亡與損失，而 1907 年《海牙第八公約》「關於敷設自動觸發水雷公約」之規定有關施放水雷的相關規則，其目的在確保和平航行安全可通行的範圍，並要求水雷的安置使之無傷害性，且要求交戰國國際法中雖然不禁止使用水雷，但卻在使用時對目標之選擇及方法有諸多限制，並要求適時宣告或通知。有關目標方面，水雷可攻擊的目標限定為軍事目標，且在海戰中水雷攻擊之目標為敵方軍艦(或有敵意之商船、公船)；在方法方面，基於作戰需求，僅能對敵對國家使用水雷，但不得影響中立國或第三國之海上航行自由。若基於封鎖，必須宣告，並配合其他封鎖手段執行，但不得讓平民受餓及斷絕民生必需物資¹⁸。

在戰爭結束後，佈雷國負有清除水雷之義務，然日俄戰爭結束以後，遺留在中國沿海及附近公海上之浮雷，從未掃除，以致造成日後許多中國沿海貿易船舶、漁船等觸雷沉沒，約有五、六百人因而喪生¹⁹。

¹⁸ 趙國材、張勝凱，〈論海戰法上的水雷及魚雷〉，〔臺北：國防部〕《海軍學術月刊》，第三十九卷，第十二期(民國 94 年)，頁 42-55。

¹⁹ Howard S. Levie, *Mine Warfare at Sea* (Dordrecht/Boston/London : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p.29.

四、義勇海軍之適法性

1877年，俄國為防範與英國有發生戰爭之可能，接受一個愛國團體之請求，准其購船，組織義勇艦隊，由政府任命船長與官長各一人，所有水手皆須受過海軍訓練，以便於戰事發生後，成為海軍的輔助艦隊。在平時，這些船舶懸掛商旗，除了為國家服務(如運送兵士、犯人等)外，暇餘之時得兼營商運。一旦戰事發生，這些船舶就完全供政府使用，並於開始執勤時，改懸海軍旗。由於義勇艦隊平時即在政府管理之下，故在戰時應可視為合法之戰鬥者。

1904年日俄戰爭時，英、俄兩國因「彼得堡號(*The Petersburg*)」與「斯莫稜斯克號(*The Smolensk*)」事件，質疑義勇艦隊之法律地位。由於這兩艘屬於俄國義勇艦隊之船舶，攜帶武器，在日俄戰爭開始以後，以商船之資格，由黑海經波斯普魯斯海峽與達達尼爾海峽，駛入地中海，航經通過蘇伊士運河之後，竟立即裝砲，升海軍旗，並對中立國商船行使交戰權，以中立船運載戰時禁製品為由，拿捕了幾艘英國商船。英國當即向俄國提出抗議，謂依據現行條約，軍艦不得駛出黑海。俄國義勇艦隊之船舶「彼得堡號」與「斯莫稜斯克號」，既以商船資格駛出黑海，便不得再冒稱軍艦，或干涉中立商務；如以軍艦資格而行使交戰權，當初就不得駛出黑海。故無論如何，這兩艘船既非合法交戰者，其拿捕英國商船之行爲，自屬非法。俄國終於將所拿捕之英國商船釋放。

上述義勇海軍之適法性事件，最終雖獲平和解決，惟此事件引發各國深切感悟：一艘船舶不應同時具有兩種身分，兼享兩種特權。就國際法的角度而言，這兩艘船若未在公海上更換旗幟，

也不以商船資格通過博斯普魯斯海峽與達達尼爾海峽，可說是具有交戰者之各項條件。故 1907 年第二次海牙和平會議，乃討論商船改裝軍艦之問題，並制定《海牙第七公約》之法律規範。依《海牙第七公約》(Hague Convention VII Relating to the Convention of Merchant Ships into Warships)之規定，改裝的商船欲享有軍艦之權利，須具備下列條件：

(一)須立於國家之直接權力管轄下，由國家負責任。

(二)須附有該國軍艦之外部的特殊標誌。

(三)艦長須為國家服役之人員並受正式委任，而其名列於海軍人員名簿者。

(四)船員須受軍隊紀律之支配。

(五)此船須遵守戰爭規例。

五、北海事件與國際調查委員會

有些國際爭端，必須判明事實真相，才能解決。解決這種爭議之最佳方法，是設立國際調查委員會(International Commission of Inquiry)。這種方法首見於 1899 年《海牙第一公約》，該約第九條規定，凡與國家榮譽及重大利益無關而僅係對事實問題有不同意見之爭端，如不能經外交途徑解決，應由爭端國成立國際調查委員會，查明事實真相，以便於瞭解。調查委員會之報告，只限於事實之說明，並無仲裁性質，對於這種說明應給予何種效力，全由爭端國自由決定。

1904 年 10 月 21 日，日俄戰爭進行之際，發生北海事件(The North Sea Dogger Bank Incident)。由於俄國在旅順的遠東太平洋艦隊折損嚴重，俄國太平洋第二艦隊東調歐洲波羅的海艦隊以支

援遠東陸軍部隊。10月15日，俄海軍上將羅徹斯特溫斯基 (Admiral Rojdestvensky) 率波羅的海艦隊東行途中，22日在北海 (英、法海峽東方道加盤克附近) 遇見數艘英國漁船，由於事前盛傳日本於丹麥海峽敷設水雷，並有日本水雷艇隊埋伏於歐洲某處。俄國海軍誤以為英國漁船是日本魚雷艇，為免遭受攻擊乃加以砲擊，結果擊沉英國漁船一艘，傷及五艘，兩名漁夫死亡，六人受傷，英、俄因而產生爭端。

當時英國民情激昂，主張對俄宣戰，並用外交管道對俄國施壓，使俄國艦隊在各國港口皆無法停留，俄國軍艦被迫在海上加煤、補給，有機會就多裝，軍艦超重影響了速度及衛生條件，非戰鬥大量減員影響戰鬥結果；迨法國出面調停，英俄雙方遂同意²⁰以和平方法解決，依據1899年《國際爭端和平解決公約》(The Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes)，於1904年11月25日簽署聖彼德堡宣言，成立一個由法、奧匈、英、美、俄等國海軍上將組成的國際調查委員會，調查結果指出漁船附近並無魚雷艇，俄國艦隊之砲擊，實屬不當。俄國終於接受調查委員會之報告書，賠償英國損失六萬五千英鎊。1907年第二次海牙會議，鑒於這次國際調查委員會方法之成功，遂將原約中相關之規定詳加補充。

²⁰ An Anglo-Russian Declaration of 12 November 1904, which is drawn up in French, but has been quoted for convention in English translation. *British and Foreign State Papers*, Vol. 97, p.77.

伍、其他相關國際法問題

一、俄國驅逐在滿洲及西伯利亞之日僑

十八世紀以前，兩國交戰，往往拘留敵國僑民作為俘虜。自十八世紀以後，平時多以條約規定，如兩國交戰，應許彼此僑民於一定期限內安然出境，不拘禁(non-detention)敵國僑民之慣例，漸為國際所公認，而日俄戰爭時期，俄國驅逐在滿洲及西伯利亞之日僑²¹。現行國際法上，佔領當局倘大批驅逐平民，即構成戰爭罪。例如 1943 年 2 月 16 日至 1944 年 4 月 1 日期間，德國陸軍元帥曼斯特恩(Field-Marshal von Manstein)在佔領區大批驅逐平民，在紐侖堡國際軍事法庭上，他辯稱乃軍事必須(military necessity)，國際軍事法庭裁定他戰爭罪名成立²²。

二、戰時禁製品問題

戰時禁製品(Contraband of War)是指能夠增強作戰能力而被交戰國任何一方禁止運往其敵國的物品。捕獲戰時禁製品為世界

²¹ Yutaka Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 219, 283, 328.

²² 聯合國戰爭罪委員會沿襲 1919 年巴黎和會責任委員會，草擬戰爭罪狀名單，列舉違法戰爭法及慣例之罪狀，其中即包括(7)驅逐平民。交戰國之間必須經常遵守戰爭法公約及其國際慣例。N.C.H. Dunbar, "Military Necessity in War Crime Trials," *British Year Book of International Law*, 29(1952), pp. 442-452; Egon Schwelb, "The United Nations War Crimes Commission," *British Year Book of International Law*, 23(1946), pp. 363-376.

各國公認之原則，但是何種物品可以稱為戰時禁製品，意見不一。軍器、軍火是絕對禁製品(Absolute Contraband)，有爭議的係軍火以外之相對禁製品 (Relative Contraband)。在歐陸國家之實踐慣例，戰時絕對禁製品限於軍器、軍火與直接用於戰爭的物品，至於其他物品則視為自由物品，這等於否認絕對與相對禁製品之區別。英、美、日等國之慣例是軍器、軍火以外之物品，只要能用於作戰且係在運往敵境途中，都可當作戰時禁製品，加以捕獲²³。由於這兩種慣例完全不同，故每當戰事發生，中立國與交戰國間之爭端即啓，有時交戰國宣佈之戰時禁製品項目過多，而遭中立國反對。有時交戰國認為某種物品，係對作戰極有用處之禁製品，但中立國卻認為係平民使用之非禁製品。

日俄戰爭時，俄國將燃料與棉花，列為絕對禁製品，若干國家當即提出抗議，以為這些物品必須確實為作戰所使用，始能列為戰時禁製品。後來，俄國讓步，承認這些物品若運交私人，則可不再視為戰時禁製品。中國後來於《局外中立條例》第二十三條規定，中國船隻所載交戰國之尋常貨物可以往來無阻，中國所發之護照憑照各交戰國均應一律認准。1909年倫敦《海戰法宣言》將戰時禁製品分為絕對禁製品與有條件禁製品兩類，絕對禁製品指那些專供作戰用的物品；有條件禁製品包括糧食、軍用衣物、鞋靴、電報、無線電、電話器材、車輛、燃料、潤滑油、非專供戰爭使用的火藥及炸藥、航海器具及望遠鏡等。凡不供戰爭使的物品，不得宣佈為戰時禁製品。

²³ Sir Gerald Fitzmaurice, "Some Aspects of Modern Contraband Control and the Law of Prize," *British Year Book of International Law*, 22 (1945), pp.73-95.

三、調停與斡旋之效力

日俄戰爭結束，實賴美國總統老羅斯福(Theodore Roosevelt, 1858-1919)之調停²⁴。就國際法而言，國際爭端和平解決的辦法之一乃透過第三國來進行斡旋(good office)及調停(mediation)。調停和斡旋都是和平解決國際爭端的方式，在爭端當事國不能通過直接談判的方式解決它們之間的爭端的情況下，調停是指第三國以調停者的身份提出建議作為談判的基礎，並直接主持或參與談判，以調和、折衷爭端各當事國相反的主張或要求，緩和或平息它們之間的敵對情緒，使爭端雙方達成協議，最終使爭端得以解決。斡旋是指一個或一個以上的國家或國際組織，以解決爭端或為促成爭端當事國之間的直接談判而在其他國家之間採取行為的一種和平解決國際爭端的方法。調停和斡旋兩者之間的區別在於斡旋只促成談判之進行，第三者不參與亦不發表意見；調停是由第三者引導並參與談判，可提出建議，作為談判之根據。

斡旋與調停之共同點如下：

1. 這種舉動完全是第三國之友善行為，爭端國不得視為含有敵意。
2. 爭端國接受與否，有絕對自由，第三者不得勉強。此與干涉有所不同。
3. 必須爭端國雙方都接受，始能成立。
4. 在法律上，第三國雖無斡旋與調停之義務，爭端國也無請求斡旋與調停之義務，但這種義務，得由條約規定。

²⁴ In 1903 Theodore Roosevelt was secured the right to construct the Panama Canal, after sending American warships to Panama to ensure that Panama seceded from Colombia. Yet in 1906 he was awarded the Nobel Peace Prize for his work as a mediator in the Russo-Japanese War of 1904-05.

5. 斡旋與調停，得由第三者發起，也得由爭端國雙方或單方請求；得由一個第三國單獨進行，也得由若干第三國聯合進行。

第二次海牙和平會議所締結之 1907 年《國際爭端和平解決公約》第一條規定：「為國際關係上儘量免除訴諸武力起見，締約各國都願盡力於國際爭端之和平解決。」；第二條規定：「遇有重大之意見衝突或紛爭事件，當於未用兵之前，締約各國酌度情形，請友邦一國或數國斡旋或調停。」；第三條規定：「第三國可以主動進行斡旋或調停。」。該公約首次對國際爭端之訴諸戰爭權(*jus ad bellum*)加以限制，日俄戰爭期間所發生之北海事件(North Sea Dogger Bank incident)²⁵，也是經由法國出面調停，兩國同意以和平方法解決國際爭端。

四、旅順、大連租借權之讓渡

在法律上，「租借地(Leased territory)」與「割讓地(Ceded territory)」不同。「租借地」是指一國租給另一國的土地，乃使用權之轉移，通常有租借年限、繳付租金、到期返還、租期不逾九十九年，不得轉租他國之規定²⁶；「割讓地」是一國通過條約轉讓給另一國的部分領土，乃所有權之轉移，不須繳付租金，也無年限、轉租等規定。

按照《喀西尼密約(The Cossini Secret Agreement)》²⁷，膠澳

²⁵ J. B. Scott, *Hague Court Reports* (New York: 1916), p. 403-413. The Finding of the Commission is also given in the *American Journal of International Law*, 2, Part 2 (1907), p.929; Sir Charles Petrie, *Diplomatic History 1713-1933* (London: Hollis & Carter Ltd., 1946), p. 298.

²⁶ 民法中之租賃權，租約通常規定，不得轉租或讓與，租借地之租借權涉及國家主權，承租國不得私相授受。

²⁷ 1895 年《馬關條約》簽訂之後，中國無力償付鉅額賠款。俄國慷慨

本已許租給俄國，既被德所強租，俄國便以代中國抵抗德國爲言，派西伯利亞艦隊駛入旅順口，迫中國簽訂 1898 年《旅順、大連租借條約》，其要點爲：(1)旅順租給俄國作軍港，大連租給俄國做商港，都以二十五年期，租期內中國軍隊不得在界內駐劄；(2)由旅順、大連到哈爾濱的鐵路歸俄國築造²⁸。惟依日俄《樸資茅斯次和約》第五款之規定，俄國放棄旅順、大連之租借權。該和約簽署後，日本政府以《日俄樸資茅斯和約》所衍生之中日兩國滿洲諸關係，不可不從速議定，故派小村壽太郎全權赴北京，於 1905 年 12 月締結《中日滿洲善後協約》，中國正式承認日本在滿洲所享有的特權，將俄國在旅順、大連租借權及長春寬城子至旅順間鐵道煤礦之經營權，讓渡予日本，又締結《中日滿洲善後協約之附約》²⁹，使日本獲得的實際利益遠超過俄國。

解囊，促俄法兩國銀行借給中國四萬萬金佛郎，使中國得以應付第一期賠款一萬萬兩，俄國幫助中國索還割地，又協助中國應付賠款。李鴻章爲表示感激與報酬，與俄公使喀西尼(Cossini)訂立中俄密約，性質近乎一種軍事同盟，目的在聯合對付日本。此密約亦稱「喀西尼密約」，內容大要如下：(1)、日本如侵略俄國亞洲土地，或中國土地，或韓國土地，中俄兩國聯合軍事行動，共同抵禦；(2)、中俄兩國如與日本發生戰爭，則兩國中任何一國不得單獨與日本議和；(3)、中俄如與日本作戰，則中國所有口岸，必要時得許俄國軍隊或兵艦入駐；(4)、爲俄國將來運輸便利，允許俄國在中國境內建築鐵路，得穿過黑龍江與吉林地方以連接海參威(時俄國之西伯利亞鐵路方建至外貝加爾，有此橫縱鐵路可縮短五百俄裡)。爲避免俄國政府侵犯中國土地主權，此項鐵路，由中國交由中俄兩國合組之銀行代理建築；(5)、條約以十五年爲限。(約允許俄國建築縱貫鐵路，通過中國滿洲而與西伯利亞鐵路銜接，使俄國軍隊可以暢行無阻進入中國。且此項縱貫鐵路軌寬度與西伯利亞鐵路相同，則可與俄國的運輸銜接，而不能與中國鐵路銜接，僅能供俄國所利用，而不能爲中國人利用。

²⁸ 金兆梓，《近世中國史》(臺北：文海出版社，1984年)，頁90。

²⁹ 《中日滿洲善後協約之附約》內容要點如下：1.中國承認俄國在滿洲大部分權利轉讓於日本；2.開鳳凰城、遼陽、新民屯、長春、吉林、哈爾濱、琿春、齊齊哈爾、海拉爾、愛琿、滿洲裡等爲商埠；3.日本取得安奉鐵路經營權；4.日本於營口、安東、奉天得有設立租界地權；5.中國政府

在《中日滿洲善後協約》中，中國允諾讓渡旅順大連租借地，此轉租可證明，租借地主權仍屬中國。旅順大連雖為「租借地」，但日本與俄國簽訂的相關條約，均未提及租金，故「借」而不租，完全無償。日本租借旅順大連後稱旅順大連租借地為「關東州」³⁰，利用各種方式擴大租借面積，日本公佈之關東州總面積為 3,462 平方公里，較諸俄國租借時之 3,200 平方公里，約拓展 200 餘平方公里。

日本在法律上視關東州為外地之一。外地是相對日本領土(內地)的新統治區域，在其區域內有特別制訂的法規而自成一體系，從政治與經濟的角度來看，也就是外地殖民地。在九一八事變前，日本並無改變關東州當地中國人國籍的企圖，但行政、立法、司法不在中國管轄範圍之內，不承認外國在旅順大連享有領事裁判權。對於名義上為外國領土的關東州是否適用《日本帝國憲法》？日本法學界有爭議，其中主張「消極說」者認為租借地並非領土，故不適用；而主張「積極說」者則認為租賃國在租借時期主權停止，日本實際上行使排他性的統治權，故依《日本帝國憲法》第四條「天皇為國家元首，總攬治權」之規定，日本憲法適用於當地。直至九一八事變後，日本軍國主義抬頭，「積極說」漸為通說。

允日本有採伐鴨綠江森林之權。日本因取得安奉鐵路經營權至 1923 年，使日本可迅速由朝鮮運輸軍隊至南滿，足以聯絡滿洲與朝鮮，無論在對俄或侵華上，使日本在軍事上佔有絕對優勢。事實上，安奉鐵路是日俄開戰後，由日本趕築鐵路，以運輸軍隊之用，而此項並未包括在俄國轉讓於日本的權利之內。李鼎聲，《中國近代史》(上海：光明書局，1949 年)，頁 194-195。

³⁰ 清廷視旅大租借地為金州。中華民國成立後，1913 年實施府縣級行政單位統合，即裁府留縣，改金州為金縣，歸入奉天省，1929 年以後，劃入遼寧省行政區域，直到 1945 年。

1945年2月，史達林向美國羅斯福總統提出蘇聯參加對日作戰之條件，其中包括要求大連成爲「自由港」，旅順租予蘇聯作爲軍事基地，而羅斯福慨然同意。11日，美、蘇協商擬定《雅爾達密約(The Yalta Secret Agreement)》³¹，要求英相邱吉爾簽署背書。6月30日至8月中旬，中、蘇在莫斯科進行秘密談判，蘇聯主張把旅順、大連由「自由港」變成片面佔領之軍事區。因美國在雅爾達密約中已允諾在先，中國只得在1945年《中蘇友好同盟條約(The Sino-Soviet Treaty of Friendship and Alliance)》中讓步，僅在詞句上要求勿使用「租借」，並加上「中國海軍也得使用」等字樣便告結。

8月9日，蘇聯到得英、美的支持，揮軍佔領整個滿洲；15日，日本宣告投降，結束旅順大連租借，卻又陷入蘇聯事實上的租借，蘇聯政府採「對日合約尚未簽訂，仍爲戰爭狀態」之論據，在旅順海軍基地與大連市進行雖無租借之名，卻行租借之實的軍事管制。但從法律的角度來看，中國國民政府既不承認二十一條，即可視租約已在1923年到期，而《雅爾達密約》內容未經中國承認，對中國無法律上之效力。直到1955年5月26日，由於日蘇已進行復交及解除戰爭狀態之談判，終使蘇聯失去留駐旅順的藉口，結束蘇聯在旅順的變相租借³²。

³¹ 《雅爾達密約》(The Yalta Secret Agreement)是蘇、美、英三國政府首腦於1945年2月11日在蘇聯克裡米亞半島雅爾達簽訂的秘密協定。主要內容是：蘇、美、英三國領袖同意，在德國投降及歐洲戰爭結束後兩個月或三個月內蘇聯將參加對日作戰，其條件爲：維持外蒙古的現狀；庫頁島南部及鄰近一切島嶼給予蘇聯；大連商港須國際化，保證蘇聯在該港的優越權益；蘇聯租用旅順港爲海軍基地；中、蘇共同經營中東鐵路和南滿鐵路，經諒解，蘇聯在該地區的優越權益須予保證，而中國須保持在滿洲的全部主權；千島群島須予蘇聯。

³² 劉彥著，同注7，頁394-404；黃清琦，《旅大租借地之研究》〈臺北：政治大學外交所碩士論文，民國92年〉，頁136-152，207-210。

五、滿蒙權益問題

從國際法角度觀之，俄國在日俄戰爭後，給予日本在「滿洲蒙古」私相授受的權益，存在許多疑點與不妥：

(一)鐵路權益方面，俄國在中國東北「合法」之鐵路權益，主要依據 1896 年《中俄密約》與依據該密約所簽訂之相關合同，清政府也已注意到權益讓渡之限度。趁帝國主義瓜分中國的熱潮，俄國在 1898 年 3 月強迫中國簽訂《旅大租借地條約》，隨後與中國政府簽訂《南滿支路合同》。日俄戰爭結束後，依日俄《樸資茅斯和約》關於權益轉讓之條款。條約特意列入「且以清國政府允許者」，「須商請清國政府承諾」等內容得知，日俄政府與清政府之間就俄國在華權益私相授受，在當時國際法來說並非合法。日本只能繼承俄根據條約合法享有的權益，最多再加上有條件、有時間限制的鐵道守備權。

(二)鐵路守備隊問題方面，起源於日俄戰爭時，兩國派往中國東北作戰部隊的撤退問題，依中俄所簽訂之條約對此本無規定，日俄《樸資茅斯和約》附約列有鐵路守備隊相關條款，中日《東三省事宜條約附約》也有條件地承認這種鐵路守備隊暫駐權，日本鐵道守備隊僅具有條件之暫駐。

(三)旅大租借地權益方面，根據中俄《旅大租借地條約》及《旅大租借地續約》，中國被迫讓出俄國享有租借地內權益。細究「隙地」問題，按照原約，「隙地」一切治權全歸中國，中國不派兵至「隙地」。日本政府承認其所繼承俄國之權益，僅包括中俄所簽訂的條約所明確授予之權益，而且日本政府還保證遵行原約。

(四)「滿鐵區域」行政權問題方面，日本在東北之特殊權益

區包括「旅順大連租借地」和「滿鐵區域」。追本溯源，須先從中俄所簽訂的條約來考察俄國在鐵路區域應享的權益，即日本所能「繼承」之權益。日本稱「滿鐵區域」為「滿鐵附屬地」，鐵路區域之實際界限只能依據相關合同或契約而定。「東三省鐵路合同」與「南滿支路合同」都只做出原則規定，沒有劃定明確界限。「南滿支路合同」載明具體細節依「東三省鐵路合同」各點辦理，根據解釋條約之一般原則，當個別字句出現分歧，應依據條約之主旨和全部條約的連帶意義來處理有分歧的詞句，此合同皆未明確劃定明確界限。

可見俄國在「鐵路區域」行使行政權根本沒有合法依據，日本擬循俄國成例，透過日俄戰爭，從俄國手裡繼承其於「滿蒙」之權益，在鐵路區域行使行政權，同樣屬於掠奪性質。

陸、結論

當武裝衝突發生時，國際法並非僅規範衝突當事國間的關係，對於未參加戰爭的第三國之間，亦需設定與平時狀態相異的法關係。亦即第三國在法律上自然成為中立國，並須對衝突當事國負有做為中立國的義務。此乃歷來國際法上的一般原則。在傳統國際法上，在國家擁有訴諸戰爭的自由之同時，除條約另有規定外，其他國家是否參加戰爭即屬自由決定的範疇。此時，不參加戰爭的國家即成為中立國。換言之，戰爭發生時，國家僅能選擇成為衝突當事國或成為中立國。

十九世紀中葉，中立法規繼續發展。鑒於 1904 年至 1905 年日俄戰爭發生若干事件，引起世人對於中立法規之關切，以致 1907 年第二次海牙和平會議，將中立法規列入議程，討論陸戰

及海戰時期中立國與其人民之權利與義務問題，而議定《海牙第五公約》／《關於陸戰中立國家及其人民之權利與義務》以及《海牙第十三公約》／《關於海戰中立國家之權利與義務》。1909年11月27日，美國批准《海牙第五公約》，1909年12月3日又加入《海牙第十三公約》；中國於1910年1月15日加入此兩公約；1911年12月13日，日本批准此兩公約；俄國雖批准此兩公約，但直到1955年3月7日蘇聯政府始繼承之。

關於中立國權利與義務問題，1907年第二次海牙和平會議議定《海牙第七公約》／《關於商船改爲戰艦》(Convention relative to the Conversion of Merchant-Ships into Warships)、《海牙第八公約》／《關於敷設機械自動水雷》、《海牙第十一公約》／《關於海戰時限制捕獲權》(Convention relative to Certain Restrictions with regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War)，以及《海牙第十二公約》／《設立國際捕獲法庭》(Convention relative to the Creation of an International Prize Court)。這些公約並非直接牽涉中立國家，而係間接牽涉中立國家，例如《海牙第七公約》關於商船改裝軍艦之規定，間接牽涉中立國商務；而《海牙第八公約》是關於潛水雷之敷設，以及《海牙第十一公約》乃關於海上捕獲權利行使之限制等規定亦然。依《海牙第十二公約》，海牙和平會議議決設立一個國際捕獲法庭作爲不服國內捕獲法庭判決之上訴機關，並且制定出一部捕獲法規以爲國際捕獲法庭援引審判之依據，藉以保護中立國及其人民之利益，但此條約未獲批准。

1908年至1909年，倫敦海法會議召開期間，議定一部關於海戰規則之1909年《倫敦宣言》(Declaration of London)，對戰時封鎖、禁製品、非中立役務、中立、捕獲之破壞、交戰國船舶

移轉於中立國、敵性、護航、拒絕檢查、賠償之規定綦詳，係第一部有系統的海戰法典。1911年義土戰爭時，交戰國雙方皆遵守《倫敦宣言》，彼時該宣言尚未有任何國家批准，土耳其亦非締約國之一。

1914年第一次世界大戰爆發時，《倫敦宣言》因未獲簽字國之批准而無條約之效用，在法律上無拘束力，美國提請交戰雙方適用《倫敦宣言》；德、奧匈同意以交戰雙方一同採用為條件；英、法、俄接受美國建議，惟附提多項修正。在大戰期間，英國幾次發布樞密院令，修正《倫敦宣言》之規則而付諸實施。惟《倫敦宣言》之中多為國際習慣法之成文化，係既存國際習慣規則之重申。中國政府則於同年8月9日公佈《中華民國局外中立條規》共二十四條。第一條明文：「各交戰國在中國領土、領海內，不得有佔據及交戰行為，凡中國海陸各處，均不得倚之為根據地，以攻敵人。」第二條：「各交戰國之軍隊、軍械及輜重品，均不得由中國領土、領海經過。其有違背前項規定者，應聽中國官員卸去武裝，並約束扣留至戰事完畢之時為止。」第十四條：「各交戰國有破壞中國中立條規者，中國如以各種方法阻止時，不得視為啓釁之舉。」第二十四條載明：「本條規定未盡事宜，應遵照1907年各國在海牙所畫押之陸戰中立條約、海戰中立條約辦理。」。甚至中華民國《刑法》第一一七條亦規定：「於外國交戰之際，違背政府局外中立之命令者，處一年以下有期徒刑、拘役、或三千元以下罰金。」。

隨著戰爭違法化概念的確立，以往無差別戰爭觀下的中立國制度亦須有所調整，甚至在集體安全保障的運作下，中立制度是能否存在的問題，也應進一步加以檢討³³。

³³ Norman Johnston, *Peace, War and Neutrality* (London: Colourpoint

參考書目

中文部分

專書

中國國民黨中央委員會黨史委員會編，《**中華民國重要史料初編—對日抗戰時期，第三編 戰時外交(二)**》(臺北：中國國民黨中央委員會黨史委員會編印，無年份)。

H. 帕姆塞爾著，《**世界海戰簡史**》(北京：海洋出版社，1986年)。

幹焱平編，《**國際海戰法概要**》(北京：海潮出版社：1999年)。

中外重要戰史彙編編纂委員會編，《**中外重要戰史彙編**》(桃園：三軍大學編印，民國87年)，下冊。

中國社會科學院近代史研究所編，《**沙俄侵華史**》(北京：人民出版社，1990年)，第四卷，上冊。

日本產經新聞古屋奎二編著，《**蔣總統秘錄—中日關係八十年之證言**》(臺北：中央日報社，民國63年)，第一冊，頁208-209。

史俊明著，《**中日國際史**》(臺北：文海出版社重印，民國8年)。

邱永君著，《**蠶食與鯨吞—俄羅斯侵華史話**》(北京：國際文化出版公司，2000年)。

村瀨信也、真山全著，《**武力紛爭の國際法**》(東京：東信堂，2004年)。

李劍農著，《**中國近百年政治史**》(上海：商務印書館，1948年)。

李鼎聲著，《**中國近代史**》(上海：光明書局，民國38年)。

金學俊著，《**朝鮮戰爭—原因·過程·休戰·影響**》(東京：論創社，2007年)，頁23-25。

胡秋原著，《**俄帝侵華史綱(一)**》(臺北：中華文化會，民國41年)。

範文瀾著，《**中國近代史**》(上海：生活、讀書、新知上海聯合發行所，民國38年)。

夏天著，《**中國外交史及外交問題**》(臺北：文海出版社，民國77年)。

陳恭祿著，《**中國近代史**》(上海：商務印書館，1935年)，下卷。

晴川主編，《**二十世紀大海戰**》(北京：海洋出版社，1992年)。

- 劉彥著，《中國近時外交史》〈上海：商務印書館，1921年〉。
- 廣文書局編譯所，《外交報彙編》〈臺北：廣文書局，民國53年〉。
- 鄧蜀生、張秀平、楊慧玫主編，《影響世界的100個戰爭》〈台中：好讀出版社，2005年〉。
- 庫羅派特金著，《俄國軍隊與對日戰爭》〈北京：商務印書館，1980年〉。

學位論文

- 張豫生著，《甲午戰後的清廷聯俄政策》〈臺北：政治大學外交所碩士論文，民國48年〉。
- 張勝凱著，《從國際法觀點：論水雷在武裝衝突中對戰術及戰略之影響》〈臺北：政治大學外交所戰略專班碩士論文，民國94年〉。
- 黃清琦著，《旅大租借地之研究》〈臺北：政治大學外交所碩士論文，民國92年〉。
- 齊耀貴著，《日俄戰爭與中國》〈臺北：政治大學外交所碩士論文，民國48年〉。

期刊專論

- 翁以民著，〈日俄海戰之省思(下)〉〔臺北：國防部〕《海軍學術月刊》，第33卷，第7期(民國88年)，頁38-47。
- 趙國材、張勝凱著，〈論海戰法上的水雷及魚雷〉〔臺北：國防部〕《海軍學術月刊》，第三十九卷，第十二期(民國94年)，頁42-55。

英文部分

Books

- Arai-Takahashi, Yutaka, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009).
- Alexidze, "Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law," *Hague Recueil des Cours*, 172 (1981), p. 219.
- Brinkey, George, *The Volunteer Army and the Revolution in South*

- Russia** (New York: University of Notre Dame Press, 1958).
- British and Foreign State Papers**, Vol. 97.
- Brown, L. Carl, **International Politics and the Middle East: Old Rules, Dangerous Game** (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1984).
- Buehr, Wendy (ed.), **The Horizon History of Russia** (New York: American Heritage Publishing Co., 1970).
- Chan, Lauit-ching, **Anglo-Chinese Diplomacy 1906-1920** (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1978).
- Cole, Fay-Cooper & Warren, Harris Gaylord, (eds.), **An Illustrated Outline History of Mankind** (Chicago: Spencer Press, 1951).
- Cowles, Virginia, **Last Tsar** (New York: G.P. Putnam's Sons, 1977).
- Crews, Robert D., **For Prophet & Tsar** (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006).
- Davies, Norman, **Europe: A History** (New York: Harper Perennial, 1998).
- Dennett, Tyler, **Roosevelt and the Russo-Japanese War** (New York: Garden City: Doubleday Page and Company, 1925).
- Eyck, Frank, **G. P. Gooch: A Study in History and Politics** (London: Macmillan Press, 1982).
- Fay, Sidney, **The Origins of the World War I** (New York: Macmillan, 1929).
- Fischer, Louis, **Russia's Road from Peace to War. Soviet Foreign Relations 1917-1941** (New York, Evanston and London: Harper & Row, 1969).
- Gapon, Father, "Bloody Sunday: St Petersburg, 22 January 1905," John Carey (ed.), **Eyewitness to History** (Cambridge, Massachusetts, 1988).
- Grabar, V. E., **The History of International Law in Russia, 1647-1917: A Bio-Bibliographical Study**, trans. W. E. Butler (Oxford: Clarendon Press, 1990).
- Giles, Lancelot, **The Siege of the Peking Legations: A Diary**, L. R. Marchant (ed.) (Nedlands, Western Australia: University of Western Australia, 1970).
- Gordon, Andrew, **A Modern History of Japan** (New York: Oxford Univ.

- Press, 2003).
- Howard S. Levie, *Mine Warfare at Sea* (Dordrecht/Boston/London : Martinus Nijhoff Publishers,1992).
- Hurst, Sir Cecil & Bray, F.E., *Russian and Japanese Prize Cases* (London, 1912-1913).
- Johnsen, Julia E., (compiled), *Chinese-Japanese War* (New York: H.W. Wilson Co., 1933).
- Johnston, Norman, *Peace, War and Neutrality* (London: Colourpoint Books, 1997), p. 29.
- Kreiner, Rotem, *Rethinking the Russo-Japanese War* (Hawaii: University of Hawaii, 2006).
- Maclean, Sir Fitzroy, *All the Russians: The End of an Empire* (London: Viking, 1992).
- Macmillan, Margaret, *Paris 1919* (New York: Random House, 2002).
- Palmer, R.R., & Colton, Joel, *A History of the Modern World*, 3 rd ed. (New York: Alfred A. Knopf, 1965).
- Petrie, Sir Charles, *Diplomatic History 1713-1933* (London: Hollis & Carter Ltd., 1946).
- Petrov, Vadim, *The Escape of Alexei, son of Nicholas II* (New York: Harry N. Abrams, 1998).
- Roberts, Adam, and Guelff, Richard, *Documents on the Law of War*, 3 rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000).
- Ronzitti, N., (ed.), *The Law of Naval Warfare: A Collections of Agreements and Documents with Commentaries* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988).
- Schindler, Dietrich, and Toman, Jjri, (eds.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Douments* (Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1988).
- Schwartz, Harry, *Tsars, Mandarins, and Commissars. A History of Chinese-Russian Relations* (Philadelphia and New York: Lippincott, 1964).
- Scott, J. B., *Hague Court Reports* (New York: Oxford University Press, 1916).
- Suzuki, David & Oiwa, Keibo, *The Japan We Never Knew* (Toronto:

- Stoddart, 1996).
- Thomson, David, *England in the Nineteenth Century, From Waterloo to the First World War* (London: Penguin Books, 1950).
- Tokutomi Soho, *The Future Japan*, Vinh Sinh (trans.) (Alberta: University of Alberta Press, 1989).
- Trotsky, Leon, *History of the Russian Revolution* (London: Gollancz, 1933-4).
- UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Waterfield, Gordon, *Professional Diplomat: Sir Percy Loraine* (London: John Murray, 1973).
- Witte, Serge, *The Memoirs of Count Witte* (London: Heinemann, 1921).
- Wright, Stanley F., *Hart and the Chinese Customs* (Belfast: WM. Mullan & Son, 1950).

Articles

- Betts, T.J., "The Strategy of another Russo-Japanese War," *Foreign Affairs*, Vol. 12 (July 1934), pp. 593-603.
- Dunbar, N.C.H., "Military Necessity in War Crime Trials," *British Year Book of International Law*, 29(1952), pp. 442-452.
- Fitzmaurice, Sir Gerald "Some Aspects of Modern Contraband Control and the Law of Prize," *British Year Book of International Law*, 22 (1945), pp.73-95.
- Kawasaki, Kyoji, "A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law," *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*. 34 (2006), p. 27
- Linderfalk, Ulf, "What Is So Special About *Jus Cogens*? – On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law," *International Community Law Review*, 14 (2012), pp. 3-18.
- Schwelb, Egon, "The United Nations War Crimes Commission," *British Year Book of International Law*, 23(1946), pp. 363-376.
- Wakatsuki, Baron Reijiro, "The Aims of Japan," *Foreign Affairs*, Vol. 13, No. 2, Special Supplement (1935), pp. 583-590.

《國際法論文獎》

外國投資之法律管制與保護——以徵收 投資者私有財產為中心(下)

Legal Protection and Control of Foreign Investment: A Study of Expropriation (II)

林 韋 仲*

摘要

外國直接投資(Foreign Direct Investment, FDI)於全球經濟發展上扮演相當重要的角色。投資者能為地主國帶來資金、就業機會，並促進產業水準的提升，然而其亦可能對於地主國產生負面影響，而此即必須透過內國法與國際法加以規範。於規制外國投資活動的法律面向上，對於外國投資者財產進行徵收，其同時涉及投資之法律管制與保護，對於投資者權益亦影響最鉅。依據傳統國際習慣法，國家得對於境內外國人所擁有的財產加以徵收，惟國際法亦課以其相對的義務。然而，自十九世紀中期卡爾伏理論(Calvo Doctrine)的提出開始，國際間便展開不同於傳統規範的國際法實踐。不論是總額折價協定(lump sum agreement)的締結，抑或於聯合國大會中所通過諸多有關自然資源永久主權(Permanent Sovereignty over Natural Resources)決議下的國際法實踐，均使得傳統規範所具有的習慣法地位產生動搖，並導致國際投資法律環境的不穩定。

在歷經近超過一個世紀的爭議後，各國開始重新思考外國直接投資對於國家乃至於全球經濟發展上的定位；對於外國投資活動究竟應採取何種方式，方能在維護國家主權與投資者權利間取得平衡。其中，對於國家徵收外國投資者財產應符合何種國際法規範的態度，更是影

* 國立中正大學法學碩士，英國諾丁漢大學國際公法碩士。本文係以筆者於台灣所撰寫的碩士學位論文為基礎，依據更新資料所改寫。感謝中正大學財經法律學系李孟玢教授的細心指導，以及論文口試委員東吳大學法律學系鄧衍森教授、政治大學法律學系林良榮教授的寶貴意見。

響外國投資活動發展的重要關鍵。在各種投資條約與國際法文件陸續締結，以及諸多國際爭端解決機制作成相關判決之下，其是否已斷言傳統規範的習慣法地位已不復存在或已經恢復，或是否能從中歸納出其發展脈絡，將是本文探討的焦點所在。

關鍵詞：外國直接投資、法律管制與保護、徵收、國際習慣法、條約、國際爭端解決。

Abstract

Foreign Direct Investment (FDI) plays a significant role in promoting global economic growth. Transnational investment activities could bring not only capital and technology but also employment to the host states. However, the negative impacts it may give rise to could not be ignored. As a result, how to encourage and promote FDI and to regulate its drawbacks becomes a crucial issue. Among all the regulatory means, expropriation is the one which has the greatest influence on foreign investment. For the host states, expropriation is an effective means to regulate foreign investment activities. For foreign investors, however, to protect their property from expropriation would enhance the stability of international investment environment.

For long, the international law on expropriation is regarded as the component of the international minimum standard. From the nineteenth century, this set of rules began to face with challenges from developing states, such as the Calvo Doctrine, lump sum agreements and the Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources. Traditional rules no longer maintained its status as customary international law in these circumstances. However, with the demand of foreign capital to promote the economic growth, states took the initiatives to conclude investment treaties to protect foreign investment from the late twentieth century. In addition, many international dispute settlement mechanisms were established

to solve relevant disputes. Against this background, this paper would like to explore the issue of expropriation in contemporary international law.

Keywords: Foreign direct investment (FDI), legal control and protection, expropriation, customary international law, treaties, international dispute settlement.

肆、當代條約規範之發展與立法趨勢

一、雙邊投資條約

(一)徵收之名義與形式

1.徵收名義

於當代雙邊投資條約的徵收條款中，「徵收」與「國有化」係最常使用的名詞，藉以描述國家取得或限制外國投資者財產的行為。其他諸如「奪取(dispossession)」、「取得(taking)」與「剝奪(deprivation)」等名詞亦為條約所採用，以涵蓋徵收、國有化以及「在地化(indigenization)」等不同類型的徵收。於一般情形下，條約並不對於此等徵收名義的內涵加以界定。雖然不同名詞常合併使用於條款中，惟條約並不作法律效果上的區別¹²⁶。此將使國家進行徵收時所應承擔的義務一致化，而不因徵收名義的不同有所差異。

¹²⁶ See Dolzer, R., and Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), at 98-99.

2.徵收形式

在徵收形式方面，徵收條款多強調國家採取措施因而產生的效果，相關描述通常相當簡潔籠統。例如在英國與烏克蘭所締結的條約中，便將「具有等同於國有化或徵收效果之措施(measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation)」納入。在瑞典與阿根廷所締結的條約中，則規定有「任何國有化或徵收之直接或間接措施(any direct or indirect measure of nationalization or expropriation)」，以及「任何對於投資具有相同性質或相同效果之其他措施(any other measure having the same nature or the same effect against investments)」¹²⁷。德國與孟加拉所締結的條約，則是透過議定書就徵收條款所涵蓋範圍加以界定，其規定：「第三條第二項之條款(徵收)亦應適用於將投資移轉由國家所有、將投資限制於國家控制之下、或由公權力所採取之類似干預。徵收意指剝奪或限制其本身或連同其他權利構成投資之任何財產權¹²⁸。」

值得注意的是，在 2004 年美國模範雙邊投資條約中，特別就判斷國家之特定措施是否構成間接徵收作有詳細規定。其規定間接徵收的判斷除必須依據個案情形加以認定外，同時應考慮以下因素：(1)政府行為的經濟上影響。然縱使地主國行為對於投資的經濟價值有負面效應，亦不因此必然構成間接徵收；(2)政

¹²⁷ *Ibid.*, at 100-101.

¹²⁸ The article provides that: ‘the provisions of paragraph 2 of Article 3 [on expropriation] shall also apply to the transfer of an investment to public ownership, to the subjection of an investment to public control, or to similar interventions by public authorities. Expropriation shall mean the taking away or restricting of any property right which in itself or in conjunction with other rights constitutes an investment.’ Dolzer and Stevens, *supra* note 126, at 101.

府行為對於支持投資之明確與合理期待的干預程度；(3)政府行為的性質。此外，政府基於維護合法公共福利之目的，例如公共健康、安全與環境，所制訂並採取之非歧視性的規制行為，原則上並不構成間接徵收¹²⁹。

(二)徵收所應符合之要件

當前雙邊投資條約的徵收條款中，均就公益目的原則作有規範，而僅在用語上有「公共利益」(public benefit)、「國家目的」(national purpose)、「公共使用、公共利益或基於國防利益」(public use, public interest, or in the interest of national defense)以及「內國公共或社會目的」(internal public or social purpose)的差異¹³⁰。同時，雙邊投資條約亦普遍納入非歧視原則，作為國家從事徵收時所應符合的條件，而此亦展現於中國、德國、英國以及美國所制定模範雙邊投資條約的徵收條款中¹³¹。

另一方面，於徵收條款中納入正當法律程序(due process of law)，已成為目前雙邊投資條約的發展趨勢。正當法律程序主要在於要求地主國提供投資者得向獨立機構要求就徵收(特別是補償數額的認定)事宜進行審查的權利¹³²。於部分條約中，正當法律

¹²⁹ See Paragraph 4 of Annex B of the Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.

¹³⁰ Dolzer and Stevens, *supra* note 126, at 104-105.

¹³¹ Dolzer and Schreuer, *supra* note 17, at 354, 370, 379, and 391.

¹³² Reinisch, *supra* note 49, at 191. 部分條約則特別強調在徵收合法性的判斷上，相關審查必須以國際法原則為依據。Dolzer and Stevens, *supra* note 126, at 106-107.

程序則在要求徵收的做成應符合內國法規範¹³³。另有學者則指出此項要求係在使投資者於財產遭徵收前有提出答辯與接受公平審判的權利，同時相關決定必須由公正的政府官員經過一段合理期間後作成¹³⁴。

(三)補償標準

在國家所應承擔的補償義務方面，雙邊投資條約的徵收條款均對此作有規範。許多條約作有已開發國家所主張的「即時、充分與有效」補償規範，然亦有條約使用「合理」(just)、「完全」(full)、「適當」(reasonable)與「公正與公平」(fair and equitable)補償等用語¹³⁵。此等用語所代表的確切意涵，通常仍有待其他條款作進一步詮釋。在有效補償方面，多數條約均要求補償必須以可兌換貨幣加以支付，同時必須能被「自由移轉」(freely transferable)或「有效實現」(effectively realizable)¹³⁶。在即時補償方面，條約通常規定補償的支付不得加以遲延。在遲延給付不可避免的情形下，若干條約則規定國家應另行支付自徵收日至實際支付日為止的利息¹³⁷。倘若國家發生國際收支不平衡，使其無法即時給付投資者足夠外匯時，條約有規定國家得分期支付補償。

¹³³ Reinisch, *ibid*; Vandevelde, K.J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 2010), at 273.

¹³⁴ 學者同時強調雖然在實踐上亦有規定國家從事徵收應依據相關內國法規範，惟此種情形尚屬少數，而此實亦反應出雙邊投資條約之目的，亦即在避免以內國法作為徵收合法性的最終判斷標準。Dolzer and Stevens, *supra* note 126, at 106.

¹³⁵ *Ibid*, at 108-109.

¹³⁶ Vandevelde, *supra* note 133, at 276.

¹³⁷ *Ibid*, at 275.

在此，雖然部分條約特別規定利息應依據一般商業利率或合理市場利率加以計算，惟多數條約並未加以明定¹³⁸。

至於在被徵收財產價值的計算上，許多條約作有「公正市場價值」(fair market value)規定，其他條約則採取「真實價值」(genuine value)、「市場價值」(market value)或「公正與真實價值」(fair and genuine value)等用語，亦有條約規範國家所給予的補償「應相當於被徵收投資在實際或即將徵收之日...為公眾所知悉前即刻的價值」(shall be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation ... has become publicly known)¹³⁹。

二、多邊條約

(一)《能源憲章條約》(Energy Charter Treaty)

《能源憲章條約》係於1994年所簽署、1998年正式生效，目的主要在建構各國在能源領域長期合作的法律架構。在有關能源投資方面，條約於第三部份(第十條至第十七條)及其他個別條文中，分別針對與貿易有關的投資措施、外資准入、投資者待遇、人員僱用、因戰爭等所導致損失補償、徵收、資金移轉、投資保險代位，以及得排除適用本部份條文的情形等作有詳盡規範。

有關國家對於外國投資者所進行的徵收，條約第十三條第一項第一段規定：「締約方投資者於其他締約方領域內之投資不應被國有化、徵收或遭受到與國有化和徵收具有同等效果之措施

¹³⁸ Dolzer and Stevens, *supra* note 126, at 113.

¹³⁹ *Ibid*, at 109.

(以下稱之為『徵收』)，除非該徵收：(a)基於公共利益之目的；(b)非歧視；(c)符合正當法律程序；(d)伴隨即時、充分與有效補償的支付¹⁴⁰。」首先在徵收名義方面，條約肯認徵收與國有化概念上的差異，惟並未對於兩者之法律效果作有區別。在國家從事徵收所應符合的規範方面，傳統習慣法所要求之公益目的、非歧視與補償原則均展現於條約之中。

其中在補償原則方面，條約指出補償應相當於被徵收投資在徵收前即刻，或即將發生之徵收被知悉而將影響投資估價時的公正市場價值¹⁴¹。有效補償則指徵收國必須以在估價日市場利率的基礎上，投資者所要求得自由兌換的貨幣加以給付¹⁴²。條約同時強調在遲延給付情形下，國家應支付自徵收日起至實際支付日為止之利息，此乃即時補償的精神¹⁴³。另一方面，條約規定締約國於從事徵收時應遵守正當法律程序。在此，正當法律程序係指受影響的投資者有權依據締約國法律，向締約國法院或其他權責機關請求，就資產評估與支付補償事宜進行審查¹⁴⁴。

此外，為避免投資者藉由購買股份於地主國所進行的投資遭

¹⁴⁰ Paragraph 1, Article 13 (1) of the ECT provides that: ‘Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is: (a) for a purpose which is in the public interest; (b) not discriminatory; (c) carried out under due process of law; and (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.’ The document is available at <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_ratification_status.pdf> (last visited 2012-02-10).

¹⁴¹ See Paragraph 2, Article 13 (1) of the ECT.

¹⁴² See Paragraph 3, Article 13 (1) of the ECT.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ See Article 13 (2) of the ECT.

到徵收時，由於股東與公司法人格乃分別獨立，致使投資者無法提出救濟的窘境¹⁴⁵，條約第十三條第三項規定徵收應包括締約方徵收境內公司或企業資產，而任何其他締約方投資者有所投資，包括透過股份持有的情形在內¹⁴⁶。最後值得一提的是，條約第二十一條第五項不僅肯定國家所進行的課稅有構成徵收之可能，並針對投資者或締約國就相關措施是否構成徵收、或具有歧視性質作有相關救濟程序規範¹⁴⁷。

(二) 《北美自由貿易協定》(North American Free Trade Agreement)

《北美自由貿易協定》係由加拿大、美國與墨西哥於 1992 年所締結，協定除針對商品貿易、服務貿易、政府採購與智慧財產權保護等事宜有規範外，亦於第十一章規定締約國所應遵守的投資實體規範，以及投資者與締約國間的投資爭端解決機制。

有關國家徵收外國投資者財產的規範，協定第一一〇條第一項規定：「成員國不得直接或間接國有化或徵收其他成員國投資者於其領域內之投資，或對於該投資採取與國有化或徵收具同等效果之措施(『徵收』)，除非：(a)基於公共目的；(b)在非歧視基礎上；(c)符合正當法律程序以及第一一〇五條第一項規定；(d)符合第二項至第六項的支付補償¹⁴⁸。」首先，協定除對於不同名

¹⁴⁵ *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ICJ Reports, 1970.

¹⁴⁶ See Article 13 (3) of the ECT.

¹⁴⁷ See Article 13 (5) of the ECT.

¹⁴⁸ Article 1110 (1) of the NAFTA provides that: 'No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or

義的徵收(徵收、國有化)作有規範外，亦就不同的徵收形式加以區別。在此，協定將國家徵收形式區分為三種態樣，分別為直接徵收、間接徵收以及與徵收具有同等效果之措施¹⁴⁹。在徵收所應符合的規範方面，協定除重申公益目的與非歧視原則外，亦規定徵收措施應符合正當法律程序，然條文並未進一步對於後者的意涵加以闡述。

在補償義務方面，同條第二項規定國家應給付相當於被徵收資產於徵收日之公正市場價值。而公正市場價值的計算標準，則包括有正常營業狀態下的價值、包含有體財產公告稅價值在內的資產價值，以及其他適於決定公正市場價值的標準¹⁵⁰。另一方面，協定同條第三項、第四項規定國家應即時給付補償，倘若遲延則應給付商業上合理利率的利息¹⁵¹；第六項則規定補償必須得被自由移轉¹⁵²。此外，同條第七項與第八項則規定不構成徵收的情形，分別為國家依據協定第十七章所作成對於智慧財產權

expropriation of such an investment (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.’

¹⁴⁹ 據學者研究指出，「與直接徵收、間接徵收類似之干預措施」應係源自於「財產取得」(taking of property)的概念，其目的在除透過「財產取得」作為國家干預或剝奪外國人私有財產行為的統稱外，另以此項名詞的使用以求規範上的周延性。參見李孟玟，前揭註 40，頁 181-182、211-212。然此是否屬於直接徵收與間接徵收以外的第三種徵收態樣，學理上有不同看法。比較 Sornarajah, *supra* note 8, at 367. 於《北美自由貿易協定》下所審理的 *Pope and Talbot Inc. v Canada* 一案中，仲裁法庭則是指協定中所指「與國有化或徵收具同等效果之措施」，並未擴張國際法上相關措施對於財產利益產生影響，而必須就此加以補償之徵收的意義。*Pope and Talbot Inc. v Canada*, Award on the Merits of Phrase 2, at para 96.

¹⁵⁰ See Article 1110 (2) of the NAFTA.

¹⁵¹ See Articles 1110 (3) and (4) of the NAFTA.

¹⁵² See Article 1110 (6) of the NAFTA.

的撤銷、限制與許可措施，以及由於不具歧視性質之普遍性措施的實行，所導致債務人在履行債務上的成本增加或遲延履行¹⁵³。

(三)其他區域性條約規範

1.拉丁美洲

(1)安地斯共同體(Andean Community of Nations)

玻利維亞、智利、哥倫比亞、厄瓜多與秘魯於 1969 年締結《安地斯次區域整合協定》(Andean Subregional Integration Agreement)，成立「安地斯共同市場」(Andean Common Market)¹⁵⁴。依據協定第二十七條規定，該共同市場在外國資本待遇事務上係採取共同的政策。成員國於 1970 年間曾採取較為嚴格的外資管制政策，相關規範亦可謂是卡爾伏主義的具體展現¹⁵⁵。直到 1987 年，委員會通過第 220 號《共同外國投資與技術

¹⁵³ See Articles 1110 (7) and (8) of the NAFTA.

¹⁵⁴ 委內瑞拉於 1973 年加入該共同市場，惟於 2006 年退出；智利則在 1976 年退出。於 1997 年，玻利維亞、哥倫比亞、厄瓜多、秘魯與委內瑞拉等五國決議成立「安地斯共同體」(Andean Community of Nations)，以取代原先的安地斯共同市場。See Sands, P. and Klein, P., *Bowett's Law of International Institutions* (London: Sweet & Maxwell, 6th ed., 2011), at 222-223.

¹⁵⁵ 協定的委員會曾於 1970 年通過第二十四號決議，以嚴格管制外國投資活動。例如決議第五十條規定：「成員國不得賦予外國投資者較本國投資者優惠之任何協定。」(Member countries shall not grant to foreign investors any agreement more favourable than that granted to national investors.) 第五十一條則規定：「任何與投資或技術轉讓有關之文件，均不得包括有排除將可能之衝突或爭議提交內國管轄及接受國權責機關，或允許投資者母國代位其本國投資者行使權利或行動之條款。」(In no instrument relating to investment or to the transfer of technology shall there be clauses that remove possible conflicts or controversies from the national

特許準則》(Common Foreign Investment and Technology Licensing Code)決議。決議除放寬對於外資的管制外，亦允許投資者得就投資爭端提交國際爭端解決機制，或請求其母國進行外交保護¹⁵⁶。由此可發現締約國在投資者權利的程序保障方面，已逐漸傾向接受傳統國際法規範。

委員會於 1991 年進一步通過《外國資本與商標、專利、特許協議及版權共同待遇規則》(Regime for the Common Treatment of Foreign Capital and Trademarks, Patents, Licensing Agreement and Royalties)的第 291 號決議。本決議取消國家不得賦予外國投資者較本國人更高待遇的限制，以允許成員國依據其內國法決定賦予投資者何種待遇標準¹⁵⁷。此項決議顯示出在第 220 號決議賦予外國投資者投資權利的程序保障後，成員國進一步提升投資者投資的實體權利。同時，決議允許各國自行決定投資爭端的解決

jurisdiction and competence of the recipient country or allow the subrogation by States to the rights and actions of their national investors.)參見 Schrijver, *supra* note 94, at 198. 在此之下，成員國不僅不得給予外國投資者高於本國人民的待遇，相關爭端亦僅能經由地主國加以解決，投資者不得請求母國提出外交保護。See Oliver, C. T., 'The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Foreign Investment' 66 *American Journal of International Law* 763 (1972), at 777-779; Hummer, W., 'Investment Rules in Regional Integration Agreements in Latin America: The Case of the Andean Community/Andean Community' in Bonder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A., and Wittich, S. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford: Oxford University Press, 2009), at 574-578.

¹⁵⁶ Schrijver, *supra* note 86, at 180.

¹⁵⁷ See Article 2 of the Regime for the Common Treatment of Foreign Capital and Trademarks, Patents, Licensing Agreement and Royalties (hereinafter 'Decision 291'). The document is available at <<http://www.comunidadandina.org/ingles/normativa/D291e.htm>> (last visited 2012-02-10).

方式，其於第十條規定：「在解決由於外國直接投資、次區域投資者之投資、或外國技術移轉所產生之分歧或爭端時，成員國應受其內國立法之拘束¹⁵⁸。」在此之下，當投資者與地主國發生投資爭端時，成員國得依據其內國相關規範，選擇與投資者設立爭端解決機制，或接受其他國際投資爭端解決機制的管轄。

(2)南方共同市場(Southern Common Market, MERCOSUR)

由阿根廷、巴西、巴拉圭與烏拉圭所成立的南方共同市場(智利與玻利維亞則是在 1996 年加入)，其成員於 1994 年締結《促進與相互保護在南方共同市場內投資議定書》(Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments in Mercosur)。議定書於第四條第一項就徵收事宜作有規範，其規定：「任何締約方不得對於隸屬其他締約方投資者在其領域內之投資，採取徵收或國有化或任何其他具有同等效果之措施，除非該項措施係基於公共用途之理由、在非歧視的基礎上，並且符合適當法律程序。該等措施應伴隨有事前、適當與有效補償的支付。此項補償之總額應符合被徵收投資在權責機關正式宣佈或公佈國有化或徵收前立即所具有的真正價值，以及在支付之日前所增加利潤或將具有的價值¹⁵⁹。」在此，條文除針對不同的徵收名

¹⁵⁸ Article 10 of the Decision 291 provides that: 'In settling disagreements or disputes arising from direct foreign investments or investments by Subregional investors or transfers of foreign technology, the Member Countries shall abide by the provisions of their domestic legislation.'

¹⁵⁹ Article 4 (1) of the Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments in Mercosur provides that: 'None of the Contracting Parties will take steps for nationalization or expropriation nor any other measure that has the same effect, against investments that take place in their territory that belong to investors from another Contracting Party, unless such steps are taken for reasons of public utility, on a non discriminatory basis and

義與徵收形式加以明定外，並就公益目的、非歧視與補償原則作有規範，亦規定補償必須依據「適當法律程序」。在補償原則方面，本條規定補償必須是「事前」、「適當」以及「有效」。在此所指的「適當」補償，則為被徵收財產在地主國權責機關宣告徵收前所具有的「真正」價值，惟條文並未就其具體內涵作進一步說明。此外，本條並未另就「事前」與「有效」補償作有說明。

2. 東南亞國家協會(Association of Southeast Asian Nations)

東南亞國家協會成員於 1987 年締結《汶萊、印度尼西亞、馬來西亞、菲律賓、新加坡、與泰國投資促進暨保護協定》(Agreement among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments)，其中就國家徵收外國投資者財產作有規範。協定第六條第一項首先就國家進行徵收時所應符合要件加以規範，其規定：「除非是基於公共使用、或公共目的、或公共利益，並且依據正當法律程序，在非歧視基礎上且支付充份補償，任何締約方國民或公司之投資不得遭到徵收、國

in accordance with the proper legal proceedings. These steps will be followed by the payment of a previous, appropriate and effective compensation. The sum of this compensation will correspond to the real value that the expropriated investment had immediately before the moment that the decision of nationalize or expropriate has been officially announced or made public by the competent authority and generate gains or will have its value updated to the date of its payment.' The document is available at <<http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp>> (last visited 2012-02-10).

有化或任何相當之措施(在本條中稱為『徵收』)。」¹⁶⁰在此，條文除就不同的徵收名義加以規範外，公益目的、非歧視與補償原亦均出現於條文中，並強調國家的徵收必須符合正當法律程序。

在補償原則方面，同條項規定：「此項補償應相當於剝奪措施為公眾所知悉前受影響投資之市場價值，以得自由使用之貨幣支付並且得從地主國自由移轉。補償的解決與支付應無不合理遲延。」¹⁶¹由此可知，徵收財產價值的計算係以市場價值為標準，並且應符合有效與即時補償的要求。在投資者的權利救濟方面，條約規定投資者有權就徵收是否符合前揭規範，提交由地主國權責機關加以審查¹⁶²。此外，當國家徵收依據地主國法律所設立公司之財產，而其他締約方國民或公司擁有該公司股份時，亦得適

¹⁶⁰ Article 6 (1) of the Agreement among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments (hereinafter ‘ASEAN Investment Agreement’) provides that: ‘Investments of nationals or companies of any Contracting Party shall not be subject to expropriation, nationalisation or any measure equivalent thereto (in the article referred to as “expropriation”), except for public use, or public purpose, or in public interest, and under due process of law, on a non-discriminatory basis and upon payment of adequate compensation ...’

¹⁶¹ Article 6 (1) of the ASEAN Investment Agreement provides that: ‘... Such compensation shall amount to the market value of the investments affected, immediately before the measure of dispossession became public knowledge and it shall be freely transferable in freely-usable currencies from the host country. The compensation shall be settled and paid without unreasonable delay ...’

¹⁶² Article 6 (1) of the ASEAN Investment Agreement provides that: ‘... The national or company affected shall have the right, under the law of Contracting Party making the expropriation, to prompt review by a judicial body or some other independent authority of that Contracting Party in accordance with principles set out in this paragraph.’

用前揭規定¹⁶³。此項規定意旨可謂與前揭《能源憲章條約》第十三條第三項相當類似。

3. 伊斯蘭會議組織(Organization of the Islamic Conference)

由中東、非洲、中亞、東南亞與南亞等五十餘國所組成的伊斯蘭會議組織，於 1981 年締結《伊斯蘭會議組織成員國間投資促進、保護暨保證協定》(Agreement for the Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member Countries of the Organization of Islamic Conference)，協定並於 1988 年生效。協定第十條係徵收條款，其第一項規定：「地主國應承諾不採取或允許採取任何措施——不論是其本身、透過其機關、組織或地方權責機關——直接或間接影響投資者資本或投資之所有權，倘若該項措施將剝奪投資者全部或部分之所有權、全部或部分之基本權利，或對於其資本所有、持有與利用權能之行使，或對於投資、其管理、利用、享有、利益之實現或確保其發展與成長之實際控制¹⁶⁴。」在此，協定對於徵收外國投資者財產的主體、徵收形式

¹⁶³ See Article 6 (2) of the ASEAN Investment Agreement.

¹⁶⁴ Article 10 (1) of the Agreement for the Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member Countries of the Organization of Islamic Conference (hereinafter ‘OIC Investment Agreement’) provides that: ‘1. The host state shall undertake not to adopt or permit the adoption of any measure – itself or through one of its organs, institutions or local authorities – if such a measure may directly or indirectly affect the ownership of the investor’s capital or investment by depriving him totally or partially of his ownership or of all or part of his basic rights or the exercise of his authority on the ownership, possession or utilization of his capital, or of his actual control over the investment, its management, making use out of it, enjoying its utilities, the realization of its benefits or guaranteeing its development and growth.’ The document is available at

與行為態樣作有一般性規定。在採取徵收措施的主體方面，協定指出國家本身、其機關、組織或地方權責機關等可歸責於國家的機關，均在徵收條款所適用範圍之內。在徵收形式方面，協定亦就直接與間接徵收作有規範。協定同時就構成徵收的各種行為態樣加以明定，規範可謂相當詳盡。

在國家從事徵收所應符合的要件方面，同條第二項規定：「國家將被允許：(a)在符合法律之下基於公共利益徵收投資，不具有歧視性並依據地主國規範該徵收之法律，即時支付充分且有效之補償予投資者，且投資者應有權向地主國權責法院就該項補償要求審理。(b)依據權責法律機關之命令採取預防性措施，與依據權責司法機關之裁決採取執行措施¹⁶⁵。」由此可知，傳統習慣法要求之公益目的、非歧視與補償原則均規定於協定之中。協定並規定投資者有向地主國權責法院就補償事宜請求進行審理的權利。此外，在補償的支付方面，由於條文係規定應依據地主國之相關規範加以決定，國家在此依然享有廣泛的裁量空間。

4.非洲

<<http://www.oic-oci.org/english/convention/Agreement%20for%20Invest%20in%20OIC%20%20En.pdf>> (last visited 2012-02-10).

¹⁶⁵ Article 10 (2) of the OIC Investment Agreement provides that: ‘It will, however, be permissible to: (a) Expropriate the investment in the public interest in accordance with the law, without discrimination and on prompt payment of adequate and effective compensation to the investor in accordance with the laws of the host state regulating such compensation, provided that the investor shall have the right to contest the measure of expropriation in the competent court of the host state. (b) Adopt preventive measures issued in accordance with an order from a competent legal authority and the execution measures of the decision given by a competent judicial authority.’

(1) 東南非共同市場(Common Market for Eastern and Southern Africa)

由東南非共同市場十九個成員國所締結的《東南非共同市場共同投資區域投資協定》(Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area), 係就外國投資作有詳盡規範的多邊條約。協定第二十條針對國家徵收外國投資者財產作有規範。首先在徵收應符合的規範方面, 協定第一項規定:「成員國不得國有化或徵收在其領域內之投資或採取相當於徵收投資之任何其他措施, 除非:(a)基於公共利益;(b)在非歧視基礎上;(c)符合正當法律程序, 以及;(d)支付即時充分補償¹⁶⁶。」在此, 協定除就不同的徵收名義加以規定外, 公益目的、非歧視與補償原則, 以及正當法律程序的要求, 均明確規範於協定之中。

協定同時分別就適當、有效與即時補償的標準作有規定。在適當補償方面, 同條第二項指出補償應相當於被徵收投資財產於徵收發生前的公正市場價值, 且不應反映由於該徵收被知悉所導致任何價值上的變化¹⁶⁷。協定特別強調在補償價值的估算上, 必須反映由於投資者加重損害或未能試圖減輕損害的行為, 此應為一般徵收條款中所少見的規範。在有效與即時補償方面, 同條第三項與第四項分別就國家應以地主國或投資者母國貨幣支付, 與

¹⁶⁶ Article 20 (1) of the Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (hereinafter 'COMESA Investment Agreement') provides that: 'Member States shall not nationalize or expropriate investments in their territory or adopt any other measures tantamount to expropriation of investments except: (a) in the public interest; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law; and (d) on payment of prompt adequate compensation.' The document is available at <<http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf>> (last visited 2012-02-10).

¹⁶⁷ See Article 20 (2) of the COMESA Investment Agreement.

以前兩者以外的貨幣支付補償加以規定，並強調國家應支付自徵收日起至實際支付日為止的利息¹⁶⁸。在此可注意到，協定並未強制規定地主國必須以可兌換貨幣支付補償金額，而與傳統習慣法規範有所差異。本條第五項則指出補償應得被自由移轉，倘若地主國難以負擔補償金額，在系爭雙方合意並支付利息的前提下，國家得每年分期給付補償¹⁶⁹。

值得注意的是，協定特別將有關投資者所擁有之智慧財產權的變動，排除於徵收條款適用範圍之外¹⁷⁰。此項就國家基於公共利益對於智慧財產權所作成處分不適用徵收條款，並強調以符合相關國際智慧財產權協定為前提的規範，亦為當代投資條約所少見。另一方面，因普遍適用之措施所加諸債務人損失，導致債務人未能履行債務，亦不構成對於相關債務抵押品或借貸的徵收¹⁷¹。同時，國家基於國際習慣法上警察權的行使，所採取維護或增進公共福祉的規制措施，亦不構成投資者財產的間接徵收¹⁷²。協定最後則規定投資者有權就徵收是否符合前揭規範，以及被徵收財產價值的估算事宜，提交徵收國司法或其他權責機關審查¹⁷³。

(2)西非國家經濟共同體(Economic Community of West African States)

由西非國家經濟共同體十六個成員國於 1975 年所締結的

¹⁶⁸ See Articles 20 (3) and (4) of the COMESA Investment Agreement.

¹⁶⁹ See Article 20 (5) of the COMESA Investment Agreement.

¹⁷⁰ See Article 20 (6) of the COMESA Investment Agreement.

¹⁷¹ See Article 20 (7) of the COMESA Investment Agreement.

¹⁷² See Article 20 (8) of the COMESA Investment Agreement.

¹⁷³ See Article 20 (9) of the COMESA Investment Agreement.

《建立西非國家經濟共同體條約》(Treaty Establishing the Economic Community of West African States)，第二條規定成員國應逐步廢除對於人員、服務與資本自由移動所設障礙。在此之下，共同體通過諸多相關議定書，其中於 2003 年所通過的《能源議定書》(Protocol on Energy)(A/P4/1/03)，對於國家徵收投資者財產事宜作有規範。議定書第十三條第一項第一段首先對於國家從事徵收所應符合的要件作有說明，其規定：「在任何締約方領域內投資者之投資不應被國有化、徵收或遭受到與國有化或徵收具有同等效果措施(以下稱爲『徵收』)，除非該項徵收：(a)基於公共利益之目的；(b)不具有歧視；(c)依據正當法律程序；以及(d)伴隨即時、充分與有效補償的支付¹⁷⁴。」由此可知，不論是不同的徵收名義、形式，以及公益目的、非歧視與補償原則，均於議定書中作有規範。同時，徵收的作成應符合正當法律程序，且國家支付補償必須是即時、充分且有效的。

其次，同條項第二段及第三段則對於補償金額的計算與支付加以規範，其規定：「該項補償應相當於被徵收投資被徵收、或徵收即將爲公眾所知悉而將影響投資價值前立即之公正市場價值(以下稱爲『估算日』)。該項公正市場價值應在投資者要求下，以可自由兌換貨幣在估算日之市場利率基礎上加以支付。補償亦應包括自徵收日起至支付日止以市場上之商業利率爲基礎的利

¹⁷⁴ Section 1, Article 13 (1) of the Protocol on Energy provides that: ‘Investments of Investors in the Area of any Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures have effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such expropriation is: (a) for a purpose which is in the public interest; (b) not discriminatory; (c) carried out under due process of law; and (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.’

息¹⁷⁵。」此等就有效與即時補償以及公正市場價值之計算所作規範，與當今諸多投資條約並無明顯差異。

除此之外，議定書亦提供投資者就相關徵收事宜提起司法審查的權利，其於同條第二項規定：「受影響投資者有權向締約方法律或其他權責且獨立之機關，在從事徵收之締約方法律下，依據第一項所規定之原則，對於其案件、投資的估算以及補償的支付提出審查¹⁷⁶。」同時，為對於投資者係透過所持有股份進行投資的情形加以保障，同條第三項規定：「為避免產生疑義，徵收應包括締約方徵收投資者有所投資之公司或企業資產，包括透過持有股份情形¹⁷⁷。」

三、其他立法趨勢

¹⁷⁵ Sections 2-3, Article 13 (1) of the Protocol on Energy provides that: ‘Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the “Valuation Date”). Such fair market value shall at the request of the Investor be expressed in a Freely Convertible Currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of Expropriation until the date of payment.’

¹⁷⁶ Article 13 (2) of the Protocol on Energy provides that: ‘The Investor affected shall have a right to prompt review, under the law of the Contracting Party making the Expropriation, by a judicial or other competent and independent authority of that Contracting Party, of its case, of the valuation of its Investment, and of the payment of compensation, in accordance with the principles set out in paragraph (1).’

¹⁷⁷ Article 13 (3) of the Protocol on Energy provides that: ‘For the avoidance of doubt, Expropriation shall include situations where a Contracting Party expropriates the assets of a company or enterprise in which an Investor has an Investment, including through the ownership of shares.’

(一)《多邊投資協定草案》(Multilateral Agreement on Investment Draft)

在經濟合作暨發展組織 (Organization for Economic Cooperation and Development) 主導之下，國際間自 1995 年起開啓《多邊投資協定草案》的談判，目標在制訂一部綜合性並為各國普遍接受的投資條約。然而，由於始終未能就協定內容達成共識，與會各國於 1998 年底時表示放棄繼續談判，致使協定草案胎死腹中。雖然協定最終未能順利締結，然由於草案本身具備相當完整的跨國投資法律架構，在尚未有全球性國際投資條約規範的情形下，其依然是未來相關議題談判上重要的參考文件。

《多邊投資協定草案》所涵蓋範圍相當之廣，目的無非在透過條約的締結提升投資保護標準與投資自由化程度，同時在顧及現行有效規範下建構投資爭端解決機制。其中在徵收條款方面，草案第四部份第二條第一項規定：「締約方不應直接或間接徵收或國有化其他締約方投資者在其領域內之投資，或採取任何具有同等效果之措施，除非：(a) 係基於公共利益之目的；(b) 在非歧視之基礎上；(c) 符合正當法律程序；(d) 符合第二條第二項至第二條第五項之即時、充分與有效補償¹⁷⁸。」從條文中可知草案除

¹⁷⁸ Multilateral Agreement on Investment Draft (hereinafter 'MAI Draft'), Section III, 2.1 provides that: 'A Contracting Party shall not expropriate or nationalise directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter refer to as "expropriation") except: (a) for a purpose which is in the public interest; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law, and (d) accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with Article 2.2 to 2.5 below.' The

肯定直接與間接徵收概念上的區分外，公益目的、非歧視與補償原則以及正當法律程序等亦為草案所採納。

至於有關即時、充分與有效補償的具體意涵，在即時補償方面，草案同條第二項規定補償必須無遲延給付¹⁷⁹；在遲延給付的情形下，第五項則規定補償應包括自徵收日起至實際支付日為止，其所支付貨幣於市場基礎上之商業利率的利息¹⁸⁰。在有效補償方面，第四項規定補償應得被完全實現且能自由兌換¹⁸¹。至於被徵收財產價值的計算，第三項規定補償應相當於被徵收投資資產於被徵收前的公正市場價值，而此價值應排除由於徵收為公眾知悉所產生價值上的變動¹⁸²。最後，同條第六項就國家所應符合的正當法律程序加以規範。在此，正當法律程序係指財產遭到徵收的投資者有權向法院或其他權責機關，請求就包括資產評估與補償支付在內的徵收相關事宜加以審查¹⁸³。

(二)《世界銀行外國直接投資待遇指引》(World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment)

國際貨幣基金與世界銀行所共同設立的發展委員會 (Development Committee of the Board of Governors of the International Monetary Fund and the World Bank) 曾在 1992 年對於外國直接投資的法律架構提出相關報告，並作成不具法律拘束

document is available at <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>> (last visited 2012-02-10).

¹⁷⁹ See MAI Draft, Section III, 2.2.

¹⁸⁰ See MAI Draft, Section III, 2.5.

¹⁸¹ See MAI Draft, Section III, 2.4.

¹⁸² See MAI Draft, Section III, 2.3.

¹⁸³ See MAI Draft, Section III, 2.6.

力的《世界銀行外國直接投資待遇指引》。相較於其他國際法文件，指引在國家徵收外國投資者財產事宜上以極大篇幅(第四部份第一條至第十一條)加以規範。指引除對於國家進行徵收時所應符合的要件，以及充分、有效與即時補償分條逐一規範外，並針對被徵收財產價值的計算標準作有詳細闡述。

首先在徵收的合法性要件上，指引第四部份第一條規定：「國家不得徵收或取得在其領域內全部或部分之外國私人投資，或採取具有類似效果之措施，除非其作成符合適當法律程序，基於善意而為達成公共目的，非基於國籍上之歧視並支付適當補償¹⁸⁴。」由此可知，指引除對於直接與間接徵收概念的區分加以肯認外，公益目的、非歧視與補償原則亦反映於規範之中，其中指引特別強調國家基於公共利益所從事的徵收必須出於善意。指引在第二條則指出在國家支付充分、有效與即時補償之下，該項補償將被視為是「適當」補償¹⁸⁵。由此可知在指引的界定之下，「適當」補償的概念係包含「充分、有效與即時補償」。

在國家所應支付的補償方面，同部分第三條指出僅有在支付被徵收財產公正市場價值的基礎上，方得被視為是充分補償。在此，公正市場價值係指徵收行為發生之前即刻或徵收決定為公眾所知悉前即刻的價值¹⁸⁶。至於公正市場價值之計算，指引同部分

¹⁸⁴ Section IV, Article 1 of the World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment (hereinafter 'Guidelines') provides that: 'A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation.'

¹⁸⁵ See Section IV, Article 2 of the Guidelines.

¹⁸⁶ See Section IV, Article 3 of the Guidelines.

第四條規定應依據國家與投資者同意的方法，或由系爭雙方所任命之仲裁法庭或第三方決定¹⁸⁷。在缺乏系爭雙方同意或經雙方同意的情況下，第五條規定地主國依據與投資市場價值有關的合理標準所確定者，將被接受為公正市場價值，其並於同條後段列出相關的考慮因素¹⁸⁸。除此之外，倘若系爭雙方依據第六條確定被徵收財產的價值，亦將被視為是合理的計算方式，其包括對於正常營業狀態下的公司，以「現金流量折現價值」計算；對於無法被證實係屬於正常營業狀態下或具有獲利性的企業，以「清算價值」方式計算；對於其他財產，其價值於徵收日已被評估或加以決定，並且得因此被視為代表合理的替代價值者，則以「替代價值」或「帳面價值」方式加以計算¹⁸⁹。

在有效補償方面，第七條規定當補償係投資者所攜入而得自由兌換的貨幣，或是由國際貨幣基金所認可得自由使用的貨幣、或任何其他為投資者所接受的貨幣，將得被視為是有效補償¹⁹⁰。而在即時補償方面，第八條指出在通常情形下，補償的給付必須無遲延。倘若國家遭遇例外情形，例如為使用國際貨幣基金的資源所作成之安排、或已形成之外匯緊急的類似情形，補償得以分期方式加以支付。分期給付的期限應盡可能縮短，無論如何不得超過自徵收日起五年，同時必須以合理市場利率的相同貨幣支付遲延利息¹⁹¹。

四、小結

¹⁸⁷ See Section IV, Article 4 of the Guidelines.

¹⁸⁸ See Section IV, Article 5 of the Guidelines.

¹⁸⁹ See Section IV, Article 6 of the Guidelines.

¹⁹⁰ See Section IV, Article 7 of the Guidelines.

¹⁹¹ See Section IV, Article 8 of the Guidelines.

國家徵收外國人財產的議題在經過相當長期間的爭辯後，情勢已逐漸趨於和緩。雖然國家在政權更迭後採行大規模國有化政策仍時有所聞，然而在藉由外資發展本國經濟的考量下，鼓勵並保護投資者財產已成為主要趨勢。在此之下，開發中與已開發國家均積極投入投資條約的締結，以強化對於投資者權益的保護。此不僅顯示各國將投資法律關係成文化化的渴望，相關內容更呈現出國際間對於外國投資採取保護更勝於管制態度的傾向。

觀察目前所締結的雙邊與多邊投資條約，可發現條約往往會將不同的徵收名義與形式納入條款所適用範圍。其中在徵收名義方面，條約雖然會同時將徵收與國有化加以規範，惟均不區分適用上的法律效果，此項發展似已為國際間所普遍接受。在徵收形式方面，條約通常會在徵收名義之後，或在直接徵收與間接徵收後另行規範「與徵收具有同等效果之措施」。雖然有學者指出此用語的採納有助於擴大既有徵收的意涵，然而不論是徵收或國有化的概念，實均得同時涵括直接徵收與間接徵收等徵收形式。因而此種規範是否具有實益，或謂於實務發展上對此等用語作有不同界定，仍有待進一步觀察。

在國家從事徵收所應符合的規範方面，當代條約原則上呈現出與傳統習慣法規範相當類似的規範模式。申言之，不論是公益目的原則、非歧視原則與補償原則，依然為條約所普遍採用，而僅在用語上有所差異。與此同時，徵收必須符合正當法律程序，已成為當代投資條約的發展趨勢，此則與傳統習慣法有所不同。另一方面，條約亦普遍要求國家必須對於財產被徵收投資者予以補償。雖然相關條約大致上仍反映出傳統習慣法所要求的即時、充分與有效補償，然其規範方式則較為紛歧。在即時補償方面，

條約通常規定國家在遲延給付補償時，應支付自徵收日起至實際支付日為止的利息。惟有關利率的計算標準及其例外情形，則未有較明確與一致的規範。在充分補償方面，條約通常要求補償金額必須相當於被徵收財產於徵收日的公正市場價值，並盡可能排除因公眾知悉所可能產生價值上的變動，惟亦有條約並未作有此等規範。至於公正市場價值如何計算，條約則甚少作有規範。至於在有效補償方面，條約原則上要求國家必須以可兌換貨幣支付補償，補償金額並且得自由移轉，然規範方式其間亦有所差異。

傳統國際法規範雖然在過去受到強烈挑戰，然而在各國積極吸引外資之下，放寬投資管制、強化投資保護已成為主要趨勢，因而使其價值依舊不減。自宏觀的角度觀察，以往為已開發國家所支持的習慣法規範，至今依然為投資條約所採用。在此，開發中國家與之似無零合或對抗關係的存在，而僅有選擇不締結條約或全盤接受傾向外國投資保護之規範的態勢。然而在另一方面，雖然傳統習慣法規範為諸多條約所採用，惟不論是公益目的原則、非歧視原則，或補償原則中的即時、有效與充分補償等規範，各條約的規範方式仍存有相當程度的差異，在此國際法似又展現出某種程度的妥協。因此，倘若僅從條約規範層面之觀察，斷言傳統規範已重新獲得習慣法地位，無異過於草率¹⁹²。

¹⁹² 此外，國家在雙邊投資條約的締結上是否具有法之確信，亦不無疑問。對此，學者指出開發中國家所給予投資者的相關權利與保護，往往是基於政治或經濟利益的考量，而並非實際反映出其對於國際法的觀點。亦因如此，諸多開發中國家雖然在雙邊投資條約中接受傳統國際法之相關規範，然卻反對於多邊條約談判中作有相同的規範模式。See Asante, S.K.B., 'International Law and Investments' in Bedjaoui, *supra* note 114, at 676. 有學者則強調倘若國家在雙邊投資條約的締結上具有主觀法之確信，其亦僅及於「財產遭到徵收時給予必須補償」此項一般性的概念。See Schachter, *supra* note 58, at 127. 亦有研究指出在個別雙邊投資條約中徵收條款的規範模式，實際上仍存在有相當程度的分歧。See

伍、國際投資爭端解決之實踐

一、仲裁

(一)常設性仲裁法庭：以國際投資爭端解決中心為例

1.徵收所應符合之要件

(1)公益目的原則

於所審理的案件中，法庭均肯定公益目的原則構成國家從事徵收時所應符合的要件。於 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v Arab Republic of Egypt* 一案中，法庭指出國家基於主權的行使，有權以維護古蹟為由撤銷相關開發計劃，此項行為係基於公共利益之目的殆無疑義。然而，埃及的內國法與國際法均課以國家補償合法權利因此受損之個人¹⁹³。於 *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v Republic of Costa Rica* 一案中，法庭則是指出國際法允許國家基於公益的考量，在其領域內徵收外國財產並即時支付充分且有效的補償，此乃系爭雙方所不爭執。國家以環境保護為由所實施的徵收，其雖然符合公益目的原則而被認定為合法，然此並不影響國家對於徵收進行

Kishoiyian, B., 'The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law' 14 *Northwestern Journal of International Law and Business* 327 (1994), at 356-358.

¹⁹³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt*, Award rendered on May 20, 1992, at paras 158-159.

補償的義務¹⁹⁴。在 *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Republic of Liberia* 中，法庭亦以地主國的徵收措施並非基於公共利益原則而判定其違法¹⁹⁵。

(2)非歧視原則

在非歧視原則方面，於前揭 *LETCO* 一案中，法庭肯定非歧視原則為國家從事徵收時所應符合的要件，並指出即使地主國政府欲主張相關行為係屬國有化措施而具有正當性，其亦必須證明該行為並不具有歧視性質¹⁹⁶。於 *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v Republic of Hungary* 一案中，法庭亦肯定非歧視原則在檢視國家徵收行為是否合法上的適用¹⁹⁷。

2.補償標準

法庭於所審理的案件中，均肯認國家從事徵收時應給付財產被徵收投資者補償此項原則。例如在 *Benvenuti et Bonfant v People's Republic of the Congo* 一案中，法庭指出在進行國有化時的補償原則，乃依據剛果憲法、國際法所普遍承認之原則與

¹⁹⁴ *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v The Republic of Costa Rica*, Award rendered on February 17, 2000, Case No. ARB/96/1, at para 71.

¹⁹⁵ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Republic of Liberia*, Award rendered on March 31, 1986, Case No. ARB/83/2, 26 ILM 647 (1987), at 31-33.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v Republic of Hungary*, Award rendered on 2 October, 2006, ICSID Case No. ARB/03/16, at paras 441-443.

公平原則¹⁹⁸。在 *AGIP Co. v People's Republic of the Congo* 一案中，法庭則表示依據國際法，剛果政府對於原告契約利益實行國有化係不符規則的¹⁹⁹。法庭據此認定原告可獲得的補償，包括其所受實際損害 (*damnum emergens*) 與可期待利益 (*lucrum cessans*)²⁰⁰。在 *Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia* 中，法庭表示依據國際法與印尼內國法，從事國有化的國家應提供補償予財產或契約權遭到剝奪的所有人或權利人²⁰¹。基此，法庭判決被告應完全補償索償者所受損失，包括實際損害與可期待利益，其並以「現金流量折現價值」計算正常營業狀態下公司的損失數額²⁰²。於 *Santa Elena* 一案中，法庭則表示系爭雙方均同意在本案中國家所應支付的有效補償，係指財產之公正市場價值的完全補償²⁰³。

(二)臨時性仲裁法庭：以伊朗與美國索償法庭²⁰⁴為例

¹⁹⁸ *Benvenuti et Bonfant v People's Republic of the Congo*, Award rendered on 8 August, 1980, ICSID Case No. ARB/77/2, 21 ILM 740 (1982), at 758.

¹⁹⁹ *AGIP Co. v People's Republic of the Congo*, Award rendered on 30 November, 1979, ICSID Case No. ARB/77/1, 21 ILM 726 (1982), at 736.

²⁰⁰ *Ibid.*, at 737.

²⁰¹ *Amco Asia Corporation v Republic of Indonesia*, Award rendered on 20 November, 1984, ICSID Case No. ARB/81/1, 24 ILM 1022 (1985), at 1036-1037.

²⁰² *Ibid.*, at 1037-1038.

²⁰³ *Supra* note 194, at paras 71.

²⁰⁴ 1981年於荷蘭海牙成立的伊朗與美國索償法庭，係由伊朗與美國依據雙方所締結的《阿爾及爾宣言》(Algiers Declarations)所創設，目的主要在解決於1979年伊朗人質危機事件爆發後，所引發一連串關於兩國政府間及兩國國民與他方政府間的法律爭端。相關文件得參考 Khan, R., *The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1990), at 268-279。法庭於審理案件時所適用的實體規範，除系爭雙方所締結的契約之外，尚包括系爭雙方

1.徵收所應符合之要件

(1)公益目的原則

法庭在所審理的案件中，不僅指出國家從事徵收時應符合公益目的原則與非歧視原則，並肯定以此作為徵收合法性的判斷標準。在公益目的原則方面，法庭於 *Amoco* 一案中表示，國際法對於「公共目的」此項要件並未有明確定義，然由於國家實行國有化的權利係被肯認，公共目的因此得作概括性解釋，於實踐上國家因而被賦予廣泛的裁量權²⁰⁵。於 *INA Corporation* 一案中，法庭指出當徵收係出於公共利益之目的，同時符合法律所限制的條件下，該徵收即屬合法，而國家的合法徵收將被課以支付補償的義務²⁰⁶。於 *American International Group, Inc. and American Life Insurance Company v The Islamic Republic of Iran and Central Insurance of Iran* 中，法庭則表示不論是依據相關條約或是習慣法規範，由於系爭國有化措施為大規模改革計畫的一部份，其因而具有公益目的，同時於本案中亦未有歧視的情事存在，相關徵收因此屬於合法²⁰⁷。

(2)非歧視原則

所約定適用的法律規則、商業貿易中的相關慣例與法律等私法，以及相關國際法規範。法庭於系爭雙方同意下，亦得於審理案件時適用「公允善良」(*ex aequo et bono*)原則。Mouri, *supra* note 69, at 28-33.

²⁰⁵ *Supra* note 25, at para 145.

²⁰⁶ *Supra* note 75, at 377-378.

²⁰⁷ *American International Group, Inc. and American Life Insurance Company v The Islamic Republic of Iran and Central Insurance of Iran*, 4 Iran-U.S C.T.R 96 (1983-III), at 105.

在非歧視原則方面，於前揭 *Amoco* 一案中，原告主張地主國對於原告與國營石化公司(National Petrochemical Company)所成立合資企業的徵收係屬違法，蓋在當時與國營石化公司合夥的伊朗—日本石化公司(Iran-Japan Petrochemical Company)並未遭到徵收。法庭於本案中除明確表示歧視是徵收領域中的國際習慣法所禁止之外，其並表示在缺乏其他證據之下，原告無法以國家僅徵收系爭企業，而未對於其他經濟部門的相關企業進行徵收為由，因而認定徵收措施違反非歧視原則。在此之下，國家倘若能提出理由證明差別待遇的必要性，相關措施將不被認定為違法。法庭指出於本案中伊朗政府之國有化政策亦能解釋此種差別待遇的合理性，蓋原告所指未遭到地主國徵收的企業，其業務屬性與被徵收企業實有所差異²⁰⁸。此外，於前揭 *American International Group* 一案中，法庭亦以相關國有化措施不具有歧視性質為由，駁回原告認為其遭到國有化係屬違法徵收的主張²⁰⁹。

2.補償標準

法庭於所審理的相關案件中，曾經就總額折價協定與聯合國大會相關決議的效力加以說明。首先，法庭否定總額折價協定得作為國家在習慣法上實踐的證明。於 *Sedco, Inc. v National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran* 一案中，法庭表示總額折價協定雖然常被用以挑戰習慣法規範，然而協定的締結往往並非出自於司法考量，因此甚難肯定國家於協定的締結上

²⁰⁸ *Supra* note 25, at paras 140 and 142.

²⁰⁹ *Supra* note 207.

具有法之確信——亦即系爭國家認為協定的內容係基於國際法要求²¹⁰。於 *Amoco* 一案中，法庭亦指出於通常情形下，國家締結總額折價協定的實踐並不會形成任何習慣法規則，除非協定展現出系爭雙方確信所適用者係已經確定之法律規則的特徵，蓋總額折價協定實際上是經由談判所產生的結果，在此過程中普遍存在許多法律以外的動機。²¹¹

相較於總額折價協定，法庭則是對於聯合國大會第 1803 號決議持肯定態度，並且認為相關內容已具有法之確信。例如在 *Sedco* 一案中，法庭便指出依據國際仲裁實務與學者見解，第 1803 號決議已被認為是當前國際法規範的展現²¹²。

據學者分析指出，法庭就徵收案件所採取的補償標準大略得分為以下類型²¹³：

(1)對於合法徵收要求適當補償者：

於 *INA Corporation* 一案中，基於聯合國大會諸多決議(特別是第 1803 號決議)、當代仲裁實務、內國法與國際性法庭所作成判決，法庭表示由於「適當補償」所具有的彈性可同時符合投資者的合法期待與國家需求，「適當補償」係國際法上可茲適用的標準。法庭進一步指出在合法的大規模國有化案件中，被徵收

²¹⁰ *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, 15 Iran-U.S C.T.R 23 (1987-II), at 184-186.

²¹¹ *Supra* note 25, at paras 251-252.

²¹² *Supra* note 210, at 186.

²¹³ 值得注意的是，法庭所作成的仲裁判斷並非皆以國際習慣法為依據，其亦有以美國與伊朗於 1955 年所締結的《美國與伊朗友好、經濟關係與領事權利條約》(Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States and Iran) (以下簡稱《友好條約》) 第四條第二項作為判決依據。Mouri, *supra* note 69, at 35 fn.107 and 378-382.

財產的公正市場價值必須將「所有情事」納入考量並從中加以扣除²¹⁴。而在 *Sedco* 一案，法庭雖然肯定第 1803 號決議中的「適當補償」標準具有法之確信，並已為仲裁實務所採用，然而在缺乏具有說服力的理由下，法庭指出此項補償標準僅適用於大規模國有化的情形。由於本案中國家對於相關企業的徵收係屬違法，因此「適當補償」標準並不適用²¹⁵。

(2)對於合法與違法徵收要求完全補償者：

法庭在 *American International Group* 一案中，指出在合法的國有化案件中，財產遭到國有化之所有人應獲得被徵收財產價值的補償，此乃國際法上的一般原則²¹⁶。而在 *TAMS-AFFA* 一案中，在援引 *Case Concerning the Factory at Chorzów* 對於違法徵收所應承擔義務的法理之下，法庭表示依據國際法與法律一般原則，原告可就其被剝奪財產獲得完全價值的補償²¹⁷。

(3)對於違法徵收要求回復原狀補償(*restitutio compensation*)者：

學者指出於諸多案件中，法庭係將「完全補償」標準與必須將由於違法徵收措施所產生貨幣價值上的影響加以扣除的補償加以區分，而後者僅適用於違法徵收的情形。例如在 *Starrett Housing Corporation* 一案中，法庭指出依據《友好條約》的規定，原告應獲得合理且完全相當於被徵收財產價值的補償²¹⁸。

²¹⁴ *Supra* note 75, at 385-386.

²¹⁵ *Supra* note 210, at 186-187.

²¹⁶ *Supra* note 207.

²¹⁷ Mouri, *supra* note 69, at 374-375.

²¹⁸ *Supra* note 23, at 195.

法庭於本案中認定國家對於系爭企業的管理與相關事務的干預係屬違法，並以此為基礎指示專家於適宜情形下，應將「現金流量折現價值」此項財產價值的計算方式納入考量²¹⁹。從前揭討論可知，「現金流量折現價值」此項計算方式之目的在抑制由於採取公正市場價值計算財產價值時所產生的變動。法庭將被徵收企業未來可期待利益納入財產價值計算範圍的標準僅適用於違法徵收的情形，應有其合理性。於 *Amoco* 一案中，法庭則是援引 *Case Concerning the Factory at Chorzów* 與 *AMINOIL* 等案件，除表示有就合法與違法徵收加以區分的必要外，並進一步肯定常設國際法院於 *Case Concerning the Factory at Chorzów* 中就回復原狀之賠償所作的相關闡述²²⁰。

二、司法裁判

(一)常設國際法院

常設國際法院 1928 年所審理的 *Case Concerning the Factory at Chorzów*，係屬國家徵收外國投資者財產的重要案件²²¹。於本案管轄權部分，法院首先就「有約定之違反必有補償義務的存在」此項法律一般原則加以闡述。法院表示：「任何約定的違反將涉及充分補償之義務，此乃國際法的一項原則。補償因此是無法遵守條約時所不可或缺的必要補充，此並無須另行於條約中加以闡

²¹⁹ Mouri, *supra* note 69, at 375-376.

²²⁰ *Supra* note 25, at 246-252.

²²¹ For the summary of facts, see Bishop, R.D., Crawford, J., and Reisman, W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* (The Hague: Kluwer Law International, 2005), at 443.

明。至於因無法遵守條約的各種理由所產生有關補償上的差異，係此項原則在適用時所產生的結果上不同²²²。」由此可知，常設國際法院肯定即使在條約未明文規定下，此項原則仍應於個案中加以適用。

於案件實質部分，法院針對波蘭政府違反條約規範徵收德國人私有財產上，就有關徵收的範疇進行說明，法院指出：「依據法院的判斷波蘭之行爲係違反《日內瓦條約》故而不屬於徵收。僅有在支付應承擔之公正補償的情形下該行爲方屬合法；相關行爲因此屬於財產、權利與利益的剝奪²²³。」法院在此將徵收的範疇限定於合法徵收，而將未支付公正補償的違法徵收排除在外。然而誠如前揭討論，此項見解並未爲目前實務所普遍接受。

另一方面，法院則是肯定合法與違法徵收的區分，以及其對於國家應履行責任所產生的差異。法院於本案中指出於合法徵收的情形，補償金額相當於企業被徵收時的價值加上至實際支付日爲止的利息²²⁴。法院並表示國家對於違法行爲所應承擔的賠償義務，係盡可能的消除由於違法行爲所導致的所有後果，並使其回

²²² ‘It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself. Differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application.’ *Case Concerning the Factory at Chorzów*, Jurisdiction, PCIJ Reports 1927, Series A. No. 9, at 21.

²²³ ‘The action of Poland which the Court has judged to be contrary to the Geneva Convention is not an expropriation – to render which lawful only the payment of fair compensation would have been wanting; it is a seizure of property, rights and interests ...’ *Case Concerning the Factory at Chorzów*, Merits, PCIJ Reports 1928, Series A. No. 17, at 46.

²²⁴ *Ibid*, at 47.

復到違法行為未實施前的狀態²²⁵。法院並進一步指出倘若回復原狀不可能時，則必須以金錢加以賠償²²⁶。

(二)國際法院

1. *Barcelona Traction, Power and Light Company Case*

本案為地主國透過行政、立法與司法手段間接徵收外國投資者財產的典型案列²²⁷。巴塞隆納牽引、電力與電燈公司為依據加拿大法律註冊，並於多倫多設立總部的公司，其於西班牙設立相關附屬公司，以從事電力生產與運輸系統等投資事業。在第一次世界大戰後，公司百分之八十之股份為比利時國民所擁有。巴塞隆納公司曾分別發行以西班牙幣與英鎊計價的債券，在 1936 年由於西班牙發生內戰，致使以兩種貨幣計價的債券均暫時停止支付。至 1940 年，西班牙債券利息的支付恢復，惟公司請求允許以其他外幣支付英鎊債券利息卻遭到拒絕，導致公司始終無法支付相關利息。

由於依據西班牙內國法規定，倘若上市公司於連續三年內未能支付股息紅利，股東得向法院聲請宣告公司破產。具有西班牙財政部官員背景而持有英鎊債券的所有人，遂於 1948 年向法院聲請宣告該公司破產，法院並作成破產宣告。依據法院判決，該公司及其附屬公司將由臨時管理人接管，破產委員會亦立即解除附屬公司經理的職務，由西班牙籍人士接替。破產委員會之指定

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ For the summary of facts, see Wallace, C.D., *The Multilateral Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002), at 1046-1048

委託人於 1949 年為附屬公司發行新股份，同時將西班牙境外的股份全數取消。委託人於 1951 年獲得以新設股份形式出售附屬公司之法律許可，並以公開拍賣方式售予新設立的西班牙公司。

由於國際法院認定比利時政府並不具訴訟適格，因此並未就本案實質部分進行審理²²⁸。然而，學者針對本案中西班牙政府透過行政、立法與司法手段達到徵收之目的提出質疑。首先，巴塞隆納公司被法院宣告破產，係由於西班牙政府所實施的外匯管制政策，致使公司無法支付債券利息，學者指出法院的破產宣告已構成對於該公司的間接徵收。同時，系爭公司的管理階層遭到解職，以及政府任命西班牙籍人士擔任公司職務，實已剝奪外國投資者的財產管理權，此等行為已嚴重影響企業的營運。此外，原先由巴塞隆納公司所發行的股份，亦遭到西班牙政府恣意取消，並以新發行股份取而代之，進而由西班牙公司購買該等股份以達合併原公司之目的，此等政府行為亦被認為具有歧視性²²⁹。

2. Case Concerning *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*

本案則是涉及義大利政府以保護勞工權益為由，徵用依據義

²²⁸ 國際法院表示比利時並不具有訴訟資格，蓋本案系爭公司係屬加拿大籍，原則上僅能在系爭公司用盡當地救濟程序後，透過公司的國籍國提出外交保護。法院進一步指出只有在系爭公司已不復存在，或系爭公司之國籍國無能力行使外交保護的情形下，公司股東的母國方得為其國民提起外交保護。相關討論得參見 Mann, F.A., 'The Protection of Shareholders' Interests in the Light of the Barcelona Traction Case' 67 *American Journal of International Law* 259 (1973); Higgins, R., 'Aspects on the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.' 11 *Virginia Journal of International Law* 327 (1971); Briggs, H.W., 'Barcelona Traction: The Jus Standi of Belgium' 65 *American Journal of International Law* 327 (1971).

²²⁹ Wallace, *supra* note 227, at 1048-1049.

大利法律創設隨後具有美國籍的公司六個月，該項行為是否構成間接徵收的爭議²³⁰。於 1955 年至 1967 年期間內，美國籍人士逐漸取得依義大利的內國法所創設系爭公司的所有權。然而，由於公司之獲利已無法彌補其負債與相關義務的履行，公司負責人於是向法院聲請清算以減少損失，並獲得法院允許。由於在清算計劃中打算關閉相關工廠，計劃公佈後其員工因而佔據工廠並展開抗爭。有鑑於此等情勢，公司所在地市長遂發佈命令，徵用公司生產設備以及相關資產六個月，並進一步將所徵用資產的管理權委託予義大利籍負責人，以避免由於公司活動的停擺對於相關機器、設備及其維持造成損害。由於該項徵用措施導致公司的清算程序無法進行，因而迫使投資者向法院聲請宣告破產。

國際法院於本案中指出雖然地主國政府的徵用措施違反其內國法，然由於系爭公司於被徵用前已無法清償債務，相關徵用行為並非導致公司破產的原因，因此該項行為並不構成對於財產的徵收。針對義大利政府之行為被指控具有歧視性的部分，法院則表示由於相關措施的實行與公司之國籍並無關聯性，且與其它在類似情形下政府對於義大利籍公司所作成的命令相較亦未顯嚴苛，因此該項徵用命令並不構成對於系爭公司的歧視。

學者間對於國際法院的判決有持不同見解。有學者指出雖然透過有計畫的命令清算公司資產，係公開承認公司的破產為已無法改變的事實，而得因此認為國家之徵用本身並非造成公司破產的原因。然而，地主國對於清算命令的干涉，則可能侵犯所有人對於公司進行組織、控制與管理的權利而構成徵收，即便行使此等權利之目的僅在降低其損失²³¹。惟亦有學者表示當地主國法律

²³⁰ For the summary of facts, *see ibid*, at 1058-1063.

²³¹ *Supra* note 229.

規定面臨破產的公司必須被解散時，國家將外國公司強制解散並不構成對於財產的徵收，蓋公司的破產並非由國家行為所導致。由於國家必須維護其本國公共利益，此時外國投資者利益不可避免的將被讓與地主國，國家在此僅是藉由解散與接收公司以維護本國勞工權益²³²。

三、小結

法律爭端解決機制係以國際法與內國法相關規範作為基礎，就地主國與投資者間的投資爭端進行裁決。此不僅對於投資者權利能有較完整的保障，爭端解決結果的可預測性亦相對較高。特別是透過國際法規賦予投資者主體地位，使其得直接與地主國就投資爭端進行仲裁，由於可避免投資者母國與地主國政治上的緊張關係，系爭雙方主張亦能被法庭所充分尊重，更為目前國際上所偏好的爭端解決方式。從近年來仲裁實務加以觀察，可發現不論是公益目的原則或是非歧視原則，均受到仲裁法庭所肯認，兩者亦同時構成判斷徵收措施是否合法的標準。另一方面，對於財產被徵收之投資者應給予補償，亦為各界所普遍接受的共識。至於在補償標準部分，仲裁法庭在是否給予全額補償，以及財產價值的計算方式上，則是呈現出較大的紛歧。另一方面，在當代以仲裁方式解決投資爭端的趨勢之下，將徵收投資者財產的爭端提交國際法院審理者仍屬少見，然而在國際法院所審理有關投資爭端的案件中，均涉及到國家藉由規制措施間接徵收外國投資者財產的爭議，此種發展趨勢值得密切注意。

²³² Sornarajah, *supra* note 8, at 400-401.

陸、結語

一、傳統國際法規範及其挑戰之回顧與評述

(一)國際習慣法規範地位及其價值

在以獨立與平等為基礎的國際法體系下，國家得為其國民提供保護與創造福祉，並於國際法上與他國享有平等的地位。在經濟事務方面，國家擁有決定其內國經濟政策的權利，並得平等與他國就國際經濟事務進行合作，跨國界經貿交流活動亦於此基礎上展開。在享有此等權利的同時，國家仍須受制於國際法規範的限制；其不僅應履行條約所課以的義務，亦必須遵守習慣法規範。然而，在開發中與已開發國家經濟發展程度有所落差的情形下，前者期望能改變既有的國際經濟法律秩序，藉此廢除被認為「不利於己」的傳統規範。特別是在過去殖民歷史的背景下，相關習慣法規範存在與否，以及如何建構「國際經濟新秩序」，便成為各國所爭執的焦點。

國家徵收外國人私有財產議題與外國人待遇有密切關連，相關規範在過去不僅被認為具有習慣法地位，亦構成國際最低標準的內容。此種傳統上基於維護人身安全所形成的規範，對於外國人權利保護有相當程度的助益，其更為跨國投資活動的保障提供重要基礎。國際習慣法要求國家在徵收外國人財產時，必須符合公益目的原則、非歧視原則，並依據補償原則補償財產被徵收的個人。雖然有學者指出此項規範並未為實務所普遍援用，然多數學者依然肯定其長久以來作為地主國侵犯外國人權利時所適用的規則；縱使於諸多案件中並未明確使用「充分、即時、有效」

的用語，其亦具體而微的展現出此項規則之精神。

在肯認前揭規範具有習慣法地位下，為規避此項對於財政將造成負擔的規範，國家因此採用各種徵收名義與形式，意圖使相關行為排除於適用範圍。就前者而言，國際法雖然肯認不同徵收名義概念上的差異，惟實務發展顯示出國家應符合的規範並未因此有所改變。就後者而言，由於國家對於個人財產使用、收益與處分所加諸的限制不僅態樣多變，相關行為是否達到徵收的程度亦無明確界線，國家因而在此享有廣泛的裁量空間。在公益目的與非歧視原則方面，兩者雖已為開發中與已開發國家所接受，然而其適用上亦呈現出某種程度的彈性。大體而言，國家以徵收作為管制外國投資活動的手段，相當程度上係受到國際習慣法的制約，此亦為投資者的權利提供最佳保障。然而，由於傳統國際法規範不利於國家管制外國投資活動，開發中國家因此提出相關挑戰，其焦點更集中在國家對於徵收財產所應支付的補償標準上。

(二)挑戰傳統規範之理論與實踐

國際習慣法規範雖然賦予外國人財產相當高程度的保障，然而在各國政治與經濟發展程度有所差異之下，此套規範並非為國際間所普遍接受。在社會主義國家採行國有化政策、以及新興獨立國家進行內國經濟結構調整的需要之下，傳統規範受到嚴厲的挑戰。開發中國家不僅主張以國民待遇原則作為外國人待遇的標準，並持續透過不同於既有規範的國際法實踐與之抗衡。

卡爾伏理論主張國家對於外國人待遇事務擁有完全的裁量權，所突顯者實係國際最低標準與國民待遇標準兩者的衝突；特別是在徵收外國人財產的情形，理論的適用將對於外國人財產保

障產生相當大的衝擊，惟此同時亦賦予國家管制外國投資活動較大的空間。雖然在外國人財產權的確保上，國際最低標準的適用曾遭到質疑，然而卡爾伏條款的適用亦將使投資者獲得國民待遇的保障，同時亦有限制國家管制外國投資活動的效果。在相關投資事務並未存在有國際最低標準規範的情形下，國民待遇標準亦能提供投資者權利一定程度的確保²³³。由於卡爾伏理論未能為已開發國家所接受，此勢將影響其作為國際法規則，使國家得對於外國投資活動進行較大程度管制的效力。

總額折價協定的締結以及自然資源永久主權的提出，均屬國家挑戰傳統規範的實踐，兩者亦為國際投資法律秩序帶來不小的衝擊。各國透過總額折價協定處理大規模國有化外國人財產的爭端已有一段期間，其至今依然為部份國家所持續實踐。雖然協定的締結往往存在有政治考量，而無法展現出國家主觀法之確信，然而是否有普遍存在於協定中的相關規則持續為國家所實踐，則是未來必須關注的焦點²³⁴。至於自然資源永久主權理論的提出與發展，則與聯合國大會所通過的諸多決議密切相關，並進一步使開發中與已開發國家的衝突檯面化。由於相關決議的通過均獲得多數國家同意，此實已呈現出國際間不同於習慣法規範的思維。

隨著國家在國際法上的此等實踐，傳統規範所具有之習慣法地位至此應已不復存在，此無疑給予國家在管制外國投資活動上更大的權限。然而，由於已開發國家對此等實踐多持反對態度，相關規則在習慣法的形成上便有其困難性；即使相關規則具有習慣法地位，已開發國家亦得主張持續反對原則而不受拘束，開發

²³³ 兩者差別僅在於地主國是否得藉由片面修改內國法對於個人所享有的權利有所變更。

²³⁴ 值得注意的是，總額折價協定的締結同時代表著將徵收外國人財產視為單純內政事務的主張，並不為國家所普遍接受。

中國家勢將因此無法達成其目的。此實亦反應出國際法乃水平式法律制度的特色，蓋於任何跨國性事務上，倘欲使相關國際法規則具有普遍適用的效力，則必須獲得大多數國家的同意，對於外國投資活動管制與保護的規範亦不例外。

二、當代條約實踐與相關爭端解決之分析

(一)條約規範之發展趨勢

在鼓勵與保護外國投資成爲當代國際趨勢之下，開發中與已開發國家紛紛締結雙邊與多邊投資條約，創造有利的投資法律環境。藉由條約規範外國投資事務，不僅得將投資者、投資者母國與地主國間之權利義務關係明確化，亦有助於釐清相關習慣法內容、改善習慣法發展緩慢的缺點。特別是在國家徵收外國人財產議題上，開發中與已開發國家雙方透過締結條約就存在已久的爭議進行處理，當有助於化解彼此間的分歧。在此之下，相關條約規範是否有進一步形成習慣法之可能，則是必須觀察的重點。

不論是雙邊或多邊投資條約，習慣法所要求之公益目的、非歧視與補償原則，均普遍呈現於徵收條款中。此種現象不僅存在於由經濟發展程度相當之國家所締結的條約，由開發中與已開發國家所締結者亦然。另一方面，當代投資條約則是普遍納入正當法律程序的要求，作爲國家進行徵收時所應符合的標準。由此不難察覺國家以徵收方式管制外國投資活動的權限在此之下已被大幅限縮。雖然在徵收條款的用語與規範方式上，不同條約之間仍存在有差異，並保留予國家某種程度的裁量空間，惟大致而言保護外國投資活動的趨勢已然呈現。

值得注意的是，傳統習慣法規範雖然於相當程度上依舊展現在當代投資條約中，然而由已開發國家所主導的《多邊投資協定草案》最終仍未能通過。由於當具有造法條約(Law-Making Treaty)性質的協定通過時，將有助於國家對於相關規範主觀法之確信的強化，其所彰顯之意義係有別於雙邊投資條約。在欠缺全球性條約的支持下，吾人仍無法斷言傳統規範已重新獲得習慣法地位。

(二)投資爭端解決之仲裁與司法實務

以法律手段處理徵收所引起的爭議，由於相關爭端得透過公正第三方依據國際法等規範進行審理，對於投資者權利之保障無疑較為完備，其亦得避免產生政治上的緊張關係。觀察當代國際仲裁實務的實踐，不論是公益目的或非歧視原則均受到肯認，對於財產被徵收的投資者進行補償亦為被普遍接受的共識，然而在補償標準與補償金額的計算上，仲裁法庭於個案中所採用的標準依然存在有差異。在以仲裁方式解決投資爭端為當前主要趨勢之下，將徵收爭端提交國際法院審理者仍屬少見。然而值得注意的是，在近年來國際法院所審理的案件中，有關徵收的案件均涉及國家對於外國投資者財產進行干預是否構成間接徵收的爭議。雖然相關案件最終或並未進入實質審理，或被認為並不構成對於財產的徵收，然而在國際法對於間接徵收尚未作有明確界定之下，可預見類似爭議的發生於未來將更為頻繁。

三、擺盪於管制與保護之間：徵收議題的未來展望

從近年來的條約實踐與國際爭端解決實務中，可發現徵收議

題的爭辯已逐漸趨於緩和。由於當前各國對於外國投資多採取鼓勵與保護的態度，徵收投資者財產便成為地主國在管制外國投資活動上所盡可能避免採取的手段。在此之下，國家多以傾向於保護投資者權益之傳統習慣法規範處理徵收事宜。雖然此套標準在過去曾受到開發中國家的挑戰，致使其習慣法地位不復存在，然而各國依舊透過投資條約的締結加以適用，並進一步藉由正當法律程序的規範強化投資者權益的確保。在以規則為導向的投資爭端解決上，仲裁法庭亦多傾向於適用傳統習慣法規範，惟於個案中相關規則的適用亦呈現出相當程度的彈性。

基此，吾人可謂徵收投資者財產之規範，在當代國際法上所呈現出者毋寧在強調投資者權利保護的面向；至於相關規則能否重新獲得習慣法地位，則仍有待各國未來是否締結全球性投資條約，以及後續的國際投資爭端解決實踐來認定。另一方面，不論是在條約或投資爭端解決實踐中，國際法就國家相關措施是否構成財產的間接徵收，尚未有明確的界定，而此議題本質上實亦顯示出國際法對於外國投資活動在管制與保護之間拿捏的困難性。對此，國際間的相關立法以及爭端解決機制所作相關判決，亦將會是此項議題未來發展上的關鍵所在。

參考文獻

壹、中文部份

一、書籍

- 丘宏達，《現代國際法》，台北：三民書局股份有限公司，2006年9月修訂二版。
- 朱崇實主編，《中國外資法研究：WTO背景下的思考》，廈門：廈門大學出版社，2005年3月第一版。
- 李孟玠，《中共雙邊投資保障協定之研究》，台北：行政院大陸委員會，1998年6月出版。
- 姜皇池，《國際公法導論》，台北：新學林出版股份有限公司，2006年3月初版。
- 姚梅鎮主編，《比較外資法》，武漢：武漢大學出版社，1996年7月第一版第三刷。
- 劉志雲，《國際經濟法律自由化原理研究》，廈門：廈門大學出版社，2005年6月第一版。

二、文章

- 李孟玠，〈外國人私有財產之公用徵收〉，《台灣國際法季刊》，第1卷第3期，2004年7月。

貳、外文部份

一、書籍

- Akinsanya, A.A., *The Expropriation of Multinational Property in the Third World* (New York: Praeger Publishers, 1980)
- Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1992)

- Bishop, R.D., Crawford, J. and Reisman, W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* (The Hague: Kluwer Law International, 2005)
- Brownlie, I., *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 7th ed., 2008)
- Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002)
- Dolzer, R., and Schreuer, C., *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008)
- Dolzer, R., and Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995)
- Hackworth, A.H., *Digest of International Law* (Washington: US Government Printing Office, 1962)
- Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law* (London: Sweet & Maxwell, 7th ed., 2010)
- Jennings, R., and Watts, A. (eds.), *Oppenheim's International Law* (London: Longman, 9th ed., 1992)
- Khan, R., *The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1990)
- Lillich, R.B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1984)
- Malanczuk, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (London: Routledge, 7th ed., 1997)
- Mouri, A., *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994)
- Salacuse, J.W., *The Law of Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2010)
- Sands, P., and Klein, P., *Bowett's Law of International Institutions* (London: Sweet & Maxwell, 6th ed., 2011)
- Schrijver, N., *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997)
- Seidl-Hohenveldern, I., *International Economic Law* (The Hague: Kluwer

- Law International, 3rd ed., 1999)
- Shaw, M.N., *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 6th ed., 2008)
- Shearer, I.A., *Starke's International Law* (London: Butterworths, 11th ed., 1994)
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010)
- Sornarajah, M., *The Pursuit of Nationalized Property* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986)
- The American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, The Foreign Relations Law of the United States* (Philadelphia: American Law Institute Publishers, 1987)
- United Nations Conference on Trade and Development, *Taking of Property* (New York and Geneva: United Nations, 2000)
- United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2011: Non-equity Modes of International Production and Development* (New York and Geneva: United Nations, 2011)
- Vandevelde, K.J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 2010)
- Wallace, C.D., *The Multilateral Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002)
- Weston, B.H., Lillich, R.B., and Bederman, D.J., *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (New York: Transnational Publishers, 1999)

二、文章

- Abdala, M.A., and Spiller, P.T., 'Damage Valuation of Indirect Expropriation in International Arbitration Cases' 14 *American Review of International Arbitration* 447 (2003)
- Abi-Saab, G., 'Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities' in Bedjaoui, M. (ed.), *International Law: Achievements and Prospects* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers,

1991)

- Aréchaga, E.J. de, 'International Law in the Past Third of a Century' 159 *Recueil des Cours* 1 (1978-I)
- Asante, S.K.B., 'International Law and Investments' in Bedjaoui, M. (ed.), *International Law: Achievements and Prospects* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991)
- Cheng, B., 'The Rational of Compensation for Expropriation' 44 *Transactions of the Grotius Society* 267 (1958)
- Dolzer, R., 'New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property' 75 *American Journal of International Law* 553 (1981)
- Higgins, R., 'The Taking of Property by the States: Recent Developments in International Law' 176 *Recueil des Cours* 267 (1982-III)
- Hummer, W., 'Investment Rules in Regional Integration Agreements in Latin America: The Case of the Andean Community/Andean Community' in Bonder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A., and Wittich, S. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford: Oxford University Press, 2009)
- Kishoiyian, B., 'The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law' 14 *Northwestern Journal of International Law and Business* 327 (1994)
- Maniruzzaman, A.F.M., 'Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview' 8 *Journal of Transnational Law & Policy* 57 (1998)
- Mendelson, M.H., 'Compensation for Expropriation: The Case Law' 79 *American Journal of International Law* 414 (1985)
- Oliver, C. T., 'The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Foreign Investment' 66 *American Journal of International Law* 763 (1972)
- Reinisch, A., 'Legality of Expropriations' in Reinisch, A. (ed.), *Standards of Investment Protection* (Oxford: Oxford University Press, 2009)
- Schachter, O., 'Compensation for Expropriation' 78 *American Journal of International Law* 121 (1984)
- Sohn, L.B., and Baxter, R.R., 'Responsibility of States for Injuries to the

Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens' 55 *American Journal of International Law* 548 (1961)

Weston, B.H., 'The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth' 75 *American Journal of International Law* 437 (1981)

《演講》

The Possibility of Climate Change Litigation before the ICJ: In Contentious Proceedings and Advisory Proceedings

29 October 2011, Taipei / Yasuhiro SHIGETA

(Osaka Gakuin Univ., Japan)

I. Introduction: 2007/2011 US Supreme Court Climate Cases and Their Impact

II. ICJ Contentious Proceedings

A. GHG Emissions Disputes: Very Difficult

- 1) Provisional Measures: No Imminent Threat of Irreparable Damage
- 2) Jurisdiction: Little Prospect of Seizing the ICJ against Major Emitting States
- 3) Locus Standi: Not Easily to Be Established
- 4) Substance: Hardships in Proving Violation of the No-Harm Principle
 - a) Causal Link between a Certain State's Emissions and the Damage
 - b) Lack of Due Diligence

B. Unilateral Measures Disputes: Relatively Easy

- 1) Case Study: Aviation-Related EU-ETS Dispute before the ECJ

- a) Facts and International Legal Issues
 - b) Advocate General Kokott Opinion Delivered on 6 October 2011
- 2) A Possible Scenario before the ICJ

III. ICJ Advisory Proceedings: Much Promising as Seen from the Precedents

A. 1996 ICJ Nuclear Weapons Opinions

- 1) WHO Opinion: A Jurisdictional Hurdle of ‘Speciality’ Clarified
- 2) UNGA Opinion: ‘Political Question’ Doctrine Rejected

B. 2011 ITLOS Seabed Disputes Chamber Sponsoring States Opinion

- 1) Due Diligence, Liability and Appropriate Measures Detailed
- 2) The Function and Limit of the Precautionary Approach Elucidated

C. Possible Scenarios of ICJ Advisory Proceedings

- 1) Likely WHO Request: In a GHG Emissions Dispute
- 2) Likely ICAO Request: In a Unilateral Measures Dispute

IV. Conclusions: A Future Outlook on ICJ Climate Change Litigation and Taiwan

I. Introduction: 2007/2011 US Supreme Court Climate Cases and Their Impact

The 2007 US Supreme Court case *Massachusetts v.*

*Environmental Protection Agency (EPA)*¹ is regarded as a tremendous victory for the pro-environmental side. Here the Court judged that greenhouse gases (GHGs) including CO₂ were ‘air pollutants’ to be regulated by the EPA under §202(a)(1)² of the Clean Air Act, and that the EPA’s decision not to regulate GHGs was illegal.³ Of course the findings themselves must be so important for environmental activists. However, from an international environmental lawyer’s perspective, the reasoning behind them that gave *locus standi* to the plaintiffs seems much more important. In this context, the Court concludes:

In sum—at least according to petitioners’ uncontested affidavits—the rise in sea levels associated with global warming has already harmed and will continue to harm Massachusetts. The risk of catastrophic harm, though remote, is nevertheless real. That risk would be reduced to some extent if petitioners received the relief they seek. We therefore hold that petitioners have standing to challenge the EPA’s denial of their rulemaking petition.⁴

The Court reached this conclusion by finding the fulfilment of three requirements of *locus standi* under federal-court jurisdiction, which is limited to ‘Cases’ and ‘Controversies’ as prescribed in

¹ *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency (EPA) et al.*, decided 2 April 2007, 549 US 497 (2007).

² ‘The [EPA] Administrator shall by regulation prescribe (and from time to time revise) in accordance with the provisions of this section, standards applicable to the emission of any air pollutant from any class or classes of new motor vehicles or new motor vehicle engines, which in his judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare’ The Court’s opinion (Justice Stevens’s opinion), *id.*, at 506.

³ The Court’s opinion, *id.*, at 534.

⁴ The Court’s opinion, *id.*, at 526.

Article III of the US Constitution.⁵ These three requirements are: **i) injury in fact** (particular and actual or imminent injury);⁶ **ii) causation**;⁷ and **iii) redressability**.⁸ The main injury alleged by Massachusetts was its land loss, which would be caused by the sea level rise resulting from global warming.⁹ The Court made special considerations for the (quasi-)sovereignty of Massachusetts¹⁰ by referring¹¹ to *Georgia v. Tennessee Copper Co.*,¹² which precedent had been highly respected in the well-known 1941 *Trail Smelter* arbitral award.¹³ All of these elements seem to suggest a promising future of climate change litigation at the international level. Although this year's *American Electric Power Co. v. Connecticut*¹⁴ might have been disappointing for environmentalists, it still followed *Massachusetts v. EPA* and gave the plaintiffs *locus*

⁵ The Court's opinion, *id.*, at 516.

⁶ See Dissenting Opinion of Roberts, C. J., *id.*, at 540-542.

⁷ See above opinion, *id.*, at 542-545.

⁸ See above opinion, *id.*, at 545-546.

⁹ See above opinion, *id.*, at 540-541.

¹⁰ 'Just as Georgia's "independent interest . . . in all the earth and air within its domain" supported federal jurisdiction a century ago, so too does Massachusetts' well-founded desire to preserve its sovereign territory today.' The Court's opinion, *id.*, at 519. 'Given that procedural right and Massachusetts' stake in protecting its quasi-sovereign interests, the Commonwealth is entitled to special solicitude in our standing analysis.' The Court's opinion, *id.*, at 520.

¹¹ The Court's opinion, *id.*, at 518.

¹² 206 US 230, 237 (1907).

¹³ Final award of the *Trail Smelter* arbitration (USA/Canada), 3 *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)* 1938 at 1964-1965.

¹⁴ *American Electric Power Co., Inc., et al. v. Connecticut et al.*, decided 20 June 2011, 131 S. Ct. 2527 (2011). In this case the US Supreme Court found that federal common law of interstate nuisance is displaced until the EPA sets standards governing emissions from the defendants' plants. *Id.*, at 2538.

standi.¹⁵

Against this background, it is no wonder that international climate change litigation is being desired as a breakthrough in the current stagnation of post-Kyoto Protocol negotiations.¹⁶

‘International climate change litigation’ here we see covers two categories of disputes before the international judiciary: 1) **GHG emissions disputes** where the affected individuals or States blame the emitting States for their GHG emissions; and 2) **unilateral measures disputes** where the emitting States or their nationals blame the unilateral measures taken by the affected States against climate change.

International climate change litigation thus understood could be seen before various international judicial and quasi-judicial

¹⁵ ‘The petitioners contend that the federal courts lack authority to adjudicate this case. Four members of the Court would hold that at least some plaintiffs have Article III standing under *Massachusetts*, which permitted a State to challenge EPA’s refusal to regulate greenhouse gas emissions . . . and, further, that no other threshold obstacle bars review. Four members of the Court, adhering to a dissenting opinion in *Massachusetts* . . . or regarding that decision as distinguishable, would hold that none of the plaintiffs have Article III standing. We therefore affirm, by an equally divided Court, the Second Circuit’s exercise of jurisdiction and proceed to the merits. . . .’ *Id.*, at 2535.

¹⁶ See for example, Christoph Schwarte and Ruth Byrne, ‘International Climate Change Litigation and the Negotiation Process: Working Paper’, first draft published in October 2010, available at <http://www.field.org.uk/files/FIELD_cclit_long_Oct.pdf>, whose last paragraph states: ‘Inter-State climate change litigation may help to create the political pressure and third-party guidance required to re-invigorate the international negotiations, within or outside the UNFCCC. The understandable reluctance of developing country governments to challenge any of the big donor nations in court may change once the impacts of climate change become even more visible and an adequate agreement remains wanting. A lack of progress following the abject failure of the conference in Copenhagen may help to persuade a potential litigant.’

bodies. However, as regards **GHG emissions disputes** so far reported are, as far as I know,¹⁷ those coming from the Inter-American Commission on Human Rights (*Inuit* petition¹⁸ and *Glacier-Freshwater* petition¹⁹) and the World Heritage Committee

¹⁷ Many international and domestic climate cases are available at <<http://www.climatelaw.org/cases.>>

¹⁸ See Hari M. Osofsky, 'The Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples' Rights', in William C. G. Burns and Hari M. Osofsky (eds.), *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches* 272 (Cambridge: Cambridge UP, 2009). 'On 7 December 2005, an NGO consisting of the Inuit people of Alaska, Canada Greenland and Russia, the Inuit Circumpolar Conference ("ICC"), filed a petition to the Inter-American Commission on Human Rights ("IACHR"). . . . The ICC submitted that as one of the world's largest producers of carbon emissions per capita, the United States' failure to implement climate change polices violated the Inuits' rights under the American Declaration of Rights and Duties of Man. The violated rights included, for example, the right to the benefits of their culture, the right to use and enjoy their personal property and lands they have traditionally used and occupied and the right to the preservation of health. . . . The IACHR dismissed the petition in November the following year on the basis that the petition failed to establish "whether the alleged facts would tend to characterize a violation of rights protected by the American Declaration." . . .'

<[http://blogs.unimelb.edu.au/peel_climatechange/2010/05/24/inuit-petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights/.](http://blogs.unimelb.edu.au/peel_climatechange/2010/05/24/inuit-petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights/)>

¹⁹ In this petition, freshwater shortage caused by glacier melting in Latin America was alleged to be violations of human rights (i.e. the rights to life, physical integrity and security; water; food; health and sanitation; property; and the rights of indigenous and other resource-dependent peoples to enjoy the benefits of their culture, to use and enjoy the lands they have traditionally used and occupied, and to their own means of subsistence.) See <<http://earthjustice.org/sites/default/files/IACHR-hearing-request-2011-01-24.pdf>;> <[http://earthjustice.org/news/press/2011/inter-american-commission-on-human-rights-hears-testimony-on-freshwater-loss-due-to-climate-change.](http://earthjustice.org/news/press/2011/inter-american-commission-on-human-rights-hears-testimony-on-freshwater-loss-due-to-climate-change)>

The petition called upon the governments most responsible for climate change:- to make the greatest possible efforts to mitigate climate change to minimize its impacts, through national and international action; and- to

under the World Heritage Convention (*In Danger* petitions)²⁰, none of which has seen a satisfactory outcome.²¹ The Kyoto Protocol Compliance Procedure's Enforcement Branch might deal with non-compliance issues as regards the GHG reduction targets after year 2012, but has until now only dealt with procedural violations and eligibility problems.²² With regard to **unilateral measures disputes**, possible World Trade Organization (WTO) cases concerning trade restrictions against GHG emitting States have not yet appeared. The aviation-related European Union (EU)-Emissions Trading System (ETS) dispute brought before the European Court

provide substantial assistance to the most-vulnerable, least-responsible governments as they address climate induced threats to human rights. <<http://earthjustice.org/sites/default/files/IACHR-PRESENTATION-WATER-11-03-25-credits.pdf>>

²⁰ See William C. G. Burns, 'Belt and Suspenders? The World Heritage Convention's Role in Confronting Climate Change', 18 *Review of European Community & International Environmental Law (RECIEL)* 148 (2009); Erica J. Thorson, 'The World Heritage Convention and Climate Change: The Case for a Climate-Change Mitigation Strategy beyond the Kyoto Protocol', in *Adjudicating Climate Change* (*supra* n. 18) 255. The petitioned sites include: Sagarmatha National Park (Nepal), Huascarán National Park (Peru), the Great Barrier Reef (Australia), Waterton-Glacier International Peace Park (USA and Canada) and the Barrier Reef Reserve System (Belize). The petition called all State Parties to the World Heritage Convention to make drastic cuts in their GHG emissions. See Erica J. Thorson, *id.*, at 255.

²¹ The Inter-American Commission on Human Rights, while having rejected the *Inuit* petition, has not yet decided on the *Glacier* petition. The World Heritage Committee left the task of GHG reduction to the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Kyoto Protocol, while keeping its own task within site-specific projects. See Erica J. Thorson, *id.*, at 269.

²² Blamed States were Greece, Canada, Croatia, Bulgaria, Romania and Ukraine. See <http://unfccc.int/kyoto_protocol/compliance/questions_of_implementation/items/5451.php>

of Justice (ECJ)²³ is the only example I know in the latter category.

In these early days of international climate change litigation, the use of the International Court of Justice (ICJ) is highly expected, in light of its judicial authority in and political influence on the international society.²⁴ Of course at present Taiwan cannot be a plaintiff or defendant before the ICJ, since it is still neither a UN Member State nor a party to the ICJ Statute. However, considering Palestine's application for UN membership, it might not be so long before Taiwan - not to say becoming a UN Member State - is allowed to use the ICJ without a formal UN Member status.²⁵ Moreover, in view of Taiwan's effort to seek meaningful participation in the activities of UN Specialized Agencies such as the International Civil Aviation Organization (ICAO) and the World Health Organization (WHO) - the later of which gave Taiwan an observer status in 2009²⁶ -, Taiwan's prospective role in asking the

²³ Case C-366/10 *The Air Transport Association of America and Others* (Reference for a preliminary ruling from the High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, Administrative Court (UK)).

²⁴ See Andrew Strauss, 'Climate Change Litigation: Opening the Door to the International Court of Justice', in *Adjudicating Climate Change* (*supra* n. 18) 334 at 337-338.

²⁵ See Article 93(2) of the UN Charter: 'A state which is not a Member of the United Nations may become a party to the Statute of the International Court of Justice on conditions to be determined in each case by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.'

²⁶ 'The Republic of China (Taiwan) will continue with pragmatic approach by requesting its diplomatic allies to voice for Taiwan to seek international support for its meaningful participation in the UN system, especially observership in the International Civil Aviation Organization (ICAO) and the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). Since being invited to the World Health Assembly as an observer in 2009, Taiwan has put priority on the aforementioned two specialized agencies/mechanisms. In its demands for inclusion, Taiwan will maintain rational and pragmatic

ICJ for an advisory opinion would be bigger and bigger. Therefore, examining the possibility of climate change litigation before the ICJ is also highly relevant to Taiwan, I believe.

Then below I examine the ICJ's contentious proceedings first, and its advisory proceedings next.

II. ICJ Contentious Proceedings

A. GHG Emissions Disputes: Very Difficult

1) Provisional Measures: No Imminent Threat of Irreparable Damage

Sometimes in environmental cases provisional measures are requested before the main proceedings. The ICJ allowed such a request in the 1973 orders of the *Nuclear Tests* cases,²⁷ while rejecting it in the 2006 order of the *Pulp Mills* case.²⁸ The main reason for the rejection lied in the absence of imminent threat of irreparable damage.²⁹ Unlike radioactivity - as disputed in the

approaches to gradually broaden its international participation.' Ministry of Foreign Affairs, Republic of China (Taiwan), *News and Events* No. 289 (8 September 2011), available at <<http://www.mofa.gov.tw/webapp/ct.asp?xItem=54268&ctNode=1901&mp=6>>

²⁷ 1973 *ICJ Reports* 99 at 106 (*Australia v. France*); 1973 *ICJ Reports* 135 at 142 (*New Zealand v. France*).

²⁸ *Pulp Mills on the River Uruguay* (*Argentina v. Uruguay*), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, 2006 *ICJ Reports* 113 at 134-135.

²⁹ 'Whereas, in the Court's view, there is however nothing in the record to demonstrate that the very decision by Uruguay to authorize the construction of the mills poses an imminent threat of irreparable damage to the aquatic environment of the River Uruguay or to the economic and social interests of the riparian inhabitants on the Argentine side of the river'. Para. 73 of the

Nuclear Tests cases- that likely causes immediate effect besides gradual effect, GHGs' effect is gradual only. Although in *Massachusetts v. EPA* the US Supreme Court admitted the likelihood of imminent injury caused by climate change, the requirement of *locus standi* is different from that of provisional measures in that provisional measures are based on *prima facie* jurisdiction only, which means that utmost urgency is needed for justifying those measures. Moreover, unlike the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) that can prescribe provisional measures 'to prevent serious harm to the marine environment',³⁰ the ICJ can indicate them merely 'to preserve the respective rights of either party'.³¹ Therefore, those provisional measures as prescribed by the ITLOS in the *Southern Bluefin Tuna* cases³² - which measures are, in the eyes of the ITLOS Seabed Disputes Chamber, based on the precautionary approach³³ - are

Order, *id.*, at 132.

³⁰ Article 290 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS).

³¹ Article 41 of the ICJ Statute.

³² *Southern Bluefin Tuna* Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Para. 90 (Operative Part), available at <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Order.27.08.99.E.pdf>

³³ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area* (Advisory Opinion of the ITLOS Seabed Disputes Chamber, 1 February 2011, requested by the Council of the International Seabed Authority, available at <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/adv_op_010211.pdf>), at para. 132: 'The link between an obligation of due diligence and the precautionary approach is implicit in the Tribunal's Order of 27 August 1999 in the *Southern Bluefin Tuna* Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan). This emerges from the declaration of the Tribunal that the parties "should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that conservation measures are taken ..."

highly unlikely before the ICJ. In light of this, it seems very difficult to persuade the ICJ to indicate provisional measures in GHG emissions disputes.

2) Jurisdiction: Little Prospect of Seizing the ICJ against Major Emitting States

Currently China and the United States are the two top GHG emitters, respectively contributing to around 20% of the total world GHG emissions in great excess of other countries.³⁴ Moreover, China and the United States are not obliged to reduce GHG emissions under the Kyoto Protocol.³⁵ Therefore, these two States are naturally considered as the main targets for climate change

(*ITLOS Reports 1999*, p. 274, at paragraph 77), and is confirmed by the further statements that “there is scientific uncertainty regarding measures to be taken to conserve the stock of southern bluefin tuna” (paragraph 79) and that “although the Tribunal cannot conclusively assess the scientific evidence presented by the parties, it finds that measures should be taken as a matter of urgency” (paragraph 80).⁷

³⁴ A Japanese newspaper *Asahishinbun*, on the basis of the latest International Energy Agency (IEA)’s information, reported on 5 October 2011 that the 2009 CO₂ emissions had come from ①China (24%), ②United States (18%), ③India(5%), ④Russia (5%), ⑤Japan (4%), ⑥Germany (3%). See <<http://www.asahi.com/international/update/1005/TKY201110050105.html>.>According to the Climate Analysis Indicators Tool (CAIT) 8.0 of the World Resources Institute (WRI), top six GHG emitters in 2005 are ① China (19.13%), ② United States (18.29%), ③ European Union (EU) (13.34%), ④Russia (5.17%), ⑤India (4.92%), ⑥Japan (3.56%), and those between 1990 and 2005 in aggregation are ①United States (23.28%), ②EU (17.33%), ③China (14.83%), ④Russia (7.21%), ⑤Japan (5.12%), ⑥India (3.93%). Data available at <<http://cait.wri.org/cait.php?page=yearly&mode=view>> and <<http://cait.wri.org/cait.php?page=cumul&mode=view>>

³⁵ China is not an Annex I Party to the UNFCCC, and the United States did not ratify the Kyoto Protocol though having signed it.

litigation. However, they do not accept the ICJ's compulsory jurisdiction under the optional clause. When we think that the most plausible applicants before the ICJ are small island nations such as Tuvalu threatened by the sea level rise,³⁶ the prospect of lodging a claim on the basis of some Friendship, Commerce and Navigation (FCN) treaties,³⁷ as seen in cases of *Oil Platforms*³⁸ and *Nicaragua*³⁹, seems so little.⁴⁰ Moreover, unlike trade disputes causing an economic loss to both disputing Parties and therefore likely inducing them to mutual agreement to bring the case before the international judiciary, GHG emissions disputes have no such an

³⁶ See Akiko Okamatsu, 'Problems and Prospects of International Legal Disputes on Climate Change', a paper submitted to the Berlin Conference on the Human Rights Dimensions of Global Environmental Change, 2005, available at <<http://www.sprep.org/att/irc/ecopies/countries/tuvalu/47.pdf>>. See also *Mainichishinbun*, 24 July 2002, at 1: 'Tuvalu, threatened to be submerged under the sea, is going to sue the United States and Australia before the ICJ, claiming that their responses to global warming are illegal.'

³⁷ See Andrew Strauss, *supra* n. 24, at 347, where he states: '[T]he jurisdiction question in applying FCN treaties to global warming cases would be whether treaties negotiated in the context of protecting the mutual commercial interests of countries' citizens can be construed to protect them from harm caused by global warming. The *Oil Platforms* and *Nicaragua* cases give reason to believe that such a construction by the ICJ is possible.'

³⁸ *Oil Platforms* (Iran v. USA), Judgment, 2003 ICJ Reports 161 at 218, para. 125, where the US breach of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran was denied, however.

³⁹ *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua* (Nicaragua v. USA), Merits, Judgment, 1986 ICJ Reports 14 at 147, para. 292, where the US breach of the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the USA and Nicaragua was found.

⁴⁰ 'I could find no such treaties containing provisions providing for binding dispute resolution before the ICJ with small island nations.' Andrew Strauss, *supra* n. 24, at 346. (He refers to US FCN treaties in this context.)

incentive. Therefore, *compromis* application to the ICJ is not expected, either.

3) Locus Standi: Not Easily to Be Established

Locus standi is questioned even after the ICJ's jurisdiction is established, like the 1966 *South West Africa* cases (second phase),⁴¹ which clearly show the difficulties of non-directly injured States in establishing *locus standi* before the ICJ. Although Article 48⁴² of the UN International Law Commission (ILC)'s 2001 Draft Articles on State Responsibility allows indirectly injured States to demand, from violators of *erga omnes* obligations, cessation, assurance of non-repetition and reparation for the beneficiaries, it is yet to be seen whether the ICJ regards this article as a statement of customary international law and gives *locus standi* to indirectly injured States.

Locus standi is also problematic even for directly injured States. Remember that in *Massachusetts v. EPA* four judges (against

⁴¹ (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*), 1966 ICJ Reports 6.

⁴² **Article 48** (Invocation of responsibility by a State other than an injured State) **1.** Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole. **2.** Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State: (a) cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and (b) performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached. **3.** The requirements for the invocation of responsibility by an injured State under articles 43, 44 and 45 apply to an invocation of responsibility by a State entitled to do so under paragraph 1.

five judges' majority opinion) of the US Supreme Court, dissatisfied with all the three requirements of **i) injury in fact** (particular and actual or imminent injury); **ii) causation** and **iii) redressability**, denied *locus standi* of a US State (Massachusetts).⁴³ No one can easily tell how the ICJ's final decision will be on this matter.

4) Substance: Hardships in Proving Violation of the No-Harm Principle

a) Causal Link between a Certain State's Emissions and the Damage

The *no-harm* principle is now firmly established under customary international law, as stated in the 1996 *Nuclear Weapons* opinion (UNGA opinion)⁴⁴ and the 1997 *Gabčíkovo* judgment⁴⁵ of the ICJ, and is regarded as one of the basic principles regulating climate change activities, as reflected in the preamble (para. 8) of the UNFCCC. When the ICJ was asked by Argentina to apply this principle (as materialized in the 1975 Statute of the River Uruguay) in the *Pulp Mills* case, it required a clear evidence on the causal link between the construction of the pulp mills in Uruguay and the damage alleged by Argentina,⁴⁶ just as the 1941 *Trail Smelter*

⁴³ See Dissenting Opinion of Roberts, C. J., 549 *US* 540-546.

⁴⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 *ICJ Reports* 226 at 241-242, para. 29.

⁴⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, 1997 *ICJ Reports* 7 at 41, para. 53.

⁴⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, paras 250, 254, 257, 259, 262, 264.

arbitration (final award) required ‘clear and convincing evidence’.⁴⁷ The precautionary approach did now allow the ICJ to shift the burden of proof.⁴⁸ While it might be easily argued that global warming causes the sea level rise in general, it would be extremely difficult to argue that a certain State’s emissions have caused the sea level rise detrimental to another particular State.

b) Lack of Due Diligence

Another obstacle is to prove the lack of *due diligence* of the source State. Although not being obliged by the Kyoto Protocol, China and the United States might argue that they have paid due attention to GHG reduction by themselves as far as they can. Especially China would demand lower *due diligence* standards for developing countries to be applied. Since the international minimum *due diligence* standards for climate change activities are not clear, the application of domestic *due diligence* standards could hardly be criticized.

After all, the ICJ’s contentious proceedings are not suitable for dealing with **GHG emissions disputes**. Then how about **unilateral**

⁴⁷ 3 *RIAA* 1965: ‘[U]nder the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.’

⁴⁸ ICJ *Pulp Mills* judgment, para. 164: ‘Regarding the arguments put forward by Argentina on the reversal of the burden of proof and on the existence, vis-à-vis each Party, of an equal onus to prove under the 1975 Statute, the Court considers that while a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute, it does not follow that it operates as a reversal of the burden of proof.’

measures disputes? We will see this by taking, for example, the aviation-related EU-ETS dispute before the ECJ.

B. Unilateral Measures Disputes: Relatively Easy

1) Case Study: Aviation-Related EU-ETS Dispute before the ECJ

a) Facts and International Legal Issues

The EU-ETS, which was introduced in 2003 in order to fulfil the EU's obligation to reduce GHGs under the Kyoto Protocol, was decided in 2008 by Directive 2008/101/EC⁴⁹ to cover aviation as from 1 January 2012. This was opposed by several airlines and airline associations whose headquarters were in the United States or Canada. They challenged in the High Court of Justice of England and Wales the measures taken by the United Kingdom (UK) to implement Directive 2008/101. They submitted that by including international aviation - and transatlantic aviation in particular - in the EU-ETS, the EU was in breach of a number of principles of customary international law and of various international agreements. The ECJ was asked to give a preliminary ruling on the validity of Directive 2008/101.⁵⁰ The asked questions were as follows.

⁴⁹ Directive 2008/101/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 amending Directive 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community ([2009] 8 *O.J. L* 3).

⁵⁰ See paras 1-4 of Opinion of Advocate General Kokott delivered on 6 October 2011 in Case C-366/10 *The Air Transport Association of America and Others*, available at <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&alljur=alljur&juredj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&numaff=366/10&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint>>

① Are any or all of the following rules of international law capable of being relied upon in this case to challenge the validity of Directive 2003/87/EC⁵¹ as amended by Directive 2008/101/EC so as to include aviation activities within the EU-ETS (together the ‘Amended Directive’):

i) the principle of customary international law that each State has complete and exclusive sovereignty over its air space;

ii) the principle of customary international law that no State may validly purport to subject any part of the high seas to its sovereignty;

iii) the principle of customary international law of freedom to fly over the high seas;

iv) the principle of customary international law (the existence of which is not accepted by the Defendant) that aircraft overflying the high seas are subject to the exclusive jurisdiction of the country in which they are registered, save as expressly provided for by international treaty;

v) the Chicago Convention⁵² (in particular Articles 1, 11, 12,

=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&do maine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher.>

⁵¹ Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC ([2003] 275 *O.J. L* 32).

⁵² Convention on International Civil Aviation (Chicago, 7 December 1944), available at <<http://www.icao.int/icaoet/dcs/7300.html>> **Article 1 (Sovereignty):** ‘The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory.’; **Article 11 (Applicability of Air Regulations):** ‘Subject to the provisions of

this Convention, the laws and regulations of a contracting State relating to the admission to or departure from its territory of aircraft engaged in international air navigation, or to the operation and navigation of such aircraft while within its territory, shall be applied to the aircraft of all contracting States without distinction as to nationality, and shall be complied with by such aircraft upon entering or departing from or while within the territory of that State.’; **Article 12 (Rules of the Air)**: ‘Each contracting State undertakes to adopt measures to insure that every aircraft flying over or maneuvering within its territory and that every aircraft carrying its nationality mark, wherever such aircraft may be, shall comply with the rules and regulations relating to the flight and maneuver of aircraft there in force. Each contracting State undertakes to keep its own regulations in these respects uniform, to the greatest possible extent, with those established from time to time under this Convention. Over the high seas, the rules in force shall be those established under this Convention. Each contracting State undertakes to insure the prosecution of all persons violating the regulations applicable.’; **Article 15 (Airport and Similar Charges)**: ‘Every airport in a contracting State which is open to public use by its national aircraft shall likewise, subject to the provisions of Article 68, be open under uniform conditions to the aircraft of all the other contracting States. The like uniform conditions shall apply to the use, by aircraft of every contracting State, of all air navigation facilities, including radio and meteorological services, which may be provided for public use for the safety and expedition of air navigation. Any charges that may be imposed or permitted to be imposed by a contracting State for the use of such airports and air navigation facilities by the aircraft of any other contracting State shall not be higher, (a) As to aircraft not engaged in scheduled international air services, than those that would be paid by its national aircraft of the same class engaged in similar operations, and (b) As to aircraft engaged in scheduled international air services, than those that would be paid by its national aircraft engaged in similar international air services. All such charges shall be published and communicated to the International Civil Aviation Organization: provided that, upon representation by an interested contracting State, the charges imposed for the use of airports and other facilities shall be subject to review by the Council, which shall report and make recommendations thereon for the consideration of the State or States concerned. No fees, dues or other charges shall be imposed by any contracting State in respect solely of the right of transit over or entry into or exit from its territory of any aircraft of a contracting State or persons or property thereon.’; **Article 24 (Customs**

15 and 24);

vi) the Open Skies Agreement⁵³ (in particular Articles 7,

Duty): ‘(a) Aircraft on a flight to, from, or across the territory of another contracting State shall be admitted temporarily free of duty, subject to the customs regulations of the State. Fuel, lubricating oils, spare parts, regular equipment and aircraft stores on board an aircraft of a contracting State, on arrival in the territory of another contracting State and retained on board on leaving the territory of that State shall be exempt from customs duty, inspection fees or similar national or local duties and charges. This exemption shall not apply to any quantities or articles unloaded, except in accordance with the customs regulations of the State, which may require that they shall be kept under customs supervision. (b) Spare parts and equipment imported into the territory of a contracting State for incorporation in or use on an aircraft of another contracting State engaged in international air navigation shall be admitted free of customs duty, subject to compliance with the regulations of the State concerned, which may provide that the articles shall be kept under customs supervision and control.’

⁵³ The Air Transport Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the United States of America, of the other part, (‘Open Skies Agreement’) was signed in April 2007 and amended in several respects by a Protocol of 24 June 2010 (‘2010 Amending Protocol’). In its original version the Open Skies Agreement was provisionally applied from 30 March 2008; as amended by the 2010 Amending Protocol it has been provisionally applied since 24 June 2010. Kokott opinion, para. 16. The original text of the Agreement (30 April 2007, Washington D.C.) is available at <<http://www.state.gov/documents/organization/114872.pdf>> **Article 7 (Application of Laws):** ‘1. The laws and regulations of a Party relating to the admission to or departure from its territory of aircraft engaged in international air navigation, or to the operation and navigation of such aircraft while within its territory, shall be applied to the aircraft utilised by the airlines of the other Party, and shall be complied with by such aircraft upon entering or departing from or while within the territory of the first Party. 2. While entering, within, or leaving the territory of one Party, the laws and regulations applicable within that territory relating to the admission to or departure from its territory of passengers, crew or cargo on aircraft (including regulations relating to entry, clearance, immigration, passports, customs and quarantine or, in the case of mail, postal regulations) shall be complied with by, or on behalf of, such

11(2)(c) and 15(3));

vii) the Kyoto Protocol (in particular, Article 2(2))?⁵⁴

To the extent that question 1 may be answered in the affirmative:

② Is the Amended Directive invalid, if and in so far as it applies the EU-ETS to those parts of flights (either generally or by aircraft registered in third countries) which take place outside the airspace of EU Member States, as contravening one or more of the

passengers, crew or cargo of the other Party's airlines.'; **Article 11 (Customs Duties and Charges):** '1. On arriving in the territory of one Party, aircraft operated in international air transportation by the airlines of the other Party . . . shall be exempt, on the basis of reciprocity, from all import restrictions, property taxes and capital levies, customs duties, excise taxes, and similar fees and charges that are (a) imposed by the national authorities or the European Community, and (b) not based on the cost of services provided, provided that such equipment and supplies remain on board the aircraft. 2. There shall also be exempt, on the basis of reciprocity, from the taxes, levies, duties, fees and charges referred to in paragraph 1 of this Article, with the exception of charges based on the cost of the service provided: . . . (c) fuel, lubricants and consumable technical supplies introduced into or supplied in the territory of a Party for use in an aircraft of an airline of the other Party engaged in international air transportation, even when these supplies are to be used on a part of the journey performed over the territory of the Party in which they are taken on board'; **Article 15 (Environment)** - as amended by the 2010 Amending Protocol: '3. When environmental measures are established, the aviation environmental standards adopted by the International Civil Aviation Organisation in annexes to the Convention shall be followed except where differences have been filed. The Parties shall apply any environmental measures affecting air services under this Agreement in accordance with Article 2 and Article 3(4) of this Agreement.

⁵⁴ **Article 2(2)** of the Kyoto Protocol: 'The Parties included in Annex I shall pursue limitation or reduction of emissions of greenhouse gases not controlled by the Montreal Protocol from aviation and marine bunker fuels, working through the International Civil Aviation Organisation and the International Maritime Organisation, respectively.'

principles of customary international law asserted above?

③ Is the Amended Directive invalid, if and in so far as it applies the EU-ETS to those parts of flights (either generally or by aircraft registered in third countries) which take place outside the airspace of EU Member States:

i) as contravening Articles 1, 11 and/or 12 of the Chicago Convention;

ii) as contravening Article 7 of the Open Skies Agreement?

④ Is the Amended Directive invalid, in so far as it applies the EU-ETS to aviation activities:

i) as contravening Article 2(2) of the Kyoto Protocol and Article 15(3) of the Open Skies Agreement;

ii) as contravening Article 15 of the Chicago Convention, on its own or in conjunction with Articles 3(4)⁵⁵ and 15(3) of the Open Skies Agreement;

iii) as contravening Article 24 of the Chicago Convention, on its own or in conjunction with Article 11(2)(c) of the Open Skies Agreement?⁵⁶

Apart from international law's direct effect (allowing international law to be relied upon as a benchmark against which

⁵⁵ **Article 3** (Grant of Rights') of the Open Skies Agreement: '4. Each Party shall allow each airline to determine the frequency and capacity of the international air transportation it offers based upon commercial considerations in the marketplace. Consistent with this right, neither Party shall unilaterally limit the volume of traffic, frequency or regularity of service, or the aircraft type or types operated by the airlines of the other Party, nor shall it require the filing of schedules, programs for charter flights, or operational plans by airlines of the other Party, except as may be required for customs, technical, operational, or environmental (consistent with Article 15) reasons under uniform conditions consistent with Article 15 of the Convention.'

⁵⁶ Kokott opinion, para. 38.

the validity of EU acts can be reviewed in legal proceedings brought by individuals), the asked questions concerned the EU unilateral measures' legality under customary international law (i.e. territorial sovereignty and the freedom of the high seas) and international treaties (i.e. the Chicago Convention, the Open Skies Agreement and the Kyoto Protocol).

b) Advocate General Kokott Opinion Delivered on 6 October 2011

In the ECJ proceedings, an advocate general's opinion is not binding but is highly respected and in many cases followed by the ECJ. In this case, Advocate General Kokott, while denying the direct effect of the invoked treaties and customary international law except for Article 7 and the second sentence of Article 15(3) of the Open Skies Agreement,⁵⁷ admitted the EU measures' compatibility with international law for the following reasons.

As regards Question 2 concerning the compatibility with customary international law.

Question 2 (Regarding territorial sovereignty and the freedom of the high seas)

There is no breach, since the EU measures have no extra-territorial effect,⁵⁸ have an adequate territorial link,⁵⁹ and

⁵⁷ See *id.*, para. 138.

⁵⁸ Although *account is taken of events* that take place over the high seas or on the territory of third countries, there is no concrete *rule* regarding their conduct within airspace outside the EU. See *id.*, para. 147. It is by no means unusual for a State or an international organisation also to take into account in the exercise of its sovereignty circumstances that occur or have occurred outside its territorial jurisdiction, as are the cases with income tax law,

have no adverse effect on the sovereignty of third countries.⁶⁰

As regards Questions 3 and 4 concerning the compatibility with international treaties.

Question 3 (Regarding the taking into account of parts of flights outside EU airspace)

① **Chicago Convention.** No breach of Article 1 (Sovereignty), since Directive 2008/101 does not contain any extraterritorial provisions and does not infringe the sovereign rights of third countries.⁶¹ No breach of Article 11 (Applicability of Air

anti-trust law and merger control. In one fisheries case, the ECJ even ruled that fish caught in the high seas could be confiscated as soon as the vessel concerned, flying the flag of a third country, reached a port within the EU. See *id.*, para. 148.

⁵⁹ In general, the EU may require all undertakings wishing to provide services within its territory to comply with certain standards laid down by EU law. See *id.*, para. 152. The territoriality principle does not prevent account also being taken in the application of the EU-ETS of parts of flights that take place outside the EU territory. Such an approach reflects the nature as well as the spirit and purpose of environmental protection and climate change measures. See *id.*, para. 154. If it is permissible under the territoriality principle for fish caught outside the EU to be confiscated from a vessel sailing under the flag of a third country whilst at a port within the EU, there cannot be any prohibition against exhaust gases from an aircraft emitted outside the airspace of the EU being taken into account on its departure from or arrival at an aerodrome within the EU for the purposes of calculating the emission allowances to be surrendered. See *id.*, para. 155.

⁶⁰ Double regulation is accepted under customary international law, just as the widespread phenomenon of double taxation. See *id.*, para. 158. Even though customary international law does not impose any obligation to avoid double inclusion of a single flight in two different emissions trading schemes, the EU legislature expressly mentioned its willingness in that respect in Directive 2008/101 and also included a specific saving clause. See *id.*, para. 159.

⁶¹ See *id.*, para. 165.

Regulations), since the EU measures have neither discrimination⁶² nor rules to be observed during parts of flights outside the EU territory.⁶³ No breach of Article 12 (Rules of the Air), since no such rules of the air are to be found in Directive 2003/87 as amended by Directive 2008/101, since the EU-ETS does not require airlines and the aircraft operated by them to adhere to any particular flight path, specific speed limits, or limits on fuel consumption and exhaust gases,⁶⁴ and since the EU-ETS is in no way comparable to a rule on the dropping or spraying of substances as prescribed in section 3.1.4 of Annex 2 to the Chicago Convention.⁶⁵ ② **Open Skies Agreement**. No breach of Article 7 (Application of Laws), since this provision is largely identical to Article 11 of the Chicago Convention.⁶⁶

Question 4(a) (Regarding the EU unilateral action outside the ICAO framework)

① **Kyoto Protocol**. No breach of Article 2(2), since the limitation and reduction of GHGs from aviation is not the exclusive competence of the ICAO, as is clear both from the wording of that provision and from its context and aims.⁶⁷ ② **Open Skies Agreement**. No breach of Article 15(3) (Environment), since there is neither ICAO environmental standards to the contrary as mentioned in the first sentence thereof,⁶⁸ nor breach of the principle

⁶² See *id.*, para. 167.

⁶³ See *id.*, para. 168.

⁶⁴ See *id.*, para. 169.

⁶⁵ See *id.*, para. 170.

⁶⁶ See *id.*, para. 173.

⁶⁷ See *id.*, para. 176.

⁶⁸ See *id.*, para. 190.

of non-discrimination as prescribed in the second sentence thereof,⁶⁹ nor prohibition against acting alone outside the ICAO framework as might be implied by that provision's reference to Article 3(4) of the Open Skies Agreement referring to Article 15 of the Chicago Convention.⁷⁰

Question 4(b) (Regarding the prohibition of charges on entry or exit)

Even if the final sentence of Article 15 of the Chicago Convention could be construed as a wider prohibition of certain fees and charges, the EU-ETS is a market-based measure and therefore no fees or other charges are being exacted of airlines.⁷¹

Question 4(c) (Regarding the prohibition of taxes and duties on fuel in international aviation activities)

Although Article 24(a) of the Chicago Convention and Article 11(2)(c) of the Open Skies Agreement prescribe the prohibition of

⁶⁹ See *id.*, para. 201.

⁷⁰ 'After all, Article 15 of the Chicago Convention can play a role in the context of Article 3(4) in conjunction with Article 15(3) of the Open Skies Agreement only in so far as one Contracting Party unilaterally limits the volume of traffic, frequency or regularity of service, or the aircraft type operated, or requires the filing of schedules, programs for charter flights, or operational plans by airlines for environmental reasons. In such instances Article 3(4) of the Open Skies Agreement provides for "uniform conditions consistent with Article 15 of the [Chicago] Convention"; it therefore merely gives expression to the prohibition of discrimination, which – as just observed – is not contravened by Directive 2008/101.' *Id.*, para. 205.

⁷¹ See *id.*, paras 213-215. 'It is apparent from Article 15(7) of the Open Skies Agreement, as amended by the 2010 Amending Protocol, that the Parties to the Open Skies Agreement are also assuming that market-based measures are permissible in principle. This new provision would make no sense if the Contracting Parties considered such measures to be contrary to Article 15 of the Chicago Convention, to which the Open Skies Agreement is known to refer.' *Id.*, para. 220.

taxes and duties, the EU-ETS is neither tax,⁷² nor excise duties on fuel,⁷³ nor customs duties on fuel.⁷⁴

It is clear from the above that the solution of this dispute requires not only profound understanding of the basic structure of international law but also detailed knowledge and technical interpretation of international treaties, which task might go beyond EU law specialists' capacity. If the ECJ follows her opinion and judges the EU measures to be compatible with international law, there is much possibility that the United States and Canada (and other non-EU countries) do not accept the ECJ decision and bring

⁷² 'The EU emissions trading scheme cannot be considered a tax for the same reasons as it is not to be classed as a charge.' *Id.*, para. 227.

⁷³ 'It should be noted with regard to the substance of the provisions at issue that Article 11 of the Open Skies Agreement and Article 24(a) of the Chicago Convention relate to the quantity of fuel on board an aircraft or supplied to such aircraft, that is its *fuel stocks*. The EU emissions trading scheme, on the other hand, is based on the *quantity of fuel actually used* by the aircraft during a specific flight. An aircraft's fuel stocks, with which the Open Skies Agreement and the Chicago Convention are concerned, do not as such permit any direct inferences to be drawn as to the actual emission of greenhouse gases by that aircraft for a particular flight. Emission allowances do not have to be surrendered because an aircraft has or takes fuel on board but because it produces greenhouse gas emissions by burning that fuel during a flight.' *Id.*, para. 230.

⁷⁴ 'Nor, I would add just for the sake of completeness, is it the case that any customs duties are levied on fuel as a result of the EU emissions trading scheme, since customs duties are charges to which goods are subject by virtue of the fact that they cross a border, that is on importation or exportation. Emission allowances, on the other hand, do not have to be surrendered because fuel is taken across customs borders; they arise as a result of the emission of greenhouse gases in the course of a particular flight. Emission allowances have to be surrendered even in respect of flights within the European Union during which no customs borders are crossed at all.' *Id.*, para. 235.

the matter to other international fora.

2) A Possible Scenario before the ICJ

A few days before the delivery of Advocate General Kokott opinion, a joint declaration criticising the EU measures was issued by 26 non-EU member States of the ICAO including the United States, China, Russia, India, Brazil, Nigeria, Qatar and the United Arab Emirates. India and Russia are said to be preparing for retaliation, while China is reported to have already implemented retaliation by blocking Hong Kong Airlines' order for an Airbus A380.⁷⁵ Since the EU measures' compatibility with WTO rules is also questioned,⁷⁶ the matter might be brought before the WTO judiciary. However, the WTO judiciary has no power — although it shall take into account 'any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties' (Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties) — to make a decision on the EU measures' compatibility with customary international law as well as other treaties (i.e. the Chicago Convention, the Open Skies Agreement and the Kyoto Protocol). So

⁷⁵ 'India, Russia Threaten to Retaliate against EU ETS', *Aviation Week*, 3 October 2011, available at <http://www.aviationweek.com/aw/generic/story_generic.jsp?topicName=india&id=news/awx/2011/10/03/awx_10_03_2011_p0-377308.xml&headline=India,%20Russia%20Threaten%20To%20Retaliate%20Against%20EU%20ETS.>

⁷⁶ 'The non-EU countries expressed concerns about EU-ETS measures violating the Chicago Convention governing international aviation and also provisions of the WTO', in an article entitled 'India, 25 countries oppose EU plan on emission trading', *Press Trust of India* (New Delhi, 30 September 2011), available at <<http://www.business-standard.com/elections/news/india-25-countries-oppose-eu-planemission-trading/147988/on.>>

these issues have to be dealt with by other international judiciaries. As the interruption of aviation causes a huge economic loss to both Parties, it is likely that the EU States and non-EU States agree to submit the dispute to arbitration, like the 1978 US-France aviation arbitration,⁷⁷ or to the ICJ by *compromis* application. Moreover, if the ICAO Council seizes the dispute on the interpretation of the Chicago Convention and gives a ruling thereto, an appeal can be made either to arbitration or to the ICJ⁷⁸, the latter of which can be chosen where the disputing States are the Parties to the ICJ (or PCIJ) Statute irrespective of their acceptance of the ICJ's compulsory jurisdiction under the optional clause.⁷⁹ Therefore, the United States can sue the EU States (or the EU States *vice versa*) before the ICJ, as India sued Pakistan in the 1972 *ICAO Council's Appeal* case.⁸⁰ In any case, there is much possibility of litigating

⁷⁷ See Lori Fisler Damrosch, 'Retaliation or Arbitration - or Both? The 1978 United States-France Aviation Dispute', 74 *American Journal of International Law* 785 (1980).

⁷⁸ See Article 84 (Settlement of Disputes) of the Chicago Convention: 'If any disagreement between two or more contracting States relating to the interpretation or application of this Convention and its Annexes cannot be settled by negotiation, it shall, on the application of any State concerned in the disagreement, be decided by the Council. . . . Any contracting State may, subject to Article 85, appeal from the decision of the Council to an ad hoc arbitral tribunal agreed upon with the other parties to the dispute or to the Permanent Court of International Justice. . . .'

⁷⁹ See Article 85 (Arbitration Procedure) of the Chicago Convention: 'If any contracting State party to a dispute in which the decision of the Council is under appeal has not accepted the Statute of the Permanent Court of International Justice and the contracting States parties to the dispute cannot agree on the choice of the arbitral tribunal, each of the contracting States parties to the dispute shall name a single arbitrator who shall name an umpire. . . .'

⁸⁰ *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council* (India v.

the EU measures (and retaliation measures thereto) before the ICJ.

III. ICJ Advisory Proceedings: Much Promising as Seen from the Precedents

The above examinations show that the ICJ contentious proceedings do not have a bright future as regards **GHG emissions disputes**, whereas they have much hope with regard to **unilateral measures disputes**. Then how about its advisory proceedings? I will show their usefulness for both disputes by drawing some lessons from the precedents of advisory opinions of the ICJ and the ITLOS.

First, we look at the 1996 ICJ *Nuclear Weapons* opinions, only environment-related opinions in the ICJ history. The asked questions were:

‘In view of the health and environmental effects, would the use of nuclear weapons by a State in war or other armed conflict be a breach of its obligations under international law including the WHO Constitution?’ (WHO Opinion);⁸¹

‘Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?’ (UNGA opinion).⁸²

A. 1996 ICJ *Nuclear Weapons* Opinions

1) WHO Opinion: A Jurisdictional Hurdle of ‘Speciality’

Pakistan), Judgment, 1972 *ICJ Reports* 46 at 50, para. 9. Reference to the PCIJ in a certain treaty shall be regarded as that to the ICJ. See *id.*, at 53, para. 15. See also Article 37 of the ICJ Statute.

⁸¹ 1996 *ICJ Reports* 68, para. 1.

⁸² *Id.*, at 228, para. 1.

Clarified

Although both the WHO General Assembly and the UNGA asked the ICJ for advisory opinions on nuclear weapons, the ICJ dismissed the WHO's request by finding lack of jurisdiction. The main reason was that:

[T]he question raised in the request for an advisory opinion submitted to it by the WHO does not arise 'within the scope of [the] activities' of that Organization as defined by its Constitution.⁸³

The ICJ reached this conclusion based, on the one hand, on the distinction between the effects of the use of nuclear weapons on health and the legality of the use of such weapons⁸⁴ and, on the other hand, on the 'principle of speciality',⁸⁵ as well as on the distribution of powers between the UN and the specialized agencies.⁸⁶ Therefore in order to seize the ICJ for a climate opinion, a specialized agency has to show that the legal consequences of climate change affect the manner of its activities in its special field, and that the 'principle of speciality' and the distribution of powers between the UN and the specialized agencies are not encroached by asking climate change questions.

2) UNGA Opinion: 'Political Question' Doctrine Rejected

In the UNGA opinion the ICJ rejected⁸⁷ in the jurisdiction

⁸³ *Id.*, at 81, para. 26.

⁸⁴ *Id.*, at 76-77, paras 21-22.

⁸⁵ *Id.*, at 79, para. 25.

⁸⁶ *Id.*, at 80, para. 26: '[T]he WHO Constitution can only be interpreted, as far as the powers conferred upon that Organization are concerned, by taking due account not only of the general principle of speciality, but also of the logic of the overall system contemplated by the Charter.'

⁸⁷ Only Judge Oda was against.

phase the argument of the question's political nature and political motives,⁸⁸ and in the admissibility (judicial discretion) phase the objection fearful of the ICJ's possible law-making.⁸⁹ The ICJ moreover declared unanimously the existence of the obligation to pursue and to conclude nuclear disarmament negotiations.⁹⁰ Therefore, this precedent is a good blessing for environmentalist groups and small island nations that would goad countries to ask the ICJ for a climate opinion in order to break the stalemate of climate change negotiations.

B. 2011 ITLOS Seabed Disputes Chamber Sponsoring States Opinion

⁸⁸ *Id.*, at 234, para. 13: 'The fact that this question also has political aspects, as, in the nature of things, is the case with so many questions which arise in international life, does not suffice to deprive it of its character as a "legal question" and to "deprive the Court of a competence expressly conferred on it by its Statute" Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to admit the legal character of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, an assessment of the legality of the possible conduct of States with regard to the obligations imposed upon them by international law. . . . The Court moreover considers that the political nature of the motives which may be said to have inspired the request and the political implications that the opinion given might have are of no relevance in the establishment of its jurisdiction to give such an opinion.'

⁸⁹ *Id.*, at 237, para. 18: 'The contention that the giving of an answer to the question posed would require the Court to legislate is based on a supposition that the present *corpus juris* is devoid of relevant rules in this matter. The Court could not accede to this argument; it states the existing law and does not legislate. This is so even if, in stating and applying the law, the Court necessarily has to specify its scope and sometimes note its general trend.'

⁹⁰ Sub-paragraph F of the *dispositif*: 'There exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control.'
Id., at 267, para. 105.

The 2011 ITLOS Seabed Disputes Chamber *Sponsoring States* opinion⁹¹ has been the only advisory opinion so far rendered in the ITLOS history. Interestingly, it directly concerns environmental issues, and gives many suggestions for ICJ advisory opinions. In this opinion, the Chamber was asked to answer the following questions:

1. What are the legal responsibilities and obligations of States Parties to the Convention [the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)] with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982?

2. What is the extent of liability of a State Party for any failure to comply with the provisions of the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement, by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2 (b), of the Convention?

3. What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take in order to fulfil its responsibility under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement?⁹²

1) *Due Diligence*, Liability and Appropriate Measures Detailed

As regards the first question, the ITLOS Chamber found sponsoring States' legal obligations to be not only the *due diligence* 'obligation to ensure' compliance by the sponsored contractor⁹³ (i.e. the *no-harm* principle) but also sponsoring States' 'direct

⁹¹ *Supra* n. 33.

⁹² *Sponsoring States* opinion, para. 1.

⁹³ *Id.*, para. 109.

obligations' including: the **obligation to assist the International Seabed Authority** (the Authority) in the exercise of control over activities in the Area; the **obligation to apply a precautionary approach**; the **obligation to apply best environmental practices**; the **obligation to take measures to ensure the provision of guarantees** in the event of an emergency order by the Authority for protection of the marine environment; the **obligation to ensure the availability of recourse for compensation** in respect of damage caused by pollution; and the **obligation to conduct environmental impact assessments**.⁹⁴ Compliance with these direct obligations can also be seen as a relevant factor in meeting the *due diligence* 'obligation to ensure'.⁹⁵

With regard to the second question, the ITLOS Chamber found the followings: ①the liability of sponsoring States arises from their failure to carry out their own responsibilities (the *due diligence* obligation) and is triggered by the damage caused by sponsored contractors; ②there must be a causal link between the sponsoring State's failure and the damage, and such a link cannot be presumed;⁹⁶ ③No residual liability is incumbent on the sponsoring State that has fulfilled its *due diligence* obligation, although establishment of a trust fund is desirable.⁹⁷

In respect of the third question, the ITLOS Chamber's view was that the appropriate measures are reasonable and non-arbitrary legislative and administrative measures to be carried out in good faith.⁹⁸ Contractual arrangements alone are insufficient.⁹⁹

⁹⁴ *Id.*, para. 122.

⁹⁵ *Id.*, para. 123.

⁹⁶ *Id.*, paras 184 and 189.

⁹⁷ *Id.*, paras 204-205 and 209.

⁹⁸ *Id.*, paras 218 and 230.

2) The Function and Limit of the Precautionary Approach Elucidated

According to the ITLOS Chamber, the precautionary approach is an integral part of the general obligation of *due diligence* of sponsoring States. It stated:

The due diligence obligation of the sponsoring States requires them to take all appropriate measures to prevent damage that might result from the activities of contractors that they sponsor. This obligation applies in situations where scientific evidence concerning the scope and potential negative impact of the activity in question is insufficient but where there are plausible indications of potential risks. A sponsoring State would not meet its obligation of due diligence if it disregarded those risks. Such disregard would amount to a failure to comply with the precautionary approach.¹⁰⁰

Therefore, the ITLOS Chamber sees the precautionary approach as making the *due diligence* obligation stricter, although the precautionary approach has the limit that it shall be applied by States ‘according to their capabilities’, as prescribed in Principle 15 of the Rio Declaration. In this context, the ITLOS Chamber added:

It follows that the requirements for complying with the obligation to apply the precautionary approach may be stricter for the developed than for the developing sponsoring States. The reference to different capabilities in the Rio Declaration does not, however, apply to the obligation to follow ‘best environmental practices’¹⁰¹

⁹⁹ *Id.*, para. 226.

¹⁰⁰ *Id.*, para. 131.

¹⁰¹ *Id.*, para. 161.

It remains to be seen, however, whether the ‘best environmental practice’ (BET) is, unlike the precautionary approach and the ‘best available technique’ (BAT),¹⁰² free of capability considerations, as stated above by the ITLOS Chamber.

C. Possible Scenarios of ICJ Advisory Proceedings

1) Likely WHO Request: In a GHG Emissions Dispute

The ITLOS Chamber opinion amply demonstrates that a specialized agency can request, in an **GHG emissions dispute**, an ICJ advisory opinion on legal obligations, appropriate measures, and the extent of responsibility and liability of GHG emitting Member States. One of the possible specialized agencies capable of doing the request will be the WHO. The WHO issued in 2009 a report entitled ‘Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People’,¹⁰³ and emphasized the close connection between climate change and health problems. Of course the WHO has to show that the legal consequences of climate change affect the manner of its health activities, and that the ‘principle of speciality’ and the distribution of powers between the UN and the WHO are not encroached by asking climate change questions, as the WHO *nuclear weapons* opinion suggests. I think this is possible for the WHO, and, in light of the questions asked for the ITLOS Chamber opinion, the possible questions to be asked could be as follows.

- ① What are the legal obligations of the WHO Member States

¹⁰² See *id.*, para. 136.

¹⁰³ Available at <http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241598880_eng.pdf>

with respect to the health and environmental harm caused by climate change?

② What are the necessary and appropriate measures that the WHO Member States must take in order to fulfil the above obligations?

③ What are the legal consequences of the WHO Member States' failure to implement the above obligations and measures?

④ Whether and to what extent are the WHO Member States liable, notwithstanding their full implementation of the above obligations and measures, for the health and environmental harm caused by climate change?

It can be specified that the answers shall be given in light of the WHO Constitution and international law including the principles of (inter-generational and intra-generational) equity, common but differentiated responsibilities (and capabilities), the precautionary approach and sustainable development. The hurdle of the principle of 'speciality' could be circumvented by pressing the UNGA to ask the ICJ similar questions, as was the case with the UNGA *nuclear weapons* opinion.

2) Likely ICAO Request: In a Unilateral Measures Dispute

The aviation-related EU-ETS dispute, a typical **unilateral measures dispute**, could be brought to the ICJ advisory proceedings by the ICAO. Since this dispute concerns all ICAO Member States, and since '[n]o member of the [ICAO] Council shall vote in the consideration by the Council of any dispute to which it is a party',¹⁰⁴ it might be better to ask for an ICJ opinion than to submit the dispute to the ICAO Council. The questions to be

¹⁰⁴ Article 84 of the Chicago Convention.

asked before the ICJ could be similar - except for those related to the direct effect of international law - to those asked before the ECJ. The ICJ, as a highly authoritative judicial body specialized in public international law, is expected to present persuasive arguments on this dispute.

IV. Conclusions: A Future Outlook on ICJ Climate Change Litigation and Taiwan

In the end, the above examinations lead to the following conclusions. Although the ICJ contentious proceedings are not suitable for **GHG emissions disputes**, they are more useful for **unilateral measures disputes**. The ICJ advisory proceedings would well be utilized for both categories of disputes.

In light of Taiwan's unique status under international law and its delicately balanced position to both China and the United States - the two top GHG emitting States-, it might be difficult for Taiwan to press these States to reduce GHGs in the post-Kyoto Protocol negotiations. However, in the ICJ advisory proceedings litigation can be made without naming particular States, which would be more acceptable to Taiwan.

Currently South East Asian countries such as Thailand and Bangladesh have suffered severe flood damage having been caused, most likely, by climate change.¹⁰⁵ I hope Taiwanese diplomats, as representatives of world citizens responsible for present and future

¹⁰⁵ See the 2010 World Bank Report 'Climate Risks and Adaptation in Asian Coastal Megacities', available at <http://siteresources.worldbank.org/EASTASIAPACIFICEXT/Resources/226300-1287600424406/coastal_megacities_fullreport.pdf>

generations of the Asia and the world, will seriously tackle climate change issues, not only within the framework of the UNFCCC but also before the ICJ, especially by using its advisory proceedings possible to be triggered by the WHO and the ICAO, in whose activities Taiwan is seeking its meaningful participation.

《文獻》

台灣最新條約與國際協議選輯

中華民國政府與巴拿馬共和國政府間互免外交、公務、領事及特別護照簽證協定 (p.264)

ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHINA (TAIWÁN) Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ PARA LA SUPRESIÓN DE VISAS EN PASAPORTES DIPLOMÁTICOS, OFICIALES, CONSULARES Y ESPECIALES (p.266)

中華民國經濟部與宏都拉斯共和國工商部雙邊投資合作及促進協定 (p.270)

(DRAFT) Acuerdo para la Cooperación y Promoción de Inversión Bilateral entre el Ministerio de Asuntos Económicos de la República de China (Taiwán) y la Secretaría de Industria y Comercio de la República de Honduras (p.274)

中華民國與吉里巴斯共和國間技術合作協定 (p.280)

AGREEMENT ON TECHNICAL COOPERATION BETWEEN THE REPUBLIC OF CHINA(TAIWAN)AND THE REPUBLIC OF KIRIBATI (p.284)

中華民國政府與巴拿馬共和國政府間 互免外交、公務、領事及特別護照簽證協定

中華民國政府與巴拿馬共和國政府，以下簡稱「雙方」，為增進兩國既存友好關係及便利兩國持外交、公務、領事及特別護照人員進出彼此國境，爰經議定下列條款：

第一條

一、持用巴拿馬共和國權責機關核發之有效外交、公務、領事或特別護照巴拿馬國民，可免簽證進入並停留中華民國境內從事公務、過境或訪問，停留期間自入境之日起以九十日為限。

二、持用中華民國權責機關核發之有效外交或公務護照中華民國國民，可免簽證進入並停留巴拿馬共和國境內從事公務、過境或訪問，停留期間自入境之日起以九十日為限。

第二條

第一條所稱人員，在遵守締約對方相關移民、海關及檢疫之安全規定下，可自締約對方授權供人員通行之邊境或港埠入境及出境。

第三條

雙方當局保留禁止不受其政府歡迎人士入境之權利，亦得排除兼具締約雙方國籍，或依締約任一方國內法不被視為外國人者適用本協定。

第四條

雙方得在衛生、公共秩序或國家安全考量下，暫時中止本協定之全部或部分條款，惟須事先以書面方式透過外交途徑通知對方，並自書面通知到達對方之日起生效。

第五條

本協定生效前，巴拿馬共和國須以外交途徑提供中華民國現行之外交、公務、領事及特別護照樣本，中華民國須以外交途徑提供巴拿馬共和國現行之外交及公務護照樣本。嗣後，相關護照之變更應比照辦理。

爲確保本協定之履行，雙方締約後應即訓令其主管入出國、移民、海關及檢疫等業務及其他相關單位遵循。

第六條

本協定未經任一方終止前，將繼續有效。當一方決定終止本協定時，須以書面方式透過外交途徑通知對方，並自通知到達對方政府之當日起算，屆滿三十日之日起終止效期。

第七條

本協定將在雙方各自完成國內必要程序並通知對方後，並自通知到達對方政府之當日起算，屆滿三十日之日起生效。

爲此，雙方代表經其政府合法授權，爰於本協定簽字，以昭信守。

本協定以中文及西班牙文各繕二份，兩種文字約本同一作準。

本協定於中華民國 100 年 5 月 16 日，即西元 2011 年 5 月 16 日在巴拿馬共和國巴拿馬市簽署。

中華民國政府代表

巴拿馬共和國政府代表

外交部長楊進添

副總統兼外交部長瓦雷拉

**ACUERDO ENTRE
EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHINA
(TAIWÁN)
Y
EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ
PARA LA SUPRESIÓN DE VISAS EN PASAPORTES
DIPLOMÁTICOS, OFICIALES, CONSULARES Y
ESPECIALES**

El Gobierno de la República de China (Taiwán) y el Gobierno de la República de Panamá, en adelante llamadas "las Partes", con el propósito de fortalecer las amistosas relaciones bilaterales existentes y facilitar el ingreso y permanencia de los nacionales de uno de los dos países, portadores de pasaportes diplomáticos, oficiales, consulares y especiales en el territorio del otro, han acordado lo siguiente:

ARTÍCULO 1

1. Los nacionales de la República de Panamá, portadores de pasaporte panameño, diplomático, oficial, consular o especial, emitido con validez por las autoridades competentes, podrán ingresar y permanecer en el territorio de la República de China (Taiwán), sin necesidad de visa para llevar a cabo misión oficial, hacer tránsito o visita, siempre y cuando dicha estadía no exceda los noventa (90) días después de la fecha de ingreso.
2. Los nacionales de la República de China (Taiwán), portadores de pasaporte taiwanés, diplomático u oficial, emitido con validez por las autoridades competentes, podrán ingresar y permanecer en el territorio de la República de Panamá, sin necesidad de visa para llevar a cabo misión oficial, hacer tránsito o visita, siempre y cuando dicha estadía no exceda los noventa (90) días después de la fecha de ingreso.

ARTÍCULO 2

Las personas de cada una de las Partes mencionadas en el Artículo anterior podrán entrar al y salir del territorio de la otra Parte por los puertos y fronteras autorizados para el tránsito internacional de personas, sin mayor restricción que las regulaciones de seguridad establecidas por la otra Parte en materia migratoria, aduanal y sanitaria.

ARTÍCULO 3

Las Partes se reservan el derecho de impedir la entrada a sus respectivos territorios de aquellas personas que se consideran non gratas y podrán excluir a las personas que cuenten con nacionalidad de las dos Partes, o que según las respectivas leyes internas de cualquiera de las dos Partes no sean consideradas como extranjeras para beneficio de este Acuerdo.

ARTÍCULO 4

Cada una de las Partes podrá suspender temporalmente la aplicación de los artículos de este Acuerdo en forma total o parcial por motivos de salud, de orden público y/o seguridad nacional. Cuando una de las Partes decida suspender este Acuerdo, debe notificar por escrito a la otra la suspensión por vía diplomática, la cual tendrá efecto a partir de la fecha en que la otra Parte sea notificada.

ARTÍCULO 5

La República de Panamá remitirá a la República de China (Taiwán), a través de los canales diplomáticos, muestras de los pasaportes diplomáticos, oficiales, consulares y especiales vigentes; la República de China (Taiwán) remitirá a la República de Panamá, a través de los canales diplomáticos, muestras de los pasaportes diplomáticos y oficiales vigentes, antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo. Se informarán de igual manera cualquier modificación que se efectúe a dichos documentos.

Asimismo, las Partes notificarán de inmediato a las autoridades migratorias, aduanales, sanitarias y demás que sean competentes, la formalización de este Acuerdo con el objeto de garantizar su fiel cumplimiento.

ARTÍCULO 6

El presente Acuerdo tendrá una vigencia indefinida, a menos que cualquiera de las Partes decida darlo por terminado mediante notificación escrita dirigida a la otra, a través de la vía diplomática. En este caso, el Acuerdo dejará de surtir efectos treinta (30) días después de la fecha de recepción de tal notificación.

ARTÍCULO 7

El presente Acuerdo entrará en vigencia el día en que se cumplan treinta (30) días a contar desde el día en que ambas Partes se notifiquen sobre el cumplimiento de los requerimientos internos para tal efecto.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infraescritos, estando debidamente autorizados por sus respectivas autoridades, han firmado el presente Acuerdo.

El presente Acuerdo se suscribe en dos ejemplares, en los idiomas español y chino, siendo igualmente auténticos, en la ciudad de Panamá de la República de Panamá a los 16 días del mes de mayo del año centenario de la República de China (Taiwán), correspondiente a los 16 días del mes de mayo del año dos mil once del calendario gregoriano.

Por el Gobierno de la
República de China (Taiwán)

Por el Gobierno de la
República de Panamá

TIMOTHY CHIN-TIEN YANG
Ministro de Relaciones Exteriores
República de China (Taiwán)

JUAN CARLOS VARELA
Vicepresidente y Ministro de
Relaciones Exteriores
República de Panamá

中華民國經濟部與宏都拉斯共和國工商部 雙邊投資合作及促進協定

中華民國經濟部及宏都拉斯共和國工商部(以下合稱為「當事人」), 雙方基於下述條款和條件, 茲協議如下:

第一條：目的

雙方當事人認知雙方之活動及目的間存有強大的潛在綜效, 藉由雙方當事人之合作, 極有助於雙方共同目標之達成。

基此, 雙方當事人同意於本協定之目的為藉由共同執行相關計畫及活動, 就與各自利益相關之事務不排他地共同合作, 並努力促進雙方當事人領土間之投資。本協定之任何部分均不得解釋為雙方當事人有就其管轄領域內法律所禁止之任何活動與他方合作之義務。

第二條：協調機構

於雙方當事人之合作關係下, 將由下列協調機構對雙方當事人提供支援:

1. 就宏都拉斯共和國工商部(以下稱「SIC」)而言: SIC 係負責宏都拉斯之所有投資政策及促進活動。

2. 就中華民國經濟部而言: 經濟部投資業務處(以下稱「DOIS」) 係負責吸引外人投資及協助國內公司投資海外之機關。DOIS 之其他重要權責包括: 促進投資計畫, 排除投資障礙, 及雙邊及多邊投資相關事務之聯繫等。

3. DOIS 及 SIC 以下合稱為「協調機構」。DOIS 及 SIC 並得指派相關機關或公司執行相關方案及活動。

第三條：合作領域

於本協定之架構下, 復根據活動之優先順序及可利用資金之範圍內, 雙方當事人於各自協調機構之支援下, 承諾將發展下列合作領域:

a. 企業合作之促進

雙方當事人與協調機構將向其領土內之企業部門宣傳他方領土內

投資及商業機會之資訊，以及藉由長期合作及聯盟可帶來的有利影響。

基於此目的，雙方當事人及協調機構將就活動、會議、商業訪問團、研討會、出版品及特定投資計畫之確認與促進等項目進行發展。

b. 資訊之提供

雙方當事人與協調機構將就所有有利於促進雙方成功合作之資訊進行交換，尤其是現存或將來之投資程序、企業資源、法律架構及投資機會等資訊。

基於此目的，雙方當事人及協調機構將主要就下列項目，就各自所有之資訊進行交換：

1. 投資之政治及經濟環境
2. 投資獎勵措施及政府計畫
3. 關於投資之一般法律架構，包括公司及合資企業設立之特別立法。
4. 稅賦及關稅制度
5. 貨物及服務之市場資訊
6. 基礎建設及公共事業
7. 勞動技能及成本
8. 融資來源
9. 銀行服務
10. 雙方當事人事先選定之特定產業部門或公司資訊
11. 投資計畫

上述訊息之交換不適用於法律禁止或任一方當事人及/或協調機構負有保密義務之資訊揭露。

a. 潛在商業合作夥伴之確認

雙方當事人及協調機構將於各自領土上嘗試發掘潛在商業合作夥伴，此一工作尤其包括下述事項：

1. 發展一合作概念及方法，以搜尋商業合作夥伴。
2. 確認潛在商業合作夥伴並對篩選過程提供協助。
3. 就計畫之實施中提供協助，以排除不公平及不合理之行政程序延誤。

b. 額外活動

爲有效實施本條 a)項及 c)項之活動，雙方當事人及協調機構於各自職權範圍內，得舉辦額外活動。其中得包括具體方案之發展、爲雙方當事人及協調機構領土內之公司規劃促進活動或提供諮詢服務等。

雙方當事人及協調機構將於其職權範圍內盡其可能相互提供他方與臺灣及宏都拉斯公司尋求任何計畫之發展，或尋找臺灣或宏都拉斯商業合作夥伴(視其個案而定)之相關資訊。

雙方當事人及協調機構將於其職權範圍內盡其可能相互協助。雙方當事人及協調機構將提供其認定符合雙方利益之任何其他形式且不具排他性之合作。

如必要時並取決於個案具體情況，任何共同行動須由雙方當事人或協調機構研議並同意之。

第四條：雙方當事人之其他承諾

於不牴觸第三條規定之情況下，雙方當事人將促進雙方官員間會議之舉辦及任何其他形式之合作，以增進彼此間之瞭解，並詳細檢視發展與投資事項相關之共同技術援助及活動之可能性。

第五條：其他協議

如經雙方當事人共同同意，雙方當事人得協議擴大協定範疇，或另行簽署補充協定，以將未包含於本協定之聯合或個別活動之發展、承諾或行動納入本協定。

除與特定行動相關並經預先合意之賠償/補償費用已經中華民國經濟部及宏都拉斯共和國工商部同意之情形外，雙方當事人均毋須負擔任何財務上之義務。

本協定不影響中華民國經濟部或宏都拉斯共和國工商部任一方以政府機構地位簽訂之其他國際公約所生之權利義務。

第六條：免責條款

基於雙方當事人合作之目的爲協助企業於其各自領土上之努力，故中華民國經濟部及宏都拉斯共和國工商部茲聲明將相互免除任何因雙方當事人履行本協定所衍生之商業責任。

第七條：效期

本協定於簽署日生效，效期兩年。

除非任一方當事人於本協定期滿 90 日前以書面通知他方當事人終止本協定，本協定將自動逐次延長一年。

爲此，雙方代表業經雙方政府合法授權，爰簽訂本協定，以昭信守。

西元 2011 年 5 月 6 日於宏都拉斯汕埠簽署。本協定以中文、西班牙文及英文繕寫，三種語言約本同一作準。如解釋上有歧異或爭議時，以英文版本爲準。

中華民國經濟部

宏都拉斯共和國工商部

林聖忠，政務次長

Jose Francisco Zelaya，部長

(DRAFT)
**Acuerdo para la Cooperación y Promoción de Inversión
Bilateral
entre el Ministerio de Asuntos Económicos de la República de
China (Taiwán)
y la Secretaría de Industria y Comercio de la República de
Honduras**

El Ministerio de Asuntos Económicos de la República de China (Taiwán) y la Secretaría de Industria y Comercio de la República de Honduras, en lo sucesivo nominados conjuntamente como “Las Partes”, en los términos establecidos en los párrafos siguientes, han acordado lo siguientes:

Artículo 1: Objetivo

Las partes reconocen que existe una fuerte sinergia potencial entre sus actividades y objetivos, y esta cooperación entre Las Partes sería muy beneficioso para sus objetivos comunes.

En este sentido, Las Partes convienen que el objetivo de este acuerdo es cooperar, sin exclusividad en asuntos sobre sus propios intereses así mismo en los esfuerzos para promover la inversión entre los territorios de Las Partes, mediante la ejecución conjunta de los programas y las actividades pertinentes. No hay nada en este acuerdo que se interpretará en el sentido de obligar a Las Partes a cooperar en cualquier actividad prohibida por la ley en sus respectivas jurisdicciones.

Artículo 2: Organismos Coordinadores

En sus relaciones colaborativas, Las Partes serán apoyadas por los organismos coordinadores:

1. Para la Secretaría de Industria y Comercio, República de Honduras(en lo sucesivo “SIC”), que es responsable para toda la política de

- inversión y sus actividades de promoción en Honduras.
2. Para el Ministerio de Asuntos Económicos, República de China (Taiwán): El Departamento de Servicios de Inversión del Ministerio de Asuntos Económicos(en lo sucesivo “DOIS”), que es responsable de atraer la inversión extranjera y asistir a las compañías nacionales a invertir en el extranjero. Otras funciones importantes de DOIS son: la promoción de proyectos de inversión, eliminación de obstáculos a la inversión, y el enlace sobre los asuntos bilaterales y multilaterales de inversión.
 3. “DOIS” y “SIC” son denominados conjuntamente los Organismos Coordinadores. “DOIS” y “SIC” podrán también nombrar organizaciones relacionadas o compañías para la ejecución de los programas y las actividades pertinentes.

Artículo 3: Áreas de Cooperación

En el marco del presente acuerdo y con sujeción al establecimiento de prioridades de actividades y disponibilidades de fondos en este Acuerdo, Las Partes, apoyados por sus Organismos Coordinadores respectivos, se comprometen a desarrollar las cooperaciones en las siguientes áreas:

a. Promoción para la cooperación empresarial

Las Partes y sus Organismos Coordinadores difundirán la información sobre inversiones y oportunidades comerciales en el territorio de la otra parte, al sector empresarial en sus territorios, así como los posibles efectos beneficiosos que pueden derivarse de la cooperación y asociación a largo plazo.

Con este propósito, Las Partes y sus Organismos Coordinadores desarrollarán eventos, reuniones, misiones comerciales, conferencias y publicaciones, así como también se encargarán de identificar y promover proyectos de inversión específicos.

b. Suministro de información

Las Partes y sus Organismos Coordinadores intercambiarán toda

información de utilidad para promover la cooperación con éxito, y en especial, la información sobre procedimientos de inversión, recursos empresariales, marco jurídico y oportunidades de inversión, los que ya de existentes, así como otras nuevas.

Con este fin, Las Partes y sus Organismos Coordinadores intercambiarán información disponible sobre los siguientes asuntos:

1. Entorno económico y político para la inversión.
2. Incentivos a la inversión y programas gubernamentales.
3. Marco jurídico general para inversiones, incluyendo legislación específica sobre el establecimiento de compañías y empresas conjuntas (joint ventures).
4. Regímenes fiscales y aduaneros.
5. Información de mercado para bienes y servicios.
6. Infraestructura y servicios públicos.
7. Calificación y costo de la mano de obra.
8. Fuentes de financiamiento.
9. Servicios bancarios.
10. Información sobre sectores industriales específicos o compañías previamente seleccionadas por Las Partes.
11. Proyectos de inversión.

El intercambio de información no aplicará para información que la legislación prohíbe divulgar o para la cual cualquiera de Las Partes y los Organismos Coordinadores se encuentra vinculada por un acuerdo de confidencialidad.

c. Identificación de socios comerciales potenciales

Las Partes y sus Organismos Coordinadores intentarán identificar socios comerciales potenciales en sus respectivos territorios. Esta tarea incluye:

1. Desarrollar un concepto de cooperación y un enfoque para buscar socios comerciales.
2. Identificación de socios comerciales potenciales y asistencia en el

proceso de selección,

3. Asistencia durante la implementación de proyectos con el fin de eliminar retrasos burocráticos injustos e irrazonables.

d. Otras actividades

Con el propósito de lograr la exitosa implementación de las actividades descritas en los incisos a) y c) del presente artículo, Las Partes y sus Organismos Coordinadores- cada uno dentro del ámbito de su autoridad- podrá realizar otras actividades, que entre otras, podrán incluir: el desarrollo de programas específicos, y la organización de eventos de promoción o servicios de asesoría para compañías establecidas en el territorio de Las Partes y sus Organismos Coordinadores.

Las Partes y sus Organismos Coordinadores harán sus mejores esfuerzos por brindar uno al otro, información pertinente sobre compañías Taiwanesas y Hondureñas que buscan desarrollar proyectos o buscan socios Taiwaneses u Hondureños, según pueda ser el caso.

Las Partes y sus Organismos Coordinadores se ayudarán mutuamente dentro de sus potenciales y ámbito de autoridad. Proveerán sin exclusividad alguna, cualquier otra información que consideren de interés mutuo.

Las Partes y sus Organismos Coordinadores deberán planear y convenir todas las acciones conjuntas, de ser necesarios, caso por caso.

Artículo 4: Otros Compromisos de Las Partes

Sin perjuicio a lo establecido en el Artículo tres, Las Partes promoverán reuniones y cualquier otra forma de colaboración entre sus oficinas, con el propósito de mejorar el cambio de conocimiento y examinar, en detalle, la posibilidad de desarrollar asistencia técnica conjunta y actividades relacionadas con asuntos de inversión.

Artículo 5: Otros Acuerdos

Las Partes, por mutuo consentimiento, podrán ampliar el alcance de

este acuerdo o suscribir acuerdos complementarios, con el fin de incluir el desarrollo, individualmente o de forma conjunta, de actividades, compromisos o acciones no incluidas en el presente acuerdo.

Ni el Ministerio de Asuntos Económicos de la Republica de China (Taiwán), o la Secretaría de Industria y Comercio, República de Honduras, tendrá obligaciones financieras, excepto en el caso de reembolso de gastos convenidos por anticipado y relacionados con acciones específicas acordadas por Las Partes.

El Presente Acuerdo no interfiere con los derechos y obligaciones de cualquiera de Las Partes que emanen de otros convenios internacionales de los cuales, el Ministerio de Asuntos Económicos de la República de China (Taiwán) y la Secretaría de Industria y Comercio, República de Honduras, son Partes como entes gubernamentales.

Artículo 6: Exoneración Recíproca

Siendo el objetivo de la colaboración recíproca el apoyar los esfuerzos de los empresarios en los respectivos territorios de Las Partes, el Ministerio de Asuntos Económicos de la República de China (Taiwán) y la Secretaría de Industria y Comercio, República de Honduras, declararán una exoneración recíproca de toda responsabilidad por cualquier negocio generado como resultado de la ejecución del presente acuerdo.

Artículo 7: Vigencia

Este Acuerdo entrará en vigencia en la fecha de su firma y tendrá vigencia por un período de dos años.

El presente acuerdo se extenderá automáticamente por períodos sucesivos de un año, anualmente, a menos que una de Las Partes envíe una notificación, por escrito para informar a la otra Parte sobre su terminación, por lo menos noventa días calendarios antes de la fecha de expiración.

En fe de lo cual, los suscritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente acuerdo.

Firmado en la ciudad de San Pedro Sula, a los seis días del mes de mayo de dos mil once, en duplicado en versiones de idiomas chino, español e inglés, siendo todos los textos igualmente auténticos. En el caso un conflicto o discrepancia en su interpretación, prevalecerá el texto en inglés.

**Ministerio de Asuntos
Económicos,
República de China (Taiwán)
Sheng-Chung Lin, Vice Ministro**

**Secretaría de Industria y
Comercio,
República de Honduras
Jose Francisco Zelaya, Secretario**

中華民國與吉里巴斯共和國間技術合作協定

中華民國政府(以下稱“中華民國”)與吉里巴斯共和國政府(以下稱“吉里巴斯”，二者合稱“雙方”)為鞏固雙方既存友好關係，轉移開發經驗與促進技術合作，並更新 2004 年 2 月 10 日雙方在臺北簽訂之農業技術合作協定，同意簽訂下列條款：

第一條

中華民國透過財團法人國際合作發展基金會(以下稱“國合會”)自 2004 年 1 月起派遣由團長、專家及技師所組成之中華民國技術團(以下稱“技術團”)赴吉里巴斯塔拉瓦服務，並執行下列工作：

- 一、作物栽培與品種改良示範推廣計畫；
- 二、提供畜牧場改良經營管理技術；
- 三、提供水產養殖訓練管理與改良技術，包括虱目魚孵化技術之建立與引進新品種；
- 四、改善檢疫技術以控制畜產與其他引進外來植物品種之疾病；
- 五、改進畜牧與漁業之飼料研發；
- 六、訓練吉里巴斯農民以有機堆肥栽培園藝作物；
- 七、協助吉里巴斯農民建立自有菜園；
- 八、提供綜合農場改良經營管理技術；
- 九、辦理當地(含外島)農漁民之各種訓練班；
- 十、與吉里巴斯之農漁業有關部門合作遴選適當人員適時赴中華民國參加訓練班；
- 十一、提供生態農場從業人員在人工豬繁殖、作物育苗及其他相關農場需求之能力建置、訓練課程及技術移轉。

第二條

- 一、吉里巴斯繼續提供位於塔拉瓦 Temaiku Suburb 2 公頃土地作為技術團總部、團員宿舍、園藝及畜牧計畫示範用地，另續提供 Ambo 之魚池及場所作為水產養殖站；
- 二、吉里巴斯將於 Temaiku 生態農場額外提供土地，以經營綜合農場。

第三條

中華民國同意

- 一、派遣適當專長之人員赴技術團工作，並每年自中華民國向吉里巴斯撥款中提撥 80 萬澳元予國合會，作為技術團在吉里巴斯推廣工作所用，不足之部分，由中華民國補足；
- 二、負擔技術團人員往返吉里巴斯之旅費及渠等在吉里巴斯服務期間之各項薪津及意外醫療保險費；
- 三、除非本協定其他條款另有規定，負擔技術團本身運作所需之經費，含農牧示範推廣工作運作費用、電費及設備維修與修理費；
- 四、提供技術團車輛及必要之設備以因應工作所需；
- 五、提供技術團飼料、工具、種子及其他為執行計畫所需之材料；
- 六、確保引進之植物、動物或漁類等新品種不致破壞當地之生物多樣性，倘引起上述情況，雙方同意共同合作消除之。

第四條

吉里巴斯同意

- 一、依法核發技術團成員工作許可；
- 二、提供技術團人員附有家具及水電設備之合適辦公廳及住所；
- 三、提供技術團人員之人身安全及保護，並保證接受診所及醫院之治療；
- 四、對技術團成員及眷屬賦予不低於其他與吉里巴斯技術合作協定下之外國技術人員所享有之其他特權與豁免權。

第五條

- 一、技術團在示範農場內所生產之農畜產品及來自水產站之水產品除保留供技術團人員所需之適當部分者外，其餘產品(含種子與飼料)經吉里巴斯同意得出售，收入成立循環基金，由吉里巴斯與技術團共同管理，循環基金應優先運用於發展農畜水產之技術合作計畫之支出，或捐贈吉里巴斯之學校、非政府組織或殘障社會團體；
- 二、技術團執行計畫所獲得之相關資料與數據應提供吉里巴斯。發明

所得之智慧財產權歸雙方共有，未經其中任何一方之同意不得將其發明供商業用途；

- 三、技術團成員應遵守吉里巴斯之相關法律；
- 四、技術團為執行合作計畫所需進口之機械、設備及材料，應優先自中華民國採購；
- 五、技術團在符合吉里巴斯相關法規下，可招募當地雇員以協助達成任務；
- 六、前揭當地雇員之聘用合約，不得低於吉里巴斯同階級政府人員之待遇。

第六條

吉里巴斯相關部會將提供技術團合作夥伴，以便技術移轉。

第七條

技術團應與所在合作區域內經指定之對方機構及組織密切合作，並鼓勵民間團體參加相關活動。

第八條

倘技術團成員因故不適合繼續執行其任務時，中華民國有權將其調回，另派員接替，並負擔其調駐旅費。

第九條

技術團成員不得做出不符合本協定所規範工作之活動。

第十條

倘技術團之活動有任何爭議，雙方同意將基於善意，努力協調解決，必要時將以政府對政府之方式，並以相同善意為之。

第十一條

本協定自簽署之日起生效，並繼續有效至任何一方政府於 90 日前以書面通知另一方政府終止本協定為止。

本協定以中文及英文各繕兩份，兩種文字約本同一作準。

中華民國 100 年__月__日即公元 2011 年__月__日訂於吉里巴斯共和國首都塔拉瓦。

中華民國政府代表

吉里巴斯共和國政府代表

駐吉里巴斯共和國大使
何登煌

吉里巴斯共和國
總統兼外長
湯安諾

**AGREEMENT
ON
TECHNICAL COOPERATION
BETWEEN
THE REPUBLIC OF CHINA (TAIWAN)
AND
THE REPUBLIC OF KIRIBATI**

The Government of the Republic of China (Taiwan) 【hereinafter referred to as “ROC (Taiwan)”】 and the Government of Kiribati (hereinafter referred to as “Kiribati”, and the two countries jointly as “the Parties”), desiring to further strengthen their existing friendly relations through the transfer of development experience and promoting technical cooperation between the two countries, therefore to renew the Agreement on Agricultural Technical Cooperation signed in Taipei on 10 February 2004, have agreed through their respective representatives upon the following articles:

Article 1

ROC (Taiwan), through the International Cooperation and Development Fund (ICDF), has dispatched ROC (Taiwan) Technical Mission (hereinafter referred to as “TTM”) to South Tarawa since January 2004, including a Chief of the Mission and the specialists concerned to implement the following activities:

- a) Carry out demonstration and extension projects on cultivation and improvement of crop varieties;
- b) Provide improved techniques in livestock farm administration and management;
- c) Provide improved techniques of aquaculture, training, administration and management, including the introduction of milkfish hatchery technique and introduction of new species

for fish farming;

- d) Improve quarantine techniques to control diseases related to livestock and other introduced species of plants;
- e) Improve feed formulation for livestock and fish-farming;
- f) Train I-Kiribati farmers in methods to improve their soil through the application of organic manure farming;
- g) Assist I-Kiribati farmers to establish their home gardens;
- h) Provide improved techniques of integrated farming;
- i) Organize various training workshops for local (include from outer islands) farmers and fishermen;
- j) Collaborate with the related Ministries in Kiribati in identifying suitable personnel to undertake appropriate training courses in ROC (Taiwan) in due time;
- k) Provide capacity building, training attachment and technological transfer to agricultural and Eco Farm staff in the area of artificial insemination for pigs, crop husbandry and other related agricultural and integrated Farming needs.

Article 2

- a) Kiribati shall continuously provide TTM with the land at Temaiku Suburb in Tarawa about 2 hectares, which is used for TTM's headquarters, dormitory for TTM members and as a demonstration farm for horticulture and livestock projects. Kiribati shall also continue to provide the land and the ponds for Aquaculture Station in Ambo;
- b) In support for Eco- farming sector, Kiribati will further provides Land space within the Eco Farm at Temaiku for Integrated Farming.

Article 3

ROC (Taiwan) agrees to:

- a) Provide appropriately qualified personnel for TTM and appropriate from the grant of ROC (Taiwan) to Kiribati a sum of AUD 800,000.00 per year to ICDF to support the projects of TTM in Kiribati. If it can not meet the need for projects, ROC (Taiwan) shall make up for the balance;
- b) Pay the costs of transportation to and from Kiribati, the stipends and living expenses, and accident and health insurance of all TTM members during the period of their service in Kiribati;
- c) Pay all expenses arising from administration of TTM, including the operational costs of the demonstration farm including the costs of utilities, and maintenance and repair of facilities unless other wise stated elsewhere in this Agreement;
- d) Supply TTM with vehicles and equipment necessary for its work;
- e) Supply TTM with feed, tools, seeds, and other materials necessary for the implementation of the program;
- f) Take every precaution to ensure that any introduced species of plant, animal or fish will not pose a threat to the existing biodiversity of Kiribati. In the event that such a threat arises following the introduction of a species of plant, animal or fish, the Parties will use every endeavour to cooperate in the eradication of that threat.

Article 4

Kiribati agrees to:

- a) Issue employment permits to TTM members as required by law;
- b) Provide TTM with suitable office facilities and suitable housing facilities including water and electricity supply;
- c) Offer special consideration regarding the personal safety and

security of TTM members and ensure access to medical services through public clinics or hospitals;

- d) Grant privileges and exemptions no less favourable than those granted to other foreign experts and their dependents under similar technical cooperation agreements with Kiribati.

Article 5

- a) All produce of the demonstration, livestock and aquaculture farms, except the portion required for personal consumption by TTM members, and for the use of seeds and specimens, shall be agreed by the Government of Kiribati for sale to the general public. Funds generated from the sale could be deposited in a “Revolving Fund” to be managed jointly by Kiribati and TTM. These funds will be used preferentially in the development of aquaculture, livestock and agricultural projects under this technical cooperation program or shall be donated to schools, NGOs or disadvantaged social groups in Kiribati;
- b) All data and information gathered from TTM will be provided to Kiribati. The intellectual property rights from the activities of TTM shall vest jointly in the Parties. Either of the Parties may not exploit them commercially without the consent of the other Party;
- c) TTM Members shall comply with all relevant laws of Kiribati;
- d) Machinery, equipment and other materials imported necessarily for TTM to carry out the cooperation program should be purchased preferentially from ROC (Taiwan);
- e) For the purpose of fulfilling its obligations, TTM may recruit local engaged staff to assist TTM staff and to ensure that the

recruitment is consistent with relevant laws;

- f) Employment contract used for the local staff shall not be less favourable than those used for the same positions within the government.

Article 6

Kiribati shall provide TTM with appropriate local counterparts from the related Ministries to facilitate the technical transfer.

Article 7

TTM shall cooperate closely with designated counterpart agencies and organizations in each area of cooperation; and promote the active participation of civil organizations in the related activities.

Article 8

In the event any member of TTM is found unsuitable to continue to perform his duty, ROC (Taiwan) shall have the right to recall him from his post and arrange a replacement. All expenses relating to the recall and replacement shall be met by ROC (Taiwan).

Article 9

TTM members shall refrain from engaging in activities that are not in conformity with the work of TTM specified in this Agreement.

Article 10

Should any disputes arise concerning the activities of TTM, the Parties shall undertake to use their best endeavours to resolve such disputes amicably, in a spirit of goodwill. If necessary, representations may be made on a government-to-government basis, in the same spirit of goodwill.

Article 11

This Agreement shall enter into force on the date of signature and remain in force until termination. It may be terminated by either government with a ninety days prior written notice.

Done in duplicate in the Chinese and English languages, both texts being equally authentic, at Tarawa, the capital of the Republic of Kiribati, on the ____ day of the ____ month of the 100th year of the Republic of China (Taiwan), corresponding to the ____ day of the ____ month of the year 2011 in the Gregorian calendar.

For the Government of
the Republic of China (Taiwan)

For the Government of
the Republic of Kiribati

H.E. Benjamin T. H. Ho
Ambassador to
the Republic of Kiribati

H.E. Anote Tong
President & Minister
of Foreign Affairs & Immigration
the Republic of Kiribati

《會訊》

台灣國際法學會會務紀要

2012 年

9/13 本會理事謝英士律師代參加「歐洲國際法學會 2012 年大會」(西班牙瓦倫西亞)

台灣國際法季刊長期徵稿啓事

1. 『台灣國際法季刊』為台灣國際法學會所發行之研究刊物，本刊歡迎有關國際公法、國際私法等中、英文學術論文、文獻評論與書評之投稿。來稿不限本刊預定主題之範疇。
2. 期刊主題：

第一卷第 1 期 (2004.1)	人權與國際法
第 2 期 (2004.4)	領域問題與台灣
第 3 期 (2004.7)	國際經濟法
第 4 期 (2004.10)	國際海洋法
第二卷第 1 期 (2005.3)	國際組織與台灣
第 2 期 (2005.6)	國際爭端之解決及其機制
第 3 期 (2005.9)	中國反分裂國家法與國際法
第 4 期 (2005.12)	國際政治與國際法
第三卷第 1 期 (2006.3)	原住民與國際法
第 2 期 (2006.6)	國際恐怖主義與國際法
第 3 期 (2006.9)	一個中國原則與國際法
第 4 期 (2006.12)	國際環境法
第四卷第 1 期 (2007.3)	國際法教學 (上)
第 2 期 (2007.6)	國際法教學 (下)
第 3 期 (2007.9)	台灣入聯與國際法
第 4 期 (2007.12)	國際私法
第五卷第 1 期 (2008.3)	國際民法專題
第 2 期 (2008.6)	國際勞動法 (上)
第 3 期 (2008.9)	國際勞動法 (下)
第 4 期 (2008.12)	兩岸關係與國際法

- | | |
|-------------------|----------------|
| 第六卷第 1 期 (2009.3) | 國際人權法專題 |
| 第 2 期 (2009.6) | 台灣在外國法院的地位 |
| 第 3 期 (2009.9) | 國際刑法專題 |
| 第 4 期 (2009.12) | 國際經濟法專題 |
| 第七卷第 1 期 (2010.3) | 國際海洋法專題 |
| 第 2 期 (2010.6) | 國際人權公約與地方自治體 |
| 第 3 期 (2010.9) | 東南亞國家與國際法專題 |
| 第 4 期 (2010.12) | 國際勞動法・國際文化財專題 |
| 第八卷第 1 期 (2011.3) | 原住民、文化財與國際法 |
| 第 2 期 (2011.6) | 婦女及兒童保障與國際法 |
| 第 3 期 (2011.9) | 人口販運與國際法 |
| 第 4 期 (2011.12) | 台灣的國家地位 |
| 第九卷第 1 期 (2012.3) | 氣候變遷與國際環境法 (上) |
| 第 2 期 (2012.6) | 氣候變遷與國際環境法 (下) |
| 第 3 期 (2012.9) | 國際人權 |
3. 預定主題：
- 第 4 期 (2012.12) 國際糧農組織

4. 台灣國際法季刊撰稿要領

壹、台灣國際法季刊為台灣國際法學會之定期學術刊物，於每年三月、六月、九月及十二月出版。凡與國際法相關之論著、研究報告、判例研究、書評等學術性著作或譯作，均歡迎各界投稿。

貳、來稿請繳交打字稿一式三份，並附上磁片（書寫軟體為 word 2000 以上版本），由本刊編輯委員會送請二位以上相關領域之學者專家進行審查。學者專家之審

查意見經本刊編輯委員會討論後，再將接受刊登與否之相關結果通知投稿人。

- 叁、來稿內容請注意遵守著作權法及其他相關法令規定，一經刊登，文責自負。
- 肆、本刊不另給付稿酬，但致送刊登投稿該號之台灣國際法季刊抽印本二十份。
- 伍、來稿請依題目、作者姓名（包含目前任職處所及職位名稱）、摘要、關鍵詞、內文、附錄、引用參考文獻之順序撰寫，並附上英（外）文題目、作者姓名（包含目前任職處所及職位名稱）、摘要、關鍵詞。
- 陸、來稿文章之題目以二十四字以內為原則，超過時，請以副題處理。
- 柒、內文各章節中使用之符號，應依壹、一、（一）、1、(1)、A、a 等順序標示，內文之數字則得依作者個人習慣使用。
- 捌、註釋格式：
 - 一、內文及註釋，均應以橫式書寫，並採同頁列註方式。
 - 二、註釋列序，應以每篇文章為單位，並使用阿拉伯數字。
 - 三、引用同一文獻時，應使用同前註，頁 XX 或作（譯·編）者姓名，同前註 XX，頁 XX；引用同一作（譯·編）者不同文獻時，則應重新完整標示。
 - 四、漢、和文之註釋方式：

- (一) 出版時間、卷號數、頁數等出現數字時，均應使用阿拉伯數字標示；出版年份，以西元紀年為原則。
- (二) 專書：作（編）者姓名，《書名》，出版者，出版時間，頁 XX。
- (三) 譯著：作者姓名，譯者姓名，《書名》，出版者，出版時間，頁 XX。
- (四) 期刊論文：作者姓名，〈論文名稱〉，《期刊名》，卷期別，出版時間，頁 XX。
- (五) 專書論文：作者姓名，〈論文名稱〉，《書名》，出版者，出版時間，頁 XX。
- (六) 學位論文：作者姓名，〈論文名稱〉，XX 大學 XX 研究所博士（碩士）論文，出版時間，頁 XX。
- (七) 研討會論文：作者姓名，〈論文名稱〉，研討會名稱，主辦單位，舉辦時間，頁 XX。
- (八) 法條：民法第 XX 條第 XX 項第 XX 款規定：「條文內容」。
- (九) 解釋：大法官釋字第 XX 號。
- (十) 判例（決）、裁定：XXXX 年最高法院台上字第 XX 號。
- (十一) 決議：XX 年度第 XX 次 XX 庭會議決議。
- (十二) 新聞紙：XX 年 XX 月 XX 日新聞紙名稱。

五、其他外文註釋方式：

- (一) 專書：作（編）者姓名，書名（斜體）（出版者，出版時間），頁 XX。

例如：Human Rights Watch, *Protectors or Pretenders? Government Human Rights Commissions in Africa* (Human Rights Watch, 2001), p. 20.

- (二) 期刊論文：作者姓名，“論文名稱”，期刊名（斜體），卷期別，出版時間，頁 XX。

例如：C. Raj Kumar, “National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives on Institutionalization of Human Rights,” *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 19 no. 2, 2003, p. 259.

- (三) 專書論文：作者姓名，“論文名稱”，in 書名（斜體）（出版者，出版時間），頁 XX。

例如：Morten Kjaerum, “The Protection Role of the Danish Human Rights Commission,” in Bertrand G. Ramcharan (ed.), *The Protection Role of National Human Rights Institutions* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 23.

- (四) 條文、判決等，均依各該國或組織之習慣。

玖、參考文獻格式：

- 一、以曾於文章內文中引用之參考文獻為限，列於文章內文之後。
- 二、排列時，漢、和文在前，其他外文在後。漢文依作者姓名之筆畫順序，和文依作者姓名之假名順序，其他外文則依作者姓氏之羅馬字母順序，依次排列。
- 三、同一作者有兩篇以上參考文獻時，依出版年月順序排列。同一參考文獻作者有兩人以上時，依原書上最先表列之作者姓名排列。

四、專書：

- 漢、和文專書：作（編）者姓名，《書名》，出版者，出版時間，頁 XX。
- 其他外文專書：作（編）者姓，作（編）者名，書名（斜體）（出版者，出版時間）。

五、論文：

- 漢、和文論文：作者姓名，〈論文名稱〉，《期刊名》，卷期別，出版時間，頁 XX 至 XX。
- 其他外文論文：作者姓名，“論文名稱，”期刊名（斜體），卷期別，出版時間，pp. XX~XX.

5. 來稿請寄

台灣國際法學會『台灣國際法季刊』編輯委員會收。

104 臺北市中山區南京東路 2 段 125 號 14 樓之 1

聯絡人：陳新裕 聯絡電話：02-2515-4932

或寄電子郵件至：tsilorg@ms78.hinet.net

感 謝 辭

Acknowledgement

台灣國際法季刊第九卷第三期是由外交部所補助出版。本刊及台灣國際法學會謹此感謝外交部之慨然贊助與支持。本出版品之內容不代表外交部之意見。

The Taiwan Society of International Law (TSIL) and the editors of this publication express their sincerest gratitude to the Ministry of Foreign Affairs of Taiwan for generously supporting this volume/number of Taiwan International Law Quarterly. However, any content in this publication does not represent the views of Taiwan's Ministry of Foreign Affairs.