

國立政治大學外交系
碩士論文

指導教授：陳純一博士

論安理會決議之法律效力

研究生：楊天立 撰

中華民國一〇一年一月

國立政治大學
外交研究所

碩士論文

論安理會決議之法律效力



研究生·楊天立 撰

國立政治大學外交系
碩士論文

指導教授：陳純一博士

論安理會決議之法律效力

研究生：楊天立 撰

中華民國一〇一年一月

聲明

國際法隨時間逐漸發展。本論文的案件回顧至 2011 年年底，安理會決議回顧至 2009 年年底。尚祈學者專家不吝指正。

聯絡方式：

楊天立 Jimmy T.L. Yang

96253023@nccu.edu.tw



獻給

敬愛的陳純一老師



目錄

索引.....	v
案例.....	v
常設國際法院案例.....	v
聯合國國際法院案例.....	v
前南斯拉夫國際法庭案例.....	vii
盧安達國際法庭案例.....	viii
歐洲人權法院案例.....	viii
歐盟法院案例.....	viii
常設仲裁法庭案例.....	ix
內國法院案例.....	ix
國際實踐.....	x
安理會決議.....	x
大會會議記錄.....	xiii
大會決議.....	xiii
安理會開會相關文件.....	xiii
新聞稿.....	xiv
決議草案.....	xiv
經社理事會相關文件.....	xiv
聯合國信件.....	xv
聯合國報告.....	xv
聲明及演講稿.....	xvi
紐倫堡法庭文件.....	xvii
其他國際組織報告.....	xvii
內國立法與規則.....	xvii
第一章 前言.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	8
第三節 研究方法.....	9
第二章 安理會決議法律效力的法哲學思考.....	15
第一節 法律現實主義與實證主義下安理會決議的法律效力.....	15
第二節 目的論之解釋與安理會決議的法律效力.....	18
第一項 決議的法律後果.....	20
第二項 規範的衝突.....	23
第三項 不同法體系的衝突.....	35
第三節 安理會決議法律效力的法哲學基礎的附圖.....	47

圖一 法律效力與拘束力的關係圖.....	47
圖二 社會實踐與法律的關係圖.....	48
圖三 解釋方法論與法律關係圖.....	49
圖四 安理會決議字號通過數量趨勢圖.....	50
圖五 安理會決議的效力與法律後果的關係圖.....	51
圖六 安理會的授權或委託與國際責任的關係圖.....	52
第三章 《聯合國憲章》架構下的安理會立法功能.....	53
第一節 安理會立法之意義.....	53
第一項 安理會立法的定義.....	53
第二項 安理會立法實質內容.....	61
第二節 安理會立法與《聯合國憲章》相關條文的解釋.....	70
第一項 第二十四條.....	70
第二項 第二十五條.....	79
第三項 第二十六條.....	80
第四項 第四十一條、第四十二條、及第五十一條.....	85
第三節 《聯合國憲章》第二條第七項.....	89
第一項 國內管轄事件的認定.....	89
第二項 國家責任以及個人責任.....	97
第四章 安理會反恐與立法規範的確立.....	100
第一節 安理會反恐決議與反恐輔助機關.....	100
第一項 安理會反恐的輔助機構.....	100
第二項 安理會反恐決議.....	102
第三項 第 1373 號決議.....	105
第四項 第 1267 號決議.....	108
第五項 第 1540 號決議.....	112
第二節 制裁名單與除名程序.....	115
第一項 開會的程序.....	115
第二項 決策的程序.....	116
第三項 制裁措施的定性問題.....	116
第四項 制裁的執行.....	120
第五項 除名的程序.....	120
第三節 恐怖主義與國際罪行.....	121
第五章 聯合國國際法院對安理會決議之見解.....	125
第一節 聯合國體系與權力分立.....	125
第二節 《聯合國憲章》第 103 條與絕對法的關係.....	144
第三節 見解的效力.....	149
第一項 爭端解決與義務缺席.....	149
第二項 聯合國成員資格與國際法院訴訟方資格.....	155

第六章 前南斯拉夫與盧安達國際法庭的設立與安理會決議之相關實踐.....	171
第一節 法庭設立經過與相關問題.....	171
第一項 前南斯拉夫國際法庭設立經過.....	171
第二項 盧安達國際法庭的設立經過.....	176
第三項 國內法院服從國際法庭管轄.....	195
第四項 國際法庭之權限與管轄權.....	209
第五項 司法獨立性.....	236
第二節 安理會授權法庭的合法性.....	244
第一項 特殊主義.....	258
第二項 意圖主義.....	260
第三項 必需下的默示授權.....	263
第四項 司法獨立性.....	265
第五項 國際法庭權力的類型.....	266
第六項 規則制定權.....	267
第七項 特殊主義下的權力分立原則.....	268
第八項 功能必需主義與目的主義.....	269
第三節 法庭的固有權力.....	272
第一項 基本與必需的固有權力.....	272
第二項 決定自己的管轄權的管轄權作為一項基本與必需的固有權力： 以塔迪奇管轄權案為例.....	273
第四節 功能所必需的固有權力.....	276
第一項 命令國家提供證據是功能所必需的固有權力：以布拉斯基奇簽 發傳票案為例.....	277
第二項 功能所必需的固有權力在其他案件的適用.....	288
第七章 結論.....	300
第一節 非安理會成員的參與.....	302
表一 安理會的開會形式.....	302
第二節 具有立法功能的決議之整理與歸類.....	304
圖七 本論文提及之決議數量占所有決議數量之年度分配圖.....	312
第三節 結論.....	312
參考資料.....	319
一、 條約與權威文件.....	319
1. 條約與條約草案.....	319
2. 安理會決議.....	320
3. 國際組織基本文件.....	326
4. 國際實踐（聲明稿、演講稿、新聞稿、信件、報告、會議紀錄、議 程、與決議草案）.....	327
二、 專書.....	333

三、 期刊與合籍的文章.....	335
四、 案例.....	348
1. 聯合國國際法院案例.....	348
2. 前南斯拉夫國際法庭案例.....	350
3. 盧安達國際法院案例.....	352
4. 常設國際法院案例.....	353
5. 常設仲裁法院案例.....	353
6. 歐洲人權法院案例.....	353
7. 歐盟法院案例.....	353
五、 內國法院案例.....	354
1. 我國法院案例.....	354
2. 美國法院案例.....	354
3. 英國法院案例.....	355
4. 加拿大法院案例.....	355



索引

案例

常設國際法院案例

- Lotus Judgment of 7 September 1927, PCIJ Series A, No. 10..... 16
- Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ Series A, No. 2..... 164

聯合國國際法院案例

- Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of
Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion of 22 July 2010 ... 128, 140, 141, 142,
143
- Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal,
Advisory Opinion of 12 July 1973..... 128
- Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the
Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and
Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina),
Judgment of 3 February 2003 157, 165, 170
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia
and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional
Measures, Order of 13 September 1993..... 134, 157, 163
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia
and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional
Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993 73, 132,
134, 136, 137, 147
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia
and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007 157, 164, 167
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia
and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996
..... 157, 163, 164
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia
and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures,

Order of 8 April 1993.....	71, 72, 157, 162, 163
Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008.....	156, 157, 168, 169
Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962	64, 88, 264, 282
Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion of 28 May 1948.....	59, 128, 136
Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Preliminary objection, Judgment of 25 March 1948.....	129
Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954	236, 238, 260, 263
Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971	19, 79, 88, 132, 150, 223
Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004	21, 23, 64, 140
Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Separate Opinion of Judge Kooijmans, Advisory Opinion of 9 July 2004	22, 23
Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996	128
Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment of 15 December 2004.....	157, 161, 166
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984.....	126, 131, 145, 151, 152, 153
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986	1, 148, 153
Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974.....	286
Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Dissenting opinions of Judge ad hoc Sir Robert Jennings, Judgment of 27 February 1998	137, 138
Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998	95, 145, 146
Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992	95, 130, 145
Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the	

Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998	95, 145, 146
Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992	60, 95, 130, 145
Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949	263, 281, 282
Western Sahara, Advisory Opinion of 16 October 1975	128

前南斯拉夫國際法庭案例

Aleksovski (IT-95-14/1), Appeals Chamber, Judgment, 24 Mar 2000	254
Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997	278, 280, 284, 285, 286, 287
Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997.....	277, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285
Furundžija (IT-95-17/1), Appeals Chamber, Judgement, 21 Jul 2000	240
Martić (IT-95-11), Trial Chamber Decisions, Review of the Indictment Pursuant to the Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 Sep 1996.....	252
Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995.....	218, 219, 224, 232, 237, 243, 250, 259, 260, 274
Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Sidhwa on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995	220, 221, 222, 297
Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Judgement, Judgement, 15 Jul 1999	250, 290
Tadić (IT-94-1), The Prosecutor's Response of the Motion of the Defense on the Jurisdiction of the Tribunal, 7 July 1995	249
Tadić (IT-94-1), Trial Chamber Decisions, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Matter of Dusko Tadic (Pursuant to Rules 9 and 10 of the Rules of Procedure and Evidence), 8 Nov 1994.....	195, 199, 204, 233
Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 Aug 1995.	219, 236, 237, 249, 273
Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence motion on the principle of non-bis-in-dem, 14 Nov 1995.....	206, 208, 230
Tadić (IT-94-1), Trial Judgement, Opinion and Judgment, 7 May 1997	250

盧安達國際法庭案例

Akayesu, Jean Paul (ICTR-96-4), Trial Chamber I, Judgement, Sep 2, 1998	251
Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Decision, Nov 3, 1999	290, 292, 293, 294, 298
Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, Nov 3, 1999	293, 294, 299
Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Defence Written Brief of 15 February 1999, (filed on 18 February 1999).....	293
Kanyabashi, Joseph (ICTR-96-15), Trial Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Jun 18, 1997	240
Musema, Alfred (ICTR-96-13), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, Jan 27, 2000	252
Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Amicus curiae submission by the Belgium Government on the Prosecutor's request to withdraw in the Ntuyahaga case, International criminal tribunal for Rwanda, Feb 24, 1999	193
Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Prosecutor's Motion under Rules 51 and 73 to Withdraw the Indictment against the Accused, 23 February 1999	194
Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Trial Chamber Decisions, Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Motion to Withdraw the Indictment, Mar 18, 1999...	193

歐洲人權法院案例

Al-Jedda v. The United Kingdom, App. No. 27021/08, 7 July 2011	17
Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, App. Nos 71412/01 and 78166/01, ECtHR judgment of 5 May 2007	19, 28
Bosphorus Airways v. Ireland, Judgment, App. No. 45036/98, 30 June 2005	34

歐盟法院案例

Case 4/73 Nold v. Commission, 1974 ECR 491	43
Costa v. ENEL, pp. 593-594, 1964 ECR 585	42
Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council & Community, Joined Cases C-402/05 P and 415/05 P, 2008 ECR I-6351.....	44, 104
Kadi v. Council & Community, Case T-315/01, 2005 ECR II-3649.....	42, 43

常設仲裁法庭案例

Judge Huber, 2 Reports of International Arbitral Awards, 831	66
--	----

內國法院案例

加拿大

R. v. Nixon, 2011 SCC 34.....	291
-------------------------------	-----

我國

大法官釋字第 632 號余雪明大法官部分不同意見書	24
大法官釋字第 632 號許宗力、廖義男大法官協同意見書	31

美國

Amalgamated Meat Cutters v. Connally, 337 F. Supp. 737, 747 (D.C. 22 October, 1971)	255
Champion & Dickason v. Casey, 1792.....	31
Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).....	31
Eash v. Riggins Trucking, Inc.(757 F.2d 557 (3d Cir. 1985).....	272
Marbury, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)	24
Medellin v. Texas, 552 U.S. 491 (2008).....	44
Morrison, 529 U.S. 598.....	26
United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).....	283

英國

House of Lords, R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), 12 December 2007	32, 33, 35
--	------------

國際實踐

安理會決議

S/RES/1	74
S/RES/8	93
S/RES/9	157
S/RES/18	310
S/RES/22	128
S/RES/27	306
S/RES/52	310
S/RES/54	306
S/RES/68	310
S/RES/74	310
S/RES/77	310
S/RES/78	310
S/RES/82	86
S/RES/83	86, 306
S/RES/84	74, 86
S/RES/216	93, 135, 141
S/RES/217	135, 141
S/RES/221	306
S/RES/232	102, 306
S/RES/253	102, 306
S/RES/255	310
S/RES/264	93
S/RES/276	135
S/RES/279	306
S/RES/286	310
S/RES/541	141
S/RES/579	310
S/RES/618	310
S/RES/635	310
S/RES/638	310
S/RES/678	74
S/RES/687	74

索引

S/RES/688	94, 135
S/RES/713	71
S/RES/731	95, 97
S/RES/748	97, 146
S/RES/777	158, 169
S/RES/787	141
S/RES/808	171, 174
S/RES/810	94, 135
S/RES/824	94, 135
S/RES/827	67, 196, 211, 215, 225, 258, 261, 262, 263, 271
S/RES/883	146
S/RES/912	95, 135
S/RES/918	95, 135
S/RES/929	94, 135
S/RES/935	95, 135, 184
S/RES/940	94, 135, 307
S/RES/955	95, 177, 180, 211, 225, 248, 258, 261, 262, 263, 271
S/RES/981	94, 135
S/RES/984	310
S/RES/990	74
S/RES/1189	311
S/RES/1244	38, 140
S/RES/1261	310, 311
S/RES/1265	310, 311
S/RES/1267	42, 100, 101, 102, 104, 108, 111, 311
S/RES/1269	310, 311
S/RES/1296	310, 311
S/RES/1308	96, 300, 310
S/RES/1314	310, 311
S/RES/1325	96, 300, 301, 310, 311
S/RES/1326	160, 169
S/RES/1327	96, 310
S/RES/1333	42, 101, 102, 108, 111
S/RES/1353	303
S/RES/1366	96, 310
S/RES/1368	21, 310, 311
S/RES/1373	3, 21, 80, 81, 101, 102, 105, 133, 310, 311
S/RES/1374	311

論安理會決議之法律效力

S/RES/1377	105, 107, 310, 311
S/RES/1379	96, 310
S/RES/1390	42, 101, 102, 108, 110, 115
S/RES/1431	239
S/RES/1438	310, 311
S/RES/1440	310, 311
S/RES/1441	75
S/RES/1450	310, 311
S/RES/1452	42, 310, 311
S/RES/1455	102, 110, 111, 310, 311
S/RES/1456	105, 107, 112, 310
S/RES/1460	96, 310, 311
S/RES/1465	310, 311
S/RES/1502	310
S/RES/1503	239, 256
S/RES/1512	239
S/RES/1516	310, 311
S/RES/1526	102, 105, 110, 111, 116, 310, 311
S/RES/1530	310, 311
S/RES/1534	239, 241, 256
S/RES/1535	81, 104, 105, 107, 310, 311
S/RES/1539	310, 311
S/RES/1540	3, 82, 83, 101, 112, 113, 133, 310
S/RES/1546	17, 33
S/RES/1566	100, 101, 310, 311
S/RES/1611	310, 311
S/RES/1612	310, 311
S/RES/1617	109, 110, 310, 311
S/RES/1618	310, 311
S/RES/1624	105
S/RES/1625	310
S/RES/1631	310
S/RES/1646	310
S/RES/1673	83, 113, 114, 310
S/RES/1674	310, 311
S/RES/1718	102
S/RES/1730	120
S/RES/1735	110, 120, 310, 311

索引

S/RES/1738	310, 311
S/RES/1747	310
S/RES/1787	105, 311
S/RES/1805	311
S/RES/1810	84, 114
S/RES/1820	311
S/RES/1822	102, 110, 116, 118, 311
S/RES/1882	311
S/RES/1894	311
S/RES/1904	311

大會會議記錄

A/41/PV.53	154
------------------	-----

大會決議

A/RES/44/162.....	183
A/RES/47/1.....	158
A/RES/55/12.....	160
A/RES/60/251.....	182
A/RES/63/253.....	223
A/RES/686(VII)(1952).....	304

安理會開會相關文件

2004年8月4日安理會主席聲明，S/PRST/2004/28.....	239
安理會主席聲明，S/PRST/2008/43	16
安理會之會議形式報告，S/2006/507	303
安理會第2529次會議紀錄，S/PV.2529(OR).....	152
安理會第2529次議程，S/Agenda/2529.....	151
安理會第2718次會議紀錄，S/PV.2718.....	154
安理會第2718次議程，S/Agenda/2718.....	153
安理會第3116次會議紀錄，S/PV.3116.....	158
安理會第3175次會議紀錄，S/PV.3175.....	173
安理會第3175次議程，S/Agenda/3175.....	173
安理會第3217次會議紀錄，S/PV.3217.....	176, 202
安理會第3453次會議紀錄，S/PV.3453.....	179, 180, 182, 186, 230, 253

安理會第 4248 次會議紀錄，S/PV.4248.....	172
安理會第 5526 次會議紀錄，S/PV.5526.....	173
安理會第 5526 次議程，S/Agenda/5526.....	173
安理會第 6134 次會議紀錄，S/PV.6134.....	240

新聞稿

Fact Sheet on Listing	110
Press Release, United Nations Security Council, Security Council Considers Terrorists Threats to International Peace, Security—Statement by Chairman of Counter-Terrorism Committee (Oct. 4, 2002)	81, 107
Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Cases removed from the Court's List at the joint request of the Parties, Press Release 2003/29, 10 September 2003	96
Transcript of Press Conference by Secretary-General, Boutros Boutros-Ghali, (15 January 1993). SG/SM/4902/Rev.1	75
U.S. Proposal for Rules of Evidence, reprinted in ABA Section of International Law and practice, Report on the proposed Rules of Procedure and Evidence on the International Tribunal to Adjudicate War Crimes in the Former Yugoslavia, 1995	255

決議草案

大會決議草案，A/41/L.22.....	154
安理會決議草案，S/18428.....	154
安理會決議草案，S/1994/1168	179
安理會決議草案，S/2000/1171	172, 173
安理會決議草案，S/25314	172, 173
尼加拉瓜在 1984 年 4 月 4 日所提的安理會決議草案，S/16463.....	152

經社理事會相關文件

1989 年 5 月 24 日聯合國經濟及社會理事會第 1989/65 號決議.....	183
1990 年 5 月 25 日「經濟暨社會理事會」(Economic and Social Council)第 1990/48 號決議特別報告員 B.W.恩迪阿耶(Ndiaye)先生關於 1993 年 4 月 8 日至 17 日到盧旺達查訪的報告，E/CN.4/1994/7/Add.1	183
1994 年 6 月 28 日「人權委員會特別報告員 R. Degni-Segui 先生根據委員會 1994 年 5 月 25 日第 S-3/1 號決議第 20 段提出的關於盧旺達人權情況的報告」，E/CN.4/1995/7，(聯合國秘書	

索引

長又將該報告轉遞給安理會，因此文號又為 S/1994/1157, Annex I).....	183, 184
1994 年 8 月 12 日「人權特別報告員 Rene Degni-Segui 先生根據 1994 年 5 月 25 日 S-3/1 號決議第 20 段提出的關於盧旺達人權情況的報告」，E/CN.4/1995/12(聯合國秘書長又將該報告轉遞給安理會，S/1994/1157, Annex II).....	183
人權委員會，1994 年 5 月 24 至 25 日第三屆特別會議，臨時議程項目 3，E/CN.4/S-3/3	183
人權委員會 1994 年 5 月 24 至 25 日第三次「特別會議」(special sessions)第 S-3/1 號決議，E/CN.4/S-3/1.....	184
人權委員會第三屆特別會議的報告（1994 年 5 月 24 日、25 日，日內瓦），E/CN.4/S-3/4 ..	184

聯合國信件

1994 年 10 月 1 日秘書長給安全理事會主席的信，S/1994/1125.....	177, 185, 248
1994 年 10 月 31 日烏干達常駐聯合國代表團臨時代辦給安全理事會主席的信，S/1994/1230	190
1994 年 9 月 28 日盧旺達常駐聯合國代表給安全理事會主席的信，S/1994/1115.....	177, 253
Letter dated 27 October 2000 from the President of the Federal Republic of Yugoslavia to the Secretary-General, A/55/528-S/2000/1043, Annex.....	160
尼加拉瓜駐聯合國代表在 1984 年 3 月 29 日寫給安理會的信，S/16449.....	151
尼加拉瓜駐聯合國代表在 1986 年 10 月 17 日寫信給安理會的信，S/18415.....	153
法國代表給聯合國秘書長的信件，S/25266	172
瑞典代表給聯合國秘書長的信件，S/25307	172
美國在 2006 年 9 月 15 日給安理會主席的信，S/2006/742	173
美國就伊拉克 2003 年戰爭給聯合國秘書長的信，S/2003/351 (21 Mar 2003)	75
義大利代表給聯合國秘書長的信件，S/25300	172
聯合國主管法律事務廳副秘書長兼法律顧問給波士尼亞-黑塞哥維那及克羅地亞常駐聯合國代表的信，A/47/485, Annex	159
聯合國秘書長在 1993 年 6 月 4 日致各會員國之信件，SCA/8/93(7)	200
英國就伊拉克 2003 年戰爭給聯合國秘書長的信，S/2003/350 (21 Mar 2003)	75

聯合國報告

1267 委員會監測報告，S/2005/572 (2005)	118
1995 年 2 月 13 日秘書長按照安理會第 955(1994)號決議第 5 段提出的報告，S/1995/134..	188, 210, 239, 244, 248, 253, 258, 271
Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 at 59 (1985)	240
Finalized by Martti Koskenniemi, Report of the Study Group of the International Law Commission,	

Fragmentation of International Law, Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Addendum, Appendix, Draft conclusions of the work of the Study Group, A/CN.4/L.682/Add.1	65
Finalized by Martti Koskenniemi, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law, Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, A/CN.4/L.682, 13 April 2006	27, 148
How the European Union and the United Nations cooperate, United Nations Regional Information Centre, January 2007	19
International Law Commission, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-first session, 2 June-8 August 1969, pp. 80-81, U.N. Doc. A/CN.4/220 (1969)	97
Repertoire of the Practice of the Security Council 16th Supplement 2008-2009 Part II - Provisional rules of procedure	302, 303
Report of the Committee Established pursuant to Security Council Resolution 1540 (2004), S/2008/493	84, 114
Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session (1994), Draft Statute for an International Criminal Court, A/49/10	247
Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008	110, 115, 116, 118, 120, 121
Third Annual Report of ICTY, S/1996/665	254
United Nations Security Council and the Rule of Law, A/63/69-S/2008/270	300
安全理事會的《慣例匯輯》	304, 305, 308
安全理事會第 935(1994)號決議所設獨立專家委員會的初步報告，S/1994/1125, Annex	185
聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704 ..	175, 196, 197, 210, 213, 239, 244, 245, 252, 258, 271

聲明及演講稿

1994 年 9 月 28 日關於盧旺達難民和安全問題的聲明，S/1994/1115, Annex	178
Jefferson 總統就職典禮演說草稿，David N. Mayer, the Constitutional Thought of Thomas Jefferson 270 (1994)	32
Madison's Observation on Jefferson's Draft of a Constitution for Virginia, in 6 The Papers of Thomas Jefferson 308, 315, Julian P. Boyd (ed.), 1952	24
Speech by James Madison to the House of Representatives on the Removal Power of the President (June 17, 1789), in 12 the Papers of Madison, 232, 238	32
以色列常駐聯合國代表於 2003 年 10 月 20 號在聯合國大會的聲明，A/ES-10/PV.21	21
伊朗代表受安理會主席邀請所做發言，S/PV.5848, pp.5-6	16

索引

- 歐洲議會、歐體理事會及執委會於 1977 年 4 月 5 日的聯合聲明，OJ 1977, C103/1 43
- 美國第一任最高法院法官 James Wilson 在其 1791 年的演講稿，The Works of James Wilson 330,
Robert Green McCloskey, (ed.). 29

紐倫堡法庭文件

- London Agreement of 8 Aug 1945, reprinted in 1 Trial of Major War Criminals Before the
International Military Tribunal 8, pp.8-9 (1947) 234
- The Tripartite Conference at Moscow, 19-30 Oct 1943, reprinted in International Conciliation, No
395, pp. 599-605 (1943) 234

其他國際組織報告

- Sir Franklin Berman (UK), Chair, Professor Malcolm Shaw (UK), Co-Rapporteur, and Professor
Karel Wellens (Netherlands), Co-Rapporteur, International Law Association, Berlin Conference
(2004), Accountability of International Organization, Final Report 147
- The Report Prepared by Iain Cameron Commissioned by the Council of Europe, the European
Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council
Counter-Terrorism Sanctions, 6 February 2006 119
- The United Nations and the New Threats, Rethinking Security, Regional Forum, Sponsored by
Aspen Institute Italia, IAI, IsIAO, UNF, UNICRI, 28-9 May, 2004 6, 12

內國立法與規則

歐體法

- Commission Regulation 1190/2008 of 28 November 2008, 2008 O.J. (L 322) 25 104
- Council regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 42, 104

德國法

- Law regulating the cooperation with the International Tribunal for the former Yugoslavia 195, 201

英國法

- Human Rights Act 1998 32

美國法

《聯邦民事訴訟規則》(Federal Rules of Civil Procedure).....	271
1934 年的《規則授權法案》(Rules Enabling Act, 28 U.S.C. §§ 2071-2077)	271, 272
Federal Rules of Civil Procedure, Advisory Committee Note	271
Restatement (Third) Agency, (2006), para.1.01 (Agency Defined)	288
Restatement (Third) Agency, (2006), para.2.02 (Scope of Actual Authority).....	289



第一章 前言

第一節 研究動機

學者 Theodor Meron 以為¹在現代國際法的研究途徑下，對於習慣法的地位是否已經確立的要件所需，對「法之確信」(*opinio juris*)以及國家實踐是否已經廣泛存在的傳統上的評估，已經有採取較為寬鬆的標準的趨勢²，這種較具有彈性與開放的途徑有助於新規範較為快速的被國家接受³。

¹ Theodor Meron, Editorial Comment: Revival of Customary Humanitarian Law, 99 American Journal of International Law 817 (2005).

² 依據學者 Anthea Elizabeth Roberts 的見解，確認習慣法的傳統途徑與現代途徑有不少差異。前者較為強調國家實踐，後者較為強調法之確信；前者使用歸納的方法由國家實踐的實例產生習慣，後者使用演繹的方法從國家對規範的聲明及說法而非從具體國家實踐的實例作為分析的起始點。因此從確認習慣法的現代途徑，習慣法可以從多邊條約的批准、國際場合的宣言，以宣佈既存的習慣、具體化新興的習慣、以及產生全新的習慣的方式快速的產生。參見：Anthea Elizabeth Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, 95 American Journal of International Law 757 (2001). 在 1986 年國際法院的尼加拉瓜案，國際法院即已用確認習慣法的現代途徑來確認禁止武力使用原則是一項國際習慣法的規定，並指出破壞規則非必然產生新的習慣法，所取決的是國家行為是否一般而言遵守規則，以及該規則的法之確信。ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986, para.186. “It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other's internal affairs. The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.”

³ 國際組織的活動與決議對於新規範的較為快速被接受具有推進的作用，事實上有學者討論國際組織作為國際法的造法者的地位。參見：Jose E. Alvarez, International organizations as Law-makers, New York: Oxford University Press, 2005, p.61. “When it comes to describing the norms (or “rules” or “standards”) that emerge directly from the work of IOs—namely international institutional

儘管 2005 年 3 月國際紅十字會發布的一份有關習慣國際人道法的報告⁴所採取的是確認習慣法的傳統途徑，但是該報告係透過對於國家實踐及意見的實證資料觀察，指出哪些國際人道法原則已經享有習慣法的地位，這種做法不僅非常具有企圖心而且可以算是史無前例。事實上該報告大量引用前南斯拉夫國際法庭的判決作為習慣法的確立的證據的做法，儘管由於國際法庭必須遵守「法無明文不為罪」(*nullum crimen nulla poena sine lege*)的規定，所以該報告採用國際法庭的判決作為習慣法的確立的證據的方式，算是保守的做法，但是還是可以看得出，要不是安理會設立國際法庭，這份對於習慣法的確立的報告將會少了很多權威性的判決作為新的習慣法已經確立的證明。

因此有別於傳統的做法，現代國際法對於新的習慣法規範的確立的過程不僅在確認上較為寬鬆，而且透過安理會決議的通過，似乎具有較為快速確立的特質。有別於正式的國際法法源⁵，條約的廣泛批准、

law—leading legal treatises take their cues from the positivist list of sources, as well as realists who have long disparaged the significance of international organizations as factors in how states behave. In the standard account, the power of IOs to make law is limited by how this comes about: IO law-making power is only as extensive as those who delegated their sovereign power want it to be.”

⁴ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC and Cambridge University Press, 2005.

⁵ 《聯合國國際法院規約》第 38 條：「1. 法院對於陳訴各項爭端，應依國際法裁判之，裁判時應適用：(1) 不論普通或特別國際協約，確立訴訟當事國明白承認之規條者。(2) 國際習慣，作為通例之證明而經接受為法律者。(3) 一般法律原則為文明各國所承認者。(4) 在第 59 條規定之下，司法判例及各國權威最高之公法學家學說，作為確定法律原則之輔助資料者。2. 前項規定不妨礙法院經當事國同意本「公允及善良」原則裁判案件之權。」

決議的支持與遵守、以及一些具有軟法性質的規範的形成，如果在法之確信的要件成立下，是有可能被確認為新習慣法規範的建立。

安理會的立法功能之比較完整性的分析之代表性的文獻為美國國際法期刊在 2005 年學者 Talmon 的文章⁶以及英國國際法與比較法季刊在 2008 年學者 Martinez 的文章⁷。依據上述研究，目前學界認為比較具有代表性、並具有立法功能的安理會決議，是第 1373 號決議⁸—決定各國應在國內法中通過相關立法來防制恐怖主義；以及第 1540 號決議⁹—決定各國通過相關立法來防止核擴散至非國家行為者。

本論文之見解為安理會立法功能之決議與《憲章》第二十六條之軍備管制制度有類似的功能，安理會有權利通過決議決定各會員國遵守由安理會所建立的制度。初步看起來，安理會的職權之功能除了《憲章》原始規定的建立軍備管制制度以外、目前在實踐上又建立了反恐制度、以及建立了反核擴散之非國家行為者之制度。除此之外，安理會也建立了許多國際刑事特設法庭、以及在針對許多特定國家情勢通過之立法功能之決議，本部分之立法功能之決議雖然不是建立一個有聯合國

⁶ Stefan Talmon, the Security Council as World Legislature, 99 American Journal of International Law 175 (2005).

⁷ Luis Miguel Hinojosa Martinez, the Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits, 57 International and Comparative Law Quarterly 333 (2008).

⁸ S/RES/1373.

⁹ S/RES/1540.

會員國必須遵守的制度，但是對國際法的發展仍有不可抹滅的影響。對於以類似《憲章》第二十六條建立軍備管制制度之方式所建立所有聯合國會員國必須要遵守的制度，本論文稱之為，安理會的「快速立法功能」，而在特定國家情勢所通過之立法功能之決議則稱為安理會的「一般立法功能」。

上述這些非正式法源中最明顯的就是安理會決議對於新規範確立所起上的作用。安理會決議與習慣法的形成之間的關係，即為一個有趣的研究問題。

如果從聯合國秘書長安南為了因應在 21 世紀聯合國有效運作的挑戰，在 2003 年 9 月在大會演講中指出決定設立一個專家小組¹⁰，該專家小組在 2004 年提出一份有關聯合國改革的報告¹¹來看，可知該報告對於安理會決議的國際法地位有新的解讀，為了進一步釐清該報告的一個解讀，以及回答是否必須要透過新習慣法規範的快速形成機制才能有效因應 21 世紀聯合國的有效運作所遇到的挑戰，而對於這項挑戰與和平之威脅，安理會必須負起《憲章》所規定的責任的所起的作用無法被輕忽。

¹⁰ 全名為：High-Level Panel on Threats, Challenges and Change。

¹¹ A More Secure World: Our Shared Responsibility, Report of the High-level Panel on Threat, Challenges and Change, United Nations, A/59/565.

該報告擴大了對於安全威脅之解釋¹²，指出目前國際社會面臨六個威脅的領域：第一、國家之間的戰爭；第二、一國境內大規模的暴力例如內戰、大規模人權侵害、種族滅絕；第三、貧窮、傳染病、環境破壞；第四、核子、放射、生物、化學武器；第五、恐怖主義；第六、跨國組織犯罪。

針對上述六項安全威脅，專家小組分別提出預防威脅以及因應威脅之建議。在預防部分，例如針對恐怖主義，專家小組主張除了將恐怖主義在國際法規範上允以非法化，並且對於恐怖主義應採取強制行動，並呼籲大會早日通過《全面性恐怖主義公約》以防制恐怖威脅；在因應威脅的部分，專家小組強調為了因應威脅所必需的武力使用係屬必要，專家小組除了強調各國在《憲章》第 51 條¹³下的固有的自衛權，並提出國際社會有保護平民免於規模暴力的義務的國際法規範的逐步發展與規範的確立，並指出當一國當局沒有履行保護該國平民的首

¹² There are six clusters of threats with which the world must be concerned now and in the decades ahead:

1. war between States;
2. violence with States, including civil wars, large-scale human rights abuses and genocide;
3. poverty, infectious disease and environmental degradation;
4. nuclear, radiological, chemical and biological weapons;
5. terrorism; and
6. transnational organized crime.

參見：A More Secure World: Our shared responsibility, Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, Executive Summary, United Nations, 2004, A/59/565, p.2.

¹³ 《聯合國憲章》第 51 條：「聯合國任何會員國受武力攻擊時，在安全理事會採取必要辦法，以維持國際和平及安全以前，本《憲章》不得認為禁止行使單獨或集體自衛之自然權力。會員國因行使此項自衛權而採取之辦法，應立向安全理事會報告，此項辦法於任何方面不得影響該會按照本《憲章》隨時採取其他認為必要行動之權責，以維持或恢復國際和平及安全」。

要與最重要的義務時，就會產生對於國際社會行動的責任，這項行動包括人道救援、外交施壓、以及使用武力之最後手段。

然而為了履行保護平民的義務而使用武力作為最後手段的主張，似乎與禁止使用武力原則不符¹⁴。這裡有二個主要問題：首先，專家小組所指「當一國當局沒有履行保護該國平民的首要與最重要的義務時」的意義為何？其次，是要由誰來認定一國當局沒有履行保護該國平民的首要與最重要的義務呢？

事實上，如果從在專家小組提出報告前，為了提供該專家小組辯論所需資訊，在 2004 年 5 月 28-29 日在義大利所舉行的區域閉門會議，即可以對於這份報告所欲表達的訊息有更深入的瞭解。在義大利所舉行的區域閉門會議公開版的摘要報告中指出¹⁵，911 恐怖攻擊事件以及美國 2003 年的伊拉克戰爭，對於維持集體國際和平與安全的《憲章》架構的運作秩序產生挑戰。對於如何將預防及打擊恐怖主義的國際法規範納入《憲章》體系中¹⁶，以及對於 2003 年的伊拉克戰爭，美國主

¹⁴ 《聯合國憲章》第 2 條第 4 項：「各會員國在其國際關係上不得使用威脅或武力，或以與聯合國宗旨不符之任何其他方式，侵害任何會員國領土完整或政治獨立」。

¹⁵ The United Nations and the New Threats, Rethinking Security, Regional Forum, Sponsored by Aspen Institute Italia, IAI, IsIAO, UNF, UNICRI, 28-9 May, 2004.

¹⁶ 目前是實踐上是透過安理會決議要求各國預防及打擊恐怖主義的方式，將恐怖主義的國際法規範納入《憲章》體系，它所代表的意義即是安理會的決議係作為恐怖主義的國際法規範的國際法法源的一種，並且透過安理會決議，聯合國具有對恐怖主義採取行動的權力，實踐上是透過安理會所成立的反恐委員會要求各會員國提交反恐執行進度報告以及委員會所擬定的一份恐怖主義份子以及資助者的名單，要求各會員國凍結這些人的金融帳戶，用以打擊對於恐怖主義的資助以及恐怖主義本身。相關論述參見第三章。

張以執行安理會決議作為武力使用的合法基礎¹⁷，在沒有獲得安理會的具體授權的情況下，即出兵伊拉克所代表的意義為何？是不是說對於武力使用的國際法規範的有效性出現了危機？還是說安理會已經默示授權美國出兵伊拉克？以及如果美國是以促進民主的作為出兵的合法性理由，在美國出兵係為了履行保護伊拉克平民的義務的框架下，是否因為安理會決議已經事先認定伊拉克當局沒有履行保護其境內平民的義務，而取得美國代表國際社會履行該項義務的合法性？上述問題是在義大利所舉行的區域閉門會議以及後續的專家小組報告所嘗試回答的問題。

可以看得出，上述討論事實上是圍繞著一個核心問題：亦即，安理會決議是否可以作為國際法的非正式法源¹⁸，或者是說安理會是否可以作為全球的立法者¹⁹或是世界的立法機關²⁰？也就是說，安理會是否具有立法功能是一個值得討論的問題。

¹⁷ William H. Taft, IV and Todd F. Buchwald, Preemption, Iraq, and International Law, 97 *American Journal of International Law* 557 (2003); Nicholas Rostow, Determining the Lawfulness of the 2003 Campaign Against Iraq, 2004 *Israeli Yearbook of Human Rights* 16, 34 (2004).

¹⁸ 事實上對於大會決議作為國際法法源，學界已經有不少討論，亦即大會作為國際法的準立法機關之地位獲致確立。參見：R.A. Falk, On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly, 60 *American Journal of International Law* 782 (1966); B. Sloan, General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later), 58 *British Yearbook of International Law* 39 (1987).

¹⁹ Eric Rosand, the Security Council as “Global Legislator”: Ultra Vires or Ultra Innovative?, 28 *Fordham International Law Journal* 542 (2004-2005).

²⁰ Stefan Talmon, the Security Council as World Legislature, 99 *American Journal of International Law*, 175 (2005).

第二節 研究目的

本論文基本上預設安理會具有立法功能。本論文的研究目的是嘗試說明安理會決議的法律效力的法理學思考為何（第二章）？安理會的立法功能的意義為何（第三章）？並且指出目前學界認為做具有代表性²¹的二項安理會決議：安理會決議第1373(2001)號與第1540(2004)號，剛好都與反恐有關，因此以反恐為專題，嘗試探討在恐怖主義的國際法規範上，安理會的立法功能起了什麼作用（第四章）？

論文將進一步探討安理會的立法功能在聯合國體系下的意義為何？事實上由於目前在聯合國體系中具有聯合國國際法院、前南斯拉夫國際法庭、以及盧安達國際法庭三座法院，它們所具有的係屬於司法功能，如果立法功能與司法功能之間在聯合國體系下具有權力分立的一項關係，那麼從法院的見解以及相關實踐就能更清楚的瞭解安理會立法功能的權限以及安理會決議的效力。

由於前南斯拉夫與盧安達國際法庭係由安理會決議所設立，與安理會之間係屬母體機關與輔助機關之間的從屬關係，它與聯合國國際法院

²¹ 在聯合國的脈絡下，討論一項決議是否具有立法的性質時，如果參照學者 Eric Rosand 的看法，取決於它是否具有下列特質：The resolution must be unilateral in form, create or modify some element of a legal norm, and the legal norm in question must be general in nature, that is directed to indeterminate addresses and capable of repeated application over time. 參見：Eric Rosand, The Security Council as “Global Legislator”: Ultra Vires or Ultra Innovative?, 28 Fordham International Law Journal 542 (2004-2005).

及安理會二者係屬聯合國的主要機關之平等關係有別，所以本論文將它們分開討論。本論文先探討聯合國國際法院的相關見解(第五章)，然後再接續討論前南斯拉夫與盧安達國際法庭的相關實踐(第六章)。

最後是本論文的結論(第七章)。將對於安理會的決議作為一個分類，指出哪些決議可能具有立法功能，以及立法功能的不同類型。

本論文是嘗試從安理會的立法功能的角度出發，希望能對國際法以及聯合國組織法有更入的瞭解，並且希望藉著對於安理會立法功能的地位的確立，嘗試解釋為何冷戰結束後的國際法逐步發展上，規範的確立較為快速，本論文以為安理會的立法功能有助於理解這個現象。

第三節 研究方法

本論文在法理學上基本的立場是法律實證主義²²，如果要將原本適用於國內法的實證主義運用在分析國際法，需要經過一些修正²³，實證

²² 例如參見: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, New York: Oxford University Press, 1994. 如果依據學者 Hart 的定義實證主義具有下列五項特質：第一、法律是人類的吩咐；第二、法律與道德非必然有關；第三、法律概念的分析值得研究且與歷史方法研究法律的起源或成因、社會學方法研究法律與社會現象的關係、以及從批判方法研究道德、社會目標、或功能主義與法律的關係等研究途徑不同；第四、法律係屬於封閉的邏輯系統，正確的法律決定可以從預設的法律規則演繹得出；第五、道德判斷無法建立在事實的陳述之上，亦即無法透過理性與證據獲得道德判斷。參見：H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," 71 *Harvard Law Review* 593.

²³ 儘管學者 H.L.A. Hart 對於國際法也有提出一些法理分析，並指出國際法是法律而非國際道德，但是國際法缺乏法體系，它比較接近原始社會的法律，亦即具有一系列的法律，但缺乏完整體系，

主義的國際法學者特別強調實證主義中與法源有關的學說，儘管將實證主義適用在國際法的法理分析的學者對於實證主義定義與內涵可能有不一致的看法，但是一個共同的前提是：法律事實（或法律規則）必須由社會事實所唯一決定²⁴，而非基於其他「先驗」(*a priori*)於社會事實存在的標準。因此實證主義的國際法學者有別於其他國際法學派²⁵，特別強調《聯合國國際法院規約》第 38 條所列的法源係屬產生國家的法律義務的唯一方法²⁶，亦即「應制定之法」(*de lege ferenda*)僅得透過第 38 條所列的法源才能成為「實在法」(*de lege lata*)。但是對於習慣法的要件：國家實踐、法之確信、以及建立習慣後所需經過的

因為國際法不具有立法機關、司法機關、與行政機關。所以實證主義的國際法學者儘管會加將學者 H.L.A. Hart 對於實證主義定義中的「人類」換為「國家」，亦即國際法，一般不會採取學者 H.L.A. Hart 對於國際法不具法體系的概念，因為學者 H.L.A. Hart 對於國際法缺法體系的原因是基于國際法只有他定義下的初級規則（初級規則要求人類特定行為的作為或不作為，亦即初級法律施加責任）而沒有次級規則（次級規則為規則的規則，次級規則規定何時初級規則成立、何時改變、以及如何確認初級規則的存在，初級規則是一項授權的規則），學者 H.L.A. Hart 特別強調確認何者法律的規則是一項次級規則，如果一個社會只有初級規則而無次級規則，則該社會僅具有法律而不具有法體系，由於國際法不存在確認何者為法律的規則所以國際法不具有法體系。對於有人主張「條約必須遵守」(*pacta sunt servanda*)以及國家必須遵守由它們行為的慣例所形成的習慣是一項確認何者為法律的規則，學者 H.L.A. Hart 以為條約必須遵守的原則作為確認何者為法律的規則並不完善，因為有一些國際法的規範並不是來自於條約必須遵守的原則，而對於國家必須遵守由它們行為的慣例所形成的習慣之原則，則僅能確認國際法是法律而不是道德，而非一項確認何者為法律的規則。（相關論述參見：H.L.A. Hart, Chapter 10, *The Concept of Law*, New York: Oxford University Press, 1994.）然而實證主義的國際法學者並不同意這項觀點，因為國際法上的「國際立法」(*international legislation*)是一項「確認何者為法律的規則」(*rule of recognition*)。參見：Mehrhad Payandeh, *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, 21 *European Journal of International Law* 967 (2010). 本論文也持相同的看法，本論文以為，國際立法作為一項確認何者為法律的規則使得國際法的法體系趨於完備，而安理會的立法功能更顯示學者 H.L.A. Hart 的國際法不具法體系的觀點已經無法適用於今天的國際法。

²⁴ 儘管這項社會事實不必一定是國家的意志，也可以是確認何者為法律的規則。

²⁵ 例如參見耶魯法學派的相關論述。Paul Schiff Berman, *a Pluralist Approach to International Law*, 32 *Yale Journal of International Law* 301 (2007).

²⁶ G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

時間等要件則會因為現代世界的改變而願採取較為寬鬆的標準²⁷。本論文也是採取同一個立場。

為了清楚起見，在本論文所指的脈絡下，對於實證主義運用在分析國際法上具有下列三項特點：第一、國際法的法源基本上是基于公共同意說，安理會如果具有立法權，則該項權力係出於聯合國成員之事先授權，而非出於安理會自身的權威²⁸；第二、國際法是國家意志的表現，國際法是絕大多數國家所接受並共同遵守的規範，國際法的逐步發展取決於國家的實踐：如果多數國家長時間多次違反一項規定並主張這麼做的合法性，則該項規定即不是國際法的一部份²⁹；如果在短時間內絕大多數國家接受並遵守一項新的規範，則該項規範即較為快速的形成國際法的一部份；第三、為了國家之需要，國際法可以迅速產生拘束所有國家的規則，安理會為了預防和平之威脅依據《憲章》

²⁷ Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 *American Journal of International Law* 757 (2001).

²⁸ Paul Szasz, *General Law-Making Processes*, in Christopher C. Johner, ed., *The United Nations and International Law* 27, Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1997, p.58. "It is generally accepted that intergovernmental organizations in general and those of the UN system in particular, do not have any inherent legislative authority."

²⁹ Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, London: Cornell University Press (1971), p.97-98. "every breach of a customary law contains the seed for a new legality." 學者 Jacob Katz Cogan 主張「運作需要下的違規」(operational noncompliance)，亦即為了國際法的有效運作，國家感覺有義務採取行動以期符合正在發展中或現行預期下合法的行為或者是為了現行規則的有效執法而採取執法行為。基於上述目的所採取的行動可能會違反現行的國際法，但是它們是基於國際法的造法功能以及執法功能的不足所必需的行動，這項行動儘管違法，但是國家可能會為了國際法的有效運作寧可違反現行規定，這項違規行為即稱為運作需要下的違規，一旦出現普遍運作下的違規即有可能形成新的國際法。參見：Jacob Katz Cogan, *Noncompliance and the International Rule of Law*, 31 *Yale Journal of International Law* 189 (2006). 一個明顯的例子即是「保護平民的責任」原則的發展，亦即一國如果沒有履行保護其本國平民的義務，另一國即有義務保護該國平民的義務，為了履行該項義務，另一個即有義務使用武力以保護該國平民的安全。參見：Carten Stahn, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?* 101 *American Journal of International Law* 99 (2007).

第 41 條³⁰ 及第 48 條³¹ 第 49 條³² 具有創造「快速途徑」³³ 的程序的權力，透過這個程序國際法迅速產生，並且有時候這些規則也得拘束組織甚至個人。

依據上述法理學上的預設，本論文在研究安理會決議是否產生新的國際法規範時，所採用的方法主要是從國際實踐進行歸納與整理，觀察安理會的特定決議是否對於相關的國際法規範起了什麼作用。除此之外，儘管安理會的立法功能之研究應該全面性的包含所有實體法與程序法的重要問題，但是事實上程序法問題的實踐遠遠較為豐富，因為安理會所通過的決議中儘管在反恐的部分通過很多與實體法有關的決議，但是大部分的決議都是和程序問題或執行行動有關，所以只有將反恐獨立寫為一章，其他安理會有涉及的實質議題例如婦女、兒童、AIDS 等則將在結論中一併討論，以補足這部分的不足。

³⁰ 《聯合國憲章》第 41 條：「安全理事會得決定所應採武力以外之辦法，以實施其決議，並得促請聯合國會員國執行此項辦法。此項辦法得包括經濟關係、鐵路、海運、航空、郵、電、無線電、及其他交通工具，之局部或全部停止，以及外交關係之斷絕。」

³¹ 《聯合國憲章》第 48 條：「1. 執行安全理事會為維持國際和平及安全之決議所必要之行動，應由聯合國全體會員國或由若干會員國擔任之，一依安全理事會之決定。2. 此項決議應由聯合國會員國以其直接行動，及經其加入為會員之有關國際機關之行動履行之。」

³² 《聯合國憲章》第 48 條：「聯合國會員國應通力合作，彼此協助，以執行安全理事會所決定之辦法。」

³³ The United Nations and the New Threats, Rethinking Security, Regional Forum, Sponsored by Aspen Institute Italia, IAI, IsIAO, UNF, UNICRI, 28-9 May, 2004, p.13. “The Security Council needs to define limits to legislating rules that all states are required to adopt when it invokes Chapter VII authority to deal with threats to the peace. While the Council’s adoption of mandates for all member states to implement sweeping measures in domestic law to control terrorism (Resolution 1373) and weapons materials proliferation (Resolution 1540) has created a “fast-track” procedure under Articles 41 and 48 for preventive action against a threat to the peace, some participants warned that it also represented a major expansion of power that, if not soon circumscribed, could trigger growing resistance from states.”

由於如果要做國際實踐的完整分析，不僅要探討關所有相關國際性法院的判決、各國國內法院的判決、以及各種外交文件、會議紀錄、以及聯合國的內部運作、組織法及程序問題才能夠給一個完整性的對安理會立法功能的分析，但是上述作法不僅遠超過本論文的能力範圍，並且恐怕難以深入探討，所以本論文的作法是將分析範圍侷限在聯合國之內，主要是使用「聯合國官方文件系統」³⁴進行資料搜尋與整理，亦即從安理會決議³⁵的內容、安理會的議程³⁶安排、安理會臨時議程的會議紀錄³⁷、相關的聯合國成員與秘書長之間的信件³⁸、秘書長的報告³⁹、相關委員會的報告⁴⁰等進行分析與歸類及比較、並分析聯合國國際法院與安理會決議有關的判決、以及前南斯拉夫與盧安達國際法庭的相關實踐進行歸納整理與分析。除此之外並使用 WestLaw 資料庫搜尋有關的美國法院判決。另外在期刊資料部分，主要是參考美國⁴¹與歐洲⁴²的主要國際法期刊，再加上美國國內大學的國際法期刊⁴³

³⁴ United Nations Official Document System (UNODS).

³⁵ 文號為 S/RES/(...).

³⁶ 文號為 S/AGENDA/(...).

³⁷ 文號為 S/PV/(...).

³⁸ 文號為 S/(...).

³⁹ 文號為 S/(...).

⁴⁰ 文號為 S/(...).

⁴¹ 例如：American Journal of International Law.

⁴² 例如：British Yearbook of International Law, European Journal of International Law, International & Comparative Law Quarterly, Leiden Journal of International Law, Netherland Journal of International Law, Max Planck Yearbook of United Nations Law.

⁴³ 例如：Fordham International Law Journal, Harvard International Law Journal, Michigan Journal of International, New York University Journal of International Law & Politics, Texas International Law Journal, Yale Journal of International Law.

及美國一般法學期刊⁴⁴，以及國際刑法的主要期刊⁴⁵的資料作搜尋與文獻探討。

本論文研究資料的選取與採用的基本設定是安理會決議與法院多數意見為最優先適用、不同意見書為次之、其他聯合國官方文件與特定國家官方法律立場再次之、而期刊文獻的法律立場則視為釐清問題意識以及不同觀點的呈現。但是有時候如果法院多數意見未涉及該問題，則以不同意見書為最主要的參考資料，其他情況依此類推。



⁴⁴ 例如：Harvard Law Review, University of Pennsylvania Law Review, Virginia Law Review, Yale Law Review.

⁴⁵ 例如：Criminal Law Forum, International Criminal Law Review, Journal of International Criminal Justice.

第二章 安理會決議法律效力的法哲學思考

第一節 法律現實主義與實證主義下安理會決議的法律效力

在司法裁判的脈絡下¹探討安理會決議的法律效力可以從二個面向切入：形式主義與美式法律現實主義²。本論文偏向法律現實主義：從眾多個案裁決進行歸納，期使當出現類似事實模式時能夠因為之前的歸納而對於該項決議對個案是否產生法律效力(legal force)³進行預測

¹ 從傳統的法哲學觀點，司法裁判充其量只是法律存在的證據被非法律本身。例如 William Blackstone, 1 Commentaries on the Law of England 70 (1799) (first published 1765), 轉引自 Steven D. Smith, Law's Quandary, Cambridge: Harvard University Press (2004), p.46, footnote 5, "the decisions of courts... are the evidence of what is common law." 本文並不採取上述受自然法學影響的傳統法哲學觀點，而是分析法律對「官方將採取的行為」的影響，上述偏向法律現實主義的分析是受 Karl Llewellyn 的影響，參見：Karl Llewellyn, The Bramble Bush: On Our Law and Its Study, New York: Oceana Publication, 1951.

² Brian Leiter, Legal formalism and legal realism: What is the issue?, 16 Legal Theory 111 (2010). 形式主義者主張：第一、法律是理性可確定的：透過一系列正當的法律理由，法官在上訴審得作出「唯一」的司法決定（偏向演繹過程）；第二、裁決具有自主性：法官對其所做司法決定不需要訴諸非法律的規範性理由。而美式法律現實主義者則發展「描述性」的裁決理論，他們主張：第一、法律理由是不確定的：法官無法交代為何選擇特定個案司法結果（亦即具有裁量空間）；第二、上訴審法官在裁決時係處於回應特定情境類型——亦即對於不斷出現的事實模式，大多數法學家（法官、律師、法學教授）具有「可預測」的特定規範性回應（偏向歸納過程），法官採用上述回應做出裁決，而該項決定並不能從書面的規則做出預測。

³ 法律效力這個名詞的存在顯示「法律從業者」在談論法律時是假定法律在其本身在本體論上存在，但是如果假定法律僅為與法律相關行為的集合，亦即如果假設法律本身並不存在，法律從業者依然可以討論一項法律的效力，在這種情況下法律僅為「說話的符號」(figure of speech)，「法律形式的論述」(law-talk)存在，但是法律本身的本體論地位已被丟棄，參見：Steven D. Smith, Law's Quandary, Cambridge: Harvard University Press (2004). 本論文在討論安理會決議的法律效力時即有意迴避法律的本體論問題，事實上安理會決議即是在本體論上如果不是法律，依然可以依據「法律形式的論述」(law-talk)討論它的法律效力。從法律效力與法律本身的關係進行檢視，法律具有法律效力的原因如果是如法哲學家 Austin 所說：「以制裁作為後盾的命令」(Command backed by sanction)，一項具有「持槍手脅迫情況傳令全國」(gunman situation writ large)的效力的規則即為法律，亦即效力係先於法律存在，參見：John Austin, the Province of Jurisprudence Determined 18-25, Wilfrid E. Rumble (ed.), 1995；如果法律是如法哲學家 Hart 對 Austin 的批評：「持槍手脅迫情況傳令全國」不能產生義務與權威，則法律效力的產生的原因是因為對於該項法律，法律規範的對象對於該項法律具有「內在觀點」(internal point of view)，是因為存在內在觀點才使受規範對象接受該項法律的效力，亦即法律先於其效力之存在，參見：H.L.A. Hart, the Concept of law 18-79,

⁴—亦即當事國⁵是否將因法官或辯護律師援引相關安理會決議而對其個案上之義務及權利發生影響⁶。但是本論文也注重形式主義上關於

Second edition, 1994。儘管 Hart 的說法較為多數所接受，但是其理論存在致命缺陷，法哲學家 Steven D. Smith 即指出在現代思想已假定個人自主與權威之前提下，並不存在更高的權威可以對我們施加義務，「我們不會『只因為』法律下的義務或法律的權威而有作為」(We do not act “just because” the obligates us, or because we recognize the law’s authority over us.)因此我們遵守法律並非僅來自於對法律的「內在觀點」。參見：Steven D. Smith, *Hart’s Onion: the Peeling Away of Legal Authority*, 16 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 97, 133 (2006)。這項強調個人自主性與權威的觀點，在國際法上更為明顯：國家之上沒有更高的權威，國家的自主性使其義務不能僅來自於義務內在獨立的存在。

⁴ 美國著名最高法院法官 Holmes 在 1897 年的著名文章即指出：法律只不過是法官會如何做的一套預測。參見：Oliver Wendell Holmes, *the Path of the Law*, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897)。

⁵ 儘管安理會決議的解釋是否適用《維也納條約法公約》之規範有爭議（參見：Michael C. Wood, *the interpretation of security council resolutions*, 2 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 73 (1998)），但是決議法律效力之分析並不受影響，儘管對於得否非議不適用《公約》第 42 條第 1 款「僅經由本公約之適用始得加以非議」之規定，《公約》第 3 條第 1 款指出並不影響「此類協定之法律效力」。安理會 15 個理事國係屬決議的當事國不具爭議（參見：Alexander Orakhelashvili, *the acts of the security council: meaning and standards of review*, 11 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 143, 156 (2007)），亦即決議係屬於國際協議的一種，對理事國具有拘束力，因為他們已表示同意。《公約》第 2 條第 1 款第 7 項：「稱「當事國」者，謂同意承受條約約束及條約對其有效之國家」；《公約》第 24 條第 2 款：「倘無此種規定或協議，條約一俟確定所有談判國同意承受條約之拘束，即行生效。」至於聯合國會員國依據《憲章》第 25 條「同意依憲章之規定接受並履行」決議是否等同於各會員國同意承受決議之拘束，存在不同的看法（本節僅討論法哲學的觀點，關於司法判決相關分析，請參見本論文其他部分）。學者 Karl Doehring 指出德國憲法法庭「聯邦忠誠」(Bundestreue)的概念可以借用，亦即會員國對聯合國忠誠的義務，這項忠誠義務不僅是「善意」(bona fide)履行義務，而是在《憲章》第 50 條「引起之特殊經濟問題者，應有權與安全理事會會商解決此項問題」意義下，會員國與安理會有相互忠誠的義務，而限制了決議代表會員國自動同意的範圍。參見：Karl Doehring, *Unlawful Resolution of the Security Council and Their Legal Consequences*, 1 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 91 (1997)。安理會主席聲明(S/PRST/2008/43)則指出：「依照《聯合國憲章》第二十五條，所有國家都有義務接受並履行安全理事會的決定」確認了第 25 條的「同意」所起的是一項「義務」。在通過制裁伊朗的第 1803 號決議之第 5848 次會議，伊朗代表受安理會主席邀請所做發言(S/PV.5848, pp.5-6.)中指出：「安全理事會決定強迫伊朗中止其和平核計劃，嚴重違反《憲章》第二十五條。儘管根據該條規定，會員國同意依照憲章之規定接受並履行安全理事會的決定，安全理事會不能脅迫國家服從安理會背信棄義作出的決定或否定《憲章》根本宗旨和原則的要求」。

⁶ 探討國際法的法律效力主要參考下列二個原則：第一、自由的原則，依據本原則，國家得依其裁量規範其立法，除非與一項國際法規則發生衝突，否則即屬合法行為；第二、例外須基於特殊允許的原則。參見常任國際法院的見解：PCIJ, *Lotus Judgment of 7 September 1927*, PCIJ Series A, No. 10, pp. 20-21, “According to one of these standpoints, the principle of freedom, in virtue of which each State may regulate its legislation at its discretion, provided that in so doing it does not come in conflict with a restriction imposed by international law... According to the other standpoint... the exceptions... rest on special permissive rules forming part of international law... Adopting, for the purposes of the argument, the standpoint of the latter... its correctness depends upon whether there is a custom having the force of law establishing it... It follows that... one must... prove the existence of a principle of international law restricting the discretion of States... Consequently, whichever of the two systems described above be adopted, the same result will be arrived at in this particular case: the necessity of ascertaining whether or not under international law there is a principle which would have prohibited Turkey... For if it were found, for example... the fact that it had been established that there was no prohibition in respect of collision on the high seas would be tantamount to a special permissive rule.”因此一項決議若未對一項行為進行強制規定，則該項行為即不得因為該項決議免除其在另

決議生效(entry into force)及繼續有效(continuance in force)或效力(Validity)之要件進行分析⁷，但是由於聯合國體系國際法院的判決對於安理會決議從未進行司法審查，因此這部分的論述較為薄弱⁸，這也是因為本文主張採用實證主義⁹的結果：亦即由於實證主義主張效力(Validity)的要件係基於「承認的規則」(rule of recognition)，而承認的規則係基於社會實踐¹⁰，因此需要在司法實踐上具有共識時¹¹才能歸

一規則下的義務，是以分析決議的文字是否具有法律效力，對個案行為的法律後果通常產生影響。例如在歐洲人權法院的 Al-Jedda 案，法院即以安理會決議第 1546(2004)號決議(S/RES/1546)未課與英國「拘留」(internment)之義務，因此英國部隊所採取違反歐洲人權公約不得未經起訴而長期拘留之義務之作法，不得「免除」(exonerate)其責任，這是因為法院以為安理會決議第 1546 號決議「授權」(authorize)拘留之作法，與存在拘留對安全有威脅人員之義務不相當，是以特定個案如果存在相關安理會決議，則相關決議的效力的認定常對個案的法律後果產生很大影響。參見：ECtHR, Al-Jedda v. The United Kingdom, App. No. 27021/08, 7 July 2011, para.102. 學者 Pejic 指出：歐洲人權公約的會員國必須獲得安理會使用「清楚明確的語言」才能避免違反歐洲人權公約下所生的責任。參見：Jelena Pejic, the European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law, 93 International Review of the Red Cross 837 (2011), at p.842.

⁷ 參見本章第三節（安理會決議法律效力的法哲學基礎的附圖）圖一：法律效力與拘束力的關係圖。

⁸ 從「務實主義者」(pragmatist)的觀點，對於「本體論」(ontology)上的質疑不必然導致「虛無主義」(nihilism)，儘管本論文的立場並非「去哲學基礎化」(anti-foundation)，但是有時當哲學理論不敷使用時，本論文並不排斥從務實主義者的觀點出發，本論文第四章探討安理會的反恐規範之途徑，即有意這個意義，儘管對本論文而言務實主義僅具有補充的作用，但是這主要是因為從國家服從安理會決議的程度來證明安理會決議對國際習慣法形成發生的作用，遠比從司法判決討論安理會決議的效力困難的多。這裡必須承認：上述蒐集各國服從程度的實踐進行歸納之作法遠超出作者的能力範圍。事實上務實主義能補充法律現實主義的哲學基礎不足之批評，與本文的哲學立場並未衝突。以務實主義途徑分析國際法的著名文章例如參見：Laura A. Dickinson, Military Lawyers on the Battlefield: an Empirical Account of International Law Compliance, 104 American Journal of International Law 1 (2010).

⁹ 有關實證主義請參見本論文第一章第三節。對於法律現實主義與實證主義之間的關係已經超越本論文的範圍，這裡應指出本論文採用下列看法：實證主義作為法律的基礎；法律現實主義作為法律效力的基礎。依據學者 Leiter 的見解，法律現實主義與實證主義有下列的關係：第一、兩者都同意法律的不確定性，儘管對不確定性的發生的原因看法不同；第二、現實主義者的不確定性似乎已經事先假定實證主義對合法性之要件主張；第三、對法律規則對司法判決的影響程度，兩者有不同的看法，不過兩者對上述看法的不同係來自於實際經驗的解讀，而非概念上的不同，而實證主義學者 Hart 也從未對於為何他認為大部分時候法官會遵守法律規則提出哲學上的理由。因此我們可以說：儘管現實主義將法律略等同的於對司法裁判的預測的主張，似乎有邏輯上的問題，但事實上法律現實主義與實證主義相當接近，只是對於經驗上法官是否會遵守書本上的法規，現實主義者較為採取諷世的態度。參見：Brian Leiter, Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered, 111 Ethics 278 (2001).

¹⁰ 對於社會實踐之共識是「慣例」(convention)，法哲學家有不同意見，這裡不深入討論。參見：Julie Dickson, Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?, 27 Oxford Journal of Legal Studies 373 (2007). 必須指出，本文對於社會實踐與法律之間的關係係採取實證主義的觀點，本文

納出決議效力之要件，目前尚不成熟但可能的要件為絕對法規範——亦即決議若抵觸絕對法則失效(invalidity)。

將上述法律現實主義與實證主義的觀點用來分析安理會決議，可以發現以決議所形成的法體系，對《聯合國憲章》係採取目的論之解釋，亦即儘管對於《憲章》各會員國可能會有不同的解釋，但是對於哪種「解釋方法論」(interpretative methodology)¹²最為適當的判準則有一致的共識¹³，亦即，對安理會的權限與聯合國各機關的權限分配，以及決議的效力之解釋應不使其維護國際和平安全的目的受到損害。

第二節 目的論之解釋與安理會決議的法律效力

並未討論非實證主義者的觀點，例如法哲學家 Ronald Dworkin 的觀點。為了避免疑義，本文將所援引的法哲學家例如：H.L.A. Hart, Joseph Raz, Matthew D. Adler, Scott J. Shapiro 歸類為實證主義者，本文並採取實證主義與法律現實主義相當接近的觀點，而將所援引法哲學家例如：Oliver Wendell Holmes, Karl Lewellyn, Brian Leiter, Steven D. Smith 歸類為法律現實主義者，其中一兩位的歸類方式是否恰當或有討論的空間。本文對社會實踐與法律之間的看法請參見本論文第三節（安理會決議法律效力的法哲學基礎的附圖）圖二：社會實踐與法律的關係圖。

¹¹ 儘管實證主義強調必須要形成共識，但是由於對憲法（這裡可以將憲法換為《聯合國憲章》也同樣適用）的解釋，強烈的觀點不同，正顯示共識有時並不存在，這將導致實證主義的以社會實踐作為法律的基礎的最基本假設受到質疑。學者 Matthew D. Adler 指出事實上如果可以接受一個社會中不同群體形成不同的共識，導致同時存在多套承認的規則的觀點，則可以解決因為解釋上的嚴重分歧所導致對實證主義的批評。參見：Matthew D. Adler, *Popular Constitutionalism and The Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law*, 100 *Northwestern University Law Review* 719 (2006)。對於實證主義的觀點也可以適用在國際法上的辯護請參見：Mehrhad Payandeh, *the concept of international law in the jurisprudence of H.L.A. Hart*, 21 *European Journal of International Law* 967 (2010)。

¹² 參見第三項（安理會決議法律效力的法哲學基礎的附圖）圖三：解釋方法論與法律關係圖。

¹³ 學者 Shapiro 指出：儘管對於「解釋方法論」上的不同將導致 Ronald Dworkin 在 *Law's Empire* 一書中所說法律的社會共識基礎並不存在之質疑，但是只要存在對於「解釋方法論」之要件之共識，亦即法體系的設計者同意法體系的基本目的以及主要參與者的權限以及角色分配，則法律依然建立在社會實踐之上，而不需要訴諸道德上的理由。參見：Scott J. Shapiro, *the "Hart-Dworkin" Debate: a Short Guide for the Perplexed*, in Ronald Dworkin 22, *Authur Ripstein* (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

聯合國創立以來，維持國際和平與安全之宗旨即屬各會員國共同追求的目標¹⁴。隨著會籍普遍化¹⁵，近年來維持國際和平與安全已經被視為一項基本價值¹⁶，愛好和平更是一項國際義務¹⁷，隨著近年來安理會決議通過數量的大幅增加，安理會決議對維持國際和平安全的國際法規範的發展起了很大的作用¹⁸。會員國或國際組織之機關或代理人之與國際和平安全相關之行為不只應消極的遵守安理會依據《憲章》第七章所通過的決議，對於未援引《憲章》第七章的決議，會員國也不得逕自認定其不具有拘束力，而應對其在《憲章》第25條下遵守安理會決議的義務進行謹慎的分析¹⁹，並且更應忠誠並善意²⁰的履行會

¹⁴ 《聯合國憲章》第1條第1項：「聯合國之宗旨為：一、維持國際和平及安全」。

¹⁵ 儘管聯合國會籍的普及化並不是一項國際法原則，因為加入聯合國需要安理會的同意，但是聯合國大會具有認定加入其他國際組織所須符合之「國家」之要件的認定權，而不需要經過安理會的同意。參見：Martin Wählisch, *Beyond a Seat in the United Nations: Palestine's U.N. Membership and International Law*, 53 *Harvard International Law Journal Online* 226 (2012).

¹⁶ 歐洲人權法院指出維持國際和平與安全係屬聯合國的基本使命，因此解釋人權公約時應不使安理會決議受到法院的檢視。Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, App. Nos 71412/01 and 78166/01, ECtHR judgment of 5 May 2007, para.149. "Since operations established by UNSC Resolutions under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court."對於上述人權法院的司法意見，學者以為法院賦予維持國際和平與安全的實質價值的優先性，而非僅是安理會決議所規定之義務。Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values*, 20 *European Journal of International Law* 193, p. 206. 歐盟與聯合國的合作上也指出維持國際和平與安全是共同的基本價值。How the European Union and the United Nations cooperate, United Nations Regional Information Centre, January 2007. http://www.unric.org/html/english/pdf/Leporello_EU-VN_e.pdf "The United Nations (UN) and the European Union (EU) share the same fundamental values and goals, namely the maintenance of international peace and security,"

¹⁷ 《聯合國憲章》第4條第1項：「凡其他愛好和平之國家，接受本憲章所載之義務，經本組織認為確能並願意履行該項義務者，得為聯合國會員國。」

¹⁸ 直至1989年底安理會一共通過646項決議，亦即每年平均通過不到15項決議，但到2009年年底則已經通過了1907項決議。參見第三項(安理會決議法律效力的法哲學基礎的附圖)圖四：安理會決議字號通過數量趨勢圖。

¹⁹ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, para.114, "The language of a resolution of the Security Council should be carefully analysed

員國的政治義務—確保國際和平與安全的有效性不受阻撓。一項與國際和平安全相關的機關或代理人行為，一旦事後進入司法程序，其法律後果的確立，即得反應國際法對國際和平與安全的實在法規範。該項法律後果的確立，一般而言，涉及相關安理會決議之解釋及適用的爭議或疑義的裁判。上述司法裁判趨勢，不僅導因於多數辯護律師的主張：援引相關決議做為個案行為合法性的依據；或主張個案行為可視為安理會行為因此不可歸因於國家或國際組織從而免除國家或國際組織的國際責任；也導因於聯合國體系國際法院對於聯合國國際和平與安全主要負責機關—安理會—對於個案行為所涉情勢通過之決議之尊重；亦即，司法機關應盡可能採取與相關決議一致的司法意見，僅管相關決議倘若不適用則不影響援引一般國際法規範進行對法律後果之裁判。底下從決議的法律後果、規範的衝突、法體系的衝突等概念分析決議的法律效力。

第一項 決議的法律後果

一項決議倘若與其他國際法規範發生競合，其適用性即非自動確立；

before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council.”

²⁰ 《聯合國憲章》第2條第2項：「各會員國應一秉善意，履行其依本憲章所擔負之義務，以保證全體會員國由加入本組織而發生之權益。」

僅管司法機關很少採取非議特定決議的策略，這並非表示決議效力不容挑戰。一項決議一旦對個案的法律後果發生影響，即表示就該決議而言，其效力及拘束力獲得確立²¹。儘管不具效力的決議必然不生法律後果，但是國際法院在為數不少的案件處理特定決議的法律後果時，不一定會探討到決議的效力；但是對於特定決議引起的特定法律後果的當事國主張，法院在作出回應時，儘管可以迴避審查該項決議，亦即，拒絕審查是否因為該項決議抵觸其他規範而無效，但是對當事國所主張因決議引起之法律後果是否存在之判斷，即已間接回答該項決議的法律效果，亦即，藉由對特定法律後果之裁斷，法院業已回答該項決議是否具有效力之問題。底下以國際法院在2004年的以色列圍牆案諮詢意見²²作為說明（其他案件之討論請參見本論文其他章節）。

以色列常駐聯合國代表於2003年10月20號在聯合國大會指出「圍牆係一項同國家行使《憲章》第51條下自衛權利完全相符的措施」²³，並且安理會決議第1368(2001)號²⁴與1373(2001)號²⁵「清楚承認國家因應

²¹ 本論文借用《維也納條約法公約》對法律效力與法律後果的關係，來解釋安理會決議的效力與安理會決議所產生的法律後果的關係。參見第三項(安理會決議法律效力的法哲學基礎的附圖)圖五：安理會決議的效力與法律後果的關係圖。

²² ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004.

²³ 以色列常駐聯合國代表於2003年10月20號在聯合國大會的聲明，A/ES-10/PV.21, p.6, “the fence is a measure wholly consistent with the right of States to self-defence enshrined in Article 51 of the Charter.”

²⁴ S/RES/1368.

²⁵ S/RES/1373.

恐怖攻擊使用武力行使自衛的權利」²⁶。簡單的說，《憲章》第51條有關自衛權利行使的要件為「聯合國任何會員國受武力攻擊時」，並未規定「武力攻擊」需來自於國家，以色列代表係企圖援引安理會決議第1368(2001)號與1373(2001)號作為依據，表示來自恐怖主義的「武力攻擊」行為也符合第51條行使自衛權利的要件。對於上述二決議可能產生的法律後果——亦即，自衛權利的適用範圍的擴大解釋，國際法院Kooijmans法官在2004年的以色列圍牆案諮詢意見的個別意見有精闢的見解，他指出：「第1368(2001)號決議與第1373(2001)號決議在承認個別或集體自衛的固有權利時未提及一國之武力攻擊。安理會以不規定任何限定條件的方式，視國際恐怖主義行為為國際和平與安全之威脅，藉此授權它行使《憲章》第七章下的行動。安理會確實在第1373(2001)號決議未將恐怖主義行動歸咎於特定國家。這是在這些決議中出現的新的要件。這項新的要件未被第51條的條件所排除，因為第51條的條件係行使自衛的固有權利必須基於事先的武力攻擊，而未提及這項武力攻擊必須來自於另一個國家，儘管該項解釋業已為一般所接受超過50年的時間。」²⁷儘管國際法院的多數意見迴避處理擴大

²⁶ Id, “have clearly recognized the right of States to use force in self-defence against terrorist attacks.”

²⁷ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Separate Opinion of Judge Kooijmans, Advisory Opinion of 9 July 2004, para.35. “Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) recognize the inherent right of individual or collective self-defence without making any reference to an armed attack by a State. The Security Council called acts of international terrorism, without any further qualification, a threat to international peace and security which authorizes it to act under Chapter VII of the Charter. And it actually did so in resolution 1373 (2001) without ascribing these acts of terrorism to a particular State. This is the completely new element in these resolutions. This new element is not excluded by the terms of Article 51 since this conditions the

適用至恐怖主義行為的情況之第1368(2001)號與第1373(2001)號決議的效力，但是在判決書139段後半法院駁回以色列援以自衛權的理由是：以色列的威脅係來自於內部而非來自於外部；這與第1368(2001)號與第1373(2001)號決議設想的情況不一樣，所以上述決議並不適用²⁸。Kooijmans法官進一步解釋多數意見在第139段後半的用語，並指出上述決議不適用的原因是因為「第1368(2001)號與第1373(2001)號決議提及『國際』恐怖主義構成『國際』和平與安全之威脅；因此它們對於來自於受一國控制之領土內部之恐怖主義行為而導致受害的情況無直接適用性。」²⁹可以看出在本案國際法院不反對第1368(2001)號與第1373(2001)號決議對《憲章》第51條自衛權擴張適用於國際恐怖主義行為的解釋的法律效力。

第二項 規範的衝突

exercise of the inherent right of self-defence on a previous armed attack without saying that this armed attack must come from another State even if this has been the generally accepted interpretation for more than 50 years.”

²⁸ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, para.139. “The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368(2001) and 1373(2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defense.”

²⁹ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Separate Opinion of Judge Kooijmans, Advisory Opinion of 9 July 2004, para.36. “Resolutions 1368 (2001) and 1373(2001) refer to acts of *international* terrorism as constituting a threat to *international* peace and security; they therefore have no immediate bearing on terrorist acts originating within a territory which is under control of the State which is also the victim of these acts.”

從「協調解釋理論」(theory of Departmentalism)³⁰，各憲法部門均有解釋憲法的權限，最高法院只是解釋者之一，這似乎將發生不同憲法解釋發生衝突時如何處置的問題，這個問題早在美國最高法院1803年Marbury案³¹之前，1790年代聯邦主義者與共和主義者對於「司法至上論」(Judicial Supremacy)與「部門憲法論」(Departmentalism)的爭辯即已獲得注意，司法機關通常是最後決定者，這使得最高法院具有憲法解釋爭議的否決權，這項見解較偏向現代部門憲法論者的見解，但是在美國憲政的早期實踐，以Jefferson及Madison為首的共和主義者以為，如果出現包括司法部門在內之不可避免的憲法解釋爭議，自然是由人民做出最終的決定。Madison在1788年即指出：「由於法院通嘗試最後作決定者，藉由拒絕或不拒絕執行一項法案，賦予該法案最終的定性。這使得司法部門事實上優於立法部門，這項結果非立憲者之意圖也非適切。」³²

儘管拿美國Marbury案通過之前的司法與立法的憲法權限之辯論與安

³⁰ 大法官釋字第632號余雪明大法官部分不同意見書，大法官余雪明指出：「以過程為基礎之民主理論(democracy/process-based theory)，其強調者為過程(process)、程序(procedure)以及民主之程序性質如多數決，此派學者強調過程而非實體(substance)，對違憲審查較持負面態度，認應盡量少使用而尊重政治部門或民意，學者如採基本多數主義者(radical majoritarianism)，權力為基礎之多數主義者(right-based majoritarianism)，如Waldron認司法審查傷害民主辯論之品質而贊同國會至上主義，採人民憲政主義(popular constitutionalism)，協調解釋理論(theory of Departmentalism)之Larry Kramer接受違憲審查，但反對司法至上(judicial supremacy)」。

³¹ United States, Marbury, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

³² Madison's Observation on Jefferson's Draft of a Constitution for Virginia, in 6 The Papers of Thomas Jefferson 308, 315, Julian P. Boyd (ed.), 1952. "As the Courts are generally the last in making their decisions, it results to them by refusing or not refusing to execute a law, to stamp it with its final character. This makes the Judicial Department paramount in fact to the Legislature, which was never intended and can never be proper."

理會的權限進行比較從國際習慣法來看並不適切，但是由於本節旨在探討法理學的觀點，借用美國憲政的爭辯探討安理會決議的法律效力的法理學基礎應有一定的價值。本節指出安理會是否超越權限採用由安理會自行認定之觀點不必然在法理學上站不住腳³³，倘一項決議未超越權限，該項決議的法律效力即屬確立，按安理會具有解釋《憲章》有關安理會權限之條款的權力，是以安理會所通過之決議在其本身即具有法律效力，除非該決議另經非議確立無效。上述有關權限之條款之解釋權力並非安理會所獨有，在美國憲政的實踐上，各部門均有解釋憲法之權力，事實上立法機關當然(*ipso facto*)會認定其所通過之法案未超越權限，亦即，立法機關在通過法案時即同時在行使解釋憲法有關立法權限條款的權力，倘該項解釋與司法機關對憲法之解釋發生

³³ 事實上立法機關自行解釋賦予其權限的條款，並依其解釋履行其職務並「執行」(enforce)該條款下之規定並非安理會所特有，安理會為了履行其維持國際和平安全的職務，自行解釋其在《憲章》第2條第7項「第七章內執行辦法」下的權限，並執行《憲章》第七章「對於和平之威脅和平之破壞及侵略行為之應付辦法」之規定。正與美國憲政實踐上，Rehnquist法院以前，美國國會自行解釋《美國憲法》第14條修正案第5項所賦予國會「藉由適當的立法，有權執行本條之規定」(power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article)的權限，與法院共享執行第14條修正案第1項有關人權保障的權利，二者有相似之處。美國憲法權威學者 Robert C. Post 與 Reva B. Siegel 即指出：「十九世紀的最高法院權力太弱，而無法主張相對於國會在解釋憲法上的專屬權，因此法院使用聯邦主義之原則來限制國會在第5項下的權力，二十世紀中葉的 Warren 法院採取與國會合作的態度，在允許各部門自行執行第14條修正案但對其他部門無拘束力的程度下順從國會行使第5項下的權力，Warren 法院將第5項視為整合法律性憲政主義與政治性憲政主義的結構性機制。但是今天的最高法院不再容許以政治的形式執行第14條修正案，法院以完全不在乎的態度主張其作為『憲法文本的最終解釋者』的特權。」(In the nineteenth century the Supreme Court was far too weak ever to claim such a monopoly of interpretive authority over Congress, and it therefore used principles of federalism to circumscribe Section 5 power. In the mid-twentieth century the Warren Court worked collaboratively with Congress, deferring to exercise of Section 5 power in such a way as to allow each branch of the federal government to enforce the Fourteenth Amendment without binding the other. The Warren Court understood Section 5 as a structural device that would integrate legal and political constitutionalism. But the contemporary Court is no longer willing to tolerate political enforcement of the Fourteenth Amendment, and it has unabashedly asserted a prerogative act as “the ultimate expositor of the constitutional text.”) Robert C. Post, Reva B. Siegel, Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act, 112 Yale Law Journal 1943, 2058 (2003).

衝突，按司法審查權之確立，法院當然有權對法案之法律效力做出裁決。但美國早期憲政實踐在Marbury案之前未存在最高法院係屬憲法「最終解釋者」³⁴之見解，這個情況與現今國際法實踐上未確立國際法院為《憲章》之最終解釋者之情況類似，一項個案爭議法案是否裁定應執行在美國憲政早期的實踐通常是放在「規範的衝突」(conflict of norms)³⁵的脈絡底下進行檢視。

學者Shapiro指出：依據法哲學家Hart的意見，當社會上對一項規範的義務產生疑義或爭議時，我們可以訴諸承認的規則藉以判斷社會應遵守哪項規則，但是如果對作出判斷的官員的決定的正當性出現質疑，亦即，如果社會對於誰具有回答一項規則是否符合承認的規則的判斷出現疑義或爭議，則出現「第二階的不確定性」(Second-Order Uncertainty)³⁶。第二階的不確定性正是處理規範的衝突時最難處理的問題，因為社會上如果已經存在一項規範與另一項規範出現衝突時誰優先適用的規則，則表示兩項規範並未出現真的衝突，因為社會上已

³⁴ United States, Morrison, 529 U.S. 598 at 616 n.7.

³⁵ Marko Milanović, Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights, 20 Duke Journal of Comparative & International Law 69 (2009).

³⁶ 有關「第二階的不確定性」請參見：Scott J. Shapiro, What Is the Rule of Recognition (and Does It Exist), in The Rule of Recognition and U.S. Constitution, Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma (eds.) 236, Oxford: Oxford University Press, 2009.對於進一步的「第二階的不確定性」的問題的闡述，法哲學家Shapiro發展了「計畫理論」(plan theory)，亦即將法律視為社會達成共同目標的計畫，在其理論中最具有代表性的「第二階的不確定性」為「形上的解釋」(meta-interpretative)的爭議，亦即，判斷「原文主義」(Originalism)、「演進式憲政主義」(Living Constitutionalism)、「文本主義」(Textualism)等解釋憲法的理論那項理論最適切的理論。Shapiro 強調這項「形上的解釋」的理論不需要訴諸道德哲學的解釋，而可以從社會所追求的共同目標中尋得。參見：Scott J. Shapiro, Legality 304-05, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

經對規範與規範間的秩序作出階層性的安排，則上述二項規範事實上同屬於一項法體系之內；但是社會上如果不存在哪項規範優先適用的規則，則作出該項判斷的官員必然會遭受到其判斷的正當性的質疑，亦即：誰的判斷值得信賴³⁷？如果處於一個沒有官員值得信賴的社會，則兩項規範必然無法調和，將出現法秩序破碎化³⁸。通常法官處理到這類案件時，其所作出哪項規範優先適用的判決，如果在事後為社會所接受，亦即如果社會信賴該項決定，則其判決所形成的先例就會形成新的優先適用規則，使其判決具有顯著性，如果其判決並未獲得社會所接受，則其先例的地位有時就會被忽略。在國際法上，非個案當事國對國際性法院的判決的信賴程度又遠低於國內法院的判決，這使得國際法上的破碎性更為明顯。儘管接受國際法的破碎化可以使法院避免回答規範的衝突的問題。例如，歐洲人權法院如果僅解釋個案是否違反《歐洲人權公約》而拒絕回答是否有可能因為其他《國際公約》而排除違反《歐洲人權公約》的責任，則可以拒絕處理規範的衝突之問題。但是歐洲人權法院在「巴哈拉米與沙拉馬提」（Behrami and

³⁷ Scott J. Shapiro, *Legality*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p.357. “The meta-interpretation need not know why citizens should obey the law, the relation of justice to fairness, or the proper demands of community...on this account, interpretive methodology is pegged not to the truth of any abstract philosophical or social-scientific theory, but rather to the law’s presuppositions concerning the trustworthiness of legal actors.”另參見：Ian P. Farrell, *On the Value of Jurisprudence*, 90 *Texas Law Review* 187.

³⁸ Finalized by Martti Koskeniemi, Report of the Study Group of the International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

Saramati)案³⁹處理到安理會決議的義務與《歐洲人權公約》的義務何者優先適用的問題時，並未採取上述作法，因為歐洲人權法院的法官深信歐洲人權法規範是一般國際法的一部份⁴⁰，而不是像國際貿易法等特別規範，可能還有討論一般國際法原則在貿易法的適用的空間，而不願採取破碎化的作法，這使得規範的衝突幾乎無法避免，依據學者Melanie的見解，儘管歐洲人權法院不願看到《憲章》第103條不適用於安理會決議下的義務，應優先適用人權公約的情況，卻也不願看到因為其捍衛保障人權的至高性而使得人權公約的締約國無法執行維護國際和平安全之義務，因此法院採取折衷的作法：儘管安理會對締約國部隊的行動僅具最終的權威與控制（亦即未符合《國際組織的責任條款草案》的有效控制的可歸因之要件）⁴¹，但是法院認為這項標準已足於將部隊的行動歸因於安理會，因而對於安理會的責任，法

³⁹ Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, App. Nos 71412/01 and 78166/01, ECtHR judgment of 5 May 2007.

⁴⁰ Id, para. 122. “It also recalls that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. It must also take into account relevant rules of international law when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently, determining State responsibility in conformity and harmony with the governing principles of international law of which it forms part, although it must remain mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty.”

⁴¹ 2011年版《國際組織的責任條款草案》第7條（交由國際組織支配的一國機關或另一國際組織的機關或代理人的行為）：「交由國際組織支配的一國機關或另一國際組織的機關或代理人的行為依國際法應視為前一國際組織的行為，如該組織對該行為行使有效控制。」Article 7(Conduct of organs of a State or organs or agents of an international organization placed at the disposal of another international organization) provides, “The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.” A/66/10, p.85.另參見：本章第三項（安理會決議法律效力的法哲學基礎的附圖）圖六：安理會的授權或委託與國際責任的關係圖。學者意見請參見：Marko Milanović and Tatjana Papić, As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights’ Behrami and Saramati Decision and General International Law, 58 International and Comparative Law Quarterly 267 (2009).

院裁定不具有屬人管轄權，因而避免了幾乎不可避免的規範的衝突。

以規範的衝突的觀點分析安理會決議的法律效力也富具意義，因為國際性法院的判決至今尚未有如Marbury案確立對決議的司法審查權之先例，僅有零星司法意見指出對決議具有附帶性的司法審查權，例如1995年的ICTY的塔迪奇案⁴²；或違反絕對法之決議不發生法律後果，例如1993年的ICJ的波士尼亞種族滅絕案的Lauterpacht不同意見⁴³；或違反人權規範之執行安理會決議之會員國法律在二元論下內國法體系內經非議確立無效，例如2008年的ECJ的卡迪案⁴⁴。這些零星實踐正與Marbury案之前的美國憲政實踐承認司法審查權但因為程序問題而僅在各州最高法院的判決與學者意見表示司法審查權之存在之情況類似。美國第一任最高法院法官James Wilson在其1791年的演講即指出：「美國最高權力機關通過一項規則，下屬權力機關通過另一項抵觸之規則：前者是國家法律，後者必然之後果係屬無效，並且不得運作。透過上述作法，法院依據美國憲法之權利及義務作出決定。」

⁴⁵ 這種不同規範的抵觸時應依法律決定適切的優先適用規則以便解決

⁴² 參見本論文第六章第三節第二項。

⁴³ 參見本論文第五章第二節。

⁴⁴ 參見本章第二節第三項第二目。

⁴⁵ 美國第一任最高法院法官 James Wilson 在其 1791 年的演講稿, The Works of James Wilson 330, Robert Green McCloskey, (ed.), 1967.轉引自: Larry D. Kramer, The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review 100, footnote 45, 2004. "The supreme power of the United States has given one rule: a subordinate power in the United States has given a contradictory rule: the former is the law of the land: as a necessary consequence the latter is void, and has no operation. In this manner it is the right and it is the duty of a court of justice, under the constitution of the United States, to decide."

衝突係屬法院的義務的見解以為，儘管法院得透過各項解釋的規則盡量避免規範的衝突，對於明顯違反者，法院應作出牴觸之法律是否應執行之決定，儘管這並不表示法院對牴觸之行為之法律責任之裁斷必須行使管轄，但是下屬權力通過之規則之法律效力並非不受限制。儘管從分析法理學來看，規範相互牴觸時，位階較高的規範優先適用將導致較低位階的規範不具法律效力是邏輯上所必需，但是法院在解釋憲法時不必然具有指明特定法案違憲是以該法案不生效力的司法審查權，因此在司法審查權未獲確立前，僅能從作成合憲與否之評價的解釋內涵進行開展，不過通常透過先例地位的運作，法院至少將擁有合憲性判斷的抽象解釋權限⁴⁶。對法院判決的地位從諮詢性質逐漸轉變為司法審查，我國大法官釋字第632號許宗力、廖義男大法官協同意見書有精闢見解：「由於憲法疑義係在各級機關行使職權、適用憲法之具體過程中產生，且為個案爭議抽象化之結果。當本院對聲請解釋所涉及之憲法條文作成一般性、原則性之闡釋時，其實已無可避免地就相關具體行為之合憲與否作出評價，僅在行文慣例上，為謹守抽象解釋之精神，本院不必然會直接指明該具體行為有無牴觸憲法。鑑此，倘以聲請意旨涉及對具體行為違憲之指摘（在本件中，乃指摘立法院程序委員會運作違憲），即認其尚非應予受理之憲法疑義，恐

⁴⁶ 吳信華，論大法官釋憲程序中之「疑義」與「爭議」—兼對「憲法疑義」與「機關爭議」的訴訟類型為釐清與辯正，8 中研院法學期刊 1, 48 (2011).

非的論，亦不符本院解釋憲法之前例。」⁴⁷1792年美國聯邦巡迴上訴法院在Champion & Dickason v. Casey案⁴⁸裁定羅德島州溯及既往的延長債務履行時間的法律之因違反州憲法的契約條款而無效後，不僅未招致批評，羅德島州議會更通過決議：順應法院判決，決定未來未履行債務者不得免除其責任，這使得法院的司法審查的地位獲得支持。本案顯示當法院初次作出合憲與否之評價後有賴其他憲法部門之支持才能確立其司法審查之地位。

上述規範的衝突的解決使法院可以避免在形式主義上宣示其司法審查權的同時，有權採取對個案申請人之非議進行受非議法案之判命。在國際法上，安理會決議之執行與人權規範發生競合時，法院即得採取規範的衝突的解決的策略，即得避免在形式上審查安理會決議的同時⁴⁹，產生對受非議之決議的法律效力之確立效果。英國「貴族院」

⁴⁷ 大法官釋字第 632 號許宗力、廖義男大法官協同意見書。

⁴⁸ United States, Champion & Dickason v. Casey, 1792.該案無官方判決文件，而是在學者的文章中有敘述。參見：Charles Warren, Earliest Cases of Judicial Review by Federal Court, 32 Yale Law Journal 15, 26-28, 1992.轉引自：Larry D. Kramer, the People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review 97, footnote 26, 2004.

⁴⁹ 儘管有論者謂安理會決議之不受司法審查，以及安理會自行界定其權限之方式，將導致其所通過的決議的法律效力在受到質疑，因為至少該項決議在其本身可能已經超越權限而自始無效。但是本文再次強調從美國在 1803 年 Marbury 以前未確立司法審查具有最終效力的實踐即指出，未必需要法院作為權限劃分的最終決定者才能確保法治原則以及確立法案的法律效力。事實上除非採取司法至上論的立場，例如：著名法哲學家 Joseph Raz 的立場，亦即，承認的規則必然源自於司法實踐，「法律係由法院承認並行使的規則所構成」(the law consists of the rule recognized and acted on by courts of justice)，參見：Joseph Raz, the Concept of A Legal System: an Introduction to the Theory of Legal System 190 (2d ed. 1980)；或者是採取學者 Alexander 與 Schauer 的觀點，亦即，儘管承認的規則可以是源自於社會實踐而非司法實踐，但是社會實踐上業已承認司法至上論，亦即，美國最高法院在 United States, Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958)所宣稱：法院判決不僅對案件的當事方也對所有非司法之官員具有法律之拘束力的看法業已為社會所接受，因此僅有法院可以決定法案的效力。參見：Larry Alexander & Frederick Schauer, Of Extrajudicial Constitutional

(House of Lords)在「歐傑達」(Al-Jedda)案⁵⁰的判決即為著名個案。

儘管歐傑達案涉及多項重要議題，貴族院法官Bingham指出「核心待解決的問題是，就本案事實而言，英國已受制於一項拘留上訴人的義務（在《憲章》第103條的意義下），並且，在該等情況下，在哪種程度下以及是否該項義務排除或限制《歐洲人權公約》第5條第1項之權利」⁵¹，由於依據1998年《人權法案》⁵²英國必須賦予《歐洲人權公

Interpretation, 110 Harvard Law Review 1359 (1997). 學者 Matthew D. Adler 稱前者為深層司法至上論後者為淺層司法至上論，參見：Matthew D. Adler, Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law, 100 Northwestern University Law Review 719 (2006). 然而不論是淺層或深層司法至上論都不是美國立憲時期的看法，美國國會在該時期所通過的法案之法律效力之確立與今天卻同樣穩固。Madison 即指出：「但是我祈求瞭解，在哪項原則下，可以爭論一個部門從憲法取得大於另一個部門的權力，以致於具有界定各部門權限的權力。憲法是人民對於政府的憲章，憲章界定絕對授予的特定巨大權力，並劃定行使該項權力的部門。如果一個部門的憲法界限受到質疑，我看不任一獨立部門相較於其他部門更有宣佈它們對於該點的感受的權利。」(But, I beg to know, upon what principle it can be contended that one department draws from the constitution greater powers than another, in marking out the limits of the powers of several departments. The constitution is the charter of the people to the government; it specified certain great power as absolutely granted, and marks out the departments to exercise them. If the constitutional boundary of either be brought into questions, I do not see that any one of these independent departments has more right than another to declare their sentiments on that point.) 參見：Speech by James Madison to the House of Representatives on the Removal Power of the President (June 17, 1789), in 12 the Papers of Madison, 232, 238. 轉引自：Larry D. Kramer, The people Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review 106, footnote 85, 2004. Jefferson 在其總統就職典禮的演說的草稿，為了因應將來特赦「叛亂法案」(Sedition Act)的罪犯的計畫的爭議性，而降低姿態使用懷柔語調因而刪去字句寫到：「我們...不止一次看到不同部門的意見發生衝突，卻未造成憲政困難。」(We have...in more than one instance, seen the opinions of different departments in opposition to each other, & no ill ensue.) 參見：Jefferson 總統就職典禮演說草稿，David N. Mayer, The Constitutional Thought of Thomas Jefferson 270 (1994). 轉引自：Larry D. Kramer, The people Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review 107, footnote 92, 2004. 事實上部門的權限衝突未必需要短時間內解決（更遑論短時間內透過司法機制解決），社會上對各部門之憲法解釋的競爭具有很高的容忍性，人民有能力也有權力作出效力的最終判斷（人民憲政主義的觀點）；在國際法上，聯合國各會員國才是安理會決議的效力最終決定者，安理會與國際法院即使對《憲章》權限條款出現不同意見也未必是壞事。

⁵⁰ United Kingdom, House of Lords, R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), 12 December 2007.

⁵¹ United Kingdom, House of Lords, R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), 12 December 2007, para.26. "The central questions to be resolved are whether, on the facts of this case, the UK became subject to an obligation (within the meaning of article 103) to detain the appellant and, if so, whether and to what extent such obligation displaced or qualified the appellant's rights under article 5(1)."

⁵² United Kingdom Law, Human Rights Act 1998.

約》在國內法上的效力⁵³，「因此一方面依據得行使之安理會明確授權下的權力或義務進行拘留，另一方面英國業已擔允保障在其管轄下的每個人（包含上訴人）的基本人權，這二者間出現衝突。這項衝突該如何解決？依我的意見僅有一個方法可以解決衝突：藉由裁決為了安全的緊要理由有必要時，英國得合法行使安理會決議第1546號⁵⁴及後續決議所授權行使之拘留的權力，但是必須受拘留者在第5條下的權利所受之侵犯不超過該項拘留固有之程度。在這個意義下我解決衝突。」⁵⁵。

⁵³ 《歐洲人權公約》的《保護人權與基本自由公約》(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第五條「自由與安全之權利」(Right to liberty and security)第一項：「人人享有自由和人身安全的權利。任何人不得被剝奪其自由，但在下列情況並依照法律規定的程序者除外：」(Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:)。貴族院法官 Bingham 指出無須討論第五條第一項的例外條款，因為該等情況對歐傑達都不適用，除非另有「排除條件」(exonerating condition)，否則上訴人的權利明顯被侵害。United Kingdom, House of Lords, R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), 12 December 2007, para.27.

⁵⁴ S/RES/1546.

⁵⁵ United Kingdom, House of Lords, R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), Opinion of Lord Bingham of Cornhill, 12 December 2007, para.39. "Thus there is a clash between on the one hand a power or duty to detain exercisable on the express authority of the Security Council and, on the other, a fundamental human right which the UK has undertaken to secure to those (like the appellant) within its jurisdiction. How are these to be reconciled? There is in my opinion only one way in which they can be reconciled: by ruling that the UK may lawfully, where it is necessary for imperative reasons of security, exercise the power to detain authorized by UNSCR 1546 and successive resolutions, but must ensure that the detainee's rights under article 5 are not infringed to any greater extent than is inherent in such detention. I would resolve the second issue in this sense."對於遵守一項規範的義務造成另一項規範的權利無法行使時是否發生規範的衝突，學界有不同的看法。從規範的衝突之狹義解釋：權利得放棄但義務不得不遵守，所以屬義務的規範應優先適用，因此不存在規範的衝突；但是如果採取廣義的解釋，係屬義務的規範不必然優先適用，因為限制一國行使其權利同課與一國義務限制國家行為，因此，一項規範的權利與另一項規範的義務不能同時行使時即存在廣義的規範的衝突。英國貴族院在 Al-Jedda 案即採取廣義的見解，駁回了上訴人 Al-Jedda 對不存在規範的衝突的主張(para.31)。採取狹義解釋者，參見：C. Wilfred Jenks, Conflict of Law-Making Treaties, 30 British Yearbook of International Law 401 (1953)。歐傑達案後來上訴至歐洲人權法院，英國政府的代表即主張《憲章》第 103 條應適用於安理會決議授權的情況，亦即，第 103 條的規則應適用於廣義的規範的衝突，儘管歐洲人權法院為直接回答上述主張，它指出核心問題是「是否第 1546 號決議課以英國拘留上訴人的義務」(whether Resolution 1546 placed the United Kingdom under an obligation to hold the applicant in internment)，可以看出歐洲人權法院對規範的衝突係採取狹義的解釋；而英國貴族院在 Al-Jedda

儘管透過是否「提供相當的保護」的學理⁵⁶，法院有機會避免處理規範的衝突的解決，亦即，如果聯合國法體系已經提供相當的人權保護，則儘管保障的程度有別，只要該保護之假定未被反證，為了國際合作有效性之目的，視其為未違反《歐洲人權公約》下的義務。

本文惋惜貴族院法官未處理提供相當的保護的學理⁵⁷；並且注意到《聯合國憲章》前言⁵⁸、第55條⁵⁹、與第56條⁶⁰對人權的保障；並體認到排除《歐洲人權公約》第5條第1項之適用，將導致作為人權保障者之原則之聯合國權威之攻擊之批評具有合理性；並且回顧歐洲人權法院在1999年已指出「當國家為了追求或強化在特定領域的合作而建立國際組織，並且賦予該等組織特定權限以及豁免權，這可能即牽涉到基本

案則對規範的衝突則偏向廣義的解釋，對於廣義的解釋之學者意見另參見：Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* 175-76 (2003); Erich Vranes, *the Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory*, 17 *European Journal of International Law* 395 (2006).

⁵⁶ ECtHR, *Bosphorus Airways v. Ireland*, Judgment, App. No. 45036/98, 30 June 2005, para.155. “In the Court’s view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organization is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides. By “equivalent” the Court means “comparable”; any requirement that the organization’s protection be “identical” could run counter to the interest of international cooperation pursued. However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection.”

⁵⁷ Marko Milanović, *Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights*, 20 *Duke Journal of Comparative & International Law* 69, 125 (2009).

⁵⁸ 《聯合國憲章》前言：「我聯合國人民同茲決心欲免後世再遭今代人類兩度身歷慘不堪言之戰禍，重申基本人權、人格尊嚴與價值，以及男女與大小各國平等權利之信念」。

⁵⁹ 《聯合國憲章》第55條：「為造成國際間以尊重人民平等權利及自決原則為根據之和平友好關係所必要之安定及福利條件起見，聯合國應促進：1. 較高之生活程度，全民就業，及經濟與社會進展。2. 國際間經濟、社會、衛生、及有關問題之解決；國際間文化及教育合作。3. 全體人類之人權及基本自由之普遍尊重與遵守，不分種族、性別、語言、或宗教。」

⁶⁰ 《聯合國憲章》第56條：「各會員國擔允採取共同及個別行動與本組織合作，以達成第五十五條所載之宗旨。」

權利的保護。如果締約國透過在特定領域賦予權限的作法而免除其在《歐洲人權公約》下的責任將與《歐洲人權公約》原則及宗旨不符」；並且同意法官Bingham之看法：不論安全上緊要的理由有多強，給予受拘留者多大的保護，任何拘留權的行使都將造成受拘留者第5條第1項下的權利之破壞⁶¹；是以決定支持法官Bingham對上訴人有資格批評安理會決議就《憲章》保障人權的目的而言有脫離常軌之處之看法⁶²。

第三項 不同法體系的衝突

上一項論及規範的衝突之解決可能會遇到信任的問題，亦即，在未存在規範的階層性的情況下，法院所做的規範的衝突的解決要不然就是獲得信任並成為先例（亦即以法官造法的方式創立優先適用規則），就是未獲得信任而使其先例地位遭受質疑或遺忘。但是法院遇到規範的衝突時不見得一定要解決衝突，由於法院的權威係來自於法院創立本身的法體系的國際條約，例如歐洲人權法院的權威係來自於《歐洲人權公約》，而歐盟法院的權威係來自於《歐體條約》，因此有別於聯合國體系的國際法院（目前有ICJ、ICTY、ICTR三個法院），歐洲法

⁶¹ United Kingdom, House of Lords, R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), 12 December 2007, para.37.

⁶² Id.

院在處理歐洲人權規範與安理會決議所規定的義務的規範的衝突時可以採取從不同法體系之間的關係的角度進行分析。

依據學者Shelton的見解⁶³，「法體系通常基於特定產生規範的法源建立規範的階層性。在國內法體系，通常社會的基本價值被賦予憲法的地位並在與其他由立法所確立及行政規則所通過之規範發生衝突時應居先；行政規則本身必須符合立法之委任統治，而成文法較非成文法應居先適用，以及法律規範優於政治或道德等非法律規範。具有相同地位的規範在可能的程度內應被解決與平衡。因此在實踐上法律理由的模式自然具有階層性，用以確立規範與權威之間的關係與秩序」。不同法體系之間之權威的競爭，例如《聯合國憲章》的權威與《歐體條約》或《歐洲人權公約》之權威的競爭，使得學者Shelton所說的法體系內部規範的階層性無法自然的存在。對於權威的競爭，目前學界有二種見解：第一種是多元主義，亦即，權威的競爭不必然也不須調和，法院依據其所處的法體系所賦予的權威，對於內部的規則是否符合其法體系內之憲法性規範，具有司法審查權，並且有權廢除牴觸其

⁶³ Dinah Shelton, Normative Hierarchy in International Law, 100 American Journal of International Law 291, 291 (2006). "Systems of law usually establish a hierarchy of norms based on the particular source from which the norms derive. In national legal systems, it is commonplace for the fundamental values of society to be given constitutional status and afforded precedence in the event of a conflict with norms enacted by legislation or adopted by administrative regulation; administrative rules themselves must conform to legislative mandates, while written law usually takes precedence over unwritten law and legal norms prevail over nonlegal (political or moral) rules. Norms of equal status must be balanced and reconciled to the extent possible. The mode of legal reasoning applied in practice is thus naturally hierarchical, establishing relationships and order between normative statements and levels of authority."

內不憲法性規範的規則，而對於受非議之規則與另一項法體系的規範之關係則可以略過不論，因為一項法體系的法源與另一項法體系的法源之間的衝突的解決，例如《聯合國憲章》與《歐體條約》或《歐洲人權公約》之間的衝突的解決，事實上是同時為兩項條約的締約國的「政治義務」⁶⁴，亦即，由於同時與兩項條約進行締約，基於義務的「特殊性」，該國具有解決規範的衝突的政治義務：一個主體不應同時服從對二個具正當性之政治權威，因此儘管國家可以透過條約同時對二者讓渡主權，基於特殊性國家有解決權威的衝突的政治義務。法院如果獲得締約國的信任自然可以參與權威的衝突之解決，但是法院依據特定條約並沒有解決權威的衝突的義務，法院事實上有二個途徑可以選擇：第一、憲政主義者途徑⁶⁵，採取《聯合國憲章》與《歐體條約》或《歐洲人權公約》之間權威的衝突的應獲得解決並且對國際條約之間的階層性作出裁判；第二、多元主義者途徑⁶⁶，主張保留法體系間的競爭、抵制、及創新，鼓勵忍耐與相互調和，也挑戰國際社會間存有相同的承認的規則。儘管聯合國體系的法院依據《聯合國憲

⁶⁴ “political obligation is closely linked with the obligation to obey some legitimate political authority”
A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligation* 4, 1979.

⁶⁵ 硬性憲政主義者途徑倡議某種國際法體系的單一性，與一套公同意下的治理全球的基本規則與原則。軟性憲政主義者途徑假定國際社會之存在，體認到以共同的規範與原則處理體系與體系間的衝突的需求，他們不堅持一套清楚的階層性規則，而是透過協商與共享之原則處理衝突。參見：Gráinne de Búrca, *the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, 51 *Harvard International Journal* 1, 4 (2010), footnote 11.

⁶⁶ 多元主義者途徑強調獨特且多樣的規範體系的多元存在，以及不同權威主張間的衝突與優先性之競爭的可能性。硬性的多元主義者途徑否定共享、普世價體系存在的可能性，並且質疑國際社會概念的意義，他們倡議不可知論的、特設的、務實的、及政治過程上的法體系間的互動以替代法體系間的調和。參見：Gráinne de Búrca, *the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, 51 *Harvard International Journal* 1, 4 (2010), footnote 10.

章》第103條後半「其在本憲章下之義務應居優先」應採取《聯合國憲章》的權威高於《歐體條約》或《歐洲人權公約》的權威的立場，因此聯合國體系的法院必然採取憲政主義者的途徑，歐洲法院則無承認《聯合國憲章》第103條在歐洲法體系的效力的義務，因此歐洲法院可以採取多元主義者的途徑。底下從歐洲法院的巴哈拉米與沙拉馬提案及卡迪案判決說明不同途徑的具體適用。

第一目 巴哈拉米與沙拉馬提案

「巴哈拉米與沙拉馬提是否可受理問題申請案」⁶⁷係針對由安理會決議第1244(1999)號⁶⁸所設立的安全存在⁶⁹，亦即，KFOR，控訴它的部隊貢獻國違反《歐洲人權公約》的規定所提出的聯合申請案⁷⁰。在巴哈拉米案，申請人主張KFOR部隊未清除未爆彈導致家庭成員傷亡⁷¹；在沙拉馬提案，申請人主張他遭受司法外的拘留⁷²；二者皆主張KFOR部隊的參與國破壞《歐洲人權公約》下確保人權的義務。儘管本案的各造及包括聯合國在內的第三方向法院所提供書面法律主張的主要

⁶⁷ ECtHR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, App. No. 71412/01 and 78166/01, 2007.

⁶⁸ S/RES/1244.

⁶⁹ 安全存在的簡稱為KFOR，其中北約的部隊大量參與之。參見安理會決議第1244號(S/RES/1244)第7段：「授權會員國和有關國際組織根據附件2第4點在科索沃建立國際安全存在並提供一切必要手段以根據下文第9段履行職責」。

⁷⁰ ECtHR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, App. Nos. 71412/01 and 78166/01, 2007, para.3.

⁷¹ *Id.*, para.61.

⁷² *Id.*, para.62.

爭點是有關《歐洲人權公約》第一條「締約國應保障他們管轄下的每個人獲得本公約第一節中所規定的權利與自由」⁷³在科索沃地區之域外管轄的適用性⁷⁴。因為國家如果對申請人無管轄權，則依據本條之規定，申請人自然無法適用《歐洲人權公約》規範的保障。由於《歐洲人權公約》係「歐洲公共秩序的憲法性文件」⁷⁵，是以儘管《公約》並未限制締約國讓渡部分主權給國際組織，締約國對其在《公約》第一條下的作為或不作為，不論是否係出於履行其國際義務所必須，仍需要負責。第一條並未區別國際義務的規則或類型也未與允許締約國「管轄」的任何部分排除在《公約》檢視之外⁷⁶。

因此歐洲人權法院早已確立其憲法性人權保障，不因為其他國際組織下的義務而受到排除；但是因為《聯合國憲章》第七章下安理會決議的行動，對維持國際和平安全之聯合國任務具基本重要性；且因為這些任務有賴於會員國的支持以達成有效性，法院在本案又同時指出：

《公約》不應被解釋為使締約國在安理會決議包含下，任務之前或任務之中的作為或不作為，受到法院的檢視；該項檢視將干預聯合國在這個領域的重要任務的完成，並如同本案特定當事國所主張的，將干

⁷³ ECHR, Article 1, provides: “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of the Convention.”

⁷⁴ ECtHR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, App. No. 71412/01 and 78166/01, 2007, para.67.

⁷⁵ *Id.*, para.145.

⁷⁶ ECtHR, *Bosphorus Airways v. Ireland*, Judgment, App. No. 45036/98, 30June 2005, pra.152-53.

預其作戰指導的有效性⁷⁷。

法院為了同時捍衛人權規範在歐洲法體系的憲法性地位，又必須不干預安理會所授權的作戰指導的有效性，自然不能採取《憲章》第103條排除人權保障之規範的解釋⁷⁸，而必須從國家責任的角度著手，學者Milanović與Papić指出⁷⁹：儘管締約國對申請人如果無國家管轄權則法院自然也因《公約》之不適用而無法院管轄權，即可規避處理規範衝突之問題，但是由於不管法院如何定義國家的管轄權，都將構成國家是否有遵守《公約》的標準，而需進行審查，但是依據《國家對國際不法行為的責任的條款》第二條（一國國際不法行為的要素）「一國國際不法行為在下列情況下發生：（1）由作為或不作為構成的行為依國際法規於該國；並且（2）該行為構成對該國國際義務的違背」⁸⁰之規定，法院可以先避免處理國家管轄權之域外適用而導致締約國《國家對國際不法行為的責任》第二條第二項下之「義務的違背」之問題，而先處理KFOR的部隊的行為是否可以歸因於締約國的問題，因為供KFOR使用之部隊之國際不法行為，如果不可歸因於締約國，

⁷⁷ ECtHR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, App. No. 71412/01 and 78166/01, 2007, para.149.

⁷⁸ 對於《憲章》第103條得擴大解釋至適用於安理會授權之行動的情況，獲得不少權威學者的支持。這裡指出最同情擴大解釋看法的權威學者應是 Robert Kolb。參見：Robert Kolb, *Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorization Adopted by Security Council*, 64 *ZaöRV* 21 (2004).

⁷⁹ Marko Milanović and Tatjana Papić, *As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law*, 58 *International and Comparative Law Quarterly* 267, 272-273 (2009).

⁸⁰ 《國家對國際不法行為的責任》，最終版，A/RES/56/83, Annex, 28 January 2002.

則締約國及無法對申請人進行管轄，自然法院對本案也無管轄權。

本案在法院裁定拘留與未清除未爆彈可歸因於聯合國後⁸¹，法院也因此裁定對本案無屬人管轄權⁸²，而裁定為不可受理，從而避免處理規範的衝突。從本案可以看出：聯合國體系與歐洲人權體系的規範起衝突時，如果歐洲法院可以證明不符合不法行為的要件之一，亦即，不可歸因於《歐洲人權公約》的締約國，則締約國未產生《歐洲人權公約》下的責任，法院也無管轄權，即可避免處理規範的衝突。在這種情況下，安理會決議的效力在歐洲人權法體系仍未獲確立。

第二目 卡迪案

歐盟法院的卡迪案，分為歐體第一審法院（CFI）與歐盟法院（ECJ）二個判決，歐盟法院幾乎完全推翻第一審法院的見解，儘管歐盟法院作為上訴審及終審法院在歐盟境內具有最終效力，但是本文卻採取二個判決並呈的方式，其理由為：需要經過未來的實踐才能確立哪項觀點較為各國所接受，也較能解釋憲政主義者途徑（第一審法院之判決）

⁸¹ ECtHR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, App. No. 71412/01 and 78166/01, 2007, para.141 & 143. 本文未進一步討論法院判斷是否可歸因的要件以及相關批評，基本上法院在本案使用的要件較為寬鬆，並未使用「有效控制」之較嚴格之標準。相關學術批評已很多，這裡僅舉出具有代表性的一篇。參見：Tom Dannenbaum, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, 51 *Harvard International Law Journal* 113 (2010).

⁸² ECtHR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, App. No. 71412/01 and 78166/01, 2007, para.144-152.

與多元主義者途徑（歐盟法院之判決）的區別。

在歐體第一審法院(Court of First Instance of the EC)的卡迪案⁸³，在歐盟境內擁有大量資產的沙烏地阿拉伯籍卡迪提出廢止歐體第881/2002號規則⁸⁴的申請案，只要該規則之附件列其為資助恐怖主義的嫌疑犯導致其資產遭到凍結⁸⁵。該規則係為了執行安理會決議第1267(1999)號⁸⁶、第1333(2000)號⁸⁷、及第1390(2002)號⁸⁸，依據《歐體條約》第60條、第301條、第308條所授予的權限所通過⁸⁹。依據「直接適用」原則，該項規則在歐盟法體系中對會員國國內法具有直接效力及優先地位⁹⁰。

該項規則的附件所列的名單係由安理會的「制裁委員會」所提供，儘管依據安理會決議第1452(2002)號⁹¹會員國有權提出除名通知，但受

⁸³ CFI, Kadi v. Council & Community, Case T-315/01, 2005 ECR II-3649.

⁸⁴ Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002.

⁸⁵ CFI, Kadi v. Council & Community, Case T-315/01, 2005 ECR II-3649, para.40.

⁸⁶ S/RES/1267.

⁸⁷ S/RES/1333.

⁸⁸ S/RES/1390.

⁸⁹ CFI, Kadi v. Council & Community, Case T-315/01, 2005 ECR II-3649, para. 25-31.

⁹⁰ 歐盟法律優先於國內法適用之原則，早在1964年Costa v. ENEL案即已獲得歐盟法院確立。

“The transfer by the States from their domestic legal systems to the Community legal system of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a permanent limitation of their sovereign right, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the Community cannot prevail.” ECJ, Costa v. ENEL, pp. 593-594, 1964 ECR 585.對於歐體規則的直接適用性，學者洪德欽指出：「直接適用性概念不僅適用於共同體條約，也適用於歐盟其他派生法律。不過，派生法律之直接適用，在會員國曾經引起一些爭議，因為這項原則實際上等於給予歐盟機構在各會員國內之立法權力，產生『超國家立法權力』之效果。直接效力之法理是，如果個人權利因會員國侵犯歐盟法律受損卻得不到救濟，將使歐盟法律效力之完整性受到影響，這並不符合《歐體條約》第249條賦予規則與某些指令具有拘束力之規定。尤其歐盟法律已對會員國明確規範某些責任或特定行為時，個人如果被禁止在本國法院起訴，請求保護；或國家法院不將歐盟法律納入考慮，將削弱歐盟法律之實際效果。」洪德欽，歐盟憲法之法理分析，39 歐美研究 255, 285 (2007).

⁹¹ S/RES/1452.

到「制裁委員會」同意之限制。申請人卡迪援引廣為確立的判例法⁹²指出：《歐洲人權公約》所保障的基本權利為歐體法體系的核心⁹³，而未經審查就凍結其資產已破壞公平審判、財產權、以及有效司法審查的使用的基本權利⁹⁴。歐體理事會與執委會則主張歐體同歐盟會員國受國際法拘束，必須給予安理會決議在其域內的法律效力⁹⁵。

法院指出歐體不僅不得侵害《聯合國憲章》課與聯合國會員國之義務，事實上歐體在行使其權力時同樣受到限制，「正因創立歐體的《歐體條約》之拘束，歐體必須通過所有協助其會員國履行那些義務所需的措施」⁹⁶，儘管拘束力對歐體而言，係來自於《歐體條約》而非來自於《聯合國憲章》，在確立安理會對歐體具有拘束力後，歐體第一審法院指出它不具有審查具有拘束力之安理會決議與歐體人權規範是否相容的管轄權⁹⁷，儘管法院得在「極為特殊的情況下」(highly exceptionally)審查決議與絕對法是否相符⁹⁸，其理由是「國際法因此允許一項推論，對於安理會決議具有拘束力之原則，存在一項限制：亦即，這些決議必須遵守絕對法的基本強制規律。如果這些決議忽略

⁹² ECJ, Case 4/73 Nold v. Commission, 1974 ECR 491, para.13. 歐洲議會、歐體理事會及執委會於1977年4月5日的聯合聲明(OJ 1977, C103/1)承認了本案有關《歐洲人權公約》之人權保障係歐體法體系的核心之判例法。

⁹³ CFI, Kadi v. Council & Community, Case T-315/01, 2005 ECR II-3649, para.138.

⁹⁴ Id, para.139.

⁹⁵ Id, para.153.

⁹⁶ Id, para.204. “by the very treaty by which it has established, to adopt all the measures necessary to enable its Member States to fulfill these obligations.”

⁹⁷ Id, para.218-25.

⁹⁸ Id, para.231.

這麼做，不管可能性有多低，這些決議就不得拘束聯合國會員國，也因此不得拘束歐體」⁹⁹。

在第一審法院駁回廢止規則的申請案後，卡迪上訴至歐盟法院，有別於第一審法院，歐盟法院未採取第一審法院之歐體法體系係屬聯合國底下國際法體系的一部分的見解，而係從二元論的途徑¹⁰⁰審查同另一案合併的「卡迪與歐巴拉克聯合上訴案」¹⁰¹。在與本文主題有關的部分，歐體法院主要處理上訴人對於第一審法院對下列立場的反駁¹⁰²：反對由於受非議的規則係為了給予安理會決議效力，是以規則無裁量餘地，所以該規則在歐體內部的合法性不受司法審查進行之見解。對於該項反駁，歐體法院首先指出歐體係建立在法治原則之上，是以無法避免審查歐體行為是否符合具有憲法性質的《歐體條約》¹⁰³，並回顧國際協定不能影響歐體內部之權限分配或自主性之原則¹⁰⁴，但是依據《歐體條約》第220條所賦予法院的專屬管轄權，不是由歐體法院

⁹⁹ Id, para.230. “International law thus permits the inference that there exists one limit to the principle that resolutions of the Security Council have binding effect: namely, that they must observe the fundamental peremptory provisions of jus cogens. If they fail to do so, however improbable that may be, they would bind neither the Member States of the United Nations nor, in consequence, the Community.”

¹⁰⁰ 二元論途徑最有名的近期案件應是 2008 年美國最高法院的 Medellin 案，在該案法院指出國際法院(ICJ)的判決在美國國內法體系不得執行，除非國會另有規定。參見：United States, Medellin v. Texas, 552 U.S. 491 (2008).

¹⁰¹ ECJ, Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council & Community, Joined Cases C-402/05 P and 415/05 P, 2008 ECR I-6351.

¹⁰² Id, para.280.

¹⁰³ Id, para.281.

¹⁰⁴ Id, para.282.

對安理會決議進行審查，即使僅審查與絕對法是否相符的部分¹⁰⁵，不過歐體司法機關對有意給予決議效力之歐體措施進行裁判不牽涉到決議在國際法中的優先性¹⁰⁶。本文的解讀是：歐體法院以為，對歐體措施的審查與對決議的審查無關。

在確立歐體法體系的自主性後，歐盟法院討論一個假設性情況，歐盟法院指出：《歐體條約》第300條第7項承認協定在歐體的拘束力¹⁰⁷，假設上述條款對聯合國憲章適用，則後者優於歐體派生法律¹⁰⁸，但是不得優於基本權利的一般原則¹⁰⁹，上述解釋獲得《歐體條約》第300條第6項的支持，該項條款規定：法院若對一項國際協定與《歐體條約》的相容性持反面意見，則該項協定不生效力¹¹⁰。本文的解讀是：儘管這是法院所提出的一個假設性問題，但是法院可能隱含的是：如果《聯合國憲章》與一般國際協定無異，則即使安理會決議在歐體具有直接效力，其位階仍將低於具憲法性質的基本權利規範。不過法院未採取上述規範的衝突的途徑，（畢竟如果這麼作，法院需要解釋為何《憲章》第103條未賦予《憲章》有別於其他國際協定的特殊地位），而是採用二元論的途徑，歐盟法院指出：「法院依據基本權利規範審

¹⁰⁵ Id, para.287.

¹⁰⁶ Id, para.288.

¹⁰⁷ Id, para.306.

¹⁰⁸ Id, para.307.

¹⁰⁹ Id, para.308.

¹¹⁰ Id, para.309.

查任何歐體措施，應被視為：建立在法治原則上的歐體，依據《歐體條約》之自主性之法體系給予憲法性保障之表示，而不受制於國際協定下的偏見。法院的管轄權問題係發生在歐體內部及自主性的秩序的脈絡下，受非議的規則係座落在該脈絡中，是以法院具有依據基本全的規範具有審查歐體措施的管轄權。」¹¹¹

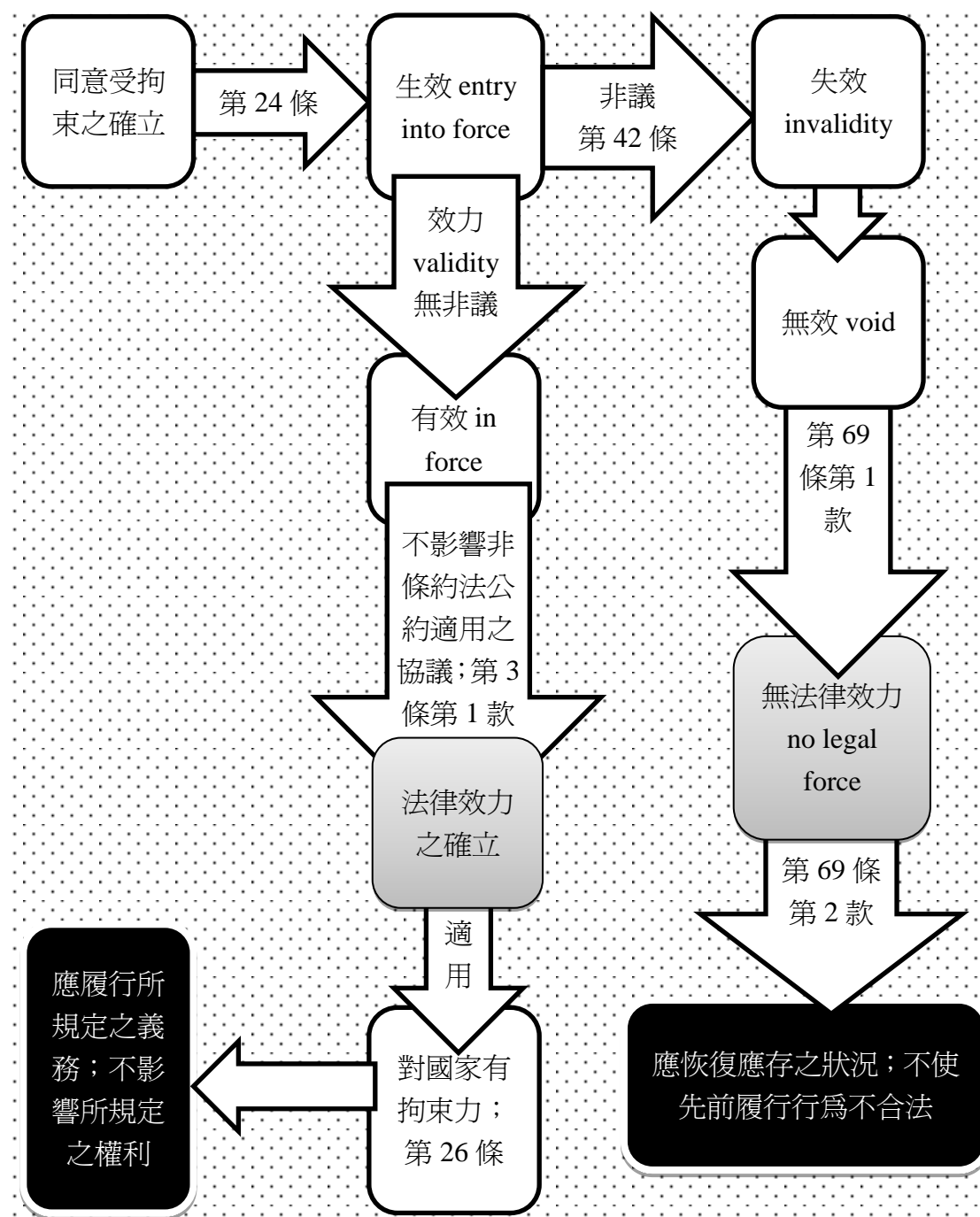
在第二度強調法院審查歐體措施係基於法體系的自主性，而不因此表示該項審查係對安理會決議進行審查後，法院作出決定：法院對有意給予安理會決議效力的受非議的規則具有司法審查權，原則上歐體基本權利規範下的合法性的完全審查權。

可以看出從不同法體系的衝突的途徑進行分析即可避免對規範的階層性進行判斷，但是強調法體系的自主性卻會造成國際法的破碎化。

¹¹¹ Id, para.309. "...the review by the Court of the validity of any Community measure in the light of fundamental rights must be considered to be the expression, in a community based on the rule of law, of a constitutional guarantee stemming from the EC treaty as an autonomous legal system which is not to be prejudiced by an international agreement. The question of the Court's jurisdiction arises in the context of the internal and autonomous legal order of the Community, within whose ambit the contested regulation falls and in which the Court has jurisdiction to review the validity of Community measures in the light of fundamental rights."

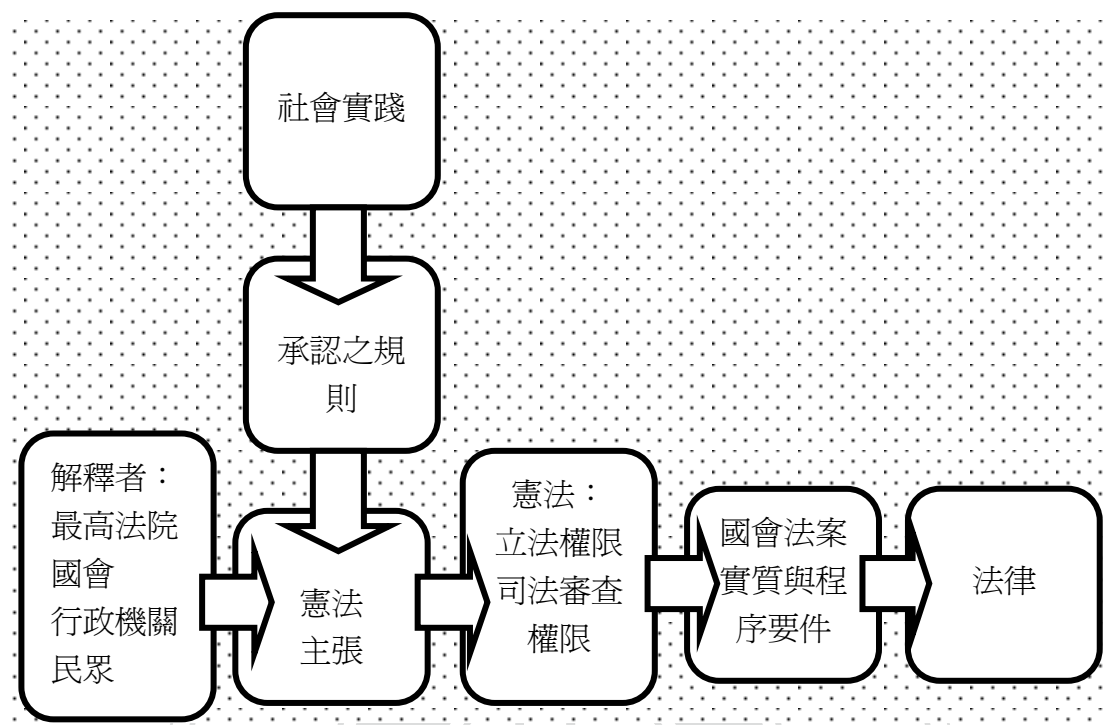
第三節 安理會決議法律效力的法哲學基礎的附圖

圖一 法律效力與拘束力的關係圖



圖表 1；本圖所援引的條文為《維也納條約法公約》；資料來源：作者自行繪製

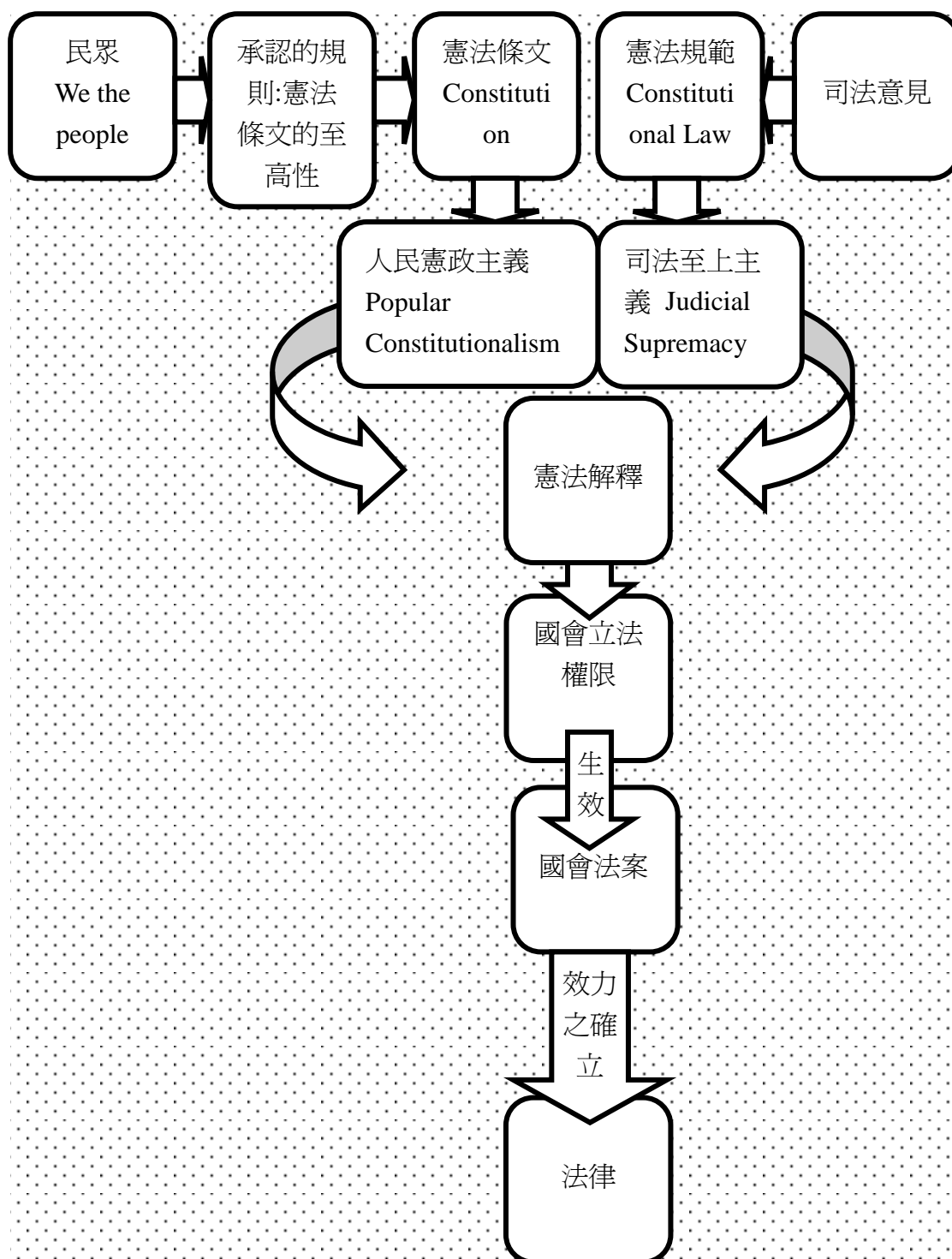
圖二 社會實踐與法律的關係圖



圖表 2；資料來源：作者自行繪製

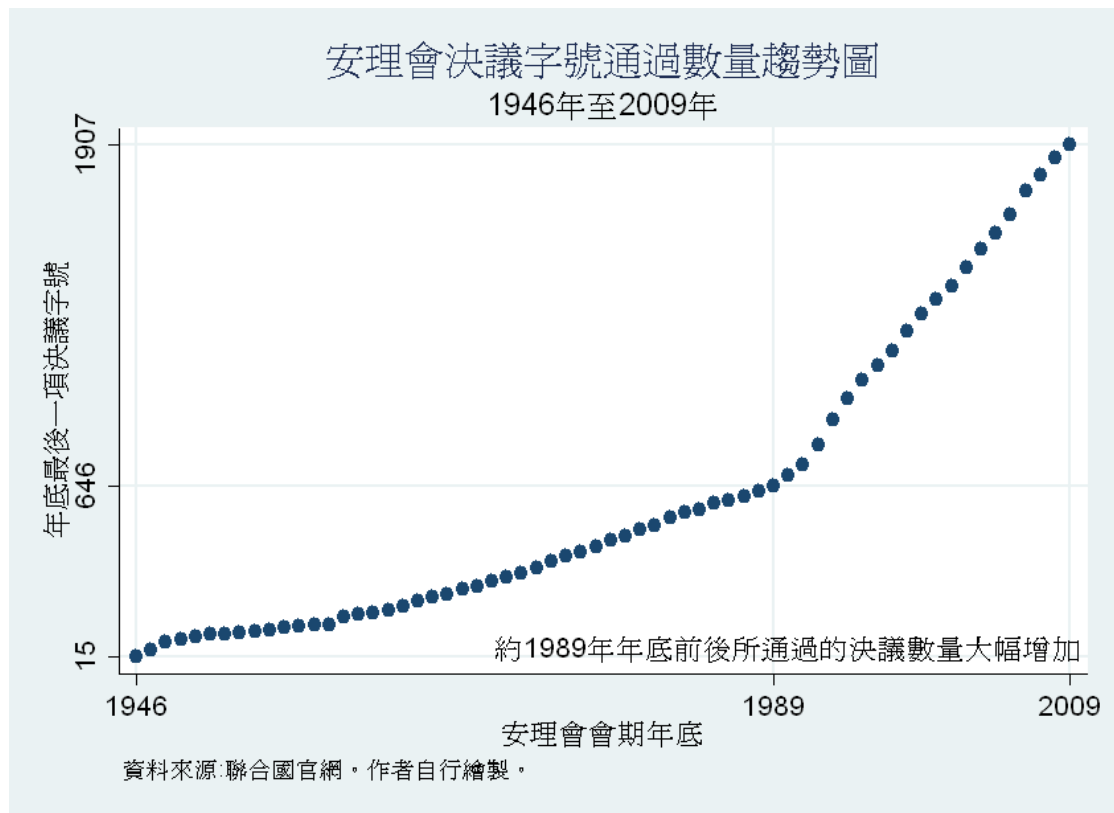


圖三 解釋方法論與法律關係圖

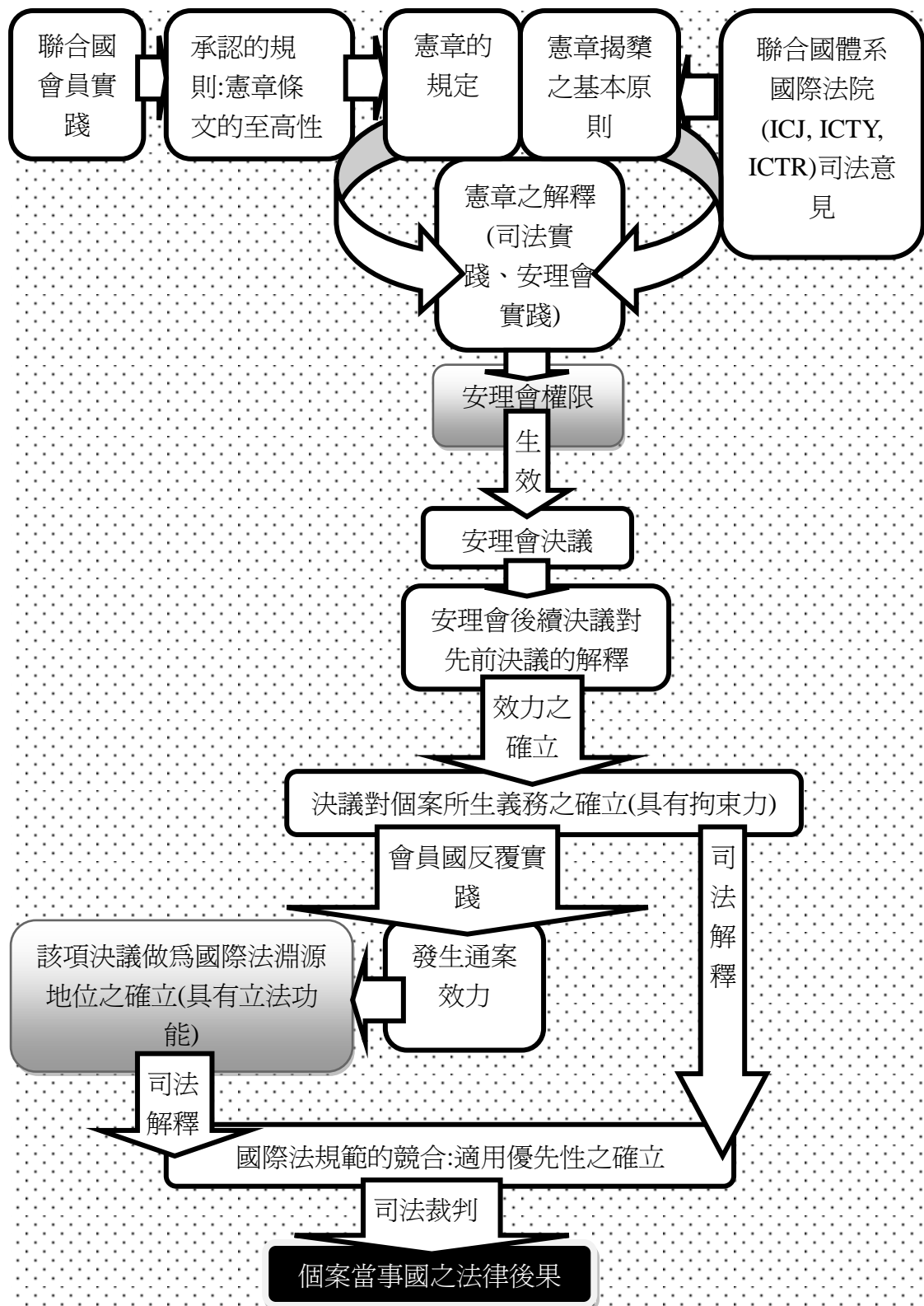


圖表 3：資料來源：作者自行繪製

圖四 安理會決議字號通過數量趨勢圖

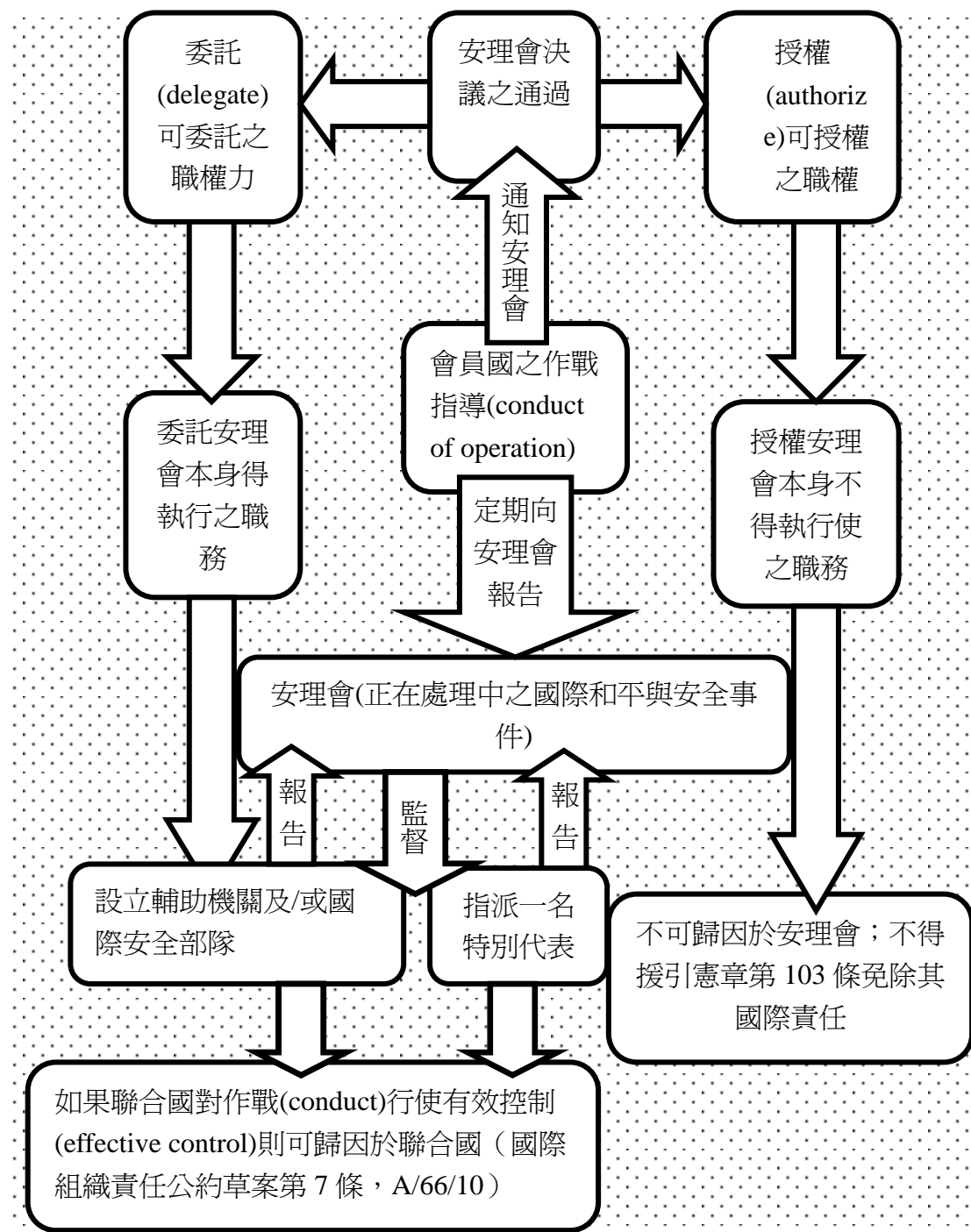


圖五 安理會決議的效力與法律後果的關係圖



圖表 4；資料來源：作者自行繪製

圖六 安理會的授權或委託與國際責任的關係圖



圖表 5；資料來源：作者自行繪製

第三章 《聯合國憲章》架構下的安理會立法功能

第一節 安理會立法之意義

第一項 安理會立法的定義

在聯合國集體安全制度架構下，各會員國對聯合國「安全理事會」(Security Council)所賦予的主要職責是維持國際和平安全，而欲達成此一目的，安理會以通過決議的方式，對各會員國作成「建議」(recommendation)¹、執行「辦法」(measure)²、以及採取「行動」(action)³，安理會的這些決議，其中有些成為了國際法法源，有了法之效力，而本論文稱，安理會此種為了維持國際和平與安全，通過具有拘束力、作為「國際法造法」(international law-making)⁴的法源⁵的決議，產生對各國新的權利與義務，謂之為安理會之立法功能⁶。

¹ 聯合國《憲章》第 39 條。

² 聯合國《憲章》第 41 條。

³ 聯合國《憲章》第 42 條。

⁴ 依據學者 Danilenko 的看法，一個法體系有效的前提是必須能夠反映社會的需要與要求的變遷，在這前提下，造法的活動是有效法體系所不可缺者，國際法作為規範國家之間的關係的原則，也必須反映國際社會之條件的變遷，因此國際法也有不斷的造法的需要。在這意義下國際法的造法一方面涉及未規範的新領域另一方面也涉及對於實在法不斷的改進與更新。一個明顯的國際法造法的實例即是「第三屆聯合國海洋法會議」(Third United Nations Conference on the Law of the Sea, UNCLOS III)，很顯然的安理會的造法活動與 UNCLOS III 的造法活動相當不同，但是 UNCLOS III 所涉及的對於「造法場域」(law-making arenas)的選擇以及決策過程是否採取共識決之討論，都有安理會如果欲作為立法機關值得參照之處。參見：G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

在進一步論及安理會立法功能之前，必須先瞭解何謂「安理會立法」⁷，此一名詞可以作狹義解或廣義解，首先，如果作狹義解，指的是安理會決議有了「國際立法」(international legislation)⁸的功能，由於國際立法也有狹義與廣義二種解釋，必須強調這裡的國際立法是採取狹義的解釋，亦即類比於國內立法，相較於國內立法機關，安理會成為「世界立法者」(world legislation)⁹，透過其安理會決議，規範國家之行為，此種規範必須是屬於抽象性規範，且必須是不針對特定法律主體，亦即它不是針對特地事件或對象，例如伊拉克入侵科威特此一事件或是蓋達組織此一對象，而其著名的例子就是安理會決議對恐怖主義的規範，它對恐怖主義的法律地位給予界定，並與以非法化，並界定其為一種「國際罪行」(international crime)。

⁵ 安理會決議顯然不屬於國際法院規約第 38 條所規定的「正式」法源之一，但是這並不排除安理會決議作為「特殊」法源的可能性。事實上對於大會決議作為法源學界已經有不少討論，亦即大會作為準立法機關之地位獲致確立。參見：R.A. Falk, *On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly*, 60 *American Journal of International Law* 782 (1966); B. Sloan, *General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)*, 58 *British Yearbook of International Law* 39 (1987).

⁶ 安理會之立法功能，簡單的來講，是一種概念化的分析途徑，將自 1946 年以來所有的安理會決議區分安理會不同功能的表現，而將這些具有安理會立法功能的決議歸類出來，以實踐法學的角度，來研究這些決議的法律性質，以及這些決議對國際法逐漸發展的影響，並討論它在國家、國際性法院、國際法院、具有超國家性質的歐盟法院的實踐為何，藉此，嘗試理解安理會決議的一些新的發展，以及這些決議的法律限制為何，以及被遵守的程度為何。所以，安理會的立法功能的研究，其實是安理會決議的法律性質的研究的一支，所以與傳統的安理會決議的法律性質的研究密不可分。

⁷ 安理會立法的概念事實上早在洛克比案以及波士尼亞種族滅絕案後的法律分析，即有學者主張安理會在《憲章》第七章下的決議具有立法性質，並且探討安理會是否得作為立法機關。參見：Keith Harper, *Does the United Nations Security Council Have the Competence to Act as Court and Legislature*, 27 *New York University Journal of International Law and Politics* 103.

⁸ 另一個所通過的決議具有「國際立法」功能的國際組織是國際民航組織。參見：高聖惕，*國際民航組織觀察員制度暨領域代表權普遍化之概念*，11 *東吳法律學報* (1998).

⁹ Stefan Talmon, *the Security Council as World Legislature*, 99 *American Journal of International Law*, 175 (2005).

其次，如果作廣義解，指的是安理會透過其依聯合國《憲章》第七章，所通過之決議，對各會員國採取「辦法」，並依《憲章》第二十五條對各會員國產生拘束力，此等拘束力所規範之事項，遂形成一般國際法，是以具有普遍適用性，因而對未來任一國家之有關行為，均適用相關之國際法規範，因而課以國家新的責任，並賦予新的權利，並影響其法律上之關係，稱此謂之安理會立法之廣義解，而此等方式也被稱為「間接立法」(secondary legislation)——因為安理會決議的效力是建立在聯合國《憲章》效力之上，本論文所探討的安理會立法功能，是建立於廣義解之上，亦即，進一步的說，安理會立法功能指的是，以此等廣義解之安理會立法，作為政策工具，以此事先告知國家，何謂「國際不法行為」(international wrongful act)，以及事後了解到，此種行為所必須承擔之「國家責任」(state responsibility)，藉此方式而有了預防之效果，從而達成維持國際和平安全之目的。

再進一步深入探討安理會的立法功能之前，首先必須擁有「初步證據」(*prima facie*)，亦即安理會立法之「合法性」(legality)，透過這些初步證據，在進行以後的分析時，容易掌握整體脈絡，這樣的論述提供如下：第一、如果從國際法法源的角度來看，傳統上國際法對於何者可以被視為國際法法源，一般是引用「國際法院規約」第三十八條所列舉之條約、習慣、以及一般法律原則作為其主要淵源，以及判例與學

說作為其輔助淵源，並在當事國同意下可以適用公允與善良原則，除此之外，論者以為第三十八條之列舉並沒有窮盡國際法之法源，從而主張國際組織的某些決議也可以作為國際法法源，這種見解以為，基於條約之規定，因其明訂國際組織決議之拘束力，是得以拘束國家之行為，故其得為國際法法源，例子方面，主要有「聯合國安全理事會」(Security Council of the United Nations)，以及「國際民用航空組織理事會」(Council of the International Civil Aviation)所作之決議¹⁰，由以上可推得安理會立法之合法性。

第二、從國際組織的實踐來看，安理會雖身為聯合國的「政治機關」(political organ)，但其對於許多特定議題作出建議與決議，而這些決議涉及「一般國際法」的適用問題、《憲章》條文的解釋、以及其機構權範圍內的政策工具。這些決議的實踐是對「現行法律」的陳述，對《憲章》條文內涵的實際表達，它具有一定的國際法的意義¹¹，因此對國際習慣法之形成有其貢獻，然而有如國家實踐之於國際習慣法，安理會的決議在形成國際法之過程，也必須經過許多的檢視，不能只基於《憲章》第二十五條所賦予安理會決議對全體會員國之拘束力，就當然成為國際習慣法的一部分，至少如果安理會決議違反了「絕對

¹⁰ Thomas Buergenthal, Sean D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, St. Paul, Minnisoda: Thomson/West, 2006, pp. 89.

¹¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th, New York: Oxford University Press, 2003, pp. 664.

法」(*jus cogens*)規範時，依維也納條約法公約第五十三條或依國際習慣法所賦予絕對法在條約法中的地位，安理會決議「無效」(*invalidation*)，從而該決議不能成為國際法。

在擁有安理會立法之初步證據後，可以瞭解到安理會立法，主要可以區分為二種不同的途徑，第一種途徑是屬於國際習慣法，亦即安理會的決議構成「先例」(*precedent*)，而影響國際習慣法的形成，特別是對《憲章》條文的解釋；第二種是屬於國際條約法，亦即安理會決議直接課與國家義務賦予權力，而第二種模式較易引起爭議，因為《憲章》條文並未明文給予安理會直接立法的功能，而採取此一途徑的合法性，取決於對《憲章》條文的解釋，亦即對《憲章》第七章第四十一條之「武力以外之辦法」的解釋，是否其包含了給予安理會直接課以國家義務及賦予權力之權限，這種權限的合法性，取決於國際組織的實踐，假使安理會此等依照第二途徑之立法方式，為各會員國所接受，並形成國際習慣法，則安理會即擁有此種權限，設若假使各會員國對此等權限有疑慮，並非表示依此第二途徑之決議即為無效，大體上論者以為此等決議屬於特例，第二途徑在此等特例依舊有效¹²。

¹² Tono Eitel, *The UN Security Council and Its Future Contribution in the Field of International Law, What may we expect?*, 4 Max Planck Yearbook of United Nations Law 53, 61. "The part of these resolutions that can claim binding force I would like to call "Council Law" and to put into the same class as "treaty Law" and "Court Law", the latter being the decisions of international courts of justice or arbitration. Council law in this sense ranks higher than any other secondary law due to the all-compassing nature of the UN Charter and the Security Council's vast competences."

在掌握此二種不同途徑後，可以瞭解到安理會依第七章之決議作為國際法法源，必須符合一定要件，而這個要件，在第一途徑即是安理會決議長期之實踐加上「法之確信」(*opinio juris*)，但在第二途徑，這個要件就有爭議，爭議點主要有二：第一是安理會是否有第二途徑的權限，第二是如果其權限還未確定，在此時所做成的此類決議，是否就成為特例，而必須遵守之，大體上論者對第二途徑之疑慮，是因為考量到，此等模式有破壞有國際法效力之主要基礎——「公共同意說」(*common consent theory*)¹³的可能性，雖然可以從「代議民主」的概念加以補救，類比安理會此等立法的權限已經依《憲章》第二十五條，獲致各國之同意，所以並未違反依據公共同意說所帶來國際法之效力，但很顯然的此等論述又會回到《憲章》條文「武力以外之辦法」的解釋，而陷入泥淖，而無法獲致正確答案。

在瞭解到安理會依第七章之決議作為國際法法源之要件後，可以進一步瞭解到，此等安理會決議可能會與其他的國際協定、國際習慣、以及絕對法發生衝突，因此在此處產生了安理會決議「優先適用順序」(*hierarchy of source of international law*)問題，對此一問題，本論文將提供詳盡解釋，但此處可以先瞭解到，此等優先適用順序具有重大的國際法意義，因為不同於其它國際法法源，國家違反安理會決議所引

¹³ 丘宏達，現代國際法，二版，臺北：三民書局，頁 35。

發的國家責任，與其他國際法法源是有所不同，源自於經濟制裁或武力之使用所獲致之拘束力較強，使得安理會之立法功能，具有穩定國際秩序之正面意義，在此等意義下可體會到，安理會第二途徑之立法不僅是「應制定之法」(*de lege ferenda*)，其更因為各國的接受並履行而成為「實在法」(*de lege lata*)，但是假使安理會決議與其他國際法法源牴觸且依優先適用規則而不能適用時，蓋設若其不能履行，則自然也不能成為實在法，此為優先適用順序的另一重大意義。

在瞭解優先適用順序的重要性後，可以進一步瞭解到國際法院對於安理會決議之優先適用順序，此一問題之看法，國際法院在一九四八年的「一個國家加入聯合國為會員的條件諮詢意見」，法院認為，擁有政治性性質的國際組織機構不使其脫離法律之拘束，是以構成對其權力產生限制並且成為其限制的條件¹⁴。因此傳統國際法的法源的概念在國際組織方面有許多新的發展，論者以為國際法的法源在適用上有時會有重疊之處，甚至互相抵觸的情形，因此認為似乎國際法的法源彼此之間必須適用「優先適用順序」(*hierarchy of source of international law*)，而不能每次法院判決中都透過技術性技巧躲過此一問題，必須解決此一爭議所可能引發的衝突，例如在世界貿易組織的爭端解決機制中就發生過好幾個類似的案件，然而一般而言，國際法的法源是沒

¹⁴ ICJ, Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion of 28 May 1948, p.64.

有階層關係的¹⁵，唯一主要的規則¹⁶是「特別法優於普通法」(*Lex specialis derogat generali*)以及「後法優於前法」(*Lex Posterior Derogat Legi Priori*)¹⁷，也就是後來的條約或新的習慣修改了之前的國際習慣法，但這個原則有二個例外，第一是絕對法優於條約，第二是聯合國《憲章》優於其它國家間締結的條約，而這裡值得注意的是絕對法又優於聯合國法¹⁸，但絕對法與國際習慣法的關係以及絕對法所引發的責任與「對世的普遍責任」(*erga omnes*)之間的關係卻有更複雜的內涵，這些關係都將在論文中作進一步的討論。

國際法院在一九九二年的洛克比案(臨時措施)¹⁹中說明「聯合國各會員國依《憲章》第二十五條有接受並執行安理會決議之義務」²⁰，並說明「依《憲章》第 103 條，這方面的義務優先於任何其他國際協定

¹⁵ Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, UK: Cambridge University Press, 2003, p. 94.

¹⁶ 陳純一，WTO 法在國際法上之地位，3 中華國際法與超國界法評論 31 (2007)。

¹⁷ 如果是在同一事項先後所訂條約之適用之情況，則有以下分別：(1)在「同為兩條約之當事國間」先訂條約僅於其規定與後訂條約規定相合之範圍內適用之，亦即後法優先適用於前法之規則成立，以及(2)「僅為其中一條約之當事國間」則依兩國均為當事國之條約定之。《維也納條約法公約》第三十條（關於同一事項先後所訂條約之適用）：「一、以不違反聯合國《憲章》第一百零三條為限，就同一事項先後所訂條約當事國之權利與義務應依下列各項確定之。二、遇條約訂明須不違反先訂或後訂條約或不得視為與先訂或後訂條約不合時，該先訂或後訂條約之規定應居優先。三、遇先訂條約全體當事國亦為後訂條約當事國但不依第五十九條終止或停止施行先訂條約時，先訂條約僅於其規定與後訂條約規定相合之範圍內適用之。四、遇後訂條約之當事國不包括先訂條約之全體當事國時：1.在同為兩條約之當事國間，適用第三項之同一規則；2.在為兩條約之當事國與僅為其中一條約之當事國間彼此之權利與義務依兩國均為當事國之條約定之。五、第四項不妨礙第四十一條，或依第六十條終止或停止施行條約之任何問題，或一國因締結或適用一條約而其規定與該國依另一條約對另一國之義務不合所生之任何責任問題。」

¹⁸ Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, New York: Oxford University Press, 2006.

¹⁹ ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992.

²⁰ *Id.*, para.42. "Members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter."

所產生的義務」²¹，而依照維也納條約法公約第三十條第一項，關於同一事項先後所訂條約之適用，「以不違反聯合國《憲章》第一百零三條為限」，而將《憲章》第二十五條放在《憲章》第一〇三條意義下即可獲得安理會決議之義務優先於國際協定義務適用的結論，論者以為上述論述提供了安理會透過決議作為「國際立法者」的法理基礎，並認為安理會的職權透過安理會決議的優先適用性，被類比為成為「全球行政機關」(global executive)，安理會的職權依《憲章》第二十四條第一項「各會員國將維持國際和平及安全之主要責任，授予安全理事會」，必須被限制在「維持國際和平及安全」的範圍內，因此近年的趨勢是，安理會決議作為國際法法源在武力使用的國際法規範等議題上具有了國際立法的功能。

第二項 安理會立法實質內容

傳統上安理會決議所可能產生的法律效果，一般而言，主要是表現在「國際組織法」(International Institutional Law)範疇內²²——國際組織法狹義的說，指的是產生組織內部法律效果，亦及組織內部之法律關係，舉凡投票制度，人員任用等規範；廣義的說，還要包括組織外部效果，

²¹ Id, para.42. “in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement.”

²² Jose E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, New York: Oxford University Press, 2005.

舉凡涉及到國際組織《憲章》條文之解釋，以及不同國際組織之間法律關係；安理會立法限縮在國際組織法的組織外部法律效果——係指對會員國法律關係產生改變而言，所作出之規範，就組織內部法律效國而言，本論文不擬討論；此外，安理會職權規範在《憲章》第六章與第七章，然第六章之決議不具拘束力，雖亦有諸多功能，例如解決「爭端」(disputes)²³、調查「情勢」(situations)²⁴、建議「適當程序或調整辦法」(appropriate procedure or methods of adjustment)²⁵或「解決條件」(terms of settlement)²⁶，故本論文不擬討論第六章決議所造成對國際習慣法所造成的組織外部法律效果，而著重討論安理會依第七章決議所產生之組織外部法律效果；總的來說，安理會立法實質內容主要是在討論就國際組織法而言安理會依《憲章》第七章決議產生之組織外部法律效果。而此一外部法律效果主要可以分為二個層面：第一、國際組織適用組織《憲章》條文所產生之條文解釋，以及第二、國際組織決議在其他國際組織機構中的法律地位，這在安理會立法前者指的是

²³ 聯合國《憲章》第 33 條：「1.任何爭端之當事國，於爭端之繼續存在足以危及國際和平與安全之維持時，應盡先以談判、調查、調停、和解、公斷、司法解決、區域機關或區域辦法之利用、或各該國自行選擇之其他和平方法，求得解決。2.安全理事會認為必要時，應促請各當事國以此項方法。解決其爭端。」

²⁴ 聯合國《憲章》第 34 條：「安全理事會得調查任何爭端或可能引起國際磨擦或惹起爭端之任何情勢。以斷定該項爭端或情勢之繼續存在是否足以危及國際和平與安全之維持。」

²⁵ 聯合國《憲章》第 36 條：「1.屬於第三十三條所指之性質之爭端或相似之情勢，安全理事會在任何階段，得建議適當程序或調整方法。2.安全理事會對於當事國為解決爭端業經採取之任何程序，理應予以考慮。3.安全理事會按照本條作成建議時，同時理應注意凡具有法律性質之爭端，在原則上，理應由當事國依國際法院規約之規定提交國際法院。」

²⁶ 聯合國《憲章》第 37 條：「1.屬於第三十三條所指之性質之爭端，當事國如未能依該條所示方法解決時，應將該項爭端提交安全理事會。2.安全理事會如認為該項爭端之繼續存在，在事實上足以危及國際和平與安全之維持時，應決定是否當依第三十六條採取行動或建議其所認為適當之解決條件。」

安理會立法與《憲章》第七章相關條文解釋，以及後者指的是安理會立法與國際司法機構法律關係。

在瞭解安理會立法之意義之後，可以瞭解到本論文是把安理會立法放在「國際組織的實踐」這一分析架構下來看，亦即國際組織與國家同樣是「國際法人」(international person)與法律主體(legal subject)²⁷，雖然二者之間法律上之關係並非相等，蓋「國家實踐」作為國際習慣法須要通過「法之確信」與「長期反覆實踐」之確認，而「國際組織實踐」作為國際法法源，除了其決議必須是能作為通例之證明而接受為法律以外，此等決議具有拘束力之基礎，必須是能確立當事國明白承認之規則者，亦即，國際組織實踐與國家實踐不同的是，國家「單方面的行為」(unilateral acts)有可能在未來成為國際習慣法，而國際組織決議如果其不具有拘束力，則無法成為國際習慣法，拉丁法諺有云：「違法行為不得產生權利」(*ex injuria jus non oritur*)，國家單方面的行為，例如外交上之宣言，國內法院之判決，所拘束的法律主體是自己，所以其拘束力較為確定，它們有可能未來成為國際習慣法，但國際組織決議，所拘束的法律主體是各會員國，因此其拘束力須經各會員國明白承認，才有能成為國際習慣法。

²⁷ 丘宏達，現代國際法，二版，臺北：三民書局，頁 301。

在國際組織實踐作為國際法方面，國際法院以為「聯合國組織在歷史上之實踐形成對『行動』在聯合國《憲章》第 11 條第 2 項意義下之解釋」²⁸；並以為「聯合國大會隨著時間的演進而被廣為接受之實踐是與聯合國《憲章》第 12 條第 1 項的條件相符合的」²⁹；質言之，國際法院以為國際組織實踐可以對國際組織規約之解釋甚至國際組織實踐改變原先制定時的國際組織規約內容。

然而以國際組織實踐的角度，來研究安理會立法之決議作為國際法的一部分，不可避免的，必須瞭解到安理會立法與國際習慣法之間法律上的關係，因為在實證法學的架構下，安理會決議效力的判準，一方面是基於在締結條約，加入聯合國時，國家依《憲章》第二十五條的同意，另一方面，是基於國家的實踐——國家明白承認遵守安理會決議。但在國家實踐的方面，如果有部分國家挑戰安理會的決議的合法性，認為其安理會決議，與國際習慣法下的義務互相抵觸，而不加以執行，此種挑戰方式係為了避免主張其與條約抵觸會遇到的困難，因為《憲章》第 103 條規定，在此情形下《憲章》優先適用。此時，應該認定，國家違反了安理會立法之決議所形成的國際法，還是應該認定，安理

²⁸ ICJ, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, p.165. “The practice of organization throughout its history bears out the forgoing elucidation of the term “action” in the last sentence of Article 11, paragraph 2.”

²⁹ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, para. 28, p. 150, “The court consider that the accepted practice of the General Assembly, as it has evolved, is consistent with Article 12, paragraph 1, of the Charter.”

會立法之決議違反了國際習慣法，所以國家不必執行安理會決議呢？此一問題，可以從條約與習慣，在國際法上的地位，此一角度的分析來回答，在這方面，主要有三種見解，第一種見解認為，條約優先於習慣適用，第二種見解認為條約與習慣無高低之分，在國際法上是相互關聯的，第三種見解認為習慣優先於條約適用³⁰。

如果依第一種見解，國家遵守安理會決議的義務，不能使其免除在國際習慣法下的義務，國際習慣法應優先於安理會立法之決議適用，從《憲章》第 103 條，不能推出決議優於習慣法的結論，安理會決議不太可能影響國際習慣法，國家在國際習慣法的義務與權利應居先。如果依第二種見解，安理會立法之決議優先於國際習慣法適用，由於條約與習慣在國際法上是互相關聯的，因此從此一基礎可以推出，安理會決議優先於條約適用，也優先於與條約相應的國際習慣法適用的結論。如果依第三種見解，安理會立法之決議與國際習慣法，沒有絕對的優先適用順序關係，安理會立法之決議成為新的國際習慣法以後，舊的國際習慣法就不再適用，「時際法」(inter-temporal law)的問題為其例外³¹，但是如果安理會決議，尚未成為新的國際習慣法，那當前

³⁰ Finalized by Martti Koskenniemi, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Addendum, Appendix, Draft conclusions of the work of the Study Group, A/CN.4/L.682/Add.1.

³¹ T. O. Elias, The Doctrine of Intertemporal Law, 74 American Journal of International Law 285, 286, (1980), "There are therefore two elements, the first of which is that acts should be judged in the light of the law contemporary with their creation, and the second of which is that rights acquired in a valid

的國際習慣法依舊有效。在各國都遵守決議的情況下，安理會立法之決議，可能創設新的國際習慣法，但如果部分國家未遵守，也不表示安理會決議就無效，因為它也可能是對當前國際習慣法的確認與表述。本論文採用第三種見解，作為分析安理會立法之決議作為國際法實質內容的前提。

在瞭解安理會立法之決議與國際習慣法之間在法律上之關係後，可以進一步了解到，安理會立法之實質內容，主要是涉及二個面向，第一，《憲章》條文之解釋，其中，主要涉及武力使用之國際法規範，以及安理會相關職權等議題，以及第二，在其職權範圍內，要求國家對其國際不法行為償付國家責任，以及對個人之國際罪行應付個人責任，其中，在國家責任方面，安理會要求國家對其國際不法行為償付國家

manner according to the law contemporaneous with that creation may be lost if not maintained in accordance with the changes brought about by the development of international law. The first element of the doctrine of intertemporal law would seem to have been widely accepted in international law-e.g., in the *Minquiers and Ecrehos* case. The second element-namely, that the mere acquisition of rights at the time of their creation is not enough, but that they must be maintained according to the evolution of international law-has aroused a good deal of controversy among the experts, notably Philip Jessup, in his famous article on the *Island of Palmas* arbitration, and W. J. B. Versfelt. Both authors' main preoccupation was that states that had acquired territories might find later on, according to the second element, that they could subsequently lose the territory by operation of a new rule of international law." Judge Huber, 2 Reports of International Arbitral Awards, 831, 845, "a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled *Island of Palmas Case (Netherlands, United States)*," and "As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied in a particular case (the so-called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law." 有關國家所擁有的權力可能因為沒有持續擁有而失去的時際法規範請參見：本論文第五章第三節第二項「聯合國成員資格與國際法院訴訟資格」。

責任，有了類似平行於國際法院的司法功能³²，此種方式，涉及了對國際法院職權之限制，特別在於管轄權與是否「可受理」(admissibility)等問題上；而在個人責任方面，安理會是透過成立特設法庭等方式加以規範，其構成重要的「國際刑法」(international criminal law)之實質內容，另外，安理會也涉及了對「國際刑事法院」(International Criminal Court)職權之限制，特別表現在其管轄權以及調查權等領域。

通常一個安理會立法之決議，對於此二面向，均有影響。舉例來說，安理會通過決議 827 號，成立「前南斯拉夫國際刑事法庭」³³，安理會決議 827 號³⁴序言指出「根據聯合國《憲章》第七章採取行動」，第二條指出「茲決定設立一個國際法庭，其唯一目的是起訴應對從 1991 年 1 月 1 日至安全理事會於和平恢復後決定的日期前南斯拉夫所犯的嚴重違反國際人道主義法行為負責的人，並為此目的通過上述報告所附的國際法庭規約」，在第一面向上，此一安理會決議，擴張解釋了依《憲章》第七章所採取之行動的內涵，使其包含成立國際法庭；在第二面向上，此一安理會決議採納了國際法庭規約作為其附件，此種方式可視同為安理會對國際法庭規約之制定，亦即，安理會立法，

³² Krzysztof Skubiszewski, *The International Court of Justice and the Security Council*, pp. 606-629, in Edited by Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, *Fifty years of the International court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Great Britain: Cambridge University Press 1996.

³³ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991.

³⁴ S/RES/827.

而規約內容，對違反國際人道法的國際罪行，作出個人責任之規範，不僅如此，此一規約，更進一步對國家責任作出規範，這部主要與國際法庭規約第 29 條有關，安理會 827 號決議第 4 條特別強調「所有國家應跟據國內法... 遵從初審法庭依照規約第 29 條提出的協助要求或發布的命令」，規約第 29 條對國家責任之國際法規範的影響，主要是在於影響對「國家對國際不法行為的責任條項」(Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)³⁵的第 48 條之解釋，國家責任條項第 48 第 1 項指出「受害國以外的任何國家」(any state other than an injured state)有權「按照第 2 項在下列情況下」對「另一國援引責任」(invoke the responsibility of another state)，而此種權利，在安理會 827 號決議的意義下，是由安理會所賦予之，而其可援引之情況，是因為依照安理會 827 號決議序言，「斷定這一局勢繼續對國際和平與安全構成威脅」，因而國家有權援引責任，在此處國際法庭規約第 29 條，指出了一個國際習慣法趨勢——因為依照國家責任條項第 48 條第 2 項 (b)項，此種權利是在「被違背的義務是對整個國際社會承擔的義務」才有權引用，亦即，此一國際不法行為產生了「對世普遍責任」(*erga omnes*)，因而受害國以外的任何國家，有權對另一國援引責任。

³⁵ 國家責任條項中文全文，見國際法委員會報告，第五十三屆會議(2001 年 4 月 23 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日)，大會正式記錄：第五十六屆會議，補編第 10 號(A/56/10)，見聯合國網站：<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/80/IMG/N0155780.pdf?OpenElement>，英文條項全文見聯合國網站：http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf

在進入《憲章》條文解釋與國家責任與個人責任闡述之前，有必要先說明，安理會立法方式所展現的特殊性，在此等領域，由於前者涉及國家生存安全基本利益，而後者會侵犯國家主權，因此可以想見，傳統建立於公共同意說上的國際法會窒礙難行，或者說是無法作出規範，因為在前者，違反人權的重大事件，各國雖會一致同意，必須加以法律規範與制裁，但是卻不願意他國審理專屬於本國的刑事案件，這可以被視為「平等之間無統治權」(*par in parem non habet imperium*)原則的最佳示例，在後者，國家更不可能自己同意，會消滅自己的國際法規範，是以此等的發展，無法透過國家之直接同意，而有賴於國際組織的決議——國家賦予安理會可以通過決議，擁有立法功能的管轄權限，並同意遵守之。如此一來，此等困難的問題取得一個可以處理的方式，國際法在此等領域自第二次世界大戰後，有了具體的發展，這是人類所創設，以類似「代議制」的方式——以安理會十五國代表各會員國，展現世界共同意志所取得的成就。

相較於以上論述，部分學者以為，由安理會決議所形成的國際法，有可能被用來服務「霸權國家」(*Hegemonic State*)——具有否決權的五個安理會常任理事國，特別是美國，因此稱其「霸權國際法」(*Hegemonic*

International Law)³⁶，但是，由於霸權國際法是經由正當國際立法程序所建立的，所以霸權國際法仍是屬於國際法一部分，本論文會從實證法的角度加以分析，進一步觀察由安理會立法所形成的霸權國際法對維持世界和平安全的限制與成就。

第二節 安理會立法與《聯合國憲章》相關條文的解釋

第一項 第二十四條

依據第二十四條第一項，安理會之主要責任係維持國際和平與安全，為了保證聯合國行動的迅速有效，安理會在維持國際和平與安全之所通過之決議即係代表各會員國之集體行動，並依據第二條第7項，安理會依據第七章所通過之執行辦法，係不得干涉國內管轄原則之例外，並依據第二十五條，聯合國會員國，依據《憲章》規定，接受並履行，依據第七章所通過之執行辦法之安理會決議。因此，從法理上來說，如果安理會決議本身之宗旨或目的不是維持國際和平與安全，則在該決議之通過安理會已經超越權限，從而該決議不具法律效力。

對於何謂安理會決議之目的，以及是否其目的為維持國際和平與安全

³⁶ Jose E. Alvarez, *Hegemonic International Law Revisited*, 97 *American Journal of International Law* 873 (2003); Detlev F. Vagts, *Hegemonic International Law*, 95 *American Journal of International Law* 843 (2001).

之討論不單單只是具有學理上的意義而已，在實踐上涉及是否得從安理會決議之目的之解釋來限縮決議在法律上適用的範圍，甚至有可能涉及如何解釋安理會決議之問題。這裡以二個國際實踐的例子來說明《憲章》第二十四條對安理會決議適用範圍的限制。

第一目 第 713 號決議與 1993 年國際法院的種族滅絕案

第 713 號決議³⁷於 1991 年 9 月 25 日通過，波斯尼亞-赫塞哥維納是時尚未脫離南斯拉夫獨立成為聯合國會員國，安理會關心當時持續的內戰眾多生命的傷亡，斷定該情勢對國際和平與安全構成威脅，依據《憲章》第七章通過第 713 號決議對南斯拉夫進行一般性、全面性的武器禁運。在波斯尼亞-赫塞哥維納獨立後，它在種族滅絕案³⁸向國際法院控訴南斯拉夫種族滅絕罪，並請求法院解除第 713 號決議所制裁的武器禁運規定做出多項聲明³⁹，其中與安理會決議有關的如下：宣告波斯尼亞-赫塞哥維納取得他國之武器之協助為《憲章》第五十一條自衛權之權限⁴⁰；《憲章》第五十一條自衛權之權限也包含尋求他國之軍

³⁷ 安理會第 713(1991)號決議(S/RES/713)「執行部分」第 6 段：「決定遵照《聯合國憲章》第七章的規定，所有國家為了在南斯拉夫建立和平與穩定的局面，應立刻執行全面和徹底禁止像南斯拉夫運送一切武器和軍事裝備的措施，直到安理會在秘書長與南斯拉夫政府協商後另作決定為止」。

³⁸ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993.

³⁹ Id, para.2.

⁴⁰ Id, para.2(k).

事協助⁴¹；第 713 號決議對前南斯拉夫之武器禁運應該被解釋為不侵害《憲章》第五十一條下單獨或集體自衛的固有權利⁴²；第 713 號決議不應該被解釋為對波斯尼亞-赫塞哥維納實施武器禁運⁴³。

上述聲明之要求所採取的法律觀點是：《憲章》第二十四條第一項、第五十一條、以及習慣法上的超越權限(*ultra vires*)的規範，與對安理會決議的拘束力所產生的法規範如果有抵觸時，安理會決議的效力有可能受到其他法秩序規範所限制。儘管如此，國際法院在本案並沒有做出任何聲明，因為國際法院指出法院僅對《防止與懲罰種族滅絕罪公約》的事項上具有管轄權，而無回應波斯尼亞-赫塞哥維納有關聲明的要求⁴⁴。儘管國際法院在決定是否只是臨時措施時並不需要事先確立具有管轄權，但是法院必須就「表面證據」(*prima facie*)而言具有管轄權⁴⁵，因此法院僅願意在《防止與懲罰種族滅絕罪公約》的範圍內採取臨時措施。

⁴¹ Id, para.2(L).

⁴² Id, para.2(M).

⁴³ Id, para.2(O).

⁴⁴ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993, para.35, “Whereas the Court, having established the existence of a basis on which its jurisdiction might be founded, ought not to indicate measures for the protection of any disputed rights other than those which might ultimately form the basis of a judgment in the exercise of that jurisdiction; whereas accordingly the Court will confine its examination of the measures requested, and of the grounds asserted for the request for such measures, to those which fall within the scope of the Genocide Convention.”

⁴⁵ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993, para.14, “”

但是在 1993 年 9 月的進一步申請臨時措施，特任法官 Lauterpacht 的不同意見書中就探討了上述聲明的請求之相關法問題，他指出：依據《憲章》第二十四條第二項安理會應依照聯合國的宗旨與原則行事，由於依據《憲章》第一條第三項所規定的原則，應尊重人權與基本自由，由於波士尼亞與赫塞哥維納無法充分的進行防衛，安理會第 713 號決議得被視為具有種程度支持塞爾維亞人的種族滅絕活動，因而在這個程度上安理會決議違反絕對法的規定⁴⁶。因此可以得出在安理會決議之解釋上，似乎得以《憲章》第二十四條第二項來限縮第 713 號決議之適用範圍。

第二目 2003 年的伊拉克戰爭與第 678 號決議

⁴⁶ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993, para.101-102. "101. Nor should one overlook the significance of the provision in Article 24 (2) of the Charter that, in discharging its duties to maintain international peace and security, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. Amongst the Purposes set out in Article 1 (3) of the Charter is that of achieving international Cooperation "in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion". "102. Now, it is not to be contemplated that the Security Council would ever deliberately adopt a resolution clearly and deliberately flouting a rule of jus cogens or requiring a violation of human rights. But the possibility that a Security Council resolution might inadvertently or in an unforeseen manner lead to such a situation cannot be excluded. And that, it appears, is what has happened here. On this basis, the inability of Bosnia-Herzegovina sufficiently strongly to fight back against the Serbs and effectively to prevent the implementation of the Serbian policy of ethnic cleansing is at least in part directly attributable to the fact that Bosnia-Herzegovina's access to weapons and equipment has been severely limited by the embargo. Viewed in this light, the Security Council resolution can be seen as having in effect called on Members of the United Nations, albeit unknowingly and assuredly unwillingly, to become in some degree supporters of the genocidal activity of the Serbs and in this manner and to that extent to act contrary to a rule of jus cogens." 另參見：Christine Gray, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Orders of Provisional Measures of 8 April 1993 and 13 September 1993, 43 International and Comparative Law Quarterly 704, (1994).

第 678 號(1990)決議⁴⁷第二段：「授權同科威特合作的會員國，除非伊拉克在 1991 年 1 月 15 日和之前按上面第一段的規定完全執行上述各決議，否則可以使用依一切必要手段，維護並執行第 990(1990)號決議⁴⁸及隨後的所有有關決議，並恢復該地區的國際和平與安全」。儘管第 1 號(1946)決議⁴⁹決定成立軍事參謀團，但由於組織細部規定無法達成共識，導致《憲章》第四十三條規定形同虛設，所以儘管 1950 年的韓戰是由多國部隊在美國的領導下代表聯合國應戰，並由第 84 號決議⁵⁰授權，1990 至 1991 年的波斯灣戰爭則是安理會決議第 678 號授權與科威特合作的國家使用武力，而非代表聯合國使用武力。而戰爭結束後 1991 年 4 月 3 日通過的第 687 號決議⁵¹則對伊拉克的設下了三方面的強制規定：第一是成立賠償委員會處理戰爭賠償事宜，第二是劃界委員會對伊拉克及科威特邊境劃界，以及第三是對伊拉克的軍備管制措施其項目分別為化學武器、射程 150 公里以上的彈道導彈、以及大規模毀滅性武器；並且成立制裁委員會來驗證伊拉克是否遵守該規定，而上面所述之軍備管制措施是沒有時間限制的。

第 687 號決議第三十三段：「宣布：在伊拉克正式通知秘書長和安理會表明其接受上文各項決議時，伊拉克與科威特及根據第 678(1990)

⁴⁷ S/RES/678.

⁴⁸ S/RES/990.

⁴⁹ S/RES/1.

⁵⁰ S/RES/84.

⁵¹ S/RES/687.

號決議通科威特合作的會員國之間的正式停火生效」，所以似乎可以推測如果伊拉克未遵守軍備管制之規範，則有可能依據第 678 號重新使用武力。在 1993 年 1 月 14 日，美國與英國與法國對伊拉克的突襲後，次日安理會秘書長蓋里在記者會上以為其突襲行動之法理依據係根據第 678 號決議，其行動符合安理會決議及《憲章》之規範⁵²。安理會秘書長之觀點，與當時突襲發動國之法理依據相同，係主張由於伊拉克沒有遵守第 687 號決議軍備管制之規範，所以第 678 號決議之授權武力使用得重新啟動。2003 年的伊拉克戰爭，美國⁵³與英國⁵⁴主張，第 1441 號決議⁵⁵第二段：「決定在確認上文第一段的同時，以本決議給予伊拉克履行安理會有關決議規定的裁軍義務的最後機會；並為此決定設立一個強化的視察制度，旨在全面、核實地完成安理會第 687（1991）號決議和其後各項決議規定的裁軍進程」已經認定伊拉克沒有遵守第 687 號決議，所以第 678 號決議之授權武力使用重新啟動；但是，法國認為第 1441 號決議第十二段：「決定在收到按上文第 4 或第 11 段提出的報告之後立即召開會議，以審議有關局勢和全面遵守安理會所有有關決議以確保國際和平與安全的必要性」指出必須在收到伊拉克履行裁軍之報告後，才能作出下一號安理會決議決定是

⁵² Transcript of Press Conference by Secretary-General, Boutros Boutros-Ghali, (15 January 1993). SG/SM/4902/Rev.1.

⁵³ 美國就伊拉克 2003 年戰爭給聯合國秘書長的信，S/2003/351 (21 Mar 2003).

⁵⁴ 英國就伊拉克 2003 年戰爭給聯合國秘書長的信，S/2003/350 (21 Mar 2003).

⁵⁵ S/RES/1441.

否使用武力，由於法國威脅要行使否決權，使得美國與英國未提出上開因伊拉克未履行裁軍義務而授權使用武力之決議，因此法國以為 2003 年之伊拉克戰爭為非法；但是基本上第 1441 號決議是美國與英國之一方與法國之另一方，二方同意採取不同意的見解——亦即對伊拉克是否已經違反裁軍義務而須要使用武力之辦法有不同之見解，所以產生在 1441 號決議中兩種意見並呈的結果。

由此可以看得出在本實例中，儘管對 2003 年的伊拉克戰爭是獲得安理會決議之授權，二方有不同的意見。但是安理會會員國之共同結論是，維持國際和平與安全之目的，限縮了安理會決議之適用範圍。而在韓戰以及 1990 至 1991 年的波斯灣戰爭之國際實踐指出，侵害它國主權獨立與領土完整之侵略行動，絕對是被安理會決議及武力使用之國際法規範所禁止，而由安理決議寫下的停戰協議之中，當事國之限武之義務若未達成，是否意味著已經停戰之安理會授權國得重新啟動戰爭，來強加當事國遵守停戰協議之法律爭議？此問題必須要看，該停戰協議之遵守程度是否構成了對國際和平與安全之威脅，而由於斷定威脅存在的權利是在安理會，而由於在本案中第 1441 號決議給予伊拉克最後機會，所以意味著，安理會決議可以用斷定威脅之是否存在之方式，來限縮安理會決議之適用範圍。但由於第 1441 號沒有對於威脅是否存在採取曖昧的態度，所以第 678 號決議是否適用於 2003

年的伊拉克戰爭也便得不確定。

在解釋決議之方法上，本論文對安理會決議之適用之解釋，是否符合維持國際和平與安全之宗旨或目的，採取安理會依據第三十九條通過之決議來解釋之前的安理會決議之解釋方式，而非採取維也納條約法公約之方式來解釋安理會決議，這樣的解釋方式有二個原因：第一、本論文基本上認為，依據《憲章》第三十九條以及《憲章》第二十四條，可以得出安理會不但有權利斷定安理會決議之適用範圍，而且，安理會決議適用範圍之解釋係為安理會之專屬權利。其原因是，除非有其他國際法人在其組章法中被授予斷定和平之威脅與破壞以及侵略之管轄權，否則只有安理會有斷定之權利；第二、安理會決議本來就不是國際協定，只有在沒有其他權威機構解釋決議之條件下，才有可能準用條約法公約之解釋方式，然而在安理會本身就提出解釋又擁有專屬的解釋權的情況下，並沒有準用條約法公約之法律餘地。一個改革方式是授予國際刑事法院對侵略之管轄權，在此情況下，國際刑事法院就分享了安理會第三十九條之權利，在此情況下，安理會決議之適用之解釋就不再是安理會的專屬權利了。

依據第二十四條第二項，安理會為了履行維持國際和平與安全之主要責任，所通過之安理會決議，必須要遵照《憲章》之宗旨以及原則，

並依據《憲章》第一條，安理會決議必須要遵照以下宗旨：第一、應採取有效之集體辦法來維持國際和平與安全，集體辦法除了《憲章》第二十六條之軍備管制制度外。實際的例子例如：建立反恐制度以及反核擴散至非國家行為者之制度；第二、以和平方法、正義原則、以及國際法原則，來調整或解決國際爭端或情勢。調解爭端除了《憲章》第六章所授予安理會之權利以外，實際的例子為成立國際刑事特設法庭；第三、促進平等權及自決權之發展。實際的例子為安理會在種族滅絕、種族隔離、國家分裂獨立等情勢上之相關決議；第四、促進各國合作。實際的例子為依據《安理會暫行議事規則》第二十八條：「安全理事會可為某一特定問題指派一個委員會，或一名報告員」所成立的各委員會；第五、建立一個協調各國之行動中心，來達成上述共同目的。本協調中心即為安理會本身，但是安理會協調各國之能力不盡完美，本論文探討之立法功能即為安理會加強協調能力之實踐結果；而在《憲章》原則方面，依據《憲章》第二條，安理會決議必須要遵照下列原則：第一、主權平等原則；第二、善意履行《憲章》義務原則；第三、和平方法解決國際爭端原則；第四、不得威脅或使用武力原則；第五、各會員國協助履行原則；第六、《憲章》原則擴及所有國家適用原則；第七、除了執行辦法以外不得干涉國內管轄事件原則；由於本論文以為，安理會決議是否有符合《憲章》之原則採取由安理

會之決議自行解釋之，所以除非安理會明確採取違背《憲章》原則之立場(例如修改《憲章》)否則基本上很難斷定安理會決議違反《憲章》之原則。《憲章》之宗旨與原則基本上限縮了安理會決議的適用範圍，而第二十四條第二項確保安理會決議符合聯合國《憲章》之規範。

第二項 第二十五條

依據第二十五條，依據安理會所通過的「決定」(decisions)具有拘束力，但不僅限於《憲章》第七章下的「執行行動」⁵⁶，各會員國必須接受並履行安理會決議所賦予各會員國之義務，並依據第一〇三條，安理會決議優先於其他國際協定適用。

安理會依據《憲章》第 25 條所通過的決議不僅拘束力，而且對於國際法規範的管制產生轉向的作用⁵⁷，也就是對會員國產生新的義務與權利，或者是說對於國際法的發展產生貢獻⁵⁸，事實上《憲章》第 25

⁵⁶ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, para.113. "It has been contended that Article 25 of the Charter applies only to enforcement measures adopted under Chapter VII of the Charter. It is not possible to find in the Charter any support for this view. Article 25 is not confined to decisions in regard to enforcement action but applies to "the decisions of the Security Council" adopted in accordance with the Charter. Moreover, that Article is placed, not in Chapter VII, but immediately after Article 24 in that part of the Charter which deals with the functions and powers of the Security Council. If Article 25 had reference solely to decisions of the Security Council concerning enforcement action under Articles 41 and 42 of the Charter, that is to say, if it were only such decisions which had binding effect, then Article 25 would be superfluous, since this effect is secured by Articles 48 and 49 of the Charter."

⁵⁷ Jacob Katz Cogan, the Regulatory Turn in International Law, 52 Harvard International Law Journal (2011).

⁵⁸ Michael C. Wood, The UN Security Council and International Law, Third Lecture: The Security Council and the Use of Force, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, 7-9 November 2006.

條是安理會的立法功能中的核心條項，對於本條的解釋散落在本論文各章中，這裡就不再重複敘述之。

第三項 第二十六條

依據第二十六條，安理會應擬具方案，提交聯合國會員國，以建立軍備管制制度。目前安理會在實踐上又建立了反恐制度以及反核擴散至非國家行為者之制度，分別規定在第 1373 號及第 1540 號決議。

第 1373 (2001) 號決議的第一段、第二段、以及第六段，具有拘束力，國家遵守的程度以其實踐的結果則在論文後面幾章詳加討論⁵⁹。在上該決議第一段⁶⁰決定所有國家應防止和制止恐怖主義行為，將其刑事犯罪化，凍結行為人與協助者之資金，並禁止恐怖主義資助；第二段⁶¹決定所有國家應不向恐怖主義提供任何形式的支持、交流情報、

⁵⁹ See, e.g., Andrea Bianchi, Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for legitimacy and Cohesion, 17 European Journal of International Law 881 (2006).

⁶⁰ 安理會第 1373(2001)號決議(S/RES/1373)第一段「決定所有國家應：(a)防止和制止資助恐怖主義行為；(b)將下述行為定為犯罪：本國國民或在本國領土內,以任何手段直接間接和故意提供或籌集資金,意圖將這些資金用於恐怖主義行為或知曉資金將用於此種行為；(c)毫不拖延地凍結犯下或企圖犯下恐怖主義行為或參與或協助犯下恐怖主義行為的個人、這種人擁有或直接間接控制的實體以及代表這種人和實體或按其指示行事的個人和實體的資金和其他金融資產或經濟資源,包括由這種人及有關個人和實體擁有或直接間接控制的財產所衍生或產生的資金；(d)禁止本國國民或本國領土內任何個人和實體直接間接為犯下或企圖犯下或協助或參與犯下恐怖主義行為的個人、這種人直接間接擁有或控制的實體以及代表這種人或按其指示行事的個人和實體提供任何資金、金融資產或經濟資源或金融或其他有關服務。」

⁶¹ 安理會第 1373(2001)號決議(S/RES/1373)第二段：「還決定所有國家應：(a)不向參與恐怖主義行為的實體或個人主動或被動提供任何形式的支持,包括制止恐怖主義集團招募成員和消除向恐怖分子供應武器；(b)採取必要步驟,防止犯下恐怖主義行為,包括通過交流情報向其他國家提供預警；(c)對於資助、計畫、支持或犯下恐怖主義行為或提供安全庇護所的人拒絕給予安全庇護；(d)

拒絕提供庇護、防止恐怖主義者利用本國領土、確保繩之以法並在「國內法規中確定此種恐怖主義行為是嚴重刑事罪行」、給予最大的司法互助、以及有效的邊境管制。以及第六段⁶²成立委員會籲請所有國家至遲於 90 天內向委員會提出執行該決議之報告。反恐委員會的第一任主席是英國駐聯合國大使 Jeremy Greenstock，在實踐的過程，考量到個別國家，在因應安理會所課予所有國家之義務，具有不同的執行能力，所以他將反恐委員會打造為全球反恐的主要機構。他指出反恐委員會的任務不是去指出以及判斷個別國家的執行狀況，而是與國家合作，協助國家符合第 1373 號決議之義務⁶³。因此，化解了不少由安理會少數國家決定多數國家之反恐國際法規範爭議⁶⁴。並在第 1535(2004)號決議成立反恐執行局⁶⁵，以加強委員會監測第 1373(2001)

防止資助、計畫、協助或犯下恐怖主義行為的人為敵對其他國家或其公民的目的利用本國領土；(e)確保把參與資助、計畫、籌備或犯下恐怖主義行為或參與支持恐怖主義行為的任何人繩之以法，確保除其他懲治措施以外，在國內法規中確定此種恐怖主義行為是嚴重刑事罪行，並確保懲罰充分反映此種恐怖主義行為的嚴重性；(f)在涉及資助或支持恐怖主義行為的刑事調查或刑事訴訟中互相給予最大程度的協助，包括協助取得本國掌握的、訴訟所必需的證據；(g)通過有效的邊境管制和對簽發身份證和旅行證件的控制，並通過防止假造、偽造或冒用身份證和旅行證件，防止恐怖分子和恐怖主義集團的移動」。

⁶² 安理會第 1373 (2001) 號決議(S/RES/1373)第六段：「決定按照其暫行議事規則第 28 條設立一個由安理會全體成員組成的安全理事會委員會，在適當專家的協助下監測本決議的執行情況，籲請所有國家至遲於本決議通過之日後 90 天，並於以後按照委員會提出的時間表，向委員會報告本國為執行本決議而採取的步驟」。

⁶³ See, e.g., Press Release, United Nations Security Council, Security Council Considers Terrorists Threats to International Peace, Security—Statement by Chairman of Counter-Terrorism Committee (Oct. 4, 2002).

⁶⁴ See, e.g., Luis Miguel Hinojosa Martinez, the Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits, 57 International and Comparative Law Quarterly 333 (2008).

⁶⁵ 安理會第 1535(2004)號決議(S/RES/1535)第二段：「決定振興後的委員會將包括全體會議—由安全理事會成員國組成—和主席團，後者包括主席和副主席，由即將作為一項特別政治任務而成立的反恐怖主義委員會執行局(下稱“反恐執行局”)協助，該局最初任期於 2007 年 12 月 31 日終了，接受全體會議的政策指導，安全理事會將在 2005 年 12 月 31 日前對其進行一次全面審查，以加強委員會監測第 1373(2001)號決議執行情況的能力，並有效地繼續委員會所進行的能力建設工

號決議執行情況的能力，並有效地繼續委員會所進行的能力建設工作。

2004年4月28日安全理事會第4956次會議通過第1540號決議，規範各國防制核生化武器及其運載工具擴散至非國家行為，該日成立1540委員會。1540委員會依據第1540號決議「前言部分」：「嚴重關注恐怖主義的威脅，以及非國家行為者，例如安全理事會第1267號決議所設委員會制定和保持的聯合國名單所列的和第1373號決議適用的非國家行為者可能獲取、開發、販運或使用核生化武器及其運載工具的危險」。第1540號決議具拘束力之規定如下，第一段：決定各國不得對獲取、開發、販運或使用核生化武器的非國家行為者提供支援⁶⁶；第二段：決定各國通過內國法律禁止非國家行為者從事上述活動⁶⁷；第三段：決定各國建立國內管制，應建立下列措施—衡算、實物保護、邊境管制與執法、以及出口和轉口管制以及資金服務之管制

作」；第三段：「還決定反恐執行局由執行主任領導，負責執行委員會報告(S/2004/124)所述各項任務，並請秘書長在本決議通過後45天內，與安理會協商並得到核准後，任命一位反恐執行局執行主任，執行主任應儘快就職」；第四段：「要求反恐執行局執行主任在就職30天內，與秘書長磋商並通過他向全體會議提出反恐執行局的組織計畫以供核准，組織計畫應包括反恐執行局的結構、所需員額、預算需求、管理方針、徵聘程式，應符合委員會的報告(S/2004/124)以及聯合國規則和條例，尤其應認識到新機構需要一個有效、合作性的管理結構，工作人員將是適用《聯合國憲章》第一百條的國際公務員，在效率、能力和忠誠方面都達到最高標準，並適當顧到從盡可能廣泛的地域徵聘工作人員」；第五段：「請委員會主席向安全理事會提交該組織計畫以供核准，並請秘書長迅速採取適當步驟執行該計畫，包括於適當時候請求大會批准」。

⁶⁶ 安理會第1540號決議(S/RES/1540)第一段：「決定各國應不向企圖開發、獲取、製造、擁有、運輸、轉移或使用核生化武器及其運載工具的非國家行為者提供任何形式的支援」。

⁶⁷ 安理會第1540號決議(S/RES/1540)第二段：「又決定各國應按照本國程式，通過和實施適當、有效的法律，禁止任何非國家行為者，尤其是為恐怖主義目的而製造、獲取、擁有、開發、運輸、轉移或使用核生化武器及其運載工具，以及禁止企圖從事上述任何活動、作為共犯參與這些活動、協助或資助這些活動的圖謀」。

措施⁶⁸。第四段：成立 1540 委員會，任期不超過兩年，向安理會報告本決議的執行狀況以供審查，各國至遲六個月向第 1540 號委員會提交採取步驟之報告⁶⁹。由於依據第 1673(2006)號決議⁷⁰「前言部分」：「回顧並非所有國家都已就本國為執行第 1540 (2004) 號決議所採取或準備採取的步驟向 1540 委員會提交報告」。第 1673 號決議具有拘束力之一部為了解決該問題之規定，上該決議第四段：任期延長兩年，直至 2008 年 4 月 27 日⁷¹；上該決議第五段：1540 委員會應加強努力推動決議執行，並處理衡算、實物保護、邊境管制和執法努力、國家對出口和轉口的管制，包括管制為這種出口和轉口提供資金和服務，例如融資等之問題⁷²；第六段：決定 1540 委員會提交報告說明如

⁶⁸ 安理會第 1540 號決議(S/RES/1540)第三段：「還決定各國應採取和實施有效措施，建立國內管制，以防止核生化武器及其運載工具的擴散，包括對相關材料建立適當管制，並為此目的應：(a) 制定和保持適當、有效的措施，對生產、使用、儲存或運輸中的這種物項進行衡算和保安；(b) 制定和保持適當、有效的實物保護措施；(c) 制定和保持適當、有效的邊境管制和執法努力，以便按照本國法律授權和立法，並遵循國際法，包括必要時通過國際合作，查明、阻止、防止和打擊這種物項的非法販運和中間商交易；(d) 對這些物項的出口和轉口建立、制定、審查和保持適當、有效的國家管制，包括適當的法律和條例，以管制其出口、過境、轉口和再出口，管制為這種出口和轉口提供資金和服務，例如有助於擴散的融資和運輸，以及建立最終用戶管制；並對違反這種出口管制法律和條例的行為制訂和實施適當的刑事或民事懲罰」。

⁶⁹ 安理會第 1540 號決議(S/RES/1540)第四段：「決定依據暫行議事規則第 28 條，設立一個安理會理事會的委員會，由安理會全體成員組成，任期不超過兩年，該委員會酌情借助其他專門知識，向安理會報告本決議的執行情況以供審查，並為此目的籲請各國從本決議通過之日起至遲六個月向該委員會提交第一份報告，說明為執行本決議所採取或準備採取的步驟」。

⁷⁰ S/RES/1673.

⁷¹ 安理會第 1673 號決議(S/RES/1673)第四段：「決定將 1540 委員會的任期延長兩年，直至 2008 年 4 月 27 日，並繼續由專家予以協助」。

⁷² 安理會第 1673 號決議(S/RES/1673)第五段：「決定第 1540 委員會應加緊努力，推動所有國家全面執行第 1540 (2004) 號決議，為此制定工作方案，包括彙編關於會員國執行第 1540 (2004) 號決議各方面狀況、外聯、對話、援助與合作的資訊，尤其是處理該決議第 1 和第 2 段各方面問題，以及第 3 段各方面問題，其中包括(a)衡算，(b)實物保護，(c)邊境管制和執法努力，(d)國家對出口和轉口的管制，包括管制為這種出口和轉口提供資金和服務，例如融資，並在這方面：(a) 鼓勵 1540 委員會與會員國繼續就全面執行第 1540 (2004) 號決議，包括就會員國為此須採取的進一步行動以及所需要和所願意提供的技術援助進行對話；(b)邀請 1540 委員會與會員國、國際組織、區域組織和次區域組織探討如何交流從第 1540 (2004) 號決議所涉領域中汲取的經驗教

何取得執行決議進展的方式以及執行的情況⁷³。第 1810(2008)號決議⁷⁴第六段：「決定將 1540 委員會的任務期限延長三年，至 2011 年 4 月 25 日，並繼續由專家提供協助」。以上三個決議構成了 1540 委員會的法律基礎。直至 2008 年 7 月一日為止，有 103 個國家回應 1540 委員會在 2007 年的要求，自 2004 年以來至少有提交一份報告的國家有 155 個⁷⁵，而有 37 個國家未提交第一份報告⁷⁶。儘管如此，在 1540 委員會提交安理會的報告，1540 委員會的建議對第 1540 號決議的有助於執行的方案中，有一大特色在其第 10 節第 140 段(e)項：各國應該被敦促，在自願的基礎上，準備報告⁷⁷，並在捐贈國自願金融協助下⁷⁸，以協助尚未履行第 1540 號決議的國家確定和解決它們在執行第 1540 (2004) 號決議方面的需要，指出並處理對 1540 號決議之執行所面對的問題⁷⁹。

訓，以及是否存在可能有助於執行第 1540(2004)號決議的方案」。

⁷³ 第 1673 號決議第六段：「決定 1540 委員會至遲於 2008 年 4 月 27 日向安全理事會提交報告，說明通過在執行第 1540 (2004) 號決議各項要求方面取得進展的方式遵守該決議的情況」。

⁷⁴ S/RES/1810.

⁷⁵ Report of the Committee Established pursuant to Security Council Resolution 1540 (2004), S/2008/493, para. III 17.

⁷⁶ Id. para. III 18.

⁷⁷ Id. para. X. 140. (e): “States should be encouraged to prepare on a voluntary basis, with the assistance of the Committee as appropriate, summary action plans mapping out their priorities and plans for implementing the key provisions of resolution 1540 (2004) and to submit those plans to the Committee.”

⁷⁸ 安理會第 1810 號決議(S/RES/1810)第十三段：「敦促 1540 委員會鼓勵並充分利用自願財政捐項，以協助各國確定和解決它們在執行第 1540 (2004) 號決議方面的需要，並請 1540 委員會考慮改進和更有效利用現有供資機制的備選辦法，至遲於 2008 年 12 月 31 日向安理會報告其對此事的審議情況」。

⁷⁹ Id. para. X. 140. (m): “The Committee should encourage and take full advantage of voluntary financial contributions to assist States in identifying and addressing their needs for the implementation of resolution 1540 (2004) and the Committee should consider options for developing and making more effective existing funding mechanisms.”

第四項 第四十一條、第四十二條、及第五十一條

安理會的執行辦法主要可以區分為《憲章》第四十一條之「武力以外之辦法」以及《憲章》第四十二條之「空海陸軍行動」，因此簡單區分而言，可以將自 1946 年以來所有的安理會決議區分為以下三種：

第一、非依據《憲章》第七章所通過之執行辦法；第二、第四十一條之武力使用以外之辦法；第三、第四十二條之武力使用之辦法。

本論文以為，由於近年來安理會決議的實踐，可以再將第四十一條之武力使用以外之辦法，區分為二種。依據《憲章》第四十一條後半部之解釋：「此項辦法得包括經濟關係、鐵路、海運、航空、郵、電、無線電、及其他交通工具，之局部或全部停止，以及外交關係之斷絕。」但是《憲章》第四十一條之規定是以列舉之方式，所提出非武力使用以外之辦法係指包括經濟制裁，而非窮盡所有第四十一條的辦法。本論文以為，依據目前的安理會決議之實踐，在實踐上已經存在其他之辦法。本論文將經濟制裁以外之第四十一條之其他辦法，稱之為安理會的一部分的立法功能。

然而如果以這樣的方式來定義安理會的立法功能，定義上可能會過於狹窄，因為這樣可能會排除了以安理會決議的實踐來解釋聯合國《憲

章》的相關條文之相關安理會決議，特別是實踐上對《憲章》第三十九條之擴張性解釋之面向，以及可能會排除了安理會決議對武力使用之國際法規範之影響之面向。安理會與國際法院的關係以及與大會的關係之相關《憲章》條文之解釋也被忽略。

當學者 Rosalyn Higgins 在 1963 年討論聯合國政治機關的對國際法產生的影響時⁸⁰，安理會決議每年不到十個沒有什麼機會闡明《憲章》第二條第四項⁸¹以及第五十一條⁸²裡的限制為何。不知道如何解釋在第二條第四項中「使用武力」之於侵害「領土完整」以及「政治獨立」之意思；以及何謂「與聯合國宗旨不符之任何其他方法」。也不知道在第五十一條中何種情況所構成的「武力攻擊」，得啟動「單獨」或「集體」「自衛」；以及「在安全理事會採取必要辦法以前」遭受「武力攻擊」之國家可預期的行動為何。而對《憲章》第三十九條⁸³的啟動機制，安理會決議第 82 號⁸⁴、第 83 號決議⁸⁵、以及第 84 號決議⁸⁶在蘇聯缺席的情況下做出對和平之破壞的斷定，但未引用《憲章》第三

⁸⁰ Rosalyn Higgins, *The development of international law through the political organs of the United Nations*, New York: Oxford University Press, 1963.

⁸¹ 各會員國在其國際關係上不得使用威脅或武力，或以與聯合國宗旨不符之任何其他方法，侵害任何會員國或國家之領土完整或政治獨立。

⁸² 聯合國任何會員國受武力攻擊時，在安全理事會採取必要辦法，以維持國際和平及安全以前，本憲意不得認為禁止行使單獨或集體自衛之自然權利。會員國因行使此項自衛權而採取之辦法，應立向安全理事會報告，此項辦法於任何方面不得影響該會按照本《憲章》隨時採取其所認為必要行動之權責，以維持或恢復國際和平及安全。

⁸³ 安全理事會應斷定任何和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為之是否存在，並應作成建議或抉擇依第四十一條及第四十二條規定之辦法，以維持或恢復國際和平及安全。

⁸⁴ S/RES/82.

⁸⁵ S/RES/83.

⁸⁶ S/RES/84.

十九條，也未引用《憲章》第七章，因此對《憲章》條文的意義仍不能做出明確實踐上的解釋。另外對於使用《憲章》第四十條至第四十二條之措施是否有先決條件及法律上的限制範圍也不清楚，甚至對何謂《憲章》第二條第7項⁸⁷的「第七章內執行辦法」也不清楚。所以在1963年學者Rosalyn Higgins研究得出的結論即是，儘管當時安理會決議不多，但是安理會決議已經對國家使用武力的法律限制做出解釋。也就是說安理會在根據聯合國《憲章》的宗旨與原則以及《憲章》所賦予安理會之職權，對國家依據國際法及《憲章》做出的法律主張，做出通過安理會決議之以之回應時，安理會決議就在某種程度上決定了《憲章》第二條第四項以及第五十一條的法律界定範圍之解釋，以及豐富了武力使用與自衛權使用的國際習慣法之內容。安理會儘管作為聯合國政治機關，在本方面，某種意義上就有了立法功能。

安理會之立法功能之安理會決議，基本上擴張了對《憲章》第四十一條條文之解釋，使得《憲章》第四十一條不但授權安理會經濟制裁的權利也授權了安理會立法功能之權利。此種以安理會本身之實踐來解釋《憲章》條文之方式，基本上獲得國際法院之支持。在1971年的納米比亞案⁸⁸，國際法院為了裁決安理會常任理事國缺席投票不影響

⁸⁷ 本《憲章》不得認為授權聯合國干涉在本質上屬於任何國家國內管轄之事件，且並不要求會員國將該項事件依本《憲章》提請解決；但此項原則不妨礙第七章內執行辦法之適用。

⁸⁸ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June

安理會決議合法通過，法院在該案中提及聯合國會員國所通常性接受之安理會會員國之實踐，可以作為條約法公約第三十一條第三項(b)項意義下之嗣後慣例，而得將《憲章》第二十七條第三項之「全體常任理事國之同意票」，解釋為缺席同票不影響安理會決議之通過；而在 1962 年的聯合國特定經費案⁸⁹，國際法院也支持在沒有特定規則來闡明國際組織內的制度的合法性時，每個制度自己得決定其管轄權。上述二案均支持《憲章》第四十一條之擴張性之解釋方式。

在武力使用國際法規範方面，安理會的立法功能主要表現在三個領域，第一是「禁止威脅或使用武力原則」的內涵，以及《憲章》第二條第四項「各會員國在其國際關係上不得使用威脅或武力，或以與聯合國宗旨不符之任何其他方法，侵害任何會員國或國家之領土完整或政治獨立」中的「國際關係」、「與聯合國宗旨不符之任何其他方法」、「領土完整」、以及「政治獨立」等詞的意義，第二是有關安理會依第七章內「執行辦法」(enforcement action)的意義，以及《憲章》第二條第 7 項「本《憲章》不得認為授權聯合國干涉在本質上屬於任何國家國內管轄之事件，且並不要求會員國將該項事件依本《憲章》提請解決」中「國內管轄之事件」的意義，第三是有關自衛權的範圍以

1971.

⁸⁹ ICJ, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962.

及《憲章》第五十一條「聯合國任何會員國受武力攻擊時，在安全理事會採取必要辦法，以維持國際和平及安全以前，本憲意不得認為禁止行使單獨或集體自衛之自然權利。會員國因行使此項自衛權而採取之辦法，應立向安全理事會報告」中「單獨或集體自衛之自然權利」以及「應立向安全理事會報告」之意義，透過安理會的決議，在聯合國《憲章》規範制定之初，國際法在此等武力使用領域的許多空白⁹⁰，經由實踐而獲得了一個較清晰的輪廓，這些內容都會在後面作詳盡的討論。

第三節 《聯合國憲章》第二條第七項

第一項 國內管轄事件的認定

依據聯合國《憲章》之規定，安理會對「國內管轄之事件」與「國際事件」所擁有的權限係有很大的不同，聯合國《憲章》第二條第7項前半段之規定：「本《憲章》不得認為授權聯合國干涉在本質上屬於任何國家國內管轄之事件，且並不要求會員國將該項事件依本《憲章》提請解決」即已非常清楚闡明此一原則⁹¹。儘管同條後半段具有「但

⁹⁰ Jose E. Alvarez, *International organizations as Law-makers*, New York: Oxford University Press, 2005, at p.185.

⁹¹ 學者 Tsagourias 稱本項原則為：「輔助性原則」(the Principle of Subsidiarity)，亦即在決定安理會以及國家何者具有行使立法權及管轄的權威時，應採取誰最能有效行使該項權力用以達到維持

此項原則不妨礙第七章內執行辦法之適用」之例外，但是該例外的範圍係有限制的。

「但此項原則不妨礙第七章內執行辦法之適用」之例外之適用範圍為何呢?該例外適用的範圍應僅限於「第七章內執行辦法」，而該辦法指的是聯合國《憲章》第三十九條後半段：「並應作成建議或抉擇依第四十一條及第四十二條規定之辦法，以維持或恢復國際和平及安全」，由於本文所探討的是「起訴犯下國際罪行的個人」，所以不是第四十二條所指的武力使用之辦法，而是第四十一條前半段所規定的「安全理事會得決定所應採武力以外之辦法，以實施其決議，並得促請聯合國會員國執行此項辦法」。對於「此項辦法」包括哪些?同條後半段係以列舉而不窮盡之方式規定此項辦法「得」包括「經濟關係、鐵路、海運、航空、郵、電、無線電、及其他交通工具，之局部或全部停止」，以及「外交關係之斷絕」。

各會員國依據聯合國《憲章》第二十五條後半段：「接受並履行安全理事會之決議」，而其要件為第二十五條前半段：「聯合國會員國同意依《憲章》之規定」。而《憲章》之規定是依據聯合國《憲章》第三十九條前半段：「安全理事會應斷定任何和平之威脅、和平之破壞、

和平與安全的目的作為判準。參見：Nicholas Tsagourias, Security Council Legislation, Article 2(7) of the UN Charter, and the Principle of Subsidiarity, 24 Leiden Journal of International Law 539 (2011).

或侵略行為之是否存在」所以安理會得依據本規定界定第七章內執行辦法之適用範圍。但是依據下列規定可知安理會界定第七章內執行辦法之適用範圍的權限係受到限制。

聯合國各會員國依據聯合國《憲章》第四十三條第一項前半段：「為求對於維持國際和平及安全有所貢獻起見，擔任於安全理事會發令時，並依特別協定」，亦即在安理會發布決議時，依同條後半段各會員國將「供給為維持國際和平及安全所必需」之「軍隊、協助、及便利，包括過境權」而如果「依特別協定」則依據第四十三條後半段，此項特別協定應以安全理事會之「主動，盡速議訂」。此項協定應由「安全理事會與會員國或由安全理事會與若干會員國之集團締結之」，並由簽字國各依其「憲法程序批准之」。

並且依據聯合國《憲章》第四十八條為了執行「為維持國際和平及安全」之安理會決議所「必要之行動」，至於由哪些會員國擔任執行該「必要之行動」，依據同條第一項，係依據「安全理事會之決定」，並且此項安理會決議，依據同條第二項，應由會員國以其「直接行動」履行之，以及「經其加入為會員之有關國際機關之行動履行之」。以及依據聯合國《憲章》第四十九條聯合國會員國為了「執行安全理事會所決定之辦法」應「通力合作，彼此協助」。

由上所述可以發現「第七章內之執行辦法」之適用範圍，儘管在安理會依據聯合國《憲章》第三十九條之「斷定」後，即可適用為「維持國際和平及安全所必需」之「執行辦法」，但是如果詳細探究條文中所規定的「辦法」即可以發現，這些「執行辦法」除了聯合國《憲章》第四十二條的「武力使用之辦法」以外，「執行辦法」不外乎：「經濟關係、鐵路、海運、航空、郵、電、無線電、及其他交通工具，之局部或全部停止」以及「外交關係之斷絕」⁹²；「軍隊、協助、及便利，包括過境權」或依據安理會與會員國所簽的「特別協定」，並依其「憲法程序批准之」⁹³；「必要之行動」應由會員國以其「直接行動」履行之，以及「經其加入為會員之有關國際機關之行動履行之」⁹⁴。

上述這些「非武力使用之辦法」除了「便利，包括過境權」以及或依據安理會與會員國所簽的「特別協定」，並依其「憲法程序批准之」係涉及「國內管轄之事項」，其他的「辦法」係為國家的「涉外事項」。也就是說，安理會對一國「國內管轄之事項」之「干涉」僅在要求「便利，包括過境權」上適用，如果要在其他「在本質上屬於任何國家國內管轄之事件」進行干涉，則必須簽署「特別協定」，並且此項特別協定應以安理會之「主動，盡速議訂」並應由「安全理事會與會員國

⁹² 聯合國《憲章》第四十一條。

⁹³ 聯合國《憲章》第四十三條。

⁹⁴ 聯合國《憲章》第四十八條。

或由安全理事會與若干會員國之集團締結之」，並由簽字國各依其「憲法程序批准之」。

儘管《憲章》第二條第七項限縮聯合國干預國內事務的權利，以及安理會主要職責為維持國際和平與安全，在實踐上很多安理會決議處理到人權問題。從 1946 年安理會成立之初，安理會第 4 號(1946 年)⁹⁵決議遣責佛朗哥獨裁以及討論是否對國際和平與安全構成威脅以後，安理會決議就常譴責人權的侵害並認定對國際和平與安全構成威脅而通過第七章之決議。

由安理會立法功能之決議來回應人權危機最早可以回溯到 1966 年的對南羅德西亞的種族隔離政策之制裁，儘管脫離英國獨立所引起的對國際安全之威脅與人權問題似乎無關，但安理會通過在第 216 號(1965 年)決議⁹⁶譴責南羅德西亞為「種族主義非法少數政權」，斷定南羅德西亞的種族隔離政策威脅國際和平，卻也引不少爭議。爾後以此先例在第 264 號(1969 年)決議⁹⁷「認為南非繼續留在納米比亞為非法」，並通過對南非種族隔離政策之制裁決議。在冷戰結束後更大量使用國內人權危機威脅到國際和平與安全之策略進行制裁或是對於國內民主

⁹⁵ S/RES/8.

⁹⁶ S/RES/216.

⁹⁷ S/RES/264.

選舉表示贊同或反對，例如在第 688 號⁹⁸針對伊拉克對庫德族與什葉派少數之侵害之制裁，在第 810 號(1993 年)決議⁹⁹相信柬埔寨「選舉為自由與公平」，在第 824 號¹⁰⁰因南斯拉夫對波斯尼亞-赫塞哥維納以及克羅埃西亞之種族清洗之而對南斯拉夫進行制裁，在第 929 號¹⁰¹以及 981 號¹⁰²對盧安達種族滅絕之制裁，而在第 940 號(1994 年)決議¹⁰³第四段：「根據《聯合國憲章》第七章採取行動,授權各會員國組成一支統一指揮和控制的多國部隊,在此框架內使用一切必要手段促使軍隊領導人按照《加弗納斯島協定》離開海地,合法當選總統立即返國和恢復海地政府合法主管當局,建立和保持安全和穩定的環境,以便實施《加弗納斯島協定》」,在本決議授權武力使用來回復海地民選之民主政府，而學者 Thomas Franck 更以為國際習慣法上逐漸形成的國際法上國內民主治理規範之基礎¹⁰⁴。以及其他案件像是賴比瑞亞、剛果、中非共和國、獅子山共和國之人權危機之處裡。但也有些案件像是 1992 年以及 1993 年的索馬利亞危機、1993 年的安哥拉危機、1999 年的東帝汶危機，儘管為第七章之決議，但是並未引用對國際和平與安全構成威脅作為理由。

⁹⁸ S/RES/688.

⁹⁹ S/RES/810.

¹⁰⁰ S/RES/824.

¹⁰¹ S/RES/929.

¹⁰² S/RES/981.

¹⁰³ S/RES/940.

¹⁰⁴ Thomas Franck, the Emerging Right to Democratic Governance, 86 American Journal of International Law 45 (1992).

另一方面安理會也以成立國際刑事法庭來處理人權侵害問題。自從紐倫堡大審後，在冷戰期間國際上以刑法來處理嚴重人權侵害之刑事罪行只能期待而不能實現之。冷戰後，安理會分別在 1993 年通過第 827 號決議建立前南斯拉夫特設法庭以及 1994 年通過 955 號決議¹⁰⁵ 建立盧安達特設法庭。不僅如此，安理會也在決議附件定義何謂國際刑事罪行以及基本程序規則。值得注意的是第 912 號¹⁰⁶、第 918 號¹⁰⁷、第 935 號決議¹⁰⁸ 直接定義盧安達之事件為種族滅絕。

安理會也做出不少類似準司法機關的行為的決議，在利比亞事件，安理會在第 731 號決議¹⁰⁹ 強制恐怖分子轟炸嫌疑犯移交送審，利比亞在國際法院主張 1971 年的蒙特婁公約允許引渡或起訴的裁量空間¹¹⁰，儘管在 1992 年國際法院駁回利比亞臨時措施之請求，然而在 1998 年國際法院也駁回美國與英國國際法院無管轄權之主張¹¹¹，而在 2003

¹⁰⁵ S/RES/955.

¹⁰⁶ S/RES/912.

¹⁰⁷ S/RES/918.

¹⁰⁸ S/RES/935.

¹⁰⁹ S/RES/731.

¹¹⁰ ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992; ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992.

¹¹¹ ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998; ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998.

年洛克比案在兩造同意下撤銷本案¹¹²。

安理會在 2000 年以後因應當時大會千禧年目標之推動，以及學界開始重視婦女、兒童、愛滋病等新興人權議題，所以安理會也在這些領域通過相關決議，但是由於不引用《憲章》第七章，被視為不具拘束力，但具宣言之性質之決議。比較具代表性的決議例如：在第 1308 號(2000 年)決議¹¹³表示關注到愛滋病毒/愛滋病對人類所造成的危害並且鼓勵會員國家加強合作制定有效的防制政策；在第 1325 號(2000 年)¹¹⁴處理婦女議題以及在執行《憲章》第四十一條採取措施時須注意有關婦女議題以便適用人道豁免規定；在第 1327 號(2000)¹¹⁵處理聯合國和平行動所需遵守的原則；在第 1366 號(2001 年)決議¹¹⁶決心實現預防衝突之目標；在第 1379 號(2001 年)決議¹¹⁷以及第 1460 號(2003 年)決議¹¹⁸處理兒童議題，強調在地區情勢處理上需要關注兒童的特別需要。這些新興議題之決議不在本論文之分析範圍內，但是可能在未來討論安理會之立法功能時必須要將之納入討論。

¹¹² ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Cases removed from the Court's List at the joint request of the Parties, Press Release 2003/29, 10 September 2003.

¹¹³ S/RES/1308.

¹¹⁴ S/RES/1325.

¹¹⁵ S/RES/1327.

¹¹⁶ S/RES/1366.

¹¹⁷ S/RES/1379.

¹¹⁸ S/RES/1460.

第二項 國家責任以及個人責任

安理會透過第 39 條斷定任何和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為之是否存在，將造成原本只產生國家責任的事項出現個人責任，亦即一國國民之不法行為原本依據第 7 條第 2 項僅屬於國內管轄事項，而該國國民之不法行為所產生的是國家責任，亦即國家必須對於其本國國民之行為負賠償之責任，但是安理會透過第 3 條有可能斷定該事項係屬「國際事件」而產生該國國民的個人責任。

論及安理會立法與國家責任以及個人責任，首先會注意到最典型的例子是安理會通過決議對不遵守安理會決議之國家進行經濟制裁。例如在洛克比案，安理會首先依《憲章》第六章通過安理會決議第 731 號決議¹¹⁹督促利比亞合作消滅國際恐怖主義，接著依《憲章》第七章通過第 748 號¹²⁰決議，抉擇利比亞必須全部有效回應美、英、法三國引渡嫌疑犯之要求，假使利比亞不遵守此一規定，依第 748 號決議第三條規定，各國必須遵守其後所羅列之對利比亞制裁之規定，此等制裁之法律效果，牽涉到國家責任之國際法。如果按學者 Roberto Ago¹²¹之看法，國際法分為「主要規範」(primary norm)與「次要規範」(secondary

¹¹⁹ S/RES/731.

¹²⁰ S/RES/748.

¹²¹ International Law Commission, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-first session, 2 June-8 August 1969, pp. 80-81, U.N. Doc. A/CN.4/220 (1969).

norm)二種，主要規範指的是國家在國際法上之權利義務，次要規範指的是違反主要規範之法律效果，因此，安理會之制裁所引起之國際法法律效果，是落在次要規範層次，亦即國家責任層次。

安理會制裁所引起之國家責任最主要是牽涉到「一國受害援引責任」與「一受害國以外的一國援引責任」之不同，各國被安理會要求，對違反安理會決議之國家進行制裁，各國制裁之行為之合法性在國際法上是有疑義的，因為各國並未因違反安理會決議之國家而受到傷害，因此各國如何可以援引責任而加以制裁呢？各國制裁之法源依據是安理會決議之要求，但此等安理會決議之合法性會受到質疑，因為安理會決議之目的是維持或恢復國際和平安全，而安理會制裁之目的是為了「實施其決議」¹²²，因此必須要有和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為之存在，才有制裁之必要，換句話說，安理會制裁，必須要符合一受害國以外的一國援引責任之要件才屬合法

因此由於安理會依第七章決議之拘束力，一受害國以外的一國援引責任之要件，在某種程度而言，要求安理會決議之制裁成為了權威性認定—各國認定其事件已確立了對聯合國會員國國家集團之集體利益之違背，亦即國際和平安全之集體利益義務之違背，所以一受害國以

¹²² 聯合國《憲章》第 41 條。

外之一國得援引國家責任，不僅如此，更界定了對世之普遍責任之法律意義，例如依據安理會決議第 748 號，安理會此等制裁之義務並非僅限於會員國，而是對所有國家都有拘束力，因此在此等意義下，要求安理會決議之制裁確立了對整個國際社會承擔義務之違背，換句話說，在此等情形下，違反安理會決議而被制裁之國家實已違背了對世之普遍責任，因此一受害國以外的一國得援引國家責任，對其作出制裁，因此依安理會第 748 號決議之觀點，利比亞之國際恐怖主義罪行實已構成了對世之普遍責任，因此總的來說，安理會制裁對對世之普遍責任實質內涵有很大的貢獻。



第四章 安理會反恐與立法規範的確立

第一節 安理會反恐決議與反恐輔助機關

第一項 安理會反恐的輔助機構

聯合國安全理事會(以下簡寫為安理會)作為「維持國際和平與安全之主要責任」¹的機關是聯合國防止與防制恐怖主義²行為建制的設計者與監督者。透過一系列的安理會決議(以下簡寫為決議)³，安理會建立了一個完整的反恐建制⁴。這個建制與傳統安理會決定的建制在很多面向上有所不同，反恐建制最大的不同點在於安理會透過《聯合國憲

¹ 《聯合國憲章》第二十四條第一項：「為保證聯合國行動迅速有效起見，各會員國將維持國際和平與安全之主要責任，授予安全理事會，並同意安全理事會於履行此項責任下之職務時，即係代表各會員國」。

² 恐怖主義的定義常有爭議，本文所用的定義是安理會在第 1566(2004)號決議(S/RES/1566)對恐怖主義給予之界定，考其用字不用「決定」而用「回顧指出」，所以不具拘束力，但可以理解為對恐怖主義在安理會決議中的意義做了權威性的解釋，因而本定義對安理會所建立起的反恐建制適用，也對本文適用；恐怖主義的定義在第 1566(2004)號決議(S/RES/1566)第三段：「回顧指出，以在公眾或某一群體或某些個人中引起恐慌、恫嚇人民或迫使政府或國際組織採取或不採取行動為宗旨，意圖造成死亡或嚴重身體傷害、或劫持人質的犯罪行為，包括針對平民的此種行為，均為有關恐怖主義的國際公約和議定書範圍內界定的犯法行為，在任何情況下，均不得出於政治、哲學、意識形態、種族、族裔、宗教上的考慮或其他類似性質的考慮而視為正當行為，並籲請各國防止此類行為發生，如果未能加以防止，則確保按其嚴重性質予以懲罰」。

³ 本文所引用的決議以依據《聯合國憲章》第七章所通過具拘束力的決議為主，如果引用不具拘束力的決議會特別指出。決議的拘束力要件在文後會討論。

⁴ 反恐建制廣義的定義係指防止與防制恐怖主義之國際法規範，但此處作者採取狹義的定義，依據作者在本文之定義，反恐建制係自 1999 年 10 月 15 日安理會第 4051 次會議通過所通過的第 1267(1999)號決議(S/RES/1267)以來所有與恐怖主義相關之決議所構成的國際法體系。選擇第 1267(1999)號決議作為起始點係因為它是第一個制裁範圍遍及全球的反恐決議，這個可以從第 1267(1999)號決議第三段：「決定在 1999 年 11 月 14 日，所有國家均應採取下文第 4 段規定的措施，除非在此之前安理會已依據秘書長的報告作出決定，認為塔利班已全面遵守上文第 2 段規定的義務」看得出。

章》第二十九條⁵以及《安全理事會暫行議事規則》第二十八條⁶成立三個委員會來監督決議執行的成效，並且規範的對象也擴及了非國家行為者⁷。

安理會針對反恐所成立的三個委員會分別如下：第一、反恐怖主義委員會(簡稱為反恐委員會)以及反恐怖主義委員會執行局(簡稱為反恐執行局)；第二、制裁基地組織/塔利班委員會(簡稱為 1267 委員會)及其分析支助和制裁監測小組(簡稱為監測組)；以及第三、1540 號委員會；其中反恐委員會的對象是國家，1267 委員會的對象是「烏薩馬·本·拉丹、“基地”組織成員和塔利班以及與他們有關的其他個人、集團、企業和實體」⁸，而 1540 號委員會的對象是核生化武器的擴散以及非國家行為者之使用。

第 1566(2004)號決議⁹「前言部分」則籲請上開三個委員會的相互合

⁵ 《聯合國憲章》第二十九條：「安全理事會得設立其認為於行使職務所必需之輔助機關」。

⁶ 《安全理事會暫行議事規則》第二十八條：「安全理事會可為某一特定問題指派一個委員會，或一名報告員」；Rule 28, “The Security Council may appoint a commission or committee or a rapporteur for a specified question.”

⁷ 安理會第 1540(2004)號決議(S/RES/1540)適用對象擴及非國家行為者；上該決議「前言部分」：「嚴重關注恐怖主義的威脅，以及非國家行為者^{*}，例如安理會第 1267 號決議(S/RES/1267)所設委員會制定和保持的聯合國名單所列的和第 1373 號決議(S/RES/1373)適用的非國家行為者可能獲取、開發、販運或使用核生化武器及其運載工具的危險」；上該決議「註腳部分」：「*僅適用於本決議的定義：...非國家行為者：未經任何國家合法授權而進行本決議範圍內活動的個人或實體。」

⁸ 安理會第 1390 號決議(S/RES/1390)第二段：「決定所有國家均應對烏薩馬·本·拉丹、“基地”組織成員和塔利班以及依照第 1267(1999)號和第 1333(2000)號決議(S/RES/1333)編寫的清單所列與他們有關的其他個人、集團、企業和實體採取下列措施，這份清單將由第 1267 (1999) 號決議所設委員會，以下稱為“委員會”，定期更新」，將 1267 號委員會的制裁對象擴增至烏薩馬·本·拉丹、“基地”組織成員和塔利班以及與他們有關的其他個人、集團、企業和實體。

⁹ S/RES/1566.

作：「籲請各國充分配合第 1373(2004)號決議所設反恐怖主義委員會（反恐委員會），包括最近設立的反恐怖主義委員會執行局（反恐執行局），第 1267(1999)號決議¹⁰所設“制裁基地組織/塔利班委員會”及其分析支助和制裁監測組，以及第 1540(2004)號決議所設委員會，還籲請這些機關彼此加強合作」。

第二項 安理會反恐決議

安理會透過對「和平之威脅」¹¹之擴大解釋，確立了「重申一切形式和表現的恐怖主義，都是對國際和平與安全的最嚴重威脅之一」之原則¹²。並且，反恐建制成為展示安理會形塑國際法或成為全球立法者

¹⁰ S/RES/1267.

¹¹ 《聯合國憲章》第三十九條「安全理事會應斷定任何和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為之是否存在，並應做成建議或抉擇依第四十一調貨四十二條規定之辦法，以維持或恢復國際和平及安全。」

¹² 依據具有拘束力之決議慣例，在決議「前言部分」會有「...國際和平與安全...威脅」之字句，而在決議「執行部分」會有「依據《聯合國憲章》第七章採取行動...決定...」之字句，用以表示以下內容具有拘束力；在「執行部分」如果不是以「決定」作為開頭則不具拘束力；在「執行部分」如果出現以「決定」作為開頭，但未引用《聯合國憲章》第七章，則其法律依據是來自其內部的組織法——《暫行議事規則》，對安理會及其輔助機關具有拘束力。在安理會決議歷史早期的第 232(1966)號決議(S/RES/232)明白以第三十九條以及第四十一條作為法律依據，但自第 253(1968)號決議(S/RES/253)以後安理會是以《聯合國憲章》第七章作為法律依據。第 1718(2006)號決議(S/RES/1718)除了《聯合國憲章》第七章，又特別提及了第四十一條。下列決議具有拘束力之決議慣例形式，整理如下：第 1267(1999)號決議(S/RES/1267)，「認定塔利班當局不遵從第 1214(1998)號決議第 13 段的要求，對國際和平與安全構成威脅」；第 1333 (2000) 號決議(S/RES/1333)「認定塔利班當局不遵從第 1214(1998)號決議第 13 段和第 1267 (1999) 號決議第 2 段的要求，對國際和平與安全構成威脅」；第 1373 (2001) 號決議(S/RES/1373)，「2001 年 9 月 11 日...發生的恐怖主義攻擊，...如同任何國際恐怖主義行為，對國際和平與安全構成威脅」；第 1390 (2002) 號決議(S/RES/1390)，「國際恐怖主義行為對國際和平與安全構成威脅」；第 1455 (2003) 號決議(S/RES/1455)，「國際恐怖主義行為對國際和平與安全構成威脅」；第 1526(2004)號決議(S/RES/1526)，「以對付“基地”組織和塔利班成員以及與它們有關的任何個人、集團、企業和實體繼續對國際和平與安全構成的威脅」；並在第 1822(2008)號(S/RES/1822)：「重申一切形式和表現的恐怖主義，都是對國際和平與安全的最嚴重威脅之一」。

的辯論的主要場合¹³。

決議之拘束力之主要原則是《聯合國憲章》授權安理會維持國際和平安全之「主要責任」，並依據《憲章》第七章第四十一條安理會決定武力以外之辦法¹⁴，而依據《憲章》第二十五條「聯合國會員國同意依《憲章》之規定接受並履行安全理事會之決議」，並依據《憲章》第一〇三條，其與任何其他國際協定所負之義務有衝突時，其在《憲章》下之義務應居優先¹⁵。因此安理會依據第七章所通過的決議具有拘束力，並優先適用。

決議之拘束力三大要件：第一、假使決議與絕對法經國際法之一般方法解釋¹⁶後仍有衝突，該衝突部份之決議不具拘束力，然而此部分涉及司法審查管轄權問題以及有論者謂對決議解釋應以一般性適用或特殊性適用之問題¹⁷，在文後詳加討論，不過目前還沒有法院確定判決確立具有審查決議的管轄權的實例，自然也就沒有如何解釋決議的

¹³ See, e.g., Paul Szasz, the Security Council Starts Legislating, 96 American Journal of International Law 901 (2002).

¹⁴ 《聯合國憲章》第四十一條：「安全理事會得決定所應採武力以外之辦法，以實施其決議，並得促請聯合國會員國執行此項辦法。此項辦法得包括經濟關係、鐵路、海運、航空、郵、電、無線電、及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交關係之斷絕」。

¹⁵ 《聯合國憲章》第一〇三條：「聯合國會員國在本《憲章》下之義務與其他任何其他國際協定所負之義務有衝突時，其在本《憲章》下之義務應居優先」。

¹⁶ 條約的解釋一般以條約法公約第三十一條之第三十三條為依據。《維也納條約法公約》第三十一條第一項：「條約應依其用語按其上下文並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，善意解釋之。」以及同條第三項(乙)項：「嗣後在條約適用方面確定各當事國對條約解釋之協定之任何慣例」。

¹⁷ Efthymios Papastavridis, Interpretation of Security Council Resolution under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis, 56 International and Comparative Law Quarterly 83, January 2007.

問題；第二、《聯合國憲章》第二十四條第二項前段：「安理會於履行此項職務時，應遵守聯合國之宗旨及原則」，而作者以為「重申一切形式和表現的恐怖主義，都是對國際和平與安全的最嚴重威脅之一」之原則已經藉由決議而確立¹⁸，所以安理會通過反恐決議並不超過聯合國宗旨與原則所授予權限¹⁹。第三、依據決議第 1535(2004)號²⁰「前言部分」：「各國必須確保為打擊恐怖主義而採取的任何措施符合國際法規定的全部義務，並應按照國際法，尤其是國際人權、難民和人道主義法採取這種措施」，因此決議的拘束力在於其符合國際人權法、國際人道法、以及難民公約等之國際法規範，1267 號委員會之名單建立的程序有違反以上規範可能²¹，除了安理會不斷的修正名單建立與移除之程序外，各國在執行名單之制裁時也有考慮到違反基本人權規範而加以修改之實例²²(內國法院對綜合名單是否違反基本人權的

¹⁸ 安理會決議第 1267 號(S/RES/1267)。

¹⁹ 聯合國宗旨與原則規定在《聯合國憲章》第一章第一條與第二條。

²⁰ S/RES/1535.

²¹ 例如可能會違反公平審判或有效救濟的人權問題。See, e.g., Larissa Van den Herik, The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual, 20 Leiden Journal of International Law 797 (2007).

²² See e.g., ECJ, Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council & Community, Joined Cases C-402/05 P and 415/05 P, 2008 ECR I-6351. 該案簡單摘要如下，歐體規則 881/2002 (Council regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002)凍結 Kadi 的資產係依據安理會綜合名單之規定，Kadi 主張公平審判以及私有財產保護的人權法益被歐體規則 881/2002 所侵害，ECJ 認定歐體規則違反歐體基本人權法，撤銷歐體規則 881/2002 適用，但是 ECJ 謹慎避開處理安理會決議是否違反基本人權或絕對法之問題，係以不得以 1957 年前之國際協定義務主張優先於歐體法秩序之核心基礎適用，而得出在歐體內部法位階上憲法性原則與基本人權規範優先於國際法——安理會決議適用之結論。儘管歐盟法院在卡迪案「判決主文」(*dispositif*)第 2 段裁定歐體規則第 881/2002 號自判決通過日起(2008 年 9 月 3 日)三個月內失效，歐盟執委會於 2008 年 11 月 28 日通過第 1190/2008 號規則(Commission Regulation 1190/2008 of 28 November 2008, 2008 O.J. (L 322) 25)繼續將 Kadi 與 Al Barakaat 列為資助恐怖主義者之凍結名單之中，該規則之理由是安理會以例外的方式提供歐盟主席有關 Kadi 與 Al Barakaat 之進一步資訊。參見：Gráinne de Búrca, the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi, 51 Harvard International Journal 1 (2010), at p.26, para.144. "It seems that the Security Council on October 21, 2008 provided the EU presidency (on an

案例分析將在下一章討論)，但是，作者以為對此部分應理解為各國實踐後對名單程序的修改使其更加周全，而非各國不遵守由決議所設立的 1267 號委員會之名單。名單的程序在文後討論。

反恐建制三個領域分別由一系列決議構成，分別是：第一是由第 1373 (2001) 號決議為首的一系列決議²³ 決定國家防止和制止資助恐怖主義行為，並由反恐委員會以及反恐執行局進行監督；第二個是由第 1267 (1999) 號決議為首的一系列決議決定，凍結恐怖主義行為的個人或集團的資金，並由制裁基地組織/塔利班委員會及其分析支助和制裁監測小組²⁴ 進行監督；第三個是由 1540(2004)號決議為首的一系列決議決定禁止核生化擴散以及恐怖份子或非國家行為者取得之，並由 1540 號委員會進行監督。

第三項 第 1373 號決議

第 1373 (2001) 號決議的第一段、第二段、以及第六段，具有拘束

“exceptional” basis) with some information on Kadi and Al Barakaat, which the Commission relied on to justify Regulation 1190/2008.”

²³ 安理會第 1373 號(2001)決議(S/RES/1373)、安理會第 1377(2001)號決議(S/RES/1377)、安理會第 1456(2003)號決議(S/RES/1456)、安理會第 1535(2004)號決議(S/RES/1535)、安理會第 1624(2005)號決議(S/RES/1624)、安理會第 1787(2007)號決議(S/RES/1787)。

²⁴ 安理會第 1526 號決議(S/RES/1526)第 6 段：「決定，為協助委員會完成任務，成立一個分析性支助和制裁監測小組(下稱“監測小組”)，設在紐約，為期 18 個月，在委員會的指示下承擔本決議附件所述的職責」。

力，國家遵守的程度以其實踐的結果則在文後詳加討論²⁵。在上該決議第一段²⁶決定所有國家應防止和制止恐怖主義行為，將其刑事犯罪化，凍結行為人與協助者之資金，並禁止恐怖主義資助；第二段²⁷決定所有國家應不向恐怖主義提供任何形式的支持、交流情報、拒絕提供庇護、防止恐怖主義者利用本國領土、確保繩之以法並在「國內法規中確定此種恐怖主義行為是嚴重刑事罪行」、給予最大的司法互助、以及有效的邊境管制。以及第六段²⁸成立委員會籲請所有國家至遲於90內向委員會提出執行該決議之報告。

²⁵ See, e.g., Andrea Bianchi, Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: the Quest for Legitimacy and Cohesion, 17 *European Journal of International Law* 881 (2006).

²⁶ 安理會第 1373 (2001) 號決議第一段「決定所有國家應：(a)防止和制止資助恐怖主義行為；(b)將下述行為定為犯罪：本國國民或在本國領土內，以任何手段直接間接和故意提供或籌集資金，意圖將這些資金用於恐怖主義行為或知曉資金將用於此種行為；(c)毫不拖延地凍結犯下或企圖犯下恐怖主義行為或參與或協助犯下恐怖主義行為的個人、這種人擁有或直接間接控制的實體以及代表這種人和實體或按其指示行事的個人和實體的資金和其他金融資產或經濟資源，包括由這種人及有關個人和實體擁有或直接間接控制的財產所衍生或產生的資金；(d)禁止本國國民或本國領土內任何個人和實體直接間接為犯下或企圖犯下或協助或參與犯下恐怖主義行為的個人、這種人直接間接擁有或控制的實體以及代表這種人或按其指示行事的個人和實體提供任何資金、金融資產或經濟資源或金融或其他有關服務」。

²⁷ 第 1373 (2001) 號決議第二段：「還決定所有國家應：(a)不向參與恐怖主義行為的實體或個人主動或被動提供任何形式的支持，包括制止恐怖主義集團招募成員和消除向恐怖分子供應武器；(b)採取必要步驟，防止犯下恐怖主義行為，包括通過交流情報向其他國家提供預警；(c)對於資助、計畫、支持或犯下恐怖主義行為或提供安全庇護所的人拒絕給予安全庇護；(d)防止資助、計畫、協助或犯下恐怖主義行為的人為敵對其他國家或其公民的目的利用本國領土；(e)確保把參與資助、計畫、籌備或犯下恐怖主義行為或參與支持恐怖主義行為的任何人繩之以法，確保除其他懲治措施以外，在國內法規中確定此種恐怖主義行為是嚴重刑事罪行，並確保懲罰充分反映此種恐怖主義行為的嚴重性；(f)在涉及資助或支持恐怖主義行為的刑事調查或刑事訴訟中互相給予最大程度的協助，包括協助取得本國掌握的、訴訟所必需的證據；(g)通過有效的邊境管制和對簽發身份證和旅行證件的控制，並通過防止假造、偽造或冒用身份證和旅行證件，防止恐怖分子和恐怖主義集團的移動」。

²⁸ 第 1373 (2001) 號決議第六段：「決定按照其暫行議事規則第 28 條設立一個由安理會全體成員組成的安全理事會委員會，在適當專家的協助下監測本決議的執行情況，籲請所有國家至遲於本決議通過之日後 90 天，並於以後按照委員會提出的時間表，向委員會報告本國為執行本決議而採取的步驟」。

該委員會嗣後在第 1377 號決議²⁹ 正式確立名稱為反恐怖主義委員會³⁰，
並在第 1456 號決議³¹ 正式確立名稱縮寫為反恐委員會³²(英文縮寫為
CTC)。反恐委員會的第一任主席是英國駐聯合國大使 Jeremy
Greenstock，在實踐的過程，考量到個別國家，在因應安理會所課予
所有國家之義務，具有不同的執行能力，所以他將反恐委員會打造為
全球反恐的主要機構。他指出反恐委員會的任務不是去指出以及判斷
個別國家的執行狀況，而是與國家合作，協助國家符合第 1373 號決
議之義務³³。因此，化解了不少由安理會少數國家決定多數國家之反
恐國際法規範爭議³⁴。並在第 1535(2004)號決議成立反恐執行局³⁵，

²⁹ S/RES/1377.

³⁰ 第 1377 號決議決定通過所附全球努力打擊恐怖主義的宣言中：「表示決心與聯合國全體會員充分合作，著手執行該決議，並歡迎第 1373 (2001) 號決議第 6 段為監測該決議執行情況而設的反恐怖主義委員會迄今取得的進展」，以及「在這方面，請反恐怖主義委員會探討協助各國的方式，特別是與國際、區域和分區域組織探討：...在第 1373 (2001) 號決議所涉領域推廣最佳做法，包括酌情制訂法律範本，...現有哪些技術、金融、規章、立法或其他方面的援助方案，可能有助於執行第 1373 (2001) 號決議，...促進這些援助方案之間可能的協同作用」。

³¹ S/RES/1456.

³² 第 1456 (2003) 號決議決定通過所附關於打擊恐怖主義的宣言第四段第一項：「反恐怖主義委員會必須加緊努力，推動各會員國執行第 1373 (2001) 號決議的所有方面，特別是審查各國的報告、促進國際援助與合作、繼續以透明和有效的方式開展活動，在這方面安理會：1. 強調各國有義務依據反恐委員會規定的時間表向該委員會提交報告，呼籲尚未提交第一份報告的 13 個國家和沒有按時提交進一步報告的 56 個國家在 3 月 31 日前提交，並請反恐委員會定期報告進展情況」。

³³ See, e.g., Press Release, United Nations Security Council, Security Council Considers terrorists Threats to International Peace, Security—Statement by Chairman of Counter-Terrorism Committee (Oct. 4, 2002).

³⁴ See, e.g., Luis Miguel Hinojosa Martinez, the Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits, 57 *International and Comparative Law Quarterly* 333 (2008).

³⁵ 第 1535(2004)號決議(S/RES/1535)第二段：「決定振興後的委員會將包括全體會議—由安全理事會成員國組成—和主席團，後者包括主席和副主席，由即將作為一項特別政治任務而成立的反恐怖主義委員會執行局(下稱“反恐執行局”)協助，該局最初任期於 2007 年 12 月 31 日終了，接受全體會議的政策指導，安全理事會將在 2005 年 12 月 31 日前對其進行一次全面審查，以加強委員會監測第 1373(2001)號決議執行情況的能力，並有效地繼續委員會所進行的能力建設工作」；第三段：「還決定反恐執行局由執行主任領導，負責執行委員會報告(S/2004/124)所述各項任務，並請秘書長在本決議通過後 45 天內，與安理會協商並得到核准後，任命一位反恐執行局執行主任，執行主任應儘快就職」；第四段：「要求反恐執行局執行主任在就職 30 天內，與秘書長磋商並通

以加強委員會監測第 1373(2001)號決議執行情況的能力，並有效地繼續委員會所進行的能力建設工作。

第四項 第 1267 號決議

第 1267 (1999) 號決議第四段第二項³⁶凍結塔利班資金，上該決議第六段³⁷成立制裁基地組織/塔利班委員會，而在第 1333 (2000) 號決議³⁸第八段第三項³⁹要求會員國提供資料以供委員會建立一份名單，而會員國必須凍結這份名單上的資產，並在第 1390 號決議⁴⁰第一段、

過他向全體會議提出反恐執行局的組織計畫以供核准。組織計畫應包括反恐執行局的結構、所需員額、預算需求、管理方針、徵聘程式，應符合委員會的報告(S/2004/124)以及聯合國規則和條例，尤其應認識到新機構需要一個有效、合作性的管理結構，工作人員將是適用《聯合國憲章》第一百條的國際公務員，在效率、能力和忠誠方面都達到最高標準，並適當顧到從盡可能廣泛的地域徵聘工作人員」；第五段：「請委員會主席向安全理事會提交該組織計畫以供核准，並請秘書長迅速採取適當步驟執行該計畫，包括於適當時候請求大會批准」。

³⁶ 安理會第 1267(1999)號決議(S/RES/1267)第四段第二項：「凍結經下文第 6 段所設委員會指定的資金和其他財政資源，包括由塔利班本身、或是由塔利班擁有或控制的企業，所擁有或直接間接控制的財產所衍生或產生的資金，並確保本國國民或本國境內的任何人，均不為塔利班的利益、或為塔利班擁有或直接間接控制的任何企業的利益，提供這些、或如此指定的任何其他資金或財政資源，但委員會以人道主義需要為由而逐案核准者除外」。

³⁷ 安理會第 1267(1999)號決議第六段：「決定...設立安全理事會的一個委員會，由安理會全體成員組成，負責執行下列任務，並向安理會報告工作和提出意見和建議：(a)向所有國家索取進一步資料，以瞭解為有效執行上文第 4 段所定措施而採取的行動；(b)審議各國就違反上文第 4 段所定措施的事件提請它注意的資料，並為應付違規行為建議適當的措施；(c)定期向安理會報告上文第 4 段所定措施的效果，包括人道主義影響；(d)定期向安理會報告其收到的有關涉嫌違反上文第 4 段所定措施的事件的資料，盡可能指明據報參與這類違規行為的人或實體；(e)指定上文第 4 段所指的飛機、資金或其他財政資源，以便執行該段所定措施」。

³⁸ S/RES/1333.

³⁹ 安理會第 1333 (2000) 號決議第八段第三項：「毫不拖延地凍結經委員會認定是烏薩馬·本·拉丹以及與他有關的個人和實體、包括“基地”組織的資金和其他金融資產，並包括由烏薩馬·本·拉丹以及與他有關的個人和實體擁有或直接間接控制的財產所衍生或產生的資金，並且確保本國國民或本國境內的任何人，均不直接間接為烏薩馬·本·拉丹、其同夥或由烏薩馬·本·拉丹以及與他有關的個人和實體、包括“基地”組織所擁有或直接間接控制的任何實體的利益，提供此種或任何其他資金或金融資產，並請委員會依據各國和區域組織提供的資料維持一份最新名單，列出委員會認定與烏薩馬·本·拉丹有關的個人和實體、包括“基地”組織內的人員和實體」。

⁴⁰ S/RES/1390.

第二段⁴¹確立了制裁對象擴及烏薩馬·本·拉丹、“基地”組織成員和塔利班或與他們有關的其他個人、集團、企業和實體。這份名單自第 1617 (2005)號決議⁴²後稱為「綜合名單」⁴³ (Consolidated List)⁴⁴，綜合名單制裁對象是烏薩馬·本·拉丹、“基地”組織成員和塔利班以及與他們有關的其他個人、集團、企業和實體，所謂「與他們有關」由於在第 1390 號決議未給予定義，引起很大批評，所以在第 1617 號決議給予了明確定義，與他們有關的行動或活動係指：「第一、參與資助、籌畫、協助、籌備或實施行動或活動；第二、為它們供應、銷售或轉移軍用品；第三、為它們招募人員；第四、以其他方式支援它們的行動

⁴¹ 安理會第 1390 號第 1 段：「決定依照下文第 2 段繼續採取第 1333 (2000) 號決議第 8(c)段規定的措施，並注意到第 1267(1999)號決議第 4(b)段規定的措施繼續適用，決定終止第 1267(1999)號決議第 4(a)段所規定的措施」；

第 2 段：「決定所有國家均應對烏薩馬·本·拉丹、“基地”組織成員和塔利班以及依照第 1267(1999)號和第 1333(2000)號決議編寫的清單所列與他們有關的其他個人、集團、企業和實體採取下列措施，這份清單將由第 1267 (1999) 號決議所設委員會，以下稱為“委員會”，定期更新：(a)毫不拖延地凍結這些個人、集團、企業和實體的資金和其他金融資產或經濟資源，包括由它們或由代表它們或按它們的指示行事的人擁有或直接間接控制的財產所衍生的資金，並確保本國國民或本國境內的任何人均不直接間接為這種人的利益提供此種或任何其他資金、金融資產或經濟資源；(b)阻止這些個人入境或過境，但本段的規定絕不迫使任何國家拒絕本國國民入境或要求本國國民離境，本段也不適用於為履行司法進程必須入境或過境的情況或委員會經逐案審查認定有正當理由入境或過境的情況；(c)阻止從本國領土、或由境外的本國國民、或使用懸掛本國國旗的船隻或飛機向這些個人、集團、企業和實體直接間接供應、出售和轉讓軍火和各種有關物資，包括武器和彈藥、軍用車輛和裝備、准軍事裝備及上述物資的備件，以及與軍事活動有關的技術諮詢、援助或培訓」。

⁴² S/RES/1617.

⁴³ 第 1617(2005)號決議第一段：「決定，所有會員國都應採取第 1267(1999)號決議第 4(b)段、第 1333(2000)號決議第 8(c)段和第 1390(2002)號決議第 1 和第 2 段早先規定的、針對基地組織、烏薩馬·本·拉丹和塔利班，和針對按第 1267(1999)號和 1333(2000)號決議擬定的名單(“綜合名單”)列出的與它們有關聯的其他個人、集團、企業和實體的措施」。

⁴⁴ The Consolidated List establish and maintained by the 1267 Committee with respect to Al-Qaida, Usama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them. 每一個名單提供下列資訊：本名，別名，頭銜，工作，出生日，出生地，辨識度較高的化名，辨識度較低的化名，國籍，護照號碼，國民身分號碼，地址，列入名單日期以及修正日期，其他資訊。

或活動」⁴⁵，名單並未區分烏薩馬·本·拉丹、「基地」組織成員和塔利班或與他們有關的其他個人、集團、企業和實體，1267 委員會將這些與他們有關的其他個人、集團、企業和實體，與這些恐怖行動行為人視為相同，制裁程度也不加區別⁴⁶。直至今日已建立完整的名單建立程序制度⁴⁷。對名單程序的評論與批評在下一節說明。

1267 委員會的權限是由決議逐漸擴充的。它的權限由第 1267 號第四段第二項、第 1333 號第八段第二項、第 1390 號第一段與第二段、以及第 1526 號⁴⁸，第 1617 號⁴⁹，第 1735 號⁵⁰，以及第 1822 號⁵¹之第一段所重複強調之第 1390 號⁵²第 2 段第一、第二、第三項，所建立的清單，共同建立的⁵³。自第 1455 號決議⁵⁴以後，至少每三個月向會員國

⁴⁵ 所謂「與他們有關的其他個人、集團、企業和實體」，在第 1617(2005)號決議第二段、第三段給予定義。第 1617(2005)號決議第二段：「還決定，表明個人、集團、企業或實體與基地組織、烏薩馬·本·拉丹或塔利班“有關聯”的行為或活動包括：1.參與資助、籌畫、協助、籌備或實施基地組織、烏薩馬·本·拉丹或塔利班或其任何基層組織、下屬機構、由其分裂或衍生出來的集團實施、夥同它們實施、以它們的名義實施，代表它們實施的行動或活動或支持它們的行動或活動；2.為它們供應、銷售或轉移武器和有關軍用品；3.為它們招募人員，或-以其他方式支援它們的行動或活動」；第三段：「還決定，由同基地組織、烏薩馬·本·拉丹或塔利班有關聯的個人、團體、企業或實體所直接或間接擁有或控制的企業或實體，或以其他方式支援它們的企業或實體，可以列入名單」。

⁴⁶ 第 1822 號決議(S/RES/1822)第三段：「還重申，由與基地組織、烏薩馬·本·拉丹或塔利班有關聯的個人、團體、企業或實體直接或間接擁有或控制的企業或實體，或以其他方式為其提供支援的企業或實體，均可列入名單」。

⁴⁷ Fact Sheet on Listing, http://www.un.org/sc/committees/1267/fact_sheet_listing.shtml (last visited March 23,2010).

⁴⁸ S/RES/1526.

⁴⁹ S/RES/1617.

⁵⁰ S/RES/1735.

⁵¹ S/RES/1822.

⁵² S/RES/1390.

⁵³ Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008, para. 4.

⁵⁴ S/RES/1455.

通知已更新之名單以及要求會員國提供新資訊，以確保名單的與時俱進⁵⁵。除了監督各會員國外，並發揮中心的作用⁵⁶。

第 1455(2003)號決議⁵⁷並強調加強 1267 委員會以及反恐委員會之合作，儘管如此，各會員國內國法實踐安理會所建立之反恐國際法規範在二委員會合作之下還是有諸多缺失。最主要的問題是在於儘管反恐委員會並未將執行第 1373 決議之監督之角色導向認定會員國是否違反第 1373 號決議，綜合名單的制裁卻是具有強制性。

綜合名單之程序，可能引起的，對國際人權法規範的忽略之缺失，儘管程序幾經修正⁵⁸，還是有侵害內國法人權法益之疑慮⁵⁹，因而出現在會員國內國法院確定判決確侵犯人權法益的情況下，會員國是否得不遵守 1267 委員會在該綜合名單之決定。然而，第 1456(2003)號決

⁵⁵ 安理會第 1455(2003)號決議(S/RES/1455)第四段：「請委員會至少每三個月向各會員國通報一次第 1390(2002)號決議第 2 段所述的清單，並向所有會員國強調必須盡可能向委員會提交“基地”組織和塔利班成員以及與它們有關的其他個人、集團、企業和實體的名稱和識別資料，以便委員會能考慮在其清單上增列新的名稱和詳情，除非這樣做會妨礙調查或執行行動。」

⁵⁶ 安理會第 1526(2004)號決議(S/RES/1526)第二段：「決定加強第 1267(1999)號決議所設委員會(“委員會”)的任務，除了監督各國執行上文第 1 段所述措施的情況外，還包括發揮中心作用，評估有關切實執行各項措施的資料以供安理會審查，以及提出改進這些措施的建議」。

⁵⁷ 安理會第 1455(2003)號決議第三段：「強調第 1267(1999)號決議所設委員會(下稱“委員會”)與第 1373(2001)號決議所設委員會需要改進協調和加強資訊交流」。

⁵⁸ 舉例來說，安理會第 1333(2000)號決議(S/RES/1333)修正第 1267(1999)號決議沒有定期審查機制的缺失。在安理會第 1267(1999)號決議(S/RES/1267)第 14 段：「決定一俟秘書長向安全理事會報告說，塔利班已經履行上文第 2 段規定的義務，即終止上文第 4 段所定措施」無審查機制，恐導致無限期延長，因此在安理會第 1333(2000)號決議(S/RES/1333)第 23 段改為：「又決定上文第 5、第 8、第 10 和第 11 段所規定的措施時效為十二個月，在該期間終了時，安理會將決定塔利班是否遵守了上文第 1、第 2 和第 3 段的規定，並據此決定是否將這些措施按同樣條件再延長一段時間」以及第 24 段：「決定，如塔利班遵守上文第 1、第 2 和第 3 段規定的條件，在十二個月期間終了前，安全理事會將終止上文第 5、第 8、第 10 和第 11 段規定的措施」。還有許多重要的程序修正將在文後討論。

⁵⁹ See, e.g., A More Secure World: Our Shared Responsibility, Report of the High-level Panel on Threat, Challenges and Change. A/59/565.

議⁶⁰第六段指出：「各國必須確保為打擊恐怖主義而採取的任何措施符合國際法規定的全部義務，並應按照國際法，尤其是國際人權、難民和人道主義法採取這種措施」。也就是說，安理會將反恐措施是否符合國際法規範之義務交由會員國來負責。

第五項 第 1540 號決議

2004 年 4 月 28 日安全理事會第 4956 次會議通過第 1540 號決議，規範各國防制核生化武器及其運載工具擴散至非國家行為，該日成立 1540 委員會。1540 委員會依據第 1540 號決議「前言部分」：「嚴重關注恐怖主義的威脅，以及非國家行為者，例如安全理事會第 1267 號決議所設委員會制定和保持的聯合國名單所列的和第 1373 號決議適用的非國家行為者可能獲取、開發、販運或使用核生化武器及其運載工具的危險」。

第 1540 號決議具拘束力之規定如下，第一段：決定各國不得對獲取、開發、販運或使用核生化武器的非國家行為者提供支援⁶¹；第二段：決定各國通過內國法律禁止非國家行為者從事上述活動⁶²；第三段：

⁶⁰ S/RES/1456.

⁶¹ 安理會第 1540 號決議(S/RES/1540)第一段：「決定各國應不向企圖開發、獲取、製造、擁有、運輸、轉移或使用核生化武器及其運載工具的非國家行為者提供任何形式的支援」。

⁶² 安理會第 1540 號決議第二段：「又決定各國應按照本國程式，通過和實施適當、有效的法律，禁止任何非國家行為者，尤其是為恐怖主義目的而製造、獲取、擁有、開發、運輸、轉移或使用核

決定各國建立國內管制，應建立下列措施—衡算、實物保護、邊境管制與執法、以及出口和轉口管制以及資金服務之管制措施⁶³。第四段：成立 1540 委員會，任期不超過兩年，向安理會報告本決議的執行狀況以供審查，各國至遲六個月向第 1540 號委員會提交採取步驟之報告⁶⁴。由於依據第 1673(2006)號決議⁶⁵「前言部分」：「回顧並非所有國家都已就本國為執行第 1540（2004）號決議所採取或準備採取的步驟向 1540 委員會提交報告」。第 1673 號決議具有拘束力之一部為了解決該問題之規定，上該決議第四段：任期延長兩年，直至 2008 年 4 月 27 日⁶⁶；上該決議第五段：1540 委員會應加強努力推動決議執行，並處理衡算、實物保護、邊境管制和執法努力、國家對出口和轉口的管制，包括管制為這種出口和轉口提供資金和服務，例如融資等之問題⁶⁷；第六段：決定 1540 委員會提交報告說明如何取得執行決

生化武器及其運載工具，以及禁止企圖從事上述任何活動、作為共犯參與這些活動、協助或資助這些活動的圖謀」。

⁶³ 安理會第 1540 號決議(S/RES/1540)第三段：「還決定各國應採取和實施有效措施，建立國內管制，以防止核生化武器及其運載工具的擴散，包括對相關材料建立適當管制，並為此目的應：(a)制定和保持適當、有效的措施，對生產、使用、儲存或運輸中的這種物項進行衡算和保安；(b)制定和保持適當、有效的實物保護措施；(c)制定和保持適當、有效的邊境管制和執法努力，以便按照本國法律授權和立法，並遵循國際法，包括必要時通過國際合作，查明、阻止、防止和打擊這種物項的非法販運和中間商交易；(d)對這些物項的出口和轉口建立、制定、審查和保持適當、有效的國家管制，包括適當的法律和條例，以管制其出口、過境、轉口和再出口，管制為這種出口和轉口提供資金和服務，例如有助於擴散的融資和運輸，以及建立最終用戶管制；並對違反這種出口管制法律和條例的行為制訂和實施適當的刑事或民事懲罰」。

⁶⁴ 第 1540 號決議第四段：「決定依據暫行議事規則第 28 條，設立一個安全理事會的委員會，由安理會全體成員組成，任期不超過兩年，該委員會酌情借助其他專門知識，向安理會報告本決議的執行情況以供審查，並為此目的籲請各國從本決議通過之日起至遲六個月向該委員會提交第一份報告，說明為執行本決議所採取或準備採取的步驟」。

⁶⁵ S/RES/1673.

⁶⁶ 安理會第 1673 號決議第四段：「決定將 1540 委員會的任期延長兩年，直至 2008 年 4 月 27 日，並繼續由專家予以協助」。

⁶⁷ 安理會第 1673 號決議第五段：「決定第 1540 委員會應加緊努力，推動所有國家全面執行第 1540

議進展的方式以及執行的情況⁶⁸。第 1810(2008)號決議⁶⁹第六段：「決定將 1540 委員會的任務期限延長三年，至 2011 年 4 月 25 日，並繼續由專家提供協助」。

以上三個決議構成了 1540 委員會的法律基礎。直至 2008 年 7 月一日為止，有 103 個國家回應 1540 委員會在 2007 年的要求，自 2004 年以來至少有提交一份報告的國家有 155 個⁷⁰，而有 37 個國家未提交第一份報告⁷¹。儘管如此，在 1540 委員會提交安理會的報告，1540 委員會的建議對第 1540 號決議的有助於執行的方案中，有一大特色在其第 X 節第 140 段(e)項：各國應該被敦促，在自願的基礎上，準備報告⁷²，並在捐贈國自願金融協助下⁷³，以協助尚未履行第 1540 號決

(2004)號決議，為此制定工作方案，包括彙編關於會員國執行第 1540(2004)號決議各方面狀況、外聯、對話、援助與合作的資訊，尤其是處理該決議第 1 和第 2 段各方面問題，以及第 3 段各方面問題，其中包括(a)衡算，(b)實物保護，(c)邊境管制和執法努力，(d)國家對出口和轉口的管制，包括管制為這種出口和轉口提供資金和服務，例如融資，並在這方面：(a)鼓勵 1540 委員會與會員國繼續就全面執行第 1540(2004)號決議，包括就會員國為此須採取的進一步行動以及所需要和所願意提供的技術援助進行對話；(b)邀請 1540 委員會與會員國、國際組織、區域組織和次區域組織探討如何交流從第 1540(2004)號決議所涉領域中汲取的經驗教訓，以及是否存在可能有助於執行第 1540 (2004) 號決議的方案」。

⁶⁸ 安理會第 1673 號決議(S/RES/1673)第六段：「決定 1540 委員會至遲於 2008 年 4 月 27 日向安全理事會提交報告，說明通過在執行第 1540 (2004) 號決議各項要求方面取得進展的方式遵守該決議的情況」。

⁶⁹ S/RES/1810.

⁷⁰ Report of the Committee Established pursuant to Security Council Resolution 1540 (2004), S/2008/493, para. III 17.

⁷¹ Id. para. III 18.

⁷² Id. para. X. 140. (e): “States should be encouraged to prepare on a voluntary basis, with the assistance of the Committee as appropriate, summary action plans mapping out their priorities and plans for implementing the key provisions of resolution 1540 (2004) and to submit those plans to the Committee.”

⁷³ 安理會第 1810 號決議第十三段：「敦促 1540 委員會鼓勵並充分利用自願財政捐項，以協助各國確定和解決它們在執行第 1540 (2004) 號決議方面的需要，並請 1540 委員會考慮改進和更有效利用現有供資機制的備選辦法，至遲於 2008 年 12 月 31 日向安理會報告其對此事的審議情況」。

議的國家確定和解決它們在執行第 1540(2004)號決議方面的需要，指出並處理對 1540 號決議之執行所面對的問題⁷⁴。

第二節 制裁名單與除名程序

第一項 開會的程序

1267 委員會的程序由「委員會準則」(Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work)⁷⁵所規範。1267 委員會為安理會附屬機構，由安理會的全體會員國組成⁷⁶。委員會理事長由安理會任命，並由二副理事長襄助之，副理事長也由安理會任命⁷⁷。理事長得決定開會時間⁷⁸，採取閉門會議形式，但當會員國的利益受到特別的影響委員會得邀請任何聯合國會員國參與討論，委員會並會邀請會員國派遣代表與委員

⁷⁴ Id. para. X. 140. (m): “The Committee should encourage and take full advantage of voluntary financial contributions to assist States in identifying and addressing their needs for the implementation of resolution 1540 (2004) and the Committee should consider options for developing and making more effective existing funding mechanisms.”

⁷⁵ 安理會第 1390 號決議(S/RES/1390)第五段(d)項：「迅速頒佈所需準則和標準以便執行上文第 2 段所述措施」；第 1822 號決議第二十一段：「指示委員會繼續依據其準則，著力審議不再符合相關決議所訂標準的基地組織、烏薩馬·本·拉丹、塔利班成員和（或）與之有聯繫的人提出的從綜合名單上除名的申請」。

⁷⁶ 《聯合國憲章》第二十三條(一九六三年修改約文)：「一、安全理事會以聯合國十五會員國組織之。中華民國、法蘭西、蘇維埃社會主義共和國聯邦、大不列顛及北愛爾蘭聯合王國及美利堅合眾國應為安全理事會常任理事國。大會應選舉聯合國其他十會員國為安全理事會非常任理事國，選舉時首宜充分斟酌聯合國並各會員國於維持國際和平與安全及本組織其餘各宗旨上之貢獻，並宜充分斟酌地域上之公均分配。二、安全理事會非常任理事國任其定為二年。安全理事會理事國自十一國增至十五國後第一次選舉非常任理事國時，所增四國中兩國任期應為一年。任滿之理事國不得即行連選。三、安全理事會應將長年報告，並於必要時將特別報告，提送大會審查」。

⁷⁷ Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008, para.1(c).

⁷⁸ Id. para. 2. (a).

會進行深度討論⁷⁹，委員會並得邀請專家給予協助⁸⁰。委員會得邀請分析支助和制裁監測小組參與任何會議⁸¹。

第二項 決策的程序

委員會決策程序採取共識決，如遇有異議採取進一步磋商解決之，若依然無法達成共識，將問題提交安理會處理⁸²。委員會會員國在五個工作天內或理事長所指示更短的時間內若沒有異議反對書面決定措施則視同措施通過⁸³。擱置的議題在 1267 委員會會員國失去會員資格後停止生效，安理會新會員應在一個月以前被事先通知⁸⁴，委員會至少每月一次審議尚未決定的議題⁸⁵。

第三項 制裁措施的定性問題

討論制裁措施⁸⁶定性問題，主要有兩個原因：第一、儘管列入名單的

⁷⁹ 安理會第 1526 號決議(S/RES/1526)第十一段：「還請委員會作為後續措施，就切實執行制裁措施同各國進行口頭和(或)書面交流，並給各國機會應委員會的邀請派代表同委員會會晤，以便就有關問題進行更深入的討論」。

⁸⁰ Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008, para.2. (b).

⁸¹ Id. para. 2. (c).

⁸² Id. para. 3. (a).

⁸³ Id. para. 3. (b).

⁸⁴ Id. para. 3. (c).

⁸⁵ Id. para. 3. (d).

⁸⁶ 措施係指第 1822 號決議(S/RES/1822)第一段：「決定，所有國家均應對基地組織、烏薩馬·本·拉丹和塔利班以及依照第 1267 (1999) 號和第 1333 (2000) 號決議編制的名單（“綜合名單”）所列其他與之有關聯的個人、團體、企業和實體，採取第 1267 (1999) 號決議第 4(b)段、第 1333

程序大幅改進後，制裁措施的執行的正當性大幅增加，但是從人權的觀點來看，名單除名的程序仍有二大缺失。主要是沒有公平審判以及有效救濟：如果要主張公平審判，則必須要將制裁措施定性為刑事指控之判定或是民事審判之確定判決⁸⁷；如果要主張有效救濟，則至少必須將制裁措施定性為行政處分；第二、如果將制裁措施定性為刑罰，恐怕名單必須要符合內國法的刑事要件，儘管第 1373（2001）號決議第一段(b)項：「將下述行為定為犯罪：本國國民或在本國領土內，以任何手段直接間接和故意提供或籌集資金，意圖將這些資金用於恐怖主義行為或知曉資金將用於此種行為」，已經要求各國將恐怖主義資助刑事犯罪化，也獲得絕大多數國家的執行，但是有些國家尚未將相關國際恐怖主義行為刑事犯罪化，所以在推行上恐有困難，特別是，綜合名單上除了烏薩馬·本·拉丹、“基地”組織成員和塔利班屬於恐怖主義者，在國際上業已獲得決議確立，無庸置疑以外；綜合名單上有

（2000）號決議第 8(c)段、第 1390（2002）號決議第 1 和第 2 段早先規定的措施：(a)毫不拖延地凍結這些個人、團體、企業和實體的資金和其他金融資產或經濟資源，包括由它們或由代表它們或按它們的指示行事的人直接或間接擁有或控制的財產所衍生的資金，並確保本國國民或本國境內的任何人均不得直接或間接為這些人的利益提供此種或任何其他資金、金融資產或經濟資源；(b)阻止這些個人入境或過境，但本段的規定絕不強制任何國家拒絕本國國民入境或要求本國國民離境，本段也不適用於為履行司法程式而必須入境或過境的情況，或委員會經逐案審查認定有正當理由入境或過境的情況；(c)阻止從本國國境、或由境外本國國民、或使用懸掛本國國旗的船隻或飛機向這些個人、團體、企業和實體直接或間接供應、銷售或轉讓軍火和各種有關物資，包括武器和彈藥、軍用車輛和裝備、准軍事裝備及上述物資的備件，以及與軍事活動有關的技術諮詢、援助或培訓」的措施。

⁸⁷ 《公民權利和政治權利公約》第十四條第一項第二句：「在判定對任何人提出的任何刑事指控或確定他在一件訴訟案中的權利和義務時，人人有資格由一個依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭進行公正的和公開的審訊」；Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 6, paragraph 1, first sentence: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

一大部分名單是屬於「與他們有關的其他個人、集團、企業和實體」，上開名單恐未符合內國法上的刑事要件，因為上開名單被列入的原因，不是由於資助恐怖主義，而是「與他們有關連」，但是在界定上是由第 1267 號委員來決定，而不是由各國自行決定，所以在沒有將相關國際恐怖主義刑事犯罪化的國家，就會出現在內國法上刑事要件不足無法凍結資產的問題⁸⁸，因此，如果將制裁措施定性為行政處分，則可以避開此一問題。

制裁措施依據第 1822 號決議⁸⁹「前言部分」：「重申下文第 1 段所述措施是預防性的，並沒有依循各國法律規定的刑事標準」；「委員會準則」第六段(c)項：「刑事指控或定罪不是列入綜合名單的條件，因為制裁目的本質是預防性的」⁹⁰。監測組報告也指出：制裁不是刑罰，也不是刑事程序中的羈押、逮捕、引渡；事實上，制裁是行政處分中的行政處分例如凍結資產、禁止國際旅行以及武器禁售⁹¹；然而，有論者謂：1267 委員會與監測組不斷強調制裁是屬於行政處分性質，並批評有些國家以尚未符合刑事要件為理由而無法凍結資產；監測組並以

⁸⁸ 例如我國至今未通過防止暨防制恐怖主義法，所以第一、在屬人管轄與屬地管轄都不適用的情況下，恐難以刑法為理由凍結其資產；第二、即使具有管轄權，恐怕也會因為證據能力不足而無法凍結資產，或者是說，依據「罪刑法定主義」，也必須在符合刑事要件後才能凍結資產，而無法符合 1267 委員會綜合名單之規範。

⁸⁹ S/RES/1822.

⁹⁰ “A criminal charge or conviction is not necessary for inclusion on the Consolidated List as the sanction are intended to be preventive in nature.” Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008, para. 6.(c).

⁹¹ 1267 委員會監測報告，S/2005/572 (2005), at para. 39-44.

由於有些國家並未將相關國際恐怖主義刑事犯罪化，所以不適合將制裁定性為刑事指控為理由而將上開制裁措施定性為行政處分。然而，如果將制裁措施定性為刑罰，也是很奇怪的一種，因為上開制裁措施未定義何種行動會觸法，以明確刑事判決要件，判斷上該名單的行為人之作為或不作為是否因違背上該判準而觸法。所以如果將制裁措施定性為刑罰，恐怕也無法援引公平審判作為一種違反人權法益的一種救濟，因為沒有一定規範，依據罪刑法定主義，也就不存在刑事指控公平審判之問題⁹²。

依據以上討論，制裁措施係屬行政處分性質，為了保障人權法益，有效救濟的原則⁹³應在國際層次得以適用。有效救濟原則依據《公民權利與政治權利國際公約》第三條⁹⁴，以及普通法原則有下列三項要件：第一、行為人能得到有效的補救，儘管此種侵犯是官方所為；第二、

⁹² The Report Prepared by Iain Cameron Commissioned by the Council of Europe, the European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions, 6 February 2006, at p.10.

⁹³ 有效救濟規定在《公民權利與政治權利國際公約》第二條與《歐洲人權公約》(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第十三條，有效救濟只有在侵害另一種人權法益的時候才可以援引，援引公平審判之人權法益侵害做為主張有效救濟之依據不是一件容易的事，因為公平審判的原則依據上開說明，由於綜合名單被認定不是一種刑事指控，所以在舉證違反公平審判原則上就會有困難；另一個可以援引的人權法益侵害則是財產權保護原則，但是上開原則並未在公民權利與政治權利公約規定，所以無法援引；《歐洲人權公約》的《第一議定書》(Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第一條規定財產權保護原則，但是同條第二句，則允許公共利益作為例外，所以對財產權保護之人權法益之侵害也不容易作為援引的依據。當然即使刑事指控不成立，行為人仍得主張民事訴訟的公平審理原則遭受到侵害，援引有效救濟原則輔助之，提起訴訟。

⁹⁴ 《公民權利與政治權利國際公約》第三條：「本公約每一締約國承擔：(甲)保證任何一個被侵犯了本公約所承認的權利或自由的人，能得到有效的補救，儘管此種侵犯是以官方資格行事的人所為；(乙)保證任何要求此種補救的人能由合格的司法、行政或立法當局或由國家法律制度規定的任何其他合格當局斷定其在這方面的權利；並發展司法補救的可能性；(丙)保證合格當局在准予此等補救時，確能付諸實施。」

進行補救的當局具有獨立性與公正性；第三、保證補救的當局確能實施補救。目前的除名程序往此一方向改革，請見第五段。

第四項 制裁的執行

1267 委員會向所有國家蒐集執行措施行動資訊⁹⁵，考慮國家未履行措施義務資訊，指出可能未履行案件，決定適當個別案件行動⁹⁶，定期向安理會報告未履行措施義務之一部⁹⁷。

第五項 除名的程序

申請人可以提出申請審查該案⁹⁸，申請人可以直接提交「調節人」(Focal Point)⁹⁹或是透過其居住地或國籍國代為提交申請¹⁰⁰，在不符合「與他們關聯之標準」後即可除名¹⁰¹。

⁹⁵ Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008, para. 4. (e).

⁹⁶ Id. para. 4. (f).

⁹⁷ Id. para. 4. (g).

⁹⁸ Id. para. 7. (a).

⁹⁹ 安理會第 1730(2006)號決議(S/RES/1730)第一段：「通過本決議所附檔中的除名程式，請秘書長在秘書處（安全理事會附屬機關事務處）內確定一個協調人，接收除名申請和執行附件開列的任務」。Security Council Resolution 1730, paragraph 1: “Adopts the de-listing procedure in the document annexed to this resolution and requests the Secretary-General to establish within the Secretariat (Security Council Subsidiary Organs Branch), a focal point to receive de-listing requests and to perform the tasks described in the attached annex.”

¹⁰⁰ Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008, para. 7. (b).

¹⁰¹ 安理會第 1735 號決議(S/RES/1735)第十四段：「決定，委員會在確定是否從名單上除名時，特別考慮：1.有關個人或實體是否是因弄錯而被列入綜合名單的，或 2.有關個人或實體是否不再符合有關決議規定的標準，特別是第 1617(2005)號決議規定的標準；委員會在進行上文第 2 段的

協調人對於重複的聲請若沒有新的資訊，當拒絕申請¹⁰²。申請進入程序後，協調人會將資訊轉交給指定的國家與國籍國與居住國¹⁰³，在合理的三個月時間後，如果沒有上開國家，評論或指出要延長審查時間，協調人當將除名申請單及其相關資訊請通知所有 1267 委員會會員國。任一個 1267 委員會會員國在與指定國家諮商後，如果向委員會理事長建議除名，該除名議題就進入 1267 委員會程序視為尚未決定之議題，一個月後，如果沒有任何一個 1267 委員會會員國建議除名，當視為拒絕除名，1267 委員會理事長當隨之通知協調人¹⁰⁴。截至今日，總共有提出二十四個除名申請，其中有十五個申請進入程序，而有三位個人以及十七個實體，獲得除名¹⁰⁵。

第三節 恐怖主義與國際罪行

國際罪行係屬於國際法上實質規範的罪行。一般而言，國際罪行包括

審評時，除其他外，應考慮有關個人是否已經死亡，或是否已證實有關個人或實體已徹底斷絕了第 1617 (2005) 號決議界定的與基地組織、烏薩馬·本·拉丹、塔利班及其支持者的關聯，包括斷絕了與綜合名單上的所有個人和實體的關聯」。上開標準在第 1822 號決議第二段重複強調：「重申，表明個人、團體、企業或實體與基地組織、烏薩馬·本·拉丹或塔利班“有關聯”的行為或活動包括：(a) 參與資助、籌畫、協助、籌備或實施基地組織、烏薩馬·本·拉丹或塔利班或其任何基層組織、下屬機構、從中分裂或衍生出來的團體所從事、夥同它們實施、以它們的名義實施、代表它們實施或支持它們從事的行動或活動；(b) 為其供應、銷售或轉讓軍火和有關物資；(c) 為其招募人員；或(d) 以其他方式支援其行動或活動」。

¹⁰² Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008, para. 7. (g), iii.

¹⁰³ Id. para. 7. (g), v.

¹⁰⁴ Id. para. 7. (g), vi, c.

¹⁰⁵ <http://www.un.org/sc/committees/dfp.shtml>, last visited, 26 April, 2010.

種罪滅絕罪、戰爭罪、違反人道罪、以及海盜罪。它們受到普世的關心，並且是普遍管權所規範的罪行。一項罪行是否屬於國際罪行具有嚴格的標準，其中最大的區別即是：國際罪行與「條約罪行」(treaty crimes)不同。條約罪行僅在締約國之間適用並且通常是依據「引渡或起訴」(*aut dedere aut iudicare*)的原則，如果不在本國依據國內法起訴則將犯下條約罪行的個人引渡至其他締約國起訴之。所以條約罪行所受到管轄係屬「由條約所引起的普世管轄權」而與普世管轄權本身也別，因此本論文以為判斷一項罪行是否屬於國際罪行，最重要的判準即為它是否受到普遍管轄權的規範。

恐怖主義是否是一項國際罪行在早期多數持反對的見解，認為它是一項條約罪行，但是在近年透過安理會決議的譴責及要求各國防制恐怖主義的具有拘束力的決定使得恐怖主義已成為一項國際罪行¹⁰⁶。

恐怖主義已成為一項國際罪行主要是來自於由安理會決議所引發的個人責任，主要是表現在「國際刑法」(international criminal law)對於恐怖主義的規範上，國際刑法所規範的對象是犯下國際罪刑的個人或團體，而非國家，國家之刑事責任在國際法上目前尚未作出規範，而

¹⁰⁶ Christian Much, the International Criminal Court (ICC) and Terrorism as an International Crime, 14 Michigan State Journal of International Law 121 (2006); Michael Lawless, Terrorism: An International Crime, 63 International Journal 139 (2007-08).

對個人的規範也非完備，它是一個尚未成熟的國際法領域¹⁰⁷。在國際刑法的眾多議題裡，最重要的問題是「普遍管轄權」(universal jurisdiction)的爭議，由普遍管轄權的爭議可以衍伸出三個問題，第一是普遍管轄權是如何確立的，安理會可以通過決議，因而建立屬於恐怖主義行為的普遍管轄權嗎？第二是國家對國際罪行中的個人罪行，可以引用利益管轄原則嗎？它的要件是甚麼？是否必須要有安理會決議的同意才可以行使？第三是國際罪行中的系統罪行，國際性的法院或法庭的管轄基礎是甚麼？安理會決議可以作為基礎嗎？如果國際法庭的管轄權是經由國際條約所建立的，安理會決議可以阻止檢察官的調查嗎？安理會可已在此種法庭提起控訴嗎？

要解決以上問題，可以從「憲法性」(constitutionality)加以分析，論者以為安理會可以透過《憲章》所賦予的職權，通過決議，並經由合法的立法程序，而擁有對聯合國會員國之「管轄」(jurisdiction)權限，也因此安理會的立法權也有所限制，須受到法律規範，從實踐上看來，對於個人，安理會的立法功能，不僅使其間接擁有了立法權，也間接擁有了司法權以及行政權，這裡通稱為安理會對個人的「間接管轄」，

¹⁰⁷ 儘管在安理會第 1373 號決議通過後，不少國家開始制定「防止與懲罰資助恐怖主義」的法律規範，但是儘管對於「資助恐怖主義」(financing of terrorism)的非法化已經日趨成熟，但對「恐怖主義」本身的定義以及成立的要件則仍有爭議。參見：Sudha Setty, What's In a Name? How Nations Define Terrorism, Ten Years After 9/11, 33 University of Pennsylvania Journal of International Law 1, (2011).

安理會的決議不僅間接行使了「立法管轄」——通過決議要求制訂國內法規範，也間接行使了「司法管轄」——通過決議成立國際法庭，更間接行使了「執行管轄」——通過決議要求國家對非法個人加以制裁，如此一來，安理會擁有間接管轄的權限，某種程度上，更成為國家擁有普遍管轄權的基礎。



第五章 聯合國國際法院對安理會決議之見解

第一節 聯合國體系與權力分立

儘管聯合國《憲章》與各國憲法有別，但是《憲章》中主要機關之間的互動，特別是安理會與聯合國國際法院之間的關係，從《憲章》的解釋下是否具有權力分立關係是一個值得探討的問題¹。因為在早期的幾個聯合國國際法院判決中，確立了安理會與大會之間是具有某種權力分立的關係，亦即安理會決議維持國際和平與安全的主要責任，而大會所具有的是次要責任，這點也可以從《憲章》條文中看出。但是對於安理會與國際法院之間是否具有類似安理會與大會之間的權力分立關係，在 1986 年尼加拉瓜案，國際法院所持的立場似乎是安理會與國際法院之間的權力關係是與安理會與大會之間的權力關係不能放在一起比較，而對於安理會與國際法院之間是否有權力分立，所持的是一種不願明確回答的立場。國際法院指出「與安理會與大會之間的關係有《憲章》條文的明文規定不同，安理會與國際法院的關係在條文中並沒有規定。安理會所有的是政治功能；國際法院所有的是司法功能：安理會與國際法院之間所持的是『不同且互補』的關係」

¹ 趙國材，論洛克比空難案所涉及之國際法問題，56 軍法專刊 1(100)。

2。

然而在 1990 年代以後安理會的職能的顯著增加後，是否在 1986 年時尼加拉瓜案的見解是否已經有一個更清楚的輪廓？因此在討論安理會與聯合國國際法院是否具有權力分立的關係時，一個初步的問題應是：安理會在《憲章》第七章下的權力，是否具有「管轄權的限制」(jurisdictional limits)³，也就是說，對於哪些事項可以援引《憲章》第

² ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984, para.95, "a provision for a clear demarcation of functions between the General Assembly and the Security Council, in respect of any dispute or situation, that the former should not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requires, there is no similar provision anywhere in the Charter with respect to the Security Council and the Court. The Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events."

³ 依據學者 Hitoshi Nasu 的看法(Hitoshi Nasu, Chapter VII Powers and the Rule of Law: The Jurisdictional Limits, 26 *Australian Yearbook of International Law* 87.)，對於下列事項安理會是否屬於安理會在《憲章》第七章下的管轄權具有潛在的爭議：第一、依據《憲章》第 36 條與第 37 條之規定，安理會對於《憲章》第 33 條意義下爭端，安理會得通過「建議」，是否可以依據《憲章》第七章通過「決定」具有爭議；第二、安理會如果沒有斷定「何和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為之是否存在」(通常都是在該項決議的「前言部分」安理會作出斷定，然後在決議的「執行部分」安理會依據《憲章》通過具有拘束力的決定)是否可以引用《憲章》第七章通過具有拘束力的決議存在爭議，例如安理會決議第 1422(2002)號引用《憲章》第七章決定要求在 12 各月內國際刑事法院不得對於非會員國進行調查或起訴，但是該項決議沒有在「前言部分」斷定和平威脅之存在，因此該項決議是否超越安理會管轄權的限制存在爭議；第三、安理會依據《憲章》第 34 條得對爭端或情勢進行調查，因此如果由安理會針對調查所設立的專家委員會提出的報告，所呈現的事實是否可以限制安理會在《憲章》第 39 條下「斷定」的裁量權具有爭議；第四、依據《憲章》第 27 條第 3 項後半「但對於第六章及第五十二條第三項內各事項之決議，爭端當事國不得投票」之規定所闡述的「沒有人可以是自己的案件的法官」(*nemo iudex in sua causa*)原則，或者稱「強制性缺席」(Compulsory abstention)原則，是否也可以適用《憲章》第七章所通過的決議具有爭議，事實上由於第 27 條第 3 項後半沒有提到《憲章》第七章，所以一般認為對於依據《憲章》第七章通過決議時，強制性缺席原則不適用，但是對於《憲章》第 94 條第 2 項「遇有一造不履行依法院判決應負之義務時，他造得向安全理事會申訴。安全理事會如認為必要時，得作成建議或決定應採辦法，以執行判決」，安理會如果對於一造不履行聯合國國際法院的判之申訴決定採取「執行判決」時，如果安理會是依據《憲章》第七章通過「執行判決」的決議，在通過該項決議時該項判決的當事國如果是安理會的成員國，學者 Suyash Paliwal 主張(Suyash Paliwal, *Reviewing and Reconsidering Medellin v. Texas in Light of the Obligatory Abstention from Security Council Voting*, 48 *Columbia Journal of Transnational Law* 541)該國應適用「強制性缺席」原則，儘管第 27 條第 3 項沒有提及第 94 條第 2 項。相關條文如下：《憲章》第 33 條：「一、任何爭端之當事國，於爭端之繼續存在足以危及國際和平與安全之維持時，應盡先以談判、調查、調停、和解、公斷、司法解決、區域機關或區域辦法之利用、或各該國自行選擇之其他和平方法，

七章而通過決議，這些事項是否必須符合特定要件，而不是僅出於安理會的斷定即可。

如果從權力分立的觀點來看，另一個值得討論的問題即是，聯合國國際法院是否具有對安理會決議的合法性以及安理會所通過的決議是否有超越《憲章》賦予的權限的「司法審查」(judicial review)⁴。

由於本論文是探討安理會的立法功能，所以本論文將著重在對於安理會決議的通過是否必須符合特定要件，而不討論聯合國國際法院是否具有對於安理會決議的司法審查權。

安理會決議的意義以及影響可以從權力與法律之間的互動，或是「霸權國際法」(hegemonic international law)⁵，或是其他的概念加以觀察。

求得解決。二、安全理事會認為必要時，應促請各當事國以此項方法。解決其爭端。」第 34 條：「安全理事會得調查任何爭端或可能引起國際磨擦或惹起爭端之任何情勢。以斷定該項爭端或情勢之繼續存在是否足以危及國際和平與安全之維持。」第 36 條：「一、屬於第三十三條所指之性質之爭端或相似之情勢，安全理事會在任何階段，得建議適當程序或調整方法。二、安全理事會對於當事國為解決爭端業經採取之任何程序，理應予以考慮。三、安全理事會按照本條作成建議時，同時理應注意凡具有法律性質之爭端，在原則上，理應由當事國依國際法院規約之規定提交國際法院。」第 37 條：「一、屬於第三十三條所指之性質之爭端，當事國如未能依該條所示方法解決時，應將該項爭端提交安全理事會。二、安全理事會如認為該項爭端之繼續存在，在事實上足以危及國際和平與安全之維持時，應決定是否當依第三十六條採取行動或建議其所認為適當之解決條件。」

⁴ 在聯合國國際法院的判決中目前多數意見並沒有主張對安理會決議具有司法審查權的見解，但是這不代表以後不可能出現這樣的判決，因為歐洲法院(ECJ)在 Kadi 案的判決已經有相關主張，聯合國國際法院以後的判決有可能引用並採用該案之見解。在聯合國國際法院的判決的不同意見書中，有些有暗示聯合國國際法院具有對安理會決議的司法審查權，特別是法官 Shahabuddeen 的意見。歐洲法院 Kadi 所引發的司法審查權問題參見：Lorraine Finlay, *Between a Rock and a Hard Place: the Kadi Decision and Judicial Review of Security Council Resolutions*, 18 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 477 (2009-2010).

⁵ See, e.g., Detlev F. Vagts, *Hegemonic International Law*, 95 *American Journal of International Law* 843 (2001); Jose E. Alvarez, *Hegemonic International Law Revisited*, 97 *American Journal of International Law* 873(2003); Jose E. Alvarez, *International Organizations as Law-Maker*, 2005, pp. 211-217.

但是就國際法院判決的法律意義來看，是要處理如何理解安理會決議所授權的範圍以及如何透過解釋之方法決定安理會決議的法律意義⁶。雖然處理這個問題一定會產生政治層面的影響，也有論者⁷嘗試發展「政治問題原則」作為例外。依據《憲章》第 96 條⁸以及規約第 65 條⁹，諮詢意見之問題必須是一個法律問題，而法律問題是指以法律的語言提出國際法的問題¹⁰，即使該問題具有政治層面的影響，也不足以剝奪該問題之性質為法律問題¹¹，不論其政治層面為何，法院也不能拒絕回應實行其主要司法功能的請求¹²，另外，法院也不考慮請求諮詢的政治動機以及諮詢意見可能產生的政治結果¹³。

安理會決議的法律性質的研究，可以追溯到 1947 年的第 22 號決議¹⁴之執行部分：「建議聯合王國及阿爾巴尼亞政府立即將此項爭端遵照國際法院規約之規定提交國際法院」，本決議的法源基礎是在《憲章》

⁶ Alexander Orakhelashvili, *The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review*, in A. von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), 11 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 143 (2007).

⁷ Marcella David, *Passport to Justice: Internationalizing the Political Question Doctrine for Application in the World Court*, 40 *Harvard International Law Journal* 81 (1999).

⁸ 聯合國《憲章》第 96 條：「一、大會或安理會對於任何法律問題得請國際法院發表諮詢意見。二、聯合國其他機關、及各種專門機關，對於其工作範圍內之任何法律問題，得隨時以大會之授權，請求國際法院發表諮詢意見」。

⁹ 國際法院規約第 65 條第 1 項：「一、法院對於任何法律問題如經任何團體由聯合國《憲章》授權而請求或依照聯合國《憲章》而請求時，得發表諮詢意見」。

¹⁰ ICJ, *Western Sahara*, *Advisory Opinion of 16 October 1975*, para.15.

¹¹ ICJ, *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, *Advisory Opinion of 12 July 1973*, p.172, para.14.

¹² ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)*, *Advisory Opinion of 22 July 2010*, para.27.

¹³ ICJ, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, *Advisory Opinion of 28 May 1948*, p.61; ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion of 8 July 1996*, para.13.

¹⁴ S/RES/22.

第三十六條第三項：「安全理事會...理應注意凡具有法律性質之爭端，在原則上，理應由當事國依國際院規約之規定提交國際法院」，而在本項中暗示安理會得對國際法院作成建議，提交國際法院處理爭端，但是不代表就授予國際法院本爭端之管轄權。在 1948 年的科弗海峽案¹⁵中，阿爾巴尼亞在國際法院主張，《憲章》第二十五條只適用於依據第七章所通過的安理會決議，第 22 號決議之建議不具拘束力，因此先決反對英國以本決議主張法院之管轄權，因此申請國際法院裁決本案為不可受理；英國之回應認為在英國接受法院管轄權之後，阿爾巴尼亞也隨之接受法院管轄權，並不妨礙到阿爾巴尼亞對《憲章》第二十五條之解釋，由於雙方都接受管轄權，所以國際法院對本案有管轄權；國際法院之裁決為阿爾巴尼亞接受管轄權時對《憲章》第二十五條解釋所作之保留，以及不願本案成為對《憲章》第二十五條得授予安理會對各國強加強制管轄權之先例之法律主張，不得作為先決反對本案不可受理之理由，因此裁定駁回阿爾巴尼亞之申請。

儘管本案中國際法院以程序方式迴避處理《憲章》第二十五條之解釋，但是由於英國並未反對阿爾巴尼亞對《憲章》第二十五條所採取之解釋——亦即只有依據《憲章》第七章所通過之安理會決議，才適用《憲章》第二十五條之規定而有拘束力，而安理會決議建議爭端提交國際

¹⁵ ICJ, Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Preliminary objection, Judgment of 25 March 1948.

法院不得解釋為授予國際法院對該爭端之強制管轄權。所以由本案得到以下二個結論：第一、早在 1948 年的科弗海峽案，即已非常關注安理會決議的法律性質——亦即是否具有拘束力、是否授予法院管轄權、是否得在爭訟案件中引用之等安理會決議之法律性質之問題；第二、本案間接確立了只有依據《憲章》第七章所通過的決議才能適用《憲章》第二十五條而使安理會決議具有拘束力之原則。

而在訴訟案件，在臨時措施的判例，法院曾以下列理由：「儘管現階段尚未決定安理會決議第 748 號的法律效果，也不論該決議通過前的情勢為何，法院認為不適合以臨時措施來保護利比亞在蒙特利公約下的權利；不僅如此，尼加拉瓜所請求的臨時措施的裁定似乎在初步認定上將危及英國(美國)在決議 748 號所享有的權利」¹⁶，而不願與安理會決議互相衝突而拒絕指示辦法；而在 1986 年的尼加拉瓜案，法

¹⁶ ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992, para.43-44.
“43. Whereas the Court, while thus not at this stage called upon to determine definitively the legal effect of Security Council resolution 748 (1992), considers that, whatever the situation previous to the adoption of that resolution, the rights claimed by Libya under the Montreal Convention cannot now be regarded as appropriate for protection by the indication of provisional measures;
44. Whereas, furthermore, an indication of the measures requested by Libya would be likely to impair the rights which appear prima facie to be enjoyed by the United States by virtue of Security Council resolution 748 (1992).”; ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992, para.40-41.
“40. Whereas the Court, while thus not at this stage called upon to determine definitively the legal effect of Security Council resolution 748 (1992), considers that, whatever the situation previous to the adoption of that resolution, the rights claimed by Libya under the Montreal Convention cannot now be regarded as appropriate for protection by the indication of provisional measures;
41. Whereas, furthermore, an indication of the measures requested by Libya would be likely to impair the rights which appear prima facie to be enjoyed by the United Kingdom by virtue of Security Council resolution 748 (1992).”

院更指出：「尼加拉瓜指出法院過去的意見所建立的原則是法院不必僅因爭端具有其他面向而拒絕審理爭端的一個面向，法院也不應該僅因該問題與政治問題交纏而拒絕其主要司法任務。法院回應指出在德黑蘭案，法院指出不管爭端的其他層面有多重要，法院規約及規則沒有考慮到要因此而拒絕爭端的一個層面，並指出，從沒有因為向法院所提出的法律爭端只是政治爭端的一部分因此法院必須拒絕解決二造法律爭端的觀點被提出，而這樣的觀點在《憲章》與法院規約中也找不到法律基礎，上該觀點將對法院和平解決爭端的角色產生很大的以及無法律根據的限縮」¹⁷。

對於安理會決議的解釋以及審查標準之國際法規範在安理會職能擴張後愈形重要。安理會與國際法的互動主要是在二個層面上。在第一個層面上，安理會證實並履行既存國際法的原則與規範，特別是在不干涉內政、尊重人權、人道規範、禁止武力使用，以及自決權等領域

¹⁷ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984, para.104-105. "Nicaragua...referred to previous decisions of the Court as establishing the principle that the Court is not required to decline to take cognizance of one aspect of a dispute merely because that dispute has other aspects and that the Court should not decline its essentially judicial task merely because the question before the Court is intertwined with political questions. On this latter point, the Court would recall that in the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case it stated: "The Court, at the same time, pointed out that no provision of the Statute or Rules contemplates that the Court should decline to take cognizance of one aspect of a dispute merely because that dispute has other aspects, however important." (I.C.J. Reports 1980, p. 19, para. 36.) And, a little later, added: "Yet never has the view been put forward before that, because a legal dispute submitted to the Court is only one aspect of a political dispute, the Court should decline to resolve for the parties the legal questions at issue between them. Nor can any basis for such a view of the Court's functions or jurisdiction be found in the Charter or the Statute of the Court; if the Court were, contrary to its settled jurisprudence, to adopt such a view, it would impose a far-reaching and unwarranted restriction upon the role of the Court in the peaceful solution of international disputes." (I.C.J. Reports 1980, p. 50, para. 37.)."

上；安理會在依據《憲章》第 24 條第 2 項在履行其維持和平與安全的職務時，應遵守聯合國宗旨及原則，本規範獲得確立¹⁸。

在第二個層面上，安理會的實踐可以被視為對國際法部分領域的發展具有貢獻¹⁹，藉由國家實踐參與習慣法的形塑以及法之信念之確信，而參與國際習慣法的形成。對於安理會職權的法律基礎，國際法院更以為「《憲章》第 24 條第 2 段所引用的安理會特定章節的特定權力並不排除安理會執行第 24 條第 1 段賦予的職責。可以引用 1947 年 1 月 10 日聯合國秘書長的談話作為證據：『安理會在第 24 條下的職權不限於《憲章》第六、七、八、以及十二章所賦予的特定職權，聯合國各會員國所賦予安理會之職權等同於安理會維持和平與安全的職責，安理會職權的唯一限制在於《憲章》第一章所載的聯合國宗旨與原則』。²⁰

¹⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993, para.101. “Nor should one overlook the significance of the provision in Article 24 (2) of the Charter that, in discharging its duties to maintain international peace and security, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations.”

¹⁹ Rosalyn Higgins, *The development of international law through the political organs of the United Nations*, New York: Oxford University Press, 1963.

²⁰ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, para.110. “The reference in paragraph 2 of this Article [Article 24] to specific powers of the Security Council under certain chapters of the Charter does not exclude the existence of general powers to discharge the responsibilities conferred in paragraph 1. Reference may be made in this respect to the Secretary-General's Statement, presented to the Security Council on 10 January 1947, to the effect that “the powers of the Council under Article 24 are not restricted to the specific grants of authority contained in Chapters VI, VII, VIII and XII . . . the Members of the United Nations have conferred upon the Security Council powers commensurate with its responsibility for the maintenance of peace and security. The only limitations are the fundamental principles and purposes found in Chapter 1 of the Charter.””

有論者²¹謂安理會透過《憲章》第七章所通過的決議在《憲章》第 25 條²²對於各國具有拘束力的意義下如果決定要求各國遵守有別於既存國際法、不針對特定國家、不限特定時間的規範則該決議就具有立法功能，例如在第 1373 號決議²³所形成的反恐怖主義規範，以及在第 1540 號決議²⁴所形成的核不擴散至非國家行為者的規範。對於上述二

²¹ See, e.g., Paul Szasz, the Security Council Starts Legislating, 96 American Journal of International Law 901 (2002); Luis Miguel Hinojosa Martinez, the Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits, 57 International and Comparative Law Quarterly 333 (2008); Stefan Talmon, the Security Council as World Legislature, 99 American Journal of International Law 175 (2005).

²² 聯合國《憲章》第 25 條：「聯合國會員國同意依《憲章》之規定接受並履行安全理事會之決議」。

²³ 第 1373 (2001) 號決議(S/RES/1373)第一段「決定所有國家應：(a)防止和制止資助恐怖主義行為；(b)將下述行為定為犯罪：本國國民或在本國領土內，以任何手段直接間接和故意提供或籌集資金，意圖將這些資金用於恐怖主義行為或知曉資金將用於此種行為；(c)毫不拖延地凍結犯下或企圖犯下恐怖主義行為或參與或協助犯下恐怖主義行為的個人、這種人擁有或直接間接控制的實體以及代表這種人和實體或按其指示行事的個人和實體的資金和其他金融資產或經濟資源，包括由這種人及有關個人和實體擁有或直接間接控制的財產所衍生或產生的資金；(d)禁止本國國民或本國領土內任何個人和實體直接間接為犯下或企圖犯下或協助或參與犯下恐怖主義行為的個人、這種人直接間接擁有或控制的實體以及代表這種人或按其指示行事的個人和實體提供任何資金、金融資產或經濟資源或金融或其他有關服務」；第 1373 (2001) 號決議第二段：「還決定所有國家應：(a)不向參與恐怖主義行為的實體或個人主動或被動提供任何形式的支持，包括制止恐怖主義集團招募成員和消除向恐怖分子供應武器；(b)採取必要步驟，防止犯下恐怖主義行為，包括通過交流情報向其他國家提供預警；(c)對於資助、計畫、支持或犯下恐怖主義行為或提供安全庇護所的人拒絕給予安全庇護；(d)防止資助、計畫、協助或犯下恐怖主義行為的人為敵對其他國家或其公民的目的利用本國領土；(e)確保把參與資助、計畫、籌備或犯下恐怖主義行為或參與支持恐怖主義行為的任何人繩之以法，確保除其他懲治措施以外，在國內法規中確定此種恐怖主義行為是嚴重刑事罪行，並確保懲罰充分反映此種恐怖主義行為的嚴重性；(f)在涉及資助或支持恐怖主義行為的刑事調查或刑事訴訟中互相給予最大程度的協助，包括協助取得本國掌握的、訴訟所必需的證據；(g)通過有效的邊界管制和對簽發身份證和旅行證件的控制，並通過防止假造、偽造或冒用身份證和旅行證件，防止恐怖分子和恐怖主義集團的移動」；第 1373 (2001) 號決議第六段：「決定按照其暫行議事規則第 28 條設立一個由安理會全體成員組成的安全理事會委員會，在適當專家的協助下監測本決議的執行情況，籲請所有國家至遲於本決議通過之日後 90 天，並於以後按照委員會提出的時間表，向委員會報告本國為執行本決議而採取的步驟」。

²⁴ 安理會第 1540 號決議(S/RES/1540)第一段：「決定各國應不向企圖開發、獲取、製造、擁有、運輸、轉移或使用核生化武器及其運載工具的非國家行為者提供任何形式的支援」；第 1540 號決議第二段：「又決定各國應按照本國程式，通過和實施適當、有效的法律，禁止任何非國家行為者，尤其是為恐怖主義目的而製造、獲取、擁有、開發、運輸、轉移或使用核生化武器及其運載工具，以及禁止企圖從事上述任何活動、作為共犯參與這些活動、協助或資助這些活動的圖謀」；第 1540 號決議第三段：「還決定各國應採取和實施有效措施，建立國內管制，以防止核生化武器及其運載工具的擴散，包括對相關材料建立適當管制，並為此目的應：(a)制定和保持適當、有效的

決議的通過是否如法院在種族滅絕案：「安理會第 713 號決議以及後續相關決議不得解釋為對波斯尼亞與赫塞哥維納實施武器禁運，上該原則係由《憲章》第二十四條第一項、第五十一條、以及習慣法上的超越權限規範所要求的」²⁵之原則因為超越安理會之權限而不適用？由於上述二決議在安理會為一致決議通過，並且沒有任何國家主張上述二決議為非法，並且幾乎所有國家都盡其能力符合上述二決議之規範，所以不存在超越權限的問題；並且安理會依據第七章所通過之決議不須要各國同意之原則亦獲確立²⁶。

另外，有論者²⁷謂安理會譴責非法、無效，以及要求各國不給予承認的諸多決議，例如在剛果²⁸、西南非²⁹、南羅德西亞³⁰、伊拉克³¹、東

措施，對生產、使用、儲存或運輸中的這種物項進行衡算和保安；(b)制定和保持適當、有效的實物保護措施；(c)制定和保持適當、有效的邊境管制和執法努力，以便按照本國法律授權和立法，並遵循國際法，包括必要時通過國際合作，查明、阻止、防止和打擊這種物項的非法販運和中間商交易；(d)對這些物項的出口和轉口建立、制定、審查和保持適當、有效的國家管制，包括適當的法律和條例，以管制其出口、過境、轉口和再出口，管制為這種出口和轉口提供資金和服務，例如有助於擴散的融資和運輸，以及建立最終用戶管制；並對違反這種出口管制法律和條例的行為制訂和實施適當的刑事或民事懲罰；第 1540 號決議第四段：「決定依據暫行議事規則第 28 條，設立一個安全理事會的委員會，由安理會全體成員組成，任期不超過兩年，該委員會酌情借助其他專門知識，向安理會報告本決議的執行情況以供審查，並為此目的籲請各國從本決議通過之日起至遲六個月向該委員會提交第一份報告，說明為執行本決議所採取或準備採取的步驟」。

²⁵ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Order of 13 September 1993, p.328, para.(o). “that Security Council resolution 713 (1991) and all subsequent Security Council resolutions referring thereto or reaffirming thereof must not be construed to impose an arms embargo upon Bosnia and Herzegovina, as required by Articles 24 (1) and 51 of the United Nations Charter and in accordance with the customary doctrine of ultra vires.”

²⁶ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993, para.98. “Once the Security Council indicated that it was acting “under Chapter VII”, it was no longer constrained by the necessity of obtaining the consent of any State to the measures that it considered the circumstances to require.”

²⁷ See e.g., E. Lauterpacht, Aspects of the Administration of International Justice (1991), pp. 37-78.

²⁸ 安理會第 161(1961)號決議(S/RES/161)「執行部分」第一段：「堅決反對卡塔加省行政當局藉

埔寨³²、南斯拉夫³³、盧安達³⁴、海地³⁵ 共和國等情勢之決議具有了準司法功能。另外針對安理會在第 276 號決議³⁶宣告南非留在納米比亞為非法之決議，國際法院以及除了當事國以外的各國在納米比亞案儘管有機會表達意見，並沒有注意到或沒有反對安理會在該決議的準司法功能，所以可以視為默認安理會具有準司法的功能。主張安理會具有立法功能以及準司法功能的學者，通常會接續主張由於安理會的立法功能缺乏民主正當性³⁷因而必須改革安理會的決策機制(增加透明化、增加非安理會會員國參與討論機會、以及提供遭受人權侵害之個人訴願的制度)或增加安理會之會員國。國際法院作為聯合國的主要司法機關有「義務確保聯合國體系的法治原則」(bound, to ensure the rule of law within the United Nations system)，安理會決議不是「免除

外來資源之援助及外國雇傭人員之助力非法從事分立活動」。

²⁹ 安理會第 276(1970)號決議(S/RES/276)「執行部分」第二段：「宣告南非當局繼續留駐納米比亞，實屬非法，故南非政府在委任統治結束後，以納米比亞名義或對納米比亞所採一切行為，均屬非法，均應無效」。

³⁰ 安理會第 216(1965)號決議(S/RES/216)「執行部分」第二段：「決議促請所有國家勿承認南羅德西亞之此非法種族主義少數政權並勿對此非法政權給予任何協助」；安理會第 217 號(1965 年)決議(S/RES/217)「執行部分」第三段：「譴責南羅德西亞之種族主義移民少數竄奪政權並認為其宣告獨立無法律效力」。

³¹ 安理會第 688 號決議(S/RES/688)針對伊拉克對庫德族與什葉派少數之侵害之制裁。

³² 安理會第 810(1993)號決議(S/RES/810)相信東埔寨「選舉為自由與公平」。

³³ 安理會第 824 號決議(S/RES/824)因南斯拉夫對波斯尼亞-赫塞哥維納以及克羅埃西亞之種族清洗之而對南斯拉夫進行制裁。

³⁴ 安理會第 912 號決議(S/RES/912)、安理會第 918 號決議(S/RES/918)、安理會第 935 號決議(S/RES/935)直接定義盧安達之事件為種族滅絕；安理會第 929 號決議(S/RES/929)以及安理會決議 981 號(S/RES/981)對盧安達種族滅絕之制裁。

³⁵ 安理會第 940(1994)號決議(S/RES/940)第四段：「根據《聯合國憲章》第七章採取行動，授權各會員國組成一支統一指揮和控制的多國部隊，在此框架內使用一切必要手段促使軍隊領導人按照《加弗納斯島協定》離開海地，合法當選總統立即返國和恢復海地政府合法主管當局，建立和保持安全和穩定的環境，以便實施《加弗納斯島協定》」，在本決議授權武力使用來回復海地民選之民主政府。

³⁶ S/RES/276.

³⁷ Ian Johnstone, Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit, 102 American Journal of International Law 275 (2008).

所有法律控制」(free of all legal controls)，亦即，安理會決議則必須遵守法治原則，國際法院具有某種司法審查權是無疑義的，法院「對適切提出之案件，應要求所有聯合國機關遵守規範其運作之規則」(in cases properly brought before it, to insist on adherence by all United Nations organs to the rules governing their operation)³⁸。

依據以上論點有不少論者以為安理會具有立法功能與準司法功能。但是從國際法院的判決實踐來看，對以上論點有所限制與保留。國際法院早在 1948 年的諮詢意見及指出：「國際組織的政治性質機關不使其解除遵守法律條文之義務，當法律條文對其權力作出限制以及供其作為判斷的標準」³⁹。

特任法官 Jennings 在 1998 年洛克比案的反對意見書中指出：「適用國際法的第一個原則是：所有具裁量空間的合法決策過程係源自於法律

³⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993, para.99. “This is not to say that the Security Council can act free of all legal controls but only that the Court's power of judicial review is limited. That the Court has some power of this kind can hardly be doubted, though there can be no less doubt that it does not embrace any right of the Court to substitute its discretion for that of the Security Council in determining the existence of a threat to the peace, a breach of the peace or an act of aggression, or the political steps to be taken following such a determination. But the Court, as the principal judicial organ of the United Nations, is entitled, indeed bound, to ensure the rule of law within the United Nations system and, in cases properly brought before it, to insist on adherence by all United Nations organs to the rules governing their operation. The Court has already, in the Lockerbie case, given an extensive interpretation of the powers of the Security Council when acting under Chapter VII, in holding that a decision of the Council is, by virtue of Articles 25 and 103 of the Charter, able to prevail over the obligations of the parties under any other international agreement (see Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, Z.C.J. Reports 1992, p. 15, para. 39).”

³⁹ Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion of 28 May 1948, p.64. “The political character of an organ cannot release it from the observance of the treaty provisions established by the Charter when they constitute limitations on its powers or criteria for its judgment.”

原則，因此受法律的規範以及限制。即使決議的權威性僅來自法律也必須是如此。在邏輯上不可能宣稱代表權力以及法律的權威性而又同時宣稱其在法律之上。」⁴⁰；特任法官 Lauterpacht 在不同意見指出：「法院具有某種司法審查權是不用懷疑的，雖然至少不用懷疑法院不具有任何以自己的裁量權來代替安理會斷定是否存在和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為，以及後續的政治行動的裁量權」⁴¹。

特任法官 Jennings 的反對意見討論安理會的決議如何受規範，以及國際法院是否具有審查決議的權限。在此整理如下：「《憲章》第24條第2項意義下確實對安理會適用：『安全理事會於履行此項職務時，應遵照聯合國之宗旨及原則。為履行此項職務而授予安全理事會之特定權力，於本《憲章》第六章、第七章、第八章、及第十二章內規定之』。」⁴²；「我們因此完全同意利比亞安理會之決定與行動不應被視

⁴⁰ ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Dissenting opinions of Judge ad hoc Sir Robert Jennings, Judgment of 27 February 1998, p.110. “The first principle of the applicable law is this: All discretionary powers of lawful decision-making are necessary derived from the law, and are therefore governed and qualified by the law. This must be so if only because the sole authority of such decisions flows itself from the law. It is not logically possible to claim to represent the power and authority of the law, and at the same time, claim to be above the law.”

⁴¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993, para.99. “That the Court has some power of this kind [of judicial review] can hardly be doubted, though there can be no less doubt that it does not embrace any right of the Court to substitute its discretion for that of the Security Council in determining the existence of a threat to the peace, a breach of the peace or an act of aggression, or the political steps to be taken following such a determination.”

⁴² ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Dissenting opinions of Judge ad hoc Sir Robert Jennings, Judgment of 27 February 1998, p.110. “the United Nations Security Council is clear from the terms of Article 24, paragraph 2, of the Charter : “In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these

為享有某種程度的豁免權而不受聯合國主要司法機關的管轄規範；雖然我也許應多加英國沒作這樣的主張這句。」⁴³；「安理會行使《憲章》第39條所賦予的裁量權限，已經決定存在『和平之威脅』，聯合國主要司法機關不是去質疑該決定，更不是以自己的決定來取代該決定，而是闡述第39條的正常意義及目的，並保護安理會由法律所賦予的權利及義務；並保護安理會行使『決定以何種非武力使用之措施來使其所做之決定產生效力』之裁量權。」⁴⁴；「不僅如此，當安理會開始使用《憲章》第七章之權利後，它『決定某些洛克比空難有關議題具有拘束力』，由於《憲章》第25條之授予而無庸置疑。不僅如此，被授予「維持國際和平及安全之主要責任」（第24條）的機關具有這樣的權限是合理與必須的，其目的正式為了『保證聯合國行動迅速有效』。」⁴⁵；「評論者也談到國際法院具有某種司法審查權的可能性；但是法院

duties are laid down in Chapters VI, VII, VSII, and XII.”

⁴³ Id, p.110. “I therefore wholly agree with the Libyan argument that the Security Council decisions and actions should in no wise be regarded as enjoying some sort of “immunity” from the jurisdiction of the principal judicial organ of the United Nations; though I ought perhaps to add that the United Kingdom argument made no such claim.”

⁴⁴ Id, p.110. “the Security Council, exercising the discretionary competence given to it by Article 39 of the Charter, has decided that there exists a “threat to the peace”, it is not for the principle judicial organ of the United Nations to question that decision, much less to substitute a decision of its own, but to state the plain meaning and intention of Article 39, and to protect the Security Council’s exercise of that body’s power and duty conferred upon it by the law ; and to protect the exercise of the discretion of the Security Council to “decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions”.”

⁴⁵ ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Dissenting opinions of Judge ad hoc Sir Robert Jennings, Judgment of 27 February 1998, p.111. “Furthermore, when the Security Council moved into its powers under Chapter VII of the Charter, it “decided certain issues pertaining to the Lockerbie disaster with binding force” (Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I. C. J. Reports 1992, p. 26, separate opinion of Judge Lachs). There can be no doubt about that, for Article 25 of the Charter so provides. Moreover this competence is reasonable and necessary for the

本身在納米比亞案否認了具有司法審查權。」⁴⁶；「對於安理會依據第七章所通過的決議沒有司法審查權的原因不只是因為法院在納米比亞案的裁決。《憲章》的條文就建立了這個立場。不僅如此在舊金山制憲會議紀錄即載明司法審查權之提議被否決。國際法院不是作修正的機關，不應以自己的裁量權代替安理會的裁量權；在我看來法院也不是作審查的合適機關；而且以法院形式的、互相對抗性的系統也不適合作政治決定。」⁴⁷

儘管以上觀點是特任法官Jennings的不同意見，沒有被多數意見法官所採納，其原因在於國際法院不願意在有其他方式可以處理先決反對管轄權的法律問題的情況下，立即處理安理會的決議是符合《憲章》以及國際法以及如何解釋以及適用安理會決議之問題等足以影響聯合國《憲章》體制的問題。筆者個人觀察以為國際法院在諮詢意見遠比在訴訟成案判決較可能處理上述重要問題，因為在諮詢意見上國際

body that has been given "primary responsibility for the maintenance of international peace and security" (Art. 24); and this precisely "to ensure prompt and effective action by the United Nations".

⁴⁶ Id, p.111. "There has been some talk amongst the commentators of the possibilities of some kind of power of "judicial review" by the International Court of Justice; though it should be borne in mind that the Court itself denied the possession of such powers in the Namibia case (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, p. 45, para.89)."

⁴⁷ Id, p.111. "That there is no power of judicial review of Security Council decisions under Chapter VII of the Charter is not merely because of the dictum of the Court in the Namibia case. The position is established by the provisions of the Charter itself. Moreover it is evident from the records of San Francisco that a power of judicial review was proposed and rejected by the drafting conference. The Court is not a revising body, it may not substitute its own discretion for that of the Security Council; nor would it in my view be a suitable body for doing that; nor is the forensic adversarial system suited to the making of political decisions."

法院具有「是否受理問題的裁量權」⁴⁸以及「界定問題之範圍」⁴⁹的裁量權，而得以用較間接的方式隨著諮詢案件的增加而循序漸進的找到可行的模式來回答上述問題。筆者個人觀察以為，國際法院2010年在科索沃宣佈獨立是否符合國際法規範之諮詢意見採取了嘗試的回答以上問題的態度。

在科索沃獨立的諮詢意見的實質問題部份，「法院首先處理的問題是如何在一般架構上討論宣布獨立在國際法上的合法性及其相關背景與安理會決議第1244號⁵⁰如何被理解及適用之問題。在一般架構被決定以後，法院會接續討論安理會決議1244號的『法律相關性』(legal relevance)，以及決議是否創造特別規則(special rules)與其後續法律義務，而在國際法下得以適用於對於科索沃宣布獨立之合法性之決定有所影響」⁵¹。

⁴⁸ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, p.156, para.44. “The Court has recalled many times in the past that Article 65, paragraph 1, of its Statute, which provides that ‘The Court may give an advisory opinion’ (emphasis added), should be interpreted to mean that the Court has a discretionary power to decline to give an advisory opinion even if the conditions of jurisdiction are met.”

⁴⁹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion of 22 July 2010, p.19, para.50. “The Court recalls that in some previous cases it has departed from the language of the question put to it where the question was not adequately formulated (see for example, in Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV), Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 16) or where the Court determined, on the basis of its examination of the background to the request, that the request did not reflect the “legal questions really in issue” (Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980, p. 89, para. 35). Similarly, where the question asked was unclear or vague, the Court has clarified the question before giving its opinion (Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982, p. 348, para. 46).”

⁵⁰ S/RES/1244.

⁵¹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion of 22 July 2010, p.29, para.78, “The Court will first turn its attention to certain questions concerning the lawfulness of declarations of

從本諮詢意見看出二件事：第一、法院在解釋一個法律問題是否符合國際法規範的時候，如果安理會有相關決議通過，安理會決議是必須納入考量的；第二，安理會決議被納入考量的方式有二個層次，第一個層次是在一般架構上討論國際法上的合法性以及安理會決議如何被理解與適用，在一般架構被決定後，在第二個層次討論特定安理會決議的法律相關性，以及是否創造出特別規則以及後續法律義務。

在第一個層次，安理會一些具有準司法功能的一些決議，也被科索沃獨立之諮詢意見的參與者引用為宣布獨立違反國際法之法律論點之證據，所以法院之回應，即可以看出法院之態度。整理如下：「有些參與者引用安理會一些譴責宣佈獨立的決議，這些決議本身包括安理會決議第216號(1965年)⁵²以及第217號(1965年)⁵³針對南羅德西亞；安理會決議第541號(1983年)⁵⁴針對北賽普勒斯；以及安理會決議第787號(1992年)⁵⁵針對賽爾維亞邦」⁵⁶；「然而法院注意到在以上所有的例

independence under general international law, against the background of which the question posed falls to be considered, and Security Council resolution 1244 (1999) is to be understood and applied. Once this general framework has been determined, the Court will turn to the legal relevance of Security Council resolution 1244 (1999), and determine whether the resolution creates special rules, and ensuing obligations, under international law applicable to the issues raised by the present request and having a bearing on the lawfulness of the declaration of independence of 17 February 2008.”

⁵² S/RES/216.

⁵³ S/RES/217.

⁵⁴ S/RES/541.

⁵⁵ S/RES/787.

⁵⁶ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion of 22 July 2010, p.30, para.81. “Several participants have invoked resolutions of the Security Council condemning particular declarations of independence: see, inter alia, Security Council resolutions 216 (1965) and 217 (1965), concerning Southern Rhodesia; Security Council resolution 541 (1983), concerning northern Cyprus; and Security

子，安理會是因應宣布獨立時的具體情勢所做的決定。因此宣布獨立所被添加的非法性不是來自片面宣布獨立本身，而是由於他們事實上是、或是已經是與非法使用武力或是其他重大違反一般國際法原則、特別是違反一般國際法強制規律(絕對法)有所連結。而在科索沃的脈絡下，安理會從未採取以上立場。

以上決議的特殊性質使法院更加證實沒有辦法從安理會的實踐得出片面宣布獨立一般被禁止之結論。⁵⁷所以法院除了沒有處理—安理會是否具有準司法功能之權限—之問題以外，法院更藉著將上述決議定性為特殊性質，而得出安理會決議之實踐不適用於科索沃之案件而得出安理會決議沒有將宣布獨立視為非法之結論。也就是說，雖然法院沒有辦法確立安理會是否具有準司法功能，但是由於上述決議的實踐確立了安理會具有宣告非法的權限；而在科索沃情勢中，卻沒有行使該權限，因此安理會是默認科索沃宣告獨立為合法了；因此本論文發現法院不僅沒有反對安理會具有類似準司法功能的權限，而且還以

Council resolution 787 (1992), concerning the Republika Srpska.”

⁵⁷ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion of 22 July 2010, p.31, para.81. “The Court notes, however, that in all of those instances the Security Council was making a determination as regards the concrete situation existing at the time that those declarations of independence were made; the illegality attached to the declarations of independence thus stemmed not from the unilateral character of these declarations as such, but from the fact that they were, or would have been, connected with the unlawful use of force or other egregious violations of norms of general international law, in particular those of a peremptory character (jus cogens). In the context of Kosovo, the Security Council has never taken this position. The exceptional character of the resolutions enumerated above appears to the Court to confirm that no general prohibition against unilateral declarations of independence may be inferred from the practice of the Security Council.”

安理會決議之實踐不適用本案為由，從反面得出安理會決議並未禁止宣布獨立之結論。因此法院以為：「回答大會的問題，法院只需決定宣布獨立是否違法一般國際法或由安理會1244號(1999年)所創造的『特別法』(lex specialis)。」⁵⁸；「依據以上原因，法院以為一般國際法沒有可適用的禁止宣布獨立原則。因此科索沃宣布獨立沒有違法一般國際法。在獲得以上結論後，法院現在接著討論安理會決議第1244號的法律相關性。」⁵⁹也就是說，「在聯合國《憲章》法律架構裡，依據第24條、第25條、以及在第七章中，安理會得在國際法下通過決議規定義務」⁶⁰，而「由安理會決議第1244號是明確的依據第七章所通過的，所以安理會得以在國際法下通過決議規定義務」⁶¹，而這樣的義務所產生有別於一般國際法，但在國際法下的特別規則以及特別法規範。

總結來說，安理會決議在第一個層次——國際法的一般架構下——得被理

⁵⁸ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion of 22 July 2010, p. 31, para. 83. “To answer that question, the Court need only determine whether the declaration of independence violated either general international law or the *lex specialis* created by Security Council resolution 1244 (1999).”

⁵⁹ Id, p.32, para.84. “For the reasons already given, the Court considers that general international law contains no applicable prohibition of declarations of independence. Accordingly, it concludes that the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law. Having arrived at that conclusion, the Court now turns to the legal relevance of Security Council resolution 1244, adopted on 10 June 1999.”

⁶⁰ Id, p.32, para.85. “Within the legal framework of the United Nations Charter, notably on the basis of Articles 24, 25 and Chapter VII thereof, the Security Council may adopt resolutions imposing obligations under international law.”

⁶¹ Id, p.32, para.85. “Resolution 1244 (1999) was expressly adopted by the Security Council on the basis of Chapter VII of the United Nations Charter, and therefore clearly imposes international legal obligations.”

解而在適用特定法律問題上被適用為國際法規範，而在確立安理會決議與國際法的關係後，在第二個層次得在國際法通過決議定義務而形成特別法規範。

第二節 《聯合國憲章》第 103 條與絕對法的關係

依據學者Rob McLaughlin的看法⁶²，《憲章》第103條⁶³預設了國際法具有階層關係的概念，儘管有學者以為《憲章》第103條不能被解釋為安理會決議得優先於條約適用⁶⁴，但是由於《憲章》第103條在個案適用的效力從來沒有被挑戰，因此《憲章》第103條的適用範圍是否即於所有的安理會依據《憲章》第七章所通過的決議，則還沒有被實踐所確立。

儘管《憲章》第七章所通過的決議是否完全與《憲章》下的義務相等仍有爭議⁶⁵，但是依據《憲章》第103條⁶⁶，《憲章》下的義務優先於

⁶² Rob McLaughlin, *The Legal Regime Applicable to Use of Lethal Force When operating under a United Nations Security Council Chapter VII Mandate Authorising 'All Necessary Means,'* 12 *Journal of Conflict & Security Law* 389 (2007).

⁶³ 《憲章》第 103 條：「聯合國會員國在本憲章下之義務與其依任何其他國際協定所負之義務有衝突時，其在本憲章下之義務應居優先」。

⁶⁴ D. Bowtt, *the Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedure*, 5 *European Journal of International Law* 1 (1994).

⁶⁵ 學者 Bowett 以為遵守安理會決議的義務是一項《憲章》下的義務，但是安理會決議本身並不是條約義務。參見：D. Bowtt, *the Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedure*, 5 *European Journal of International Law* 1 (1994).

⁶⁶ 聯合國《憲章》第 103 條：「聯合國會員國在本《憲章》下之義務與其依任何其他國際協定所負之義務有衝突時，其在本《憲章》下之義務應居優先」。

條約適用之原則在1984年尼加拉瓜案獲法院確立⁶⁷；僅管在1992年洛克比案法院指出⁶⁸，安理會決議第748號初部證據上依據第25條拘束各會員國，並且《憲章》義務優先於蒙特利公約適用，因此法院支持安理會決議依據第25條與第103條拘束各會員國並先於國際協定適用之主張；在1998年洛克比案法院指出⁶⁹：由於安理會決議第748號⁷⁰與安

⁶⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984, pp.440, para.107. “Furthermore, it is also important always to bear in mind that all regional, bilateral, and even multilateral, arrangements that the Parties to this case may have made, touching on the issue of settlement of disputes or the jurisdiction of the International Court of Justice, must be made always subject to the provisions of Article 103 of the Charter which reads as follows : “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.””

⁶⁸ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992, para.42. “Whereas both Libya and the United States, as Members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter; whereas the Court, which is at the stage of proceedings on provisional measures, considers that prima facie this obligation extends to the decision contained in resolution 748 (1992); and whereas, in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention.”; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992, para.39. “Whereas both Libya and the United Kingdom, as Members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter; whereas the Court, which is at the stage of proceedings on provisional measures, considers that prima facie this obligation extends to the decision contained in resolution 748 (1992); and whereas, in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention.”

⁶⁹ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998, paras.37-38. “37. The Court cannot uphold this line of argument. Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) were in fact adopted after the filing of the Application on 3 March 1992. In accordance with its established jurisprudence, if the Court had jurisdiction on that date, it continues to do so; the subsequent coming into existence of the above-mentioned resolutions cannot affect its jurisdiction once established (cf. *Nottebohm*, Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Reports 1953, p. 122; *Right of Passage over Indian Territory*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1957, p. 142). 38. In the light of the foregoing, the Court concludes that the objection to jurisdiction raised by the United States on the basis of the alleged absence of a dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the Montreal Convention must be rejected, and that the Court has jurisdiction to hear the disputes between Libya and the United States as to the interpretation or application of the provisions of that Convention.”; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998, paras.38-39. “38. The Court cannot uphold this line of argument. Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) were in fact adopted after the filing of the Application

理會決議第883號⁷¹都是在訴訟案申請日後通過的所以法院以為不得以安理會決議與蒙特利公約衝突為由先決反對管轄權，事後所通過決議不得影響法院管轄權已建立之管轄權；在1998年洛克比案是否可受理問題部份法院指出⁷²由於安理會決議第748號與安理會決議第883號⁷³都是在利比亞申請日後通過，所以不必考慮，至於安理會決議第731號僅管在申請日前通過，由於該決議只具建議性質，因此不得以上述理由主張「不可受理」(inadmissible)。

除了上述第103條原則對於具體案件之適用，國際法學會報告指出安

on 3 March 1992. In accordance with its established jurisprudence, if the Court had jurisdiction on that date, it continues to do so; the subsequent coming into existence of the above-mentioned resolutions cannot affect its jurisdiction once established (cf. *Nottebohm*, Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Reports 1953, p. 122; *Right of Passage over Indian Territory*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1957, p. 142). 39. In the light of the foregoing, the Court concludes that the objection to jurisdiction raised by the United Kingdom on the basis of the alleged absence of a dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the Montreal Convention must be rejected, and that the Court has jurisdiction to hear the disputes between Libya and the United Kingdom as to the interpretation or application of the provisions of that Convention.”

⁷⁰ S/RES/748.

⁷¹ S/RES/883.

⁷² Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998, para.43. “In the view of the Court, this last submission of Libya must be upheld. The date, 3 March 1992, on which Libya filed its Application, is in fact the only relevant date for determining the admissibility of the Application. Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) cannot be taken into consideration in this regard, since they were adopted at a later date. As to Security Council resolution 731 (1992), adopted before the filing of the Application, it could not form a legal impediment to the admissibility of the latter because it was a mere recommendation without binding effect, as was recognized moreover by the United States. Consequently, Libya's Application cannot be held inadmissible on these grounds.”; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998, para.44. “In the view of the Court, this last submission of Libya must be upheld. The date, 3 March 1992, on which Libya filed its Application, is in fact the only relevant date for determining the admissibility of the Application. Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) cannot be taken into consideration in this regard since they were adopted at a later date. As to Security Council resolution 731 (1992), adopted before the filing of the Application, it could not form a legal impediment to the admissibility of the latter because it was a mere recommendation without binding effect, as was recognized moreover by the United Kingdom itself. Consequently, Libya's Application cannot be held inadmissible on these grounds.”

⁷³ S/RES/883.

理會不得依據第103條要求會員國違反強制法規範⁷⁴。Lauterpacht更在波斯尼亞種族滅絕案指出：「絕對法的概念在操作上是一個高於習慣國際法與條約之概念。第103條在安理會決議與相關操作條約義務衝突時所給與安理會免除條約義務限制的好處，不得——單純從規範位階的高低即可知——延伸至安理會決議與絕對法的衝突。事實上只要陳述相反論述——安理會得要求參與種族滅絕——即可知無法接受性相當明顯」⁷⁵，但是對於安理會決議與絕對法衝突後的法律效果，Lauterpacht指出：「法院不必採取由於種族滅絕是絕對法規範，所以安理會決議違反部份自始無效及不具法律效果的立場，事實上，法院似乎只須提醒安理會注意絕對法在此的相關性，安理會即有義務對法院的判決給以注意，並在未來考量武器禁運上對此加以重視」⁷⁶；而聯合國國際

⁷⁴ Sir Franklin Berman (UK), Chair, Professor Malcolm Shaw (UK), Co-Rapporteur, Professor Karel Wellens (Netherlands), Co-Rapporteur, International Law Association, Berlin Conference (2004), *Accountability of International Organization*, Final Report, p.19. “Of course, Article 103 of the UN Charter establishes that, in the event of a conflict between the obligations of Members of the UN under the Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the Charter shall prevail. However, IO-s should not require Member States to breach peremptory norms.”

⁷⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993, p.440, para.100. “The concept of jus cogens operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot—as a matter of simple hierarchy of norms—extend to a conflict between a Security Council resolution and jus cogens. Indeed, one only has to state the opposite proposition thus—that a Security Council resolution may even require participation in genocide—for its unacceptability to be apparent.”

⁷⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993, p.441, para.104. “...that genocide is jus cogens and that a resolution which becomes violative of jus cogens must then become void and legally ineffective. It is not necessary for the Court to take a position in this regard at this time. Instead, it would seem sufficient that the relevance here of jus cogens should be drawn to the attention of the Security Council, as it will be by the required communication to it of the Court's Order, so that the Security Council may give due weight to it in future reconsideration of the embargo.”

法委員會則以為：「如果聯合國會員國沒有辦法簽署有效的與絕對法不相符的國際協定⁷⁷，他們也沒有辦法授權國際組織擁有與強制規律抵觸的權利。

學說與實踐均指出《憲章》義務與絕對法相衝突時，不僅不是《憲章》義務的優先性，而是《憲章》義務的無效，在這個意義下，《憲章》義務正如一般國際協定，上述論述特別不僅一次被指控違反絕對法的安理會決議特別相關⁷⁸。法院在1986年的尼加拉瓜案指出「《憲章》第2條第4項的禁止使用武力原則是經常被各國的代表視為不僅是習慣國際法規範也是根本及基本的法律原則而因此被證實為習慣國際法規範，國際法委員會在條約法公約的草擬過程指出《憲章》的禁止使用武力之法律規範為具有絕對法特性的國際法規則的明顯例子」⁷⁹。

⁷⁷ 《維也納條約法公約》第 53 條：「條約在締結時與一般國際法強制規律抵觸者無效。」；第 64 條：「遇有新一般國際法強制規律產生時，任何現有條約之與該項強制規律抵觸者即成無效而終止」。

⁷⁸ Finalized by Martti Koskeniemi, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, pp. 176-177, paras.346, "If United Nations Member States are unable to draw up valid agreements in dissonance with jus cogens, they must also be unable to vest an international organization with the power to go against peremptory norms. Indeed both doctrine and practice unequivocally confirm that conflicts between the United Nations Charter and norms of jus cogens result not in the Charter obligations' pre-eminence, but their invalidity. In this sense, the United Nations Charter is an international agreement as any other treaty. This is particularly relevant in relation to resolutions of the Security Council, which has more than once been accused of going against peremptory norms"

⁷⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986, p.100, para.190. "A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law. The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the law of treaties, expressed the view that "the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of jus cogens" (paragraph (1) of the

但是禁止使用武力作為絕對法規如何限制安理會權限，則須從安理會解決爭端之國際法規加以討論。

第三節 見解的效力

第一項 爭端解決與義務缺席

安理會之會員國如果涉及爭端則其法律主張與安理會依據國際法解決爭端之法律立場可以想見有很大的不同⁸⁰。《憲章》第27條第3項後半段即已注意到此問題而指出：「但對於第六章及第五十二條第三項內各事項之決議，爭端當事國不得投票」，構成了在解決爭端時對安理會的重要法律限制，但僅對第六章之爭端有限制，對第七章之情事則沒有。

儘管實踐上安理會遵守該條項的情況並不理想，在納米比亞案法院指出：「納米比亞問題在安理會的議程是『情勢』而非『爭端』，沒有一個安理會的會員國主張或建議將問題視為爭端，但是已適當的注意到將問題放在安理會議程的標題『納米比亞情勢』之下，要是南非政府

commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties, ILC Yearbook, 1966-11, p. 247).”

⁸⁰ Rosalyn Higgins, The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council, 64 American Journal of International Law 1 (1970), at p.1.

以為安理會應將問題視為爭端，它應該先提醒安理會注意，由於沒有在適當的時間點提出此一問題，現在已經不開放向法院作此一主張，同樣的，《憲章》第27條第3項的但書必須在事先決定爭端之存在以及安理會會員國是爭端之一造才得以適用」⁸¹，以上但書學術稱為「義務缺席」(obligatory abstention)⁸²。

在1984-1986年之間尼加拉瓜與美國的衝突，尼加拉瓜同時在國際法院以及安理會提出美國對其非法使用武力之法律主張，而產生安理會與國際法院同時對同一爭端之解決，法院以為「必須強調《憲章》第24條指出『為保證聯合國行動迅速有效起見，各會員國將維持國際和平及安全之主要責任，授予安全理事會』《憲章》因此沒有為其目的授予安理會專屬的責任。儘管第12條對大會與安理會針對爭端或情勢的功能有清楚的區分，大會非經安理會請求對於該項爭端或情勢不得提出任何建議，對安理會與國際法院的關係在《憲章》中沒有類似的

⁸¹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, pp.22-23, paras.25-26. "The question of Namibia was placed on the agenda of the Security Council as a "situation" and not as a "dispute. No member State made any suggestion or proposal that the matter should be examined as a dispute, although due notice was given of the placing of the question on the Security Council's agenda under the title "Situation in Namibia". Had the Government of South Africa considered that the question should have been treated in the Security Council as a dispute, it should have drawn the Council's attention to that aspect of the matter. Having failed to raise the question at the appropriate time in the proper forum, it is not open to it to raise it before the Court at this stage. A similar answer must be given to the related objection based on the proviso to paragraph 3 of Article 27 of the Charter. This proviso also requires for its application the prior determination by the Security Council that a dispute exists and that certain members of the Council are involved as parties to such a dispute."

⁸² See, e.g., Sydney D. Bailey, *New Light on Abstentions in the UN security Council*, 50 *International Affairs* 554 (1974), at 556-564; Jan Wouters and Tom Ruys, *Egmont Paper, Security Council Reform: A new Veto for a New Century?* Royal Institute for International Relations (IRRI-KIIB), Brussels, Academic Press: August 2005, pp. 1-35, at pp. 12-14.

條項處理之。安理會具有被指定的本質為政治之功能，而法院行使單純的司法功能，二機關因此對二機關行使不同但互補的功能」⁸³，所以二機關對同一爭端沒有法位階上誰具有優先管轄權的問題，所以問題變得異常複雜，而實踐上之處理程序也成為安理會之法律限制。

尼加拉瓜駐聯合國代表在1984年3月29寫給安理會的信請求安理會考慮「對其國家所犯下的侵略行為之升高」⁸⁴而通過的議程⁸⁵，在聯合國的「官方文件系統」(Official Document System, ODS)的，該信件的「主題」(Subjects)是被「標記為」(labeled)「尼加拉瓜情勢」(Nicaragua Situation)⁸⁶而非爭端⁸⁷(由於如果是第七章之情勢則不須義務缺席投

⁸³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984, pp.434-435, para.95. "It is necessary to emphasize that Article 24 of the Charter of the United Nations provides that "In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security . . ." The Charter accordingly does not confer exclusive responsibility upon the Security Council for the purpose. While in Article 12 there is a provision for a clear demarcation of functions between the General Assembly and the Security Council, in respect of any dispute or situation, that the former should not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requires, there is no similar provision anywhere in the Charter with respect to the Security Council and the Court. The Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events."

⁸⁴ 尼加拉瓜駐聯合國代表在1984年3月29寫給安理會的信，S/16449. "On specific instructions from my Government, I have the honour to request a meeting of the Security Council as a matter of urgency and immediacy, in order to consider the escalation of acts of aggression currently being perpetrated against my country."

⁸⁵ S/Agenda/2529.

⁸⁶ Official document System, S/16449, Title : Letter Dated 84/03/29 from the Permanent representative of Nicaragua to the United Nations Addressed to the President of the Security Council; Subjects : Nicaragua Situation.

⁸⁷ 學者 Domingo E. Acevedo 以為許多在國際法院管轄權之訴訟案件之爭端，安理會經常沒有將其視為第六章之爭端而視為第七章之情事。尼加拉瓜案安理會從一開始就將其標記為情勢，而非第六章之爭端。Domingo E. Acevedo, Disputes under Consideration by the UN Security Council or Regional Bodies, in The International Court of Justice at a Crossroads, Lori Fisler Damrosch, (ed.), the United States of America: the American Society of International Law, 1987, pp. 242-263, at p. 252. "One of the issues that complicates the discussion of this subject is that, frequently, disputes in which members of the United Nations—and of the Security Council in particular—are involved are labeled

票)，由於尼加拉瓜是時是安理會會員國，由尼加拉瓜自己在1984年4月4日所提出的決議草案⁸⁸，在安理會的臨時會議中⁸⁹，以美國一票反對，英國一票「不投票」(abstention)，13票同意，而由於一票常任理事國的負面投票而未通過⁹⁰。尼加拉瓜針對投票結果的後續發言並未主張⁹¹《憲章》第27條第3項的「義務缺席投票」，相反的在1984年法院管轄權訴訟上，「美國一再重複所持的論點是尼加拉瓜向法院所訴求的和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為是否存在之認定與尼加拉瓜在聯合國政治機關所主張的論點幾乎完全相同，而上該事項《憲章》已委託聯合國政治機關處理之，而聯合國的政治機關也已經處理該事項並持續處理中」⁹²，「美國指出尼加拉瓜在1984年4月4日，在法院訴訟程序開始的前幾天，與尼加拉瓜在法院之主張相當之決議草案在安理會提出，沒有達到第27條第3項之條件多數決之要求而未通過，然而沒有通過決議之事實以及在未來也可能不會通過之觀察並不使法院具有對尼加拉瓜請求之事件管轄權，因為尼加拉瓜幾乎相同之請求

“situations” under Chapter VII of the United Nations Charter and not “disputes” under Chapter VI. In view of the nature of the complaint, the case of Nicaragua in the Security Council was labeled from the beginning as a “situation,” and not as a dispute under Chapter VI.”

⁸⁸ 尼加拉瓜在1984年4月4日的安理會決議草案，S/16463.

⁸⁹ S/PV.2529(OR).

⁹⁰ S/PV.2529(OR), p. 26, para. 252.

⁹¹ S/PV.2529(OR), p. 26-27, para. 253-258.

⁹² Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984, p.432, para.91. “the United States repeats its contention that the Nicaraguan Application requires the Court to determine that the activities complained of constitute a threat to the peace, a breach of the peace, or an act of aggression, and proceeds to demonstrate that the political organs of the United Nations, to which such matters are entrusted by the Charter, have acted, and are acting, in respect of virtually identical claims placed before them by Nicaragua.”

在安理會之決定未通過，如果法院接受請求將相當於向法院上訴請求撤銷安理會不利決定」⁹³；法院對於以上論點的回應是：「美國對安理會與法院的法律主張是嘗試將國內法的權力分立的概念移植到國際層次，但是法院以為上述概念不適用於不同國際制度為了解決相同爭端之彼此的關係之中」⁹⁴而將上述主張駁回。

尼加拉瓜在1986年贏得訴訟後⁹⁵，依據《憲章》第94條第2項「遇有一造不履行依法院判決應負之義務時，他造得向安全理事會申訴。安全理事會如認為必要時，得作成建議或決定應採辦法，以執行判決」，在1986年10月17日寫信給安理會請求召開緊急會議⁹⁶而通過議程⁹⁷，在聯合國的官方文件系統，該信件的主題是被標記為「外交關係、尼加拉瓜、美國」⁹⁸，由於尼加拉瓜是時不是安理會會員國，所以由迦

⁹³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984, pp.432-433, para.91. “The United States points to the approach made by Nicaragua to the Security Council on 4 April 1984, a few days before the institution of the present proceedings : the draft resolution then presented, corresponding to the claims submitted by Nicaragua to the Court, failed to achieve the requisite majority under Article 27, paragraph 3, of the Charter. However, this fact, it is argued, and the perceived likelihood that similar claims in future would fail to secure the required majority, does not vest the Court with subject-matter jurisdiction over the Application. Since Nicaragua's Application in effect asks the Court for a judgment in all material respects identical to the decision which the Security Council did not take, it amounts to an appeal to the Court from an adverse consideration in the Security Council.”

⁹⁴ *Id.*, para.92. “The argument of the United States as to the powers of the Security Council and of the Court is an attempt to transfer municipal-law concepts of separation of powers to the international plane, whereas these concepts are not applicable to the relations among international institutions for the settlement of disputes.”

⁹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986.

⁹⁶ 尼加拉瓜代表在1986年10月17日寫信給安理會的信，S/18415, “I have the honour to request an emergency meeting of the Security Council, in accordance with the provisions of Article 94 of the Charter, to consider the non-compliance with the judgment of the International Court of Justice dated 27 June 1986 concerning “Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua”.

⁹⁷ S/Agenda/2718.

⁹⁸ Official document System, S/18415, Title: Letter Dated 86/10/17 from the Permanent representative

納等國所提出的安理會決議草案⁹⁹，在安理會臨時會議¹⁰⁰上進行表決，以美國一票反對，法國、泰國、英國三票「不投票」(abstention)，11票同意，而由於一票常任理事國的負面投票而未通過¹⁰¹，迦納代表針對投票結果指出：「安理會剛才正對重要案件之決定無法通過而失敗，這失敗係因一票常任理事國的負面投票所致，上述投票行動完全在權限內而屬合法，我們尊重上述決定」¹⁰²，而在安理會理事長請非會員國——尼加拉瓜發表投票後之談話，尼加拉瓜也無反對爭端國——美國不得投票之主張，然而在安理會未通過決議草案後，尼加拉瓜將相同草案¹⁰³在聯合國大會提出，並獲得通過¹⁰⁴，尼加拉瓜並在該會議辯論中指出：「安理會所處理的案件，第27條第3項明顯可以適用，美國無權投票，更無權使用否決權」¹⁰⁵，然而依據慣例，對於投票結果之決定的反對主張必須要當場提出，所以安理會合法未通過決議草案之決定依然有效。

of Nicaragua to the United Nations Addressed to the President of the Security Council; Subjects: Foreign Relations, Nicaragua, United States.

⁹⁹ 安理會決議草案，S/18428, operative part, para. 1: “Urgently calls for full and immediate compliance with the Judgment of the International Court of Justice of 27 June 1986 in the case of “Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua” in conformity with the relevant provisions of the Charter,” para. 2: “Request the Secretary-General to keep the Council informed on the implementation of this resolution”

¹⁰⁰ S/PV.2718.

¹⁰¹ S/PV.2718, p. 51.

¹⁰² S/PV.2718, p. 53.

¹⁰³ 大會決議草案，A/41/L.22.

¹⁰⁴ A/41/PV.53, p. 92.

¹⁰⁵ A/41/PV.53, p. 61, “Here, We are dealing with a case in which paragraph 3 of Article 27 of the Charter was unquestionably applicable, and the United States had no right to vote, much less to use its veto.”

對於依據第94條第2項所提決議草案，不履行依法院判決應負之義務之一造與另一造，如果是安理會會員國，是否依據第27條第3項必須義務缺席投票，其要件取決於「不履行依法院判決應負之義務」係屬第34條下之「任何爭端或可能引起國際摩擦或惹起爭端之任何情事」或相當於第39條之「和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為」，如果係屬前者，則必須義務缺席投票；如果係屬後者，則得投票¹⁰⁶，所以安理會合法通過決議具有效力。

第二項 聯合國成員資格與國際法院訴訟方資格

南斯拉夫聯邦（塞爾維亞及赫賽歌維那）在1992年至2000間是否屬於聯合國成員——亦即南斯拉夫聯邦（塞爾維亞及赫賽歌維那）是社會主義南斯拉夫聯邦共和國的「續存國」（continuator State）而非「繼承國」（successor State）官方主張是否成立，以及依據《憲章》第93條第1項「聯合國各會員國為國際法院規約之當然當事國」¹⁰⁷是否具有

¹⁰⁶ See e.g., Attila Tanzi, Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations, 6 European Journal of International Law 1, at p. 20.

¹⁰⁷ 南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞及赫賽歌維那）從未採取《憲章》第93條第1項「聯合國各會員國為國際法院規約之當然當事國」（All Members of the United Nations are *ipso facto* parties to the Statute of the International Court of Justice.）以外的主張作為它具有訴訟方資格的能力的依據，因為南斯拉夫聯邦（塞爾維亞及赫賽歌維那）在1992年至2000年的官方立場是主張它是1991年以前尚未分裂的社會主義南斯拉夫聯邦共和國的「續存國」（continuator State）而非「繼承國」（successor State）——亦即是波士尼亞等其他國家重社會主義南斯拉夫共和國分裂出去，而南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞及赫賽歌維那）依然是聯合國的成員不需要重新申請加入聯合國。事實上如果依據《憲章》第93條第2項「非聯合國會員國之國家得為國際法院規約當事國之條件，應由大會經安全理事會之建議就各別情形決定之」（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

作為國際法院訴訟方資格的能力¹⁰⁸是一個學界長久以來爭論的問題

¹⁰⁹，國際法院在一系列的判決¹¹⁰中處理此一問題，但是卻得出看似自

determined in each case by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.) 可知並未排除非聯合國成員作為規約當事國之可能性，不僅如此，由於南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞及赫賽歌維那）從未沒有被懷疑是一個國家，因此《國際法院規約》第 34 條第 1 項「在法院得為訴訟當事國者，限於國家」(Only states may be parties in cases before the Court)的要件有符合。因此南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞及赫賽歌維那）是否具有作為訴訟當事國的能力是取決於《國際法院規約》第 35 條第 1 項「法院受理本規約各當事國之訴訟」(The Court shall be open to the states parties to the present Statute)以及同條第 2 項「法院受理其他各國訴訟之條件，除現行條約另有特別規定外，由安全理事會定之，但無論如何，此項條件不得使當事國在法院處於不平等地位」(The conditions under which the Court shall be open to other states shall, subject to the special provisions contained in treaties in force, be laid down by the Security Council, but in no case shall such conditions place the parties in a position of inequality before the Court.)的解釋，而這兩項條文的解釋權依據《國際法院規約》第 36 條第 1 項「法院之管轄包括各當事國提交之一切案件，及聯合國《憲章》或現行條約及協約中所特定之一切事件」(The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.)是屬於國際法院本身的權力，因此從條文的意義來看，國際法院有權決定《國際法院規約》第 35 條是在賦予國際法院決定訴訟各方是否具有訴訟當事國的能力。

¹⁰⁸ 國際法院在 2008 年克羅埃西亞告塞爾維亞種族滅絕案的先決反對意見對《國際法院規約》第 34 條及第 35 條的規定給予權威性的解釋，國際法院指出第 35 條的用語「法院受理」(The Court shall be open to)的意思是法院有權決定國家是否具有作為訴訟當事國的「能力」(capacity)，可以看得出這裡的「受理」指的不是在確定法院具有管轄權後對於「是否可受理問題」(admissibility)的先決反對的《國際法院訴訟規則》(Rules of Court)第 79 條意義下的「受理」。參見：Rules of Court, Article 79: “1. Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing as soon as possible, and not later than three months after the delivery of the Memorial. Any such objection made by a party other than the respondent shall be filed within the time-limit fixed for the delivery of that party’s first pleading. 2. Notwithstanding paragraph 1 above, following the submission of the application and after the President has met and consulted with the parties, the Court may decide that any questions of jurisdiction and admissibility shall be determined separately.” 國際法院對作為訴訟當事國的「能力」(capacity)的見解在 2008 年的克羅埃西亞控訴塞爾維亞種族滅絕案有詳細討論。參見：ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008, paras.57-58. “57. The first question to be addressed by the Court when examining the Respondent’s first preliminary objection is whether the Parties in the present case satisfy the general conditions, under Articles 34 and 35 of the Statute, for capacity to participate in proceedings before the Court. 58. It should be recalled in this regard that, under Article 34, paragraph 1, of the Statute, “[o]nly States may be parties in cases before the Court”. Article 35, paragraph 1, moreover lays down that “[t]he Court shall be open to the States parties to the present Statute”. The latter provision is to be understood in the light of Article 93 of the Charter of the United Nations; paragraph 1 of that Article states that “[a]ll Members of the United Nations are ipso facto parties to the Statute of the International Court of Justice”, but provision is made in paragraph 2 by way of exception for cases in which a State not a Member of the United Nations may become a party to the Statute of the Court. In respect of States which are not parties to the Statute of the Court, as Members of the United Nations or otherwise, the position is governed by Article 35, paragraph 2, of the Statute. That paragraph on the one hand empowers the Security Council to lay down the conditions under which the Court shall be open to such States and on the other contains a reservation for “special provisions contained in treaties in force”. Pursuant to the authority thus conferred upon it, the Security Council adopted resolution 9 (1946) of 15 October 1946, providing in substance that the Court shall be open to any State not a party to the Statute which has previously deposited a declaration, either in respect of one or more particular matters or with a more general ambit, whereby the State undertakes to

我矛盾的裁決，本節嘗試從相關安理會決議的效力解釋為什麼不同的國際法院判決對此問題會有不同的意見。

儘管安理會第9號決議¹¹¹已經對《國際法院規約》第三十五條第二項「法院受理其他各國訴訟之條件，除現行條約另有特別規定外，由安全理事會定之，但無論如何，此項條件不得使當事國在法院處于不平等地位」有關非聯合國成員的訴訟能力的規定，但是由於南斯拉夫聯邦共和國僅以聯合國成員為其訴訟能力的唯一理由，所以本節的結論

accept the jurisdiction of the Court in accordance with the Charter and to comply in good faith with the decisions of the Court.”

¹⁰⁹ 有關本問題的學術論文相當多，這裡僅舉出較有名的文章：Michael C. Wood, Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties, 1 Max Planck Yearbook of United Nations Law 231 (1997); Maria Chiara Vitucci, Has Pandora's Box Been Closed? The Decisions on the Legality of Use of Force Cases in Relation to the Status of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) within the United Nations, 19 Leiden Journal of International Law 105 (2006); Yehuda Z. Blum, Was Yugoslavia a Member of the United Nations in the Years 1992-2000?, 101 American Journal of International Law 800 (2007); Stephan Wittich, Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case, 18 European Journal of International Law 591 (2007); Shabtai Rosenne, Capacity to Litigate in the International Court of Justice: Reflections on Yugoslavia in the Court, 80 British Yearbook of International Law 217 (2009); Yehuda Z. Blum, Consistently Inconsistent: The International Court of Justice and the Former Yugoslavia (Croatia v. Serbia), 103 American Journal of International Law 264 (2009).

¹¹⁰ 相關判決如下：ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993; ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Order of 13 September 1993; ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996; ICJ, Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment of 3 February 2003; ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment of 15 December 2004; ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007; ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008.

¹¹¹ S/RES/9.安理會決議第9號「執行部分」第一段：「在下列條件之下，國際法院受理非法院規約當是國之訴訟：該國應事先將聲明書交存國際法院書記官長：內表明該國依照聯合國憲章並依照國際法院規約及規程之條款，以及規約及規程所定之條件，接受法院之管轄；承諾以誠意遵守法院之判決，接受憲章第九十四條所加諸聯合國會員國之一切義務」。

如果在訴訟資格成立就在必需下的默示得出係屬聯合國成員的資格。

南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞及赫賽歌維那）在 1992 年至 2000 間是否為聯合國成員的問題受到 2 個安理會決議以及 2 個大會決議的規範。安理會決議 1992 年 9 月 19 日通過¹¹²的第 777(1992)號¹¹³「前言部分」第 3 段「特別回顧第 757(1992)號決議，其中指出“南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞和黑山）提出的自動繼續保有其南斯拉夫社會主義聯邦共和國在聯合國的會籍的要求沒有得到普遍接受”」，在「執行部分」第 1 段「認為南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞和黑山）不能自動繼續保有前南斯拉夫社會主義聯邦共和國在聯合國的會籍；因此建議大會決定：南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞和黑山）申請在聯合國的會籍，並不得參加大會的工作」。

一個明顯的問題是：南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞和黑山）是否因本項決議喪失在聯合國的會籍？大會採納安理會的意見在 1992 年 9 月 22 日通過第 47/1 號決議¹¹⁴，在「執行部分」第 1 段「認為南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞和黑山）不能自動繼承前南斯拉夫社會主義

¹¹² S/PV.3116.安理會決議第 777(1992)號以 12 票贊成、0 票反對、3 票棄權（中國、印度、辛巴威）通過。

¹¹³ S/RES/777.

¹¹⁴ A/RES/47/1.

聯邦共和國的會籍：因此決定南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞和黑山）應申請在聯合國的會籍，並不得參加大會的工作」。儘管不得參與大會的工作，以及後來也不能參與經社理事會的工作，但是南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞和黑山）還是應繳聯合國會費並且前南斯拉夫社會主義聯邦共和國的國旗還是在聯合國總部飄揚，並且還是能收發聯合國官方文件。

上述實際情況引發聯合國秘書處的很大困擾，1992年9月29日聯合國法律顧問對於大會第47/1號決議做出解釋¹¹⁵，指出「大會第47/1號決議觸及一個聯合國《憲章》沒有料及的會籍問題，即為了聯合國會籍目的，會員國解散的後果問題，而該會員國的直接繼承國或聯合國全體會員國對此問題均未達成協議。這點說明瞭為什麼第47/1號決議不是依照《憲章》第五條(停止)或第六條(除名)通過。該決議既沒有提到這兩條規定亦沒有提到其所載的標準...該決議並沒有取消南斯拉夫參加大會機構以外的其他機關工作的權利，聯合國依照《憲章》第四條的規定接納一個新南斯拉夫為會員國將終止第47/1號決議造成的情況。」¹¹⁶

¹¹⁵ 聯合國主管法律事務廳副秘書長兼法律顧問給波士尼亞-黑塞哥維那及克羅地亞常駐聯合國代表的信，A/47/485, Annex.

¹¹⁶ A/47/485, Annex. “General Assembly resolution 47/1 deals with a membership issue which is not foreseen in the Charter of the United Nations, namely, the consequences for purposes of membership in the United Nations of the disintegration of a Member State on which there is no agreement among the immediate successors of that State or among the membership of the Organization at large. This explains the fact that resolution 47/1 was not adopted pursuant to Article 5 (suspension) of the Charter

一個立即的問題是國際法院是否有採納聯合國法律顧問的解釋？另一個無法避免的疑慮是：在南斯拉夫聯邦共和國在 2000 年間新政府上臺後改變立場，依據《安全理事會暫行議事規則》¹¹⁷第 58 條「凡欲成為聯合國會員國的國家應向秘書長提出申請書。申請書應包括一項正式文書形式的聲明,宣佈接受憲章所規定的義務」決定履行安理會決議第 777(1992)號，在 2000 年 10 月 27 日申請加入聯合國¹¹⁸後，安理會在 2000 年 10 月 31 日通過第 1326(2000)號決議¹¹⁹在「前言部分」第 1 段「審查了南斯拉夫聯盟共和國要求加入聯合國的申請 (S/2000/1043)」；在「執行部分」第 1 段「建議大會接納南斯拉夫聯盟共和國為聯合國會員國」。大會在 2000 年 11 月 1 日通過第 55/12 號決議¹²⁰「前言部分」第 1 段「收到了 2000 年 10 月 31 日安全理事會關於接納南斯拉夫聯盟共和國為聯合國會員國的建議」；第 2 段「審議了南斯拉夫聯盟共和國加入聯合國的申請」；「執行部分」第 1 段「決定接納南斯拉夫聯盟共和國為聯合國會員國」。因此南斯拉夫

nor under Article 6 (expulsion). The resolution makes no reference either to those Articles or to the criteria contained in those Articles... The resolution does not take away the right of Yugoslavia to participate in the work of organs other than Assembly bodies. The admission to the United Nations of a new Yugoslavia under Article 4 of the Charter will terminate the situation created by resolution 47/1.”

¹¹⁷ S/96/Rev.7.

¹¹⁸ Letter dated 27 October 2000 from the President of the Federal Republic of Yugoslavia to the Secretary-General, A/55/528-S/2000/1043, Annex. “In the wake of fundamental democratic changes that took place in the Federal Republic of Yugoslavia, in the capacity of President, I have the honour to request the admission of the Federal Republic of Yugoslavia to membership in the United Nations in light of the implementation of Security Council resolution 777 (1992).”

¹¹⁹ S/RES/1326.

¹²⁰ A/RES/55/12.

聯盟共和國（以下簡稱南斯拉夫）在 2000 年 11 月 1 日正式成為聯合國成員。是否 1992 年至 2000 年間南斯拉夫不是聯合國成員？因為如果 1992 年至 2000 年間南斯拉夫是聯合國成員，那麼 2000 年時南斯拉夫如何得以申請「新會員」的方式加入聯合國？

本論文以為安理會第 777 號決議與第 1326 號決議二項決議制訂了 1992 年至 2000 年南斯拉夫聯合國成員的「特殊的法律地位」(*sui generis*)。不僅如此南斯拉夫聯合國成員的特殊的法律定位還會隨解釋的時間不同有不同的地位，如果在 1992 年至 2000 年解釋「特殊的法律地位」，這個特殊性不使其喪失成員資格，但是如果解釋「特殊的法律地位」的時間點是在安理會第 1326 號決議通過以後，則「特殊的法律地位」與不具會員資格相同。上述不同時間的會有不同的解釋的方式，可以從國際法院判決看得出。

從法院裁定在該案具有管轄權的前提是該案的訴訟各方必須先有作為訴訟當事國的能力的觀點¹²¹來看（這是一個邏輯下的必然結果），國際法院即使在判決中沒有探討是否作為訴訟當事國的能力的問題，

¹²¹ ICJ, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment of 15 December 2004, para.46, “The Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it.”

如果國際法院裁定在該案具有管轄權則可以從必需下的默示推論國際法院以為訴訟各方有作為訴訟當事國的能力¹²²。

儘管在 2000 年前的案子，由於波士尼亞是申請者所以不可能主張南斯拉夫不具有訴訟的能力，而南斯拉夫作為回應者基於政治的理由也無法以主張不具訴訟的能力先決反對法院不應受理，所以看不到法院對訴訟能力之問題的探討，但是必需下默示還是可以看出法院對於南斯拉夫是否具有訴訟能力的問題的看法。事實上在 2000 年以前的案子國際法院是採取聯合國法律顧問的解釋，以為南斯拉夫具有訴訟能力。

國際法院在 1993 年的波士尼亞種族滅絕案臨時措施的裁決¹²³指出

「儘管這是一個法律上困難的問題，但是法院不需要訴訟的現階段決定南斯拉夫是否是聯合國成員以及因此為法院規約的締約國」¹²⁴，但

¹²² 國際法院具有決定是否有有作為訴訟當事國的能力的權力在本質上是一種「屬人管轄權」(*ratione materiae*)。參見：ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993, para.19, “Whereas Article 35 of the Statute, after providing that the Court shall be open to the parties to the Statute...whereas the Court therefore considers that proceedings may validly be instituted by a State against a State which is a party to such a special provision in a treaty in force, but is not party to the Statute, and independently of the conditions laid down by the Security Council in its resolution 9 of 1946 (cf. S.S. 'Wimbledon', 1923, P.C. I.J., Series A, No. 1, p. 6)...whereas accordingly if Bosnia-Herzegovina and Yugoslavia are both parties to the Genocide Convention, disputes to which Article IX applies are in any event prima facie within the jurisdiction *ratione personae* of the Court.”儘管《國際法院規約》沒有規定國際法院的「屬人管轄權」行使的先決條件為何？但是依據《國際法院規約》第 36 條第 6 項「關於法院有無管轄權之爭端，由法院裁決之」，對於先決條件為何國際法院有權自行做出裁決。

¹²³ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993.

¹²⁴ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional

是法院卻以為依據《防止及懲治滅絕種族罪公約》具有管轄權¹²⁵，因而法院在必需下的默示同意南斯拉夫具有訴訟能力。

在 1993 年波士尼亞種族滅絕案進一步的臨時措施的裁決¹²⁶除了波士尼亞要求進一步的臨時措施，南斯拉夫也要求法院裁定對波士尼亞的臨時措施，法院在「判決主文」(*dispositif*)裁定雙方都不得採取使防止及懲治種族滅絕的爭端惡化的行動，因此等於是回應了南斯拉夫的要求而是其作為訴訟一方的能力獲得確立。

在 1996 年波士尼亞種族滅絕案的對管轄權的先決反對的判決¹²⁷，由於雙方都沒有提到訴訟的能力問題，所以法院沒有討論之，南斯拉夫的主要對管轄權的先決反對是主張《防止及懲治滅絕種族罪公約》無法賦予法院管轄權，而其中最有力的論點是波士尼亞與赫賽哥維納簽署《防止及懲治滅絕種族罪公約》的日期晚於提出訴訟的日期，對於

Measures, Order of 8 April 1993, para.18, "Whereas, while the solution adopted is not free from legal difficulties, the question whether or not Yugoslavia is a Member of the United Nations and as such a party to the Statute of the Court is one which the Court does not need to determine definitively at the present stage of the proceedings."

¹²⁵ Id, para.26, "Whereas Article IX of the Genocide Convention, to which both Bosnia-Herzegovina and Yugoslavia are parties, thus appears to the Court to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded to the extent that the subject-matter of the dispute relates to "the interpretation, application or fulfilment" of the Convention, including disputes "relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III" of the Convention."

¹²⁶ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Order of 13 September 1993.

¹²⁷ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996.

此爭點法院援引 *Mavrommatis* 原則¹²⁸，指出「如果申請者的程序缺失可以輕易彌補，則法院不應因該項缺失而懲罰申請者」¹²⁹。因此可以看出得出國際法院是預設南斯拉夫具有訴訟的能力。因此可以看出得出國際法院預設南斯拉夫為聯合國成員的事實¹³⁰。

¹²⁸ *Mavrommatis* 原則係指不應藉由申請者可輕易補償的程序上瑕疵而拒絕申請。參見：PCIJ, *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ Series A, No. 2, p. 34.

¹²⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, para.26. "For the purposes of determining its jurisdiction in this case, the Court has no need to settle the question of what the effects of a situation of non-recognition may be on the contractual ties between parties to a multilateral treaty. It need only note that, even if it were to be assumed that the Genocide Convention did not enter into force between the Parties until the signature of the Dayton-Paris Agreement, all the conditions are now fulfilled to found the jurisdiction of the Court *ratione personae*. It is the case that the jurisdiction of the Court must normally be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings. However, the Court, like its predecessor, the Permanent Court of International Justice, has always had recourse to the principle according to which it should not penalize a defect in a procedural act which the applicant could easily remedy. Hence, in the case concerning the *Mavrommatis Palestine Concessions*, the Permanent Court said:

"Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant's suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications." (PCIJ Series A, No. 2, p. 34.)

The same principle lies at the root of the following dictum of the Permanent Court of International Justice in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*:

"Even if, under Article 23, the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned." (P. C. I. J., Series A, No. 6, p. 14.)

The present Court applied this principle in the case concerning the *Northern Cameroons* (I. C. J. Reports 1963, p. 28), as well as *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*) when it stated: "It would make no sense to require Nicaragua now to institute fresh proceedings based on the Treaty, which it would be fully entitled to do." (I.C.J. Reports 1984, pp. 428-429, para. 83.)"

¹³⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para.122. "Nothing was stated in the 1996 Judgment about the status of the FRY in relation to the United Nations, or the question whether it could participate in proceedings before the Court; for the reasons already mentioned above (paragraph 106), both Parties had chosen to refrain from asking for a decision on these matters. The Court however considers it necessary to emphasize that the question whether a State may properly come before the Court, on the basis of the provisions of the Statute, whether it be classified as a matter of capacity to be a party to the proceedings or as an aspect of jurisdiction *ratione personae*, is a matter which precedes that of jurisdiction *ratione materiae*, that is, whether that State has consented to the settlement by the Court of the specific dispute brought before it. The question is in fact one which the Court is bound to raise and examine, if necessary, *ex officio*, and if appropriate after notification to the parties. Thus if the Court considers that, in a particular case, the conditions concerning the capacity of the parties to appear before it are not satisfied, while the conditions of its jurisdiction *ratione materiae* are, it should, even if the question has not been raised by the parties, find

在 2000 年 11 月 1 日南斯拉夫加入聯合國後，南斯拉夫以為加入聯合國表示在 1992 至 2000 年南斯拉夫並非聯合國的成員，因此依據《國際法院規約》第 61 條¹³¹申請法院依據「新事實」：亦即南斯拉夫在 1996 年並非聯合國成員的事實，重新審查 1996 年的波士尼亞種族滅絕案的對管轄權的重新審查的判決，國際法院在 2003 年申請更審的判決¹³²除了指出南斯拉夫的申請不符合規定，因為 2000 年後加入聯合國的事實並非在 1996 年時就知道而駁回申請，法院更進一步強調「大會第 47/1 號決議在其本身不影響南斯拉夫的訴訟能力」¹³³，因此儘管南斯拉夫政府已經改變立場——主張在 1992 年至 2000 年並非聯合國成員，但是卻無法阻止在原有立場下，國際法院取得管轄權。

that the former conditions are not met, and conclude that, for that reason, it could not have jurisdiction to decide the merits.”

¹³¹ 《國際法院規約》第六十一條：「一、聲請法院覆核判決，應根據發現具有決定性之事實，而此項事實在判決宣告時為法院及聲請覆核之當事國所不知者，但以非因過失而不知者為限。二、覆核程式之開始應由法院下以裁決，載明新事實之存在，承認此項新事實具有使本案應予覆核性質，並宣告覆核之聲請因此可予接受。三、法院於接受覆核訴訟前得令先行履行判決之內容。四、聲請覆核至遲應於新事實發現後六個月內為之。五、聲請覆核自判決日起逾十年後不得為之。」

¹³² ICJ, Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment of 3 February 2003.

¹³³ ICJ, Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment of 3 February 2003, para.70. “Resolution 47/1 did not *inter alia* affect the FRY’s right to appear before the Court or to be a party to a dispute before the Court under the conditions laid down by the Statute. Nor did it affect the position of the FRY in relation to the Genocide Convention. To “terminate the situation created by resolution 47/1”, the FRY had to submit a request for admission to the United Nations as had been done by the other Republics composing the SFRY. All these elements were known to the Court and to the FRY at the time when the Judgment was given. Nevertheless, what remained unknown in July 1996 was if and when the FRY would apply for membership in the United Nations and if and when that application would be accepted, thus terminating the situation created by General Assembly resolution 47/1.”

儘管如此在 2004 年的南斯拉夫告比利時的武力使用的合法性案的判決¹³⁴，國際法院卻以轟炸發生時南斯拉夫並非聯合國成員而裁定無法受理該案，亦即法院以為 2000 年的第 1326 號安理會決議以及第 55/12 號大會決議已經使 1992 年至 2000 年的聯合國成員的「獨特的法律地位」(*sui generis*)與南斯拉夫不具有會員資格「相同」(amounted to)¹³⁵。

從本案與 2003 年的申請更審乙案的比較來看，似乎可以得出 1992 年至 2000 年之間的聯合國成員資格的法律地位在 2000 年前的解釋係屬南斯拉夫在該段時間具有成員資格但是在 2000 年之後的解釋為南斯拉夫在該段時間不具有成員資格，而其不同時間有不同的解釋的原因是基於安理會第 1326 號決議的通過所造成的改變，而 2003 年的申請復核乙案則是因為不符合申請復核的條件而屬於例外。

上述判決之間的一致性是否存在已經不容易理解¹³⁶，但還是能透過安理會決議所創造的「獨特的法律地位」(*sui generis*)加以解釋，但是 2007

¹³⁴ ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment of 15 December 2004.

¹³⁵ ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment of 15 December 2004, para.78, “This new development effectively put an end to the *sui generis* position of the Federal Republic of Yugoslavia within the United Nations, which, as the Court has observed in earlier pronouncements, had been fraught with “legal difficulties” throughout the period between 1992 and 2000... The Applicant thus has the status of membership in the United Nations as from 1 November 2000. However, its admission to the United Nations did not have, and could not have had, the effect of dating back to the time when the Socialist Federal Republic of Yugoslavia broke up and disappeared; there was in 2000 no question of restoring the membership rights of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia for the benefit of the Federal Republic of Yugoslavia. At the same time, it became clear that the *sui generis* position of the Applicant could not have amounted to its membership in the Organization.”

¹³⁶ 儘管依據《國際法院規約》第 59 條：「法院之裁判除對於當事國及本例外，無拘束力」，但是一般而言不同判決之間的一致性（亦即遵循前例），還是可欲的目標。

年的波士尼種族滅絕案的最終實質判決，在南斯拉夫提出「法院『應憑藉其法院的地位』(ex officio)重新審查管轄權的倡議」¹³⁷法院特殊地容許南斯拉夫重新挑戰管轄權¹³⁸(一般都是在中間上訴的先決反對才得挑戰之)，儘管如此，但是法院卻做出具有管轄權的決定。

一般而言在2004年才做出因為南斯拉夫在1992年至2000年其間非聯合國成員而不具訴訟的能力，由於2004至2007年間安理會沒有通過影響訴訟能力的決議(與1993年與2004年間不同)法院如何做出完全相反的決定？國際法院是以「既判力」(res judicata)主張1996年所決定具有管轄權的決定也拘束2007年是否具有管轄權，至於為何2004年的判決為何無法適用「既盼力」原則的原因是2004年的武力使用的合法性案與1996年的申請覆核案不同，而2007年與1996年的案件則為同一

¹³⁷ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, para.26. “In the present case the Agent of the FRY submitted, under cover of a letter dated 4 May 2001, a document entitled “Initiative to the Court to Reconsider ex officio Jurisdiction over Yugoslavia”, accompanied by one volume of annexes (hereinafter “the Initiative”). The Agent informed the Court that the Initiative was based on facts and arguments which were essentially identical to those submitted in the FRY’s Application for revision of the Judgment of 11 July 1996 since his Government believed that these were both appropriate procedural avenues. In the Initiative, the FRY requested the Court to adjudge and declare that it had no jurisdiction *ratione personae* over the FRY, contending that it had not been a party to the Statute of the Court until its admission to the United Nations on 1 November 2000, that it had not been and still was not a party to the Genocide Convention; it added moreover that its notification of accession to that Convention dated 8 March 2001 contained a reservation to Article IX thereof. The FRY asked the Court to suspend the proceedings on the merits until a decision was rendered on the Initiative.”

¹³⁸ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, para.35. “By a letter of 12 June 2003, the Registrar informed Serbia and Montenegro that the Court could not accede to its request that the proceedings be suspended until a decision was rendered on the jurisdictional issues raised in the Initiative ; however, should it wish to do so, Serbia and Montenegro would be free to present further argument on jurisdictional questions during the oral proceedings on the merits. In further letters of the same date, the Parties were informed that the Court, having considered Serbia and Montenegro’s request, had decided not to authorize the filing of further written pleadings in the case.”

案件。

在上述程序規定操作下法院再度做出相反的決定，這時不免讓人以為在 2008 年克羅埃西亞告塞爾維亞案的種族滅絕案¹³⁹，則由於與 1996 年的案件相比非同一案，因此 2004 年的見解應該適用：亦即南斯拉夫在 1992 年至 2000 年非聯合國成員因此法院不具有屬人管轄權。沒想到 2008 年法院再度做出相反的判決，法院指出對於本案具有管轄權，法院所依據的理由是：不能因為一方訴訟能力有缺陷，就先驗的否定法院決定自己管轄權的管轄權，*Mavrommatis* 原則也應適用於上述情況¹⁴⁰，儘管在 2004 年的武力使用的合法性案法院是以向法院申請提出訴訟的時間來判斷法院是否具有管轄權，但是法院以為不必然一定要從提出訴訟的時間點來判斷¹⁴¹，因此法院指出由於在 2000 年

¹³⁹ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008.

¹⁴⁰ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008, para.87, “More importantly, the Court cannot accept Serbia’s argument that when the defect is that one party does not have access to the Court, it is so fatal that it can in no case be cured by a subsequent event in the course of the proceedings, for example when that party acquires the status of party to the Statute of the Court which it initially lacked... That being so, it is not apparent why the arguments based on the sound administration of justice which underpin the *Mavrommatis* case jurisprudence cannot also have a bearing in a case such as the present one. It would not be in the interests of justice to oblige the Applicant, if it wishes to pursue its claims, to initiate fresh proceedings. In this respect it is of no importance which condition was unmet at the date the proceedings were instituted, and thereby prevented the Court at that time from exercising its jurisdiction, once it has been fulfilled subsequently.”

¹⁴¹ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008, para.89, “But if the Court abided in those cases strictly by the general rule that its jurisdiction is to be assessed at the date of filing of the act instituting proceedings, without adopting the more flexible approach following from the other decisions cited above, that is justified by particular considerations relevant to those cases. It was clear that Serbia and Montenegro did not have the intention of pursuing its claims by way of new applications... The purpose of this jurisprudence is to prevent the needless proliferation of proceedings. No such consideration obtained in 2004 to justify the Court departing at that time from the principle holding that its jurisdiction must be established at the date of filing of the applications. Indeed, Serbia

11月1日以後塞爾維亞具有訴訟的能力，並在克羅埃西亞1999年提出訴訟的時候塞爾維亞有遵守《防止與懲罰種族滅絕罪公約》的義務，因此法院具有管轄權¹⁴²。

儘管上述判決存在不一致性，但是可以看出在安理會第1326號決議¹⁴³通過後的判決（並且大會也同意安理會的「建議」）接受南斯拉夫為新成員後），都持著1992年至2000年間南斯拉夫不具訴訟能力的立場，又由於訴訟各方對於南斯拉夫的訴訟能力僅主張南斯拉夫當時為聯合國成員，因此可以從必需下的默示法院裁定這段時間南斯拉夫非聯合國成員。

安理會第1326號決議在安理會第777號決議¹⁴⁴的預先規定（要求南斯拉夫申請加入聯合國）之下具有對先前通過之決議的「溯及既往」（retroactive effect）¹⁴⁵的法律效力，使1992年至2000年的特殊的法律

and Montenegro took care not to ask the Court to do so; while Croatia is asking the Court to apply the jurisprudence of the Mavrommatis case to the present case, no such request was made, or could logically have been made, by the Applicant in 2004.”

¹⁴² ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008, para.91, “The Court accordingly concludes that on 1 November 2000 the Court was open to the FRY. Therefore, should the Court find that Serbia was bound by Article IX of the Convention on 2 July 1999, the date on which proceedings in the present case were instituted, and remained bound by that Article until at least 1 November 2000, the Court would be in a position to uphold its jurisdiction.”

¹⁴³ S/RES/1326.

¹⁴⁴ S/RES/777.

¹⁴⁵ 這裡「溯及既往」的效力指的是：事後通過的決議對先前通過的決議之解釋將發生影響，並非對事後決議以「溯及既往」的方式影響先前通過的決議所創設的法律地位。安理會第777號決議所創設南斯拉夫在聯合國的會籍的「獨特的法律地位」（*sui generis*），並非以溯及既往的方式被安理會第1326號決議所改變；而是就解釋「獨特的法律地位」是否等同於具有訴訟能力而言，安理會第777號決議之解釋受到安理會第1326號決議通過之影響，亦即，安理會第1326號決議以溯及既往的方式，補充解釋了安理會第777號決議所創設的「獨特的法律地位」的意義；而非

地位的解釋在 2000 年時間點後的解釋與 2000 年前的解釋不同。本節確立了安理會得以特殊的法律地位創造溯及既往的法律效力。



安理會第 1326 號決議改變了南斯拉夫在 1992 年至 2000 年間的「獨特的法律地位」。事實上聯合國國際法院即已指明：依據安理會第 1326 號決議建議所通過的大會決議第 55/12 號「無法以溯及既往的方式改變南斯拉夫的在聯合國的獨特法律地位」(cannot have changed retroactively the *sui generis* position which FRY found itself in vis-à-vis the United Nations)，參見：Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment of 3 February 2003, para.71. 儘管學者一般認為決議不具有溯及既往的效力，但是對於先前決議與事後決議之間的溯及既往的關係則較持開放態度。參見：Marko Divac Oberg, The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ, 16 European Journal of International Law 879 (2006) at pp.893-894.

第六章 前南斯拉夫與盧安達國際法庭的設立與安理會決議之相關實

踐

第一節 法庭設立經過與相關問題

第一項 前南斯拉夫國際法庭設立經過

安理會決議第 808(1993)號¹決定成立國際法庭，並請聯合國秘書長提出如何成立國際法庭之報告，聯合國秘書長所提出之報告附件載有的《國際法庭規約》草案，安理會決議第 827(1993)號一字不動的採用報告附件之草案通過《國際法庭規約》。

第一目 安理會第 808(1993)號決議

¹ 1993 年 2 月 22 日所通過的安理會決議第 808(1993)號(S/RES/808)「前言部分」(preamble part)第二段：「回顧其 1992 年 9 月 13 日第 764(1992)號決議第 10 段，其中重申所有當事方必須遵守國際人道主義法，特別是 1949 年 8 月 12 日各項《日內瓦公約》規定的義務，犯下或命令他人犯下嚴重違反公約行為者必須個人對此種違法行為負責」。第三段：「又回顧其 1992 年 8 月 13 日第 771(1992)號決議，其中特別要求前南斯拉夫境內各當事方和其他有關方面以及波士尼亞-黑塞哥維那境內所有均對立及停止並且不再作出任何違反國際人道主義法的行為」。第四段：「還回顧其 1992 年 10 月 6 日第 780(1992)號決議，其中請秘書長作為緊急事項設立一個公正的專家委員會，審查和分析根據第 771(1992)號和第 780(1992)號決議提出的資料以及專家委員會可能取得的其他資料，以期向秘書長提出前南斯拉夫境內發生的嚴重違反各項《日內瓦公約》和其他違反國際人道主義法行為的證據及其結論」。第五段：「審議了第 780(1992)號決議所設專家委員會的臨時報告(S/25274)，其中專家委員會認為，如決定設立一個特赦國際法庭來審理前南斯拉夫境內事件，與委員會的工作方向是一致的」。

安理會決議通過之程序問題涉及到《安全理事會暫行議事規則》(Provisional Rules of Procedure)²及《聯合國憲章》³之相關規定。安理會決議第 808(1993)號決定成立國際法庭之程序如下：首先由法國⁴、義大利⁵、瑞典⁶代表給聯合國秘書長的信件，關於建立國際法庭之建議，以及該信函附上研究成立國際法庭之報告，聯合國秘書長收到來信後提請安理會各理事國代表注意，安理會各理事國代表經磋商達成諒解於 1993 年 2 月 19 日提出決議草案⁷，1993 年 2 月 22 日由聯合國

² S/96/Rev. 7。現行安全理事會暫行議事規則係由安全理事會第 1 次會議通過，業經 1982 年 12 月 21 日安全理事會第 2410 次會議第 7 次修正。《安全理事會暫行議事規則》相關規定如下，第二章（議程）第六條：「各國、聯合國各機構或秘書長本人發出的關於按《憲章》規定應由安全理事會審議的事項的一切來文，秘書長應立即提請安全理事會全體理事國代表注意。」第七條：「安全理事會每次會議的臨時議程由秘書長擬成，並由安全理事會主席核定。列入臨時議程的專案限於根據第六條已提請安全理事會各理事國代表注意的專案，第十條規定的專案，或安全理事會以前曾決定推遲審議的事項。」第八條：「秘書長至遲應在開會前三日，將每次會議的臨時議程通知安全理事會各理事國代表，但在緊急情況下，可同開會的通知同時發出。」第九條：「安全理事會每次會議的臨時議程的第一個專案應為通過議程。」第十條：「除非安全理事會另有決定，安全理事會每次會議議程中的專案，如未在該次會議審議完畢，應自動列入下次會議的議程。」第六章（事務的處理）第三十四條：「安全理事會理事國代表所提任何動議或決議草案，無須附議就可表決。」第三十七條：「在討論提交安全理事會的任何問題時，任何非安全理事會理事國的理事國，在安全理事會認為其利益特別受到影響時，或某一會員國按照《憲章》第三十五條第一項將某事項提請安全理事會注意時，可經安全理事會決定，應邀參加討論，但無表決權。」第三十八條：「按照上一條規定或因執行《憲章》第三十二條的規定被邀參加安全理事會討論的任何聯合國會員國可提出提議和決議草案。這些提議和決議草案須經安全理事會代表請求，才可付諸表決。」第三十九條：「為審議理事會職權範圍內的事項，安全理事會可邀請其認為合適的秘書處人員或其他人員向理事會提供情況或其它協助。」

³ 《聯合國憲章》相關規定如下：第二十七條：「一、安全理事會每一理事國應有一個投票權。二、安全理事會關於程式事項之決議，應以九理事國之可決票表決之。三、安全理事會對於其他一切事項之決議，應以九理事國之可決票包括全體常任理事國之同意票表決之；但對於第六章及第五十二條第三項內各事項之決議，爭端當事國不得投票。」根據安理會議事實踐，可決票 (affirmative votes) 並不包括棄權票 (abstention votes)。例如在安理會第 4248 次會議，安理會主席針對安理會決議草案，S/2000/1171 之投票結果指出：「表決結果如下：8 票贊成，零票反對和 7 票棄權。決議草案沒有通過，因為它沒有獲得法定多數票。」參見：S/PV.4248。第三十二條：「聯合國會員國而非安全理事會之理事國，或非聯合國會員國之國家，如於安全理事會考慮中之爭端為當事國者，應被邀參加關於該項爭端之討論，但無投票權。安全理事會應規定其所認為公平之條件，以便非聯合國會員國之國家參加。」

⁴ 法國代表給聯合國秘書長的信件，S/25266。

⁵ 義大利代表給聯合國秘書長的信件，S/25300。

⁶ 瑞典代表給聯合國秘書長的信件，S/25307。

⁷ 安理會決議草案，S/25314 並未署名起草國國名（但在該次會議中委內瑞拉代表提及草案係由法國提出）。但在具有爭議時，決議草案有可能指署名起草理事國國名，例如在安理會決議草案，

秘書長擬成安理會主席核定之第3175次議程⁸並通知⁹各理事國代表，其議程名稱為「設立一個國際法庭來起訴應對前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反人道主義法行為負責的人」，1993年2月22日當天開會¹⁰後，根據《安全理事會暫行議事規則》第九條，第一個項目應為通過議程，由於沒有理事國代表反對，所以議程通過。根據《安全理事會暫行議事規則》第三十四條，安理會理事國所提出的決議草案無須附議就可表決，在決議草案付諸表決前，依照慣例，安理會主席會請希望在表決前發言的安理會成員發言。

巴西代表在決議草案¹¹表決前對於安理會根據《聯合國憲章》第七章通過決議的效力所作之發言，具有一定程度國際社會的代表性。巴西代表指出：「就設立特別國際刑事法庭最佳辦法的定義而言，應該銘記，安全理事會的權威不是自我形成的，而是從聯合國所有會員國授權中產生的。依照《憲章》第二十四條第1項，安全理事會在行使其

S/2000/1171。

⁸ 安理會理事國也可以直接建議列入新的臨時議程，例如美國在2006年9月15日給安理會主席的信，S/2006/742，指出：「我們請求在9月份，但是在9月19日之後，在題為“緬甸局勢”的議程專案下舉行一次會議」，2006年9月15日當天聯合國秘書長即擬成並經安理會主席核定之名稱為「緬甸局勢」之議程(S/Agenda/5526)排定於當天下午召開，當天下午1點35分召開第5526會議(S/PV.5526)，主席在表決前指出：「我們提請各位成員注意檔S/2006/742，其中載有博爾頓大使剛才宣讀的美國代表2006年9月15日給安理會主席的信。鑒於提出了把這個問題列入臨時議程的要求，並鑒於中國和卡爾達代表所表達的看法，我們提議把臨時議程(S/Agenda/5526)付諸表決。因此，我們現在將其付諸表決。」在表決後主席指出：「有10票贊成、4票反對、1票棄權。臨時議程獲得通過。」儘管中國與俄羅斯聯邦二常任理事國投下反對票，但是由於「是否列入議程」屬於《聯合國憲章》第二十七條第二項之「關於程式事項之決議」，所以常任理事國無該條第三項之所賦予之行使否決之權利。

⁹ S/Agenda/3175.

¹⁰ S/PV.3175.

¹¹ 安理會決議草案，S/25314.

職責過程中，代表聯合國會員國行事，憶及這一點從來都不過分。安理會的權威並非來自安理會本身，它產生於這樣一個事實，即聯合國所有會員國賦予它一定的責任，同樣，安理會的權力不能由其自己的決定加以創造、再創造或創造性地重新解釋，而必須永遠基於《憲章》的具體規定。恰恰由於安理會是在維護國際和平與安全這一在政治上如此敏感的領域行使受委託的責任，因此解釋其權限的工作必須極為謹慎，在援引《憲章》第七章語言時由其如此。特別是人們日益要求安理會充分行使賦予它的很大權力時，這種權力的定義必須嚴格在《憲章》有關規定的案文基礎上加以解釋。安全理事會可以並應當在促進執行前南斯拉夫問題會議制訂的各項有助於和平努力的內容方面起有力和積極的作用。但是，這種作用只能並應當不超越依照《聯合國憲章》明確賦予安全理事會的權限。」

在決議草案表決後，根據慣例安理會主席請願在表決後發言的成員發言。決議草案獲得 15 票全體理事國代表贊成一致通過成為安理會決議第 808(1993)號¹²，該決議「執行部分」第一段：「決定設立一個國際法庭來起訴應對 1991 年以來前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反國際人道主義法行為負責的人」，成立國際法庭獲得確立，但並未決定成立方式（以各會員國簽署國際條約、或以聯合國大會決議通過、或以

¹² S/RES/808.

安理會決議通過等方式成立國際法庭)，因此在該決議第二段規定：

「請秘書長考慮到會員國在這方面提出的建議，儘早—如有可能在本決議通過後 60 天內—提出一份關於此事的所有方面的報告，包括提出具體提議並酌情提出有效、迅速執行上文第 1 段決定的備選辦法，供安理會審議」。

由於以國際條約簽署成立國際法庭太過費時與安理會決議第 808(1993)號「執行部分」第二段規定提出「有效、迅速」之備選辦法不符，所以很快就排除該方案，對於國際法庭為何不由聯合國大會決議成立而由安理會決議成立，聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告¹³第 21 段指出：「有人提出一些建議，大意是說，作為聯合國最具代表性的機關，大會除了參與這個問題的行政和預算方面的工作外，還應在設立國際法庭方面發揮作用。大會參與《國際法庭規約》的起草和審查工作與第 808(1993)號決議所表達的迫切性不一致。秘書長認為大會另有其他途徑利用其威信和聲望參與設立國際法庭的工作」；該報告第 22 至 23 段強調：「秘書長認為，應由安全理事會根據《聯合國憲章》第七章作出決定來設立行政法庭¹⁴。在按規定確定了和平受到威脅、受到破壞或發生侵略

¹³ 聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704.

¹⁴ 此處應為翻譯錯誤，英文作國際法庭。

行為的情況後，這一決定將成為維持或恢復國際和平與安全的措施。

這一辦法的優點是，可以迅速執行而且立竿見影，因為所有國家都要負起一項有拘束力的義務，必須採取必要的行動來執行決定，作為根據第七章採取的強制執行措施。」

第二目 安理會第 827(1993)號決議

1993 年 5 月 25 日下午 9 點 25 分安理會召開第 3217 次會議¹⁵，通過題為「設立國際法庭起訴對前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反國際人道主義法行為負責的人」之議程後，對於決議草案(S/25826)進行表決，以 15 票贊成一致通過，本決議草案成為安理會第 827(1993)號決議。因此國際法庭的成立在安理會的議事規則程序上沒有問題。

第二項 盧安達國際法庭的設立經過

第一目 盧安達政府的請求與反對

「盧旺達問題國際法庭」(International Tribunal for Rwanda)，以下簡稱盧安達國際法庭，或國際法庭¹⁶，係由安理會決議所成立，係為聯

¹⁵ S/PV.3217.

¹⁶ 本文有加括號的文字，援用聯合國用法，例如盧旺達問題國際法庭、國際人道主義法、以及

合國體系的司法機關，係由 1994 年 11 月 8 日安理會第 955(1994)號決議¹⁷所成立。依據《盧旺達問題國際法庭規約》第十二條第二項¹⁸，前南斯拉夫國際法庭上訴分庭法官應兼任作為盧安達國際法庭上訴分庭的法官，所以可以說共用一個上訴分庭，因此以下簡稱盧安達國際法庭上訴分庭為上訴分庭。

盧安達對設立盧安達國際法庭的立場係為支持，這點可以從 1994 年 9 月 28 日盧旺達常駐聯合國代表給安全理事會主席的信¹⁹，該信附件

危害人類罪等，而在非括號的文字，使用我國一般用法，例如盧安達國際法庭、國際人道法、以及違反人道罪等。

¹⁷ 1994 年 11 月 8 日安理會第 955(1994)號決議(S/RES/955)「前言部分」(Preamble Part)第三段：「表示感謝第 935(1994)號決議所設專家委員會的工作，特別是秘書長 1994 年 10 月 1 日的信(S/1994/1125)轉遞的專家委員會關於盧旺達境內違反國際人道主義法行為的初步報告；第四段：「再次表示嚴重關切有報導指出盧旺境內廣泛發生種族滅絕和其他有計劃的、公然違反國際人道主義法行為」；第五段：「斷定這一情況對國際和平與安全仍然構成威脅」；第六段：「決心制止這種罪行，並採取有效措施，將應對上述罪行負責的人繩之以法」。「執行部分」(Operative Part)第一段：「收到了盧旺達政府的要求(S/1994/1115)，茲決定設立一個國際法庭，專為起訴應對 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日期間盧旺達境內種族滅絕和其他嚴重違反國際人道主義法行為負責者和應對這一期間鄰國境內種族滅絕和其他這類違法行為負責的盧旺達公民，並為此目的通過本決議所附盧旺達問題國際法庭規約」。第二段：「決定所有國家應根據本決議和《盧旺達問題國際法庭規約》，同國際法庭及其機構充分合作，因此所有國家應根據其國內法採取一切必要措施，以執行本決議和《規約》的規定，包括各国有義務遵守審判分庭按照《規約》第 28 條發出的援助要求或命令；並請各國不斷向秘書長通報這些措施的執行情況」。第五段：「請秘書長緊急執行決議，特別是儘早作好切實安排，使國際法庭有效發揮職能，包括向安理會建議國際法庭庭址的可能地點，並定期向安理會提出報告」。

¹⁸ 《盧旺達問題國際法庭規約》第十二條（法官的資格與選舉）第二項：「起訴應對 1991 年以來前南斯拉夫境內所犯嚴重違反國際人道主義法行為負責者的國際法庭（以下稱為“前南斯拉夫問題國際法庭”）上訴分庭的法官應兼任盧旺達問題國際法庭上訴分庭的法官。」(The members of the Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (hereinafter referred to as “the International Tribunal for the Former Yugoslavia”) shall also serve as the members of the Appeals Chamber of the International Tribunal for Rwanda.)不過後來《盧旺達問題國際法庭規約》業經多次修改，最新版本（2010 年 1 月 31 日）的《盧旺達問題國際法庭規約》相關規定係在第十三條第四項。由於盧旺達問題國際法庭的官方語言僅有英文與法文，所以業經修改的最新版《盧旺達問題國際法庭規約》沒有中文版。相關規定在註腳中不嘗試翻譯為中文，除非在正文中必須引用之。Statute of The International Tribunal for Rwanda, Article 13 (Officers and Members of the Chambers), paragraph 4, provides, “The members of the Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia shall also serve as the members of the Appeals Chamber of the International Tribunal for Rwanda.”

¹⁹ 1994 年 9 月 28 日盧旺達常駐聯合國代表給安全理事會主席的信，S/1994/1115.

「1994年9月28日關於盧旺達難民和安全問題的聲明」²⁰指出：「我們斷然否認聯合國難民事務高級專員辦事處（難民專員辦事處）所作的下列毫無根據的指稱：(a)政府進行有系統和有組織的殺害，導致盧旺達境內不安全；(b)有大批人離開盧旺達逃往鄰近的坦桑尼亞聯合共和國；(c)難民不回返，因為據稱盧旺達境內不安全。」

從該信附件的聲明²¹可以看得出，由盧安達愛國陣線所成立的新政府，為回應聯合國難民專員辦事處的不實指控，以及盧安達難民與國際社會的疑慮，以公開保證化的方式，保證和平與安全。至於對前政府種族滅絕的罪行以及對盧安達愛國陣線種族滅絕的不實指控，盧安達政府在本信函上請求成立「國際法庭」，表示正義及證明自己的清白。

安理會在1994年11月8日星期二，下午3時35分在紐約總部舉行

²⁰ 1994年9月28日關於盧旺達難民和安全問題的聲明，S/1994/1115, Annex.

²¹ S/1994/1115, Annex. 該信附件在「當地實際狀況」的部分指出：「盧旺達政府是具有透明度的：援助機構和國際傳播者可在該國全境自由工作和行動。我們開放給國際人權觀察員進行觀察，全國各地區都部屬有盧旺達援助團（聯盧援助團）的部隊。任何重大的事件都絕不可能部首到注意或報導。那些想要作任何報導的人都務必客觀。我們要求國際社會配合政府的努力：1. 確保指定撥給盧旺達的所有援助都以國內為目標。如果因此而增進了國內的福利，就可以促使難民返國，並協助使已經返國者得到安置。大多是盧旺達人是在國內並區要援助；2. 向政府提供經費，以提高其效率和執行方案的能力，例如在保安方面，特別是警察。亟需提供訓練和調查程序等所有方面的援助；3. 儘快設立國際法庭，審判罪犯；4. 提供關於盧旺達的客觀事實資料；5. 不從事可能阻礙新的基礎廣泛的民族團結政府工作的行為；6. 我們特別要對難民專員辦事處對本論文國問題的態度表示失望；7. 今年四、五月種族滅絕行為達到高潮時，難民專員辦事處竟然作出了不時的報導，說盧旺達愛國陣線應對種族滅絕行為負責。然而全世界都目睹全國開展革命運動，保衛共和國聯盟（作者自加，係指 National Republican Movement for Development and Democracy (MRND)及 Coalition for the Defense of the Republic (CDR)）和前政府部隊（Rwandan Armed Forces (RAF)）在青天白日下屠殺無辜的人民...上述情況令人懷疑難民專員辦事處可能懷有還不為我們所知的其他動機。否則它為什麼至今還在繼續提出各種毫無根據的指控？盧旺達政府重申保保證提供和平與安全，並鼓勵難民行使他們的權力，返回家園。」

第 3453 次會議²²，對設立盧安達國際法庭的決議草案(S/1994/1168)²³進行了舉手表決，表決結果如下：13 票贊成，1 票反對（盧安達）和 1 票棄權（中國），決議草案獲得通過，成為安理會第 955(1994)號決議。

對於由盧安達代表所倡議設立國際法院的議程，為何最後投下反對票？

盧安達當時剛好是安理會成員，盧安達代表在安理會第 3453 次會議舉手表決後的發言指出：「這一法庭將有助於民族和解和建立一個基於社會正義與尊重人的基本人權的新社會，所有這一切要成為可能，就必須將那些對盧旺達悲劇負責的人繩之以法。但是，儘管同決議草案的提案國舉行了多次磋商會議並對初步案文作了一些修正，但我國政府出於下列原因仍然對今天提出的決議草案和《盧旺達問題國際法庭的規約》感到不滿意。」²⁴

盧安達反對這項決議草案的原因很多，並涉及很多面向。對於《盧旺達問題國際法庭的規約》之各項規定上盧安達的不同意見會放在文後討論。這裡所要關切的是一個「目的性」的問題。如同上述，盧安達要求成立盧安達國際法庭的目的係為起訴犯下種族滅絕的個人，而在

²² S/PV.3453.

²³ 安理會決議草案，S/1994/1168，1994 年 11 月 8 日由阿根廷、法國、紐西蘭、俄羅斯聯邦、西班牙、大不列顛及北愛爾蘭聯合王國、以及美利堅合眾國等國提出。

²⁴ S/PV.3453, p.22.

通過安理會第 955(1994)號決議²⁵的安理會第 3453 會議上，紐西蘭代表指出：「新西蘭在審議專家委員會報告後，很高興同美國一起率先提出了一項決議草案——我們是兩個原始提案國——目的是設立一個可以導致審判和懲處種族滅絕負責者的法庭。」²⁶以及指出：「此外，國際法庭審判權的焦點正如盧旺達所要求的那樣不是戰爭罪行，而是種族滅絕。今年在盧旺達進行的屠殺雖然同雙方部隊之間的戰鬥並非無關係，但在大部分是附帶的。」²⁷

依據《盧旺達問題國際法庭的規約》第一條²⁸（盧旺達問題國際法庭的職權範圍）：「盧旺達問題國際法庭有權根據本規約各條項，起訴應對 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日其間在盧旺達境內犯下嚴重違反國際人道主義行為負責者和在鄰國境內犯下這類違法行為負責的盧旺達公民。」²⁹本條規定並沒有特別提及「種族滅絕」，「種族滅絕」的管轄權的規定是在規約第二條，也就是說，規約將「種族滅絕」視為「嚴重違反國際人道主義法行為」的一種，這樣的方式，似乎與

²⁵ S/RES/955.

²⁶ S/PV.3453, p.6.

²⁷ S/PV.3453, p.7.

²⁸ 本文自行翻譯，中文版的安理會第 955(1994)號之附件的規約第一條翻譯錯誤。

²⁹ 《盧旺達問題國際法庭的規約》第一條（盧旺達問題國際法庭的職權範圍），原文翻譯如下：「盧旺達問題國際法庭有權根據本規約各條項，起訴應對 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日其間在盧旺達境內的種族滅絕和其他嚴重違反國際人道主義行為負責者和為鄰國境內種族滅絕和其他這類違法行為負責的盧旺達公民。」但是只要參考英文原文即可以發現中文原文翻譯錯誤。Article 1 Competence of the International Tribunal for Rwanda provides, “The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwanda citizens responsible for such violations committed in the territory for neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute.”

設立國際法庭的初宗有所落差(亦即專注起訴種族滅絕罪)。不過,《盧旺達問題國際法庭的規約》的前言,似乎解決了此一疑慮,《盧旺達問題國際法庭的規約》規定:「安全理事會根據《聯合國憲章》第七章設立的起訴應對1994年1月1日至1994年12月31日期間在盧旺達境內的種族滅絕和其他嚴重違反國際人道主義法行為負責者和應對這一其間鄰國境內種族滅絕和其他這類違法行為負責的盧旺達公民的國際刑事法庭(以下簡稱“盧旺達問題國際法庭”),應依照本規約各條項履行職責。」本前言將「種族滅絕」和「其他嚴重違反國際人道主義法行為」並列,可謂凸顯了盧安達國際法庭係較「專注」起訴種族滅絕罪行。

第二目 盧安達國際法庭屬時管轄權的爭議

盧安達國際法庭「屬時管轄權」之適用範圍³⁰,事實上飽受批評³¹,最主要的原因是導因於盧安達本身的反對。1994年11月8日通過盧安達國際法庭規約的安理會第3453次會議上,盧安達「認為盧旺達問題國際法庭所確定的屬時理由管轄的日期—從1994年1月至1994

³⁰ 《盧旺達問題國際法庭規約》第7條(屬地和屬時管轄權)後半段:「盧旺達問題國際法庭的屬時管轄權涵蓋自1994年1月1日起,至1994年12月31日止」。Article 7 (Territorial and Temporal Jurisdiction), second part, provides, “The temporal jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda shall extend to a period beginning on 1 January 1994 and ending on 31 December 1994.”

³¹ 例如參見: Payam Akhavan, *the International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment*, 90 *American Journal of International Law* 501 (1996).

年 12 月 31 日——是不合適的」³²。

因此盧安達指出：「我國代表團建議應考慮到從戰爭開始的 1990 年 10 月 1 日到戰爭結束的 1994 年 7 月 17 日這一時期。這一建議在沒有任何正當理由的情況下遭到了拒絕。國際法庭，如果拒絕考慮盧旺達種族滅絕的原因和謀劃行為以及在 1994 年 4 月發生主要種族滅絕之前的試驗項目，就不可能對盧旺達有任何用處，因為這不會有助於消除逍遙法外的文化或創造一種有利於民族和解的氣氛。在這方面，規約第 6 條和第 7 條之間具有矛盾。」

早在 1994 年 4 月 6 日的發生主要種族滅絕之前，1993 年 8 月 11 日人權委員會³³的「特別報告員 B.W.恩迪阿耶(Ndiaye)先生關於 1993 年

³² S/PV.3453, pp. 22. 盧安達政府並進一步指出原因如下：「事實上，全世界在 1994 年 4 月所目睹的種族滅絕是長期策畫的結果，在這期間滅絕人性(extermination)³²的試驗項目得到了成功的測試。例如，1990 年 10 月在莫塔拉(Mutara)對巴圖西族(Tutsis)的一個分支巴希馬族(Bahimas)實行了種族滅絕，1991 年 1 月和 2 月在吉賽尼(Gisenyi)和魯亨蓋里(Ruhengeri)地區對巴圖西族的另一分支巴果瓦族(Bagogwes)實行了種族滅絕，1992 年 3 月在巴吉塞拉(Bugesera)屠殺了 300 多個巴圖西人，1993 年 1 月又在吉賽尼(Gisenyi)屠殺了 400 多個巴圖西人。我們還必須注意到 1990 年 10 月任意逮捕了 8000 多名巴圖西人，並在逮捕的同時對他們實行了酷刑、強姦和其他有辱人格的待遇。結果，造成數以百計的巴圖西人死亡。國際社會通過其駐基加利的外交代表和國際組織以及人權組織的許多報告充分意識到這些大屠殺，但只是在 1994 年悲劇發生之後才宣稱知曉這一情況。聯合國特別報告員恩迪亞伊(Ndiaye)在 1993 年 5 月和 1993 年 3 月國際委員會的報告中已經意識到盧旺達境內事實上發生了種族滅絕。」

³³ 「聯合國人權理事會」(UN Human Rights Council)的前身是「聯合國人權委員會」(UN Commission on Human Rights)。2006 年 3 月 15 日「聯合國大會」(UN General Assembly)通過第 A/RES/60/251 號決議，決定建立「人權理事會」；「人權委員會」在其第 62 屆並同時為最後一屆會議在 2006 年 3 月 27 日落幕。「人權委員會」係於 1946 年建立，其會議分為「常會」(regular sessions)、「特別會議」(special sessions)、「非正式一日會議」(Informal one-day meetings)。「常會」(regular sessions)係為一年一度會議於 3 月中至 4 月底召開，共有 62 屆；「特別會議」(special sessions)係由 1990 年 5 月 25 日「經濟暨社會理事會」(Economic and Social Council)第 1990/48 號決議，授權「人權委員會」，僅在多數「人權委員會」會員國同意下，並在「人權委員會」需要以「盡快的方式」(expeditious way)處理「緊急而嚴重」(urgent and acute)的人權情勢的條件下，在常會之間所開的例外會議。共有五次，分別如下：第一、1992 年 8 月 13 至 14 日因前南斯拉夫境內人權情勢所開的第一次特別會議；第二、1992 年 11 月 30 至 12 月 1 日因前南斯拉夫人權情勢所開

4月8日至17日到盧旺達查訪的報告」³⁴，該報告係依據法外處決，即決處決或任意處決原則³⁵提出的，該報告結論部分第11點即已指出「滅絕種族問題」³⁶。1994年5月19日「聯合國人權事務高級專員 Jose Ayala Lasso 先生於1994年5月11至12日查訪盧旺達後提出的報告」³⁷，以及1994年6月28日「人權委員會特別報告員 R. Degni-Segui 先生根據委員會1994年5月25日第S-3/1號決議第20段提出的關於盧旺達人權情況的報告」³⁸，以及1994年8月12日「人權特別報告員 Rene Degni-Segui 先生根據1994年5月25日S-3/1號決議第20段提出的關於盧旺達人權情況的報告」³⁹均指出相關問題。安理會在通過盧安達國際法庭的第955(1994)號決議注意到 R. Degni-Segui 先生上述二份報告⁴⁰。而人權委員會第S-3/1號決議⁴¹第

的第二次特別會議；第三、1994年5月24至25日因盧安達人權情勢所開的第三次特別會議；第四、1999年9月23至27日因東帝汶情勢所開的第四次特別會議；第五、2000年10月17至19日因以色列對巴勒斯坦人民的嚴重與大規模人權違反所開的第五次特別會議；「非正式一日會議」(Informal one-day meetings)則為在常會之間的非正式的一日磋商，共有四次。參見聯合國官方網站：<http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/index.htm> 以及 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special-sessions.htm>。

³⁴ 特別報告員 B.W.恩迪阿耶(Ndiaye)先生關於1993年4月8日至17日到盧旺達查訪的報告，E/CN.4/1994/7/Add.1，人權委員會，第五十屆，臨時議程，項目12，在世界任何地區，特別是在殖民地和其他為獨立國家和領土上人權和基本自由遭受到侵犯的問題。

³⁵ 1989年12月15日聯合國大會第44/162號決議，A/RES/44/162，核准1989年5月24日聯合國經濟及社會理事會第1989/65號決議，該決議建議各國政府在其國家立法和慣例的範圍內考慮並尊重本決議附件所載的有效防止和調查法外、任意及即決處決的原則，並提請執法人員和刑事司法人員、軍事人員、律師、政府行政和立法機構成員以及一般公眾的注意。

³⁶ E/CN.4/1994/7/Add.1, pp.21-22, para.78-81.

³⁷ 人權委員會，1994年5月24至25日第三屆特別會議，臨時議程項目3，E/CN.4/S-3/3.

³⁸ E/CN.4/1995/7，聯合國秘書長又將該報告轉遞給安理會，因此文號又為S/1994/1157, Annex I。人權委員會，第五十一會議，議程項目12，在世界任何地區，特別是在殖民地和其他為獨立國家和領土上人權和基本自由遭受到侵犯的問題。

³⁹ E/CN.4/1995/12，聯合國秘書長又將該報告轉遞給安理會，因此文號又為S/1994/1157, Annex II。人權委員會，第五十一會議，議程項目12，在世界任何地區，特別是在殖民地和其他為獨立國家和領土上人權和基本自由遭受到侵犯的問題。

⁴⁰ 1994年11月8日安理會第955(1994)號決議「前言部分」(Preamble Part)第二段：「審議了秘

20 段⁴²係在 1994 年 5 月 24 至 25 日舉辦的第三次「特別會議」(special sessions)⁴³中提出，該報告的結論部分第 24 至 26 段指出：「在全國各地被殺害的總人數當以萬進，介於 200,000 至 500,000 人之間。這一數字肯定低於實際數字。反之，絕對可以肯定的是，國際社會目睹了一場看起來謀劃周密的人類悲劇。」⁴⁴

由於對於從 1994 年 4 月 6 日至 1994 年 7 月 17 日之間在盧安達境內所發生的種族滅絕⁴⁵的事實為何?發生許多爭議，所以安理會在 1994 年 7 月 1 日通過第 935(1994)號決議⁴⁶「執行部分」(operative part)第一段：「請秘書長作為緊急事項，設立一個公正的專家委員會，審查和分析根據本決議提交的資料以及專家委員會通過其本身的調查和其他人士或機構的努力所可能取得的進一步資料，包括盧旺達問題特別報告員的調查結果，以便就盧旺達境內嚴重違反國際人道主義法的行為，包括可能發生的種族滅絕行為的證據，向秘書長提出結論」；

書長根據 1994 年 7 月 1 日第 935(1994)號決議第 3 段提出的報告(S/1994/879 和 S/1994/906)，並注意到聯合國人權委員會盧旺達問題特別報告員的報告(S/1994/1157, 附件一和附件二)。

⁴¹ 人權委員會 1994 年 5 月 24 至 25 日第三次「特別會議」(special sessions)第 S-3/1 號決議，E/CN.4/S-3/1。

⁴² E/CN.4/S-3/1, para.20.

⁴³ 參見：人權委員會第三屆特別會議的報告(1994 年 5 月 24 日、25 日，日內瓦)，E/CN.4/S-3/4。

⁴⁴ E/CN.4/1995/7, p.7, para.24.

⁴⁵ Michael P. Scharf, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, United Nations Audiovisual Library of International Law, p.1. "Following the assassination of Hutu President Juvenal Habyarimana on 6 April 1994, the Great Lakes country of Rwanda descended into civil war and genocide. Hutu extremists in the National Republican Movement for Development and Democracy (MRND) and the Rwandan Armed Forces (RAF) launched an extermination campaign against moderate Hutu and the entire Tutsi ethnic minority. By the time the civil war and genocide ended on 19 July 1994, over 800,000 Rwandans had been murdered." 網站請參見：www.un.org/law/avl

⁴⁶ S/RES/935.

第三段：「請秘書長向安理會報告設立專家委員會一事，還請秘書長在專家委員會成立後四個月內向安理會報告該委員會的結論，建議任何進一步的適當步驟」。

1994年10月1日秘書長給安全理事會主席的信⁴⁷之附件轉遞了安理會第935(1994)號決議所成立的「聯合國專家委員會」的初步報告，在該信本文部分第3段指出：「該委員會於1994年8月15日開始工作，它在日內瓦舉行了一系列會議後，於1994年8月29日至9月17日在盧旺達和周圍一些鄰國進行實況調查。該委員會按照其第一屆會議的決定，提交給我一份關於它在1994年9月30日以前所進行的初步調查和活動的臨時報告。該委員會把1994年4月6日至1994年7月15日這一期間作為其臨時報告的暫定任務期間。」⁴⁸該附件——「安全理事會第935(1994)號決議所設獨立專家委員會的初步(interim)報告」⁴⁹，在該報告結論部分第146段：「專家委員會根據充分證據斷定，盧旺達武裝衝突雙方的個人在1994年4月6日至1994年7月15日期間犯下嚴重違反國際人道主義法的行徑，特別是1949年8月12日日內瓦公約共有的第3條所規定的義務和1977年6月8日日內瓦四公約關於保護非國際性衝突受難者的第2附加議定書所規定的

⁴⁷ 1994年10月1日秘書長給安全理事會主席的信，S/1994/1125.

⁴⁸ S/1994/1125, p.1.

⁴⁹ 安全理事會第935(1994)號決議所設獨立專家委員會的初步報告，S/1994/1125, Annex.

義務」以及第 147 段：「專家委員會還斷定，大量證據顯示，武裝衝突雙方的個人在上述期間在盧旺達犯下危害人類罪」⁵⁰。

第 148 段指出：「經細心審議後，專家委員會斷定，大量證據證明胡圖(Hutu)份子有協調地、有計劃地、有系統地和有組織地對圖西族(Tutsi)犯下種族滅絕行徑。大量證據顯示，胡圖份子在上述期間對圖西族本身犯下的大規模滅絕行徑構成 1948 年 12 月 9 日通過的防止及懲治滅絕種族罪公約第二條所指的滅絕種族罪。到目前為止，委員會尚未發現任何證據顯示圖西份子在上述期間犯下 1948 年

1994 年 11 月 8 日安理會第 3453 次會議，安理會成員巴西代表意見：

「我們之所以投票贊成設立有關前南斯拉夫的法庭，是由於那裡的局勢異常嚴重。我們當時採取的立場應該被看作是在政治上表達我們對在該區域所犯罪行的譴責。我們今天的立場依然如此。同樣，在盧旺達的情況中，我們原希望此類性質的行動在聯合國廣大成員的適當參與下得到更深刻和詳盡的審查。作為一個原則問題，巴西不贊成採取立即生效的司法或體制方面的措施，而危害到建立在牢固法律基礎之上的解決辦法。」⁵¹

由於下列原因，與前南斯拉夫國際法庭相比，作者以為盧安達國際法

⁵⁰ S/1994/1125, Annex, p.32, para.146-147.

⁵¹ S/PV.3453, pp. 12-13.

庭的立法歷程必須以較大的篇幅討論之，原因如下：第一、前南斯拉夫國際法庭規約在草擬過程中各國提出不同版本的草案，經聯合國秘書長協助磋商及彙整後提出其報告，然後安理會再一字不動通過其報告附件之規約，但是盧安達國際法庭規約不僅各國並無提出不同版本的草案(至少無官方正式紀錄)，而且也非以聯合國秘書長之報告附件之方式通過，而是以一般安理會程序上，將安理會成員國所提出的惟一版本的草案表決通過。至於條文則無法看到其背後立法目的及理由(前南斯拉夫國際法庭規約條文聯合國秘書長之報告中逐條解釋立法目的及理由)。

安理會主席依據規定係一個月一位輪流當任⁵²，盧安達國際法庭的設立會一直的列入安理會的議程討論是由於當時安理會的主席 1994 年 10 月是英國代表 Sir David Hannay，11 月美國代表 Mrs. Albright 的積極使用「議程設定權」(Agenda-Setting Power)⁵³。聯合國秘書長提出的報告(S/1995/134)對盧安達國際法庭有較完整的意見，該報告係

1995 年 2 月 13 日「秘書長按照安理會第 955(1994)號決議第 5 段提

⁵² S/96/Rev. 7。現行安全理事會暫行議事規則系由安全理事會第 1 次會議通過，業經 1982 年 12 月 21 日安全理事會第 2410 次會議第 7 次修正。《安全理事會暫行議事規則》相關規定如下：第四章(主席)第十八條：「安全理事會的主席一職應由安全理事會理事國按照理事國國名英文字母次序輪流擔任。每一主席任期一個月。」第十九條：「主席主持安全理事會的會議；並在安全理事會的權力下，代表作為聯合國一個機構的安全理事會。」

⁵³ 《安全理事會暫行議事規則》第二章(議程)第六條：「各國、聯合國各機構或秘書長本人發出的關於按《憲章》規定應由安全理事會審議的事項的一切來文，秘書長應立即提請安全理事會全體理事國代表注意。」第 7 條：「安全理事會每次會議的臨時議程應由秘書長擬成，並由安全理事會主席核定。列入臨時議程的專案限於根據第六條已提請安全理事會各理事國代表注意的專案，第十條規定的專案，或安全理事會以前曾決定推遲審議的事項。」

出的報告」⁵⁴，該報告指出：「不同於南斯拉夫問題法庭是按照安全理事會的兩份決議（第 808(1993)和 827(1993)號決議）分兩個階段程序設立的，安全理事會決定汲取設立南斯拉夫問題法庭獲得的經驗，採用一步到位的程序和單項決議就足以設立盧旺達問題國際法庭。盧旺達問題國際法庭是安全理事會在《憲章》第二十九條意義範圍內的一個附屬機關。因此它在行政和財政問題上視聯合國各機關而定；但是，它作為一個司法機構，則獨立於任何一個特定國家或國家集團，包括其母體機構安全理事會之外。在南斯拉夫問題法庭已經存在之時設立盧旺達問題法庭，就必須對設立該法庭採取類似的法律程序。還必須在這兩個法庭之間建立某種組織和體制上的聯繫，已確保法律步驟一致，並節省和有效利用資源。《盧旺達問題法庭規約》是按照盧旺達的情況修改《南斯拉夫問題法庭規約》而來的，起草人為安全理事會第 955(1994)號決議的原提案國，並經安理會各會員國討論。在通過第 955(1994)號決議時，盧旺達是安全理事會的成員國，因此全面參與了有關規約的討論會和最後通過該決議的協商會議。」⁵⁵

第二、盧安達國際法庭成立目的依據安理會第 955(1994)號決議「執行部分」第一條之規定，係為起訴應對「盧旺達境內種族滅絕和其他嚴重違反國際人道主義法行為負責者」和「其他這類違法行為負責的

⁵⁴ 1995 年 2 月 13 日秘書長按照安理會第 955(1994)號決議第 5 段提出的報告，S/1995/134.

⁵⁵ S/1995/134, p.3, para.7-9.

盧旺達公民」，其設立目的係在起訴在「一國境內」所犯下國際罪行的個人，而與前南斯拉夫國際法庭設立目的係為起訴在「國際衝突」中所犯下國際罪行的個人，有很大的不同。

特別是對於在一國境內犯下國際罪行的個人之起訴係「在本質上屬於任何國家國內管轄之事件」，依據聯合國《憲章》第二條第7項，並不要求會員國將該項事件依本《憲章》「提請解決」。所以安理會倘若希冀藉由國際法庭起訴「盧安達境內」所犯下國際罪行之個人，由於「起訴」不僅僅是「便利，包括過境權」而已，所以儘管有「第七章內的執行辦法」之例外條項，但由於該「辦法」並不是一國之「涉外事項」、「直接行動」之「必要行動」，而是司法管轄問題。依據《憲章》的原始設計，國內司法管轄事項是否是「第七章內的執行辦法」並不清楚，但是經由安理會第955(1994)號決議的通過，可知安理會透過通過《憲章》第七章之決議，國際司法管轄應優先於國內司法管轄之適用。

依據《盧安達國際法庭規約》第八條（並行管轄權）⁵⁶盧安達國際法

⁵⁶ 《盧安達問題國際法庭規約》第八條（並行管轄權）：「1. 盧旺達問題國際法庭和國內法院有並行管轄權起訴1994年1月1日至1994年12月31日其間在盧旺達境內犯下嚴重違反國際人道主義法行為的人和和在鄰國境內犯下這類違法行為的盧旺達公民。2. 盧旺達問題國際法庭應優先於所有國家的國內法院。在訴訟程序的任何階段，盧旺達問題國際法庭可根據本規約及《盧旺達問題國際法庭程序和證據規則》正式要求國內法院服從國際法庭的管轄。」 Article 8: Concurrent Jurisdiction, provides, “1. The International Tribunal for Rwanda and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons to serious violations of international humanitarian law committed in territory of Rwanda and Rwanda citizens for such violations committed in the territory of

院與國家國內法院有並行管轄權，但是盧安達國際法庭的管轄權優於「所有」國家國內法院。對於所有國家國內法院應服從盧安達國際法庭的管轄，烏干達有不同意見，1994年10月31日「烏干達常駐聯合國代表團臨時代辦給安全理事會主席的信」⁵⁷，該信指出：「謹代表烏干達政府對設立一個國際法庭以起訴應對盧旺達境內以及盧旺達公民在鄰國境內所犯嚴重違反國際人道主義法行為負責的人的決議草案的措詞，表示關切並提出保留意見。具體來說，烏干達政府反對《規約草案》第一條稱為“盧旺達問題國際法庭的職權範圍”、第7條稱為“屬地和屬時管轄權”、第8條稱為“並行管轄權”和第9條第2項內的措詞。」

在盧安達國際法庭「努太亞哈甲」(Ntuyahaga)案，「檢方依據《規則》第51條以及第73條撤回對被告之起訴的動議」⁵⁸，檢方主張承認「並行管轄權」意味著擴展所有國家起訴國際罪行的可能性，因為盧安達國際法庭無法起訴所有案件，並且以國家國內法院起訴也強調普遍管轄權的互補性質⁵⁹；在「比利時政府對檢方在 Ntuyahaga 案要求撤回

the neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994. 2. The International Tribunal for Rwanda shall have the primacy over the national courts of all States. At any stage of the procedure, the International Tribunal for Rwanda may formally request national courts to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for Rwanda.”

⁵⁷ 1994年10月31日烏干達常駐聯合國代表團臨時代辦給安全理事會主席的信，S/1994/1230.

⁵⁸ ICTR, NTUYAHAGA, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Prosecutor’s Motion under Rules 51 and 73 to Withdraw the Indictment against the Accused, 23 February 1999.

⁵⁹ ICTR, NTUYAHAGA, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Prosecutor’s Motion under Rules 51 and 73 to Withdraw the Indictment against the Accused, 23 February 1999, para.10-11.

起訴的法庭之友意見」⁶⁰，比利時政府主張儘管《盧安達國際法庭規約》第 28 條僅明示規定國家應與盧安達國際法庭充分合作，而不是反過來，但是該條之規定並未排除盧安達國際法庭與國家合作，對於合作之方式《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第 11 bis 條⁶¹，已經有相關的明示規定（本條最初係在 1997 年 11 月 12 日通過，後來又業經多次修正，這裡必須強調該規定係在塔迪奇管轄權案結案後才制訂，所以前面沒有相關討論）。

《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第 11 bis 條大致可以理解如下：透過檢方申請後初審分庭「自己主動」(*proprio motu*)認定，

⁶⁰ ICTR, NTUYAHAGA, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Amicus curiae submission by the Belgium Government on the Prosecutor's request to withdraw in the Ntuyahaga case, International criminal tribunal for Rwanda, 24 February 1999.

⁶¹ 這裡所引用的 1998 年 12 月 17 日通過的第 14 次修正案，係屬當時的規則。

Rules of Procedure and Evidence, Rule 11 bis: Suspension of Indictment in case of Proceedings before National Courts

- (A) Where, on application by the Prosecutor or proprio motu, it appears to the Trial Chamber that
- (i) the authorities of the State in which an accused was arrested are prepared to prosecute the accused in their own courts; and
 - (ii) it is appropriate in the circumstances for the courts of that State to exercise jurisdiction over the accused,
- the Trial Chamber, after affording the opportunity to an accused already in the custody of the Tribunal to be heard, may be order that the indictment against the accused be suspended, pending the proceedings before the national courts.
- (B) If an order is made under this Rule:
- (i) the accused, if in the custody of the Tribunal, shall be transferred to the authorities of the State concerned;
 - (ii) the Prosecutor may transmit to the authorities of the concerned such information relating to the case as the Prosecutor considers appropriate;
 - (iii) the Prosecutor may direct trial observers to monitor proceedings before the national courts on the Prosecutor's behalf.
- (C) At any time after the making of an order under this Rule and before the accused is convicted or acquitted by a national court, the Trial Chamber may, upon the Prosecutor's application and after affording an opportunity to the authorities of the concerned to be heard, rescind the order and issue a formal request for deferral under Rule 10.
- (D) If an order under this Rule is rescinded by the Trial Chamber, the Trial Chamber may formally request the State concerned to transfer the accused to the seat of the Tribunal, and the State shall comply without undue delay in accordance with Article 29 of the Statute. The Trial Chamber or a Judge may also issue a warrant for the arrest of the accused.

假如逮捕被告的國家當局打算在其國內法院起訴該被告，並且在該情況下由該國對被告行使管轄權係屬「適當」(appropriate)，初審分庭得命令中止對被告之起訴，等候該國國內法院的訴訟程序。然而，在該國國內法院判被告為有罪或無罪之前，初審分庭也得隨時透過檢方申請，撤銷上該中止起訴之命令，然後正式要求該國國內法院「服從」國際法庭之管轄，並要求將被告移送國際法庭拘留。

上述規定事實上安排了一種讓國際法庭可以放棄對被告管轄的程序，某種意義來說，是體現了「並行管轄權」的互補性，比利時政府以為，為了處罰在盧安達境內犯下暴行的個人，有必要進行雙向合作，如果合作的方式僅為單向的，亦即國家法院與國際法庭合作，不僅效果較差而且將違背安理會對盧安達境內所犯下罪行之徹底處罰的承諾⁶²，前南斯拉夫國際法庭得在《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》規定轉移被告至請求之國家之程序而不需要安理會修改《前南斯拉夫國際法庭規約》之事實，證明法庭「從一開始」(*ab initio*)就具有這個權力⁶³，因此，即使《盧安達國際法庭訴訟程序和證據規則》中沒有相關規定，盧安達國際法庭應具有這個權力，法庭應放棄對 Ntuyahaga 的管轄權，並將其移送比利時受審，或是請求法庭修改《盧安達國際

⁶² ICTR, NTUYAHAGA, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Amicus curiae submission by the Belgium Government on the Prosecutor's request to withdraw in the Ntuyahaga case, International criminal tribunal for Rwanda, 24 February 1999, para.7.

⁶³ Id, para.10.

法庭訴訟程序和證據規則》以便執行上述程序⁶⁴。

盧安達國際法庭初審分庭「對檢方提出撤回起訴動議的決定」⁶⁵，並且考慮 1999 年 3 月 10 日檢方附帶要求初審分庭命令將 Bernard Ntuyahaga 從法庭的拘留處轉移至坦桑尼亞當局，並且考慮法官 Ostrovsky 所做對起訴的核可，唯一罪名是違反人道罪(謀殺)，其規定係在法庭規約第 3 條第(a)項，該罪名指控被告對 Agathe Uwilingiyimana 女士當時盧安達的總理的以及 10 位「聯合國盧安達協助團」的比利時士兵的謀殺，並被指控該謀殺係屬犯下大規模或系統性對平民人群因民族或政治目的進行攻擊的一部分，考慮到當被告在本庭 1998 年 11 月 13 日第一次出庭時，被告訴請對該罪名無罪，考慮到 1999 年 3 月 12 日辯方的反對主張，在其本身，主張檢方要求撤回起訴的動議係屬「不可受理」，該動議無成立之依據，分庭應駁回該動議，並進一步，辯方宣稱分庭應做出被告係屬清白之發現，被告因此應被定為無罪及釋放，考慮比利時要求許可作為法庭之友⁶⁶，並且依據規則第 74 條 1999 年 3 月 8 日之決定，比利時政府被授予核可在法庭出現後，儘管檢方主張：「撤回起訴藉由讓國內法院起訴被

⁶⁴ ICTR, NTUYAHAGA, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Amicus curiae submission by the Belgium Government on the Prosecutor's request to withdraw in the Ntuyahaga case, International criminal tribunal for Rwanda, 24 February 1999., para.11.

⁶⁵ ICTR, Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Trial Chamber Decisions, Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Motion to Withdraw the Indictment, Mar 18, 1999

⁶⁶ Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Amicus curiae submission by the Belgium Government on the Prosecutor's request to withdraw in the Ntuyahaga case, International criminal tribunal for Rwanda, Feb 24, 1999.

告得促進規約第八條第一項的並行管轄權之規定」⁶⁷。對於本爭點，儘管初審分庭注意到獲得比利時政府的支持，比利時政府以為法庭與國內法院的活動係屬互補，並且由於刑事上對 1994 年在盧安達所犯下的暴行的懲處之需要，所引涉的是法庭在針對那些應對暴行負責的人的司法程序上與國家合，儘管依據比利時政府的看法，聯合國安理會在規約上提供的合作的基礎，係要求所有國家完全與法庭合作，所引涉的是法庭與國家有需要互惠式合作的關係，儘管這個觀點在規約或規則中沒有明示規定，法庭得與國家合作因而協助正義正當程序之過程。

儘管分庭接受比利時與檢方的所提的看法⁶⁸，這個看法是法庭對於在其權限下之罪行沒有專屬的管轄權，並且法庭的刑事程序與國內管轄權下的刑事程序互補，但是分庭希望強調一個與比利時及檢方不同的觀點，這個觀點是與辯方相同，那就是規約第 8 條第 1 項所規定的「並行管轄權」原則，這個原則儘管體認到在司法事項上法庭與國內法院互補，但是這個原則應與規約第 8 條第 2 項一起看，該項授權法庭「優於」所有國家的國內法院。

⁶⁷ Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Prosecutor's Motion under Rules 51 and 73 to Withdraw the Indictment against the Accused, 23 February 1999.

⁶⁸ Luc Reydam, Universal Criminal Jurisdiction: the Belgian State of Affairs, 11 Criminal Law Forum 183 (2000).

第三項 國內法院服從國際法庭管轄

第一目 德國法院服從管轄

塔迪奇(Tadić)是波斯尼亞地區的塞爾維亞人，由聯合國安全理事會（以下簡稱安理會）決議第 827(1993)號成立之「前南斯拉夫問題國際刑事法庭」(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY)（以下簡稱國際法庭）「要求」(request)德國法院服從國際法庭的管轄，將塔迪奇讓渡給國際法庭拘押。塔迪奇成為國際法庭的第一位被告。塔迪奇在德國被逮捕並對其在前南斯拉夫所犯罪行進行調查⁶⁹，在國際法庭向德國法院要求後調查及訴訟程序終止之⁷⁰。

國際法庭《規約》⁷¹第 29 條⁷²：「1. 各國應與國際法庭合作調查和起

⁶⁹ 相關過程如下：在德國法院開啟對塔迪奇的「刑事程式」(criminal proceedings)對其進行調查後，1994 年 12 月 12 日，國際法庭檢察官根據《訴訟程式與證據規則》第九條第三項，向初審分庭提出，發佈對於德國法院服從國際法庭管轄之正式要求；1994 年 11 月 3 日德國聯邦檢察官決定對塔迪奇提起訴訟，向德國 Bayer 州最高法院(Supreme Court of the State of Bayer)移送起訴書，指控被告犯下多項罪行；1994 年 11 月 8 日國際法庭初審分庭裁定，向德國法院發佈服從國際法庭管轄之正式要求；1995 年 4 月 10 日德國眾議院(Bundestag)在德國參議院(Bundesrat)的同意下，通過「規定與前南斯拉夫問題國際法庭合作之法律(作者自譯)」(German Law, Law regulating the cooperation with the International Tribunal for the former Yugoslavia)，同意國際法庭之正式要求；1995 年 4 月 18 日德國 Bayer 州最高法院將本案件讓渡給國際法庭。參見：ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Chamber Decisions, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Matter of Dusko Tadic (Pursuant to Rules 9 and 10 of the Rules of Procedure and Evidence), 8 Nov 1994.
[http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/\\$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf](http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf)

⁷⁰ L. Vierucci, The First Steps of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 6 European Journal of International Law 134 (1995), at pp.136-143.

⁷¹ 國際法庭《規約》係規定在聯合國秘書長 1993 年 5 月 3 日報告之附件。

訴被告犯有嚴重違反國際人道主義法罪行者。2. 各國應不作任何不當延遲，遵從要求援助的請求或初審法庭發佈的命令，包括但不限於：

(a) 查人找人；(b) 錄取證詞和提供證據；(c) 送達文件；(d) 逮捕或拘留；(e) 將被告引渡或讓渡給國際法庭。」國際法庭《規約》第9條第一項⁷³賦予國際法庭與國內法院之「並行管轄權」⁷⁴(concurrent jurisdiction)，該條第二項⁷⁵賦予國際法庭優先權，得在任何訴訟程序階段要求案件求國內法院服從國際法庭管轄。國際法庭法官依據國際法庭《規約》第15條⁷⁶所通過之《訴訟程序和證據規則》⁷⁷(Rules of

1993年5月25日通過的安理會決議第827(1993)號(S/RES/827)「前言部分」第11段：「根據聯合國《憲章》第七章採取行動」(Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations)。該決議「執行部分」第一段：「核可秘書長的報告」。第二段：「茲決定設立一個國際法庭，其唯一目的是起訴應對從1991年1月1日之安全理事會于和平恢復後決定的日期前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反國際人道法行為負責的人，並為此目的通過上述報告所附的《國際法庭規約》」。

⁷² Article 29 (Co-operation and judicial assistance) provides: "1. States shall co-operate with International Tribunal in the investigation and prosecution of persons accused of committing serious violations of international humanitarian law. 2. States shall comply without undue delay with any request for assistance or an order issued by a Trial Chamber, including, but not limited to: (a) the identification and location of persons; (b) the taking of testimony and the production of evidence; (c) the service of documents; (d) the arrest or detention of persons; (e) the surrender or the transfer of the accused to the International Tribunal."

⁷³ 《規約》第九條（並行管轄權）第一項：「國際法庭和國內法院對起訴自1991年1月1日以來，在前南斯拉夫境內犯有嚴重違反國際人道主義法行為的人有並行管轄權」(The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991.)

⁷⁴ 聯合國秘書長根據安理會決議第808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704，第64段：「在設立一個國際法庭來起訴應對1991年以來在前南斯拉夫境內犯有嚴重違法行為負責的人時，安全理事會的目的並不是排除或阻礙國內法庭對這類行為行使管轄權。實際上，應當鼓勵國內法庭根據有關的國內法和訴訟程式行使管轄權。」第65段：「這樣就出現了國際法庭和國內法院的並行管轄權問題。儘管如此，國際法庭優於這種並行管轄權。不管在訴訟程式的任何階段，國際法庭都可以正式要求國內法院服從國際法庭的管轄權。在《國際法庭訴訟程式和證據規則》中將詳細說明如何行使優先權的辦法。」

⁷⁵ 《規約》第九條（並行管轄權）第二項：「國際法庭應優於國內法院。在訴訟程式的任何階段，國際法庭可根據本《規約》及《國際法庭訴訟程式和證據規則》正式要求國內法院服從國際法庭的管轄」(The International Tribunal shall have primacy over national court. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International in accordance with the present Statute and Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal.)

⁷⁶ 《規約》第15條（程式和證據規則）：「國際法庭的法官應通過關於訴訟預審階段、審判和上

Procedure and Evidence) 第 9 條⁷⁸ 規定國際法庭檢察官在知悉任一國家相關調查或刑事程序時，得建議國際法庭庭長所指定之初審分庭作出對上該任一國家法院服從國際法庭管轄權之正式要求。《訴訟程序和證據規則》第九條第一項及第二項主要是在體現國際法庭《規約》第十條⁷⁹之「一罪不二審原則」⁸⁰(Principle of non-bis-in-idem)。國際法

訴的進行、證據的採用、受害人和證人的保護和其他相關事項的《程式和證據規則》」(The Judges of the International Tribunal shall adopt rules of procedure and evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters.)

⁷⁷ IT/32/Rev. 45, 8 December 2010.

⁷⁸ 《訴訟程式和證據規則》第九條(Prosecutor's Request for Deferral)：

‘Where it appears to the Prosecutor that in any such investigations or criminal proceedings instituted in the courts of any State:

(i) the act being investigated or which is the subject of those proceedings is characterized as an ordinary crime;
(ii) there is a lack of impartiality or independence, or the investigations or proceedings are designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case is not diligently prosecuted;
(iii) what is in issue is closely related to, or otherwise involves, significant factual or legal questions which may have implications for investigations or prosecutions before the Tribunal, the Prosecutor may propose to the Trial Chamber designated by the President that a formal request be made that such court defer to the competence of the Tribunal.’

⁷⁹ 《規約》第十條（一罪不二審）：

「1. 根據本規約，任何人如犯有嚴重違反國際人道主義法行為，而他或她已受到國際法庭的審訊，就不應再受到國內法院的審訊。

2. 任何人如犯有嚴重違反國際人道主義法的行為而受到國內法院的審訊，如有下列情況仍有可能隨後受到國際法庭的審訊：

- (a) 他或她受審的行為被定性為普通罪行；或
- (b) 國內法院的訴訟程式不公正或不獨立，而且目的在於包庇被告，使其免除承擔犯有國際罪行的責任；或該案件沒有依法進行細緻的起訴。

3. 在考慮對根據本《規約》宣判有罪的人作出懲處時，國際法院應考慮到國內法院對其所犯同一行為所作懲處已實行的程度。」(1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present State, for which he or she has already been tried by the International Tribunal.

2. A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if:

- (a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or
- (b) the national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted.

3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has been already served.)

⁸⁰ 聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704，第 66 段：

「根據一罪不二審的原則，任何人不應因同一罪行而兩次受審。在這種情況，考慮到國際法庭的優先權，一罪不二審的原則將排除隨後在國內法院進行的審訊。但在下述兩種情況下，一罪不二審的原則不應妨礙隨後在國際法庭進行的審訊：

- (a) 國內法院對這種行為的定性與與根據規約所做的定性不相符；

庭《規約》第十條之「一罪不二審原則」具有不對稱性，亦即國際法庭已審訊之案件，國內法院不得重新審理，但是國內法庭已審訊之案件，國際法庭在例外情況下得審訊之。《訴訟程序和證據規則》第九條第一項及第二項規定除了該條第三項另有規定以外，僅在國內法院將該行為定性為普通罪行或國內法院訴訟程序不公正或不獨立且目的是為了包庇被告之要件下，才得作出國內法院服從國際法庭管轄權之正式要求。塔迪奇乙案國際法庭正式要求德國法院服從法庭之優先管轄權之法源依據為《訴訟程序和證據規則》第九條第三項。《訴訟程序和證據規則》第九條第三項規定：「(作者自譯)前揭情勢所涉及之議題，要不是與顯著事實或法律問題密切關連，就是涉入其中，並且可能會對於國際法庭所進行的調查或刑事程序產生牽連影響。」⁸¹

第二目 國際法庭初審分庭判決之效力

國際法庭初審分庭在 1994 年 11 月 8 日聽證，審理國際法庭檢察官之正式要求之建議並做出判決⁸²(Decision)，該判決第 11 段規定為符合

(b) 不偏不倚、獨立或有效裁決的條件在國內法院的訴訟中沒有得到保障。」

第 67 段：

「如果國際法庭決定對一個已被國內法院宣判有罪的人重新實施管轄權，它應考慮到國內法院所施加的懲罰已經實行的程度。」

⁸¹ 《訴訟程序和證據規則》第九條第三項：

‘what is in issue is closely related to, or otherwise involves, significant factual or legal questions which may have implications for investigations or prosecutions before the Tribunal, the Prosecutor may propose to the Trial Chamber designated by the President that a formal request be made that such court defer to the competence of the Tribunal.’

⁸² Tadić (IT-94-1), Trial Chamber Decisions, Decision of the Trial Chamber on the Application by the

國際法庭《訴訟程序和證據規則》第9條第3段之規定，檢察官在塔迪奇問題需要符合三項要件⁸³，在確認檢察官符合規定符合後第18段第(iv)項指出⁸⁴（作者自譯）：「本國際法庭以為在相同領域以及相同時間犯下嚴重違反國際人道主義法的行為之相同犯罪計畫之共犯如果有些在國內法院審訊其他在本國際法庭審訊並不符合適當司法正義。」根據《訴訟程序和證據規則》第10條⁸⁵國際法庭收到國內法院服從國際法庭管轄之建議後，倘符合《訴訟程序和證據規則》第9條之規定，得發佈向該國法院服從國際法庭管轄之正式要求。在本聽證國際法庭授予德國代表⁸⁶以及塔迪奇之法律顧問⁸⁷「法庭之友」(amicus

Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Matter of Dusko Tadic (Pursuant to Rules 9 and 10 of the Rules of Procedure and Evidence), 8 Nov 1994
[http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/\\$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf](http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf)

⁸³ Id, para. 11 provides:

“(a) there is an investigation currently being conducted by the Prosecutor into crimes within the jurisdiction of international Tribunal alleged to have taken place in the Prijedor region of Bosnia-Herzegovina;
(b) a national investigation or criminal proceedings has been instigated against the said Dusko Tadić by the Government of the Federal Republic of Germany in respect of crimes alleged to have taken place in the said Prijedor region;
(c) the issue in the national in the national investigations or criminal proceedings is closely related to, or may have implications and common significant factual or legal questions, for the prosecutor.”

⁸⁴ Id, para. 18. (iv) provides:

“this International Tribunal would not be acting in the proper interests of justice if some of these serious violations of international humanitarian law committed in the same territory and during the same period of time by alleged co-offenders, who are party to the same criminal plan, were judged in national courts and others before this International Tribunal.”

⁸⁵ 《訴訟程式和證據規則》第十條(Formal Request for Deferral)：

- ‘(A) If it appears to the Trial Chamber seized of a proposal for deferral that, on any of the ground specified in Rule, deferral is appropriate, the Trial Chamber may issue a formal request to the State concerned that its court defer to the competence of the Tribunal.
- (B) A request for deferral shall include a request that the results of the investigation and a copy of the court’s records and the judgment, if already delivered, be forwarded to the Tribunal.
- (C) Where deferral to the Tribunal has been requested by a Trial Chamber, any subsequent trial shall be held before another Trial Chamber.’

⁸⁶ Id, The Preamble, para. 5 provides:

“Having granted leave to representatives of the Government of the Federal Republic of Germany to appear at the said hearing as amicus curiae, and having heard such representative”

⁸⁷ Supra note 21, The Preamble, para. 6 provides: “Having granted leave to Mr. Sklebitz, Counsel for

curiae)之身分，第 19 段⁸⁸初審法庭注意到德國代表在聽證會所提出的論點為德國國內法與初審法庭也許會發佈的正式要求二者之間具有潛在衝突，針對此一觀點，初審法庭請德國政府參照國際法庭《規約》第 29 條之規定，以及參照聯合國秘書長在 1993 年 6 月 4 日致各會員國之信件⁸⁹，該信件特別提請各會員國注意根據安理會決議第

827(1993)號「執行部分」(operative part)第 4 段「決定所有國家應依照本決議和《國際法庭規約》同國際法庭及其機關充分合作，因此所有國家應根據國內法，採取任何必要的措施來執行本決議和《規約》的規定，包括各國遵從初審法庭依照《規約》第 29 條所提出的協助要求或發佈的命令」之規定。

聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告第 125 至 126 段：「根據第七章決定設立國際法庭給所有國家帶

the said Dusko Tadić, to appear at the said hearing as amicus curiae, and having heard Mr. Sklebitz”

⁸⁸ Id, para. 19 provides:

“The Trial Chamber notes the argument raised by the Government of the federal Republic of Germany as to the potential conflict between its national law and any formal request for deferral which may be issued by this Trial Chamber. In this respect, the Trial Chamber refers the Government of the Federal Republic of Germany to Article 29 of the Statute of the International Tribunal. Furthermore, a Note from the Secretary-General of the United Nations, addressed to all Member States, and dated 2 June 1993, drew particular attention to the obligations of States under paragraph 4 of Security Council resolution 827 (1993) to cooperate fully with the International Tribunal and its organs and to “take any measures necessary under their domestic law to implement the provisions of the present resolution and the Statute, including the obligations of States to comply with requests for assistance or orders issued by a Trial Chamber under Article 29 of the Statute”.”

⁸⁹ 聯合國秘書長在 1993 年 6 月 4 日致各會員國之信件，SCA/8/93(7)。本信件經仔細查尋不在聯合國官方檔案系統中，由於聯合國秘書長之信件並未寄給我國政府所以無查閱此一檔案的權限，但是在歐洲國際法期刊之 Daphna Shrager 以及 Ralph Zacklin 的文章註腳 49 有提及該檔之文號為 SCA/8/93(7)，而由於二位元作者是聯合國法律事務處之官員所以具有檔案，請參見：Daphna Shrager and Ralph Zacklin, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 5 European Journal of International Law 360 (1994).

來一項有約束力的義務：採取一切必要步驟執行這項決定。具體而言，這意味著所有國家都有義務與國際法庭合作，並在訴訟程序的所有階段向它提供援助，以確保遵從要求協助收集證據，聽取證人、嫌疑犯和鑑定人的證詞、查人找人、送達文件的請求。還應執行初審分庭發佈的命令，如逮捕令、搜查令、引渡或讓渡令、以及審判所需的其他命令。在這方面，初審分庭⁹⁰要求將某人引渡或讓渡給國籍法庭拘押的命令應視為貫徹《聯合國憲章》第七章規定的執行措施。」

1995年4月10日德國眾議院(Bundestag)在德國參議院(Bundesrat)的同意下，通過「規定與前南斯拉夫問題國際法庭合作之法律(作者自譯)」(Law regulating the cooperation with the International Tribunal for the former Yugoslavia)，同意國際法庭之正式要求⁹¹，

從《規約》第九條（並行管轄權）第二項規定：「國際法庭應優於國內法院。在訴訟程序的任何階段，國際法庭可根據本《規約》及《國際法庭訴訟程序和證據規則》正式要求國內法院服從國際法庭的管轄」

⁹⁰ 中文原文譯為被審分庭應為翻譯錯誤。

⁹¹ German Law, Law regulating the cooperation with the International Tribunal for the former Yugoslavia, Second Paragraph (Relationship with national criminal proceedings):
'(1) At the request of the Tribunal, criminal proceedings, insofar as they relate to crimes within its jurisdiction, shall be passed on to the Tribunal at every stage of those proceedings. Should the proceedings passed on have already given rise to a binding sentence, then the further execution of that sentence shall be dispensed with, once the convicted person has been transferred to the Tribunal pursuant to para. 3(1).
(2) Criminal proceedings may no longer be conducted against a person when the Tribunal has taken or is taking action for a crime within its jurisdiction if a request has been submitted as per para. 2(a), first sentence.'

的遣詞用字可以看得出：國際法庭的「正式要求」對國內法院而言，原則上並非一項義務，但是《規約》第十條第二項規定之情形下：「任何人如犯有嚴重違反國際人道主義法的行為而受到國內法院的審訊，如有下列情況仍有可能隨後受到國際法庭的審訊：

- (a) 他或她受審的行為被定性為普通罪行；或
- (b) 國內法院的訴訟程序不公正或不獨立，而且目的在於包庇被告，使其免除承擔犯有國際罪行的責任；或該案件沒有依法進行細緻的起訴。」則為例外。

前揭之解釋方式得到以下安理會理事國代表對於《國際法庭規約》的支持。安理會在第 3217 次會議⁹²投票獲得一致通過《國際法庭規約》後，安理會主席(俄國代表)請願在投票後發言的安理會成員發言。法國代表指出：「第三，我們認為，根據第 9 條第 2 項，法庭可以在程序任何階段進行干預並行使其最高權力，包括在第 10 條第 2 項涵蓋的情勢中酌情進行調查階段進行干預並行使其最高權力。」美國代表指出：「第三，應理解，第 9 條第 2 項中提及的該國際法庭首要性僅適用第 10 條所述情況。」英國代表指出：「規約第 9 條和第 10 條涉及該國際法庭同國內法庭的關係。我們認為，第 9 條第 2 項中提及國際法庭優先，這主要關係前南斯拉夫境內的法庭：在其他地方，只有

⁹² S/PV.3217.

在第 10 條第 2 項中勾勒的那些特別情況下，這種優先才適用。」安理會主席以俄國代表之身份指出：「根據我們的理解，第 9 條第 2 項的規定表示，一個國家有責任認真考慮該法庭提出把正在某一國家法庭上討論的案件提交此國際法庭得要求。但這並不是有責任把有關這樣一個案件的訴訟程序自動提交國際法庭。拒絕提交案件自然要說理由。我們認為，這項規定將反映在國際法庭的程序規則和證據法規則中。」

由於《國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條「帽子」(chapeau)：「(作者自譯)對於任何國內法院所開啟之調查或刑事程序，檢察官倘若發現下列情勢之一：...檢察官得建議由法庭庭長所指定之初審分庭作出國內法院服從國際法庭權限之正式要求。」第九條第三項：「(作者自譯)前揭情勢所涉及之議題，要不是與顯著事實或法律問題密切關連，就是涉入其中，並且可能會對於國際法庭所進行的調查或刑事程序產生牽連影響」，上述《國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條第三項之規定，並不包括在《規約》第十條第二項之內，所以《國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條第三項與《規約》第十條第二項不相符，而由於《國際法庭訴訟程序和證據規則》係根據《規約》所制訂，所以根據「法律位階優位原則」，第九條第三項之規定不具效力。

以上之解釋方式與前揭國際法庭初審分庭在 1994 年 11 月 8 日聽證所做之判決中之見解有所不同。初審分庭在判決上指出《國際法庭規約》第九條第二項「正式要求」是一項具有拘束力之義務。在 1995 年 11 月 14 日初審法庭「關於一罪不二審原則之辯方動議之判決」(Decision on the Defence Motion on the Principle on non-bis-in-idem)，辯方(塔迪奇)持相同之見解。

第三目 一罪不二審之問題

檢方在聽證會⁹³上主張塔迪奇案應由前南斯拉夫國際法庭管轄，而當時德國國內法院已經展開調查並接近起訴的階段，初審分庭應做出要求德國國內法院服從管轄的決定，檢方之主張的基礎——亦即《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》的規定——在於塔迪奇案與前南斯拉夫國際法庭起訴犯下嚴重罪行的目的「要不是密切關聯就是涉入其中」⁹⁴，所以前南斯拉夫國際法庭的管轄權優於德國國內法院，初審分庭同意上述看法並做出「要求」服從之決定，並且指出該「要求」對德國具有拘束力。但是如果參考另外二項檢方——亦即《前南斯拉夫

⁹³ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Chamber Decisions, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Matter of Dusko Tadic (Pursuant to Rules 9 and 10 of the Rules of Procedure and Evidence), 8 Nov 1994
[http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/\\$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf](http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf)

⁹⁴ 《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序與證據規則》第九條第三項。

國際法庭訴訟程序和證據規則》的規定——得以主張初審分庭作出「要求」之基礎——亦即該國國內法院將嚴重罪行定性為普通罪行⁹⁵、或該國國內法院不公正或不獨立⁹⁶——即可發現這二項主張的基礎與「一罪不二審」原則有密切關聯，事實上即為《前南斯拉夫國際法庭規約》有關「一罪不二審」原則之例外規定⁹⁷。但是在《盧安達國際法庭訴訟程序和證據規則》的規定上，嚴重罪行定性為普通罪行、國內法院不公正或不獨立的二項主張——亦即檢方主張得以主張初審分庭通過決定「要求」國內法院服從其管轄——已經被拿掉，也就是說，將「一罪不二審」原則與國際法庭管轄權的「優先性」脫鉤了。塔迪奇在前南斯拉夫國際法庭初審分庭後來又提出「一罪不二審」之動議，主張德國已經開始審理其塔迪奇案件所以初審分庭不得依據管轄權「優先性」來取得對塔迪奇的管轄權，針對此點，首先，初審分庭以為，由於德國還在調查階段，所以不適審理，所以初審分庭的審理沒有違反「一罪不二審」原則，其次，也是相當重要的，初審分庭指出，對於辯方(塔迪奇)以「一罪不二審」作為一種程序性規則的觀點，該觀點主張「一罪不二審」原則的例外僅為「定性為普通罪行、或不公正」所以依據「要不是涉入其中就是密切關聯」要求國內法院「服從」國際法庭的管轄毫無依據所以也不成立的觀點，初審分庭強調，重要的

⁹⁵ 《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序與證據規則》第九條第一項。

⁹⁶ 《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序與證據規則》第九條第二項。

⁹⁷ 《前南斯拉夫國際法庭規約》第十條第二項。

是在沒有辦法說國際法庭違反「一罪不二審」原則，初審分庭以為「定性為普通罪行、或不公正」僅為「一罪不二審」原則的「有限度」而不完全的例外⁹⁸。所以可以說初審分庭以為「一罪不二審」原則與國際法庭管轄權的「優先性」可以脫鉤。而國際法庭管轄權的「優先性」也因為後來德國國內立法通過與國際法庭合作的法律案，而德國國內法院依據該法律服從國際法庭的管轄，所以可以說德國國內法院遵守的是其國內法而不是國際法庭的「要求」，但也可以說德國國會遵守安理會決議通過立法。

盧安達國際法庭依據規定⁹⁹的規定，如果已經受到國內法院的審理，除非另有例外，盧安達國際法庭不得再審理之，如果接受塔迪奇案的解釋(參見第三章)，可以發現：第一、調查階段不得視為審理，但一旦起訴則應算審理開始；第二、辯方(塔迪奇)主張他已經在德國受審所以前南斯拉夫國際法庭不得要求德國國內法院服從國際法庭之管轄，但是前南斯拉夫國際法庭以為「一罪不二審問題應與國際法庭管轄權優於國內法院問題脫鉤」，單就「一罪不二審問題」來看，由於德國還在調查階段所以沒有「一罪不二審問題」而駁回其動議；第三、由以上所述可以引伸的問題是，如果一國國內法院已經開始或即將開

⁹⁸ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence motion on the principle of non-bis-in-dem, 14 Nov 1995, para.33.

⁹⁹ 《盧旺達問題國際法庭規約》第九條。

始審理，辯方是否得主張因為「一罪不二審」之規定，所以國際法庭「不得」要求該國國內法院服從國際法庭之管轄？

本問題在塔迪奇案沒有被處理，但是可以合理推測，如果該國國內法院係為「公正、公平、以及不會將嚴重罪行定性為普通罪行」，亦即不滿足例外規定之要件，該國之審理即已得以將犯下嚴重罪行的個人繩之以法，而達到設立國際法庭的初衷，在這種情況下，國際法庭又何必冒著違反「一罪不二審原則」的批評以及違背該原則所必須承擔的「法律後果」(legal consequence)，要求該國國內法院服從國際法庭之管轄？

即使假設在這種情況下，國際法院主張「管轄權的優先性」高於「一罪不二審原則」(因而將二者掛勾)，所以國際法庭「要求該國國內法院服從國際法庭之管轄」係屬合法，所以其「法律後果」係為「不需要」承擔違反「一罪不二審原則」的責任，但是國際法庭設立的正當性也會大受打擊。

因此，似乎可以看得出來，比較合適的作法應該是，在某一國家國內法院「堅持」援引「普遍管轄權」審理某一個人，但還在調查階段，亦即還沒起訴(做這個堅持可能該國有歷史上或政治上的考量)，並且「該國國內法院會公正、公平、以及不會將嚴重罪行定性為普通罪行」

為一公認相信的事實。那麼，此時檢方即使已經起訴該個人，「撤回」對該個人的起訴應該是較合適的作法，因為如果最後該國國內法院的審理係屬不公正、不公平、或將嚴重罪行定性為普通罪行，檢方依據例外規定，即可重新起訴而不受「一罪不二審原則」的限制。這種作法，不僅可以實現「將犯下嚴重罪行的個人繩之以法」之初衷，而且可以避免該國及國際法庭同時行使管轄權所帶來的困難與緊張。

至於檢方「撤回起訴」對國際法庭管轄權的「優先性」是一種挑戰抑或不是，以及，在檢方「撤回起訴」通常需要法庭同意的前提下(因為否則已經出庭的被告或嫌疑犯的權利將受到侵害)，也出現了國際法庭在應然與實然的面向上，同不同意「撤回起訴」之動議的?而這個問題在盧安達國際法庭的 Ntuyahaga 案上獲得實踐上的回應。

1995年11月14日初審法庭「關於一罪不二審原則辯方動議判決」(Decision on the Defence Motion on the Principle on non-bis-in-idem)¹⁰⁰，處理了對《國際法庭規約》以及《國際法庭訴訟程序與證據規則》與「一罪不二審」之原則之相關議題之法律解釋，自然安理會決議對「一罪不二審原則」之國際法發展起了一定程度的作用。

根據下列原因辯方(塔迪奇)主張將檢發起訴之案件駁回：「第一、

¹⁰⁰ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence motion on the principle of non-bis-in-dem, 14 Nov 1995.

被告之初審已於德國開起，國際法庭之訴訟程序構成另一個訴訟程序；第二、將被告讓渡給國際法庭違反 1972 年的《關於刑事問題上轉移程序之歐洲公約》；第三、國際法庭僅在《規約》第十條第二項的情勢下得根據《規約》第九條介入國內法院司法程序；第四、國際法庭根據《訴訟程序與證據規則》第九條第三項對本案行使管轄權，係違反《規約》之規定。」¹⁰¹

由於德國法院終止其初審程序，所以前三項爭點，初審法庭駁回其動議，對於由國際法庭法官跟據《規約》第十五條所制定的《訴訟程序與證據規則》第九條第三項，是否違反《規約》規定，亦即國際法庭法官所制定之《訴訟程序與證據規則》是否超越《規約》所賦予之權限則留下討論空間。¹⁰²

第四項 國際法庭之權限與管轄權

安理會之「權限（或作職權範圍）」(competence)係指《聯合國憲章》賦予安理會為達成《聯合國憲章》所規定安理會之職務與目的，所從事各項活動的權力。安理會係以設立「輔助機關」(subsidiary organ) 之方式來設立「前南斯拉夫國際法庭」(International Criminal Tribunal for

¹⁰¹ Id, para.3.

¹⁰² Id, para.31-33.

the Former Yugoslavia)¹⁰³ 以及「盧安達國際法庭」(International Criminal Tribunal for Rwanda)¹⁰⁴。

前南斯拉夫國際法庭的權限為「國際法庭有權根據本規約各條項，起訴應對 1991 年以來前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反國際人道主義法行為負責的人」¹⁰⁵；盧安達國際法庭的權限為「盧旺達問題國際法庭有權根據本規約各條項，起訴應對 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日其間在盧旺達境內犯下嚴重違反國際人道主義行為負責者和在鄰國境內犯下這類違法行為負責的盧旺達公民」¹⁰⁶。

因此，可以發現上述二座國際法庭的權限為「起訴」犯下嚴重國際罪行的個人，國際法庭的「職務」(functions)係將犯下國際罪行的個人

¹⁰³ 聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704，第二十八段：「在目前這種特殊情況下，安全理事會可在《憲章》第二十九條的條件下設立一個司法性質的輔助機關，以作為根據第七章採取的一項強制措施。當然，這個機關必須獨立於政治因素之外來履行其職責，這個機關在履行其司法職責時也不受安全理事會權力的影響或支配。不過，作為根據第七章採取的強制執行措施，這一國際法庭設置多長時間，將視前南斯拉夫領土內國際和平與安全恢復和維持的情況以及安全理事會就此問題作出的決定而定。」

¹⁰⁴ 聯合國秘書長報告，S/1995/134，第八段：「盧旺達問題國際法庭是安全理事會在《憲章》第二十九條意義範圍下的一個輔助機關。因此它在行政和財政問題上視聯合國各機關而定；但是，它作為一個司法機構，則獨立於任何一個特定國家或國家集團，包括其母體機構安全理事會之外。」

¹⁰⁵ 《前南斯拉夫國際法庭規約》第 1 條（國際法庭的職權範圍）。

¹⁰⁶ 《盧旺達問題國際法庭規約》第一條（盧旺達問題國際法庭的職權範圍），作者自行翻譯，中文版的安理會第 955(1994)號之附件的規約第一條翻譯錯誤。

中文原文如下：「盧旺達問題國際法庭有權根據本規約各條項，起訴應對 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日其間在盧旺達境內的種族滅絕和其他嚴重違反國際人道主義行為負責者和為鄰國境內種族滅絕和其他這類違法行為負責的盧旺達公民。」但是只要參考英文原文即可以發現中文原文翻譯錯誤。Article 1 Competence of the International Tribunal for Rwanda provides,

“The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwanda citizens responsible for such violations committed in the territory for neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute.”

繩之以法¹⁰⁷，係屬「司法」(judicial)性質；但是安理會的「職務」(function)係屬維持國際和平與安全¹⁰⁸，係屬「政治」性質，聯合國司法職務係由國際法院行使之¹⁰⁹，可以看出由安理會所設立的輔助機關——國際法庭——的職務與安理會的職務不同，所以有必要處理，如果所欲設立之輔助機關的「職務」非屬安理會之「職務」，安理會是否具有設立該輔助機關之權限之問題。

儘管安理會係「斷定」對這一情況對國際和平與安全構成威脅¹¹⁰，並「深信」起訴犯下國際罪行個人有主於「恢復和維持和平」¹¹¹，因此安理會依據聯合國《憲章》第七章通過設立國際法庭之決議——設立國際法庭——係屬安理會「恢復和維持和平」的「執行辦法」¹¹²。但是安理會通過該項執行辦法是否「超越權限」(ultra vires)？

「主體機關」(principal organ)設立「輔助機關」(subsidiary organ)的「權

¹⁰⁷ 安理會決議第 827(1993)號(S/RES/827)「前言部分」第 5 段；安理會決議第 955(1994)號(S/RES/955)「前言部分」第 6 段。

¹⁰⁸ 《聯合國憲章》第二十四條：

「一、為保證聯合國行動迅速有效起見，各會員國將維持國際和平及安全之主要責任，授予安全理事會，並同意安全理事會於履行此項責任下之職務時，即係代表各會員國。

二、安全理事會於履行此項職務時，應遵照聯合國之宗旨及原則。為履行此項職務而授予安全理事會之特定權力，於本《憲章》第六章、第七章、第八章、及第十二章內規定之。」

¹⁰⁹ 《聯合國憲章》第九十二條：

「國際法院為聯合國之主要司法機關，應依所附規約執行其職務。該項規約係以國際常設法院之規約為根據，並為本《憲章》之構成部分。」

¹¹⁰ 安理會決議第 827(1993)號「前言部分」第 4 段；安理會決議第 955(1994)號「前言部分」第 5 段。

¹¹¹ 安理會決議第 827(1993)號「前言部分」第 6 段；安理會決議第 955(1994)號「前言部分」第 7 段。

¹¹² 《聯合國憲章》第二條第七項：「本《憲章》不得認為授權聯合國干涉在本質上屬於任何國家國內管轄之事件，且並不要求會員國將該項事件依本《憲章》提請解決；但此項原則不妨礙第七章內執行辦法之適用。」

限」(competence)可以分為「特定權威」(specific authority)與「一般權威」(general authority)二種，「特定權威」係指主體機關僅得設立行使主體機關之職務之輔助機關；「一般權威」係指主體機關得設立輔助機構，而該輔助機關之職務係屬主體機關不得行使之職務¹¹³。

本文以為國際法庭的「職權範圍(或作權限)」(Competence)與國際法庭的「管轄權」(Jurisdiction)是不同之概念。國際法庭的權限是來自安理會決議之「授權」(mandate)。根據安理會決議第 827(1993)號「執行部分」第二段：「茲決定設立一個國際法庭，其唯一目的是起訴應對從 1991 年 1 月 1 日之安理會於和平恢復後決定的日期前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反國際人道主義法行為負責的人，並為此目的通過上述報告所附的《國際法庭規約》」之規定。國際法庭之「權限」為「起訴應對從 1991 年 1 月 1 日之安理會於和平恢復後決定的日期前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反國際人道主義法行為負責的人」¹¹⁴；而國際法庭之「管轄權」則規定在《規約》各條項中。

「權限」相反概念為下列二種：第一、「不具權限」—亦即該機關不

¹¹³ Danesh Sarooshi, the Legal Framework Governing United Nations Subsidiary Organs, 67 British Yearbook of International Law 413(1996), at p.425.

¹¹⁴ 《國際法庭規約》第一條(國際法庭的職權範圍)規定：「國際法庭有權根據本規約各條項起訴應對 1991 年以來前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反國際人道主義法行為負責的人。」 Article 1 (Competence of the International Tribunal): “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.”

具有「設立之合法性」；第二、「超越權限」(*ultra vires*)—亦即該機關行使了超越所被賦予之權限；而「管轄權」之相反概念也有下列二種：

第一、「不具管轄權」—亦即「屬事管轄權」(*ratione materiae*, subject-matter jurisdiction)、「屬人管轄權」(*ratione personae*, personal jurisdiction)、「屬地管轄權」(*ratione loci*, territorial jurisdiction)、「屬時管轄權」(*ratione temporis*, temporal jurisdiction)的要件並沒有完全符合；第二、「不願行使管轄權」—此部分又可分為在「並行管轄權」(*concurrent jurisdiction*)的情況下（而非「專屬管轄權」(*exclusive jurisdiction*)的情況下），交由其他具有管轄權的機關行使管轄，此部分還涉及不同機關管轄權的行使是否具有「優先」(*supremacy*)次序問題；另一種情況為「不可受理」(*inadmissibility*)，亦即因為「政治問題」(*political questions*)或者因為其他原因，該機關認定該案件「不可受理」而放棄行使管轄權。

一個機關在「超越權限」的情況下還是可以作出判決或是通過決議，只是其判決或決議不具「法律效力」(*legal force*)；在「沒有管轄權」的情況下，國際法庭必須對該部分終止其訴訟程序，但是不代表被告沒有違反法律，只是無管轄權審理之。總的來說「管轄權」為「權限」的基本要件¹¹⁵，沒有「權限」就沒有「管轄權」。

¹¹⁵ 聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704, para.31.

國際法庭之屬性有必要作討論，因為如果國際法庭僅作為安理會之「附屬機關」(subsidiary organ)，國際法庭法官則不得做出超越安理會所賦予權限之判決，但是就是因為國際法庭作為一個司法機關，如果所具有之「獨立性」指的是擁有一定自由裁量空間，那麼對於國際法庭是否得以對安理會決議進行司法審查就當形成不同看法。

根據《聯合國憲章》第7條第二項：「聯合國得依本《憲章》設立認為必需之輔助機關」；第二十九條：「安全理事會得設立其認為於行使職務所必需之輔助機關。」；第二條第7項：「本《憲章》不得認為授權聯合國干涉在本質上屬於任何國家國內管轄之事件，且並不要求會員國將該項事件依本《憲章》提請解決；但此項原則不妨礙第七章內執行辦法之適用。」；《安全理事會暫行議事規則》第二十八條：「安全理事會可為某一特定問題指派一個委員會，或一名報告員。」由於國際法庭係根據《憲章》第七章所通過之決議所成立，所以國際法庭屬於安理會之附屬機關，該附屬機關為《聯合國憲章》第七章第三十九條：「非武力以外之辦法」意義下之「第七章內執行辦法」

¹¹⁶(enforcement measures under Chapter VII)殆無疑義。

聯合國秘書長報告第二十八段：「在目前這種特殊情況下，安全理事

¹¹⁶ 《聯合國憲章》中文版所稱之「執行辦法」在英文版稱為 enforcement measures，但是由於很多著作均將 enforcement measures 譯為「強制措施」，所以本文二詞並用。

會可在《憲章》第二十九條的條件下設立一個司法性質的附屬機關，以作為根據第七章採取的一項強制措施。」安理會決議第 827(1993)號「前言部分」第六段：「深信在前南斯拉夫的特殊情況下，安理會採取臨時措施，設立一個國際法庭和起訴應對嚴重破壞國際人道主義法負責的人，將使這一目標得以實現，並有助於恢復與維持和平」¹¹⁷，上述所提「臨時措施」(*ad hoc measure*)並非《聯合國憲章》第七章第四十條：「未防止情勢之惡化，安全理事會在依第三十九條規定做成建議或決議辦法以前，得促請關係當是國遵行安全理事會所認為必要或合宜之臨時辦法」所指稱之「臨時辦法」(*provisional measures*)。事實上由於《聯合國憲章》第七章第四十條之「臨時辦法」係在《聯合國憲章》第七章第三十九條：「安理會應斷定任何和平之威脅、和平之破壞或侵略行為之是否存在」所指稱之「斷定」之前，所以「臨時措施」(*ad hoc measure*)非「臨時辦法」(*provisional measures*)殆無疑義。事實上許多學術文件將國際法庭稱為「臨時法庭」(*ad hoc tribunal*)即因為安理會決議第 827(1993)號「前言部分」第六段將國際法庭指稱為「臨時措施」(*ad hoc measure*)，所以國際法庭具有「臨時」(*ad hoc*)之性質獲得確認。

¹¹⁷ S/RES/827.

國際法庭為安理會「臨時的輔助機關」(*ad hoc subsidiary organ*)，並且該機關係司法機關，上述特性顯然與其他安理會「輔助機關」有所不同。但是國際法庭是否得具有一般司法機關所具有之「獨立性」，獨立於作為聯合國主要政治機關之安理會的政治影響力之外係為討論重點，因為國際法庭如果「獨立性」不足，不僅會使大眾喪失對其判決的信心，並且該機關成立之合法性也將受質疑，更遑論判決本身之合法性了。

上訴分庭管轄權判決第十五段指出：「假定國際法庭管轄權限於安理會所『擬定』(*intended*)委託事項，係設想國際法庭只是安理會之『附屬機關』(參見聯合國《憲章》第7條第二項及第二十九條)：一個由『創造者』決定各項細節規定的『創造物』，並且仍然完全在它的權力之下，任其擺佈。但是安理會不僅決定建立輔助機關(為了建立該機關唯一供它所使用的法律手段)，它也明確『擬定』(*intended*)建立一所特殊的『附屬機關』：一所國際法庭。」

儘管法官「公正性(或作無偏倚)」(*impartiality*) 在《規約》第十三條第一項第一段：「法官應品德高尚、公正、正直、並應具備在其本國擔任最高司法職務所需的資格」；《訴訟程序與證據規則》第十四條第一項：法官就職所必須宣示的「鄭重聲明」(*solemn declaration*)表

明「光明磊落、可受信賴、公正無私、負責盡職」(honourably, faithfully, impartially, conscientiously)，而法官的「迴避」(recuse)機制¹¹⁸也有詳細之規定；法院暨法官的在《規約》與《訴訟程序與證據規則》中卻未規定「獨立性」之法律保障。

法庭「獨立性」係來自法庭係「依法設立」(established by law)。對於建立國際法庭之安理會決議第827(1993)號而言，是否係一項法律案，不無討論空間。安理會係聯合國主要「行政機關」，如果將其所通過決議視為「行政命令」(executive orders)，主張由通過「行政命令」建立國際法庭，導致失去「獨立性」，判決恐受到行政機關裁量影響，人權未獲保障，上述主張顯然不無正當性。

《公民權利與政治權利國際公約》第十四條第一項第二段：「在判定對任何人提出的任何刑事指控或確定他在一件訴訟案中的權利和義務時，人人有資格由一個依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭進行公正的和公開的審訊。」¹¹⁹；《保護人權與基本自由歐洲公約》(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第六條（公正審判的權利）第一項第一段：「(作者自譯)在判定他的公民權利和義務或任何人提出的任何刑事指控，人人有資

¹¹⁸ Theodor Meron, *Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*, 99 *American Journal of International Law* 359 (2005).

¹¹⁹ In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent, and impartial tribunal established by law.

格在合理時間內由一個獨立的和無偏倚的法庭進行公正和公開的審訊」¹²⁰；《美洲人權公約公約》(American Convention on Human Rights) 第八條(公正審判的權利)第一項第一段：「(作者自譯)人人有權由在正當保證與合理時間內依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭進行審訊。」¹²¹上述原則已經是國際習慣法的一部份，也就是說個人公正審訊之權利已經獲得保障，但是對於何謂「依法設立的」法庭，則有不同之解釋，卻是不得不處理的問題，因為由安理會決議成立的國際法庭是否係由「依法設立」之爭議。

上訴分庭在塔迪奇管轄權案第四十二段認為：「然而，本分庭對下述該原則感到滿意。法庭必須依法設立是由一般法律原則所施加之一項國際義務，但該義務僅對國內條件下的刑事司法行政適用。」¹²²；第四十七段：「總結來說，上訴分庭裁定國際法庭係根據適當程序根據聯合國《憲章》所建立並且提供所有公平審訊之必要保障，因此國際法庭係『依法設立』。」¹²³顯然上訴分庭以為安理會決議第 827(1993)號所成立之國際法庭係「依法設立」，而某種程度上迴避了安理會決

¹²⁰ In the determination of his civil rights and obligation or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

¹²¹ Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law.

¹²² ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.42. “This Chamber is, however, satisfied that the principle that a tribunal must be established by law, as explained below, is a general principle of law imposing an international obligation which only applies to the administration of criminal justice in a municipal setting.”

¹²³ Id, para.47.

議是不是「法律」的問題。

第一目 國際法庭對安理會決議作司法審查

在確立的國際法庭係一所具有「獨立性」、「公正性」的「臨時性」(*ad hoc*)的司法機關，並為特殊性質的安理會「附屬機關」後，可以無疑義的說國際法庭為了行使其司法職能，必須先確立其具有起訴的權限，而為了確立其是否具有權限，具有對安理會決議作司法審查的「附帶的」(*incidental*)管轄權。但是對於國際法庭是否得決定安理會決議的「合法性」(*legality*)問題則仍需討論。

就塔迪奇案的訴訟過程來看，在初審分庭辯方（塔迪奇）對於管轄權之動議主要為：「第一、國際法庭的非法建立；第二、國際法庭優於國內法庭之錯誤；第三、沒有屬事管轄權。」1995年8月10日初審分庭「關於管轄權辯方動議判決」(*Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*)¹²⁴，（以下簡稱初審分庭管轄權判決），駁回第二點與第三點，但是對於第一點決定只要是在挑戰國際法庭之建立之動議，國際法庭即無權限審理該動議¹²⁵。

¹²⁴ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 Aug 1995.

¹²⁵ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.2.

本論文僅處理國際法庭的非法建立問題，因為涉及安理會決議之法律效力之問題。國際法庭建立是否在法律上「無效性(invalidity)之問題，所涉及之問題即為：安理會所賦予國際法庭起訴權限，是否「在其它事項中」(*inter alia*)賦予國際法庭審理國際法庭「本身」(*per se*)建立合法性之管轄權。

Sidhwa 法官「關於管轄權問答體上訴辯方動議判決之不同意見」¹²⁶，(以下簡稱 Sidhwa 法官管轄權不同意見)，有一段雖然比較長但是對於 1995 年 10 月 2 日上訴分庭「關於管轄權問答體上訴辯方動議判決」(Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)，(以下簡稱上訴分庭管轄權多數意見)，為什麼要決定國際法庭擁有審理國際法庭自本建立合法性之管轄權，非常值得引用的背後邏輯思考。

第 33 段後半：「(作者自譯)任一在法定規約下運作之司法法庭，擁有固有管轄權對規約給予它處理事項權限之反對動議進行追究。如果在其論述中因此表示了這樣的權力，並不因此准許任何超過其所固有之表示。至於追究其自身合法建立權限，同樣必須在被檢視後，被暗示或被處理為，一個對於是否得行使前揭權力所產生的附帶議題，因為如果它的建立受影響，它會沒有一般管轄權處理法定規約給予事項。」

¹²⁶ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Sidhwa on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995.

國際法院在諾特朋案認為根據以前所建立起的先例，除非公約另有規定，國際法庭是自身權限的唯一法官，並有權力解釋規範它的文件。自身建立問題與政治問題綁在一起之事實，也不是阻止檢視之根據。因此，如果針對其自身權力之反對被提出，國際法庭不得拒絕審理該要求；如果一個針對它自己合法建立之有效的反對被提出，不管被告是否被允許這個方面的審理，毫無疑問的是，該反對會波及法院自身權限，並且會廢止法院行使任何權力之能力。本國際法庭之上，並不存在任何公正或獨立之機關，對前揭重要法律問題進行檢視，並且被告要求安理會檢視其反對動議之權利，要不是非不存在，就是太過久遠。儘管沒有默認下述立場，當國際法庭自身非法建立因而沒有權限之問題產生，即使國際法庭法官輪調系統之分庭間上訴也得視為非嚴格意義下之公正。¹²⁷

¹²⁷ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Sidhwa on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para. 33: 'Any judicial Tribunal operating under a statutory enactment has the inherent jurisdiction to look into objections as regards its competence to deal with matters provided for in the enactment. Should such a power be expressed therein, it does not grant anything more than express what it inherently has. As regards its competence to look into its own lawful establishment, the same must be implied or treated as one to be examined as collateral to the issue as to whether it can exercise its powers, for if its establishment were effected, it would have no ordinary jurisdiction to deal with matters provided for in the statutory enactment. The International Court of Justice in the Nottebohm case (1953 I.C.J. Report p.119), has held that in accordance with previously established precedents, unless a convention to the contrary exists, an international Tribunal is the sole judge of its own competence and has the power to interpret the documents which regulates it. The fact that the question as regards its own establishment is tied up with a political question, is also no basis to withhold examination. Therefore, where an objection is raised as regards its own powers, the Tribunal cannot refuse to hear such a request; and should a valid objection be raised as regards its own lawful establishment, irrespective of the question whether the accused should be permitted to be heard in respect thereof, there cannot be any doubt that it would affect its own valid competence and nullify its ability to exercise any powers. There is no impartial or independent body over this Tribunal to look into such serious legal questions and the right of the accused to move the Security Council for an examination of his objections is far too remote, if not non-existent. Whilst not admitting the position, even the inter-Tribunal appeal amongst a system of rotating judges may be looked upon as not strictly impartial, where a question of lack of competence

第 34 段：「(作者自譯) 在國際法庭前審訊之特定個人，以及公眾，都期待所有重大法律上的反對被提出後，從本機關得到一個解釋，特別是在管轄權方面事項。國際法庭作為在國際刑事管轄的頂端，在它的『權限分配原則』(*compétence de la compétence*)的方面，對於全世界所有民眾所凸顯的是一個負責任的機關，並且公眾無法接受為了確保它的公正或獨立，而維持沈默。與國際法院基於同意行使管轄權不同，本國際法庭對個人行使管轄權是一項義務。持平而論，被告有被審理的權利；而國際法庭有權根據『權限分配原則』來檢視問題。我想明白的說：國際法庭不是在尋找支持宣稱它合法性的證據。對所須決定事項國際法庭就應決定之，即使不符合它的自身利益，它仍必須無所畏懼地這麼做。」¹²⁸

對於「權限分配原則」(*compétence de la compétence*)¹²⁹，上訴分庭首

due to the Tribunal's own unlawful establishment arises.'

¹²⁸ Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Sidhwa on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.34:

'The individual who is arraigned before the Tribunal, in particular, and the public, all look to this body for an explanation for all serious legal objections that may be raised, particularly as regards matters in the jurisdictional field. Being an International Tribunal at the apex of international criminal jurisdiction, it stands as an accountable body to all peoples of the world in respect of its *compétence de la compétence* and the public cannot accept silence as a guarantee of its impartiality or independence. Unlike the International Court of Justice, whose exercise of jurisdiction is by consent, this Tribunal's jurisdiction over persons is obligatory. To put it squarely, the accused has a right to be heard and the Tribunal the right to examine the matter on the principle of *compétence de la compétence*. I want to be clear that the Tribunal is not as it were looking for material to support its claim to legitimacy. What it has to decide it must decide and, even if it is against its own interests, it must do so fearlessly.'

¹²⁹ 德文有相同之概念叫做：Kompetenz-Komperenz。許耀明教授將中文翻譯為：「許可權分配」，本文追隨此一翻譯用法，參見：許耀明，歐體法院角色之再省思與法律解釋之「整體協調性」原則，2 中華國際法與超國界法評論 255 (2006)。

先引用《聯合國行政法庭規約》¹³⁰第二條第三項：「(作者自譯)對於行政法庭是否有權限的爭議，該問題應由行政法庭裁定解決。」¹³¹作為解釋，上述權力即為「權限分配原則」。上訴分庭管轄權判決第18段認為：「上述權力係為任何司法或仲裁法庭附帶的、或固有的管轄權的一部並且是主要的一部，包含『決定自己管轄權之管轄權』，它是行使司法功能的必要部分並且不需要在前揭法庭的組成文件中以明示方式賦予，儘管常這麼做(例如參見國際法院規約第三十六條第六項)。」

《國際法院規約》第三十六條第六項：「關於法院有無管轄權之爭議由法院裁決之。」但是由於《國際法庭規約》並無「關於管轄權爭議」之管轄權相關規定，國際法庭是否得進行司法審查，受到質疑。國際法院在「納米比亞」(Namibia)案認為：「無庸置疑，關於聯合國機關所做之決定，法院不具有司法審查或上訴的權力。」¹³²國際法庭是否得進行司法審查，受到質疑。但是上訴分庭管轄權判決第21段認為：

¹³⁰ 「聯合國行政法庭」(United Nations Administrative Tribunal, UNAT)已經改名為「聯合國上訴法庭」(United Nations Appeal Tribunal, UNAT)，並另外成立「聯合國爭議法庭」(United Nations Dispute Tribunal, UNDT)，「聯合國上訴法庭」於2009年7月1日開始運作。參見：聯合國大會決議第63/253號，A/RES/63/253。

¹³¹ 《聯合國行政法庭分庭規約》第二條第三項：In the event of a dispute as to whether the Tribunal has competence, the matter shall be settled by the decision of the Tribunal；《聯合國上訴法庭規約》第二條第八項有類似規定：「對於依據本規約上訴法庭是否有管轄權的爭議，由上訴法庭裁定。」(In the event of a dispute as to whether the Appeals Tribunal has competence under the present statute, the Appeals Tribunal shall decide on the matter.)

¹³² Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, para.89. "Undoubtedly, the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of decisions taken by the United Nations organs concerned."

「然而，所有這些法官意見所處理的是假設法院行使前揭司法審查權將之視為法院的『主要』管轄權。他們完全沒有處理假設法院檢視其他機關決定之合法性將之視為，法院為了查明或能夠行使，對法院所面對事項行使『主要』管轄權，而必須行使之『附帶的』管轄權的情況。」¹³³；並認為：「很明顯的，如果安理會的在聯合國《憲章》下的裁量空間愈大，國際法庭審查它的行動的空間就愈小，即使僅在附帶的管轄權方面。然而，這不意味著國際法庭的權力完全消失，特別是在與聯合國《憲章》原則與宗旨明顯衝突的案件。」¹³⁴；第 22 段認為：「總結來說上訴分庭裁定國際法庭對於基於安理會建立國際法院的無效性所提出的對國際法庭管轄權之抗辯，具有管轄權。」¹³⁵

基本上由於《前南斯拉夫國際法庭規約》及《盧安達國際法庭規約》並未賦予國際法庭「親自」逮捕嫌疑犯或被告的權力，以及沒有「缺席判決」之設計，在檢察官決定起訴後，將由庭長指派的一位法官審理起訴書上嫌疑犯之罪名是否成立，如果成立則會發出「逮捕令」

¹³³ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.21. “All these dicta, however, address the hypothesis of the Court exercising such judicial review as a matter of “primary” jurisdiction. They do not address at all the hypothesis of examination of the legality of the decisions of other organs as a matter of “incidental” jurisdiction, in order to ascertain and be able to exercise its “primary” jurisdiction over the matter before it.”

¹³⁴ Id, para.21. “Obviously, the wider the discretion of the Security Council under the Charter of the United Nations, the narrower the scope for the International Tribunal to review its actions, even as a matter of incidental jurisdiction. Nevertheless, this does not mean that the power disappears altogether, particularly in cases where there might be a manifest contradiction with the Principles and Purposes of the Charter.”

¹³⁵ Id, para. 22. “In conclusion, the Appeals Chamber finds that the International Tribunal has jurisdiction to examine the plea against its jurisdiction based on the invalidity of its establishment by the Security Council.”

(arrest warrant)，並且嫌疑犯即具有被告之地位¹³⁶，逮捕令將送交給在其境內、或受其管轄，或在其控制下之國家當局，該當局有義務將其移送國際法庭拘留¹³⁷，這項義務安理會特別要求各國遵守之¹³⁸。

第二目 起訴或引渡原則

但是依據國際法上的「起訴或引渡」(*Aut Dedere Aut Judicare*)¹³⁹之原則，如果所在國都決定自行起訴，國際法庭就形同虛設，所以安理會在《前南斯拉夫國際法庭規約》第九條¹⁴⁰以及《盧安達國際法庭規約》

¹³⁶ 《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》(Submission of Indictment by the Prosecutor)。
《盧安達國際法庭訴訟程序和證據規則》第 47 條(Submission of Indictment by the Prosecutor)。

¹³⁷ 《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第 55 條(Execution of Arrest Warrants)。

《盧安達國際法庭訴訟程序和證據規則》第 55 條(Execution of Arrest Warrants)。

¹³⁸ 安理會第 827(1993)號決議(S/RES/827)「執行部分」第 4 段；《前南斯拉夫國際法庭規約》第 29 條：「1. 各國應與國際法庭合作調查和起訴被告犯有嚴重違反國際人道主義法罪行者。2. 各國應不作任何不當延遲，遵從要求援助的請求或初審法庭發佈的命令，包括但不限於：(a) 查人找人；(b) 錄取證詞和提供證據；(c) 送達文件；(d) 逮捕或拘留；(e) 將被告引渡或讓渡給國際法庭。」

安理會第 955(1994)號決議(S/RES/955)「執行部分」第 2 段：「決定所有國家應根據本決議和《盧旺達問題國際法庭規約》，同國際法庭及其機構充分合作，因此所有國家應根據其國內法採取一切必要措施，以執行本決議和《規約》的規定，包括各國有義務遵守審判分庭按照《規約》第 28 條發出的援助要求或命令；並請各國不斷向秘書長通報這些措施的執行情況」；《盧安達國際法庭規約》第 28 條（合作和司法協助）：「1. 各國應與盧旺達問題國際法庭合作調查和起訴指控犯有嚴重違反國際人道主義法行為者。2. 各國應不任何不當推遲，遵從要求援助的請求和審判分庭發佈的命令，包括下列各項，但不以此為限：(a) 查人和找人；(b) 尋取供詞和提供證據；(c) 送達文件；(d) 逮捕或拘留；(e) 將報告交出或移交盧旺達問題國際法庭。」

¹³⁹ 國際法上的起訴或引渡原則近來實踐上主要是依循《制止非法劫持航空器公約》第七條的用語。參見：Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 860 U.N.T.S. 105, entered into force Oct. 14, 1971, Article 7: “The Contracting State in the territory of which the alleged offender is found shall, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State.” 另參見：Bassiouni, M. Cherif and Edward M. Wise, *Aut dedere aut judicare: the duty to extradite or prosecute in international law*, Boston: M. Nijhoff, 1995.

¹⁴⁰ 《前南斯拉夫國際法庭規約》第 9 條（並行管轄權）：「1. 國際法庭和國內法院對起訴自 1991 年 1 月 1 日以來，在前南斯拉夫境內犯有嚴重違反國際人道主義法行為的人有並行管轄權。2. 國際法庭應優於國內法院。在訴訟程式的任何階段，國際法庭可根據本《規約》及《國際法

第八條¹⁴¹，做出國際法庭與國內法院具有「並行管轄權」之安排，並且國際法庭的管轄權「優於」國內法院的管轄權以及國際法庭得要求國內法院「服從」其管轄。在程序上，二座法庭的《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第八條以及《盧安達國際法庭訴訟程序和證據規則》第八條規定，如果檢察官發現法庭具有管轄權的一個罪行，是任何國家國內法院調查或訴訟程序正在展開或已經展開的主體，檢察官得要求相關資訊並且依據《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條¹⁴²，《盧安達國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條¹⁴³，

庭訴訟程序和證據規則》正式要求國內法院服從國際法庭的管轄」(1. The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991. 2. The International Tribunal shall have primacy over national court. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International in accordance with the present Statute and Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal.)

¹⁴¹ 《盧安達國際法庭規約》第 8 條（並行管轄權）：「1. 盧旺達問題國際法庭和國內法院有並行管轄權起訴 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日其間在盧旺達境內犯下嚴重違反國際人道主義法行為的人和和鄰國境內犯下這類違法行為的盧旺達公民。2. 盧旺達問題國際法庭應優先於所有國家的國內法院。在訴訟程序的任何階段，盧旺達問題國際法庭可根據本規約及《盧旺達問題國際法庭程序和證據規則》正式要求國內法院服從國際法庭的管轄。」(The International Tribunal for Rwanda and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons to serious violations of international humanitarian law committed in territory of Rwanda and Rwanda citizens for such violations committed in the territory of the neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994. 2. The International Tribunal for Rwanda shall have the primacy over the national courts of all States. At any stage of the procedure, the International Tribunal for Rwanda may formally request national courts to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for Rwanda.)

¹⁴² 《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條（作者自譯，檢察官要求服從）：

「（作者自譯）對於任何國家國內法院展開調查或刑事程序，檢察官倘若發現下列情勢：

1. 正在調查的行為或者那些程序的主體行為是被定性為普通罪行；
2. 缺少公正或獨立，或者調查或程序是被設計來規定被告的國際刑事責任，或者該案件不是盡力起訴；
3. 所涉及之議題，要不是與顯著事實或法律問題密切關連，就是涉入其中，並且可能會對於國際法庭所進行的調查或刑事程序產生牽連影響，

檢察官得建議由法庭庭長所指定之初審分庭作出國內法院服從國際法庭管轄之正式要求。」

Rule 9: Prosecutor's Request for Deferral

‘Where it appears to the Prosecutor that in any such investigations or criminal proceedings instituted in the courts of any State:

- (i) the act being investigated or which is the subject of those proceedings is characterized as an ordinary crime;

檢察官對於任何國家國內法院展開調查或刑事程序，檢察官倘若發現下列情勢（要件），檢察官得建議由法庭庭長所指定之初審分庭作出國內法院服從國際法庭管轄之正式要求。檢察官得建議「服從」之要求的要件，在二法庭略有不同，在前南斯拉夫國際法庭，其要件為該國國內法院將罪行定性為普通罪行、該國國內法院不公正、或所涉及的議題與國際法庭所進行的調查或刑事程序「要不是密切關連就是涉入其中」；在盧安達國際法庭，其要件為檢察官調查的主體或是起訴書的主體。顯然《盧安達國際法庭訴訟程序和證據規則》刪除了《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》普通罪行或是不公正之二項要件，雖然沒有找到官方的立法理由，但是可以猜想，該規定所要表

(ii) there is a lack of impartiality or independence, or the investigations or proceedings are designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case is not diligently prosecuted;

(iii) what is in issue is closely related to, or otherwise involves, significant factual or legal questions which may have implications for investigations or prosecutions before the Tribunal, the Prosecutor may propose to the Trial Chamber designated by the President that a formal request be made that such court defer to the competence of the Tribunal.¹⁴³

¹⁴³ 《盧安達國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條（作者自譯，檢察官申請服從）

「（作者自譯）對於任何國家國內法院展開調查或刑事程序，檢察官倘若發現下列情勢：

1. 是檢察官調查的主體；
2. 下列事項在其本身係屬檢察官調查主體：
 - (1) 罪行的嚴重性；
 - (2) 被指控的罪行之時間點被告的地位；
 - (3) 該案所涉入的法律問題的一般重要性；
3. 是法庭起訴書的主體

檢察官得建議由法庭庭長所指定之初審分庭作出國內法院服從國際法庭管轄之正式要求。」

Rule 9: Prosecutor's Application for Deferral

Where it appears to the Prosecutor that crimes which are the subject of investigations or criminal proceedings instituted in the courts of any State:

- (i) Are the subject of an investigation by the Prosecutor;
- (ii) Should be the subject of an investigation by the Prosecutor considering, inter alia:
 - (a) The seriousness of the offences;
 - (b) The status of the accused at the time of the alleged offences;
 - (c) The general importance of the legal questions involved in the case;
- (iii) Are the subject of an indictment in the Tribunal,

the Prosecutor may apply to the Trial Chamber designated by the President to issue a formal request that such court defer to the competence of the Tribunal.

達的是，不論任何國家國內法院的調查或刑事程序是否定性為普通罪行或是否公正，只要是檢察官調查的主體或起訴書的主體，即可申請初審法庭認定該國國內法院「服從」法庭之管轄。

前南斯拉夫國際法庭規定了這二項要件的原因很容易理解，這二項要件「定性為普通罪行或不公正」係屬於「一罪不二審」原則的例外，也就是說，前南斯拉夫國際法庭不必因為該國國內法院已經審理該案件而無法「重新審理」(re-trial)，因為該國國內法院的程序不具正當性，此點可以從《前南斯拉夫國際法庭規約》第十條¹⁴⁴對「一罪不二審」原則的例外規定即與前二項要件相同看出。

但是如果以「一罪不二審」的例外，作為前南斯拉夫國際法庭與國內法院行使「並行管轄權」並且「優於」國內法院管轄權之法律依據，

¹⁴⁴ 《前南斯拉夫國際法庭規約》第十條（一罪不二審）：

「1. 根據本規約，任何人如犯有嚴重違反國際人道主義法行為，而他或她已受到國際法庭的審訊，就不應再受到國內法院的審訊。

2. 任何人如犯有嚴重違反國際人道主義法的行為而受到國內法院的審訊，如有下列情況仍有可能隨後受到國際法庭的審訊：

(a) 他或她受審的行為被定性為普通罪行；或

(b) 國內法院的訴訟程式不公正或不獨立，而且目的在於包庇被告，使其免除承擔犯有國際罪行的責任；或該案件沒有依法進行細緻的起訴。

3. 在考慮對根據本《規約》宣判有罪的人作出懲處時，國際法院應考慮到國內法院對此人所犯同一行為所作懲處已實行的程度。」

1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present State, for which he or she has already been tried by the International Tribunal.

2. A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if:

(a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or

(b) the national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted.

3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has been already served.

所表現出的法律意涵，將會是《前南斯拉夫國際法庭規約》第九條（並行管轄權）的適用依據受到《前南斯拉夫國際法庭規約》第十條（一罪不二審）的規範，如果這個解釋正確，《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條檢察官得建議「服從」要求的第三項要件，亦即，所涉及的議題與國際法庭所進行的調查或刑事程序「要不是密切關連就是涉入其中」其法律依據則出現爭議。

前南斯拉夫國際法庭法官依據《前南斯拉夫國際法庭規約》第十五條¹⁴⁵所制訂的《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條第三項所規定的「要不是密切關連就是涉入其中」有可能係屬超越《前南斯拉夫國際法庭規約》所賦予的權限，因為在該要件下，初審分庭只要「認定」所涉及的議題與國際法庭所進行的調查或刑事程序「要不是密切關連就是涉入其中」，即得以要求該國國內法院「服從」其管轄¹⁴⁶。

這項安排是否有「超越權限」？在初審法庭「關於一罪不二審原則辯

¹⁴⁵ 《前南斯拉夫國際法庭規約》第十五條（程序和證據規則）：

「國際法庭的法官應通過關於訴訟預審階段、審判和上訴進行證據的採用、受害人和證人的保護和其他相關事項的《程序和證據規則》。」(The judges of the International Tribunal shall adopt rules of procedure and evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters.)

¹⁴⁶ Rule 10: Formal Request for Deferral, para. A, provides, “If it appears to the Trial Chamber seized of a proposal for deferral that, on any of the grounds specified in Rule, deferral is appropriate, the Trial Chamber may issue a formal request to the State concerned that its court defer to the competence of the Tribunal.”

方動議判決」¹⁴⁷，辯方指出¹⁴⁸：在通過《前南斯拉夫國際法庭規約》的會議上，許多成員國都對該《規約》第九條與第十條之間的關係提出解釋¹⁴⁹，基於這些解釋，這些安理會成員國所闡述的是，第九條與第十條之間的關係為「一罪不二審」的原則之考量，而《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條第三項與《前南斯拉夫國際法庭規約》不符合，因為安理會成員國的解釋都沒有設想到該要件之情況¹⁵⁰。

對上述主張，檢方主張《規約》第十條第二項的「一罪不二審」原則的例外與「服從」之要求之間不產生關係，「一罪不二審」原則的例外僅在國家國內法院做出最終判決以後，才與「服從」之要求具有相關性，檢方拒絕將「服從」之議題與「一罪不二審」原則「掛勾」的觀點¹⁵¹。初審分庭似乎也支持檢方「脫鉤」之觀點，它指出它不對安

¹⁴⁷ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence motion on the principle of non-bis-in-dem, 14 Nov 1995.

¹⁴⁸ Id, para.31.

¹⁴⁹ S/PV.3453, 這裡引自 1993 年 5 月 25 日，安理會第 3217 次會議記錄之中文原文(初審判決上只有英文)，安理會成員國相關發言如下，法國：「第三，我們認為，根據第 9 條第 2 項，法庭可以在程序任何階段進行干預並行使其最高權力，包括在第 10 條第 2 項涵蓋的情勢酌情進行調查階段進行干預並行使其最高權力」。美國：「第三、應理解，第 9 條第 2 項中提及的該國際法庭首要性僅適用第 10 所述的情況」。英國：「規約第 9 條和第 10 條涉及該國際法庭同國家法庭的關係。我們認為，第 9 條第 2 項中提及國際法庭優先，這主要關係前南斯拉夫境內的法庭：在其他地方，只有在第 10 調第 2 項中構劃的那些特別情況下，這種優先才適用」。俄國：「根據我們的理解，第 9 條第 2 項的規定表示，一個國家有責任認真考慮該法庭提出把正在某一國家法庭上討論的案件提交此國際法庭的要求。但這並不是有責任把有關這樣一個案件的訴訟程序自動提交國際法庭。拒絕提交案件自然要說出理由。我們認為，這項規定將反應在國際法庭的程序規則和證據法規則中。」

¹⁵⁰ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence motion on the principle of non-bis-in-dem, 14 Nov 1995, para. 32.

¹⁵¹ Id, para.28.

理會成員國的發言，採取任何解釋的立場，或討論其法律效力，重要的是無法想像，本案的「服從」會導致違反「一罪不二審」原則，它視《前南斯拉夫國際法庭規約》第 10 條第 2 項的情況僅為「一罪不二審」的例外的一部而非全部。

事實上，由於德國僅在調查階段（儘管塔迪奇是受德國當局拘留），所以沒有「一罪不二審」之問題，而又由於德國透過國內立法授權其國內法院「服從」前南斯拉夫國際法庭之管轄，並且塔迪奇在「本動議」不挑戰前南斯拉夫國際法庭管轄之「優先性」¹⁵²，所以前南斯拉夫國際法庭管轄之「優先性」獲得確立。

但是對於前南斯拉夫國際法庭法官制訂《前南斯拉夫國際法庭訴訟程序和證據規則》第九條第三項是否「超越權限」，則未獲討論，如果在本案中，德國不願立法授權其法院「服從」法庭之管轄，並且展開調查及訴訟程序（當然此時將產生德國違反安理會決議的國家責任），在該情況下，即使塔迪奇接受法庭之「優先性」，法院與法庭誰具有管轄權呢？

論者有謂上述係屬假議題，因為在上該情況下，自然是「嫌疑犯（或

¹⁵² Id, para. 29.

被告)受哪一個當局拘留,該當局即具有優先管轄權」¹⁵³,撇開對國際管轄權與國內管轄權競合的譏誚(cynical)的觀點,「塔迪奇管轄權上訴分庭判決」¹⁵⁴指出¹⁵⁵國際法庭成立賦予「優於」國內法庭之管轄權是必須的,否則國際罪行被定性為普通罪行的長期危險無法解除,而且起訴的目的也會被一些策略規避掉,更何況國際法庭的「優先性」已經受到《規約》第9條與第10條之限制,所以「優先性」原則一定要被落實。

檢方在「預審」(pre-trial)的「聽證會」(hearing)上主張塔迪奇案應由前南斯拉夫國際法庭管轄,而當時德國國內法院已經展開調查並接近起訴的階段,初審分庭應做出要求德國國內法院服從管轄的決定,檢方之主張的基礎即為所涉及的議題與國際法庭所進行的調查或刑事程序「要不是密切關聯就是涉入其中」,據此,檢方主張德國國內法院服從前南斯拉夫國際法庭管轄,初審分庭同意上述看法並做出「要

¹⁵³ 由下之案例(Karamira 案)即可看出並行管轄權的競合上,誰將之拘留的重要性。依據學者 Morris 與盧安達國際法庭的檢察官 Richard Goldstone 的訪談紀錄,Frduard Karamira 據信為種族滅絕的領導人之一,盧安達政府與盧安達國際法庭同時爭取將其拘留,Karamira 在盧安達政府的要求下,由印度遣送盧安達的途中,停經衣索比亞,在那個時間點盧安達國際法庭要求衣索比亞政府代表國際法庭將 Karamira 拘留。幾天以後盧安達政府內閣部長與盧安達國際法庭檢察官在日內瓦舉行圓桌會議,討論 Karamira 問題,盧安達司法部長指出,為了取得對於 Karamira 之拘留,盧安達政府已經花了相當大程度的功夫,盧安達國際法庭檢察官說明他並不知道 Karamira 已經在盧安達政府的指示下拘留,在會議結束的幾個小時後,國際法庭的檢察官即告知衣索比亞政府他撤銷拘留 Karamira 的要求,以便盧安達政府較早之要求得以執行,Karamira 後來即被遣送至盧安達國內法院受審,並在 1997 年初被判處死刑。參見: Madeline H. Morris, the Trials of Concurrent Jurisdiction: the Case of Rwanda, 7 Duke Journal of Comparative & International Law 349, p.365, footnote 91.

¹⁵⁴ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995.

¹⁵⁵ Id, para.58-59.

求」服從之決定，並且指出該「要求」對德國具有拘束力¹⁵⁶。

如果參照《盧安達國際法庭規約》第九條¹⁵⁷（或《前南斯拉夫國際法庭規約》第十條）的規定，可以發現國際法庭管轄權的「優先性」原則與「一罪不二審」原則不具有必然的關係。本條規定：國際法庭已審理的案件國內法院不得再審，而國內法院已審理的案件，國際法庭除非有「定性為普通罪行、或不公正」之例外否則也不得再審。可以發現本條事實上並未處理檢方撤回起訴，國際法庭放棄管轄權，以便國內法院取得管轄權進行審理的情況，也就是說，本條並未處理國際

¹⁵⁶ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Chamber Decisions, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Matter of Dusko Tadic (Pursuant to Rules 9 and 10 of the Rules of Procedure and Evidence), 8 Nov 1994

[http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/\\$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf](http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf)

¹⁵⁷ 《盧旺達問題國際法庭規約》第九條（一罪不二審）：

1. 任何人如犯有嚴重違反國際人道主義法行為並根據本規約受到盧旺達問題國際法庭的審訊，就不應再受到國內法院的審訊。
2. 任何人如犯有嚴重違反國際人道主義法的行為而受到國內法院的審判，如有下列情況仍可能隨後受到盧旺達問題國際法庭的審判：
 - (a) 他或她受審的行為被定為普通罪行；或
 - (b) 國內法院的訴訟程序不公正或不獨立，或目的在包庇被告免於承擔國際刑事責任，或該案件未被盡力起訴。
3. 在考慮對根據本規約宣判有罪的人施加刑罰時，盧旺達問題國際法庭應考慮國內法院對同一人所犯同一行為的刑罰已執行的程度。

Article 9: Non Bis in Idem

1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal for Rwanda.
2. A person who has been tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal for Rwanda only if:
 - (a) The act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or
 - (b) The national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted.
3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal for Rwanda shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served.

法庭是否可以放棄其管轄權的「優先性」，以便國內法院進行審理。如果從實踐上來看，「紐倫堡國際軍事法庭」(Nuremberg International Military Tribunal)僅審理其罪行無地理上區隔的主要戰爭罪罪犯，其餘罪犯將被「送回」(sent back)所犯罪行的所在地國受審¹⁵⁸；而「國際刑事法院」(International Criminal Court)則規定具管轄權之國家如果已經或正在展開調查或起訴程序，除非該國不願意或不能夠切實展開，否則「國際刑事法院」不得審理¹⁵⁹。

從上述實踐似乎可以看出，國際法庭與國內法院在同時具有「並行管

¹⁵⁸ The Tripartite Conference at Moscow, 19–30 Oct 1943, reprinted in *International Conciliation*, No 395, pp 599–605 (1943); See also London Agreement of 8 Aug 1945, reprinted in 1 *Trial of Major War Criminals Before the International Military Tribunal* 8, pp 8–9 (1947). 轉引自 Dr Mohamed M El Zeidy, *From Primacy to Complementarity and Backward: (Re)-Visiting Rule 11 bis of the Ad hoc Tribunals*, 57 *International and Comparative Law Quarterly* 403 (2008), at footnote 46.

¹⁵⁹ 《國際刑事法院羅馬規約》，1998年7月17日聯合國設立國際刑事法院全權代表外交會議通過，第十七條（可受理性問題）：

- (一) 考慮到序言第十段及第一條，在下列情況下，本法院應斷定案件不可受理：
1. 對案件具有管轄權的國家正在對該案件進行調查或起訴，除非該國不願意或不能夠切實進行調查或起訴；
 2. 對案件具有管轄權的國家已經對該案進行調查，而且該國已決定不對有關的人進行起訴，除非作出這項決定是由於該國不願意或不能夠切實進行起訴；
 3. 有關的人已經由於作為控告理由的行為受到審判，根據第二十條第三項，本法院不得進行審判；
 4. 案件缺乏足夠的嚴重程度，本法院無採取進一步行動的充分理由。
- (二) 為了確定某一案件中是否有不願意的問題，本法院應根據國際法承認的正當程式原則，酌情考慮是否存在下列一種或多種情況：
1. 已經或正在進行的訴訟程式，或一國所作出的決定，是為了包庇有關的人，使其免負第五條所述的本法院管轄權內的犯罪的刑事責任；
 2. 訴訟程式發生不當延誤，而根據實際情況，這種延誤不符合將有關的人繩之以法的目的；
 3. 已經或正在進行的訴訟程式，沒有以獨立或公正的方式進行，而根據實際情況，採用的方式不符合將有關的人繩之以法的目的。
- (三) 為了確定某一案件中是否有不能夠的問題，本法院應考慮，一國是否由於本國司法系統完全瓦解，或實際上瓦解或者並不存在，因而無法拘捕被告人或取得必要的證據和證言，或在其他方面不能進行本國的訴訟程式。

轄權」時管轄權的「優先性」¹⁶⁰問題，並非一定是國際法庭具有「優先性」，而且「優先性」原則在實踐上被非「硬性」的規定，「紐倫堡國際軍事法庭」管轄的「優先性」不影響其將較次要的罪犯送回國內法院起訴，而「國際刑事法院」在可受理問題上，國內法院調查或起訴的「優先性」，不影響該國國內法院放棄自行調查或起訴的權力¹⁶¹，然後依據《國際刑事法院規約》第十四條¹⁶²提交犯罪情勢「國際刑事法院」檢察官。

另外可以看出，國際法庭起訴的責任，係「專屬於」檢察官。國際法庭的檢察官具有決定是否起訴的權力，以及在程序進行的每一階段，決定是否向國際法庭申請撤銷起訴的「許可」(leave)的權力。所以如

¹⁶⁰ 對於國際法庭的優先性，學界的討論很多。這裡舉出較有名的幾篇，參見：Bartram S. Brown, *Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals*, 23 *Yale Journal of International Law* 385 (1998); Adolphus G. Karibi-Whyte, *The Twin Ad Hoc Tribunals and Primacy Over National Courts*, 9 *Criminal Law Forum* 55 (1999); Dagmar Strob, *State Cooperation with the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda*, 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 249 (2001). 學者 Bartram S. Brown 指出：如塔迪奇案國際法庭要求德國法院服從管轄的國際法庭的管轄優先性的背後邏輯在於為了保護在國際和平安全威脅嚇得人道利益所做的非常措施，而該項措施係由《憲章》正式授權，因此國際法庭的優先性具有與安理會任何決定相同的法律拘束力。參見：Bartram S. Brown, *Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals*, 23 *Yale Journal of International Law* 385 (1998) at pp.382-383. 另外學者 Dagmar Strob 強調：在實踐上，儘管會員國可能已經通過與國際法庭合作的相關國內法案，亦即，包括將其境內拘留之嫌疑犯移送或服從國際法庭之管轄等相關規定，但是，在執行國際法庭之命令時有時又以可能威脅國家安全或相關理由拒絕履行法庭之命令。參見；Dagmar Strob, *State Cooperation with the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda*, 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 249 (2001) at p.282.

¹⁶¹ 依據《國際刑事法院羅馬規約》「前言部分」第六段：「憶及各國有義務對犯有國際罪行的人行使刑事管轄權」，國內法院有義務進行起訴。

¹⁶² 《國際刑事法院羅馬規約》

第十四條（締約國提交情勢）：「（一）締約國可以向檢察官提交顯示一項或多項本法院管轄權內的犯罪已經發生的情勢，請檢察官調查該情勢，以便確定是否應指控某個人或某些人實施了這些犯罪。（二）提交情勢時，應盡可能具體說明相關情節，並附上提交情勢的國家所掌握的任何輔助文件。」

果檢察官作出不起訴處分，或在起訴後做出申請撤銷起訴並獲得法庭「許可」，訴訟程序隨即終止。具有管轄「優先性」國際法庭即放棄管轄，國內法院即得進行管轄。

第五項 司法獨立性

國際法庭作為司法機關，執行司法職務，必需具有「司法獨立性及公正性」(Judicial Independence and Impartiality)¹⁶³。司法性質的輔助機關之判決是否得拘束主體機關？司法性質的輔助機關與一般的輔助機關是否有所不同？如何在「司法獨立性及公正性」以及主體機關對於司法性質的輔助機關之「控制及權威」(control and authority)取得平衡？

前南斯拉夫國際法庭初審分庭在「塔迪奇管轄權初審案」¹⁶⁴指出有一種觀點是國際法要求刑事法院具有獨立性及公正性，而由一個政治機關——安理會——所設立的法院無法具有上述特性。在「行政法庭案」，國際法院特別指出聯合國的政治機關——大會——有權設立一個「獨立及真正的司法機關」¹⁶⁵。對於一個法院是否是獨立及公正之問題，不是

¹⁶³ 另參見：Theodor Meron, *Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*, 99 *American Journal of International Law* 359 (2005).

¹⁶⁴ ICTY, *Tadić* (IT-94-1), *Trial Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 10 Aug 1995.

¹⁶⁵ ICJ, *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, *Advisory Opinion of 13 July 1954*, at p.53.

取決於設立法院的機關，而是取決於法院的《憲章》、法官、以及行使職務之方式。國際法庭依據其《規約》及《訴訟程序與證據規則》已經保障被告之「公平審理」(fair trial)，並且法官對於管轄權之管理有希望避免缺乏公正性或要求獨立性之訴求¹⁶⁶。上訴分庭在塔迪奇管轄權案¹⁶⁷指出：有一種觀點假設國際法庭之管轄權僅限於安理會所委任事項，這種觀點係設想國際法庭只是安理會之「輔助機關」：一個由創造者決定各項細節規定的創造物，並且仍然完全在它的權力之下，任其擺佈。但是這種觀點是錯誤的，安理會不僅決定設立輔助機關(為了建立國際法庭唯一供它所使用的法律手段)，它也明確擬定建立一所特殊的「輔助機關」：一座法庭¹⁶⁸。

上訴分庭並指出¹⁶⁹在一個類似的案件——「行政法庭案」——國際法院指出：「有一種觀點是由於行政法庭係屬輔助、下級、或次要機關，因此行政法庭的判決不得拘束設立它的大會...本問題不能再大會與行政法庭之間的關係之基礎上做出決定，也就是說，不能藉由考慮行政法庭是否被視為輔助、下級、或次級機關、或大會設立它的事實，做出決定。它取決於大會設立行政法庭的意圖，以及藉由它的規約所賦

¹⁶⁶ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 Aug 1995, para.32.

¹⁶⁷ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995.

¹⁶⁸ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.15.

¹⁶⁹ Id, para.16.

予的職務的性質。檢視行政法庭的規約的語言顯示大會有意設立一個司法機關。」¹⁷⁰

國際法院在「行政法院案」並指出大會受到行政法庭判決的拘束¹⁷¹。

綜上所述可以看出，國際法院已經確立了聯合國主體機關得以「一般權威」之方式設立輔助機關，並且主體機關不得對輔助機關在個案所作決定進行干涉。

因此儘管國際法庭係屬安理會所設立之輔助機關，國際法庭之職務係屬司法性質，國際法庭在個案所作之判決，安理會不得干預，是以國際法庭的獨立性獲得保障。聯合國秘書長對於前南斯拉夫國際法庭之獨立性指出：「在目前這種特殊情況下，安全理事會可在《憲章》第二十九條的條件下設立一個司法性質的輔助機關，以作為根據第七章採取的一項執行辦法。當然，這個機關必須『獨立於』(independently)政治因素之外來履行其職責，這個機關在履行其司法職責時也不受限於安全理事會的『權威或控制』(authority or control)¹⁷²。不過，作為

¹⁷⁰ ICJ, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, at p.60-61.

¹⁷¹ ICJ, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, at p.53.

¹⁷² 儘管安理會為了保障司法獨立性，國際法庭在進行司法裁判時不受安理會的權威或控制，但是這不表示法庭不受任何形式的控制。學者 Jacob Katz Cogan 即指出：「簡單的說，沒有控制就沒有同意，而沒有同意就沒有裁判，因此當控制被移除(或被視為已被移除)同意通常也將撤銷；而當控制被弱化，同意也弱化。有效控制因此是國際爭端解決的存在及成功所必須。」(Simply stated, without control there would be no consent, and without consent there would be no adjudication. Thus when controls are removed (or perceived to be removed), consent is likely to go as well. And when controls are weakened, so too is consent. Effective controls are, therefore, necessary for the

依據第七章採取的執行辦法，這一國際法庭設置多長時間，將視前南斯拉夫領土內國際和平與安全恢復和維持的情況以及安全理事會就此問題作出的決定而定」¹⁷³；並對盧安達國際法庭之獨立性指出：「盧安達國際法庭是安全理事會在《憲章》第二十九意義範圍內一個輔助機關。因此它在行政和財政問題上視聯合國各機關而定；但是，它作為一個司法機關，則『獨立於』(independently)任何一個特定國家或國家集團，包括其母體機關安全理事會之外」¹⁷⁴。

國際法庭「獨立性」係取決：第一、法官的獨立性、及「公正性」(impartiality)，也就是說，法官應避免「偏見的跡象」(appearance of bias)；第二、國際法庭作為司法機關獨立於政治機關¹⁷⁵。在法官應避免「偏見的跡象」¹⁷⁶方面，前南斯拉夫國際法庭在 *Furundzija* 案¹⁷⁷ 上對於何

existence and success of international dispute resolution.)參見：Jacob Katz Cogan, *Competition and Control in International Adjudication*, 48 *Virginia Journal of International Law* 411 (2008) at p.419. 安理會透過修改《規約》的方式對國際法庭進行控制，例如增加法官的人數以及增加一位專職起訴盧安達法庭的檢察官，參見：S/RES/1512, S/RES/1503, S/RES/1431. 安理會也規定所有案件之調查、初審等程序走完的「完成日期」(target dates)，參見：2004年8月4日安理會主席聲明，S/PRST/2004/28; S/RES/1534, S/RES/1503.

¹⁷³ 聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704, para.28.

¹⁷⁴ 聯合國秘書長報告，S/1995/134, para.8.

¹⁷⁵ Ruth Mackenzie and Philippe Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, 44 *Harvard International Law Journal* 271 (2003).

¹⁷⁶ 國際法庭檢察官具有對誰展開起訴的「裁量空間」(discretion)，因為檢察官係由安理會政治任命，優先起訴的對象通常具有政治上的迫切性。儘管透過「預審」(pre-trial)之設計，法官具有「受理起訴」(confirmation of an indictment)的審查權，但是對於表面證據確鑿的案件，法官自然應同意起訴，例如《盧安達國際法庭規約》第 18 條（審查起訴書）即規定：「1.收到起訴書後的審判分庭法官應審查該起訴書。法官若認為檢察官所提的表面證據確鑿時，就應受理起訴；否則就不受理起訴。2.法官受理起訴可應檢察官的要求發出命令或傳票，逮捕、拘留、交出或轉移有關的人，以及發出任何進行審判所需的其他命令。」是以檢察官如果僅起訴特定族群，則「偏見的跡象」恐非法官透過預審機制所能避免；惟目前尚未有因檢察官裁量之偏見而成功說服法官不行使管轄的案件。盧安達法庭在 1997 年的 *Kanyabashi* 案即已處理到起訴偏見之動議，但是法官認為辯方指控法庭僅起訴胡圖族是以法庭非「無偏倚」之主張不具說服力，並重申所有符合法庭

種條件下法官就該個案不得任職，有許多的闡述及發展，基本上不脫國際法上司法獨立原則¹⁷⁸，由於本論文係專注在討論安理會決議之法律效力，所以僅會討論國際法庭獨立於安理會之第二個面向，而不進一步討論法官的任命、選舉、任期、「自我迴避」(recusal)、以及就該個案不得任職等問題。

安理會不得對國際法庭個案判決進行干涉之原則，係建立在安理會設

管轄權的個人都難免起訴。參見：Kanyabashi, Joseph (ICTR-96-15), Trial Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Jun 18, 1997, para.47&48&50.與前南斯拉夫法庭相較，盧安達法庭較常被批評為不符合「無偏倚」之規定，主要原因在於：1994年以圖西族(Tutsi)為主的「盧安達愛國陣線」(Rwandan Patriotic Front, RPF)所領導的內戰在推翻以胡圖族(Hutu)為主的政府後，以圖西族為主的新政府儘管與盧安達合作對胡圖族所犯下之種族滅絕等罪行進行起訴，但是對於圖西族在內戰期間殺害胡圖族平民的罪行，儘管法庭多次強調其管轄權包括 RPF 所犯下之罪行，至今仍未起訴任何一項 RPF 罪行。在檢察官 Carla Del Ponte 展開對 RPF 罪行的「特別調查」後，2002年6月期間即引發國際矚目事件：為了表達對檢察官 Carla Del Ponte 調查的不滿，盧安達政府中止合作，並長達幾個月的時間禁止盧安達境內國民出庭作證，這導致檢察官不得不中止對 RPF 罪行的調查。由於盧安達政府主張撤換檢察官 Carla Del Ponte 的動作以及「完成任務戰略」的考量，在2003年9月安理會任命檢察官 Hassan B. Jallow 替換之。儘管在2004年檢察官 Jallow 重起 RPF 罪行調查，但在2008年轉移其中一項調查至盧安達內國法院起訴後，2009年檢察官 Jallow 在向安理會的報告中指出：沒有起訴任何其他 RPF 案件的計畫 (S/PV.6134)。由以上歷史經過可以看出：盧安達法庭遭致不公正的批評其來有自。對於 Kanyabashi 案的評論請參見：Virginia Morris, *Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on Jurisdiction*. Case No. ICTR-96-15-T, 92 *American Journal of International Law* 66 (1998).對於檢察官的裁量空間之討論請參見：Alex Obote-Odora, *Drafting of Indictments for the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 12 *Criminal Law Forum* 335 (2001); Allison Marston Danner, *Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion in International Criminal Court*, 97 *American Journal of International Law* 510 (2003); Allison Marston Danner, *Navigating Law and Politics: the Prosecutor of International Criminal Court and the Independent Counsel*, 55 *Stanford Law Review* 1633 (2003); Geert-Jan Alexander Knoops, *Challenging the Legitimacy of Initiating Contemporary International Criminal Proceedings: Rethinking Prosecutorial Discretionary Powers from a Legal, ethical and Political Perspective*, 15 *Criminal Law Review* 365 (2004).對於盧安達法庭至今無起訴任何 RPF 案件之歷史經過請參見：Victor Peskin, *International Justice in Rwanda and the Balkans: Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation* (2008); Leslie Haskell and Lars Waldorf, *the Impunity Gap of the International Criminal Tribunal for Rwanda: Causes and Consequences*, 34 *Hastings International and Comparative Law Review* 49 (2011); Lars Waldorf, *a Mere Pretense of Justice: Complementarity, Sham trials, and Victor's Justice at the Rwanda Tribunal*, 33 *Fordham International Law Journal* 1221 (2010).

¹⁷⁷ ICTY, *Furundžija* (IT-95-17/1), Appeals Chamber, Judgement, 21 Jul 2000, paras. 169-70.

¹⁷⁸ *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 at 59 (1985). <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/i5bpij.htm> (visited, June 29, 2011).

立國際法庭時的意願之上，但是如果安理會以後決定修改規約，建立對國際法庭上訴分庭所作判決，進行審查，或是請求聯合國國際法院對於該判決發表諮詢意見，似乎也無不可，因為國際法庭「獨立性之程度」(degree of independence)—亦即國際法庭就個案所作之判決，係屬終審判決，拘束當事各造，並且安理會不得更改之—係出自於安理會設立國際法庭時之意圖，自然安理會也有權修改其所授權之範圍，以及終止國際法庭之運作。

安理會在 2002 年所建立的「完成任務戰略」(completion strategy)即修改國際法庭《規約》，以及要求國際法庭將起訴對象限縮於「大魚」(big fish)，將「小魚」(small fish)「移送」(refer)至國家國內法院，以便盡快達成設立國際法庭之目的，完成國際法庭之任務，終止國際法庭之運作。

儘管安理會透過對國際法庭的「完成任務戰略」¹⁷⁹，規定了所有案件各階段完成的期限而對國際法庭進行有效的控制，但是這裡所必須強調的是，安理會固然在很大程度上對其所設立的輔助機關—國際法

¹⁷⁹ 安理會決議第 1534(2004)號(S/RES/1534)所規定的「完成任務戰略」主要有下列三項重點：一、檢察官對其處理中的案件進行重新評估，並決定哪些案件應進行開展哪些案件應移送內國管轄當局(para.4)；二、法庭在審理及確立起訴時應確保起訴案專注在最高階對於犯罪最需負責的領袖(para.5)；三、法庭每隔六個月應對「完成任務戰略」的完成程度向安理會進行報告(paras.6-7)。學者討論參見：Daryl A. Mundis, *The Judicial Effect of the “Completion Strategies” on the Ad Hoc International Criminal Tribunals*, 99 *American Journal of International Law* 142 (2005); Larry D. Johnson, *Closing an International Criminal Tribunal While Maintaining International Human Rights Standards and Excluding Impunity*, 99 *American Journal of International Law* 158 (2005).

庭——具有修改其授權範圍之空間，但是就嫌疑犯及被告的人權而言，
《公民權利與政治權利國際公約》所規範的「正當程序」(due process)
之相關人權保障，儘管係適用於國家國內法院，但是在國際性法庭，
與「公平審訊」(fair trial)相關的人權保障，恐怕安理會也不應限縮它
的適用範圍。

自法庭係「依法設立」(established by law)。對於建立國際法庭之安理
會決議第 827(1993)號而言，是否係一項法律案，不無討論空間。《公
民權利與政治權利國際公約》第十四條第一項第二句：「在判定對任
何人提出的任何刑事指控或確定他在一件訴訟案中的權利和義務時，
人人有資格由一個依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭進行公
正的和公開的審訊。」¹⁸⁰；《保護人權與基本自由歐洲公約》(Convention
for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第六條
(公正審判的權利)第一項第一段：「(作者自譯)在判定他的公民權
利和義務或任何人提出的任何刑事指控，人人有資格在合理時間內由
一個獨立的和無偏倚的法庭進行公正和公開的審訊」¹⁸¹；《美洲人權
公約》(American Convention on Human Rights)第八條(公正審判的權

¹⁸⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14, para.1, second sentence, provides: "In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent, and impartial tribunal established by law."

¹⁸¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 6, provides: "In the determination of his civil rights and obligation or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law."

利) 第一項第一段：「(作者自譯) 人人有權由在正當保證與合理時間內依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭進行審訊。」¹⁸² 上述原則已經是國際習慣法的一部份，也就是說個人公正審訊之權利已經獲得保障，但是對於何謂「依法設立的」法庭，則有不同之解釋，卻是不得不處理的問題，因為由安理會決議成立的國際法庭是否係由「依法設立」之爭議。

前南斯拉夫國際法庭上訴分庭在塔迪奇管轄權案認為：「然而，本分庭對下述該原則感到滿意。法庭必須依法設立是由一般法律原則所施加之一項國際義務，但該義務僅對國內條件下的刑事司法行政適用。」¹⁸³；並指出：「總結來說，上訴分庭裁定國際法庭係根據適當程序根據聯合國《憲章》所建立並且提供所有公平審訊之必要保障，因此國際法庭係『依法設立』。」¹⁸⁴ 顯然上訴分庭以為安理會決議第 827(1993) 號所成立之國際法庭係「依法設立」(established by law)，而某種程度上迴避了安理會決議如果不是「法律」則未符合《公民權利與政治權利國際公約》的「依法設立的」法庭的問題。

¹⁸² American Convention on Human Rights, Article 8, provides:

“Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law.”

¹⁸³ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.42. “This Chamber is, however, satisfied that the principle that a tribunal must be established by law, as explained below, is a general principle of law imposing an international obligation which only applies to the administration of criminal justice in a municipal setting.”

¹⁸⁴ Id, para.47. “In conclusion, the Appeals Chamber finds that the International Tribunal has been established in accordance with the appropriate procedures under the United Nations Charter and provides all the necessary safeguards of a fair trial. It is thus “established by law.””

第二節 安理會授權法庭的合法性

依據公共同意說，國際裁判是一個以同意為基礎的國際法體系¹⁸⁵，按國際裁判所適用的法律應屬國家所同意之法律規範，是以聯合國秘書長有關設立國際法庭的報告¹⁸⁶（學界賦予「準備工作」(*travaux preparatoires*)的地位¹⁸⁷）特別指出：「秘書長認為，實施法無明文不為罪的原則要求國際法庭適用毫無疑問已成為習慣法一部份的國際人道主義法的規則，以避免發生只有一些國家而不是所有國家都遵守具體公約的問題。由於國際法庭是起訴應對嚴重違反國際人道主義法行為負責的人，使這一點更形重要。下列公約體現了適用武裝衝突法的法律，是國際人道主義條約法中毫無疑問地成為國際習慣法的一部分：1949年8月12日《保護戰爭受害者各項日內瓦公約》；《陸戰法規和慣例》（1907年10月18日海牙第四公約）和《公約附件 陸戰法律 and 慣例章程》；1948年12月9日《防止及懲治滅絕種族罪公約》

¹⁸⁵ 國際法庭的實踐是否使國際裁判從以同意為基礎的體系走向以強制為基礎的體系是一個學界探討的問題，本文是從安理會的授權的角度對此問題進行分析。參見：Cesare P. R. Romano, *The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent*, 39 *New York University Journal of International Law and Policy* 791 (2007); Jacob Katz Cogan, *Competition and Control in International Adjudication*, 48 *Virginia Journal of International Law* 411 (2008).

¹⁸⁶ S/25704, S/1995/134.

¹⁸⁷ Robert Kolb, "The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals of Their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004)," 76 *British Yearbook of International Law* 269 (2005), at p.271.

和 1945 年 8 月 8 日《國際軍事法庭憲章》。」¹⁸⁸，

由於國際人道法對於國內武裝衝突與國際武裝衝突，所適用的國際人道法規範完全不同¹⁸⁹，《前南斯拉夫國際法庭規約》第二條¹⁹⁰所指的「嚴重違犯」係依據 1949 年四個《保護戰爭受害者各項日內瓦公約》之規定¹⁹¹，「嚴重破壞」之規定僅適用在國際衝突上，而國內衝突則

¹⁸⁸ 聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704, para.34-35. “34. In the view of the Secretary-General, the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the International Tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise.

35. The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international humanitarian law is the law applicable in armed conflict as embodied in: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948; and the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945.”

¹⁸⁹ Jelena Pejic, Status of armed conflicts, pp.77-100, in Perspectives on the ICRC study on customary international humanitarian law, Elizabeth Wilmschurst and Susan Breau (eds.), New York: Cambridge University Press (2007), at pp.77-78; Anthony Cullen, The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law, New York: Cambridge University press (2010).

¹⁹⁰ 《前南斯拉夫國際法庭規約》第二條（嚴重違反 1949 年各項《日內瓦公約》的情事）：「國際法庭應有權起訴犯下或命令他人犯下嚴重違反 1949 年 8 月 12 日各項《日內瓦公約》的情事，即下列違反按照《日內瓦公約》受到保護之人或財產的行為者：(a)故意殺害；(b)酷刑或不人道待遇，包括生物學實驗；(c)故意使身體或健康遭受重大痛苦或嚴重傷害；(d)無軍事上之必要，而以非法和橫蠻之方式，對財產進行大規模的破壞與佔用；(e)強迫戰俘或平民在敵對國軍隊中服務；(f)故意剝奪戰俘和平民應享的公民及合法審訊的權利；(g)將平民非法驅逐出境或移送或非法禁閉；(h)劫持平民作人質。」

¹⁹¹ 《日內瓦第一公約》第 50 條：「上條所述之嚴重破壞公約行為，應系對於受本公約保護之人或財產所犯之任何下列行為：故意殺害，酷刑或不人道待遇，包括生物學實驗，故意使身體及健康遭受重大痛苦或嚴重傷害，以及無軍事上之必要，而以非法與暴亂之方式，對財產之大規模的破壞與徵收。」《日內瓦第二公約》第 51 條：「上條所述之嚴重破壞公約行為，應系對於受本公約保護之人或財產所犯之任何下列行為：故意殺害，酷刑或不人道待遇，包括生物學實驗，故意使身體及健康遭受重大痛苦或嚴重傷害，以及無軍事上之必要，而以非法與暴亂之方式，對財產之大規模的破壞與徵收。」《日內瓦第三公約》第 130 條：「上條所述之嚴重破壞公約行為，應系對於受本公約保護之人或財產所犯之任何下列行為：故意殺害，酷刑或不人道待遇，包括生物學實驗，故意使身體及健康遭受重大痛苦或嚴重傷害，強迫戰俘在敵國部隊中服務，或故意剝奪戰俘依本公約規定應享之公允及合法的審判之權利。」《日內瓦第四公約》第 147 條：「上述所述之嚴重破壞公約行為，應系對於受本公約保護之人或財產所犯之任何下列行為：故意殺害，酷刑及不人道待遇，包括生物學實驗，故意使身體及健康遭受重大痛苦或嚴重傷害；將被保護人非法驅逐出境或移送，或非法禁閉，強迫被保護人在敵國軍隊中服務，或故意剝奪被保護人依本公約規定應享之公允及合法的審訊之權利，以人為質，以及無軍事上之必要而以非法與暴亂之方式對財產之大規模的破壞與徵收。」

係適用《日內瓦公約》共同第三條之規定。以上區別係為國際公認之看法，該區別也可從《日內瓦公約》共同第一條¹⁹²、共同第二條¹⁹³、共同第三條：¹⁹⁴以及《日內瓦第四公約》第四條¹⁹⁵中看出。因此，國際法庭如果要依據《國際法庭規約》第二條行使管轄權，或者是要以「嚴重破壞」定罪，就必須要是國際武裝衝突，是以如果要依據《國際法庭規約》第二條行使管轄權，就必須要先回答武裝衝突的定性問題。

儘管由於《日內瓦公約》已經建立「嚴重破壞」罪行的「普遍管轄權」，所以在安理會依據《憲章》第25條代表各會員國同意授權成立國際法庭後，國際法庭也具有對「嚴重破壞」罪行也具有管轄權，並無爭

¹⁹² 《日內瓦公約》共同第一條：「各締約國承諾在一切情況下尊重本公約並保證本公約之被尊重。」

¹⁹³ 《日內瓦公約》共同第二條：「於平時應予實施之各項規定之外，本公約適用於兩個或兩個以上締約國間所產生之一切經過宣戰的戰爭或任何其他武裝衝突，即使其中一國不承認有戰爭狀態。凡在一締約國的領土一部或全部被佔領之場合，即使此項佔領未遇武裝抵抗，亦適用本公約。衝突之一方雖非締約國，其他曾簽訂本公約之國家於其相互關係上，仍應受本公約之拘束。設若上述非締約國接受並援用本公約之規定時，則締約各國對該國之關係，亦應受本公約之拘束。」

¹⁹⁴ 《日內瓦公約》共同第三條：「在一締約國之領土內發生非國際性的武裝衝突之場合，衝突之各方最低限度應遵守下列規定：(一)不實際參加戰事之人員，包括放下武器之武裝部隊人員及因病、傷、拘留，或其他原因而失去戰鬥力之人員在內，在一切情況下應予以人道待遇，不得基於種族、膚色、宗教或信仰、性別、出身或財力或其他類似標準而有所歧視。因此，對於上述人員，不論何時何地，不得有下列行為：(甲)對生命與人身施以暴力，特別如各種謀殺、殘傷肢體、虐待及酷刑；(乙)作為人質；(丙)損害個人尊嚴，特別如侮辱與降低身份的待遇；(丁)未經具有文明人類所認為必需之司法保障之正規組織之法庭之宣判，而遽行判罪及執行死刑。(二)傷者、病者應予收集與照顧。公正的人道集團，如紅十字國際委員會，得向衝突之各方提供服務。衝突之各方應進而努力，以特別協定之方式，使本公約之其他規定得全部或部分發生效力。上述規定之適用不影響衝突各方之法律地位。」

¹⁹⁵ 《日內瓦第四公約》第四條：「在衝突或佔領之場合，於一定期間內及依不論何種方式，處於非其本國之衝突之一方或佔領國手中之人，即為受本公約保護之人。不受本公約拘束之國家之人民即不受本公約之保護。凡在交戰國領土內之中立國人民及共同作戰國人民，在其本國尚有通常外交使節駐在控制彼等之國家時，不得認為被保護人。惟本公約第二部之各項規定，如第十三條所劃定，其適用範圍較廣。凡受一九四九年八月十二日改善戰地武裝部隊傷者病者境遇之日內瓦公約，或一九四九年八月十二日改善海上武裝部隊傷者病者及遇船難者境遇之日內瓦公約，或一九四九年八月十二日關於戰俘待遇之日內瓦公約保護之人，不得認為本公約意義內之被保護人。」

議，但是由於「嚴重破壞」罪行僅適用於「國際性」武裝衝突，所以國際法庭對「非國際性」的武裝衝突之罪行是否具有管轄權即存在疑義。

這項疑義不僅是導因於在 1994 年設立盧安達國際法庭時，國際社會對「非國際性」的武裝衝突之罪行是否具有「普遍管轄權」具有爭議¹⁹⁶，並且聯合國國際法委員會也持反對「非國際性」具有「普遍管轄權」的立場，上述立場可以從委員會對《國際刑事法院規約草案》的評論中看出，由於聯合國國際法委員會在 1994 年所提出的《國際刑事法院規約草案》將《第二附加議定書》之罪行排除在法院的管轄權之外，並且委員會對哪項罪行應納入法院的屬事管轄權提出二項判準¹⁹⁷：第一、該項罪行需由條約所規定以符合「法無明文不為罪」(*nullum crimen sine lege*)之保障；第二、該項條約賦予該項罪行「起訴或引渡」(*aut dedere aut judicare*)原則下的「普遍管轄權」或提供法院管轄之基礎，以便符合「國際關切」(*international concern*)之原則；對於未納入《第二附加議定書》之罪行，委員會指出「《第二附加議定書》禁止

¹⁹⁶ Theodor Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, 89 *American Journal of International Law* 554 (1995), p.560. "Respect for the fundamental guarantees of Protocol II does involve individual conduct and, obviously, is a matter of "international concern." An international tribunal could thus apply the provisions of Protocol II as criminal law."

¹⁹⁷ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session (1994), Draft Statute for an International Criminal Court, A/49/10, commentary to Art.20, at p.78. "(a) that the crimes are themselves defined by the treaty so that an international criminal court could apply that treaty as law in relation to the crime, subject to the *nullum crimen* guarantee contained in article 39; (b) that the treaty created either a system of universal jurisdiction based on the principle *aut dedere aut judicare* or the possibility for an international criminal court to try the crime, or both, thus recognizing clearly the principle of international concern."

特定行為但不具有處理嚴重破壞的條款也無任何相當的執行條款。」

198

儘管在政治上安理會在設立二法庭時是預設前南斯拉夫國際法庭所涉的衝突係屬於國際性武裝衝突，而盧安達國際法庭所涉的衝突係屬於非國際性武裝衝突¹⁹⁹；但是就司法上來看，儘管盧安達的武裝衝突更是非國際性武裝衝突並無異疑²⁰⁰，但是前南斯拉夫的武裝衝突是否是屬於「國際性」則存在疑義，是以國際法庭的屬事管轄權即受到挑戰；而安理會藉由第 955 號決議附件《盧安達國際法庭規約》第四條賦予法庭對《日內瓦公約》共同第三條及《第二附加議定書》的罪行之屬事管轄權之作法，更有可能遭致等同於賦予法庭尚未確立為「普遍管轄權」罪行的屬事管轄權有違反「法無明文不罪」之原則的批評

201。

¹⁹⁸ Id, p.145. "Protocol II prohibits certain conduct but contains no clause dealing with grave breaches, nor any equivalent enforcement provision."

¹⁹⁹ Theodor Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, 89 *American Journal of International Law* 554 (1995), p.556. "In contrast to the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, which treats the ensemble of conflicts in the former Yugoslavia as international, the Statute for Rwanda is predicated on the assumption that the conflict in Rwanda is a noninternational armed conflict."

²⁰⁰ 1994 年 10 月 1 日秘書長給安全理事會主席的信，S/1994/1125, annex, paras.90-93.

²⁰¹ 安理會決議第 955 號決議(S/RES/955)附件之《盧安達國際法庭規約》第四條提供法庭對《日內瓦公約》共同第三條及《第二附加議定書》的罪行之屬事管轄權。對於仍不確定是否為「普世管轄權」的罪行，安理會即提供法庭屬事管轄權之特殊作法，業已獲得聯合國秘書長之注意。參見：1995 年 2 月 13 日秘書長按照安理會第 955(1994)號決議第 5 段提出的報告，S/1995/134, para.12. 儘管《日內瓦公約》共同第三條下之罪行並非「普遍管轄」，但是《前南斯拉夫國際法庭規約》第三條並無提到衝突的性質，並且安理會在通過國際法庭《規約》的會議上，數個安理會會員國代表都說明《日內瓦公約》共同第三條的適用性，說明在 1993 年通過《規約》時，《日內瓦公約》共同第三條下的罪行就許多國家而言已視為「普遍管轄」的罪行，所以可以說：安理會決議以具體文字促進習慣國際法的形成；1998 年的《國際刑事法院羅馬規約》第八條第二款第三項即指明：「在非國際性武裝衝突中，嚴重違反 1949 年 8 月 12 日四項《日內瓦公約》共同第三條的行為，即對不實際參加敵對行動的人，包括已經放下武器的武裝部隊人員，及因病、傷、拘留或任何其他原因而失去戰鬥力的人員，實施下列任何一種行為：(1)對生命與人身施以暴力，特別是

儘管相關問題非常複雜，並且就特定個案各分庭通常有略微不同的司法意見，整體而言，與安理會決議的法律效力相關的議題分為二點：第一、誰具有決定武裝衝突的性質的權限；第二、安理會決議是否具有決定法庭對《日內瓦公約》共同第三條及《第二附加議定書》的罪行之進行屬事管轄的權限²⁰²。

就第一個議題，在前南斯拉夫國際法庭在塔迪奇案，檢方主張²⁰³多個安理會決議不斷提及前南斯拉夫地區對《日內瓦公約》的「嚴重破壞」即已顯示：第一，衝突應從整體來看，而非有些屬於國際性有些屬於非國際性；第二，因為「嚴重破壞」僅適用在國際衝突，所以前南斯拉夫地區的衝突係屬於國際性武裝衝突。儘管上述觀點並未獲法庭採納；並且在初審²⁰⁴、上訴分庭²⁰⁵之管轄權動議之決定以及初審²⁰⁶、上

各種謀殺、殘傷肢體、虐待及酷刑；(2)損害個人尊嚴，特別是侮辱性和有辱人格的待遇；(3)劫持人質；(4)未經具有公認為必需的司法保障的正規組織的法庭宣判，進行判罪和處決。」更進一步的將習慣法條文化。

²⁰² 儘管《日內瓦公約》共同第三條已被國際法院確立為習慣法的一部分，且盧安達是《第二附加議定書》的締約國，因此盧安達應遵守上述規定並無疑義，是以國際法院對於盧安達違反上述規定具有屬事管轄權。但是這裡仍發生屬事管轄權之爭議的原因在於：儘管國際法院對國家具有管轄權，但是對於「個人刑事責任」(individual criminal responsibility)是否具有管轄權則不確定，亦即，對國家的管轄權與對個人的管轄權是不同且容易混淆的概念，批准《第二附加議定書》僅使盧安達在犯下該項罪行時引發「國家責任」，對於個人犯下該項罪行時儘管內國具有管轄權，但是該項「個人」罪行是否構成「普遍管轄權」的罪行而使第三國或國際法庭具有管轄權則不確定，對於非「普遍管轄權」之罪行法庭如果對「個人」行使管轄即有可能遭受違反「法無明文不為罪」的批評。

²⁰³ ICTY, Tadić (IT-94-1), The Prosecutor's Response of the Motion of the Defense on the Jurisdiction of the Tribunal, 7 July 1995, pp.37-38.

²⁰⁴ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 Aug 1995, para.53.初審分庭指出：「據此，國際性衝突不是國際法庭《規約》第二條行使管轄權之要件。如果是的話，起訴書中所指控的行為根據大量呈現在初審分庭之前的資料，清楚的指出係在國際武裝衝突中所發生。然而這些資料中很少可以在司法上可以被視為，沒有在形式上，或是可以作為證據。在這些情形下，初審分庭對於武裝衝突之性質不做出任何發現。」

訴分庭²⁰⁷實質問題之判決，各表示不同意見，但是如果採取上訴分庭
實質問題之終審判決之看法，則法庭最終確立塔迪奇案所涉的衝突為
國際衝突²⁰⁸。

²⁰⁵ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.77.上訴分庭指出：「在上述的基礎上，我們的結論是在前南斯拉夫地區的衝突同時具有國內性與國際性，安理會會員國明顯的將衝突的二種性質放在心上，當它們通過國際法庭規約時，它們有意授權國際法庭在任一情況之下裁定人道法之違反。在現行國際法可能的程度下，《規約》應該被解釋為依據該目的而發生效力。」

²⁰⁶ ICTY, Tadić (IT-94-1), Trial Judgement, Opinion and Judgment, 7 May 1997, para.607-608.初審分庭指出：「本初審分庭除了庭長持不同意見以外，多數意見為根據所呈現的證據，在1992年5月19日以後，塞族共和國的武裝部隊不能被視為南斯拉夫聯邦共和國(塞爾維亞與蒙地內歌羅)的事實上機關或代理人，不管是在 opstina Prijedor 地區或更廣泛的地方。為了上述原因，本意見與判決第三部分的每一位被告行為的受害者，享有共同第三條所禁止事項之保護，適用在所有的武裝衝突，而不受到更特定的嚴重破壞之禁止之保護之制度，該制度適用在，處於衝突之一方手中，而他們不是該衝突一方之本國國民之情況。嚴重破壞之禁止之保護之制度係在《規約》第二條之規範下。上述發現的結果是，就本審判而言，由於《規約》第二條僅適用於犯下打擊日內瓦公約意義下『受保護的人』之行為，並且由於無法認為這些都是平民之受害者在任何相關時間，處於衝突之一方手中，而他們不是該衝突一方之本國國民，是以被告根據本條之罪名係被判無罪」。亦即，初審分庭認為與「非國際性」武裝衝突相關之罪名應被判無罪。

²⁰⁷ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Judgement, Judgment, 15 Jul 1999, para.137&162.上訴分庭在第137段指出：「總結的說，為了決定在國內立法下不具有一國官員的地位的該個人是否可以被視為事實上國家機關，上訴分庭認為國際規則不總是要求對於武裝集團或私營個人相同程度的控制，國家控制的程度之要件隨情況而不同。如果存在一個沒有軍事組織的私營個人或一個集團是否可以視為一個事實上國家機關之問題，則有必要查明是否關於該特定行為的交辦事項的特定指令已由該國對該個人或該集團發出；另外必須要建立是否不法行為該國公開核可或事後核可。相反的一國對附屬武裝部隊或民兵或準軍事單位的『控制』(control)得為一個『全面』(overall)性質(並且必須超過僅提供金援或軍事設備與訓練)。然而，這個條件並不包括國家發佈特定命令或是對於個別行動的指導。國際法絕不要求監管當局一定要計畫所有依賴它們的單位的行動以及選擇單位的目標，或發佈關於軍事行動運作以及被指控的任何對國際人道法的違反的特定命令。當一國(或是在一個武裝衝突的情境下，衝突的一方)除了金援、訓練、整備、或對該集團提供後勤補給之外，對於組織、協調、或計畫軍事集團的軍事行動起了一定的作用，就得視為國際法要求的『全面控制』(overall control)存在。該集團或團員從事的行為，不論使否監控當局關於該行為的每一交辦事項都發佈特定命令，是以得視為事實上之國家機關行為。」並在第162段指出：由於符合「全面控制」之要件，塔迪奇案之相關武裝衝突為國際衝突。

²⁰⁸ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Judgement, Judgment, 15 Jul 1999.上訴分庭實質問題判決多數意見首先回答為什麼使用國家責任的可歸因原則來處理國際人道法上如何對衝突定性的問題。主要原因是國際人道法上的對於國際衝突的標準係為「衝突的一方所屬」的條件，而如何決定「所屬」還是需要使用國家責任的可歸因原則來找答案。上訴分庭其次認為初審分庭對國際法院在尼加拉瓜案的確使用「有效控制」的標準之解釋正確，而檢方與 McDonald 法官反對意見的解釋錯誤。然而確定國際法院使用「有效控制」的標準以後，上訴分庭卻以為國際法院的「有效控制」標準錯誤，其原因有下列二點：第一，不同的情形的標準的高低應有不同，而不是所有情形都是適用尼加拉瓜有效控制之高標準。第二、國際司法與國家實踐與國際法院在尼加拉瓜案的標準不符合。上訴分庭以為「全面控制」(overall control)的標準才適用在軍事集團，而「有效控制」的標準僅適用在非軍事組織的個人。適用較「有效控制」標準低(不需要證明該監控當局關於該被指控的行為的每一交辦事項都發佈特定命令)的「全面控制」標準後，上訴分庭發現確實存在「全面控制」，塔迪奇案之相關武裝衝突為國際衝突。

就第二個議題，盧安達國際法庭在 Akayesu 案²⁰⁹指出：儘管《第二附加議定書》就整體而言還不是習慣國際法的一部份，但是與盧安達國際法庭相關的「非國際性」武裝衝突的罪行之規定，亦即，「《日內瓦公約》共同第三條及《第二附加議定書》第4條第2項業已構成國際習慣法的一部份」²¹⁰，是以法庭對「非國際性」武裝衝突之罪行的屬事管轄權並未違反「法無明文不為罪」(*nullum crimen sine lege*)之原則²¹¹。

儘管上述二項議題似乎暗示：安理會決議具有決定一項武裝衝突係屬國際性衝突之權限；以及決定《日內瓦公約》共同第三條及《第二附加議定書》的罪行係屬「普遍管轄權」的罪行之法律效力；但是上述決定係經過法院判決之才獲得確立，因此與安理會是否具有該項權限

²⁰⁹ ICTR, Akayesu, Jean Paul (ICTR-96-4), Trial Chamber I, Judgement, Sep 2, 1998.

²¹⁰ ICTR, Akayesu, Jean Paul (ICTR-96-4), Trial Chamber I, Judgement, Sep 2, 1998, para.609-610. "Additional Protocol II as a whole was not deemed by the Secretary-General to have been universally recognized as part of customary international law... Whilst the Chamber is very much of the same view as pertains to Additional Protocol II as a whole, it should be recalled that the relevant Article in the context of the ICTR is Article 4(2) (Fundamental Guarantees) of Additional Protocol II. All of the guarantees, as enumerated in Article 4 reaffirm and supplement Common Article 3 and, as discussed above, Common Article 3 being customary in nature, the Chamber is of the opinion that these guarantees did also at the time of the events alleged in the Indictment form part of existing international customary law."

²¹¹ ICTR, Akayesu, Jean Paul (ICTR-96-4), Trial Chamber I, Judgement, Sep 2, 1998, para.605-606. "Moreover, the Chamber recalls the establishment of the ICTY, during which the UN Secretary General asserted that in application of the principle of *nullum crimen sine lege* the International Tribunal should apply rules of International Humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law... Article 4 of the Statute would be applicable irrespective of the Additional Protocol II question', so long as the conflict were covered, at the very least, by the customary norms of Common Article 3. Findings would thus be made on the basis of whether or not it were proved beyond a reasonable doubt that there has been a serious violation in the form of one or more of the acts enumerated in Article 4 of the Statute."學者 Diane Marie Amann 指出：儘管法庭強調非國際性武裝衝突的平民之戰爭罪行所引發的個人刑事責任須建立在習慣國際法之上，亦即，必須符合「法無明文不為罪」之原則的作法是值得嘉許的，但是法庭採用高標準而判 Akayesu 在《規約》第4條下的罪名為無罪之作法恐怕仍有可議之處。參見：Diane Marie Amann, *Prosecutor v. Akayesu*, 93 *American Journal of International Law* 195 (1999), at p.199.

及該項權限仍不確定，不過不可否認的是：實踐上指出：法庭通常會採取與安理會決議之決定類似的法律立場。

儘管「應適用毫無疑問的習慣法」的原則不僅限制了內國法制中普通法上法官造法的概念在國際法庭的適用，（亦即法院不應影響訴訟當事者的實質權利及義務），而且明確規定安理會決議——組成文書——無法對於人道法的實體規範起上立法的作用²¹²；儘管如此，對非國內衝突適用人道法規範²¹³以及 Martens 條項的習慣法地位之確認²¹⁴似乎顯示國際法庭之實踐對人道法起了一定逐步發展的作用。由於前南斯拉夫與盧安達都是 1977 年《第二附加議定書》的締約國，所以非國際衝突適用人道法不違反法無明文不為罪原則²¹⁵，但是有關《盧安達國

²¹² 聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704, para.29. “in assigning to the International Tribunal the task of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law, the Security Council would not be creating or purporting to “legislate” that law. Rather, the International Tribunal would have the task of applying existing international humanitarian law.”

²¹³ Theodor Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities,” 89 American Journal of International Law 554 (1995); Theodor Meron, “The Humanization of Humanitarian Law,” 94 American Journal of International Law 239 (2000).

²¹⁴ Martens 條項為 1907 年 10 月 18 日海牙第四公約《陸戰法規和慣例》的前言，全文如下：“Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience.”前南斯拉夫國際法庭初審分庭在 Martić 案指出：“Furthermore, the prohibition against attacking the civilian population as such, as well as individual civilians, and the general principle limiting the means and methods of warfare also derive from the “Martens clause.” This clause has been incorporated into basic humanitarian instruments... Moreover, these more also emanate from the elementary consideration of humanity which constitute the foundation of the entire body of international humanitarian law applicable to all armed conflicts.” (Martić (IT-95-11), Trial Chamber Decisions, Review of the Indictment Pursuant to the Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 Sep 1996, para.13.)因此 Martens 條項似乎在國際法庭的實踐上被獲得確認為習慣法的一部份，儘管「編纂」(codification)與「立法」不同，但是似乎不可抹滅國際法庭在這方面確認習慣法的貢獻。參見：Theodor Meron, the Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience, 94 American Journal of International Law 78 (2000).

²¹⁵ ICTR, Musema, Alfred (ICTR-96-13), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, Jan 27, 2000,

際法庭規約》第4條²¹⁶賦予國際法庭對於違反第二附加議定書的管轄權的制度設計，安理會係選擇採取擴張性方式²¹⁷，將人道法適用於非國際衝突，因為即使盧安達有批准該公約，如果違反該公約的罪行並不產生「對世界的普遍責任」(*erga omnes*)²¹⁸，則管轄權的基礎並非無爭議，不過由於國際法庭係在盧安達的主動邀請下所設立²¹⁹，儘管最後盧安達因為其他原因投下反對票²²⁰，因此該項管轄權並無疑義。

儘管就實體法事項國際法庭不具立法權；就程序事項安理會決議授權國際法庭行使「規則制訂權」(*rulemaking power*)²²¹，國際法庭的法官

para.238. “In the Kayishema and Ruzindana Judgement, Trial Chamber II adjudged, without addressing the question whether or not the instruments incorporated in Article 4 of the Statute are to be considered as customary international law, that these instruments were indisputably in force in Rwanda at the time, as Rwanda became a Party to the Conventions of 1949 on 5 May 1964 and to Protocol II on 19 November 1984. Moreover, the Trial Chamber stated that, as all the offences enumerated in Article 4 of the Statute also constituted offences under the laws of Rwanda, there was no doubt that persons responsible for the breaches of these international instruments during the events in the Rwandan territories in 1994 could be subject to prosecution.”

²¹⁶ Statute of ICTR, Article 4 (Violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II) provides, “The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 9 June 1977. These violations shall include, but shall not be limited to:(a)Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular, murder as well as cruel treatment such torture, mutilation or any form of corporal punishment;(b) Collective punishments;(c)Taking punishments;(d)Acts of terrorism;(e)Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault;(f)Pillage;(g)The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples;(h)Threats to commit any of the forgoing acts.”

²¹⁷ S/1995/134, para.12. “the Security Council has elected to take a more expansive approach to the choice of the applicable law than the one underlying the statute of the Yugoslavia Tribunal, and included within the subject-matter jurisdiction the Rwanda Tribunal international instruments regardless of whether they were considered part of customary international law.”

²¹⁸ Robert Kolb, *The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals of Their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004)*, 76 *British Yearbook of International Law* 269 (2005), at p.272.

²¹⁹ S/1994/1115.

²²⁰ S/PV.3453.

²²¹ Statute of ICTY, Article 15 (Rules of procedure and evidence), provides, “The judges of the International Tribunal shall adopt rules of procedure and evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and

具有立法權²²²。從國際法庭實踐來看：法官經由全體會議投票²²³通過制訂及修正《規則》²²⁴；法官經由分庭個案裁判多數意見擁有「程序普通法造法權」(procedural common lawmaking)²²⁵。一個解釋程序判

witnesses and other appropriate matters.”; Statute of ICTR, Article 14 (Rules of Procedure and Evidence), provides, “The Judges of the International Tribunal for Rwanda shall adopt, for the purpose of proceedings before the International Tribunal for Rwanda, the Rules of Procedure and Evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of the victims and witnesses and the other appropriate matters of the International Tribunal for the former Yugoslavia with such changes as they deem necessary.”

²²² Third Annual Report of ICTY, S/1996/665, para.3. “judges of the Tribunal are obliged by the statute to “legislate” on procedural matters.”

²²³ Rules of Procedure and Evidence of ICTY, Rule 6 (Amendment of the Rules), provides:

- (A) Proposals for amendment of the Rules may be made by a Judge, the Prosecutor or the Registrar and shall be adopted if agreed to by not less than ten permanent Judges at a plenary meeting of the Tribunal convened with notice the proposal addressed to all Judges.
- (B) An amendment to the Rules may be otherwise adopted, provided it is unanimously approved by the permanent Judges.
- (C) Proposals for amendment of the Rules may otherwise be made in accordance with the Practice Direction issued by the President.
- (D) An amendment shall enter into force seven days after the date of issue if an official Tribunal document containing the amendment, but shall not operate to prejudice the rights of the accused or of a convicted or acquitted person in any pending case.

Rules of Procedure and Evidence of ICTR, Rule 6 (Amendment of the Rules), provides:

- (A) Proposals for amendment of the Rules may be made by a Judge, the Prosecutor or the Registrar and shall be adopted, if agreed to by not less than ten Judges at a Plenary Meeting of the Tribunal convened with notice of proposal addressed to all Judges.
- (B) An amendment of the Rules may be adopted otherwise than as stipulated IN Sub-Rule (A) above; provided it is approved unanimously by any appropriate means either done in writing or confirmed in writing.
- (C) An amendment shall enter into force immediately, but shall not operate to prejudice the rights of the accuse in any pending case.

²²⁴ 不少論者批評法官同時擁有《訴訟程序與證據規則》之立法權與案件之裁判權的制度設計，例如參見：Fabricio Guariglia, the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court: a New Development in International Adjudication of Individual Criminal Responsibility 1111, in the Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary, Antonio Cassese et al. (eds.), 2002.

²²⁵ 「程序普通法」(Procedural Common Law)的造法權指的是法官透過個案判決，對程序之相關規定做出意見，形成「判例法」(case law)，由於上述造法方式係為「普通法」(common law)所特有，是以這裡以程序普通法稱之。參見：Amy Coney Barrett, Procedural Common Law, 94 Virginia Law review 813 (2008)。儘管國際法傳統上對於判例法並未賦予先例拘束力，亦即，先例僅具有輔助的地位。例如：《國際法院規約》第 59 條：「法院之裁判除對於當事國稟案外，無拘束力。」但是上訴分庭透過實踐確立先例的地位。參見：M. A. Drumbl and K. S. Gallant, Appeals in the *Ad Hoc* International Criminal Tribunals: Structure, Procedure and Recent Cases, 3 Journal of Appellate Practice and Process 634 (2001); Rosa Theofanis, the Doctrine of *Res Judicata* in International Criminal Law, 3 International Criminal Law review 195 (2003); Xavier Tracol, The Precedent of Appeals Chambers Decisions in the international Criminal Tribunals, 17 Leiden Journal of International Law 67 (2004)。前南斯拉夫法庭上訴分庭在 *Aleksovski* 案確立了除非因法官因對應適用之法律理解不足錯誤導致錯誤決定以外上訴分庭應遵守先例之原則。參見：Aleksovski (IT-95-14/1), Appeals Chamber, Judgment, 24 Mar 2000 paras.107-09. “in the interests of certainty and predictability, the Appeals Chamber should follow its previous decisions, but should be free to depart from them for cogent reasons in the interests of justice. Instances of situations where cogent reasons in the interests of justice require a departure from a previous decision include cases where the previous

例造法權的權力來源的理論是：安理會擁有程序立法權，如果它不行使該項權力，法庭即得以判例塑造規範自身的程序，但是如果安理會選擇透過《規約》立法，則與《規約》衝突的規則判例法則不具效力。由於在實踐上安理會透過《規約》將規則制訂權授予國際法庭，所以全體會議所制訂的《規則》如果沒有違反《規約》所規定的「指導原則」(intelligible principle)²²⁶，並且在安理會未介入《規則》制訂程序

decision has been decided on the basis of a wrong legal principle or cases where a previous decision has been given per incuriam, that is a judicial decision that has been “wrongly decided, usually because the judge or judges were ill-informed about the applicable law.” It is necessary to stress that the normal rule is that previous decisions are to be followed, and departure from them is the exception. The Appeals Chamber will only depart from a previous decision after the most careful consideration has been given to it, both as to the law, including the authorities cited, and the facts.”由於《國際法庭訴訟程序與證據規則》係屬大陸法系與普通法系混和的「特殊」(*sui generis*)體制，該項《規則》並未要求遵守判例(*stare decisis*)；儘管法庭設立時由法官所制訂通過的《規則》參照了美國的草案(U.S. Proposal for Rules of Evidence, reprinted in ABA Section of International Law and practice, Report on the proposed Rules of Procedure and Evidence on the International Tribunal to Adjudicate War Crimes in the Former Yugoslavia, 1995)，因此較具有對立式之普通法系色彩，但是與普通法系仍有許多不同之處，例如就證據認定問題可以提出上訴之設計即為實例。參見：Kai Ambos, *International Criminal Procedure: “Adversarial,” “Inquisitorial,” or Mixed?*, 3 *International Criminal Law Review* 1 (2003)。對於法官自行制訂的《訴訟程序與證據規則》之混和的「特殊」(*sui generis*)體制可能引發之對被告之「公平性」(fairness)問題以及對起訴罪犯的規範性批評，請參見：Noah Weisbord and Matthew A. Smith, *The Reason Behind the Rules: from Description to Normativity in International Criminal Procedure*, 36 *North Carolina Journal of International Law and Comparative Regulation* 255 (2011); Mirjan Damaške, *The Competing Visions of Fairness: the Basic Choice for International Criminal Tribunals*, 36 *North Carolina Journal of International Law and Comparative Regulation* 365 (2011)。

²²⁶ 依據「非授權原則學說」(Nondelegation Principle Doctrine)立法機關不能將立法權授予其他機關，除非所授權之範圍符合「指導原則」(Intelligible Principle)——亦即是否在規約中明確規定授權的範圍以致於可以判斷該機關之決定是否符合立法者的意圖。將內國法制的非授權學說適用於國際組織之國際法規獲得學者的支持（參見：Robert Y. Jennings, *The Spirit of International Law* (book review), 97 *American Journal of International Law* 725 (2003)）。因為國家將部分權力授予國際組織行使之，如果該國際組織再將該權力「向下授予」(sub-delegation)輔助機關行使之，則該項授權必須符合「非授權原則」，因為該項權力的權力基礎係出於國家的同意，這項權力關係與內國法制中立法機關的立法權是出於人民的授權，因此立法權之授權不應違反「非授權原則」之概念相同。參見：Danesh Sarooshi, *The Essentially Contested Nature of the Concept of Sovereignty: Implications for the Exercise by International Organizations of Delegated powers of Government*, 25 *Michigan Journal of International Law* 1107 (2004)。另參見美國判例法實踐，例如：United States, *Amalgamated Meat Cutters v. Connally*, 337 F. Supp. 737, 747 (D.C. 22 October, 1971)。 “Congress is free to delegate legislative authority... The issue is whether the legislative description of the task assigned “sufficiently marks the field... so that it may be known whether he has kept within it in compliance with the legislative will... The principle permitting a delegation of legislative power, if there has been sufficient demarcation of the field to permit a judgment whether the agency has kept within the legislative will.” 另參見相關學說，例如：Cass Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 *University of Chicago Law Review* 315 (2000); Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation*

的條件下²²⁷，《規則》即可視為安理會立法的一部分，是以程序判例

Doctrine, 69 University of Chicago Law Review 1721 (2002). 安理會將「指導原則」規定在《前南斯拉夫國際法庭規約》第 20 至 22 條，《盧安達國際法庭規約》第 19 至 21 條，二者規定大同小異，這裡僅列出《前南斯拉夫國際法庭規約》的規定：

Article 20 (Commencement and conduct of trial proceedings), provides:

“1. The Trial Chambers shall ensure that a trial is fair and expeditious and that proceedings are conducted in accordance with the rules of procedure and evidence, with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses. 2. A person against whom an indictment has been confirmed shall, pursuant to an order or an arrest warrant of the International Tribunal, be taken into custody, immediately informed of the charges against him and transferred to the International Tribunal. 3. The Trial Chamber shall read the indictment, satisfy itself that the rights of the accused are respected, confirm that the accused understands the indictment, and instruct the accused to enter a plea. The Trial Chamber shall then set the date for trial. 4. The hearings shall be public unless the Trial Chamber decides to close the proceedings in accordance with its rules of procedure and evidence.”

Article 21 (Rights of the accused), provides:

“1. All persons shall be equal before the International Tribunal. 2. In the determination of charges against him, the accused shall be entitled to a fair and public hearing, subject to article 22 of the Statute. 3. The accused shall be presumed innocent until proved guilty according to the provisions of the present Statute. 4. In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him; (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing; (c) to be tried without undue delay; (d) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it; (e) to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (f) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in the International Tribunal; (g) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.”

Article 22 (Protection of victims and witnesses), provides:

“The International Tribunal shall provide in its rules of procedure and evidence for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but shall not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim’s identity.”

²²⁷ 安理會在第 1503(2003)號決議規定《完成工作戰略》以及第 1534(2004)號決議規定將不重要的案件移交給國家主管司法機關。上述安理會決議係屬介入國際法庭的程序，用以確保國際法庭能夠符合《完成工作戰略》所定並經第 1503(2003)號決議批准的時間框架。決議內文如下：

S/RES/1503, operative part, para.7, provides:

“Calls on the ICTY and the ICTR to take all possible measures to complete investigations by the end of 2004, to complete all trial activities at first instance by the end of 2008, and to complete all work in 2010 (the Completion Strategies).”

S/RES/1534, operative part, paras.3-7, provides:

“3. Emphasizes the importance of fully implementing the Completion Strategies, as set out in paragraph 7 of resolution 1503 (2003), that calls on the ICTY and ICTR to take all possible measures to complete investigations by the end of 2004, to complete all trial activities at first instance by the end of 2008 and to complete all work in 2010, and urges each Tribunal to plan and act accordingly; 4. Calls on the ICTY and ICTR Prosecutors to review the case load of the ICTY and ICTR respectively in particular with a view to determining which cases should be proceeded with and which should be transferred to competent national jurisdictions, as well as the measures which will need to be taken to meet the Completion Strategies referred to in resolution 1503 (2003) and urges them to carry out this review as soon as possible and to include a progress report in the assessments to be provided to the Council under paragraph 6 of this resolution; 5. Calls on each Tribunal, in reviewing and confirming any new indictments, to ensure that any such indictments concentrate on the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the jurisdiction of the relevant Tribunal as set out

法與《規則》發生衝突時，《規則》優先適用²²⁸。

上述理論具有相當解釋力，但是並不完整，因為程序判例造法權的權力來源非僅出自於安理會的授權，實踐上由於法庭具有固有的程序性權威，程序判例造法權常以固有權力作為其權力來源，因此儘管安理會擁有管制規則的權力，但是有些固有的程序性權威非安理會所能剝奪。儘管法庭具有某些固有的程序性權威是一項不爭的事實，但是實踐上發展較為成熟的固有權力是法庭的「藐視法庭權」²²⁹，對於固有的程序性權威作為法庭控制其內部程序的一項廣泛權力具有不少爭議。本章探討安理會決議授權與國際法庭的固有權力之間的關係，並以固有權力的理論及判例的實踐嘗試回答《規則》與程序判例法衝突時較好的處理方式為何，並且指出當分庭在個案裁判上忽視《規則》之規定或以程序判例法修改《規則》時對安理會決議的效力產生什麼影響。

in resolution 1503 (2003); 6. Requests each Tribunal to provide to the Council, by 31 May 2004 and every six months thereafter, assessments by its President and Prosecutor, setting out in detail the progress made towards implementation of the Completion Strategy of the Tribunal, explaining what measures have been taken to implement the Completion Strategy and what measures remain to be taken, including the transfer of cases involving intermediate and lower rank accused to competent national jurisdictions; and expresses the intention of the Council to meet with the President and Prosecutor of each Tribunal to discuss these assessments; 7. Declares the Council's determination to review the situation, and in the light of the assessments received under the foregoing paragraph to ensure that the time frames set out in the Completion Strategies and endorsed by resolution 1503 (2003) can be met.”

²²⁸ Daryl A. Mundis, *The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc International Criminal tribunals*, 1 *International Criminal Law Review* 191 (2001), at p.220.

²²⁹ Gwendoly Stamper, *Infusing Due Process and the Principle of Legality into Contempt Proceedings before the International Criminal tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal tribunal for Rwanda*, 109 *Michigan Law review* 1551 (2011).

第一項 特殊主義

安理會對於前南斯拉夫與盧安達境內普遍、廣泛發生的公然違反國際人道法的行為，表示極為震撼及嚴重關切，並斷定這一情況對國際和平與安全構成威脅²³⁰，深信設立國際法庭有助於維持與恢復和平，並為此目的依據《憲章》第七章通過執行辦法²³¹，該項執行辦法即為安理會決議第 827（1993 年）號與第 955（1994 年）號，並以《國際法庭規約》作為上述安理會決議的附件之方式，先後設立了前南斯拉夫國際法庭²³²與盧安達國際法庭²³³（簡稱國際法庭），作為安理會的「輔助機關」（subsidiary organ）²³⁴，並且是「特殊的」（special kind）²³⁵輔助

²³⁰ “Determining that this situation continues to constitute a threat to international peace and security”(S/RES/827, preamble, para.4); “Determining that this situation continues to constitute a threat to international peace and security”(S/RES/955, preamble, para.5).

²³¹ 依據《憲章》第 24 條第 1 項：「為保證聯合國行動迅速有效起見，各會員國將維持國際和平及安全之主要責任，授予安全理事會，並同意安全理事會於履行此項責任下之職務時，即係代表各會員國」安理會之職務係屬「維持國際和平及安全」，因此安理會得「代表」各會員國依據《憲章》第七章通過「執行辦法」用以維持國際和平及安全，即使該項執行辦法涉及「國內管轄之事件」，依據《憲章》第 2 條第 7 項：「本《憲章》不得認為授權聯合國干涉在本質上屬於任何國家國內管轄之事件，且並不要求會員國將該項事件依本《憲章》提請解決；但此項原則不妨礙第七章內執行辦法之適用」，該項執行辦法依然有效適用。

²³² 其英文全名為：International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991。參見：S/RES/827。

²³³ 其英文全名為：International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994。參見：S/RES/955。

²³⁴ 聯合國秘書長（聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704, para.28.）指出：「在目前這種特殊情況下，安全理事會可在《憲章》第二十九條的條件下設立一個司法性質的輔助機關，以作為根據第七章採取的一項執行辦法。當然，這個機關必須獨立於政治因素之外來履行其職責，這個機關在履行其司法職責時也不受限於安全理事會的權威或控制。不過，作為依據第七章採取的執行辦法，這一國際法庭設置多長時間，將視前南斯拉夫領土內國際和平與安全恢復和維持的情況以及安全理事會就此問題作出的決定而定」；並指出（1995 年 2 月 13 日秘書長按照安理會第 955(1994)號決議第 5 段提出的報告，S/1995/134, para.8.）：「盧安達國際法庭是安全理事會在《憲章》第二十九意義範圍內一個輔助機關。因此它在行政和

機關：國際法庭。

依據塔迪奇管轄權案上訴分庭之見解，特殊的輔助機關是指國際法庭作為一個司法機關，其母體機關（安理會）與輔助機關（國際法庭）之間的法律關係，與一般情況下之母體機關對輔助機關的權威與控制之原則有別。如果接受國際法庭是特殊的輔助機關之見解（簡稱特殊主義），可以看出對於國際法庭的權力範圍之界定以及是否具有獨立性之探討，無法單從一般情況下母體機關的授權進行分析。儘管一般情況下母體機關得透過制訂輔助機關的組成文件，限制輔助機關的權力範圍，按輔助機關的權力係出自母體機關之授權，其組成文件之規定界定其授權範圍；但是如果輔助機關是一個法庭，依據塔迪奇管轄權案上訴分庭之見解，限制法庭之權力範圍將有爭議，特別是如果該項限制威脅到法庭之司法性質或獨立性，按法庭之司法性質或獨立性的維護與保障是一項根深蒂固的一般國際法原則，僅在可能程度允許的範圍內，明示條項規定該原則之不適用或限縮適用的條件下，才得

財政問題上視聯合國各機關而定；但是，它作為一個司法機關，則獨立於任何一個特定國家或國家集團，包括其母體機關安全理事會之外」。

²³⁵ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.15. "To assume that the jurisdiction of the International Tribunal is absolutely limited to what the Security Council "intended" to entrust it with, is to envisage the International Tribunal exclusively as a "subsidiary organ" of the Security Council (see United Nations Charter, Arts. 7(2) & 29), a "creation" totally fashioned to the smallest detail by its "creator" and remaining totally in its power and at its mercy. But the Security Council not only decided to establish a subsidiary organ (the only legal means available to it for setting up such a body), it also clearly intended to establish a special kind of "subsidiary organ": a tribunal."

對該原則做出限制²³⁶。所以如果輔助機關是法庭，對於它的權力範圍之界定與獨立性之保障，僅在母體機關有明示規定之條件下，才能從組成文件之規定對其進行分析，但是由於《國際法庭規約》並未做出該項明示規定，所以就此要件來看並不清楚。

第二項 意圖主義

依據學者 Alvarez 的見解²³⁷，塔迪奇管轄權案上訴分庭引用國際法院在 1954 年行政法庭案之見解之目的，係欲指出安理會有意設立一個獨立的輔助機關：國際法庭。考量到安理會設立國際法庭之意圖，係基於國際法院在行政法庭案所提出之「意圖主義」：所謂意圖主義係指輔助機關所做的決定是否得拘束母體機關，不是取決於母體機關與輔助機關之間的關係，而是取決於母體機關設立輔助機關時的意圖，以及組成文件授權輔助機關之職務的性質²³⁸。檢視《行政法庭規約》

²³⁶ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.19. "It is true that this power can be limited by an express provision in the arbitration agreement or in the constitutive instruments of standing tribunals, though the latter possibility is controversial, particularly where the limitation risks undermining the judicial character or the independence of the Tribunal. But it is absolutely clear that such a limitation, to the extent to which it is admissible, cannot be inferred without an express provision allowing the waiver or the shrinking of such a well-entrenched principle of general international law."

²³⁷ Jose E. Alvarez, Nuremberg Revisited: The Tadić Case, 7 European Journal of International Law 245 (1996), at p.247.

²³⁸ Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, at p.60. "The question cannot be determined on the basis of the description of the relationship between the General Assembly and the Tribunal, that is, by considering whether the Tribunal is to be regarded as a subsidiary, a subordinate, or a secondary organ, or on the basis of the fact that it was established by the General Assembly. It depends on the intention of the General Assembly in establishing the Tribunal, and on the nature of the functions conferred upon it by its Statute. An examination of the language of the Statute of the Administrative Tribunal has shown that the General Assembly intended to establish a judicial body; moreover, it had the legal capacity under

可知大會有意設立一個司法機關，並且大會又有法律上能力設立行政法庭，並且按《行政法庭規約》行政法庭判決係屬最終審判，並未提供大會對行政法庭判決進行審查之機制，儘管大會得透過修改《行政法庭規約》如此這麼做，但是大會沒有這麼做，是以行政法庭之判決拘束大會²³⁹。

所以如果適用意圖主義，並檢視安理會決議²⁴⁰，可知安理會有意設立國際法庭，其設立國際法庭之目的，係專為起訴應對嚴重違反國際人道法行為負責的人，因此在表面證據上國際法庭的判決也拘束安理會，安理會不得依據《憲章》第七章推翻該項判決，是以國際法庭在個案上之判決的獨立性獲得保障，不因安理會是聯合國之政治機關，就無法設立一個具有司法性質的、獨立於政治之外的輔助機關：國際法庭。

進一步來看，儘管安理會沒有司法權力，但是安理會在設立國際法庭時並非將其所有的司法權力授予國際法庭，依據學者 Sarooshi 的看法，安理會係授予國際法庭在個案判決上之拘束權力，該拘束權力不

the Charter to do so.”

²³⁹ Id, pp.60-61.

²⁴⁰ S/RES/827, operative part, para.2. 「茲決定設立一個國際法庭，其唯一目的是起訴應對從 1991 年 1 月 1 日至安全理事會於和平恢復後決定的日期前南斯拉夫境內所犯的嚴重違反國際人道主義法行為負責的人，並為此目的通過上述報告所附的《國際法庭規約》」；S/RES/955, operative part, para.1. 「收到了盧旺達政府的要求 (S/1994/1115)，茲決定設立一個國際法庭，專為起訴應對 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日期間盧旺達境內種族滅絕和其他嚴重違反國際人道主義法行為負責者和應對這一期間鄰國境內種族滅絕和其他這類違法行為負責的盧旺達公民，並為此目的通過本決議所附《盧旺達問題國際法庭規約》」。

僅拘束被起訴之個人²⁴¹，也拘束應服從國際法庭管轄之各國國內法院²⁴²，該項拘束權力係屬各會員國為保證聯合國行動迅速有效起見，依據《憲章》第 25 條²⁴³以及第七章，授權安理會當它按《憲章》規定通過執行辦法，各會員國已經事先「同意」事後將「接受並履行」該項執行辦法的拘束權力。不僅如此，該項拘束權力也拘束安理會本身，按依據意圖主義：不因為輔助機關之下屬地位，其決定就不能拘束母體機關，所取決的是：母體機關的意圖；以及該輔助機關之職務性質是否會導致母體機關不擁有設立它的法律上能力。安理會有設立國際法庭之意圖，並且沒有自己審查國際法庭判決之設計，亦即國際法庭之判決係屬最終審判，所以只要安理會有設立國際法庭的法律上能力，則國際法庭之判決也將拘束安理會本身。

²⁴¹ 《前南斯拉夫國際法庭規約》第 1 條 (Competence of the International Tribunal):

“The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.”

《盧安達國際法庭規約》第 1 條 (Competence of the International Tribunal for Rwanda):

“The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute.”

²⁴² S/RES/827, operative part, para.4. “Decides that all States shall cooperate fully with the International Tribunal and its organs in accordance with the present resolution and the Statute of the International tribunal and that consequently all States shall take any measures necessary under their domestic law to implement the provisions of the present resolution and the Statute, including the obligation of States to comply with requests for assistance or orders issued by a Trial Chamber under Article 29 of the Statute”

S/RES/955, para.2. “Decides that all States shall cooperate fully with the International Tribunal and its organs in accordance with the present resolution and the Statute of the International Tribunal and that consequently all States shall take any measures necessary under their domestic law to implement the provisions of the present resolution and the Statute, including the obligation of States to comply with requests for assistance or orders issued by a Trial Chamber under Article 28 of the Statute, and requests States to keep the Secretary-General informed of such measures”

²⁴³ 《憲章》第 25 條：「聯合國會員國同意依《憲章》之規定接受並履行安全理事會之決議」。

第三項 必需下的默示授權

在國際法院的行政法庭案，國際法院指出有必要探討《憲章》是否授權大會設立法庭，國際法院引用它在 1949 年聯合國職務賠償案²⁴⁴之見解：「依據國際法原則，儘管一項權力在《憲章》中並未明示授權，但假使該項權力係屬一個機關履行其責任所必需，則應假定已依『必需下的默示授權』(necessary implication)之²⁴⁵」。

大會依據《憲章》第 101 條有管制聯合國職員與聯合國之間的關係之權力，而設立行政法庭為行使該項權力所必需，因此大會有權設立行政法庭²⁴⁶。安理會設立國際法庭有二項目的：第一、制止違反國際人道法之罪行，並將應對上述罪行負責的人繩之以法²⁴⁷；第二、恢復與維持和平（前南斯拉夫和盧安達）以及民族和解（盧安達）²⁴⁸；可以說安理會認為設立國際法庭係屬履行其主要責任所必需，因此安理會

²⁴⁴ ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949.

²⁴⁵ ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, p.182. “Under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties.”

²⁴⁶ ICJ, *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion of 13 July 1954, p.57. 國際法院指出大會具有設立行政法庭的法律上能力，「該能力係出自於《憲章》必需下的意圖」。

²⁴⁷ S/RES/827, preamble, para.5. “Determined to put an end to such crimes and to take effective measures to bring to justice the persons who are responsible for them”; S/RES/955, preamble, para.6. “Determined to put an end to such crimes and to take effective measures to bring to justice the persons who are responsible for them”.

²⁴⁸ S/RES/827, preamble, para.6. “contribute to the restoration and maintenance of peace.”; S/RES/955, preamble, para.7. “...contribute to the process of national reconciliation and to the restoration and maintenance of peace.”

有設立國際法庭之法律上能力。但是由於安理會欲將上述罪行負責的人繩之以法之目的，該項目的似乎涉及了設立國際法庭是否會侵犯到國際法院的專屬權力範圍之問題，所以有必要進一步分析。

依據《憲章》之權力安排，聯合國各主要機關各具有特定權力，儘管權力時有重疊之處，但不得侵犯彼此專屬的權力範圍²⁴⁹。《憲章》中對安理會設立輔助機關之規定有第 7 條第 2 項：「聯合國得依本《憲章》設立認為必需之輔助機關」以及第 29 條：「安全理事會得設立其認為於行使職務所必需之輔助機關」二項規定。第 7 條第 2 項提供了一般性權威：安理會得以非限制性的方式，僅在認為必需之條件下即得設立輔助機關，而不需要與其職務有所關係；第 29 條則提供特定性權威：安理會僅在行使其職務所必需之條件下才得設立輔助機關。學者 Sarooshi 以為：第 7 條第 2 項在其本身即構成設立輔助機關之法律依據，不需要同時符合第 29 條之規定²⁵⁰，因此安理會設立國際法

²⁴⁹ 例如儘管《憲章》第 24 條第 1 項賦予安理會維持國際和平與安全之「主要責任」(primary responsibility)，這並不排除大會行使維持國際和平與安全之「次要責任」(secondary responsibility)，本原則在國際法院聯合國特定費用案獲得確立，參見：ICJ, *Certain Expenses of the United Nations* (Article 17, paragraph 2, of the Charter), *Advisory Opinion of 20 July 1962*, p.151. 在聯合國特定費用案，大會是否有設立「第一次聯合國中東維和部隊」(UNEF I)的權限受到挑戰，國際法院指出：依據《憲章》第 24 條授予安理會的主要責任，在維持國際和平與安全上係屬「主要」而非「專屬」，並且「《憲章》清楚充分表示大會也應關心國際和平與安全」，儘管如此「只有安理會得要求針對侵略者的強制執行行動」(p. 163)。因此學者 Sarooshi 以為在安理會與大會的權限分配上，《憲章》所規定的界限是大會不得對國家施加展開軍事執行行動的要求，如果由大會所設立的維和部隊（係屬大會的輔助機關）要求國家貢獻部隊，則該項設立係屬超越權限，由於本案係屬出於國家自願之基礎故不違反《憲章》規定。參見：Danesh Sarooshi, *the Legal Framework Governing United Nations Subsidiary Organs*, 67 *British Yearbook of International Law* 413 (1996), at pp. 458-462; Danesh Sarooshi, *Chapter 3: The Delegation of Powers to UN Subsidiary Organs*, pp. 86-141 in *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (2005), at p.136.

²⁵⁰ Danesh Sarooshi, *the Legal Framework Governing United Nations Subsidiary Organs*, 67 *British*

庭之合法性係依據第 7 條第 2 項之一般性權威，而非依據第 29 條之特定性權威。學者 Sarooshi 並進一步指出聯合國秘書長所說「在《憲章》第二十九條的條件下」的輔助機關應是指第 29 條型態的輔助機關，而非依據第 29 條所設立的輔助機關²⁵¹。由於安理會不具有司法權力，因此安理會設立國際法庭時，並非將非其所有之司法權力授權國際法庭，安理會係設立認為必需之輔助機關：國際法庭，用以履行其維持國際和平與安全之主要責任。

第四項 司法獨立性

儘管安理會無法授權國際法庭司法權力，但為保證國際法庭的司法功能正常運作，安理會透過《國際法庭規約》授予國際法庭拘束權力，該項拘束權力即係各會員國依據《憲章》第 25 條及第七章授權安理會之拘束權力，國際法庭在決定特定個人之刑事責任以及各會員國國內法院同國際法庭司法合作之方式等二事項上即具有該項拘束權力；亦即，國際法庭所做決定即係屬於安理會為維持國際和平與安全所採取之執行辦法，是以國際法庭在個案上之決定也同時拘束安理會本身，輔助機關之決定無法拘束母體機關之論述並不成立，因為輔助機關之

Yearbook of International Law 413 (1996), at pp. 422-425.

²⁵¹ Danesh Sarooshi, Chapter 3: The Delegation of Powers to UN Subsidiary Organs, pp. 86-141 in International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers (2005), at p.98.

決定是否得拘束母體機關端取決於輔助機關設立之意圖(意圖主義),是以國際法庭之判決也同時拘束安理會,是以國際法庭之司法獨立性獲得保障,亦即安理會不得以國際法庭之個案判決威脅到國際和平與安全為由,推翻該決定,當然,安理會得透過修改《國際法庭規約》,維持其對國際法庭之權威與控制,特別是終止其運作。因此,對於分析國際法庭的權力,從安理會決議授權之角度,主要有特殊主義與意圖主義二種解釋原則,這二種解釋原則,非必然具有衝突性,特別是在國際法庭的司法獨立性之保障上即獲致相同結論:亦即國際法庭具有司法獨立性。

第五項 國際法庭權力的類型

就國際法庭的實際運作上來看,可以發現國際法庭主要具有以下列二項權力:第一、就個案判決上對於被起訴之個人以及應服從國際法庭管轄之各國國內法院之拘束權力;第二、國際法庭對《國際法庭訴訟程序與證據規則》的規則制訂權。第一項權力已經獲得分析,亦即因為國際法庭作為司法機關所具有之特殊性,以及因為安理會的有意授權,所以國際法庭的拘束權力具有合法性並且其權力基礎係基於特殊主義與意圖主義下《憲章》的必需下的默示授權。但是對於國際法庭的規則制訂權,其權力來源以及《憲章》下之權力基礎為何,則有進

一步探討之必要。

第六項 規則制定權

規則制訂權的權力來源之有下列二種主張：第一、國際法庭的固有權力；第二、《國際法庭規約》之授權。對於《國際法庭規約》沒有觸及之事項，國際法庭是以固有權力作為其權力來源，對於《國際法庭規約》有觸及之事項，國際法庭是以《國際法庭規約》之授權作為其權力來源。

國際法庭同時具有維護「司法制度」(administration of justice)之權力²⁵²以及用來規範司法制度之程序之規則制訂權之安排，是否符合《憲章》之規定？如果與國際刑事法院相較：國際刑事法院的《規則》係由國際刑事法院的締約國成員經磋商後通過²⁵³，而非交由國際刑事法院自行制訂；國際法庭作為聯合國機關，其規則制訂權的權力基礎必須基

²⁵² 法庭維護司法制度的權力係屬法庭有效執行司法職務所必需的一部份，主要表現在對於當事人違反訴訟程序規定的起訴與懲罰，例如：洩漏受保護之證人的身份、提供錯誤之證據、以及藐視法庭等。法庭對以上犯罪的管轄權並未規定在安理會所制訂的《規約》之中，而是規定在法官自行制訂的《訴訟程序與證據規則》之中，法庭的該項管轄權可能會引發同時扮演制訂《規則》又依據《規則》賦予自身的管轄權進行裁判之批評。參見：Göran Sluiter, the ICTY and Offences against the Administration of Justice, 2 Journal of International Criminal Justice 631 (2004).

²⁵³ 《國際刑事法院規約》第五十一條（程式和證據規則）：「(一)《程式和證據規則》在締約國大會成員三分之二多數通過後生效。(二)下列各方可以提出《程式和證據規則》的修正案：1.任何締約國；2.以絕對多數行事的法官；或3.檢察官。修正案在締約國大會成員三分之二多數通過後立即生效。(三)在《程式和證據規則》通過後，遇《規則》未對本法院面對的具體情況作出規定的緊急情況，法官得以三分之二多數制定暫行規則，在締約國大會下一次常會或特別會議通過、修正或否決該規則以前暫予適用。(四)《程式和證據規則》、其修正案和任何暫行規則，應與本規約保持一致。《程式和證據規則》的修正案及暫行規則，不應追溯適用，損及被調查、被起訴或已被定罪的人。(五)本規約與《程式和證據規則》衝突之處，以本規約為準。」

於《憲章》之規定，有別於非聯合國機關之國際刑事法院僅需參照《國際刑事法院規約》之規定。

第七項 特殊主義下的權力分立原則

如果進一步闡述特殊主義：安理會係屬政治機關，其所有的係屬政治權力；國際法庭係屬司法機關，其所有的係屬司法權力，不因國際法庭下屬地位使其司法權力有所減損，也不因安理會上司地位使其擁有司法權力，國際法庭的司法權力並非出自於安理會的授權，而是出自於《憲章》的授權，《憲章》第 102 條規定：「國際法院為聯合國之主要司法機關」並未排除聯合國之其他司法機關存在的可能性，國際法庭作為聯合國之司法機關其所擁有之司法權力係出自於《憲章》的直接授權，其設立方式係依據安理會決議而非依據《憲章》條文，並不影響其作為聯合國司法機關之地位，因此從權力性質不同來看，安理會的政治權力與國際法庭的司法權力具有權力分立原則意義下的分立地位。

有鑑於政治權力不同於內國憲法的立法權力或行政權力，以及內國憲法之法秩序與《憲章》之法秩序不同，不應將內國憲法之權力分立原則直接等同之。本文定義「特殊主義下的權力分立原則」：用以指稱

安理會的政治權力與國際法庭的司法權力的分立之概念，以示區別。

第八項 功能必需主義與目的主義

規則制訂權並非一種單純的政治權力或司法權力，它具有混和性質，從特殊主義下的權力分立原則來看，由於規則制訂權的混和性質，所以規則制訂權應由安理會與國際法庭共享²⁵⁴；亦即規則制訂權的權力範圍必須同時屬於下列二者之交集：第一、國際法庭行使司法功能所必需的權力之權力範圍，稱為功能必需主義²⁵⁵；第二、國際法庭的權力範圍與義務必須基於組成文書與實踐發展所規定或默示的目的及功能，稱為目的主義。

目的主義是一種解釋《國際法庭規約》的方法，稱為「目的主義的解

²⁵⁴ 依據權力分立原則中的「功能主義」(functionalism)，它是一種務實主義，一項權力應由最適合行使該項權力的機關行使之，由於國際法庭作為一個司法機關，顯然比較瞭解規則之制訂，所以規則制訂權應由國際法庭行使，但是由於規則制訂權是屬於「司法性質外的權力」(extra-judicial power)，並且儘管規則屬於非實質性的規定而是程序上規定但是還是會影響到個人的權利，只是其影響層面並非個案而是對通案產生影響，從這方面來看，安理會作為政治機關擬定規則制訂的方針後再授權給國際法庭顯然是較適當之作法；另外，依據權力分立原則中的「形式主義」(formalism)，它是一種結構主義，各機關僅得行使《憲章》賦予的權力，一項行動應在各機關取得共識後才得展開，這個結構本身是對聯合國組織龐大權力有效及必需之制衡，用以保障個人的權利，因此一項規則假使國際法庭或安理會不同意則無法運作；是以不論是依據功能主義或是依據形式主義都可以得出在權力分立原則下規則制訂權由安理會與國際法庭共享之結論，而非規則制訂權為安理會所專屬或國際法庭所專屬之「絕對主義」(absolutism)之結論。參照美國法制的實踐：Linda S. Mullenix, *Unconstitutional Rulemaking: The Civil Justice Reform Act and Separation of Power*, 77 *Minnesota Law Review* 1283, 1330 (1992). “Perhaps the best view of rulemaking authority is that it is a constitutionally- and statutorily-shared power, to be exercised in coordination by the legislative and judicial branches.”

²⁵⁵ 功能必需主義係指以為為了達成國際性法院功能所必需的權力作為固有權力的基礎及來源，依據學者 Chester Brown 的看法，功能必需主義是解釋固有權力的權力來源中較佳的觀點，國際性法院的很多判例都主張以功能必需主義作為固有權力的權力基礎。參見：Chester Brown, *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, 75 *British Yearbook of International Law* 195 (2004), at pp.228-229.

釋方法」(teleological approach)。依據學者 Brownlie 的看法：「司法解釋得導致一個組織權力範圍的擴張，如果該解釋方式係基於目的主義。依據目的主義，一項行動符合或至少是假定符合其權力範圍，如果該項行動係基於組織表述的目的」²⁵⁶。因此目的主義作為一項要件，係用來判斷國際法庭是否超越其權限的標準，所謂符合目的主義指的是目的主義限制了國際法庭所能行使的權力範圍：從組成文書之明示規定來看，國際法庭的權力範圍不得違背其規約目的；從組成文書之默示授權來看，國際法庭具有履行其責任之義務，該項責任即係屬設立它時安理會有意要求它履行之責任，假使一項權力係屬它履行其責任所必需，則應假定已依必需下的默示授權，是以對於組成文書沒有明示規定的權力，符合默示授權的要件是該項默示權力必須基於組成文書「必需下的意圖」(necessary intendment)：也就是說，默示授權必須符合意圖主義。意圖主義是一種解釋《國際法庭規約》的方法，意圖主義要求默示權力的權力基礎必須基於安理會之授權，亦即安理會的意圖，國際法庭得透過解釋組成文書將必需下的意圖歸給安理會。因此儘管目的主義與意圖主義都是解釋《國際法庭規約》的方法，並且儘管在美國法制上文獻對於規約之解釋有目的主義與意圖主義之間的辯論²⁵⁷，在國際法上對於解釋《國際法庭規約》上，本文以為目

²⁵⁶ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, New York: Oxford University press, (4th ed. 1990), at p.690.

²⁵⁷ 美國法制傳統上對於規約是以靜態的解釋方式，主要分為下列二種：意圖主義者的解釋方式：

的主義與意圖主義可以調和，按目的主義解釋對象是國際法庭的權力範圍是否符合組成文書明示或默示的規定；意圖主義解釋對象是默示授權的範圍；符合目的主義之規定在其本身即要求符合意圖主義之規定。是以目的主義作為一項要件：明示限定其權力行使範圍不得違背其規約目的；默示授予履行其責任所必需之權力，而該項默示授權係出自於安理會之意圖。

對於一項解釋上的問題應依據立法機關的原始意圖會如何回答該問題或者是在通過規約時如果想到該問題會如何回答該問題之意圖；及修正式意圖主義者的解釋方式：使用規約的原始目的作為原始意圖的代理者，特別是後者不清楚時；適切的解釋方式應是可以進一步遂行立法機關通過規約時的目的。因此可以說規約目的是立法意圖的代理者，一般來說，規約目的與立法機關的意圖絕大部分都屬重疊一致。在權威學者 William Eskridge 提出動態規約解釋理論後，實證上進一步確認弱化「原始」(original)的要件，將「演化」(evolutionary)的觀點視為最重要，特別是在規約條文意義不清楚或者是原始的立法機關的預期已經被後續社會與法律發展所取代時。依據動態觀點，法院將意圖或目的歸給立法機關，依據學者 Hart 與 Sacks 所提的解釋規約的目的主義：「法院在解釋規約時應：第一、決定那項『目的』應歸給規約；第二、以如何最佳達成該項『目的』之方式來解釋規約的文字」。參見：William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, 135 *University of Pennsylvania Law Review* 1479 (1987)。在美國法制上，國會透過 1934 年的《規則授權法案》(Rules Enabling Act, 28 U.S.C. §§ 2071-2077)將《聯邦民事訴訟規則》(Federal Rules of Civil Procedure)的規則制訂權授予最高法院，對於《規則授權法案》之解釋（亦即一項民事規則是否違反《規則授權法案》）即出現意圖主義與目的主義間的辯論，學者 Catherine Struve 即以為由於《規則授權法案》多重目的，無法做出確定性之解釋，而應採用意圖主義將 Advisory Committee Note 的意見賦予具有解釋上的權威地位，Advisory Committee Note 是最高法院在制訂規則前收到 Advisory Committee 所提的草案的註解。參見：Catherine T. Struve, *The Paradox of Delegation: Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*, 150 *University of Pennsylvania Law Review* 1099 (2002)。由於國際法庭在制訂《國際法庭訴訟程序與證據規則》時並未公開其會議記錄，也未接受外部草案做為參考，所以無法藉由草案討論得知意圖。學者 Martin Redish 與 Dennis Murashko 則以為目的主義較能以客觀的方式解釋《規則授權法案》，《規則授權法案》主要有二個目的：第一、見立一套一致、有效的訴訟程序體系；第二、不應影響訴訟各造的實質權利及義務。參見：Martin H. Redish and Dennis Murashko, *The Rules Enabling Act and the Procedural-Substantive Tension: a Lesson in Statutory Interpretation*, 93 *Minnesota Law Review* 26 (2008)。與美國法制相較，一個明顯的問題是《規則》的「有效性」以及「不應影響實質權利」是否屬安理會意圖？有關安理會的設立國際法庭的意圖，除了從《國際法庭規約》，還可以從安理會決議(S/RES/827、S/RES/955)、以及安理會要求聯合國秘書長所提交有關國際法庭設立之報告(聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704；1995 年 2 月 13 日秘書長按照安理會第 955(1994)號決議第 5 段提出的報告，S/1995/134)來分析。從安理會決議(S/RES/827、S/RES/955)來看，設立國際法庭是安理會的一項「臨時措施」(ad hoc measure)，安理會通過該項臨時措施的目的很多：包括制止違法、繩之以法、恢復與維持和平以及民族和解，但安理會設立國際法庭的唯一目的是起訴違反國際罪行的個人，而安理會該項唯一目的意圖是違法行為的「有效平反」(effectively redressed)，(“to ensuring that such violations are halted and effectively redressed,” S/RES/827, preamble, para.7; S/RES/955, preamble, para.8)，是以國際法庭的「有效運作」(effective functioning)是安理會的意圖。

第三節 法庭的固有權力

參照美國法實踐²⁵⁸，依據功能必需主義，將國際法庭行使司法功能所必需擁有之固有權力由高至低排列，可以區分為「基本與必需」(fundamental and essential)之固有權力、以及「功能所必需」(functional necessity)之固有權力二種固有權力的類型。

第一項 基本與必需的固有權力

基本與必需的固有權力是國際法庭作為司法機關不能被剝奪之固有權力，如果該項固有權力被剝奪，則國際法庭作為司法機關的司法權

²⁵⁸ 美國聯邦第三巡迴特區上訴法院在 1985 年的 *Eash v. Riggins Trucking, Inc.* (757 F.2d 557 (3d Cir. 1985)) 案，對於美國聯邦法院固有權力之主張有完整回顧，依據法院行使固有權力的必需程度可以分為下列三種類型：第一種是「不可減損的固有權力」：這種類型僅包含極少的範圍，屬於「基本與必需」，剝奪法院的這種權力將導致「法院」以及「司法權力」之名詞不具有意義。“This use of inherent power, which might be termed irreducible inherent authority, encompasses an extremely narrow range of authority involving activity so fundamental to the essence of a court as a constitutional tribunal that to divest the court of absolute command within this sphere is really to render practically meaningless the terms ‘court’ and ‘judicial power.’ (p.562)”，因此這種權力通常被假定免於立法權之限制；第二種權力是「功能所必需」(functional necessity)或是「司法制度所必需」(essential to administration of justice)(pp.562-63)，由於這種權力出自於功能所必需，立法權力儘管可以限制但是不得剝奪之；第三種權力係屬「僅在有用之實用意義下必需」(necessary in the practical sense of being useful)(p.563)，這種權力僅在沒有相反立法的情況才能存在，它易受立法管制，它包含許多「案件管理」(case management)權力，許多學者甚至認為它不是固有權力，至少它無法通過權力分立之檢驗標準。儘管如此，立法權擴張至案件管理恐怕也不符合權力分立標準，權力分立原則在此界線似乎不明確，但法院得依據國會授予法院規則制訂權之《規則授權法案》(Rules Enabling Act, 28 U.S.C. §§ 2071-2077)，行使該項權力，不需主張固有權力。參見：Daniel J. Meador, *Inherent Judicial Authority in the Conduct of Civil Litigation*, 73 *Texas Law Review* 1805 (1994-1995); Michael Blasi, *A Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power*, 66 *New York University Annual Survey of American Law* 593 (2011)。本文接受此一觀點，不將本項權力列入固有權力之討論，儘管國際法庭的判例有時會出現這一類型的固有權力之主張；但是本文以為本項權力儘管國際法庭稱其係屬固有權力；但是其權力基礎本質上係屬默示授權的規則制訂權。

力與獨立性就無法存在，所以基本與必需之固有權力係屬司法權力之存在及獨立性之維護所不得缺少之權力，即使設立法庭之母體機關在其組成文書中對該項權力加以限制，也將具有爭議，如果組成文件未加以規定，則毫無疑問的具有該項權力。如果一項程序規則侵害司法獨立性，國際法庭有權援引基本與必需的固有權力來維護其獨立性。

第二項 決定自己的管轄權的管轄權作為一項基本與必需的固有權力：

以塔迪奇管轄權案為例

儘管文獻中較少提及塔迪奇管轄權案初審分庭對固有權力之看法，但初審分庭基本上是透過目的主義排除以基本與必需之固有權力審查安理會決議之主張：初審分庭首先主張「無法從安理會有意保證公平審理推論安理會也有意授予國際法庭審查設立國際法庭之法律的合法性」²⁵⁹，其言下之意即為國際法庭不需要審查安理會決議即能行使其公平審理之功能，亦即審查安理會決議並非作為司法機關基本與必需之權力，並進一步指出審查安理會決議不符合目的主義的要件，因為不僅公平審理與審查安理會決議是「二件完全不相干的事」²⁶⁰而且「國際法庭的權力範圍有明確、狹義規定，就是依據《國際法庭規約》

²⁵⁹ Tadić (IT-94-1), Trial Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 Aug 1995, para.8.

²⁶⁰ Id, para.8.

第 1 條起訴應對嚴重違反國際人道法行為負責的人，這已經是國際法庭權力的全部範圍」²⁶¹；儘管「國際法庭得憑藉固有權力擴張其權力範圍」²⁶²，但是這個擴張是有限度的，「控制法庭程序之固有權力與任何建議審查安理會權威的權力二者無法類比」²⁶³，所以不僅並非作為司法機關基本與必需之權力也不符合安理會設立國際法庭之目的，因此國際法庭無法以基本與必需之固有權力審查安理會決議。

但是同樣是引用基本與必需之固有權力，塔迪奇管轄權案上訴分庭卻有完全不同之見解，上訴分庭首先指出「決定自己管轄權的管轄權是一項固有權力，它是行使司法功能所必需」²⁶⁴，並且是「作為司法機關斷定其權力範圍的第一項義務」²⁶⁵，其言下之意即為如果國際法庭作為司法機關連設立後其所必需履行的第一項義務：斷定其權力範圍，都無法達成，其作為司法機關的「司法性質與法庭的獨立性就會受到威脅」²⁶⁶，它是如此基本與必需，「只要組成文件沒有對其限制就具有該項權力，由於規約沒有做出限制，國際法庭自然必定要行使決定自己管轄權的管轄權」²⁶⁷。在確定符合功能必需主義後，上訴分庭繼續談討這項固有權力是否符合目的主義，它指出：「毫無疑問的，當

²⁶¹ Id, para.8.

²⁶² Id, para.9.

²⁶³ Id, para.9.

²⁶⁴ Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.18.

²⁶⁵ Id, para.18.

²⁶⁶ Id, para.19.

²⁶⁷ Id, para.19.

然，國際法庭作為一個憲法法庭，會審查聯合國機關的行為，特別是審查它的設立者：安理會之行為」²⁶⁸，但是它也體認到「上述審查並非國際法庭的規約目的」²⁶⁹，儘管如此，它不認為這項審查違反目的主義，它認為這是「迷失問題的焦點」²⁷⁰，因為它「在審查安理會設立國際法庭的合法性時，所行使的是附帶管轄權」²⁷¹，而非主要管轄權，「行使附帶管轄權只有一個目的：就是斷定對案件是否具有主要管轄權」²⁷²，也就是說為了符合規約目的，國際法庭必須能對案件行使主要管轄權，但它必需透過附帶管轄權才能斷定其具有主要管轄權，因此以附帶管轄權審查安理會決議，並非目的，而是為了達成其真正目的（行使主要管轄權）的一個手段。

本文以為有一個問題沒有解決，事實上主張附帶管轄權相當自然，因為附帶管轄權是用來決定國際法庭具有管轄權的管轄權，是基本與必需之固有權力，但附帶管轄權事實上僅得用來斷定國際法庭具有管轄權，不得用來斷定國際法庭不具有管轄權，因為附帶管轄權是一種固有權力，如果國際法庭以固有權力斷定其不具有管轄權，國際法庭將無司法權力，這就與固有權力之權力基礎是出自於國際法庭擁有司法權力之前提互相抵觸，上訴分庭似乎也體認到這一點，它指出：「安

²⁶⁸ Id, para.20.

²⁶⁹ Id, para.20.

²⁷⁰ Id, para.20.

²⁷¹ Id, para.20.

²⁷² Id, para.20.

理會的裁量權愈大，國際法庭的附帶管轄權就愈小」，²⁷³但它卻強調：

「這不代表附帶管轄權完全消失，特別是與《憲章》的宗旨與原則抵觸時」²⁷⁴。

因此上訴分庭強調它「有管轄權檢視安理會設立國際法庭是否非法」²⁷⁵，但是上訴分庭只有斷定安理會設立國際法庭係屬合法的權力，而無斷定係屬非法的權力，如果固有管轄權可以用來斷定安理會設立國際法庭係屬非法，即等同主張：上訴分庭有權結束國際法庭的生命（所謂結束國際法庭的生命係指國際法庭將無法繼續行使管轄權），固有權力無法用來結束自己生命，因為固有權力的權力基礎就是要維護國際法庭的司法功能存在。

第四節 功能所必需的固有權力

功能所必需的固有權力是國際法庭作為司法機關行使其司法功能所必需的權力以及司法制度所必需的權力，儘管在必需的程度上低於基本與必需的固有權力，並且儘管透過目的主義得限制該項權力的行使，但是不得剝奪之。確保對案件進行公平及確切裁判所必需的權力是一項功能所必需的固有權力，目的主義對公平及確切裁判之要求在其本

²⁷³ Id, para.21.

²⁷⁴ Id, para.21.

²⁷⁵ Id, para.22.

身即已經確保國際法庭對案件進行公平及確切裁判之權力不得被剝奪。

第一項 命令國家提供證據是功能所必需的固有權力：以布拉斯基奇簽發傳票案為例

布拉斯基奇簽發傳票案是討論功能所必需的固有權力的很好的分析案例，因為初審分庭與上訴分庭二分庭在國際法庭是否具有向國家簽發傳票的權力持相反的見解，由於二分庭都是以功能所必需的固有權力作為權力基礎，(本案的核心爭點)，所以從二分庭見解的比較分析，即可以較深入的了解功能所必需的固有權力的要件及論據為何。以本案的分析為架構，對於其他與固有權力有關之案件也可做出比較和整理。

第一目 初審分庭意見

儘管文獻上對布拉斯基奇簽發傳票案初審分庭之見解²⁷⁶不少持反對態度²⁷⁷，按上訴分庭²⁷⁸推翻初審分庭之見解，但本文以為儘管就本案

²⁷⁶ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997.

²⁷⁷ 例如學者 Paola Gaeta 以為固有權力與默示權力是二種不同的概念，默示權力係出於組成文書必需下的默示授權係用來解釋國際組織的組成文書未明示授權的權力，對於法院自己的未明示授

當事方：克羅埃西亞而言，上訴分庭之判決已經使向克羅埃西亞簽發之傳票²⁷⁹不具法律效力，但這在其本身非必然表示：初審分庭之見解對國際法逐步發展起不上作用，向克羅埃西亞簽發之傳票不具法律效力非必然表示初審分庭之見解在其本身不正確，事實上，上訴分庭判決拘束當事方但是初審分庭見解較為正確在邏輯上可以成立，僅從未來國際實踐才有辦法判斷何者見解（初審分庭或上訴分庭見解）廣為各國接受成為習慣法一部分。

「傳票」(subpoena)是普通法之名稱，係指在「懲罰威脅下」(under threat of penalty)收件者如果收到「出庭作證傳票」(*subpoena ad testificandum*)則應出庭作證，如果收到「文件傳票」(*subpoena duces tecum*)則應提供相關證據，由於國家是否得作為傳票的收件者受到克羅埃西亞的挑戰，這裡似乎暗示傳票名稱之解釋以及國際法庭上傳票意義²⁸⁰與普通法上意義是否等同，將影響到向國家簽發傳票之合法性，儘管如此，

權的權力，法院係援引固有權力而非默示權力作為該項權力的權力基礎，因此從方法論上的觀點默示權力學說並不應適用於國際性法院的組成文書。參見：Paola Gaeta, *The Inherent Powers of International Courts and tribunals*, pp. 353-372, in *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, L. Chand Vohrar et al (eds) (2003), at pp. 362-363.

²⁷⁸ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997.

²⁷⁹ Pursuant to a request by the Office of the Prosecutor ("Prosecution"), Judge McDonald issued on 15 January 1997 *subpoenae duces tecum* to the Republic of Croatia and the Croatia Defence Minister, Mr. Susak, and to Bosnia and Herzegovina and the Custodian of the Records of the Central Archive of what was formerly the Minister of Defence of the Croatian Community of Herceg Bosna, respectively (Registry Page nos. ("RP") D488-93 and D495-501). The requests for the subpoenas were directed to Judge McDonald, who issued them in her role as the Judge confirming the Indictment against Tihomir Blaskic, the accused in this case (RP D143-55).

²⁸⁰ Rule 54 (General Rule):

"At the request of either party or proprio motu, a judge or a Trial Chamber may issue such orders, summonses, subpoenas, warrants and transfer orders as may be necessary for the purposes of an investigation or for the preparation or conduct of the trial." (IT/32/Rev.10, 3December 1996.)

初審分庭對此強調「爭議的核心不在於具有拘束權力的強制命令應該用什麼命名稱之，而是國際法庭是否有簽發該項命令的權威與權力」²⁸¹，它並強調國際法庭的特殊性，它指出「作為一個輔助機關，國際法庭是其母體機關的創造物，但它也必須具有相當大程度的獨立性用以構成一個真正有差別的組織，用以確保正當實現它的司法任務，免於政治的考量」²⁸²，並指出「作為一個司法性質的附屬機關，其公平、有效運作的基本先決條件是它自主性作為的能力，安理會無法行使司法功能儘管它有權威建立司法機關，這顯示輔助機關不是創造者的一部份而是它的附庸，具有完全且獨立的性質」²⁸³。

在確定特殊性以及國際法庭應有能力確保自身「公平、有效運作」後，初審分庭考量檢方與克羅埃西亞各自的主張。檢方首先主張「國際法庭擁有有效行使其功能所必需的默示權力以及固有權力」²⁸⁴。檢方同時主張默示權力與固有權力之方式（在這部分初審分庭同意檢方的主張），也就是說：有別於內國法上司法機關具有「固有」之權力，國際法庭之固有權力並非真的「固有」，而是出自於默示授權。

本文無意涉入默示授權作為固有權力的權力基礎之學說與功能必需

²⁸¹ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.14.

²⁸² Id, para.22.

²⁸³ Id, para.23.

²⁸⁴ Id, para.24.

主義之間的辯論與比較²⁸⁵（本文採取功能必需主義之觀點），本文將默示權力理解為目的主義下的默示授權，也就是說，依據特殊主義下的權力分立原則，單方面主張簽發傳票是一種固有權力不足以使其合法，簽發傳票也應符合目的主義之要求，是以主張默示權力是在主張符合目的主義之要求，非必然與固有權力有關。

檢方以為「對於《規約》應採取目的主義之解釋方式」²⁸⁶，是以「儘管一項權力並未明示授權，但假使該項權力係屬國際法庭履行其責任所必需，則應假定已依必需下的默示授權」²⁸⁷。檢方強調「安理會清楚有意要求國際法庭有效履行指派給它的責任」²⁸⁸，所以可以說：安理會對「有效原則」²⁸⁹之意圖是決定國際法庭是否具有目的主義下的默示權力的標準。另外檢方也主張固有權力，檢方指出「要求提供證據的權力係屬司法機關的固有權力」²⁹⁰，因為該項權力是「有效行使

²⁸⁵ 在布拉斯基奇簽發傳票案(ICTY, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997.)，上訴分庭(para.28)認為檢方主張《規約》第 29 條明示授權國際法庭「對國家輔助性的管轄權」(ancillary jurisdiction over States)的說法並不精確，由於有關受第 29 條影響的國家國際法庭所具有的司法功能與起訴個人的管轄權的司法功能不同，為了避免名稱造成觀念上的混淆，有關國際法庭依據第 29 條向國家簽發命令或要求的權力較精確的說法應該是「對國家輔助性的強制權力」(ancillary mandatory powers vis-à-vis States)。學者 Sarooshi 以為由於國際法庭向國家簽發具有拘束權力的命令的權力基礎是安理會的授權，而與國際法院的管轄權的權力基礎是國家同意，在權力基礎上不同導致國際法庭不得以固有權力主張「對國家輔助性的管轄權」，是以國際法庭不得做出一項超出第 29 條明示或默示授權的拘束國家的決定：該項決定不得以固有的司法權力主張之，是以該項決定必須出自於安理會的授權。參見：Danesh Sarooshi, *The Powers of the United Nations International Criminal Tribunals*, 2 Max Planck Yearbook of United Nations Law 141 (1998), at pp.152-154.

²⁸⁶ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.24.

²⁸⁷ Id, para.24.

²⁸⁸ Id, para.24.

²⁸⁹ Id, para.24.

²⁹⁰ Id, para.24.

其功能所必需」²⁹¹ 且是「有效司法制度所必需」²⁹²；相較之下，克羅埃西亞「不是主張一般國際法原則已經先決排除傳票之適用」²⁹³ 而是主張：「由於該項強制過程之形式有別於一般實踐，如果有該項目的，組成文書—亦即《規約》應有明示規定」²⁹⁴ 並表示：「單純在《規約》中加入『傳票』二字就會使其符合國際法規範」²⁹⁵。二者相較，檢方是以功能所必需的固有權力主張簽發傳票的合法性，並以國際法庭之有效運作係屬國際法庭的責任主張默示權力，是以該項權力也符合目的主義之規定；而克羅埃西亞則以目的主義為其論據，強調明示授權的必要性；在此可以看到固有權力與目的主義的競合，也就是說，初審分庭面對一項裁量：功能所必需的固有權力在目的主義未明示授權下是否還存在？

初審分庭對於上述裁量，給了一個明確的答案：「沒有明示授權不使該項權力不存在，如果該項權力可以被視為固有權力及默示授權」²⁹⁶，對於默示授權成立之要件，初審分庭指出應採用目的主義之解釋，它引用國際法院的見解，在執行聯合國職務時遭受傷害賠償案²⁹⁷，國際

²⁹¹ Id, para.24.

²⁹² Id, para.24.

²⁹³ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.25.

²⁹⁴ Id, para.25.

²⁹⁵ Id, para.25.

²⁹⁶ Id, para.26.

²⁹⁷ ICJ, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949, p.171.

法院指出「為了達成聯合國的目的，歸給聯合國國際人格是必需的」²⁹⁸，國際法院係採取目的主義之解釋²⁹⁹強調「組織等實體的權力與義務端取決其組成文件所規定或所默示授權的或實踐上所發展的目的與功能」³⁰⁰；國際法院發現，在其他事物之外，「聯合國有能力向應對聯合國職員造成傷害負責之國家進行國際索償，該項能力在《憲章》中並未規定，但國際法院發現，該項能力係出自於歸給聯合國之國際人格」³⁰¹；在1962年聯合國特定費用案³⁰²，國際法院係以「負面推定」³⁰³之方式，「如果組成文書未否定一項權力，相關組織就擁有該項權力」³⁰⁴，國際法院指出「當組織採取一項行動，並且為了達成一項聯合國表述目的，該項行動值得斷言係屬適當，則應假定該項行動並未超越組織權限」³⁰⁵。在引用國際法院之判例後，初審分庭做出結論「國際法庭向國家簽發文件傳票之權力也得以類似方式默示授權，如果它是實現其基本目的以及達成其有效運作所必需」³⁰⁶，因此初審

²⁹⁸ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.26.

²⁹⁹ Id, para.26.

³⁰⁰ ICJ, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949, p.180. "the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice."

³⁰¹ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.26.

³⁰² ICJ, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962.

³⁰³ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.29.

³⁰⁴ Id, para.29.

³⁰⁵ ICJ, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, p.167.

³⁰⁶ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.30.

分庭是以實現其基本目的以及達成其有效運作所必需作為符合目的主義的要件。

初審分庭以為它在進行裁判時有必要擁有所有相關證據³⁰⁷，它引用美國最高法院美國控尼克森案³⁰⁸，美國最高法院指出「為確保伸張正義，藉由檢方或辯方提供證據的強制程序的可用性是法院功能所必要者」³⁰⁹，為了確保實現公平審理之目的，國際法庭也有必要擁有提供證據的強制程序³¹⁰，初審分庭指出儘管有些內國法制沒有使用傳票名稱，但各國刑事法院都有權力強制證人出庭及提供證據，由於所需證據大多具有政府文件形式，又由於國家總是程序的非當事方，為了確保有效運作，特別是在提供證據上，法官或初審分庭因此有必要擁有要求國家提供所有有效及公平評估案件所需的證據的權力³¹¹。

在確定了國際法庭具有目的主義下的默示授權後，初審分庭進一步指出國際法庭得援引固有權力強迫提供證據，因為強迫提供證據係屬正當行使其司法功能所必需，「如果持相反主張將導致國際法庭無法有

³⁰⁷ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.31.

³⁰⁸ United States, United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

³⁰⁹ Id, p.709. "To ensure that justice is done, it is imperative to the function of the courts that compulsory process be available for the production of evidence either by the Prosecution or by the Defence."

³¹⁰ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.32.

³¹¹ Id, para.40.

效平反嚴重違反國際人道法之行為—它存在的理由」³¹²，可以看出初審分庭是以功能所必需主張固有權力，以目的主義主張默示授權，而認定向國家簽發傳票的合法性。

第二目 上訴分庭意見

上訴分庭則持完全不同之見解，它首先指出關於傳票有二種解釋，第一種是發生不遵守情勢時具有威脅懲罰的一項強制令³¹³；另一種解釋是初審分庭的解釋：傳票只是一項具有拘束權力的命令，「非必然意味著如內國法制監禁或罰緩的權力主張」³¹⁴。上訴分庭主張，由於國際法庭沒有向國家或政府官員簽發在威脅懲罰下具有拘束權力之命令，（在這裡它暫未討論為何不具有該項權利），所以傳票之收件者只能是私權能力下的個人，不應將向國家所簽發的傳票解釋為一項具有拘束權力而不具懲罰威脅的命令³¹⁵。

儘管初審分庭以為文件傳票的不遵守情勢的適當補償的討論還不具成熟性而未深究該項問題³¹⁶，（按儘管挑戰簽發文件傳票的合法性，克羅埃西亞對文件傳票置之不理尚未發生），但是針對不遵守情勢國

³¹² Id, para.41.

³¹³ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997, para.20.

³¹⁴ Id, para.20.

³¹⁵ Id, para.21.

³¹⁶ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.1.

際法庭是否具有向國家通過「制裁」(sanction)的權力，初審分庭給了暗示：從「不遵守情勢的一份照會」³¹⁷並提請安理會注意，到「考量使用固有的藐視法庭的權力」³¹⁸或《規則》第 77 條³¹⁹針對個人不遵守情勢所規定權力，都是施加懲罰的可能範圍。並且初審分庭區分懲罰與施加懲罰執行的概念，它指出：一國未履行一項命令之義務的一項發現「在其本身即為一項譴責及一種懲罰形式」³²⁰，而在該項發現後「提請安理會注意則構成該項懲罰執行」³²¹。

上訴分庭否認初審分庭將簽發傳票的權力與不遵守情勢發生時通過制裁的權力加以區分的作法，它認為它在回答是否具有簽發傳票的權力的同時也應回答是否具有通過制裁的權力³²²，按「如果對傳票置之不理國際法庭會有哪些可用補償或制裁」³²³是一個與克羅埃西亞「直

³¹⁷ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.62.

³¹⁸ Id, para.62.

³¹⁹ Rule 77 (Contempt of the Tribunal) (IT/32/Rev.10, 3 December 1996):

- (A) Subject to the Provisions of Sub-rule 90 (E), a witness who refuses or fails contumaciously to answer a question relevant to the issue before a Chamber may be found in contempt of the Tribunal. The Chamber may impose a fine not exceeding US \$10,000 or a term of imprisonment not exceeding six months.
- (B) The Chamber may, however, relieve the witness of the duty to answer, for reasons which it deems appropriate.
- (C) Any person who attempts to interfere with or intimidate a witness may be found guilty of contempt and sentenced in accordance with Sub-rule (A).
- (D) Any judgement rendered under this Rule shall be subject to appeal.
- (E) Payment of a fine shall be made to the Registrar to be held in a separate account.

³²⁰ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997, para.62.

³²¹ Id, para.62.

³²² ICTY, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997, para.24.

³²³ Id, para.24.

接相關」³²⁴的問題，也就是說，上訴分庭採取一種「先決問題」³²⁵的作法，將簽發傳票的合法性問題與通過制裁的合法性問題掛勾：如果無法向國家通過制裁將導致也無法向國家簽發傳票。

如上所述，上訴分庭裁定不能向國家簽發傳票是基於國際法庭不能懲罰國家³²⁶，它將懲罰區分為「執行辦法」(enforcement measure)³²⁷與刑罰³²⁸二種：對於執行辦法（它沒有區分懲罰與懲罰執行之概念），它指出不僅《規約》並未明示賦予國際法庭該項權力，而且「不能被視為司法功能中的固有權力」³²⁹；對於刑罰由於檢方及初審分庭都沒有主張該項權力，事實上國家不能作為刑罰的主體並無疑義；因此上訴分庭裁定僅得向國家簽發命令及要求而不得簽發傳票³³⁰。

儘管如此，國際法庭具有向國家簽發提供證據的命令的權力，這項權力規定在《規約》第 29 條³³¹，並且上訴分庭裁定該項命令具有拘束

³²⁴ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997, para.24.

³²⁵ Id, para.24.

³²⁶ Id, para.25.

³²⁷ Id, para.25.

³²⁸ Id, para.25.

³²⁹ Id, para.25.對於為何不具有該項固有權力，上訴分庭沒有著墨，在上訴分庭判決之註解 27，它指出它比較喜歡講固有權力而不喜歡講默示權力，國際法院默示權力學說主要是適用在擴張政治機關的權限，它並引用國際法院在核子試驗案指出：「國際法院具有採取其行動所需的固有管轄權，一方面為了確保如果及當建立管轄權後，其管轄權之行使不被阻擾，另一方面為了提供爭端有秩序的解決...在該項固有管轄權的基礎下，法院獲得充分授權得做出為了達成上述所指稱目的所必需的發現，該項權力係出自於在國家同意下法院作為司法機關的存在本身，被賦予該項權力用以確保其基本司法功能。」(Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, pp.259-60, para.23.)

³³⁰ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997, para.25.

³³¹ Statute of International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Article 29 (Co-operation and

權力³³²，所以國際法庭命令國家提供證據的權力不受影響，所以可以說上訴分庭對於初審分庭的否認，形式意義（亦即命令的名稱不能稱為「傳票」只能稱為「命令」）大於實質意義。

如果具有拘束權力的提供證據的命令的一國不遵守情勢發生時，國際法庭有什麼可用的司法補償？上訴分庭指出國際法庭得援引固有權力「做出」(make)³³³一國未遵守《規約》或《規則》的「一項司法發現」(a judicial finding)³³⁴並提請安理會注意。有關為何做出一項司法發現是一項固有權力，上訴分庭指出「國際法庭必須具有做出行使其主要管轄權所必需的司法決定的權力」³³⁵，這項固有權力「有益於國際法庭用以充分履行它的基本司法功能及確保它的司法角色」³³⁶。

第三目小結

儘管初審分庭與上訴分庭對於國際法庭是否具有向國家簽發傳票的

judicial assistance), para.2, provides:

“2. States shall comply without undue delay with...an order issued by a Trial Chamber, including, but not limited to...(b) the taking of testimony and the production of evidence”.

³³² ICTY, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997, para.26-31.

³³³ Id, para.33.在做出司法發現時，國際法庭並非在行使「對國家輔助性的管轄權」，上訴分庭認為這種說法並不精確(para.28)，國際法庭是在行使《規約》第 29 條下「對國家輔助性的強制性權力」。儘管如此，上訴分庭指出(para.35)，有別於其他安理會所設立的事實發現機關或政治機關所做的發現，國際法庭在做出司法發現時，它是在參與一項司法活動，它在檢視特定國家的行為是否違反與它合作的國際責任。

³³⁴ ICTY, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997, para.33.

³³⁵ Id, para.33.

³³⁶ Id, para.33.

權力持不同的立場，但是在固有權力的主張上都是以行使其司法功能所必需作為權力基礎，並且在目的主義的要件上，都是以是否可以從組成文書之規定看出必需下的默示授權作為要件：由於為了確保國際法庭對案件進行公平及確切裁判，命令國家提供證據的權力係屬必需下的默示授權，所以不違反目的主義的要件。總結來說，從功能所必需的固有權力及目的主義的必需下的默示授權來看，二分庭都獲致國際法庭命令國家提供證據的權力係屬固有權力的結論。

第二項 功能所必需的固有權力在其他案件的適用

第一目 功能所必需的固有權力分類的理論依據

如果參照美國法制的實踐，功能所必需的固有權力是法庭為了確保對個案公平與確切的裁判所必需的權力，如果法庭不能以公平及符合《憲章》規定的方式在個案中適用法律，法庭將無法履行其功能。如果借用美國公司法「代理理論」(agency theory)³³⁷的語言³³⁸，安理會作為「委託人」(principal)給予「受託人」(agent)國際法庭一項義務，

³³⁷ United States Law, Restatement (Third) Agency, (2006), para.1.01 (Agency Defined). "Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a "principal") manifests assent to another person (an "agent") that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests assent or otherwise consents so to act."

³³⁸ Michael Blasi, A Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power, 66 New York University Annual Survey of American Law 593 (2011), at p.616.

亦即對個案依法進行裁判，安理會（委託人）授權法庭（代理人）在委託人改變或撤回受託人義務或指定如何實現該義務之前採取所有必需的步驟以實現該義務³³⁹，由於該程序規則是個案裁判所必需，在裁判過程中創造該規則係屬功能所必需的固有權力，該權力是功能必需所默示以及司法制度所必要者，是以國際法庭具有在裁判過程中創造規則的功能所必需的固有權力。

在裁判過程中創造規則的固有權力，主要可以分為對程序普通法的造法權及對藐視法庭的權力二種³⁴⁰。本章探討程序普通法的造法權的固有權力，藐視法庭的權力則留待下一章討論。程序普通法的造法權的固有權力實踐上主要表現在下列三項：管制程序的固有權力³⁴¹、補充

³³⁹ United States Law, Restatement (Third) Agency, (2006), para.2.02 (Scope of Actual Authority).
“(1) An agent has actual authority to take action designated or implied in the principal's manifestations to the agent and acts necessary or incidental to achieving the principal's objectives, as the agent reasonably understands the principal's manifestations and objectives when the agent determines how to act.

(2) An agent's interpretation of the principal's manifestations is reasonable if it reflects any meaning known by the agent to be ascribed by the principal and, in the absence of any meaning known to the agent, as a reasonable person in the agent's position would interpret the manifestations in light of the context, including circumstances of which the agent has notice and the agent's fiduciary duty to the principal.

(3) An agent's understanding of the principal's objectives is reasonable if it accords with the principal's manifestations and the inferences that a reasonable person in the agent's position would draw from the circumstances creating the agency.”

³⁴⁰ 儘管學界有其他不同分類方法，但多相同之處。依據學者 Louise Symons 的研究（參見：Louise Symons, *The Inherent Powers of the ICTY and ICTR*, 3 *International Criminal Law review* 369 (2003), at p.401-02）他參照南非法學者 Taitz 的分類（參見：J. Taitz, *The Inherent Jurisdiction of the Supreme Court*, Cape Town: Juta & Co., Ltd. (1985).)將固有權力分為下列四類：第一、管制程序及防止程序濫用；第二、藐視法庭權與相關權力；第三、控制與監督法庭職員；第四、對下級法庭的監督權。另外可以參考美國法制上的分類：“Federal courts have thus recognized a variety of powers as inherent, including the power to regulate the practice of law, to control their own proceedings and dockets, to protect themselves through contempt orders from abuse or insult, to impose sanctions on litigants, to provide for process where none exists, and to promulgate rules of practice.”(Linda S. Mullenix, *Unconstitutional Rulemaking: The Civil Justice Reform Act and Separation of Power*, 77 *Minnesota Law Review* 1283, 1321 (1992).)

³⁴¹ “International courts, like any other court, have an inherent power to control their proceedings.”

證據規則的固有權力³⁴²、為了防止「程序濫用」(abuse of process)以「終止程序」(stay proceedings)作為「有效補償」(effective remedy)的固有權力³⁴³；上述三者都與法庭「自身」(local)程序事項有關，因此

(Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York: Oxford University Press (2d ed. 2008), at p.417.)學者 Cassese 所指控制權程序的固有權力包含：初審分庭有權命令聽證以「不公開會議」(closed session)舉行之，初審分庭也有權將被告逐出法庭，如果被告在警告後仍持續採取「破壞性行為」(disruptive conduct)，程序將在無被告下繼續進行。相關規定如下：

Rule 79 of ICTY, Closed Sessions (Adopted 11 Feb 1994), provides:

(A) The Trial Chamber may order that the press and the public be excluded from all or part of the proceedings for reasons of: (i) public order or morality; (ii) safety, security or non-disclosure of the identity of a victim or witness as provided in Rule 75; or (iii) the protection of the interests of justice.
(B) The Trial Chamber shall make public the reasons for its order.

Rule 80 of ICTY, Control of Proceedings (Adopted 11 Feb 1994), provides:

(A) The Trial Chamber may exclude a person from the courtroom in order to protect the right of the accused to a fair and public trial, or to maintain the dignity and decorum of the proceedings.
(B) The Trial Chamber may order the removal of an accused from the courtroom and continue the proceedings in the absence of the accused if the accused has persisted in disruptive conduct following a warning that such conduct may warrant the removal of the accused from the courtroom.

對程序進行控制的權力之權力來源除了係出於固有權力，也有出於《規約》的授權的形式，這種形式的權力稱為「管理式裁判權」(Managerial Judging)。管理式裁判權的權力來源是出於《規約》及《規則》的授權，主要是在不違背公平的前提下確保程序的迅速、有效；對程序控制的固有權力的權力來源是出自於功能所必需的固有權力，主要是為了保障正當程序；行使管理式裁判權的法官可以透過自己的動議、預審階段當事人協商會議的爭點整理，證據形式的限制，中間上訴動議的限制，用以縮短訴訟時間。參見：Máximo Langer, *the Rise of Managerial Judging in International Criminal Law*, 53 *American Journal of Comparative Law* 835 (2005); Máximo Langer and Joseph W. Doherty, *Managerial Judging Goes International, but Its Promise Remains Unfulfilled: an Empirical Assessment of the ICTY Reforms*, 36 *Yale Journal of International Law* 241 (2011).

³⁴² 以前南斯拉夫國際法庭實踐為例，在個案適用上出現證據規則未規定而出現「法律空隙」(gap)的情況時，分庭可以自行創造規則，以補充證據規則的不足。該項補充證據規則的權力不僅係出於《前南斯拉夫國際法庭規則》第 89 條第(B)項的授權，也係屬國際法庭的固有權力。參見：Rules of Procedure and Evidence of ICTY, Rule 89 (General Provisions) para.(B), provides, “In cases not otherwise provided for in this Section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law.”另參見上訴分庭在塔迪奇案實質問題判決對補充證據規則作為固有權力的說明：ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Judgement, Judgement, 15 Jul 1999, paras.322. “once a Defence witness has testified, it is for a Trial Chamber to ascertain the credibility of his or her testimony. If he or she has made a prior statement, a Trial Chamber must be able to evaluate the testimony in the light of this statement, in its quest for the truth and for the purpose of ensuring a fair trial. Rather than deriving from the sweeping provisions of Sub-rule 89(B), this power is inherent in the jurisdiction of the International Tribunal, as it is within the jurisdiction of any criminal court, national or international. In other words, this is one of those powers... which accrue to a judicial body even if not explicitly or implicitly provided for in the statute or rules of procedure of such a body, because they are essential for the carrying out of judicial functions and ensuring the fair administration of justice.”另參見學者意見：Megan A. Fairlie, *Rulemaking from the Bench: A Place for Minimalism at the ICTY*, 39 *Texas International Law Journal* 257, 265-68 (2004).

³⁴³ 為了防止程序濫用以終止程序作為有效補償係屬法庭的固有權力。盧安達法庭上訴分庭在巴拉亞格維札案(ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Decision, Nov 3, 1999)決定國際法庭應放棄對巴拉亞格維札行使屬人管轄權，亦即終止對巴拉亞格維札的訴訟程序，上訴分庭係基於「程序濫用原則」(abuse of process doctrine)，做為國際法庭放棄對巴拉亞格維札行使管轄權的理由(para.72)。對於何謂程序濫用學說，上訴分庭指出(para.74.)：“Under

通稱為「對自身程序的固有權力」(inherent power over local procedure); 但是有關上訴分庭是否擁有介入初審分庭程序的固有權力，例如：上訴分庭否得以固有權力擴張對「中間上訴」(interlocutory appeal)的「上訴管轄權」(appellate jurisdiction)以及是否得對當初審分庭行使「監督權」(supervisory power)則存在許多爭議。

對自身程序的固有權力不僅在判例上獲得證實，而且事實上相關權力也已經制度化納入《規則》之中，因此可以說這些權力不僅屬於固有權力的一部份，也獲得《規約》及《規則》的授權，所以並無爭議。因此本文接續僅討論上訴分庭對中間上訴的上訴管轄權以及監督權，並僅以巴拉亞格維札案為例，做深入討論。

the doctrine “abuse of process,” proceedings that have been lawfully initiated may be terminated after an indictment has been issued if improper or illegal procedures are employed in pursuing an otherwise lawful process. The House of Lords summarised the abuse of process doctrine as follows:

Proceedings may be stayed in the exercised of the judge’s discretion not only where a fair trial is impossible, but also where it would be contrary to the public interest in the integrity of the criminal justice system that a trial should take place.

It is important to stress that the abuse of process doctrine may be invoked as a matter of discretion. It is a process by which Judges may decline to exercise the court’s jurisdiction in cases where to exercise that jurisdiction in light of serious and egregious violations of the accused’s rights would prove detrimental to the court’s integrity. 另參見加拿大法制的實踐：“Until this Court’s decision in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, there was much controversy about whether a court had the power to stay validly instituted criminal proceedings for abuse of process. The inherent jurisdiction a superior court to control its own process by staying abusive proceedings had long been recognized in Canada. However, it remained uncertain whether criminal courts had the discretion to stay proceedings for abuse of process, or whether this was a power reserved for the Attorney General under s. 508 (now s. 579) of the Criminal Code. *Jewitt* put an end to the uncertainty by recognizing that a trial court judge had a “residual discretion” to stay proceedings to remedy abuse of process. The Court held that the common law doctrine could be applied in narrow circumstances “where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court’s process through oppressive or vexatious proceedings.””(Canada, *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, paras.33-34.)儘管國際法庭具有以終止程序作為有效補償的固有權力，但是有學者批評，這種全有或全無的補償方式會產生「補償嚇阻」(remedial deterrence)—亦即由於無法給予程序濫用的受害者較少的補償，將導致受害者沒有獲得任何補償。因此似乎除了「終止程序」以外，應有其他的補償方式，才能避免補償嚇阻的問題，由於這部分係屬司法政策的辯論，本文不深入討論之。參見：Sonja B. Starr, Rethinking “Effective remedies”: Remedial Deterrence in International Courts, 86 *New York University Law Review* 693 (2008).

第二目 巴拉亞格維札案

對於上訴分庭的中間上訴的管轄權以及監督權的討論，最早及較完整的案例即為巴拉亞格維札案，儘管本案出現其他政治爭議³⁴⁴，但不影響判決的法律意義。巴拉亞格維札案³⁴⁵所涉及的程序問題相當複雜，這裡僅討論與固有權力有關的部分。由於本案同時涉及對中間上訴的上訴管轄權以及監督權的討論，底下先討論中間上訴的上訴管轄權，再接續討論監督權。

第三目 巴拉亞格維札案對中間上訴的上訴管轄權的意見

上訴人巴拉亞格維札（以下簡稱上訴人）在1998年2月24日提出一項「十分緊迫的動議」（*extreme urgent motion*）主張宣告他的逮捕及拘留係屬無效，1998年11月17日初審分庭「全盤」（*in toto*）駁回該十分緊迫的動議，1998年12月4日上訴人針對該決定提出「上訴通知

³⁴⁴ 相關政治爭議摘要如下：1999年11月3日國際法庭依據程序理由做出拒絕起訴巴拉亞格維札，並命令他的立即釋放，基加利(Kigali)內閣「強烈爭辯該決定」，如果上訴分庭不重新考量該決定，政府將「採取其他措施」，盧安達中止與法庭的合作並拒絕發給檢察官 Del Ponte 簽證以及阻止證人去阿魯沙(Arusha, 法庭所在地)作證，當檢察官 Del Ponte 在法庭主張重新考量該案件時，她指出：「本法庭伸張正義已被癱瘓...必須適當考慮該事實，該事實是：不論我們喜歡與否，我們進程序與調查係基於盧安達政府的善意」，2000年3月31日上訴分庭做出重新考量後的決定。參見：Filip Reyntjens, *Constructing the Truth, Dealing with Dissent, Domesticating the World: Governance in Post-Genocide Rwanda*, *African Affairs*, Vol.110, No.438, pp.1-34, at pp.18-20.

³⁴⁵ ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Decision, Nov 3, 1999.

書」(Notice of Appeal)。本案最特別之處是就在於對於是否可以將本上訴通知書定性為一項基於主張法庭缺乏管轄權的中間上訴，出現不同解讀。依據本案 Shahabuddeen 法官的不同意見³⁴⁶，上訴人上訴的核心爭點是「移送前的延遲」(pre-transfer)³⁴⁷，上訴人的辯護律師指出：「我們申述的結論在喀麥隆長達 21 個月的不法拘留以致『剝奪』(robbing)初審第二分庭對他的屬人管轄權...他應被無條件釋放，初審第二分庭的決定無法被接受，我們敦促上訴分庭撤銷該決定及釋放上訴人」³⁴⁸，對於這項上訴通知書，上訴分庭做出下述定性：「上訴分庭考量上訴人的這項上訴，發現這項（初審分庭的）意見駁回一項反對，該項反對係基於缺乏對於被告屬人管轄權，是以一項依據《規則》第 72 條第(D)項規定的『具強制性』(as of right)的上訴係屬成立」³⁴⁹，這種定性方式非無爭議，從上訴人在初審第二分庭主張宣告他的逮捕及拘留係屬無效到上訴人在初審第二分庭主張一項基於缺乏對於被告屬人管轄權的反對，這之間有一段概念上的差距，因此學者 Mark Fleming 指出³⁵⁰：法庭對上訴人的起訴明確具有管轄權，他是一位被

³⁴⁶ ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, Nov 3, 1999.

³⁴⁷ Id, Sec.1 (Post-Transfer delay). (Shahabuddeen 的不同意見沒有分段標號，僅能標示出處的章節，下同。)

³⁴⁸ ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Defence Written Brief of 15 February 1999, (filed on 18 February 1999), para.25.

³⁴⁹ ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Decision, Nov 3, 1999, para.11. "The Appeals Chamber considered the Appellant's appeal and found that the Decision dismissed an objection based on the lack of personal jurisdiction over the accused and, therefore, an appeal lies as of right under Sub-rule 72(D)."

³⁵⁰ Marl C. Fleming, Appellate Review in the International Criminal Tribunals, 37 Texas International Law Journal 111, 145 (2002).

指控犯下《規約》下罪行的自然人，且被指控犯下的罪行係在指定的領域及時間內。相反的，上訴人所關心的是，即時通知被指控的內容，以及在他被移送法庭後必須「毫不延遲」(without delay)的正式起訴的權利受到侵害，而與挑戰法庭的管轄權無關，他是在指控行使該管轄權的程序正義遭受破壞。儘管如此，本文採取上訴分庭的見解，國際法庭具有做出這項定性的權力，事實上，Shahabuddeen 法官對此進一步指出：上訴分庭得解釋被告（即上訴人）在初審分庭所提的「先決動議」(preliminary motion)係屬一項基於缺乏管轄權的反對，如果存在該項反對，駁回該反對賦予被告具強制性的上訴權力³⁵¹。上述解釋方式，為了討論方便起見，本文稱之為「自由式的解釋方式」(liberal approach of interpretation)³⁵²——亦即為了司法制度的更高目的，如公平審理及被告人權保障，而對於程序之規定採取較為廣義的解釋方式，用以維護司法正義。

在確定了巴拉亞格維札案係屬一項基於缺乏管轄權的反對的中間上訴案後，依據《規約》第 72 條第(D)項³⁵³，上訴人即具有強制性的中

³⁵¹ ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, Nov 3, 1999, Sec.2 (The issue is whether there was lack of jurisdiction).

³⁵² 上訴分庭指出由於如果上訴人在初審分庭最終「裁定無罪」(be acquitted)，他所受的權利侵害無法獲得有效補償，因此不應在出初審分庭最終裁定後才進行上訴，上訴分庭指出它是採取「自由式的方式」(liberal approach)同意受理中間上訴。參見：ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Decision, Nov 3, 1999, para.72.

³⁵³ Rules of Procedure and Evidence of ICTR, Rule 72(D), provides, “Decisions on preliminary motions are without interlocutory appeal, save in the case of dismissal of an objection based on lack of jurisdiction, where an appeal will lie as of right.”

間上訴的權力—亦即上訴分庭不具有決定是否進行上訴審查的裁量權，是以上訴人具有中間上訴的權力獲得確立。但是有關第 72 條第 (D) 項是否適用本案之討論並不自然，因為如果參照美國法制的實踐，對於中間上訴的上訴管轄權一般分為：「具有強制性的中間上訴權」(interlocutory appeal as of right) 與 「具有裁量空間的中間上訴權」(interlocutory appeal by leave) 二種，巴拉亞格維札案如果可以援引具有裁量空間的上訴權，上訴分庭即可依其裁量權「核可上訴」(grants leave to appeal)，而不需要採取自由式的解釋方式，勉強地將上訴人的先決動議解釋為一項基於缺乏管轄權的反對。一個不可避免的問題是，在巴拉亞格維札案所應適用的 1999 年 7 月 1 日修正通過的《盧安達國際法庭規約》為什麼只有具有強制性的中間上訴權的制度設計，而沒有具有裁量空間的中間上訴權的安排？事實上如果參照目前現行的《國際法庭規則》，即可發現二法庭都提供對於「臨時釋放」(provisional release) 事項的具有裁量空間的上訴權³⁵⁴。因此儘管並非如

³⁵⁴ Rules of Procedure and Evidence of ICTY, IT/32/Rev.46, 20 October 2011, Rule 65 (Provisional Release), provides:

“(D) Any decision rendered under this Rule by a Trial Chamber shall be subject to appeal. Subject to paragraph (F) below, an appeal shall be filed within seven days of filing of the impugned decision. Where such decision is rendered orally, the appeal shall be filed within seven days of the oral decision, unless (i) the party challenging the decision was not present or represented when the decision was pronounced, in which case the time-limit shall run from the date on which the challenging party is notified of the oral decision; or (ii) the Trial Chamber has indicated that a written decision will follow, in which case, the time-limit shall run from filing of the written decision.

(E) The Prosecutor may apply for a stay of a decision by the Trial Chamber to release an accused on the basis that the Prosecutor intends to appeal the decision, and shall make such an application at the time of filing his or her response to the initial application for provisional release by the accused.

(F) Where the Trial Chamber grants a stay of its decision to release an accused, the Prosecutor shall file his or her appeal not later than one day from the rendering of that decision.”

Rules of Procedure and Evidence of ICTR, 1 October 2009, Rule 65 (Provisional Release), provides:

同美國法制上所有的先決動議都有可能進行中間上訴，可以確定的是國際法庭具有制訂具有裁量空間的中間上訴的規則制訂權，亦即《規約》沒有限制法官不應制訂中間上訴的《規則》，是以具有裁量空間的中間上訴權沒有超越《規約》所授予的權限³⁵⁵。

一個有趣的問題是在巴拉亞格維札案上訴分庭所採取的自由式的解釋方式是否可以視為上訴分庭以固有權力擴張對中間上訴的上訴管轄權？也就是說，由於從本質上來看，上訴分庭是核可巴拉亞格維札有關「濫用程序」的中間上訴，因此是否可以說，上訴分庭以自由式的解釋方式核可了一項本質上屬於「具有裁量空間的中間上訴權」的中間上訴？

本文對於以上問題是採取否定的態度，因為不僅就判例來看，有些法

“(D) Any decision rendered under this Rule by a Trial Chamber shall be subject to appeal. Subject to paragraph (F) below, an appeal shall be filed within seven days of filing of the impugned decision. Where such decision is rendered orally, the appeal shall be filed within seven days of the oral decision unless: (i) the party challenging the decision was not present or represented when the decision was pronounced, in which case the time-limit shall run from the date on which the challenging party is notified of the oral decision; or (ii) the Trial Chamber has indicated that a written decision will follow, in which case, the time-limit shall run from filing of the written decision.

(E) The Prosecutor may apply for a stay of a decision by the Trial Chamber to release an accused on the basis that the Prosecutor intends to appeal the decision, and shall make such an application at the time of filing his or her response to the initial application for provisional release by the accused.

(F) Where the Trial Chamber grants a stay of its decision to release an accused, the Prosecutor shall file his or her appeal not later than one day from the rendering of that decision.”

³⁵⁵ 對於法官所制定的《規則》是否有可能超越《規約》授予的權限，是一個有趣的問題，由於就判例上來看，沒有成功挑戰《規則》的合法性的案例，所以本文沒有再深入討論這個問題，而是假定法官所通過的規則均符合《規約》的授權。由於通過《規則》的法官與分庭的法官是同一批人，所以也不容易想像法官在個案判決中裁定自己投票通過的《規則》係屬超越權限，在藐視法庭權的事項上，相關《規則》是否超越權限較具爭議。相關問題參見：Daryl A. Mundis, *The Legal Character and Statute of the Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc International Criminal Tribunal*, 1 *International Criminal Law Review* 191 (2001).

官的不同意見書否定上訴分庭具有擴張上訴管轄權的固有權力³⁵⁶，而且即使將巴拉亞格維札案的中間上訴視為係屬「具有裁量空間的中間上訴權」的中間上訴，而非「具有強制性的中間上訴權」的中間上訴，該項權力也是出自於《規約》的授權而非出自於國際法庭的固有權力。

在巴拉亞格維札通過後不久，盧安達國際法庭的法官即對《規則》做出修正，將一項基於缺乏管轄權的反對的中間上訴從「具有強制性的中間上訴權」改為「具有裁量空間的中間上訴權」³⁵⁷，因此在巴拉亞格維札後的案例都無法以主張缺乏管轄權的反對的先決動議獲得具有強制性的中間上訴權，中間上訴僅在上訴分庭的三位法官核可後才得展開，因此巴拉亞格維札案的意見對程序普通法如果產生什麼影響，

³⁵⁶ ICTY, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Sidhwa on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, para.6. “The law relating to appeals in most national jurisdictions is that no appeal lies unless conferred by statute... The courts have no inherent powers to create appellate provisions or acquire jurisdiction where none is granted... Appellate courts have no jurisdiction over incompetent appeals other than dismiss them. It is thus clear that a tribunal or court cannot assume appellate powers under any concept of inherent jurisdiction or by expanding its jurisdiction through any amendment to its rules.”

³⁵⁷ Rules of Procedure and Evidence of ICTR, 21 February 2000, Rule 72 (Preliminary Motions), provides:
“(B) Preliminary motions by the accused are:(i) Objections based on lack of jurisdiction;...
(D) Decisions on preliminary motions are without interlocutory appeal, save in the case of dismissal of an objection based on lack of jurisdiction, where an appeal will lie as of right.
(H) For purposes of Rule 72(B)(i) and (D) an objection based on lack of jurisdiction refers exclusively to a motion which challenges an indictment on the ground that it does not relate to:(i) any of the persons indicated in Articles 1, 5, 6 and 8 of the Statute;(ii) the territories indicated in Articles 1, 7 and 8 of the Statute;(iii) the period indicated in Articles 1, 7, and 8 of the Statute, or(iv) any of the violations indicated in Articles 2, 3, 4 and 6 of the Statute.
(I) An appeal brought under Rule 72 (D) may not be proceeded with if a bench of three Judges of the Appeals Chamber, assigned by the presiding Judge of the Appeals Chamber, decides that the appeal is not capable of satisfying the requirements of paragraph (H), in which case the appeal shall be dismissed.”

也因後續《規則》修正案抵銷其效力。

第四目 巴拉亞格維札案對監督權的意見

參照美國法制的實踐³⁵⁸，對於法院的監督權的行使有三種不同方式：

第一、上級法院藉由規定下級法院的程序規則來行使對下級法院的監督；第二、法院對訴訟行使監督；第三、聯邦法院對執法官員行使監督。並且監督權具有下列特質：法院使用監督權宣佈非立法機關所規定的規則；第二、最高法院使用監督權宣佈通案適用的規則；第三、最高法院宣佈適用於下級法院的規則。上訴分庭在巴拉亞格維札案指出：「不論特定破壞為何，法院具有為了聲張正義所需使用的監督權獲得普遍承認。美國最高法院指出『法院具有設立並維持文明的標準訴訟程序與證據規則的義務』，該義務係屬法院監督司法體系與過程的固有功能...該項監督權的使用具有三項功能；對於被告權力的破壞提供補償；嚇阻未來的不法行為；加強司法程序的完整性」³⁵⁹。

從以上意見似乎可以看出，上訴分庭在援引監督權作為法庭的固有權力時，並沒有特別強調對下級法院的程序的監督，而是僅就整個司法

³⁵⁸ Amy Coney Barrett, the Supervisory Power of the Supreme Court, 106 Columbia Law Review 324, 328-33, (2006).

³⁵⁹ ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Decision, Nov 3, 1999, para.76.

制度行使監督權，從這裡來看，似乎可以說國際法庭的監督權即為國際法庭對程序的固有權力，但是對於對下級法院的程序的進行監督似乎並非固有權力的一部份³⁶⁰，本文以為對於非「自身」(local)的程序的監督權力應出於《規約》授權，而非出於固有權力，如果上訴分庭具有監督初審分庭的責任，則該項責任並非上訴分庭行使司法功能所必需，而是出於《規約》的規定，由於《規約》中沒有這項規定，所以本文以為國際法庭的上訴分庭應不具有監督初審分庭的權力。



³⁶⁰ ICTR, Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, Nov 3, 1999, Section 9 (Limits on the competence of the Appeals Chamber). “To hold that the interlocutory appellate provisions of Rule 72(D) of the Rules cover a case relating to pre-transfer delay involves a stretching of that provision. That stretching can only be justified on the view that the Appeals Chamber may act as if it were endowed with inherent authority to supervise all the activities of an inferior court. I believe that the Appeals Chamber will accept that it does not have that power; that it does not have overall surveillance or general oversight of the workings of a Trial Chamber as if the latter were an inferior court as understood in some systems; that it may not intervene on the basis that it has competence to do so wherever it is disposed to take the view that something wrong was done. For to do so would amount to an impermissible amendment of Article 24 of the Statute of the Tribunal and an unlawful expansion of the province of action thereunder assigned to the Appeals Chamber.”

第七章 結論

依據澳大利駐聯合國代表 Gerhard Pfanzelter 給聯合國秘書長 2008 年 4 月 18 日的信件的附件的「聯合國安理會與法治」¹的報告²，該報告將安理會通過具有一般性而不是具有特定性效力的決議定義為「具有立法性質的決議」³，這樣的作法事實上是擴大了具有立法性質的決議的範圍，不像 2005 年之前的學者的研究時在狹義的定義下只有第 1373(2001)號決議與第 1540(2004)號決議具有立法性質，但是由於本論文從實證主義的觀點出發，主張許多從決議內容來看並非「當然」(*ipso facto*)具有立法性質的決議，但是如果從事後實踐上因廣泛遵守該決議而形成習慣法本論文則稱之為具有立法功能的決議。事實上 2000 以後安理會一系列非強制性的「和平安全之專門議題的決議」(Thematic Issues of Peace and Security Resolution, TIPS Resolution)⁴，也可以被歸類為具有「潛在」⁵的立法功能。另外，從本論文的觀點，

¹ 英文名稱為：United Nations Security Council and the Rule of Law.

² United Nations Security Council and the Rule of Law, A/63/69-S/2008/270.

³ A/63/69-S/2008/270, Recommendation 11:

“When the Council adopts a resolution of a legislative character that is general rather than particular in effect, the legitimacy of and respect for that resolution will be enhanced by a process that ensure transparency, participation, and accountability. This should include: (i) the holding of open debates on any such proposals; (ii) wide consultation with the membership of the United Nations and other specially affected parties; and (iii) a procedure to review the resolution within an appropriate time frame.”

⁴ 涉及多面向議題，例如愛滋病（第 1308(2000)號決議(S/RES/1308)）、以及婦女與和平安全(第 1325(2000)號決議(S/RES/1325))等。參見：C. Cora True-Frost, *The Security Council and Norm Consumption*, 40 *New York University Journal of International Law and Politics* 115 (2007-2008).

⁵ 「和平安全之專門議題的決議」中的反恐決議由於係屬大部分《憲章》第七章所通過，具有拘

安理會的立法功能所包含的決議不僅包括上述那些具有立法性質的決議，如果可以增加在緊急情況下所通過的決議在適當時間後重新審查以及落日條項的設計⁶，即可進一步的增加聯合國層次的民主治理規範的發展。

束力，所以與反恐有關的「和平安全之專門議題的決議」，它們的立法功能確認存在，而非僅具有潛在的立法功能。非強制性的「和平安全之專門議題的決議」最有名的決議為第 1325(2000) 號決議。由於該決議不具有拘束力，所以該決議所具有的是潛在的立法功能。第 1325 號決議 (S/RES/1325)「執行部分」：1. 敦促會員國確保在預防、管理和解決衝突的國家、地區和國際機構和機制的決策層增加婦女人數；2. 鼓勵秘書長實施其要求增加婦女參與解決衝突與和平進程決策層人數的戰略行動計畫(A/49/587)；3. 敦促秘書長任命更多婦女為特別代表和特使，代表他進行斡旋，在這方面，呼籲會員國向秘書長提供人選，供列入定期更新的中央名冊；4. 還敦促秘書長謀求擴大婦女在聯合國實地行動中的作用和貢獻，特別是擔任軍事觀察員、民警、人權和人道主義工作人員；5. 表示願意將性別觀點納入維持和平行動，並敦促秘書長確保酌情在實地行動中設立處理婦女問題的部門；6. 請秘書長向會員國提供有關婦女的保護、權利和特殊需要以及有關婦女參與所有維持和平和建設和平措施的重要性的培訓準則和材料，請會員國將這些要素以及提高對愛滋病毒/愛滋病的認識的訓練納入本國準備部署的軍事人員和民警人員的訓練方案，並請秘書長確保維持和平行動文職人員得到類似培訓；7. 敦促會員國對關注性別問題的培訓努力，包括對聯合國婦女基金和聯合國兒童基金會等有關基金和方案以及聯合國難民事務高級專員辦事處和其他有關機構進行的努力，提供更多的自願財政、技術和後勤支助；8. 呼籲所有有關行動者在談判和執行和平協定時，採取性別觀點，除其他外包括：(a) 婦女和女孩在遣返、重新安置、復原、重返社會和衝突後重建中的特殊需要；(b) 採取措施，支持當地婦女的和平倡議和解決衝突的當地進程，並讓婦女參加和平協定的所有執行機制；(c) 採取措施，確保保護和尊重婦女和女孩的人權，特別是在憲法、選舉制度、員警和司法方面；9. 呼籲武裝衝突各方充分尊重適用於平民、尤其是婦女和女孩的權利和保護的國際法，特別是根據 1949 年《日內瓦四公約》及其 1977 年《附加議定書》、1951 年《難民公約》及其 1967 年《議定書》、1979 年《消除對婦女一切形式歧視公約》及其 1999 年《任擇議定書》、1989 年《聯合國兒童權利公約》及其 2000 年 5 月 25 日兩項《任擇議定書》規定適用於他們的義務，同時銘記《國際刑事法院羅馬規約》的有關規定；10. 呼籲武裝衝突各方採取特別措施，保護婦女和女孩在武裝衝突局勢下免受基於性別的暴力，特別是強姦和其他形式的性凌虐，以及所有其他形式的暴力；11. 強調所有國家都有責任終止有罪不罰現象，並起訴應對種族滅絕、危害人類罪和包括對婦女和女孩施加性暴力和其他暴力在內的戰爭罪負責者，在這方面並強調可行時必須把此種罪行排除在大赦條款之外；12. 呼籲武裝衝突各方尊重難民營和定居點的平民和人道主義性質，包括在設計難民營和定居點時考慮到婦女和女孩的特殊需要，並回顧其 1998 年 11 月 19 日第 1208(1998)號決議和 2000 年 4 月 19 日第 1296 (2000) 號決議；13. 鼓勵所有參與規劃解除武裝、復員和重返社會工作的人員顧到男女前戰鬥人員的不同需要並考慮到其家屬的需要；14. 重申準備在根據聯合國《憲章》第四十一條採取措施時考慮到對平民可能產生的影響，銘記婦女和女孩的特殊需要，以便考慮適當的人道主義豁免規定；15. 表示願意確保安全理事會代表團考慮到性別因素和婦女權利，包括通過與當地和國際婦女團體協商；16. 請秘書長就武裝衝突對婦女和女孩的影響、婦女在建設和平中的作用以及和平進程和解決衝突的性別層面進行研究，又請他向安全理事會提出報告說明此項研究的結果，並把報告提供給聯合國所有會員國；17. 請秘書長酌情在其提交安全理事會的報告中列入在所有維持和平特派團中將性別觀點納入主流以及關於婦女和女孩的所有其他方面的進展情況；18. 決定繼續積極處理此案。

⁶ A/63/69-S/2008/270, Recommendation 12:

“As any “legislative resolution” in an exceptional matter, it should, as a rule, terminate after a period of time set by the Council in the resolution (a “sunset clause”) unless there is an affirmative decision by the Council to renew it.”

第一節 非安理會成員的參與

安理會決議既然對國際法的逐步發展起上作用，在法治的概念下，決議的通過時公開的辯論以及利益有特別關係者的參與就非常的重要⁷，事實上這些程序要件的符合是安理會立法功能的正當性的基礎，《憲章》第 28 條⁸對於會議的規定在今天的實踐，已發展出許多其他的非傳統的會議形式，這些會議形式開放給非聯合國成員參與，上述實踐大幅提昇了安理會立法的正當性。

底下將安理會的開會形式整理為一個表以供參考⁹。

表一 安理會的開會形式

會議形式			非安理會成員的參與程度	秘書處舉行 情況通報會	正式紀錄	開會場地
安理會各種形	公開會議	公開辯論	在非安理會成員提出要求後得邀請它們參加（開放聯合國成員參與與安理會會議的程度最高）	得進行也得 不進行	刊登在《聯合國日刊》	安理會會議廳

⁷ 《憲章》第三十一條：「在安全理事會提出之任何問題，經其認為對於非安全理事會理事國之聯合國任何會員國之利益有特別關係時，該會員國得參加討論，但無投票權。」第三十二條：「聯合國會員國而非為安全理事會之理事國，或非聯合國會員國之國家，如於安全理事會考慮中之爭端為當事國者，應被邀參加關於該項爭端之討論，但無投票權。安全理事會應規定其所認為公平之條件，以便非聯合國會員國之國家參加。」

⁸ 《憲章》第二十八條：「一、安全理事會之組織，應以使其能繼續不斷行使職務為要件。為此目的，安全理事會之各理事國應有常駐本組織會所之代表。二、安全理事會應舉行定期會議，每一理事國認為合宜時得派政府大員或其他特別指定之代表出席。三、在本組織會所以外，安全理事會得在認為最能便利其工作之其他地點舉行會議。」

⁹ 本表係依據以下資料所繪製：Repertoire of the Practice of the Security Council 16th Supplement 2008-2009 Part II - Provisional rules of procedure, p.10, table 1.

第七章 結論

式的會議	辯論（原名是公開會議）	與審議事項直接有關或直接受其影響或有特殊利益的非安理會成員提出要求後得邀請它們參加	得進行		
	情況通報會（原名是公開情況通報會）	安理會成員得在情況通報會通報情況後發表聲明	應進行		
	通過（原名是會議）	非安理會成員提出要求後得邀請或不得邀請它們參加（係屬通過安理會決議的會議）	不進行		
非公開會議	非公開辯論（原名是非公開會議）	依據《安理會暫行議事規則》第37或第39條非安理會成員、秘書處人員、以及其他個人得經邀請參與之	得進行	由秘書長保存單一	安理會會議廳
	出兵國會議 ¹⁰	依據安理會決議第1353(2001)號邀請該決議所規定的各方參加	得進行	副本；發佈公報	經社/託管理事會會議廳或會議廳
安理會全體的非正式磋商		禁止（係屬通過安理會決議的會前會）	得進行	無	磋商廳
「阿里亞形式」的安理會非正式會議 ¹¹		僅受邀請才得參加	不進行	無	不一定

表格 1；資料來源：作者依據以下資料所繪製：Repertoire of the Practice of the Security Council 16th Supplement 2008-2009 Part II- Provisional rules of procedure, p.10, table 1.

¹⁰ 安理會之會議形式報告，S/2006/507, para.35; S/RES/1353, Annex II, para.3, “The following parties will be invited to these meetings:(a) Countries contributing troops, military observers or civilian police to the peacekeeping operation; (b) Prospective troop-contributing countries as identified by the Secretary-General;(c) Relevant United Nations bodies and agencies, when they have specific contributions to make to the issue under discussion;(d) Other bodies and agencies, as observers, as appropriate;(e) Countries that make special contributions, such as other civilian personnel, contributions to trust funds, logistics, equipment and facilities and other contributions, as appropriate;(f) The host country/countries, as observers, as appropriate;(g) The representative of a regional or subregional organization or arrangement, contributing troops as appropriate;(h) Regional organizations, as observers when not contributing troops, as appropriate.”

¹¹ 安理會之會議形式報告，S/2006/507, para.54, “The members of the Security Council intend to utilize “Arria-formula” meetings as a flexible and informal forum for enhancing their deliberations. To that end, members of the Security Council may invite on an informal basis any Member State, relevant organization or individual to participate in “Arria-formula” informal meetings. The members of the Security Council agree to consider using such meetings to enhance their contact with civil society and non-governmental organizations, including local non-governmental organizations (NGOs) suggested by United Nations field offices. The members of the Security Council encourage the introduction of such measures as lengthening lead times, defining topics that participants might address and permitting their participation by video teleconference.”

第二節 具有立法功能的決議之整理與歸類

將安理會的決議進行歸類的最自然方式是從安理會決議透過的「議程」(agenda)¹²以及「主題」(subjects)¹³進行分析，但是這樣的分析方式決議的分類會太瑣碎，不易以簡單的方式掌握全貌，本論文以為較好的方式是以秘書長所出每3年一版的《安理會慣例匯輯》(Repertoire of the Practice of the Security Council)¹⁴所進行的歸類為主，然後再輔以議程、及主體的名稱即可對安理會決議進行全盤分析。

《安理會慣例匯輯》的研究結構上分為四大部分¹⁵：第一、程序議題；第二、憲法議題與《憲章》條文；第三、輔助機關與執行機制；第四、就議程項目進行研究。從《安理會慣例匯輯》的第四部分——就議程項

¹² 安理會議程文號為 S/AGENDA/(...)，從聯合國官方文件系統(UNODS)即可查出每一個決議通過時所設定的議程為何，有時候議程名稱與決議的主要內容(亦即該決議的主題)可能會關聯性不高，因為議程通過的程序有可能會影響該次安理會「臨時會議」(provisional meeting)的主體與議程名稱有落差。

¹³ 安理會決議的主題為該項決議的實質內容的關鍵字，由於主題名稱是秘書處在決議通過後所加上的，所以主題名稱與實質內容密切相關，聯合國官方文件系統所加上的主題名稱通常很多，參見網站：<http://documents.un.org/advance.asp>

但是聯合國安理會的官方網站的決議的主題就只有一個主題名稱，參見網站：http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions.html

¹⁴ 安全理事會的《慣例匯輯》由秘書長應大會要求出版。根據1952年大會決議第686(VII)號，A/RES/686(VII)(1952)規定，自1946年以來《慣例匯輯》是一本安理會的指導性檔，它盡可能按照安理會的實際運作、《聯合國憲章》的相關要求以及《安全理事會暫行議事規則》提供相關資料。它是唯一的正式紀錄。參見網站：

<http://www.un.org/chinese/aboutun/prinorgs/sc/repertoire/index.htm>

¹⁵ The *Repertoire of the Practice of the Security Council* covers four primary areas:

- A. the application of the provisional rules of procedure,
- B. the application of Articles of the Charter of the United Nations,
- C. the subsidiary organs of the Security Council, including peacekeeping missions,
- D. and an overview of Council activities for each item on its agenda.

參見網站：<http://www.un.org/en/sc/repertoire/structure.shtml>

目進行研究—可知《安理會慣例匯輯》將所有的安理會決議分為區域議程項目的決議以及主題議程項目的決議二類。在區域議程項目的決議的部分，《安理會慣例匯輯》將全球分為非洲、美洲、亞洲、歐洲、中東五個區域；並在「主題」議程項目的決議的部分將主題分為「一般」(general)議題與「專門」(thematic)議題二類¹⁶。

由此可以看出具有立法功能的決議可以初步分為「區域議程」(regional agenda)項目的決議與「主題議程」(topic agenda)項目的決議二類，但是如何將上述二類決議中的具有立法功能的決議仍需要一個判準。由於本章的目的是要將前五章所提到具有立法功能的決議做一個總結，所以在做歸納分類時，僅能以前幾章所提到決議為主，並以其他明顯具有立法功能的決議為輔，作為決議分類的依據，無法將截至 2009 年底之 1907 項決議中具有立法功能的決議一網打盡，這是本研究的

¹⁶ Repertoire of the Practice of the Security Council, Overview of Studies by Agenda (Regions/Topics), “Consideration of Questions under the responsibility of the Council for the Maintenance of International Peace and Security

The Repertoire provides, as studies by agenda item, an overview of the role of the Security Council in its primary responsibility for the maintenance of international peace and security on each of the agenda items that it is seized of – topics under consideration by the Council.

These studies cover all agenda items since 1946 that dealt with questions under the responsibility of the Council for the maintenance of international peace and security. They include summaries of public discussions in the Council, Secretary-General’s reports and other documents considered during Council meetings, as well as provide the full text (1946-1999) or summaries (2000-present) of all resolutions, presidential statements or other decisions taken by the Council on a particular agenda item.

While these studies examine all decisions of the Council and the immediate constitutional and procedural background to those decisions, discussions that relate to specific Charter Articles or to the Council’s Provisional Rules of Procedure will generally have been included more comprehensively in case studies in other parts of the Repertoire, for instance on pacific settlement of disputes, Chapter VII of the Charter, and regional arrangements.

For ease of reference, studies have been organized either by region of the agenda items: Africa, Asia, Americas, Europe and the Middle East; or by general/thematic items (such as “Children and armed conflict”).”參見網站：<http://www.un.org/en/sc/repertoire/studies/overview.shtml>

限制，因為本論文無處理其他非聯合國體系的國際性法院的實踐，也無探討各國國內法院的實踐，因此無法做到無漏網之魚的地步，但是本論文以為會漏掉的決議將會非常少¹⁷，因為較有可能漏掉之決議是早期的決議，因為早期的決議有時無法從表面文字判斷是否具有拘束力¹⁸，不過早期的決議並不多，例如直至 1971 年年底安理會只有通過 292 項決議。

在上述限制的體認下，本論文以為區域議程項目的決議中的決議如果符合下列二要件之一，即可稱為具立法功能的決議：第一、該決議是否為本論文前六章所提到的決議；或第二、該決議是否係依據《憲章》第七章所通過。上述處理方式可以包括其他本論文前六章所未提及但有拘束力應對國家產生義務或權利的決議¹⁹。

在「主題議程」項目的決議的部分，依據學者 C. Cora True-Frost 如何確認一個非強制性的安理會決議是否具有潛在的立法功能的研究方

¹⁷ 本論文共討論了 117 項安理會決議，約佔 1907 項全部決議的百分之六，參見本節附圖：圖七：本論文提及之決議數量占所有決議數量之年度分配圖。

¹⁸ 例如參見非政府組織 Security Council Report 的報告：Security Council Report, Security Council Action under Chapter VII: Myths and Realities, Special Research Report (2008). 該報告指出第一次在決議用語中引用《憲章》第七章是在 1968 年有關南羅得西亞問題的第 253 號決議(S/RES/253)，在該決議，安理會首次在決議「前言部分」的最後一段使用「根據聯合國《憲章》第七章採取行動」之用語，並在「執行部分」以「決定」之用語表示以「決定」之用與為首的段落具有拘束力。這種用法後來成為以用語明示表示是否具有拘束力的標準。另外下列決議儘管沒有引用《憲章》第七章，但是也有可能事實上是有意引用第七章：第 27(1947)號決議(S/RES/27)，第 54(1948)號決議(S/RES/54)，第 83(1950)號決議(S/RES/83)，第 221(1966)號決議(S/RES/221)，第 232(1966)號決議(S/RES/232)，第 279(1970)號決議(S/RES/279)。另參見：Marko Divac Öberg, The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ, 16 European Journal of International Law 879 (2005).

¹⁹ 依據《憲章》第七章所通過的決議即具有立法功能。

法²⁰，「和平安全之專門議題的決議」(TIPS Resolution)具有下列性質²¹：

第一、非屬於特定地理區域及特定局勢；第二、針對廣泛的專門主題或專門議題；第三、涉及非聯合國會員國的實體或個人（例如武裝衝突的各方、和平協定的談判代表、以及聯合國的秘書處等）。由於「主題議程」項目的決議的部分將主題分為一般議題與專門議題二類，由上述「和平安全之專門議題的決議」之性質可知，只有專門議題的「主題議程」項目的決議符合上述性質。

本論文以為依循該方法也可以將學者所未加以確認具有潛在立法功能的決議找出來，儘管學者 C. Cora True-Frost 只有對於二個專門議題的決議進行確認，亦即：婦女議題以及兒童議題。事實上當然存在其他的專門議題也具有潛在的立法功能，例如安理會決議第 940(1994)號²²即為對國際法上「平民享有民主治理的新興權利」²³的規範形成

²⁰ C. Cora True-Frost, *The Security Council and Norm Consumption*, 40 *New York University Journal of International Law and Politics* 115 (2007-2008).

²¹ C. Cora True-Frost, *The UN Security Council Marks Seventh Anniversary of Resolution 1325 on Women, Peace and Security with Open Debate*, *ASIL Insights*, Volume 11, Issue 29, December 17, 2007.

²² 安理會決議第 940(1994)號(S/RES/940)「前言部分」第 8 段：「重申國際社會的目標仍是恢復海地境內的民主，並在《加弗納斯島協定》的構架內使合法當選的讓·貝特朗·阿裡斯蒂德總統迅速返國」(Reaffirming that the goal of the international community remains the restoration of democracy in Haiti and the prompt return of the legitimately elected President, Jean-Bertrand Aristide, within the framework of the Governors Island Agreement)；第 10 段：「確定海地局勢繼續對該區域和平與安全構成威脅」(Determining that the situation in Haiti continues to constitute a threat to peace and security in the region)；「執行部分」第 4 段：「根據《聯合國憲章》第七章採取行動，授權各會員國組成一支統一指揮和控制的多國部隊，在此框架內使用一切必要手段促使軍隊領導人按照《加弗納斯島協定》離開海地，合法當選總統立即返國和恢復海地政府合法主管當局，建立和保持安全和穩定的環境，以便實施《加弗納斯島協定》，但有一項瞭解，即執行這一臨時行動的費用將由參加的會員國承擔」(Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, authorizes Member States to form a multinational force under unified command and control and, in this framework, to use all necessary means to facilitate the departure from Haiti of the military leadership,

起上立法的作用的明顯實例²⁴，另外本論文第四章所研究的恐怖主義不僅也是專門意義之一，並且由於安理會是援引《憲章》第七章所以具有強制性，因此這類決議的立法功能並不是潛在的，而是已經獲得本論文第四章的確認，但是其他還有哪些專門議題項目的決議儘管不具有拘束力，但也具有潛在的立法功能則是一個必須要回答的問題。

依據《安理會慣例匯輯》研究，它將主題議程項目分為 28 項²⁵，由於

consistent with the Governors Island Agreement, the prompt return of the legitimately elected President and the restoration of the legitimate authorities of the Government of Haiti, and to establish and maintain a secure and stable environment that will permit implementation of the Governors Island Agreement, on the understanding that the cost of implementing this temporary operation will be borne by the participating Member States); 第 10 段：「還請聯海特派團協助海地的合法憲政當局建立一種有利於組織自由和公正的議會選舉的環境，此項選舉將由上述當局宣佈舉行，並在上述當局要求時由聯合國同美洲國家組織合作加以監測」(Requests also that UNMIH assist the legitimate constitutional authorities of Haiti in establishing an environment conducive to the organization of free and fair legislative elections to be called by those authorities and, when requested by them, monitored by the United Nations, in cooperation with the Organization of American States (OAS)).

²³ 參見：Thomas M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, 86 *American Journal of International Law* 46 (1992).

²⁴ 參見：Julia Leininger, *Democracy and UN Peace-Keeping—Conflict Resolution through State-Building and Democracy Promotion in Haiti*, 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 465 (2006).

²⁵ 以下是《安理會慣例匯輯》的分類：

1. Agenda for peace:
 - (1) An agenda for peace: preventive diplomacy, peacemaking and peacekeeping;
 - (2) An agenda for peace;
2. Business and civil society,
3. Children and armed conflict,
4. Climate change,
5. Conflict diamonds,
6. Food and security,
7. HIV/AIDS,
8. Humanitarian activities and assistance to refugees,
9. International Criminal Tribunals,
10. Maintenance of international peace and security,
11. Nobel Peace Prize,
12. Non-proliferation,
13. Pacific settlement of disputes,
14. Peacebuilding,
15. Peacekeeping,
16. Prevention of armed conflicts,
17. Protection of civilians,
18. Protection of United Nations personnel,
19. Regional organizations,
20. Rule of law,

這當中包含了安理會主席聲明等其他非決議的安理會實踐，所以需要

進一步簡化，另一種分類方式是依據非政府組織 Security Council

Report²⁶的研究報告，它將主題議程分為 31 類²⁷，但是這 2 種分類方

-
21. Sanctions,
 22. Security Council mission,
 23. Small arms,
 24. Terrorism,
 25. Threats to international peace and security,
 26. Women and peace and security,
 27. Others,
 28. Briefings.

參見網站：http://www.un.org/en/sc/repertoire/studies/general_studies.shtml#S

²⁶ Security Council Report operates in affiliation with the Center on International Organization in the School of International and Public Affairs at Columbia University in New York. Columbia University, founded in 1754, is the oldest institution of higher learning in the state of New York and the fifth oldest in the United States. Under an agreement between Security Council Report, Inc. and Columbia University, the University provides salaried staff for Security Council Report as well as office space and equipment of the Security Council Report offices situated at 885 Second Avenue, 31st Floor, New York NY. 參見網站：

http://www.securitycouncilreport.org/site/c.gIKWLeMTIsG/b.1074743/k.6F2D/AFFILIATION_WITH_COLUMBIA_UNIVERSITY.htm

²⁷ 依據非政府組織 Security Council Report 所進行的一系列的研究報告，下列議題為該組織的分類方式：

1. Admission of New UN Members
2. Appointment of the Secretary-General
3. Children and Armed Conflict
4. Conflict Mediation
5. Conflict Prevention
6. Cooperation w/ Regional Organisations
7. Disarmament
8. Drug Trafficking
9. Elections to the International Court of Justice
10. Energy, Security and Climate
11. International Criminal Tribunals
12. Justice, Impunity & Rule of Law Issues
13. Natural Resources and Conflict
14. Peacekeeping
15. Peacebuilding Commission
16. Post-Conflict Stabilisation
17. Protection of Civilians in Armed Conflict
18. Regional and Sub-Regional Issues
19. Review of Security Council Mandates
20. Sanctions
21. Security Council Annual Report
22. Security Council Elections
23. Security Council and Human Rights
24. Security Council Response to the World Summit
25. Security Council Subsidiary Bodies
26. Security Council Working Methods
27. Security Sector Reform
28. Sexual Exploitation
29. Small Arms

式都包含了一般議題與專門議題，如果追尋學者 C. Cora True-Frost 的分類方式（儘管她的研究僅止於 2007 年 10 月）²⁸，她是以決議的「主題」(subject)而非以決議通過時的議程做區分，然後再參照《安理會慣例匯輯》的分類，以及非政府組織 Security Council Report 的研究報告與聯合國官方文件系統（多個主題）以及安理會網站（一個主題）上對於決議的主題的分類，根據本論文按照上述方法之研究，

30. Terrorism

31. Women, Peace and Security

參見網站：

http://www.securitycouncilreport.org/site/c.gIKWLeMTIsG/b.2400809/k.2E0A/Publications_on_Thematic_General_Issues.htm

²⁸ 依據學者 C. Cora True-Frost 的研究，直至 2007 年 10 月底安理會共通過 54 個「和平安全之專門議題的決議」如下：第 18 號(軍備：調節與裁減)(S/RES/18)；第 52 號(原子能：國際管制)(S/RES/52)；第 68 號(軍備：調節與裁減)(S/RES/68)；第 74 號(原子能：國際管制)(S/RES/74)；第 77 號(戰略防區之託管)(S/RES/77)；第 78 號(戰略防區之託管)(S/RES/78)；第 255 號(保障防止核武器擴散條約非核武器當事國之措施問題)(S/RES/255)；第 286 號(商用飛機劫持事件日增所造成之情勢)(S/RES/286)；第 579 號(綁架人質)(S/RES/579)；第 618 號(譴責劫持和綁架人質行為)(S/RES/618)；第 635 號(塑膠炸藥或薄片炸藥加添標記以利偵測)(S/RES/635)；第 638 號(人質扣留)(S/RES/638)；第 984 號(關於安全保證的提案)(S/RES/984)；第 1261 號(兒童和武裝衝突)(S/RES/1261)；第 1265 號(武裝衝突中保護平民)(S/RES/1265)；第 1269 號(消除國際恐怖主義)(S/RES/1269)；第 1296 號(武裝衝突中保護平民)(S/RES/1296)；第 1308 號(愛滋病毒/愛滋病)(S/RES/1308)；第 1314 號(兒童與武裝衝突)(S/RES/1314)；第 1325 號(婦女與和平與安全)(S/RES/1325)；第 1327 號(和平行動問題小組的報告)(S/RES/1327)；第 1366 號(預防武裝衝突：安理會的作用)(S/RES/1366)；第 1368 號(打擊恐怖主義)(S/RES/1368)；第 1373 號(國際合作防止恐怖主義行為)(S/RES/1373)；第 1377 號(全球努力打擊恐怖主義的宣言)(S/RES/1377)；第 1379 號(兒童與武裝衝突)(S/RES/1379)；第 1438 號(打擊恐怖主義)(S/RES/1438)；第 1440 號(打擊恐怖主義)(S/RES/1440)；第 1450 號(打擊恐怖主義)(S/RES/1450)；第 1452 號(打擊恐怖主義：金融措施)(S/RES/1452)；第 1455 號(制裁塔利班和“基地”組織)(S/RES/1455)；第 1456 號(打擊恐怖主義的宣言)(S/RES/1456)；第 1460 號(兒童與武裝衝突)(S/RES/1460)；第 1465 號(打擊恐怖主義)(S/RES/1465)；第 1502 號(保護聯合國人員和人道主義人員)(S/RES/1502)；第 1516 號(打擊恐怖主義)(S/RES/1516)；第 1526 號(制裁塔利班和“基地”組織)(S/RES/1526)；第 1530 號(打擊恐怖主義)(S/RES/1530)；第 1535 號(反恐委員會：設立執行局)(S/RES/1535)；第 1539 號(兒童與武裝衝突)(S/RES/1539)；第 1540 號(防止核生化武器擴散)(S/RES/1540)；第 1566 號(打擊一切形式的恐怖主義)(S/RES/1566)；第 1611 號(打擊恐怖主義)(S/RES/1611)；第 1612 號(保護受武裝衝突影響的兒童)(S/RES/1612)；第 1617 號(對與恐怖主義有關聯者採取的措施)(S/RES/1617)；第 1618 號(譴責在伊拉克的恐怖行為)(S/RES/1618)；第 1625 號(加強安理會預防衝突的效力)(S/RES/1625)；第 1631 號(聯合國與區域組織在維護國際和平與安全方面的合作)(S/RES/1631)；第 1646 號(建設和平委員會組織委員會成員)(S/RES/1646)；第 1673 號(不擴散大規模毀滅性武器：延長 1540 委員會任期)(S/RES/1673)；第 1674 號(武裝衝突中保護平民)(S/RES/1674)；第 1735 號(恐怖主義威脅：制裁恐怖分子的措施)(S/RES/1735)；第 1738 號(武裝衝突中保護平民：新聞媒體人員的保護)(S/RES/1738)；第 1747 號(伊朗核問題：制裁措施)(S/RES/1747)。參見：C. Cora True-Frost, *The Security Council and Norm Consumption*, 40 *New York University Journal of International Law and Politics* 115, 196-198, tbls. 1-2 (2007-2008).

在下列五個主題，安理會的決議具有潛在的立法功能：第一、兒童與武裝衝突²⁹；第二、恐怖份子之行為所造成對和平安全之威脅³⁰；第三、保護武裝衝突中的平民³¹；第四、小型武器³²；第五、婦女與和平安全³³。



²⁹ 第 1261 號決議(S/RES/1261)；第 1314 號決議(S/RES/1314)；第 1374 號決議(S/RES/1374)；第 1460 號決議(S/RES/1460)；第 1539 號決議(S/RES/1539)；第 1612 號決議(S/RES/1612)；第 1882 號決議(S/RES/1882)。

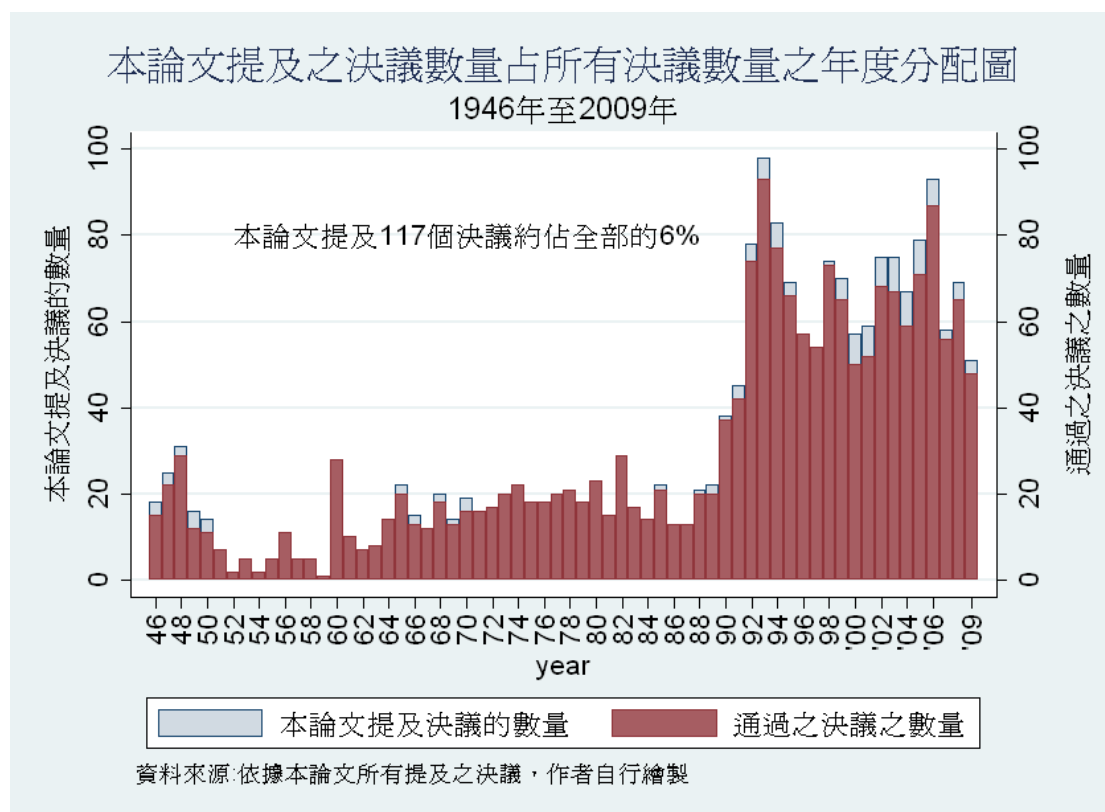
³⁰ 第 1189 號決議(S/RES/1189)；第 1267 號決議(S/RES/1267)；第 1269 號決議(S/RES/1269)；第 1368 號決議(S/RES/1368)；第 1373 號決議(S/RES/1373)；第 1377 號決議(S/RES/1377)；第 1438 號決議(S/RES/1438)；第 1440 號決議(S/RES/1440)；第 1450 號決議(S/RES/1450)；第 1452 號決議(S/RES/1452)；第 1455 號決議(S/RES/1455)；第 1465 號決議(S/RES/1465)；第 1516 號決議(S/RES/1516)；第 1526 號決議(S/RES/1526)；第 1530 號決議(S/RES/1530)；第 1535 號決議(S/RES/1535)；第 1566 號決議(S/RES/1566)；第 1611 號決議(S/RES/1611)；第 1617 號決議(S/RES/1617)；第 1618 號決議(S/RES/1618)；第 1735 號決議(S/RES/1735)；第 1787 號決議(S/RES/1787)；第 1805 號決議(S/RES/1805)；第 1822 號決議(S/RES/1822)；第 1904 號決議(S/RES/1904)。

³¹ 第 1265 號決議(S/RES/1265)；第 1296 號決議(S/RES/1296)；第 1674 號決議(S/RES/1674)；第 1738 號決議(S/RES/1738)；第 1894 號決議(S/RES/1894)。

³² 第 1265 號決議(S/RES/1265)。

³³ 第 1325 號決議(S/RES/1325)；第 1820 號決議(S/RES/1820)。

圖七 本論文提及之決議數量占所有決議數量之年度分配圖



第三節 結論

從安理會立法功能之發展可以看出國際法發展的二大趨勢,第一是在國際法上具有爭議的法律議題例如是人道干預、預期性自衛、恐怖主義等議題往往最後是以安理會的決議作為事件是否符合國際法規範的判準或是重要依據,第二是在聯合國集體安全制度下,安理會職權之擴張,使得國家的主權有所限制,而這個限制主要可以分為二個面向,在國際和平安全方面以及在人權方面,前者是安理會的主要權限,國家的主權往往被犧牲,後者所探討的為安理會是否可以因一國國內

的人權事件，在沒有影響國際和平安全前提下，作出決議譴責並加以制裁呢？目前已有不少類似的決議，例如譴責南非種族隔離的決議，這些決議顯示出，在部分情況下，人權是容許凌駕於主權之上（亦即成為《憲章》第二條第 7 項的不干涉內政原則之例外），但是依個人的觀察，這是有限制的，這可分為以下二點，第一必須有安理會決議通過譴責該違反人權之行為，第二如果沒有安理會的決議譴責其行為，則在尚未嚴重成為普遍管轄之罪行時，是否人權可以凌駕於主權之上，依然不確定，具體的案例將在論文中依序討論。

例如在間接的立法管轄方面，有針對恐怖主義之安理會 1373 號決議、以及針對大規模毀滅性武器之安理會 1540 號決議等決議，這些決議使得安理會擁有國際法上「造法」(law-making)的功能，其有別於須經國家長期實踐的國際習慣法，具有「快速立法」的優點而引發學者間的爭論，論者以為 2002 年生效的《制止向恐怖主義提供資助的國際公約》(International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism)，規範了「由條約所建立的普遍管轄權」——締約國對恐怖主義者領域管轄原則，國民管轄原則，保護原則均適用，而對真正建立普遍管轄權的期望，可能已經部份透過安理會決議而達成，國家因而對恐怖主義罪行，具有管轄權，但是由於安理會決議中雖然引用了「制止向恐怖主義提供資助的國際公約」的部分條文，但卻省略了

條約中所賦予的人權保障程序，例如「正當法律程序」(due process)等，因而遭受批評，另外，安理會決議，對恐怖主義，沒有詳加定義，因此，到目前為止，仍無法建立一個，有關恐怖主義的普遍管轄權規範。

另外在間接的司法管轄方面，例如有對泛美航空 103 號轟炸事件，安理會加以譴責，認定其違反國際法，並要求利比亞交出嫌犯課以刑責的安理會 748 號決議，並且在此事件中，安理會的司法管轄權引起廣泛討論，特別是依 1971 年《蒙特利公約》中的「引渡或起訴」(*aut dedere aut prosecute*)³⁴原則，利比亞主張有自行審判嫌疑犯的權力而不必交出嫌疑犯，並利比亞在國際法院告美國與英國，要求法院給予臨時措施，而美國與英國先決反對法院擁有管轄權，並要求法院即使擁有管轄權也不應受理，因為此為安理會正在處理的事項，國際法院應尊重安理會在維持國際和平安全上處理的主要權限，其中部分爭議在洛克比案的一系列相關案件中獲得國際法院的回應。

在間接的執行管轄的部分，安理會的「聰明制裁」(smart sanction)決議—要求各國凍結恐怖分子資金，是目前遏止恐怖主義最有效的方法之一，但也引發基本人權，侵犯客戶帳戶隱私權等爭議，在這部分，

³⁴ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York: Oxford University Press (1st ed. 2005), p. 468.

有許多相應的國際金融法規範，以及洗錢防制規範等作為相應的處理。

另外一個值得注意的問題是國家責任與個人責任在國際法上的法律關係，若引用學者 Malcolm D. Evans 在憂慮國家刑事責任之課題被忽略之際之看法³⁵，「雖然個人責任與國家責任在國際法上並存，但是假使過度強調個人而排除國家，則加強國際法效力之目的，不僅不會增進反而會有傷害。」³⁶而這相互之間的法律關係主要是建立在國際法上的管轄問題上。對於由國家責任與個人責任所引發的國際法上的管轄問題，傳統上國家援引「國內管轄原則」作為其專屬管轄權之主張，國家因其國內居民之作為或不作為而對法律利益受侵害之另一方進行國內法上之法律救濟為其主要原則，但近年國際法上之法展是國家已經不能援引國內管轄原則作為限制或非法化另一國對被控侵權之一國居民因其對另一國法律利益之侵害而對此居民採取法律措施援引責任。

另一國對一國居民之管轄的法律基礎是甚麼呢？部分學者以為這事建立在國際人權法上的人權超越主權限制的條件下，因而可以對一國居

³⁵ Malcolm D. Evans, *International Wrongs and National Jurisdiction*, pp. 173-190, in Edited by Malcolm D. Evans, *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Oxford: Hart Publishing, 1998.

³⁶ *Id.* “Where individual and state responsibility co-existed under international law the efficacy of international law as a body of law is not enhanced—and indeed, may be undermined, if the individual becomes the focus of attention to the exclusion of state.”

民行使管轄權，但是這種強調人權的主張是有危險的，因為對於個人國際罪行課以個人刑事責任，卻不對國家國際不法罪行課以國家刑事責任，使得這個法律體系產生很大的法律漏洞，因為個人可能得以主張其行為是屬於國家主權行為而得以主張國家豁免，是以國家刑事責任沒有在國際法上作出規範成為主要問題。國家得以對個人國際罪行行使管轄權是基於普遍管轄權，但是普遍管轄權的法律主體是個人而非國家，因此對國家元首代表國家之行為依然得以主張豁免仍是主要原則，但是安理會立法代表國際社會對此一領域作出貢獻，例如在前南斯拉夫國際法庭規約第7條第2項作出國家元首不得主張豁免之規定³⁷，而突破了傳統國際法上之限制。

保護與維護國際社群的集體權益為重要國際規範，安理會依據第七章行使維持國際和平與安全之職務正是其中最為重要者，實踐上其所處理之威脅包含恐怖主義、侵略行為、違反人道罪、種族滅絕罪、其他嚴重違反人權者，上述議題有些國際法院已經面對並給予意見。在上述議題之處理過程中，法院不應置之不理也不應代替安理會職權，《憲章》體制中提供了二種不同的程序以及相關國家責任的架構，法院與安理會的功能不同並且互補，有別於國內法上避免不同程序處理同一

³⁷ Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Article 7, para.2, “The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.”

問題，《憲章》架構下，是要發展整合性的和平解決爭端的架構，二機關之間互相之衝突必須在個別案件中逐一解決。儘管國際法院司法功能之行使不得妨礙維持國際合於與安全之目的³⁸，然而國際法院的賦予合法性的功能不但不會妨礙政治機關的有效性，更且安理會決定的權威性將被質疑如果被視為不法行為，因此二機關的關係應以維持國際和平與安全之目的在個案中逐次調整，而其互動架構也將趨於明確與穩定，安理會決議之法律性質也在上述互動中獲得確立。

國際法庭的固有權力的權力範圍確實受到安理會授權的限制，安理會透過其決議與《規約》限制了國際法庭的權力範圍，儘管作為司法機關所具有的獨立性保障了部分固有權力不應受到安理會的剝奪，但其權力範圍仍需從個案判決中才能刻化具體的權力界限。國際法庭的實踐顯示，在聯合國法制的進一步憲法化以及權力分立原則的深化的初步成果。

安理會立法功能之提升、職權之擴張，使得國際法的拘束力增強，國際社會往世界政府的體制方向移動，從某種程度而言，是國家為了換取和平而對主權之讓渡與犧牲，從抽象的哲學層次看來，安理會透過

³⁸ Vera Gowlland-Debbas, the Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie case, 88 American Journal of International Law 643, 676-677, (2004).

立法功能之發展，所欲追求國際和平安全的同時，會不會忽略了追求國際上的正義與平等的重要性，是永遠值得注意的面向。



參考資料

一、 條約與權威文件

1. 條約與條約草案

《公民權利和政治權利公約》

《加弗納斯島協定》

《全面性恐怖主義公約草案》

《防止與懲罰種族滅絕罪公約》

《制止向恐怖主義提供資助的國際公約》

《制止非法劫持航空器蒙特利公約》

《保護戰爭受害者各項日內瓦公約》

《保護戰爭受害者各項日內瓦公約》的《第二附加議定書》

《美洲人權公約》

《國家對國際不法行為的責任》，最終版，A/RES/56/83, Annex, 28 January 2002.

《國際軍事法庭憲章》

《國際刑事法院羅馬規約》

《國際組織的責任條款草案》，2011 年版，A/66/10

《陸戰法規和慣例》(1907年10月18日海牙第四公約)

《陸戰法規和慣例》的《公約附件 陸戰法律和慣例章程》

《維也納條約法公約》

《歐洲人權公約》的《保護人權與基本自由公約》

《歐洲人權公約》的《第一議定書》

《歐體條約》

《聯合國憲章》

2. 安理會決議

S/RES/1 (1946) 軍事參謀團

S/RES/8 (1946) 吸收新會員國：阿富汗，冰島，瑞典

S/RES/9 (1946) 國際法院

S/RES/18 (1947) 軍備：調節與裁減

S/RES/22 (1947) 科府海峽事件

S/RES/27 (1947) 印尼問題

S/RES/52 (1948) 原子能：國際控制

S/RES/54 (1948) 巴勒斯坦問題

S/RES/68 (1949) 軍備：調節與裁減

S/RES/74 (1949) 原子能：國際管制

參考資料

S/RES/77 (1949) 戰略防區之託管

S/RES/78 (1949) 戰略防區之託管

S/RES/82 (1950) 大韓民國遭受侵略之控訴

S/RES/83 (1950) 大韓民國遭受侵略之控訴

S/RES/84 (1950) 大韓民國遭受侵略之控訴

S/RES/216 (1965) 南羅德西亞

S/RES/217 (1965) 南羅德西亞局勢問題

S/RES/221 (1966) 南羅德西亞局勢問題

S/RES/232 (1966) 南羅德西亞局勢問題

S/RES/253 (1968) 南羅德西亞局勢問題

S/RES/255 (1968) 保障防止核武器擴散條約非核武器當事國之措施問題

S/RES/264 (1969) 納米比亞局勢

S/RES/276 (1970) 納米比亞局勢

S/RES/279 (1970) 中東局勢

S/RES/286 (1970) 商用飛機劫持事件日增所造成之情事

S/RES/541 (1983) 賽普勒斯

S/RES/579 (1985) 綁架人質

S/RES/618 (1988) 譴責劫持和綁架人質行為

S/RES/635 (1989) 塑膠炸藥或薄片炸藥加添標記以利偵測

S/RES/638 (1989) 人質扣留

S/RES/678 (1990) 伊拉克-科威特間局勢

S/RES/687 (1991) 伊拉克-科威特間局勢

S/RES/688 (1991) 伊拉克

S/RES/713 (1991) 南斯拉夫社會主義聯邦共和國

S/RES/731 (1992) 利比亞問題

S/RES/748 (1992) 利比亞局勢

S/RES/777 (1992) 前南斯拉夫的馬其頓共和國局勢

S/RES/787 (1992) 波士尼亞和黑塞哥維那局勢

S/RES/808 (1993) 前南斯拉夫的馬其頓共和國局勢

S/RES/810 (1993) 柬埔寨局勢

S/RES/824 (1993) 波士尼亞和黑塞哥維那局勢

S/RES/827 (1993) 前南斯拉夫的馬其頓共和國局勢

S/RES/883 (1993) 利比亞局勢

S/RES/912 (1994) 盧旺達局勢

S/RES/918 (1994) 盧旺達局勢

S/RES/929 (1994) 盧旺達局勢

S/RES/935 (1994) 盧旺達局勢

S/RES/940 (1994) 海地問題

參考資料

- S/RES/955 (1994) 盧旺達局勢
- S/RES/981 (1995) 前南斯拉夫的馬其頓共和國局勢
- S/RES/984 (1995) 關於安全保證的提案
- S/RES/990 (1995) 克羅地亞局勢
- S/RES/1189 (1998) 和平與安全-肯雅和坦桑尼亞
- S/RES/1244 (1999) 南斯拉夫科索沃局勢
- S/RES/1261 (1999) 兒童和武裝衝突
- S/RES/1265 (1999) 武裝衝突中保護平民
- S/RES/1267 (1999) 阿富汗局勢：制裁塔利班
- S/RES/1269 (1999) 消除國際恐怖主義
- S/RES/1296 (2000) 武裝衝突中保護平民
- S/RES/1308 (2000) 愛滋病毒/愛滋病
- S/RES/1314 (2000) 兒童與武裝衝突
- S/RES/1325 (2000) 婦女與和平與安全
- S/RES/1326 (2000) 南斯拉夫聯盟共和國加入聯合國
- S/RES/1327 (2000) 和平行動問題小組的報告
- S/RES/1333 (2000) 阿富汗局勢：制裁塔利班
- S/RES/1353 (2001) 加強與部隊派遣國合作
- S/RES/1366 (2001) 預防武裝衝突：安理會的作用

- S/RES/1368 (2001) 打擊恐怖主義
- S/RES/1373 (2001) 國際合作防止恐怖主義行為
- S/RES/1374 (2001) 安哥拉局勢：制裁監測機制
- S/RES/1377 (2001) 全球努力打擊恐怖主義的宣言
- S/RES/1379 (2001) 兒童與武裝衝突
- S/RES/1390 (2002) 反恐怖主義：制裁本·拉丹和“基地”組織
- S/RES/1431 (2002) 盧旺達法庭和前南法庭：修改規約
- S/RES/1438 (2002) 打擊恐怖主義
- S/RES/1440 (2002) 打擊恐怖主義
- S/RES/1441 (2002) 伊拉克裁軍：強化視察制度
- S/RES/1450 (2002) 打擊恐怖主義
- S/RES/1452 (2002) 打擊恐怖主義：金融措施
- S/RES/1455 (2003) 制裁塔利班和“基地”組織
- S/RES/1456 (2003) 打擊恐怖主義的宣言
- S/RES/1460 (2003) 兒童與武裝衝突
- S/RES/1465 (2003) 打擊恐怖主義
- S/RES/1502 (2003) 保護聯合國人員和人道主義人員
- S/RES/1503 (2003) 前南問題國際法庭和盧旺達問題國際法庭：分設檢察官
- S/RES/1512 (2003) 盧旺達問題國際法庭

參考資料

S/RES/1516 (2003) 打擊恐怖主義

S/RES/1526 (2004) 制裁塔利班和“基地”組織

S/RES/1530 (2004) 打擊恐怖主義

S/RES/1534 (2004) 前南問題國際法庭和盧旺達問題國際法庭

S/RES/1535 (2004) 反恐委員會：設立執行局

S/RES/1539 (2004) 兒童與武裝衝突

S/RES/1540 (2004) 防止核生化武器擴散

S/RES/1546 (2004) 伊拉克臨時政府：設立

S/RES/1566 (2004) 打擊一切形式的恐怖主義

S/RES/1611 (2005) 打擊恐怖主義

S/RES/1612 (2005) 保護受武裝衝突影響的兒童

S/RES/1617 (2005) 對與恐怖主義有關聯者採取的措施

S/RES/1618 (2005) 譴責在伊拉克的恐怖行為

S/RES/1624 (2005) 國際和平與安全面臨的威脅

S/RES/1625 (2005) 加強安理會預防衝突的效力

S/RES/1631 (2005) 聯合國與區域組織在維護國際和平與安全方面的合作

S/RES/1646 (2005) 建設和平委員會組織委員會成員

S/RES/1673 (2006) 不擴散大規模毀滅性武器：延長 1540 委員會任期

S/RES/1674 (2006) 武裝衝突中保護平民

S/RES/1718 (2006) 防擴散問題：制裁朝鮮

S/RES/1730 (2006) 制裁：除名程式

S/RES/1735 (2006) 恐怖主義威脅：制裁恐怖分子的措施

S/RES/1738 (2006) 武裝衝突中保護平民：新聞媒體人員的保護

S/RES/1747 (2007) 伊朗核問題：制裁措施

S/RES/1787 (2007) 恐怖行為對國際和平與安全造成的威脅：延長反恐執行局任期

S/RES/1805 (2008) 恐怖行為對國際和平與安全造成的威脅：延長反恐執行局任期

S/RES/1810 (2008) 不擴散大規模毀滅性武器：延長 1540 委員會任期

S/RES/1820 (2008) 婦女與和平與安全：要求武裝衝突各方停止針對包括婦女在內所有平民的一切性暴力

S/RES/1822 (2008) 恐怖行為對國際和平與安全造成的威脅：制裁恐怖分子的措施

S/RES/1882 (2009) 兒童與武裝衝突

S/RES/1894 (2009) 在武裝衝突局勢中保護平民

S/RES/1904 (2009) 恐怖行為對國際和平與安全造成的威脅

3. 國際組織基本文件

《安理會暫行議事規則》，S/96/Rev.7.

《聯合國國際法院規約》

《聯合國國際法院訴訟規則》

《聯合國行政法庭分庭規約》

《聯合國上訴法庭規約》

《盧旺達問題國際法庭規約》

《前南斯拉夫國際法庭規約》

《前南斯拉夫國際法庭訴訟程式與證據規則》

《盧旺達問題國際法庭訴訟程式與證據規則》

4. 國際實踐（聲明稿、演講稿、新聞稿、信件、報告、會議紀錄、議程、與決議草案）

1267 委員會監測報告，S/2005/572 (2005)

1989 年 5 月 24 日聯合國經濟及社會理事會第 1989/65 號決議

1990 年 5 月 25 日「經濟暨社會理事會」(Economic and Social Council)第 1990/48 號決議特別報告員 B.W.恩迪阿耶(Ndiaye)先生關於 1993 年 4 月 8 日至 17 日到盧旺達查訪的報告，E/CN.4/1994/7/Add.1

1994 年 10 月 1 日秘書長給安全理事會主席的信，S/1994/1125

1994 年 10 月 31 日烏干達常駐聯合國代表團臨時代辦給安全理事會主席的信，S/1994/1230

1994 年 9 月 28 日盧旺達常駐聯合國代表給安全理事會主席的信，S/1994/1115

1994 年 9 月 28 日關於盧旺達難民和安全問題的聲明，S/1994/1115, Annex

1995 年 2 月 13 日秘書長按照安理會第 955(1994)號決議第 5 段提出的報告，S/1995/134

2004 年 8 月 4 日安理會主席聲明，S/PRST/2004/28

A More Secure World: Our shared responsibility, Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, United Nations, 2004, A/59/565.

A/41/PV.53

A/RES/44/162

A/RES/47/1

A/RES/55/12

A/RES/60/251

A/RES/63/253

A/RES/686(VII)(1952)

Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 at 59 (1985).

E/CN.4/1994/7/Add.1, 1990年5月25日「經濟暨社會理事會」(Economic and Social Council)第1990/48號決議特別報告員B.W.恩迪阿耶(Ndiaye)先生關於1993年4月8日至17日到盧旺達查訪的報告

E/CN.4/1995/12, 1994年8月12日「人權特別報告員Rene Degni-Segui先生根據1994年5月25日S-3/1號決議第20段提出的關於盧旺達人權情況的報告」(聯合國秘書長又將該報告轉遞給安理會, S/1994/1157, Annex II)

E/CN.4/1995/7, 1994年6月28日「人權委員會特別報告員R. Degni-Segui先生根據委員會1994年5月25日第S-3/1號決議第20段提出的關於盧旺達人權情況的報告」(聯合國秘書長又將該報告轉遞給安理會, 因此文號又為S/1994/1157, Annex I)

E/CN.4/S-3/1, 人權委員會1994年5月24至25日第三次「特別會議」(special sessions)第S-3/1號決議

E/CN.4/S-3/3, 人權委員會, 1994年5月24至25日第三屆特別會議, 臨時議程項目3

EC Law, Commission Regulation 1190/2008 of 28 November 2008, 2008 O.J. (L 322) 25

EC Law, Council regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002

Fact Sheet on Listing, http://www.un.org/sc/committees/1267/fact_sheet_listing.shtml

Finalized by Martti Koskenniemi, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Addendum, Appendix, Draft conclusions of the work of the Study Group, A/CN.4/L.682/Add.1

Finalized by Martti Koskenniemi, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, A/CN.4/L.682, 13 April 2006

German Law, Law regulating the cooperation with the International Tribunal for the former Yugoslavia

How the European Union and the United Nations cooperate, United Nations Regional Information Centre, January 2007. http://www.unric.org/html/english/pdf/Leporello_EU-VN_e.pdf

International Law Commission, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-first session, 2 June-8 August 1969, pp. 80-81, U.N. Doc. A/CN.4/220 (1969).

Jefferson 總統就職典禮演說草稿，David N. Mayer, the Constitutional Thought of Thomas Jefferson 270 (1994)

Letter dated 27 October 2000 from the President of the Federal Republic of Yugoslavia to the Secretary-General, A/55/528-S/2000/1043, annex.

London Agreement of 8 Aug 1945, reprinted in 1 Trial of Major War Criminals Before the International Military Tribunal 8, pp 8-9 (1947)

Madison's Observation on Jefferson's Draft of a Constitution for Virginia in 6 The Papers of Thomas Jefferson 308, 315, Julian P. Boyd (ed.), 1952.

Press Release, United Nations Security Council, Security Council Considers Terrorists Threats to

International Peace, Security—Statement by Chairman of Counter-Terrorism Committee (Oct. 4, 2002).

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Cases removed from the Court's List at the joint request of the Parties, Press Release 2003/29, 10 September 2003

Repertoire of the Practice of the Security Council 16th Supplement 2008-2009 Part II - Provisional rules of procedure

Report of the Committee Established pursuant to Security Council Resolution 1540 (2004), S/2008/493.

Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session (1994), Draft Statute for an International Criminal Court, A/49/10

S/Agenda/2529

S/Agenda/2718

S/Agenda/3175

S/Agenda/5526

S/PV.2529(OR)

S/PV.2718

S/PV.3116

S/PV.3175

S/PV.3217

S/PV.3453

S/PV.4248

S/PV.5526

S/PV.6134

Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) Concerning Al-Qaida and The Taliban and Associated Individuals and Entities—Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, 9 December 2008

Sir Franklin Berman (UK):Chair, Professor Malcolm Shaw (UK): Co-Rapporteur, and Professor Karel Wellens (Netherlands): Co-Rapporteur, International Law Association, Berlin Conference (2004), Accountability of International Organization, Final Report.

Speech by James Madison to the House of Representatives on the Removal Power of the President (June 17, 1789), in 12 the Papers of Madison, 232, 238.

The Report Prepared by Iain Cameron Commissioned by the Council of Europe, the European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions, 6 February 2006.

The Tripartite Conference at Moscow, 19–30 Oct 1943, reprinted in International Conciliation, No 395, pp. 599–605 (1943)

The United Nations and the New Threats: Rethinking Security, Regional Forum, Sponsored by Aspen Institute Italia, IAI, IsIAO, UNF, UNICRI, 28-9 May, 2004.

Third Annual Report of ICTY, S/1996/665

Transcript of Press Conference by Secretary-General, Boutros Boutros-Ghali, (15 January 1993). SG/SM/4902/Rev.1.

U.S. Proposal for Rules of Evidence, reprinted in ABA Section of International Law and practice, Report on the proposed Rules of Procedure and Evidence on the International Tribunal to Adjudicate War Crimes in the Former Yugoslavia, 1995

United Nations Security Council and the Rule of Law, A/63/69-S/2008/270

United States Law, Federal Rules of Civil Procedure, Advisory Committee Note

United States Law, Restatement (Third) Agency, (2006), para.1.01 (Agency Defined)

United States Law, Restatement (Third) Agency, (2006), para.2.02 (Scope of Actual Authority)

人權委員會第三屆特別會議的報告（1994年5月24日、25日，日內瓦），E/CN.4/S-3/4

大會決議草案，A/41/L.22

以色列常駐聯合國代表於2003年10月20號在聯合國大會的聲明，A/ES-10/PV.21

尼加拉瓜在1984年4月4日的安理會決議草案，S/16463.

尼加拉瓜駐聯合國代表在1984年3月29寫給安理會的信，S/16449

尼加拉瓜駐聯合國代表在1986年10月17日寫信給安理會的信，S/18415

伊朗代表受安理會主席邀請所做發言，S/PV.5848, pp.5-6

安全理事會的《慣例匯輯》

安全理事會第935(1994)號決議所設獨立專家委員會的初步報告，S/1994/1125, Annex

安理會之會議形式報告，S/2006/507

安理會主席聲明，S/PRST/2008/43

安理會決議草案，S/18428

安理會決議草案，S/1994/1168

安理會決議草案，S/2000/1171

安理會決議草案，S/2000/1171

安理會決議草案，S/25314

安理會決議草案，S/25314

參考資料

法國代表給聯合國秘書長的信件，S/25266.

美國《聯邦民事訴訟規則》(Federal Rules of Civil Procedure)

美國 1934 年的《規則授權法案》(Rules Enabling Act, 28 U.S.C. §§ 2071-2077)

美國在 2006 年 9 月 15 日給安理會主席的信，S/2006/742

美國第一任最高法院法官 James Wilson 在其 1791 年的演講稿，The Works of James Wilson 330, Robert Green McCloskey, (ed.)

美國就伊拉克 2003 年戰爭給聯合國秘書長的信，S/2003/351 (21 Mar 2003)

英國就伊拉克 2003 年戰爭給聯合國秘書長的信，S/2003/350 (21 Mar 2003)

瑞典代表給聯合國秘書長的信件，S/25307

義大利代表給聯合國秘書長的信件，S/25300

歐洲議會、歐體理事會及執委會於 1977 年 4 月 5 日的聯合聲明，OJ 1977, C103/1

聯合國主管法律事務廳副秘書長兼法律顧問給波士尼亞-黑塞哥維那及克羅地亞常駐聯合國代表的信，A/47/485, annex.

聯合國秘書長在 1993 年 6 月 4 日致各會員國之信件，SCA/8/93(7)

聯合國秘書長根據安理會決議第 808(1993)號所提出供安理會審議的報告，S/25704

二、專書

Rosalyn Higgins, *The development of international law through the political organs of the United Nations*, New York: Oxford University Press (1963).

Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, New York: Oxford University Press (2006).

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, New York: Oxford University Press (6th 2003).

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, New York: Oxford University press, (4th ed. 1990).

Thomas Buergenthal, Sean D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, St. Paul, Minnisoda: Thomson/West (2006).

G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers (1993).

A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligation* (1979).

Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, UK: Cambridge University Press (2003).

Joseph Raz, *the Concept of a Legal System: an Introduction to the Theory of Legal System* 190 (2d ed. 1980).

Larry D. Kramer, *the People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004).

Scott J. Shapiro, *Legality* 304-05, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press (2011).

Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, New York: Oceana Publication (1951).

Steven D. Smith, *Law's Quandary*, Cambridge: Harvard University Press (2004).

William Blackstone, *1 Commentaries on the Law of England* 70 (1979) (first published 1765).

Anthony A. D'Amato, *the Concept of Custom in International Law*, London: Cornell University Press (1971).

Jose E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, New York: Oxford University Press (2005).

H.L.A. Hart, *the Concept of Law*, New York: Oxford University Press (2d ed. 1994).

Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC and Cambridge University Press (2005).

G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers (1993).

Bassiouni, M. Cherif and Edward M. Wise, *Aut dedere aut judicare: the duty to extradite or prosecute in international law*, Boston : M. Nijhoff (1995).

Anthony Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, New York: Cambridge University press (2010).

Victor Peskin, *International Justice in Rwanda and the Balkans: Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation* (2008).

Danesh Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (2005).

J. Taitz, *The Inherent Jurisdiction of the Supreme Court*, Cape Town: Juta & Co., Ltd. (1985).

Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York: Oxford University Press (2d ed. 2008).

Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York: Oxford University Press (1st ed. 2005).

三、 期刊與合籍的文章

吳信華，論大法官釋憲程序中之「疑義」與「爭議」—兼對「憲法疑義」與「機關爭議」的訴訟類型為釐清與辯正，8 中研院法學期刊 1, (2011).

洪德欽，歐盟憲法之法理分析，39 歐美研究 255 (2007).

高聖惕，國際民航組織觀察員制度暨領域代表權普遍化之概念，11 東吳法律學報 (1998).

許耀明，歐體法院角色之再省思與法律解釋之「整體協調性」原則，2 中華國際法與超國界法評論 255 (2006).

陳純一，WTO 法在國際法上之地位，3 中華國際法與超國界法評論 31 (2007).

趙國材，論洛克比空難案所涉及之國際法問題，56 軍法專刊 1 (100).

Adolphus G. Karibi-Whyte, the Twin Ad Hoc Tribunals and Primacy Over National Courts, 9 *Criminal Law Forum* 55 (1999)

Alex Obote-Odora, Drafting of Indictments for the International Criminal Tribunal for Rwanda, 12 *Criminal Law Forum* 335 (2001).

Alexander Orakhelashvili, the acts of the security council: meaning and standards of review, 11 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 143 (2007).

Alexander Orakhelashvili, The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review, in A. von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), 11 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 143 (2007).

Allison Marston Danner, Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion in International Criminal Court, 97 *American Journal of International Law* 510 (2003).

Allison Marston Danner, Navigating Law and Politics: the Prosecutor of International Criminal Court and the Independent Counsel, 55 *Stanford Law Review* 1633 (2003).

Amy Coney Barrett, Procedural Common Law, 94 *Virginia Law review* 813 (2008).

Amy Coney Barrett, the Supervisory Power of the Supreme Court, 106 *Columbia Law Review* 324 (2006).

Andrea Bianchi, Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for legitimacy and Cohesion, 17 *European Journal of International Law* 881 (2006).

Anthea Elizabeth Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International law: A Reconciliation, 95 *American Journal of International law* 757 (2001).

Attila Tanzi, Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of justice and the Law of the United nations, 6 *European Journal of International Law* 1.

B. Sloan, General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later), 58 *British Yearbook of International Law* 39 (1987).

Bartram S. Brown, Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals, 23 *Yale Journal of International Law* 385 (1998)

Brian Leiter, Legal formalism and legal realism: What is the issue?, 16 *Legal Theory* 111 (2010).

Brian Leiter, Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered, 111 *Ethics* 278 (2001).

C. Cora True-Frost, The Security Council and Norm Consumption, 40 *New York University Journal of International Law and Politics* 115 (2007-2008).

C. Cora True-Frost, The UN Security Council Marks Seventh Anniversary of Resolution 1325 on Women, Peace and Security with Open Debate, *ASIL Insights*, Volume 11, Issue 29, December 17, 2007.

C. Wilfred Jenks, Conflict of Law-Making Treaties, 30 *British Yearbook of International Law* 401 (1953).

Carten Stahn, Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm? 101 *American Journal of International Law* 99 (2007).

Cass Sunstein, Nondelegation Canons, 67 *University of Chicago Law Review* 315 (2000)

Catherine T. Struve, The Paradox of Delegation: Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure, 150 *University of Pennsylvania Law Review* 1099 (2002).

Cesare P. R. Romano, the Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent, 39 *New York University Journal of International Law and Policy* 791 (2007).

Charles Warren, Earliest Cases of Judicial Review by Federal Court, 32 *Yale Law Journal* 15, 1992.

Chester Brown, the Inherent Powers of International Courts and Tribunals, 75 *British Yearbook of International Law* 195 (2004).

Christian Much, the International Criminal Court (ICC) and Terrorism as an International Crime, 14 *Michigan State Journal of International Law* 121 (2006).

Christine Gray, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(*Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*), Orders of Provisional Measures of 8 April 1993 and 13 September 1993, 43 *International and Comparative Law Quarterly*

704 (1994).

D. Bowtt, the Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedure, 5 *European Journal of International Law* 1 (1994).

Dagmar Strob, State Cooperation with the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda, 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 249 (2001).

Danesh Sarooshi, The Essentially Contested Nature of the Concept of Sovereignty: Implications for the Exercise by International Organizations of Delegated powers of Government, 25 *Michigan Journal of International Law* 1107 (2004).

Danesh Sarooshi, the Legal Framework Governing United Nations Subsidiary Organs, 67 *British Yearbook of International Law* 413 (1996).

Danesh Sarooshi, the Powers of the United Nations International Criminal Tribunals, 2 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 141 (1998).

Daniel J. Meador, Inherent Judicial Authority in the Conduct of Civil Litigation, 73 *Texas Law Review* 1805 (1994-1995).

Daphna Shraga and Ralph Zacklin, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 5 *European Journal of International Law* 360 (1994).

Daryl A. Mundis, the Judicial Effect of the “Completion Strategies” on the Ad Hoc International Criminal Tribunals, 99 *American Journal of International Law* 142 (2005).

Daryl A. Mundis, the Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc International Criminal tribunals, 1 *International Criminal Law Review* 191 (2001).

Detlev F. Vagts, Hegemonic International Law, 95 *American Journal of International Law* 843 (2001).

Diane Marie Amann, Prosecutor v. Akayesu, 93 *American Journal of International Law* 195 (1999).

Dinah Shelton, Normative Hierarchy in International Law, 100 *American Journal of International Law* 291, (2006).

Domingo E. Acevedo, Disputes under Consideration by the UN Security Council or Regional Bodies,

pp. 242-263, in *The International Court of Justice at a Crossroads*, Lori Fisler Damrosch, (ed.), United States of America: the American Society of International Law (1987).

Dr Mohamed M El Zeidy, *From Primacy to Complementarity and Backward: (Re)-Visiting Rule 11 bis of the Ad hoc Tribunals*, 57 *International and Comparative Law Quarterly* 403 (2008)

E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice* (1991).

Efthymios Papastavridis, *Interpretation of Security Council Resolution under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis*, 56 *International and Comparative Law Quarterly* 83, January 2007.

Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 *University of Chicago Law Review* 1721 (2002).

Eric Rosand, *the Security Council as “Global Legislator”: Ultra Vires or Ultra Innovative?*, 28 *Fordham International Law Journal* 542 (2004-2005).

Erich Vranes, *the Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory*, 17 *European Journal of International Law* 395 (2006).

Fabricio Guariglia, *the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court: a New Development in International Adjudication of Individual Criminal Responsibility* 1111, in *the Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Antonio Cassese et al. (eds.), 2002.

Filip Reyntjens, *Constructing the Truth, Dealing with Dissent, Domesticating the World: Governance in Post-Genocide Rwanda*, *African Affairs*, Vol.110, No.438, pp.1-34.

Geert-Jan Alexander Knoops, *Challenging the Legitimacy of Initiating Contemporary International Criminal Proceedings: Rethinking Prosecutorial Discretionary Powers from a Legal, ethical and Political Perspective*, 15 *Criminal Law Review* 365 (2004)

Göran Sluiter, *the ICTY and Offences against the Administration of Justice*, 2 *Journal of International Criminal Justice* 631 (2004).

Gráinne de Búrca, *the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, 51 *Harvard International Journal* 1 (2010).

Gwendoly Stamper, *Infusing Due Process and the Principle of Legality into Contempt Proceedings before the International Criminal tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal*

tribunal for Rwanda, 109 Michigan Law Review 1551 (2011).

H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," 71 Harvard Law Review 593.

Hitoshi Nasu, Chapter VII Powers and the Rule of Law: The Jurisdictional Limits, 26 Australian Yearbook of International Law 87.

Ian Johnstone, Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit, 102 American Journal of International Law 275 (2008).

Ian P. Farrell, On the Value of Jurisprudence, 90 Texas Law Review 187.

Jacob Katz Cogan, Competition and Control in International Adjudication, 48 Virginia Journal of International Law 411 (2008)

Jacob Katz Cogan, Noncompliance and the International Rule of Law, 31 Yale Journal of International Law 189 (2006).

Jacob Katz Cogan, the Regulatory Turn in International Law, 52 Harvard International Law Journal (2011).

Jan Wouters and Tom Ruys, Egmont Paper, Security Council Reform: A new Veto for a New Century? Royal Institute for International Relations (IRRI-KIIB), Brussels, Academic Press: August 2005, pp. 1-35.

Jelena Pejic, Status of armed conflicts, pp. 77-100, in Perspectives on the ICRC study on customary international humanitarian law, Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau (eds.), New York: Cambridge University Press (2007).

Jelena Pejic, the European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law, 93 International Review of the Red Cross 837 (2011).

John Austin, the Province of Jurisprudence Determined 18-25, in Wilfrid E. Rumble (ed.), 1995.

Jose E. Alvarez, Hegemonic International Law Revisited, 97 American Journal of International Law 873 (2003).

Jose E. Alvarez, Nuremberg Revisited: The Tadić Case, 7 European Journal of International Law 245 (1996).

Julia Leininger, Democracy and UN Peace-Keeping—Conflict Resolution through State-Building and Democracy Promotion in Haiti, 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 465 (2006).

Julie Dickson, Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?, 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 373 (2007).

Kai Ambos, International Criminal Procedure: “Adversarial,” “Inquisitorial,” or Mixed?, 3 *International Criminal Law Review* 1 (2003).

Karl Doehring, Unlawful Resolution of the Security Council and Their Legal Consequences, 1 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 91 (1997).

Keith Harper, Does the United Nations Security Council Have the Competence to Act as Court and Legislature, 27 *New York University Journal of International Law and Politics* 103.

Krzysztof Skubiszewski, The International Court of Justice and the Security Council, pp. 606-629, in *Fifty years of the International court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds.), Great Britain: Cambridge University Press (1996).

L. Vierucci, The First Steps of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 6 *European Journal of International Law* 134 (1995)

Larissa Van den Herik, The Security Council’s Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual, 20 *Leiden Journal of International Law* 797 (2007).

Larry Alexander & Frederick Schauer, Of Extrajudicial Constitutional Interpretation, 110 *Harvard Law Review* 1359 (1997).

Larry D. Johnson, Closing an International Criminal Tribunal While Maintaining International Human Rights Standards and Excluding Impunity, 99 *American Journal of International Law* 158 (2005).

Lars Waldorf, a Mere Pretense of Justice: Complementarity, Sham trials, and Victor’s Justice at the Rwanda Tribunal, 33 *Fordham International Law Journal* 1221 (2010).

Laura A. Dickinson, Military Lawyers on the Battlefield: an Empirical Account of International Law Compliance, 104 *American Journal of International Law* 1 (2010).

Leslie Haskell and Lars Waldorf, the Impunity Gap of the International Criminal Tribunal for Rwanda: Causes and Consequences, 34 *Hastings International and Comparative Law Review* 49 (2011).

Linda S. Mullenix, Unconstitutional Rulemaking: The Civil Justice Reform Act and Separation of Power, 77 *Minnesota Law Review* 1283 (1992).

Lorraine Finlay, Between a Rock and a Hard Place: the Kadi Decision and Judicial Review of Security Council Resolutions, 18 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 477 (2009-2010).

Louise Symons, The Inherent Powers of the ICTY and ICTR, 3 *International Criminal Law review* 369 (2003).

Luis Miguel Hinojosa Martinez, the Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits, 57 *International and Comparative Law Quarterly* 333 (2008).

Luc Reydam, Universal Criminal Jurisdiction: the Belgian State of Affairs, 11 *Criminal Law Forum* 183 (2000).

M. A. Drumbl and K. S. Gallant, Appeals in the Ad Hoc International Criminal Tribunals: Structure, Procedure and Recent Cases, 3 *Journal of Appellate Practice and Process* 634 (2001).

Madeline H. Morris, the Trials of Concurrent Jurisdiction: the Case of Rwanda, 7 *Duke Journal of Comparative & International Law* 349.

Malcolm D. Evans, International Wrongs and National Jurisdiction, pp. 173-190, in Edited by Malcolm D. Evans, *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Oxford: Hart Publishing, 1998.

Marcella David, Passport to Justice: Internationalizing the Political Question Doctrine for Application in the World Court, 40 *Harvard International Law Journal* 81 (1999).

Maria Chiara Vitucci, Has Pandora's Box Been Closed? The Decisions on the Legality of Use of Force Cases in Relation to the Status of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) within the United Nations, 19 *Leiden Journal of International Law* 105 (2006)

Marko Divac Ö berg, The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ, 16 *European Journal of International Law* 879 (2005).

Marko Milanović and Tatjana Papić, As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' Bherami and Saramati Decision and General International Law, 58 *International and Comparative Law Quarterly* 267 (2009).

Marko Milanović, Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights, 20 *Duke Journal of Comparative & International Law* 69 (2009).

Marl C. Fleming, Appellate Review in the International Criminal Tribunals, 37 *Texas International Law Journal* 111 (2002).

Martin H. Redish and Dennis Murashko, The Rules Enabling Act and the Procedural-Substantive Tension: a Lesson in Statutory Interpretation, 93 *Minnesota Law Review* 26 (2008).

Martin Wählisch, Beyond a Seat in the United Nations: Palestine's U.N. Membership and International Law, 53 *Harvard International Law Journal Online* 226 (2012).

Matthew D. Adler, Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law, 100 *Northwestern University Law Review* 719 (2006).

Máximo Langer and Joseph W. Doherty, Managerial Judging Goes International, but Its Promise Remains Unfulfilled: an Empirical Assessment of the ICTY Reforms, 36 *Yale Journal of International Law* 241 (2011).

Máximo Langer, the Rise of Managerial Judging in International Criminal Law, 53 *American Journal of Comparative Law* 835 (2005).

Megan A. Fairlie, Rulemaking from the Bench: A Place for Minimalism at the ICTY, 39 *Texas International Law Journal* 257 (2004).

Mehrdad Payandeh, The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart, 21 *European Journal of International Law* 967 (2010).

Michael Blasie, A Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power, 66 *New York University Annual Survey of American Law* 593 (2011).

Michael C. Wood, Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties, 1 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 231 (1997)

Michael C. Wood, the interpretation of security council resolutions, 2 Max Planck Yearbook of United Nations Law 73 (1998).

Michael C. Wood, The UN Security Council and International Law, Third Lecture: The Security Council and the Use of Force, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, 7-9 November 2006.

Michael Lawless, Terrorism: An International Crime, 63 International Journal 139 (2007-08).

Michael P. Scharf, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, United Nations Audiovisual Library of International Law

Mirjan Damaške, the Competing Visions of Fairness: the Basic Choice for International Criminal Tribunals, 36 North Carolina Journal of International Law and Comparative Regulation 365 (2011).

Nicholas Rostow, Determining the Lawfulness of the 2003 Campaign Against Iraq, 2004 Israeli Yearbook of Human Rights 16, 34 (2004).

Nicholas Tsagourias, Security Council Legislation, Article 2(7) of the UN Charter, and the Principle of Subsidiarity, 24 Leiden Journal of International Law 539 (2011).

Noah Weisbord and Matthew A. Smith, the Reason Behind the Rules: from Description to Normativity in International Criminal Procedure, 36 North Carolina Journal of International Law and Comparative Regulation 255 (2011).

Oliver Wendell Holmes, the Path of the Law, 10 Harvard Law Review 457 (1897).

Paola Gaeta, The Inherent Powers of International Courts and tribunals, pp. 353-372, in Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese, L. Chand Vohrar et al (eds) (2003), at pp. 362-363.

Paul Schiff Berman, a Pluralist Approach to International Law, 32 Yale Journal of International Law 301 (2007).

Paul Szasz, General Law-Making Processes, in Christopher C. Johner, ed., The United Nations and International Law 27, Cambridge, U.K.: Cambridge University Press (1997).

Paul Szasz, the Security Council Starts Legislating, 96 American Journal of International Law 901 (2002).

參考資料

Payam Akhavan, the International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment, 90 *American Journal of International Law* 501 (1996)

R.A. Falk, On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly, 60 *American Journal of International Law* 782 (1966).

Rob McLaughlin, The Legal Regime Applicable to Use of Lethal Force When operating under a United Nations Security Council Chapter VII Mandate Authorising 'All Necessary Means,' 12 *Journal of Conflict & Security Law* 389 (2007).

Robert C. Post, Reva B. Siegel, Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act, 112 *Yale Law Journal* 1943 (2003).

Robert Kolb, Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorization Adopted by Security Council, 64 *ZaöRV* 21 (2004).

Robert Kolb, the Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals of Their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004), 76 *British Yearbook of International Law* 269 (2005).

Robert Y. Jennings, the Spirit of International Law (book review), 97 *American Journal of International Law* 725 (2003).

Rosa Theofanis, the Doctrine of Res Judicata in International Criminal Law, 3 *International Criminal Law review* 195 (2003).

Rosalyn Higgins, The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council, 64 *American Journal of International Law* 1 (1970).

Ruth Mackenzie and Philippe Sands, International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge, 44 *Harvard International Law Journal* 271 (2003).

Scott J. Shapiro, the "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed, in Ronald Dworkin 22, Authur Ripstein (ed.), Cambridge: Cambridge University Press (2007).

Scott J. Shapiro, What Is the Rule of Recognition (and Does It Exist), in *The Rule of Recognition and U.S. Constitution*, Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma (eds.) 236, Oxford: Oxford University Press (2009).

Security Council Report, Security Council Action under Chapter VII: Myths and Realities, Special Research Report, (2008).

Shabtai Rosenne, Capacity to Litigate in the International Court of Justice: Reflections on Yugoslavia in the Court, 80 *British Yearbook of International Law* 217 (2009)

Sonja B. Starr, Rethinking “Effective remedies”: Remedial Deterrence in International Courts, 86 *New York University Law Review* 693 (2008)

Stefan Talmon, the Security Council as World Legislature, 99 *American Journal of International Law* 175 (2005).

Stephan Wittich, Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case, 18 *European Journal of International Law* 591 (2007)

Steven D. Smith, Hart’s Onion: the Peeling Away of Legal Authority, 16 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 97 (2006).

Sudha Setty, What’s In a Name? How Nations Define Terrorism, Ten Years After 9/11, 33 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 1, (2011).

Suyash Paliwal, Reviewing and Reconsidering *Medellin v. Texas* in Light of the Obligatory Abstention from Security Council Voting, 48 *Columbia Journal of Transnational Law* 541.

Sydney D. Bailey, New Light on Abstentions in the UN Security Council, 50 *International Affairs* 554 (1974)

T. O. Elias, the Doctrine of Intertemporal Law, 74 *American Journal of International Law* 285 (1980).

Theodor Meron, “The Humanization of Humanitarian Law,” 94 *American Journal of International Law* 239 (2000).

Theodor Meron, Editorial Comment: Revival of Customary Humanitarian Law, 99 *American Journal of International Law* 817 (2005).

Theodor Meron, International Criminalization of Internal Atrocities, 89 *American Journal of International Law* 554 (1995).

- Theodor Meron, Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals, 99 *American Journal of International Law* 359 (2005).
- Theodor Meron, the Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience, 94 *American Journal of International Law* 78 (2000).
- Thomas M. Franck, The Emerging Right to Democratic Governance, 86 *American Journal of International Law* 46 (1992).
- Tom Dannenbaum, Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers, 51 *Harvard International Law Journal* 113 (2010).
- Tono Eitel, The UN Security Council and Its Future Contribution in the Field of International Law, What may we expect?, 4 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 53.
- Vera Gowlland-Debbas, the Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie case, 88 *American Journal of International Law* 643 (2004).
- Virginia Morris, Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on Jurisdiction. Case No. ICTR-96-15-T, 92 *American Journal of International Law* 66 (1998).
- William H. Taft, IV and Todd F. Buchwald, Preemption, Iraq, and International Law, 97 *American Journal of International Law* 557 (2003).
- William N. Eskridge, Jr., Dynamic Statutory Interpretation, 1987 *135 University of Pennsylvania Law Review* 1479 (1987)
- Xavier Tracol, The Precedent of Appeals Chambers Decisions in the international Criminal Tribunals, 17 *Leiden Journal of International Law* 67 (2004).
- Yehuda Z. Blum, Consistently Inconsistent: The International Court of Justice and the Former Yugoslavia (Croatia v. Serbia), 103 *American Journal of International Law* 264 (2009).
- Yehuda Z. Blum, Was Yugoslavia a Member of the United Nations in the Years 1992-2000?, 101 *American Journal of International Law* 800 (2007).

四、 案例

1. 聯合國國際法院案例

Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion of 28 May 1948

Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 20 July 1982

Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 12 July 1973

Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment of 3 February 2003

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Order of 13 September 1993

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, Order of 13 September 1993

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures, Order

of 8 April 1993

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 27 February 1998

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Dissenting opinions of Judge ad hoc Sir Robert Jennings, Judgment of 27 February 1998

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Request for the indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992

Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996

Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Preliminary objection, Judgment of 25 March 1948

Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion of 20 December 1980

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion), Advisory Opinion of 22 July 2010

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Separate Opinion of Judge Kooijmans, Advisory Opinion of 9 July 2004

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment of 15 December 2004

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980

Western Sahara, Advisory Opinion of 16 October 1975

2. 前南斯拉夫國際法庭案例

Blaškić (IT-95-14) "Lašva Valley", Trial Decisions, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum, 18 Jul 1997

Blaškić (IT-95-14) "Lašva Valley", Appeals Chamber Decisions, Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 Oct 1997

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", Trial Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 Aug 1995

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", Appeals Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", Appeals Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge Sidhwa on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", Trial Chamber Decisions, Decision of the Trial Chamber on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral to the Competence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Matter of Dusko Tadic (Pursuant to Rules 9 and 10 of the Rules of Procedure and Evidence), 8 Nov 1994

[http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/\\$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf](http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/8af675f7834119d2c12571fe004d32c0/$FILE/Dusko%20Tadic%20TCD%208-11-1994.pdf)

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", Trial Decisions, Decision on the Defence motion on the principle of non-bis-in-dem, 14 Nov 1995

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", Trial Judgement, Opinion and Judgment, 7 May 1997

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", Trial Judgement, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute, 7 May 1997

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", Appeals Chamber Judgement, Judgement, 15 Jul 1999

Tadić (IT-94-1) "Prijedor", The Prosecutor's Response of the Motion of the Defense on the Jurisdiction of the Tribunal, 7 July 1995

Furundžija (IT-95-17/1) "Lašva Valley", Appeals Chamber, Judgement, 21 Jul 2000

Aleksovski (IT-95-14/1) "Lašva Valley", Appeals Chamber, Judgment, 24 Mar 2000

Martić (IT-95-11) "RSK", Trial Chamber Decisions, Review of the Indictment Pursuant to the Rule 61

of the Rules of Procedure and Evidence, 13 Sep 1996

3. 盧安達國際法院案例

Musema, Alfred (ICTR-96-13), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, Jan 27, 2000

Musema, Alfred (ICTR-96-13), Appeals Chamber, Judgment, Nov 16, 2001

Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Trial Chamber Decisions, Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Motion to Withdraw the Indictment, Mar 18, 1999

Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Indictment, Sep 28, 1998

Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Trial Chamber Decisions, Decision on the Review of the Indictment, Sep 29, 1998

Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Trial Chamber Decisions, Warrant of Arrest and Order for Continued Detention, Sep 29, 1998

Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Trial Chamber Decisions, Declaration on a Point of Law by Judge Laity Kama, President of the Tribunal, Judge Lennart Aspegren and Judge Navanethem Pillay, Apr 22, 1999

Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Amicus curiae submission by the Belgium Government on the Prosecutor's request to withdraw in the Ntuyahaga case, International criminal tribunal for Rwanda, Feb 24, 1999

Ntuyahaga, Bernard (ICTR-98-40) (Indictment Withdrawn), Prosecutor's Motion under Rules 51 and 73 to Withdraw the Indictment against the Accused, 23 February 1999

Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Defence Written Brief of 15 February 1999, (filed on 18 February 1999)

Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Decision, Nov 3, 1999

Barayagwiza, Jean Bosco (ICTR-97-19), Appeal Chamber Decisions, Separate Opinion of Judge

Shahabuddeen, Nov 3, 1999

Kanyabashi, Joseph (ICTR-96-15), Trial Chamber Decisions, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Jun 18, 1997

Akayesu, Jean Paul (ICTR-96-4), Trial Chamber I, Judgement, Sep 2, 1998

4. 常設國際法院案例

"Lotus" Judgment of 7 September 1927, PCIJ Series A, No. 10

Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ Series A, No. 2

5. 常設仲裁法院案例

Judge Huber, 2 Reports of International Arbitral Awards, 831

6. 歐洲人權法院案例

Al-Jedda v. The United Kingdom, App. No. 27021/08, 7 July 2011

Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, App. Nos 71412/01 and 78166/01, ECtHR judgment of 5 May 2007

Bosphorus Airways v. Ireland, Judgment, App. No. 45036/98, 30 June 2005

7. 歐盟法院案例

CFI, Kadi v. Council & Community, Case T-315/01, 2005 ECR II-3649

ECJ, Costa v. ENEL, pp. 593-594, 1964 ECR 585

ECJ, Case 4/73 Nold v. Commission, 1974 ECR 491

ECJ, Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council & Community, Joined Cases C-402/05 P and 415/05 P, 2008 ECR I-6351

五、內國法院案例

1. 我國法院案例

大法官釋字第 632 號許宗力、廖義男大法官協同意見書

大法官釋字第 632 號余雪明大法官部分不同意見書

2. 美國法院案例

Marbury, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

Morrison, 529 U.S.598

Champion & Dickason v. Casey, 1792

Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1(1958)

Medellin v. Texas, 552 U.S. 491 (2008)

Amalgamated Meat Cutters v. Connally, 337 F. Supp. 737, 747 (D.C. 22 October, 1971)

Eash v. Riggins Trucking, Inc.(757 F.2d 557 (3d Cir. 1985)

United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974)

3. 英國法院案例

House of Lords, R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), 12 December 2007

4. 加拿大法院案例

R. v. Nixon, 2011 SCC 34

