

美国海岸警卫队 海上执法的技术规范

傅岷成·编译

海洋执法系列丛书

丛书顾问 高之国 孙书贤
丛书主编 贾宇 吴继陆

中国民主法制出版社

· 014001348

D971.226

10

海

丛书

丛书主编 贾 宇 吴继陆



美国海岸警卫队 海上执法的技术规范

傅崐成◎编译

D971.226

10



北航

C1689268

中国民主法制出版社

2013年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

美国海岸警卫队海上执法的技术规范/傅崐成编译.

—北京: 中国民主法制出版社, 2013. 6

(海洋执法系列丛书)

ISBN 978-7-5162-0362-0

I. ①美… II. ①傅… III. ①海洋法—行政执法—

美国—技术规范 IV. ①D993.5-65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 096612 号

图书出品人: 肖启明

出版统筹: 赵卜慧

组稿编辑: 庞从容

责任编辑: 唐仲江

责任校对: 常高峰

书名/美国海岸警卫队海上执法的技术规范

作者/傅崐成 编译

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/(010) 63292520 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真/(010) 63056975 63292520

http://www.npcpub.com

E-mail: flxs@npcpub.com

经销/新华书店

开本/16开 710毫米×1000毫米

印张/21.75 字数/317千字

版本/2013年9月第1版 2013年9月第1次印刷

印刷/北京画中画印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0362-0

定价/48.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

依比例原则建构国际海上执法标准公约

傅崐成

对于世界上的航海者而言，他们在海上的最大安全威胁可能并非来自海盗，而是来自身着制服的沿海国执法人员。

2009年2月15日，在海参崴附近大彼得湾的国际航行水域，一艘悬挂塞拉利昂国旗的中资船舶“新星”号，遭到俄罗斯海岸警卫队的武力攻击并导致沉没。依据新华社消息，该船舶曾到达海参崴以东65英里的俄罗斯纳霍德卡港，卸载了4978吨的大米与盒装鸡蛋。由于与收货方发生纠纷，该船被扣多日不得离港。最后，在未完成行政手续的情况下，船长决定偷偷离港。2月12日午夜23:30分，“新星”号秘密起锚驶出了港口。恼怒的俄罗斯海岸警卫队于次日凌晨追上该船并发射了515发枪弹将之击沉。事件发生时船上共有16名成员，其中有8人获救，另外8人失踪。^①

俄罗斯海岸警卫队针对没有武装的货船粗暴使用武器的行为，明显超越了武力使用的合法权力，并且违反现行国际法。^②

在其他一些案例中，沿海国执法机关对于外国船舶可能并不使用武力，然而，他们的执法行为仍然可能违反其国际法律义务，并且导致了外国船舶的具体损害。其中一种不使用武力的违法执法行为就是不合理的延期拘留。

2010年11月24日，圣文森特和格林纳丁斯共和国因“Louisa”号事件，向联合国海洋法庭对西班牙提起诉讼。“Louisa”号是一艘悬挂圣文森特和格林纳丁斯国旗的船舶，于2006年2月1日被西班牙执法机构逮捕并扣押至今。^③

① 参见 <http://news.sina.com.cn/c/2009-02-25/115617285956.shtml>，2010年11月22日访问。

② 张召忠：《“新星”号沉没的三大悬案》，《兵器知识》2009年第4期，卷首语。

③ 参见 <http://www.itlos.org>，2010年11月24日访问。

依据圣文森特和格林纳丁斯的诉讼请求书,“Louisa”号原本在西班牙加的斯湾从事涉及油气探测和记录的科学研究。西班牙以该船违反了本国历史遗产和海洋环境保护法为由,将其逮捕并扣押于圣玛利亚港已逾5年,其间未许可该船保释。请求书主张,该船的科学研究曾获得沿海国西班牙的允许。请求方认为,西班牙违反了《联合国海洋法公约》第73条、第87条、第226条、第245条和第303条的规定,并请求法庭裁决,西班牙的行为已对其造成了不少于1000万美元的损失。

原告方依据《联合国海洋法公约》第290条第1款,在向法庭提起的诉讼请求书中还包含了另一个请求,即请求法庭命令被告迅速释放“Louisa”号并归还其被扣押的财产。^①

以上这些涉及沿海国非法使用武力或不使用武力但违反国际法的执法行为,可以被称为是针对外国船舶的“IUU (illegal, unreported and unregulated, 即非法的、未通报的和未受管制的) 执法活动”。

笔者服务于台湾对外渔业合作发展协会 (OFDC: Overseas Fishery Development Council in Taiwan) 已逾22年。稍微夸张一点地说,我认为对于台湾渔民而言,在世界海洋的航行中,最大的威胁不是来自海盗,而是来自外国执法官员的“IUU 执法活动”。涉及台湾渔船的海盗攻击事件相较于针对台湾渔船的非法执法攻击或拘留事件要少得多。据统计,2001年至2010年间,总计有215艘台湾渔船在世界各地遭到沿海国执法官员的攻击或逮捕;而同期,仅有大约12艘台湾渔船在印度洋或其他国际海域受到海盗的劫持或绑架。^②我并不认为,所有被捕的台湾渔船都是无辜且不应被逮捕的;但我确信,其中的许多渔船在海上不应当受到如此恶劣的对待:被迫处于随时会与执法船舶碰撞的危险位置,遭到执法者的武器攻击,甚或遭到沿海国执法官员掠夺船上的财物。

最近的一个相似的案例发生于极具政治敏感性的钓鱼岛附近水域。2010年9月7日,一艘名为“闽晋渔5179”号的中国大陆渔船在该水域被日本海上保安厅逮捕。日方宣称,当日方巡逻船意图阻止渔船进入列岛周围日本主

^① 同上。

^② 在过去的10年中,即2001年至2010年间,全球总计有204艘台湾渔船遭到逮捕。据OFDC统计,2001年有16艘,2002年有17艘,2003年有12艘,2004年有31艘,2005年有25艘,2006年有29艘,2007年有15艘,2008年有22艘,2009年有25艘,2010年至今有12艘渔船被逮捕。

张的领海时，该渔船试图两次冲撞巡逻船。^①与此相反，中方坚持是日本海上保安厅船舶在列屿周边中国主张的领海内，蓄意挑起此次碰撞事件，并在将渔船逮捕之前，造成了该船的严重损坏。^②在非同寻常的情况下，中方总理及日方首相都对此次事件发表了措辞严厉的发言^③，使得此事立即成为本地区各方关注的案件。

一些新闻读者可能会觉得很难判断哪一方所说的是事实，但对我而言，事实再清楚不过了。世界上没有哪艘渔船敢于主动冲撞海岸警卫队全副武装的钢铁船舶——除非他们被迫冲撞上去。事实上，稍后日方所透露出来的录像证明，日方巡逻船在中国渔船的前方迅速回转，以迫使中方渔船紧急停船或转向。对于在钓鱼岛列屿附近水域执法的日方船舶而言，这是一种非常普遍的阻止或拦截台湾渔船的方式。我曾数次参与此类事件的谈判工作，很了解日方的这种策略。实际上，相比于大陆，台湾地区有更多的渔船曾在该水域被日本海上保安厅拦截并逮捕。在2010年的前8个月内，总计7艘台湾渔船被日本海上保安厅逮捕。事件涉及的7艘台湾渔船都是航行在钓鱼岛及其附属岛屿附近台湾与日本之间重叠的专属经济区海域。这里正是中国大陆与台湾地区渔民的传统渔场。^④

在南海地区，问题更加严重。据统计，从1989年至2010年，我国渔民在南沙传统的捕捞海域被驱赶、抓扣、抢劫、枪击的事件多达382起，涉及渔船738艘、渔民8545人，造成渔民死亡24人、受伤21人，更有大批渔民遭抓扣、饱受牢狱之灾。特别是近几年，周边国家围绕海洋权益的斗争愈演愈烈。从2006年至2010年，在我国南沙疆界线内海域发生的，由菲律宾、越南、马来西亚、印度尼西亚等国实施的外来侵渔事件共112起，涉及渔船302艘、渔民约5000人。^⑤这些外来侵渔事件，很多涉及外国执法船的过度不当执法；严重损害了我国渔民的人身和财产安全，侵犯了中国南海渔业资源的主权权利，也造成了许多渔民对于南海南部外海作业心存忌惮，造成中国南海传统

① 参见 <http://news.qq.com/z/zt2010/diaoyudaozc/>，2010年11月22日访问。

② 参见 <http://news.qq.com/a/20100907/001316.htm>，2010年11月22日访问。

③ 参见 <http://news.qq.com/a/20100922/000071.htm>，2010年11月22日访问。

④ 这7艘被捕的台湾渔船名称与登记号码如下：（1）泉盛36号，CT4-1592；（2）联胜发号，CT3-4260；（3）渔津136号，CT3-5048；（4）益升6号，CT4-2087；（5）顺福渔86号，CT4-2848；（6）新德益186号，CT4-2787；（7）丰荣106号，CT3-5587。

⑤ 根据农业部南海渔政局的内部统计数字。

渔场面积的退化、萎缩。

总而言之，我们可以确切地说，解决本问题的关键，可能在于推动创制一个更具可操作性，并遵循比例原则详细规划的国际海上执法标准公约。在讨论如何创制该公约之前，我们先探讨一下何为比例原则，以及在海上执法的武力使用中应如何遵循比例原则。

一、比例原则的内涵及应用

在法学领域，比例原则最基本的含义是指手段不得与所追求的目的不成比例，或手段必须与所追求的目的保持适当、正当、合理或均衡的比例关系。^① 该原则最早出现于国内法的行政法领域，几个世纪以来逐步发展壮大，现今它已经演化成为行政法甚至宪法（在某些国家，如德国）中的基本原则。数百年来，比例原则的内涵不断充实和细化，从最初较为简单而模糊的内容，发展成为内含三个阶段性原则或三个要素且有较为精确定义的概念。

（一）比例原则的内涵

在宪法领域讨论比例原则，是指“讨论一个涉及人权的公权力（可能是立法、司法及行政行为），其目的和所采用的手段之间，有无存在一个相当的比例问题”^②。而在行政法领域，“比例原则一般是指，行政机关为达成行政目的，要选择适当的手段进行，若遇有多种手段可供选择时，应选择对人民侵害最小的手段，且手段与目的之间要有一定的比例关系，即因采用该手段所造成的侵害，不得逾越所要达成的目的而获致的利益。”^③ 比例原则是个广义的概念，本身并不是一个单一的概念，而是包含了三个次要概念或三个要素、三个阶段性原则的概念，即关联性原则^④、必要性原则和利益均衡原则。^⑤

① 参见许玉镇：《比例原则的法理研究》，中国社会科学出版社2009年版，第68页。笔者认为这是比例原则最本质的定义。

② 陈新民：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社2001年版，第368页。

③ 姜昕：《比例原则研究——一个宪政的视角》，法律出版社2008年版，第17页。

④ 一些学者也将之称为适当性、妥当性原则。参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社2001年版，第368页。

⑤ 在理论界也有两阶段论，即不再把关联性原则分离出来，而使之包含于必要性原则之中。也就是说，比例原则仅包含必要性原则和利益均衡原则。但通说认为三阶段论更为合理，本文也采此论。

1. 关联性原则

一项立法或一项公权力措施应有利于目的的实现。措施的选择必须能实现目的或至少有助于目的的达成,并且为正确的手段,在目的一手段的关系上,必须是适当的。^①该原则是目的导向型要求,其条件相当宽松,不要求所采取的措施必须全部实现目的,只要与目的有关联,不是根本无法达到,即便部分可促进目的的达成也不违反原则。简言之,只要所采取的手段与目的之间有关联即为满足,因此在限制公权力方面,该原则较为有限。

2. 必要性原则

在立法或公权力措施经关联性原则检验通过后,如对于一个目的而存在多种可能的手段供选择,则应采取对于人民侵犯最轻、损害最小的方法为之。因此,本原则又被称为“最小侵害原则”或“最温和方式原则”^②。例如,在采取措施时,如果采取负担性处分(违章驾驶中暂扣驾照)可以达到目的,就不要采行禁止性处分(吊销驾照)。严厉的措施应该是在不得已的情况下作为最后手段才可使用。

此外,依据此原则,权力的行使,以达到目的为已足,不可过度侵犯相对人的权利。换言之,行为不得逾越法律目的的必要范围,必要性原则要求目的与手段均在法律授权范围内,应避免对相对人权益不必要的侵害和限制。^③

3. 利益均衡原则

该原则又被称为“狭义比例原则”“均衡原则”或“比例性原则”。^④每一项立法或公权力措施都有一定的目的,即所要实现或保护的法益。在实现目的的过程中,不免要触及甚至损害其他法律所要维护的法益(如公民的权利)。此时,则要将这两种法益进行比较,择其大者保护之。如果所损害的法益过大,则意欲达成的目的不符原则,不得实施。该原则强调的是法益间的衡量,要求成本与收益不得不成比例,即立法或公权力措施为实现目的而获取的利益与因采取手段而对人民或相对方所造成的利益损害应成比例或不能

① 参见谢世宪:《论公法上的比例原则》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则》,三民书局1994年版,第123页。

② 转引自姜昕:《比例原则研究——一个宪政的视角》,法律出版社2008年版,第34页。

③ 参见姜昕:《比例原则研究——一个宪政的视角》,法律出版社2008年版,第34页。

④ 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社2001年版,第370页。

明显不成比例，借用成语来形容即为不可“杀鸡取卵”。在实施措施时不可采取“杀鸡”的手段即损害更大的法益，而仅仅获得“卵”的收益。

可见，利益衡量原则异于关联性原则和必要性原则，并非采取目的至上的指导方针，即不以实现立法或行政目的为最终目标，而是将达成目的收益与实现目的过程中所造成的利益损害相衡量，使之进行价值比较。如果为实现目的而造成利益损失过分大于达到目的所获得的利益时，则放弃此目的。这种法益衡量的认识可以说是一种思想的升华，它摆脱了手段依附于目的的传统认识，即手段围绕目的来实施。赋予手段与目的同等的地位，使之可与目的进行比较衡量，在采取措施时如果造成的损害相对于实现目的的收益过大，则不予实施。这是对为实现目的而“不择手段”的坚决摒弃，也因此而使之成为比例原则的精髓。

前述三项原则相互之间其实是递进关系。为实现宪法或法律所设定的目的，在众多的措施选项中，首先要选取对于达成目的有所助益的手段，即关联性原则。在满足该原则后，如果还有数个可供选用的措施，则对之进行比较。在实现目的的前提下，采行选项中对于人民或相对方影响或侵害最小的措施，即必要性原则。但即使是在必要的情况下，即已经是侵害最小的措施，也可能在实施中所产生的损害大于实现目的时所获得的收益，即成本大于收益。此时，则对不同法益的损害和收益进行衡量，如果明显不成比例，则放弃目的，即利益均衡原则。此三项原则有机地结合在一起，为切实保护人民或相对人的合法权益，规范国家机关行使权力进行了层层把关。

（二）国内法中的比例原则

由于比例原则体现于对公权力的限制，因此在国内法领域，比例原则主要出现于公法领域。

1. 行政法领域中的比例原则

比例原则的发展与完善得益于德国行政法体系的形成与发展。它最初发轫于警察法，其意在限制警察权的发动，以保护人民的权利。早在1802年即有德国学者贝格（Von Berg）在其出版的德国警察法手册中明白地提及了该原则，成为比例原则出现的滥觞。^①此后，德国行政法学界开始对比例原则进行较为深入的研究，如行政法大师奥拓·迈耶（Otto Mayer）在论及警察权力的

^① 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社2001年版，第376页。

界限时,认为逾越必要限度即为违法的滥权。^①而弗莱纳(F. Fleiner)则主张“警察不可用大炮击打麻雀”,最严厉的手段只能供作最不得已时刻用的最后手段。^②

比例原则在德国最为发达,在其影响下,法国也适用比例原则。而日本和我国台湾地区因深受德国法的影响,比例原则也有相当的发展。历史上英国行政法奉行合理原则,但由于欧盟法院司法实践以及英国《人权法》的公布实施的影响,英国司法和学界开始将比例原则作为指导行政行为司法审查的支配性原则。由于欧盟法院判例的影响,澳大利亚及加拿大法院都开始适用这一原则。即便在美国,比例原则也存在,只不过没有使用“比例”一词而已。^③

在行政法领域,比例原则是确认行政机关对行政相对人权利和自由的限制或侵害是否合法的重要依据,它要求行政机关在作出行政行为时,应采取最小侵害手段,并在行政目的与相对人利益侵害间进行权衡,确保行政权力的行使不对相对人的权利造成过分的损害。

2. 宪法领域中的比例原则

宪法作为国家的根本大法,是国家的立法、司法与执法的基础。宪法中的比例原则要求国家在立法、司法与执法时应考虑公共利益与人民基本权利的平衡,不能因公共利益而过度地侵害人民的权利,具体体现该原则的方式主要为违宪审查或宪法诉讼。

法益间的比较,在宪法诉讼领域时常出现,它主要是衡量实施公权力和公民基本权利间何者更应予以保护,以决定取舍。在西方国家(如德国和日本)大多采取宪法诉讼制度以解决公民基本权利与公权力或他人基本权利间的纠纷,即个人认为国家机关、法人或其他公民侵害了其宪法权利,可向宪法法院或管辖法院(日本没有宪法法院,其最高法院有违宪审查权)提起诉讼请求,予以裁决。在德国和日本,比例原则被认为是宪法原则,故而在宪法诉讼中比例原则时常被引用来衡量相互冲突的法益。

在德国工会会员义务案中,德国宪法法院在判决中认为,法院对此微不

① 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社2001年版,第377页。

② 同上。同时代的耶律纳克(Walter Jellinek)在其著作《法律、法律适用即目的性衡量》中,除了必要性原则外,也论及了适当性原则。

③ 韩秀丽:《论WTO法中的比例原则》,厦门大学2006年博士学位论文,第43页。

足道的处罚案件，强迫诉愿人接受医学上仍有危险、痛苦的体液抽验，违反了比例原则。易言之，为了微小的公共利益，牺牲了宪法欲保障的公民基本权利，不能被认为是正当的。^①

作为宪法原则，比例原则也适用于对立法的审查。在日本大阪选举广告案中，日本法院即援引了比例原则。日本大阪府为制止在电线杆上张贴广告，颁布实施了《屋外广告物法施行条例》，之后被提起宪法诉讼，原告请求法院审查该条例第2条第3项第1款全面禁止张贴行为是否违反宪法第21条（保障一切表现自由）。法院运用法益比较和比例原则，认为为了维持社会整洁美观的轻微法益，而全面禁止在所有电线杆上张贴传单，是牺牲了公民的意见表达所需的一种手段，违反了宪法第21条的规定，属无效立法。如只在风景区或历史古迹等地加以限制，则还可接受。但全面禁止，则牺牲法益太大，无法接受。^②

（三）国际法中的比例原则

比例原则在国际法领域也有广阔的应用，如国际人道法、国际人权法以及条约法等领域。^③但在这些领域所指并非与国内法中比例原则的内涵（即包含三个阶段性原则，如关联性、必要性和利益均衡原则）完全相同，更多的是指利益均衡原则（proportionality）和必要性原则（necessity），由于这两个原则时常共同出现，因此也被称为是孪生（twin）^④原则。

1. 国际人道法中的比例原则

红十字国际委员会为国际人道法下的定义为：“由协议或习惯所构成的、其目的在于为解决由国际性和非国际性武装冲突直接引起的人道问题，以及出于人道方面的原因、为保护已获可能受武装冲突影响的人员及其财产而对

① 参见傅岷成：《宪政社会中新闻记者应协助建立的公民意识》，《台大新闻论坛》1994年第1期。案情如下：1963年德国工会会员义务案（体液抽验案）中，德国宪法法院的裁决即引用了比例原则。宪法诉愿人是慕尼黑一家公司的经理，也是公司的大股东。因拒绝答复工会的意见调查表，致使公司被罚款1000马克。其因此被认为违背了公司利益并被公司告上法庭。审理过程中，该诉愿人被命令接受以“腰部穿刺”或“枕骨穿刺”的方式抽验其体液，以确认其有无责任能力。该诉愿人不服并提起宪法诉讼。

② 参见傅岷成：《宪政社会中新闻记者应协助建立的公民意识》，《台大新闻论坛》1994年第1期。

③ See Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge: Cambridge University Press, 2 (2004).

④ See Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge: Cambridge University Press, 1 (2004).

有关冲突方使用的作战手段和方法的选择进行一定限制的国际规则。”^①即出于人道的考虑，国际人道法主要关注于战争或武装冲突中的受难者。

强调尊重人的生命，维护人的尊严和权利是人道主义的出发点和归宿。而在战争中，则是对于前两者践踏最为严重的场合。屠杀、强奸、虐待等严重危及生命和尊严的事情历来是战争的伴生物，也是近代以来人道主义最为关注的领域。如何在激烈的武力对抗中维护人的生命与尊严，如何将战争的残酷程度和人的痛苦降至最低是国际社会长期以来的关注点，这促进了人道主义在战争领域的迅速发展，并逐步演进成为国际人道法。

国际人道法起源于军队的习惯实践，从一开始，它就没有要求消灭战争的祸害，而是将目标确定在尽可能减轻不必要的残酷性这一点上，交战各方的相互利益也驱使他们在作战行动中遵守某些“游戏规则”。^②这些“规则”经过长时间的实践和演化，逐渐集中体现于国际人道法的基本原则之中，比例原则正是其中之一。

国际人道法中的比例原则是指“作战方法和手段的使用应与预期的、具体的和直接的军事需要成比例，禁止引起过分伤害和不必要痛苦的作战方法和手段”^③。对照前文，此概念包括了比例原则中的必要性原则和利益均衡原则。这一原则的核心即是要求在军事行动中手段要与目的成比例或相对应，不可造成过分伤害，因为“战争的目的是摧毁或削弱敌人的军事实力，因此，交战各方对敌方的伤害不应与这一目标的要求不相称”^④。所以在战场上只要以正常的手段能将敌人杀伤，即已达到目的。但如果使用某种武器，致使敌人在退出战斗之后，仍继续遭受痛苦，则是超出了作战目标，因而是不必要的，应予禁止。基于这样的认识，各国开始探讨为战争确立规则，比例原则即为较早出现的人道原则。

① 朱文奇：《国际人道法概论》，香港健宏出版社1997年版，第5页。国际人道法主要被分成两个体系，即海牙体系和日内瓦体系。海牙体系主要指规范战争如何开始、进行和结束的规则，因1899年和1907年两次在海牙和平会议期间编纂的战争规则而得名；日内瓦体系是指那些处理战争与武装冲突结果，即如何保护那些不直接参与战争或先是参与但以后又退出战争的那部分人的战争规则。主要包括1949年日内瓦四公约和1977年日内瓦公约的两个附加议定书。

② [德] Jean. Pictet：《国际人道法的原则》，王海平译，载朱文奇主编：《国际人道法文选2004》，法律出版社2006年版，第3页。

③ 赵建文主编：《国际法新论》，法律出版社2000年版，第522页。

④ [德] Jean. Pictet：《国际人道法的原则》，王海平译，载朱文奇主编：《国际人道法文选2004》，法律出版社2006年版，第5页。

除了作战方法不得引起不必要痛苦的要求之外,比例原则还要求在攻击中要遵循“禁止发动可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害或三种情况均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击”。这一规定见于《日内瓦公约第一附加议定书》[第51(5)(b)条],它主要体现了武力攻击中的比例性,即武力的实施要与目的成比例。在《日内瓦公约》之前的国际条约和实践中,此类内容已成为习惯法规则。如在1930年美、英、法、意、日五国订立的《伦敦海军条约》中曾规定:“除非遇有于正式召唤后仍坚决不停或对临检或搜索进行积极抵抗的情形,不论水面舰艇或潜水艇,未经事先把乘客、船员和船舶文书置于安全地方以前,不得击沉一只商船或使其不能航行。”而且该条必须被视为对该条约订立前已经存在着的国际法的宣示。在1946年纽伦堡国际军事法庭的判决书中载明,如果拯救是不可能的,那么按照议定书(1936年前述五国在伦敦签署)的规定,潜水艇的艇长就不得击沉商船,而应任其不受损害地在它的潜望镜面前驶过。^①

国际人道法源于战争中的习惯与实践,早期的国际人道法规则大多以各国公认的惯例形式存在,许多重要的条约其实都是编纂实际已经存在的惯例,而编纂或修订只是使一些已经成为惯例的规则更加明确、更加具体,如1899年和1907年海牙外交会议期间制定的《陆战法规和惯例公约》等。虽然并非所有的惯例都以条约或公约的形式固定下来,但一些主要的人道协议法已被公认为国际习惯法的一部分。国际法院也曾在《使用或威胁使用核武器的合法性》一案的咨询意见中进一步肯定了国际人道法中的主要协议已成为国际习惯法。^②比例原则作为国际人道法的基本原则多次出现于国际人道法的重要公约之中,当然地具有国际习惯法的效力。一些学者甚而指出,国际人道法的主要规则不仅属于国际习惯法,而且也是强行法。即如果某条约与此类规则相抵触时,则条约无效。^③

① [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(下册·第二分册),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1973年版,第24—26页。

② 转引自朱文奇:《国际人道法概论》,香港健宏出版社1997年版,第12页。

③ 朱文奇:《国际人道法概论》,香港健宏出版社1997年版,第11—12页。如果将强行法规则的性质与《日内瓦公约》的规则对比,则《日内瓦公约》显然具有强行法所要求的条件和特征。

2. 国际人权法中的比例原则^①

国际人权法的作用主要是通过国际保护的方式保障人权，它“是国家根据其主权并依据公认的国际法基本原则，主要通过签订国际条约，确立各国一般接受的国际人权规则和原则，并承担予以尊重和履行的国际义务，由有关人权公约所规定的国际机构或法律机制对这些国际义务的履行实行监督，加以保证”^②。

国际人权法的主要法律文件包括：被誉为“人权国际宪章”的三项公约，即1948年《世界人权宣言》、1966年两国际公约《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会与文化权利国际公约》；专门性国际人权公约，如《消除一切形式种族歧视国际公约》《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》等；区域性国际人权公约，如1950年《欧洲人权公约》和1969年《美洲人权公约》。

在世界及区域性人权法的实施领域，比例原则已得到牢固的确立。由于人权和基本自由并不保证每个人无限的自由，而是应服从必要的公共利益限制，因此，比例原则在国内法和国际法中都是可以接受的，即个人所拥有的人权范围及对之的限制必须保持适当的关系：一方面，必须与所保障权利的重要性成比例；另一方面，必须与实施该限制所欲达目的成比例。为此，《公民权利和政治权利国际公约》第19（3）条规定，表达自由的权利应服从特定的限制，但此类限制只能由法律规定之，并为尊重他人权利和荣誉或保障国家安全所必要。因此，在基本人权和自由受限制的领域，必须在限制的范围与所欲达到的目标之间确立适当的关系，即限制必须是合乎比例的。^③

在个人权利可能受到不成比例侵害威胁的紧急情况下，比例原则尤其应受到重视，如《欧洲人权公约》第15条及《美洲人权公约》第27条。在此类条款中规定，缔约国在一定时间和一定范围内的义务克减，必须严格依据境况的紧急程度而定。此外，比例原则在人权国际保护的程序性规则中也被确认，例

① 本节参照 JOST DELBRUCK, Proportionality, in BERNHARDT, RUDOLF (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* [instalment 3 (1983) pp. 398-399] [Z], North-Holland Publishing Company.

② 邵津主编：《国际法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第308页。

③ JOST DELBRUCK, Proportionality, in BERNHARDT, RUDOLF (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* [instalment 3 (1983) pp. 396-400] [Z], North-Holland Publishing Company. 关于表达自由的权利限制也见于《欧洲人权公约》第10（2）条及《美洲人权公约》第13（2）条。

如,在当地救济不合理拖延的情况下,用尽当地救济规则应予中止。

3. 其他国际法领域中的比例原则^①

鉴于比例原则在国际法领域被广泛地认同,几乎没有哪个法律部门拒绝该原则的适用,但在不同的领域内其具体的适用也是有差异的。

(1) 条约法

《维也纳条约法公约》第60条^②授权缔约方在他方重大违约时,可以全部或部分终止或暂停条约的履行。由于终止或暂停的权利只有在他方的违约构成“重大”时才可援引,因此必须依据个案,权衡违约的严重性与终止或暂停条约的后果的情况下,确定对违约的比例性回应,比例原则正是为此提供指南。

(2) 国际经济制裁

在确定国家行为合法与否方面,比例原则可予适用的另一领域是国际经济制裁。如果经济制裁被作为一种报复措施,则比例原则的适用是强制性的,即只有报复行为符合比例性才是可被允许的。然而,如果采取的强制性经济措施不存在具体的报复条款规定,此时必须考察措施与目的的适当关系,以避免该措施异化为非法的干涉他国内事务。

除前述的适用外,在国际法范围内,比例原则也较多地用于调整武力的使用,因武力措施对相对方造成的损害更为直接和严重,通过比例原则对其进行约束,使之更为合理或不致过分。武力使用范畴内的比例原则,主要是指利益均衡原则和必要性原则,它们目的各异但又相互配合,为武力使用确定了规范。在武力使用语境下,利益均衡原则是作为国家实施武力的限制条件,即只有符合比例的才是正确的手段;必要性原则是审查在任何特殊情况下的武力回应(forceful response)是否正当的标准。^③

^① 本节参照 JOST DELBRUCK, Proportionality, in BERNHARDT, RUDOLF (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* [instalment 3 (1983) p. 399] [Z], North-Holland Publishing Company.

^② 《维也纳条约法公约》第60条规定:“一、双边条约当事国一方有重大违约情事时,他方有权援引违约为理由终止该条约,或全部或局部停止其施行。二、多边条约当事国之一有重大违约情事时:(甲)其他当事国有权以一致协议:(一)在各该国与违约国之关系上,或(二)在全体当事国之间,将条约全部或局部停止施行或终止该条约;(乙)特别受违约影响之当事国有权援引违约为理由在其本国与违约国之关系上将条约全部或局部停止施行……”

^③ See Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge: Cambridge University Press, xv (2004).

二、武力使用的范畴

武力使用在理论上被区分为国际关系中的武力使用和执法中的武力使用^①，前者被认为是国与国之间的动用武力，即战争或武装冲突，属于《联合国宪章》（以下简称《宪章》）第2条第4款〔以下简称第2（4）条〕以及国际人道法等国际法的适用范围。后者则属于国内执法（包括海上执法）范畴，受到国内法律，如宪法、行政法等规制。但在这两类法律规范中，针对武力使用的启动以及强度都有相似的规定，即要满足比例原则。

（一）国际关系中武力使用的国际法和国内法规制

1. 国际法对国际关系中武力使用的规制

《宪章》第2（4）条规定：“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”^②《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第301条也有类似规定：“缔约国在根据本公约行使其权利和履行其义务时，应不对任何国家的领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力，或以任何其他与《联合国宪章》所载国际法原则不符的方式进行武力威胁或使用武力。”^③国际法的基本原则是禁止武力使用，但并非绝对，与大多数的法律规定一样，也存有例外，如《宪章》第51条规定：“联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行使此项自卫权而采取之办法，应立即向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之权责，以维持或恢复国际和平及安全。”^④

解读以上规定可知，未经联合国授权的单个国家诉诸武力的行为是非法的，但自卫是该项基本原则的一项必要的例外。自卫权的行使要受到国际社

① See Patricia Jimenez Kwast, Maritime Law enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorization of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana / Suriname Award, 13 *Journal of Conflict & Security Law*, 52, 2008.

② 《联合国宪章》（visited July 26, 2010），<http://www.un.org/zh/documents/charter/chapter7.shtml>。

③ 傅崐成编校：《海洋法相关公约及中英文索引》，厦门大学出版社2005年版，第110页。

④ 《联合国宪章》（visited July 26, 2010），<http://www.un.org/zh/documents/charter/chapter7.shtml>。

会的控制——单个国家作出是否进行武装自卫的决定，要由联合国来判断该决定的适当性。在行使单独或集体自卫权时应立即向联合国安理会报告，并不得妨碍安理会实施维持国际和平的职责。但何时可以动用武力以行使自卫权以及自卫权实施的限度如何？《宪章》及相关国际公约中未有具体的规定，在国际实践和理论中也存有争议，如预防性自卫和先发制人理论等，这些在国际社会也多受质疑。但从纷繁的国际实践中，国际社会对此也已经确立了习惯规则。比例原则是各国在行使自卫权而动用武力时应遵循的重要标准，并且它已经成为国际习惯法的一部分。

• 卡洛林号案

发生于英国和美国之间的卡洛林号案（The Caroline）即为确认行使自卫权而实施武力时应遵循比例原则的经典案例。1837 年加拿大发生叛乱，尽管美国当局已采取措施防止给予叛乱者援助，但叛军仍然于 1937 年 12 月在 Buffalo 获得大量美国国民的支持。叛军部队驻扎在加拿大水域的 Navy 岛上，从那里袭击加拿大海岸并攻击英国船只。叛军部队从美国获得的补给通过一艘美国船 Caroline 号运送。12 月 29 日至 30 日夜晩，英国部队捕获了停泊在美国 Schlosser 港的 Caroline 号，纵火焚烧了该船并将其推下尼亚加拉瀑布。对于此次行动，英国（作为加拿大的宗主国）对美国索赔要求的回复是毁坏 Caroline 号是必要的自卫行动，拒绝赔付。三年后，此事又因 McLeod 事件被旧案重提。McLeod 是一名英国人，在美国纽约州被捕，并因 Caroline 事件被指控犯有谋杀罪和纵火罪。^① 英国政府要求释放他，理由是这些人参与的对 Caroline 号的行动是执行国家的任务，不应为此在一个地方法院负个人责任。不久 McLeod 被释放，但是以指控证据不足为由被无罪释放的。

与此同时，美国政府再次对英国政府关于该案属于合法自卫的主张提出反对意见。经过双方的多次交涉，两国政府虽然对该案中的事实问题有分歧，但一致同意适用自卫中武力使用的原则——即必须存在明确且绝对的必要，这就是说：自卫必须是在迫切、压倒一切的必要，别无其他选择，也没有时间作周密考虑的情况下进行的；而且自卫行为不能有任何不合理和过分的成分，即使证明自卫是必要的，其武力使用也必须受到限制，应与受到侵害的

^① D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 848 (4th ed., 1991).