



第六十四届会议

议程项目 77

请求国际法院就科索沃单方面宣布独立
是否符合国际法的问题提供咨询意见

国际法院关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题
的咨询意见

秘书长的说明

增编

1. 大会在其 2008 年 10 月 8 日第六十三届会议第 22 次全体会议通过的第 63/3 号决议中决定，根据《联合国宪章》第九十六条，请国际法院依照其《规约》第六十五条就以下问题发表咨询意见：

“科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法？”

2. 国际法院于 2010 年 7 月 22 日就上述问题发表咨询意见。

3. 我于 2010 年 7 月 26 日收到法院该咨询意见经正式签署和盖章的副本。

4. 我于 2010 年 7 月 26 日将国际法院 2010 年 7 月 22 日就科索沃单方面宣布独立是否符合国际法一案发表的咨询意见(见 A/64/881)转送大会。

5. 特此向大会转递咨询意见所附的各项个别意见、单独意见和声明。



[原件：英文]

通卡副院长的声明

法院本应行使其自由裁量权并拒绝答复大会的请求——安全理事会的沉默不应被解释为意味着对该宣言的任何默许——大会对请求提供这一咨询意见没有“足够的利益”——咨询意见妨害安全理事会行使其权力——法院的结论没有以通过该宣言的相关事实为基础——科索沃重要的行为者和联合国官员都认为起草独立宣言的是科索沃议会——在科索沃适用的法律框架——最终的解决办法应由当事各方之间的协议或安全理事会来决定，而不是仅仅由一方来决定。

1. 法院的多数法官决定，对大会关于提供咨询意见的要求予以答复。但法院是在对问题作了“调整”之后才作出答复的。这一“调整”对所给的答复至关重要；事实上，它是由结果所决定的。正如法院多数所承认，“宣布独立方的身份问题有可能影响对此项宣布是否符合国际法的问题的答复”（咨询意见第 52 段）。本着司法良心，我虽然完全意识到“当地的现实”，¹ 但在这个“调整”做法上，我不能加入我的多数同僚们。

自由裁量权和恰当性

2. 在这个案件中，法院本应对是否答复向它提出的问题行使自由裁量权。《规约》第六十五条规定，法院“得发表咨询意见”（法文为：“La Cour peut donner un avis consultatif”），因此，毫无疑问法院没有法律义务遵从这样一个请求。法院拥有这样的自由裁量权，是为了保护其司法职能的严明和司法机关的性质。

3. 要回答向法院提出的这个问题，不仅需要法院解释安全理事会第 1244 号决议，而且要作出判断，在国际领土管理制度下建立起来的科索沃机构所采取的行动是否符合适用于并制约该制度（即安全理事会第 1244 号决议以及据此通过的各项措施，特别是《宪法框架》）的法律框架。

4. 安全理事会（目前仍在积极处理与科索沃有关的问题）并未作出这样的判断，由于安理会成员，特别是其常任理事国，公开对这一问题表示不同意见，因此不能将安理会的沉默解释为默许或默认在 2008 年 2 月 17 日采取的行动。² 这种意

¹ 秘书长特使阿赫蒂萨里先生在关于科索沃未来地位的报告中简明扼要地说明了的这些现实（S/2007/168）。在他为实现谈判解决的努力失败后，看到这些现实，他提出如下建议：让科索沃取得有国际社会监督的独立地位。虽然他敦促安全理事会认可他的解决方案，但安理会没有给予认可。

² 见安全理事会成员国 2008 年 2 月 18 日在独立宣言发表 24 小时前后举行的会议上的发言（S/PV. 5839 号文中多处）。

见分歧继续存在，并且在本案的咨询程序中在各方书面和口头提出的意见中得到重申。

5. 征求咨询意见的请求是由大会向法院提出的。塞尔维亚提议征求咨询意见时，大会没有在处理科索沃局势问题。大会议程上只得增列一个项目。现在，法官多数的意见发表后，大会就可自由讨论这一问题，但只要安全理事会继续积极处理科索沃问题，并在这方面行使其职能，那么《宪章》第十二条第一项当然可阻止大会就科索沃状况提出任何建议。我看不到大会会有“足够的利益”来请求法院发表咨询意见。我同意基思法官在个别意见中就此表示的看法。

6. 由于大会向法院提出了这个问题，法院现陷于安全理事会关于这个问题的分歧中，而安理会仍然在积极处理这个问题，但是没有请求法院提供咨询意见。法院多数法官作出回答，就等于法院支持某一方，然而从司法恰当角度来说，法院本应避免支持任何一方。

7. 以前法院曾接到一个案件，与本案类似，安全理事会也正在积极行使权力处理案件所涉情况。已故的前院长曼弗雷德·拉克斯明智地指出：

“对联合国宗旨和原则来说重要的是，有作出约束性决定的特定权力的两个主要机关应协调行动——不过当然不是一致行动，而且这两个机关都应在针对某一局势或争端(其不同方面的情况列于各自的议程)行使职能，不能妨害另一机关行使权力”(《洛克比空难事件引起的1971年〈蒙特利尔公约〉的解释和适用问题(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国)，临时措施，1992年4月14日的命令，1992年国际法院案例汇编》，第27页；着重部分由作者标明)。

8. 对大会提出的问题，法官多数的回答妨害安全理事会尚待作出的关于该宣言是否符合第1244号决议和据此建立的国际领土管理制度的判断。

9. 因此，我认为，只有当安全理事会请求法院提供法律咨询意见时，法院作答复才是恰当的。

问题

10. 经大会第63/3号决议批准，向法院提出的问题是：“科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法？”所提问题“清晰明确”，且“切题又具体”（咨询意见第51段）。因此，如果不是为了想要得到的结果，没有比较“调整”所提问题。

11. 法官多数在其意见中得出结论认为：

“结合所有因素来看，2008年2月17日独立宣言作者并非作为一个临时自治机构在《宪法框架》范围内行事，而是以科索沃人民代表的身份在临时行政当局框架外共同行事”（咨询意见第109段）。

12. 从通过宣言的相关事实来看，这一结论没有牢靠的基础，所依据的完全是谬误因果推断的思维方式。法官多数的结论暗示，相关行为体无一知晓何者于2008年2月17日在普里什蒂纳通过该宣言：塞尔维亚提议征求咨询意见时不知道；大会通过第63/3号决议时有代表在场的其他国家不知道；联合国秘书长及其特别代表不知道；最重要的是，连科索沃总理在科索沃议会特别会议上宣读该宣言时也不知道！

13. 2008年8月15日塞尔维亚外交部长致函联合国秘书长，请求在第六十三届会议议程内增列一个题为“请求国际法院就科索沃单方面宣布独立是否符合国际法问题提供咨询意见”的项目。他的信中附有一个解释性备忘录，其开首指出：

“科索沃是塞尔维亚共和国的一个省，根据联合国安全理事会第1244(1999)号决议由联合国管理。但是，科索沃自治政府临时机构于2008年2月17日单方面宣布独立”（A/63/195，附录；着重部分由作者标明）。

14. 联合国秘书处于2008年8月22日将该信作为正式文件分发。大会对该问题作了审议，于2008年10月8日通过了第63/3号决议。因此，联合国会员国大约有七周的时间来审议塞尔维亚的要求及其解释性备忘录。塞尔维亚认定在2008年2月17日通过独立宣言的是“科索沃临时自治机构”，191个会员国中没有一个是对此提出异议。

15. 联合王国常驻代表在其国内外交部以干练和优秀的国际法服务著称。2008年10月1日，他致函大会主席（A/63/461），关于议程项目71（请求提供咨询意见）以及塞尔维亚提交的决议草案（A/63/L.2）指出，“为协助审议这一项目，联合王国……提出一份问题说明……，提出一些大会成员可能愿意思考的问题”。该“问题说明”中没有一处表示怀疑通过该宣言的是临时机构。事实上，“问题说明”首先指出，

“塞尔维亚提议的请求国际法院就‘科索沃单方面宣布独立是否符合国际法’的问题提供咨询意见的议程项目，然后将此与该决议草案中提出的问题‘科索沃临时自治机构单方宣布独立’作比较”。

该说明认为：

“我们需要了解，塞尔维亚所注重的是否科索沃临时自治机构的能力这一范围较小的问题，如果是，这一问题与科索沃目前的地位又有何种确切的联系”（A/63/461第4页第7段；着重部分由作者标明）。

因此，毫无疑问，在 2008 年 10 月，也就是通过宣言大约八个月之后，联合王国认为通过该宣言的是科索沃临时自治机构。不然，问该请求是否涉及“科索沃临时自治机构的能力这一范围较小的问题”就没有意义。

16. 向法院提出的问题得到核准并载于决议草案 A/63/L. 2, 其中具体提到临时自治机构。塞尔维亚外交部长在大会介绍了该决议草案时，明确提及“……科索沃和梅托希亚的临时自治机构单方面宣布独立”(A/63/PV. 22, 第 1 页；着重部分由作者标明)。参加辩论的代表团均未质疑通过宣言的是临时自治机构。恰好相反，联合王国常驻代表说，“科索沃议会……宣布科索沃独立”(同上，第 3 页；着重部分由作者标明)。美国代表提到“科索沃临时自治机构宣布独立”(同上，第 5 页；着重部分由作者标明)。法国常驻代表在发言开头说：“2008 年 2 月 17 日，科索沃议会宣布科索沃共和国独立。”(同上，第 7 页；着重部分由作者标明)最后，大会本身在第 63/3 号决议序言部分第二段中回顾“2008 年 2 月 17 日科索沃临时自治机构宣布从塞尔维亚独立”。

17. 联合国秘书长在安全理事会 2008 年 2 月 18 日举行的关于发布独立声明后的科索沃局势的会议上说道：

“昨天，我的科索沃问题特别代表告诉我，科索沃临时自治机构议会举行会议，通过了一项独立宣言，宣布科索沃为一个独立主权国家”(S/PV. 5839, 第 2 页；着重部分由作者标明)。

他在该独立宣言通过后提交给安全理事会的关于联合国科索沃临时行政当局特派团的第一份报告中向安理会通报说，“2 月 17 日，科索沃议会举行会议，在会上通过了一个“《独立宣言》”，宣布科索沃为一个独立主权国家。”(S/2008/211, 第 1 页第 3 段；着重部分由作者标明)。³

18. 科索沃总理在向当时出席会议的人庄严介绍该宣言并宣读该宣言。有谁比他更能够确定在科索沃历史的关键时刻通过该宣言的人是以何种身份行事的？他说：

“今天，科索沃总统和作为科索沃总理的我本人，正式请求 [] 议长克拉斯尼奇先生就两个议程项目召开特别会议。

出席这一特别会议的邀请根据的是《科索沃宪法框架》发出的，据此我们提出两个议程项目：

1. 科索沃独立宣言，

³ 法官的多数不得不“接受”秘书长报告中的这项陈述，试图将其相关性降到最低，称报告只不过是“关于科索沃特派团活动的正常定期报告，其目的……不是对宣言或通过宣言者行事的身份进行法律分析”(咨询意见，第 108 段)。

2. 科索沃国家标志介绍。”⁴

科索沃议会议长也认为，当他“请科索沃总理哈希姆·萨奇先生就请求召开议会特别庄严会议提供理由”时，他当时是在主持议会会议。⁵

19. 法官的多数最终不得不承认，科索沃议会议长和科索沃总理“提到了科索沃议会和《宪法框架》(咨询意见，第 104 段),”同时坚持其认为宣言的作者们“以科索沃人民代表的身份在临时行政当局框架范围外共同行事”的思维方式(同上，第 109 段)。议员们难道不是“科索沃人民的代表”？科索沃总统难道不是科索沃人民的代表？正如总理所说，他们“按照科索沃《宪法框架》”召开会议；因此，他们希望按照该框架行事，而不是如法官多数所称，在该框架之外行事。

20. 虽然法官的多数忙于查找“宣布独立者的身份”，⁶并最终“确定了[他们的]身份”(咨询意见，第 110 段)，然而这种查找是没有必要的，因为他们的“身份”是众所周知的，并记录在科索沃议会特别全体会议的议事录中。⁷查找通过宣言者的“[资格]身份”(咨询意见第 109 段)也是没有必要的。科索沃议会议长主持了该特别会议和对宣言的表决。他在宣布结果时阐述如下：

“我声明，今天，2008 年 2 月 17 日，出席会议的科索沃议会议员全部投‘赞成’票，由此表达了他们和科索沃公民的意愿，让科索沃成为一个独立、主权、民主的国家。”⁸

签署了宣言的每一个人，包括科索沃总统、总理和议会议长，都被“邀请”以其“科索沃议会成员”或议会“主席团成员”的资格签署该宣言。⁹他们以阿尔巴尼亚文在宣言下签了名，这明确无误地显示在原版宣言草稿纸上。¹⁰由此，咨询意见中的法官多数声称“宣言阿尔巴尼亚文的原文本(唯一有效文本)中没有一处提到宣言是科索沃议会之作”(第 107 段)，显然是不正确的，无助于提高法官多数的思维方式的公信力。

⁴ 科索沃共和国提供的书面材料，2009 年 4 月 17 日，附件 2：2008 年 2 月 17 日举行的科索沃议会特别会议(会议记录，第 228 页；着重部分由作者标明)。

⁵ 同上，第 227 页；着重部分由作者标明。

⁶ 见《咨询意见》第四章标题，B.2(a)节。

⁷ 见科索沃议会 2008 年 2 月 17 日举行的关于宣布独立的特别全体会议记录，载于科索沃共和国提供的书面材料，2009 年 4 月 17 日，附件 2，第 238-245 页。

⁸ 同上，第 238 页；着重部分由作者标明。

⁹ 同上，第 239-245 页。

¹⁰ 见同上，第 207 和 209 页(案文为阿尔巴尼亚文：“Deputetët e Kuvendit të Kosovës”，意为“科索沃议会代表”。

21. 由议员组成的科索沃议会、科索沃总统及由总理领导的科索沃政府，在 2008 年 2 月 17 日组成了科索沃临时自治机构，¹¹ 他们共同发布了该宣言。因此，大会的请求中对问题的提法是正确的，没有理由对其作“调整”并在此后修改案件名称。

通过宣言之时适用于科索沃的法律框架

22. 自 1999 年 6 月 10 日起，科索沃国际法律制度的依据一直是安全理事会根据《联合国宪章》第七章行事而通过的第 1244(1999) 号决议、以及《宪法框架》。

根据第 1244 号决议，科索沃已被置于一个国际领土行政当局的管辖之下。因此，南斯拉夫联盟共和国虽然仍是领土主权国，但已中止行使对该领土的有效控制。¹²

23. 安全理事会第 1244 号决议并没有使南斯拉夫联盟共和国丧失对该领土的所有权。相反，该决议在其序言部分第 10 段中明确规定，安理会重申“全体会员国根据《赫尔辛基最后文件》和”该决议“附件 2 的规定，对南斯拉夫联盟共和国以及该区域其他国家的主权和领土完整的承诺”。作为第 1244 号决议的一个组成部分，序言部分对于确定该决议在何种情况下获得通过以及安理会在通过该决议时有何意图，具有核心意义。因此，在解释该决议时必须考虑到序言部分。

24. 建立科索沃国际领土行政当局后，科索沃在法律上仍属于南联盟领土的一部分，但联合国负起了其对该领土的责任。

25. 安全理事会在其第 1244 号决议中决定，“科索沃危机的政治解决应根据附件 1 的一般原则和附件 2 所进一步阐述的原则和其他要点”（执行部分第 1 段）。这两个附件均提及南斯拉夫联盟共和国的主权原则和领土完整原则。

26. 安全理事会授权秘书长在科索沃设立国际民事存在，以便在科索沃建立一个临时行政当局，使科索沃人民能够在南斯拉夫联盟共和国内享有高度自治（执行部分第 10 段）。安全理事会在授权秘书长这样做时决定，该国际民事存在的主要职责包括：

- 在最后解决之前，充分考虑到附件 2 和《朗布伊埃协定》，促进建立科索沃的高度自治和自我管理（第 11(a) 段）；

¹¹ 见《临时自治机构宪法框架》第 9 章。咨询意见确认，《宪法框架》在 2008 年 2 月 17 日是有效的（第 91 段）。

¹² 2008 年 2 月 18 日，即科索沃通过《独立宣言》的第二天，安全理事会就科索沃问题举行辩论。联合国常驻代表在辩论中说：“今天争议的核心是 1999 年 6 月在安理会通过的一项决议。在该决议中，安理会采取了一个前所未有的步骤：安理会有效地禁止贝尔格莱德在科索沃行使权力。”（S/PV. 5839，第 12 页；着重部分由作者标明。）

- 在达成政治解决、包括举行选举之前，组织民主和自治的自我管理临时机构并监督其发展(第 11(c)段)；
- 考虑到《朗布伊埃协定》，促进旨在决定科索沃将来地位的政治进程(第 11(e)段)；
- 在最后阶段，监督科索沃临时机构将权力移交给根据政治解决办法设立的机构(第 11(g)段)。

27. 通过就国际民事存在的主要职责作出决定，安全理事会未放弃其对科索沃局势的总体责任；它一直在积极处理此案(第 1244 号决议第 21 段)。安全理事会在该问题的最后解决方面的作用得以保留。《联络小组关于解决科索沃地位问题的指导原则》支持秘书长向安理会提出的关于启动按照安全理事会第 1244 号决议确定科索沃未来地位的进程的建议。这些指导原则很能说明问题，确认“安全理事会将继续积极处理这一事项。关于科索沃地位问题的最后决定应得到联合国安全理事会的认可。”¹³

28. “最后解决”的概念指的不是别的而是当事方(即贝尔格莱德当局和普里什蒂纳当局)之间纠纷的解决，无论是通过它们之间达成的协议或由某一具备权力的机构作出决定而解决。但是，解决的概念明显与当事一方单方面采取步骤以求违背另一方意愿的纠纷解决办法格格不入。

仅举若干特别与科索沃问题有关的国家在安全理事会所做的几次发言为例，便足以说明这一点。

联合王国谴责

“任何方面关于科索沃最终地位的单方面声明。我们将不会承认任何单方面、或在未得到国际社会支持的任何安排中为整个或部分科索沃确立政治安排的步骤。”(S/PV. 4742, 第 16 页, 联合王国。)

数月后，联合王国政府在安全理事会表示，“任何一方就地位问题发表单方面声明似乎对于联合王国来说是完全不能接受的”(S/PV. 5017, 第 21 页)。法国政府在 2003 年表示，“在违反第 1244(1999)号决议或藐视科索沃特派团和科索沃部队权威的单方行动基础上便不会在科索沃取得任何进展”(S/PV. 4770, 第 5 页)。德国常驻代表在 2003 年毫不含糊地指出：

“科索沃最后地位的问题将在适当的时候，通过适当的程序来解决。只有安全理事会有权力评估第 1244(1999)号决议的执行情况，而且它拥有解决

¹³ 法文为“*Le Conseil de sécurité demeurera activement saisi de la question et devra approuver la décision finale sur le statut du Kosovo*”；见 2005 年 11 月 10 日安全理事会主席给秘书长的信，S/2005/709, 附件；着重部分由作者标明。

地位问题的最后决定权。任何意在事先决定科索沃地位——不管是整个科索沃，还是其部分地区——的单方面步骤或安排都是人们所不能接受的。”

(S/PV. 4770, 第 13 至 14 页; 着重部分由作者标明。)

几个星期后, 德国政府表示, “有关科索沃未来地位, 各方必须懂得任何单方面行为均无法改变安全理事会第 1244(1999) 号决议所确定的科索沃地位” (S/PV. 4809)。

29. 由秘书长特使牵头为确定科索沃未来地位而进行的谈判未达成任何协议。特使报告说, “在整个过程中, 双方多次重申其明确和截然相反的立场: 贝尔格莱德要求科索沃在塞尔维亚内部实现自治, 而普里什蒂纳除了独立之外别的概不接受。”¹⁴ 有人可能会问, 各方是否本着善意进行了谈判, 因为正如本法院指出的那样, 本着善意进行谈判即是

“各当事方有义务进行谈判, 以期达成协议, 不是单单经过一种正式的谈判程序……; 各当事方有义务恰当行事, 使谈判具有意义。如果任何一方坚持自己的立场而不考虑对自己的立场作修改, 提出谈判便失去了意义”。(《北海大陆架 (德意志联邦共和国诉丹麦; 德意志联邦共和国诉荷兰丹麦), 判决, 1969 年国际法院案例汇编》, 第 47 页, 第 85 段; 在下列案件的判决中予以回顾: 《加布奇科沃-大毛罗斯项目 (匈牙利/斯洛伐克), 判决, 1997 年国际法院案例汇编》, 第 78 页, 第 141 段, 以及《乌拉圭河沿纸浆厂 (阿根廷诉乌拉圭), 2010 年 4 月 20 日判决》, 第 146 段)。

30. 特使本人确信 “回归塞尔维亚不是一个可行的办法”, 且 “继续实行国际管理无法持续”, 他的结论是, “国际监督下的独立是唯一的可行办法”。¹⁵ 因此他促请安全理事会认可 [他] 提议的解决方案。¹⁶

31. 阿赫蒂萨里解决方案未获安全理事会的核准, 而安全理事会是联合国唯一有权予以核准的机关。安全理事会在科索沃最终地位问题上一直意见分歧, 所以这

¹⁴ 秘书长特使关于科索沃未来地位的报告, 文件 S/2007/168, 第 2 页, 第 2 段; 着重部分由作者标明。

¹⁵ S/2007/168 号文件, 第 3 和第 4 段。需要注意的是他认为重新加入塞尔维亚不是一个可行办法的原因:

“过去八年来, 科索沃和塞尔维亚的治理是完全分开的。由于根据第 1244(1999) 号决议建立联合国科索沃特派团 (科索沃特派团), 并由该特派团在科索沃全境接管所有立法、行政和司法权力, 造成了塞尔维亚没有对科索沃实行任何治理权的局面。这是一个无法否认的现实; 这个现实是不可逆转的。恢复塞尔维亚对科索沃的统治是绝大多数科索沃人民所不能接受的。贝尔格莱德无法在不激起暴力反抗的情况下恢复自己的权力。科索沃在塞尔维亚境内自治, 无论在多大程度上是象征性的, 都不能持久” (第 3 页, 第 7 段)。该报告称第 1244 号决议得到一致通过, 这不符合实际情况 (第 15 段)。

¹⁶ 同上, 第 5 页, 第 16 段。

一次安理会再次被绕过了。联合王国常驻联合国代表在大会上公开表示，“在同许多十分密切参与巴尔干地区稳定事务的国家进行协调的情况下，科索沃议会于2008年2月17日宣布科索沃独立。”（联合国文件A/63/PV.22，第3页；着重部分由作者标明）。科索沃独立宣言是在试图尽可能地实施未获核准的阿赫蒂萨里计划。¹⁷

32. 在临时自治机构“在同许多十分密切参与巴尔干地区稳定事务的国家进行协调的情况下”¹⁸通过该独立宣言时，《宪法框架》是适用的，这一点《咨询意见》已予以确认（第91段）。《宪法框架》规定，所有关于管理科索沃外部关系的事务均属于秘书长特别代表的专有权力（《咨询意见》，第106段）。

在此之前的若干情形中，特别代表若认为临时机构之一作出的某项议案超越了该机构的权限（越权），则会毫不犹豫地行使其监督作用，宣布该项议案无效。因此，2002年5月23日，秘书长特别代表宣布科索沃议会通过的一项决议“无效”。该决议试图对2001年2月南联盟和前南斯拉夫的马其顿共和国签署的边界协定提出挑战。2002年11月7日，科索沃议会通过了一项决议，对《塞尔维亚和黑山宪法》草案（联合国第186号档案材料）作出反应。而当天，秘书长特别代表便宣布这项决议“没有法律效果”（联合国第187号档案材料）。此外，2003年2月，科索沃议会正在起草《关于独立主权国家科索沃的宣言》，其中，除其他外，声称“现宣告科索沃是一个民主、独立的主权国家”（联合国第188号档案材料，2003年2月3日，第1段）。秘书长首席副特别代表以秘书长特别代表的名义告知科索沃议长，科索沃议会若正式审议该事项，则“将违反联合国安全理事会第1244(1999)号决议、《科索沃临时自治宪法框架》以及科索沃议会暂行议事规则”。他还表示，这将构成“[科索沃议会]超越其职权范围的……行动”（联合国第189号档案材料，2003年2月7日）。与此类似，2005年11月，科索沃议会在审议宣布独立一事，但秘书长特别代表指出，宣布独立则“将违反联合国安全理事会[第1244号]决议……而且不会具有任何法律效果”（联合国科索沃临时行政当局，新闻简报，2005年11月16日，第4和第5页）。

¹⁷ 一位“在许多、甚至大多数各种和平进程及谈判中担任科索沃顾问”的法学家写道：

“该宣言的起草是与若干关键政府联合进行的，并受到了这些政府的检查。宣言通过其措辞方式，对科索沃产生了重要的法律意义。宣言通过采用国际法中‘单方面声明’的概念，产生了对所有国家的法律义务。这些是所有其他国家都有权指望的并可以要求履行的法律义务。从这个意义上说，宣言试图以自我施加的主权限制取代对阿赫蒂萨里计划所展望的科索沃主权进行了限制的安全理事会第七章决议的约束性质。”（Marc Weller, *Contested Statehood, Kosovo's Struggle for Independence*, Oxford University Press, 2009, pp. viii and 231.）

¹⁸ 这些国家（几乎）立即承认科索沃的独立，这印证了联合王国常驻代表所确认（A/63/PV.22，第3页）的这种协调。

33. 上述事实表明，受联合国委托主持科索沃临时行政当局的秘书长特别代表将 2002 年至 2005 年期间科索沃议会的若干行为定性为不符合《宪法框架》且因此也违背了安全理事会第 1244 号决议。这些行为，无论是否寻求直接宣布科索沃独立，或无论是否提出低于独立的要求，均被认为是“超越了其[即科索沃议会]的职权范围”(联合国第 189 号档案材料，2003 年 2 月 7 日)，换言之，已属越权。

34. 法官的多数仅简略提及上述超越《宪法框架》赋予临时自治机构的职权的行为(咨询意见，第 108 段)。法官的多数认为“秘书长特别代表对 2008 年 2 月 17 日的独立宣言保持沉默”具有一定的意义，认为这一沉默“意味着他并不认为该宣言是临时自治机构意图在他负责监督的法律秩序范围内产生效力的一项法律”(同上)。

但是，咨询意见没有解释在 2002 年至 2005 年期间被认为超越临时机构职权的行为为什么在 2008 年不再具备这种性质，尽管《宪法框架》关于这些机构职权的条文没有经过修订，在 2008 年 2 月时仍与 2005 年时相同。

这给人留下的一个印象是，特别代表此次之所以保持沉默，是因为，对于这一企图借助科索沃议会“在同许多十分密切参与巴尔干地区稳定事务的国家进行协调的情况下”通过的宣言尽可能实施未获核准的阿赫蒂萨里计划的举动，他十分清楚。

35. 法院作为联合国的主要司法机构(《宪章》第九十二条)，应该坚持，《宪章》中规定的规则和机制以及在这些规则和机制下通过的决定须得到遵行。规定由联合国对科索沃实施领土管理的国际法律制度在 2008 年 2 月 17 日之时并未改变。确有变化的是政治局势和科索沃的现实。法官的多数认为更应考虑这些政治发展和现实，¹⁹ 而不是考虑严格遵行上述规则，因而超出了司法克制的界限。

彼得·通卡(签名)

¹⁹ “2008 年 2 月 17 日的独立宣言必须在通过该宣言的事实背景范围内进行审议。”(《咨询意见》，见第 57 段；着重部分由作者标明)，让人觉得这一事实背景在得出法律结论方面具有决定性的作用。同样，法官的多数称，“必须在更大的背景下看待独立宣言，考虑到其通过前发生的事件，特别是与所谓‘最后地位进程’相关的事件”(《咨询意见》，见第 104 段；着重部分由作者标明)，让人觉得这一背景使得作为临时机构之一的议会变为他物。

[原件：英文]

科罗马法官的反对意见

2008年2月17日单方面宣布独立是非法的，因为这种做法没有遵守既定的法律原则——法院在行使咨询管辖权时，只可重新表述提出的问题，使之更紧密地对应于要求提供咨询意见的机构的目的——法院关于不是科索沃临时自治机构、而是另外机构宣布独立的结论在法律上是站不住脚的，因为这一结论是以法院臆想中的宣布独立者的意图为基础的——安全理事会第1244(1999)号决议是适用于本案的特别法——宣布独立违背了第1244(1999)号决议，该决议要求在尊重南斯拉夫联盟共和国领土完整的基础上通过谈判以政治方式政治解决问题——宣布独立违背了第1244(1999)号决议，因为这样做企图终止该决议确立的在科索沃的国际存在——宣布独立违背了《宪法框架》和科索沃特派团条例——宣布独立违背了尊重各国主权和领土完整的原则——法院本应判定，科索沃临时自治机构2008年2月17日单方面宣布独立不符合国际法。

1. 我投票赞成接受提供咨询意见的请求的决定，但遗憾的是我不能同意“科索沃2008年2月17日宣布独立没有违反国际法”这一裁决，原因如下。
2. 2008年2月17日单方面宣布独立并不旨在不发生效力。这样做是非法的、无效的，没有遵守既定规则。这是旨在使科索沃脱离其所属国家、创建一个新国家进程的开端。考虑到就大会向法院提出的问题的实际情况，这种行动违反了安理会第1244(1999)号决议和一般国际法。
3. 法院虽然在行使其咨询管辖权时有权重新表述或阐释向它提出的问题，但不得用自己的问题代替向其提出的问题，然后回答这个问题，这正是法院在本案的所作所为，尽管法院提出它认为没有理由要重新表述这一问题。正如法院在咨询意见第50段所述，法院重新表述征求咨询意见的请求的权力限制在三个方面。首先，法院指出，在《1926年12月1日希腊-土耳其协定(最后议定书，第四条)的解释，咨询意见》中，国际法院前身常设国际法院偏离了向其所提问题的语言文字，因为措辞没有充分说明在法院看来是意图提出的问题(咨询意见，第50段，引用《1928年常设国际法院案例汇编》，B辑，第16号)。其次，法院指出，在《1951年3月25日世卫组织与埃及间协定的解释，咨询意见》中，对所提请求加以重新表述，因为原来的请求没有反映“真正需予处理的法律问题”(同上，引用《1980年国际法院案例汇编》，第89页，第35段)。这只是稍微扩大了问题范围，但没有改变主旨意义。最后，法院评论说，在《请求复核联合国行政法庭第273号判决，咨询意见》中，法院澄清了一个被视为不明确或含糊的问题(同上，引用《1982年国际法院案例汇编》，第348页，第46段)。在所有这些案例中，法院都重新表述了问题，以便使这个问题更加紧密地对应于要求提出咨询意

见的机构的意图。法院以前从未在重新表述后使问题变成一个与原来的问题明显不同的全新问题，而这样做事实上就会背离提出问题的机构的意图。法院在本案中正是这样做的。法院在没有以明示方式重新表述问题的情况下，得出结论认为，宣布独立者不是科索沃临时自治机构，因此，要解答这一问题应基于这一推定。大会提出的问题旨在使大会明晰如何对待单方面宣布独立事宜，大会还明确表示，大会认为单方面宣布独立是科索沃临时自治机构做出的。法院无权以默示或明示方式对该问题加以重新表述，结果使问题事关科索沃临时自治机构之外的实体。

4. 此外，法院认为 2008 年 2 月 17 日的独立宣言不是科索沃临时自治机构发布的、而是另一个机构发布的，因此没有违反国际法，这一结论在法律上是站不住脚的，因为这一结论是以法院臆想中宣布独立者的意图。国际法并未赋予种族、语言或宗教群体未经所属国同意仅表示希望脱离其领土就可以脱离的权力。在非殖民化情况之外，接受或允许种族、语言或宗教群体宣布独立、脱离所属国领土，会形成非常危险的先例。事实上，这相当于向世界各地一切持不同政见的团体宣布，他们可以采取一定方式、采用某些措辞单方面宣布独立，就可自由地绕过国际法。法院的意见将成为全世界分裂团体的指南和指导，而国际法的稳定性将受到严重破坏。

5. 确定单方面宣布独立者时以其臆想中的意图为依据也很有问题，因为这就预先确定了法院试图做出的解答：毫无疑问，宣布独立者希望被视作合法的、民主选举产生的新独立的科索沃领导人，但其主观意图并未使之成真。依赖这种意图会导致荒谬的结果，因为任何分裂分子、叛乱分子团体都会规避专门针对它们的国际规范，声称自己已改头换面重组。根据意图为本的方针，这些团体只须表明实行某一行当时打算换一种身份，则这种行为将不再受制于专为阻止这种行为而制订的国际法。

6. 就提交法院的这一案例而言，应该记得，秘书长特别代表以前曾认为这种行为不符合《宪法框架》，理由是这些行为被认为是“超越了议会的职权范围”，因此，超出了议会的权力，在该机构采取的举措是为了推动科索沃独立时尤其如此（联合国第 189 号卷宗，2003 年 2 月 7 日）。以前特别代表宣布这种行为无效时，单方面宣布独立者曾声称他们是在临时自治机构框架之外宣布独立的。

7. 法院在其咨询意见第 97 段中确认，第 1244(1999)号决议和科索沃特派团第 1999/1 号条例是当时在科索沃领土发生效力的法律命令。科索沃不是一个法律真空。因此，违反第 1244(1999)号决议和科索沃特派团第 1999/1 号条例采取的任何行为，如 2008 年 2 月 17 日单方面宣布独立的行为，不符合国际法。

8. 国际法不是由自行事的非国家实体制订的。国际法的订立需经各国的同意。法院不应根据单方面宣布独立者的主观意图就其身份做出结论，而应注重各

国的意图，特别是本案中安全理事会第 1244(1999)号决议的意图，该决议坚持维护南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚)的领土完整。

9. 由于咨询意见没有答复大会提出的问题，现在，我要从国际法的角度提出我对这一问题的看法。主要说来，我认为，第 1244(1999)号决议以及一般国际法，特别是各国领土完整的原则，不允许科索沃临时自治机构单方面宣布独立，因此，宣布独立不符合国际法。

10. 就提交给法院的问题而言，大会确认，第 1244(1999)号决议是设立科索沃临时自治机构的法律依据。因此，显然，提交给法院的问题也相应地基于第 1244(1999)号决议。该决议是安全理事会根据《联合国宪章》第七章规定通过的，因而根据《宪章》第二十五条的规定具有约束力。该决议仍然是关于科索沃的制度的法律依据。因此，当被要求确定 2008 年 2 月 17 日单方面宣布独立的法律效力时，法院首先要对提交的事项解释和适用第 1244(1999)号决议，把这一决议作为国际法和特别法。只有这样做后，法院方须考虑国际法其他强制性规则，尤其是国家主权和领土完整的原则，而本案所涉的是南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚)国家主权和领土完整。

11. 因此，本案的主要问题是适当解释和适用安全理事会第 1244(1999)号决议。正如下文详细说明的那样，根据安全理事会第 1244(1999)号决议，宣布独立为非法有几个原因。首先，根据提交给法院的材料，独立宣言是作为临时自治机构一部分的科索沃议会通过的，得到了科索沃总统和总理的认可。因此，这样的宣言需遵从第 1244(1999)号决议。其次，该决议要求通过谈判解决问题，这意味着所有有关方面就科索沃最终地位达成协议，而这是宣布独立者所规避的。第三，宣布独立违反了该决议要求在尊重南斯拉夫联盟共和国领土完整和科索沃自主的基础上实现政治解决的规定。此外，单方面宣布独立是企图结束安全理事会第 1244(1999)号决议在科索沃设立的国际存在，而这一结果只能由安全理事会本身施行。

12. 为了把安全理事会第 1244(1999)号决议适用于大会所提问题中有争议的情况，法院必须解释该决议。在咨询意见第 117 段中，法院回顾了其在《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果》中的陈述，即在解释安理会决议时，

“在就决议的约束性效力得出结论之前，应仔细分析其用语。鉴于第二十五条规定的权力的性质，在每一案件中，要确定这些权力事实上有无被行使的问题，均须参照有待解释的决议的规定、通过决议前的讨论、援引的《宪章》规定以及可能有助于确定安全理事会决议的法律后果的所有一般情形。”(同上，《咨询意见，1971 年国际法院案例汇编》，第 53 页，第 114 段。)

13. 就此，第 1244(1999)号决议重申了“《赫尔辛基最后文件》和附件 2 规定的南斯拉夫联盟共和国以及该区域其他国家的主权和领土完整”（联合国，安全理事会正式记录，第 4011 次会议，S/RES/1244(1999)，第 2 页）。该决议在执行部分第 1 段中还规定，“科索沃危机的政治解决应根据附件 1 的一般原则和附件 2……的原则”（同上）。这两个附件都提出，政治进程须“充分考虑到”（同上，第 5 页）“南斯拉夫联盟共和国及该区域其他国家的主权和领土完整原则”（同上）。此外，第 1244(1999)号决议执行部分第 11(a) 和 (e) 段提到了《朗布依埃协定》。这些协定也确认了南斯拉夫联盟共和国的主权和领土完整。协定序言重申了对《赫尔辛基最后文件》以及对“南斯拉夫联盟共和国主权和领土完整”的承诺（联合国，安全理事会正式记录，文件 S/1999/648，第 3 页）。协定第 1 章提出，科索沃民主自治机构应“立足于尊重南斯拉夫联盟共和国领土完整和主权”（同上，第 9 页）。无论是单独还是汇总在一起考量这些规定，显然，第 1244(1999)号决议没有提出科索沃未经南斯拉夫联盟共和国同意就可单方面脱离这一国家。相反，该决议重申了南斯拉夫联盟共和国的主权和领土完整，而科索沃是该国的一个组成部分。此外，决议还规定“（科索沃人民）在南斯拉夫联盟共和国内享有高度自治”（联合国，安全理事会正式记录，第 4011 次会议，S/RES/1244(1999)，第 10 段；着重部分由作者标明）。换句话说，该决议的目的是让科索沃在国际民事存在期间享有高度自治和自我管理，但科索沃仍然是南斯拉夫联盟共和国的一个组成部分。

14. 第 1244(1999)号决议第 11 段要求的国际民事存在是在得到南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚）的“同意”后在科索沃建立的，因为南斯拉夫联盟共和国对包括科索沃在内的整个领土享有主权。这一立场体现在决议的序言和执行部分。在序言部分，安理会：

“欢迎 1999 年 5 月 6 日通过的关于政治解决科索沃危机的一般原则（S/1999/516，本决议附件 1），并欢迎南斯拉夫联盟共和国接受 1999 年 6 月 2 日在贝尔格莱德提出的文件第 1 至第 9 点内所载的原则（S/1999/649，本决议附件 2）和南斯拉夫联盟共和国同意这项文件。”（着重部分由作者标明）

安全理事会在执行部分第 1 段决定，“科索沃危机的政治解决应根据附件 1 的一般原则和附件 2 所进一步阐述的原则和其他要点”。安全理事会在执行部分第 2 段“欢迎南斯拉夫联盟共和国接受上文第 1 段所指的原则和其他要点”（着重部分由作者标明）。因此，根据第 1244(1999)号决议，安全理事会确认并承认科索沃为南斯拉夫联盟共和国领土的一部分，并确认在科索沃建立国际民事存在得到了南斯拉夫联盟共和国的同意。在国际民事存在在科索沃继续存在和开展工作的情况下，科索沃不能通过单方面宣言就宣布独立。该决议没有授权国际民事存在变更或终止南斯拉夫联盟共和国对其科索沃领土的主权，也没有设想把这一主权

移交给国际存在设立的科索沃自治政府的任何一个临时机构。为了非常明确地说明这一显而易见的事实，科索沃特派团和科索沃临时自治机构是经南斯拉夫联盟共和国政府的明示同意根据第 1244(1999)号决议设立的。作为安理会的附属机构，临时自治机构拥有第 1244(1999)号决议赋予的有限权力并受该决议的约束。这些机构无权决定科索沃最终地位，也无权设立拥有这种权力的其他机构。科索沃临时自治机构议会 2008 年 2 月 17 日声称宣布独立，就是试图作出超越其权限的行为。因此，宣布独立是无效的，是非法行为，违反了安理会第 1244(1999)号决议的明确规定。这是侵权行为，不得产生权利。

15. 第 1244(1999)号决议执行部分第 10 段规定建立“一个科索沃临时行政当局，使科索沃人民能够在南斯拉夫联盟共和国内享有高度自治”（着重部分由作者标明）。由此也可明显看出科索沃临时自治机构的一个实体单方面宣布独立违背了第 1244(1999)号决议文本和精神。“在……内”这一用语的使用进一步确认了南斯拉夫联盟共和国对其科索沃领土的主权，不容许变更南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚)的领土范围。

16. 单方面宣布独立也不符合第 1244(1999)号决议执行部分第 11 段。该段除其他外，其还规定，安全理事会：

“决定国际民事存在的主要职责包括：

(a) 在最后解决之前，充分考虑到附件 2 和《朗布伊埃协定》(S/1999/648)，促进建立科索沃的高度自治和自我管理”。

我认为，所述今后“解决”冲突的提法排除了单方面宣布独立。根据定义，“解决”在这方面考量的是谈判解决。对第 1244(1999)号决议的这一解释得到了不同各国的支持。例如，法国在安全理事会提出：

“议会特别必须放弃那些违背第 1244(1999)号决议或《宪法框架》的行动……单方面行动若违反第 1244(1999)号决议便不会在科索沃取得任何进展。”（联合国，《安全理事会正式记录》，第五十八年，第 4770 次会议，S/PV. 4770 号文件，第 5 页；着重部分由作者标明。）

意大利政府代表欧洲联盟表示，第 1244(1999)号决议是“国际社会对科索沃承诺的基础”，“敦促科索沃和该地区所有有关方面进行建设性合作，……充分执行第 1244(1999)号决议，不采取单方面行动，也不发表单方面言论”（联合国，《安全理事会正式记录》，第五十八年，第 4823 次会议，S/PV. 4823 号文件，第 15 页；着重部分由作者标明）。由欧洲联盟、俄罗斯联邦和美国组成的联络小组提出了解决科索沃地位的指导原则，根据这一原则，“任何单方面的解决办法……都是不能接受的。科索沃的现有领土将不会有任何改变……区域邻国的领土完整和内

部稳定将受到完全尊重。”(联合国,《安全理事会正式记录》,S/2005/709号文件,第3页;着重部分由作者标明。)

17. 最后,应该记得,法院在咨询意见第91段中认为,第1244(1999)号决议仍然有效,且安全理事会没有采取任何步骤予以废除。这一决议的地位不能单方面改变。

18. 因此,根据上述情况,得出的不可避免的结论是,第1244(1999)号决议不允许单方面宣布独立,也不容许科索沃未经南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚)的同意就脱离该共和国。

19. 除了第1244(1999)号决议外,法院还审议了单方面宣布独立是否违反了根据这一决议颁布的某些其他法律,特别是《宪法框架》和科索沃特派团的条例。法院的结论是,宣布独立没有违反《宪法框架》,因为宣布独立者不是科索沃临时自治机构,因此不受该框架的约束。法院的判例表明,如果一个被授予有限职权的机构逾越这些职权,其行为就是越权《国家在武装冲突中使用核武器的合法性,咨询意见,1996年国际法院案例汇编(I)》,第82页;《摩洛哥境内的磷酸盐案,判决,1938年常设国际法院案例汇编,A/B辑,第74号》,第14页)。然而,法官的多数借助某种司法魔术回避了这一结果,得出一个草率的结论,认为单方面宣布独立者不是以科索沃临时自治机构身份行事,而是直接代表科索沃人民,因此不受《宪法框架》和科索沃特派团条例的约束。这个结论根本不可能是正确的,因为单方面宣布独立无视第1244(1999)号决议,法院也承认,大会提出的问题是法律问题,而且,第1244(1999)号决议是特别法,适用于本案。

20. 除了审查第1244(1999)号决议和根据该决议颁布的法律外,法院在审议大会提出的这个问题时,不得不适用一般国际法规则和原则。就此,首先必须强调,法官的多数认为国际法没有授权或禁止单方面宣布独立,而这种认识是一个误解。抽象地、泛泛谈论宣布独立时这一陈述才有其道理(例如,见加拿大最高法院的咨询意见,就国际法所述分离问题得出了这样一个抽象的结论, *Reference by the Governor-General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada*, 1998, S.C.R., Vol. 2, p. 217, para. 112),而不是针对在特定的事实和法律范围内可对单方面宣布独立是否符合国际法做出评判的情况。这不是一个假想问题,而是需要做出法律回应的法律问题。法院根据其《规约》,即使在提供咨询意见时,也有义务适用国际法规则和原则,因此,法院本应在本案适用国际法规则和原则。法院如果已这样做,而不是泛泛提到国际法没有授权或禁止宣布独立,对大会提出的问题避而不答,本来就不得不如下文所述,得出结论认为,科索沃临时自治机构单方面宣布独立是分离行为,与国际法不符。像讨论的本案这一情况,未经现有所属国同意单方面脱离的问题是国际法问题,本案就属这种情况。

21. 事实是，国际法支持国家领土完整。当代国际法的基本原则之一是，尊重各国主权和领土完整。这一原则要求各方有义务遵守现有国家的定义、划界和领土完整。根据这一原则，一国在其领土内行使对其领土的主权。尊重领土完整的原则体现在《联合国宪章》和其他国际文书中。《联合国宪章》第二条第四项规定：

“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。”

单方面宣布独立涉及到领土要求，而该领土是南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚)的一部分。通过 2008 年 2 月 17 日单方面宣布独立而试图肢解一个国家(在本案中是南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚)或分割其领土的一部分)的做法，既不符合国际法，不符合《联合国宪章》各项原则，也不符合第 1244(1999)号决议的规定。

尊重领土完整的原则也体现在《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》。该宣言提出：

“凡以局部或全部破坏国家统一及领土完整或政治独立为目的之企图，均与宪章之宗旨及原则不相容”（联合国，《大会正式记录》，第二十五届会议，1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议；着重部分由作者标明）。

《宣言》还规定，“国家之领土完整及政治独立不得侵犯”。

22. 即使是作为国际法金科玉律的平等权利和人民自决原则也不允许未经同意肢解国家的行为。根据上述宣言，“每一国均不得采取目的在局部或全部破坏另一国国内统一及领土完整之任何行动”。《宣言》还强调

“以上各项不得解释为授权或鼓励采取任何行动，局部或全部破坏或损害自主独立国家之领土完整或政治统一。”（着重部分由作者标明。）

因此，该宣言毫无疑问地提出了国家主权和领土完整原则高于自决原则。

23. 加拿大最高法院审议了类似于提交给国际法院的事项后认定，“国际法没有具体授予主权国家组成部分单方面脱离其‘母’国的法律权利”（*Reference by the Governor-General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada*, 1998, S.C.R., Vol. 2, p. 217, para. 111; 着重部分由作者标明）。我认为，这正确地反映了向加拿大最高法院提出的问题的所涉法律现状，即，

“国际法有无赋予魁北克国民议会、立法机关或政府让魁北克单方面从加拿大分离的权力？在这方面，根据国际法是否有一种自决权可以让魁北克国民议会、立法机关或政府有权允许魁北克单方面脱离加拿大？”（同上，第 2 段。）

另一方面，提交给法院的问题没有询问是否有“权”宣布独立，而是询问宣布独立是否“符合”国际法。这是一个补足加拿大最高法院描述的部分情况的一个契机。法院就所提具体问题明确表示，国际法没有授予分离的权力。法院针对大会提出的具体问题本应明确指出，提交给法院的这一案件的适用国际法载有明确阻止宣布独立和分离的规则和原则。2008年2月17日单方面宣布独立等于是企图脱离塞尔维亚，宣布科索沃是在塞尔维亚领土上建立的一个独立主权国家。本案的适用国际法以及第1244(1999)号决议禁止此种宣布独立的行为，也不可能承认其效力。

24. 在第1244(1999)号决议获得通过时，南斯拉夫联盟共和国就是且现在仍然是对科索沃行使充分和完全主权的一个独立国家。无论是安全理事会还是安理会设立的科索沃临时自治机构都无权未经南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚)的同意就肢解这一国家或完全或部分损害其领土完整或政治统一。

25. 正因为这些原因，法院本应判定，2008年2月17日科索沃临时自治机构单方面宣布独立不符合国际法规定。

阿卜杜勒·科罗马(签名)

[原件：英文]

西马法官的声明

法院对大会请求的解释加以不必要的限制，而且可能具有误导性——法院处理问题的方式反映了过时的国际法观——对请求应做出更全面的答复，既评估国际法允许性规则，又评估国际法禁止性规则——然而，法院采用处理“Lotus”案的做法，这就意味着一切没有明文禁止的都等同于具有合法性——法院本可以探讨国际法是否可以在特定问题上特意保持中立或沉默，以及是否允许“容忍”的概念——，法院如此自我设限，结果减损了意见的咨询性质。

1. 我同意虽然法院的绝大多数推理，也同意法院给大会的最终答复，但对其具有不必要的局限性和潜在误导性的分析存有疑虑。具体而言，咨询意见第 56 段将大会的请求解释为仅仅要求评估通过科索沃独立宣言是否违反了国际法，并且我认为所使用的方法很成问题。大会使用中性词语询问该独立宣言是否“符合国际法”（见咨询意见第 1 段）。在我看来，法院的这种解释不仅与大会请求的明确措辞相悖，而且也导致法院不去分析国际法是否可能特别允许或甚至预先确立在满足某些条件时宣布独立的权利这一重要问题。

2. 执行条款（咨询意见第 123 段）中的一般结论是宣布独立“没有违反国际法”，这一点令我感到不安。法院处理问题的方式的理由反映了陈旧过时的国际法观，承袭“Lotus”案判决中的著名格言所表达的观点，以为由于国际法律秩序具有共识的性质，因而不能作出国家独立应受限制的推断（《“Lotus”，第 9 号判决，1927，常设国际法院》，A 辑，第 10 号，第 18 页）。正如常设国际法院在该案中的所做的那样（同上，第 19–21 页），法院在本意见中得出结论认为，对于一个特定行为，只要不受禁止，就没有必要引用许可性规则来加以说明。

3. 在这方面，当代国际法律秩序受到公法的强烈影响，法院在这一点上的推理已落后于时代。在本声明中，我想通过解释讨论两点问题。第一，法院不适当地限制其分析范围，因而未能令人满意地回答大会向其提出的问题。若要作出圆满的回答，将需要比法院咨询意见中更充分地探讨禁止和允许宣布独立和试图分离的行为的国际法规则。第二，法院坚持“Lotus”案判决中采用的原则，因而未能抓住机会超越这个过时的、具有极端共识性质的国际法观点。法院原本可以从另一个角度考虑范围问题，而不是以形式主义方式将不存在禁止性规则等同于存在许可性规则；法院原本也可以考虑国际法对于某些行为的国际合法性可否保持中立或有意保持沉默。

4. 对于我的第一点，我想回顾大会请求的措词。大会是询问科索沃宣布独立是否“符合国际法”（咨询意见，第 1 段）。咨询意见认为，为了回答这个问题，法院只需要评估国际法中是否存在禁止性规则，从而认为只要没有违反国际法，就

是符合国际法(咨询意见,第 56 段)。但是,这种解释与大会请求的实际措辞有一定距离,因为大会的请求特意没有询问国际法中是否存在禁止性或许可性规则。大会假如希望以这种方式来限制其请求,原本可以很轻易地选择一个明确的说法来达到此效果。“符合”这个词的定义十分宽泛。

5. 诚然,这一请求在措辞上不同于向加拿大最高法院提出的问题(询问“脱离的权利”:见咨询意见,第 55 段)。然而,这一差异并不足以证明法院有理由断定“符合”这个词应理解为只问是否存在禁止性规则;据法院的说法,如果没有禁止性规则,宣布独立本身就符合国际法。

6. 此外,许多参与方,包括独立宣言撰写者,在书状中援引有关自决权和“补救性分离”问题的论点(见咨询意见,第 82 段)。法院原本可以处理这些论点的是非曲直,然而,法院对这个问题范围的限制性理解导致完全无法考虑这些论点。要解决关于科索沃的更广泛的争端,要全面处理独立宣言是否符合国际法的问题,自决和(或)补救性分离的相关性仍是一个重要问题。正是独立宣言撰写者在执行部分第 1 段提到了“[其]人民的意愿”,这相当明确地提到他们想要行使自决权(见咨询意见第 75 段对独立宣言的全文引用)。此外,在科索沃人自己看来,对这些要点的审议本来完全属于该问题范围内。科索沃人,包括几位出庭者,曾提及以一个民族的自决和“补救性分离”为基础的外部自决权。我认为,鉴于法院并没有拒绝提出大会所要求的意见,法院对这些人提出的看法的处理方式,或者说不予处理的做法,在司法上似乎是不妥的。

7. 有鉴于此,我认为大会的请求应该得到更全面的答复,对国际法的禁止性和许可性规则均进行评估。这将包括对自决原则或其他规则(或许明确提及补救性分离)是否允许甚至授权某些民族/领土(通过分离)独立的问题进行更深入分析。虽然如此,我认为全面审查这些论点为不适当地行使我的司法职能,因此,在这一点上,我仅仅声明,法院如果不是对问题范围作出如此狭义的解释,原本可以提出更明智的意见、对于已演变成当今形式的国际法律秩序更加相关的意见。如果更为广义地对待这些问题,原本可以表明法院对当前国际法架构的认识。

8. 其次,除了这些对于法院审理的具体问题的疑虑,法院处理问题的方式在概念上也存在更宽泛的问题。法院对大会提出的问题的理解及其推理从没有禁止直接跳到允许,是直接应用了所谓“*Lotus*”原则。法院引用了这一原则,因而答复问题的方式充满十九世纪实证主义的气息,过于顾及国家同意的做法。按照这种做法,没有受明文禁止的一切都相当于具有合法性,忽视了“不禁止”的各种可能程度,从“可容忍”到“许可”到“可取”不等。在这上述情况下,获得明确承认的宣布独立的实在权利即使存在,也丝毫不会改变法院的答复。

9. 通过如此解读大会的请求,法院放弃了调查关于宣布独立的国际法的确切状况的机会。相反,法院如果不依据“*Lotus*”案判决,原本可以探讨国际法是否可

以在某个问题上特意保持中立或沉默，是否允许容忍概念，因为这一概念可以打破对许可/禁止的二元理解，从而允许有一系列非禁止的选项。一个行为可能被“容忍”并不一定意味着这是“合法的”，而只是意味着这“不是非法的”。在这个意义上，我担心，法院处理问题方式的狭义性可能削弱今后处理国际法中许多细微差别的能力。此外，国际法律秩序可能有意对某一事实或行为保持沉默或中立，这与案情不明没有任何关系，后者是指一个司法机构由于认为法律不明确而无法就某一法律问题发表意见。国际法在某一点上的中立性仅仅表明，国际法在某些领域尚未有规定，事实上或许永远不会有规定。对于国际法律秩序的一致性，将不会有更为宽泛的概念问题。

10. 因此，法院本来应当从略为广泛的角度审查该问题，而不是局限于机械地沿用判例。科索沃最终地位的争端涉面更广，而大会提出的问题已经限制在这个争端的相对狭义的方面。法院有意进一步缩小该问题范围，结果在司法推理方法上忽视了一些与科索沃最终地位有关的最重要的问题。法院根本不考察国际法是否可能“容忍”宣布独立或甚至明示许可宣布独立，因而没有认真回答大会的问题。在我看来，这大大减损本意见的咨询性质。

布鲁诺·西马(签名)

[原件：英文]

基思法官的个别意见

1. 本人认为，法院本应行使自由裁量权，拒绝回答 2008 年 10 月 8 日大会第 63/3 号决议提交给它的问题。在这份意见中，我想说明我的结论的理由。

2. 《国际联盟盟约》第十四条法文本的用语可被理解为否定常设国际法院拥有拒绝答复的自由裁量权(法院对于安理会或大会提交给它的事项，“donnera aussi des avis consultatifs” (也应提出咨询意见))，而其英文本可能被理解为授权条款，而不是自由裁量条款(“法院也不妨提出咨询意见……”)。不过，法院成立后不久就明确表示，它拥有拒绝对请求作出答复的自由裁量权。1923 年在《东卡罗里拉地位案，咨询意见，1923 年常设国际法院案例汇编》(B 辑，第 5 号)中，常设国际法院决定它“无法”对收到的争端提出意见后，表示“还有其他令人信服的原因，[它]如试图处理目前问题就会非常不明智”(第 28 页)。这些原因涉及是否有证据证明争端核心的事实问题。法院认为，非常不确定的是，向法院提供的材料是否足以使法院根据事实问题得出司法结论：双方商定了什么？虽然本案中并没有产生拒绝发表意见的具体原因，但重要的是除了法院确认它拥有拒绝作出答复的自由裁量权之外，法院还有更广义的原则声明：“本法院，作为法院，即使在发表咨询意见时，也不能偏离指导法院活动的基本规则。”(第 29 页)

3. 在成立初期，法院就注意强调指出，在咨询管辖权方面，它是国际联盟政治机关的顾问，因而有责任对国联政治机关的要求作出回应，不仅如此，作为法院，它在行使咨询管辖权时，就像行使诉讼管辖权那样，必须保持其司法完整性。法院还重点论述了有关咨询管辖权的实践和规则的基本特征。1936 年这些规则被列入《常设国际法院规约》，后来又被列入《国际法院规约》。值得注意的是其中第六十八条：“法院执行关于咨询意见之职务时，并应参照本规约关于诉讼案件各条款之规定，但以法院认为该项条款可以适用之范围为限”。第六十五条第一项，作为对《国际法院规约》关于咨询意见的章节的唯一补充，明确承认法院拥有是否答复请求的自由裁量权：“法院对于任何法律问题……得发表咨询意见”。

4. 这种自由裁量权有确实的存在理由。法院行使自由裁量权时，既要考虑到它作为联合国主要机关的特征，又要考虑到它作为司法机关的特征。就前者而言，法院早就宣布，它行使咨询管辖权表示它参与本组织的活动，原则上不应拒予行使(《与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚和约的解释，第一阶段，咨询意见，1950 年国际法院案例汇编》，第 71 和 72 页)。法院后来还表示，如拒绝答复，必须要有“令人信服的理由”。这也反映了这种强烈的答复倾向(《国际劳工组织行政法庭就针对教科文组织的指控所做的判决，咨询意见，1956 年国际法院案例汇编》，第 86 页)。虽然保持作为司法机关的完整性迄今一直是法院强调的拒绝理

由，但是法院从未把这项理由确定为可能导致拒绝对请求作出答复的唯一因素。因此，下文将讨论众多其他因素，包括请求机关的利益和联合国其他机关的相对利益。

5. 对法律问题的这种讨论突出地表明请求机关的利益与法院强烈的答复倾向或有时所称的答复责任之间的联系。因此，我详细地思考了与这项具体请求相关的事实以及大会和安全理事会的相对利益。对这类案件行使《规约》第六十五条第一项确认的自由裁量权不应该受到“令人信服的理由”等说法的不当阻扰。

6. 对我来说有决定意义的问题是，此案的请求是否本应来自安全理事会，而不是来自大会，法院应否为此拒绝答复这个问题。对该问题的说明产生了另一个问题，即从法院作为联合国主要机关参加更广泛的联合国系统的工作方面，或者出于保护其司法职能完整性的目的，法院可否适当地提出这种争论。为了清楚地表明我的立场，我想补充一点，如果安全理事会提出这项请求，我可以说法院没有任何理由拒绝答复该案中的问题。我的关注只涉及在本案情况下法院答复大会的问题是否得体。我认为，如果一项请求主要涉及另一机关根据《宪章》就请求主题的事项实际行使特别权力，法院就应当解决一机关请求提供意见是否适当的问题。如下文所述，此前提出的任何提供咨询意见的请求中均未出现与此完全相同的问题。

* * *

7. 虽然我的重点主要是1999年6月10日通过的安全理事会第1244(1999)号决议和安全理事会和大会在该日期后采取的行动，但是此前的一些行动也关系到评估自该日起、特别是在大会向法院提出请求的2008年下半年它们的相对作用。在1990年代，这两个机关都在南斯拉夫社会主义联盟共和国和从中产生的新国家境内不断发展的危机和武装冲突中发挥了巨大作用。安全理事会关注的主要是那里产生的国际和平与安全问题，并在这种情况下实施制裁、建立维持和平部队并开展维持和平行动以及设立前南斯拉夫问题国际刑事法庭。在1998年3月31日至1999年5月14日期间，安理会还通过了4项具体涉及科索沃的决议。所有这4项决议都根据《宪章》第七章获得通过。随着“危机”发展成为“人道主义灾难”，这些决议向南斯拉夫联盟共和国、科索沃阿尔巴尼亚族领导人和其他人提出了多种呼吁和要求。（另见终止其中第一项决议关于销售和供应武器的禁令的第1367(2001)号决议。）

8. 大会在较早时期的参与主要是处理人权状况，先前是在前南斯拉夫全境(如大会第48/153号决议(1993年)，其中第17段与科索沃有关)，后来从1995年起专门在科索沃。在年度决议系列中的最后一项决议(大会第54/183号决议)于1999年12月17日通过。大会在该决议中高度重视安理会第1244(1999)号决议和新成立的联合国科索沃特派团的作用(执行部分第1、2、3和5段)。虽然在2000

年至 2006 年期间大会通过了几项关于“维护国际安全——东南欧的睦邻关系、稳定和发展”的决议，但是大会提到科索沃问题时基本上限于第 1244(1999)号决议和根据该决议开展的进程(如大会第 61/53 号决议)。自 1999 年以来，大会通过的与科索沃具体有关的决议只有那些根据《宪章》第十七条第一项核准科索沃特派团下年度预算的决议，当然还有请求提供本案意见的决议。这项请求在大会和安理会的做法中非常独特，没有产生于更一般的议程项目。

9. 这些预算决议有两个显著特点。一是在 2008 年之前逐年核准的科索沃特派团预算总额在 2 亿至 4 亿美元之间，其人员在 5 000 人至 10 000 人之间；但在 2008 年以后的几年中，预算已大幅度缩减为约 5 000 万美元，人员编制为 500 人。这种减少反映了欧洲联盟驻科索沃法治特派团自 2008 年 12 月以来发挥的主要作用，它的预算超过 3 亿美元，人员超过 2 000 人，目标为 3 000 人。这些决议的第二个特点是，大会审议这些决议时，大会本身或第五委员会都没有卷入对科索沃局势的实质性审议，包括对政治事态发展的审议；而是由秘书长和行预咨委会向第五委员会提交有关报告和建议，由此产生的决议重点阐述科索沃特派团的经费筹措问题，包括各国缴纳摊款的义务以及未付摊款问题。决议如果超出科索沃特派团经费筹措范围，所关注的也是世界其他区域的维持和平行动经费筹措问题和特派团成员的安全保障问题(如第 63/295 号决议第 4 至 7 段和第 24 段)。大会在这个预算问题上发挥有限作用并非不寻常。如法院在“联合国行政法庭的赔偿裁决的效力”的意见(《联合国行政法庭的赔偿裁决的效力，咨询意见，1954 年国际法院案例汇编》，第 47 页以下)中明确说明的那样，为履行现有的联合国财政义务，大会通过的部分预算首先已列入其中，这是不能否认的事实。

10. 启用欧洲联盟驻科索沃法治特派团，同时相应缩减科索沃特派团的作用和削减其预算，是 2008 年 11 月安全理事会讨论的议题和 2009 年 6 月第五委员会和大会讨论的议题。第一个结果是一份主席声明，其中欢迎贝尔格莱德和普里什蒂纳打算与国际社会合作(见下文第 13 段)。2009 年 6 月 3 日在第五委员会审议大幅度减少科索沃特派团下年度预算时，塞尔维亚代表对此表示关切并指出，削减预算违反了第 1244(1999)号决议，因为它超出了安全理事会乐见的范围，并且令人无法接受地以单方面宣布独立为基础，“从而与科索沃特派团中立地位的立场相矛盾”(A/C.5/63/SR.51，第 16 段)。为加强科索沃特派团与欧洲联盟驻科索沃法治特派团之间的协调和合作，把塞尔维亚关于在特别代表办公室增设 3 个专业员额的提议列入了预算，塞尔维亚代表在全体会议上表示“作为安理会第 1244(1999)号决议中立地位框架一部分”，塞尔维亚对这个事态发展表示满意(A/63/PV.93，第 6 页)。

11. 在大会自 1999 年以来对科索沃局势的参与非常有限的背景下，我谈谈安全理事会和根据第 1244(1999)号决议设立的科索沃特派团的对比鲜明的作用。安理会在第 1244(1999)号决议中，“为[序言部分所述目的]根据《联合国宪章》第七

章采取行动”、授权采取一些行动、作出若干决定、提出相关要求和一些需求。安理会授权部署国际安全存在和国际民事存在。在第一方面，安理会授权会员国和有关国际组织以一切必要手段在科索沃部署国际安全存在，以履行第 9 段所列一份不完全清单中较详细说明的责任：

- “ (c) 建立安全的环境,使难民和流离失所者能够安全地回返家园,国际民事存在能够运作,过渡行政当局能够设立,人道主义援助能够运送;
- “ (d) 确保公共安全和秩序,直到国际民事存在能够接管这项职责;
- “ (f) 酌情支助国际民事存在的工作并与其密切协调”。

在第二方面，安理会授权秘书长，

“在有关国际组织的协作下,在科索沃设立国际民事存在,以便在科索沃建立一个临时行政当局,使科索沃人民能够在南斯拉夫联盟共和国内享有高度自治,并进行过渡行政管理,同时设立临时民主自治机构并监督其发展,以确保科索沃所有居民有正常和平生活的条件”。

如第 11 段所述，国际民事存在的主要责任有：

- “ (a) 在最后解决之前,……促进建立科索沃的高度自治和自我管理;
- (b) 在必要的地点和时间履行基本民事管理职能;
- (c) 在达成政治解决、包括举行选举之前,组织民主和自治的自我管理临时机构并监督其发展;
- (d) 在这些机构设立后,移交其行政管理职责,同时监督和支助科索沃地方临时机构和其他建设和平活动的加强;
- ……
- (i) 维持治安,包括设立地方警察部队,同时在科索沃部署国际警察人员;
- (j) 保护和促进人权;
- (k) 确保所有难民和流离失所者安全、无阻地返回科索沃的家园”。

设立的两个(一个民事,一个安全)国际存在最初为期 12 个月,除非安全理事会另有决定,否则以后将予延续。安理会请秘书长与安理会协商,任命一名特别代表来统管国际民事存在的执行工作,以确保这两种国际存在目标一致并互相支持。

12. 虽然安理会“重申各会员国对南斯拉夫联盟共和国的主权和领土完整的承诺”,但是该决议的效力,只要它依然有效,就是要取代南斯拉夫联盟共和国作为主权通过其机构对科索沃领土行使的行政职能和有关职能。特别代表通过的科

索沃特派团第一个条例，从一开始就展现了科索沃特派团和特别代表对科索沃领土具有的全面权力。根据这项条例，“科索沃所有的立法和行政权力，包括司法机构的管理权，都属于科索沃特派团并通过特别代表行使。”

13. 第 1244(1999)号决议请秘书长向安理会定期报告该决议的执行情况，包括两种存在的领导人提出的报告。这些报告平均每三个月提交一次，是安理会成员和其他与会者按其看法处理事态发展的讨论议题。安理会由于内部存在政治分歧(这说明了安理会在这件事上对大会的请求未作评论的原因)，自通过决议以来只有一次能够对科索沃局势提出商定的立场。安理会在 2008 年 11 月 26 日的主席声明(S/PRST/2008/44)中表明了该立场，其中欢迎贝尔格莱德和普里什蒂纳与国际社会合作并表示：

“安全理事会欢迎联合国和其他国际行为体在安全理事会第 1244(1999)号决议框架内开展相互合作，又欢迎欧洲联盟不断努力推动实现整个西巴尔干地区融入欧洲的前景，从而对区域稳定与繁荣作出决定性贡献。”

由此表明，由于该决议得到包括科索沃当局在内的各方面普遍接受，该决议与根据该决议设立的两种存在仍然有效。

14. 关于大会和安全理事会在大会提交法院的问题上存在的相对和绝对的利益，从以上阐述中可得出何种结论？安全理事会通过的第 1244(1999)号决议、安理会根据该决议发挥的作用和它的附属机构科索沃特派团发挥的作用就是探讨宣布独立是否符合特别法(在此案中为该决议和根据该决议采取的行动)的研究对象。该决议根据《宪章》第七章通过，具有约束力，据此设立了拥有全部内部权力的临时国际领土行政当局，暂时取代了南斯拉夫联盟共和国的权力，前南斯拉夫联盟共和国仍然对该领土享有主权。相比之下，大会从 1999 年 6 月起和采用该制度以来发挥的唯一决定性作用就是核准特派团的预算。

* * *

15. 我再来说说法院的判例法，特别是法院认识到它作为联合国主要机关原则上应答复征求意见请求的重大原因。法院经常把这种认识与表明请求机构在征求法院意见时具有的利益相联系：《与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释，第一阶段，咨询意见，1950 年国际法院案例汇编》，第 65、70、71 和 72 页；《对〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉提出的保留，咨询意见，1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页、第 19 和 20 页；《联合国某些经费(《宪章》第十七条第二项)，咨询意见，1962 年国际法院案例汇编》，第 151、155 和 156 页；《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页，第 32 段；《西撒哈拉，咨询意见，1975 年国际法院案例汇编》，第 12 页，第 20 和 72 段；《以核武器进行威胁或使

用核武器的合法性，咨询意见，1996年国际法院案例汇编(一)》，第226页，第11和12段；《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，2004年国际法院案例汇编(一)》，第145页，第16和17段以及第162和163页，第60段。此外，在大会或安全理事会提出的每项其他请求中，它们的利益都得到了体现，并不需要在请求中明确表示或由该程序参与者或国际法院进行讨论。在《隔离墙的意见》中，法院提及上述几起案例时，提出了这样的论点：

“法院的判例清楚地表明，咨询意见的目的是向请求机关提供它们采取行动所需的法律要素。”（第60段，着重部分由作者标明。）

虽然法院已明确表示不会评估请求机关的动机（《接纳国家成为联合国会员国的条件》（《宪章》第四条），1948年咨询意见，1947-1948年国际法院案例汇编》，第61页；《隔离墙的意见》，第62段），但是如果出现问题，法院实际上要确定请求机关对请求的主题是否具有或声称具有足够的利益。

16. 如果没有这种利益，向请求机关提供它们采取行动所需的法律要素的目的也就不存在。因此，法院没有合作的理由，也没有有时被称为答复的责任。

17. 我认为，在这种情况下，法院没有得出大会具有必要利益的结论的任何依据，况且大会本身并没有提出这样的主张。在我看来也非常重要的是，安全理事会在这个问题上发挥几乎专有的作用。鉴于这种作用对于所询问的实质问题具有核心地位（如法院咨询意见第四B部分所示）和大会对该问题明显缺乏利益，我的结论是，法院应行使其自由裁量权，拒绝答复大会向它提出的这个问题。

18. 我补充一点，我认为法院在此情况下所依据的关于“接纳”、“某些经费”、“纳米比亚”和“隔离墙”的意见都不会影响这一结论。在所有这些案例中，无论是大会还是安全理事会都有真正的利益。在把安全理事会决议明确列为请求的核心内容的“纳米比亚”案中，提出请求的是安理会。在“接纳”案中，大会在其请求中提到在安全理事会的会议上交换了意见，但是法院断定，提问的抽象形式就排除了法院解释所提意见是否具有充分根据的可能性（《1947-1948年国际法院案例汇编》，第61页）。在“某些经费”案中，法院答复大会的请求时，的确考虑到安全理事会决议的顺序，一项决议借鉴另一项决议，但是法院并没有面临解释本案所涉及的那些决议的问题（《1962年国际法院案例汇编》，第175至177页）。此外，所有这些案例都没有涉及安全理事会第1244(1999)号决议提出的可与国际领土管理制度相比较的事项。

* * *

19. 如我的表决所示，我同意法院作出的实质性裁决，特别是法院提出的理由。

肯尼斯·基思(签名)

[原件：英文]

塞普尔韦达·阿莫尔法官的个别意见

完全赞同法院决定接受发表咨询意见的请求——没有令人信服的理由拒绝对此请求行使管辖权——法院依照《联合国宪章》规定的维护国际和平与安全职责，有义务对像此请求这种涉及第七章所述局势的法律问题履行其咨询职能——根据第七章的规定，联合国主要司法机关不仅有资格而且首先必须参与和促进实现和平，因此需要作出积极回应。

不能同意法院关于独立宣言的作者未作为《宪法框架》范围内的临时自治机构之一行事的推理——法院提出的论点基于对独立宣言作者意图的推断，即从宣言的文字及通过宣言程序细节得出的推论——独立宣言作者的目的是建立一个独立主权国家——问题在于这一措施是否符合 2008 年在科索沃有效的法律——法院进而评估独立宣言的合法性时，应参考安全理事会第 1244 (1999) 号决议和《宪法框架》。

法院本可从更宽阔的视角对大会的请求作出更加全面的答复——尽管没有要求法院对独立宣言造成的后果作出决定，而只是要求法院对独立宣言是否符合国际法作出裁定，但必须审视总体情况——自决权的范围、“补救性分离”、安全理事会在领土完整方面的权限、第七章规定的国际管理的命运、科索沃特派团与临时自治机构之间关系的复杂性、在本案中承认和不承认的后果等问题均属于法院咨询职能的范畴。

一. 法院的自由裁量权

1. 我投票赞成法院接受大会关于发表咨询意见的请求，因为我相信“法院没有令人信服的理由可拒绝根据本请求行使管辖权”（咨询意见，第 48 段）。
2. 我不仅完全赞同多数法官在主张对本案发表咨询意见的适当性时的推理，我还认为，法院根据《联合国宪章》规定的维护世界和平与安全职责，有义务对像本案这种涉及第七章所述局势履行咨询职能。
3. 换言之，在科索沃问题上，安全理事会继续积极处理这一事项，并已根据《联合国宪章》第七章采取行动，在第 1244 (1999) 号决议中认定“该区域的局势仍然构成对国际和平与安全的威胁”，而这一事实本身就是法院接受大会请求的“令人信服的理由”。
4. 虽然根据《法院规约》第六十五条第一项的规定，法院咨询职能实质上具有自由裁量性质，但只要符合管辖权条件，法院从未拒绝对发表咨询意见请求作出回应（《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果》，咨询意见，2004 年国际

法院案例汇编》(-)，第 156 页，第 44 段)。对本案采取同样做法将增强法律确定性，确保法院管辖权的可预测性和一致性。

5. 法院多次承认，履行咨询职能“表明其参与联合国的活动，原则上不应拒绝”(《合约的解释，咨询意见，1950 年国际法院案例汇编》第 71 页；《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，1999 年国际法院案例汇编》，第 78-79 页，第 29 段；“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，2004 年国际法院案例汇编》(-)，第 156 页，第 44 段)。

6. 根据公认判例，“只有‘令人信服的理由’才应导致本法院拒绝就在其管辖范围内的发表提出意见(《国际劳工组织行政法庭关于对联合国教科文组织的投诉的判决，1956 年国际法院案例汇编》，第 86 页；在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，2004 年国际法院案例汇编》(-)，第 156 页，第 44 段)。

7. 法院在咨询意见第 29 段中指出，“是否对发表咨询意见请求作出回应的自由裁量权是为了维护本法院司法职能的完整性”。

8. 在评估对某一案件发表咨询意见是否适当时，必须考虑到在《联合国》宪章范围内赋予法院的特定职责。在这方面，我认为关于法院的司法职能与维护国际和平与安全密不可分这一提法是无庸置疑的。几乎不可能有其他提法——假如我们考虑到法院是一个世界组织的主要司法机关，而这个组织的存在理由就是在其成员之间维护和平。

9. 法院在“使用武力的合法性(南斯拉夫诉比利时)”案中关于临时措施的命令也是这么认为的。法院对在南斯拉夫境内使用武力深表关注，表示法院“铭记《联合国宪章》的宗旨和原则以及《宪章》和《法院规约》规定的法院维护[国际]和平与安全职责”(《使用武力的合法性(南斯拉夫诉比利时)，临时措施，1999 年 6 月 2 日命令(-)，1999 年国际法院案例汇编》，第 132 页，第 18 段；着重部分由作者标明)。

10. 法院通过行使其诉讼管辖权和咨询管辖权在维护国际和平与安全方面发挥的作用，有《联合国宪章》、法院《规约》及之后的联合国主要机关的实践(包括法院判例)为依据。

11. 根据《规约》第三十六条第一项，法院的管辖“包括……联合国宪章……中所特定之一切事件”。这些事项当然包括联合国的宗旨和原则，其中最主要的是“维持国际和平及安全；并为此目的：……以和平方法且依正义及国际法之原则，调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势。”(《联合国宪章》第一条第一项)。

12. 《宪章》第三十六条第三项规定，安全理事会在根据第六章就和平解决争端提出建议时，“同时理应注意凡具有法律性质之争端，在原则上，理应由当事国依国际法院规约之规定提交国际法院”。

13. 关于法院的判例，必须指出，法院“从未仅仅因为案件具有政治影响而回避提交给它的案件”（《尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)》，管辖权和可受理性，判决，1984年国际法院判例汇编》，第435页，第96段），也没有仅仅因为案件被认为具有不利政治后果而拒绝接受发表咨询意见的请求。

14. 法院在“核武器”一案中解释道：

“这个问题也有政治因素，就如国际生活中产生的许多问题都必然是如此一样，但这一事实不足以使它失去作为‘法律问题’的性质，而且不足以‘剥夺国际法院由其《规约》明确授予的权限’。……无论政治方面如何，本法院都不能拒绝承认一个问题的法律特征，这种法律特征要求本法院执行一项基本的司法工作，即评估国家履行国际法规定的义务方面某些可能行为的合法性（《以核武器相威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，1996年国际法院判例汇编》(-)，第234页，第13段）。

法院在1980年指出，“在政治考虑十分显著的情况下，一个国际组织尤其有必要就适用于辩论中的事项的法律原则征求本法院的咨询意见（《1951年3月25日卫生组织与埃及间协定的解释，咨询意见，1980年国际法院案例汇编》，第87页，第33段）。

15. 安全理事会根据《联合国宪章》第二十四条承担的维护国际和平与安全主要责任从未妨碍法院申明大会及法院在各自职权范围内在这一领域承担相辅相成的职责。

16. 因此，法院一贯强调，安全理事会根据《宪章》第二十四条承担的责任是主要的，但绝非是排他的（《联合国某些经费〈联合国宪章〉第十七条第二项》，咨询意见，1962年国际法院案例汇编》，第163页；《尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)》，管辖权和可受理性，判决，1984年国际法院判例汇编》，第434页，第95段；《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，2004年国际法院案例汇编》(-)，第148-149页，第26-27段）。

17. 在“尼加拉瓜(管辖权和可受理性)”案中，法院认为，“安全理事会在处理此事这一事实不应阻止法院处理此事而且两个程序可以并行”（“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)”，管辖权和可受理性，判决，1984年国际法院判例汇编》，第433页，第93段）。

18. 在此之前，国际法院借“美国驻德黑兰的外交和领事人员”案这一机会强调，安全理事会和大会以及安全理事会和法院在根据《联合国宪章》运作时有不同的职权界限：

“《宪章》第十二条明确禁止大会在安全理事会就争端或情势行使职能时对该争端或情势提出任何建议，但没有对法院依据《宪章》或《法院规约》的任何规定行使职能施加这种限制。原因不言自明。只有作为联合国主要司法机关的法院才能解决成为争端当事方之间的争论点的任何法律问题；法院解决这种法律问题的办法会成为促进该争端的和平解决的重要因素，有时是决定性因素。这实际上得到了《宪章》第三十六条的承认……”（《美国驻德黑兰的外交和领事人员，判决，1980年国际法院判例汇编》，第22页，第40段）。

鉴于上述理由，法院在“尼加拉瓜(管辖权和可受理性)”案中作出以下结论：

“因此，《宪章》没有为此目的将专属责任授予安全理事会。尽管第十二条中有一项规定，明确划分了大会与安全理事会在任何争端或情势方面的职责，除非安全理事会提出这种要求，前者才应对该争端或情势提出任何建议。但《宪章》中并未对安全理事会和法院作出任何此类规定。安理会承担了授予它的政治职能，而法院纯粹行使司法职能。因此两家机关能够对相同事件行使其独立的但互补的职能。”（《尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，管辖权和可受理性，判决，国际法院判例汇编(1984年)》，第434-435页，第95段）。

19. 我认为，尽管这是在诉讼程序的背景下加以论述的，但法院维护国际和平的作用的理由同样涉及法院的咨询职能。这一点在《宪章》第九十六条予以强调，因为必须将此解释为明确承认法院通过对任何“法律问题”行使咨询管辖权对联合国主要政治机关的工作作出贡献。

20. 有鉴于此，我们不能假设，由于《规约》第六十五条规定了法院咨询职能的自由裁量性质，在法律问题可能对维护国际和平安全产生影响时，法院就会倾向于拒绝接受发表咨询意见的请求。

21. 这一问题构成大会就本案提出请求的目的，因此是必然产生这种影响的问题。安全理事会不仅认为科索沃局势是对国际和平安全的威胁(1998年10月24日第1203(1998)号决议和1999年6月10日第1244(1999)号决议)，而且更重要的是，安全理事会甚至根据《联合国宪章》第七章建立前所未有的国际文职管理制度。

22. 根据第七章所述局势的要求，联合国主要司法机关不但有资格而且首先必须参与和促进实现和平，因此需要作出积极回应。法院根据请求履行其法律职责，提供协助和指导，以帮助防止冲突加剧。在科索沃问题上，法院的一个重要贡献

是对安全理事会第 1244 号决议作出解释，其中包括认定决议依然有效，以及只有安全理事会有权认定决议不再有效。

二. 第 1244(1999)号决议、《宪法框架》及独立宣言的作者

23. 法院认定，关于独立宣言(下文称“宣言”)作者的身份，法院不受 2008 年 10 月 8 日大会第 63/3 号决议条款的限制，因此应由法院决定宣言是由科索沃临时自治机构颁布的，还是由某个其他实体颁布的(咨询意见，第 54 段)。我虽然同意上述结论，我不赞同法院的以下推理：

“2008 年 2 月 17 日独立宣言的作者并不是作为《宪法框架》范围内的一个临时自治机构行事，而是在临时管理框架范围之外以科索沃人民代表的身份共同采取行动的人行事”(咨询意见，第 109 段)。

24. 我认为，法院为支持其结论提出的论据没有说服力，尽管这些论据依据的是宣言作者的意图，即从宣言的文字及通过宣言的程序细节得出的推论。

25. 宣言很有可能具有某些特殊性，使其有别于科索沃议会在《宪法框架》范围内作为临时自治机构通过的其他法案。然而，最重要的问题是宣言是否符合安全理事会第 1244(1999)号决议、科索沃特派团条例及科索沃《宪法框架》，因为这些文件共同构成发表宣言之时适用于科索沃局势的最高法律。

26. 为支持其论据，法院指出，宣言没有明确表示宣言是科索沃议会所为，而宣言第一段开头的语句“我们，人民民主选举产生的领导人……”同科索沃议会的通常做法似乎形成反差，因为科索沃议会在已通过法案的文本中采用第三人称单数(而不是第一人称复数)(咨询意见，第 107 段)。

27. 通过宣言所采用的程序也可能不同于临时自治机构一般采用的通常程序，这表现在宣言由科索沃总统签署(该人并非议会成员)，而且没有将宣言送交秘书长特别代表，由特别代表在《政府公报》上公布。

28. 尽管上述细节是事实问题，但令人怀疑的是，将这些情况作为法律问题无论予以一并考虑还是予以考虑，都是否理所当然不可避免地产生本咨询意见所支持的结论，即宣言作者不是以科索沃临时自治机构之一科索沃议会的成员的身份行事的科索沃人民代表。

29. 因此，人们不禁想要知道，宣言没有明确提到科索沃议会是通过宣言的机关一事如何能够改变宣言的确是议会通过的这一事实，或如何解释议会是由以不同身份行事的相同代表组成的。人们还想要知道，为何“通过宣言的人未打算让宣言在为临时阶段确立的法律秩序范围内生效”(咨询意见，第 105 段)，以及宣言作者为何“不受为规范临时自治机构的行为制定的权限和责任框架的束缚”(咨

询意见，第 121 段)。显然，宣言作者的目的是在科索沃建立“独立的主权国家”。问题在于，这一措施是否符合 2008 年在科索沃有效的法律。

30. 如果科索沃议会在《宪法框架》规定的权限范围内通过一项决定，就不会出现作者身份问题，无论这一决定是否明确表示该决定是议会通过的。如果考虑到各种因素，就很难作出以下结论：宣言作者是“以科索沃人民代表的身份在临时管理框架范围之外”——因此也是在第 1244 号决议和《宪法框架》范围之外——“共同采取行动的人”（咨询意见，第 109 段；着重部分由作者标明）。

31. 同样的考虑适用于本咨询意见从宣言第一段的提法（“我们，人民民主选举产生的领导人……”）得出的推论。很难看出用词的差别（使用第一人称复数而不是科索沃议会常用的第三人称单数）如何会合理产生这个结论，即独立宣言是由科索沃议会之外的一个机关或实体通过的。归根结底，议会代表难道不是科索沃的“民主选举产生的领导人”吗？

32. 我认为，根据对记录作出的较为合理的解读，法院本应得出结论，即姑且不论语言和程序上的特殊性，科索沃议会的确在 2008 年 2 月 17 日以科索沃人民的名义通过宣言。因此，法院进而评估独立宣言的合法性时，本应参考安全理事会第 1244(1999)号决议和《宪法框架》。

三. 结束语

33. 法院在咨询意见中本可采用更广泛的视角，对大会的请求作出更加全面的答复。若干重大法律问题本来不应遭到忽略。正如西班牙在口述程序中指出，

“法院如不考虑到两个因素，将无法对大会提出问题作出适当答复：首先，通过单方面独立宣言想达到的目的就是建立独立于塞尔维亚的新国家；第二，通过宣言有损于安全理事会设立并受国际法准则和原则以及《联合国宪章》制约的科索沃国际制度(CR 2009/30，第 11 页，第 17 段)。

34. 的确，大会并未请法院对宣言造成的后果作出决定，而只是断定宣言是否符合国际法。然而，法院有权处理大会请求所包含的范围更广的问题。法院过去面临同样的困境时，选择采用更加广泛的做法。法院在之前的一份咨询意见中表示：

“如[法院]在行使其咨询管辖权时依然忠实于对其司法特性的要求，那么，法院必须确定在请求所提出的问题中哪些真正是法律问题”（《1951 年 3 月 25 日卫生组织和埃及之间协定的解释案，咨询意见，1980 年国际法案例汇编》，第 88 页，第 35 段；着重部分由作者标明）。

法院然后指出：

“对请求回答的问题的答复如果不完整，不仅可能没有效果，而且可能在实际上起误导作用，有损于对适用于提出请求的组织所审议事项的法律规则”（同上，第 89 页，第 35 段）。

35. 本案涉及的许多法律问题需要法院的指导。不仅大会，而且安全理事会和联合国秘书长将无疑受益于权威性法律论述，以消除依然影响科索沃冲突的许多不确定因素。自决权的范围、“补救性分离”问题、安全理事会在领土完整原则上的权限、依照《宪章》第七章设立的国际文职和军事行政机构的继续保存或弱化、科索沃特派团与临时自治机构的关系、科索沃特派团的权力和职责逐步减缩以及在本案中对该国的承认或不承认的后果，都是法院本应审议并通过履行咨询职责发表意见的事项。

塞普尔韦达·阿莫尔(签名)

本努纳法官的反对意见

法院提出咨询意见的适当性——对法院司法职能完整性的尊重——寻求咨询意见的轻率请求——以法院取代安全理事会行使其政治责任——向法院所提问题的范围和含义——联合国管理下的领土通过独立宣言是否符合国际法——单方面宣布独立者的身份——安全理事会僵局的后果——对国际法中“沉默”的解释——特别法和一般国际法——科索沃特派团订立的《宪法框架》。

1. 在陈述使我无法赞同法院意见的理由之前，我要首先考虑法院作为联合国主要司法机关应大会 2008 年 10 月 8 日第 63/3 号决议向其所提征求咨询意见的请求从事一项对它而言如此危险的工作是否适当的问题。

2. 该决议是在联合国历史上没有先例的情况下通过的。这是大会首次就本身并不在其议程上的一个问题征求咨询意见，而在此之前，大会对该问题的处理基本上只是核准联合国科索沃特派团(科索沃特派团)的支出。实际上，在至少十年左右的时间里，整个问题被公认属于安全理事会的专属管辖范围，安全理事会决定将科索沃领土置于国际管理之下(1999 年 6 月 10 日第 1244 号决议)以来特别如此——不过，一项例外是 1999 年 12 月 17 日关于科索沃境内人权情况的大会第 54/183 号决议(咨询意见，第 38 段)。

3. 我认为，法院如果当初拒绝回应这一请求，本可阻止政治机关今后在此诱惑之下可能向它提出的任何“轻率”请求，从而实际上保护其司法职能的完整性。这一案件中最重要的是在一场政治辩论中防止法院自己遭受任何企图利用，而不是保护联合国主要政治机关(大会和安全理事会)之间的平衡，对此事项法院已进行了一些讨论(咨询意见，第 37 至第 48 段)，而且实际上也不是科索沃自决和独立的问题，该问题已被正确地认为超出了征求意见的请求的范围(咨询意见，第 83 段)。

1. 法院提出咨询意见的适当性

4. 应当记得，法院收到征求咨询意见的一项请求时，根据其《规约》第六十五条，如果认为对所提问题予以答复“有悖于本法院的司法性质”，就无义务同意该项请求(《西撒哈拉，咨询意见，1975 年国际法院案例汇编》第 25 页，第 33 段)。

5. 诚然，法院(自关于《与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释，第一阶段，咨询意见，1950 年国际法院案例汇编》的案件以来)在其判例中数次回顾说，法院在考虑提出咨询意见是否适当方面拥有裁量权，但迄今为止法院从未行使过这一权力，因此有学者开始质疑这一权力实际上是否存在。现在，法院考虑

是否发表意见，全看提出请求的机关本身而定，从而剥夺了它自己的自由裁量权 (Robert Kolb, “De la prétendue discrétion de la Cour internationale de Justice de refuser de donner un avis consultative”, *The international legal system in quest of equity and universality*)。法院已显示，在受到联合国一个机关请求时，它很不愿意拒绝参加联合国的行动。于是法院就严格限制了它的自由裁量权，规定行使这项权力的一个条件是，有“令人信服的理由”不提出意见，但却没有说明这是什么意思。

6. 然而，征求咨询意见的一项请求是否符合法院职能及其司法性质的问题依然存在，尽管尚未有不相符的案例。

7. 在科索沃一案中，法院遇到了以前从未出现过的一种情况，因为它实际上被要求把自己设为一个取代安全理事会的政治决策机构。换言之，通过这一征求咨询意见的请求，有关方面试图要法院承担联合国一个政治机关(即安全理事会)一直无法履行的职能。

8. 法院被要求就 2008 年 2 月 17 日科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法的问题提出意见，但是，对这一问题的答复不能仅限于对宣言作为一种形式行为的分析——法院还必须考虑其内容和范围，以及宣言获得通过的背景情况。在这方面，法院不得将自己限制在普通思考的范围内。根据这种思考方式，法院不能用它自己的评估取代请求机关的评估，或者，法院无法就其意见是否可能产生不利影响形成看法(咨询意见，第 35 段)。

9. 如下文所述，这一宣言是由根据安全理事会第 1244(1999)号决议所设科索沃临时自治机构通过的。该机构奉行联合国秘书长科菲·安南先生 2005 年 11 月赋予其特使马尔蒂·阿赫蒂萨里先生的使命，那就是在第 1244(1999)号决议的框架中领导旨在通过谈判解决的方式确定科索沃未来地位的政治进程。

10. 马尔蒂·阿赫蒂萨里先生因此被要求在塞尔维亚与科索沃机构(议会)的代表之间担任调解人，以使他们就该领土的未来地位达成协议，而这样一种协议必须事后由安全理事会认可。

11. 阿赫蒂萨里先生于 2007 年 3 月 26 日提交了关于科索沃未来地位的最后报告。该报告得到联合国秘书长潘基文的支持，并由他转递安全理事会。阿赫蒂萨里先生在这份报告中认为，“要使科索沃政治上稳定，经济上可以生存，唯一的办法是独立”，并提议这种独立在初期应由进驻当地的国际文职机构和军事机构进行监督和提供支持。阿赫蒂萨里先生在结论中促请安全理事会认可他的提议(2007 年 3 月 26 日秘书长给安全理事会主席的信转交的报告，S/2007/168)。

12. 结果，认可这个提议的是科索沃议会，从而用它自己取代了安全理事会。塞尔维亚随后通过联合国大会请法院对导致发生这一取代情况的 2008 年 2 月 17 日独立宣言作出判断，以确定这种做法是否符合国际法。因此显而易见的是，法院

回应请求发表咨询意见，就是在评估(尽管是间接地)阿赫蒂萨里报告结论的有效性，而这种职能只属于《联合国宪章》赋予了维护国际和平与安全主要责任的安全理事会这一政治机关。该机关依照《宪章》第七章通过第 1244(1999)号决议，在科索沃设立了一个临时行政当局，并在约 10 年之后启动了一个旨在结束这一临时行政当局同时又确定该领土最终地位的进程。

13. 在此情况下，当科索沃宣布独立是否符合国际法的问题只能由安全理事会进行评估而该机关并未就此征求法院意见时，法院怎能对这一事项作出判断？

14. 这就是为什么法院在此案中本应行使其自由裁量权，拒绝就与其作为一个司法机关的地位不符的一个问题发表意见的原因。除了宣布独立是否符合国际法的问题之外，此处有争议的是行使安全理事会这一联合国政治机关的权力的问题。就阿赫蒂萨里报告而言，只要安全理事会未在这方面作出任何定论，该报告就只对其作者有约束力。

15. 法院在履行其咨询职能时，必须确保自身不被用来支持这种或那种特定的政治策略，具体到本案而言，就是不被用于尽可能多地争取其他国家科索沃独立予以承认的运动，或是尽量减少这种承认的运动；而对独立选项负有首要判断责任的安全理事会并没有作出判断。

16. 我明白，实际上法院有责任为联合国在法律方面的行动作出贡献，但在此处，就科索沃未来地位作出决定并非是由向法院提出了征求意见请求的大会处理的事项，而是由安全理事会负责。在本案中，法院不能就宣布独立的合法性问题作出判断，以免干扰安全理事会约 10 年前设立的维持和平的政治进程，而该机关一直未能使这一进程得到完成。

17. 如果关于科索沃的实质性辩论已从安理会转移至大会，则法院作出反应本来倒也合乎情理。例如，这种转移可通过大会依照题为“联合一致共谋和平”的第 377(V)A 号决议的规定召集一次紧急特别会议加以实现，这方面的一个案例就是大会请求对《在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果》提出咨询意见(《咨询意见，2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 145 至第 146 页，第 18 至第 19 段)。不过，在该案中，大会自 1947 年分治计划以来就一直参与了对中东问题和巴勒斯坦问题的辩论，而这些问题年复一年地被列入其议程之中。对照之下，自 1999 年北约部队在塞尔维亚进行武装干预以来，科索沃案就一直由安全理事会全权负责。

18. 因此，虽然塞尔维亚主动提出把征求法院咨询意见的请求列入大会议程，但并不是为了让法院对大会已开始就科索沃案进行的辩论的某些法律方面作出判断，而是因为它认为这是它挑战 2008 年 2 月 17 日单方面独立宣言的唯一一个还可使用的机会。这里涉及的不是与“对于本法院如何行使自由裁量权无关”的一项请求提供咨询意见的“决议的提案国……的动机”(咨询意见，第 33 段)，而

是 2008 年 10 月 8 日大会通过征求意见的请求那个时刻联合国对科索沃局势的评估和处理。

19. 此外，当大会通过第 63/3 号决议征求法院咨询意见时，并未对科索沃的地位问题进行真正的辩论(大会，第六十三届会议，A/63/PV.22，2008 年 10 月 8 日)。

20. 因此，可以质疑的是，大会通过的(77 票对 6 票，74 票弃权)征求咨询意见的请求，是否符合《联合国宪章》和《法院规约》所界定的法院作为一个司法机关的职能。

21. 此外，法院无论如何回应大会提出的问题，都无法给该政治机关任何协助。根据所提意见，该机关既不能修改安全理事会第 1244(1999)号决议，也不能对其进行相应解释，因为这项任务属于通过该决议的机关。说只有大会能够了解导致它提出征求咨询意见的请求的理由(咨询意见，第 34 段)是不够的，因为那将意味着法院对于提出这种意见是否适当的问题完全放弃了自由裁量权的行使。科索沃案的所有主要各方都已事先(特别是在法院)声明，无论意见如何，都不会对它们与宣布独立有关的立场产生任何影响。因此，咨询意见只能在承认科索沃独立的支持者与反对者之间开展的政治辩论中被用作一个论据。

22. 以这种方式受到利用的法院在这场政治角力中将一无是处，无论是在化解单方面宣布独立所引起的紧张方面，还是在澄清联合国对被置于其管理下的一块领土所承担的职能和责任方面，都无法作出真正的贡献。

23. 此外，自 2008 年 2 月 17 日宣布独立以来，把科索沃制造为一个独立实体的既成事实已经反映在实地，联合国的驻地机构及其行政当局事实上越来越被边缘化。这样一种局势使对大会所提问题作出回应的适当性变得更加可疑，更有问题，而联合国给人的印象是正在适应这种新的事态(不过，它又有什么其他办法呢?)。

24. 法院本身必须确保其司法职能的完整性在诉讼和咨询事项中得到尊重，正如 1963 年 12 月 2 日它在关于《北喀麦隆(喀麦隆诉联合王国)案，初步反对意见》的判决书中非常明确地阐述的那样：

“常设国际法院和本法院都强调，法院提出咨询意见的权力必须作为一项司法职能加以行使。两法院都有机会就征求咨询意见的请求作出判断，这种判断也同样适用于法院在处置有争议案件时的适当作用。在这两种情况中，法院都是在行使一项司法职能。这一职能有其内在限制，而这些限制虽然可能难以归类，而且可能不那么经常地在对具体案件的裁定起决定性阻碍作用，但仍然十分重要。无论怎么说，是否涉及法院的司法职能，永远都是由法院确定的一个事项。像常设国际法院一样，本法院一向遵循前者于 1923 年 7 月 23 日在关于‘东卡雷里亚的地位’一案中所声明的原则：

‘作为法院，即使在提供咨询意见时，本院亦不能偏离其作为法院开展活动的基本指导规则’（《常设国际法院案例汇编，B辑，第5号》，第29页）。（《北喀麦隆(喀麦隆诉联合王国)案，初步反对意见，判决书，1963年国际法院案例汇编》，第30页。）

25. 法院在不能以自己取代安全理事会行使其职责的同时，也不能为一种简单地以谁能占上风为基础的既成事实政策充当法律担保人。法院的职责在于保持其作用，那就是清楚、独立地阐明法律。这才是它在行使其职能时为国际社会的利益捍卫其公信力的方法。

26. 这些就是导致我投票反对法院决定在此案中提出咨询意见的理由。此外我还要说，法院对大会的请求的回应在我看来也不能令人信服，我将解释原因。

2. 所提问题的范围和含义

27. 意见的第二个方面当然与第一个相关。虽然法院拒绝考虑大会提出征求意见请求的动机或其追求的目标，但却自认为获得授权改动该请求的措辞，以至于竟完全改变了其含义和范围。

28. 法院依赖的事实是，无论是对第63/3号决议开展辩论的议程项目，还是该决议的标题，都没有说明单方面宣布独立者的身份，而且在就决议草案进行辩论期间也没有提出有关他们身份的问题。法院然后却得出结论认为，它有“自由……自行裁定此项宣言是由临时自治机构发布，还是由某个其他实体发布”（咨询意见，第54段）。

29. 可是，大会的问题再清楚不过了，而且在2008年10月8日第63/3号决议通过之前的辩论中，没有任何迹象显示大会的唯一关切是宣布独立是否符合国际法的问题，而不论作出宣布的行为者是谁。决议草案辩论(A/63/PV.22)的参加者没有就宣布独立者的身份提出问题这一事实，是否意味着这对于请求机关而言并非一个相关的考虑，或恰恰是因为这个问题对于联合国所有会员国而言如此显而易见，以至于它们认为没有必要对其进行讨论或提出质疑？至于法院注意到的议程项目标题、决议标题与提交给法院的问题之间的差异，其中难以看出有什么意义，因为对法院而言，关键是大会所提问题的内容。

30. 因此，这个问题并不需要以任何方式加以解释。而且法院也承认这一点：“大会所提问题清晰明确。问题既切题又具体”（咨询意见，第51段）。大会并不是请法院泛泛地对任何一个独立宣言提出其意见，而是对2008年2月17日科索沃临时自治机构通过的独立宣言提出意见，而该机构为联合国所设，被赋予了具体的权限。不过，2008年10月2日，在第63/3号决议通过之前，联合王国代表向大会主席提出一份问题说明，并在其中指出：

“需要了解，塞尔维亚是否谋求强调科索沃临时自治机构的能力这一更加狭隘的问题，如果是，这一问题与科索沃目前的地位又有何种确切的联系”（2008年10月2日A/63/461号文件）。

31. 塞尔维亚和大会都对这一问题给出了答案。这一事项的确是评估科索沃临时自治机构采取的一项行动，而不是一百来个据说自称代表人民的人作出的任何一种举动。

32. 在那个时刻，联合国承认代表科索沃人民的唯一机构是选举产生的科索沃临时自治机构议会。即使假设法院得出与联合国大会的论断相反的结论，认为独立宣言并非由科索沃临时自治机构议会以议会的身份采取行动通过，那么它难道不应当行使其自由裁量权并拒绝就一个将不再有任何内容或范围的问题作出回应吗？说到底，大会并不指望法院就一个它并未向法院提出的问题提供法律意见，这个问题就是由一百来个与联合国无关的人发出的一份宣言。

33. 法院过去曾把向其提出的问题加以扩展，以求对问题作出尽可能充分的回答（《1951年3月25日世卫组织与埃及间协定的解释，咨询意见，1980年国际法院案例汇编》，第88至第89页，第35段）。在关于“联合国某些经费”（《宪章》第十七条第二项）的咨询意见（《1962年国际法院案例汇编》第156至第157页）中，法院也采取了相同的办法，着手“审查第十七条本身及其与《宪章》其他部分的关系”；同样，当提交给法院的问题看起来“既措辞不当，又十分模糊”（《申请复核联合国行政法庭第273号判决，咨询意见，1982年国际法院案例汇编》，第348页，第46段）时，法院依照义务对所提问题进行了澄清。但是，在这些案例中，法院在考虑所有适用法律或解释混乱或不准确文字时，都没有逾越其司法职能的界限。

34. 不过，法院从未对所提问题进行过有悖其目的和宗旨的改动，而在本案中，正如2008年10月2日联合王国代表在向大会主席提出的上述说明中所述，这种目的和宗旨就是确定2008年2月17日宣布独立是否超越了科索沃临时自治机构的权限。

35. 法院如果可以如此使用自由裁量权，到头来回答一个自己事先对其进行了调整以使之合乎某种模型的问题，那么就会严重损害提出申请的各国和联合国各机关本应有的司法安全感。

3. 单方面宣布独立是否符合国际法的问题

36. 大会特意称宣布独立为单方面行为，意在说明独立宣言是由参与以安全理事会1999年6月10日第1244号决议为基础的政治进程的各方中的一方（科索沃临时自治机构议会）为确定科索沃的最终地位而发布的。

37. 大会要求法院就该宣布是否符合国际法提出意见。在提供意见时，法院应首先确定该领域适用的国际法。

38. 然而，法院虽然的确阐述了根据安全理事会第 1244 号决议及秘书长特别代表和科索沃特派团通过的条例所建立的法律制度(咨询意见，第 58–63 段)，但却没有首先确定一般国际法的适用规则，没有解释如何确定单方面宣布独立是否符合这两套标准。通常，在考虑宣布独立是否符合一般国际法之前，法院应首先研究适用的特别法(即联合国的法律)。正如国际法委员会国际法不成体系问题研究小组主席所指出的：“常常优先考虑特别标准，因为特别标准最能反映特定情况下的要求，也最能体现将受其约束的人的意图”(国际法委员会的报告，2004 年，A/59/10，第 286 页)。

39. 法院反而选择审查“一般国际法下有关宣布独立的合法性”(咨询意见，第 78 段)。但大会并没有请法院抽象地就一般情况下宣布独立提出意见，而是就特定背景下通过的特定独立宣言发表意见。此独立宣言事关安理会置于联合国管理之下的领土，而当时安全理事会第 1244 号决议是有效的，且现在仍有效。此外，如果不考虑作者是谁或通过宣言的背景为何，对宣布独立是否符合国际法进行评估是毫无意义的。同样，法院在这方面作出结论本身也是毫无意义的。

“法院认为，一般国际法中没有适用的禁止宣布独立的规定。因此，法院的结论是，2008 年 2 月 17 日的宣布独立并没有违反一般国际法”(咨询意见，第 84 段)。

40. 这充其量是一种诡辩，换言之，这只是貌似符合逻辑的推理，因为其出发点来自这样的命题：整体有效的，部分也有效。既然在联合国管理下的领土的背景下一般国际法原则即领土完整和自决需要予以分析，法院就不可以在审查管辖该领土的法律之前宣布其结论，因为其中涉及宣布独立的问题。

41. 法院在第二个阶段才得出结论认为：“安全理事会第 1244(1999)号决议和宪法框架构成在答复大会征求咨询意见的问题时应考虑的国际法的一部分”(咨询意见，第 93 段)。

42. 虽然法院指出第 1244 号决议确实涉及建立一个科索沃临时自治框架，但我看不到法院的以下说法有任何理由：“在决议通过时，大家指望科索沃的最后地位将产生于决议所确定的框架并在其中确立”(咨询意见，第 104 段)。

43. 这只是科索沃特派团在考虑到朗布依埃协定的同时促进旨在决定科索沃未来地位的政治进程的问题。该政治进程就是安全理事会要求特使阿赫蒂萨里先生引导塞尔维亚与科索沃民选代表(议会)之间举行谈判；由于双方未能达成协议，阿赫蒂萨里先生向安理会提出一个解决计划，但安理会从来就没有批准该计划。

44. 独立宣言的作者科索沃临时自治机构议会成员称谈判破裂，表示不打算在临时自治制度架构内行事(咨询意见，第 105 段)，这些事实本身并没有改变科索沃临时自治机构议会的行为的法律性质。在法律上，一机构与其行为之间的法律关系不会仅仅因为该机构的行为超出其权力(越权)而中断。在这种情况下，必须认为该机构违反使其合法化的法律框架。

45. 同样，并不是因为议会越过特别代表的权力(咨询意见，第 106 段)参与科索沃对外关系的事项，才必须将其视为以不同身份或以不再与科索沃临时自治机构有关的实体行事。议会的行为纯属违反国际法。

46. 法院的推理的目的是消除宣言违反联合国法律的性质，其方法是切断该行为与在该框架内设立的机构(议会)的关系：“2008 年 2 月 17 日独立宣言作者并非作为一个临时自治机构在《宪法框架》范围内行事，而是以科索沃人民代表的身份在临时行政当局框架范围外共同行事”(咨询意见，第 109 段)。为得出这一结论，法院依靠其用词和运用的程序(咨询意见，第 107 段)。因此，宣言作者只需对文本改头换面，自我宣称是“人民民主选出的领袖”，以便不再受《科索沃宪法框架》的约束。《宪法框架》指出：“临时自治机构及其官员……行使的职权必须符合安全理事会第 1244(1999)号决议的规定和本《宪法框架》的条件”。如果按此推理到底，就会为逃避守法而无法无天。

47. 为说明问题的这一方面，在口述程序中，我问参与方，特别是问独立宣言的作者(CR 2009/33，第 24 页)，在 2007 年 11 月竞选临时机构议会成员期间通过这样的宣言的问题有无以任何形式提出。独立宣言作者和塞尔维亚均给予否定的回答(独立宣言作者和塞尔维亚共和国 2009 年 12 月 22 日的答复)。如 2007 年 11 月 17 日当选的议会议员曾希望表达 2008 年 2 月 17 日发表的宣言中所载的“[其]人民的意愿”，他们本来至少应该如实告诉他们的选民。

48. 2008 年 2 月 18 日，即 2008 年 2 月 17 日科索沃通过独立宣言后的第二天，安全理事会举行会议。非常重要，联合国秘书长在会上报告情况(S/PV. 5839)时说：“昨天，我的科索沃问题特别代表告诉我，科索沃临时自治机构议会举行会议，通过了一项独立宣言，宣布科索沃为一个独立主权国家”。

49. 另一方面，秘书长在 2008 年 3 月 28 日提交安全理事会的关于联合国科索沃临时行政当局特派团的报告(S/2008/211)中注意到科索沃于 2007 年 12 月 19 日结束选举进程，科索沃议会议员于 2008 年 1 月 4 日宣示就职，并指出：“2 月 17 日，科索沃议会举行会议，在会上通过了一个‘独立宣言’，宣布科索沃为一个独立主权国家”。科索沃总理 2008 年 2 月 17 日在科索沃议会特别会议上讲话。我推断秘书长及其特别代表也以这一讲话为依据：

“今天，科索沃总统和作为科索沃总理的我本人，正式请求议长克拉斯尼奇先生就两个议程项目召开特别会议，

出席这一特别会议的邀请是根据《科索沃宪法框架》发出的，据此我们提出两个议程项目：

1. 科索沃独立宣言，
2. 科索沃国家标志介绍”。(单方面独立宣言作者提供的书面资料，2009年4月17日，附件2)

50. 因此，秘书长及其驻科索沃的特别代表毫无疑问地了解宣言实际上是最近选出的科索沃临时自治机构议会的作为。

51. 当然，秘书长看到了宣言在联合国特派团和安全理事会的所授任务方面提出的严重问题：

“我立即提请安全理事会注意这一进展情况，使其能够审议该事项。与此同时，我再次重申，在安全理事会提供指导之前，第1244(1999)号决议仍然有效，依然构成科索沃特派团职权范围的法律框架，而且科索沃特派团将继续根据不断变化的情况执行其职权，联合国将以这种认识为基础，继续开展行动。”(2008年3月28日秘书长关于联合国科索沃临时行政当局特派团的报告，S/2008/211)

52. 还须记得，当科索沃议会在2002年11月7日的决议中声称有权决定科索沃的未来地位时，联合国秘书长的特别代表在同一天指出：

“科索沃在联合国安全理事会第1244(1999)号决议的权威之下。贝尔格莱德和普里什蒂纳都不能预断科索沃的未来地位。科索沃未来地位未定，将由联合国安全理事会决定。未经安全理事会认可，无论以任何形式发表的任何单方面声明对科索沃的未来地位都没有任何法律效力。”

53. 因此，未经安全理事会认可，影响科索沃未来地位的任何单方面宣言，无论宣言的形式或其作者的意图为何，均不具有任何法律效力。与法院所暗示的相反，宣布独立者想超越法律界限，想不受法律制约，但仅凭这一点是做不到的。

54. 法院认为安全理事会、秘书长及其特别代表没有对独立宣言采取行动等于确认宣言不是科索沃议会的作为，并将这一没有行动的情况与2002年和2005年所采取的行动相比较。当时“特别代表称一些行为与《宪法框架》不符，理由是它们“超出了议会的权限”(联合国第189号档案，2003年2月7日)，因此不属于科索沃议会的权力范围”(咨询意见，第108段)。

55. 然而，由于安全理事会常任理事国之间没有达成一致意见，安理会在2007年3月收到阿赫蒂萨里报告之后无法就科索沃问题作出决定。而联合国内部往往就是这种情况，安理会的这一僵局对负责执行其决定的秘书长及其特别代表影响极大。

56. 争端的任何一方均不因安全理事会陷入僵局而免于履行义务，科索沃议会议员也不因此而没有责任遵守《宪法框架》和第 1244 号决议。果真如此，那《联合国宪章》所建立的集体安全体系的信誉将受到损害。其实，这会使得争端各方相互对峙，各方可单方面为所欲为。而在理论上，另一方即塞尔维亚可以僵局为由，声称有理由对科索沃行使充分和有效的主权，以捍卫其领土完整。

57. 我认为，安全理事会在某一个点上陷入僵局并不能作为任何一方单方面行为或制造既成事实的理由，或者被认为是默许这种行为成既成事实。安理会可因一个常任理事国行使否决权而未能作出决定，这一点在《宪章》中已予考虑。出现这种情况的法律效果到此为止；不行动本身就是一种政治行为。

58. 另一方面，安理会虽然未能就 2007 年 3 月提交的阿赫蒂萨里报告达成决定，但鼓励努力对各方进行调解，尤其是当时安理会决定于 2007 年 4 月派遣一个由安理会成员组成、由比利时代表约翰·韦贝克率领的代表团前往贝尔格莱德和普里什蒂纳(2007 年 4 月 20 日，S/2007/220)，并支持由联络小组建立的“三驾马车”(由欧洲联盟、美国和俄罗斯组成)所作出的对双方进行调解的各种尝试(自 2007 年 7 月至 12 月以来)。

59. 正因如此，我不能认同法院对秘书长特别代表保持“沉默”作出的解释，这等于确认独立宣言并不是科索沃临时自治机构议会的作为。

60. 我们知道对国际法中行为体保持“沉默”进行解释是十分微妙的。无论如何，在对沉默进行解释时必须考虑到直接相关的全部内容及其背景。在此，联合国机关在决定科索沃未来地位期间陷入僵局，这并不是得出下列结论的理由：一直不符合国际法的单方面宣布独立的行为突然变成符合国际法，因而应受到认可。事实上，之所以秘书长特别代表没有采取任何行动，并不是因为他认为宣布独立符合国际法，而只是因为给他指派任务的政治机关无法决定如何推动进行之中的决定科索沃未来地位的进程。

61. 法院随后对第 1244(1999)号决议作了分析，得出结论认为，该决议没有禁止宣言作者宣布独立的具有约束力的规定(咨询意见，第 118 段)。该决议没有这样的规定是有其道理的，因为临时机构尚未设立，上述作者也待定。事实上，目前的问题并不是确定第 1244 号决议是否旨在禁止独立宣言作者的行动，而只需回顾该决议的强制性效力，那就是“建立一个临时行政当局，使科索沃人民能够在南斯拉夫联盟共和国内享有高度自治”(安全理事会第 1244(1999)号决议第 10 段)。

62. 科索沃特派团根据安全理事会第 1244 号决议的授权，通过《宪法框架》，并设立了临时行政当局。因此，违反《宪法框架》势必同时违反安全理事会的决议，而决议对所有国家和科索沃的非国家行为体都具有约束力，因为该领土处于联合国的管理之下。正因如此，无法弄清法院如何认定“安全理事会第 1244(1999)

决议没有禁止2008年2月17日宣言的作者发布从塞尔维亚共和国独立的宣言(咨询意见,第119段)。在我看来,决议的确有这样的禁止规定,至少在两点上是如此:宣言超越了根据决议给予科索沃特派团的授权订立的《宪法框架》;宣言是单方面的,而科索沃的最终地位必须获得安全理事会的核准。

63. 最后,即使假设2008年2月17日的宣言是由约100个自称是科索沃人民代表的个人发表的,他们又怎么能够违反科索沃特派团根据《宪法框架》建立的法律秩序,而《宪法框架》是所有科索沃居民都应该尊重的?

64. 法院作出答案时只是称,在通过独立宣言时,独立宣言作者不受《宪法框架》的约束,宣言不是意在联合国建立的法律秩序范围内产生效力的行为(咨询意见,第121段)。那么作者和宣言本身又是受何法律秩序管辖呢?无论如何,这既不是塞尔维亚的法律秩序,也不是一个新主权国家的法律秩序。宣言作者不作为临时机构成员,并不能因此而不受根据科索沃特派团第1999/1号条例建立的法律秩序的约束。该条例规定“科索沃境内的一切立法和行政权,包括对司法部门的管理权,皆属于科索沃特派团,并由秘书长特别代表负责行使”。这只不过意味着,凡居住在科索沃的人均必须接受这一权力的管制,并必须遵守联合国建立的自治制度。因此,我认为,是否将独立宣言的作者视为科索沃议会议员并不重要;在任何情况下,他们都无权违背联合国建立的科索沃行政当局的法律制度,通过违反《宪法框架》和安全理事会第1244号决议的宣言。

65. 尽管如此,法院已尽量缩小其咨询意见的要旨和范围,因为咨询意见只限于此种宣言本身,与其法律效果脱钩。因此,有人可能会问:鉴于咨询意见的结论认为约100名以人民代表自居的个人所通过的宣言并不违反国际法,这一咨询意见如何能够在请求机关(即大会)自己的行动方面提供指导?

66. 这仍完全是个谜,咨询意见甚至会被用于政治目的。

67. 我个人认为,结果恐怕是,法院对大会的协助显得微不足道,这就是法院为何本应行使自由裁量权、拒绝接受提供咨询意见的请求的另一原因。

68. 最后,法院在本案中并没有确定与2008年2月17日独立宣言有关的国际法一般规则或特别规则;根据咨询意见,一般国际法在这一领域无法施行,联合国的法律并不涵盖法院选择审理的情况:在不确定的法律秩序中宣布独立。因此,法律中显然没有任何规定禁止联合国与有关区域组织合作在科索沃问题上作出调解努力。

69. 这些宣言只不过是时代潮流的泡沫;宣言无法让过去被人遗忘,也无法将未来建立在目前的碎片上。

穆罕默德·本努纳(签名)

[原件：英文]

斯科特尼科夫法官的反对意见

1. 我认为，法院本应该行使其自由裁量权，避免在本案较为特殊的情况下行使咨询管辖权。法院遇到的问题由联合国一个机关提出，但其答案却完全取决于对联合国另一个机关的决定的解释。法院以前从未遇到过这样的问题。使本案更加非同寻常的是，这另一个机关是依据《联合国宪章》第七章采取行动的安全理事会。事实上，为了给大会一个答复，法院必须裁定单方面宣布独立是否违反安全理事会第 1244(1999)号决议为科索沃设立的制度。

2. 法院过去认为，必须强调它是就请求机关做出的决定提出其法律咨询意见，以便后者能够从中受益。法院在“纳米比亚”案咨询意见中指出：

“联合国一个机关[安全理事会]针对自己的决定提出这项请求，征求法院对这些决定将产生的结果和影响提出法律咨询意见。安全理事会在征求意见的决议的序言中强调了这一目的，指出‘国际法院之咨询意见，对于安全理事会进一步审议纳米比亚问题，及推进理事会所致力之目标，均有裨益’。”（《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，1971 年国际法院案例汇编》，第 24 页，第 32 段；着重部分由作者标明）。

显然，本案与之截然不同。

3. 法院在其关于“修建隔离墙的法律后果”的咨询意见中重申，“咨询意见的目的是向提出请求的机关提供它们在行动中所需的法律要素”（《在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，2004 年国际法院案例汇编(-)》，第 162 页，第 60 段）。在本案中，大会不是一个能够从法院提供的“法律要素”中受益的机关。根据《联合国宪章》第十二条的规定，大会在接到本咨询意见时，非经安全理事会请求，不得对本请求的议题提出任何建议。

4. 安全理事会自己没有就单方面宣布独立是否符合其第 1244 号决议的规定作出判断，尽管它本可以通过一项新的决议或授权安理会主席发表一项声明来这样做。安理会也没有就单方面宣布独立是否符合其第 1244 号决议的条款征求法院的咨询意见。这就是安理会目前对该问题所持的立场，而该问题是大会请求法院提出咨询意见的议题。

5. 联合国成员国赋予大会、安全理事会和国际法院截然不同的责任，并对每个主要机关的权力设置了限度。国际法院作为联合国的一个主要机关和司法机构，必须十分谨慎，以免打破《宪章》和《规约》所设立的这三个主要机关之间的平衡。法院没有适当处理对本请求作用答复是否恰当的问题，故未尽到这一职责。

6. 多数法官试图为其立场辩解，提到“随着时间的推移，大会和安全理事会已日益趋于平行处理维持国际和平与安全方面的同一事项”（咨询意见，第 41 段），法院在其关于“修建隔离墙的法律后果”的咨询意见中注意到这一趋势。然而，本案根本不构成这种趋势。诚然，大会也通过了关于科索沃局势的决议（咨询意见，第 38 段）。但咨询意见表明，这些决议中没有一项与第 1244 号决议所设立的制度或与答复大会提出的问题有关。事实是一切均取决于对安全理事会第 1244 号决议的解释。

多数法官还引用“纳米比亚”案咨询意见以及关于“联合国某些经费”和“接纳国家成为联合国会员国的条件”的咨询意见（见咨询意见第 46 和 47 段）。然而，这些案件中没有任何一件与本案有丝毫相似。在“纳米比亚”案中，请求机关是安全理事会（见上文第 2 段）。在关于“某些经费”的咨询意见中，法院仅仅引用了一些安全理事会的决议，以说明显然存在“安全理事会和大会对秘书长行动的多次审议、肯定、核准和批准的记录”（《联合国某些经费（〈宪章〉第十七条第二项），咨询意见，1962 年国际法院案例汇编》，第 176 页）。在关于“接纳条件”的咨询意见中，法院并未提到安全理事会的决议。在“某些经费”和“接纳条件”两案中，法院的任务是解释《联合国宪章》，而请求机关大会在这两个案子中本可利用法院提供的“法律要素”。此外，多数法官提到“洛克比空中事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题”的诉讼案件。然而，在这些案件中，法院没有解释任何安全理事会的决议。法院只是指出，利比亚、美国和联合王国作为联合国会员国，按照《联合国宪章》第二十五条，有义务接受和执行安全理事会的决定（见《洛克比空中事件引起的 1971 年〈蒙特利尔公约〉的解释和适用问题（阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国），临时措施，1992 年 4 月 14 日的命令，1992 年国际法院案例汇编》，第 126 页，第 42 段；以及《洛克比空中事件引起的 1971 年〈蒙特利尔公约〉的解释和适用问题（阿拉伯利比亚民众国诉联合王国），临时措施，1992 年 4 月 14 日的命令，1992 年国际法院案例汇编》，第 15 页，第 39 段）。

多数法官未能找到任何相关的判例依据，这是完全可以理解的，因为如第一段所解释的那样，本案史无前例。

7. 法院未能行使自由裁量权，未能回避对大会提出的问题作出答复，不幸给法院司法职能以及作为联合国的一个主要机关的作用的完整性造成严重的负面影响。

8. 尤其是在本案的情况下，法院对安全理事会第 1244 号决议所作的任何解释，都可能会不够权威。

实际上，不妨回顾常设国际法院的如下判词：“对一项法律规则提出权威性解释的权利专属于有权对其进行更改或取缔者或机构，这是一项既定原则”

(《Jaworzina 案，咨询意见，1923 年常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 8 号，第 37 页)。当然，由此得出以下结论：

“只有安全理事会，或经其授权的某一机构，方可在真正意义上对 [安全理事会的一项决议] 作出权威性解释。”(Michael C. Wood, “The interpretation of Security Council Resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2, 1998, 第 82 页)

同样明显的是：

“国际法院和其他国际法庭(包括南斯拉夫问题和卢旺达问题国际法庭)可能需要对安全理事会决议进行解释，以实施安理会做出的决定。”(同上，第 85 页)

然而在本案中，法院不是为了实施安理会做出的决定而解释第 1244 号决议。安理会尚未就单方面宣布独立的问题做出任何决定。它甚至尚未确认单方面独立宣言已发布。自通过单方面独立宣言以来，第 1244 号决议的条款仍未改动(见咨询意见第 91 和第 92 段)。

9. 必须记住，安全理事会的决议是政治决定。因此，裁定某些事态，如本案中的发布单方面独立宣言，是否符合安全理事会的决议，基本上属于政治决定。这意味着，即使法院所作的裁定在纯粹法律意义上是正确的(本案不属于这种情况)，从安全理事会的政治角度上来看仍可能不是正确的。法院在安理会未提出请求的情况下就单方面宣布独立是否符合第 1244 号决议做出裁定(这对安全理事会为科索沃设立的制度至关重要)，即取代了安全理事会的作用。

10. 从某些方面讲，法院在本案中所面对的情况类似于它在南斯拉夫联盟共和国于 2000 年被接纳入联合国之前的会员资格问题上所遇到的情况。法院于 1993 年和 1996 年在附带程序中审议“波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫”案时，避免为了裁定南联盟是否为联合国会员国及事实上的《法院规约》缔约国而对大会和安全理事会的相关决议作解释。法院仅表示，联合国在南斯拉夫社会主义联邦共和国的会员国资格的延续问题上采取的办法“并非没有法律上的困难”(《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)，临时措施，1993 年 4 月 8 日的命令，1993 年国际法院判例汇编》，第 14 页，第 18 段)。法院在其 1996 年关于初步反对意见的判决中未提到这一问题(《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)，1996 年国际法院判例汇编(二))。尽管南联盟在联合国内的会员资格问题属于法院的确认权利范围，但法院显然未得到就该问题做出裁定的授权，因此法院没有这样做。只有在安全理事会和大会接纳南联盟为联合国新会员国而澄清这一情况之后，法院才于 2004 年在“使用武力的合法性”各案中得出结论认为，南联盟在 2000 年被接纳入联合国之前不是联合国会员国或《规约》的缔约国。法院表示

“2000年这一新的动态的意义在于，它澄清了关于南斯拉夫联盟共和国在联合国的地位的迄今模糊的法律状态。从这一意义上讲，法院现在面对的塞尔维亚和黑山的情况显然不同于它1999年所面对的情况。如果法院当时不得不明确裁定请求国在联合国的地位，做出这种裁定的工作就会因笼罩在这种地位不确定性之中的法律情况而错综复杂。然而，从法院现在审视这一法律情况的有利角度来看，并考虑到2000年11月1日以来新的动态的法律后果，法院由此得出结论：塞尔维亚和黑山1999年4月29日向法院申请提起本程序时，不是联合国会员国，因此不是《国际法院规约》的缔约国。”（《使用武力的合法性(塞尔维亚和黑山诉比利时)案，初步反对意见，判决，2004年国际法院判例汇编(-)》，第310至311页，第79段。)

11. 法院如果在1993年、1996年或1999年在“使用武力的合法性”案中审理关于指明临时措施的请求时做出这一裁定，就会有损于其司法职能的完整性并损害其作为联合国一个主要机构的作用。

这正是本案的利害关系所在。因此，法院关于答复这一问题的决定是错误的，是令人遗憾的。

12. 现在，我虽然勉为其难，但也不得不谈到多数法官意图就单方面宣布独立的问题而对安全理事会第1244号决议作出的解释。不幸的是，多数法官在这一过程中已经得出了一些根本不可能正确的结论。

13. 其中一个结论是，总体目标为实现“科索沃危机的政治解决”（决议执行部分第1段）的第1244号决议，没有为科索沃阿尔巴尼亚族领导人规定具约束力的义务（见咨询意见，第117和118段）。不能指责安全理事会出现这样的疏忽，这会使第1244号决议所启动的整个进程无法实施。联合王国常驻代表在通过第1244号决议时明确指出：

“这项决议也完全适用于科索沃阿尔巴尼亚族人，要求他们在恢复科索沃的正常生活、建立民主自治机构方面发挥充分的作用。科索沃阿尔巴尼亚族人及其领导人必须接受决议的义务，特别是使科索沃解放军(科军)及其他武装团体非军事化，从而接受和平的挑战。”（联合王国常驻代表的发言；联合国S/PV.4011号文件，1999年6月10日，第29页；着重部分由作者标明。）

14. 同样引人注目的是，法院的结论认为，第1244号决议中设想的“考虑到《朗布伊埃协定》……旨在决定科索沃将来地位的政治进程”（第1244号决议，执行部分第11段(e)），可以由科索沃阿尔巴尼亚族领导人的单方面行动而终止（见咨询意见，第117和118段）。换言之，多数法官认为，安全理事会在它根据第1244号决议设立的制度中制造了一个巨大的漏洞，允许单方面“政治解决”最终地位的问题。这种做法如果确实是安理会所为，就会使任何关于最终地位的谈判毫无

意义。显然，这不是安全理事会通过并执行第 1244 号决议的初衷。值得回顾的是，第 1244 号决议执行部分第 11 段(e)提到了《朗布伊埃协定》，其中规定：

“本协定生效之后三年应召开一次国际会议，根据人民的意愿、有关当局的意见和每一缔约方[贝尔格莱德和普里什蒂纳]执行本协定的努力，及《赫尔辛基最后文件》，确定最后解决科索沃问题的机制……”（联合国 S/1999/648 号文件，1999 年 6 月 7 日，第 66 页。）

无论以怎样的想象力，也无法在安全理事会第 1244 号决议所核可的这一明确的政策中看出“单方面解决”的含义。

安全理事会随后与第 1244 号决议有关的做法也同样清晰明了。2005 年当启动确定科索沃的最终地位的进程时，安全理事会成员在其主席给秘书长的信中附上了联络小组(由法国、德国、意大利、俄罗斯、英国和美国组成)商定的解决科索沃地位问题的指导原则，“供[他]参考”。指导原则明确指出，“任何单方面的解决办法或通过使用武力达成的解决办法都是不能接受的”，而且“关于科索沃地位问题的最后决定应得到联合国安全理事会的认可”（2005 年 11 月 10 日安全理事会主席给秘书长的信所附指导原则，联合国 S/2005/709 号文件；着重部分由作者标明）。

15. 最后，多数法官允许单方面宣布独立者规避按照第 1244 号决议建立的《宪法框架》，依据仅仅是宣称他们是在框架外行事：

“法院认为，宣言作者没有也不打算以这一法律秩序(为临时阶段所设)设立并受权在其中行动的机构的身份行事，而是意在采取意义和效果均在这一秩序范围之外的措施”（咨询意见，第 105 段）。

不幸的是，多数法官并不去解释在法律秩序以外行事与违反法律秩序之间的区别。

16. 多数法官对第 1244 号决议的解释是站不住脚的。此外，法院对待安全理事会根据《联合国宪章》第七章而通过的一项决定的方式，显示它未能履行“自己根据《宪章》和《法院规约》维护[国际]和平与安全的责任”（《使用武力的合法性(南斯拉夫诉比利时)，临时措施，1999 年 6 月 2 日的命令，1999 年国际法院判例汇编(-)》，第 132 页，第 18 段）。

17. 法院解释一般国际法方面也存在一个问题。咨询意见指出，“一般国际法中没有适用的禁止宣布独立的规定”（第 84 段）。这是一个误导性陈述，不幸的是，它可能产生煽动性效果。一般国际法根本不涉及发布独立宣言的问题，因为

“根据国际法，独立宣言不‘创立’或组成国家。根据国际法，发布这种宣言并未满足国家地位或得到承认的实际要求。根据国际法，这种宣言不

构成国家地位或得到承认的法律依据。”(CR 2009/31, 第 46 页(法伊夫, 挪威)。)

独立宣言只有在与建国和独立的基本主张一并考虑时,才有可能与一般国际法相关。然而,大会提出的问题“既狭隘又特殊”(咨询意见,第 51 段)。“尤其是,大会没有问科索沃是否取得了国家地位。”(同上)因此,从一般国际法的角度根本无法回答单方面宣布独立是否具有合法性的问题。唯一可用于回答大会提出的问题的法律,就是安全理事会第 1244 号决议所确立的特别法。

18. 最后,应该指出咨询意见的意义和范围与它所回答的问题一样既狭隘又特殊。咨询意见不涉及单方面宣布独立的法律后果,没有就科索沃最终地位问题发表任何意见。法院表明它

“认为不必为答复大会提出的问题而处理如宣布独立是否导致一个国家的成立或承认行为的现况等问题。”(咨询意见,第 51 段)。

法院还指出

“关于自决权的范围和是否存在任何“补救性分离”权利的辩论……涉及从一国分离出来的权利……这个问题超出了大会所提问题的范围”(咨询意见,第 83 段)。

咨询意见绝没有质疑整个第 1244 号决议是否仍然有效的事实(见咨询意见第 91 和第 92 段)。这意味着该决议构想的“旨在决定科索沃将来地位的政治进程”(第 11 段(e))并没有完结,安全理事会尚未核可关于最终地位的解决方案。

列昂尼德·斯科特尼科夫(签名)

[原件：英文]

A. A. 坎萨多·特林多德法官的个别意见

目录

	段次	页次
一. 序言	1-3	55
二. 关于管辖权和司法恰当性初步问题的考虑	4-34	55
1. 法院的管辖权及对重要人道主义问题的关注	4-12	55
2. 所谓司法“裁量权”及法院行使咨询职能的义务	13-34	58
三. 提交法院的问题的事实背景和来龙去脉	35-52	65
四. 国际组织的出现及对“人民”或“民众”的需要和愿望的越来越多的 关注	53-66	69
1. 国际联盟：委任制度	54-58	70
2. 联合国：托管制度	59-61	71
3. 领土的国际管理	62-64	71
4. 再度关注“人民”或“民众”	65-66	72
五. 国际法中人民待遇的人道基本考虑	67-74	73
1. 私法类比	68-70	73
2. 人民在万国法起源中的中心地位	71-72	74
3. 万国法“奠基人”设想中的“万国公法” (Civitas Maxima Gentium)	73-74	74
六. 万国法在当代的意义：国际法律秩序的人文主义愿景	75-96	75
1. 早期司法对人的权利和民族权利的承认	78-87	76
2. 以往尝试留给联合国对特定领土实行国际管理的工作的人文主义 遗产	88-96	78
七. 整个联合国组织对科索沃人道主义悲剧的关切	97-131	81
1. 安全理事会对科索沃境内的人道主义悲剧一再表示严重关切	98-102	81
2. 大会对科索沃境内的人道主义悲剧一再表示严重关切	103-114	83
3. 经济及社会理事会反复表示严重关切科索沃人道主义悲剧	115-118	88

4.	秘书长反复表示严重关切科索沃人道主义悲剧	119-129	90
5.	总体评估	130-131	93
八.	侵权行为不得产生权利	132-137	94
九.	科索沃民众的生活条件(自 1989 年以来): 法院本咨询程序中收到的资料	138-155	95
1.	在程序的书面阶段提供的资料	139-148	95
2.	在程序的口述阶段提供的资料	149-155	97
十.	对科索沃暴行的司法承认	156-160	99
十一.	科索沃暴行的进一步证据: 人民苦难问题的中心地位	161-168	101
十二.	当代国际法以人为本的观点	169-176	105
1.	再谈“人民”或“民众”以及国家属性	169-172	105
2.	长期敌对或系统性压迫之下人民自决原则	173-176	106
十三.	国际法原则、联合国法律和国家的人道终极目标	177-211	107
1.	人道终极目标框架内的领土完整	177-181	107
2.	突破国际法的国家间范式	182-188	108
3.	平等和不歧视基本原则	189-195	111
4.	联合国法律框架中的人道基本原则	196-211	113
十四.	全面理解强制法的影响	212-217	118
十五.	最后的考虑: 在联合国监管下的科索沃独立	218-240	119

一. 序言

1. 我同意本咨询意见主文中载明的国际法院得出的结论，因此投票赞成通过国际法院就“科索沃宣布独立是否符合国际法”发表的本咨询意见。由于我得出同样结论所基于的思路与法院不同，因此感到有必要将我自己在这一问题上个人立场的依据记录在案。为此目的，我首先讨论管辖权和司法恰当性的初步问题，将关注点转向提交给法院的该问题所涉及的重要的人道主义方面，以及法院行使其咨询职权的职责，而不是在所谓的司法“裁量权”上附加一个其不具备的方面。其次，我提请大家注意，必须对联合国大会向法院所提问题的背景和相关情况进行最仔细的审查。

2. 我的下一步思考方向是国际组织的出现以及对(在国际联盟委任统治体系、联合国的托管制度以及当前联合国试验性的国际领土行政当局管理下的)“人民”或“民众”的需求和愿望所经常给予的日益增加的关注。我接下来的一些考虑(在本个别意见第五和第六部分)则从历史和义务论角度，就根据万国法应如何对待各民族提出一个基本上以人为本的观点。然后，我进而(在第七部分)审视联合国作为一个整体对科索沃人道主义悲剧所表达的严重关切，这是法院在本咨询意见中没有提及的。

3. 在回顾侵权行为不得产生权利这一原则之后，我进一步(在第九部分)根据参与本咨询程序的各方在其书面和口述阶段向法院提交的引证材料，审视科索沃人民自 1989 年以来的生活条件这一重要方面。我还依照现代国际法以人为中心的观点，回顾了对 1989 年至 1999 年这十年中在科索沃所犯暴行的司法确认和进一步证据，并将人民的痛苦置于中心地位。然后我求助于在国家人道主义框架中考虑领土完整问题、克服现代国际法中国家间关系范式、赋予人道主义以及平等和不歧视基本原则压倒一切的重要性、以及对强制法影响的全面认识。这为我提出最终想法铺平了道路。

二. 关于管辖权和司法恰当性初步问题的考虑

1. 法院的管辖权及对重要人道主义问题的关注

4. 首先，我认为，法院发表本咨询意见的管辖权毫无疑问是根据《规约》第六十五条第一项确立的。该条规定，法院“对于任何法律问题如经任何团体由联合国宪章授权而请求或依照联合国宪章而请求时，得发表咨询意见”。这些条件已在法院的判例法中得到承认。¹ 国际法院的管辖权由其自己掌握，法院也自行确

¹ 参见，例如，国际法院，关于申请复审联合国行政法庭第 273 号判决的咨询意见，1982 年，第 21 段。

定提出咨询意见请求的机关是否享有该权限；在大会提出咨询请求的情况下，是《联合国宪章》第九十六条第一项授权大会就“任何法律问题”请求国际法院发表咨询意见。在其案例法中，法院有时提到请求事项的标的与大会活动之间的关系。²

5. 《联合国宪章》第十条赋予大会处理《宪章》范围内“任何问题或事项”的权限，且第十一条第二项具体赋予大会讨论“向大会所提关于维持国际和平及安全之任何问题”的权限。大会在2008年10月8日通过的第63/3号决议中向法院提出的问题与大会活动范围有关，大会与安全理事会一样，十多年来一直在处理科索沃局势(参见下文)。³在这方面有可能提出的主要问题与《联合国宪章》第十二条第一项有关，该条规定，“当安全理事会对于任何争端或情势，正在执行本宪章所授予该会之职务时，大会非经安理会请求，对于该项争端或情势，不得提出任何建议。”

6. 无论如何，提出咨询意见请求本身不是大会就“争端或情势”提出的建议。根据《宪章》第二十四条的规定，安全理事会“负有维持国际和平及安全之主要责任”。⁴但是，第二十四条提到的是主要权限，但不必然是独有权限。根据《宪章》第十四条，大会除其他外，有权为各种局势“建议和平调整办法”。国际法院最近指出，⁵在《联合国宪章》第十二条的解释方面，近些年来，大会和安全理事会已日益倾向于“平行”处理维持国际和平与安全方面的同一事项，往往是安全理事会倾向于侧重这些事项中与国际和平与安全相关的方面，而大会则视野更广，也考虑其人道主义、社会和经济方面。

7. 大会已经形成了就安全理事会处理的事项提出建议的惯例；联合国会员国并没有对这一做法提出异议，⁶安全理事会也未加反对。这就是最近逐步形成的符合《联合国宪章》第十二条第一项的大会“公认惯例”。大会于2008年10月8日通过第63/3号决议，请国际法院就科索沃当局宣布独立问题发表咨询意见，

² 国际法院，关于与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释的咨询意见(1950年)，第70页；国际法院，关于以核武器进行威胁或使用核武器的咨询意见，1996年，第11-12段；国际法院，关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见，2004年，第16和25段。

³ 就科索沃局势而言，除了安全理事会采取的主要行动之外，大会发挥的作用包括在其第五委员会的咨询下决定科索沃特派团的预算。秘书长的职责包括支持科索沃特派团执行任务。

⁴ 因此，在这方面，安全理事会可在诸如其根据第七章发出“命令或指令”的情况下责成各国承担“明确的遵守义务”，并可为此目的“以强迫行动要求各国执行”；参见，国际法院，关于联合国某些经费的咨询意见，1962年，第163页。

⁵ 参见，国际法院，关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见，2004年，第27-28段。

⁶ 参见，《联合国法律年鉴》(1964年)，第228和237页。

这不是违反《联合国宪章》第十二条第一项规定的越权行动。大会完全有权根据《联合国宪章》，为尽责地行使其职权⁷而采取这一行动。

8. 涉及法院管辖权的其余问题是，大会的请求是否与《联合国宪章》和《国际法院规约》意义上的“法律问题”有关。在这个具体问题上，国际法院已经表示，如果问题是“从法律角度拟写”且提出了“国际法问题”，则“按其性质而言，可以根据法律给予答复”并且似乎属于“法律性质的问题”。⁸向法院提出的法律问题是否还显示出政治方面，这对法院行使其咨询职权来说无关紧要。几乎不容置疑，大会向国际法院提出咨询意见请求的问题是一个法律问题，与科索沃当局宣布独立是否符合国际法有关。国际法院在其司法实践中表明，“正如国际生活中出现的许多问题一样”，法律问题“依其性质”也有可能显示出政治因素；这“不足以剥夺其‘法律问题’的性质，也不足以‘使本法院失去其《规约》明确赋予的权限’”。⁹

9. 国际法院已经明确表示，如果一项咨询意见请求请国际法院执行的任务“基本上是司法任务”，¹⁰涉及到国际法所规定义务的范围，¹¹即评估国家在履行国际法规定义务方面“某些可能行为的合法性”，则国际法院不得认为该请求属于政治性质。¹²国际法院自成立之初起一直明确表示，过去对所谓“法律”和“政治”问题的区分不能成立，因为没有任何一个问题的“内在性质”能被称为基本上是“法律”的或“政治”的；这些属性实际上是指所涉问题的解决方式¹³是

⁷ 关于这一具体问题，国际法院已经表示，如果问题是“从法律角度拟写”并提出“国际法问题”，则“按其性质而言，可以根据法律给予答复”，并且似乎属于“法律性质的问题”；国际法院，关于西撒哈拉的咨询意见，1975年，第15段；国际法院，关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，1996年，第11段。

⁸ 国际法院，关于西撒哈拉的咨询意见，1975年，第15段；国际法院，关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，1996年，第11段。

⁹ 国际法院，关于申请复核联合国行政法庭第158号判决的咨询意见，1973年，第14段；国际法院，关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，1996年，第13段。

¹⁰ 国际法院，关于联合国某些经费的咨询意见，1962年，第155页。

¹¹ 参见，国际法院，关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见，2004年，第41段。

¹² 参见，国际法院，关于接纳国家成为联合国会员国的条件的咨询意见，1948年，第61-62页；国际法院，关于联合国大会接纳国家加入联合国的权限的咨询意见，1950年，第6-7页；国际法院，关于联合国某些经费的咨询意见，1962年，第155页。并参见，国际法院，关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，1996年，第13段；国际法院，关于1951年3月25日世界卫生组织同埃及的协定的解释的咨询意见，1980年，第33段。

¹³ 参见，M. Vaucher, *Le problème de la justiciabilité et de la non justiciabilité en droit international des différends dits “politiques” ou “non juridiques” et les notions de compétence exclusive et de compétence nationale*, Pédone 出版社，巴黎，1951年，第3至243页。

“法律”（司法）方式还是其他方式。因此，看到这些年来人们固执但缺乏连贯性地向国际法院提出这一点，多少有些令人惊讶。

10. 鉴于上述情况，可以得出结论认为，大会通过 2008 年 10 月 28 日的决议提出请国际法院发表咨询意见的请求，在提出请求机关（大会）的权限和请求的实质两方面，均满足《联合国宪章》第九十六条第一项和《国际法院规约》第六十五条的要求，显示了法律问题的性质。这足以确定法院管辖权问题。此外，在本咨询程序中，没有人提出可能导致法院作出其他结论的任何因素。

11. 因此，我赞同法院的观点，即法院有管辖权，可依请求发表咨询意见。咨询意见应关注大会在审议相关事项时所采取的更广泛的视角（参见上文），注重围绕着宣布独立是否符合国际法这一争议事项的重要人道主义方面。这要求法院认真考虑向其提出的请求的综合事实（参见下文），以避免在咨询意见中进行冷漠的推理。

12. 这是我的推理与法院推理的不同之处。对综合事实的考虑相当重要，因为独立宣言不是在社会真空状态下宣布的，有必要至少讨论导致宣布独立的直接原因。这一点与通常对所谓司法“裁量权”的争论相比，重要得多。在本法院行使其咨询管辖权的实践中，关于裁量权的争论被反复提出。只需简要回顾国际法院的法院惯例即足以解决这一问题，无需多费功夫，从而可以集中关注大会向法院所提问题的事实背景等关联性大得多的其他因素。

2. 所谓司法“裁量权”及法院行使咨询职能的义务

13. 这一初步阶段的第二项考虑与司法“裁量权”（而非妥当性）有关，在本程序期间，一些参与方引证的某些论点把这一问题放在了突出地位。此类论点试图说服本法院行使裁量权，拒绝发表大会请求的咨询意见，原因是：请求事关“在本质上属于任何国家国内管辖之事件”（《联合国宪章》第二条第七款）；或称利用程序主要是为了谋求单个国家的利益，而不是请求机构的利益；或本法院的咨询意见没有任何用途；或本法院的意见可能对区域的和平与安全产生不利影响；或科索沃不同意本法院的管辖权；或称本法院发表咨询意见在政治上是不恰当的。我认为所有这些论点都是完全无法令人信服的。

14. 首先，国际法院曾在六十年前发表的咨询意见中说到，其《规约》第六十五条赋予其“审查案件情节是否具备促使国际法院拒绝答复请求的特点的权力”；¹⁴ 国际法院进一步警告道，“本法院本身是“联合国一个机构”，答复表明其参与联

¹⁴ 国际法院，关于与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释的咨询意见，1950 年，第 72 页。

国的活动，原则上不应拒绝”。¹⁵ 按照本法院自己的司法惯例，只有“令人信服的理由”才能使国际法院拒绝答复。¹⁶

15. 关于国内管辖权的论点(参见上文)，前常设国际法院在“突尼斯和摩洛哥国籍法令”案(1923年)中认为，“某一事项是否仅属于一国管辖权的问题在本质上是相对的，取决于国际关系的发展”(第23至24页)。自那以来，联合国主要机构以及联合国会员国遵循常设国际法院这一附带意见，在惯常做法中承认，借助《联合国宪章》规定的国内管辖权的做法被逐渐淡化。

16. 这一点在国际法律著述也被论及。因此35年前，有人认为，一国以国内管辖权为由提出反对不能阻碍把事项纳入关注此事的国际机构的日程，或阻碍在国际一级对事项进行讨论，这一事实证实了各国保留领域业已持续缩减的观点。在这种情况下，国内管辖权成为国际法在各国保留领域内留下的残余裁量权威。¹⁷ 二十年后，有人再次提出，在考虑人权问题时，就自决原则而言，《联合国宪章》第二条第七款不适用，以此使其脱离国内管辖权的领域。¹⁸

17. 事实上，国际法院也曾指出，“本法院的咨询意见并非为了解决国家间的争端，至少不是为了直接解决争端，而是为征求意见的各机构和组织提供法律咨询”。¹⁹ 联合国处理科索沃人道主义危机的做法表明，大家普遍认可，联合国主要机构(尤其是安全理事会和大会)为确保维护国际和平与安全而启动并采取措施的权力相当广泛，各国不能以国内管辖权为由对其进行限制。既如此，国际法院作为“联合国之主要司法机关”(《联合国宪章》第九十二条)，不接受以国内管辖权为由使其拒绝行使咨询职能，这也适用于当前就科索沃宣布独立是否符合国际法的问题征求咨询意见的请求。

¹⁵ 同上，第71页。

¹⁶ 国际法院，关于国际劳工组织行政法庭关于对联合国教科文组织的投诉的判决的咨询意见，1956年，第86页；国际法院，关于联合国某些经费的咨询意见，1962年，第155页；关于南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果的咨询意见，1971年，第27页；国际法院，关于申请复核联合国行政法庭第158号判决的咨询意见，1973年，第183页；国际法院，关于西撒哈拉问题的咨询意见，1975年，第21页；国际法院，关于《联合国特权及豁免公约》第六条第22节的适用性的咨询意见，1989年，第191页；国际法院，关于以核武器相威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，1996年，第235页。

¹⁷ A. A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations”, 《国际法和比较法季刊》第25卷(1976年)，第713至765页。

¹⁸ A. Cassese, *Self Determination of Peoples—A Legal Reappraisal*, 剑桥大学出版社, 1995年，第174页及其后。

¹⁹ 国际法院，关于以核武器相威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，1996年，第15段；国际法院，关于与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释(第一阶段)的咨询意见，1950年，第71页。

18. 本咨询程序的一些参与方提出了另一个观点，称使用咨询程序主要是为了谋求单个国家的利益，而不是处理大会(提出请求的联合国机构)的关切。少数几个参与方进一步提出，鉴于大会第 63/3 号决议以微弱多数被通过，国际法院若要发表咨询意见，务须极为谨慎；它们认为国际法院需要尽可能地克制。在我看来，这些论点是诡辩。

19. 在讨论大会决议草案期间，必然考虑了所有这些问题，²⁰ 当时，联合国所有会员国有机会表达自己支持或反对通过这样的决议草案的观点。塞尔维亚最初提议将这一事项纳入大会议程，联合国所有会员国在审议这一议程项目时，有机会表达自己的观点。我认为，核准决议草案时表决结果势均力敌或不相上下的情况是无关紧要的。

20. 通过第 63/3 号决议的是联合国大会，而不仅是投票赞成决议的国家。这是因为联合国具有国际法律人格，这一人格有自己的意愿，这种意愿无疑不同于联合国会员国意愿的总和，或一些会员国(投票赞成联合国某一主要机构决议的会员国)意愿的总和。在这一具体案件中，联合国会员国在大会审议了这一事项，后者作为联合国的主要机构之一，决定将科索沃宣布独立问题作为“联合国的关切之一”。

21. 因此，国际法院应谨慎进行，它当然是这么做的，但不应对发表本咨询意见感觉束手束脚。本法院不应纠缠于通过大会第 63/3(2008)号决议前的政治辩论的情势。国际法院曾提出警告，“本法院的咨询意见不是对国家发表的，而是对有权提出请求的机构发表的”。²¹ 国际社会期望，在面对一些国家显而易见的敏感性时，本法院本着肩负的高度职责行事，不屈从于焦虑或恐惧。应由国际法院解释法律(司法管辖权)。²²

22. 无论如何，本法院应铭记其根本无法逃避行使解释法律(司法管辖权)的咨询职能，自己权衡决定发表咨询意见的后果。毕竟国际法院自己在六十年前曾指出，为发表咨询意见的请求提供适当答复，“表明其参与联合国的活动，原则上不应拒绝”。²³

²⁰ 联合国文件 A/63/L. 2。

²¹ 国际法院，关于与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释的咨询意见，1950 年，第 71 页。

²² 国际法院曾在各种场合指出，其“可以就任何法律问题发表咨询意见，无论其是否抽象”。国际法院，关于接纳一国为联合国会员国的条件的咨询意见，1948 年，第 61 页；国际法院，关于联合国行政法庭补偿裁决的效力的咨询意见，1954 年，第 51 页；国际法院，关于南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果的咨询意见，1971 年，第 40 段；国际法院，关于以核武器相威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，1996 年，第 14 段；国际法院，关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见，2004 年，第 40 段。

²³ 国际法院，关于与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释(第一阶段)的咨询意见，1950 年，第 71 页。

23. 因此，本咨询程序的几个参与方称，国际法院的咨询意见没有用途，这样的论点在我看来完全没有根据。认为本法院的咨询意见缺乏“实际影响”的观点也是如此，这样的论点只不过是诡辩。在这方面可回顾本法院对于相关问题的司法惯例。²⁴ 在这一具体案件中，本法院的任务是，对科索沃宣布独立是否符合国际法的问题提供咨询意见，从本法院的意见中得出结论并适用结论以进一步处理科索沃的局势是大会的职责。通过这样的程序，国际法院为国际一级的法治做出贡献，自 2005 年召开联合国世界首脑会议以来，这一点得到越来越多的关注和兴趣，自 2006 年以来，它已成为联合国大会一个重要的议程项目（“国内和国际的法治”）。²⁵

24. 下一个论点显然事关司法“裁量权”或妥当性，即称本法院的意见可能对区域的“和平与安全产生不利影响”，这一论点同样是诡辩。其中没有任何新意，本法院在先前的咨询意见中曾对此类论点做出答复。例如，国际法院在关于使用核武器的合法性的咨询意见（1996 年）中指出：

“有人认为，法院如对此案作出答复，可能对裁军谈判产生不利影响，因此会违背联合国的利益。法院认识到，在它可能提出的任何咨询意见中，无论作出何种结论，都将对大会关于该事项的持续辩论产生影响，并将成为有关谈判的又一个因素。除此以外，意见的影响就是一个见仁见智的问题了”（第 17 段）。²⁶

25. 国际法院的工作不是推测其咨询意见最终将产生什么影响，我认为，本法院应忠实履行自己的咨询职能，为在国际关系中普遍实现法治做出贡献。这很有可能帮助减少该区域的紧张和政治纷争。很久以前，曾有一种意见倾向，支持海牙法院具有决定是否提供咨询意见的广泛裁量权；随后产生了另一种意见倾向，接受仅在例外情况下或在面对“令人信服的理由”（必要理由）时，法院有这种

²⁴ 因此，国际法院在关于西撒哈拉问题的咨询意见（1975 年）中认为，在《联合国宪章》或法院《规约》中，没有任何内容限制大会就现有权利或义务的相关法律问题请求发表咨询意见的权限，也没有任何内容限制法院对此发表意见的权限（第 18 段）。咨询意见将为大会“进一步处理（争议问题）提供有关的法律意见”（第 32 段）。早些时候，在关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见（1951 年）中，国际法院提出，请求发表咨询意见的目的是“指导联合国自己的行动”（第 19 页）。五年前，国际法院遵循自己的司法惯例强调，“咨询意见的目的是向提出请求的机构提供它们在行动中必需的法律工具”；国际法院，关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见，2004 年，第 59 段。

²⁵ 参见 2006 年 12 月 18 日联合国大会第 61/39 号决议；2007 年 12 月 6 日联合国大会第 62/70 号决议；2008 年 12 月 11 日联合国大会第 63/128 号决议；2009 年 12 月 16 日联合国大会第 64/116 号决议。

²⁶ 又见：国际法院，关于西撒哈拉问题的咨询意见，1975 年，第 73 段。

裁量权。一种更睿智的意见倾向摒弃了裁量权，只接受为保护司法完整性而不予受理。²⁷

26. 在关于科索沃宣布独立是否符合国际法的问题的本咨询意见第 29 段中，本法院似乎陷入了无谓的困惑，令人遗憾地承认自己可以限制自己的咨询职能，并为所谓的“裁量权”赋予了一层其没有的含义。国际法院将裁量权与司法妥当性混为一谈，也没有强调其在联合国时代正确采取的积极立场，即作为联合国之主要司法机关（《联合国宪章》第九十二条）以及作为在国际关系中普遍实现法治的最终捍卫者，行使自己的咨询职能。²⁸ 同样，在第 29 段令人遗憾的文字中，令人多少感到不安的是，东卡雷里亚问题的魂魄似乎如不死鸟一般从死灰中复燃……。

27. 本法院的咨询职能不是一项简单的授予权力，可以任其自由裁量是否加以利用：这是一项联合国主要司法机构的职能，最终对整个国际社会具有无可比拟的重要性。大会或安全理事会等政治机构可以行使裁量权，在决定是否请求国际法院发表咨询意见的时候也是如此。不管是对发表咨询意见的请求，还是对诉讼案件，国际法院在处理一事项（咨询事项或诉讼案件）时，有义务忠实履行自己的司法职能。本法院不应沉溺于对发表咨询意见机会的斟酌，我感到吃惊的是，本法院竟在本咨询意见（第 29 至 48 段）中，如此关注这一问题，以至于挑出种种技术问题（在 36 和 39 段中，关于安全理事会和大会各自的作用和职能），并逃避仔细审议科索沃严重人道主义危机的事实背景（参见下文），在本咨询程序的书面和口头阶段过程中，数个参与方提请关注此事实背景。

28. 毕竟，我们的时代是一个确保国际法庭繁荣发展的时代，见证了对法律高于武力的认可。我们的时代是一个国际法和国际关系被“司法裁决化”的时代，见证了和平解决争端模式的改进。我们的时代是一个国际管辖权扩大的时代，见证了客观司法理念的前进。我们的时代是一个愈来愈关注法治在国内和国际上发展的时代，这是一个现在整个联合国致力于推动的事业，从 2006 年以来尤其如此（参见上文）。我认为，相当自由地援引并坚持“裁量权”似乎忽略了当代国际法中司法职能的演变进程，若不是试图阻碍这一进程的话。所幸的是，对当代和令人鼓舞的司法裁决化现象的认知最终战胜了过度政治化，凸显出本法院审查的某些论点，这些论点本应被本法院迅速摒弃。

²⁷ 参见 R. Kolb, “De la prétendue discrétion de la Court Internationale de Justice de refuser de donner un avis consultatif”, 载于 *The International Legal System in Quest of Equity and Universality - Liber Amicorum G. Abi Saab* (编辑 L. Boisson de Chazournes 和 V. Gowlland Debbas), 海牙, Nijhoff, 2001 年, 第 614 至 618 页, 又见第 619 至 627 页。

²⁸ 国际法院在关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见（2004 年）中回顾，“本法院在运用酌处权时，从未拒绝对征求咨询意见的请求作出答复。（……）只有一次本法院的前身常设国际法院认为不应答复向其提出的问题（“东卡雷里亚的地位”，咨询意见，1923 年）”（第 44 段）。

29. 转入另一个相关方面，我认为还有一个问题也非常明确，即国际法院若认为合适，则完全有权力重拟为请求发表咨询意见向其提出的问题，以便使问题更加明确。因此，称草拟的问题不够明确或肯定的说法，不能被用来剥夺本法院的管辖权。恰恰相反，若存在任何不确定性，可要求本法院进行澄清或改述。事实上，在数十年中，常设国际法院和国际法院不断发现，征求咨询意见的请求的措辞或是没有准确表述期望法院发表意见的问题，²⁹ 或是不对应审理中的“真正法律问题”。³⁰ 国际法院在一案件中指出，向其提交的问题“从表面上看既措辞不当，又十分模糊”。³¹

30. 因此，常常要求本法院扩大、解释甚至重新措辞所提出的问题；³² 本法院因此认为应该“找出现行原则和规则”，给予解释和应用，从而“根据法律对提出的问题”给予答复。³³ 这一点驳斥了国际法院发表本咨询意见在“政治上是不恰当”的论点，倘若不能认为这一论点是不恰当的，至少它完全没有说服力。不应向“联合国之主要司法机关”（《联合国宪章》第九十二条）提出这样的论点，国际法院不能给请其执行一项纯法律任务的请求抹上政治色彩。³⁴ 国际法院在这方面曾认为：

“在政治考量占据主导地位的机构中，国际组织获得本法院关于辩论事项所适用法律原则的咨询意见也许尤为必要”。³⁵

31. 然而，在本咨询程序过程中，另一个此类观点是，科索沃不同意本法院的管辖权，据说这是一个影响本法院的司法妥当性的问题：这一观点认为国际法院不应在这一具体案件中行使管辖权，因为大会的请求事关科索沃与塞尔维亚之间的双边争端，其中科索沃不同意行使这样的管辖权。我认为，这一论点也是没有说服力和无根据的。

²⁹ 如见：国际常设法院，关于 1926 年 12 月 1 日《希腊-土耳其协定》的解释的咨询意见，1928 年，第 14 至 16 页。

³⁰ 国际法院，关于 1951 年 3 月 25 日世界卫生组织同埃及的协定的解释的咨询意见，1980 年，第 34 至 36 段。

³¹ 国际法院，关于申请复核联合国行政法庭第 273 号判决的咨询意见，1982 年，第 46 段。

³² 除上述三个咨询意见外，另见国际法院关于西南非洲问题委员会可否举行请愿人听证会问题的咨询意见，1956 年，第 25 页；以及国际法院关于联合国某些经费的咨询意见，1962 年，第 157 至 162 页。

³³ 国际法院，关于以核武器相威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，1996 年，第 13 段；国际法院，关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见，2004 年，第 38 段。

³⁴ 国际法院，关于联合国某些经费的咨询意见，1962 年，第 155 页。

³⁵ 国际法院，关于 1951 年 3 月 25 日世界卫生组织同埃及的协定的解释的咨询意见，1980 年，第 87 页，第 33 段。

32. 同意是本法院行使诉讼职能的前提，而不是行使咨询职能的前提，这一点广为人知。情况必然如此，因为咨询意见是为了向联合国及其机构提供方向和指导。六十年前，在其著名的关于与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释(第一阶段，1950年)的咨询意见中，国际法院曾在这方面做出澄清，引用原文：

“争端当事国的同意，是本法院在诉讼案件中行使司法权的依据。对于咨询程序而言，情况则有所不同，即便征求意见的请求涉及国家间实际未决的法律问题。本法院的答复仅为咨询性质，既如此，则答复不具约束力。由此可见，无论是否联合国会员国，任何国家都不能阻止发表联合国认为有益于获得指点，协助其决定所采取行动的咨询意见。本法院的咨询意见不是对国家发表的，而是对有权提出请求的机构发表的；(……)本法院原则上不应拒绝答复(……)”(第71页)。³⁶

在本案中，请求国际法院发表咨询意见的目的是，就当局宣布科索沃独立是否符合国际法，向大会提供启迪。

33. 此外应谨记的是，虽然各国的事先同意一直阻碍国际法院在解决诉讼案件中行使职能，但对其行使咨询职能，情况恰恰相反：行使咨询职能根本无需事先征得各国同意。在此，国际法院不仅可以澄清为征求其咨询意见而提交的问题，还可借此为国际法的逐渐发展做出贡献。这方面的三个著名实例是其开拓性的咨询意见，即1949年关于执行联合国职务时所受损害的赔偿、1951年关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留和1971年关于南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果的各项咨询意见。

34. 综上所述，关于审理的基本问题，在本咨询程序过程中，试图说服国际法院对当局宣布科索沃独立问题抑制或克制发表其咨询意见的所有论点都经不起更仔细的推敲。本法院对当前事项有确凿无疑的管辖权(参见上文)，也不存在迫使本法院不行使管辖权的“令人信服的理由”。在这方面无需进一步进行澄清。我对这一点的结论是，本法院根本无法“自由裁量”行事，它必须履行咨询职能，发表所请求的咨询意见(它正是这么做的)，以此忠实履行作为联合国主要司法机构的义务。我认为，在本咨询意见中，本法院本应更多地关注争议问题的事实环境，尤其是其事实背景。

³⁶ 五年前，国际法院在先前关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见(2004年)中，遵循同样的推理。国际法院在“司法适当性问题中”，审析了“某些有关国家对大会(就争议问题发表咨询意见)的请求表示的反对”，然后认为：

“向法院提出请求的目的是，请本法院提出大会认为将有助于它适当履行职责的咨询意见。请法院提出的咨询意见，事关联合国特别关切的一个问题，这个问题涉及的范围远远超过了双边争端”(第50段)。

三. 提交法院的问题的事实背景和来龙去脉

35. 法院在关于“科索沃宣布独立是否符合国际法”一案发表的咨询意见中，对大会向其提交的问题的事实背景采取从简做法，将注意力集中于科索沃 2008 年 2 月 17 日宣布独立一事，仅抽象述及其原因，即科索沃旷日持久和严重的人道主义危机这一连串悲剧性事实，最终导致安全理事会通过第 1244(1999)号决议。作为法院的一名成员，我感到有责任在个别意见中审视事实背景，认真考虑科索沃严重的人道主义危机，而法院似乎认为没有必要这样做。毕竟，在法院咨询程序的书面和口述阶段，这一问题均一再提请法院注意，我认为是很有相关意义的。也许法院与人一样，“无法忍受太多的真实”。³⁷

36. 因此，在讨论大会请法院发表咨询意见的这一问题的事实背景和来龙去脉时，请允许我指出，国际法院曾几次多少有点明确地认为，有必要认真讨论提请其注意的问题的所有事实，以发表请求提供的咨询意见。因此，法院在 1971 年关于“南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果”这一著名的咨询意见中指出，

“南非在这些程序中提交的书面陈述所附的材料无可争辩地说明而且充分证实，南非在纳米比亚推行的政府官方政策是为了着实将该领土的各种族和族裔群体完全分开。正如南非所承认的，实行这一政策将要求前委任统治国以高压手段在领土上正式采取并强制推行限制性的控制措施。这些措施限制、排斥或约束当地居民参加某种活动、学业或培训、劳动或就业，并且在领土的很多地方对他们的居住和行动实行限制或排斥。

按照《联合国宪章》，前委任统治国已保证在具有国际地位的领土内遵守与尊重所有人的人权及基本自由，不分种族。反之，规定并实行完全基于种族、肤色、血统或民族或族裔本源的区分、排斥、约束和限制是对基本人权的剥夺，是公然违反《宪章》宗旨和原则的行为”（第 130-131 段）。

37. 同样，国际法院在 1975 年关于“西撒哈拉”的咨询意见中，“根据这种领土以及民众的这种社会和政治组织形式”（第 89 段），审查了提请其注意的事项，进而详细地审查了事实情况（第 90-107 段）。再者，在 2004 年关于“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”的咨询意见中，法院在确定与评估以色列采取的措施是否合法这一问题有关的国际法原则与规则之前，先根据秘书长的报告，详尽地叙述了以色列建造或计划建造的工程。咨询意见详细地说明了这些工程对巴勒斯坦人的影响（第 79-85 段）。而且，国际法院补充道，对秘书长报告“印

³⁷ 意译 Thomas Becket 在 *Canterbury* 中的独白，他对即将要作出的牺牲的预感；比较 T. S. Eliot, “Murder in the Cathedral” (1935), 载于 *The Complete Poems and Plays 1909-1950*, N. Y. /London, Harcourt Brace & Co., 1980 [reprint], pp. 208-209.

发之后的事态发展”，法院将参阅秘书长为了补充报告而提交的《联合国书面陈述》中所载的补充资料(第 79 段)。

38. 还有一次，在 2005 年 12 月 19 日对“刚果境内的武装活动”(刚果民主共和国诉乌干达)一案的判决中，国际法院在仔细分析了案件的事实背景和法庭上提出的证据后，认为：

“法院有可靠的证据，足以断定乌国防军部队杀害民众、对他们施行酷刑和其他不人道的待遇，摧毁村庄和民用建筑，没有区分民用目标和军事目标，在与其他战斗人员交战时没有保护平民，煽动族裔冲突，不采取步骤结束这种冲突，参与训练儿童兵，不采取措施确保在占领区尊重人权和国际人道主义法”(第 211 段)。

在 2005 年刚果民主共和国诉乌干达一案的同一判决中，法院还指出“刚果民主共和国境内复杂冲突的各当事方的行动造成了刚果民众的深重苦难。法院痛苦地了解到，冲突期间犯下了许多暴行”(第 221 段)。

39. 还有一次，法院在 2002 年 7 月 10 日对“刚果境内的武装活动”(新的申请：2002 年时，刚果民主共和国诉乌干达)一案下达的命令中，考虑了事实背景，宣布法院“对刚果民主共和国东部的人民由于那里发生的战争而蒙受的悲惨遭遇、生命损失和巨大痛苦表示深切的关注”(第 54 段)。同样，1999 年 6 月 2 日，国际法院在关于“使用武力合法性”的案件(临时措施)的命令中指出，法院对

“在科索沃发生的人类悲剧、生命损失和巨大苦难深表关切，这些是形成争端的背景，并且深为关切在南斯拉夫各地继续发生的生命损失和人类苦难”。³⁸

正如人们完全可以预料的，国际法院在所有上述案例中，都毫不迟疑地审议提请其注意的案件和事项的事实背景，然后再对它们作出判决。

40. 因此，诚如已经指出的，国际法院在关于“科索沃宣布独立是否符合国际法”一案发表的咨询意见中，虽然花了很多精力关注在实际咨询时向其提出的有关所谓的司法“裁量权”的通常要点，看来似乎要说明提出咨询意见的理由，却对大会为得到咨询意见而向其提出的问题却只给予简要和粗略的关注，未免使我感到奇怪。但正是科索沃的人道主义灾难才促使安全理事会通过第 1244(1999)号决议，并产生了其后的事件，最终是科索沃当局在 2008 年 2 月 17 日宣布独立。

41. 因此，我认为，为了提出咨询意见，科索沃的人道主义灾难值得法院认真关注。我认为，法院本应该对请求其提出意见的事实背景和一般情况给予明确关注。

³⁸ 国际法院，关于使用武力合法性的案件(南斯拉夫诉比利时)，关于提出指明临时措施请求，《国际法院案例汇编》(1999 年)第 131 页，第 16 段，以及其它关于使用武力合法性的案件(1999 年)中的有关附带意见。

毕竟在 1989–1999 年的十年期间，科索沃的严重人道主义危机不仅依然是对国际和平与安全的威胁——直到安全理事会通过第 1244(1999) 号决议，在联合国主持下对该地区实行国际管理——而且也是一个给广大民众带来死亡、各种严重伤害和可怕痛苦的人类悲剧。我认为，法院不应该像其在咨询意见中所做的，仅限于挑选科索沃当局 2008 年 2 月 17 日宣布独立时和其后不久报告和发生的少量事实，不具体分析促使安全理事会通过第 1244(1999) 号决议和十年之后导致宣布独立的事实背景。

42. 实际上，国际法院在很大程度上规避了这一事实背景。在咨询意见中，法院似乎满足于重点关注 2008–2009 年的事件，³⁹ 至于这些事件之前发生的和解释这些事件的严重的人道主义危机，法院只是简短扼要地提及科索沃的那次危机，并提及“停止”在科索沃的“暴力和镇压行为”，⁴⁰ 根本没有进一步地具体提及构成那次旷日持久的人道主义危机的种种事实，尽管一些参加者(参见下文)在本咨询程序的书面和口述阶段都曾提请法院注意这种事实背景。

43. 而且，我认为，无论是安全理事会第 1244(1999) 号决议还是科索沃 2008 年 2 月 17 日的独立宣言都不能严格地视为是对事实背景和情况的总结。关于事实背景，应该记得，在科索沃危机爆发和恶化之前(80 年代末和 90 年代初)，南斯拉夫社会主义联邦共和国的宪政结构包括六个共和国(波斯尼亚和黑塞哥维那、克罗地亚、马其顿、黑山、塞尔维亚和斯洛文尼亚社会主义共和国)和两个自治省(塞尔维亚国社会主义共和国境内的科索沃和伏伊伏丁那)。根据 1974 年的《南斯拉夫社会主义联邦共和国宪法》，社会主义自治省科索沃“高度自治”。事实上，由于 1974 年《南斯拉夫社会主义联邦共和国宪法》赋予的“广泛权利”，上述共和国和自治省之间“在事实上是平等的”。⁴¹

44. 1989 年，由于对《塞尔维亚共和国宪法》作了修改，科索沃的自治省地位被取消，导致严重的紧张局面并使科索沃立即作出反应，⁴² 争取独立。人道主义危机爆发了。在 1990 年之后的期间中，系统性的歧视措施以及连续和严重的侵犯人权行为盛行，最初几年是塞尔维亚当局对大批科索沃阿尔巴尼亚民众为非作歹。90 年代后期，危机加剧，开始出现族裔清洗的恶行⁴³ 以及严重侵犯人权和违反国际人道主义法的行为。

³⁹ 咨询意见第三至第四节。

⁴⁰ 参见本咨询意见第 58 段。

⁴¹ 例如参见 R. Muharremi, “Kosovo’s Declaration of Independence: Self-Determination and Sovereignty Revisited”, 33 *Review of Central and East European Law* (2008) pp. 406–407.

⁴² 1990 年 7 月，科索沃议会宣布科索沃是南斯拉夫境内的一个独立共和国。

⁴³ 参见 M. Grmek, M. Gjidara and N. Simac (eds.), *Le nettoyage ethnique (Documents historiques sur une idéologie serbe)*, Paris, Fayard/Éd. Seuil, 2002, pp. 43–353.

45. 本法院在进行咨询程序时(书面和口述阶段),一些参加者感到关切的是,有人将科索沃的局势说成是自成一类或以其他方式加以描述。他们之所以感到关切是因为担心无论结果如何,都会造成先例。难以不承认的是,每个案例都是个案,有其本身的历史。一些案例可能带有同样的历史特点(例如60年代后期、70年代和80年代初期的非殖民化案例),从而在联合国法的历史发展过程中符合某一模式。也是在联合国法的框架中,其它案例则可能显得比较独特。

46. 应该认真牢记每个案例的历史。每个案例都有其自身的发展经过。因此,我认为,不应该抽象或孤立地看待科索沃在2008年宣布独立的事件,而应该联系解释这一事件的事实背景和历史情况。同样,应该整体看待2008年宣布独立一事。1989-1999这十年间科索沃的人道主义危机似乎与前南斯拉夫解体的历史过程联系在一起。从社会事实来看,和平解决的多次尝试受到抵制,时限得不到遵守,⁴⁴截止日期也不起作用。每个案例的历史都不局限于一系列试图和平解决的努力,都包括同样需要认真考虑的原因和附带现象。

47. 其次,90年代在科索沃形成的严重的人道主义危机的特点是持久接连发生危害平民的罪行,严重违反国际人道主义法和国际人权法,并且出现了当今时代最可怕的罪行之一:族裔清洗。由于联合国前人权委员会的迅速反应,这一用语已经进入当代国际法的词汇。人权委员会从1992年8月起,开始用这一用语专指前南斯拉夫遭受的这一悲剧冲突。从1992年下半年以来,“族裔清洗”这一用语经常出现在联合国的其他文件中,包括大会和安全理事会的决议。

48. 我十分清楚地记得,关于这些罪行的消息对数百公里之外的维也纳所即刻产生的影响。当时那里正在召开第二次世界人权会议(1993年6月),我在会议的起草委员会工作。世界会议起初决定不突出任何局势,但很快因为从前南斯拉夫传来的可怕消息而放弃了这一决定,并彻底转向。与会者普遍感到,联合国召开的一个关于人权的世界会议不具体对待这一总体局势,干脆就会失去存在的理由。这就是为什么会议除了通过1993年的《维也纳宣言和行动纲领》和《会议的最后报告》之外,还通过了关于波斯尼亚和黑塞哥维那的决议以及关于安哥拉的决议,当时这两个国家都在遭受武装冲突蹂躏。

49. 第三,科索沃人道主义危机的另一个特点是联合国安全理事会于1999年6月10日通过第1244(1999)号决议,在最终决定科索沃的未来地位之前,将科索沃置于联合国的一个临时国际行政当局的管辖之下,同时承认塞尔维亚的领土完整。自那时以来,科索沃就脱离了塞尔维亚的“国内管辖”,成为国际正当关注的一个事项。为了对其进行国际管理,联合国法成为适用其地位的法律。联合国秘书长特使(2005年11月14日任命的马尔蒂·阿赫蒂萨里先生)在关于科索

⁴⁴ 与巴丹泰委员会(徒劳地)想使人们相信的情况相反。关于这一点,参见P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, London/N.Y., Routledge, 2002, pp. 247-253.

沃未来地位的报告中也指出过科索沃局势的独特性：“科索沃是一个独特的案例，要求有独特的解决方案。科索沃对其他尚未解决的冲突并不构成先例”（第 15 段）。⁴⁵

50. 如果回顾一下科索沃人道主义危机的原因和附带现象(本咨询意见只简要地提及导致这一危机的有关事实，而完全避免对此加以审查)，可以看到 1989 年剥夺科索沃的自治权(原先得到 1974 年宪法的保障)为十年期间(1989-1999)致使科索沃大批民众沦为受害者的蓄意歧视、赤裸裸的暴力和暴行铺平了道路，促致联合国的主要政治机关通过一系列决议，最终安全理事会通过第 1244(1999)号决议。

51. 在审查类似科索沃的人道主义危机时，友好解决的努力当然是有现实意义的，⁴⁶ 但为了超越安全理事会第 1244(1999)号决议而进而探讨科索沃 2008 年 2 月 17 日的独立宣言，就得考虑先前冲突的原因，那就是系统、长久、野蛮地镇压科索沃的大批民众(见下文)。我认为，不能“技术性地”、孤立地看待友好解决的努力，不联系发生冲突的原因。因此，正如已经指出的，必须明确地掌握大会请国际法院发表咨询意见的这一问题的整个情况和事实背景(参见下文)。

52. 在着手审查所有那一系列决议之前(国际法院同样避免那样做，而只是着重于安全理事会第 1244(1999)号决议)，我认为有必要将此事放在联合国法律这一更广泛的框架中看待。为此，我将首先回顾与国际组织开始越来越关注“人民”或“民众”的需要和愿望有联系的、在此不得不注意的相关往事。

四. 国际组织的出现及对“人民”或“民众”的需要和愿望的越来越多的关注

53. 国际组织的出现，不仅预示着国际法律人格(不再由国家垄断)的日益扩大，而且也将注意力转移到满足人民的需要和愿望的重要性上。从这个意义上说，在国际组织的促进下，在新时代框架内万国法重新得到重视，忠实于万国法“奠基

⁴⁵ 同样，欧洲联盟理事会于 2008 年 2 月 18 日再次表示认为，科索沃的局势是自成一类的案例。这些年来，整个区域的总体局势发生了很大的变化。

⁴⁶ 国际法院当然应该考虑在科索沃危机的不同阶段为达成和平解决而采取的努力和主动行动，并考虑冲突的原因。在争取和平解决这方面，除其它外，不妨回顾联络小组(1998-1999 年)参与的谈判、朗布依埃会议产生的协定(1999 年)、安全理事会第 1244(1999)号决议本身、科索沃临时自治宪法框架(联合国秘书长特别代表 2001 年 5 月公布并于 2003 年年底执行完毕)、三驾马车会谈(2007 年)、联合国秘书长特使关于科索沃未来的报告(2007 年)。至于最近关于一系列和平解决努力的陈述，参见 H. H. Perritt Jr., *The Road to Independence for Kosovo-A Chronicle of the Ahtisaari Plan*, Cambridge, University Press, 2010, pp.1-278; J. Ker-Lindsay, *Kosovo: The Path to Contested Statehood in the Balkans*, London/N. Y., I. B. Tauris, 2009, pp.1-126 等。

人”的教诲的人文主义愿景又得到复苏(比照下文)。这一愿景体现于以往国际联盟委任制度和联合国托管制度的实验中,也体现于今天联合国对特定领土实行国际管理的举措中。

1. 国际联盟：委任制度

54. 委任制度产生于人类的良知,是对过去虐待行为的反应,是为了制止这种行为:当时大国兼并殖民地,奉行获取领土的政策(以此宣示国家主权),获取和开发自然资源。所有这些虐待行为,都是公然粗暴地无视原住民已经十分恶劣的生活条件和无法自卫的状况。对这类虐待行为的反应,见《国际联盟盟约》第二十二条,其中将注意力转到所要协助和保护的人民。

55. 《国际联盟盟约》第二十二条(1)及(2)明示,根据正在形成的委任制度,委任统治国要负责其统治下人民的“幸福与发展”,发挥“监护”作用。国家主权与委任制度无关:对委任工作毫无影响,在委任范畴内也无可运用。国家主权显然与委任职责和对委任统治下的人民的责任脱钩,委任作为“文明的神圣之信托”,是为了增进这些人民的福祉和发展。

56. 国际法中于是创立了一种新的关系,在委任制度框架内取代陈旧的传统国家主权概念,转而为民理政,力求满足人民自身利益,提供培训机会,帮助人民走向自主和自治。1930年,Norman Bentwich(当时委任制度领土之一巴勒斯坦总检察长)说得很周到:

“委任者是有良心的保护者,更是良心的守护者,委任者须按特定原则施政,抑强护弱,不求利润,不求特权”。⁴⁷

57. 为使有关人民享有福祉,实现发展,委任统治国要保证人民良知自由,所有宗教和信仰自由。根据《国际联盟盟约》第二十二条的规定,委任统治国的双重性十分明显:其一,委任统治国对委任统治下的人民负有责任(个人关系);其二,委任统治国对(当时)国际社会、对监督委任制度的国际联盟、⁴⁸最终对全人类负有责任。

58. 然而,像所有的法律文书、机制和机构一样,委任制度是其时代的产物。我们都生活在一定的时代。委任制度有明示,有必要从此向前,避免以往的污名,如使用的某些术语(如“监管”,甚至“监护”本身),以及试图把文明程度分类(如A、B和C三类委任统治)的做法。这一点在当时及以后曾引起许多辩论。在国际联盟时代,在国际组织随后的实验中,即托管制度中,人民自决成了关注的焦点。

⁴⁷ N. Bentwich, *The Mandates System*, London, Longmans, 1930, p. 5.

⁴⁸ 参见,同上, pp. 7-9 和 16-20.

2. 联合国：托管制度

59. 根据《联合国宪章》第十二章和第十三章设立的联合国国际托管制度，有关人民仍然是关注的焦点。而且，第十一章关于非自治领土的第七十三条重申了“神圣之信托”概念，“保障其不受虐待”，并按照他们的“愿望”逐渐“发展自治”。至于托管制度本身(第十二章)，第七十六条列出了基本目标，即：

“(子) 促进国际和平及安全；

(丑) 增进托管领土居民之政治、经济、社会及教育之进展；并以适合各领土及其人民之特殊情形及关系人民自由表示之愿望为原则，且按照各托管协定之条款，增进其趋向自治或独立之逐渐发展；

(寅) 不分种族、性别、语言或宗教，提倡全体人类之人权及基本自由之尊重，并激发世界人民互相维系之意识；

(卯) 于社会、经济及商业事件上，保证联合国全体会员国及其国民之平等待遇，及各该国民于司法裁判上之平等待遇(……)”。

60. 联合国托管制度就是根据《联合国宪章》第七十六条的目标、文字和精神、按照自然法思路订立并实施，力求为托管领土居民谋福利，并朝着自治或独立方向发展。⁴⁹ 为促进托管领土居民的社会发展，托管制度鼓励居民了解其权利，不忘这些领土居民当代和子孙后代的共同利益，⁵⁰ 争取使这些人民能够具备独立的能力，实现自己的愿望，使人人平等的待遇。⁵¹

61. 这种观点反映于联合国当代的国际管理的领土实验中。国际组织过去实验的人文主义遗产，以及目前联合国国际管理领土的举措(参见下文)，在此不能忽略。国际联盟(委任制度)和联合国(除了非自治领土体制外的托管制度)以往的实验是随人类良心觉醒而安排进行的，力求杜绝对人的虐待，防止过去的虐待行为再次发生。

3. 领土的国际管理

62. 国际组织的领土管理(不是外国管理)有其历史先例：比如，在国际联盟时代，有但泽自由市(1920-1939年)和萨尔(德国萨尔盆地，1920-1935年)，随后在联合

⁴⁹ 例如，大意参见 C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, London, Stevens, 1956, pp. 5, 21, 29, 248, 251 和 253。

⁵⁰ 大意参见 C. V. Lakshmi Narayan, *Analysis of the Principles and System of International Trusteeship in the Charter* (thesis), Genève, Université de Genève/IUHEI, 1951, pp. 131, 133, 139-140, 145 和 53。

⁵¹ 大意参见 Jean Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 14-15, and cf. pp. 12-13。

国时代，有联合国纳米比亚理事会(1967年成立)，联合国还曾在柬埔寨行使行政职能(1991-1992年)。联合国纳米比亚理事会成立后三十年来，联合国国际管理领土的当代实验也开始积极以人为本，杜绝虐待行为，纠正影响到有关民众的错误。⁵²

63. 科索沃和东帝汶的情况很能说明问题：科索沃特派团和东帝汶过渡当局的作用很独特，因为这两个机构是在国家内部的冲突而非国家间的冲突之后发挥作用的。⁵³ 自九十年代以来，众所周知，联合国维持和平行动开始从事冲突后重建⁵⁴与和平的国家建设，从以人为本的角度，注重让公众参与，并保持这种参与。这甚至更有力地适用于(比如，科索沃)民众长期遭受前“主权”当局持续暴行的情况。

64. 如果居民长期受压迫，那就迫切需要维护居民的权利，而这又突出了托管概念。这一次涉及到当代的国际管理领土的实验。⁵⁵ 2005年9月，联合国世界首脑会议上，联合国前托管理事会完成了任务，取代它的是联合国建设和平委员会，但托管的基本思想在新的背景下仍然存在。⁵⁶ 因此，不足为奇的是，针对极为暴力的情况，如1989年至1999年十年中的科索沃的情况，安全理事会通过第1244(1999)号决议，随后受害民众要求实现自治目标，要求在联合国监督下独立。

4. 再度关注“人民”或“民众”

65. 在委任或托管统治实验期间，“领土”很受重视，这并不奇怪。不过，在我们时代，国际法长足的发展，帮助我们当前重新思考这些司法机构，以求(在我

⁵² R. Wilde, “From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration”, 95 *American Journal of International Law* (2001) pp. 586, 592 593, 599 600 and 605.

⁵³ M. Bothe and T. Marauhn, “U.N. Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council Mandated Trusteeship Administration”, in *Kosovo and the International Community – A Legal Assessment* (ed. C. Tomuschat), The Hague, Kluwer, 2002, pp. 223, 233, 236 and 239, and cf. p. 242.

⁵⁴ 参见 B. Boutros Ghali, *An Agenda for Peace (With the New Supplement)*, 2nd. ed., N.Y., U.N. 1995, pp. 61 64.

⁵⁵ T. B. Knudsen, “From UNMIK to Self Determination? The Puzzle of Kosovo’s Future Status”, in *Kosovo between War and Peace – Nationalism, Peacebuilding and International Trusteeship* (eds. T. B. Knudsen and C. B. Laustsen), London, Routledge, 2006, pp. 158 159 and 163 165, 参见 p. 156; 参见 T. B. Knudsen and C. B. Laustsen, “The Politics of International Trusteeship”, in 同上, pp. 10 and 16.

⁵⁶ 大意参见 R. Wilde, *International Territorial Administration – How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford, University Press, 2008, pp. 321 323, 325, 344 346, 349, 379 380, 382, 384, 386, 399, 415 416, 444 和 459; 另参见 G. Serra, “The International Civil Administration in Kosovo: A Commentary on Some Major Legal Issues”, 18 *Italian Yearbook of International Law* (2008) p. 63.

看来)在其中找出一个具有更大意义的元素:即关照“人民”或“民众”的生活条件。人民和领土是构成国家的两个因素(加到规范体系中),不可分离;不过,如果仔细掂量,套用海牙法院过去一位法官的话就是,“是人民决定领土的命运,而非领土决定人民的命运”。⁵⁷

66. 由此,我们需考虑一个意义重大、但过去注视不足的关键方面,即上文提及的“民众的生活条件”。在我看来,这方面问题在现今仍然十分重要。人民和领土不可分离,但重点已经从领土的地位转到人的需要和愿望。我认为,正是这种因素成了委任统治、托管领土和当代对特定领土实行国际管理的实验中的跨时代的共同基本点。每一个司法机构都是其时代的产物,设想和建立这些司法机构的最终目标都是对人民的需要(保护的)和愿望作出反应,满足这些需要和愿望。

五. 国际法中人民待遇的人道基本考虑

67. 过去几十年,在上述实验中,有人力求把国际组织的作用转为对“人民”或“民众”的待遇(委任制度、托管制度和领土的国际管理)。每次实验中若有这种特征的共同基本点,那就是人道基本考虑。这种考虑远远超出了对传统上私法类比的注重。

1. 私法类比

68. 就委任制度(国际联盟时代)、托管制度(联合国时代)及当代的领土国际管理而言,国际组织的经验越来越丰富。在评估这些经验时,有的学者力求将其置于法律概念之中,考察其起源。为此,特别在学者研究普通法形成时,有一种趋势是利用私法类比,尤其是在研究委任制度和托管制度时这样做。

69. 在处理这些问题时,多数法律学者似乎满足于考察这种私法类比关系,觉得无需深入探讨过去的国际法律学说。⁵⁸ 结果,“委任”一词被认为源于“mandatum”,即罗马法中的一种协商一致的合同;受益人为第三方。“托管”和“监护”的词源为罗马法中的“tutela”,即对婴儿的一种监护;这说明法律系统中有许多一致方面,如英文里的“trust”(“托管”),在一定程度上来自罗马法的“fideicomissa”(与“fiduciary”(“信托”)有关)。无论如何,委任制度和

⁵⁷ 国际法院,关于西撒哈拉的咨询意见,《国际法院案例汇编》(1975),Dillard 法官的个别意见,第122页。

⁵⁸ 一个引人注目的例外,可回顾一下西班牙十六世纪理论家的理论,(F. de Vitoria 和 B. de Las Casas),参见 R.N. Chowdhuri, *International Mandates and Trusteeship Systems A Comparative Study*, The Hague, Nijhoff, 1955, pp. 13, 16 18 and 20 22.

托管制度，在信任(神圣之信托，同上)的基础上，最终也在人的良知的基础上，创立了一种新的关系。

70. 最终十分重要的是，委任统治的领土和托管领土上居民的福祉和人的发展。例如，Quincy Wright明确指出，在国际组织的这种实验刚刚起步时，在国际联盟的委任制度下，采用委任方式是为了避开对当时国际社会已变得“不适合”的绝对领土主权概念，同时更是为了运用私法类比(前述)“从法律上保护”新的需求，即“委任统治之下的人民”的需求；委任统治国、监管国或托管国“有责任，而不是权利。”⁵⁹

2. 人民在万国法起源中的中心地位

71. 然而，这种分析无论多么清晰(无人否认这一点)，若不分析所谓万国法“奠基人”的教诲，也是不完整的。这些教诲本质上体现了的人文主义观点，这是我一直赞同的观点。人的良知很快觉醒，在万国法(已脱离罗马法的渊源)概念形成的时代，对国际上关于暴行的消息做出了反应。注意力转向了受害者，即受害于当时当权者暴力和残忍行为的人。人民在万国法概念出现的早期就占据中心地位。

72. 因此，早在十六世纪中叶，Bartolomé de las Casa在其关于“Indias”遭受残酷破坏的著名记述中(1552)，提出了*recta ratio*和自然法，大胆谴责殖民者肆无忌惮地毁灭indias村庄、屠杀居民的行为。⁶⁰ 受害者是完全无辜的，⁶¹ 连妇女、儿童和老年人也惨遭殖民者的残忍暴力。殖民者是要主宰他们，最终把他们杀光；在一些地区，全部居民遭到灭绝。⁶² 这次暴力极不人道，极其残酷；尽管如此，不公正却占了上风。⁶³ 但从此万国法开始做出反应。

3. 万国法“奠基人”设想中的“万国公法”(Civitas Maxima Gentium)

73. 万国公法的理想很快在国际法所谓“奠基人”的著作中得到耕耘和倡导，如“*célèbres Relecciones Teológicas*”(1538-1539年)，首要的是Francisco de Vitoria的“*Indis Relectio*”、Francisco Suarez的论文*De Legibus ac Deo*

⁵⁹ Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, Chicago, University of Chicago Press, 1930, pp. 389-390, 并参见 pp. 375-378, 382-386 和 387。

⁶⁰ Fray Bartolomé de Las Casas, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552), Barcelona, Ediciones 29, 2004 [reprint], pp. 7, 9, 17, 41, 50 and 72.

⁶¹ 同上, p. 7-14。

⁶² 同上, pp. 23, 27 和 45。据他讲，一些受害者给活活烧死，活下来的变为奴隶；同上, pp. 31, 45, 73, 87 和 89。

⁶³ 同上, pp. 89-90。Bartolomé de Las Casas 宣称，大屠杀和大毁灭损害了西班牙王室，损害了 Castilla 国王，也侵害了所有权利；同上, pp. 41-42。

Legislatore(1612)、Hugo Grotius的*Jure Belli ac Pacis*(1625)、Alberico Gentili的*De Jure Belli*(1598)、Samuel Pufendorf的*De Jure Naturae et Gentium*(1672)以及Christian Wolff的*Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*(1749)。在F·Vitoria和F.Suarez(同上)的经典作品著作拟写和传播时,万国法已经摆脱了(罗马法的)私法渊源,其本身已经普遍适用于所有人。⁶⁴

74. 最近有人回顾说,在以广义人道原则为灵感的万国法的“奠基人”的概念中(在我们这个时代似乎有点被遗忘),法律秩序约束每个人(统治者和被统治者);万国法规范的对象是由从社会角度来看组成国家的人构成的国际社会,而国际社会与人类同义(F·Vitoria);如此产生的万国法是调节人类社会成员关系的唯一法律(A·Gentili)。这种法律(在全世界范围内)高于每个国家的单独意志(F·Vitoria)。因此,万国法是需要,万国法揭示了人类的一统和普遍性(F.Suarez)。国家存在的理由是有限的,国家本身不是目的,而是一种手段,用以合理保护社会秩序,完善包括全人类的社会(H·Grotius)。立法者须服从人类理性的自然法(S·Pufendorf),个人在同国家的关系中,应共同促进公益(C·Wolff)。⁶⁵

六. 万国法在当代的意义：国际法律秩序的人文主义愿景

75. 自这些著作发表以来,当然世界已发生了彻底的变化,但是人的愿望却依然未变。随着20世纪的到来,国际组织(如我们今天所知)的出现以十分积极的方式大大有助于结束虐待他人、严重侵犯人权和违反国际人道主义法的行为。我们时代的联合国一直致力于普及普遍法律意识的要求,特别争取让所有人,尤其是受压迫的人,获得有尊严的生活条件。

76. 国际组织帮助推崇其管理的早期委任统治和托管尝试的基本人文主义观点,这一观点符合全球或国际社会的自然法思维。根据这种思维,无论是旧时的城邦,还是国家或任何其他形式的社会政治组织,都是为了人而产生,为了人而存在,反之不亦然。由国家创建的国际组织已经拥有了独立的生命力,一直忠实地遵循广义上的人道原则,并大大扩大了人道原则的范围,使其不仅仅局限于旧日严格的国家间范畴。委任统治和托管制度的早期尝试为此提供了明确的历史佐证。

77. 然而,20世纪的国际法律理论紧抓住国家主权和领土完整(这本身不存在问题)的概念不放,无视其他概念,甚至忘记了国家最宝贵的组成要素:人、“民众”或“人民”。对国家地位本身的研究重点集中在国家本身,而没有进一步关注人,法学界已将此类国家地位研究推向极点。在连续几十年里,学术机构(主要指多

⁶⁴ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 318–319.

⁶⁵ 参见,同上, pp. 9–14, 并参见 pp. 172, 393 和 408。

个国家的法学院)的研究重点是所谓的“国家的总体理论”(théorie générale de l'État/teoría general del Estado/teoria geral do Estado/Allgemeine Staatslehre/teoria generale dello Stato),机械性地重复过去各时代学者因特定原因提出的某些概念,实在令人作呕。这一非批判性态度致使许多人相信,国家是永久存在的,最终只有国家才能实现人的愿望和人的自由。

1. 早期司法对人的权利和民族权利的承认

78. 无视人的因素,造成灾难性后果。⁶⁶ 由于虐待和暴行一再发生,大家开始感到有必要关注民众或人民的生活状况,满足他们的需求和愿望。过了很久,国际司法界才认识到这一点。然而,就在第一次世界大战结束后、第二次世界大战开始前,国际联盟的少数民族制度和委任制度已开始关注这一问题。旧日的常设国际法院为拯救“民众”或“人民”作出了自己的贡献。在此还必须提及与之相关的一些附带意见,因为这些附带意见在80年后似乎依然具有时代意义。

79. 常设国际法院在有关“保加利亚希腊族群”(1930年)案的咨询意见中借机指出,族群是

“(……)生活在一个特定国家或地点的一群人,有自己本身的种族、宗教、语言和传统,因其种族、宗教、语言和传统的特征形成的共同情感相聚在一起,以维护他们的传统、保护他们的信仰形式,根据他们种族的精神和传统保障对其子女的教育和抚养,相互帮助。”(第21段)。

80. 约五年后,常设国际法院在关于“阿尔巴尼亚少数群体学校”(1935年)的咨询意见中警告称“制定保护少数民族各条约的出发点”就是确保少数民族与其他人“和平地生活在一起。”为此,有两点尤其有必要,即:

“首先是确保属于种族、宗教或语言少数群体的国民在各方面都与本国其他国民完全平等。

其次是确保少数民族要素,以保留其种族特殊性、其传统以及其民族特点。

这两项要求密切相关,因为如果剥夺了少数民族自身的机制,之后又迫使其放弃构成其作为少数民族最基本要素的东西,那么就不能在少数民族和大多数人之间实现真正的平等”(第17段)。

81. 常设国际法院补充称,“有关少数民族的条约旨在“避免种族、语言或宗教的差异变成在法律上低人一等的理由或变成事实上行使有关权利的障碍。”(第18段)。常设国际法院还回顾说,12年前,在有关“波兰的德国定居者”(1923年)的另一份咨询意见中指出

⁶⁶ 这是对格雷厄姆·格林具有深刻见解的小说题目的释义。

“不但在法律术语表达的歧视意义上实现表面的法律平等，而且必须实现事实上的平等。”（引自第 19 段）。

82. 常设国际法院在上文提到的有关“阿尔巴尼亚少数群体学校”（1935 年）的咨询意见中对“法律上和事实上的平等待遇原则”进行了如下重申：

“法律上的平等排除任何种类的歧视，而要实现事实上的平等，可能必须实行不同待遇，才能达到在不同情况之间取得平衡的结果。

“多数民族和少数民族因境况和要求不同，虽享有平等待遇，但事实上可能不平等，这样的实例不难想象……多数民族和少数民族成员之间的平等必须是切实的、真正的平等（……）（第 19 段）。”⁶⁷

83. 因此，重要的一点是，即使是在 1948 年《世界人权宣言》发布前，法律上已经承认了平等和不歧视这一基本原则。《世界人权宣言》将这一原则置于更大的范畴内，将个人视为个人，而不论其是否属于少数民族，或是否委任统治系统（或后来的托管系统）管辖下领土的居民。然而，与国际联盟的开创性尝试（少数民族和委任统治系统，随后为联合国的托管系统）相比，这一原则的订立，促进使平等和不歧视具有普遍意义。但平等和不歧视原则已深深地铭刻在人的意识中。

84. 《世界人权宣言》用强调性的措辞宣告了这一原则。《宣言》序言部分指出“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础”（第 1 段），之后忆及“对人权的无视和侮蔑已发展为野蛮暴行，这些暴行玷污了人类的良心”（第 2 段）。《宣言》在序言部分还警告说“鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛，有必要使人权受法治的保护”（第 3 段）。《世界人权宣言》第一条宣告

“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。他们赋有理性和良心，并应以兄弟关系的精神相对待”。

85. 在联合国成立后的早期时代，国际法院在其有关“西南非洲国际地位”（1950 年）的咨询意见中认为有必要思考《联合国宪章》第八十条第一项的规定，其中要求

“在托管协定订立之前，不仅维护国家的权利，而且维护委任统治领土的人民权利。目的必须一直是切实保护这些权利；但是若没有国际监督，若国家没有义务向监督机构提交报告，这些人民的权利将无法得到有效保护”（第 136 至 137 段）。

⁶⁷ 常设国际法院补充说，“‘平等权利’一语中体现的含义是因此赋予少数民族的权利在任何情况下都不能低于阿尔巴尼亚其他国民的相应权利”（第 20 段）。

因此，国际法院承认，“尽管委任统治系统下的监督机构已不存在，但是仍有进行监督的必要”（第 136 段）。（委任统治领土）行政当局国际职能在于“增进居民的福利和发展”。⁶⁸

86. 国际法院认为有必要忆及创建委任制度

“是为了领土居民以及全人类的利益，作为有国际目标的国际体制——是文明的神圣之信托。因此，不能通过与国家法律中的委任统治概念或任何其他概念类比得出任何结论”（第 132 段）。

而且，国际法院认为，国家和人民的权利并未随着国际联盟的解体而消失；相反，“在每一领土都置于托管制度之下前”，这些权利“在所有情况下、在所有方面”都受到保障（第 134 段）。

87. 国际法院强调“尽力增进居民的物质和道义福祉及社会进步的一般义务”，由此可认为对于以往的虐待行为应有“特别义务”。⁶⁹ 国际法院致力于使这些义务具有连续性。因此，国际法院在有关“西南非洲国际地位”（1950 年）的同一咨询意见中回顾说，国际联盟大会 1946 年 4 月 18 日决议认为《联合国宪章》第十一章、第十二章及第十三章体现的原则与《盟约》第二十二条的内容相一致，这明确表明“联合国将接管国际联盟行使的监督职能。”联合国大会行使此类监督职能的依据是《宪章》第十条，其中授权大会“讨论本宪章范围内之任何问题或事项，并提出对各问题或事项之建议”（第 137 段）。早期的联合国大会便开始行使这一职能，而且国际法院在其 1950 年的咨询意见中认为，大会“在法律上有资格”这样做（第 137 段）。

2. 以往尝试留给联合国对特定领土实行国际管理的工作的人文主义遗产

88. 每个司法机构都是其时代的产物。通常是先有社会事实，再有各种规范。规范是根据法律原则制定的，用以处理新形式的人际关系和社会关系。司法机构是为应对其时代的社会需求（包括保护）而设立的。（国际联盟的）委任统治机制、（联合国 2005 年前的）托管机制以及（联合国在 90 年代发展形成的）领土国际管理机制都无一例外。

89. 尽管委任制度和托管制度的经验属于过去，是历史的一部分，但这并不意味着在思考今天也是为应对包括保护在内的社会需求而设立的新司法机构的作用时不能吸取过去的教训。这等于重新思考过去的司法机构的作用，找到它们遗留的对新的社会需求相关的东西。我个人认为，委任制度和托管制度尝试中至少有

⁶⁸ 这是《国际联盟盟约》第二十二条中提及的“神圣的文明托管”。

⁶⁹ 例如“贩卖奴隶、强迫劳动、贩卖武器和弹药、走私酒类、提供军事培训及军事设施，以及与良心自由和信仰自由相关的义务，此类义务属“文明的神圣之信托”（第 133 段）。

一个方面是超前于其时代的：即(委任制度和托管制度下的)有关居民可以获得国际司法救助。

90. 人们开始逐渐注意“民众”或“人民”(认识到保护的需 要)后,设想并进行了开拓性的尝试:国际联盟时代由国际联盟监管的少数民族制度和委任制度以及联合国时代的托管制度。(除少数民族外)满足有关领土内居民的需求,结束过去的虐待行为。此外,委任统治和托管领土内的居民享有个人国际申诉权⁷⁰(分别向常设委任统治委员会、少数民族事务委员会以及托管理事会申诉),从此,个人为获得其权利可向国际机构提出申诉,这一做法直接源于万国法本身。

91. 如果我们查阅有关委任制度和托管制度的大量专家著作,特别是那些熟悉这些制度运作的专家的著作,我们会发现:(a)私法类比,因为这些司法机构的设立是从私法中得到启发;(b)监督机制的设立(委任制度和托管制度下的领土),在国际一级(可向前常设委任统治委员会和前托管理事会提出申诉);(c)国内和国际法律秩序的互动;(d)单位分类(委任统治和托管领土);(e)各制度的工作方式。

92. 反思委任统治和托管领土的这些尝试不一定要研究过去过分强调的各方面,而是为了重点关注对现在和将来有用的经验。也就是思考成立这些机构的原因,以及这些机构的宗旨,即这些机构要达到的目标。设立这些机构时的大量精力(如果不是全部精力)也许不可避免地受其时代主流思想的左右。然而,这些机构却还是为后世留下了今天不容忽视的宝贵经验。

93. 出于私法良心,对领土的委任统治、托管及国际管理的司法机构相继出现,为现代及当代历史中当时及现在需要保护的那些“人民”或“民众”提供保护。各“领土”安排就是实现保护“民众”或“人民”的目的的手段。当时不是为了委任统治而进行委任统治,不是为了托管而托管,现在也不是为了管理而对领土进行国际管理。

94. 如果我们看一下原因(我们也应该看一下原因),我们会发现它们的目的:保护有关“民众”或“人民”(不论种族、族裔、宗教信仰或任何其他特征),防止剥削、虐待和暴行,并使他们在自己的时代掌握自己的命运。在此类保护方面,法律显然是一个最终选择。这些尝试是受基本的人道原则(参照第 196 至 211

⁷⁰ 例如国际联盟少数民族制度下少数民族成员就有这一权利。在这些开拓性尝试中,各种制度下有关个人的国际申诉权的程序各不相同,例如参见: C.A.Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962pp.109-138; A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century”, 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp.373-392; A.A.Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in the Experiment of the United Nations Trusteeship System”, 61 *Revue de Droit international de sciences diplomatiques et politiques-Genève* (1983) pp.49-66。

段，上下文)的启发，是为了保护人格尊严。《国际联盟盟约》有关委任统治系统的第二十二条阐明的原则是，受“监护”的有关“人民”的福祉和发展是文明的神圣之信托”。⁷¹ 《盟约》还规定，委任制度是为了确保“良心和宗教自由”以及从此禁止过去的虐待行为。⁷²

95. 《联合国宪章》有关非自治领土的第七十三条规定

“联合国各会员国，于其所负有或担承管理责任之领土，其人民尚未臻自治之充分程度者，承认以领土居民之福利为至上之原则，并接受在本宪章所建立之国际和平及安全制度下，以充分增进领土居民福利之义务为神圣之信托，且为此目的：

(子) 于充分尊重关系人民之文化下，保证其政治、经济、社会及教育之进展，予以公平待遇，且保障其不受虐待；

(丑) 按各领土及其人民特殊之环境、及其进化之阶段，发展自治；对各该人民之政治愿望，予以适当之注意；并助其自由政治制度之逐渐发展；

(寅) 促进国际和平及安全；

(卯) 提倡建设计划，以求进步；奖励研究；各国彼此合作，并于适当之时间及场合与专门国际团体合作，以求本条所载社会、经济及科学目的之实现；以及

(辰) 在不违背安全及宪法之限制下，按时将关于各会员国分别负责管理领土内之经济、社会及教育情形之统计及具有专门性质之情报，递送秘书长，以供参考。本宪章第十二章及第十三章所规定之领土，不在此限。

96. 过去几百年里，多少人曾目睹接连不断的屠杀和暴行，多少人曾幸免于难，如今人们又对这些事件进行认真研究和思考，由此积累的教训，不能不让人得出这一人文主义认识：(委任统治、托管及领土国际管理的)司法机构之所以问世，正是因为人们意识到有责任关爱人类，尽管意识到这一点已经过晚。我认为，关爱人类的责任毕竟是最重要的共同标准。

⁷¹ 关于分类(分类的做法曾受到批评)，该条还规定，“委任统治的性质”(即 A、B、C 类委任统治)“必须根据人民的发展阶段、领土的地理特点、经济情况以及其他类似情况而异”。

⁷² 诸如“贩卖奴隶、贩卖军火和贩酒”。

七. 整个联合国组织对科索沃人道主义悲剧的关切

97. 有鉴于前述考虑,我们现在可以转而查看整个联合国组织对使科索沃民众受害十年之久(1989年至1999年)的人道主义悲剧的关切。不仅安全理事会,而且大会、经社理事会和秘书长也相继对这场人道主义危机表示了严重关切。事实上,正如我们现在看到的那样,这场悲剧已成为整个国际社会在《联合国宪章》框架内予以正当关切的一个事项。

1. 安全理事会对科索沃境内的人道主义悲剧一再表示严重关切

98. 世纪之交的1998年3月至2001年9月期间,安全理事会对科索沃严重的人道主义危机表示了关切。安全理事会在其第1160号决议(1998年3月31日)中,既谴责了“塞尔维亚警察部队对科索沃平民与和平示威者使用过分的武力”,又谴责了“科索沃解放军的一切恐怖主义行为”。⁷³数月之后,安全理事会在第1199号决议(1998年9月23日)中表示严重关切“科索沃全境的人道主义局势”的“迅速恶化”,⁷⁴而且“侵犯人权和违反国际人道主义法的情况日增”。⁷⁵特别是,第1199号决议还表示严重关切。

“科索沃境内最近的剧烈战斗,特别是塞尔维亚安全部队和南斯拉夫军队过分和滥肆使用武力,造成许多平民伤亡和据秘书长估计,超过230 000人流离失所”。⁷⁶

99. 同样在第1199号决议中,安全理事会表示深为关切“难民涌入”和“流离失所的人数日增”,多达“5万人没有住所和其他基本必需品”。⁷⁷安理会随后对“迫在眉睫的人道主义灾难”提出了警告,⁷⁸并申明

“所有难民和流离失所者都有权安全返回家园,(……)南斯拉夫联盟共和国有责任创造条件让他们这样做”。⁷⁹

安全理事会然后还在第1199号决议中要求便利难民和流离失所者不受阻挠地安全回返家园,并向他们提供“人道主义援助”,⁸⁰以“改善人道主义局势,避

⁷³ 序言部分,第3段。

⁷⁴ 序言部分,第10和第14段。

⁷⁵ 序言部分,第11段。

⁷⁶ 序言部分,第6段。

⁷⁷ 序言部分,第7段。

⁷⁸ 序言部分,第10段;执行部分,第1段。

⁷⁹ 序言部分,第8段。

⁸⁰ 执行部分,第5(c)和(e)及第12段。

免迫在眉睫的人道主义灾难”，⁸¹ 并认为必须“将涉及虐待平民的安全部队人员绳之以法”，⁸² 途径是与前南斯拉夫问题国际法庭检察官充分合作，“调查”在其管辖范围内的“可能违规行为”。⁸³ 第 1199 号决议进一步申明支持和平解决科索沃危机，包括“提高科索沃的地位，大大提高自治程度和有意义的自行管理”。⁸⁴

100. 一个月后，安全理事会通过了第 1203 号决议(1998 年 10 月 24 日)，在其中以同样方式重申了上述最后一个目标，⁸⁵ 对“科索沃全境的人道主义局势依然严峻”深感“震惊”和关切，并再次强调亟需防止“迫在眉睫”的“人道主义灾难”，⁸⁶ 指出这种局势“对该区域的和平与安全构成威胁”。⁸⁷ 第 1203 号决议进一步重申要求南斯拉夫联盟共和国当局确保所有难民和流离失所者行使行动自由权安全返回家园⁸⁸——以“避免迫在眉睫的人道主义灾难”。⁸⁹ 第 1203 号决议最后要求“与前南斯拉夫问题国际法庭充分合作”，“迅速、彻底调查”“对平民所犯的一切暴行”。⁹⁰

101. 七个月后，安全理事会通过了第 1239 号决议(1999 年 5 月 14 日)，重申：鉴于“大批科索沃难民涌入”而且“科索沃……流离失所者不断增加”，“深为关切”“科索沃境内及周围”的人道主义灾难，⁹¹ 要求有效协调“国际人道主义救济”。⁹² 第 1239 号决议在重申“所有难民和流离失所者有权安全和尊严地返回家园”⁹³ 之后，强调警告说，如果危机不能得到妥善“政治解决”，“人道主义状况将继续恶化”。⁹⁴

⁸¹ 执行部分，第 2 段。

⁸² 执行部分，第 14 段。

⁸³ 执行部分，第 13 段。

⁸⁴ 序言部分，第 12 段。

⁸⁵ 序言部分，第 8 段。

⁸⁶ 序言部分，第 11 段。

⁸⁷ 序言部分，第 15 段。

⁸⁸ 执行部分，第 12 和第 9 段，并参见第 13 段。

⁸⁹ 执行部分，第 11 段。

⁹⁰ 执行部分，第 14 段。

⁹¹ 序言部分，第 3 至第 4 段。

⁹² 序言部分，第 5 段；执行部分，第 1 至第 2 段。

⁹³ 执行部分，第 4 段。

⁹⁴ 执行部分，第 5 段。

102. 此后不久，安全理事会采取的下一个步骤就是通过了重要的第 1244 号决议(1999 年 6 月 10 日)，述评见上/下文。随后，安全理事会通过了第 1367(2001)号决议，在其中表示注意到科索沃边界的安全局势，并强调秘书长特别代表“继续有权根据第 1244(1999)号决议限制并严格控制军火流进、流出科索沃及在科索沃境内流动”。⁹⁵

2. 大会对科索沃境内的人道主义悲剧一再表示严重关切

103. 早在安全理事会之前，大会从 1994 年开始就对科索沃的严峻人道主义危机表示了关切。大会第 49/204 号决议(1994 年 12 月 23 日)——“科索沃境内的人权情况”系列决议中的第一份——确认科索沃境内人权状况“继续恶化”以及“在立法、行政和司法领域采取的各种歧视措施，对科索沃境内阿尔巴尼亚族人实施的暴力行为和任意逮捕”，包括：

“(a) 警察残暴对待阿尔巴尼亚族人，在这种暴力行为中杀害阿尔巴尼亚族人，任意搜查、扣押逮捕、强行驱赶、殴打和虐待被拘留者，并在执法中实行歧视；

(b) 出于歧视任意将阿尔巴尼亚族公务员撤职，尤其是将他们开除出警察和司法队伍，大规模开除阿尔巴尼亚族人，没收和征用他们的财产，歧视阿尔巴尼亚族师生，关闭阿尔巴尼亚语中学和大学，关闭所有阿尔巴尼亚族文化科技机构；

(c) 骚扰和迫害阿尔巴尼亚族政党和社团及其领袖和活动，虐待并监禁他们；

(d) 恐吓和监禁阿尔巴尼亚族记者，有步骤地骚扰和破坏阿尔巴尼亚语新闻媒介；

(e) 将阿尔巴尼亚裔医生和其他类别医务人员自诊所和医院中辞退；

(f) 在实际工作中取消阿尔巴尼亚语，特别是在公共行政和公共事业中取消阿尔巴尼亚语；

(g) 对科索沃所有阿尔巴尼亚族人实行严重和大规模的歧视和镇压手段，结果造成普遍的非自愿移徙”。⁹⁶

104. 大会然后在同一份第 49/204 号决议中强烈谴责对“手无寸铁的阿尔巴尼亚族居民”的“歧视措施和做法”和“大规模镇压”，并在“政府行政和司法部门及教育、保健和就业方面”歧视阿尔巴尼亚族人，以图迫使阿尔巴尼亚族人离

⁹⁵ 序言部分，第 4 段。

⁹⁶ 序言部分，第 4 段。

开。⁹⁷ 大会然后要求前南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)当局“立即停止”一切侵犯人权的行为(包括酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇,任意搜查和拘留,拒绝公正审判,等等)。⁹⁸ 大会还鼓励联合国秘书长同难民署和儿基会等合作,在该区域作出“人道主义努力”,“以便采取紧急实际步骤处理科索沃境内人民的紧急需求,尤其是受到冲突影响最容易受伤害群体的需求,并协助流离失所者自愿重返家园”。⁹⁹

105. 一年后,大会通过了第 50/190 号决议(1995 年 12 月 22 日),确认同样的歧视和暴力行为依然存在,¹⁰⁰ 并以更大篇幅再次表达了对科索沃境内侵犯人权情况的关切。¹⁰¹ 大会“紧急”要求南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)当局:

“(a) 采取一切必要措施立即停止侵犯科索沃境内阿尔巴尼亚族人人权的一切行为,尤其是包括停止歧视性措施和做法、任意搜查和拘禁、侵犯公平审判权利和使用酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇,并废除一切歧视性立法,特别是自 1989 年以来生效的歧视性立法;

(b) 释放所有政治犯,并停止迫害政治领导人和当地人权组织的成员;

(c) 许可在科索沃建立真正的民主体制,包括议会和司法机关,并尊重其居民的意愿,以便最有效地防止那里冲突的升级;

(d) 尽量撤销有可能加剧科索沃种族之间紧张局面的官方移民政策;

(e) 重新开放阿尔巴尼亚族的文化和科学机构;

(f) 与科索沃境内的阿尔巴尼亚族人代表进行对话,包括在前南斯拉夫问题国际会议的主持下进行”。¹⁰²

而且,大会再次鼓励联合国秘书长同难民署和儿基会等合作,在该区域作出“人道主义努力”,以“处理科索沃境内人民的紧急需求,尤其是冲突影响下最容易受伤害群体的需求”,并“协助流离失所者自愿重返家园”。¹⁰³

⁹⁷ 执行部分,第 1 至第 2 段。

⁹⁸ 执行部分,第 3 段。

⁹⁹ 执行部分,第 5 段。

¹⁰⁰ 序言部分,第 5 段。

¹⁰¹ 序言部分,第 6 和第 8 段;执行部分,第 1 至第 2 段。

¹⁰² 执行部分,第 3 段。

¹⁰³ 执行部分,第 5 段。

106. 在第 51/111 号决议(1996 年 12 月 12 日)中,“科索沃境内的人权情况仍然严重”一事再次成为大会关切的对象,¹⁰⁴大会在该决议中谴责“科索沃境内所有侵犯人权的行为,特别是对阿尔巴尼亚族人的压迫和歧视,以及科索沃境内的各种暴力行为”。¹⁰⁵大会再次向南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)当局提出了前述要求,¹⁰⁶并再次(第 6 至第 7 段)鼓励联合国秘书长同适当的人道主义实体(例如难民署和儿基会)一同作出人道主义努力

“以解决科索沃人民、特别是受冲突影响的最脆弱群体的迫切需要,并协助流离失所者安全而有尊严地自愿返回家园”。¹⁰⁷

此外,第 51/111 号决议还要求遵守“不歧视、法律平等保护以及减少和避免无国籍现象的原则”。¹⁰⁸

107. 一年之后,大会在第 52/139 号决议(1997 年 12 月 12 日)中,关切地注意到“1997 年 10 月 1 日塞尔维亚警察对科索沃境内和平的阿尔巴尼亚抗议学生使用武力”,¹⁰⁹并表示“深切关注”“科索沃境内发生的一切侵犯人权和基本自由的行为,特别是对阿尔巴尼亚族人的压迫和歧视,以及在科索沃境内的各种暴力行动”。¹¹⁰因此,大会呼吁南斯拉夫联盟共和国当局:

“(a) 采取一切必要措施立即终止一切侵犯科索沃境内阿尔巴尼亚族人人权的行爲,特别是包括停止歧视性措施和办法、任意搜查和拘禁、侵犯得到公平审判的权利、以及使用酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇,同时废止一切歧视性的立法,特别是 1989 年以来生效的歧视性立法;

(b) 释放所有政治犯,停止迫害政治领导人和当地人权组织的成员;

(c) 容许阿尔巴尼亚族难民从科索沃安全、有尊严地返回他们的家园;

(d) 容许在科索沃建立真正的民主体制,包括议会和司法机关,并尊重其居民的意愿,以便最有效地防止当地冲突升级;

(e) 容许重新开放阿尔巴尼亚族的教育、文化和科学机构”。¹¹¹

¹⁰⁴ 序言部分,第 2 段。

¹⁰⁵ 执行部分,第 1 段。

¹⁰⁶ 执行部分,第 2 段。

¹⁰⁷ 执行部分,第 6 段。

¹⁰⁸ 执行部分,第 7 段。

¹⁰⁹ 序言部分,第 4 段。

¹¹⁰ 执行部分,第 1 段。

¹¹¹ 执行部分,第 2 段。

第 52/139 号决议最后重申了此前关于科索沃境内的人权情况的各项大会决议(参
见上文)中对联合国秘书长的鼓励措辞。¹¹²

108. 翌年,大会通过了关于科索沃境内的人权情况的内容广泛的第 53/164 号
决议(1998 年 12 月 9 日)。大会在决议中重点考虑了“科索沃境内危机的区域方
面”以及“科索沃境内持续严重违反和侵犯人权和人道主义法的情况”。¹¹³大会
表示“深切”关注

“如许多报告所述,阿尔巴尼亚族裔受到有计划的恐怖对待,特别是遭
受酷刑……警察和军队对他们滥肆炮轰,大规模迫使平民流离失所,即决处
决和非法拘留阿尔巴尼亚族裔公民”。¹¹⁴

大会还表示关注“据报武装的阿尔巴尼亚族裔团体暴力侵害非战斗人员和非法拘
留个人,主要是塞族人”。¹¹⁵

109. 第 53/164 号决议呼吁尊重人权和国际人道主义法,¹¹⁶谴责“阿尔巴尼亚
族裔武装团体的暴力行为,特别是包括绑架在内的对付非战斗人员的暴力行为”。¹¹⁷
此外,该决议还“强烈”谴责

“南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)当局、科索沃境内的警察和军
事当局……大量犯下侵犯人权的行,包括即决处决、滥肆攻击平民和破
坏财产,大规模迫使平民流离失所、绑架平民、施行酷刑和其他残忍、不人
道或有辱人格的待遇”。¹¹⁸

110. 此后,大会在第 53/241 号决议(1999 年 7 月 28 日)中把注意力转向了联合
国科索沃临时行政当局特派团(科索沃特派团)的经费筹措问题。关于这一事项的
下一个大会决议——第 54/183 号决议(1999 年 12 月 17 日)——又再次将注意力
转向了科索沃境内的人权情况。该决议一开始回顾了“科索沃境内多年来的压制、
不容忍和暴力行为的背景”,以及于此背景中在“实质性自治的基础上建立一个
多种族社会”方面的持续挑战,以及各种“持续存在的问题”、“人权和人道主义
情况”和“科索沃境内危机的区域方面”。¹¹⁹

¹¹² 执行部分,第 7 段。

¹¹³ 序言部分,第 3 至第 4 段。

¹¹⁴ 序言部分,第 5 段。

¹¹⁵ 序言部分,第 6 段。

¹¹⁶ 执行部分,第 6 段;另参见执行部分,第 14(e)、第 17 和第 18(a)及(b)段。

¹¹⁷ 执行部分,第 9 段。

¹¹⁸ 执行部分,第 8 段。

¹¹⁹ 序言部分,第 3 至第 4 段。

111. 该决议然后表示关注和谴责“科索沃境内人权”和国际人道主义法持续“遭受严重侵犯”的状况，指出这种状况影响到阿尔巴尼亚族裔。¹²⁰ 第 54/183 号决议补充指出，有许多报告显示，存在着以下情况：

“南斯拉夫军警酷刑、滥肆炮轰、平民被迫大批流亡、即决处决和非法拘留科索沃境内的阿尔巴尼亚族裔，[以及]塞族、吉卜赛人和科索沃其他少数民族裔还遭到阿族极端主义分子频繁的骚扰、时而发生的绑架和谋杀”。¹²¹

112. 于是，第 54/183 号决议接着指出：“科索沃全体人民都受到此种冲突的影响”。¹²² 该决议然后告诫说，所有少数民族必须享有“其充分和平等的权利”，¹²³ 并进一步强调“亟需实施有效措施，制止贩卖妇女和儿童”。¹²⁴ 第 54/183 号决议在其执行部分呼吁在“基本原则”的基础上解决科索沃危机，¹²⁵ 制止事实上或法律上导致“族裔分化”的行动。¹²⁶ 此外，该决议还呼吁所有行为体“避免一切暴力行为”，¹²⁷ 并且

“方便所有流离失所者和难民，不分族裔背景，在安全和有尊严的情况下自由无阻地返回家园”。¹²⁸

113. 此外，第 54/183 号决议还请各人道主义实体以及难民署和联合国人权事务高级专员办事处继续采取切实步骤

“解决科索沃人民的迫切需要，并协助流离失所者在安全而有尊严的条件下自愿返回家园”。¹²⁹

该决议还进一步敦促科索沃危机的所有当事方支持儿基会的工作

“以确保科索沃境内所有儿童尽早恢复上学，并捐助重建和修理科索沃冲突期间受破坏损害的学校”。¹³⁰

¹²⁰ 序言部分，第 5 至第 6 段。

¹²¹ 序言部分，第 7 至第 8 段。

¹²² 序言部分，第 9 段。

¹²³ 序言部分，第 9 段。

¹²⁴ 序言部分，第 12 段。

¹²⁵ 执行部分，第 1 至第 2 段。

¹²⁶ 执行部分，第 7 段。

¹²⁷ 执行部分，第 6 段。

¹²⁸ 执行部分，第 11 段。

¹²⁹ 执行部分，第 14 段。

¹³⁰ 执行部分，第 21 段。

114. 大会继续关注科索沃的人道主义危机。在其(通过2008年10月8日第63/3号决议)向本法院提出征求咨询意见的请求之前若干年,大会通过了一系列共14项关于科索沃特派团经费筹措问题的决议。¹³¹ 在提出征求国际法院咨询意见的请求之后数月,大会又通过了一个关于科索沃特派团经费筹措问题的新决议。¹³² 因此,正如安全理事会一样,联合国大会近年来也一直关注着不断演变的科索沃局势。

3. 经济及社会理事会反复表示严重关切科索沃人道主义悲剧

115. 不仅是安全理事会和大会,经济及社会理事会(经社理事会)也同样关心科索沃在动荡时期的人权局势。经社理事会通过其第1998/272号决议(1998年7月30日),批准了原联合国人权委员会关于委派前南斯拉夫人权情况问题特别报告员在包括科索沃在内的南斯拉夫联盟共和国执行特派任务的请求。¹³³ 一年之后,经社理事会在第1999/232号决议(1999年7月27日)中再次批准前联合国人权委员会关于上述特别报告员在包括科索沃在内的地区执行任务的请求;¹³⁴ 另外,经社理事会核可了人权委员会关于请特别报告员“酌情提出临时报告说明他支持联合国人权事务高级专员科索沃行动而开展工作的情况”。¹³⁵

116. 曾向经社理事会和秘书长报告的前联合国人权委员会在1994年通过两份决议,表示严重关切科索沃人道主义悲剧。该委员会在第1994/72号决议(1994年3月9日)中“严重”关切日益恶化的科索沃人权情况,¹³⁶ 尤其强烈谴责

“对科索沃的阿尔巴尼亚族歧视措施和做法及侵犯其人权的行为以及塞尔维亚当局进行的大规模镇压”。¹³⁷

¹³¹ 即:1999年12月23日第54/245 A号决议;2000年6月15日第54/245 B号决议;2000年12月23日第55/227 A号决议;2001年6月14日第55/22 7B号决议;2002年6月27日第56/295号决议;2003年6月18日第57/326号决议;2004年6月18日第58/305号决议;2005年4月13日第59/286 A号决议;2005年6月22日第59/286 B号决议;2006年6月30日第60/275号决议;2007年5月29日第61/285号决议;2008年6月20日第62/262号决议;2009年6月30日第63/295号决议;以及第64/827号决议(2010年6月18日一般分发,另参见2010年5月28日A/C.5/64/L.47号文件)。

¹³² 2009年6月30日第63/295号决议。

¹³³ 第(c)项,第21段。

¹³⁴ 第(c)项。

¹³⁵ 第(b)项。

¹³⁶ 执行部分,第25段。

¹³⁷ 执行部分,第26段。

委员会要求当局“尊重科索沃阿尔巴尼亚族的人权”，并进一步声明“防止冲突升级的最好办法是保障科索沃境内的人权，恢复科索沃的自治，在科索沃建立民主机构”。¹³⁸

117. 随后不久，人权委员会第 1994/76 号决议(也是 1994 年 3 月 9 日)回顾了经社理事会的一份文件，¹³⁹ 再次强烈谴责塞尔维亚当局“对科索沃阿尔巴尼亚族人采取的歧视措施和歧视做法以及侵犯人权行为”，¹⁴⁰ 并“紧急要求”当局

“(a) 停止对科索沃阿尔巴尼亚族人采取的侵犯人权行为、歧视措施和歧视做法，特别是要停止任意拘留和侵犯获得公正审判的权利以及酷刑和其他残忍、不人道及有辱人格的待遇等做法；

(b) 释放所有政治犯，停止一切对当地人权组织政治领导人和成员的迫害；

(c) 在科索沃建立民主制度，尊重居民的意愿，以便最有效地防止那里的冲突升级……”。¹⁴¹

118. 人权委员会第 1995/89 号决议(1995 年 3 月 8 日)再次回顾经社理事会文件，¹⁴² 认为有必要重申其深切关注科索沃正在持续的人权情况，再次表示“强烈谴责”“歧视措施和歧视做法”，¹⁴³ 并紧急要求(见上文)塞族当局停止歧视措施和歧视做法以及侵犯人权行为，“尊重科索沃居民的意愿”。¹⁴⁴ 随后，人权委员会在第 1996/71 号决议(1996 年 4 月 23 日)中再次强烈敦促塞族当局“废除所有歧视性立法并毫无歧视地实行所有其他立法，释放所有被拘留的政治犯”，并“允许阿尔巴尼亚族难民自由返回科索沃”¹⁴⁵ 另外，人权委员会还紧急要求塞族当局

¹³⁸ 执行部分，第 27 段。

¹³⁹ E/CN.4/1994/110 号文件，即前南斯拉夫人权情况问题特别报告员的报告，描述了“不断恶化”的科索沃局势。

¹⁴⁰ 执行部分，第 1 段。

¹⁴¹ 执行部分，第 2 段。

¹⁴² 联合国文件 E/CN.4/1995/57，即前南斯拉夫人权情况问题特别报告员的报告，描述了在科索沃犯下的野蛮行径和采取的歧视措施。

¹⁴³ 例如大规模解雇公务员，小学、中学和大学里对阿尔巴尼亚族人的歧视，解雇诊所和医院的医生和其他医学专业人员，导致被迫移民。

¹⁴⁴ 执行部分，第 29-31 段。

¹⁴⁵ 执行部分，第 25 段。

“立即采取行动，制止对科索沃的非塞尔维亚人口的压制并防止对其的暴力行为，包括骚扰、殴打、酷刑、无证搜查、任意拘留、不公正审判、任意无理驱逐和解雇……”。¹⁴⁶

4. 秘书长反复表示严重关切科索沃人道主义悲剧

119. 与联合国其他主要机关(大会、安全理事会、经社理事会，见上文)一样，联合国秘书长也在不同场合表示严重关切科索沃人道主义悲剧。秘书长在 1999 年 12 月 7 日关于科索沃特派团的报告¹⁴⁷中发出这样的警告：

“冲突给科索沃人民造成了巨大的人道主义后果。在 1998 年估计总数为 170 万的人口中，几乎有一半人(800 000)在去年逃到邻近的阿尔巴尼亚、前南斯拉夫的马其顿共和国和黑山。尽管有不同的估计数字，但境内流离失所的人可多达 500 000 人。许多境内流离失所者的健康状况比难民还要差，因为他们数周躲避在外，没有食物或住处。许多难民和境内流离失所者有精神创伤且身体受到虐待。

截至 1999 年 7 月 8 日，有 650 000 多名难民以自发返回和联合国难民事务高级专员办事处(难民专员办事处)协助返回的方式回到了科索沃。这样，估计还有 150 000 人在邻近地区和国家，有 90 000 人撤离到第三国，并有一批数目不详的人寻求避难。那些尚未返回家园的人在在在庇护国期间和最终返回家园时仍然需要很多援助。在科索沃，仍有一批数目不详的人未返回家园……”(第 8 和 9 段)。

120. 在同一份报告中，除其他内容外，联合国秘书长认为还应说明，

“安全理事会第 1244(1999)号决议的通过以及驻科部队和科索沃特派团的部署标志着科索沃人民历史中一个悲惨阶段的结束。国际社会当前的任务是协助科索沃人民进行重建工作，治愈冲突造成的创伤。和解将是一个漫长的过程，需要人们的耐心和坚持。”(第 117 段)

121. 随后，秘书长在 1999 年 9 月 16 日关于科索沃特派团的报告¹⁴⁸中指出，“科索沃的暴力行为，尤其是针对易受伤害的少数群体的暴力行为，其规模和性质依然令人深切关注。为处理该问题而采取的措施正在产生积极影响，但仍须继续保持警惕。”(第 4 段)该报告提到了一些最亟需采取的措施：

“在 90%以上的受战争影响乡村进行了住房调查。估计有 5 万间住房已无法修理，另有 5 万间住房受损程度达 50%，但仍可修理。在冬季之

¹⁴⁶ 执行部分，第 26 段。

¹⁴⁷ 联合国文件 S/1999/779，1999 年 7 月 12 日，第 1-25 页。

¹⁴⁸ 联合国文件 S/1999/987，1999 年 9 月 16 日，第 1-12 页。

前必须完成的一项最紧急工作是暂时修复那 5 万间尚可修理的住房” (第 11 段)。

122. 为此目的,科索沃特派团要依靠难民专员办事处的紧急修复方案提供援助(第 11 段)。秘书长报告进一步说明,另一个优先领域是“定向援助妇女和儿童”;为此,科索沃特派团依靠正在执行“科索沃妇女倡议”系列项目的难民专员办事处、儿基会和国际非政府组织及当地非政府组织(第 13 段)。与上两份报告并行的是秘书长认为应当于 1999 年 1 月 16 日(拉查克屠杀的第二天)发表的声明,表达其严重关切如下:

“今天我非常震惊地得知,据称约有 40 人在科索沃被谋杀,他们显然都是平民。……我严重关切这一新近发生的事件,并呼吁主管当局进行全面调查。我再次恳请科索沃各方不要采取任何可能导致悲惨局势进一步升级的行动。”¹⁴⁹

123. 自 1999 年以来,联合国秘书长就科索沃特派团不断发展变化的工作定期发布了许多报告。本十年期的早些时候(2002-2004 年),秘书长报告力求对“高标准后地位”这一商定政策¹⁵⁰进行监督。接下来,在科索沃宣布独立之前的期间(2006-2008 年),秘书长提请所有相关各方注意,必须为科索沃的未来而结束暴力。这样,秘书长在 2006 年 6 月 5 日的报告¹⁵¹中考虑到,

“……执行标准的情况可以衡量科索沃政治领袖和临时机构有多大决心来建立一个所有人都能毫无恐惧地过尊严生活的社会。……在这方面是否取得真正进展,是在确定科索沃未来地位的政治进程中衡量进展情况的一个重要因素……

和解对于多民族科索沃的未来以及区域稳定依然十分重要。虽然各个族裔都可以发挥作用,改善大家和睦生活和工作的环境,但是,人口占多数的族裔应负主要责任……

“……暴力事件会影响未来地位进程,科索沃社会任何阶层都不应予以容忍……”¹⁵²

¹⁴⁹ 引文见 M. Weller, *The Crisis in Kosovo, 1989-1999*, Cambridge, Docs. & Analysis Publ., 1999 年,第 320 页。两天以后(1999 年 1 月 18 日),联合国难民事务高级专员绪方贞子女士也表达了难民专员的严重关切并谴责暴行;参见引文,出处同上,第 321 页。

¹⁵⁰ 参见,2002 年 10 月 9 日的秘书长报告(联合国文件 S/2002/1126),第 2 段;2003 年 1 月 29 日的秘书长报告(联合国文件 S/2003/113),第 12 和 61 段;2004 年 1 月 16 日的秘书长报告(联合国文件 S/2004/71),第 2 段。

¹⁵¹ 联合国文件 S/2006/361,2006 年 6 月 5 日,第 1-9 页。

¹⁵² 同上,第 24、26-27 段,第 8 页。

124. 秘书长此后关于科索沃特派团的报告越来越多地将注意力转向设立民主自治政府临时机构，即公共体制建设，目的是促成在一个民主社会中巩固法治。¹⁵³ 在其中一份报告(2007年3月9日的报告)中，秘书长表示：

“联合国临时行政当局存在已近八年，科索沃及其人民现在需要明确知道自己的前途。……采取行动及时完成科索沃未来地位政治进程和可持续地解决科索沃未来地位问题，应当是整个国际社会的优先事项。

要以这种方法解决问题，就必须有一个稳定的科索沃，让所有族群都能和平共存。决不能容忍科索沃境内的极端主义团体用暴力实现政治目标，并应对此予以强烈谴责。”¹⁵⁴

125. 在下一份报告(2007年6月29日)中，秘书长注意到其特使提交给他的报告，其中载有“关于科索沃独立(最初由国际社会监督)的建议和特使提议的解决方案”。¹⁵⁵ 在2006年11月20日的另一份报告中，秘书长已经要求“科索沃领导人和人民”继续致力于政治解决，还表示“科索沃当局仍须继续推进已取得的进展，并且不能忽略对于建立更稳定和有效的体制以及改进向科索沃全体民众提供的服务而言较为重要的所有标准”。¹⁵⁶

126. 至少有一系列秘书长报告载列了自科索沃于2008年2月17日宣布独立以来与科索沃特派团有关的事态发展。¹⁵⁷ 科索沃议会于2008年2月17日通过独立宣言后不久，联合国秘书长在其2008年3月28日的报告中注意到该宣言(第3段)并表示科索沃特派团将继续“按照第1244(1999)号决议依然有效的理解开展工作”(第29段)，但同时，秘书长承认，

“科索沃宣布独立对科索沃局势产生了深刻影响。科索沃宣布独立及后来其境内发生的事件对科索沃特派团在科索沃行使其行政权力的能力构成了严峻挑战。”(第30段)

¹⁵³ 参见，2006年9月1日的报告(联合国文件S/2006/707)；2006年11月20日的报告(联合国文件S/2006/906)；2007年3月9日的报告(联合国文件S/2007/134)；2007年6月29日的报告(联合国文件S/2007/395)；2007年9月28日的报告(联合国文件S/2007/582)；2008年1月3日的报告(联合国文件S/2007/768)。

¹⁵⁴ 联合国文件S/2007/134，2007年3月9日，第24-25段，第7页。

¹⁵⁵ 联合国文件S/2007/395，2007年6月29日，第2段，第1页，以及其中提到的文件。

¹⁵⁶ 联合国文件S/2006/906，2006年11月20日，第24段，第7页。

¹⁵⁷ 参见，2008年3月28日的秘书长报告(联合国文件S/2008/211)；2008年6月12日的秘书长报告(联合国文件S/2008/354)；2008年7月15日的秘书长报告(联合国文件S/2008/458)；2008年11月22日的秘书长报告(联合国文件S/2008/692)；2009年3月17日的秘书长报告(联合国文件S/2009/149)；2009年6月10日的秘书长报告(联合国文件S/2009/300)；2009年9月3日的秘书长报告(联合国文件S/2009/497)；及2010年1月5日的秘书长报告(联合国文件S/2010/5)。

127. 秘书长在其随后关于科索沃特派团的报告(2008年6月12日)中注意到科索沃议会于2008年4月9日通过的《宪法》将于2008年6月15日生效(第7段)。秘书长认为这对科索沃特派团行使其“行政权力”构成“重大挑战”和“业务影响”(第10、14和17段)。在2008年7月15日的下一份报告中,秘书长补充说,“普里什蒂纳当局采取了若干步骤以行使对科索沃的权力”(第4段),并且科索沃特派团“在科索沃面临巨变局势”(第29段)。

128. 秘书长2008年11月24日的下一份报告中承认,很难调和安理会第1244(1999)号决议和科索沃宪法(第21段)。最后,秘书长在之后的一份报告(2009年6月10日)中补充道,尽管科索沃当局认为安理会第1244(1999)号决议似乎不再适用(第2段),但联合国将“继续在科索沃地位问题上保持严格的中立立场”(第40段)。

129. 因此,从这些以及之前的报告中可以明确得出的结论是,首先,联合国秘书长和科索沃特派团的主要关切是民众的安全和生活条件,其次是对公共体制建设的关切。领土的国际管理本身不是目的,不是为管理领土而对领土实行国际管理,相反,它只是实现目的的手段,即确保“人民”或“民众”的福祉,确保居民生活在法治的民主社会中。至于在科索沃宣布独立之前及其后不久发表的更近一些的报告,很难摆脱的一个印象是,当时科索沃已经被视为一个新生的国家。

5. 总体评估

130. 以上回顾明确显示,整个联合国组织曾经且一直关切科索沃的人道主义悲剧。联合国的每一个主要机关(大会、安理会、经社理事会和秘书处)都在不同场合表示严重关切科索沃的人道主义悲剧,都一直在其各自的职权范围内参与解决危机。这些职权领域互相之间不是竞争性而是互补性的,以便根据《联合国宪章》宣告的原则实现《宪章》的宗旨(第一和第二条)。这一危机涉及到整个国际社会,因此联合国各组织作为一个整体理所当然地面对这一危机。

131. 现在,作为联合国主要司法机关(《联合国宪章》第九十二条)的国际法院被要求就一个具体方面发表意见,即科索沃宣布独立是否符合国际法。在行使咨询职权时,国际法院铭记其作为世界法院的崇高职责,正确地回避了划定联合国主要机关之间权限这个问题,因为这个问题本身是虚无的,是捏造而成的。国际法院一直铭记《联合国宪章》的原则和宗旨以及一般国际法。法院的行动恰如其分。

八. 侵权行为不得产生权利

132. 根据一条公认的国际法一般原则，不法行为人不得因其不法行为而取得有利地位、利益或其他权利，¹⁵⁸ 即：侵权行为不得产生权利。从 1989 年取消科索沃自治开始一直延续到联合国安全理事会通过第 1244(1999) 号决议为止的期间内，所有相关各方连续实施严重违反国际法的行为。所有各方的严重违法行为使科索沃许多民众深受其害。这包括卷入科索沃危机的几乎所有各方的侵犯人权和违反国际人道主义法的行为。

133. 在法院咨询程序期间，几位参加者援引“侵权行为不得产生权利”原则，各自提到在 1989 年至 1999 年的十年期间且直至 2008 年 2 月 17 日科索沃宣布独立之前所发生的一系列不法行为中的某一个。没有任何参加者提到作为一个整体的连续的侵权行为，其中包括 1999 年北约在《联合国宪章》框架外三次无正当理由地轰炸科索沃，造成数以百计的无辜平民“伤亡”。事实上，各方(国家与非国家一样)在整个地区到处实施侵犯权利的行为。

134. “侵权行为不得产生权利”原则适用于所有这些违法行为、对人民犯下的暴行以及在《联合国宪章》框架外无正当理由地使用武力轰炸科索沃(同样伤害了众多无辜平民)。因此，联合国安全理事会第 1244(1999) 号决议不能被理解为认可任何一方实施的任何种类的不法行为，也不能被理解为利用这些不法行为。恰恰相反，安全理事会第 1244(1999) 号决议重新将处理科索沃人道主义危机的工作置于《联合国宪章》框架内，将其作为当今对整个联合国(不仅是安全理事会)最大的挑战之一。没有疑问，安全理事会根据《联合国宪章》第七章的规定，通过第 1244(1999) 号决议，为恢复并维持科索沃及整个区域的和平果断采取了行动。

135. 安全理事会在通过该决议设立科索沃特派团时非常谨慎，没有对科索沃临时行政管理的结局进行预期或预先判断。安全理事会不偏不倚的立场在整个第 1244(1999) 号决议的措辞中表现得非常清楚：决议中没有任何一处象过去的传统国际法那样过度关注领土，而有损于人民——当地民众。安全理事会同样重视人民。安理会铭记“侵权行为不得产生权利”的原则。

¹⁵⁸ P. Guggenheim, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, 74 Recueil des Cours de l’ Académie de Droit International de La Haye (1949 年) 第 226-227、230-231 和 256 页; H. Lauterpacht, Recognition in International Law, Cambridge, University Press, 1947 年, 第 420-421 页。

136. 尽管这个一般原则得到广泛认可，但“法律产生于事实”的格言不时与之抗衡。¹⁵⁹ 该格言不是指法律可以产生于严重违反国际人道主义法的行为，而是指法律可以产生于对后者的反应和对抗。国际法与一般法律一样，在国际法理念中，我们需探讨的是“应当如何”，而不是接受“实际存在”，或至少需探讨“应当如何”与“实际存在”这两者相互抵触的关系。如果说国家权利的产生和维护可以通过一贯严重侵犯人权并违反国际人道主义法的方式实现，那将是不可思议的。

137. 因此，“法律产生于事实”格言不意味着既成事实可予全盘接受，因为在权利产生于“应当如何”与“实际存在”两者相互抵触的关系的过程中，法律也在发挥其作用。在万国法发展演化的现阶段，迫使一民族生活在压迫之下，或以领土控制作为国家策划并进行压迫的手段，都是不可持续的，都是公然严重违背国家作为共同利益促进机制的最终目的。

九. 科索沃民众的生活条件(自 1989 年以来): 法院本咨询程序中收到的资料

138. 大会请国际法院发表咨询意见，就此，我认为完全应该且的确有必要注意科索沃民众自 1989 年被剥夺自治权直至 1999 年安全理事会通过第 1244(1999)号决议设立联合国国际领土管理当局之前的生活条件，或者说生存条件。这一关键方面的情况事实上很受重视，在本咨询程序期间，参与方无论在书面阶段还是在口述阶段都提请法院注意这些情况。

1. 在程序的书面阶段提供的资料

139. 在书面阶段，程序的一些参与方无论其对中心问题的结论为何，都不仅对十年(1989-1999 年)中的事实情况做了描述，而且对所发生的事件做出了评价。例如，德国在书面陈述中称，南斯拉夫政府“在该地区创造了完全无法无天的气氛”，

“主管当局不仅没有保护阿尔巴尼亚族公民的生命和安全，而且还不断迫害这些公民，对他们肆意妄为……阿尔巴尼亚族所有人得到的明确信息是，他们在科索沃不受欢迎，他们最好永久离开该地区”(第 16-17 页)。

德国随后得出结论认为，“事实不言自明”，并充分肯定“在 1999 年初，根据了解情况、公正的第三方机构的观察和记录，的确存在人道主义紧急情况，原因是

¹⁵⁹ H. Lauterpacht, “Règles générales du droit de la paix”, 62 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye(1937 年)第 287-288 页; P. Guggenheim, “La validité et la nullité……”, 同前注(105), 第 231 页。

南联盟安全部队和军事部队蓄意犯下严重罪行，在科索沃核查团撤离时，这种罪恶战略势头空前”（第 19 段）。

140. 同样，联合王国在书面评论中强调，（1989 年至 1999 年间）严重暴力事件“十分可怕，有记录在案。事实证明，人权受到侵犯。联合国大会、安全理事会、联合国各个条约机构（如消除种族歧视委员会和禁止酷刑委员会）、原联合国人权委员会、联合国特别报告员（1992 年至 1997 年）和红十字国际委员会都谈到并谴责了这些侵权行为”（第 14 段）。联合王国在书面陈述中也提及这些来源（第 2.25-2.40 段）。

141. 荷兰在书面陈述中回顾了前南斯拉夫问题特设国际刑事法庭在“米卢蒂诺维奇等人”案（2009 年，参见下文），指出“在科索沃曾大肆诉诸恐怖暴力”，“剥夺基本人权”，形成侵权的格局，这些行为

“十分严重，因为具有系统性的共同犯罪性质，尤其证明这些行为是有组织的、蓄意的。这些侵权行为之所以性质严重，是因为其规模很大：被驱逐的科索沃阿尔巴尼亚族人很多，针对他们的暴力性质恶劣、范围广，所有这些都构成公然违法、直接践踏受保护的价值观的证据”（第 3.12 段）。

142. 挪威在书面陈述中告知国际法院，挪威在承认科索沃的信（2008 年 3 月 28 日皇家法令）中提及前南问题法庭在“米卢蒂诺维奇等人”案（2009 年）中对证据的全面评估。挪威在书面陈述中还回顾说，《朗布依埃协定》（1999 年）规定，科索沃最终地位问题应在“人民意愿”的基础上予以确定。

143. 阿尔巴尼亚在书面陈述中，按同样的思路，提及国际专家委员会发表的报告时指出，“通过广泛及系统性的恐怖暴力运动，强行使科索沃阿尔巴尼亚族民众在科索沃内外流离失所，”目的是“让足够多的[科索沃阿尔巴尼亚族]人流离失所，从而使两族人口更加趋于平衡，迫使科索沃阿尔巴尼亚族人屈服”（第 29 段）。

144. 阿尔巴尼亚提及系统性的镇压、每日发生的侵犯人权行为和国家推行的歧视政策（1990 年至 1995 年间——第 11 段）；阿尔巴尼亚还援引了联合国前南斯拉夫人权问题特别报告员的报告和人权观察组织的报告（1997-1998 年，第 18 和 20 段）。此外，阿尔巴尼亚还援引了原联合国人权委员会第 1998/79 号决议，其中吁请塞尔维亚当局停止以酷刑折磨和虐待受拘留的人（第 18 段）。最后，阿尔巴尼亚还指出，“通过杀害阿尔巴尼亚族人士或强行驱逐他们的手段将科索沃阿尔巴尼亚族人口减至约 60 万的意图”，“外国官员皆知，而且据报告，塞尔维亚曾公开如此表示过”（第 29 段）。在本程序的口述阶段，一些参与方又提出了这个问题（参见下文）。

145. 在本程序的书面阶段，奥地利在书面陈述中提及各种文件资料来源，包括 2009 年前南问题法庭在“米卢蒂诺维奇等人”案中的结论，其中确认在 1989 年科索沃取消自治至 1999 年危害人类罪发生期间出现了大规模侵犯人权和违反国际人道主义法的行为(第 5-9 段)。爱沙尼亚在书面陈述中也指出，如联合国各种来源的文件所述，在长期剥夺科索沃人民的内部自治权的同时，发生了严重侵犯人权和族裔清洗事件(第 6-9 段)。

146. 波兰在书面陈述中也提请注意 90 年代科索沃发生的系统性、大规模的侵犯人权和违反国际人道主义法的行为，科索沃平民广泛遭受族裔清洗、被迫迁移、肆意拘留、法外处决、被迫失踪和其他暴力(前南问题法庭审判分庭在 2009 年“米卢蒂诺维奇等人”案的判决中如此认定)，因此科索沃局势得十分独特。波兰认为，在审议 2008 年 2 月 17 日科索沃宣布独立一事时应考虑到所有这些人道主义悲剧(第 4.5.1 和 5.2.2.1 段)。

147. 瑞士在书面陈述中进一步提及在科索沃发生的系统性的严重侵犯人权行为，并提及大会决议和前南问题法庭在“米卢蒂诺维奇等人”案中的结论(上文——第 81-85 段)。美国在书面陈述中也回顾了联合国各种来源的文件(大会和安全理事会、原联合国人权委员会、前南问题法庭)，并指出，90 年代大规模暴力和镇压的整个事实背景与对科索沃 2008 年 2 月 17 日宣布独立一事的审议有关(二-三，第 8-19 段)。

148. 斯洛文尼亚在书面陈述中也指出，对科索沃阿尔巴尼亚族人的系统性镇压是导致斯洛文尼亚 2008 年 3 月 5 日承认科索沃的因素之一(第 5 段)。卢森堡在书面陈述中考虑到，正是由于 90 年代(特别是 90 年代后期)科索沃的严重人道主义危机的事实背景，国际社会才需要做出反应(第 6n.1 段)。芬兰在书面陈述中也回顾前南问题法庭在“米卢蒂诺维奇等人”案中结论(上文)，认为在审议 2008 年 2 月 17 日独立宣言时应考虑到 1989-2007 年期间科索沃局势的事实背景。芬兰认为，这些事实情况发生在南斯拉夫暴力解体的背景之下，在 1989-1999 年的十年中对科索沃阿尔巴尼亚族人蓄意实施(试图使其得不到任何防护的)镇压和迫害政策，最终于 1999 年春季造成大批人在科索沃境内流离失所或离开科索沃(第 10-11 段)。

2. 在程序的口述阶段提供的资料

149. 在咨询程序的口述阶段，参与方也提请国际法院注意科索沃严重人道主义危机的事实背景。无论对科索沃 2008 年 2 月 17 日独立宣言的结论为何，参与方在 2009 年 12 月下半月国际法院的公开庭上都重新提及这方面的情况。(今日的)塞尔维亚在口头陈述中对 1998-1999 年冲突引发的悲剧和苦痛表示遗憾，承认在普里什蒂纳市曾发生族裔清洗，由于国家和非国家行为体的广泛暴力，1999 年才

建立了国际领土管理当局。塞尔维亚表示有意对严重侵犯人权和违反国际法的责任人实行刑事处罚。¹⁶⁰

150. 科索沃当局回顾了 20 年代、50 年代和 60 年代的迫害，补充说，1989 年米洛舍维奇以恐吓方式强行剥夺科索沃自治权后，在 1998-1999 年期间发生了“人道主义灾难”，出现了大范围歧视、严重侵犯人权行为、战争罪、危害人类罪、族裔清洗、大规模难民流动、生命丧失和巨大痛苦，所有这一切使科索沃人民无法想象在塞尔维亚境内有何未来。¹⁶¹ 阿尔巴尼亚也提及非法剥夺科索沃自治权导致出现系统性的广泛侵犯人权行为的情况，除族裔清洗外，塞尔维亚部队和准军事部队的行为还包括即决处决、酷刑和强奸、强迫失踪、强行迁移。¹⁶² 阿尔巴尼亚称，150 万科索沃阿尔巴尼亚族人被强行驱逐出家园，并认为剥夺科索沃内部自治权是科索沃独立的起点。¹⁶³

151. 丹麦也专门谈及 90 年代的悲剧性事件。丹麦认为，正是由于这些严重侵犯人权行为，安全理事会才通过了第 1244(1999)号决议，借以应对科索沃“人民”的真正日常需求。¹⁶⁴ 巴西认为，安全理事会通过第 1244(1999)号决议，表明联合国“集体安全体系”“明确反对”“任何国家利用主权的幌子来对自己的民众实施骇人听闻的罪行”。¹⁶⁵ 西班牙认为，1999 年安全理事会通过第 1244(1999)号决议后，在科索沃侵犯人权、违反国际人道主义法、侵犯少数群体的权利的严重问题得到了解决。¹⁶⁶ 俄罗斯称，安全理事会第 1244(1999)号决议是科索沃悲剧的结果，是使科索沃“社会”受害的冲突的结果，是科索沃解放军恐怖主义行为的结果。¹⁶⁷

152. 美国称，科索沃遭受压迫，遭受大规模系统性侵犯人权行为的蹂躏，此后才从塞尔维亚脱离。¹⁶⁸ 克罗地亚强调，科索沃被剥夺了自治权之后，其民众遭到系统性的镇压，人权受到严重侵犯，随后联合国才对科索沃实行国际管理，进

¹⁶⁰ 国际法院，2009 年 12 月 1 日 CR/2009/24 号文件，第 33-34 页。

¹⁶¹ 国际法院，2009 年 12 月 2 日 CR/2009/25 号文件，第 15-19 页。

¹⁶² 国际法院，2009 年 12 月 2 日 CR/2009/26 号文件，第 8-9 页。

¹⁶³ 同上，第 9 和 31 页。

¹⁶⁴ 国际法院，2009 年 12 月 7 日 CR/2009/29 号文件，第 66 和 74-75 页。

¹⁶⁵ 国际法院，2009 年 12 月 4 日 CR/2009/28 号文件，第 17 页。

¹⁶⁶ 国际法院，2009 年 12 月 8 日 CR/2009/30 号文件，第 18 页。

¹⁶⁷ 国际法院，2009 年 12 月 8 日 CR/2009/30 号文件，第 45 页。

¹⁶⁸ 国际法院，2009 年 12 月 8 日 CR/2009/30 号文件，第 31 和 33 页。

而形成自治。¹⁶⁹ 克罗地亚认为，科索沃现已具备国家要素，国际法院应考虑到所有这些情况。¹⁷⁰

153. 约旦回顾了科索沃自从 1989 年被剥夺自治权后遭受歧视、警察暴行、肆意监禁、酷刑、族裔清洗、战争罪、危害人类罪等使“人民”深受其害的有记录在案的事实，并回顾说，科索沃 2008 年 2 月 17 日的独立宣言对国际监督和人权保障作了规定。¹⁷¹ 约旦还认为，在这种情形下，科索沃“人民”有权在 1991 年南斯拉夫社会主义联邦共和国解体的框架内独立。¹⁷² 荷兰也警告说，科索沃曾处于恐怖气氛之中，人们遭到屠杀、性攻击，被迫迁移。荷兰还说，正是由于塞尔维亚的这些严重侵害行为，科索沃“人民”才能合法行使外部自决权。荷兰认为，国际法院若承认这一权利，将有助于该区域的和平与稳定。¹⁷³

154. 芬兰认为，鉴于在科索沃发生的暴行，有必要创造条件使科索沃“各族群”能在和平与正义的环境中生活；由于不可能恢复原状，科索沃才于 2008 年 2 月 17 日宣布独立，才出现了科索沃国家。¹⁷⁴ 联合王国回顾了 1989 年取消科索沃自治后的“人权灾难”，称国际法没有关于分离的规定，领土完整仅仅适用于国际关系，联合国两项人权公约的第 1 条不仅仅局限于非殖民化的情况。联合王国认为，该区域目前的稳定局势产生于科索沃的独立。¹⁷⁵

155. 所有上述参与方都认为应特别重视科索沃民众在有关时期内的生活条件（实际上是生存条件）。这一时期就是从 1989 年至 1999 年的十年。1989 年塞尔维亚取消科索沃自治（1974 年又通过宪法保障这一取消的规定），给民众带来无限痛苦。我不得不郑重说明法院咨询程序（书面和口述阶段）的这一方面的情况，由于我无法理解的原因，法院的咨询意见中甚至没有提及这些情况。重要的是，科索沃民众遭受的痛苦现已得到司法上的承认。下面我将谈这一点。

十. 对科索沃暴行的司法承认

156. 如上文所述，若干参与方在国际法院本次程序的书面阶段和口述阶段实际上提及前南问题国际法庭（审判分庭）最近关于“米卢蒂诺维奇”案件（2009 年）

¹⁶⁹ 国际法院，2009 年 12 月 7 日 CR/2009/29 号文件，第 57 页。

¹⁷⁰ 同上，第 61 页。

¹⁷¹ 国际法院，2009 年 12 月 9 日 CR/2009/31 号文件，第 28-31 页。

¹⁷² 同上，第 30-32、36-37、39 和 41 页。

¹⁷³ 国际法院，2009 年 12 月 10 日 CR/2009/32 号文件，第 8、11、13 和 16 页。

¹⁷⁴ 国际法院，2009 年 12 月 8 日 CR/2009/30 号文件，第 52-53、61 和 64 页。

¹⁷⁵ 国际法院，2009 年 12 月 10 日 CR/2009/32 号文件，第 42、50 和 54 页。

的裁判(参见上文)。细读前南问题国际法庭(审判分庭)2009年2月26日的判决,就会发现该法庭确定的事实。我认为,这些事实与国际法院按照请求发表咨询意见的工作有关。前南问题国际法庭审判分庭十分注意90年代在科索沃发生的暴行。我认为,国际法院也应以同样的思路,不能抽象地对待这些情况。

157. 前南问题国际法庭审判分庭在2009年2月26日关于“米卢蒂诺维奇”案的判决中认定,在相关时期,在科索沃出现了“共同犯罪活动”,意图是既犯罪,又掩盖犯罪(第95-96段)。犯罪的受害者是平民(第145段)。塞尔维亚当局撤销了科索沃的自治,并通过“共同犯罪活动”,对科索沃严加控制,科索沃阿尔巴尼亚族民众受到镇压和歧视,结果导致科索沃解放军的出现(第211-213和222段)。1990年,科索沃已成为“警察国家”,人们受到拘留,信息自由受到限制;1991年,普里什蒂纳大学的教授和官员被解雇,换用非阿尔巴尼亚族的人(第224-225段)。到那时,科索沃阿尔巴尼亚族工作人员已受到系统性歧视,这种情况在整个90年代一直持续(第226-228段)。

158. 国家认可的歧视甚至出现在工作场所和劳工关系中。1992年,联合国报告了“数千名科索沃阿尔巴尼亚族工作人员被解雇的情况、‘特别情形下劳工关系法’的影响”以及“塞尔维亚当局在科索沃采取的措施”的情况(第229-230段)。从1989年起,“歧视阿尔巴尼亚族人的法律、政策和做法使当地民众不满,感到受迫害”(第237段)。1996年,科索沃解放军出现并采取了各种行动,这些恐惧随之升级(第237段)。

159. 此外,由于当地司法系统不能有效“调查、起诉、处罚对平民犯下严重罪行的责任人”,有罪不罚现象十分普遍(第569段)。结果,特别是由于“南联盟和塞尔维亚部队在1998年使用过度、滥杀滥伤的武力”,大批民众被迫迁移:据联合国(人权事务高级专员)估计,在1998年底,有285500人在境内流离失所(第913和918-919段)。安全理事会1998年9月23日第1199(1998)号决议对“塞尔维亚安全部队和南斯拉夫军队过分和滥肆使用武力”表示“严重关切”(第916段)。前南问题法庭审判分庭确认,在1998-1999年期间科索沃境内发生了武装冲突(第1217段)。

160. 最后,前南问题法庭审判分庭认为也应提及为和平解决科索沃人道主义危机而进行的努力。在这方面,该法庭回顾说,在朗布依埃会议(1999年)上,与塞尔维亚的米洛舍维奇不同,科索沃阿尔巴尼亚族人在第8章列入协定后,才签署协定。该章提议在确定科索沃地位时首先考虑到“科索沃人民的意愿”(第401段)。

十一. 科索沃暴行的进一步证据：人民苦难问题的中心地位

161. 前南问题国际法庭在 2009 年 2 月 26 日“米卢蒂诺维奇等人”一案(2009 年)判决中取得的大量证据绝非独一无二的。斯洛文尼亚在提交本法院的书面评论(2009 年 7 月 17 日)中,详细阐述了在科索沃系统性严重侵犯工人权利的情况(自 1990 年起),这些侵权行为公然违反平等和非歧视的基本原则,“违反法治的各项原则”。另可参见其他资料来源。¹⁷⁶

162. 有人认为,自 1998-1999 年最骇人暴行发生以来,十年已经过去,“冲突已经结束”,设法被“湮没”在忘却的记忆中,科索沃今天实现了和平,上述镇压属于过去,这样的论点在我看来即便不是无根据的,也是肤浅的。这种论点恰恰导致从“技术”角度看待这一问题,使刚过去不久的人类苦难变得抽象空洞。压迫的影响犹在,那也是科索沃在 2008 年 2 月 17 日宣布独立的原因。不能用时间的流逝,来抹去刚刚过去不久的大规模侵犯人权和违反国际人道主义法的行为。在这方面,法国在提交本法院的书面评论中,恰当地指出:

¹⁷⁶ 例如,大赦国际在 2006 年 7 月 24 日关于科索沃的报告开头提出警告,“不歧视地尊重所有人的权利应是谈判进程的核心。关于科索沃未来的一切决定和协定应将此作为全面中心考虑因素”(第 1 段)。近一年后,大赦国际在 2007 年 5 月关于科索沃的后续报告中,在详细阐述不断发生的人员被迫流离失所现象时,进一步提出警告,“除持续不断的基于族裔的攻击外,战争罪等过去的族裔暴力事件不受惩罚,尤其是“失踪”和绑架事件得不到惩罚,2004 年 3 月族裔暴力事件的犯罪人仍然逍遥法外,这些仍是少数族裔回返的巨大障碍”(第 3.2 段)。欧安组织科索沃核查团在 1999 年报告中阐述了其在 1998 年 10 月至 1999 年 6 月期间的调查结果。路易斯·阿尔布尔法官在序言中警告说,“科索沃的暴力事件是骇人的,对许多成为受害者的普通人来说,再次证明是摧残性的”(第 1 页)。暴行包括任意逮捕和羁押、剥夺公正审判的机会、施用酷刑、强奸和其他形式的性暴力(有时作为战争武器使用)、屠杀、以儿童作为目标、大规模强行驱逐、破坏财产和抢掠,所有这些暴行都极具“组织性和系统性”。最骇人的暴力行为发生在 Rogovo、Rakovina、卡查尼克、拉查克、普里什蒂纳等地。根据欧安组织的报告,截至 1999 年 6 月,90%以上的科索沃阿族人(超过 145 万人)因冲突而流离失所。同一份报告在摘要(第 2 页)中强调,“南斯拉夫和塞尔维亚部队对科索沃阿族人进行大规模屠杀以散播恐怖、进行胁迫或惩罚的意图在 1998 年已经显现,1999 年 1 月的事件令人震惊地表明了这一点(包括拉查克大规模屠杀及其他事件)”。人权观察关于在科索沃违反人道主义法行为的报告涵盖 1998 年 2 月至 9 月期间,报告详细描述了发生的严重违反国际人道主义法行为(强迫失踪、屠杀、破坏村庄、任意逮捕、警察抢掠民居、焚烧庄稼、劫持人质和法外处决),受害者主要是平民,包括“不加区分地袭击妇女和儿童”¹⁷⁶。特别警察部队有计划、迅速、有条不紊地采取行动,且“没有对任何受害者进行尸检”¹⁷⁶。塞尔维亚特别警察在科索沃各地持续犯下严重罪行(被适当报告)¹⁷⁶。综上所述,报告认为,大部分暴行是在南斯拉夫总统斯洛博丹·米洛舍维奇指挥下,由塞尔维亚特别警察(内政部)和南斯拉夫军队等政府部门所为,报告还认为,科索沃阿族人反叛力量科索沃解放军(科军)也在“较小程度上”犯下了暴力行为,报告补充说:“斯洛博丹·米洛舍维奇对政府的严重暴行负有主要责任,他在 80 年代后期,通过煽动对科索沃问题的塞尔维亚民族沙文主义,顺利夺取攫取权力”;人权观察,科索沃违反人道主义法行为(Humanitarian Law Violations in Kosovo),伦敦/纽约,人权观察,1998 年,第 3-22 页和第 26-65 页。

“自米洛舍维奇政权垮台以后，不管看到塞尔维亚发生了什么政治变化，过去的创伤和伤疤远未治愈，它们至今仍在。科索沃民众在 1998-1999 年遭受的残忍压迫以及与之相伴的国际罪行，只会使其不愿考虑未来成为塞尔维亚国的一员，心理伤痛如此深刻，对暴行的记忆如此鲜明，至今依然如此。有些罪行无法从个人和集体的记忆中消退”（第 18 段）。

163. 试图使科索沃人民或民众在受压迫年代遭受的痛苦变得抽象空洞是欺骗性的。流血的伤疤需要长时间，需要几代人的努力，才能愈合。在这方面，美洲人权法院和欧洲人权法院等国际人权法庭最近对提请其审理的大屠杀案件的裁定有宝贵经验，值得引起注意，值得借鉴利用。此类经验之一是更突出人类残暴行为受害者的立场及其苦难的中心地位。

164. 国际人权法庭是实现国际司法古老理念的一个显著进展，在此仅回顾它们近来审理和裁定的大屠杀案件的一个实例。在 Moiwana 社区诉苏里南案中，1986 年年末，国家组织的训练有素、全副武装的人员对该社区成员进行了大屠杀，但在二十年后，这一提交美洲人权法院审理的案件才被法院裁定（2005 年 6 月 15 日关于案件实质的判决）。我在 Moiwana 社区案的个别意见中，认为应指出：

“Moiwana 社区诉苏里南案的案情使人不由得跳出案件本身，进行简短的思考。在苏里南建国前及在建国后，丛林黑人各族群（如 Alobeoetoe 案中的撒拉玛卡人以及 Moiwana 社区案中的 N'djuka 人）的生活一直充满了苦难，他们不断反抗各种形式的控制。

反对种族主义、种族歧视、仇外心理和相关不容忍行为世界会议（德班，2001 年）的最后文件及其通过的宣言和行动纲领等文件，恰当地承认历史上人类苦难的影响（其时间层面）。在这方面，最后文件在开头指出，

‘我们意识到，由于人权受到严重侵犯，人类的历史充满着丑恶的暴行，因此我们相信，为了避免今后的悲剧，通过牢记历史是能够吸取教训的’（第 57 段）。

最后文件然后强调，‘务必就（……）人类历史的（……）事实和真相开展教育’，使‘公众全面和客观地认识过去的悲剧’（第 98 段）；沿着这种思路，德班最后文件承认并且深感遗憾地认识到，过去的暴行给千百万人带来的‘深重人类苦难’和‘悲剧性灾难’，呼吁有关各国‘纪念过去惨剧的受害者’，并申明，无论这些现象在何时何地发生，都‘必须受到谴责，并防止再度发生’（第 99 段）。

德班会议最后文件特别重视不忘记过去的罪行和暴行，强调：

‘我们强调，不忘过去的罪行或错误而无论其在何时何地发生，明确谴责过去的种族主义悲剧并将历史真相大白于天下，是国际和解和在正义、平等和互助的基础上建立起社会的基本要素’（第 106 段）。(……)

在 Moiwana 社区案中，在 1986 年 11 月 29 日 N'djuka 丛林黑人 Moiwana 村发生的大屠杀中，幸存者和直接受害者的近亲属遭受的障碍或伤害是精神方面的。根据他们的文化，亲人被残暴杀害的状况以及逝者没有得到适当安葬的事实仍使他们备受煎熬。这种带来精神痛苦的缺失持续了近二十年，从 1986 年国家难逃其咎的大屠杀开始，一直到现在。N'djuka 人从未忘记逝者。(……)他们也无法忘记逝者。(……)

自 1986 年 Moiwana 村大屠杀发生以来的近二十年中，美洲法院的此判决使幸存者第一次得到补救。同时，N'djuka 人没有(也无法)忘记被残忍杀害的手无寸铁的无辜亲人。他们将无法忘记亲人，但至少他们(生者和逝者)的痛苦现在得到法律承认。他们对公正的长期渴望现在可以得到满足，他们以及他们逝去的亲人能够得到安宁。

(……)当权者通常对人的价值视而不见，但这一点从未(将来也不会)阻碍人类思维对人必死亡命运的关注，或对生存与死亡之迷进行思考。

事实上，在各个时期和各种文化中，对死亡和思考一直与人类相伴。在旧石器时代，有对亡灵的崇拜，在古埃及，生者与逝者依然保持紧密的联系。¹⁷⁷ 在古希腊，曾一度兴起对死后命运的强烈兴趣。¹⁷⁸ 在众多先例中，仅需回顾两个实例，即柏拉图关于通过灵魂不死和转世确保人的持续经历的提法，以及佛陀关于将人的痛苦与其认为的痛苦起源(欲望)分开的见解。¹⁷⁹ ‘永恒回复’(或重复)的神话在古代社会(如希腊)中普遍存在，它赋予时间一个周期结构，意欲抹去(甚至消灭)时间流逝的不可逆转性，控制或限制其致命性，造就重生。¹⁸⁰

¹⁷⁷ J.L. de León Azcárate, *La Muerte y Su Imaginario en la Historia de las Religiones*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, pp.24-25,37,50-51 and 75.

¹⁷⁸ 同上，第 123 和 130 页。

¹⁷⁹ J.P. Carse, *Muerte y Existencia Una Historia Conceptual de la Mortalidad Humana*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 85 and 167.

¹⁸⁰ M. Eliade, *El Mito del Eterno Retorno*, Madrid/Buenos Aires, Alianza Ed./Emecé Ed., 2004, pp.90-91.

但在现代，人类不可避免地被融入历史，完全接受‘进步’的观念，意味着‘明确放弃’古代文化和宗教特有的‘范型或重复的福地’。¹⁸¹ 在二十世纪的西方世界，明确避免提及死亡的态度和对于死亡的‘大沉默’渐渐占据主导地位。¹⁸² 当代西方社会在提倡享乐主义和物质福祉的同时，渐进‘禁止’对死亡的思考。¹⁸³

古代文化非常尊重老年人，而‘现代’社会却要把他们搁置一边。¹⁸⁴ 古代文化非常重视生者与逝者之间的关系，重视死亡是生命的一个组成部分。现代社会徒劳地试图最大程度地降低死亡的影响，或忽略死亡，这相当可悲。现在鼓励人们只是忘记(……)”。¹⁸⁵

165. 国际法院在本咨询意见中，回避审理事实，即科索沃人民在1989-1999年十年中遭受的暴行，这是不应该的。正由于这些暴行，联合国安全理事会才通过了第1244(1999)号决议。安全理事会、大会和经社理事会的若干先前决议以及联合国秘书长的各报告已经注意到这一事实背景。岂能用一叶障目。不管国际法院是否回避，人类以及整个联合国已经适当了解这一事实背景。必须牢记科索沃发生的严重人道主义悲剧，以避免未来重现十年在那里犯下的危害人类罪行。

166. 在关于国际法院本咨询意见的个别意见的这一部分，我不妨总结一下请求国际法院发表咨询意见的事实背景和环境。若干参加者在书面陈述和评论以及本法庭公开听讯的口头辩论过程中指出，1989年塞尔维亚当局强行取消科索沃自治，导致发生人道主义灾难，灾难在1998-1999年达到高潮。在这场灾难中，发生了严重、持续侵犯人权和违反国际人道主义法的行为，包括大规模屠杀、战争罪、危害人类罪、族裔清洗、大规模难民潮、强迫大批人流离失所等。150多万科索沃阿族人被驱逐离开家园。

167. 塞尔维亚部队和准军事组织有系统、普遍地侵犯人权，包括使用酷刑和强奸、强迫人员失踪、绑架、不加区分地袭击妇女、以儿童作为目标、劫持人质、任意逮捕、进行即决处决和法外处决等。还发生了毁坏财产、警察抢劫民居、焚烧庄稼的行为，所有这些都经过严密组织系统策划。

¹⁸¹ 同上，第156页。

¹⁸² Ph. Ariès, *Mourir en Occident depuis la Edad Media hasta Nuestros Días*, Buenos Aires, A. Hidalgo Ed., 2000 (reed.), pp. 196-199, and cf. pp. 213 and 238.

¹⁸³ 同上，第251页。

¹⁸⁴ 参见[各作者]，*Dialogue among Civilizations The Round Table on the Eve of the United Nations Millennium Summit*，巴黎，教科文组织，2001年，第84页(E. Morin的发言)。

¹⁸⁵ 美洲人权法院，*Moiwana* 社区诉苏里南案，2005年6月15日判决(实质问题)，C辑，第124号，A.A. Cançado Trindade法官的个别意见，第24-27、29-30、33和35-38段。

168. 在工作场所、在劳动关系中、在公共健康和教育领域，都存在国家认可的歧视。由于这种歧视，民众的基本需求无法得到满足。司法体系不能发挥作用，有罪不罚现象普遍存在。自 1990 年起，科索沃存在系统性严重侵犯工人权利的现象，这种侵犯权利的行为公然违反平等和非歧视的基本原则，进一步违反了法治。由于暴力催生暴力，自 90 年代中期起，科索沃除社会混乱外，还出现了科索沃解放军的暴力活动。国家有计划的普遍压迫营造了恐怖气氛，促使安全理事会通过第 1244 (1999) 号决议，以应对科索沃“人民”或“民众”的急迫日常需要。

十二. 当代国际法以人为本的观点

1. 再谈“人民”或“民众”以及国家属性

169. 过去关于国家属性的专家著述似乎无法摆脱一个基本要素，即领土。在法律界，过去对领土的执著反映在有关这一问题(特别是关于获取领土)的许多著作中。对领土的执著催生了殖民主义以及其他统治或压迫形式的暴行。在这一切发生的时候，处理国际法的方式是对国家间关系采取严格和还原主义的观点，忽视(甚至似乎忘记)被征服人民的需要和正当期望。

170. 国际法中国家属性的先决条件依然是客观国际法中的先决条件，不论单个国家的“意愿”如何。至于传统国家属性的先决条件，规范制度要素逐渐越来越受重视，而不是领土要素。¹⁸⁶ 在当代，重点已转向民众要素，依据的是我称为当代国际法中以人为本的观点，反映出当前国家属性人性化的进程，这正是我多年一直提倡的。事实上，不管国际法律思想¹⁸⁷ 如何难以对“人民”的含义达成一个普遍接受的定义，国际法从未忽略“民众”或“人民”这一国家属性的基本要素，也是最为宝贵的要素。

171. 即使在过去，一些行动也显示了对“人民”或“民众”生活条件的关切，事实证明，这些行动具有持久意义，至今仍有价值，虽然在当时也许没有被充分明确地领会。美洲国家第七次国际会议通过了著名的 1933 年《蒙得维的亚国家权利和义务公约》，这是拉丁美洲各国出于对干涉政策和某些商业政策的不满而

¹⁸⁶ 例如参见 K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2nd. ed., Geneva, Droz, 1968, pp. 1-619。

¹⁸⁷ 近几十年，确定国际法中行使自决的“人民”这一概念含义的努力引发了许多讨论，但迄今为止仍无定论。就这一问题，参见 J. Summers, *Peoples and International Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. XXXIII, 26, 73, 164, 174-175, 244-245, 269-270, 306, 314 和 404。

联手行动的最重要的成果。蒙得维的亚会议的记录显示，上述 1933 年公约准备工作的一个特点是，依靠国际法原则保护“小国或弱国”。¹⁸⁸

172. 这些原则源于美洲的“司法良心”。¹⁸⁹ 事实上，在会议辩论公约草案期间，与会者一再表达对美洲人民生活条件的关切。¹⁹⁰ 因此，毫不奇怪，1933 年 12 月 26 日通过并于 1934 年 12 月 26 日生效的 1933 年《蒙得维的亚公约》在阐述国家属性的先决条件时，首先提到民众，然后才是其他要素。该公约第一条规定：

“具有国际法人格的国家应具备下列条件：(a) 常驻民众；(b) 确定的领土；(c) 政府；(d) 与外国交往的能力”。

2. 长期敌对或系统性压迫之下人民自决原则

173. 在国际组织出现的当代，以往国际联盟时期的委任统治制度和联合国托管制度尝试，再加上目前联合国截然不同的领土国际管理尝试(例如科索沃和东帝汶)，显示了一个共同特点：有关人民的生活条件、福祉和人类发展受到关切，以便使他们摆脱以往受到的虐待，并赋予他们掌握自己命运的权力(参见上文)。

174. 人们认为，从二十世纪中叶开始的近代民族解放历史进程发轫于自决原则，更准确的说，是外部自决原则。这一原则对抗并战胜了当时广泛存在的民族压迫，并在非殖民化历史进程中广为传播。后来，当压迫以其他形式再度出现在独立国家内部时，自决原则(更准确的说，是内部自决原则)激励人民求得解放，反对暴政。

175. 既然人性一向如此，系统性压迫也在各种不同情况下重新出现；因此，人民摆脱压迫的需要和权利随之再度产生。非殖民化进程结束后，自决原则继续存在，直面当前以新暴力形式表现的对人民的系统性压迫。就这样，联合国的实践中产生了在各种不同情况下(例如在东帝汶和科索沃)根据《联合国宪章》实行的领土国际管理。在这些新尝试的框架内，自决是被赋予“补救”性质还是其他属性，无关紧要。事实仍然是人民不能成为暴行的目标，不能生活在系统性压迫之下。自决原则适用于系统性压迫、奴役和暴政的新情况。

¹⁸⁸ 美洲国家第七次国际会议的记录(1933 年)，第二委员会：海地(第 12-13 页)、尼加拉瓜(第 15 和 60-61 页)、厄瓜多尔(第 34 页)、阿根廷(第 38 和 40-41 页)、萨尔瓦多(第 52 页)和古巴(第 60 页)的发言[原始文件存放在哥伦比亚特区华盛顿美洲组织哥伦比亚纪念图书馆；我处存有一份副本]。

¹⁸⁹ 同上，哥伦比亚(第 43-45 和 57-59 页)、巴西(第 55 页)、尼加拉瓜(第 62-63 和 72 页)和乌拉圭(第 65-67 页)的发言。

¹⁹⁰ 同上，墨西哥(第 20-21 页)、厄瓜多尔(第 34 页)、智利(第 48 页)和尼加拉瓜(第 62-63 页)的发言。

176. 没有任何一个国家可以援用领土完整以实施暴行(例如酷刑、族裔清洗以及强行迁移大批民众等做法),不能以国家主权为由犯下这些暴行,也不能在实施暴行之后求助于领土完整主张而全然不顾受害“人民”或“民众”的感情和不可避免的愤恨。科索沃发生的情况是,受害“人民”或“民众”寻求独立,以反对在公然违反平等和不歧视基本原则(参见下文)过程中实施的长期有系统的恐怖和压迫。基本经验教训很明确:没有任何一个国家可以利用领土来毁灭人民。此类暴行等于荒谬地颠覆了国家的终极目标,国家的创设和存在都是为了人,而非相反。

十三. 国际法原则、联合国法律和国家的^{人道}终极目标

1. 人道终极目标框架内的领土完整

177. 过去四十年间,人们越来越关注国家如何对待相关民众的问题。这已成为现代国际法的一个关切事项。过去十年中,联合国大会反复辩论人的安全问题,提醒各国它们有责任保护居民并赋予居民权力。国家不得参与针对其人民的犯罪活动。人类良知再次觉醒,应对迫切需求,以确保过去和现在发生的以损害人民利益为代价的侵害行为不会在将来重演。在这方面,可以回顾两个实例。

178. 著名的联合国大会 1970 年第 2625(二十五)号决议中载有《关于各国依联合国宪章建立友好关系与合作之国际法原则之宣言》,¹⁹¹ 该决议第 5(7)段规定:

“以上各项不得解释为授权或鼓励采取任何行动,局部或全部破坏或损害在行为上符合上述各民族享有平等权及自决权原则并因之具有代表领土内不分种族、信仰或肤色之全体人民之政府之自主独立国家之领土完整或政治统一。”(着重部分由作者标明)

179. 法院可以而且应当密切注意《联合国原则宣言》的这一具体段落,但在“关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题的咨询意见”第 80 段中,法院仅回顾了该宣言的另一段内容。无论如何,《联合国原则宣言》的这一段直接影响到大会提交给法院的问题,至少应该与法院认为适于提及的段落一并考虑。多

¹⁹¹ 以下简称为“《联合国原则宣言》”。

年来，专家在著述这一特定问题时并未忽略 1970 年宣言第 5(7) 段所载列的遵守各民族平等权和自决权原则与国家领土完整之间的关联性。¹⁹²

180. 因此，按照之前的思路，一国政府如果有系统地严重侵犯人权，就不能再代表受侵害的人民或民众。维也纳举行的第二次世界人权会议的成果文件——1993 年《维也纳人权宣言和行动纲领》(第 2 段)以更强烈的措辞重申了这一理解：

“……世界人权会议认为拒绝自决权是违反了人权，强调有效实现自决权的重要性。”

根据《各国依联合国宪章建立友好合作关系的国际法原则宣言》，这不得被解释为授权或鼓励采取任何行动去全面或局部地解散或侵犯主权和独立国家的领土完整或政治统一，只要这些主权和独立国家是遵从平等权利和民族自决的原则行事，因而拥有一个代表无区别地属于领土内的全体人民的政府”（着重部分由作者标明）。

181. 1993 年第二次世界人权会议是一次值得纪念的联合国世界性会议，其最后文件禁止“任何一种”歧视，比 1970 年《联合国原则宣言》更进一步。根据 1970 年《联合国原则宣言》所载的基本准则，科索沃阿尔巴尼亚族人在九十年代所遭受的正是大规模侵犯人权和违反人道主义法行为。该准则的范围在 1993 年联合国第二次世界人权会议的最后文件中得到扩大。由于故意加害人不能再依赖领土完整主张，受侵害人民的自决权随之产生。

2. 突破国际法的国家间范式

182. 《联合国宪章》(第二条)所阐述并经 1970 年《联合国原则宣言》重述的国际法原则今天仍保有完全效力，此外还曾及时产生过重大影响，一步步伴随并指引国际法本身的发展演变。这适用于 1970 年《原则宣言》中重述的包括各民族享有平等权利与自决权之原则在内的七项原则¹⁹³（国际法院在其判例法中一

¹⁹² 例如，参见 Milan Sahovic, “Codification des principes du Droit international des relations amicales et de la coopération entre les États”, 137 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye (1972), pp.295 and 298; O. Sukovic, “Principle of Equal Rights and Self Determination of Peoples”, in Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation(ed. M. Sahovic), Belgrade, Institute of International Politics and Economics/Oceana, 1972, pp.338-341, 346-347 and 369-373; G. Arangio Ruiz, The U.N. Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law, Alphen aan den Rijn, Sijthoff/Noordhoff, 1979, pp.135-136 and 140-141; P. Thornberry, “The Principle of Self Determination”, in The United Nations and the Principles of International Law-Essays in Memory of M. Akehurst (eds.: V. Lowe and C. Warbrick), London/N.Y., Routledge, 1994, pp.176 and 192-195.

¹⁹³ 即，(1) 在国际关系中禁止使用武力或以武力相威胁；(2) 和平解决争端原则；(3) 不干涉他国内政原则；(4) 各国依照《联合国宪章》进行国际合作之义务；(5) 各民族享有平等权利与自决权原则；(6) 各国主权平等原则；(7) 各国应依照《联合国宪章》诚信履行义务之原则。

直注重这些原则),¹⁹⁴ 其所指方向在于突破传统上国际法仅规范国家间关系的范围。

183. 1970年《联合国国际法原则宣言》在重述各民族享有平等权利和自决权原则时解释道,即便是非自治领土(《联合国宪章》第十一章)亦享有与其管理国之领土分别及不同之地位,因此生活在该非自治领土的人民得以依照《联合国宪章》的原则和宗旨行使自治权。¹⁹⁵

184. 现代国际法的最新发展是揭示民族自决权所具有的外部 and 内部两个方面:前者是指每个民族都有权摆脱任何形式的外国控制,后者是指,每个民族都有权按其自己的意愿选择自己的命运,如有必要——在受到系统性压迫和发奴役的情况下,甚至可以反抗他们自己的政府。这一明显区别¹⁹⁶ 挑战着经典国际法纯粹的国家间范式。在目前的国际法演变过程中,国家和国际组织的国际惯例为生活在永久敌对或系统性镇压之下的各民族在过去非殖民化历史进程的限定范围之外行使自决权¹⁹⁷ 提供了支持。现代国际法不再对各种形式的系统性压迫和奴役无动于衷。

185. 国际人权法的出现和演变让人们更加关注国家对其管辖范围内的所有人给予的待遇,关注民众的生活条件,总而言之,关注国家作为共同利益促进者的作用。如果要总结联合国召开的第二次世界人权会议(1993年)的遗产,那肯定是该会议确认整个国际社会理应关切各地人民在任何时候的生活条件,¹⁹⁸ 特别是

¹⁹⁴ 例如,在国际法院著名的1975年西撒哈拉问题咨询意见中,以及在1986年尼加拉瓜诉美国一案和1995年东帝汶案的判决中。

¹⁹⁵ 尊重居住在《联合国宪章》第十一章所规定的非自治领土之上人民的自决权以及保障其居民人权的义务同样产生于该领土的国际法律地位;在这方面,例如, I. Brownlie, "The Rights of Peoples in Modern International Law", in *The Rights of Peoples*(编者: J. Crawford), Oxford, Clarendon Press, 1988, pp1 16; [多名作者] *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*(Colloque de 1970), Genève, Institut universitaire des hautes études internationales(IUHEI), 1971, pp.63-67。

¹⁹⁶ 为专家著述所认可;例如,参见 A. Cassese, *Self Determination of Peoples A Legal Reappraisal*, Cambridge, University Press, 1995, pp.1-365, P.Thornberry, "The Principle of Self Determination", in *The United Nations and the Principles of International Law.....*, 同前注(192), pp.175-203, Ch. Tomuschat, "Self Determination in a Post Colonial World", in *Modern Law of Self Determination* (ed: Ch. Tomuschat), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp.1-20; A. Rosas, "Internal Self Determination", 出处同上, pp.225-251, J. Salmon, "Internal Aspects of the Right to Self Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?", 出处同上, pp.253-282。

¹⁹⁷ 关于该问题,例如,参见联合国,《人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,联合国文件 HRI/GEN/1/Rev. 3, 1997年8月15日,第13页,第1-2段和第6段。

¹⁹⁸ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2nd.ed, vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp.241-242, 同上, 1st.ed., vol.II, 1999, pp.263-276, 同上, 1st. ed., vol.III, 2003, pp.509-510。

关注那些处于更动荡不安的局势中且地位更脆弱、因而更需要保护的人们。不仅如此，联合国在 20 世纪 90 年代举行的一系列世界性会议也有此共识，这些会议力求使联合国的各项议程适应即将到来的 21 世纪。具有讽刺意味的是，正当国际社会参与这项工作之时，科索沃却连续不断地发生歧视性做法以及严重侵犯人权和违反国际人道主义法的行为，关于这些做法和侵犯行为的新闻立刻在联合国内引起反响。

186. 安全理事会和大会以及联合国其他机关迅速通过一系列决议(参见上文)来应对日益严重的科索沃人道主义危机。安全理事会于 1999 年 6 月 10 日通过的第 1244(1999)号决议设立了科索沃特派团，提请注意“科索沃严峻的人道主义局势”¹⁹⁹ 构成了“人道主义悲剧”。²⁰⁰ 决议谴责针对科索沃民众的一切暴力和镇压行为，²⁰¹ 呼吁并坚持所有难民和(境内)流离失所者自愿、安全地返回家园。²⁰²

187. 安理会决议关切的主要是科索沃民众，决定促进“旨在决定科索沃将来地位的政治进程”。²⁰³ 为此目的，“在最后解决之前”，安理会进一步决定促进“科索沃的高度自治和自我管理”。²⁰⁴ 相应地，在安全理事会第 1244(1999)号决议通过两年之后，秘书长特别代表兼科索沃特派团团长汉斯·海克鲁普先生于 2001 年 5 月 15 日颁布了新制订的《科索沃临时自治宪法框架》。²⁰⁵ 该文件的通过是科索沃特派团、科索沃当局以及科索沃不同族群代表参与协调对话的产物；引人注目的是，《宪法框架》在概念上不与任何国家相关，而是与“国际化领土”有关。²⁰⁶

188. 这超越了国际法严格的国家间范式。上述《宪法框架》倾向于在保护国内各族群并由联合国秘书长特别代表进行监督的原则指引下，建立一个“多族裔公民社会”。基于这种理解，《宪法框架》将科索沃特派团自 1999 年年中开始承担的部分职责委派给科索沃当地机构，这就朝着实现科索沃自我管理迈进了

¹⁹⁹ 序言第 4 段。

²⁰⁰ 序言第 6 段。

²⁰¹ 序言第 5 段；执行部分第 3 段；附件 1；以及附件 2 第 1 段。

²⁰² 序言第 7 段；执行部分第 9(c)段、11(k)段和 13 段；附件 1；附件 2(4)和(7)。

²⁰³ 执行部分第 11(e)段。

²⁰⁴ 执行部分第 11(a)段。

²⁰⁵ 联合国文件，科索沃特派团第 2001/9 号条例。

²⁰⁶ Carsten Stahn, “Constitution without a State? Kosovo under the United Nations Constitutional Framework for Self Government”, 14 *Leiden Journal of International Law*(2001), pp.542 and 544.

一步。²⁰⁷ 在科索沃新时代不断演化的国内法律秩序中，平等和不歧视基本原则以及联合国法律框架中的人道基本原则一直保有关键地位，下面我将予以论述。

3. 平等和不歧视基本原则

189. 我已经提到过一个事实，即早在 1948 年通过《世界人权宣言》之前，“法律和事实上一视同仁原则”已经得到常设国际法院的司法确认（参见上文第 70-71 段）。甚至在此之前，该原则已深深印入人类良知。更近些时，国际法院在 1971 年关于纳米比亚的著名咨询意见中指出，“受害实体”是一个“民族”，只得“依靠国际社会提供援助”（第 127 段）。阿蒙法官在个别意见中强调《联合国宪章》和 1948 年《世界人权宣言》（第 72 页和第 76-77 页）所体现的“平等、自由及和平原则”与之相关，帕迪略·内尔沃法官在其个别意见（第 111 和 126 页）中强调《联合国宪章》（第一条第三项和第七十六条(c)项）要求“不分种族……”，增进“对于全体人类”人权之尊重。

190. 平等和不歧视基本原则确实是联合国法律框架中最为重要的。当联合国参与保护托管领土（《联合国宪章》第十二章）或非自治领土（《宪章》第十一章）的居民时，作为人性化历史进程的一部分，采取了人道主义措施，旨在为国际法律秩序本身带来变化。联合国认为主权“属于人民，为人民服务”；这种“以人为本的主权观”令人想起《联合国宪章》序言中对“我联合国人民”的召唤；国家自动继承人权条约或人权的域外适用等一些比较新的理念则进一步阐明了这种观点。²⁰⁸

191. 国际法摆脱了过去严格、简单化的国家间范式，如今包含对平等和非歧视基本原则的适当考虑。联合国人权事务委员会作为《公民及政治权利国际公约》的监督机构，就国家自动继承人权条约和人权的域外适用分别发表了意见，即：

²⁰⁷ 同上，pp.531-532、557-558 and 561。

²⁰⁸ Carsten Stahn 在下列著作中及时回顾了这一点：The Law and Practice of International Territorial Administration-Versailles to Iraq and Beyond, Cambridge, University Press, 2008, pp. 112 and 755-756；关于联合国自 1990 年代开始的积极的国家建设实践，参见第 753 和 759 页。

1997 年第 26 号一般性意见，关于“义务连续性”，第 4 段；2004 年第 31 号一般性意见，关于“公约缔约国承担的一般法律义务的性质”，第 10 段。²⁰⁹

192. 如今有相当多的国际文书借鉴并遵循平等和不歧视基本原则。这样的情况可举出一些例子，其中包括：1965 年联合国《消除一切形式种族歧视公约》、1973 年联合国《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、1979 年联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》、1985 年《反对体育领域种族隔离国际公约》、1990 年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》、1981 年《消除基于宗教或信仰原因的一切形式的不容忍和歧视宣言》、1992 年联合国《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》、1958 年劳工组织《就业和职业歧视公约》(第 111 号)、1960 年教科文组织《取缔教育歧视公约》等。

193. 对这些文书作进一步审视将会超出本个别意见的范畴。在现阶段我仅补充，与基于以平等和不歧视基本原则、令人印象深刻的造法工作齐头并进的是，上述基本原则在近几十年来催生出许多关于现行人权条约相关规定的理论著述²¹⁰ 以及同样令人印象深刻的对该原则的法理学解释。由于所有这一切现代国际法根本不会无视平等和不歧视基本原则，而是在任何时候、不同情况下都顾及该原则以及这一新立场的全部含意。

194. 这样，关注点适宜地从过去无须负责任的至高无上“主权”转向以人为本的权利和领土当局的问责制上。差不多是时候唤醒人类良知，使其意识到必须这样做，以避免不久前的暴行再度发生。平等和不歧视基本原则为引人注目的一系列人权条约(上文)提供了基础，这些条约合并构成现代国际法中万国法(*ius gentium*)的主体部分。然而，这并不仅仅是当代现象，因为世俗社会中规范个人

²⁰⁹ 参见以下文本：联合国，联合国国际人权文书——人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编，第一卷，文件 HRI/GEN/1/Rev.9(第一卷)，2008 年 5 月 27 日，第 223 和 245 页。至于国家继承，可以回顾国际法研究所的决议(2001 年 8 月 26 日)，尽管涉及的不是条约方面而是财产和债务问题上的国家继承，但该决议承认必须“说明并改善个人处境”(第 5 条第(2)项)，并在序言中确认“一切引起国家继承的情况都应当完全遵守国际公法，特别是人道主义法和人权”。参见国际法研究所第 69 届年会——温哥华会议(2000-2001) 第 715 和 717 页。并且，与国家继承和人权的域外适用有关，可参考的资料包括下文中的评论：F. Pocar, “Patto Internazionale sui Diritti Civili Politici ed Estradizione”, in *Diritti dell’ Uomo, Estradizione ed Espulsione*(Atti del Convegno di Ferrara di 1999 per Salutare G. Battaglini, ed. F. Salerno), Padova/Milano, Cedam, 2003, pp. 89-90.

²¹⁰ 可参考的资料包括，例如，J. Symonides(编者)，《打击歧视》，巴黎，联合国教科文组织，1996，第 3-43 页；T. Opsahl, *Law and Equality Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, 第 165-206 页；M. Bossuyt, *L’ interdiction de la discrimination dans le Droit international des droits de l’ homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 1-240；N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2nd.ed., The Hague, Nijhoff, 2003, pp. 1-187.

之间关系以及不同民族之间关系的平等待遇原则早已深深植根于万国法 (*jus gentium*) 中。²¹¹

195. 在这个特定问题上,最后但并非最不重要的是,在法院最近做出一次决定的过程中,我曾有机会详述平等和不歧视基本原则的影响。我对 2010 年 7 月 6 日法院就国家司法管辖豁免案(原申诉和反诉,德国诉意大利)所发布的命令提出反对意见,我认为适于在该反对意见中作以下论述:

“……第二次世界大战结束后,1948 年《世界人权宣言》宣布‘人皆生而自由;在尊严及权利上均各平等’(第一条)。这一规定引申自平等和不歧视基本原则。根据美洲人权法院 2003 年 9 月 17 日关于无证移徙人员的司法状况和权利的第 18 号咨询意见,该基本原则属于强制法范畴。

在 2003 年这份卓越的咨询意见中,美洲人权法院遵循万国法缔造者的人文主义教导,指出根据该基本原则,平等要素与不歧视几乎不可分离,如果消除一切类型的歧视,则可以确保平等。这与产生自人类一体的个人基本尊严密切相关。在法律面前人人平等和不歧视的基本原则贯穿国家权力运作的整个过程,如今已进入强制法范畴。²¹² 一份同意意见强调,平等和不歧视基本原则渗透了国际人权法的全部内容,影响了国际公法,并反映在一般或习惯国际法中,如今还在与不断扩展的强制法实质内容结合成一体”²¹³ (第 134-135 段)。

4. 联合国法律框架中的人道基本原则

196. 在本个别意见中,我已经指出,国际组织所做的各种尝试,包括委任统治、保护少数民族、托管领土以及现在的领土国际管理,不仅越来越密切关注“人民”或“民众”,关注满足居民需求并赋予居民权力,而且还以各自不同的方式,使民众能够在国际上诉诸法律(上文第 90 段)。此处的诉诸法律作广义理解,即包含了实现正义。由于国际法律人格在现代得到扩展,不再局限于单一的国家,因此国际组织才有可能进行上述尝试,协助个人维护其直接源于万国法的自身权利。

²¹¹ 参见, Association Internationale Vitoria Suárez, Vitoria et Suárez: Contribution des théologiens au Droit international moderne, Paris, Pédone, 1939, pp. 38-39.

²¹² 美洲人权法院,咨询意见第 18 号(2003 年 9 月 17 日),“无证移徙人员的司法状况和权利”,《汇编 A》,第 18 号,第 83、97-99 和 100-101 段。

²¹³ 同上,坎萨多·特林多德法官(A. A. Cançado Trindade)的同意意见,第 59-64 和 65-73 段。近些年,美洲人权法院与前南斯拉夫问题国际刑事法庭一起,是在案例法方面对强制法(大大超过条约法范围)的概念发展和实质内容逐渐扩展贡献最大的现代国际法庭;参见 A. A. Cançado Trindade, “Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law”, in XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano-OAS (2008) pp. 3-29.

197. 我认为，这是我们这个时代新万国法的基本特色之一。毕竟，每一个人都是自己的终极目标，有权单独或共同享受《世界人权宣言》序言(第2段)中宣布的信仰自由和“得免忧惧、得免贫困”。每一个人作为人类的一分子，均有其尊严得到尊重的权利。确认这一根本的人道原则是本时代万国法所取得的伟大且不可逆转的成就之一。在二十一世纪的第一个十年结束之际，对明目张胆违反人道基本原则的后果进行追根溯源的时机到了。

198. 人所固有的权利被赋予普遍性(人类一体)和永恒性，是指这些固有权利不是由政府“让与”的，而是确实先于社会和国家的形成而存在。这些权利独立于任何社会政治组织形式，包括由社会创造的国家。人的固有权利先于且高于国家。所有人均可享有因属于人类而与生俱来的权利。其必然推论是，捍卫这些权利不是且不可能仅仅依靠国家行动。同样道理，国家不得利用其享有的领土完整权有系统地侵犯其各自管辖之人的人格完整。

199. 国家由聚集在社会环境中的人所创设，有义务保护且绝对不应压迫其各自管辖之下的所有人。这与当今时代国际社会普遍认为是最起码的伦理道德相符。国家有义务保障人格完整，使其不受系统性暴力、不受歧视和任意对待。不可剥夺的基本人权观念在全世界法律良知中根深蒂固；虽然对这一观念的阐述或表达方式不尽相同，但一切文化以及所有民族的人类思想史上皆有其烙印。²¹⁴

200. 1948年12月10日联合国大会发布的《世界人权宣言》表达了这一基本人权观念，在以连续不断的暴行让千百万人遭受苦难为特点的二十世纪里，这是一个虽非转瞬即逝却也难得一见的清醒时刻。国际法院在关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题的咨询意见中，甚至一次都没有提到《世界人权宣言》；作为一名国际法院法官，我却感到有义务详细阐述该宣言，因为我认为，对于审议向法院提出的与本咨询意见类似的事项而言，与《联合国宪章》相互影响的《世界人权宣言》十分重要。

201. 我不仅觉得有义务而且同样感到完全可以这样做，因为与法院的咨询意见不同，我在本个别意见中注重填补一个空白，即不回避科索沃严重人道主义危机的原因，这一原因不仅是安全理事会通过第1244(1999)号决议的基础，也是十年之后科索沃于2008年2月17日宣布独立的根本原因。事实上，应当铭记尊重人的尊严原则是1948年《世界人权宣言》提出的，是其基本观点的核心。该宣言坚定地断言：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等”(第一条)。该宣言还回顾，“对人权的无视和诬蔑已发展为野蛮暴行，这些暴行玷污了人类的良心”(序言第二段)。《世界人权宣言》警告

²¹⁴ 例如，参见[多位作者]，*Universality of Human Rights in a Pluralistic World* (Proceedings of the 1989 Strasbourg Colloquy), Strasbourg/Kehl, N.P. Engel Verlag, 1990, pp. 45, 57, 103, 138, 143 and 155.

“为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛，有必要使人权受法治的保护，”（序言第三段）；

《宣言》进一步确认，

“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础”（序言第一段）。

202. 1948年《世界人权宣言》通过以后，人们很难期待普及国际人权保护的历史进程能真正在全球范围展开。六十多年来，在产生令人瞩目的历史影响之后，《宣言》逐渐取得了权威地位，这是连其起草人都始料未及的。其原因主要是世界各地来自不同文化背景的一代又一代人在《宣言》中看到的“取得成就的共同标准”（宣告的原文）正是他们最深切的合理愿望。²¹⁵

203. 人们广泛认为，《世界人权宣言》已促成通过70多部人权条约并为后者铺平了道路，²¹⁶为国家宪法和法律中制定的大量人权规范提供了范本，并且为国内和国际各法院的决定提供依据。《宣言》已被纳入习惯国际法范畴，大大促进了人权成为人类共同语言。

204. 此外，如今人们广泛确认《世界人权宣言》是《联合国宪章》人权条款的权威解释，预示着社会和国际秩序将会转变，以保障人们享有所宣布的权利。在《联合国宪章》序言部分，“我联合国人民”表示决心“欲免后世再遭……战祸”（第一段），并“重申基本人权，人格尊严与价值”（第二段）。后者在1948年《世界人权宣言》（第五段）中被重申。《联合国宪章》还反复呼吁不分种族、性别、

²¹⁵ 在《世界人权宣言》筹备工作的整个期间，尤其是在从1947年5月至1948年6月之间的十三个月中，对即将宣布的所有权利的整体看法迅速成为主流意见。在《宣言》的正式筹备工作，即前联合国人权委员会（报告员René Cassin）及之后的大会第三委员会的辩论和起草工作中，该看法得到支持。此外，1947年，教科文组织为协助当时联合国人权委员会正在开展的工作，对因《世界人权宣言》的阐述而提出的主要理论问题进行了研究；教科文组织向当时全世界最有影响的一些思想家发出了一份关于不同类型的社会和不同历史环境下个人与集体之间关系以及个人自由与社会或集体责任之间关系的问卷。对于提供的答案，参见 *Los Derechos del Hombre—Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO, Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, pp. 97–98 页 (Teilhard de Chardin), pp. 181–185 (Aldous Huxley), pp. 14–22 and 69–74 (Jacques Maritain), pp. 24–27 (E. H. Carr), pp. 129–136 (Quincy Wright), pp. 160–164 (Levi Carneiro), pp. 90–96 (J. Haesaert), pp. 75–87 (H. Laski), pp. 143–159 (B. Tchechko), pp. 169–172 (Chung Shu Lo), pp. 23 (M. K. Gandhi), pp. 177–180 (S. V. Puntambekar), and pp. 173–176 (H. Kabir)*。联合国的两次世界人权会议（1968年德黑兰和1993年维也纳）有力地表明了所有人权之间的相互依赖关系和普遍性，以及文化多样性带来的丰富性。

²¹⁶ 如今这些人权条约在全球（联合国）和区域一级长期适用，其序言中均提及《世界人权条约》。

语言或宗教，普遍尊重所有人(第一条第三项、第十三条第一项丑款、第五十五条寅项和第七十六条寅项)。

205. 严重侵犯基本人权的(例如大规模屠杀、酷刑做法、强迫失踪、族裔清洗、系统性歧视等)违反了地位高于联合国政治机关所作决议的《联合国宪章》和《世界人权宣言》中载列的万国法，受到国际法律良知的谴责。任何国家有系统地实施这些严重侵犯行为都是在犯罪，因此丧失其合法性，不再是受害群体的国家，因为这种行为严重且公然颠覆了国家的人道主义终极目的。

206. 根据现代万国法，没有任何一个国家能够实施下列行为而不承担其犯罪行为或不作为的后果：首先撤销宪法所保障的一个“民族”或一群“民众”的自治权，然后对无辜之人施以歧视、酷刑和杀戮，将其驱逐出家园并实施族裔清洗。没有任何一个国家在实施此类令人发指的罪行之后可以援引或妄图利用领土完整进行开脱；事实是，采取这种行为方式的国家对于受害民众而言，已经不能再象国家那样行事了。

207. 象联合国这样一个代表全世界人民而创设(上文)且负有世界性使命和行动范围的国际组织，完全有权保护为遭受系统性歧视受害于严重侵犯人权和违反国际人道主义法行为、战争罪行和危害人类罪的民众提供保护。我的理解是，联合国完全有权协助该群体主宰自身命运，这样做才是遵循《宪章》的规定和国际法律良知。

208. 在类似于本文所述的历史背景下，适用于国家之间关系的领土完整主张并不是绝对的，不象一些人试图让人信服的那样。如果审视国家内部关系，则领土完整与人格完整并行，行使国家权威应与居民的境况相协调，目的是满足其需求和愿望。在国家内部领域内，一个国家只有在行动上真正象国家而不是毁灭人及

其生命和精神的机器那样，²¹⁷ 才享有领土完整的权利。出于同样原因，不仅是在非殖民化进程中，在具体背景下被征服并且受到系统性歧视和屈辱、独裁和压迫的“各民族”或“民众”都有权自治。这种非人道的征服情形违背了《世界人权宣言》和《联合国宪章》，违反了联合国法律。

209. 最后但并非最不重要的是，现代国际法庭的判例法也确认人道基本原则。例如，在涉及危地马拉的 Plan de Sánchez 屠杀案中(2004年4月29日判决)，在美洲人权法院诉讼程序的特定阶段，被告国为其侵犯受《美洲人权公约》保障的权利，尤其是“没有保障受害人亲属和社区成员表达其宗教、精神和文化信仰的权利”(第36段)而同意承担国际责任。我在为该案件提交的个别意见中，在确认人所固有的一切权利均不可剥夺时回顾道，至高无上的人道原则与法律以及整个国内和国际法律秩序的终极目的或最终目标是一致的(第17段)。

210. 我还指出，该原则不仅体现在国际人权法中，而且还体现在国际人道主义法中，适用于所有情形。人道原则无论是被视为1949年日内瓦人道主义法四公约共有第三条所确立的禁止非人道待遇的根源，还是被认为关系到作为整体的人类，抑或是用于形容具有某种特质(仁慈)的人类行为，该原则都永远必然存在(第18-20段)。同样，前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南问题国际法庭——审判分庭)在2001年2月20日的 Mucic et alii 案判决和1998年11月16日的 Celebici 案判决中也注意到人道原则。还可以进一步回顾，自1899年第一届海牙和平会

²¹⁷ 古希腊人早就认识到不加区别地使用武力和战争对胜败两方所带来的毁灭性后果，揭示了用手段代替目的的巨大罪恶：二十世纪伟大的思想家西蒙娜·韦伊敏锐地思考到，自荷马的伊利亚特时代至今，所有“交战方”在愚蠢的权力斗争中均变型为手段、工具，甚至无法“使其行动服从于思想”。在摧毁心灵和“无意识”的战争机器面前，人人皆无能为力，此种情况下“压迫者和被压迫者”这样的词语几乎失去意义；S. Weil (西蒙娜·韦伊), *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, 第81-82、84和130-131页。正如在荷马的《伊利亚特》中一样，没有胜者和败者，所有人均被暴力左右，受战争支配，因野蛮和屠杀而堕落；S. Weil, “L’Iliade ou le Poème de la Guerre (1940 1941)” in *Oeuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, 第527-552页。荷马的警世恒言，即“对人的屠杀”和卷入无休止争战中所有人的“不幸生命”(参见，Homer, *the Illiad*, N.Y./London, Penguin Books, 1991[修订]，第222页和543-544页，第275-281和83-89诗节)，无论是在他所处的古希腊时期还是在今天，都一样真实且深刻。无数世纪以来，“对人的屠杀”持续不断发生(参见，例如，Bartolomé de Las Casas, *Tratados*, vol. I, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1997[重印]，第14-199页，并参见第219、319和419页)，而人们似乎还没有充分汲取教训，尤其是没有认识到迫切有必要且有义务确保法律的地位高于野蛮暴力。早在古罗马时期，M. T. 西塞罗就在其《论法律》中(*De Legibus*，第二卷，公元前51-43年左右)中认为，“在对各国所具有的毁灭性、与权利和法律背道而驰以及不文明和不人道方面，没有任何事情能与公共事务中使用暴力相提并论”(M. T. Cicero, *On the Commonwealth and On the Laws* (编者：J. E. G. Zetzel), Cambridge, University Press, 2003[修订]，卷三，出处同上，第172页)。在其《论共和国》(约公元前50年代晚期-46年)，西塞罗补充道，没有什么比依靠“以暴力相强迫”“更能危害一个国家”且“违反正义和法律”；M. T. Cicero, *The Republic—The Laws*, Oxford, University Press, 1998, 第166页(卷三，第42段)。所有这些警示之声在许多世纪之后的今天仍然不过时……。

议起直至今日仍贯穿国际人道主义法全部法规的马顿斯条款援引了国际法原则、“人道原则”和“公众良知要求”，并持续适用这些原则。²¹⁸

211. 我在上述 Plan de Sánchez 屠杀案的个别意见中总结道，这一人道原则在国际难民法领域也产生影响，那些涉及屠杀和国家焦土政策(即损毁和烧毁住房)、造成大量被迫流离失所者的案件事实说明了这一点(第 23 段)。既然人性依然如故，在欧洲、美洲和世界其他区域，此类暴行为在不同的地域一再发生。我想在这里强调的是，我认为人道原则的运作从某种意义上促使国际上保护人固有权利的三个方向(国际人权法、国际人道主义法和国际难民法)聚合起来。

十四. 全面理解强制法的影响

212. 为讨论国际法院关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法问题的咨询意见所提及的另一面，我现在想重新回到对“侵权行为不得产生权利”原则的短暂思考(参见上文第 132-137 段)。如我在上文中指出的那样，在安全理事会第 1244(1999)号决议通过之前的 1989-1999 年十年间，整个联合国深刻关切对科索沃居民施加的一切类型的侵害；所涉各方实施的、来自所有方面的严重侵犯人权和违反国际人道主义法的行为接连不断，严重伤害科索沃民众，使科索沃人道主义危机日益恶化。

213. 然而，若干参与者在法院咨询程序中援引“侵权行为不得产生权利”原则时，仅以割裂的方式提到那段时期发生的连续不断严重侵权行为中的这一件或那一件，却没有任何一个参与者提到作为一个整体的连续侵害行为(参见上文)。在本咨询意见第 81 段中，国际法院表示关切并提请各方注意非法使用武力和其他严重违反国际法、尤其是国际法强制性规范的行为。我完全赞同法院关切违反强制法的行为，并在这方面比法院更进一步。

214. 法院在对国家领土完整问题这个国家间关系层面上所适用的基本原则进行专门论述的最后，提出了附带意见(第 81 段)。鉴于法院自己的《规约》和《规则》(内部法律汇总(interna corporis))具有经典特性，法院的思路惯于被束缚在国家间关系领域内。然而，强制法的影响超出该领域。最令人遗憾的是，严重违反国际法尤其是一般国际法强制性规范的行为既发生在国家间层面(例如非法使用武力，如 1990 年在《联合国宪章框架》之外对科索沃的轰炸致使许多人受到伤害)，也发生在国内层面(例如 1989 至 1999 年的十年间在科索沃犯下的严重侵犯人权和违反国际人道主义法的行为使科索沃居民深受其害)。

²¹⁸ 参见，国际法院，国家的司法豁免(2010 年 7 月 6 日令，原申诉和反诉，德国诉意大利)，坎萨多·特林多德法官的反对意见，第 126、136-139 段。

215. 至于后者, 很明确, 现代国际法对酷刑、族裔清洗、即决处决或法外处决、人员被迫失踪的禁止无论在哪种情况下都是绝对禁令: 它们是强制法的禁令。在国内层面违反这些禁令, 如科索沃严重人道主义危机期间发生的事件, 就是违反一般国际法强制性规范(即强制法)的行为, 立即导致行为人(国家和个人)的责任以及因此产生的一切司法后果(国际案例法和法律原理至今尚未对此作出充分阐述)。

216. 由于仅考虑国家间范畴, 法院的上述附带意见也是在因循难以令人满意的割裂观点。事实是强制法既影响国家间层面也影响国内层面, 既影响国家相互之间的关系也影响国家与其各自管辖的所有人之间的关系。我们在这里可以看到一个横向(国家间)和一个纵向(国内)维度。这是对强制法影响的全面理解, 我认为法院应从现在开始予以采纳。

217. 在当今时代, 在后一个(纵向)方面, 与国家领土完整紧密相关的是国家尊重并确保他人尊重其管辖之下所有人的人格完整。国家当局不得利用该国领土推行违反强制法禁令(例如上文述及的禁令)的犯罪政策。为严重侵犯人权或违反国际人道主义法行为负责的国家当局在实施震惊人类良知的暴行之后, 不得利用该国的领土边界作为庇护或保护以逃脱法律制裁并免受惩罚。毕竟, 所有法律最终都是为了人的利益而创设的(*hominum causa omne jus constitutum est*); 这个源于罗马法的法律格言如今同时体现在国内和国际法律秩序(今天的万国法)中。

十五. 最后的考虑: 在联合国监管下的科索沃独立

218. 鉴于法院的论述几乎完全以安全理事会第 1244(1999)号决议为依据, 我觉得有义务在本个别意见中再谈两点。首先, 没有人会否认安全理事会第 1244(1999)号决议在这一问题上的中心地位, 但事实上, 第 1244(1999)号决议是政治妥协的产物,²¹⁹ 并且, 居于该决议以及安全理事会和联合国其他政治机关所作的一切决议之上的是《联合国宪章》。最终应由《联合国宪章》来指引思辨。其次, 法院辩称“认为没有必要”就第 1244(1999)号决议之前“就科索沃问题”通过的安全理事会其他决议发表意见, 并指出前者的序言部分已“回顾”了这些决议, 在我看来这缺乏充分根据, 仅仅是在回避问题实质。

²¹⁹ 第 1244(1999)号决议通过之后, 国家之间的辩论仍在持续, 一边强调该决议序言部分(以及附件 2 第 8 段)中提到的前南斯拉夫共和国的“领土完整”, 另一边则强调该决议序言部分不能创设具有约束力的义务且仅适用于科索沃的过渡阶段而非其最终地位, 第 1244(1999)号决议没有决定科索沃的最终地位; 参见 A. Tancredi, “Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia and Abkhazia”, 18 *Italian Yearbook of International Law* (2008) pp. 55–56。实际上, 该决议的执行部分第 11 段(a)项中明确提到促进“建立科索沃的高度自治和自我管理”。

219. 这只不过能让法院对 2008 年 2 月 17 日的科索沃独立宣言进行“技术性”和超然的调查，从科索沃严重人道主义危机复杂和悲剧性的事实背景中提取抽象概念，这一抽象过程在安全理事会通过第 1244(1999)号决议时达到顶点。法院不对安全理事会的其他决议发表意见，并且肯定不会对大会决议发表意见(在第 38 段中，法院似乎明确而不恰当地极力贬低大会决议的重要性)，但同时法院似乎很尽心地认为有必要至少考虑到第 1244(1999)号决议之前的其他决议但不“发表意见”，目的只是以一种不完整的方式说明危机的一个方面(第 116 段)。²²⁰

220. 结果是，法院认为只要在各处简要提到科索沃危机即足矣，²²¹ 无须在咨询意见的任何一处解释导致危机的原因以及危机的各组成要素；而这些正是第 1244(1999)号决议之前的安全理事会决议、大会决议以及联合国其他机关的发言所详细讨论的。我既不附和也不认可法院的思路，作为国际法院的一名法官，我感到有义务在本个别意见中阐述自己的思路，其中包括考虑安全理事会、大会、经社理事会、秘书长(参见上文)——总的说来，整个联合国——反复表示的对科索沃人道主义悲剧的严重关切。

221. 我认为，推动法院审议科索沃议会通过独立宣言相关事实情况的那种热忱和对细节的关注，应被法院用于对待整个事实背景。我和法院得出的结论一样，即：国际法院拥有提供大会所请求的咨询意见的管辖权，应当遵从大会提出的咨询意见请求，并且科索沃 2008 年 2 月 17 日的独立宣言不违反国际法；但我乃基于自己在本个别意见中逐步展开的推理得出以上结论，显然与法院的论述不同。

222. 此处另一个不能忽略的方面与安全理事会的近期做法有关，正如一些安全理事会决议所反映的那样，安理会所针对的不仅是国家而且还包括非国家实体，因而超出了严格的国家间范围。法院简要提到了这一点(第 115-117 段)，并提到越来越有必要确保正确解释安全理事会决议(第 94 段)。然而，法院在这两点上仅点到为止，未做进一步阐述。我虽然无意深入探讨这一问题，但仍应在此处提到法院没有提及但在这方面却不能忽视的另一观点。

223. 安全理事会自九十年代早期开始越来越多地参与各种行动，不仅是维持和平行动，而且还有预防冲突、缔造和平及建设和平行行动，这拓展了安理会行使其职能的范围。这是当前联合国法律中一个广为人知的现象。²²² 在这方面，安全

²²⁰ 咨询意见第 91 和 98 段中也简要提及安全理事会的其他决议。

²²¹ 例如第 95、97、98 和 116 段。

²²² 除其他外，例如，参见 K. Manusama, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era—Applying the Principle of Legality*, Leiden, Nijhoff, 2006, pp.1-320; B.G. Ramcharan, *The Security Council and the Protection of Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 2002, pp.1-213。

理事会最近开始不仅对国家而且还对非国家实体(包括个人团体)提出要求, 这个事实确实不太让人吃惊。但必须补充的是, 安全理事会也有其“组织性框架”——《联合国宪章》, 而法院似乎忽略了这一点。无论安全理事会的权力有多宽泛或者如今变得多宽泛, 仍然受到《联合国宪章》本身的制约。

224. 安全理事会不是世界的立法机构, 而只是联合国的一个主要政治机关, 是受委托按照《联合国宪章》维持世界和平与安全的中心机关。为审议大会为本咨询意见而向法院提出的问题, 最高规范不是安全理事会第 1244(1999)号决议, 而是《联合国宪章》。并且, 《宪章》对包括安全理事会在内的所有机关的行动都设定了限制。在科索沃一案中, 安全理事会在这些限制之内采取行动并通过其第 1244(1999)号决议将科索沃严重人道主义危机置于联合国法律框架内。而联合国法律也特别关注科索沃和世界不同地区的人民的生活条件, 以便维护国际和平与安全。

225. 我认为还可以在这里补充另一条思路。在法院为提供关于科索沃宣布独立是否符合国际法问题的咨询意见而举行的口述程序结束时, 我在 2009 年 12 月 11 日的公开庭上向参与者提出下列问题:

“- 联合国安全理事会第 1244(1999)号决议第 11 段(a)项充分考虑到《朗布伊埃协定》提到‘科索沃的高度自治和自我管理’, 你们怎么理解重提《朗布伊埃协定》的含义? 它是否影响自治和(或)脱离问题? 如果是, 在安全理事会第 1244(1999)号决议确立的法律体制框架内, 一个民族要有资格成立国家的先决条件是什么? 并且, 根据一般国际法的规定, “民族”的构成及其有资格成立国家的事实性前提条件是什么?”

226. 下列十五个参与者回答了我的问题: 科索沃、²²³ 塞尔维亚、²²⁴ 阿尔巴尼亚、²²⁵ 阿根廷、²²⁶ 奥地利、²²⁷ 布隆迪、²²⁸ 塞浦路斯、²²⁹ 芬兰、²³⁰ 法国、²³¹ 荷兰、²³² 罗马尼亚、²³³ 西班牙、²³⁴ 联合王国、²³⁵ 美国²³⁶ 和委内瑞拉。

²²³ 国际法院文件 2009/115。

²²⁴ 国际法院文件 2009/111。

²²⁵ 国际法院文件 2009/106。

²²⁶ 国际法院文件 2009/110。

²²⁷ 国际法院文件 2009/116。

²²⁸ 国际法院文件 2009/117。

²²⁹ 国际法院文件 2009/109。

²³⁰ 国际法院文件 2009/107。

²³¹ 国际法院文件 2009/118。

²³² 国际法院文件 2009/108。

²³⁷ 仔细阅读这 15 份回答之后，我在其中摘录和选取了我认为特别重要的两三点。

227. 安全理事会第 1244(1999)号决议重提《朗布伊埃协定》的意图在于，鉴于“科索沃的独特情况”²³⁸（参见上文），为科索沃创造高度自治的条件和一个广泛的自我管理模式。²³⁹ 在随后的十年(1999-2009 年)间，由于安全理事会第 1244(1999)号决议，科索沃民众能够发展其高度自我管理的能力，正如 2008 年 2 月 17 日科索沃议会发表的独立宣言显示的那样。此类宣言既无须国际法授权也不为国际法所禁止，但其后果和影响涉及到国际法。

228. 另外，也没有必要在语义学上穷究“人民”的构成。这一点无可否认地是在挑衅迄今为止的国际法律学说。就本主题来说，举例而言，有人指出安全理事会第 1244(1999)号决议在使用“科索沃民众”、“科索沃人民”、“科索沃全体人民”、“科索沃全体居民”等用语时本身似乎就模糊不清。²⁴⁰ 实际上，尽管在这个问题上存在大量经验，却并无精确的术语来描述国际法中“人民”的构成。²⁴¹ 在我看来，显然“人民”的构成是传统和文化、族裔、历史纽带和遗产、语言、宗教、

²³³ 国际法院文件 2009/112。

²³⁴ 国际法院文件 2009/114。

²³⁵ 国际法院文件 2009/119。

²³⁶ 国际法院文件 2009/113。

²³⁷ 国际法院文件 2009/120。

²³⁸ 联合王国的答复(第 12 段)。—朗布伊埃会议不仅将联合国也将欧洲纳入科索沃危机框架内，这再度表明危机已成为一个“国际关切”事项；E. Decaux, “La Conférence de Rambouillet-Négotiation de la dernière chance ou contrainte illicite?”, in *Kosovo and the International Community—A Legal Assessment*—(ed. C. Tomuschat), The Hague, Kluwer, 2002, pp. 45-64。

²³⁹ 科索沃的答复(第 19 段)、塞尔维亚的答复(第 3. 12 段)、美国的答复(第 1 和第 4 页)、联合王国的答复(第 11 段)、阿根廷的答复(第 4 段)。

²⁴⁰ 分别出现在第 1244(1999)号决议的序言第 5 段、执行部分第 10 段和附件 2 第 5 段；附件 2 第 4 段、执行部分第 10 段；附件 1 原则四；附件 2 第 5 段。西班牙的答复(第 20 段)。

²⁴¹ 例如，有人辩称，一个由人所组成的集体或群体要想构成有资格组建国家的“人民”，需要：(a) 拥有共同的族裔背景、语言、宗教、历史和文化遗产；(b) 所主张的地域领土完整；(c) 在主观要素方面，群体自我认同为一个独特的“民族”，能够组成可生存的政治实体。关于科索沃人满足这些要求并构成“人民”，以及米洛舍维奇领导的塞尔维亚没有尊重科索沃人内部自治权的观点，参见，例如，M. Sterio, “The Kosovar Declaration of Independence: ‘Botching the Balkans’ or Respecting International Law?”, 37 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (2008-2009) pp. 277 和 287。

认同感或归属感、共同组成人民的意愿²⁴² 等诸多客观和主观性质因素的结合；这些全部是事实而非法律要素，经常相互重合。²⁴³

229. 应该记得，科索沃特派团的《科索沃宪法框架》(2001年)本身(参见上文)说明了联合国对这个争议事项所采取的方法，指出科索沃是一个“实体”，其“人民有着独特的历史、法律、文化和语言特性”(第1.1段)。²⁴⁴ 我想在这些要素之外再补充一个重要因素，即共同受难：共同受难产生强烈的认同感。许多世纪之前，埃斯库罗斯(公元前525年——公元前456年左右)在其《俄瑞斯忒亚》三部曲中直觉地认识到这一点：他在《阿伽门农》第三首合唱诗以及《复仇女神》中最后的行进祷文高潮部分表明，人类从苦难中学习，他们最终不仅学会如何避免苦难，而且学会如何正当行事并实现正义。许多世纪之后的今天，在2010年，我在想或许埃斯库罗斯有点信心过高，但无论如何我非常赞同他富于勇气的预言，我认为这是最宝贵且永恒或长久的讯息。

230. 确实，联合国安全理事会第1244(1999)号决议没有决定科索沃的最终地位，也没有预防或阻止科索沃议会于2008年2月17日宣布独立。联合国安全理事会没有对迄今为止发生的一系列事件作出任何评判。在安全理事会第1244(1999)号决议的框架内，联合国在科索沃继续运作。联合国的运作有利于科索沃的“高度自治”和自我管理，并且有人认为，也有利于科索沃的独立。²⁴⁵

231. 毕竟，这并不出人意外，只要想到当前联合国试行的领土国际管理对民众生活条件给予特别关注，与以往试行的国际联盟委任统治制度和联合国托管制度(参见上文)一脉相承，显示了人性化视角。联合国在科索沃持久运作似乎对于保障人的安全以及保持该区域的和平与安全是必要的，今后也是这样。

232. 在联合国当前的另一例领土国际管理——对东帝汶领土的国际管理中，即便在联合国东帝汶过渡行政当局的任务完成且东帝汶宣布独立之后好几年，联合国仍然在新的东帝汶国保持余留班子至今(2010年中)。²⁴⁶ 有人敢建议联合国将其撤回吗？几乎没有。就科索沃而言，鉴于其事实背景，有更多理由表明联合国的驻留似乎仍有必要。科索沃作为一个新生的国家，亟需“监督下的独立”，正

²⁴² 荷兰的答复(第16页)和阿尔巴尼亚的答复(第20-21页)。

²⁴³ 芬兰的答复(第3页)。

²⁴⁴ 引文见奥地利的答复(第2页)。

²⁴⁵ 在这个意义上，参见G. Serra, “The International Civil Administration in Kosovo(……)”, 同前注(56), pp. 77-78、81-82 and 87页。

²⁴⁶ 安全理事会通过其2006年8月25日的第1704(2006)号决议，建立了新的联合国东帝汶综合特派团(联东综合团)，此后该特派团的任务期限一再延长(安全理事会2008年2月25日第1802(2008)号决议和2009年2月26日第1867(2009)号决议)；最近，安全理事会2010年2月26日第1912(2010)号决议再次将联东特派团的任务期限延长一年。

如秘书长特使阿赫蒂萨先生提交的“关于科索沃未来地位的报告”(2007年)中所建议的那样。

233. 该报告与特使于2007年三月中旬提出的《科索沃地位解决方案全面提案》²⁴⁷一起,包含了关于具体措施的提议,目的是:(a) 确保增进和保护族群及其成员的权利;(b) 政府和公共行政切实分权(以便鼓励公众参与);(c) 保存和保护文化及宗教遗产。最终目标是形成和巩固一个多族裔民主社会。为此目的,科索沃将不设“官方”宗教,促进难民和境内流离失所者自愿、安全返回,确保在国内法中直接适用人权条约和国际文书的规定,确保议会中有非多数族群的代表,以阿尔巴尼亚语和塞尔维亚语作为官方语言,确保在法治的基础上组成和建立独立的司法系统。

234. 此外,科索沃将确保普遍执行平等和不歧视原则,确保每个人都能行使公共生活参与权及平等诉诸法律的权利。在提议的所有措施框架内,保障少数民族塞族成员的权利特别重要,²⁴⁸ 同样重要的是促进保持所有族群的文化和宗教遗产,²⁴⁹ 将其作为科索沃遗产的组成部分。

235. 科索沃议会在2008年2月17日的独立宣言中明确接受联合国特使提出的《科索沃地位解决方案全面提案》²⁵⁰ 中的建议,还说:

“我们宣布科索沃为民主、世俗与多族裔的共和国,以不歧视和受法律平等保护为指导原则。我们将保护和增进科索沃所有族群的权利……”。²⁵¹

科索沃议会在独立宣言中还接受联合国根据安全理事会第1244(1999)号决议在科索沃继续存在,²⁵² 并表示其承诺“依照国际法原则和安全理事会决议”、包括第1244(1999)号决议行事。²⁵³

236. 联合国秘书长特别代表实际上至今仍继续行使其在科索沃的职权,正如法院在《关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题的咨询意见》第92段中所回顾的那样;但是,科索沃今天的局势已与宣布独立之时不同,而法院简要提及但并未分析发布于科索沃议会宣布独立之后(2008-2010年期间)的“秘书长

²⁴⁷ 参见,联合国文件S/2007/168和S/2007/168/Add.1。

²⁴⁸ 如2004年的骚乱所示。

²⁴⁹ 塞尔维亚东正教可在科索沃持续不受干扰地存在并运行。

²⁵⁰ 序言第12段;执行部分第1、3、4、5和12段。

²⁵¹ 执行部分第2段。

²⁵² 执行部分第5段。

²⁵³ 执行部分第12段。

关于联合国科索沃临时行政当局特派团的报告”²⁵⁴ 却可能导致相反的推断。详阅上述报告则能发现科索沃局势在 2008-2010 年期间已经发生了变化。

237. 例如,2008 年 11 月 24 日的秘书长报告表示,科索沃宣布独立以及其新《宪法》对科索沃特派团行使其临时行政的能力造成困难和挑战,但该报告从未说过不断变化的情况意味着违反安全理事会第 1244(1999)号决议;该报告从未试图宣称独立宣言“无效”(第 21 段)。秘书长承认正在根据不断变化的情况对科索沃特派团做出调整,但没有反对这些变化,并说只能通过科索沃国际存在的“重组进程”才能完成调整(第 22-25 段)。秘书长在其 2009 年 3 月 17 日的报告(第 12-14 段和第 16-17 段)和 2009 年 6 月 10 日的报告(第 18-20 段)中坚持科索沃特派团的“重组”。

238. 秘书长在 2009 年 9 月 30 日的下一份报告中介绍说,科索沃特派团“成功地完成了”“逐渐调整”和“重组工作”(第 2 段),并且特派团当时的作用是促进科索沃和巴尔干地区安全与稳定(第 3 段),缓解紧张局势并促进科索沃各族群之间以及“普里什蒂纳与贝尔格莱德之间”的务实合作(第 3 段和第 46-47 段)。最近的两份秘书长报告(2010 年)延续了同一观点,指出选举和分权、安全、法治、回返、文化和宗教遗产、族群问题、人权和科索沃派代表出席和参加国际和区域论坛等事项是优先领域(2010 年 1 月 5 日报告的第 15-46 段以及 2010 年 4 月 6 日报告的第 16-38 段)。总而言之,鉴于科索沃特派团成功地努力适应实地情况以造福相关民众,该特派团显然接受了科索沃宣布独立之后的新局面。

239. 综上所述,国家存在是为了人,而不是相反。现代国际法不再对国家最宝贵的构成要素——民众所处的命运漠然视之。国际组织的出现超越了旧的国家间范畴,有助于结束对国家终极目标的本末倒置。那样的曲解导致国家认为其自身才是人类自由的归所,并将个人当成手段而非目的来对待,从而产生一切灾难性后果。国际法律人格的扩展使得有必要扩大国际问责制。

240. 变成压迫和毁灭机器的国家对于受害民众而言不再是国家。被抛入无法无天的状况之中的受害人在他处即在万国法以及当今的联合国法中寻求庇护和生存。我敢于鼓励人们期望,国际法院的本咨询意见完成之时可能正是人类从暴政和系统性压迫下寻求解放的永恒传奇中又一个漫长篇章的终结之处。

安东尼奥·奥古斯托·坎萨多·特林多德(签名)

²⁵⁴ 自科索沃宣布独立之后,发布了 6 份关于联合国科索沃临时行政当局特派团的秘书长报告,分别载于下列文件:联合国文件 S/2008/692,2008 年 11 月 24 日,第 1-23 页;联合国文件 S/2009/149,2009 年 3 月 17 日,第 1-18 页;联合国文件 S/2009/300,2009 年 6 月 10 日,第 1-17 页;联合国文件 S/2009/497,2009 年 9 月 30 日,第 1-19 页;联合国文件 S/2010/169,2010 年 4 月 6 日,第 1-19 页;联合国文件 S/2010/5,2010 年 1 月 5 日,第 1-18 页。

优素福法官的个别意见

法院过分限制大会提出的问题的范围——宣布独立本身不受国际法制约——独立宣言中提出的主张和由此引发的进程可能与国际法有关——法院本来可利用这一机会澄清在殖民时代后的概念中自决权的范围和规范内容——国际法不赞成分裂现有国家，但又赋予民族、群体和个人某些权利，包括自决权——在殖民时代后的概念中自决权反映于重要文书和公约——自决主要在现有国家疆界内行使——在某些特殊情形下，国际法可能会支持外部自决的要求——法院本应评估科索沃的具体情况可否构成特殊情形——其他论坛并没有不去分析外部自决要求应满足的条件——应予考虑的准则包括是否存在歧视、迫害，是否允许自治政治结构——这些行为必须是针对某一种族或族裔群体——安全理事会干预的决定可作为一项补充准则——在行使外部自决之前，必须用尽实现内部自决的所有可能的补救办法。

秘书长特别代表的立法权力不是用于订立国际法规则和原则——科索沃特派团的条例仍然是仅仅为领土管理而颁布的领土立法的一部分——《宪法框架》不是国际法的一部分——临时自治机构宣布独立只能被视为科索沃内部法方面的越权。

一. 引言

1. 尽管我总体上同意法院的意见，并投票赞成执行条款的所有段落，但我对法院意见在某些重要方面的推理持严重的保留。
2. 首先，法院在解释联合国大会提出的问题称，“对此问题的答复就变成相关国际法是否禁止宣布独立”（第 56 段）。我认为，这是对大会提出的问题的具有过分限制性、过分狭隘的解释。科索沃宣布独立是分立国家的主张，是创建新国家的过程的一部分。大会向法院提出的问题事关科索沃人民的代表在未经母国同意的情况下为建立新国家而采取的行动是否符合国际法的问题。换言之，大会请法院评估科索沃人民试图建立自己的国家的进程有无违反国际法，或鉴于在该领土的特殊情况下科索沃人民的实在权利可能存在的事实，评估这一进程可否被视为符合国际法。因此，把问题范围限制于国际法是否禁止宣布独立，使该问题的许多实质内容丧失。我在下文第二节将详述这些事项。
3. 我的第二个保留意见是，法院把在联合国科索沃临时行政当局特派团（科索沃特派团）主持下订立的《宪法框架》列入据以评估 2008 年 2 月 17 日科索沃宣布独立是否合法问题的适用的国际法律文书类别。我认为，《科索沃临时自治宪法框架》不是国际法的一部分。秘书长特别代表在为科索沃临时行政当局颁布立法时，其权力可能来自联合国安全理事会第 1244 号决议，但他主要是作为代理

领土行政长官行事，制定的条例仅仅与科索沃领土相关，其法律效果仅限于内部。我将在下面第三节予以进一步详述。

二. 向法院提出的问题的范围和含义

4. 法院解释大会提出的问题，认为该问题并不要求法院

“就国际法是否赋予科索沃单方面宣布独立的实在权利采取立场，更不是就国际法是否一般赋予一国境内的实体单方面脱离该国的权利采取立场”（咨询意见，第 56 段）。

无疑，大会没有要求法院就具有一般性质的第二点发表意见；但因下文所述理由，法院决定不处理第一点，是令人遗憾的，从评估在科索沃特殊情况下自决权可能存在的角度来看尤其如此。

5. 第一，鉴于宣布独立本身不受国际法制约，评估宣布独立行为是否符合国际法便毫无意义。与法律相关的是宣布独立的含义和建立新国家的主张。如果这种主张满足国际法规定的条件，特别是在非殖民化情况下或对受外来奴役、控制和剥削的民族而言，法律可鼓励这种主张；但如果这种主张违反国际法，国际法就予以阻止，或宣布其为非法。1960 年代南罗得西亚和加丹加的情况就是例子。第二，法院评估一项权利存在与否时，本应清楚说明在殖民时代后的概念中自决权的范围和法律内容及其对科索沃具体情况的适用性。法院以往曾帮助更好理解自决权对非殖民化情况或受外来奴役和外国占领情况的适用性问题。法院本来可以利用这一机会界定殖民时代后自决权的范围和规范内容，从而帮助预防在现有国家内制造族裔和部族分裂的群体滥用这一重要权利等情况的发生。

6. 第三，族裔群体或其他实体在一国内分立国家的主张可能会导致武装冲突局势，可能不仅威胁区域稳定，而且威胁国际和平与安全。法院决定将其意见局限于国际法是否禁止宣布独立，而不对外部独立的内在主张作出评估，这样做可能会被误解为从国际法角度使已经或计划宣布独立的所有各类分裂主义团体或实体的此种行为合法化。第四，法院本身承认，“独立宣言意在最终确定科索沃的地位”（第 114 段），但又没有针对大会提出的问题的明确含义，审查单方面确定科索沃最终地位并从母国脱离的做法是否符合国际法。

7. 关于自决问题，首先应该指出，国际法不赞成分裂现有国家，而设法保护国家边界，防止外国侵略和干涉。国际法还促进国家疆界内的稳定，但国际法日益重视国家疆界内人民的人权和福祉，密切注意一国国内发生的暴行、迫害、歧视行为和危害人类罪。为此目的，国际法揭掉了主权的屏障，将某些受国际保护的权力赋予可能受害于这种行为的民族、群体和个人，并要求这些民族、群体和个人所在国和其他国家履行义务。自决权，特别是在殖民时代后的概念中的自决权，就是这些权利之一。

8. 在这方面，应该记得，在殖民时代结束后，自决权既没有成为仅具有与历史有关的法律概念，也没有在国际法中穷尽其作用。自决权写入 1966 年两项人权公约、1970 年《友好关系宣言》（《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，大会第 2625 号决议，附件 25，《联合国大会正式记录，补编第 28 号》，A/52/17 号文件，第 121 页（1970 年））、欧洲安全与合作组织《赫尔辛基最后文件》（欧洲安全与合作组织会议最后文件，1975 年 8 月 1 日，14《国际法材料》，1292（赫尔辛基宣言））、《非洲人权和人民权利宪章》以及世界人权会议通过的《维也纳宣言和行动纲领》（《维也纳宣言》，世界人权会议，1993 年 6 月 14 日至 25 日，维也纳，联合国文件 A/CONF. 157/24（Part I）、20（1993））后，的确获得了新的意义。自决权是可不断行使的权利，在人民与本国关系的框架中尤其如此。

9. 在殖民时代后的概念中，自决权以各种不同形式主要在现有国家疆界内运行，尤其是作为国家全体人民决定其政治、经济、社会命运及选择代议制政府的一项权利，同样也作为人口中因其种族或族裔特点而具有特性的特定群体参与国家政治生活、有代表在政府任职、不受歧视的一项权利。这些权利应在人民或族裔群体所在国国内行使，因此构成内部自决权。这使国家疆界内相关人民能有各种应享权利，而不会威胁国家主权。

10. 与此形成对照的是，具有特点的族裔或种族群体如果提出外部自决主张，即对国际法和对本国构成挑战，通常也对更大范围内的各国构成挑战。无疑，国际法没有规定国家疆界内所有具有特点的族裔或种族群体都享有分立国家的普遍实在权利，国际法只承认非自治领土的人民和受外来奴役、控制和剥削的人民享有外部自决的特定权利。因此，国家疆界内具有特点的种族或族裔群体即使为自决目的具备一个民族的资格，也不享有因想建立自己单独的国家而单方面分离的权利，即使这样做可能是整个群体的愿望。国际法中如存在这样一个普遍权利，就会彻底侵蚀国家领土主权和完整，导致冲突不断，国际关系混乱。

11. 但这并不意味着国际法对这类群体的困境视而不见。有时，国家不仅不让这些群体行使内部自决权（如上文所述），而且予以歧视、迫害，肆意侵犯人权，违反人道主义法。这些情况下，国际法尤其不会无视他们的困境。在这种特殊情形下，人民自决权可能是分立国家的主张的支柱，前提是考虑到历史背景，这种主张能满足国际法在特定情况下规定的条件。这些条件可源于各文书，包括《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》。如法院在咨询意见第 80 段所述，该宣言反映了习惯国际法。该宣言关于各民族享有平等权利与自决权之原则的一节载有下列保障条款：

“以上各项不得解释为授权或鼓励采取任何行动，局部或全部破坏或损害在行为上符合上述各民族享有平等权及自决权原则并因之具有代表领土

内不分种族、信仰或肤色之全体人民之政府之自主独立国家之领土完整或政治统一。”

12. 这一条款明确规定，只要主权独立国家遵守民族平等权利和自决原则，其领土完整和国家统一就不得受破坏或损害。因此，该条款首先是保护且优先重视维持国家领土完整，设法避免分裂主义力量造成国家分裂或瓦解。然而，保障条款后半部分暗示，如果一国未能依照民族平等权利和自决原则行事，就可能会出现特殊情况，被剥夺了内部自决权的具有特点的族裔或种族群体可能要求行使外部自决或从本国分离的权利，这可能实实在在地对国家的领土统一与主权提出质疑。

13. 不可否认，科索沃情况在许多方面都很特殊。大会提出的问题的特殊性质和背景本应予以分析。科索沃的许多具体特点在其他地方是找不到的：南斯拉夫的暴力解体、塞尔维亚当局取消科索沃自治的情况、前南斯拉夫问题国际法庭在米卢蒂诺维奇案的判决中所述的科索沃发生的族裔清洗和危害人类罪的历史（《检察官诉米兰·米卢蒂诺维奇等人，2009年2月26日判决》）、联合国对科索沃的长期管理。联合国的这种管理事实上将科索沃从塞尔维亚分离出来，保护其人民，使科索沃拥有自治机构。法院在1999年6月曾提及“科索沃的人类悲剧、生命的丧失及极大的痛苦……”（《使用武力的合法性（南斯拉夫诉比利时），临时措施，1999年6月2日命令，1999年国际法院案例汇编(I)》，第131页，第16段）。鉴于这一背景，我认为，法院有充分材料可评估科索沃局势是否构成可由内部自决权转变成从母国分离的另立国家的权利的特殊情形。

14. 这个问题在其他论坛上已得到审议。例如，非洲人权和人民权利委员会在“加丹加人民大会诉扎伊尔一案”中对加丹加（刚果民主共和国）不存在这种特殊情形的情况阐述如下：

“没有具体证据表明，侵犯人权行为已达到需对扎伊尔的领土完整提出疑问的地步。如果没有这种证据表明加丹加人民被剥夺了《非洲宪章》第13条第1款保障的参与政府的权利，委员会就认为，加丹加必须以符合扎伊尔主权和领土完整的方式行使某种自决权。”(Case 75/92, Katangese Peoples' Congress v. Zaire, p. 1.)

换言之，委员会认为，除非事实清楚表明，加丹加人民的人权受到扎伊尔政府的粗暴侵犯，其参与政府的权利被剥夺，否则加丹加人民就应在内部行使自决权。

15. 同样，加拿大最高法院在关于魁北克分离的意见中，虽然承认一民族如果被剥夺切实行使内部自决的权利，可有权行使外部自决，但提出下列结论：

“一国政府如果代表全体人民或境内居住的各个民族，以平等为基础，没有歧视，在境内安排中尊重自决原则，就有权保持其他国家承认的领土完整。魁北克的情形没有达到殖民地人民或被压迫人民的门槛，也不能称魁北

克人无法切实地参与政府，无法推行其政治、经济、文化和社会发展。”
(Reference by the Governor-General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada, ([1998] 2 S. C. R. 217; 161 D. L. R. (4th) 385; 115 Int. Law Reps. 536), para. 154)。

16. 为了确定某一特定情况是否构成可使外部自决的主张合法化的特殊情形，须考虑一些准则，例如某一群体有无受到歧视、该群体有无因其种族或族裔特点而遭受迫害、建立自治政治机构和参与政府的权利有无被剥夺。安全理事会的干涉决定也可作为另一准则，据以评估是否存在特殊情形使被剥夺内部自决权的某一群体的外部自决权要求合法化。尽管如此，即使在这种特殊情形存在时，有关人民也不一定就自动享有分立国家的权利。只有在实现内部自决的所有可能的补救办法用尽之后，才可使这个问题摆脱对提出分立主张的人民居住的领土一直行使主权的国家的国内管辖范围。在这方面，国际社会的作用，特别是安全理事会和大会的作用，极为重要。

17. 就科索沃的特定例子而言，大会征求法院的咨询意见，希望了解宣布独立是否符合国际法。我认为，这意味着需要评估的是，根据该领土的历史以及导致设立联合国临时行政当局和导致领土宣布独立的近期事态发展，该领土的特别局势有无可能使其人民有权在不经母国同意的情况下要求分立国家。法院有机会根据具体情况评估实现这样的自决权应满足的法律条件，使分立的要求具有合法性。法院本来可利用这一机会来澄清殖民时代后概念中的外部自决权的范围和规范内容，从而帮助防止无理要求独立等情况，而无理要求独立可能导致世界各地出现不稳定局面和冲突。不幸的是，法院没有利用这一机会。

三. 科索沃特派团条例的法律性质

18. 法院在咨询意见第 88 段指出：“《宪法框架》的约束力源自第 1244 (1999) 号决议的约束性，因而源自国际法。因此，从这一意义上讲，《宪法框架》具有国际法性质”。这一说法将颁布科索沃条例的权力来源与条例本身的性质相混淆。国际行政当局在行使管制权力时必须以双重身份行事。虽然国际行政当局在诸如联合国这样的国际机构的领导下行事，但所通过的条例属于国际管理的领土的内部法律秩序。第 1244 号决议授予秘书长特别代表在科索沃的立法权不是用于颁布国际法规则和原则，而是为科索沃立法，制定仅适用于科索沃内部的法律和规则。虽然秘书长特别代表行使立法职能时须服从国际法，虽然这些职能源于安全理事会一项决议赋予他的权力，但就大会向法院提出的问题而言，这并没有使这些规则成为国际法规则。

19. 秘书长特别代表颁布的《宪法框架》作为科索沃临时自治机构的宪法施行，是科索沃内部法的一部分。科索沃特派团第 1999/24 号条例具体规定，科索沃内部法律是：“(a) 秘书长特别代表颁发的条例和据此发布的辅助文书；(b) 1989

年 3 月 22 日在科索沃有效的法律”。科索沃现有法律，无论由科索沃特派团发布还是 1989 年前由南斯拉夫/塞尔维亚发布，在法律效果或约束力上没有区别。《宪法框架》和秘书长特别代表颁布的所有其他条例，都是在源于国际法的权力基础上订立的内部法律制度的一部分。但这一权力的存在并不会使这些条例成为国际法的一部分。这些条例属于在临时阶段及随后时期管理科索沃的法律制度，是领土立法的一部分，完全只为领土管理需要而颁布。这一点清楚体现于这些条例与在科索沃也仍然有效的 1989 年前颁布的南斯拉夫/塞尔维亚原有立法结合适用的情况。

20. 大会向法院提出的问题是，科索沃宣布独立是否符合国际法。秘书长特别代表颁布的《宪法框架》不是国际法的一部分。即使独立宣言是由临时自治机构违反《宪法框架》通过的，这种行动也只能被视为科索沃内部法方面的越权，须由秘书长特别代表以其作为领土行政长官的身份处理，或由科索沃最高法院处理。因此，本法院无需称，“2008 年 2 月 17 日独立宣言作者并非作为一个临时自治机构在《宪法框架》范围内行事，而是以科索沃人民代表的身份在临时行政当局框架范围外共同行事”（第 109 段）。这种说法也没有说服力。

21. 大会请法院发表咨询意见的问题明确提及“科索沃临时行政当局宣布独立”。此外，大会没有请法院就宣布独立是否符合《宪法框架》发表咨询意见。我认为，《宪法框架》不是国际法的一部分，因此在评估科索沃宣布独立是否符合国际法时不应予以考虑。

阿布杜勒卡维·优素福(签名)