

国际法院临时措施中的可信度审查: 追溯与展望

黄德明* 赖美杉**

内容摘要:当前国际法院临时措施制度中最活跃的问题之一,是对申请国权利的可信度审查。对申请国“权利存在可能性”的审查,经历了从考量因素到独立要件的演变。可信度审查是指在法律框架内,判断申请国权利主张处于从不可信到确定真实之间的某一位态,并据此决定法院应否对此权利主张采取保护行动。可信度审查有助于弥合临时措施制度的价值冲突,在国际法人本化的背景下,其对平衡国际法院不同角色间的职能冲突亦有重要意义。国际法院在进行可信度审查的过程中,形成了以权利为审查内容、是否满足证据要求由法官自由裁量的审查模式。为提升临时措施裁决的确定性,可增加“权衡”步骤对临时措施要件进行综合考量。

关键词:临时措施 国际法院 可信度审查 权衡步骤

一项有效的国际法院临时措施须满足五个要件,即国际法院具有初步管辖权、当事方权利可信、所寻求保护的權利和申请国所申请的案件存在关联、情势紧迫以及不可弥补的损害。^①其中,当事方权利可信是当前国际法院临时措施裁决中最复杂、同时也是最活跃的要件,直接影响国际法院临时措施的裁决结果和未来发展方向。为判断临时措施中“当事方权利可信”这一要件成立与否,国际法院法官通常会进行可信度(plausibility)^②审查,对当事方的权利主张进行判断,并据此决定应否采取临时措施。

当前的国际司法现实表明,对国际法院临时措施中的可信度审查进行专门研究,

* 武汉大学国际法研究所教授。

** 武汉大学中国边界与海洋研究院、国家领土主权与海洋权益协同创新中心博士研究生。

① 参见王孔祥:《国际法院指示临时措施研究》,《武大国际法评论》2022年第4期,第106页。

② 当前国内学界对plausibility一词并未有权威、统一的翻译,笔者将其译为“可信度”,具体原因见下文。

颇有必要。一方面,当下各国愈发频繁地请求指示临时措施,^①以期谋求国际争端解决中的“先手”优势,此种趋势对国际司法的发展进程具有重大影响,充分认识与研判国际法院临时措施程序及其中的可信度要件,有重要的现实意义。另一方面,诸多案件的审理过程表明,当前国际法院缺少对可信度概念、审查对象、证据要求等问题的统一认识,可信度审查的标准存在较大争议,因此廓清国际法院临时措施中的可信度审查标准,也具有相当的理论意义。

既有研究通常将国际法院临时措施的五个要件笼统描述,且侧重研究临时措施的效力与执行问题,^②对其中的可信度审查缺乏关注。基于此,本文旨在梳理可信度要件的地位演变,厘清可信度审查的法律意涵,探究可信度审查生成发展的法理背景,进而尝试归纳可信度审查的法律模式,为临时措施法律程序的完善提供建议。

一、可信度要件的地位演变:从考量因素到独立要件

有观点认为,国际法院临时措施中的可信度标准是凭空出现的,^③但考察实践发现,2009年比利时诉塞内加尔或引渡或起诉义务案前,关于申请国是否享有成为临时措施保全对象的实体权利的考量业已存在,在国际法院的既有案例中,可信度以法官单独意见的方式发展,实现了从考量因素到独立要件的演变。

(一)可信度要件作为临时措施的考量因素

国际常设法院时期,有法官将“权利存在的可能性”作为临时措施的审查标准之一。在波兰土地改革与德国少数民族案中,Anzilotti院长的反对意见认为:“如果对这种程序特征的总结性认识,使法院能够考虑到所要求的权利的可能性和该权利所面临的‘危险的可能性’,则应批准采取临时措施请求。”^④1940年国际常设法院规约和规则明确要求当事国在临时措施的诉状中“具体说明要求保护的权利”,^⑤暗含了法官

① 仅在2023年10月至12月,国际法院就受理或裁决了四起涉临时措施案件,包括南非诉以色列《防止及惩治灭绝种族罪公约》在加沙地带的适用案,加拿大、荷兰诉叙利亚《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的适用案,圭那亚诉委内瑞拉1899年10月3日仲裁裁决案,阿塞拜疆诉亚美尼亚及亚美尼亚诉阿塞拜疆《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案。

② 参见邵沙平、冯雅因:《国际法院指示临时措施法律问题研究》,《外交评论(外交学院学报)》2012年第2期,第143-149页;王孔祥:《国际法院指示临时措施研究》,《武大国际法评论》2022年第4期,第101-122页;朱明新:《论国际法院指示的临时措施》,《南大法学》2023年第5期,第55-73页;等等。

③ See *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, ICJ Reports 2011, p.30.

④ See *Polish Agrarian Reform and German Minority*, Series A/B 58, Dissenting Opinion by M. Anzilotti, p.181.

⑤ See *Statute and Rules of Court*, Series D, No.1, 1940, Article 61.

将会考量权利是否存在的要求。但1978年《国际法院规则》用“指明请求的理由”将该表述替代。^①这是否说明临时措施阶段不再关注权利的存在问题,而至于它是否成为需指明的理由之一,则需要对国际法院的案例进行分析。

在英伊石油公司案中,Winiarski和Badawipasha法官指出,国际法院的权力在实质上与国内法庭的权力没有区别,“鉴于临时措施的‘例外性’,应该像国内法院那样只有当申请者的权利确定无疑时,才能予以认可”。^②其后,在国际法院判例中临时措施的审查标准得以明确和系统化,关于权利的分析判断与管辖权等要求一起出现在法院的判决或个人意见中。^③

可见,临时措施“保护当事国权利”的目的使得考量当事国权利是否存在成为审查临时措施请求的必要前提条件,考察法院案例,法官们在决定是否认可临时措施请求时都考虑过相关权利存在的可能性。

(二)可信度要件成为临时措施的独立要件

2001年德国诉美国拉格朗案(以下称“拉格朗案”)确定临时措施具有约束力,这直接引发了对临时措施进行审查时是否应该更为系统和严格的讨论。国际法院法官在2006年阿根廷诉乌拉圭乌拉圭河纸浆厂案(以下称“乌拉圭河纸浆厂案”),就临时措施具有约束力的裁决对可信度审查的影响进行了详尽的论述。

在2006年乌拉圭河纸浆厂案中,Abraham法官在个人意见中解释:“法院应在所主张的权利确实存在的基础上开展工作……在这方面,人们不能不看到这里讨论的问题与法院在2001年对拉格朗案的判决中确认的法院根据《国际法院规约》第41条在其命令中规定的措施的强制性质之间的联系……它不能仅仅因为另一个国家声称这种行为是维护其自身权利所必需的,就命令一个国家以某种方式行事,除非法院进行了某种最低限度的审查,以确定这样声称的权利是否实际存在……许多国家的司法系统都坚定地承认,作为下令采取具有约束力的临时措施的必要条件,存在根据案

^① 《国际法院规则》第73条第2款规定:“这项请求应指明理由,这项请求不予同意时可能发生的后果以及请求采取的措施。书记官长应立即将经核证的副本转送当事国另一方。”

^② Anglo-Iranian Oil Co., Judgment of 22 July 1952, ICJ Reports 1952, p. 96.

^③ 在美国驻德黑兰外交和领事人员案(美国诉伊朗)中,国际法院认为“不能不承认,由《维也纳领事关系公约》予以法典化的外交和领事关系中存在着绝对的义务”,因此,国际法院判决伊朗对美国负有条约上的义务,并鉴于此指示临时措施;澳大利亚和新西兰诉法国核试验案中,法官的反对意见明确指出,“如果没有权利,就没有什么需要保护的东西,在指示保护措施之前,就必须解决这些反对意见”;芬兰诉丹麦大贝尔特海峡通行案,就权利存在与否问题展开了正面交锋,“权利存在”是影响当事国诉讼策略和法官裁量结果的直接因素。本案中,权利的存在没有受到质疑,双方之间的争端是该权利的性质和范围,最终因芬兰的申请缺乏紧迫性而拒绝了其指示临时措施请求。

情胜诉的可能性。”^①该法官的意见厘清了临时措施约束力与可信度审查之间的法律逻辑,参照国内法规则提出了“新的”临时措施要件——有可信的理由证明权利的存在,这为国际法院确立可信度要件的独立地位奠定了基础。^②

在 2009 年比利时诉塞内加尔或引渡或起诉义务案中,权利可信度审查首次作为独立的论证章节出现。在“受保护的权利与要求的措施之间的联系”一节中法院明确提出“指示临时措施的权力只有在法院确信一方当事人所主张的权利至少是可信的情况下,才可行使”。^③本案也成为临时措施中可信度审查的标志性案件。在 2010 年哥斯达黎加诉尼加拉瓜尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动中,法院在指示临时措施的命令中更是直接以“寻求保护的权力的可信度”(Plausible Character of the Rights Whose Protection Is Being Sought)作为一章的标题。^④自此,通过不断演变的判例,可信度审查作为独立要件在每项关于临时措施的命令中得到重申和适用。

可信度作为独立要件也被国际海洋法法庭所吸纳。在路易莎号(M/V Louisa)案中,国际海洋法法庭指出不需要“明确确定所主张权利存在”,^⑤这里“明确”意味着某种形式的审查仍然必要。在自由号(ARA Libertad)案和极地曙光号(Arctic Sunrise)案中,国际海洋法法庭也使用了同样的措辞。^⑥2015 年,加纳和科特迪瓦在大西洋海洋边界划界的争端案中,国际海洋法法庭特别分庭首次适用可信度(the rights are plausible)标准:“只需要主张科特迪瓦就案件实质问题所主张的权利和寻求保护的权力是可信的。”^⑦

二、可信度审查的法律意涵:“可信”概念的厘清

国际法院在描述可信度要件时通常表示为“法院只有在请求采取此类措施的当

① Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, ICJ Reports 2006, p.139.

② See Cameron Miles, Provisional Measures and the “New” Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice, 11 British Yearbook of International Law 7 (2018).

③ See Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, ICJ Reports 2009, p.151.

④ See Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, ICJ Reports 2011, p.18.

⑤ See The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment of 28 May 2013, ITLOS Reports 2013, p.68.

⑥ 参见郝雅焯子:《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制下的临时措施制度研究》,法律出版社 2019 年版,第 77 页。

⑦ See Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS Reports 2015, p.158.

事人所主张的权利至少是‘可信’(plausible)的情况下才能行使权力”,因此,对“plausible”一词的理解便成为明确可信度审查法律内涵与标准的前提。然而,“plausible”并非法律英语中的常见词汇,^①加之国际法官和学者来自不同语言体系和法系,可信度要件确立之初便带有相当的模糊性。^②国内相关研究对“plausible”一词的译法也存在混乱,^③进而产生了对临时措施审查内容等问题的理解困难。考虑到可信度已成为临时措施的独立审查要件,因此有必要厘清可信度审查的法律意涵。

首先,应明确“plausible”的语义。依据《牛津词典》,“plausible”有两重常用含义:第一重含义是,“似是而非,存在合理性但实际上是诡辩或错误的”,这使得“plausible”具有负面的含义;第二重含义是,“具有合理的外观即可”,这会降低可信度审查的标准,引发了法官对可信度概念适用会降低临时措施标准的担忧。

2011年,在尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动案中,法官 Koroma 提出:“该标准甚至可能无意中为当事方提供了提交似是而非(specious)的主张的机会,这些主张从表面上看可能是可信的,但可能误导法院指示临时措施。”^④然而查阅国际法院判决的法文文本,同样使用“plausible”的表述,但法文中该表述并没有负面含义。^⑤同时,在英语语境中美国联邦最高法院案例 Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 该案的判决提出,“plausible”要求“提供足够的证据以达到预期”,这为可信度审查提出了较高的证据要求。自可信度要件确立以来,国际法院审查临时措施请求时同样要求申请国提供证据,论证“考虑到法律论据和所提供的证据资料,当事国援引的权利有可信度”。^⑥“plausible”的负面含义仅为词语语义带来的混乱,在法律英语的实际应用中对其理解不存在分歧。

其次,通过辨析“plausible”和“reasonable”探寻“可信”的法律意涵。《牛津词典》中“plausible”的另一重含义为“reasonable”(合理),既然“合理”在法律英语中有较为明确的含义,国内相关研究中也时常将“plausible”翻译为“合理”,那么国际法院在进行可信度审查时为何不直接使用“reasonable”一词?

① 《布莱克法律词典》《元照英美法词典》等均没有收录该词汇。

② See Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, ICJ Reports 2011, p.29.

③ 譬如,我国翻译国际法院判决案例集中,对 plausible 采取过“似是而非”“有理由相信”“合理”等不同翻译,既有研究中也多将其译为“合理性”。

④ See Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, ICJ Reports 2011, p.32.

⑤ “plausible”的法语含义可解释为“表面看起来是真实的,除非另有证明,否则将被接受或承认”(Qui a une apparence de vérité; qui est accepté ou admis jusqu'à preuve du),并无负面含义倾向。

⑥ See Jadhav (India v. Pakistan), Provisional Measures, Order of 18 May 2017, ICJ Reports 2017, pp. 242-243.

在匈牙利/斯洛伐克加布奇科沃—大毛罗斯项目案中,法院认为国际水道的每个沿岸国都有权“公平合理地分享”河流的自然资源;^①在加拿大/美国缅因湾区域海洋边界划界案中,法院指出,用于近海划界目的的公平标准本身并非法律规则,而是“公平”甚至是“合理”的标准;^②在澳大利亚诉日本南极捕鲸案中,法院明确指出“合理”标准以“科学数据”为基础。^③由此看出,法院使用“合理”概念时多考虑法律以外(资源、科学等)的实质因素。^④而可信度用于审查是否存在法律依据,“即它所主张的权利作为一个法律问题存在,并将被判决适用于该当事人的案件”。^⑤就临时措施而言:“前两个要素(法院具有初步管辖权和当事方权利可信)和最后两个要素(申请国面临不可弥补的损害和情势紧迫)明显存在法律性质上的区别,前两项要求涉及法院有权行使指示临时措施权力的‘法律框架’的范围……这些是法院在行使其权力之前必须满足的‘法律要求’;后两项要求属于法院的酌处权……这种区别不仅仅是学术上的,它对临时措施不应构成对案件实质的预先判断这一论点具有重大后果。”^⑥因此,不可弥补的损害和情势紧迫要件作为对法律外实质因素的衡量更适合译为“合理性”审查,法院采用可信度意在强调其法律属性,对可信度的审查需要在法律框架下进行。

最后,尝试定义可信度。考察可信度的词语含义,包括“可能”(probable)或“真实”(truthful),这使得对权利是否存在的证据要求可以从最低标准(如非滥用主张)到中等标准(如可能的解释)再到高标准(如确信)。这种不确定性并不是一个意外或错误,而是法院的刻意选择,“可信”一词在法律上的模糊性使它能准确表述临时措施的审查范围是“属于法院认为应该采取行动的权利主张和那些它没有初步确信的权利要求之间的正确边线”。^⑦这满足了法官在具体案件中对权利可信与否进行自由裁量的需求。

^① See *GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, p. 56.

^② See *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, ICJ Reports 1984, p. 313.

^③ See *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, ICJ Reports 2014, p. 282.

^④ See Asier Garridomunoz, *Managing Uncertainty: The International Court of Just “Objective Reasonableness” and the Judicial Function*, 30 *Leiden Journal of International Law* 468 (2017).

^⑤ See *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, ICJ Reports 2011, p.47.

^⑥ See *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, ICJ Reports 2017, pp. 143-144.

^⑦ See Edgardo Sobenes Obregon & Benjamin Samson, *Nicaragua Before the International Court of Justice* 406 (Springer International Publishing AG 2018).

理解法律只能通过语言发挥作用,而语言具有多义性,这种多义性会影响到所要表达的意思。^①笔者在此尝试对“可信度审查”这一临时措施中的概念下定义:在法律框架内,法院判断申请国权利主张处于从“不可信”到“确定真实”之间的某一位态,并据此决定应否对此权利主张采取保护行动。

三、可信度审查的法理依据:弥合冲突的需要

对可信度审查概念的厘清为理解分析可信度审查的法理背景打下了基础。国际法院常出于两个不同的目的在裁量中进行平衡:(1)平衡同一制度内部的利益,即系统内平衡,临时措施制度不同价值追求间的冲突催生了可信度要件的生成与独立,可谓一例证;(2)适应相互竞争的原则,解决国际法律秩序不同概念之间的冲突,即系统间的平衡,可信度审查有助于平衡临时措施的司法严格性和国际法院人本化发展趋势。^②

(一)可信度审查可弥合临时措施制度的价值冲突

根据《国际法院规约》第三章“程序”第41条,国际法院的临时措施制度是在终局判决作出之前,采取某种限制措施以保全当事方权利的办法。这体现出临时措施三方面的价值:其一,保护当事方实体权利的价值;其二,作为诉讼程序天然的程序正义价值;其三,在终局裁决之前进行司法救济所暗含的效率价值。但以上价值存在冲突,可信度审查可弥合临时措施制度的价值冲突。

可信度审查是实现临时措施“保护双方权利”立法目的的必然选择。临时措施的目的是保护双方的权利免遭不可弥补的损害,但同案中申请国和被申请国的权利诉求天然存在冲突。司法实务中临时措施申请多由当事国主动提出,此时申请国的权利要求清晰明确,而被申请国在案件中享有的权利容易被忽视。如仅考虑防止请求国遭受不可弥补的损害,则可能对被申请国造成不当限制甚至损害,无法实现临时措施“保护双方权利”的目的。Abraham法官在乌拉圭河纸浆厂案中提出:“在根据指示临时措施的请求采取行动时,法院必然面临相互冲突的权利,法院不可避免地要权衡双方主张的权利。一方面是请求方声称受到威胁并寻求暂时保护的权利要求,另一方面是反对方的权利,这些权利至少包括每个主权实体在不违反国际法的情况下根据自己的选择行事的基本权利。”^③因此,考察临时措施的立法目的,从平衡两国权利的角度

^① 参见卢秋帆:《法律语言的模糊性分析》,《法学评论》2010年第2期,第23页。

^② See Pasquale De Sena & Lorenzo Acconciamesa, *Balancing Test*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, May 2021, para.33.

^③ See *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, ICJ Reports 2006, p.139.

度考量,需要对申请国寻求保护的权利要求进行可信度审查,以避免给可能最终胜诉的被申请国带来损害。

同时,可信度审查可调和临时措施制度中公正价值和效率价值的冲突。临时措施在终局判决之前作出,可见其功能就是避免因法院僵硬地坚持传统的审判程序或被诉国拖延诉讼等,造成审判周期长、判决最终无法执行,申请国权利无法得到有效保护的结果。因此,临时措施的制度设计以效率为重要目标,如将情势紧迫作为独立要件进行考量。但若因片面追求效率而牺牲程序公正价值,又会造成申请国对临时措施的滥用:不对申请国的胜诉可能性进行审查,会为申请国滥用权利、大规模侵犯被告国的自由和主权打开方便之门,临时措施会对当事国行动自由构成限制。若随后的全面审理裁定起诉国并无权利得到这类临时救济,这将违反正当程序关于公正性的基本标准,有造成不公正的风险。因此,在临时措施制度保障司法效率的同时,需要设立可信度作为独立要件,以保持一种公平的平衡,弥合临时措施制度中程序公正价值和效率价值的冲突。

(二)可信度审查可平衡国际法院不同角色间的职能冲突

如上所述,进行可信度审查是弥合临时措施不同价值冲突的需要。但近年来维护和平、保护人权成为国际法院着重价值追求。在这一背景下一观点认为,在特殊情况下应抛弃可信度要件而代之以“人的脆弱性”审查。那么,“人的脆弱性”标准是如何提出的?为什么“人的脆弱性”标准会和临时措施要件产生冲突?在国际法院临时措施制度价值追求背景下可信度审查是否还有存在的意义?

Cancado Trindade 法官在 2017 年乌克兰诉俄罗斯联邦《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案中首次提出应用“人的脆弱性”代替“可信度审查”。法官认为临时措施现在已经被确立为一种“自主的法律制度”,既然如此,在指示或下令采取临时措施方面,人的脆弱性是一个比权利可信度更有说服力的测试。“在特殊情况下需要保护的权利要求归根结底是人(个人或群体)的权利”,“当临时措施涉及基本人权或强行法规则时,可信度要件会损害正义的实现,应抛弃一般规范路径中的可信度要件,增强法院自行推理指示临时措施的能力,尽快实现对基本人权的保护”。^①法官认为以“人的脆弱性”标准替代可信度要件是对当代国际法正在进行的人本化历史进程的贡献。

国际法人本化的发展趋势显然是“人的脆弱性”概念产生的基础,但单独人本化并不能解释“人的脆弱性”为何会与临时措施审查产生冲突,国际法院角色职能的不

^① See Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2019, pp. 641-642.

同才是冲突产生的根源。国际法院具有两重角色:司法机关和联合国的主要机关。作为司法机关,国际法院只有基于明确、合理、严格、可预测的程序规则解决国际争端,才能满足程序正义的要求,令当事国信服并执行,因此国际法院在临时措施的裁决中明确了审查要件。作为联合国的主要机关,国际法院依照《联合国宪章》以维持国际和平与安全为目的,在面临战争或武装冲突对人的安全造成威胁时,将“人的脆弱性”作为审查标准有助于国际法院发挥保护人权的作用。国际法院需要平衡健全司法的目标和促进争端和平解决的职能要求,^①此时严格的审查方式和灵活的“人的脆弱性”标准产生了冲突。

但可信度审查的价值并不受“人的脆弱性”标准的影响,相反有助于平衡国际法院不同角色间的职能冲突。首先,与“人的脆弱性”标准相重复的是不可弥补的损害风险和情势紧迫要件。考察司法实践,国际法院将“脆弱性”纳入不可弥补的损害进行考量,^②在人权保护案件中依然坚持了可信度审查;基于理论分析,“人的脆弱性”是指当事人生活(或生存)在极易受到伤害的境地,以生命权、人身安全和人格完整等基本权利受到威胁为表现形式。“人的脆弱性”可作为当事国遭受不可弥补的损害和情势紧迫的证据。其次,可信度审查可保证国际法院的司法职能,避免国际法院成为国际社会的危机管理者。人本化是国际法的发展趋势,国际法院作为联合国的主要司法机关意图在争端解决中为国际社会的这种价值观的成熟和发展作出重大贡献并不为奇。^③但基于“人的脆弱性”标准,临时措施不可弥补的损害和情势紧迫要件已经满足,此时若再用“人的脆弱性”替代可信度要件,临时措施审查将会名存实亡。各国会将临时措施作为诉讼战略,以应对紧张局势或政治危机,此时,国际法院的作用从传统的裁决者扩大到整个国际社会的危机管理者和决策者。^④因此,需要在国际法院临时措施制度追求人本化的价值背景下坚持可信度审查,以维护国际法院临时措施制度的司法权威。

综上,在国际法人本化的发展趋势下,可信度审查并未丧失其法理基础,并未被“人的脆弱性”概念所替代,相反,可信度审查适应了国际法院临时措施制度新的价值追求,有助于国际法院不同职能间的平衡。

^① See Zhenni LI, *Autonomy of Provisional Measures or Autonomy of the International Court of Justice?*, 22 *Chinese Journal of International Law* 67 (2023).

^② 在2020年冈比亚诉缅甸《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案中,国际法院在临时措施裁决“不可挽回的损害部分”提及“法院注意到罗兴亚人仍然脆弱……”

^③ See Hironobu Sakai, *New Developments of the Orders on Provisional Measures by the International Court of Justice*, 52 *Japanese Yearbook of International Law* 254 (2009).

^④ See Zhenni LI, *Autonomy of Provisional Measures or Autonomy of the International Court of Justice?*, 22 *Chinese Journal of International Law* 69 (2023).

四、可信度审查的适用模式：针对固定对象的自由裁量

自 2009 年国际法院将可信度审查作为一项独立要求引入临时措施裁决中，可信度审查成为国际法院最活跃的领域之一。^①国际法院没有明确地对可信度审查的对象和适用的证明标准进行论证，但通过对现有案件的分析梳理，可以对可信度审查的模式作一归纳：可信度审查以“权利”为审查对象，是否达到“可信”的证据要求由法官在有限审查限制下进行自由裁量，法律框架下针对固定对象的自由裁量模式日渐成熟。

（一）可信度审查的对象已然固定

关于可信度审查内容的争论集中于，审查对象“权利”是指法律权利，还是包括事实主张。^②国际法院在可信度审查中对事实的审理初次发生于 2016 年赤道几内亚诉法国豁免和刑事诉讼案^③中。有观点认为以此案为界，国际法院审查内容由法律延伸至事实，可信度审查经历了从“权利可信”到“申诉可信”的转变。^④但如上文所述，可信度的概念将审查内容限制在了“权利”的法律意涵内，对申诉的全面审理与可信度概念不符，而且申诉中可能包含大量与可信度不相关的证据，如果不对待审事实进行限制，显然会增加临时措施阶段的负担。

笔者认为对可信度审查的内容不应作法律可信和事实可信、权利可信与申诉可信的区分，而应基于权利存在/行使的二重性进行分析。^⑤根据《国际法院规约》，临时措施的目的是保全权利，保全对应的是权利的行使可能性，而不仅是权利存在，权利的存在和权利的行使都属于临时措施中“权利”的法律范畴，权利的行使需要以申请

^① See Cameron Miles, *Provisional Measures and the “New” Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, 11 *British Yearbook of International Law* 2 (2018).

^② See *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Provisional Measures*, Order of 8 March 2011, ICJ Reports 2011, p.29.

^③ 赤道几内亚称法国扣押其位于巴黎福煦大街 42 号的所谓外交馆舍违反了《维也纳外交关系公约》，法院认可了这一主张。同时，法院也首次对事实进行了调查，它指出赤道几内亚援引的权利可信，可以根据该国就将位于福煦大道的建筑物作为其外交使团而向法国发出的信函以及法国在 2014 年对该信函的正式确认得到支持，在此基础上，“赤道几内亚有可信的权利确保其声称用于执行任务的房舍得到公约规定的保护”法院并不局限于确定赤道几内亚是否可信地拥有它所宣称的国际法权利，而且根据事实，法院考虑了赤道几内亚是否有理由将福煦大街 42 号的建筑物用于外交目的。

^④ See Massimo Lando, *Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice*, 21 *Leiden Journal of International Law* 650-651 (2018).

^⑤ See Robert Kolb, *Digging Deeper into the “Plausibility of Rights” -Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ*, 19 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 373-374 (2020).

国持有权利为前提。因此,可信度审查以权利为对象,审查内容包括权利存在、权利为申请国持有和权利行使面临的危险。^①

1. 权利可信地存在于国际法

可信度审查,首先需要审查申请国援引的权利在国际法中是否存在可能的法律渊源。一项权利的法律基础可能是一项生效的条约。以2009年比利时诉塞内加尔或引渡或起诉义务案为例,比利时声称《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》赋予其提起刑事诉讼的权利。对此,法院认为,“比利时所主张的权利是以对公约的可能解释为基础的,因此似乎是可信的”。^②这意味着法院审查的内容是条约的可能解释。

一项权利的法律基础也可以是国际法的其他渊源,如国际法原则、习惯等。例如2014年东帝汶诉澳大利亚收缴和扣押某些文件和数据的问题案,涉及澳大利亚扣押东帝汶的财产,东帝汶的主要诉求是,就构成未决仲裁程序和双方之间未来谈判主题的问题与律师进行保密沟通的权利受到了侵犯。法院指出,这一主张的权利可能来自国家主权平等的原则,这是国际法律秩序的基本原则之一。^③该案以国际法原则作为可信权利的渊源。

2. 权利可信地由申请国持有

对权利可信度审查的第二步,理论上是申请国是否可信地拥有该权利,不过实践中,权利是否由申请人持有在初步管辖权审查阶段即进行判定,不需要在权利可信度审查中重复审查。^④

从理论上进行分析,以条约为例,法院在初步管辖权审查中需进行属人管辖的审查,即审查双方当事人是否该条约的缔约国,此时,若通过审查,就表明有初步证据证明申请国是该条约的缔约国,它当然就拥有该条约下的权利,从而满足可信度审查中权利可信地由申请人持有的要求。可信度审查和初步管辖权审查在对缔约国的审查上仅存在理论上的区别,实践中没有出现过分别审查或作出不同判断的情况。

^① See Massimo Lando, *Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice*, 21 *Leiden Journal of International Law* 651 (2018).

^② See *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, Order of 28 May 2009, ICJ Reports 2009, p.152.

^③ See *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, ICJ Reports 2014, p.153.

^④ 例如,2016年赤道几内亚诉法国豁免和刑事诉讼案中,法院在“受保护的权利与要求的措施之间的联系”一节中直接援引对初步管辖权的审理结果:“它不具备受理违反《打击跨国有组织犯罪公约》行为的初步管辖权后,只处理申请国声称‘其外交使团馆舍不可侵犯’的权利,在这方面申请国援引了《维也纳领事关系公约》第22条。”

3. 申请国权利行使可信地面临威胁

权利的行使需要结合对方的行为进行分析,对方的行为如果给当事国权利的实施造成危险,那么就具有危及该权利行使的可能性,是对权利行使的损害。争论中所谓对“事实和申诉主张”的审查本质上是审查权利行使面临的威胁。同时,权利行使也限制了法院审查的事实范围,法院对事实的审查应以申请国所主张的权利在行使中受到被申请国威胁的事实为限。

以领事探视权^①为例,无论国民是否前往他国,派遣国都享有领事通知权,这项权利因条约规定而存在。在 2017 年印度诉巴基斯坦贾达夫(Jadhav)案中,印度向法院提出申请,认为“巴基斯坦拘留、审判并判处印度国民死刑”侵犯了印度的领事保护权。巴基斯坦对这些事实指控没有异议。法院认为,“首先,公约确认了一国与其国民之间的领事通知和接触的权利。其次,巴基斯坦没有质疑印度关于贾达夫先生被拘留、审判和判处死刑的事实,这显然会对领事保护的权力造成威胁,因此,考虑到提出的法律论据和证据,印度在本案援引的权利似乎是可信的”。^②

值得注意的是,在上文分析的 2009 年比利时诉塞内加尔或引渡或起诉义务案和 2014 年东帝汶诉澳大利亚收缴和扣押某些文件和数据的问题案中,国际法院对权利可信度的审查集中在权利法律存在的层面,以上案件中双方当事人对权利行使是否受到影响的事实并不存在分歧,没有审查的必要性。2009 年比利时诉塞内加尔或引渡或起诉义务案中,塞内加尔保证其不会作出可能威胁比利时权利的行为,对权利行使的威胁自始不存在。在 2014 年东帝汶诉澳大利亚收缴和扣押某些文件和数据的问题案中,法院首先指出,“双方没有争议的是,澳大利亚扣押的文件和数据中至少有一部分与仲裁或双方未来可能进行的海洋划界谈判有关”,^③权利行使受到影响为当事国和法院公认。

综上,可信度审查的内容可以归纳为“权利”:首先,申请国要求的权利基于国际法渊源可信地存在;其次,这些权利可信地由申请人持有;最后,权利的行使是否因另一方的某些行为而面临可信的威胁。

(二)可信度审查的标准保持灵活

可信度审查以权利为审查对象,这一点已有共识,但对权利审查的证明要求处于从“权利不可信”到“权利主张确定真实”之间的哪一位态,并无明确共识。同一案件

^① 《维也纳领事关系公约》第 36 条与派遣国国民通信及联络的规定,确定了派遣国的领事探视权。

^② See *Jadhav (India v. Pakistan)*, Provisional Measures, Order of 18 May 2017, ICJ Reports 2017, p. 243.

^③ See *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, ICJ Reports 2014, p.153.

的法官对证明标准持不同意见,国际法院对可信度审查的证明标准保持灵活,采自由裁量模式。

1. 法官对可信度审查的证明标准持不同意见

在2017年乌克兰诉俄罗斯《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案中,法院认定申请国基于《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》的权利是不可信的。法院认为适用上述公约的条件没有得到满足,上述公约适用于在明知资金将被用于造成平民死亡或严重伤害仍提供资金、目的是恐吓民众或胁迫某个机构以特定方式行事的情形。法院认为乌克兰没有满足“明知”和“故意”这两个要素,主要是因为乌克兰没有就这一点提出任何具体证据,因此,法院得出结论认为,乌克兰据上述公约声称的权利指示临时措施所需的条件没有得到满足。^①

在该案中,法院要求申诉国达到充分证明(sufficient reasons)的证据标准,并以此标准裁定申请国乌克兰未达到权利可信的要求。同案中,Owada法官提出指示临时措施可选择表面证据标准,但他认为本案应采用更低的“论证可能性”(arguable possibility)标准,Owada法官认为申请国已达到权利可信度的要求。^②Bhandari法官提出了“权利并非明显不存在”(not manifestly unfounded)标准,同样在此低标准下,法官认为通过间接证据可推断出条约要求的“明知意图”。^③

国际法院对可信度审查并没有一致的证明标准。国际法院的司法判例已经说明了一个开放的、自由裁量式的证明标准框架,这与当事国需要的确定的证明标准之间存在冲突。如果国际法院确定具体的证明标准,其灵活性将会丧失,但可以为当事国提供关于权利可信度的具体指南;相反,如果国际法院采纳一个过于灵活的标准,那么证明标准的确定性将会丧失。^④无疑,国际法院面临着两难的抉择困境:在临时措施阶段是适用一个具体的证明标准,还是选择将灵活性置于优先地位。

^① See Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, ICJ Reports 2017, pp.127-132.

^② See Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, ICJ Reports 2017, pp.144-147.

^③ See Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, ICJ Reports 2017, p.196.

^④ 参见张卫彬:《国际法院解决领土争端中证明标准问题》,《当代法学》2011年第5期,第140页。

2. 可信度审查的标准保持灵活具有必要性和可行性

一方面,国际法院在临时措施阶段有必要对单个要件的证明标准因保持灵活,不作硬性要求。因为国际法院面临的案件形势复杂、牵涉广泛,可能存在当事国不能或不愿出庭而导致证据不充分,或证据难以获取等情况,此时需要对临时措施各要件的证明标准作综合考量,对具体要件的证明采浮动标准。而在面对国家安全等问题时,或者国际法院管辖权存在较大争议时,国际法院对申请国权利可信度证明标准的要求较高。^①另一方面,目前也没有形成普遍认可的证明标准,是否达到可信度由法官自由心证。有法官提出低于 50% 的标准,^②但使用数字来计算标准本就不为大多数国家所接受,而何为 50%,也由法官自由心证,依然缺少准确性。证据水平的共识不是人为建构的,是法官长期沟通、交流所形成的产物,临时措施另一要件初步管辖权标准也是经过几十年从可能性说到实际存在说逐渐确定下来的。因此,面对国际法院具体案件中的复杂情况,权利可信度审查在临时措施阶段保持灵活性是必要的。

可信度审查的证明标准由法官自由裁量具有可行性。首先,《国际法院规约》第 41 条规定:“法院如认情形有必要时,有权指示当事国应行遵守以保全彼此权利之临时办法。”“情形有必要”赋予了法官自由裁量的权力,国际法院的法官可基于此规定对临时措施中可信度要件作出阐释,对具体案件的证明标准自由裁量。其次,现有案件中,法官自由裁量并未超出“有限性”范围,未将临时措施审查引向案情实质阶段。法官在可信度审查的证明标准问题上一般都保持自我克制,例如,对意图要素的证明持较高标准的法官也一再强调“为了指示临时措施的目的,不一定需要确定是否存在这种意图,但被指控的行为和相关情况应初步表明,被指控行为的性质和程度已达到可将某种行为模式视为灭绝种族行为的程度,换言之,在这一早期阶段应适用最低标准”。^③“不需要确定”“初步”“最低标准”等都是强调其审查的有限性。可见,自由裁量模式既有法律依据,也在现实案例中形成了一定默契,有限审查限制下的自由裁量具有可行性。

^① 如 2018 年伊朗诉美国违反 1955 年《友好、经济关系和领事权利条约》的指控案,涉及国家安全问题,且对管辖权问题争议较大,在可信度审查阶段,国际法院十分谨慎,不仅分析了原告诉求,而且分析被告抗辩理由是否可信,对可信度的证明要求几乎达到了确定的程度。

^② See Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, ICJ Reports 2017, pp.144-147.

^③ See Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, ICJ Reports 2020, p.32.

模糊性不可能从法律中消除。^①可信度审查为保持灵活所带来的审查标准模糊是不可避免、可以接受的。法律框架下针对固定对象的自由裁量模式具体可总结为:(1)审查内容是基于对所援引国际法渊源的可能解释,对申请人权利的存在、拥有和行使的可信度进行审查;(2)法官持司法审慎的态度,对权利可信度的事实和证据进行有限审查;(3)审查证明标准保持灵活,由法官自由裁量。

结语

在国际法院指示临时措施制度中,可信度是一个相对“年轻”的概念,灵活性是可信度审查现有发展时态下的解决方案,但如何在灵活模式下增加审查结果的可预测性,进而提升临时措施裁决的合法性和当事方对裁决结果的认同,成为临时措施审查未来完善的方向。

现有《国际法院规则》、零散、考量维度模糊,同时临时措施制度已通过案例积累形成了相对成熟的模式,此时与其增加规则条款,限制法官在具体案件中的能动性,不如增加“平衡”作为临时措施审查的最终步骤。如上文所述,国际法院临时措施裁决中本就含有平衡思想,是将平衡作为一种司法决策技术加以运用。但这种暗含的平衡使得为何进行平衡、如何在要件间进行平衡都不可知。对此,可借鉴欧盟法院在临时措施阶段的做法,将“权衡”作为一个步骤。“在多数情况下,在分析准予临时措施的法定条件时,增加了第三项实质性标准,其形式是法官审理临时措施的申请,以平衡利益为推理中的额外步骤,平衡每一种可能的解决办法所附带的风险。”^②

国际法院临时措施程序的完善,可以将“权衡”作为最后一步,具体可以价值为出发点,根据具体案件情况明确案件所选择的价值导向,以不可弥补的损害为核心要件,综合分析案件中公共利益(如程序公正、和平与安全等)、双方当事人等各方可能面临的损害风险,据此考量是否应对各个要件的证明标准进行调整,进而明确该案中各要件的证明标准,最终确定是否采取临时措施。国际法院临时措施裁决中增加“平衡”步骤,可以完善法官说理,明确裁判尺度,进而加强临时措施裁决的透明度,提升临时措施的公信力和相关裁决的可接受性。

^① 参见[英]蒂莫西·A. O.恩迪科特:《法律中的模糊性》,程朝阳译,北京大学出版社2010年版,第5页。

^② See Albertina Albors-Llorens, Provisional Measures: Court of Justice of the European Union (CJEU), Max Planck Encyclopedias of International Law, May 2020, para.16.

Plausibility Test in Provisional Measures of the International Court of Justice: Retrospect and Prospect

Abstract: One of the most active issues in the legal regime of provisional measures in the International Court of Justice today is the plausible test of the rights of the applicant State. The examination of the “probability of the existence of rights” of the applicant state has evolved from an element of consideration to an independent element. The plausibility test refers to the determination of the right claimed by applicant state which ranges from “the right that is not plausible” to “the right that is certain to be true” within the legal framework, and whether the court should take protective action in response to this claim. The emergence of the plausibility test has helped to resolve the conflict of values in the provisional measures system. In the context of the humanisation of international law, the plausibility test is of great significance in balancing the conflicting functions of the different roles of the International Court of Justice. In applying the plausibility test, the International Court of Justice has developed a model of review in which the content of the review is “rights” and the judge has discretion to determine whether the evidentiary requirements have been met. In order to enhance the certainty of provisional measures decisions, the “balance of interests” step can be added to comprehensively consider the provisional measures requirements.

Key words: provisional measures; International Court of Justice; plausibility review; balance of interests step

(责任编辑:石磊)