

## 国家间争端法律解决中的滥用程序抗辩

高健军

**内容提要:**国家间争端的法律解决包括仲裁和司法解决两种途径。滥用程序是国家间争端法律解决中的一个既存概念,然而关于这一概念的一些基本问题仍需进一步澄清。滥用程序抗辩是一种被告提出的针对原告诉求可受理性的反对主张。此种抗辩既非实体抗辩也非管辖权抗辩,也不针对当事方在审理过程中滥用某种程序权利的情况。滥用程序抗辩的法律依据不是滥用权利理论,而是一项一般法律原则。滥用程序包括出于不正当目的使用程序(主观滥用)和对程序的不合理使用(客观滥用)。作为一种剩余性抗辩,滥用程序抗辩适用于那些被告没有其他有效依据来反对原告诉求可受理性的情况,但应适用“例外情况”标准。整体而言,滥用程序并非国家间争端法律解决中的一种强有力的抗辩手段,不仅作用有限,而且不易获胜。

**关键词:**国家间争端解决 滥用程序 可受理性 “例外情况”标准

高健军,中国政法大学国际法学院教授。

### 一 引言

“滥用程序”(abuse of process)是一种程序性抗辩,目的在于阻止法庭对案件进行审理。该抗辩出现在各种国际法庭的实践中,但其适用根据受案法庭的性质不同而有所差别。<sup>[1]</sup> 本文关注的是国家间法庭,即“专门或主要处理国家间争端的法院和法庭”<sup>[2]</sup>的实践。滥用程序概念在国家间争端的法律解决实践中出现的时间较晚。国际法院(International Court of Justice, ICJ)1953年在“安巴提洛斯案”的实体判决中首次处理了被告的

[1] See Yuka Fukunaga, Abuse of Process under International Law and Investment Arbitration, 33 *ICSID Review* 181, 192 (2018).

[2] See Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Reasoned Decision on Challenge against Judge Christopher Greenwood, 30 November 2011, para. 140. 除另有说明,本文中《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭案件资料均来自常设仲裁法院网站(<https://pca-cpa.org/en/cases>)。

滥用程序指控,驳回了英国有关希腊诉诸国际法庭“不当拖延和滥用法院程序”的主张,指出希腊按照法院的规约和规则起诉英国没有任何不当之处。<sup>[3]</sup>直到 1991 年“1989 年仲裁裁决案”<sup>[4]</sup>和 1992 年“瑙鲁境内的某些磷酸盐地案”,<sup>[5]</sup>国际法院才开始处理被告作为程序性抗辩提出的滥用程序主张。此后,国际法院在 20 多年的时间里未专门处理过滥用程序问题。近年来在原告单方面诉诸国际法院的案件中,被告频繁地提出滥用程序抗辩。自 2018 年以来国际法院已经做出了四个相关判例,包括 2018 年“豁免和刑事诉讼案”(初步反对主张)、<sup>[6]</sup>2019 年“某些伊朗资产案”(初步反对主张)<sup>[7]</sup>和“贾达夫案”,<sup>[8]</sup>以及 2021 年“《美伊友好条约》案”(初步反对主张)。<sup>[9]</sup>国际法院以外的有关滥用程序抗辩的国家间法庭的判例主要来自 1982 年《联合国海洋法公约》(*United Nations Convention on the Law of the Sea, UNCLOS*)(下称“《海洋法公约》”)项下法庭,包括附件七仲裁庭和国际海洋法法庭(*International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS*)。前者在这方面的实践包括 2000 年“麦氏金枪鱼案”、<sup>[10]</sup>2006 年“巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案”<sup>[11]</sup>和 2015 年“南海仲裁案”(管辖权和可受理性);<sup>[12]</sup>而后者则包括 2015 年“恩丽卡·莱克西号事件案”(临时措施)<sup>[13]</sup>和 2021 年“关于毛里求斯与马尔代夫在印度洋的海洋划界争端案(毛里求斯/马尔代夫)”(下称“毛里求斯/马尔代夫案”)(初步反对主张)。<sup>[14]</sup>与国际法院相比,《海洋法公约》项下法庭尚未对滥用程序问题提出系统性的观点。

尽管已有不少滥用程序抗辩的实践,但是仍有许多基本问题亟待进一步的澄清。导致此种状况的原因是迄今尚无滥用程序抗辩在国家间法庭中获得成功的事例,并且这些法庭在否定滥用程序抗辩时通常未能对这一问题进行充分的正面阐释,有的甚至没有对滥用程序问题作任何法律上的探讨(如“毛里求斯/马尔代夫案”)。对此,“《美伊友好条

[3] See *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1953, pp. 13–14, 23.

[4] See *Case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, I. C. J. Reports 1991, p. 53.

[5] See *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1992, p. 240.

[6] See *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2018, p. 292.

[7] See *Certain Iranian Assets (Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2019, p. 7.

[8] See *Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment, I. C. J. Reports 2019, p. 418.

[9] See *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, I. C. J. Reports 2021, p. 9.

[10] See *Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan)*, UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, pp. 1–57.

[11] See *Barbados v. Trinidad and Tobago*, UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award of 11 April 2006, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXVII, pp. 147–251.

[12] See *South China Sea Arbitration (the Philippines v. China)*, UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXXIII, pp. 1–152.

[13] See “*Enrica Lexie*” Incident (Italy v. India), ITLOS, Provisional Measures, Order of 24 August 2015. 本文中国际海洋法法庭案件的资料均来自法庭网站(<https://www.itlos.org/en/main/cases/contentious-cases/>)。

[14] See *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, ITLOS, Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021.

约》案”中的专案法官布劳尔(Charles N. Brower)不无抱怨地将滥用程序概念比作一个被抛弃的、无人领养的婴儿——虽然生命尚存,但多年来并无实质性发育;并将其称为国际法中的一个“谜”——既无确切的内容,也无确定的适用标准。<sup>[15]</sup> 值得庆幸的是,近来国际法院的实践有了明显的改善,特别是提出了“法院仅在例外情况下,才能以滥用程序为由驳回一个基于有效的管辖权依据提出的主张”<sup>[16]</sup>等论断,从而为本问题的研究提供了一些重要支撑。

国家间争端法律解决中的滥用程序问题尚未引起我国学者的重视。但是对该问题的研究不仅具有理论意义,还可以为国家的实践提供指导。可以预料,日后在原告单方面诉诸强制争端解决机制的案件中,提出滥用程序抗辩仍会是被告的一个可能的选项。

## 二 滥用程序抗辩的性质

### (一) 滥用程序抗辩针对的应是原告对争端解决程序的整体滥用

当事方在整体上滥用争端解决程序和滥用某种程序权利(如请求临时措施的权利)是不同的,两者之间至少存在以下差异。第一,提出的主体不同。滥用程序抗辩由案件被告提出,以期阻止法庭审理原告的诉求,实践中尚未出现案件原告提出滥用程序抗辩的情况。另一方面,由于当事各方都享有一些程序权利,因此滥用程序权利的指控也可由原告对被告提出。例如,在1996年“关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案”中,被告提出的初步反对主张长篇累牍,对此原告请求国际法院宣告被告滥用提出初步反对主张的权利。虽然国际法院驳回了被告提出的各项反对主张,但是不认为被告在提出反对主张时滥用权利。<sup>[17]</sup> 第二,作用不同。国家间争端法律解决中的被告提出滥用程序抗辩是为了阻止整个诉讼的进行或者至少是为了阻止法庭受理原告的某一诉求。而被告质疑原告滥用某种程序权利却并不能实现阻止整个诉讼进程的目的。出于此种原因,实践中鲜有被告以原告滥用程序权利为由提出滥用程序指控的情况。“贾达夫案”中的被告曾依据原告请求临时措施时的行为指控原告滥用程序,即原告在请求国际法院规定临时措施时没有提及一个关键事实。国际法院认为该指控不成立,因为它在指示临时措施时考虑了被告所指事实的可能后果。<sup>[18]</sup> 然而被告并未在国际法院审理临时措施请求时提出该指控。由此,即使假设被告指控的事实成立而原告滥用了请求临时措施的程序权利,也仅事关国际法院之前规定的临时措施的修改或撤销问题,而不能阻止法院继续审理案件的实体问题。综上,滥用程序权利不属于国家间争端的法律解决中滥用程序的范畴。

[15] See *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, I. C. J. Reports 2021, p. 9, Separate, Partly Concurring and Partly Dissenting, Opinion of Judge Ad Hoc Brower, paras. 5, 13.

[16] *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2018, p. 292, para. 150.

[17] See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)]*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1996, p. 595, paras. 15, 46.

[18] See *Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment, I. C. J. Reports 2019, p. 418, paras. 41-44.

## (二) 滥用程序抗辩针对的是原告诉求的可受理性

在国家间争端的法律解决中,被告为了阻止国际法庭审理案件的实体问题,通常会提出两种程序性反对主张:法庭缺乏管辖权和/或原告诉求不可受理。可受理性反对主张的特征是:被告主张“即使有管辖权,也存在法院应当拒绝审理案件,或者更经常发生的,拒绝审理其中一个具体主张的法律理由”。<sup>[19]</sup> 作为一种独立的抗辩,滥用程序是针对原告诉求的可受理性而非法庭管辖权的反对主张。在目前大多数判例中,滥用程序抗辩都是作为对原告诉求可受理性的反对主张由被告提出和法庭处理的。<sup>[20]</sup> 这一点在国际法院的实践中尤为明显。特别是,国际法院自 2018 年以来多次重申将滥用程序作为一个驳回“基于有效的管辖权依据而提出的主张”的理由。这些表述清楚地表明了滥用程序抗辩作为可受理性反对主张的性质。

为什么滥用程序不应被用作管辖权抗辩呢?答案很简单:因为不需要。倘若被告认为原告将不属于法庭属事管辖范围内的争端提交法庭或者在诉诸法庭前未满足法庭管辖权文件规定的前提条件,被告完全可以通过质疑相关条件的缺失来阻止法庭建立管辖权,而不需要使用滥用程序抗辩。实践中,提起滥用程序抗辩的被告通常也会同时对法庭的管辖权提出反对主张。与对可受理性的反对主张相比,挑战管辖权是一种更有效的抗辩手段,因为法庭在后一种情况下的裁量权更为有限。相反,如果被告挑战法庭的管辖权失败,那么它在相同基础上针对可受理性提出的滥用程序抗辩亦难获胜,如“某些伊朗资产案”和“毛里求斯/马尔代夫案”所显示的。在前一个案件中,美国主张伊朗依据 1955 年两国间的《友好、经济关系和领事权利条约》(*Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights*) (下称“《美伊友好条约》”)主张国际法院的管辖权是滥用程序,理由是两国间已经几十年没有正常的商业和领事关系,因此伊朗不应当援引该条约。<sup>[21]</sup> 国际法院驳回了该抗辩,强调《美伊友好条约》在伊朗提交请求书之日在当事双方间是有效的,而且为国际法院规定了管辖权。<sup>[22]</sup> 其实关键问题就是作为国际法院管辖权依据的《美伊友好条约》的有效性。<sup>[23]</sup> 因此一旦国际法院判定该条约有效,就没有必要进一步处理美国的滥用程序抗辩了。在不久之后两国间的“《美伊友好条约》案”中,美国在提出滥用程序抗辩时就未再重复其在本案中的论据。在“毛里求斯/马尔代夫案”中,马尔代夫认为毛里求斯提起海洋划界诉讼的目的是利用《海洋法公约》的强制程序来解决该国与英国之间有关查戈斯群岛的主权争端,由此构成滥用程序。国际海洋法法庭的特别分庭驳回了该抗辩,强调当事双方存在海洋划界争端,而毛里求斯的诉求没有超出与划界

[19] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2008, p. 412, para. 120.

[20] 不同实践主要来自《海洋法公约》附件七仲裁庭。在上述三个仲裁案中,仲裁庭均未明确处理可受理性问题。

[21] See Certain Iranian Assets (Iran v. United States of America), Preliminary Objections of the United States of America, paras. 1.9, 6.1.

[22] See Certain Iranian Assets (Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2019, p. 7, para. 114.

[23] See Certain Iranian Assets (Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2019, p. 7, para. 112.

有关的范围。<sup>[24]</sup> 其实,马尔代夫滥用程序抗辩的核心论据是认为毛里求斯和英国间就查戈斯群岛的主权存在争端,而这同样是马尔代夫反对特别分庭管辖权的依据。而特别分庭之前在驳回马尔代夫对其管辖权的反对主张时业已确认:“即使在毛里求斯的非殖民化进程完成以前,出于划定海洋边界的目的,毛里求斯也可以被视为查戈斯群岛的沿海国。”<sup>[25]</sup> 该结论实际上已经瓦解了马尔代夫滥用程序抗辩的基础。然而由于特别分庭在处理马尔代夫的滥用程序抗辩未能将这一点明白地揭示出来,因此导致其拒绝的理由看上去与马尔代夫的抗辩缺乏关联。

即使被告对法庭的管辖权提出滥用程序抗辩,也难以收到实效。作为一个独立的反对主张,滥用程序抗辩的作用是:一旦法庭认定原告的行为构成滥用程序,就应拒绝审理案件或者拒绝审理原告的某一诉求。就反对原告诉求的可受理性而言,滥用程序抗辩可以发挥作用,因为存在滥用程序将导致诉求不可受理(而不是通过认定诉求不可受理证明存在滥用程序)。然而倘若利用滥用程序抗辩来质疑法庭的管辖权,情况则有所不同。被告指责原告滥用法庭管辖权的目的是说明法庭没有管辖权。在被告的论证逻辑中,法庭没有管辖权是目标,而滥用程序是手段——两者之间存在某种因果关系。但是法庭并不会按照此种逻辑行事。法庭既不会因为被告指控原告滥用法庭管辖权就认定管辖权不存在;也不会首先审查原告是否滥用程序,然后据此就管辖权问题作出判断。法庭会按照特定案件中管辖权的要件查明其是否有管辖权,而其中“滥用程序”通常并非一个单独的要件。由此在法庭的论证逻辑中,不会出现因为存在滥用程序而导致法庭缺乏管辖权的情况。

就目前的判例而言,法庭的管辖权与滥用程序之间并无直接因果联系。一方面,即使法庭查明其在特定案件中有管辖权,也并不意味着原告没有滥用程序。因为滥用程序本就是一个驳回“基于有效的管辖权依据而提出的主张”的理由。另一方面,即使法庭最终查明其缺乏管辖权,也并不意味着原告滥用了程序。在2015年“查戈斯群岛海洋保护区仲裁案”中,英国指责毛里求斯将双方间关于查戈斯群岛的主权争端提交《海洋法公约》附件七仲裁庭的做法含有滥用公约争端解决机制的巨大风险。<sup>[26]</sup> 仲裁庭虽然支持了英国针对主权诉求的管辖权抗辩,但是没有认为毛里求斯的做法构成滥用程序。在“麦氏金枪鱼案”中,日本主张争端有关1993年《养护麦氏金枪鱼公约》(*Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna*),由此原告人为地将争端描述为与《海洋法公约》有关的做法构成滥用程序,违反了《海洋法公约》第300条规定的不得滥用权利的义务。<sup>[27]</sup> 但仲裁庭认为澳大利亚和新西兰提起仲裁不是滥用程序,而是“建设性的”,因为案件的审理

[24] See Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), ITLOS, Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, paras. 79, 339, 345-349, 354 (5).

[25] Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), ITLOS, Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, para. 250.

[26] See Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award of 18 March 2015, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXXI, pp. 359-606, para. 198.

[27] See Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan), Japan's Memorial on Jurisdiction, paras. 115, 149. 资料来源:世界银行国际投资争端解决中心网站, [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/Announcements/Archive\\_Announcement7\\_2.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/Announcements/Archive_Announcement7_2.pdf), 最近访问时间[2023-01-03]。

对各方处理它们的分歧产生了积极影响。<sup>[28]</sup> 需要指出的是,虽然被告是在管辖权抗辩中指控原告滥用程序的,但仲裁庭却是在查明其缺乏管辖权之后才处理滥用程序指控并明确拒绝了该指控。该案仲裁庭从诉讼的效果来判断原告是否滥用程序的做法值得商榷。因为判断该问题的时间节点应是原告提起程序之时,而非法庭作出裁判之日。而且采用此种标准可能会导致被告出于维护其滥用程序指控的目的而选择与原告对抗而非合作的策略,由此不利于促进当事方间争端的解决。

需要说明的是,《海洋法公约》第 294 条中“滥用法律程序”的功能有所不同。为了避免沿海国受到滥诉骚扰以致无法有效地行使专属经济区内的主权权利和管辖权,<sup>[29]</sup> 第 294 条规定了“初步程序”。据此,如果受案法庭决定原告就第 297 条中的争端(即因沿海国行使主权权利或管辖权而发生的争端)所提主张构成滥用法律程序或者根据初步证明并无理由,则不应对案件采取进一步行动。初步程序是“自成一类”<sup>[30]</sup> “不寻常”<sup>[31]</sup> 的程序。该程序仅适用于某些特定的有关《海洋法公约》的案件,而不适用于所有有关该公约的争端;除了被告请求,受案法庭也可以主动提起初步程序,由此享有某种“监管程序”的权力。<sup>[32]</sup> 第 294 条的程序目前尚未被启动过,因此该条中的“滥用法律程序”的含义并不完全清晰。然而,倘若一国将被第 297 条明确排除出《海洋法公约》规定的导致有拘束力裁判的强制程序的争端(如有关沿海国行使对专属经济区内生物资源主权权利的争端)提交公约项下的法庭,则沿海国理应可以原告“滥用法律程序”为由启动第 294 条的程序。鉴于该条的立法目的是保护沿海国免受滥诉骚扰,将明显缺乏管辖权依据的诉求排除在初步程序的适用范围之外显然是不合理的。由此,与国家间争端法律解决中的滥用程序抗辩是一种针对诉求可受理性的反对主张不同,第 294 条中的滥用法律程序抗辩也可以用来质疑法庭的管辖权。然而,作为《海洋法公约》规定的一种专门程序,此处“滥用法律程序”的特殊含义应不影响关于国家间争端法律解决中滥用程序抗辩一般性质的界定。

### (三) 滥用程序抗辩与案件实体问题无关

虽然在国际投资争端解决中,原告提出一个轻率无聊的诉求可以被视为滥用程序,<sup>[33]</sup> 但是在国家间争端的法律解决中此种情况不属于滥用程序的范畴。在《海洋法公约》第 294 条的制定过程中,最初的版本曾规定:如果法庭认为原告的申请是“轻率无聊或无

[28] See Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan), UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, pp. 1-57, paras. 65-68.

[29] See Reports of the Committees and Negotiating Groups on Negotiations at the Seventh Session contained in a Single Document both for the Purposes of Record and for the Convenience of Delegations, 19 May 1978, A/CONF. 62/RCNG/1, p. 117.

[30] René-Jean Dupuy, Daniel Vignes eds., *A Handbook on the New Law of the Sea, Volume II*, Martinus Nijhoff Pub., 1991, p. 1387.

[31] J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5th ed., Cambridge University Press, 2011, p. 171.

[32] See P. Chandrasekhara Rao, Philippe Gautier eds., *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary*, Martinus Nijhoff Pub., 2001, p. 267.

[33] See Hervé Ascensio, Abuse of Process in International Investment Arbitration, 13 *Chinese Journal of International Law* 763, 767-768 (2014).

理取闹的”,则不应受理该申请。<sup>[34]</sup>然而这样的表述被认为对主权国家而言过于严厉,因此后来被替换为“根据初步证明并无理由”。<sup>[35]</sup>如今第 294 条将原告的诉求“构成滥用法律程序”和原告的诉求“根据初步证明并无理由”相提并论,这说明滥用程序不包括原告诉求在实体方面的不足。国际法院早在“瑙鲁境内的某些磷酸盐地案”中就明确表示滥用程序抗辩与案件实体问题无关。澳大利亚在该案中主张瑙鲁关于磷酸盐地修复问题的言行不一致,所提诉求并非出于善意而且缺乏法律依据,因此国际法院应当拒绝审理瑙鲁的诉求以维护法院的“司法正当性”。<sup>[36]</sup>然而国际法院指出,无论澳大利亚所指责的瑙鲁的那些行为会对案件的实体问题产生怎样的后果,瑙鲁的起诉行为都不等于滥用程序。<sup>[37]</sup>近来国际法院强调在审查滥用程序抗辩案件的初步阶段不应处理争端的实体问题。需要指出的是,原告是否滥用程序与该国在实体方面的输赢无关。因为法庭需要在处理实体问题之前处理滥用程序抗辩,所以法庭在处理滥用程序抗辩时无从知晓实体方面的输赢。即使原告最终在实体方面败诉,也不能倒推出其滥用程序的结论。在“1989 年仲裁裁决案”<sup>[38]</sup>“豁免和刑事诉讼案”<sup>[39]</sup>和“巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案”<sup>[40]</sup>中,国际法庭一方面没有支持被告的滥用程序抗辩,另一方面也没有支持原告在实体方面的诉求。

### 三 滥用程序抗辩的法律依据

#### (一) 滥用程序抗辩的法律依据不应是滥用权利理论

滥用权利是指一国专断地行使其权利而致使另一国遭受损害,而此种损害不能以该国对其利益的正当考量为辩护。<sup>[41]</sup>有学者将滥用程序和滥用权利理论相联系,认为滥用程序是滥用权利的一种表现形式。<sup>[42]</sup>实践中一些案件的被告在提出滥用程序抗辩时也

[34] See Informal Composite Negotiating Text, art. 296, A/CONF. 62/WP. 10 (15 July 1977).

[35] See Shabtai Rosenne, Louis B. Sohn eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Volume V, Martinus Nijhoff Pub., 1989, p. 77.

[36] See Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections of Australia, Volume I, paras. 380, 404-407.

[37] See Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1992, p. 240, paras. 38, 72 (1) (e).

[38] 国际法院最终驳回了原告对仲裁裁决的质疑。拉克斯(Manfred Lachs)法官认为这样的结果并不意味着原告滥用程序,因为当事方试图推翻其确信存在根本缺陷的仲裁裁决是当事方的固有权利。Case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment, I. C. J. Reports 1991, p. 53, Separate Opinion of Judge Lachs.

[39] 国际法院在本案实体判决中裁定相关建筑物没有获得 1961 年《维也纳外交关系公约》意义上的使馆馆舍的地位,因此法国没有违反其在该公约中的义务。Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Judgment, I. C. J. Reports 2020, p. 300, para. 126.

[40] 仲裁庭在划界的实体阶段支持了被告关于原告之前曾承认其专属经济区范围的主张。See Barbados v. Trinidad and Tobago, UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award of 11 April 2006, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXVII, pp. 147-251, para. 270.

[41] See Robert Jennings, Arthur Watts eds., *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Longman, 1992, p. 407.

[42] 参见 Yuka Fukunaga, Abuse of Process under International Law and Investment Arbitration, 33 *ICSID Review* 181, 183 (2018)。银红武:《论国际投资仲裁“程序滥用”及其规制》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 2 期,第 69 页。

曾提及滥用权利规则,特别是《海洋法公约》附件七仲裁案中的被告在这方面会专门援引《海洋法公约》第 300 条关于缔约国“应以不致构成滥用权利的方式”行使公约所承认的权利的规定作为依据。然而,滥用程序和滥用权利这两个概念之间存在明显差异。首先,就指控目的而言,滥用权利是一种积极的进攻性指控,其目的是让法庭追究当事他方的法律责任。相反,滥用程序是一种消极的防御性指控。被告声称原告滥用程序不是为了让法庭宣告原告的行为违法,而是为了说服法庭不审理原告的诉求。其次,就被指控的行为的性质而言,滥用权利是一种不法性指控。一国滥用权利将构成国际不法行为,并应为此承担国家责任。相反,滥用程序是一种不当性指控。被告指控原告滥用程序的目的并非为了据此追究原告的国家责任,由此也就不必要论证原告起诉行为的国际不法性,而只需证明原告的起诉在案件特定情况下实属不当即可。然而,倘若将滥用程序作为滥用权利的后果并由此使其从属于滥用权利理论,那么在证明滥用程序时就需要满足滥用权利的条件。如此一来,被告需要证明原告起诉本身就构成国际不法行为。这无疑是十分困难的,因为实践中即使受案法庭裁判其对原告所提争端缺乏管辖权,通常也只会决定终止审理,而不会宣告原告的起诉行为不法。而按照滥用权利的标准,不认定原告诉诸国际争端解决程序的举动不法,就无法认定其构成滥用程序。由此,作为滥用权利表现形式的滥用程序实际上是难以存在的。

《海洋法公约》第 300 条是“一个适用一般国际法规则的例子”。<sup>[43]</sup> 利用第 300 条作为滥用程序抗辩的依据将遇到更多的障碍。首先,该条中“本公约所承认的权利、管辖权和自由”的规定表明它不能被单独援引,<sup>[44]</sup> 由此依据第 300 条所提主张必须与声称遭到违反的《海洋法公约》另一规定相联系。<sup>[45]</sup> 如果该规定未被违反,则谈不上违反第 300 条的问题。在 2020 年“恩丽卡·莱克西号事件案”中,意大利主张印度违反了有关合作打击海盗的第 100 条,接着进一步主张印度是恶意违反——假借打击海盗的借口以图扣押意大利船只,由此还违反了第 300 条。仲裁庭没有支持意大利的指控,指出印度没有违反第 100 条,因此不能援引第 300 条。<sup>[46]</sup> 就滥用程序抗辩而言,倘若《海洋法公约》缔约国将第 300 条作为依据,首先被告需要证明原告的单方起诉行为违反了第 286 条。该条规定在满足某些条件的前提下,有关《海洋法公约》的争端“经争端任何一方请求,应提交……具有管辖权的法院或法庭”。其次,对第 286 条的违反并不自动导致违反第 300 条。2019 年国际海洋法法庭在“诺斯塔号案”中明确指出:“出于违反第 300 条的目的,巴拿马不仅需要证明第 87 条被违反了,而且需要证明该条被非善意地违反了,因为恶意不能被推定,只能被证明。”法庭最终裁定意大利违反了第 87 条,但没有违反第 300 条。<sup>[47]</sup> 在 2016 年“杜兹吉特·完整号仲裁案”中,原告指控被告违反了《海洋法公约》第 49 条关

[43] See *Duzgit Integrity Arbitration (Malta v. São Tomé and Príncipe)*, UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award on Jurisdiction and the Merits, 5 September 2016, para. 218.

[44] See *M/V “Norstar” (Panama v. Italy)*, ITLOS, Judgment of 10 April 2019, para. 241.

[45] See *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award of 18 March 2015, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXXI, pp. 359–606, para. 303.

[46] See *The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India)*, UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award of 21 May 2020, paras. 719–730.

[47] See *M/V “Norstar” (Panama v. Italy)*, ITLOS, Judgment of 10 April 2019, paras. 243, 469.



于行使海洋主权的义务,而且专断和恶意行事,因此也违反了第 300 条。仲裁庭最终裁定圣多美违反第 49 条,但是没有裁定违反第 300 条。仲裁庭指出:“其不知道之前曾有其他法庭或法院裁定《公约》第 300 条被违反,因此关于确立此种违反需要满足的法律标准,几乎没有什么指引。”<sup>[48]</sup> 综上,倘若将第 300 条作为滥用程序抗辩的依据,那么被告就需依次证明原告诉诸《海洋法公约》争端解决程序违反第 286 条和第 300 条。而目前的实践已充分说明这样做的成功机率是何等的微乎其微。“巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案”中的被告主张原告利用第 286 条主张单一海洋边界的做法违反第 300 条,构成滥用程序,因为原告主张的西段划界线不符合其之前对被告专属经济区范围的承认。<sup>[49]</sup> 仲裁庭指出:“单方面援引仲裁程序本身不能被视作违反《海洋法公约》第 300 条的滥用权利,或违反一般国际法的滥用权利。第 286 条赋予了单方面权利,未与他方讨论或达成一致而单方面行使该权利只是按照所预想的方式简单地行使该条约所赋予的权利。”<sup>[50]</sup> “南海仲裁案”的仲裁庭也采纳了同样的观点。<sup>[51]</sup>

近来国际法院开始明确将滥用程序和滥用权利进行切割。在“豁免和刑事诉讼案”中,法国在一项初步反对主张中同时提及滥用权利和滥用程序。由此国际法院对这两个概念进行了区分,指出:“在法院及其前身的判例法中,已经对滥用权利和滥用程序做了区分。……滥用权利和滥用程序的后果可能是不同的。”具体而言,“滥用程序涉及法院或法庭的审理程序,可以在案件的初步阶段予以审查”;而有关滥用权利的论点应在案件的实体阶段予以审查。国际法院特别强调:“当相关权利的确立应是一个实体问题时,滥用权利不能被用作不可受理的理由。”<sup>[52]</sup> 虽然国际法院这里指的是那些其确立应属实体问题的权利,但是它也没有将对“程序”权利的滥用与滥用程序联系起来。在“贾达夫案”中,被告巴基斯坦就滥用权利主张提出三个论据。国际法院在可受理性阶段处理了其中一个,因为该论据声称印度未能证明贾达夫的国籍,由此与印度根据《维也纳领事关系公约》(Vienna Convention on Consular Relations)就贾达夫提出诉求的资格有关。<sup>[53]</sup> 然而国际法院没有将这一滥用权利抗辩纳入它对被告滥用程序抗辩的处理中。在多诺霍(Joan E. Donoghue)法官看来,国际法院近来的做法是将滥用程序和滥用权利作为两个不同的概念,并将两者彼此隔离开来。<sup>[54]</sup> 值得注意的是,国际法院在切割滥用程序与滥用权利

[48] Duzgit Integrity Arbitration (Malta v. São Tomé and Príncipe), UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award on Jurisdiction and the Merits, 5 September 2016, para. 262.

[49] See Barbados v. Trinidad and Tobago, Counter-Memorial of Trinidad and Tobago, Volume I (1), paras. 101, 121-125; Hearing Transcript (Day 3), p. 79.

[50] Barbados v. Trinidad and Tobago, UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award of 11 April 2006, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXVII, pp. 147-251, para. 208.

[51] See South China Sea Arbitration (the Philippines v. China), UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal, Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXXIII, pp. 1-152, para. 126.

[52] See Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2018, p. 292, paras. 146, 151.

[53] See Jadhav (India v. Pakistan), Judgment, I. C. J. Reports 2019, p. 418, paras. 54-58.

[54] See Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2018, p. 292, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, paras. 4-5.

关系的同时,开始明确承认滥用程序抗辩的存在。法院的这两种操作之间应非偶然,因为只有作为一个独立于滥用权利的规则,滥用程序在实践中才有存在的可能。

## (二) 滥用程序抗辩的依据是一般法律原则

受国际法院近来判例的影响,马尔代夫在 2021 年与毛里求斯的海洋划界争端案中明确表示它的滥用程序抗辩不是基于《海洋法公约》第 300 条,而是基于一条牢固确立的规则,即国际法庭不得对构成滥用程序的请求书行使管辖权。<sup>[55]</sup> 可以说,目前国家间法庭的实践整体上证明了此项规则的存在。虽然这些法庭在相关案件中并没有支持被告的滥用程序抗辩,但是它们拒绝的理由是原告在案件中的做法不构成滥用程序;这些法庭并未否定被告根据滥用程序原则主张法庭不应审理案件的做法本身。更为重要的是,国际法院自 2018 年以来明确承认以滥用程序为由驳回原告诉求的可能性。作为一个独立于滥用权利理论的国际法概念,滥用程序规则的渊源应是《国际法院规约》第 38 条中的“一般法律原则”。<sup>[56]</sup> 司法判例“作为确定法律原则的辅助资料”<sup>[57]</sup> 对证明这一规则的存在发挥了关键作用。至于其他的国际法渊源,滥用程序并非如想象的那样是国际法中一个广泛使用的概念。使用“abuse of process”在联合国条约系统内进行检索,只有一个结果完全匹配,而且还不是条约;使用“abuse of legal process”进行检索,完全匹配的只有《海洋法公约》(第 294 条)。<sup>[58]</sup> 基于这样的条约实践,难以认为已经形成一项禁止滥用程序的习惯国际法规则。

## 四 滥用程序抗辩的理由

这是关于滥用程序抗辩的核心难题。该问题包含两个方面:一是被告可以何种理由提出滥用程序抗辩,二是受案法庭如何判断具体案件中是否存在滥用程序。

### (一) 滥用程序抗辩理由的“剩余性”

给“滥用程序”下一个抽象的定义无疑是困难的,<sup>[59]</sup> 而国家间法庭在处理滥用程序

[55] See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, ITLOS, Preliminary Objections of Maldives, para. 98.

[56] See *M/V “Norstar” (Panama v. Italy)*, Preliminary Objections, Judgment of 4 November 2016, Separate Opinion of Judge Lucky, para. 74. 阿森西奥认为,禁止滥用程序是“基于一般国际法,最可能是作为……一般法律原则”。Hervé Ascensio, *Abuse of Process in International Investment Arbitration*, 13 *Chinese Journal of International Law* 763, 766 (2014). 麦克拉伦指出:“可以驳回滥用程序的诉讼这一概念(在国内法律体系中众所周知)也已经在国际法庭的程序中获得承认。”Campbell McLachlan, *Lis Pendens in International Litigation*, Martinus Nijhoff Pub., 2009, p. 430. See also Vaughan Lowe, *Overlapping Jurisdiction in International Tribunals*, 20 *Australian Year Book of International Law* 191, 203 (1999).

[57] 参见《国际法院规约》第 38 条第 1 款。

[58] 检索联合国条约系统([https://treaties.un.org/Pages/FileSearch.aspx?tab=UNTS&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/FileSearch.aspx?tab=UNTS&clang=_en))的时间为 2023 年 1 月 8 日。使用“abuse of process”检索到的是法国对圭亚那保留的反对。圭亚那 1999 年 1 月 5 日退出《公民权利及政治权利国际公约任择议定书》,但于同日再次加入并提出一项保留,即排除人权事务委员会审议被判处死刑的个人来文。法国反对圭亚那的保留,认为圭亚那的做法是某种“滥用程序”,明显违反国际法中的善意原则。See *United Nations Treaty Series*, Volume 2097, pp. 134-135.

[59] See Robert Kolb, *General Principles of Procedural Law*, in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams eds. & *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed., Oxford University Press, 2019, p. 999.

抗辩时也从未试图这样做。<sup>[60]</sup> 有论者指出,如果能够确定存在非法意图或行为明显不合理,则存在滥用权利。<sup>[61]</sup> 对滥用权利的这一描述也可适用于滥用程序,因为两者中“滥用的基本概念可能是相同的”。<sup>[62]</sup> 由此可以认为滥用程序包括出于不正当目的使用程序和对程序的不合理使用。前者为主观滥用,而后者为客观滥用。原告不得恶意诉诸国际法庭,对此应无疑义。在科尔布(Robert Kolb)看来,滥用程序中的不正当目的包括欺诈、拖延、无理取闹、给他方造成损害或使己方获得不当利益、减损其他程序的有效性,以及纯粹出于宣传的目的等。<sup>[63]</sup> 与主观滥用不同,客观滥用的标准“不是善意或恶意,而是根据案件的所有情况诉诸法院是否合理”。此种滥用程序可以从案件情况中推断出来,而无需对原告的意图作价值判断。<sup>[64]</sup>

然而,并非所有滥用程序的情况都可以用作滥用程序抗辩的理由。虽然“滥用程序”一词涵盖了原告对争端解决程序的各种不合理利用,但是“滥用程序抗辩”却只针对其中一小部分的不合理利用。如上所述,滥用程序抗辩不是针对法庭管辖权或案件实体问题的抗辩,而且只是被告可以提出的反对原告诉求可受理性的多种抗辩中的一种。倘若某种理由本身已经被接受为一种对可受理性的反对主张,则它就不属于滥用程序抗辩的范畴。例如,用尽当地救济是一项习惯法规则,而既判力原则是一项一般法律原则;<sup>[65]</sup> 原告违反这些规则所提的诉求当然属于对程序的不合理利用,由此将不被受理。但这与滥用程序抗辩无关。而且以上这些针对管辖权和可受理性的抗辩涵盖了绝大部分原告不适当启动国家间诉讼的情况。结果,滥用程序抗辩成为一种“剩余性”(residual)<sup>[66]</sup> 抗辩或保底抗辩,适用于那些被告没有其他有效依据反对原告诉求可受理性的情况。

就目前国家间争端的法律解决实践而言,其实多数案件中被告提出的滥用程序指控的理由都不符合“剩余性”标准。这些理由可大致分为以下六类:(1)原告所提争端不属于法庭的属事管辖范围或原告诉诸法庭前未遵守必要的前提条件,如“麦氏金枪鱼案”;(2)原告滥用某种程序权利,如“贾达夫案”;(3)原告的诉求存在瑕疵,如“瑙鲁境内的某些磷酸盐地案”和“巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案”;(4)原告起诉过于拖延,如“安巴

[60] 多诺霍法官表示她不知道国际诉讼中有关于滥用程序概念的权威定义。See Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2018, p. 292, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, para. 3.

[61] 参见郑斌著:《国际法院与法庭适用的一般法律原则》,韩秀丽、蔡从燕译,法律出版社2012年版,第138页。

[62] See Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2018, p. 292, para. 146.

[63] See Robert Kolb, General Principles of Procedural Law, in Andreas Zimmermann & Christian J. Tams eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed., Oxford University Press, 2019, p. 998.

[64] See Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Verbatim Record 2018/2, p. 37, para. 4. See also Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America), Preliminary Objections of the United States of America, para. 5. 22.

[65] See Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2016, p. 100, para. 58.

[66] See D. D. N. Nsereko, The Abuse of Process Doctrine in the Administration of Criminal Justice before National Courts and International Tribunals, 7 *University of Botswana Law Journal* 29, 66 (2008).

提洛斯案”；(5)原告起诉是为了实现某种不正当目的,如“1989 年仲裁裁决案”“豁免和刑事诉讼案”“毛里求斯/马尔代夫案”和“《美伊友好条约》案”；(6)原告的起诉构成“平行诉讼”,如“恩丽卡·莱克西号事件案”。

其中前四类不应作为滥用程序抗辩的理由。具体而言,第(1)类理由实质上是对法庭管辖权的反对主张,第(2)类理由本就不属于滥用程序的范畴,而第(3)类理由与案件实体有关。第(4)类理由本身就可以作为独立的反对原告诉求可受理性的抗辩,因此没有必要再披上滥用程序的外衣。国际法院在“瑙鲁境内的某些磷酸盐地案”中明确承认原告的迟延可能造成请求书不可受理,因为这或许会对被告在建立事实和确定法律方面造成妨碍。<sup>[67]</sup> 国际海洋法法庭在“诺斯塔号案”中谈到“消灭时效”时指出,时间的流逝可能使得一项申请不可受理这一点已经获得承认。<sup>[68]</sup> 在这两个案件以及国际法院审理的“阿韦纳和其他墨西哥国民案”<sup>[69]</sup>中,拖延起诉均未被作为滥用程序提出和处理。此外,虽然英国在“安巴提洛斯案”中将原告拖延起诉作为滥用程序的理由,但是它在此后的仲裁程序中仅提出了不当延迟抗辩,而没有再提及滥用程序。<sup>[70]</sup>

第(5)和第(6)类理由虽然符合“剩余性”标准,但被告在相关案件中提出的滥用程序抗辩理由存在瑕疵,在法律或事实上难以成立。例如,国际法院在“1989 年仲裁裁决案”中认定出于质疑仲裁裁决效力的目的诉诸法院不构成滥用程序,这意味着被告的指控在法律上就不成立。塞内加尔在该案中声称几内亚比绍利用 1989 年两国间“海洋划界仲裁案”仲裁庭庭长的声明来质疑裁决效力的做法属于“滥用程序,目的是剥夺塞内加尔在裁决中的权利。”但国际法院认为原告的请求书是在其诉诸法院的权利的框架内适当提出来的,因此不等于滥用程序。<sup>[71]</sup> 同样地,美国在“《美伊友好条约》案”中提出的滥用程序抗辩的理由是伊朗试图通过该案就其核活动获得“不正当利益”,即寻求国际法院的判决来强迫美国永远撤销那些它之前根据 2015 年有关伊朗核问题的《联合全面行动计划》(*Joint Comprehensive Plan of Action*) (下称“伊核协议”)暂停而后又重新施加的制裁,而伊朗在免于美国制裁的同时却不必遵守其在“伊核协议”中的承诺(美国认为这是一个没有拘束力的政治协议)。然而国际法院指出即使它最终裁定美国违反了《美伊友好条约》,也不意味着给予伊朗不正当利益,因为这一裁定是基于法院对上述条约审查的结果。<sup>[72]</sup> 再如,国际海洋法法庭特别分庭在“毛里求斯/马尔代夫案”中认为查戈斯群岛的主权争端早已经不复存在,这意味着马尔代夫关于毛里求斯意图利用海洋划界程序解决

[67] See *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1992, p. 240, paras. 32, 36.

[68] See *M/V “Norstar” (Panama v. Italy)*, ITLOS, Preliminary Objections, Judgment of 4 November 2016, para. 303.

[69] See *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004, p. 12, paras. 43-44.

[70] See *Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom)*, Award of the Commission of Arbitration of 6 March 1956, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII, p. 103.

[71] See *Case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, I. C. J. Reports 1991, p. 53, paras. 26-27.

[72] See *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2021, p. 9, paras. 85-87, 94.

群岛主权争端的指控在事实上不成立。

所谓平行诉讼,是指原告为了获得一个有利的结果而将同一争端提交几个不同的争端解决机构。此种做法不仅会把被告卷入多个费时、费钱的诉讼中,而且原告还可能利用被告在前面案件中披露出来的辩护论据来为后面的案件制定更加有效的诉讼策略。<sup>[73]</sup>由此平行诉讼可能构成对程序的客观滥用。然而并非所有的平行诉讼都构成滥用程序,而只有那些适用于“未决案件”(lis pendens)理论的平行诉讼才可能构成滥用程序。根据该理论,一个法庭不应当受理当事方已经提交给另一个法庭的争端。未决案件理论的适用要求识别出相同的当事方、相同的诉讼和相同性质的法庭。<sup>[74]</sup>未决案件理论不适用于国际法庭和国内法院之间的关系,因为它们并非相同性质的法庭,而这正是“恩丽卡·莱克西号事件案”(临时措施)中的情况。印度在该案中指责意大利诉诸《海洋法公约》争端解决机制是滥用程序,理由是意大利之前已经选择了印度国内的司法程序。但国际海洋法法庭认为即使已经开启了国内程序,也并不剥夺一国诉诸国际程序的权利。<sup>[75]</sup>未决案件原则也不适用于“有权作出有拘束力判决的司法机构”和“有权作出无拘束力建议的专家监督机构”之间的关系。<sup>[76]</sup>

## (二)“例外情况”标准是适用于滥用程序抗辩的适当标准

原告的诉求是否构成滥用程序并由此不可受理,应由法庭根据每个案件的具体情况做出判断。近来国际法院就滥用程序抗辩的适用明确提出了“例外情况”标准,即法院“仅在例外情况下”才能以滥用程序为由驳回原告的诉求。虽然该标准尚未被其他国家间法庭明确接受,但是这些法庭以压倒性票数甚至全体一致方式驳回被告的滥用程序抗辩的事实表明它们对该抗辩同样采取了严格的标准。对滥用程序抗辩采用“例外情况”标准是适宜的,因为它能够适当平衡各方的利益。首先,从司法政策的角度,有必要对滥用程序抗辩设置一个高门槛,因为滥用程序的后果不仅涉及限制原告诉诸法庭的权利,而且事关和平解决国际争端目标的实现。国际法对限制国家诉权的问题十分谨慎。虽然一些人权条约规定它们所建立的机构不应受理个人“滥用提出来文的权利”所提交的来文,但是对于国家来文则无类似的规定。<sup>[77]</sup>如果滥用程序的门槛较低,则不仅被告能够轻易地利用该抗辩将原告挡在对争端有管辖权的法庭门外,而且法庭自己也可能被批评为滥用权利。<sup>[78]</sup>赤道几内亚在“豁免和刑事訴訟案”中就曾指责法国的滥用程序抗辩是试图

[73] See Carlotta Ceretelli, Abuse of Process: An Impossible Dialogue between ICJ and ICSID Tribunals? 11 *Journal of International Dispute Settlement* 47, 67 (2020).

[74] See *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, Preliminary Objections, Judgment, PCIJ Series A, No. 6, p. 20.

[75] See “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), ITLOS, Provisional Measures, Order of 24 August 2015, paras. 54, 70–73.

[76] See Decision on the Admissibility of the Inter-State communication submitted by Qatar against the United Arab Emirates, CERD/C/99/4, para. 49, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CERD/CERD-C-99-4.pdf>, 最近访问时间[2023-01-06]。

[77] 例如,1950年《保护人权和基本自由公约》第27条(2);1984年《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》第22条(2);1990年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第77条(2);1999年《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》第4条(2)。

[78] See Hervé Ascensio, Abuse of Process in International Investment Arbitration, 13 *Chinese Journal of International Law* 763, 782 (2014).

阻止其通过法律方法解决争端。<sup>[79]</sup> 其次,从国家间争端法律解决中的滥用程序抗辩的“剩余性”功能看,采用“例外情况”标准并不会给被告带来明显的不利后果。而且国际法庭在一些案件的实体阶段裁判原告败诉的事实说明法庭并不会如被告担心的那样轻易沦为原告实现不正当目的的工具。

“例外情况”标准的具体内涵有待于国际法院在今后判例中的进一步阐释。根据现有判例,该标准至少包含以下两个要素。

一是理由的有限性。虽然无法列出一份完整的清单,但是可以用作滥用程序抗辩的理由应十分有限。这既是滥用程序作为一种“剩余性”抗辩的自然后果,也是适用“例外情况”标准的题中之义。就主观滥用而言,国际法庭已经将一些情况排除出滥用程序抗辩的理由范围。此外,国际法庭宣告其会将原告告诉诸法院看作和平解决争端之举,并表示不关注“导致一国在特定时间或在特定的情况下选择法律解决的可能的政治动机”。<sup>[80]</sup> 在“《美伊友好条约》案”中,虽然国际法庭承认伊朗只选择质疑美国那些与“伊核协议”有关的制裁措施不符合《美伊友好条约》的做法可能反映了原告的某种“政策决定”,但是认为这并不构成滥用程序。<sup>[81]</sup> 就客观滥用而言,根据滥用程序抗辩的功能,可以用作抗辩的理由应同时满足两个条件:一是其有存在的正当性,即受案法庭在此种情况下不应当行使管辖权;二是其法律依据尚不确定,因此需要借助滥用程序抗辩弥补效力的不足。后一个条件既排除了那些可以作为单独依据来质疑可受理性的理由,因为它们不需要滥用程序抗辩的加持;同时又排除了那些完全缺乏法律依据的理由,以避免滥用程序沦为一个口袋概念。而这正是适用于未决案件理论的平行诉讼可能构成滥用程序的原因。虽然平行诉讼被广为诟病,但未决案件理论在国际法中的地位却并不明确。国际法院及其前身常设国际法院(Permanent Court of International Justice, PCIJ)在实践中既未确认也未否认未决案件理论的可适用性,<sup>[82]</sup> 而《海洋法公约》项下法庭同样没有对未决案件理论的法律地位作出认定。由于未决案件理论是否为有效的国际法规则并不确定,因此受案法庭是否能够仅凭该理论就否定原告诉求的可受理性不得而知。倘若将平行诉讼和滥用程序结合起来,将前者纳入后者的范畴并作为一个滥用程序抗辩的理由,就可以借助滥用程序的概念来弥补未决案件理论的效力不确定问题。<sup>[83]</sup> 国家间争端法律解决中满足未决案件理论适用条件的平行诉讼的情况并不常见。

二是证明的高标准。被告需要为其滥用程序抗辩提交明确的证据。在“豁免和刑事诉讼案”中,被告指责原告告诉诸国际法院的目的是让法院为原告滥用外交豁免的行

[79] See Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2018, p. 292, para. 143.

[80] Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 1988, p. 69, pars. 52.

[81] Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment I. C. J. Reports 2021, p. 9, para. 95.

[82] See Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Provisional Measures, Order of 14 June 2019, I. C. J. Reports 2019, p. 361, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Cot, para. 3.

[83] 有学者认为滥用程序似乎是处理平行诉讼问题的有利工具。Carlotta Ceretelli, Abuse of Process: An Impossible Dialogue between ICJ and ICSID Tribunals? 11 *Journal of International Dispute Settlement* 47, 68 (2020).

为提供掩护,构成滥用程序。<sup>[84]</sup> 但是国际法院强调被告没有向其提交相关的“明确证据”。<sup>[85]</sup> 即使被告提交了证据,法庭也不应假定原告诉诸争端解决程序具有不正当目的。相反,法庭应从善意的假定开始分析原告的起诉行为。鉴于认定滥用程序的严重后果,法庭在行使这方面的裁量权时必将采取严格甚至是“严苛”(exacting)<sup>[86]</sup>的做法。由此可以预料,国家间争端法律解决中的滥用程序抗辩的获胜难度很大。

## 五 结论和建议

目前对国家间争端法律解决中滥用程序抗辩的认知仍处于发展过程中,关于此种抗辩的性质、依据和理由,存在着理解不充分或不准确的问题。本文就这些问题得出以下结论。第一,国家间争端法律解决中的滥用程序抗辩是针对原告诉求的可受理性而非法庭管辖权的反对主张,其目的是阻止原告提起的整个诉讼的进行或者至少是为了阻止法庭受理原告的某一诉求,由此当事方在审理过程中滥用某种程序权利的情况不属于滥用程序的范畴。第二,滥用程序并非滥用权利的一种表现形式。国际法庭不应对构成滥用程序的诉求行使管辖权是一项一般法律原则。第三,滥用程序是一种剩余性抗辩,适用于那些被告没有其他有效依据来反对原告诉求可受理性的情况。滥用程序包括出于不正当目的使用程序的主观滥用和不合理使用程序的客观滥用。其中可以作为客观滥用理由的是那些虽尚未获得独立的反对主张地位,但却使得法庭不应当行使管辖权的情况,如某些平行诉讼。有关法庭管辖权和争端实体问题的主张,以及那些已经被承认为独立的可受理性的反对主张,不应用作滥用程序抗辩的理由。总之,国家间争端法律解决中的滥用程序抗辩不是一种强有力的抗辩手段,并不涵盖所有形式的对争端解决程序的不合理使用。

“南海仲裁案”是1949年以来我国面临的最为严峻的一次国际诉讼,其严重影响将在今后很长的一段时间内持续存在。鉴于《海洋法公约》建立的甚为强大的争端解决机制,可以肯定地说今后还会发生我国被拖入国家间法庭的情况。对于他国滥用程序的做法,我国自当提出滥用程序抗辩。然而不宜过度依赖此种抗辩,而且也不应对其阻止国际法庭审理案件的效果抱过高的期望。更为有效地维护自身权益的做法或许是采取更为积极的态度来应对法律程序,包括指派仲裁员以及参与仲裁庭程序规则的制定,并且在案件初期针对不同情况提出不同种类的抗辩。倘若原告将不属于法庭属事管辖范围内的争端提交《海洋法公约》争端解决程序或者在起诉前未满足必要的前提条件,则可以直接针对法庭的管辖权提出反对主张。还可以针对原告诉求的可受理性提出反对主张,如视情况主张原告拖延起诉、有违司法正当性、未用尽当地救济等。此外,在适当情况下也可以考虑主动提起《海洋法公约》第294条中的初步程序。

[84] See Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Verbatim record 2018/2 (translation), p. 44, para. 24.

[85] See Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2018, p. 292, para. 150.

[86] See Robert Kolb, General Principles of Procedural Law, in Andreas Zimmermann & Christian J. Tams eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed., Oxford University Press, 2019, p. 1000.

[**Abstract**] Abuse of process is an existing notion in the legal settlement of inter-State disputes, but some basic questions about the concept still need to be clarified. Recently the respondents frequently raised the abuse of process objection in cases submitted unilaterally by the applicants to inter-State tribunals. This has occurred not only in cases before the International Court of Justice (ICJ) but also in the practice of the tribunals under the 1982 UN Convention on the Law of the Sea. So far, no abuse of process objection has succeeded before inter-State tribunals and no sufficient explanations for the issue have been offered by the tribunals from a positive perspective. Currently, the understanding of the abuse of process in inter-State litigation is still developing. As far as its nature is concerned, abuse of process is an objection raised by the respondent against the admissibility of the submissions of the applicant. It is an objection against the abuse of the dispute settlement procedure as a whole by the applicant, rather than the abuse of certain procedural rights by the parties in the proceedings. It is neither a plea on the merits nor an objection to the jurisdiction. If the respondent considers that the applicant has submitted to the tribunal any dispute beyond the jurisdiction of the tribunal or the applicant has not satisfied the pre-conditions to the jurisdiction of the tribunal, the respondent can raise the objection to the jurisdiction directly, rather than resorting to the abuse of process objection in such situations. Moreover, even if the respondent raises the abuse of process objection to the jurisdiction of the tribunal, it will be difficult for the objection to have any real effect. As far as the current jurisprudence is concerned, there is no direct causality between the jurisdiction of a tribunal and the abuse of process. The legal basis of the abuse of process objection is not the abuse of right doctrine. There are obvious differences between the concept of abuse of process and that of abuse of rights. Actually, its legal basis is a general principle of law, namely international tribunals should not exercise jurisdiction over the application that constitutes an abuse of process. Abuse of process includes the use of a process for an illegitimate purpose (subjective abuse) and the unreasonable use of a process (objective abuse). However, not all of the circumstances that may constitute an abuse of process can be used as the grounds for the abuse of process objection. As a residual defense, the abuse of process objection is fit for situations where the respondent has no other effective instruments to oppose the admissibility of the submissions of the applicant. The “exceptional circumstances” criterion that the ICJ put forward recently is appropriate for the abuse of process objection. As a whole, the abuse of process objection is not a powerful means of defense in the legal settlement of inter-State disputes, because the scope of its grounds is limited and it’s very difficult for the objection to succeed in a particular case. Accordingly, respondents should not expect too much of the effect that the objection may achieve in preventing the international tribunals from hearing the cases. Rather, they should take a more positive attitude toward dealing with litigations in order to safeguard their own interests more effectively.

---

(责任编辑:贾元)