

国际裁判中的法律争端与政治争端

禾 木*

摘 要 国际裁判中法律争端和政治争端的区分由来已久,但两者的区分标准尚无定论。本文首先考察了关于该问题的两种传统理论:“是否存在可适用的规则”以及“国家的意图”。无论采用哪种标准,都不可能在法律争端和政治争端之间划分出一条清晰的界限。基于此,作者通过分析大量的国际裁判实践后指出,一个复杂的国际争端往往既包含政治侧面也包含法律侧面,政治争端和法律争端的区分并不是绝对的。所谓的“法律争端”,不仅取决于被提交到法庭的争端的客观性质,也不仅取决于当事国的主观意愿,它是由法庭和当事国共同完成的一个具有高度技术含量的程序。

关键词 国际裁判 法律争端 政治争端

导 言

国际法是国际政治社会中的法。以国际法的解释和适用作为本职的国际裁判,亦无法脱离与政治的关联,这尤其体现在如下方面。首先,国际裁判〔1〕所处理的争端,尤其是疑难案件(hard case)或重大案件(big case),大多具有错综复杂的政治背景,牵涉到国际社会中难以消解的价值对立和利益冲突。而国际裁判的结果,也往往具有特殊重要的政治意义,甚至会对国家间权力政治关系产生某种实质性影响。现实中的国际裁判从来不会悬浮于政治的真空之中。其次,国际裁判的管辖权要受到国家政治意愿的直接制约,是任意管辖而非强制性管辖。裁判的启动需以国家的明示同意(无论是针对个案给

* 北京大学法学院讲师。

〔1〕 国际裁判通常分为司法裁判和仲裁裁判,两者有所不同。但就本文研究的主题而言,两者的共性大于区别。除在特定情况下需要强调以外,一般不对两者做严格区分。

予的特别同意,还是事先给予的一般性同意,或是以应诉行为表达的实际同意)作为前提,法庭或仲裁庭不能罔顾国家意志而自动行使管辖。第三,既然是任意管辖,其管辖的范围和条件也须服从国家的意愿。对于已经发生的争端,当事国为将其交付裁判而签订的特别协议(*compromis*)自不必提,对于未来可能发生的争端,各国若是接受将其提交给国际裁判的一般性义务,通常也会借助于形形色色的保留或声明,极为谨慎的对义务范围加以界定和限制。他们这样做的目的是要对适用于他们的争端解决方案保有最后的控制能力〔2〕。除了这些保留或声明以外,很多规定一般性裁判义务的国际条约中还有一个共通条款,明确规定国际裁判仅对“法律争端(*legal disputes*)”进行管辖〔3〕。这意味着,具有可裁判性(*justiciability*)的只有“法律争端”,而其它争端则作为不可裁判的“政治争端(*political disputes*)”,被排除在国际裁判的固有管辖范围之外。

那么,究竟什么是法律争端和政治争端?何谓可裁判性?最直观的回答是,与国际法上的权利义务有关的争端是法律争端,与此无关的是政治争端,前者可以依法裁判,后者不能。但这个回答显然经不起推敲。从既往判例来看,提出政治争端抗辩的当事国,往往并不否认该案也涉及国际法上的权利义务,只不过,他们主张,由于事关国家的重大利益或者安全、独立和名誉,因此该案在本质上不属于法律争端,而属于政治争端〔4〕。这意味着在他们眼中,该争端虽然与法律有关,但此时此刻,对政治因素的考量应该凌驾于法律性之上。而国际法院的判决则更加明确地承认了政治因素与法律因素的不可分性。例如,在1980年“德黑兰人质案”中,法院一语道破:“主权国家之间的法律争端在性

〔2〕 (美)汉斯·摩根索著,肯尼思·汤普森等修订,《国家间政治:权力斗争与和平》(第7版),徐昕等译,北京大学出版社2006年版,页475。

〔3〕 如,1899年《和平解决国际争端海牙公约》第16条(1907年同条约修订后的第38条)规定:“凡属法律性质的问题,特别是有关解释或适用国际公约的问题,各缔约国承认仲裁是解决外交途径所未能解决的纠纷的最有效也是最公正的方法”(黑体为笔者所加,下同)。1945年《国际法院规约》第36条2款规定:“本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端,对于接受同样义务之任何其他国家,承认法院之管辖为当然且具有强制性,不须另订特别协定:a. 条约之解释;b. 国际法之任何问题;c. 任何事实之存在,如经确定即属违反国际义务者;d. 因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。”除此以外,1919年《国际联盟盟约》第13条2款、1920年《常设国际法院规约》第36条2款、1924年《和平解决国际争端的日内瓦议定书》(未生效)第3条、1925年《洛迦诺公约》第3条、1928年《和平解决国际争端的日内瓦总议定书》第17条(1949年修订后的第17条)、1929年《泛美仲裁裁判条约》第1条1款、1957年《关于和平解决争端的欧洲公约》第1条、1958年《比利时、卢森堡、荷兰经济联盟条约》第七章、1962年《中美洲国家组织宪章》第15条、1997年《欧盟条约》第35条、2003年《非洲联盟法院议定书》第19、44条。

〔4〕 具体案例将在后文予以详述。

质上往往根源于政治背景,它经常表现为当事国之间更为广泛的政治争端中的一个要素。〔5〕”即,纯粹的法律争端只是“理想型”,现实中爆发的国际争端往往是各种复杂要因综合作用的结果。可见,当主权国家决定是否要把某个争端提交给法院,当法院决定是否要受理某个争端时,并不是因为该争端在性质上是纯粹法律的或者纯粹政治的,也不是因为该争端与国际法上的权利义务有关或者无关,他们的行动,其实是在同一争端所包含的政治因素和法律因素之间做出的一个抉择。

倘若如此,政治争端和法律争端的区分标准究竟是什么,这种区分的法理基础和事实依据何在,裁判条约中的共通规定究竟具有怎样的现实意涵,其是否会随着国际社会的演进发展而发生改变,我们又该如何判断这种变化或者不变的合理性?这些问题,自上世纪起就引发过广泛的讨论,今日旧题重温,是试图再次澄清法律争端的含义,明确国际裁判的界限与可能,为未来中国应对来自这方面的挑战提供一点助益和参考。以下,本文将立足于国际裁判的实践,分四个部分对这一问题进行探讨。前两个部分分别介绍法律争端和政治争端的两种传统区分标准,并对其进行批判性的分析,后两个部分阐述笔者的观点,最后结合当下的国际实践提出一些反思和展望。

一

最早的有关法律争端的定义,出现在1871至1872年英美两国关于“阿拉巴马号”仲裁案的文件中,该裁决被视为近代国际仲裁的滥觞和典范〔6〕。受到这个案例的启发,1873年,戈德施密特(Goldschmidt)在国际法研究院(Institut de Droit International)第一次会议上发言指出,“国家间的法律争端,指的是那些应当通过适用法律规则予以解决的争端。〔7〕”这一观点得到很多学者的赞同。如,时任剑桥大学国际公法讲席教授的威斯特莱克(J. Westlake)就认为,一项法律争端是“可以通过适用已知的规则得以解决的争端,支撑它的是来源于国际社会普遍承认的力量”〔8〕。也就是说,国家间的争端要成为

〔5〕 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case (USA v. Iran)*, Judgment of 24 May 1980, *ICJ Reports* 1980, p.20, para.37.

〔6〕 *US Foreign Relations*, Vol. 26 (1872, Part 2, Vol.4), pp.49-54, 转引自(日)杉原高嶺:《国际司法裁判制度》,易平译,中国政法大学出版社2007年版,页12,脚注〔56〕。

〔7〕 *Revue de droit international et de législation comparée*, Vol. VI, 1874, pp.421-452, quoted in Hersch Lauterpacht, “The Doctrine of non-justiciable Disputes in International Law”, 24 *Economica*, 281 (1928).

〔8〕 John Westlake, *International Law, Part I: Peace*, 2nd ed., Cambridge University Press, 1910, p.358.

法律争端,须以可适用的法律规则的存在作为前提。威斯特莱克的观点经过奥本海(L. Oppenheim)及麦克纳尔(A. McNair)等学者的提炼和总结〔9〕,逐渐成为一种主流认识。

这一认识中包含了对国际法基本状况的理解。由于分权化的国际社会缺乏统一的立法权威,国际法规则的形成、修改、解释和废止程序远不如国内法那样清晰明确,国际法规体系也尚未达到如国内法那般发达完善的地步,因此,法律空白(legal gap)或模糊之处屡见不鲜。如果说国际裁判的本职在于解释和适用国际法,那么,当找不到可予适用的法律规则时,该争端就无法通过国际裁判来进行处理,无法构成一项法律争端,而只能通过法律之外的政治途径加以解决,是谓“政治争端”,或者“不可裁判的争端”。

不可否认,上述观点具有一定的合理性,它建立在对国际法固有局限的清醒认识之上。但是,这一局限是否必然引起将某些争端排除在国际裁判的范围之外的逻辑后果,却颇为可疑。这取决于我们如何定义“可适用的法律规则”〔10〕。如果“法律规则”指的是与该争端直接相关、内容具体明确的实定法规范,“可适用”指的是在该法规与争端之间能够建立起直接关联,通过三段论式的逻辑推理便可自动得出结论的过程的话,确实,在找不到这种规则的情况下,该争端便不具有可裁判性。但是,回顾历史和实践,对国际裁判的这种简单的形式化理解,无论是在国际条约还是在判例中,都找不到根据。

首先来看看关于裁判规则的国际条约。1907年第二次海牙和平会议曾准备设立一个国际捕获法院(International Prize Court)。当时,就该法院的裁判准则问题在与会代表中产生了争议。有代表指出,关于海上捕获的国际法大多尚未成文化,实定法规既不明确也不完善〔11〕。针对这一质疑,会议在该法院的设立条约草案中规定,捕获法院的裁判准则是:“优先适用当事国之间既存的条约;若不存在条约,适用普遍承认的国际法规则;若不存在这种规则,适用‘正义与衡平的一般原则(general principles of justice and equity)’”〔12〕。关于“正义与衡平的一般原则”的含义,海牙和会在随后做出的官方解释中指

〔9〕 Arnold D. McNair ed., *Oppenheim's International Law*, Vol. II, 4th ed., Longmans, Green, 1926, p.3.

〔10〕 田畑茂二郎:“国际裁判に於ける政治的紛争の除外について——その現実的意味の考察——”、《(京都大学)法学论丛》第33卷5号1935年版、页96—97。

〔11〕 James B. Scott, *The Hague Peace Conference of 1899 and 1907*, Vol. I, Johns Hopkins Press, 1909, pp.489—490.

〔12〕 Convention Relative to the Creation of an International Prize Court, The Hague, 18 October 1907, Article 7. 这里的“衡平”应指“法外衡平(*praeter legem*)”,即由于法律对争议事项保持沉默而利用衡平原则填补法律的空白,其适用条件与下文中珀利提斯提及的“公允及善良”的适用条件类似。除此以外,国际法理论上还有“法内衡平(*infra legem*)”和“违法衡平(*contra legem*)”之说,不在本文的讨论范围之内。

出,这是应对法律沉默的对策,捕获法院的法官们要通过一定的创造性活动承担起“填补实定法空白的任务”〔13〕。尽管由于各种原因,捕获法院最终未能成立,但这一大胆的规定表明,捕获法院的缔造者们并不认为实定法规的缺漏会成为国际裁判的实质性障碍,他们期待通过法官的创造性活动来推动国际法的发展与完善。

1920年,海牙的法律家咨询委员会在筹备常设国际法院的过程中,面临了同样的问题。委员们意识到,当时国际条约和习惯法规则的数量都有限,作为裁判准则而言不够充分,为了避免因为无法可依而导致法官被迫宣布拒绝裁判(*non liquet*)〔14〕的现象出现,委员们经过反复争论,最终在《常设国际法院规约》中引入了一个新的概念——“一般法律原则为文明各国所承认者”(第38条1款3项)。根据郑斌(Bin Cheng)的解释,一般法律原则并不是“为实践目的而重新制定的特有规则,而是作为各种法律规则之基础的一般命题,它自身表达了法的真理本质”〔15〕。布莱尔利(J. L. Brierly)则认为,这项规定为国际法注入了“动态的因素”,正式承认了法院的“创造性职能”〔16〕。1945年国际法院成立时,亦将这个条款原封不动予以照搬。

1928年通过的《和平解决国际争端的日内瓦总议定书》(以下简称《总议定书》)规定,当事国之间“关于权利的争端”,原则上提交给常设国际法院(第17条),其他类型的争端未能达成和解者,“得提交仲裁法庭”(第21条)。尽管仲裁法庭审理的是与权利无关的争端,《总议定书》中也特别规定,“法庭得适用《常设国际法院规约》第38条所载关于争端实质的规则,如无可适用于这项争端的规则,法庭应依‘公允及善良’之原则判决”(第28条)。姑且不论这一规定本身是否妥当〔17〕,《总议定书》起草委员会的成员之一珀利提斯(N. Politis)对“公允及善良”做出的说明是,这是在不存在可适用法规的情况下,而

〔13〕 Scott, *supra* note 11, pp.491-493.

〔14〕 *non liquet* 的问题非常复杂,将另行撰文讨论。

〔15〕 Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens, 1953, p.24. 关于该条款形成过程中委员们的讨论,详见该书,pp.6-22. 詹宁斯指出,有些委员最初设计这个条款的目的是为了限制法官过度的自由裁量权,后来它却变成了扩张和变更国际法内容的工具。Robert Y. Jennings, “What is International Law and How do We Tell It When We See It?” 37 *Schweitzerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, 71-72(1981).

〔16〕 James L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., ed. by Sir Humphrey Waldock, Clarendon Press, 1963, pp.62-63. 但布莱尔利并不认为这是在授权“司法立法”。

〔17〕 英国国际政治学者卡尔(E. H. Carr)认为,这一规定不尽合理。既然提交给仲裁法庭的案件均不涉及法律权利,就不应优先适用法律规则来解决争端。参见(英)爱德华·卡尔:《20年危机(1919-1939)——国际关系研究导论》,秦亚青译,世界知识出版社2005年版,页183。

且仅在这种情况下,为填补法律漏洞而适用的规则^[18]。1949年修订《总议定书》时,除了将常设国际法院改为国际法院以外,完全沿袭了这一条款的内容。

由于上述国际文件的起草者均为各国最负盛名的国际法学大家,最终形成的条约条款或草案可以说反映了当时国际法学界的普遍共识:法律空白的存在并不构成国际裁判的绝对障碍,这个难题可以通过引入一些新的法律概念来加以解决。基于这种共识,其后出现的一系列国际判例亦呈现出同样的趋势。不少法官都承认,国际法在面对某些特定主题的争端时无法找到直接可适用的规则,但是,他们从未因此而将该争端冠之以“政治争端”之名,拒之于国际裁判的大门之外。

略举几例。1923年常设仲裁法院审理的“海底电缆切断案”,涉及到美西战争中英国公司铺设的海底电缆被美军切断后的损害赔偿请求权问题。双方当事国都承认,不存在可直接适用于本案情况的国际法规范,但法院指出,即便如此,并不能说不存在可予适用的一般原则,“适用国际法的原则来解决双方在权利、利益上的对立,……,找到问题的出路,正是法院的职责之所在”^[19]。

1949年“联合国损害赔偿请求权案”中,联大请求国际法院就联合国雇员所受损害的赔偿问题做出咨询意见。法院一方面承认,并不存在相关规则来决定,在联合国对其雇员的职能性保护权与雇员母国的外交保护权之间,究竟孰优孰劣,但该问题可以通过“善意与常识”来解决^[20]。也就是说,虽然不存在抽象的法律规则来解决这个问题,但就个案而言,法院依然可以做出具体的法律判断。最终,法院通过类比多个国家请求权竞合时的处理办法,解决了这一问题^[21]。

1951年“英挪渔业案”中,针对英国提出的领海直线基线长度一般不超过10海里的主张,国际法院认为,当前的国际实践多种多样,在这个问题上尚未形成一般性规则,驳回了英国的主张。但是法院同时指出,“尽管不存在英国所提出的那种精致的技术规则”,但“领海性质中固有的一些基本要素”却能够为法院的判断提供充分的基准^[22]。于

[18] Quoted in James L. Brierly, “The General Act of Geneva”, 11 *British Year Book of International Law*, 125(1930).

[19] *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company case* (Limited, Appt. [Great Britain] v. United States), Award of 9 November 1923, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. VI, pp.114—115, para.6.

[20] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations case*, Advisory Opinion of 11 April 1949, *ICJ Reports* 1949, pp.185—188, para.6.

[21] *Ibid.*, p.186, paras.2—3.

[22] *Fisheries case* (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, *ICJ Reports* 1951, p.132, para.5.

是,法院依据三个基本要素对挪威的划界行为进行了有效性审查〔23〕。

类似的表述还出现在1909年“卡萨布兰卡逃兵案”〔24〕、1929年“霍茹夫工厂案”〔25〕、1954年“联合国行政法院赔偿裁定效力案”〔26〕、1969年“北海大陆架案”〔27〕、1974年“渔业管辖权案”〔28〕、1997年“盖巴斯科夫—拉基玛洛大坝案”〔29〕、2004年“以色列隔离墙案”〔30〕等一系列仲裁裁决、司法判决或咨询意见中。由此可见,国际司法实践以其一以贯之的努力,克服着法律空白所带来的难题,从未以不存在可适用的法规为由,宣告“*non liquet*”,将某个争端排除在裁判管辖的范围之外。恰恰相反,法官或仲裁员往往倾向于通过法律技术的灵活运用来解决难题。就连反对这种做法的学者,如斯通(J. Stone)等,也不得不承认,国际裁判机构在此问题上表现出积极的态度是一个事实〔31〕。

通过上述实践可以看出,对于某个特定争端而言,是否存在可予直接适用的实定法规范,并不构成判断该争端是否是法律争端的标准。在国际裁判中可适用的“法”不仅是指与该争端具有直接关联、明确可操作的法律规则,除此以外,国际法基本原则、文明国家所共同承认的一般法律原则、“正义与衡平”、“公允及善良”、乃至各国通行的程序法规则等素材,都可以用来填补具体规范的空白。而且可以预见得到,无论未来国际法如何发展,这种状况不会发生本质性的变化。随着时代的发展,法律规则必然会越来越丰富,但是与此同时,国际法的规制领域和范围也在不断扩展,因此,相对意义上的法律空白未必会减少,更不会消失。通过各种法律技术来填补空白既是可能的,也是必要的〔32〕。

〔23〕 *Ibid.*, p.133, para.5.

〔24〕 *Deserters of Casablanca case* (France v. Germany), Award of 22 May 1909, PCA, p.3, paras.4-5.

〔25〕 *Factory at Chorzów case* (Germany v. Polish Republic), Judgment of 13 September 1928, PCIJ Series A, no.17, p.31, para.3.

〔26〕 *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal case*, Advisory Opinion of 13 July 1954, ICJ Reports 1954, p.53, para.4.

〔27〕 *North Sea Continental Shelf case* (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p.13, para.2.

〔28〕 *Fisheries Jurisdiction case* (UK v. Iceland; Germany v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports 1974, p.181, para.18.

〔29〕 *Gab ikovo—Nagymaros Project case* (Hungary v. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, ICJ Reports 1997, p. 67, para.112.

〔30〕 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory case*, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, p.195, para.140, p.199, para.157.

〔31〕 Julius Stone, “*Non Liquet* and the Function of Law in the International Community”, 35 *British Year Book of International Law*, 124(1960).

〔32〕 关于法院在填补法律空白方面采用的具体方法及其实例,详见杉原高嶺:“*Non liquet*の克服”、同著者《国际裁判の研究》,有斐閣 1985年版、页 181—196。

更重要的是,以法律空白为由将一部分争端作为政治争端排除在外的观点,是把司法实践当成了一台“自动贩卖机”,以为它只能按照固定的程序进行机械的流水线作业。这种认识无视了法官在实践中进行法律推理和权衡决断的空间。正如沙赫特(O. Schachter)所指出的,国际法并不是单纯规则的集合,而是一个由规则、原则和实践共同构成的错综复杂的体系^[33]。

退一万步来说,即便法律空白无法填补,任何争端在理论上依然可以诉诸司法解决。依据1927年“荷花号案”中确立的“法不禁止即许可”原则^[34],法律保持沉默并不意味着没有规范,只是不存在禁止性规范而已,这暗示着国际法允许国家依其主权意志自由行事。原告很可能不满意这样的裁决,但这仅仅意味着原告不愿意接受司法答复,而不能说司法机构无法做出答复,也不能说这样的答复不具有法律约束力^[35]。反之亦然。有人说“荷花号案”中确立的原则今天已经不再有效,至少在某些领域中,现在是“法不授权即禁止”。即便如此,上述法理依然可以适用。一言以蔽之,即便不存在可直接适用的规则,任何争端在理论上都能够获得一个法律上的裁断,都有可能成为法律争端。因此,如果说在国际裁判中确实有一部分争端被作为政治争端排除在外,划分政治争端和法律争端的标准也不在于是否存在可适用的法规。

二

关于法律争端和政治争端划分标准的第二种常见观点是“国家意图说”。布莱尔利指出,“如果当事国有此意图,任何争端均可裁判,……,问题在于,双方或者一方当事国是否希望由法院来决定争端”^[36]。换句话说,一项争端是政治争端还是法律争端,不取决于争端本身,而

[33] Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp.1-17.

[34] *Lotus case (French v. Turkish)*, Judgment of 7 September 1927, *PCIJ Series A*, no. 10, p.19, para.2. 当然,对这一原则的适用需持谨慎态度。劳特派特将其斥之为法律实证主义者的教条,认为“法不禁止即许可”原则只是在形式上维持了法律体系的完整性,由于缺乏实体性价值的支撑,它将会导致否定国际法治秩序的后果。作为一切法律体系的先验假定,“法的完整性”不应该通过这种教条主义的方式来实现,而要通过那些具有内在价值并且与实体法相关的法律基本原则、一般法律原则以及程序法规则来实现。Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, 1933, pp.60-64; *Id.*, “Some Observations on the Prohibition of ‘*Non Liquet*’ and the Completeness of the Law”, *Symbolae Verzijl: présentées au professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXX -ième anniversaire*, M. Nijhoff, 1958, pp.216-217.

[35] 卡尔,见前注[17],页177。

[36] James L. Briery, *The Outlook for International Law*, Scientia, 1977 (reprint of 1945), p.122.

是由当事国的意图来决定。

那么,国家不希望通过国际裁判来解决哪些争端呢?按照范维克(C. G. Fenwick)的说法,是指那些涉及到国家安全保障的争端,因为这是国家的首要利益,不能轻易交付裁判^[37]。巴尔赫(T. W. Balch)也指出,“所谓法律争端,是指无论承认哪一当事国的主张,都不会威胁到国家的生存和未来命运的争端。”^[38]这一观点的鼻祖实际上可以追溯到瓦特尔(Vattel)。早在18世纪,瓦特尔就提出“仲裁是一种合理的、符合自然法的手段”,但是在这段支持性的表态之后,他紧接着说道,仲裁只能解决那些“不直接影响国家安全的争端”,而且需要留意“在主权者的争端中,关于基本权利的争端和关于次要权利的争端之间存在重大区别,须采用不同的手段加以处理”^[39]。瓦特尔的观点对后世影响深远,得到各国外交政策的支持,成为裁判限制理论中一个有力的理由。1899年《和平解决国际争端海牙公约》第9条明确规定,国际调查委员会所受理的争端范围是“凡属既不涉及荣誉,也不影响基本利益,而仅属对于事实问题产生意见分歧的国际争端”。随后,很多国家都采用了“国家的安全独立、名誉、重大利益”等术语来对裁判条约的管辖范围提出保留^[40]。

然而,正如劳特派特(H. Lauterpacht)一针见血指出的,在所谓“安全独立、名誉、重大利益”的名目下,可能掩盖各种各样的动机。国家有可能担心败诉的风险对国家实际利益的重大影响,也有可能怀疑仲裁者的公正性而刻意回避裁判程序,有可能因为某些特殊情况而把本来微小的情势主张为重大利益,更有可能因为对方国家的弱小而期待通过政治手段获得更好的谈判条件^[41]。如果说拒绝裁判的根据完全在于国家的主观意图和自我决定的话,这个论断作为一个法律概念几乎毫无价值,国家可以随时随地给任何争端打上“重大利益”的烙印,在这种机会主义的态度之下,所有争端都有可能成为政治争端。

事实上,“安全独立、名誉、重大利益”等保留,虽然在19世纪末至20世纪早期的裁判条约中一度非常盛行,但自从常设国际法院和国际法院设立之后,它们就逐渐销声匿迹。而且,即便在早期,也有不少案件明显涉及国家的“重大利益”,却通过仲裁方式得到了令人满意的解决,如《杰伊条约》混合仲裁委员会所审理的案件、“阿拉巴马号”仲裁案、“北大西洋渔业仲裁案”等等。劳特派特对这些案件进行了细致分析后指出,虽然当事国是否愿意将争端交付裁判

[37] C. G. Fenwick, “National Security and International arbitration”, 18 *American Journal of International Law*, 777, 778-779(1924).

[38] Thomas W. Balch, *Legal and Political Questions Between Nations*, Philadelphia, 1924, p.131.

[39] quoted in Lauterpacht, *supra* note 34, *The Function of Law in the International Community*, p.8.

[40] 如,1903年英法《仲裁条约》、1921年德瑞《仲裁与和解条约》、1923年《关于建立中美洲国际法院的公约》等。

[41] Lauterpacht, *supra* note 34, *The Function of Law in the International Community*, pp.183-184.

的意图是一个重要因素,但争端本身是否适合通过裁判的方式来处理,则是另一个问题。一些条约和学说认为这类争端在本质上就不适合国际裁判,是不符合事实的偏见。争端所涉及的重大政治利益并不妨碍法官就其中的法律争议点做出判断,而且国际裁判具有公正性、现实性等各种优点,在整体上更有利于争端的解决。简言之,国际裁判即便对于所谓的政治争端来说也是合适的解决方法〔42〕。在其后的论文中,劳特派特不断重述这一观点,甚至连绝笔文章也是关于这个主题的〔43〕。

劳特派特的主张在当时及其身后都引发了激烈的论战。他试图在国际事务中全面引入司法裁判,通过法治秩序下的争端解决来实现世界和平的理想,被同时代人视为超前于时代的空想〔44〕,也有人担心这会赋予法官过大的自由裁量权,导致“司法立法(judicial legislation)”〔45〕。今天,国际社会的现实距离劳特派特所设想的目标依然十分遥远,但不可否认的是,以一般性裁判义务为管辖基础的司法实践已经成为当代争端解决机制中的一种基本模式,至少对于接受了这种一般性义务的国家而言,其主观意图不再是一个决定性的因素,而必须接受法院的审查。从判例来看,在国际法院的被告席上,还不时能听到国家提起“重大利益”的古典理论,但是他们的主张从未得到过多数意见法官的支持。

1974年,法国因为从事“大气层核试验”而被澳大利亚和新西兰告上法庭,法国政府在辩诉状中提出了“核心利益(vital interests)”抗辩,认为该案在本质上不是法律争端,而是政治争端。对于与国家安全独立有关的、纯粹政治性和军事性的问题做出判断,不属于国际法院的管辖范围。而且,现行法中也不存在禁止大气层核试验的规则〔46〕。尽管法院最后没有就大气层核试验本身的合法性做出判断,但是它也没有接受法国提出的政治争端主张而拒绝管辖。

1978年“爱琴海大陆架案”中,土耳其主张该案具有高度的政治性,试图否定国际法院的管辖权。国际法院在驳回这一主张时指出,国家间的大陆架问题没有不包含一定程度的政治因素的,但该案是围绕大陆架主权权利的适用范围而展开的“当事国之间的权利争端”,“法律

〔42〕 *Ibid.*, pp.145—159.

〔43〕 Lauterpacht, *supra* note 34, “Some Observations on the Prohibition of ‘*Non Liquet*’ and the Completeness of the Law”.

〔44〕 卡尔,见前注〔17〕,页181—185。卡尔指名批评劳特派特,表达了自己对于“通过仲裁解决一切争端”的宏大构想的担忧与疑虑。

〔45〕 Stone, *supra* note 31, pp.135—137。斯通教授的这篇论战文章完成于劳特派特刚刚去世之际,刊登在《英国国际法年刊》为劳特派特发表悼念文章的同一卷上。

〔46〕 *Livre blanc sur les expériences nucléaires* (1973), pp.20—23. See also *Nuclear Tests case* (Australia v. France; New Zealand v. France), Separate Opinion of Gros, *ICJ Reports* 1974, p.283, para.7.

权利”问题显然构成该争端的基础〔47〕。

1980年“德黑兰外交人质案”中,伊朗政府主张,本案不单纯是一个条约解释和适用的问题,引发该案的原因在于美伊两国之间25年来的“全部政治背景”,占领美国大使馆只是其边缘性或次要的侧面,仅仅将这一侧面作为裁判的对象毫无意义〔48〕。法院毫不犹豫的驳回了伊朗的观点,并指出,尽管该案具有复杂的政治背景,但并不妨碍法院就其中所争议的法律问题做出判决。如果接受伊朗的主张,“会对法院在和平解决国际争端中的功能造成不正当的重大制约”〔49〕。

1984年的“尼加拉瓜军事及准军事行动案”更为典型。在该案中,被告美国主张,“正在进行的武装冲突(ongoing armed conflict)”是一个国际法院若不逾越司法固有局限就无法处理的事项,这类事项只有在适当的政治程序(如安理会)中才能得到解决。但法院的多数意见对此予以驳回,认为即使是正在进行的武装冲突,也能依据现有证据对其合法性做出司法判断〔50〕。在管辖权阶段打了败仗的美国,以拒绝继续参加庭审表示抗议,法院最后做出了不利于美国的实质问题判决。

2003年的“石油平台案”中,由于美国已不再接受国际法院的一般性强制管辖,为了让美国成为被告,伊朗只能依据1955年美伊之间缔结的《友好、经济关系和领事权利条约》中的争端解决条款来起诉美国。伊朗主张,该条约是美国对外政策的一部分,并不局限于商业关系,因此美国对伊朗石油平台的攻击行为构成了对该条约的违反。美国则抗议说,1955年条约是纯商业性的,伊朗的诉求与使用武力这一重大政治问题相关,不属于该条约的管辖范围,因此不能适用该条约中的争端解决条款。法院最终驳回了美国的初步反对主张,确立了自身的管辖权〔51〕。

国际法院的一贯做法和态度似乎响应了一百年前劳特派特的呼吁和期待:一项争端究竟是政治争端还是法律争端,不取决于当事国的意图;而且,即便是那些牵涉到复杂政治背景的争端,也未必不能通过国际裁判来加以解决。

可是,问题并非如此简单。无论近一百年来国际裁判制度取得了多么大的成就和发展,作

〔47〕 *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey)*, Judgment of 19 December 1978, *ICJ Reports* 1978, p.13, para.31.

〔48〕 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case (USA v. Iran)*, Judgment of 24 May 1980, *ICJ Reports* 1980, p.19, para.35.

〔49〕 *Ibid.*, p.20, para.37.

〔50〕 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case (Nicaragua v. USA)*, Judgment of 26 November 1984, *ICJ Reports* 1984, pp.437-438, para.101.

〔51〕 *Oil Platforms case (Iran v. USA)*, Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996, *ICJ Reports* 1996, p.820, paras.53-54.

为一个显而易见的事实,国际社会在日常发生的大量争端,并没有通过裁判手段得以解决,诉诸法庭的只是其中极少一部分。毕竟,接受了一般性裁判义务的国家只是少数,通过签订特别协议来提交国际裁判的案件也为数不多。从统计数据上看,这一百年内,常设国际法院和国际法院合起来只处理了一百多个案件,以国家作为诉讼主体的其他国际性法庭和仲裁庭的业绩也并不辉煌^[52]。更具有讽刺意义的是,接受国际法院强制管辖权的国家在所有国家中所占的比例,甚至低于常设国际法院时代。就大国而言,在国际联盟时期,行政院的理事国大多接受了常设国际法院的强制管辖,而在联合国时代,常任理事国中目前只有英国接受了强制管辖,其他大国对待国际裁判的态度都比较消极。从整体上看,我们的时代似乎没有朝着劳特派特所期待的方向——通过国际裁判解决一切国际争端——前进,反而在某种程度上出现了倒退。我们也许不能把这种现象仅仅归结为诉讼成本的高昂、司法资源的稀缺、法律意识的淡漠、或者主权国家在推动国际法治方面的政治意愿不足,而要看到,其背后可能存在着更深层次的原因。

三

在前述部分中,本文分别讨论了区分政治争端和法律争端的两种传统标准:“是否存在可适用的规则”以及“国家的意图”。前者着眼于客观事实,后者着眼于主观意愿。就前者而言,因为不存在绝对意义上的法律空白,任何争端都有可能成为法律争端;就后者而言,如果完全依赖国家意愿,则任何争端都有可能成为政治争端。无论采用哪种标准,都不可能在法律争端和政治争端之间划分出一条清晰的界限,但现实中哪些争端会被提交给裁判解决,哪些会被刻意回避,并非纯属偶然和机运。即使理论上的界限难以达到精确,这并不意味着两者的区分缺乏实践价值,值得进一步加以分析。

国际法上的和平解决争端机制有其历史演进过程^[53]。自国际法产生之初直至19世纪中期,解决争端的手段完全是政治性的,诸如外交谈判、斡旋、和解、调停等。作为法律程序的

[52] 临时特设的仲裁庭姑且不论,常设仲裁法院(PCA)成立一百多年来只处理了几十个案件。二战后,专门领域中的常设性国际法庭的受案量也不大,除WTO争端解决机制较为活跃外,联合国海洋法法庭等受理的案件都极其有限。当然,受案量并不是唯一的和决定性的因素,国际法庭审理的很多案件都是leading case,影响深远。但本文的关切在于,为何大量国际争端都不通过法律手段来解决,在这一点上数量是具有一定说服力的。

[53] 在传统国际法框架之下,战争曾经作为一种重要的争端解决方式(或者说最终解决手段)发挥作用。但二战后确立的新的国际制度明确否认了战争的正当性。虽然在现实中,以武力解决争端的做法仍时有发生,但从规范观念上说,它不再被视为合法手段,对当代争端解决机制的发展也不再产生决定性的影响,故而本文不对此加以讨论。

国际裁判,诞生于18世纪末,经过一个多世纪的发展才逐渐成为一种被普遍适用的争端解决方式,与政治性手段并行。与此同时,政治性手段也在不断得到充实与强化,法律程序的出现并没有削弱甚或取代它的存在。可以说,不同类型的争端解决方式尽管具有不同的逻辑,采用不同的路径,却在彼此制约的过程中实现了共同成长。

如本文开头所述,国际裁判,作为国际政治社会的产物,无法摆脱政治力量的制约和影响。但是国际裁判之所以不同于政治性争端解决方式,就在于它以现行法作为基本的裁判准则,致力于维护一套相对稳定的观念和秩序,由此才能获得相对于政治的独立性。换句话说,裁判所代表的是一种相对静止和守旧的力量,以固定现状和捍卫现行法律制度为己任。保守是它的本质,也是它的价值之所在。正因为如此,所有争端均具有“可裁判性”的观点,只具有理论上的正当性。从实践来看,并非所有争端都适合进行国际裁判,尽管在理论上,所有争端都能够进行裁判。

那么,国际裁判适合审理哪些案件呢?作为秩序和现状的守护神,法庭可以、而且适合就那些依据现有权利提出的不同要求、或者针对现行法律提出的不同解释,按照法理和逻辑进行裁决和判断。但是,那些不满足于现行法的规定而渴望改变现状的诉求,那些要求修改或变更既有法律权利所引发的争端,就无法通过严格适用现行法的国际裁判得到满足。在解决后一类争端的过程中要求权力的介入,而法律程序的本质却在于排除权力因素。如果把改变现状的政治性职能交付给一个依据现行法上的程序和规则建立起来的国际性法庭,不仅不会得到任何收获,反而会使司法的正当职能受到冲击,有损其威信和尊严。

换言之,政治争端和法律争端的区分所代表的是司法逻辑背后固有的界限。无论国内社会还是国际社会,概莫能外。只不过,和国内体制相比,国际裁判在这一点上体现得尤为明显,这是由国际社会和国际法的基本结构和性质所决定的。

首先,以国家合意为基础的国际造法过程具有复杂性和长期性。国际社会中没有统一的立法权威,没有“命令—服从”机制,法律的形成和变更都建立在国家合意的基础之上,而合意的形成往往需要经历漫长的磋商、交易和妥协过程。在旧法变更、新法形成之前,除非得到双方当事人明确授权,法庭不能擅自逾越权限,根据“应然法”做出与时俱进的判决,因为法庭的权限完全建立在国家同意的基础之上。其次,如果一个法庭离开了现行法和法律权利这一相对坚实的基础,就无法找到一个能被普遍接受的公平、正义或社会福祉的定义,因而也就失去了立足之地。尤其是在高度的政治紧张状态之下,各方根本不可能就这些抽象概念达成一致意见,哪怕是最模糊的一致^[54]。所以法庭必须严格依据现行法进行裁判;第三,和国内司法机构不同,国际裁判缺乏强制执行机制的支撑。国际社会中没有军队、警察和狱吏,判决的

[54] 卡尔,见前注[17],页181。

执行主要依靠法庭自身的权威和说服的力量^[55]。因此,法庭的推理和论证必须建立在绝大多数人已经认同和接受的事实与法律基础之上。这也决定了法庭不可能经常充当改革的先锋,代表少数人提出超前于时代的观念,因为这样的判决得不到大多数人的认同,反过来会损害法庭自身的权威;第四,国内社会中的三权分立体系在彼此制约的同时也相互分担风险,如果法庭的裁决不能满足当事人的要求,当事人还有可能通过其他渠道来满足自己的要求。但是国际社会中没有立法和司法的分工制衡,把属于政治范畴的问题纳入司法解决的渠道,不仅超越了司法的能力,而且司法解决失败的案件也难以再通过立法来转化风险、缓解矛盾。为避免出现这种情况,一个理性的国际裁判机构在受理案件时必须保持足够的审慎;最后,也最重要的一点是,相对于国内社会中法和政治的关系,国际社会中的法更容易受到大国政治的冲击与影响。正因为如此,国际裁判以现行法为准则的保守主义态度,看似守旧,却有利于排除权力因素的干扰,保持自身的相对独立性和客观公正性。20世纪初,“维也纳学派”的领军人物凯尔森(H. Kelsen)针对法律沦为政治帮凶的现实提出了“纯粹法学”理论,主张“法”与“非法”的彻底隔绝,将一切异质因素排除于对实在法的认识之外^[56]。现实中的法能否超然于政治另当别论,至少在规范观念的层面,保持法的相对独立性对于遏制政治的“恶”而言至关重要。

正是由于存在上述根本性的制约,国际裁判将自身的管辖范围局限于“法律争端”、以维护现行法作为基本行为准则,是一种合理而现实的态度。保持与政治的适当距离、将某些争端作为“政治争端”排斥在外并不是对“国际法治”的否定,因为一个良好的法治秩序并不意味着通过法律手段解决一切争端,而是在那些适合依法进行判断的情况下,坚持法律的裁断。对于国家提出的诉求,法庭应做出明智的判断,审慎的决定是否应该、而且是否能够通过依法裁判的方式来促进争端的和平解决。毕竟,没有任何一个国际裁判机构,也没有任何一个普遍认可的政治性机构,能够解决所有争端。面对国际社会中复杂多样的争端形态,不需要也不可能采用整齐划一的争端解决手段。无论政治手段还是法律手段,都只是解决争端的工具,其目的在于最终实现国际和平与正义。如果悖离这一根本目标,把手段本身当成目的,坚持唯法律至上,反而有可能损害国际裁判作为一种规范性制度的力量。

作为凯尔森授业弟子的劳特派特,当年提出“通过国际裁判解决一切国际争端”的宏大构想,表面上看继承了乃师风范,骨子里却更进了一步,因为他要用法律来驯服政治。但问题在于,正如卡尔(E. H. Carr)所言,“法律是政治社会的产物,法律的发展取决于政治社会的发展,法律以社会共同的政治前提条件为自身条件。因此,加强国际法,将更多种类的国际争端

[55] Gerald G. Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, in *Symbolae Verzijl: présentées au professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXX-lème anniversaire*, M. Nijhoff, 1958, pp.168—173.

[56] (奥)凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,页275。

包括在可以诉诸司法解决的范畴之内——这类问题是政治问题,不是法律问题。……,若要进一步扩展可以诉诸司法解决的国际争端的范畴,需要做的不是完善已经相当完善的司法机制,而是促进政治合作。^[57]”

四

理论分析只是问题的一个方面。在实践中,法律争端和政治争端的区分,对于当事国和国际法庭而言,究竟具有什么样的现实意涵呢?

(一) 当事国

从当事国的角度来说,国际裁判往往是他们在解决国际争端时能够利用的一个政治筹码。当国家希望维持现状时,他们会更倾向于诉诸法庭,并且配合法庭将该争端塑造成一个法律争端,因为法庭往往会支持意图维持现状的那一方的要求。在裁判者眼中,考察是否存在距离当下最近的合乎法律的秩序变动,并且将考察的结果宣告为有效的现状予以维持,是符合国际法之功能目的并且切实可行的选择。但是如果国家的期待并非维持现状或者不仅仅如此,她们通常会回避裁判。因此,当被告国试图拒绝司法裁判时,在多数情况下,不是因为“不了解法律,而是因为过分了解法律^[58]”。例如,“尼加拉瓜军事及准军事行动案”中的美国非常清楚“禁止行使武力”原则的法律效力,“德黑兰外交人质案”中的伊朗也并非不知道《维也纳外交关系公约》的内容。他们之所以以政治争端为由拒绝接受裁判,说到底,是因为它们期望得到的不仅是对法律的严格适用^[59]。他们不情愿接受现行法所形成的秩序,至少在特定个案中,他们希望打破旧的格局,建立新的秩序,创造出更符合本国利益要求的政治发展空间。

对于原告国来说,期待恰恰相反。他们通常希望借助法庭的力量来捍卫既存的法律,摈除权力的作用,维护自身在现行法下所享有的权利,因此,国际裁判成为她们表达诉求时的一种理性选择。例如,1988年“洛克比空难案”中,英美要求利比亚引渡两名涉嫌恐怖主义袭击的利比亚人,但是依据1971年《蒙特利尔公约》和一般国际法原则,利比亚有权拒绝引渡本国国民。于是,利比亚请求国际法院采取临时措施以保护其依据现行法所享有的权利。可是,就在法院做出决定之前,安理会抢先通过了决议,要求利比亚对英美的要求采取积极合作态度。按照《联合国宪章》第25条和第103条的规定,安理会依据宪章第七章所做出的决议对全体会员国具有拘束力,且宪章下的义务优先于会员国依据其他国际协定所负有的义务。最后,国际法

[57] 卡尔,见前注[17],页181。

[58] Robert V. Hedges, “Justiciable Disputes”, 22 *American Journal of International Law*, 560—561 (1928).

[59] *Ibid.*, p.563.

院只能参照安理会的决议,拒绝了利比亚的请求^[60]。在本案中,原告国利比亚期待借助法院的力量来维护本国在现行法下所拥有的权益,但是在极不对称的政治实力对比关系中,这个期待落空了。

值得注意的是,上述案件除了具有高度政治敏感性以外,还有一个共同的特点,即争端的最终解决都绕开了法院。“德黑兰外交人质案”和“尼加拉瓜军事及准军事行动案”中,法院做出的实质问题判决并没有被当事国执行,最终,当事国都避开了判决,在法院之外通过协商谈判寻求到了解决争端的途径。“洛克比空难案”在系属于法院的同时,由安理会主导的政治程序和当事国间的外交谈判也在紧锣密鼓的进行。当法院就初步反对意见做出判决后,英美两国与利比亚在庭外通过谈判达成了争端解决协议,最后,应当事国请求,法院从案件表上撤消了该案。

在这里,各国或许从一开始就没有指望法院能够帮他们彻底解决争端,而是出于各种政治意图来利用法院。有些国家试图把现实中的政治压力通过法院裁判程序予以正当化,有些国家希望借助法院的保护伞来排除这些政治压力,有些国家为了维持现状而诉诸法庭,有些国家试图改变现状而回避司法。当一个根源于高度政治紧张关系的争端被当作“法律争端”提交给法庭时,当事国所谋求的目标实际上远远超出了依法裁判的结果,因此,案件的结局发生在法庭之外也就不足为奇了。毕竟,国际裁判也是国际政治过程中的一个组成部分,是国家追求国益的一种政治手腕。那么,在这个问题上,国际法庭又是如何应对的呢。

(二) 国际法庭

首先,迄今为止,国际法庭从未因为接受被告方提出的政治争端抗辩而拒绝行使管辖权,在法庭看来,对政治争端中的法律侧面进行司法解决,正是其职责之所在。如果因此而拒绝管辖,就等于没有正当理由的放弃了司法职能。在这一点上,法庭一贯坚持司法积极主义^[61]。这一立场也得到了很多学者的支持,除了早期呼吁“通过国际裁判解决一切争端”的劳特派特以外,国际法院的第一位女院长希金斯(R. Higgins)也对此明确表示赞同。在成为国际法院大法官之前,她就坦陈自己不承认政治问题抗辩,并驳斥了依据争端性质(nature)来区分争端的传统观念,认为合乎司法决定过程的所有争端应该都能够接受裁判^[62]。沙赫特则一方面承认政治问题的法理中包含着微妙而复杂的论点,另一方面又认为,“政治问题之法理的国际

[60] *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie case (Libya v. USA; Libya v. UK)*, Order of 14 April 1992, p.126, para.43, p. 127, para.44.

[61] 杉原高嶺,见前注[6],页 211-212。

[62] Rosalyn Higgins, “Policy consideration and the International Judicial Process”, 19 *International and Comparative Law Quarterly*, 74, 83(1968).

版,对于国际法院来说既没有必要,也不受人欢迎”〔63〕。

一般而言,国际法庭的立场是正当的,尽管有程度之别,但所有国际争端总是包含一定的政治因素,如果法庭轻而易举的接受政治问题抗辩,必然会对司法职能造成不正当的损害。然而问题在于,在这一点上,司法职能是否存在着固有的界限。对于那些具有高度政治敏感性的案件,即便法庭的判决在明确现行法律义务的内容上,具有极高的价值和广泛的影响力,却未必有助于争端的和平解决。这类争端的最终解决往往绕开庭庭就是一个明证。美国甚至在“尼加拉瓜案”后以各种借口宣布撤销其接受国际法院任意强制管辖权的声明,至今也没有重新接受。而联合国时代接受法院强制管辖权的国家的比例竟然低于国际联盟时代,也是值得反思的一个现象。另外,如“洛克比空难案”那样,当法庭的自由裁量权遭遇到来自外部的政治干涉时,就会引发对司法职能的广泛质疑:处理法律争端的国际法院是否能在自己的职权范围内相对独立的行使职能,其权力是否要受到作为政治机关的安理会的制约?

从裁判实践来看,在处理具有复杂政治背景的案件时,法庭通常坚持保守主义的立场,在解决争端的过程中支持意图维持现状的那一方的要求,因为捍卫现行法律制度是国际裁判的正当化基础,也是处理“法律争端”的国际司法机构的本职之所在。只不过,在政治关系高度紧张的案件中,维持现状是否一定是解决争端的合适途径,则是另一个问题。这类争端的解决往往需要高度的政治智慧和妥协。有时候一味维持现状反而不利于争端的解决,如果是在明显的外部政治压力之下通过判决来改变现状又会招致对法庭权威的怀疑。对于这类争端,将其作为“政治争端”,在适当的时候做出明智的回避或许是更好的选择。

法庭自身或许也意识到了这个问题。在某些高度政治性的争端中,法庭主动选择了回避。例如,在1996年关于“核武器合法性”的咨询意见案中,国际法院并没有就自卫中使用核武器的合法性这个核心问题做出明确的回答〔64〕。2010年关于“科索沃法律地位”的咨询意见案中,国际法院拒绝就民族自决这个敏感问题做出正面回应〔65〕。2011年“《消除一切形式种族歧视公约》适用案”中,国际法院以格鲁吉亚未能满足前置性程序要件为由,在初步反对阶段就终止了程序。该案的诉讼策略与2003年“石油平台案”非常类似,作为小国的格鲁吉亚为了把大国俄罗斯告上法庭,以与该案诉求没有实质关联的《消除一切形式种族歧视公约》中的争端

〔63〕 Oscar Schachter, “Dispute Involving the Use of Force”, Lori Fisler Damrosch ed., *The International Court of Justice at A Crossroads*, Transnational Pub., 1987, p.239.

〔64〕 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* case, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports* 1996, p.266, para.14.

〔65〕 *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* case, Advisory Opinion of 22 July 2010, *ICJ Reports* 2010, p.437, para.81; p.453, para.7.

解决条款作为管辖权根据。但是法院的应对方式却不同于以往,它回避就该问题做出实质判断^[66]。可以说,在何谓法律争端何谓政治争端的决定过程中,法庭试图做出更加审慎的判断,以免徒然的“被”卷入国际政治的漩涡^[67]。

另一方面,在法律适用问题上,法庭对于自己的保守主义立场也非常清醒,它通常会严格依据现行法进行裁判,很少做出激进的、超前于时代的判决。即使不存在可直接适用的国际法规则,法庭也不会轻易脱离现行法的框架直接展开“立法”,而是小心翼翼的通过创造性的司法活动来“发现”法律。早在常设国际法院成立初期的1923年“海底电缆切断案”中,法院就指出,自己的行动并不是超越现行法律的“司法立法”,而是建立在既存规则基础之上的创造性司法活动^[68]。这一基本立场在其后的判决中得到一贯遵循。尽管人们往往期待通过国际裁判来推动国际法的变革,但法庭在这个问题上一直表现得极为谨慎。如2012年德国诉意大利的“国家管辖豁免案”,国际法院坚持传统国际法在国家豁免问题上的基本立场,明确指出,强行法是实体性规则,国家豁免则是程序性规则,前者的迅猛发展并不能对后者的传统规则构成直接冲击^[69]。尽管这个判决遭到一些人权组织的批判,但是它符合了目前大多数政府的基本立场,很显然,法院不愿意在时机尚未成熟时承担推翻传统规则的巨大风险。

当然,法院也会“偶尔露峥嵘”。如,1971年“纳米比亚咨询意见案”的一个核心问题在于,国际联盟所承担的政治职能(包括对委任统治国的监督权等)是否为联合国所继承。对此,现行法中没有任何明确的规则。但是法院做出的咨询意见却指出:“虽然监督权没有被明示地转移给联合国,联合国也没有明确地行使过监督权,然而其依然有决定

[66] *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination case (Georgia v. Russian)*, Judgment of 1 April 2011, *ICJ Reports* 2011, p.141, para.6.

[67] 这里似乎存在一种有趣的现象。当被告国明确提出“政治争端抗辩”时,法庭似乎觉得自己必须以驳回以强化自身的威严,而在不存在这种挑战的情况下,法庭则会选择巧妙地回避那些高度敏感的政治问题。如果说这是法庭在面对当事国时一种下意识的反应,说到底,是国家的诉讼策略对法庭的决定发挥着潜在的影响。但是,这种影响未必总会带来最好的结果。

[68] *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company case (Limited, Appt. [Great Britain] v. United States)*, Award of 9 November 1923, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. VI, p.118, para.4. 劳特派特指出,“所谓的司法立法,只要不是以有意忽略既存法规的形式表现出来,就是一种健全的而且无法回避的现象。”Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons, 1958, p.156. 杉原教授也承认这是“司法机制中内在的固有功能”,见前注[32],页178。

[69] *Jurisdictional Immunities of the State case (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment of 3 February 2012, *ICJ Reports* 2012, p.38, para.93.

性的理由做出肯定的回答”〔70〕,即国联的监督权为联合国所继承。这一推断十分大胆,但决非心血来潮凭空产生,而是在之前的判决(即1966年“西南非洲案”判决〔71〕)遭到整个国际社会的强烈谴责后做出的调整和变革。另外,在2007年“波黑诉塞黑《灭种罪公约》适用案”〔72〕、2012年“或引渡或起诉义务问题案”〔73〕等案件中,法院也做出了具有革新性意义的判决。这些判决与当前国际社会在人权保护问题上的整体发展趋势完全吻合,又不会触及或损害大多数国家和政府的基本利益。

总体说来,在法律适用问题上,国际法庭非常明了实然法和应然法之间的界限,通常情况下它倾向于严格适用现行法,不会主动着手推动法律的变革、引导国际社会的发展。但是,一旦它确认普遍性规范观念已经发生了根本的变化,它也会做出相应的调整以顺应时代发展的总体趋势。最严格的司法程序背后也需要有政治理念,只不过,这种理念不是法庭的一厢情愿,而是建立在普遍认同基础上的政治共识。

五、结 语

以上,本文分析了区分政治争端和法律争端的标准以及相关的国际裁判实践。一个复杂的国际争端往往既包含政治侧面也包含法律侧面,因此政治争端和法律争端的区分并不是绝对的。在理论上,所有争端都可以是法律争端,也都有可能是政治争端,但实践中确定某一事件是否适合于通过司法解决,却是一个政治决定。对于当事国而言,在做出决定时首要考虑的因素是,依据现行法解决该争端的做法是否符合国家利益;对于法庭而言,需要考虑的主要因素包括:能否将当事国之间的复杂争端缩减为一个法庭能够掌控的形式〔74〕,即,能否将特定争端中的法律因素从政治语境中独立出来加以处理〔75〕,

〔70〕 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) case*, Advisory Opinion of 21 June 1971, *ICJ Reports* 1971, p.136, para.96.

〔71〕 *South West Africa case (Liberia v. South Africa; Ethiopia v. South Africa)*, Judgment of 18 July 1966, *ICJ Reports* 1966.

〔72〕 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, *ICJ Reports* 2007.

〔73〕 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite case (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, *ICJ Reports* 2012.

〔74〕 Jennings, Robert, “Reflections on the Term ‘Dispute’”, in Ronald J. Macdonald ed., *Essays in honour of Wang Tieya*, M. Nijhoff, 1994, p.405.

〔75〕 Ian Brownlie, “The Peaceful Settlement of International Disputes”, 8 *Chinese Journal of International Law*, 283(2009); See also, Hedges, *supra* note 58, p.565.

并且,依据现行法进行的裁判是否会对争端的和平解决产生正面的推动作用,是否符合普遍认可的规范性观念。当对上述问题的回答均为肯定时,该争端才是一个适合进行国际裁判的法律争端。因此,所谓的“法律争端”,不仅取决于被提交到法庭的争端的客观性质,也不仅取决于当事国的主观意愿,它是由法庭和当事国共同完成的一个具有高技术含量的程序。

有时候,对于那些涉及复杂敏感问题而且法律不明确的案件,国家会明智的选择让争端悬而不决或者在法庭外解决。因为这类案件的结果不甚明朗,提交到法庭有败诉的风险。如果有机会运用谈判方式达成妥协或和解,国家为什么要冒着风险提交到法庭等待其做出对己不利的判决?在这种情况下,国家保留运用政治手段处理争端的灵活性,不等于抹煞司法手段的重要意义,而是为了寻找到最有效的方法来解决争端〔76〕。毕竟,国际裁判只是和平解决争端的手段之一,并非唯一有效的途径。

但是,当争端已经通过国家间合意进入到裁判管辖程序后,此时一方当事国若以政治争端为由提起管辖权异议,认为该争端不适合司法裁判,这无非是为国家反悔承诺找寻借口,从司法实践的惯例来看,也很难得到法庭多数意见的认同,或许是效力最为薄弱的一种抗辩方式。即便国家已决意通过政治外交手段来解决争端,国际裁判(指已经进入程序中的国际裁判)仍然是国际政治过程中不可小觑的一个重要环节,不能轻易放弃。充分认清国际裁判的基本立场和倾向,并在法庭内外同时展开行动,才能最大限度的维护国家利益。

中国当下面临的国际局势可谓乱象丛生,与周边国家之间争议不断。在这些争议中,国际裁判作为一种政治手段被利用、或被威胁利用的现象屡见不鲜。对此,中国的外交决策者们是否做到了“充分了解法律”并且“充分了解自己的利益与需求”,是否看清了国际裁判的本质,将决定我们应对国际争端的能力,以及我们最终的应对策略和成效。

(责任编辑:唐应茂)

〔76〕 贺其治:“国际法院在争端解决中的角色”,载刘楠来、李兆杰主编《中国国际法年刊(2005)》,世界知识出版社2007年版,页15。