

# 大国政治中的司法困境

何志鹏

法学院教授、博士生导师 吉林 长春 130012)

入一个法治的时代,一系列国际组织特别是国际司法机关的存在,全  
西洋公约组织对南斯拉夫联盟共和国(以下简称南联盟)的轰炸、阿  
到世界各地的经济危机等一系列事件让我们看到所谓的全球治理  
。21世纪的国际社会虽然并非纯粹意义上的丛林社会,但仍然是  
善和法律上的正义难以彻底实现的社会。2010年7月22日,国  
提出的科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法的咨  
违反国际法的咨询意见(以下简称“科索沃独立咨询意见”)。即是

和国家集团立即做出

况和反思。国际法

我们深刻认识当今世界的国际关系  
况下的中国立场与对策。

## 一、科索沃独立咨询意见<sup>①</sup>:关键

国际法院发表科索沃单方面宣布独立不  
没有禁止宣布独立的行为;(2)虽然科索沃  
所禁止,但国家主权和领土完整的原则仅  
来,从联合国安全理事会(以下简称安理会  
一般禁止,而人民自决权的范围以及是否存

基金项目:教育部人文社会科学研究基金资助项目(07J

所以也不予考虑;由于一般国际法对于单方面宣布独立的行为并无可适用之禁止规范,故科索沃单方面宣布独立的行为并不违背一般国际法。

安理会第1244(1999)号决议(以下简称第1244号决议)<sup>44</sup>是国际法院作出科索沃单方面宣布独立不违反国际法的咨询意见的国际法依据。科索沃临时自治宪政框架(以下简称临时自治宪政框架)具有国际法的特性。它既是根据第1244号决议而创制的特别法律秩序,也是处理科索沃问题的依据。2008年2月17日,科索沃单方面宣布独立时,第1244号决议和临时自治宪政框架都没有被废止,联合国依据这两个文件派驻的官员仍在科索沃履行职责,因此,这两个文件构成国际法院在回答联大提出的相关问题时可供参考的国际法。根据第1244号决议的规定,联合国派驻官员在科索沃暂时停止了塞尔维亚共和国(以下简称塞尔维亚)主权在科索沃境内的行使并创制了一个临时体制。国际法院认为,宣布独立者并不是具有过渡性质的科索沃临时自治机构而是具备代表科索沃人民资格的代表。第1244号决议虽然为联合国会员国和联合国机构设定了义务,但并没有为其他行为者设定义务,也没有明确规定科索沃的最终地位。由于安理会并未宣称其承担着决定科索沃最终地位的职责,因此也就不禁止2008年2月17日科索沃单方面宣布独立的行为。换言之,科索沃单方面宣布独立的行为并没有违背第1244号决议。国际法院的这份咨询意见从表面上看似乎分析得很连贯,理由似乎也都说得通,但实际上有很多值得认真思考和商榷的地方。

### (一) 对自决问题的曲解:符合与违背

从科索沃独立咨询意见<sup>45</sup>中我们不难发现,国际法院在好几个方面非常明显地转换了命题,而这种命题的转换对于结论的得出至关重要。例如,在认识自决问题的时候,国际法院就曾两次采用了转换命题的策略。具体体现为以下两个方面:(1)对于联大将科索沃单方面宣布独立的主体界定为科索沃临时自治机构,国际法院的咨询意见没有确认这一点。根据国际法院的解释,独立宣言的作者应为具有宣布独立权能的主体,而科索沃独立宣言的作者并非科索沃临时自治机构,在用阿尔巴尼亚文表达的独立宣言原文之中也并未出现“科索沃议会”的名词,加之联合国秘书长特使对科索沃独立宣言持沉默态度,因此,科索沃独立宣言的作者是科索沃人民的代表。笔者认为,这种分析颇有深意。因为第1244号决议以及根据该决议制定的临时自治宪政框架都规定,科索沃临时自治机构的权限仅为负责科索沃内部日常事务的管理,其显然不具有宣布独立的权能。国际法院把宣布独立的主体由科索沃临时自治机构转换为科索沃人民的代表,显然是为了增强独立宣言主体的合法性。(2)联大提出的咨询问题是科索沃单方面宣布独立是否符合国际法,针对这一问题,国际法院从问题的措辞入手,指出可以将这一问题理解为“相关国际法是否禁止宣布独立,如果禁止,则显然不符合国际法”。笔者认为,这一理解很欠缺说服力。从逻辑上分析,“被国际法所禁止”与“符合国际法”之间是有区别的,即违背一定不符合,但不违背却未必就符合,可能出现既不被国际法所明文禁止也不符合国际法规范和原则的行为。虽然从一般的法理原则来说,法律不禁止的就是人民的权利,但就科索沃单方面宣布独立这一行为来说,有两项权利是相互对立的:人民自决权与国家主权和领土完整权。即使单方面宣布独立的行为不为国际法所禁止,国际法也未允许通过此种方式破坏国家主权和领土完整。因此,在这种权利冲突的语境下,“法无规定即权利”的推论是不成立的。

### (二) 国际法上的人民自决原则:宗旨与发展

现代国际法中的人民自决原则,是殖民地摆脱宗主国而获得政治独立进而追求经济独立发展的一种原则,在第一次世界大战之后被国际社会所认可。<sup>46</sup>其本意是结束大国强权,使殖民地获得自由、独立和民生幸福。但是,在殖民体系已经结束的今天,传统的人民自决权已经失去生存的土壤,而与传统的“外部自决”相对应的“内部自决”开始进入人们的视野。今天,那种被压迫民族的自决权虽然受到国际社会的广泛承认,但显然不再具有行使的机会。与之相对应,虽然有学者极力推崇没有任何殖民体制约束的人民自决权,但这种权利尚无法获得现有国际法文献的充分支持和国际法学者的广泛认同,因此其合法性还很不充分。<sup>47</sup>在实践中,这种人民自决权在很多时候成为分裂国家的借口,<sup>48</sup>或者成为大国博弈的堂皇理由。某些大国为了在一些“问题区域”争夺利益,往往会无视人民的真正意志和利益于不顾。俄罗斯承认南奥赛梯和

阿布哈兹独立就是典型的实例,只不过在这里美国成了维护国家统一的一方,俄罗斯成了鼓励分裂的一方。<sup>A</sup>就科索沃独立问题而言,当科索沃存在大规模冲突的时候,人民是沉默的大多数。当科索沃已经在联合国的代管之下、阿尔巴尼亚族人不再存在人道主义危险反倒是科索沃境内的其他种族人受到威胁之时,人民开始了自决。值得深思的是,这种自决的真实性有多大?它究竟是代表了人民的声音还是某些强权大国以人民为幌子所进行的全球霸权的推进和扼制思维的继续?可以引起进一步思考的是:科索沃是否仍然是冷战格局在巴尔干的延续?因此,大国政治中的人民自决往往会变成买椟还珠,大国的权力争夺很可能导致“鹬蚌相争,无人得利”的结果。在国际法的人民自决权上,由于存在着很多矛盾和敏感的问题,至今为止,国际条约和习惯尚无直接具有操作性的规范可以遵循。或者说,国际社会在这个问题上故意留了一个缺口。在这种情况下,讨论一种行为是否违背国际法,在逻辑上多少有些滑稽。

### (三) 对国家主权和领土完整原则 蜀对

许与禁止的范围都不大,很多问题处在允许与禁止之间。这就使得很多国际争端的处理没有真正的具有操作性的规范可以依据。更为严重的是,由于国际法规范本身具有原则性和模糊性,因此很多违背国际法的行为很可能无法被追究责任,很多国际法所鼓励的行为也无法成为现实。例如,国际法明确禁止非在联合国授权的前提下使用武力和武力威胁的规定就经常被某些国家以“预防性自卫”为借口而破坏,而国际法所屡屡主张的发展权、国际经济新秩序也根本无法落实。在这种国际法规范不完善的前提下,国际裁判试图显示公平和正义本来就不是一件容易的事。然而,国际司法存在的关键问题还不在于国际司法体制在大国政治之中的尴尬局面和在法律操作方面的文化倾向性。

### (一) 政治利益格局下的国际司法体制难题

在一个给定的政治体系里,政治对于法律具有主导性。政治是法律产生和发挥作用的前提,因为法律作为社会规范是由特定的政治权力机关制定和认可,靠特定的政治权力强制、以社会成员权利的方式实施,并且只有在相对稳定的社会与政治秩序中才能发挥作用。<sup>11</sup>也就是说,法律是政治运行的一种方式,是一种更为高级的、更为成熟的、更为文明的方式。<sup>12</sup>因此,在法律与政治之间,政治具有主导性、决定性,<sup>13</sup>而法律体制对政治体制具有反作用。也就是说,一个基本完善的政治体制会与法律产生良性互动,而在一个不完善的政治体制里,法律会被边缘化,所起的作用很小,或者成为政治的附庸。

国际政治与国际法之间的关系就是这种一般原理的具体表现。当前的国际体制仍然是一个无政府的体制,不存在超国家的权威。国际组织虽然得以发展,但大国政治的基调并未改变。从国际关系理论上分析,自由主义、建构主义对于当代的国际关系都有一些正确的论断。但是,现实主义对于国际关系本质的判断仍然具有警示性。因此,国际司法这种带有理想主义色彩的体制很难充分发挥作用,而只是国际政治舞台上的一个角色。<sup>14</sup>大国之间以政治争夺利益,小国在政治的夹缝中生存,在法律的边缘处寻找空间。

有实证分析学派的法律学者认为,恶法得到遵守比良法得不到遵守要好。<sup>15</sup>如果仅从形成秩序的角度看,这种论断可能有些道理。但是,如果考虑到正义、自由这些同样重要的法律价值,这一论断就很值得怀疑。只能说,不完善的法律制度和不完美的实施机制都是不值得肯定的,二者之间并不具有量的可比性。在没有目标明确、价值适合、内容清晰的法律的前提下,执法、守法、司法均将陷入迷茫、困惑之中,或者根本无从实施,或者实施也只能取得更坏的效果。当今的国际法就是这样一种情况:从形式上看,不同领域和区域的规范发展不均衡、不成体系;从内容上看,由于国家间的争议使得最为敏感、最容易出现争端的问题都没有明确的规则,即使是一些确定的规则也带有明显的强权政治的痕迹。在这样的背景下,寻求达到国际法善治的目标是非常困难的。如果概括性地描述国际法治的现状,那么可以说是:未成良法,难能善治。在这种情况下,如果忽视国际法与国际政治的紧密联系,或者忽略国际法问题的政治背景,就很容易做出错误的判断。可以说,抛开政治格局而纯粹追求法律之内的正义是不可能的。在政治矛盾的夹缝中,在政治利益的冲突中,试图追求折中的、大家都满意的“司法正义”也是不可能的。<sup>16</sup>科索沃的很多问题如同前南斯拉夫的问题一样,背后都有大国的操纵。因此,在这里,独立问题在很大意义上是一个政治博弈的问题而绝非纯粹的法律问题。如果完全按照法律问题来理解,那么就可能会产生误读。针对科索沃这样一种令人疑惑的“独立”,国际法院试图通过表面的文字解释来形成各方都能接受的判断结论,很难说实现了公平和正义。

### (二) 一般国际法的缺位

政治倾向会影响司法的判断。有些政治倾向是外在的,而有些政治倾向是内在的。国际法院发表的“科索沃独立咨询意见”是按照国际法官多数意见作出的,其中欧美法官居多数。在这种情形之下,欧美法官的内心倾向就很容易被解释成国际法院的意愿。从应然的角度看,国际法既然是调整各国关系的制度体系,那么就应该反映各种文化、各种立场,然而在当今这个虽说是全球化但实际上在地理、经济、政治、理念上显现出分裂的世界上,统一和谐的国际法远未成型。<sup>17</sup>国际法本身也不成体系地被不同领域、不同区域的规范所割据。对于很多问题,条约之间存在冲突,习惯之间存在冲突,人们对于国际法的认识更是存在冲突。在这样的条件下,国际裁判机构要根据国际法来处理问题就必然面临一系列的抉择。虽然国际







离安排的合法性,国际社会应当通过多种途径实现人民自决权与国家主权和领土完整的和谐统一,有关国家应当依照国际法解决因单方面分离行为而引发的冲突。参见赵建文:《人民自决权与国家领土完整的关系》,《法学研究》2009年第6期。

<sup>11</sup> See ICJ Reports 1950, p. 71; ICJ Reports 1962, pp. 168- 337.

<sup>12</sup> 参见王浦劬等:《政治学基础》,北京大学出版社2006年版,第14- 15页。

<sup>13</sup> 从这种意义上讲,法律也具有协调政治关系、规范政治行为、促进政治发展、解决政治问题的功能。参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第367- 369页。

<sup>14</sup> 一般来说,谈到司法独立,人们容易想到美国联邦最高法院。但是,从美国联邦最高法院的发展能明显地看出其与政治之间的密切联系。参见任东来等:《在宪政舞台上——美国最高法院的历史轨迹》,中国法制出版社2007年版,第107- 135页。

<sup>15</sup> 参见苏晓宏:《变动世界中的国际司法》,北京大学出版社2005年版,第31- 37页。

<sup>16</sup> See John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, 1832, p. 294.

<sup>17</sup> 参见王林彬:《国际司法程序价值论》,法律出版社2009年版,第158- 159页。

<sup>18</sup> 参见刘芳雄:《国际法院咨询管辖权研究》,浙江大学出版社2008年版,第177- 178页。

<sup>19</sup> 参见苏晓宏:《变动世界中的国际司法》,北京大学出版社2005年版,第107- 117页。

<sup>20</sup> See Malcolm Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, pp. 2- 13.

<sup>21</sup> See Robert Jackson and Georg Sørensen, *Introduction to International Relations: Theories and Approaches*, 4th ed., Oxford University Press, 2010, pp. 58- 90.

<sup>22</sup> 2007年以后,“台独分子”在试图以加入重要国际组织的方式达到台独目的这一问题上,首次以台湾名义申请加入联合国和世界卫生组织;在所谓的台湾前途问题上,越发强调自决一说。有学者提出,对于中国学界和政府来说,无论从长还是从近计议,都有必要充分利用国际法院这一国际社会最重要的司法机关的各种机制,加强对国际法院案例的研究,以挫败“台独分子”的不轨图谋。参见曾令良主编:《21世纪初的国际法与中国》,武汉大学出版社2005年版,第310- 326页;刘芳雄:《国际法院视角下的反台独问题研究》,《时代法学》2009年第2期。

<sup>23</sup> 英、美、法等国在“九·一八”事变之后采取的不积极追究日本责任的态度最终导致国际联盟在日本入侵中国的问题上没有明确的立场,致使中国受到了严重的损失。参见王绳祖主编:《国际关系史》第五卷(1929- 1939),世界知识出版社1995年版,第59- 76页。

<sup>24</sup> 参见罗欢欣:《中俄边界争端中的国际法争议》,《东方法学》2010年第2期。

<sup>25</sup> 参见姜世波:《大国情结与国际法的学术研究心态》,《山东社会科学》2009年第2期。

<sup>26</sup> 例如,中、日、韩三国在东海大陆架上的争议,美、韩两国在东海的联合军事演习,祖国大陆人民和台湾人民反对日本占领钓鱼岛的一系列行动,等等。

<sup>27</sup> 参见金永明:《论中国海洋安全与海洋法制》,《东方法学》2010年第3期。

<sup>28</sup> 有学者从第二次世界大战后国际社会主流意志对侵略国意志的改造、联合国对其成员国意志的约束、其他国际组织对其成员国意志的改造等角度,论证了现代法律不仅仅是国家意志的体现,同时还是国际社会主流意志的体现,并论述了国际社会主流意志形成的原因与途径。参见郝铁川:《法仅仅是“国家意志的体现”吗?——兼论法亦为国际社会主流意志的体现》,《法律科学》1998年第3期。

责任编辑 何 艳