

涉外法治

国际法院咨询意见程序中的法律问题与政治问题题

廖雪霞大大



内容摘要:近期联合国大会将巴以冲突和气候变化相关问题提交国际法院咨询意见程序,凸显了法律问 题与政治问题之间的张力,也反映了部分国家和国际法主体通过法律程序突破政治困局的意图。本文通过 回溯国际法院咨询意见程序界定并区分法律问题和政治问题的历史,提出这一区分源自常设国际法院时期 的司法传统,其初衷在于限制法院管辖的范围。然而,实证地考察国际法院的长期实践发现,法院在确认咨 询管辖权的阶段,通过适用司法实践发展出的积极标准和消极标准,事实上取消了法律问题与政治问题区分 对管辖权的约束;在发表咨询意见时,法院则通过将法律意见抽象化、调整发表意见的范围或宣告"法律不 明"这些不同的路径回应不同利益群体的政治诉求。这些观察有助于我国形成有效参与国际法院等国际司 法机构咨询意见程序的策略。

关键词:咨询意见国际法院法律问题政治问题管辖权

**DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2024.04.016**



发表咨询意见是国际法院司法实践的重要组成。与解决国家间争端的诉讼程序不同,咨询意见程序为 国际组织寻求国际法院的法律意见提供了渠道。咨询意见回答联合国大会、安理会等机关和机构提出的法 律问题,协助这些机构履行其职责。近五年来国际法院咨询意见程序日趋活跃并介入高度政治性的国际法 问题:2019年,国际法院发表了"1965年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果咨询意见"(以下简称"查戈 斯咨询意见");2022年12月30日,联大通过第77/247号决议,请求国际法院就以色列在巴勒斯坦被占领 土上的政策和实践的法律后果发表咨询意见(以下简称"巴勒斯坦被占领土咨询意见); 2023年3月29日,联大通过第77/276号决议,请求国际法院就国家关于气候变化的法律义务发表咨询意见(以下简称"气候变 化咨询意见")。这些由联合国大会启动的咨询程序鲜明反映了法律与政治的张力,因为这些问题均起源于 不同利益与政策取向的冲突,且问题的提出均由一方利益代表积极倡导,并伴随着对立方的反对①或保留。②此外,每个问题都是在相关政治解决或政治进程陷入僵局的背景下提出,具有以法律路径突破政治困境的目 的。作为联合国的主要司法机关以及国际法体系中最为重要的司法机构,国际法院能否管辖以及如何回应

这些国际法问题及其背后的政治诉求呢？



本文为作者主持的2020年国家社科基金青年项目"争议海域内活动诉诸《联合国海洋法公约》强制争端解决机制的国 际法依据研究"(项目编号:20CFX088)的研究成果。

北京大学法学院助理教授,日内瓦国际关系及发展高等研究院国际法学博士。

**①"查戈斯咨询意见"的提出是联大决议以94票赞成、15票反对和65票弃权通过的,英国投反对票。https://digitalli-brary.un.org/record/1290041? ln=en.关于巴勒斯坦被占领土咨询请求的联大决议以87票赞成、26票反对和53票弃权通 过,以色列及美国均投了反对票。参见https://digitallibrary.un.org/record/3999158? ln=en, 最后访问日期:2024年3月2日。**

②关于气候变化咨询请求的联大决议以协商一致的方式通过,没有投票过程,但美国、英国、欧盟等主体在决议通过后 的解释说明中,表达了对咨询请求问题范围的保留。美国更是明确指出应通过谈判而非咨询意见方式讨论相关议题。Gener-al Assembly Seventy-seventh session, 64th plenary meeting, 29 March 2023, New York (UNGA Doc.A/77/PV.64),p.28, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20230630一req-03-00-en.pdf,最后访问日期:2024年3月2日。



根据《联合国宪章》第96条第1款以及《国际法院规约》第65条第1款,国际法院可就联合国大会和安 理会提出的任何法律问题发表咨询意见。但是这一规定本身并未提出界定法律问题的客观标准。界定法律 问题与政治问题之所以关键,是因其本质为国家与其创立的国际司法机构之间对国际事务控制权的分配乃 至争夺。历史地看,界定法律问题与政治问题这一问题,早在19世纪末20世纪初便引发了国际法学者的广 泛讨论。③这场延宕了半个世纪的学术论战聚焦在法律争端与政治争端的界定对国家间争端诉诸国际仲裁 或司法解决的范围的影响。作为和诉讼管辖权一并引入常设国际法院司法职能的咨询管辖权,这场学术讨 论的思想成果也弥散在咨询意见职能定位和咨询管辖权的范围等问题的考量之中。遗憾的是,尽管国内外 学者对咨询意见的政治性也不乏研究,但这些研究或是聚焦于个案,④或是在管辖权问题与实体问题之间各 有侧重,⑤未能关注到上述起源于19世纪末的学术讨论及其理论遗产对咨询意见程序的辐射。若不将咨询 意见程序中法律问题与政治问题的讨论置于其起源和生长的历史背景和思想谱系,对理论研究而言是一种 缺憾,也不能呈现国际法院实践中咨询意见程序的整体面貌并把握国际法院回应政治问题的内在逻辑,更难 以为国家参与咨询意见程序提供有效的政策参考。

考虑到我国近年来积极参与国际法院咨询意见程序的实践,⑥从国际法历史和理论层面研究国际法院 咨询意见程序中的法律问题与政治问题的界定,并提出切实可行的参与国际法院咨询意见程序的政策参考 尤为迫切。本文提出:区分法律问题与政治问题是自常设国际法院建立时便确立的司法传统,其意图在于限 制法院咨询管辖权的范围。但在国际法院实践中,法院在确认咨询管辖权的阶段,事实上已取消了界定法律 问题对管辖权的约束;而在发表咨询意见的过程中,法院又通过不同的路径回应不同利益群体的政治诉求,从而又在实质上肯定了区分法律与政治问题的现实意义。这些举措在不同程度上削弱了咨询意见的有效 性,也危及了咨询程序的正当性。在此基础上本文将提出国家参与咨询意见程序的策略建议。

一、区分法律与政治问题的历史渊源

授权国际法院发表咨询意见的规则继承自建立常设国际法院的《国际联盟盟约》(以下简称"《盟约》")第 14条,该条规定法院在审理和裁决当事国提交的国际性争端外,还可以就"理事会或大会提交给它的任何争 端或问题发表咨询意见"。《宪章》第96条及《国际法院规约》第65条用"任何法律问题"替代了《盟约》中的 "任何争端或问题"。理解"法律问题"的含义,以及这一变化对界定"法律问题"的意义,必须采取历史的视 角,追溯常设国际法院时期咨询意见程序的起源,以及二战后缔结《宪章》与《国际法院规约》修订相关措辞的 历史缘由。

(一)从咨询意见的起源看法律与政治问题的区分

赋予常设国际法院发表咨询意见的职权是当时国际法实践中的一次创新。⑦咨询意见程序最初是作为 协助国联理事会和大会调停国际争端、解决国家间分歧的辅助程序引入《盟约》之中的。⑧1919年巴黎和会 期间,大会设立的国联委员会商讨建立常设国际法院时,英国提出,在诉讼程序之外,应允许法院就理事会和



**③参见禾木:《国际裁判中的法律争端与政治争端》,载《中外法学》2013年第6期。**

**④参见朱利江:《在能动与克制之间-一一"查戈斯群岛案"中的国际司法政策探析》,载《当代法学》2020年第2期;何志 鹏:《大国政治中的司法困境-国际法院"科索沃独立咨询意见"的思考与启示》,载《法商研究》2012年第6期。**

⑤参见陈滨生:《谈充分利用国际法院的咨询管辖权》,载《当代法学》2001年第8期;宋岩:《国际机制确定领土主权的权 限问题———以"毛里求斯与马尔代夫海洋划界案"为视角》,载《国际法学研究》2021年第5期;刘晶:《国际法院咨询意见的司 法造法性与政治异化---以有关民族自决的咨询意见为例》,载《武大国际法评论》2023年第2期。

⑥2019年"查戈斯咨询意见"中,中国向国际法院提交了书面意见;"巴勒斯坦被占领土咨询意见"程序中,中国提交了 书面意见并参与了庭审程序。See written statement of China:https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case- related/186/186-20230725-wri-21-00-en.pdf,最后访问日期:2024年3月2日。

**⑦A Hammarskjold, The Early Work of the Permanent Court of International Justice, 36 Harvard Law Review 715(1923)**

**⑧L Oppenheim, International Law: A Treaties, Vol. II, Disputes, War and Neutrality, Longmans, Green and Co.,1935,p.61.**



各国代表提交的问题发表建议,因为"这一职能对解决某些争端至关重要"。⑨这一提案获美国总统威尔逊首 肯,后经英美联合撰写为《盟约》第14条的草案,并由负责约文定稿的起草委员会将该程序命名为"咨询意 见"。《盟约》缔结后,国联理事会于1920年2月委派由10名国际法专家组成的法学家委员会负责《常设国 际法院规约》的起草工作。尽管法学家委员会讨论并通过了与咨询意见程序有关的条款,但国联大会在审议 规约草案时决定将咨询意见有关的条款悉数删去①。①⑩因此,1920年12月13日国联大会决议通过的《常设国 际法院规约》中未提及咨询意见程序。《盟约》第14条构成常设国际法院行使咨询管辖权的唯一依据。

尽管《盟约》第14条没有在"任何争端或问题"前加以"法律"之限定,但并不意味着常设国际法院有权就 法律争端或问题以外的事项发表咨询意见。这首先是由常设国际法院所能管辖的争端范围决定的。作为协 助解决国际争端的程序,咨询意见所能管辖的事项与常设国际法院所能裁决的争端范围是一致的,而后者的 含义又根植于19世纪后期兴起的国际仲裁实践。建立常设性的司法机构、将国家间的争端提交司法解决以 杜绝战争是19世纪末仲裁运动与和平运动的最终目标⑪,⑪也是1899年和1907年两次海牙和平会议未竟的 事业[12]在这一目标实现之前,国际仲裁实践已普遍承认法律争端与政治争端的区分,而且区分的意义在于 界定国家间争端诉诸国际仲裁的范围。

自国际仲裁发端以来,国家常在仲裁条约中约定排除涉及国家核心利益、国家荣誉或国家安全的争端,之后则以"法律争端"、"可裁决的争端(justiciable disputes)"、"具有法律性质的争端(disputes of legal na-ture)"等术语指代适宜被国家提交仲裁的争端类型。[13在将这些仲裁实践理论化与体系化的过程中,产生了 部分具有普遍影响力的界定法律争端的学说。其中,最具影响力的是剑桥大学国际法教授威斯特莱克(J. estlake) 的观点,即可被现存法律所裁决的争端即为法律争端。。1⑭另外,以争端的重要性作为区分法律争 端与政治争端的学说也具有广泛影响。例如,巴尔什T.W. Balch)提出,一项争端是否构成法律争端不取决 于是否存在现有法律,而取决于该争端的解决是否导致国家力量的改变⑮。⑮ 这一学说起源于1899年海牙和 平会议上俄国备忘录的观点,并立足于国际仲裁中常见的将涉及国家核心利益的争端排除仲裁管辖范围的 条款⑥⑥。⑥最后,法律争端关涉权利之争而政治争端关乎利益之争也获得了较为广泛的支持。这些学说的共 同点是从争端的实质内容出发区分法律和政治所能调整的不同事项,并假定两者之间的界限是明确的。显 然,这些不同学说对法律争端的定义并非互斥的,而是存在不同程度的重叠,因而足以导致概念上的混乱。正如当时主流学说的挑战者劳特派特(H.Lauterpacht)所揭示的, 不存在区分法律与政治争端的客观标准,国家坚持区分两者的根源在于国家不愿将某些争端诉诸仲裁,丧失对这些问题的控制。7。7劳特派特认为,所 有的法律争端都带有政治属性,而所有的政治问题都可轻易获得法律形式。劳特派特的观点部分继承自凯 尔森(H.Kelsen)。凯尔森认为只要是以法律形式提出的争端即为法律争端,所谓法律争端与政治争端的区 别只是形式上的,实质上的区分均是主观的。 ⑧⑧



**⑨David Hunter Miller, The Drafting of the Covenant, GP Putnam's Sons, 1928, p.416.**

**00Manley O Hudson, The Permanent Court of International Justice 1920-1942:A Treatise, The Macmillan Company,1943,p.483.**

**①See James Brown Scott, Aim and Purpose of the American Society of Judicial Settlement of International Disputes, 2Judicial Settlement of International Disputes 1 (1910).**

**02James Brown Scott, The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, Vol.I., The Johns Hopkins University Press,1909,pp.426-427.**

03See Louis B Sohn, Exclusion of Political Disputes from Judicial Settlement, 38 American Journal of International Law 694(1944).

**04John Westlake, International Law, Vol. I., 1910,p.638.**

**Tomas W Balch, Legal and Political Questions between Nations, Allen, Lane, and Scott, 1924, p.131.**

06Hersch Lauterpacht, The Function of Law in the International Community, Oxford University Press, 2012, pp.149-150

**H Lauterpacht, The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law, Economica 289(1928), p.305.**

**08Hans Kelsen, Compulsory Adjudication of International Disputes, 37 American Journal of International Law 403(1943).**



虽然劳特派特对当时的学说提出了强有力的挑战,但并未改变界定并区分法律与政治争端成为当时实 在国际法的组成部分这一现实。当时,主流学说与仲裁实践彼此印证,互相增强,使区分法律争端与政治争 端成为20世纪初国际仲裁的基本特征,并塑造了在此期间缔结的几乎所有重要的关于国际仲裁的多边条 约。1899年海牙和平会议缔结的《和平解决国际争端公约》第16条明确将可诉诸仲裁的争端限定为法律争 端。该条规定:"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通 过外交途径所未能解决的纠纷的最有效也是最公正的方式。"经1907年第二次海牙和平会议修订的《和平解 决国际争端公约》第38条沿用了这一规定。一战前后,大量双边仲裁协议或是采用了类似1899年《和平解 决国际争端公约》第16条的措辞,或是以列举的方式界定法律争端,或是以保留条款的形式排除部分争 端。①9 国联在商讨常设国际法院的管辖范围时,将国际仲裁中界定法律争端的实践移植到国际司法解决的 范畴内。《盟约》第13条规定,"关于条约的解释、关于国际法的任何问题、关于任何事实的存在如果成立将 构成违反任何国际义务的争议,或者关于为任何此类违约行为,都被宣布属于通常适合提交仲裁或司法解决 的行为。"本条列举的内容来自一战期间英国布莱斯勋爵(Lord Bryce)委员会在《杜绝战争的各项主张》中对 "可裁决的争端"作出的定义2。20 《盟约》第13条框定了常设国际法院诉讼管辖的争端类型与范围。此后,《常设国际法院规约》第36条第2款复制了《盟约》第13条列举的四类争端,并将之作为国家可选择接受法 院强制管辖的法律争端类型。这一条款被认为穷尽了"法律争端"的所有类型。212

因此,从咨询意见作为辅助争端解决的程序定位出发,咨询意见所能管辖的"争端或问题"以法院所能裁 决的争端为限,而后者来源于19世纪末20世纪初的国际仲裁与代表性学说。在理论与实践影响之外,常设 国际法院在国联体系内的定位也决定了法院只能处理法律问题与法律争端。《盟约》创立国联的主要目标在 于通过对国际事务的组织化、机构化,避免国家间冲突加剧,从而避免乃至杜绝战争的威胁。2 巴黎和会期 间的普遍共识是,为和平计,理事会和大会负责政治争端,常设国际法院负责法律争端或政治争端中的法律 问题。233这也是为何提出咨询请求的主体是理事会和大会,而非国家。因此,与法律争端和政治争端的区分 相适应,国联政治机关和常设国际法院之间的职权分配也贯彻了政治与法律的分野。

如上文所述,因《常设国际法院规约》中未包含咨询意见的任何内容,该程序的实际运作是通过法院实践 逐步定型的。1922年《法院规则》第71条至第74条确立了咨询意见的部分程序规则,经之后实践的发展、完善,最终在1929年成为修订后的《常设国际法院规约》第65条至第68条的内容2。24虽然咨询意见程序在 纳入常设国际法院职权范围之初,其性质、功能、潜在的作用等均存在极强的不确定性,但常设国际法院通过 实践证明了咨询程序在辅助国联平息国家间分歧的积极作用。在常设国际法院存续的24年间,大多数理事 会提出的咨询请求都涉及具体的国家间争端。常设国际法院发表的法律意见,成为理事会采取政治行动或 推进政治进程的重要参考。

(二)国际法院咨询意见程序修订的历史缘由

正因国联时期咨询意见程序在国际事务中的贡献,二战期间各方在构想战后常设国际法院的重建或创 立新的国际法院时,普遍认为应保留咨询意见程序。例如,战时英国主持成立的盟国间非正式委员会在 1944年发表的《关于常设国际法院的未来》报告中,主张应保留咨询意见程序,并扩大有权提出咨询请求的



**09H Lauterpacht, The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law, Economica 289 (1928),pp.290—291.**

**20David S Patterson, The United States and the Origins of the World Court, 91 Political Science Quarterly 287(1976).**

**Manley O Hudson, The Permanent Court of International Justice 1920-1942: ATreatise, The Macmillan Company,1943,p.459.**

**22L Oppenheim, International Law: A Treatise, Vol.I, Peace, Longmans, Green and Co., 1937,pp.323 - 324.**

**Philip Baker, The Making of the Covenant from the British Point of View in P Munch(ed), Les origines et l'ouvre de la société des nations, Orstedfonden, 1924, p.51.**

**See Michla Pomerance, The Advisory Function of the International Court in the League and UN Eras, The Johns Hopkins University Press, 1973,pp.19-20.**



主体范围[25]同样,美国战后对外政策咨询委员会下设的法律小组在起草战后设立新的国际法院提案时,以 《常设国际法院规约》咨询意见程序为蓝本提出了若干修改意见[26]

因此,国际法院的诞生是常设国际法院的延续而非否定;咨询意见程序同样如此。那么,应如何理解《宪 章》第96条以及《国际法院规约》第65条这两条全新的条款以"任何法律问题"替代《盟约》第14条"任何争 端或问题"的修订呢？追溯这两条的缔约历史可发现以下原因。首先,明确指出应将咨询意见程序限于法律 问题的提议出自盟国间非正式委员会的报告。该报告称,在保留或者扩大咨询意见程序运用范围时应避免 咨询意见的滥用,为此,不仅咨询意见只能回答法律问题,而且这些问题不能是一般性或抽象性的问题,而必 须是具体的、确切的,并立足于各方均同意的事实之上。该报告认为,应当由法院自身来确保咨询意见程序 不被滥用,这意味着"当法院接到政治而非法律问题的咨询请求时,法院应拒绝处理;或者法院应重新界定请 求的范围以便将意见限制在纯粹的法律问题或条约解释问题的限度内。"777

其次,在规约文本上明确"法律问题"的限定也源于常设国际法院时期的教训。国联理事会曾滥用咨询 意见程序,引发了法院的权威性危机。1931年"德奥关税同盟"咨询意见是最具代表性和破坏性的例子。一 战后,通过签署1919年《圣日耳曼和约》和1922年《日内瓦议定书》,奥地利承诺不采取任何将要或可能危及 其独立性的举措,并放弃参与任何直接或间接损害其独立性的谈判、经济或金融活动88。81931年,德国和奥 地利签署了设立关税同盟计划的议定书,引发了各国对该关税同盟演变为政治同盟从而危害欧陆均势的担 忧。国联理事会为拖延政治决断,将问题提交常设国际法院,请求法院回答两国计划的关税同盟是否与奥地 利承担的条约义务相符合。法院以8比7的投票认定关税同盟计划不符合奥地利签署的两份条约。该案的 政治性不仅在于德国试图通过关税同盟挑战一战后《凡尔赛条约》体系固化的权力秩序,也在于解释上述两 项条约中的"独立性""将要或可能""直接或间接"等用语必然需要法官预估甚至猜测德奥关税同盟的经济前 景和政治影响,这被认为是政治判断而非法律判断。 29

更重要的是,维持法律与政治问题的区分,并将这一区分嵌入战后联合国的政治机关和法律机关的职权 分配上,是决定战后国际秩序的大国意志体现。1944年8月至10月,美国、英国、苏联和中国代表在美国敦 巴顿橡树园展开了非正式对话,交换关于战后建立新的国际组织的意见。1944年10月9日经四大国同意 的《关于建立普遍性的国际组织的建议案》(通常称为《敦巴顿橡树园建议案》)为后来旧金山会议上缔结《宪 章》奠定了基本框架8。80该建议案第8章第6条提出,"可裁决的争端通常应交由国际法院处理。安理会应 有权将与其他争端有关的法律问题提交法院征求意见。"这一建议案明确了四大国对国际法院咨询意见仅处 理法律问题的理解,也是国联时期法院职权与政治机关职权区分的延续。

1945年3月,美国代表旧金山会议的发起国,邀请参会各国派代表组成联合国法学家委员会,在旧金山 会议召开前先行筹备法院规约草案,以便利旧金山会议的讨论。。81联合国法学家委员提交的报告和规约草案 并未对原《常设国际法院规约》第65条至第68条作任何实质修改,此时尚未在"争端或问题"之前增加"法



**Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice (10th February 1944), British Parliamentary Papers, Miscellaneous No.2(1944), para 66.**

**20Tentative Proposal for Revision of the Statute of the Permanent Court of International Justice, Appendix 15 of 25 June 1943, in Postwar Foreign Policy Preparation: 1939-1945,Department of State Publication 3580,1950,p.485.**

**27Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice (10th February 1944), British Parliamentary Papers, Miscellaneous No.2(1944),para 73.**

**28Customs Regime between Germany and Austria, Advisory Opinion of 5th September 1931, PCIJ Series A/B, pp.42-44**

**29JL Brierly, The Advisory Opinion of the Permanent Court on the Customs Régime between Germany and Austria, 3Zeitschrift fur Auslandisches Offentliches Recht und Volkerrecht 73(1933).**

**30The United Nations Dunbarton Oaks Proposals for a General International Organization: to be the subject of the Unit-ed Nations Conference at San Francisco, April 25, 1945, 14 UNCIO, p.453.**

**3DPostwar Foreign Policy Preparation: 1939-1945,Department of State Publication 3580, 1950,p.425.**



律"一词的限定。32 旧金山会议上,大会设立了关于司法组织的第四委员会,其下属的第一工作组通过了哥 伦比亚一古巴联合提案,即"联合国大会和安理会可就法律问题向国际法院请求发表咨询意见",并决定将该 条款写入宪章。同时,第一工作组还同意应在《国际法院规约》"咨询意见"一章内增加一条以呼应《宪章》文 本,即"法院得向任何经《宪章》授权的主体提交的任何法律问题发表咨询意见。[83该条内容后来纳入《国际 法院规约》第65条第1款中。这是咨询意见程序限于法律问题的出处。第一工作组对《国际法院规约》咨询 意见的修订获第四委员会通过3,34又经第四委员会主席提交大会通过。。85旧金山会议上,《宪章》第96条约文 的撰写和《国际法院规约》第65条内容的修订未引发任何讨论,提出文本修订案的哥伦比亚和古巴代表也未 解释其用意,相关文本在旧金山会议组织架构中逐级获准的过程也无任何争议。应当认为,增加"法律"这一 限定词反映了旧金山会议上各国的共识。

总结上文,《宪章》第96条和《国际法院规约》第65条将国际法院发表咨询意见的职权限于"法律问题"的范围内,是对常设国际法院司法传统的延续与强调,而非变更。这一传统源于19世纪末20世纪初国际仲 裁实践与主流学说的共同塑造,也承继自国联和常设国际法院政治职能和法律职能的分配。在二战前后的 历史语境内,法律争端或法律问题的内含主要是由当时的主流学说充实的。追溯咨询意见程序中法律问题 概念及其界定的历史渊源发现,将国际法院咨询意见程序限定于法律问题不仅是《宪章》和《国际法院规约》缔约国的意志体现,也出于避免咨询意见遭政治机关滥用的意图。这意味着识别法律问题是国际法院确认 咨询管辖权的必要环节。

然而,在国际法院建立之后的历史时期内,劳特派特在20世纪初期提出的从法律形式外观界定法律问 题并取消从实质内容出发区分法律与政治问题的观点影响力逐渐扩大,并经由国际法院的实践逐步取代了 20世纪初的主流学说,成为新的具有统治力的学说。国际法院实践逻辑的出发点也因而从根本上区别于常 设国际法院时期。下文将从二战后国际法院咨询意见的实践出发,考察国际法院如何在界定管辖权和发表 咨询意见这两个阶段界定法律问题和政治问题。

二、法律问题的界定与咨询管辖权的确认

国家在参与咨询意见程序过程中,以所涉问题实为政治问题为由提出管辖权异议的情形并不罕见,因此 国际法院通常需要专门确认咨询管辖权的要件均得到满足,并确认发表咨询意见具有司法适当性。但是,国 际法院没有延续20世纪初从实质内容出发区分法律与政治问题的理论和实践,而是奉行法律形式主义。法 院认为,只要咨询请求问题以法律形式提出(framed in terms of law)、能够基于法律规则回答即为法律问 题。③63这反映了劳特派特和凯尔森提出的以形式区分法律和政治争端标准的意见3,37因而区别于20世纪初 国际仲裁实践的理论渊源。具体而言,国际法院界定法律问题的标准可凝练为两大标准:第一,积极标准,即 明确在本质上属于司法职能的事项;第二,消极标准,即否认咨询请求的政治属性对界定法律问题的影响。

(一)积极标准:在本质上属于司法职能的事项

国际法院将两类事项认定为在本质上属于司法职能:一是条约解释,二是判定国家行为的合法性,这两 类事项当然地属于"法律问题"。

国际法院在受理的第一个咨询意见程序———1948年"接纳一国为联合国会员国的条件咨询意见"(以下



**32Report on Draft of Statute of an International Court of Justice referred to in Chapter VII of the Dumbarton Oaks Pro-posals submitted by the United Nations Committee of Jurists to the United Nations Conference on International Organization at San Francisco, April 25, 1945,14UNCIO,p.859.**

**33Summary Report of Sixteenth Meeting of Committee IV/1, May 31, 1945,13 UNCIO,pp.241-242.**

**Verbatim Minutes of Second Meeting of Commission IV, June 15, 1945, 13 UNCIO, p.58.**

**35Report of Mr. C. Parra-Perez, Minister of Foreign Affairs of Venezuela and President of Commission IV, to the Ple-nary Session of the Conference, June 23, 1945, 13 UNCIO,p.127.**

**3QWestern Sahara[1975]ICJ Rep 12,para.15.**

**37Hans Kelsen, The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems, Stevens, 1950,p.483.**



简称"入联条件咨询意见") — 中即确认了条约解释属于法律问题,与之相关的咨询请求符合法院的司法职 能。该案起源于冷战背景下,两大阵营各自利用《宪章》接纳新会员国的程序规则,拒绝对方阵营的国家加入 联合国8。88苏联运用安理会常任理事国的否决权,否决了包括芬兰、意大利、葡萄牙等国加入联合国,而西方 国家则利用其当时在联大享有的多数席位,不接受保加利亚、匈牙利等属于苏联阵营的国家加入。因接纳新 会员国陷入僵局,联大请求国际法院回答,一国在对接纳新会员一事投票时,能否考虑《宪章》第4条第1款 规定以外的条件？?59虽然这一问题在形式上表现为《宪章》条款的解释问题,但无论是该程序提起的背景,还 是该问题所指向的政治对抗,都凸显了该问题的政治属性。然而,国际法院不承认该问题的政治性,因为联 大"要求法院管辖的是本质上属于司法职能的事项,即解释一项条约规定"。4⑩⑪后来,在1950年"联合国大会 关于接纳一国加入联合国的权限咨询意见"(下称"联大权限咨询意见")中,对于同样因安理会和联大在两大 阵营对抗中无法接纳新会员国一事而提出的咨询请求,国际法院重申了这一论断[41]

国际法院认定条约解释为司法职能时,并未限定法院能解释的条约类型,也不考虑这一解释所可能具有 的政治意义。在"入联条件咨询意见"程序中,部分国家提出,法院无权解释《宪章》,因为该问题在旧金山会 议上有所争议,且《宪章》未明文授权国际法院解释《宪章》。另外,《宪章》具有制宪意义,只有联合国大会才 能解释《宪章》。[42] 国际法院则认为:"《宪章》中没有任何条款禁止法院-联合国的主要司法机关一对 《宪章》第4款行使法院司法权以内的解释职能。。"43这奠定了此后法院解释《宪章》条款的基础。在1962年 "联合国某些经费问题咨询意见"中,在回应部分国家对该请求的政治性质疑时,法院指出,《宪章》绝大多数 条款的解释都具有政治意义,只是影响程度有所不同,解释《宪章》条款所不能避免的政治意义并不妨碍法院 将解释条约视为行使司法职能[44

除条约解释外,判定国家行为的合法性或违法性也被法院认定为行使司法职能的事项。1996年"以核 武器相威胁或使用核武器的合法性咨询意见"(下称"核武器咨询意见")中,国际法院指出,"无论该请求的政 治面向如何,法院无法否认这一问题的法律性质,因为该问题要求法院履行一项本质上属于司法职能的事 项,即判定国家在履行国际法规定的义务方面其行为的合法性问题。。"4⑮同样证明这一问题法律属性的是,为 回答此问题,法院必须查明、解释以及适用相关的原则与规则,从而提供基于法律的意见。尽管部分国家提 出回答该问题将导致司法立法,国际法院则指出识别和确认可适用的法律原则与规则属于常规的司法职能。需要指出,与国家行为合法性或违法性直接相关的法律后果问题,也属于此类事项。466

另外,只要咨询请求问题属于上述两类问题的范畴,即使相关问题涉及抽象的一般国际法问题4,47或者 问题的措辞表意不清的4,48或者问题涉及事实或历史争议4,49都不减损咨询请求的法律性质。这是由于国际 法院强调不得在界定何为"法律问题"时采取限制解释方法。这与常设国际法院时期的咨询意见实践形成了 鲜明的对比。常设国际法院从未对涉及一般国际法的抽象问题发表咨询意见。50 同样,在1923年"东卡雷



38《宪章》第4条第2款规定:"准许上述国家为联合国会员国,将由大会经安全理事会之推荐以决议行之。"

39《宪章》第4条第1款规定:"凡其他爱好和平之国家,接受本宪章所载之义务,经本组织认为确能并愿意履行该项义 务者,得为联合国会员国。"

40Admission of a State to the United Nations[1948]ICJ Rep 57,p.61.

**Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion,[1950]ICJ Rep 4, pp.6 - 7.**

**42Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, Verbatim record 1948, pp.62 and 89.**

**QAdmission Advisory Opinion, p.61.**

**40Certain Expenses Advisory Opinion, p.155.**

45Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons [1996] ICJ Rep 226, para.13.

46如1971年"南非不顾安全理事会第276(1970) 号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果"咨询意见(以 下简称"纳米比亚咨询意见"),2019年查戈斯咨询意见,2022年以色列在巴勒斯坦被占领土上的政策与实践咨询请求,均要求 国际法院回答有关国家行为的法律后果。

**47Nuclear Weapons Advisory Opinion, para.15.**

**48Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [2004]ICJ Rep 136,para.38.**

**49Western Sahara Advisory Opinion, paras.16 - 17.**

**50Dharma Pratap, The Advisory Jurisdiction of the International Court, Oxford University Press, 1972,p.169.**



利亚"咨询意见程序中,常设国际法院以需要法院判定事实性争议为由,拒绝发表咨询意见。常设国际法院 认为,虽然并没有规则绝对禁止法院在咨询意见中调查事实,但通常情况下,法院应当在无争议的事实基础 上发表咨询意见,且不应该由法院自己来确定这些事实。。51国际法院则对存在事实争议的咨询请求展现了更 大的宽容度。在1975年"西撒哈拉"咨询意见中,国际法院认定,存在法律与事实的混合问题并不改变问题 的法律属性[52]在2004年"在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果咨询意见"(以下简称"隔离墙咨 询意见")中,以色列提出,国际法院缺乏对以色列修筑隔离墙所应对的安全危机的充分了解,且以色列拒绝 向法院提供其掌握的关键资料,即使如此,国际法院也不认为事实争议构成法院回答法律问题的挑战。533

综上所述,在咨询请求满足法律形式的条件下,只要问题属于条约解释或判断国家行为的合法性及其法 律后果这两类本质上属于司法职能的事项,就会被国际法院确认为法律问题。

(二)消极标准:政治属性不妨碍法律属性

国家在对咨询请求的法律属性提出质疑时,通常聚焦提出这些咨询请求的政治动机或者政治影响,以问 题的政治面向否定其法律面向。国际法院对此则采取了一以贯之的消极标准,即承认法律问题往往兼具政 治属性,但政治属性不足以剥夺该问题的法律属性。 54

具体而言,国际法院拒绝考虑国际组织提出咨询请求背后的政治动机。这一原则自"入联条件咨询意 见"起便得以确立,55并在法院长期实践中获得了不可撼动的地位。试举几例予以说明:1950年"与保加利 亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释"咨询程序要求法院对保加利亚等国侵害人权引发的争端所应适用的法 律程序发表意见。该请求遭到了苏联阵营的激烈反对,但西方国家仍执意提出,即使明知无论国际法院发表 何种意见都难以得到相关国家的尊重与执行。政治宣传而非澄清法律纠纷主导了该咨询意见程序。在"核 武器咨询意见"中,唯一反对国际法院行使管辖权的小田滋法官在个别意见中揭示了本案的政治性:在一些 非政府组织的推动下,部分国家执意要求国际法院发表咨询意见,其意图不在于寻求国际法上的答案,而是 寄希望于法院宣告缔结全球性禁止核武器国际条约的"真理""。56 "科索沃咨询意见"程序由塞尔维亚一国在 联大发起,有国家据此认为该程序是出于塞尔维亚自身的利益诉求,而非出于协助联大履行职务的需要 [⑤71971年"纳米比亚咨询意见"是目前唯一由安理会向国际法院提出的咨询请求,但是,正如裴特安法官 (Judge Petrén)所指出的,此前安理会已经通过1970年第276号决议宣告南非持续留驻纳米比亚为非法,因 此安理会提出咨询请求时已不再具有寻求国际法院释法的目的,而是希望法院进一步在法律上夯实安理会 的立场。这表明法院与安理会关系出现了倒置:与咨询意见构成安理会采取后续政治行动的法律基础相反,安理会在提出咨询请求时已经预设了法律答案。。58与之相似,"隔离墙咨询意见"中,也有国家反对国际法院 行使咨询管辖权,因为联大已经通过在先的决议谴责了以色列修筑隔离墙的违法性,因而联大实际上不需要 法院的法律意见。590在所有这些咨询意见中,国际法院都表示政治动机不影响咨询请求的法律属性。

国际法院同样否认将咨询意见可能引发的政治影响作为界定法律问题的维度。在"核武器咨询意见"中,有国家提出咨询意见可能影响进行中的核裁军政治谈判。。50"隔离墙咨询意见"中,部分国家认为,在安理 会已经决议通过了以两国制永久解决巴以冲突的四方"路线图"后,发表咨询意见可能损害两国谈判的政治



**DStatus of Eastern Carelia, Advisory Opinion of 23 July 1923, PCIJ Series B, p. 28.**

**52Western Sahara Advisory Opinion, para.17.**

53The Construction of Wall Opinion, paras.55- 58.

**64Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo [2010] ICJ Re-ports 403, para.27.**

**55Admission Advisory Opinion, p.61.**

**50Dissenting Opinion of Judge Oda, Nuclear Weapons Advisory Opinion, para.44.**

**Kosovo Advisory Opinion, paras.32 - 33.**

**58Separate Opinion of Judge Petrén, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namib-ia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970),[1971]ICJ Rep 16, p.127.**

**59The Construction of Wall Opinion, para.59.**

**60Nuclear Weapons Advisory Opinion, para.17.**



进程6。61 "科索沃咨询意见"中,有国家主张安理会长期主导科索沃问题的解决,但咨询请求却由联大提出,发表咨询意见可能导致不利的政治后果。62 国际法院对这些异议的回应同样形成了实践中的范式,即法院 只负责发表咨询意见,而不考虑该意见可能的政治影响,也不考虑提出咨询请求的机关基于该意见可以采取 何种政治行动,或是咨询意见是否具有实际用途。

当国际法院确认咨询管辖权后,还会考虑咨询请求的政治面向是否足以导致法院行使咨询管辖权不具 有适当性。基于《国际法院规约》第65条第1款,法院享有决定是否行使咨询管辖权的裁量权。因此,即使 咨询请求提出的问题是法律问题,国际法院也可能拒绝回答。。63但是,与确认管辖权的实践相适应,国际法院 也从未将咨询请求的政治属性视为影响发表咨询意见适当性的因素。

梳理国际法院确认咨询管辖权阶段的长期实践可以得出几点观察。第一,法院界定法律问题采取形式 判断而非实质判断。只要有权机关提出的问题具有法律问题的外观,就会被识别为法律问题。第二,即使从 内容出发界定法律问题,国际法院通常适用积极标准,即只要问题涉及条约解释或国家行为的合法性(及与 之相关的法律识别和法律后果),就属于法院行使司法职能的范畴。这两类可以囊括至今所有咨询意见所涉 问题,也印证了劳特派特所主张的任何政治问题均可轻易获得法律形式这一观点,因此并未设立实质上的界 定法律问题的门槛。第三,通过适用消极标准,即否定政治动机、政治目的或政治影响的相关性,国际法院确 认了咨询请求的政治属性不妨碍问题的法律属性。国际法院的实践因而区别于20世纪初主流学说和国际 仲裁所践行的以实质内容的不同区分法律争端和政治争端的路径,而更贴近于劳特派特的异见,也反映了劳 特派特的观点走向主流并成为国际法院界定法律问题的思想内核与理论基础。

但上述观察同时也意味着,就确认咨询管辖权而言,法律问题与政治问题的区分已不再具有实际意义。国际法院实际上已承认了这一点,因为法院认为几乎所有的法律问题都兼具政治属性。法院甚至提出,"在 政治因素突出的情形下,从法院寻求咨询意见对国际组织而言尤为必要" 。64因此,以咨询请求问题并非法 律问题提出的管辖权异议,不具有被法院采纳的可能性。

三、咨询意见回应政治诉求的路径及其分析

尽管国际法院在确认咨询管辖权的阶段实际上已取消了法律与政治问题的区分,但并不意味着法院在 发表咨询意见的过程中可以剥离或者无视有关请求的政治属性。相反,法院擅于通过不同的路径回避尖锐 的政治问题或控制咨询意见的政治影响,从而回应那些在管辖权阶段被排除的政治面向并回应不同利益群 体的政治诉求。这表明,国际法院的咨询意见并非脱离政治语境的,而是弥漫着政治自觉。区分法律问题与 政治问题的意义在发表咨询意见的过程而非界定管辖权的过程中得以呈现。经过全面分析国际法院长达 70多年的司法实践,发现这些路径包括:将法律意见抽象化、重新界定问题以限缩咨询意见的范围和宣告 "法律不明(non liquet)"。下文将结合典型案例具体分析这些路径。

(一)法律意见的抽象化

正如研究国际法院的权威学者罗森(S.Rosenne)指出的,国际法院在早期实践中就奠定了对咨询请求 作抽象化处理的倾向。65 这表现在国际法院往往在理论和一般的层面上发表咨询意见,而不结合实践讨论 该意见的适用问题,也不评价引发咨询意见程序的具体问题或行为的合法性,或对特定国家的行为与立场表 达观点。

国际法院对法律意见作抽象化处理的路径直接来源于冷战背景和政治高压下界定法律问题的实践。"入联条件咨询意见"及其后续发展是对这一路径的集中体现。如前文已经述及的,国际法院在该案中排除



**6DThe Construction of Wall Opinion,para.51.**

**62Kosovo Advisory Opinion, para.35.**

**63Certain Expenses Advisory Opinion, p.155.**

64Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt [1980] ICJ Rep 73, para.33.

**65Shabtai Rosenne, The International Court of Justice: An Essay in Political and Legal Theory, AWSijthoff's Uit-geversmaatschappijNV,1957,p.456.**



了政治动机对咨询请求问题法律性质的影响。与之相适应,法院在发表意见的阶段特地强调了联大提交的 问题的抽象性与法院意见的一般性,即该问题不涉及特定国家(尤其是安理会常任理事国)在特定场合针对 特定国家入联申请投票的合法性或效力问题。66通过发表一般性和抽象性的法律意见而不评价具体国家的 投票与《宪章》的相符性,法院得以反驳部分国家提出的咨询请求具有政治属性的异议。除此之外,国际法院 也有意识地将法律意见与引发咨询程序的政治背景隔绝开来。虽然联大作出的决议序言提及了安理会在特 定会议上就接纳部分国家为联合国会员交换的意见,然而,国际法院认为不能据此就评价这些国家的意见是 否在国际法上确有根据。法院发表的意见仅在一般意义上解释了《宪章》相关条款,但未进一步说明此前安 理会常任理事国的相关投票是否违反该解释,也未结合具体事实阐释何种行为违反或符合该解释。阿泽维 多法官(Judge Azevedo) 在个别意见中揭示了法院发表抽象化法律意见的意图:"通过对该问题纯粹理论性 的回答,可以确保法院发表的意见适用于联合国的所有会员国。"。"7可见,国际法院对咨询意见的抽象化是界 定法律问题时排除政治面向的直接结果,也使法院免于直面咨询请求所涉的政治争议,并顾全法律意见的一 般性。68

但是,这也决定了咨询意见在一定程度上是脱离政治现实的。国际法院拒不讨论引发咨询程序问题的 前置政治程序及其具体的事实背景,这与常设国际法院的实践形成鲜明对比。这一对比也体现了两种截然 相反的发表意见的思路:常设国际法院发表咨询意见是以解决具体争议为导向的,这也是为何需要详细阐明 咨询请求提出的背景以便准确把握核心争议;国际法院发表咨询意见则更侧重结论的一般性和普遍性。有 学者敏锐地发现,咨询意见的实质内容越抽象,越缺乏实用性,越难以为提出问题的机关提供有价值的指 导。69

法律意见的抽象化除了导致咨询意见本身丧失实际效用外,能否真正起到回避政治问题的效果也有待 商榷。"入联条件咨询意见"中,科里洛夫法官(Judge Krylov) 指出, 法院应该透过咨询问题的抽象表述看到 其本质,识别咨询请求的政治目的,此时拒绝发表意见应为更好的选择,因为无论法院的意见如何抽象,都难 免卷入政治辩论之中。70佐里奇克法官(Judge Zoricic) 也认为,即使法院的意见是抽象的,也会在政治辩论 中被双方所用,成为佐证具体观点的依据7。71或许更为关键的是,政治机关最终采取的解决方案并未理会国 际法院的意见。。入联条件咨询意见"认定国家不应考虑《宪章》第4条第1款规定以外的条件,尤其不应将 接纳某些国家作为接纳另外一些国家的交换条件。。72这一意见未能改变两大阵营在接纳新会员一事上的态 度,最终打破僵局的是1955年安理会的政治解决方案,即以"一揽子协议"的方式一次性建议接纳16个国家 成为联合国的会员国。这一方案与国际法院咨询意见的实质内容相违背,无疑打击了国际法院咨询意见的 权威。

因此,即使将法律意见抽象化可以在一定程度上回避政治问题,但同时也导致意见脱离政治现实,难以 发挥实际作用。

(二)重新界定问题以调整咨询意见的范围

界定咨询请求问题的含义并明确其范围,是国际法院固有的司法权力。。73常设国际法院和国际法院经



**66Admission Advisory Opinion, p.61.**

**Individual opinion of Judge Azevedo, Admission Advisory Opinion, p.75.**

**68Shabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, Volume 2, Martinus Nijhoff Pub-lishers,1997,p.964.**

**69Michla Pomerance, The Advisory Function of the International Court in the League and UN Eras, The Johns Hopkins University Press,1973,p.312.**

**00Dissenting opinion of Judge Krylov, Admission Advisory Opinion, pp.107 - 108.**

**DDissenting opinion of Judge Zoricic , Admission Advisory Opinion, p.95.**

**2Admission Advisory Opinion,p.65.**

**03Pierre d'Argent, Article 65, in Andreas Zimmermann and others (eds), The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, Oxford University Press, 2019,p.1801.**



常适当扩展、解释、甚至重新界定咨询请求提出的问题。。74这通常见于三种情形:第一,当咨询请求的问题表 述不充分时7;75第二,当咨询请求的问题未能恰当地描述真正需要讨论的法律问题时6;76第三,当咨询请求表 述模糊不清时。77在这些情形下,界定问题的含义和范围的目的在于更完整、更有效地回答问题和发表意 见。

但是,重新界定咨询请求问题也可被法院作为调整乃至限制咨询意见范围的途径,从而避免在存在重大 政治争议的问题上发表实质性的法律意见。这一路径在国际法院的实践中较为常见。例如,在"联大权限咨 询意见"中,国际法院将最核心的问题---安理会常任理事国能否在建议新会员国加入联合国一事中行使否 决权———排除在咨询问题以外7;78在"联合国某些经费问题咨询意见"中,国际法院仅解释了维和行动的支出 是否属于联合国的"经费",而避免讨论与之相关的会员国的支付义务及分配限额问题9。79近些年来,"科索 沃咨询意见"尤为尖锐地反映了国际法院重新界定问题的含义和范围从而限缩咨询意见范围这一路径的采 用及影响。

该案中,联大向国际法院提出的问题是:"科索沃临时自治机构单方面宣告独立是否符合国际法？"这一 问题由塞尔维亚起草,其表述反映了塞尔维亚的政治考量:一方面,启动法律程序意在延缓其他国家对科索 沃的承认,为重新谈判科索沃地位问题争取时间;另一方面,为了规避法院的意见不利于塞尔维亚的风险,塞 尔维亚刻意避免提出两项核心的法律争议,一是他国承认科索沃的合法性问题,二是科索沃是否已经取得国 家地位8。80这些考量决定了问题的限度:该问题仅聚焦于宣告独立这一行为的国际法相符性。

国际法院确认了联大提出的问题是"具体且狭义的",并强调回答该问题法院无须考虑宣告独立行为的 法律后果,如是否创设了新国家、他国承认科索沃的合法性问题等。81 但在此基础上国际法院进一步改变了 发表意见的范围,乃至更改了联大提出的问题的含义。首先,法院认为"是否符合国际法"应理解为"是否违 反国际法",即宣告独立是否违反国际法上的禁止性规定,而不考虑国际法是否赋予了科索沃单方面宣告独 立的权利基础。将国际法相符性理解为违法性,也排除了对宣告独立行为效力(validity)和法律效果 effect) 判断。有法官据此批评国际法院不当地限缩了咨询意见的范围。。82其次,法院基于咨询意见程序中 部分国家的意见,认为宣告独立的主体身份是有争议的,最终认定这一主体并非问题中明示的科索沃临时自 治机构,而是"科索沃人民代表""。83在这两方面重新界定了咨询请求的问题含义和范围后,国际法院发表的 意见为,国际法并不禁止或调整宣告独立这一行为,因此科索沃宣告独立并不违反国际法;同时,因宣告独立 的主体并非以科索沃临时自治机构的身份行事,宣告独立的行为不具有在安理会第1244号决议设立的框架 内发生效力的意图,因此并不违反该决议。

可见,在该案中,重新界定咨询请求问题不仅限制了法院发表咨询意见的范围,还在很大程度上决定了 法院回答的方向和结果。84 国际法院采取这一路径实现了政治上妥善的结果。如果不强行改变宣告独立主 体的身份,法院很难不认定科索沃临时自治机构超越了安理会第1244号赋予的权限,因而构成对该决议的



The Construction of Wall Opinion,para.38.

**Interpretation of the Greco- Turkish Agreement of 1 December 1926, Advisory Opinion of 28 August 1928, PCIJ Se-ries B, No.16, p.14.**

**0WHO-Egypt Agreement Advisory Opinion, para.35.**

Application for Review of Judgment No 273 of the United Nations Administrative Tribunal[1982] ICJ Rep 326, par-as.46-48.

**Competence Advisory Opinion,p.7.**

**四Certain Expenses Advisory Opinion, pp.157-158.**

**0See James Ker=Lindsay,Explaining Serbia's Decision to Go to the ICJ, in Marko Milanovic and Michael Wood (eds), The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion, Oxford University Press, 2015, p.16.**

**8DKosovo Advisory Opinion, para.51.**

**82Declaration of Judge Simma, Kosovo Advisory Opinion, para.3.**

**8Kosovo Advisory Opinion, para.109.**

**84Declaration of Vice-President Tomka, Kosovo Advisory Opinion, para.1.**



违反8。85同样,如果法院要判定科索沃是否有权宣告独立,则不得不讨论国家间存在重大分歧的民族自决权 的适用问题和一国国内的部分人民是否享有分离权等问题。国际法院在这些争议性问题上保持沉默,避免 了其法律意见为部分国家背书而被另一部分国家所指责。另外不可忽视的现实是,因美国、英国和法国这三 个安理会常任理事国已经承认科索沃独立,而中国和俄罗斯拒绝承认,面对一个业已分裂的安理会,国际法 院再从法律角度维护安理会第1244号决议的效力已不再具有现实意义。国际法院的结论因而在很大程度 上是对政治现实的妥协,并且其结论不影响任何一方继续维持其在咨询意见发表前对科索沃持有的立场。866

即使国际法院在最大程度上控制了"科索沃咨询意见"的政治影响,但法院未能完整而准确地回答联大 提出的问题,这与法院界定问题含义和范围的目的相左,也与常设国际法院重新界定问题从而更完整、充分 地回答有关问题的实践相背。国际法院在"世界卫生组织同埃及之间1951年3月25日协定的解释"咨询意 见中曾指出,如果法院对问题的答复是不完整的,咨询意见则会丧失效用8。87"科索沃咨询意见"表明,当控制 政治影响成为法院发表咨询意见的必由之路时,重新界定问题从而调整咨询意见的范围将直接导致咨询意 见法律成分的稀释。

**(三)宣告"法律不明"**

"法律不明"原是罗马法上的概念,在现代国际法上,其含义为拥有管辖权的法院,以不存在可适用的法 律、法律存在争议或欠缺确定性为由,拒绝对实质问题进行裁判。88宣告"法律不明"是国际法院回应具有高 度政治性的咨询请求的另一种方式,也是一种较为罕见的方式。至今唯一的案例是1996年"核武器咨询意 见"。该案中,联大请求法院回答:"国际法是否在任何情况下都允许以核武器相威胁或使用核武器？"国际法 院认定,一般情况下以核武器相威胁或使用核武器将违反国际人道法的原则与规则,但"在当前国际法的状 态下,以及在法院所掌握的事实基础上,法院无法确切地判断关系到一国生死存亡的极端自卫情况之下,使 用核武器或以核武器相威胁是合法。"89希金斯法官(Judge Higgins) 指出, 法院实际上是以当前法律存在不 确定性为由宣告了"法律不明" 。

通过宣告"法律不明",国际法院避免了以"是"或"否"的形式直截了当地回答联大提出的问题,实际上也 回避了参与咨询意见程序的国家最为关注、争论也最为激烈的问题。除此之外,"核武器咨询意见"还对其他 诸多争议较大的问题避而不谈。例如,国际法院没有回应持有核武器本身是否即构成武力威胁,也拒绝讨论 冷战期间部分国家奉行的核威慑政策是否证明了以核武器相威胁的合法性,对在特定情形下使用小型、"清 洁"的核武器可以满足国际人道法中的比例原则与区分原则这一主张,法院也以"缺乏判断这一观点的充分 基础"一笔带过,未予回应。这表明,即使在确认咨询管辖权阶段法院拒绝考虑问题的政治面向,但在实际作 答时处处避让存在政治对立和分裂的争议性问题,以牺牲咨询意见的完整性防止法律的天平偏向任何一方 的政策取向。实际上,国际法院对这一路径早已有所预示:国际法院在宣告有权发表咨询意见的同时也声 明,"与有权发表咨询意见完全不同的另一问题是,法院在其司法属性的限制下,能否对所提问题给出完整的 答案" 。91

不可否认的是,宣告"法律不明"是国际法院在政治上最为安全的路径。一方面,国际法院免于成为部分 国家和团体政治游说的工具;另一方面,国际法院没有在缺乏政治共识的情况下,以法律推演代替国家合意



**85Andre Nollkaemper, The Court and Its Multiple Constituencies: Three Perspectives on the Kosovo Advisory Opinion, in Marko Milanovic and Michael Wood (eds), The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion, Oxford University Press,2015,p.225.**

**80PapicTatjana, The Political Aftermath of the ICJ's Kosovo Opinion, in Marko Milanovic and Michael Wood (eds), The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion, Oxford University Press, 2015,p.265.**

**WHO-Egypt Agreement Advisory Opinion, para.l14.**

**88H Lauterpacht, Some Observations on the Prohibition of "Non Liquet" and the Completeness of the Law, Symbolae Verzijl, Martinus Nijhoff,1958,p.199.**

**Nuclear Weapons Advisory Opinion, para.105(2)E.**

**90Dissenting opinion of Judge Higgins, Nuclear Weapons Advisory Opinion,p.583.**

**QDNuclear Weapons Advisory Opinion, para.19.**



得出关于核武器的最终方案,而是着眼于《核不扩散条约》中各国负有的谈判义务,强调以国际谈判实现核裁 军的最终目标。这无疑是明智的。因为核武器的存在及其使用对部分国家而言是终极的安全保障,而对另 一部分国家而言则是人类安全的极致威胁9。9⑫综合来看,国际法院决定行使管辖权但又以"法律不明"避免 发表实质意见,是其政治脱困的唯一选择:若法院拒绝行使管辖权,将触怒推动咨询请求提出的发展中国家 和"不结盟运动"国家;若法院宣告使用核武器在某些情况下违反国际法,则会失去拥有核武器的国家的信 赖;若法院宣告使用核武器在任何情况下都被国际法所允许,则将失去绝大多数国家和公众的支持。939

然而,从国际法的适用角度看,"核武器咨询意见"损伤了国际法的确定性,也近乎宣告咨询意见的空洞 与无用。正如施伟贝尔法官(Judge Schwebel) 所批评的, 法院的结论"令人震惊",因为"对于'关系到一国生 死存亡的极端自卫情况',法院无话可说;在对法律进行了长达数月的研究之后,法院发现没有任何法律可 言。。"94更为不幸的是,法院拒绝明确回答问题也间接创造了自行解释的空间。例如,有法官认为,在国际法 缺乏禁止性规定的情况下,国家有使用核武器的自由;895另一部分法官则认为法院的沉默可构建性地解释为 使用核武器非法9。98除了给咨询意见赋予千人千面的哈姆雷特般的效果外,国际法院也背离了自20世纪初 以来国际仲裁和司法解决避免宣告"法律不明"的司法传统。通说认为,法官或仲裁员有义务避免宣告"法律 不明",这是由国际法的完整性假设决定的8。87即使承认国际法存在漏洞与空白,也可以通过司法技术(如类 推解释、诉诸一般法律原则或公平原则等)予以消除,从而无须宣告"法律不明"。从这一角度看,"核武器咨 询意见"是国际裁判史上的异类898]

即便如此,宣告"法律不明"这一路径并非毫无可取之处,因为形式上的确切回答并不改变实质上法律规 范的缺失。89这也是为何有学者认为,在必要时宣告"法律不明"既能阻止法官造法的乌托邦式追求,也不至 于使法院为不尽如人意的政治现状作法律申辩。000

四、我国参与咨询意见程序的策略建议

国际法院界定法律问题时具体适用的积极标准和消极标准,以及在发表意见阶段回应政治诉求的种种 路径为国家制定参与咨询意见程序的策略提供了思路。

第一,参与咨询意见程序最重要的是提出咨询请求之前的外交阶段。联合国时期咨询程序运行的政治 环境与国联时期相比有深刻的转变。国联时期,理事会奉行全体一致的投票规则,这也就确保了即使咨询请 求涉及特定国家间的争端,这些国家都同意或不反对将问题以咨询意见的方式提交国际法院:联合国时期,



**92Dapo Akande, Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the Interna tional Court, 68 British Yearbook of International Law 217(1998).**

**93Laurence Boisson de Chazournes and Philip Sands, International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons, Cambridge University Press, 1999,p.17.**

**90Dissenting opinion of Vice-President Schwebel, Nuclear Weapons Advisory Opinion, p.322.**

**95Separate opinion of Judge Guillaume, Nuclear Weapons Advisory Opinion, p.291.**

**90Separate opinion of Judge Ranjeva, Nuclear Weapons Advisory Opinion, p.295.**

**DRobert Jennings and Arthur Watts (eds), Oppenheim's International Law, Vol. I, Longman Group UK Limited, pp.12-13.**

**08也有观点认为,避免宣告"法律不明"是诉讼案件中法院的义务,这是由法院一旦决定管辖则必须裁决争端决定的,但 咨询意见程序性质不同,因此不受这一传统约束。Prosper Weil, The Court Cannot Conclude Definitively…Non Liquet Revisi-ted,36 Columbia Journal of Transnational Law 117(1998).**

**09Gerald Fitzmaurice, The Problem of Non-Liquet: Prolegomena to a Restatement, Melanges offerts a Charles Rous-seau, Pedone, 1974, p.110.**

Daniel Bodansky, Non Liquet and the Incompleteness of International Law, in Laurence Boisson de Chazournes and Philip Sands (eds), International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons, Cambridge University Press,1999,p.170.



联大实行多数决投票规则,即使存在重大政治争议的咨询请求都可无视部分国家的反对提交国际法院。 01政治环境的变化给我国的外交提出了更高的要求:一方面,因联大而非安理会是决定是否启动咨询意见程序 的"主战场",安理会常任理事国的地位难以发挥决定性影响。因此,应积极利用我国在联合国大会中的影响 力,团结国家集团(如G77)或联络利益一致的国家,推动咨询请求的提出向符合我国国家利益和政策立场的 方面靠拢。另一方面,能否介入并对咨询请求所提问题的法律表达施以影响,将在很大程度上影响国际法院 发表咨询意见的方向。例如,"气候变化咨询意见"请求由瓦努阿图发起,并在18个核心国家的支持下撰写 了向国际法院提出咨询意见请求的决议草案,并通过核心国家集团的外交工作获得了其他更多国家的支 持⑭⑭。⑭⑫通过外交工作积极介入咨询请求从萌芽到最终提出的各个阶段,掌握并控制其中的关键信息和核心 步骤,是实质性参与咨询程序的关键步骤。

第二,咨询意见程序启动后,国家应进一步区分管辖权问题和实质问题并确定参这两个问题的优先等 级。就管辖权问题而言,上文的论述表明,以所涉问题为政治问题为由提出管辖权异议不具有被国际法院采 纳的可能性。从实证的角度看,除了世界卫生组织提出的"一国在武装冲突中使用核武器的合法性"咨询请 求因主体不适格未能满足管辖权要件被国际法院驳回外,国际法院从未以某个问题是政治问题否定管辖权 或否定发表咨询意见的司法适当性。除此之外,更重要的法律依据是,国际法院基于自身作为联合国主要司 法机关的地位,认定发表咨询意见是其参与联合国工作的体现,因此原则上不拒绝发表咨询意见。这一原则 主导了国际法院对国家提出的种种反对法院行使咨询管辖权的意见审查,且至今无一例外驳回了所有与司 法适当性有关的异议。这些实践和先例应成为国家决定投入多少精力提出管辖权异议的参考因素。

第三,结合国际法院在发表意见过程中的种种法律路径,国家在提出法律意见时应着重考虑两方面的问 题。其一,界定问题的含义及其范围是参与咨询意见程序至关重要的环节。上文对国际法院实践的考察表 明,法院不受提出咨询请求的机关对问题表述的约束。无论是对咨询意见的抽象化,还是限制法律意见的范 围,都取决于法院自身的界定。"科索沃咨询意见"将联大所提问题中的"科索沃临时自治机构"强行改为"科 索沃人民代表"即为例证。其二,应尽可能具体地提出法律意见和法律分析,避免作政策宣示。只有充分立 足于法律规则和实践提出的意见才有被法院采纳的可能性,这是由法院的司法属性决定的。国际法院即使 充分认识到其所处的政治现实,也不可能用政治语言代替法律语言或用政治方案代替法律回答。法院最终 的意见仍须经过法律分析并由法律逻辑予以衡量。另外,足够具体的法律意见才可能与其他国家的意见形 成法律上的交锋,而法律论辩上的对立和冲突,才可能促使法院宣告"法律不明"或避免对争议问题发表意 见。"科索沃咨询意见"中,国际法院注意到各国在"救济性分离权(remedial secession)"这一问题上的激烈 辩论和观点上的尖锐对立,最终以咨询问题的范围限度问题拒绝对此发表看法。1000

最后,在参与咨询意见程序过程中同其他持类似观点或立场的国家联络和协调,也是我国可以考虑的参 与咨询程序的策略之一。与诉讼程序相比,咨询意见程序的多方性和非对抗性为国家在咨询程序中的合作 和协调提供了空间。

五、结语

从理论的视角看,咨询意见程序中法律问题与政治问题的界定这一问题,在本质上其实是决定国际法院 管辖范围的问题,即确认哪些问题属于政治问题从而由国家专属控制,而属于法律问题的事项则可以诉诸国 际法院解决。因此,界定法律问题与政治问题反映了国家与其创设的国际机构之间对国际事务控制权的分 配乃至争夺。本文研究表明,国际法院咨询意见程序中区分法律问题与政治问题的初衷在于限定咨询管辖



**MShabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, Volume l, Martinus Nijhoff Pub lishers 1997,p.18.**

**United Nations General Assembly Seventy-seventh session, 64h plenary meeting, 29 March 2023, New York (A/77/PV.64),statement of Vanuatu, p. 2., https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20230630-req 一03-00-en.pdf,最后访问日期:2024年3月2日。**

**Kosovo Advisory Opinion, para.82.**





权的范围,这源于19世纪末20世纪初国际裁判的法律传统,也反映了自国联延续至联合国时期政治机关和 司法机关解决国际争端的职能分配。然而,纵观国际法院的咨询意见实践,法院自早期便确立了从法律形式 出发界定法律问题的原则,改变了20世纪初奠定的从内容出发区分法律问题与政治问题的理论与实践,并 从劳特派特提出的理论中汲取营养,重塑了界定法律问题的基本逻辑与思想内核。这实际上取消了法律与 政治问题的区分,使这一管辖权门槛消弭于无形。

但是,无论法院如何排除政治要素对界定法律问题的影响,国际法院并非在政治真空中发表咨询意见,因此不得不通过将法律意见抽象化、限制咨询意见范围或宣告"法律不明"这些不同的路径来回应政治诉求,因而咨询意见的实质内容往往体现了国际法院对政治问题的关照。这些举措通常取得了政治上妥善的结 果,但却导致咨询意见的不完整性或丧失实际效用,未能实现咨询意见程序协助联合国其他机关履行职责的 职能定位。从这一角度看,国际法院的咨询意见实践偏离了常设国际法院时期以协助解决具体争端为导向 的咨询程序定位,而更加频繁地卷入存在重大政治争议的一般国际法问题的辩论,也更加深入地嵌入了国际 政治的图景。正如罗森所说的,"法律程序是渐次展开的政治戏剧中的一幕。"⑪⑭⑪⑪

立足于这一现实,应认识到将具有高度政治性的问题提交国际法院咨询意见程序是当下国际政治运作 的方式之一,这已然区别于二战后各缔约国对国际法院咨询意见程序的职能定位和避免咨询意见程序滥用 的共识。区分法律问题和政治问题的意义不再是从程序上界定国际法院的管辖范围或限制咨询管辖权的行 使;如何将两者的张力融入法律意见并实质地影响国际法院的咨询意见,是以法律形式主义为理论内核的国 际法院的真正关切。但是,维持法律问题与政治问题的概念区分仍具有现实意义,即便其理论价值已被国际 法院的实践所消解。两者的区分直指国际法院咨询意见的职能及其实现:国际法院的法律意见能否触及某 一问题的根源或影响该问题的根本性解决？咨询意见能否被提出问题的机关接受,并且获得那些真正有权 力和影响力的国家的支持？法院的意见有无激化矛盾或固化相互对立的政治立场的可能？提出咨询请求的 机关是真正需要国际法院的法律意见,还是仅仅出于希冀法院对特定立场背书的目的？对这些问题的思考 与回答即使不能改变国际法院对法律问题的认定,但必将以某种法律形式呈现在咨询意见的实质内容中,而 这才是国家参与咨询意见程序时应慎重思考的问题。



**Abstract: Recent submission of Israel- Palestine conflict and climate-change related questions to the International Court of Justice (ICJ) by the United Nations General Assembly attests to the tension between law and politics as well as the in-tention of some States and other international actors to use legal proceedings to break the political impasse. This article revisits the history of defining and distinguishing legal questions from political questions in the ICJ advisory opinion proceedings and ar-gues that the distinction is rooted in the Court's judicial tradition since the establishment of the Permanent Court of Interna-tional Justice. However, after empirically examining the practice of the ICJ, it is found that the ICJ has diminished the jurisdic-tional limitations based on the distinction between legal and political questions in establishing its advisory jurisdiction. On the other hand, in crafting the advisory opinion, the ICJ responded to political demands of different interest groups by abstractiza-tion of the opinion, re一 definition of the advisory questions so as to adjust the scope of the opinion, and declaration of non liquet. These observations provide States with meaningful strategies of participating in the advisory proceedings.**

**Key Words: Advisory Opinion; International Court of Justice; Legal Questions; Political Questions; Jurisdiction**

(责任编辑:黄德明)



**000Shabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, Volume 1, Martinus Nijhoff Pub-lishers 1997, p.3.**