

# 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

刘晶\*

**内容摘要:**国际法院是界定和解释国际法的权威机构,其咨询意见对民族自决原则的发展产生了积极影响。但面对民族自决原则与国家主权原则的潜在冲突,相关咨询意见的法律解释显示出不确定性,在一定程度上影响了国家主权的实践,这种不确定性是咨询意见中法律与政治逻辑的外在体现。国际法院咨询意见在原则上不具有法律拘束力,但它的司法属性与法律权威性不仅在事实上影响了国家行为,也进一步促进了国际法的发展,从而显示出一定的司法造法性。然而,在特定情形下,大国政治通过影响咨询请求的提出、国际法官的构成、法院咨询管辖权的行使等侵蚀了国际司法公正,使得咨询意见的司法属性发生消极的政治异化。作为和平发展的大国,中国应正确认识国际法院咨询意见的软法化及其对国际法发展的重要意义,充分利用国际法院咨询程序进一步推动国际法治和维护自身合法权益。

**关键词:**国际法院 咨询意见 民族自决 司法造法 大国政治

通过行使诉讼管辖权或咨询管辖权,国际法院就特定法律争端做出判决或就特定法律问题发表咨询意见,以此实现其争端解决职能和咨询职能。就实际效果而言,国际法院的咨询意见不仅澄清和解释了特定的法律问题,促进了国际争端的和平解决,同时也通过这种具有司法权威性的推理和阐明推动了国际法的发展。尽管如此,囿于咨询程序中各环节主体的组织结构以及特定法律问题的政治背景,国际法院咨询意见难免受到国际政治的影响。近年来,国际法院有关民族自决原则的若干咨询意见再次引起学界的广泛关注,许多国际法学者如罗国强、朱利江、Zeno Crespi Reghizzi、Robert McCorquodale等均就特定咨询案件对当事国同意原则、国

\* 中南财经政法大学国际法治与国家安全研究所助理研究员,国际法学博士研究生。

本文系教育部哲学社会科学研究重大专项项目“坚持统筹推进国内法治与涉外法治研究”(2022JZDZ005)、中南财经政法大学科研创新平台能力建设项目“全球治理框架下的国家安全研究”(2722022FJ028)的阶段性成果。

家领土完整原则等法律问题展开了深入研究,<sup>①</sup>也有学者如何志鹏、Alexander Orakhelashvili 等从跨学科视角集中探究了相关司法制度中的政治因素,<sup>②</sup>但总体而言,少有学者针对国际法院咨询意见内在的法律与政治维度进行综合的问题分析与逻辑解构。事实上,在国际社会的非殖民化进程中,国际法院有关民族自决原则的咨询意见存在的不确定性反映了国际法院咨询管辖中的法律与政治逻辑。鉴于国际法院咨询意见在实践中对国家利益具有重要影响,有必要对该问题进行理论分析,并从中国视角思考相应的行动立场及实践进路。

## 一、国际法院关于民族自决原则咨询意见的不确定性

作为一项在反抗殖民统治的过程中发展而来的国际法原则,民族自决原则对非殖民化的国际法实践意义重大。国际法院关于民族自决原则的咨询意见,一方面通过积极阐释民族自决原则的内涵及其适用促进了国际法的发展,另一方面又在特定情形下对关键法律问题予以模糊化处理而导致了国际法的曲解。这种不确定性在一定程度上减损了国际法院咨询意见的司法权威。

### (一) 咨询意见对非殖民化进程中民族自决原则的发展

国际法意义下的民族自决原则与非殖民化密切相关。非殖民化是一个历史概念,它常常与殖民体系瓦解和民族解放运动相联系。20世纪的两次世界大战,特别是第二次世界大战后联合国的建立,加速了国际社会的非殖民化进程。在联合国体系下,非殖民化指非自治领土的人民行使其自决权以结束殖民主义及其一切形式和表现的过程,它包括政治地位与经济、社会和文化发展的完全的独立与自由。<sup>③</sup>因此,在特定的历史时期,民族自决具有非殖民化的内涵,其本质可理解为被殖民主义压迫的民族进行非殖民化的目标或方式。作为一项政治原则,民族自决原则脱胎于阶级革命;<sup>④</sup>在《国际联盟盟约》的委任统治制度之后,《联合国宪章》及系列宣言和决

<sup>①</sup> 参见罗国强:《独立、分离与民族自决的法律困局——结合科索沃和克里米亚问题的探讨》,《政法论丛》2015年第1期,第10-17页;朱利江:《在能动与克制之间——“查戈斯群岛案”中的国际司法政策探析》,《当代法学》2020年第2期,第140-151页;Zeno Crespi Reghizzi, *The Chagos Advisory Opinion and the Principle of Consent to Adjudication*, in Thomas Burri & Jamie Trinidad (eds.), *The International Court of Justice and Decolonisation: New Directions from the Chagos Advisory Opinion* 51-70 (Cambridge University Press 2021); Robert McCorquodale, *et al.*, *Territorial Integrity and Consent in the Chagos Advisory Opinion*, 69 *International & Comparative Law Quarterly* 221-238 (2020).

<sup>②</sup> 参见何志鹏:《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》,《法商研究》2010年第6期,第55-62页;Alexander Orakhelashvili, *Kosovo and Intersecting Legal Regimes: An Interdisciplinary Analysis*, 6 *Global Constitutionalism* 237-264 (2017).

<sup>③</sup> See United Nations, *United Nations and Decolonization*, <https://www.un.org/dppa/decolonization/en/about>, visited on 29 April 2022.

<sup>④</sup> 在国内政治层面,美国独立战争和法国资产阶级革命可被视为民族自决的初步实践。1916年,列宁在《论社会主义革命和民族自决权》中正式提出了民族自决原则,其对民族自决权的系统阐述使之发展为一项国际政治原则。参见梁西原著主编、曾令良修订主编:《国际法》,武汉大学出版社2011年版,第62页。

议的形成,促使民族自决原则逐渐发展为国际法的基本原则。在这一过程中,国际法院的司法实践,特别是咨询意见对国际法基本原则的发展具有积极意义,构成了民族自决原则重要的国际法实践。

在现有国际法院关于民族自决原则的咨询意见中,有四项涉及非殖民化。<sup>①</sup>在关于南非不顾安理会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果的咨询意见(以下称“纳米比亚案”)中,国际法院通过对“文明的神圣信托”基本内涵的阐释,指出有关人民的自决和独立是其最终目的。<sup>②</sup>在对西撒哈拉问题发表的咨询意见(以下称“西撒哈拉案”)中,国际法院首次明确表示,民族自决原则的正当性必须考虑到有关人民自由表达的意愿。<sup>③</sup>在关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见(以下称“隔离墙案”)和1965年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果的咨询意见(以下称“查戈斯群岛案”)中,国际法院均将对自决权的尊重明确为一项普遍义务(“对一切的义务”)。<sup>④</sup>在查戈斯群岛案中,国际法院进一步肯定自决权构成一项基本人权,<sup>⑤</sup>更为重要的是,通过回顾自决权的法律发展过程,国际法院明确了民族自决原则是一项国际法基本原则,并属于习惯国际法。<sup>⑥</sup>同时,国际法院在隔离墙案中对民族自决原则的适用,构成了该原则在后殖民时代的重要司法实践。

在上述咨询意见中,国际法院多次审查和确认了有关民族自决权的原则性规范以及大会决议、宣言等国际法律文件,包括《联合国宪章》的主要宗旨及1960年大会关于《给予殖民地国家和人民独立宣言》的第1514(XV)号决议、1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系与合作的国际法原则宣言》的第2625(XXV)号决议等,这

---

① 严格说来,国际法院对在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果发表的咨询意见,并未直接涉及非殖民化,但引发该法律问题的政治背景和历史根源与欧洲殖民主义密切相关,同时,法院对民族自决原则适用范围的解释也以非殖民化背景下的自决为基础。

② 在该咨询意见中,国际法院指出“有关人民的福利和发展是文明的神圣信托的原则”构成了《国际联盟盟约》第22条建立的委任统治制度的重要依据,这种“福利和发展”的定义是跟随时代发展而不断进化的,而近50年来的发展情况表明,神圣信托的终极目的是有关人民的自决和独立。See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, paras. 45-46, 53.

③ See *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, para. 59.

④ See *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, paras.155-156; *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2019, para.180.

⑤ 国际法院在咨询意见中澄清了其分析仅限于非殖民化背景下的自决权。See *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2019, para.144.

⑥ See *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2019, para.155.

些国际法律文件指明了民族自决权的实质渊源,并显示出民族自决原则之法律意涵的不断明确化。同时,国际法院也对民族自决原则不同的特定方面做出了法律阐释。通过对神圣信托概念及其中有关民族自决思想的回顾,国际法院解释和认可了民族自决原则的价值渊源及其法律发展。<sup>①</sup>此外,国际法院首次在实践中明确民族自决原则的正当性基础。<sup>②</sup>通过肯定民族自决原则的基本人权性质和习惯国际法地位,国际法院阐明了该原则具有广泛的适用范围和国际法的规范性。<sup>③</sup>法院在非殖民主义语境下将民族自决原则纳入法律推理的上述实践,也在一定程度上构成了对民族自决原则的发展。总的来说,国际法院咨询意见对民族自决原则的实质渊源、价值目标、正当性基础、法律性质与地位以及适用范围等问题的详细阐释,共同促进了该原则在国际法意义下的发展与完善。

## (二) 咨询意见在多民族国家分裂危机中对国家主权的挑战

民族自决原则在国际社会的非殖民化进程中得到确立和发展,但随着殖民主义体系的瓦解,该原则的适用主体和范围也发生了一定变化,从殖民统治或压迫中解放不再是民族自决的唯一动因,非殖民主义的民族自决概念具有更为丰富的内涵。作为国际人权法上的一项权利,民族自决权的主体包含以下三种情况下的人民:一是处于殖民统治之下、正在争取民族解放和国家独立的人民;二是处在外国军事侵略和占领下的国家的人民;三是主权国家的全体人民。<sup>④</sup>相应地,国际法上的民族自决原则在地域上的适用范围,也从被委任统治的殖民地、托管领土发展到非自治领土和尚未达成独立的领土(包括领土主权之存在处于不确定状态时),并进一步拓展为一切现存国家领土。民族自决原则适用主体和范围的扩展导致了外部自决权和内部自决权的区分。<sup>⑤</sup>内部自决权的产生是为了应对后殖民时代民族自决权的主体缺位问题,但这种概念区分在某种程度上也导致了国际层面的自决和国内层面的自治之间的混淆。受到极端民族主义和民族分裂主义的影响,民族自决原则在特定情形下的滥用将危及国家的主权和领土完整。

在这种背景下,国际法院对科索沃单方面宣布独立是否符合国际法发表的咨询

---

① See Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, paras.45-46, 53.

② See Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, para.59.

③ See Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ Reports 2019, para.144; Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ Reports 2019, para.155.

④ 参见韩德培主编:《人权的理论与实践》,武汉大学出版社1995年版,第68页。

⑤ See Manfred Nowak, U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary 22-24 (N. P. Engel Publisher 2005).

意见(以下称“科索沃案”),不仅未明确后殖民时代民族自决原则的基本内涵和适用标准,反而以其对关键法律问题的转换和回避得出了具有误导性的结论。在该案中,国际法院认为自决权的范围和“补救性分离”权利的存在与否,涉及脱离一个国家的权利,而这与科索沃单方面宣布独立的行为是否符合国际法并不相关,<sup>①</sup>进而回避了对民族自决权和分离权的进一步厘清。但事实上,对民族自决权范围及其与分离权关系的准确界定,构成国际法院应当解决的实质性问题。在排除讨论该问题后,国际法院既未正面回应科索沃单方面宣布独立行为的合法性,也未对其宣布独立后的最终地位做出表态,这似乎表明它试图从中立的立场回避可能涉及的政治风险。然而,这种处理方式对解释和澄清所提交的法律问题并无益处,反而导致了民族自决权和分离权的混淆以及对国家主权和领土完整原则的狭隘解释。<sup>②</sup>从结果看,该咨询意见可能成为世界各地分离主义者的“指导手册”,从而对国际法及国家主权造成冲击。<sup>③</sup>由此引发的民族自决原则与国家主权原则之间的隐性冲突,不仅在一定程度上损害了国际法院的司法权威,也在实践层面影响了国际关系与秩序的稳定。

民族自决原则的发展具有特定的历史和社会背景,无论是在国际法还是在国内法语境下,其本身的法律意涵都与国家主权原则相一致。在非殖民化进程中,民族自决原则的基本内涵和国际法实践无疑被纳入传统的国家主权框架内,国际法院咨询意见对该原则的发展并未受到过多的政治干预,国际法院本身也积极地行使其咨询管辖权。但在后殖民时代,对于民族自决原则的绝对化解释可能使多民族国家陷入分裂危机,进而对一国国家主权与领土完整造成影响。<sup>④</sup>在这种情形下,民族自决原则开始脱离传统的国家主权框架甚至与国家主权原则处于对立面。由此,国际法院的咨询意见难免陷入多方权力斗争的漩涡,而科索沃案中的“司法最低限度主义”

<sup>①</sup> See *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2010, para.83.

<sup>②</sup> 国际法院在该咨询意见中主张,领土完整原则仅适用于国家间关系的领域。See *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2010, para.80.

<sup>③</sup> See *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2010, Dissenting Opinion of Judge Koroma.

<sup>④</sup> 民族自决原则的非殖民化内涵具有一定的历史性,在后殖民时代,该原则的适用同样也要受到主权的限制,不应将其绝对地理解为无条件地主张一切民族分离和成立独立的民族国家,否则它将使主权国家陷入碎片化的危机。参见王英津等:《国际领土变更公投案例研究——比较视域中的“台独”公投》,九州出版社 2019 年版,第 395 页。

并未解决这一困境。<sup>①</sup>国际法院对民族自决原则由积极阐明到消极回避的态度转变,显示出咨询意见在涉及国家主权冲突时的不确定性。究其根源,这是一种国际司法与政治博弈的结果,或者说是国际法院咨询意见的司法属性与政治权力隐性冲突的一种显性表征。

## 二、国际法院咨询意见中的法律与政治逻辑

作为在国际社会具有一般管辖权的重要常设法院,联合国国际法院素有“世界法院”之称,因而在国际司法领域享有较高的权威性。一方面,国际法院是具有全球普遍性和代表性的联合国组织的主要机构,其司法权威自然更易获得主权国家的广泛认可,实践中国际法院的咨询意见甚至显示出一定的造法性特征;但另一方面,基于联合国政治性国际组织的性质、国际法院的组织运作以及国际法的开放性,大国的支持和合作对于国际法院职能的有效履行也不可或缺,而这也导致了国际法院咨询意见的司法属性具有政治异化的可能。

### (一)咨询意见的司法属性及软法化

咨询管辖权是国际法院的两大职权之一,通过咨询管辖,国际法院得以为联合国组织提供权威性的法律参考意见。<sup>②</sup>国际法院咨询意见的效力在很大程度上体现了其法律性质以及法院咨询管辖的司法效果。《联合国宪章》第96条和《国际法院规约》(以下称《规约》)第65条为国际法院的咨询管辖权提供了法律依据,但并未明确国际法院咨询意见的效力。<sup>③</sup>而《规约》第59条和第60条对法院判决的效力却做出了特别规定。<sup>④</sup>由这种条款设置可以推定,咨询意见只具有建议的效力,并无法律拘束力。理论上,咨询意见的这一性质使得国际法院在对同一法律争端做出判决时,无须受先前咨询意见的拘束。但在实践中,国际法院通常都沿袭了先前咨询意见,

---

<sup>①</sup> 美国学者桑斯坦提出的司法最低限度主义主张,法院在从事司法活动时只关注对解决特定争议确有必要的问题,尽量避免提出基础性的原则。参见[美]凯斯·R.桑斯坦:《就事论事:美国最高法院的司法最低限度主义》,泮伟江、周武译,北京大学出版社2007年版,第12-13、22-23页。然而在科索沃案中,民族自决权与分离权的区分是国际法院应当解决的实质性问题,国际法院的回避事实上构成了一种消极的司法克制,在这种司法中立的表象下仍然存在着法律与政治风险。

<sup>②</sup> 参见梁西原著主编、曾令良修订主编:《国际法》,武汉大学出版社2011年版,第404-406页。

<sup>③</sup> 《联合国宪章》第96条规定:“一、大会或安全理事会对于任何法律问题得请国际法院发表咨询意见。二、联合国其他机关及各种专门机关,对于其工作范围内之任何法律问题,得随时以大会之授权,请求国际法院发表咨询意见。”《规约》第65条第1款规定:“法院对于任何法律问题如经任何团体由联合国宪章授权而请求或依照联合国宪章而请求时,得发表咨询意见。”

<sup>④</sup> 《规约》第59条规定:“法院之裁判除对于当事国及本案外,无拘束力。”第60条规定:“法院之判决系属确定,不得上诉。判词之意义或范围发生争端时,经任何当事国之请求后,法院应予解释。”

并且在论证中并未对其与判决先例予以明确区分。<sup>①</sup>更为重要的是,咨询意见不具有法律拘束力在某种程度上成为国际法院据以“突破”国家同意原则的理据,针对“法律问题”而非“法律争端”的咨询功能也使其适用相较于判决而言具有更为普遍和灵活的可能。尽管如此,咨询管辖权仍然同诉讼管辖权一样是具有司法性质的管辖权。同时,根据《规约》第68条的规定,咨询管辖权的行使应参照诉讼程序进行。<sup>②</sup>与判决基本相同的司法程序和方法标准,使咨询意见在阐明法律时具有同判决类似的效果,由此形成的司法权威在事实上也深刻影响了国家的行为。在特定实践中,这种司法权威将进一步延伸并发展为有限的司法造法。

在法律效果上,从咨询请求的提出主体到具体情势中的相关国家,它们或通过决议等形式肯定了咨询意见中的法律阐明,或在国家实践中将咨询意见纳入行动考量之中。以上述有关民族自决原则的咨询意见为例,其中多数意见不仅在国际法规范层面促进了民族自决原则的发展,更是在实践层面获得了主权国家的广泛认可,并影响了相关当事国的国家行为。无论是由联合国大会还是由安理会提出咨询请求,在国际法院发表咨询意见后,它们都通过相应的决议对咨询意见中的法律阐明予以肯定。安理会在纳米比亚案后通过的第301(1971)号决议,联合国大会在西撒哈拉案后通过的第3458(XXX)号决议、在隔离墙案后通过的第59/179号决议、在查戈斯群岛案后通过的第73/295号决议等,均援引或赞同国际法院的咨询意见并敦促各相关当事国依其行事。这些决议的通过特别是其投票情况,在一定程度上体现了大多数国家对咨询意见的认可态度。<sup>③</sup>同时,就当事国而言,尽管纳米比亚案并未迅速解决西南非洲问题,但结合联合国后续的多项决议和安排,纳米比亚最终于1990年独立;毛里塔尼亚在西撒哈拉案后也宣布放弃其对西撒哈拉南部地区的主权要求。事实上,在国际组织法、条约法等众多国际法领域,国际法院咨询意见对国际法发展的作用已然不言而喻,<sup>④</sup>它在实践层面所达成的法律效果似乎显示出一种软法

<sup>①</sup> 如在纳米比亚案中,国际法院援引了其在1950年、1955年和1956年有关西南非洲问题的咨询意见,以及1962年的判决(初步反对意见)。See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, paras.45-86.

<sup>②</sup> 《规约》第68条规定,“法院执行关于咨询意见之职务时,并应参照本规约关于诉讼案件各条款之规定,但以法院认为该项条款可以适用之范围为限”。

<sup>③</sup> 安理会第301(1971)号决议以13:0的投票结果通过,大会第3458(XXX)[A]决议以88:0的投票结果通过,大会第59/179号决议以179:5的投票结果通过,大会第73/295号决议以116:6的投票结果通过。See United Nations, Voting Records of S/RES/307, A/RES/3458(XXX)[A], A/RES/59/179, and A/RES/73/295, <https://digitallibrary.un.org/search?ln=en&cc=Voting+Data>, visited on 30 April 2022.

<sup>④</sup> 参见曾令良:《国际法院的咨询管辖与现代国际法的发展》,《法学评论》1998年第1期,第3-8页。

的特征,并由此表现为特定领域内的造法或准造法性。

法国学者 Snyder 将软法界定为原则上不具有法律约束力但却有一定法律效果的行为规范。<sup>①</sup>这恰恰与咨询意见的性质和效力具有相似之处。从法的内涵出发,咨询意见的软法化构成其司法造法性的逻辑起点和现实体现。尽管咨询意见对国家行为的影响仍是有限的,但就现有实践来看,相关当事国甚至国际社会的其他国家往往不得不考虑咨询意见的司法权威及其本身的法律价值,这使咨询意见逐渐得以软法化。无论是法院判决还是咨询意见,自做出之时就构成了国际社会法律认识的一部分,其所蕴含的潜在法律价值也在无形地发挥作用。同判决一样,咨询意见也被纳入《规约》第 38 条的“司法判例”之中,国际法院在行使职权时并未对两者予以任何区分。<sup>②</sup>《规约》第 38 条被公认为国际法渊源的权威说明,<sup>③</sup>从开放性的视角出发,其第 1 款第 4 项中的“司法判例”可以被纳入动态的国际法渊源体系中。作为确定法律原则的补助资料,咨询意见对于习惯国际法的形成和发展、国际法规则的存在及其范围的证明等具有重要影响,它以专业共同体之辅助性渊源的形式构成国际软法的主要外延。<sup>④</sup>例如,法院在纳米比亚案和西撒哈拉案中对民族自决原则的阐明,发生于两个联合国人权公约<sup>⑤</sup>生效之前,在查戈斯群岛案中对该原则习惯国际法地位的确认也同样具有重要的法律意义。从实际效果出发,这些咨询意见对国际条约及习惯国际法的发展作用使其软法化特征愈发明显,也使其司法造法性不断得以强化。正因为如此,有学者指出:“咨询意见具有同判决一样的司法权威和调整国家行为的作用,它所缺乏的,只是法院规约有关它具有拘束力的规定这一‘橡皮图章’。”<sup>⑥</sup>

## (二) 大国政治框架下咨询意见司法属性的异化

尽管国际法院通过咨询意见事实上发展了国际法,从而形成了一定的司法造法效果,但在特定情形下,咨询意见的司法属性会受到国际政治特别是大国政治的影

<sup>①</sup> See Francis Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, 56 *The Modern Law Review* 32 (1993).

<sup>②</sup> See Alain Pellet, Article 38, in Andreas Zimmermann, *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford University Press 2012).

<sup>③</sup> See Malcolm N. Shaw, *International Law* 59 (Cambridge University Press 2021).

<sup>④</sup> 参见刘晶:《国际软法视域下的国际法渊源》,湖北人民出版社 2019 年版,第 17 页。

<sup>⑤</sup> 即《公民权利及政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》,分别于 1976 年 3 月 23 日和 1976 年 1 月 3 日生效。

<sup>⑥</sup> 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 124 页。



响,由此产生的政治异化构成国际法院咨询意见不确定性的主要原因。<sup>①</sup>大国政治常被认为是国际关系学中的概念,指大国通过国际社会的公共权力和外交博弈来追求权力和实现利益的治理方式,<sup>②</sup>其中,大国即是对国际体系及其行为规则塑造具有决定作用的国家。<sup>③</sup>事实上,基于国际社会的无政府状态和国际法的开放性,以大国政治为基础的国际实力均衡也是国际法得以运作的社会基础。<sup>④</sup>作为国际政治的主要方面,大国政治深刻影响了国际法的实施。而咨询意见的形成是国际司法实践的重要部分,也难免受到大国政治的影响。

就咨询意见形成的程序链而言,由咨询请求的提出到咨询管辖权的确定再到咨询程序的进行,大国政治可能存在于体现主权国家意志的各个环节。根据《联合国宪章》第 96 条的规定,大会、安理会以及经大会授权的其他机关和各种专门机构,均有权请求国际法院发表咨询意见。但就国际法院现有的咨询实践来看,过半数咨询案的请求主体都是大会,而安理会提出请求的仅有 1 起。<sup>⑤</sup>除去大会本身具有广泛职权这一因素外,这在很大程度上是由于许多提起咨询请求的决议草案并未在提请机关内审议通过甚至难以形成相关决议草案,导致其他提请机关实际提出咨询请求的案例较少。<sup>⑥</sup>特别是安理会在针对实质问题表决时的一票否决制,使得常任理事国可以阻止提起咨询请求的决议通过。常任理事国的一票否决权,其实就是大国一致原则的体现。而当其他主要机关或专门机构请求国际法院发表咨询意见时,在经组织宪章授权的提请机关内,拥有表决权的大国同样可能凭借其软硬实力在很大程

① 异化(alienation)的本意是指事物向与己相异的方面转化。参见《辞海》,上海辞书出版社 2009 年版,第 2716 页。所谓咨询意见的政治异化,即意味着咨询意见本身的司法属性因受到政治影响而发生异变,并显示出一定的政治性趋向。在特定情形下,消极的政治异化可能使咨询意见沦为追求国家利益的政治工具。

② 参见江河:《国家主权外在强化的法理逻辑:非歧视原则与普惠制的关联论》,《南大法学》2022 年第 5 期,第 12 页。

③ See Robert O. Keohane, Lilliputians' Dilemmas: Small States in International Politics, 23 International Organization 295-296 (1969). 转引自江河:《海洋争端的司法解决:以大国政治和小国政治的博弈为路径》,《社会科学辑刊》2019 年第 5 期,第 93 页。

④ See L. Oppenheim, International Law: A Treatise, Volume I, Peace 193 (Longmans Green and Co. 1912).

⑤ 从 1946 年至今,在国际法院受理的 27 项咨询请求中,由联合国大会提出的有 16 项,而经授权的 17 个专门机构中只有 4 个机构曾向国际法院提出咨询请求。See International Court of Justice, Advisory Proceedings, <https://www.icj-cij.org/en/advisory-proceedings>, visited on 2 May 2022.

⑥ 包括大会在内,申请机关对咨询申请决议的通过并非一帆风顺。例如,大会在其通过的第 A/RES/49/75K 号决议中请求国际法院对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表咨询意见,而该决议在表决程序中收到了 43 个反对票,是同一议程项目中赞成票数最少而反对票数最多的一项。这可能与该问题的高政治敏感度有关。See United Nations, Repertory of Practice of United Nations Organs, Art. 96 of Charter of the United Nations, <https://legal.un.org/repertory/art96.shtml>, visited on 2 May 2022.

度上影响咨询提请决议的通过与否。<sup>①</sup>

相较于咨询请求的提出,大国意志在咨询程序的进行过程中体现得更为明显,特别是在咨询意见的评议和表决阶段。当咨询请求被国际法院受理后,<sup>②</sup>咨询案将在书面和口述程序后进入评议阶段,而这时国际法院法官对最终做出的咨询意见起到了决定性作用。同诉讼程序一样,咨询案的评议和咨询意见的发表也由全体法官进行。根据《规约》,组成法院的15名法官由联合国大会和安理会分别选举产生,且安理会在投票时不论常任理事国和非常任理事国的区别,<sup>③</sup>但自国际法院成立以来,五大常任理事国一般各有一名法官当选。<sup>④</sup>法院的司法公正性和权威性要求各法官必须代表世界各大文化和主要法系,<sup>⑤</sup>且应作为独立法官而非代表国籍国政府行事,但事实上个人必然受到国籍国法律文化、观念与法律价值的影响,加之选举因素的主观推动,法官的中立性难以得到全然保障。<sup>⑥</sup>在科索沃案中,美国、法国、英国、德国等国的法官对科索沃单方面宣布独立不构成对国际法的违反这一结论投赞成票,<sup>⑦</sup>而上述各国不仅在科索沃宣布成为“独立主权国家”后当即做出承认,本身也均是北大西洋公约组织的成员国,曾对科索沃进行了所谓的“人道主义干涉”。就咨询意见的最终结果而言,并不能排除法官受到其本国法律传统或外交

① 例如,世界卫生组织在1980年通过了第WHA433.16号决议,请求国际法院就世界卫生组织与埃及所定协定的解释问题发表咨询意见,该决议草案由美国提出。在该案中,美国主张将世界卫生组织设立在埃及的区域办事处迁至约旦的提议是对该组织的一种政治干预,而约旦则指出美国所提决议草案不符合人道主义,使用了政治的而非法律主义的方法。最终由美国提出的决议草案以多数赞成票获得通过。See World Health Organization, A33/B/Conf.Paper No.8, and WHA33/1980/REC/2, pp. 310-311.

② 实践中,国际法院对于咨询申请的态度较为积极,目前仅以缺乏管辖权为由拒绝了1项咨询申请。See *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

③ 《规约》第10条第2款规定:“安全理事会之投票,或为法官之选举或为第十二条所称联席会议人员之指派,应不论安全理事会常任理事国及非常任理事国之区别。”

④ 在五大常任理事国中,美国、俄罗斯和法国一直有国际法官席位,中国在1967年至1985年间未有法官参选,英国自2018年起首度丧失法官席位,并被指为因脱欧在国际关系中影响力下降的表现。See Christine Gray, *The 2017 Judicial Activity of the International Court of Justice*, 112 *American Journal of International Law* 254 (2018).

⑤ 《规约》第9条规定:“每次选举时,选举人不独应注意被选人必须各具必要资格,并应注意务使法官全体确能代表世界各大文化及各主要法系。”

⑥ 不论如何坚守司法公正,法官都不可能脱离其个人经验与客观的法律和政治文化。See Daniel, *et al.*, *The International Judge: An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases* 209 (Brandeis University Press 2007).

⑦ See *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2010, para.23. 其中,美国在大会对咨询提请决议进行表决时投反对票。See General Assembly of the United Nations, *Voting Records of Resolution A/RES/63/3*, <https://digitallibrary.un.org/record/639475?ln=en>, visited on 3 May 2022.

政策之影响的可能。<sup>①</sup>结合该案所涉的国际政治问题,可以说国际法院的咨询意见不但反映了大国政治的现实,也在一定程度上加深了主权国家对国际法院司法独立的忧虑。<sup>②</sup>

无论是咨询意见的提出机构还是国际法院本身,任何决策都遵守相应的程序规则。主权国家的意志经由协调,或者说博弈与妥协,最终通过组织内部的决策机制得以体现,而大国则可能凭借已有的组织机制、通过影响甚至主导程序运行而控制最终的决策结果。在某种程度上,国际法的实效取决于大国政治,<sup>③</sup>国际法治的发展与国际社会中大国的法律价值密切相关。而就国际法院的司法实践而言,大国政治的消极面向似乎对咨询意见的司法公正性和权威性造成了一定的威胁。<sup>④</sup>由大会提出的多项涉及非殖民化的咨询请求可以看出,占会员国绝大多数的发展中国家在联合国议题设置中仍发挥了重要作用。国际法院本身也积极通过咨询管辖权的行使推动了国际法的发展和司法实践。但当相关情势涉及特定大国所关注的重要利益特别是领土主权,而该大国的法律价值与国际法治相背离时,国际法院咨询管辖及咨询意见的司法属性很可能会受到大国政治的挑战,其司法公正性和权威性随即转向一种不确定性。<sup>⑤</sup>也许科索沃案中对“合法性”问题的回避已是国际法院最后的坚持,但事实上这一咨询意见仍对其本身的司法权威和国际秩序产生了消极影响。

### 三、国际法院咨询管辖困境的理论反思与中国视角

在特定情形下,国际法院的司法实践与中国的国家利益息息相关。当关涉影响国家安全的高政治事项特别是领土主权、民族自决等问题时,咨询意见司法属性向政治的消极异化就可能使之成为他国干涉中国内政或诋毁中国形象的工具,这也是中国必须面对的现实问题。国际法的开放性与大国政治的影响构成了国际法院咨询意见政治异化的根本原因,却也揭示了化解其消极异化困境的基本路径。

---

① 事实上,在进入该咨询程序前,15个法官国籍国中有9个国家均对科索沃独立予以了承认,除塞拉利昂外,其余8国法官均投出赞成票,目前塞拉利昂已撤回其承认。

② 参见杨泽伟:《国际法院的司法独立:困境与变革》,《外交评论》2012年第2期,第135-137页。

③ 参见江河:《从大国政治到国际法治:以国际软法为视角》,《政法论坛》2020年第1期,第54-58页。

④ 参见何志鹏:《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》,《法商研究》2010年第6期,第55-62页。

⑤ 在科索沃案中,由于判定科索沃单方面宣布独立不违反国际法,其结果在事实上一定程度地导向了塞尔维亚领土主权的减损,究其根源,即在于这关系到以美国为首的北大西洋组织的战略发展利益。以实现自身利益最大化为最高法律价值,美国等西方国家所谓的“人道主义干预”以及对该咨询案的推波助澜显然实质地违背了国际法治精神。

从中国视角出发,有效应对国际法院的咨询管辖困境,运用国际法院的咨询程序对于中国参与或影响国际司法实践意义重大,有利于维护自身合法权益并推动国际法治建设。

### (一)国际法院咨询意见消极异化的消解逻辑

就国际法院的咨询管辖而言,大国政治构成了咨询意见政治异化的现实原因,而国际法的开放性则是导致这一困境的法理根源。无论是从本体论还是从运行论出发,国际法的开放性都体现于国际法院咨询管辖权的行使过程中,<sup>①</sup>而这恰恰也指明了避免咨询意见向政治消极异化的逻辑思路。国际法的开放性只是一种基于国际法法理的客观特征,而国际法的实效及发展趋势则取决于其开放的对象,主要是大国政治中大国的主观价值倾向。具体到国际法院咨询管辖权的行使,大国政治也并非必然削弱或侵蚀其司法权威性。事实上,基于不同的法律文化与外交理念,大国政治具有不同的潜在表现形态:消极的霸权政治倾向、积极的负责任大国政治面向。国际法的“工具主义”<sup>②</sup>和极端的国家利益至上观念可能促使某些大国背离国际法治,对国际法规范采取选择性适用和遵守的实用主义,在特定情形下甚至违背国际法的基本原则损害他国合法权益,这种语境下大国政治便具有了强权政治乃至霸权政治的倾向。<sup>③</sup>在这种情形下,大国政治与国际法治处于对立状态。而在国际法框架下追求国家利益与国际公共利益的有机统一,将推动大国在维护自身利益的同时为国际社会提供公共产品,这种负责任大国主导的大国政治将有益于国际法治建设。由此,大国政治与国际法治之间便形成了良性互动。沿着国际政治的历史发展逻辑,霸权政治必然为大国政治所取代,并随着国际关系的民主化而转向民主政治,

---

① 法哲学的运行论范畴是对法的运行和操作(从法的制定到实现)的各个环节的认识和概括;本体论范畴则是对法的存在及其本质的认识和概括。参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第13-14页。就运行论而言,从咨询请求的提出到咨询程序的进行,国际法院行使咨询管辖权的各环节都体现出国际法对国际政治特别是大国政治的开放。而法的本体论以法的现象为基础,在实然意义上,法律是法的现象的外化形式,实证化的法的本体也可以理解为法律的渊源。作为国际法院行使其咨询管辖权的结果,咨询意见不仅构成《规约》确定法律原则之补助资料,也是动态的国际法渊源体系的组成部分,体现了国际法本体的开放性。

② 在法律工具主义下,法律只是一个实现目标的工具,其对法治的理解是形式主义的,因而丧失了内在正义,而法官在裁判活动中对既定目的的追求又将与法治产生直接冲突,这种规则约束和目的导向间的对立将造成对合法性的威胁。参见[美]布赖恩·Z.塔玛纳哈:《法律工具主义:对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第183、308、319-321页。

③ 例如,基于“美国优先”的外交政策,美国先后退出《伊朗核协议》《中导条约》等旨在维护国际和平与安全的国际条约,以及联合国教科文组织等国际组织,其系列“退群”行为在不同程度上削弱了国际法的实效,是一种霸权主义和强权政治的实践。

它将决定国际法治的实现状态。<sup>①</sup>

在很长一段历史时期内,大国政治有效地维护了国际法的秩序价值,也即国际和平与安全,这在《联合国宪章》有关安理会组织结构、职权和投票的规定及其实践中得以充分体现。<sup>②</sup>但客观的实力悬殊和约束机制缺位,仍然使特定大国存在凭借实力操纵或违背国际法的可能。<sup>③</sup>特别是近年来以美国为首的西方大国供给国际公共产品的意愿降低,为避免沦入“金德尔伯格陷阱”<sup>④</sup>,国际关系和国际事务急需负责任大国参与协调,国际司法领域亦是如此。理论上,负责任大国应至少具备两个要件:强大的综合实力,包括物质性实力和非物质性实力;维持国际秩序及提供国际公共产品的意愿和行动。由此,负责任大国本质上体现出一种权责统一理念,与义利兼顾的正确义利观相一致。<sup>⑤</sup>涵盖法治在内的价值观念是塑造一国软实力的核心,同时,法治不仅是负责任大国参与国际事务的重要手段,<sup>⑥</sup>提供司法公共产品也构成负责任大国之正确义利观的具体体现。在国际司法实践中,负责任大国的立场和负责任担当有利于缓解国际法院的咨询管辖困境。

在某种意义上,国际法院咨询意见向政治的消极异化源于大国政治与国际法治之间的潜在冲突,而大国责任的实践将促进两者的良性互动,从而在国际政治的法治化中化解这一困境。通过超越国家中心主义的大国意识与责任担当,大国政治对国际法院咨询管辖的消极影响将在很大程度上得以避免,国际法院咨询意见的司法权威也得以保障和强化。因此,在国际法院咨询程序的各个环节,负责任大国都应当坚决尊重和遵守国际法治精神,维护国际法院咨询管辖的司法公正与法治权威。

---

① 霸权政治是强权政治的一种极端形态,它在近代以来的国际体系中已丧失了合法性。而大国政治可能在特定情形下演变为霸权政治。尽管如此,在国际关系发展的特定历史阶段,大国政治具有对抗霸权主义的历史进步性,是对霸权政治的超越。参见江河:《中国外交软实力的强化:以国际法的基本范畴为路径》,《东方法学》2019年第2期,第54-57页。

② See Russell S. Sobel, *The League of Nations Covenant and the United Nations Charter: An Analysis of Two International Constitutions*, 5 *Constitutional Political Economy* 173-192 (1994).

③ 较为典型的,美国就曾以联合国安理会决议为借口,在未经安理会授权的情况下对伊拉克进行了“先发制人”的武装打击。

④ 美国经济学家查尔斯·金德尔伯格通过研究20世纪30年代世界经济危机指出,国际体系的和平与稳定主要取决于霸权国和崛起大国提供国际公共产品的能力和意愿。据此,约瑟夫·奈提出“金德尔伯格陷阱”这一概念。See Charles P. Kindleberger, *The World in Depression 1929-1939* (University of California Press 1973). Joseph S. Nye, *The Kindleberger Trap*, <https://www.belfercenter.org/publication/kindleberger-trap>, visited on 5 October 2022.

⑤ 参见王毅:《坚持正确义利观 积极发挥负责任大国作用——深刻领会习近平同志关于外交工作的重要讲话精神》,《人民日报》2013年9月10日,第7版。

⑥ “以负责任大国参与国际事务,必须善于运用法治。”习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第225页。

具体而言,可从三个层面予以实现:首先,承担大国责任,通过自身法治理念与价值追求引领国际法治建设与变革。法治话语权是衡量一国国际话语权的核心理念与价值追求,①它构成负责任大国发挥大国作用的重要方面。在咨询意见提请程序与法院咨询实践中,在适用相关国际法规则时,负责任大国应主动参与并合理运用其话语权与法律文化软实力,以咨询事项的性质及相关意见的法律正当性为主要考量因素。其次,联合广大发展中国家,在国际关系的民主化与法治化进程中实现国际法院咨询管辖的公正与权威。②发展中国家不仅在经济发展水平上处于弱势地位,也大多缺乏独立的政治话语权,但是,发展中国家在国际事务中的整体力量不容小觑,在国际司法实践中,它们的利益诉求也更具有代表性,民族自决原则的历史沿革便是典型例证。在相关咨询提请决议特别是联合国大会决议的通过程序中,众多发展中国家都发挥了重要作用,它们对国际司法特别是国际法院咨询程序的信任、支持和参与,都将有益于国际法院咨询意见司法权威的建立和强化。③最后,秉持负责任大国的正确义利观,在国际法院咨询管辖中实现国家利益与国际公共利益的平衡与协调。对国家利益的界定和实现方式关涉一国对外政策立场、原则和价值观,国际法院关于民族自决原则咨询意见的不确定性便是国家利益与国际公共利益冲突的体现。国家利益的国际协调是解决冲突的基础,国家利益与国际公共利益的相容性越高,也就具有越强的正当性。负责任大国的正确义利观统筹了国家利益与国际公共利益,④其正当性充分体现于在国际司法中坚持和维护公平与正义。具体到国际法院的咨询程序,对国家利益的追求必须在国际法治框架下实现,只有充分体现国际公共利益的公正的国际司法体制才能促进国际法治发展。

## (二)国际法院咨询程序的中国立场与实践进路

在国际法实践中,中国应正确认识咨询意见的法律价值与效果,积极发挥负责任大国的作用,在维护自身合法权益的同时推动国际法治的进一步发展。

### 1.拓展中国参与国际司法的路径选择

在两次世界大战后,和平解决国际争端原则的确立和大量国际法文件的形成,

---

① 参见王彬:《国际议程设置:全球化背景下的法律对话》,《理论视野》2015年第3期,第18-20页。

② 主权国家无论大小一律平等,是国际社会民主化的必然要求;实现各国权利、义务和责任的统一,也是国际关系法治化的应有之义。无论是从大多数的平等地位还是不公平的权利义务关系出发,发展中国家都是国际关系民主化和法治化进程中的关键主体。

③ 发展中国家对国际司法程序及国际法的发展都具有重要作用,其国际地位的提高使国际司法的代表性和公正性得以加强。参见赵海峰:《论国际司法程序的发展及其对国际法的影响》,《当代法学》2011年第1期,第132-138页。

④ 参见吴志成、李佳轩:《习近平外交思想中的正确义利观》,《国际问题研究》2021年第3期,第23-46、136-137页。

使得国际争端的解决逐渐法治化。随着各领域国际司法机构的不断扩散及其强制性和受案率的不断提升,现当代国际争端的解决机制呈现出较为明显的司法化倾向,<sup>①</sup>其中以《联合国海洋法公约》的强制性争端解决机制以及 WTO 的争端解决机制最为典型。中国在对外交往实践中一贯积极倡导和平解决国际争端,但基于儒家法律文化中的厌讼思想以及国际法体系中西方中心主义的客观现实,中国往往致力于通过外交谈判以协商方式解决国际争端,而对仲裁与司法解决等法律方法较为谨慎。就国家权益的维护而言,在继续秉持通过谈判协商解决争议的基本原则之上,中国应当正确认识国际争端解决机制的司法化倾向,逐渐实现由国际司法的观望者到实践参与者再到制度构建者的身份转变。

国际法院是国际司法体系中的先行者和模范者,其司法实践对于国际争端的和平解决以及国际法的阐明和发展都发挥了重要作用,构成了主权国家及国际组织参与国际司法的主要方面。国际法院的司法职能主要是通过诉讼管辖权和咨询管辖权的行使实现的。相较于诉讼程序,国际法院的咨询程序及其做出的咨询意见具有更为独特的法律意义。在咨询程序中,并不存在所谓争端的当事国。因为咨询管辖针对的是“任何法律问题”而非“法律争端”,并且咨询意见的发表对象是联合国主要机关和各专门机构,这在理论上使国际法院在行使咨询管辖权时不受“当事国同意原则”的限制。更为重要的是,咨询请求的提出无须获得各国一致同意,咨询程序也由此具有了成为诉讼程序之替代方案的可能。正如曾任国际法院院长的史久镛法官所言:“同法院的判决一样,咨询意见使得法院得以发展其法律理念并对国际法的发展作出贡献。此外,这一无拘束力的‘司法’程序可使法院提供权威的法律意见,同时又允许当事方在咨询意见的履行中享有灵活性。”<sup>②</sup>在此基础上,无论程度如何,咨询意见在软法化过程中显示出的司法造法性无疑使其成为国际法实质渊源的重要预备库,它不仅构成参与国际司法制度构建的重要途径,更将对国际法原则和规则的形成和发展产生深远影响。

在国际争端解决机制不断呈现司法化倾向的背景下,中国应当重视国际法院咨询意见的重要法律价值与法律效果,通过参与国际法院的咨询程序来从事国际司法活动和构建国际司法制度。就咨询程序的参与而言,主权国家和国际组织有权在受邀提供相关信息时出庭,未经通知的国家也可主动表明意愿并在国际法院同意后出庭。<sup>③</sup>这就意味着无论是否与咨询请求所涉情势直接相关,一国都可以作为“法庭之

<sup>①</sup> 参见王林彬:《试析国际争端解决之司法化倾向》,《新疆大学学报(哲学·人文社会科学版)》2010年第1期,第34页。

<sup>②</sup> 史久镛:《国际法院的咨询职能》,《中国国际法年刊(2004年)》,第12页。转引自张乃根:《国际法原理》,复旦大学出版社2012年版,第460页。

<sup>③</sup> 参见《规约》第66条。

友”,在必要时以提供信息的方式参与国际法院的咨询程序。事实上,中国在科索沃案中首次提交了书面意见并参与了口头陈述程序,这一行为已然具有里程碑意义。但该书面陈述较之其他国家提交的内容篇幅较为有限,未能系统而深入地分析其关心的国家主权与领土完整、民族自决权与分离权之区别等问题。<sup>①</sup>而在新近的查戈斯群岛案中,中国再次参与咨询程序的情况显然有了较大改善。<sup>②</sup>此外,作为形成咨询意见的主体,法官在咨询程序及其法律效果的实现中也具有重要作用。对于未被完整采纳的法官意见,无论是个别意见还是异议意见,其法律推理与阐明在某种程度上都是具有法律价值的权威观点。尽管法官是独立的,但其适用于法律推理中的法律思维和价值判断,无不源自法官国籍国的法律文化之中。在这种意义上,中国的法律文化和法律价值也可以借由咨询意见传达至国际社会,从而通过司法实践产生一定的国际影响。

## 2.推动实现国际法治与维护国家权益的衡平

国际法院咨询意见的不确定性表明国际法治的发展仍面临挑战,但同时它也为中国通过国际法院的咨询程序推动国际法治和维护国家权益预示了有益的路径。

作为和平发展的大国,中国可以并且应当通过负责任的大国政治缓解国际法院的咨询管辖困境。相较于传统大国美国而言,中国在外交政策与国际法实践中的价值观念更具有包容性,它蕴含了对国际公共利益和人类社会发展的关切,这是大国政治与国际法治形成良性互动所必要的价值前提。例如,中国提出的和平共处五项原则、人类命运共同体理念等,已然融入国际法原则体系或构成其价值渊源,它们都是中国基于负责任大国的身份为国际法发展做出的贡献。在国际司法实践中,中国应当充分发挥主观能动性,并在各类有关国际社会重大利益的核心议题中积极参与联合国大会和国际法院相关的咨询程序,将具有中国特色的国际法治思想和理论融入国际司法实践之中。另一方面,基于咨询意见的软法化及司法造法性,中国更应把握这一强化自身国际“造法”能力的重要路径,在推动国际法治发展的同时更好地保障甚至为自身创设权利。

作为最大的发展中国家,中国可以在国际法实践中向广大发展中国家寻求合作。中国与广大发展中国家在政治及经济利益等方面具有较高的契合度,并保持了长久的合作传统和友好关系,这有利于中国在涉及共同关切事项时,以对话合作为基础向广大发展中国家寻求战略协同。基于国家主权原则,发展中国家在国际法层

---

<sup>①</sup> See International Court of Justice, Written Statement of the People's Republic of China to the International Court of Justice on the Issue of Kosovo, Adopted on 17 April 2009, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/141/15611.pdf>, visited on 20 November 2022.

<sup>②</sup> See International Court of Justice, Written Statement of the People's Republic of China, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (Request for Advisory Opinion), Adopted on 1 March 2018, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20180301-WRI-03-00-EN.pdf>, visited on 20 November 2022.



面与西方传统大国具有平等的法律地位,经其推动进入咨询程序的法律问题尽管尚未触及颠覆国际政治经济秩序的根本议题,但往往反映了国际社会的大多数所关注的重要事项。<sup>①</sup>因此,中国应当强化自身话语权和在联合国大会中的议题设置能力,就广大发展中国家共同关切的事项提出法律问题,并在国际司法实践中联合广大发展中国家共同维护自身国际法权益。同时,作为安理会五大常任理事国中唯一的发展中国家,中国也更应从发展中国家的立场出发做出法律决策。

同时,中国应积极掌握参与国际法院咨询程序的主动权。首先,对于涉及中国国家主权与领土完整等核心利益的国际争端,中国应当在咨询请求尚未做出时坚持通过外交谈判以协商方式予以和平解决,并在他国妄图将其进行司法包装时,通过对相关组织议题及决策控制而将其遏止于咨询请求阶段。而就已进入咨询程序的相关情势而言:一方面,在涉他国非殖民化背景下民族自决的相关咨询程序中,中国应当协助国际法院厘清各国际法概念与原则的基本内涵与适用范围;另一方面,对于涉及中国核心利益的法律问题,中国应当在咨询程序中充分主张权益的国际法依据,并在书面及口头程序中指出国际法院咨询管辖的司法适当性问题,从而通过政治问题的抗辩来解决咨询管辖中当事国同意之难题,在不违背司法公正和国际法治的同时,维护自身的合法权益。

### 结语

作为联合国的主要司法机关,国际法院在国际司法实践中具有主导地位,其司法职能的行使对于国际争端的和平解决以及国际法的阐明和发展都具有极为重要的意义。尽管国际法院的咨询意见并无法律拘束力,但其司法权威和本身的法律价值深刻影响了各主权国家的国际法实践。然而,在特定情形下,国际法院咨询管辖权的行使受到大国政治的挑战,这导致了法院咨询意见的司法属性与政治权力的冲突。尽管如此,大国政治亦具有两面性,霸权国或负责任大国的定性将取决于大国本身在外交实践中的价值取向。面对国际争端解决机制的司法化倾向和国际法院咨询管辖中的现实困境,中国应当继续秉承负责任大国的态度,积极维护以联合国为核心的国际体系和以国际法为基础的国际秩序,通过积极参与国际法院咨询程序来拓展自身参与国际司法的路径,在保障自身合法权益的同时,引领国际软法的发展,通过外交软实力推动大国政治与国际法治的良性互动。

---

<sup>①</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 168 页。

## **The Judicial Lawmaking Nature and Political Alienation of the Advisory Opinion of the International Court of Justice: Taking the Advisory Opinions on Self-Determination of Peoples as an Example**

**Abstract:** The International Court of Justice is an authoritative institution to identify and interpret international law. Its advisory opinions have a positive impact on the development of the principle of self-determination of peoples. However, when dealing with the potential conflict between the principle of self-determination of peoples and the principle of national sovereignty, the legal interpretation of the advisory opinion reflects uncertainty, which to some extent further affects the practice of national sovereignty. This uncertainty is a manifestation of the inherent legal and political logic in the advisory opinions of the International Court of Justice. The advisory opinions of the International Court of Justice are not legally binding in principle, but in fact their judicial attributes and legal authority not only affect the state practices, but also further promote the development of international law, thus showing a certain degree of judicial legislating nature. However, under certain circumstances, the politics of great powers erode the international judicial justice by manipulating the request for advisory opinions, the composition of international judges and the exercise of the court's advisory jurisdiction, causing the advisory opinions system to alienate negatively. This is reflected in the cases involving self-determination and national sovereignty. As a peaceful developing country, China should correctly understand the soft law nature of the advisory opinions of the International Court of Justice and their significance to the development of international law, and make full use of the advisory procedure of the International Court of Justice to further promote the international rule of law and protect our own legitimate rights and interests.

**Key words:** International Court of Justice; advisory opinion; self-determination of peoples; judicial lawmaking; balanced politics among great powers

(责任编辑:石磊)