

国际争端的政治性与法律解决方法

徐崇利

内容提要 传统现实主义国际关系理论将国际争端区分为“政治性争端”和“法律性争端”，旨在证明“政治性争端”的非裁判性。一旦“政治性争端”突破国家同意的过滤网进入国际裁判领域，不得不采用法律方法解决，裁判者参循国际政治逻辑，审慎司法，以便为日后此类争端的政治解决(外交解决)留出法律上的空间。对于国际争端的解决，中国虽未使用“法律性”和“政治性”的术语作简约的类型化区分，但实际上恪守“政治性争端”的非裁判性本义及其引申原理。中菲南海争端构成一起典型的“政治性争端”，对于该案菲律宾的诉求和临时仲裁庭的裁决，不但需从法律上证明其枉法性，而且要从国际政治上揭示其离经叛道的本质。

关键词 国际法 国际法治 现实主义 政治性争端
非裁判性 中菲南海仲裁案

传统理想主义国际关系理论笃信一切国际争端都可通过法律方法(国际司法或仲裁方式,下文合称“国际裁判方式”)解决;而实证主义国际法学者通

* 徐崇利:厦门大学法学院国际法学教授。(邮编:361005)

** 本文系笔者主持的2012年国家社科基金重点项目“软硬实力与中国对国际法的影响及相应对策研究”(项目编号:12AFX015)最终研究成果的一部分。感谢《国际政治研究》匿名审读专家的意见和建议,文责自负。

常也会自觉或不自觉地为,凡诉诸国际司法或仲裁机构(下文合称“国际裁判机构”)裁判的争端,均为法律争端,法官或仲裁员应基于同样的裁判理念加以审理。

恰恰相反,传统现实主义国际关系理论坚称国际争端可区别为两类,即“政治性争端”和“法律性争端”。那么,何为“政治性争端”和“法律性争端”,此处首先应该明确的是,对于这两类国际争端,可从不同的角度加以具体区分,本文拟采用的是法国现实主义理论大师雷蒙·阿隆的概括性提法:“政治性争端”指的是被当事国及其他相关国家认为事关其根本利益(vital interest)的争议问题,^①另类的“法律性争端”则不涉及国家的根本利益。传统现实主义学者对国际争端作此分类的根本目的是为了区别对待这两类争端;具言之,他们认定,只有“法律性争端”可交由国际裁判机构审理,因为其无关当事国的根本利益;相反,事关国家根本利益的“政治性争端”具有法律上的“非裁判性”(non-justiciability),^②不能诉诸国际裁判方式,至多适用政治解决方法或者外交解决方法(包括谈判、调解、斡旋等方式)。

需要指出的是,传统现实主义主张存在“政治性争端”及其非裁判性,并非意在表明此类争端与法律无关。事实上,对于“政治性争端”,各国总能以法律诉讼的形式将其表现出来,只不过此类争端关涉国家的根本利益,政治敏感性高,因此,不宜通过法律性方法暨国际裁判方式加以解决。与此相对,另类的“法律性争端”也不是与政治毫不相干,可以说,任何争端的解决或多或少都会在国际社会产生政治影响,只不过因“法律性争端”与国家根本利益无涉,政治敏感性低,可交由作为第三方的国际裁判机构解决而已。

然而,从当今国际争端解决的实践来看,传统现实主义关于“政治性争端”非裁判性的应然原理与实然现状并非绝对相合。实际上,国际裁判机构受理的并不全都是“法律性争端”,在有关因素作用下,一些“政治性争端”仍会最终进入了国际裁判领域。就此,仍可将传统现实主义有关“政治性争端”的原理加以引申,以便证成:对于这些国际裁判机构实际受理的“政治性争端”,法官或仲裁员应尽量参循国际政治逻辑,审慎加以对待。唯有如此,方能取得良性的裁判效果。中国对国际争端解决方式的基本选择,也体现了对“政治性争端”与“法律性争端”的区别对待,以及因循传统现实主义“政治性争端”的非裁

^① R. Aron, *Peace and War: A Theory of International Relations*, Krieger Publishing Company, 1981, p. 724.

^② 此处的“非裁判性”是指根据国际争端的性质,不适合通过国际司法或国际仲裁方式解决。

判性原理,坚守此类争端应通过外交或政治方法中的协商谈判而不是国际裁判方式来解决。迄今为止,最为严重违反非裁判性原理的涉华“政治性争端”当属菲律宾提起的南海仲裁案及临时仲裁庭的裁决。当然,本文的研究无意将源自西方传统现实主义的“政治性争端”非裁判性原理奉为圭臬,也不是从国际关系理论的古纸堆中寻找过时的理论,其意在表明,对于像南海争端这样的典型“政治性争端”,可援用传统现实主义的非裁判原理为中国国际法学者在与西方国际法学者进行的“法律战”中增添一股助攻的学术力量——即使以“你们”西方的国际关系理论,同样可以证明“你们”认定的法律上正确的案件完全背离了国际政治的逻辑,起到一种“以子之矛,攻子之盾”的理论效用。另外,纯就学术研究而言,国内学界对南海争端的研究,国际关系学者和国际法学者基本上是“各说各话”,缺乏真正的学科交叉融合。鉴于此,本文的研究目的不仅仅是针对南海争端,而是意在更加广泛的范围内,为国内这两大学科开展深度的跨学科研究提供一个或有启发意义的样本。

一、“政治性争端”解决原理的本义： 非裁判性理论的缘起与验证

传统现实主义国际关系理论有关“政治性争端”原理的本义是此类争端的非裁判性理论,其源于两次世界大战之间传统现实主义对理想主义的批判,长期以来,得到了国际争端实践的有效验证。

(一) 第二次世界大战之前“政治性争端”非裁判性的理论与实践

回溯历史,兴盛于第一次世界大战后的传统理想主义国际关系理论对国际法治顶礼膜拜,主张只要是国际争端均可通过强制性国际裁判方式加以解决,由此便可避免战争,实现世界的永久和平。当时,在理想主义者中流行的一句口号是“用仲裁解决一切争端”,包括一些著名的国际法学者如英国国际法学界泰斗劳特派特也认为,对所有的国际争端实行强制性仲裁是“维护和平不可或缺的正常机制”。^①然而,以当时国际争端解决的历史观之,相关的国际条约并未完全兑现理想主义者“乌托邦式”的愿景。

^① S. H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford Press, 1933, p. 438.

典型的例证是,1910年,海牙常设仲裁法院依约设立之后,门可罗雀。在理想主义代表人物、时任美国总统威尔逊著名的“十四点计划”的推动下,通过裁判方式解决国际争端的制度设计再次升级,1922年,在国际联盟体系内,正式成立常设国际法院。根据对1919年《国际联盟盟约》第13条、1920年《常设国际法院规约》第36条,以及后续《洛迦诺条约》有关规定的解释,当时西方学界形成的一种观点是,可将国际争端区分为“法律权益冲突”和“利益冲突”,前者可由常设国际法院管辖,后者不能诉诸国际司法方式解决。这种将“政治性争端”(“利益冲突”)拒之于常设国际法院大门之外的做法,备受当时理想主义学派的诟病。但反观常设国际法院的司法实践,其在存续期间,以强制性判决方式总共处理了20起案件,但无一为“政治性争端”;在提供的27项无法律拘束力的咨询意见中,也唯有一起争端可称之为“政治性”的,而仅有的“此次征求咨询意见使国际常设法院陷入混乱,导致这一司法机构历史上最大的一次思想崩溃”。^①

与理想主义学派针锋相对,传统现实主义国际关系理论坚持“政治性争端”与“法律性争端”的区分,以及“政治性争端”的国际非裁判性原理。诸如,近代现实主义学派先驱爱德华·卡尔在其1939年出版的《20年危机(1919—1939):国际关系研究导论》中,专辟一章(第12章)讨论有关“政治性争端”与“法律性争端”问题。在该章的结尾处,卡尔总结道:对于“政治性争端”,“第一步就是走出仲裁和司法程序的死胡同,因为在这条死胡同里根本无法找到解决问题的办法。只有迈出了这一步,我们才能放手寻找其他解决问题的方法,或许能够发现比较切实可行的途径”。^② 被誉为传统现实主义学派“教父”的汉斯·摩根索年轻时在德国接受法学教育,他于1929年完成的国际法博士学位论文即以《国际司法功能的特性和局限》(德文)为题,讨论的正是“政治性争端”与“法律性争端”的主题。^③ 该文的基本观点后被吸收至其1948年首次出版的《国家间政治:权力斗争与和平》一书的第25章。在该章中,摩根索断言,“我们得出一个结论:政治争端——与紧张状态有关并因此关系到两国之间整

① [美]汉斯·摩根索:《国家间政治:权力斗争与和平》(第七版),肯尼斯·汤普森、戴维·克林顿修订,徐昕、郝望、李保平译,北京大学出版社2006年版,第475—476页。1926年,中国宣布废除西方列强强加的平等条约,比利时认为其与清政府签订的通商条约继续有效,进而向常设国际法院起诉中国,当时的国民政府拒绝出庭。这是常设国际法院时期唯一的涉华案件。

② [英]爱德华·卡尔:《20年危机(1919—1939):国际关系研究导论》,秦亚青译,北京:世界知识出版社2005年版,第187页。

③ O. Jütersonke, *Morgenthau, Law, and Realism*, Cambridge University Press, 2010.

体的权力分配的争端——不能通过司法途径解决”。^①

除去各种对具体原因的分析,究其根本,传统现实主义者认为,“政治性争端”之所以不具有裁判性的主要理由是,各国显然不会愿意将关乎本国根本利益问题的决定权交由第三方掌控。国际社会处于“无政府状态”,对于国际法规则往往各有各的解释,呈“碎片化”状态,法官和仲裁员亦是如此,缺乏统一的司法理念,当事国对案件的胜败事先难以预见。缘此,对当事国来说,将争端提交国际裁判解决,遂使自己成了一个“利益攸关者”(stakeholder),其寓意就是进入了一场赌局:如果是下注不大的“法律性争端”,哪怕赌输了,因无关本国的根本利益,当事国可以做到愿赌服输;但是,对于“政治性争端”的国际裁判,当事国参与的则是一场豪赌,即使有很大的胜算,但万一赌输,将损及本国的根本利益,面对的很可能是一个输不起的结局。易言之,“政治性争端”的非裁判性,实乃应因现实主义“无政府状态”下国家应依靠自助的必有逻辑,也是国家须对本国国民安全和福利负责的题中应有之义。

(二) 第二次世界大战后“政治性争端”非裁判性的理论与实践

到冷战时期,新现实主义国际关系理论占据主导地位。但是,对于“政治性争端”问题,新现实主义实际上并未继续予关注,析其原因可能在于:传统现实主义已经完成了对理想主义的批判,包括后者主张的一切国际争端皆具有裁判性的观点。因此,对理想主义这样的观点,后来的新现实主义已无须再大加笔伐。

虽然新现实主义未再关注“政治性争端”的非国际裁判性问题,但与传统现实主义一脉相承,新现实主义认定国际权力结构是国际政治的根本,国际法在国际政治中所起的作用充其量不过是边缘性的,进攻现实主义领军者约翰·米尔斯海默甚至将包括国际法在内的国际机制概视为一种国家间的“虚假承诺”。^②以新现实主义对国际法的认知推演,该说与传统现实主义的观点应无二致,同样反对“政治性争端”的裁判性。

冷战结束后,在西方自由主义理念主导下,国际裁判机制进入扩张期。诸如,国际海洋法法庭、国际刑事法院等先后成立;世界贸易组织(WTO)引入强制性争端解决机制,国际投资争端仲裁机制也得到强化,等等。与此相对应,

^① [美]汉斯·摩根索:《国家间政治:权力斗争与和平》(第七版),第475页。

^② J. Mearsheimer, “The False Promise of International Institutions,” *International Security*, Vol.19, No.3, 1994/1995, pp. 5-49.

在国际关系理论中,与新现实主义相抗衡的新自由制度主义开始兴起。该学派主张应关注国际关系的法制化趋势,而判断国际关系法制化程度的三要素是规则的“义务性”(obligation)、“确定性”(precision)和“授权性”(delegation)。其中的“授权性”就包括国际裁判机构作为独立的第三方有权管辖国际争端,并在争端解决过程中有权解释、适用规则,甚至进一步制订规则。^①

然而,传统现实主义有关“政治性争端”非裁判性原理在冷战之后的国际争端解决实践并未失效。众所周知,新自由制度主义国际关系理论的重心系于“低度政治”领域,而“高度政治”是现实主义的传统领地。因此,对处于“高度政治”领域的那些“政治性争端”,现实主义的分析自当更具比较优势。即便是那些发生在“低度政治”领域的国际争端,其中依然包括一些涉及国家根本利益的“政治性争端”或“政治性制度”事项。对于这些“低度政治”领域的“政治性争端”或“政治性制度”事项,现实主义仍不失其说服力。^② 本文研究对象选择的是更具典型意义的、发生在“高度政治”领域的“政治性争端”。毋庸置疑,对此类“政治性争端”,传统现实主义的非裁判性原理仍然适用;若国际裁判机构违背该原理,强行介入对此类争端的裁判,则其合法性必受挑战。

二、“政治性争端”解决原理的本义： 非裁判性实效保证的基石

按照现实主义理论,国家极有可能不会同意将“政治性争端”提交国际裁判机构审理;亦即国家同意原则乃保证“政治性争端”非裁判性的基石。

(一)“政治性争端”的非裁判性:国家同意原则的确立

如上所述,传统现实主义提出有关“政治性争端”的非裁判性理论,是为了破除理想主义尊奉的一切争端皆可通过国际司法或仲裁解决的信条。因此,

^① K. W. Abbott, et al., “The Concept of Legalization,” *International Organization*, Vol.54, 2000, pp. 401-419.

^② 例如,在经济领域,世贸组织争端解决机构对“政治性贸易争端”的处理整体上是成功的,验证了现实主义有关“政治性争端”解决的原理。详见徐崇利:《“政治性国际贸易争端”的裁判解决》,《法商研究》2009年第3期,第112—119页;相反,晚近的国际投资仲裁实践背离了“政治性争端”解决的原理,仲裁庭严重损害了东道国的国家公共利益,以致各国开始深度怀疑国际投资仲裁机制,乃至断然选择推出该机制。为克服其合法性危机,现各国正在对国际投资仲裁机制进行重构,重构的基本方向与现实主义有关“政治性争端”的原理相符。对此,笔者将另行撰文探讨,故不赘述。

卡尔、摩根索等现实主义者必然将理论的重点放在论证“政治性争端”为何不具有国际裁判性上。在传统现实主义学者已经完成这一批判性使命后,需要进一步探讨的是如何保证“政治性争端”非裁判性的实效问题,即挖掘传统现实主义理论中国家是如何做到只将“法律性争端”提交国际裁判而将“政治性争端”拒之于外的原理。

对此,传统现实主义学者主张,对排除裁判方式的“政治性争端”,无法一概采用“客观标准”即以法律规则普遍地加以定义,而应采取“主观标准”,由各国自行决定何为不愿提交国际裁判解决的“政治性”争端。卡尔曾指出:“关于可诉诸司法解决的争端,没有一个普遍和永久有效的定义”;而“两类争端(指“政治性争端”与“法律性争端”一笔者注)的区别似乎并不在于争端的性质,而在于原告方是要通过司法程序还是政治程序解决争端”。^① 同样,摩根索在其博士学位论文中也曾详细阐述了采取主观标准界定“政治性争端”的必然性。摩根索认为,“政治”自身并没有固定的实质内容,不存在普适的客观判断标准,必须根据行动目标与国家之间关联的“强度”(intensity)做出判断,而这种判断又是国家的一种主观判断;相应地,就国际争端而言,也不能以客观标准来区分“法律性争端”和“政治性争端”,作为判断一起争端是否具有“政治性”的标准——国家“根本利益”和“国家荣誉”,是无法用“法律—技术的语言”加以界定的,而是取决于国家正好认定什么是重要的,这种凭“自我印象”(self-image)的决定应归于“情感性预测”(emotional project)的范畴。^②

应该说,国际争端的政治性高低的确与其客观性质有关,以领土和边界争端为例,因此类争端涉及国家主权和领土完整问题,较之一般的经济争端等,其具有的更大政治敏感性不言而喻。虽然如此,也不能把所有的领土和边界争端都归为“政治性争端”。迄止有关领土与边界争端经国际裁判的案例不在少数,仅国际法院审理的诉讼案件就有一半以上针对此类争端。但是,进一步来看,从往至今仍有大量的领土和边界争端从未提交国际裁判机构解决。这就表明,仅以争端的性质即客观标准仍然无法界定何种领土和边界争端为“法律性争端”和“政治性争端”。就具体的领土和边界争端,是选择裁判还是选择非裁判,最终取决于国家针对个案做出的主观判断。例如,哪怕争议的领土和边界的范围客观上再小,但只要当事国主观上认定其政治敏感性高——争端

① [英]爱德华·卡尔:《20年危机(1919—1939):国际关系研究导论》,第179、183页。

② M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870—1960*, Cambridge University Press, 2002, pp. 440-445.

的解决结果关乎本国的根本利益,诸如争议领土的失去将实质性有损国家在与他国权力斗争中的威望以及自身的民族尊严、文化宗教情感等,即为“政治性争端”,就会拒绝将之交由国际裁判机构裁断;反之,如当事国主观上判定,即便争端解决的结果于己不利,但影响所致还不会严重到损害本国的根本利益,即其政治敏感度低,则将会视之为“法律性争端”,或同意接受作为第三方的国际裁判机构的裁判。

国际社会仍处于“无政府状态”,国际裁判机构并非超国家组织。因此,从法律上分析,国际裁判机构受理任何案件,都应建立在各国“同意”基础之上,这是国际法中的主权原则使然。^①在国家意志决定论的逻辑下,以主观标准最终界定“政治性争端”后,保证其非裁判性的基石即为国家同意原则;具体而言,如国家认为一起国际争端不涉及其根本利益,属于“法律性争端”,就有可能同意将之提交国际裁判机构解决;反之,如一起国际争端被国家判断为攸关其根本利益,构成“政治性争端”,国家就很可能不会同意接受国际裁判的方式。

(二) “政治性争端”的非裁判性:国家同意原则的验证

既然在通常情况下各国都不会将事关国家根本利益的争端提交国际裁判机构解决,那么,国家同意原则犹如一张过滤网,经此网过滤,基本上可分出国家愿意提交国际裁判的“法律性争端”和国家不愿意提交国际裁判的“政治性争端”。在实践中,各国又是如何具体以自己的主观意愿排除国际裁判机构对“政治性争端”管辖?这可以《国际法院规约》第36条规定的“任择性强制管辖”制度为例,详加说明。

冷战后,国际法院仍然是“高度政治”领域最具影响力的国际司法机构。根据自愿提交原则,按照各国保留的排除国际法院管辖“政治性争端”控制力的大小,可将强制管辖制度的选择区分为以下三类情形:

第一种情形是,国家选择不对国际法院的强制管辖权做出普遍承诺,保留视个案决定是否将争端交由国际法院审理。显然,在这种情形下,国家实际上掌握对不将“政治性争端”提交国际法院审判的完全控制权。

^① “根据国际法,各国享有自主选择争端解决方式的权利。任何国际司法或仲裁机构针对国家间争端行使管辖权必须以当事国的同意为基础,即‘国家同意原则’”。参见中国政府2014年12月7日公布的《关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》,第76段。参见外交部网站:http://www.mfa.gov.cn/web/wjbm_673085/zzjg_673183/tyfls_674667/xwlb_674669/t1217143.shtml,2018-05-01。

第二种情形是,国家虽然选择对国际法院的强制管辖权做出普遍承诺,但对此做出各种形式的条约保留,其中特别应当引以注意的有两种:其一,许多国家在提交接受强制性管辖权声明的同时,还是主张对发生的具体争端是否属于国际法院强制管辖事项具有“自我判断”的权力。如果这种保留有效,那么,这些国家实际上仍然坐拥剥夺国际法院对“政治性争端”实行强制管辖的最终权力;其二,许多国家通过条约保留将特定的争端排除出国际法院的强制管辖范围。这些被保留的事项包括本国日后可能涉入的“政治性争端”。

第三种情形是,国家选择对国际法院的强制管辖权做出普遍承诺。

需要指出是,无论国家选择的是上述第二情形还是第三种情形,通常仍然保留随时撤回普遍承诺或增加新的条约保留的权力。

各国对待国际法院任择性强制管辖权的历史和现状说明,该项制度并未被国际社会所普遍接受。之所以如此,并非国家不愿接受国际法院对“法律性争端”的强制性管辖,而是担心“政治性争端”落入国际法院的手中。“国家有意不愿事先同意将冲突交由国际法院裁判,乃考虑攸关的可能是重要的政治问题。”^①迄今为止,在全世界 195 个国家中,选择第一种不作承诺情形的国家仍然占据多数,共计 132 个;选择第二、三种有条件承诺情形的国家只有 72 个,^②约占全世界国家总数的 37%,同比 20 世纪 50 年代的 60% 的占比还下降了许多。^③

无一例外,大国选择的都是第一或第二种情形:联合国五大常任理事国中的美国、法国、俄罗斯和中国选择的是第一种情形;^④而印度、英国、德国、日本等大国及澳大利亚、巴基斯坦等中等国家虽然选择的是第二种情形,但实际上还是在相当程度上留有排除国际法院强制管辖有关“政治性争端”的权力。无疑,大国卷入的“政治性争端”不但关乎其根本利益,而且往往牵涉到整个国际局势,所以,其具有的“政治性”烈度更高。对大国乃至中等国家在不同程度上拒绝国际法院对“政治性争端”行使强制管辖权的现象,传统现实主义理论提

① A. P. Llamzon, “Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice,” *The European Journal of International Law*, Vol.18, 2008, p. 817.

② 详见国际法院官网“Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory”栏目,参见 [http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php? p1=5&p2=1&p3=3](http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3), 2018-04-21。

③ E. A. Posner, *The Perils of Global Legalism*, The University of Chicago Press, 2009, p. 140.

④ 虽然国民政府曾于 1946 年发表声明,表示接受国际法院的任择性强制管辖权,但 1972 年中华人民共和国政府恢复在联合国的合法席位后,随即撤回了国民政府的上述声明。

供了有力的解释,即司法程序强调当事双方法律面前地位平等,从而排除了权力因素,而大国恰恰是在国际权力结构中处于优势地位的国家。

此外,从表面上看,选择第三种情形的国家似乎接受国际法院对所有国际争端包括“政治性争端”的强制性管辖权,但仅有宣示性的意义,实则他们可能都是一些与其他国家实际上没有可能发生“政治性争端”的国家。^①

既然国家同意原则构成保证“政治性争端”非裁判性基石,对于国家这样的真实意愿表达,国际裁判机构应予充分尊重。通常而言,国际裁判机构都希望有案可断,借以显示自己的存在感,因此,国际裁判机构往往具有扩大自身管辖权的天性。对于“法律性争端”,国际裁判机构的这种管辖权扩张或可理解,但对于“政治性争端”,按照传统现实主义的非裁判性原理,各国就此类争端不愿受制于国际裁判机构而提起管辖权抗辩,就是担心其根本利益会因国际裁判机构的裁判而严重受损。在国家已提起管辖权异议的情况下,如若国际裁判机构罔顾“政治性争端”的非裁判性属性,扩张乃至滥用管辖权,势必招致各国的抵制和反对。以国际法院为例。

20世纪70年代前,国际法院的基本理念是司法克制主义,后转向司法能动主义,近来,又在相当程度上回归司法克制主义。^②国际法院这种基本司法理念的变迁,典型地体现在其对待国家提起的“政治性争端”管辖权异议的立场上。最新的一起案例是,2014年4月,马绍尔群岛共和国向国际法院提起诉讼,要求九个拥核国家履行削减核武器的承诺,并称这些拥核国家“公然违反”国际法。毫无疑问,削减核武器问题攸关大国政治和国家安全,这是一个典型的“政治性争端”。其中,被诉的美国、俄罗斯、法国、中国、以色列、朝鲜等六国因未接受国际法院的任择性强制管辖权,拒绝应诉的结果,国际法院当然没有管辖权;而对不同程度上接受该强制管辖制度的英国、印度和巴基斯坦三国,国际法院虽然守住了尊重其不愿将此类“政治性争端”提交司法解决的底线,于2016年10月作出了驳回马绍尔群岛共和国诉讼的最终判决,但持反对意见的法官比例却相当高。^③受到此番国际法院管辖权争议的“惊吓”,2017年2月

① [美]汉斯·摩根索:《国家间政治:权力斗争与和平》(第七版),第475页。

② 姜世波:《国际法院的司法能动主义与克制主义政策之嬗变》,《法律方法》2009年第9卷,第203—214页。

③ 在审理这三起案件的16名法官中,对于三国拒绝接受强制管辖的异议,针对英国的赞成票和反对票居然8:8持平,最后仅凭反对票中的一票为国际法院院长所投,英国的管辖权抗辩才“险胜”;针对印度和巴基斯坦的反对票也达到了七票。此外,反对作出不再继续审理最终判决的法官人数也达到了七人(针对英国)和六人(针对印度和巴基斯坦)。

22日,英国断然向国际法院提交通知,修改原接受国际法院强制性管辖权的声明,明确将“与核武器和/或削减核武器有关的任何案件”排除在国际法院强制管辖范围之外。对于国家在国际法院拒绝就“政治性争端”接受强制管辖的抗辩,国际法院法官本该在整体上给予足够的尊重,而不是像本案那样让其涉险过关。

三、“政治性争端”非裁判性原理的引申： 国际裁判机构的审慎司法

行文至此,关于“政治性争端”的非裁判性原理无须再证,然而,仅仅证成“政治性争端”非裁判性的本义绝非研究的终点。因为经上述国家同意原则过滤后,虽然“政治性争端”已难以进入国际司法和仲裁程序,但并未完全如现实主义所愿,概被排除在国际裁判机构门外,一些“政治性争端”可能会突破非裁判性防线进入国际裁判领域。“政治性争端”的非裁判性源于国家对作为第三方的国际裁判机构损害其根本利益的担忧,诚然,传统现实主义关于“政治性争端”解决原理的本义原是用来证明其非裁判性的,但其中的有关原理反映的却是国际政治的固有逻辑,实际上并不囿于“政治性争端”非裁判性本身,只要加以引申,其原理同样可适用于国际裁判机构对此类争端的审理。“政治性争端”非裁判性原理向国际裁判领域引申的要义即是,国际裁判机构应顾及裁判的政治后果,认真对待当事国的根本利益,务求审慎司法,否则,司法和仲裁的裁判结果对争端的最终解决只会起到适得其反的作用。

(一)“政治性争端”进入国际裁判领域的缘由

历史表明,同国际局势高度紧张的历史时期相比,在缓和时期,诉诸国际司法解决的案件数量会有所上升。^① 卡尔、摩根索的现实主义国际关系理论存在于国际局势高度紧张的两次世界大战之间及冷战时期。因此,他们所讨论的“政治性争端”针对的是意在改变或维持现状、极易引发权力对抗、攸关革命和战争的最危险局势。到国际局势已然缓和的后冷战时期,人们可将判定“政治性争端”标准放宽至像阿隆所指的那样更具涵括性的国家间根本利益之争,

^① 详见国际法院编:《关于联合国主要司法机构的问答》(第10版),联合国新闻部2000版,第44页。参见国际法院官网:http://www.icj-cij.org/homepage/ch/files/faq_ch.pdf,2018-04-21。

于是,客观上便会有更多的国际争端获得了政治的属性。以此为界定标准,经国家同意进入国际裁判程序的争端可能会包括比之以前烈度相对较低的一些“政治性争端”。

在实践中,一些“政治性争端”仅涉及当事一方的根本利益,无根本利益当事另一方可能会选择国际裁判方式;即使另一些“政治性争端”牵涉当事双方的根本利益,其中的当事一国仍有可能诉诸国际裁判机构,尤其是小国与大国发生此类争端之时,小国如预期国际裁判机构的司法判决或仲裁裁决可能对其有利,且一旦胜诉成真,便可增加与大国谈判的筹码。^①现实主义国际关系理论虽然藐视国际法,但仍然认为披上合法外衣的权力在行使过程中将取得如虎添翼之效果。当然,另一些国家还可能出于预估不足等原因,在事先已普遍接受国际裁判机构强制管辖权的情况下,未将有关“政治性争端”排除在外。在这种情形下,一旦他国告诉,就不得不应诉,从而不情愿地被拖入“政治性争端”的国际裁判程序。

(二)“政治性争端”国际裁判应予以因循的原则

倘若如上所述,国际裁判机构将最终面对“政治性争端”。“政治性争端”一旦进入国际裁判程序,对其裁判的结果,不但要考虑对当事国根本利益带来的损害,而且要考虑对第三方,乃至整个国际社会产生的影响。因为国际司法判决或国际仲裁裁决虽不构成法律意义上的“先例”,但其事实上的效力不容忽视,即裁判结果可能还会对其他相关国家的根本利益产生扩散效应。既然面对的争端具有这样的双重政治性,那么,裁判者就不能机械地株守法律教条加以处断,而是应遵循“政治性争端”非裁判性原理的引申之意,审慎司法。否则,司法判决或仲裁裁决不但无法起到定纷止争的作用,反而会成为助燃剂,火上浇油的结果将激化“政治性争端”,以致最后引火上身,损及国际裁判机构自身在国际社会的权威性和正当性。

那么,国际裁判机构如何才能做到对“政治性争端”的审慎司法呢?以下拟继续选择国际法院的司法实践,析解在国际裁判过程中审慎对待“政治性争端”应当遵循的两项原则。

^① R. Bilder, “An Overview of International Dispute Settlement,” *Emory Journal of International Dispute Resolution*, Vol.1, 1987, p. 5.

1. 对高度敏感的“政治性争端”实行裁判回避之原则

因当事国事先已有接受国际裁判机构管辖的真实意愿,尔后对具体的“政治性争端”提起的管辖权异议又于法无据的情形下,则国际裁判机构最终将对案件行使管辖权。然而,对受理的高度敏感的“政治性争端”,国际裁判机构无论作出怎样的裁判,可能都难以保证当事国的根本利益,乃至国际社会的整体利益不至严重受损。此时,引申传统现实主义“政治性争端”的非裁判性原理,要求法官或仲裁员应运用手中的自由裁量权,对这样高度敏感的“政治性争端”拒绝作出是与非的裁判。

例如,对有关核武问题如处理不当,会极大地损害拥核国家尤其是核大国的根本利益,乃至对国际社会的安全造成极为严重的影响。因此,其在国际政治中具有高度的敏感性,也是拥核国家对国际法院任择性强制管辖所作出的最常见保留事项之一。即使国际法院受理了此类“政治性争端”,对其裁判往往也是退避三舍。典型一例是,1993年8月27日和1994年12月15日,世界卫生组织和联合国分别请求国际法院就国家“威胁使用或使用核武器的合法性”问题发表咨询意见。在该咨询案的评议阶段,美国、法国、英国、俄罗斯等拥核国家及澳大利亚等非拥核国家或认为这是一个政治性问题,如国际法院就此发表咨询意见,会影响到对维护世界稳定与和平具有重要作用的核威慑政策,并干扰裁军谈判及谈判进程;或认为即使国际法院做出了国家威胁使用或使用核武器不具合法性的咨询意见,也可不可能得到拥核国家的承认和执行。一旦作出裁判,却得不到遵循,反而有损国际法院的权威。

1993年9月3日,国际法院接受了世界卫生组织的管辖请求,但于1996年7月8日以国家威胁使用和使用核武器问题与世界卫生组织宗旨无关为由,拒绝发表咨询意见。而就联合国的类似请求,同一天,国际法院在依《联合国宪章》规定应予管辖的情况下,给出咨询意见。国际法院虽然申明“促成请求之动机的政治性,或发表的咨询意见可能具有的政治影响,与确定国际法院发表此种意见的管辖权无关”,^①但对于此等请求,即使国际法院在管辖阶段无须考虑其政治性,恐怕在审理过程中也不得不考虑裁判结果的政治影响。于是,在发表的咨询意见中,国际法院最终还是回避了对该高度敏感的政治性问题做出是与非的结论,其咨询意见的核心表达是:“鉴于国际法的现状,以及由

^① Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 13.

其掌握的事实,国际法院不能确切地断定,在自卫的极端情况下,即在国家生存本身处于危险之中的情况下,以核武器相威胁或使用核武器是合法还是非法”。^①

该项咨询意见做出后,尽管国际法学者就其存在的法律问题提出种种质疑,甚至指责国际法院未在判定国家使用和威胁使用核武器为非法这样的大是大非问题上大胆地发展国际法。然而,在自卫的情况下国家使用或威胁使用核武器合法与否是国际社会高度敏感的政治性问题,不是国际法院的若干法官就能定夺。为此,国际法院不得不采取回避的做法,或许在国际法上确有可讨论之处,但以国际政治逻辑判断,其绝对是一种明智的选择。

2. 作出的裁判应对当事国留有余地的原则

受制于司法的性质,国际裁判机构受案之后,依据国际法作出的判决,不可能对讼争的问题处处审后不决。然则,对于“政治性争端”,国际裁判机构即使作出一方败诉的判决,从此类争端非裁判性原理应有的引申之意出发,也需留有余地,避免给败诉方乃至整个国际社会带来过度的损害;否则,国际裁判机构对败诉方“痛下杀手,决不留情”,不但败诉方必将拒绝承认和执行这样的判决,而且与败诉方具有相同或相似利益的其他国家,也会认为此等偏执的判决“先例一开,遗患无穷”,从而群起而攻之。判决一俟作出,即陷入得不到国际社会普遍认可的困境,终将损害国际裁判机构自身的权威性和合法性。

就此可引以为证的国际法院判例是,2008年1月,科索沃宣布从塞尔维亚独立。同年10月,应塞尔维亚提议,联合国请求国际法院就科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题发表咨询意见。虽然国际法院的咨询意见没有法律强制力,但因该案关系民族分离等问题,在国际社会仍具有高度的政治敏感性,国际法院不得不小心求证,最后发表的咨询意见只是表明科索沃单方面宣布独立“不违反”国际法,而没有认定其独立之行为本身是否“符合”国际法规定的要件;换言之,国际法院只是回答科索沃从程序上“有权去说自己要独立”,但拒绝说明科索沃行独立之实在实体上是否合法。

一些学者清楚地看到,国际法院的咨询意见实际上对联合国的提问在相当程度上是故意答非所问。因为国际法对民族独立和民族自决的规范迄止仍然模糊不清,国际法院做出含糊其辞的回答在法律上或许是出于无奈;即便国

^① “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion,” I. C. J. Reports 1996, para. 105.

际法院更倾向于支持西方国家的立场,考虑到国际政治的现实,也不敢对科索沃独立事件断然做出完全合法的结论,否则,不但会引发与某些大国的直接冲突,而且也必然招致世界上诸多存在民族分离问题国家的强烈杯葛。为了控制这种过度损害结果的发生,国际法院只能采取“避实击虚、避重就轻”的意见表达方式了却事端。^①

从该案事后各方的反应来看,当事国塞尔维亚当然抵制国际法院的咨询意见,表示绝不接受科索沃独立。鉴于国际法院对科索沃独立行为本身是否符合国际法并未做出于其不利的回答,塞尔维亚认为应“留给联合国大会以得出政治结论”。该问题如提交联合国大会讨论,塞尔维亚定将博得许多国家同情和支持,且几乎可以预见的是,因各国立场相左、利益分殊,不可能形成不利于塞尔维亚的议决结果。对于国际法院的咨询意见,俄罗斯的解读则是,其并未为科索沃独立提供法律背书;美国及欧洲主要国家虽然支持国际法院的咨询意见,但对以司法方式介入此等高度敏感的政治性问题的结果也未敢出言力挺,表示这只是一个个例,不具有示范效应,否则,日后西方国家有可能会搬起石头砸自己的脚。果不出其然,2014年,在俄罗斯的支持下,克里米亚宣布从乌克兰独立,正式加入俄罗斯联邦,其可谓之前科索沃宣布从塞尔维亚独立事件的翻版。此时,西方国家应当庆幸当年没有夸大科索沃宣告独立的合法性及其法律意义才对。

概言之,对于“政治性争端”,国际裁判机构应因循国际政治的逻辑,审慎司法,对不该管辖的案件拒绝予以管辖;对不得不审理的案件,或作出“胜败不分”的裁判,或作出“胜败难分”的裁判,或避免作出“大胜大败”的裁判,都可为日后有关“政治性争端”的外交解决留下余地。

四、“政治性争端”的解决方式:中国的基本选择

中国始终坚持区别对待“政治性争端”与“法律性争端”,主张“法律性争端”可用法律的方法暨国际裁判的方法来解决;“政治性争端”可用政治的方法

^① 罗国强:《独立、分离、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2期,第10—17页。

暨外交协商谈判的方式解决,而不能错位使用国际裁判方式。^①

(一) 中国对“政治性争端”解决方法的确当选择:立场分析

中国历来提倡在公平合理的基础上以协商谈判的方式妥善解决国际争端,但并不像一些西方学者推断的那样,其题外之意是中国秉承了“忌诉”“厌诉”的传统文化。对于“法律性争端”,中国并不拒绝国际裁判方式。这样的立场可从中国接受世界贸易组织争端解决机制和世界银行集团下属的“解决投资争端国际中心”(ICSID)仲裁机制的态度中得到明证。

对中国来说,涉华“政治性争端”的处理不但关系到自身的根本利益,而且具有地区乃至全球的影响,排除此类争端的裁判性,并非中国的特立独行。如前所述,美国、法国、俄罗斯等大国或自始拒绝接受,或先接受后退出国际法院的任择性强制管辖制度,即为明证。

中国之所以长期以来坚持“政治性争端”的非裁判性原则,还有一个不得不考虑的特殊原因,即在国际争端的司法裁判过程中,裁判者法律地位是独立的,中国虽是一个大国,但无法以硬实力对他们施压,起作用的因素更多的是软实力。因既成国际法律规则往往存有弹性,故裁判者的观念可能会通过价值维度影响这些规则的适用和解释,这就为西方国家发挥软实力优势留下了空间。毋庸讳言,现行的许多国际法律规则体现的是西方价值观,而裁判者又大多来自西方国家或在西方接受法学教育,西方国家软实力对他们的影响无疑要远大于中国软实力的作用。虽然建立有关国际裁判机构的条约都规定裁判者应保持司法独立,姑且假设这些裁判者也愿意如此践行,但他们的价值观实际上无法达到中立。^② 摩根索认为,“政治性争端”不适合采取国际裁判方式的一个具体理由是,法官(不知不觉)的偏见将致使他们失去当事国的信任。^③ 对于涉华的“政治性争端”,中国更有理由怀疑,那些秉承西方价值观的裁判者

^① 中国的“马克思主义理论研究和建设工程重点教材”虽然没有明确对国际争端及其相应的解决方式做出此等类型化的区分,但对中国的基本立场做出了相当完整的解读:“对于经济、贸易、文化等领域中法律性较强,不涉及重大主权利益的争端,中国可以接受以仲裁、国际司法或者准司法的方法来解决。为此,中国愿意接受这类国际条约中的‘协议管辖条款’,也可以在争端发生后与其他当事国签订特别协定,将争端提交某一国际仲裁法庭或国际法庭解决。”但是,“仲裁和国际司法方法一般不适合用来解决涉及领土归属、国家尊严以及重大主权利益的争端。中国将保留对此类争端的判断,因此不轻易接受有可能会损害该判断权的任何仲裁庭和国际法庭的强制管辖权,无论它是任择强制管辖还是协议约定的强制管辖。”参见曾令良主编:《国际公法学》,北京:高等教育出版社2016年版,第457—458页。

^② 徐崇利:《软硬实力与中国对国际法的影响》,《现代法学》2012年第1期,第151—160页。

^③ M. Byers ed., *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, 2000, p. 20.

因对中国的意识形态和政治制度等存在漠视、不解、误读乃至偏见等,将极有可能导致他们自觉或不自觉地作出对中国不公正的裁判,从而严重损害中国的根本利益。由此可见,中国固守“政治性争端”的非裁判性,理所当然,其典型地反映在中国对待国际法院的立场上。

中国对国际法院的诉讼管辖权一直持保留态度。^① 因国际法院对事管辖权范围宽泛,难以通过条约保留以客观的标准将所有的“政治性争端”排除在外,故中国不接受国际法院的任择性强制管辖制度。同时,中国对缔结和参加的国际条约中有关国际法院解决争端的条款也都做了保留。此外,中国也未通过与其他国家订立特别协议的方式参加任何国际法院的诉讼。国内一些学者建议中国作为一个大国应积极参与和利用国际法院这一平台,包括对于中国与周边一些国家存在的边界、岛屿和大陆架的主权争端,认为司法解决有其自身的优势。^② 就此先有传统现实主义的非裁判性原理,后有中菲南海仲裁案恶果的反面教材,对于涉及边界、岛屿和大陆架的“政治性争端”,中国断然不能将之提交国际法院裁判。^③

中国坚守“政治性争端”非裁判性的固有立场,并不意味着缺乏解决“政治性争端”的意愿。对于“政治性争端”,中国历来主张通过政治方法或外交方法解决,首选的是协商谈判方式。中国倚重由当事方直接协商谈判的方式,不但立足于其本身可能是一种有效解决争端的方法,而且根植于青睐协商解决纷争的中国传统文化,当然也是中国在外交上的一种理性选择。

传统现实主义虽然反对“政治性争端”的裁判性,但同时认为,此类争端或可通过谈判的方式加以解决。实践表明,较之由作为第三方的国际裁判机构强制管辖做出的裁决,以谈判方式尤其是更为柔性的协商方式取得的结果,更容易获得当事方国内民众的理解和支持。^④ 这点对于牵涉到国家根本利益、国家尊严和民族感情的“政治性争端”得以妥善解决,尤为重要。除协商谈判方式有其自身优势外,这一政治解决方法不排斥权力因素的介入。准确地说,影

① 段洁龙主编:《中国国际法实践与案例》,北京:法律出版社2011年版,第368页。该书由中国外交部条法司编撰,主编为该司时任司长。

② 杨帅:《论国际法院的管辖权及对我国的启示》,《法律适用》2013年第11期,第117—120页。

③ 当然,就那些不涉及中国根本利益的“法律性争端”,中国可考虑对国际法院诉讼采取比较开放的态度,包括可选择性接受经贸、科技、航空、环境、文化等专业性和技术性国际公约规定的国际法院解决争端条款。参见段洁龙主编:《中国国际法实践与案例》,第369页。

④ 参见国务院新闻办公室于2016年13日发表的《中国坚持通过谈判解决中国与菲律宾在南海的有关争议》白皮书,第131段。参见中国政府官网:http://www.gov.cn/zhengce/2016-07/13/content_5090812.htm, 2018-04-21。

响协商谈判结果的主要因素往往是当事各方的硬实力。即便当事双方以既定的国际法律规则为依据协商谈判解决国际争端,但因这些国际法律规则通常存在着不同程度的模糊性,如何适用和解释直接关系到当事双方的利益,硬实力在其间的作用仍然无法排除。近来,随着硬实力的不断提升,在“政治性争端”的协商谈判解决过程中,中国越来越有能力维护本国的根本利益不受侵害;换言之,以协商谈判方式解决此类争端,中国付出的“主权成本”是可控的。此外,协商谈判解决“政治性争端”的结果不具有法律意义上的“先例效力”,不会为日后解决同类争端留下法律上的后遗症。

(二) 中国对“政治性争端”解决方法的确当选择:实际案例

中国对“政治性争端”解决方法的鲜明、完整立场,反映在中国对待南海问题的外交和法律实践之中。

首先,中国历来主张南海争端应由中国与当事方通过双边协商解决。尽管与当事方尽显硬实力较量的谈判不同,协商更为柔性,但硬实力仍然构成当事方据理力争的支撑。较之多边谈判可能形成的“群起而攻之”的局面,在“一对一”对谈的协商中,中国当然不会恃强凌弱,以大欺小,但凭借己方硬实力强大之“底气”,可以确保自己的根本利益得到公平合理的实现。在《南海各方行为宣言》和其他有关双边文件中,中菲曾达成共识,菲律宾也承诺通过协商方式解决南海争端,但并未与中国展开过任何实质性的协商。按照《联合国海洋法公约》规定,当事国已经同意通过其他途径解决争端,或争端未经当事国实际协商的,不能使用公约项下的强制性争端解决机制。菲律宾单方面对中国提起中菲南海仲裁案,企图利用国际裁判方式达到“以小讹大”的目的,显然违反了公约的上述规定。^①

对于中菲南海仲裁案,中国明确采取“不参与、不接受、不承认”的立场。回观该案临时仲裁庭的裁决,中国拒绝将事关本国根本利益的该“政治性争端”交由立场极度偏颇之仲裁员们定夺,可谓有先见之明。在该裁案中,不当影响仲裁员立场的外部因素包括:有仇华的国际海洋法法庭时任庭长日本籍

^① 详见中国政府2014年12月7日公布的《关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》,第三部分“通过谈判方式解决在南海的争端是中菲两国之间的协议,菲律宾无权单方面提起强制仲裁。”

法官柳井俊二操纵临时仲裁庭组建及染指临时仲裁庭运作,^①以及仲裁酬劳完全由菲律宾支付,仲裁员为菲律宾提供有偿服务等,另外,仲裁员们自身的理念和价值观也决定了无法期待他们做出具有公信力的裁决。《国际法院规约》要求“务使法官全体确能代表世界各大文化及各主要法系”。即便如此,研究表明,文化差异影响国际法院法官对国际法的解释。^②何况,中菲南海仲裁案临时仲裁庭的五位仲裁员,有四位来自德国、法国、荷兰和波兰等欧洲国家,还有一位来自加纳,但他长期居住欧洲。由此等身出或身处西方的仲裁员组成的“这样一个法庭有没有代表性?”“他们了解亚洲吗?他们了解亚洲文化吗?他们了解南海问题吗?他们了解亚洲复杂的地缘政治吗?他们了解南海的历史吗?他们凭什么能做出公正的判决?”^③就此,进一步要问的问题是,他们能够独立、公正对待中国吗?答案或可从他们中的一些人在庭上和庭下观点的善变中窥见一斑:“这个仲裁庭的运作很有意思,让国际法学界大跌眼镜,有些法官原来的观点使人相信他们会维护中国利益,但在仲裁庭运作过程当中,完全背弃了他们原来坚持的学术观点,这些法官是什么观点、什么立场,写学术文章的时候是一种观点,到了仲裁庭上是另一种观点,他们有没有一种既定立场?”^④

也许有人会假设,如果中国参与南海仲裁案程序,行使有关仲裁员指定方面的权利,临时仲裁庭偏袒菲律宾的状况或可得到改观。哪怕真的如此,其改观的程度恐怕也只是,将该案临时仲裁庭对管辖权认定的初步裁决和对实体问题的最终裁决,由其成员一致通过降至多数票通过而已,无法从整体上扭转临时仲裁庭倒向菲律宾一方的裁决结果。

中菲南海仲裁案裁决出台后,中国视之为“一张废纸”,并敦促菲律宾翻过违法、无效仲裁裁决这一页,重归协商谈判解决南海争端的正确轨道。在杜特尔特当选菲律宾总统后,中菲已迈出第一步,开启了通过谈判协商解决南海争

^① 柳井俊二同时也是日本安倍政府安保法制恳谈会会长,他在协助安倍解除集体自卫权,挑战二战后国际秩序方面起了很大作用,他还曾担任过日本驻美国大使。中菲南海仲裁案临时仲裁庭由五位仲裁员组成,除由菲律宾指定的一人外,其余四人均由柳井俊二指定,而且在临时仲裁庭后来的运作过程中,柳井俊二仍继续施加影响。

^② A. D. Renteln, “Cultural Bias in International Law,” *American Society of International Law Proceedings*, Vol.92, 1998, pp. 236-237.

^③ 2016年7月13日,外交部副部长刘振民在国务院新闻办举行的《中国坚持通过谈判解决中国与菲律宾在南海的有关争议》白皮书发布会上答记者问。参见中国政府官网:http://www.gov.cn/xinwen/2016-07/13/content_5090828.htm, 2018-05-01。

^④ 同上。

端的进程。在中国的积极推动下,经各方共同努力,中国与东盟有关《南海各方行为准则》的磋商也已取得实质性进展,或可期待南海问题能够得到妥为管控。

综上,中菲南海争端走过了双方同意通过协商解决,菲律宾违背承诺单方面诉诸仲裁,中国强烈反对该仲裁案,现又初步重回协商谈判轨道之曲折过程。这一过程中,可以昭显中国对“政治性争端”应以确当方式加以解决之立场的坚守。

五、“政治性争端”非裁判性原理的悖论： 中菲南海仲裁案解析

无论以何种标准衡量,中菲南海争端都是一起典型的“政治性争端”。反观此案的过程,从管辖权到实体问题,菲律宾的诉求和临时仲裁庭的裁决不但明显违反国际法,而且彻底背离了现实主义关于“政治性争端”非裁判性原理及其必有的引申之意。

(一) 对中菲南海仲裁案构成一起典型的“政治性争端”的定性

按照是否涉及国家“根本利益”之通义,南海争端是一起典型的“政治性争端”。对中国而言,南海争端当然涉及国家的根本利益,或为国家的核心利益。^①即便按照卡尔、摩根索等人所使用的以是否涉及国家间“权力斗争”为界分标准,南海争端也明显构成一起“政治性争端”。兹仅以摩根索详加论证的以“紧张状态”(国家间权力冲突)为判定“政治性争端”的两种具体标准,^②南海争端可谓无一不符。

一是“具有紧张状态实质的争端”,是指争端虽以法律诉求表达出来,但其本身是紧张状态实质内容的一部分。如果把这种情形下的紧张状态比喻成一座冰山,那么,争端是露出海面的顶端部分。南海问题是事关中国在国际权力结构中地位的一大地缘政治问题,中菲南海争端是该重大地缘政治问题的一

① 中菲南海仲裁案裁决公布后,时任中央军委委员、海军司令员吴胜利上将在谈到南海问题时强调:中国绝不会牺牲南海主权权益,这是中国的核心利益,事关我们党的执政基础、国家的安全稳定、中华民族的根本利益。参见《吴胜利会见美国海军作战部长 就南海问题深入交换意见》(2016年7月18日),参见中国国防部网站:http://www.mod.gov.cn/topnews/2016-07/18/content_4695833.htm,2018-04-21。

② [美]汉斯·摩根索:《国家间政治:权力斗争与和平》(第七版),第471—473页。

部分,虽然被菲律宾以临时仲裁案的形式包装成一个仅具有法律性质的争端,但事实上其是一起地地道道的“政治性争端”。

二是“体现紧张状态的争端”,是指以法律诉求为面相的争端内容虽然与紧张状态无关,但是其体现和象征紧张状态。在这种情形下,将争端以法律上的对抗性诉求表现出来,就成为有关国家检验紧张状态中权力竞争的试金石,甚至有关国家可能干脆视其为紧张状态本身。南海问题本是中国与南海周边有关国家的争端,却牵动美国及日本等局外国家敏感的神经,尤其是成为美国在战略上布局亚太扰乱中国和平崛起大局施放的一大招数。据此可断,中菲南海仲裁案名为法律争端,实则反映了中美间的大国政治(美国作为守成大国为确保自己的霸权地位与中国这个新兴大国展开的权力竞逐),以及日本等国与中国间的地缘政治(作为美国盟友的日本等国为扩大自身影响力挑衅中国的战略利益),其因此具备“政治性争端”的性质当属无疑。

一言以蔽之,中菲南海仲裁案绝非纯粹的法律纠纷,而是“在某些域外势力的策划下”由菲律宾挑起的“一场披着法律外衣的政治闹剧。”^①

(二) 对中菲南海仲裁案违背“政治性争端”非裁判性原理的分析

对于海洋争端,中国只是有保留地接受了《联合国海洋法公约》的强制性争端解决机制。这一立场包含两方面的要义:一方面,就海洋争端中一些不涉及中国根本利益的“法律性争端”,中国并不拒绝利用强制性争端解决机制;另一方面,中国反对通过强制性争端解决机制涉足海洋争端中另外一些事关中国根本利益的“政治性争端”。在中菲南海仲裁案中,菲律宾的诉求和临时仲裁庭的裁决可谓从头(管辖权问题)到尾(实体问题)彻底背离了现实主义有关“政治性争端”的非裁判性原理。

其一,在管辖权层面,既然中菲南海争端构成一起典型的“政治性争端”,那么,按照此类争端的非裁判性原理,菲律宾本不该不顾中方的强烈反对,恶意提起仲裁,临时仲裁庭更是不能越位对该争端行使不该有的管辖权。

如上所证,国家同意原则是保证“政治性争端”非裁判性的基石。毫无疑

^① 《中国外长王毅就所谓南海仲裁庭裁决结果发表谈话》,参见中国外交部网站:http://www.fmprc.gov.cn/web/wjbx_673089/zyjh_673099/t1379787.shtml,2018-04-21。

义,中国历来笃守对国际争端解决方法选择的国家同意原则。^①对南海争端这样的典型“政治性争端”,中国从未有接受强制性争端解决机制的意图。在中菲南海仲裁案中,菲律宾政府提请仲裁和临时仲裁庭裁决事项的实质是南海部分岛礁的领土主权问题和南海海域的海洋划界问题。^②众所周知,《联合国海洋法公约》“只管水不管土”。据此,中国加入公约的行为并不产生同意接受以强制性管辖方式解决南海岛礁领土主权问题的任何法律后果。另外,有关公约的解释和适用问题,中国虽然在1996年加入公约时接受了强制性争端解决机制,但2006年中国依约对涉及海域划界、历史性海湾或所有权、军事和执法活动等争端做了明确保留。不但在事前,而且在事后,中国坚决反对菲律宾单方面提起南海争端仲裁案的做法。期间,尽管中国不参与仲裁程序,包括拒绝向临时仲裁庭提起管辖权抗辩,但选择以发表中国政府立场文件的方式,向国际社会公开宣示临时仲裁庭无权管辖此案的鲜明立场和详细理由。既有中国不接受、不承认对中菲南海争端强制管辖的真实意思,菲律宾和临时仲裁庭却仍然对中国做出的排除性声明加以曲解和包装,以此作为对该案行使管辖权的根据。试问,如果菲律宾可以如此“设计”争端,变相地要求临时仲裁庭进行海域划界的审判;临时仲裁庭又可以如此“运作”法律,违背一国的真实意愿恣意扩张管辖权,那么,目前,35个国家业已做出的排除性声明还有何意义?^③

显然,菲律宾和临时仲裁庭滥用公约的强制性争端解决机制,不但明显违反了国际法,而且严重违背了有关国家同意原则乃保证“政治性争端”非裁判性基石的传统现实主义国际政治之义理。

其二,在实体问题层面,对于典型的“政治性争端”,国际裁判机构本该严守审慎司法的有关原则,但中菲南海仲裁案临时仲裁庭以其做出的极端裁决,罔顾“政治性争端”非裁判性原理的这一必有引申之意。

对于中菲南海仲裁案,临时仲裁庭的扩权管辖已属国际法上的枉法裁判和国际政治上的逾矩悖理之举。在其后对实体问题的审理中,临时仲裁庭一

① “基于对国际实践的深刻认识和自身丰富的国家实践,中国坚信,要解决任何国家间争议,无论选择哪种机制和方式,都不能违背主权国家的意志,应以国家同意为基础。”参见《中国坚持通过谈判解决中国与菲律宾在南海的有关争议》白皮书,第129段。

② 《中国坚持通过谈判解决中国与菲律宾在南海的有关争议》白皮书,第118段。

③ 参见中国政府2014年12月7日公布的《关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》,第74段。值得一提的是,在安理会五个常任理事国中,除美国迄止仍未加入《联合国海洋法公约》外,其他的四个国家概都作了与中国一样的条约保留。另除去美国,在西方“七国集团”其余的六个成员中,有四个国家也同样发表了排除强制管辖的声明。

错再错,对菲律宾的诉求几乎照单全收。且不论临时仲裁庭对实体问题的此番裁决在法律上牵强附会和破绽百出,即使从国际政治的角度体察,也是彻底违背了“政治性争端”审慎司法的有关原则。应该说,对于该案涉及的各主要问题,国际法都留下了可回旋的余地,为国际裁判机构参循国际政治逻辑,审慎司法提供了充足的法律空间,但临时仲裁庭却拒绝以“建设性模糊”断案,^①采取选择性滥用国际法的作法,作出了完全偏向菲方的“一边倒”裁决。

在中菲南海仲裁案涉及各主要问题中,已经划定达70年之久的“断续线”是中国在南海宣示权利的一大标志,事关中国对南海行使权利的大局。因此,对“断续线”之内的南海海域享有历史性权利是中国的固有立场。《联合国海洋法公约》虽然吸纳了其中的“历史性所有权”和“历史性海湾”制度,但对“历史性权利”概念本身及该概念包括的“历史性所有权”和其他有关内容(如“历史性水域”等)并未做出明确规定。^②临时仲裁庭本可以中国存在于南海的历史性权利包括历史性所有权,中国已对此事项做出条约保留为由,拒绝予以管辖;即便临时仲裁庭不作这样的认定,仍可以历史性权利中还包括历史性水域等其他内容,而这些内容需由国际习惯法规范,不在其可管辖的“有关公约适用和解释”之争端范围为由,回避做出一概否定中国对“断续线”之内的南海海域享有历史性权利的最终裁决。

然而,临时仲裁庭的仲裁员们既未秉公适法,也缺乏应有的政治自律,没有做出至少应保持中立的裁决:首先,在未提供法律依据的情况下,临时仲裁庭武断地对“历史性权利”和“历史性所有权”两个概念进行界定,并臆断中国所主张的历史性权利不是历史性所有权,而是非主权性质的历史性权利,从而否定了中国依对公约的保留本该享有的排除仲裁管辖的权利;更有甚者,临时仲裁庭还错误地认定公约优于国际习惯法,并以此为据,得出公约生效后与之相冲突的中国在南海历史性权利已一并归于消灭的舛误结论。临时仲裁庭作出的此等否定国际习惯法上历史性权利存在,并进而全盘否定中国对南海海域享有历史性权利的裁决,即对中国在南海划定的“断续线”之法律地位采取釜底抽薪的做法,不但不符合国际法律实践,而且也完全违背了国际裁判机构

^① 美国现实主义大师亨利·基辛格在处理“政治性争端”实践中,善用“创造性模糊”(creative ambiguity)的外交技巧。参见 W. Isaacson, *Kissinger: A Biography*, Simon & Schuster, 1992, pp. 481-482。

^② 马新民:《“南海仲裁案”缘何非法无效》,《中国法学》2016年第5期,第34—35页。该文作者为中国外交部条法司副司长。

对高度敏感的“政治性争端”问题应尽量回避裁断的现实主义国际政治法则。

通观菲律宾单方面提起的南海仲裁案,不仅是对“断续线”问题,且对于所涉的其他主要问题,临时仲裁庭都作出了极具偏向性的裁决,意在剥夺中国历经两千多年形成的在南海固有的合法权益,尤其是使得中国在南海对水的权利(海洋权利)从法律上几近“归零”。此等恶意偏袒菲方之裁决,在中国人看来,其乃“国际法史上一个臭名昭著的案例”;^①纵然依西方国际法学者的偏见,该案裁决没有出离国际法,但从源于西方的现实主义“政治性争端”非裁判性原理判断,临时仲裁庭对南海争端最终解决开出的绝非什么“良方”,而是施放了一剂“毒药”,是一项极不负责任的政治行为,其构成国际政治历史上罕见的离经叛道的裁决。

结 论

几乎所有的“政治性争端”都会以当事国的法律诉求表现出来,亦即其形式是法律的,实质则是政治的。因此,“政治性争端”及其解决原理构成国际法与国际关系跨学科研究的一个典型议题。如前所述,关于“政治性争端”与“法律性争端”的区分,以及有关其解决方法的原理,源自传统国际关系理论中现实主义对理想主义的批判,但随着传统理想主义的衰弱,对两类争端的区分及其裁判性与非裁判性原理的讨论在国际关系理论中似乎已经销声匿迹。但是,在国际法学中,实证主义的传统相当厚重,现仍然占据着“一派独大”的地位,其长期盘踞于“法律帝国”的理念之上,拒绝深度讨论国际法与国际政治、经济、社会、文化和道德等之间的联系,试图构筑一个“自足自洽”的超然法律体系。^②与传统理想主义相伴生的国际法实证主义对国际争端及其解决的“纯法律分析”,自觉与不自觉地抹杀了“政治性争端”与“法律性争端”的区别。这就要求我们增扩其间应有的国际关系之维度,重新检视传统现实主义有关“政治性争端”及其非裁判性理论,以使对国际争端的研究走出单一的法律分析之

① 引自外交部副部长刘振民同上答记者问。

② 徐崇利:《构建国际法之“法理学”:国际法学与国际关系理论之学科交叉》,《比较法研究》2009年第4期,第13—25页。

蜗居,还原其在国际政治中的本意。^①像中菲南海仲裁案这样典型的“政治性争端”的出现,再次突显了引入国际法的国际关系理论分析跨学科研究方法的必要性。

一方面,国际法的实证主义眷恋国际关系的法治化观念,容易过度标举国际争端的法律解决方法。从整体上看,国际社会的法治化或有进步的趋向,但远未达到像国内社会那样昌明的程度;相应地,对于国际争端,即使法律的解决方法呈现扩张之势,但不可能将之推到至尊的宝座,吞噬所有。只要“无政府状态”仍然延续,在国际社会中,政治与法律的界限始终存在。按照现实主义国际关系理论,“政治性争端”事关国家的根本利益,主要是国际政治的领地,属于国家间权力斗争的场域,此地国际法扮演的只是“配角”,不容国际裁判解决方式全然越界,错位使用;换言之,“政治性争端”适合以权力较量和利益妥协为基础的政治方法暨外交途径加以解决。

另一方面,国际法实证主义固执“唯法独尊”的理念,在国际争端裁判过程中容易过度迷恋概念分析和逻辑推理的惯有法律过程。在实践中,出于各种原因,一些当事国可能会单方面将“政治性争端”诉至国际裁判机构,从而招致当事另一方的反对。基于此类争端的非裁判性原理及保证其实效的国家同意原则,国际裁判机构应尊重当事另一方排除管辖的意愿,拒受案件。当然,一些“政治性争端”可能会最终突入国际裁判程序,尤其是一些小国,多依赖国际法的实证主义路径,意在对大国的权力与利益实行“临床隔离”,以便从纯粹的法律推理结果中顺顺当地获取自己的利益。如若国际裁判机构冥顽不化,盲从国际法实证主义“在法言法”的教条,看似精致的法律分析,可能会致使此类争端沦为“法律的囚徒”,禁锢于法律的囚笼而难以脱困。按照传统现实主义“政治性争端”审慎司法的有关原则,裁判者不但是“法官”,而且应该是具有智慧的“政治家”,通过对法律规则的弹性化适用和解释,做到“似断非断”,乃至“干脆不断”,以便为通过外交途径平定和解决“政治性争端”留下应有的空间。从这个意义上说,国际裁判机构一个“和稀泥”的断法,或许在法律上不是一个好的裁决,但从国际政治意义上判断,则可能是一个好的裁判。当然,国际裁判机构对“政治性争端”自由裁量形成的裁判对争端的最终解决应该是建

^① 从国际关系与国际法交叉学科意义上比喻,国际法的实证主义犹如一个患有内疾但仍很亢奋的病人,需要国际关系理论这一医生开方治疗。参见 Anne-Marie Slaughter, A. S. Tulumello and S. Wood, “International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship,” *The American Journal of International Law*, Vol.92, 1998, p. 369.

设性的,而不是像中菲南海仲裁案临时仲裁庭那样,假借法律对审理过程和裁判结果进行恶意的政治操作。

反之,如果国际裁判机构不遵循国际政治的逻辑,执意对不该管辖的“政治性争端”实行管辖;或对不得不管辖的“政治性争端”实行管辖之后,拒绝因循审慎司法的原则,作出向当事一方“一边倒”的裁判,不给以权力较量和利益妥协为基础的外交解决方式留下空间,那么,其作出的裁判不可能为败诉方所自愿承认和执行。在败诉方对胜诉方占据权力优势(如大国对小国)的情形下,胜诉方根本无法以报复等手段迫使败诉方承认和执行该国际裁判机构的裁判;即使胜诉方对败诉方具有权力优势(如大国对小国),胜诉方可以报复等手段迫使败诉方承认和执行该国际裁判机构的裁判,也可能在“政治性争端”的司法解决上树立一个不良的先例;而在胜诉方对败诉方权力相当(如小国对小国,尤其是大国对大国)的情形下,国际裁判机构的此等裁判可能引致当事国之间以及相关国家之间更为激烈的权力冲突和斗争。在上述所有的情形下,这样的裁判结果都将助长该国际裁判机构的合法性危机,乃至损害整个国际法裁判机制的权威性,同时,国际裁判机构也将沦为最终通过外交方式解决有关“政治性争端”的“麻烦制造者”。

需要明辨的是,强调“政治性争端”解决的国际政治逻辑,旨在说明国际法并非万能,以及国际裁判机构不能逾越“无政府状态”为现行国际社会划下的政治与法律之间应有的界限,绝无贬损国际法之用意;申言之,凡有国际法之处,必有其用武之地。遑论对“法律性争端”的裁判,国际法就是标尺和依据,即便是对“政治性争端”的处理,国际法的作用仍然不可或缺。

一旦“政治性争端”进入国际裁判程序,当事双方的控辩只能是法律上的。在国际法庭上,事实上不可能,法律也不允许一个国家大谈国际政治。国际司法和仲裁过程首先表现为法律上的说理过程,国际政治逻辑的作用只能隐藏在台面之下,而裁判是否考虑或在多大程度上考虑政治因素,最终取决于法官和仲裁员的意志。如果当事一方在法律上不能说服裁判者,国际裁判机构最终作出的很可能是该当事一方败诉的裁判,即便裁判者在法律背后考虑了政治后果,其也只不过是输多还是输少的意义上影响裁判的结果;反之,裁判者不参循国际政治逻辑,那么,该当事一方将可能会全盘皆输。当然,败诉的一方仍会以裁判不公等理由拒绝承认和执行国际裁判机构的裁判,但该方可能要付出藐视国际法的声誉损失。因此,在“政治性争端”的裁判过程中,法律上占理至关重要。如果一国预判法律上不占理,或者预判哪怕法律上有理,裁

判者也可能枉法裁判,则会选择不去应诉。一国就“政治性争端”案选择不去应诉,也不等于法律就此无用。因为与此类争端相关的国际法规则往往是弹性的,而且处于“无政府状态”的国际社会并无统一的国际法解释机构,故该国还可在庭外对这些国际法规则做出有利于自己的解释,并批驳国际裁判机构适用法律之错误,以此证明己方主张在国际法上的正当性。

如“政治性争端”不以裁判方式解决,依现实主义国际关系理论,在极端情形下,当事国可能会考虑是否使用武力加以解决。在当今国际社会,此时国际法的作用应该是明显的。因为按照《联合国宪章》的规定,国际争端应以和平的方式解决,一国不得对其他国家诉诸武力或以武力相威胁。

因此,对“政治性争端”的解决,各国通常选择的是外交谈判方式,谈判当然是相关国家权力角逐的“游戏场地”,其间,尽管国际法并非主角,但仍然扮演着一个必不可少的角色——国际法作为外交斗争的一种手段,可充作一种对权力起到增效作用的添加剂。对此,摩根索曾论述道:“必须区分正当权力——即其得到道德或法律认可的权力——和非正当权力。具有道德或法律权威的权力必须区别于赤裸裸的权力。警官凭借搜查证逮捕我的权力本质上不同于强盗持枪所做同样行为的权力。这种区分不仅具有哲学意义,而且关系到外交政策的实践。其行使能够赢得道德或法律认可的权力比相应的非正当权力可能更为有效。也就是说,正当权力比同等的非正当权力更能影响权力对象的意志。基于自卫或以联合国的名义,能够比通过‘侵略’或违犯国际法更为成功地行使权力。”^①总而言之,在谈判解决“政治性争端”的舞台上,权力虽为主角,但只有加上法律这个不可缺位的配角,才能演出一场好戏。

^① [美]汉斯·摩根索:《国家间政治:权力斗争与和平》(第七版),第58页。这也道出了当年美国虽有足够的实力发动第二次海湾战争,为何还要事先谋求联合国安理会授权为自己动用武力披上合法外衣之用意。